

上海律师

双月刊 2023年第1期 总817期

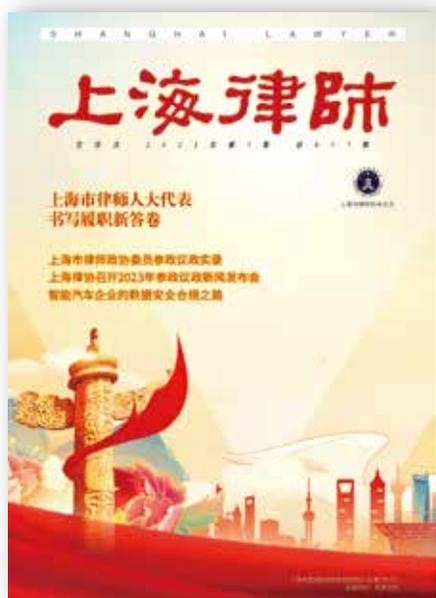


上海市律师协会主办

上海市律师人大代表 书写履职新答卷

上海市律师政协委员参政议政实录
上海律协召开2023年参政议政新闻发布会
智能汽车企业的数据安全合规之路

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4月28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

A

在上海市第十六届人民代表大会第一次会议上，来自上海律师行业的19名市人大代表齐聚会场，为上海的法治建设和民生保障发出律师行业“好声音”。据统计，大会期间，上海市律师人大代表共提交议案12件、代表建议65件，用专业素养和尽责履职的态度，助力上海经济社会高质量发展，助推法治建设规范化、制度化、常态化。

——《躬身力行践初心 履职尽责为民生
上海市律师人大代表书写履职新答卷》

B

2023年1月上海市政协十四届一次会议期间，来自上海律师界的14位市政协委员发挥专业优势参政议政、认真履职——围绕“加快建设具有世界影响力的社会主义现代化国际大都市”主题，聚焦上海发展大事、改革要事、民生实事精准建言；在深化“五个中心”建设，持续强化“四大功能”，推进高水平科技自立自强，推动教育、科技、人才融合发展，全面深化改革开放，打造一流营商环境，建设属于人民、服务人民、成就人民的城市等方面提出意见建议。

——《助力建设具有世界影响力的社会主义现代化国际大都市
上海市律师政协委员参政议政实录》

C

1月6日，上海律协召开2023年上海律师参政议政新闻发布会。2022年，上海律师参政议政广度、深度不断拓展，成效显示度不断提高；面对疫情，上海律师代表委员展现担当。会上，市人大代表季诺、陈峰、张鹏峰、李向农、许海霞，市政协委员邹甫文、俞卫锋、裘索、陈贵等踊跃分享了履职经验，对加快重振上海经济、恢复市场主体信心、强化科技赋能数字化建设、引进海外高层次人才等问题表示关注，并对房地产“租购并举”“租售同权”、社区治理及应急保障、节能环保、民生法治、长者食堂等问题表达了自己的看法。人民日报等媒体分别就关注的提案议案向律师代表委员们提问并展开交流。

——《凝心聚力开新篇 发出律师“好声音”
上海律协召开2023年参政议政新闻发布会》

D

日前，有人宣称破解并获取蔚来汽车大量用户数据并公开在网络上进行销售，其中包括近百万条车主及员工个人信息。在此事件中，涉事各方主体分别面临怎样的法律风险？蔚来汽车应承担何种责任？该事件对未来智能化汽车或智能化交通系统方面的立法将有怎样的推动作用？各类相关主体应该采取哪些措施来保障数据安全？

本期“法律咖吧”，三位律师围绕智能汽车企业的数据安全合规展开精彩讨论。

——《智能汽车企业的数据安全合规之路》

- 4 躬身力行践初心 履职尽责为民生
上海市律师人大代表书写履职新答卷
(陈颖婷)
- 8 助力建设具有世界影响力的社会主义现代化国际大都市
上海市律师政协委员参政议政实录
(顾晓红)
- 13 凝心聚力开新篇 发出律师“好声音”
上海律协召开 2023 年参政议政新闻发布会
(吕轩)
- 15 通报工作 提出建议
上海律协与上海高院召开 2022 年度调研座谈会
(上海律协纪律部)
- 16 打造检律良性互动“上海范本”
上海律协与市检察院召开 2022 年度调研座谈会
(上海律协调研部)
- 17 为黄浦新基建贡献法律智慧
第十一届外滩金融法律论坛成功举办
(黄浦律工委)
- 18 充分涵盖企业发展中的法治热点
第七届徐汇滨江法治论坛顺利召开
(徐汇律工委)
- 19 第七届上海市优秀青年律师
律师是一种生活方式
(王伟斌)
- 22 第七届上海市优秀女律师
学无止境 方有未来
(胡晓萍)

25

实务研究

- 25 智能汽车企业的数据安全合规之路
(文字整理 许倩)
- 29 关于汽车零部件质量争议的违约金调整问题
(刘秀丽)
- 33 《上市公司分拆规则(试行)》新规解读
(林祯)
- 36 企业公益捐赠的税务合规筹划
(全开明)
- 40 《非银行支付机构条例(征求意见稿)》核心要点解读
(邓学敏 饶梦莹)
- 44 行政规范性文件的法律审查要求
从一例房屋拆迁安置补偿案件切入
(奚明强)
- 48 从法律与财务双重视角检视对赌协议的效力
(凌铮)
- 52 2022年疫情之下上海商业地产租金减免政策解读
(夏明亮 姚微)
- 56 破产企业债权资本化的合理性探讨
关于国有企业妥善清理“僵尸企业”的新探索
(孙宁隘)
- 59 跨境担保纠纷仲裁案件的典型法律问题
[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]

62

人文万象

- 62 幸运的四叶草
(裘索)

躬身力行践初心 履职尽责为民生

上海市律师人大代表书写履职新答卷

文 | 陈颖婷

“我希望能够进一步推进政府治理现代化,细化法治政府建设工作举措,进一步提升市场化、法治化、国际化水平,不断提振市场主体信心……”作为一名新任代表,上海市人大代表、上海律协会长季诺怀揣着对城市发展的真知灼见、献策民生的拳拳之心,与上海律师界人大代表们一起踏上了代表履职的新起点。

在上海市第十六届人民代表大会第一次会议上,来自上海律师行业的19名市人大代表齐聚会场,为上海的法治建设和民生保障发出律师行业“好声音”。据统计,大会期间,上海市律师人大代表共提交议案12件、代表建议65件,用专业素养和尽责履职的态度,助力上海经济社会高质量发展,助推法治建设规范化、制度化、常态化。

服务大局展现新作为

新征程上,贯彻新发展理念、推动高质量发展是上海进一步发展的必由之路,上海律师行业人大代表们围绕中心服务大局铮铮建言。如何打造市场化、法治化、国际化营商环境,怎样建设充满活力的人才高地,成为不少代表们关注的重点。

要实现城市的高质量发展,人才是第一资源。季诺一直关注着上海人才高地建设问题,关于如何吸引优秀人才来沪留沪,他提出了进一步贯彻“租购并举”住房制度、践行“租购同权”理念的建议。他认为,上海作为国际化大都市,通过“租购并举”解决城市民生的住房问题,保障青年、海外人才的居住需求,对于增强人口竞争力、引进和留住大城市发展最为关键的各类人才、促进青年人才的就业和创业具有长期战略意义。他希望给予年轻人以租赁房屋的便利性。他建



上海市人大代表、
上海律协会长
季诺

议各个区都应该有相关规划,有一定比例的租赁房,让租赁人和房屋持有人享受到相同或者接近的权利和相关社区服务,让“新上海人”在这个城市更有归属感。

上海市人大代表刘正东的建议则围绕优化营商环境展开。他注意到一些零售企业滥用销售终端的优势地位,在交易过程中屡屡损害供应商的合法权益,阻碍了零售行业的健康发展,影响了社会稳定。为此,他提出建议,希望有关行政

机关切实加强零售商、供应商公平交易监督管理,以进一步优化市场化、法治化营商环境。一是加强公平交易、正当竞争的法治供给,提升企业的自我权益保护意识,可以针对商超供销方式量身订做有关合同示范文本。二是将政府保障营商环境的法规及政策集结成册,统一向民营企业发放,让制度真正走进企业、服务企业,使沉睡在抽屉中的惠企政策真正有的放矢、行之有效。三是相关行政机关要下沉到企



上海市人大代表 刘正东



上海市人大代表 姚海嵩

业中去，进行常态化普法宣传，让企业学会如何保护自身权益；同时主动了解企业在运营过程中的急难愁盼问题，而不是仅仅限于被动地接受投诉举报。

上海市正在积极贯彻落实习近平总书记关于强化“四大功能”、推进“三大先导产业”发展的重要战略部署。生物医药产业是上海重点发展的三大先导产业之一，也是强化高端产业引领功能和科技创新策源功能的重要抓手。今年两会上，上海市人大代表姚海嵩就提交了一份《关于建议市人大常委会就加快推动生物医药产业高质量发展的情况进行执法检查的议案》。他表示，近年来，上海市人大常委会前瞻性地制定了一系列涉及促进生物医药产业高质量发展、完善生物医药产业战略布局、构筑生物医药产业未来发展空间的法规。为了加快推动生物医药产业高质量发展，需要对上述法规的执行和落实情况进行执法检查，并梳理相关政策和法规的

衔接，形成法治合力。他建议落实生物医药产业战略布局，进一步发挥地区协同效应；同时围绕生物医药产业联动特征，进一步发挥专业融合优势；还要把握生物医药产业发展趋势，进一步发挥法治引领作用。

关注民生彰显新担当

人大代表们承载着民生期盼，律师界的人大代表们更是用法治力量传递着民生温度。

建设宜居城市是上海贯彻“人民城市为人民”理念的重要落脚点。上海市人大代表厉明在今年两会上提交了《关于改造“延中绿地”建设上海城市中心公园》的建议。延中绿地是上海的“城市绿肺”，总面积 23 万平方米，由十余个地块组成，横跨黄浦、静安两区，毗邻人民广场、南京路步行街和淮海路，中共二大会址纪念馆等著名纪念馆、历史保护建筑亦坐落其中。建成 20 余年来，深受上海市民喜

爱。厉明建议，在上海的城市更新进程中，建设公园城市，延中绿地也需要升级改造，提高地下空间利用率，增加整体感，添加新功能。全球的国际化大都市中，不少都有大型城市中央公园，延中绿地也可以成为上海城市中心公园。“未来，延中绿地升级改造建成的上海城市中心公园可以将人民广场、南京路步行街、淮海路、新天地等上海著名景点连珠成串，成为市民喜闻乐见、游客近悦远来的上海城市中心著名景点。”厉明憧憬道。

物业小事就是民生大事，作为衡量城市管理水平的重要标志，物业管理的好坏直接影响市民的获得感、幸福感、安全感。上海市人大代表潘书鸿通过前期调研发现，小区物业服务管理已经成为上海市民的投诉焦点；近年来，选择司法维权的居民也不在少数。为此，潘书鸿建议加强对物业行业的监督和管理。“可以建立具体严格的物业服务制度，加强基本物业服务的监督、



上海市人大代表 厉明



上海市人大代表 潘书鸿



上海市人大代表 吴坚

定期抽查和考核。”他建议进一步明确物业服务人的协助义务，如在业主受到权利侵害时提供第三方的信息、查阅监控录像、为业主出庭作证等。同时加大信息公开力度，让业主全方位了解物业服务人所提供的服务细节，保障业主应有的知情权。在他看来，物业管理是城市管理的重要组成部分，只有提升物业行业满意度、以人为本、改善居民生活质量，才能增强城市综合竞争力。

“残障人士一旦被雇用，他们将不能再享受重残无业的相关补助和关爱政策。一旦再次失业，这时没有机会重新享受相关补助和关爱政策会让其家庭在面对就业机会时望而却步，甚至为了避免风险而选择以拿补助作为保底。”上海市人大代表吴坚多年来关注着城市困难人群的生存状态，每年的上海两会上，他也都会为这些群体发声。

今年，他关注《关于对重残无业人员给予生活补助的通知》的落实情况。此项针对重残无业人员的专项生活补助，在缓解重残无业人员生活困难方面起到了积极作用。在调研中，吴坚发现相关困难人群对于这项惠民措施还有着重重顾虑。“尤其对于诸如自闭症群体而言，在用人单位经营状况、岗位契合程度以及自身健康等诸多不确定因素下，就业稳定性通常是较难实现的。如果选择让自闭症子女参与社会融合就业，一旦踏出这一步，相关自闭症群体困难人群在可能面临再次失业的同时，也会面临补助没有着落的窘境。”为此，吴坚建议相关部门与市人大代表一起开展一次联合调研，探索相关补助政策能否在就业与再失业之间找到一个平衡点，使得补助政策真正成为鼓励促进相关特殊困难群体勇于尝试再就业的坚强后盾，确保惠民措施更

好地落地见效。

法律才能发挥新作用

律师在参与制定规则方面具有其他职业不可比拟的优势，因此律师人大代表履职具有专业化、法治化的显著特点。

随着市民生活水平的不断提高，以及全面放开“三胎”政策的影响，改善型住房的交易需求不断增加。2022年12月的中央经济工作会议在房住不炒、保证房地产市场稳定发展的基础上，特别提出要支持住房改善，因城施策，支持刚性和改善型住房需求。上海市人大代表陈峰在调研中发现，对于存在置换房产需求的家庭来说，受限购政策的限制，可能面临无法通过卖出一套房再买入一套房的方式进行置换，需卖出两套或是多套房屋才能再买入一套房的问题；同时，在置换时也会有“非首套住房”的相关交易



上海市人大代表 陈峰



上海市人大代表 李向农



上海市人大代表 孙小芳

限制。为此，陈峰提出了《关于在我市制定促进改善型住房交易发展相关政策的建议》。他建议在政策中明确改善型住房交易的定义；同时建议调整本市现有的住房限购政策，允许个人或家庭在卖出目前手中持有的一套住房后的一定期限内，购入另一套住房；对符合一定条件的“三孩家庭”，在本市限购范围内限购的住房套数增加一套。除此之外，陈峰建议对改善型住房交易提供金融、税收等政策支持。“如降低改善型住房交易中购入住房时的首付款比例，为改善型住房交易购入住房提供公积金贷款支持，为改善型住房交易购入住房提供税收优惠政策。”

当过三届上海市人大代表的李向农在今年的上海两会上，针对“套路贷”等类案信息不透明的现象，呼吁公检法机关加大联合惩处等措施，保护市民的财产安全。他表示，

近些年来，上海市涉众型经济犯罪一直呈高发态势，套路贷、P2P、大宗商品交易平台、鉴宝、投资养老等犯罪手段层出不穷，建立常态化、有效的信息收集、分享和研判机制显得尤为重要。他建议公检法在接待咨询或受理案件环节进行数据收集汇总，建立涉众型经济犯罪类案数据库，全面分析类案特征、涉案主体情况、案件细节，及时预警可能存在的犯罪；同时，建立公检法涉众型经济案件联席会议机制。“若公检法出现同类型案件咨询或受理纠纷激增的情况，并指向某类行业或某些企业，应当及时报送联席会议，由各方进行该类案数据的交换和共享，共同分析、定性。”李向农希望通过这些措施将涉众型经济犯罪消灭在萌芽状态，最大限度保护人民群众的财产权益。

近年来受疫情影响，尽管我国经济充分展示出了韧性，也在新防

控政策出台后快速复苏，但仍有一些问题暴露出来。建设法治化营商环境、规范市场经济秩序也成为了城市软实力的体现。为此，上海市人大代表孙小芳建议对“空壳公司”进行监督规制。她表示，近年这些“空壳公司”搅乱经济秩序的违法行为逐渐增多，主要表现为电信诈骗、虚开发票、骗补贴、帮助外国人非法滞留等现象，且逐渐呈现出团伙化、批量化的特点，应引起重视。孙小芳建议建立执法机关共享的企业查询平台。“我希望各相关部门能够搭建类似‘企查查’的平台，实现数据共享、预警同步、研判治理的功能，提前把一些企业找出来，加强监管。”同时，她建议在制度上对自然人设立企业作出限制，避免“空壳公司”的出现；对于“空壳公司”要有强制退出制度。除此之外，还要深入挖掘被查处“空壳公司”的背后根源。

助力建设具有世界影响力的 社会主义现代化国际大都市

上海市律师政协委员参政议政实录

文 | 顾晓红

2023年1月上海市政协十四届一次会议期间，来自上海律师界的14位市政协委员发挥专业优势参政议政、认真履职——围绕“加快建设具有世界影响力的社会主义现代化国际大都市”主题，聚焦上海发展大事、改革要事、民生实事精准建言；在深化“五个中心”建设，持续强化“四大功能”，推进高水平科技自立自强，推动教育、科技、人才融合发展，全面深化改革开放，打造一流营商环境，建设属于人民、服务人民、成就人民的城市等方面提出意见建议。

据不完全统计，上海市律师政协委员参与提案近百件，其中系个人或作为执笔第一提案人提交的有26件，另有一人提交1篇书面大会发言。在全会期间的在线咨询活动、分组讨论、专题会议协商议政中，上海市律师政协委员亦提出了不少有针对性的意见建议。

多方施力提升科技创新竞争力

上海科创中心已形成基本框架，但从创新指数对比来看，上海和北京、深圳的差距还比较大，对标纽约、伦敦的差距则更加明显。科创中心建设是一项系统工程，需多方施力提升科技创新竞争力。

上海市政协常委、上海市协力律师事务所律师游闽键认为，提升科技创新竞争力，知识产权的保护、运用尤为重要。只有让知识产权动起来、活起来，才能更好地激励创新。为此，他提出五点建议：一是参考国内和国际经验，由政府牵头、国企出资、社会资金参与，围绕重点产业组建科技成果概念验证中心，搭建早期资金创新技术和市场枢纽，并强化现有科技成果转化联盟作用。二是加大数据知识产权的



上海市政协常委 游闽键



上海市政协委员 齐轩霆

保护运用实践，特别要用好浦东新区特别立法权，就数据保护进行规则创制，针对不能落入现行法律保护范围的数据创设数据知识产权；同时建立数据知识产权注册登记和审查确认机制，开展数据争议多元

化解解决实践，将上海打造为全球数据保护和争议解决高地。三是进一步完善知识产权质押机制，鼓励更多机构参与知识产权质押工作，真正实现知识产权价值应用，解决科技型企业“轻资产、缺担保”的融



上海市政协委员 严洁红



上海市政协委员 陈贵



上海市政协委员 童麟

资困境。四是通过细化知识产权ABS信用评级、适当延长ABS期限和优化推广知识产权保险，完善知识产权证券化。五是培育一批既懂技术又懂市场的服务人员和专业机构，唤醒部分具有市场价值的沉睡专利。

“科技创新作为国家战略，需要政府和金融市场等的全方位支持，将更多的资源有效配置到科创领域。”上海市政协委员、上海市方达律师事务所主任齐轩霆认为，从我国金融体系的现实出发，一方面要大力发展直接融资，建设多层次资本市场；另一方面要研究间接融资模式的创新，以更多地支持科技创新。根据行业现状，放宽并购法规限制，加大贷款支持力度。与此同时，政府部门在制定和落实产业政策时，更要注重引导和发挥市场的作用。“我国风险投资发展迅猛，但大多数都投入到利用互联网等技术创新商业模式的短平快领域，真正耐心投入到科技创新的并不多。”他强调，风险投资不仅是给科创企业投资金，更要帮助科创企业提升

管理水平、选择技术产业化路径、拓展市场和产业链；要通过政府引导基金来撬动更多的社会资金跟进投入到真正的“原创驱动型”科创企业。

为高质量发展提供法治保障

法治保障是构建高质量发展新格局不可或缺的关键之一。毫无疑问，只有从法治理念和法治实践入手，进一步厘清发展和法治的关系，完善顶层设计和法治机制建设，才能营造安全、开放、公平、健康的发展生态。

上海市政协委员、上海市海华永泰律师事务所合伙人严洁红关注的是如何为城市数字化转型发展提供法治保障。她建议，加强源头治理，制定数字科技伦理监管框架和地方制度规范，通过立法规制引导科技向善向上；强化制度供给，加大健全事前事中事后监管力度，建立健全数据安全保障、风险评估及安全审查制度，健全数据泄露预警等方面的制度，并探索符合数字平台特点的竞争政策和反垄断监管办

法；加快完善数据立法，形成比较完备的数据安全法律法规体系；加大政策扶持力度，设立专项基金，针对不同规模、不同补贴发展阶段的数字企业和创新主体给予“精准滴灌”；探索建立“政府+企业+院校+科研院所”四方联动的人才培养模式，建立完善的配套政策。

上海市政协委员、北京安杰世泽(上海)律师事务所合伙人陈贵认为，上海金融法院自成立以来，有力提升了上海营商环境的国际化、法治化、便利化程度。立足新发展阶段，贯彻新发展理念，上海金融法院应为深化上海国际金融中心建设提供更加优质的金融司法服务和保障，助力上海国际金融中心建设和助力长三角一体化高质量发展，防范化解金融风险，维护金融安全。围绕推动打造上海金融法院2.0版建设，他建议，打造范围涵盖民商事、行政及刑事在内的全面金融司法审判机构；打造跨长三角、跨行政区域管辖的金融审判机构；打造对包括证券交易场所、期货交易场所所在在内的金融市场场内交易相关纠



上海市政协委员 俞卫锋



上海市政协常委 陆敬波



上海市政协委员 张玉霞

纷专属集中管辖的金融审判机构；打造具有适用境内外法律能力的国际金融审判机构。他还建议着力加强金融检察专业化建设，不断优化金融司法供给，尽快成立上海金融检察院，与上海金融法院共同打造金融司法试验区，并牵头长三角区域打击金融犯罪领域与各地检察院达成相关合作协议。

“线上诉讼服务为解决民商事纠纷、化解社会矛盾发挥了积极作用。”上海市政协委员、北京恒都（上海）律师事务所律师童麟针对改进互联网法院，进一步优化营商环境提出建议：改进技术，对涉及诉讼权利的系统通知增加回执功能，对个别多次未能收到通知的当事人及时进行人工处理，依法保障当事人的合法诉讼权利；完善流程，设置诉讼材料提交的系统提醒功能，开通短视频文件的上传和查看功能，便于快捷、高效地提交和处理证据；加强管理，在系统判定法官按时回复当事人、代理律师留言的同时，加强对留言内容的检查和抽查，杜绝“答非所问”的无用答复。

改善民生，完善社会治理，建设人民城市

着力社会事业、改善民生、完善社会治理是建设人民城市和精细化管理的重要组成部分，承担着化解矛盾、构建良好秩序的重要作用。

上海市政协委员，上海市通力律师事务所党委书记、合伙人俞卫锋注意到，过去五年，上海各级法院受理物业管理纠纷类案件超过 21.3 万件，其中物业管理公司向业主追索物业管理费的案件超过 20.5 万件。“目前物业管理费的收取模式是业主直接向物业管理公司支付物业管理费。一旦发生纠纷，业主往往会通过拒付物业管理费的方式维权，物业管理方则以追究业主的违约责任进行反制，最终导致纠纷频发。在更换物业管理方时，因物业管理费存于物业管理方，易发生物业管理方拒绝移交甚至扣留物业管理费的情况。”他建议，通过引导支持业主委员会开设银行账户，用于收取业主缴纳的物业管理费等，在业主与物业管理方之间建立缓冲区，同时激活其他权利救

济渠道，更理性、有效地解决纠纷。

上海市政协常委、上海江三角律师事务所主任陆敬波认为，就业是最大的民生，党的二十大报告明确要求“消除影响平等就业的不合理限制和就业歧视”。针对社会对于就业歧视的敏感度和重视度不够强、就业歧视当前具有普遍性、涉就业歧视案件审判的认定标准和判罚尺度有待进一步统一和完善等，他建议法院适时制定发布涉就业歧视案件审判白皮书及典型案例，以此进一步统一和完善相关裁判标准尺度，更加有效地发挥司法在治理就业歧视中的积极作用。

“专业监护机构”是上海市政协委员、上海申浩律师事务所合伙人张玉霞的关注点。“监护需求人群并非全是老人，需要完善监护机构的运营体系。”她建议，鼓励支持设立专业监护机构，由民政部门制定监护服务评级标准，并公布评级名单；明确非养老机构的监护机构的监管主体，加强监管力度；将监护服务纳入《上海市养老机构等级评定标准细则》，鼓励支持养老



上海市政协委员 赵靖



上海市政协委员 裴索



上海市政协委员 张金全

机构提供监护服务；加强监护机构与法院、公证处、居委等部门的联动，监护机构应通过公证处签订协议等。

上海市政协委员、北京市中伦（上海）律师事务所主任赵靖认为，需要尽快恢复城市活力和发展动力，政府固然要聚焦重点行业、企业、项目和人才，但人间烟火气不可或缺；需要支持服务行业的复苏，为小微企业解困，认识到零工经济的作用；需要重树上海作为国际活力之都的形象，能够吸引国内外有理想的年轻人勇于且乐于到上海定居和创业。同时，他建议深化企业合规改革，设法帮助企业过好合规关，让企业家能够更安心，让企业能够发展得更好。而这些归根结底，是要发挥好上海法治社会的传统优势，并敢于面对短板和不足，进一步加强法治建设，发挥好法律共同体的作用，从而在更广泛的社会层面凝聚信心。

针对目前市民还没有形成系统、成熟、完备的生态文明观念的问题，上海市政协委员、上海市锦

天城律师事务所合伙人裴索建议，通过完善并严格落实现有生态文明建设政策、全面加强生态文明教育、拓展宣传渠道、定期举办环保活动等，形成政府充分发挥宏观调控作用、社会营造生态文明的城市氛围、民众自觉将生态文明意识落实到日常生活的政府—社会—居民联动机制。

伴随着互联网、大数据等现代信息科技的进步，出现了大量依托互联网平台实现就业、就业方式有别于传统稳定就业和灵活就业的新就业形态劳动者。如何加强与完善对此类新型劳动者的权益保障？上海市政协委员、北京市中伦（上海）律师事务所合伙人张金全建议，充分发挥上海的地方立法权，结合浦东新区自主立法权限，完善新业态法律保障体系；扩大新业态参保范围，强化职业伤害保障；发挥工会保障作用，加强对新业态的法律援助。

校内课后服务是落实“双减”政策的重要举措之一，目前存在学校课后服务资源贫乏、形式单一、质量欠佳等现实问题。“学什么”“谁

来教”“如何管”，如何提升学校课后服务的质量和管理水平，是社会普遍关心的问题。上海市政协委员、上海瀛泰律师事务所合伙人高照宇建议，教育行政部门和相关单位要更好地形成课后服务工作合力；统筹课内课外两个时段、校内校外两种资源，进一步丰富课后服务的内容和形式，建立学校课后服务的准入制度和资源配送体系；加强课后服务的师资队伍和管理制度建设；健全课后服务评价制度，完善课后服务监管体系。

强化法律人才队伍建设，服务城市发展

以法律服务等为代表的知识密集型专业化服务是上海经济发展的重要组成部分，也是上海相对于签署《区域全面经济伙伴关系协定》（RCEP）的国家和地区比较具有优势的领域。应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的合法权益，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



上海市政协委员 高照宇



上海市政协委员 邹甫文



上海市政协委员 洪亮

地和法治化营商环境建设高地。

“上海应把握区域经济一体化对服务业需求增长的机遇，助推‘上海服务’专业服务业高水平发展与‘走出去’。”上海市政协委员、上海市百汇律师事务所主任邹甫文建议，把握 RCEP 机遇，制定“上海服务”专业服务业高水平发展行动方案；推动律师、审计等专业服务业专业资质互认和技能认定；优化境外专业人才全流程服务体系，将高质量的国际专业人才“请进来”；鼓励律师、审计、咨询等专业服务

业机构“走出去”。

为更好发挥法治固根本、稳预期、利长远的保障作用，在法治轨道上全面建设社会主义现代化国家，培育一支应用型法律人才队伍，无疑是我国在目前乃至今后一段时期内的重要工作。针对法律人才的教育培养，尤其是青年法律人才的培养，上海市政协委员、上海至合律师事务所主任洪亮认为，全社会应重视法律人才的教育和培养，尤其是应用型、复合型、涉外型人才，国家应从各方面，尤其是政治引领、

财政资金等方面给予积极支持；法学院的教育体系和培养模式应进行调整，课程设置上应该引进更多的实践课程，增加更多的社会实习实践时间；在条件成熟后，可将法学教育列为研究生阶段专业，即如果需要学习法律专业，则必须先有其他专业的本科学历，以此实现法学的专业化发展之路；职业继续教育培训应加强，行业组织及单位本身应该成为培训的责任主体；职业共同体的统一培训要纳入各自考核的范围，形成常态化机制。



凝心聚力开新篇 发出律师“好声音”

上海律协召开2023年参政议政新闻发布会

文 | 吕轩

1月6日，上海律协召开2023年上海律师参政议政新闻发布会。会上，市人大代表季诺、陈峰、张鹏峰、李向农、许海霞，市政协委员邹甫文、俞卫锋、裘索、陈贵分别就各自关注的社会、民生、经济发展等问题，以及即将在2023年上海两会上提交的提案议案，在线上与参会媒体记者进行了交流。发布会由上海律协对外宣传与联络委员会主任周波主持。

上海律协副会长陈峰介绍，截至2022年12月底，上海共有律师事务所1845家、执业律师33127名。目前，上海共有254名执业律师担任各级党代表、人大代表和政协委员。其中，全国政协委员2人；市党代表2人，市人大代表19人，市政协委员14人，市级代表委员较上一届共增加3人；区党代表25人，区人大代表84人，区政协委员116人。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提升。

2022年上海律师参政议政情况

上海律师参政议政广度、深度不断拓展。作为市人大常委会25个基层立法点之一，上海律协全年共参与《上海市浦东新区绿色金融发展若干规定》《上海市消费者权益保护条例》《上海市就业促进条例》等30件立法条例建议，共提出反馈建议569条；参与立法审议、交流座谈共10余次，并受市人大委托重点开展了《上海市住房租赁条例》修订研究工作，多条修订建议被不同程度采纳和体现。

上海律师参政议政成效显著，不断提高。一是发布首份律师参政议政专题报告——《上海律师参政议政报告（2019—2021）》。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，全面展示近年来上海律师参与国家治理和参政议政工作的优秀成果。二是首次开展律师参政议政工作表扬活动。历经申报、复核、初评、终评等程序，评选出4

家“2021年度上海律师参政议政工作先进团体”、10名“2021年度上海律师参政议政工作先进个人”和10名“2021年度上海律师参政议政工作积极分子”，并在上海市第十一届律师代表大会上予以通报表扬。



面对疫情，上海律师代表委员展现担当。在 2022 年上海疫情封控期间，上海市律师行业各级党代表、人大代表、政协委员始终关注疫情发展趋势，针对疫情各阶段的社会关注焦点，撰写提案议案、社情民意共计 700 余篇，内容涵盖隔离管控、物资保障、应急就医等多方面。其中不少意见建议得到相关部门采纳并转化为相应政策或工作举措。

陈峰表示，近年来上海律师通过自身的专业优势与丰富的司法实践经验，参政议政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。2023 年，上海律协将继续聚焦上海经济社会发展和改革创新领域重点法治保障问题，切实

履行好基层立法联系点职能，为丰富全过程人民民主内涵探索更多新鲜经验。

与会律师、记者现场交流

与会的律师人大代表、政协委员踊跃分享了履职经验，对加快重振上海经济、恢复市场主体信心、强化科技赋能数字化建设、引进海外高层次人才等问题表示关注，并对房地产“租购并举”“租售同权”、社区治理及应急保障、节能环保、民生法治、长者食堂等问题表达了自己的看法。

人民日报等媒体分别就关注的提案议案向律师代表委员们提问并展开交流。

最后，上海律协会会长季诺表示，律师参政议政有着独特的职业优

势、专业优势和实践优势，在发展全过程人民民主、推进法治中国建设中发挥着重要作用，为维护社会经济秩序、化解社会矛盾、服务国家以及城市宏观大局战略作出了应有的贡献。上海律协在推动律师参政议政方面一直不遗余力，未来仍将秉持专业优势和社会责任助力法治上海建设，始终保持为民服务本色。

如今，2023 年上海两会已圆满闭幕，上海律师界的律师党代表、人大代表和政协委员将继续以饱满的热情、宽广的视野积极履职，关注民生，踏实调研，反映具有普遍意义的社会民生重点、难点问题，为上海实现“十四五”规划和打造市场化、法治化、国际化一流营商环境贡献智慧力量。



通报工作 提出建议

上海律协与上海高院召开2022年度调研座谈会

文 | 上海律协纪律部



2022年12月14日，上海律协与上海高院以线上会议形式召开2022年度调研座谈会，听取上海律协对法院工作的意见建议。上海高院副院长茆荣华，审委会专职委员米振荣，上海市司法局党委副书记、一级巡视员、市律师行业党委书记刘卫萍，上海律协监事长张鹏峰，副会长邹甫文、潘书鸿、曹志龙等出席会议。会议由米振荣主持。

会上，米振荣通报了2022年法院重点工作情况和2023年工作计划。与会律师围绕立案、在线庭审、执行等工作提出具体意见建议，主要包括立案、审判和执行不同阶段所涉及的关于律师执业权利保

障、信息化建设、规范化指引、庭审实质化及双方信息互通等问题。

茆荣华对上海律协提出的意见和建议表示感谢，表示将认真梳理、研究、解决问题，进一步深化常态化沟通交流机制，共同推动多元解纷和全流程网上办案体系建设，规范法官和律师关系，维护司法公正。

刘卫萍对上海高院一直以来对上海市律师行业的关心和支持表示感谢。她指出，上海高院与上海律协多年以来保持常态化沟通交流，有利于促进司法为民、公正司法，符合广大律师群体的需求和期盼。法官与律师同属法律职业共同体，在今后的工作中既要深化交流、良

性互动，又要相互协同、共促发展，努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义。

参加会议的还有上海高院执行局局长汤兵生，办公室主任孙衍荣，立案庭庭长吴耀君，研究室主任郑天衣，办公室副主任张果、高康，立案庭副庭长陈佳玉，上海市司法局律师工作处处长叶斌，上海律协副秘书长潘瑜，刑法与刑事辩护业务研究委员会主任王思维，法律职业共同体建设委员会副主任郑震捷，刑法与刑事辩护业务研究委员会副主任裴长利，刑事合规业务研究委员会副主任顾伟、陆祺，民事业务研究委员会副主任田思远等。

打造检律良性互动“上海范本”

上海律协与市检察院召开2022年度调研座谈会

文 | 上海律协调研部

2022年12月20日，上海律协与市检察院以电视电话会议形式召开2022年度调研座谈会，听取上海律师对上海检察工作的意见建议。上海市检察院党组副书记、副检察长盛勇强，上海市司法局党委副书记、一级巡视员、市律师行业党委书记刘卫萍，上海律协会长季诺，监事长张鹏峰等出席会议。会议由盛勇强主持。

会上，盛勇强从坚持党的领导、服务保障大局、坚持司法为民、加强队伍建设等四个方面通报了2022年上海市检察院重点工作情况。

与会律师围绕进一步健全常态化沟通联络机制、加强新兴领域协作、保障律师执业权利、深化检律良性互动、推进法律职业共同体建设等方面提出意见建议，并对进一步推动完善刑事案件认罪认罚从宽制度适用、律师互联网阅卷试点、涉案企业合规第三方监督评估等工作展开了深入交流。

盛勇强对律师界长期以来支持、配合和监督检察工作表示感谢，并表示下一步将认真梳理研究与会律师代表提出的意见建议，更好发挥律师在认罪认罚从宽制度适用、涉案企业合规第三方监督评估等工作中的作用，进一步加强理论研讨、业务交流、同堂培训等，努力为律



师营造更优的执业环境，打造检律良性互动关系的“上海范本”，协力让法治成为上海软实力和核心竞争力的重要标志。

刘卫萍指出，检律双方凝聚共识、强化协作，多年来保持并不断完善常态化的沟通协同机制，在保障律师执业权利、促进法律职业共同体建设、凝聚法治上海建设合力等方面发挥了积极作用。下一步要树牢法律职业共同体意识，找准进一步加强检律协作的着力点，深化互动互信，维护司法权威，切实满足人民群众的法治需求，让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义。

季诺对上海检察机关长期以来对上海律师行业的关心和支持表示感谢，并期待持续深化与检察机关的协作联动，加强机制共创、信息

共享、队伍共建，充分发挥律师在提升各项工作法治化水平中的独特作用，共同构建良性互动、规范有序的新时代检律关系，深入推进更高水平的平安上海、法治上海建设。

参加会议的还有上海市检察院第一检察部主任张军英、第四检察部主任顾晓军、第六检察部主任陈子龙、研究室主任皇甫长城、案管办主任韩孔林、办公室副主任沈明、第八检察部副主任林仪明、第十检察部副主任邹先锋、第七检察部检察官赵蔚，上海律协副会长朱林海、陈峰、邹甫文、潘书鸿、曹志龙，副秘书长潘瑜，刑法与刑事辩护业务研究委员会主任马朗、法律职业共同体建设委员会副主任易国勇、刑诉法与刑事辩护业务研究委员会副主任傅建平、刑事合规业务研究委员会副主任顾伟等。



为黄浦新基建贡献法律智慧

第十一届外滩金融法律论坛成功举办

文 | 黄浦律工委

2022年12月29日，由上海市司法局、黄浦区人民政府、上海市律师协会共同主办，黄浦区司法局、黄浦律师工作委员会、上海建纬律师事务所共同承办的第十一届外滩金融法律论坛在上海半岛酒店举行。本届论坛聚焦“新基建项目投融资”主题，邀请专业大咖、知名学者、机构代表围绕上海“四个中心”建设和黄浦区“一带一标杆”建设目标，深入讨论5G基建、特高压、城际高速铁路和城际轨道交通、新能源汽车充电桩、大数据中心、人工智能和工业互联网等新基建项目的政策解读、投融资模式、开发建设法律风险、化解对策、实务操作等问题，探讨新基建产业发展的诸多可能性。

上海市司法局党委书记、局长陆卫东，黄浦区委书记臧云，区委副书记、区长沈山州，副区长林竞君，上海市律师协会会长季诺等出席论坛。市、区有关部门负责人，部分兄弟省律协与律师代表，以及金融界、法律界人士参加论坛。

论坛上，陆卫东、臧云分别讲话，季诺致闭幕词。希望通过外滩金融法律论坛这一平台，让金融界和法律界的朋友进一步加强互动交流，碰撞出更多智慧和思想的火花，为外滩金融聚集带和黄浦现代高端服务业发展贡献更多智慧和力量，更好助力法律风险防范下的金融创新、技术革新、服务更新，助力黄浦新基建实现持续健康发展。

为充分发挥先进典型的示范引领作用，促进律师行业的健康发展，黄浦区司法局、黄浦律师工作委员会首次在本区范围内开展了黄浦区“公益法律服务优秀案例”评选活动。众多优秀案例充分体现出黄浦区律师的行业责任感和社会责任感，为黄浦区高水平法治建设贡献榜样力量。论坛上，沈山州为获评黄浦区“公益法律服务优秀案例”的各单位颁发荣誉证书。

上海金融法院副院长林晓镍、上海建纬律师事务所建纬研究院院长朱树英分别围绕“新基建投融资的金融司法保障”和“新基建项

目承包模式的风险防范”主题作主旨发言。随后还举行了嘉宾演讲和圆桌论坛等环节。

外滩金融法律论坛是上海地区最具规模和影响力的金融法律论坛之一，自2011年诞生以来，积极促进金融与法律行业双向交流，有效推动金融创新与风险防范，持续助力金融业健康发展。近年来，黄浦区深入推进外滩金融聚集带建设，持续凸显区域金融核心功能，不断优化金融综合生态，对全球金融要素资源的集聚、配置和辐射能力稳步提升。同时，黄浦区积极争取上海金融法院指导，发挥区法院金融庭、区检察院金融检察室、外滩金融仲裁中心等专业力量，开展新基建投融资实务研究，探索涉外金融司法实践交流合作，积极参与金融综合监管试点，建立完善金融风险预警、防范和化解机制，推进金融风险防范社会共治，切实维护金融稳定，致力于打造公平正义、成熟完备的法治化营商环境。

充分涵盖企业发展中的法治热点

第七届徐汇滨江法治论坛顺利召开

文 | 徐汇律工委

2022年12月16日，由上海市律师协会、徐汇区司法局指导，徐汇律师工作委员会主办，北京市隆安律师事务所上海分所承办的第七届徐汇滨江法治论坛在衡复艺术中心拉开帷幕。市场监管、司法审判、企业合规等领域的专家学者及专业律师与会。论坛同步开通线上直播观看通道，向公众开放。

本届论坛聚焦“统一大市场格局下的法律服务创新发展”主题，各位专家与嘉宾围绕全国统一大市场建设过程中如何实现营商环境优化、公平竞争保障、法律服务提升、企业合规、国内法与国际规则相衔接等议题展开精彩发言和研讨交流，分享专业经验，解析经典案例，引发对相关议题的深度思考及拓展。

上海律协副会长陈峰在致辞中指出，本届论坛主题围绕“构建全国统一大市场”这一重大战略部署，一如既往地体现了前瞻性与务实性。我国是一个蕴含巨大内需潜能的超大规模市场，应当在全面依法治国基本方略的指引下，充分发挥法治的引领、规范、保障作用，发展更高水平的社会主义市场经济。上海律师行业要牢记“三个特别注重”，即特别注重对重点领域、新兴领域、涉外领域立法做好先行研究，特别注重用高水平的专业能力和高质量的法律服务为高质量发展提供有力法治保障，特别注重充分发挥律师在提升各项工作法治化水



平中的独特作用。

据了解，徐汇区已基本形成了贯通“徐家汇—衡复—滨江”的专业法律服务聚集带，辐射影响不断扩展。论坛现场，嘉宾们先后带来主题演讲，从市场背景到企业理念，从营商环境到法律服务，充分涵盖企业发展中涉及的法治热点问题，引发现场听众的深度思考和积极参与。

上海财经大学法学院教授、博士生导师张占江以“统一大市场，公平竞争未来”为题，带来关于“全国统一大市场”背景下，政府角色新定位与企业发展新机遇等若干思考。他结合我国对企业合规的相关规定，深入浅出地分析了当前企业所面临的机遇与挑战，阐述了企业合规对于规避法律风险、实现可持续发展的重要意义，并提供了切实可行的企业发展路径。

上海市第一中级人民法院商事审判院长卢颖以“传统商法理念的

发扬与现代营商环境的优化”为题作了精彩分享，揭示出贸易与法律之间不可分割的紧密关系，分析了富有交易便捷性与安全性的商法对于营商环境的重要作用，并对二者如何贯通于商事审判活动提出了独到见解。她同时强调，商事审判已经与传统商事理念、营商环境理念融为一体，三者均应立足于本体、拥抱世界。

北京市隆安律师事务所上海分所合伙人杨坤以“律师如何在构建全国统一大市场中发挥作用”为题，角度新颖地阐述了全国统一大市场的制度内涵与构建过程中的难点，并结合律师法律服务的五大特点，对律师应发挥的重要作用进行了精彩论述。

论坛还设置了圆桌讨论环节，会谈嘉宾从各个角度对“法治助力统一大市场建设”话题进行了深度探讨，轮番的精彩发言、独到的理解与建议给大家带来了全新的视角与思考。

编者按：

2022年，上海律师行业评选出“第七届上海市优秀青年律师”10名。从2023年第1期开始，“第七届上海市优秀青年律师”系列文章将陆续刊登在《上海律师》上。



律师是一种生活方式

文 | 王伟斌

选择律师职业就是选择了一种生活方式。要想让自己成为一名优秀的律师，就要努力把每一天的工作和生活都过成人们想象中律师该有的样子。

一、不走错就是快

2007年，我走出大学校园初入律师行业时，懵懵懂懂、无所适从。我和每一位初入职场的年轻律师一样，作为一名外地来沪的新上海人，虽然每天给自己鼓劲加油，努力向外界展示自己踌躇满志的一面，但内心其实惶惶不安，实在不知道自己的明天会怎样。在律师这个充满竞争的行业里，每天听到的都是杰出律师的励志故事，传说中的“二八定律”捶打着每一位刚入行的律界新人的意志。每当有幸近距离聆听前辈律师的经验分享时，内心总激荡着对明天的无限渴望与期待；然而回到看似新奇却是不断重复的基础、繁杂的律师工作时，又似乎觉得无路可循。

值此第七届上海市优秀青年律师评选的契机，我得以回顾从业历程，并且深深地感到：捷径或许有，但那或许只会为极少数天赋甚高的人所觅得，大多数人都只是普通人，可能终其一生都与捷径无缘。我们

能做的就是减少走弯路、走错路的几率，用坚守去证明我们对律师行业的热爱，用时间去成就我们的理想，不走错就是快！当我们不知道或者无法辨别该怎样快速成长时，不妨扎扎实实地做好手边每一件微不足道的小事。只要我们不虚掷光阴，所有的努力最终都会为我们日后的展翅高飞奠定基础。毕竟，走过的每一步都算数。

二、专业的广与专

我执业初期的带教老师的主业是房地产业务，他将非房地产类的业务全部交给另一位资深律师和我这个低年级律师协办。房地产业务与非房地产业务的一字之差，意味着我在执业初期的日常工作会涉及各行各业的法律问题，校园里积累的知识仅是九牛一毛，但我丝毫没有觉得困扰。刚刚毕业的我适逢一人吃饱全家不愁的好时候，每天除了睡觉都扎在业务学习上。我读遍了带教老师办公室书柜里的所有



王伟斌

上海市锦天城律师事务所合伙人，上海律协仲裁业务研究委员会委员，上海国际经济贸易仲裁委员会、上海仲裁委员会等多家仲裁机构仲裁员。荣获第七届上海市优秀青年律师、第八届“浦东新区十大杰出青年律师”等。

书籍，正所谓不走错就是快，每一天都无比充实。我就这样不知不觉地度过了执业初期的几年，知识结构和办案经验也有了长足的进步。

非房地产业务实际所涉的行业门类众多，我既练就了短时间内快速学习一门知识的能力，也完成了

更大范围内基础知识的积累，为日后利用多角度视角为客户解决争议困境打下了基础。在这一过程中，非诉业务与诉讼业务交替处理，我在夯实专业知识的同时不断提升各种办公软件的应用水平，工作成果既要体现专业度又要保证美观度；也慢慢学会用非诉业务的文本精度去呈现诉讼业务，用诉讼业务的视角去审视非诉业务条款的合理性，逐渐形成了自己的工作风格并找到了自己兴趣所在——争议解决。

三、追求卓越

不少律师同行工作时间久了都有点强迫症，我在这方面可能属于比较严重的。所以如果硬要提炼总结一点执业体会的话，就是从业至今16年，我的衣食住行、言谈举止都围绕着一个职业律师的模板在复刻。努力把每一天的工作和生活都过成人们想象中律师该有的样子，满足社会对一名执业律师的期待。正所谓“炮制虽繁必不敢省人工，品味虽贵必不敢减物力”。

律师要政治正确。律师是知识分子，思想自由，遇见不平之事难免不吐不快。然而作为见证并分享祖国改革开放红利的80后律师群体，我们要言辞有度，秉持大局意识，不求全责备。

律师要身心健康。一个专业、尽职的律师是不可以轻易生病的，律师必须把健康管理作为工作和生活的一部分，要像职业运动员一样管理自己的身体状态，以便能最大效率地输出工作成果。律师带病工作固然让人敬佩，但更应当鼓励的

是做好健康管理，不生病。接受了客户委托的律师如果在处理客户重大事务时因病无法胜任工作，其实对客户而言是不公平的。

律师要精确专注。律师执业和医生一样，容错率极低。要想每天从容不迫地处理和应对各种客户诉求，就必须对这份工作给予十足的热情和习惯性的专注，对于细节的追求要融入血液、形成习惯。

律师要不断学习。律师是依赖专业知识和技能解决法律问题的特定人群，而法律文字本身并非晦涩难懂的化学公式，人人都能诵读。所以律师若要凸显自己的专业能力，就必须不断学习新的法律知识、了解行业动态，触类旁通，并且十年如一日地坚持。只有这样，才能始终站在信息前沿，并与客户保持对等的交流和互动。

律师要团队协作。我们都知道律师必须走专业化道路，然而单兵作战的律师是不可能做到专业化的，因为客户的需求总是千变万化。一个大型央企客户可能会有人力资源问题需要寻求律师的帮助，一个个人客户也可能会有理财纠纷需要聘请律师代理出庭，单兵作战的律师无法全面满足客户层出不穷的法律需求。而且残酷的现实是：一旦我们多次无法满足客户的法律需求，客户就会离我们而去。所以，青年律师一定要走专业分工的团队协作道路。虽然一个人走得快，但一个团队才能走得更远。

律师要扬长补短。人们习惯了律师西装革履、谈吐优雅，但忽视了律师日渐稀少的头发和堆积如山的卷宗，然而律师又必须尽最大

努力去满足客户对自己的期待。现实是每个律师总有自己的长板和短板，这些综合素质的差异最终会影响律师的执业发展。如果我们对自己的短板视而不见，很快就能体会到“木桶原理”的影响究竟有多大。所以律师要不断提升和完善自己的执业技能，并在充分发挥自己擅长的职业技能的同时，有意识地去补足、挑战自己的短板。

律师要谦抑克制。律师工作的最终目的是通过运用法律知识实现委托人的合理诉求。在这一过程中，律师既要勇于说服委托人放弃或者改变不合理甚至非法的诉求，更要避免不当地提高委托人不合理的预期。一味迁就满足委托人诉求的律师不是好律师，而过度运用法律技术帮助客户实现不合理诉求的行为也不值得提倡。

律师要行稳致远。律师的职业生涯是一个相当漫长的过程，只要身体健康、遵纪守法，持续执业30余年也不是不可能。既然如此，又何必非要在执业的前5年里去实现执业30年后方能达到的目标？真要那样，剩下的25年岂不是变得很无趣？

律师要习惯压力。若无烦事在心头，便是人间好时节。然而，律师处理的都是客户利益对抗之事，纵有谋求多方共赢之心，可多种因素掺杂其中，以至于这也只能是一个美好的愿望。随着执业年限的累积，每个律师在办的事务会越来越积越多，复杂重大的案件会越来越多；在这一不可回避的现实条件下，律师要学会在高压环境中自如地生活和工作，使其变成一种习惯。

四、开拓视野

随着执业年限的增长，执业经验和知识储备必然会产生量变到质变的效果。此时，我们可以适当地分配一点时间去看看外面的世界。既要埋头赶路，也要抬头看路。

受益于锦天城“包容、自律、合作、进取”的理念，我作为一名年轻律师，经合伙人投票选举，十分荣幸地获得了协同主任及其他同事参与管理锦天城的运营事务的机会。客观地说，作为资历尚浅的管理合伙人，在面对锦天城这样一个全国性规模大所的管理工作时，还有很多经验上的不足。毕竟从管理一个团队到管理一家拥有几千名律师的全国性律所，其思考的维度和处事的方式是截然不同的。尤其是事务所经过 20 年的高速发展，如今在面临规模化与专业化、区域发展不平衡等转型中不可避免的问题时，尤感充满挑战。但参与锦天城这样全国性规

模律所的管理，让我有机会静下心来去思考中国律师未来的发展方向——到底是继续在扩大规模、走向全球的道路上坚持，还是利用互联网技术做成小而美的精品所？是将经济指标作为一家律所发展的唯一硬性标尺，还是要做一家有温度、有社会责任感的“百年老店”？这些问题没有永恒不变的标准答案，但作为价值导向，会影响律所管理的方方面面。

为了跟律师同行进行多角度的交流学习，我积极参与上海律协规划与规则委员会、仲裁业务研究委员会的活动。其中，在规划与规则委员会的工作主要是参与制订和修改律协的规章制度。我在规则修订的过程中得以聆听来自不同区域、不同年龄、不同背景律师同行的观点主张，对行业全局问题有了更深的理解。行业的发展离不开每一位律师同仁的努力奉献，规则的制订如何最大限度地求同存异并引导整

个行业健康有序发展，是一个很大的课题。在仲裁业务研究委员会的工作因为和自身的专业紧密结合，所以我投入的精力就更多些。我坚持将自己执业过程中的办案体会撰写成文，与同行分享交流。入会以来已经有两篇专业文章被《上海律师》录用，编写的《撤销与不予执行商事仲裁案例精析》一书更是经过上海律协文库文丛评委会层层遴选，纳入了上海律协文丛出版计划。

结语

律师的工作和生活没有分界线，选择了律师职业就是选择了一种生活方式。律师的着装不能太追求个性化，律师的配车要商务稳重，律师的发型要庄重整洁……

作为一名律师，要永怀敬畏之心，认真努力地把每一天过成律师该有的样子。日积月累，等待时光把我们慢慢地变成称职的老律师。



编者按：

2022年，上海律师行业评选出“第七届上海市优秀女律师”10名。从2023年第1期开始，“第七届上海市优秀女律师”系列文章将陆续刊登在《上海律师》上。



学无止境 方有未来

文 | 胡晓萍

时光飞逝，转眼间，我成为一名执业律师已整整20年了。20年，不论是对一份职业还是对一段人生来说，都不算短。感谢有这样的契机，让我有机会回顾过往执业经历、认真审视自己，并借此将我在执业中的一些心路历程与年轻律师们分享。

我对律师职业的选择源自香港律政剧，年少的我被那些在法庭上戴着假发，口若悬河、唇枪舌剑的律师形象深深吸引，崇拜之情油然而生，立志要成为一名追求正义和良知的律师；而对律师职业坚持，则是我在经历了执业初期理想与现实的落差、窘迫与迷茫的交织后，通过不断学习和深入思考，完成了从律师助理、专职律师到合伙人的角色转变，更加坚定了法治信仰、明确了业务方向、形成了专业优势、确立了奋斗目标。就是这样一条“学无止境、永不停歇”的道路，让我对律师这份职业有了发自内心的热爱，勇毅前行却又乐此不疲。



胡晓萍

上海七方律师事务所合伙人，上海律协婚姻家庭业务研究委员会委员，上海市女律师联谊会副秘书长，上海市徐汇区女律师联谊会理事、公益普法团团长，普陀区人民法院特邀调解员。荣获第七届上海市优秀女律师、上海市巾帼建功标兵、普陀区第一届优秀女律师等。

一、在办案中学习“为客户多想一步”

我在大学毕业后即进入律师事务所工作，立足于婚姻家庭法律服务领域，坚守在诉讼一线。孟德斯鸠曾说：“在民法慈母般的眼神中，每个人就是整个国家。”而民法范畴下的家事法，更是与每个普通人的切身利益息息相关。正因如此，律师办理家事案件不仅要具备专业的法律知识，更需要情感沟通和人文关怀。否则，即使拿到了个案的胜诉判决书，依然不能案结事了，甚至会让纠纷伴随终生。

我至今还记得执业初期代理的一起法定继承纠纷案件。案情其实很简单：父母去世后留下上海市中心的一套产权房，没有遗嘱，法定继承人只有两个女儿。小女儿找到我，说姐妹俩闹翻了，要委托我打官司。当时，我觉得法律规定明确，证据又确实充分，既然谈不拢，那就快刀斩乱麻地解决。接受委托后，我在最短时间内准备好证据起诉至法院，开庭唇枪舌战、一气呵成。拿到法院判决书时，我原以为小女儿会很开心，没想到她看着判决书流下了眼泪。她说，多年

来，姐妹的感情一直不错，之前是一时冲动才想打官司，其实她早就后悔了，但又不愿意先低头。父母临终前曾让她们姐妹俩相互扶持，但这样一闹，估计以后老死都不会往来了。

听完她的话后，年轻气盛的我受到了很大的触动。是啊！说到底，婚姻家庭是以亲缘、情缘为核心纽带的人际关系组合，脱离了这个情理基础去谈法律，无异于饮鸩止渴！自此以后，我充分发挥自己细腻、耐心、周到、亲和力强的优势，还考取了ACL注册心理咨询师证书。我在案件办理过程中坚持“法律+心理”的模式，在案件办理结束后坚持“复盘+回访”的模式，在办好案件之外努力帮助当事人恢复案件背后的正常生活，做一名有专业、有温度、有情怀的婚姻家庭律师。

罗振宇2022跨年演讲中有个小故事，叫“好医生为什么要想到比基尼”。说的是一位著名的外科医生带着助手给一个年轻女孩做胃部手术，最后缝合时，按惯例是助手操作，但这次医生却拦住了助手说：“我来，人家姑娘年轻，可别让伤疤太显眼。”可见，名医比拼的不仅是技术，还有一种能力，就是能预想到一个和医院手术室八竿子打不着，但却对病人很重要的场景：这个病人不仅要活命，而且在未来，她可能还要穿比基尼。在职业特性上，律师其实跟医生很相似，除了要有炉火纯青的硬实力，更需要有体贴入微的软技能，这种“软技能”包括共情能力、解决问题的能力，还包括职业道德、职业态度等。只有具备了软技能，才具备了“为客户多想一步”的能力。

二、在公益服务中学习“付出即所得”

随着执业年限的增加、办理的

案件越来越多，我意识到自己不仅是一名职业人，还是一名社会人。我不再将律师的职责简单定义为做好个案，而是从律师的社会担当角度去看待自己的责任，稍有余力时通过公益回馈社会。

我加入了上海市女律联巾帼律师团，常年坚持在市妇联法律援助窗口值班，为普通妇女群众提供法律咨询与法律援助服务。2016年3月1日《反家庭暴力法》施行后，我报名参加了“反家暴讲师团”，深入各区县的妇联组织、社区街道开展反家暴宣讲，让更多的基层群众认识到家庭暴力的危害性。作为民盟盟员，我连续10年参加民盟百名律师义务法律咨询活动，风雨无阻。《民法典》颁布后，我又成为上海市女律联民法典百人宣讲团和徐汇区民法典宣讲团的讲师，以各种形式宣传《民法典》。2021年，我担任徐汇区女律联公益普法团团长，通过拍摄短视频、开直播等创新形式，在疫情防控常态化下坚持普法。

一如既往地坚持做公益，是律师应有的使命担当。上海律师就是这样一个有担当的群体。2021年12月，我参加了上海市女律联“蓝天下的至爱”慈善募捐活动。为帮助呼伦贝尔市儿童福利院的孩子，上海律师们在短短1个月的时间内募集到150余万元善款。募捐会的现场温暖而感人，大家数次热泪盈眶，我为自己是上海律师中的一员和能尽自己的一份微薄之力而深感自豪和幸福。凯文·凯利曾说：“你给别人的越多，你得到的也就

越多。”我深以为然。幸福的意义不在于你获得了多少，而在于你付出了多少。当自己能被更多的人需要时，心里那种踏实的满足感才是真正意义上的幸福。

三、在创业中学习“拥抱不确定性”

2017年，临近不惑之年的我打破原有的舒适圈，与几位年龄相仿、理念相近的律师同行一起创办了上海七方律师事务所，开始了我的创业之路。“七方”一词来源于《黄帝内经》——不管是哪种病症，中医用七种药方就能对症下药。律师也一样，要根据客户的不同诉求和案件的难易程度给出最合适的解决之方。所以我们取名“七方”，寓意“医者仁心，律者思方”。

这样一群中年人出来创业，其实并不容易。摸着石头过河，又遇上了新冠疫情肆虐，面临着各种不确定性。其中滋味，难以一言表。5年多来，我们最大的收获是坚持用两大法宝，以不变应万变。

第一大法宝是“快人一步”。成立律所，我们动作很快——3天确定办公地址，1个月核准名称，2个月取得执业许可证。这种“七方速度”也一直贯穿于律所之后的大小事务中。抗疫普法，我们反应很快——2020年疫情突发，我们在正月初三率先开始撰写抗疫普法专业文章，正月初七就组建了微信群开展抗疫线上法律咨询，正月十三开展“公益微课堂”系列讲座，在线听课量达3000余人次。壮大律所，我们步伐很快——5年进行了

4次扩大装修，事务所人员稳步增加。古龙小说里有句话：“天下武功，唯快不破。”我们深以为然。有些事情在开始时快一步，后面真的就会快很多步。

快人一步的背后其实是坚持不懈的努力，所以我们的第二大法宝就是“坚持不懈”。我们坚持努力构建“专业化、学习型”的精品律师事务所，着力提升事务所的“软实力”，包括专业写作、公开演讲、团队合作、职业态度、共情能力等等。作为副主任，我以身作则，开办普法专栏，几年来已撰写专业文章50余篇；举办法律讲座，线上线下累计讲课已达120余场。

快人一步意味着行动力，坚持不懈代表着持续力。从一个人的成长到一群人的奔跑，互相促进、不知疲倦。我们对法律事业的热爱和心中的法治信仰，足以对抗一切的不确定性。

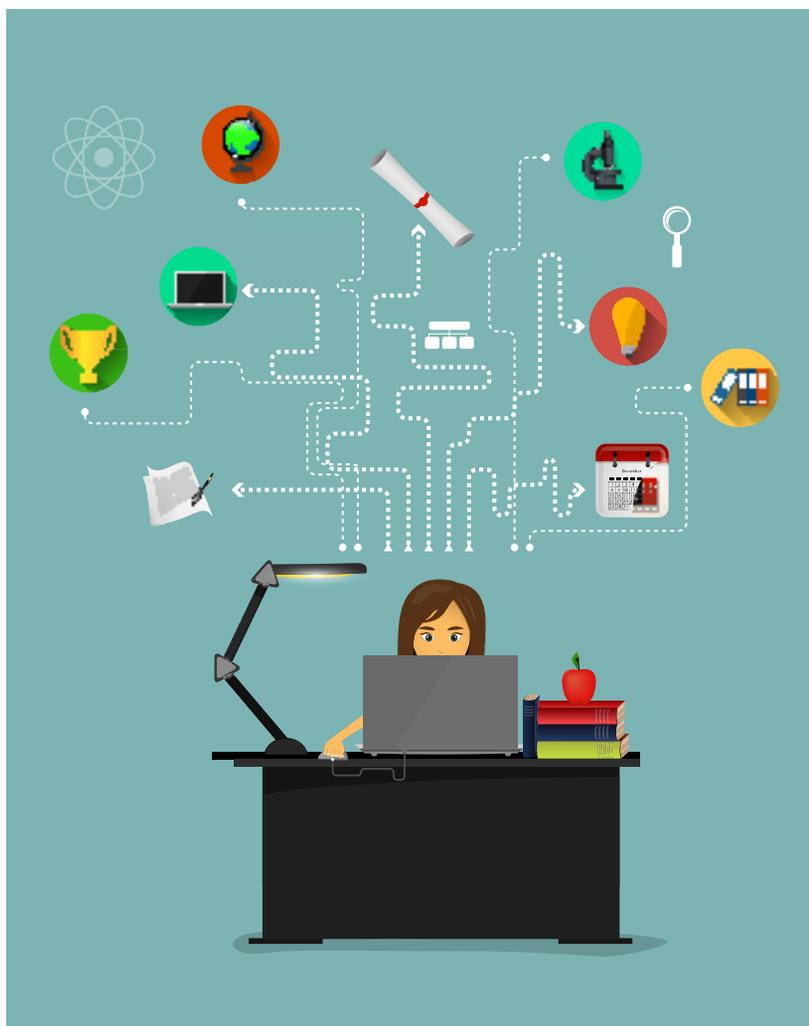
四、在生活中学习“平衡与取舍”

作为女律师，还有一个问题经常被问到，那就是如何平衡事业与家庭？在这个问题上，我是幸运的。家人给了我莫大的体谅和帮助，让我在追逐职业梦想的同时，还能拥有幸福的家庭和两个可爱的孩子。多年来，我也有一些自己的感悟：首先，要调整好心态，既然选择了职场，就要接受这份选择带来的部分缺失和遗憾；我们要接受不能时刻照顾孩子和不能随时陪伴家人的现状，“全能女性”只是个神话。其次，要管理好时间，合理的时间安排会让陪伴更高效。我虽然常常加班、出差，但在孩子的成

长过程中，我的陪伴一点儿都不少。我始终认为，比起如影随形的陪伴，孩子更希望看到一位朝气蓬勃的母亲。最后，要善于借好力。每天只有24小时，不可能事事亲力亲为，可以把家庭当成公司去管理，把一部分工作分派出去、分工协作。让每个人在家庭的不同岗位上运作，默契配合，就会形成良好的家庭氛围。

过去的20年，我身处法律人最好的时代，何其有幸！近3年的

疫情是危机，更是催化剂，会倒逼法律行业改变传统的服务模式。未来，我相信市场对法律服务专业化的需求会更加迫切，而专业必须通过坚持不懈的学习才能达到。在坚持全面依法治国、推进法治中国建设的进程中，作为法律共同体的一员，要心中有信念、脚下有力量、肩上有担当。我也将不断打破舒适圈、不断创新、不断学习，正所谓“学无止境，方有未来”！以此文与大家共勉！



智能汽车企业的数据安全合规之路

主持人： 田原 上海律协律师执业考核委员会、申请律师执业人员实习管理考核委员会副主任，互联网与信息技术业务研究委员会委员，上海誉嘉律师事务所主任

嘉宾： 夏海波 上海律协互联网与信息技术业务研究委员会副主任、上海格联律师事务所合伙人

李瑞阳 上海律协刑法与刑事辩护业务研究委员会秘书、上海博和汉商律师事务所合伙人

文字整理： 许倩

田原：大家好，欢迎各位来到《上海律师》2023年第一期法律咖吧，我是本期咖吧的主持人田原律师，两位嘉宾分别是夏海波律师和李瑞阳律师。今天，我们要讨论蔚来汽车的数据泄露事件，请李律师先介绍一下情况。

李瑞阳：日前，有人宣称破解并获取蔚来汽车大量用户数据并在网络上公开销售，其中包括蔚来汽车内部员工数据 2.28 万条、车主用户身份证数据 39.9 万条、车主贷款数据 17 万条、车主亲密关系数据 36 万条、用户地址数据 65 万条等。该事件可能涉及的法律风险需要从涉事三方主体的角度分别来分析：一是蔚来汽车是否存在刑事法律方面的风险？二是车主在其信息泄露之后可能面临什么风险？三是如何认定黑客的刑事责任？

首先，关于蔚来汽车面临的刑事法律风险。随着时代的发展，数据内容现在已经不仅仅作为一种客观记录，更多是被当作一种可以处理、开发、挖掘的资源，从立法和社会管理角度赋予相关企业的数据安全保护义务逐渐增加。尽管目前我国还没有从刑事立法的角度对相关企业的数据安全保护措施或

者出现意外情况时的追责程序作出规定，但不排除后续会完善相关立法，并增加相应的刑事处罚规定。所以，蔚来汽车在刑事法律风险防范方面需要关注的更多是未来的立法方向。

其次，关于车主面临的法律风险。车主作为数据泄露事件的受害者，所面临的法律风险是最直观的。相关个人信息的泄露可能会导致车主面临人身、财产风险，比如遭遇电信诈骗。而在实践中，电信诈骗犯罪追赃挽损的几率很小。虽然蔚来汽车在其致歉声明中提到会承担责任，但我个人认为这更多只是一句空话，是一种基于商业考量的说辞，而没有实际操作意义。因为在现在的社会环境下，个人信息被收集的情况有很多，并且有些信息收集是超过必要限度的；所以在举证方面，车主很难证明自身的损失与蔚来汽车数据泄露事件之间的因果关系。对于车主来说，防范相关法律风险最重要的措施还是要提高自身的警惕性。

最后，关于黑客所面临的刑事责任。就该事件来说，根据作案手段及后续数据处理方式的不同，黑客可能面临的刑事责任也不同。根据《刑法》规定，黑客以网络攻击的方式入侵蔚来汽车数据系统的行



田原

为涉嫌非法获取计算机信息系统数据罪，并且其获取的信息量级巨大，在量刑方面适用该罪名最高一档的法定刑。而若结合对所获取数据的不同处理方式来分析，则黑客可能涉嫌其他罪名。比如，黑客若选择敲诈蔚来汽车，则涉嫌敲诈勒索罪；若直接对外出售这些数据，发生危害社会的结果，则涉嫌侵犯公民个人信息罪和帮助信息网络犯罪活动罪。目前，我们还没有看到蔚来汽车就此事进行刑事报案的相关信息，但真心希望他们能够通过刑事手段追究黑客的责任；车主群体也要督促蔚来汽车依法保护他们的合法权益。



夏海波

田原：我觉得车辆数据的所有权问题可能比较复杂，但是从蔚来汽车是数据的管理者或者占有者的角度来说，其选择报案或者不报案分别会面临怎样的法律风险？

夏海波：在该事件中，蔚来汽车既是受害者，同时也是责任承担方。作为受害者，蔚来汽车可以自主选择报案或者不报案；但作为责任承担方，蔚来汽车理应承担一定的责任。除了前面李律师分析的刑事法律风险外，从行政责任的角度分析，根据《个人信息保护法》的相关规定，蔚来汽车作为个人信息处理者，必须履行个人信息保护义务。违反该规定的，有关主管部门有权责令改正，给予警告，没收违法所得，责令蔚来APP暂停或者终止提供服务；若拒不改正，有关主管部门有权给予罚款。除公司外，对该事件直接负责的主管人员和其他直接责任人员也将面临相应的处罚风险。在民事赔偿方面，蔚来汽车在其致歉声明中称愿意承担相应的用户损失赔偿责任，但未涉

及具体的赔偿金额。然而，用户其实很难证明因数据泄露造成的自身损失，所以如果提起诉讼，应适用过错推定原则。即蔚来汽车要举证证明自身在整个数据泄露事件中已经履行法律规定的安保义务，不存在相应的过错，否则就会推定其有相应的过错。此外，如果车主不提起诉讼，检察院及有关部门也可以组织提起公益诉讼，维护大多数消费者的权益。

田原：从数据安全的角度来说，如果蔚来汽车最终不报案，可能说明其目前的数据管理方式面临的风险仍然可控。刚才两位律师谈了很多蔚来汽车面临的法律责任和风险，那么如果不报案，蔚来汽车面临的诉讼或监管风险是否会小一点？

夏海波：因为该事件涉及大多数消费者的权益和数据安全，属于公共事件，即不仅仅是蔚来汽车公司内部的事情。即使蔚来汽车不报案，但如果有消费者举报或者考虑到数据安全问题，行政监管部门也有可能主动介入调查，并有可能依据调查结果对蔚来汽车作出严厉处罚，类似之前的滴滴事件。如果调查发现导致数据泄露的原因不完全是黑客攻击，蔚来汽车的员工也参与了此次事件，则还可能面临刑事风险。

李瑞阳：我补充一下。在遇到类似情况时，如果公民认为某项侵犯其合法权益的行为构成刑事犯罪，但是相关责任单位没有报案，公安机关亦没有主动启动刑事侦查

程序，则公民可以前往检察机关，要求检察机关对公安机关的履职行为进行监督。对于被害人认为公安机关应当立案侦查的案件而公安机关不立案侦查的，检察机关应当要求公安机关说明不立案的理由。本次事件中，若相关方怠于履行自身职责，合法权益受到侵害的个人可以要求有关部门追究相关行为人的刑事责任。

田原：关于是否报案，因为目前蔚来汽车对该事件披露的信息非常有限，社会公众不知道后续进展，大家感觉一切皆有可能。而政府监管部门也没有过多回应此事，可能是因为案件的保密需要，不便披露这些信息。但从司法为民、执法为民的角度，相关部门还是应当保障公众的知情权。

刚才夏律师提到了之前的滴滴事件。当时，滴滴公司美股上市仅两天，就被国家网信办通报其APP存在严重违法违规收集使用个人信息问题，该事件也引起了我国对数据出境立法的重视。所以是否能够预测一下，蔚来汽车数据泄露事件对未来智能化汽车或智能化交通系统方面的立法将有怎样的推动作用？

夏海波：目前，我国在汽车数据安全方面除了有《网络安全法》《个人信息保护法》《数据安全法》等法律外，还有一些规定，如《汽车数据安全管理办法（试行）》。我认为，蔚来汽车数据泄露事件会推动国家和企业更重视数据安全，更规范、合法、安全地收集和使用数据。接下来，智能汽车行业应

加大对数据安全领域的资源投入，从三个层面采取相应措施来保障数据安全。

一是法律层面。上述法律法规已经明确规定了数据收集者的义务，智能汽车企业首先要了解并遵守现有规定，履行相应的义务。比如，制定内部安全管理制度、操作规程，对个人信息实行分类管理，采取相应的加密、去标识化等安全技术措施，合理确定个人信息处理的操作权限，定期对从业人员进行安全教育和培训，制定并组织实施工息安全事件应急预案等。

二是技术层面。智能汽车企业要从数据全生命周期，包括数据采集、传输、存储、处理、合作/共享、销毁等环节，从技术上落实法律法规的要求。比如，在数据采集过程中应遵循最小必要原则。我们注意到，蔚来汽车会为车主提供体验式服务，需要和车主进行强互动，此时收集的车主信息范围相对较广。然而，是否所有的信息都有必要收集？是否能在技术上给予车主选择提供或者不提供相关信息的权利？除了告知外，是否真正在技术上实现了最小必要原则？这些都是相关企业需要关注的问题。再比如，未脱敏或加密的数据不得用于数据匹配或测试。数据匹配应在集团安全环境下进行，确需在外部环境中进行的，应事先进行评估，确保外部环境安全可控。

三是数据合规意识培养及数据合规体系建设层面。智能汽车企业建设和完善数据合规体系有助于全方位防范数据泄露，确保数据安全。

田原：我们不知道蔚来汽车究

竟被泄露了多大范围的数据，但从目前披露的信息来看，被泄露的车主身份证号和贷款数据、企业员工数据等，都是日常商业管理方面的数据，应该不涉及车辆交通行驶数据。

从合规的角度来看，如果被泄露的是行驶安全数据或者智能车辆交通数据等技术数据，应该算作对关键信息基础设施的攻击。而蔚来汽车的日常商业管理数据库即使不涉及车辆交通行驶数据，但如果涉及的客户量级足够大，是否也应该算作关键信息基础设施？对此，我个人认为是可以的。而且对个人信息采取加密脱敏措施后，理论上应该无法再形成客户画像，但是网传目前蔚来汽车被泄露的数据似乎可以形成画像。我们能否推测其中的原因：是企业对其关键信息基础设施的保护不到位，还是对其财务信息和商业信息的保护不到位？

夏海波：按照蔚来汽车的服务模式，一般的销售、服务人员也有可能获取车主的数据。这些员工是否有保密协议、如何履行保密义务、数据获取权限如何？车主在蔚来APP中上传的数据存储在哪里？相关数据具体是在哪个环节被泄露的？这些都需要看到进一步的调查结果才能了解。

田原：2020年，国务院发布了《关于构建更加完善的要素市场化配置体制机制的意见》，首次明确数据成为第五大生产要素。对于智能汽车企业的数据安全保护及社会责任承担，李律师有什么建议或想法？



李瑞阳

李瑞阳：首先，相关企业应当提高数据安全保护意识。从目前的立法来看，《数据安全法》《个人信息保护法》《汽车数据安全若干规定（试行）》等都在立法目的上将数据安全提高到了关系国家安全、社会公共利益的高度。所以相关企业不能仅把数据信息作为经营过程中为了更好的服务而获取的一些商业信息，而应该从更高的层面对数据安全予以重视。

其次，现有的法律规定对信息数据进行了分类，如个人信息、个人敏感信息等。汽车行业更是将一旦遭到篡改、破坏、泄露或者非法获取、非法利用，可能危害国家安全、公共利益或者个人、组织合法权益的数据界定为重要数据；如军事管理区、国防科工单位和县级以上党政机关等重要敏感区域的地理信息、人员流量、车辆流量等数据，以及物流等反映经济运行情况的数据等。因此，相关企业一旦涉及重要数据，更要加强对它的重视和分类保护。

最后，根据种类的不同，数据

的重要性和敏感程度也不同；因此，相关企业要对不同类型数据的收集、存储、传输、使用甚至开发过程作出详细、严格的规定。目前来看，我国数据安全保护的相关法律规定还是线条化、原则性的，实践中对于一些具体规定的落实可能会因为理解的不同而出现差异。但是随着立法的不断完善，国家对相关企业的合规要求必然是全流程的，所施加的安全保障义务也会越来越高。因此，希望相关企业在数据安全方面投入更多的精力和资源，提高数据安全保护能力。

田原：我觉得蔚来汽车数据泄露事件暴露了三个问题。一是蔚来汽车对数据泄露具体情况的信息披露不到位；二是无法判断蔚来汽车履行了多少个人信息保护义务；三是缺乏监管部门的反馈。对此，夏律师有什么建议？

夏海波：我建议不同的主体应该采取不同的措施。车主应该主动维护自身的个人信息相关权益，首先要有知情权，然后再决定是否采取其他的维权措施。蔚来汽车在事件发生后仅发布致歉声明是不够的，还应该主动披露后续处理过程中的相关情况。比如，是否已经报案？是否开展了调查以及调查结果是什么？数据泄露事件发生的主要原因是什么？企业后续会采取哪些措施保障数据安全？有关监管部门则应该主动介入调查，确保车主的人身、财产安全和重要数据的安全。最后，各方主体都应该尽全力保护数据市场，推进数据安全建设，从而促进整个行业的健康发展。

田原：算法一直都是智能汽车企业的核心技术，大家都是基于算法来收集相关的数据，但是少有企业会对外界公示其算法原理及数据收集边界。那么在数据泄露的情况下，相关企业是否有必要对其算法作一些披露？我国法律对于算法披露是否有相关规定？

夏海波：首先看数据的权属，敏感个人信息/隐私类数据为个人所有，只能在个人授权范围内使用；因交易/服务必要所提供/产生的数据，如行驶数据，基于公共安全、事故分析、车辆性能监测等因素考虑，按照相关行业或质量标准，智能汽车应当收集此类数据，个人不能拒绝，目前对于这类数据的权属没有明确定论；从公共环境中收集的一般数据，如路况、车道、交通信号灯等，因汽车厂商在收集过程中付出了较大的经济和技术成本，所以此类数据原则上应当归属于汽车厂商。智能汽车企业将这些不同类型、不同权属的数据放在一起，利用算法模型进行画像，是否需要披露其算法？《互联网信息服务算法推荐管理规定》第十六条规定：“算法推荐服务提供者应当以显著方式告知用户其提供算法推荐服务的情况，并以适当方式公示算法推荐服务的基本原理、目的意图和主要运行机制等。”

李瑞阳：由于智能汽车企业在车辆中嵌入了一些先进技术，如远程访问技术，所以车主对于车内的某些数据收集行为可能并不知情。在这种情况下，如果相关企业能够严格按照规范性要求操作，则不会

存在问题。但实际情况究竟如何，我们不得而知。同时，智能汽车企业在收集信息的过程中能否完全做到获得用户的同意，也是一个值得商榷的问题。甚至在部分企业的车辆中，可能仍然存在若车主不同意授权使用某些信息，则无法使用车内某些功能的情况。因此，为避免相关企业滥用自身的技术优势过度收集车主的信息，应当在立法方面对其赋予更重的责任，包括民事、行政甚至刑事责任，以此来规避相关法律风险。只有让违法成本大于违法所得的收益，才能从根本上杜绝违法现象的发生。

田原：我来总结一下，蔚来汽车数据泄露事件涉及消费者保护、公民个人信息保护、汽车工业和交通运输行业关键信息基础设施的数据安全和行业监管等内容。另外，需要加强对社会公众基本数据安全意识、法律意识的培训和培育。大家都知道数据安全很重要，但是应该如何做或者怎样维护自己的权益，目前社会上仍缺少相关帮助和指引。未来，一是要加重、压实数据收集者和管理者的责任，全面完善立法；二是监管层面的制度也要更加完善，类似事件发生后，要有相关信息披露机制来保障社会公众的知情权，让个人信息权益受到损害的当事人主动采取维权行动，充分发挥社会公众监督的作用。最后，感谢夏律师和李律师参与本期法律咖吧。

（本文内容根据录音整理，系嘉宾个人观点，整理时间：2023年3月1日）

关于汽车零部件质量争议的违约金调整问题

文 | 刘秀丽

中国正凭借完整汽车供应链的优势以及新能源汽车市场的飞跃式发展，稳步实现着汽车产业的崛起。同时，在汽车新四化，即电气化、网络化、智能化、共享化的驱动下，汽车企业纷纷加快进行产品转型升级，加大研发创新方面的投入，以保障自身能够在快速变化的中国汽车产业格局中稳居一席之地。

汽车行业本就有资金密集、技术密集的特点，产品质量争议又具有多样性、复杂化的特点。两相结合之下，汽车企业之间的零部件质量争议多为涉及利益巨大、事实复杂、技术性强的重大疑难复杂诉讼 / 仲裁案件。为帮助汽车企业在面对汽车零部件质量争议时能够恰当地制定符合企业商业目标及权益的应对策略，并加强相关法律风险管控体系，笔者进行了深入研究。本文将从真实案例出发，结合律师实务处理经验及研究成果，针对汽车零部件买卖合同质量争议的违约金调整问题进行分析。

一、基本案情

1. 合作背景

2015年3月12日，南京依柯卡特排放技术股份有限公司（以下简称“依柯卡特公司”）与长春一汽四环发动机制造有限公司（以下简称“一汽四环公司”）签订《2015年配套件采购合同》，由依柯卡特公司向一汽四环公司提供“三元催化”等汽车零部件。该合同到期后，依柯卡特公司与一汽四环公司于2016年3月22日签订《2016年配套件采购合同》，约定内容基本上。该合同到期后，双方未再续签新的采购合同。

2017年，一汽四环公司继续向依柯卡特公司采购DOC总成、DPF总成、连接管等汽车零部件。依柯卡特公司向一汽四环公司提供了前述零部件的设计图纸及产品样品，一汽四环公司于2017年10月

27日对产品的设计图纸予以确认，采用依柯卡特公司提供的样件安装在其研发的发动机上进行试验，并通过国家相关部门检验。

2. 出现故障

2017年10月26日，一汽四环公司与某汽车主机厂签订采购基本合同，约定由一汽四环公司向汽车主机厂供应发动机总成。汽车主机厂生产的部分车辆投入市场后，出现连接管断裂、DPF堵塞等问题。汽车主机厂与一汽四环公司及依柯卡特公司进行沟通，分析原因并寻求解决方案。依柯卡特公司通过邮件承认因选择的波纹管产品性能不好导致连接管断裂，并给出了具体解决方案。此后，汽车主机厂陆续召回市场上的部分车辆，由依柯卡特公司提供双层波纹管并进行换装。

2018年1月，一汽四环公司与

另一汽车主机厂签订外协配套件采购合同，由一汽四环公司供应配套零部件（SCR后处理系统）。用户在使用安装了SCR系统的车辆的过程中，出现加速受阻、尿素液消耗过快、尿素泵漏液等问题，多次投诉。该汽车主机厂反馈有71台车辆因泵通信故障导致发动机限扭。2018年10月31日，依柯卡特公司向一汽四环公司出具《关于金杯后处理解冻问题的实施计划》，以期改善尿素泵解冻不充分及部分烧喷嘴存在的问题。

3. 质量争议

2019年6月3日，依柯卡特公司以一汽四环公司拖欠货款为由，向吉林省长春市中级人民法院提起诉讼，要求一汽四环公司给付拖欠货款及逾期付款违约金。一汽四环公司对依柯卡特公司主张的其欠付货款的事实无异议，但向一审法院

各方观点	质量处罚金(违约金)			售后服务及三包索赔费用
	波纹管问题	泵通讯故障问题	SCR 系统问题	
一汽四环公司	3,000 元 / 台 × 3,600 台 =1,080 万元	3,000 元 / 台 × 71 台 =213 万元	5,000 元 × 5 种 =2.5 万元	1,871,393.50 元
依柯卡特公司	违约金过高, 请求法院调减	非一汽四环公司的 发动机导致	无	仅认可因其供应的零件所 发生的 682,313.02 元
一审法院	存在质量问题	证据不足以认定存在 质量问题	存在质量问题	支持售后服务及三包索赔 费用 682,313.02 元 其他争议部分,可委托第三 方评估机构形成结论后再 行解决
	300 元 / 台 × 3,600 台 =108 万	不支持	5,000 元 × 5 种 =2.5 万元	
支持违约金合计 110.5 万元				

提起了反诉,要求依柯卡特公司给付因其产品质量问题产生的质量处罚金(双方认可性质为违约金)、“售后服务及三包索赔”费用,赔偿试制研发费用、零部件滞销费用以及订单损失。

最终,一审法院判决一汽四环公司向依柯卡特公司支付货款 15,612,780.75 元,依柯卡特公司向一汽四环公司支付违约金 1,105,000 元,依柯卡特公司向一汽四环公司支付售后服务及三包索赔费用 682,313.02 元,驳回其他诉讼请求。二审法院吉林省高级人民法院维持了一审判决。

二、违约金调整依据

本案涉及违约金调整与计算问题。根据《民法典》第五百八十九条的规定,无论约定的违约金是低于所造成的损失,还是高于所

造成的损失,法院或仲裁机构都可以根据当事人的请求进行一定的调整。如果当事人只进行了免责抗辩而不主张调整过高的违约金,此种情况下,法院需要就“法院若不支持免责抗辩,当事人是否需要主张调整违约金”进行释明(《买卖合同司法解释(2020修正)》第二十一条),征询当事人是否要求调整违约金。

至于什么情况才算“约定的违约金过分高于造成的损失”,已废止的《合同法司法解释(二)》第二十九条认为,约定的违约金超过造成损失的百分之三十的,一般属于“过分高于”的情形。由于该条款已经失去法律效力,在实践中不再适用,“百分之三十”这一数据仅供参考。但可以明确的是,不能以受法律保护的民间借贷利率上限作为判断违约金是否过高的标准,并

且需要由主张违约金过高的违约方对违约金是否过高承担举证责任(《九民纪要》第五十条)。

违约金的性质是“以补偿为主、以惩罚为辅”,违约金制度系以赔偿守约方损失为主要功能,而非旨在严厉惩罚违约方。司法实践中会将所造成的损失作为违约金调整的基准线,更高或更低都有可能,但一般会大体一致。当约定的违约金低于所造成损失的情况下,违约金体现赔偿性;当违约金高于所造成损失的情况下,违约金兼有赔偿与惩罚的双重功能,即与损失相等部分的违约金体现为赔偿性,超出损失部分的违约金体现为惩罚性。

虽然商事合同中的违约金条款属于意思自治条款,但如果合同一方当事人利用签订合同时的优势地位约定了畸重违约金条款,等于鼓励当事人通过不正当的方式取得法

外利益，也可能促使一方为取得高额违约金而故意引诱相对方违约。所以法院或仲裁机构可以根据法律规定，突破有约定从约定的意思自治原则，基于公平原则和诚实信用原则适当调整违约金数额。

三、违约金调整的首要基准——违约造成的损失

违约责任条款在汽车零部件买卖合同中属于必备条款，可以有效督促合同当事人履行合同义务，同时也可以起到减少或对冲交易风险的作用。但由于个案情形差异，司法实践中对于违约金调整的标准及考虑因素容易出现较大的差异。

“违约造成的损失”无疑是调整违约金时需要考虑的最根本、最重要的因素。《民法典》第五百八十四条明确规定违约所造成的损失包括合同履行后可以获得的利益，但是不能超过合同订立时可预见的损失范围。可得利益损失可以根据交易的性质、合同的目的等因素，分为生产利润损失、经营利润损失和转售利润损失等类型。汽车零部件买卖合同违约导致的可得利益损失通常为生产利润损失。前文案例中，由于一汽四环公司已将采购的汽车零部件装配进发动机并销售，故一汽四环公司不存在生产利润损失。

汽车企业在主张违约造成的损失时，也需要注意区分“费用”和“报酬”的法律概念。费用是指企业为履行合同所花费的必需款项或其他支出；而报酬是按照合同的约定，且有提供服务或劳务所得。在对报

酬无特别约定的情况下，法院或仲裁机构只可能认定费用为损失，并且需要是已经实际支出的费用，而不能仅以发票作为当事人已实际支付的直接证据。

前文案例中，一汽四环公司在反诉中主张了试制研发费用、零部件滞销费用以及订单损失，作为依柯卡特公司违约造成的损失。此处的试制研发费用指的是一汽四环公司对相关主机厂提供的发动机进行试制及研发产生的费用，而一汽四环公司和相关主机厂明确约定了“不承担试制研发费用”，并且一汽四环公司提交的试制研发费用发票项目多为柴油，显然并非依柯卡特公司违约造成的损失，法院未支持。关于零部件滞销的证据，一汽四环公司仅提供了其单方汇总的表格，无其他第三方证据补强，法院未支持。关于订单损失，一汽四环公司也没有直接证据证明，且双方未进行特别约定，法院认为一汽四环公司可能的订单损失已经包含在了违约金中，故法院未支持。

汽车零部件买卖合同质量争议往往涉及海量事实及证据，建议汽车企业结合自身实际及证据情况合理主张损失。一方面，无效证据会挤占大量庭审时间以及法官或仲裁员的精力，并且存在得不到支持的风险；另一方面，若提交的索赔依据过于不合理，法院或仲裁机构可能认为企业有扩大求偿数额的故意，不符合诚信原则。

四、违约金调整的其他参考因素

除了“违约造成的损失”外，

法院或仲裁机构会考虑合同的订立目的、履行情况，当事人的过错程度、是恶意违约还是过失违约，当事人之间的交涉能力是否平等，是否适用格式合同条款，是否存在过失相抵、减损规则、损益相抵规则、举证责任等因素；并根据公平原则和诚实信用原则，结合案件的实际情况，综合进行衡量。下面将结合前文案例情况，分析汽车零部件买卖合同质量争议违约金调整的重要参考因素。

1. 违约金条款是否属于格式条款

汽车零部件买卖合同的采购方与供应商之间往往具有事实上的地位不平等，特别是格式合同或格式条款情况下，意思自治原则往往只是表象，双方合意实质上只是采购方意思的体现，供应商只是对方意思表示的消极接受者。处于弱势的供应商往往完全没有合同条款的议价能力，处于被动接受合同畸形条款的不利地位。

本案中，一汽四环公司与依柯卡特公司签署的《2015年配套件采购合同》和《2016年配套件采购合同》都是一汽四环公司作为采购方提供的适用于一汽四环公司各供应商的标准化文本，仅含少部分选填内容和少部分单独填写内容。本案法院认定该类标准化的采购合同文本符合格式合同的特征，因此需要在适用违约责任条款时注意体现公平原则。

2. 采购方是否履行了检验和通知义务

《民法典》第六百二十条及第

六百二十一条明确规定买卖合同中的买方负有检验和通知义务。采购方是否履行了检验和通知义务，是法院或仲裁机构在汽车零部件买卖合同质量纠纷中不会错过的一个审理要点。

汽车零部件买卖合同质量争议中，可能单个汽车零部件的价值并不大，但作为汽车这一精密复杂机器的一部分，则可能影响重大。特别是一些对于实现汽车功能至关重要的汽车精密零部件，需要采购方对产品质量持更加谨慎的态度，严格执行收货质量检验。

一般采购合同的质量保证条款或者单独的质量保证协议中会明确约定采购方的检验义务及检验标准。在汽车零部件买卖合同质量争议中，采购方应主动提交证据证明自己履行了相关的检验和通知义务，否则可能被法院或仲裁机构认定为对损害的发生存在一定的过错，需要扣减相应的损失赔偿额。这就需要采购方在日常合规管理中注意相关证据的留存。

本案中，一汽四环公司就未能提交证据证明其对依柯卡特公司提供的单层波纹管履行了检验和通知义务；相反，其提交的相关证据都是在波纹管故障发生后由下游厂商进行的问题反馈。法院据此认定，一汽四环公司的失察行为是导致市场上的车辆大批出现案涉故障的原因之一。

3. 双方具体的履约情况

此处双方具体的履约情况主要是帮助评估违约方的主观恶意程度，进而平衡违约金的赔偿性和惩

罚性功能的占比。若违约方是恶意违约，或者违约方在质量损害出现后并没有积极采取补救措施，自然需要视情况增加违约金的惩罚作用。

本案中，依柯卡特公司在波纹管故障发生后积极采取补救措施，对未发生波纹管故障的3,600台车辆也更换了波纹管，并承担了全部的更换费用。

4. 无法量化的商誉影响

企业的商誉系无形资产，无法通过货币形式直接进行量化。但当购车用户在使用过程中频繁出现问题并大量投诉时，势必会影响采购方的商业信誉，进而可能造成商誉下降及订单损失。

法院或仲裁机构在买卖合同质量争议情况下，调整违约金的原则可以总结为：坚持诚实信用原则和公平原则，综合考量是否调整违约金及调整幅度。本案法院在综合考虑上述因素、案涉波纹管200元/台的单价，以及案涉采购合同中约定了“一般故障”为200—500元/起的违约金计算标准后，将依柯卡特公司需要承担的波纹管问题违约金从一汽四环公司主张的3000元/台调整为300元/台，充分体现了违约金的惩罚性功能，同时兼顾了一汽四环公司的合理预期利益。

结语

本文在假定汽车零部件质量已经确定存在问题的前提下，讨论违约金调整问题。旨在帮助汽车零部件企业在面对复杂多变的买卖合同质量争议时，能够更加准确地评估

预期得失；进而无论是在磋商谈判阶段还是在诉讼/仲裁阶段，都能够采取最有效的应对策略维护自身利益。

汽车零部件买卖合同质量争议案件属于同时涉及事实、法律、技术、程序问题的复杂案件，仅违约金调整这一个问题就需要考虑众多因素，更不用说直接关系到诉讼/仲裁请求能否得到支持的质量瑕疵认定这一巨大难点。因此，案件处理过程中的任何一个决策都需要专业判断、通盘考虑、审慎应对。



刘秀丽

上海段和段律师事务所律师，上海律协民商事诉讼业务研究委员会委员，上海市消费者权益保护委员会公益律师

业务方向：诉讼与仲裁、汽车行业、会展行业

《上市公司分拆规则（试行）》 新规解读

文 | 林祯

2021年10月25日晚间，比亚迪公告了香港联交所同意其公司分拆所属子公司比亚迪半导体股份有限公司至深交所创业板上市。2022年1月27日，该分拆上市在深交所创业板上会。相关数据显示，2021年共有51家上市公司发布分拆上市预案或意向公告。其中，17家计划分拆子公司在创业板上市，6家计划在科创板上市，2家计划在主板上市，2家计划在北交所上市，4家计划在境外上市。

2004年7月，中国证监会发布《关于规范境内上市公司所属企业到境外上市有关问题的通知》（以下简称《境外分拆通知》），允许A股上市公司分拆所属子公司到境外上市。2019年12月，在借鉴《境外分拆通知》的基础上，证监会制定发布了《上市公司分拆所属子公司境内上市试点若干规定》（以下简称《境内分拆规定》），正式回应了上市公司要求分拆其子公司独立在境内上市的呼声，为A股分拆上市进一步提供了法规支撑。为了建立健全资本市场基础制度，2022年1月5日，证监会作出整合决定。基于《境外分拆通知》和《境内分拆规定》（以下简称“两项旧规”）的修改和整合，《上市公司分拆规则（试行）》（以下简称《分拆新规》）发布，对分拆上市的条件、实施程序和信息披露、中介机构核查职责等方面作出了统一的法律要求，并针对两项旧规适用过程中市场反映的实践操作问题作出了明确规定。两项旧规就此废止。

本文将对《分拆新规》的主要修订内容进行解读，并对正在或拟实施分拆计划的上市公司作出合规提示。

一、主要修订内容及具体条文解读

1. 统一境内外分拆上市的具体要求

《分拆新规》统一了境内和境外分拆上市标准。与废止的旧规相比，新规对上市公司分拆境外上市的要求新增了境内上市满三年。

《分拆新规》要求上市公司分拆应当同时符合以下条件：

(1) 上市公司股票境内上市已满三年。确保足够的上市年限以便市场对其业绩走向、合规状态等作出充足的判断。

(2) 上市公司应最近三年连续

盈利，且最近三年累计净利润扣除拟分拆子公司净利润后不低于六亿元。确保上市公司财务达标、业绩良好，且分拆后留存的业务及资产足以维持独立上市地位。

(3) 最近一年拟分拆子公司净利润占比不超过50%，净资产占比不超过30%。确保拆出部分不会动摇上市公司大部分盈利和资产来源，保障上市公司中小股东及债权人利益。

2. 增加境内外分拆上市的禁止情形

《分拆新规》针对市场反映的问题，明确了“拟分拆所属子公司

最近三个会计年度使用募集资金”的方式及起算期间，“最近三个会计年度使用募集资金合计不超过其净资产百分之十”的计算标准，董事、高级管理人员持有拟分拆子公司股份不超过一定数量的认定依据等。此外，为促进上市公司聚焦原有主业发展，《分拆新规》进一步明确，子公司主要业务或资产是上市公司首次公开发行股票并上市时的主要业务或资产的，不得分拆该子公司上市。

《分拆新规》要求，上市公司不得存在以下情形：

(1) 控股股东、实际控制人及

其关联方占用上市公司资金、资产或严重损害上市公司权益；

(2) 上市公司或其控股股东、实际控制人最近 36 个月内受到过中国证监会的行政处罚或最近 12 个月内受到过证券交易所的公开谴责；

(3) 被出具保留意见、否定意见或者无法表示意见的审计报告；

(4) 董事、高级管理人员及其关联方持有拟分拆子公司股份超过 10% (通过上市公司间接持有的除外)。

所属子公司不得存在以下情形：

(1) 最近三年曾作为上市公司募集资金投向 (使用资金不超过子公司净资产 10% 的除外)；

(2) 最近三年曾作为上市公司重大资产重组标的；

(3) 是上市公司 IPO 时的主要业务或资产 (无论已经上市多长时间)；

(4) 主要从事金融业务；

(5) 子公司董事、高级管理人员及其关联方持有其股份超过 30% (通过上市公司间接持有的除外)。

3. 统一信息披露及内部决策程序要求

上市公司需要履行董事会、股东大会审议程序，并履行相应的信息披露义务。

分拆议案的内容应当包括但不限于：所属子公司分拆是否符合相关法律法规和《分拆新规》、是否有利于维护股东和债权人合法权益，上市公司分拆后能否保持独立性及持续经营能力，分拆形成的新公司是否具备相应的规范运



作能力等。

《分拆新规》规定，无论分拆境内上市还是分拆境外上市，相关议案的审议程序均应当经董事会审议通过后提交股东大会逐项审议；除股东大会特别决议外，分拆事项还应当经出席会议的中小股东所持表决权的三分之二以上通过。同时，变相提高了分拆境外上市的内部决策程序要求。

除常规的董事会、股东大会相关信息审议要求之外，《分拆新规》亦要求上市公司就以下事项作出充分说明并披露：

(1) 有利于上市公司突出主业、增强独立性。

(2) 上市公司与拟分拆子公司均符合中国证监会、证券交易所关于同业竞争、关联交易的监管要求；分拆到境外上市的，上市公司与拟分拆子公司不存在同业竞争。

(3) 上市公司与拟分拆子公司的资产、财务、机构相互独立，高级管理人员和财务人员不存在交叉任职，独立性方面不存在其他严重缺陷。

(4) 其他对投资者投资决策和上市公司证券及其衍生品种交易价格可能产生较大影响的所有信息。

《分拆新规》要求上市公司分拆参照上市公司重大资产重组的有关规定充分履行信息披露义务，提示风险。希望以此保障相关各方的知情权及合法权益，防范内幕交易、操纵市场的违规行为。

4. 统一中介机构的聘请及服务要求

就分拆所涉中介机构聘请及其服务要求而言，各规定相对统一。上市公司应聘请独立财务顾问、律师事务所、会计师事务所等证券服务机构就分拆事项出具意见。需要说明的是，上述中介机构系上市公司聘请的就分拆事项出具意见的机构。所属子公司境内外上市仍需根据首次公开发行股票并上市的需要，以及境内或境外上市的具体情况聘请相应的中介服务机构。

二、合规提示

1. 新规适用时效

为实现新旧规则的有效衔接、

平稳过渡，在适用时效上，《分拆新规》自发布之日（即2022年1月5日）起施行。新规施行前，上市公司分拆方案已经股东大会审议通过的，按照原规则执行；其他按照新规则执行。

2. 拟分拆子公司境内上市需留意的政策变化

《分拆新规》规定，拟分拆子公司主要业务或资产属于上市公司IPO时的主要业务或资产的，禁止分拆。“主要业务或资产”如何界定、是否有明确的占比要求等，均有待通过市场实践进一步明晰和优化。建议上市公司结合相关主体的资产、人员、经营范围、主营业务、经营地域、产品或服务的定位、运营体系等情况，对上市公司分拆后是否聚焦原有主业发展进行核查和论证。

3. 拟分拆子公司境外上市需留意的政策变化

拟分拆子公司境外上市的要求被大幅提高：

(1) 上市条件新增了“上市公司股票境内上市已满三年”的要求。

(2) 财务指标由原先的“最近三年连续盈利”变更为“最近三年连续盈利，且最近三年累计净利润扣除拟分拆子公司净利润后不低于六亿元”，实质性地提高了分拆境外上市的门槛。

(3) 合规要求将“上市公司最近三年无重大违法违规行为”替换为“上市公司或其控股股东、实际控制人最近三十六个月内未受到过中国证监会的行政处罚、最近十二个月内未受到过证券交易所的公开谴责”，更聚焦于证券监管方面的规范运作，税务、环保、安全生产

等领域的重大违法行为不必然成为分拆上市的障碍。

(4) 将拟分拆子公司董事、高级管理人员持有的该公司股份由不得超过10%放宽至30%。

(5) 将“拟分拆子公司最近三年使用募集资金”的方式由上市公司向子公司出资扩大到允许上市公司向子公司提供借款。

(6) 上市公司董事、高级管理人员在拟分拆所屬子公司安排持股计划的，无需独立董事就该事项向社会公众股股东征集投票权，仅需独立董事发表独立意见并作为独立议案提交股东大会。

(7) 免除“上市公司所属企业申请到境外上市，应当按照中国证监会的要求编制并报送申请文件及相关材料。中国证监会对上市公司所属企业到境外上市申请实施行政许可”的程序。

4. 除了遵照《分拆新规》，拟分拆子公司境外上市亦须满足境内外首次公开发行股票并上市的相关规定

相关规定包括但不限于：沪深主板的《首次公开发行股票并上市管理办法》《上海证券交易所股票上市规则》《深圳证券交易所股票上市规则》、科创板的《科创板首次公开发行股票注册管理办法（试行）》《上海证券交易所科创板股票上市规则》、创业板的《创业板首次公开发行股票注册管理办法（试行）》《深圳证券交易所创业板股票上市规则》、北交所的《北京证券交易所股票上市规则（试行）》《北京证券交易所交易规则（试行）》、针对境外上市的《国务院关于境内企业境外发行证券和上市的管理规

定（草案征求意见稿）》《境内企业境外发行证券和上市备案管理办法（征求意见稿）》等。

结语

《分拆新规》整合了《境内分拆规定》和《境外分拆通知》，对分拆条件、分拆的实施程序和信息披露、中介机构核查把关等方面作出了具体规定。同时，进一步加大了资本市场的灵活性，原来只能选择在境外分拆上市的企业终能回归境内进行分拆上市，有助于上市公司结合新规与自身条件作出更完善的企业管理与分拆规划，于变局中开创新局。



林祯

国浩律师（上海）事务所律师，上海律协女律师工作委员会委员、环境资源与能源业务研究委员会委员、上海市静安区女律师联谊会副会长
业务方向：境内外上市、并购、上市公司再融资

企业公益捐赠的税务合规筹划

文 | 全开明

2021年7月21日，河南因暴雨受灾期间，鸿星尔克宣称捐赠5000万元物资驰援，一度登上微博热搜。随后，其直播间被网友挤爆，7月23日的销售额同比暴增52倍。鸿星尔克在上热搜的同时，也遭遇了一部分网民的质疑——是否存在诈捐及消灭库存？本文从税务合规专业角度，通过还原事实过程，揭露公益捐赠中存在的问题，为企业合法合规地进行公益捐赠提供可行性方案。希望有更多的企业加入到公益捐赠中，为社会增加正能量。

一、从鸿星尔克捐赠看公益捐赠潜在风险点

2021年7月21日，鸿星尔克公司[签约主体：鸿荣（漳州）信息技术有限公司]与深圳壹基金公益基金会（以下简称“壹基金”）签订捐赠框架协议，约定：拟于2021年7月20日起向壹基金捐赠现金和物资，其总价值不超过人民币2000万元整，包括200万元现金捐赠和1800万元物资捐赠。上述200万元应急款项鸿星尔克公司已拨付，将于未来几日到账，其他相关物资将由壹基金根据物资到达情况和灾区需求分批次接收和发放。

其中，1800万元物资以衣物为主，是灾区一线急需的物资。关于这些衣物是否为鸿星尔克公司的商品库存、是否价值1800万元，壹基金秘书长李弘说：“壹基金会按照民政部要求的会计制度确定其公允价值，还会向捐赠企业开出捐赠票据。”

同日，鸿星尔克公司（签约主体：厦门展乐电子商务有限公司）与郑州慈善总会初步签订捐赠框架

协议，约定：协议签订后5日内捐赠100万元人民币到郑州慈善总会指定账户，并捐赠2900万元物资。上述100万元善款已经到账，其他相关物资鸿星尔克将分批次捐赠。

（一）风险点1：诺而不捐的违约法律风险——以关联方名义捐出是否可以进行宣传？

鸿荣（漳州）信息技术有限公司与壹基金、厦门展乐电子商务有限公司与郑州慈善总会签署的均为框架性协议。框架协议或框架合同是源于德国法的概念，指为双方当事人之间签订的同一类型合同（个别合同）提供基本框架（架构）和基本条件的合同。对于框架协议的性质和效力，目前司法实践中存在较大争议，理论界也存在不同观点，但并不会对鸿星尔克需要履行的义务产生必然影响。

《慈善法》第四十一条规定：“捐赠人应当按照捐赠协议履行捐赠义务。捐赠人违反捐赠协议逾期未交付捐赠财产，有下列情形之一的，慈善组织或者其他接受捐赠的人可以要求交付；捐赠人拒不交付的，慈善组织和其他接受捐赠的人

可以依法向人民法院申请支付令或者提起诉讼：（一）捐赠人通过广播、电视、报刊、互联网等媒体公开承诺捐赠的……”鸿星尔克官方微博于2021年7月21日发文称“通过郑州慈善总会、壹基金紧急捐赠5000万元物资”，属于已经在互联网上声明承诺捐赠。因此，无论框架协议效力如何，鸿星尔克均需要履行捐赠义务。

鸿星尔克捐赠的签约主体为鸿荣（漳州）信息技术有限公司与厦门展乐电子商务有限公司，并非福建鸿星尔克体育用品有限公司。鸿星尔克官方微博的发文内容中也仅提到“鸿星尔克”，并未明确其为福建鸿星尔克体育用品有限公司。因此，福建鸿星尔克体育用品有限公司的关联公司的捐赠亦可视为鸿星尔克的相关捐赠。

（二）风险点2：捐赠物品的价值确定及认定风险——是消灭库存还是诚意慈善？

鸿星尔克本次捐赠的价值1800万元的物资以衣物为主，因此引发网友质疑：此次捐赠的衣物是否为鸿星尔克公司的商品库存？

鸿星尔克公司是否仅仅为清理库存产品？此次捐赠衣物的公允价值是否确实达到 1800 万元？

在公益捐赠的价值认定方面，根据财政部、国家税务总局发布的《关于通过公益性群众团体的公益性捐赠税前扣除有关事项的公告》，接受的非货币性资产捐赠，以其公允价值确认捐赠额。公允价值是根据公平与自愿原则所确定的价格。在不同的行业里，公允价值的确定方法不同。就本次鸿星尔克的捐赠而言，捐赠物资以衣物为主，因此在公允价值的确定方面主要按估计售价减去变现费用和合理利润后的余额确定，或者按估计的完工后产品售价减去至完工时尚需发生的成本、变现费用以及合理利润后的余额确定。

（三）风险点 3：捐赠流程缺乏管控的风险——侵犯股东、债权人利益的风险

2021 年以来，鸿星尔克因为经营不善，净利润一直为负。截至

2021 年 7 月，鸿星尔克已经股权质押 4 次，如表一。

《公司法》第二十二条第一款和第二款规定：“公司股东会或者股东大会、董事会的决议内容违反法律、行政法规的无效。股东会或者股东大会、董事会的会议召集程序、表决方式违反法律、行政法规或者公司章程，或者决议内容违反公司章程的，股东可以自决议作出之日起六十日内，请求人民法院撤销。”公司捐赠行为无论授权给董事会还是股东会或者股东大会来决定，均以决议的形式作出。因此，对于被认为违反法律和公司章程的公司捐赠决议，股东可以依据法律规定的程序提起决议无效或者撤销之诉。而在法院作出决议无效或撤销的判决是否具有溯及力，即是否直接影响已做出的公司捐赠行为的效力的问题上，《公司法》并没有作出规定，也没有相应的司法解释。国外的立法例和学界则一般倾向于具有溯及力。在这种情况下，公司的

捐赠行为自始无效。但是，为了保护受赠人作为善意第三人的利益，可以适用表见代理的规定。

（四）风险点 4：公益性定向捐赠对象的选择风险——对捐赠人的利害关系人不予认可的风险

《慈善法》第四十条规定：“捐赠人与慈善组织约定捐赠财产的用途和受益人时，不得指定捐赠人的利害关系人作为受益人。”此外，2020 年 2 月 14 日，民政部社会组织管理局、慈善事业促进和社会工作司发布了《慈善组织、红十字会依法规范开展疫情防控慈善募捐等活动指引》，其中第九条规定：“慈善组织、红十字会要采取审核捐赠协议、查验相关证明等方式，对受赠的药品、医疗器械等物资严格把关，确保来源合法、符合标准、安全有效、精准发放。不允许捐赠人以定向捐赠的名义指定其利害关系人作为受益人。”

（五）风险点 5：借公益捐赠偷税、漏税的风险

表一

公告时间	登记编号	出质人	质权人	状态
2020-09-02	62000000000172755	鸿星尔克(厦门)投资管理有限公司	厦门银行股份有限公司	有效
2018-12-19	62000000000172740	鸿星尔克(厦门)投资管理有限公司	厦门银行股份有限公司	无效
2018-12-19	62000000000172741	鸿星尔克(厦门)投资管理有限公司	中国光大银行股份有限公司 厦门分行	无效
2015-09-16	62000000000172722	鸿星尔克(厦门)投资管理有限公司	中航信托股份有限公司	无效



税收筹划和逃税的边界较为模糊，存在捐赠人利用虚假慈善达到逃税目的的风险。实操中，有公司通过公益组织向其利害关系人进行“定向捐赠”，进而达到少缴税的目的，同时获得良好的社会声誉。但是一旦被查出，企业除了面临行政处罚外，还可能面临税务黑名单与失信违法联合惩戒。

二、慎重对待公益捐赠的各项风险

（一）慎重在网络上发声，避免公益捐赠承诺强制履行

公益捐赠因为具有公益与涉众的属性，并非等同于“赠与”。“赠与”系实践行为，可随时进行撤销。公益捐赠中，捐赠人通过广播、电视、报刊、互联网等媒体公开承诺捐赠

但拒不交付的，慈善组织和其他接受捐赠的人可以依法向人民法院申请支付令或者提起诉讼。

（二）捐赠对象的审查与利害关系的避免

虽然《慈善法》对“利害关系人”无明确定义，但《税收征收管理法实施细则》第五十一条、《企业所得税法实施条例》第一百零九条以及《国家税务总局关于完善关联申报和同期资料管理有关事项的公告》均对关联方（关联关系）作出了明确定义。

实践中，参考《税收征收管理法实施细则》第五十一条和《企业所得税法实施条例》第一百零九条判定关联关系，参考《国家税务总局关于完善关联申报和同期资料管理有关事项的公告》第二条判定存

在争议。企业应当谨慎，避免向存在利害关系方进行捐赠。否则，轻则会被认定为非公益性捐赠，无法进行税前扣除；重则涉嫌刑事犯罪。

三、充分利用公益性捐赠税收优惠政策实现税务合规筹划

根据财政部、国家税务总局、民政部联合发布的《关于公益性捐赠税前扣除有关问题的通知》，企业通过公益性社会团体或者县级以上人民政府及其部门，用于公益事业的捐赠支出，在年度利润总额12% 以内的部分，准予在计算应纳税所得额时扣除。但是企业若想顺利完成税前扣除，在捐赠范围、捐赠途径、法定票据取得等方面还需要满足一定的条件。

（一）捐赠范围——必须符合用于法定的慈善活动与公益事业

《公益事业捐赠法》第三条规定：“本法所称公益事业是指非营利的下列事项：（一）救助灾害、救济贫困、扶助残疾人等困难的社会群体和个人的活动；（二）教育、科学、文化、卫生、体育事业；（三）环境保护、社会公共设施建设；（四）促进社会发展和进步的其他社会公共和福利事业。”

（二）捐赠途径——需要通过依法设立并登记取得公益性捐赠税前扣除资格的公益性社会组织

根据《关于公益性捐赠税前扣除资格确认有关衔接事项的公告》《关于公益性捐赠税前扣除有关问题的通知》的相关规定，企业捐赠必须通过依法设立并登记取得公益性捐赠税前扣除资格的公益性社会组织，且该公益性社会组织需要满足在资格有效期内、取得3A以上（含3A）评估等级、取得非营利组织免税资格等条件，才能享受相应的税收抵扣政策。具体资格问题可以通过财政、税务、民政等部门以公告形式发布的名单进行确认。县级以上人民政府及其组成部门和直属机构依法具有公益性捐赠税前扣除资格，不需要进行专门认定。

（三）法定票据取得——企业支出的公益性捐赠需要取得相应票据，方可按照规定进行税前扣除

《关于公益性捐赠税前扣除有关事项的公告》第十一条规定：“公益性社会组织、县级以上人民政府及其部门等国家机关在接受捐赠时，应当按照行政管理级次分别使

用由财政部或省、自治区、直辖市财政部门监（印）制的公益事业捐赠票据，并加盖本单位的印章。企业或个人将符合条件的公益性捐赠支出进行税前扣除，应当留存相关票据备查。”《关于公益性捐赠税前扣除有关问题的补充通知》虽然亦有相关规定，如“对于通过公益性社会团体发生的公益性捐赠支出，企业或个人应提供省级以上（含省级）财政部门印制并加盖接受捐赠单位印章的公益性捐赠票据，或加盖接受捐赠单位印章的《非税收入一般缴款书》收据联，方可按规定进行税前扣除”，但该文件已经失效。

（四）捐赠物品价值确定——以公允价值为准

《关于通过公益性群众团体的公益性捐赠税前扣除有关事项的公告》第十三条规定：“除另有规定外，公益性群众团体在接受企业或个人捐赠时，按以下原则确认捐赠额：（一）接受的货币性资产捐赠，以实际收到的金额确认捐赠额；（二）接受的非货币性资产捐赠，以其公允价值确认捐赠额。捐赠方在向公益性群众团体捐赠时，应当提供注明捐赠非货币性资产公允价值的证明；不能提供证明的，接受捐赠方不得向其开具捐赠票据。”

结语

总体而言，企业公益捐赠并非简单的一次性行为，涉及诸多风险点。应当遵守《反不正当竞争法》《公益事业捐赠法》《慈善法》《捐赠药品进口管理规定》《卫生计生

单位接受公益事业捐赠管理办法（试行）》等诸多法律法规，还应当积极落实内控措施，从捐赠预算管理、捐赠决策管理、捐赠审批管理、捐赠采购管理、捐赠协议管理、捐赠执行管理、捐赠交接管理、捐赠监督管理等八大维度避免公益捐赠的相关风险；同时，应充分利用公益性捐赠税收优惠政策实现税务合规筹划。



全开明

上海市锦天城律师事务所合伙人，上海律协法律合规业务研究委员会委员
业务方向：企业合规、财税服务、行政执法

《非银行支付机构条例（征求意见稿）》核心要点解读

文 | 邓学敏 饶梦莹

2021年1月20日，中国人民银行发布了《非银行支付机构条例（征求意见稿）》（以下简称《条例》），正式面向社会公开征求意见。从2010年《非金融机构支付服务管理办法》（以下简称《管理办法》）出台至今，我国第三方支付市场飞速发展，支付技术日新月异。但与此同时，既有的规范体系已逐步落后于行业需求及监管要求，亟待作出更新。为此，《条例》从主体、经营、市场等各方面强化了对非银行支付机构的监管，严格控制其设立与投资人准入，变革其业务经

营规则，将给第三方支付行业的发展带来深远影响。对应地，与非银行支付机构相关的投资并购决策、方案等亦将受到较大影响。本文将对《条例》的核心内容进行分析、探讨。

与第三方支付行业的既往规范不同，《条例》的位阶更高，凸显出其重要性。可以预见的是，《条例》落地后，后续的一系列配套规范亦将随之出台。《条例》的主要特点如下：

1. 严格控制非银行支付机构的设立、准入。

2. 完善非银行支付机构的业务规则，包括重新划分支付业务、强调反洗钱反恐怖融资义务、强化个人信息保护等。

3. 加强非银行支付机构的监管，包括采取动态监管措施、控制业务规模、强化反垄断监管等。

一、非银行支付机构的设立与准入

（一）“先证后照”的设立方式

此前，《管理办法》以支付业务为主要着眼点，规定了支付业务的类型及支付业务许可证的申请与



许可，在此基础上对支付业务许可证的申请人/被许可人进行监管。而《条例》立足于非银行支付机构本身，规定了非银行支付机构从事的业务类型及其设立、变更与终止。前述监管逻辑的不同，意味着《条例》对非银行支付机构的监管力度进一步加强。

具体来看，《条例》对非银行支付机构的设立采取“先证后照”的措施，需经筹建审批、开业审批、工商登记三个阶段。监管机构批准非银行支付机构开业的，向其颁发开业核准文件及支付业务许可证。

需注意的是，在既有的规范体系下，支付业务许可证的有效期为5年，续展需经中国人民银行批准，每次续展5年。而《条例》并未设置支付业务许可证的有效期限，更未提及展期事宜。这可能意味着在支付行业发展的新阶段下，监管机构的监管思路发生了巨大变化。支付业务许可证不再存在续展问题，但并不代表监管力度的放松，笔者将在后文进行相应分析。

（二）准入要求

《条例》对非银行支付机构的限制准入亦需引起关注。其明确对投资人采取穿透式监管措施，提出了相应的资质要求，并严格限制投资人的入股资金。核心规定如下：

1. 对投资人进行穿透式监管

与《管理办法》不同，《条例》对非银行支付机构投资人的监管范围不再限于直接持股关系，而穿透至实际控制关系，并明确实际控制人是指通过投资关系、协议或者其他安排，能够实际支配非银行支付机构行为的人。据此，通过VIE架

构控制非银行支付机构的主体亦属于监管范围。

2. 对主要股东、控股股东和实际控制人提出更为严格的准入要求

（1）主要股东和控股股东应当治理结构良好，股权结构和组织架构清晰，股东、最终受益人结构透明；

（2）具有充足的资本实力、较好发展前景的主营业务、稳定的盈利来源以及可持续发展能力；实际控制人为自然人的，应当具有充足的资本实力；

（3）无犯罪记录，最近3年无其他重大违法违规行为或者严重市场失信行为，没有因涉嫌重大违法违规正在被调查或者处于整改期间；

（4）未发生过虚假投资、循环注资非银行支付机构、金融机构和其他从事金融业务机构的行为，或者在投资非银行支付机构、金融机构或者其他从事金融业务机构时，没有提供虚假承诺或者虚假材料的行为。

其中尤为需要注意的是，非银行支付机构的上层股权结构需清晰、透明，如存在协议安排等情形的，需予以披露。

此外，《条例》要求主要股东、控股股东和实际控制人没有因涉嫌重大违法违规正在被调查或者处于整改期间，这也对投资人提出了严格要求。例如，2020年底以来，支付行业巨头支付宝的母公司——蚂蚁集团数次被监管机构约谈、处罚及立案调查，该等情形是否会导致其不符合非银行支付机构控股股东的准入要求，存在一定的不确定

性。

3. 对主要股东、控股股东和实际控制人提出禁止性规定，并设置了相应的行政处罚。具体情形包括：

（1）通过特定目的载体或者委托他人持股等方式规避监管。

此处的“通过特定目的载体”是否包括VIE架构安排，尚存在不确定性，需予以关注。

（2）关联方众多，股权关系复杂、不透明或者存在权属纠纷，恶意开展关联交易，恶意使用关联关系。

本条规定需引起关注。实践中，如股东在股权上存在层数较多、协议控制等情形，但能如实披露的，应当符合权属透明的要求。但同时，由于前述情形的存在，股东可能被认定为“股权关系复杂”，从而引发争议。笔者认为，规范层面应明确相应的认定标准，以避免纠纷。

（3）采用滥用市场支配地位等方式开展不正当竞争。

（4）操纵市场、扰乱市场秩序。

（5）成为非银行支付机构的控股股东、实际控制人之日起，3年内转让所持有的非银行支付机构股份。

本条规定对股东转让股权作出了时间限制，亦需引起投资人的关注。

4. 对股东入股资金来源提出严格要求

《条例》要求非银行支付机构的股东应当以其自有资金出资，不得以委托资金、债务资金等非自有资金出资。同时强调，中国人民银行及其分支机构将对非银行支付机构主要股东和控股股东的入股资金

进行穿透式监管，严格审查入股资金来源、性质与流向。

根据上述规定，非银行支付机构在股权上不允许存在代持情形。同时，股东以借款向非银行支付机构出资的，亦存在违法风险。实践中，如股东本身不开展经营、不具备充足的资本实力，而依靠关联方等调拨资金的，存在被认定为以非自有资金出资的风险。

5. 过渡期的要求

《条例》第七十四条规定：“本条例施行前已获得支付业务许可证的非银行支付机构，应当在本条例施行之日起1年内达到本条例规定的条件。逾期仍不符合本条例规定条件的，由中国人民银行根据审慎监管原则暂停其业务；拒不停止业务或者有其他情节严重情形的，由中国人民银行吊销其支付业务许可证。”

因此，非银行支付机构股东、实际控制人如不符合上述要求，需在过渡期内达到相应的要求，否则存在暂停业务甚至吊销支付业务许可证的风险。

二、调整业务规则

《条例》对非银行支付机构的业务经营规则进行了完善，尤需关注的如下：

（一）重新划分支付业务

此前，《管理办法》根据交易介质等标准，将支付业务主要划分为三种类型。但在数十年的发展过程中，前述分类已难以适应支付技术的发展需求。对此，《条例》从业务实质出发，将支付业务重新划分为如下两类：

1. 储值账户运营

储值账户运营是指通过开立支付账户或者提供预付价值，根据收款人或者付款人提交的电子支付指令，转移货币资金的行为。法人机构发行且仅在其内部使用的预付价值除外。

支付账户是指根据自然人（含个体工商户）真实意愿为其开立的，凭以发起支付指令、用于记录预付交易资金余额、反映交易明细的电子簿记。支付账户业务具体规则由中国人民银行另行规定。

值得注意的是，《条例》对支付账户的规定限于以自然人（含个体工商户）作为开立人，未提及法人；而实践中，支付机构为法人开设支付账户的情形普遍存在。后续法人是否被允许开立支付账户、存量账户需如何处理，存在不确定性，仍待进一步明确。

2. 支付交易处理

支付交易处理是指在不开立支付账户或者不提供预付价值的情况下，根据收款人或者付款人提交的电子支付指令，转移货币资金的行为。

上述两类规则的具体分类方式和规则将由中国人民银行另行制定。

（二）强调反洗钱反恐怖融资义务

近年来，利用非银行支付机构开展洗钱活动/其他违法犯罪活动的情形屡禁不止。对此，《条例》再次强调了非银行支付机构的反洗钱反恐怖融资义务。

一方面，《条例》要求非银行支付机构必须对其用户进行持续的身份识别机制管理。

另一方面，《条例》要求非银行

支付机构建立健全支付账户开立、使用、变更和注销等业务管理制度，按照“谁的客户谁负责”的管理原则，承担支付账户合法合规的主体责任，履行尽职调查义务。这也进一步明确了支付机构的审慎注意义务。

（三）强化个人信息保护

大数据时代，个人信息保护成为焦点问题。在此背景下，《条例》强化了个人信息保护措施，强调非银行支付机构收集、使用用户信息，应当遵循合法、正当、必要的原则，公开收集、使用用户信息的规则，明示收集、使用用户信息的目的、方式和范围，并经用户同意。

同时，《条例》还规定，如支付机构未按《条例》规定收集、使用与保存用户信息，将面临相应的行政处罚；情节严重的，支付业务许可证将被吊销。这就切实加大了支付机构的违法成本，有利于推动支付行业的规范运营。

三、加强监管力度

与旧规相比，《条例》加大了对非银行支付机构的监管力度，具体如下：

（一）采取动态监管措施，提高违法成本

如前文所述，《条例》并未规定支付业务许可证的期限，亦未规定相应的展期问题，但这并不意味着监管力度的放松。笔者注意到，《条例》增加了一系列支付机构日常监管规定。支付机构出现风险情形或违法违规情形的，将面临相应的行政处罚或其他监管措施。同时，与《管理办法》等相比，《条例》规

定的行政处罚力度大幅提高。其中,《条例》共规定了27种可导致支付业务许可证被吊销的情形。

在上述动态监管思路下,非银行支付机构取得支付业务许可证后,需持续保持依法依规经营,否则随时可能被采取相应的监管措施,甚至被吊销支付业务许可证。

(二) 控制业务规模

《条例》规定,中国人民银行根据审慎监管原则确定注册资本与业务规模的比例要求。其中,“业务规模”的定义何如,尚需进一步明确。非银行支付机构需充分关注监管要求,必要时对业务经营作出调整。

(三) 强化反垄断监管

基于当前第三方支付市场的现状,《条例》提出了反垄断监管要求。其从市场支配地位的认定出发,对非银行支付机构采取不同的监管措施:

1. 非银行支付机构在非银行支付服务市场的市场份额达到一定比例时,中国人民银行可以商请国务院反垄断执法机构对其采取预警措施。情形包括:(1)一个非银行支付机构在非银行支付服务市场的市场份额达到三分之一;(2)两个非银行支付机构在非银行支付服务市场的市场份额合计达到二分之一;(3)三个非银行支付机构在非银行支付服务市场的市场份额合计达到五分之三。

2. 非银行支付机构在全国电子支付市场的市场份额达到一定比例时,中国人民银行可以商请国务院反垄断执法机构对其是否具有市场

支配地位进行认定。情形包括:(1)一个非银行支付机构在全国电子支付市场的市场份额达到二分之一;(2)两个非银行支付机构在全国电子支付市场的市场份额合计达到三分之二;(3)三个非银行支付机构在全国电子支付市场的市场份额合计达到四分之三。符合后两种情形之一,但其中涉及的非银行支付机构市场份额不足十分之一的,无需采取前述措施。这与《〈反垄断法〉修订草案(公开征求意见稿)》的相关规定保持了一致。

3. 非银行支付机构未遵循安全、高效、诚信和公平竞争原则,严重影响支付服务市场健康发展的,中国人民银行可以向国务院反垄断执法机构建议采取停止滥用市场支配地位行为、停止实施集中、按照支付业务类型拆分非银行支付机构等措施。

笔者注意到,上述条款采取了“非银行支付服务市场”“全国电子支付市场”的不同表述,其具体范围何如,仍需进一步确定。此外,相关方在实施针对非银行支付机构的投资并购行为前,需对反垄断监管要求予以充分关注。

结语

第三方支付市场发展至今已颇具规模,但同时,第三方支付机构被监管处罚、被不法分子利用支付通道从事违法犯罪活动的情形亦层出不穷。《条例》针对第三方支付行业的痛点作出重大变革,将引导非银行支付机构进一步规范经营,促进全行业的健康发展。



邓学敏

北京炜衡(上海)律师事务所合伙人,上海律协并购重组业务研究委员会委员

业务方向: 并购重组、资管信托、证券市场与金融争议解决



饶梦莹

北京炜衡(上海)律师事务所律师

业务方向: 并购重组、资管信托、证券市场与金融争议解决

行政规范性文件法律审查要求

从一例房屋拆迁安置补偿案件切入

文 | 奚明强

一、案情介绍

涉案房屋的土地使用者为顾某，系1991年以顾某、张某（顾某之妻）、顾某1（顾某之子）、顾某2（顾某之女）四人名义向某县人民政府申请建造，批准面积为202平方米。顾某1自1993年7月调入上海市某局，2006年领取住房补贴，至今未享受过住房分配。

涉案房屋地址上的房屋面积为202平方米，全户人口共六人，分别为顾某、张某、顾某1、顾某2、薛某（顾某1之妻）、顾某3（顾某1之女）。

该地址于2007年11月22日纳入“某区环城绿带开天窗补绿工程某某段”项目建设。根据顾某与某区房屋征收事务中心订立的《上海市征收集体土地居住房屋补偿协议》，将顾某、张某、薛某、顾某3认定为应安置人员，每人按照应建未建面积60平方米进行补偿，顾某3以未初婚未育独生子女按2人计算。对顾某1以“在本市享受过住房福利、补贴政策”不认定为应安置人员，对顾某2以“在本市他处享受过农村村民建房用地政策”不认定为应安置人员。最终，核定顾某户202平方米的住房补偿面积为300平方米。

在民事诉讼过程中，某区房屋征收事务中心向顾某1确认，系按照某区规划和土地管理局（以下简称“某区规土局”）《某区某某镇环城绿带开天窗补绿项目居民房屋征收补偿安置操作口径》（以下简称《征收补偿安置操作口径》）、某某镇人民政府《某某镇征收集体土地房屋补偿应安置人口和面积认定操作口径（试行）》（以下简称《应安置人口和面积认定操作口径》），对顾某1不予征收补偿。其中：

1.《征收补偿安置操作口径》第四条第三款规定，具体人口及建筑面积，由某某镇人口面积认定工作小组参照《应安置人口和面积认定操作口径》相关程序及标准进行审核确认，并出具可建未建建筑面积确认单。

2.《应安置人口和面积认定操作口径》第三条第一款规定，截至征地公告日或者协议置换备案批准日，在征收或者协议置换范围内具有本市常住户口，且在本市无其他住房的，可以认定为被征收（协议置换）房屋的应安置人口。

第十三条第一款规定：“本操作口径所称的‘其他住房’，是指：（一）本市他处的公有住房使用权；（二）本市他处的已购公有住房；

（三）将已购公有住房出售、公有住房使用权差价交换；（四）因本市他处房屋征收（拆迁）获得过补偿安置；（五）在本市他处享受过农村村民建房用地政策；（六）在本市享受过住房福利、补贴政策。”

3.某某镇人民政府依据《应安置人口和面积认定操作口径》，以顾某1“在本市享受过住房福利、补贴政策”为由，否认其为被征收（协议置换）房屋的应安置人口，直接导致其不能作为被安置人员从某区房屋征收事务中心获取征收补偿。

顾某1在开庭审理中提出上述规定违反了《上海市征收集体土地房屋补偿暂行规定》第十七条和《上海市行政规范性文件制定和备案规定》第九条，而主审法官明确其只能作为抗辩理由，不能在本案中对抗前述行政规范性文件进行合法性审查，故顾某1先行撤回起诉。

二、对涉案行政规范性文件效力的查证

撤诉后，顾某1就《征收补偿安置操作口径》和《应安置人口和面积认定操作口径》，分别向某区规土局、某某镇人民政府申请政府信息公开。根据《上海市行政规

范性文件制定和备案规定》所反映出可能存在的政府信息，申请公开以下政府信息：

1. 起草上述行政规范性文件过程中就关联条款的合法性和合理性等内容进行调研的政府信息；

2. 起草上述行政规范性文件过程中就关联条款的合法性和合理性听取意见的政府信息；

3. 就上述行政规范性文件进行合法性审查的政府信息；

4. 制定上述行政规范性文件涉及法律、法规、规章授权的政府信息；

5. 提交某区人民政府法制办备案的政府信息。

同时，顾某1对某区人民政府、上海市规划和土地管理局就关联政府信息做同样申请。后获得如下答复：

1. 某区人民政府确认上述行政规范性文件未提交备案；

2. 上海市规划和土地管理局确认未听取意见；

3. 某区规土局确认未就上述行政规范性文件进行合法性审查、未提交备案；

4. 某某镇人民政府确认未就关联条款的合法性和合理性等内容进行调研，未就关联条款的合法性和合理性听取意见，未就上述行政规范性文件进行合法性审查，关联条款无法律、法规、规章授权，未将上述行政规范性文件提交备案。

顾某1以此向某区人民政府

提出《关于对〈应安置人口和面积认定操作口径〉进行审查的书面建议》，要求改正或撤销。但随后获悉，某某镇人民政府在其申请政府信息公开的过程中，决定停止执行《应安置人口和面积认定操作口径》。

顾某1再次对某某镇人民政府停止执行《应安置人口和面积认定操作口径》的会议纪要申请政府信息公开。随后获悉，因2018年某区发布《某区房屋征收政策“1+17”文件》，之后新启动的动迁项目以某区相关政策为准，故《应安置人口和面积认定操作口径》停止执行。此内容在后续行政诉讼中得到证实。顾某1同时获悉，《某区房屋征收政策“1+17”文件》并非政府信息，不具有对外效力。

此后，顾某1向某区人民政府分别提交了《关于撤销停止执行〈应安置人口和面积认定操作口径〉决定的书面建议》和《关于对〈征收补偿安置操作口径〉进行审查的书面建议》，后收到某区司法局工作人员电话口头答复：

1. 《征收补偿安置操作口径》不属于行政规范性文件，以前的答复与本答复不一致的，以本答复为准；

2. 没有必要撤销停止执行《应安置人口和面积认定操作口径》的决定；

3. 以上答复内容不出具文字材料，不作当面接待。

最终，顾某1就该案放弃司法

救济，对现状持保留意见。

三、涉案行政规范性文件的效力探讨

（一）已知可以列明评价涉案行政规范性文件的法律依据

1. 《上海市行政规范性文件管理规定》（原《上海市行政规范性文件制定和备案规定》）

2. 《上海市征收集体土地房屋补偿暂行规定》

3. 《关于贯彻实施〈上海市征收集体土地房屋补偿暂行规定〉的若干意见》

4. 《上海市征收集体土地房屋补偿评估管理的规定》

5. 《上海市农村村民住房建设管理办法》

6. 《浦东新区征收集体土地房屋补偿标准的通知》

7. 《浦东新区农村村民住房建设管理实施细则》

（二）已知可以列明评价涉案行政规范性文件的事实依据

1. 某区人民政府确认涉案行政规范性文件未提交备案；

2. 某某镇人民政府确认未就关联条款的合法性和合理性等内容进行调研，未就关联条款的合法性和合理性听取意见，未就涉案行政规范性文件进行合法性审查，关联条款无法律、法规、规章授权，未将涉案行政规范性文件提交备案；

3. 在列明的法律依据中未发现现有授权或支持以“在本市享受过

住房福利、补贴政策”为由否认“被征收（协议置换）房屋的应安置人口”身份的内容。

（三）评价涉案行政规范性文件效力的结论

1. 涉案行政规范性文件未提交备案的行为，不产生涉案行政规范性文件必然无效的法律后果，但可以引申出从外部要求上级人民政府对涉案行政规范性文件备案审查的权利主张。

2. 某某镇人民政府确认未就涉案行政规范性文件进行合法性审查的行为无法查证，但参考《最

高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第三条规定的“一方当事人陈述的于己不利的事实”的情形，可以作为认定案件事实的依据。

3. 某某镇人民政府确认涉案行政规范性文件中以“在本市享受过住房福利、补贴政策”为由否认“被征收（协议置换）房屋的应安置人口”身份的内容无法律、法规、规章授权的行为，可以与在列明的法律依据中查证的情况相互印证，足以认定涉案行政规范性文件中的前述内容无法律、法规、规章授

权的事实。

4. 某某镇人民政府确认未就涉案行政规范性文件进行合法性审查的行为，直接导致涉案行政规范性文件违反《上海市行政规范性文件制定和备案规定》第十九条第一款、第四款规定（现《上海市行政规范性文件管理规定》第二十六条第二款），依法不得签署公布，自始不具有法律效力。

5. 某某镇人民政府确认涉案行政规范性文件中以“在本市享受过住房福利、补贴政策”为由否认“被征收（协议置换）房屋的应安



置人口”身份的条款内容无法律、法规、规章授权的行为，直接导致涉案行政规范性文件违反《上海市行政规范性文件制定和备案规定》第九条第一款第七项规定（现《上海市行政规范性文件管理规定》第十二条第四款）。因为行政规范性文件不得设定减损公民、法人和其他组织合法权益或者增加其义务的事项，所以涉案行政规范性文件自始不具有法律效力。

一般认为，行政规范性文件在停止执行之前依法有效，可以作为其停止执行之前所规制行为的法律依据。但该案中，涉案行政规范性文件本身及其关联条款因严重违反程序要求和实体要求，依法自始不具有法律效力；即便已经停止执行，在停止执行之前仍然无法作为其所规制行为的法律依据。

四、行政规范性文件的法律审查要求探讨

该案中，系从外部以政府信息公开的方式获取了证明涉案行政规范性文件依法自始无效的事实证据，按照排除一切合理怀疑的证据要求，证明了涉案行政规范性文件自始无效的法律事实。

有理由认为，上述模式的内在逻辑可以借鉴到参与行政规范性文件的司法审查及内部审查中。

（一）参与行政规范性文件的司法审查

作为司法审判人员，在行政诉讼过程中参与行政规范性文件的司法审查时，根据《上海市行政规范性文件管理规定》的程序性

要求，审查行政规范性文件的合法性是重中之重。如果被告是制定机关，当然可以要求被告出示；如果被告不是制定机关，则只能依职权调取或建议其他诉讼参与人申请政府信息公开，根据政府信息公开的答复进行综合评判。

作为其他诉讼参与人，在行政诉讼开始之前可以预料到会对行政规范性文件进行司法审查。在有必要的情况下可以提前向行政规范性文件的制定机关申请政府信息公开，并将政府信息公开的答复提供给司法机关，以此形式参与司法审查。

相比较而言，对行政规范性文件禁止事项的审查方法更为简单。

对于禁止事项的审查，可以根据行政规范性文件自认的上位法来源一层层追溯到源头法律规范，结合行政规范性文件具体条款涉及的行政法律关系对应的行政法律规范，按照《上海市行政规范性文件管理规定》第十二条罗列的禁止事项，根据形式逻辑的方法进行推理；结合上位法与下位法之间法律规范的同源性、部门法与部门法之间统一于宪法的对立关系，进行辩证分析。

（二）参与行政规范性文件的内部审查

行政规范性文件的内部审查一般是指起草时的合法性审核与备案审查。

备案审查的要求同司法审查，但比司法审查有优势的地方是，基于行政机关的上下级领导关系，备案审查机关一定能够获得制定机

关的合法性审核意见。所以实务中会遇到备案审查机关明知制定机关发布的行政规范性文件不具有合法性审核的基础，要求制定机关发布的行政规范性文件不得报送备案，从而放任该行政规范性文件对外发生效力。对此，笔者建议在立法时进行调整。



奚明强

上海博和汉商律师事务所合伙人，上海律协行政法业务研究委员会委员
业务方向：刑民交叉、行刑交叉、基础法律事实认定

从法律与财务双重视角 检视对赌协议的效力

文 | 凌铮

一、概念与背景

“对赌协议”是实践中的一种俗称，又称“估值调整协议”，是指投资方与融资方在达成股权性融资协议时，为解决交易双方对目标公司未来发展的不确定性、信息不对称以及代理成本而设计的包含了股权回购、金钱补偿等对未来目标公司的估值进行调整的协议。如果从会计角度看“对赌”的概念，则更为清晰。《企业会计准则第20号——企业合并》（以下简称《第20号准则》）将对赌称为“或有对价”，是指合并各方在合并协议中约定，根据未来一项或多项或有事项的发生，购买方通过发行额外证券、支付额外现金或其他资产等方式追加合并对价，或者要求返还之前已经支付的对价。

研究对赌协议的人一定了解被业界称为“对赌协议第一案”的“海富案”，下文也会对该案进行介绍，然而这并不是国内对赌协议的开端。本世纪初，蒙牛与摩根士丹利等投资机构的对赌，使蒙牛从一家初创企业成长为国内乳业巨头，相关投资机构也获得了丰厚回报。这一投资成为国内的对赌经典案例，也让对赌慢慢走进国人的视野。2009年创业板推出，使PE（私募股权投资）和VC（风险

投资）等风险投资机构有了退出渠道，人民币基金迅猛发展。加之我国在2008年国际金融危机后推出“4万亿经济刺激计划”，国内风险投资在经济复苏的过程中逐步增多，全民创业和移动互联网浪潮等因素也进一步推动了风险投资的增多。笔者以“对赌协议”为关键词在裁判文书网进行检索，共有1374篇民事判决书（截至2021年5月16日），按年份统计见表一。

由此可见，自2013年以来，有关对赌协议的案件数量逐年递增（检索时2021年尚未过半）。

这一数据表明，伴随着风险投资的繁荣，相应的投资纠纷也逐渐增多。在这样的背景下，有必要讨论研究对赌协议的一系列问题。目前有不少关于对赌协议的争议，一类是已经不乏讨论的效力问题，也是本文想要讨论的主题；另一类是对赌协议中的违约金调整与利息管制问题，未来有机会再另行讨论。

二、对赌协议效力纠纷的争议焦点

对赌协议的类型多种多样，我

表一



国最常见的主要为以下两种：

业绩承诺对赌。即采用一定的财务指标（如净利润数额）为衡量指标，约定融资方在约定年限内达到约定的财务指标，投资方给予相应的货币或股权奖励；反之，融资方应当按照约定的计算方法向投资方支付货币补偿，或向投资方转让股权，或向投资方回购目标公司股权。

上市对赌。即目标公司在约定的期限内实现上市，未能上市的融资方应当按照约定的计算方式向投资方回购股权。通常预设回购率，以投资金额为基数，根据投入资金日期和回购要求提出日期之间的年限按一定公式计算。

本文及大多数论文，甚至《第20号准则》讨论的都是业绩承诺对赌，根据其定义，对赌协议可以是双向的。即如果满足了约定的财务指标，投资方需给予融资方货币或股权奖励；如果不满足，则融资方需向投资方支付货币补偿或回购股权。然而在实践中，国内的投资方往往处于更强势的地位，对赌协议通常是单向的。即只包含在未达到业绩目标或其他目标时，目标公司或其股东、实际控制人对投资方进行补偿的条款；而缺少达到或超过业绩目标时，投资方补偿目标公司或其股东、实际控制人的条款。这也是目前有司法机关认为对赌协议有违公平原则的一个原因。

从订立对赌协议的双方主体来看，一方为投资方，另一方可以是融资方企业，也可以是融资方大股东或实际控制人。如2019年《全

国法院民商事审判工作会议纪要》（以下简称《九民纪要》）所言：“对于投资方与目标公司的股东或者实际控制人订立的‘对赌协议’，如无其他无效事由，认定有效并支持实际履行，实践中并无争议。”相关争议焦点往往集中在投资方与目标公司订立的对赌协议是否有效以及能否实际履行上。要讨论这个问题，不得不先谈谈中国的“对赌协议第一案”——“海富案”。

三、“海富案”概述

1. 案件全称

甘肃世恒有色资源再利用有限公司等与苏州工业园区海富投资有限公司增资纠纷再审案【（2012）民提字第11号】

2. 基本案情

海富公司作为投资人与世恒公司及其股东迪亚公司（持股100%）等签订估值调整协议，其中约定：海富公司向世恒公司增资2000万元，成为持股3.85%的股东；世恒公司2008年净利润不低于3000万元，否则海富公司有权要求世恒公司予以现金补偿；如果世恒公司未能履行补偿义务，海富公司有权要求迪亚公司履行补偿义务，并约定了补偿计算方式。之后，因世恒公司未达到约定业绩目标，海富公司遂诉请判令世恒公司、迪亚公司等共同支付约定的补偿款。

3. 最高院观点

一审、二审法院根据《公司法》第二十条和《中外合资企业法》第八条规定，认定由世恒公司向海富公司进行补偿无效，是正确的；迪

亚公司对海富公司的补偿承诺并不损害公司及公司债权人的利益，不违反法律、法规的禁止性规定，是有效的。

4. 总结思考

“海富案”的判决结果表明了最高院当时的基本态度，即控股股东补偿承诺有效，但不认可融资公司承担估值调整补偿义务的效力，因为“投资者与目标公司本身之间的补偿条款如果使得投资者可以取得相对固定的收益，则该收益会脱离目标公司的经营业绩，直接或间接地损害公司或债权人利益”。此后，司法实践中确立了“投资人与目标公司股东对赌有效，与目标公司对赌无效”的原则。地方法院在类似案件中也遵循了这一审判思路，比如北京冷杉投资中心（有限合伙）与曹务波股权转让纠纷案【（2013）一中民初字第6951号】、金富春集团有限公司与林根永股权转让纠纷【（2012）常商外再初字第00001号】等。然而，在“海富案”审结2年后，中国国际经济贸易仲裁委员会在其2014年1月的一起仲裁裁决【（2014）中国贸仲京裁字第0056号】中作出了相反的效力认定，其认定投资方与目标公司之间的对赌条款有效。

四、对赌协议的本源探究

对赌协议能在私募股权投资领域得到广泛应用是因为其具有一般商事合同所不具备的独特价值，投融资双方设置对赌协议是为了更好地平衡双方的交易风险。在投融资领域，投融资双方存在

着如下问题：

1. 信息不对称

投融资双方在标的企业的经营状况、管理人员素质等方面存在严重的信息不对称。尽管投资方所做的尽职调查能在一定程度上消除由此带来的不利影响，但与融资方不同，投资方无法对标的企业进行全面了解。而且尽职调查往往是建立在融资方所提供的资料和信息之上的，在融资方为实现己方利益最大化而有意隐瞒、伪造信息资料的情况下，投资方更是面临着巨大的风险。

2. 管理风险

对赌协议大多发生于私募股权投资（PE）中，而私募股权投资绝大多数都是财务性投资，投资方是为了通过日后的退出机会实现资本增值或赚取股息。在这种情况下，投资方往往不直接参与标的企业的实际管理与运营。由于信息

不对称，投资方很难在投资前准确地判断标的企业管理层的管理能力，也很难在投资后有效地监督管理者的经营活动。标的企业管理层很可能在取得投资后作出损害投资方利益的行为，如转移标的企业资产、违规为其他企业进行担保等。

3. 估值分歧

投资方作为买方，融资方作为卖方，前者欲压低估值，后者欲抬高估值。而且目前的价值评估领域存在多种估值标准，不同的估值标准会带来估值上的巨大差异。选择哪一种估值标准容易成为投融资双方的争议焦点，投融资双方之间的信息不对称也在一定程度上加大了双方的估值分歧。

为了解决上述问题，对赌协议应运而生，在私募股权投资领域大放异彩。通过前文的论述也可以发现，对赌协议虽然是对未来不确

定因素的约定并通过这种不确定因素来调整双方的利益，但其本质并不是想要通过这种不确定因素来获利，而是希望通过设置估值调整条款来锁定不确定因素带来的交易风险。并且对赌协议作为一种在私募股权投资领域得到广泛实践的商事合同，是交易双方真实意思的体现，有力地平衡了投融资双方的利益，为投资方锁定交易风险提供了一条行之有效的路径。因此，对于对赌协议效力的探究也应回归到合同的本质，考察其背后当事人的真实意思。

五、《九民纪要》对于“对赌协议”效力的认定

根据《九民纪要》第5条的规定，可以得出如下结论：

投资方与目标公司的股东或者实际控制人订立的对赌协议，如无其他无效事由，应当认定有效并支持实际履行。

投资方与目标公司订立的对赌协议，如无其它无效事由（如《民法典》第一百四十六条），对赌协议本身有效。但在履行上，需要遵循如下路径：（1）投资方可以根据协议要求目标公司回购股权，前提是符合《公司法》关于“股东不得抽逃出资”及股份回购的强制性规定，且目标公司已完成减资程序。（2）投资方可以根据协议要求目标公司承担金钱补偿义务，前提是符合《公司法》关于“股东不得抽逃出资”及利润分配的强制性规定，且目标公司利润足以补偿投资方或者部分补偿投资方；对于未能补偿的部分，今后目标公司有利润时，



投资方还可以要求目标公司承担金钱补偿义务。

若发生纠纷后融资方提起诉讼，对于投资方需要给予相应的货币或股权奖励的处理方式，虽然最高院在上述规则中未予明确，但笔者认为也是类似的。

六、从财务视角审视对赌协议的处理规则

首先需要声明的是，《企业会计准则》中的“或有对价”（即上述对赌协议）主要适用于企业合并中的情形。《第 20 号准则》对于非同一控制下（可以简单理解为非关联公司）的企业合并中的或有对价的处理规定如下：购买方应当将合并协议约定的或有对价作为企业合并转移对价的一部分，按照其在购买日的公允价值计入企业合并成本。或有对价符合权益工具和金融负债定义的，购买方应当将支付或有对价的义务确认为一项权益或负债；符合资产定义并满足资产确认条件的，购买方应当将符合合并协议约定条件的、对已支付的合并对价中可收回的部分的权利确认为一项资产。

重点是若或有对价构成金融资产或金融负债的，在会计上确认为“交易性金融资产/负债”，采用公允价值计量。并且只要不是在购买日后 12 个月内出现对购买日已存在情况的新的或者进一步证据而需要调整或有对价的情况下，公允价值变化产生的利得和损失应按《第 20 号准则》的规定计入当期损益（公允价值变动

损益科目）。

相信财务人士及法律人士一定清楚，一旦影响当期损益就会给相关方一次“调节利润”的机会。例如，A 公司以 1 亿元的价格购买 B 公司 80% 的股权（A、B 之间无关联关系），并与 B 公司约定：若 B 公司在接下来的三年内，年利润达不到 1000 万元，则 B 公司需要在未达到的年份补偿 A 公司 1000 万元。在此例中，若 A 公司在购买日预计 B 公司在未来三年内很可能达不到约定利润，并符合确认金融资产的条件，即可以确认交易性金融资产 3000 万元（增加资产）；未来三年内，如果此金融资产的公允价值有变化，又能将变动计入公允价值变动损益（调节利润）。

因此，最高院在《九民纪要》中对于对赌协议的效力一般认定为有效，但是对于与目标公司对赌的履行则要求慎之又慎，前提是符合《公司法》关于“股东不得抽逃出资”及利润分配的强制性规定。如果发生此类纠纷，恐怕不仅需要基于法律角度考量，更需要基于财务角度考察有无通过“调节利润”抽逃出资的情形。彼时，专业财务人士的协助显得相当关键。

七、总结与思考

对赌协议是投融资双方且主要是投资方用以锁定交易风险的工具，其本质与一般的商事合同没有任何区别，不能要求法律去单独应对，也没有这个必要。对对赌协议效力的认定应严格按照

《民法典》《公司法》的相关规定，结合其具体内容、签约背景等进行，而不能随意超脱，自行创设一套武断的认定标准。而从鼓励投资、解决企业融资难的角度出发，也应该审慎认定对赌协议的效力，不能将其轻易否认。对于这一点，最高院在《九民纪要》中已然明确：在无其他无效事由的前提下，无论是与目标公司的对赌，还是与目标公司股东或实际控制人的对赌，对赌协议本身均有效。



凌铮

北京盈科（上海）律师事务所律师
业务方向：合同法、房地产法、涉外法律

2022年疫情之下 上海商业地产租金减免政策解读

文 | 夏明亮 姚微

2022年开年，新冠疫情再次在全国范围内多点相继暴发；上海本土疫情自3月起发展迅猛，对承租商业地产进行经营的小微企业带来了强烈冲击。在此情况下，中央和上海均出台了针对小微企业的租金减免政策，作为总体扶持政策的组成部分。这些租金减免政策在很大程度上缓解了承租房屋进行经营的小微企业的经营压力，对促进上海复工复产、经济复苏具有重大的现实意义。本文将对上海的商业地产租金减免政策进行要点梳理，并就实践中可能产生的政策解读问题进行探讨。

一、2022年疫情背景下的租金减免政策框架

就国有房屋租金减免事宜，中央和上海均出台了相关政策。政策框架均为先出台包括租金减免在内的总体扶持政策，再就租金减免颁布专项政策。具体包括：

2022年2月18日，国家发改委等14部门发布《关于促进服务业领域困难行业恢复发展的若干政策》（发改财金[2022]271号），包含八条43项。其中，第一条第6项规定了对承租国有房屋经营的服务业小微企业及个体工商户减免3至6个月的租金。

2022年3月23日，国务院国资委发布《关于做好2022年服务业小微企业和个体工商户房租减免工作的通知》（国资厅财评[2022]29号），对租金减免的主体、对象及减免幅度进行了明确。同时，针对服务业的划分标准存在一定模糊性的问题，特别指出“原则上第三产业都可以视为服务业”。

2022年3月28日，上海市人民政府办公厅发布《上海市全力抗击疫情助企业促发展的若干政策措施》（沪府办规[2022]5号），包含六条21项。其中，第二条第（七）项规定了减免小微企业和个体工商户房屋租金的政策。与中央的政策相比，上海的政策没有再将从事服务业作为承租人的资格要求之一。这一变化虽然在扩大减免对象范围方面的作用有限（因承租国有房屋从事农业及工业生产经营的小微企业及个体工商户数量有限），但大大简化了审核难度和流程。

2022年3月30日，上海市国资委、住建委及房管局共同发布《上海市国有企业减免小微企业和个体工商户房屋租金的实施细则》（沪国资委规[2022]1号）（以下简称《实施细则》）。

2022年3月31日，上海市国资委发布《〈上海市国有企业减免小微企业和个体工商户房屋租金的实施细则〉解读》（以下简称《实施

细则解读》），对《实施细则》的内容进行了进一步细化，以指导租金减免工作的实际操作。

二、上海2022年租金减免政策要点分析及实操指南

（一）实施主体及适用房屋

《实施细则》第一条第（一）项规定了实施主体为“上海市、区国资委监管的市属、区属国有企业集团（含委托监管企业）及纳入合并报表范围内下属企业”，第（二）项规定了适用房屋为“实施主体自有经营性房产和使用权房”。

问题1：承租人如何确认其承租的房屋是否适用租金减免政策？

根据政策内容，承租人在判断其所承租的房屋是否适用租金减免政策时需核查的核心问题为房屋的所有权属性，而房屋的所有权属性又取决于房屋所有权人的性质。即仅当所承租房屋的所有权人属于政策规定的实施主体时，其承租的房屋才可纳入减免租金房屋范围。笔

者之所以强调这一问题，是因为实践操作中存在很多国有企业将其名下的房屋委托给其他主体对外出租经营的情况，这时承租人签署的租赁合同所记载的出租人可能并非该房屋真正的所有权人，而是受托经营者。因此，承租人在考察其承租的房屋是否享受租金减免政策时，首先应确认真正的所有权人是哪一方，并以该所有权人的性质来判断所承租房屋的性质。

问题 2：“国有企业集团”的范围包括哪些主体？

根据《实施细则解读》第 1 条的规定，在判断相关房屋的所有权人是否为国有企业集团时，首先可查询上海市国资委网站及各区国资委网站的公开披露信息。根据笔者查询情况，市国资委网站中可查询到“市国资委系统管理单位分类一览表”（[https://www.gzw.sh.gov](https://www.gzw.sh.gov.cn/shgzw_xtdw/index.html)

[cn/shgzw_xtdw/index.html](https://www.gzw.sh.gov.cn/shgzw_xtdw/index.html)），其中对国有企业集团的名称进行了明确的列表披露。而各区的网站导航设置不统一，有些查询起来相对困难，建议直接通过《实施细则解读》后附的电话或电子邮箱查询，可以较快获取准确的信息。其次，对于国有企业集团纳入合并报表范围内的下属企业，则须由下级企业向上级企业进行确认。

对于承租人来说，如果首先确认其所承租房屋的所有权人并非国有企业集团，则可以通过网上公开信息了解该所有权人的控股股东；如果该股东为国有企业集团，则可进一步与其确认该所有权人是否为其纳入合并报表范围的下属企业。

问题 3：集体企业所有房产能否强制适用本次租金减免政策？

《实施细则解读》第 1 条规定，上海市的集体企业可参照执行本次

免租政策。笔者在解答法律咨询的过程中曾就相关问题咨询上海某区国资委，该国资委的答复是集体企业不属于国资委的监管范围，国资委政策对集体企业不具有约束力。即是否“参照执行”由集体企业自行决定。

问题 4：“经营性房产”是指哪些房产？

根据《中华人民共和国民法典》第二百七十一条，“经营性用房”是与“住宅”相对的概念，即强调其非居住、用于生产经营活动的属性。因此，承租国有企业集团名下的房屋用于居住的情况不适用本次租金减免政策。

问题 5：“使用权房”是指哪些房产？

《实施细则》将“使用权房”明确为“依法建立公房租赁关系、执行市政府规定租金标准，由本市相



美国有企业负责经营管理的公有非居住房屋”。根据这一定义，如果相关主体所承租的房屋并非国有企业集团名下房屋，但已建立公租房租赁法律关系、由国有企业集团对外出租管理并按市政府规定标准收取租金，亦适用本次租金减免政策。

（二）减免对象

《实施细则》第一条第（三）项规定了减免对象为“最终签约承租实施主体房屋从事生产经营活动的小微企业和个体工商户”。

上海 2022 年的租金减免政策不同于上海 2020 年及中央 2022 年的政策，减免对象不再局限于服务业，只对承租人的经营规模作出了要求（即小微企业和个体工商户）。该限制的解除一方面在中央政策的基础上扩大了减免对象范围，另一方面减少了出租人的核查环节，无需再对租户所属行业进行审核判断。

问题 1：如何认定承租人是否属于“小微企业”？

根据《实施细则》的要求，小微企业的确认应参照《统计上大中小微型企业划分办法（2017）》及《金融业企业划型标准规定》（银发[2015]309 号）进行确定。实际操作中，小微企业名录可在“全国个体私营经济发展服务网”进行查询。但应注意的是，该网站的信息来源为自行申报，可能有一些租户自称小微企业，但在该网站上查询不到，这时就需要参照上述规定进行确认、核查。

上述规定对小微企业的划分根据所属行业的不同制定了不同的量

化标准。实际操作中，首先需根据承租人的经营范围来确认其所属行业，然后根据所属行业确认其适用的量化标准（一般从“从业人员”及“营业收入 / 资产总额”两个维度进行考查）。因此，在无法通过上述网站获取小微企业信息的情况下，需核查的材料相对比较复杂，一般包括承租人的社保缴纳材料及财务报表。

问题 2：享受租金减免政策主体的负面清单有哪些？

《实施细则解读》第 3 条规定：“大中型企业集团及下属的子企业、国有企业最终承租经营的，不在本次免租政策适用范围内。”其基本逻辑应该是以上主体有国资和中大型企业的股东背景，资金及抗击打能力较强，相对扶持力度无需那么大。

笔者通过电子邮件向上海市国资委咨询了相关问题，包括：所谓的“子企业”是指全资子公司，还是控股、参股的情况也包括在内？所谓的“下属”是穿透一层股东即可，还是需要逐层穿透至实际控制人？

对此，上海市国资委给予了及时、明确的回复：下属企业包括所有具有实际控制权的子企业，覆盖直接持股和间接持股。以实际控制权作为判断标准，如果这家小租户的控股股东是大中型企业，则该小租户不在免租范围内。大中型企业集团及下属的子企业、国有独资企业、国有全资企业、国有控股企业、国有实际控制企业最终承租经营的，不在本次免租政策适用范围内。

根据上述回复，实际操作中需对小微企业承租人进行股东穿透审核。这个穿透过程同样比较复杂，包括查询股东和持股比例、根据所属行业对股东进行划分，从而确认其是否属于大中型企业。而且鉴于股东包括间接持股股东，因此要一直穿透到实际控制人，而非只穿透到上一层股东。

问题 3：存在转租、分租情况时如何处理？

《实施细则》及《实施细则解读》均明确规定，转租方不享受本次租金减免政策，租金减免政策需落实到实际承租房屋进行经营的主体。具体来说，转租方为国有企业的，应当与房屋产权方以各自实收的租金为限共同承担减免的租金；转租方为非国有企业的，应当配合房屋产权方及国有企业转租方将减免的租金全部落实到最终承租方。

根据上述政策，对于最终实际经营的承租人来说，无论存在几层转租、转租人是否为国有企业，其租金的减免额度均不发生变化。但对于享有房屋所有权的出租人来说，如果转租人中存在国有企业，则因租金减免产生的收入损失可由各层国有企业分担；如果转租人中无国有企业，则因租金减免产生的收入损失将全部由房屋所有权人承担。

（三）减免期限

《实施细则》第一条第（四）项规定了减免期限：“实施主体对最终承租方免除 2022 年部分租金，分两档执行。第一档，普遍免除 3 个月租金。所有地区内的最终承租

方，2022年免除3个月租金。最终承租方在2022年租期不满一年的，根据租期按比例享受免租。第二档，增加免除3个月租金。租赁合同存续期间，2022年被列为疫情中高风险地区所在的街镇行政区域内的最终承租方，或按有关部门防疫要求被封控、停业、征用房屋的最终承租方，以及全年经营亏损的最终承租方，经出具上述任一证明材料，2022年再免除3个月租金，全年合计可免除6个月租金。最终承租方在2022年租期不满一年的，根据租期按比例享受免租。符合第二档免租条件的最终承租方增加免除金额不超过3个月租金。”

问题1：针对上海已采取普遍性封控措施的情况，是否还需分档次进行租金减免？

从上海的封控情况来看，应该所有租户都可以满足第二档中“被封控、停业”的条件。在2022年4月22日的新冠肺炎疫情新闻发布会上，上海市国资委表示，针对承租人普遍反映的免租期限认定问题，在原来方案细则的基础上，经研究后作出进一步明确：承租本市国有企业房屋的小微企业和个体工商户无需提供受疫情影响的证明材料，凭租赁合同等必要材料，全部可以免除2022年6个月租金，其中租期不满一年的按比例免租。这大大减少了承租人的材料准备工作和出租人的审核工作，有效提高了租金减免工作效率。同时应注意的是，本次租金减免政策所涉及的仅为租金本金，不包括物业费、停车费等其他费用。

问题2：所谓“租期不满一年”是指2022年租期还是总租期？

首先，从字面上看，《实施细则》中的相关表述均为“在2022年租期不满一年的”；其次，该政策旨在降低2022年上海疫情对经济发展造成的影响，促进生产经营的快速恢复。因此，“租期不满一年”应指承租人在2022年度内的租期不满一年。另外，如果承租人在2022年内根据租赁合同本来就享有免租期，则按照《实施细则解读》的规定，在计算2022年租期时应减去相应的免租期间。

例如，某租赁合同的总租期为2022年8月1日至2032年7月31日，同时约定承租人在2022年内享有一个月的免租期，即从2022年9月1日开始支付租金。那么，承租人在2022年内的租期为4个月，按比例仅能享受2个月的租金减免。

结语

综上所述，2022年度上海租金减免政策的总体原则是“应免尽免，能免尽免”，鼓励一切形式的租金减免；具体措施是国资企业对非国资的小微企业、个体工商户进行减免；强制减免期限基本上都为6个月租金（不包括物业费、停车费等）。对于不完全满足适用上述租金减免政策条件的小微企业及个体工商户承租人来说，如果在经营过程中的确存在较大困难，应以不可抗力为由积极与出租人沟通，争取参照执行上述减免政策，以达到双赢的效果。



夏明亮

北京金诚同达（上海）律师事务所合伙人，上海律协仲裁业务研究委员会委员，中国政法大学实践导师
业务方向：争议解决、房地产、金融证券



姚薇

北京金诚同达（上海）律师事务所合伙人
业务方向：争议解决、房地产、金融

破产企业债权资本化的合理性探讨

关于国有企业妥善清理“僵尸企业”的新探索

文 | 孙宁隘

在市场经济的战场上，企业的发展经营离不开自身的努力，但同时也需要天时、地利、人和，可谓时也、运也、命也。不少大型企业，尤其是国有企业在发展过程中因历史悠久、拆并史复杂等因素，沉淀了不少因对外负有债务、缺乏持续经营能力而待清算的“僵尸企业”。因此，如何妥善处理这些“僵尸企业”，已成为国有企业面临的一大难题。

一、大型国有企业在处理“僵尸企业”时面临的主要困境

（一）普遍困境

企业在实际经营中需以完成预定的当年盈利指标为己任，实际盈利如有超出指标的部分，可适当自由支配。然而，在当前的经济形势下，企业能达到盈利指标已属不易，更何谈有余力清理“僵尸企业”。

（二）特殊困境

目前，《中华人民共和国公司法》（以下简称《公司法》）在持续完善优化中，其中对于“实际控制人”的惩处力度趋紧。这对于国有企业来说，无疑是一个不小的风险。原因有二：其一，国有企业多成立于建国之后至《公司法》正式出台之前。《公司法》诞生后，国有企业逐步尝试公司制改革，从“某某厂”更名为“某某公司”，再到现代化公司制企业，走过了一条漫长的摸索之路。也正因如此，国有企业在公司制改革过程中遗留的问题给外部挑战者留下了不少突破口，尤其是法人治理独立性屡屡受到挑战。其二，国有企业往往作为最终清理“僵

尸企业”的义务人，一旦“僵尸企业”清理过程中出现突破法人独立性的事件，则会发生“僵尸企业”拖累存活企业的局面。

如果完全放任“僵尸企业”持续存续，那么由上述历史性原因产生的上下级企业混同问题始终有迹可循，各项风险可能蔓延到出资的上级国有企业。如果粗放型地处理“僵尸企业”，在破产制度日趋成熟的大环境下，面对越来越专业的管理人和越来越职业化的债权人，国有企业同样风险重重，可谓进退两难。

二、初探处理“僵尸企业”的合理途径

基于上述困难，是否有既能把“僵尸企业”的风险降低并安全地消灭在破产环节中，又能减轻上级企业清理成本的途径呢？笔者根据实际情况和实践经验，从破产前和破产后两个阶段对大型国有企业处理“僵尸企业”的合理途径进行探讨和分析。

（一）“僵尸企业”破产前的诉

讼准备

大型国有集团下的各国有企业之间通常会发生经济往来，特别是在某个企业发生经营危机的初始阶段，集团层面往往会要求出资企业或集团旗下其他企业对其进行“输血”。实践中，部分企业在接受帮助后能顺利挺过难关，但更多的企业往往是无力继续经营，逐渐成为“僵尸企业”。因此，“输血”企业在财务方面会与“被输血”企业产生应收账款的相关问题。在公司经营的传统观念中，此类问题一般不会涉及诉讼。毕竟，帮助关联企业如同帮助自家兄弟，如果真的诉诸法庭，难免伤了和气，而且还会产生大量诉讼费、律师费等。因此，“输血”企业很少通过诉讼途径确认其享有的债权金额。

这就导致在“僵尸企业”的破产程序中，“输血”企业作为关联方，主张债权显得极为困难，甚至可能出现被反噬的情况。例如，“僵尸企业”需向管理人披露大量财务信息；也有可能是在银行冻结其账户后，借用关联企业的账户进行资金

周转。此外，关联企业往往是基于上级企业的会议纪要等内部理由向“僵尸企业”进行“输血”。以上行为虽然出于善意，但仍可能会在审计过程中被发现并被消极定性，同时为职业债权人主张企业混同、增加责任主体、提请联合破产的请求提供新依据。

因此，笔者根据实践经验认为，开展“僵尸企业”破产前的关联企业债权诉讼，尤其是相关资产的确权之诉是尤为必要和重要的。这不仅能减轻“输血”企业在后续破产流程中申报债权时的举证压力，而且会大大减少高风险信息的不当披露。尤其是“僵尸企业”因历史原因可能没有证明文件确认其获得的某些国有属性资产的归属，通过对此类模糊化的历史遗留资产的提前确权，可以有效避免这类资产因年代久远而被破产管理人笼统划作破产财产的风险。同时，此类诉讼可

以看作“僵尸企业”破产前的预处理，既能大大减少破产后管理人的审核时间，又能在实质上缩短企业破产的处理周期。

（二）“僵尸企业”破产后的盈利途径

在“僵尸企业”顺利进入破产程序并通过常规的第一次债权人会议后，银行债权人的数量和债权规模将逐渐明晰。此时对于上级国有企业来说，其实是一个难得的实现“破产企业债权资本化”的机会。

在破产程序启动后，银行会向破产管理人申报债权。若该债权是信用贷，那么在债权市场上将被认为是“垃圾债”。因此，银行为尽快回笼资金、处理坏账，极可能会以极低的价格向资产经营公司释放债权，具体做法是将同样是“垃圾债”的抵押债权捆绑信用债权向资产经营公司出售。值得注意的是，此时银行释放的抵押债权往往不是由

“僵尸企业”的抵押物形成的抵押债权，而是与“僵尸企业”无关的、银行对其他企业享有的抵押债权。

此时，“僵尸企业”所属的上级国有企业将有机会通过资产经营公司对银行释放的债权进行定向回购，上级国有企业或其指定下属企业可以参与资产经营公司的债权包购买。

该购买包含两个部分：（1）银行对破产企业享有的债权；（2）与破产企业债权捆绑的抵押债权。需要提示的是，对抵押债权对应的抵押物处置变现并获得收益，可视作购买债权包的投资行为。这一特殊做法将极有可能对参与回购的企业、资产经营公司和银行债权人产生正向的积极作用。

（三）通过破产企业债权资本化实现三方共赢

1. 国有企业
首先，上级国有企业或其指定



的下属企业通过回购破产企业的债权，在破产程序中享有原债权及收购债权的联合表决权。不仅有权对破产管理人发动的可能对关联企业造成风险的事项投否决票，也可以将风险控制破产程序中，避免向其他关联企业蔓延。同时，还能有效避免场外职业追债团队进场，通过审计手段获得对破产企业、关联企业的有利证据，发动法人混同诉讼的风险。

此外，国有企业还可能通过参与抵押物的资产包投资行为获得收益。该收益可以国有企业所期望的回报为依据，由专业机构做方案，确定投资规模，在资产变现后获得资金回报。这样不仅能让国有企业挽回损失，大大降低处理“僵尸企业”的成本，甚至还可能出现盈利。

实践中，企业破产往往被视为对上级国有企业的一种消耗，不利于其发展，这是国有企业不希望下属企业破产的原因之一。但实际上，“僵尸企业”一日不破产，上级国有企业就永远无法从根本上消灭风险。通过实现债权资本化的操作模式，国有企业对下属“僵尸企业”的处理不再局限于自主清算、闲置等方式，“僵尸企业”将被视作一种资源，而不是负担。

国有企业不希望下属企业破产的另一个原因是国资企业加强了追责力度。在处理历史悠久的“僵尸企业”时，往往会发现很多不规范的经营行为，而这些行为的背后存在不可避免的历史局限性和人为局限性。若通过债权资本化实现盈利目标，那么在相关追责环节上将有利于减轻责任人的责任和职

业风险。

最后，实现破产企业债权资本化是国有企业对新领域、新业务的创新和探索，占领市场先机。通过容错机制，可以减轻经营人的心理压力；通过债权资本化盈利，可以减轻企业的负担，提升企业的整体生存能力和竞争力。根据《财政部关于进一步加强国有金融企业财务管理的通知》，从合规角度来看，可以通过国有企业之间交叉持债的方式解决问题；或者仅限国资企业实施此类操作，避免其他类型的企业恶意逃废银行债务。

2. 资产经营公司

一般情况下，资产经营公司以处理银行不良资产为己任。由于单独向银行购买抵押债权的成本非常高昂，因此资产经营公司通常的做法是向银行购买打包资产，整个资产包里既有信用贷也有抵押贷。这样操作的目的是让抵押贷的整体价格下降，从而在抵押物变现后取得可观收益。但在购买资产包的过程中，信用贷，尤其是已经被列为破产的信用贷的购买资金往往被认为是沉默成本。

因此，资产经营公司通过与国有企业或其下属企业签订协议，由国有企业回购信用贷的债权并承担此部分的沉默成本，将大大激活资产经营公司资金的有效性。同时，国有企业承担部分抵押贷的收购资金，能在很大程度上释放资产经营公司资金的流动性，提升资金周转周期，更有效地提高资金利用率。

3. 银行

“僵尸企业”破产后，银行享有的信用贷债权往往面临无财产

可供分配的风险。而此时通过资产经营公司收购该信用贷，银行本没有希望收回的坏账资产可以迅速变现，不致于颗粒无收，这对于银行而言无疑是雪中送炭、有益无害。

结语

如何妥善处理“僵尸企业”，是众多国有企业正在面临或者将要面临的一大难题。本文提出的实现破产企业债权资本化，不仅有利于其他关联企业免遭“僵尸企业”破产的无妄牵连而得以健康发展，而且有利于金融机构合理且快速地对坏账、不良资产进行处置，最终推动整个社会经济的良性循环。笔者相信，破产企业债权资本化将为国有企业处理类似问题提供有效的解决思路，成为新的风向标。



孙宁隘

东浩兰生（集团）有限公司 公司律师

跨境担保纠纷仲裁案件的典型法律问题

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

编者按：近年来，越来越多的中国内地企业选择通过在境外发行债券等方式进行融资，而通过设置“对赌回购”等方式实现对投资方利益的担保，这也是这类股权投资交易的常备结构。在适用境外法律的情况下，这类交易涉及的合同解释及当事人间的权利义务认定会面临一定的挑战。本文将介绍上海国际仲裁中心近期处理的一宗跨境担保纠纷仲裁案件，并就其中的一些典型问题进行分析，以飨读者。

一、交易背景

本案涉及一宗跨境担保纠纷。2015年6月，香港公司A拟通过发行欧洲可交换债券的方式，为其在中国内地的关联公司B融资。随后，投资方香港公司C与A、B签订了《欧洲可交换债券认购协议》（以下简称《认购协议》），约定由A在特定日期发行欧洲可交换债券，总额500万美元，由C进行认购。《认购协议》签署后，C向A支付了认购款500万美元。2015年9月，A、B向包括C在内的债券认购人出具了《承诺书》，对B的上市作出承诺，并约定如未实现承诺内容，A、B或/及相关法定代表承担可交换债券的赎回义务，同时按复利15%支付惩罚性赔偿金。

2017年3月，包括C在内的多名投资人与A、B、D（系中国内地另一家投资公司）和作为担保人的自然人E（系B的实际控制人）共同签署了《补充协议》，对B的上市及退出事宜作出补充约定——如果B无法在2017年9月之前向深

交所递交上市申请或未能在2018年5月之前向韩国KOSDAQ递交上市申请或放弃上市计划的，A将按复利17%赎回可交换债券，E对可交换债券的赎回本息承担连带保证责任。《认购协议》《补充协议》均约定将纠纷提交香港国际仲裁中心，适用香港法律进行仲裁。

二、纠纷的产生

此后，因B无法完成上市安排，2018年5月，A、B、C、E四方协商后共同签署《偿还协议》，约定由E代替A向C赎回可交换债券，A、B承担连带担保责任，赎回价格为1000万美元，赎回期限为次年1月。《偿还协议》还约定因该协议产生的或与该协议有关的争议，如果经协商不能解决的，应提交至上海国际经济贸易仲裁委员会（上海国际仲裁中心，以下简称“上海国仲”），根据其届时有效的仲裁规则在上海仲裁。

2019年1月，A、B、C、D、E五方共同协商后，再次缔结了一

份《还款计划》。除延续《偿还协议》约定的由E代替A向C赎回可交换债券外，还明确A、B、D承担连带保证责任，赎回价格仍然为1000万美元，但赎回期限为《还款计划》缔约当日。同时，考虑到E的资金筹措及还款能力，E承诺于2019年3月和5月前分别归还333万美元和667万美元，并支付按10%/年计算的资金占用利息。

因赎回要求未得到实现，投资人C依据《偿还协议》和《还款计划》向上海国仲提出了仲裁申请，将担保人E列为第一被申请人、融资方关联公司B列为第二被申请人、担保人D列为第三被申请人，要求第一被申请人支付赎回资金合计1000万美元及资金占用利息、赔偿律师费，同时要求第二被申请人、第三被申请人对第一被申请人的债务承担连带责任。

三、当事人的法律观点

对于申请人的仲裁请求，三位被申请人均不予认可。三位被申请

人认为：

首先，关于法律适用，《偿还协议》和《还款计划》均非《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）规定的有名合同。故根据《民法典》第四百六十七条，本案争议应参照适用《民法典》合同编或者其他法律最相类似合同的规定处理。

其次，《还款计划》中约定的赎回款 1000 万美元明显高于《补充协议》约定的赎回款和年回报率（17%），也高于中国内地规定的借款最高利率，故有失公平。即便按《还款计划》的约定，违约金的计算标准也不应超过年利率 24% 或者贷款市场报价利率的四倍。

再次，《偿还协议》和《还款计划》均未对担保期限作出明确约定，依据《民法典》第六百九十二条，担保期限应为主债权到期后的 6 个月。本案中约定的最迟债务履行期限届满日为 2019 年 5 月 31 日，至申请人提起仲裁申请已超过 6 个月，故申请人对担保人的仲裁申请已经超过仲裁时效。

最后，第二被申请人 B 并未在《还款计划》上盖章，故 B 不应承担保证责任。

对此，申请人认为：

首先，本案的案涉主体既有香港公司，也有中国内地公司，故本案具有涉外因素。根据《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》（以下简称《涉外民事关系法律适用法》）的规定，虽然《偿还协议》和《还款计划》未对法律适用作出约定，但各方在《偿还协议》和《还款计划》之前达成的协议中均约定适用香港法，并约定相关争议提交

香港国际仲裁中心；《偿还协议》和《还款计划》只涉及将争议解决机构变更为上海国仲，而约定适用的法律并未发生变化，故本案应当适用香港法。

其次，第一被申请人 E 在《偿还协议》和《还款计划》中承诺的赎回价格为 1000 万美元，这一承诺并不受到香港法律的禁止，应当认定为合法、有效。即便参照中国内地施行的《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》，以《认购协议》约定的认购款 500 万美元为基数，按照 24%/ 年的复利计算至 2019 年 1 月，相关赎回款也达到了 1100 万美元左右。故即便执行《偿还协议》和《还款计划》，也不超过法律保护的范围。

再次，关于第二被申请人 B 的合同主体地位。虽然第二被申请人仅在《偿还协议》上盖章，未在《还款计划》上盖章，但根据香港法 *Holme v. Brunskill* 一案确立的裁判规则，如果当事人就担保合同有任何异议，应该咨询保证人；若保证人不同意修改，则在修改毫无疑问是不重要的或者修改只对保证人有利的情况下，保证人的义务不被解除。相较于《偿还协议》，《还款计划》不仅增加了一名保证人，而且对保证人赋予了宽限期，再加上《还款计划》首页记载着第二被申请人系合同主体、第一被申请人系第二被申请人的法定代表人、第二被申请人在《认购协议》项下已经作出了对可交换债券发行人 A 的义务连带责任的承诺等因素，第二被申请人应是《还款计划》的合同主体之一。

最后，香港法并未规定保证期限，而根据香港法 *National House-Building Council v. Fraser* 一案确定的裁判规则，只有明确约定了固定的保证期限，才涉及是否因保证期限届满而被免责的问题。案涉《偿还协议》和《还款计划》并未约定固定的保证期限，故第二被申请人、第三被申请人不存在因保证期限届满而免责的问题。此外，《还款计划》约定的第二笔赎回款的支付期限为 2019 年 5 月，第一被申请人于 2019 年 8 月通过微信发出申请延迟还款的函件。据此，即便依据《民法典》第六百九十二条，申请人要求保证人承担保证责任也没有超过规定的履行期限届满后 6 个月。

四、仲裁庭的意见

首先，关于法律适用问题。仲裁庭认为，本案申请人系在香港设立的公司，可交换债券发行人 A 亦是在香港设立的公司，故本案属于《涉外民事关系法律适用法》规定的涉外案件。《涉外民事关系法律适用法》第三条规定：“当事人依照法律规定可以明示选择涉外民事关系适用的法律。”第四十一条规定：“当事人可以协议选择合同适用的法律。当事人没有选择的，适用履行义务最能体现该合同特征的一方当事人经常居所地法律或者其他与该合同有最密切联系的法律。”《偿还协议》和《还款计划》均载明，这两份协议与之前相关方签署的协议具有同等法律效力，有不一致之处，以这两份协议为准。从上述约定的文义及探求合同当事人真实意思表示的角度来说，各

方当事人并未以在后签署的《偿还协议》和《还款计划》替代“鉴于”部分所列的在前签署的协议；故在前后各协议均有效的情况下，在后协议条款中所称的“有不一致之处”仅指同类内容的约定不一致，在后协议中未约定的内容应以在先协议的约定为准。之前相关方签署的协议均约定适用香港法，并约定相关争议提交香港国际仲裁中心，而本案系争《偿还协议》和《还款计划》仅涉及将争议解决机构变更为上海国仲，对适用香港法并未变更。因此，仲裁庭认为，本案应当适用香港法。

其次，关于担保责任问题。仲裁庭注意到，本案所涉及的《认购协议》《补充协议》《偿还协议》和《还款计划》中均载有与担保有关的约定。除第二被申请人在《还款计划》中的担保责任外，各方当事人对各协议的约定效力并无异议。从前述各协议的约定来看，在后签署的协议并非以前一份协议作废或替代前一份协议为条件，即前后数份协议均有效，仅在同一合同内容上以在后签署的协议约定为准。根据申请人援引的香港法 *Holme v. Brunskill* 一案的裁判规则，仲裁庭认为，第二被申请人、第三被申请人应按照《还款计划》的约定履行其对第一被申请人的连带担保责任。同时，根据申请人援引的香港法 *National House-Building Council v. Fraser* 一案的裁判规则，《偿还协议》和《还款计划》并未约定固定的保证期限，故第二被申请人、第三被申请人不存在因保证期限届满而免责的问题。

再次，关于赎回价格。根据本

案仲裁庭查明的事实，第一被申请人并未履行上述协议约定的义务，显已构成违约，理应承担相应的违约责任。《偿还协议》所约定的赎回价格和违约金，以及《还款计划》所约定的赎回价格、利息及支付方式、逾期付款违约金，均系合同当事人的真实意思表示。因此，第一被申请人应当按照《偿还协议》和《还款计划》的约定及其在上述协议中的承诺，向申请人支付赎回价款及利息，并支付逾期付款违约金。

最终，仲裁庭支持了申请人的全部仲裁请求。

五、简要评析

一般来说，担保交易中的相关法律问题通常较为复杂。本案中的担保交易因涉及域外法（香港法）的适用、多份合同的解释以及交易性质的识别等专业问题，所呈现的跨境担保法律问题更为复杂。

在本案所涉及的诸多法律问题中，尤其值得注意的是在当事人未约定保证期限的情况下，不同法律制度中担保人对担保责任的承担问题。在本案中，根据所适用的香港法的相关裁判规则，如果合同中没有约定固定的保证期限，则担保人所承担的担保责任不存在因保证期限届满而被免责的问题。但是根据《民法典》第六百九十二条和《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》第三十四条第二款的规定，债权人和保证人未约定保证期间的，保证期间为主债务履行期限届满之日起6个月；债权人未在法定期限内要求保证人承担保证责任的，保证责任消灭（原《中

华人民共和国担保法》第二十六条亦有逾期未主张即免责的类似规定）。因此，在拟定跨境担保合同时，当事人应充分关注对法律适用的约定，以及不同法律体系下担保法律规定的差异。

此外，本案所呈现的多份合同解释问题亦值得关注。一般来说，裁判者综合运用文义解释、目的解释、习惯解释、诚信原则等合同解释工具后，所实现的解释效果之一是“最终约定排除阶段性约定”。在案涉《还款计划》中，当事人约定“本协议与之前所签协议有不一致之处，以本协议为准”。显然，当事人通过约定赋予了《还款计划》以最终的、确定的意思表示内容。但是，多份合同解释所形成的“排除”效果并非绝对排除，否则将会使当事人根据在先合同所作出的履行行为失去合同基础。因此，在当事人作出“如有不一致之处，以本协议为准”的约定时，裁判者仍应当关注前合同的约定内容。倘若前合同的相关约定在后合同中未有涉及或者并不与后合同的约定冲突，在未对前合同的效力作出否定评价的情况下，裁判者应当继续认可前合同相关内容对缔约方的约束力。在本案中，当事人在《偿还协议》和《还款计划》中未约定法律适用，但在之前签订的协议中约定适用香港法；在各方未对之前协议的效力提出异议的情况下，仲裁庭认可在先协议中的法律适用约定继续适用于在后订立的《偿还协议》和《还款计划》所产生的争议，这一审理思路即体现了前述关于多份合同解释的裁判规则。

幸运的四叶草

文 | 裘索

四叶草也被称为“幸运草”。上世纪 70 年代，琼瑶小说风靡大陆，我在中学时看过她写的《幸运草》，说的是一位 8 岁的小女孩遇到了一位送她幸运草的男孩的故事。所以我很早就知道四叶草，也知道它代表着幸运，每一片叶子都有着美好的寓意——真爱、健康、名誉和财富。如果生命中能够拥有它，那就是幸运了。

四叶草是多年生草本植物，学名为“苜蓿草”。它的茎像萱麻丝搓成的鞋绳一样细长，每隔 10 厘米左右长一节，每一节上都会长出长长的叶柄，叶柄的顶端则长出四片嫩绿的、两两对称的叶子，由此得名“四叶草”。对光敏感的四叶草擅长在禾丛的行距间迂回着寻觅生机，只要能见到一丝阳光，就会就地扎根分叉，顽强地向周边延伸。夕阳西下时，四片叶子会缓缓地闭合起来，养精蓄锐；等到翌日晨曦初露时，再以饱满的精神、昂扬的姿态，舒展叶子，拥抱新的一天。

苜蓿草一般只有三片叶子。有趣而又特别的是，在十万株苜蓿草中可能只找见一株四叶草，即十万分之一的概率。我们周边生长着成千上万的苜蓿草，但是或许花上十年时间，甚至一辈子的时间，也未必能够找到一株四叶草。因为珍稀，所以四叶草也被称为“幸运草”，象征着幸运。

也有说法称“幸运草”这一名字来自于拿破仑。相传有一次带兵经过草原时，他发现了一株四片叶子的

苜蓿草，觉得好奇。而当他附身摘下时，刚好避过了向他射来的子弹，由此逃过一劫。后来这个故事广为流传，使得人们深信四叶草会带来幸运，于是称其为“幸运草”。人们常说，找到四叶草就会得到幸运之神的青睐，因为人们深信四叶草是夏娃从天国伊甸园带到大地、带给人类幸运的美丽传说。

欧洲和北非是苜蓿草的原产地，之后才来到东方。中国在 19 世纪后期开始栽培，将干燥的苜蓿草填充在箱子里，作为玻璃制品的防护品。而早在江户时代，苜蓿草就已随着荷兰玻璃器皿的输入，从欧洲大陆来到了东瀛岛国。

四叶草是爱尔兰的国花，在传统的婚礼上，新娘的花束、新郎的胸花里都必须含有幸运草；孩子们会因为草地上寻找到四叶草而奔走相告。每年三月纽约的圣帕特里克节里，人们会穿上绿色衣服、戴上四叶草吉祥饰物行走于街头。日本人深信得到四叶草就得到了幸福，一些商家甚至直接以“四叶草”为店名，有些动漫则以四叶草为背景。四叶草在国际社会中有着不可忽视的存在感，早已融入世界各地人民的日常生活。幸运草的故事在世界上广为流传，用幸运草制作的产品在欧美和东南亚盛行，日本和韩国更是将赠送给亲友的四叶草饰品视为完美无缺的祝福。

四叶草绿得可爱，像是刚在春雨中清洗过一样。即便冬季时叶片枯

菱，来春依然葱绿，依然活力四射，充满着希望和生机。四叶草也会开花，为聚伞花序顶生和叶生，密集或疏散；花色为黄色或紫色，花朵很小，有短花梗。

在剑桥大学植物园里，可以见到四叶草的生命随着季节的更替周而复始。这种顽强的韧性，人类不一定学得会，所以我更敬重四叶草。它也从不打扮，所有的荣枯都是本色，我们亲近大自然不就是为了亲近本色？所以我喜欢靠近它。不同于百年老树的让人景仰和漫天油菜花的令人惊叹，四叶草总是不声不响、不伪不装，活成它们本来的模样。春来草绿，冬至草枯。我欣赏它的坚韧顽强，也喜欢它的自然天成，大美不言。

我曾和儿子在鸟虫屋的千百卉园里寻找苜蓿草中的四叶草，看着孩子在前庭后院、阶边石旁专注地寻寻觅觅，但始终寻而不得。纵然有失望，却依然抱着希望去寻找；纵然知道有些美丽的传说系子虚乌有，但潜意识里还是对吉祥幸运抱有向往。我们在心里种下一个梦，然后努力追梦，这个过程本身就很好。

恰好中国国际进口博览会的场馆也取名为“四叶草”，情迷草木的我便更加关注进博会了。

开放、合作、互利、共赢，走向和美的世界。“四叶草”的设计融入了中国的传统文化，秉承了中正致和的理念，展现出进博会展馆综合体和美吉祥的形象，而商业中心则是“四叶草”之蕊——汇集商机与财富的幸运之处。进博会场馆以“四叶草”命名，意义深远，颇具韵味。

四叶草寓意着幸运，我是幸运的。

首届进博会上，24名律师驻场提供法律志愿服务，我有幸作为其中执业时间最长、最年长的律师参与进来。此后每年金秋的进博盛会期间，无论是秋阳秋锦还是秋风秋雨，我都期盼走进“四叶草”。我可以在馆内日行三万步，高频次地穿梭于各国的展位之间，将中国的营商环境、知识产权保护等政策告知参展商；还可以偶遇曾服务过的或正服务着的日企负责人，邂逅JETRO上海事务所的所长……

能够在“四叶草”中零距离地对外商讲好中国故事、上海故事，我是幸运的。

进入樱花季后，疫情可能阻挡了春游和踏青的脚步，却阻挡不了我们拥抱春天的冲动。跟随进博会吉祥物“进宝”在网上游春赏花，春日里的“四叶草”像是加了一层滤镜，格外的明澈清透。只见春雨过后的几片花瓣散落在蜿蜒的樱花栈道上，好像闻到了空气中弥漫着的泥土清香。上海市市花白玉兰，朵朵洁白如雪、高贵恬静，我看到了它破寒迎春的坚韧。相比白玉兰，紫玉兰则多了一丝明艳，与背后的“四叶草”展馆交相辉映，真是一派大好的春色。

跟着“进宝”飞越“四叶草”，可以看到南广场的植物景观围绕云山—花海—河流—城市花园的四个空间脉络延伸，包括角堇、百日草、孔雀草、一串红、向日葵及水生植物在内的38万盆花卉由南向北覆盖了1万余平方米，全面展示了中华大地锦绣缤纷的自然之美。

“四叶草”南广场的面积为

46315平方米，共有上木30种、下木37种，拥有樱花栈道、银杏大道、桂花林、红梅林等多种美景。由于花期的不同，“四叶草”在不同的季节展示出不同的风景，各具风味、自成景象。

最后随着“进宝”来到广场斜坡上，可以看到“CIIE”“2022”等字样。四层梯田花海、迷宫花园等多个竹透花园用橙色孔雀草、金叶佛甲草、角堇等各色花卉植物演绎祥云、渐变云山的纹样效果。新设的数字“5”则由彩叶草配合亚克力材料组合打造而成，寓意“进博会五周年，喜迎四方来客”。

秋天是银杏最美的季节，也是进博会举办的季节。近悦远来，“四叶草”敞开大门，拥抱五湖四海的亲朋好友，将幸运传递至四面八方。



裘索

上海市锦天城律师事务所合伙人，上海律协政府法律顾问业务研究委员会委员，第十四届上海市政协委员
业务方向：跨境投资、收购兼并、公司清算

《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>。



上海国际经济贸易仲裁委员会

Shanghai International Economic and Trade Arbitration Commission

上海国际仲裁中心

Shanghai International Arbitration Center

上海国际仲裁中心成立于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



喀纳斯秘境

北京炜衡(上海)律师事务所 马永健