

2020

3

789

# 上海律师

SHANGHAI LAWYER



上海市律师协会主办

## 特别的节日 别样的庆祝

上海四名女律师被授予“全国维护妇女儿童权益先进个人”称号

抗“疫”战场义不容辞

浅谈对“孙杨案”的看法









“ ”

## 上海律师助力疫情攻坚系列之三

### 疫情牵动众人心 党员处处有担当

战“疫”已经打响，越来越多的党员律师积极响应号召，走进生产车间、走上道口、进入社区担任志愿者，投身疫情防控一线。据不完全统计，上海市律师行业共有113个律所党组织、563名党员战斗在疫情防控一线，为医院、街道社区、商超、交通运输系统、生产企业等防控一线部门提供法律服务或担任志愿者。

律师行业共成立市级疫情防控工作组2个，各类党员突击队、律师志愿团、防控工作组36个，为疫情防控与危机处理提供专业法律支持，组织律师开展线上法律咨询、向社会各界免费投送疫情防控指南及相关法律文书模板等；为疫情防控开展普法咨询977次，发布与疫情防控相关专业文章数量239篇，提交社情民意建议48篇。

市女律联、市律师行业党委妇女工作部、上海律协女工委发起倡议，动员全市女律师积极捐款捐物，已累计捐款14万余元，拟定向采购口罩给本市一线女医务工作者。

### 各律工委组织协调 全面助力疫情防控

疫情就是命令，防控就是责任。各区律工委在区司法局、区律师行业党委（党总支）领导的指导下，坚

持早部署、早预防、实推进，全力以赴做好疫情防控工作。

静安律工委争分夺秒，众志成城，抗击疫情。区内已有三十余家律所捐款近88万元，并捐助口罩、防护服、护目镜、药品等各类急需紧缺的医疗物资。静安律所、律师还为区政府相关部门处理疫情防控工作提供法律支持，保证依法行政，有法可依。

长宁律工委向全区律师发出抵御新型冠状病毒疫情倡议书，动员长宁律师发挥专业职能，主动担起社会责任，奉献爱心，贡献力量。

黄浦律工委在严格落实疫情防控要求的同时，充分发挥法律服务资源优势及党员先锋模范带头作用，精心组建律师团队提供及时、准确的法律意见。全区青年律师积极响应防控志愿者号召，踊跃报名组建了党员突击队志愿者，为社区疫情防控工作贡献青春力量。

徐汇律工委积极响应中央和市级疫情防控措施，教育律师及全体员工科学理性应对疫情；动员全区律师履行社会责任、援驰武汉捐款捐物，并发挥法律专业优势，为党和政府依法依规处置疫情及有关事件提供法律保障。

普陀律工委快速响应，强化措施主动配合控制疫情。普陀律师自发捐款、采购物资支援疫区。在密切关注疫情动态的同时，积极发挥

法律专业优势，为疫情防治工作提供专业法律服务。

闵行律工委积极配合做好疫情报告和防控的同时自发成立法律服务志愿团，多途径提供志愿团律师联系方式，积极提供线上法律服务，扎实开展法治宣传，为疫情防控提供精准法律服务。闵行律师主动承担社会责任，迅速组织捐款捐物驰援疫情防控阻击战。

虹口律工委积极部署疫情防控工作，组建防控疫情律师志愿团，投身防控一线。虹口律师持续为武汉等重点疫情区捐款捐物，充分发挥专业优势，积极参与议政，为政府部署相关工作献言献策。

杨浦律工委与区律师行业党委共同组织区内律师捐款，通过杨浦区红十字会人道救助基金和其他渠道支援本次疫情防控。多名杨浦律师积极解读防疫期间的法律热点问题，组成法律援助“党员律师突击队”，保证公共法律服务和法律援助工作平稳、有序开展。

宝山律工委迅速行动、紧急部署，在区内严密组织疫情防控工作，踊跃组织捐款捐物驰援武汉，积极为政府、企业和民众防控工作提供法律支持，在律师的专业领域内发挥一技之长。

奉贤律工委在区统一组织领导下，成立应对疫情工作领导小组落实防控工作。奉贤律师积极捐款，



德恒上海律师事务所筹款捐助采购一线急需医护物资



上海国创律师事务所主任陈敏捐赠医疗物资

伸出援助之手，持续加强疫情防控法治宣传，为各方疫情防控工作提供各项决策、咨询和法律服务。

金山律工委指导全区各律所切实做好疫情防控工作，为疫情防控筑牢防线。金山律师发挥专业优势，向政府和民众提供法律支持；金山多家律所以单位名义或律师个人名义为疫情防控捐款，展现了温情与爱心。

### 律所律师无私奉献 捐款捐物守望相助

在当下医护资源短缺的情况下，上海律师事务所和律师自发捐资捐物，奉献爱心。

德恒上海律师事务所党支部及全体员工积极参与筹款捐助，用于采购一线急需的医护物资，向武汉定点捐赠 100 万只医用手套和 4 台治疗呼吸机。江涛律师团队及时发布《武汉疫情构成不可抗力还是情势变更》等疫情相关的法律研究；童勇男律师团队通过邮件等形式主动提供关于企业疫情期间用工及相关政策的免费法律咨询和服务。

上海国创律师事务所陈敏主任筹集到 700 斤的消毒原液和 50000 毫升 95% 酒精，还通过其在乌兹别克斯坦、阿联酋的律师朋友在当地购买了 4000 个医用口罩、200 个儿童 N95 口罩、400 个成人 N95 口罩，全部用于捐赠，帮助疫区解燃眉之急。

上海市联合律师事务所党支部决定以交纳一次“特殊党费”的形式向武汉捐款，并协同管委会向全所同仁发出捐款倡议。2 月 4 日发出倡议书后，迅速汇集捐款共计 305206 元，其中党员特殊党费共计 242720 元。

上海市君悦律师事务所全体党员律师在律所党支部的动员下，以向党组织缴纳“特殊党费”方式为疫区捐款，党员律师刘正东一次性缴纳 10 万元，为疫情防控贡献一己之力。

上海翰鸿律师事务所第一时间成立“翰鸿所疫情防控志愿者储备队伍”，5 名党员及青年志愿者加入黄浦区疫情防控青年储备志愿者队伍。律所全体党员及青年律师缴纳

“特殊党费” 10800 元，为疫情防控贡献一份力量。

北京盈科（上海）律师事务所发起“盈聚力量，共抗疫情——抗击新型冠状病毒肺炎疫情募捐”行动，善款已定向捐赠给武汉协和、金银潭等医院。党员律师姚卫芳组织对接国内医院以及澳大利亚的防护服供应商，对接澳大利亚防护服共计防护服 13350 套，总金额近百万元。

上海市捷华律师事务所党支部和管理团队通过网络向全体捷华人发出募捐倡议，仅一天即募集资金 10 万元并捐至上海市静安区红十字会人道救助基金。肖咏萍律师、张硕文律师受事务所委托多方寻找货源，成功购得市场价值 12 万元的次氯酸手部消毒液 200 桶，定向捐赠武汉大学中南医院。

北京金诚同达（上海）律师事务所在疫情爆发后，第一时间启动应急预案，筹集善款，并成功采购第一批价值 20 万元的 2700 桶消毒液物资并顺利配货完成。

上海市海华永泰律师事务所向



北京金诚同达(上海)律师事务所采购物资并配货



北京市京师(上海)律师事务所捐款



北京盈科(上海)律师事务所捐助善款

全体海华永泰人发出捐助倡议书，并率先从律所“公益基金”中拨付20万元作为捐款。

上海市万联律师事务所仅用两个小时就筹得捐款22532元，并在第一时间将善款转至相关慈善机构。

北京市京师(上海)律师事务所向中华社会救助基金会捐款97300元，同时组建了“疫情防控公益律师团”。

高朋(上海)律师事务所先后向上海市慈善基金会、北京韩红爱心慈善基金会等慈善机构捐款162400元。

上海瀛东律师事务所全体党员共筹集65名党员及群众捐款共计102298.98元(含其他渠道捐款)，党总支将把收集到的善款及律所配比捐赠的善款以购买急需物资及慰问金方式，定向支援上海医疗队。

上海原本律师事务所捐赠1000

副(价值4万元)医用护目镜并送至上海市静安区卫生健康委员会指派的静安区下属医院，并采购了包括口罩、防护眼罩等价值近5万元的救援物资驰援疫情一线。

### 积极行动担当作为 以法助力防疫攻坚

在防疫期间，上海律师行业充分发挥专业优势，主动作为，建言献策，为各方提供法律服务，贡献专业智慧。

上海律师在东方律师网和“上海律协”微信公众号踊跃投稿，积极发声。《上海发布通知延迟企业复工，企业可以不执行吗?》阅读量突破4.1万人次。由上海律协刑法与刑事辩护业务研究委员会、刑诉法与刑事辩护业务研究委员会的两位主任及多位委员执笔的《疫情当前，哪些底线不能碰》一文，阅读量达6.6万人次。解答企业、群众

所关心的合同违约责任、劳动关系等法律问题的文章也受到大家的普遍欢迎。

全国律协副会长、国浩律师(上海)事务所执行合伙人吕红兵于1月29日深夜撰写了《关于迅速妥善处理海外武汉游客回国的相关建议》，并通过全国政协“移动议政”直通车报全国政协办公厅，为有关部门作出决策发挥了积极的作用。

北京盈科(上海)律师事务所律师在劳动法和房地产租赁等商业领域通过专业文章积极宣传疫情相关法律知识。

上海市捷华律师事务所组织张文、许剑波律师等组成团队，专门研究疫情背景下的法律问题，通过网络等远程沟通方式回答客户的法律咨询，确保法律服务在疫情阶段的不断不乱。

上海博和律师事务所开通义务法律咨询热线，设置与疫情防控相

关的法律板块，安排律师接听咨询电话，积极提供公益法律服务。

上海申浩律师事务所发动全部11个分所承诺为参与本次疫情防控的医疗人员在一年内提供免费法律咨询，用自己的专业力量为医护人员提供力所能及的服务。

上海圣知林律师事务所组成7人团队的志愿者，不仅为武汉所需联系物资物流，还义务提供法律咨询，并参加了法立方的大数据2月抗疫情免费法律咨询服务。

上海市通浩律师事务所成立志愿者队伍，开展“齐心抗疫”公益法律服务咨询活动，在律所微信公众号平台公布志愿者律师的微信联系方式，为有需求的当事人提供公益法律咨询。

上海康明律师事所在全体律师中发起“医生守护患者，我们守护医生”活动，组织党员律师为本市医护人员和支援武汉疫区医护人员家属提供公益法律服务，为期一年。

上海方本律师事务所加强与外资合作企业的沟通，通过中英文双语方式，耐心向跨国企业外方负责人说明我国开展疫情防控成效，消除其思想顾虑，让外企继续安心在华投资发展。

上海市新闵律师事务所以党员为骨干、十二个业务部为基础成立疫情应对课题组，起草了《律师为疫情防控提供突发事件应对法律服务的倡议书》，梳理汇总突发公共卫生事件应对相关的法律、法规、规定，作为上海律师提供法律服务的参考借鉴。

上海日盈律师事务所、上海星瀚律师事务所分别通过本所的微信

公众号发布了《被隔离期间员工工资及奖金发放的法律问题浅析》《上海地区春节延长假期用人单位实操指南》等文章，维护社会稳定。

上海蓝白律师事务所设立在线法律免费咨询热线、平台和社群，向有需要的企业、职工提供公益劳动人事法律咨询。

北京市汉坤律师事务所上海分所、上海里格律师事务所、上海正策律师事务所等律所通过微信公众号平台加大对疫情防控相关的主要法律法规的宣传力度，就相关法律问题整理并提供专业法律解读，供企业、劳动者参考，维护劳动关系的和谐稳定。

上海东炬律师事务所、上海衡茂律师事务所、上海咏君律师事务所等充分利用互联网媒介，为加强疫情防控有关政策及法律问题开展解读工作，为疫情防控工作提供法律服务。

上海普世律师事务所倡议发挥律师职能作用，及时开展普法宣传、提供法律咨询，并积极引导身边群众与亲朋好友不信谣、不传谣，营造众志成城打赢疫情防控战的良好

氛围。

上海市汇业律师事务所多名律师作为第一批党员律师先锋队报名参加徐汇区法律志愿者，投身疫情防控第一线。

上海道舍律师事务所部分党员及入党积极分子，自发组织主动深入一线到律所结对村的村委员会参与疫情防控工作，分担村委会工作压力，到农宅开展疫情防控排查、宣传工作。

上海市金石律师事所在与法院的密切配合下，仅用两天时间，赶在节前的最后一个工作日依法成功高效处置35万份库存口罩。

上海原本律师事务所律师根据各项政策和法规，连夜研究并撰写了相关专业文章，通过微信平台、邮件等形式发出，在第一时间为企业及公众提供法律咨询、解读及建议。

防控疫情，让2020年这个春节有了特殊的意义。疫情或许让“小家”无法团聚，但是却让“大家”更加团结。相信只要我们众志成城，万众一心，就一定能打赢疫情防控阻击战！



上海道舍律师事务所到农宅排查疫情

## 上海女律师欢度“三八”国际妇女节

春回大地，又到了3月8日国际妇女节。由于疫情原因，不能举办大规模的线下庆祝活动，但智慧优雅美丽的女律师们还是开动脑筋，以各种线上活动来庆祝这个节日，让我们一起来看一看吧！



上海女律师以不同的方式欢度节日

### 女神节 与爱同行

病毒可以隔离人与人，但是无法隔离心与心，在积极抗击疫情的同时，浦东新区女律师联谊会发起“特别宣言 爱心在线”传递活动。浦东的律师姐妹们汇集了一张张戴着口罩的照片，用爱心和温暖共同记录下这段特殊的记忆，大声说出心愿和祝福，传递女律师们战胜疫情，追求美好生活的信心和决心，并以此向战斗在各行各业的女神们致敬！她们还与浦东新区妇联合作开展“法律服务进社区”项目，推出了一系列线上公益咨询和反家暴等妇女维权主题线上宣讲活动，关爱女性，专业助力。

上海市锦天城律师事务所女律师联谊会、北京大成（上海）律师

事务所女律师联谊会也开展了丰富多彩的在线亲子阅读、在线厨艺比赛等趣味活动。

### 防疫抗疫共行动 普陀巾帼送春风

普陀区女律师联合会和区融媒体中心联合推出《普陀女律师“疫”起说法》，助力企业复工复产，录制了专业视频为企业答疑解惑。女律师还为中小企业提供志愿法律服务大礼包，为受疫情影响的中小企业义务提供2020年全年的法律顾问服务，深受企业好评。

“三八维权月”期间，普陀区妇联、区妇女儿童活动指导中心和区女律师联合会共同推出“普法小课堂”线上栏目，分享婚姻、家庭相关的法律小知识。

### 樱花寄语·女律师说

家和万事兴，家齐国安宁。宝山区女律师联谊会积极参加宝山区妇联发起的女法律工作者“樱花寄语”活动，由女律师等一线巾帼维权志愿者以案说法，开展疫情期间妇儿维权的普法工作。

上海市百汇律师事务所的杨颖琦律师、丁小宁律师，上海艾克森律师事务所的黄燕华律师从自身代理过的案件出发，分析探讨婚姻法、刑事保护、劳动法等方面的法律问题。在这个特别的日子里，宝山女律师运用专业所学及实战经验，形成了别具一格的线上维权“讲堂”。

### 女神节 让我们一起美美的

市女律师巾帼律师志愿团闵行



浦东新区女律师以不同的方式欢度节日

和奉贤小组联合聘请了舞蹈老师做线上形体舞蹈教学，组织了一次女律师与舞蹈的线上约会。

专业的老师，新颖、方便的活动方式，吸引了女律师的积极参与。她们一边跟着老师练习形体舞蹈，一边聊天沟通，志愿团女律师们增进了感情、丰富了业余生活，平时忙碌的她们也享受了难得的轻松时光。

### 女神节 大声说出你的爱

隔离病毒不隔离爱，隔离病毒不隔离祝福。长宁区司法局、长宁律师工作委员会、上海市君悦律师事务所共同主办了系列线上活动，为律政佳人们送上最真挚的爱与祝福！

长宁女律师们在“爱的告白征集”活动里收到了来自丈夫、孩子、工作伙伴的最真挚的告白与祝福。

一段段饱含温情的文字与稚嫩的画笔，在这个节日里格外让人感动。

长宁区女律联特别为女律师们请来了专业的普拉提及化妆老师，通过线上直播的方式，为居家办公的女律师们开展了两堂线上普拉提基础课程和商务妆容化妆课程，让律政佳人们足不出户也能养护身心健康，绽放最美丽的自己。

### 在线公益普法 维权不是一日之功

由于疫情原因，今年的国际妇女节无法像往常一样开展线下公益咨询活动，但市女律联巾帼志愿团把公益服务移到了网上，“疫情不结束，我们不下线”，这是她们给广大妇女姐妹最贴心的节日礼物，也是对志愿精神的最好诠释。

徐汇女律师们开启在线公益普法模式，将公益时长从国际妇女节当日延长至一周的时间，婚姻、消

费者维权、劳动法保护等群众普遍关心的法律问题尽在女律师的掌握。

年初突如其来的新冠病毒肺炎疫情让今年的国际妇女节显得有些特别，以往现场的各类庆祝活动转到了线上，即便不能当面相逢，但妇女同胞们欢庆节日之情谊相通，上海女律师为姐妹们奉献专业和热心的热诚与往昔相同。

在这特别的日子里，祝愿所有的女律师们都能追随自己的梦想，永远保持一颗积极向上的心，永远保持优雅智慧的美丽形象！



徐汇区女律师欢度三八节



## 上海四名女律师被授予“全国维护妇女儿童权益先进个人”称号



上海市理诚律师事务所合伙人、党支部副书记  
王海虹



上海申浩律师事务所合伙人 张玉霞

党的十九大以来，在以习近平同志为核心的党中央坚强领导下，在各级党委政府、各有关部门以及社会各界共同努力下，我国妇女儿童权益保护工作呈现崭新的局面，男女平等、儿童优先理念日益深入人心，法律制度、工作机制不断健全完善，妇女儿童的各项权益进一步得到落实。在依法维护妇女儿童权益的工作中，全国各地、各条战线涌现出一大批讲奉献、肯担当、有作为的先进典型和杰出代表。

为表彰先进、弘扬正气，进一步引导和激励社会各界积极参与妇女儿童保护工作，全国妇联决定，授予天津市人力资源和社会保障局就业促进处等 996 个单位“全国维护妇女儿童权益先进集体”称号，授予马兰等 995 名同志“全国维护妇女儿童权益先进个人”称号。其中，四名上海女律师被授予“全国维护妇女儿童权益先进个人”荣誉称号，她们分别是王海虹、张玉霞、徐松婷、温陈静律师（按姓氏笔画排序）。

王海虹律师，上海市理诚律师事务所合伙人、党支部副书记，曾荣获上海市司法局“三八红旗手”，2009 年虹口区首届“十大青年律师”称号。王海虹始终牢记自己作为一名党员律师的使命，将公益法律服务作为律师执业的重要组成部分。作为一名女性，她对妇女儿童维权工作有着义不容辞的觉悟与行动。

张玉霞律师，上海申浩律师事务所合伙人，上海市律师协会社会公益和法律援助业务研究委员会副



上海徐松婷律师事务所主任 徐松婷



上海远业律师事务所主任 温陈静

主任。张玉霞共接待了超过一万名受援人，办理了一千三百多起法律援助案件，提供超过五千小时的法律援助服务，且公益代理了上海市首例行政机关起诉剥夺未成年人生父母监护权纠纷以及多起妇女反家暴案、未成年人保护案等一系列保障妇女儿童权益的公益案件。

徐松婷律师，上海徐松婷律师事务所主任，现任上海市女律师联谊会副会长、闵行区律师党委委员、律工委副主任、第一联合支部书记、妇联“她保护”法律服务志愿团团长、闵行区民营企业法律服务顾问团副团长、上海青年律师志愿者大队社区服务分队队长。曾荣获司法部授予的“党员律师标兵”、上海市“三八红旗手”、上海市第五届“优秀女律师”、闵行区“创业之星”、领军人

才等荣誉称号，2018年又被上海市司法局推荐为“全国最美律师”候选人。徐松婷以深厚的法律功底，努力践行全心全意为人民服务的宗旨，以饱满的工作热情参加各项志愿者活动，不断积极拓展法律服务开展方式，力保妇女维权法律服务永不缺位。

温陈静律师，上海远业律师事务所主任，全国律协劳动法研究委员会委员、上海市总工会女律师志愿团团长、上海市总工会女职工委员会常委、上海市徐汇区劳动仲裁委员会（兼职）仲裁员、上海市徐汇区人大代表等职务；曾荣获徐汇区“司法行政系统先进个人”、徐汇区“新长征突击手”、徐汇区“三八红旗手”、徐汇区“青年岗位能手”、上海市“司法行政系统先进个人”等

荣誉称号。温陈静长期致力于女职工权益和女性就业平等权的研究和保护，在社会公益、律师实务、学术研究等方面多维度地开展维护妇女儿童权益的工作，用自身力量及影响推动妇女权益保护。

四位优秀女律师是一直以来奋斗在妇女儿童维权工作第一线的上海女律师群体的杰出代表。上海女律师以扎实的法律功底、勤勉的执业态度，发挥自身的专业特长，为在婚姻、家庭及职场中处于弱势地位的妇女儿童提供法律建议，指导和帮助她们维护自身的合法权益，认真践行律师的社会责任，全心全意地服务群众、奉献社会。上海女律师始终坚守着对妇女儿童维权的初心和热诚，用公益法律服务铸就妇女儿童合法权益保护的坚实盾牌。

## 闵行律工委用专业为白衣战士保驾护航

鼠年新春，一场没有硝烟的战斗在武汉爆发，为缓解患者数量激增、武汉医护人员不足的情况，全国医护人员驰援武汉，闵行区也派出60名医护人员随队出征，奋战在抗击疫情的第一线。

大疫当前，万众一心。全区的法律工作者始终关心和支持身处抗



闵行区司法局党委书记、局长金海民



闵行区卫生健康委党工委书记黄陶承



援鄂医护人员法律服务签约仪式

疫一线的医护人员，以自己的专业和担当，为白衣战士保驾护航，为抗击疫情贡献力量。在闵行区司法局的倡议下，区律师工作委员会决定为区援鄂医疗队员提供为期十年的免费法律服务，闵行公证处为援鄂医疗队员及其直系亲属提供终身免费公证服务，帮助一线医护人员解决法律事务、解决后顾之忧、提供法律保障，以此感谢援鄂医疗队

员为抗击疫情所做的奉献。

3月17日，援鄂医护人员法律服务签约仪式在闵行区司法局举行，区卫生健康委党工委书记黄陶承，区司法局党委书记、局长金海民，区卫生健康委党工委书记金莉萍，区司法局党委副书记、律师行业党委书记周行君，区律工委主任周郁生，闵行公证处负责人孙洪斌等领导出席仪式并签约。



# 服务金融领域的专家型律师

## 记上海市协力律师事务所主任马晨光律师



上海市协力律师事务所主任，上海市第五、第六届浦东新区人大代表、法制委委员，中国致公党上海浦东区委副主委，上海仲裁委员会仲裁员，上海国际经济贸易仲裁委员会仲裁员，上海市法学会金融法研究会理事，复旦大学、华东政法大学、上海对外经贸大学校外研究生导师。荣获第四届东方大律师，2019年入选“全国千名涉外律师人才”，2015年“上海市三八红旗手”，上海市第五届优秀青年律师，第三届“上海市浦东新区十大杰出青年律师”。

上海将建成国际金融中心，这个城市新坐标无疑给上海的金融法律服务带来了良好的机遇。上海市协力律师事务所（以下简称“协力所”）在这一领域异军突起，而领军人物就是主任马晨光律师。

倘论资历，马晨光从事律师执业18年，为上海新生代律师；倘论实绩，她卓尔不群，功力非凡，自2008年专注于金融资管法律领域，实现了法律服务水平的跨越式提升，被公认为服务金融领域的专家型律师。马晨光担任的社会职务有上海市法学会金融法研究会理事兼基金委员会主任、上海市律师协会基金业务研究委员会主任、上海市仲裁委员会及上海国际仲裁中心仲裁员等，可谓“实至名随”。

当被问及何以在金融法律服务领域脱颖而出时，马晨光谦和地说：“我的执业生涯幸运地有三位贵人相助。”

2000年毕业于大连海事大学法学院后，马晨光进入一家外资房地产公司做法务工作，遇到的第一位贵人就是这家公司的老板罗海洋。这位既有经济实力又有丰富学识的儒商很信任年仅23岁的马晨光，并大胆委以重任。马晨光在这家公司学到了外商投资、地产开发、并购、管理等方面的知识和操作经验。2002—2003年，马晨光脱产一年入读由清华大学与上海对外经贸大

学联合举办的“巨匠班”，遇上了第二位贵人——“巨匠班”组织者兼教师潘跃新。作为全国律协青年律师培训部负责人，潘跃新请来了京沪两地律界大咖任课，从理论到实务两个层面与学员深度交流，马晨光提升了站位，开拓了视野。

随即，马晨光进入协力所，并于2009年入读复旦大学法学院成为在职研究生，获得法律硕士学位。在协力所，她遇到了第三位贵人——游闽键。“专业化带动规模化，规模化带动国际化”“国际视野，本地智慧”等理念的趋同打下了两人精诚合作的扎实基础，马晨光向游闽键学到了如何走专业化发展道路。协力所于2003年成立了由游闽键领衔的知识产权专业团队，2008年成立了由马晨光领衔的“金融并购”专业团队以及后期引进的“海商海事”专业团队。由此，协力所从1998年创立时仅有4名执业律师的“小作坊”起步，成为如今跻身于中国精英律所30强的400余人律所，为国内外客户提供对标国际一流标准的法律服务。2019年，执掌协力所10多年的游闽键举荐这位后起之秀接任。

### 在金融法律服务领域声名鹊起

十多年来，马晨光主要执业领域是私募基金、风险投资、信托、银行、保险、融资租赁、金融并购等，办理的资产管理、投融资非诉讼法律业

务在客户中广受认可，并在金融及投资诉讼争议解决过程中因为专业精湛、作风精细、服务精到、操作精审而赢得客户的赞誉和对手的尊重。

马晨光说：“当下的中国，已经不是懂得一些金融术语就能成为金融专家了，知识更新的速度远远超过我们的想象。即便掌握了最新的专业知识，如果不再深入钻研，恐怕也只能各领风骚三五月。”多年来，马晨光笔耕不辍，相继在《民主与法制》《上海律师》《商法》等刊物上发表文章近百篇，《网络借贷草根金融的法律命运》《资管行业各主体的责任边界亟待厘清》《资管新规下私募基金的合规风险》《“上市对赌”法律风险分析与实务建议》《信托公司通道业务责任承担问题》等文章就当下金融资管领域的热点、疑点、难点作出敏锐的分析和精致的论述，彰显了一名优秀律师应具备的睿智和良知。

马晨光坚信，专业才是律师和律师事务所安家立命的根本，而专业必须由载体来呈现。因此，她带领团队创办了《协力金融法律评论》专刊以及“金融法律评论与实务”公众号，持续跟踪研究金融资管动态及法律前沿所面临的挑战，以专业品牌在界内产生了广泛影响。

马晨光担任上海市法学会金融法研究会理事及基金委员会主任期间，正是金融资管纠纷频发的多事之秋。她多次联合上海市法学会、中国证券投资基金业协会、上海市股权投资协会、上海证券交易所等单位，邀请行业领袖、监管部门、审判专家及律师同行，先后就监管规则缺乏统一性，管理人责任边界不清晰、嵌套投资、“明股实债”、保底保

收益等突出问题，举办了20多场专题研讨会，并形成数十份立法建议、会议专报等研究成果，积极推动资管行业法律服务水平上一个台阶，为上海金融中心建设出谋划策。

发挥专业优势，承担行业责任，是马晨光担任上海市律师协会基金业务研究委员会主任的主导思想。期间，她致力于提升上海基金律师的风险意识和执业水平，连续四年为律师学院开设“私募基金实务”课程；她主编的《私募基金业务律师实务》教材被业界誉为“基金律师执业指南”；她领衔制订的全国首个《律师办理私募投资基金法律业务操作指引》，在无先例可循的情形下，建立了私募基金业务领域执业参考标准；她还组织各委员共同研讨国务院有关私募条例和资管新规的征求意见稿，形成书面意见上报立法部门，为完善相关立法发出了上海律师的专业声音。

### 一件不同寻常的跨境并购案

十多年来，马晨光在为工商银行、太平洋保险、国泰君安、中远海运、中国中信、协鑫集团、丰隆集团、AkzoNobel等众多国内外知名金融机构提供卓越法律服务的同时，还办理了大量具有一定社会影响的金融大案要案，既为自己的执业生涯增添了亮丽的笔墨，也为我国金融法律实务留下了精彩的篇章。

通过对法律法规、司法案例、行业自律规则的实时追踪和研判，马晨光积累了对于金融行业、金融监管和金融裁判的系统性认知和经验。她在案件策略、细节沟通和解决方案方面以解决问题为目标，从立法监管角度理解合同、提出代理

意见，为争议解决增加灵活度，提高胜诉率，还擅长综合运用调解、和解等非诉方式推进诉讼进程；在非诉法律服务中，马晨光以诉讼的思维把控交易中的重大风险点，争取关键节点，为客户争取利益最大化。

在这里，不妨援引一起历时六年，牵涉中国大陆、香港特区、加拿大、美国多地的跨境并购案。马晨光是东方海港国际大厦资产并购项目的操盘人、跨境多国股权争端的诉讼代理人和诉后成功调解的推动者。

东方海港国际大厦由港商罗海洋先生作为主要投资人的展鹏实业开发建设。这一项目于2011年前后竣工验收并获得国家绿色建筑设计标识三星级及LEED-CS金级双认证。优秀的品质使得该项目成为邮储银行上海分行落子虹口的首选，2012年邮储银行与展鹏实业就收购东方海港大厦展开了并购谈判。

正在双方就境外交割与境内交割结构安排、税负承担、银行数据机房要求改造方案等细节谈判正酣之际，一纸诉状如惊天霹雳在谈判桌上炸开了。展鹏实业在境外间接持股的加拿大籍投资人贾云峰起诉展鹏实业，主张就东方海港项目分红人民币1.6亿元。贾云峰随即要求上海市二中院采取财产保全措施，一旦法院裁定采取财产保全措施查封大厦，并购交易必将胎死腹中，这对交易双方以及虹口区政府而言都将是巨大损失。为保障并购交易顺利进行，她一方面积极应对诉讼，一方面向法院积极争取变更保全措施为交易扫除障碍，和交易对手积极沟通消除误解，经过真诚沟通、重新安排以资产并购为核心的交易模

式，双方终于如期完成项目并购并顺利交接。

据贾云峰所述，展鹏实业董事长暨大股东罗海洋先生通过邮件发出要约，要求贾将其在境外间接持有的项目公司 8% 的股权转让给罗指定的境外公司，作为对价。罗将在境内向贾支付项目公司分红款 1.6 亿；贾回复同意，并按此要约将境外股权全部转让给罗的公司。当事方展鹏实业对贾所诉事实完全否认，但原告所示的重要证据的确是从客户的邮箱中发出并经过公证，另一份核心证据换股协议书所盖公章又无明显异常，为何客户对这些细节完全不知情呢？马晨光以对金融投资法律的精深理解仔细分析证据材料，寻找突破口。初步看来，证据对客户严重不利，原告看似完美的证据也让法官对这位境外小股东产生了同情心。打官司讲的是法律事实，即使与客观事实相反也必须依从证据断案，但事实就是事实，历史无可改变，只是需要用什么样的方法去还原真相。马晨光对证据材料分析后发现，尽管证据表面看似完美，但还是有一些不合理处，可能就是撕开真相的口子：原告在美国所学专业为计算机，其曾帮助客户公司建立内部邮件系统，客户董事长邮箱密码是初始密码，黑入公司邮箱制造伪证并非难事；原告贾云峰的助理曾因帮助原告仿冒他人签字、私刻展鹏公司及境外股东的印章等行为被追究刑事责任，原告因“双相情感障碍”诊断被免于刑事起诉；原告担任展鹏实业监事期间，曾有一批盖有公章的空白 A4 纸用于租赁推介。

经过一层层抽丝剥茧，真相逐渐

浮出水面，但合理怀疑和有效证明还是两回事。在合理怀疑的基础上，马晨光以证明展鹏实业真实股权落脚点为核心、以证明原告证据的疑点为重点，迅速组织境外取证，制定应诉策略。在境内，马晨光多方访谈内部财务及外部会计及审计机构、申请法院进行鉴定以重现真相；同时组织境外律师对展鹏公司的境外股权变更过程展开调查，并在香港高等法院提起诉讼，请求确认境外股权变更无效；配合境内诉讼，完成了境外取证、香港高等法院诉讼、域外送达、境外法院提存等高难度跨法域的工作。诉讼过程中，马晨光起草了数十份专项法律意见，帮助主审法官厘清事实。在历时六年的诉讼过程中，马晨光律师用大量证据还原真相，最终取得一审、二审的全面胜诉。

虽然贾云峰在案件中提交的证据是虚假的，但其在境外实际持有的 8% 股权享有六千多万元的投资收益。此时，如将这笔款项购汇后托管在香港高等法院，律师的工作就圆满完成了。但贾云峰在二审过程中死亡，马晨光考虑其年迈的父母、三任配偶及未成年子女生活困难，在香港法院恢复股权并取得分红需要相应的专业能力及资金，且旷日持久，遂在分红程序等方面做出人性化设计。经客户同意，她组织香港、BVI 等地区的律师，就股权恢复、资金托管、外汇和税收等问题进行论证，最终制定了授权境外律师托管分配的总体方案。后期又因贾的众多继承人为继承份额争论不休，马晨光多次帮助协调，最终帮助他们达成一致并取得继承款项，实现了法律效果和社会效果的统一。

## 服务国家和上海的战略发展目标

作为上海市浦东新区二届人大代表和法制委委员，马晨光围绕上海“五个中心”建设目标，积极履行代表职责，建言献策。她通过实地考察、调研走访，针对互联网金融平台频繁“爆雷”困境，提议建立上海互联网金融信息平台，促进有效监管；为解决信托财产登记难、信托受益权流转难的问题，她分析落户上海自贸区的各项优势，最终促成信托统一登记平台落地；针对 2018 年资管领域争议蜂起、解决纠纷频发的现象，她促成浦东新区人大常委会与上海金融法院、监管部门、金融机构、学界专家座谈，为金融风险防控和化解突出矛盾提供有益思路。

马晨光于 2009 年加入致公党，并担任致公党浦东新区区委副主委。她善于抓住机遇，勇于开拓进取，连续十年参与策划组织由致公党浦东新区区委与上海张江高科技园区共同主办的“致公·张江”论坛。该论坛旨在发挥致公党人才库、智力库优势，汇聚和整合社会各界资源，服务张江中小企业。尤其值得一提的是，2018 年，马晨光负责组织的“致公·张江”第九届论坛，以助力“一带一路”为主题，新颖的形式满载着务实的内容，引起海内外华人的广泛关注，成为多党合作、参政议政的典范。

上海已评选了四届“东方大律师”，马晨光在其中比较年轻的获评者。她说：“一个成功的律师要志存高远，更要顺应大局的发展，从容做好当下。”这是马晨光的自勉，也是人们对这位年富力强的“东方大律师”的殷切希冀。

## 纪念新中国律师制度恢复 40 周年

2012年4月，上海律协第九届理事会作出了一个非常重大且意义深远的决定：纪念上海律师公会成立一百周年。据当年上海发行的报纸“申报”记载，1912年12月8日是上海律师公会成立的日子。上海律师公会的诞生标志着中国人数最多、影响最大的律师公会出现了。截至2012年12月，我国的律师制度有悠悠百年的历史，这部百年的律师历史，记载了中国律师从无到有的过程，我们从中看到了新中国律师制度一波三折的艰难发展历程，也见证了新中国法治的日益完善。纪念活动领导小组决定编撰一本回顾一百年律师制度发展的纪念画册，为此成立编写组，我领命负责编写工作。编写组是在上海律协秘书处宣传部的基础上组建的，秉承实事求是、真实可考的编写原则，在不到半年的时间完成了这项难度较高的工作，这本书最终被定名为《百年积淀》。编书过程中，看到和听到的故事让我每每想起便思绪澎湃，因此，我想在纪念新中国律师制度恢复40周年之际，对《百年积淀》一书中的一些人和事进行回眸，并记录在此，作为一种纪念。

### 一、卢湾区司法局及律工委的贡献

按说，编写工作中上海律师公

会的历史资料是最不容易收集的，因为年代久远，又属于新中国成立前的陈年旧事，但实际上，这部分工作对编写组来说倒是有着“前人栽树，后人乘凉”的现成资料。说到这里，我首先要提到一位领导——当年卢湾区司法局的局长翟世祺。早在2008年，翟局长就意识到上海律师公会旧址在卢湾区，如果能够找到，将是一个非常有价值的文化遗产。经多方查询，最终确认旧址应在贝勒路572号，但那是解放前的旧路名，现在已经没有贝勒路了，所以一时难以找到上海律师公会楼所在的具体位置了。不久，有意思的事情发生了，复兴中路301号有一幢楼房将被用作工商银行卢湾支行的营业场所，楼房装修时，人们在楼内找到一堆建筑图纸，经鉴定确认为该幢大楼的建筑设计图，从图纸上得到线索，证明这幢楼就是当年上海律师公会所在的楼。有关方面马上通知卢湾区司法局，翟局长这才恍然大悟：原来复兴中路301号就是当年的贝勒路572号，上海律师公会的旧址就这样被戏剧性地找到了。于是，卢湾区司法局和区律工委征得工商银行同意，决定在这幢楼里建立一个上海律师公会旧址陈列馆，以纪念上海律师公会。陈列馆分别以“那一天”“那一段”和“那一代”反映了



上海市尚伟律师事务所律师、上海外国语大学法学院副教授、全国政协委员、上海市妇联副主席(兼职)、曾任上海市律师协会第九届副会长、第八届上海市女律师联谊会会长。曾荣获第二届东方大律师、全国优秀律师、上海市第二届优秀女律师、全国五一巾帼标兵、全国三八红旗手等荣誉称号。

上海律师公会组织的成立和发展、律师的执业与活动以及沈钧儒、史良、韩学章等先贤律师人物的事迹。

# 中国律师制度 恢复七十周年



陈列馆面积不大，但展出的一件件实物及一幅幅照片，让我们看到了律师先贤们呼吁“收回会审公廨”、为“五卅惨案”学生做无罪辩护等匡扶正义、呼唤法治的举动。当年，律师发起为抗日志士募捐、组成律师团为抗日“七君子”辩护等爱国行动，也让我们了解了那些以国家存亡、民族利益为己任的杰出律师代表，其中很多人在新中国成立后为社会主义的法治建设贡献了力量，沈钧儒律师后来成为中华人民共和国最高人民法院的首任院长，史良律师成为中华人民共和国的首任司法部长。陈列馆展出的实物多来自律师后人的捐赠，照片与文字是卢湾区司法局经多方艰苦查找收集史料后获得、编写的，卢湾区司

法局对资料来源——标明出处，做到有据可考。于是，编写组决定将陈列馆展出的照片和文字内容直接作为《百年积淀》的第一部分——“上海律师公会篇”来呈现。

复兴中路 301 号的这幢楼已经在 2009 年被文物管理局作为不可移动的文物保护起来，卢湾区文物管理局还在楼的外墙上安上了将律师公会旧址作为保护建筑的铭牌。从“上海律师公会旧址陈列馆”的设立到律师公会旧址被作为“不可移动文物”保护，卢湾区司法局和区律工委为弘扬律师文化作出了值得被永远铭记的贡献。

## 二、传奇的韩学章会长

韩学章会长出生于上海律师公

会成立之年——1912 年。1934 年，韩会长进入上海法政学院攻读法律，于 1938 年以优异的成绩毕业，获法学学士学位，加入上海律师公会取得律师资格，并成为上海律师公会的最后一批理事。新中国成立后，她积极投身新中国法治建设，光荣地成为第一批法官。1954 年宪法确立了辩护制度，国家决定要有新中国自己的律师，韩学章被选中，成为新中国第一批律师。1979 年，律师制度恢复，上海律协建立，韩学章成为上海律协首任会长，同时担任全国律师协会的副会长。后来，上海市女律师联谊会成立，韩会长还兼任市女律联名誉会长。从上海律师公会的一名女律师和最后一批理事，再到新中国成立后的首

批律师和首任律协会会长，韩学章会长做到了承前启后，是中国法律制度变迁的见证者和践行者。

1980年审判林彪、江青反革命集团案件时，最高人民法院组成迄今为止唯一的“特别法庭”进行审理，韩会长被特别法庭指定为该案被告人之一姚文元的辩护人。特别法庭认真听取了她的辩护意见，最后的判决书中，姚文元的罪名比公诉人提起公诉的罪名减少了两个。韩会长的女儿顾韩君继承母业，也成了一名律师，我们从她那里获得了被精心保存的、最高人民法院特别法庭通知韩会长前往阅卷以及出庭的通知书。这些珍贵的文史资料连同韩学章律师在秦城监狱会见被告人姚文元的照片，以及开庭时作为辩护人发言的照片都被收录到《百年积淀》一书中，成为新中国法治进程的见证。同时被收录的还有韩学章作为上海律协会会长参加历次律师代表大会的照片等史料。

### 三、公设律师室与法律顾问室

在中国共产党领导下，新中国成立后取缔了旧法和旧的律师制度，开始建立新中国的律师制度。1950年颁布的《人民法庭组织通则》第6条明确了被告有辩护和请人辩护的权利。确立了辩护制度就少不了律师，新中国的律师人选成为摆在法院面前的一个难题，于是，法院决定采取一种有效的过渡性做法：在法院设立“公设律师室”，由部分刑事审判庭的法官转换岗位成为新中国的首批律师。韩学章会长

和著名的李国机律师就是第一批从法官转岗的律师。在上海市高级人民法院档案室查找到的1954年《上海市人民法院公设律师工作暂行颁发（草案）》明确了公设律师的意义、任务、重点试行辩护的案件类型和工作程序等，还阐述了“上海从1949年法院成立后，即实行了公设律师制度。由于全社会普遍不具备实行的条件，故当时由法院内部统一调配干部作辩护工作，因之公设律师在当时成为法院内部的组成部分之一”。当然，当时的公设律师是不收费的，对保障人民的民主权利起到积极有效的作用。

1955年10月，根据司法部的通知，上海开始筹建律师协会，成立法律顾问处。根据上海市档案馆查找到的资料显示，上海市人民委员会于1956年4月给市司法局发了同意建立律师协会和法律顾问处的批复。自此，随着律师人数的不断增加，上海的法律顾问处也不断增加，截至1956年12月，法律顾问处发展到了第六家，新中国的律师制度蒸蒸日上。

### 四、律师成了环卫所的清洁工

1957年，中国开始经历“反右”政治运动，一批律师被打成“右派”，下放到农村劳动，编写组从上海市档案馆查到一份上海律协干部下放农村劳动的名单。1959年4月29日，《人民日报》刊登了司法部被撤销的公告，律师工作机构也全部撤销了，襁褓中的律师制度就此夭折，上海当年成立的六个“法律顾问处”也被一一摘牌。据倪彬彬

律师回忆，她当时因身体差无法去农村劳动，被下放到环卫所成了一名清洁工。李国机律师也被下放到工厂当了工人，所有律师无一幸免地离开了律师队伍。1975年宪法修改，取消了辩护权，律师制度完全被取消。

### 五、辩护制度重回宪法

1978年3月5日，五届全国人大通过了修订后的《中华人民共和国宪法》，第41条明确：“人民法院审判案件，除法律规定的特殊情况外，一律公开进行。被告人有权获得辩护。”由此重新确立了辩护制度在国家法制中的地位。

1979年4月29日的《文汇报》刊载了李国机担任陈永胜辩护人的报道，由于律师制度尚未恢复，李国机尚无法以律师身份担任辩护人，因此报道这样描述：“文化大革命前做过律师的李国机，征得被告人的同意，担任了辩护人。”李国机律师在他自己所写的《律师手记》一书中，称这次辩护是离开律师队伍20年后的“东山再起”，李国机的这次辩护在国内外引起震动，因为这象征着中国律师制度的恢复。

从1979年至2019年，新中国的律师制度恢复已经40年了。“探究一个行业的文化精粹需要溯本求源”，写在《百年积淀》后记里的这句话是想表明：律师制度的百年征程，每一步都与国家的命运紧密相连。百年历程也让我们深深地明白了一个道理：律师，永远是国家实现民主与法治不可缺少的有机组成部分。律师兴，则国家兴。

## 浅谈对“孙杨案”的看法

主持人： 卫 新 上海律协体育业务研究委员会副主任 上海星瀚律师事务所主任  
嘉 宾： 刘廷涌 上海律协体育业务研究委员会委员 上海市捷华律师事务所合伙人  
        蔡 果 上海律协体育业务研究委员会委员 上海市金茂律师事务所律师  
        何学智 上海律协体育业务研究委员会委员 上海翰策律师事务所律师  
文字整理： 王 希



2019年11月15日，世界反兴奋剂组织(WADA)向国际体育仲裁院(CAS)诉孙杨与国际泳联(FINA)一案(CAS 2019/A/6148)在瑞士蒙特勒开庭，这场公开听证会引起了体育界、法律界甚至全世界的热烈讨论和关注，禁赛8年的裁决引起一片哗然。2020年3月4日晚间，国际体育仲裁法庭(CAS)公布了公开听证会的78页裁决文件，这份文件较详细地反映了从2018年9月孙杨飞行药检开始，直到最终听证、裁决的整个过程，也对争议的事实问题、程序问题进行说明。作为法律人，客观理性作出独立并基于事实的法律判断是专业素养之一。

本次是国际体育仲裁院(CAS)35年历史上第二次公开听证审理。第一次发生在1999年，爱尔兰游泳运动员Michelle Smith De Bruin不服国际泳联4年禁赛的判决，上诉到国际体育仲裁院后败诉。在各位看来，孙杨申请公开这个决定，到底利弊如何？

听证会一开始，孙杨解释了他申请公开听证的缘由：“我必须当着全世界的面，把这起事件的过程和经过完完全全、清清楚楚、明明白白告诉大家，所以要进行公开听证，让全世界看到事情的过程。”结合他前后的行为可以看出，孙杨自始至终不认为自己在这场法律博弈中会输。我认为，除非客观评估案件事实对己方有利、有十足的胜算，且存在公开听证的公共利益。否则，公开听证不应作为运动员一方的常规选项。

首先，裁决结果和公众期待的落差会造成舆论急剧反转，除非经过专业客观评估后有十足的胜算，否则不建议公开听证。律师应引导当事人充分利用CAS仲裁的保密性低调行事，并协助当事人管理和调整其心理预期。对于孙杨这样的明星运动员，还应帮助其管理公众预期。

其次，公开庭审将案件中一些不理想或不专业的操作、对当事人不利的事实、听证会表现等都曝光在全世界的审视下。这也是裁决结果(特别是裁决全文)下达后，孙杨团队在听证会上的表现受到批评的原因。

绝大多数仲裁当事人选择不公开听证，可能是出于保护个人隐私，也可能是让双方留有余地，不把纠纷暴露在公众面前。孙杨申请公开听证从策略上是不明智的，因为案件并非一目了然、毫无争议。但我相信这个决定多少会受到一些案外因素的影响，尤其是一些外国运动员在没有直接证据的情况下指责他服用兴奋剂，并且做出了一些有争议的举动，而前一次的胜诉让孙杨感觉这次听证似乎是一个向世人昭示清白的机会。

我认为申请公开听证这个决定不能说不利的，从能更好地辨清是非的角度而言，公开听证或许是有利的。但前提是，需要为公开听证做好充分的庭上准备。若翻译表达、证人发言、交叉询问、证据提供、策略观点、主观态度等准备不充分，就会减分。



卫新

从孙杨证人的庭审表现可以看出其未经事先预演，世界反兴奋剂组织(WADA)2019年3月提起上诉，对上诉期限、回避等程序性问题进行抗辩而争取到的9个月并没有得到充分利用。如果请各位复盘这次公开听证会，您有什么给孙杨方的建议吗？您认为存在疑点的地方是哪些？

国际仲裁(尤其在涉及听证、开庭时)并非多数国内律师的强项，确有许多操作上值得注意。

首先，选择合适的境外合作律师是必要的，因为诸如CAS这样的国际体育仲裁，出过庭的中国律师应该只有个位数，所以当事人最初的工作重点需要放在寻找合适的国外律师上。CAS的许多裁决都是在网上公示的，2012年至今60多起与世界反兴奋剂组织(WADA)有关的CAS公开裁决中，哪些国外律师代理兴奋剂案件较多、胜诉率较

高，是可以做一个初步统计与筛选的。选好境外律师，在庭下沟通、庭上表达等方面就会比较顺畅。当然，中国律师也不可少，这样既能深刻了解中国当事人的诉求及案件情况，也能在一定程度上起到把控国外律师的作用，从而确保从当事人输出给律师、律师输出给国外审判人员的信息都是准确、顺畅的。

其次，选择适合的己方仲裁员也是重要的。如同选境外律师一样，也可从CAS公示案例、仲裁员名册了解仲裁员的专业和观点、某仲裁员支持运动员的概率、对某类当事人的特殊偏向等等。适合的己方仲裁员能够在庭上与己方形成良性互动。

此外，庭前准备、证人发言演练等方面也需要尽可能周全、细致。若让我说有什么疑问，我想就是本案仲裁策略方面是否能够更稳健？做好对授权文件规则的理解“正确”或“错误”的两方面准备，正如孙杨方指定的仲裁员所问的“你们是否想过万一你们对授权文件的理解是错误的”。若没想过，没做好另一方面的应对方案，则较冒险。另一个疑问是证人方面，既然对方的证人未出庭，那么孙杨方的证人是否有必要安排出庭？

在我看来，孙杨方最大的问题并不是技术上的，而是因为过于自信而没有进行认真准备，对庭审结果的不确定性估计不足。正如刚才何律师提到的，如果证人没有经过悉心准备，不如不出庭。尤其是在对方证人很有可能不出庭的情况下，无法通过盘问对方证人建

立庭审优势，此时全部火力都会集中到己方出庭证人身上。

根据裁决书记载的内容，我认为仲裁结果中的疑点很多，最主要的是以下几个：第一，收集血样和尿样的人员身份到底是什么，是样本采集机构的官员还是样本收集负责人的私人助理？这样的问题没有厘清，影响了对样本收集机构是否合规的审查结果。第二，裁决书中论证了收集血样、尿样的两名人员不需要单独的授权文件，但没有写明是否必须向孙杨明确口头告知两个人的准确身份和授权职责。如果这一点没有做到，我的理解是也应视为样本收集机构没有履行适当通知义务。第三，仲裁庭把样本采集人员作为一个整体，只需要一张未明确写明人员情况的授权文件就符合规定，但在“尿检官”因行为不端未能收集尿样的情况下，又把血样收集、尿样收集看成两个互不影响的部分，这样的逻辑不统一。第四，仲裁庭认为孙杨在历次样本收集过程中都没有对单独授权文件问题提出过异议，为了维护样本收集机构的权威，做出了对孙杨不利的裁决。但孙杨和样本收集机构之间并不是平等的合同主体关系，不能仅以没有提出异议就视为孙杨同意。维护样本收集机构的权威与要求样本收集机构严格遵守规则是一个硬币的两面，唯一的考量应该是样本收集机构是否严格遵守了规则。如果按照仲裁裁决书的逻辑，样本收集机构的权力就有很大的滥用空间，这不应该是WADA规则的初衷。

我有三个建议：第一，不



刘廷涌

进行公开听证，低调处理CAS程序；第二，采取更务实、以孙杨利益最大化的辩护策略；第三，诚信应诉，遵守程序规则。

具体到辩护策略，不只是基于己方对规则的主观理解或是《ISTI血样采集指南》这类没有强制力的文件，还要做好减责辩护的准备。可以通过证明孙杨没有“故意”，从而排除“抗检”（Tampering）成立，再证明其“没有重大过错”（No Significant Fault）进一步减责，最低的处罚是两年。在本案中采取减责辩护可以最大限度地维护孙杨的公众形象，可以建议孙杨向仲裁庭展示出积极反思、勇于承担责任的一面，恳请仲裁庭综合考虑，从轻处罚，给这名优秀的运动员留下实现梦想的最后机会。WADA在本案中只是就事论事履职，应与其形成协作、互相尊重的关系，争取对方的理解和配合，而非将其视作敌人，导致己方也无路可退。

WADA方律师在本次公



蔡果

开听证会中运用了很多英美法系中常见的庭审技巧，中国律师在参与国际性的庭审中可以运用到哪些庭审发问的技巧？证人应该接受怎样的培训？

因案情不同，每个案件发问的内容和技巧也可能不同。若面对对方当事人及证人，采取循序渐进的提问方式较好，层层递进有较强逻辑感，也可以避免多个问题提出后令对方对你想问的重点有所警觉；若面对己方证人提问，问题应直接涉及案件核心事项，避免无意义的提问。此外，有些问题直接让回答者答复“是”或“否”比开放性命题效果更好，更能让提问者把控节奏，避免回答者发言的不可控。

我建议，证人出庭前应安排对哪些事项须重点提及、对方提问应如何回答等进行演练。

在证人的培训方面，首先不能给仲裁员回避问题的印象，既然同意出庭作证，证人就是来回

答问题的。如果回避问题，仲裁员一般会认为这是不诚实的表现。其次，回答仲裁员及对方律师的问题要简短，避免长篇大论，“言多必失”在交叉询问过程当中是适用的。再次，对于涉及争议焦点问题的回答要精心准备，每一个字都需要反复推敲。

不论是英美法系还是大陆法系，仲裁庭作为代理人的首要任务是统一的，即把需要讲好的故事以合理、完整的方式传达给听众。在孙杨案中，听众是庭上的三位仲裁员，而不是中外媒体，也不是中国的公众。明确自己的听众是谁，他们的背景与思维模式是什么，并时刻针对听众的关切提问证人、回答仲裁庭（即听众）提出的问题，并确保他们能充分理解己方立场，这是代理人在庭审中最重要的任务。

英美律师更擅长对抗式的庭审发问，但我不认为中国律师必然就应躲到幕后只做准备工作。只要语言过关，明确听众和己方观点，并紧紧围绕这主线（即策略）发问，中国律师一样可以做得很好。中国律师还有更了解中国当事人的文化背景或特殊诉求的优势。当然，在涉及外国法（比如CAS程序中常涉及瑞士法）时，中外律师的分工协作也是通行的做法。

从CAS 78页的裁决文件中可以看出，孙杨的庭审表现包括私下接触证人等庭外行为，或多或少影响到仲裁员的裁决。孙杨还在自己的社交媒体公开了3位检测官的个人信息。对此，请各位给孙杨以及

广大运动员一些建议。

诚信应诉、遵守程序规则至关重要。CAS裁决显示，WADA曾不止六次向CAS仲裁庭请求，指认孙杨恐吓证人，并要求仲裁庭下令停止此类行为。特别是血检官于2019年9月表示同意通过视频作证后，WADA向CAS三次去信，称孙杨恐吓血检官并企图影响血检官。这些行为不仅严重违反律师职业道德，还会起到反作用，仲裁庭会从孙杨对禁令的一再违反作出对其不利的推论。另外，恐吓WADA证人的行为事实上也激怒了WADA，令其在听证时坚定地表示应对孙杨处以“抗检”的八年顶格惩罚，不再提及以“无故意”按照FINA DC 2.3条从轻论处。因此，参与法律程序时，应从规则、事实和证据的层面争取对己方最有利的结果；规则以外的方式是不被认可的。

我想特别强调的是，运动员及其家人应当意识到此类纪律处罚程序的性质以及对运动员的深远影响，需确保选择有能力处理相关程序的专业人士，并尊重专业意见。

庭上的事情庭上解决。庭外行为并不会对案件有所帮助，反而可能令仲裁员感受到对规则的“不敬畏”，而“不敬畏”又较难让仲裁员相信“无过错”，而“过错程度”又往往影响到兴奋剂案件处罚的定量。所以，我认为所有运动员对体育规则以及国际体育仲裁都应保有敬畏之心。

孙杨是亚洲男性游泳运

动员中的现象级人物，一直备受外国运动员、媒体的质疑，这是本次案件的大背景。其实公众对他的要求非常高，不仅要能站上国际领奖台，还要具备和不同种族、不同信仰的运动员竞技、交流的视野、心态和知识。如何坦然面对和理性认识针对他个人，甚至是涉及种族偏见、国家意识形态的质疑声，需要很多思考。对国际规则的理解仅是其中一方面。我只有一个对运动员的建议，就是寻求更多人的帮助，多听不同的声音。

本案争议焦点在于，运动员是否有权因检验官资质不足而拒绝接受其检查。有的观点认为，运动员应当具有规则意识，即使有异议也要接受检测；也有观点认为，严格的反兴奋剂检测对运动员来说既是一种过重的义务，也是对入权的侵害，反兴奋剂机构权力和运动员权利保护之间已失去平衡。请问各位怎么看？

反兴奋剂检测是维护赛场公平性的有效手段，是很有必要的。反兴奋剂检测与其他的权力行使过程一样，需要运动员服从检测机构的权威，同时需要检测机构严格按照规则执行、不滥用权威，这两个方面同等重要、缺一不可。很遗憾的是，此次孙杨案件的仲裁裁决只体现了权威性，没有体现对于样本收集机构合规性的重视。

现行规则要求运动员有异议地接受检测，作为一名运动员，服从现行规则是参加比赛的敲门砖，

否则就不具备参赛资格。这和参加游泳比赛需要遵守比赛规则是同一个道理。如果认为规则不合理，有两个选择，其一是退出比赛，其二是积极寻求改变规则。但在实现变革之前，如参加比赛需要遵守现行规则，即是对该规则有异议。如果运动员是在违反规则后再试图辩论规则不合理以免除处罚，这是在拿自己的职业生涯和名誉作赌注，无异于玩火自焚。

对于现行反兴奋剂规则是否侵害人权，这是个过于抽象和主观的问题。如果大家读读现行的《世界反兴奋剂条例》以及该条例于2021年生效的修订版本，就会发现该制度已经做了权衡。在孙杨案之前，已有不少运动员和组织以侵权隐私权等基本人权为名，对以《世界反兴奋剂条例》为核心的制度发起法律挑战。结果是，《世界反兴奋剂条例》并未违反基本人权，因为法院认可它所需要捍卫的公共利益（如纯洁体育、公平竞争等）是牺牲一部分个人权利的正当理由。孙杨案是现实的对簿公堂，律师只能基于现行规则评估案情、制定策略，就像孙杨案裁决第366段所述：“规则是怎样写的，仲裁庭就应怎么判，别无他选。”

反兴奋剂规则本来就有严格的一面，因为全球体坛对兴奋剂都是“零容忍”，这是全世界达成的共识。根据反兴奋剂规则，“不让违禁品进入自己的身体”本就是运动员自身的注意义务，发现问题时按照“严格责任”首先推定为运动员责任，若要推翻须由运动员一方举



何学智

反证。假设不采取这样严格的规定，可能会令反兴奋剂事业举步维艰。何况，反兴奋剂规则也有“宽容”的一面，运动员若有异议是有救济途径的，但不代表能当场妨碍反兴奋剂检测。

中国的相关规定对反兴奋剂机构检查人员资质的要求更加严格，这也是孙杨团队在事发当天给出“不许检查官带走血样”建议的原因。中国的执行标准高于国际强制规范，而规则执行过程中“就低不就高”的现状也将会对我国未来体育法治建设带来影响。请对我国如何与国际规则衔接谈谈您的看法？

中国机构通行的标准与国际组织需要遵循的标准不一样，这是因为各国的国情、条件不一样，现实中不可能要求所有国家、组织都执行与中国同样高的标准，这也是为什么同时存在所有缔约方均必须遵守的“强制规则”和不具有强制力的“指南”。孙杨案体现出的问题表

明我们有必要对运动员及相关从业人员强调国际国内规则的不同。中国反兴奋剂机构的检查操作不能与上述国际强制规则相冲突，“除非身体、卫生和道德条件客观上不允许，运动员始终应该配合采样和检测。”

事实上，若要用一句话概括孙杨案的CAS裁决，即CAS秘书长在宣布裁决结果时那句掷地有声的“运动员不能自作主张认定兴奋剂检查无效，并毁坏样本容器。”（原文为“it is not for the athlete to decide, on his own, that an anti-doping test shall be invalidated and the sample container destroyed.”）这句话精准概括了整个案件的起因和结局。在CAS裁决的第209段，仲裁庭特别强调，运动员不应（对检查是否合法）自作主张，因为一旦陷入运动员的主观判断，很可能造成非常严重的后果（比如孙杨案）。因此，即使运动员对检查流程、资质等存疑，都不应拒绝检查，正确的做法就是有异议地接受样本，并尽可能详细地记录异议，及早申报。

对于“就低不就高”，我认为需要明确影响，而不是泛泛而谈。在反兴奋剂领域存在中国的高标准（符合最佳实践）和世界通行的、要求较低的强制标准，这是反兴奋剂制度的现实需要。我们需要理解这样的差异并确保孙杨案中的误解不再发生，而不是空谈该差异对我国不利。

中国的执行标准无论是低于或高于国际规则，都应该建立在对国际规则的深刻理解上进行。如果在深刻理解的基础上考虑到中

国实践来制定更高的标准，这本身也无可厚非。但在这种情况下，制定之初就应当关注到与国际规则的差异，给相关的机构和人员适时的提示与行为指引，这样可以避免由不统一造成的混乱。

目前，孙杨方称已经提起上诉，我们也期待公正的结果。依照现有裁决，如果未来禁赛8年的处罚不被更改的话，对于他现有的这些商业代言合同来说，会存在哪些法律纠纷和风险？

长期禁赛以及个人公众形象受损，即使没有明确的代言合同条款约定，也很可能构成重大的情势变更事项，我个人推测很大一部分代言合同会有中止或终止履行的可能性。从孙杨的角度看，在推翻现有生效裁决，或者至少以有效手段重塑公众形象之前，应当尽量避免此类的纠纷产生，或至少降低这类纠纷给他带来进一步的负面影响。

目前，禁赛已经生效，上诉行为并不中止禁赛的执行。严谨的商业代言合同一般会设有条款以

确保代言人符合某些标准。如果合同中设有类似条款，并且可以解释为类似禁赛类的处罚使得代言人不再符合必要标准，则双方可遵照合同执行。容易产生争议的情形是合同未设有类似条款，或是条款并未列明禁赛是合同终止的合法理由。

在各种情绪泛起、观点碰撞之后，我们希望看到的是理性反思和有作为的改变。从今天的讨论可以看出，我国的体育领域还是存在着“重行政、轻法律”“重结果、轻程序”的情况，新一届上海律协也组建了体育业务研究委员会，我们期望发挥律师主体的作用，积极投身上海体育法治建设。接下来，应更重视对运动员的规则意识、法律知识的培训，推进体育法领域人才培养，完善体育法律与其他部门法、国内体育法规与国际标准的衔接。健“身”也健“脑”，律师作为运动员们的“大脑”，更要发挥好智囊和后盾的作用，促进中国体育事业的法治化、国际化。谢谢三位的分享！

2020 3 23



# 汇律之粹 持之以衡

时光飞逝。不知不觉，我在上海汇衡律师事务所（以下简称“汇衡”）工作已逾六年，这段经历对我而言弥足珍贵，不仅让我理解了律师工作的专业标准，更让我见证了汇衡近年来在行业竞争中的不易以及对于“匠人”情怀的不懈追求。

## 初入汇衡 耳目一新

进入汇衡实习，给我带来了巨大的震撼，彻底颠覆了我对律师工作的认知。不论是合伙人还是律师，每个人都在紧张有序地工作。不同类型的工作都有一套经历过十余年实务锤炼的工作流程和技巧。在每一周的固定时间点，由合伙人以及资深律师向年轻律师进行教授，从文本制作的统一格式、法律研究的

流程方法到不同法律文本的起草要点，面面俱到。这些培训完全打破了我对法律问题理解的局限性，让我对于律师工作的认识由模糊变得清晰，由抽象变得具体。更重要的是，让我对律师的专业性有了初步的认识——严谨而高效。

持续近 3 年的培训涵盖内容和范围非常广，很多内容至今都能在我脑海中重现。这些工作流程和技

巧在历经反复的实践锤炼后，帮助我逐渐形成了自己的执业习惯和风格。当我意识到自己已逐渐远离新人培训时，会有一些怀念，怀念的是培训期间完成学习任务和培训作业的紧张感、培训期间所有人参与讨论时畅所欲言的宽松气氛。

这样的培训在汇衡从未间断，每一个加入汇衡的同事，都会参加汇衡根据实践经验总结的系统培



训，培训素材也与时俱进。不变的，是汇衡对于工作质量近乎苛刻的要求和在实践中从未懈怠的坚持。自从我加入汇衡起，汇衡的培训工作都是由合伙人饶尧律师亲力亲为，不论工作安排得多满，培训总是在每周的固定时间进行，从未间断。作为经验少、资历浅的汇衡“菜鸟”律师，当看到自己的合伙人如此努力，我很难再给自己寻找任何工作懈怠的理由。这样的震撼不只是我，而是每一位汇衡律师都能够感同身受的切实体验。

## 每个难忘的第一次

工作经验都是从第一次开始积累的，回想起每个第一次，我总有一番别样的感觉。

我记得第一次开庭是和许敬东律师一起前往宝山区法院开庭。当时我还是实习人员，尽管此前已经做过一些诉讼的支持工作，但参加庭审还是让我感受到一些压力。在开庭前，我反复确认了证据材料和其他文件，确保材料齐备后，又反复核算证据材料相关数据的计算结果是否准确，生怕有一点错误。结果在庭审中，我虽然坐在代理人的位子上，但一句话也没有说，全程只是仔细聆听并记录许律师的发言。在庭审过程中，我逐渐发现许律师对我在庭前准备的所有工作早已烂熟于胸。对于辩论意见的陈述，许律师也没有照着书面稿件来念，而是全程脱稿，面对对方律师的抗辩意见，许律师能快速抓住对方发言的漏洞有针对性地进行反击，让我感受到诉讼律师在庭审中应该展现出的自信和专业度。尽管此次庭审涉及案件并不复杂，但却给我留

下了极为深刻的印象。

时间过去不久，我迎来了第一次独立出庭的机会。这一次是在长宁区法院，虽然案件本身并不复杂，但是我代表的客户是境外自然人，案件涉及一些涉外案件特有的程序。并且，我的客户在西方传统节日圣诞节前夕被采取限制出境措施，更让我感到压力的是，我作为主办律师，需要直接与境外客户就诉讼案件的情况直接进行英文沟通，对于当时工作经验不足的我来说是一个巨大的挑战。对此，我要感谢饶尧律师的信任与鼓励，在案件筹备前期带领我与客户通过若干次现场会议做好铺垫，把后续的庭审工作逐步放手让我去处理，我也通过之前和饶律师共同参加会议的经历，逐步培养起独立面对境外客户的信心。最终，我顺利完成了庭审，取得了符合预期的结果，解除了当事人被限制出境的措施。

随着工作经验的累积，我开始接触一些大标的额和法律关系复杂的重大疑难案件。2017年，我迎来了第一次在最高人民法院开庭的机会，同样是和许敬东律师一起，与我们针锋相对的，是上海滩上赫赫有名的大律师。为了准备庭审，我仔细翻阅了数百页的证据，对于案件事实、辩论思路以及对方可能提出的抗辩点进行了充分的准备。然而，在开庭中，最高人民法院主审法官的提问和对方律师的发言都直击要害，一度超出了我对庭审的预估，使得我由开庭前的跃跃欲试逐步变得收敛而不敢发言，生怕说错一句话被对方律师抓住漏洞进行攻击。此时，许律师再一次给我上了生动的一课，面对主审法官的追问

和对方律师的抗辩，许律师思路清晰地进行阐述和论证，将案件焦点问题重新回归到我们在庭前准备的轨道中来。他切中要害、条理清晰、脱稿演讲、不卑不亢、用词精炼，既自信又霸气，这是许律师带给我的宝贵的执业秘诀。

## 勤学专注信同伴

随着工作经验的不断累积，我逐渐形成了自己的工作方法和风格。尤其是这两年来，我参与并主办了多起涉及金融资管、跨境诉讼和上市公司的重大疑难案件，主要执业方向集中在金融资管和争议解决方面。经过办案实践，我越发感觉到，律师是专业性、竞争性非常强的职业，在律师工作中，从来就没有“一劳永逸”的说法，必须时刻保持自身的竞争性。为此，一定要不断专注于自身专业领域，不断提升自己。

首先，要坚持学习。近几年，法律的制订和修改节奏逐步加快，法律内容的更新速度快，作为律师，必须要紧跟立法的步伐，时刻更新自己的法律知识，加强学习。得益于汇衡每周五午间2小时的新法规学习制度，我和我的同事们在每周的固定时间都能够对最近发生的重大立法变化进行关注和研究。新法规的学习由每一位同事轮流主持，全体同事参加并提出问题，共同讨论。“不积跬步，无以至千里；不积小流，无以成江海”。伴随数年的坚持，回过头来，我发现很多事务中遇到的一些潜藏在细节的法律难题，往往在周五的学习讨论中为我指明了方向。

其次，一定要熟悉业务涉及的行业。汇衡内部一直有一个说法，



即“非诉支持诉讼,诉讼反哺非诉”,即要求每一位律师都能够参与重大交易的全部流程,即事前的尽职调查、商业谈判、文件起草及后期的争议解决。亲身经历告诉我,这种作业安排非常有效,通过非诉工作,能够更好地帮助我理解交易背后体现出的行业惯例、商业目的和行业监管动态,为将来的诉讼提供更有利的辅助和支撑;另一方面,通过诉讼又能回过头来深刻理解这些行业惯例和相应的合同条款面临的法律风险,从而回过头来帮助我为客户设计更为优化的交易结构,甚至及早识别系统性风险,在起草合同条款时给交易带来更多的保障。

再次,学会调整自己的心态。从开始工作到现在,我始终认为心态对于律师工作是非常重要的,如果心态浮躁或不够专注,肯定难以在工作中取得成绩。从心态而言,我个人认为可进一步细分为三个层面。第一个层面受制于自己的专业水平,因为自身专业水平不够总要考虑一些多余无谓的事情,这很正常,也很难避免,只能不断地在学

习和实践中优化自己。第二个层面是专业性的体现,即专注,在做一件事情的时候保持百分之百的注意力,不要为其他工作或琐事分心。这一点说来很容易,但做起来非常难。体育比赛中,冠军队伍在比赛场上的每一分每一秒都保持专注,没有下意识的多余动作。足够专注就是专业性,就是竞争力。第三个层面则是心态,要勇于面对自己的薄弱环节,不卑不亢,相信过程,看淡得失。经验告诉我,办理大量的诉讼案件确实帮我克服了很多心态问题,但我仍然需要大量实践不断磨练。

最后,也是最重要的,相信自己的同伴。信任无论在生活还是工作中都是极其重要的。只有信任才能最大化发挥出团队的力量。仅靠个体的单打独斗是无法在竞争激烈的行业中生存下去的。因此,培养与工作同伴的信任是非常重要的。有了信任,在出现问题的时候能够及时得到同伴的支持,在同伴需要的时候能够第一时间给予帮助。有了信任,就有了良性的团队互动,

减少工作上的失误,促进每个团队成员的进步。我非常庆幸自己身处于这样的工作团队中,同事相互信任,工作氛围融洽和谐,能有条不紊地完成复杂的工作。

### 心怀感恩 继续前行

在汇衡工作期间,我收获了宝贵的执业经验,见证了律师行业在发展过程中的剧变,也经历了从大学毕业到成家立业、初为人父的重要结点,我的成长离不开汇衡以及各位同事们的支持。作为汇衡团队的一员,我感到非常自豪,“汇衡”这两个字的背后,是一个高效、默契并且值得信赖的团队。

在未来的道路上,我将心怀感恩,继续提升自身的专业水平,培养自身的竞争力,与每一位汇衡的工作伙伴互信互助。汇律之粹,持之以衡。



上海汇衡律师事务所律师  
业务方向: 金融资管、争议解决、并购重组

## 种植当岁初 滋荣及春暮

这是一个不一样的春天，北半球的白昼逐渐变长，气温回升，万物萌苏，珞珈山的樱花仍静静开放，但少了树下踏青人络绎不绝的身影。跋涉 1600 多公里回到家，却没想到今年的春节会在家自我隔离，没有亲戚关切问候、好友把酒言欢，才能勿扰心自明，更清楚地审视自身。

### 1.01的365次方 和0.99的365次方

今年春天，我种下两株月季，月季是需要阳光的植物，否则就会生出盲枝无法开花。但苦于没有朝南的阳台，只好趁着每个晴天把它搬到楼下，希望接受尽可能多的光照。

如果说各位前辈已经成为参天大树，作为实习律师的我正似一株亟待成长的小苗，在刘春雷主任、叶萍书记的言传身教下学习如何成为一名合格的律师。刘主任曾在早会时告诉我们，1.01的365次方和0.99的365次方这个激励公式。1.01与0.99 只差 0.02，初始差别不大。1.01



是每天比前一天进步 0.01, 0.99 是退步 0.01, 0.01 的差别就更微乎其微了。但一年之后,  $1.01^{365} = 37.78$ ;  $0.99^{365} = 0.03$ 。不积跬步, 无以至千里; 不积小流, 无以成江海。这样的差距, 让人无法再忽视日积月累的魔力。

或许有人初始值比别人更高, 但我们不是那拥有 1% 灵感的天才, 唯有勤奋才能笨鸟先飞, 今天只要比昨天进步一点点, 就会超越过去的自己一大截。回过头来, 只会感觉时间有些不够用, 想要学的太多, 可以学的太多, 应该学的太多。

### 职业道路漫漫 无须过度焦虑

种下月季后, 像所有得到新奇玩具的小孩似的, 从换盆、埋肥、打药之后, 我恨不得隔几小时就去探望下新伙伴。表土怎么还不干, 是不是土壤介质不合格? 叶片好像有黑斑, 这时候该用石硫合剂还是多菌灵? 就想多多折腾, 恨不得按下快进键, 今天种下, 明天发芽, 大后天就能看到花。但我们很清楚, 这不可能。

有段时间, “你的同龄人正在抛弃你” 式文章火了, 我也确实受到了安利, 也曾在协助办理案件过程中因自身不足感到挫败。贩卖焦虑文章写了别人一鸣惊人的成功, 但或许没看到别人每天进步 0.01 付出的努力。植物生长无法违背自然规律, 职业

道路也只能一步一个脚印走下去。

去年国庆档, 春雷所组织大家观影《中国机长》, “中国民航英雄机组” 的正确处置, 确保了机上全体成员的生命安全, 创造了世界民航史上的奇迹。这样的奇迹不是靠运气得来的, 刘长健机长能够在极端恶劣的情况下将飞机开回来, 乘务员能够稳定住乘客的情绪, 源于他们过硬的专业素养和极强的心理素质。这样的专业素养不是一蹴而就或者临阵磨枪就能得来的。查找相关资料, 介绍到空军飞行员的训练时间越长, 在战场获胜的概率就越大, 刘长健机长的专业素养离不开他日积月累的训练。对比律师行业, 同样越有经验越能处理好疑难问题。

律师执业犹如飞行员, 需要 “公里数” “飞行小时” 的积累。人生没有快捷键, 学习进取, 提高专业水平, 才会有从容应对的心态, 做好份内之事, 方不负职责。

### 剔除盲枝 才有繁花朵朵开

作为一名种花小新人, 看到在自己的照料下, 植物开始发芽长叶, 我很是满足。可这时养花达人出教程 “春天必做, 修剪月季盲枝”, 好不容易把光秃秃的杆子养得郁郁葱葱, 怎么舍得剪掉芽苞?

但有舍才有得, 想要月季开花, 通风的环境、每天不低于 6 小时的

日照和充足的营养, 缺一不可。而弱的枝芽, 要么就成为一个小小的枝条, 要么就因抢不到养分而干瘪枯萎, 留下来也不会开花。向内生长的笋芽呢, 将导致内部枝条横长, 空气流通不畅, 整株月季容易患病。

作为一名新人, 如果在成长初期, 不舍得剔除盲枝, 什么都懂, 又什么都不精, 在精力有限的情况下, 或将无暇顾及专业的深耕和服务品质。而我们身处的法律服务市场是细分的, 客户对律师在专业领域的口碑越发重视。法律门类多种, 但学无涯, 为了长远发展, 确立专业化道路, 势在必行。



上海刘春雷律师事务所实习人员

2020年伊始，突如其来并在全国迅速蔓延的新型冠状病毒肺炎疫情（以下简称“本次疫情”）打乱了我们的正常工作和日常生活，令人措手不及。为加强本次疫情的防控工作，各政府部门、地方均采取了延长假期、居家隔离等防控措施，旨在有效减少人员聚集，阻断疫情传播，举国上下正共同抗击疫情。

根据目前的现实情况，本次疫情必将对大量民事交易行为产生影响，本文旨在简要介绍和探讨本次疫情对国有产权在上海联合产权交易所有限公司（以下简称“上海联交所”）进场交易的影响及初步应对建议。

## 一、本次疫情的性质

根据《中华人民共和国民法总则》第一百八十条的规定，因不可抗力不能履行民事义务的，不承担民事责任。法律另有规定的，依照其规定。不可抗力是指不能预见、不能避免且不能克服的客观情况。

根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》第二十六条的规定，合同成立以后客观情况发生了当事人在订立合同时无法预见的、非不可抗力造成的不属于商业风险的重大变化，继续履行合同对于一方当事人明显不公平或者不能实现合同

目的（即“情势变更”），当事人请求人民法院变更或者解除合同的，人民法院应当根据公平原则，并结合案件的实际情况确定是否变更或者解除。

关于本次疫情属于不可抗力还是情势变更，业内已有颇多讨论。笔者认为，在同时符合不能预见、不能避免、不能克服且本次疫情与合同无法履行这一后果之间存在因果关系的情况下，本次疫情应属于不可抗力。同时，笔者也注意到，中国国际贸易促进委员会（以下简称“中国贸促会”）于2020年1月30日在其官网上发布的《“万众一心迎挑战、众志成城战疫情”中国贸促会不可抗力事实性证明与您同舟共济度时艰》一文中提到“……根据国务院批准的《中国国际贸易促进委员会章程》的规定，中国国际贸易促进委员会可以出具不可抗力证明。受新型冠状病毒感染的肺炎疫情的影响，导致无法如期履行或不能履行国际贸易合同的，企业可向我会申请办理与不可抗力相关的事实性证明。……”北京市长安公证处亦于2020年1月31日在其微信公众号上发布了“北京市长安公证处专门设立绿色通道，对涉及到有关新型冠状病毒感染肺炎疫情影响的不可抗力相关公证事项，由专人受理，急事急办，公证书可以邮寄”的信息。由此可见，中国贸

促会及个别公证处已将本次疫情定性为不可抗力。

## 二、上海联交所已对正在挂牌项目的交易时间进行调整

2020年1月28日，上海联交所在其微信公众号上发布了《上海联合产权交易所有限公司关于调整交易时间的公告》：根据《国务院办公厅关于延长2020年春节假期的通知》（国办发明电〔2020〕1号），按照交易规则的有关规定，将对上海联交所正在挂牌项目的信息披露截止时间和竞价时间进行相应调整，同时交易系统将于2月3日恢复正常运行。请交易各方及时关注上海联交所官网具体项目披露信息。

根据《企业国有资产交易监督管理办法》第十三条的相关规定，产权转让信息披露时间不得少于20个工作日。因此，工作日的计算对于产权转让的信息披露有较大影响。根据国务院办公厅将2020年春节假期由原先的1月30日延长至2月2日的通知。同时根据上海市人民政府2020年1月27日发布的关于《上海市人民政府关于延迟本市企业复工和学校开学的通知》的要求本市区域内各类企业不早于2月9日24时前复工。涉及保障城市运行必需（供水、供气、供电、通讯等行业）、疫情防控必需（医疗器械、

药品、防护用品生产和销售等行业)、群众生活必需(超市卖场、食品生产和供应等行业)及其它涉及重要国计民生的相关企业除外。上述通知的发布,将影响具体工作日的天数计算,进而导致上海联交所正在挂牌项目的信息披露截止时间和竞价时间的调整,因此交易各方应及时关注上海联交所官网上发布的相关信息。

### 三、本次疫情后续可能对国有产权进场交易产生的影响及应对

据了解,截止目前,包括深圳联合产权交易所、重庆联合产权交易所集团、山东产权交易中心等产权交易机构均已发布了暂停各类现场交易活动和交易场地预订工作,恢复现场交易活动时间另行公告的类似通知。当然,全流程线上开展的交易将继续正常进行。

截至目前,上海联交所并未发

布暂停各类现场交易活动的通知,但是随着本次疫情的升级,不排除后续会有这种可能。建议密切关注上海联交所的官网及官微发布的信息。

/

根据《上海联合产权交易所有限公司交易中止和终结操作细则》(沪联产交[2018]50号)第四条第(二)项的有关规定,申请人(转让方、意向受让方或其他相关主体)在产权交易过程中发现“标的企业隐匿资产,审计、评估结果失真或资产状况、财务状况、经营状况发生重大变化影响继续交易的”,可以向上海联交所提出申请,由上海联交所作出中止或不予中止的决定;上海联交所也可以直接作出中止的决定。

不可否认,本次疫情将对我国经济造成重大影响,且短时间内难以恢复。若产权转让的标的企业及意向受让方因本次疫情导致其资产状况、财务状况、经营状况等

发生重大变化且影响继续交易的,转让方、意向受让方或其他相关主体均可向上海联交所提出中止交易的申请,但最终决定权属于上海联交所。中止期限由上海联交所根据交易项目具体情况确定,一般不超过20个工作日。中止期限届满后中止情形尚未消除的,上海联交所可以根据申请人的要求延长中止期限。交易各方当事人在中止期限届满后仍未能消除致使中止的情形,上海联交所可以作出产权交易终结的决定。

上海联交所发布的《上海市产权交易合同示范文本(2016版)》第8.3条对期间损益提供的示范条款为:“在交易基准日至产权持有主体完成权利交接期间,与产权交易标的相关的盈利或亏损由\_\_\_\_方享有和承担,甲方对本合同项下的产权交易标的、股东权益及标的企业资产负债有善良管理的义务”。



如前所述，本次疫情可能导致产权转让标的企业在交易基准日后的资产、财务、经营等方面受到严重影响，此时，重大亏损的承受方可能会以发生了在订立合同时无法预见的、非不可抗力造成的不属于商业风险的重大变化，继续履行合同对其明显不公平为由，要求变更产权交易合同该条款。当然，其主张最终能否得以支持，还需要法院根据公平原则，结合案件的实际情况进行判断。

根据《上海联合产权交易所有限公司企业国有产权转让信息披露操作细则》第九条的规定，产权转让项目首次正式信息披露的转让底价不得低于经核准或者备案的转让标的评估结果。信息披露期满未征集到符合条件的意向受让方的，转

让方可以在不低于评估结果90%的范围内设定新的转让底价再次披露信息披露公告。新的转让底价低于评估结果的90%时，转让方应当获得转让行为批准机构书面同意后，再次披露信息披露公告。

本次疫情可能导致转让标的企业现阶段的市场价值大大减损，受让方可能难以接受以本次疫情发生前经核准或者备案的评估报告结果作为依据从而确定的转让底价，进而可能导致信息披露期限届满后无法征集到受让方，最终可能导致本次交易终结或者在降低转让底价的情况下重新进行信息披露。

#### 四、相关建议

企业运转需要职工，且是能够提供正常劳动力的职工。根据《人

力资源和社会保障部办公厅关于妥善处理新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控期间劳动关系问题的通知》的相关规定，对新型冠状病毒感染的肺炎患者、疑似病人、密切接触者在其隔离治疗期间或医学观察期间以及因政府实施隔离措施或采取其他紧急措施导致不能提供正常劳动的企业职工，企业应当支付职工在此期间的工作报酬，并不得依据劳动合同法第四十条、四十一条与职工解除劳动合同。在此期间，劳动合同到期的，分别顺延至职工医疗期期满、医学观察期期满、隔离期期满或者政府采取的紧急措施结束。

上述规定无疑会增加企业的用人成本，因此，在此特殊时期，意向受让方有权了解标的企业，尤其是位于疫情高发地区的标的企业职工身体状况信息，如多少比例的职工属于确诊病人、多少比例的职工属于疑似病人、多少比例的职工正处于隔离治疗或医学观察期等，进而评估其受让方案。

根据《上海联合产权交易所有限公司企业国有产权转让信息披露操作细则》第八条的相关规定，由于非转让方原因或其他不可抗力因素导致可能对转让标的价值判断造成影响的，转让方应当及时调整补充披露信息内容，并相应延长信息披露时间。

因此，若本次疫情可能严重影响转让标的企业供应链、财务、资金、经营等状况，进而对转让标的



企业的价值产生较大影响，我们认为这应当与转让标的企业的重大债权债务事项、审计报告和评估报告中的保留意见、重要揭示、特别事项说明中涉及转让产权的提示提醒等内容一样，属于需要重点披露的内容，建议转让方及时与上海联交所沟通，调整补充披露信息内容并相应延长信息披露时间，避免后续因本次疫情对该项交易产生纠纷。

《中华人民共和国合同法》第一百一十八条规定，当事人一方因不可抗力不能履行合同的，应当及时通知对方，以减轻可能给对方造成的损失，并应当在合理期限内提供证明。

在国际贸易中，根据中国贸促会发布的信息，受本次疫情影响无法如期履行或不能履行国际贸易合同的，企业可向中国贸促会申请办理与不可抗力相关的事实性证明。企业需提交的佐证材料：

1. 企业所在地政府、机构出具的证明 / 公告；
2. 海陆空相关延运、延飞、取消等通知 / 证明；
3. 出口货物买卖合同、货物订舱协议、货运代理协议、报关单等；
4. 其他所能提供的材料。

然而，对于不涉及国际贸易的普通民商事法律行为所签订的合同，一方当事人若想以不可抗力作为免责事由，应当向哪个主体提出申请，目前并无定论，实践中，当事人一般会选择由公证机关进行公证。因此，建议进一步明确不可抗力证明的出具主体、需要履行的程

序、提交的材料等，且对于类似本次疫情这种公知的不可抗力，应尽量减少当事人的证明责任。

如前所述，本次疫情可能会对某些转让标的企业现阶段的市场价值产生一定影响，但疫情对转让标的企业生产经营的影响并不一定是永久性的，待疫情过去，转让标的企业可能会恢复正常的生产经营，其市场价值可能又会上升。因此，无论是转让方还是受让方，都应尽快做好应对方案。对于转让方而言，若本次疫情导致转让标的企业的市场价值在短时间内被严重减损或低估，是否考虑暂时终结本次交易，待疫情结束后重新进行审计评估后再次挂牌；对受让方而言，其也需要评估在疫情期间受让标的企业所需承担的风险。最后，虽然本次疫情情况紧急，但无论是转让方还是受让方，特别是国有企业、事业单位在作出任何决策时均应确保严格按照法律法规及主管机关、一级企业、企业自身章程和规章制度的要求履行其各自的决策、审批程序。

如何在保证生命安全的前提下，尽量减少本次疫情对正常经济生活的影响并积极探索应对方案，是所有市场参与主体都需要考虑的问题。作为国资国企在应对疫情考验时，既要依法合规处理各项工作、履行各项程序，又要具有一定社会责任和担当。在疫情期间面对可能存在的涉及国有产权交易的纠纷，应根据各企业的具体情况及时报备，并采取切实有效的应对方案，以免造成重大国有资产流失和损失的情况。



北京大成(上海)律师事务所合伙人，  
上海律协青年律师工作委员会副主任、  
国资国企业务研究委员会主任  
专业方向: 公司商事、国资国企、争议解决



北京大成(上海)律师事务所律师，  
上海律协国资国企业务研究委员会秘书  
专业方向: 公司商事、国资国企、争议解决

近期爆发的新冠肺炎疫情波及全球，引发国内外的广泛关注。自疫情爆发以来，各地区、特别是武汉市和湖北省其他城市面临医疗物资和生活必需品的日趋紧缺。为支持抗击疫情，打赢防控阻击战，众多国有企业勇于担当积极履行社会责任，向湖北等疫情防控地区捐款捐物。那么，作为特殊主体的国有企业如何有效对外实施捐赠？本文将围绕国有企业捐赠行为进行研究，希望能为疫情防控略尽绵薄之力。

## 一、国有企业能否对外实施捐赠

根据《公益事业捐赠法》第九条规定，法人或者其他组织可以向公益性社会团体和公益性非营利的事业单位进行捐赠。《慈善法》第四十三条规定，国有企业实施慈善捐赠应当遵守有关国有资产管理的规定，履行批准和备案程序。《企业国有资产法》第三十条规定，国家出资企业进行大额捐赠等重大事项，应当遵守法律、行政法规以及企业章程的规定，不得损害出资人和债权人的权益。此外，《国务院国有资产监督管理委员会关于加强中央企业对外捐赠管理有关事项的通知》（以下简称“中央企业捐赠通知”）也有规定，集团总部应当制订和完善对外捐赠管理制度，对集团所属各级子企业对外捐赠行为实行统一管理，合理确定集团总部及各级子企业对外捐赠支出限额和权限。

因此，针对此次疫情，国有企业在履行批准和备案等程序后，可根据有关国有资产管理的規定进行捐赠。贵州茅台、国家电网等众多国有企业的捐赠行为也进一步印证了国有企业对外实施捐赠的可行性。

## 二、国有企业对外捐赠程序

国有企业捐赠是指国有企业出于公益的目的，将自身合法拥有的国有资产依照特定的程序自愿无偿赠与他人的行为。根据《慈善法》第四十三条及《中央企业捐赠通知》的规定，国有企业实施慈善捐赠应履行相应的批准和备案程序。

( )

根据《中央企业捐赠通知》规定，各中央企业对外捐赠应根据自身经营实力和承受能力合理确定对外捐赠支出规模和标准，每年安排的对外捐赠预算支出应经董事会或类似决策机构批准同意，对于因重大自然灾害等紧急情况需要超出预算规定范围的对外捐赠事项，应提交董事会或类似决策机构专题审议，并履行相应预算追加审批程序。

同时，国资委对中央企业捐赠事项实行备案管理制度，根据《中央企业捐赠通知》规定，中央企业对外捐赠支出应纳入企业年度预算管理，并形成专项报告，其捐赠行为实际发生时捐赠项目超过以下标准的，应当报国资委备案同意后实

施：净资产（指集团上年末合并净资产，下同）小于100亿元的企业，捐赠项目超过100万元的；净资产在100亿元至500亿元的企业，捐赠项目超过500万元的；净资产大于500亿元的企业，捐赠项目超过1000万元的；而对于突发性重大自然灾害或者其他特殊事项超出预算范围需要紧急安排对外捐赠支出，不论金额大小，中央企业在履行内部决策程序之后，及时逐笔向国资委备案。

因此，对于中央企业而言，对外捐赠应严格按照企业内部规章制度规定的要求，合理安排对外捐赠的规模，并按照国资委对中央企业捐赠额度的备案管理要求进行备案。

( )

各地区国有企业监督管理部门对地方国有企业针对性制定了相应的规定，因其审批和备案流程存在一些差异，本文仅以上海市为例探讨地方国有企业对外捐赠的流程。



根据上海市国资委发布的《关于规范市国资委出资企业对外捐赠管理有关事项的通知》规定，各出资企业应当明确规定对外捐赠支出的范围，根据自身经营实力和承受能力合理确定捐赠的规模，将对外捐赠支出纳入预算管理体系，加强审批管理，对于因重大自然灾害等紧急情况需要超出预算规定范围的捐赠事项，应当提交领导班子集体审议，并履行相应预算追加审批程序。同时，通知还规定，出资企业对外捐赠事项实行备案管理制度，对外捐赠支出应纳入企业年度预算管理，并在年度财务预算情况说明书中形成专项说明，报送市国资委，对其捐赠行为实际发生时捐赠项目超过以下标准的，应当报市国资委备案，经市国资委同意后实施：净资产小于100亿元的企业，捐赠项目超过100万元的；净资产在100亿元至500亿元的企业，捐赠项目超过500万元的；净资产大于500亿元的企业，捐赠项目超过1000万元的；而对于突发性重大自然灾害或者其他特殊事项超出预算范围需要紧急安排对外捐赠支出，出资企业在履行内部决策程序之后，及时逐笔向市国资委备案，经市国资委同意后实施，上海市各区县国资监管部门可根据实际情况，参照执行。

因此，根据上海市相关规定，如市属国有企业对外实施捐赠，应合理确定捐赠规模，严格内部决策程序安排对外捐赠支出，并按照市国资委要求实行备案管理制度。

国有上市公司除了受国资相关法律法规的约束外，还应遵守相关上市规则的规定。根据《上海证券交易所股票上市规则》第九条、《深圳证券交易所股票上市规则》第九条以及《上市公司重大资产重组管理办法》第十五条的规定可知，上市公司对外捐赠达到一定标准的，还应召开董事会和股东大会决议并予以披露。与此同时，有些国有上市公司为了维护中小股东利益，在章程或规章制度中明确对外捐赠的限制，如贵州茅台（600519）在章程规定，企业对外大额捐赠必须先经公司党组织研究讨论；吉林高速（601518）制定的《对外捐赠管理制度》规定，公司对外单笔捐赠金额在100万元以内由公司总经理办公会讨论后报董事长审批，并报董事会秘书备案，公司对外单笔捐赠金额在100万元以上的，捐赠方案经总经理办公会讨论后，由董事长提请董事会审议批准。

根据《企业国有资产评估管理暂行办法》第七条规定，经各级人民政府或其国有资产监督管理机构批准，对企业整体或者部分资产实施无偿划转的，企业可以不对相关国有资产进行评估。笔者认为，国有企业以公益为目的无偿捐赠资产并非等同于有偿转让、占有、处置等经济行为，在经相关部门审批后可以不进行评估，况且一般国有企业捐赠以医疗物资、设备、生活物资等为主，可以账面价值作为入账依据，除非有故意、重大过失的情形，一般不会造成国有资产流失。

### 三、未履行前置审批程序实施的捐赠行为是否可以撤销

根据《合同法》第一百八十六条规定，赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与，但具有救灾、扶贫等社会公益性质的赠与合同不适用前款规定。而《慈善法》第四十三条规定，国有企业实施慈善捐赠应当遵守有关国有资产管理的规定，履行批准和备案程序。那么，国有企业未履行审批流程实施了捐赠，该捐赠行为是否有效，国有企业是否可以撤销？

根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》第九条规定，法律、行政法规规定合同应当办理批准手续，或者办理批准、登记等手续才生效，在一审法庭辩论终结前当事人仍未办理批准手续的，或者仍未办理批准、登记等手续的，人民法院应当认定该合同未生效。因此，笔者认为，如国有企业未履行前置审批实施对外捐赠的，该捐赠行为未生效，因为该捐赠的资产属于国有资产，涉及社会公众利益，也就意味着该捐赠并非社会公众真实的捐赠意思表示，应属于无权处分，在未进行追认条件下，该处分行为不生效，不属于可撤销范畴，受赠人应予以返还财产。

### 四、国有企业未按约交付捐赠财产的法律后果以及救济

捐赠行为系单务行为，如无约定或者法定原因，国有企业应按照约定交付捐赠财产。根据《合同法》第一百八十八条的规定，具有救灾、

扶贫等社会公益性质的赠与合同赠与人不交付赠与财产的，受赠人可要求交付。《慈善法》第四十一条规定，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，受赠人可以要求交付；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；（二）捐赠财产用于本法第三条第一项至第三项规定的慈善活动，并签订书面捐赠协议的。

因此，国有企业如无法定或者约定事由未按约交付捐赠财产的，应当按时向受赠人交付捐赠财产。但是，如捐赠人的经济状况显著恶化，严重影响其生产经营的，根据《慈善法》和《合同法》的规定，经向公开承诺捐赠地或者书面捐赠协

议签订地的民政部门报告并向社会公开说明情况后，可以不再履行捐赠义务；此外，根据《救灾捐赠管理办法》第三十三条规定，对不能按时履约的，应当及时向救灾捐赠受赠人说明情况，签订补充履约协议。

### 五、国有企业捐赠物资瑕疵的法律责任及处置

根据《合同法》第一百九十一条规定，除附义务的赠与或赠与人故意不告知瑕疵或者保证无瑕疵外，赠与财产有瑕疵的，赠与人不承担相应责任。《慈善法》第三十六条规定，捐赠人捐赠的实物应当具有使用价值，符合安全、卫生、环保等标准，捐赠人捐赠本企业产品的，应当依法承担产品质量责任和义务。因此，针对国有企业捐赠的物资存在瑕疵，应分别进行讨论：

1. 捐赠本企业生产产品的，如

捐赠物资存在瑕疵，根据《慈善法》、《产品质量法》和《侵权责任法》的规定，应依法承担产品质量责任和义务，受赠人因使用该产品造成损失的，还应承担赔偿责任。

2. 捐赠本企业销售产品的，根据《产品质量法》的规定，销售者应对其销售的产品承担瑕疵担保责任，如捐赠物资存在瑕疵的，应当承担产品质量责任和义务，受赠人因使用该产品造成损失的，还应承担赔偿责任。同时，根据《产品质量法》规定，属于生产者的责任或者属于向销售者提供产品的其他销售者的责任的，销售者有权向其追偿。

3. 捐赠采购物资的，根据《合同法》规定，赠与的财产有瑕疵的，赠与人在无法定或者约定事由条件下不需要承担责任，同时基于销售者销售的产品存在瑕疵，赠与人可



以根据《合同法》追究销售者的法律责任；此外，受赠人如因该捐赠物资产生损失的，根据《侵权责任法》也可以追究生产者和销售者的法律责任。

4. 明确约定或承诺捐赠无瑕疵物资的，根据《合同法》的约定，捐赠人应当承担捐赠物资瑕疵担保责任，造成损失的还应予以赔偿。但，如果属于生产者的责任或者属于销售者的责任的，捐赠人有权向生产者、销售者追偿。

5. 针对存在瑕疵的捐赠物资的处置问题，笔者认为，基于前述责任承担的原则，如捐赠人对捐赠物资瑕疵承担责任的，捐赠应承担处置该物资的责任，或者委托受赠人处置，费用由捐赠人承担；如捐赠人对捐赠物资瑕疵不承担责任的，应根据采购合同、货运合同等确定责任主体，并由其承担处置责任。

6. 国有企业捐赠物资无瑕疵但不符合此次特定用途的，如捐赠的医疗物资达不到疫情防护的要求，笔者认为如有明确约定的，捐赠人应按照约定交付符合要求的物资，并承担处置不符合要求物资的责任；如没有明确约定的，捐赠人不应承担相应的责任，因为捐赠人非专业人士无法直接判断捐赠物资的使用标准，其不存在过错，捐赠物资本身不存在瑕疵，具有一定的使用价值，况且捐赠本身是无偿的，本着鼓励捐赠的原则，不应追究捐赠人的法律责任，捐赠人亦无需承担处置捐赠物资的责任，受赠人可以依照《救灾物资回收管理暂行办法》进行处置。

捐赠本身是无偿的，其实是

为了公益的目的、发挥人的社会责任感，不应过多地让捐赠人承担法律责任，而是本着鼓励公益事业、弘扬慈善文化、体现传统美德的原则提倡捐赠。但捐赠并不是无限制的，任何行为都是在法律的框架范围内进行，否则就会成为一些人牟取名利的工具。因此，对于一般的主体，应本着鼓励捐赠的精神，在无故意、重大过失或约定的情形下，捐赠人不应承担物资瑕疵担保责任；但对于特殊的主体，比如捐赠人为生产者、销售者或者捐赠人约定交付无瑕疵物资等情形下，根据法律规定和约定应当承担相应的责任。

## 六、捐赠提示及结语

企业具有盈利性，但企业亦应具有一定的社会性，特别是国有企业关系国计民生，其不仅以追求经济利益最大化为发展目标，更重要的是在保证国有资产保值增值的基础上，平衡其他各方面的发展，履行更多的社会责任。此次新冠肺炎疫情期间，众多国有企业众志成城，纷纷向疫区捐赠物资，体现了其高度的社会责任感。但亦应注意，在捐赠过程中应严格按照企业自身相关规章制度的要求，合理确定对外捐赠的规模，履行审批程序，遵守备案管理制度，避免因违法违规导致捐赠不生效的后果。

此外，针对此次疫情暴露的捐赠医疗物资不符合临床要求、捐赠物资未及时发放到位、捐赠物资使用未及时披露等问题，作为捐赠人的国有企业还应加强对捐赠物资的事前、事中及事后的监督和管理，督促自身以及相关部门完善捐赠体

系，做到捐赠物资能及时有效地使用在疫情防控上。

最后，相信在国有企业等社会各界的共同努力下，万众一心，必将战胜疫情。



上海市海华永泰律师事务所合伙人，  
上海律协国资国企业务研究委员会委员  
专业方向：金融、公司投融资、争端解决



上海市海华永泰律师事务所实习人员

## 从《国有企业采购操作规范》新标准的实施说起



为抗击新冠病毒肺炎疫情，保障企业日常运营恢复不受影响和员工生命安全，即将复工企业均在紧急采购防疫物资。基于国有企业的特点，其物资采购方式与其他企业相比有着不同。国有企业的采购活动大量采用招标方式，除了属于依法必须招标的项目必须严格执行招标投标程序外，由于国有企业反腐败和审计合规的管理需求，也加剧了国有企业对非依法必须招标项目采

用招标采购的偏好，而不能像民营企业的物资采购一样具有任意性。

然而，根据《招标投标法》《招标投标法实施条例》等法律法规的规定，招投标制度因其自身规则和程序的要求，与一般而言的任意采购方式相比较则无法满足时间紧迫性的需求。而对于采用何种采购方式才能保证非招标采购活动的全面合法合规并经得起内外部巡视审计检验，通常是大部分国有企业基层

所面临的法律风控诉求。

由国家标准委备案的团体标准《国有企业采购操作规范》（标准号 T/CFLP 0016-2019）于2019年5月1日起实施。该标准适用于国有企业在国内开展的非依法必须招标项目的采购活动，属于自律规范，也是我国国有企业采购领域第一个推荐性行业标准。

因此，笔者通过法律视角以此进行简要的梳理和浅析，对新标准下国有企业临时采购活动进行探究。

### 一、防疫物资临时采购不属于依法必须招标项目的范围

《招标投标法》第三条是对依法必须招标制度和范围的规定。一般而言，但凡项目属于法律法规规定的范围，并符合规定的规模标准，必须通过招标程序进行采购，否则须承担相应的法律责任。

根据第三条的规定，必须招投标的重点采购类型明确是三类范围的工程建设项目，而且涵盖了项目的全过程，包括了项目的勘察、设计、施工、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购。根据《招标投标法实施条例》第二条，这里的工程建设项目，是指工程以及与工程建设有关的货物、服务。所称

工程，是指建设工程，包括建筑物和构筑物的新建、改建、扩建及其相关的装修、拆除、修缮等；所称与工程建设有关的货物，是指构成工程不可分割的组成部分，且为实现工程基本功能所必需的设备、材料等；所称与工程建设有关的服务，是指为完成工程所需的勘察、设计、监理等服务。

国家发改委公布的《必须招标

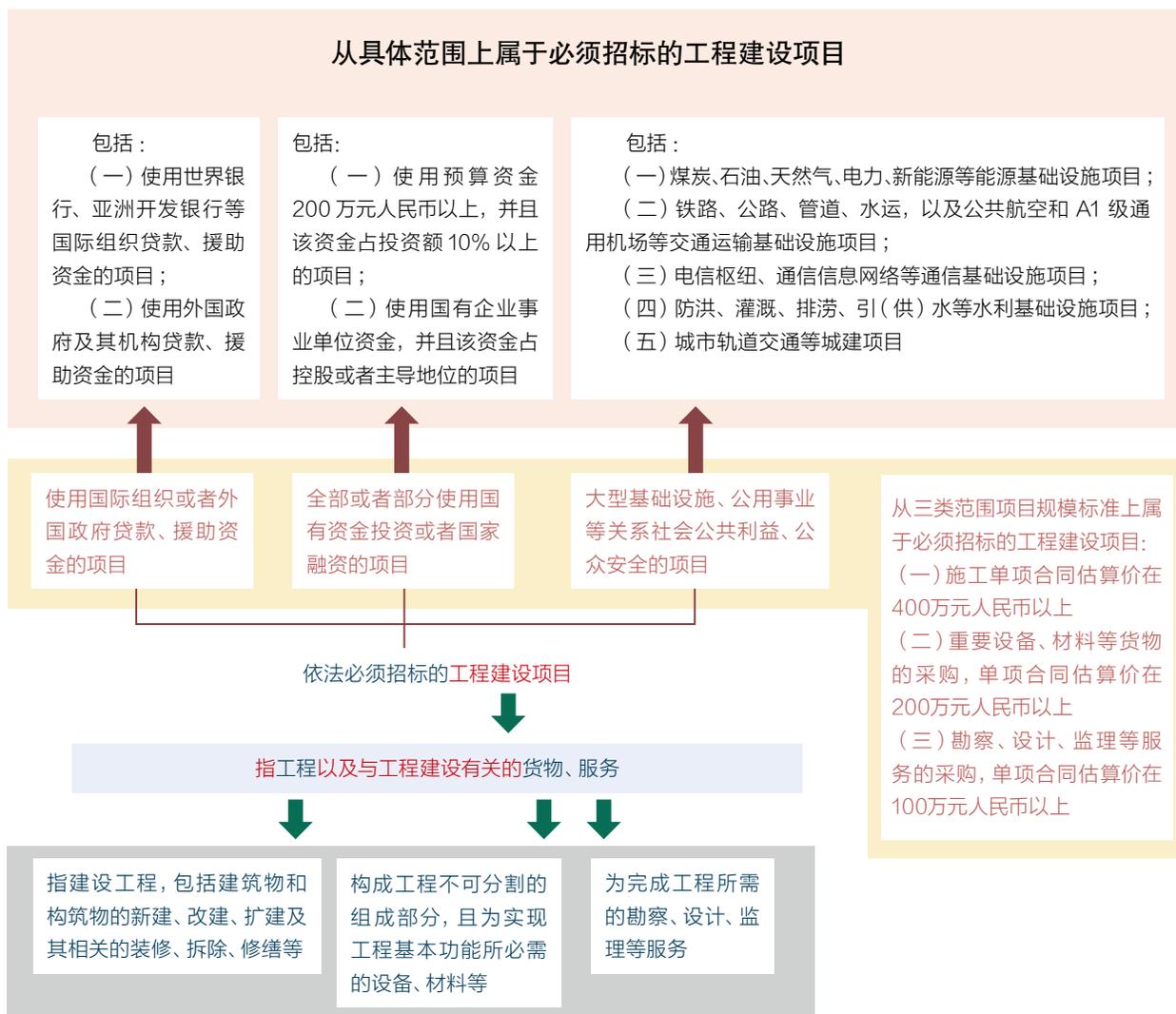
的工程项目规定》（国家发展和改革委员会令 第 16 号）和《必须招标的基础设施和公用事业项目范围规定》（发改法规规 [2018]843 号）分别于 2018 年 6 月 1 日和 2018 年 6 月 6 日开始施行，并对第三条的规定进行了细化。

笔者根据《招标投标法》《招标投标法实施条例》《必须招标的工程项目规定》《必须招标的基础设

施和公用事业项目范围规定》进行梳理如图一。

需要注意的是，除《招标投标法》对依法必须招标的建筑工程项目进行明确外，在其第三条第三款仍明确：“法律或者国务院对必须进行招标的其他项目的范围有规定的，依照其规定。”因此，若法律或国务院对必须招标的范围另有规定的，则须从其规定。例如，《政府采

图一



购法》规定的需要招标的项目也属于依法必须招标项目。

实践中，由商务部颁布施行的《机电产品国际招标投标实施办法（试行）》第六条也明确必须进行国际招标的项目情形，对于不属于工程建设项目，但属于固定资产投资项目的机电产品国际招标投标活动也按照该办法执行。

综上所述，国有企业因疫情防控需要而临时采购的物资不涉及《招标投标法》等相关法律法规明确必须依法招标的类型和范围，不属于依法必须招标的项目。

## 二、防疫物资临时采购可以采用的方式

2016年，国务院办公厅颁布了《关于建立国有企业违规经营投资责任追究制度的意见》（国办发[2016]63号），对国有企业采购合规性提出要求。2018年11月2日，国务院国有资产监督管理委员会颁布施行《中央企业合规管理指引（试行）》（国资发法规[2018]106号）。而以笔者所在的上海为例，上海市国资委颁布的《上海市国资委监管企业合规管理指引（试行）》也于2019年2月1日起开始施行。从中央到地方，国有企业“大合规”时代已经到来。

国有企业以招标采购为主要方式满足反腐和合规需要，很大程度上却在于其公开性而不是效益性。众所周知，企业经营活动中除了招标投标相关规定外并没有针对采购方式的法律和标准。同样属于盈利性法人主体的国有企业，对于非必须招标项目不采取招投标方式进行的采购交易行为，在法律上并没有相应禁止。在实践中，笔者提供法律服务的国有企业单位大多自行制定企业采购的相应内审管理规则文件，以加强内控的形式满足合规需要。对非强制招标采购方式大多参照《政府采购法》第二十六条、《政府采购非招标采购方式管理办法》（财政部令第74号）等相关内容确定为公开招标、邀请招标、竞争性谈判、单一来源采购、询价比价等方式。

一些地方也制定了相关的国有企业采购管理办法，并采用类似政府采购集中采购的方式。例如上海市嘉定区国资委2018年出台《嘉定区属国有企业采购管理办法（试行）》，要求区属国有企业采购以实行集中采购为主、分散采购为辅的原则，并参考上海市人民政府定期发布的政府采购集中采购目录及标准，结合企业实际情况，制定本企业的集中采购目录及限额标准。而采购方式也包括公开招标、邀请

招标、竞争性谈判、竞争性磋商、单一来源、询价以及经区国资委认定的其他采购方式。

但需要指出的是，《政府采购法》所指的采购人为“依法进行政府采购的国家机关、事业单位、团体组织”，并不适用于国有企业的采购活动。在实践中，也曾出现国有企业采购中具体选用某一采购方式时发生异议质疑，而国有企业相关操作人员答复质疑时引用了《政府采购法》相关条款，往往则显得“于法无据”。

《国有企业采购操作规范》标准实施后，对非依法必须招标项目的国有企业采购方式明确规定为：公开招标、邀请招标、竞价采购、询价采购、合作谈判和竞争性谈判采购、单源和多源直接采购。建议可根据时间紧迫性、采购物资的充足性等方面考虑采用除招投标以外的方式以保证临时防疫物资的采购，如图二。

需要指出的是，根据《中华人民共和国标准化法》（主席令第78号）的第二条规定：“强制性标准必须执行。国家鼓励采用推荐性标准。”《国有企业采购操作规范》标准属于推荐性标准，并无强制执行的要求。但作为国有企业采购领域第一个推荐性行业标准，仍需要引起国有企业合规人员的注意。《上海市国资委监管企业合规管理指引（试行）》第十一条对国企合规管理负责人、合规人员的资质、经验和专业知识提出要求。除法律法规、监管规定外，合规人员对行业自律准则和企业内部管理制度同样需要做到熟练掌握的程度。为符合合规的需要，笔者

图二



建议可以根据新标准的内容制定相应的国企内部采购规范。

### 三、后续法律风险防范

国有企业合规对经济合同的法律审核提出要求。而基于防疫物资临时采购的时间要求，在合同的拟定和签署上容易发生法律风险。出于防疫物资采购需求的急迫性，国有企业在采购活动中也可能直接采用供应商的合同或订单模板。因此，更需要对有关法律风险进行防范，笔者在此简要建议以供参考：

以口罩为例，应当核实产品性质为医用口罩、特殊劳动防护口罩还是日常防护口罩。防疫物资涉及医用口罩或其他相关用品，应严格审核供应商主体的相关资质，包括医疗器械生产许可证、医疗器械经营许可证等，把控供应商主体资质的法律风险，必要时还可以通过国家食品药品监督管理局网站平台查询核实相应信息。

涉及临时防疫物资的规格质量、数量、价款和交货期限、地点、方式等主要条款需要明确。建议在对防疫物资相关质量要求条款里应明确随附产品生产许可证、产品检验报告等材料，并就不符合要求的产品明确有权拒收、退换货、索赔等约定的条款。除非有特别约定，否则在合同总价确认后，若涉及供应商送货的，也可建议在条款中明确价款已包含运费、包装费等相关费用，不得以人工、物流成本等原因要求额外的支付或补偿。此外，因涉及临时采购和

防疫物资的市场价格变动，建议以临时采购而非采购框架合同的形式签订合同，若签订采购框架合同的，建议可约定采购数量以实际订单或需求为准，明确不对合同有效期内采购量的承诺。

针对临时防疫物资采购应尽量避免提前一次性付款的约定。从控制企业自身法律风险角度，建议可考虑采用验收后付款并保留质保金的形式。涉及分多批次到货情况的，也可根据实际送货进度和企业实际情况制定必要的分期支付条款。

此外，建议应同时明确财务开票的相关要求。建议可结合企业自身财务制度要求提供符合形式的发票后支付相关货款。

“ ”

以往涉及采购合同模板中通常会设置有“不可抗力”的相关条款约定，对于发生不可抗力事件的，条款一般约定有可以免除相关责任、提前解除等内容。《合同法》第一百一十七条第二款规定，“本法所称不可抗力，是指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况”。笔者曾遇到部分企业的合同模板中“不可抗力条款”也明确约定不可抗力事项包括疫情。2020年2月10日，全国人大常委会法工委相关负责人也在有关解答中表示因新冠肺炎疫情，政府及有关部门采取疫情防控措施导致不能履行合同的，属于不可抗力。防疫物资临时采购的原因系由于抗击新冠肺炎疫情所需，需要引起注意的是，不可抗力事件本身对临时采购合同可能产生的风险和影响。

### 四、结语

随着国有企业深化混合所有制改革的进程加快，国企改革在保证基础安全、追求市场化、提升竞争力的内外在需求下，也希望构建新的法律和合规制度框架。从国有企业的采购活动中看，也正希望在这一种需求下能够结合国有企业的特点找到一种契合。“大合规”的时代已经到来，建立调整和规范国有企业与其他经济体采购交易活动的法律制度，从广义上将也是对我国国有资产管理制度的补充和完善。本文通过本次疫情下国有企业防疫物资临时采购的角度进行了浅显的探讨，希望能够引起读者一些讨论或思考。



中豪律师集团(上海)事务所律师, 上海律协国资国企业务研究委员会委员  
专业方向: 民用航空企业治理、国有企业合规、招投标



1月28日，上海市建设工程招标投标管理办公室、上海市建设工程交易服务中心发出《关于暂停本市建设工程开标评标活动的紧急通知》，决定在本市统一的建设工程招标投标交易场所（含市政府派出的委托管理单位、绿化工程等）进行的开标、评标活动，自1月31日起暂停至2月9日24时。

2月5日，上海市建设工程招标投标管理办公室、上海市建设工程交易服务中心再次发出《关于在新型冠状病毒感染疫情防控期间进一步加强本市建设工程开评

标活动管理的通知》，明确开标、评标活动自2月10日起继续暂停，恢复时间视疫情防控形势另行通知。

上述文件的出发点和目的均是加强新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控工作，有效减少人员聚集，阻断疫情传播，更好保障人民群众生命安全和身体健康，两份文件均系遵照党中央、国务院工作部署，依据《中华人民共和国突发事件应对法》《中华人民共和国传染病防治法》和上海市重大突发公共卫生事件一级响应机制的有关规

定，以及上海市新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控工作领导小组办公室发布的通告做出。

本文结合上述文件，从法律层面就疫情对上海市国有企业工程招标投标工作的影响及应对进行简要分析，供大家参考。

### 一、文件影响的国有企业招标投标项目范围

《中华人民共和国招标投标法》（以下简称《招标投标法》）第三条对必须进行招标的项目进行了规定，和国有企业有重大相关，主要

为大型基础设施、公用事业等关系社会公共利益、公众安全的项目，全部或者部分使用国有资金投资或者国家融资的项目，以及使用国际组织或者外国政府贷款、援助资金的项目。

其后，国家发展和改革委员会发布《必须招标的工程项目规定》（国家发展和改革委员会令第16号，2018年6月1日起施行），对上述《招标投标法》第三条必须招标的项目进行了进一步明确。

再后，国家发展改革委印发《必须招标的基础设施和公用事业项目范围规定》的通知（发改法规规〔2018〕843号，2018年6月6日起施行），对《必须招标的工程项目规定》第二条、第三条必须招标的项目又进一步明确。

现最终明确在中华人民共和国境内进行下列建设工程项目包括项目的勘察、设计、施工、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购，必须进行招标：

（一）大型基础设施、公用事业等关系社会公共利益、公众安全的项目，具体为：

1. 煤炭、石油、天然气、电力、新能源等能源基础设施项目；
2. 铁路、公路、管道、水运，以及公共航空和A1级通用机场等交通运输基础设施项目；
3. 电信枢纽、通信信息网络等通信基础设施项目；
4. 防洪、灌溉、排涝、引（供）水等水利基础设施项目；
5. 城市轨道交通等城建项目。

（二）全部或者部分使用国有资金投资或者国家融资的项目，具

体为：

1. 使用预算资金200万元人民币以上，并且该资金占投资额10%以上的项目；

2. 使用国有企业事业单位资金，并且该资金占控股或者主导地位的项目。

（三）使用国际组织或者外国政府贷款、援助资金的项目，具体为：

1. 使用世界银行、亚洲开发银行等国际组织贷款、援助资金的项目；

2. 使用外国政府及其机构贷款、援助资金的项目。

（四）上述项目的勘察、设计、施工、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购达到下列标准之一的：

1. 施工单项合同估算价在400万元人民币以上；

2. 重要设备、材料等货物的采购，单项合同估算价在200万元人民币以上；

3. 勘察、设计、监理等服务的采购，单项合同估算价在100万元人民币以上。

同一项目中可以合并进行的勘察、设计、施工、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购，合同估算价合计达到前款规定标准的，必须招标。

综上，上述通知对国有企业的上述项目的招标投标工作存在重大影响，招投标流程延期等本市的建设工程施工招标投标的开标、评标等活动应遵守。

当然，国有企业作为招标人如为满足自身招投标流程的内部要

求，将依法不属于必须招标的建设工程进行招标的，投标人可以要求招标人在复工后，依据招标文件要求及时进行开标、评标活动。

## 二、文件的具体要求

（一）受到影响的项目，招标人或者招标代理机构应当通过发布补充招标文件的方式通知开标延期。恢复开标活动后，补充招标文件内容仅推迟投标截止时间的，招标人可在新确定的投标截止时间5日前发出。补充招标文件涉及招标文件其他内容，可能影响投标文件编制的，应当符合法律规定的时限要求。

（二）在此期间，因涉及保障城市运行必需、疫情防控必需以及其它涉及重要国计民生的相关项目，确需进行开评标活动的，应报市或者区建设行政主管部门、有关委托管理单位审批同意，并切实、严格落实各项疫情防控措施后方可进行。

（三）各开评标场所要建立严格的防控管理体系，全面开展疫情防控宣传教育，落实登记、环境消毒、体温监测等各项措施。进入开评标场所参加招投标活动的人员，必须佩戴口罩，并配合工作人员做好实名登记、体温测量等工作。不配合工作的，不得进入开评标场所。

（四）疫情防控期间采取以下管理措施：

1. 经市住建委同意，《上海市房屋建筑和市政工程施工评标办法》（沪建建管〔2019〕792号）推迟至4月1日起施行。疫情解除前，各级招投标管理部门不得组织

集中培训。

2. 开标活动中，投标文件的拆封、唱标以及招标文件规定的下浮率抽取等事宜，由招标人（招标代理）统一完成，免去投标人开标记录签字环节。提倡投标人提交投标文件后不参加集中开标。投标人代表在投标截止时间前送达投标文件的，可以签署“不参加开标”意见后立即退场。投标文件中含有电子文件的，投标人应当选用较为安全的存储方式并承担电子文件无法读取的风险。

3. 开评标活动的监管，以视频监控为主，确需进场核查的环节，监管人员应当做好自身防护措施。

4. 评标专家抽取应通过网上提交抽取申请的方式完成。无法网上抽取的，应通过邮寄方式将书面资料送达招投标备案部门进行抽取。专家语音通知时，应当提示专家参加评标的健康要求，评标专家不得隐瞒有关情况参加评标。

5. 开评标活动的会议室应通过网上或电话等方式预定。

6. 疫情防控期间，对招投标活动提起投诉及投诉处理均采用邮寄方式送达。因疫情防控隔离导致投诉提出和投诉处理无法在规定时间内完成的，可依据隔离时间相应顺延。

（五）疫情防控期间开评标参与各方依据以下要求执行：

1. 有下列情形之一的新型冠状病毒感染风险的人员，不得进入开评标场所：最近 14 天接触过新型冠状病毒感染的肺炎疑似或确诊患者的；来自或途经重点地区的来沪、返沪人员，在沪隔离观察（留验）

未满 14 天的；近期有发热、乏力、干咳、气促等新型冠状病毒感染可疑症状的；未佩戴口罩或现场测量体温（额）温超过 37.2℃ 的。

2. 参加开评标活动的招标人代表、招标代理从业人员、投标人代表、评标专家等有关人员应当携带居民身份证及事先在上海市建设工程交易中心网站重要通知栏目下载并填写、签名的《开评标人员健康信息登记表》（招标人代表、招标代理从业人员、投标人代表还需加盖所在单位公章），佩戴口罩做好个人防护措施，预留足够时间提前到达开评标场所，配合场所工作人员依次进行体温检测。不配合工作人员管理的，工作人员有权拒绝其入场。

3. 自开评标次日起 14 天内，开评标参加人员确诊为新冠肺炎、出现疑似症状被医学观察或被采取其他强制隔离措施的，应立即通知招投标场所管理部门。

### 三、国有企业作为招标人应做好“六稳”工作，有序开展招投标活动

2 月 8 日，国家发展改革委办公厅发出《关于积极应对疫情创新做好招投标工作保障经济平稳运行的通知》（发改电〔2020〕170 号），出台了十三条意见。

国有企业在进行工程招标工作时还可采取相应措施，如招标工作必须的纸质版招标文件，应允许投标人以邮寄方式购买招标文件、递交投标文件，全面落实“不见面”方式；依托并利用电子招投标交易平台，推进招标项目的在线投标进

程；推广使用保函特别是电子保函替代现金保证金，实现在线提交、在线查核等。

### 四、投标截止日届满前，国有企业作为投标人如拟补充、修改或撤回已提交的投标文件的应对

依据《招标投标法》第 29 条规定，投标人在招标文件要求提交投标文件的截止时间前，可以补充、修改或者撤回已提交的投标文件，并书面通知招标人。补充、修改的内容为投标文件的组成部分。《招标投标法实施条例》第 35 条规定，投标人撤回已提交的投标文件，应当在投标截止时间前书面通知招标人。招标人已收取投标保证金的，应当自收到投标人书面撤回通知之日起 5 日内退还。投标截止后投标人撤销投标文件的，招标人可以不退还投标保证金。第 44 条规定，招标人应当依照招标文件规定的时间、地点开标。投标人少于 3 个的，不得开标；招标人应当重新招标。投标人对开标有异议的，应当在开标现场提出，招标人应当场作出答复，并制作记录。

由于疫情或将导致材料、人工价格上涨等，如国有企业作为投标人提交的投标报价因客观情况发生重大变化而需进行调整的，可在满足补充、修改或退出条件时结合疫情趋势考虑是否补充、修改投标文件甚至退出招投标程序，同时注意把握好提交投标文件截止日的时间节点。其中，招标人在具体应对时应注意：

1. 在收到国有企业作为投标人

提出的补充、修改或者撤回投标文件后，招标人应结合招标文件规定决定是否允许其撤回投标文件。

2. 经研究认为国有企业作为投标人符合撤回投标文件的条件的，招标人已收取投标保证金的，应当自收到国有企业作为投标人书面撤回通知之日起5日内退还。

3. 如发生多家国有企业作为投标人撤回投标情况，导致投标人不足3个的，招标人应当重新招标。

## 五、国有企业作为投标人等提交的异议、质疑，投诉的应对

国有企业应注意复工日期的延后对异议期间和投诉时效的影响，建议密切关注招标人及主管部门的通知，以及投标人及主管部门对投诉方式的要求，及时通过适当方式提出异议、投诉。

其中，在计量期间上，应依据《民法总则》第203条的规定，以法定休假日结束的次日（即复工首日）为期间的最后一日。

## 六、国有企业作为投标人等在疫情爆发期间出现破产等不具备资格条件或履行能力情形时的应对

尽管司法机关尚未就本次疫情是否属于不可抗力事件出具正式认定意见，但已有司法机关制作并发放指导参考意见，可供国有企业在应对因疫情发生而丧失履约资格或能力情形的参考。如上海市高级人民法院成立的涉疫情案件法律适用问题专项课题组在回答“新冠肺炎疫情是否属于不可抗力”问题时指出：“根据《中华人民共和国民法

总则》第180条和《中华人民共和国合同法》第117条的规定，新冠肺炎疫情被认定为突发公共卫生事件后，为保护人民群众身体健康和生命安全，政府及有关部门采取了相应疫情防控措施。对于因此不能履行合同或不能及时行使权利的，新冠肺炎疫情发生宜认定属于不能预见、不能避免并不能克服的不可抗力。”此外，参考最高人民法院在2003年出具的《关于在防治传染性非典型肺炎期间依法做好人民法院相关审判、执行工作的通知》（已废止）中的处理思路，亦可认定疫情为不可抗力。

基于上述意见，如确因疫情影响其资格条件或履约能力的，在疫情对资格条件或履行能力造成的影响所及的范围内，国有企业可以不可抗力主张减少乃至免除作为投标人的责任。

根据《合同法》第118条的规定，因不可抗力导致合同无法履行的当事人一方，应当向另一当事人履行通知义务。因此，国有企业在援引不可抗力进行免责时，应注意履行通知义务且及时发出，明确不可抗力事由内容、说明因不可抗力导致无法继续履行自身义务具体条件等。

## 七、中标、成交通知书发出后，在复工前已超过三十日而未签订中标合同的应对

应依据《民法总则》第203条的规定，以法定休假日结束的次日为期间的最后一日，即双方应于复工首日签订合同。

但如双方仍具有继续履行合同

的条件和能力的，双方仍应签订中标合同。在疫情影响下，建议双方通过线上签约、电子化办公等方式完成。

## 八、违反上述文件等要求的法律后果

依据《中华人民共和国突发事件应对法》规定，单位或者个人违反本法规定不服从所在地人民政府及其有关部门发布的决定、命令或者不配合其依法采取的措施，构成违反治安管理行为的，由公安机关依法给予处罚。如造成严重后果的，将由人民政府责令停产停业，暂扣或者吊销许可证或者营业执照，并处五万元以上二十万元以下的罚款。



上海市金茂律师事务所律师，上海律师协国资国企业务研究委员会委员  
专业方向：建设工程、房地产、公司法



2月16日，上海市新冠肺炎疫情防控新闻发布会上，上海市高级人民法院副院长茆荣华提出了关于新冠肺炎疫情期间关于民商事合同纠纷的处理意见。这一意见明确了突发疫情及各级政府和各单位因疫情而采取的各项防控措施应当属于《合同法》第117条关于不可抗力，即明确了因疫情影响合同履行的，可部分或全部免除违约责任。

疫情期间除了各种民商事合同的履行受到影响，在本市各区房屋征收部门与被征收居民签订的房屋征收补偿协议也面临无法正常按约履行的情况。征收补偿协议的延迟履行是否可以适用《合同法》第117条的规定？根据合同法第2条规定：“本法所称合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。”

征收补偿协议是一种行政协议。《行政诉讼法》第12条第1款第11项：人民法院受理公民、法人或者其他组织提起的下列诉讼：（十一）认为行政机关不依法履行、未按照约定履行或者违法变更、解除政府特许经营协议、土地房屋征收补偿协议等协议的。《行政诉讼法司法解释》2015年5月1日起施行）第十一条 行政机关为实现公共利益或者行政管理目标，在法定职责范围内，与公民、法人或者其他组织协商订立的具有行政法上权利义务内容的协议，属于行政诉讼法第十二条第一款第十项规定的行政协议。公民、法人或者其他组织就下列行政协议提起行政诉讼的，人民法院应当依法受理：（一）政府特许经营协议；（二）土地、房屋

等征收征用补偿协议；（三）其他行政协议。

然而，在我国现行法律体系中，关于征收补偿协议在内的各种行政主体与公民、法人签订的合同（行政合同）并无明确法律适用规定。因此，法院在审理行政合同纠纷时，对于合同程序是否合法，适用行政诉讼法及其他各行政法律法规之规定；关于行政合同实质的审理，如协议履行、违约责任等，合同未有约定时常参考合同法之规定。

关于征收补偿协议的履行，在《国有土地上房屋征收与补偿条例》第二十五条中有所规定。该条第二款规定，补偿协议订立后，一方当事人不履行补偿协议约定的义务的，另一方当事人可以依法提起诉讼。实践中，“不履行”主要包括了两种情形，一种是被征收居民签订补偿协议后延期或拒绝搬迁，另一种是征收部门签订补偿协议后延迟或不支付补偿款项。

上述两种情形在疫情期间也普遍存在，因疫情采取的城市封闭管理、限制人员流动等防疫措施，势必导致被征收人无法按照已签署的协议约定按时搬迁。若征收部门因此认定被征收人未按约定履行协议，扣除被征收人各项奖励等，显然有违《国有土地上房屋征收与补偿条例》总则中“保障被征收房屋所有权人的合法权益”之规定。因疫情导致的行政机关不能正常运转、财政资金流转滞后等，也会导致已签约的协议无法正常拨付资金。疫情期间，若被征收人仍要求征收部门按时支付补偿款项，显然亦是苛求。

疫情期间关于征收补偿协议的

处理，虽然没有明确的法律法规有所规定，但笔者认为协议双方应当坚持公平公正、实事求是原则，在互谅互让、共克时艰基础上，友好协商协议履行问题。因疫情导致的延迟履行及履行不能等纠纷，法院也应当参照合同法不可抗力之规定，妥善处理，既保护合同当事人的合法权益，又要考虑疫情特殊时期的纠纷化解，切实维护经济发展和社会稳定。

最后，鉴于多数行政合同均未有关于不可抗力之规定，笔者建议征收部门可以参考《合同法》之规定，与被征收人协商一致的前提下，在征收补偿协议中添加关于不可抗力免责条款。



上海市天一律师事务所合伙人，上海律协不动产征收（动迁）业务研究委员会副主任  
专业方向：房屋征收、行政诉讼、社会矛盾化解

自1月国内爆发新型冠状病毒疫情以来，不仅全国各地人民群众的健康安全、生产生活、经济秩序受到严重影响，同时也对民商事合同的履行带来很大影响，也将可能引发大量的民商事合同争议。本文拟就新冠病毒肺炎疫情形势下民商事合同争议的相关问题作出探讨。

## 一、新冠病毒肺炎疫情在法律上的界定

从实际情况来看，新冠病毒肺炎疫情与2003年的非典疫情类似。关于非典疫情引发的民商事合同争议，各地法院的判例对非典疫情在法律上的定性不尽相同：有判例认定为“不可抗力”，有判例认定为“情势变更”，有判例认定为“商业风险”，也有判例未对非典疫情作出定性而根据实际情况从公平原则对合同双方当事人的权利义务作出调整。

那么，在民事合同争议中如何认识、定性新冠病毒肺炎疫情呢？

《民法总则》第一百八十条第二款规定：不可抗力是指不能预见、不能避免且不能克服的客观情况。《合同法》第一百一十七条第二款亦对不可抗力作了相同的规定。

根据《中华人民共和国国家卫生健康委员会公告2020年第1号——关于新型冠状病毒感染的肺炎纳入法定传染病管理的公告》（2020年1月20日发布），新型冠状病毒感染的肺炎不仅纳入《中华

人民共和国传染病防治法》规定的乙类传染病，并采取甲类传染病的预防、控制措施，同时也纳入《中华人民共和国国境卫生检疫法》规定的检疫传染病管理。另外，世界卫生组织也将新冠病毒肺炎疫情宣布为“国际关注的突发公共卫生事件”。

鉴于以上，我们认为，根据世界卫生组织与国家卫健委对新冠病毒肺炎的上述界定并根据当前国内疫情发展的实际情况，新冠病毒肺炎疫情属于合同当事人不可预见、不能避免且不能克服的客观情况，应认定为“不可抗力”为宜。

## 二、新冠病毒肺炎疫情形势下民商事合同争议如何处理

《合同法》第八条第一款规定：依法成立的合同，对当事人具有法律约束力；当事人应当按照约定履行自己的义务，不得擅自变更或者解除合同。第七十七条第一款规定：当事人协商一致，可以变更合同。第九十四条规定：有下列情形之一的，当事人可以解除合同：（一）因不可抗力致使不能实现合同目



的；……

根据上述规定，我们认为，在当前新冠病毒肺炎疫情形势下，民商事合同当事人因合同的履行发生争议的，应区分以下情形处理：

1. 鉴于合同的法律拘束力，如合同的履行未受到新冠病毒肺炎疫情影响的，合同当事人均应继续履行合同。

2. 如合同的履行受到新冠病毒肺炎疫情的影响但尚未达到不能实现合同目的的程度，合同当事人可协商变更合同内容、并继续履行。如合同当事人就变更合同内容经协商无法达成一致的，此种情形，司法机关宜依据公平原则并结合合同履行的实际情况对合同各方的权利义务作出调整处理。

3. 如合同的履行受到新冠病毒肺炎疫情的影响导致不能实现合同目的，合同当事人可以解除合同。此种情形，合同的各方当事人均有权解除合同。

### 三、新冠病毒肺炎疫情形势下民商事合同的违约责任如何承担

《民法总则》第一百八十条第一款规定：因不可抗力不能履行民事义务的，不承担民事责任；法律另有规定的，依照其规定。《合同法》第一百一十七条第一款规定：因不可抗力不能履行合同的，根据不可抗力的影响，部分或者全部免除责任，但法律另有规定的除外。当事人迟延履行后发生不可抗力的，不能免除责任。《合同法》第一百一十九条第一款规定：当事人一方违约后，对方应当采取适当措施防止损失的扩大；没有采取适当

措施致使损失扩大的，不得就扩大的损失要求赔偿。

从上述法律规定来看，《民法总则》规定“民事主体因不可抗力不能履行民事义务的，不承担民事责任”，而《合同法》规定在合同领域“因不可抗力不能履行合同的，部分或全部免除责任”，并非一概不承担责任。两部法律规定有所不同，那么新冠病毒肺炎疫情形势下合同的违约责任如何处理呢？

我们认为，根据上述法律规定以及法理，新冠病毒肺炎疫情形势下民商事合同的违约责任宜按如下原则处理：

1. 关于法律适用，因《民法总则》明确规定“法律另有规定的，依照其规定”，并且，就民事领域与合同领域而言，《民法总则》为一般法，《合同法》为特别法，按照特别法优于一般法的适用原则，应适用《合同法》的规定，因新冠病毒肺炎疫情不能履行合同的违约责任，可“部分或全部免除责任”。值得注意的是，合同的履行不能应与新冠病毒肺炎疫情具有因果关系，如无因果关系，不得援引《合同法》的上述规定“部分或全部免除责任”。

另外，《合同法》第一百一十七条第一款规定了“但法律另有规定的除外”，此处“法律”应不包括《民法总则》，而是指在合同领域作为一般法的《合同法》以及适用于合同领域的特别法，如《合同法》第三百一十四条规定的在途货物因不可抗力灭失情形下运费的承担。

2. 如合同的一方因不可抗力不能履行合同的，在收到一方不可抗力通知后，合同的另一方或他方仍

负有减损义务，否则因未履行减损义务而造成的扩大损失，不属于履行不能的一方的“部分责任”之范围。

3. 当事人迟延履行后发生不可抗力因而不能履行合同的，不能免除责任。否则，守约的一方合法权益受损，违约的一方获益、构成不当得利，亦有违公平原则。

综上，新冠病毒肺炎疫情形势下民商事合同争议的处理，宜在疫情作为不可抗力的架构内，结合疫情对于合同履行有无影响以及影响的程度、是否发生在迟延履行期间、合同当事人有无过错等情形，并考量合同当事人的利益平衡、衡诸公平原则综合判定。



上海市信本律师事务所主任，上海律协不动产征收（动迁）业务研究委员会副主任、徐汇律师工作委员会委员  
专业方向：不动产征收、房地产与工程、民商事诉讼与仲裁

随着城市化进程的加快，继承案件涉及宅基地房屋动迁利益的情形日趋增多。被继承人是否享有宅基地房屋动迁利益及利益多少，与房屋权属及征收基地的补偿安置方案密切相关。因我国一直未建立宅基地房屋所有权登记制度，仅有宅基地使用权户代表登记制度，权利主体（所有权人）及权利客体（房屋建筑面积）都不清晰。尤其是宅基地房屋从立基到动迁，可能涉及多次改扩建、新建或翻建情形，房屋建造人权利如何界定，争议颇多。本文将结合案例展开分析（文中人物均系化名）。

**人物关系：**张乐泉和乔金珠系夫妻关系，婚后共同养育了大儿子张某某、二儿子张某某及三个女儿；翁某红系大儿子张某某配偶，张金系两人之子；张继光系张某某之子。1964年6月，大儿子张某某与张乐泉分户；1978年4月，二儿子张某某与张乐泉分户；三个女儿陆续因出嫁迁出。乔金珠于2001年4月18日死亡，张某某于2008年2月16日死亡，张乐泉于2010年10月3日死亡。

**涉案宅基地房屋建造及权证情**

**况：**1984年，涉案房屋翻建。1991年11月15日，张乐泉户取得《上海县农村（居民）宅基地使用证》，户内人口为张乐泉、乔金珠、张继光，宅基地坐落为某乡工农村\*\*号，宅基地总面积为196m<sup>2</sup>；1997年8月21日，某乡政府审核同意张乐泉户增层29m<sup>2</sup>，户内家庭成员为妻子乔金珠、孙子张继光、孙媳钱某娟、孙孙儿张1、张2，张乐泉时年76岁。2002年11月8日，张乐泉就涉案房屋取得沪房地闵字（2002）第\*\*\*号房地产权证，建筑面积为207.12平方米。2004年5月29日，某镇政府审核同意张乐泉户增建卫生间12m<sup>2</sup>。

**征收补偿情况：**2014年5月17日，上海某企业投资发展有限公司作为甲方，张继光作为乙方，就涉案房屋签订了集体土地居住房屋补偿安置协议，房屋建筑面积为245.32平方米，乙方居住房屋补偿款为617,248元，其中房屋建安重置结合成新单价为872.87元，同区域新建多层商品房住房每平方米建筑面积的土地使用权基价为1,140元，价格补贴为每平方米503.22元。房屋装饰补偿款

为130,810元。张继光实际取得的安置房屋为上海市闵行区银林路\*\*\*弄\*\*\*号\*\*\*室等4套房屋。

2017年5月，原告张金和翁某红认为，张乐泉生前拥有的涉案房屋属遗产，应由张乐泉的合法继承人继承，张某某系张乐泉之子，因张某某先于张乐泉过世，故张某某之子原告张金享有代位继承权，原告翁某红系张某某之妻，故亦享有相应继承份额。故起诉请求法院依法对张乐泉拥有的涉案房屋被动迁后的权益进行继承分割。

**法院认为：**关于动迁利益中可继承部分的范围，张乐泉户1991年办理农村宅基地使用权证时确认的使用权人是张乐泉、乔金珠和张继光，但在1997年8月、2004年5月申请增建新房时的申请人是张乐泉、乔金珠（2004年申请时已死亡）、张继光、钱某娟、张1、张2，且经行政部门核准，故本院认定张乐泉户宅基地的实际使用人和房屋权利人为上述新建申请人员，即张乐泉、乔金珠、张继光、钱某娟、张1、张2。根据原告提供的证据，动迁事宜最早可见于2014年3月8日的《某产业园区（工农村）基地

案例图



房屋补偿安置方案》，而乔金珠于2001年4月18日死亡，张乐泉于2010年10月3日死亡，远早于动迁事项确定之前，农村宅基地使用权人去世后，其宅基地使用权由户内其他人口继受，因此在2014年动迁时，张乐泉和乔金珠已没有宅基地使用权，故张乐泉和乔金珠没有因宅基地而产生的动迁利益可供继承。

关于宅基地上的房屋，1984年翻建时张乐泉63岁，1991年增建平顶时张乐泉70岁，1998年在平顶上增层时张乐泉77岁，2004年增建卫生间时张乐泉83岁，以上造房时，张乐泉已没有经济来源，实际出资人主要是张继光夫妇。但农村宅基地房屋并不能单纯以出资情况确认份额，根据农村宅基地房屋强烈的土地依附属性，及宅基地作为集体经济组织成员福利的特征，宅基地房屋应该由户内宅基地使用权人共有，共有的份额可以均等。……因此，张乐泉和乔金珠在系争宅基地房屋中的面积共计为76.68平方米。

关于宅基地房屋中张乐泉和乔金珠可继承部分金额的确定，《集体土地居住房屋补偿安置协议》第二条，“经上海德大房地产估价有限公司评估，乙方居住房屋建安重置结合成新单价为872.87元/平方米（建筑面积）”，“每平方米建筑面积的价格补贴为503.22元”，第一条“居住房屋建筑面积245.32平方米”，第三条“乙方房屋装饰补偿款130,810元”。经计算，张乐泉和乔金珠的可继承房屋补偿款为105,518.58元，可继承装

饰补偿款为40,887.46元，共计146,406.04元，该款由原告张金、翁某红及其余子女法定继承。

#### 案例评析：

本案是一起典型的涉宅基地房屋动迁利益的继承纠纷。在确定宅基地房屋权属时，应综合考虑宅基地使用证、建房用地审批等文件上核定的人员，以及房屋新建、翻建、改扩建等情况。对宅基地房屋动迁利益的继承问题，首先，需坚持“宅基地使用权不能继承原则”；其次，需根据被继承人的死亡时间，确定其是否属于应安置人口，即继承遗产是否包括土地使用权补偿份额；最后，坚持“房地分离原则”，确定被继承人土地使用权部分及房屋部分安置补偿利益份额。

#### 1. 宅基地使用权不能继承原则

司法实务界多数观点认为，宅基地使用权作为一项特殊的用益物权，具有无偿性、人身依附性和福利性，与使用权人集体经济组织成员资格密切相关，在集体经济组织成员死亡时，其相应宅基地使用权消灭。上海市高级人民法院在《关于审理宅基地房屋纠纷若干问题的意见（试行）》中明确，鉴于农村宅基地使用权具有很强的身份属性，系农村集体经济组织无偿提供给本集体成员享有的，并且按户计算。当一户出现人口减少，宅基地仍由一户中剩余的成员共同使用，宅基地使用权的补偿款则由该户剩余的成员共同所有。结合本文开篇案例，法院就认为涉案房屋动迁时，在张乐泉、乔金珠去世的情况下，闵行区某镇工农村\*\*号房屋的宅基地使用权归该户剩余成员张继光、钱

某娟、张1、张2享有。

实务中，还会出现一种情况，即宅基地户内已经没有农村集体经济组织成员的情况下，宅基地使用权能否继承？有观点认为，根据“房地一体”原则，建在宅基地上的房屋属于遗产，而房屋的使用、收益、处分必须依赖于宅基地使用权，因此在这种情况下，只有允许宅基地使用权作为遗产继承，才能保障物权的实现。但这种继承存在限制条件，即不得对原有房屋进行翻建、重建；一旦房屋被拆除或征收，则宅基地（或宅基地使用权补偿款）归集体。对于上述观点，笔者持不同意见。对于户内已经没有农村集体经济组织成员的宅基地使用权，无论从征收行为的有效推进，还是从社会矛盾的化解来看，“肯定”比“否定”继承权都更具有正当性。上海市高级人民法院在《关于审理宅基地房屋纠纷若干问题的意见（试行）》中明确，若该户已无农村集体经济组织成员，该宅基地使用权的补偿款一般由该户房屋原权利人的继承人取得，但集体经济组织明确表示反对的除外。如在上海市第一中级人民法院（2018）沪01民终5797号诸连发诉诸勤法定继承纠纷一案二审民事判决书中，法院认为：“上海市闵行区\*\*村\*\*宅\*\*号房屋的宅基地使用权人为诸某7、谢某，该房屋属于诸某7、谢某的夫妻共同财产，谢某、诸某7已去世，因生前均未留下遗嘱，故该房屋应作为其两人的遗产由其法定继承人继承。现诸某7、谢某所有之宅基地房屋在遗产分割前已被征收动迁，则遗产已转化为相应的拆迁

补偿安置利益，故本案中所应继承分割的标的物为相应的拆迁补偿安置利益。”“应由其法定继承人即五名子女平均继承……诸某1在该地块的征收动迁中，因其另外拥有宅基地房屋而被作为一户获得拆迁补偿安置，但此不影响其作为法定继承人继承父母之遗产。”

2. 根据被继承人的死亡时间，结合征收的居住保障原则，确定遗产是否包括宅基地使用权补偿份额

《土地管理法》第48条第4款规定，征收农村村民住宅，应当保障农村村民居住的权利和合法的住房财产权益。“保障农村村民居住的权利”即征收的居住保障原则。如果宅基地使用权权利主体，在正式启动征收拆迁后去世的，自正式启动征收拆迁至去世前这段时间，其应享有居住权利，当然系应安置人口，其宅基地使用权相应转化为货币补偿款或可优惠购买的安置房屋，该部分财产系被继承人遗留的合法财产。如果被继承人在正式启动征收拆迁前去世，由于宅基地使用权不能继承，在户内尚有其余宅基地使用权人的情况下，宅基地使用权应由该户剩余成员享有，不存在宅基地使用权部分补偿份额遗产。

关于正式启动征收拆迁的时间，以征地批文时间为准，还是以启动征收集体土地实施房屋补偿工作（以下简称“征地房屋补偿”）时间为准？笔者认为，应当以后者的时间为准，理由：征地房屋补偿工作系征地工作的一部分，两者往往并不同步。如《上海市征收集体土地房屋补偿暂行规定》第28条规定：“本规定施行前已办理征收集

体土地手续，并完成土地、青苗、集体资产补偿和被征地人员社会保障手续，尚未实施房屋补偿，本规定施行后实施房屋补偿的，区（县）征地事务机构应当编制征地房屋补偿方案……征地房屋补偿方案由区（县）土地管理部门报区（县）人民政府批准后实施。”可见，上海征地房屋补偿工作正式启动的时间点，以区人民政府批准征地房屋补偿方案的时间为准。被继承人在方案批准之前死亡的，遗产不包括土地使用权部分补偿款。结合本案，《某产业园区（工农村）基地房屋补偿安置方案》于2014年3月8日发布，而被继承人乔金珠于2001年4月18日死亡，张乐泉于2010年10月3日死亡，早于正式征地房屋补偿工作启动前，故根据宅基地不能继承原则及居住保障属性原则，没有土地使用权部分补偿款供继承。

3. 坚持房地分离原则，即使不存在宅基地使用权部分的遗产，也应确定地上房屋部分的遗产份额

根据《物权法》第142条规定：“建设用地使用权人建造的建筑物、构筑物及其附属设施的所有权属于建设用地使用权人。”故即使宅基地使用权人在征收前去世，不存在可以继承的土地补偿费，但地上房屋部分补偿款还是应作为遗产考虑。该部分补偿费用为“房屋建安重置结合成新单价×房屋建筑面积”。至于房屋附属设施包括棚舍、无证建筑、装潢补偿等，应归属于实际建造人。

这里会出现一个问题，大多数宅基地房屋装修或翻建时，由于系家庭内部行为，往往未像常规商事

主体那样，明确以书面证据固定各家庭成员的出资贡献。在这种情况下，如何确定各主体地上建筑物部分利益？司法实务中，考虑到地上建筑物部分补偿利益较少，且有被继承人作为家庭成员产生的申请建房建筑面积贡献，故即使对于没有出资的被继承人，也适当酌定其份额；对于有证据证明出资的，予以适当多分。结合本案，原被告均未提供明确证据证明各利益主体出资情况，法院认为：“农村宅基地房屋并不能单纯以出资情况确认份额，根据农村宅基地房屋强烈的土地依附属性，及宅基地作为集体经济组织成员福利的特征，宅基地房屋应该由户内宅基地使用权人共有，共有的份额可以均等。”总之，司法裁判系综合平衡利益各方贡献大小，酌情合理确定，以实现公平原则。



上海瀛泰律师事务所律师，上海律协不动产征收（动迁）业务研究会委员  
专业方向：征收、房地产、政府法律顾问



按照《宪法》和《土地管理法》的规定，中国土地所有者分为两类，一类是国家，“城市市区的土地属于国家所有”；一类是集体，“农村和城市郊区的土地，除由法律规定属于国家所有的以外，属于集体所有；宅基地和自留地、自留山，也属于集体所有。”按照2004年《土地管理法》第43条的规定，“任何单位和个人进行建设，需要使用土地的，必须依法申请使用国有土地”，尽管2019年8月全国人大常委会对《土地管理法》的修改，取消了该条规定，但由于路径依赖，集体所有的土地上市交易范围仍然很小，所以征收集体所有土地变为国有土地仍

然是主要的供地模式。实际上，中国城市化扩张之路，就是一条不断征收土地的过程。

集体土地主要分为两类，一类是农用地，主要为耕地以及园地、林地、牧草地、养捕水面、农田水利设施用地等；另一类是建设用地，主要表现为宅基地，另外还有公益性公共设施用地和经营性用地。对集体土地的征收，包括对各种形态集体土地的征收。限于篇幅，本文仅针对农村宅基地征收以及补偿，作一研究探讨。

### 一、宅基地征收的法理依据

基于公共利益的需要，国家可

以征收集体所有的土地。我国法律对此作出明确规定。

《中华人民共和国宪法》第10条第三款规定：“国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对土地实行征收或者征用并给予补偿。”

《中华人民共和国物权法》第42条第一款规定：“为了公共利益的需要，依照法律规定的权限和程序可以征收集体所有的土地和单位、个人的房屋及其他不动产。”

《中华人民共和国土地管理法》第2条第四款规定：“国家为了公共利益的需要，可以依法对土地实行征收或者征用并给予补偿。”

特别是2019年8月全国人大

常委会对《土地管理法》修改，增加了征收集体所有土地时对“公共利益”界定，规定在第45条：为了公共利益的需要，有下列情形之一，确需征收农民集体所有的土地的，可以依法实施征收：

- (一) 军事和外交需要用地的；
- (二) 由政府组织实施的能源、交通、水利、通信、邮政等基础设施建设需要用地的；
- (三) 由政府组织实施的科技、教育、文化、卫生、体育、生态环境和资源保护、防灾减灾、文物保护、社区综合服务、社会福利、市政公用、优抚安置、英烈保护等公共事业需要用地的；
- (四) 由政府组织实施的扶贫搬迁、保障性安居工程建设需要用地的；
- (五) 在土地利用总体规划确定的城镇建设用地范围内，经省级以上人民政府批准由县级以上地方人民政府组织实施的成片开发建设需要用地的；

(六) 法律规定为公共利益需要可以征收农民集体所有的土地的其他情形。

公共利益具有极大的抽象性和不确定性，它涉及对诸多价值矛盾因素的权衡。我国立法机关在《物权法》中回避了对公共利益的具体规定，2004年的《土地管理法》也没有对土地征收的“公共利益”范围进行界定，加之集体建设用地不能直接进入市场，使土地征收成为各项建设使用土地的唯一渠道，导致征地规模不断扩大，一些被征地农民的合法权益和长远生计得不到有效的保障，产生了很多侵犯农

民权利的事件，给社会稳定带来很大隐患。2019年新修订的《土地管理法》，所增加的第45条，首次对土地征收的公共利益进行界定，采取列举方式明确六种情形。这一规定将有利于缩小征地范围，限制政府滥用征地权，从而促进社会和谐。

## 二、宅基地征收的程序

对于宅基地及其上房屋征收程序，这一重大财产处分行为，法律规定语焉不详。2019年修法时，将原《土地管理法》第46条、第48条合并修订作为第47条，对集体土地征收的范围作了相对详细的规定。梳理第47条的规定，征收集体土地应遵循以下程序（步骤）：

(一) 土地现状调查和社会稳定风险评估。

(二) 《拟征地补偿安置方案》公告。方案包括征收范围、土地现状、征收目的、补偿标准、安置方式和社会保障等内容。公告时间至少30日。

(三) 听取意见。提意见的主体为：农村集体经济组织及其成员、村民委员会和其他利害关系人。形式应该包括书面意见和口头意见。

(四) 召开听证会。第47条规定的条件是“多数被征地的农村集体经济组织成员认为征地补偿安置方案不符合法律、法规规定的”，实践中可以扩大适用，对所有征地方案均召开听证会。

(五) 修改方案。根据听取的意见和听证会的意见，对方案作出修改。

(六) 权属登记。拟征收土地的

所有权人、使用权人应当在公告规定期限内，持不动产权属证明材料办理补偿登记。

(七) 补偿费用足额到位。县级以上地方人民政府应当组织有关部门测算并落实有关费用，保证足额到位。实践中，一般是自筹资金部分到位，贷款部分由银行或银团批准予以贷款。

(八) 签订协议。由征收部门与拟征收土地的所有权人、使用权人就补偿、安置等签订协议。由于还未获得上级政府批准，这个补偿安置协议应该是附生效条件的协议。

## 三、征收宅基地的补偿

由公共利益的需要而导致的负担应该由公众来分担。在土地征收中，对于农民及农民集体因其土地征收而导致的利益损失应通过公正补偿予以弥补。《土地管理法》第48条第一款规定“征收土地应当给予公平、合理的补偿，保障被征地农民原有生活水平不降低、长远生计有保障”，体现了公正补偿的思想。

征收宅基地，应该给予哪些补偿？这是被征收人最为关注的问题。我国法律并没有对征收宅基地作出专门规定，而是由《土地管理法》第48条第二款、第四款作出笼统规定：“征收土地应当依法及时足额支付土地补偿费、安置补助费以及农村村民住宅、其他地上附着物和青苗等的补偿费用，并安排被征地农民的社会保障费用”，“对其中的农村村民住宅，……并对因征收造成的搬迁、临时安置等费用予以补偿”。地方性法规或规章对“农村村民住宅、其他地上附着物”

补偿有更详尽规定，如《上海市征收集体土地房屋补偿暂行规定》（沪府发〔2011〕75号）、《杭州市征收集体所有土地房屋补偿条例》等，有的地方性法规部分涵盖了对宅基地使用权补偿的规定，有的则予以忽略。

综合以上规定，对征收宅基地及地上住宅、附着物的补偿应该包括以下内容：

（一）土地补偿费。该项补偿，是对被征收土地本身的补偿。《土地管理法实施条例》第26条规定“土地补偿费归农村集体经济组织所有”，并不归被征收宅基地的农民所有。

（二）安置补助费。安置补助费是针对安置因征地引起的失业农民的组织予以的补助。《土地管理法实施条例》第26条第二款规定：“需要安置的人员由农村集体经济组织安置的，安置补助费支付给农村集体经济组织，由农村集体经济组织管理和使用；由其他单位安置的，安置补助费支付给安置单位；不需要统一安置的，安置补助费发放给被安置人员个人或者征得被安置人员同意后用于支付被安置人员的保险费用。”

对于以上两项的费用标准，《土地管理法》第48条第三款规定：“征收农用地的土地补偿费、安置补助费标准由省、自治区、直辖市通过制定公布区片综合地价确定。制定区片综合地价应当综合考虑土地原用途、土地资源条件、土地产值、土地区位、土地供求关系、人口以及经济社会发展水平等因素，并至少每三年调整或者重新

公布一次。”由于综合地价，是基于土地原用途来制订的，而不是将来出让后用途制订，所以整体上仍然偏低。

（三）村民住宅及其他附着物补偿费。地方性法规或者规章，如《上海市征收集体土地房屋补偿暂行规定》（沪府发〔2011〕75号）、《杭州市征收集体所有土地房屋补偿条例》，均规定是对该部分的补偿，内容比较详尽。

（四）搬迁费和临时安置费。如《上海市征收集体土地房屋补偿暂行规定》第15条规定：“征地房屋补偿，还应当对宅基地使用人或者居住房屋所有人补偿搬家补助费、设备迁移费、过渡期内的临时安置补助费，具体标准由区（县）人民政府制定。”

（五）各种补贴、奖励。地方政府为了鼓励签约、搬迁，还给予各种补贴和奖励。按一般人的理解，补贴和奖励在总征收费用应该是小部分。但实践中，各种补贴和奖励的费用总和往往超过前述四项补偿总额。

以上海市某城中村征收方案为例，补贴和奖励有以下名目：价格补贴、购房补贴奖、搬迁面积奖、搬迁证奖、申购面积补贴、特殊照顾面积（独生子女等）、提前搬迁奖、核定建筑面积补贴、家用设施移装补贴费、个体工商户补贴、《烟草专卖零售许可证》补贴、无证建筑材料补贴、墓穴迁移补贴、鸽棚补贴、装修补贴等。

需补充说明的是，青苗补偿费和被征地农民的社会保障费用，系发生在征收农用地时所给予的补

偿，在征收宅基地时并不发生。

#### 四、对宅基地使用权补偿的评析

梳理完对宅基地征收的补偿后，会发现一个很有意思的问题：在国家正式法律规定中，根本没有对宅基地使用权的补偿项目。在《上海市征收集体土地房屋补偿暂行规定》第10条第二款规定的《征地房屋补偿方案》中，包括了“土地使用权基价”，但它是依附于房屋之上，并补偿金额在整个补偿款项中所占比例较小。这对于被征收宅基地农民而言非常不公平的，特别是对于那种宅基地面积较大、地上房屋面积较小的农民更是不公平，很多诉讼以及各种形式的抗争也来源于此。

对于多数农民而言，特别是对于已经或者可能被征收宅基地的城市郊区农民而言，宅基地相对耕地而言，是更重要的财产。我国《物权法》第13章设专章，把“宅基地使用权”列为一项重要的用益物权，并且农民的宅基地是没有期限限制可长期使用的，而在征收时却没有对该项权利作出明确补偿，无疑是立法上的一个重大缺憾。

立法之所以如此安排，有其深厚的意识形态原因。在社会主义公有制改造完成后，在相当长的一段时间内，我国把土地当作一种自然资源，实行土地无偿使用制度，特点是“地不计价、地随房走”，即土地使用权不作为财产计算其价值，只能被动地在地上建筑物、附着物的权利转移时随同转移，其财产的独立性无从体现出来。虽然自1990年国务院颁布了《城镇国有

《土地使用权出让和转让暂行条例》开始，允许国有土地土地使用权进行出让、转让。但土地使用权转让仍然受到严格限制，在意识形态上杜绝形成土地买卖的视觉。在拆迁制度中，以及其后的国有土地上房屋征收时，均认为是对房屋的补偿，同样回避了对类似重要用益物权——建设用地使用权进行补偿问题。

对宅基地使用权不予补偿的另一个重要理由是：宅基地是村集体无偿分配的，征收之后仍可以由村集体另行无偿分配。地方性法规/规章的立法规定亦体现了这一思路。例如，《杭州市征收集体所有土地房屋补偿条例》对农民住宅的征收补偿规定了两种方式，即迁建安置或者调产安置，并且把迁建安置作为第一种安置方式。迁建安置，即是由村民委员会负责另行分配宅基地，由被征收人复建住宅。在实践中，对于道路拓宽、水利设施拓宽需要征收零星几户农民住宅的，这种重新分配宅基地的安置方式能够实现。但大规模成片开发，是对整个村民小组（自然村庄）或者整个行政村或者整个“城中村”改造，村集体甚至乡（镇）集体都再没有土地供给村民用作宅基地，成套住宅安置或者货币化安置成为主流。在这种情况下，不对村民的宅基地使用权予以补偿，无疑是不公平的。地方性法规在补偿时有这方面的考虑，《上海市征收集体土地房屋补偿暂行规定》对于被征地的村或者村民小组建制撤销的、不具备易地建房条件的区域（即不能再给村民无偿分配宅基地的所有情形），在补

偿中增加“同区域新建多层商品住房每平方米建筑面积的土地使用权基价”。但是，该规定仍然不是对宅基地使用权的补偿，第一，它是多层商品住房土地使用权基价，相对于宅基地转换为国有土地后出让价格严重偏低；第二，补偿计算公式仍然是以房屋建筑面积为计算标准，计算公式为：货币补偿金额 =（房屋建安重置结合成新单价 + 同区域新建多层商品住房每平方米建筑面积的土地使用权基价 + 价格补贴）× 房屋建筑面积。

无论是国有土地上房屋征收，还上宅基地的征收，政府征收获取的目标均不是房屋，而是土地或者说土地使用权。由于级差地租的存在，升值的是土地，而不是房屋，房屋本身是在不断折旧的。如同上面的计算公式，在宅基地被征收时，是以“房屋建安重置结合成新单价”来计算的，即为结合折旧的重置价格。宅基地使用权是否应予以补偿的问题，成了征收中的争议焦点。同样是 120 平方米土地使用面积，由于各种原因，有的村/居民在土地建造一层房屋 100 平方米，有的村/居民建造了三层房屋共 300 平方米，补偿相差两倍。从被征收人的角度来看，建造一层房屋的村/居民认为不公平，就抗拒征收，最后可能产生强拆、上访等不稳定问题；从征收人的角度来看，其获得同样 120 平方米的土地，征收成本是差异巨大，但是其出售（多以拍卖形式）价格却是一样的。

令人欣喜的是，最高人民法院以判例形式肯定了宅基地使用权应该给予补偿。（2017）最高法院行

申 3063 号《行政裁定书》判词指出：“就宅基地的征收补偿而言，土地管理法虽然没有明确规定，但需要特别考虑的是宅基地不同于农用地和建设用地的特殊用途——居住功能，征收补偿除包括一般土地补偿和地上房屋补偿外，应当体现出对被征收宅基地使用权承载的居住权益的特殊安排。结合土地管理法和物权法关于宅基地所包含权益和归属主体的规定，作为宅基地使用权人的农民个人，应当获得宅基地使用价值——居住功能的相应补偿或者安置。”希望将来再次修改《土地管理法》时，能够将最高法院的裁决精神纳入到立法中，明确规定对宅基地使用权给予补偿。



上海同佳律师事务所合伙人，上海律协不动产征收（动迁）业务研究会委员  
专业方向：房地产（征收拆迁）、公司法、劳动法

“

”

## 澳大利亚篇

### 一、关于不可抗力的规定

澳大利亚为英联邦国家，沿用英国法律体系，澳大利亚的联邦法没有关于“不可抗力”的直接规定，实践中一般都是以合同中的“不可抗力”条款来就“不可抗力”情形进

行约定。

常见的是“履约受挫原则”，目前仅新南威尔士州的《受挫合同法 1978》、南澳大利亚州的《受挫合同法 1988》和维多利亚州的《澳大利亚消费者法和公平交易法 2012》对“履约受挫原则”进行了修改，使

“履约受挫原则”具备了相当于“不可抗力”的法律效力。在本次调研中，我们征询了多位澳大利亚的资深律师，他们表示不可抗力条款一般是商务合同的必备条款，合同方通常会对“不可抗力”做出约定。因此，建议本次受到新冠肺炎疫情影响的



中国企业，在与澳大利亚企业沟通相关事务前，先确认商务合同中不可抗力条款的具体约定，以确保自己处于有利地位。同时，也建议其他与澳大利亚企业有商贸往来的国内企业在正式签订商务合同前，先确认商务合同中是否有“不可抗力”条款以及“不可抗力”条款的具体约定。

## 二、“不可抗力”的认定标准

“不可抗力”的认定标准主要以合同约定为准，在一般合同中普遍使用的“不可抗力”事件基本包括：战争、自然灾害、政府禁止令等，其具备如下三个基本原则：

第一，触发事件可以是自然因素或人为力量而发生的；

第二，合约各方在签约时不可能合理地预见到这一触发事件；

第三，触发事件完全超出了合约当事方的控制，他们无法避免其后果。

## 三、“履约受挫”的认定标准

1863年澳大利亚法院在泰勒诉考德威尔(1863)122ER 309一案中，认为在合同双方都没有过错，合同目的与预期的目的“根本不同”的情况下(即合同双方的共同目的common purpose被毁)，当合同无法履行时，应自动相互解除合同。这就是所谓的“履约受挫原则”。

被普遍认可的履约受挫事项主要有：战争、政府禁令、法律修改、合同标的物意外损毁等，双方无法预见、无法控制、也不可以归责任任何一方的事件。

## 四、法律后果

如果在商务合同中有明确约定的“不可抗力”条款，则出现“不可抗力”事件后，事件受影响方(无法履行合同方)可以援引“不可抗力”条款，主张免除其在合同项下的全部或部分责任，并根据该条款确认合同是否有可能延期履行或者解除，以及是否需要承担返还责任(一般是指定金或首付款的返还责任)。因此，在澳大利亚联邦法下，能否适用“不可抗力”条款来主张免除合同项下的全部或部分责任，要取决于合同中“不可抗力”条款的具体约定。一般情况下，如合同约定的“不可抗力”事件确实发生，则受事件影响方主张免除其在合同项下的全部或部分责任的可能性比较大。

但如果在合同中，没有约定“不可抗力”条款，或有些企业仅仅是以订单的方式发货的，则建议相关企业引用英美普通法中的“履约受挫原则”，其法律后果与合同明确约定“不可抗力”条款有着显著的差别。

首先，“履约受挫”一旦被认定，则通常可能会导致合同解除。其次，“履约受挫”通常以受挫事件发生的时间为节点，即该事件发生后，双方的权利义务终止，这很可能意味着前期的预付款或定金或保证金将无法获得返还。当然，澳大利亚的法院曾经做出过返还前期预付款的判例，但这是基于恢复原状原则且避免“不当得利”的情形下做出的判决。

相关企业是否能就新冠肺炎疫情作为“履约受挫”事由主张合

同解除，还是存在争议和不确定性的，其不仅仅涉及疫情的客观情况，还涉及合同目的是否根本无法履行。具体合同千差万别，需要有专业人士审阅协助。如果在已签的合同中没有约定“不可抗力”条款或“不可抗力”条款约定不明确的，建议国内企业尽快咨询律师，就相关情形进行仔细分析，以最大限度上减少损失。同时，结合本次疫情的发生，我们建议中国企业在相关商贸合同中约定“不可抗力”条款，并明确将疫情的发生作为“不可抗力”的触发事件。



上海明庭律师事务所主任，上海律协一带一路业务研究委员会委员  
业务方向：涉外法律服务、证券金融、民商事诉讼

在国际仲裁中，经常出现的是仲裁地、仲裁协议准据法和合同实体法的选择不同的情形，而这些法律的判断和适用往往会决定案件的走向。因此，这些问题经常成为国际商事仲裁界关注的热点和焦点。近期，英国高等法院 *Enka v. Chubb Russia* 禁诉令申请案中，对国际工程保险中保险人的代位求偿权与仲裁协议准据法的确定问题作出了认定。本文简要对此予以介绍，以飨读者。

## 一、商事仲裁是当下解决国际经贸法律纠纷的主要方式

2018年以来，世界经济持续复苏，海外市场需求改善；国内经济总体平稳，市场多元化战略积极落实，稳外贸政策显效，我国进出口实现较快增长，贸易结构持续优化。尽管中美贸易摩擦升级，但我国贸易发展的有利条件仍然较多，全年外贸有望实现稳中向好。但2019年以来，中美贸易摩擦效应逐步显现，世界经济增长温和回落，国际经贸格局加速变革，我国对外贸易发展的外部环境不确定性加大。因此，妥善解决贸易争端、实现经贸合作共赢，不仅对中美两国，也是对世界各国而言，都有重要意义：合则两利，斗则两伤。

当然，追求合作并不是意味着放弃权利。国际贸易摩擦本质上是国际经贸法律规则之争。在法律规则面前，能否充分保护自身权利，防范国际商事交易中的潜在风险，或者在风险发生后及时妥当解决纠纷，减少损失、维护商业利益，对于从事国际贸易的中国企业而言是至关重要的。而选择适应国际经贸交易法律规则特点的争端解决机制更是其中的重中之重。

除斡旋协商外，解决跨国贸易

类争端的法律机制，目前主要是WTO争端解决机制、商事仲裁和诉讼。WTO争端解决机制更多的是国家行为，而且目前因为某些国家的单边主义、逆全球化的做法而不得面临停摆；商事仲裁和诉讼，是一般商事主体间通过合同即可选择的争议解决方式，也是国际贸易交易中最常见的争议解决方式。

就诉讼和仲裁这两种争议解决方式，商事主体或许有一个理解上的“误区”，就是感觉中国企业更熟悉诉讼，更愿意选择诉讼解决争议。但准确地说，我们所熟悉的可能仅是在中国进行的民事诉讼，事实上，对于一个在美国田纳西州法院进行的民事诉讼和一个在印尼雅加达进行的商事仲裁而言，中国企业可以说都是不熟悉的。

随着中国企业越来越多地走向海外市场，与外国企业进行商业谈判时，不可避免地要选择在海外进行的诉讼或仲裁。事实上，中国企业也不可能要求来自每个国家的交易对手都同意在中国法院进行诉讼。如果无法选择中国法院，那么在选择海外诉讼还是海外仲裁方面，是中国企业首先需要作出的一个慎重选择。

法律从业者都知道，在任何一个国家的法律制度下，法院诉讼都

涉及司法主权，涉及国家公权力的行使，需要一整套规范完整的民事诉讼法律和规则来推进诉讼程序，涉及管辖权问题、审级问题、证据形式问题、诉讼语言的问题，案件信息公开问题，还有法官的司法文化问题，由此衍生出在海外进行诉讼的极大不确定性和因为程序繁复导致的成本昂贵。有位中国企业的老总曾说，他的美国交易对手曾戏称，中国企业在美国是打不起官司的，美国公司有的是钱，一定用诉讼官司打垮中国企业。虽然是戏言，但背后反映出来的成本问题是切实存在的。

但在商事仲裁方面，在联合国国际贸易法委员会的积极推动下，在《承认和执行外国仲裁裁决公约》（目前已经有163个缔约国）、《联合国国际贸易法委员会商事仲裁示范法》等国际法律机制的影响和作用下，各个主要经贸国家的商事仲裁法律制度，相较于各国民事诉讼制度而言，基本上较为统一，价值理念趋同，审判专家重合。比如，国际主要仲裁机构仲裁规则的“趋同化”近年来已经成为一种趋势，对比国内外主要仲裁机构近五年来的仲裁规则变化可以发现，许多制度性规定，比如紧急仲裁员作出临时措施决定、快速程序、合并仲裁、

案外人加入等，在每个仲裁规则中都有体现。

仲裁的优势还在于，有效的仲裁协议排除法院的管辖，意味着当事人只要达成了仲裁协议，其案件的管辖权就是唯一且明确的，避免管辖权的程序纠缠；此外，当事人有权选择自己的仲裁员，就意味着当事人可以选择熟悉其交易和行业的真正专家来解决纠纷，实现专家断案；仲裁裁决一经作出即发生法律效力，意味着仲裁具有终局性，胜诉方不需要担心冗长的司法复审程序，裁决在《纽约公约》的框架下可以跨国执行的。这些对于从事国际贸易的企业而言无疑具有非常巨大的现实意义。

从已经公布的案件数据来看，国际贸易类纠纷仍然是很多国际仲裁机构受理最多类型的争议案件。根据香港国际仲裁中心的统计，在其 2018 年受理的案件中，国际贸易纠纷占比最高，达 29.6%；新加坡国际仲裁中心 2018 年受理的案件中，国际贸易纠纷同样占比最高，达 27%；上海国际仲裁中心 2016-2018 年受理的 250 涉外案件中，国际贸易案件 110 件，占涉外案件的 44%，其中涉及“一带一路”国家 20 余个。这说明在国际范围内，或者至少在亚太地区范围内，国际商事仲裁仍然跨国企业解决国际贸易争端的首选方式。

## 二、中国企业运用仲裁方式解决国际贸易争端应当注意的问题

如果中国企业在国际贸易交易中决定用仲裁方式解决争议，那么又应当注意哪些问题，从而使得仲裁制度的优势能得到最大程度的发挥呢？这是中国企业需要作出的第

二个慎重考量。本文结合上海国际仲裁中心的一些仲裁案件的经验，简要分享选择仲裁解决国际贸易纠纷应当注意的一些问题：

### （一）起草有效的仲裁协议

只有有效的仲裁协议才能帮助当事人确立仲裁管辖、确保仲裁裁决的合法效力。“有效”不只是法律上有效，还应当是“有效率”的协议。因此，当事人需要依据相关仲裁法和仲裁规则，对仲裁活动的细节进行预设安排，订立明确、有效、便于施行的仲裁协议。

比如近期在国际仲裁界比较著名的一个案子是某国企在危地马拉和当地一家公司签订的火力发电站总承包合同纠纷，协议约定提交国际商会仲裁院（ICC）仲裁。当事人在仲裁协议中特别约定适用 ICC 快速程序，即仲裁庭应在组成之后 90 天内作出仲裁裁决，除非仲裁庭多数意见认为延期是必要的，可以在通知当事方后作出延期，但是延长的期限不得超过 90 天。由于案涉争议复杂，实际超过了这家国企的预期，导致此后在仲裁程序中，由于适用快速程序所带来的文件披露、文件审核和准备时间的压缩，使其处于十分被动的地位。国际贸易，特别是国际货物贸易，货物的发运和货款的支付需要跨境交易，交易过程需要涉及货物检验、进出口代理、运输和仓储、银行信用、保险以及知识产权审核等各个环节，与争议相关的大量取证准备非常复杂。因此，除非经过充分评估后有绝对把握，否则不宜在仲裁协议中轻率约定适用快速仲裁程序，以及其他诸如仲裁员人数、资质等可能对企业今后实施仲裁时的程序权利和仲裁成本有实质性影响的特别约定。

因此，订立仲裁协议的总的原则应当是考虑如何将仲裁协议约定得尽量简单、明确，减少歧义，避免争议发生后出现一方当事人挑战仲裁协议效力的情形。如果当事人同意选择某一仲裁机构进行仲裁，最简便的方法就是采用该机构推荐的仲裁条款，除非双方当事人对程序安排有特殊的要求，最好不要对机构的示范仲裁条款作出过多的修改或补充。

### （二）选择合适的仲裁机构

从仲裁实践来看，企业在选择仲裁机构时通常应当考虑以下因素：

1. 争议所适用的法律及仲裁员的专家资源。在国际商事交易中，当事方选择适用法律后会倾向于选择适用该法律所在地的仲裁机构。因为该机构的仲裁员中熟悉当地法律的仲裁员候选人会更多。另一方面，国际贸易案件和其他类型案件的差异还表现在特殊的法律适用，即国际公约和国际贸易惯例的适用，比如《联合国国际货物销售合同公约》（CISG）、国际贸易术语解释通则（Incoterms）、跟单信用证统一惯例（UCP）等国际贸易规则《联合国国际货物销售合同公约》属于非国家法，在国际民事诉讼中存在不能直接适用的可能性；但在国际商事仲裁中，当事人自治原则及于实体法的选择，普遍允许当事人选择包括《联合国国际货物销售合同公约》在内的非国家法。美国 PACE 大学数据库所收集的 432 个 1998-2008 年适用《联合国国际货物销售合同公约》的中国仲裁案件中，有 338 个是来自上海国际仲裁中心等主要涉外仲裁机构。从上海国际仲裁中心的情况来看，根据近 5 年数据显示，70% 以上的国际贸

易类案件适用《联合国国际货物销售合同公约》。可以说,仅就适用《联合国国际货物销售合同公约》解决国际贸易争议而言,特别是以上海国际仲裁中心为代表的国际化程度较高的中国仲裁机构,在这方面享有充分的仲裁员专家资源,也有比较丰富的实践经验。

2. 仲裁机构的地理位置。实践中,当事人大多倾向于选择合同履行地的仲裁机构,尤其在货物买卖合同中更为明显。选择合同履行地的仲裁机构,便于进行证据、财产的收集和保全,便于申请证据、财产保全等临时措施,便于裁决在当地法院得到执行。

3. 案件所适用的仲裁规则和案件管理方式。如前所述,目前主要国际仲裁机构的规则在内容和体系上都日益趋同,但也存在着一些差异。例如,仲裁庭的组成方式差异,仲裁机构和仲裁庭的权限划分不同,各程序事项的时间限制不同等等。仲裁规则的国际化程度和案件管理方式的国际化程度,是仲裁机构的核心竞争力,在这一方面,包括上海国仲在内的一些国内领先仲裁机构近年来的一些做法已经得到了国际同行的认可。

上海国际仲裁中心2014年起施行的《中国(上海)自由贸易试验区仲裁规则》首创了“调解员调解程序”,解决了国际仲裁界中一直批评的调解员和仲裁员身份冲突问题。目前已有近10余起案件适用该程序由调解员在仲裁庭组成前成功调解,并由后续组成的仲裁庭制作和解裁决书结案,单个案件的争议金额超过人民币2.5亿元。目前这种制度安排仍然是国际唯一。

在过去3年,上海国际仲裁中

心通过指定仲裁员职能,持续提高了指定港、澳、台和外籍仲裁员参与庭审的次数。在2018年,上海国际仲裁中心审结了一起首席仲裁员为新加坡籍仲裁员、另外两位仲裁庭成员分别来自英国和奥地利的仲裁案件。同样在过去3年,上海国际仲裁中心受理了10余起适用联合国国际贸易法委员会(UNCITRAL)仲裁规则进行的案件,以及约定适用谷物与饲料贸易协会(GAFTA)规则、国际棉花协会(ICA)规则的仲裁案件。在这些国际化程度比较高的案件中,上海国际仲裁中心也采用更加国际化的机构管理方式,即赋予国际仲裁员更多的推动具体程序进行的职权,同时,上海国际仲裁中心也积极履行仲裁机构的职能,严格审查仲裁员的资格和利益冲突、实施仲裁裁决书的校核制度。

此外,上海国际仲裁中心还与华东政法大学外国法查明中心签订了合作协议,可以在约定适用外国法律的国际贸易案件中为仲裁庭提供外国法查明服务,目前已经有2起成功合作的案例。上海国际仲裁中心还在一起涉及货物标准争议的案件中,成功地使用了仲裁庭委托行业专家提供专家报告的方式,解决了专业的事实认定问题。

实际上,我国仲裁机构以及中国法院的司法实践,也在深刻的影响国际仲裁的文化和实操。比如说国际商事仲裁理事会(ICC)就关注了中国仲裁机构仲裁的实践,在2014年专门发布了关于仲裁庭秘书使用的报告,香港、伦敦、斯德哥尔摩等仲裁机构都开始在规则中允许当事人和仲裁庭聘用期工作人员担任案件管理秘书;仲裁调解相结合也逐渐为西方所接受;国内仲裁

机构也很早就开始使用“简易程序”这一类似于国际仲裁界目前热议的“快速程序”。其实,在上海市第一中级人民法院2017年不予执行新加坡国际仲裁中心根据其2013年规则的快速程序作出裁决之前,新加坡国际仲裁中心就已经意识到快速程序原初设计的不足,在2016年修改了其快速仲裁程序规则。联合国国际贸易法委员会第二工作组讨论在2019年讨论快速程序问题时,还特别将上海一中院这个案例作为典型案例进行了讨论,这也说明了中国仲裁和仲裁司法实践的国际话语权也在不断提升。

### 三、结论

在经济全球化的时代背景下,仲裁以其特有的制度优势成为了国际贸易争端解决的优位选择;在各国内部市场经济纠纷解决法律体系中,仲裁也扮演了越来越重要的角色。为了更好地发挥仲裁在服务企业开展国际贸易业务方面的作用,仲裁机构应当进一步了解企业对商事争议解决法律服务的需求,作为今后不断完善自身仲裁工作实践的借鉴,从而进一步为中国企业走出去提供更好的争议解决保障。从企业的角度看,也应当不断借助专业法律服务机构的力量,不断了解和熟悉国际仲裁规则。在此过程中,上海国际仲裁中心衷心希望与上海律师界、法律界和企业界不断深入合作,共同做大、做强上海的法律服务市场,不断提升上海律师的国际化水平,从而进一步为中国企业走出去提供更好的争议解决保障,以纠纷解决服务助力上海优化营商环境,以贸易投资发展促进社会经济繁荣。

# 洗尽铅华始见金 怡然自得享晚年

## 唐翼之律师访谈摘要

2017 11 20

**采访人：**我国律师制度恢复重建是从上世纪七十年代末八十年代初开始的，上海最早的律师执业机构是第一、第二法律顾问处，唐翼之老师就是在法律顾问处执业的最早的律师之一。我们今天特地来到年逾九旬的唐老师的家中，一同来回忆那段令人难忘的历史。

**唐翼之：**上个世纪五十年代我在上海市人民法院工作，办过劳动工资、税收等方面的案子。后来调到法院增设的司法行政处，就是现在司法局的前身，组织训练班，培训司法干部。1955年，我加入上海市律师协会，担任兼职律师，是在宁波路登记，会员证明的章还是当年王文正会长为我盖的。1958年下放去了上钢十厂。

1980年初，我归队时可以选择到司法学校或法律顾问处，我就选择到法律顾问处当律师。我和张士勤律师同时到上海律协报到，那时可以说是一个“开天辟地”的阶段，律师人数不多，法律顾问处还在筹建。后来分设第一、第二法律顾问处，以苏州河为界限，苏州河南属于一处，苏州河北属于二处，避免为数不多的律师在整个上海来回跑。那时律师很少，但社会上对法律事务的需求却很多。我被



分在二处负责接待工作。早上六七点，办公室门口就有人排队，等候律师解答法律咨询，有些需要立案的案件在受理后就被安排律师进行代理，我们每天都非常忙碌。有些当事人希望突破律师按苏州河南北分工的问题，我们尽量解释并予以解决。当时的主任是张士勤，后来是梁功堂。

我每年都对接待工作做总结，从民事、刑事案件数量的变化反映社会发展，以及人们对律师工作方面的新要求。我有时也办案，记得有一起关于吴中路房产的民事争议案件，该房屋被亲戚长期实际居住，我查证后确定了我当事人的权属，上诉到中院后仍是我们胜诉，当事

人很感谢我，并送来了锦旗。

当时我服务的法律顾问单位有6家，多是钢铁行业内较大的单位。我既当顾问，也帮助代理经济案子的诉讼。上个世纪八十年代钢铁公司的纠纷比较多，我就认真着手解决企业的法律问题，实在忙得不亦乐乎。对于长期拖欠货款的，我就组织公司工作人员审查合同，整理相关材料，然后针对具体案情，先发律师声明，或以律师名义向对方发催款函，限定时间归还货款。对逾期不还的，我们就起诉。律师代理诉讼，就是要依法律、靠证据。那时候还没有电脑，律师办案需要书面的法律条文，上海律协编印的《律师业务资料》月刊内容丰富及时，

便于携带，对我们开展业务帮助很大。

我还记得一件事。有一次，我接待了一位当事人，是部队转业的女同志，她临走时留了一个装了钱的信封，我看到后立即把信封还给她，并告诉她律师应该怎么收费就怎么收费，但这个绝不能收。巧的是，此人正好和中级法院的一位审判员认识，就与他谈到了我的“高风亮节”。其实我在这方面一直都有很好的口碑。以前在法院行政科工作期间，在外面采购、置办等的都是我，后来做律师接待开发票等工作，从来不含糊，力求事事都做到心中无愧。

二所早期的一些青年律师业务能力都比较强，出去开事务所的不少，如徐瑶棋、曹海燕、林莉华等。

与市一所一直换办公地不同，我们二所本部很长时间都是在四川北路横浜桥，一直到房子要拆迁，才搬到闸北汉中路待了几个月，后又回到旧址附近，买了一幢新大楼的16层，当时律师们都积极支持购置新办公地，不少人借钱给事务所，直到退休后才拿回借款。我一直待在二所，没有离开过，对事务所感情很深。我在事务所转制之前的国办所退休，退休证是市司法局发的。退休后，我应邀担任了震旦所的顾问，现在震旦所里数我年龄最大。

退休后，街道听说我是老律师，有事就会找我。我所住的小区在华夏宾馆旁边，隔壁建造某会展中心时，因造成周边房屋下沉，对方又不认可，引发纠纷。为打官司，好多邻居都来找我。我让他们签名、

写委托书，将诉状送到徐汇区法院，建议请房屋检测的专门机构对房屋沉降问题作出权威的鉴定结论。后来，该案被提起上诉，我方仍获胜诉，最后由对方加桩修复予以赔偿。

我曾住过一年敬老院，那里环境很好，上海律协也很关心我，还派人来看过我。周围的人家有财产问题、邻里纠纷等，也常常来咨询我。但我很不习惯敬老院的生活作息节奏。现在我已居家养老，平时经常看看电视、唱唱歌、背背诗，锻炼记忆力。我家住在三楼，我经常下楼去拿报纸，自己慢慢走，权当锻炼。我的儿女们也常来探望关心我，我现在的的生活很安定。每年，上海律协组织的重阳节活动我都会参加，《上海律师》会刊我也经常看。

上海律协原办公室主任刘礼强是我楼上的邻居，比我还大一岁。

采访人：今天很高兴与唐老师一起回忆了八十年代初难忘的律师恢复重建时期，通过访谈，可以了解到当年的老一辈律师有多么的辛苦，更可贵的是他们那种吃苦耐劳的精神。唐老师在上世纪五十年代是兼职律师，上个世纪八十年代归队时成为专职律师，退休后当过特邀律师及事务所顾问，从业经历非常丰富。这次听说我们要来作访谈，唐老师特地翻找资料做了准备。现在唐老师在家颐养天年，依旧关心国家大事，喜欢唱唱老歌，生活很舒心。在访谈快结束时，我们请唐老师即兴唱几句最喜欢的歌，唐老师欣然开嗓，唱起了充满时代感的《南泥湾》和《洪湖水浪打浪》，歌声中气很足，引发在场人员的阵阵赞叹喝彩声。

（录音记录：施小玲）

还没到5点半，天就有些发青，转眼万物清晰，天色大亮。

上午的太阳，晒在头顶，会有一些灼热。

风不冷也不热，不大也不小，拂在身上，暖洋洋的，也懒洋洋的。比情人的手，更让人惬意安宁。

各种花争先恐后地怒放，一丛一丛，一树一树。

大朵的白玉兰已绽放了一个多月，树上并没有叶子，花朵如同向天而长的白风铃，密布树冠，随风轻舞，演奏春之乐章。

紫叶李也是满树碎花，白的、粉的，远远望去，像元宵节燃放的火树银花。

山茶花像火一样绽放，像争着赶庙会似的，从簇拥的绿叶间，探出头来，一树不知道有几百还是几千。

从立春就开始有花骨朵，次第开放，一天一个样，到今天，早已满树花开。有些已经败了，随风飘落，摇曳在溪流中。

黄灿灿的迎春花也开够了一个半月。

垂柳的叶子，从枝上的一个个肉眼难见的凸点，变得既宽又长，垂首轻扬，如同妙龄女子上了盛妆。

似这般姹紫嫣红开遍，不由你不赞叹古人的造句是多么精准清雅：

“名品相压，争妍斗奇，故者未厌，而新者已盛。”

天一亮，鸟声就从婉转到繁杂。溪水清澈，下可见石，鱼儿自在徜徉。

空气澄澈，阳光明亮，远眺数里无遮挡，心情轻快舒畅。

于是，你知道古人的遣词是多么精妙绝伦：

春意盎然，春光明媚。

盎然者，自然生发，生机勃勃，不借人力，不受约束。明媚者，不仅明，而且媚。不仅景物明，而且人物媚：

三月三日天气新，长安水边多丽人。

于是你知道，春分已至。

似乎还没从寒冬中苏醒，但春天，确乎已过了一半。

在最冷的寒冬里，临街的几十家店铺，还是有一两家坚持每天开着，那是24小时营业的餐饮店和便利店。

后来开到三四家，增加了蛋糕房和水果店。

再后来，悄悄开了三分之一。

再后来是二分之一。

现在已是三分之二了。

小区的封禁还没放开，只能从一个大门进出，但春日午后的郊外，已经车流不息了。

在下班高峰时，还会出现小规模的车堵。

人们逐渐从房间和口罩的禁锢



上海兰迪律师事务所律师，上海律协  
对外宣传与联络委员会委员  
业务方向：人工智能产业法律服务

中走出，来到田间野外，吸吸清新自由的空气。

一切都要过去了，我们还要回到以前的生活。

疫情已进入尾声，我们已活在春天。

朝看水东流，暮看日西坠，百年明日能几何，请君听我说一说。

没有诗歌，我们怎么知道自己还活着？

没有春天，我们如何能度过寒冬？

唯有惜福、感恩、奋斗、负责，才对得起美好春光。

万般之中，希望最贵。

愿我们今天的每一种善念，每一种善行，都能给人种下希望。

为了自己，为了子孙。

		1988			
	80		74	70	" "
		965			
36	604	62.59%	361	37.41%	
2016		6	Global Arbitration Review "		
"			2018		
"	"		5		

**示范仲裁条款**

"凡因本合同引起的或与本合同有关的任何争议，均应提交上海国际经济贸易仲裁委员会/上海国际仲裁中心进行仲裁。"

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

地址：中国上海市金陵西路28号金陵大厦7-8层（200021）  
电话：86-21-63875588 传真：86-21-63877070

邮箱：info@shiac.org

# 上海仲裁委员会

## Shanghai Arbitration Commission

### 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



## 春雨

上海邦信阳中建中汇律师事务所 洪流

3月2日, 摄于上海某小区。