



总第 104 期

# 104

2024 年 | 第 2 期 |

深圳市律师协会主办

(粤 B) L017010071

SHENZHEN LAWYERS

# 深圳律师

—— 非常视线 专业见解 ——

## 与法同行·重走长征路

深圳律师吹响集结号，百名律师齐聚于都重走长征路

新《公司法》背景下，减少注册资本金的流程与风险防范

从法律维度看内地与香港房地产制度异同

AIGC 对诉讼律师工作的可替代性

枪支散件案中的侦查实验问题浅析

# 深圳青年律师工作 示范律师事务所

为进一步推进律师事务所对青年律师的帮扶与培养工作，发挥律师事务所对于青年律师培养的主体责任，根据《深圳律师行业“十四五”发展规划（2021-2025）》《深圳市律师协会第十一届理事会四年工作规划（2021-2025）》《深圳市律师协会关于促进青年律师发展的意见》，结合行业发展实际，深圳市律师协会开展了“深圳青年律师工作示范律师事务所”认定和评选工作，24家律师事务所被认定为深圳青年律师工作示范律师事务所。具体名单如下（按拼音首字母排序，排名不分先后）：

北京大成（深圳）律师事务所  
北京德和衡（深圳）律师事务所  
北京德恒（深圳）律师事务所  
北京金诚同达（深圳）律师事务所  
北京市京师（深圳）律师事务所  
北京市康达（深圳）律师事务所  
北京市盈科（深圳）律师事务所  
广东宝城律师事务所  
广东诚公律师事务所  
广东晟典律师事务所  
广东淳锋律师事务所  
广东广和律师事务所

广东华商律师事务所  
广东金唐律师事务所  
广东君言律师事务所  
广东连越（深圳）律师事务所  
广东深宝律师事务所  
广东万诺律师事务所  
广东瀛尊律师事务所  
广东中熙律师事务所  
广东卓建律师事务所  
国浩律师（深圳）事务所  
泰和泰（深圳）律师事务所  
万商天勤（深圳）律师事务所

## 在“与法同行·重走长征路” 活动启动仪式上的致辞

○陈明 深圳市司法局党委委员、市律师行业党委专职书记

今年，是新中国成立75周年、红军长征出发90周年，也是中国律师制度恢复重建45周年、爱国主义教育法实施第一年。今天，深圳协同香港、澳门、深圳都市圈东莞、惠州、中山和深圳对口合作城市赣州七地百名律师，齐聚中央红军长征集结出发地——江西于都，启动“与法同行·重走长征路”活动，开展国情研修，宣传和践行习近平法治思想，意义深远。

此时此刻，面对红军长征出发纪念碑，我们感慨万千。90年前，中央红军从这里集结出发，开始了万里长征。在中央苏区和长征途中，党和红军依靠坚定的理想信念和坚强的革命意志，一次次绝境重生，愈挫愈勇，取得了最后的胜利，创造了难以置信的奇迹，掀开了中国革命史上崭新的一页，从此，中国共产党带领中国人民走向胜利走向辉煌。今天，我们站在红军战斗过的地方，追忆党的革命史，缅怀革命先烈，思绪万千，激情澎湃。

此时此刻，面对红军长征出发纪念碑，我们感慨万千。5年前，习近平总书记亲自来到了于都，瞻仰中央红军长征出发纪念碑。总书记强调，我们一定要牢记红色政权是从哪里来的、新中国是怎么建立起来的，倍加珍惜我们党开创的中国特色社会主义，坚定道路自信、理论自信、制度自信、文化自信。我们不能忘记党的初心和使命，不能忘记革命理想和革命宗旨，要继续高举革命的旗帜，弘扬伟大的长征精神，朝着中华民族伟大复兴的目标奋勇前进。在新长征路上，我们依然要靠全党全国人民坚定的理想信念和坚强的革命意志，战胜来自国内外的各种重大风险挑战，夺

取中国特色社会主义新胜利。今天，我们站在总书记驻足之处，总书记的谆谆教诲、殷殷嘱托依然响彻耳边，牢记在心。

此时此刻，面对红军长征出发纪念碑，我们感慨万千。我们沿着总书记走过的路，生动践行习近平新时代中国特色社会主义思想，走出粤港澳大湾区，走进革命老区，追寻长征路上的红色足迹。4月21日，我们启动了深圳律师“与法同行”系列活动，从深圳湾畔出发，行走深圳各区和深圳都市圈。今天踏上赣州这片红色土地，我们将沿着红军长征路，“七一”前夕从江西于都出发，“八一”前夕走进川西高原，“十一”前夕到达陕北延安，为建国75周年献礼。律师是全面依法治国的重要力量。深圳都市圈律师肩负着粤港澳大湾区建设和促进经济地区、革命老区共同发展的重任，我们将传承伟大长征精神，弘扬改革开放精神，积极开展普法宣传，推动法律交流，参与法治建设，发挥新时期律师正能量，展示新时代律师新形象，让法治精神照耀中国大地，为加快推进中国式现代化提供法治保障。今天，我们站在新的历史交汇处，作出庄重的誓言，要牢记初心，担当使命。

同志们，新征途的号角已经吹响。让我们高举“与法同行”的旗帜，深入学习贯彻习近平法治思想，认真落实司法部党组提出的“五点希望”，胸怀“两个大局”，心系“国之大者”，努力做党和人民满意的好律师，为以中国式现代化全面推进中华民族伟大复兴贡献律师智慧和律师力量！





印刷日期 2024 年 8 月 6 日

编印单位	深圳市律师协会
编委会主任	张 斌
编委会成员	杨 道 章 成 赵东川 王 伟 罗振辉 曾 迈 胡宁可 黄远兵
主编	杨 道
执行主编	周 敏 黄红珍
栏目编辑	陈 伟 杨新发 颜宇丹 杨银笛 胡 聪 屈文静 刘伟健
责任编辑	伍春红
编辑	王 颖 罗苑瑜
美术编辑	蔡永军
电话	0755-83025789
地址	深圳市福田区深南大道 4001 号时代金融中心 20 楼
邮政编码	518048
电子信箱	shenzhenlawyers@163.com
印刷单位	深圳市彩霸美印刷有限公司
发送对象	各地司法行政机关、律协，深 圳市司法行政机关、各律所等
印制册数	2000 册

特别说明：《深圳律师》发表的文稿所表达的观点，  
纯系作者见解，不代表编辑部的意见和立场。



欢迎扫码  
关注“深圳律协”公众号

# 目录

## CONTENTS

### 卷首语 | FOREWORD .....P1

01 在“与法同行·重走长征路”活动启动仪式上的致辞  
/ 陈明

### 特别策划 | SPECIAL PLANNING .....P4-11

04 深圳律师吹响集结号，百名律师齐聚于都重走长征路  
07 “与法同行·重走长征路”活动倡议书  
08 “与法同行·重走长征路”活动感言合集

### 专题研究 | SPECIAL RESEARCH.....P12-23

12 新《公司法》背景下，减少注册资本金的流程与风  
险防范 / 林冰 黄海天  
16 新《公司法》下，股东抽逃出资的刑事风险变化及  
合规建议 / 陈曦尧  
20 从新《公司法》视角看党组织参与公司治理的机制  
/ 陈孟彬



### 涉外观察 | TRANSNATIONAL LAW REVIEW.... P23-33

23 从法律维度看内地与香港房地产制度异同  
/ 陈少彬 何雁英 陈丽霞  
27 竞业禁止合同在内地与香港的管辖权以及两地规则  
衔接的问题 / 车艳梅  
31 律师视角观察外商直接投资 (FDI) 监管制度变迁 / 郭松

### 论道 | DISCOVERY .....P34-45

34 AIGC 对诉讼律师工作的可替代性 / 方励文  
38 律所收入分配问题研究 / 孙启东  
42 深圳市非居改保政策研究与思考 / 陈玲



### 实务 | PRACTICE ..... P46-63

46 枪支散件案中的侦查实验问题浅析 / 梁佳丽  
49 企业在违法建筑内开展经营活动合法性问题探析 / 姜迪  
52 浅析政府采购投诉成立引发民事赔偿诉讼的相关问题  
/ 樊永强 周洁  
56 追加合伙人为被执行人的两种特殊情形实务分析  
——已退伙及出资期限未到期 / 王立达  
60 未成年人保护视野下的强奸罪辩护策略 / 张楠楠



### 拍案 | CASE AND EXAMPLES ..... P64-65

64 “非因本人意愿中断就业”的劳动者，可据以证明  
离职原因并申领失业保险金 / 王莹

### 律协动态 | INFORMATION..... P66-68



# 与法同行 重走长征路

★ 红旗猎猎，江水滔滔，长征精神，永垂不朽。

2024年6月25-29日，来自深圳市司法局、市律师行业党委、市律师协会，各区律师行业党委、纪委书记，律所党委书记，直属党总支、党支部书记代表，青年律师、港澳律师代表以及江西赣州等地律师代表等共计110余人，齐聚中央红军长征集结出发地江西于都，举办“与法同行·重走长征路”活动，开展为期5天的国情研修。

## 深圳律师吹响集结号 百名律师齐聚于都重走长征路

2024年6月25日，巍峨耸立的中央红军长征出发纪念碑下，深圳经济特区再度牵手于都革命老区。来自深圳、香港、澳门以及深圳都市圈和赣州的百名律师代表，齐聚红军长征起点于都，启动深圳市“与法同行·重走长征路”活动，为纪念碑敬献花篮。

“律师是全面依法治国的重要力量。”深圳市司法局党委委员、市律师行业党委书记陈明表示，深圳律师肩负着服务粤港澳大湾区建设，促进经济特区、革命老区共同发展的重任。

从中国改革开放“第一炮”响起的城市出发，来到中央红军长征集结出发的地点，“与法同行·重走长征路”的深圳律师，向着“努力做党和人民满意的好律师”方向坚定前行。

### 跨越千山万水，深赣山海情深

启动仪式上，青年律师代表诵读红色家书，并发出了“与法同行·重走长征路”的倡议，以实际行动践行长征精神。

“今天我们站在新的历史起点，回望那个峥嵘岁月，深感责任重大，使命光荣。”深圳青年律师代表谢永艺认为，长征的胜利离不开红军战士的团结协作和共同奋斗，法治建设同样需要律师界的团结合作和共同努力，“作为律师，我们要走出当代律师的长征梦，敢于做梦，勇于追梦，齐力圆梦”。

大江南流润鹏城，一湾东江水，见证了深赣两地的团结与情谊。

深圳人口众多、产业密集、经济发达，但本地水资源匮乏，长期依靠东江水源工程从市外引水入深。

赣州是东江的发源之地，同时也是长征的起点所在。1934年10月，举世闻名的25000里长征自赣州于都出发，于都从此作为“地球上的红飘带”起点，被载入史册。

跨越千山万水，深赣山海情深。作为结对合作城市，





随着交通设施的日益完善，人员往来的趋于密切，两地的心理距离也越来越近。

### 重走长征小道，感悟长征精神

启动仪式结束后，100 余名律师前往祁禄山镇，重走了 5.2 公里的红军长征小道。

在进行过程中，一场突如其来的阵雨，更让律师们体会到了当年红军长征跋山涉水的艰辛与不易。

来自深圳的青年律师代表林其山进一步理解了长征精神的内涵与价值。“作为深圳特区的律师，回到长征的出发点，我们回望初心、不忘初心。”重走长征路的过程，让他对执业发展以及人民律师的身份，有了更深刻的认识。

“依靠群众、走进群众、联系群众是关键。”林其山表示，长征路上红军得到了很多群众的帮助，这激励了他在未来参与法律援助、社区普法等公益活动中，进一步发挥自身的专业特长，更好地服务社会和群众。

“这是一次难得的学习机会。”香港及粤港澳大湾区执业律师谭雪欣是第一次踏入江西，在一步一脚印走过长征路的同时，她也在思考如何把长征精神运用到专业范畴里，例如法律行业日常所需的攻坚克难品质。

“一国两制三法域”是粤港澳大湾区最鲜明的法治底色。在大湾区的发展过程中，必将面对跨越不同法律制度的鸿沟。“内地实行成文法，香港施行普通法，两种法律制度间的规则衔接的挑战不小。”谭雪欣表示，重走长征路更勉励着她投身于粤港澳大湾区法治建设更好地为国家作出贡献与服务。

### 致敬红军长征，献礼祖国华诞

在随后的安排中，律师代表们先后参观了中央红军长征第一渡东门渡口旧址、长征出发纪念馆、潭头社区、禾丰兰博园等地，观看了大型红色文旅史诗《长征第一渡》，追寻红色记忆，感悟伟大长征精神的深刻内涵。

“与法同行·重走长征路”活动期间，还举办了深圳市律师行业 2024 年党性教育国情研修班。通过讲党课、现场教学、研讨互动等形式，开展为期 5 天共计 20 个课时的沉浸式学习。



深圳市“与法同行”系列活动已于今年 4 月份在深圳湾启动，行走于深圳各区和深圳都市圈。此次“重走长征路”作为系列活动的一部分，“七一”前夕从江西于都出发，“八一”前夕将走进川西高原，“十一”前夕将到达陕北延安，致敬红军长征出发 90 周年。

## “与法同行·重走长征路” 活动倡议书

习近平总书记曾说，“每一代人有每一代人的长征路，每一代人都要走好自己的长征路”。长征，是中国共产党和中国工农红军历史上一段波澜壮阔的征程，是中华民族不屈不挠、艰苦奋斗精神的象征。今天，我们站在新的历史起点上，回望那段峥嵘岁月，深感责任重大、使命光荣。为铭记历史、传承红色基因，中共深圳市律师行业委员会、深圳市律师协会共同发起“与法同行·重走长征路”活动，号召我们律师队伍以实际行动践行长征精神。

### 一、重温历史，铭记初心

走近长征，缅怀革命前辈的不朽功勋；走近长征，重温震古烁今的伟大精神；走近长征，获得激励奋进的现实力量。作为律师，我们要学党史、强信念、跟党走、勇担当，接过前辈们的接力棒，传承发扬长征精神；要通过重走长征路了解长征的艰苦历程和伟大意义，深刻领会长征精神的时代价值；要以长征精神为指引，坚定理想信念，坚持执业为民！

### 二、传承精神，砥砺前行

长征精神是我们宝贵的精神财富，它激励着一代又一代中国人奋勇向前。作为律师，我们要将长征精神内化于心、外化于

行；要勇于担当、敢于创新，心无旁骛地听党话，跟党走，克服前进路上的一切艰难险阻，向前走、直到成。

### 三、团结协作，共筑梦想

长征胜利离不开红军将士的团结协作和共同奋斗。同样，法治建设也需要我们律师界的团结合作和共同努力。作为律师，我们要走出当代律师的长征梦，敢于做梦、勇于追梦、勤于圆梦；要加强与粤港澳大湾区律师、革命老区律师的协作交流，传承伟大长征精神，弘扬改革开放精神，共同推动律师事业的发展。

### 四、践行公益，回馈社会

长征精神也体现了无私奉献和为人民服务的宗旨。作为律师，我们要践行法治为民宗旨，积极履行社会责任，努力做党和人民满意的好律师，在推进中国式现代化建设中贡献力量。

律师同仁们，重走长征路不仅是一次身体上的历练，更是一次精神上的洗礼。长征精神是我们宝贵的精神财富，让我们携手共进，以饱满的热情和坚定的信念，在传承和弘扬长征精神的道路上与法同行，为法治中国建设和社会进步贡献我们的青春和智慧。







## 情贯长征，感悟《长征第一渡》

○唐荣 《法治日报》全媒体记者

《长征第一渡》是值得我们每一个中国人认真观看的舞台剧！它是一部融合话剧、舞蹈、音乐、诗歌等多种艺术表演形式的大型红色文旅史诗舞台剧。剧情非常震撼人心，让我们不仅看到了红军战士们艰苦卓绝的战斗生活，更感受到了他们心中那股不屈的信仰和对胜利的坚定追求。同时，剧情还巧妙地将历史与艺术交织重现，让长征的火焰跨越时空，燃烧在每个观众的心中，充分体现了长征出发时的豪情壮志。

观看过程中，我们被演员们深厚的演技所折服。他们或慷慨激昂，或情感细腻，将一个个历史人物生动地呈现在我们的眼前。每一个肢体动作，每一句台词投透出的不仅是对角色的深刻理解，更是对那个时代精神的传递。在他们身上，我们看到了红军战士们的英雄群像，是如此立体、真实，触动人心。

舞台的设计也让我印象深刻。简约而不简单的布景，光影的运用，将我的思绪带到了那段硝烟弥漫的岁月。音乐和灯光的搭配恰到好处，渲染出一种时而紧张刺激，时而凄美壮丽的氛围，为剧情的推进增添了无限动力。每当响起激昂的旋律，我感觉自己仿佛也是那场伟大长征的一部分，与红军一同跋涉在那些崇山峻岭之中。

《长征第一渡》最令我们感动的是剧中对红军战士精神的深刻刻画。面对艰难险阻，他们展现出了超乎想象的坚韧和牺牲精神。无数个感人至深的情节，如同一道道情感的激流，冲击着我的心灵。特别是剧中展现的士兵与家的情节，那种对家国的深沉的爱和为理想献身的决心，让我深受触动，眼眶不由自主地湿润了。

《长征第一渡》不仅是对那段伟大历史的再现，更是一次震撼心灵的红色洗礼。它让我们重新思考了信念、牺牲与责任的含义。长征精神，那种为了信仰和理想，不畏艰难险阻、坚持不懈的精神，是多么宝贵，值得我们去学习和传承。在当今时代，虽然我们不再需要穿越雪山草地，但那种精神依然在我们的生活中闪耀着光芒，激励着我们去面对生活中的每一个挑战。

当大幕缓缓落下，掌声雷动之时，我依然久久不能自己。《长征第一渡》这部舞台剧，用它独有的艺术魅力，让我经历了一次情感与思想的旅程。它不仅是对过去的缅怀，更是对未来的启迪。在这个舞台上，长征精神得以永恒，它告诉我们：只要有信念，就有力量，有梦想，就有希望。

## 爱港爱国，做党和人民满意的好律师

○谭雪欣 广东深宝律师事务所

作为一名大湾区律师，我非常荣幸能够参与在于都举行的国情研修班，并且有机会跟一百多名法律人一起“与法同行”“重走长征路”。

“与法同行·重走长征路”系列活动在“七一”前夕从江西于都县开启。“七一”对于我们作为爱港爱国的香港律师来说，有双重的特殊意义。第一，这是香港回归祖国的纪念日，具有实现祖国和平统一、实践“一国两制”方针的里程碑意义；第二，这也是中国共产党的建党日，是党的革命和建设事业发展史上最重要的历史时刻。值此中国共产党成立 103 周年、香港回归祖国 27 周年之际，我们应该凭借这个机会，认真学习和传承长征精神，深入思考我们法律人怎样更好发挥自己的力量，为香港、为国家服务。

长征精神的核心是坚持崇高理想不动摇的必胜信念，是修正错误开创新局面的果敢勇气，是一往无前克服一切艰难险阻的英雄气概。具体上，我认为香港及大湾区执业律师可以在两个方面做出贡献：

第一，2019 年，香港面临了回归以来最为严峻的挑战，社会秩序和经济发展遭受了前所未有的冲击。在这个关键时刻，党中央做出了英明的决策，港区国安法和基本法第 23 条立法相继落地实施，为香港的稳定和发展注入了强大的法治保障。这一历史性的转折点，标志着香港由乱到治、由治及兴的新篇章的开启。香港在这个关键时期，香港律师必须体现深厚的爱国情怀，确保在政治立场上坚定不移，坚持党的领导不动摇。只有坚持和加强党的全面领导，才能确保香港保持长期繁荣稳定，推动“一国两制”在香港成功实践。同时，香港律师也要有勇往直前、百折不挠的精神，坚持维护法治，捍卫国家宪法、香港基本法权威，支持香港特区政府依法施政，并且坚定理想信念，矢志不渝做党和人民满意

的好律师。

第二，习近平总书记深刻指出：“法治是最好的营商环境”。粤港澳大湾区高质量发展这一国家战略中，法治建设是重要环节之一。内地的大陆法和香港的普通法各有特点、各有优势。两个法律制度从渊源、发展背景、结构和程序等方面都有不少的差别。因此，在推进大湾区建设的大背景下，两个制度应如何融合、如何衔接、如何互补的议题上，我们必须弘扬长征精神，攻坚克难，团结互助，发挥好香港律师的专业能力和独特优势作用，为大湾区打造高度法治化、市场化、国际化的营商环境。

同时，香港及大湾区律师也必须发挥重要作用，传播法治文化理念。作为法治建设的重要参与者，我们要主动宣传普及法治理念，增强广大群众的法治意识，为大湾区营造良好的法治文化氛围。作为全国青联港澳委员和香港律师会旗舰青年法治教育项目“青 TEEN 讲场”筹委会主席，我也是责无旁贷，运用创意打造青年人喜欢的教育项目。7 月 6-7 日，我们有幸与深圳市司法局联合举办首次以全英语进行的两日一夜大湾区“识法”交流团。超过 60 名在香港的国际学校或本地学校就读的优异学生前往深圳，跟来自深圳的国际学校中学生一同进行一场非凡的学习和交流体验。交流团内容包括参观深圳前海合作区人民法院、深圳国际仲裁院、民法公园、科技巨企美团及大疆。

作为法律工作者，我们肩负的不仅是个人的职业发展，更是推动法治进步和社会发展的责任。我们要以革命先贤为榜样，发扬新时代长征精神，磨练好自身本领，充分发挥专业优势，为推进大湾区高质量发展、建设更高水平社会主义现代化强国贡献自己应有的力量。我期待与各位一道，为实现中华民族伟大复兴的中国梦而不懈奋斗！

## 让长征精神照耀法治之路

○李道君 广东闻彰律师事务所

在历史的长河中，长征不仅是一段波澜壮阔的军事征程，更是一次深刻的精神洗礼，它铸就了中国共产党人坚定的理想信念和不屈不挠的革命意志。我非常有幸作为深圳都市圈的一员，作为东莞律师的代表参加“与法同行·重走长征路”的培训活动，听党课，看演出，行走在红军当年走过的山道上。这次活动对我而言，不仅是一次身体上的徒步，更是一次心灵上的洗礼，一次对法治信仰和忠诚的深刻感悟。

长征，是人类历史上的奇迹，是中国共产党及其领导的人民军队创造的伟大壮举。面对生死存亡的考验，红军战士以坚定的信仰、无畏的勇气，跨越万水千山，最终实现了战略转移，保存了革命的火种。这种精神，不仅是对个人极限的挑战，更是对理想和信念的坚守，它启示我们，无论在何种艰难困苦中，只要心中有信仰，脚下就有力量。对于律师而言，法治信仰如同长征路上的指南针，指引我们在纷繁复杂的案件中，始终坚守正义的立场，维护法律的尊严。法治不仅仅是冰冷的条文，它是社会公平正义的基石，是人民幸福生活的保障。正如长征途中，每一步都承载着对未来的希望，每一次坚持都是为了更美好的明天，我们律师的工作，每一次辩护、每一桩诉讼，都是为了守护法律的公正，促进社会的和谐。

忠诚，是长征精神的核心内涵。红军战士对党和人民事业的忠诚，是他们能够克服一切困难，取得长征胜利的重要原因。同样，作为一名律师，对法治的忠诚，

不仅体现在遵守法律、尊重司法程序上，更体现在积极参与法治建设，为推动我国全面依法治国贡献力量上。在参与“与法同行·重走长征路”的过程中，我深刻体会到，法治的推进需要每一个人的努力，尤其需要法律工作者的担当。我们不仅要精通法律知识，更要将法治精神融入日常工作中，用实际行动诠释对法治的忠诚。无论是为弱势群体提供法律援助，还是在重大案件中维护公平正义，每一次努力都是对法治的贡献，每一次胜利都是对国家法治进步的推动。

信仰，是长征精神的应有之义。长征的胜利，是中国共产党领导全国人民走向胜利的重要里程碑，它证明了只要有坚定的信仰，就没有克服不了的困难。如今，我们正处在实现中华民族伟大复兴的关键时期，这一伟大目标的实现，同样需要强大的信仰和坚定的信念。作为一名律师，我们不仅要有对法治的信仰，更要有对中华民族伟大复兴的信仰。我们要以长征精神为指引，将个人的职业追求与国家的发展紧密相连，用专业知识服务社会，用实际行动践行法治理念，用坚定的法律信仰照亮中华民族伟大复兴之路，为建设法治中国 and 实现新时代中国梦贡献力量。

“与法同行·重走长征路”活动，不仅让我们重温了那段光辉的历史，更激发了我们作为法律工作者的责任感和使命感。让我们以长征精神为动力，以法治信仰为指引，忠诚于法律，服务于人民，共同为构建和谐社会、推进法治中国建设而不懈奋斗！

## 重塑职业信念，践行法治诺言

○黄帅 广东邦仁律师事务所

夫法者，治国之重器，律师者，法之使者。自古以来，法治兴则国家兴，法治衰则国家衰。此次有幸受深圳市律师行业党委之邀，作为中山律师代表参与在于都举办的“与法同行·重走长征路”的培训活动，深感荣幸之至。这是一次心灵的洗礼，也是一次职业信念的重塑。长征

精神，不仅是中国共产党人的宝贵遗产，更是我们法律人追求公正、坚守法治的永恒灯塔。

此次培训，内容丰富，课程紧凑，意义重大。理论学习犹如砥砺前行的指南针，使我们对党的理论和政策有了更深的理解和领悟。而现场教学则像是一部生动的

历史教科书，让我们深切感受到那份坚韧与执着，激发了我们对法治事业的热爱与坚守。长征的历程，是法治精神的生动体现，它告诉我们，无论何时，都要秉持信念，勇往直前。

一代人有一代人的长征，我们律师也有我们律师的长征，我们的长征是服务社会的长征，是践行法治诺言的长征！

律师者，法之使者，民之喉舌。在新时代的法治舞台上，我们律师的角色不仅是法律的诠释者，更是公平正义的守护者。我们要以党的理论为指导，以法治为剑，为人民服务，为社会进步贡献力量。听党话，跟党走！我们要用法律的智慧解决群众的困扰，用实际行动践行法治的诺言。

面对新时代的挑战，我们应展现出长征般的毅力，坚持法律人的职业道德，坚决捍卫法律尊严。我们要积

极参与法治建设，推动法治社会的进步，让法律成为公平正义的守护者，让每一份公正都得以彰显。

同时，我们还应关注社会热点，以法律为工具，促进社会公正。我们不仅是法律的实践者，更是法治理念的传播者，我们要引导公众理解法律，提高全社会的法治素养，让法治成为社会进步的助推器。

回首长征，我们满怀敬意；展望未来，我们信心百倍。这次的党建活动是我们新的起点，我们将以此为契机，持续学习，提升自我，坚持以人民为中心，以法治为导向，为法治社会的建设，为全面依法治国的目标，奉献我们的专业和热情。

让我们携手并进，如同长征的勇士，不畏艰难，坚定信念，以法治的力量照亮前行的道路，以党员的责任感推动社会公正，为构建更公正、更公平、更和谐法治环境，勇往直前，矢志不渝。

## 重走长征路，感悟长征精神

○汤楚香 广东鸿浩律师事务所

我有幸作为惠州律师代表参加由深圳市司法局、深圳市律师行业党委、深圳市律师协会举办的“与法同行·重走长征路”活动。

今年，是红军长征出发 90 周年，我们在二万五千里长征的集结地和出发地“于都”启动“与法同行·重走长征路”活动，意义非凡。深圳市律师行业党委陈明书记在启动仪式上激情澎湃的讲话，让我深知律师作为全面依法治国的重要力量，要传承伟大的长征精神来展现新时代律师新形象，认真落实司法部党组提出的“五点希望”，胸怀“两个大局”，心系“国之大者”，努力做党和人民满意的好律师。

在观看大型红色文旅史诗《长征第一渡》中，我感受到每一位红军战士在面临亲人离别、羁绊、盼望、等待的情绪，那是那么的揪心。我们在祁禄山镇重走 5.2 公里红军长征小道，重温当年的艰辛征途，感受不变的初心使命。我们通过实地参观中央红军长征第一渡东门渡口旧址、长征出发纪念馆、潭头社区、禾丰兰博园等地追寻红色记忆，感悟伟大长征精神的深刻内涵。于都

县委党校李金生副校长在中央红军长征第一渡东门渡口旧址下的讲课生动有趣，至今仍回味无穷。

“雄关漫道真如铁，而今迈步从头越”。伟大长征精神，就是把全国人民和中华民族的根本利益看得高于一切，坚定革命的理想和信念，坚信正义事业必然胜利的精神；就是为了救国救民，不怕任何艰难险阻，不惜付出一切牺牲的精神；就是坚持独立自主、实事求是，一切从实际出发的精神；就是顾全大局、严守纪律、紧密团结的精神；就是紧紧依靠人民群众，同人民群众生死相依、患难与共、艰苦奋斗的精神。作为法律从业者，我们面临市场、环境不断变化下的法治建设挑战，我们要不畏困难迎接每一个挑战，充分发挥长征精神，积极参与法治建设，以昂扬的姿态担负新时代律师行业发展使命，要有进一步坚定走好新时代长征路的信心和决心。对我来说，在中华民族伟大复兴的道路上奋勇前进，全心全意为人民群众提供优质高效的法律服务，就是长征精神的弘扬，就是长征故事的延续。



# 新《公司法》背景下 减少注册资本金的 流程与风险防范

○林冰\* 黄海天\* 广东家之丞律师事务所

2023 年 12 月 29 日，十四届全国人大常委会第七次会议通过了新修订的公司法。该法案将从 2024 年 7 月 1 日起正式实施。新《公司法》针对自 2013 年施行的认缴登记制带来的“注册资本注水”问题做出回应，不仅对认缴登记制进行了完善，明确全体股东认缴的出资额由股东按照公司章程的规定自公司成立之日起 5 年内缴足，并规定新《公司法》施行前已登记设立的公司，出资期限超过本法规定期限的，除法律、行政法规或者国务院另有规定外，应当逐步调整至本法规定的期限以内。<sup>①</sup>此外，还引入了出资加速到期制度，赋予公司或者已到期债权的债权人要求已认缴出资但未届出资期限的股东提前缴纳出资的权利。<sup>②</sup>

新《公司法》对债权人保护力度加大的同时，必然也增加了存量公司股东所承担的风险，加之认缴登记制下存在许多认缴数额过大、认缴期限过长的企业，减资成为近日的新风潮。笔者团队在研究和实务中发现，虽然我国关于公司减资的现行规范主要集中在公司法和一些行政法规与部门规章之中，总体上看数量不多。但是想要真正起到降低股东实缴出资义务，避免其中的法律

风险，仍需要对减资作进一步了解。

## 一、公司减资的基础理论

### （一）公司减资的概念

公司减资是指有限责任公司或股份有限公司，减少记载于公司章程并在行政登记机关登记的注册资本总额的行为。我国采取法定资本制的公司资本制度，即公司章程中设定的注册资本必须高于或等于法定最低资本标准。在成立前，股东需要一次性足额认购注册资本，以确保公司符合法定的成立条件。对于认购的资本，股东可以选择一次性足额缴纳，或在法定期限内按比例分期缴纳。所以，在法定资本制度之下，公司减资就是公司减少注册资本的行为。<sup>③</sup>

### （二）公司减资的类型

公司法对公司减资的类型并无区分，学界不乏对公司减资类型的研究，而在实务中则主要划分为实质减资与形式减资、同比例减资与不同比例减资等类型。

#### 1. 实质减资与形式减资

根据公司在减资过程中净资产是否发生实际变化，

可以将减资分为实质减资和形式减资。实质减资是指公司净资产的减少导致公司承担债务的能力下降，即公司资产实际流出。形式减资则是指公司净资产并未实际流出，仅仅是在工商登记中认缴的注册资本数额发生了变化，这种减资不影响公司的负债承担能力。该种减资类型的划分在实务中最为重要，不仅直接关系到公司偿债能力是否变化，还关乎减资后的税务问题。

#### 2. 同比例减资与不同比例减资

以公司减资时公司股东各自的持股比例有无发生变化为标准，可以将公司减资划分为同比例减资与不同比例减资。各股东按照持股比例相应减少出资额，在注册资本总额减少的同时保持持股比例不变，称为同比例减资。被减资股东单独减少出资额，其他其余股东的出资额不变，但持股比例会上升，称为不同比例减资。

2023《公司法》新增了公司减资中的同比例减资要求，即减资时各股东应当按照出资额或者持股的比例相应减少出资额或者股份，也就是说公司减资原则上应为同比例减资。法条在规定同比例减资的同时也为公司自治留下了充分的空间，即法律另有规定、有限责任公司全体股东另有约定或者股份有限公司章程另有规定的除外。<sup>④</sup>

### （三）公司减资的情形

虽然新《公司法》规定的认缴期限已然刮起一阵减资风潮，但是跟风减资并非明智之举。不考虑实际情况而盲目减资不仅不能起到股东期待的效果，反而会造成变相加速债权人债权到期和挤兑、产生高昂税务成本等负面影响。结合法律与实务经验，笔者认为符合以下情形之一的公司方才存在减资的必要。

#### 1. 注册资本金虚高

注册资本金本是作为公司偿债能力的一个反映指标，但自 2013 年认缴注册制实施以来，不乏天价注册资本金、百年缴纳期限的公司出现。面对新《公司法》，存量公司除特别规定

情形外，都应当逐步调整至规定的期限以内。<sup>⑤</sup>注册资本金虚高的公司，或者五年期限内没有能力补足认缴注册资本金的公司，通过公司减资将注册资本金调整至合理水平，是其降低股东承担责任限额必不可少的步骤。

#### 2. 因股东主动退出减资

当股东要求退股变现时，在现有股东以及第三方无人承接的情况下，可以通过前文所述的不同比例减资以进行股权变现。也即减少注册资本金，被减资股东单独减少出资额，其他其余股东的出资额不变，但持股比例会上升，最终达到股东退出序列的目的。

#### 3. 因股东失权减资

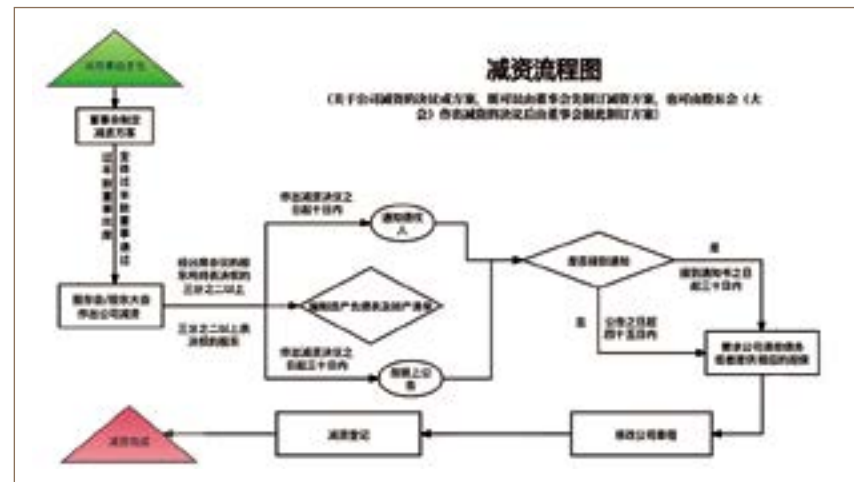
《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》第十八条规定了没有履行出资义务或者抽逃全部出资的股东，经公司催告在合理期限内仍未返还或者缴纳的，股东除名后其他股东不增资或第三人认购的则应当及时减资。而新《公司法》修订了“股东催缴失权制度”，<sup>⑥</sup>也即股东未按照规定缴纳出资，经公司催缴出资，宽限期届满后仍未出资的，公司可做失权通知。同样在第二款规定了此种情形下可以相应减少注册资本并注销该股权。

## 二、公司减资的流程详解

### （一）准备阶段

#### 1. 制定减资方案

关于公司减资，既可以由董事会先制订减资方案



\* 林冰，广东家之丞律师事务所律师，广东省法学会婚姻家庭法学研究会常务理事，曾获 2019 年中央电视台法治频道优秀公益律师奖。

\* 黄海天，广东家之丞律师事务所实习人员，曾获广东省法学会婚姻家庭法学研究会 2023 年学术年会优秀奖。

① 《中华人民共和国公司法 (2023 修订)》第四十七条。

② 《中华人民共和国公司法 (2023 修订)》第五十四条。

③ 李昊远. 我国公司减资的现实困境及其解决路径 [D]. 南京师范大学, 2022. DOI:10.27245/d.cnki.gnjisu.2021.002176.

④ 《中华人民共和国公司法 (2023 修订)》第二百二十四条。

⑤ 《中华人民共和国公司法 (2023 修订)》第二百六十六条。

⑥ 《中华人民共和国公司法 (2023 修订)》第五十二条。



提交股东会批准，也可以是股东会作出减资的决议后由董事会据此制订方案。在制定减资方案时，法律法规并没有对具体内容进行规定。一般来说，公司董事会或执行董事需要根据实际情况和需求来制定。减资方案可以包括以下内容：确定减资基准日（减资的基准日是制定减资方案所依据的财务数据的所属日期）、减资的方式、减资对价的支付方式、减资基准日前的债务清单以及主要债务详情、明确召集以及表决减资决议相关事项、人事调整、税务筹划等。

#### 2. 税务减资备案

公司认缴注册资本金发生增减，都需要变更营业执照，而营业执照变更后税务登记证也要变更，但是由于税务登记证上没有注册资本金，因此只要在税务局备案即可。

#### 3. 股东会（股东大会）作出减资的决议

股东会（股东大会）作出减资决议，需经出席会议的股东所持表决权的三分之二以上的股东同意。其具体内容一般包括：需要减资到的公司注册资本金数额；减资完成后的股东权益、债权人利益的安排；修改公司章程有关的事项；股东持股比例及其出资额的变化等。

#### （二）编制资产负债表及财产清单

资产负债表是一种会计报表，它详细展示了企业在特定时间点（如月末、季末或年末）的资产、负债和所有者权益的总体状况。这份报表是企业财务状况的静态快照，根据会计等式“资产=负债+所有者权益”来构建，按照既定的分类和顺序，将企业在该时间点的资产、负债和所有者权益的具体项目进行合理排列和编制。通过资产负债表，可以了解企业在特定日期所拥有的经济资源、所承担的债务以及所有者对企业净资产的所有权。在资产负债表的编制当中，需重点关注负债类科目金额与实际金额是否一致（因为涉及到需要告知的债权人）。财产清单针对的是企业所属资产，通常也即是针对资产负债表上的资产类科目编制清单，能比较直观地反应出都有哪些财产、性质、数量、金额等等。

#### （三）通知债权人并公告

新《公司法》规定公司应自股东会作出减资决议之日起十日内通知债权人，并于三十日内公告，渠道可为报纸或者国家企业信用信息公示系统。在债权人

的通知及公告上存在缺陷，是实践中公司减资产生诉讼的主要原因，既包括以公告代替通知的错误，也存在债权人范围认定不清的错误，后文将详细阐述。

#### （四）债权人提出清偿或提供担保的要求

新《公司法》规定：“债权人自接到通知之日起三十日内，未接到通知的自公告之日起四十五日内，有权要求公司清偿债务或者提供相应的担保。”<sup>⑦</sup>对于实际存在负债的公司来说，公司还应注意在发出减资通知或公告后接收债权人在公告期间或书面通知中约定的期限内对公司提出的清偿债务或提供相应担保的要求，及时与债权人进行沟通并评估提前清偿债务或提供担保对公司现金流及减资计划的影响，与债权人确认合适的处置方案，以免影响减资安排。

此外，还需注意公司章程中对债务清偿或对外提供担保的决策要求，且该等事项往往可能是公司融资的交易文件中需要取得投资人事先书面同意的事项，需与相关投资人提前做好沟通。在实践层面，虽然各地工商管理部门对“公司债务清偿或者债务担保情况的说明”要求略有不同，但法律法规没有明确，如果债务人要求清偿或者提供担保，而企业无法清偿或担保，是无法办理普通减资手续的。

#### （五）修改公司章程

修改公司章程以反映减资情况，一般情况下，公司减资在股东会/股东大会决议上就需要将修改公司章程作为议案进行审议表决。在审议通过后，待通知债权人和公告满足法定时间后，再将修改后的章程作为工商减资变更材料的一部分提交市场监督管理局进行减资登记。

#### （六）办理工商变更登记

减资公告公示期满后，由所有股东在市场监管平台认证并确认减资即可进行工商变更登记流程。为了完成公司减资的程序，需要准备以下文件和材料：1. 公司的营业执照原件和复印件；2. 公司的公章；3. 填写并提交的《企业变更（备案）登记申请书》（适用于深圳市）；4. 修改后的公司章程或章程修正案（适用于深圳市）；5. 经办人的身份证明文件（适用于深圳市）；6. 法人及股东的身份证复印件；7. 减资的具体金额；8. 在报纸上公开发布的减资公告；9. 关于公司债务清偿或债务担保情况的正式说明（适用于深圳市）；10. 根据《公

司法》制定的变更决议或决定文件（适用于深圳市）：对于有限责任公司，需要提交由代表三分之二以上表决权的股东签署的股东会决议；对于股份有限公司，需要提交由会议主持人和出席会议的董事签字确认的股东大会会议记录；对于一人有限责任公司，需要提交由股东签署的书面决定。仅通过报纸发布减少注册资本公告的，需要提交依法刊登公告的报纸样张，应当自公告之日起45日后申请变更登记。已通过国家企业信用信息公示系统发布减少注册资本公告的，可免于提交减资公告材料。

#### （七）简易减资

2018年《公司法》仅规定了普通减资的要求，该种减资需要公告并为债权人进行债务清偿或担保，给公司造成的经济压力很大，实践中也屡现违反该种债权人保护措施的案例。新《公司法》对此进行明确，公司可以通过减少注册资本弥补亏损。

其限制条件为：第一，减资中不得向股东分配，也不得免除股东缴纳出资或者股款的义务；第二，在法定公积金累计额达到公司注册资本百分之五十前，不得分配利润。

### 三、减资过程中的常见风险

#### （一）是否对债权人尽到通知义务

新《公司法》规定“公司应当自股东会作出减少注册资本决议之日起十日内通知债权人，并于三十日内在报纸上或者国家企业信用信息公示系统公告。”其中“通知”和“公告”这两个词并列使用，意味着它们并非互斥的选择。在这里，“通知”和“公告”是针对不同种类的债权人。具体来说，“通知”是针对那些已知并且能够取得联络的债权人，而“公告”则是针对那些无法联络上的债权人和潜在的不特定债权人。<sup>⑧</sup>

公告作为一种拟制的通知方式，是对直接通知的补充和完善。公告只有在无法直接通知的情况下，才会作为一种替代方式使用。实践中不乏因未通知债权人而导致减资的股东需对公司无法偿还的债务承担补充赔偿责任的例子。如江苏省高级人民法院判例，货

运公司诉陈某、徐某、杨某公司减资纠纷案中，陈某就因减资未通知已知债权人，而需要在减资范围内就贸易公司欠付货运公司的债务承担补充赔偿责任。<sup>⑨</sup>

#### （二）通知债权人中的债权人范围

根据业界文章和法院的判决，公司在进行减资时需要通知的债权人不仅包括在股东会或股东大会作出减资决议时已经明确存在的债权人，还包括在减资决议通过后、工商登记变更完成前这段时间内新产生的债权债务关系中的债权人。不论债权是否到期或存在争议，都不影响其作为债权人的身份。

具体来说，公司在作出减资决议之前，如果债权已经确定，那么与这些债权相关的当事人自然被视为已知债权人。即使在减资决议作出时，债权的具体数额尚未确定，但只要债权的发生已经确定，相关的债权人也应被视为已知债权人。此外，即使在减资决议作出时债权尚未形成，但根据情况判断该债权的发生是必然的，相关的债权人同样被视为已知债权人。除了决议前的已知债权外，公司在减资决议作出之后、工商变更登记完成之前新产生的债权，其对应的债权人也应当被通知。

#### （三）变更工商登记时的债务担保承诺书

很多工商局会要求全体股东签署一份债务担保承诺书，承诺对公司与减资金额相同金额的债务承担连带责任。《关于债务清偿及债务担保承诺书》往往会载明：“对于减资前存在的债务，在公司减资后，如公司资产不足以清偿，全体股东承诺将按减资前各自的出资额承担债务的连带清偿责任。”所以，即使减资程序合法合规，但公司对外负债，对签署人而言该承诺书是一个随时可能被引爆的地雷。

### 四、结语

公司的减资制度对于公司股东、债权人乃至整个经济市场都意义重大，但新《公司法》下的减资制度实际上仍不太完善。作为需要减资以迎接公司法变动的企业主，了解公司减资的适用情形，明晰公司减资的程序流程是必不可少的基础，在此基础上还应着重关注减资过程中常见的风险点，才能正确利用减资手段实现目的。

⑦《中华人民共和国公司法(2023修订)》第二百二十条。

⑧薛波：《公司减资违反通知义务时股东的赔偿责任——《最高人民法院公报》载“德力西案”评释》，《北方法学》，2019，13(3):13.

⑨江苏省高级人民法院发布8起2020—2021年公司审判典型案例之二：货运公司诉陈某、徐某、杨某公司减资纠纷案

【法宝引证码】CLIC.431508037





# 新《公司法》下， 股东抽逃出资的 刑事风险变化及合规建议

○陈曦尧\* 广东卓建律师事务所

《公司法》已由第十四届全国人民代表大会常务委员会第七次会议于 2023 年 12 月 29 日修订通过，自 2024 年 7 月 1 日起施行。

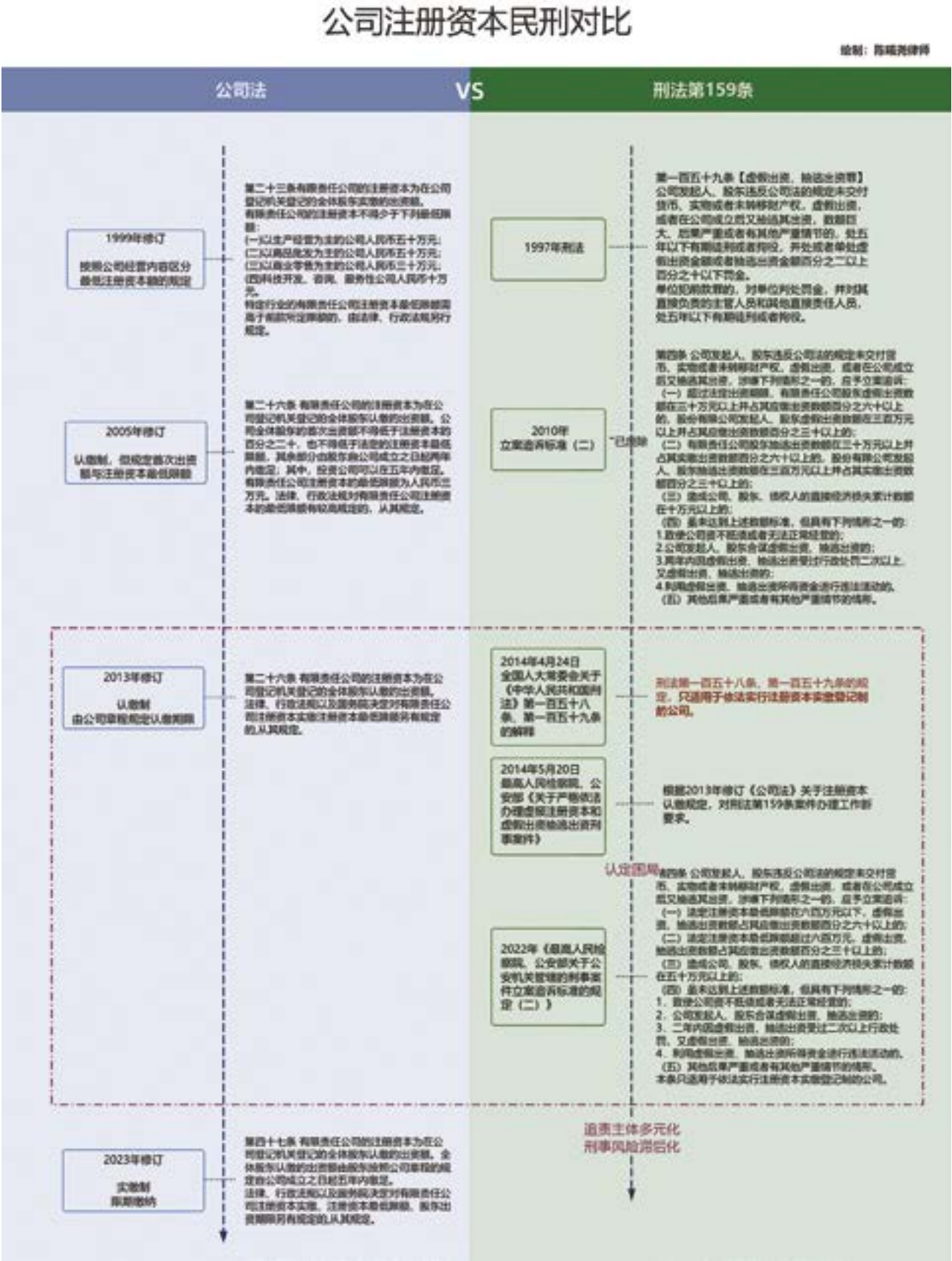
本次《公司法》修订，新增和修改了 228 个条文，实质性修改 112 个，修改篇幅达到四分之一，改动之大，对全国数千万家公司管理和经营产生重大革新。尤其是公司注册资本由原来的认缴制变更为限期实缴制，这是否意味着将重新激活股东抽逃出资的刑事风险？笔者浅析新《公司法》对股东抽逃出资的刑事风险变化，并尝试提出合规建议，希望对企业在治理过程中有所裨益。

## 一、新《公司法》前，注册资本缴纳制度数次修订 逐渐弱化股东抽逃刑事风险

为了更加清晰、简练地表述和可视化地对比，笔者特绘制右图。

从右图可知，《公司法》对注册资本的历次修订，反映我国从“限缩市场准入门槛——放宽市场准入限制——充分释放改革红利——强化经营主体高质量发展”的经济政策导向。注册资本从实缴制 - 认缴制 - 限期实

\* 陈曦尧，广东卓建律师事务所律师，高级企业合规师、DPO 数据合规官，专注于刑事辩护和企业刑事合规业务，现任第十二届广东省律师协会职务辩护法律专业委员会委员、第十一届深圳市律师协会刑事合规法律专业委员会秘书长。





缴制的变化，对《刑法》第 159 条抽逃出资罪的认定和适用引发变化。

“抽逃出资”不仅简单地指股东将出资款转入公司账户后又转出的行为。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》第十二条规定：公司成立后，公司、股东或者公司债权人以相关股东的行为符合下列情形之一且损害公司权益为由请求认定该股东抽逃出资的，人民法院应予支持：（一）制作虚假财务会计报表虚增利润进行分配；（二）通过虚构债权债务关系将其出资转出；（三）利用关联交易将出资转出；（四）其他未经法定程序将出资抽回的行为。

《刑法》第 159 条规定的抽逃出资罪，是指公司发起人、股东在公司成立后又抽逃其出资，数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的行为。该法条中“未交付”“未转移”“又抽逃”的表述，明确立法语境是股东已经履行了出资义务，且出资已成为公司实缴资本。抽逃出资的行为是一定发生在实缴资本确定之后，只有确定了公司的实缴资本才能认定股东的抽逃行为。

自 2013 年《公司法》将注册资本修订为认缴制后，除了法律、法规对注册资本实缴有另外规定的以外，对认缴制公司股东，从立法上和司法实践上，均出现对抽逃出资的违法性认定的困境，甚至导致去犯罪化的结果。

不管是 2010 年还是 2022 年修订的《最高人民检察院、公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）》（以下简称《追诉标准（二）》），第 4 条也只是简单地将“抽逃出资数额”作为追诉行为入责任的衡量标准。因此，在认缴制下对股东或发起人没有出资时间的限制，也就无法认定股东或发起人的抽逃出资行为。

2014 年 4 月全国人大常委会关于《中华人民共和国刑法》第一百五十八条、第一百五十九条的解释，也明确只适用于依法实行注册资本实缴登记制的公司。<sup>①</sup>2014 年 5 月发布的《最高人民检察院、公安部关于严格依法办理虚报注册资本和虚假出资抽逃出资刑事案件的通知》（公经〔2014〕247 号），明确要“严格把握本罪罪与非罪的界限自 2014 年 3 月 1 日起，除依法实行注册资本

实缴登记制的公司以外，对公司股东、发起人不得以虚假出资、抽逃出资罪追究刑事责任。”

因此，2013-2024 年这十年间，对于不属于实行注册资本实缴登记制的公司如果股东出现抽逃资金行为，只能用公司法等民事法律规制，《刑法》第 159 条对于认缴制公司的抽逃行为不再规制。

对于实行注册资本实缴登记制公司的抽逃行为，笔者通过 alpha 对 2014 年之后公开的抽逃出资罪案例搜索，发现有以下几个特点：

1. 公司股东在认缴范围内进行全部或者部分实缴后，实施的抽逃行为。换言之，抽逃行为的认定还是以实际出资为前提。

2. 抽逃行为主要集中在三种方式：

第一种，借钱出资，待公司注册成立后将注册资本转出归还；

第二种，公司设立时股东以自有资金缴纳注册资本，但当公司成立后，又将其出资撤回；

第三种，实际控制人让他人作为发起人成立公司并认缴注册资本，待公司成立后将注册资本抽逃，并通过股权转让的方式成为实际控制人 / 法定代表人，且事后亦未补缴。

3. 对抽逃行为刑事追责，不仅从抽逃金额判断，而且从抽逃行为的时间节点判断行为入主观恶性。多份判决显示，行为人在取得验资报告后的极短时间，甚至第二日便实施资本转出行为，证明其有损害公司利益的主观恶性。

4. 公布案例在审判程序上多为认罪认罚案件，部分适用简易程序，实行独任审判。

## 二、新《公司法》强化股东出资义务并呈现抽逃追责新趋势

我国现行《公司法》第 35 条规定，公司成立后，股东不得抽逃出资。新《公司法》在资本限期认缴制度的背景下，在法律层面细化禁止股东抽逃出资的相关规定，从而保障公司、其他公司股东及公司债权人的合法权益。

（一）追责主体呈现多元化

新《公司法》第五十一条规定：“有限责任公司

成立后，董事会应当对股东的出资情况进行核查，发现股东未按期足额缴纳公司章程规定的出资的，应当由公司向该股东发出书面催缴书，催缴出资。未及时履行前款规定的义务，给公司造成损失的，负有责任的董事应当承担赔偿责任。”

新《公司法》第五十三条规定：“公司成立后，股东不得抽逃出资。违反前款规定的，股东应当返还抽逃的出资；给公司造成损失的，负有责任的董事、监事、高级管理人员应当与该股东承担连带赔偿责任。”

新《公司法》第二百五十三条规定：“公司的发起人、股东在公司成立后，抽逃其出资的，由公司登记机关责令改正，处以所抽逃出资金额百分之五以上百分之十五以下的罚款；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处以三万元以上三十万元以下的罚款。”

原《公司法》对抽逃出资的法律责任，仅限于发起人、股东两类主体，本次修订特别增加董事、监事、高级管理人员、对直接负责的主管人员和其他直接责任人员对公司资本充实的管理责任。

对照刑事风险，虽然上述人员并非符合《刑法》第 159 条的主体条件，但如有证据证明上述人员对资本管理负有责任且为抽逃行为提供便利，或者放任抽逃结果发生，或者与抽逃股东共谋，亦存在以抽逃共犯被追究刑事责任的风险。

（二）刑事风险激活滞后性

新《公司法》第四十七条规定：“有限责任公司的注册资本为在公司登记机关登记的全体股东认缴的出资额。全体股东认缴的出资额由股东按照公司章程的规定自公司成立之日起五年内缴足。法律、行政法规以及国务院决定对有限责任公司注册资本实缴、注册资本最低限额、股东出资期限另有规定的，从其规定。”

在新规定下，抽逃出资罪只可能产生于五年内公司章程规定的实缴期限届满，或者逐步调整到最迟五年实缴期限届满后。那么，五年内股东注册资本到位后，股东再抽逃出资是否可能触犯本罪？这是个值得关注的问题。笔者认为，对于一般能够通过民商事法律规制实现法益损害修复的，则不具有启动刑事程序的必要。但如果行为人的行为、金额达到立案标准，且造成公司重大损失的，则依然面临刑事处罚的可能性。

## 三、新《公司法》限期实缴制度下出资合规建议

（一）规范减资程序，厘清减资与抽逃界限

新《公司法》限期实缴制度，导致缺乏资金实力的中小企业面临繁重的出资压力。无法在规定期内完成实缴的企业，要么减资到可承受资本范围，要么公司转手他人，要么注销关门大吉。想必，接下来在全国将会掀起一阵减资潮。

在减资过程中，公司以退还股东出资的方式进行实质减资的，需要审查公司财务情况以及营收状况。如果存在亏损，仍进行实质性减资导致公司资不抵债或者无法经营的，则可能构成抽逃风险。

根据《最高人民法院第二巡回法庭法官会议纪要（第二辑）》中记载：股东抽逃出资行为本质上是股东侵犯公司财产权，导致公司责任财产减少。如果在公司减资过程中股东并未实际抽回资金，则属于形式上的减资，即公司登记的注册资本虽然减少，但公司责任财产并未发生变化。这种情形下，虽然公司减资存在违法行为，但不能因公司减资程序不合法就认定股东构成抽逃出资。

（二）明确董监高对资本管理的岗位职责，完善出资核查记录台账

新《公司法》对董监高的职责提出新要求的，与之相适应的，企业应当：

1. 及时修订公司章程，完善董监高的岗位职责
2. 制作岗位职责清单，细化监管内容，董监高签署岗位说明书，强化责任心；
3. 要树立管理、决策证据留痕意识，出资管理、核查定期记录并会签，以便问责到人。

（三）公司资本量力而行，匹配当期资金能力或可预期资金能力

注册资本并非越多越好，金额越多，责任越大。建议发起人、股东合理设置注册资本，匹配经营所需及资金能力，切勿贪图高大上，以免企业发展后劲不足。

（四）合规合法的将公司资本流向股东

股东应当根据公司章程进行分红，注重分红决议及文件的签署，违法分配或者不当分配利润的，应当返还。最后还需要再次强调的是，公司资本的充实责任，现在不仅是股东承担责任，董监高不可无视、放任，否则董监高可能为股东的抽逃行为一路“赔”跑。

①施行注册资本实缴制详见《国务院关于印发注册资本登记制度改革方案的通知》国发〔2014〕7 号。





# 从新《公司法》视角看 党组织参与公司治理的机制

○陈孟彬\* 广东深大地律师事务所

2023年12月29日，全国人大常委会审议通过了修订后的新《公司法》，本次修订是1993年《公司法》以来的第六次修改，也是规模最大的一次修订，将对我国4300多万家公司产生系统影响。其中关于党组织在公司中的作用，此次修订按照国有出资公司和其他公司的二元结构进行了合理区分，将现有党内法规对基层党组织相关要求融入到新公司法条文，充分体现了中国特色的公司法律制度。

\* 陈孟彬，广东深大地律师事务所合伙人、律师，中国法学会会员、深圳市“八五”普法讲师团成员、第十一届深圳市律师协会海事海商专业委员会委员。

坚持党的全面领导是坚持和发展中国特色社会主义的必由之路，中国特色现代国有企业制度，特色就在于把党的领导融进公司治理各环节，把企业党组织内嵌到公司治理结构之中，明确和落实党组织在公司法人治理结构中的法定地位。

新《公司法》第十八条规定，在公司中，根据中国共产党章程的规定，设立中国共产党的组织，开展党的活动。公司应当为党组织的活动提供必要条件。该条内容与修订前公司法第十九条表述一致。但是结合新《公司法》第一百七十条新增规定，国家出资公司中中国共产党的组织，按照中国共产党章程的规定发挥领导作用，研究讨论公司重大经营管理事项，支持公司的组织机构依法行使职权。党组织参与公司治理机制在法律层面得到确立，但由于投资人不同，党组织在国家出资公司和民营公司中发挥的作用和参与机制应当有所区别。

## 一、国有出资公司党组织参与公司治理的机制

《党章》第三十三条规定，“国有企业党委（党组）发挥领导作用，把方向、管大局、保落实，依照规定讨论和决定企业重大事项。国有企业和集体企业中党的基层组织，围绕企业生产经营开展工作。保证监督党和国家的方针、政策在本企业的贯彻执行；支持股东会、董事会、监事会和经理（厂长）依法行使职权；全心全意依靠职工群众，支持职工代表大会开展工作；参与企业重大问题的决策；加强党组织的自身建设，领导思想政治工作、精神文明建设、统一战线工作和工会、共青团、妇女组织等群团组织”。2017年《国务院办公厅关于进一步完善国有企业法人治理结构的指导意见》、2019年《中国共产党国有企业基层组织工作条例（试行）》等行政政策和党内法规的颁行使国有企业党组织作为治理主体之一在公司治理中具有了相应的法定地位。

通过持续的改革实践和理论探索，党组织在国有出资公司治理结构中的法定地位已经明确，国企中国式治理结构得以重建。国企法定治理主体已经由一般意义的公司治理的“三会一层”（股东会、董事会、监

事会及经理层）转变为“五会一层”（党委会、股东会、董事会、监事会、职代会及经理层）。党组织、董事会、经理层是基础治理主体，通过领导、决策、执行主链条推动国企改革与发展，股东会、监事会、职代会是支撑治理主体，分别从出资人、内部监督、民主管理等角度支撑国有企业健康持续经营。

与一般商事公司不同，国有企业生产经营活动须服从国家经济社会建设发展大局，承担特殊社会职能和政治职能。2010年中共中央、国务院颁布《关于进一步推进国有企业贯彻落实“三重一大”决策制度的意见》，对重大决策、重要人事任免、重大项目安排和大额度资金运作事项要求由领导班子集体作出决定。这表明，国企党组织通过集体决定或前置研究讨论程序享有“三重一大”事项的决策权。董事会作为一般公司法意义上的经营决策机构，是公司事务执行和意思决定的主体，国企党组织支持董事会依法依规行使决策权。这就要求国有企业在现实中进一步划清领导权与决策权的权责边界。党组织成员通过“双向进入、交叉任职”的体制融入公司董事会、经理层，将党组织的决定与意图体现于公司经营决策过程之中已成为国企成熟的工作机制。

根据公司法规定，本法所称国家出资公司，是指国家出资的国有独资公司、国有资本控股公司，包括国家出资的有限责任公司、股份有限公司。因此，民营企业（无国资参股）和国有资本参股但没有控制权的公司（国有参股公司）党组织参与公司治理的机制应有所区别。

## 二、国有参股公司党组织参与公司治理的机制

目前公司法只对国家出资的国有独资公司、国有资本控股公司党组织应发挥领导作用有明确规定，但对国有参股公司党组织该发挥何种作用以及如何参与公司经营机制并未提及。

根据中共中央办公厅《关于在深化国有企业改革中坚持党的领导加强党的建设的若干意见》，国有参股公司比照非公有制企业开展党建工作。而非公有制企业党建工作，2012年中共中央办公厅出台的《关于



加强和改进非公有制企业党的建设工作的意见(试行)》明确,非公有制企业党组织是党在企业中的战斗堡垒,在企业职工群众中发挥政治核心作用,在企业发展中发挥政治引领作用。

《党章》第三十三条规定,“非公有制经济组织中党的基层组织,贯彻党的方针政策,引导和监督企业遵守国家的法律法规,领导工会、共青团等群团组织,团结凝聚职工群众,维护各方的合法权益,促进企业健康发展。”因此,根据党章规定,国有参股公司党组织并不直接对公司进行领导,而是通过引导和监督公司遵守国家的法律法规,领导工会等群团组织,团结群众来促进公司发展。

同时,根据《国有企业参股管理暂行办法》第二十三条,“国有企业持股比例合计 50% 以上的参股企业,党建工作原则上由持股比例最大的国有股东或国有资产监督管理机构领导和指导为主,按照有关规定落实管党治党责任。其他国有参股企业,国有股东应当加强对企业党建工作的领导和指导,推动党的组织和工作有效覆盖,充分发挥党组织和党员作用,确保党的领导和党的建设在参股企业得到充分体现,维护国有资产权益和社会公共利益,严防国有资产流失。国有参股企业党组织关系、党建工作领导和指导责任归属国有资产监督管理机构或国有企业的,原则上应当保持稳定。”因此,国有参股公司的党建工作由国有股东负责,在维护国有资产权益和社会公共利益方面,党组织应发挥领导作用;在公司经营其他事项方面,党组织主要发挥引导作用和监督作用。国有参股公司章程应对涉及国有资产权益和社会公共利益的决策权参照“三重一大”决策程序约定由党组织前置讨论。制度层面何为国有资产权益和社会公共利益需要进一步进行界定,否则动辄以国有资产流失或维护公共利益的理由直接领导国有参股公司的经营决策也不利于激发民营股东的活力和积极性,公司章程应在党组织需前置讨论的重大事项上进行细化约定,捋顺党组织与董事会、股东会、经理层、职代会之间的关系。

### 三、民营公司党组织参与公司治理的机制

由于民营公司(无国资参股)和国有公司在产权结构、公司治理、组织架构、企业目标、人事任免、社会责任等方面存在诸多差异,所以研究党组织参与民营公司治理的机制和效果不能套用国有公司模式。在民营企业中,党组织并不直接参与公司的经营治理,但会参加公司的重要会议与决策过程,主要发挥间接作用,具体表现在引导、咨询、统战、维权、协调和企业文化建设等方面,其目标是探索党组织建设与企业发展的最佳融合方式。民营企业党组织建设的重心之一在于“围绕生产抓党建,抓好党建促生产”。

党组织参与治理能够促进民营公司健康发展,提升企业绩效,具体表现为以下三个方面:一是党组织有助于增强企业的社会公信力。设立党组织是用共产主义价值观规范公司治理的一条渠道,党组织通过对党员高管的约束,降低了各个环节公司造假风险,形成良好的合规经营文化,增强公司社会公信力。二是党组织有助于提升企业政策认知水平。作为嵌入企业内部的政治主体,党组织是企业与地方政府和上级党委的重要沟通桥梁,有助于民营企业获取并理解政策信息,从而消除政策不确定性对企业绩效的负面冲击。三是党组织有助于保护企业员工合法权益。非公有制企业党组织的职能之一,是领导工会、共青团等群众组织,团结凝聚职工群众,维护各方合法权益,促进企业健康发展。

总之,完善中国特色现代公司制度不仅是新《公司法》关注的重点,同时也是党内法规对党组织提出的重要要求。国有独资公司、国有控股公司、国有参股公司、民营公司,都需要党组织发挥相应作用促进公司健康发展。但党组织的具体作用,需要根据公司业务性质、国资比例、员工人数、社会影响力等诸多因素,同时严格按照公司法和党内法规的相关要求合理进行确定。作为公司律师应该将公司法律制度和党内法规相关规定融会贯通,探索和发挥党组织在各类公司中的积极作用,引导公司党组织、股东会、董事会、经理层、职代会等在法制轨道上形成合力促进公司健康发展。

## 从法律维度看 内地与香港房地产制度异同

○陈少彬\* 香港梁浩然律师事务所 何雁英\* 广东宏力律师事务所 陈丽霞\* 福建泽良律师事务所

房地产一直是与民生和经济投资都息息相关的重要领域,在这一领域的法律法规规范着房地产交易的有序运作。香港特区作为我国实行普通法体系的特别行政区,其房地产相关法律与内地有所不同。本文将从土地制度、房地产的持有形式、房地产交易时土地权益的确认及公示方式等几方面对内地与香港房地产制度进行对比,为两地法律从业者提供参考。

### 一、两地土地制度总览

内地与香港特区的土地制度总体类似,都由中华人民共和国持有土地的所有权,并将土地使用权通过政府出让、划拨、批出租赁等方式交予个人或集体。

#### (一) 内地: 社会主义公有制

内地实行土地的社会主义公有制,即全民所有制和劳动群众集体所有制。全民所有,即国家所有土地的所有权由国务院代表国家行使。具体来说,内地实行城乡二元的土地公有制结构,城市市区的土地属于国家所有,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,属于农民集体所有。

此外,国家按照所有权与使用权分离的原则,实行城镇国有土地使用权出让、转让制度,国有土地可以依法出让、划拨给单位或个人使用,单位和个人在一定的期限内对土地享有使用权。具体的使用年限法

律有严格的规定,政府部门根据国家总体规划,将土地按照住宅、商业或其他类别进行出让,土地使用权出让最高年限按下列用途确定:(一)居住用地七十年;(二)工业用地五十年;(三)教育、科技、文化、卫生、体育用地五十年;(四)商业、旅游、娱乐用地四十年;(五)综合或者其他用地五十年。取得土地使用权的土地使用者,其使用权在使用年限内可以转让、出租、抵押或者用于其他经济活动。

#### (二) 香港: 政府批租制

根据《香港特别行政区基本法》,香港特区境内的土地和自然资源属于中华人民共和国所有,由香港特区政府负责管理、使用、开发、出租或批给个人、法人或团体使用或开发。

绝大部分香港特区的土地都由香港特区政府通过批出租契(lease)的形式,交予个人、法人或团体使用

\*陈少彬,香港梁浩然律师事务所有限法律责任合伙资深顾问律师、京师浩然(前海)联营律师事务所联合创始人、粤港澳大湾区执业律师,在国际商事仲裁、民商法、公司法、婚姻家庭及继承法等领域具有丰富的执业经验。  
\*何雁英,广东宏力律师事务所合伙人律师,办理过大量房屋买卖、房屋租赁、房屋继承等民事集体诉讼案件。  
\*陈丽霞,福建泽良律师事务所合伙人,擅长房地产纠纷、婚姻家庭、财产继承、人身损害等诉讼及非诉业务。



或开发。因此，获得授权的个人、法人或团体仅获得一段期限内的土地权益。

法律规定针对土地可享有的权益称为法定产业权 (legal estate)，其中包括 (a) 土地的绝对年期 (term of years absolute); (b) 土地或其上的任何地役权 (easement)、权利 (right) 或特权 (privilege) 的法定权益，而土地的权益相等于绝对年期者；以及 (c) 法定押记 (legal charge)。在现实生活中，产业权可通过租契 (lease)、地役权约定、契诺 (covenant)、押记或按揭等形式实现。

土地的法定产业权上具有所有人权益 (proprietary interest) 的性质，具体表现为权益跟随土地流转。当土地的所有权转移时，原所有人与该土地相关的权利与义务均会转移给新所有人，即使新所有人并未参与缔结产生这些权利义务的合同。

但若要根据所有人权益性质向第三人行使土地产业权，该土地产业权须满足以下 4 个要素才可被认为具有所有人权益性质：(1) 土地产业权可确定；(2) 第三方可认知；(3) 就其性质而言可转让；(4) 有一定程度的稳定性或永久性。

内地法律对于房地产上附着的其他权益也有类似规定，如地役权未经登记不得对抗善意第三人等。虽然在香港房地产制度背景下，将土地产业权在土地注册处进行登记是最常用且有效的使第三方认知到此土地产业权存在的方式，但与内地不同，香港并未排除其他使第三方认知到该地役权的方式。

## 二、房地产的持有形式

内地与香港特区的房地产持有形式总体相似，均有单独持有和两个或以上组织、个人共同持有几种形式。本部分主要比较两地房地产的共有形式。

### （一）内地：按份共有以及共同共有

根据《民法典》，不动产可以由两个以上组织、个人共有。共有包括按份共有及共同共有两种形式。

按份共有，指数人按应有份额对共有物共同享有权利和分担义务的共有。在按份共有中，各共有人对共有物享有不同的份额。各共有人的份额，又称应有份，其具体数额一般是由共有人约定明确，对于份额的确定，可以根据协议约定均等或不均等分配，每个共有

人对共有财产享有的权利和承担的义务，是依据其不同的份额确定的。

共同共有，指根据某种共同关系而对某项财产不分份额地共同享有权利并承担义务。其特征是根据共同关系而产生，以共同关系的存在为前提，例如夫妻关系、家庭关系。其中，以夫妻关系所产生的共有最为特别，配偶所享有的份额不以登记为准，主要看产权取得的时间及双方约定。例如，夫妻双方在婚后购买 / 取得的不动产，即使只登记在配偶一方名下，但根据《民法典》婚姻篇的规定，另一方对该不动产也享有产权。在共同共有关系存续期间内，共有财产不分份额，各共有人平等地对共有物享受权利和承担义务。

共同共有可以通过协议约定为按份共有，但按份共有无法通过约定形成共同共有。在实践操作中，共同共有的产权人之间需要先明确各自的份额之后，方能进行买卖、赠与等转移权属。

共有人出售份额给共有人之外的第三人，需取得其他第三人的同意之后方可办理转让手续，共有人在交易中具有优先购买权。

### （二）香港：联权共有以及分权共有

和内地相同，香港的房地产也支持共同持有，分为两种形式：(i) 联权共有 (Joint Tenancy); 以及 (ii) 分权共有 (Tenancy in Common)。

联权共有，俗称“长命契”，类似内地法律规定的共同共有，指的是两人或多于两人共同拥有某项土地财产的业权，各人权益相同。与内地不同的是，在联权共有制度下，一人死后，其业权归余下尚存者；而在内地的共同共有制度下，共同共有人去世后，其财产权益并非自动归于剩余的共同共有人，而是归于其继承人。如果继承人是剩余的共同共有人之一，则由剩余的共同共有人继续共同共有该财产；如果继承人不是共有人，则须先明确去世的共同共有人在共同共有财产中的份额，方能办理继承手续。此外，香港的联权共有制度并不要求各联权共有人之间存在某种特定关系，而内地的共同共有制度是根据共同关系而产生，以共同关系的存在为前提，例如，夫妻关系、家庭关系等。

分权共有，类似内地法律规定的按份共有制度，指的是两人或多于两人按不分割份数的均等或不均等

份额各自拥有同一项土地财产的业权，一人死后，其业权归其继承人。

## 三、房地产交易时土地权益的确认及公示方式

房地产权益的公示方式一般可分为产权登记制 (registration of title) 和契约登记制度 (registration of deeds)。两者区别在于其登记效果。在产权登记制度下，房地产一经登记，业主的权益就得以确认，经过登记的房地产产权受到法律保护，任何人不得侵犯；而在契约登记制度下，政府将与房地产产权相关资料按照先后顺序进行登记，而不对资料的效力、真实性等进行审查，政府既不保证已登记的房地产业主的产权合法，也不保证其登记资料的法律效力，其登记的作用主要在于表明优先性，即已登记的房地产权业权优先于未登记的，并且使信息公开，以便进行房地产交易。

### （一）内地：产权登记制度

内地的房地产登记制度，可归类为产权登记制度。一般来说，房地产上物权的设立、变更、转让和消灭须经依法登记于不动产登记簿上，方可产生效力。不动产登记簿是不动产物权归属和内容的依据。不动产物权生效之日从记载于不动产登记簿之日开始。

#### 1. 产权登记

房地产办理登记手续，必须到不动产登记部门办理，如果产权人不能亲自办理，则需要通过公证办理委托手续，由受托人前往办理。产权人办理登记后，不动产登记部门会颁发不动产权登记证书，即俗称的房产证。不动产权证书是以单元为单位进行登记，即使有多个产权人共有，也只有一个登记字号，具有唯一编码。不动产权证书会记载产权人姓名、证件号码、权属来源等相关信息，以及不动产的坐落、界址、空间界限、面积、用途等自然状况。

#### 2. 产权信息查询

不动产登记信息依申请公开，申请人需与产权存在利害关系，如拟购买、承租、受赠、继承等，非利害关系人不得申请公开。而在实践中，各个城市对于申请公开的标准不一样，所需要的资料也会有所不同，以广州市和深圳市为例，两者即存在很大的不同。在广州，知道明确的产权地址就可以查询到简单版的不动产登记查册表，记载有房屋的基本情况，包括权利性质、不动产

权证号、登记时间、建筑面积、有无共有情形、有无抵押权登记、有无查封登记或其他限制处分情形等相关信息，但无法显示权利人名称，也无房屋历史档案资料；而在深圳，则需要提供证据证明存在买卖合同、承租合同、诉讼纠纷等利害关系，方能查询。

### 3. 产权交易

在内地，房屋买卖过程中房地产中介机构仍然居于主导地位。由中介机构居间联系买卖双方、对交易房屋进行实体查看、磋商交易细节、提供买卖合同、寻找按揭机构、到不动产登记机构办理产权过户登记手续。随着民众法制意识的提高，有部分客户开始有意识地委托律师介入，参与房屋交易的过程，如对买卖合同条款及交易细节进行谈判、税费规划、配合双方办理过户手续等。

### 4. 房屋存在抵押权登记时如何处理

房屋交易过程中，如交易房屋存在抵押登记，则需明确该抵押权的具体情形。《民法典》施行后，抵押期间，抵押人可以转让抵押财产。当事人另有约定的，按照其约定。如双方无特别约定，则买卖双方可以选择带抵押过户，减少交易程序。如果双方约定，需经过抵押权人同意才能办理转移登记，则卖方需先办理抵押权涂销登记，方可办理转移登记手续。

### 5. 房屋存在司法查封情形时如何处理

如交易的房屋存在司法查封，则需先解除该查封情形，方可办理转移登记手续。

### （二）香港特区：土地契约注册制度

与内地不同，香港现实行土地契约注册制度，其效力类似于契约登记制度。根据这一制度，土地及其上建筑物的有关资料均会载入相关土地登记册内，由土地注册处 (Land Registry) 管理。在缴纳一定的费用之后，公众即可在线上和线下进行土地查册，并获得相关文件的复印本。

与内地的产权登记制度不同，香港土地注册处并不保证其登记的相关契据的法律效力，也不保证谁是真正的业主。因而仍需要买方律师对业权契据文件进行验证及确认、对土地及房产进行视察，从而确定业权的真实性。因此，在需要进行土地权益确认时，如在进行房地产交易时，交易双方会聘请律师进行包括土地权益确认在内的交易流程手续。



首先，在买方律师确认之前，为稳妥起见，卖方律师通常会预先确认卖方的权益是否有瑕疵。卖方律师会首先从卖方处获得所有业权契据 (title deeds), 并在土地注册处以及公司注册处进行初步的检索。确认之后，卖方律师会将业权契据交给买方律师进行业权质询。

买方律师收到业权契据之后，首先会在土地注册处对房产进行查册。如果买方或卖方是公司，还需要在公司注册处进行查册。买方及贷款银行亦有权进行房产的实地视察。

买方律师会根据查册结果以及业权契据从以下几个方面对房产的业权进行确认和检验。

#### 1. 所有权流转历史是否完整

买方律师会查验收到的业权契据是否显示了一条从政府租契 (Government lease) 或者中期业权根源 (intermediate root of title) 直到卖方的完整所有权流转链条。其中，中期业权根源指的是 (i) 售卖合约日期前 15 年内的政府租契；或 (ii) 文件日期在售卖合约日期之前至少 15 年的、处理全部产业权和权益的文件，比如转让契 (assignment)、以转让方式作出的按揭文件 (mortgage by assignment) 或法定押记文件 (legal charge)。

#### 2. 有无未还清的按揭贷款

卖方律师交付的业权契据中包含待交易房产的所有按揭文件，包括当前的按揭文件。买方律师需要确认待交易房产的所有历史按揭是否都已被清偿。在交易完成时，当前按揭的清偿一般会由买方律师直接从房款分拆支票送交贷款银行。

#### 3. 是否需要补充文件

买方律师需要根据物业交易相关法律法规判断是否需要卖方提交补充文件证明待交易房产的业权合法合规。常见的瑕疵有违规建筑、违法占用、违反大厦公契等。因此，买方律师可能要求卖方律师提供一些补充文件，比如合规证明书 (Certificate of Compliance)、占用许可证 (Occupation Permit)、大厦公契 (Deed of Mutual Covenant) 等等。

#### 4. 房产业权没有负担义务或瑕疵

买方律师需要根据土地查册结果以及业权契据，确认这些文件中是否有迹象表明待交易房产的业权上附有额外的负担义务或者瑕疵，例如建筑事务监督

(Building Authority) 的命令、由大厦公契产生的未结清费用、未决诉讼、按揭、未完成的售卖合同等等。买方律师需要查证这些潜在的负担义务与瑕疵是否会影响交易安全。

如果买方律师对业权有疑问，可书面向卖方及卖方律师提出查询 (requisition)。卖方及卖方律师有义务对买方提出的查询进行回复，并且负有证明其享有该财产业权的责任，且需要承担证明过程中可能产生的费用。

最后，在买方律师的综合建议下，买方需要决定是否确信卖方可以将房产的业权安全、合法地转移给自己，以及是否与卖方继续进行交易。香港房产交易无疑带给律师相当的业务量，但如日后因律师疏忽而导致客户购入有问题的业权，律师将负责赔偿所引致的损失。

#### 5. 未来发展方向

由于根据香港土地登记册不能确定物业拥有权，在每次进行物业交易时都需要彻底翻查过往业权文件。如果交易多次，对于过往业权文件的清查也可能需要重复进行，消耗交易双方的时间、精力及金钱。在此背景下，香港政府于 2004 年草拟了《香港法例》第 585 章《土地业权条例》( 现仍未生效 )，意图以业权注册制度取代契约注册制度，从而使得土地业权通过注册获得，为物业业权提供更大保证和明确性，并且简化物业转易程序。一般而言，除一些凌驾性权益外，业权注册记录是物业业权不可推翻的证据。

在《香港法例》第 585 章《土地业权条例草案》正式生效前，土地注册处仍在广泛咨询公众和持份者，并且将来会向香港立法会提交有关《香港法例》第 585 章《土地业权条例草案》的《修订草案》，以制定新的两阶段转换机制及新土地先行方案。目前来看，距离《香港法例》第 585 章《土地业权条例》正式生效并发挥作用还有漫长的过程。

#### 四、结语

内地和香港的土地制度共同以土地公有为原则，但在不同的法律体系下呈现出不同的土地持有和权属公示形式。通过比较内地与香港房产制度的不同，有助于增进两地法律工作者对彼此法域以及彼此相关工作的认识，从而加深业界了解、促进业务合作。

# 竞业禁止合同 在内地与香港的管辖权 以及两地规则衔接的问题

## ——通过“股东竞业限制纠纷”案件观察

○车艳梅\* 北京大成（深圳）律师事务所

“竞业限制”或“竞业禁止”条款，又称“非竞争性条款”，是指法律规定或者合同约定对特定人员从事与公司同业竞争业务的限制或禁止性情形。股东竞业禁止义务由于没有法律上的明确规定，一般通过契约方式达成，约定股东在持有公司股权期间，或转让公司股权后的一段时期内不得从事与原持股公司同业竞争的业务。由于公司在给员工作股权激励或授予员工股权（期权）时也会让员工以“股东”身份签署竞业禁止协议，因此在处理此类纠纷的管辖权问题上，情况会变得复杂。本文将从“股东”竞业禁止纠纷案件为例，探讨和比较类案在内地与香港的管辖权问题，以及可能在实务中引发的中港两地规则衔接的问题。

### 一、一则“股东竞业禁止纠纷”案引起的管辖权争议

2021 年 8 月，M 公司以李某违反《股东竞业禁止协议》为由，向法院起诉请求解除该协议、李某赔偿违约金一百万元和协议约定败诉方应承担的律师费，并要求李某将其在违反竞业禁止义务期间所得收益支付给 M 公司。因劳动仲裁委先不受理，M 公司在南山法院立案时作出情况说明并将案由修改为合同纠纷，提交一份《股东竞业禁止协议》以及李某在 Y 公司全资持股并任职董事高管的工商登记信息作为证据，拟证明 Y 公司与 M 公司工商经营范围的业务存在同业竞争。协议约定由 M 公司所在地法院管辖，起诉状未提及李某曾是 M 公司员工身份。法院受理后向李某发送了应诉通知和开庭通

知书。李某提起反诉，提交了原告控股股东苏某与李某曾签订的一份《股权激励合同》和 M 公司对李某的解聘通知书，主张李某并非公司股东，只是劳动者，该解聘通知书并未提及员工履行竞业限制义务的要求。法院驳回原告起诉和被告的反诉请求。<sup>①</sup>

同年 12 月，M 公司提起劳动仲裁，李某提起要求 M 公司支付工资、赔偿金、律师费的仲裁反请求。仲裁委认为，M 公司请求确认解除与李某的《股东竞业禁止协议》不属于劳动争议处理范畴，不予处理，M 公司要求李某承担违反竞业禁止违约金依据不足，驳回公司诉请，支持了李某关于工资、赔偿金和劳动争议案件律师费的仲裁反请求，并未支持股东竞业限制纠纷案件律师费的仲裁反请求。<sup>②</sup>

\* 车艳梅，北京大成（深圳）律师事务所合伙人，广东省、深圳市涉外法律领军人才，主要从事跨境投资与贸易、公司与并购、民商事诉讼和仲裁等法律业务。

①（2021）粤 0305 民初 19983 号民事裁定书。

②深南劳人仲案 [2022]567 号裁决书。



M 公司遂向法院提起一审。法院立案时将原劳动仲裁案件分立为竞业限制纠纷和劳动合同纠纷两个案件，确认《股东竞业禁止协议》解除，驳回 M 公司要求李某赔偿违约金的请求。<sup>③</sup>

关于本案的管辖权问题，上述劳动仲裁委和法院各有不同的处理方式。《股东竞业禁止协议》纠纷属于民商事合同纠纷还是劳动争议，内地不同裁决机构之间存在很多争议，本文即基于关于类案管辖权所依据法律适用的不确定性作探讨。

**二、股东竞业禁止纠纷案件管辖权的定性，体现的是不同裁决机构的价值权衡，劳动者权益是否优先保护的问题**

（一）国内股东竞业禁止协议纠纷个案的复杂性所引起的管辖权争议问题

2013 年我国《公司法》<sup>④</sup>（修正案）确立了注册资本认缴登记制度，许多企业为了宣传推广、招揽业务，注册时股东认缴的资本都是极大虚高且未实缴的，或在章程中约定三十年、五十年甚至无限期延长实缴期限。由于资金缺乏，有些实控人却热衷于通过各种“股权激励”计划招揽“事业合伙人”、高管等员工，由此达到降低成本、提高员工稳定性的目的，或通过表面上虚构的公司“股权”“期权”“虚拟股权”“合伙人制度”设计各种复杂、不合规的商业模式，要求员工以“股东”名义签订竞业禁止、非竞争性协议等条款。因此不少企业虽然实际经营规模不大，员工股权激励名目却花样众多，有些公司对于员工作为“股东”不对等的合同义务的限制却非常严格。这是实务中大量存在股权争议、股东竞业限制纠纷的由来。

而关于类案被认定为劳动争议或民商事合同纠纷，则涉及司法对于劳动者自身利益的不同保护程度的问题。劳动关系具有较强人身依附性且属于劳动法调整范畴，区别于平等主体间的一般民事关系的调整范围，更倾向保护处于弱势地位的劳动者。因此劳动争议案

件实行“一裁二审”的审理机制，劳动仲裁不收费<sup>⑤</sup>、劳动争议案件诉讼费极低<sup>⑥</sup>，目的是为了用人单位利用优势地位侵犯劳动者作为弱势群体的程序性权益。员工竞业限制劳动纠纷适用一般仲裁时效规定，即申请劳动仲裁的时效为一年，并不适用一般民商事合同纠纷三年诉讼时效的规定。如果“股东”在签订竞业禁止协议的同时具有劳动者身份，或者表面上是“股东”身份，实质上要求其履行的是基于劳动者身份遵守的不对等、缺少对价的禁止义务，那么对于竞业禁止协议认定为合同纠纷还是劳动纠纷，显然对于股东（劳动者）在程序上和实体上的权益保护是不一样的。

（二）基于劳动关系涉及股权激励方式发生的竞业限制纠纷案件一般被认定为劳动争议案件处理

2000 年最高人民法院第一次颁布了《民事案件案由规定（施行）》的通知，该通知并未涉及竞业限制纠纷的案由规定。2008 年最高院修订了《民事案件案由规定》，明确将侵犯商业秘密竞业限制纠纷列为不正当竞争纠纷的民事案由。2020 年最高院再次修订的《民事案件案由规定》（2021 年 1 月 1 日施行），明确将竞业限制纠纷列入劳动争议的民事案由，删除了将竞业限制纠纷列为不正当竞争纠纷的民事案由。目前最高院对于竞业限制纠纷的案由定性有了相对统一的指导意见。

为了进一步统一法律适用，最高院于 2023 年发布了《关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释（二）》（征求意见稿），该解释第一条关于股权激励争议的受理规定：“用人单位基于劳动关系以股权激励方式为劳动者发放劳动报酬，劳动者请求用人单位给付股权激励标的或者赔偿股权激励损失发生的纠纷属于劳动争议，但因行使股权发生的纠纷除外”，虽然原则上区分了股权激励纠纷管辖权的性质问题，但在实务中显然不足以解决与股权激励相关的股东竞业禁止协议有关管辖权认定的合同多重属性、多重条款设计的复杂性问题。

过往众多实务案例，如某快餐公司与员工王某股

东竞业禁止纠纷案<sup>⑦</sup>、曾被称为“竞业限制第一案”的腾讯科技（上海）有限公司起诉徐某竞业限制纠纷案<sup>⑧</sup>，以及广东高院曾作出的（2019）粤民再 227 号合同纠纷案等，不同劳动仲裁委、法院对于股东（员工）竞业禁止协议纠纷不同的裁决和处理方式，所依据的法律规定、管辖权认定和裁决（判决）仍是有矛盾及争议，难以统一适用明确规定。因此，在对个案管辖权的认定没有确切把握的前提下，如果当事人在股东竞业禁止合同中约定适用商事仲裁条款，在案件管辖问题上可能会带来更多的争议和各种不确定性，被申请人可以通过提起管辖权异议、向法院提起确认仲裁协议效力之诉质疑个案的管辖权从而达到拖延案件审理期限的目的，可能某些个案最终还得重回“一裁二审”的程序。

此外，对于股东（员工）履行竞业限制义务的范围是全球性或者针对某些特定国家或地区另有限制性的约定，如仅限于法院作出的生效判决，除中国与其他国家有签署司法协助的双边协定，或基于互惠原则，否则国内法院作出的生效判决目前难以在全球大部分国家或地区的法院获得承认和执行。有鉴于此，参考香港特区关于类案的规定和处理，会给我们提供不同的视角和启示。

**三、香港对于类案商事合同纠纷与劳动纠纷管辖权确定的法律依据以及两地规则衔接出现的实务问题**

（一）香港劳资审裁处关于劳资双方金钱纠纷的专属管辖范围

香港法律体系主要沿袭英国普通法体系，涉及香港劳动纠纷案件的管辖，《劳资审裁处条例》对于《雇佣条例》《最低工资条例》《学徒制度条例》都有明确规定，《劳资审裁处条例》（第 25 章）第 3 条设立的劳资审裁处管辖限于上述条例涉及劳动纠纷的申索。劳资审裁处解决劳资双方的金钱纠纷，不容许与讼双方由法律代表代为出席聆讯，须当事人亲自处理案件。

《劳资审裁处条例》第 25 章第 3 部第 7 条审裁处的司法管辖权规定：“除非本条例另有订定，否则凡

属审裁处的司法管辖权范围内的申索，不得在香港的任何法庭进行诉讼。”第 25 章附表第 1 段对上述第 7 条的管辖范围进行了明确，即不论对于款项申索的起因是“（a）违反雇佣合约的条款”“（b）有人没有遵从《雇佣条例》《最低工资条例》或《学徒制条例》的条文”，属审裁处的管辖权范围。

（二）《劳资审裁处条例》与香港《仲裁条例》规定的非审裁处管辖的劳资双方的违约或侵权行为案件

根据《劳资审裁处条例》附表第 3 段的规定，凡因违反合约或因不履行普通法规则或任何成文法则所施加的责任，而造成侵权行为，则即使有上述第 1 段<sup>⑨</sup>的规定，就以该等侵权行为作为诉因的金钱申索或其他方面的申索而言，审裁处不具有聆讯和裁定该等申索的司法管辖权。因此，涉及雇主与员工之间在雇佣合约中规定的抑制从业条款发生的纠纷，一般在香港法院提起诉讼，审裁处不具有司法管辖权。

此外，参照《仲裁条例》第 20 条第（2）款的规定，如仲裁协议的标的事宜中的争议，涉及在根据《劳资审裁处条例》设立的劳资审裁处的司法管辖权内的申索或其他争议，如一方向法院提起诉讼，另一方让法院信纳以下情况“（a）并无充分理由支持不应按照仲裁协议将各方转介仲裁；及（b）要求仲裁的一方在提出诉讼时，已准备和愿意作出一切为使仲裁恰当地进行而需要的事情，并一直准备和愿意作出该等事情”，则该法院可将各方转介商事仲裁，因此仲裁庭则有审理上述情形下的劳动争议案件的管辖权。

可见，香港司法尊重一方或双方将纠纷提交商事仲裁管辖的“意思自治”，赋予雇主与雇员之间的劳动关系更多的民事法律属性，案件管辖权的界定依据相对具有肯定性和可预测性，有利于类案管辖权的统一行使。

（三）股东竞业禁止协议纠纷涉及的两地规则衔接的实务问题

如果股东竞业禁止协议纠纷的“股东”是港籍员工，或其经常居所地在中国领域外，其与内地公司签署的《股东竞业禁止协议》约定香港或香港某仲裁机构仲裁，根

③（2022）粤 0305 民初 16741 号判决书。

④《公司法》（2023 年修订）第 47 条变更了注册资本认缴制度，规定全体股东认缴的出资额由股东按照公司章程的规定自公司成立之日起五年内缴足。

⑤《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第五十三条。

⑥《诉讼费用交纳办法》第十三条第（四）款：“劳动争议案件每件交纳 10 元。”

⑦案号：2023）浙 0114 民初 6012 号

⑧案号：（2018）沪 01 民终 1422 号

⑨即《劳资审裁处条例》（第 25 章）附表第 1 段。



据《仲裁条例》以及当事人提交的 prima facie 证据，类案可以在香港立案仲裁。但仲裁庭是否有管辖权、作出的仲裁裁决在申请执行时会不会被撤销、或该裁决能否获得内地法院的承认和执行，则回到了本文先前探讨的问题，股东竞业禁止协议纠纷在内地法院应被认定为劳动纠纷还是合同纠纷、争议事项能否商事仲裁的问题。

#### 1. 关于内地和香港类案仲裁裁决相互承认和执行

(1) 内地法院拒绝承认和执行类案香港仲裁裁决的可能性和不明确预见性

关于境外仲裁裁决的承认和执行问题，我国 1987 年正式批准《纽约公约》<sup>⑩</sup>时作了互惠保留和商事保留声明，只承认和执行属于契约和非契约性商事法律关系争议作出的仲裁裁决。劳动者权益保护的事项涉及我国的社会公共利益，当事人不能通过约定排除适用。英国在 1975 年批准《纽约公约》并作出声明适用于香港的同时，并没有作出互惠保留和商事保留声明。

香港回归后，两地适用《最高人民法院关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的安排》。根据该规定，法院认定依执行地法律，争议事项不能以仲裁解决的，则可不予执行该裁决。因此，根据《民事诉讼法》第二百九十一条第（四）款规定<sup>⑪</sup>，对涉外仲裁机构作出的裁决，被申请人提出证据证明“裁决的事项仲裁机构无权仲裁的”，经内地法院审查核实，裁定不予执行该仲裁裁决。因此，在两地法律规则衔接的问题上，可能会在裁决的承认和执行中引发具有争议性的实务问题。

(2) 香港法院承认和执行类案内地仲裁裁决的明确性和可预见性

不同于《仲裁法》规定的商事仲裁是“平等主体”之间发生的“合同纠纷和其他财产权益纠纷”，香港《仲裁条例》关于“仲裁协议”定义的可仲裁性为“确定的契约性或非契约性的法律关系中已经发生或可能发生的一切争议或某些争议”，并未限定于“平等主体”之间的法律概念。因此，香港法院对于类案股东竞业禁止协议纠纷的内地仲裁裁决能否获得香港法院的承认和执行，香港作为裁决执行地法律的规定很明确，除非适用《仲裁条例》第 95 条的规定或两地安排，否

则不得拒绝承认和执行内地仲裁裁决。

2. 关于类案香港仲裁裁决在当地申请执行以及是否可能被撤裁的问题

如果具有涉外因素的类案合同约定香港仲裁地仲裁，适用中国法为准据法，一方当事人申请香港法院强制执行仲裁裁决，另一方申请撤裁，根据《仲裁条例》第 9 部第 81 条规定“根据各方当事人所同意遵守的法律，该协议是无效的”“根据本国的法律，争议事项不能通过仲裁解决”，仲裁裁决才可以被第 6 条规定的法院撤销。

同时，《仲裁条例》第 34 条对仲裁庭的管辖权作了明确规定，“仲裁庭可以对其管辖权，包括对关于仲裁协议的存在或效力的任何异议作出裁定。仲裁庭作出关于合同无效的决定，在法律上不导致仲裁条款无效。”“如仲裁庭裁定它并无管辖权就某争议作出决定，任何人不得针对该项裁定提出上诉。”因此，根据当事人对于仲裁条款的不同约定，仲裁庭还需考虑仲裁地法、仲裁协议适用法判断个案股东竞业禁止协议的效力问题，仲裁庭有无管辖权的问题，以及其作出的仲裁裁决是否会有被撤裁的风险。上述考虑的因素中，仍需适用内地实体法的规定。针对国内类案裁决的复杂性和争议性，如何对于个案合同进行准确定性，对于仲裁庭、香港法院而言，理解和适用上可能会有所差别，进而影响类案仲裁裁决在当地香港法院申请执行的审查问题。

#### 四、结语

从上述中国内地与香港不同司法体制关于类案管辖权的比较，香港司法充分尊重“当事人主义”，更注重法律的确定性和可预见性；内地司法体现在对劳动者法律程序性权益和实体性权益的优先保护，以及从合同实质的法律关系确认合同性质的管辖权。两种制度背后体现的价值权衡，均符合各自所依附现实社会的具体现状。因此，鉴于两地司法制度和规则的差异，针对类案的特殊性、复杂性和争议性，以及类案仲裁裁决涉及两地的承认和执行问题，我们应加强研究和实践探索，不断完善两地规则衔接，以期进一步推动两地司法、执法办案实务问题的有效解决。

<sup>⑩</sup> 《承认与执行外国仲裁裁决公约》，联合国于 1958 年在纽约制订。  
<sup>⑪</sup> 《中华人民共和国民事诉讼法（2023 修正）》，2024 年 1 月 1 日施行。

# 律师视角观察 外商直接投资(FDI) 监管制度变迁

○郭松\* 泰和泰（深圳）律师事务所

作为一名执业律师，在接受客户委托办理项目的时候，经常感叹自己有幸可以在进行商业交易的过程中深刻感受到监管制度的变迁，这有别于平时在学习法律法规的过程中对于制度的感受，因为前者是真实地面对问题、分析问题并解决问题的过程，后者依旧是停留于纸面上对规定的理解。这也充分印证了霍姆斯法官那句谚语——法律的生命在于经验，而非逻辑。

日前，笔者刚好代理客户完成了外商直接投资备案登记，无论是在对法律法规和制度的研究分析过程中，还是与监管机关和银行机构的沟通过程中，都深切感受到了“改革与开放”在现实当中的表现，中国经济以改革更新和更加开放的态度参与全球经济。因此，本文想从律师视角观察外商直接投资（FDI）监管制度变迁，并试图探讨这些变化的内在逻辑和外在要求。

\*郭松，泰和泰（深圳）律师事务所执业律师，主要从事股权投资与融资、公司治理与合规、商事诉讼与仲裁等领域的法律业务。



## 一、我国 FDI 规模稳居全球第二

外国直接投资，也称对内直接投资，也就是外国对我国直接投资，英文是 Foreign Direct Investment，简称为 FDI。FDI 是现代的资本国际化的主要形式之一。根据联合国贸易和发展会议（UNCTAD）发布的《2023 年世界投资报告》显示，全球 FDI 下降 12%。在全球 FDI 下降的大背景下，2022 年进入我国的 FDI 却增加了 5%，达到 1890 亿美元，占全球 FDI 流入总额的 14.6%，比疫情前的 2019 年提升 6.3 百分点。从 2017 年开始，我国吸收外资规模稳居全球第二，仅次于美国。

## 二、我国 FDI 监管从严格到宽松的变迁

我国的外商直接投资制度，经历了从核准制度到备案登记制度，再到信息报告制度的转变，这种变化反映了我国政府在吸引外商投资方面的政策调整 and 改革。

### （一）严格实行核准制度阶段

在核准制度阶段，政府对外商直接投资的审核与批准非常严格，需要经过多个部门的多重审核与批准，从结果来看，这实际在一定程度上成为了外商直接投资流入的障碍。举例来说，即使已经到了 21 世纪，国家发展和改革委员会 2004 年 10 月 9 日发布并施行的《外商投资项目核准暂行管理办法》依旧开门见山地在规定的名称当中即体现其系“核准”管理办法。在办法的第一条即规定“为规范对外商投资项目的核准管理，特制定本办法”，这一条提纲挈领地表明了当时的国家发改委对于外商投资项目的监管方式是“核准管理”。而“核准”这一思路和管理方式也体现在了全篇的条文中，包括核准机关及权限、核准程序、核准条件及效力等措辞及详细规定当中。在宏观方面相对应地体现在，相当长一段时期内与外商投资相关的法律法规，包括《中外合资经营企业法》《中外合作经营企业法》和《外资企业法》（合称“三资企业法”）及配套的实施条例和细则，在涵盖三资企业设立、公司治理和变更等方面的规定，我国对外商投资采取的

都是许可和审批制的管理方式，对外商投资的准入实行严格管理。这样的结果就是未经核准的外商投资项目，土地、城市规划、质量监管、安全生产监管、工商、海关、税务、外汇等诸多管理部门都不得办理相关手续。这还只是在法律法规条文上的体现，更多的项目的前置条件不仅需要获得国家发改委，甚至还需要获得地方发改委层层核准。

### （二）逐步转向备案管理阶段

随着经济的发展和改革开放的深入，备案制度逐渐取代了部分的核准制度，实行核准与备案并行的管理制度，政府对外商直接投资的审批开始变得更加灵活和宽松，简化了审批流程，提高了审批效率。譬如，根据国家发展和改革委员会 2014 年 5 月 17 日发布并施行的《外商投资项目核准和备案管理办法》，与上文中的“核准”管理办法不同，这一规定增加了“备案”作为与“核准”并行的管理方式，这一思路和管理方式也体现在了第三条“外商投资项目管理分为核准和备案两种方式”。具体来说，便是明确规定了若外商投资项目属于规定的范围即需要根据《核准目录》实行核准制，相反，若外商投资项目属于范围以外的由地方政府投资主管部门备案。与此同时，宏观方面的转向，也体现在全国人民代表大会常务委员会于 2016 年 9 月 3 日公布了修改《中华人民共和国外资企业法》等四部法律的决定当中。根据该决定的规定，举办三资企业在不涉及国家规定实施准入特别管理措施的范围的，一律适用备案管理。商务部也于 2016 年 10 月 8 日公布了《外商投资企业设立及变更备案管理暂行办法》，对于备案制的适用规则进行了明确，同时明确对不涉及负面清单和关联并购的外商投资适用备案制管理。

### （三）全面实行信息报告制度阶段

随着全球化和经济一体化的加速，国内的外资也获得了长足发展，成为了经济体系内不可忽视的一股进步力量，在这种背景下，信息报告制度应运而生。根据 2020 年生效的《外商投资法》的规定，国家建立外商投资信息报告制度。外国投资者或者外商投资企业，应当通过企业登记系统以及企业信用信息公示系

统向商务主管部门报送投资信息。在这一制度下，除了落入负面清单范围内的事项之外，外商直接投资项目只需向地方政府提交材料进行信息报告即可，无需经过复杂的审批流程。这一制度的实施，进一步简化了外商直接投资的流程，降低了投资门槛，为吸引外商投资创造了更加便利的条件。信息报告制更加注重事后监管和信息报告，而非事前审批。外国投资者或者外商投资企业需要向相关部门报送投资信息，包括企业基本信息、投资者及实际控制人信息、投资交易信息等。信息报告制的实施，标志着我国外商投资法律监管体系从注重事前审批向注重事后监管的转变，这一转变有助于提高透明度和可预测性，为外商投资者提供更加稳定和可预测的投资环境。同时，也有助于加强对外商投资活动的监管，保障国家利益和发展战略的实施。

## 三、监管变迁的内在逻辑与外在要求

上文简要介绍了外商投资管理制度由核准到备案再到信息报告制度一系列由严格到宽松管理的变化，这种变化反映了我国政府在吸引外商投资方面的政策调整 and 改革。笔者认为这些变化主要基于随着我国经济的快速增长和产业结构的变化，对于外商直接投资的需求和期望也在不断变化。从高速发展到高质量发展，对于外资的需求更加注重质量而非数量，因此，对于外资的管理和引导也需要更加精细和高效。市场需要逐步减少政府对市场的干预，让市场在资源配置中起决定性作用。通过简化审批流程，进一步强化市场的作用，同时降低企业成本、提高决策效率。通过备案制或信息报告制度，增加了市场的透明度，确保所有企业在公平、透明的环境下竞争。与此同时，在全球经济一体化的背景下，各国都在努力吸引外资，以提高本国经济的活力和竞争力。简化外商直接投资的流程，与国际通行的做法接轨，有助于提高我国市场的吸引力。通过改革外商直接投资制度，展示我国在开放和市场化改革方面的决心和成果，提升我国的国际形象和地位。随着全球贸易环境的变化，尤其是

与一些大国的经贸关系复杂化，改革外商直接投资制度也是为了更好地应对这些挑战，确保我国的经济利益不受损失。

## 四、未来更加开放的信号

随着我国经济发展，客观上需要进行更深度的改革，转向更加开放的格局，而自由贸易试验区是我国在这方面的重要探索和实践。自由贸易试验区是我国政府设立的特殊经济区域，通过更加开放和自由的投资管理制度，吸引外资、促进贸易便利化和推动经济发展。在这些试验区内，我国正在试点更加开放的外商投资管理制度，以进一步简化行政流程、提高投资便利化程度和增强市场活力。通过在自由贸易试验区内实施更加开放的外商投资管理制度，我国可以更好地适应全球经济一体化的趋势，与国际接轨。这有助于提高我国市场的吸引力和竞争力，吸引更多的外资进入我国市场，促进经济增长和产业升级，有助于推动我国经济的深度改革。在试验区内，政府可以先行先试更加开放和自由的投资管理制度，探索适应我国国情的改革路径。

## 五、结语

行文至此，依旧要感叹作为执业律师，可以在作为乙方的角色之中成为整个浪潮的观察者参与其中。对此，笔者认为最基本的任务就是是在为客户提供有关投资、贸易等方面的法律咨询服务的时候，跟踪最新的法律法规，帮助客户了解和应对在投资进程中可能遇到的各种法律问题。除此之外，我们也需要积极参与政策制定和改革的过程，为政府提供专业的法律建议和意见，推动更加开放和透明的政策制定；还可以通过参与国际交流与合作，与其他国家和地区的法律专业人士分享经验和知识，共同推动全球经济的开放和发展；最后也是最重要的，就是需要不断学习和实践，提升自己的专业素质和能力，以适应不断变化的法律环境和社会需求，更好地为客户提供优质和专业的法律服务。





从 2023 年 Open AI 发布基于 GPT3.5 的 Chatgpt 以来，生成式人工智能（英文简称 AIGC）成为学界、实务界乃至大众关心的热点。国内外多家科技公司都表明要 “All in AI”，即将 AI 作为主战略方向，将公司全部资源均投入 AI 方向。苹果公司也在 2024 年 2 月

宣布放弃造车计划，部分员工转移至 AI 方向。而随着多个先进大模型的开源，以及 GPT4 的发布、具有模拟现实世界能力的 Sora 发布，AIGC 向通用人工智能（英文简称 AGI）迈进的步伐越加迅速。在此之下，法律实务界的律师、法务工作者乃至法学院的学者，许多

\* 方励文，广东普罗米修斯律师事务所专职律师，企业法律风险管理师（高级），主要执业领域：科技企业法律服务、公司法业务。

人都产生深深的焦虑：一是基于对 AIGC 具体知识了解甚少下无知的恐惧；二是对未来 AIGC 替代、部分替代或颠覆法律人的工作的深深担忧。其实远远不仅是法律界，社会公众同样存在焦虑，这也是“李某某 AI 课事件”所出现的原因，在无知和焦虑下被信息差所误导，为低质服务或产品付了高价，被割了“韭菜”。笔者认为，法律人应当首先破除对 AIGC 在法律实务界应用的迷思，特别是对于诉讼律师工作而言，在对工作内容进行细分拆解后，要知道当前的 AIGC 能做哪些工作、能做到什么程度、不能做哪些工作以及不能做的深层原因。

### 一、人工智能的发展现状

在 Chatgpt 发布以前，人类社会就已经进入到了人工智能时代，1997 年 IBM 深蓝打败国际象棋世界冠军加里卡斯帕罗夫，2017 年谷歌阿尔法打败围棋顶级选手李在石。近些年，工业机器人、自动化设备也已广泛用于造车等制造业，不仅仅是效率，机器制造的精度、准确度也已超过人类工人操作机械。但这种程度仅被称为“弱人工智能”，只能在特定领域和部分项目上展现超过人类智力的能力。特别是在人造规则的领域，AI 在训练和推理下的算力优势一表无疑，而生成式人工智能则是弱人工智能与通用人工智能的中间阶段，表现为在部分领域超越人类智能，但在大部分领域还不及该领域的高水平人类。业界普遍认为法律能与科技融合得很好，AIGC 在法律领域的应用大有可为，例如 Open AI 投资的法律大模型公司 Harvey，号称能为律师事务所打造定制化的大模型工具，能较好地完成文书写作、合同起草、法律研究等工作，目前已有大量律师事务所正在排队使用 Harvey 的产品。而且国内也研发了许多 AIGC 与法律的融合产品，其中 Meta law 和北大法宝的 AI 智能问答等知名度比较高。

AIGC 的原理，是在当前最先进的 Transform 大模型下，模仿人脑的工作机制，使用注意力机制、反向传播算法，在大规模的数据训练下，能通过预测下一个词来生成文本，或者相应生成图像或视频。这是计算机科学、数学、脑科学等共同研究及应用下的产物，它能根据用户的提问和要求，生成相应内容，以达到解答用户疑问和完成用户知识要求的目的。但在实

操中，无论是使用 Chatgpt、文心一言等通用大模型，还是 Meta law、北大法宝的 AI 智能问答等法律专用大模型，AIGC 都存在明显的缺点，特别是对于行业发展比较成熟的诉讼律师业务，AIGC 的应用仍差强人意。

### 二、诉讼法律服务拆分

要充分了解 AIGC 在诉讼法律服务应用中的不足，就必须对服务本身进行解剖，对其中人类智力的参与度进行分析。按照实务界的一般划分方法，诉讼法律服务在结构上可以划分为：

- （1）信息整理。即通过客户咨询、证据收集等方式了解法律事实信息，并进行一定的分析和整理。
- （2）法律研究。在对法律事实判断的基础上进行法律检索、案例检索，以及检索后的整理分析。
- （3）诉讼预测。经过上述两项工作后得出的倾向性预测结论，是在分析、研究、验证后的产物。
- （4）文书撰写。将上述工作所得形成起诉状、答辩状、证据清单、代理词等各类法律文书。
- （5）法庭辩论。通过事实陈述、证据开示、发表举证质证及辩论观点，从而说服法官，这是一项具有综合性、即时性、快速反应要求的工作，部分案件还有调解工作，基于大多数调解有赖于法官主导的特点，调解亦可划入法庭辩论的范畴。
- （6）项目管理。按照委托阶段、立案、保全、举证、开庭、判决等诉讼流程的各阶段要求，不断跟进完成各阶段的律师工作，不遗漏、不逾期。
- （7）客服咨询工作。贯穿咨询、委托到结案，有的还能延伸到结案后的进一步营销，告知客户进度，解答客户疑问。

### 三、AIGC 在律师核心能力——法律推理上的表现

上述诉讼法律服务拆分中 (1)(2)(3)(4)(5) 与律师的核心能力法律推理密切相关，都贯穿着事实梳理和法律研究，法律推理似乎就是“大前提法律 + 小前提事实”从而得出结论。其实不是，法律推理并非简单地去找小前提 + 检索大前提即得出推理结论，其中蕴含着错综复杂的交叉推理。

（一）复杂推理一：大小前提之间存在循环推导

以民商事案件为例，需要收集哪些事实信息恐怕

要先明确案件的请求权基础，顺着请求权基础去了解需要的法律事实，再根据所需法律事实去审视记载着事实信息的文件。有时通过审阅文件，能发现一些看似较为普通实则可能影响较大的细节，而为了验证这个细节的重要性，又要深入法律检索上去探究，而不仅仅靠基于经验产生的直觉认知。在不少案件中，律师通过反复审阅诉讼文件，往往能找到有利的细节，从而形成至关重要的法律观点。笔者也注意到，许多最高人民法院的庭审中，都将法庭调查和法庭辩论的环节合并进行，显然这种法庭调查和法庭辩论程序上的区分，并不代表事实和法律的孤立性。在没有将法庭调查和法庭辩论合并的庭审中，许多资深律师都认为要将法律观点放在举证质证中一并进行，这不仅仅因为法官对证据开示环节的重视，也代表着事实与法律的不可切分性。

#### （二）复杂推理二：小前提之间反复交叉

法律事实是较为框架的事实，是对事实细节的总结、凝缩和概括。以看似较为简单的民间借贷为例，法院需认定是否存在借款事实，借款事实则是最高级别的概括。下一阶事实认定则分为：借款合意的事实、借款交付的事实以及还款等事实。第三阶则可将借款合意的事实延伸为，是否存在借条、借款合同、关于借款的聊天记录等，在当前有许多当事人将其他基础法律关系通过“伪装”“债务结算”等手段使之显示为借款的形式，这也是需要进一步了解基础事实。第四阶则是扩展和验证借款合意的事实，包括借款合同是何时、何地、与何人签订的，双方是否存在其他法律关系等等。虽然笔者将其这样分阶，但这些事实细节并不是完全独立，不是完全在逻辑上呈上下级关系，细节与细节之间的逻辑联系是复杂的。比如还款有关的事实，不仅在认定当前欠款金额时有用途，同样也关联着认定借款合意和借款交付。而对于借款的交付，比如银行转账时的附言，也对借款合意的存在有证明力。更重要的是，这只是较为简单的民间借贷，其他复杂交易要了解和分析的事实细节则更多、更繁琐。

#### （三）AIGC 困局：高质量的结构化数据缺失

日常生活经验、逻辑、商业常识、对法条的理解以及有创见的观点等要素贯穿在法律推理始终，这些要素也是阻碍 AIGC 在法律推理层面取得良好表现的主

要因素。首先需要清楚的是，Meta law、北大法宝的 AI 智能问答等法律专用大模型为什么能够进行一定程度的法律推理，其依靠的底层逻辑是什么？那就是：算法设定、数据训练、模型调整，其中有限的数据训练就是当前限制 AIGC 在法律推理上表现的主要原因。

只有结构化的数据才能进行数据训练，只有输入高质量的数据 AIGC 才能有好的表现。现阶段国内几乎所有的法律 AIGC 都基本以“裁判文书”和“法条”作为训练数据，因为这些都是公开可查询、具有价值的结构化数据，其中裁判文书通过当事人起诉答辩部分、本院查明、本院认为等结构划分呈现了一定的结构性，但仅以法条和裁判文书作为训练数据仍具有很大的局限性，主要体现在裁判文书的缩略性、裁判宗旨的变化和类案未必同判的现象。

裁判文书的缩略性，是指裁判文书对于案件信息、法律观点、多方利弊权衡等没有完整体现，如果说 AIGC 数据训练需要的是一本详细的案例教学集，那么裁判文书本身可能只能体现相当有限的部分内容。特别是在证据的举示、证据的质证、证据的分析及采纳上，大部分的裁判文书对此是缺失的，有些文书会记录各方提供的证据名称，少部分文书会记录证据采纳或不采纳的理由，但都不可能体现证据本身，也基本不记载证据的证明内容。所以围绕“证据的法律推理”，裁判文书能体现的有效数据相当有限。众所周知证据对于诉讼胜败起决定性作用，这方面的缺失也使得 AIGC 在当下无法取代诉讼律师的法律推理工作。这种缩略性还体现在裁判文书对律师工作内容展现的大量空白，对于诉讼策略考量、证据的收集及取舍、具有亮点的法律观点等律师的工作内容，裁判文书都无法完整体现，有时律师做了 100 分的工作，而裁判文书仅能体现 20 分。裁判文书的说理部分很多时候并不会对律师的所有观点进行回应，这种说理回应经常是有选择性的，甚至是具有保守性的。

裁判宗旨的变化和类案未必同判的现象，也极大制约着 AIGC 法律推理的能力。以“认定夫妻共同债务”为例，在 2018 年 1 月 18 日施行《最高人民法院关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》以前，很多司法裁判都简单地以“债务是否发生在婚姻关系存续期间”作为判定的标准。该解释施行后，

则明确确定了“共债共签”和“用于共同生活或共同经营”的认定标准，此后司法裁判宗旨发生了很多的改变，而这种改变在 AIGC 的数据训练上呈现了矛盾性，因为该解释施行前的裁判文书一样被纳入了数据训练范围，这种裁判宗旨随社会发展、认知演变而发生的改变，对 AIGC 造成了相当的困境。并且，裁判文书网公开的文书并非都是高质量的裁判文书，为了公众能参考更高质量的裁判文书，最高人民法院也通过“人民法院案例库”发布了各类典型案例，以树立统一的裁判标准，减少类案不同判的现象。不过“人民法院案例库”的案例数量并不多，作为数据训练而言太过有限，还不能解决裁判文书在作为数据训练时面临的质量不统一、裁判存在冲突的问题。

#### 四、AIGC 在法律服务程序性工作上的表现

对于前述“（6）项目管理”，现阶段许多律所采用的 OA 办公系统都有项目管理功能，包括记录项目节点、分配项目任务、提醒项目事项等等。然而，这种 OA 系统仍需要较多的人力去完成录入、管理等工作，智能化、自动化程度并不高。其实诉讼法律服务的项目管理较为简单，从大多数案件仅需一至两名律师代理的现象可见一斑，诉讼项目管理主要包括描述案件进展、计划下一步工作，以及记录和提醒举证期、开庭日期、上诉截止日期、保全到期时间等工作。此类项目管理相比建设工程等项目而言，工作的复杂性很有限，只是因为诉讼律师工作的繁杂和长期存在的职业习惯，往往难以比较全面、准确和及时地记录、执行项目内容。而有鉴于当前法院诉讼活动大量采用“人民法院在线服务”的电子化法庭形式，大量文书系通过电子送达，如果项目管理系统能主动接收文书、自动识别文书内容、自动提取与项目有关的要素、自动录入项目进程、主动提醒项目工作，那么可以解放诉讼律师的许多劳动力，取代律师助理的部分工作，而且准确度和及时性也会提升，例如律师忘记开庭时间、延误上诉期等错误将会很难发生。而事实上，该类智能化项目管理需要的 AI 智能水平并不高，相比 Chatgpt、文心一言等 AIGC 而言，其在算法和数据训练上的要求不算高。当前的主要问题还是法院在线服务系统 API（应用网络端口）的封闭性，对司法数据安

全及隐私的考虑，以及该类项目管理盈利的预期市场规模比较小，大量法律 AI 投入的方向还是自动化合同、法律检索、诉讼预测等，在智能化项目管理上的投入比较少，进展也比较缓慢。

对于“（7）客服咨询工作”，现在“广东政务服务网”中的法律咨询栏目相当多已是智能化的人机互动回答，而一般的电信服务客服、游戏客服也都使用了大量智能客服结合少量人工客服的方式，因为客户一般的咨询内容往往就是那么有限的几十个或几百个事项，智能客服足以解决客服疑问。自动化的智能客服取代人工客服已是现实，只是由于采购成本及智能推广度的原因，很多律所没有使用智能客服，但智能客服确能取代大多数的客服工作，像报告诉讼进展、解答程序性疑问等工作并不需要高水平的法律推理能力，甚至不需要律师的参与，而且在回答的耐心、礼貌和无情绪性上，智能客服能做的更好。

#### 五、结语

AIGC 或者以后的 AGI 取代律师的部分工作已然是大势所趋，在项目管理、客服工作等程序性事项上智能客服已经做的不错，进一步的推广只是时间和成本的问题。而对于律师服务的能力核心——法律推理，AIGC 尚不能很好地完成，高质量结构化数据的缺失等因素制约了 AIGC 在法律推理上的表现。众多的日常生活经验、商业常识及一线办案经验等没有形成可识别的结构化数据，AIGC 在法律推理上尚缺明确定义且有效的数据集和数据模型。如果将 AI 看作类人脑，当我们训练人类律师时，绝不仅仅只是学习法条和研读裁判文书，这远远不够，我们又如何能要求 AI 在相同数据训练下会获得更好的表现呢？不过对于 AI 而言，困境只是暂时的，技术突破则是必然的。在 2017 年谷歌阿尔法打败围棋顶级选手李在石之前，绝大多数围棋棋手认为人工智能无法在“拥有 10 的 172 次方棋局变化”的围棋项目战胜人类棋手，而阿尔法的胜利终结了这一观点。相信未来 AIGC 也会很好地胜任“法律推理”的工作，不过即使胜任也不必然意味着取代，要知道在 1997 年 IBM 深蓝打败国际象棋世界冠军后，使用 AI 配合人类棋手的方式使得国际象棋竞技水平达到了新的高度，AI 化未必一定是取代，也可能是赋能。



# 律所收入分配问题研究

○孙启东\* 广东国晖律师事务所

合伙人利润分配和律师薪酬分配问题，是律所发展的核心问题。制定合理的收入分配制度决定了合伙律师的稳定性和积极性，也在基本制度层面决定了律所的发展前途。因此，采用何种收入分配制度，被称为“律所第一问”，是每个律所经营者必须回答的问题。

## 一、律所分配体制发展历史

1979 年我国恢复律师制度后，第一批律所以国办所的组织形式存在。律师是国家法律工作者，属于国家事业编制，拿固定工资。1988 年司法部批准了第一家合作制律师事务所，合作制律师事务所不占国家编制，由三名以上专职律师自愿组合设立，在性质上属于民办事业法人，在分配上实行律师收入与社会效益、经济效益直接挂钩，按照按劳分配原则，实行效益浮动工资制。1992 年开始，北京等多地开始合伙制试点，1996 年《律师法》正式确认了合伙制的组织形式。律师制度的改革，激发了市场的活力，律师行业也进入了快速发展期。

然而，律师职业是自由职业，很容易形成松散的律所结构模式。因此，律所特殊的组织形式导致如何管理和分配问题成为长期以来律所一直面临的难题。

## 二、提成制分配模式存在的问题

自 20 世纪 90 年代至今，国内绝大部分传统律所，合伙人层面采用松散的合伙制，其实还算不上真正的合伙组织，说“搭伙”更合适一些。独立律师层面选择采用提成制（挂靠），个人分配收入直接与个人对外展业的销售收入挂钩，交给国家（缴税）、交给单位（管理或分摊成本）后，剩下的全部是自己的。这种完全侧重个体激励的分配机制，在历史上确实促进了律师行业的发展。

但是，随着法律服务市场的变化，律师业务由卖方市场进入买方市场，同时也出现了需要多人协同完成的综合、复杂或者长周期业务，以及服务综合性要求较高的大机构客户，这种带有基因缺陷的提成机制也逐渐暴露出更多的弊端。

（一）提成制下律师间彼此竞争难以形成合力，不能在律师之间产生协同作战优势，律师难以实现专业化发展

在提成制的律所里，合伙人与合伙人之间、合伙人与律师之间也会存在客户业务的竞争关系，大家各自为政，很少有人愿意把到手的案源“拱手让人”。即使能够通过内部分成等方式让拉案子的律师和做案子的律师形成合作，但是由于缺乏价值层面或者具体分成比例的共识，或者碍于熟人情面，难以讨论出双

方都满意的分成方式，仍然无法形成一个活跃的律所内部市场。为了不让客户流失，律师必须“什么都懂”，每位律师都硬着头皮做或许与自身能力并不完全匹配的案子，但限于精力有限，导致无法为客户提供高品质的专业法律服务。律师之间很难从利益共同体的层面实现真正的协同合作，很快与律所业务、客户需求之间产生了诸多不匹配，导致律师、律所都陷入某种发展瓶颈，某种程度而言影响了律师和律所进一步的发展。

（二）合伙人不愿意为律所的长期发展进行投入，律所很难形成长期积累

由于提成制关注合伙人个人创造的短期收入，在律所管理运营上也带来一些问题。合伙人主要收入来自个人创收，合伙人赚多少分多少，合伙人追求“落袋为安”。由于律所组织层面给合伙人带来的直接价值有限，合伙人也不愿意为律所的长期发展进行投入，律所则很难形成长期积累。律所在管理上往往出现创始人一人集权或者合伙人权力分散两种情形，要么缺乏民主决策，要么久议不决，不利于律所的长远发展。

（三）容易形成“大律师、小律所”局面，律所变为“小律协”

提成制分配模式这种机制目前在行业内占统治地位，由于律师的业务能力和开拓市场能力不同，明星合伙人在律所占据完全的主导地位，随时可以“用脚投票”，很多律所都陷入“大律师、小律所”的困境。

鉴于提成制的以上不足，不少采用提成制的律所期待以“利润共享、风险共担”的分配方式来改造律所。在此场景下，发端于西方的计点制分配模式开始进入中国律所的视野。

## 三、律所分配制度改革经验

一直以来，绝大部分律所尝试进行分配制度改革。本文以天同律所和海泰律所为例，简要介绍两家律所在分配制度方面的探索经验。

天同律所采取的是计点制分配模式。合伙人分为两个层级。首先是薪酬合伙人，领的是固定薪酬。薪酬合伙人可以参与律师事务所的部分决策，但是不参与分红，也不承担律师事务所的经营风险。其次是权益合伙人，参与分红并承担律所经营风险，其利润分配是按照点数

\* 孙启东，广东国晖律师事务所律师、深圳市坪山区政府统筹法律顾问，专业领域为政府及企业法务，在《山东社会科学》等中文期刊发表文章 7 篇，合作出版专著 2 部。



来计算的。先计算全年总利润，用总收入减去总成本，然后根据每个人的点数去分配。这种计点制分配模式在以非诉业务为主的律所中也被广泛采用。

海泰律所前后经历了三次薪酬体系的改革。第三次改革是尝试“公司制”转型，通过自愿原则选出三个试点团队尝试探索公司制改革。改革的结果是只有其中一个团队取得成功，该团队取得改革成功的原因是在采用计点制分配方式时没有仅简单考虑存量蛋糕的计点初评制度体系，还同时考虑了考核评价体系和业务协同体系。

#### 四、计点制分配模式辨析

##### （一）计点制分配模式的概念

计点制分配模式（Lock-step，意思是锁定等级）发源于英国的律师事务所。这种分配模式认为，进入律所工作的法学院毕业生，如果有相同的勤勉程度，其成长的速度基本相同，每年薪酬增长的幅度也应该是一致的。

计点制以合伙人资历为标准，资历越深，点数越高，利润分成也就越多，不考虑合伙人的业绩。在律所统一核算下，计点制有一个基本的计算公式，即以律所总利润除以合伙人总点数得出每点价值，再由每点价值乘以单个合伙人点数即可得到该合伙人的分红金额。

##### （二）计点制分配模式的底层逻辑

计点制体现了律所对于资源最优配置的追求。律所一体化运营能够充分利用律所既有资源，降低边际成本，提高律所运营效率，进而实现产值最大化。计点制在本质上是从合伙人利润核算一体化开始，在此基础上进而形成管理运营一体化、业务协同一体化，最终实现客户及市场的一体化。因此，计点制分配模式要求律所实现财务、运营、业务、市场的一体化。计点制是适合一体化（公司制）组织形式的分配模式。

##### （三）计点制分配模式的优点

1. 能够实现资源最优配置，提高资源的使用效率  
计点制打破了“唯创收论”。合伙人基于各自的成长背景、教育背景、资源背景互相认可各自的点数后，只要其以相同的勤勉敬业程度对待工作，不论他承担的是开发市场的工作，操作案件的工作，还是管理律

所事务的工作，每年的点数增长都基本稳定，而且原则上各位合伙人的点数涨幅基本持平，为团队分工和协作解除了后顾之忧。计点制下每个合伙人关注的不再是个人创收的多少，而是整个事务所的发展情况。只要大家努力让律所的利润提高，每一点的含金量就会提高，每个人的分红也会水涨船高。

2. 计点制实现了专业分工，有利于律师走专业化道路，提高法律服务质量

要形成一体化的律所，业务分配和利润分配的脱钩是前提。也就是说，案件来源是案件来源，操作业务是操作业务，利润分配是利润分配，这是三条独立的线。而如果谁承揽的案件就由谁操作，并且获得这个案件的收入分配，把利润分配和案件的来源简单挂钩，就难以促进一体化律所的形成。

同时，计点制可以让律师们专注发展自身的长处，在互相的取长补短中协同发展。通过彼此能力的交换，形成真正的内部市场。在具体案件的承办上，接到案源的律师会真正愿意把案子交给律所里最适合做这个案子的人。对待任何一单业务，律师们都可以集全所之力，拿出最优质的人才和资源为客户提供服务，保障了法律服务的质量。对于擅长业务操作的律师，其可以不需要考虑案源，专心做业务；对于擅长拓展市场的律师，其可以将更多的精力投入在案源的获取上。律所内部市场的形成，每一位律师都可以把自身的长处发挥到极致，合力推动律所品牌的建设，实现律所和律师自身发展的良性循环。

##### 3. 有利于实现律所运营一体化，提高品牌竞争力

纵观经济组织模式演变历史，由封建时代的手工作坊进化为一体化协同运作的工厂，是经济组织规模化发展的需要，也是适应生产力发展需求的结果。英国“Magic Circle”律所之一的年利达律师事务所执行合伙人托尼·安吉尔（Tony Angel）曾经这样解释Lock-step为律所带来的好处：“Lock-step基于这样的假设，即随着时间的推移，通过消除跨业务和办事处团队合作的障碍而获得的利益将比用财务报酬来奖励特定个人的行为有效，因为这种体制使我们能够更有效地完成针对目标客户的目标工作，促进广泛的机构关系的发展，以及最大限度地减少内部竞争。”

由于律所建立了统一的资金池，合伙人利益都在一个“盘子”里，仅以预先确定的点数获取收益。这样，不再只把关注点放在自己在每个案件的创收是多少、能提成多少这样的问题上，如此心态会更平和。部分合伙人就可以安心投入时间和精力从事业务创收之外的管理、培训、研发、人事等事务性工作。在这样的律所里，大家不分你我，而是一起开拓市场，通力协作做好业务，共同把蛋糕做大。合伙人的共同目标是扩大律所整体利润，制度设计上鼓励外部竞争而非内部竞争。计点制下的合伙人也会更关注律所总体目标的实现，愿意把目标放得更长远，在此基础上，让合伙人来讨论“愿景、使命、价值观”才能真正落到实处。

##### （四）计点制分配模式的不足

计点制在实践中也存在着不足。因为在这种分配模式下，点数只和资历或其他类似要素挂钩，在本质上可能违背多劳多得、少劳少得的按劳分配原则。由于人性存在弱点，很容易产生“大锅饭”现象，对贡献大的律师包括快速成长的青年律师和带来大量创收的明星合伙人并不公平。如果实行纯计点制，不去考虑合伙人的创收，往往会出现主观考核流于形式，个别优秀业务骨干工作负荷过重，出现业绩与分配收入不匹配，没有实现工作负载的合理分配与团队人才培养的梯队格局，会导致出现人才流失的后果。

#### 五、复合制分配模式值得研究和实践

长期以来，很多律所在制定分配制度时主要误区在于仅从单一的维度进行价值评价。如果只从创收的单一维度进行考核，那大概率律师追求的就会是短期创收。如果律所想要得到长期的发展，在设计薪酬分配机制时，考核的要素就需要包括长期的要素，比如管理、人才培养等。要综合考虑身份、创收、管理三种要素的贡献价值，只有这样才能构建起律所科学合理的薪酬分配体系。

构建起律所科学合理的薪酬分配体系，首先要妥善处理和平衡效率与公平的这一对矛盾。律所薪酬分配机制的设计始终面临一个问题，就是平衡效率与公平的问题。效率指的是律所的发展、收入的增长，公平指的是要公平地评价和对待律师个体的贡献，不能

违背按劳分配原则。收入分配制度要适应市场，解放生产力。需要在解放个体生产力和解放团队生产力之间找到平衡点。换句话说，就是确定把资源投到推动团队发展还是推动个体发展上。完全的提成制，就会像目前的大部分律所的情况一样，律所完全依赖律师个体，组织的整体性受到损害，资源得不到有效整合利用。纯粹的计点制就会导致“大锅饭”。

其次科学设计收入的创造、评价和分配三大体制机制。经济管理需要把劳动内化于价值，外化于财产。创造就是如何把蛋糕做大，评价就是区分各自做了多少，分配就是如何分蛋糕。律所制定薪酬分配制度时首先是要站在律所长期发展的视角，看如何将蛋糕做大，并且从中拆解出相关的价值贡献因素，比如业务引进、业务承办、人员培训、律所及团队管理等。其次按照对于做蛋糕的贡献、重要性程度设定评价标准。最后结合评价标准设计分配方式。

综合考虑提成制和计点制的利弊，笔者建议律所可以尝试采用计点制基础上的提成制这一复合制分配模式。科学公平合理地制定点数标准，作为年终分红依据。另外，从每笔业务收入中拿出20%左右的利润对参与者进行分成奖励。这样既照顾了律师资历方面质的要素，又照顾了劳动付出方面量的要素，做到质和量的有机结合。当然，律所经营要从律所实际出发，在不同的发展阶段采用不同的分配制度，规模较大的律所也可以尝试团队层面实行计点制，律所层面实行提成制。

律所收入分配是基于对劳动价值的认知，实现社会化分工第一次分配的过程，它决定了律所的生产关系。律所生产关系的优劣决定了律所生产力是否得到解放，决定着律所的发展前途。衡量律所分配制度优劣的标准应该是看能否激发员工的个体活力、提高律所的整体竞争力。

##### 参考文献：

1. 蒋勇：《天同合伙人是怎样分配利润的？》，“天同律师事务所”公众号。
2. 郭辉林等：《中小型律所科学管理实践》，法律出版社，2023年4月第1版。
3. 智合研究院：《2022中国法律市场观察》，2022年7月第1版。
4. 智合研究院：《2023中国法律市场观察》，2023年6月第1版。



# 深圳市非居改保政策 研究与思考

○陈玲\* 广东联建律师事务所

## 一、什么是深圳市“非居改保”政策？

《深圳市住房和建设局 深圳市规划和自然资源局关于印发〈关于既有非居住房屋改建保障性租赁住房的通知（试行）〉的通知》（深建规〔2022〕8号，以下简称《通知》）提出，“既有非居住房屋改建保障性租赁住房，是指将闲置和低效利用的商业、办公、旅馆（酒店）、厂房、研发用房、仓储、科研教育等

非居住存量房屋改建为保障性租赁住房的行为。”同时，根据《深圳市保障性租赁住房管理办法》（深圳市人民政府令第353号，以下简称《管理办法》）第三条以及《深圳市保障性住房规划建设管理办法》（深圳市人民政府令第355号）第三条第三款等相关规定，保障性租赁住房，是指政府提供政策支持，发挥市场作用，以小户型为主，限定租金水平，面向符合条件

的新市民、青年人、各类人才租赁的住房。

## 二、深圳市为什么要开展非居改保工作？

（一）各级政府陆续出台系列政策大力支持非居改保工作

2021年6月24日发布的《国务院办公厅关于加快发展保障性租赁住房的意见》（国办发〔2021〕22号，以下简称“国办发22号文”）提出，在符合规划原则、权属不变、满足安全要求、尊重群众意愿的前提下，允许将闲置和低效利用的商业办公、旅馆、厂房、仓储、科研教育等非居住存量房屋改建为保障性租赁住房；用作保障性租赁住房期间，不变更土地使用性质，不补缴土地价款。2021年11月2日发布的《广东省人民政府办公厅关于加快发展保障性租赁住房的实施意见》（粤府办〔2021〕39号，以下简称“粤府办39号文”）提出，各级人民政府要加强统筹协调，强化部门联动，对利用非居住存量土地和非居住存量房屋建设保障性租赁住房，市县人民政府组织开展联合审查，并根据审查结果授权本级保障性租赁住房行政管理部门出具保障性租赁住房项目认定书。2022年3月28日，深圳市人民政府办公厅印发的《关于加快发展保障性租赁住房的实施意见》提出，对闲置和低效利用的商业办公、旅馆（酒店）、厂房、研发用房、仓储、科研教育等非居住存量房屋，经市政府同意，在符合规划原则、权属不变、满足安全要求、尊重群众意愿的前提下，允许改建为保障性租赁住房，用作保障性租赁住房期间，不变更土地使用性质，不补缴土地价款。

2022年12月9日，深圳市住房和建设局、深圳市规划和自然资源局联合印发《通知》对非居改保的条件、要求、流程等工作要求进一步明确。因此，非居改保工作的开展有明确政策规定，具有社会发展的现实意义。

（二）深圳地少人多，人口净流量大，保障性租赁住房需求高

2023年5月8日，深圳市统计局公布的《深圳市2022年国民经济和社会发展统计公报》显示，全市年末常住人口1766.18万人。其中，常住户籍人口583.47万人，占常住人口比重33%；常住非户籍人口1182.71万人，占比重67%。而深圳总面积仅1997.27

平方公里。早在2022年1月，深圳市住房和建设局发布的《深圳市住房发展“十四五”规划》提出，到2025年底，全市常住人口预计增至1860万人，随着人口净流入，深圳住房需求规模持续增加。该规划提出，规划期内规划建设筹集保障性住房54万套（间）。其中，保障性租赁住房40万套（间）。2023年4月，深圳对住房发展“十四五”规划作出调整，进一步提高了“十四五”规划的任务目标，将原来规划的和筹集保障性住房54万套（间）的目标，调整为不少于74万套（间），大幅增加的20万套（间），均为保障性租赁住房。

（三）写字楼、厂房等市场房屋空置率高，保障性租赁住房的市场需求大

据市场统计，写字楼、厂房等空置率近期仍偏高，从房地产咨询公司戴德梁行2023年7月发布的年中报告中可以看到，2023年年中，深圳甲级写字楼空置率同比上升1.6个百分点至24.5%，继2020年底之后，再度超过24%。深圳甲级写字楼的租金高点出现在2018年，此后一路震荡下跌，2023年上半年的租金水平相比2018年已大幅下调了28.6%。随着深圳市产业转型升级步伐加快、数字经济蓬勃发展，部分区商办用房等空置现象较多，通过非居改保有利于盘活各辖区低效利用、闲置的存量非居住房屋，优化资源配置。另外，根据《管理办法》相关规定，保障性租赁住房因享受政府政策支持，租金水平相对较低，限定租金水平为同期同区域同品质租赁住房市场参考租金的百分之六十（政府组织配租的保障性租赁住房）或不高于百分之九十（社会主体出租的保障性租赁住房），且面向符合准入条件的新市民、青年人、各类人才等对象优先供应，所以出租率相对市场租赁较为稳定，市场需求大。

（四）保障性租赁住房项目可享受土地、税费、水电气、财政等多重优惠政策，对市场起到推动作用

国办发22号文明确提出了保障性租赁住房可享受土地、税费、水电气、财政等多重优惠政策，如保障性租赁住房项目取得保障性租赁住房项目认定书后，用水、用电、用气价格按照居民标准执行，且用作保障性租赁住房期间，不改变土地使用性质，不需补缴土地价款。保障性租赁住房项目可按规定执行《关于

\* 陈玲，广东联建律师事务所合伙人、第十一届深圳市律师协会立法法律专业委员会秘书长、委员。



完善住房租赁有关税收政策的公告》（财政部 税务总局 住房城乡建设部公告 2021 年第 24 号）、《深圳市住房和建设局 国家税务总局深圳市税务局关于实施住房租赁税收优惠政策有关事项的通告》、粤府办 39 号文等规定，享受增值税、房产税等优惠政策。对保障性租赁住房项目免收城市基础设施配套费。这一系列保障性租赁住房相关支持政策的出台，有利于保障性租赁住房的发展。

### 三、如何开展非居改保工作？

#### （一）申报条件

根据市住房和建设局、市规划和自然资源局联合印发的《通知》相关规定，申请人可以是房屋所有权人，也可以是受其委托实际开展住房租赁运营的专业化住房租赁企业等市场主体。申请既有非居住房屋改建保障性租赁住房的，应当同时符合以下条件：（一）具有不动产权属证书，且房屋用途为商业、办公、旅馆（酒店）、厂房、研发用房、仓储或者科研教育等。（二）不存在查封登记、异议登记等情形；存在抵押登记等其他项权益的，应当取得所有他项权益人同意。（三）未被纳入城市更新单元计划、棚户区改造计划、土地整备计划和房屋征收计划。（四）商业、办公、旅馆（酒店）、科研教育、研发用房应当以栋、座或者相对独立的整层为单位进行改建，厂房、仓储用房应当以栋或者座为单位进行改建。单个项目改建总建筑面积不低于 1000 平方米。（五）改建项目所在宗地存在两个以上共有人的，应当经全体共同共有人或者占份额三分之二以上的按份共有人同意，但是共有人之间另有约定的除外；建筑物区分所有权的，应当由宗地内专有部分面积占比三分之二以上的业主且人数占比三分之二以上的业主参与表决，并取得参与表决专有部分面积四分之三以上的业主且参与表决人数四分之三以上的业主同意改建。（六）法律、法规和规章规定的其他条件。

#### （二）申请认定和改建程序

根据《通知》相关规定，申请改建的项目的主要程序为：（一）受理：申请人向项目所在辖区住房建设部门提交规定的申请材料进行申请。（二）区级审核（初审）：区住房建设部门统一受理申请后，将申请材料分送本辖区住房建设、规划和自然资源、更新

整备、产业、教育、水务等部门，区规划土地监察机构、市不动产登记机构，以及水、电、燃气等市政公用服务企业核查，经核查满足条件的，区住房建设部门提请区政府组织相关单位初审；初审通过的，报市领导小组办公室。（三）市级审核（复审）：市领导小组办公室相关单位提出复核意见，并报市领导小组审议。（四）出具项目认定书：审议通过后，由区政府出具保障性租赁住房项目认定书。项目认定书有效期原则为 6 年，期满后符合条件的可续期。（五）项目实施：申请人取得项目认定书后，应当按照经认定的改建设计实施改建并办理相关报建手续。（六）联合验收：改建项目竣工并且经申请人组织设计、施工、监理等单位进行竣工验收后，经申请人提出申请，由区住房建设部门组织本辖区规划和自然资源、更新整备等部门按照《深圳市建设工程竣工联合（现场）验收管理办法》有关规定进行竣工联合验收。竣工联合验收时，区住房建设部门应当委托具有资质的第三方检测机构对改建项目室内环境污染物浓度进行监督抽检，且抽检数量不得少于 3 间。（七）项目续期或退出：改建项目有效期届满前三个月，申请人可以向区住房建设部门提出续期申请，并按照规定重新申请项目认定。

### 四、非居改保工作相关重难点问题思考与建议

（一）什么是“非居改保”和“非居改租”？“非居改保”与“非居改租”的主要区别？

根据国办发 22 号文相关规定，“非居改保”是指对闲置和低效利用的商业办公、旅馆、厂房、仓储、科研教育等非居住存量房屋，经城市人民政府同意，在符合规划原则、权属不变、满足安全要求、尊重群众意愿的前提下，允许改建为保障性租赁住房；用作保障性租赁住房期间，不变更土地使用性质，不补缴土地价款。根据《国务院办公厅关于加快培育和发展住房租赁市场的若干意见》（国办发〔2016〕39 号）相关规定，“非居改租”是指将商业用房等按规定改建为租赁住房的行为，土地使用年限和容积率不变，土地用途调整为居住用地，调整后用水、用电、用气价格应当按照居民标准执行。

“非居改保”与“非居改租”在配租对象、监督管理模式及政策支持等方面存在较大差异。一方面，保

障性租赁住房需要根据《深圳市保障性租赁住房管理办法》相关规定面向符合准入条件的特定群体优先配租，而一般的“非居改租”则是面向市场不特定群体自行出租，并未严格设定准入条件，且相较于一般市场化租赁住房的自由管理模式，保障性租赁住房原则上必须严格按照政府部门相关监督管理要求开展租赁工作，如配租条件限制、租金价格限制、租期限制、涨幅限制、备案或申报要求、定期监督检查要求等。另一方面，各级政府对保障性租赁住房的政策支持力度较大，保障性租赁住房项目可享受较高税收优惠、适用民用水电气价格、享有金融支持政策及其他多项中央财政资金补助等政策利好。而“非居改租”要求将土地用途调整为居住用途，在规划、审批等方面存在实践困难，最终难以真正享受到住房租赁相关税收优惠政策，也无法真正落实民用水电气价格，如今更是无法直接享有以上针对保障性租赁住房的其他相关政策支持。

（二）深圳市如何进一步简化非居改保认定程序，提高认定效率？

根据粤府办 39 号文相关规定，对利用非居住存量土地和非居住存量房屋建设保障性租赁住房，市县人民政府组织开展联合审查后，可根据审查结果授权本级保障性租赁住房行政管理部门出具保障性租赁住房项目认定书，且要求从项目申请到完成认定原则上不超过 30 个工作日。据梳理，除深圳以外，广州、福州、珠海、济南、青岛、厦门、天津等地均出台了非居改保相关政策。但深圳市出台的《通知》以及《深圳市保障性住房规划建设管理办法》等文件要求非居改保项目不仅需市区两级住建、规资、更新、教育、土地监察、产业部门等 10 多个单位审核，还需市、区两级政府审议，审议通过后再由区级政府出具认定书，较为繁琐的程序导致项目难以符合粤府办 39 号文规定的从申请到完成认定 30 个工作日的时限要求，大大影响了项目的申报、认定效率。而其他城市，程序相对简化，如广州、珠海、青岛、厦门、济南等地，改建项目经审核通过后，可由区住房城乡建设部门或者领导小组办公室直接核发、出具项目认定书，均无需由区人民政府层面出具认定书，在一定程度上缩短了认定时间，提高了认定效率，建议深圳市可借鉴广州、珠海等地优秀做法，由区住房建设部门根据审核通过的结果直

接核发、出具项目认定书，缩短项目认定书出具时间，简化认定流程，以期政策更具可操作性。

同时，《通知》自 2022 年 12 月颁布至今已逾一年，暂未出台相关实施细则，导致实践中许多新问题难以开展。如 LOFT 是青年人青睐的居住户型，但《通知》并未明确该类项目的改建应如何开展，导致许多申请主体处于“想为不敢为”“想为不会为”的困境，而珠海市早在其颁布的《珠海市关于推进非居住存量房屋改造为保障性租赁住房的通知》明确规定 LOFT 项目相关工作的开展，如“对于单层建筑面积小于 45 平方米的 LOFT 项目和单套建筑面积小于 80 平方米的 SOHO 项目，在符合相关技术标准前提下，可依照本方案程序向住建部门申请建筑物功能临时变更为保障性租赁住房，但应先办理暂停销（预）售手续”以及“商业、商办等高层 LOFT 物业改建为保障性租赁住房，须经原设计单位或有资质的其他设计单位进行设计并通过施工图审查合格，允许申请二次消防验收取得消防许可。”该规定为非居改保相关问题的解决提供了较好的思路，故建议深圳市相关部门及时做好新政策的实施后评估，充分总结各级政府及职能部门的成功经验和实践中存在的问题，参照其他省、市经验做法，简化认定程序，适当放宽条件，适时启动《通知》等非居改保相关政策的修订工作，并出台相关实施细则，针对实践中疑难问题作出统一规定，以进一步推动非居改保相关工作的开展。

（三）深圳市如何激发企业申报非居改保项目积极性，鼓励更多主体参与非居改保工作？

根据《管理办法》第三条规定，保障性租赁住房是指政府提供政策支持，发挥市场作用，以小户型为主，限定租金水平，面向符合条件的新市民、青年人、各类人才租赁的住房。故经认定的非居改保项目面向的承租主体以及配租价格等条件严格受《管理办法》限制，如社会主体出租的保障性租赁住房租金价格不得高于同类租赁住房市场参考租金的百分之九十，而在当前租赁市场低迷情况下，市场参考租金本身已经较低，该类项目需在此基础上再度降低租金，导致企业收益较低，而前期企业需投入较高成本，且目前深圳市暂未出台非居改保项目相关补贴政策，导致许多企业考虑到经营成本的问题而不愿意纳保。为此，建议市、区尽快出台相关补贴政策，激发社会主体申请非居改保项目积极性。



# 枪支散件案中的 侦查实验问题浅析

○梁佳丽\* 广东融关律师事务所

根据最高人民法院《关于审理非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（法释〔2009〕18号）规定，“非成套的枪支散件每30件视为1支枪”，在我国制造业物美价廉的优势下，涉案的零部件数量通常以千个、万个起步，让小小的加工厂、公司或者小电商一跃成为“大型军火商”。

在枪支散件案件中，最核心的问题集中在涉案物品的定性上，司法实践中通常的做法是通过司法鉴定来明确，鲜有用侦查实验的。笔者经办的多起枪支散件案件中，恰有采用了侦查实验的，旨在通过侦查实验检验涉案物品“在枪支的闭锁、供弹、退壳、击发、

发射等主要机构中的功能性”，以进一步强化司法鉴定报告的可采信性。在相应的侦查实验中存在许多问题，笔者结合亲办案例，总结出以下几个问题，与大家一起探讨。

## 一、枪支散件案件进行侦查实验缺乏法律依据

根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百三十五条的规定，为了查明案情，在必要的时候，经过公安机关负责人批准，可以进行侦查实验。这里提到需要侦查实验是在需要查明案情的时候，而在6.24类案中，案情本身都是清楚的，不清楚的是，涉案的物品到底是不是枪支散件，是产品本身的定性问题，不是案情问题。

此外，《公安机关刑事案件现场勘验检查规则》（2015年10月22日公安部发布）第六十九条规定，为了证实现场某一具体情节的形成过程、条件和原因等，可以进行侦查实验。这里明确了进行侦查实验的条件，但在6.24枪支散件的类案中，不存在该等需要进行侦查实验的条件。那么在这类案件中进行侦查实验的依据何在？为了弥补鉴定意见的不科学、不客观性？如果是这样，实验不应该是由侦查机关进行，而是鉴定人员进行补充鉴定或者重新鉴定。

## 二、进行实验的主体资格存疑：实验单位、实验人员是否具备相应资质？

### （一）实验单位是否具备相应专业资质不明

根据《公安机关刑事案件现场勘验检查规则》第七十一条规定，侦查实验应当符合以下要求：1. 侦查实验一般在发案地点进行，燃烧、爆炸等危险性实验，应当在其他能够确保安全的地点进行；2. 侦查实验的时间、环境条件应当与发案时间、环境条件基本相同；3. 侦查实验使用的工具、材料应当与发案现场一致或者基本一致；必要时，可以使用不同类型的工具或者材料进行对照实验；4. 如条件许可，类同的侦查实验应当进行二次以上；5. 评估实验结果应当考虑到客观环境、条件变化对实验的影响和可能出现的误差；6. 侦查实验，禁止一切足以造成危险、侮辱人格或者有伤风化的行为。这里没有对试验单位提出要求，但《公安机关刑事案件现场勘验检查规则》第二条明确，刑事案件现场勘验、检查，是侦查人员运用科学技术手段，对与犯罪有关的场所、物品、人身、尸体等进行勘验、检查的侦查活动。而侦查实验正是在现场勘验、检查项下的活动，笔者愚见，实验人员和单位应受该条之约束。但在笔者经办的案件中，侦查实验是由某军工类公司完成的，而非侦查机关的侦查人员。

### （二）实验人员是否具备相应专业资质不明

刑事诉讼法虽然未明确侦查实验人员应具备怎样的资质，但明确了侦查实验的任务。根据《公安机关刑事案件现场勘验检查规则》第七十条规定，侦查实验的任务包括：1. 验证在现场条件下能否听到某种声音或者看到某种情形；2. 验证在一定时间内能否完成某一行为；3. 验证在现场条件下某种行为或者作用与

遗留痕迹、物品的状态是否吻合；4. 确定某种条件下某种工具能否形成某种痕迹；5. 研究痕迹、物品在现场条件下的变化规律；6. 分析判断某一情节的发生过程和原因；7. 其他需要通过侦查实验作出进一步研究、分析、判断的情况。从任务来看，对涉案物品定性不属于上述任务的前6项，那是否包含在第7项的“其他”中，笔者认为是不包含的。如前所述，不在需要侦查实验的前提条件下，也不在现场勘验、检查的“现场”项下；就算包含在“其他”中，需要解决的是技术问题，也应具备相应的研究、分析、判断能力。

以笔者经办的案件为例，侦查实验人员以及侦查实验笔录是由某个国内生产枪支的公司员工具体实施的，侦查实验笔录中载明该公司为国内唯一生产测试“AR15”系列枪支的工厂，进行实验操作的人员是公司的工作人员。但具体到该公司，既没有提供其具备资质的文件，也没有提供实验人员的技术资质（或等级）证书，甚至没有出示工作证，无法得知“工作人员”的专业性，实验人员所做笔录也没有其所在单位的确认。那么该实验人员的意见是否具有司法机关借鉴和参考的意义呢？能否代表专业人士的意见呢？笔者认为存疑的。笔者在同步录音录像中发现很多问题，实验过程存在“改变条件”的情况，笔录和结论不能自圆其说等，比比皆是。笔者认为，这种实验如只是作为一种可能性的参考，问题不大；但如果是作为加强鉴定报告的可信性，补充证明鉴定结论的唯一性，那就不可取了。

## 三、实验枪支过少且与涉案物品有明显差异，不能客观反映真实情况

不管是从侦查实验的“条件”还是“任务”来看，都是通过侦查实验务求“还原”案情。在笔者经办的6.24案件中，侦查实验使用的实验枪只有一支、只有一种动力的枪型，且使用的实验枪支本身就是改制版的。侦查实验既然以确定涉案物品的功能性为目的，那么在涉案物品作为通用零件能够安装于仿真枪、仿真游戏枪或其他动力的枪支的现实情况下，应当作出在仿真枪或其他动力枪支上的替换实验，以还原涉案物品的真实用途及功能。仅仅在以火药为动力的一支改制枪支上进行实验，忽视肉眼可见的颜色、尺寸与实验枪都不相同的情况，实则是丧失了侦查实验“还原”

\* 梁佳丽，广东融关律师事务所执业律师，第十一届深圳市律师协会刑民交叉法律专业委员会顾问，合著有《刑事辩护规范化》等书籍。



的本意。如果再以该失去“还原”本意的实验结果去认证鉴定结果的唯一性，结果必将是不可信的，难以让人信服的。笔者愚见，这种做法只是在证据种类上进行了“堆砌”，起不到查明案情的效果。

#### 四、侦查实验时操作不规范

（一）实验的操作过程简单粗暴，起不到“还原”的作用

枪支的精确度要求不用多说，差之毫厘谬以千里。侦查实验的“任务”及“条件”也不难看出，实验时应极其严谨，否则难以“还原”原本的样子或者难以查明原本的成因。在笔者经办 6.24 案件的侦查实验中，将实验枪支的零部件拆卸下来后，没有先进行与涉案物品的外形、结构、尺寸、材质等进行对比，在替换的时候，涉案物品中同类物品存在外形、尺寸明显差异的情况下，实验只挑选其中一种尺寸差不多的进行替换实验。对于没有进行替换的且当时实验时无法替换的，却在实验笔录中得出了均可以实现替换的结论。同步录音录像清晰可听到实验人员口述“这个不是我们这种”，但经过实验人员进行调试改造之后，仍然进行替换安装并进行击发测试，这个零部件的替换安装过程花费了十分钟之久，在实验笔录中也同样得出具备同样功能的结论。此种简单粗暴的方式为其一，还有诸如不将保险放在“SAFE（安全）”状态下实验的种种情况，就不再一一列举了。

（二）实验过程被侦查目的裹挟，缺乏客观公正性，失去了“还原”的意义

侦查实验的目的是为了“还原”，如果说实验的目的是为了“还原”涉案物品的真实用途，那么应该首先测试被告人或者犯罪嫌疑人所供述的用途，是否真的属于仿真游戏枪上的零配件，根据供述内容及外形特征，找到匹配涉案物品的实验品进行。然后再测试在其他动力的枪型上的情况。对于外形、尺寸、型号不同的，做出客观的实验结论，这才达到“还原”的基本要求。

以笔者经办的 6.24 案件为例，涉案物品的用途不同，则关系到适用法律的不同，甚至关系到罪与非罪的问题。用于实验的枪支可以理解为制式火药枪，这种枪型通常用于战场或者备战，除了有精密度要求外，对于

拆卸的顺滑度、颜色便于隐蔽等都有严格的要求，同时，涉案物品如果被认定为这种枪型的枪支散件，那么面临的也将是非常严峻的刑罚。但如果涉案的物品就是用于仿真枪，或者是玩具枪上，首先精密度、外形颜色等就没有那么高的要求，在适用法律上也未必以数量论，可以结合社会危害性等因素进行综合评判。在笔者代理的 6.24 案件中，有了枪支散件的鉴定意见后，再进行以火药为动力的实验枪进行击发侦查实验，那么笔者提出颜色、外形等这些与实验枪不同的辩护意见，都会在火药击发的视频冲击下显得苍白无力。如果这种方式用在辩论赛上，那可能是一个很好的亮点，但用于面临严峻刑罚的刑事审判中，笔者还是呼吁要抛开视觉冲击，回归侦查实验的初衷，从细微中找出不同，以便“还原”真实用途，从而做出恰当裁判。

因为，在境内外，许多枪支玩家会把 AR15 系列型号的仿真枪、游戏枪当成艺术品，涂上各种各样的颜色去装饰，以获得更精美的外观。正因如此，AR15 步枪也被称之为“成人乐高玩具”。而在 6.24 类案中，无一例外都是销往境外的。如果说涉案物品的真实用途是侦查实验的目的，那么笔者认为，更不应该忽视境外这一客观现实情况，而简单用境内有限的条件进行侦查实验得出不客观的结论。

#### 五、结语

根据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第一百零六条：“对侦查实验笔录应当着重审查实验的过程、方法，以及笔录的制作是否符合有关规定。”第一百零七条：“侦查实验的条件与事件发生时的条件有明显差异，或者存在影响实验结论科学性的其他情形的，侦查实验笔录不得作为定案的根据。”这两条规定很明确，但目前还未有针对侦查实验的过程、方法等有明确详细的标准进行评判，只能根据上述的侦查实验的“任务”和“条件”进行推断理解适用。在这种情况下，笔者认为，首先是不能乱用侦查实验，应严格掌握适用的条件；其次要根据实验对象的不同，高标准严要求来对待实验过程，不应以立场或侦查目的去左右或者裹挟实验过程和实验结论；最后，在证据不足的情况下，勿以证据种类堆砌来凑数，而应当遵从证据规则做出裁判。

# 企业在违法建筑内开展经营活动合法性问题探析

以深圳为例展开

○姜迪\* 广东金地律师事务所

在我国，市场监管部门肩负着维护市场经济秩序、保障消费者权益等重要职责。在众多市场监管领域中，违法建筑与经营场所的管理分别属于市场监管的边缘与核心。但是，综合来看，则不必然，企业在违法建筑内开展经营活动，在深圳却是普遍现象，对此，既不能搞“一刀切”，又不能放任不管。就违法建筑而言，它不是市场监管的对象；就经营场所来说，它不是市场监管最重要的事项。本文将对违法建筑与

\*姜迪，广东金地律师事务所合伙人，执业方向：综合行政执法、法治政府建设与评估、社会治理、行政复议、行政诉讼。



经营场所进行分析，探讨其在市场监管中的地位与重要性，并探讨如何通过合法合理的手段实现类似社会问题的有效治理。

### 一、违法建筑与经营场所：市场监管的边缘和核心

#### （一）概述

违法建筑，顾名思义，是指未经规划许可、施工许可等法定程序，擅自建设的建筑物。这类建筑存在严重的安全隐患，可能存在结构安全、环境污染、火灾等问题，对居住者及周边居民的人身及财产安全产生不利影响。从字面含义来看，违法建筑与市场监管部门显然毫无关联，退一步讲，即便存在一定关联，其也处于市场监管的边缘。

而经营场所，作为市场监管的核心，市场监管部门对其管理至关重要。它是企业或个体经营者开展经营活动的载体，其合法性、安全性、卫生条件等方面直接关系到消费者的权益。

#### （二）市场监管部门的职责：事前与事后之分

众所周知，市场监管部门需对经营场所进行严格的审查，确保其符合法律法规要求。比如颁发营业执照、查处非法经营等。同时，市场监管部门还需关注经营场所的卫生、环保、安全等方面，以此保障消费者的合法权益。

但是，对于违法建筑的查处，并非市场监管部门的职责，但在一定程度上，市场监管部门仍然需要参与管理。比如对违法建筑中的生产经营活动进行监管，防止违法行为扩散。此外，市场监管部门还需配合相关部门，如城市规划、建设等部门，共同治理违法建筑。

### 二、违法建筑作为经营场所登记的合法性问题

从行政法原则以及现有规定来看，以违法建筑为经营场所创办企业、开展生产经营活动的，原则上不能办理营业执照等合法经营证照，但也存在例外情形，就是市场监管部门经审查符合商事登记形式要件的，则会给予办理商事登记。

（一）市场监管部门应当形式审查经营场所的合法性

从国家到省、市的规定来看，经营场所合法性证

明是商事登记的必要条件之一，申请人（含自然人、法人或非法人组织，下同）应当提供经营场所合法性证明，如房屋产权证明、经普查记录的历史遗留违法建筑临时使用相关证明。比如，《中华人民共和国市场主体登记管理条例》第十七条关于“申请材料真实性、合法性和有效性”的规定；《广东省商事登记条例》第十七条关于“提交住所、经营场所使用证明”的规定；《广东省商事登记条例》第四十四条关于“登记机关依法对申请材料是否齐全、是否符合法定形式进行审查”的规定；《深圳经济特区商事登记若干规定》第八条关于“提交申请材料和申请书载明的住所、经营场所等信息的真实性、合法性”的规定等。

从中我们也不难看出，如果登记机关（即市场监管部门）通过形式审查发现申请人提交虚假材料，则属于申请材料不齐全、不符合法定形式的情形，登记机关应当告知申请人补正相关材料；如果不能补正的，登记机关事实上没有留存申请材料，则视为申请人放弃申请。这样就从源头上对以违法建筑为经营场所创办企业、开展生产经营活动予以杜绝，也能有效控制类似违法行为的进一步蔓延。

（二）主管部门将违法建筑信息告知市场监管部门时，市场监管部门应当不予办理

《深圳市人民代表大会常务委员会关于坚决查处违法建筑的决定》第二条第（二）项规定，“（二）禁止租用违法建筑的房屋从事生产经营。市场监管部门不得给无合法有效不动产权属证书的生产经营者办理营业执照；有临时建筑证明文件的，经营期和临时房地产使用权证明文件有效期应当一致；发现生产经营者租用违法建筑从事经营活动的，应当责令立即停业，暂扣其营业执照，并按照规定进行处罚。”从该条规定来看，虽然对于登记办理时即事前的规定不是特别明确，但我们可以结合整个决定的立法目的和体系综合来看，通过对事后查处的规定亦可以明确，申请人若以违法建筑作为生产、经营场所申请办理相关证照、登记或者备案手续的，市场监管部门已知悉经营场所为违法建筑的，应当不予办理营业执照等合法经营证照。

（三）主管部门未将违法建筑信息告知市场监管部门时，只要申请人的申请事项材料齐全、符合法定

形式，应给予办理

《中华人民共和国行政许可法》第三十一条第一款规定，“申请人申请行政许可，应当如实向行政机关提交有关材料反映真实情况，并对其申请材料实质内容的真实性负责。行政机关不得要求申请人提交与其申请的行政许可事项无关的技术资料和其他材料。”而且，《中华人民共和国市场主体登记管理条例》第十九条第一款也明确规定：“登记机关应当对申请材料进行形式审查。对申请材料齐全、符合法定形式的予以确认并当场登记。不能当场登记的，应当在3个工作日内予以登记；情形复杂的，经登记机关负责人批准，可以再延长3个工作日。”显然，行政机关无权要求申请人提供其经营场所所在的建筑物是否为违法建筑的证明材料（但能够证明建筑物合法性的材料，如建设工程规划许可证、房屋产权证明、宽大处理的历史遗留违法建筑临时使用相关证明等，符合商事登记关于经营场所合法性证明的要求）。

因此，申请人如果根据行政许可相关部门法或者商事登记相关法律法规规定，提供了经营场所合法的证明，并且承诺对其真实性、合法性负责，那么，申请人的申请事项材料齐全、符合法定形式，市场监管部门就应当给予办理行政许可或商事登记。

### 三、已在违法建筑办理合法经营证照的企业的路径

对于已办理合法经营证照的企业，其经营场所被相关部门认定为违法建筑的情形，是否应当撤销或吊销相关证照、许可等的规定，应区分不同情形。

首先，对于已办理合法经营证照的企业，其经营场所被主管部门认定为违法建筑的情形，从相关市场监管部门的意见来看，目前没有相关法律依据对该种情形的企业应当予以撤销或吊销营业执照。

其次，从《深圳市人民代表大会常务委员会关于坚决查处违法建筑的决定》第二条的规定来看，法律明确规定禁止租用违法建筑的房屋从事生产经营。市

场监管部门……发现生产经营者租用违法建筑从事经营活动的，应当责令立即停业，暂扣其营业执照，并按照规定进行处罚。从中可以确认，上述特区法规并无应当撤销或吊销相关证照的规定，而是由市场监管部门暂扣其营业执照。

而根据《深圳市人民代表大会常务委员会关于坚决查处违法建筑的决定》第二条第（四）项<sup>①</sup>的规定来看，法律亦明确规定了禁止租用违法建筑的房屋从事文化、娱乐、饮食等经营的行为。违反前述规定的，文化广电旅游体育、卫生健康部门应当收回其文化、卫生等有关的许可证，责令其立即停业，并按照规定进行处罚。

也就是说，对于租用违法建筑从事经营行为，除特殊情形外，如从事文化、娱乐、饮食等经营的行为，其他情形仍需由市场监管部门负责管理。

最后，营业执照相关问题并不影响违法建筑的查处及后续执行工作。自2021年9月1日深圳市综合行政执法改革<sup>②</sup>后，查处违法建筑的相关职权已下放街道办事处，街道办事处负责查处违法建筑，而各区规划土地监察局的职责之一为指导街道办事处查处违法建筑，至于营业执照相关事项，并不涉及其职权事项，亦不影响违法建筑的查处及后续执行工作。

### 四、结论

违法建筑与经营场所虽然在市场监管中的地位有所不同，但都关系到社会秩序和消费者权益。市场监管部门应充分发挥职能，加强对这两方面的管理，为建设公平、公正、和谐的市场环境贡献力量。同时，还需加强与相关部门的协作，形成合力，共同维护国家利益和社会公共利益。

#### 参考文献：

- 1.赵静：《城市违法建筑治理法治化研究》，黑龙江大学博士论文，2021年。
- 2.夏雨、林沈节、孙铭宗：《为有序而监管——杭州市违法建筑综合治理研究》，《公法研究》，2011年。

①（四）禁止租用违法建筑的房屋从事文化、娱乐、饮食等经营的行为。违反本决定的，文化广电旅游体育、卫生健康部门应当收回其文化、卫生等有关的许可证，责令其立即停业，并按照规定进行处罚。  
②《深圳市人民政府关于街道综合行政执法的公告》（深府函〔2021〕213号）。



# 浅析政府采购投诉成立引发民事赔偿诉讼的相关问题

○樊永强 \* 周洁 \* 上海市君悦（深圳）律师事务所



财政部《政府采购质疑和投诉办法》（下称“94号令”）第三十二条规定，在政府采购合同招投标过程中，因招标过程或招标结果的投诉成立，影响或可能影响采购结果的，根据不同情形有四种处理方式，其中前三种情形均责令重新采购，即使合同已经签署也可以撤销，第四种情形则是“如果政府采购合同已经签署并履行的，给他人造成损失的，相关当事人可依法提起诉讼，由责任人承担赔偿责任”（下称“该规定”）。在这种情形下，意味着即使投诉成立且影响采购结果，但已经履行的合同不予撤销，受损一方只能通过诉讼要求赔偿。

该规定虽然明确赋予当事人可以通过诉讼途径追究相关责任人的赔偿责任，但在实际操作过程中，就此类案件如何确定案由、诉讼主体、诉求以及如何认定损失等存在诸多争议和困惑。

## 一、如何选择案由

根据威科先行法律信息库<sup>①</sup>检索数据，涉及 94 号令第三十二条的案例共计 67 篇，其中民事案由仅有 5 篇，仅占该条款案件总量的 7.5%，无论从案件数量还是比例，均能看出在司法实践中，即使投诉成立能影响采购结果，一旦被认定为合同已经履行，仅有少数当事人选择采用民事诉讼方式要求赔偿。

这其中 5 个民事案由案例中，(2021)甘 0702 民初 4729 号随州市东正专用汽车有限公司、甘州区农业农村局等案件以侵权责任纠纷为案由，(2019)桂 0481 民初 476 号梧州市丽景园林股份有限公司与广西鑫磐

工程项目管理有限责任公司、广西鑫磐工程项目管理有限责任公司岑溪分公司案件以缔约过失责任纠纷为案由，其余三个案例，有两个案例案由为招标投标买卖合同纠纷，一个直接概括为买卖合同纠纷。

### （一）招投标买卖合同纠纷

招标投标买卖合同是在合同订立过程中引入招标投标竞争机制的特殊买卖合同，一般在大宗商品买卖、政府采购等交易中采用，是指招标人通过招标公告、投标邀请书向特定或不特定人发出要约邀请，投标人通过投标发出要约，招标人选定中标人作出承诺或再经磋商而签订的买卖合同。招标投标买卖合同纠纷，除了一般买卖合同的常见纠纷外，还有大量其他类型的合同纠纷与招标投标程序直接相关，通常只有通过招标投标签订买卖合同的，才适用该案由。

### （二）侵权责任纠纷

侵权责任纠纷在民事纠纷中占有很大比例，是指行为人侵害他人民事权益而引起的纠纷，与其他两个案由相比，该案由不要求当事人存在合同或者潜在合同关系，只要是一方认为另外一方或多方的行为对自身造成了侵害，均可使用该案由，适用范围较广。但对侵权主体的认定、侵权行为、因果关系以及损害后果的举证责任要求较高；而且在侵权责任纠纷中，通常只能主张已实际产生的损失，而无法主张预期利益。

### （三）缔约过失责任纠纷

缔约过失责任是指当事人在订立合同过程中，有违背诚信原则的行为，造成了另一方当事人的损失，因此

承担赔偿责任受害人的法律后果。缔约过失责任的成立须具备下列条件：①缔约人违反了以诚信为基础的先合同义务；②违反先合同义务的行为给对方造成了损害；③相关行为与损害间有因果关系；④行为人有过失。<sup>②</sup>

主张缔约过失责任要求缔约一方存在过失，且赔偿范围限于信赖合同有效成立而支出的费用和实际遭受的损失，不包括预期利益。而且，缔约过失责任诉讼主体限于缔约双方，其余责任主体无法一并承担责任。

## 二、如何确定诉讼主体

### （一）原告的确

94 号令该规定明确了对于已经签署并履行政府采购合同但给他人造成损失的，相关当事人可以提起赔偿诉讼。原告应当包括利益受损一方或者其他有利害关系的当事人。大部分情况下，原告是对该政府采购项目进行投诉的投诉人，但也可能是权利受损的采购人、代理机构或者其他供应商。

### （二）被告的选择

政府采购项目投诉成立，因违法行为造成他人损失的，应当承担赔偿责任。通常情况下，赔偿责任主体主要包括：

#### 1. 采购人、采购代理机构

根据《政府采购法实施条例》第七十六条规定，政府采购当事人违反政府采购法规定，给他人造成损失的，依法承担民事责任。因此，采购人、采购代理机构在政府采购过程中，如因采购文件违法、评审过程或采购结果存在违法，被认定投诉成立的，除应承担相应的行政违法处罚后果之外，如给他人造成损失的，还应当承担相应的民事赔偿责任。

根据《民法典》第一百六十二条“代理人在代理权限内，以被代理人名义实施的民事法律行为，对被代理人发生效力。”采购代理机构在采购人授权的范围内实施的招标行为，可被视为采购人的行为。

有观点认为采购人与采购代理机构之间存在委托

代理关系，且在招标活动中披露了委托人为采购人，根据《民法典》第九百二十六条第二款“受托人因委托人的原因对第三人不履行义务，受托人应当向第三人披露委托人，第三人因此可以选择受托人或者委托人作为相对人主张其权利，但是第三人不得变更选定的相对人”，即原告仅能选择向采购人或者采购代理机构之一主张权利。一般情况下采购人与采购代理机构之间签订的《委托代理协议》中会明确约定，如代理人在代理过程中有违法违规及超越代理范围等行为，由代理人自行承担相应的法律责任和违约责任。参考(2019)桂 0481 民初 476 号案件，法院认为《招标代理合同》第七条第 5 点约定“如代理人在代理过程中有违法违规及超越代理范围等行为，则委托人有权解除本协议，由代理人自行承担相应的法律责任和违约责任”，因此，被告鑫磐公司岑溪分公司在本案中的违法行为，不应由岑溪采购市交通局共同承担赔偿责任。<sup>③</sup>

笔者认为，一般情况下招标代理协议不会公开，且原告无法有效判断造成损害结果的责任方是采购代理机构亦或是采购人本身，建议将采购人和采购代理机构同时列为被告并要求其共同承担责任，至于二者之间的责任划分情况由被告双方各自举证。

#### 2. 供应商

94 号令第三十二条（四）明确“由相关责任人承担责任”，《〈中华人民共和国政府采购法实施条例〉释义》中阐述，“相关责任人”是指实施违法行为的采购人或者采购代理机构，并未提及供应商。<sup>④</sup>但参考四川言成科技有限公司、四川省奥宁太阳能科技有限公司等招标投标买卖合同纠纷(2021)川 3201 民初 411 号案件，法院认为，被告四川省奥宁太阳能科技有限公司提供 4 份虚假检验报告，主观上存在故意，并谋取中标，酌定被告四川省奥宁太阳能科技有限公司给原告四川言成科技有限公司造成信赖利益损失为 100000 元。<sup>⑤</sup>可以看出，在司法实践中，如供应商过错造成了损害结果发生，也应当承担赔偿责任，但若供应商存在违法行为

\* 樊永强，上海市君悦（深圳）律师事务所合伙人。首批入选广东省房地产律师专家库律师，担任深圳市政府采购评审专家、深圳市人大常委会立法专家，主要专业领域为房地产开发建设、投资并购及政府法律业务，编著有《政府采购法律实务与案例精析》等。

\* 周洁，上海市君悦（深圳）律师事务所律师，主要专业领域为公司投资、企业合规、政府采购等。

①威科先行法律信息库，<https://law.wkinfo.com.cn/>。

②《最高人民法院民事案件案由适用要点与请求权规范指引第二版》，人民法院出版社，2020 年 8 月：P200。

③梧州市丽景园林股份有限公司与广西鑫磐工程项目管理有限责任公司、广西鑫磐工程项目管理有限责任公司岑溪分公司缔约过失责任纠纷一案民事判决书，岑溪市人民法院，（2019）桂 0481 民初 476 号，2019 年 6 月。

④财政部国库司《〈中华人民共和国政府采购法实施条例〉释义》中国财政经济出版社，2015 年 6 月：P244。

⑤四川言成科技有限公司、四川省奥宁太阳能科技有限公司等招标投标买卖合同纠纷民事一审民事判决书，马尔康市人民法院，（2021）川 3201 民初 411 号，2022 年 3 月。



却并未取得中标资格，也从未实际履行中标合同并获利，对其应进行行政处罚，不应追究其民事赔偿责任。

笔者认为，采购过程或者采购结果存在错误，所有关联供应商都应承担责任，存在过错的中标供应商，应当赔偿利益损失；存在过错的非中标供应商，应当被行政处罚；不存在过错的中标供应商，其因获取了他人中标机会而产生的额外获益，应当返还权利人。

### 3. 评审专家

根据《政府采购法实施条例》第七十五条规定，政府采购评审专家存在未按照采购文件规定的评审程序、评审方法和评审标准进行独立评审或其他违法行为的，除承担罚款等行政责任外，给他人造成损失的，依法承担民事责任。因此，如因评审专家的违法行为造成他人损失的，可以将评审专家列为被告追究其民事责任。

但是，笔者认为评审专家属于采购人或采购代理机构选聘的专业服务人员，在政府采购活动中并非政府采购当事人，而是相关人，在政府采购招投标法律关系中，评审专家处于采购人或代理机构的辅助地位，因其违法行为或过错造成他人损失的，应由采购人或代理机构追究责任。如果因评审专家的违法行为造成供应商损失的，应由采购人或代理机构先行承担责任，再向评审专家进行追偿，评审专家不宜直接对供应商承担责任的难度较大、可操作性不强。

## 三、如何确认赔偿范围

### （一）实际损失

在政府采购投诉成立但无法撤销合同的情况下，受损一方可以主张赔偿实际损失。实际损失通常包括招标过程中的购买招标文件费用、制作标书费用、差旅费用等已实际发生的费用。在计算实际损失时，应该具体考虑以下因素：①潜在缔约方的行为对实际损失的直接影响；②受损一方的损失是否可以明确量化；③需要排除其他因素（例如第三方原因）导致的损失。

### （二）预期利益

关于主张赔偿损失中是否包含预期利益存在争议，在政府采购合同中，预期利益包括合同履行后的利润以

及合同履行后的商誉、市场份额等非直接经济利益。一些观点认为，预期利益应该被考虑，因为其反映了合同当事人签署合同时的真实意图。其他观点认为，预期利益难以明确量化，容易引发争议，因此不应作为赔偿范围的一部分。

笔者认为，在招标投标电子化程度较高的今日，如损失不包括预期利益，则金额将大幅度降低，不足以推动当事人运用民事诉讼的方式维护其自身权益，该规定实际形同虚设。在司法实践中，因预期利益量化难度较高，一般情况下，法官会参考各方举证，依据自由裁量权进行酌定。

### （三）赔偿金额的确定依据

在该类诉讼中，原告通常需要举证证明自身因相关当事人的违法违规行为而产生损失，并明确损失的具体金额及证明损失已经实际产生。作为原告，不仅需要证明其合法权益受损，更要提供相关证据证明其实际损失，包括直接损失，例如获取招标文件的费用、差旅费用、制作投标文件的费用成本、制作样品的成本等，也包括因失去合同机会所造成的预期收益。针对预期利益，需要证明预期收益存在且计算具有合理性，例如，提供同行业同类业务利润参考数据、人工成本数据、场地营业成本数据等等。此外，原告在举证时需明确损失的计算方式、计算依据等，充分论证损失的合理性。

法律赋予了法官在法律许可的范围内具有一定的自由裁量权，不同法官根据不同案件的具体情形，对没有法律具体规定的事项，运用自由心证，结合自身经验和法律理性，发挥司法能动性，对案件事实进行合理的判断和认定，对法律适用作出正确的选择，公平、公正作出裁判。在预期利益损失确实存在，但却无法明确具体金额时，法官可能根据实际情况酌定损失赔偿金额。

## 四、实证分析

### （一）一则案例

在某政府采购服务项目招投标过程中，供应商 A 参与了该项目的投标，评审结果显示供应商 A 排名第三，案外人供应商 D 进行了投诉且被财政部门认定投诉成立。根据财政部门作出的《政府采购投诉处理决定书》，<sup>⑥</sup>

原中标供应商 B 因提供的业绩不符合约定，复核过程中对原本得分予以扣减，原排名第二的供应商 C 因提供虚假材料而投标无效，评审结果改变，原排名第三的供应商 A 此时已排名第一，鉴于项目政府采购合同已经履行，给相关当事人造成损失的，由责任人承担赔偿责任。

### （二）本案案由

在本案例中，供应商 A 与采购人并没有签署合同，尚未建立合同关系，且该政府采购项目属于服务项目，其签订的并非买卖合同而是服务合同，直接适用招标投标买卖合同纠纷的案由存在较大争议。

缔约过失责任纠纷以及侵权责任纠纷这两个案由在本案例中都可以考虑，但由于供应商 A 为招标事由实际已发生的成本费用相对有限，最大的损失为合同履行而产生的预期收益，且供应商 A 已经《政府采购投诉处理决定书》确定拥有中标资格，其实际也具备履行合同的能力及意愿，如果基于缔约过失责任或侵权责任，则获得预期利益的难度非常大，大量的司法案例都不予支持。<sup>⑦</sup>因此，为保证主张预期利益能够获得支持，不宜选用缔约过失责任纠纷以及侵权责任纠纷这两个案由。

该项目虽为服务项目而非买卖合同纠纷，但根据《民法典》规定非买卖合同没有规定的可以参照买卖合同的规定执行，相对应的招标投标买卖合同的案由也不应简单理解为只能适用于买卖合同。同时，笔者认为招标投标买卖合同纠纷强调的是合同订立过程中引入招标投标竞争机制，即招标投标的程序。该案例损害结果产生于招投标过程中，招标投标有其独特的程序，尤其是政府采购，有其独特的法律体系，如选用服务合同纠纷作为案由，则弱化了招投标程序，不利于案件的审理，综上，笔者认为选用招标投标买卖合同纠纷较为合适。在司法实践中，有类似判例直接适用招标投标买卖合同纠纷的案由。<sup>⑧</sup>

### （三）本案原告

在本案例中，供应商 A 并未就该项目进行投诉，而是供应商 D 进行了投诉，但投诉成功后，结果显示

供应商 A 为排名第一的供应商，供应商 D 有利害关系但相关利益并没有直接受损，提起赔偿诉讼没有实际意义。供应商 A 本应是中标供应商，但无法取得合同而利益受损，因此，供应商 A 作为权利受损且有利害关系的当事人，可以作为原告提起诉讼。

### （四）本案被告

在本案例中，因评审专家在评审过程中存在错误，影响采购结果。若以过错论，存在过错方为评审专家及提供虚假材料的供应商 C，提供虚假材料的供应商 C 虽存在违法行为以及主观过错，但其违法行为不影响采购结果，与损害后果并无直接关系，因此供应商 C 无法作为被告承担赔偿责任的法律责任。如前所述，基于评审专家在招投标过程中的辅助地位，评审专家的违法行为应由采购代理机构及采购人先行承担责任，因此，采购代理机构及采购人应当列为本案被告。

已与采购人正常履行合同的中标供应商 B 不存在显著过错，但如上文分析，该案例中供应商 A 最大的损失源自于政府采购合同履行后的收益，中标供应商 B 获取了原本属于供应商 A 的签约机会，从而获取了额外收益，而且虽然其提供资料不属于虚假材料，但与采购文件要求不符且存在误导评审专家谋取中标机会的主观故意，因此，可以将供应商 B 作为本案被告。

### （五）本案诉请范围

供应商 A 作为原告主张赔偿损失，但已经实际产生的直接损失金额不大，其主要损失是本应获得的合同机会以及基于合同所得预期收益损失，而且由于合同金额巨大、利润可观，预期利益非常大。如果仅仅主张实际产生的费用成本损失，显然不足以弥补损失。因此，供应商 A 在本案中的赔偿诉求应主要包括实际产生的费用、人工成本损失以及预期收益两部分。

关于预期收益的金额确定，供应商 A 作为原告，应当根据项目招标文件中的成本预算、投标文件中的报价明细以及所属行业普遍的利润标准等因素，主张合理的预期利益金额，同时还应提供相应的证据予以支持。最终可获得的赔偿金额将由主办法官根据具体案情以及各方证据依法予以裁决。

⑥ 政府采购投诉处理决定书，广州市财政局，穗财采决[2023]47号，2023年9月8日，网址：[https://www.gz.gov.cn/zvzgk/zdly/ggzypz/zfcg/cgjs4/content/post\\_9211621.html](https://www.gz.gov.cn/zvzgk/zdly/ggzypz/zfcg/cgjs4/content/post_9211621.html)

⑦参见（2023）鲁14民终762号、（2023）吉0191民初2065号、（2017）苏06民终1712号案件。

⑧四川言成科技有限公司、四川省奥宁太阳能科技有限公司等招标投标买卖合同纠纷民事一审民事判决书，马尔康市人民法院，（2021）川3201民初411号，2022年3月。



实践中，申请追加公司股东为被执行人，已经较为常见，而申请追加合伙企业的合伙人为被执行人的案件，还比较少。原因是，相比合伙企业，公司是更主流的商事交易主体。但在私募基金、股权激励等领域，合伙企业已经是必不可少的商事主体，随着这些领域的发展，可以预见的是，申请追加合伙企业合伙人为被执行人的案件也将逐渐增多。

目前，申请追加合伙企业合伙人为被执行人的主要依据是《最高人民法院关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》（2020 修正）（下称《变更、追加规定》）第 14 条，其规定：“作为被执行人的合伙企业，不能清偿生效法律文书确定的债务，申请执行人申请变更、追加普通合伙人为被执行人的，人民

法院应予支持。作为被执行人的有限合伙企业，财产不足以清偿生效法律文书确定的债务，申请执行人申请变更、追加未按期足额缴纳出资的有限合伙人为被执行人，在未足额缴纳出资的范围内承担责任的，人民法院应予支持。”

上述规定是追加普通合伙人、有限合伙人的原则性规定，但实践中的情况往往会更复杂，下文主要讨论的，就是两种未纳入上述规定的情况：1. 能否追加“已退伙”的普通合伙人为被执行人；2. 《九民纪要》股东认缴出资加速到期制度能否适用于有限合伙人的追加。

### 一、能否追加“已退伙”的普通合伙人为被执行人

《变更、追加规定》第 14 条中并未明确“已退伙”

的普通合伙人是否在可被追加的普通合伙人范围内。因此，我们需要根据《合伙企业法》的规定来进一步判断。

《合伙企业法》第 53 条规定，退伙人对基于其“退伙前的原因发生的合伙企业债务”，承担无限连带责任。结合该规定，对于“退伙前的原因发生的合伙企业债务”应当作何理解，就成为问题的关键。

#### （一）“已退伙”的普通合伙人通常会提出的两种理解方式

为避免被追加，“已退伙”的普通合伙人通常会提出以下两种对其有利的理解：

理解一：退伙前的原因发生的合伙企业债务，是指合伙企业债务的履行义务触发时间在合伙人退伙之前。假设某合伙企业于 2022 年 1 月与相对方签订合同，合同约定付款时间为 2022 年 3 月，普通合伙人 A、B 分别于 2022 年 2 月、2022 年 5 月退伙。相对方起诉并获得胜诉判决的时间为 2023 年 6 月。因 B 退伙时，合伙企业付款义务已经触发，故 B 可被追加，而 A 退伙时，合伙企业付款义务尚未触发，故 A 不应当被追加。

理解二：退伙前的原因发生的合伙企业债务，是指执行案件所依据的生效法律文书生效时间在合伙人退伙之前。因此，上述 A、B 退伙时，法院判决尚未生效，故 A、B 都不应该被追加。

#### （二）笔者的观点

笔者对以上理解持反对意见。笔者认为，从文义解释的角度来看，“退伙前的原因发生的合伙企业债务”应指在普通合伙人退伙前，合伙企业已经对外签订的合同、办理的业务，在普通合伙人退伙之后，前述合同、业务进一步引发成为合伙企业的债务。

《合伙企业法释义》（全国人大常委会法工委编）对《合伙企业法》第 53 条立法目的解读为“有些合伙企业债务虽然发生在合伙人退伙后，但是基于其退伙前的原因发生的，当时退伙人仍然是合伙企业的合伙人，对该笔债务的产生是有责任的。……如果退伙人对退伙后的所有合伙企业债务都不承担责任，可能会产生一定的道德风险，产生利用退伙逃避合伙企业债务，损害申请执行人利益的情况。”

在现有法院判决（未区分执行程序追加、执行异议之诉追加）中，多数意见均认为：只要合同生效时

间在普通合伙人退伙之前，即便实际承担债务的责任触发时间（上文理解一）或执行依据生效在普通合伙人退伙之后（上文理解二），该已退伙普通合伙人均应当承担连带责任，并支持追加请求。

如（2019）京 03 民终 16771 号案件中，北京第三中院认为：“‘退伙前的原因’指向的应当是争议双方形成债权债务约束的交易文件的生效时间，而非债务履行义务实际触发的时间。……即便承担债务的责任实际触发是在合伙人退伙之后，但只要形成该等债务关系的交易文件在合伙人退伙之前签署生效，那么退伙的合伙人仍需要对在其退伙之后实际触发的该等债务承担无限连带责任。”

又如（2019）粤 01 执复 133 号案件中，广州中院认为：“本案执行依据确定的债务系复议申请人退伙前，广东某律师事务所签订《连带保证合同》（笔者注：保证合同于 2014 年 8 月 12 日签订），为张某贵承担保证责任而产生，属于基于其退伙前的原因发生的合伙企业债务。依照上述规定，复议申请人虽已退伙（笔者注：退伙时间 2014 年 12 月、2015 年 1 月），但仍应承担连带清偿责任。”

类似观点案例参见：（2021）京执复 148 号；（2019）京执复 20 号；（2020）苏 09 执复 172 号；（2021）京 01 民终 3992 号等。

因此，笔者认为，只要执行依据（生效法律文书）确定的合伙企业债务系普通合伙人退伙前签订并生效的，那么即便该普通合伙人在申请执行时已经退伙，也应当将其追加为被执行人。

### 二、《九民纪要》股东认缴出资加速到期制度能否适用于有限合伙人的追加

上文《变更、追加规定》第 14 条第 2 款规定：“作为被执行人的有限合伙企业，财产不足以清偿生效法律文书确定的债务，申请执行人申请变更、追加未按期足额缴纳出资的有限合伙人为被执行人，在未足额缴纳出资的范围内承担责任的，人民法院应予支持。”

《九民纪要》秉承股东认缴出资不加速为原则，加速为例外，并列举了两种例外情况：情况一：公司作为被执行人，人民法院穷尽执行措施无财产可供执行，已具备破产原因，但不申请破产的；情况二：公

# 追加合伙人为被执行人的两种特殊情形实务分析

## —— 已退伙及出资期限未到期

○王立达\* 北京观韬中茂（深圳）律师事务所

\* 王立达，北京观韬中茂（深圳）律师事务所律师，主要执业领域为民商事争议解决、公司纠纷，曾代表多家投资机构处理包括股权投资与回购纠纷、公司并购纠纷、控制权争夺等商事诉讼与仲裁案件。



司债务产生后，公司股东（大）会决议或以其他方式延长股东出资期限的。

《九民纪要》发布后，司法实践中的争议不再着眼于是否适用股东出资义务加速到期制度，而在于如何更为合理地适用这一制度以平衡各方利益。<sup>①</sup>

考虑到股东对公司的认缴出资义务与有限合伙人对合伙企业的认缴出资义务存在诸多相似性（均存在登记并对外公示、认缴出资期限利益等），对于申请执行人来说，如有限合伙企业无力清偿债务，能否将公司法领域的股东出资加速到期制度也适用于出资期限尚未届满的有限合伙人，是诸多案件申请执行人共同关注的问题。

而从司法实践来看，加速到期是否适用于有限合伙人，仍存在争议。鉴于合伙企业追加中，《九民纪要》列举的“情况二”的适用较为少见，故下文主要以“情况一”为例，梳理法院对于有限合伙人适用加速到期制度的倾向性意见（因案例样本仍比较有限，下文讨论案例也不区分执行程序追加、执行异议之诉追加）：

#### （一）否定说——不支持适用加速到期制度追加

该观点认为，目前对于有限合伙人认缴出资加速到期问题尚无明确的法律规定。如 (2020) 鲁 02 民终 7216 号案件中，青岛中院认为，有限合伙人认缴的注册资本在没有实际到期之前，判决承担出资义务及连带责任没有法律依据。类似案例还可见 (2020) 湘 04 民终 1478 号案。

笔者认为否定说可总结为如下理由：

1. 有限合伙人认缴出资加速到期问题尚无明确的法律规定

《九民纪要》的法律性质属于司法政策，不具有强制适用效力，且其第 6 条本身针对的是公司股东，目前对于有限合伙人认缴出资加速到期问题尚无明确的法律规定。

2. 有限合伙人应享有出资期限利益

相对方在与合伙企业交易的时候，可以查询有限合伙人的出资方式、出资时间、出资变更等信息，合理评估交易风险。相对方与合伙企业进行交易，即应视为默认有限合伙人所享有的期限利益及自愿承担相

应的交易风险，在有限合伙人出资期限未届满的情况下，不应当轻易剥夺其期限利益。

3. 即使参照《公司法》《九民纪要》的相关规定，按照《九民纪要》所列举的“情况一”主张加速到期也需证明合伙企业“已具备破产原因但不申请破产”

该观点认为，已具备破产原因是指符合《企业破产法》第 2 条第 1 款的规定，即“企业法人不能清偿到期债务，并且资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力”。《破产法司法解释（一）》第 3 条进一步规定：“债务人的资产负债表，或者审计报告、资产评估报告等显示其全部资产不足以偿付全部负债的，人民法院应当认定债务人资产不足以清偿全部债务，但有相反证据足以证明债务人资产能够偿付全部负债的除外。”

故，如根据情况一主张有限合伙人的出资加速到期，需要提交合伙企业资产负债表、审计报告、资产评估报告等证据证明合伙企业的资产及负债情况，不能仅凭法院的终本裁定就认定合伙企业具备破产原因。

#### （二）肯定说——支持适用加速到期制度追加

部分肯定说观点直接将《变更、追加规定》第 14 条第 2 款作为法律依据，将认缴出资期限未届满的有限合伙人纳入前述规定中的“未按期足额缴纳出资的有限合伙人”范围内，认为可直接追加前述有限合伙人为被执行人。虽然持该观点的裁判文书将《变更、追加规定》第 14 条第 2 款援引为法律依据，但在裁判文书的说理部分基本与《九民纪要》第 6 条“股东出资应否加速到期”的说理一致。

如 (2021) 京 03 民初 981 号案件中，北京第三中院认为：“在汉富融信合伙企业的财产不足以清偿生效法律文书所确定债务的情况下，汉富资本公司的出资期限虽未届满，但其作为汉富融信合伙企业的合伙人，有应缴而未缴纳的出资，属于未足额缴纳出资的合伙人，即应履行其应有义务，在未出资范围内对汉富融信合伙企业不能清偿的债务承担补充赔偿责任。”

又如 (2022) 京 02 民初 79 号案件中，北京第二中院认为：“在稳嘉合伙企业经过法院强制执行无法清偿债务的情况下，杨某的出资期限虽未届满，但其作

为稳嘉合伙企业的有限合伙人，有应缴而未缴纳的出资，属于未足额缴纳出资的合伙人，即应履行其应有义务，符合加速到期情形。”

再如 (2020) 粤 06 民终 11485 号案件中，一审法院认为，在有限合伙企业已经陷入资不抵债困境的情况下，如果有限合伙人仍不愿意履行出资义务，则意味着有限合伙人不愿意有限合伙企业继续存续，此时有限合伙企业实际上已具备了破产原因。二审法院认为，执行案件已经裁定终本，洪润合伙企业已具备破产原因，其有限合伙人出资的义务应当加速到期。

其他类似案例参见：(2020) 沪 0109 执异 212 号；(2022) 鲁 02 民终 5073 号等。

笔者认为肯定说如进一步细分，可分为认可执行程序追加和不认可执行程序追加，但认可执行异议之诉追加。但实践中案例样本较少，为方便讨论，本文未作进一步细分。笔者认为肯定说可总结为如下理由：

1. 合伙企业已具备破产原因又未申请破产，故有限合伙人对认缴出资期限不应享有期限利益

《企业破产法》第 35 条规定：“人民法院受理破产申请后，债务人的出资人尚未完全履行出资义务的，管理人应当要求该出资人缴纳所认缴的出资，而不受出资期限的限制。”

认缴制下有限合伙人的出资义务只是暂缓，在有限合伙企业已经资不抵债时，如果有限合伙人仍不愿意履行出资义务，则意味着有限合伙人不愿意合伙企业继续存续，此时合伙企业实际上已具备了破产原因，应参照《企业破产法》第 35 条的规定，要求有限合伙人缴纳所认缴的出资而不受出资期限的限制。

2. 可将《九民纪要》股东加速到期制度参考适用于有限合伙人

上文引述的实务案例中，虽然法院均未直接引述《九民纪要》作为裁判理由，但是在判决书的说理部分基本与《九民纪要》的精神一致。主张追加的申请人也基本都要求法院参考《九民纪要》在案件中适用加速到期制度。部分持否定意见的法院，在论述否定意见时，也参照《九民纪要》股东加速到期制度的

要求，对该案件即便参考适用《九民纪要》，申请人的加速到期主张也不能得到支持，进行了饱和式论证，可见《九民纪要》也是多数否定意见在论证时无法绕开的一道坎。

3. 有限合伙人的出资期限虽然尚未届满，但有应缴未缴出资，也属于《变更、追加规定》第 14 条第 2 款规定情形

部分观点认为，根据《变更、追加规定》第 14 条第 2 款规定，有应缴而未缴纳的有限合伙人，虽然出资期限尚未届满，但也属于未足额缴纳出资的合伙人。

其他肯定说观点还有：有限合伙人与股东的法律特征一致，可以参照适用《九民纪要》；参照适用《九民纪要》的实质为以类推适用的方式弥补法律漏洞。<sup>②</sup>

笔者持肯定说，有限合伙人与股东的认缴出资义务有诸多相似之处，在《九民纪要》已经统一审判思路，允许股东出资义务在两种例外情况下可加速到期的情形下，单独将合伙企业关在“加速到期”制度门外，恐有失公平，也容易助长部分有限合伙人，规避出资义务的道德风险，故笔者认为应当允许将出资加速到期制度也同样适用于合伙企业的有限合伙人。

但目前，在法律适用上，不少法院（如上文 (2021) 京 03 民初 981 号）直接将《变更、追加规定》第 14 条第 2 款列为法律依据这一做法，笔者认为欠妥。从规定条文上来看，显然出资期限尚未届满的有限合伙人并不属于上述规定中的“未按期足额缴纳出资的有限合伙人”。

#### 三、结语

据统计，2006 年《合伙企业法》修订后至 2021 年底，我国合伙企业数量从不到 10 万家，增长到了 70 多万家，<sup>③</sup>但《合伙企业法》及相关配套制度的建设、更新，似乎长期处于滞后的状态。随着经济进入新常态，在合伙企业所涉的诉讼、执行案件，可能还将继续增多。笔者认为，应当尽快出台相应的规定，统一裁判思路，稳定参与商事交易的各方预期。

①参见卢鑫：《股东加速出资的裁判规则梳理及指引》，载于微信公众号“高杉 LEGAL”，<https://mp.weixin.qq.com/s/tSmyGP1hpuwli7C-MO3p2g>。

②参见温贵和、吴捷帆：《有限合伙人出资是否可以加速到期？》，载于微信公众号“高杉 LEGAL”，[https://mp.weixin.qq.com/s/Q3LvT\\_uG\\_bCWVV2lmda73Q](https://mp.weixin.qq.com/s/Q3LvT_uG_bCWVV2lmda73Q)。

③《CnOpenData 中国合伙企业进入退出信息统计数据》，[www.cnopendata.com](http://www.cnopendata.com)。



# 未成年人保护视野下的强奸罪辩护策略

○张楠楠\* 广东知恒律师事务所

强奸罪是一种严重侵犯他人性权利的犯罪行为，在我国刑事法律中占据重要地位，尤其当受害者是未成年人时，其影响更大。在强奸罪中，主观上是否明知犯罪嫌疑人是未成年人的认定是一个重要的法律问题。在判断犯罪嫌疑人是否明知被害人是未成年人时，需要考虑犯罪嫌疑人的认知能力、被害人的外观特征、犯罪嫌疑人的行为表现、犯罪嫌疑人是否与被害人存在明显的年龄差异，以及犯罪嫌疑人是否采取了特殊的手段或方法来掩盖被害人的真实年龄。

在司法实践中，通常会结合以上几个方面来综合判断犯罪嫌疑人是否明知被害人是未成年人。如果犯

罪嫌疑人明知被害人是未成年人而仍然实施强奸行为，那么其主观故意将更加明显，应依法从重处罚。即使犯罪嫌疑人主观上并未明知被害人是未成年人，但根据法律的规定，如果被害人的年龄确实未满足法定成年年龄，犯罪嫌疑人仍然可能构成强奸罪。这是因为法律对未成年人的保护是绝对的，不受犯罪嫌疑人主观认知的影响。

刑法学界和实务界在犯罪嫌疑人明知的具体认定上仍然存在巨大分歧，本文旨在深入探讨明知的认定问题，讨论对部分行为是否应当以推定明知而以强奸定罪，从而确保对犯罪行为的准确认定和公正处罚。

## 一、强奸罪中有关未成年人的法律规定

### （一）奸淫幼女的情形

《刑法》第二百三十六条第二款规定，对于奸淫幼女的行为，应从重处罚。具体情形包括负有特殊职责的人员实施奸淫、采用暴力、胁迫等手段实施奸淫、侵入住宅或学生集体宿舍实施奸淫等。

### （二）强奸已满十四周岁的未成年女性或奸淫幼女

如果被害人已满十四周岁，但具有前述情形之一，或者致使被害人轻伤、患梅毒、淋病等严重性病，也应从重处罚。具体情形包括负有特殊职责的人员多次实施强奸、奸淫、有严重摧残、凌辱行为等，应认定为“强奸妇女、奸淫幼女情节恶劣”。

## 二、强奸罪中被害人年龄的认定方式

在强奸罪中，被害人年龄的认定是一个关键的法律问题，它直接关系到犯罪嫌疑人的定罪和量刑。一般来说，被害人年龄的认定主要通过以下几种方式进行：

身份证明文件：最常见和直接的方式是通过被害人的身份证明文件，如身份证、户口本、出生证明等来确定其年龄。这些文件通常由政府机构颁发，具有较高的权威性和准确性。

医学鉴定：当被害人没有有效的身份证明文件或文件存在争议时，可以通过医学鉴定来确定其年龄。这通常包括骨龄测试、牙齿检查等，由专业医生根据生物学特征进行年龄评估。

证人证言：在某些情况下，可以依赖目击者或知情人的证言来推断被害人的年龄。例如，被害人的父母、老师、邻居等可能对其年龄有所了解，并能提供相关证言。

综合评估：在某些复杂的情况下，可能需要结合以上多种方式进行综合评估。法院或相关机构会综合考虑各种证据，包括身份证明文件、医学鉴定结果、证人证言等，以得出最合理的年龄认定结果。

被害人的年龄认定应当遵循客观、公正、准确的原则，对于涉及未成年人的强奸案件，法律通常会给予更加严格的保护和处罚措施，以维护未成年人的合法权益和社会秩序。但与此同时，也要确保犯罪嫌疑人的合法权益得到保障。

## 三、强奸未成年人案件中犯罪嫌疑人是否明知的认定

### （一）明知的概念与认定标准

在强奸未成年人案件中，明知是指犯罪嫌疑人对被害人系未成年人的身份有清晰的认识。这种认识可能来源于犯罪嫌疑人的实际观察、询问得知或其他途径。在司法实践中，认定明知的标准通常包括实际明知和推定明知两种情形。实际明知是指犯罪嫌疑人明确知道被害人系未成年人；推定明知则是根据犯罪嫌疑人的年龄、认知水平、行为表现等因素，推断其应当知道被害人系未成年人。

### （二）犯罪嫌疑人的年龄与行为表现对明知认定的影响

犯罪嫌疑人的年龄和行为表现在明知认定中起着重要作用。年龄较小的犯罪嫌疑人可能由于认知水平的限制，对被害人的年龄判断不准确或缺乏足够的警惕性。而年龄较大的犯罪嫌疑人则更有可能具备识别被害人年龄的能力。此外，犯罪嫌疑人的行为表现也是判断其是否明知的重要因素。例如，犯罪嫌疑人在实施强奸行为前是否对被害人进行了询问、观察或采取其他确认被害人年龄的措施，都将影响其明知的认定。

### （三）被害人的年龄与行为表现对明知认定的影响

在强奸罪中，被害人的年龄以及其行为表现对“明知”认定的影响主要体现在司法实践中对犯罪嫌疑人主观故意的判断上。

首先，被害人的年龄是判断犯罪嫌疑人是否“明知”对方是未成年人的重要依据。按照中国的法律规定，不满14周岁的女孩被视为幼女。如果犯罪嫌疑人知道或者应当知道被害人是这一年龄段的幼女，而实施奸淫等性侵害行为，那么应当认定犯罪嫌疑人“明知”对方是幼女。对于不满12周岁的被害人，由于其年龄更小，身体和心理发育更为不成熟，因此更容易被认定为幼女，而实施性侵害的行为人也更可能被认定为“明知”。

其次，被害人的行为表现也会对“明知”认定产生影响。对于已满12周岁但不满14周岁的被害人，虽然从法律上仍然属于幼女范畴，但她们的身体发育状况、言谈举止、衣着特征、生活作息规律等可能更接近成年人。在这种情况下，如果犯罪嫌疑人有足够

\*张楠楠，广东知恒律师事务所律师，第十一届深圳市律师协会商事犯罪辩护法律专业委员会委员，擅长领域为刑事案件辩护、刑事风险防控、企业合规，系广东省首批刑事辩护律师库律师、深圳市福田区未成年人权益保护律师顾问团律师。



的理由相信被害人并非幼女，或者已经足够谨慎行事但仍然对被害人的年龄产生了误认，那么可能对“明知”的认定产生一定的影响。然而，这种影响并非绝对，具体还需要结合案件的具体情况和证据来判断。

被害人的年龄以及其行为表现在强奸罪中对“明知”的认定具有重要的影响。司法实践中，应当根据被害人的年龄、行为表现以及犯罪嫌疑人的认知情况等因素来综合判断犯罪嫌疑人是否“明知”对方是未成年人。

#### 四、被害人未满 14 岁的辩护策略

首先，需要深入理解和分析案件的具体事实和细节。这包括与未成年人的相识过程、双方的关系、发生性关系的背景等。通过详细的事实梳理，可以发现案件中的疑点或不合理之处，为后续的辩护工作打下基础。

其次，要关注未成年人的自愿性。在强奸罪的认定中，被害人的自愿性是一个重要的因素。如果未成年人在发生性关系时是自愿的，那么犯罪嫌疑人的行为可能不构成强奸罪。因此，辩护律师需要收集相关证据，如双方之间的聊天记录、短信、通话记录等，来证明未成年人在行为发生时的自愿性。

同时，要注意未成年人的年龄和心智成熟度。如果未成年人已经接近 14 周岁，且心智较为成熟，能够对自己的行为负责，那么这可能成为辩护的一个有力理由。此外，还需要关注未成年人是否受到了外界的压力或威胁，导致她被迫卖淫或做出不自愿的行为。

此外，辩护律师还可以从法律适用的角度进行辩护。例如，可以探讨相关法条的解释和适用，分析犯罪嫌疑人的行为是否完全符合强奸罪的构成要件。如果犯罪嫌疑人的行为并不完全符合法条规定的构成要件，那么可以提出相应的辩护意见。

最后，在辩护过程中，辩护律师需要保持冷静、客观和专业的态度。要尊重法庭和法官，遵守法律程序，避免使用不当的言辞或行为。同时，要关注被害人的感受，尊重她的人格尊严，避免对她进行不必要的伤害。

综上所述，针对与未成年人发生性关系被认定为强奸罪的辩护策略，需要综合考虑案件事实、被害人自愿性、年龄和心智成熟度以及法律适用等多个方面，通过全面、深入地分析和论证，为犯罪嫌疑人争取到更公正的待遇。

#### 五、案例参考

##### （一）案例一：（2015）汕城法刑初字第 58 号判决书

申某于 2000 年 11 月 3 日出生于汕尾市城区。2014 年 4 月份，被告人黎某某与网友林某某 QQ 聊天时，林某某介绍其同学申某与被告人黎某某互加 QQ 好友，此后，被告人黎某某经常通过 QQ 与申某聊天，并约会见面交往。双方在交往期间，被告人黎某某并不知道申某就读的学校、班级及年龄，其曾询问过申某的年龄及学校，但申某回答十五岁，没有告知其实际年龄及尚在汕尾市区就读小学六年级的情况，两人交往短短的二十余天内，迅速发展成为恋爱关系，并自愿发生了四次性关系。综合本案证据，判决认为被告人黎某某与申某发生性关系属双方自愿，且现有证据无法推定被告人黎某某明知申某不满十四周岁。其理由如下：一、本案的最先起因系申某在被告人黎某某家过夜后害怕被家长责罚而自行编造被他人绑架、强奸的谎言，被告人黎某某自始至终不知道申某编造谎言欺骗父母，继而申某为了圆谎，在家长的陪同下向公安机关报了假案，公安机关立案后对该案调查走访并对申某及其家人进行法律宣传、教育，申某认识到自己的错误后，又在其家人的陪同下将实际情况告知了公安机关；二、被告人黎某某与申某是通过 QQ 网友介绍认识的，两人属正常交往，并进而发生了四次性关系，在每次发生性关系时均没有使用暴力、胁迫、诱骗等手段，双方均属自愿；三、被告人黎某某与申某在交往过程中曾询问了申某的年龄及学校，申某则告诉被告人黎某某其年龄为十五岁，亦没有告知其就读汕尾市城区某某小学六年级；四、从侦查机关对申某的几次询问笔录看，申某的言语具有逻辑性，谈吐方式较为成熟，且其姑母证实申某当晚 20 时许可以单独离家外出，申某日常也随身携带手提机，从申某的言谈举止及日常生活习惯来看，无法推定其不满十四周岁。综上，从申某的身体发育状况、言谈举止和生活作息规律上无法判断其是幼女，也没有证据能够证实被告人黎某某知道或者可能知道申某的真实年龄。基于被告人黎某某确实“不知情”申某的真实年龄，不具有奸淫幼女的主观故意，申某本人又属自愿与被告人黎某某发生性关系，没有造成其他严重后果，依法不认为是犯罪，故

公诉机关指控被告人黎某某的行为构成强奸罪的依据不足，不予采纳。经审判委员会讨论决定，依照《中华人民共和国刑法》第一百九十五条第（三）项之规定，判决被告人黎某某无罪。

（二）案例二：（2018）辽 14 刑终 140 号判决书  
原判认定，2017 年 12 月 15 日 21 时许至次日凌晨 1 时许，被告人张某在兴城市站前客来多宾馆 310 房间，与未满 14 周岁的幼女周某某（2005 年 7 月 4 日出生）自愿发生三次性关系。一审法院认为，案件争议焦点在于张某是否“明知”周某某系已满十二周岁不满十四周岁的幼女而与之发生性关系，即是否“知道或者应当知道”。首先，没有确凿证据证明张某“知道”周某某系已满十二周岁不满十四周岁的幼女。根据公安机关侦查卷宗中张某的供述及周某某的陈述可以证实，张某在宾馆内问过周某某的年龄，周某某称自己 17 岁。周某某也承认向张某谎报了年龄，且没有其他证据能够证明张某是在明确知道周某某实际年龄的情况下与之发生性关系，在此种情况下不能认定张某“知道”周某某系已满十二周岁不满十四周岁的幼女。其次，现有证据不能认定张某“应当知道”周某某系已满十二周岁不满十四周岁的幼女。周某某在案发时系已满十二周岁不满十四周岁的幼女，应当从其身体发育状况、言谈举止、衣着特征、生活作息规律等观察其是否可能是幼女。结合本案应从以几点考察：第一，案发时间。张某供述与周某某的陈述及视频监控证实，二人于 2017 年 12 月 15 日通过微信认识，同日 20 时以后见面，并于 21 时至次日凌晨 1 时在兴城市站前客来多宾馆。从案发时间来看，本案发生于冬日的晚间，时间较晚，天色较黑，并且张某与周某某接触时间较短，这些因素均不利于张某对周某某年龄的判断。第二，身体发育程度。周某某案发时系已满 12 周岁不满 14 周岁的幼女，由于介于 12 周岁至 14 周岁之间的幼女身体发育程度已接近 14 周岁的少女，对于张某是否“明知”这一主观因素的判断应当从严把握，故如果没有充分确定的证据证明张某“明知”周某某不满 14 周岁，不宜判断为“明知”。第三，言谈举止及衣着特征。根据张某供述：我看她化妆很浓，还抽烟，感觉社会阅历很深。我感觉和她发生关系时，她挺老练的而且

感觉她是混社会的。另外，结合宾馆监控视频可以看出，案发当天周某某衣着打扮比较成熟，妆容较浓，鞋跟较高。因此，从言谈举止及衣着特征被告人也很难判断出周某某系不满十四周岁的幼女。第四，被告人是否尽到注意义务。如果行为人确系与幼女自愿发生性关系，且行为人确实根本不可能知道对方系幼女，那么行为人主观上就缺乏可谴责性，即不具备犯罪故意所要求的“明知自己的行为会发生危害社会的结果，并且希望或者放任这种结果发生”的主观心理态度，从主客观相统一原则出发，对行为人不应以强奸罪论。周某某陈述：“我随他进屋后，他问我多大了，我骗他说我今年 17 岁了”；张某供述在与被害人微信聊天时“被害人称自己 20 岁”，“我觉得她长得像 20 岁左右是从她的穿着打扮，化妆非常浓感觉的”。以上可以看出张某对于周某某的年龄问题进行了询问，并且通过被害人的衣着打扮及言谈举止进行了主观的判断，其并非根本不考虑被害人是否是幼女而甘愿冒着风险对被害人实施奸淫。因此被告人并非是“希望或者放任”危害结果的发生。综上，本案中并没有充分确凿的证据证明被告人张某是“明知”被害人周某某系已满十二周岁不满十四周岁的幼女而与之发生性关系，故判决被告人张某无罪。

上述两个案件被害人都为未满 14 岁的未成年人，但她们的身体发育状况、言谈举止、衣着特征、生活作息规律等可能更接近成年人。在这种情况下，如果犯罪嫌疑人有足够的理由相信被害人并非幼女，或者已经足够谨慎行事但仍然对被害人的年龄产生了误认，对犯罪嫌疑人的“明知”的认定产生足够的影响。

#### 六、结论

强奸罪作为严重的性侵犯行为，对未成年人的身心健康具有极大的破坏力。在认定强奸罪时，应综合考虑被害人的年龄、行为表现等因素，以准确判断犯罪嫌疑人是否明知被害人系未成年。通过加强司法实践中的证据收集、认定标准统一以及法律宣传等措施，可以有效打击性侵犯犯罪，保护未成年人的合法权益，但不能放弃保护犯罪嫌疑人的合法权益，不能一棒子打死所有人，要结合案件事实综合认定。



# “非因本人意愿中断就业”的劳动者， 可据以证明离职原因 并申领失业保险金

○王莹\* 北京市盈科（深圳）律师事务所

在处理劳动用工法律事务中，时常会遇到用人单位在与劳动者解除劳动关系并办理社会保险停保手续时，无论劳动者是否为自愿离职，均按照劳动者“因本人意愿中断就业”办理停保，或者出具劳动者“因本人意愿中断就业”的离职证明，因用人单位填报的离职原因与劳动者实际离职原因不符，导致劳动者在本应符合申领失业保险金条件的情况下，无法申领失业保险金而受到损失。在这种情形下，劳动者应如何保护自身合法权益呢？笔者通过下面的实办案例提供一些参考建议。

## 一、案情简介

2023年3月26日，申请人何某入职甲餐饮公司做服务员，双方在法定期限内签订劳动合同并约定工资报酬，工资结构为正常工作时间2360元+浮动工资（含岗位津贴+加班津贴+其他补贴）+岗位考核工资，与甲餐饮公司每月向何某发送的电子工资单显示的工资结构一致。

工作期间，甲餐饮公司每月以“损耗分摊”费用名义克扣何某工资，并且未支付延长工作时间加班工资和法定节假日加班工资，因此何某通过微信告知主管领导其准备离职，并以未足额支付工资为由向甲餐饮公司发出《被迫解除劳动关系通知书》解除双方劳



动合同，要求限期补足工资和支付经济补偿金；但甲餐饮公司未履行给付义务，遂何某向劳动人事争议仲裁委员会申请劳动仲裁，提出请求被申请人甲餐饮公司支付克扣的工资、加班工资、经济补偿金和出具离职证明等事项。

案件经开庭审理，甲餐饮公司称“损耗分摊”费用，是在门店经营过程中因餐具用品等损坏但又无法确定造成损失人员时，由店里每一名员工分摊该损耗费用，即工资单中“损耗分摊”费用项目；另提出何某的月工资已经包括了加班工资无需另行支付加班工资，且何某属于主动离职不应支付经济补偿金等抗辩事由。

本案现已审理终结，且被申请人甲餐饮公司已在规定期限内履行支付工资差额、加班工资和经济补偿金等给付义务；何某认可劳动仲裁裁决结果未提起诉讼。此外，何某持生效的劳动仲裁裁决到保险经办机构申领失业保险金并办理完毕相关手续，后因何某又找到新的工作所以未实际领取失业保险金，但何某的劳动仲裁目的已实现。

## 二、律师策略

本案中，因为何某不仅想要求被申请人甲餐饮公司补发工资和支付经济补偿金，亦想领取失业保险金，但因甲餐饮公司在为何某办理停保时填写的停保原因

是“本人意愿中断就业”且未出具离职证明，导致何某无法正常申领失业保险金。

根据何某的上述需求并结合本案证据材料，笔者主要代理思路如下：

首先，主张甲餐饮公司存在未足额支付正常工作时间工资和加班工资的情形，依法应当补发相应工资。

其次，何某作为劳动者在甲餐饮公司未足额支付劳动报酬的情况下，有权依法解除劳动合同并要求支付经济补偿金。

最后，可通过劳动仲裁裁决，认定双方劳动合同解除的原因为非因何某本人意愿中断就业，到保险经办机构申领失业保险金。

具体措施：第一，整理并提交何某在职期间上下班打卡记录、工作时长、工资单等相关证据以证明甲餐饮公司克扣何某2023年3月工资差额和法定节假日加班工资；何某自2023年3月26日入职甲餐饮公司，4月1日至8月31日延长工作时间加班，每个工作日延时加班不少0.5小时，每天工作时长超过8.5小时，但甲餐饮公司从未支付过加班工资，应当予以补发。

第二，通过提交的工资单可证明，甲餐饮公司以“损耗分摊”名义克扣何某每月工资，未经法律明确规定，用人单位不得要求劳动者承担赔偿责任，甲餐饮公司门店餐具用品等的损耗是甲餐饮公司正常经营应承担的成本和费用，甲餐饮公司无权将该成本和费用转移给劳动者何某，甲餐饮公司违法克扣工资构成未足额支付劳动报酬，何某有权解除劳动合同并要求补足工资和支付经济补偿金。

第三，整理并提交何某已缴纳失业保险的相关证据，若劳动仲裁裁决认定何某与甲餐饮公司解除劳动合同的原因属于非因何某本人意愿中断就业，何某可以持生效的劳动仲裁裁决书到保险经办机构申领失业保险金，以实现何某申请劳动仲裁的目的。

## 三、劳动仲裁裁决结果

经审理，仲裁委认为：双方存在劳动合同关系，何某工资结构为正常工作时间工资2360元+浮动工资（含岗位津贴+加班津贴+其他津贴）+岗位考核工资；依据法律规定，用人单位安排员工法定节假日加班和

工作日延长工作时间加班的，应当依法支付加班工资，何某存在法定节假日和延长工作时间加班，甲餐饮公司应支付相应加班工资。

关于退还被克扣的损耗分担费和经济补偿金的请求，仲裁委认为在无法确认谁之责任的情况下，甲餐饮公司餐具的损坏应当归入其自身经营成本中，不应将责任归咎给何某，故因“损耗分摊”克扣的工资应予返还；并认定甲餐饮公司每月从何某工资中以“损耗分摊”名义克扣的工资，属于何某可以解除劳动合同并要求甲餐饮公司支付经济补偿金的情形。双方劳动关系因甲餐饮公司存在《中华人民共和国劳动合同法》第三十八条规定的情形由何某提出解除而解除，故甲餐饮公司应当依据《中华人民共和国劳动合同法实施条例》第二十四条规定向何某出具解除劳动合同的证明。

裁决如下：一、甲餐饮公司向何某支付工资差额；二、甲餐饮公司向何某支付法定节假日加班工资；三、甲餐饮公司返还何某以“损耗分摊”名义克扣的工资；四、甲餐饮公司支付何某延长工作时间加班工资；五、甲餐饮公司向何某支付解除劳动合同经济补偿金；六、甲餐饮公司向何某出具解除劳动关系的证明；七、准许何某撤回2023年8月1日至2023年8月31日期间工资的请求；八、准许何某撤回2023年3月26日至2023年8月31日工作服押金的请求；九、驳回何某其他仲裁请求。

## 四、典型意义

在实务中经常会出现，用人单位与劳动者解除劳动关系并办理社会保险停保手续时，无论双方因何事由解除劳动关系，用人单位以劳动者“因本人意愿中断就业”停保的情况不在少数，导致本可依法享受失业保险金待遇的劳动者无法正常申领失业保险金而受到损害，亦使失业保险金无法发挥其真正作用。在这种情况下，劳动者可通过申请劳动仲裁、民事诉讼等途径认定解除劳动关系是非因本人意愿中断就业的，可以持生效裁判文书到保险经办机构申领失业保险金（具体申领流程和要求需根据各地保险经办机构规定），从而维护劳动者合法权益。

\*王莹，北京市盈科（深圳）律师事务所律师，第十一届深圳市律师协会海商海事法律专业委员会委员、广东省涉外律师新锐人才库成员。



## ★ 深圳律协派驻最高人民法院第一巡回法庭志愿律师总结表彰座谈会顺利举行

2024年5月15日，深圳律协派驻最高人民法院第一巡回法庭志愿律师总结表彰座谈会顺利举行。会上，对深圳律协驻最高人民法院第一巡回法庭“律师志愿服务岗”的志愿律师和律师事务所进行了表彰，介绍了近期修订的《最高人民法院第一巡回法庭“律师志愿服务岗”工作指引》。2015年至今，深圳律协组建了三届第一巡回法庭志愿律师团，累计派出志愿律师超过3500人次，接访咨询登记在册案件超过7000件。九年来，志愿律师团在服判息诉、溯源治理、化解矛盾等方面发挥了积极作用，已成为法律职业共同体建设的标志性成果，也是深圳律师参与溯源治理、矛盾化解的典范。未来，第一巡回法庭与深圳市司法局、市律协将深化合作，把“律师志愿服务岗”打造成多元解纷、同源共治的“深圳样本”，

持续推动法律职业共同体建设，共同为优化经济特区法治营商环境作出贡献，努力以审判工作现代化支撑和服务中国式现代化。



## ★ 深圳都市圈律所领导力第三期培训班暨第三届深圳都市圈律所管理与发展论坛成功举办

2024年5月30日至6月1日，由深圳、惠州、东莞、中山四地律师协会联合主办的第三期深圳都市圈律所领导力（鲲鹏计划）培训班暨第三届深圳都市圈律所管理与发展论坛在惠州举办。其中，“鲲鹏计划”培训班邀请了中央统战部“新的社会阶层人士服务团”团务委员会委员赵兴刚讲授了“百年党史”沙盘党课，北京天同（上海）律师事务所主任徐菲繁作“打造卓越律师团队”主题分享，中国政法大学教授王进喜以“律师行业科学发展的几个结构性问题”为主题授课，华南师范大学心理学院教授郑希付讲授“压力与情绪管理”，中山大学教授黄抒田、植德律师事务所律师潘扬分别进行主题为“新质生产力赋能惠州市司法行政工作与法律服务实践高质量发展”“植德一体化与数智化探索”的授课。此外，四地优秀律所代表分享了律所成功的管理经验。

6月1日下午，第三届深圳都市圈律所管理与发展论坛开启。深圳、东莞、惠州、中山四地律师协会的会长张斌、张旭东、周涌、朱志强就四地行业的协同

发展、差异化发展等问题开展圆桌对话，寄托了加快并持续塑造深圳都市圈法律服务整体品牌的共同期望。同时，四地律师行业党委领导、律师协会领导共同开启深圳都市圈四地律师协会云培训共享平台，该平台将汇聚四地优质培训课程，实现跨地域、高效率的学习资源共享，是四地律师协会深化合作、共谋发展的重要举措，标志着四地律师协会在专业培训领域的紧密合作又迈出了实质性新步伐。



## ★ 全国首个西班牙语国际法律服务中心在深揭牌

2024年6月27日，西班牙及拉丁美洲经贸法律合作论坛暨西班牙语国际法律服务中心揭牌仪式在深圳前海举行。论坛由深圳市律师协会、中国西班牙商会、深圳市企业高质量发展促进会共同主办，吸引了来自中国、西班牙及拉丁美洲地区政府官员、商协会代表、企业家、法律专家和学者近两百人齐聚一堂，共同围绕深圳的营商环境、投资机遇、中国企业出海经验等多个议题进行了深度交流。论坛上，深圳市律师协会西班牙语国际法律服务中心正式揭牌，标志着全国首个专门服务于西班牙及拉丁美洲国家的专业法律服务机构在深圳前海成立，并将进一步促进中西及中拉的

经贸健康高效发展。



## ★ 深圳律协召开监事会监督工作站揭牌仪式暨2024年基层监督工作会议

2024年7月9日，深圳律协监事会监督工作站揭牌仪式暨2024年基层监督工作会议顺利举行。会议宣读了《深圳市律师协会第七届监事会关于成立监督工作站及聘任监督专员的决定》，并举行了十个监督工作站集中揭牌仪式和授牌仪式，颁发了监督专员证书。深圳律协第七届监事会于2023年12月25日经第七届监事会第十四次会议审议决定成立福田区等10个监督工作站，并聘请45名律师代表为监督专员，派驻54名工作人员开展基层监督工作。成立10个监督工作站，是加强监事会基层监督工作服务力量、畅通各区会员联络渠道、健全基层监督工作机制的重要监督举措，以有力监督举措压实协会工作计划的落实，以基层监督意见反馈督促协会

高质量发展、提升会员服务质量，为落实会员诉求重点督办监督和行业高质量发展贡献力量。



## ★ 与兄弟律协话友谊促交流，共谋行业发展

近日，深圳律协与四川、贵州、重庆、南京、合肥、哈尔滨、中山等省、市律协开展座谈交流，加强与各地兄弟律协的合作，互相启发工作思路，共促律师行业高质量发展。重庆市律师协会、合肥市律师协会代表先后到访，皆围绕信息化的系统建设等方面进行探讨；中山市律师协会会长朱志强一行到访，双方就行业合规建设、“专精特新”律所的扶持与发展、青年律师成长帮扶等内容进行了探讨；南京市律师协会副会长陈斌一行到访，主要就中小型律师事务所管理与发展等工作进行交流；四川省律师协会到访

旨在调研深圳律协在律师维权工作方面的经验做法；哈尔滨市律师协会会长施佰芝一行到访，双方围绕中小所建设、专业委员会建设等方面进行了深入探讨；贵州省律师协会副会长王泽富一行到访，双方主要就律师企业合规认证工作、合规管理律师事务所评选工作、《合规法律服务产品手册》编制经验、研修班和业务创新大赛的开展等情况进行了交流。深圳律协与各兄弟律协通过加强交流，都希望在今后的工作中紧密合作，强化信息交流、资源共享，携手推动两地律师行业高质量发展。



★ 深圳律师行业内刊高质量发展暨杂志编辑交流会成功举办

2024年7月12日，深圳律师行业内刊高质量发展暨杂志编辑交流会成功举办。活动邀请了《中国律师》《广东律师》代表、上海、重庆、广东、广州、佛山、东莞、中山、惠州、清远等地律协代表，10家深圳律师事务所内刊代表以及《深圳律师—〈深圳律师〉百期精粹》部分文章作者代表共计60余人参会。

深圳市律师协会会长张斌致辞表示，二十年来，《深圳律师》杂志始终坚持“专业为本”，以深度解析法律热点、探讨法律实务、分享律师办案经验为己任，不断探索、大胆创新，不断为读者呈现最前沿的法律解读和专业的法律指导。他希望与各地律协携手共进，以律师杂志为纽带，加强交流与合作，共同为律师行业的繁荣和发展贡献力量。

让昨日重现，让今朝发光，让未来生长

会上，深圳市律师协会杨逍副会长发布了由法律出版社出版的《深圳律师—〈深圳律师〉百期精粹》一书，介绍了书的出版缘由、时机与过程。他表示，《深圳律师》是深圳律师对外形象展示的重要阵地，将深植成为深圳律师专业能力“种子培养皿”和“养料输送机”，让《深圳律师》成为一张拿得出、叫得响、走得远的地域文化名片。

随后，深圳律协与中国知网数字出版技术股份有限公司（下称“中国知网”）进行了战略合作协议签署仪式。双方的签约标志着在深化法律服务、促进学术交流与知识共享迈出了坚实的一步，有助于提升深圳律师行业的整体水平与学术地位。

何须浅碧深红色，自是花中第一流

《中国律师》杂志社编辑部主任曹婧分享了新时期如何守正创新做好律师宣传工作，增强宣传实效，同时还分享了《中国律师》杂志刊文标准及要求。广东省律师协会副

秘书长、《广东律师》执行主编肖圣军从厘清办刊思路、强化内容创新、完善审稿队伍和加强编辑部队伍建设四个方面分享了办刊经验。深圳市律师协会宣传委秘书长、《深圳律师》栏目编辑屈文静分享了杂志在优化审稿流程、保障稿件质量、打造精品栏目及扩大影响力等方面所作的尝试及成效。中国知网党政法产品事业部副总经理夏晨曦分享了在数字化时代知网如何智慧赋能法律科技，助力律师学术成果的广泛传播。

千磨万击还坚劲，任尔东西南北风

圆桌对话环节，邀请了重庆市律师协会信息宣传部主任、《重庆律师》编辑部主任李早，《上海律师》编务许倩，广东卓建律师事务所《卓建律师》主编周洪，广东晟典律师事务所《晟典律师评论》副主编陈金凤，广东宝城律师事务所《宝城律师》编辑刘于洋等作为嘉宾，就刊物运营、编辑流程的规范化、自媒体时代如何提升行业刊物质量等进行分享，共同探讨新时代律师行业内刊高质量发展的新路径。

本次交流会是一次凝聚力量的思想交锋，是一次创新发展的智慧碰撞。会议聚焦律师行业内刊的高质量发展，为杂志编辑打开新视野、滋养新知识的同时，促进资源共享，使内刊成为传递法律知识、分享行业经验的重要平台，共同推动律师行业的发展。



# 深圳律师行业 2023 年度优秀青年

为推动深圳律师行业人才梯队建设，激励律师行业广大青年履职尽责创先进、立足岗位争优秀，深圳市律师协会开展了“2023年度行业优秀青年评选表彰活动”，经评定，评选出优秀青年律师30名，优秀实习人员10名，优秀行政人员10名。具体名单如下（排名不分先后，以姓氏笔画排序）：

优秀青年律师

- 王传召 广东茂达律师事务所
- 文 钊 广东连越（深圳）律师事务所
- 叶 旻 广东玖辰律师事务所
- 田 毛 广东普罗米修律师事务所
- 田谓辰 北京市盈科（深圳）律师事务所
- 冯馨莹 北京市京师（深圳）律师事务所
- 巩 野 北京市东元（深圳）律师事务所
- 李冰清 上海市锦天城（深圳）律师事务所
- 李烜如 万商天勤（深圳）律师事务所
- 杨中硕 广东万诺律师事务所
- 杨贝贝 广东广和（龙华）律师事务所
- 杨 峰 广东宝城（前海）律师事务所
- 吴 伟 北京市金杜（深圳）律师事务所
- 吴 琼 北京市中伦（深圳）律师事务所
- 吴 疆 广东卓建律师事务所
- 何雪华 北京德恒（深圳）律师事务所
- 佟昕泽 北京清律（深圳）律师事务所
- 张回归 上海数科（深圳）律师事务所
- 张贵杨 北京中银（深圳）律师事务所
- 陈观资 广东深宝律师事务所
- 陈金凤 广东晟典律师事务所
- 陈嘉俊 广东淳锋律师事务所
- 林其山 泰和泰（深圳）律师事务所
- 周斐斐 广东星辰律师事务所
- 郑惠珍 上海市恒业（深圳）律师事务所
- 敖 翔 广东华商（龙岗）律师事务所
- 唐首翔 广东深田律师事务所
- 黄 亮 广东诚公律师事务所

- 谢焯蔓 北京大成（深圳）律师事务所
- 谭曦莺 广东良马律师事务所

优秀实习人员

- 王哲伦 北京市君泽君（深圳）律师事务所
- 韦 敏 广东中熙律师事务所
- 江星星 广东金唐律师事务所
- 李晓晴 广东知恒律师事务所
- 杨晨雪 广东卓建律师事务所
- 张钰淇 广东梦海律师事务所
- 赵亚芳 万商天勤（深圳）律师事务所
- 钟 煜 广东法迈律师事务所
- 莫海岚 广东连越（深圳）律师事务所
- 符少珍 北京市隆安（深圳）律师事务所

优秀行政人员

- 丁婷婷 广东金唐律师事务所
- 皮心弦 广东海涵律师事务所
- 肖楚明 广东广和律师事务所
- 余雨霞 广东中熙律师事务所
- 张 婧 北京大成（深圳）律师事务所
- 阿迪拉·艾尼玩 广东淳锋律师事务所
- 罗 晨 泰和泰（深圳）律师事务所
- 周丹卿 北京中银（深圳）律师事务所
- 曾丽玲 广东晟典律师事务所
- 廖红霞 广东华商律师事务所



