

2021

4

总第 802 期

# 上海律师

SHANGHAI LAWYER

环太平洋律师协会第30届年会在沪成功举办

2020年度上海市妇女儿童维权  
十大优秀案例发布

律师，尽量为自己的执业责任上份保险



上海市律师协会主办



上海市连续性内部资料准印证(K第272号)  
内部资料, 免费交流



# 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](mailto: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)

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: 2021年7月26日

印数: 7000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

## A

4月18日至21日，环太平洋律师协会第30届年会在上海召开。本次年会由环太平洋律师协会主办，中华全国律师协会承办，上海市律师协会协办，来自30多个国家和地区的600余名嘉宾、代表采用“线上+线下”相结合的方式参与会议。司法部部长唐一军、全国人大宪法和法律委员会主任委员李飞、上海市市长龚正出席开幕式并致辞，司法部副部长熊选国、上海市政协副主席周汉民作现场演讲，中华全国律师协会会长王俊峰致辞。联合国原秘书长、博鳌亚洲论坛理事长潘基文以视频方式致辞。

——《上海律师展风采  
环太平洋律师协会第30届年会在沪成功举办》

## B

3月19日，上海市人大常委会主任蒋卓庆带队来上海市律师协会调研，就律师参政议政、参与立法等相关工作听取汇报并座谈交流。上海市律师协会会长季诺对市人大常委会一行前来调研表示欢迎，并对市人大常委会长期以来对本市律师行业的关心和支持表示感谢。上海律协就协会工作情况、本市律师参政议政及参与立法工作进行专题汇报。座谈中，双方围绕进一步发动行业力量、发挥律师的实践与经验优势、做好立法研究和创新工作进行了深入的交流。

——《关注律师参政议政、参与立法现状  
上海市人大常委会主任蒋卓庆带队来上海律协调研》

## C

我国律师制度恢复重建以来，上海一批老律师如韩学章、李国机、郑传本等重返律坛，再立新功。同时，高等学府法律专业的莘莘学子涌入法律界，充实了律师队伍。经过二三十年的淬炼，他们在各个专业领域多有建树，实绩斐然，成为上海律师界的骨干力量。北京市隆安律师事务所上海分所合伙人罗洁律师即是其中之一。

本期“律师素描”，揭秘罗洁律师缘何被誉为“沪上律师界的一朵玫瑰”。

——《沪上律师界的一朵玫瑰花  
记北京市隆安律师事务所上海分所合伙人罗洁》

## D

近几个月来，发生了多起金额较大的律师执业责任赔偿事件，引发了律师行业对于执业风险问题的广泛关注。为何近年来律师执业赔偿的案件越来越多？律师可能会被当事人要求承担责任的情形有哪些？比较容易发生在哪些案件中？这些行为是否会引起后续的律协对律师的处分？保险公司是否有相关的险种来涵盖上述律师执业责任风险？

本期“法律咖吧”，三位嘉宾围绕律师执业风险与责任险展开讨论。

——《律师，尽量为自己的执业责任上份保险》

04

## 本期关注

- 4 上海律师展风采  
环太平洋律师协会第30届年会在沪成功举办 / 吕轩
- 7 关注律师参政议政、参与立法现状  
上海市人大常委会主任蒋卓庆带队来上海律协调研 / 上海律协调研部

08

## 行业风采

- 8 2020年度上海市妇女儿童维权十大优秀案例发布  
两位律师承办的案例入选 / 王思雨
- 12 为祖国 健康工作五十年  
上海律协举办“斜杠青年”第四期青律沙龙 / 上海律协公关部
- 14 展示专业风采 践行公益担当  
上海律协与央视《律师来了》栏目举办交流会暨出镜律师遴选活动 / 吕轩

15

## 党建纪实

- 15 四弦同奏红曲 八方共学四史  
上海青年律师庆祝中国共产党成立100周年系列活动正式拉开帷幕 / 张玲

17

## 区区大事

- 17 着力构建健康互动的检律关系  
金山区召开2021年第一次检律联席会议 / 金山律师工作委员会
- 18 协力提高审判效率 共同推进法治奉贤建设  
奉贤律师参加法院全流程网上办案宣介会 / 奉贤律师工作委员会
- 19 探索检司律协作新机制  
长宁区检察院召开专题座谈会 / 长宁律师工作委员会
- 20 加强检律协作 拓展互动空间  
静安区司法局、检察院、律工委联合召开座谈会 / 静安律师工作委员会

21

## 律师素描

- 21 沪上律师界的一朵玫瑰花  
记北京市隆安律师事务所上海分所合伙人罗洁 / 沈栖
- 25 上海律师行业公益之星赵晓红  
做追逐梦想的律师公益人 / 赵晓红

27

## 获奖征文

27 怀秉公心“法律人” 情系劳动“法治梦” / 楼凌宇

29

## 法律咖吧

29 律师, 尽量为自己的执业责任上份保险 / 文字整理 许倩

32

## 新锐手记

32 角色转换 初心不改  
从律师到法务, 再回归律师 / 陈晓彤

34

## 案例精析

34 定向搜索链接该承担多少注意义务  
记上海某公司侵害作品信息网络传播权纠纷上诉案 / 张峥

38

## 律师实务

38 《民法典》开启知识产权惩罚性赔偿新时代 / 刘峰 丁倩  
44 《民法典》惩罚性赔偿条款在知识产权侵权领域的规范冲突与解决  
/ 黄璞虑  
48 浅议《民法典》下的“避风港原则” / 王函 李轶  
51 《民法典》语境下不可抗力与情势变更规则重构与适用 / 李炜  
55 建设工程质量保证金与建筑工程质量保修的法律分析 / 席绪军

60

## 仲裁精研

60 作为一种跨国司法机制的国际仲裁  
/ 伊曼纽尔·盖拉德  
上海国际经济贸易仲裁委员会国际商事仲裁研究中心译

64

## 闲笔趣谈

64 窗外的鸟鸣 / 王安辉



# 上海律师展风采

## 环太平洋律师协会第30届年会在沪成功举办

文 | 吕轩

4月18日至21日，环太平洋律师协会第30届年会在上海召开。本次年会由环太平洋律师协会主办，中华全国律师协会承办，上海市律师协会协办，来自30多个国家和地区的600余名嘉宾、代表采用“线上+线下”相结合的方式参与会议。司法部部长唐一军、全国人大宪法和法律委员会主任委员李飞、上海市市长龚正出席开幕式并致辞，司法部副部长熊选国、上海市政协副主席周汉民作现场演讲，中华全国律师协会会长王俊峰致辞。联合国原秘书长、博鳌亚洲论坛理事长潘基文以视频方式致辞。

唐一军指出，中国始终高度重视法治建设，在习近平法治思想科学指引下，坚持党的领导、人民当家作主、依法治国有机统一，坚定不移走中国特色社会主义法治道路，全面依法治国不断深入推进，法治中国建设呈现光明前景。中国律师积极适应全方位对外开放需

要，积极参与国际法律服务，开展对外交流和合作，中国律师事业取得长足发展进步。当前，中国已开启全面建设社会主义现代化国家新征程，将立足新发展阶段，贯彻新发展理念，构建新发展格局，推动高质量发展，扩大高水平对外开放，努力为世界经济复苏和增长注入更多动力。唐一军倡议，希望各国律师与中国律师一道，共同推动全球法律服务高质量发展，推动经济全球化朝着更加开放、包容、普惠、平衡、共赢的方向发展。要着力增进互信，以法治思维和法治方式推动全球治理体系创新，共同推动构建人类命运共同体；要积极发挥作用，更好服务各国经济社会发展，共同推动全球经济一体化；要坚持互学互鉴，加强沟通交流，深化务实合作，共同推动全球法律服务业繁荣发展。

李飞在致辞中表示，党的十八大以来，以宪法为核心的中国特色

社会主义法律体系得以发展和健全，立法体制机制不断完善，科学立法、民主立法、依法立法深入推进，法治建设取得巨大进步。今后，中国将加强涉外法治工作，适应高水平对外开放工作需要，完善涉外法律和规则体系，为全球法治建设贡献“中国方案”和“中国智慧”。

龚正在致辞时指出，上海已成为中国法律服务市场开放程度最高、境外律所驻华代表机构和代表聚集度最高的地区之一。我们要全面贯彻习近平法治思想，加快把上海打造成为全球法律服务资源集聚高地、国际商事争议解决高地和法治化营商环境建设高地。我们将全面推进涉外法律服务业发展和体系化建设，依法平等保护各类市场主体合法权益，为推动亚太地区律师行业创新发展作出更大贡献。

环太平洋律师协会第30届年会以“世界经济贸易规则变革与法律行业的机遇和挑战”为主题，设



置了15场线下平行论坛和10场线上会议，会议主题包括涉外法治的多重视角论坛、金融论坛、青年论坛、RCEP与亚太律师的商业机遇论坛、大湾区论坛、友城论坛、妇女在解决国际商业纠纷中的作用论坛、数字贸易的发展论坛、多元化争议解决论坛、女律师的职业路径论坛等，参会嘉宾围绕不同主题进行深入地探讨与交流，共话行业机遇与挑战。

本届年会中方演讲人数创历届环太律协年会新高。其中有120余名上海律师参会，7名律师担任现场分论坛的主持人，30余名上海律师就多个领域做了主题演讲，29家律师事务所及相关单位给予特别支持。

这是上海律师行业多年来注重涉外法律服务发展取得的成果。上海律协始终坚持国际化发展理念，鼓励、支持律师加入主要国际律师组织、参与国际法律交流，进一步扩大上海律师在国际法律事务中

的影响力和话语权。2020年，上海律师行业国际化建设取得新的突破，上海金茂凯德律师事务所李志强律师当选环太平洋律师协会会长，多名上海律师加入环太平洋律师协会成为个人会员，北京金诚同达（上海）律师事务所张云燕律师担任商业女律师委员会副主席，上海金茂凯德律师事务所欧龙律师担任法律发展与培训委员会副主席。

分论坛上，来自中外的嘉宾代表们分别就分论坛主题分享了自己的见解，字字如珠玑，句句是箴言。这场全球律师的盛会极大地弘扬了我国的法治精神，加深了中外法治文明交流互鉴，展现了中国律师行业的风采，也为上海涉外律师在国际律师舞台上赢得了更高的关注度。

4月21日，环太平洋律师协会第30届年会圆满落下帷幕。此次盛会为全球律师提供了共商共建的交流合作平台，为全球律师行业的协同发展起到了重要的推动作用。本届年会的成功举办，必将进一步凝聚国际律师行业共识，共同推动法治文明进步，推进律师在全球治理中发挥更大作用。



### 担任分论坛主持人的上海律师名单

(按照分论坛时间顺序排列)

盛雷鸣	北京观韬中茂(上海)律师事务所
朱林海	上海市锦天城律师事务所
欧 龙	上海金茂凯德律师事务所
俞卫锋	上海市通力律师事务所
吴 坚	上海段和段律师事务所
黄宁宁	国浩律师(上海)事务所
史 军	上海市锦天城律师事务所

### 担任分论坛演讲人的上海律师名单

(按照分论坛时间顺序排列)

段祺华	上海段和段律师事务所
刘大力	君合律师事务所上海分所
管建军	国浩律师(上海)事务所
高 俊	北京市中伦(上海)律师事务所
倪建林	北京大成(上海)律师事务所
邱梦赞	上海市锦天城律师事务所
徐国建	上海邦信阳中建中汇律师事务所
申 黎	国浩律师(上海)事务所
刘 炯	上海市锦天城律师事务所
金春卿	上海方本律师事务所
徐珊珊	北京市中伦(上海)律师事务所
谢 勇	上海金茂凯德律师事务所
江 海	上海元达律师事务所
陆敬波	上海江三角律师事务所
鲍方舟	上海市锦天城律师事务所
王清华	上海市锦天城律师事务所
罗 洁	北京市隆安律师事务所上海分所
杜爱武	上海邦信阳中建中汇律师事务所
许海霞	上海瑾之润申达律师事务所
陈 说	上海金茂凯德律师事务所
张海晓	北京安杰(上海)律师事务所
史 军	上海市锦天城律师事务所
刘 芳	上海瑾之润申达律师事务所
金立宇	北京市汉坤律师事务所上海分所
方凌云	上海金茂凯德(临港新片区)律师事务所
钱 奕	上海元达律师事务所
詹德强	上海天尚律师事务所
张云燕	北京金诚同达(上海)律师事务所
陈学斌	国浩律师(上海)事务所
沈 琴	上海金茂凯德律师事务所



# 关注律师参政议政、参与立法现状

## 上海市人大常委会主任蒋卓庆带队来上海律协调研

文 | 上海律协调研部



3月19日，上海市人大常委会主任蒋卓庆带队来上海市律师协会调研，就律师参政议政、参与立法等相关工作听取汇报并座谈交流。

上海律协会会长季诺对上海市人大常委会一行前来调研表示欢迎，并对市人大常委会长期以来对本市律师行业的关心和支持表示感谢。上海律协就协会工作情况、本市律师参政议政及参与立法工作进行专题汇报。座谈中，双方围绕进一步发动行业力量、发挥律师的实践与经验优势、做好立法研究和创新工作进行了深入的交流。

蒋卓庆主任表示，上海律师队伍在各类法律服务专业领域和参与社会治理过程中发挥着积极的作用，希望上海律师行业进一步发挥社会立法专业人才的资源与智慧，为上海地方立法工作作出更多积极贡献。蒋卓庆主任强调，当前要深



入学习贯彻习近平法治思想，按照中央、市委决策部署，围绕中心、服务大局，市人大常委会相关部门要与上海律协建立常态化沟通机制，充分发挥上海律协的人才优势和资源优势，加强资源整合，深化改革创新，为上海经济社会发展和改革创新提供法治保障。蒋卓庆主任要求上海律协进一步发挥、拓展市基层立法联系点功能作用，聚焦上海城市发展需求和民生改善等重点法律问题，组织动员法律专业力

量，深入调查研究，积极建言献策，提出相关立法建议以及草案文本，为提升上海地方立法质量和水平作出积极贡献，体现更大作为。

上海市人大常委会秘书长赵卫星，市人大常委会法制委主任委员陆晓栋，市人大常委会法工委主任丁伟、研究室主任刘世军、办公厅副主任杨可方陪同调研。上海律协会会长季诺，监事长张鹏峰，副会长朱林海、陈峰、潘书鸿、林东品、曹志龙、徐培龙等参会。

# 2020年度上海市妇女儿童维权十大优秀案例发布

## 两位律师承办的案例入选

文 | 王思雨

3月31日，由上海市妇女联合会、上海市妇女儿童工作委员会办公室主办，上海市女法官协会、上海市女检察官协会、上海市女律师联谊会协办的“2020年度上海市妇女儿童维权优秀案例发布会”在上海市妇女儿童服务指导中心（巾帼园）成功举办。会上公布了2020年度上海市妇女儿童维权十大优秀案例与十大优秀入围案例。

上海市妇女联合会副主席葛影敏、上海市妇女联合会兼职副主席黄绮、上海市妇女儿童工作委员会办公室副主任竺倩伟、上海市高级人民法院刑事和未成年人案件综合审判庭副庭长周欣、上海市人民检察院第四检察部副主任李小微、上海市女律师联谊会副会长徐松婷等领导莅临发布会现场。来自各级法院、检察院相关部门的领导，市女律联领导，各区妇联分管主席、维权干部以及办案单位代表，以及媒体记者等百余人共同参与了这一盛会。



## 一、妇女儿童维权工作备受关注

为积极探索新时期维护妇女儿童各类权益的新方法、新手段，自今年1月起，上海市妇女联合会、上海市妇女儿童工作委员会办公室等单位启动了2020年度上海市妇女儿童维权优秀案例征集活动，通过优秀案例以案说法，展示妇女儿童司法保护方面的优秀成果。

活动开展以来，共有178个案例参与申报，案例数量较上一次评选增长近一倍。经过妇女儿童维权相关领域专家和媒体观察员初审、书面评审、现场综合评审等环节，最终确定了十大优秀案例和十大优秀入围案例。

上海市妇女联合会副主席葛影敏在发言中表示，每两年一次的妇女儿童维权优秀案例征集活动，受到了社会各界广泛的关注和欢迎。今年参评的案例数量增加了，质量提高了，活动影响力得到了进一步扩大，向全社会展示了妇联组织维护妇女权益的强烈意志和担当作为，体现了上海政法系统生动鲜活、创新突破的司法实践，展现了上海贯彻落实男女平等、儿童优先理念的具体成果。

## 二、十大优秀案例正式发布

“一群沉默者中发生的校园欺凌——汪某某被寻衅滋事、强制猥亵、敲诈勒索案”

“出嫁女权益受侵犯 基层联动破解难题——张某某等出嫁女集体经济收益分配维权案”“加强未成年人权益保护 支持性侵被害人向教育机构提出精神损害赔偿——刘某诉上海某教育投资有限公司教育机构责任纠纷案”“立案监督斩断公共交通领域‘咸猪手’——朱某某强制猥亵案”等案例被评为2020年度上海市妇女儿童维权十大优秀案例，涉及当前在妇女儿童权益保护中较为突出并广受关注的校园欺凌、未成年人性侵害、公共场所和职场性骚扰、失独老年妇女财产权益保护、未成年网络环境治理、农村出嫁女权益保护

2020年度上海市妇女儿童维权十大优秀案例

序号	选送单位	类别	案例标题	办案单位
1	市女律师联谊会	儿童保护	一群沉默者中发生的校园欺凌——汪某某被寻衅滋事、强制猥亵、敲诈勒索案	上海申浩律师事务所
2	崇明区妇女联合会	财产权益	出嫁女权益受侵犯 基层联动破解难题——张某某等出嫁女集体经济收益分配维权案	崇明区竖新镇妇联
3	长宁区妇女联合会	儿童保护	加强未成年人权益保护 支持性侵被害人向教育机构提出精神损害赔偿——刘某诉上海某教育投资有限公司教育机构责任纠纷案	长宁区人民法院
4	市女检察官协会	人身权利	立案监督斩断公共交通领域“咸猪手”——朱某某强制猥亵案	上海铁路运输检察院
5	市女检察官协会	儿童保护	“最严”追责给予未成年人“最强”保护——国家强制报告制度实施后首例瞒报追责案	青浦区人民检察院
6	市女法官协会	劳动和社会保障权益	对性骚扰说“不”——赵某与某信息技术研发(上海)有限公司维护女性就业权利和女职工合法权益案	市第二中级人民法院民事审判庭
7	闵行区妇女联合会	儿童保护	维护儿童权益 妇联出庭“代言”——撤销蒋某某监护权案	闵行区妇女联合会
8	市女律师联谊会	财产权益	女儿的“替身”——保护失独老人财产权益案	上海市金石律师事务所
9	浦东新区妇女联合会	儿童保护	净化网络空间 守护儿童成长——以行政公益诉讼治理涉未成年人网络环境	浦东新区人民检察院
10	市女法官协会	人身权利	引入探望监督人制度 切实保障特殊儿童的合法权益——原告林某诉被告吴某探望权纠纷案	静安区人民法院

等多方面热点、难点问题。

由上海市女律师联谊会选送，上海申浩律师事务所合伙人张玉霞、上海市金石律师事务所合伙人黄培明承办的两个案例被评为十大优秀案例。作为长期关注妇女、儿童权益保护的社会组织，上海市女律师联谊会的成员律师们不仅为广大妇女、儿童提供优质、高效的法律服务，还积极参与由上海市妇联指导的“以案述典 守护TA权利”民法典主题宣讲行动，向公众普及有关妇女儿童权益保障及其他主题的法律知识。

### 三、维护妇女儿童权益合力不断汇聚

本次优秀案例征集活动及发布会的举办，向全社会宣传、推广了上海市在妇女儿童权益保障方面的探索实践成果，为形成自觉维护妇女儿童合法权益的社会氛围注入合力。

上海市人大监察和司法委员会副主任委员吴薇总结了十大优秀案例的特点：

一是内容涉及妇女儿童领域热



上海市妇女联合会兼职副主席黄绮、上海市妇女儿童工作委员会办公室副主任竺倩伟为2020年度上海市妇女儿童维权十大优秀案例代表颁发了荣誉证书

点和难点问题，具有典型性；二是全社会都高度重视妇女儿童合法权益保护；三是上海已经建立了完善的保护妇女儿童权益工作机制；四是多元化解和法律援助发挥了重要作用；五是司法机关积极探索维权方式，提升保护效果；六是充分运用公益诉讼，保障妇女平等就业权。

上海市社科院社会学所研究员、上海市儿童发展中心主任杨雄在点评时提到，本次优秀案例评审活动，体现了上海这座超大城市走出一条社会治理创新路径的探索

实践成果。上海作为全国改革开放的排头兵、创新发展的先行者，按照习近平总书记对上海的指示和要求，在妇女儿童维权方面应该先行一步、先试一步。

今年的上海市妇女儿童维权十大优秀案例体现了全社会对于妇女儿童合法权益保护的高度重视，还集中体现了构建“全民共建共享的社会矛盾纠纷多元化解机制”的成果。在侵犯妇女儿童合法权益的情况发生后，基层妇联、司法所、综治办、法律援助中心等组织和联调机构同心协力，促使矛盾纠纷得以顺利解决。法律援助的公益律师努力为弱势受害人提供收集证据、代理诉讼等帮助，助力当事人维护合法权益。

随着2020年度上海市妇女儿童维权优秀案例发布会的成功举办，盛大的2021年上海市“三八”妇女维权月也圆满画上句号。妇女儿童权益保障工作，关系社会稳定，是社会治理的基础工作，期待更多的社会力量加入，发挥合力，共同推进妇女儿童权益保障事业的开展，助力法治社会建设。



上海市高级人民法院刑事和未成年人案件综合审判庭副庭长周欣、上海市人民检察院第四检察部副主任李小微、上海市女律师联谊会副会长徐松婷为2020年度上海市妇女儿童维权十大优秀入围案例代表颁发了荣誉证书

## 部分妇女儿童维权十大优秀案例简介(律师承办)



案件类型: 儿童保护  
 办案时间: 2019年10月15日  
 —2020年2月28日  
 办案单位: 上海申浩律师事务所  
 选送单位: 上海市女律师联谊会  
 办 案 人: 张玉霞

**案例简介:**

和《少年的你》一样的情节,就发生在我们身边的校园里。高一的汪某某刚入校园时就因为性格孤僻软弱而时常被同学李某某欺负。由

**一群沉默者中发生的校园欺凌**

汪某某被寻衅滋事、强制猥亵、敲诈勒索案

于汪某某的忍气吞声,李某某的欺凌逐步升级,课间李某某有多次把汪某某带到洗手间逼迫其喝尿等侮辱人格的行为,还强迫其购买自己的二手游戏、鞋子并虚构校外借款人强行借款给汪某某从中收取高额利息。在实施这些校园欺凌的时候,班上的大多数同学都知情,但这些同学都成了沉默的旁观者。法庭上,被告人说:被害人一直是我最好的朋友。最终,李某某被判定构成寻衅滋事、强制猥亵、敲诈勒索罪,数罪并罚。

**入围理由:**

在校园欺凌防治过程中,通常

会陷入“发现难”“处置难”“干预难”等困境。比如本案中被害人汪某某虽然一直遭受校园欺凌,却不敢告诉父母,即便告诉父母也会被粗暴拒绝;遭受长期欺凌的汪某某心理极度脆弱,需要心理干预才能走上生活正轨。

对于校园欺凌,需要被害人勇敢地说出来。家长、教师要重视学生身心的变化,及时认真对待学生欺凌的处置。教育部门和司法机关对校园欺凌要零容忍,严厉打击校园欺凌事件,还学校、学生一个安全文明的校园环境。



案例类型: 财产权益  
 办案时间: 2018年5月  
 —2020年12月  
 办案单位: 上海市金石律师事务所  
 选送单位: 上海市女律师联谊会  
 办 案 人: 黄培明

**案例简介:**

朱某某和丈夫袁某某早年育有一女,其女于1999年大学毕业后意外死亡。后朱某某在工作中结识某银行信贷员屠某。屠某获知朱某某丧女,对其格外关心,对外自称是朱某某的干女儿,朱某某也对其十分信任。后屠某辞职经商。2016

**女儿的“替身”**

保护失独老人财产权益案

年—2017年期间,屠某以帮助投资新能源为名,自朱某某处取得人民币200万元。2018年,屠某让朱某某签署工商变更委托书,将朱某某变更为屠某担任法定代表人的K公司股东。K公司系空壳公司,注册资本金5000万元,实际仅到位80万元。后屠某以K公司为名向N银行借贷1000万元,并以朱某某的两套房产作为抵押,且办理具有强制执行力的公证书。之后,K公司未还款本金及利息,N银行申请拍卖朱某某房产。

承办律师还了解到,朱某某的配偶袁某某(70岁)未在相关文件上签字,冒名签字的是屠某的父亲。K公司取得1000万元后迅速转移。朱某某因自住房产将被强制拍卖而找到承办律师求助。承办律师通过

多管齐下,境内外追踪,查找关键证据,为朱某某成功维权。

**入围理由:**

投资、抵押、担保等金融知识对从未涉足金融业的老年人来说是一个陌生的世界,盲目涉足或被骗涉足必然伴随着高风险,随时可能出现血本无归、倾家荡产的结局。

因此,本案的典型意义在于依法保护老年妇女合法的财产权益,又提醒广大老年朋友,高收益伴随高风险,面对诱惑,要擦亮眼睛,不上当受骗;提醒社会各界要特别关爱失独家庭的老人,对于该类人群的养老、安全(包括人身及财产安全)给予更多的重视与关怀,让老年人能够真正“吃不愁、病不忧、孤不独、乐有伴”。

# 为祖国 健康工作五十年

## 上海律协举办“斜杠青年”第四期青律沙龙

文 | 上海律协公关部

西装笔挺、文质彬彬是律师在大众心目中的固有印象，这些在法庭上能言善辩、英姿飒爽的大状们私底下都偏好哪些富有特色的运动项目呢？上海律协青年律师工作委员会和虹口律师工作委员会联合举办的青律沙龙带你一探究竟！

4月2日，备受好评的“斜杠青年”系列青律沙龙第四期活动在北京观韬中茂（上海）律师事务所成功举办。本次沙龙主题为“为祖国，健康工作五十年！”听完了几位“运动达人”大状们分享的小众且高逼格的运动经历后，在座律师们不禁感叹，原来律师玩运动也可以这么溜，健康工作五十年的目标简直就是“洒洒水”啦。

首先，上海捷铭律师事务所律师秦勇进行了主题为“射击——我曾经的梦”的精彩分享。秦勇具有专业射击训练背景，并且有入伍经



上海捷铭律师事务所律师秦勇



上海金显律师事务所律师吴丽霞

历，可以说拿枪的时间比拿律师证的时间还要长。作为曾经的江苏省专业射击运动员和奥运会射击冠军的师兄，秦勇讲解了非常实用的射击运动基本分类和练习方式。令

大家印象最深刻的是，射击是一项不折不扣的“富人运动”，在秦勇短暂的职业生涯中，光消耗的子弹价值就达到数百万元之巨。

第二位分享的是上海金显律师事务所律师吴丽霞，她的分享主题是“太极静”。吴丽霞一袭功夫装登场令人眼前一亮，她研习的是一门名叫太极静功的太极功夫。据吴律师介绍，她本人拜入太极门下的初衷是为了改善睡眠质量，因在练功时首先需放空身心进入“无”的状态。太极静功外练招式，内修功法，大成后即可以内力催动招式，身随心动达到天人合一的境界。自从练了太极静功，睡眠质量改善了，脾气也变好了，这门功夫非常适合日常工作繁忙且烦躁易怒的法律人。





北京达辉(上海)律师事务所律师蔡杰赞



上海市建纬律师事务所实习人员李婧



上海明伦律师事务所合伙人朱江南

第三位登场的是北京达辉(上海)律师事务所律师蔡杰赞,他关于皮划艇运动“为山河画像、天地有大美”的分享简直就是大型“凡尔赛”现场,在座律师都不禁感叹:同为法律人,为什么会有蔡杰赞这样集主播嗓音、偶像气质于一身,又有钱有闲的青年律师呢?在蔡杰赞短暂的分享中,他驾着皮划艇带领我们游览了新西兰壮观的自然景色,也向我们“种草”了在国内的新疆地区和怒江流域就可体验的皮划艇漂流。听完他的分享,在座律师都恨不得马上背起行囊告别喧嚣走向大自然,骑马走进那些人迹罕至的大美山河之中,体会一把“野奢”的感觉。

第四位分享的是上海市建纬律师事务所实习人员李婧,她为大家介绍的是旱地冰球运动。这项融合了冰球和曲棍球的小众运动通过她的介绍进入了我们的视野,她也通过自己的亲身经历告诉大家,无论在体育竞技还是律师工作中,团队合作都是必不可少的重要一环。

最后,上海明伦律师事务所合伙人朱江南进行了主题为“律师眼中的武术传奇”的分享。师从名家的朱江南自小习武,曾是专业武术运动员,并多次获得云南省和全国武术比赛奖项。他的武学理念是“止戈为武”,与律师执业理念“定分止争”异曲同工。从他的分享中,我们感受到了武术与法律的融合。随后,他也在现场为大家展示了各种高难度的武术动作,一记漂亮的“回旋踢”引来全场一片叫好。分享完毕后,在座律师们在他的指导下,通过行传统武术抱拳礼向建党一百周年献礼。

活动最后,资深健身教练郭峰为大家讲解了适用于办公室伏案工作的运动和拉伸项目,并带领各位律师们现场进行了操练。本次沙龙活动也在互动游戏环节的欢声笑语中圆满结束。

通过本次沙龙活动,我们进一步发现了隐藏在青年律师中的富有才华的“斜杠青年”。青年律师沙龙也会继续举办,力争在工作之余挖掘广大青年律师的潜力。在分享兴趣爱好的同时,上海律协青工委也将搭建平台,使志同道合的律师同仁们能更好地互动、交流。也许您就是下一个“斜杠青年”!



# 展示专业风采 践行公益担当

## 上海律协与央视《律师来了》栏目举办交流会暨出镜律师遴选活动

文 | 吕轩



4月13日，上海市律师协会、中央广播电视总台《律师来了》栏目在沪共同举办“普法惠民战略合作交流会暨出镜律师遴选”活动。活动分上午、下午两场，为期一天，就提升上海律师“普法惠民战略合作”的公益法律服务力、征集节目选题案例的范围及可行性、出镜律师选拔要求等进行交流探讨，并对参选出镜的律师进行遴选。

上午的“普法惠民战略合作交流会”由上海律协对外宣传与联络委员会副主任、民商事诉讼业务研究委员会主任周知明律师主持。《律师来了》栏目主编张耀文感谢上海

律协一直以来的支持并简要介绍了节目基本情况与架构，编导胡哲详述了选题类型及注意事项等。来自上海律协民商事诉讼、民事业务研究委员会的律师们就事先准备的选题案例，与栏目组进行了积极深入的互动交流，选题涉及经济合同纠纷、婚姻家庭、劳动关系、征地拆迁等多个关系民生的领域；曾经参与过节目录制的律师也纷纷踊跃分享经验与感悟，公益帮扶法律求助者的心路历程。

下午的出镜律师遴选活动由上海律协对外宣传与联络委员会副主任谭芳主持。每位参选律师首先作

3分钟自我介绍，然后栏目组以既定案例、现场分析的方式进行遴选。在自由讨论环节，参选律师们观点新颖、分析精准、言辞流利、台风稳健；在案例分享环节，在场律师紧扣选题，阐述案件中法律要点，找到切实可行的法律策略，充分展示了上海律师扎实的专业素养和良好的精神风貌。

自2017年《律师来了》节目开播以来，上海律协一直与栏目组保持着紧密的沟通与联系，此次是栏目组第四次到访上海律协。目前上海已有20余名律师参与了30多期节目录制，他们凭借专业和热忱，以一颗“公益之心”对社会弱势群体的求助者提供无偿的法律援助，赢得节目组的认可和当事人的信赖，取得了良好的社会效果，为共同推进社会公共法律服务、媒体公益普法作出积极奉献！



# 中国共产党成立100周年

## 四弦同奏红曲 八方共学四史

上海青年律师庆祝中国共产党成立100周年系列活动  
正式拉开帷幕

文 | 张玲



重温红色旋律，创新党史学习方式，将音乐党课作为党史学习的重要载体，让一幕幕党史画卷在动人的音乐中徐徐展开，让青年律师在美妙的旋律中感悟光荣传统的深深力量……4月26日，由上海市文联主办，上海律协青年律师工作委员会、上海交响乐团、上海市第一人民医院、静安寺街道办等协办的“聆听百年党史，立足出发初心”党史学习教育音乐党课在延安西路200号文艺会堂生动开课。

来自上海交响乐团北极星弦乐四重奏的四位演奏家用精湛的演奏技艺，以音符与文字相融合的独特方式，为党员青年们带来了一场充满历史厚重感的音乐盛宴。上海市律师事务服务中心主任蒋晓虹，上海律协青年律师工作委员会主任陆胤，副主任潘雄、程苏以及部分上海律协青工委委员等参加了本次音乐党课学习。

此次音乐党课分为五个篇章，浓缩再现了中国共产党从兴业路上一间小屋、南湖里一条小船到领导14亿中国人民走向繁荣富强的发展之路。

### 【星星之火】

随着主持人陆亚男将《国际歌》创作背后的故事娓娓道来，大家仿佛回到了100年前那充满奴役和压迫的年代，诗人欧仁·鲍狄埃在白色恐怖笼罩下的巴黎郊外，奋笔疾书写下了无产阶级的光辉诗篇——《国际歌》。资本主义道路从来不是中国的出路，只有中国共产党可以救中国。



## 【峥嵘岁月】



在经历了多次痛苦的失败和艰难的探索之后，中国共产党领导中国人民彻底推翻了帝国主义、封建主义、官僚资本主义在中国的统治，建立了中华人民共和国。随着《红星歌》乐曲缓缓响起，大家的脑海中不禁浮现出电影《闪闪的红星》里关于潘冬子、椿伢子和细妹那一幕幕令人难忘的情景。歌曲《情深谊长》描述了刘伯承元帅同彝族头领小叶丹结盟的故事，展现了中华各民族团结一致的深厚感情和战斗情谊。而后一曲《红梅赞》，深情歌颂了以江姐为代表的革命英烈，是他们与敌人殊死搏斗、威武不屈的牺牲才换来了新中国的诞生。

## 【立国兴邦】

1949年中华人民共和国的成立，标志着中国历史从此进入一个人民当家作主的新时代。《红旗颂》歌颂了由无数革命先烈染红的五星国旗冉冉升起时的激动时刻。《唱支山歌给党听》表达了翻身农奴得解放后对共产党发自内心的真挚情感。



## 【改革开放】

在改革开放的伟大实践中，中华民族实现了从站起来、富起来到强起来的飞跃。《春天的故事》《在希望的田野上》《走进新时代》都表达出人民对伟人的缅怀敬爱和对美好新生活的赞美。



## 【筑梦中华】



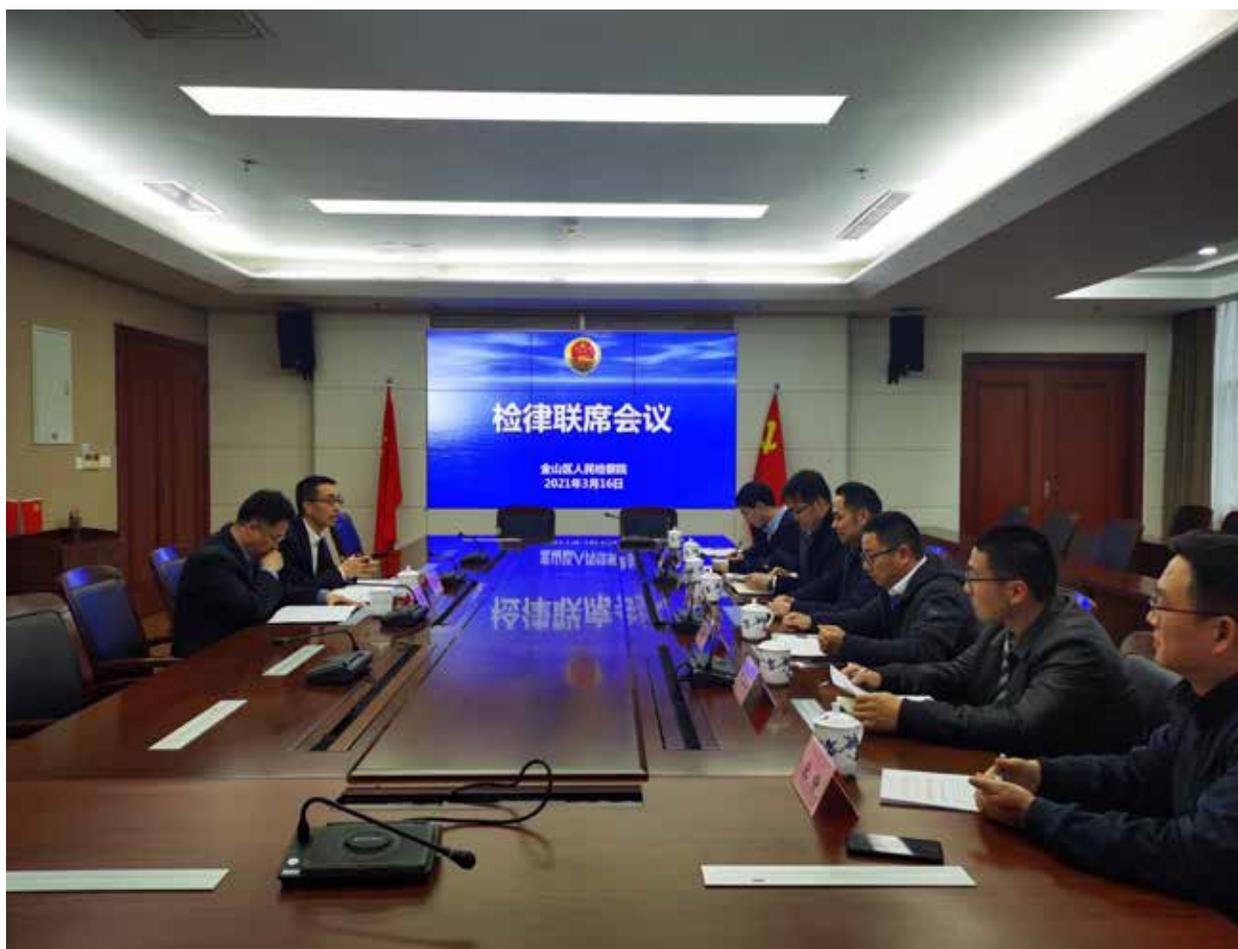
作为整场党课的最终篇章，也是青年党员们最有共鸣的一段。党的十八大以来我国取得的辉煌历史成就，证明了中国特色社会主义道路是中国共产党人的伟大创造，是实现现代化的必由之路。《我和我的祖国》以第一人称深情诉说了人民和祖国唇齿相依的故事。《我爱你中国》唱出了全世界华人对祖国母亲般的热爱和赞美之情。党课以《不忘初心》作为结束曲，生活在新时代的我们，要时刻牢记来时的初心。

为庆祝中国共产党成立100周年，由上海律协青年律师工作委员会推出“星火相传 青云担当”党建系列主题活动正式拉开序幕，后续将持续以深入开展党史学习教育为主线，陆续开展区际联动——探寻身边的红色记忆、上海青律讲党史、第三届党建知识竞赛、红色七月党员律师公益行等丰富多彩的活动。回望百年奋斗之路，上海是初心之地、光荣之城，上海青年律师必将时刻坚守初心使命，锤炼坚定信仰，凝聚行业力量，践行责任担当。

# 着力构建健康互动的检律关系

## 金山区召开2021年第一次检律联席会议

文 | 金山律师工作委员会



为了深入学习贯彻习近平法治思想，加强检律协作，推动法律职业共同体建设，3月16日，金山区人民检察院与上海律协金山律师工作委员会共同召开2021年第一次检律联席会议。金山区人民检察院六部主任许刚、副主任夏雪松，金

山律工委副主任沈军及区内5名律师代表出席会议。

许刚指出，律师是全面依法治国的主力军，扎实做好检察环节服务保障律师执业权利工作，推动检律良性协作，是贯彻落实习近平法治思想的要求，也是建设法治社会

的要求。因此，要着力构建新型健康良性互动检律关系。

会上，律师代表结合平时执业过程的亲身经历，就当前律师执业中存在的执业保障不充分的问题、认罪认罚从宽制度执行等问题提出了意见和建议。

# 协力提高审判效率 共同推进法治奉贤建设

## 奉贤律师参加法院全流程网上办案宣介会

文 | 奉贤律师工作委员会

3月12日，上海律协奉贤律师工作委员会组织本区律师参加奉贤区人民法院举办的全流程网上办案宣介会。此次宣介会旨在进一步推进全流程网上办案工作，切实提升律师在网上立案材料递交、电子送达、在线庭审等阶段的参与度和满意度。

会上，上海市高级人民法院办公室档案科高忠伟科长就网上立案

电子诉讼材料递交的规范化要求为到场律师作了详尽讲解。奉贤区人民法院立案庭何吉英副庭长、审监庭江敏超庭长分别就电子送达、在线庭审、庭审记录改革等全流程网上办案的相关工作和系统功能作了介绍。

奉贤律工委主任徐叶花表示，这次宣介会及时回应了律师在线参与诉讼活动中遇到的诸多疑惑，对

于网上立案、电子诉讼材料提交和在线参加庭审的流程和要求也有了一个全面、清晰、系统的认识，大大提高了律师与法院的对接效率，减轻当事人诉累。同时也希望今后能更多举办这种类型的培训，加快推进此项工作，加强配合和协调，协力提高审判效率，共同推进法治奉贤的建设。



# 探索检司律协作新机制

## 长宁区检察院召开专题座谈会

文 | 长宁律师工作委员会



4月25日，长宁区人民检察院召开共商检司律协作新机制座谈会。长宁区人民检察院党组书记、检察长李健，区政协副主席、司法局局长张谢定，市政法队伍教育整顿第五指导组成员出席，区检察院、区司法局相关业务部门负责人，长宁律师工作委员会主任、区律师行业党委副书记、北京炜衡（上海）律师事务所合伙人顾靖，长宁律师工作委员会副主任、上海市君悦律师事务所合伙人张伟华，上海市海华永泰律师事务所合伙人马靖云、北京市金杜律师事务所上海分所合伙人朱薛峰、上海市新华律师事务所合伙人林丽娟、北京炜衡（上海）律师

事务所合伙人郑飞云、上海凯茂律师事务所律师事务所主任王戈、上海瑞富律师事务所律师事务所合伙人李征连、上海瀚元律师事务所律师事务所合伙人邱猛等共同参加了本次座谈会。会议由长宁区检察院党组成员、第七派驻纪检监察组组长梁子明主持。

会上，梁子明组长介绍了长宁检察院开展教育整顿的主要措施并公开顽瘴痼疾专项整治内容。区检察院和司法局分别介绍了相关工作情况，与会各方结合政法队伍教育整顿，围绕如何构建良性互动的检司律关系进行了充分交流。

张谢定局长对检察机关主动作为、积极沟通检司律协作新机制表

示肯定，认为推动形成检司律新型良性互动关系对于维护法律权威、促进司法公正具有重要意义，检司律三方要建立定期联系会商机制，搭建良性互动平台，“开前门，堵后门”，将检律关系建立在阳光下。

李健检察长对区司法局、律工委和全区广大律师长期以来对长宁检察工作发展给予的关心和支持表示感谢，并表示，对大家提出的意见和建议，一定认真梳理、研究，并在实际工作中加以吸纳和落实。

最后，李健检察长针对推动检司律良性协作提出四点意见：

一是建立检司律定期会商机制。探索检司律深度合作交流模式，促进互动交流常态化，共同研究解决检司律协作互动中的问题。

二是进一步拓展检律互动领域。积极推进律师参与协商见证认罪认罚案件、刑事案件律师辩护全覆盖和值班律师制度，在“四大检察”工作中充分听取律师履职意见。

三是深化保障律师执业权利。优化完善该院律师接待“一门式”服务和更加主动地拓展服务渠道等，为律师依法执业提供更加快捷、便利、人性化的服务。

四是创新检司律互督互评工作模式。构建健康的检司律关系，既相互协调配合、又相互监督制约，营造风清气正的司法环境。

# 加强检律协作 拓展互动空间

## 静安区司法局、检察院、律工委联合召开座谈会

文 | 静安律师工作委员会



为进一步加强检律协作，推动法律职业共同体建设，近日，静安区人民检察院与区司法局、上海律协静安律师工作委员会联合召开“加强检律协作”座谈会。静安区人民检察院检察长董学华、副检察长曹坚，区司法局副局长李成梅，静安律工委副主任叶萍以及部分律师出席。

会上，静安区司法局、律师工作委员会通报了2020年静安区律师办理诉讼案件的总体数据，介绍了律师执业维权和开展执业纪律监督的情况。区检察院通报了近年来

检律协作情况，重点介绍了检察机关推进律师执业权利保障和为律师提供便利诉讼服务等内容。与会人员还就草拟的静安区《关于加强检律协作的工作办法》（征求意见稿）展开讨论。

李成梅副局长对区检察院高度重视检律良性协作互动，为律师提供良好的执业环境表示衷心感谢，并就三方如何进一步深化法律职业共同体认识、共同推动工作办法落地实施、搭建常态化检律协作交流平台、强化检律深度合作等提出了建议。

董学华检察长感谢了区司法局、律工委对区检察院工作的长期支持，他强调虽然律师、检察官职责和履职方式不同，但都是中国特色社会主义法律职业共同体的重要组成部分，加强检律协作的目的是为了追求司法公正，实现公平正义。他希望律师结合区情实际，广泛参与“四大检察”工作，同时结合当前政法队伍教育整顿工作，检律继续拓展良性协作空间，共同探索互督互评机制，为平安静安、法治静安提供更好的法治保障和法律服务。

编者按：2019年，上海律师行业评选出2015—2018年度“上海市优秀律师”20名，其中10名当选第四届“东方大律师”。《上海律师》此前已刊登“东方大律师”文章，从2021年第1期开始，“上海市优秀律师”系列文章将陆续刊登在《上海律师》上。



# 沪上律师界的一朵玫瑰花

## 记北京市隆安律师事务所上海分所合伙人罗洁

文 | 沈栖



罗洁

北京市隆安律师事务所上海分所合伙人，上海律协竞争与反垄断业务研究委员会副主任，上海市徐汇区律师界妇联副主席，上海交通大学凯原法学院、华东政法大学国际法硕士研究生兼职导师。

上海市第三届优秀女律师

2008年度长宁区第一届“优秀青年律师”

2009年长宁区“三八红旗手”

2015—2018年度“上海市优秀律师”

2018年入选司法部“全国千名涉外律师人才名单”

我国律师制度恢复重建以来，上海一批老律师如韩学章、李国机、郑传本等重返律坛，再立新功。同时，高等学府法律专业的莘莘学子涌入法律界，充实了律师队伍。经过二三十年的淬炼，他们在各个专业领域多有建树，实绩斐然，成为上海律师界的骨干力量。北京市隆安律师事务所上海分所合伙人罗洁律师即是其中之一。

罗洁自1995年7月毕业于复旦大学法学院，旋即考取律师执照，在德申律师事务所当了半年律师助理，之后以合伙人身份先后进入四维律师事务所、华达律师事务所。2003年10月开办以个人命名的“罗洁律师事务所”，2011年至今为北京市隆安律师事务所上海分所合伙人。从业24年，其卓越的专业水平和优良的职业操守赢得业内的认可和赞誉。她曾担任上海市律师协会第八届、第九届理事，第九届、第十届执业纠纷调解委员会、纪律（惩戒）委员会副主任，第九届上海市女律师联谊会副会长；她通过公开竞聘，担任上海市人民政府外事办公室政府法律顾问和上海市市场监督管理局政府法律顾问；她还是

上海国际经济贸易仲裁委员会仲裁员，并兼职华东政法大学国际法学院、上海交通大学凯原法学院硕士研究生导师。

有媒体曾采访报道罗洁的事迹，誉其为“沪上律师界的一朵玫瑰”。“玫瑰”多用来比喻有品位的女性，形容其高洁、艳丽、光彩夺目。作为声名鹊起的女律师，罗洁身上的特质，无愧于这一雅喻。

### 留学后迎来新机遇

在中学时代，罗洁的理科优于文科，她曾多次参加全市中学生化学竞赛。高中生时，罗洁被香港律政剧中的律师形象深深吸引，律师在法庭上唇枪舌剑慷慨陈词、睿智沉稳伸张正义的人格魅力，成为她心中不泯的偶像。拿到高考志愿表时，罗洁毫不犹豫地填报了复旦大学的法律专业；而领到录取通知书的那一刻，她已清晰地意识到：“这是我追梦之旅的起点。”

大学毕业后，最初的律师助理工作虽然并不精彩，但这段经历养成了她日后的执业习惯，即：能够既快又准确地从纷繁复杂的材料和法律关系中整理出要点和思路。

仅用半年时间，罗洁便完成了从律师助理到律师的蜕变，走上了自己的业务开拓之路。其间，她除了一如既往地攻读雅思课程，还报考了在职法学硕士研究生。家住西南角闵行区的罗洁要在业余时间到东面的复旦大学读书，横穿上海市区，三年寒窗，委实不易！

当自己的事业有了较大发展时，罗洁感觉工作似乎渐入瓶颈：很多外商独资企业的目标客户，将没有海外留学背景的罗洁拒之门外。“法律服务市场的需求就是我下一步努力的方向！”罗洁凭借自己的优异成绩和独立工作中积累的法学功底以及英语优势，一路过关斩将，获得了英国海外开发署提供的全额奖学金，踏上了异域求学的道路。留学培训项目有二：一是在伦敦大学学习英美法系基本理论和语言；二是在英国著名的律师事务所进行实习。为期13个月艰辛的留学生活，让罗洁进一步充实了法理知识，同时，英国那些资深律师严谨的工作作风、娴熟的办案技巧、近乎完美的人格魅力也给了她极大的启迪。

2001年7月回国后，这段留学经历果然给罗洁的执业生涯带来了新的机遇：凭借着以往良好的合作记录和出国留学经历，罗洁成功竞选成为一家飞利浦企业的法律顾问。此后，越来越多的外商投资企业成了她的客户。罗洁的事业跃上了新的台阶，她的专业打开了新的天地。

### 理性定位赢得专业发展

大凡成功的律师，都是在经过一段职业实践后，最大限度地发

挥自己的学理知识和实践经验的专长，理性定位赢得专业发展。罗洁便是如此。她在房地产、电子产品制造业、医疗、化工、国际贸易、外汇管理及配额管理领域，有着丰富的法律经验，具备良好的沟通能力、洞察力及双语谈判技巧，尤其擅长为政府部门、跨国企业、外商投资企业、离岸公司提供常年或专项法律服务。

如罗洁代理的全国首例唐氏综合征孩子及父母状告产期筛查试点医院侵犯知情权的案件。由于该医院没有告知高龄产妇，21-三体（唐氏）综合征产前筛查技术的人为设限和科学局限性，让产妇误认为产前筛查为100%准确，而放弃通过羊水穿刺的传统但准确率接近100%的方式来确保排除所怀的婴儿患有唐氏综合征。罗洁大胆将保险合同的被保险人告知义务和保险人的知情权运用到医疗合同中，经过多次努力，法院终于采纳了罗洁的意见，将案由从医疗纠纷改为合同纠纷，并支持罗洁提出的病人知情权的确立和保护代理思路。此案引起轰动，上海电视台作了跟踪报道。

这里，不妨再列举两则由罗洁及其团队代理的成功个案——

一是为“马歇尔计划”项目提供全程法律服务。长期以来，皇家飞利浦电子股份有限公司（以下简称“飞利浦”）与中国电子信息产业集团公司（以下简称“中国电子”）建立了良好的合作关系，双方合资成立的深圳桑菲消费通信有限公司作为全球唯一的飞利浦品牌移动电话制造商，10年来不但取得了卓然业

绩，更为中国电子积累了大量先进的管理经验。2006年，飞利浦启动代号为“马歇尔计划”的项目，将其现有的移动电话业务转让给中国电子，交易金额达4亿多美元。转让后，中国电子将负责飞利浦的移动电话业务，并将在今后5年内获得一项全球性的飞利浦品牌授权，用于移动电话的市场营销。

作为如此大型并购项目的首席法律事务代表，罗洁及其团队为中方提供全程法律服务，历时一年多，“马歇尔计划”于2017年第四季度完胜。罗洁抓住了以下四个环节：1. 尽职调查。律师团队分3班进行全天24小时的马拉松式调查，在规定时间内完成任务，作为律师团队的核心，罗洁既要负责重大合同的调查，又要保持团队的沟通和效率，最终提交了238页的调查报告，为中方决策提供了翔实的依据。2. 谈判签署。罗洁发挥自身的双语优势和谈判技巧，据理力争，使得飞利浦作出巨大让步，切实维护了中方的合法权益。双方所签署的一系列长达1000页的协议均用中英文双语写就，历经三个月谈判，易稿共计20多次。3. 完成收购。为在法律层面完成此次跨国收购，罗洁一方面积极在双方之间进行沟通和协调，以促使审批工作按时按质完成，另一方面又为中方进行具体审批提供了大量法律意见，以确保审批工作符合要求。4. 业务整合。罗洁责无旁贷地挑起了为业务整合保驾护航的担子，带领团队，继续为涉及面广的业务整合提供大量的法律意见，使飞利浦品牌移动电话业务得以持续稳步发展。

上述案件，乃是我国第一起“收购业务+股权”的跨国并购案，国资委、商务部等均予以高度重视，并加以肯定。

二是涉案金额 20 亿元人民币的土地使用权归属争议案。香港上市公司——中美联合信托公司（以下简称“中美联合”）与中方两家股东合资成立了上海虹城房地产有限公司（以下简称“虹城公司”），三方共同出资以该合营公司在虹口区北苏州路、吴淞路处的编号为 31 街坊 A 地块从事房地产开发，建造“中美信托金融大厦”。1994 年，中方两家股东均表示放弃投资 B 地块。在虹口区政府确认 B 地块为外方单独开发后，中美联合遂以虹城公司的名义向上海市土地管理局和虹口区政府批租 B 地块，并直接以外汇资金付出 B 地块的土地出让金和市政拆迁费用等全部款项。鉴于多年来中方两家股东不再提供任何资金，合资公司无法增资，土地开发早已陷入窘境。2011 年，上述 A、B 地块被区规土局认定为闲置土地，发出行政告知书，要求虹城公司限期开工，逾期将没收之。与此同时，中方股东还就当年中美联合以虹城公司名义批租 B 地块的行为提出异议，要求虹城公司提起土地使用权确权诉讼。

这是一起涉案金额 20 亿元人民币的土地使用权归属争议案。罗洁在接受外方股东——中美联合委托后，对该开发项目所涉及的大量文件材料逐一进行了细致调查及分析，并向中美联合出具了法律分析意见及三套解决方案。罗洁考虑到土地增值的巨大潜

在收益，建议外方股东尽可能与中方两家股东就 B 地块争议达成调解，确保当地政府不收回土地使用权，并以一致维护三方共同利益为前提，条分缕析利弊得失，说服了中方两家股东退让妥协。罗洁还多次与区政府商谈，取得政府部门的理解和支持。

在罗洁的努力下，已有 10 多年老死不相往来的中外三方终于重新坐到了谈判席，达成和解，中方两家股东同意分阶段以债转股等方式对外方股东的前期投资作出补偿。这一搁置 18 年之久的项目于 2012 年正式开工建设。

功夫不负有心人。争议解决后，凭借卓越的协调能力，两家中方股东主动提出聘请罗洁为这个合资公司的法律顾问。

### 不凡的管理律所才能

在罗洁 24 年的执业生涯中，她开设“罗洁律师事务所”的八年经历值得一书。采访时，她回首往事，颇为感慨：“人生就是一个旅途，没有白走的路，因为每一步都是在走向终点。尽情地享受每一步和每一景，不必刻意，因为这个世界就是为你而来。”

进入 21 世纪，本市就律师事务所体制改革进行试点，国办所向合作所转变，个人所也有萌生。2003 年，罗洁“敢为人先”，设立上海最早一批个人律师事务所——罗洁律师事务所。罗洁母亲一度担心：“万一开不下去了怎么办？”罗洁莞尔地说：“至少曾经有过一家所，叫罗洁律师事务所。”原有的很多客户信服罗洁一以贯之的优质服务，在业务上继

续给予大力支持，使得个人所很快步入正轨。

开办罗洁律师事务所的八年，充分显示出这位年届“而立”的女律师不凡的管理才能。她首先意识到：在激烈的法律服务市场竞争中，亟须开拓一条具有特色执业领域的精品化之路，方可生存和发展。依靠自身的海外留学经历及事务所年轻律师学历高、外语好的优势，将涉外公司法律顾问服务作为突破口，进而延伸到包括企业并购、知识产权、诉讼仲裁在内的其他涉外法律服务领域，为客户营造一个个性化的服务氛围，从事前、事中和事后各个时间节点以及从咨询、方案设计、谈判、争议解决等各个层面为客户提供全方位的法律服务，最大程度避免客户的法律风险。为规范化管理个人所，罗洁除了制定“个人开业律师事务所章程”外，还根据管理的各环节出台了规章制度，诸如：组织结构图、业务委托流程表、内部管理规范化计划表、民事诉讼案件流程表、客户满意调查表等。

虽说 2011 年，罗洁作为隆安上海分所唯一的女性高级合伙人，换了一个施展才华的人生舞台，但那八年积累的管理律所的经验还是大有用场。在 2016—2017 年担任上海分所执行合伙人期间，她把业务的一半时间让给了律所管理，审慎细密的管理作风、刚柔相济的人格魅力和高超的沟通技巧，使隆安上海分所井然有序、逐级攀升，分所首次突破 150 名执业律师的规模，还引进了多位优秀的高级合伙人和二级合伙人。2016 年度，分所业绩



增长了23%，创收首次破亿；2017年度创收继续增长10%，稳居上海亿元大所。其间，隆安所完成了特殊普通合伙律所的转制。在上海分所史无前例的支持下，全国隆安发展基金会得到飞速发展。基于罗洁的功绩，隆安发展基金会推举其参选2018 ALB China 十五佳女律师，罗洁成功当选。

## 积极参与社会活动

作为法律工作者，律师与法律精神有着天然的联系。这种联系，不止是体现在法庭上的刑事辩护和民商事诉讼、谈判席上的非诉讼代理以及多层面、多元化的法律服务，还渗透于各项社会活动。罗洁从业以来，在成功办理大量的案件的同时，积极参与社会活动，彰显其律师的社会责任和担当。诸如：

她组织上海市徐汇区的女律师，成立了区律师界妇女联合会，这是上海群团改革的一项创新，也是全国首家律师界的妇联组织；

她与律所同行出资在华东政法大学国际法学院设立“隆安奖学金”，资助有志于律师业的学生，尤其注重对女性律师的培养，每年组织多场提升女律师专业能力和人文素养的培训；

她积极探索校园公益普法，重点关注儿童反性侵安全教育和儿童反校园霸凌安全教育；

她担任上海交通大学凯原法学院和华东政法大学国际法学院的硕士研究生兼职导师，以授课的方式，把自己的从业经验和丰富的人生哲学与研究生们交流；

她参加一所小学的“故事妈妈团”，每月进校以讲绘本的方式，教

育孩子珍惜自我的生命价值，从小建立内在的生命信念……

罗洁还连任上海市律师协会两届执业纠纷调解委员会、纪律（惩戒）委员会副主任，多年来为上海律师行业的行风、行纪做了大量工作。值得一提的是，她在担任上海市女律师联谊会副会长期间办的两件事至今仍在业内传颂：一是与黄绮会长一起组织了一次相亲活动。业内单身的女律师与航天局男士21对，搞了一次内容丰富的联谊会，当即5对男女牵手。从选择场所到设计编排，罗洁花了心力。二是重阳节组织退休女律师秋游，她亲自一一通知老律师，并且亲自带队。当时她的孩子只有5个月，为了不影响哺乳，其丈夫带着婴儿开车尾随其后，这样连续了两年。罗洁责任为重的工作态度于此可见一斑。

编者按：2019年9月上海律协开展“不忘初心 牢记使命”首届上海律师行业履行社会责任主题宣传活动，经评审，最终产生10位“上海律师行业公益之星”，并于2020年1月2日举行的“纪念律师制度恢复重建40周年大会”上对获奖个人进行表彰。从2020年第10期开始，《上海律师》将陆续刊登公益之星的个人事迹，展现上海律师的大爱无疆。



## 上海律师行业公益之星赵晓红 做追逐梦想的律师公益人

文 | 赵晓红



赵晓红

北京市金杜律师事务所上海分所合伙人，北京桂馨慈善基金会理事，上海市妇女代表。先后荣获上海市巾帼建功标兵、上海市第五届优秀女律师、首届上海律师行业公益之星及长宁区第八轮专业技术拔尖人才等荣誉。

不负韶华，怀仁扬善万千程，携爱心出发；

堪称君子，济困扶贫十六载，秉初心归来。

### 一、坚定信念 追求梦想

公益是一种责任，一种美德，一种力量。由于自身职业的关系，我很早就接触并参与公益援助工作。很多年之前，我就和金杜以及许多其他社会上的志愿者跋山涉水前往偏远的山区进行爱心支教、爱心帮扶，那时心里想的就是尽自己绵薄之力去帮助更多的人。后来，我被评选为上海残疾人福利基金会理事，除了利用周边宣传渠道积极宣扬外，我还组织开展“乐善助残爱心天天捐”、慈善音乐会、公益技能培训等各类助残公益项目，希望通过公益募捐、爱心援助等各种方式推动助残事业的发展。渐渐地，发现做公益会让我体会到一种很强的责任感，并且让我在帮助别人的过程中增加了自信。所以我越做越投入，现在公益和工作一样，已经成为了我的日常。再后来，我担任金杜文化与公益事业工作委员会的

牵头合伙人，和众多金杜公益志愿者们一起，去持之以恒地投身各种社会公益活动和项目，积极履行社会责任，并且不断地探索、推动更深入、多元化和包容型的公益项目。

身为一名律师，夜以继日地工作是常态。因此，很多人问我“如何平衡工作和家庭，而且还要参与公益？”身为女性似乎总逃不过类似的话题，可于我而言，这些其实从来不是问题。托尔斯泰说过：“只要坚定不移地向目标前进，就一定会达到目的。”工作如是，家庭如是，公益亦如是。所以业务再忙，我也会调整时间安排。因为我认为这件事既然去做了，就一定要把它做到最好。

作为一名母亲，我尤其关注儿童基础教育问题，特别是贫困地区留守儿童的学习教育情况。对此，我们最早从2005年就启动金杜“金色童年”计划，为农村贫困地区教育提供支持。十年树木，百年树人。自首所“金杜课堂”在重庆合川市渭沱镇化澄完全小学教学楼落成后，我们至今已在江西、四川、甘肃和西藏等7个省份1个自治区贫

困山区捐建了12所“金杜课堂”，捐款数额超过数百万元。但是，捐款建校舍只是开端，我认为教育公益应该更有深度、更有持久性。所以，每一个课堂建成后，我们都安排一支20多人的金杜律师志愿者团队与当地对接，与捐助的师生交流互动，并且组织回访活动，针对学校在教学上遇到的困难组织进一步的援助活动。

## 二、无悔选择 倾心服务

绿水青山就是金山银山。2015年，我们意识到西部偏远地区荒漠化情况越来越严重，特别是经济落后地区环境保护意识也相对比较薄弱。对此，我们启动了金杜“全球环保公益项目”，得到金杜全球28个办公室超过200位金杜公益志愿者热烈响应。

这其中特别有意义的是金杜中国的“金杜林”环保植树计划。当时，一所位于甘肃省瓜州县的“金杜课堂”四工希望小学，长期受到不同程度的风沙侵蚀，当地生态环境已不容乐观。“金杜林”项目旨在通过“植树育人”相结合，不仅为清洁、绿化、美化“金杜课堂”周边环境作出贡献，同时向当地儿童传递保护环境的理念。由于瓜州特殊的气候和土壤环境，能够保障树苗栽种最高成活率的时间仅在春天的几十天内，所以在第一次回访活动之后，我们就开始马不停蹄地筹备着“金杜林”项目的后续推进事宜。从2016年10月到2017年3月间，我们不断与学校、当地教育局进行多次咨询与沟通，并对适宜当地植树的树苗种类、价格、种植时

间及周期进行了大量市场调研，提交“金杜林”项目申请报告，并远程与苗木公司谈判磋商，签署相关协议，最终在3月底完成树木种植。为了验收树苗前期种植生长情况，继续完善和优化“金杜课堂”项目，2017年“五一”期间，我再次带领金杜公益志愿者代表组成的队伍踏上了西行戈壁之路。

在首片“金杜林”落成仪式上，金杜每位志愿者和瓜州县政府领导、师生们望着栽满绿色希望的“金杜林”，喜悦之情溢于言表。“金杜林”不仅美化了“金杜课堂”周边环境，同时向当地儿童传递保护环境的理念和金杜人诚挚的牵挂。也正是因为这片小树林，众多志愿者们也与四工小学的师生结下了不解之缘：他们为孩子们精心组织了趣味运动会、各种主题的趣味课堂，在校园的白墙上留下了一幅幅手绘画作……出爱者爱返，福往者福归，“金杜林”见证了金杜在公益事业上又一个闪亮的足迹，也为律界践行公益作出了示范引领的作用。

## 三、持续关爱 予以梦想

连续多年的坚持与回访，让我们在“金杜林”建成以后，又将“远程教室”项目列入了继续深入做教育公益的议程。由于学校的孩子们大多是留守儿童，父母长期在外务工不在身边，加之当地教师资源的匮乏，他们无法和城市里的孩子们一样体验丰富的课外活动或拓展课程。面对当地小学学生对新知识的强烈渴望跟当地课程、师资的匮乏形成了鲜明的对比。我们积极联合

支教中国2.0公益机构一同携手，经过九个月紧锣密鼓的沟通及筹备，终于在2019年3月初完成了“远程教室”的搭建，通过互联网搭建沟通平台，响应政府号召精准教育扶贫，将发达地区的师资和课程同步带给欠发达地区师生。

## 四、拥抱温暖 收获感动

聚少成多，聚沙成塔。我相信从一点一滴的小事做起，总有一天会看到质的变化。回首公益路，我经常看到金杜志愿者们去各种贫困贫穷地区进行爱心援助，他们希望尽自己的绵薄之力来帮助当地的人们改变生活，虽历经艰难困苦，但最后总是收获满满。

2018年，我被推选为北京桂馨慈善基金会基金理事，该基金会是一家关注中国发展中地区基础教育的公益慈善机构，曾荣获5A级社会组织、中国慈善榜基金会（非公募）榜单前50、中国慈善信用榜前30等荣誉。通过强强联手，使我们这几年公益奉献的事业更加宽广、途径方式也更加丰富。

看溪流潺潺，汇聚成河；看花朵静发，长成牵挂。在一次回访活动结束后，一位志愿者难掩当时参加活动的激动之情，他说：“当穿过开遍向日葵的田地，见到迎在校门口的老师们露出欣喜的表情，重逢的拥抱，还有下课后孩子们围着我们久久不肯散去的场景……经历过这一切，才真正明白‘被整个世界温暖相拥’是什么感受。”在“金杜公益基金”这个铸梦的平台上，无数甘于奉献的金杜人留下了奉献公益事业足迹。

“不忘初心 践行法治中国梦”征文活动三等奖征文

# 怀秉公心“法律人” 情系劳动“法治梦”

文 | 楼凌宇

作为一个在改革开放大潮下出生和成长的亲历者和见证者，我发自内心为祖国的蓬勃发展自豪和骄傲。近年来，中国大事不断、喜事不断。今年又逢新中国成立70周年（编者注：本文写于2019年），律师制度恢复40周年，自己创业1年时，内心备受鼓舞。回想自己这一路走来，不禁感慨：正是家国梦孕育了我的个人梦，也正是这个不断改革开放的时代激励着我一步一个脚印自信地走在追梦路上。

## 上海 梦开始的地方

我出生在浙江诸暨，毕业于中南财经政法大学。大学时的自己谈不上有什么雄心壮志，心想若能做个朝九晚五的“小白领”便是知足的幸福生活。但一次机缘巧合，我邂逅了上海，而这座城市赐予我一个追逐至今的梦想。

毕业前同好友来沪游玩，偶遇了一场律师招聘会，带着试试看的心情参加了面试，没想到居然顺利通过了，最终和律所成功签约。就这样我成了一名“新上海人”，这一刻，梦想于我似乎有了一个隐约的轮廓，而我则像上海这座充满活力的城市一样，满怀期待地向前奔去。

进了律师行业，才发现律师的不易。要成为一名合格的律师需经受的考验自不必说，但也因此，我对“律师梦”有了更深的认识。特别是在一个父亲殴打女儿导致女儿精神失常、女儿状告父亲赔偿的法律

援助案件中，当我走进一间潮湿阴暗的地下室，见到女孩和她母亲时，也许是女性的同理心，或是感受到女孩妈妈的坚强和母女俩对我的信任，当时完全忘了自己是个新手，全力以赴地走上了办案之路。面对深受伤害的女孩，我尽可能地关心和安慰她。渐渐地，小女孩愿意听取我的劝慰与建议。有时她哭闹时，母亲但凡提到“楼律师”，她就会安静下来认真倾听。案件最终判令女孩父亲承担赔偿责任，其父亲也当庭向女孩道歉。该案件后来被东方电视台《法律与道德》栏目作了特别报道。如今想来，或许正是女孩的这份依赖和信任，让我感受到作为一名“法律人”的职业价值。

## 专注劳动法 启程创业梦

随着时间的推移和偶然的契机，2007年，我开始专注于劳动人事的法律服务领域，成为一名专业的劳



楼凌宇

上海圣知林律师事务所主任。上海市三八红旗手，上海市第五届优秀女律师，第一届静安区政协委员。

动法律师。在当时的市场中，其实大家对劳动法律服务业务并不看好，绝大多数企业还没有就劳动纠纷单独聘请律师。但随着《劳动合同法》的实施，劳动法律师有了更广阔的发展机会。多年的劳动人事法律服务经历让我深信，随着改革开放和企业转型发展，企业会对专业劳动法律师提供的解决方案有更多的需求。2018年，为实现自己心中的理想，我创建了圣知林律师事务所。对业务而言，我希望在劳动人事领域用“和”的理念去解决纷争，事先防范风险。对团队而言，我希望我们是一群价值观一致的“寂光内照，神采坚持”的同行者。我坚信，只要用心专注，与时代同行，梦想的路上定有彩虹。

## 走进新时代 梦想再出发

圣知林律师事务所成立后，很多朋友问我：为什么要放弃安稳日子，承担那么多风险和压力自己创业？说实话，创所对自己来说，是个拍脑袋的决定，只是有一天加班结束走在路上看着现在的办公室突然冒出的想法，第二天就行动，如此而已。

自创业以来，我也遇到了创业者自然会遇到的各种问题和困难，但自己始终很享受这个过程，享受着各种痛，也快乐着一点点的进步。我觉得自己是很幸运地生在了这个时代，可以有梦就去追。我也认为劳动法已走进了一个更加多元化的新时代，在劳动关系的动态履行中，仅仅凭借知晓劳动法律并不能真正、彻底地解决劳动问题。如何将刚性的法律浸润到日常劳动关系的履行之中，进而更好地预防劳动纠纷的发生，或者在纠纷发生时，可以有机制让劳资双方重建信任，消除分歧，解决问题。我想我们需要刚性的法律，也需要温性的管理，更需要柔性的文化。所谓“和实生物，同则不继”。我希望新律所能秉承“诚”“信”“和”的价值观，运用多元化纠纷解决方法，公正、独立、专业地帮助劳资双方解决分歧，最终实现聚合化异，和合共赢。我想秉承这个理念，与圣知林的伙伴们，一起探索更多。

## 为公建诤言 献力法治梦

在我有幸加入了中国民主促进会后，我慢慢感受到一个人梦想的实现离不开国家的稳定繁荣、也离

不开社会的健康发展，自己也可以为社会发展做点力所能及的事——参政建言。

这些年来，在组织的关心和培养下，我对中国特色社会主义，中国共产党领导的多党合作和政治协商制度以及我国新的社会阶层人士发展有了越来越深入的了解和认识。随着运用自己专业知识提交的社情民意的录用，我更认识到了自我的社会价值。《建议修订银行工程建设项目贷款规则，保障农民工工资代发制度推行》获中央统战部采用；《建议明确诉讼案件中翻译机构翻译责任》获全国政协录用及民进中央参政议政成果三等奖，并获时任市委政法委、高院主要领导批示；《建议适当修改个税专项扣除（继续教育）抵扣条款》《关于推动长三角人才服务一体化的建议》获市政协采用报全国政协……每每得悉建言被采纳或批示，内心喜悦难以形容，感到自己的“小我”竟能在国家社会的“大我”中发光发热，一份荣誉感油然而生，这份价值感推动着自己前行。

在写这篇文章时，我想到最多的还是感恩：感恩始终陪伴着我的家人，让我在个人的事业路上尽情投入、勇往直前；感恩志同道合的圣知林伙伴，让我在未知的创业路上拥有依靠、充满力量；感恩始终关心鼓励我的朋友们，让我在康庄的正道上不忘初心、砥砺前行；感恩这个改革开放的新时代，因为正是这个时代的精彩才让我有书写自己人生的机会，才能够在广阔的舞台中怀揣理想，追梦飞翔。



# 律师，尽量为自己的 执业责任上份保险

**主持人：于小峰** 上海律协保险业务研究委员会委员、上海中联律师事务所律师

**嘉宾：王世喜** 上海律协执业纠纷调解委员会、纪律（惩戒）委员会委员、公司与商业务研究委员会委员、上海融力天闻律师事务所合伙人

**邱加化** 上海律协保险业务研究委员会委员、上海市汇业律师事务所合伙人

**文字整理：许倩**

于小峰：大家好，欢迎来到《上海律师》第四期法律咖吧，我是本期咖吧的主持人于小峰律师，本期的嘉宾是王世喜律师和邱加化律师。近几个月来，发生了多起金额较大的律师执业责任赔偿事件，引发了律师行业对于执业风险问题的广泛关注。之前我们听说较多的是律师执业过程中所面临的刑事犯罪风险，但是这几年，随着律师行业涉及到的领域越来越广，部分业务还要求律师签字

背书，直接导致律师执业所面临的民事赔偿法律风险也越来越高。如今年刚发生的杭州中院判决上海某律所与债券发行人承担连带赔偿责任，涉及的金额高达3700多万元。

首先想问一下王律师，为何近年来律师执业赔偿的案件越来越多？律师可能会被当事人要求承担责任的情形有哪些？比较容易发生在哪些案件中？这些行为是否会引起后续的律协对律师的处分？



于小峰



王世喜

**王世喜**：近几年，律师执业赔偿案件确实越来越多，我认为原因主要有如下几点：一是新型业务不断增多，律师服务能力没有跟上，服务经验尚未积累充足；二是一些年轻律师执业经验不足，一些资深律师过于自信疏忽；三是律师业务的服务特点决定了总有服务不到位的情况；四是客户权利意识逐步增强，以花钱购买服务的心态，要求必须得到应有的对价服务，如有一点儿认为律师服务不到位，自然就会投诉并索赔。

从这几年的情况来看，律师被要求担责的情形主要是两类：一是从诉讼案件来看，没收集应有证据、逾期举证、超过诉讼时效，逾期上诉等；二是从非诉讼案件来看，律师见证被判定无效，导致无法按遗嘱继承；律师核查、尽调不严，出具错误法律意见书，被证监会等处罚，或出具错误调查报告，导致客户投资出现风险等。

关于是否会引起律协处分：律协原则上“不告不理”，一般都是根

据客户举报或司法建议书来处理，处理依据主要是《律师法》和司法部发布的《律师执业管理办法》及中华全国律师协会的《律师协会会员违规行为处分规则（试行）》等。

**于小峰**：感谢王律师对律师可能被要求担责情形的介绍，律师执业面临的风险越来越多，我们都知道保险是专门处理风险的，想请邱律师介绍一下保险公司是否有相关的险种来涵盖上述律师执业责任风险？律师执业责任险的保险责任、投保主体、被保险人、保费的计算分别是怎么样的？实际赔付过程中，保险公司和被保险人是否有争议？

**邱加化**：2002年2月中旬，上海市律师协会为全市律师事务所会员投保，与平安保险上海分公司签署了《律师执业责任保险》，第一次投保时约定的追溯期为6年，此后每年都在平安保险公司进行投保。投保人是上海律协，被保险人为上海律协所属的合法执业的全部律师事务所。保险责任包括两方面：一是被保险人的注册律师在中国境内（不包括港澳台）办理委托人委托的法律业务时，因过失行为未尽其在业务上应尽之责任及义务，造成委托人及利害关系人的经济损失，应由被保险人承担的经济赔偿责任；二是保险事故发生之后，被保险人支付的仲裁或诉讼费用以及其他合理必要的法律费用。赔偿限额分别为每次事故赔偿限额人民币600万元，年度累计赔偿限额人民币4亿元，每个律师累计赔偿限额人民币1500万元。每次事故的绝对免赔额为事故损失的10%，但不超过人民

币10万元。年度保费以前是人民币110万元，2021年年度保费为人民币120万元。

**王世喜**：上海律协的上述投保远不能满足和避免全市1700多家律所、3万多名律师的执业风险。建议鼓励各所为本所律师增投律师执业商业责任险，由于各家保险公司报价和赔偿范围不一，实际赔付过程中对哪种情形可赔，哪种情形拒赔会有争议，关键是保险条款中要约定明白，一目了然，特别是限制律所或律师权利、规避保险公司义务的条款，更要仔细。

**邱加化**：在实际赔付过程中，保险公司和被保险人也是产生过争议的，比如2005年曾报道过的律师执业责任保险的首起诉讼案件。某律师事务所一位律师接受委托案件后，未在诉讼时效内起诉，给委托人造成了人民币17.5万元的经济损失。在应对委托人的诉讼中，某律师事务所抗辩该合同文本是该律师盗用且合同内容未经事务所审查，不应由律师事务所承担责任。为此保险公司认为该保险事故是注册律师未经律师事务所同意私自接业务，依据保险条款的约定，不属于责任范围。该案经上海市静安区人民法院判决，认为律师事务所的抗辩理由未经法院采纳，该律师私自接受业务的事实不成立，保险公司拒赔的理由不成立。另一起诉讼案件中，因大陆律师接受客户委托办理在台湾的非诉业务，因过失被判决赔偿，保险公司认为合同约定的承保范围是在大陆地区境内，因此拒赔。本案一审法院判决律师事务所败诉，

二审改判，认为该非诉委托是在大陆地区接受的，其在大陆从事的相关法律事务是整个案件的重要组成部分，律师在执业过程中未征得客户同意擅自允许台湾律师多扣 15% 代理费的过失行为也发生在大陆，并不属于律师责任保险的例外情形，保险公司应该赔偿。这么多年来，对平安保险的律师责任保险条款也是产生过一些争议，律协也是从最大限度维护被保险人的角度，和保险公司进行协商，对标准的条款进行了一些存在争议或者明显不利于被保险人的条款进行了修改，签订了补充协议。如保险条款约定的“被保险人及其代表的故意行为或重大过失行为造成的损失保险公司不予赔偿”，怎么理解重大过失，哪些行为属于重大过失，不是保险公司说了算，补充协议约定保险公司拟以重大过失原因拒赔的案子，在出具拒赔通知之前，必须告知律协，对赔案是否属于重大过失责任的认定由双方代表及司法局有关部门组成的保险专家小组来认定。非经该专家小组认定，保险公司不得自行以除外责任为由拒赔。此外，对保险条款中“被保险人及注册律师超出律师事务所执业许可范围或超越委托人的授权范围办理业务不予赔偿”进行了删除，修改为“被保险人从事的法律业务违反我国法律规定的律师可以提供法律服务的范围不予赔偿”。“被保险人与委托人未订立书面委托合同的情形下发生的索赔不负责赔偿”修改为“被保险人与委托人不存在委托关系情况下发生的索赔不负责赔偿”。

于小峰：感谢两位律师对于律

师执业责任保险的详细介绍。律师对外承担赔偿责任的依据主要是《律师法》第 54 条的规定，律师执业责任保险的被保险人主体、保险责任以及损失类型均可以在该条中找到依据。通过两位嘉宾的详细介绍，我们对于律师执业责任保险已经有了一个大致的了解，想询问一下两位嘉宾对投保律师执业责任保险是否有什么建议？比如从事什么类型业务的律师更建议其投保律师执业责任险？投保时应注意一些什么问题？

王世喜：建议应投尽投，比如 IPO、私募、基金、发债、投融资、律师见证等是重点要投保的，另外设置分所数量多的律所，对分所也应该投保，从而避免扩张造成的执业风险。投保时要测算人数、业务类型、分所布局等，让保险公司量体裁衣拿出最优方案投保实施。

邱加化：目前上海律协统保的律师执业责任保险，每次事故赔偿限额人民币 600 万元，自 2003 年起就没有进行过调整，这个只能是一个最基础的保障。对目前很多从事 IPO 等资本市场业务、建设工程房地产业务或者破产管理人业务等律师事务所，该赔偿限额是不够的，需要另行投保律师执业责任的超额保险。除了平安保险外，国内其他保险公司都有律师执业责任保险险种，律师事务所可以多询价，进行比较，选择投保。此外，目前国内保险公司律师执业保险承保的范围仅仅是大陆境内的法律业务，而已经发生了国内的律所因从事境外 IPO 被国外投资人起诉的情形。对不少



邱加化

从事涉外业务的律所，也要注意对境外的法律业务的风险投保律师执业责任保险。

于小峰：确实，近几年来，随着律师参与的业务类型越来越多，律师行业的竞争也越来越激烈，导致部分律师可能会为了案源而参与一些自己不熟悉的业务，复杂的业务模式也可能会将风险进一步放大。律师事务所作为对外担责的主体，对律师执业责任风险已经引起了高度的重视。律师执业保险可以有效地帮助律师事务所应对律师执业风险，通常各地的律协都会为其会员投保律师执业责任保险，但是律师事务所也需要根据自己的业务布局、主要业务类型、业务规模有针对性地确定是否需要在律协投保的基础上再进一步增加保额。再次感谢两位嘉宾对律师执业责任风险以及律师执业责任保险的详细介绍。

（本文内容根据录音整理，系嘉宾个人观点，整理时间：2021 年 4 月 22 日）

# 角色转换 初心不改

## 从律师到法务，再回归律师

文 | 陈晓彤



2020年，我依照原定计划，回归到了律师行业，荣幸地加入上海普世万联律师事务所，开始我真正持证上岗的第一年修行。

参加工作已五年有余，律师职业一直是我的首选。在校期间，我去律所实习，毕业之后如愿以偿获得留用。

时光荏苒。一年的实习生涯很快结束，拿到律师证的那一刻，我真正意识到自己是一名执业律师，却陷入沉思。对未来发展的彷徨及自身的不足，让我毅然选择离开。好比一艘想要驶向大海的船，如果龙骨有问题，不管方向舵多么精准，终究无法抵达目的地。

暂时搁浅休整是为了更好地出发。不久后，我就职于一家新三板公司，担任证券事务代表兼公司法务。我告诉自己，工欲善其事，必先利其器。

从律师到法务，让我体会到两份职业的不同：

### 1. 工作的侧重点不同

法务和律师都提供法律服务，但工作侧重点不同。律师往往从客户角度出发，提供法律范围内的可变通可整改意见或维权途径、方法，但客户最终是否听取律师的建议，并付诸于实践，完全由客户自行考量。法务则要在律师建议的基础上，结合行业背景、商务谈判情况、合规性成本等各种因素，给出最符合企业现状的法务意见，并负责落实到位。

### 2. 工作方式不同

在律所，周围的同事都是律师，相互间沟通成本比较低。一般而言，律师只需向上级律师（比如合伙人）汇报工作，工作效率比较高。而法务是企业运营的后台部门，需要与各个业务团队合作，接触的同事或上级基本是非法学出身，沟通过程中需要更大耐心。此外，企业的组织架构、内部管理与律所有很大不同，工作流程和审批制度比律所繁琐，一份合同的修改需要各业务部、财务部、副总、总裁等层层参与和审批。

### 3. 工作自由度不同

律师，常以自由职业自居。即便授薪律师，上下班都不需要打卡考勤，每日工作以完成任务为主导，工作场所、工作安排都比较自由，当然律师加班加点也是常态。法务则基本朝九晚五固定时间上下班，固定办公场所，这给法务带来与律师不同的组织归属感。

工作上的会议，律师们非常有

效率，各自汇报手头工作，及时提出问题，讨论结束直接去执行。企业大小会议繁多，有些不涉及法务具体工作，法务依然要参加。且法务工作有赖于各部门协作，自主时间有限。

两份职业的不同之处，让我在决定回归律师行业时，不免担心会不会水土不服。但莎士比亚说过：“凡是过去，皆为章序。”所有经历过的风景，对日后的人生都是有意义的。法务和律师虽有不同，但法务工作经历对律师业务的发展能起到一定的积极作用。其作用大约有以下几点：

#### 1. 了解企业内部管理流程，理解企业需求

公司法务了解企业组织架构、交易方式及人员的思维方式。对特定行业的问题、风险、企业关注的重点了解得更加透彻。回到律师行业后，为客户提供法律服务、沟通交流时，能更好地站在企业角度，在理解商业背景的前提下，为企业提供更精准、优质的法律服务。

#### 2. 拓宽业务范围并发现新的服务机会

律师提供法律服务的范围正日趋专业化，出现了很多专业方向明确的律师或律师事务所，比如房地产律师、私募基金律师、娱乐法律师等。律师对与自己专业相关的行业认知也应更深入透彻。如过去拥有在房地产公司、私募基金公司或影视传媒公司担任法务的经历，对行业背景的熟悉一定有益于律师拓展业务，法律服务也可以做得更专业、更到位。且因曾经参与企业的

运行，更了解商业运营的风险及行业发展趋势，更容易判断哪些环节律师有参与的必要，从而提前预测到新的法律服务机遇。

#### 3. 选择更适合自己的职业定位

在对律所和企业都有较为深入的认识之后，我们就可以根据自身的特点、目标，选择更加适合自己发展的职业。不管最后选择的是律师还是法务，都应选择自己的所爱，爱自己所选择的。

从法务回归律师，是挑战也是机遇。面对未来，不必急于求成，当好好享受过程。对理想与初心，应念念不忘，全心付出必有回响。



陈晓彤

上海普世万联律师事务所律师  
业务方向：民事行政诉讼、影视传媒、破产清算

# 定向搜索链接该承担多少注意义务

## 记上海某公司侵害作品信息网络传播权纠纷上诉案

文 | 张峰

### 案情简介

2015年9月，广州某公司认为上海某公司在其经营的网站中基于定向搜索的链接服务，对外公开在线播放及传播的涉案电影未取得其合法授权，侵犯其合法权益，向法院提起诉讼，要求法院判令上海某公司停止侵害，消除影响，并承担经

济损失的民事责任。

法院于2015年11月开庭审理，最终于2016年3月作出一审判决，判决驳回广州某公司的各项诉讼请求。广州某公司随即上诉至上海知识产权法院，认为一审法院认定事实不清，法律

适用不当。二审中，上海知识产权法院依法驳回上诉。

### 代理意见

一、上海某公司网站基于定向搜索提供影片链接属于提供网络服务，不属于“上传到网络服务器、设置共享文件或利用文件分享软件”等方式

我方认为，所谓在上海某公司网站上播放的涉案节目均系链接自第三方视频网站，用户点击链接后，会直接跳转至第三方网站，因此，上海某公司服务器上并没有存放任何视频的源文件；在具体播放时，播放界面也显示了实际播放的视频网站网址，用户可以以此区分影片来源，知晓影片提供者，不会造成用户对视频播放来源地误认或混淆。因此，无论是根据“服务器标准”还是“用户感知标准”，作为链接服务提供者的上海某公司均不可能构成侵权。

被控侵权视频系在第三方网站

而非涉案网站播放，涉案网站提供的是一种基于定向搜索的链接服务，广州某公司不能证明上海某公司有“上传到网络服务器、设置共享文件或利用文件分享软件”的行为。

二、涉案网站提供影片简介、评论、推荐等栏目不属于针对特定网站、特定作品进行刻意选择或推荐，不认定为经过“编辑、推荐和加工”地提供视频“播放源”，即使被链接网站正版影视资源授权过期，上海某公司亦不具有主观过错

广州某公司认为，涉案网站提供的服务是一种有编辑、推荐和加工的定向链接行为，且涉案影片链接的网站的正版影视资源授权已过期，上海某公司在提供链接时未尽到审慎注意义务。

我方认为，根据《最高人民法院关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第八条：“人民法院应当……对于网络用户侵害信息网络传播权行为的明知或者应知。网络服务提供者未对网络用户侵害信息网络传播权的行为主动进行审查的，人民法院不应据此认定其具有过错。”上海某公司没有主动监控的义务，且已经尽到了合理注意义务，及时删除了涉案链接，上海某公司无权选择也无法改变第三方平台商所传输的影视作品内容，也无法审查该平台上具体的影视作品是否为侵权作品。

同时，通知规则是处理网络侵权行为的一般规则，但本案广州某公司未遵守此规则，即要求上海某

公司承担侵权责任，没有法律依据。通知规则不仅有利于准确认定网络侵权行为，而且更有利于为权利人提供有效及时的救济途径。同时，与网络服务提供者相比，潜在受害人有更充分的信息和能力去发现和判断潜在的网络侵权信息。

其次，该涉案网站所设置的影

片简介、推荐、评论等栏目是针对所有搜索结果的统一模式化编排，不具针对性。故以涉案网站设有评论、影片推荐等栏目及点击“在线观看”而认为上海某公司实质性向公众提供了涉案电影在线播放服务的主张是缺乏事实与法律依据的，且上海某公司在被诉后已断开涉案链接。

## 判决结果

一审法院判决驳回广州某公司诉请。二审法院判决驳回广州某公司上诉，维持原判。

## 裁判文书

### 一审法院

#### 一、关于广州某公司起诉主体资格

一审法院认为，根据涉案电影片头片尾署名及相应授权书、声明，在无相反证据的情况下，可以确认广州某公司经授权取得涉案电影的独占性信息网络传播权及相应维权权利，故广州某公司有权以自己的名义提起本案诉讼。

#### 二、基于定向搜索的链接服务是否构成实质性向公众提供了涉案电影在线播放服务

根据《中华人民共和国侵权责任法》第三十六条第一款及《最高人民法院关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第三条、第六条的规定，网络服务提供者未经许可，通过上传到网络服务器、设置共享文件或利用文件分享软件等方式，将作品、表演、录音录像制品置于信息网络中，使公众能够在个人选定的时间和地点以下载、浏览或者其他方式获得的，人民法院应当认定其实施了提供行为，除法律、行政法规另有规定外，应当认定其构成侵害信息网络传播权行为并承担相应侵权

责任。网络服务提供者能够证明其仅提供网络服务，且无过错的，人民法院不应认定为构成侵权。涉案公证书显示，在涉案网站的搜索栏搜索相关影片，搜索结果中明确标注了视频来源，且显示各影片的播放源涵盖了XX、XX、XX、XXX、XXX、XXX等各大视频网站；在涉案影片的详细页面，再次标注了“在线XXX”字样及图标，点击“在线观看”即跳转至新的链接，链接地址为XXX网站的视频播放地址，播放页面下方的视频信息中亦明确注明“XXX热门电影上传于3年前”等字样。上述事实表明，被控侵权视频系在第三方网站而非涉案网站播放，涉案网站为用户提供的是一种基于定向搜索的链接服务。广州某公司未能证明上海某公司有通过上传到网络服务器、设置共享文件、利用文件分享软件等方式将作品置于信息网络中的提供行为，故其以涉案网站设有评论、影片推荐等栏目及点击“在线观看”可以在涉案网站观看涉案电影，故上海某公司实质性向公众提供了涉案电影在线播放服务的主张缺乏事实与法律依据，一审法院不予支持。

#### 三、关于定向搜索链接服务方是否应承担审查被链接作品是否为侵权作品的义务

就广州某公司关于涉案网站是一种有编辑、推荐和加工的定向链接行为，上海某公司未尽到审慎注意义务的主张，一审法院认为就电影类别涉案网站提供了定向于多个规模较大视频网站进行搜索的服务，各影片显示的播放源为一个至数个不等，该种搜索不同于全网搜索，一定程度上可以改善用户体验和提高搜索的有效性，体现了设链者自身的主观意图和对被链网站的选择，也因此要求网络服务提供者对被链网站是否侵权承担高于全网搜索服务提供者的注意义务。但本案中，首先就搜索范围来看，涉案网站的搜索对象基本涵盖了目前国内较为知名的几大视频网站，该些网站通常拥有较多的正版影视资源，而在目前的技术条件下，上海某公司无能力也无义务主动审查具体被链作品是否属于侵权作品。

#### 四、关于定向搜索链接服务方是否构成人为编辑、推荐和加工，是否构成主观过错

首先，涉案网站并未针对特定

网站、特定作品进行刻意选择或推荐，其所设置的影片简介、推荐、评论等栏目系针对所有搜索结果的统一模式格式化编排，故不能因此认为上海某公司对搜索结果进行了人为的编辑、推荐和加工；其次，广州某公司并无证据证明上海某公司与被链网站存在合作或上海某公司明知或应知被链网站播放被控侵权视频构成侵权，广州某公司的通知函并未有效寄送上海某公司，上海某公司在被诉后已断开涉案链接。综上，即使被链网站构成侵权，上海某公司亦不具有主观过错，不构成帮助侵权行为，广州某公司要求上海某公司承担相应经济赔偿及合理费用的诉讼请求缺乏事实与法律依据，一审法院不予支持。

## 二审法院

### 一、基于定向搜索的链接服务是否构成作品提供行为及实质性使用行为

二审法院认为，根据上诉人在原审中提交的公证书，被上诉人网站通过搜索引擎查找涉案影片，并提供跳转链接至XXX网站进行播放，涉案影片并非存储在被上诉人服务器上。故从技术角度，被上诉人仅提供了涉案影片的搜索、链接服务，并未提供涉案影片的内容，其行为不构成作品提供行为，亦不涉及直接侵权责任问题。上诉人以“实质性使用”主张被上诉人的行为构成作品提供行为，该项主张缺乏法律依据，本院难以支持。

### 二、基于定向搜索的链接服务提供方是否具备主观过错及注意义务

本案关键在于被上诉人在提供

涉案影片搜索、链接服务时主观上是否具有过错，即是否存在《信息网络传播权规定》第七条第三款规定的明知或者应知网络用户利用网络服务侵害信息网络传播权，未采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施，或者提供技术支持等帮助行为的情形。上诉人认为，被上诉人网站对涉案影片提供的并非全网搜索，而是针对XXX网站定向且唯一的搜索链接，故应赋予更高的注意义务。根据上诉人在一审中提供的公证书，在被上诉人网站上搜索“XXXX影片”时出现了众多搜索结果，虽然涉案影片标题下方显示的播放源只有一个，但其他搜索结果为电影的标题下方显示的播放源却有多个，且每部影片所显示的播放源均有所区别。一般而言，网络服务提供商就单部影片单独设置搜索链接方式的可能性不大，故从技术上尚难认定被上诉人仅就涉案影片设置了定向且唯一的搜索链接。上诉人在二审中提交的XX网站上涉案影片的网页截屏中虽然出现了“4年前上传”的字样，但被上诉人提交的反驳证据却显示涉案影片在XXXX网站上仅有预告片而无正片，两份证据存在矛盾之处。涉案影片是否持续4年存在于XXXX网站上，特别是在上诉人公证取证时XXXX网站上是否存在涉案影片，仅凭上诉人在二审中提交的XXXX网站上的网页截屏尚难作出认定。而对于此节事实的取证，上诉人完全可以在对涉案影片进行公证取证当日进行，但上诉人至二审中才进行举证，本院难以支持。因此，对于被上诉人网站提供服务的性质、方

式及其承担的注意义务要求，本院同意原审之认定。上诉人认为，其曾于2013年就涉案影片起诉过被上诉人，被上诉人应当知道涉案影片的播放并未获得授权。经查，上诉人曾于2013年就包括涉案影片在内的众多影片提起诉讼，但案件尚未经实体审理上诉人即撤回了起诉，故该些影片侵权与否并未经实体审查和认定。同时，根据上诉人提交的该些影片所涉的公证书，当时取证的影片系存在于http://XXXX.com网站上，且影片播放时均出现“XXXX”水印，可见被上诉人当时的经营模式以及影片的播放源均与涉案影片取证时根本不同，故以2013年的诉讼情况难以认定被上诉人对涉案影片属于侵权影片是应知的。本院注意到，上诉人与涉案影片播放源XXXX网站之间就涉案影片确曾有过授权，且XXXX网站属于较为大型的视频网站，而涉案影片并非当时热播影片，若让被上诉人注意到其所链接的XXXX网站上的涉案影片已经超出了授权期限，这显然与其所负的注意义务是不相适应的。上诉人认为，其已经履行了通知义务，但被上诉人未能及时删除涉案影片的连接。根据上诉人在一审中提交的寄件凭证，上诉人寄出的函件因原址无人而遭退回，故该函件并未有效送达被上诉人。同时，被上诉人网站上“著作权保护声明”中已经公布了有效处理权利通知的联系方式，但上诉人并未按此联系方式通知被上诉人。故上诉人认为其已履行了通知义务的上诉理由，缺乏事实依据，本院不予采纳，上诉人的发函行为不能视作被上诉人对其链

接的涉案影片涉嫌侵权是明知或应知的。

**三、关于定向搜索链接服务方是否构成人为编辑、推荐和加工，是否构成主观过错**

上诉人还认为，被上诉人在对涉案影片提供链接服务时对涉案影片进行了编辑、推荐等。但根据现

有证据，涉案影片的海报、简介、评分等均为搜索后的结果，而在搜索之前未发现被上诉人网站的相关网页上有涉案影片的海报、简介、评分等，故本院难以认定涉案影片的海报、简介、评分等系由被上诉人主动设置而成，本院对上诉人的该项上诉理由不予采纳。最后，关

于上诉人提出的被上诉人在原审中口头申请追加第三人，但事后又未追加的上诉理由。本院认为，是否申请追加第三人系被上诉人可以自行处分的一项诉讼权利，这与本案认定被上诉人应否承担侵权责任并无关联，上诉人的该项上诉理由明显缺乏依据，本院不予采纳。

## 案例评析

此类案件的首要就是要分清全网搜索服务、定向搜索以及定向链接的区别。有关定向链接的罪与罚在近年来一直是一个热点问题，快播案 2.6 亿元天价处罚款案就是一个很好的启示，对于三者不同的判定可以导致完全不同的结果。

就该案来看，认定为定向搜索

最具有合理性。电影类别涉案网站提供了定向于多个规模较大视频网站进行搜索服务，各影片播放源为一个至数个不等，该种搜索的有效性体现了链接者自身的主观意图和对被链接者的选择。但同时，因为是定向搜索，就要求网络服务提供者对被链网站是否侵权承担

高于全网搜索服务提供者的注意义务。如果定向搜索的链接对象涵盖的是目前国内较为知名的几大视频网站，那么可以认为，这些网站通常拥有较多正版影视资源，而在目前技术条件下，链接者无能力无义务去主动审查具体被链作品是否属于侵权。

## 结语和建议

本案涵盖了关于定向搜索链接服务提供方在被链接作品为涉嫌侵权作品时的责任义务的相关问题。定向搜索服务属于较为新兴的互联网事务，如何界定该等服务提供方应承担的注意义务，也关系到司法实践的应用，该案例也具备较高的参考价值。

上述问题的核心在于，定向搜索服务指向的特定作品，是否实质上构成《中华人民共和国侵权责任法》第三十六条第一款及《最高人民法院关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第三条、第六条规定的实

质性向公众提供了该等作品；以及定向搜索服务的提供方是否应承担更高的注意义务，以审查该等服务指向的产品是否为侵权产品。在互联网新生事物及服务模式不断诞生、发展的今天，现有规定无法一一涵盖每一种新生事物，但如何适用现有法律法规，分析及判断相关行为的合规性及司法裁判导向，通则可以通过类似案例中法院裁判思路来进行分析、总结。

同时，也建议互联网企业在创新、经营过程中遇到这类纠纷，能够尽早向专业律师寻求帮助，以尽可能减少不必要的法律风险。



张峥

上海邦信阳中建中汇律师事务所合伙人，上海律协社会公共服务业务研究委员会委员

业务方向：知识产权、反不正当竞争、反垄断

# 《民法典》开启知识产权 惩罚性赔偿新时代

文 | 刘峰 丁倩

2020年5月28日，十三届全国人大三次会议表决通过了《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）。其中涉及知识产权的条款共52条，最大的亮点是第1185条直接规定了知识产权惩罚性赔偿。这奠定了我国知识产权侵权惩罚性赔偿制度的基石，为我国知识产权领域的司法保护措施注入了一剂强心针。

## 一、我国知识产权侵权惩罚性赔偿制度的立法现状

惩罚性赔偿是指由法庭所作出的赔偿数额超出实际损害数额的赔偿。相较于补偿性赔偿对于损失所遵循的“填平原则”，惩罚性赔偿则具有对受害人的超损失赔偿功能和不法行为人的惩罚、遏制功能。

惩罚性赔偿制度最早起源于英美法系并逐步趋于成熟，而在我国立法中，规定惩罚性赔偿制度的情形则是凤毛麟角。这是由于我国遵循损害赔偿的补偿性原则，强调赔偿的数额应当与实际损失相当，以免造成受害人的不当利益，防止人们刻意追求超过实际损失的高额赔偿。因此，在相当长的时间里，我国民事法律制度里均以补偿性赔偿为限，未规定惩罚性赔偿制度。

然而，随着经济社会的发展，我国逐步意识到立法仅规定补偿性赔偿制度，无法有效惩罚和遏制不法行为人的恶意侵权行为。1993年，我国颁布的《消费者权益保护法》第四十九条对欺诈消费者的行

为规定了双倍赔偿，这是首次以特别法的形式确定了惩罚性赔偿制度。此后，我国不断加大对于知识产权领域的保护力度，在知识产权领域立法中引入惩罚性赔偿制度也成为大势所趋。

### （一）商标法率先明确商标侵权惩罚性赔偿制度

2013年，我国《商标法》为了遏制屡禁不止的商标侵权行为，首次引入惩罚性赔偿制度。《中华人民共和国商标法》（2013修正）第六十三条第一款规定：“侵犯商标专用权的赔偿数额，按照权利人因被侵权所受到的实际损失确定；实际损失难以确定的，可以按照侵权人因侵权所获得的利益确定；权利人的损失或者侵权人获得的利益难以确定的，参照该商标许可使用费的倍数合理确定。对恶意侵犯商标专用权，情节严重的，可以在按照上述方法确定数额的一倍以上三倍以下确定赔偿数额。赔偿数额应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。”

2019年11月1日生效的《中华人民共和国商标法》（2019修订）

第六十三条第一款规定：“侵犯商标专用权的赔偿数额，按照权利人因被侵权所受到的实际损失确定；实际损失难以确定的，可以按照侵权人因侵权所获得的利益确定；权利人的损失或者侵权人获得的利益难以确定的，参照该商标许可使用费的倍数合理确定。对恶意侵犯商标专用权，情节严重的，可以在按照上述方法确定数额的一倍以上五倍以下确定赔偿数额。赔偿数额应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。”

2019修订版在2013年修订版的基础上，进一步扩大了惩罚性赔偿的倍数，从“一倍以上三倍以下”变更为“一倍以上五倍以下”，可以看出我国对于加强知识产权领域保护的力度不断增强。

### （二）种子法已明确植物新品种侵权惩罚性赔偿制度

2016年1月1日生效的《中华人民共和国种子法》（2015修订）第七十三条第三款规定：“侵犯植物新品种权的赔偿数额按照权利人因被侵权所受到的实际损失确定；实际损失难以确定的，可以

按照侵权人因侵权所获得的利益确定。权利人的损失或者侵权人获得的利益难以确定的，可以参照该植物新品种权许可使用费的倍数合理确定。赔偿数额应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。侵犯植物新品种权，情节严重的，可以在按照上述方法确定数额的一倍以上三倍以下确定赔偿数额。”

### （三）不正当竞争法已明确商业秘密侵权惩罚性赔偿制度

2019年4月23日生效的《中华人民共和国反不正当竞争法》（2019修正）第十七条规定：“因不正当竞争行为受到损害的经营者的赔偿数额，按照其因被侵权所受到的实际损失确定；实际损失难以计算的，按照侵权人因侵权所获得的利益确定。经营者恶意实施侵犯商业秘密行为，情节严重的，可以在按照上述方法确定数额的一倍以上五倍以下确定赔偿数额。赔偿数额还应当包括经营者为制止侵权行为所支付的合理开支。”

值得注意的是，针对商业秘密侵权惩罚性赔偿制度是2019修正版中新增的内容，在此前的2017修订版中尚无任何惩罚性赔偿条款。

### （四）著作权法（草案）和专利法已新增侵权惩罚性赔偿制度

2021年6月1日生效的《中华人民共和国著作权法》（2020修订）第五十四条规定：“侵犯著作权或者与著作权有关的权利的，侵权人应当按照权利人因此受到的实际损失或者侵权人的违法所得给予

赔偿；权利人的实际损失或者侵权人的违法所得难以计算的，可以参照该权利使用费给予赔偿。对故意侵犯著作权或者与著作权有关的权利，情节严重的，可以在按照上述方法确定数额的一倍以上五倍以下给予赔偿。”

2021年6月1日生效的《中华人民共和国专利法》第七十一条规定：“侵犯专利权的赔偿数额按照权利人因被侵权所受到的实际损失或者侵权人因侵权所获得的利益确定；权利人的损失或者侵权人获得的利益难以确定的，参照该专利许可使用费的倍数合理确定。对故意侵犯专利权，情节严重的，可以在按照上述方法确定数额的一倍以上五倍以下确定赔偿数额。”

显然，以上两个法律都紧跟知识产权立法领域引入惩罚性赔偿制度的趋势，增加了惩罚性赔偿条款。

### （五）《民法典》第1185条明确知识产权侵权惩罚性赔偿制度

2020年5月28日公布的《民法典》第1185条规定：“故意侵害他人知识产权，情节严重的，被侵权人有权请求相应的惩罚性赔偿。”

惩罚性赔偿制度作为《民法典》知识产权条款的一大亮点，从根本上奠定了知识产权领域的惩罚性赔偿制度。

## 二、我国知识产权侵权惩罚性赔偿制度的司法实践

虽然《商标法》在2013年已明确规定了惩罚性赔偿条款，但在司法实践中该条款长期未得到适用

的机会。这主要是因为，在知识产权案件中，权利人往往很难举证证明其因侵权受到的损失，也无法证明侵权人的获利，而权利人提交的许可使用合同因为许可条件、许可范围等差异，也很难被法院采信，因此很多案件均采取法定赔偿的方式确定侵权人应承担的损害赔偿数额。这就导致了以下两个问题：（一）根据《商标法》的规定，适用惩罚性赔偿应当在“按照上述方法确定数额的一倍以上五倍以下确定赔偿数额”。由于“上述方法”只包括权利人损失、侵权人获利以及许可使用费倍数，法定赔偿并非规定在“上述方法”中。因此，惩罚性赔偿计算基数中缺少法定赔偿，导致惩罚性赔偿的制度功效大打折扣。（二）在采取法定赔偿的方式的案件中，侵权人的主观恶意程度已成为法官裁量法定赔偿时的一大重要考量因素，导致法定赔偿兼具补偿与赔偿的双重性质，以此免去了惩罚性赔偿制度的适用。

近几年，我国对于知识产权保护力度不断加大，司法实践领域也逐步加大了知识产权侵权惩罚性赔偿条款的适用力度，各地法院积极探索，为积极营造良好的营商环境提供有力的司法保障。

经检索，《民法典》施行前，全国法院适用惩罚性赔偿条款（仅限《民法典》施行前已正式生效的《商标法》《反不正当竞争法》《种子法》）的案例共6例（注：表格仅统计了明确适用惩罚性赔偿的案例，不含兼具补偿与赔偿性质的法定赔偿案例），具体如下：

(一) 全国法院适用知识产权惩罚性赔偿条款案例概况 (表一)

案由	案号	裁判时间	审理法院	一审原告	一审被告	惩罚性赔偿适用倍数
侵害商标权纠纷	(2016)苏05民初41号	2017.05.04	苏州市中级人民法院	巴洛克木业(中山)有限公司	浙江生活家巴洛克地板有限公司、太仓市城厢镇门迪尼地板商行、福建世家家居有限公司	在本案中确定两倍的赔偿比例。上述所确定的实际损失数额的2倍已经远远超过1000万,而鉴于巴洛克木业公司在本案中主张包含合理支出在内总计1000万元的损害赔偿金额,因此本院对其主张予以全额支持。
	(2017)苏民终1297号	2018.10.12	江苏省高级人民法院			
侵害商标权纠纷	(2017)京0102民初2431号	2017.07.07	北京市西城区人民法院	斐乐体育有限公司	瑞安市中远电子商务有限公司、北京京东叁佰陆拾度电子商务有限公司、刘俊	被告中远鞋业公司两年侵权所获得的利润为2638322元。其主观恶意明显,侵权情节严重,应按照中远鞋业公司因侵权获利的3倍确定赔偿数额。
	(2017)京73民终1991号	2018.03.05	北京知识产权法院			
侵害商标权纠纷	(2015)佛中法知民初字第8号	2017.06.30	广东省佛山市中级人民法院	吉尼斯公司	奇瑞公司	本院按照上述确定的经济损失96万元的2倍确定两被告应向吉尼斯公司赔偿的经济损失为192万元。
	(2017)粤民终2347号	2018.10.02	广东省高级人民法院			
侵害商标权纠纷	(2018)苏01民初3207号	2019.06.12	南京市中级人民法院	小米科技公司、小米通讯公司	中山奔腾公司	二审法院确定以侵权获利额为赔偿基数,按照3倍酌定本案损害赔偿额,对一审判决确定2倍的惩罚倍数标准予以适当调整。
	(2019)苏民终1316号	2019.12.31	江苏省高级人民法院			
侵害商标权纠纷	(2018)沪0115民初53351号	2019.08.28	上海市浦东新区人民法院	平衡身体公司	永康一恋运动器材有限公司	在本案中确定3倍的惩罚性赔偿比例。上述确定的侵权获利金额的3倍已超过300万元,鉴于原告在本案中主张包含合理支出在内总计300万元的损害赔偿金额,因此对其主张予以全额支持。
侵害商业秘密纠纷	(2019)渝05民初1225号	2019.12.20	重庆市第五中级人民法院	重庆慢牛工商咨询有限公司	谭庆、重庆亿联金汇管理咨询有限公司	以二被告买卖原告商业秘密交易金额24,710元作为被告因侵权所获利益,并以此为基数的3倍,确定二被告连带赔偿原告经济损失74,130元。

(二) 全国法院对主观恶意的认定标准 (表二)

案号	主观恶意认定标准
(2016)苏05民初41号 (2017)苏民终1297号	浙江巴洛克公司和巴洛克木业公司有过多年的OEM代工合同关系,在双方合作期间内以及合同解除后,浙江巴洛克公司从事针对涉案商标的侵权行为,其主观上系基于对涉案商标的了解,恶意从事侵权行为谋取该商标所蕴含的商业利益。其在巴洛克木业公司已向其发出侵权警告后仍继续实施侵权行为。并且其在全国各地的多家经销商因商标侵权和不正当竞争被当地的市场监督管理局予以了行政处罚,其依旧不停止侵权行为。本院于2016年9月5日下达了禁令,裁定浙江巴洛克公司立即停止在第19类地板产品、产品外包装、宣传材料、网站上使用“生活家”“生活家巴洛克”“ELEGANTLIVING”及图形等标识。在禁令送达之后,浙江巴洛克公司拒不履行已经发生法律效力裁定,继续在其生产、销售的地板上以及网站上使用为禁令所禁止使用的标识。由此种种可见,浙江巴洛克公司不顾权利人的侵权警告,无视行政部门的行政处罚,拒不履行法院的生效裁定,侵权恶意极其严重。

(2017)京0102民初2431号 (2017)京73民终1991号	被告中远鞋业公司、中远商务公司作为同类商品的经营者,理应知晓原告注册商标的知名度,其生产并且在京东商城、天猫商城、淘宝商城以及自营官方网站所销售的商品上突出使用与涉案商标近似的标志;同时,国家工商行政管理总局商标局早在2010年7月19日就以第7682295号商标与第G691003A号商标近似为由,驳回了第7682295号商标在“服装、帽、鞋”上的注册申请,被告此时显然已经充分知晓原告在先注册的“FILA”系列商标。
(2015)佛中法知民初字第8号 (2017)粤民终2347号	吉尼斯公司在发现两被告在涉案活动中实施侵权行为后,曾向奇瑞公司寄送过律师函,要求奇瑞公司停止侵权行为,但两被告在知悉其举办的活动涉嫌侵权的情况下,未与吉尼斯公司进行沟通协商,继续举办涉案活动,反映出两被告具有明显的侵权恶意。
(2018)苏01民初3207号 (2019)苏民终1316号	二审加大赔偿倍数原因:直到二审期间,中山奔腾公司、中山独领公司仍在持续宣传、销售被控侵权商品,具有明显的侵权恶意。
(2018)沪0115民初53351号	被告使用的侵权标识与原告的权利商标标识完全相同,且二者使用于相同产品上,产品的款式、颜色、商标的标识位置等几乎完全相同,此种全面摹仿原告商标及产品的行为足见被告侵犯原告商标权、攀附原告商誉的主观意图明显;被告早在2011年已因出口西班牙的产品涉嫌侵权而被原告发函警告,并最终与原告签署和解协议,被告承诺今后不会从事任何可能侵犯或妨碍原告所拥有的工业产权的活动,但时隔几年之后,被告被再次发现生产销售侵犯原告注册商标专用权的产品。被告此种不守承诺、无视他人知识产权的行为,是对诚实信用原则的违背,侵权恶意极其严重。
(2019)渝05民初1225号	二被告买卖原告商业秘密,通过非法交易从中牟利,共同实施侵犯原告商业秘密的不正当竞争行为的主观恶意明显。

### (三) 全国法院对情节严重的认定标准 (表三)

案号	主观恶意认定标准
(2016)苏05民初41号 (2017)苏民终1297号	正是基于浙江巴洛克公司与巴洛克木业公司有过多年的合作关系,因此浙江巴洛克公司的行为给巴洛克木业公司造成的损害后果比其他普通主体的侵权行为更为严重。浙江巴洛克公司在全国各地开设门店进行销售,销售网络遍布全国15个省,侵权规模巨大。根据证据显示,浙江巴洛克公司跟经销商之间的业务往来不通过公司账户进行结算,而是直接通过私人账号进行,这使得公司成为了个人获得非法利益的工具。另外,从浙江巴洛克公司向巴洛克木业公司南京经销商和合肥经销商几个月的私售事实可以反映出浙江巴洛克公司侵权获利丰厚。
(2017)京0102民初2431号 (2017)京73民终1991号	销售金额巨大。
(2015)佛中法知民初字第8号 (2017)粤民终2347号	两被告在全国16个城市举办涉案活动对吉尼斯公司造成的经济损失为96万元。
(2018)苏01民初3207号 (2019)苏民终1316号	二审加大赔偿倍数原因:小米科技公司、小米通讯公司在涉案大部分线上店铺中仅公证购买一款商品,以该款商品评论数计算销售额,并未将店铺中所有侵权商品销售额计算在内。而中山奔腾公司、中山独领公司通过多家电商平台、众多店铺在线上销售,网页展示的侵权商品多种多样,数量多,侵权规模大,这一情节亦应作为确定惩罚数额的考量因素。涉案“小米”商标为驰名商标,具有较高的知名度、美誉度和市场影响力。但被控侵权商品“小米生活”Mi001电磁炉、MW-806手持式挂烫机分别于2018年、2019年被上海市市场监督管理局认定为不合格产品,且从涉案店铺商品评价可知部分用户亦反映被控侵权商品存在一定的质量问题。因此,中山奔腾公司、中山独领公司在被控侵权商品上使用“小米生活”商标,在一定程度上会降低消费者对于“小米”驰名商标的信任,导致该商标所承载的良好声誉受到损害,故对于涉案侵权行为应加大司法惩处力度。
(2018)沪0115民初53351号	被告在2016年的销售总额已达800余万元,被告通过微信商城、微信朋友圈、工厂、展览会等线上、线下多种渠道进行侵权产品的推广和销售,产品被售往厦门等省市,可见被告的生产经营规模较大、产品销售渠道多、涉及地域范围广,侵权行为影响较大;被告的侵权行为不仅造成市场混淆,而且侵权产品还存在脱胶的质量问题,会使得消费者误购并误认为原告的产品存在质量问题,会给原告通过长久努力积累起来的商业信誉带来负面评价,侵权后果较为严重。
(2019)渝05民初1225号	二被告买卖原告商业秘密交易金额24,710元。

### 三、民法典关于知识产权侵权惩罚性赔偿的新变化

#### (一) 覆盖范围扩大

在《民法典》公布之前，无论是已明确给予惩罚性赔偿保护的商标、商业秘密、植物新品种，还是当时尚在草案阶段的著作权、专利，都无法涵盖知识产权领域所有客体。

《民法典》第1185条规定：“故意侵害他人知识产权，情节严重的，被侵权人有权请求相应的惩罚性赔偿。”结合《民法典》第一百二十三条的规定：“民事主体依法享有知识产权。知识产权是权利人依法就下列客体享有的专有的权利：（一）作品；（二）发明、实用新型、外观设计；（三）商标；（四）地理标志；（五）商业秘密；（六）集成电路布图设计；（七）植物新品种；（八）法律规定的其他客体”，可以看出《民法典》第1185条是对包括地理标志、集成电路布图设计在内的其他知识产权客体作了兜底和覆盖性保护。

#### (二) 惩罚性赔偿的适用要件发生了变化

《民法典》惩罚性赔偿条款规定了两个要件：（一）主观故意；（二）情节严重。

1. 主观要件从“恶意”变更为“故意”

通过比较可以发现：《民法典》《著作权法》《专利法》在主观要件上的用词为“故意”，而《商标法》《反不正当竞争法》的用词为“恶意”。

仅从文义而言，“恶意”的主观过错程度大于“故意”，但是法律条文对于“恶意”的内涵及认定标准



并无明确界定。

司法实践中各地法院对“恶意”内涵的理解尚有分歧，将“故意”和“恶意”的内涵混为一谈。从上海此前的司法实践来看，倾向恶意是较严重的故意，恶意侵权者不仅主观上明知会侵犯他人商标权而希望侵权结果的发生，而且还具有较为恶劣的动机。司法实践中常见的“应当知道”“过失”等均不属于恶意。

《民法典》将主观要件更改为故意，一方面解决了故意和恶意难以区分的问题，统一了判罚标准；另一方面降低了主观要件认定标准，进一步加大对知识产权领域的保护。

结合前述表二中各地法院对于恶意的认定，《民法典》中的主观故意要件可以从“明知+反复”着手，具体有以下几种情形：1. 发出侵权警告（律师函）后继续实施侵权行为；2. 市场监督管理局予以行政处罚后继续实施侵权行为；3. 拒不履行法院禁令；4. 理应知晓仍实施

侵权行为；5. 商标局驳回近似申请后仍实施侵权行为；6. 二审期间继续实施侵权行为；7. 全面模仿行为；8. 非法交易等。

2. 明确“情节严重”，以防止权利滥用

惩罚性赔偿制度的立法目的是为了有效惩罚和遏制情节严重的故意侵权行为，由于在知识产权侵权案件司法实践中，大量侵权人都具备主观故意，因此若仅规定主观故意而对情节严重不予限定，则易导致惩罚性赔偿被滥用，阻碍科学技术的进步，违背立法初衷。所以，限定情节严重可以防止权利滥用，以此保障知识产权领域的司法保护有利于科学技术的进步，促进科学技术成果的研发、转化、应用和推广。

结合前述表三中各地法院对于情节严重的认定标准，《民法典》中的情节严重要件具体可分为以下几种情形：1. 多年合作关系下实施侵权行为；2. 侵权规模巨大；3. 侵权获利丰厚；4. 侵权时间长；5. 严重影响被侵权人的声誉、信誉等。

#### 四、对今后惩罚性赔偿条款适用的建议

《民法典》规定知识产权侵权惩罚性赔偿条款是我国加强知识产权保护战略中迈出的坚实一步，自此我国已初步构建起“以民法典为基础，其他知识产权法律细化运作”的知识产权惩罚性赔偿制度的体系。在我国日益增强的保护下，知识产权侵权惩罚性赔偿条款的适用可以注意以下几点：

##### （一）建议遵守“不告不理”原则，法院不宜主动适用惩罚性赔偿条款

根据《民法典》第1185条，被侵权人仅是享有对惩罚性赔偿的请求权。因此，若被侵权人在诉请中未明确要求适用惩罚性赔偿条款的，法院不应主动适用惩罚性赔偿条款。但法院是否应当对未提出惩罚性赔偿的被侵权人予以释明，对此暂无明确的法律或司法解释规定。

##### （二）以保护技术进步为原则，谨慎判断主观故意和情节严重两大要件

知识产权领域的司法保护根本上是为了促进社会发展、技术进步，设立知识产权惩罚性赔偿制度也不应当背离这一根本目的，因此只有谨慎判断主观故意和情节严重两大要件，才能避免该条款被滥用，防止当事人通过使用惩罚性赔偿阻碍技术进步。

例如，对于侵犯商标权等类型的案件，因为侵权人的行为不会促进社会发展和技术进步，笔者建议可以较为放心地适用惩罚性赔偿。这从之前表一列举的6个惩罚性赔偿案件的审判结果也可以看出，全国各地的法院也不谋而合地针对这

一类不推动社会发展和技术进步的案件适用了惩罚性赔偿。

但是，对于一些有可能带来技术进步和社会发展的技术类侵权案件，建议慎用惩罚性赔偿，综合评估和平衡社会利益和单体利益，让中国的惩罚性赔偿真正起到保护技术进步的目的和效果。

##### （三）法院自由裁量过程中对于惩罚性赔偿数额应当罚当其责

相较于《商标法》《反不正当竞争法》《种子法》中对于惩罚倍数的限制，《民法典》第1185条对于惩罚倍数并无最高限制，这可能导致侵害知识产权惩罚性赔偿标准的扩大化、可能使被侵权人获得远超出其实际损失的赔偿、可能导致对侵权人的过度惩罚，这就要求法院在面对较大的自由裁量权力的情况下，仍秉持补偿性赔偿为主、惩罚性赔偿为辅的原则，做到罚当其责。

#### 五、结语

《民法典》作为新中国成立以来第一部以“法典”命名的法律，是新时代我国社会主义法治建设的重大成果。知识产权作为无形财产权，通过传统的财产损害规则难以有效保护权利人。为了加强对知识产权的保护，提高侵权违法成本，《民法典》规定了知识产权惩罚性赔偿条款。虽然只是寥寥数字，但其奠定了我国知识产权惩罚性赔偿制度的基石，蕴含了我国加强知识产权保护、促进科学技术创新的信心与决心，开启了我国知识产权维权的新时代。当然，即便在知识产权侵权领域，仍应当坚持损害填补的一般规则，惩罚性赔偿只是例外性的损害赔偿规则，其适用应当受到严格

的限制，否则可能因为惩罚过度而影响知识的流通与创造，影响技术的创新。



刘峰

北京大成(上海)律师事务所合伙人，上海律协执业纠纷调解委员会、纪律(惩戒)委员会副主任、知识产权业务研究委员会主任，最高人民检察院民事行政咨询专家

业务方向: 知识产权、争议解决、刑事辩护



丁倩

北京大成(上海)律师事务所律师  
业务方向: 知识产权、争议解决

# 《民法典》惩罚性赔偿条款在知识产权侵权领域的规范冲突与解决

文 | 黄璞虑

**摘要：**《民法典》第1185条规定了知识产权惩罚性赔偿条款，其由两个要件构成：“故意”和“情节严重”。但现行知识产权法中，惩罚性赔偿的有无及其具体规定却有很大不同。因此，如何协调《民法典》与各具体的知识产权部门法在侵权惩罚赔偿上的差异，就成了一个兼具理论意义和实践价值的问题。首先，《著作权法》并未规定惩罚性赔偿条款，在《民法典》生效之后，可以径行适用《民法典》第1185条。其次，2021年6月1日生效的新《专利法》新增了惩罚性赔偿条款，要件与《民法典》一致，其生效后专利侵权直接适用该法第71条的惩罚性赔偿条款，未生效前可适用《民法典》第1185条。最后，《商标法》与《竞争法》中已经规定了惩罚性赔偿，但其主观要件为“恶意”，与“故意”不同。两者相较，就会产生作为新的一般规定的《民法典》与旧的特别规定的《商标法》及《竞争法》间的冲突。究系适用何者，应交由全国人大常委会裁决。在出台此类裁决前，根据法解释学原理，建议司法裁判一致适用“故意”而非“恶意”作为构成要件，以维持知识产权体系的一致性与合理性。

**关键词：**民法典 知识产权 惩罚性赔偿 故意 规范冲突

## 一、《民法典》中知识产权惩罚性赔偿条款概述

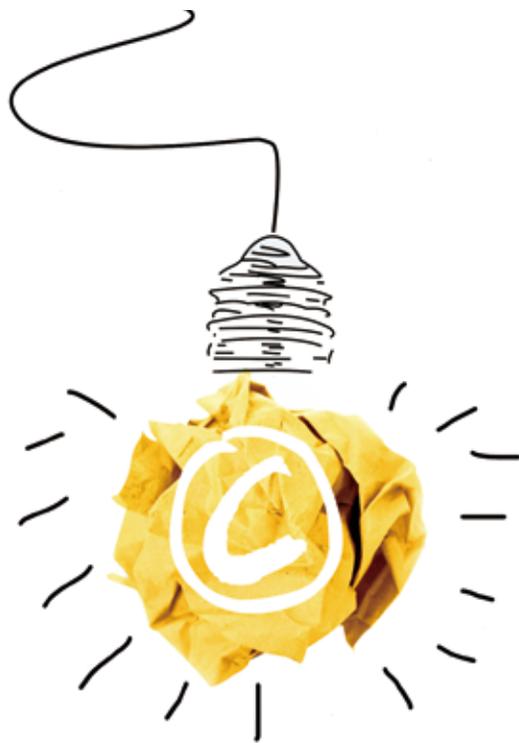
知识产权惩罚性赔偿条款是《民法典》新增条款之一。惩罚性赔偿指的是加害人给付受害人超过其实际造成的损害数额的金钱赔偿，具有补偿受害人、惩罚加害人并遏制侵权的作用。

《民法典》共制定了三条惩罚性赔偿的条款，分别是：第1207条产品责任的惩罚性赔偿条款；第1232条环境污染与生态破坏的惩罚性赔偿条款；第1185条知识产权惩罚性赔偿条款；而后者是本文的重点。

《民法典》第1185条规定：“故意侵害他人知识产权，情节严重的，被侵权人有权请求相应的惩罚性赔偿。”可见，适用该条款需要满足两

个构成要件：主观要件为“故意侵权”，客观要件为“情节严重”。

但其他知识产权法中，惩罚性赔偿的有无及其具体规定却有很大不同，所以该条款的规定也引出了一系列适用上的问题。例如：如何界定“故意”与“情节严重”？《著作权法》并未规定惩罚性赔偿条款，在《民法典》生效之后，能否径行适用《民法典》第1185条？《专利法》并未规定惩罚性赔偿条款，但2021年6月1日生效的新《专利法》新增了惩罚性赔偿条款，在新《专利法》生效前能否径行适用《民法典》第1185条？《商标法》与《竞争法》中已经规定了惩罚性赔偿，但其主观要件为“恶意”，与“故意”不同，应该如何解决该



法律文本	来源	内容	主观要件
《商标法》	2019年11月1日生效的《中华人民共和国商标法》(2019修订)第63条第1款	对恶意侵犯商标专用权,情节严重的,可以在按照上述方法确定数额的一倍以上五倍以下确定赔偿数额。	恶意
《反不正当竞争法》	2019年4月23日生效的《中华人民共和国反不正当竞争法》(2019修正)第17条	经营者恶意实施侵犯商业秘密行为,情节严重的,可以在按照上述方法确定数额的一倍以上五倍以下确定赔偿数额。	
《民法典》	2021年1月1日生效的《中华人民共和国民法典》第1185条	故意侵害他人知识产权,情节严重的,被侵权人有权请求相应的惩罚性赔偿。	故意
新《专利法》(尚未生效)	2021年6月1日生效的《专利法》第71条第1款第2句	对故意侵犯专利权,情节严重的,可以在按照上述方法确定数额的一倍以上五倍以下确定赔偿数额。	
《著作权法修正案(草案二次审议稿)》	2020年8月17日发布的《著作权法修正案(草案二次审议稿)》第54条第1款第2句	对故意侵犯著作权或者与著作权有关的权利,情节严重的,可以在按照上述方法确定数额的一倍以上五倍以下给予赔偿。	

冲突? 本文将针对上述问题进行分析阐述。

## 二、如何定义“故意”

### 1. “故意”与“恶意”的关系

对于知识产权惩罚性赔偿条款中的主观要件,我国立法中存在两种表述:“故意”与“恶意”,具体如下表:

可见,现行有效的《商标法》及《反不正当竞争法》以“恶意侵权”作为主观要件,而尚未生效的《民法典》《专利法》与正在修改中的《著作权法修正案(草案二次审议稿)》均以“故意侵权”作为主观要件。那么就引出一个问题:“恶意”与“故意”的联系与区别是什么?

首先,《民法典》中未对该“故意”作出界定,但通说认为,“故意”分为“直接故意”与“间接故意”,前者指的是明知自己的行为会发生损害他人的结果,但却希望或追求

损害结果的发生;后者指的是虽不追求造成某种损害后果,但却放任损害结果的发生。

其次,虽然对于“恶意”未有法律法规的明确解释,也没有被普遍认可的通说观点,但是,据有关商标法修改参与者和起草者解释,商标法关于侵权惩罚性赔偿的“恶意”规定参考了英美法系相关理论,“恶意”通常是指行为不但侵害了权利人的合法权益,而且行为本身是“邪恶”的,在道德上应当予以谴责。具体而言,在美国的惩罚性赔偿制度中,在判断主观意图时经常用“willful and wanton”(故意和恣意的)、“wicked”(邪恶的)、“flagrant”(公然的)、“reckless”(轻率的)等具有道德评价的词语来描述,这些词的外延包含了大陆法系中的“直接故意”加“间接故意”。同时,北京市高院在2020年发布了《北京市高级人民法院

关于侵害知识产权及不正当竞争案件确定损害赔偿的指导意见及法定赔偿的裁判标准》,其中列举了可认定为“恶意”的具体行为,总结而言具有以下几种客观表现:1. 多次侵权;2. 经警告后仍侵权;3. 明知而侵权;4. 行为表现特别恶劣。由上述客观表现可以推知,侵权人主观上存在顶风作案、屡教不改的心理态度,在“故意”的基础之上多了对法律的蔑视。

综合上述,“故意”与“恶意”均是指明知行为侵权仍然故意为之,即明知故犯。但“恶意”为故意中的严重者,出于对法律和对他人合法权利的蔑视,强调道德上的可谴责性,比“故意”更为恶劣。

### 2. 司法实践中对“恶意”的判断

在司法实践中,法院也是在“故意”的基础上再根据道德上的恶劣程度来判断是否构成了“恶意”。例

如，在平衡身体公司诉永康一恋运动器材有限公司侵害商标权纠纷一案中，被告在2011年已因涉嫌侵权而被原告发函警告，并最终与原告签署和解协议承诺不再犯，但时隔几年后，被告被再次发现生产销售侵犯原告注册商标专用权的产品。法院以此认为被告不守承诺、被警告后仍然侵权的行为构成了“恶意”。可见，在实务中，法院是在认定侵权人构成“故意”的基础上，考虑其存在屡教不改、顶风作案等主观上恶劣的态度判定其构成“恶意”，适用惩罚性赔偿条款。

如上所述，“恶意”比“故意”更为严重，这也凸显了《民法典》将“故意”作为知识产权惩罚性赔偿条款的主观要件的进步意义。首先，降低了主观要件认定标准，因“故意”的严重程度是轻于“恶意”的，现在只要达到了“故意”即可适用惩罚性赔偿，有利于加强对知识产权领域的保护力度。其次，统一了判罚标准，法院在裁判时无需再对“故意”与“恶意”进行区分。同时对“故意”的考察与举证也相对容易，能够更好地保护权利人。

### 三、如何定义“情节严重”

《民法典》中的知识产权惩罚性赔偿条款，除了“故意”这一主观要件外，还有“情节严重”这一客观要件。设立“情节严重”这一要件有利于防止惩罚性赔偿的泛化，确保罚当其责。若行为人的侵权行为并不恶劣或并未造成严重后果，适用一般的损害赔偿原则即可，没有必要使行为人承担超出其所造成的损害的处罚，矫枉过正。

明确了“情节严重”为惩罚性

赔偿条款的构成要件后，还须明确如何认定侵权行为构成“情节严重”。虽然《民法典》及其他法律中并未对“情节严重”进行界定，但2020年发布的《北京市高级人民法院关于侵害知识产权及不正当竞争案件确定损害赔偿的指导意见及法定赔偿的裁判标准》，分别对认定侵犯商标权与商业秘密构成“情节严重”的客观行为进行了列举，由此总结出知识产权侵权构成“情节严重”的共性一般表现为以下几种类型：1. 侵权持续时间长；2. 以侵权为业；3. 侵权获利数额巨大；4. 侵权后果严重。同时，根据各知识产权的特殊性，存在各自不同的判断要素，例如商业秘密侵权中，被诉行为导致商业秘密为公众所知悉也构成“情节严重”，因商业秘密最大的价值即在于不为公众所知悉的秘密性。因此在判断时除了考虑“情节严重”的一般类型，还应重点关注不同知识产权的特殊性。

### 四、《民法典》生效后，在现行的《著作权法》未规定惩罚性赔偿，新增了惩罚性赔偿的《专利法》还未生效时，均可以径行适用《民法典》中对于知识产权惩罚性赔偿的一般条款

《专利法》中未规定惩罚性赔偿条款，但是2020年10月17日发布的新《专利法》中新增了这项规定，因此生效后对于专利权侵权就可以直接适用新《专利法》的惩罚性赔偿条款，生效时间为2021年6月1日，晚于《民法典》的生效时间。《著作权法》中未规定惩罚性赔偿条款，但正在修改中的《著作权法修正案（草案二次审议稿）》

中引入了惩罚性赔偿条款，最终定论如何以及何时生效尚未可知。

《民法典》将于2021年1月1日正式开始实施，由此产生的问题就是：《民法典》生效后，对于著作权侵权在没有新法的情形下能否径行适用《民法典》第1185条知识产权惩罚性赔偿条款，对于专利权侵权在新《专利法》生效之前能否径行适用《民法典》第1185条？

首先，我国《民法典》的编撰采取了“提取公因式”的具体立法技术，按照总则、分则的划分，对民事法律关系中具有基础性、普遍性和稳定性的内容进行规范，而对各分则体系上难以涵盖或替代的内容暂不作规定。所以考虑到我国知识产权法仍处于快速变化发展中以及一直为知识产权设立单行法的立法沿革，知识产权法未在《民法典》中单独成编，但《民法典》在此处将知识产权侵权中的共通之处提取，设立了知识产权惩罚性赔偿的一般规则，这就形成了《民法典》与各知识产权单行法之间的一般法与特别法的关系。

如上述，在法律适用上《民法典》第11条规定：其他法律对民事关系有特别规定的，依照其规定。那么若对于某一事项没有特别规定时，则可以援引《民法典》的一般规定。所以知识产权单行法作为特别规定，《民法典》作为一般规定，当现行的《著作权法》未规定惩罚性赔偿、新增了惩罚性赔偿的《专利法》还未生效时，可以径行适用《民法典》中对于知识产权惩罚性赔偿的一般条款。如此适用也有助于避免其他知识产权单行法的遗漏，实现类似问题类似处理。

## 五、《民法典》生效后，建议《商标法》及《竞争法》领域的惩罚性赔偿以“故意”而非“恶意”为标准

《商标法》第63条及《反不正当竞争法》第17条规定了“恶意侵权”为知识产权惩罚性赔偿的主观构成要件，与《民法典》所规定的“故意侵权”要件不同，且据前述分析可知“恶意”是比“故意”更恶劣的主观心理状态，那么在《民法典》生效后，商标侵权或商业秘密侵权的纠纷是以“恶意”还是“故意”来判断是否适用惩罚性赔偿条款呢？

对于此问题，有些学者的观点认为《民法典》与知识产权单行法之间是上位法与下位法的关系，那么依据“上位法优于下位法”的原则，《民法典》生效后应当优先适用其对知识产权惩罚性的规定。笔者并不同意此观点，理由如下：首先，按照《立法法》的规定，上位法与下位法指的是宪法、法律、行政法规、地方性法规等之间的位阶关系。其次，《民法典》由全国人民代表大会制定，而全国人大负责的是制定和修改刑事、民事、国家机构的和其他的基本法律。《商标法》《反不正当竞争法》等单行法由全国人民代表大会常务委员会制定，而常委会负责的是制定和修改除应当由全国人民代表大会制定的法律以外的其他法律。因此，《民法典》与《商标法》《反不正当竞争法》都是法律，处于同一位阶，没有上位法与下位法之分，对两者间的冲突并不能直接依据“上位法优于下位法”的规则进行适用。

那么，2020年新出台的《民

法典》与各知识产权单行法的关系即为：《民法典》为新法、一般法，《商标法》《反不正当竞争法》为旧法、特别法。由此在适用上产生了新的一般规定与旧的特别规定之间的冲突。根据《立法法》第九十四条规定：法律之间对同一事项的新的一般规定与旧的特别规定不一致，不能确定如何适用时，由全国人民代表大会常务委员会裁决，但是目前并无裁决。

在常委会作出裁决之前，建议在司法裁判中一致适用“故意”而非“恶意”作为知识产权惩罚性赔偿的构成要件。理由如下：若《民法典》生效后，对其他知识产权侵权适用“故意”标准，而对侵犯商标权与商业秘密的行为适用“恶意”的标准，是单独降低了对两者的保护力度，不符合立法逻辑。根据卡尔·拉伦茨在《法学方法论》中阐述的法律的解释标准中的第三种“第三款历史上的立法者之规定意向、目标及规范想法”，在探求法律的规范性标准意义时须留意解释的“历史性因素”，立法者的规定意向及其为此所作的价值决定，对法官仍是有拘束力的准则，通常可以由法律制定史中获得关于法律起草者规范想法的资料。因此，从法律的历史沿革中探求立法者的本意是很重要的。所以，早在2013年《商标法》即引入了惩罚性赔偿条款，其第63条规定：“恶意侵犯商标专用权，情节严重的，可以在按照上述方法确定数额的一倍以上三倍以下确定赔偿数额。”以及2012年12月28日公布的《中华人民共和国商标法修正案（草案）及说明》为加强商标专用权保护进行的修改：“（二）增加

惩罚性赔偿的规定，提高侵权赔偿额。针对实践中权利人维权成本高、往往得不偿失的现象，草案引入了惩罚性赔偿制度。”根据该说明我们可以窥见立法者的思路，早在2013年立法者就为了加强对商标专用权的保护而引入惩罚性赔偿，说明司法实务中对商标的保护是更为迫切的，起码不会弱于著作权、专利权等其他知识产权。因此给予商标、商业秘密以“恶意”要件的弱保护，而给予著作权、专利权等其他知识产权以“故意”要件的强保护既不符合立法沿革也不符合法律逻辑。因此，在司法实践中对于知识产权侵权建议统一适用“故意”为主观要件。



黄璞虑

上海星瀚律师事务所合伙人，上海律协知识产权业务研究委员会委员  
业务方向：知识产权、竞争法

# 浅议《民法典》下的“避风港原则”

文 | 王函 李轶

## 一、“避风港原则”的由来

避风港原则最初在美国 1998 年制定的《数字千年版权法案》中提出,原适用于著作权领域的保护,因网络服务提供者较难对网络信息进行全面及时有效的审查,因而通过设立“通知-移除”规则,对于网络服务提供者提供一定的免责情形,从而达到各方权益上的平衡,现已成为国际上通用的互联

网版权纠纷处理原则。

## 二、《民法典》前我国法律法规有关“避风港原则”的规定

于 2006 年颁布施行的《信息网络传播权保护条例》(以下简称《保护条例》),其中的第十四条至第十七条对于“通知-移除”规则、网络服务提供者应采取的必要措施及转通知义务、不侵权

声明内容、网络服务提供者的终止必要措施情形等均作出了规定。《保护条例》中的前述规定虽对于“避风港原则”作出了较为详细的规定,但因条例本身旨在保护的权益范围为著作权人、表演者、录音录像制作者等权利人的信息网络传播权,因此,《保护条例》下的“避风港原则”的适用范围十分有限。

2009年颁布施行的《中华人民共和国侵权责任法》(以下简称《侵权责任法》),其中第三十六条对“避风港原则”亦作出了规定。因《侵权责任法》所保护的合法权益并未仅限于《保护条例》中的权利,因而《侵权责任法》下的“避风港原则”的适用范围扩大至人身权、知识产权等。然而,在扩大了适用范围的同时,《侵权责任法》仅规定了“通知-移除”规则,而未就转通知(包括通知与反通知的转通知)、反通知、必要措施终止等作出规定。

2018年颁布施行的《中华人民共和国电子商务法》(以下简称《电子商务法》),第四十二条、第四十三条对于“避风港原则”再次作出了规定,在适用范围上为知识产权,并基本承袭了《保护条例》中相关规则的设定,同时在必要措施终止的等待期上予以明确,成为与《保护条例》《侵权责任法》区别的一大亮点。

### 三、《民法典》下的“避风港原则”

#### (一)《民法典》中有关“避风港原则”的规定

《民法典》中有关“避风港原则”的规定为第一千一百九十五条与第一千一百九十六条。

其中,第一千一百九十五条的第一款对于权利人的通知内容与网络服务提供者应采取的必要措施作出了规定;第二款规定了网络服务提供者接到通知后应转通知并采取必要措施,并对采取必要措施

的标准作出了原则性规定,同时对网络服务提供者未采取必要措施时应承担的责任予以明确;第三款规定了权利人错误通知时应承担的责任。

第一千一百九十六条第一款对于网络用户的不侵权声明内容作出了规定;第二款的规定包括网络服务提供者接到声明后的转通知,权利人维权告知,以及终止必要措施及终止前的等待期。

#### (二)《民法典》中“避风港原则”的规定与《侵权责任法》《电子商务法》等相关法律规定的比较

《民法典》在“避风港原则”的规定上作出了较完整且系统的规定,一改前述《保护条例》《侵权责任法》及《电子商务法》规定不统一的情形,具体表现在:

1. 明确了“避风港原则”所适用的权益范围为民事权益

《保护条例》《侵权责任法》及《电子商务法》因自身调整的权益范围所限,因而其规定的“避风港原则”所适用的范围也不相同。而在《民法典》下,“避风港原则”所适用的范围则明确为民法规定的民事权利和利益,这既包括了《民法典》规定的民事权利和利益,也包括了其他法律规定的民事权利和利益,同时,亦为未来新规定的民事权利和利益的“避风港原则”适用预留了空间。

2. 明确了“通知-转通知及必要措施-声明-转通知及终止必要措施”的体系化规则

《保护条例》《侵权责任法》及《电子商务法》在相应规则的设定

上并不统一,再加上适用范围的不同,使得各方在面对不同权益的网络侵权时,难免有规则适用上的困扰。《民法典》下,对于相关规则作出了统一的体系化规定,包括了权利人通知、网络服务提供者的转通知并采取必要措施、网络用户的反声明、网络服务提供者的转通知并权利人维权告知、网络服务提供者的必要措施终止这五个环节。这为网络侵权下,权利人、网络服务提供者、网络用户的行为提供了明确的指引,有助于此类纠纷的前期自力救济。

3. 对于规则适用时的具体内容作出了原则性的规定

《保护条例》《侵权责任法》及《电子商务法》对于规则适用时所涉具体内容的规定亦不统一。比如,在权利人通知内容的规定上,《保护条例》作出了较为详细的规定,而《侵权责任法》及《电子商务法》则并无规定。《民法典》中对此作出了统一的原则性规定。

对于权利人和网络用户而言,在“避风港原则”的规则适用中,其最重要的行为便是通知/(不侵权)声明。《民法典》对其具体内容,规定应包括支持所主张事由(侵权/不侵权)的初步证据,以及主体(权利人/网络用户)的真实身份信息。这亦为网络服务提供者接到通知/声明时的审核标准提供了依据。

对于网络服务提供者而言,《民法典》对于其依法应履行的义务,规定包括以下内容:网络服务提供者接到通知后采取的必要措施得依权利人提供的初步证据及服务类

型而定，这为网络服务提供者的必要措施选择提供了更大的空间（如因新型服务类型的出现而可采取的新的必要措施）。网络服务提供者收到网络用户声明后、终止必要措施前，需经过合理期限，该合理期限同时亦是对于权利人及时通过行政、司法途径维护自身权益的提示。

### （三）《民法典》中有关“避风港原则”的新规则的不足与完善

笔者认为，《民法典》中有关“避风港原则”的条文还存在一些不足，或可进一步完善。

其一，未对未履行及时转送等义务的网络服务提供者的责任作出规定。《民法典》第一千一百九十五条第二款对于网络服务提供者接到通知后未及时采取必要措施的责任明确规定为对于损害扩大部分与侵权的网络用户承担连带责任。但是，该条款未就网络服务提供者未履行及时转送义务下的责任承担作出规定；第一千一百九十六条第二款亦未对网络服务提供者未及时转送反通知该承担何种责任作出规定。为此，有学者曾明确提出应对该情形下网络服务提供者的责任予以规定，原因在于“只要造成了反通知人或者通知人的民事权益损害的，都应当承担相应的责任”。笔者亦认同该观点，因此，期待后续根据《民法典》规定出台相应实施细则或司法解释对于网络服务提供者未履行转送义务的责任进一步作出规定和完善。

其二，未规定通知和反通知声明不具备法定要件后果。民法典第一千一百九十五条第一款、第一千一百九十六条第一款虽对于通

知和反通知声明的法定要件作出了规定，但是对于相关声明不具备法定要件时的后果却未作规定。对此，有学者曾在《民法典》草案修改过程中提出，应明确规定不符合法定要件后果视为未发出有效通知或声明，不发生通知或声明效果为宜。笔者亦认同该观点。虽然网络侵权责任司法解释第5条第2款规定“被侵权人发送的通知未满足上述条件，网络服务提供者主张免除责任的，人民法院应予支持”。但笔者认为，鉴于实务中权利人、网络用户可能存在的主客观因素，其发出的通知、反通知不免有不符合法定要件的情形，在此情形下，若一律适用前述司法解释规定，直接免除网络服务提供者的责任，实则等于案件进入司法程序前即视为权利人、网络用户已放弃了其实体权利，未免对于后者过于严苛，因而，规定不发生通知或声明效果应更为稳妥。因此，《民法典》后续的修改或配套实施细则和措施中对于通知和反通知声明不具备法定要件后果仍需作进一步规定，或是最高法对于网络侵权责任司法解释第5条第2款规定的适用还需进一步梳理和完善。

## 四、总结

《民法典》中的“避风港原则”，对于权利人、网络用户、网络服务提供者的行为指引作出了体系化的规定，较好地权衡了三方的权利义务，既有利于对网络服务提供者的保护，亦有助于权利人、网络用户对于自身权益的维护，对比现有规定有了较大的进步，期待后续根据

《民法典》规定出台相应实施细则或司法解释对“避风港原则”进行进一步的补充和完善。



王函

上海市汇业律师事务所合伙人，上海律协知识产权业务研究委员会委员，最高人民检察院民事行政案件咨询专家  
业务方向：知识产权、生物医药



李轶

上海市汇业律师事务所律师  
业务方向：知识产权、争议解决、劳动与人力资源

# 《民法典》语境下不可抗力与情势变更规则重构与适用

文 | 李炜

**内容提要：**新型冠状病毒疫情是人类第一次冠状病毒大流行，席卷全球，事态严重。新冠肺炎病毒疫情属于不可抗力抑或情势变更，受损方应如何采用法律的救济途径？不可抗力与情势变更作为两种不同的救济制度，本文对《民法典》颁布之前的立法冲突与矛盾进行了分析，阐述了《民法典》语境下不可抗力与情势变更规则之重构，探究了新规下新冠疫情构成不可抗力或情势变更之法律适用。

**关键词：**不可抗力 情势变更 冲突 重构

## 一、问题的缘起与思考

人类的生存与发展一直与病毒作斗争，冠状病毒是一个大型病毒家族，已知可引起感冒以及中东呼吸综合征（MERS）和严重急性呼吸综合征（SARS）等较严重疾病，新型冠状病毒（nCoV）是以前从未在人体中发现的冠状病毒新毒株。2020年新型冠状病毒疫情是人类第一次冠状病毒大流行，席卷全球事态严重，世界卫生组织指出，新冠肺炎病毒将与我们长期共存。

为防止疫情蔓延，中央与各地政府采取了阶段性停工停产、居家隔离等管控应对的政策与措施。新冠疫情的爆发对2020上半年中国经济产生了很大影响，甚至经济发生了部分停摆，很多企业生产经营停顿、交易受阻无法进行，新冠肺炎病毒疫情构成不可抗力抑或情势变更还是两者兼有？不可抗力与情势变更作为“合同必须履行”原则的例外，属于两种明文规定的

救济制度，但又边缘模糊，在司法实务中经常会遇到法律适用的困惑，疫情中受损方应如何采用法律的救济途径？引发了问题的缘起与思考。为修正立法缺陷与不足，《民法典》对不可抗力与情势变更规则进行了再设计与完善。

## 二、不可抗力与情势变更涵义与范围比较

### （一）不可抗力

不可抗力的含义，是指不能预见、不能避免且不能克服的客观情况。不可抗力事由并非合同当事人所能控制，不是当事人一方的故意或过失行为所造成。

按照通说，典型的不可抗力主要有以下两类：1. 自然灾害。自然灾害是我国立法和学术界认同的最典型的不可抗力现象，具体包括地震、海啸、台风、洪水、泥石流等。2. 社会异常事件。如战争、武斗冲突、罢工、劳动力缺乏、骚

乱、暴动等。关于不可抗力的种类与范围，法律一直未进行列举与说明。我国常见建设工程施工合同文本对不可抗力的定义采取了概括罗列的规定：关于不可抗力的规定，《建设工程施工合同（示范文本）》（GF—2017—0201）17.1规定：“不可抗力的确认，不可抗力是指合同当事人在签订合同时不可预见，在合同履行过程中不可避免且不能克服的自然灾害和社会性突发事件，如地震、海啸、瘟疫、骚乱、戒严、暴动、战争和专用合同条款中约定的其他情形。”通过列举式规定，将瘟疫等明确列入不可抗力等范畴。

### （二）情势变更

所谓情势变更原则，是指合同依法有效成立后，全面履行前，因不可归责于当事人的原因，使合同赖以成立的基础或环境发生当事人预料不到的重大变化，若继续维持合同的原有效力则显失公平，

受不利影响的一方当事人有权请求法院或仲裁机构变更或解除合同的法律制度。

情势变更制度一直缺乏上位法的支撑，经济发展与实务需要促成了该制度的产生。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》首次以司法解释形式对情势变更制度进行了明确，第二十六条规定，合同成立以后客观情况发生了当事人在订立合同时无法预见的、非不可抗力造成的不属于商业风险的重大变化，继续履行合同对于一方当事人明显不公平或者不能实现合同目的，当事人请求人民法院变更或者解除合同的，人民法院应当根据公平原则，并结合案件的实际确定是否变更或者解除。

所谓情势，通常是指作为合同基础的客观事实，这些基础一般包括在合同缔结之际存在的法律秩序、经济秩序、货币的特定购买力、通常的交易条件等。

根据不可抗力与情势变更涵义与范围的比较，国家卫健委经国务院批准，将新型冠状病毒感染的肺炎纳入《中华人民共和国传染病防治法》规定的乙类传染病，并采取甲类传染病的预防、控制措施。因此冠状病毒疫情已被国家认定为传染病范畴。由于新型冠状病毒疫情爆发具有不可预见、不可避免和不能克服的因素与属性，符合不可抗力的基本要素，构成不可抗力的自然灾害类的客观情形。

政策层面亦认定新冠肺炎疫情属于不可抗力，2020年11月2

日税务总局发布《关于因新冠肺炎疫情不可抗力出口退运货物税收规定的公告》，经国务院批准，关于因新冠肺炎疫情不可抗力出口退运货物的相关税收规定，对自2020年1月1日起至2020年12月31日申报出口，因新冠肺炎疫情不可抗力原因，自出口之日起1年内原状复运进境的货物，不征收进口关税和进口环节增值税、消费税，出口时已征收出口关税的，退还出口关税。

### 三、不可抗力与情势变更构成要件和效果比较

#### （一）不可抗力与情势变更构成要件

不可抗力构成具备三个要素：1. 不可预见性；2. 不可避免性；3. 不可克服性。即不可预见的主观要件和不可避免、不可克服的客观要件。不可抗力属于客观情况，必须符合不能预见的主观要件，不能避免与不能克服的客观要件。

情势变更构成要件包括：1. 客观情势发生了变化；2. 客观情况变化当事人无法预见；3. 在合同履行过程中；4. 继续履行显失公平或不能实现合同目的。

不可抗力与情势变更两者除了均具备无法预见的主观要件外，不可抗力客观情况又具有不能避免、不能克服的条件，比情势变更的条件要求更刚性。情势变更是客观情况发生了重大变化，丧失了继续履行合同的基础。

#### （二）不可抗力与情势变更法律效果

在客观上，传统认为不可抗力和情势变更所导致的合同履行障碍存在程度差异。不可抗力已构成履行不能，而情势变更仍属于可能履行，但其履行极为困难并可以导致显失公平。然而，若考虑经济效益，承认经济上的履行不能，则情势变更也以履行不能为前提，以合同是否有被履行的可能为标准来判定对两种规则的适用并非正确的价值取向。

关于不可抗力的法律效果，《民法总则》第一百八十条第一款规定：“因不可抗力不能履行民事义务的，不承担民事责任。法律另有规定的，依照其规定。”《合同法》第九十四条规定：“有下列情形之一的，当事人可以解除合同：（一）因不可抗力致使不能实现合同目的。”第一百一十七条第一款规定：“因不可抗力不能履行合同的，根据不可抗力的影响，部分或者全部免除责任，但法律另有规定的除外。当事人迟延履行后发生不可抗力的，不能免除责任。”《民法典》则把不可抗力规定在总则编第八章民事责任与合同编第七章合同的权利义务终止，因不可抗力不能履行民事义务的，不承担民事责任。因不可抗力致使不能实现合同目的，当事人可以解除合同。

关于情势变更的法律效果，情势变更情形下合同仍能履行，但合同继续履行显失公平，《民法典》又赋予了当事人对合同条款的重新协商义务，合理期间未达成协商的，当事人可以请求法院或仲裁机构予以变更或解除。

#### 四、不可抗力与情势变更之立法冲突与矛盾

不可抗力与情势变更是合同障碍体系中两项不同的制度安排，两者态势是否有互相交织的时候？在《民法典》之前的法律框架下，两者一直属于非此即彼、互相排斥的关系。《最高人民法院关于适用〈合同法〉若干问题的解释（二）》第二十六条中规定，情势变更是客观情况发生了当事人在订立合同时无法预见的、非不可抗力造成的不属于商业风险的重大变化。从此表述中，情势变更是非不可抗力造成的变化，不可抗力与情势变更是互相排斥的。不可抗力与情势变更在大部分情况下是独立的，但实务中无法预见的客观情况很复杂，有时候无法区分不可抗力还是情势变更，甚至两者是交织的叠加地带，最初属于不可抗力，在合同履行中又演变成情势变更，因此《合同法司法解释（二）》将不可抗力从情势变更原因中排除，无法涵盖所有客观情况。而且从不可抗力与情势变更的效果，有学者认为法律效果趋同，不可抗力并非绝对地解除合同，也具有通知义务减损义务，法院亦有裁量空间。

由于新型冠状病毒疫情爆发具有不可预见、不可避免和不能克服属性，属于不可抗力事件。但本次疫情并非导致所有合同无法履行，司法实践中出现了大量因疫情持续蔓延存续导致合同继续履行显失公平的情形，导致法律适用不可抗力还是情势变更的困惑与混乱。

#### 五、《民法典》语境下不可抗力与情势变更之规则重构

##### （一）不可抗力与情势变更的相互衔接

针对疫情导致不可抗力与情势变更之立法困惑与矛盾，《民法典》作出了积极回应，第五百三十三条第一款规定：“合同成立后，合同的基础条件发生了当事人在订立合同时无法预见的、不属于商业风险的重大变化，继续履行合同对于当事人一方明显不公平的，受不利影响的当事人可以与对方重新协商；在合理期限内协商不成的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构变更或者解除合同。”《民法典》新规对于情势变更进行了重新定义，不再将不可抗力排除在情势变更发生的情势之外，将情势定义为在订立合同时无法预见的、不属于商业风险的重大变化，删除了《合同法》表述中的“非不可抗力造成”的前置条件，也就是扩大了情势的范围，不再将不可抗力排除在外，将不可抗力纳入了情势变更的情形之一。客观上不可抗力与情势变更在一定情形下产生兼容，相互依存，很难区分彼此。

这是一次很有意义的漏洞填补，解决了不可抗力情形与情势变更情形相遇、转换时带来的法律问题。新冠疫情属于不可抗力范畴，由于不可抗力造成了市场、经济等环境的变化，导致当事人之间的交易合同履行产生障碍，虽然不是无法履行，但继续履行显失公平，可以适用情势变更规则，法律赋予当

事人享有变更或解除合同的权利。

##### （二）情势变更规则确立了交涉协商规则。

对于情势变更规则，这次《民法典》引入了双方协商机制。即合同在履行过程中发生了无法预见的重大变化，继续履行合同对于当事人一方明显不公平的，受影响的一方当事人可以通过与对方重新协商，重新调整合同的权利义务，以期达到公平。双方协商机制成为变更解除合同的前置条件，在合理期限内如果达不成协商的，当事人可以主张变更或解除合同，人民法院或者仲裁机构按照公平原则进行变更与解除。

#### 六、新规下新冠疫情构成不可抗力或情势变更之法律适用

不可抗力事件与情势变更客观情况虽有交织，但不可抗力规则与情势变更规则是两个不同的法律制度与规则，不可抗力规定在《民法典》第一编总则编第八章民事责任中，第一百八十条规定：“因不可抗力不能履行民事义务的，不承担民事责任。法律另有规定的，依照其规定。不可抗力是不能预见、不能避免且不能克服的客观情况。”因此，不可抗力是相对于民事责任而设立的弥补制度，主要适用于特定情形下的义务免责。情势变更规则是规定在《民法典》第三编合同编通则第四章合同的履行，因此情势变更规则主要针对合同履行而设置，解决合同履行障碍法律问题。当然因不可抗力不能实现

合同目的的，亦规定在合同编的合同权利义务终止章节，作为合同权利义务终止的情形之一。

针对不可抗力与情势变更的规则设置及《民法典》对于两者关系的重新定义，新冠病毒疫情整体构成不可抗力，但具体履行适用不可抗力还是情势变更规则，需根据实际情况进行分析适用。

1. 因新冠疫情导致合同无法履行不能履行，应把握疫情与合同不能履行的因果关系和原因力大小。疫情或疫情防控对合同履行不能存在直接因果关系，则适用不可抗力规则。

根据《民法典》第一百八十条之规定，因不可抗力不能履行民事义务的，不承担民事责任。不可抗力是合同违约免责事由，但是纯粹金钱债务的合同一般不能适用不可抗力。由于合同不能履行包括全部不能履行与部分不能履行，根据不可抗力对不能履行民事义务产生的影响，部分或者全部免除责任。因不可抗力致使不能实现合同目的，可以解除合同。

2. 因新冠疫情导致当事人合同履行的基础条件发生了重大变化，继续履行合同对签约一方显失公平的，适用情势变更规则。

根据《民法典》第五百三十三条规定：“合同成立后，合同的基础条件发生了当事人在订立合同时无法预见的、不属于商业风险的重大变化，继续履行合同对于当事人一方明显不公平的，受不利影响的当事人可以与对方重新协商；在合理期限协商不成的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构变更或

者解除合同。人民法院或者仲裁机构应当结合案件的实际情况，根据公平原则变更或者解除合同。”如果因疫情导致合同目的不能实现的，当事人可以请求解除合同，并按照公平责任分担损失。

对于疫情不可抗力发生，导致合同履行的商业基础发生了重大变化无法实现合同目的，根据《民法典》新规的精神，两个规则不产生矛盾，可以适用情势变更规定处理。

3. 不可抗力与情势变更的通知与证明义务。

当事人一方因新冠疫情不可抗力不能履行合同或因情势变更发展导致合同履行受阻，受疫情影响一方应当及时通知对方，以减轻可能给对方造成的损失。通知与证明是合同履行的附随义务，如果未及时通知对方，对于扩大的损失应自己承担责任。

4. 在适用情势变更规则时应区别商业风险。情势变更规则明确规定了商业风险的情形不属于情势变更，商业风险是正常的商事交易合同中当事人应当预见的风险。最高人民法院在（2015）民二终字第88号民事判决华锐风电科技（集团）股份有限公司与肇源新龙顺德风力发电有限公司买卖合同纠纷一案裁判要旨指出，情势变更规则适用时应区别商业风险，情势变更制度的适用系以司法权力介入的方式改变当事人之间达成的合意，重新分配当事人在交易中应当获得的利益和承担的风险，以实现实体上的公平公正。商业风险则属于从事商业活动的固有风险，因契

约严守为合同法的基本原则，故应慎重适用情势变更原制度，将其适用情形与正常的商业风险相区分，以维护市场正常交易秩序。是否属于所谓情势变更还是商业风险，需要参照合同约定，并从可预见性、归责性以及产生后果等方面进行分析。

## 七、结语

《民法典》对于不可抗力与情势变更的法律规则进行了重新设计，填补了原来规则之不足与漏洞，在合同履行过程中遭遇突发事件时赋予了更完善与灵活的法律救济途径，这也是法律追求的公平与意义。



李炜

上海融力天闻律师事务所合伙人，上海律协银行业务研究委员会委员  
业务方向：公司商事、建设工程房地产、争议解决

# 建设工程质量保证金与 建筑工程质量保修的法律分析

文 | 席绪军

为贯彻落实国务院关于进一步清理规范涉企收费、切实减轻建筑业企业负担的精神，规范建设工程质量保证金管理，住建部与财政部联合发布并于2017年7月1日起施行《建设工程质量保证金管理办法》（以下简称《保证金办法》），对工程质量保证金预留比例（额度）、预留方式、返还方式、缺陷责任期的期限及计算方式等方面作出规定和要求。

原建设部于2000年6月30日就已经发布并实施的《房屋建筑工程质量保修办法》（以下简称《保修办法》），则规定承包人对房屋建筑在保修范围和保修期限内出现的质量缺陷，应当履行保修义务，发包人与承包人约定的保修范围和保修期限不得低于国家规定标准。

然而工程实践中，依然存在发包人对于质量保证金的超比例预留，超期拒绝返还的现象，发包人利用市场强势地位，通过合同约定不合理条款或者约定不明的条款，以承包人工程保修义务未到期或者保修期内存在质量缺陷为由拒绝返还已到期的质量保证金。而一些法律从业人员由于缺乏建设工程的理论和实践经验，对于工程质量保证金与工程保修的法律关系无法厘清，导致在司法实践中对案件事实和法律适用产生了偏差。本文拟对建设工程质量保证金与工程质量保修的法律关系作出分析。



## 【定义】

建设工程质量保证金（以下简称“保证金”）是指发包人与承包人在建设工程承包合同中约定，从应付的工程款中预留，用以保证承包人在缺陷责任期内对建设工程出现的缺陷进行维修的资金。

房屋建筑工程质量保修（以下简称“工程保修”），是指对房屋建筑工程竣工验收后在保修期限内出现的质量缺陷，予以修复。

## 【案例】

某钢结构专业分包公司起诉总承包公司支付工程欠款及质量保证金，工程于3年前竣工验收合格并交付建设单位使用至今，未收到建设单位关于工程存在质量问题的报告，然而在分包公司向总承包公司主张返还工程欠款和质量保证金时（此时距竣工验收合格之日已经2年4个月），总承包公司提出涉案房屋存在漏水现象（同样未提供证据），并以此为由拒付工程欠款和质量保证金。分包合同还约定“质量保证金在质量保证期满，经业主和甲方工程验收无质量问题及甲方代修费用扣除后，叁个工作日内由甲方返还给乙方”及“屋面防水的保修期为5年”，总承包公司抗辩称质量保证金的返还期限为5年，返还期限未到。一审判决未明确质量保证金的返还期限，支持分包公司要求支付工程欠款的诉求，但未支持返还质量保证金，亦未陈述不支持的事实和法律依据，分包公司已据此提起上诉。

本案焦点问题为：一，保证金的返还期限为几年？二，保证金返

还可否以工程再次验收无质量问题为条件？

以下结合案例及法律规定来分析质量保证金与工程保修的法律关系。

## 【法律规定】

《保证金办法》第二条规定：“缺陷是指建设工程质量不符合工程建设强制性标准、设计文件，以及承包合同的约定。缺陷责任期一般为1年，最长不超过2年，由发包、承包双方在合同中约定。”

《建设项目工程总承包合同（示范文本）》（GF-2020-0216）（以下简称《示范文本》）11.2 缺陷责任期中规定：“缺陷责任期原则上从工程竣工验收合格之日起计算，合同当事人应在专用合同条件约定缺陷责任期的具体期限，但该期限最长不超过24个月。”

2017版《建设工程施工合同（示范文本）》也规定缺陷责任期最长不超过24个月。

菲迪克合同中关于缺陷通知（责任）期的规定也是最长不超过2年。

《保证金办法》中并未使用“质量保证期”这样的用语，与保证金对应的说法是缺陷及缺陷责任期，更没有提及工程保修期限。

该办法对于双方可以约定的事项作出规定，其中关于预留比例作出了限制性规定，但是并没有规定缺陷责任期内可以再次组织工程验收。而对于质量保证金的返还期限则规定为缺陷责任期满后返还。而缺陷责任期最长不超过2年。缺陷责任期内，由承包人原因造成

的缺陷，承包人应负责维修，并承担鉴定及维修费用。由他人原因造成的缺陷，发包人负责组织维修，承包人不承担费用，且发包人不得从保证金中扣除费用。

《保修办法》第七条规定了一些分部分项工程的法定最低保修期限，可以约定更长的保修期限。第八条规定：“房屋建筑工程保修期从工程竣工验收合格之日起计算。”第十一条规定：“保修完成后，由建设单位或者房屋建筑所有人组织验收。”第十三条规定：“保修费用由质量缺陷的责任方承担。”

《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》法释〔2020〕25号（以下简称“司法解释”）的第十七条规定：“有下列情形之一的，承包人请求发包人返还工程质量保证金的，人民法院应予支持：（一）当事人约定的工程质量保证金返还期限届满；（二）当事人未约定工程质量保证金返还期限的，自建设工程通过竣工验收之日起满二年；（三）因发包人原因建设工程未按约定期限进行竣工验收的，自承包人提交工程竣工验收报告九十日后当事人约定的工程质量保证金返还期限届满；当事人未约定工程质量保证金返还期限的，自承包人提交工程竣工验收报告九十日起满二年。发包人返还工程质量保证金后，不影响承包人根据合同约定或者法律规定履行工程保修义务。”

## 【法律分析】

《保证金办法》与《保修办法》

中关于缺陷责任期与工程保修期之间存在以下不同处及相同处。

### 一、对应的维修费用责任主体不同

《保证金办法》中保证金(维修费用的保证)对应的维修费用责任主体是承包人,即由于承包人原因导致出现质量缺陷的,如果承包人拒绝维修和承担维修费用的,则发包人可以从保证金中扣除相应费用。

《保修办法》中保修费用由质量缺陷的责任方承担。保修义务的主体是承包人,质量缺陷的责任主体则未必一定是承包人。该责任方有可能是发包人、承包人或第三方主体,因为该质量缺陷有可能是发包人自身使用不当或损坏,也可能是第三方侵权所致,也可能是不可抗力导致。当然也可能是承包人的施工导致的。

无论是缺陷责任期内还是保修期内发现的质量缺陷,都需要查明质量缺陷的责任主体,而不是一律认定为承包人的责任。

### 二、对应的责任期限不同

《保证金办法》中规定双方约定的缺陷责任期最长不超过2年,缺陷责任期满后退还保证金,司法解释第十七条第一项规定“当事人约定的工程质量保证金返还期限届满”,该约定期限应当不超过《保证金办法》规定的缺陷责任期。

司法解释第十七条第二项规定:“当事人未约定工程质量保证金返还期限的,自建设工程通过竣工验收之日起满二年。”

《保修办法》中关于保修义务人即承包人的保修期限则有规定

的保修范围和保修最低期限,其中关于地基基础和主体结构工程的保修期最长,为设计使用年限,而一般钢结构厂房的设计使用年限在30—50年。案例中约定的屋面防水保修期限5年,也是《保修办法》规定的最低保修期限。

### 三、对应的维修范围不同

《保证金办法》规定“缺陷责任期内,由承包人原因造成的缺陷,承包人应负责维修,并承担鉴定及维修费用”。没有对维修的项目作出规定。也就是说,只要是工程上出现的承包人原因的缺陷都必须维修。

《保修办法》则规定双方在法定的维修项目之外,可以约定维修项目,那么既不在法定维修项目之内,又没有约定的维修项目,承包人是拒绝维修,甚至即使是承包人原因导致的缺陷都可以拒绝维修。

但是,在缺陷责任期与工程保修期重合期内,承包人不得拒绝维修自身原因导致的质量缺陷。所以缺陷责任期实质上就是人们常说的“质量保证期”,而与工程保修期存在很大的不同。

### 四、对应的起算时间相同

《保证金办法》中缺陷责任期从工程通过竣工验收之日起计,《保修办法》中工程保修期从工程竣工验收合格之日起计算。两者表述文字略有差异,但是实质的意思和意义是一样的,是同一个日期的不同表述。

鉴于缺陷责任期和工程保修期的起算时间相同,两者必然会存在一个混同的期间,混同期间内在

能够确定质量缺陷的责任主体是承包人一方时,如果承包人不履行维修义务或者承担维修费用,发包人有权直接从保证金中扣除维修费用。

当然,实际的起算时间与合同履行的具体情况相关,非常复杂。比如《建设工程施工合同(示范文本)》通用条款15.2.1规定,发包人未经竣工验收擅自使用工程的,缺陷责任期自工程转移占有之日起开始计算。《保证金办法》和《保修办法》对于这种情况下缺陷责任期和保修期的起算都没有特别规定。而司法解释第十四条规定:“建设工程未经竣工验收,发包人擅自使用后,又以使用部分质量不符合约定为由主张权利的,人民法院不予支持;但是承包人应当在建设工程的合理使用寿命内对地基基础工程和主体结构质量承担民事责任。”从司法解释该条规定可以看出,在发包人未经竣工验收擅自使用工程的,承包人在缺陷责任期内不承担除地基基础工程和主体结构质量之外的质量缺陷责任。那么同样的,在保修期内出现的承包人原因导致的质量缺陷,在发包人未经竣工验收擅自使用工程的,承包人在保修期内不承担除地基基础工程和主体结构质量之外的质量缺陷责任,但是保修义务依然存在,承包人一样要及时响应发包人维修的要求,只是维修费用可以向发包人主张,再由发包人向责任方追偿。

### 五、对应的实际维修项目都需要建设单位及时组织验收

《保修办法》规定:“保修完成

后，由建设单位或者房屋建筑所有人组织验收。”该验收应当仅指对实际保修的项目维修后的成果验收，不可能是指对工程全部重新进行质量验收。

《保证金办法》中对于缺陷责任期内的维修虽然没有规定验收，但是针对维修项目进行验收，为承包人义务的应有之义，当然需要验收，但同样也不可能是指对工程全部重新进行质量验收。作为建设单位或者所有人应当及时组织验收，而不应当通过拖延对维修成果的验收来拒绝退还保证金，且验收结论也不应当影响保证金的返还。

#### 六、保证金与保修义务无关

保证金是对缺陷责任期（即质量保证期）的维修义务的保证，不是对工程保修义务的保证，有的合同文本也将质量保证金表述为“质量保修金”，实际上这反而会误导很多人，把质量保证金与工程保修期的保修义务关联起来，实际上二者没有法律上的关系。不可将缺陷责任期等同于工程保修期，反之亦然。

司法解释规定：“发包人返还工程质量保证金后，不影响承包人根据合同约定或者法律规定履行工程保修义务。”由此规定也可以看出，质量保证金与工程保修义务无关，返还保证金不影响保修义务的履行。

保修义务与缺陷责任无关，《保修办法》和工程惯例之所以将保修义务分配给承包人，是因为建设工程是承包人完成的，其对于设计文件熟悉，对施工过程中或者使用过程中可能会出现的质量缺陷应

当比其他的主体更有能力查清缺陷产生的原因，其维修也更加便利，对于不是由于承包人的原因而导致的质量缺陷，承包人虽然承担保修义务，但不承担缺陷责任，不承担因此而产生的维修费用。那么既然缺陷责任与保修义务无关，则保证金的返还也就与保修义务无关，只与缺陷责任期的长短有关，缺陷责任期到期后，即使仍然存在质量缺陷，也不能以此为由扣留质量保证金拒不返还。

按照菲迪克合同文本和国内的工程合同示范文本的规定，对于缺陷责任期内发现质量缺陷修复后，对缺陷责任期的延长，也是规定延长后的缺陷责任期最长不超过24个月（或者2年）。也就是说，如直接约定的缺陷责任期为24个月（或者2年），就不存在还可以继续延

长缺陷责任期的做法。因此，质保金的返还应当在约定时间内予以返还，当事人未约定工程质量保证金返还期限的，自建设工程通过竣工验收之日起满两年之日返还。司法解释作出这样的规定，也是与缺陷责任期的最长期限吻合的。

至此，案例的焦点问题答案就已经出来了：一，质量保证金返还期限为缺陷责任期届满的约定时间返还，无约定的，返还的期限最长不超过2年；二，不应当以工程再次验收无质量问题作为返还保证金的前提条件。

实际上建设工程的过程检验和竣工验收采取的是分部分项工程的抽样验收，验收规范允许工程存在一定比例的不合格点，不可能所有的部位都是合格的，即使是国家最高奖项鲁班奖工程也不可能



做到，合格或者优良项目都允许工程项目存在一定数量的质量缺陷，只要不影响主体结构安全及使用功能即可，人民大会堂还每年定时维修呢。建设工程像任何一件物品一样，都不可能越用越好，随着时间的推移，工程质量缺陷会越来越多，这是世界万物的自然规律。

## 【友情提示】

### 一、承包人尽量提供质量保证金银行保函

《保证金办法》第五条规定：“推行银行保函制度，承包人可以银行保函替代预留保证金。”第六条规定：“在工程项目竣工前，已经缴纳履约保证金的，发包人不得同时预留工程质量保证金。采用工程质量保证担保、工程质量保险等其他保证方式的，发包人不得再预留保证金。”第七条规定：“发包人应按照合同约定方式预留保证金，保证金总预留比例不得高于工程价款结算总额的3%。合同约定由承包人以银行保函替代预留保证金的，保函金额不得高于工程价款结算总额的3%。”

根据《保证金办法》的规定，可以用银行保函方式替代预留保证金，这也是国家政策导向以信用保证来减轻承包人预留保证金给企业带来的现金流压力。同时承包人通过提交银行保函的方式，将银行保函的期限限定在与约定的缺陷责任期（最长不超过24个月）一致，就可以避免发包人（或者总承包人）在缺陷责任期满后以各种理由继续扣留质量保证金的做法。同时作为承包人来说，当然要积极

地对发包人（或者总承包人）的维修或保修通知作出响应，积极主导查明缺陷原因，确定缺陷责任方，不要采取回避的态度，保留好相关的证据。对于不是由于承包人原因导致的质量缺陷责任，要向发包人主张维修费用，避免由于不积极响应维修通知而被扣除质量保证金。

### 二、约定缺陷责任期满后返还质量保证金的合理期间

注意不要把质量保证金的返还期间直接等同于缺陷责任期满，司法解释对无约定的，或者约定不明，或者推定竣工情况下的返还期间作了竣工验收后2年返还的规定。但是在有约定情况下，尊重双方当事人的约定。比如约定缺陷责任期满后的30日内或2年内一次性返还，或者分期返还，这样的约定都是有效的，但是这样的约定仅针对于返还期限和返还方式。发包人在缺陷责任期满后，无权因承包人未履行保修义务而直接从质量保证金里扣除相关费用。缺陷责任期满后，原来预留的质量保证金的性质已经变成了发包人应当支付的工程欠款尾款，不再具有质量保证的性质。

### 三、缺陷责任期满后，原来预留的质量保证金的返还不约定其他与质量相关的返还条件

因为缺陷责任期满后，建设工程依然处于约定或者法定的保修期内，双方可以约定不低于《保修办法》中关于部分项目最低保修期限的保修范围和期限，与质量保证金相关的缺陷责任期满，当然不应当以质量为由继续扣留质量保证金，此时如果继续以质量为由

扣留质量保证金，则使得缺陷责任期的规定毫无意义。正如前述建设工程使用越久，出现的质量缺陷只会越来越多，以工程无质量问题为返还质量保证金的前提条件，则承包人永远不可能收回质量保证金。

司法解释关于返还质量保证金不影响承包人履行保修义务，实际的法理基础就是将缺陷责任期满后的质量问题与质量保证金的返还予以分离，不支持发包人因保修期未届满为由拒绝返还质量保证金。



**席绪军**

上海七方律师事务所合伙人，上海律协建设工程与基础设施业务研究委员会委员

业务方向：建设工程、房地产、公司

## 编者按:

2021年4月1日,国际仲裁领域的知名专家、最高人民法院国际商事法庭专家委员会成员、上海国际经济贸易仲裁委员会(上海国际仲裁中心)仲裁员伊曼纽尔·盖拉德教授(Emmanuel Gaillard)因病辞世,享年70岁。盖拉德教授生前是耶鲁大学法学院和哈佛大学法学院的访问教授,讲授国际仲裁课程。他在仲裁法各领域均撰写了大量的文章。1999年,他参与合著《福查德盖拉德论国际商事仲裁》。2007年,根据其在海牙国际法学院的课程(国际仲裁法的法律哲学)撰写了关于国际仲裁法律理论的论文,并随后出版了英文版本《国际仲裁的法律理论》以及中文、阿拉伯语、西班牙语、葡萄牙语和其他语言的版本。从1985年到2010年,他在《国际法杂志》上发表年度专题文章,评论国际投资争端解决中心(ICSID)的决定和仲裁裁决。在2004年和2010年,他出版了两卷关于ICSID仲裁判例法的重要著作:《解决投资争端国际中心(CIRDI)判例法》。2017年,他参与合著了《联合国贸易法委员会秘书处纽约公约指南》,该书译作联合国所有正式语言版本。盖拉德教授生前在国际仲裁案件中为企业、国家和国有企业提供咨询和代理服务已逾30年,以代理律师、仲裁员的身份处理过多宗提交仲裁的大型国际争议。为纪念盖拉德教授对国际仲裁法律理论作出的突出贡献,上海国际经济贸易仲裁委员会国际商事仲裁研究中心编译了盖拉德教授为国际商事仲裁理事会(ICC)有关《纽约公约》的研究文集《ARBITRATION—THE NEXT FIFTY YEARS》所撰写的《International Arbitration as a Transnational System of Justice》一文。在该文中,盖拉德教授回应了学界对其在《国际仲裁的法律理论》中提出的仲裁自治理论的批判,澄清了他的主张。囿于篇幅,译文删去了原文的脚注,特此说明。

# 作为一种跨国司法机制的国际仲裁

文 | 伊曼纽尔·盖拉德

上海国际经济贸易仲裁委员会国际商事仲裁研究中心译

## 一、引言

国际仲裁正日益被视为一种跨国司法制度,有时也会被贴上“仲裁法律秩序”的标签,尽管其并不是一种真正意义上自治的法秩序。然而,这一演变过程正持续引发关于国际仲裁应在何种程度上独立于国家司法制度、仲裁地应在仲裁程序中扮演何种角色的激烈争论。

这种广泛的讨论表明,国际仲裁与意思自治之间那种长久以来的关系某种程度上仍然不明确。这也说明,仅从意思自治的维度出发,对国际仲裁中那些普遍存在的根本而实际的问题,例如准据法、

仲裁程序以及仲裁裁决的执行等,无法作出更准确的回答。

有些人主张国际仲裁植根于国内法律体系,而另一些人则认为国际仲裁具有跨国法律属性。因此,对于国际仲裁而言,一种更为根本的研究路径是探究为何会存在上述两种分歧巨大的观点。这两者间的差异不能藉由单方面关注意思自治,或者孤立地考察国际仲裁实务得到解决。相反,必须要考虑仲裁程序及相应裁决的有效性与合法性的来源。就此而言,关于国际仲裁的三种观点构成了分界线,每种观点都有独特的理论基础,也

均会产生非常具体的实践运用结果。本文第二部分将对这些观点进行说明,第三部分则将进一步讨论1958年《纽约公约》在这场争论中的作用。

## 二、国际仲裁的表现形式

按照支持者各自主张的国际仲裁合法性来源划分,关于国际仲裁有三种互相冲突的理论:单独地区理论、威斯特伐利亚理论以及跨国理论。这些理论、智力构建或表现形式所产生的重大影响,涵盖仲裁员是否有权决定自己的管辖权、仲裁程序的开展、实体问题准据法的

确定、仲裁裁决的命运（包括在仲裁地被撤销的裁决能否在其他法域得到执行）等问题。

本文旨在消除触及国际仲裁表现形式哲学基础以及其实际后果之核心的两种普遍误解。事实上：第一，这些表现形式均承认国际仲裁的合法性和有效性最终来源于国家；第二，无论是否意识到它们的存在，这些表现形式对国际仲裁领域的一切参与者都产生了重大的实际影响，而不仅仅是仲裁员。

#### （一）国际仲裁合法性和有效性的来源

国际仲裁三种表现形式的识别依据是他们各自所主张的国际仲裁合法性来源，即仲裁员裁决权力的来源为何。这一假定对于如何认识

仲裁程序整体有着深远的意义。

第一种也是最传统的观点是单独地区理论，它认为国际仲裁合法性与有效性的唯一来源是仲裁地，或者可能如这种观点的支持者所主张的，是“来源国”的法律。根据这种观点，仲裁地不仅是为了便捷或中立而选择的地点，它更为仲裁的法律约束性提供了唯一基础。根据这一理论，如果仲裁在墨西哥进行，它就是一个墨西哥仲裁，哪怕涉及的是一个法国公司与一个美国公司之间适用瑞士法处理的纠纷。这些不同的主体之所以被允许在墨西哥进行仲裁，是因为墨西哥法律秩序预先予以授权，由此而产生的裁决也被认为是墨西哥裁决。

第二种表现形式是威斯特伐利

亚理论，它认为国际仲裁之所以是一个合法程序，是因为有相当一部分国家承认这种基于当事人意思自治产生的裁判程序的合法性，以及相应仲裁裁决的约束力。这种理论在两个方面与单独地区理论有本质不同：第一，仲裁程序不再是经预先授权，而是在裁决符合执行国标准的情况下被事后合法化；第二，这种理论认为国际仲裁的合法性来源于包括裁决执行地国在内的多元法律体系。这种表现形式下，仲裁地仅仅是诸多具有潜在相关性的法律体系之一，其更多地被认为是仲裁进行的实体位置，而非如当地法院一样是确定仲裁员作用的法律管辖地。威斯特伐利亚模式是这种司法多元主义最恰当的概括，因为在



此种模式下，每个国家都享有平等的正当权利就其将基于何种条件承认仲裁程序的有效性以及相应裁决的可执行性自主作出决定。

第三种表现形式，即跨国理论，在将国家视为集体而非个体方面，其比威斯特伐利亚理论更进一步。这种表现形式认为仲裁的合法性来源于国际社会通过一系列法律文件所共同发展起来的观念，这些法律文件包括1958年《纽约公约》《联合国国际贸易法委员会示范法》和许多具有共同理念的有关仲裁应如何进行方能被承认为一种合法裁判方式的准则。换言之，根据这种理论，仲裁程序的合法性和有效性可以从国家的共同规范行为中找到依据。这种表现形式也回应了国际仲裁员们的有力观点，即他们行使裁判权时不是代表任何特定国家，而是为了整个国际社会的利益。

有人将这种跨国表现形式误解为司法无政府状态。迈克尔·赖斯曼称：“仲裁的支持者经常认为……仲裁是一个自立的程序，在观念上或政治上均独立于国家机构。”他进而将这些支持者形容为“那些认为仲裁不需要政府参与的人”。然而，这种主张——拒绝或反对国家法律秩序——混淆了自治法律秩序与国家法律秩序的概念。相反，跨国理论认为国际仲裁建立在法律体系的集合体之上，因此，这种司法集合主义观点实际上是接受而非拒绝了国家法律体系的法律。

鉴于以上分析，上述三种表现形式均未主张国际仲裁催生了一种“漂浮在跨国穹苍中”、完全脱离国家法律体系的国际司法体系，相反，

若要理解这三种理论，至关重要的是要明确哪个或哪些国家为仲裁协议、仲裁程序及相应裁决提供了合法性和有效性的相关来源。

## （二）国际仲裁表现形式的实践影响

关于国际仲裁的不同观点不仅促进了理论争鸣，而且还产生了重大的实践影响；不仅影响了仲裁员在处理国际仲裁各方面事务时的方式，而且还影响了国际仲裁领域的其他参与者，包括当事人、律师和法官等对待国际仲裁的态度。

当然，这些表现形式对仲裁员以及其主持的仲裁有重大影响。例如，对于一个在墨西哥进行的仲裁，在选择准据法时，遵循第一种表现形式的仲裁委员会认为其将受墨西哥冲突法规则的约束；采用威斯特伐利亚理论的仲裁员不会怯于从不同的冲突法规则中选择其认为最适合当前争议的法律适用规则；而坚持跨国表现形式的仲裁员则更倾向于关注那些确定相关法律选择规则的国际趋势，或者在适当的情况下，选择那些可以体现解决特定实体问题之国际共识的规则。与威斯特伐利亚主义者相同，采用跨国视角的仲裁员不会仅仅因为其在墨西哥进行仲裁，就愿意接受墨西哥冲突法的约束，但与威斯特伐利亚式仲裁员认为其享有不受约束的自由裁量权不同，采用跨国视角的仲裁员在作出决定时会以上述国际社会的发展趋势为指引。相比威斯特伐利亚表现形式游走在不可预测性的边缘，跨国表现形式则力图通过支持多数主义原则及拒绝个体性或过时的法律规则，来提高其决定的确

定性。

关于如何选择实体问题准据法的这个例子，说明了这些表现形式对仲裁员的深远影响，以及相应对仲裁结果可能产生的重大影响，同样的影响也会作用于国际仲裁领域的其他参与者，比如国内法院，特别是当法院被要求执行被仲裁地所在国撤销的仲裁裁决时。即便没有一方当事人是墨西哥籍，采用单独地区视角的国家法院会将在墨西哥作出的仲裁视为墨西哥裁决，并以对待墨西哥法院判决的方式对待该仲裁裁决。因此，如果该裁决在墨西哥被撤销，就不存在在其他国家得到承认的法律基础。

持威斯特伐利亚观点的法院不一定会认为需要按照墨西哥法律的方式来处理一份在墨西哥作出的裁决，他们不会认为墨西哥法院以诸如仲裁员未遵守当地程序规则为由认定一份在墨西哥作出的裁决无效的决定，具有绝对的域外法律效果。相反他们会认为其可以自主决定仲裁裁决存在的这种瑕疵是否足以使其拒绝承认仲裁裁决的法律约束力。因此，英国法院可以执行墨西哥法院已经认定无效的仲裁裁决，反之亦然。

坚持第三种观点，即跨国表现形式的法院会接受主张威斯特伐利亚模式的法院的结论，但出于不同的理由。他们会诉诸如在《纽约公约》中所确立的国际标准来看待什么是有效的裁决，但这并不意味着这些法院不会干预仲裁裁决在其国内法律体系中的承认程序。相反，《纽约公约》允许每个法律制度根据公约所确立的共同指导原则及

其自身标准，自行决定仲裁裁决是否符合承认和执行标准的自由裁量权。就此而言，国家法律体系通过遵守国际共同标准和在依据该等标准行使自由裁量权时所发展出来的一国仲裁法理学，持续地塑造国际仲裁。

### 三、1958年《纽约公约》的作用

归因于其在过去五十年间对国际仲裁的发展所起到的至关重要作用，1958年《纽约公约》为国际仲裁能否被视为一种跨国司法体系提供了有力的说明。

《纽约公约》所确立的规则代表了一种支持裁决执行的国际共识。公约通过限制执行仲裁裁决时的审查理由这一相对直接的方式促进仲裁执行，然而有人将此解读为，它在审查裁决的国家司法体系间建立了管辖层级。这种解读不仅在公约文本中找不到任何根据，而且也违背了公约的基本目标。迈克尔·赖斯曼是这种观点的一个支持者。他认为，《纽约公约》创建了一个国际仲裁的“规范结构”，将权力分配为“两层审查权限，即区分所谓的‘主要’或‘属地’管辖权和‘次要’或‘执行’管辖权。”这种观点认为，公约一方面确定了一个仲裁地法院的主要管辖权—如果不考虑公约采用的其他标准，即当事方选择的仲裁程序法—另一方面又确立了仲裁裁决执行地法院的次要管辖权。

实际上，《纽约公约》的目标要直接得多：它旨在促进仲裁裁决的承认和执行，而非向国家法律体系分配审查权。那种认为《纽约公约》为了裁决的执行而将仲裁地置于司

法管辖体系顶端的观点，违背了《纽约公约》的基本目标。这种观点如果被接受，它将把焦点从作为公约主题的仲裁裁决本身，转移到仲裁作出国相关的裁决司法审查程序，同时也将与《纽约公约》最大的成就之一背道而驰。实际上，人们应当记得《纽约公约》的起草者们制定《纽约公约》的初衷正是为了废除1927年《关于执行和承认外国仲裁裁决的日内瓦公约》（《日内瓦公约》）项下的裁决执行双重许可制度。在1958年之前，仲裁裁决还必须由仲裁地法院加盖“橡皮印章”之后才能在其他地方执行。因此，1927年《日内瓦公约》承认仲裁裁决“来源国”享有决定裁决是否有效的优先权限。当时它的确将世界分成以仲裁地为代表的主要管辖法域以及其他次要管辖法域。《纽约公约》的起草者明确希望摆脱这种不利于裁决执行的制度，而采用一种只能依据公约规定情形审查裁决执行的制度。自1958年以来，废除裁决执行的双重许可被视为支持裁决执行的制度向前迈出的重要一步，进而获得了极大称赞。《纽约公约》的起草者们摆脱了仲裁地在某种程度上处于支配地位的观念，但这并不意味着任何国家都不能控制仲裁程序；相反，他们将是是否执行仲裁裁决的审查权授予了裁决执行地国。

基于此，《纽约公约》未涉及任何与在仲裁地宣告裁决无效有关的司法审查事项。例如，它没有说仲裁地最多只能规定五、六或八种宣告裁决无效的情形。如果美国法院以宣告一份在美国作出的裁决无

效为目去审查仲裁员是否“明显无视法律”，并不会违反《纽约公约》，但如果一个国家以执行一份《纽约公约》范围内的裁决为目的去审查仲裁员是否“明显无视法律”，则将违反《纽约公约》。

相反，《纽约公约》设定的标准代表了一国在《纽约公约》项下可以接受的最高审查标准，但这并不妨碍执行地国在面对承认和执行外国仲裁裁决申请时，采取比《纽约公约》规定的情形更宽松的司法审查态度。如果一个国家审查争议的实体问题，它就违反了《纽约公约》；如果一个国家基于《纽约公约》规定以外的情形拒绝执行仲裁裁决，它就违反了《纽约公约》。但是，一个国家完全可以选择以比《纽约公约》更宽松的标准执行裁决。具体地讲，《纽约公约》并没有禁止一个国家执行一份已被仲裁地国法院或仲裁程序法国法院撤销的裁决。因此，仲裁地法院就裁决的效力所作出的任何认定，对其他法律体系都不具有约束力。

各国对《纽约公约》的普遍接受表明，这种赋予仲裁地在仲裁裁决执行问题上莫须有的自由裁量权的传统范式已经发生嬗变。通过给予执行地国家法律审查仲裁裁决的裁量权，《纽约公约》似乎至少接受了国际仲裁的威斯特伐利亚表现形式，但更重要的是，《纽约公约》宣告了各缔约国同意遵守的首要国际标准和其行使自由裁量权的边界。从这个意义上讲，《纽约公约》也是一种国家间的规范性、共识性活动，而跨国仲裁法律秩序的合法性与有效性正植根于此。

## 窗外的鸟鸣

文 | 王安辉

能每天听到鸟儿们的婉转鸣叫声，在现在已是一种奢侈的享受。

小时候，每天清晨，大群的鸟儿聚集在村庄里家门口几排高大的杨树树梢绿叶间，呼朋引伴，欢呼雀跃，成为吵醒美梦的烦恼。那种热火朝天、无所顾忌的喧嚣，让人羡慕。每每有起床冲散它们的冲动，但想想它们在我的“恐吓”下，暂时四散不久复聚，短促哑声继而如故的结果，也就熄了这个念头。剩下能做的，也就只有捂耳、蒙头去勉强追寻残梦了；或者把它们的热闹当做背景音乐，神思飘忽萦绕其间。

参加工作后，单身宿舍紧邻一条小河，窗外恰有一棵绿丝垂地、飘逸无比而又敦重结实的柳树。晨曦初露之际，暮霭弥漫之时，常有各类鸟儿翔集于此，追逐嬉戏一番后，呼噜噜又奔向四方。偶有大胆的，也会跃上我的窗台，歪着小脑袋，向内窥探。发现安全后，会踱上几步，再从容地展翅折回，隐入绿丝中，叽叽喳喳地宣扬一番。偶有夜醒的鸟儿，喳喳啼叫两声，拍拍翅膀，从一个枝头跃到另一个枝头，觉无鸟答理，又埋头收翅，再赴“周公之约”去了。那时，虽说三年中师生涯，让我由学生蜕变为教师，由讲台下转至讲台上，但思想还是很青涩，生活还是很单纯。上班时，带领一班无邪少年；下班后，历游“粪土当年万户侯”之辈，忧

愁云散，烦心烟消。悠悠间，不知老之将至。

奔赴省城，进修培训，一个更大的人生舞台徐徐展开。生活的广度和深度都在增加，心海开始波澜起伏。与鸟儿们的距离，在物理上被部分隔开，在心理上也渐被掩盖、被疏远。偶然间，会在林立的高楼空隙，在那些被分割开的高高的、狭小天空中，能见到成群疾飞的饲养鸽群，远远的小黑点，快速地穿行过去。那时，心里也会闪过一丝喜悦，一点亲切。但随之而来的那种隔离感，那种触手可不可及、视之仅见模糊轮廓的距离感，却排山倒海般压过来，瞬间将那丝喜悦、那丝亲切涤荡干净。那些鸟儿被人类的一员所饲养，饮食的依赖，造成它们习性的转变。他们对饲养人“亲密接触”，却也不得不忍受部分自由的丧失，乃至生命的交付；对之外的人类，却是噤若寒蝉。这种既“爱”又怕的尴尬境界，真正是难为它们了。城市森林中的绿色，是珍贵的调剂、点缀和润滑，但仅此而已。这是人类的世界，除了那些被人类豢养完全依赖人类的鸟儿外，其余的，选择在城市、在人类世界里讨生活的，它们的生活区被人为分割，对它们而言近乎支离破碎。它们能做的，就是躲躲闪闪地在那些绿块中，诚恐诚惶地谋生存。人的世界里，它们也就只能作为附属和配角存在，如同那些零散的绿

块。而在人的视野里，好像这样是正常的现象。

鸟儿的鸣叫是天籁之音，矫健地、自由地飞翔，是大自然赋予它们的权利；而欣赏这些，则是大自然对人类的馈赠。如何接受这份珍贵的礼物，正确地对待我们的伙伴，平等、和谐地生活在共同的地球家园，难道不是自诩为高等智商、自命为地球主人的我们所应该考虑的吗？

希望不久之后，能再次听到窗外欢快、自由的鸟鸣声。



王安辉

上海胜杰律师事务所合伙人  
业务方向：民商事、刑事



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](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)



蓝白之魅

上海市金茂律师事务所 韩春燕