

上海律师

双月刊 2022年第5期 总815期

《上海律师参政议政报告(2019—2021)》
正式发布



上海市律师协会主办

上海律协与上海高院、上海市法学会共同签署
《法律适用分歧发现研判机制合作备忘录》

上海律协52个业务研究委员会2021年度成果回顾

遗产管理人：让遗产得到妥善分配



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: 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

发送对象: 上海市律师协会会员

印刷单位: 上海天地海设计印刷有限公司

印刷日期: 2023年1月12日

印数: 8000本

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

8月31日，上海法院“司法实务论坛”第四期研讨会暨法律适用分歧发现研判机制合作备忘录签约仪式顺利举办。上海市高级人民法院、上海市法学会、上海市律师协会等三家单位共同签署《法律适用分歧发现研判机制合作备忘录》，采取多元化方式加强信息共享、沟通交流，拓宽法律适用分歧问题的发现渠道，有利于推进类案裁判规则的制定、思路的统一和机制的完善。法官、律师、学者都是法律职业共同体的一部分，应当保持交流合作、共同发展的理念，建立互相尊重、互相监督的良性职业生态环境。

——《携手拓宽法律适用分歧问题发现渠道
上海律协与上海高院、上海市法学会共同签署
〈法律适用分歧发现研判机制合作备忘录〉》

10月20日，上海市律师协会与上海国际经济贸易仲裁委员会（上海国际仲裁中心）联席会议暨合作协议签署仪式成功举行。上海律协会会长季诺和上海市国际贸易促进委员会副会长、上海国际仲裁中心副主任马屹分别代表上海律协和上海国际仲裁中心签署了合作协议，标志着双方的合作进入了新阶段。站在新起点上，双方将系统、全面地进行合作升级。这是双方充分发挥各自优势、促进新时代上海律师行业和仲裁行业健康发展的选择，共同致力于进一步提升上海律师在国际仲裁界的知名度，树立上海仲裁在国际律师界的影响力，共同助力上海成为国际争议解决法律服务优选地。

——《全新起点 合作升级
上海市律师协会-上海国际仲裁中心联席会议
暨合作协议签署仪式成功举行》

10月14日，上海律协召开上海律师参政议政交流座谈会暨《上海律师参政议政报告（2019—2021）》（以下简称《报告》）发布会议。《报告》是上海律协自成立后发布的首份律师参政议政专题报告，以近万字的篇幅集中展示了2019年以来的上海律师，特别是律师“两代表一委员”参政议政的优秀成果；从促进科学民主立法、促进法治政府建设、促进营商环境建设、助力服务社会民生、推动化解社会矛盾等五个方面，详细介绍了近年来上海律师参政议政工作的成效、特点和启示。《报告》的发布是对上海律师参政议政工作的阶段性总结，彰显了上海律师不忘初心、执业为民的宗旨意识。

——《上海律师交出参政议政新答卷
〈上海律师参政议政报告（2019—2021）〉正式发布》

《民法典》继承编首次确立了遗产管理人制度，第1145—1149条即是关于遗产管理人的相关法律规定，这些规定比较简约。那么具体到实践中，如何理解这些法条，以及如何运用这些法条开拓业务、为社会服务？遗产管理人制度的出台，响应了什么社会需求？对公证工作有什么帮助？遗产管理人应当如何产生？律师与遗产管理人之间是什么关系？

本期“法律咖吧”，三位嘉宾围绕遗产管理人制度的相关实务问题展开精彩讨论。

——《遗产管理人：让遗产得到妥善分配》

- 4 携手拓宽法律适用分歧问题发现渠道
上海律协与上海高院、上海市法学会共同签署
《法律适用分歧发现研判机制合作备忘录》
(上海高院研究室)
- 8 上海律师交出参政议政新答卷
《上海律师参政议政报告(2019—2021)》正式发布
(吕轩)
- 10 全新起点 合作升级
上海市律师协会—上海国际仲裁中心联席会议暨合作协议签署仪式成功举行
(上海律协业务部)
- 12 “数说”上海律师专业化发展
上海律协 52 个业务研究委员会 2021 年度成果回顾
(上海律协业务部)
- 14 为践行全过程人民民主提供律师智慧
上海律协基层立法联系点获颁“立法建议采纳确定证书”
(吕轩)
- 15 喜迎二十大 重温奋斗史
浦东女律联中共一大会址纪念馆参访学习活动圆满举行
(浦东女律联)
- 16 80 后律师雪域高原展风采
虹口区司法局、律工委探望慰问虹口援藏律师
(虹口律师工作委员会)
- 17 共同践行维护国家安全的青年使命
黄浦区青律联与地铁 10 号线运维管理团队开展主题共建活动
(黄浦律师工作委员会)
- 18 促交流 提要求 讲实务
崇明青年律师、女律师沙龙活动暨 2022 年第一期青年律师讲堂成功举办
(崇明律师工作委员会)

19

实务研究

- 19 遗产管理人：让遗产得到妥善分配
(文字整理 许倩)
- 24 “996”合规审查六步法(超细指引)
(周开畅 胡雪梅)
- 32 从人力资源角度谈员工信息收集合规之法条解读
(杨傲霜)
- 36 《中美经贸协议》对我国商业秘密立法的影响
(曾丽)
- 45 银行监管视角下“金融消费者”主体范围的渐变及其影响
(裴德宝 黄宇)
- 49 房地产租赁合同无效情形下构筑物被拆除时的损失认定
(刘敏青)
- 52 运用仲裁机制解决气候环境能源纠纷的实践与展望
[上海国际经济贸易仲裁委员会(上海国际仲裁中心)商事仲裁研究中心]

57

人文万象

- 57 从小木匠到大律师
记朱树英与建纬所的卓越30年
(李海歌 刘小禾)
- 62 在律师生涯中奔跑
(阙阳鹏)



携手拓宽法律适用分歧问题发现渠道

上海律协与上海高院、上海市法学会共同签署 《法律适用分歧发现研判机制合作备忘录》

文 | 上海高院研究室

8月31日，由上海市高级人民法院、上海市法学会民法学研究会、上海市法学会商法学研究会、上海司法智库学会主办，上海市律师协会承办的上海法院“司法实务论坛”第四期研讨会暨法律适用分歧发现研判机制合作备忘录签约仪式在上海市律师协会顺利举办。上海市高级人民法院党组副书记、副院长，上海市法学会民法学研究会会长茆荣华，上海市高级人民法院副院长，上海市法学会商法学研究会副会长吴金水，上海市律师协会会长季诺，上海市法学会党组成员、秘书长夏咸军等出席会议。上海市高级人民法院研究室、商事庭部门负责人，上海法院《中华人民共和国民法典》研究小组成员，全市三级法院资深法官，第三批类案要件指南课题组成员，上海市法学会民法学研究会、上海市法学会商法学研究会理事成员代表，上海市律师协会及仲裁等行业代表共30人参加线下研讨；近500人通过腾讯会议线上观看直播。本次研讨活动分为签约仪式和主题研讨两个环节。

法律适用分歧发现研判机制合作备忘录签约

签约仪式由吴金水任总主持。他表示，各方要共同加强法律职业共同体建设，优化拓宽法律适用分歧的发现渠道，将研讨活动与审判实务研究等工作有机结合起来，增强上海法律职业共同体的司法素能，为人民群众提供一流的法治服务和法治保障。在签约仪式上，季诺、夏咸军、茆荣华先后发表致辞。

季诺表示，上海法院“司法实务论坛”就实务中的疑难复杂问题开展针对性的研讨交流，既凝聚了专业法官的智慧，也倾听了律师团体的声音，充分体现了论坛的科学性及包容性。律师团体要积极参加论坛研讨，深入学习研讨成果，准确把握法律适用。他指出，适法统一问题仍是各方普遍关注的问题。律师既是法律适用分歧发现者，也

是法律适用统一推动者，必须主动肩负起适法统一这一职业责任。律师、法官、学者三方要畅通沟通渠道，共同构建法律适用统一桥梁，准确发现并妥善解决法律适用分歧，最终让人民群众在每个司法案件中感受到公平正义。

夏咸军指出，法学会要以实际行动引领法学研究繁荣、促进法律制度创新、推动法学研究成果应

用,从而为社会主义民主法治建设提供理论支持和治理服务。上海法院“司法实务论坛”聚焦司法实务中的重点难点问题,推出了一系列对司法实务具有指导意义的研究成果,既是各方学习交流的优质平台,也是上海市法学会履行自身职责的重要途径。他表示,适法统一工作需要法官、学者、律师等多方主体的通力协作,各方不仅要大力推动法律适用分歧发现研判机制建设,还要进一步建立健全法学研究和法治实践合作对接机制,不断提升服务科学决策和法治实践的能力水平,充分发挥全面依法治国的“智囊团”“思想库”“人才库”作用。

茆荣华强调,适法统一工作任务重而道远,法官、学者、律师要齐心协力拓宽法律适用分歧问题的发现渠道。各方要认真开展法律适用分歧发现研判机制建设,共同谱写法律职业共同体建设的新篇章。一是要始终坚持党的领导,以习近平法治思想指导法律职业共同体建设。三方要理性“谋和”,既要尊重包容也要坚持原则,既要相互支持也要加强监督,既要有交流也要有边界,既要有分工也要有协同。二是要坚持类案问题导向,切实拓宽适法疑难问题的发现渠道。既要区分不同类型认真加以研究,发掘类案新问题和新渠道的新探索,

也要坚持以类案而不是在办个案作为共同研究对象。三是要保障机制运行顺畅,确保分歧发现研判机制取得实效。各方要齐心协力保障机制的有序运行,以小切口为突破,通过凝聚共识、科学规划、精心组织,充分调动各方的积极性,切实为法律适用分歧发现研判机制闯出一条新路,探索打造本市法律职业共同体示范合作的新样本。

茆荣华、夏咸军、季诺分别代表上海市高级人民法院、上海市法学会、上海市律师协会共同签署《法律适用分歧发现研判机制合作备忘录》,三方代表交换文本并合影留念。

主题研讨

主题研讨环节由吴金水任总主持。

第一阶段：仲裁司法审查类案相关疑难问题

研讨问题：

问题一：国内仲裁案件司法审查的边界如何确定，是否应涉及对实体问题的审查？

问题二：具有涉外因素的民商事纠纷案件中，被保险人和第三者在保险事故发生前达成的仲裁协议，对行使保险代位求偿权的保险人是否有约束力？

问题三：仲裁条款作为格式合同的组成部分时，提供格式条款的一方是否有提示和说明义务？

第一阶段由上海高院商事庭庭

长潘云波主持。

在主题发言环节，上海高院商事审判庭审判员贺萃从有限审查原则的三个层次、保险代位求偿权的法律性质、仲裁协议与管辖协议的关系、格式条款的具体要件等角度作了发言。上海一中院商事审判庭副庭长成阳从支持仲裁与监督仲裁的关系、仲裁协议相对性的突破、格式条款的解释方法等角度作了发言。上海国际仲裁中心秘书长王唯骏从“程序审”为主+有限“实体审”的司法审查方式、涉外保险代位权案件的难点及域外典型案例、格式条款行政监督措施和司法效力审查的区别、电商平台多层次条款的设置等角度作了发言。上海律协仲裁

业务研究委员会副主任邹志强从世界仲裁发展的趋势及当前法律适用的现状、仲裁协议约束保险人的合理性及必要性、对消费者予以特别保护的逻辑及域外经验等角度作了发言。

在自由研讨环节，上海高院商事审判庭副庭长毛海波、浦东法院自贸区法庭审判员秦男、上海律协仲裁业务研究委员会委员秦悦民、上海律协仲裁业务研究委员会委员武进峰、上海仲裁委员会常务副秘书长何乃刚等围绕第一阶段研讨问题作了交流发言。

在与谈环节，上海交通大学法学院教授沈伟认为，上述仲裁司法审查问题均体现了司法让渡说和意



思自治说两种基础理论的交叉和张力。《纽约公约》作为国际商事仲裁相互承认和裁判的法律依据，对于人民法院就仲裁司法审查的依据和方法具有重要的参考意义。在具体实践中应注意具体情况具体分析，虽然上述问题的源头一样，但是结论不一定相同。比如，最高法院通过《九民纪要》确立了仲裁协议对行使保险代位求偿权的保险人具有约束力的规则，改变了此前审判实践的立场与认定方式；在金融仲裁领域审查仲裁协议的合意基础具有部分特性，为保护金融消费者的利益，可适当借鉴美国及我国香港地区仲裁协议效力认定的有益经验。

复旦大学法学院副院长、教授，上海市法学会民法学研究会副会长李世刚认为，目前的司法审查事由大多围绕证据展开，仲裁的自由度较高，未来立法修订时可考虑引入仲裁欺诈事由对仲裁予以约束。仲

裁协议对保险人的约束力体现了债权法定转让时程序性权利义务的一并移转，其并未突破合同相对性原则；涉外因素判断及涉外法律适用较为复杂，实践中应结合个案情况对仲裁协议的效力进行判断。在仲裁格式条款的效力判定上，应区分利益一般失衡与利益严重失衡的情形，利益一般失衡时需要个案审查提示说明义务，利益严重失衡时则可径行认定条款无效。

第二阶段：股权代持纠纷类案相关疑难问题

研讨问题：

问题一：认定股权善意取得中的“善意”时，是否要求第三人查阅公司股东名册或向公司、其他股东对股权权属作必要核实？

问题二：实际出资人基于股权代持关系，可否排除名义股东债权人对代持股权的强制执行？

问题三：股权转让与担保中，债权人与原股东约定，由债权人代原股东

持有股权。如公司对外负债到期不能清偿，让与担保中的债权人是否应在原股东未出资范围内承担责任？

第二阶段由上海高院研究室主任郑天衣主持。

在主题发言环节，上海高院商事审判庭审判员孟高飞从股权半隐代持和全隐代持的异同、股东身份的认定实质及对实际出资人权利的影响、股权转让与担保在外观和功能上的差异等角度作了发言。上海二中院商事审判庭审判员王曦从股权善意取得制度的比较法研究、实际出资人权利与债权人权利冲突时的取舍、股权转让与担保中股权的真实归属等角度作了发言。华东政法大学经济法学院教授胡改蓉从股权善意取得制度的应用对维护交易稳定的价值影响、信赖保护原则在股权代持问题上的运用及侧重、股权转让与担保中不同主体间的法律关系本质等角度作了发言。上海律协民商事诉讼业务研究委员会副主任王正

从股权善意取得制度对不同股权变动模式和变动规则的适用、代持股权排除执行的权利依据及道德风险的防范、股权与债权对抗时的法律效果等角度作了发言。

在自由研讨环节，上海高院民事审判庭审判员张心全、虹口法院商事审判庭审判员朱春叶、上海律协调解业务研究委员会主任孙彬彬、上海律协商事诉讼业务研究委员会副主任肖文婷等围绕第二阶段研讨问题作了交流发言。

在与谈环节，复旦大学法学院教授葛伟军认为，与股权相关的权益包括出资份额、依附于出资份额

的权利及股东权利，应对这些权益予以区别把握。股权的善意取得需以权利外观为基础，但权利外观基于股东名册还是工商登记有待商榷。若工商登记构成权利外观基础，似乎赋予了转让人选择权或反悔权。针对代持股权是否可排除强制执行问题，实际出资人享有的权利为合同权利，一般不应对抗执行。股东出资责任依附于股权存在，严格区分股东出资责任与转让人担保出资责任，方能构建完整的股权转让理论框架。

华东政法大学法律学院院长、教授，上海市法学会民法学研究

会常务副会长金可认为，受让股权时，买受人负有注意义务，但注意义务与查询义务并不等同；若要求买受人承担查询义务，势必会加重正常股权转让的交易成本。在代持股权的强制执行问题上，实际出资人自愿承担显名股东被执行的风险；若股权代持可对抗强制执行，恐将引发以虚构代持来逃避执行的道德风险。股权转让与担保的基本逻辑在于债权人获得担保权，若要求债权人承担实缴义务，则可能导致融资过程中债权人不愿接受股权转让与担保，不利于营商环境的维护。

总结讲话

茆荣华对“司法实务论坛”第四期研讨会暨法律适用分歧发现研判机制合作备忘录签约仪式作总结。他指出，此次研讨会体现了三个新特点：一是法律适用机制建设的新探索。适法不统一现象是客观存在的世界性难题。在最高人民法院的指导下，上海法院在适法统一工作方面进行了很多探索，取得了良好的社会效果和法律效果。上海高院、上海市法学会、上海律协三家单位共同签署《法律适用分歧发现研判机制合作备忘录》，采取多元化方式加强信息共享、沟通交流，拓宽法律适用分歧问题的发现渠道，有利于推进类案裁判规则的制定、思路的统一和机制的完善。希望各方能够共同将新机制落地生

根，发挥实际效果。二是法律职业共同体的新合作。法官、律师、学者都是法律职业共同体的一部分，应当保持交流合作、共同发展的理念。但法律职业共同体不是法律职业利益共同体，我们要建立互相尊重、互相监督的良性职业生态环境。既要堵住后门，共同维护司法公正；又要打开前门，让职业共同体的声音传到司法机关，助力我国的法治水平迈上新台阶。往期的“司法实务论坛”已经邀请了部分律师和实务工作者参与研讨，本次研讨会更是由上海律协承办，希望激发法律职业共同体对适法统一工作的热情，依托各方组织优势，努力推动形成法律职业共同体建设的“上海经验”，并取得实质性发展和良

好成效。三是法学理论实务研究的新高度。此次研讨会的参会人员身份多元、视野开阔，会议准备充分、研讨内容深入，各方围绕研讨问题作了精心准备和充分展示，做到了观点明确、条理清晰、主题聚焦。专家学者通过体系性解释和比较性研究，有助于受众开拓视野，为类案规则的理论依据提供了坚实支撑。总体而言，此次研讨会中的共识大于分歧。对于共识，要及时形成类案裁判思路和规则；对于分歧，还要继续深化研究、梳理事实要素，进一步提高观点和结论的层次性和体系性。下一步，要在上海法律职业共同体的支持下，进一步吸纳各方意见，形成法学法律界高度认可的研讨成果。

上海律师交出参政议政新答卷

《上海律师参政议政报告(2019—2021)》正式发布

文 | 吕轩

10月14日,上海律协召开上海律师参政议政交流座谈会暨《上海律师参政议政报告(2019—2021)》发布会议。

上海律协会会长季诺、副会长陈峰,上海市司法局律工处副处长张铭出席会议,并邀请全国律协监事长、全国政协委员吕红兵以及市区两级“两代表一委员”律师代表、政府法律顾问代表、上海律协律师参政议政促进委员会代表共话近年来上海律师参政议政工作的发展与成果,见证《上海律师参政议政报告(2019—2021)》(以下简称《报告》)正式发布。座谈会由上海律协律师参政议政促进委员会主任李向农主持。

《报告》是上海律协自成立后发布的首份律师参政议政专题报告,以近万字的篇幅集中展示了2019年以来的上海律师,特别是律师“两代表一委员”参政议政的优秀成果;从促进科学民主立法、促进法治政府建设、促进营商环境建设、助力服务社会民生、推动化解社会矛盾等五个方面,详细介绍了近年来上海律师参政议政工作的成效、特点和启示。

《报告》的撰写与发布,是上海市司法局、上海律协立足上海律师行业长远发展规划,进一步促进上海律师提升参政议政能力,提高律师人大代表、政协委员履职成效显示度,推动律师在法治社会建设



中发挥更大作用的具体举措;全面展现了上海律师参与国家治理和参政议政工作的情况,彰显了上海律师不忘初心、执业为民的宗旨意识。

成果斐然 参政议政成效不断彰显

近年来,上海律师在全国政协、各级党代会及上海市各级人大、政协代表委员中的数量逐年攀升。截至2021年底,上海律师共有255人担任各级“两代表一委员”;其中,全国政协委员2人、市人大代表2人、市人大代表14人、市政协委员16人。这一数字的逐年增长,与上海律师参政议政能力的不断提升密切相关。

张铭表示,积极参政议政、建言献策是上海律师的良好传承,希望上海律师继续提高政治站位,坚

持正确政治方向;担当时代使命,积极服务中心大局;发挥职业优势,精准呼应社情民意;以高质量参政议政展现上海律师的积极作为和良好形象。

座谈会上,陈峰详细介绍了《报告》的编撰过程、特色及意义。自2021年3月启动编撰以来,在一年多的筹备中,陈峰带领上海律协律师参政议政促进委员会跑遍全市16个区,现场走访、调研“两代表一委员”以及更多参政议政渠道的上海律师履职情况,得到了150余名律师的积极响应。经历数月的修改与调整后,最终汇聚成近万字的有成效、有温度、有正能量的律师参政议政故事。《报告》的发布是对上海律师参政议政工作的阶段性总结,希望激励更多的律师同仁参与进来,运用专业力量服务大局。



高质履职 经验分享增强履职效能

座谈会上，全国政协委员吕红兵、市党代表叶萍、市人大代表刘正东、市政协委员邹甫文、黄浦区党代表陈永兴、徐汇区人大代表温陈静、长宁区政协委员严洁红、市政府法律顾问张鹏峰依次分享了各自的参政议政经历。

吕红兵以自身5年的履职经历为例，向与会者作了分享。他表示：“本职工作共履职行为一色，建言资政与凝聚共识齐飞。”在本职工作中发现问题、建言献策是基础，在读书学习中增强本领、双向发力是关键，在关注大势中聚焦重点、完善制度是方向，在课题研究中学思悟践、提炼建言是路径。

叶萍表示，律师参政议政的职能得以发挥，一是因为律师的专业能力与素养受到了广泛的认可与支持；二是因为律师代表、委员们的履职成果突出，有专业加持，充分做到了“有为才有位”。作为今年参加第二十次党代会的党代表，叶萍

深受鼓舞。她表示，在今后的工作中更要加强学习，传达贯彻好党代会精神，发挥好党代表以身作则、凝心聚力的作用。

已经连任4届市人大代表的刘正东表示，近年来，律师在各种参政议政场合中的声音越来越响亮，发挥的作用也越来越大。基于其在人大的履职感受，刘正东认为，律师参政议政就是要当好代表、委员、顾问三种角色，要坚定认识到自己的职责使命，扎根民间、立足基层、深入一线，认真做好调查研究，为促进社区环境、营商环境、职业环境的改善而勤勉尽职。律师参政议政事在人为，同时要勤于、善于、敢于作为，他坚信律师参政议政仍然大有可为。

邹甫文表示，律师做好参政议政工作，提升思想意识至关重要。未来，希望上海律协能够组织更多的参政议政交流活动，创新工作方法，充分利用行业层面的优势为律师参政议政提供支持。

陈永兴表示，律师参政议政是贯彻落实全过程人民民主重大理念的体现。作为上海律协基层立法联系点的律师参政议政促进委员会，在上海律协53个业务研究委员会的专业支撑下，在立法建言献策方面具有独到的实操性，也得到了市人大的高度评价。

温陈静表示，律师做好参政议政工作，要做到“沉下去，升起来”。只有深入基层，切实了解民生，才能更好地通过律师的不同视角发挥专业优势。

严洁红表示，建言献策被采纳是律师参政议政价值感的重要来源，要充分发挥律师的职业特点、

专业优势和实践优势，以满满的社会责任感创造更多的社会价值。

张鹏峰以书面交流发言稿的形式指出，律师担任“两代表一委员”的社会反响良好，上海律师要继续提升、拓宽视野，发挥自身专业优势，加强宏观把握能力，进一步提高自身的建言献策质量，提升参政议政能力。

最后，季诺对会议作总结发言。他表示，近年来，凭借自身的专业优势与丰富的司法实践经验，上海律师参政议政的能力和水平不断提升；参政议政队伍不断扩大，机制不断健全，途径不断拓宽，成效不断彰显。对此，季诺也提出了期望与要求：一是准确把握政治方向，聚力法治建设，理性研判，提升上海律师建言献策的特色和质量；二是发挥专业特长，主动担当作为，用法治思维客观、系统、真实地反映社情民意；三是勇于创新，丰富参政议政工作方式。

同时，季诺也向积极参政议政的上海律师代表们表示感谢，希望今后能与社会各界以及在律师行业内部进行更深入的交流，促进上海律师参政议政工作再上新台阶。



扫码可看《报告》全文

全新起点 合作升级

上海市律师协会-上海国际仲裁中心联席会议暨合作协议签署仪式成功举行

文 | 上海律协业务部

10月20日，上海市律师协会与上海国际经济贸易仲裁委员会（上海国际仲裁中心）联席会议暨合作协议签署仪式在上海国际争议解决中心成功举行。上海律协业务研究委员会代表、特邀会员工作委员会代表参加会议。

上海律协会长季诺，上海市国际贸易促进委员会副会长、上海国际仲裁中心副主任马屹致欢迎辞。上海国际仲裁中心事业发展部副部长许索晟主持会议。

季诺提到，近年来，仲裁事业得到了国家的高度重视。2019年之后，中央、上海市相继出台了支持仲裁事业发展的重要文件，推行了一系列重要举措，上海仲裁事业获得了前所未有的有利发展机遇。他回顾了上海国际仲裁中心和上海律协的过往合作和取得的成果，指出上海律协与上海国际仲裁中心的合作历史悠久、源远流长，而过去合作的成功也预示着美好的未来，双方的合作必能步入更深层次的阶段。他建议，未来双方可在服务国家“一带一路”建设、中国（上海）自贸试验区建设和长三角一体化发展建设等重大战略上，通过交流活动、实务培训、法律研究、人才培养等方式开展深入合作；设立联合工作小组，召开联席会议，形成长



效联络机制，助力双方之间的合作取得更为持续和深入的发展。

马屹指出，律师队伍是仲裁发展的重要方面，律师仲裁员也是仲裁员队伍的重要力量；仲裁是当下及今后律师应予关注的法律服务；仲裁机构、仲裁员、律师是法律共同体，是仲裁生态的重要组成部分。他介绍了上海国际仲裁中心2022年以来的仲裁业务开展情况和应对疫情助企纾困的举措。上海国际仲裁中心发布了《关于服务商事主体纾困解难的特别安排》《在线庭审指引》等相关政策，并于疫情期间推出了“2022

SHIAC云书房”系列线上论坛，始终围绕市场主体的切实需求开展工作。他表示，上海律协和上海国际仲裁中心签订合作协议标志着双方的合作进入了新阶段。站在新起点上，双方将系统、全面地进行合作升级。

季诺和马屹分别代表上海律协和上海国际仲裁中心签署了合作协议。上海律协副秘书长潘瑜，上海国际仲裁中心秘书长王唯骏，上海律协特邀会员工作委员会代表、美国普衡律师事务所合伙人严嘉和上海国际仲裁中心公共事务总监杜丽君共同见证。



座谈交流环节，上海律协特邀会员工作委员会代表、美国普衡律师事务所合伙人严嘉，基金业务研究委员会主任、上海市协力律师事务所合伙人马晨光，国资国企业务研究委员会主任、北京大成(上海)律师事务所合伙人王栋，金融工具业务研究委员会主任、北京浩天(上海)律师事务所合伙人朱峰，知识产权业务研究委员会主任、北京大成(上海)律师事务所合伙人刘峰，融资租赁业务研究委员会主任、上海段和段律师事务所合伙人孙瑜，证券业务研究委员会主任、国浩律师(上海)事务所合伙人李强，房地产业务研究委员会主任、上海邦信阳中建中汇律师事务所合伙人陆国飞，教育业务研究委员会主任、北京观韬中茂(上海)律师事务所合伙人林昕，文化传媒业务研究委员会主任、君合律师事务所上海分所合伙人黄

荣楠，银行业务研究委员会主任、上海市锦天城律师事务所合伙人盛斌，国际投资业务研究委员会主任、北京炜衡(上海)律师事务所合伙人章晓科，互联网与信息技术业务研究委员会副主任、上海市恒业律师事务所合伙人庄毅雄，仲裁业务研究委员会副主任、上海市协力律师事务所合伙人张振安等结合各委员会的工作重点，就当前行业发展前沿热点和争议解决问题进行了交流研讨。

王唯骏和潘瑜作会议总结。王唯骏表示，仲裁机构、仲裁员和争议解决律师是仲裁领域的法律职业共同体，应互相成就、合力发展。上海国际仲裁中心将与上海律协总结以往合作经验，蓄力探索发展新篇章，共同推动上海仲裁国际化发展和打造法治化营商环境的各项工 作，助力上海建设面向全球的亚太仲裁中心。

潘瑜指出，律师和仲裁行业有着密不可分的关系，上海律协与上海国际仲裁中心应互相支持、深化合作，为进一步扩大仲裁实务专家队伍及提升各专业领域法律服务水平而共同努力，携手促进新时代上海律师行业和上海仲裁行业的进一步发展。

党的第二十次全国代表大会报告指出，坚持全面依法治国、推进法治中国建设的重要部署，坚持走中国特色社会主义法治道路，在法治轨道上全面建设社会主义现代化国家。上海律协与上海国际仲裁中心签订合作协议，是双方充分发挥各自优势、促进新时代上海律师行业和仲裁行业健康发展的选择，共同致力于进一步提升上海律师在国际仲裁界的知名度，树立上海仲裁在国际律师界的影响力，共同助力上海成为国际争议解决法律服务优选地。



“数说”上海律师专业化发展

上海律协52个业务研究委员会2021年度成果回顾

文 | 上海律协业务部



数看成果：他们做了什么？

全年共举办各类活动 578 次。其中，公开活动 185 场，内部交流座谈 292 次，与外单位业务交流座谈 101 次。

上传活动简讯、纪要、论文等研究成果 1831 篇。其中，专业论文 460 篇，完成法律法规征求意见 28 次、业务指引 21 篇，编写行业法讯 476 期、业务综述 52 篇。

启动“律师实务线上精品课程活动”，参与录制“线上律师实务课程”175 门，累计积分 14226 分，各研究会平均积分超 255 分，连续两年达到历届最高水平。

这些数据写入了 2021 年上海律协 52 个业务研究委员会年终总结的开篇页。（注：2021 年底，第 53 个业务研究委员会成立。）

前世今生：他们是谁？

行思行远，积微成著。聚焦专业业务研究，推动律师实务发展。仅一年时间，52 个业务研究委员会取得的成果令人赞叹。

“这是什么组织？”“他们的主要工作是什么？”你是否也会好奇上海律协业务研究委员会高产背后的秘密？现在就来一探业务研究委员会的“前世今生”——

1986 年 7 月，上海律协第一届理事会第七次会议通过了设立 6

个业务研究委员会的决议。这是上海律协首次决定设立业务研究委员会。

同年 9 月，刑事辩护工作研究会率先成立。之后，涉外律师工作研究会、法律顾问工作研究会、郊县律师工作研究会、行政诉讼工作研究会、民事与非诉讼工作研究会等相继成立。

30 多年来，上海律协业务研究委员会紧跟时代法治步伐，服务经济社会发展，不断扩展其成员及数量。2021 年底，上海律协迎来了第 53 个业务研究委员会——国际法业务研究委员会，以期帮助完善涉外法律法规，推动国内法律与国际规则衔接，进一步推动涉外法律服务的发展。

截至目前，53 个业务研究委员会已有委员共约 2700 人。

精业笃行：他们用专业助力城市法治建设

以律师专业融入新发展格局，服务上海城市中心建设，业务研究委员会积极参与各项工作：

参与立法工作。配合组建“上海市律师协会城市更新和城市治理法律服务与研究中心”；相关业务研究委员会参与了《上海市城市更新条例（草案）》的立法研究工作，编写了 6 篇小组意见，完成 2 篇律

协汇总意见。

优化营商环境。参与开展《上海市优化营商环境条例》修订的平行研究工作，提出修改意见，完成企业调研，参与座谈会，访谈企业达 70 余家。

推进长三角一体化高质量发展。多个业务研究委员会开设了长三角专题活动和研究课题，并与长三角律师协会的专业委员会联合开展交流活动。

服务进博会。进博网红“小蓝书”再添新成员，《知识产权政策法规知识问答》2.0、《国际贸易百问百答》全新出炉；进博法律服务团律师在进博会现场提供法律咨询。

助力金融调解。为上海市证券、基金、期货三家同业公会提供法律服务，入选的 7 位委员获评上海市证券、基金、期货业纠纷联合人民调解委员会 2021 年度优秀调解员。

服务“12348 上海法网”案例审核。参与“12348 上海法网”的市民常见案例答复审核工作，包含 500 个经典案例，共计 68 万余字。

志愿服务信访接访。组织两批委员形成志愿团，开展释法明理、法律指导工作，并对发现的典型案例及时提出法律意见建议。2021 年下半年，志愿团共计接访 25 次，接访案件 393 件。



“我为群众办实事”，线上法律援助。参与上海市助残律师志愿服务团——2021年5月，近50名委员注册成为上海“云助残”服务平台志愿者，提供免费法律咨询，回复法律建议70余次。

持之以恒：他们用专业促进律师行业发展

专业能力和服务是上海律师的核心竞争力。自1986年首次设立以来，上海律协业务研究委员会始终重视专业化建设，积极推动专业化发展，大力推进研究成果转化。

举办各类活动、论坛

从2013年第一届上海律师学术大赛启动，到2021年7月，上海律师学术大赛已举办三届。《第二届上海律师学术大赛获奖实务作品选集》也于2021年出版，共收录24篇获奖作品。

2021年4月，相关业务研究委员会开展了“知识产权宣传周”系列活动，共举办7场系列讲座，并分别在5月和11月举办了“走进临港新片区”调研活动、“律师市场化调解的机遇与挑战专题研讨会”；以期通过开展各类活动，促进律师不断提升理论和实践水平，打造坚实的法律功底。

发挥智库功能

首创“律师实务线上精品课程评选展示活动”，结合律师实务推出系列培训。2021年，共完成讲座101场；其中，线下讲座50场，直播实训课程51讲。律师云学院新增课程142节、课件190个。

推出律师参与多元纠纷化解特色培训项目，举办“上海律协青年律师参与仲裁业务培养计划”培训

班2期、律师调解培训课程1期、“纠纷调解心理技术”系列讲座8讲。

大力输出研究成果

每年起草、修订业务指引，完成各项调研任务，提交立法修法建议，出版实体书籍等研究成果。

2021年，业务研究委员会共发布指引19篇、修订指引2篇，较2020年同比增长75%；参与立法并提交28部法律法规修改和征求意见，参与上海市司法局组织的法制审核会19次；同时，继续编写《业务资料》及完成出版《上海律协文库》《上海律师文丛》和律师学院教材。

2021年，上海律协发布研究成果1722篇，23个业务研究委员会申报课题94个，完成调研报告27篇、律师专著3部……委员律师们以自身的专业、职业、实践优势，向行业同仁们提供了相关业务领域的法律依据、业务借鉴和经验。

责任在心：他们以“法”助力抗疫

疫情期间，业务研究委员会的委员们凭借专业和热情，用实际行动践行了“人民律师为人民，我为群众办实事”的精神，体现了律师助力疫情防控的使命与担当。

在各区律师行业党委的号召下，自疫情暴发以来，上海律协业务研究委员会的委员们挺身而出、解囊相助，充分展现出他们不畏艰难的社会责任感。加入防疫志愿者队伍，捐助、运送防疫物资等，他们始终冲锋在前。

即使大部分委员无法奋战在抗疫一线，但他们不忘自身职责，采用线上方式进行法律服务，为企业

用工经营和群众合法权益维护提供法律保障。其间，委员们撰写了“疫情期间不可不知的法律问题”“复工复产涉疫问题研究”系列文章10余篇，刊登在“上海律协”公众号上，累计阅读量164027次、转发量17467次。

踏石留印：他们赢得行业掌声

用律师的专业服务赢得社会认可和口碑。2021年，上海律协业务研究委员会以其扎实的专业功底获得了多家单位的表扬，共收到表扬信6封。

其中，收到上海市国有资产监督管理委员会表扬信3封，对业务研究委员会承办的指引文件起草工作、专项法治体检等工作进行了表扬；收到上海市司法局表扬信2封，对业务研究委员会承办的课题调研以及协助查阅审核工作进行了表扬；收到上海市妇联表扬信1封，对业务研究委员会承接的专项课题调研工作进行了表扬。

长期以来，上海律协业务研究委员会专注业务专业发展，主动求变，以更好促进律师作用的发挥，服务党和国家事业全局；在法治建设的征程中、在参与城市更新与治理工作中，深耕细作，笃行致远。



为践行全过程人民民主 提供律师智慧

上海律协基层立法联系点获颁“立法建议采纳确定证书”

文 | 吕轩



9月28日，上海市人大常委会召开打造全过程人民民主最佳实践地——地方立法积极践行全过程人民民主探索与实践工作汇报会。会上，市人大常委会主任蒋卓庆、副主任莫负春为基层立法联系点颁发“立法建议采纳确定证书”和“单项法规采纳确定证明”。上海市律师协会参政议政促进委员会基层立法联系点荣获“立法建议采纳确定证书”，上海律协副会长陈峰代表上海律协参会并接受证书。

上海律协自2016年被市人大常委会确定为首批基层立法联系点以来，充分发挥法治智库作用，将基层立法联系点作为上海律师参政

议政、履行社会责任、践行全过程人民民主的重要平台。2022年1月至9月期间，在地方性法规草案征询意见过程中，上海律协共提出367条立法建议，其中57条立法建议被完全采纳或部分采纳，立法建议数和采纳数都位居基层立法联系点前列。

会议通报了上海市地方立法工作和基层立法联系点工作情况。12名来自各行各业的人士围绕上海市近年来制定和修改的《上海市未成年人保护条例》《上海市黄浦江苏州河滨水公共空间条例》《上海市非机动车安全管理条例》《上海城市更新条例》等4部民生类



法规，生动讲述了各自参与和见证立法工作的经历和体会，展示了地方立法积极践行全过程人民民主探索与实践的成果。据了解，近年来，市人大常委会通过持续创新民意表达平台和载体，不断拓展人民群众参与地方立法的深度和广度，使立法工作充分体现民主民意。

喜迎二十大 重温奋斗史

浦东女律联中共一大会址纪念馆参访学习活动圆满举行

文 | 浦东女律联

为迎接党的二十大胜利召开，引导浦东女律师从党史知识中汲取精神力量，积极践行习近平新时代中国特色社会主义思想，发挥自身专业力量，积极服务社会，9月16日，浦东女律联“行走的党课”主题活动走进中共一大会址纪念馆参访学习。

从石库门到天安门，从兴业路到复兴路。今天，在上海新天地，中共一大纪念馆矗立在一片现代与历史交融的开放式街区中，被称为“中国共产党人的精神家园，我们党梦想启航的地方”。纪念馆的基本陈列为“伟大开端——中国共产党创建历史陈列”，以“初心使命”贯穿全篇，通过“前仆后继 救亡图存”“民众觉醒 主义抉择”“早期组织 星火初燃”“开天辟地 日出东方”“砥砺前行 光辉历程”等五个部分，生动展现了中国共产党的诞生历程。



在这座见证了中国共产党诞生、沉淀着厚重历史的石库门建筑里，面积超过 3000 平方米的基本陈列展厅中共有 612 件文物展品。“看到这么多穿越百年的珍贵物品，十分震撼！”女律师们走进展厅，感到“既充实又惊叹。回顾我们党走过的辉煌历程，作为党员，倍感自豪、信心满怀”。女律师们跟随

讲解员的详细介绍，瞻仰陈列的革命文物、文献和历史照片，细读历史的每一个足迹，接受了一堂生动的党史教育，同时感受到中国共产党一路走来的艰辛曲折。

浦东女律师党建系列活动持续开展，通过“行走的党课”参访学习，更加深刻认识党的百年奋斗重大成就和历史经验的重大意义，深刻认识党的百年奋斗的初心使命，深刻认识中国特色社会主义进入新时代的历史性成就和历史性变革，深刻认识党的百年奋斗历史经验，深刻认识以史为鉴、开创未来的重要要求；引导广大浦东女律师准确把握党的历史发展的主题主线、主流本质，从党的奋斗历程中汲取智慧和力量，坚定历史自信、自觉坚守理想信念，坚定担当责任、坚持党建引领，规范执业、回报社会，争做“人民律师”，彰显行业良好形象。



80后律师雪域高原展风采

虹口区司法局、律工委探望慰问虹口援藏律师

文 | 虹口律师工作委员会



8月30日，虹口区司法局副局长胡晓红、律公科科长黄珩，虹口律工委主任田波等一行前往上海兰迪律师事务所，对参加2021年“援藏律师服务团”活动的志愿者张鸥律师进行探望慰问并送上补贴款。兰迪所主任刘逸星、合伙人殷俊出席。

张鸥律师对虹口区司法局和律工委给予的关心表示由衷的感谢。她向大家介绍了过去一年间在西藏日喀则江孜县工作、生活的情况和见闻，深切感受到西藏当地对法

律服务和法律服务工作者的迫切需求，对能够成为“援藏律师服务团”的一员并运用自身所学为当地藏民解决实际问题感到无比荣幸和自豪，希望以后还能有机会到祖国最需要的地方去，继续发挥自身专业优势，为社会履职尽责。

胡晓红对张鸥律师表示亲切的慰问，感谢她在法律援助工作中作出的贡献。她表示，张鸥律师作为一名80后律师，能够主动报名援藏，并克服多重困难为藏区的县政府和人民提供优质的法律服

务，还对当地的法治环境净化提出合理化建议，体现了上海律师过硬的专业素养和良好的社会担当；张鸥律师是虹口律师行业的骄傲，更是虹口律师的榜样，值得全体虹口律师学习。

田波对张鸥律师不计个人得失、积极参与“援藏律师服务团”的志愿服务工作表示感谢，对张鸥律师克服高原反应、艰苦的生活条件和执业中的语言不通问题，为当地藏民提供优质法律服务的无私奉献精神表示充分的肯定。

共同践行维护国家安全的青年使命

黄浦区青律联与地铁10号线运维管理团队开展主题共建活动

文 | 黄浦律师工作委员会



为进一步增强国家安全教育意识，提升团员青年维护国家安全的责任感与使命感，9月19日，上海地铁第一运营有限公司10号线运维管理部团总支与黄浦区青年律师联谊会联合开展“法治护我向未来”主题团日活动。活动邀请到运一公司团委书记庄园、黄浦律工委主任周晶敏、黄浦区青律联秘书长赵秦、全国青联委员潘雄以及黄浦律工委、青律联的律师们共同参与，律师们为团员青年们普及《国家安全法》教育知识，共同构建维护国家安全的使命长城。

全国青联委员、10号线运维管理部团总支书记高煜和各团支部书记们为参与活动的律师们介绍了地铁2/10/17号线虹桥火车站站的站厅布局以及这座“智慧车站”的“心脏”，探秘地铁运营背后的守护者。

座谈交流会上，10号线运维管理部团总支以“地铁探秘”为题，

深入介绍了上海地铁里隐藏的“小秘密”，一座座美丽的地下车站彰显了上海地铁积极向上的人文环境和城市的精神文明。

上海华夏汇鸿律师事务所律师

金一听为团员青年们开展了《国家安全法》的相关培训。安而不忘危，维护国家安全是公民的重要职责和使命，国家安全是人民生存和发展的根本。地铁10号线的团员青年们表示，将不断树牢总体国家安全观，感悟新时代国家安全成就，为迎接党的二十大胜利召开营造良好氛围。青年律师们也表示，与地铁青年们的交流互动，让他们对上海地铁的运营维护有了崭新的认识，地铁团员青年们对自身工作的责任感与使命感让他们印象深刻，他们也增强了维护城市运行的安全意识。



促交流 提要求 讲实务

崇明青年律师、女律师沙龙活动 暨2022年第一期青年律师讲堂成功举办

文 | 崇明律师工作委员会



9月18日，崇明青年律师、女律师沙龙活动暨2022年第一期青年律师讲堂在崇明高家庄生态园举行。崇明律工委班子成员、区司法局相关科室负责人及区青年律师、女律师等20余人参加活动，区司法局副局长彭世磊出席活动。活动由崇明律工委副主任陈子龙主持。

崇明律工委主任丁美红介绍了崇明律工委2022年上半年度工作情况，对疫情期间崇明律师积极进行抗疫捐款、参与社区抗疫志愿活动，开展法治宣传、送法下乡、助力复工复产等公益法律服务给予了充分肯定，并对下半年崇明律工委的重点工作进行动员部署。

活动现场，青年律师、女律师



分别作自我介绍并进行工作交流，旨在进一步提升崇明律师的凝聚力。

彭世磊对崇明律师在战“疫”一线展现的责任担当表示充分肯定，并希望崇明律师继续发挥专业优势，为崇明法治建设贡献力量。同时，他提出了三点要求：一是要坚定政治方向；二是要做法律的守

护者，积极践行社会公益；三是要规范服务，不断提高业务能力和水平。

最后，本期青年律师讲堂主讲嘉宾——上海市申江律师事务所律师薛常宝围绕“行政法实务微观察”主题，从行政诉讼的管辖、审理思路、裁判要点、典型案例等角度分享了办案心得。

遗产管理人：让遗产得到妥善分配

主持人： 施克强 上海律协民事业务研究委员会主任、上海市尔立律师事务所主任

嘉宾： 张磊 上海市张江公证处主任

张琴丽 上海律协民事业务研究委员会委员、上海运帷律师事务所合伙人

江骋骏 上海律协民事业务研究委员会委员、上海君澜律师事务所合伙人

文字整理： 许倩

施克强：大家好，欢迎各位来到《上海律师》2022年第五期法律咖吧，我是本期咖吧的主持人施克强律师。今天有幸请到张江公证处的张磊主任，另外两位嘉宾是张琴丽律师和江骋骏律师。今天我们谈论的话题是《民法典》里的遗产管理人这一规定。《民法典》第1145—1149条是关于遗产管理人的相关法律规定，这些规定比较简约。那么具体到实践中，如何理解这些法条，以及如何运用这些法条开拓业务、为社会服务？首先，我想问一个问题：遗产管理人制度的出台，响应了什么社会需求，在宏观上将会有什么作用？请张律师先来谈一下。

张琴丽：司法实践中一直存在一个难题，就是遗产债权的处理问题。这也是遗产管理人制度出台之前，法院在审理过程中会碰到的一个特别困惑的问题。即债权人起诉继承人，要求继承人在遗产范围内归还被继承人的债务，这时继承人会以放弃继承权为由拒绝偿还。原《继承法》有明确规定，继承人放弃继承权的，对被继承人的债务不负清偿责任。而遗产管理人制度出台之后，法院可以通过遗产管理人这一角色去保护遗产债权人的合法债

权。这一点在《民法典》施行之后，通过很多判例得到了验证。包括目前有很多无人继承的案例，就是在遗产没有人继承的情况下，银行或其他债权人将民政局作为法定遗产管理人直接起诉，以解决相应的清理债权、偿还债务的问题。所以遗产债权人的权益在遗产管理人制度出台以后得到了很好的保护，我觉得这是最明显的一个好处和功能。

江骋骏：《民法典》是考虑到需要保护被继承人的财产能够安全、公平、有序地进行分配，所以才设立遗产管理人制度。我们最早开始研究的时候，认为这个制度可能对于继承人非常重要；但在后来的实践中发现，其实对于普通老百姓而言，遗产管理人本身并没有很大的意义，因为他们的财产并没有复杂到需要指定一个遗产管理人进行处理。像刚刚张律师提到的，其实遗产管理人在大部分情况下还是为了解决一个问题，就是所有继承人放弃继承，相关遗产本身属于无主物时该如何处理。一般是收归国有，因为在那种状态下，没有人能出来处理。所以后来在遗产管理人制度中明确了是由民政局担任遗产管理人，可以作为诉讼主体处理相应的债权和债务问题，包括处理遗产。

而对于相对比较复杂的情况，比如涉及企业家、经济条件比较好的被继承人、遗产比较复杂时，遗产管理人的设立是有意义的。

当前实践中的问题是，如果被继承人没有立遗嘱去指定一位遗产管理人，那么遗产管理人这个身份会成为继承人争夺的一个目标。因为我们注意到，在一些案件的处理过程中，有一些财产可能被其他继承人掌控，这部分继承人试图先确认遗产管理人。因为继承案件的审理期限比较长，而指定遗产管理人是一个特别程序，规定法院在一个月内需审结完毕作出裁定。这种情况下，有一些继承人可能采取指定遗产管理人的方式，以便控制财产。对于这种情况，上海的法院有相应的判例，一般会驳回申请，即法院不建议指定遗产管理人。目前设立遗产管理人比较多的情况，还是针对相关的其他利益人的纠纷解决，并不是继承人之间的遗产处理。

施克强：张主任，请您从公证业务的角度谈谈《民法典》的遗产管理人制度对公证工作有什么帮助，或者说它响应了一种什么需求？在实际公证业务中，是否能用到遗产管理人制度？



施克强

张磊：现在的公证业务主要分为三块，除了金融商事和知识产权外，第三块业务就是家事公证。而家事公证最核心的业务就是遗嘱和继承。尤其是继承公证，涉及很多跟遗产管理相关的事务。大家知道，银行存款、有价证券、股权，尤其是房产，大部分都是通过公证这种非诉的方式来解决财富传承问题的。即通过继承权公证书直接确认遗产由谁继承，或者按照什么比例进行分配。房产交易登记部门、证券公司、银行，都是根据继承权公证书进行最终的遗产分配。以前办理继承公证的时候，我们都是要求所有继承人到场。

遗产管理人制度出台以后，我们认为，主要是可以解决一些遗产较多、较复杂的情况。尤其在继承人较多的情况下，解决了相关部门最终进行实际交割时的一个便利性问题。我们张江公证处从去年到今年出具的遗产管理人公证书中的遗产管理人都是律师事务所。上海首份遗产管理人公证书就是由我们出具的，这个遗产管理人是一家小型

律师事务所。关于到底是律师个人做遗产管理人还是律师事务所做遗产管理人的问题，我们也在和律师探讨。我们觉得，应该是律师事务所作为遗产管理人，然后指派具体的承办律师。因为如果律师以个人身份做遗产管理人，可能涉及执业规范和执业保险的问题。如果出现差错，律师个人没有办法得到执业保险，只能委托事务所。我们碰到过一个案例，这个案例里的债务价值超过了遗产价值，因为涉及诉讼，家属非常希望指定律师作为遗产管理人来一并处理这些涉诉的事情。但是那位律师所在的事务所是一家综合性的大所，可能不合适，所以这个案子最终确认由死者的女儿作为遗产管理人。我们最近办理的一个涉外继承案件，则是由律所做遗产管理人。国外律师明确提出，只要中国的公证机构为其提供一份遗产管理人的公证文书，证明谁是遗产管理人，他以后将直接接受遗产管理人的委托处理相关财产，再对遗产进行分配。所以遗产管理人制度实施以后，帮助我们解决了很多实际的困难。

施克强：刚才听了三位的介绍，遗产管理人制度使得比较复杂案件的继承人之间有了一个出面解决矛盾或者协调关系的人。我也遇到过一个案件，父母都去世了，子女为了一套房子发生争执。因为没有遗产管理人，大家的意见不一致，导致这套房子空置了两年，也损失了一定的租金。假设能共同推举一个遗产管理人，只对遗产进行管理，让它保值、增值，最后既能保证胜诉方的利益，对败诉方也有公平的

交代。

我认为，以后为了避免社会、家庭财富的流失，推广这样一个制度确实很有好处。接下来，我们从时间线的角度来聊聊遗产管理人。三位觉得遗产管理人应当如何产生？当然，公证处主要是就继承进行公证，一般来说不会去担任遗产管理人，但是公证处希望什么样的人来担任这一角色？同时，从执业律师的角度观察，遗产管理人应当怎样产生，从哪些人中产生？律师与遗产管理人之间是什么关系？首先请两位律师聊一聊，然后请张主任谈谈在公证工作中，如何与作为遗产管理人的律师进行合作。

张琴丽：《民法典》第1145条规定了遗产管理人的产生方式，一共有五种。第一种方式是在遗嘱继承的法律关系中，遗嘱里面有指定遗嘱执行人的，该遗嘱执行人在遗嘱生效后直接成为遗产管理人。这是一个直接产生遗产管理人的方式，局限在遗嘱继承中发生。第二种方式是在法定继承或遗嘱继承没有指定遗嘱执行人的情况下，由继承人共同推选遗产管理人。推选遗产管理人既可以在法定继承中出现，也可以在遗嘱继承中出现，即遗嘱中如果没有指定遗嘱执行人，也会存在多个继承人要推选一个遗产管理人的情况。另外，如果因继承人的数量众多，无法达成推选的一致意见，那就可能产生第三种方式，即继承人共同担任遗产管理人。共同担任或推选，两者择其一，能推选就推选，推选不出就视为由继承人共同担任遗产管理人。《民法典》第1145条所规定的“推

选”的含义，是指在继承人中推选，而不包括在继承人之外做推选。因此，也就不可能存在继承人共同推选一个律师或者其他第三方中立机构作为遗产管理人的情况，这在最高院主编的《中华人民共和国民法典婚姻家庭编继承编理解与适用》中有明确说明。如果在继承人中推选不出来，则由继承人共同担任遗产管理人，这就是遗产管理人产生的第三种方式。第四种方式是在无人继承的情况下，有一个公共的遗产管理人，即由民政局或者村委会担任遗产管理人。第五种方式是在前述几种方式都无法产生遗产管理人或者有争议的情况下，利害关系人可以申请由法院指定遗产管理人。

施克强：如果律师介入到遗产管理人的法律服务市场，根据《民法典》第1145条，律师以什么身份、在什么样的情况下，有可能成为遗产管理人或者别的角色？

江聘骏：目前来看，律师只有一种情况可以成为遗产管理人。刚刚张主任也提到了，就是被继承人在遗嘱中明确律所作为遗产管理人，然后指派具体的承办律师。这是律师成为遗产管理人的唯一方式。在开展业务的过程中，律师可以帮助当事人系统性地解决问题。在没有订立遗嘱，没有指定遗产管理人，或者指定了遗产管理人但不是律师而是某一个继承人的情况下，律师还可以通过委托代理的方式帮助这个遗产管理人处理法律方面的一些事务。我们在目前处理的一些案子中发现，单凭律师的能力

也不足以解决比较庞杂的遗产管理事务。所以如果从遗产管理人的角度来说，还是需要借助很多其他的工具或者机构去处理遗产的一些事务。

施克强：张主任，我前段时间与一个同行聊天，他说某公证处推荐他作为遗产管理人，我想这可能更多的是给他一种资质的认定。我想知道张江公证处有什么这方面的创新举措吗？可以给我们介绍一下。

张磊：施律师说的公证处推荐遗产管理人的举措，我们公证处也有。目前上海可能有三四家公证处有遗产管理人推荐制度，我们称为“遗产管理人推荐库”。遗产管理人不是由公证处任命的，而是需要继承人推选，或者被继承人通过遗嘱指定，也就是刚才张律师介绍的五种情况。公证处在办理继承公证、遗嘱公证的时候，如果当事人在遗产管理人的选择上有困难，我们可以推荐。我们单位有两个库，一个是“遗产管理人推荐库”，所有的遗产管理人都是律师事务所，以单位入库；另一个是“遗产管理人专家库”，这里面则都是律师个人。但是专家库不是担任遗产管理人的推荐名单，只是提供专家意见。我们现在研究下来认为，还是推荐律所比较合适。专家库的概念是什么？就是在有相关法律咨询和具体业务对接的时候，我们可能会直接推荐专家库里的律师，再由该律师所在的事务所与客户签订相关合同。

我们为什么要推行遗产管理人的推荐库和专家库？其实也是基



张磊

于实践中的两点发现，我们认为这是现实需求。第一，从公证实践来说，目前的遗产管理人基本是通过两个方面产生。一是当事人在公证处办理遗嘱公证时，越来越多的立遗嘱人，尤其是中青年的立遗嘱人，会在遗嘱中指定遗产管理人。虽然《民法典》颁布以后，公证遗嘱的优先效力没有了，但是我一直认为公证遗嘱在法律上的价值在于它的法律服务专业性以及它的可查询性和优先的证据效力。二是我们发现，遗产管理人的产生基本是在一些继承情况较为复杂、遗产较多、继承人较多或者有债务的情况下，往往在继承事务中需要有一个遗产管理人。然而，在立遗嘱选择遗产管理人时，当事人一般都缺少法律专业知识，会跟我们说想选一个亲戚；尤其是一些单身家庭的当事人，他们想选择亲戚或者某人的父母。我们则会告诉他们，这里面存在几个情况：如果选择自己的父母，当遗嘱生效时，谁先去世是不知道的，选择其他人同样会存在这个问题；就算对方现在答应做遗产管理人，



张琴丽

但如果届时又不同意了，怎么办？如果是单纯的自然人作为遗产管理人，这个问题无法解决。第二个问题是监管问题。如果在遗嘱受益人或者法定继承人比较多的情况下，由其中一个人做遗产管理人，谁来监管他？因为他的权利很大，如果他取得了遗产以后，没有及时分配给其他法定继承人，则又会产生新的纠纷。并且公证处对遗产管理人出具证明后，若后期找不到该遗产管理人了，可能会引起一些投诉、上访。虽然这可能是法律以外的事情，但是现在确实存在这些矛盾。所以从公证的角度，我们一直向立遗嘱人宣传：在选定遗产管理人的时候，优先选择律师事务所。因为第一，律所是专业的法律服务机构；第二，律所受监管；第三，律所是独立于所有继承人和受益人之外的第三方，而且具有专业服务性，远优于自然人做遗产管理人。

这种推荐是基于非常现实的考虑，但是让大众接受这个观念是一个潜移默化的过程，因为这里面涉及费用和对律师的信任。我相信随

着现在个人财富的增多和公民法律意识的增强，这方面会慢慢得到改善，甚至我觉得现在已经改善很多了。但是从公证的角度来说，律师事务所有没有做好这方面的思想准备和内部的制度建设？如果是遗产继承，很好处理，律师可以迅速介入；但如果是在遗嘱中指定了律所作为遗产管理人，而立遗嘱人不知何时去世，这种情况下，律师事务所内部有没有相应制度？因为可能到立遗嘱人去世时，指派的承办律师已经退休了或者离职了等，在这种情况下，如何保证当事人的权益？律师事务所或者律协有没有相应的规范或者制度支撑？我觉得这一点可能是律师或者律师事务所要考虑的。另外，对于作为遗产管理人的承办律师，律师事务所内部如何进行监管，这可能也需要有制度上的考量。所以总结来说，从公证的角度，肯定优先推荐律师事务所做遗产管理人，相比于自然人和其他机构组织有太多优势，但是律师事务所自身也需要做好相应的制度建设和资产准备。

施克强：张主任说得非常好，律师、律师事务所以及律协等有没有做好这方面的制度安排，特别是对律师事务所以及承办律师的监管，这是非常重要的。从法条来看，律师从业务角度切入遗产管理人的身份，似乎只有通过担任遗嘱执行人这一个途径。我们进一步来探讨一下，从遗嘱执行人过渡到遗产管理人的角色，律师的法律地位是怎样的，在未来的诉讼中是一个怎样的地位？还有一个比较敏感的话题——有没有可能有一家律师事务

所指定某一位律师持有一些财产，这在实践中有没有发生过，以及未来怎样去展望？请两位律师分别谈一谈。

张琴丽：律师事务所怎样去规范律师作为遗产管理人在后续服务过程中的种种行为，这其实是一个比较困难的问题，风险很大。首先，遗产管理人的身份除了享有处理遗产的权利外，更多地需要承担相应的责任和义务。因为遗产管理人是一个独立的民事主体，根据《民法典》规定的职责和权限，他要清理债权债务、分割遗产、保管保护遗产。所以从律师事务所的角度来说，律师如果要直接成为遗产管理人，只能在遗嘱执行人中产生。当事人在生前委托律师帮其做一些身后安排，指定律师事务所为遗产管理人时，律所会考量这个非诉案子的持续服务时间、周期，以及管理成本、收费等。这会产生一系列的连锁反应，仅凭单个律师无法完成整个服务流程，而是需要一支团队；还要基于律师事务所的管理规范来评估其承担责任的能力。因为《民法典》第1148条单独规定了遗产管理人的民事责任，遗产管理人必须要对因故意或者重大过失造成的遗产损失，对继承人、遗赠人或债权人承担民事责任，从而增加律师事务所涉诉的可能。

如果律师事务所成为遗产管理人，可以基于这个身份，以管理遗产为目的到法院起诉追讨债权或者应诉归还债务，这都是其诉讼主体资格，法律地位比较明确。但有时候会存在一个矛盾，即律师事务所去做这些管理事务的时候，需要法

律文书或者张主任说的公证处出具的遗产管理人资格证书来证明自己的身份。

对于整个服务过程中，从立遗嘱任命律师为遗嘱执行人到遗嘱生效开始做遗产管理的相关工作，这个周期有多长；以及遗嘱生效后，遗产管理工作中会发生什么事情，立遗嘱人在立遗嘱的时候往往很难预见，这些都是很矛盾的问题。所以律师碰到此类业务时，不太敢接这样的案子，因为不确定性太大。律师更倾向于办理的业务是在被继承人去世，遗产已经发生了继承的事实，继承人比较多或者情况较复杂的时候，帮助继承人规划后面的遗产处理分配事项。律师作为这些继承人的受托人来操作这类非诉案件，帮他们做遗产管理工作，最终的责任主体是这些继承人推选的某一个作为遗产管理人的代表，或者继承人共同作为遗产管理人对委托事务承担法律后果，这是律师比较愿意接的业务。如果让律所直接去做遗产管理人，很多律师事务所可能不太愿意，律师个人也觉得风险很大。

江骋骏：关于遗产管理人，有两种主要学说——代理说和固有说。所谓的独立法律地位就是固有说。在固有说的情况下，遗产管理人的身份更像是破产管理人，这也是现在的主流观点。如果参照破产管理人的身份去看遗产管理人，那么遗产管理人的责任会非常大。最大的风险在于有一大部分企业家，他们的资产获得是有瑕疵的。这种情况下，如果在整理其遗产的过程中发现有未缴税款，应该怎么处理？根据固有说的一个观点来看，需要

兼顾考虑保护国家利益。所以律所作为遗产管理人，有一定的好处，但风险上的评估还是要考虑清楚。从律师的角度来说，我比较建议以继承人作为遗产管理人，律师作为遗产管理人的代理人开展业务，可能这样的风险会相对低一点。我们在实践中也遇到了类似的问题。我们作为继承人的代理人在处理被继承的遗产时，发现被继承人生前有很大一笔税款没有缴纳；而根据债务的清偿顺序，税款应该是优先级最高的。因此在这种情况下，我们律师作为遗产管理人，一定是先去补缴税款。

所以我觉得律师作为遗产管理人是一把双刃剑。被继承人是希望律师作为遗产管理人帮其处理遗产的合法性问题，然后再进行继承，还是希望现有的这些财产全部定向地交给其指定的继承人？这也是一个问题。如果是我来办理，我可能会选择其中的一位继承人作为遗产管理人，再由他来进行委托。刚刚施律师还提到了一个账户的问题，其实破产管理人的制度是比较完善的。破产管理人在做破产业务的时候，会有一个破产管理人的专用账户，但是目前并没有遗产管理人的专用账户。还有遗产管理人能否直接持有股权？我们看到有相关案例支持遗产管理人直接作为股东先持有股权，然后进行一些表决，以保证公司能正常运营。尤其是大公司，一旦主要的实控人去世以后，继承人多了，这就意味着股权的分散。股权分散了之后，如果小股东做一些小动作，可能这家公司的实际控制人就发生了比较大的变化。但是目前没有针对这些问题



江骋骏

的法律，我觉得还是要作出相应的立法。所以我的建议是既然已经出台了遗产管理人制度，并且继承编的司法解释细节也出来了，但是基本上没有提到遗产管理人的内容，那么尽快出台遗产管理人制度具体实施的司法解释或法律规定，是非常有必要的。

施克强：《民法典》规定了遗产管理人这样一个角色，但是我个人认为与形成一项制度之间还有一段距离。作为法律人，我觉得我们应当积极响应这个法律条款的出台，同时又谨慎地从事实践工作，更需要大家付出智慧来探讨其中的一些疑点、难点——怎样使得这一角色得到法律制度的进一步保护，以及如何规避风险。今天我们通过讨论，对这些问题有了一些粗浅的共识、认知，相信对同行们也能有一点小小的帮助。感谢张磊主任、江律师和张律师的精彩分享。

（本文内容根据录音整理，系嘉宾个人观点，整理时间：2022年10月27日）

“996”合规审查六步法（超细指引）

文 | 周开畅 胡雪梅

2021年8月25日，人力资源和社会保障部与最高人民法院联合发布了第二批劳动人事争议典型案例（以下简称“典型案例”），强调工时及加班工资的法律适用标准。当前，典型案例的发布已被广泛解读为国家层面宣布“996”属于违法。一夜之间，几乎全网全

媒体都在谴责、痛斥“996”的各种“罪恶”。

从社会舆论或社会道德层面，笔者赞成对“996”的批判；但从法律执行的角度，当前对“996”的讨伐已经偏离了应有的法治精神。笔者认为，务必以专业的眼光严谨地审视“996”。当然，作为

执业律师，如能以更加务实的态度为企业和劳动者提供操作方案或分析方法，或许更能体现执业律师的社会责任。为此，笔者将自己的执业经验总结出来，并从劳动人事合规管理的角度给出“996”合规审查六步法，希望能对企业有所启发。

合规审查第一步：用工模式的分类适用

对于“996”是否违法的判断依据是《劳动法》，而劳动法的立法框架主要是围绕“劳动关系”来设计的。此类“劳动关系”是标准化的，主要指全日制用工、“劳动合同关系”或“事实劳动关系”；因此，理论界会以“标准劳动关系”

予以界定。随着经济社会的发展，用工模式呈现多样化的发展态势，除了标准劳动关系的用工模式之外，还包括非标准劳动关系（非全日制用工、劳务派遣、兼职、借调等）和非劳动关系（雇佣关系或劳务关系、外包和平台用工等）。不

同的用工模式所适用的法律各有不同，相应的责任亦有不同。因此，对于“996”加班问题的合规审查（以下简称“合规审查”）需先确定用人单位适用的用工模式，以确定所适用的法律依据和审查要点。

序号	用工模式	主要法律依据 / 裁审意见	审查要点
1	全日制用工	<p>⇨《劳动法》第36—44条、第61条、第63条和第90条</p> <p>⇨《劳动合同法》第31条</p> <p>⇨《国务院关于职工工作时间的规定》第3—7条</p> <p>⇨《工资支付暂行规定》第13条</p> <p>（以上统称“加班规定”）</p>	<p>全日制用工是最常见的用工模式，且需严格遵守相关加班规定。如劳动者存在加班时间，用人单位应依法支付加班费或者安排调休（统称“加班待遇”）。全日制用工模式的审查事项主要包括：</p> <p>（1）劳动合同、工作内容以及适用规章制度等情况；</p> <p>（2）工时制度，包括是否适用特殊工时制度（如不定时或者综合计算工时制度）、劳动者日/月/年工作时长；</p> <p>（3）与加班有关的规章制度或约定，包括加班审批、包薪等制度；</p> <p>（4）加班时间和考勤时间；</p> <p>（5）加班待遇的履行和结算情况；</p> <p>（6）加班限制，包括劳动者的同意、加班时长（日/月不超过3/36小时，即超时加班）、未成年人和怀孕妇女的加班限制；</p> <p>（7）违法加班的排除情形。</p> <p>（以上统称“加班审查事项”）</p>

序号	用工模式	主要法律依据 / 裁审意见	审查要点
2	非全日制用工	⇨《劳动合同法》第68条 ⇨《北京市工资支付规定》第18条第二款 ⇨《江苏省高级人民法院劳动争议案件审理指南(2010)》第四章第(五)条	非全日制用工模式中，一般没有延时或者双休日加班的概念。尽管如此，对于非全日制用工模式仍需审查以下问题： (1) 周工作时间是否超过24小时。如超过24小时，司法实践中基本倾向于按照全日制用工模式审查加班问题。 (2) 用工当地是否存在法定节假日上班应支付加班工资的特别规定。
3	劳务派遣	⇨《劳动合同法》第62条 ⇨《劳务派遣暂行规定》第8—9条 ⇨加班规定	从法律关系而言，派遣单位与劳动者签署劳动合同，再将劳动者派往用工单位，接受用工单位的指挥与监督。在此模式下，第一，虽然派遣单位是用人单位，但是用工单位才是支付加班费、绩效奖金等劳动待遇的主体；第二，在用工单位有过错时，用工单位与派遣单位需向劳动者承担连带赔偿责任；第三，劳务派遣中的劳动者一般为全日制用工。因此，除按照全日制用工模式对加班事项进行审查外，还需审查是否符合劳务派遣用工模式，主要包括： (1) 派遣单位是否拥有劳务派遣的行政许可； (2) 派遣单位与用工单位是否签署劳务派遣协议； (3) 派遣单位、用工单位与劳动者之间是否构成三角用工模式。
4	劳务外包	⇨《民法典》 ⇨《劳务派遣暂行规定》第27条 ⇨加班规定	劳务外包的本质是两个商业主体之间的合同关系，即外包员工与提供外包服务单位（以下简称“承包单位”）之间是劳动关系，接受外包服务单位（以下简称“发包单位”）与承包单位之间是合同关系。发包单位虽接受外包员工的服务，但却不直接承担任何用人单位的法定义务，包括加班待遇的支付等。尽管如此，如果承包单位与发包单位的关系被认定为“劳务派遣”或“假外包”，则发包单位存在承担加班费等劳动福利待遇的可能性。此外，承包单位的违规问题也会影响发包单位的企业形象并引发连锁反应。因此，需审查以下问题： (1) 外包人员的名单与实际使用是否对应，承包单位是否依法用工； (2) 外包员工是否接受发包单位的用工管理，包括工作内容、工作时间以及汇报线的安排等； (3) 外包员工是否受到发包单位规章制度的约束； (4) 发包单位是否向外包员工支付劳动报酬等； (5) 发包单位与承包单位的外包协议以及合同款项的结算等； (6) 承包单位的资信、履约守法状况。

序号	用工模式	主要法律依据 / 裁审意见	审查要点
5	平台用工	⇨《民法典》 ⇨《关于确认劳动关系有关事项的通知》第1—2条 ⇨加班规定	“互联网+”平台用工创新了灵活用工形式，关于平台与平台从业者之间的合同形式是属于劳动、承揽、外包、雇佣还是居间关系，在实践中存在较大争议。因互联网平台的用工形态复杂、从业者类型多样，平台从业者、平台和服务需求方之间具体构成何种关系，更多地依赖于个案情形的认定。如一方（如平台或者服务需求方）被认定与平台从业者构成劳动关系，则由被认定为用人单位的主体承担加班待遇的支付义务；反之，无劳动关系则适用《民法典》等相关规定。实践中，审查要点主要是以下事项： <ol style="list-style-type: none"> （1）平台或服务需求方（以下简称“平台实体”）是否符合法定建立劳动关系的主体资格； （2）平台从业者是否需遵守平台实体的劳动规章制度或接受其用工安排； （3）平台从业者提供的服务是否是平台实体业务的组成部分； （4）平台从业者的劳动强度、计酬标准、管理模式等对个体与社会的负面影响。

合规审查第二步：工时制度的区别对待

如上表第1条提及的加班审查事项，在确定具体的用工模式后，加班合规审查的第二步则主要审查工时制度。

现行法律框架下主要存在4种工时制度，包括标准工时制、综合计算工时制、不定时工时制和缩短工时制。在不同的工时制度下，

加班的认定标准各有不同。因此，在审查工时制度时，需主要关注的法律依据和相应审查要点包括：

序号	工时制度	法律依据	审查要点
1	标准工时制	⇨《国务院关于职工工作时间的规定》第3—5条	<ol style="list-style-type: none"> （1）日/周工作时间是否超过8小时/40小时； （2）是否保障每周至少休息1天； （3）加班时间是否超过法定标准（每天3小时、每月36小时）； （4）特殊员工，如三期女工、未成年工等的执行问题。
2	综合计算工时制	⇨《劳动部关于企业实行不定时工作制度和综合计算工时工作制的审批办法》（以下简称《审批办法》）第5条	<ol style="list-style-type: none"> （1）是否属于需连续作业的工作岗位，或受季节和自然条件限制的行业的部分岗位，如建筑工人、渔业工作者； （2）是否取得实施综合计算工时制的行政许可或符合当地的法律政策； （3）在被许可实施的综合计算工时制的周期（如以月/季/年计算的周期）内，平均工作时长是否超过标准工时制下的日/周平均工作时长。

序号	工时制度	法律依据	审查要点
3	不定时工时制	⇨《审批办法》第4条	(1) 工作岗位是否属于无法按标准工作时间安排工作或因工作时间不固定,需要机动作业的岗位,如司机、网店客服、高管; (2) 是否取得实施不定时工时制的行政许可。需要注意的是,个别地方对于高管适用不定时工时制并无行政许可要求,如北京和江苏。
4	缩短工时制	⇨《国务院关于职工工作时间的规定》第4条 ⇨《劳动部贯彻〈国务院关于职工工作时间的规定〉的实施办法》第5条 ⇨《化工部、原国家劳动总局关于在化工有毒有害作业工人中改革工时制度的意见》第3条 ⇨《化工部关于化工研究院(所)安全管理暂行制度》第195条	(1) 工作岗位是否属于从事矿山井下作业、高处作业、严重有毒有害作业(如化工生产企业中直接从事有毒有害作业的化工操作岗位)、特别繁重或过度紧张的体力劳动等岗位; (2) 工作时间是否为“三班一体”“每日6/7小时工作制”“定期轮流脱离接触”“做一休一”等形式; (3) 劳动者的实际日平均工作时长、月平均工作时长或者年工作时长是否超过法定工作小时数。

合规审查第三步: 规章制度或约定的有效性

无论采用何种用工模式或者工时制度,用人单位一般会在规章制度或者劳动合同中与员工就加班有关的事项进行约定(以下简称“加班条款”)。实践中,加班条款主要包括加班审批制度、包薪制以及放弃加班待遇约定(如奋斗者协议)。前述条款的有效性需从如下方面考虑:

1. 是否违反法律、行政法规的强制性规定,是否存在欺诈、胁迫或者乘人之危,是否存在重大误解或显失公平的情形。加班报酬

是《劳动合同法》等法律明确规定用人单位应向劳动者支付的劳动待遇,一般情况下,约定放弃加班费显属免除用人单位法定责任、排除劳动者权利的无效条款。典型案例4明确指出,劳动者放弃加班费的条款已违反法律规定,也违背了公平原则,侵害了劳动者的工资报酬权益,不应认定有效。

2. 规章制度是否依法履行民主程序。加班是直接涉及劳动者切身利益的事项,制定与之相关的规章制度应履行法定程序,包括

与全体员工或者职工代表进行民主讨论、与工会或者职工代表协商确定以及向全体员工进行公示或告知等。

3. 是否与实际履行情况矛盾。以包薪制为例,“包薪制”是指在劳动合同中打包约定正常工作时间内的工资和加班费的条款。典型案例6明确指出,用人单位应严格按照不低于最低工资标准支付劳动者标准工作时间的工资,同时按照国家关于加班费的有关规定足额支付加班费。

合规审查第四步：加班时间的认定

在加班合规审查中，如何认定加班时间是关键问题，无加班时间即无加班待遇。实践中，考勤时间是认定是否存在加班时间的重要事实依据，明确且系统性的考勤

数据有助于企业区分员工的正常工作时间与加班时间的界限。尽管如此，在对加班时间进行审查时，仍需对企业规定的上下班时间和实际执行的加班时间、是否存在

考勤、劳动者的休息与工作时长、劳动定额管理以及不同活动（如自愿加班、出差）的性质进行区分审查。具体而言，主要审查要点包括：

序号	事项	审查要点
1	上下班时间	<p>实践中，典型的工资计算形式为计时工资。裁审机构在审查是否存在加班时间时，多考虑劳动者的上下班时间是否超过特定工时下的法定工作小时数；对于超过的部分，则支持相应的延时、双休日或者法定节假日加班待遇。因此，审查加班时间时，需关注公司规定的上下班时间本身是否已超过法定工作小时数以及实际执行的加班时间等，主要包括：</p> <ul style="list-style-type: none"> （1）规章制度 / 劳动合同规定的标准上下班时间情况； （2）劳动者的实际上下班时间情况； （3）劳动者的休息（如调休）时长。
2	考勤	<p>如上所述，考勤时间是司法实践中认定加班时间的重要依据，而在考勤问题上的审查需至少关注以下方面：</p> <ul style="list-style-type: none"> （1）是否执行考勤以及考勤数据的保存期限。考勤是用人单位管理劳动者工作时间的重要工具，但法律法规并未强制要求用人单位实施考勤（部分地区存在例外情况）。简而言之，没有考勤，即无考勤数据；有考勤，则用人单位有义务提供考勤数据。根据《劳动争议调解仲裁法》第6条，与争议事项有关的证据属于用人单位掌握管理的，用人单位应当提供，不提供的则由其承担不利后果。因此，关于考勤数据的保存期限，执行考勤的用人单位在劳动关系存续期间应至少保存两年、离职后至少保存一年，否则将承担不利后果。 （2）考勤方式的合规性。随着科技的发展，用人单位采用的考勤方式包括人脸识别、指纹打卡、地理位置定位打卡、纸质 / 人工考勤等。用人单位在采集前述信息时可能会涉及劳动者敏感信息的处理，如人体生物识别信息（即人脸、指纹）、行踪轨迹（即定位信息）。根据《个人信息保护法》的要求，用人单位采集上述信息需征得劳动者的单独同意。 （3）考勤数据与加班时间的关系。劳动者的实际加班时长与考勤数据所显示的上下班时间密切相关，但并非一一对应关系。在进行加班合规审查时，应结合加班审批制度、工时制度等事实进行审查，而非以考勤数据直接作为计算加班时间的依据。
3	劳动定额管理	<p>随着新兴业态的兴起，平台用工、快递行业、外卖人员等开始大量实行计件工资制。针对计件工资制度，《劳动法》规定了需参考标准工时制度合理确定劳动定额和计件报酬标准，即对于超过劳动定额标准之外的计件内容应当支付加班待遇。实践中，如用人单位未通过民主程序或者集体协商程序制定劳动定额标准的，裁审机构往往参考劳动者完成计件工作所实际耗费的工作时长，按照标准工时制度的标准支持加班待遇。因此，在实行计件工资的模式下，需关注和审查：</p> <ul style="list-style-type: none"> （1）是否通过民主程序或集体协商程序确定劳动定额标准； （2）在无劳动定额的情况下，劳动者的实际工作时长和休息情况。

序号	事项	审查要点
4	单位组织的活动	(1) 活动目的, 如是否与完成工作任务、创造工作业绩、创建企业文化等有关; (2) 组织者的性质, 如是否为用人单位自发安排等; (3) 活动的自愿性质, 即是否强制劳动者必须参加。
5	自愿加班	劳动者自愿延长其工作时长, 用人单位是否需要支付加班待遇, 需视以下情况进行审查: (1) 用人单位是否在事后通过实际履行的方式认可劳动者的自愿加班时间, 如为其安排调休; (2) 劳动者是否履行加班审批制度(加班审批制度长期荒废可能会被认定为对劳动者的豁免); (3) 用人单位是否积极主动地为自愿加班提供了劳动条件(在举证责任上企业是非常被动的)。
6	出差	(1) 区分在途时间与出差中的工作时间; (2) 确定加班类型, 如延时加班时间系超过日标准工作小时数的工作时间; (3) 与工作直接相关的时间, 如拜访客户等。

合规审查第五步: 加班待遇的结算审查

在完成上述项目的合规审查后, 用人单位面临的重要问题即加班待遇是否足额支付, 并将主要涉及以下事项的审查:

序号	事项	审查要点
1	加班待遇	加班待遇依法分为支付加班费和安排调休, 用人单位不可自行调整加班待遇的支付方式: (1) 延时和法定节假日加班是否支付加班费; (2) 双休日加班是否安排调休或支付加班费。
2	加班工资计算基数	(1) 是否恶意拆分固定工资以构建加班费支付假象; (2) 是否按照劳动合同约定/实际履行的工资标准计算加班费; (3) 是否低于正常出勤工资标准支付加班费。
3	加班工资计算标准	(1) 延时加班工资的标准: 劳动者日平均工资的 150%; (2) 双休日加班工资的标准: 劳动者日平均工资的 200%; (3) 法定节假日加班工资的标准: 劳动者日平均工资的 300%; (4) 工资计发方式或周期会影响加班工资数额的认定。

合规审查第六步：违法加班的排除事由

按照上述步骤进行合规审核后，基本可以判断出“996”的合法性与否。但实践中存在值班以及法律规定的一些特殊情形以排除违法加班风险，也需在合规审查中予以考虑，主要包括：

序号	事项	审查要点
1	值班	<p>法律法规并未就值班的含义和待遇进行规定。但一般而言，如仲裁机构认定劳动者属于值班性质，则用人单位无支付加班待遇的法定义务。因此，何种情况应被认定为值班是合规审查的重点，包括：</p> <p>(1) 是否是因单位安全、消防、假日等需要，由单位临时安排或制度安排与劳动者本职工作无关的工作；</p> <p>(2) 是否保障劳动者在值班期间的休息权利，即值班期间的工作应属于临时性或者特殊值守安排，工作强度不高，其间可视情况休息；</p> <p>(3) 是否制定值班制度，用以区分劳动者的加班时间；</p> <p>(4) 是否给予值班津贴（数额多少依照制度或约定，没有津贴的情况下豁免单位的加班待遇支付义务存在不确定性）；</p> <p>(5) 劳动者的主观意愿（明确拒绝后仍被要求值班，存在被认定为加班的可能性）。</p>
2	强制加班情形	<p>一般而言，用人单位安排劳动者加班需取得其同意，不得强行安排加班。即便劳动者同意加班，其加班时长每日也不得超过 3 小时且每月不超过 36 小时。如违反前述加班时长上限规定的，用人单位需承担违法责任。尽管如此，《劳动法》第 42 条也明确规定在符合法定情形时，用人单位的加班安排不受加班时长和劳动者意愿的限制。因此，在排除违法加班情形时，需对是否存在以下法定情形进行审查：</p> <p>(1) 发生自然灾害、事故或者其他原因，使人民的安全健康和国家资财遭到严重威胁，需要紧急处理的；</p> <p>(2) 生产设备、交通运输线路、公共设施发生故障，影响生产和公众利益，必须及时抢修的；</p> <p>(3) 必须利用法定节日或公休假日的停产期间进行设备检修、保养的；</p> <p>(4) 为完成国防紧急任务，或者完成上级在国家计划外安排的其他紧急生产任务，以及商业、供销企业在旺季完成收购、运输、加工农副产品紧急任务的。</p>
3	工间休息	<p>从劳动者进入工作场所直至其离开，很多企业都会有工间休息时间，以便劳动者释放生理或心理上的压力，比如午休、就餐、保健操等形式。司法实践普遍认为，在认定工作时间时，应对工间休息予以适当扣除。扣除标准主要是依据制度规定、合同约定和实际情况予以综合判断。</p>

结语

1. 通过上述合规六步法，我们基本可以对某类企业的“996”文化或制度作出是否合规的评判了。因此，从专业的角度，笔者不赞成对“996”进行“一刀切”“舆论审判”以及“运动式执法”。

2. 对“996”问题的评价本来应该纳入劳动基准法的范畴，但遗憾的是，我国目前没有劳动基准法。具体的劳动基准在规范性与适用性上存在诸多缺陷，希望未来立法可以予以完善。

3. “996”问题广泛存在的

社会根源如何，研究者寥寥。笔者以为，当前经济社会的发展已经远远脱离了以“工厂法”“固定性”“体力劳动”“有形成果”为背景的传统劳动法的立法背景，而进入到以“多元化”“灵活性”“智力劳动”“无形成果”为主导的新时代。若以传统思维解决现代问题，任何解决“996”的方法无异于“关公战秦琼”，并不能从根本上解决问题。因此，解决“996”问题也需要有更多的制度创新与实践创新。



周开畅

上海市汇业律师事务所合伙人，上海律协劳动与社会保障业务研究委员会委员、全国律协劳动法专业委员会委员，华东政法大学、上海对外经贸大学硕士生导师
业务方向：经济法（劳动法方向）



胡雪梅

上海市汇业律师事务所合伙人
业务方向：公司法、劳动人事、合同法

从人力资源角度 谈员工信息收集合规之法条解读

文 | 杨傲霜

继《民法典》之后，又一直接规制个人信息处理的法律出台。2021年8月20日，《个人信息保护法》在第十三届全国人民代表大会常务委员会第三十次会议上通过，自2021年11月1日起施行。由此，我国以立法形式显著加强了对个人信息的保护。从《个人信息保护法》设置的罚则力度不难看出我国对个人信息侵权行为的惩治决心。

大数据时代下，企业需要处理员工个人信息的场景似乎有增无减。从获取姓名、年龄、身份证号、联系电话、地址等基本信息，到获取健康、行踪轨迹、生物识别等敏感信息，超过一定程度，信息爆炸可能成为负担。无论从法律还是经济成本角度看，用人单位都应寻求处理员工个人信息的合规路径。本文将带领读者从人力资源管理与劳动法的角度，对《个人信息保护法》重点条款进行初步分析，以供进一步探讨。

一、《个人信息保护法》第4条：员工“个人信息”定义与员工信息处理各阶段情形

（一）法条原文

个人信息是以电子或者其他方式记录的与已识别或者可识别的自然人有关的各种信息，不包括匿名化处理后的信息。

个人信息的处理包括个人信息的收集、存储、使用、加工、传输、提供、公开、删除等。

（二）法条解读

1. 以“员工”为个人信息主体

个人信息权指向“自然人”，也就是员工个人的信息。如果是因员工设立公司而产生的其公司相关信息，不属于《个人信息保护法》的保护范围。

2. “处理”员工个人信息的8种情形

《个人信息保护法》第4条列举

了个人信息处理的8类情形，分别是收集、存储、使用、加工、传输、提供、公开、删除。

收集：指用人单位取得员工（含应聘候选人）个人信息的行为。其中包括员工主动提供与应用用人单位要求提供的个人信息。例如，应聘者主动提供其个人简历、教育与工作背景；员工主动提供病假单，要求享受医疗假期。此外，用人单位为进行人事管理，会要求员工提供入职材料，主动披露其身份信息、家庭信息、医疗信息。

《个人信息保护法》第6条规定：“收集个人信息，应当限于实现处理目的的最小范围，不得过度收集个人信息。”因此，用人单位应当以“最小必要”为原则，不作过度收集。

存储：用人单位对收集的员工个人信息进行存储，多以书面、电

子形式存储，再进行后续的信息处理。首先，存储时间最短化。根据《个人信息保护法》第19条，除法律、行政法规另有规定外，个人信息的保存期限应当为实现处理目的所必要的最短时间。因此，用人单位应当遵循实现信息处理目的的最短时间要求。其次，劳动合同解除或终止后，建议告知离职员工，对存储的员工个人信息进行删除或匿名化处理，但法律另有规定的除外（请见下文“删除”）。

使用：用人单位对员工个人信息进行分析和利用。首先，对员工个人信息控制者设置内部使用审批流程，以最小与必要为原则，限制访问人员与访问内容；其次，根据员工个人信息使用目的，限制使用范围。员工提供个人信息一般与签订履行劳动合同或与用人单位人事管理相关，除员工同意外，不应将

员工个人信息用作其他用途。

加工：指个人信息处理者对所收集、存储的个人信息进行筛选、分类、排序、加密、标注、去标识化等活动。

传输与提供：首先，按劳务派遣、劳务外包、薪酬外包、背景调查外包以及集团公司要求，往往需要将员工个人信息传输给第三方进行共享、委托处理，这就需要根据《个人信息保护法》的规定处理。其次，《个人信息保护法》第38条规定：“个人信息处理者因业务等需要，确需向中华人民共和国境外提供个人信息的，应当具备下列条件之一……”此处法律明确规定“确需”向境外传输，故用人单位应当考虑是否达到“确需”将员工个人信息保存于境外服务器的要求。如果确需向境外提供的，则应当遵守国家相关规定与要求。

公开：《个人信息保护法》第25条规定：“个人信息处理者不得公开其处理的个人信息，取得个人单独同意的除外。”因此，法律对公开处理个人信息进行了严格的规定。对于用人单位因业务开展需要公开员工的职务、履历、照片与视频资料的，员工一般不会持异议；但是如果对员工违纪行为进行公开通报或者在第三方背景调查时公开，则应当充分重视其法律风险。

删除：《个人信息保护法》第47条明确规定了应当删除个人信息的5种情形。对此，首先，《劳动合同法》第50条规定，用人单位对已经解除或者终止的劳动合同的文本，至少保存两年备查。《工资

支付暂行规定》第6条规定，用人单位必须书面记录支付劳动者工资的数额、时间、领取者的姓名以及签字，并保存两年以上备查；用人单位在支付工资时应向劳动者提供一份其个人的工资清单。其次，在没有相关法律规定保存期限的情况下，个人信息保存期限越长，泄露、遗失的可能性就越高；因此，笔者仍建议用人单位按照《个人信息保护法》第19条规定的“最短时间”原则保存个人信息。

二、《个人信息保护法》第13条：员工“个人信息”处理的合法性依据

（一）法条原文

符合下列情形之一的，个人信息处理者方可处理个人信息：

- （一）取得个人的同意；
- （二）为订立、履行个人作为一方当事人的合同所必需，或者按照依法制定的劳动规章制度和依法签订的集体合同实施人力资源管理所必需；
- （三）为履行法定职责或者法定义务所必需；
- （四）为应对突发公共卫生事件，或者紧急情况下为保护自然人的生命健康和财产安全所必需；
- （五）为公共利益实施新闻报道、舆论监督等行为，在合理的范围内处理个人信息；
- （六）依照本法规定在合理的范围内处理个人自行公开或者其他已经合法公开的个人信息；

（七）法律、行政法规规定的其他情形。

依照本法其他有关规定，处理个人信息应当取得个人同意，但是有前款第二项至第七项规定情形的，不需取得个人同意。

（二）法条解读

本条法律是个人信息处理的合法性依据，分为以下两种情形。

1. 取得个人同意

“告知-同意”是各国普遍认可处理个人信息的基本原则。实践中，很多用人单位让应聘人员与员工签署个人信息授权同意书，但该同意书应当如何拟定？“告知-同意”是基本原则。根据《个人信息保护法》第17条，取得员工授权同意时，还需告知员工相关权利与权利行使方式，即“告知”是“同意”的前提条件与义务，下文将对此进行具体阐述。

2. 法定无须个人同意的情形

根据《个人信息保护法》第13条第2款规定，“为订立、履行个人作为一方当事人的合同所必需，或者按照依法制定的劳动规章制度和依法签订的集体合同实施人力资源管理所必需”时，处理个人信息无需征得信息主体同意。

所谓订立、履行与人力资源管理所必需，可以参考《劳动合同法》第8条，即“用人单位有权了解劳工与劳动合同直接相关的基本情况”。但至于何谓与劳动合同直接相关的基本情况，未见有进一步的法定解释。笔者认为，从狭义解释，姓名、住址、身份证号、健康状况、知识技能和工作经历等均可以是与劳动合同直接相关的基本情况，可以参照《劳动合同法》第17

条、《上海市劳动合同条例》第8条、《江苏省劳动合同条例》第11条、《山东省劳动合同条例》第10条进行处理；从广义解释，用人单位可以通过制定规章制度与订立集体合同，向员工明确人力资源管理所必需的员工个人信息。

需要说明的是，用人单位的规章制度必须审慎规定哪些是“人力资源管理所必需”的员工个人信息，不得任意扩大化规定。对此，可以参考《劳动合同法》第39条，即员工严重违反用人单位规章制度的，用人单位可以解除劳动合同并不支付经济补偿。此处的“严重违反”用人单位规章制度，并非出现用人单位单方面规定的“严重违反”行为即可以作解雇处理，而是需要符合一般公众认识的“严重”标准与劳动争议案件司法实践标准。例如，《员工手册》规定迟到1次即属于“严重违反”用人单位规章制度，这明显是无效规定。即使《员工手册》经过民主程序并向员工公示，用人单位以此为由解雇也将被认定为违法解除劳动合同。此外，法律为限制用人单位的权利，同时规定了“依法制定”规章制度与“依法签订”集体合同。用人单位需要根据《劳动合同法》第4条及按法定程序制订规章制度与集体合同后，才能将其有效适用于员工，以及为处理员工信息奠定合法性基础。

三、《个人信息保护法》第17条：用人单位告知的内容与方式

（一）法条原文

个人信息处理者在处理个人信息前，应当以显著方式、清晰、易懂的语言真实、准确、完整地向个



人告知下列事项：

（一）个人信息处理者的名称或者姓名和联系方式；

（二）个人信息的处理目的、处理方式，处理的个人信息种类、保存期限；

（三）个人行使本法规定权利的方式和程序；

（四）法律、行政法规规定应当告知的其他事项。

前款规定事项发生变更的，应当将变更部分告知个人。

个人信息处理者通过制定个人信息处理规则的方式告知第一款规定事项的，处理规则应当公开，并且便于查阅和保存。

（二）法条解读

处理个人信息的基本原则是“告知—同意”。对于招聘员工与员工管理中涉及的员工个人信息，建议要求员工签署“个人信息处理同意书”，这就要确保员工是在充分知情的情况下自愿作出同意。《个人信息保护法》第17条对征求员工同意的要求如下：

1. 告知时间

用人单位要求员工提供个人信息前，应当根据《个人信息保护法》第17条的规定，向员工履行告知义务。

2. 告知方式

即“以显著方式、清晰、易懂的语言真实、准确、完整地向个人告知”。该要求与欧盟GDPR第12条的规定相仿，即控制者应采取适当措施，以简洁、透明、易于理解和容易获得的形式，向数据主体提供第13条和第14条中提到的任何与处理相关的信息，以及进行第15至第22条和第34条规定的各项沟通，特别是专门针对儿童的任何信息。

3. 告知事项（详见表1）

4. 告知保存期限：最短时间

首先，《劳动合同法》第50条规定，用人单位对已经解除或者终止的劳动合同的文本，至少保存两年备查。《工资支付暂行规定》第6条亦载明，用人单位必须书面记录支付劳动者工资的数额、时间、领

表1

情形	信息内容	处理目的	处理方式	信息种类
选聘候选人	照片、姓名、联系方式、年龄、教育背景、资格证书、工作经历等	入职选聘	建议根据实际情况明确处理方式,包括收集、存储、使用、加工、传输、提供、公开、删除,不同的处理方式对个人信息权益的影响不同。例如,写明对于选聘候选人的个人简历仅在面试中使用,对于未入选者的简历将立即删除,而不包括其他信息处理方式。	建议写明信息种类,尤其对于用人单位非人力资源管理所必需的个人信息收集以及敏感个人信息。例如钉钉打卡,建议写明工作时间行踪轨迹考勤,而非考勤记录。
招工入职	身份证号、家庭地址、家庭信息、社保信息、入职体检、紧急联系人、银行账号、刑事犯罪记录等	签订劳动合同、办理招工与入职手续		
劳动合同履行	指纹人脸识别考勤、薪酬信息、行踪轨迹、病假证明、子女信息、为申请各类假期而使用的信息(婚假、女员工“三期”等)、费用报销提交的报销凭证等	人力资源管理		
职务履行	姓名、职位、联系方式、照片与宣传视频	工作业务		
第三方共同处理或委托第三方处理	姓名、工资信息、教育与工作经历等	人力资源外包,例如:薪酬外包、招退工处理外包		

取者的姓名以及签字,并保存两年以上备查。其次,在没有相关法律规定的情况下,个人信息保存期限越长,泄露、遗失的可能性就越高。笔者建议用人单位按照《个人信息保护法》第19条的规定,除法律、行政法规另有规定外,对于个人信息保存的期限应遵循为实现目的所必要的“最短时间”。

5. 告知员工可行使的权利与行权方式

在员工(含应聘者)授权用人单位处理其个人信息的同时,用人单位也应当告知员工可以根据《个人信息保护法》第4章“个人在个人信息处理活动中的权利”行使其权利,并说明其行使权利的方式,例如员工有权向人力资源部要求修订或撤回其个人信息。

需要说明的是,如果用人单位

处理的员工个人信息是签订劳动合同与人力资源管理所必需(即《个人信息保护法》第13条第2款规定),员工是否仍享有单方撤回、删除的权利,目前尚存在争议。笔者认为,对于签订劳动合同与人力资源管理所必需的员工个人信息,用人单位有权单方面处理,无须员工授权同意;否则用人单位无法履行其管理权,这也与劳动法律法规中用人单位与员工并非平等双方主体的原则相一致。

结语

《个人信息保护法》已于2021年11月1日生效,以上三项法条解读针对的是人力资源部门目前最关心并亟待解决的合规问题,欢迎大家一起探讨解读及进一步制订相关合规方案。



杨傲霜

北京大成(上海)律师事务所合伙人,上海律协劳动与社会保障业务研究委员会委员

业务方向:劳动与人力资源、争议解决、公司与并购

《中美经贸协议》 对我国商业秘密立法的影响

文 | 曾丽

2020年1月15日,中美双方签署《中华人民共和国政府与美利坚合众国政府经济贸易协议》(以下简称《中美经贸协议》),对知识产权、技术转让等问题达成共识,其中第一章第一节要求中方应加强对商业秘密的保护。早在中美贸易磋商阶段,我国就于2019年4月23日对《反不正当竞争法》《行政许可法》进行了修改,呼应中美贸易谈判内容。《中美经贸协议》签订后,我国最高人民法院于2020年4月15日发布了《关于全面加强知识产权司法保护的意见》,强调全面加强知识产权司法保护是遵守国际规则、履行国际承诺商务的客观需要,并着重要求加强商业秘密保护。对此,本文将从立法的角度分析《中美经贸协议》相关条款对中国商业秘密保护产生的影响。

一、商业秘密的保护范围

法规	《中美经贸协议》	《反不正当竞争法》(2017修订)	《反不正当竞争法》(2019修订)	《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》
生效时间	2020年1月15日	2018年1月1日	2019年4月23日	2020年9月12日
条款内容	脚注1 保密商务信息是涉及或与如下情况相关的信息:任何自然人或法人的商业秘密、流程、经营、作品风格或设备,或生产、商业交易,或物流、客户信息、库存,或收入、利润、损失或费用的金额或来源,或其他具备商业价值的信息,且披露上述信息可能对持有该信息的自然人或法人的竞争地位造成极大损害。	第九条第三款 本法所称的商业秘密,是指不为公众所知悉、具有商业价值并经权利人采取相应保密措施的技术信息和经营信息。	第九条第四款 本法所称的商业秘密,是指不为公众所知悉、具有商业价值并经权利人采取相应保密措施的技术信息、经营信息等商业信息。	第一条 与技术有关的结构、原料、组分、配方、材料、样品、样式、植物新品种繁殖材料、工艺、方法或其步骤、算法、数据、计算机程序及其有关文档等信息,人民法院可以认定构成反不正当竞争法第九条第四款所称的技术信息。 与经营活动有关的创意、管理、销售、财务、计划、样本、招投标材料、客户信息、数据等信息,人民法院可以认定构成反不正当竞争法第九条第四款所称的经营信息。 前款所称的客户信息,包括客户的名称、地址、联系方式以及交易习惯、意向、内容等信息。

《中美经贸协议》强调保密商务信息与商业秘密并列保护，并对保密商务信息进行了明确规定。早在中美贸易磋商阶段，《反不正当竞争法》（2019 修订）第九条第四款将商业秘密由《反不正当竞争法》

（2017 修订）中定义的“技术信息和经营信息”修改为“技术信息、经营信息等商业信息”，扩大了商业秘密的保护范围。《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》第一条

通过列举的方式明确了技术信息及经营信息的范围，进一步明确商业秘密的保护范围。今后，经营信息、保密商务信息将是我国商业秘密保护的大趋势。

二、侵权主体范围

法规	《中美经贸协议》	《反不正当竞争法》（2017 修订）	《反不正当竞争法》（2019 修订）
生效时间	2020年1月15日	2018年1月1日	2019年4月23日
条款内容	<p>第 1.3 条 侵犯商业秘密责任人的范围</p> <p>一、双方应确保所有自然人和法人均可承担侵犯商业秘密的法律责任。</p> <p>二、中国应将侵犯商业秘密的“经营者”定义为包括所有自然人、组织和法人。</p>	<p>第九条 经营者不得实施下列侵犯商业秘密的行为：</p> <p>（一）以盗窃、贿赂、欺诈、胁迫或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密；</p> <p>（二）披露、使用或者允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密；</p> <p>（三）违反约定或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密。</p> <p>第三人明知或者应知商业秘密权利人的员工、前员工或者其他单位、个人实施前款所列违法行为，仍获取、披露、使用或者允许他人使用该商业秘密的，视为侵犯商业秘密。</p> <p>本法所称的商业秘密，是指不为公众所知悉、具有商业价值并经权利人采取相应保密措施的技术信息和经营信息。</p>	<p>第九条 经营者不得实施下列侵犯商业秘密的行为：</p> <p>（一）以盗窃、贿赂、欺诈、胁迫、电子侵入或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密；</p> <p>（二）披露、使用或者允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密；</p> <p>（三）违反保密义务或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密；</p> <p>（四）教唆、引诱、帮助他人违反保密义务或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，获取、披露、使用或者允许他人使用权利人的商业秘密。</p> <p>经营者以外的其他自然人、法人和非法人组织实施前款所列违法行为的，视为侵犯商业秘密。</p> <p>第三人明知或者应知商业秘密权利人的员工、前员工或者其他单位、个人实施本条第一款所列违法行为，仍获取、披露、使用或者允许他人使用该商业秘密的，视为侵犯商业秘密。</p> <p>本法所称的商业秘密，是指不为公众所知悉、具有商业价值并经权利人采取相应保密措施的技术信息、经营信息等商业信息。</p>

《中美经贸协议》第 1.3 条强调“应将侵犯商业秘密的‘经营者’定义为包括所有自然人、组织和法人”。《反不正当竞争法》（2017 修订）将侵犯商业秘密的责任人定义为经营者，对于经营者以外

的自然人是否属于侵犯商业秘密的责任人未作明确规定，实践中亦存在争议。对此，《反不正当竞争法》（2019 修订）第九条第二款新增条款规定：“经营者以外的其他自然人、法人和非法人组织

实施前款所列违法行为的，视为侵犯商业秘密。”明确了商业秘密的侵权主体包括所有自然人、法人和非法人组织，与《中美经贸协议》的规定一致。

三、侵权行为

法规	《中美经贸协议》	《反不正当竞争法》(2017 修订)	《反不正当竞争法》(2019 修订)
生效时间	2020年1月15日	2018年1月1日	2019年4月23日
条款内容	<p>第 1.4 条 构成侵犯商业秘密的禁止行为范围</p> <p>一、双方应确保, 侵犯商业秘密被追究责任的禁止行为, 其范围完全涵盖盗窃商业秘密的方式。</p> <p>二、中国应列出构成侵犯商业秘密的其他行为, 尤其是: (一) 电子入侵; (二) 违反或诱导违反不披露秘密信息或意图保密的信息的义务; (三) 对于在有义务保护商业秘密不被披露或有义务限制使用商业秘密的情形下获得的商业秘密, 未经授权予以披露或使用。</p> <p>三、中国与美国同意加强商业秘密保护方面的合作。</p>	<p>第九条 经营者不得实施下列侵犯商业秘密的行为:</p> <p>(一) 以盗窃、贿赂、欺诈、胁迫或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密;</p> <p>(二) 披露、使用或者允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密;</p> <p>(三) 违反约定或者违反权利人有关保守商业秘密的要求, 披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密。</p>	<p>第九条 经营者不得实施下列侵犯商业秘密的行为:</p> <p>(一) 以盗窃、贿赂、欺诈、胁迫、电子侵入或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密;</p> <p>(二) 披露、使用或者允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密;</p> <p>(三) 违反保密义务或者违反权利人有关保守商业秘密的要求, 披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密;</p> <p>(四) 教唆、引诱、帮助他人违反保密义务或者违反权利人有关保守商业秘密的要求, 获取、披露、使用或者允许他人使用权利人的商业秘密。</p>

对比《反不正当竞争法》(2017 修订), 《反不正当竞争法》

(2019 修订) 第九条增加“电子侵入”的侵犯手段, 强调违反“保

密义务”的行为, 落实了《中美经贸协议》的规定。

四、举证责任转移

《中美经贸协议》第 1.5 条首先要求在商业秘密权利人提供商业秘密遭侵犯的初步证据后, 则举证责任转移至被告方; 其次对初步证据作出规定, 权利人负有三项举证责任: 第一, 被告方曾有渠道或机会获取商业秘密; 第二, 被告方使用的信息与其商业秘密实质相同; 第三, 商业秘密已被或存在遭被告方披露或使用的风险。

2007 年 2 月 1 日生效的《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》第十四条规定: “当事人指称

他人侵犯其商业秘密的, 应当对其拥有的商业秘密符合法定条件、对方当事人的信息与其商业秘密相同或者实质相同以及对方当事人采取不正当手段的事实负举证责任。”即商业秘密的权利人负有三项举证义务: 第一, 商业秘密符合法定条件; 第二, 被告的信息与其商业秘密相同或者实质相同; 第三, 被告采取了不正当手段。该司法解释对商业秘密权利人规定了较重的举证义务。

《反不正当竞争法》(2019 修订) 第三十二条根据中美贸易磋商

结果对举证责任分配进行了调整, 规定商业秘密权利人提供初步证据后, 则举证责任转移至侵权方, 由侵权方举证其不存在侵犯商业秘密的行为; 与《中美经贸协议》保持一致, 减轻了商业秘密权利人的举证责任, 降低了权利人维权的困难程度。

尤其是 2020 年新出台的《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》第二十四条规定, 在确定侵犯商业秘密的赔偿额时, 法院还可以根据原告申请, 要求被告提供账簿、资料。

法规	《中美经贸协议》	《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》	《反不正当竞争法》(2019 修订)	《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的解释》
生效时间	2020年1月15日	2007年2月1日	2019年4月23日	2020年9月12日
条款内容	<p>第 1.5 条 民事程序中的举证责任转移</p> <p>一、双方应规定,在侵犯商业秘密的民事司法程序中,如商业秘密权利人已提供包括间接证据在内的初步证据,合理指向被告方侵犯商业秘密,则举证责任或提供证据的责任(在各自法律体系下使用适当的用词)转移至被告方。</p> <p>二、中国应规定:(一)当商业秘密权利人提供以下证据,未侵犯商业秘密的举证责任或提供证据的责任(在各自法律体系下使用适当的用词)转移至被告方:1.被告方曾有渠道或机会获取商业秘密的证据,且被告方使用的信息在实质上与该商业秘密相同;2.商业秘密已被或存在遭被告方披露或使用的风险的证据;或3.商业秘密遭到被告方侵犯的其他证据;以及(二)在权利人提供初步证据,证明其已对其主张的商业秘密采取保密措施的情形下,举证责任或提供证据的责任(在各自法律体系下使用适当的用词)转移至被告方,以证明权利人确认的商业秘密为通常处理所涉信息范围内的人所普遍知道或容易获得,因而不是商业秘密。</p>	<p>第十四条 当事人指称他人侵犯其商业秘密的,应当对其拥有的商业秘密符合法定条件、对方当事人信息与其商业秘密相同或者实质相同以及对方当事人采取不正当手段的事实负举证责任。其中,商业秘密符合法定条件的证据,包括商业秘密的载体、具体内容、商业价值和对该项商业秘密所采取的具体保密措施等。</p>	<p>第三十二条 在侵犯商业秘密的民事审判程序中,商业秘密权利人提供初步证据,证明其已经对所主张的商业秘密采取保密措施,且合理表明商业秘密被侵犯,涉嫌侵权人应当证明权利人所主张的商业秘密不属于本法规定的商业秘密。</p> <p>商业秘密权利人提供初步证据合理表明商业秘密被侵犯,且提供以下证据之一的,涉嫌侵权人应当证明其不存在侵犯商业秘密的行为:</p> <p>(一)有证据表明涉嫌侵权人有渠道或者机会获取商业秘密,且其使用的信息与该商业秘密实质上相同;</p> <p>(二)有证据表明商业秘密已经被涉嫌侵权人披露、使用或者有被披露、使用的风险;</p> <p>(三)有其他证据表明商业秘密被涉嫌侵权人侵犯。</p>	<p>第二十四条 权利人已经提供侵权人因侵权所获得的利益的初步证据,但与侵犯商业秘密行为相关的账簿、资料由侵权人掌握的,人民法院可以根据权利人的申请,责令侵权人提供该账簿、资料。侵权人无正当理由拒不提供或者不如实提供的,人民法院可以根据权利人的主张和提供的证据认定侵权人因侵权所获得的利益。</p>

五、行为保全措施

法规	《中美经贸协议》	《最高人民法院关于审查知识产权纠纷行为保全案件适用法律若干问题的规定》	《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》
生效时间	2020年1月15日	2019年1月1日	2020年9月12日
条款内容	<p>第 1.6 条 阻止使用商业秘密的临时措施</p> <p>一、双方应规定及时、有效的临时措施，以阻止使用被侵犯的商业秘密。</p> <p>二、中国应将使用或试图使用所主张的商业秘密信息认定为“紧急情况”，使得司法机关有权基于案件的特定事实和情形采取行为保全措施。</p>	<p>第六条 有下列情况之一，不立即采取行为保全措施即足以损害申请人利益的，应当认定属于民事诉讼法第一百条、第一百零一条规定的“情况紧急”：</p> <p>（一）申请人的商业秘密即将被非法披露；</p> <p>第七条 人民法院审查行为保全申请，应当综合考量下列因素：（一）申请人的请求是否具有事实基础和法律依据，包括请求保护的知识产权效力是否稳定；（二）不采取行为保全措施是否会申请人的合法权益受到难以弥补的损害或者造成案件裁决难以执行等损害；（三）不采取行为保全措施对申请人造成的损害是否超过采取行为保全措施对被申请人造成的损害；（四）采取行为保全措施是否损害社会公共利益；（五）其他应当考量的因素。</p>	<p>第十五条 被申请人试图或者已经以不正当手段获取、披露、使用或者允许他人使用权利人所主张的商业秘密，不采取行为保全措施会使判决难以执行或者造成当事人其他损害，或者将会使权利人的合法权益受到难以弥补的损害的，人民法院可以依法裁定采取行为保全措施。</p> <p>前款规定的情形属于民事诉讼法第一百条、第一百零一条所称情况紧急的，人民法院应当在四十八小时内作出裁定。</p>

《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》将应采取行为保全措施的情况——“申请人的商业

秘密即将被非法披露”修改为“试图或者已经以不正当手段获取、披露、使用或者允许他人使用”，因为“非法披露”具有更高的紧迫

性，为响应《中美经贸协议》中对商业秘密案件采取临时措施的规定，因而扩大了适用条件。

六、启动刑事执法的门槛

2021年3月1日生效的《刑法修正案（十一）》删除了“给商业秘密的权利人造成重大损失”“造成特别严重后果”的犯罪构成要件，不再以实际损失作为侵犯商业秘密罪的认定要件；同时加重了量刑处罚，删除了“拘役”刑，最高量刑幅度提升至三年以上十年以下有期徒刑。



法规	《中美经贸协议》	《刑法》(2017 修正)	《刑法修正案(十一)》
生效时间	2020年1月15日	2017年11月4日	2021年3月1日
条款内容	<p>第 1.7 条 启动刑事执法的门槛</p> <p>一、双方应取消任何将商业秘密权利人确定发生实际损失作为启动侵犯商业秘密刑事调查前提的要求。</p> <p>二、中国: (一) 作为过渡措施, 应澄清在相关商业法律的商业秘密条款中, 作为刑事执法门槛的“重大损失”可以由补救成本充分证明, 例如为减轻对商业运营或计划的损害或重新保障计算机或其他系统安全所产生的成本, 并显著降低启动刑事执法的所有门槛; 以及 (二) 作为后续措施, 应在可适用的所有措施中取消将商业秘密权利人确定发生实际损失作为启动侵犯商业秘密刑事调查前提的要求。</p>	<p>第二百一十九条【侵犯商业秘密罪】有下列侵犯商业秘密行为之一, 给商业秘密的权利人造成重大损失的, 处三年以下有期徒刑或者拘役, 并处或者单处罚金; 造成特别严重后果的, 处三年以上七年以下有期徒刑, 并处罚金:</p>	<p>二十二、将刑法第二百一十九条修改为: “有下列侵犯商业秘密行为之一, 情节严重的, 处三年以下有期徒刑, 并处或者单处罚金; 情节特别严重的, 处三年以上十年以下有期徒刑, 并处罚金:</p>

七、刑事程序和处罚

法规	《中美经贸协议》	《刑法》(2017 修正)	《刑法修正案(十一)》
生效时间	2020年1月15日	2017年11月4日	2021年3月1日
条款内容	<p>第 1.8 条 刑事程序和处罚</p> <p>一、双方应规定刑事程序和处罚适用于对故意侵犯商业秘密的处理。</p> <p>二、中国的刑事程序和处罚应至少将出于非法目的, 通过盗窃、欺诈、实体或电子入侵的形式侵犯商业秘密的行为, 以及未经授权或不当使用计算机系统的行为列为禁止行为。</p>	<p>第二百一十九条【侵犯商业秘密罪】有下列侵犯商业秘密行为之一, 给商业秘密的权利人造成重大损失的, 处三年以下有期徒刑或者拘役, 并处或者单处罚金; 造成特别严重后果的, 处三年以上七年以下有期徒刑, 并处罚金:</p> <p>(一) 以盗窃、利诱、胁迫或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密的;</p> <p>(二) 披露、使用或者允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密的;</p> <p>(三) 违反约定或者违反权利人有关保守商业秘密的要求, 披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密的。</p>	<p>二十二、将刑法第二百一十九条修改为: “有下列侵犯商业秘密行为之一, 情节严重的, 处三年以下有期徒刑, 并处或者单处罚金; 情节特别严重的, 处三年以上十年以下有期徒刑, 并处罚金:</p> <p>“(一) 以盗窃、贿赂、欺诈、胁迫、电子侵入或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密的;</p> <p>“(二) 披露、使用或者允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密的;</p> <p>“(三) 违反保密义务或者违反权利人有关保守商业秘密的要求, 披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密的。</p> <p>二十三、在刑法第二百一十九条后增加一条, 作为第二百一十九条之一: “为境外的机构、组织、人员窃取、刺探、收买、非法提供商业秘密的, 处五年以下有期徒刑, 并处或者单处罚金; 情节严重的, 处五年以上有期徒刑, 并处罚金。”</p>

《刑法修正案(十一)》新增了对以贿赂、欺诈、电子侵入手段获取商业秘密的犯罪行为的处罚,呼应了《中美经贸协议》第1.8条的约定;同时新增了对向境外的机构、组织、人员窃取、刺探、收买、非法提供商业秘密的处罚,完善了我国的商业秘密刑事立法体系。

八、保护商业秘密和保密商务信息免于政府机构未经授权的披露

法规	《中美经贸协议》	《反不正当竞争法》(2017修订)	《行政许可法》(2003)	《行政许可法》(2019修订)
生效时间	2020年1月15日	2018年1月1日	2004年7月1日	2019年4月23日
条款内容	<p>第1.9条 保护商业秘密和保密商务信息免于政府机构未经授权的披露</p> <p>一、为进一步加强商业秘密的保护,更好地鼓励各类企业创新,中国应禁止政府工作人员或第三方专家或顾问,未经授权披露在中央或地方政府层面刑事、民事、行政或监管程序中提交的未披露信息、商业秘密或保密商务信息。</p> <p>二、中国应要求各级行政机构和其他机构:(一)将提交信息的要求控制在合法实施调查或监管所需范围内;(二)将有权接触所提交信息的人员仅限于实施合法调查或监管的政府工作人员;(三)确保已提交信息的安全和保护;(四)确保与信息提交方有竞争关系,或与调查或监管结果有实际或可能经济利益关系的第三方专家或顾问,不得接触到此类信息;(五)建立申请豁免信息披露的程序,以及对向第三方披露信息提出异议的机制;(六)对未经授权披露商业秘密或保密商务信息的行为实施应阻遏此类未经授权披露的刑事、民事和行政处罚,包括罚金和停止或终止聘用,以及作为修订相关法律的最终措施一部分的监禁。</p>	<p>第十五条 监督检查部门及其工作人员对调查过程中知悉的商业秘密负有保密义务。</p> <p>第三十条 监督检查部门的工作人员滥用职权、玩忽职守、徇私舞弊或者泄露调查过程中知悉的商业秘密的,依法给予处分。</p>	<p>第五条 设定和实施行政许可,应当遵循公开、公平、公正的原则。</p> <p>有关行政许可的规定应当公布;未经公布的,不得作为实施行政许可的依据。行政许可的实施和结果,除涉及国家秘密、商业秘密或者个人隐私的外,应当公开。</p> <p>符合法定条件、标准的,申请人有依法取得行政许可的平等权利,行政机关不得歧视。</p>	<p>第五条 设定和实施行政许可,应当遵循公开、公平、公正、非歧视的原则。</p> <p>有关行政许可的规定应当公布;未经公布的,不得作为实施行政许可的依据。行政许可的实施和结果,除涉及国家秘密、商业秘密或者个人隐私的外,应当公开。未经申请人同意,行政机关及其工作人员、参与专家评审等的人员不得披露申请人提交的商业秘密、未披露信息或者保密商务信息,法律另有规定或者涉及国家安全、重大社会公共利益的除外;行政机关依法公开申请人前述信息的,允许申请人在合理期限内提出异议。</p> <p>符合法定条件、标准的,申请人有依法取得行政许可的平等权利,行政机关不得歧视任何人。</p> <p>第七十二条 行政机关及其工作人员违反本法的规定,有下列情形之一的,由其上级行政机关或者监察机关责令改正;情节严重的,对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分:(五)违法披露申请人提交的商业秘密、未披露信息或者保密商务信息的;(新增)</p>

续表 1：

法规	《食品生产许可管理办法》(2020)	《药品生产监督管理办法》(2020)	《药品注册管理办法》(2020)	《经营者集中审查暂行规定》	《海关行政许可管理办法》	《化妆品注册备案管理办法》
生效时间	2020年3月1日	2020年7月1日	2020年7月1日	2020年12月1日	2021年2月1日	2021年5月1日
条款内容	第四十八条 未经申请人同意,行政机关及其工作人员、参加现场核查的人员不得披露申请人提交的商业秘密、未披露信息或者保密商务信息,法律另有规定或者涉及国家安全、重大社会公共利益的除外。(新增)	第十一条第二款 未经申请人同意,药品监督管理部门、专业技术机构及其工作人员不得披露申请人提交的商业秘密、未披露信息或者保密商务信息,法律另有规定或者涉及国家安全、重大社会公共利益的除外。(新增)	第一百零九条第三款 未经申请人同意,药品监督管理部门、专业技术机构及其工作人员、参与专家评审等的人员不得披露申请人提交的商业秘密、未披露信息或者保密商务信息,法律另有规定或者涉及国家安全、重大社会公共利益的除外。(新增)	第六十一条 市场监管总局以及其他单位和个人对于知悉的商业秘密、未披露信息或者保密商务信息承担保密义务,但根据法律法规规定应当披露的或者事先取得权利人同意的除外。	第十五条第二款 申请材料涉及商业秘密、未披露信息或者保密商务信息的,申请人应当以书面方式向海关提出保密要求,并且具体列明需要保密的内容。海关按照国家有关规定承担保密义务。 第二十一条第二款 未经申请人同意,海关及其工作人员、参与专家评审等的人员不得披露申请人提交的商业秘密、未披露信息或者保密商务信息,法律另有规定或者涉及国家安全、重大社会公共利益的除外。海关依法公开申请人前述信息的,允许申请人在合理期限内提出异议。	第五十五条 未经注册人、备案人同意,药品监督管理部门、专业技术机构及其工作人员、参与审评的人员不得披露注册人、备案人提交的商业秘密、未披露信息或者保密商务信息,法律另有规定或者涉及国家安全、重大社会公共利益的除外。

续表 2：

法规	《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》	《最高人民法院关于审理知识产权民事诉讼证据的若干规定》
生效时间	2020年9月12日	2020年11月18日
条款内容	第二十一条 对于涉及当事人或者案外人的商业秘密的证据、材料,当事人或者案外人书面申请人民法院采取保密措施的,人民法院应当在保全、证据交换、质证、委托鉴定、询问、庭审等诉讼活动中采取必要的保密措施。违反前款所称的保密措施的要求,擅自披露商业秘密或者在诉讼活动之外使用或者允许他人使用在诉讼中接触、获取的商业秘密的,应当依法承担民事责任。构成民事诉讼法第一百一十一条规定情形的,人民法院可以依法采取强制措施。构成犯罪的,依法追究刑事责任。	第二十六条 证据涉及商业秘密或者其他需要保密的商业信息的,人民法院应当在相关诉讼参与人接触该证据前,要求其签订保密协议、作出保密承诺,或者以裁定等法律文书责令其不得出于本案诉讼之外的任何目的披露、使用、允许他人使用在诉讼程序中接触到的秘密信息。当事人申请对接触前款所称证据的人员范围作出限制,人民法院经审查认为确有必要的,应当准许。



《反不正当竞争法》(2017 修订)第十五条、第三十条仅规定了监督检查部门及其工作人员的保密义务,但未明确违反保密义务会受到何种处分;在审理商业秘密侵权案件的过程中,涉及证据保全、证据交换、委托鉴定等环节时,商业秘密有被“二次泄露”的风险,但也未规定被诉侵权人、案外人等主体的保密义务。在中美贸易磋商阶段,我国于2019年4月23日对《行政许可法》进行了修改,明确规定了行政机关及其工作人员、参与专家评审等人员的商业秘密保护义务,并设定了相应的行政处分。此后,《食品生产许可管理办法》等规章均明文规定了药品监督管理部门、市场监管总局、海关等行政机关及其工作人员的商业秘密保护义务。《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的

规定》明确规定了商业秘密权利人有权申请保密措施,违反保密措施的,将要承担民事责任甚至刑事责任。《最高人民法院关于知识产权民事诉讼证据的若干规定》进一步加强对涉密证据的保护,如要求诉讼参与人签订保密协议、作出保密承诺,依当事人申请可对接触证据的人员范围进行限制。以上规定均回应了《中美经贸协议》第1.9条的约定,有利于降低商业秘密在诉讼阶段被“二次泄露”的风险。

在上述中美贸易磋商阶段及《中美经贸协议》签署前后,我国与商业秘密相关的法律和司法解释的变化,反映了我国全面保护知识产权的趋势。未来,我国将加大对商业秘密的保护,这既是《中美经贸协议》的要求,也是我国建设创新型国家、健全知识产权审判机制体制的体现。



曾丽

上海汉盛律师事务所合伙人,上海律协互联网与信息技术业务研究委员会委员

业务方向:知识产权、互联网与信息技术、企业法律顾问

银行监管视角下“金融消费者”主体范围的渐变及其影响

文 | 裴德宝 黄宇

2021年2月3日,中国银行保险监督管理委员会(以下简称“CBIRC”)消费者权益保护局(以下简称“消保局”)在其官网上发布了《关于光大银行侵害消费者权益情况的通报》(银保监消保发〔2021〕3号),对光大银行存在的“侵害消费者权益”问题进行了总结。笔者注意到,在光大银行被指出的6项违规行为中,有3项明确将“企业”作为“消费者”纳入受害方之列,具体为:“个贷业务与保险产品强制捆绑”中的“小微企业”,“存贷挂钩”“违反质价相符原则收取财务顾问费”中的“某借款企业”。实际上,在CBIRC近期通报的案例中,类似情况已非个案。这些案例预示着CBIRC关于“金融消费者”主体范围的认知正悄然生变,即:不再囿于《消费者权益保护法》等传统法规界定的“自然人”,而是将“企业”也予以扩展适用。对此,笔者尝试从比较银行业金融机构金融消费行为的两大监管机构——CBIRC与中国人民银行(以下简称“PBOC”)关于“金融消费者”概念的相关界定入手,基于银行监管角度,总结、分析“金融消费者”主体范围在CBIRC语境下的渐变成因及其影响,供参考。

一、PBOC与CBIRC关于“金融消费者”主体范围的不同认知

(一) PBOC关于“金融消费者”主体范围的认知

PBOC一直将“金融消费者”的主体范围明确为“自然人”。从2013年《金融消费者权益保护工作管理办法(试行)》、2016年《金融消费者权益保护实施办法》,到2020年生效并替代前述办法的《金融消费者权益保护实施办法》,均以条文形式将“金融消费者”界定为“购买、使用金融产品或者服务的自然人”。2018年9月,PBOC还发布并实施了《金融消费者投诉统计分类及编码 银行业金融机构》行业标准,其第3条同样规定“金融消费者”为自然人,并

规定了金融消费者投诉业务办理渠道、业务类别和原因的分类及编码。

据此,笔者理解,PBOC关于“金融消费者”的保护主体限于自然人。这与《消费者权益保护法》等法将“消费者”规定为“自然人”的概念外延一致。

(二) CBIRC关于“金融消费者”主体范围的认知

相较于PBOC,CBIRC关于金融消费者权益保护的监管规定较多,且以2019年为分水岭,关于“金融消费者”主体范围的认知有微妙的变化。

2019年以前,CBIRC在其主要监管文件中对“金融消费者”的定义与PBOC保持一致,即限定为自然人。例如,2013年《关于印发银行业消费者权益保护工作指

引的通知》第三条规定“银行业消费者是指购买或使用银行业产品和接受银行业服务的自然人”,2017年《对十二届全国人大五次会议第7638号建议的答复》第四条“关于建议所涉及的金融消费者概念问题”中明确“金融消费者目前的限定仅在自然人范围内。建议中提及的企业、中小企业尚不属于金融消费者,企业、中小企业等贷款主体所涉及的押品评估问题不属于金融消费者权益保护范畴”,已废止的2018年《关于印发银监会机关银行业消费者投诉处理规程的通知》第一条规定“银行业消费者指购买或接受银行业金融机构产品或服务的自然人”,等等。

2019年9月24日,CBIRC办公厅发布《关于开展银行保险机



构侵害消费者权益乱象整治工作的通知》，其附件1《银行业保险业侵害消费者权益乱象的表现形式》对银行业、保险业侵害消费者权益现象进行了总结。其中，银行业侵害消费者权益乱象明确包括“在信贷业务中，违规与各类中介、咨询公司等第三方合作，小微企业、个人消费者唯有接受第三方服务并支付费用等附加条件，才能获取正常贷款的相关手续及获得贷款。这些第三方与银行的合作，不同程度存在与银行内部人员的利益交换，同时可能推高企业或个人融资成本”。此处的“金融消费者”除包括与以往无二的“自然人”之外，还纳入了“小微企业”。此后，CBIRC发布的相关监管文件中，无论是2019年11月的《关于银行保险机构加强消费者权益保护工作体制机制建设的指导意见》，还是2021年《关于印发银行保险机构消费者权益保护监管评价办法的通知》，均未对“金融消费者”作出定义，即

既未明确其包含“企业”，也未明确其不包含“企业”。

值得注意的是，2020年发布的《银行业保险业消费投诉处理管理办法》（以下简称《投诉处理办法》）作为对2018年《关于印发银保监会机关银行业消费者投诉处理规程的通知》的替代，删去了原文件中关于“金融消费者”为自然人的定义。笔者认为，这是将“金融消费者”主体范围模糊化的一个重要信号。进一步来看，根据《投诉处理办法》第二条，“投诉”是指消费者向银行业金融机构主张其民事权益的行为，即投诉人为消费者；第十三条规定，投诉人投诉时应按照银行保险机构的要求提供资料。其中，“投诉人的基本情况”包括“自然人或者其法定代理人姓名、身份信息、联系方式；法人或者其他组织的名称、住所、统一社会信用代码，法定代表人或者主要负责人的姓名、身份信息……”由此推知，《投诉处理办法》已不否认“法人或

其他组织”属于“金融消费者”。笔者注意到，CBIRC有关负责人就《投诉处理办法》答记者问时，也曾直接明确“投诉人既包括自然人，也包括法人”。

综上所述，CBIRC监管口径下的“金融消费者”的主体范围经历了这样的渐变：从限定为“自然人”，到兼容“小微企业”，到删除原金融消费者定义，再到在投诉处理层面引入“法人和其他组织”。虽然迄今为止，“金融消费者”在CBIRC监管文件中尚未有一般性定义，但结合监管案例来看，这一渐变已具有法规层面的突破意义，其发展趋势值得关注。

二、“金融消费者”主体范围渐变的成因及趋势

通过前文梳理可知，PBOC与CBIRC关于“金融消费者”的主体范围初始一致，后CBIRC出现概念模糊化及主体范围扩大到“法人或其他组织”的渐变，两者

逐现分野。CBIRC 为何会出现这一变化，其发展趋势如何？

（一）CBIRC 关于“金融消费者”主体范围变化的成因

1. 金融消费者权益侵害现象已不限于自然人

关于“金融消费者”主体范围的争议由来已久。对“金融消费者”的保护初衷，主要是基于金融机构与消费者之间的信息不对称而导致消费者处于弱势地位。传统法观念认为，这种信息不对称主要体现在自然人身上，因此有必要根据其上位法——《消费者权益保护法》对金融消费者权益作出特别保护。相对而言，企业与金融机构的信息不对称不如自然人明显，并不需要动用法律武器加以保护。

随着金融市场的发展、金融产品和服务的多样化，即便是企业，离开专业团队的加持，也很难对高度专业性的金融产品和服务完全掌控并作出自主选择。小微企业更是如此。如本文开篇所提及的光大银行侵害消费者权益情况通报，光大银行在面向稳定受薪人士和小微企业客户的小额无抵押贷款业务中，强制捆绑借款人购买指定财险公司保险、违反质价相符原则收取借款企业财务顾问费等行为，均是利用其自身优势而为之。因此，从现实角度而言，小微企业在金融机构面前如同自然人一样，处于弱势地位，有特别保护的必要。笔者认为，这或许是“金融消费者”主体范围渐变的起因。

2. 金融消费者权益保护需要银行业金融机构的积极应对

金融消费投诉是金融消费者权益保护的主要途径之一。银行业金

融机构是维护消费者合法权益的责任主体，也是处理消费投诉的责任主体。消费者向银行业金融机构进行投诉、由银行直接受理并解决，有利于快速、高效解决消费者与银行之间的消费纠纷，便于消费者维护自身权益。《投诉处理办法》将“金融消费者”主体范围扩大到“法人或其他组织”，一方面通过强制性规定使得银行不得受理包括小微企业在内的相关主体的投诉，扩大银行受理投诉的覆盖面；另一方面也加强了银行业金融机构的危机感，迫使其从源头审视自身行为是否规范，以起到降低对小微企业等企业的权益侵害之效果，同时也有助于银行业的合规发展，提高整体的社会责任感。笔者认为，这或许是“金融消费者”主体范围渐变但尚未进行普遍性适用的原因。

（二）CBIRC 的监管维度决定了其需要寻求突破

PBOC 与 CBIRC 关于“金融消费者”的主体范围之所以出现分野，笔者认为，撇开法规滞后性因素，主要在于 PBOC 与 CBIRC 的监管维度不同。

一方面，CBIRC 主要负责监管银行业金融机构与保险机构，而 PBOC 的监管对象覆盖范围更广，除银行保险机构外，还包括支付机构、资产管理公司等广义上的金融机构；而 PBOC 也主要从政策层面给予指导，这使其在作出改变时需要格外慎重。目前关于“金融消费者”未有统一的定义，关于金融消费者保护的上位法依据，追根溯源均来自《消费者权益保护法》。根据该法，“消费者”一般意义上是指自然人。在没有其他上位法依

据的情况下，PBOC 关于“金融消费者”的主体范围未作出改变是理智而客观的。

另一方面，在金融消费者保护方面，PBOC 涉及业务主要是利率、人民币、外汇管理等，具有宏观性，这与 CBIRC 经常需要开展违规营销、风险提示不到位、乱收费等微观层面的主体和行为监管截然不同。CBIRC 作为监管政策的实际执行人，需要根据金融机构的实际经营情况作出调整，以更有效地维护弱势金融消费群体的权益，促进金融市场的有序竞争和公平、稳健发展。

（三）“金融消费者”主体范围的发展趋势

关于纳入“法人”是不是“金融消费者”主体范围渐变的发展趋势，可以从法律支撑、企业分类、必要性等方面综合判断。

如前所述，金融消费者权益保护的上位法依据为《消费者权益保护法》，而该法所保护的主体为“自然人”。据此，CBIRC 将“金融消费者”扩大到自然人以外的“法人或其他组织”，并无明确的上位法依据。这可能是目前相关监管文件中，虽然通过投诉人提交的资料可以判断“金融消费者”包含法人和其他组织，但仍未在法规层面对“金融消费者”主体范围作界定的主要原因。

通过对 CBIRC 监管文件的梳理可知，“金融消费者”主体范围的变化始现于“小微企业”，源于小微企业迫切的融资需求及在实践中遭受权益侵害的现象较一般企业更为严重。笔者理解，《投诉处理办法》将“法人或其他组织”纳入

投诉人范围，更多地是企业客户在权益遭受侵害时向银行进行投诉提供依据；但若笼统地将所有“法人或其他组织”作为金融消费者进行保护，难免失衡。如基金管理公司、信托公司等企业同样拥有专业的金融知识与信息，当其与银行业金融机构进行交易时，很难认定其处于信息不对称的弱势地位。因此，即便将来要将“金融消费者”作涵盖“法人或其他组织”的统一定义，也可能需要从金融消费者权益保护的成因出发，对“法人或其他组织”作适当区分。

关于小微企业与银行交易时的权益保护，国务院及CBIRC另有规定。例如，《国务院关于进一步支持小型微型企业健康发展的意见》规定“禁止金融机构对小型微型企业贷款收取承诺费、资金管理费”，CBIRC《关于支持商业银行进一步改进小企业金融服务的通知》要求“优化小企业融资环境”等。因此，虽然目前CBIRC将小微企业权益受害作为金融消费者权益侵害进行规制，但随着其他保护政策的不断完善，将来是否还会继续将小微企业作为金融消费者予以保护，值得思考。

基于上述分析，笔者认为，“金融消费者”主体范围的统一需要结合多方面因素考量，而无法作单向理解，更不能因小失大。目前，“金融消费者是自然人”的观点仍是主流，将其主体范围扩大到“法人或其他组织”与现行消费者保护法律体系存在一定的不协调，该做法更像是CBIRC为解决当下企业客户权益侵害问题而实施的权宜之计。笔者预计，其发展趋势将会取

决于与监管效果、替代措施以及与PBOC等其他部门的监管协调等各种因素的联动考虑。

三、银行业金融机构面对“金融消费者”主体渐变的应对措施

如前分析，虽然“金融消费者”的定义在CBIRC的监管文件中尚未有明文规定，存在一定的解释空间；但无论是从《投诉处理办法》等现行监管规定来看，还是从光大银行被通报等案例来分析，银行业金融机构都有必要对“金融消费者”的合规口径作从宽理解。

（一）以CBIRC监管口径为主，按照相关规定进行内部完善

银行业金融机构可以对2019年及之后的CBIRC监管文件进行梳理，查漏补缺，特别是《投诉处理办法》与2021年新发布的《中国银保监会关于印发银行保险机构消费者权益保护监管评价办法的通知》。建议银行业金融机构按照相关规定要求，建立消费投诉处理工作制度，妥善处理相关消费投诉，完善并落实消费者权益保护工作机制建设；对已有的相关制度，将“法人或其他组织”作为“金融消费者”一同考虑，作出相应的调整与变通。

（二）提升合规意识，促进行业文化良性发展

银行业金融机构在根据现行监管规定完善自身规章制度的同时，对于规章制度的具体落实同样重要。惟两者同时推动，才能达到真正的合规与进步。在制定或调整适用于宽口径的“金融消费者”制度的同时，银行业金融机构尤其有必要进一步思考如何在提供金融产品

或服务的过程中持续提升消费者满意度，强化金融行业的社会责任感，促进整个行业的良性发展。



裴德宝

上海里兆律师事务所合伙人，上海律协银行业务研究委员会委员
业务方向：银行法、投资并购、公司日常



黄宇

上海里兆律师事务所律师
业务方向：银行与金融、争议解决、EHS合规

房地产租赁合同无效情形下 构筑物被拆除时的损失认定

文 | 刘敏青

2009年7月30日，最高院颁布了《关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《房屋租赁司法解释》）。根据其第九条的规定，租赁合同被认定无效后，对经出租人同意且已形成附合的装饰装修损失，应当按照双方各自的过错分担“现值损失”。

2020年5月28日《民法典》颁布后，最高院于2020年12月23日发布了《关于修改〈最高人民法院关于在民事审判工作中适用《中华人民共和国民事诉讼法》若干问题的解释〉等二十七件民事类司法解释的决定》，其中对《房屋租赁司法解释》进行了修正。本次修正在原规定的基础上删减了近十项条文，但前述第九条的内容被完整保留了下来（该条款现已调整为第七条，为便于阅读，以下涉及该条款时均称“《房屋租赁司法解释》第七条”）。

对于承租人在租赁物上所建构筑物因合同无效被拆除后的损失如何承担、是否可以直接参照适用《房屋租赁司法解释》第七条，以及损失如何计算界定等问题，司法实践中多有争议与讨论，相关司法解释至今也仍未进行明确。本文拟通过一则笔者承办的案例，分享一些对上述问题的思考与总结。

一、引题：合同被认定无效后，租赁期内承租人搭设的构筑物被拆除的损失确定成争议

某高速公路公司将道路下桥孔出租给某企业，租期为5年。该企业在桥孔下进行了仓库构筑物的搭建和装修。租期届满前6个月，政府以违规出租存在风险隐患为由将构筑物强拆。承租人诉至法院，要求出租人承担构筑物被拆除的损失。

法院审理后认为，因租赁合同无效导致构筑物被拆除的损失，由原被告根据各自过错程度分担，主要争议在于构筑物损失应如何确定。

二、现值损失：租赁合同无效情形下，构筑物损失的界定

关于因租赁合同无效，构筑物被拆的损失如何确定以及如何承担，现行法律、法规及相关司法解释并未明确规定。《房屋租赁司法解释》第七条仅规定，租赁合同无效时，对于已形成附合的装饰装修物，出租方不同意利用的，由双方各自按照导致合同无效的过错分担现值损失。

现值损失，一般理解为构筑物被拆除之日的现时价值。《房屋租赁司法解释》第七条只提到装饰装修物而没有提到构筑物，但在不少案例中可见，审判机构一般会参照该规定处理构筑物的损失分担。

现值损失在实践中一般有两种计算方法。一种计算是以投资成本为基础，以租期为分摊年限，将剩余租期分摊的对应价值作为现值损

失；另一种计算是以投资成本为基础，以构筑物可使用年限（一般为20年）为分摊年限，将剩余年限分摊的对应价值作为现值损失。

三、现值损失的结算：构筑物可使用年限与租赁合同期限之争

（一）主张构筑物按可使用年限计算现值的依据和理由

《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件司法解释的理解与适用》（以下简称《理解与适用》）相关内容称：关于装饰装修物的现值损失，考虑到房屋租赁合同无效的情况下，租赁期限的约定也无效，因此目前司法实践中对于装饰装修物现值损失的计算，倾向于只考虑房屋租赁合同被确认无效时尚存在的实际价值，而无需考虑租赁期限的长短。

构筑物的现值损失应参考上述观点，其实际价值应当被认定为租赁合同被确认无效时构筑物的客观价值。在该种计算方式下，构筑物已使用时间所对应的价值损耗只与构筑物的客观可使用年限（或一般可使用年限）有关。

构筑物作为具有单独使用功能的建筑，其可使用年限一般较长。一般情况下，鉴定单位均取《中华人民共和国企业所得税法实施条例》第六十条规定的房屋、建筑物的最低折旧年限（即20年）作为构筑物的一般使用年限。这种计算方式无疑极利于承租人。

（二）主张构筑物按租赁合同期限计算现值的依据和理由

首先，租赁合同是各方的真实

意思表示，即便合同被认定无效，仍应考虑当事人各方签署合同时的合理期待。按照合同期限使用租赁房屋是承租人的期待和合理预期之一，承租人为使用租赁房屋而作搭建、装修等投入时应当考虑这一期限，对其投入建造的构筑物的预期使用年限不应超过合同期限。即对承租人而言，构筑物的价值在合同期满后应归零。故构筑物应在租赁合同期内折旧完毕。

其次，当事人不应因合同无效而获益。租赁合同如自然到期，房屋将在构筑物被正常拆除和恢复原状后归还给出租人，届时构筑物的价值将归零。租赁合同被认定无效后，如果按照20年的使用年限确定现值损失并由出租人分摊其中的部分损失，将使承租人直接获益，有悖当事人不应因合同无效而获益的原则。

再次，本案中合同无效情形下搭建的构筑物为非法构筑物，违章建筑无法也不宜作为永久性建筑认定。在违法构筑物已被相关行政主体拆除或责令拆除的情况下，出租人亦不可能继续占有、使用构筑物而获益；构筑物在5年租期届满前被拆除，说明承租人的合同利益已基本享受完毕，如另让出租人承担未来15年未摊销的建造成本，明显有失公允。

四、终审结论：一审认定构筑物按可使用年限折旧，二审改判按租赁合同期限折旧

一审法院认为：构筑物按可使用年限（20年）摊销确认现值损失。

二审法院认为：承租人在租赁

桥孔内搭建构筑物时，对该构筑物的使用期限及风险应有预判；再结合该构筑物因没有合法建造手续而被相关部门拆除时，两公司的租赁合同已经履行了大部分，高速公路公司对拆除后的构筑物亦无法进行实际利用或有任何受益的事实，一审法院按照 20 年的使用年限来折旧计算被拆除构筑物的损失，明显有失公允。承租人主张的损失，应以该构筑物建造时的造价为基础，并在充分考虑上述因素的情况下进行综合认定。最终，二审法院参照合同期限为折旧期限确定了构筑物的现值损失。

五、裁判趋势：不再机械使用可使用年限，更多参考租赁合同期限

2009 年《房屋租赁司法解释》颁布后，对该类案件的裁判指导作用是非常明显的。笔者在简单查询后发现，很多法院都接受了《理解与适用》一书的相关裁判思路，在认定租赁合同无效后确定构筑物（包括装饰装修物）的现值损失时，不需考虑租赁期限的长短，而按照当时的实际价值（即按可使用年限折旧后的现值）计算。

应该说，《房屋租赁司法解释》的出台有其时代背景，其主旨是尊重承租人的客观投入和出租人对构筑物或装饰装修物的后续利用价值；但是其弊端亦非常明显，尤其是忽视了构筑物被拆除或者构筑物并无实际利用价值的情况。

可喜的是，该情况被不少法院认识到并进行了有效的探索和完善。例如，对于构筑物在租赁期满

后的残值问题，上海地方法院的不少判决就形成了比较普遍的认识：租赁合同结束后，承租人投入的且无法移动的部分，通常情况下应当视为随租赁合同履行届满而利用完毕，不存在残值问题；即使确实有少量残值，在无约定的情况下也应归出租人所有。

六、结语：司法层面仍未统一，司法裁判实践推动法律完善

《民法典》颁布后，最高院仍未在更新后的《房屋租赁司法解释》中增加关于构筑物被拆除后的损失计算方式。因此，就本案涉及的争议问题，司法层面仍未有明确统一的解决机制。

但部分地方法院和法官在该类案件审理中作出的积极探索和总结值得参考借鉴。如上海一中院的公众号文章《无效房屋租赁合同案件的审理思路和裁判要点》中认为，在计算装饰装修损失时，对于现值损失可采用“现存价值评估法”予以确定，即对纠纷发生时现存装饰装修物进行工程造价鉴定。具体数额可根据个案中装饰装修物的性质、使用寿命、损耗程度、实际剩余利用价值及市场行情等因素予以综合认定，避免一方额外获益。而在计算扩建损失时，基于平衡双方利益的考虑，法院一般可采用“工程造价费用支出法”，即以扩建时承租人实际支付的工程造价费用作为扩建损失。实践中，具体数额可根据个案中扩建物的使用状况、实际利用价值、出租人的扩建受益情况、市价波动、政策形势等因素予以综合认定，避免任何一方因合同

无效而获益。

由此可见，无论是对于装饰装修物还是扩建物的损失计算，均以避免一方在无效合同中获益为主要原则。即便合同无效，租赁合同的期限、履行情况、被拆除构筑物的特征、投入成本的合理性及公允性、是否因合同无效存在一方获利或严重受损等，均应作为确定现值损失的考虑因素。



刘敏青

上海瀛泰律师事务所合伙人，上海律协建设工程与基础设施业务研究委员会委员，上海市浦东新区专业人民调解中心特约调解员
业务方向：不动产与建设工程、公司与并购、争议解决

运用仲裁机制解决 气候环境能源纠纷的实践与展望

文 | 上海国际经济贸易仲裁委员会（上海国际仲裁中心）商事仲裁研究中心

一、问题的提出

2021年11月13日，《联合国气候变化框架公约》第二十六次缔约方大会(COP26)“加时”一天后，在英国格拉斯哥闭幕。大会达成决议文件，就《巴黎协定》实施细则达成共识。COP26是《巴黎协定》进入实施阶段后召开的首次缔约方会议。在约两周时间内，各缔约方共同努力弥合分歧、扩大共识，最终达成《巴黎协定》实施细则，为落实《巴黎协定》奠定了良好基础。大会开幕前，我国发布了《关于完整准确全面贯彻新发展理念做好碳达峰碳中和工作的意见》和《2030年前碳达峰行动方案》。作为负责任的大国，我国一直高度重视应对气候变化，为推动全球气候治理发挥了重要作用，也为本次大会贡献了中国智慧和方案。未来，我国会陆续发布能源、工业、建筑、交通等重点领域和煤炭、电力、钢铁、水泥等重点行业的实施方案，出台科技、碳汇、财税、金融等保障措施，形成碳达峰、碳中和“1+N”政策体系，明确时间表、路线图、施工图。从这个角度上说，气候变化与能源环境问题未来将会对国民经济的各个方面产生重要影响；相应地，也会出现新的问题、争议和纠纷。如何高效、快速、妥善解决可能产生的争议，值得政府、企业界、法律界予以充分关注。

本文将从仲裁机构的角度，对涉气候环境问题的纠纷类型、气候环境能源纠纷争议解决机制的需求、国际仲裁界和上海国际经济贸易仲裁委员会（上海国际仲裁中心）解决气候环境能源纠纷的实践，以及如何用好仲裁机制解决气候环境能源纠纷等问题予以分享和介绍。

二、涉气候环境问题的纠纷类型

（一）为履行《巴黎协定》相关承诺而签订的实施能源等系统转型、减排和气候适应的合同

根据《巴黎协定》的要求，即把全球平均气温升幅控制在工业革命前水平以上低于2℃之内，并努力将气温升幅限制在工业化前水平以上1.5℃之内，并认识到这将大大减少气候变迁的风险和影响，联合国政府间气候变化专门委员会（IPCC）于2018年发布了《全球升温1.5℃特别报告》，提出在将全球升温限制在1.5℃的路径中，需要在能源、土地、城市和基础设施（包括交通和建筑）和工业系统方面进行快速而深远的转型。

因此，为了实施这类转型以及减排和气候适应，投资者、经营者、国家或国家实体可能缔结一些专项合同，有些合同与《联合国气候变化框架协议》关系密切。例如《绿色气候基金协定》（Green Climate Fund, GCF）就与“公

共和私营部门为促进各国的气候变化优先事项而制定的低排放（减排）和气候适应能力（气候适应）项目和方案”相关联，又例如《排放交易制度协定》（emission trading system agreements）。其他合同则关涉能源或其相关体系转型的更普遍的投资，比如涉及融资、保险、许可、调试、厂房的建设、拆除、停运、可再生能源供应、不可再生能源发电厂停用、改造现有建筑及基础设施以适应不断变暖的气候、更新农业基础设施（例如加强的灌溉系统）以减少土地利用产生的温室气体排放等的合同。

（二）合同虽然没有任何与气候相关的具体目的或主题，但因其所产生的争议会涉及气候或其他相关环境问题

转型、减排和气候适应举措可能直接或间接地对更多行业的商业合同产生影响，包括能源、基建、交通、农业及其他土地利用与食物生产行业和工业（包括制造业与加工业）。这些合同的目的和主题可能与气候变化没有直接关系，或者其缔结日期早于《巴黎协定》，但这些合同的履行状况都可能因为合同当事人对如下内容的反应而受到影响：（1）一国国内法修改；（2）一国为履行《巴黎协定》项下承诺而制定的法规或政策；（3）根据气候或可持续发展相关的企

业社会责任，由行业或单个企业自愿作出的承诺；(4) 气候变化造成的环境影响；(5) 国家法庭或其他裁判组织对应对气候变化联合行动作出的回应。

三、气候环境能源纠纷对于争议解决机制的需求

气候环境能源类争议具有政策性强的特点，交易合同的稳定性容易受到政策变化的影响；争议涉及的专业复合性较强，比如一些绿色金融产品的可得利益计算需具备一定的金融财务和绿色行业背景知识。此外，一些项目可能还会涉及跨境交易，甚至需要全球性的解决方案。

以碳排放权交易为例。碳排放交易始于《京都议定书》的要求，其为各国的二氧化碳排放量规定了标准，即在2008年至2012年间，全球主要工业国家的工业二氧化碳排放量比1990年的排放量平均要低5.2%。《京都议定书》规定了三种交易机制来帮助各国达到降低温室气体排放的目标。第一种是国际排放贸易机制(IET)，这种机制允许缔约国之间通过项目产生的排减单位(ERUs)的交易和转让，帮助超额排放的国家实现履约义务。因此，碳排放权也就成为了一种新的具有交易性质的商品。第二种联合履行机制(JI)是附件一的缔约国之间，通过项目产生的排减单位(ERUs)的交易和转让，帮助超额排放的国家实现履约义务的机制。常见的该种项目有建设大规模的高效输送系统、建设污水处理厂、建设地热能发电厂、风能发电项目等。第三种是清

洁发展机制(CDM)，这些机制允许发达国家通过资金支持或者技术援助等形式，与发展中国家开展减少温室气体排放的项目开发与合作，取得相应的减排量。这些减排量被核实认证后，成为核证减排量(CERs)，可用于发达国家履约。自2006年以来，已经有超过7000个这样的清洁发展机制项目遍布在100多个国家。

碳排放交易体系本身的复杂性和减碳项目本身所需要巨量资金的特征导致了一系列复杂广泛的争议发生，如基于投资合同、物权、税务和人权等问题的纠纷。有一些争议可能就源自于投资者在投资绿色发展项目过程中产生的争端，可能产生于注册、发行或者投资的撤回等一系列过程中，这样的争端可能牵扯到各种各样的情况。比如基于现有的碳排放标准，导致一个项目无法继续开展；又比如原有建设项目改变了一些细节之后，可能导致无法再获得排减单位；又或者项目一方参与者生成的排减单位被错误地授予给了另一方。此外，在排减单位权属的登记上，也可能产生各种各样不同的意见，比如是否能适用善意取得等制度。而在排减单位的评定上，也会产生各种各样的问题，比如鉴定机构是否具有资质以及工作是否称职、如何提出异议等。

与此同时，目前市场中碳排放权相关的争议解决途径和适用的法律的选择多种多样。伦敦能源经纪人协会(LEBA)和欧盟气候变化组织(ECX)都选用英国法作为争议解决的实体法律，并选择伦敦法院来解决争议；美国洲际交

易所集团(ICE)则选用美国仲裁协会(AAA)的仲裁规则；而在2008年已经成为美国第二大在交易二氧化碳和温室气体的能源交易所——纽约商品期货交易所，则选用他们自己的仲裁规则来解决争议。

事实上，在不同的法律法域之间进行多次分割的法律诉讼或者争议解决程序会产生额外的费用和增加案件的复杂度，而争议解决系统的低效会导致全球控制温室气体排放的成本大大增加。在这个意义上，对于气候环境能源类争议而言，由于其国际性、专业性和复杂性，可能存在多个争议解决地，可能会因裁判者缺乏相关专业知识和导致在不同的管辖地有不同的裁判结果的情形出现。因此，需要一个高效、统一的争议解决机制来有效处理这类纠纷。目前，一些处于高排放领域的跨国公司正在极力要求构建一个简单、透明、花费较少的系统来解决这些争端，这为国际仲裁发挥优势提供了空间。

四、国际仲裁解决气候环境能源纠纷的实践

国际仲裁界很早就意识到仲裁机制在解决气候环境能源纠纷方面的优势，比较有代表性的是海牙常设仲裁法院(Permanent Court of Arbitration)的实践。常设仲裁法院成立于1899年，是较早成立的国家间争端解决机构。随着时间的推移，常设仲裁法院的受案范围也拓展到国家与非国家主体之间的争端解决。除了成立伊始就制定的规则和路径之外，常

设仲裁法院逐渐发展出其特有的、高效的解决环境争议的一套规则。

《常设仲裁法院有关自然资源和环境争端的选择性仲裁规则》于2001年颁布。这一规则由环境法专家、仲裁专家起草，试图解决环境争议解决中目前所面临的问题。常设仲裁法院在解决环境纠纷方面有着丰富的经验，比如环境损害赔偿的计算、环境保护和可持续发展的议题、确定自然资源权利的归属等方面。该规则也被诸多条约和合同所援引，例如2003年跨界水污染民事责任机制(2003 Protocol on Civil Liability and Compensation for Damage Caused by the Transboundary Effects of Industrial Accidents on Transboundary Water)、国际排放交易协会编写的示范减排采购协议(Model Emissions Reduction Purchase Agreement)、1991年关于环境保护的南极条约议定书(1991 Protocol to the Antarctic Treaty on Environment Protection)、2006年南印度洋渔业协定(2006 Southern Indian Ocean Fisheries Agreement)等。

该规则主要为了应对环境能源争议目前面临的两大困境：一是非国家主体无法直接对国家主体提起诉讼；二是传统仲裁中的对抗范式。一些传统的管辖地，比如区域性的国际法庭、海牙国际法庭(ICJ)等，尽管提供了非国家主体诉国家主体的场所，但是诉由只能是援引国家责任(state responsibility)，这样的做法就导致了非国家主体无法直接对国家

主体提起诉讼。而常设仲裁法院则能直接受理非国家主体对国家、国际组织和私人组织等提起的仲裁申请，前提是双方对仲裁达成合意，而这也体现了尊重双方的意思自治的原则并赋予仲裁程序更大的灵活性。

该规则同时也设立了多方仲裁的程序规则，体现在仲裁费用的分摊规则和仲裁员的多方指定规定等方面。因为在环境能源争议中，一些非政府组织的利益也可能被影响。因此，建立多方仲裁的规则有利于避免当事人因同一争议支付多笔仲裁费用，更有利于避免潜在冲突裁决的产生。

该规则的另一个创新点在于构建了两份名单：一是提供被认为在环境能源领域具有专业知识的仲裁员名单，二是提供环境能源领域的专家证人名单。争议当事人可自由从这些名单中选择具有能源专业知识的仲裁员或者为仲裁庭选配一名环境能源专家，这样就能最大限度避免由于仲裁庭对环境能源相关专业知识的缺乏而导致裁决不公的结果出现。如果一个案件中环境专业知识相关的争议占比不大，那么选择一位有能源专业知识的仲裁员相较于为仲裁庭选配一名能源专家更为合适。在三人庭或者五人庭的情况下，各方都相应能选定一名到两名仲裁员；在独任庭的情况下，各方也都参与仲裁员的选任。与传统的法院诉讼相比，仲裁能让争议各方参与选定仲裁员，而在法院诉讼只能被动接受被指派的案件承办法官，这一制度本身就能增强各方当事人对争议裁决结果的认可度和接受程度。

除了具有较短的裁决期限和防止当事方拖延裁决期限的制度以外，还规则还具有《联合国国际贸易法委员仲裁规则》之外的其他优点。比如常设仲裁法院秘书处还可在当事方的要求下提供机构专家以及专业的服务支持，可以为听证会提供免费的会议支持，也可以为一些符合特定资格的当事方提供融资方面的支持。另外，面对一些一方可能会产生严重损害的案件，该规则下的当事人亦能得到临时措施的救济。此外，常设仲裁法院的裁决还可以通过《承认和执行外国仲裁裁决公约》在169个成员国得到执行。

目前，常设仲裁法院已经在碳排放争议领域扮演重要的角色，其仲裁员名单囊括了现今环境能源领域重要的专家，比如联合国减少毁林和森林退化所致排放量合作计划(UN-REDD+)的前首席仲裁员，也包括多名国际贸易和环境领域的重要专家。另外，其专家证人名单中也包括诸如斯里兰卡碳基金董事等碳排放、水资源等领域的专家。实际上，常设仲裁法院的环境争议解决规则目前已被多个碳排放交易争议解决机构所借鉴。比如，黄金标准基金会(Gold Standard Foundation)是一个在《京都议定书》清洁发展机制下从事量化节能减碳结果的机构，同时也为国际碳市场上的自由交易提供验证和鉴定服务。该基金会就将常设仲裁法院的环境争议解决规则融合到其程序条款中，以期在当事方对鉴定结果不满时为各方提供上诉等救济途径。采取同样做法的还有旨在减少发展中国

家的碳排放的绿碳基金 (Green Carbon Fund), 常设仲裁法院的环境争议解决规则也已经并入其机构规则。而在国际排放贸易协会 (IETA) 发布的碳交易合同指引中, 也提及了常设仲裁法院的环境争议解决规则。该指引提到: “由于对各个不同法域下是否能够为环境能源争议提供便捷经济的争议解决路径存在不确定性的考量, 我会推荐当事各方在合同项下明确争议解决的程序规则, 比如参考常设仲裁法院的环境争议解决规则。”

自 2009 年以来, 常设仲裁法院共受理了 9 个与《京都议定书》下碳排放和温室气体有关的合同纠纷。在这 9 个案件中, 有 6 个案件适用环境争议解决规则, 其余 3 个案件则适用《联合国国际贸易法委员仲裁规则》审理; 有 1 个案件是亚洲公司和欧洲公司之间的商事纠纷, 另外至少有 3 个案件涉及清洁发展机制下的减排项目。

五、上海国际仲裁中心处理气候环境能源争议案件的实践

与国际同行相比, 包括上海国际仲裁中心在内的国内仲裁机构目前虽然未受理与履行《巴黎协定》项下的“能源、土地、城市及基础设施和工业系统转型”项目合同直接有关的争议, 但上海国际仲裁中心近年来已经受理了一些与气候环境能源纠纷有关的争议, 反映出三方面特点:

第一, 上海国际仲裁中心过去受理了大量由涉及能源(光伏电站、并网发电、大型发电机组 EPC、能源管理)、土地利用(生态园区

综合开发)、城市与基建(污水系统改造、地下管廊改造、路桥建设、智能建筑建设)、工业服务(供气、供热)等合同引起的案件。

第二, 上海国际仲裁中心还受理了一些与新能源产业、新材料研发有关的采购合同、技术服务合同纠纷, 比如新能源汽车的配套材料、软件研发等。

第三, 上海国际仲裁中心也受理了一些与气候变化、环保等相关的产业投融资和金融类案件。比如受理了多起针对新能源研发企业、环保科技产品生产企业的私募股权投资案件, 还有一些与“绿色”主题有关的基金、资管计划和债券类的合同纠纷。

兹以上海国际仲裁中心处理的一宗能源管理合同案件为例:

本案的申请人是一家专门提供照明整体解决方案的公司, 被申请人是中国某市下属路灯管理单位。申请人与被申请人在 2015 年签订《项目合同》, 约定双方同意按“合同能源管理”模式, 由申请人投入资金 18,875,277 元, 采用节能效益分享型方式, 预计完成约 3,413 盏道路高压钠灯改造为 LED 灯工程, 以达到降低能源消耗、降低使用与维护成本、减少二氧化碳排放、改善环境、减少城市污染的目标。

合同期限至项目竣工验收合格后 10 年, 前 60 个月被申请人每月应当分享 95% 的节能收益, 后 60 个月被申请人每月应当分享 85% 的节能收益。合同还特别约定, 当国家电价进行调整时, 预估的节能收益可以作同步调整, 但整个项目周期内被申请人应分享的节能收益合计不少于约 21,058,702

元。

此后, 项目在 2016 年 1 月完成竣工验收。双方确定的综合平均节电率为 72.91%, 电价按照 0.79 元/度计算。2016 年 2 月 1 日至 2019 年 12 月 31 日期间, 被申请人实际每月向申请人支付案涉项目下节能收益分享款 194,500 元。2020 年起, 被申请人提出因当地发改委下发电价下调文件, 将电价下调至 0.58 元/度, 故要求对节能收益进行调整, 后双方对此进行协商未能达成一致。自 2020 年 1 月起, 被申请人未再支付节能收益。由此, 申请人依据《项目合同》的仲裁条款向上海国际仲裁中心申请仲裁。

上海国际仲裁中心受理后组成了仲裁庭。仲裁庭由一位长期从事产权交易的专家、一位在高校从事经济法研究的教授和一位长期从事能源建工领域法律服务的律师(首席)组成。仲裁庭经审理后认为, 本案的争议焦点在于合同约定申请人节能收益分配“最低值”的情况下, 其节能收益是否应随国家电价调整而调整。仲裁庭经审理后认为: 合同明确约定了每月节能收益款的最低值, 并据此明确了整个项目周期申请人应分享的节能收益的最低值, 此系双方对申请人的节能收益作出的特别约定。涉案项目采用合同能源管理模式, 申请人先投资, 后分 10 年逐步收回投资收益。节能收益是根据电价计算得出, 如电价上涨, 则节能收益随之增加; 如电价降低, 则节能收益相应降低。但申请人的前期投入是固定的, 并不因电价降低而减少; 故双方在合同中

作出每月最低收益约定，符合一般商业逻辑，是双方对商业风险作出的合理分配。

在上述案件中，仲裁庭对于能源管理合同的商业逻辑进行了准确的分析。申请人的节能收益分配，客观上是计算在其10年的项目改造投资中的，包括设备购买、施工和运维。“最低收益分配”的约定是符合公平原则的商业安排。另一方面，对于旨在吸引先进技术方的投资来实现本地“碳中和”目标的政府职能部门而言，尊重合同约定和交易惯例，也是营造当地法治化营商环境、鼓励投资的一个重要表现形式。这一纠纷处理的结果较好地体现了商事仲裁在解决气候环境能源纠纷方面便捷、专业、高效的优势。

六、对用好仲裁机制解决气候环境能源纠纷的展望

2021年9月发布的《国务院关于完整准确全面贯彻新发展理念做好碳达峰碳中和工作的意见》提出要推动产业结构优化升级，制定能源、钢铁、有色金属、石化化工、建材、交通、建筑等行业和领域碳达峰实施方案；大力发展绿色低碳产业，推动互联网、大数据、人工智能、第五代移动通信（5G）等新兴技术与绿色低碳产业深度融合；大力发展节能低碳建筑，推进城镇既有建筑和市政基础设施节能改造，提升建筑节能低碳水平；积极发展绿色金融，扩大绿色债券规模，研究设立国家低碳转型基金；推进市场化机制建设；依托公共资源交易平台，加快建设完善全国碳排放权交易市场，完善用能权

有偿使用和交易制度。事实上，上述要求对应的行业包括能源、建筑、交通、技术、投资、金融等国民经济领域。要实现这些要求，势必会对现有合同的履行产生影响，也会导致未来相关行业内的新合同激增，这对用好仲裁争议解决机制、有效解决这些争议提出了更高的要求。现就如何用好仲裁机制解决气候环境能源纠纷提出如下建议：

（一）第一阶段：进一步了解仲裁争议机制的特点

对于能源、土地、城市和基础设施（包括交通和建筑）、工业系统从业的企业而言，建议可以进一步了解商事仲裁这种争议解决机制的特点。仲裁以充分的当事人意思自治为基础，是否选择仲裁、选择什么仲裁机构和仲裁规则、选择什么样的专家审理案件、选择在哪里开庭、用什么仲裁语言、用什么仲裁程序、提交仲裁的争议范围、仲裁的法律适用等等，均可由当事人自行决定。当事人可以对仲裁程序起自我导向作用，对争议解决的影响可以发挥到最大。但与此同时，要用好这种意思自治，也需要企业在专业律师的帮助下，充分了解自身的交易特点、可能产生的争议类型、对争议解决机制的需求。

（二）第二阶段：加强对仲裁程序机制的灵活运用

第一，合理找到拥有科学知识或其他专业技术的合适专家。仲裁解决气候变化相关争议的一个重要优势是当事方和仲裁庭可以获得适当的专业知识。适当的专业知识和技能可以通过多种方式获得，包括：（1）仲裁员具备专业技术知识；（2）当事人指定专家；（3）

仲裁庭指定专家；（4）专家裁决机制。因此，在制定仲裁协议时，可以考虑加入如下条款：“仲裁员应当熟知气候变化政策与法律一般原则的专业知识。”“仲裁员人数应当为3人，其中，至少有1名仲裁员应在气候变化科学、技术和/或建模方面具有经验和知识。”

第二，妥善运用可以加快争议解决、提供紧急临时或保护性救济的措施和程序。对于有效的气候变化相关争议的解决措施而言，紧急性、及时性等要素通常是至关重要的。与此同时，在一些涉及长期交易和政府部门参与的项目中，将仲裁与ADR技术结合运用的当事各方和仲裁庭可以通过发布临时措施决定、适用特定的案件管理技术，促进气候变化相关争议快速解决。比如可以在仲裁程序中约定：仲裁庭可在涉及气候变化相关科学、技术或其他专业问题的关键事项上将仲裁程序分解，或作出一个或多个部分裁决；仲裁庭可以要求当事各方在提交的文件中提供其所依赖的科学、技术或其他专业文件，包括预测或评估相关措施及环境影响所需的任何数学模型或软件；仲裁庭可以单独或一并地要求当事人提供能概括或解释任何仲裁庭认为是为解决争议必须充分了解的科学、技术或其他专业信息的非技术性文件；以及仲裁庭可以允许当事人自由选择通过协商或其他友好的争议解决方式解决全部或部分争议，如提请仲裁庭调解、指定调解员或委托第三方专业调解机构进行调解，且在当事人愿意时，仲裁时间表应为调解预留一个时间段等。

采访时间: 2018年7月31日

受访人: 朱树英

采访人: 李海歌 刘小禾

从小木匠到大律师

记朱树英与建纬所的卓越30年

采访人: 今天,很高兴在香港广场南楼31座(后迁至外滩金融中心)的上海市建纬律师事务所(以下简称“建纬所”)与朱树英主任亲切相会。多年来,建纬所在上海司法行政系统和上海律协的评优中一直都是先进集体,这个“美丽传说”的带头人就是朱树英律师。朱律师自从事律师工作之初就与我们有较紧密的工作联系。今天,我们借此机会,再次走近朱律师,感怀叙旧。

在《上海律师》之前的“岁月回眸,口述历史”专栏里,我们采访的大多是上了年龄、八九十岁的老律师,而今天我们请来的朱律师是“老三届”之前的65届,相对年轻许多。与以前的老律师一样,朱律师也拥有上海律师很多之“最”和第一;但是,朱律师又有着许多的不一样,他赶上了智能化、电子化时代,经常随身带着电脑,上网、打字、处理文档和邮件,他都亲力亲为。

让我们一起来听一下朱律师是如何从一名企业员工成长为全国著名大律师的精彩故事。

朱树英:因为这是一档口述历史的采访,我就用口语化的方式接受采访了。

首先,我介绍一下上海的律师界是如何演绎出建纬所来的。

我是共和国的同龄人。1949年5月27日,上海解放;次日——



1949年5月28日,我出生了。上海举办世博会那年有一本名为《海派大律师》的书,其中收录了我的一篇文章,题目是《从小木匠到大律师》。因为在原来的企业里,我是做木工出身的。

我是65届的,1965年7月初毕业后,我进入现在的上海建工集团下面的第八建筑工程公司工作。我进公司后,先是到职工技工学校木工技术班学习,一年后转为木工学徒。1979年,我被提干当专职教师,填写过干部履历表,正式提为干部。从1965年到1992年,我当过工人、专职教师,做过工会及宣传工作等,后担任了2年总经

理秘书、8年企业法律顾问室主任,合计在上海建工工作了28年。

在职期间,1980年,我先在上海教育学院的专职教师培训班学习了一年,后又到黄浦区业余大学就读中文专业。那四年是正儿八经地读书,对我以后的帮助、影响都很大。

1984年9月从中文专业毕业后,我参加了上海大学文学院法律系举办的为期两年的律师培训班,都是业余学习,翟建大律师当时是我的刑法老师。1986年2月,在全国律师统一考试之前,司法部在上海开设了律考试点,我幸运地通过了这次考试。考试后要到律师事

务所实习，于是，我就去上大文学院 / 联合律师事务所第二分所实习，师从的翟建律师也是分所主任，而联合所的主任是朱洪超。那时承办的多是民、刑案件，以刑事案件为主。兼职实习期间，我已在企业法律顾问室任主任，单位领导很支持，同意我在不影响本职工作的前提下，去律师事务所实习办案。我跟随翟建老师一起办理了一百余个刑事案件，熟悉这方面的业务对我以后做专职律师很有帮助；同时还办理了一百余个离婚案件，我很感激学校里教《婚姻法》的周瑞安教授对我的带教与培养。当时分所的办案数量上不去，翟建主任宣布从第二年开始，每办理一个案件奖励1元钱。那时候办理一个离婚案件的工作量很大，却一般只能收30元钱，律师提成可得10元钱。而我在全年共办理了41个案件，收到的41元钱奖励放到现在来说不算什么，在那时却相当于我一个月的工资了！我在1986年到1992年间做兼职律师的时候，每年办理40余个案件，在法院里与社会上的不少大牌律师做过对手，兼职办理大量案件的实践锻炼了我。同时，我的本职工作一点都没有耽误，整个公司的合同签订和履约等都是我经手负责管理的。

1989年到1992年，我又去华东政法学院成人高校读了3年法律本科，每周两个下午、两个晚上。在相当长的一段时间里，我一边工作一边读书，没有停过。我的法律功底、写作功底都是在这先后10年的在职求学时期打下的。

其间，1986年，我通过司法部在上海试点的律师资格考试后，有李国机律师事务所等与我接洽加盟事宜，但企业领导觉得好不容易把我培养成企业自己的法律人才，不希望我离开。考虑到确实是企业和行业培养了我，我向领导承诺不会离开企业，领导遂安排我在新设立的法律顾问室担任副主任、主任，一直干了8年。

在专职当企业法律顾问之前，我做过秘书，要求会写文章；做过老师，要求会讲课。这些工作岗位都给了我很好的磨练，新业务所需的基本功都已经有所修炼。

我在担任企业法律顾问室主任期间，工作内容以合同管理为主。原则上，企业所有的合同都须经我统一审查。人手不够时，我建议让各个基层单位管公章的办公室主任都兼职当合同专管员，领导同意了。所以我下面就有了一批骨干，我负责培训，抓两级管理，较小的合同由他们审，较大的合同就到我这里来，形成了企业自主注重事先把控、预防纠纷、预防诉讼的管理机制。我负责管理的8年间，企业没有发生一件由于我们疏忽而引起的被诉案件，这个经验直到今天还在被很多企业运用。

我逐渐做出了一些成绩后，公司被上海市工商局评为“重合同守信用单位”，上级充分肯定了我的合同管理经验，让我在全市表彰大会上作经验介绍。后来我在1995年担任首届上海仲裁委仲裁员也是由上海市工商局推荐的。单位领导越来越意识到法律顾问工作的重

要性，特从保卫科抽调了一人，又从华政招了一个毕业生，我这个法律顾问室就成为有三位工作人员的比较齐全的科室了。

1991年，司法部评选全国百名优秀法律顾问、优秀企业法律顾问室，分给上海的名额是一个集体、一个人。公司将我的材料上报到徐汇区工商局、司法局，然后由区司法局上报到市司法局。结果上海获评优秀集体的是上钢五厂企业法律顾问室，负责人是和法礼（后来也转为专职律师），优秀个人评的是我。当时，我还与和法礼一起跟随上海律协的王文正会长进京参加表彰会并领奖。

我当专职律师的转机出现在1992年。当时，上海市建设委员会（以下简称“市建委”）的领导很重视行业法制工作，想组建成立一家行业内专业的律师事务所，正通过法规处在市建委全系统进行调查，挑选优秀人才。在当时系统内的60余位有律师资格的人员中，有近半数担任领导职务，并不从事律师业务，只有20余人偶尔做点兼职律师业务；而我在业内已小有名气，在律师业务特别是企业法律顾问方面已经做出了一些成绩。是年4月23日，市建委正式确定由我领衔开始筹备设立一家建设行业内专业的律师事务所。

当时，市建委与市司法局领导经过反复沟通，市司法局为了培养专业法律服务人才，同意由市建委组建一家专业律师事务所，并就此达成协议，特批了两年的过渡期。即事务所成立时有两家主管单位，

专业主管单位是市建委，律师业务领导单位是市司法局（这两年里，我仍由原单位发工资）。到1994年底两年过渡期满后，事务所要与市建委脱钩，转归市司法局领导，市建委作业务指导。考虑到我们都是兼职律师，一步到位地成立新所有困难，所以从1992年7月起，我们先到上海市联合律师事务所过渡半年，取名“联合律师事务所第八分所”，又名“建设工程和房地产分所”。半年以后，1992年12月29日，正式成立了一家过渡期全部由兼职律师组成的“上海市建设律师事务所”。当时，市司法局分管律师工作的是史德保副局长，史局长和上海律协的王会长对我们新设律师事务所给予了非常大的帮助与支持。

建所以后，我们先在市建委的下属办公地点过渡。在较短的一段时间里，我们先后到过人民路、北京西路、五原路等处，后搬到恒积大厦办公，自己付租金。20余年来，我们的税务注册地一直在黄浦区，从未改变。

我在原单位工作期间，一边工作一边在职学习，已经适应了紧张的工作节奏；同时，也积累了企业非诉讼合同的管理经验。出来做律师时，我的学业已经结束。为了适应市场需求，需要在原先已经办过不少刑民诉讼案件的基础上，过渡到以非诉讼服务为主的模式，而这本来就是我的强项，所以我感觉还是比较熟悉的。最初，我们这里有建工系统的兼职律师10余人，后来又有来自市政局、市土地局等加

盟的专职律师。事务所的工作以非诉讼服务为主，我们当时已经在探索项目建设全过程法律服务，在履约过程中预防纠纷发生，而不是将诉讼作为企业纠纷产生后的唯一解决手段。

到了1994年底，我们理应遵守协议进行脱钩改制。这时，有关各方产生了不同意见，所里有的律师已经脱钩，也有一些律师不愿意脱钩。但当时市司法局接任分管律师的缪晓宝局长要求非常明确也非常严格，如果我们不脱钩，原先体制特殊的事务所便不能存续。也就是说，作为主任的我如果不辞职，所里的律师就都不能继续在这里执业。我感到了很大的压力，于是在期限前向原单位提交了辞职报告。原单位领导不说不批准，但也不明确批准，最后我是以“单位一个月不给答复视为同意辞职”的相关规定正式完成了辞职手续。其他不愿辞职的兼职律师则不能成为建纬所的专职律师。1995年1月1日起，经过改制试点，建纬所正式转为由专职律师组成的与行业管理相适应的合伙制律师事务所。

接下来，我介绍一下建纬所是如何发展起来的。

我担任事务所的主任最早是市建委下批文任命、市司法局同意的，后来转制脱钩了，市司法局要求只有辞职到位的专职律师才能被赋予选举权、被选举权。对于事务所转制后的第一次主任选举，市司法局的领导非常重视，缪局长亲临事务所指导，严格按照规定选举。最

后，律师们选举我继续担任事务所主任，直到现在。当时的两年过渡期不但为我们日后担任专职律师作好了准备、打好了基础，还有一个好处是事务所经过试点直接过渡到了合伙制。与同一批参与合伙制试点、老牌的上海市第二律师事务所相比，我们一步到位，转制合伙更彻底，没有后遗症。

当时，我们事务所的业务创收已达到770万元，在全市已名列前茅。我从原单位脱钩出来以后，上海建工集团有案子时也会交予我办理，他们自己后来也成立了法务室，人员都很能干。由于事务所的业务量越来越大，好多双眼睛都盯着我们，有人质疑我们有市建委做后盾、“建设”的所名有专业垄断之嫌等，然后我们就根据市司法局的要求改名为“建纬”，并使用至今。后来，市房地局、市科委、市经委、市总工会等希望沿用我们建所的模式，但取消了过渡期。

我们事务所从建筑、房地产的合同管理起步，并将这个专业方向作为工作的重点，到现在都没有改过，只是分工更细了。我们现在有不动产金融、国际工程业务、建设工程和房地产、工程总承包业务等部门，专业越分越细，业务发展持续走高，在专业领域内享有较高的专业声誉。

事务所办公楼从最早在延安东路的民宅、人民路的住宅，到淮海路的恒积大厦、五原路、镇宁路的洋房，后到九安广场、九尊大厦，再到这里的香港广场，办公场所越搬越大、越来越好。从2002年起，

我们在全国先后有一批加盟的分所，到今年已有 16 家分所，年内还计划成立两家。总分所之间以专业作为纽带，实行人员本地化、统一的专业服务为主的管理模式。

目前，建纬所的管理团队核心层有三位主任（一正二副），还有两位主任助理。我自己则经常有 10 位左右的助手，协助我办案、整理文字材料等。现在，我自己能用手机、电脑处理很多工作，即使身在外地，也能及时处理业务。

我当的是业务型主任，一直在一线办案。2004 年，我获评“上海市优秀民事代理律师”就与此有关。该项评选由市司法局与上海律协共同组织，计划在全市范围内评选 10 人。最后严格按照标准，宁缺毋滥，只评出了 7 人。按照评选要求，需申报人上报近三年的业务量。我在 2002 年、2003 年、2004 年三年间共计办案 180 余件，且全是建设工程和房地产领域的案件；当然，我都有合作办案的律师。评委在上报的办案目录里挑一个案件材料组织评审，却挑了唯一由我个人（因已有一位委托人的代理人）承办的上海阳光城案件。该案包括 8 位当事人，历经上海高院一审、最高院二审、最高检抗诉成功、最高院院长批示同意由最高院再审。这个案件非常复杂，最高检抗诉成功发回最高院重审的诉讼程序在以前从来没有碰到过。最高院重新组成合议庭，最后以民事调解书结案。评委们通过阅卷，充分肯定了律师的工作，我就是凭这个案件被评上“上海市优秀民事代理

律师”的。

我将原先在企业从事合同管理的经验推广到后来提供服务的一些单位，通过非诉讼的全过程的法律服务，强化顾问单位对合同每个环节的管理，实现事先把控、预防纠纷、减少诉讼；遇到一些相对方提供的合同中不少漏洞甚至陷阱时，也都能及时应对、补救。随着经验的积累，现在遇到纠纷案件，我只要听半个小时左右，对于案件的关键在哪里、当事人应当采取什么办法等就都清楚了。

我虽然不是中共党员，但毕竟从小到大都是受党的教育，对于党的政策、要求都很熟悉。作为事务所主任，我不单是口头上配合支持事务所的党建工作，而且在工作中落到实处。我们事务所的党员比例很高，在接收要求加入建纬所的律师时，向来都是党员优先。由于党组织的先锋模范作用，律师队伍的素质也提高较快。建纬所每年都超额完成献血任务，律师们踊跃报名献血，并积极参与其他公益活动。

最后，我要衷心感谢培养我成长的上海律师行业。

2006 年，上海评选首届“东方大律师”，候选人以海选方式产生，评委来自四面八方，活动的层次很高。这次评选活动组织得很有特色，非常严谨。经过初选（298 人）、复选（96 人）、总决选（30 人），最后 10 人得奖，我名列其中。在隆重而别具一格的颁奖典礼上，为每一位获奖者颁奖的人都具有特定意义。当时为我授奖的是业

内著名的现代设计集团总设计师、工程院院士魏敦山，给我的颁奖词是：“他不是建筑师，却为一系列著名的建筑夯下了不可撼动的坚实地基，筑起了不可逾越的坚固围墙。出自木匠的大律师，踏踏实实、一尺一寸地为这座城市的建筑上梁立柱。他本身就是法治的一根合格的栋梁。”

我曾连续担任了 4 届上海律协理事会理事、常务理事，还担任了 13 年的上海律协建设工程房地产专业委员会主任。在全国律协，我自 1998 年起先后担任民事专业委员会秘书长、副主任和主任；后分设了建设工程和房地产专业委员会，又让我当该委员会的主任。我认为，要做好专业委员会的工作，除了热心公益，还要有专业能力。现在各专业委员会里，建房委的工作成效最突出，我与专委会副主任合作配合得很好，每年都要开五六次会；对于领导布置的任务，我都会积极落实；建房委每年的活动最多，反响最好。因此可以说，从全国律协到地方律协，行业内从上到下对我都很认可。

在国内仲裁领域，从 1995 年开始，我最多同时担任 12 家仲裁机构的仲裁员；现在还分别担任赣江国际仲裁院和一带一路（中国）仲裁院（总部在武汉）两家仲裁机构的副院长。

2016 年、2017 年、2018 年连续三年，我平均每年出版两本专著，有《墨斗匠心定经纬》《苦寒磨砺筑方圆》《工程合同的证据及其管理》《政协提案集》等，分别由法

律出版社、知识产权出版社等出版。

现在，讲课约占我每年总工作量的三分之一。截至2017年底，我在做律师的25年里共计讲课1218次，平均每年讲课50次。讲课的时间绝大部分安排在周六、周日，授课的主要对象是律师同行及建设工程和房地产领域的相关人员。我是住建部建筑市场司的法律顾问，还担任相关建设工程立法课题组的组长，帮助立法、新法讲课等，任务非常繁忙。总的来说，我在外地讲课的次数比在上海多，这也提升了上海律师在外地的专业影响力。

从2003年到2013年，我连续担任上海市第十届、第十一届政协委员、常委，被誉为“金牌委员”，共写了60份提案，内容清一色地都与城市建设专业相关；平均每年写6份，超额完成指标（指标是每位委员每年写一份提案）。其中，优秀提案5份，并于2012年获得由市发改委提议、市政协同意并经公示的“优秀提案特别奖”，内容主要是建议政府投资的项目要有律师提供全过程服务。我将这10年间的60份提案连同有关部门的答复都收了起来，全套资料保存完整，后集结成书，供律师担任政协委员撰写提案时参考。

一些由社会职务带来的会议很多，在时间上与我的律师业务肯定有冲突，我便尽可能地兼顾各方、合理安排。由于经常在出差来回赶飞机、火车的前后挤出时间参加会议，我也被人戏称为“拉杆箱委员”。

现在，我年近七旬，还能像原

来一样从事律师业务，并没有少做，而且身体的“三高”指标都正常，这应当归功于我始终坚持早睡早起的作息时间和健康的生活习惯。不管是在上海，还是到外地，数十年如一日，一直如此。另外，我每天都写工作日记，已坚持了数十年。

我从事律师工作以来，所取得的所有成绩都是这个行业培养和赋予的。因此，我要由衷地感谢培养我成长的上海律师行业。

采访人：在业内说起朱树英律师，他的专业与勤奋有口皆碑。1991年，他跟随上海律协的王文正会长进京参加司法部表彰会之后，我们经常听到王会长在多种场合对朱律师虽然已经做出成绩、名声在外，但仍保持学习、认真刻苦、身心健康、生活有规律等习惯大加赞赏。

从“联合律师事务所第八分所”“建设工程和房地产分所”到“建设律师事务所”，事务所更名有半年的过渡期；律师从兼职身份到完全离开体制或企业成为专职律师、事务所从行业所到完全与原单位脱钩，前后过渡了2年。这从一个侧面反映了企业需求的发展与律师体制的改革，这种特定时期的创新之举可谓空前绝后。

在较长的一段时间里，建纬所各方面的工作都走在行业前列，获得广泛好评，连年受到表彰，这与事务所所有朱律师这样优秀的带头人是分不开的。

在事务所的荣誉橱里，我们看到有许多记载建纬所荣誉的奖状、奖牌，特别是朱律师获得的诸多证书、聘书、

牌匾等，令人叹为观止。2006年，经全国律协推荐，朱律师获评由中央统战部、发改委、人事部、国家工商总局、全国工商联联合颁发的“优秀中国特色社会主义事业建设者”称号，在人民大会堂为他颁奖的是同样做过木匠的全国政协主席李瑞环，这是一份沉甸甸的荣誉。

橱窗里还陈列着复旦、同济、交大、北大、清华、人大、浙大、重大、东大、厦大等10所“985”“211”高校授予朱律师的客座教授聘书，其中有法学院、土木工程学院等专业学院，也有成人教育学院，都是讲授专业课。朱律师还经常应全国各地律协之邀给律师上课，其间收到了一位地方律协会长赠送的写有“律师之师”字样的匾，充分说明了律师同行对他的认可。

通过朱律师对其从木匠、企业法律顾问、兼职律师、专职律师、专业律师一路走来的历程的回顾，我们可以清楚地看到，他本人获得的诸多荣誉称号以及他领衔的律师事务所取得的如此骄人的成绩，与他（们）多年来坚持刻苦认真、艰苦奋斗密切相关，令人钦佩。尤其令人赞叹的是朱律师数十年来坚持健康的生活习惯与其取得的辉煌成绩之间的因果联系，充分反映出严格自律、持之以恒的强大力量。

数年未见，面对朱律师依旧精神饱满、精力充沛、精气神一如数十年前的模样，我们不由得想起几句熟悉的句子——“出走半生，归来仍是少年”“保持初心，贯彻始终”。以此来描绘眼前的朱律师，真是再贴切不过了！

在律师生涯中奔跑

文 | 阙阳鹏

我喜欢跑步。

我们的办公室在黄浦江边，旁边就是浦东的东岸绿道，步道全程 20 余公里，跑不到一个来回就有一个马拉松的距离。在步道的中心段，两边正是上海最繁华和著名的都市景观——陆家嘴与外滩。每天傍晚下班后，我常常沿着江边慢跑，结束后再回到办公室，开始晚上的忙碌。跑道上人来人往，不同年龄、不同背景的人按照各自的节奏，用不同的速度奔跑。

“轻松跑”是成长的基础

上海这座充满活力的国际大都市非常重视体育文化的发展，开展过大量在全国甚至世界上有影响力的跑步活动。在这里，不同的跑者对于跑步有着不同的理解与追求。我最初开始跑步，是源自少年时代老一辈常挂在嘴边的“身体是革命的本钱”。身体是思想的庇护所，思想需要健壮的体魄以践行。因此，我选择了最简单的锻炼方式——跑步。在学生时代，我常常是自己一个人一圈一圈地在操场跑着，大学时候的体育测试往往都能轻松拿到第一。

和大部分跑者一样，达到健身的目的后，我有了更高的追求——



更快。毫无疑问，想要跑得快，一定要跑得足够多。优秀马拉松选手的大部分训练内容其实都是轻松跑。轻松跑虽然听起来轻松，但要达到训练效果，必须有一定的强度

和充足的跑量。跑步圣经——《丹尼尔斯经典跑步训练法》中提到，轻松跑的心率要达到最大心率的 65%—78%。轻松跑是积累跑量、让身体适应和成长的关键。

这轻松跑的练习原理，也正是我们青年律师成长的原理。我们雄心勃勃地上海开始了律师执业生涯，我们跑着、跑着，目标从最初的仅仅满足生活需要变为后来的想在行业内有所建树。我们若想在律师行业的跑道上达到顶尖，就一定要花足够多的时间去练习，需要“跑”起来。而只有保证是在一定的强度之下进行工作和学习，才能积累起成为一名优秀律师应有的经验。

“门槛跑”是成长的核心

在跑者的成长要素中，跑量是最基础的，任何一位优秀的跑者都必须积累足够的跑量。但真正使一位跑者提高的核心，是必须进行乳酸门槛跑，即要在跑的时候达到“可忍受的痛苦”的状态。门槛跑的量在训练中并不会作过多要求，却是成绩提高的关键。

律师的成长何尝不是如此？从最初进入律师行业，作为助理协助前辈办理案件，到后来慢慢成长，自己独当一面去处理案件；大量的案件办理经验使我们得到沉淀，避免基础错误，具备处理基本问题的能力。但真正使我们有明显突破和成长的，则是那些我们在办理时感到“痛苦”却最后坚持了下来的案子。一次次突破自己的舒适区，更进一步地学习、思索，在苦苦钻研后积累经验，是每一位律师通往优秀的必经之路。

而在对长跑的喜爱与练习中，我也将这些经验印入心里，真正地体悟到想要成为能够独当一面的律

师，不仅要通过办理大量案件积累经验，更要突破自己的舒适区，更多尝试办理那些也许有些“痛苦”但却能让我真正收获成长的案件。

决心突破极限

所有跑者都希望看到自己在长时间的练习后刷新了PB（个人最佳），但其实每一次尝试突破PB，都是对身体的挑战，更是对心理的挑战。我们奔跑过、积累过，也痛苦过、确信自己在成长；但每次挑战极限时，我们还是会期待并怀疑：这一次能否做到更好？而做到更好，需要的就是意志力。

业余的跑者并没有那么多的比赛可以参加，很多时候都是在非正式的场所检验自己的极限；而在这样的环境下挑战自己的极限，需要极大的决心。只有强大的意志力，才可能尽量达到自己身体的极限。

律师的执业生涯并不会像赛跑一样，能够在真正的跑道上丈量自己的潜力与极限。但同样的是，我们都需要有决心，去相信自己，去挑战案件办理过程中的每一个困难。也许是长久思考之后才有的火花，也许是长时间调查、搜集后才得到的证据，也许是在当事人、法官之间不断沟通、平衡后终于找到的突破口……总之，想要办好新案件，仅靠之前的经验、靠承受“痛苦”是不够的，更需要我们凭借坚韧的意志去潜心办理。这样，当案件真正完成时，我们才可以像冠军冲线那般张开双手，拥抱胜利。而这胜利，必然将在我们的执业生涯中留下的浓墨重彩的一笔。

每位跑者的速度是不一样的，即使是顶级跑者轻松跑的配速，在业余跑者看来也望尘莫及。或许我们终究只能是业余的跑者，但我们却都是真正专业的律师。而且我们青年律师是何其幸运，能够生活在一个越来越开放的中国，能够生活在作为中国经济中心、法治标杆的上海。只要我们愿意在上海律师执业这条无形的赛道上奔跑，我们就有机会实现更多的理想和价值。

奔跑可以在我们生命的全方位进行，让我们收获成长与快乐。



阎阳鹏

上海市海华永泰律师事务所律师
业务方向：不良资产处置与清收、破产清算、争端解决

《上海律师》征文启事

各位律师：

《上海律师》是一本由上海市律师协会主办的综合性双月刊，设《行业风采》《实务研究》《人文万象》三大栏目，旨在为读者提供一个了解上海律师行业焦点、展现上海律师风采的窗口。

为鼓励更多上海律师投稿，上海市律师协会将长期对《人文万象》栏目进行征文，优秀文章将刊登于《上海律师》，并将视情况选择部分文章刊登在“上海律协”微信公众号。

一、征文主题

★执业心语

数不清多少更深露重的夜，道不尽多少朝光熹微的晨，多少时光换从容与睿雅；历多少纷扰世态，研多少法典律帙，多少积淀化险峻为安和。步伐总是匆匆，偶尔慢下来，你可愿沏一杯香茗，品一品岁月静好；蘸一笔浓墨，勾一笔曾走过的漫漫长路？

定位：律师在执业过程中的感悟、心得与思索，分享执业经验和执业技能，帮助新执业律师更快成长。

征稿对象：执业律师（执业10年以上）。

字数要求：1500—3000字左右。

★新锐手记

看着律政副长大的我们，终于也站上了梦寐以求的舞台。曾经埋下希望的种子，到如今梦想是否已开花；经历几年艰苦磨砺、风雨洗刷，是否还是豪气不减、仗剑天涯？少侠请留步，温酒话当年。

定位：青年律师写出自己在执业过程中的成长感悟与体会，给新入行律师以启迪。

征稿对象：执业年限较短的律师（执业1年以上）。

字数要求：1500—3000字左右。

★实习周记

“理想是石，敲出星星之火；理想是火，点燃熄灭的灯；理想是灯，照亮夜行的路；理想是路，引你走到黎明。”律师是一份神圣的职业，你是否曾经也怀揣律师梦？当你通过国家统一法律职业资格考试，成为一名律师实习人员后，是否还记得初心？

定位：律所实习人员在实习过程中的心得体会，或在律师学院学习过程中的所思所想。

征稿对象：律所实习人员。

字数要求：1500字左右。

★闲笔趣谈

大千世界赏赐给我们绮丽的风景，真可谓美轮美奂。当你在生命的旅途中悄然驻足，极目远眺，会被自然界四时的风花雪月构成的极致画卷所震撼。脱下律师袍，闲暇之余的你又在做些什么呢？

定位：写出律师执业之外的人文情怀、文化情趣及健康生活，反映一定的生活哲理，展现律师不一样的风采。

征稿对象：执业律师、律所实习人员。

字数要求：1500—3000字左右。

二、投稿方式

将文稿发至邮箱，邮件主题注明：投稿《上海律师》杂志，并提供作者简介（实习人员无需填写简介格式）、本人近照一张（着正装，非证件照，大小在1M以上），稿件和照片请以附件形式发送。

填写内容	填写说明
所在律师事务所	请写明律所全称，并注明身份（主任/合伙人/律师）
作者业务方向	不超过三个专业
律师行业内职务	指现在担任的职务，且填写不超过三个
律师行业外社会职务	指现在担任的职务，且只能填写一个
联系方式	请注明自己详细的联系方式，包括但不限于手机、座机、通讯地址（不会刊登在刊物上）

邮箱：tougao@lawyers.org.cn

联系人：许倩

联系方式：64030000-153

投稿小提示

律师投稿前，可参考往期《上海律师》相关栏目文章，登陆网址：<http://www.lawyers.org.cn/culture/shanghaiawyer>。



上海国际仲裁中心成立于1988年，是国内最早开展涉外仲裁业务的仲裁机构。目前下设中国（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）中心和中非联合仲裁上海中心等专业平台。

案件当事人遍及全球80余个国家和地区。除当事人主动履行外，仲裁裁决已在70余个国家和地区得到承认和执行。《仲裁员名册》共有仲裁员965名，分别来自74个国家和地区，其中“一带一路”沿线国家36个，中国内地仲裁员604名，占62.59%；外籍及港澳台地区仲裁员361名，占37.41%。

2016年，上海国际仲裁中心获评第6届《环球仲裁评论》（Global Arbitration Review）“年度最受关注仲裁机构”大奖，是迄今为止唯一获此殊荣的中国内地仲裁机构。2018年，经最高人民法院遴选，上海国际仲裁中心成为首批纳入“一站式”国际商事纠纷多元化解决机制的5家国内商事仲裁机构之一。

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



秋叶

上海华夏汇鸿律师事务所 徐威