

S H A N G H A I L A W Y E R

上海律师

双月刊 2024年第4期 总826期



上海市律师协会主办



上海市第十一届女律师联谊会召开 第二次会员大会暨庆七一主题党建活动

第五届上海青年律师党建知识竞赛决赛
及微视频比赛圆满落幕

上海律协与新加坡国际仲裁中心签署合作备忘录
未成年人司法保护的现状与挑战



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: 2024年10月30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

邵万权

副 主 任

朱林海 张鹏峰 廖明涛 黄宁宁 陆 胤

韩 璐 金冰一 聂卫东 徐宗新

编 委 会

李华平 胡 婧 张逸瑞 赵亮波 王夏青

赵 秦 祝筱青 储小青 方正宇 王凌俊

闫 艳 应朝阳 陈志华 周 忆 徐巧月

翁冠星 黄培明 李维世 吴月琴 黄 东

曾 涛

主 编

韩 璐

副 主 编

谭 芳 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

6月28日，上海市第十一届女律师联谊会第二次会员大会暨庆七一主题党建活动成功举办。会上审议并通过了《上海市女律师联谊会理事会2023年度工作报告》和《上海市女律师联谊会监事会2023年度工作报告》。上海市女律师联谊会、上海市女检察官协会、上海仲裁协会、上海市公证协会女公证员工作委员会、江苏省律师协会女律师工作委员会、浙江省律师协会女律师工作委员会、安徽省律师协会女律师工作委员会从五个方面发起共建倡议，共同推动长三角区域女性法律人的交流和进步，服务长三角区域一体化发展战略的深入推进。同时，为展现长三角地区巾帼党员法律人的时代风采，激发爱党、爱国热情，长三角地区的党员女律师、女法官、女检察官依次上台，讲述了她们对中国共产党成立103周年奋斗历程和伟大成就的深刻感悟，凝聚起巾帼党员的法治力量。

——《不忘初心 奋楫笃行

上海市第十一届女律师联谊会召开第二次会员大会暨庆七一主题党建活动

7月11日，在新加坡国际仲裁中心中国区2024年会上举行了隆重的签约仪式。上海律协会长邵万权、新加坡国际仲裁中心首席执行官林美恩分别代表双方共同签署了上海市律师协会与新加坡国际仲裁中心合作备忘录。此次合作备忘录的签署，标志着双方在涉外法律服务领域开展了更深度的合作，尤其是在推动国际仲裁事业的发展上迈出了坚实的一步，不仅为上海律协与新加坡国际仲裁中心之间的合作奠定了坚实基础，也为上海成为国际争议解决法律服务的优选地提供了有力支持。未来，双方将在备忘录的框架下，不断深化合作内容、拓展合作领域，共同为国际仲裁法律服务的发展贡献智慧和力量。

——《共同推动国际仲裁法律服务发展

上海律协与新加坡国际仲裁中心签署合作备忘录

7月10日，在中国共产党成立103周年之际，“学思想、强党性、重实践、建新功”第五届上海青年律师党建知识竞赛决赛暨“传承红色薪火，‘青’听浦江之声”微视频比赛颁奖典礼圆满举办。经过线上入围赛的比拼，共有六个区进入本届党建知识竞赛决赛。最终，松江区松江梦之队获得一等奖，黄浦区为律向党队、徐汇区徐青汇队获得二等奖，普陀区靠谱青律队、闵行区闵青志远队、金山区鑫鑫之火队获得三等奖，黄浦区为律向党队晁海洋获得最佳演讲奖。为深入学习宣传贯彻习近平法治思想，坚持党建引领律师行业高质量发展，凝聚上海青年律师力量践行“做党和人民满意的好律师”宗旨使命，弘扬爱国情怀、赓续红色血脉，上海律协于近期成功举办了上海青年律师弘扬爱国主义精神微视频征集大赛。对大赛中涌现的优秀作品，现场也进行了颁奖。

——《感受薪火相传的青春力量

第五届上海青年律师党建知识竞赛决赛及微视频比赛圆满落幕

上海是中国特色现代少年司法制度的发源地，今年是上海法院首创少年审判机制40周年。多年来，上海的未成年人司法保护工作在公检法司和社会各界的积极参与和协作下，不断探索未成年人司法保护的上海经验。在未成年人司法保护步入四十不惑之际，如何进一步发挥律师在未成年人司法保护中的积极作用、体现律师的维权价值？

本期“法律咖吧”，三位嘉宾围绕未成年人司法保护的现状与挑战进行精彩讨论。

——《未成年人司法保护的现状与挑战》

- 4 不忘初心 奋楫笃行
上海市第十一届女律师联谊会召开第二次会员大会暨庆七一主题党建活动
(上海市女律联)
- 8 感受薪火相传的青春力量
第五届上海青年律师党建知识竞赛决赛及微视频比赛圆满落幕
(张立峰)
- 11 以案促学 深化教育
律所党委年度第二次党建工作联席会议召开
(上海市律师行业党委办公室)
- 13 共同推动国际仲裁法律服务发展
上海律协与新加坡国际仲裁中心签署合作备忘录
(上海律协对外交流部)
- 14 只此青律 相聚未来
第八期“上海律师青训营”完美收官
(上海律协青年律师工作委员会)
- 18 取法乎上 成就更好的自己
上海律协接待华政 2024 卓越法律人才培养夏令营学生来访并交流座谈
(上海律协公共关系部)

20

实务研究

- 20 未成年人司法保护的现状与挑战
(文字整理 许倩)
- 26 破产程序中抵押财产法定孳息归属问题研究
(李成浩 贾玮)
- 31 数据跨境流动的法律思考
(杨迅 李嘉仪)
- 35 中资企业并购境外分拆业务中的“错误转让”风险和防范
(付晓锋)
- 40 国际“临时仲裁”程序特别应对及实务指引
(翁冠星)
- 46 “假离婚”效力认定的困境及建议
从一起通谋虚伪离婚案谈起
(葛珊南 赵善颖)
- 52 新加坡法院：仲裁裁决违反自然公正原则的认定
[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]

58

人文万象

- 58 上海第一代涉外律师起家史
邵瑞兴律师访谈摘要
(李海歌 刘小禾)
- 61 回望西伯利亚的冰雪奇缘
(徐颖)

不忘初心 奋楫笃行

上海市第十一届女律师联谊会召开 第二次会员大会暨庆七一主题党建活动

文 | 上海市女律联



6月28日，上海市第十一届女律师联谊会第二次会员大会暨庆七一主题党建活动成功举办。上海市妇女联合会主席、党组书记张华，上海市人民检察院党组成员、市检察院第一分院党组书记、检察长、上海市女检察官协会会长陈思群，上海市司法局党委副书记、市律师行业党委书记周文杰，上海律协、上海市女律联、上海市女法官协会、上海市女工程师协会、上海仲裁协会、上海市公证协会及本市各区妇联、司法局、律工委等嘉宾领导莅临会场。为促进长三角区域律师行业联动交流，本次会议还邀请了长三角地区女律师工作负责人，与来自全市各区的女律师代表共170余人共同参会。

张华指出，上海女律师一直都

是妇联组织维权队伍中的重要力量。回顾过去，上海市妇联与上海市女律联牢记习近平总书记嘱托，彰显巾帼担当作为，共同推动了一系列富有成效的工作。在法治宣传、妇女权益保护、法律援助等方面，女律师们展现了非常高的专业素养和无私奉献的精神，为本市法治建设和社会和谐稳定作出了重要贡献。未来期望上海市女律联：一是要深化党建工作，筑牢思想根基，坚持以党建为引领，引导广大女律师坚定理想信念；二是要以人民为中心，将法律专长化作公益的力量，构建法治文化共建共享大格局；三是要加强女性法律人协同发展与建设，推动长三角区域行业联动，共同提高法律服务水平；四是要加强队伍建设，注重人才培养和引进，

全方位提升队伍的综合素养和能力。女律师们要以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，以更为强烈的历史自觉、更加昂扬的精神面貌开创妇女事业新局面，充分彰显女性力量。

周文杰指出，2023年是全面贯彻落实党的二十大精神开局之年，也是上海市女律师联谊会两届理事会顺利换届、交棒、接续奋斗的一年。新一届女律联领导班子团结带领全市女律师凝心聚力、开拓进取，在联情联谊、展业拓业等方面做了许多工作，体现出三个“着力加强”的明显特点：着力加强党建和政治引领、着力加强交流拓展、着力加强社会责任担当。

周文杰强调，2024年是上海律师行业进一步凝聚共识、坚定信心，落实“十四五”规划发展目标、实现高质量发展的起步之年，并提出四点希望：一是始终把政治建设摆在首位。依托上海市女律联的品牌党建活动，持续加强思想政治学习教育，引导广大女律师在思想上与党同心同德，努力做党和人民满意的好律师。二是始终坚持专业化的发展道路。按照精专律师人才的要求引导女律师重专业、重品质、重规范、重形象，做好知识和能力储备，拥抱新发展机遇，提升专业能力，把握数字时代脉搏，为上海



从左至右：浙江省律师协会常务理事、女律师工作委员会副主任吴晓洁，江苏省律师协会副会长何云飞，上海市公证协会副会长李逊敏，上海市女检察官协会会长陈思群，上海市女律师联合会会长韩璐，上海仲裁协会理事赵瑜，安徽省律师协会女律师工作委员会主任林晓静

打造国际法律服务中心的定位贡献女性法律人的专业力量。三是始终践行女律师联合会的行动宗旨，更好地搭建交流平台，提供助力舞台，既要继承和发扬往届上海市女律师联的优良传统和优秀经验，也要勇于创新、勇于实践，进一步凝心聚力，引领女律师们不忘初心、奋楫笃行。四是始终不断夯实基础保障。在完善工作机制上下功夫，在完善组织内部建设上下功夫，在提升展示女律师专业素养方面下功夫，对内强化合作协同，对外加强交流展示，不断夯实人才队伍，充足发展后劲，提高发展质量。

上海律协会长邵万权对女律师联组织在传承中创新、在创新中突破的精神和在律师行业建设中的作用给予了高度评价。“不忘初心，奋楫笃行”是本次活动的主题，也是每一位律师的行动指南。邵万权鼓励女律师们始终铭记党的宗旨，

坚持党的领导，以女性特有的细腻、坚韧和智慧，持续发挥专业优势，继续加强长三角法治领域的交流与合作，为长三角区域的经济社会发展提供更有力的法治保障，在新时代法治建设的征程上不断开拓进取、勇往直前。

上海律协副会长、上海市女律师联会长韩璐表示，近几年女律师队伍迅猛发展，截至今年6月，上海女律师人数已达19917人，占上海律师总人数的48.23%。过去一年，上海市女律师联平稳接力，紧跟上海律协工作重点，以“普惠”“务实”“高质量发展”为工作目标，取得可喜发展态势。未来，上海市女律师联将继续做好政治引领和思想引领，打造和推广好上海女律师行业党建品牌，努力提升女律师专业素养，增强女律师社会公益服务效能，创新实践、加强合作，为经济社会发展和法

治建设作出新的更大的贡献。

会上审议并通过了《上海市女律师联谊会理事会2023年度工作报告》和《上海市女律师联谊会监事会2023年度工作报告》。

为共同庆祝中国共产党成立103周年，此次活动中，嘉宾领导与女律师代表一同来到黄浦码头旧址，这里是周恩来、邓小平等革命先辈踏上寻求真理征程的启航地。在这个颇具历史意义的场地，大家一同追寻革命先辈的脚步，迎接中国共产党成立103周年纪念日的到来。

黄浦码头不仅是革命历史的见证地，其所在的杨浦滨江也是习近平总书记“人民城市人民建，人民城市为人民”重要理念的发源地。长三角区域的女性法律人肩负着推动区域法治建设和为人民谋幸福的重要使命。为此，在此次会议上，上海市女律师联谊会、上海市女检



国浩律师(上海)事务所 林祯
分享题目: 党员女律师与女律师



上海海事法院 李思润
分享题目: 拿什么守护碧海邮轮的美妙航程

>>>



上海铁路运输检察院 温雅璐
分享题目: 护航电商新业态, 检察助力开“良方”



北京大成(南通)律师事务所 冯薇雅
分享题目: 平凡之路

察官协会、上海仲裁协会、上海市公证协会女公证员工作委员会、江苏省律师协会女律师工作委员会、浙江省律师协会女律师工作委员会、安徽省律师协会女律师工作委员会从“坚持党建引领，深化共建活动”“加强业务交流，提升专业素养”“保护妇女儿童，共担社会责任”“推动普法宣传，共建法治社会”“传承优良家风，弘扬向善美德”五个方面发起共建倡议，共同推动长三角区域女性法律人的交流和进步，服务长三角区域一体化

发展战略的深入推进。

同时，为展现长三角地区巾帼党员法律人的时代风采，激发爱党、爱国热情，长三角地区的党员女律师、女法官、女检察官依次上台，从坚守公益普法、投身法律援助、护航优化营商环境、维护社会公平正义等多角度分享了在法治建设中的感人故事和宝贵经验，讲述了她们对中国共产党成立103周年奋斗历程和伟大成就的深刻感悟，凝聚起巾帼党员的法治力量。

上海律协监事长朱林海对七位

嘉宾的分享作了精彩点评。

上海市女检察官协会秘书长肖宁、上海市女法官协会秘书长孙婧、上海律协副会长陆胤、上海市女律师联副会长沈岱青为七位分享嘉宾颁发了“女性法律人法治故事宣讲”特邀纪念牌。

活动现场，嘉宾和女律师们还纷纷参与到自闭症青年亲手所制绣品的义卖当中，献出一份份温暖和爱心。

活动在现场热烈的掌声中落下帷幕。



浙江子城律师事务所 陆雨辰
分享题目：论党员律师的正义与坚守



安徽乐修律师事务所 燕会娇
分享题目：芳华绽放，砥砺前行



北京植德(上海)律师事务所 桂芳芳
分享题目：为万家幸福的三个“五年”

本届上海市女律联将一如既往地秉持并发扬优良传统，与时俱进，进一步加强上海女律师工作的政治引领、思想引领和文化引领，致力于让女律师们从女律联的工作中感受到更多的获得感和归属感，让女律师们在法律职业的道路上一路热爱、一路发光。

次日，上海市女律联与江苏律协、浙江律协、安徽律协的女律师工作负责人共同就如何携手落实国家战略、推动长三角女律师合作交流等议题召开了联席会议。



感受薪火相传的青春力量

第五届上海青年律师党建知识竞赛决赛及微视频比赛圆满落幕

文 | 张立峰

7月10日，在中国共产党成立103周年之际，由上海市青年联合会、上海市律师行业党委指导，上海律协主办，上海市律师行业党委青年工作部、上海律协青年律师工作委员会、上海律协党建工作委员会承办的“学思想、强党性、重实践、建新功”第五届上海青年律师党建知识竞赛决赛暨“传承红色薪火，‘青’听浦江之声”微视频比赛颁奖典礼在市司法局三楼会议中心圆满举办。本次竞赛得到共青团上海市委、市司法局、市委党校、各区司法局、区律师行业党委的大力支持。

出席本次活动的有上海市律师行业党委副书记、市司法局律师工作处处长叶斌，上海市律师行业党委委员、上海律协副会长陆胤，上海市律师行业党委委员、上海律协秘书长唐洁，团市委团联络部（市青联秘书处）三级主任科员陈睿立，上海律协理事、党建工作委员会主任马靖云，上海律协理事、青年律师工作委员会主任王思维，以及各区司法局相关负责同志，各律工委、党建委、青工委主任。王思维、马靖云为本次决赛致欢迎词。活动由李恬君律师、武海亮律师主持。

本届党建知识竞赛一改往届各区组队参赛的模式，努力提升全市青年律师的参与深度及广度，将线下初赛升级为线上答题赛。据统计，本届参加线上答题的青年律师



近1100人，达到历年党建知识竞赛参与人数之最。

经过线上入围赛的比拼，共有六个区进入本次决赛，分别是黄浦、闵行、金山、徐汇、普陀、松江。

本次决赛共设置主题演讲、知识问答、红歌接力三个环节。现场还开通了图片直播，点击量近5000次。

最终，松江区松江梦之队获得一等奖，黄浦区为律向党队、徐汇区徐青汇队获得二等奖，普陀区靠谱青律队、闵行区闵青志远队、金山区鑫鑫之火队获得三等奖，黄浦区为律向党队晁海洋获得最佳演讲奖。

现场进行了简短而隆重的颁奖仪式。



上海市律师行业党委副书记、市司法局律师工作处处长叶斌为一等奖获得者颁奖



上海市律师行业党委委员、上海律协副会长陆胤为二等奖获得者颁奖



上海市律师行业党委委员、上海律协秘书长唐洁为三等奖获得者颁奖



上海律协理事、党建工作委员会主任马靖云为最佳演讲奖获得者颁奖

为深入学习宣传贯彻习近平法治思想，坚持党建引领律师行业高质量发展，凝聚上海青年律师力量践行“做党和人民满意的好律师”

宗旨使命，弘扬爱国情怀、赓续红色血脉，上海律协于近期成功举办了“传承红色薪火，‘青’听浦江之声”——上海青年律师弘扬爱国主

义精神微视频征集大赛。对大赛中涌现的优秀作品，现场也进行了颁奖。

一等奖



奉贤区：《以法舞剑书正义 为业载道兴家国》
闵行区：《我们》

二等奖



宝山区：《铭记淞沪抗战史 践行法治中国梦》
徐汇区：《寻找国歌》
浦东新区：《红色传承，法耀浦东》
普陀区：《青律“普”红韵》

三等奖



青浦区：《江南古韵美如画 强国护法看今朝》
静安区：《静安统战源》
金山区：《青春心向党 追寻红色记忆·金山卫抗战遗址纪念馆》
杨浦区：《杨浦区青年律师国歌馆之行》
长宁区：《行走的党课——多伦路红色路线寻访》
黄浦区：《渔阳里——中国共产党的初心孕育之地》
松江区：《醉白池——曲廊泱泱的中国共产薪火传承之地》
崇明区：《雷锋精神：青年律师的红色传承》

优秀组织奖



徐汇区、黄浦区、奉贤区、青浦区

优秀编导奖



徐汇区：《追寻》
嘉定区：《传承红色薪火 照亮法治未来》

优秀表达奖



嘉定区：《传承红色薪火 照亮法治未来》
黄浦区：《中共一大会址——中国共产党的伟大开端与初心见证》

优秀创意奖



普陀区：《青律“普”红韵》
虹口区：《电波不灭 信念永存》

陆胤为本届党建知识竞赛和微视频比赛作最后总结。他勉励青年党员律师有理想、有本领、有担当，为有更加确定的未来共同努力。

本届比赛汲取了前几届比赛的办赛经验，既保留了往年的演讲、知识抢答等较为成功的环节，又探索了红歌接力的新环节，不断丰富上海青年律师党建形式，形成上海青年律师办赛特色。

特色一

追寻沪上红色景点，用镜头回溯历史

追寻沪上红色景点，如中共一大纪念馆、中共二大纪念馆、中共四大纪念馆、沪西纪念馆、顾正红纪念馆、淞沪抗战十九军军部遗址、真如国际电台、李白烈士故居、嘉定党史料陈列馆、嘉定外冈游击队

陈列馆、金山卫抗战遗址纪念园、陈云纪念馆、上海雷锋事迹展览馆、布尔什维克编辑部旧址等。

本次比赛前期，各支参赛队伍追寻红色足迹、传承红色基因、激扬青春风采，寻找本区内的红色景点，制作创意微视频，作品展播备受好评。

特色二

开展党建演讲，讲述业务与党建融合

本次比赛的决赛保留了演讲环节。围绕“学思想、强党性、重实践、建新功”的活动主题，各位选手结合律师职业、工作感悟等进行演讲，现场评委依据演讲内容、语言表达、形象风度、综合印象等四个方面为选手打分，演讲得分计入决赛总分。

各位选手紧扣主题，精心准备

了演讲内容，并制作了PPT、背景音乐等，增加了演讲的感染力，展现了上海青年律师对党的忠诚和热爱，也展现了青年律师的朝气和活力。

特色三

红歌接唱传薪火，声生不息向未来

本届比赛新增了红歌接力环节，系统会播放一段红色歌曲并随机中断，参赛队员按抢答器抢答，获得答题权的选手从中断音频的下一句话接力唱一句以上完整歌词。动听的歌声将比赛气氛推向高潮，创新的活动形式既增加了趣味性，也勉励青年党员律师践行“学思想、强党性、重实践、建新功”的总要求，凝心铸魂、锤炼品格、为民造福、促进发展。



以案促学 深化教育

律所党委年度第二次党建工作联席会议召开

文 | 上海市律师行业党委办公室



为庆祝中国共产党成立103周年，持续推动党纪学习教育走深走实，充分发挥律所党委“以大带小”“以强带弱”作用，汇聚大所强所智慧和力量，为全行业开展党纪学习教育总结经验、提供示范，6月28日，党纪学习教育专题学习研讨会暨上海市律师行业党委党建工作联席会议2024年度第二次会议在上海汉盛律师事务所顺利召开。上海市律师行业党委副书记、上海律协会长邵万权，上海律协党建工作委员会主任马靖云、副主任江寄鸥，以及律所党委党建工作联席会议成员单位代表出席。会议由汉盛所党委委员、合伙人杨莉主持。

会议伊始，马靖云传达了全国律师行业党委关于党纪学习教育的相关要求。随后，大家集中观看了警示教育片。观看结束后，围绕会议主题，联席会议成员单位分组开展交流发言。

第一组

锦天城、德和衡、君合、申浩，由君合律师事务所上海分所党委书记赵敏作为代表发言，分享了通过集中学习研讨、结合诉讼案件管理规范进行深度解读和讨论、下属各党支部分别开展专题党课、邀请党校专家授课、党建联建等，多形式开展党纪学习教育，让党

员律师将党的纪律学习转化为日常自觉。

第二组

盈科、国浩、方达、德恒，由上海市方达律师事务所党委委员张静作为代表发言，介绍了党纪学习教育计划和落实情况，在原原本本学习新修订的《中国共产党纪律处分条例》（以下简称《条例》）的基础上，与书记党课相结合、与反腐警示教育相结合、与开拓奋进典范相结合，确保学习教育务实不空洞，同时以理论党课、音乐党课、行走党课和公益活动等多种形式提升学习效果。

第三组

汇业、邦信阳、金诚同达、正策，由上海市汇业律师事务所党委委员龚薪晔作为代表发言，分享了开展党纪学习教育的经验做法，用好“联”的方法，带动总分所共同学、联动共建单位一起学、与所建团建结合学，以党纪学习教育促党性提升、促律所发展，团结引领律所党员和群众践行社会责任，贡献法治力量。邀请纪检监察领域专家辅导授课，为党员律师深刻解析《条例》的修订背景和主要内容，推动党纪学习教育入脑入心。

第四组

汉盛、通力、金杜、海华永泰，由上海市通力律师事务所党委委员张移作为代表发言，提出了立足于“快”、致力于“学”、着眼于“实”的党纪学习教育做法，以集中学习、专题辅导、交流研讨等方式，深入学习习近平总书记关于全面加强党的纪律建设的重要论述，主动排查风险点，加大廉洁教育力度，推动党建与业务融合。组织全体党员律师原原本本学《条例》，确保学习全覆盖，推动党员律师学纪、知纪、明纪、守纪。

第五组

大成、中伦、观韬中茂、中联，由北京观韬中茂（上海）律师事务所党委委员钱晓风作为代表发言，介绍了本组每家律所党委关于党纪学习教育的具体开展和落实情况，下属各党支部多层次、多形式推动党纪学习教育走深走实，通过

积极参与专题培训、结合“三会一课”和主题党日活动开展党性教育和廉洁文化教育、邀请专家授课、观看警示教育片等多种做法，引导党员将党的纪律内化为日常习惯和行为准则。

邵万权作总结讲话。他指出，值此建党103周年前夕，聚焦党纪学习教育，举办律所党委党建工作联席会议，意义非凡。《条例》采用了律师熟悉的“法言法语”，并联动了多部法律规定，对于律师而言，更应当熟悉和深刻理解。为推进党纪学习教育走深走实，他强调，要学深悟透重要精神，深入学习习近平总书记关于全面加强党的纪律建设的重要论述，严格执行、坚决维护党的纪律，努力做一名合格党员，各律所党委要深化对开展党纪学习教育的重要性和紧迫性的认识，切实提高政治站位和思想觉悟，推动党纪学习教育抓实抓好。要学懂弄懂目标要求，准确理解把握党纪学

习教育的主要任务和工作目标，引导广大党员自觉用党规党纪来校正思想和行动，把党的纪律转化为党员的日常习惯和自觉遵循。要融学于常夯实成效，坚持常态化与长效化的有机统一，将党的纪律教育有机融入“三会一课”、组织生活会、主题党日等党的政治生活。要以案促学加强警示，以党的纪律为标尺，讲清楚忽视党纪、违反党纪的后果和代价，用身边事来讲硬道理，教育引导广大党员知敬畏、存戒惧、守底线。要强化担当践行责任，以更高的责任、更强的自觉来推动律所党委党纪学习教育走在前、作表率。

最后，邵万权表示，上海律协将坚定不移地推进律师行业党的建设向纵深发展，引领本市律师行业始终坚持正确的发展方向，做优做强律所党委党建工作联席会议制度，推出更有知名度、更具行业性的党建品牌，立足上海城市功能优势，以高质量党建引领上海律师行业高质量发展。



共同推动国际仲裁法律服务发展

上海律协与新加坡国际仲裁中心签署合作备忘录

文 | 上海律协对外交流部



7月11日，在新加坡国际仲裁中心中国区2024年会上举行了隆重的签约仪式。上海律协会长邵万权、新加坡国际仲裁中心首席执行官林美恩分别代表双方共同签署了上海市律师协会与新加坡国际仲裁中心合作备忘录。

此次合作备忘录的签署，标志着双方在涉外法律服务领域开展了更深度的合作，尤其是在推动

国际仲裁事业的发展上迈出了坚实的一步，具体合作内容涵盖多个方面。

一是筹办国际仲裁活动。双方将联合筹办聚焦国际仲裁领域新趋势、实时热点等话题的国际仲裁会议、研讨会和研习班，邀请国内外知名专家、学者和实务界人士参与深入交流，共同推动国际仲裁法律服务的发展。二是加

强人才培养与学术交流。双方将共同开展仲裁人才培养项目，培训内容涵盖国际仲裁法、仲裁实践技巧以及新仲裁规则等方面。三是全方位会议支持与资源共享。双方将为对方举办的与国际仲裁相关的活动提供互惠的推广支持，并共同参与活动。

此次合作备忘录的签署，不仅为上海律协与新加坡国际仲裁中心之间的合作奠定了坚实基础，也为上海成为国际争议解决法律服务的优选地提供了有力支持。未来，双方将在备忘录的框架下，不断深化合作内容、拓展合作领域，共同为国际仲裁法律服务的发展贡献智慧和力量。

上海律协副会长黄宁宁、副秘书长潘瑜、理事毛惠刚等共同出席了签约仪式。



只此青律 相聚未来

第八期“上海律师青训营”完美收官

文 | 上海律协青年律师工作委员会



7月11日，伴随着淅沥小雨，上海青年律师领军人才综合素质训练营（第八期）缓缓落下帷幕。

为期六天五晚的培训，来自浙江、江苏、安徽、新疆及上海的近80名青年律师齐聚一堂，有干货、有感动、有欢笑、有遗憾、有收获、有不舍。伴随着第八期青训营的完美收官，回首过去的几天，用“团结、紧张、严肃、活泼”四个词语来形容再合适不过。

一、“团结”的早间微论坛

开班仪式后，每天唤醒学员的是一场场30分钟的早间微论坛。学员们分为四组，每天由一组学员根据主题进行分享，形式不限、人员不限、题目不限。“律所品牌战略路径”“中国律所的国际化之路”“法律科技发展对律师行业的机会与挑战”“青年律师与新媒体”，四个完全不同的主题带给学员们一定的挑战，小组之间互相抄作业？不存在。

各小组成员团结一心准备早间微论坛活动，这不仅是一次智慧的碰撞，更是一次团队精神的展现；这不仅是一个展示才华的舞台，更是一个让团队成员更加

紧密的机会。讨论、策划、头脑风暴，一开始还彼此陌生的青年律师们迅速进入状态，带着满腔热情，团结一心，努力让每一个创意的火花都能成为微论坛上的亮点。

本期青训营精心设置早间微论坛为每天第一课，迅速拉近了学员们的距离，让学员们更有团队凝聚力。

二、“紧张”的辩论赛

1. 赛前准备

作为被选拔出来参加青训营的优秀代表，律师学员们在法庭上可谓是游刃有余、如鱼得水；但当辩论赛的战鼓敲响时，学员们立刻变身为紧张的战士。为了充分考

验大家的“急智”，分组和赛制规则到赛前两天才公布，但这丝毫没有难倒优秀的律师辩手们。

辩论赛采取分组对抗的形式进行，每组三名辩手。面对紧迫的时间和繁重的任务，每个人都拿出了十二分的精神，以求在赛场上战胜对手。尽管每天课程满满，但是大家都像打了鸡血一样，努力挤时间积极地准备着。每组的三名辩手身后都有全组成员作为强大后盾，住宿楼的一楼大厅及学员们的房间更是成了各组开会讨论的打卡地。

2. 赛场焦灼对战

7月10日15:00，辩论赛准时开始。12名辩手围绕当下热点话题——“人工智能是青年律师成长的拦路虎还是垫脚石”展开了精彩的论战。

正方从“人工智能使青年律师学习能力下降、创新能力下降、社会性发展受压缩，影响青年律师的内在价值探索”等方面展开了论辩，反方则用“人工智能能够给青年律师赋能、提升青年律师成长、拓宽青年律师的法律服务市场、促进新兴法律服务行业产生、更好地发挥律师的人文价值”等观点予以回应。

辩论场上的气氛紧张焦灼，双方辩手如同棋盘上的将军，各自率领着思想的军队，展开一场智慧与口才的较量，你来我往，火花四溅。犀利的言辞不时让人暗吸凉气，生动的比喻令人忍俊不禁，巧妙的类比让人会心一笑。辩手们精彩的表现不仅获得了大家的满堂喝彩，也让评委们频频点

头。

律师的职业属性让他们在工作和学习中时常保持紧迫感，认真对待每一项任务，维持着不懈怠、不放松的紧张状态，这正是律师对自我高标准、严要求的体现。

三、“严肃”的大咖分享

本期青训营以“强化政治教育、党建引领，建设品牌综合型、品牌专精型和涉外律师事务所”为主题，设立党建引领、行业建设、涉外法治、法律科技和长三角一体化五大模块，邀请到了多位上海律师前辈、大咖进行主题授课、座谈分享和专题讲座。从律师行业前辈到跨领域专家，从国内律师大咖到涉外法律专家，那场面简直就是超级英雄们突然集结在一起，每个人都带着自己的“超能力”，即他们的专业技能和丰富经验。在密集的课程分享中，每位大咖都像是一个宝藏，他们慷慨的分享让学员们的大脑塞满了知识的果实，收获满满。

首日开班仪式由上海律协青年律师工作委员会主任王思维主持，上海律协副会长陆胤致辞。陆胤介绍了上海律协的青年律师培训体系，“青训营”是上海律协“四青班”体系的高阶课程，以培养青年律师骨干的政治引领力、管理领导力和行业洞察力为目标，希望学员们珍惜难得的学习机会，全心投入，通过学习、交流实现有所得、有所思、有所为。

在党建引领行业发展方面，上海市司法局律师工作处处长叶斌

为学员们带来了一堂生动的党课，他勉励青年律师坚守职业道德、积极服务社会，努力成为党和人民满意的好律师。培训首日，青训营正式成立了临时党支部，50余名党员律师郑重承诺将以身作则，为本次培训的成功举办奠定坚实的基础。

上海市律师协会会长邵万权为学员们分享了“上海律师行业发展的现状和未来”，详细介绍了上海律师行业的发展现状，并深刻剖析了行业存在的问题和挑战，让学员们全面了解现状、勇于迎接挑战，找到新路径，写下新故事。他鼓励大家将所学知识运用到实际工作中，继续为法律事业贡献力量，成为一名“忠诚爱国、服务为民、开放包容、开拓创新、引领先河”的律师。

上海市委党校经济管理教研部主任李敦瑞教授为学员们分享了其对全球和中国经济发展的深刻见解，帮助学员们拓展国际化视野和实践能力。在“全球经济变局下的中国经济”主题讲座中，李敦瑞教授深入剖析了当前国际经济形势对中国经济的影响，并启发大家思考法律行业面临的机遇和挑战，引发了学员们的热烈讨论。

在律所品牌战略和律师营销战略方面，青训营邀请了北京天同（上海）律师事务所主任徐菲繁为学员们就“打造卓越律师团队”进行主题授课；TTT专家讲师郑斌为学员们进行了“TTT课程”专题培训；新则创始人鱼和金杜律师事务所合伙人陈府申通过座

谈的形式，与学员们分享了对律师营销战略和客户管理的见解。

在探索中国律所的国际化之路方面，上海律协副会长、国浩律师（上海）事务所合伙人黄宁宁与上海元达律师事务所主任黄仲兰共同探讨了“青年律师的国际化视野”，洞察深入、引人入胜；香港国际仲裁中心副秘书长兼上海代表处首席代表杨玲的“国际仲裁业务中中国律师的机会和挑战”主题分享既轻松生动，又干货满满。

此外，“律所国际化发展论坛”格外引人关注，汇聚了外资所和内资所的律师代表。上海律协特邀会员工作委员会主任、美国普盈律师事务所中国业务联席主席严嘉，上海律协特邀会员工作委员会副主任、日本 TMI 律师事务所上海

代表处首席代表山根基宏，上海市通力律师事务所合伙人杨培明，北京市金杜律师事务所上海分所律师姜梦笔等与主持人、上海律协青年律师工作委员会副主任连晏杰共谈，让学员们了解了不同律所的国际化之路。

在法律科技发展的机会与挑战方面，iCourt 浙江 & 上海 & 福建 Alpha 区域负责人侯丹和威科集团销售总监范学驰就“AI 技术在法律行业的应用场景及其影响”进行了主题分享交流；上海律协青年律师工作委员会副主任、上海市恒业律师事务所主任施扬与上海律协法律科技委员会主任、上海星瀚律师事务所主任卫新针对“新科技浪潮下青年律师的发展机会”展开了深度对话，为学员们带来了一次思想的洗礼。

在律所长三角一体化发展战略布局方面，上海邦信阳律师事务所合伙人吴家寅、浙江阳光时代（上海）律师事务所主任朱宏文、北京市君泽君（上海）律师事务所律师郜嘉奇、江苏世纪同仁（上海）律师事务所主任潘岩平作为特邀嘉宾，为大家开启了“长三角圆桌论坛”的盛宴，从不同角度、维度为学员们在律所分所布局联动、协同管理、青年律师培养等方面进行了分享并提出建议。论坛上，青年律师们积极发言，展现了他们对长三角区域一体化发展的深刻洞察和对律所管理、区域联动的积极探索。

大咖云集、群星汇聚，学员们像是走进了一个充满星光的世界，周围闪烁着智慧的光芒。这时候，严肃感就像是一杯冰美式，让学



员们时刻保持清醒又带着些刺激，那种刺激感会让人更加清醒和兴奋。毕竟，能和这么多行业翘楚同处一室，这本身就是一个难得的机会和荣誉。

四、“活泼”的文艺汇演

律师们脱下正式的西装、脱离严肃的工作状态后，会展现出怎样的一面？让我们一起来欣赏律师学员们带来的视觉盛宴——第八期上海青年律师领军人才综合素质训练营文艺汇演！

汇演伊始，一场《失恋阵线联盟》歌舞秀便嗨爆全场。紧接着，来自新疆的青年律师带来了新疆舞蹈串烧、歌曲《可可托海的牧羊人》和集体舞《喀什儿子娃娃》，不但让大家感受到了新疆青年律师的热情，也充分展示了新疆青年律师奋发向上的风采，印证了那句“新疆人人能歌善舞”的传闻。

安徽青年律师的黄梅戏串烧让大家感受到了黄梅戏这一传统戏曲的独特魅力；三句半《上海青训营，听我把话讲》幽默、生动地回顾了本次青训营丰富的活动日程安排，也表达了学员们学有所得、学有所获的心声。

另外，朗诵《信中国、信青年》《律师礼赞》表达了青年律师一心向党、昂扬向上的爱国情怀，引发了大家的共鸣。歌曲《荷塘月色》则给大家献上了一场听觉盛宴，更是引起了全场大合唱，谁还不会来一句“我像只鱼儿在你的荷塘”呢！

最后，歌舞串烧《相亲相爱一家人》以及歌曲串烧《当》《如



愿》《这世界那么多人》将文艺汇演气氛推至高潮！

当学员们自发地走上舞台一起合唱时，离别的愁绪悄然弥漫开来。虽然只有短短一周时间，但这段经历如同流星划过夜空，短暂却璀璨夺目。从陌生到相识，从相识到相知，学员之间的情感已开始生根发芽。

“团结、紧张、严肃、活泼”体现的是积极向上、充满活力的生活态度和工作作风，旨在促进个人和集体的全面发展。这一点正与上海青年律师领军人才综合素质训练营中的“综合素质”要求相吻合，这也正是上海律协和律师界前辈们对青年律师的殷切期盼。希望江浙皖新沪五地的青年律师们可以通过综合素质训练营的学习，早日成长为真正的领军人才，为律师行业的发展贡献自己的力量。

在最后一天的结业仪式上，青训营主办方为学员代表发放了结

业证书，来自江浙皖新沪五地的学员代表分别发言。学员们回顾了五天课程的点点滴滴，高度认可本次青训营的课程，纷纷表示要将所学所悟带回去，与身边的青年律师朋友分享，并对在青训营中建立的深厚同学友谊倍感珍惜，期待将来能够携手同行。上海律协长三角律师业一体化促进委员会主任朱小苏和青年律师工作委员会主任王思维分别讲话，两位主任为学员们送上了真挚的祝福，并结合自身的成长经历，分享了青训营对于青年律师成长的帮助，鼓励学员们开拓视野、学以致用、珍惜友情、加强互动，希望大家能够发挥所长，在服务国家战略中不断成长，做党和人民满意的好律师。

天山脚下、皖江之畔、江南水乡、钱塘江岸，齐聚黄浦江畔，共话青云之志。

只此青律，各位优秀的青年律师们，让我们携手前行，相聚未来！

取法乎上 成就更好的自己

上海律协接待华政2024卓越法律人才培养夏令营学生来访并交流座谈

文 | 上海律协公共关系部



“卓越法律人才培养夏令营”（以下简称“夏令营”）是华东政法大学依托上海律协成立的国家级大学生校外实践教育基地的重要建设载体和内容之一，该活动旨在为在校学生提供近距离接触并了解律师行业的机会，以理论联系实际的方式，将书本知识转化为实践，从而提升学习的趣味性、生动性。2024年夏令营活动如期而至，上海律协为华政学子安排到律协、律所参观交流等系列活动，让高校法学生对律师行业有更加深入的了解，从而提高对法学实践的认知水平和能力。

面对面座谈 青律青芽共话成长

7月2日下午，华政教务处吕凡老师与20余名参加夏令营活动的同学来到上海律协，在律协秘书处工作人员的陪同和讲解下，沉浸式参观了上海律协陈列馆。参观期间穿插了与陈列馆知识有关的趣味互动提问，加深了同学们对于律师业历史发展的印象，在陈列馆长廊中一同探寻上海律师的诞生之源，了解上海律师的发展历程和背后的文化底蕴。

随后的座谈由上海律协青年律师工作委员会副主任潘雄主持，青工委副主任施扬，委员盛琬刚、白翔飞、季思闻、王诗诣一同参加接待并交流座谈。潘雄向同学们介绍了上海律师业的发展概况，分

享了青工委“有趣”“有为”“有心”的工作宗旨，并介绍了委员会开展的系列活动，如青云计划中的“青芽班”就是上海律协与高校开展的创新而有益的尝试，是针对高校学生群体，提供职业生涯规划、赋能发展支持的专项工作计划。

为更充分了解同学们的所思所想，青工委事先收集了同学们感兴趣的话题，座谈时展开了热烈的互动交流，解答了同学们对于律师行业的诸多困惑。在交流过程中，针对同学们对就业形势严峻、实习机会如何把握等问题产生的迷茫，各位律师分享了自己的见解：建议同学们利用大学寒暑假实习，个人能力的展现、认真的工作态度都是非常重要的核心素养，勇



敢“试错”，探寻自己感兴趣的职业和方向，积极拥抱和尝试新生事物。在交流尾声，各位律师也建议同学们在注重学习课本知识的同时，加强沟通、表达方面的能力，有助于自己开拓视野、规划未来。在成长的过程中，纯粹地去提升自我，以“取法乎上”的想法，对自己有更加严格的要求，朝着更高的目标走去。

走进律所 洞察法律职业生态

7月2日上午，夏令营一行前往上海小城律师事务所参观交流。小城所合伙人季思闻、小城南京分所主任陆宇、青年律师唐浩哲等参与接待并交流座谈，分享了小城所的发展历程、律师业务、文化理念和举办的“小城杯”公益之星创意诉讼大赛等，勉励同学们练好法学基本功，为未来蓄能。通过交流与参观，同学们对于法律人的工作场所和氛围有了初步的了解，对于未来的职业发展也有了更多思考。

7月3日上午，夏令营一行来

到上海市君和律师事务所参观学习。君和所主任潘雄、合伙人李敬彦等与同学们深入交流，以自身执业经验为切入口，与同学们

分享了律师行业的从业心得，并就同学们提出的一些疑惑结合自身经验提供了精彩解答。同学们纷纷表示本次参观受益匪浅，不仅对律师行业有了更深入的了解，还对自己今后的职业发展方向有了更清晰的认识。

7月3日下午，夏令营一行来到上海市恒业律师事务所参观学习。恒业所主任施扬等5位律师与同学们分享交流了各自的学习历程、执业领域状况以及对于行业前景的感悟，鼓励同学们多听多看多想，勇于面对不同领域的法律问题，建议同学们积极拥抱AI等科学技术，将其实际应用到学习和工作中去。



未成年人司法保护的现状与挑战

主持人：王媛媛 上海律协对外宣传与联络委员会干事、刑法与刑事辩护专业委员会委员，浙江京衡（上海）律师事务所律师

嘉宾：钱晓峰 上海律协未成年人权益保护专业委员会副主任，上海市锦天城律师事务所律师

严瑾洁 上海律协女律师工作委员会委员、未成年人权益保护专业委员会委员，上海新惟律师事务所合伙人

徐巧月 上海律协对外宣传与联络委员会委员、婚姻家庭专业委员会委员，上海普世万联律师事务所合伙人

文字整理：许倩

王媛媛：大家好，欢迎来到《上海律师》2024年第四期法律咖吧，我是本期咖吧的主持人王媛媛。上海是中国特色现代少年司法制度的发源地，今年是上海法院首创少年审判机制40周年。多年来，上海的未成年人司法保护工作在公检法和社会各界的积极参与和协作下，不断探索未成年人司法保护的上海经验。在未成年人司法保护步入四十不惑之际，如何进一步发挥律师在未成年人司法保护中的积极作用、体现律师的维权价值？今天，我们邀请到了钱晓峰律师、严瑾洁律师和徐巧月律师共同讨论、分析。首先，请钱律师介绍一下当前上海未成年人司法保护的现状。

钱晓峰：上海是中国大陆少年司法的发源地。1984年，上海长宁法院成立了中国大陆第一家少年法庭；1986年，长宁检察院成立了第一个未成年人检察办案组。这两个专门执法组织都是全国首家。

从法院系统来看，2024年7月25日，上海高院宣布成立了未成

年人及家事案件综合审判庭；目前，上海高院、上海一中院、上海二中院、长宁法院、浦东法院、静安法院、普陀法院均建立了专门的未成年人和家事案件综合审判庭，全市其他各区未设专门审判庭的法院也均建立了未成年人案件合议庭或者由专人办理相关案件。未成年人和家事审判实现了民事、刑事、行政的三审合一。

从检察系统来看，在机构改革之前，上海市检察院包括市检两个分院以及十六个区都有专门的未成年人检察机构，实现了全覆盖。机构改革之后，上海市检察院和长宁检察院、浦东检察院、闵行检察院保留了独立的未成年人检察部门，其他各区检察院均建立了未成年人检察办案组。上海的未成年人检察也是走司法办案专业化和帮教矫正社会化相结合的发展道路，构建了捕、诉、监、防、教一体化的特殊工作模式，形成了未成年人刑事、民事、行政和公益诉讼四大检察的工作格局。

在特色工作上，上海的检察院

和法院也创建了一系列特殊的未成年人保护制度，比如合适成年人到场、一站式取证、社会调查、附条件不起诉、圆桌审判、法庭教育、心理干预、观护帮教、前科封存、从业禁止等，为法律的修改、制定提供了少年司法的上海样本。上海的未成年人犯罪预防工作成效显著。据了解，近10年来，上海法院强化源头治理，判处的未成年人罪犯人数下降了85%。这个数据在检察院也得到了印证，上海检察院近10年审查起诉的未成年犯罪嫌疑人占全部犯罪嫌疑人数量中的占比从最高峰的9.7%下降到目前的不到1%。同时，上海在未成年人民事案件的探索创新方面也做了大量的工作，如社会观护、儿童权益代表人、探望监督人、家庭教育指导等，法律效果和社会效果良好。

王媛媛：感谢钱律师系统地对上海未成年人司法保护的历史演变及发展现状作了详尽介绍，让我们看到了未成年人司法保护的上海经验。近年来，校园欺凌现象频发，

如何科学、规范地认定校园欺凌，如何区分欺凌行为与一般的学生矛盾？

严瑾洁：我们将校园欺凌分为暴力和非暴力两项。暴力形式的欺凌行为正在逐渐减少，因为很多孩子都知道将别人打伤的行为要受到处罚；因此，一些孩子会选择隐性的方式进行欺凌。例如，以小团队形式孤立某些同学，以学习成绩来说某个同学没有自己优秀或者诋毁对方；甚至在课后使用微信或者抖音的时候在某个同学的账号下面进行诋毁性留言，还会纠集其他同学在某个同学的留言下面不断攻击对方，给其造成心理上的压力，让其产生心理阴影。以上行为均属欺凌。

另外，欺凌到底仅仅是指施暴者的欺凌行为，还是旁观者也算欺凌的参与者？有些同学不愿意干预任何事件，他可能知道这个同学被孤立或被欺负了，但不插手也不关心。我们认为，这种行为也会对被欺凌者的心理产生影响，导致其可能受到很重的心理创伤。现在，我们有制度来规范这种情况，教育局、派出所以及检察院未检部门会关心此类事情，但实际落地时还是有一定难度。

关于如何区分欺凌行为和普通的学生矛盾，举个例子：有一对同学是好闺蜜，因为一些事情发生矛盾，两个人变得互相看不顺眼，甚至觉得对方有攻击性，这是普通矛盾；但这可能会使其中一个同学产生一种心理上的仇恨，觉得自己受欺负了，然后在学校里面散播舆论，

不知情的同学则会觉得另一个同学是欺凌者。那么学校在干预过程中，对此如何定性？是上升至欺凌行为，还是作为一般矛盾处理？这时候需要有一个专门的机构或者专家组进行剖析，不能随意界定。所以，我们在聊到为校园欺凌定性或者如何启动这个程序时，都有非常严格的规范和流程。

钱晓峰：近年来，国家非常重视学生欺凌问题。教育部于2016年制定了《关于防治中小学生欺凌和暴力的指导意见》，2020年修订《未成年人保护法》时，对学生欺凌也作出了明确规定；但这些法律和政府规章制度出台后，学生欺凌案件仍在全国各地频发。为此，2021年6月1日，教育部颁布了《未成年人学校保护规定》，对如何防控学生欺凌作了明确规定，提出学校应当成立由校内相关人员、法制副校长、法律顾问、有关专家、学生代表、学生家长代表等参与的学生欺凌治理组织，负责学生欺凌行为的预防宣传教育、组织认定、实施矫治、提供援助等。上海市一直十分重视学生欺凌的防治，上海市教委于2023年1月公布了《关于进一步加强本市未成年人学校保护工作的若干意见》，提出各区教育局应当成立未成年人学校保护的机构、配备专兼职的工作人员，各中小学也要设立未成年人学校保护的专兼职教师岗位；其中，规模较大或者多校区的学校，或者其他有条件的学校，应当成立学生保护委员会。上海市教委进一步制定了《未



王媛媛

成年人学校保护指南》，为学生欺凌的认定处理提供相关规范的流程和文本。

王媛媛：我们注意到了隐性的校园欺凌。尽管钱律师和严律师介绍了现有的、比较系统的一些制止校园欺凌现象的规范，但是老师通常会忽视隐性的社交欺凌行为对学生身心的危害。如何引导社会、学校和家庭识别隐性欺凌行为，并保护好孩子，使受欺凌的孩子能够及时获得救助？

严瑾洁：现在有法治副校长这个职务，会定期到学校里宣讲课程，有时候也会引入一些模拟法庭、法治类的宣传。法治宣传要关注学生欺凌，让孩子一是在源头上知道哪些行为是学生欺凌，二是知道如果发生学生欺凌会受到相应的关注和处理。我们注意到，小朋友用微信



钱晓峰

聊天时会屏蔽老师、家长，但是同学之间不会屏蔽；所以我们也希望未成年人树立学生欺凌报告意识，让老师和家长及时了解并干预，避免欺凌发展到更严重的程度。另外，未成年人网络安全需要制度保障，建议包括网警在内的各方面加强监管，更关注未成年人。同时，老师和孩子接触较多，应在学校和工作中心多关注孩子情绪的变化，在源头上发现问题。

徐巧月：两位律师刚刚都谈到了如何发现欺凌的问题，对此，我想补充的是，未成年人权益保护不仅限于学校，欺凌不一定仅发生在校园内，它也可能涉及社会、学校、家庭等多个层面。谈及律师的作用，特别是在普法教育方面，校内普法可以分为家长、学生、老师三个层次，并且针对每一类对象的普法内容应有所不同。我认为，未来在设计普法内容时，可以依托律

协未成年人权益保护专业委员会，制作一些标准化的模版。尤其是在面向学生的普法教育中，要进行正确引导，避免通过普法学习加强其“反侦查意识”，反而增强欺凌行为的隐蔽性。

钱晓峰：我觉得隐蔽的校园欺凌更集中在网络上，网络欺凌是伴随着互联网技术发展出现的一种新的欺凌方式。现在的未成年人网络普及率比成年人更高，农村和城市基本相同。很多孩子，尤其是留守儿童，通过网络来认识世界。互联网虽然不是法外之地，但是现实的制约相对少一些。网络欺凌存在施暴者匿名性强、逃脱几率大，潜在受害者广泛、受害程度难以界定等特点，相比传统欺凌更难被发现、查处。对此，我认为，一是家长要提高监护意识和能力，关注孩子的身心健康状态。家长不要只关注学习，更要关注孩子的健康，尤其是关心孩子的身心变化。二是未成年人和家长的网络素养都需要提高。对未成年人需要开展青少年网络素养课程，提高其自我保护意识；对家长要提升其网络素质，让他们和孩子共同成长。三是加强家校社联合协作。学校发现问题后是否及时通报家长，家长发现孩子出现情况后是否及时向学校反映，社区是否起到连接学校和家长的桥梁作用？社区的未成年人保护站等力量能否加入，更及时地发现孩子受到侵害并提供社会支持和帮助？家校社需要密切协作，形成合力。

王媛媛：只有家庭、学校、社会合力联动，才能尽量减少校园欺凌事件的发生。接下来，想和大家聊一聊未成年人遭受性侵害问题。随着网络科技的发展，性侵害未成年人的犯罪手段更加复杂及多样，比如出现了隔空猥亵的现象。什么是隔空猥亵？我们应该怎样保护好孩子，杜绝这类事件的发生？

严瑾洁：最近接触到非常多涉及隔空猥亵的案例。从中国传统教育来说，家长不会在孩子面前聊隐私类话题。但网络世界是公开的，未成年人可以接触到关于性方面的话题，也有可能涉及一些视频、聊天。这其中就有很多不法分子，会尝试和未成年人探讨隐私话题，很多隔空猥亵就是让未成年人在视频中展示隐私部位或做不雅动作，甚至泄露到网络上。所以，为了保护未成年人，一是要提升监管力度，家长要让孩子安全使用网络；二是建议网络账号实名制，这也涉及网络安全管理问题，在孩子登录网站或聊天软件时进行实名登记，这样有安全保障，也能够防范和减少未成年人上网风险；三是这类事件发生后应及时报案，我们要加强宣传，让孩子意识到被隔空猥亵后应及时告诉父母或老师，甚至可以报案，这样才能有效处理。

钱晓峰：这两年，隔空猥亵确实是一种比较高发的犯罪类型，是指行为人以满足性刺激为目的、以互联网为媒体，打着个性交友、招募童星的幌子，诱骗、胁迫未成年

人进行裸聊、发送裸照和裸体视频的违法犯罪行为；常见手段包括发红包、冒充星探、个性交友等，司法机关对这种行为一直坚持严厉打击的态度。2018年，最高检发布了指导案例，确定了无身体接触的猥亵行为等同于线下犯罪的追诉原则。2022年10月，最高检发布了工作报告，指出2018年到2022年，未成年人被性侵犯犯罪案件数量持续上升，其中隔空猥亵未成年人案件高发频发，未成年人容易成为不法分子的网络猎捕对象。今年3月，北京海淀法院审理了一起隔空猥亵未成年人的案件。公安机关经调查发现，犯罪分子在2019年到2022年间通过网络结识了40余名7~14岁的未成年人，最后通过全国范围走访，查证了20余名未成年人。这些未成年人正处于青春期，对性也存在一定好奇，所以在这种情况下很容易成为犯罪分子的猎物。除了个案打击，2023年5月，最高法、最高检出台《关于办理强奸、猥亵未成年人刑事案件适用法律若干问题的解释》，对隔空猥亵行为作了明确规定：“胁迫、诱骗未成年人通过网络视频聊天或者发送视频、照片等方式，暴露身体隐私部位或者实施淫秽行为，符合刑法相关规定的，以强制猥亵罪或者猥亵儿童罪定罪处罚。”这为处理此类案件提供了强有力的法律依据。

不过，此类案件的处理虽有法可依，但关键问题还是我前面说到的发现难、查证难、法律打击难，所以需要全社会共同努力，包括：一些网络平台能够配合调查取证；

家长要提高网络素养，加强对未成年人身心健康的关爱；与未成年人接触密切的组织和个人（如学校、医院、宾馆）要有强制报告的意识，及时发现和举报相关的违法犯罪行为等。

王媛媛：刚才就校园欺凌和隔空猥亵现象，几位律师都提到，只有全社会合力才能够全方位保护好孩子。接下来一个问题，在涉及未成年人的家事案件中，未成年人的抚养权、探望权常常是案件的焦点，甚至在个案中出现了抢孩子、隐匿孩子、拒绝另一方探望孩子的现象。从律师办案的角度来讲，我们应该如何维护未成年人的权益？另外，是否可以介绍一下儿童权益代表人制度？

徐巧月：我最早于2016年在上海某法院家事法庭的一起离婚案件中接触到儿童权益代表人制度。当时，由于《民事诉讼法》中并未明确规定儿童权益代表人的法律地位，实践中，法院邀请了上海市妇女儿童工作委员会的工作人员参与该案件，并赋予他们儿童权益代表人的诉讼地位。我作为律师，为该委员会的工作提供法律支持。第三方本不直接介入或干预离婚案件本身，但是这起案件中涉案的幼儿非常特殊，需要第三方替她发声，维护她的权益。因此，我们所有工作的立足点都是为孩子发声，在这一过程中需要进行大量的调研工作，包括与离婚双方本人、父母、工作单位、社区居委会等走访、沟通，然后再



严瑾洁

将意见反馈给法院。最终，在审理阶段，由儿童权益代表人向法院表达了孩子的权益主张。这个案件在2019年被评为全国妇联十大维权典型案例之一，也是全国首例此类案件。

我觉得，在未来的涉未成年人家事纠纷处理中，不仅需要律师参与，也需要引入第三方机构，这些机构应当与案件没有利益冲突，以提供更为客观的社会调查报告，支持法院的判决。

在家事案件中，关于藏匿儿童或家暴的情况，从我参与的案件来看有一个规律：在未离异的家庭中，家暴通常不仅仅针对儿童，同时包含配偶。在这种情况下，按照“最有利于未成年人”原则，有三项重要的救济途径：申请人身安全保护令、人格权禁令和家庭教育指导令。如今，人身安全保护令已为大众所熟知，法院也普遍愿意接受此类申请并发出相关裁定。当然，各区在



徐巧月

执行层面的标准有所不同。

关于人格权禁令，近期，一位律师成功申请了禁止藏匿儿童的禁令，这是家事法律制度上的重大进步。然而，在涉及抚养权、探视权纠纷的案件中，我对人格权禁令能否广泛适用还是持谨慎态度。我觉得，法官在处理此类案件时，仍需平衡各方利益和社会效益。该案推动了制度的进步，未来是否能从行业角度做一些有示范性的典型案例，值得努力。

王媛媛：感谢徐律师介绍了若干新的司法政策在个案中的运用。另外，我们注意到，多子女家庭正日益增多，在这类家庭的离婚纠纷中，法院对孩子抚养权的确立原则是什么？

钱晓峰：随着国家计划生育政策的改变，越来越多的家庭出现了二孩、三孩甚至更多孩子的现象。这些家庭如果夫妻感情破裂，要进

行离婚诉讼，必然面临孩子由谁抚养的问题。在以往的司法实践中，法院可能会更多从成年人的角度考虑，以判给父母一人一个孩子的方式来平衡社会矛盾。但是，现在的少年司法坚持未成年人利益最大化原则，要更多考虑到未成年人的身心健康和自身意愿。在法院裁决中，二孩甚至多孩不应当被强制分开，严格执行一人一个的抚养方式。而应当以未成年子女的利益为首要考虑，综合父母双方的抚养意愿、能力条件、多子女之间共同生活的情况及相互关系，有条件的家庭可以考虑轮流抚养。比如每个人抚养半年或者一年，不希望抚养子女的一方可在抚养费上予以调整，确保被抚养人的生活条件并弥补直接抚养子女一方付出的时间和精力。从现在的司法实践来看，法院的判决也正是遵循这样的理念和审判思路。

王媛媛：在讨论涉未成年人权益保护的家事案件时，我们注意到，未成年人可能会遭受家庭暴力。由于这类家暴具有隐蔽性，孩子如果不发声，伤害会持续发生。如何完善这类事件中的强制报告制度？

徐巧月：我觉得上海在强制报告制度层面已经做得比较好了。强制报告制度有法律后果，相关机构必须履行发现并上报的义务，学校、医疗机构等都有义务在第一时间上报异常情况。我认为，目前在强制报告制度的完善方面，需要加强对家庭的宣传教育。首先，对于家长

的宣传尤为重要，因为孩子除了在学校，更多的时间是在社会和家庭中生活，这就要求进一步强化监护人的职责范围。其次，又要回归到家庭教育指导和家庭教育责任范围的话题上。关于家暴案件，家长应当及时发现并采取措施。在某些情况下，另一方家长可能知情但未采取行动，这是一个问题；另一种情况则发生在离异或分居家庭中，当一方单独抚养孩子时，家暴行为往往更加隐蔽。我觉得这种情况目前存在一定的挑战，尤其是我处理过的案件中，甚至出现了家长以家暴相威胁，试图通过主动实施家暴来要求变更抚养权，进而挑战司法权威的情况。这是新出现的一种现象，需要特别关注。

钱晓峰：家庭暴力发生在家庭内部，具有隐秘性，所以很多家庭暴力案件很难被发现和处理。除了受侵害的孩子或者家长报告之外，我觉得很重要的一方面是加强社会层面的强制报告，尤其是与未成年人密切接触的相关社会组织，比如学校、社区、医院等。我现在处理的两起家暴案件，都是由学校强制报告。因为我们的孩子很多都处于义务教育阶段，大部分时间都在学校度过，所以学校的老师跟孩子接触最多，也最容易发现孩子受到家庭暴力。其次是社区的强制报告义务，因为孩子出了学校，就是回到家里、回到社区。应对基层组织的儿童主任等进行强制报告相关培训，强化其报告意识，明确向谁报告、如何报告、报告带来的法律后

果是什么，帮助他们破除心中的顾虑，积极拿起强制报告的武器。最后是医院的强制报告，很多未成年人受到伤害后，父母可能带其到医院看病，医生很容易通过孩子的受伤情况发现侵害未成年人合法权益行为的存在。我注意到，徐州检察院建立了一个“蓝风铃”微信小程序，如医生发现侵害未成年人权益、伤害未成年人的行为，可以通过这个专门的系统向检察机关进行通报。检察机关发现线索后，及时启动案件协调监督机制，督促公安机关或者相关部门跟进处理。这种做法值得上海借鉴。

严瑾洁：涉未成年人家暴有隐秘性，即便有再多人可以强制报告，我们还是要不断对未成年人进行灌输和提醒，因为未成年人可能基于各种家庭矛盾、碍于羞愧心，不敢把遭受到的事情告诉别人。对于未成年人来说，如何让他们在第一次受到暴力行为后及时告知很重要。现在大多数学校都有心理咨询室，就看孩子愿不愿意吐露心声。因为一个心理健康的孩子在遭受伤害后会主动说出，但更多孩子不愿意说，因为他们的心理不健康，长期逆来顺受，无法跟别人交流，导致了这种家暴的隐匿性。所以，我觉得学校里的心理咨询师非常重要，心理老师要主动关心每个孩子。现在学校还有带教制度，老师除了关心学习之外，也会关心孩子的生活，从中可能会了解到孩子受到了伤害，这对于发现家暴行为也起到了一定的帮助。只有孩子第一时间

开口，才能及时让隐秘的事件凸显出来。

王媛媛：感谢三位律师的分享。最后一个问题：律师在办理涉及未成年人权益的案件中，如何更好地发挥自身的作用？各位律师可以谈谈自己的见解。

徐巧月：刚刚提到了第三方力量，目前在处理未成年人案件时，涉及的部门众多，并且强调全社会的共同努力。我认为，律师在与第三方合作时仍应聚焦于自身本职工作的领域。现在，很多案件中已经引入了社工的力量，律师的角色与职责不应错位。首先，我们可以在法律赋能方面，协助他们共同处理好此类案件。其次，在家事案件中，律师也可以担任独立调解员。凭借丰富的经验，律师不仅限于代理案件，还可以作为第三方力量参与到未成年人案件中，担任调解员和沟通协调员的角色。

钱晓峰：我觉得，律师在办理未成年人案件时应当学会借力。比如检察院有一个支持起诉的职能，在一些涉及未成年人的案件中，未成年人的起诉能力受到限制，甚至无力起诉；这时候，律师收集证据存在困难，便可以寻求检察机关支持起诉的帮助，共同搜集证据，为更好维护未成年人权益形成合力。另外，律师在办案过程中，也要充分推动和使用法院、检察院的一些创新制度，比如社会调查。我们在办理确定抚养权和探望权纠纷的案

件中，如果认为己方当事人在抚养孩子或者探望孩子方面有优势，可以积极主动向法院要求启动社会调查，对抚养能力、抚养环境、抚养条件进行第三方评估。同时，如果律师在办案过程中发现未成年人身心健康受到伤害，可以向法院申请启动心理咨询和干预机制，对未成年人提供相应的心理方面的援助。

社工参与少年司法工作在上海已实行 20 余年，形成了系列特色制度，如社会观护制度、社工参与调解制度、探望监督人制度、儿童权益代表人制度等。在案件审判和执行中，律师都可以积极主动向人民法院建议，并与相关社工组织良好配合，共同做好未成年人权益维护工作。

严瑾洁：未成年人保护应该是整个社会的工作，而不是律师或法官、检察官的独立工作，我们要结合社会上的各种资源、各种组织，共同给未成年人有温度的保护。所以，律师可以与各个社会组织团体、各个职能机构合作，共同把未成年人保护工作融入社会的各个方面，这才是对他们最好的保护。

王媛媛：今天，我们围绕未成年人保护的话题谈了很多，希望经过各方努力，能够进一步织牢未成年人保护这张网。非常感谢三位律师参与本期法律咖吧的讨论。

（本文内容根据录音整理，系嘉宾个人观点，整理时间：2024 年 8 月 26 日）

破产程序中抵押财产 法定孳息归属问题研究

文 | 李成浩 贾玮

许多企业在生产经营过程中，在将名下特定财产出租以收取租金的同时，也在该特定财产上设定抵押以增加融资渠道。这类企业进入破产程序后，抵押权人虽仍对该特定财产享有优先受偿权，但受到漫长冗杂的破产程序影响，抵押权人权利的实现或多或少会受到一定程度的限制或拖延。而与此同时，特定财产在企业进入破产程序后可能仍在继续产生租金、占用费等法定孳息。抵押权人能否享有并以何种形式享有这部分法定孳息呢？这一问题既关系到抵押权人权利的保护，也关系到全体债权人的公平受偿，有必要进行深入研究，本文的探讨即由此展开。

一、问题的提出之实践案例情景

情景一：债务人以自有财产提供抵押，债务人进入破产程序。甲公司向乙公司借款，同时作为担保，甲公司将其所有的大楼抵押给了乙公司；日常经营中，甲公司将大楼出租并收取租金。随后，乙公司因甲公司逾期还款而起诉甲公司，并申请法院对大楼采取了保全措施。最终，甲公司因无法清偿到期债务进入破产程序，管理人接管后，决定继续履行大楼的租赁合同。甲公司进入破产程序后，乙公司及时向管理人申报了债权并说明了债权的担保情况；最终，人民法院裁定确认乙公司系甲公司的有财产担保债权人。

情景二：第三人为他人债务提供抵押，第三人进入破产程序。甲公司向乙公司借款，同时作为担保，甲公司的关联公司丙将其所有的大楼抵押给了乙公司；日常经营中，丙公司将大楼出租并收取租金。随

后，乙公司因甲公司逾期还款而起诉甲公司，并申请法院对大楼采取了保全措施。与此同时，丙公司因无法清偿到期债务进入破产程序，管理人接管后，决定继续履行大楼的租赁合同。丙公司进入破产程序后，乙公司及时向管理人说明了抵押权的相关情况。经审查，管理人确认乙公司为丙公司特定财产的抵押权人。

问题：乙公司作为大楼的抵押权人，在甲公司/丙公司进入破产程序后，能否主张收取该大楼的租金收益？

二、问题产生的原因

《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第四百一十二条（原《中华人民共和国物权法》第一百九十七条）规定：“债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，致使抵押财产被人民法院依法扣押的，自扣押之日起，抵押权人有权收取该抵押财

产的天然孳息或者法定孳息，但是抵押权人未通知应当清偿法定孳息义务人的除外。”据此，抵押权的行使条件成熟后，抵押财产被查封的，自查封之日起，抵押权人有权收取抵押财产产生的法定孳息。

《中华人民共和国企业破产法》（以下简称《企业破产法》）第十九条规定：“人民法院受理破产申请后，有关债务人财产的保全措施应当解除，执行程序应当中止。”

该等情况下，如果抵押财产上的保全措施因债务人进入破产程序而概括解除，是否可直接认定抵押权人无权收取法定孳息？实践中，破产申请受理后，抵押权的实现程序或多或少会因破产程序而受到一定程度的阻滞。而《民法典》第四百一十二条的立法理由之一，就是为了防止抵押人为收取孳息而拖延处置抵押财产，故剥夺抵押人对抵押财产的孳息收取权，从而促进抵押权的实现。上述立法理由在抵押人进入破产程序后依然存在适用

空间，若径行否定抵押权人收取法定孳息的权利，有失公允。

问题的根源在于，担保物权制度与破产制度是“相互竞争的两项制度”，前者重在担保权人权利的个别保护，后者重在全体债权人的公平清偿。如何让担保制度的功能在破产程序中得以体现和妥善处理，涉及相关债权的价值考量与利益平衡问题。笔者认为，破产程序中抵押物法定孳息收益归属争议的背后，是担保制度对抵押权人的权利保护，与破产制度对全体债权人衡平保护之间的矛盾调和问题。就该问题，本文将从民法体系和破产法体系分别展开论述。

三、《民法典》（非破产）语境下，抵押权人对法定孳息的权利

（一）法定孳息的基本概念及归属规则

孳息，是指由原物所生的物或收益，可以分为天然孳息和法定孳息。法定孳息，是指根据法律的规定，由法律关系所产生的收益，如借贷产生的利息、出租房屋产生的租金等。

《民法典》第三百二十一条第二款规定了通常情况下法定孳息的归属规则：“当事人有约定的，按照约定取得；没有约定或者约定不明确的，按照交易习惯取得。”就租金这种法定孳息来说，租赁合同约定出租人有权收取租金，这既是当事人之间的约定，亦形成了一种商业习惯；故出租人，大多数情况下也是租赁标的的所有权人或用益权人，有权取得法定孳息。那

么当租赁标的上存在抵押时，担保人是否享有法定孳息的利益呢？参考《民法典》的其他规定，质权人有权收取质押财产的孳息，留置权人也有权收取留置财产的孳息，而抵押权人则没有被赋予此项权利。其背后的原因在于，抵押权是一种非占有性担保物权，抵押人不享有抵押财产的用益权，故抵押人也就无权收取因抵押财产的用益权产生的孳息。因此，一般情况下，抵押权人无权收取抵押财产的法定孳息。

根据《民法典》第四百一十二条，抵押权人收取抵押财产的法定孳息只有在同时满足以下两个条件时方可发生：第一，抵押财产已经被采取保全措施；第二，抵押权人已经通知法定孳息给付义务人。根据最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编的《中华人民共和国民法典物权编的理解与适用》，该条的立法理由有二：“第一，抵押物被法院扣押后，抵押人对抵押物已丧失直接占有和用益权，无法实现抵押制度赋予其的用益物权功能，而此时抵押权人已经通过司法机关代为占有的形式取得对抵押物的占有和用益权。第二，抵押物被法院扣押后，如果抵押财产的孳息仍由抵押人收取，则会使抵押人为收取孳息而拖延处置抵押物，不利于保护抵押权人的利益，此时剥夺抵押人对抵押财产的孳息收取权，有利于抵押权实现，也能够充分反映抵押财产担保债权受偿的功能。”可见，一方面抵押人由于丧失对抵押财产的占有而无权收取抵押财产的法定孳息，另一方面则是出于督促抵押人处置抵押物、保护抵押权人权利的考量，赋予抵押权人收取抵押财产法定孳息的权利。因此，当抵押财产因实现抵押权被法院依法扣押，抵押权人有权收取抵押财产的法定孳息。

定孳息，另一方面则是出于督促抵押人处置抵押物、保护抵押权人权利的考量，赋予抵押权人收取抵押财产法定孳息的权利。因此，当抵押财产因实现抵押权被法院依法扣押，抵押权人有权收取抵押财产的法定孳息。

（二）《民法典》第四百一十二条规定的抵押权人的法定孳息收取权的性质：债权人有权就法定孳息优先受偿

“自扣押之日起，抵押权人有权收取该抵押财产的天然孳息或者法定孳息”，那么应当如何理解抵押权人的法定孳息收取权的权利性质？一种观点认为，法定孳息收取权是一种债权性质的权利，即抵押权人有权代抵押人请求相应义务人给付法定孳息。另一种观点认为，法定孳息收取权是一种物权性质的权利，即抵押权人有权就法定孳息优先受偿。笔者支持第二种观点，理由如下：

1. 《中华人民共和国担保法》（以下简称《担保法》）第四十七条规定：“抵押权人未将扣押抵押物的事实通知应当清偿法定孳息的义务人的，抵押权的效力不及于该孳息。”该条文在抵押权人未将收取孳息之事通知孳息清偿义务人时，排除抵押权人的孳息收取权；反之，若抵押权人完成通知，则抵押权的效力应及于孳息。《担保法》已经随着《民法典》的出台而失效，《民法典》虽然未吸取该条规定，但亦不存在相反规定。因此，笔者认为，上述规定在一定程度上可以反映立法机关的观点。

2. 根据法定孳息的归属规则，

法定孳息为抵押人财产，如果抵押人对法定孳息无优先受偿权，那么抵押权人收取的法定孳息只能归为债权性质的权利，用于冲抵对抵押人的债权。在本文第一部分实践案例情景的情景二中，抵押财产是由第三人提供的财产，抵押权人并非抵押人的债权人，不存在可供抵销的债权，抵押权人收取法定孳息将变得解释困难。

3. 根据笔者的检索，已有最高人民法院和其他法院的判决在援引《民法典》第四百一十二条的同时，明确抵押权人对法定孳息享有优先受偿权：在（2016）最高法民终543号“中国民生银行股份有限公司深圳分行与深圳市九策投资有限公司、天津市九策高科技产业园有限公司等金融借款合同纠纷”中，判决书中载明“应认定抵押权人的抵押权效力自查封之日起已及于案涉租金”，可见其认可抵押权人对租金的权利属于“抵押权性质”，即就特定财产的优先受偿权；在（2021）苏12民终2614号“江苏奥海船舶配件有限公司、中国华融资产管理股份有限公司江苏省分公司别除权纠纷”中，法院判决确认抵押权人对抵押物的租金收益享有优先受偿权；在（2020）闽0902民初3451号“宁德市建总建设工程有限公司、福建海峡银行股份有限公司宁德分行破产债权确认纠纷”中，法院认为抵押权人对案涉房地产的实收租金享有优先受偿权……类似的判例还有很多。司法实务中，普遍认可抵押权人在抵押财产被法院扣押后，对法定孳息的权利是一种优先受偿权。

综上，在抵押人未进入破产程序前，一般情况下，抵押权人无权收取抵押财产的法定孳息。但是，若因抵押人违约导致该抵押财产被法院扣押查封的，抵押权人有权依据《民法典》第四百一十二条规定，自该抵押财产被扣押查封之日起收取法定孳息，这种收取法定孳息的权利为就法定孳息享有优先受偿的权利。

四、破产语境下，抵押权人的权利及限制

（一）破产法中有关抵押权的规定

《企业破产法》第一百零九条规定：“对破产人的特定财产享有担保权的权利人，对该特定财产享有优先受偿的权利。”《企业破产法》第七十五条第一款规定：“在重整期间，对债务人的特定财产享有的担保权暂停行使。”《全国法院破产审判工作会议纪要》第二十五条规定：“在破产清算和破产和解程序中，对债务人特定财产享有担保权的债权人可以随时向管理人主张就该特定财产变价处置行使优先受偿权。”

根据上述与抵押权相关的法律规定，抵押权人在破产法项下主要被赋予了两项权利——对特定担保财产行使的优先受偿权和优于其他债权人的单独、及时的受偿请求权，此系破产制度中别除权的内涵。“它（别除权）是由破产人特定财产上已存在的担保物权或法定优先权之排他性优先效力沿袭而来，并非破产法所设。别除权的名称是针对这种权利在破产程序中行使的特点而命

名的。”理论上来说，抵押权人的别除权在破产清算、破产和解程序中几乎不受影响；在破产重整程序中，抵押权人的别除权暂停行使。中国人民大学法学院教授王欣新认为，此处抵押权人暂停行使的是抵押财产的实现权利，即变现权，但对担保财产变现后款项的优先受偿权并不停止行使；而且《企业破产法》第八十七条第二款第（一）项还明确规定，即使在重整程序中，出于债务人财产价值最大化的需要，对担保财产不变现处理时，担保权人的优先受偿权也不受影响。笔者对此观点表示赞同。

但从实践的情况来看，若抵押人进入破产程序且抵押权未在抵押人进入破产程序前实现，进入破产程序后，抵押权人抵押权的实现或多或少会受到一定程度的影响：抵押人进入破产程序后，破产管理人需要接管抵押人的财产，往往会耗费一定的时间；当抵押财产为机器设备、存货等动产时，该类资产贬值快，保值增值难度较大，如不能及时处置，抵押权人优先受偿权的范围将不断缩减。如果抵押人适用的是破产重整程序，抵押权人的权利不仅在长达数月或数年的重整过程中暂停行使，重整结束后，重整计划的安排也不一定能够保证有财产担保债权人的债权获得公平合理的清偿。因此，在抵押人破产的情况下，抵押权人的优先受偿权仍然受到一定程度的限制，需要立法保护。

（二）破产法对债务人财产的保护

《企业破产法》第十九条规定：

“人民法院受理破产申请后，有关债务人财产的保全措施应当解除，执行程序应当中止。”《九民纪要》第一百零九条规定：“要切实落实破产案件受理后相关保全措施应予解除、相关执行措施应当中止、债务人财产应当及时交付管理人等规定……对债务人财产采取保全措施或者执行措施的人民法院未依法及时解除保全措施、移交处置权，或者中止执行程序并移交有关财产的，上级人民法院应当依法予以纠正……”从上述规定可以看出，进入破产程序后，将概括解除对债务人财产的保全措施。一方面是出于债务人财产整体价值最大化的考虑，由管理人整体管理和处置债务人财产；另一方面，也有利于防止个别法院执行债务人财产而个别清偿。需要注意的是，保全措施解除后，法院将处置权移交给管理人，此时抵押财产由管理人代为占有，这与《民法典》第四百一十二条项下的法院在理论解释上的代为占有并无二致，因此抵押人不享有抵押财产的用益权，自然也就不享有收取孳息的权利。由于抵押权人的抵押权不受破产程序的影响，此时应理解为抵押权人已经通过管理人代为占有的形式，取得对抵押财产的占有权和用益权。

（三）法定孳息在破产程序中的性质

破产程序不改变物权归属的基本规则，抵押权人的权利除在重整程序中变现权暂停行使的限制外，其他均不受破产程序的影响。因此，破产程序中，租金等法定孳息属于抵押人的债务人财产，但抵押权人

对法定孳息享有优先受偿权。

（四）破产程序中抵押权人对法定孳息的权利：进入破产程序前已经扣押的，抵押权人有权就法定孳息优先受偿

经过在《民法典》语境下与破产法语境下的分别探讨，笔者认为，如果抵押财产在破产受理前已被法院查封或扣押，抵押人进入破产程序后，抵押权人仍有权依据《民法典》第四百一十二条的规定收取法定孳息，并就法定孳息优先受偿。理由如下：

1. 破产程序中，抵押人仍无法对抵押财产直接占有并享有用益权，无权收取因用益权产生的法定孳息

民事执行程序中就某一特定财产采取的查封、扣押等保全措施，是为了保证抵押财产不受损失而采取的限制当事人处分的措施，查封、扣押的财产由法院直接占有，抵押权人通过法院间接占有抵押财产。而破产程序概括解除债务人财产的保全措施，一方面是为了防止债务人财产被执行而个别清偿；另一方面系因集中管理和统一处置破产财产所需，债务人财产解除保全后，由管理人接管并享有处置权，债务人财产在破产程序中实际上由管理人占有。因此，对于进入破产程序前已经被采取保全措施的抵押财产，破产程序对抵押人财产保全措施的概括解除，相当于对抵押财产的直接占有由法院转移到管理人手中，抵押权人通过管理人间接占有抵押财产。因此，如果抵押财产在破产受理前已被法院查封或扣押，进入破产程序后，抵押人因无法实

际占有抵押财产而无法享有用益权产生的孳息，抵押权人因通过管理人的间接占有而享有抵押财产用益权产生的孳息。

2. 破产程序中，依然需要防止拖延处置抵押财产的情况发生

如前所述，破产程序或多或少会对抵押权的实现程序产生一定影响，客观上拖延了担保物权的实现程序。此外，法定孳息在性质上属于债务人财产，如果不赋予抵押权人优先受偿权，法定孳息将由管理人收取并归入债务人财产。如此一来，抵押财产的处置时间越晚，归入债务人财产的法定孳息收益就越多，债权人的偿债资源更丰富，管理人的报酬也相应更丰厚。因此，进入破产程序后，相关利益主体依然存在拖延处置抵押财产的动机。而规定抵押财产的法定孳息由抵押权人收取，一方面可以让抵押权人就因被破产程序拖延的抵押权实现程序而遭受的损失获得一定的补偿，另一方面可以防止管理人、债权人等利益相关方为收取孳息而拖延处置抵押财产，保护抵押权人利益，促进抵押权的尽快实现。

3. 从利益衡量的角度来看，抵押权人的权益在破产程序中往往受到一定程度的限制，需要立法予以保护

在破产程序中，绝大多数的债权人均因公平清偿程序而获得保护，甚至可能因债务人重整而获得较清算程序更大的优惠，唯有担保债权人除外。无论债务人（即抵押人）是否进入破产程序，担保债权人均能就特定的担保财产受偿。漫长的破产程序并不会提升担保物的

价值，反倒增加了折旧和灭失的风险。因此，破产程序对担保债权人应当给予更多关注，防止其权益因破产程序而不当减损。实践中，带租约的抵押财产拍卖难度大、耗时长，抵押权人的权益常常大打折扣。如果抵押人未进入破产程序，抵押权人尚可享有法定孳息收取权以弥补损失；而仅仅因为抵押人进入破产程序，债权人就丧失了该等权利，明显不公。在破产重整程序中，抵押权人的优先受偿权被长期搁置，抵押财产存在贬值风险；更有甚者，通过重整计划以留债、以股抵债等方式清偿抵押权人的债权，抵押权人的利益将可能受到进一步的损害。因此，在破产程序中，应当对抵押权人的权益建立必要的保护机制。

4. 虽有个别判例未支持抵押权人在破产受理后收取已扣押抵押物的法定孳息的请求，但其部分裁判观点有待商榷

在(2021)浙03民终337号“温州鑫瑜企业管理咨询合伙企业、温州市亚美包装有限公司破产债权确认纠纷上诉案”中，抵押财产(系土地使用权)已于2015年经抵押权人申请查封，二审法院认为抵押人已于2016年进入破产清算，应当依照《企业破产法》第十九条等相关规定，对涉案抵押财产的保全措施予以解除，故认定并不存在抵押财产被法院依法扣押的情形。同时，二审法院又以抵押权人在一审、二审的审理过程中均没有提供证据证明其尽到了相应的通知义务为由，认定本案不符合《民法典》第四百一十二条规

定的收取租金的条件，也就不享有对涉案租金的优先受偿权。如前所述，进入破产程序后对债务人财产保全措施的概括解除，是出于便利管理人管理和处分债务人财产、使财产价值最大化的需要，并非削弱抵押权的效力。此外，抵押权人的通知行为系抵押权效力及于孳息的对抗要件，而非生效要件，该要件的目的是防止清偿法定孳息义务人发生错误给付，即便抵押权人未及时通知法定孳息清偿义务人，抵押权的效力也已经及于法定孳息。因此，笔者认为该案中，抵押权人已经具备收取法定孳息的前提条件。此外，该案二审法院又以担保合同中仅约定以抵押人名下的土地使用权为其借款提供抵押担保，并未约定以土地的租金提供担保，因此认定涉案租金不属于当事人约定的担保财产范围。但笔者认为，《民法典》第四百一十二条赋予抵押权人在满足特定条件下收取法定孳息的权利是一种法定优先权，并不以当事人之间是否有约定为前提。

五、结论

综上所述，笔者总结如下结论：

第一，抵押财产未被查封或扣押的，抵押人破产受理前后，抵押权人均不享有法定孳息收取权。

第二，破产受理前，若因抵押人违约启动司法程序致使该抵押财产被法院扣押、查封的，抵押权人有权自该抵押财产被扣押或查封之日起收取法定孳息并就法定孳息优先受偿。

第三，抵押人进入破产程序后，

就破产受理前已扣押的抵押财产产生的法定孳息，抵押权人有权收取并就法定孳息优先受偿。



李成浩

君合律师事务所上海分所合伙人，上海海协破产与不良资产专业委员会委员

业务方向：破产清算与重整



贾玮

君合律师事务所上海分所律师

业务方向：破产与重组

数据跨境流动的法律思考

文 | 杨迅 李嘉仪

随着数字技术的发展，数据的价值日趋体现，数据的跨境流动也日渐频繁。然而，有关数据流动的法律规则几乎空白。本文将从数据跨境流动的现状出发，结合世界上几个主要国家关于数据流动的法律政策，探索数据权益、数据主权、数据安全等与数据跨境流动有关的法律框架。

一、数据跨境流动全景扫描

在全球数字经济发展的背景下，数据已经成为最具价值的生产要素之一，被公认为 21 世纪的“新石油”和“新黄金”。在 21 世纪的今天，数据的重要意义就如同 20 世纪的石油，是推动发展和进步的驱动力。换言之，数据已经成为当今经济生活中不可忽视的重要因素。

1. 数据的本质

数据通常是指原始的输入，其本身可能是无意义的。当其被处理或安排时，会产生有意义的输出，即信息。数据被处理成信息，会使其具有可解释性，并被赋予重要意义。

数据作为一种特殊资源，有别于一般的商品和服务。相较于一个物上只能存在一份所有权的排他性物权，一份数据可以同时被不同主体掌握或使用，且不会被耗尽。此外，多个数据汇总产生的总价值往往大于单个数据所产生的价值。单独的一个数据，比如某一商品的海关通关数据或者某一条用户评价，其价值是有限的；只有大量数据在空间维度和时间维度进行叠加，才能产生更大的价值。而数据的流动，则是数据集中和叠加的必要途径。

2. 数据的权利属性

信息的非独占性决定了信息不具有康德所说的“生而具有的法权”或“自然法权”。对有形物的权利规定往往是对事实占有关系的法律肯定，而数据不存在实际占有的状态，因此需要对数据进行法律地位上的创设。

在物权法定原则下谈论“信息权利”是无意义的。数据，既不是一个物，也不是债权，更不是知识产权。在这种情况下，谁能够宣称有权定义数据的权利或者权益呢？

虽然数据的处理者可以通过技术手段限制数据访问，从而达到不同程度上的对数据排他占有的效果，但是该种排他性仅仅是技术上的控制，并不是法律上确权的当然证明。无论数据是在中国境内还是在国际环境中流转，都需要有明确的权利边界，否则数据的流动就可能是无序的，数据的实际控制者往往也不愿意面对数据权益失去控制的情形。

在数据所有权无法明确的情况下，与其探究数据的所有权，不如探讨数据的控制和收益。比如 2022 年 12 月 19 日颁布的《中共中央 国务院关于构建数据基础制

度更好发挥数据要素作用的意见》（以下简称“数据二十条”）创新性地提出了“数据资源持有权、数据加工使用权和数据产品经营权的三权分置”观点。在司法实践中，牵涉到相应平台数据的，例如点击率、点评数、好评数等，纵然无法判断其归属，但这些数据是真真切切地由平台控制，平台也能够通过这样的控制来获得收益。由此可见，我国现有的法律体系虽然无法确认数据所有权，但是可以确定数据的贡献者，从而赋予数据贡献者一定程度的数据控制权，以及通过分享数据权在一定程度上获得的数据收益权。

3. 数据流通的性质

数据的使用是数据价值的实现形式。数据使用者通过对海量数据的分析，获得有巨大价值的产品和服务。该巨大价值并不仅仅来自于单一数据集量上的变化，而是数据在各个不同领域应用成果的总成。

数据的使用需要数据的自由流动。但是正如经济学家斯蒂格勒所说的“天下没有免费的午餐”，如果数据能被免费使用，就会缺少贡献数据的动力。企业在生产经营活动中积累了很多冗余的数据，比如研

究自动驾驶的车企就累积了大量驾驶行为数据。这些数据对车企而言，仅仅是为了研发产品，通过更新换代获得更好的驾驶体验；而对于加油站、市政规划、保险公司来说，可能都具有极大的价值。但是，如果不对车企进行相应的利益补偿，车企有什么动力将数据投入流动领域呢？

促进数据流动，需要给予数据贡献方一定程度的鼓励。贡献出数据的一方，往往需要在数据收集、整合、甄别全流程中投入资源，还需要将数据排列成具有意义的数据库形式。尤其是针对法律上无法流转的数据（比如敏感个人信息），往往还需要经过数据清洗、脱敏等程序，确保其均为可以流转的非敏感数据。如果没有对前述行为的激励，就难以自然形成规模化的数据贡献和流动。因此，对数据实际控制权承认和对数据贡献者的报偿是数据流动的保障。

二、数据流动与数据安全的国家政策

世界主要经济体都认识到了数据的巨大价值和数据流动的重要性。但出于国家安全和国家利益考虑，不同国家采取了不同的政策。

1. 美国

美国的数据政策以促进数据自由为核心。从里根政府开始，促进数据的全球流动成为美国政府数据政策的基调。当时，美国拥有世界上主要的IT和互联网公司，是数据的主要生产者。如今，美国在IT基础设施建设方面仍处于全球领先地位，在数据储存和流动中也仍占

据主导地位。世界主要的数据中心和云服务提供商均为美国所主导，到目前为止，我国仍有许多公司需要美国提供的云服务。也正是基于这些数字领域基础设施的领先地位，美国可以几乎不受限制地接触到全球各地的数据。因此，从里根政府的经济合作与发展组织，到克林顿政府的《全球电子商务框架》，再到奥巴马政府的《两党贸易和优先权责任法》及TPP，均通过反对数据本地化，倡导全球范围的数据跨境流动，实现美国对全球数据的掌控。

美国对数据的全球掌控给其他国家带来了安全隐患。2018年3月23日，美国总统签署《澄清境外数据合法使用法案》（Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act, “CLOUD Act”，以下简称《云法案》），以解决“美国政府诉微软公司案”中所体现的获取域外数据合法性问题，为执法机构获取境外数据以及外国政府获取美国境内数据提供依据。《云法案》扩大了美国法律的适用范围，实现数据领域的“长臂管辖权”，赋予了美国执法机构调取境外数据的权力。一言以蔽之，全球范围内只要是美国和美国企业能够控制的数据，美国政府就可以随意取用，不受数据所在地国家的法律限制；同时，美国和美国企业有权不向外国政府提供其所控制的数据，除非该外国政府受到美国的信任。可见，无论是在赋予美国获取域外数据的权力方面，还是在限制外国获取美国企业家控制下的数据等方面，《云法案》都赋予了美国极大的自由裁量权。这体

现了美国对其他国家数据主权的不尊重，是单边主义和美国中心主义的表现。

2. 欧盟

欧盟的数据政策重点在于对数据的保护。2018年5月，欧盟的《通用数据保护条例》（General Data Protection Regulation，即GDPR）正式生效实施。GDPR明确了保护个人数据是公民的基本权利，一方面扩大了个人数据的保护范围，给予个人数据以普遍法律的保护；另一方面提升了对个人数据的保护水平，强调个人数据风险的事前防范。在数据的自由流动方面，GDPR允许数据在欧盟成员国之间自由流动；但针对面向欧盟之外的数据传输，其规定只有在满足一定约束性条件和数据保护条款的基础上，该等数据传输才可能被允许。

对于非个人信息，“欧盟鼓励和促进利益相关者在欧盟层面上制定行业自律的行为准则，在透明性和互操作性原则的基础上，适当考虑开放标准，以便促进数据经济的竞争性发展。”欧洲议会和欧盟理事共同颁布的《非个人数据自由流动条例》限制了数据本地化，促进了非个人数据在欧盟境内的自由流动，对当地的数据获取以及专业用户的数据迁移等问题作出了规范。其中，“数据本地化要求”是指欧盟一些成员国的法律要求某些数据的处理行为必须在特定区域或者特定领土内才可以进行，这也成为限制数据自由流动的主要障碍。为了实现非个人数据的跨境自由流动，《非个人数据自由流动条例》要求

成员国政府在删除本国现有的数据本地化要求的基础上，引入新的数据本地化要求或对现有的数据本地化要求进行修改，并在欧盟内设置多个数据处理点，使其达到监管控制目的，并确保数据对其具有可获得性。

3. 中国

2017年，我国外交部和国家互联网信息办公室基于数据领域与网络空间的交叉与重合，发布了《网络空间国际合作战略》，明确了数据领域的国家主权原则对网络空间的适用。国家主权原则适用于数据，意味着若他国侵犯、干涉、非法获取、不正当使用在我国境内的数据及数据存储设备，将构成对我国主权的侵犯。

自2021年9月起施行的《中华人民共和国数据安全法》（以下简称《数据安全法》）从数据安全与发展、数据安全保护义务、政务数据安全与开放等方面强调数据保护、保障数据安全。《数据安全法》出于国家安全考虑，提出了数据安全出境和本地化储存的监管要求。在行政规章层面，相关主管机关也对医疗健康数据、金融业务数据、保险数据、汽车行驶数据等行业中重要的数据提出了本地化储存要求。我国正在根据本国的政治与经济利益，平衡数据自由流动与数据安全，既要在政策层面大力发展大数据产业，又要兼顾国家安全层面，对数据流动进行必要的限制。

进一步地，“数据二十条”还坚持“促进数据合规高效流通使用、赋能实体经济”这一主线，并以充分实现数据要素价值、促进全体人

民共享数字经济发展红利为目标。

三、数据流动的法理学思考

目前，国际层面尚无适应全球数据治理的法律体系和框架。传统的民事法律体系是基于对“物”的独占，以处分权为基础的权利。数据在不同的环节具有不同的属性：在生产环节，数据往往是对客观世界的描述和归结，具有公共属性；在流动环节，数据往往随着使用而被赋予更高的价值。因此，需要“以数据的‘生产—流动’为分析框架”，重塑“数据生产环节的数据控制权配置和数据流动环节的数据利用权”，从而平衡数据生产和数据使用中的利益分配。

正如著名法学家博登海默所说：“平等、自由、安全和公共福利，都不应该被看成绝对的孤立的事物。”法的概念应该把平等、自由、安全和公共福利囊括其中，缺一不可。

数据自由流动，才能让人们分享流动带来的收益；同时，确认权利的边界，明确参与人获取、使用、分配的规则，才能为分配数据流动带来的价值提供公平的机会。从形式公平角度看，通过形式公平保证大家获取数据的机会均等；从实质公平角度看，需要避免因使用、处理数据的能力不同导致的结果不公平，避免数据垄断。跨国数据流动同样需要平衡效率、公平与安全：在不威胁国家安全的前提下，鼓励数据的跨境流动，以及保障数据流动带来的价值在各国之间公平分配。

1. 数据共享不等于数据公有

数据共享是基于承认数据提供方对数据控制的边界的共同使用，是数据提供方依照一定规则自愿将其数据提供给他人使用；他人在使用该数据时，应当根据数据流动的规则，与数据提供方分享收益。数据公有则不具有数据控制的边界，数据公之于众之后，任何人都可以在法律允许的范围内自由利用和共享利用的收益。

数据共享要求在数据自由流动的过程中，确保参与各方都可以从数据流动和使用中获取利益。但是，数据的自由流动有其边界：对个体权益而言，每个参与方都不能随意利用他人的数据造成不正当竞争；对公共利益来说，数据的使用不能以损害国家安全、社会公共安全为代价。这些都需要建立数据流动的确定规则，明确数据流动的要求，统一数据权益分配的制度。

2. 数据主权不是民事意义上的权利

国家对数据的主权是管辖意义上的公权，而非民事意义上独占性的权利。

数据主权是国家主权在大数据时代的核心表现，是国家安全和发展的核心利益所在。国家对数据拥有主权，同时意味着国家可以通过行使法定权力对数据有关的行为进行管辖。数据主权对内体现了国家对数据制定和执行法律的权力，对外体现了国家在网络空间和数字领域的管辖权边界。

“大数据和云处理的发展已经超越了原先以国土疆界为划分的安全概念，挑战了主权概念，带来了复杂的权责关系。”但是，信息网

络的超越国界并不代表网络空间没有主权的边界。数据的流转必然需要服从一定的规则，而规则的执行必须以公权力为后盾，因此网络空间也必须遵循国家数据主权。

国家对数据的主权，并不是民事意义上的独占权。国家对数据的主权是制定规则的权力，意味着特定国家法律适用于数据有关行为，以及国家强制力的管辖。对数据的主权并不是民事法律意义上的占有，亦非指向从数据相关行为中获益。国家对数据的主权，更多的是出于保障国家安全考虑限制数据的流动，不具有民事权利的独占属性。换言之，对数据的主权并不以限制数据跨越国界流动为必然；某程度上，对数据跨境流动的规范本身就是国家主权的体现。

3. 数据安全考量不是数据流动的阻碍

对数据的保护并不等同于数据保护主义。数据保护是为了实现国家对数据流动的规制，从而采取的合理限制措施；而不是否定数据自由流动，拒绝国家之间数据的正常自由交流。

数据自由与数据保护两种理念博弈的核心在于：在数据主权领域，数据自由流动与数据保护之间需要取得平衡。不论是严格的本地化，抑或是完全自由的数据流动，都不可能满足国家实现各种数据发展目标的需求。对于新的数据法律体系，在鼓励数据流动的同时，还应考虑到对人权、国家安全、贸易、竞争、税收和互联网整体治理可能产生的影响。

数据安全考量不是数据流动的阻碍。对于网络空间，不仅需要

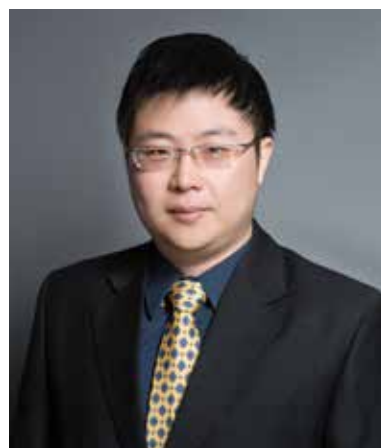
重塑国家界限，还需要在实践中以国家现实的控制力有效保障数据安全。必要的数据本地化或者对跨境流动的控制，在一定程度上能够促进和保护当地科技产业和经济的良性发展。在数据流动发挥更大价值的同时，确保本国公共机构可通过法律或技术途径获取开展公务所需的数据，避免本国公民遭受来自外国政府和企业的监控，阻止其他国家为了不良目的而获取本国公民的数据，确保国家机关能够对网络信息内容进行管控，以符合本地的法律要求。

4. 建立全球数据流动规则

数据的流动需要确定性的制度保障，为此，需明确数据流动的条件、方式和分享数据收益的规则。简言之，在数据流动领域，政府的作用不应局限于对数据流动的个案审查，更多的是应该作为制度的制定者和规则的维护者。在制度层面，完善有关数据的国内立法，确保数据流动与共享的可预见性，同时在国际上通过双边与多边协议推进数字主权国际公约的制定；在组织保障层面，改变多头管辖的格局，明确监管部门职责，为数字技术的创新、数字产业的发展提供良好的基础；在市场层面，依托市场主体全面开放合作，鼓励数据流动、提倡数据共享，同时加强与其他国家的合作交流，消除数据流动的贸易壁垒，实现数字时代的互利共赢。

我国正在经历从商品大国向数据大国转变的阶段，因此，我国有条件也有能力成为推动制定国际数据流动规则的积极力量，在数据主权问题上体现“共商共建共享”全球治理观的“中国主张”。我国政

府、社会组织、私营部门、技术和法律专家应积极参与数字治理，促进全球数据流动标准的制定和研发，为全球数据有序、有效流动贡献中国智慧。



杨迅

上海市通力律师事务所合伙人
业务方向：网络安全、知识产权



李嘉仪

辽宁成功金盟律师事务所律师
业务方向：知识产权、信息安全、公司业务

中资企业并购境外分拆业务中的“错误转让”风险和防范

文 | 付晓锋

并购分拆业务与传统的并购业务不同。典型的并购业务相对简单，即买方收购卖方持有的标的公司的股权，或者购买卖方持有的资产。而并购分拆业务中，买方从卖方购买的标的是与卖方出售的特定业务相关的一系列资产，既包括标的公司的股权，也包括由标的公司持有或无法持有的资产、合同和其他权益。本文将重点讨论在中资企业出海并购跨国公司剥离的特定业务的交易中，中国买方需要向境外卖方额外提出的“错误转让”安排。

一、境外分拆业务的背景

业务分拆是跨国公司为了实现其股东利益最大化，根据公司战略，将其特定的非核心业务出售给潜在买家的交易，如近三年完成的美国化工领导者拆分其旗下的酚醛树脂业务、德国照明巨头剥离其数字照明业务、荷兰跨国食品公司出售其工程材料业务等等。这些业务的出售往往无法通过简单的股权转让或资产购买来完成，因为跨国公司凭借其全球化视野将其业务遍布世界各地，在各大洲的主要经济体都设立法律实体开展经营活动。这些法律实体在集团中的功能和定位各有不同，既有从事分销转售业务的贸易公司，也有采购原料生产成品的当地工厂，还有负责项目研究和开发的研发中心，以及发挥管理职能的地区总部、外资控股公司等。而且，这些法律实体在日常经营活动中既会签订大量的设备采购合同、长期原料采购合同、产品供应协议等经营性合同，也会签订

银行贷款协议、担保协议等融资性文件，还会与当地的合作伙伴签订合资经营合同、代工协议等合营与战略性协议。所以，中资企业收购跨国公司剥离出集团的遍布世界各地的特定业务，往往由该业务所在地的不同专业服务机构共同参与、分工合作，是一项系统性工作。

二、“错误转让”安排的内涵

不同于传统并购交易中的交易完成前的约定事项，“错误转让”是分拆业务交易中特有的约定，属于交易交割后的约定事项。“错误转让”安排是指在剥离特定业务的交易完成之后，如果发现与该业务相关的资产没有转让给买方，则卖方仍有义务（尽管交易已完成）将该资产转让给买方。这种约定的背后逻辑在于，对在全球从事经营活动的跨国集团而言，其与出售的特定业务相关的资产相当复杂，不仅分布于世界各地，而且数量众多，也不适合重组进入

目标公司，因此难免出现在分拆项目交割之后仍由卖方控制的没有及时转给买方的资产。如果这些资产在交易完成后不再转让给买方，则会减损买方购买的特定业务的经济价值，甚至影响该特定业务未来的财务状况和经营成果。

三、“错误转让”安排的外延

在分拆业务中，买方提出的“错误转让”约定事项针对的是与其购买的特定业务有关的资产，但“错误转让”的资产如何界定往往是买卖双方谈判的重点——是与剥离的特定业务有关的所有资产，还是只有符合特定标准的资产才属于双方约定的“错误转让”的资产？在国际分拆业务并购实务中，根据具体转让资产的不同情况以及双方谈判地位和交易经验的差异，对“错误转让”的资产外延的界定有如下几种情形：一是与分拆业务有关的一切资产；二是主要用于分拆业务的资产；三是专门用于分拆业务的资产。不难看出，

这三种情形逐渐从对买方有利的立场过渡到对卖方有利的立场，尤其是对于既用于买方收购的分拆业务，也用于卖方保留的现有业务的资产而言。

除了上述针对资产的“错误转让”约定外，剥离特定业务的并购中往往也会涉及相关负债的转让。在转让与特定业务有关的负债的情形下，卖方则会提出“错误转让”约定事项还应包括“错误转让”的负债。“错误转让”的负债是指在分拆特定业务的交易完成之后，如果发现与该业务有关的负债没有转让给买方，则卖方仍有权将该负债转让给买方承担。但在中资企业并购境外分拆业务的项目中，中资企业是否接受境外卖方提出的“错误转让”负债的约定事项，取决于项目中该负债的具体情况，以及中方的谈判地位和项目经验，因为并不是所有的境外分拆交易都涉及“错误转让”负债的约定。没有这种针对负债的“错误转让”约定事项，其逻辑在于就剥离出的特定业务的具体情况而言，包括相关的资产和负债，买卖双方掌握的信息是不对称的，卖方掌握的信息比买方掌握的要更充分和更准确；若在交易完成后要求买方承担其事先并不了解的负债，如在协议中约定针对负债的“错误转让”，对买方并不公平。另外，与转让资产不同，在交易完成之前，卖方更有意愿将相关的负债转让给买方承担。所以，卖方没有剥离相关负债的风险应由卖方自行承担，不应在交易完成后再要求买方承担。

四、“错误转让”约定事项的谈判要点

在复杂的剥离业务的并购交易中，买卖双方会围绕以下要点展开“错误转让”资产约定事项的谈判：

（一）“错误转让”资产的范围界定

由于买卖双方的立场不同，以及所掌握的“错误转让”资产信息不对称，买方往往坚持与其收购的特定业务有关的一切资产均属于“错误转让”资产，要求在收购完

成之后，一经发现这些本应转让但没有转让的资产，卖方即有义务立即转让给买方。这些资产既包括狭义的“资产”概念，也包括广义的“合同”和其他权益。然而，卖方一般不会接受这种完全有利于买方的约定。根据并购分拆业务的国际惯例，卖方会对资产范围在重要性方面进行限制，如只有“重大资产”才会转让给买方，而非一切资产都要转让给买方。另外，考虑到跨国公司资产分布和功能的复杂



性，有些资产不会只用于剥离出的非核心业务，因此卖方只同意将专门用于剥离业务的资产纳入“错误转让”资产的范围。换言之，如果一项资产既用于卖方转让的非核心业务，同时也用于卖方保留的核心业务，则该资产不属于“错误转让”资产的范围；在交易完成后，卖方也不会再将该资产转让给买方。

另外，从卖方的立场出发，对于其在项目交割之前或交割之日已经转让给买方的资产，如果在交易完成之后发现该资产与买方收购的特定业务无关，或该资产主要用于或专门用于卖方保留的业务，则该资产也属于“错误转让”资产的范围，卖方会要求买方立即归还该资产。

（二）“错误转让”资产的纠正时间

“错误转让”资产的纠正是在分拆特定业务的交易完成之后进行，从而导致整个剥离并购交易具有一定的不确定性，未来仍有可能出现涉及“错误转让”的资产。为了尽快结束这种交易不确定的状态，买卖双方通常都会根据分拆特定业务的具体情况，对“错误转让”资产的纠正在时间上设定一个限制。例如在交易完成后的一段时间内，短则3个月、长则36个月，若任何一方发现“错误转让”资产，均应立即根据该资产是本应属于非核心业务还是本应属于核心业务，将其相应地转让给买方或卖方。换言之，在上述时间期限届满之后，无论是否发现“错误转让”资产，任何一方均不再有义务转让

该资产。

（三）“错误转让”资产的对价支付

既然“错误转让”资产涉及在分拆特定业务的交易完成后，卖方向买方转让本应属于出售范围的特定非核心资产，那么该转让是否需要买方额外向卖方支付对应的转让价款、是否需要调整买方收购卖方特定业务的对价，也是交易双方不能回避的关键性问题。根据分拆业务并购交易的实践，通常不需要因为“错误转让”资产在交易完成后的转让而额外支付转让价款，因为这些资产本应该在交易完成之前进行转让，这些资产对应的转让价款已包含在剥离业务的并购交易的对价中。所以，为了避免疑问，买卖双方都会同意并在交易文件中特别明确“错误转让”资产的转让不需要额外支付对价。

五、结论

跨国公司的业务线往往不止一条，根据这些业务线的财务业绩表现，对整个集团的整体财务指标而言，有些业务贡献的息税折旧摊销前利润无法构成集团的核心业务，甚至存在不断下降的趋势。在这种情形下，集团董事会成员出于对公司股东承担的董事信义义务或公司激进股东诉求的考量，需要将集团的非核心业务出售给潜在买家，将变现所得资金用于公司核心业务的发展。然而，对于寻求海外发展机会的中资企业而言，跨国公司的非核心业务正是其希望获得的业务，以扩充自身的海外业务版

图。所以，中资企业并购跨国公司境外分拆业务时，需要了解和熟悉包括“错误转让”约定事项在内的国际并购惯例和游戏规则。

六、“错误转让”约定事项的示范条款和参考译文

（一）“错误转让”资产的示范条款

7 Wrong Pocket Assets 错误转让资产

7.1 If, following Completion, either Party becomes aware that a Seller's Group Company has any Wrong Pocket Divested Asset, it shall promptly notify the other Party and:

如果在交易完成后，任何一方发现卖方集团公司拥有任何错误转让的剥离资产，则该方应立即通知另一方，并且：

(a) the Seller shall Transfer, or shall procure that the relevant Seller's Group Company shall Transfer, all such right, title and interest in the Wrong Pocket Divested Asset, as soon as reasonably practicable following such notification to such Target Company as the Buyer nominates, on terms that no consideration is required to be provided or paid by any Target Company for such Transfer;

卖方应在收到该通知后，在合理可行的情况下尽快转让或促使相关卖方集团公司向买方指定的目标公司转让其错误转让的剥离资产的所有权利、所有权和利益，但

任何目标公司无需为该等转让提供或支付对价；

(b) each Party shall execute or do, or procure to be executed or done, all such documents and things as may be reasonably necessary validly to effect the Transfer and to vest the relevant right, title and/or interest in the Wrong Pocket Divested Asset in the relevant Target Company;

各方应签署 / 完成或促使签署 / 完成所有合理必要的文件和事项, 以有效实现转让, 并将错误转让的剥离资产的相关权利、所有权和 / 或权益授予相关目标公司；

(c) the Buyer shall provide such assistance to the Seller or the Seller's Group Company as the Seller reasonably requires for the purposes of effecting the Transfer of the relevant right, title and/or interest in the Wrong Pocket Divested Asset in accordance with clause 7.1(a).

买方应向卖方或卖方集团公司提供卖方合理要求的协助, 以便根据第 7.1(a) 条实现错误转让的剥离资产的相关权利、所有权和 / 或权益的转让。

7.2 If, following Completion, either Party becomes aware that a Target Company has any Wrong Pocket Retained Asset, it shall promptly notify the other Party and:

如果在交易完成后, 任何一方发现目标公司拥有任何错误转让

的保留资产, 则该方应立即通知另一方, 并且:

(a) the Buyer shall Transfer, or shall procure that the relevant Target Company shall Transfer, all such right, title and interest in the Wrong Pocket Retained Asset, as soon as reasonably practicable following such notification, to such Seller's Group Company as the Seller nominates, on terms that no consideration is required to be provided or paid by any Seller's Group Company for such Transfer;

买方应在收到该通知后, 在合理可行的情况下尽快转让或促使相关目标公司向卖方指定的卖方集团公司转让其错误转让的保留资产的所有权利、所有权和权益, 但任何卖方集团公司无需为该等转让提供或支付对价；

(b) each Party shall execute or do, or procure to be executed or done, all such documents and things as may be reasonably necessary validly to effect the Transfer and to vest the relevant right, title and/or interest in the Wrong Pocket Retained Asset in the relevant Seller's Group Company;

各方应签署 / 完成或促使签署 / 完成所有合理必要的文件和事项, 以有效实现转让, 并将错误转让的保留资产的相关权利、所有权和 / 或权益授予相关卖方集团公司；

(c) the Seller shall provide

such assistance to the Buyer or the Target Company as the Buyer reasonably requires for the purposes of effecting the Transfer of the relevant right, title and/or interest in the Wrong Pocket Retained Asset in accordance with clause 7.2(a).

卖方应向买方或目标公司提供买方合理要求的协助, 以便根据第 7.2(a) 条实现错误转让的保留资产的相关权利、所有权和 / 或权益的转让。

(二) “错误转让” 负债的示范条款

8 Wrong Pocket Liabilities 错误转让负债

8.1 If, following Completion, either Party becomes aware that a Target Company has any Wrong Pocket Retained Liability, it shall promptly notify the other Party and:

如果在交易完成后, 任何一方发现目标公司留有任何错误转让的保留负债, 则该方应立即通知另一方, 并且:

(a) the Seller shall, or shall cause a Seller's Group Company to, accept, assume (or, as applicable, retain), perform, discharge and fulfil, in accordance with their respective terms (“Assume”), such Wrong Pocket Retained Liability, as soon as reasonably practicable following such notification, on terms that no consideration is

required to be provided or paid by any Target Company for such Assumption of a Wrong Pocket Retained Liability;

卖方应在收到该通知后，在合理可行的情况下尽快或促使卖方集团公司根据各自的条款，接受、承担（或适用、保留）、履行、解除和完成错误转让的保留负债（“承担”），但任何目标公司无需为该等错误转让的保留负债的承担提供或支付对价；

(b) each Party shall execute or do, or procure to be executed or done, all such documents and things as may be necessary to validly effect the Assumption of the Wrong Pocket Retained Liability by the relevant Seller's Group Company;

各方应签署 / 完成或促使签署 / 完成所有必要的文件和事项，以有效实现相关卖方集团公司对错误转让的保留负债的承担；

(c) the Buyer shall provide such assistance to the Seller or the relevant Seller's Group Company as the Seller reasonably requires for the purposes of effecting the Assumption of the Wrong Pocket Retained Liability in accordance with clause 8.1(a).

买方应向卖方或相关卖方集团公司提供卖方合理要求的协助，以便根据第 8.1(a) 条实现错误转让的保留负债的承担。

8.2 If, following Completion,

either Party becomes aware that a Seller's Group Company has any Wrong Pocket Divested Liability, it shall promptly notify the other Party and:

如果在交易完成后，任何一方发现卖方集团公司留有任何错误转让的剥离负债，则该方应立即通知另一方，并且：

(a) the Buyer shall, or shall cause a Target Company to, Assume such Wrong Pocket Divested Liability, as soon as reasonably practicable following such notification, on terms that no consideration is required to be provided or paid by any Seller's Group Company for such Assumption of a Wrong Pocket Divested Liability;

买方应在收到该通知后，在合理可行的情况下尽快承担或促使目标公司承担该等错误转让的剥离负债，但任何卖方集团公司无需为该等错误转让的剥离负债的承担提供或支付对价；

(b) each Party shall execute or do, or procure to be executed or done, all such documents and things as may be necessary to validly effect the Assumption of the Wrong Pocket Divested Liability by the relevant Target Company;

各方应签署 / 完成或促使签署 / 完成所有必要的文件和事项，以有效实现相关目标公司对错误转让的剥离负债的承担；

(c) the Seller shall provide

such assistance to the Buyer or the Target Company as the Buyer reasonably requires for the purposes of effecting the Assumption of the Wrong Pocket Divested Liability in accordance with clause 8.2(a).

卖方应向买方或目标公司提供买方合理要求的协助，以便根据第 8.2(a) 条实现错误转让的剥离负债的承担。



付晓锋

上海高凯律师事务所合伙人
业务方向：国际并购和融资

国际“临时仲裁”程序 特别应对及实务指引

文 | 翁冠星

2023年11月22日，上海市十六届人大常委会第八次会议表决通过了《上海市推进国际商事仲裁中心建设条例》，提出按照国家部署，当事人可约定在上海、按照特定仲裁规定、由特定人员进行临时仲裁。作为多元纠纷解决机制中的重要环节，仲裁在市场化、法治化、国际化营商环境建设中的作用日益突出。临时仲裁入法，将首先在具有涉外因素的商事、海事等领域进行探索。

事实上，最近几个月内，我通过各种渠道参与了《中华人民共和国仲裁法》的修订研讨，以及上海和浦东新区等多个省市或地区有关打造国际商事仲裁中心的相关文件起草的研讨。在各个研讨活动中，我切身感受到了一种新的趋势。即国内无论是司法界还是立法界，包括司法审查条线和行政管理条线，对于当事人不指定常设机构而仅约定仲裁解决纠纷的临时仲裁的态度，已经从早年间认为绝对无效慢慢变得更为包容，甚至接受。

从商事仲裁遵循当事人意思自治的角度来看，这种立法态度和司法审查思路既是进一步与国际主流商事仲裁惯例衔接，同时无疑是一种巨大的进步。

然而，作为一个在国内仲裁机

构、法院、境外仲裁机构及境内临时组成的仲裁庭都有过亲身出庭辩论经验的中国律师，我必须很负责任地说，“临时仲裁”程序有可能与我们过往的争议解决的各个环节均有本质上的不同。这种不同，对于国内执业的律师和法务负责人来说，是一种来自专业上的挑战；对于商事主体及其负责人来说，要能够快速接受不同的争议解决方式可能会带来不一样的风险敞口和经济成本，否则会使得整个商事争议解决陷入预估之外的被动。

本文中，我将结合个人经验，简单介绍境外临时仲裁的主要流程，及与国内机构仲裁程序的显著不同点。

一、“临时仲裁”概念再探讨

“临时仲裁”实质上是一个约定俗成的中文翻译表述，当我们提到“临时仲裁”四个字时，业内同行基本都了解指向哪一个概念。当然，这种称呼也具有一定的便利性。但是，“临时”这一表述事实上并不能真实地反映其原本的含义，在给业外人士如商业主体的负责人、相关政府部门负责人解释时，容易产生误解。

此处提到的“临时”（ad hoc）概念，其拉丁文原文大意为

“为……目的而特地或临时”做某事；具体到语境中，即专门为解决本次争议而特地/临时组成的仲裁庭，仲裁庭在作出最终具有约束力的裁决书之后通常即告解散。其区别的是临时仲裁并非将争议及诉求提交有固定名称和管理团队、仲裁员名册以及办公场所的常设仲裁机构，而非指仲裁裁决书或仲裁庭的决定的效力是临时的，或者当事人达成的仲裁合意是临时的。因此，临时仲裁也被称为“专项仲裁”或者“特别仲裁”。

临时仲裁制度是仲裁制度的起始状态，历史悠久，并随着欧洲商业活动的发展而扩张到世界各地。总的来说，相比于机构仲裁，临时仲裁一般被认为更符合商事主体对意思自治、节约时间和成本、提高效率的追求。当然，临时仲裁是否一定更省成本、一定效率更高，我个人持不同看法，后会涉及。尽管如此，临时仲裁的做法在世界上大多数普通法系法域都是有效的做法；在《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》中，临时仲裁的做法也得到了认可，故而临时仲裁裁决也能够根据《纽约公约》的规定在世界上大多数法域得到承认和执行。

也正是出于此等原因，在国外

许多商业交易的格式文本或行业协会推荐文本中，仍存在大量“临时仲裁”的争议解决条款，常见的有：

arbitration: [place];
any dispute derived of or in connection with this contract, shall be resolved through arbitration in [place]
if any dispute, submit to a tribunal constituted under the laws of [place]
...

因此，中国内地对于“临时仲裁”正展现出包容态度，除体现了与国际接轨的司法审查理念外，也能够更好地解决这些已经拟定争议解决条款的“存量”交易。对于已经签订了该类仲裁协议的当事人来说，无需过于担心自身的争议解决程序面临不确定性，也无需在洽谈交易的同时另外花精力和成本去更改争议解决条款。对于正在观望中国内地市场的境外商业主体而言，相信他们能够在专业法律人士的协助下，从这一变化上了解到中国监管部门对于国际惯例的尊重及主动接轨的态度，这些都有利于展示越来越好的营商环境。

二、选择“临时仲裁”的注意事项

尽管如此，业界似乎倾向于认为，对于“临时仲裁”的宽容和接纳代表着更为先进的理念。但必须强调的是，我个人并不认为“临时仲裁”就代表更为先进的仲裁制度。

事实上，临时仲裁有其特定的商业交易背景。相比于机构仲裁，临时仲裁有些特征和做法，国内的当事人和律师未必能够很好地适应，简要罗列如下：

1. 仲裁规则的了解

首先必须明确一点，没有常设仲裁机构主管的“临时仲裁”程序未必都是没有固定仲裁规则的仲裁程序。事实上，很多国际上由行业协会主导的争议解决程序都是非常主流的“临时仲裁”程序，其都有固定的预设好的仲裁规则和仲裁程序规则。这些仲裁规则，有的是单独成文，如国际足联的《球员身份委员会与争议解决委员会程序规则》；有的作为特别篇章整合在一份法律性或章程性文件中，如国际斯诺克与台球协会的《WPBSA行为规则》第二部分“纪律规则”中第八节的“听证规则”，以及《国际棉花协会有限公司章程与规则》第三章“仲裁章程”等。

这是一个很多中国当事人和律师非常容易忽略的点。事实上，这里面规则的规定之详细、细节之多变，甚至超过了很多机构仲裁的仲裁规则。

2. 仲裁协议的拟定与选择

实践中，由于临时仲裁没有机构秘书处的介入，因此在仲裁庭组成之前的程序，事实上有赖于当事人自身的积极配合。换句话说，如果当事人不积极配合，临时仲裁在仲裁庭未组成期间是有可能因缺乏强力的程序推进人而造成仲裁

程序的拖延的。再深入一步来说，被提起仲裁请求的一方一定有技巧和手段在仲裁庭组庭前拖延仲裁程序，包括拖延仲裁庭的组成。因此，律师和法务在起草合同条款时，就应当对双方当事人的主体信誉和履约能力有基本的评估。对于那些履约能力不强、市场信誉不高、争议发生之时或者之前就有可能“跑路”或“关门”的主体，谨慎使用临时仲裁协议。

目前来看，海事海商争议、体育争议等专业壁垒高、法律适用冲突频繁且连接点众多的争议通过临时仲裁解决，既符合行业惯例和交易习惯，相比传统的诉讼和机构仲裁也具有一定的优势。

3. 仲裁地选择尤为重要

由于没有机构推进仲裁程序，仲裁地的司法支持就显得尤为重要。关于“仲裁地”的概念，已有众多学者和实务界权威的介绍，此处不再赘述。在选择仲裁地的时候，律师一般会看重以下因素：

第一，整体立法和司法环境是否对商事仲裁友好。这里要澄清一个误区，很多人总以为西方发达国家的法律对源于普通法的商事仲裁制度都是友好的，其实不然。事实上，欧美很多国家对于商事仲裁采取一种相对中性的态度，既不支持也不排斥，包括在临时措施的执行上有诸多限制；同时在仲裁裁决司法审查程序，包括域外裁决的承认和执行程序中，偶尔也会“打开”案件审理一部分实体内容。因此，

当事人和公司律师可以事先通过咨询专业律师、阅读第三方机构的报告（如各仲裁机构下设研究部门不定期公布的研究报告、Queen Mary University 的调研）等，了解到各个不同法域对于商事仲裁的支持力度。

第二，仲裁地本身的环境是否有利于仲裁。除了立法和司法环境以外，其余配套的软硬件设施也是当事人选择仲裁地时要考虑的重要因素。律师在协助当事人选择仲裁地时，本身会更看中配套的专业服务，即是否有足够专业且有能力出庭接受交叉盘问的审计、定损、鉴定、评估专家；同时也需要评估仲裁地的互联网接入、文书影印成本、庭审设施等情况；此外，律师还要帮助当事人及证人、专家证人确认仲裁地的交通、签证、居住、安全等状况。可以说，仲裁地的选择需要有综合的视角，需要考虑许多法律以外的因素，并不是简单照搬课本内容。

三、“临时仲裁”程序从启动到组庭的实务建议

（一）改为机构仲裁或诉讼的一项建议

若争议发生后，法律团队发现当事人已经事先在交易文件中拟定了以临时仲裁作为争议解决方式，此时再去纠结“临时仲裁”的利与弊虽然已经为时已晚，但对于“临时仲裁”的特点利弊作出简单的分析并告知当事人仍具有现实意义，建议早作准备，毕竟后续程序中来自当事人的理解和支持也是极为重

要的。

在决定启动程序后，如果当事人或者法律团队负责人仍希望转向机构仲裁的，我的经验是向仲裁地的调解机构主体申请调解。一方面，很多合同中都约定了如有争议可以通过协商解决，因此申请调解本身也是履行合同项下的权利；另一方面，调解机构或调解员在试图联系对方时，可以有效地了解对方当事人的联络方式和文书送达方式。最重要的是，如果能够调解成功，当然是“上上签”；如果不能调解成功，则可以考虑由调解员或者调解机构引导双方协商选定一个仲裁机构进行仲裁，或者选定有管辖权的法院通过司法途径解决。这样的流程有助于双方在不激化矛盾的情况下就一些程序性事项作出有效配置，避免选择临时仲裁后，在前期沟通仲裁通知送达和仲裁员资质等事项的过程中，一方当事人突然间“怒发冲冠凭栏处”，导致整个程序陷入僵局，这种情况在实务中并不少见。

（二）如何发送通知给被申请人

1. 地址查询

事实上，机构仲裁与临时仲裁都需要提出仲裁申请的一方尽最大努力查询到被申请人所有可供文书送达的地址，包括被申请人的注册地址或邮政信箱、合同约定的联系地址和联系人、双方交易当时代理人的联系方式。但实务中对此略有争议。向当事人的代理律师寄送仲裁通知毫无疑问是有效的送达方式。从律师的职业守则来说，即便在交易完成后或争议发生时，当事

人已经不再聘请交易时的律师或者律所，但是一般来说，律师在接到相对方发出的仲裁通知时仍然有这个职业上的义务（尽管不一定是法定义务）去合理地通知“前客户”并将相关文件或者邮件转交给当事人。但是，对于交易时候的财务顾问、CFO、CTO、投资银行代表、大股东代表等虽然深度参与交易但在法律上并非代理人的人员来说，向该类人员寄送仲裁通知是否构成合理的送达，每个地方的裁判规则和尺度都不一样。

根据香港特别行政区高等法院 Mimmie Chan 法官在 Sun Tian Gang v Hong Kong & China Gas (Jilin) 一案中所确定的几步验证方法，可以推断出一些原则：首先，Mimmie Chan 法官认为，被申请人未能提供正确的送达地址或纠正错误的协议地址的做法是错误的，因此被告不能因自身的错误而获益；但 Mimmie Chan 法官同时认为，申请人应当作出正确的送达尝试。关于向被申请人注册地址的地址投递仲裁通知，Mimmie Chan 法官认为，推定条文仅仅是对通知有效送达的假定，若被告能够证明其实际未收到该通知，则该等假定可以被推翻。在本案中，被告已经证明通知已退还给原告，并且公司已经告知原告被告已不在公司工作，因此被告已推翻了前述假定。关于上文提及的向被申请人的相关人员投递（本案中系向被申请人在其他法律程序中的代理人送达仲裁通知），Mimmie Chan 法官认为，授权的措辞应当明确地包含

允许代理人接收仲裁通知的权限。Mimmie Chan 法官提出，未收到仲裁通知将导致被申请人可能会失去任命其仲裁员的权利，以及面临获得不利仲裁裁决的风险。代理人的立场就如同事务律师一样，除非特别授权，否则都没有权限帮助其客户接收令状或仲裁通知。

在我看来，律师、投行、咨询公司等专业服务职位的职业道德标准在一定范围内是要稍高于一般公司职员的。公司高级管理层除了法定授权代表（董事长或者法定代表人等法律规定当然代表公司的职位）外，在没有双方约定作为联系人的情形下，是否需要具备这个义务为公司去注意仲裁通知等法律文件，尚无定论。我通常会将前述人员列入抄送名单，但实务中并不指望他们能够成为我妥善送达的“证人”。

2. 非常规送达形式

电子邮件和快递信件往往是最常见的仲裁通知寄送方式，占到平日实践操作的 90% 以上。然而，总有一些当事人和公司的信息非常模糊，这时候就需要用到一些非常规的送达形式作为辅助。通常来说，有委托第三方机构代为送达、使用快递公司的增值服务等。这里要注意的是，代为送达的服务合同必须注意一系列的合规问题，包括形式的合法性及仲裁的保密性等。一般而言，当事人会将此类事项交由代理律师解决。

3. 发送内容

事实上，我们看到来自不同法域、五花八门的仲裁通知的附

件，类型涵盖 PDF、PDF 加图片、Word、录音和视频。一般来说，对于启动临时仲裁程序的仲裁通知文件，我个人建议包括以下内容：

(1) 封面信 / 邮件正文

通常来说，封面信或邮件正文与一般的法律信函没有太大区别，简单说明来函目的及附件目录即可。但是不同之处在于，在封面信 / 邮件正文中，必须提到本通知的目的是用于启动仲裁。

(2) 仲裁通知 (Notice of Arbitration)

仲裁通知一般包括仲裁协议或提交仲裁合意的依据、提交仲裁解决的意思表示、索赔清单等。

(3) 当事人或者代理人的联系方式

(4) 仲裁员人选建议及资质建议

我个人会倾向于在第一份邮件中就写明仲裁庭的人数和资质，并且附上建议的仲裁员名单供对方选择，当然许多同行对此有不同意见。在首份信函中对仲裁员的任职资格、条件和筛选范围作出必要的限制和陈述，同时提出建议，一旦无法就仲裁员人选达成一致意见，寻求哪个机构或者法院解决。在我看来，这些内容有利于双方在后续的沟通中及时进行有效推进，避免“你说你的，我说我的”。当然，这种做法的缺点在于，若面对的是恶意逃避仲裁程序的“跑路”类型的被申请人，这些内容只会增加法律团队的工作量，几乎没有现实意义。

(5) 对程序的建议和披露

除了仲裁员的推荐外，在组成仲裁庭之前，双方还有大量的仲裁程序性事项需要沟通。通常来说，无论是否经过前置调解程序，我都非常推荐当事人及其法律团队在前期与对手协商提交仲裁庭审理的争议范围，以及存在争议的证据材料的范围，这也是临时仲裁程序里中国律师非常容易忽略的问题。如上所述，与机构仲裁不同，临时仲裁主要靠当事人自己推动程序，即不存在机构立案部来审核争议内容是否属于仲裁协议的约定范围等问题。如果等到仲裁庭组成后再重新审查该类问题，则会将仲裁程序的时间拉得无比漫长。实务中，因为审理范围迟迟无法确定导致临时仲裁程序在第一次正式开庭前就已经消耗一年甚至数年的情形不在少数。

为了避免出现这种不必要的拖延，我们建议将如下内容纳入第一份启动文件中：

A. 仲裁请求的性质。我一般不会在仲裁通知中明确仲裁请求的金额，这种做法并不标准，但确实有经过多重考量。然而，我会非常明确地陈述仲裁请求的性质，并且初步论证本方所有的仲裁请求在性质上都属于仲裁协议覆盖的范围。

B. 仲裁请求的可仲裁性以及请求属于双方约定的争议事项的依据及初步分析。尽管这并非仲裁通知必备的部分，很多人都会忽略；但是如上所述，为了尽快推进仲裁程序，我们必须明确地告知对方，申请人所提起的仲裁请求且不论能

否得到支持、金额是否合理(这有待于仲裁庭进一步裁决),至少仲裁请求追索主体不存在错误,在性质上不涉及司法的专属管辖,在仲裁请求的内容及范围上不属于其他合同或者其他交易项下争议等。

C. 前述内容的回复时间限制。由于临时仲裁不存在所谓不同仲裁机构之间的“管辖权异议”的问题,因此被申请人如有异议,一般集中在是否有效约定仲裁解决(或者仲裁条款是否有效、是否真实等),或者仲裁请求所涉及争议是否属于约定仲裁解决的争议范围等。与事实问题不同,该类法律问题虽然专业度高,但不需要太多的时间就可以作出明确答复。因此,当作为申请人启动程序时,必须在仲裁通知中加上回复此类问题的时间限制,以及逾期不回复视为对仲裁协议的管辖范畴等相关问题没有异议的表述。

(6) 仲裁通知的格式

在以往的实践中,仲裁通知的形式比较多样;近年来,临时仲裁程序的仲裁通知的格式和形式都趋向于接近。目前,境外当事人普遍采用了一种有点类似于普通法系民事诉讼中“Petition”的形式作为仲裁通知。在这样的文件中,申请人往往会简单陈述背景,选择对其有利的事实进行陈述,并且提出一些简单的仲裁请求;同时,仲裁请求有可能不明确金额,而是授权仲裁庭决定,这也是我自己的惯常做法。由于没有要求机构在立案阶段明确仲裁请求金额的规定,这样的仲裁通知形式在临时仲裁程序

中没有任何阻碍(如图1所示)。

此等做法当然同时存在优缺点,但是确实能够大大简化仲裁文书的起草过程,也不需要等到全部证据都准备完毕以后再启动仲裁程序。然而对于接收仲裁通知的一方而言,却有诸多需要注意的地方。

四、收到仲裁通知被列为被申请人的特殊应对

首先应当注意的是,仲裁通知在临时仲裁程序中具有特殊的法律含义,它代表着仲裁程序的开始。在临时仲裁程序中,由于不存在机构介入,仲裁通知一般都是由申请人的代理律师发出。但出于上文提到过的原因,中国的主体很容易将仲裁通知作为一份律师函而忽略。这种事情已经发生过多次,因而需要特别提醒,千万不可将仲裁通知与律师函或者催告函搞混,尽管二

者具有相似之处且都能中断时效。如上文所述,律师函一般被认为是无损权益的(without prejudice),或者可以理解为律师函除了中断时效之外,不会导致权利或义务的产生或灭失;但是特殊情况下,仲裁通知会。

诚然,收到仲裁通知需要及时联系公司内外部专家商讨应对策略,但是并非要立刻提出书面抗辩的观点。如上述第三点中所提及的内容,对应来看,在收到书面仲裁通知被列为被申请人后,当事人需要做的工作主要为:

(1) 核实仲裁通知中关于涉争协议、仲裁条款的真实性,核实本方是否是受约束的主体。这一点在临时仲裁程序中其实非常重要。如上所述,由于没有机构把关,申请人在列被申请人时,往往是根据自身利益出发以及对于最终责任承担的需求来决定的。换句话说,申请

图1

24. [redacted] of the Arbitration Act
1996 at such rate and for such period as the Tribunal thinks fit.

25. Further the [redacted] interests claim, and are entitled to, their costs.

AND THE CLAIMANTS CLAIM:

(1) USD 3,611,710.63 plus RMB 52,200, alternatively damages;
(2) Interest;
(3) Costs.

Served this 29th day of August 2014 by Clyde & Co LLP, solicitors for the Claimants, of

人在罗列被申请人名单时，并非总是严格按照合同相对性或者仲裁地的法律规定，被申请人有极大可能被错误地列入。因此，在收到仲裁通知后，应当第一时间联络业务部门，找出涉及争议的合同的全部文本（尤其是格式条款和通用条款章节），核实是否签署过被引用的合同、合同文本的完整性和真实性、涉争仲裁协议的完整文本、交易背景及真实性、交易现状等信息。

（2）如仲裁协议及涉争合同属实，则建议根据上文描述，与对方联系人沟通协商解决以及协商不成情况下的仲裁庭组成事宜，以期尽快组成仲裁庭。在仲裁庭组成之前，可对申请人的仲裁请求作出简要抗辩，但不建议亮出本方全部观点。

（3）物色合适的仲裁员人选，并且对已经列入推荐名单的仲裁员候选人进行简单的背景调查，主要调查其学术观点、过往执业经历、资格资质、国籍、宗教背景及政治倾向、是否有种族歧视倾向、行业声望等等，必要的时候可以制作问卷和承诺书要求仲裁员签署。

（4）物色合适的证人人选。证人包括事实证人和专家证人，如何选择专家证人、如何合法地联络和选择事实证人、如何进行模拟庭审及培训，都有一套可遵循的方法。

（5）积极与仲裁庭配合召开第一次程序会议，并且将本方的程序性要求与仲裁庭充分沟通，争取在一号程序令中得到足够对本方有利的安排。

五、“arbitration if any”的特殊处理

“arbitration if any”是实务中偶尔会遇到的一种特殊仲裁协议，常见于格式文本中，如订单、签证单、航运格式合同等。从国际主流的司法实践来判断，这样的约定是有效的，因为当事人明确地约定了使用仲裁作为纠纷解决的方式，很多中国内地法院亦持有该立场。但是，如此“潦草”的条款对于当事人的法律团队来说，无疑增加了很多工作量。对此，我们一般会建议采取以下措施：

1. 既然该类条款往往出现在格式文本中，那可以合理推论交易双方可能有长期合作。因此，建议当事人或其主管业务人员及时与对方建立沟通协商解决的渠道。

2. 在协商的同时，建议根据本文第三部分第一点所述，在不激化矛盾的情况下，与对方法律团队沟通细化争议解决条款，并争取达成一致意见——将争议提交给常设仲裁机构，或者由某行业协会来主持临时仲裁程序。

3. 在因各种原因无法取得联系或者已经失去畅通的沟通渠道的情况下，由于该类条款没有记载仲裁地，为了尽快推进程序，根据过往经验及目前国际上的主流司法监督的观点，不妨以合同约定的适用法律或者当事人所在地法律先行推进仲裁程序，这样可以兼顾确定性与效率。

综上所述，我们一直以来的观点是，立法和司法实践对于临时仲裁程序的接纳和宽容，无疑反映了

包容开明的理念和谦抑的精神，也是与国际主流实践接轨的体现。然而，临时仲裁程序有很多应对和处理方式与常规的机构仲裁程序存在很大的区别，甚至在理念上有冲突的地方；同时，实务中约定通过临时仲裁解决争议的条款在短期内并不会消失，中国企业在涉外经贸交往中仍会经常遇到。因此，我们会结合国内和国际最新的司法实践和理论支持，继续针对临时仲裁中的一些特殊应对方法总结实务经验，汇报给各位读者并期待交流与合作。



翁冠星

上海功承瀛泰（临港新片区）律师事务所主任，上海律协对外宣传与联络委员会委员、仲裁专业委员会委员，中国政法大学仲裁研究院兼职研究员、上海国际经济贸易仲裁委员会调解员

业务方向：国际贸易、贸易救济、争议解决

“假离婚”效力认定的困境及建议

从一起通谋虚伪离婚案谈起

文 | 葛珊南 赵善颖

“假离婚”非法律术语，实为通谋虚伪离婚，即当事人出于利益考量而非感情破裂暂时离婚，待既定目的达成后再复婚的行为。本文从一起通谋虚伪离婚引发的纠纷切入，探究简单认定通谋虚伪离婚行为效力的危害性，以及司法实践对通谋虚伪离婚行为效力认定的困境；提出通谋虚伪离婚行为效力的认定应区分身份关系和财产关系，一般应认定身份关系有效，财产关系则根据实际情况可认定为无效。

一、基本案情与简单判定通谋虚伪离婚行为效力的危害性梳理

（一）案情及裁判观点简介

赵男、陈女于2011年恋爱，2013年上半年结婚，2014年下半年生育儿子小赵。结婚前，男方欲购房，因限购且无法贷款，遂用女方名义购房。2011年7月，女方签约购买A房，总价228万元，其中首付108万元由男方父母支付，陈女贷款120万元。签约后未办房产证。

基于女方在银行工作的便利性及对其的信任，自恋爱起，赵男及父母就将工资、养老金、积蓄乃至赵男婚前财产等均交予女方保管、理财。男方父母将现金交予女方还A房贷款。

2015年初，赵男欲购学区房（B房）。此时，若赵男和陈女离婚，有三大益处：其一，赵男购B房屋享受首套房贷款利率；其二，陈女办A房房产证享受首套契税优惠；

其三，时值陈女户籍地房屋被征收，如其单身带孩子，可多得征收款。

2015年5月底，男方签约购买B房，总价700万元；同日，女方用信用卡付定金10万元，赵男将自己未成年时与父母共有的C房屋出售后购买B房。同年6月某日，赵男收到C房出售定金9万元，随即转与陈女。

2015年6月某日，赵男和陈女去民政局登记离婚。《离婚协议书》约定，双方离婚；小赵抚养权归女方，男方每月支付抚养费3000元至小赵18周岁；各自名下财产归各自所有……双方口头约定B房购买完成、A房房产证办妥、征收补偿款发放后即复婚。当日，赵男遵从婚后习惯，将月工资14000余元全部转与陈女。

2015年6月某日，陈女账户支付B房首付200万元。其中，115万元为赵男未成年时其父母购买的松江房屋（下称“松江老房”）出售款，36万元为赵母理财款，

49万元为夫妻共同财产。几天后，赵男将C房出售款59万元转与陈女。

2015年9月某日，赵男支付B房房款300万元。2015年10月，赵男贷款190万元，其父参贷。2015年11月，B房房产证下达。

后A房房产证办出，陈家房屋征收达到目的。赵男、陈女仍共同生活，赵男将工资全额转与陈女。2015年底，赵男寻求复婚，被陈女拒绝。2016年底，双方分居。

2018年，陈女起诉分割B房，称其账户支付的200万元为其个人财产，要按35%的比例分得398万元；其确认离婚为享受B房购买优惠等，但认为其账户支付的200万元应按《离婚协议书》中“各自名下财产归各自所有”的约定视为其个人出资。

一审法院简单认为双方办理了离婚且《离婚协议书》约定各自名下财产归各自所有，故陈女账户支付的房款不论来源是否与赵男有

关，均应认定为陈女之财产，判决其享有B房32%产权，赵男给陈女360万元。二审维持原判。

此后，赵男和陈女因该案引发了离婚后财产、确权、保管、第三人撤销之诉、同居析产、执行、损害赔偿等十余起诉讼，两家人身心俱疲。

（二）简单判定通谋虚伪离婚行为效力的危害性

1. 财产权属不清晰，纷争不断

通谋虚伪离婚指双方离婚时知悉离婚虚假，是出于利益、非感情破裂的离婚，离婚协议非双方真实意思表示。当一方不愿复婚、假戏成真时，根据约定，财产分割吃亏的一方势必以共同财产未实际分割为由提起离婚后财产纠纷诉讼；子女未按离婚协议随其生活而又希望直接抚养子女的一方，将提起涉抚养权诉讼；针对离婚后新增的财产，会引发共有纠纷；离婚后双方依然共同生活的，会发生同居关系析产纠纷；老年人将养老金等交予前媳妇（前女婿）保管的，会发生保管纠纷等。由此可见，虚假离婚会引发错综复杂的各类纷争。

2. 简单判定通谋虚伪离婚行为有效，可能致一方“人财两空”，违背公平公正的法律原则

为获取购房资格或多得房屋征收款而实施的通谋虚伪离婚，离婚协议往往约定夫妻共同财产（或房产）归一方所有。该协议并非双方真实意思表示，一旦被确认有效，未得财产的一方将丧失公平分割财产的机会。



法院认为，赵男、陈女离婚经民政机关登记即有效，离婚协议涉及财产的简单条款“各自名下财产归各自所有”是双方真实意思表示，并据此分割有争议的房产。但交由陈女保管、理财的赵男松江老房款、赵男父母积蓄、赵男婚前与父母共有的C房售房款等，离婚后均被视为陈女个人财产，等同于赵男“净身出户”，其父母辛苦一辈子的积蓄也付诸东流，赵家人愤怒而无奈。而通谋虚伪离婚的另一方——陈女，不仅获得大量钱款，还享受房屋增值的巨大利益，这显然违背公平正义的法律原则，不利于社会安定。

3. 简单判定通谋虚伪离婚行为有效，可能损害善意第三人的合法权益

为躲避债务的通谋虚伪离婚，离婚协议一般约定夫妻共同财产归一方所有，夫妻共同债务由另一方承担。该离婚协议被确认有效即可对抗第三人，夫妻共同债务将转化为个人债务，如其名下无可执行财产，则债权人利益无法保障。

4. 简单判定通谋虚伪离婚行为无效，可能损害国家利益

通谋虚伪离婚系当事人通谋规避政策、共同获利的手段。如简单判定通谋虚伪离婚行为无效，无异于帮助假离婚双方非法获利。如本

应以二套房缴纳高额税款的，经通谋虚伪离婚少缴了税款，法院再确认离婚无效即夫妻关系仍存续，等于为其消除了虚假离婚带来的法律风险，无法追索其虚假离婚的获利，将严重损害国家利益。

5. 简单判定通谋虚伪离婚行为无效，还可能導致身份关系混乱，引发次生纠纷

随着时间的推移，通谋虚伪离婚的一方可能与第三人结婚、生子。如简单判定通谋虚伪离婚行为无效，等于确认双方原婚姻关系仍存续，必然引发后一段婚姻及子女的身份关系混乱，进而引发更多次生纠纷。第三人一般为善意，因其无从考证配偶前一段婚姻是否为假离婚，通常人们认为经登记机关登记的离婚是合法有效的。如通谋虚伪离婚行为被简单认定为无效，不仅善意第三人的合法权益得不到保障，而且会降低政府部门的公信力，影响民众对政府公权力及登记生效主义的信赖度。

有鉴于此，理论界及司法实务界对通谋虚伪离婚行为的效力认定存在争议，也易产生“同案不同判”现象，难以形成定论及公法、私法均满意的统一效果。

二、通谋虚伪离婚行为概述及立法现状

（一）通谋虚伪离婚行为概述

通谋虚伪离婚即当事人出于利益考量而非感情破裂暂时离婚，待既定目的达成后再复婚的行为。河北经贸大学法学院教授田韶华认为，通谋虚伪行为一般是指表意人

和相对人一致同意实施不发生法律效力的民事法律行为。双方追求的是法律上终止夫妻身份关系，而非结束事实上的共同生活，当事人的生活状态与离婚之前无异，仍然同居、共同开销。通谋虚伪婚姻往往都有隐藏行为，其真实目的在于追求家事法律领域之外的其他法律领域的效果。

通谋虚伪离婚的构成要件主要有三个：

其一，当事人双方均具有主观故意。即二人均知晓“假离婚”的真实目的且抱有同一性，共同故意欺骗婚姻登记机关，达成通谋虚伪离婚的合意。

其二，外在意思表示与内心真实意思不一致。当事人内心均无离婚的真实意思，即使登记离婚，仍视对方为配偶，以夫妻名义共同居住，共享夫妻权益、共负家庭义务。

其三，具备登记离婚的形式要件。通谋虚伪离婚中，双方合谋至婚姻登记机关完成形式离婚登记，达成法律上的离婚目的，并且一般口头约定相关目的达成后复婚。

通谋虚伪离婚不同于欺诈离婚。通谋虚伪离婚的双方均无离婚的真实意思；而欺诈离婚系一方诱导、骗取另一方达成离婚合意，声称目的达成后复婚，实则诱导方从未想过复婚，离婚是其真实意思表示。

（二）通谋虚伪离婚行为效力认定的立法现状

1994年国家民政部颁布的《婚姻登记管理条例》第八条规定：“申请婚姻登记的当事人，应当如

实向婚姻登记管理机构提供本条例规定的有关证件和证明，不得隐瞒真实情况。”第二十五条规定：“申请婚姻登记的当事人弄虚作假、骗取婚姻登记的……宣布其婚姻关系无效并收回结婚证……离婚证，并对当事人处以200元以下的罚款。”该条中的“弄虚作假、骗取婚姻登记”包括欺诈、胁迫及通谋虚伪等多种情形，但当时多为不到婚龄的虚假登记或因欺诈、胁迫等被判撤销，鲜有通谋虚伪离婚被判无效。因为百姓对结婚、离婚等涉身份行为较为保守和谨慎，也无现今一些政策瑕疵导致的巨大利益诱惑。

2003年国务院颁布的《婚姻登记条例》及我国《婚姻法》均未涵盖通谋虚伪离婚。1980年《婚姻法》第三十一条仅规定离婚需要男女双方自愿，婚姻登记机关查明双方确实是自愿并对子女和财产已有适当处理时，发给离婚证。但婚姻登记机关审查是否自愿仅限于登记时自愿，未受胁迫、强迫；不包括意思表示是否真实，是否有重大误解、通谋虚伪。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第九条则赋予当事人在离婚后一年内对离婚财产分割有欺诈、胁迫等意思表示提起请求变更或撤销的权利。通谋虚伪应属该条款中“欺诈、胁迫”后的“等”字所包含的意思表示不真实。该规定仅涉离婚财产分割，对协议离婚的身份行为效力则没有明确规定。

《民法典》婚姻家庭编第一千零七十六条规定夫妻双方离婚应

有自愿的意思表示，但此处的“自愿”仍相对于“欺诈、胁迫”，不含通谋虚伪离婚。《民法典》第一百四十六条对虚假法律行为有详细规定：“行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效。以虚假的意思表示隐藏的民事法律行为的效力，依照有关法律规定处理。”然而，对于该条的适用，不同学者持不同意见。田韶华教授认为，当事人并非以变动法律上的身份关系为目的，而是为其他目的办理相应身份登记的情形，不应认为其不存在身份意思，同时也不应认为构成虚假意思表示。也就是说，无论当事人出于何种目的办理离婚登记，其最终目的仍是解除法律上的身份关系，并不能称之为虚假意思表示。而中国人民大学教授、博士生导师杨立新认为，虚假离婚行为应受《民法典》第一百四十六条调整，当事人可向法院请求宣告离婚无效并将登记行为撤销。笔者赞同田韶华教授的观点。一般通谋虚伪离婚的流程为“离婚——实现家事法律领域外的既定目的——复婚”，说明当事人对离婚的身份关系后果是明知的，并设想经复婚重新结合，故双方追求法律上离婚的意思表示是真实的。

我国法律关于通谋虚伪行为的规定着重于财产法关系，对通谋虚伪离婚的身份关系及附随的财产关系效力没有明确规定。有学者认为，通谋虚伪离婚适用婚姻家庭法的类推，而非简单适用《民法典》总则编的类推。因此，通谋虚伪离婚能否类推适用《民法典》第

一百四十六条，仍存在争议。

三、通谋虚伪离婚行为效力认定的司法现状及困境

（一）通谋虚伪离婚行为效力认定的司法现状

我国立法对通谋虚伪离婚行为效力无明确规定，故司法实践对通谋虚伪离婚行为效力如何认定没有定论，进而出现“同案不同判”的情况。

笔者查阅中国裁判文书网，以“虚假离婚”为关键字检索发现，2013年至2023年共有2545起相关案件。其中，2013年仅12起，2014年增长至100起，2020年高达461起，说明与通谋虚伪离婚相关的案件数量不断攀升。司法裁判对通谋虚伪离婚行为效力的认定有以下几种观点：

1. 通谋虚伪离婚身份行为有效

从公开的裁判文书看，我国司法裁判对通谋虚伪离婚行为中的身份行为效力一致认定为有效，即法律上无“假离婚”之说，经民政部门登记的离婚行为即为有效。1979年《最高人民法院关于陈建英诉张海平“假离婚”案的请示报告的复函》中提到，“用先离婚后复婚的欺骗手段造成的假离婚”应确认为有效，双方间的婚姻关系在办理离婚登记时已经消灭，但在子女抚养问题上强调了对弱者利益的保护，可见我国法院早期对待通谋虚伪离婚案件的处理态度和价值保护倾向。笔者同意此观点，主要理由如下：

其一，婚姻关系属私人事务，

法院不宜过多介入调整。我国婚姻登记采取形式审查主义，不探究双方的外在表示与内心真实想法是否一致。如通过考察双方离婚动机真实与否来判定离婚行为是否有效，对法官而言未免强人所难，且容易陷入公权力过多干预私人事务的弊端。无论离婚的动机是什么，双方追求法律上离婚的意思表示是真实、一致的。正如最高人民法院在（2019）最高法民申714号民事裁定书中的“本院认为”部分所述，当事人为获得更多贷款办理了“假离婚”，仅能反映其办理离婚的原因，并不能否定离婚的效力。即当事人自愿进行了离婚申请，就应当认定通谋虚伪离婚行为有效；至于离婚目的，不影响离婚效力。换言之，如双方有意重新结合，可自愿复婚，无需通过法院认定无效。如法院确定通谋虚伪离婚无效，强行恢复双方的婚姻关系，则违背了我国婚姻自由的原则；且不愿复婚的一方必然再起诉离婚，造成讼累，浪费司法资源。

其二，婚姻登记机关的公示公信力决定了离婚行为应为有效。婚姻登记机关具有公示公信力，通谋虚伪离婚经过法定程序登记，应为有效。如双方在婚姻登记机关通谋虚伪离婚后又前往法院确认离婚无效、申请撤销登记，必然会降低婚姻登记机关的公信力，有损婚姻登记所保护的法律秩序。

其三，为避免身份关系混乱，通谋虚伪离婚的身份行为应认定有效。如通谋虚伪离婚的一方离婚后与第三方登记结婚，若法院认定通

谋虚伪离婚行为无效，则造成两个婚姻并存的局面，不仅违背我国“一夫一妻制”的婚姻原则，还会造成更多身份、财产上的法律纠纷。

其四，从诚实信用角度看，通谋虚伪离婚行为属于欺骗行为，当事人应承担由此带来的法律后果和风险。法院认定通谋虚伪离婚行为有效，是对诚实信用原则的彰显。

2. 离婚行为附随的离婚协议不应简单认定有效

有裁判观点认为，法律上无“假离婚”，已登记的离婚即为有效，离婚登记附随的离婚协议同为有效。有人认为，离婚协议是离婚行为的附条件合同，附随于婚姻状态的变更，其效力亦与婚姻状态密不可分，二者的效力应保持一致。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（一）》第六十九条第二款明确“……离婚协议中关于财产以及债务处理的条款，对男女双方具有法律约束力”，该条款被视为认定离婚协议财产条款有效的重要法律依据。

笔者认为，一概肯定离婚协议的效力有失偏颇。虽说通谋虚伪离婚行为不可取，但对通谋虚伪离婚当事人非双方真实意思表示的、基于离婚外的财产利益考量的协议，简单肯定其效力是不负责任的。因双方实际上未有“析产”的真意，仅为应付登记机关的形式审查。如为获得购房资格或逃避债务的通谋虚伪离婚，通常将共同财产归一方

所有，此类离婚协议自然违反公平原则。离婚协议约定获得财产的一方既未承担法律风险又能获得大额财产，另一方却永远丧失重新分割夫妻共同财产的机会，显失公平，不利于社会和谐稳定。

3. 离婚协议财产条款非真实意思表示，应为无效

有裁判观点认为，通谋虚伪离婚身份行为有效，但离婚协议中的财产条款因系双方虚假意思表示，应认定无效。此观点将离婚协议中的身份关系、子女抚养及财产分割内容分别处理，符合离婚协议的复合性质。区分身份关系和财产关系的裁判原则将审理重点聚焦财产关系领域，从而为当事人提供救济途径，达到保护当事人合法权益的目的。

（二）司法裁判对通谋虚伪离婚行为效力认定的困境

立法不明造成司法裁判不统一，裁判审查角度亦存在效力认定困境，故部分法官在处理此类案件时，以举证责任、公平原则、诚实信用原则进行裁判，回避评判通谋虚伪离婚行为的法律价值及效力。

1. 通谋行为具有隐蔽性，难以审查

通谋虚伪离婚的主观要件是“通谋”，而“通谋”往往是私下的、口头的、藏于内心的，外界难以探究其真实意图；且通谋一般发生于关系亲密者之间，极少留有通谋证据。事后若一方否定，法院难以审查登记离婚时双方是否存在通谋虚伪行为。

2. 离婚协议的财产条款存在通谋，难以认定是否存在虚伪

通谋虚伪离婚双方对离婚行为肯定存在通谋，但离婚协议的财产条款是否虚伪无从考证。通谋虚伪双方对离婚达成了合意，但离婚协议条款并非一定是草率的、非真实意思表示，也可能经过双方商议。再者，一方在离婚协议中随意写下财产归另一方所有，而另一方内心若将该分割方案视为真实意思，即不存在虚伪。法院难以审查离婚协议中的财产条款是否均非双方真实意思表示。

此外，如前所述，通谋虚伪行为的效力认定涉及私法和公法，如对善意第三人的保护、婚姻登记机关的公信力、国家及社会利益的考量等，纷繁复杂，难以平衡。

四、通谋虚伪离婚行为效力认定的建议

（一）保护善意第三人为首要原则

笔者认为，通谋虚伪离婚行为效力认定如涉及第三人，应以保护善意第三人的合法权益为首要原则。如通谋虚伪当事人离婚后与第三人结婚，应首先保障第三人利益；逃避债务型通谋虚伪离婚的效力认定应以不侵犯债权人利益为原则。

（二）区分身份关系与财产关系

如通谋虚伪离婚效力仅涉通谋双方，应区分身份关系与财产关系。对于身份关系，应认定有效，理由如前所述。对于子女抚养，应按儿童利益最大化原则，不轻易改变孩

子的生活环境，尊重 8 岁以上儿童的意愿。对于财产关系，可以从以下几方面考量：

1. 如有证据证明离婚协议系虚假意思表示，应认定无效

部分通谋虚伪离婚当事人会私下签订补充协议或留有聊天记录，明确离婚是虚假的、离婚协议的财产条款无效等。此时应尊重当事人意思自治，认定离婚协议的财产条款非双方真实意思表示，为无效法律行为。

2. 建议从协议行文、离婚动机、离婚前后生活状况、财产来源与归属等方面通盘考虑，还原当事人内心真意

看行文，如双方离婚态度功利、轻率，则离婚协议多表达草率、随意。看动机，如为获取购房资格、动迁安置款等，可证明双方感情并未破裂。看行为，离婚前后的一系列行为是否具有连续性、紧凑性，可印证离婚是否真实。看生活状态，如当事人离婚前后的生活状态无差异，仍共同生活、共同开销、经济往来频繁，可认定离婚协议非真实意思表示。看财产来源与归属，如婚姻存续期间的房产主要来源于一方父母或一方婚前财产，离婚协议却约定归另一方所有，显失公平；在一方无重大过错的情况下，可认定离婚协议并非当事人真实意思表示，从而认定无效。

3. 财产分割方案应合乎公平正义

通谋虚伪离婚的离婚协议具有随意性，加之双方以复婚为最终目

的，如离婚协议中的财产分割内容过于偏向一方，应审查背后原因，以彰显法律的公平正义，切实保护双方当事人的合法权益。

（三）如侵犯社会公共利益，应依法追究，承担相应违法责任

如通过“假离婚”获取征收补偿款的，可能涉及诈骗罪，应承担相应刑事责任。对通过“假离婚”少缴、漏缴税款的，应依法补缴、罚缴税款。

结语

婚姻应以情感为纽带，不能成为谋利的工具，法律必须对通谋虚伪离婚作出明确的否定性评价，使当事人对婚姻持谨慎的态度，以减少此类社会乱象。

我国法律虽未对通谋虚伪离婚的效力作出明确规定，但裁判观点一致认为通谋虚伪离婚行为的身份关系有效，离婚协议所涉财产条款根据实际情况可认定无效。司法实践应对通谋虚伪离婚行为效力的认定持审慎态度，充分考量当事人的内心真实意愿，以维护双方的合法权益，做到公平公正。

此外，相关法律、法规、政策应予完善。如上海市曾经发布的《关于促进本市房地产市场平稳健康发展的意见》第三条规定严格执行住房限购政策，夫妻离异的，任何一方自夫妻离异之日起三年内购买商品住房的，其拥有住房套数按离异前家庭总套数计算。该举措必然会大大抑制通谋虚伪离婚行为的发生。



葛珊南

上海市申汇律师事务所合伙人，上海律协婚姻家庭专业委员会委员、上海市女律师联谊会巾帼律师志愿团团员，上海市妇儿发展研究中心专家委员会委员

业务方向：离婚、财产分割、继承



赵善颖

上海市申汇律师事务所合伙人，徐汇区女律师联谊会理事

业务方向：婚姻家庭、遗产继承、抚养权

新加坡法院：仲裁裁决违反自然公正原则的认定

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：在国际商事仲裁的司法审查案件中，法院对于以裁决违反自然公正原则为由提出的撤销案件申请一般会设定非常高的门槛，并会对是否达到这一标准进行慎重审查，以尊重仲裁的独立性。近期，新加坡国际商事法庭在 [2024] SGHC(I) 24 案中作出判决，认定一份仲裁地为新加坡的国际仲裁裁决因违反了自然公正原则而被撤销。在该案中，新加坡国际商事法庭分析了仲裁庭在一系列平行案件程序问题处理和裁决书写作过程中的做法，在此基础上对仲裁庭是否因存在先入为主的观念而忽略了一方当事人在案件中的陈述，从而违反了自然公正原则进行了认定。本文将对本案进行译介，以飨读者。

一、案件背景

D 公司（仲裁案件被申请人）成立于 2006 年 10 月，是一家设立于印度的特殊目的公司，负责运营印度货运列车的铁路线网络（下称“专用货运走廊”）。2015 年，D 就西部专用货运走廊相关的各种合同开展招标。Q 公司、R 公司和 P 公司（仲裁案件申请人）共同组成联合体 X 竞标其中一份合同，其中 Q 和 R 是印度公司，P 是日本公司。

2015 年 8 月 18 日，联合体 X 与 D 签订一份合同（下称“CPT-13 合同”），这份合同纳入了 1999 年版 FIDIC 合同条件以及对合同特殊条件和投标附录的修订内容。合同的实体准据法为印度法。合同第 20.6 条是 FIDIC 条款之一，但各方特别修订了该条款以纳入一项仲裁协议，针对承包商是外国公司还是印度公司设定了不同的仲裁机制。该条款约定如下：

任何未友好解决的争议以及 DAB 的决定（如有）尚未成为最终且具有约束力的决定，各方均应通过仲裁最终解决。除非各方另有约定，仲裁应按照以下方式进行：

(a) 与外国承包商签订的合同

(i) 根据 S 仲裁院仲裁规则进行国际仲裁；

(ii) 仲裁地点应由双方在合同谈判期间共同决定，可以是新加坡、迪拜或德里；

(iii) 仲裁员人数应为三（3）名，仲裁语言为英语。

(b) 与国内承包商签订的合同（在本条款中，“国内承包商”是指在印度注册、根据印度法律成立的法人，以及印度合作伙伴与外国合作伙伴之间的合资企业 / 协会 / 财团，其中印度合作伙伴是合资企业 / 协会 / 财团的授权代表或主要成员）

(i) 依据 I 国际替代性争议解决中心的仲裁规则或双方可能共

同约定的其他规则进行仲裁，并应遵守 1996 年《印度仲裁和调解法》的规定；

(ii) 仲裁地点应为新德里；

(iii) 仲裁员人数应为三（3）名，仲裁语言为英语。

2017 年 1 月 19 日，印度劳动部（the Indian Ministry of Labour）根据 1948 年《最低工资法》发布了第 S.O.188(E) 号通知（下称“2017 年通知”），自 2017 年 1 月 19 日起提高男性工人的日最低工资标准。FIDIC 条款包含两个适用于因情况变化而调整成本的条款，即第 13.7 条和第 13.8 条，各方的争议焦点之一即是 2017 年通知导致的劳动力成本增加适用哪个条款。

直到 2020 年 3 月 6 日，即 2017 年通知发出三年多后，联合体 X 才根据合同约定的程序首次通知 D，要求依据第 13.7 条认定构成法律变更从而调整费用，并主

张截至 2019 年 12 月的临时费用索赔。D 则认为，2017 年通知导致的成本增加属于合同第 13.8 条的事项，且在通知作出至 2020 年 3 月 6 日期间，联合体 X 从未要求其支付第 13.8 条约定以外的任何费用。相反，在此期间，联合体 X 提交了每月临时付款证书申请（即联合体 X 每月就已完成的工作开具的月度账单）和发票，这些约 40 份的申请中均未提及因 2017 年通知而产生的费用。同时，案涉项目的工程师在 2020 年 6 月 9 日对联合体 X 的答复中认为，2017 年通知并未导致第 13.7 条下的法律变更，且第 13.8 条已处理最低工资变更的诉求；工程师亦指出联合体 X 未按照合同第 20.1 条的约定期限及时提出诉求。

联合体 X 对工程师的这一回应并不满意。在友好协商未果且 DAB 根据合同第 20.2 条的规定驳回了其索赔要求后，联合体 X 于 2021 年 12 月 16 日提起仲裁（下称“CPT-13 合同仲裁”或“本案”）。由于 P 是联合体 X 的牵头人，因此根据合同的前述约定，与该合同有关的任何争议应根据《S 仲裁规则》在新加坡、迪拜或德里解决。此后，各方确定新加坡为仲裁地。

二、仲裁程序

S 仲裁院于 2022 年 4 月 19 日成立三人仲裁庭审理本案。三名仲裁员均为印度退休法官，首席仲裁员由两名边裁提名并经 S 仲裁院批准。双方分别提交了各自的初步意见，仲裁庭举行了 6 次开庭，双方于 2023 年 5 月 8 日分别提交了结案陈词。仲裁庭于 2023 年

8 月 16 日宣布审理终结。

作为仲裁的申请人，联合体 X 要求仲裁庭裁决：(a) 根据案涉合同第 13.7 条宣布 2017 年通知属于法律变更，D 有义务向联合体 X 支付通知作出后每月增加的人工成本；(b) D 向联合体 X 支付计算至 2021 年 8 月 31 日的共计 143,39,69,003 卢比（原文如此，译者注），作为联合体 X 因最低工资上涨而增加的成本。

当事人在仲裁程序中的核心争议包括：(a) 联合体 X 提出的请求是否超过了法定的时效；(b) 联合体 X 提出的请求是否构成禁反言；(c) 联合体 X 提出的主张是否超过了合同第 20.1 条规定的时限；(d) 如果联合体 X 关于增加费用的主张成立，则该等费用金额应为多少；(e) 仲裁裁决确定的利息以及仲裁费用。

仲裁庭于 2023 年 11 月 24 日作出裁决，在上述争议焦点上几乎全部支持了联合体 X 的主张。在仲裁庭宣布审理终结之前，双方对已经进行的仲裁程序并无异议；导致 D 最终决定向新加坡法院申请撤销裁决的原因产生于裁决书本身以及其中所展现的裁决书形成过程。

三、平行仲裁案件

在本案仲裁程序期间，还有两宗与本案仲裁争议事项极为相似的案件也在进行仲裁。第一宗案件（下称“CP-301 合同仲裁”）源于 2016 年 8 月 29 日的一份合同（下称“CP-301 合同”）。申请人是由两家印度公司组成的联合体 Y（其中一家是 R），被申请人同样

是 D。CP-301 合同仲裁于 2021 年 5 月 18 日启动，其基本事实与本案仲裁类似，但也存在差异。在 2017 年通知发布后，联合体 Y 首先在 2017 年 8 月 4 日向工程师提出了因最低工资提高而增加付款的问题，并声称根据 CP-301 合同第 13.7 条（与案涉合同第 13.7 条相同），D 应予以其补偿。工程师拒绝了这一主张，但表示将根据 CP-301 合同第 13.8 条中的公式（与案涉合同中的公式不完全相同），每月调整合同价格。此后，联合体 Y 根据第 13.7 条再次提出索赔，其间工程师依据 CP-301 合同第 20.1 条提出索赔期限为 28 天，但联合体 Y 认为该期限不可执行。由于对工程师的答复不满意，联合体 Y 于 2020 年 7 月将此事提交给 DAB。DAB 在 2021 年 1 月 20 日的一封信中驳回了联合体 Y 的要求，联合体 Y 遂于 2021 年 5 月 18 日提起 CP-301 合同仲裁。

由于联合体 Y 仅由印度公司组成，该仲裁按照 I 国际替代性争议解决中心的仲裁规则进行，仲裁地点在新德里并遵守 1996 年《印度仲裁和调解法》的规定。联合体 Y 和 D 分别选定了各自边裁，这两位仲裁员并未参与 CPT-13 合同仲裁，但是被指定的首席仲裁员与 CPT-13 合同仲裁的首席仲裁员是同一人。仲裁庭于 2022 年 5 月进行了开庭，当事人提交了多轮意见，审理于 2023 年 2 月 3 日终结。CP-301 合同仲裁与 CPT-13 合同仲裁的主要区别在于：联合体 Y 在 2017 年通知发出后不久即根据 CP-301 合同第 13.7 条提出了赔偿要求，而联合体 X 直到 2020

年3月才提出赔偿要求；在此期间，联合体X开具了约40张不包括根据第13.7条提出的索赔金额的发票，并已经根据这些发票获得了D支付的款项。

审理CP-301合同仲裁案的仲裁庭于2023年8月1日发布裁决书。仲裁庭认定联合体Y的请求成立，特别是认为：(a) 2017年通知构成CP-301合同第13.7条意义上的法律变更；(b) 根据第13.7条提出的索赔不限于通过CP-301合同第13.8条进行赔偿；(c) CP-301合同第20.1条规定的28天期限（与案涉合同第20.1条的条款相同）是“指导性”而非“强制性”的，因此联合体Y未在28天内向工程师发出通知并不重要。

第二宗案件（下称“CP-302合同仲裁”）的案情与CP-301合同仲裁一致。CP-302合同仲裁的申请人是另一个联合体（下称“联合体Z”），同样由两家印度公司组成，其中一家是R；D也是CP-302合同仲裁案的被申请人。由于联合体Z完全由印度公司组成，CP-302合同仲裁同样按照I国际替代性争议解决中心的仲裁规则和1996年《印度仲裁和调解法》在新德里进行。CP-302合同仲裁于2021年10月14日开始。联合体Z指定了与CP-301合同仲裁相同的仲裁员，但D指定了不同的仲裁员。然而，CP-301合同仲裁案和CPT-13合同仲裁案的首席仲裁员再次被任命为CP-302合同仲裁案的首席仲裁员。该案仲裁庭于2023年8月27日作出裁决，同样支持了联合体Z

的仲裁请求。

值得注意的是，联合体Y、联合体Z和D在CP-301合同仲裁案和CP-302合同仲裁案中委托的律师是相同的。在CPT-13合同仲裁案中，D的律师与CP-301合同仲裁案和CP-302合同仲裁案相同，但联合体X的律师并非是联合体Y和联合体Z在CP-301合同仲裁案和CP-302合同仲裁案中的代理人。

四、撤销裁决程序

在CPT-13合同仲裁裁决作出后，D向新加坡国际商事法庭（SICC）提出申请，要求法院根据《联合国国际商事仲裁示范法》第34(2)(a)(iv)条（仲裁庭的组成或仲裁程序违反了当事人约定的程序）、第34(2)(b)(ii)条（仲裁裁决违反了仲裁地的公共利益）和《新加坡国际仲裁法》第24(b)条（裁决违反了自然公正原则，从而损害了当事人的权利）的规定，撤销CPT-13合同仲裁裁决。

D的理由是审理CPT-13合同仲裁案的仲裁庭“抄袭”了CP-301合同仲裁案和CP-302合同仲裁案裁决书的内容，且抄袭的规模、范围和来源损害了D对于仲裁庭公正权衡、审议和裁决案件的期望。D认为，在长达451段的裁决中，有278段是从CP-301合同仲裁案的裁决中复制或基本复制而来的。联合体X虽然对复制段落的确切数量和程度提出异议，但承认至少复制了CP-301合同仲裁裁决书中的212个段落。D进一步认为，仲裁庭在作出CPT-13合同仲裁裁决时：(a)

未能仅限于本案仲裁中的提交材料，而关注了先前仲裁中的提交材料；(b) 参考了在之前仲裁中援引过但在本次仲裁中未被援引的判例；(c) 援引并依据了CP-301合同中的条款，但这些条款与本案所涉的CPT-13合同中的条款不同；(d) 在评估利息和成本时适用了错误的仲裁法；(e) 未根据仲裁的事实和论据适当考虑时效（包括法定时效和CPT-13合同第20.1条约定的时效）问题以及弃权 and 禁止反言问题。

五、SICC的意见

该案由SICC的国际法官Simon Thorley进行审理。Thorley法官认为，三个仲裁案件的仲裁庭在审理包含相同或类似条款的合同争议，因此不可避免地会涉及相同或类似的法律问题，但CPT-13合同仲裁与CP-301合同仲裁和CP-302合同仲裁明显不同：CPT-13合同仲裁系根据《S仲裁规则》进行，而CP-301合同仲裁和CP-302合同仲裁则根据I国际替代性争议解决中心的仲裁规则进行。此外，CP-301合同仲裁和CP-302合同仲裁的仲裁地在印度，而CPT-13合同仲裁的仲裁地在新加坡。

Thorley法官注意到，CPT-13合同仲裁案的仲裁庭是三个仲裁庭中最后一个组成的。CP-301合同仲裁的开庭在CPT-13合同仲裁案的仲裁庭组成之前已经开始，且CP-301合同仲裁案和CP-302合同仲裁案在CPT-13合同仲裁案开庭之前已经基本结束。因此，首席仲裁员在审

理 CPT-13 合同仲裁案时，已了解先前两个仲裁案的基本事实和问题，而联合体 X 和 D 选定的两名边裁都没有参与先前两个仲裁。Thorley 法官认为，虽然在本案中，双方均未对首席仲裁员的人选提出反对，首席仲裁员本人和 S 仲裁院亦均未将此视为不任命其审理本案的理由，但首席仲裁员还是不可避免地处于不利地位：在本案中，他要听取律师的辩论意见，而这些律师与在其他仲裁中向他陈述的律师并不相同；其所获得的信息、收到的材料或在这些仲裁中与其他仲裁庭成员进行的讨论，对每项仲裁案件而言都是保密的。因此，首席仲裁员不得以任何方式借鉴其他仲裁案件的信息来影响本案的仲裁程序。简单地说，首席仲裁员必须以开放的心态重新开始本案的审理，不应试图以任何积累的知识或意见来影响其他仲裁庭成员的判断或仲裁程序的进行。

但 Thorley 法官发现，审理 CPT-13 合同仲裁案的仲裁庭没有根据当事人在这个案件中提交的材料重新审理相关法律问题，也没有在不参考先前仲裁裁决的情况下撰写一份独立的裁决，而是选择将 CP-301 合同仲裁案的裁决（和 / 或 CP-302 合同仲裁案的裁决）作为其仲裁裁决的模板并对其进行“修改”，使其能够具体应对（或至少看起来能够应对）本案仲裁中的问题。Thorley 法官认为，没有必要去解决关于裁决书中哪些段落被复制、哪些段落没有被复制的问题。从双方对“复制”的认同程度来看，很明显，首席仲裁员在很大程度上“借鉴”了他之前在

CP-301 合同仲裁案和 CP-302 合同仲裁案中积累的知识，并将这些知识运用到了本案裁决书的撰写中。至于首席仲裁员是否提请其他仲裁员注意其他裁决的存在、他和其他仲裁员在 CP-301 合同仲裁案和 CP-302 合同仲裁案中得出的结论以及他们选择处理这些观点的方式，只能凭借猜测来认定。同样，即使首席仲裁员向 CPT-13 合同仲裁案中的两位边裁披露了相关信息，法院也不知道此事发生在哪个阶段——是在仲裁庭就收到的材料进行审议之前还是之后。但无论如何，无论是首席仲裁员还是其他仲裁员，都不应该为了本次仲裁的目的而接触其他仲裁中的材料。

Thorley 法官进一步对比了 CPT-13 合同仲裁裁决书和 CP-301 合同仲裁裁决书后，发现如下问题：

第一，审理本案的仲裁庭援引了其他仲裁案件当事人的陈述。在 CP-301 合同仲裁案中，联合体 Y 的首席律师是 A 女士，CP-301 合同仲裁裁决书中提到了她提交的材料并明确提到她的名字；本案裁决书中发现了同样的内容，但提及 A 女士的地方被替换成了本案中联合体 X 的首席律师 C 先生。本案裁决书中还有多处类似的情况。特别地，CP-301 合同仲裁案中有一段表述提及联合体 Y 对 D 提供的费用计算进行了反驳，这段话被直接“复制”到了本案裁决书中；但令人吃惊的是，D 并没有在本案中提供过上述费用计算。因此，Thorley 法官认为，其有理由推断本案仲裁庭没有特别考虑

D 在本案仲裁中提交的材料。

第二，审理本案的仲裁庭援引了其他案件中的判例。本案裁决书在分析 CPT-13 合同第 20.1 条中的 28 天期限是强制性的还是指令性的问题时，直接从 CP-301 合同仲裁案的裁决书中“复制”了在该案中被引用但在本案中未被援引的案例。

第三，审理本案的仲裁庭“复制”了其他合同的条款。比如，仲裁庭在裁决书中列出了 CPT-13 合同第 13.8 条的内容，但该条中涉及计算费用的内容经双方特别修改，与 FIDIC 的标准条款不同，而且与 CP-301 合同和 CP-302 合同也不同。但本案裁决书所载的第 13.8 条案文是从 CP-301 合同仲裁裁决书中“复制”而来的 CP-301 合同的案文，与 CPT-13 合同本身的案文并不相同。

第四，审理本案的仲裁庭在判断仲裁利息和费用时适用了错误的仲裁法。双方当事人无异议的是作为一个法律问题，利息和费用问题应参照仲裁地的法律确定。本案的仲裁地法为新加坡法，而 CP-301 合同仲裁案和 CP-302 合同仲裁案的仲裁地法为印度法。在 CP-301 合同仲裁裁决书中，仲裁庭正确地参照印度仲裁法处理了利息问题并评估仲裁费用。但在本案裁决书中，利息和费用问题仍然是根据 CP-301 合同仲裁裁决书中的相关内容进行考虑的，其中许多段落被逐字转载。

第五，审理本案的仲裁庭未能充分考虑本案争议的特有问题。本案的关键是从印度劳动部发出通知到联合体 X 根据 CPT-13 合同

第 13.7 条提出调整费用要求是否存在延迟，而本案特有的事实是联合体 X 提出主张时，从发出通知起算已过去了三年多的时间，其在此期间提交了约 40 张发票，但这些发票并未根据第 13.7 条要求上调任何金额。但是，仲裁庭在裁决书中援引了 CP-301 合同仲裁裁决书和 CP-302 合同仲裁裁决书对这一问题的认定意见，显示其受到了这两个仲裁中发生的事实以及对这些问题的认定意见的很大影响，而未对本案的特有事实充分予以关注。

在上述事实认定的基础上，Thorley 法官进一步对 D 的撤裁事由进行了分析。他首先指出，适用于确定裁决是否应予撤销的原则是法院应当受“最少干预原则”的指导和限制，即法院干预仲裁程序的理由范围很窄，法院无权确保当事人获得的裁决是正确的，而只能判断其获得的裁决是否在其仲裁协议范围内并且是经过公平程序作出的。在确定情况是否如此时，法院会给予仲裁庭一定程度的尊重，因为当事人通常期望仲裁庭在主导仲裁程序和仲裁所面临的问题时具有一定的独立性。

就 D 提出的三项撤裁事由而言，首先，就仲裁程序是否违反了当事人约定的程序，由于 D 在本案中所称的违反约定程序仅是仲裁庭撰写裁决书的方式，D 并不会因为未在程序中对此提出异议而丧失程序利益。即使 D 进一步认为仲裁庭未能根据《S 仲裁规则》第 32(2) 条的要求在裁决书中说明其裁决的理由，但这也归类为仲裁庭是否公平作

出裁决这一自然公正问题。因此，Thorley 法官认为，本案中不存在《联合国国际商事仲裁示范法》第 34(2)(a)(iv) 条下独立的撤裁事由。

其次，就仲裁裁决是否违反了自然公正原则，Thorley 法官认为，与本案的事实最相近的判例是 *Yap Ah Lai v Public Prosecutor* [2014] 3 SLR 180 案。在该案中，首席大法官 Sundaresh Menon 指出，如果法官不加说明或解释就照搬双方陈述的全部段落，或照搬其另一项判决的全部段落，就会冒相当大的风险。因为当当事人发现这些判决书的相似之处时，无论法官是否有意为之，都会给当事人和其他读者留下法官没有单独、彻底甚至充分地考虑每一个问题的印象。当一名法官在两份表面看起来相当相似的案件判决书中重复了相同的关键推理段落时，理性而公正的旁观者会认为在这两起案件中，法官都没有对所审理案件的事实和情节恰当地运用其思维；因为旁观者不可能知道法官先处理了哪一个案件，从而形成了其处理另一个案件的惯式。因此，旁观者有理由得出这样的结论，即法官提取了其认为两个案件的基本相似之处，然后将它们当作相同的案件进行判决，从而构成对自然公正原则的违反。Thorley 法官认为，首席大法官的上述认定同样适用于本案。

具体而言，Thorley 法官认为，有必要回应的核心问题是仲裁庭是否以独立、公正和公平的方式对争议问题进行了思考；如果没有，那么无论其对争议问题的推理多么透彻，这种透彻性也无法克服潜

在的缺陷。相应地，在本案中，需要判断的不是裁决书是否涉嫌抄袭或包含从其他裁决书中剪切粘贴的段落，而是是否可以证明仲裁庭没有对仲裁中的问题进行适当思考并独立公正地作出裁决，具体涉及两个问题：第一，首席仲裁员是否存在预先作出判断的情况，进而导致对 D 明显的偏见。对此，Thorley 法官认为，考虑到本案的事实和情况，本案裁决书没有重述当事人向仲裁庭实际提交的材料，而是将早先仲裁案件中的其他律师提供的材料视作本案当事人提供的材料。这清楚地表明首席仲裁员可能是以一种封闭的心态处理此事。对于一个理性的旁观者来说，仲裁庭审议和裁决书准备过程中发生的全部事实并不为人所知，但根据其阅读裁决书表面内容时所了解到的情况以及其所知道的背景，这种怀疑或担忧是非常真实的。因此，Thorley 法官认为，首席仲裁员明显存在偏见的说法是有根据的。第二，D 获得公平听审以及获得公平、独立和公正裁决的权利是否被侵犯。Thorley 法官认为，根据查明的事实，本案裁决并不是仲裁庭仅根据其在本案仲裁中收到的材料而独立作出的。如果仲裁庭在作出裁决时大量引用以前案件中的事实和论据，而不明确区分这些事实和论据与本案中当事人向其提交的事实和论据，也没有给当事方就以前的裁决中的认定向仲裁庭进行陈述的机会，那么当事人获得公平、独立和公正裁决的权利就会丧失。综上，Thorley 法官认为，本案裁决违反了自然公正原则。

最后，就仲裁裁决是否违反了公共利益，Thorley 法官指出，这一主张的成立需要极高的证明标准。由于本案仲裁裁决违反了自然公正原则，没有必要详细考虑该裁决与新加坡的公共政策相抵触的撤裁理由。复制和粘贴的目的不是为了掩盖复制作品的来源，而只是为了尽量减少撰写裁决书的工作量。在这种情况下，仅凭“复制”这一事实并不能构成裁决书被撤销的理由，也不会将仲裁庭的这种做法定性为通常类型的不诚实剽窃行为，进而认为该做法已经跨越了认定违反公共政策所需的极高门槛。

最终，Thorley 法官认为，仲裁庭并非只关注（或根本不关注）当事人在本案中向其提交的材料，而是借鉴了当事人在其他仲裁（本案仲裁庭其他两名成员并未参与）中提交的材料，仲裁庭的思维和方法受到了与本案仲裁无关的事件的影响和指导。这种仲裁庭对先前裁决中的推理的了解、依赖和采纳，使人对仲裁庭思维的独立性产生合理怀疑，违反了自然公正原则，应当被撤销。

六、简要评析

诚如 Thorley 法官在该案判决书的开篇所说，这是一个不寻常且令人不安的案件（This is an unusual and troubling case）。国际商事仲裁的根本目的是在保密的情况下公正、高效解决争议，仲裁案件的仲裁员是由当事人根据其相关法律和技术领域的专业知识选出的独立、公正的裁决者，通常是在相关法律领域经验丰富

的资深经贸法律专家。由于国际商事仲裁没有国内诉讼那样广泛的上诉机制，仲裁程序通常非公开进行，裁决书的形成过程也不对当事人公开；因此，仲裁各方必须保证所采用的程序是彻底和正当的，符合自然公正的基本原则。

当前，在国际商事交易越发错综复杂的情况下，就法律或事实相同或相似的争议先后出现关联案件甚至“平行程序”已经成为国际商事仲裁中的常见现象。对各程序对应的仲裁管理机构和仲裁庭而言，如何在“平行程序”下，在尊重各仲裁程序和仲裁庭仲裁独立性的同时，兼顾好高效审理及仲裁一致性和可预期性的需求，保障自然公正的实现，是值得深思熟虑的议题。诚如联合体 X 在本案中所称，三份争议合同之间的相似性意味着出现了相同的主要争议，且考虑到三个仲裁中有共同的律师和首席仲裁员，裁决书中有相似性甚至是一致性的用语是完全可以被理解的，并不能因此得出结论认为仲裁庭在使用这些用语之前没有试图独立思考本案仲裁中的问题。但是，SICC 的判决明确指出，法院虽然并不认为由相同的仲裁员审理“平行程序”下的案件以及仲裁员为便于撰写裁决书而“复制”相关内容本身有违正当程序，但需要避免出现一个公正、知情和通情达理的旁观者在考虑了他所掌握的事实和情况后，会怀疑或担心裁判者在了解所有相关证据和各方希望向其提出的论点之前就已经作出了最终和决定性的决定，从而以一种封闭的心态来对待案件的审理。

本案对于仲裁界妥善处理“平行程序”中的相关问题提供了有益指引。对于国内仲裁机构而言，如果多个案件被认定为属于关联或者平行案件，可以就关联案件指派相同的案件管理人，协助多个案件程序的协同推进；在行使仲裁员指定职能时，可以考虑对关联案件指定相同的仲裁员以实现程序的稳定性，但需要避免在短期内的多次重复指定，同时也要充分提示仲裁员关注多个关联案件中的争议焦点、案件逻辑和基础事实的差异，避免先入为主；在履行仲裁机构的核稿职能时，要重点关注关联案件之间的差异点，对于明显存在的偏差及时作出提醒，在保障仲裁庭独立裁决的情况下，避免出现“同案不同判”和“不同案同判”。

对于仲裁员而言，首先必须公正并独立于仲裁所涉各方，应披露任何可能使各方当事人对仲裁员的独立性产生怀疑的事实或情况，包括在涉及一方当事人的关联案件中担任或曾担任仲裁员、在相关案件中担任或曾担任仲裁员等；应在考虑到争端的复杂性和价值的情况下，尽一切努力以迅速和具有成本效益的方式进行仲裁，并确保在任何情况下都公平公正地行事，使得每一方都有合理的机会陈述案情；同时，仲裁员还要独立、公正地审查向其提交的证据和呈件，审议所产生的问题并确定这些问题的权重，从而形成有待裁决的问题的结论；仲裁员还应确保其作出决定时考虑的只能是在仲裁案件中呈现在其面前的证据和意见，而不受到平行或关联案件中先入为主观念的影响。

采访时间：2018年7月16日

受访人：邵瑞兴

采访人：李海歌 刘小禾

上海第一代涉外律师起家史

邵瑞兴律师访谈摘要

采访人：邵主任好！您是原上海市第三法律顾问处副主任，也是上海最早的涉外律师之一，请您与我们一起回顾那段难忘的日子。

邵瑞兴：上世纪50年代，我在复旦、华政学习法律。1961年毕业时正逢自然灾害，分配工作不可能对号入座，我被分流到外贸系统的纺织品进出口公司从事对外业务，还在团委、办公室等部门工作过，但我的内心一直想要从事自己所学的法律专业。

上世纪80年代初，上海市律师协会刚恢复不久，到外贸系统来招收我们这批以前读过法律的老大学生归队。当时单位里与我情况类似的有七八个人，大部分都退缩了，没敢归队。尽管明知归队后的生活可能会比现时艰苦一些，而且办公室居无定所，设施简陋至极，但我觉得无所谓，便义无反顾地归队回到法律系统，到市律师协会涉外组工作。有老同事笑我傻头傻脑，而我则无怨无悔。

刘小禾是我在1981年归队后最早认识的同事之一，比我更早进入市律协。1982年，我们搬到位于中山南二路的03招待所，与市律协、市第一法律顾问处一起办公，好几个人合用一个办公室。我印象最深的是那时李海歌领着大家一起做广播操，动作很规范。



现在回想起03招待所，简直就是律师的大本营！这段历史实在难以忘怀。我清楚地记得那时吃午饭多是自己带一点饭菜来，弄一点汤喝，或在招待所附近买个馒头、葱油饼。有时偶尔吃两个葱油饼，我认为是对自己的一种嘉奖了。虽然条件艰苦，但大家都很开心，一心扑在工作上。

那时老的一批律师早在50年代就执业过，我是排不上号的，而新来的律师刚刚从学校毕业，比我们年轻许多，我自嘲自己属于“不二不三”。因为初创阶段条件艰苦，有些年轻人便早早转行去学校当老师、去企业做法务了。

当时全市只有两个法律顾问处，苏州河以南的案件归属于第一法律顾问处，苏州河以北的案件归属于第二法律顾问处。我们涉外组

主要承办全市的涉外案件，作为市律师协会的内设机构，不能以此名义单独对外办案，因此在订立当事人委托协议、开具委托书及律师事务所函件时，如果案件属于苏州河以南，就到第一法律顾问处敲图章；如果案件属于苏州河以北，则到第二法律顾问处敲图章。这种独特的工作程序只有那个特殊的初创阶段才有。我为办案经常前往两个法律顾问处，与早期的律师们都很熟，关系都非常好。

那时，深圳特区刚刚开始开发。为了帮助深圳律师开展涉外业务，司法部从全国各地抽调了近20位律师派驻深圳，并任命我担任该工作组的组长。我很感谢司法部给我这个机会，让我在深圳锻炼了自己，接触了许多新事物，打开了思路。中国第一家破产的企业是

深圳蛇口某印染厂，该厂申请破产时还没有《破产法》、没有诉讼程序，大家都没有经验。我因为是律师工作组组长，就从无到有地开始研究，请教了香港的会计师、律师等，到处去取经；经过紧张的摸索，终于完成了破产的法律手续。深圳当地比较开放，只要是不违法的事都可以做，而不是没有做过的事都不可以做。“深圳速度”“时间就是金钱”等口号就是深圳在那时提出来的。深圳有关部门对上海和司法部派过来的律师组及我这个组长都比较认可。

本来计划是在深圳工作一年，结果还不到一年，因上海市第三法律顾问处成立，我接到了提前回上海的通知。深圳方面执意留我，许诺分房配车，我还是坚持要回沪。

1983年，在市律师协会涉外组的基础上，上海市第一家专门办理涉外案件的第三法律顾问处（1984年更名为第三律师事务所）正式成立，主要由市一处、二处和原市律师协会涉外组等三方面的近20人组成，大家都有些涉外的功底，记得老同事有戴汉民、杨志鳌、郑耐丽、陈泽政、王一鸣、庄胤生、陈传谟、方贤光、王中一、居同龢、唐正泽等。

三处刚成立时，没有自己的办公室，临时借了延安饭店的几个房间。不久，我接办了一起美籍华人在新闻路上一处房产被亲戚占着

不还的纠纷案，非常棘手、复杂，从明确产权到落实政策归还业主一共搞了大半年。案件结束后，我和毛柏根主任配合，又辗转了几个环节，最终在市司法局的帮助下，事务所迁入新闻路办公至今。

律师业务方面，我比较熟悉外贸、金融、海事等。其中，外贸不是光做生意，而是大外贸，包括提单、信用证、结汇、船公司提单等较复杂的业务。当时，国家针对三资企业等涉外事务方面发布了一系列新的法规及政策，如抵押、担保、国际租赁与国际融资、再担保、投资等等；虽然现在看起来简单，但在当时都是全新的概念，仅凭原有的法律知识已经跟不上了。因此我加紧学习、钻研业务，有关的新法规及政策我都能背诵，熟得不得了；发现同事的诉讼材料有差错，我一看就知道问题所在，并会帮其修改。我还不断创新进取，上海第一份担保合同就是我起草的。某宾馆抵押案由于银行方面没有先例，找不到范本，最后使用的抵押贷款协议也是我做的。两年以后，中国人民银行发布了贷款合同标准文本，与我当时制作的贷款协议文本约60%基本一致。

还有海事方面的业务，当时上海能够打海事官司的律师屈指可数。海事是很专业的一个领域，对我来说是一项全新的业务，海事规则与我们平时了解的其他规则有很大不同。所以我经常去港监等部

门讨教海事专家，进行有关知识的储备。

我经办的第一个海事案子，案情比较复杂。温州有一条80吨的渔船在春节期间被疑似外国万吨轮撞沉。此案案情重大、人命关天，但证据不足，温州政府派人调查，连渔船的影子都没有。后来上海法院、海运学院接连调查，也都没有结果，此案被称为“沉船之谜”。上海市政府交运办及外办等讨论了很长时间，却没有进展。这时，市律师协会的几位领导要求我们涉外组接下案件，帮忙想个解决办法。于是，我与另一位律师接受了委托，5次到温州拜访当地的港监部门和外轮代理公司的专家、负责人，并咨询了其他有关部门，作了大量的调查。根据国际航运领域中一条不成文的规则，在一小时之内，沉船附近如果有一艘足以使其致命的船经过，那艘船就可作为怀疑对象，对此海上有专门的观测站。于是，我一个一个翻看有关的40余个海图及有关船只的航运日志等，虽然工作量惊人，但我从中学到了大量的知识，边做边学，收获很大。有幸存者说肇事的好像是条白色的万吨轮，而调查结果显示，疑似肇事的是一条黑色的英国船。此时，该船船长已经换人，我们就去调查了该船的大副、二副、现任船长等。在收集了很多证据后，包括船上渔民的口述等间接证据，我们与

有关专家一起，开始与肇事船方的英国保赔人员进行谈判；特别是我请到了一位港监业务十分娴熟的“老法师”，在艰难的谈判过程中起到了很大的作用。

经过艰苦的谈判，我们最后调解解决了纠纷。而之后的赔付过程也有些曲折，当地政府认为自己有过投入，也应取得赔偿款，引起了渔民的强烈不满。由于当地的经济条件非常差，事故中遇难者家属的心情是可以理解的。为妥善完成赔付，我们决定让对方将赔给遇难者家属的钱直接打到我们事务所的账户上，保证将该赔款的大头都给渔民。地方政府原来说好要招待我们，为此还取消了招待。当时有六位渔民看到堪称天文数字的赔偿款，激动地跪谢我们。后来实在推托不过，我收下了他们送的三斤虾米。本案是公益代理，我们没有收取律师费。

案件办结后，《文汇报》将我们的办案经历刊登了一整版，宣传中国的涉外律师首次突破重大领域；后来，此案传到北京，被作为经典案例编入了中国政法大学的教材。可以说，上海律师的海业务就是从在这个案件起家的。后来海事法院成立，我又代表外企公司接办了几个案子，与北京律师、外国律师都打过交道，他们连呼：“没想到上海有这么精通海事业务的律师！”

通过办案实践，我认为光背法

律条文是不行的。我们不是法官，在案件审判中没有优势；而要办好案件，必须不断地学习经济、企业方面的相关知识。

1995年，我离开三所，成立了以自己名字命名的合作制律所——瑞兴律师事务所。后来我年龄大了，事务所就与其它事务所合并了。再后来，我身体不好，就不再从事律师业务了。

采访人：市律师协会曾在建立初期的1981年底至1983年底借租位于中山南二路969号的部队03招待所办公，现在讲得出03招待所的大都是上了年龄的“老法师”。邵主任充满感情地将其称为“上海律师的大本营”，我们听来倍感亲切。

刚才讲到的李海歌领着大家一起做广播操一事，使我们回想起当年的老领导——市律师协会的王容海副会长，他非常关心青年工作。那年他在回复律协团总支新年贺卡的信函中，热情鼓励了团组织带领大家一起活动的好做法，至今我们还保留着他老人家的亲笔信。

03招待所时期，市律协与成立不久的一处以及三处的前身——涉外组一起办公。记得当时律协的大部分处室在03招待所1号楼的二楼，涉外组在三楼，而整个三楼没有一部电话，有事来电都是打到位于我们二楼走廊上的一部电话分机，我们经常上下奔跑传呼电话。还记得当时给各区县法律顾问处打电话联系工作

时，我们这儿用的是分机，对方接收的有不少还是所在弄堂口的传呼电话，都需扯开嗓子呼喊。

后来三所搬到前述的新闻路，我们也很熟悉。我们当时的办公手段相当原始，联系工作基本靠走。早期的一些律师事务所的地址、电话、人员等，我们都非常熟悉。发信函通知等则基本靠手，为召开一次会议、布置一项工作等，许多材料需手抄誊写，大量的信封需手工写就。所以，对于三所的办公地址——新闻路1324号，我们至今能脱口而出，印象十分深刻。

邵主任系法律科班出身，兼有外贸工作经验，且勤奋、刻苦、好学，虚心请教各路专家，不断吸收新的知识，因此在律师工作恢复后的初创时期作出了很大的贡献。提起上海的涉外律师，老三所是头一块牌子。当时邵主任正值壮年，一直没有归属于老律师群体，而早在1981年就开始律师执业的他又是那么的资深！在老三所，邵主任传帮带过的一些年轻律师后来大多发展成了优秀、著名的律师。

退休后的邵主任还是那么乐呵呵的，且说话语速还是那么快。他兴趣爱好广泛，平日里看看书、下下棋、散散步、唱唱歌，安心疗养身体，坚持打一套很规范的太极气功十八式，不仅用于自己康复，还教了小区里不少人。

非常感谢邵主任的回顾，祝福老律师们健康快乐！

回望西伯利亚的冰雪奇缘

文 | 徐颖



如果要形容西伯利亚，你是否会想到极寒、冰雪、神秘、空旷等词，甚至对她产生畏惧之心？那是因为你还不曾走进她。对很多人来说，西伯利亚不一定在你旅行目的地的 list 上，但它有一颗明珠、一双明眸却是你不可不知的。

*在我的怀里 在你的眼里
那里春风沉醉 那里绿草如茵
月光把爱恋 洒满了湖面
……*

*多想某一天 往日又重现
我们流连忘返 在贝加尔湖畔
……*

这首连战斗民族的人们都熟悉的歌曲，那悠扬的乐声早已把贝加尔湖的美诠释给了世人，可见贝加尔湖那旷世的美又岂是一首歌曲、一段文字能够淋漓尽致展现的呢？

贝加尔湖位于俄罗斯西伯利亚伊尔库茨克州及布里亚特共和

国境内，是世界上最古老、最清澈、最深以及亚欧大陆最大的淡水湖泊，被称为“西伯利亚的蓝眼睛”。她就像一枚巨大且璀璨的钻石，镶嵌在西伯利亚平原上，熠熠生辉。历史上，她曾长期是中国的固有领土。西汉时期，贝加尔湖在匈奴的控制范围之内，名曰“北海”。

贝加尔湖周围地区的冬季气温平均为 -38°C ，不过每年的1月至5月是贝加尔湖的冰封期，湖面封冻，放出潜热，减轻了冬季的酷寒；夏季湖水解冻，大量吸热，降低了炎热程度。冰封期间，湖面冰层最厚超过1米，在夕阳的衬托下显得格外美丽，晶莹剔透的冰如同悬浮在一片幽蓝之上，而举世盛名的“蓝冰”就是贝加尔湖的冬季最不能错过的绚丽奇景。

为了探究她的神秘莫测和惊世美丽，我于那年的五一假期启程西伯利亚。伊尔库茨克州是整

个西伯利亚地区最受欢迎的旅行目的地，因为贝加尔湖就在这里。我们从上海前往伊尔库茨克时还未开通直航，只能去北京转机搭乘俄罗斯航空前往。不得不说，战斗民族的小飞机又亮眼又可爱。

凌晨5点转机后，经过4个小时的飞行，我们终于在当地时间9点多抵达伊尔库茨克机场。在搭乘专属的黄色出租车（黄包车）前往民宿的一路上，不禁感慨在西伯利亚地区的各个城市中，伊尔库茨克拥有的古建筑数量是最多的，都有着独特的石质装饰，而木质房屋街区也被完整地保存下来，每每路过都好像能看一场《吸血迷情》。喀山圣母大教堂（Kazanskiy Sobor Irkutsk）坐落在市区，是伊尔库茨克唯一的一座东正教教堂，也是伊尔库茨克市内70余座教堂中最精美的一座。建筑呈红色，外形华丽、

色彩鲜艳，圆顶、窗框和房顶有好看的蓝色点缀。不仅外观宏伟，教堂内部更是精美绝伦。东正教崇尚圣像画，所以教堂里面没有雕塑，而是装饰着丰富而精美的壁画，高高在上地讲述着一个又一个来自天父圣堂的故事。

贝加尔湖的22个岛中，奥利洪岛(Olkhon Island)最大，它位于湖中部偏北，在湖水最深处附近。如果说贝加尔湖是西伯利亚的王冠，那奥利洪岛就是这顶王冠上最明亮的明珠。游玩贝加尔湖实际上就是上奥利洪岛游玩。奥利洪岛被认为是萨满教的宗教中心，这里的民族传统、习俗以及独特的民族特征都被完整地保存了下来。相信很多人跟我一样，第一次听说“萨满教”是源于儿时看的《还珠格格》电视剧。

但从伊尔库茨克前往奥利洪岛必须包车或者坐指定路线的大巴前往码头，再搭乘海陆两用船上岛。从伊尔库茨克市区开到码头大概需要3小时，但以当地司机开车的水平来说，应该完全可以缩短这个时间。到码头后，根据时刻表上船，与其称它是“船”，不如叫上岛专属“交通工具”。因为冬天冰封期时，它是湖面上的气垫船；而到夏天，它又变成了摆渡船。

游玩贝加尔湖的线路分为南线和北线，需要至少3天的时间，各有不同的景致和印象。一般游客上岛游玩线路必须坐包车前往，因为岛上没有公共交通工具，而路面也是未曾开发的沙路、泥路或石路。岛上的交通工具叫瓦茨车，当地人称之为“土坦克”。这



些车基本上都是当年淘汰下来的俄罗斯运兵车，外形很有当地特色，底盘高，没有路也能开出路来。北线是他们的精华线路，一般是来岛上游玩的必选。车开起来后立马会感受到颠簸，一路上，车得在草地、沙滩、丛林、戈壁中穿越，也许这将是您感受过的最崎岖的路。但司机们都能得心应手地驾驶，不得不，这开车技术是真好啊！天地宽阔，空旷无人，秃鹰滑翔，人一下子变得如此渺小，语言也顿时变得无力。写一首雪与冰的诗，冰封的湖面是一抹静逸的美，不为在冰上滑行，只为那一抹蓝。5月时前往，可以看到贝加尔

湖的“一户三景”——一部分湖面还是厚厚的冰封状态，一部分冰开始化开变成浮在湖面的薄冰，还有一部分已经全部化成一湖蓝水。而5月之后，一湖蓝冰会全部化成一弯蓝水，那时的贝加尔湖仍是一片世外桃源，宁静、透彻、辽阔又深邃。虽然看上去温柔，却能直击人心，哪怕只看一眼，也必让人魂牵梦萦。俄国大作家契诃夫曾描写道：“湖水清澈透明，透过水面就像透过空气一样，一切都历历在目，温柔碧绿的水色令人赏心悦目。”

胡日尔镇是贝加尔湖奥利洪岛上最大的城镇，其实相当于一座宁静的村庄，住宅基本都是原始的俄罗斯风格的小木屋，一般上岛的游客都会选择在镇上投宿家庭旅馆。家庭旅馆的老板及家庭成员们热情友好，毫无距离感，用英文就能交流沟通。他们会为你准备好一日三餐，保证不会重样，



美味又便宜。镇上各种淳朴、造型别致的小木屋，当地人在木屋上的手绘图画，小木屋里温暖的、需要旅店老板自己加柴火的火炉，以及那柴火跳跃的声音，一切都让你仿佛置身于童话世界之中。如果你有机会在冬季前往，下完雪的村子、白雪覆盖的小木屋会更让你如痴如醉。镇子直接面对着著名的萨满岩石，处在草原和森林的环抱中，萨满落日更是岛上不可错过的景致。西伯利亚的日照时间很长，晚上8点依然光亮如昼，所以日落的时间也会相对较晚，往往在晚上8点30分左右。落日余晖照耀在萨满岩石和萨满石柱之间，各种颜色相交辉映，煞是好看。如果说圣托里尼亚镇的落日是世界上最美的落日，那萨满落日同样是不容错过的美景。

离开奥利洪岛返回伊尔库茨克后，还可以前往距伊尔库茨克市61公里的利斯特维扬卡镇

(Listvyanka)。这是贝加尔湖畔的一个小镇，位于贝加尔湖和安加拉河的交汇处，去贝加尔湖玩的大部分游客都会来这里；夏季在此乘坐摆渡船，冬季在此乘坐狗拉雪橇，人们称其为“贝加尔湖的大门”。在这座小村落中，可以看见贝加尔湖岸边的渔民最纯真的生活方式。湖边有个市场，卖些手工艺品和当地的副食品，很多手工艺品都以木刻为主，从中能够感受到西伯利亚人民的勤劳和质朴。村里还有一座小型的博物馆，是了解贝加尔海豹的最佳去处。小镇上随处可见烤着各种鱼类的BBQ摊和特色烤包子的小吃摊，走累了，在湖边或山上的小木帐篷中坐一坐、尝一尝，人生美事莫过于此。

如果你是好酒之人，那西伯利亚久负盛名的各类伏特加一定不容错过，无论是酒的品质还是酒瓶的艺术设计，都能让你想要拥有。尝尝俄罗斯的薄饼和鱼子酱，

就着马林果酱喝点茶水，都是非常惬意的事情。

19世纪曾有一场大火毁掉了几乎整个伊尔库茨克，但富饶的金矿资源吸引了很多淘金者，让她很快又恢复了活力。之后，海军上将高尔察克败退到这里；再之后，列宁像竖起。至今，列宁同志依然站在卡尔马克思大街及俄罗斯很多城市都有的列宁大街的交汇处，向着远处的安加拉河挥舞手臂。

今天回首这次的贝加尔湖之行，除了感慨冰封之美外，我们依然祈祷和祝愿世界永远和平、再无战争。



徐颖

上海元竹律师事务所合伙人，上海律协对外宣传与联络委员会委员、民事专业委员会委员，上海市普陀区女律师联谊会副会长，中国吉祥航空《如意时空杂志》法律专栏作者
业务方向：经济合同领域、商业地产等民商事相关、刑事辩护

《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

