



总第 103 期

103

2024 年 | 第 1 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

深圳律师行业社会责任报告

居“高”思危，如何防范火灾？

我国同欧盟、美国数据知识产权保护实践经验对比

股权投资中“差额补足条款”的法律性质及适用

论正当防卫权的立法原意和法治精神

深圳市律师协会 表彰优秀女律师

近年来，在深圳全面推进社会主义先行示范区建设、律师行业高质量发展工作中，我市广大女律师巾帼不让须眉，以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，坚持中国特色社会主义法治工作者的政治定位，怀揣家国情怀和专业情怀，积极履行社会职责，投身我市各项法律服务工作中，努力实现社会公平与正义，为进一步推动深圳社会主义法治建设作出了重大贡献。

为充分发挥优秀女律师先进典型的示范引领作用，展示特区女律师专业与敬业、坚韧且自信的优秀品质，弘扬女律师们有信仰、有情怀、有大爱的时代担当精神，深圳市律师协会近日表彰了马海燕等 30 名优秀女律师，她们在律师行业的专业能力、公益爱心、创新成长等方面表现突出。希望受表彰的人员珍惜荣誉、谦虚谨慎、开拓创新、担当作为，充分发挥行业优秀的引领示范作用，为女律师们树立“忠于信仰，精通法律”的良好执业典范，继续以满腔热忱投入深圳社会主义法治建设，为实现深圳律师行业高质量发展而不懈努力！

优秀女律师表彰名单

（按姓氏笔画排序，排名不分先后）

马海燕	广东卓建律师事务所	张晨芸	广东普罗米修律师事务所
王 丹	广东永森律师事务所	陈文丁	北京市盈科（深圳）律师事务所
王 玉	广东知恒律师事务所	陈焕如	广东宝城律师事务所
车艳梅	北京大成（深圳）律师事务所	苗冰洁	广东深宝律师事务所
申 文	北京德恒（深圳）律师事务所	单新风	广东深天成律师事务所
付晶晶	广东华商律师事务所	姚 琪	泰和泰（深圳）律师事务所
朱 虹	华商希仕廷（福田）联营律师事务所	徐奕琪	广东淳锋律师事务所
庄洁萍	北京市京师（深圳）律师事务所	徐嘉艺	广东际唐律师事务所
刘小云	广东卓科律师事务所	郭海英	广东广和律师事务所
刘 婷	北京市金杜（深圳）律师事务所	黄丽娜	广东瀛尊律师事务所
刘毓佳	广东中安律师事务所	鲁 畅	广东诚公律师事务所
麦倩明	广东深荣基律师事务所	曾倩莹	广东君言律师事务所
何冰玲	广东良马律师事务所	赖找钗	广东杉联律师事务所
张 宏	北京市炜衡（深圳）律师事务所	赖晶晶	万商天勤（深圳）律师事务所
张晓静	广东晟典律师事务所	魏天慧	广东信达律师事务所

擦亮涉外法律之窗 推动涉外法律服务发展

○曾迈 第十一届深圳市律师协会副会长

时在中春，阳和方起，值此万象更新之际，《深圳律师》杂志也展现了“新姿态”，新设板块——“涉外观察”专栏。该专栏是深圳涉外律师行业发展的又一重要体现，不仅彰显了我国对外开放战略的深入推进，更展现出深圳律师界对于涉外法律服务领域的热切关注和积极探索。

当今世界全球化浪潮不断推进，涉外法律服务作为连接不同法域、文化、经济体系的桥梁，其重要性不言而喻。随着中国经济的快速发展和对外交往的不断加深，涉外法律事务变得越发复杂，我国历来高度重视涉外法律服务的发展，始终致力于不断加强与国际法律交流，推动构建公正合理的国际法治秩序。深圳作为改革开放的前沿阵地，更是肩负着探索涉外法律服务新路径、新模式的重要使命。

目标引领方向，使命催人奋进，深圳市律师协会作为推动深圳律师业发展的重要力量，始终立足涉外法律服务发展的前沿。我们积极响应国家战略需求，不断加强与国际律师组织的交流合作，引进先进理念和技术，提升涉外法律服务水平。同时，我们也注重涉外律师人才培养，力图打造一支既通法律又懂外语、既通国内业务又懂国际规则的复合型涉外律师队伍，为涉外法律服务提供坚实的

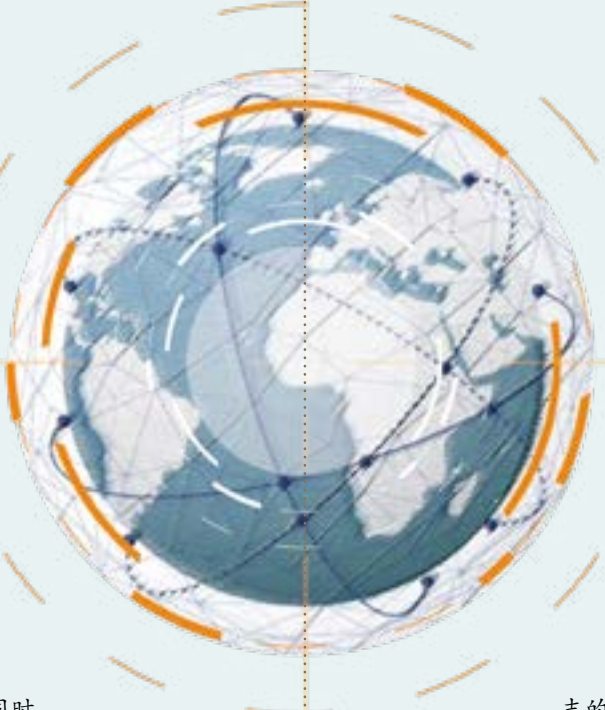
人才保障，更好地运筹国际法律服务发展。

世界之变、时代之变、历史之变正以前所未有的方式展开，加快推进涉外法治工作的重要性、紧迫性更加凸显。随着“一带一路”倡议的深入实施，我国与世界各国的经贸往来更加频繁，涉外法律需求日益增长。我们应当不断创新涉外法律服务模式，提升服务质量，开拓服务场景，以国际良法促进全球善治，共同应对全球法律挑战，助力构建人类命运共同体。

在此，我们对所有致力于推进涉外法律服务的同仁表示崇高的敬意和由衷的感谢，得益于各位有志之士的辛勤付出和不懈努力，涉外法律服务领域才能够不断取得新的突破和进

展。大道不孤，众行方能致远，我们期待与更多的同仁携手合作，汇聚更多业界同仁的智慧与力量，共同推进涉外法律服务的发展与创新。

春风浩荡满月新，扬帆奋进正当时。新的专栏，也是新的征程，未来我们将以更开放的态度、更专业的精神，为广大读者提供涉外法律资讯和实务研究。请与我们共同期待《深圳律师》杂志的崭新征途，共同见证涉外法律服务领域的繁荣与进步。让我们以智慧和勇气为笔，以责任和担当为墨，书写涉外法律服务的新篇章！





印刷日期 2024 年 4 月 28 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 逍 章 成 赵东川 王 伟 罗振辉 曾 迈 胡宁可 黄远兵
主编	杨 逍
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 | FOREWORDP1

01 擦亮涉外法律之窗，推动涉外法律服务发展 / 曾迈

特别报道 | SPECIAL REPORTSP4-10

04 深圳律师行业社会责任报告（2023）

涉外观察 | TRANSNATIONAL LAW REVIEW.... P11-19

- 11 英国关于仲裁条款准据法确定的新规则
/ 宋连斌 高文杰
- 14 我国同欧盟、美国数据知识产权保护实践经验对比
/ 张甲征 黎敏庄
- 16 逐梦欧洲市场：中国电池企业在匈牙利的合规之路
/ 施俊侃

热点 | HOTSPOT.....P20-31

- 20 论深圳城中村物业管理立法的法律难题 / 刘长森
- 24 直播带货中“套路人设”与虚假广告罪的边界探究
/ 党鹏 刘江
- 28 平行诉讼在跨境家事争议解决中的运用 / 刘艳华 王倩



P04

争鸣与思辨 | THINKING & DEBATE P32-38

32 居“高”思危，如何防范火灾？
——“高层民用建筑消防安全管理法律思考”
圆桌会议召开



P32

论道 | DISCOVERY P39-45

- 39 申请实用新型专利引入“明显创造性”审查的理解与
思考 / 汤鹏飞
- 43 完善数据产权制度的实践与思考 / 刘松慧 兰鹏

实务 | PRACTICE P46-60

- 46 公司盈余分配纠纷诉讼要点探析 / 黄霆
- 50 股权投资中“差额补足条款”的法律性质及适用
/ 杨文许 吴哲莹
- 54 “找关系型”诈骗的罪与非罪 / 邓欣玮
- 58 预售商品房抵押预告登记的效力认定及司法审查标准
/ 张吟

拍案 | CASE AND EXAMPLES P61-63

- 61 险些被毁的青春和人生——记一起教育体罚案件的不
起诉历程 / 董玉琴

生活 | LIFE..... P64-66

- 64 论正当防卫权的立法原意和法治精神 / 李德斌

律协动态 | INFORMATION..... P67-68

深圳律师行业 社会责任报告

(2023)

殷殷家国情，深律心常系。2023年是全面贯彻落实党的二十大精神开局之年，深圳律师牢记习近平总书记“努力做党和人民满意的好律师”的嘱托，全面贯彻党的二十大和二十届二中全会精神，响应落实司法部党组提出的“五点希望”，加强政治统领、党建引领，站稳人民律师根本立场，厚植家国情怀，勇担社会责任，坚持为大局服务、为人民执业、为法治担当，始终与人民同心同向、与时代同频共振，以高水平法律服务和担当奉献新作为，积极服务深圳“双区”建设大局，在护航中国式现代化建设、助力国家和社会高质量发展的新征程上，展现了深圳律师的风采与担当。

一、善谋为民之策，用好专业硬功夫，积极服务经济社会发展和法治建设

(一) 聚焦参政议政，贡献真知良策

近年来，深圳律师担任各级党代表、人大代表和政协委员（“两代表一委员”）的人数稳步增长，深圳律师积极参与立法、发挥人大监督及民主监督职能，参政议政成绩显著。截至2023年底，共有108名深圳律师担任“两代表一委员”，其中，全国政协委员1名；省人大代表1名，省政协委员1名；市党代表4名，市人大代表13名，市政协委员8名；区人大代表37名，区政协委员45名（其中2名律师同时担任市政协委员）。

2023年，深圳市律师协会（下称“市律协”）通过举办恳谈会、调研会、培训交流会等活动，着力提升“两代表一委员”律师的履职能力和影响力。“两代表一委员”律师利用专业优势与法律实践经验，敏锐把握国家大政方针政策，深入调研了解经济社会发展状况，提出了许多优秀的党代表提议、人大代表建议、议案和政协委员提案。其中，张斌、吴波、王丽娜、黄德华、周璇等委员获得2023年度市政协“优秀履职奖”；黄振辉代表领衔提出的《关于进一步优化提升我市学前教育的建议》《关于完善职业体系加大技能人才培养的建议》被评为“2023年深圳市人大代表建议办理工作优秀案例”；闵齐双、赵广群代表提出了“强化金融债权司法保护、加强长者食堂和公立养老机构建设”等建议，王丽娜、陈君尧委员提出了“尽快成立深圳数字法律研究院、在公共场所关爱怀孕女性”等建议。代表委员律师的身影活跃在会堂、媒体镜头栏目中，他们积极建言献策，展现了深圳律师胸怀国之大者、心系人民群众的良好形象。

(二) 立足专业优势，推动立法完善

张丽杰、黄振辉、曾迈、赵广群、闵齐双、张弢、郭丽等代表担任七届市人大常委会委员，2023年参与审议了《深圳经济特区消费者权益保护条例》《深圳经济特区低空经济产业促进条例》等10多部法规规章草案。张斌、吴波、王丽娜、黄德华、周璇、许宜群

等律师担任七届市政协委员，黄辉、钟胜荣等10余名律师担任第七届市政协立法协商咨询专家、委员，多次赴园区、企业、基层单位调研座谈，参与《深圳市公共数据开放管理办法》《深圳经济特区河套深港科技创新合作区深圳园区条例》等多部法规规章的立法协商工作，参加了2023年11月10日举行的“一起来商量”市领导与委员面对面协商座谈会，就优化法治化营商环境提出建议。王成义、何栋民等律师担任市人大常委会法律助理，协助常委会提出法规规章草案审议建议。刘国江、许泽杨、李延、刘作芳、朱金辉、王琪等律师担任区人大代表、区人大监察司法工委委员及区政协委员，在区级人大政协法治监督、法治建设等方面，作出了深圳律师应有的贡献。市律协组织律师参与立法工作277项、提出立法建议1068条，就《深圳经济特区国有土地供应管理条例》《深圳经济特区禁毒条例》等近20部法规规章草案提出修订审查意见。深圳律师充分发挥自身法律专业和实践优势，广泛倾听民意、凝聚民智，积极推动完善立法，为国家和社会治理现代化注入了深圳律师的智慧和力量。

(三) 服务法治政府，促进司法公正

2023年，100多名深圳律师担任市区两级政府特邀行政执法监督员、法院监督员、检察院特约检察员、人民监督员、听证员、公益诉讼观察员、司法局和其他行政机关监督员；多家律师事务所担任各级党委、政府和行政部门常年法律顾问。他们积极参加现场观摩、案件评查、案件听证、调研座谈、规范性文件审查、出具法律意见等，勤勉尽责、奉献智慧，发挥了“调研员”“宣传员”“监督员”作用，为推动法治政府建设和维护社会公平正义展现了深圳律师应有的担当。

二、恪尽为民之责，建好解纷志愿队，维护社会和谐稳定

(一) 多措并举，以公共法律服务保障基层民生

深入参与覆盖城乡居民的公共法律服务体系建设，

充分发挥律师服务保障民生作用。“法律进社区”工作从 2006 年起开展，目前已实现全市 731 个社区法律顾问全覆盖。深圳律师积极参与“一村（社区）一法律顾问”工作，通过普法宣传、调处矛盾纠纷，有效助力市域和基层治理，作出了重要贡献。2023 年，全市社区顾问律师共开展法律相关事务 80041 项，其中法治宣传 6941 场、法律咨询 46983 场、出具法律专业意见 4779 件、人民调解 13326 宗、法律援助 212 宗、其他法律事务 7800 宗。同时，完成《深圳市一村（社区）一法律顾问典型案例汇编》选编，成为全市社区法律顾问律师的重要参考资料。



2023 年，市律协协助省律协举办“广东法律服务网网络平台值班律师（深圳）岗前培训”活动，做好每周值班律师安排，自 9 月 4 日起至 12 月 31 日，共计安排 857 人次值班，累计咨询量达 21058 件。参与运营 12348 公共法律服务平台线上值班项目，组建了 107 人的志愿律师团。积极推动律师参与社区矫正工作，推动制定社区矫正引进律师的方案。深圳北站律师调解室揭牌运行，充分发挥律师法律专业优势，合力化解社会矛盾。设立了“法律服务手语角”，推动听障特殊人群的法律服务工作，为无声发声、与法律同行。积极参与深圳商事调解宣传主题活动，与市中小企业发展促进会等 25 家协会企业代表共同签订了“调解优先”计划。积极推动律师参与调解工作，赴罗湖区法院就“律师调

解”事宜开展座谈，推动与法院共同开展律师调解试点。按月向市司法局报送公共法律服务信息、案例及专业文章，为依法治市工作提供决策参考。广东绿建律所完成深圳市生态环境局委托的《深圳市环境保护法规法典化编撰研究》课题，创新性提出“三体配合”法典编撰体系建议，即“明确的目标体系、严厉的责任体系、有效的监督体系”相互配合，获得深圳法治调研课题评比一等奖。

（二）多方携手，调律师力量解急难愁盼

贯彻落实党中央“抓前端、治未病”的要求，践行党的群众路线，积极与司法机关携手开展诉源治理和多元解纷工作，依法妥善化解涉法涉诉信访矛盾纠纷，将法律服务触角延伸到人民群众需要的每一个角落。

1. 在最高人民法院第一巡回法庭设立“律师志愿服务岗”。2015 年 7 月 27 日，最高人民法院第一巡回法庭与市律协签署了《关于建立良性互动工作机制的备忘录》，约定在该法庭设立“律师志愿服务岗”，并由市律协选派律师到岗值班，站在专业、客观、中立的立场为来访群众提供义务法律咨询，促进矛盾纠纷化解。自 2015 年至今，市律协组建了三届志愿律师团共 1504 名律师到岗提供服务。截至 2023 年底，市律协累计派出志愿律师 2891 人次，接访咨询登记在册案件 6055 件。2023 年，志愿律师共 400 人次提供服务，接访咨询登记在册案件 349 件。

2. 在深圳市人民检察院设立“律师志愿服务岗”。2022 年 11 月 16 日，深圳市人民检察院与市律协签订了《关于建设良性互动工作机制的备忘录》，约定在该院设立“律师志愿服务岗”并由市律协选派律师到岗值班，197 名律师开始提供服务。2022 年 12 月至 2023 年 12 月 31 日，市律协累计派出志愿律师 256 人次，志愿律师接访咨询登记在册 124 件（从 2023 年 8 月开始记录在册）。

3. 与深圳市各主要区人民法院签署合作备忘录，设立“律师志愿服务岗”。市律协与南山、龙岗、光明、

深汕特别合作区人民法院签署了《关于进一步推动法律职业共同体建设的合作备忘录》，并在前述法院设立了“律师志愿服务岗”，建立起良性互动、凝聚共识的长效工作机制，推动了“亲”“清”法律职业共同体建设，有利于保障法官公正司法、律师依法执业，有利于化解矛盾纠纷，助力诉源治理。2023 年，市律协安排值班律师到南山区人民法院值班 155 人次，接访诉求及提供法律咨询 764 件；安排值班律师到龙岗区人民法院值班 35 人次，接访诉求及提供法律咨询 118 件；安排值班律师到光明区人民法院值班 15 人次，接访诉求及提供法律咨询 44 件。

三、力行惠民之举，当好普法播种机，助力全民懂法守法

市律协贯彻“依法治国、普法先行”精神和《中央宣传部、司法部关于开展法治宣传教育的第八个五年规划（2021 - 2025 年）》，积极推进律师普法工作，全力传播法治理念，提高全民尊法守法意识。2023 年，深圳律师参与司法局组织的普法活动 50 场次，92 人次参加，参与的主要项目包括 2023 年深圳市国家机关“谁执法谁普法”履职报告评议活动、深圳市法治文化节暨“民法典宣传月”主题活动、2023 年国家宪法日暨“宪法宣传周”主题宣传活动、深圳市“八五”普法讲师团聘任仪式暨首场新时代文明实践中心普法活动、公民法律素质提升项目资助计划、《普法说说说》普法宣传视频制作、“深圳律师故事”普法栏目及“普法讲师团”宣讲活动等。



2023

深圳律师行业
社会责任报告

普法活动亮点纷呈。13 名律师作为“深圳市八五普法讲师团”讲师，为全市各机关、企业、学校和社区等法治授课 17 次。11 名律师参加“深圳律师故事”普法栏目，以亲办案例向社会公众近距离普法。15 名青年律师代表参加深圳市 2023 年国家宪法日暨“宪法宣传周”主场活动“礼敬宪法”仪式，参加校园安全主题普法，用生动的案例向同学们介绍“什么是法律”“我们能做什么不能做什么”以及“遭受校园欺凌如何应对”，引导学生学法尊法守法。福田区“新雨计划”持续推进，至 2023 年参与志愿律师团的人数达 400 名，已为 50 多所中小学校的 400 多个班级授课，直接受益学生 30000 多人次，育人以法，润物无声。深入开展《民法典》宣讲活动，推出民法典系列解读会，开展八期线上直播分享，内容涵盖 7 个细分篇章；市律协公众号开设“民法典”专栏，聚焦同居关系析产、子女抚养纠纷、夫妻共同债务认定等社会突出热点问题，反响良好。

四、积极纾民之困，配好法援先锋官，为困难地区和群众送去法治温暖

深入贯彻落实《司法部全国普法办关于深入开展法律援助学习宣传活动的通知》精神，提供优质高效法律援助，为困难地区和群众提供法律援助服务，维护重点群体合法权益。

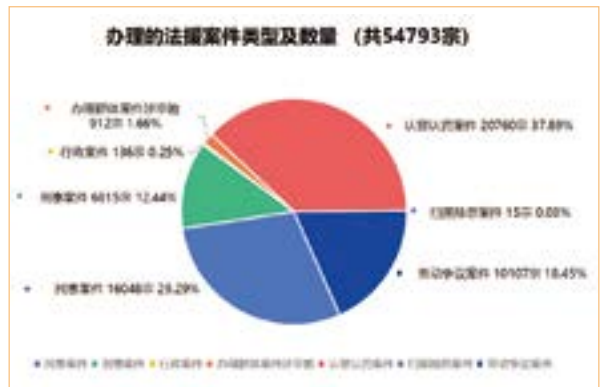
（一）日常性开展法律援助，努力践行人民律师使命

2023 年，深圳律师办理了市区两级司法局法律援助部门指派的法律援助案件共 43125 宗。其中，市司法局指派案件 7386 宗，宝安区指派 7015 宗，龙岗区指派 8528 宗，南山区指派 4572 宗，福田区指派 2897 宗，龙华区指派 4432 宗，罗湖区指派 2359 宗，光明区指派 2989 宗，坪山区指派 2111 宗，盐田区指派 836 宗。

受指派参与法律援助的律师共 1737 人。其中，市司法局 262 人，宝安区 124 人，龙岗区 232 人，南山区 98 人，福田区 358 人，龙华区 238 人，罗湖区 70 人，

光明区 128 人，坪山区 180 人，盐田区 47 人。

办理的法援案件类型复杂多样。其中，民事案件 16048 宗，刑事案件 6815 宗，行政案件 136 宗，办理群体案件涉宗教 912 宗，认罪认罚案件 20760 宗，扫黑除恶案件 15 宗，劳动争议案件 10107 宗。



(二) 持续参加“1+1”法律援助行动，向边远地区播撒法治阳光

“1+1”中国法律援助志愿者行动，是由司法部、团中央于 2009 年共同发起，由中国法律援助基金会会同司法部相关部门和中华全国律师协会举办的大型法律援助公益项目。深圳律师自 2012 年参加此项活动以来，共有 31 位律师（68 人次）参加，足迹遍及全国 48 个中西部偏远贫困地区。深圳志愿律师在援助地积极开展法律援助、法律咨询、法律讲座、调解群体事件、化解社会矛盾、宣传普法等工作，引导当地群众树立办事依法、遇事找法、解决问题用法、化解矛盾靠法的理念，切实增强了当地群众法治意识，有效维护了当地困难群众合法权益，为促进当地政府依法行政与经济社会发展作出了积极贡献，得到了援助地党委、政府及百姓的高度赞扬和司法部的认可表彰。2023 年度，参加此行动的 5 名深圳律师，王鸣剑、陈海航、冯馨莹、孙玮、杨朝敏，分赴广西天等县、云南大关县、宁夏平罗县、新疆库尔勒市、四川青川县开展法律援助服务，其中王鸣剑、陈海航已连续参加法律援助行动 6 年。



五、常怀爱民之心，组好公益生力军，努力维护特殊群体合法权益

(一) 联合市妇联成立志愿律师团，依法维护妇女儿童合法权益

2011 年 3 月，市律协与市妇联合作成立“市妇联

律师志愿团”，打造妇女儿童维权服务深圳品牌，累计有 200 多名志愿律师参与妇联信访驻点值班。2023 年，20 名志愿律师团律师共计值班 227 次，服务案件 557 件，提供 12338 热线法律咨询、信访窗口法律服务等共计 1504 小时；参加市妇联组织的“送课上门”活动，到各区作妇女权益保障法专题培训，录制 10 个普法宣传小视频。

(二) 联合市消委会成立志愿律师团，依法维护消费者合法权益

2006 年，深圳市消委会第一届志愿律师团成立。2023 年 3 月 8 日，深圳市消委会第六届“百人律师团”成立，陈伟、陈朝辉律师同时担任深圳市消委会第三届委员。2023 年，第六届律师团共值班 198 期，接听消费者来电 2165 余次，现场接待消费者法律咨询 32 次，参与立法会、调解会、讨论会等会议活动及协助开展法律培训 100 场，出具法律意见书、参与消费相关立法、提出书面意见及建议 120 余份。2023 年底，10 名律师获评深圳市消委会第六届律师团“十佳律师”荣誉称号，2 名律师获评“优秀团长”荣誉称号。志愿律师积极协助市消委会开展消费维权工作，为全面营造良好消费环境，提振消费信心，助力深圳市消费者权益保护工作先行示范和消费维权事业起到重要作用。



六、多办利民之事，布好共建传送带，促进律师行业高质量发展

(一) 携手并进，以行业共建促成果共享

市律协重视与兄弟省市律协的共建和交流活动，通过“走出去”与“请进来”，与各地律协就加强党建引领、行业管理、职业培训、专业人才培养、青年律师发展、律师执业维权、监事会机制等方面进行了充分的合作与交流，既讲述了深圳律师故事、传递了深圳律师声音，又学习借鉴了优秀经验，提升了自身建设水平。

1. 积极开展共建活动。2023 年，市律协先后与清远、兰州、喀什地区、赣州市律协签署了合作共建协议，合作开办了业务能力培训班，深入开展业务交流，积极拓宽合作领域，创新合作机制，提升合作层次，共谱两地律师行业高质量发展新篇章。

2. 积极开展交流活动。2023 年是市律协与各地律协互动频繁、交流良好的一年。首先是“请进来”交流，市律协先后接待了大连、青岛等 30 多地司法局或律协的来访调研。其次是“走出去”学习，市律协先后赴上海、香港、澳门等 10 多地律协学习取经。

3. 合作开展论坛、培训班等活动。市律协联合东莞、惠州、中山市律协共同举办“鲲鹏计划”——深圳都市圈律所领导力首期培训班。承办深圳都市圈四地（深圳、东莞、惠州、中山）律协战略合作框架协议签约仪式暨合作议事委员会第一次会议，以及以“共话精准监督，助推律师行业高质量发展”为主题的深圳都市圈律协监督工作交流会。参加由河南、湖北、湖南、广东、广西、海南六省（区）律协共同主办的中南六省（区）2023 律师论坛。参加香港法律周系列活动，共同对香港、澳门及大湾区内地九市“9+2”城市群的律师行业进行了整体展示推介，市律协组织“内地律师+香港律师”代表，介绍了深圳先行示范区法律服务的发展情况及合作机遇。

(二) 多元聚力，以跨行合作求互利共赢

市律协重视与各行业协会、商会、仲裁委员会等组

2023

深圳律师行业
社会责任报告

织的交流合作，吸纳各组织的先进管理经验和做法，主动了解和响应各组织的法律服务和合作需求，共同推进行业治理水平提升。2023 年，市律协先后与广东省玻璃行业协会等 27 家行业协会，与深圳市潮汕商会等 4 家商协会及 4 家仲裁委员会等共计 35 家组织签订合作协议。

七、树立为民之风，做好爱心传递员，汇聚和传递行业正能量

深圳律师坚持铸牢中华民族共同体意识，时时不忘回报社会和人民，踊跃慷慨解囊资助欠发达地区和困难群众，为“科教兴国”战略和共同富裕贡献力量，展现了大爱之心和奉献担当的风采。

（一）情系教育，行业资助托举学子未来

教育事关国家强盛和民族未来，学校课桌椅、体育用品等教育设施直接影响学校教学质量。2023 年，在了解到云南省西畴县部分中小学课桌椅破损严重、急需更换的情况后，市律协组织募得善款 18.7 万元，共购得全新课桌椅 850 套送至学校，有效改善了办学条件，广东良马所等 10 家律所、许宜群等 44 名律师踊跃参与捐款；同时，多名律师踊跃向该县部分困难学生捐赠衣服、鞋子、书包等物品。深圳律师金寨希望小学是 2007 年深圳律师在革命老区安徽省金寨县捐资设立的学校，在了解到该校学生文体用具陈旧、缺乏阅读书籍和部分硬件设施的情况后，市律协倡议发起募捐活动，为该校购买文体用具、空调、书架、图书、教育广播系统。一张张崭新的课桌椅、一件件崭新的文体用品照亮了孩子们的求学路，体现了深圳律师情系欠发达地区学生、力助国家教育事业的大爱之举和仁厚之心。

（二）饮水思源，行业带头吹起公益东风

市律协成立“减灾救灾律师志愿团”，参加深圳市 2023 年“全国防灾减灾日”宣传周启动仪式暨科普宣传活动，有力贯彻落实了党的二十大防灾减灾精神。主办了第十届中国慈展会分议题“公益法律服务发展研讨

会”，围绕法律援助、公益诉讼、反诈宣传等热点公益法律服务内容，以“主题演讲+圆桌会议”的形式展开交流。市律协组织律师参与“尊法守法—携手筑梦”服务农民工公益法律服务行动，为农民工送去法治温暖。组织福田律师成立“法律服务团”参加深圳市第二十五届高交会活动，现场为参展商和群众提供法律咨询、涉外法律、企业合规、知识产权、多元解纷等法律服务，并举办了“科技赋能法治化营商环境的创新与实践”主题沙龙活动。建立“公益积分”制度，激励律师踊跃参与公益奉献活动。组织评选出 35 名律师为“市律协成立 35 周年之优秀公益律师”，树立典型，带动人人参与公益氛围。组织编写《深圳市律师协律师参与“1+1”中国法律援助志愿者行动服务规范指引》，为全国律师参加此行动的规范提升作出尝试和探索。组织 10 余支公益律师志愿者队伍、千余名律师长年累月奔忙在社区、街道、学校、图书馆、公园等场所，为群众送去贴心法律服务。

此外，各律所和律师自发参与公益蔚然成风。除市律协设立了公益工作委员会外，各区律工委设有公益工作中心负责组织本区律师的公益活动，部分律所也设有公益工作部门负责组织本所律师的公益活动。许多律所和律师自发参与资助困难学生、资助残障人士治疗、资助改善饮水等活动，自觉回报家乡、社会，忙碌的身影、奔波的足迹映照了深圳律师情系人民群众的熠熠初心。

2024 年是中华人民共和国成立 75 周年，也是推进落实党的二十大战略部署和“十四五”规划的关键一年。“春山可望，未来可期”，深圳律师将继续坚持以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，深入践行习近平法治思想，坚持务实开放创新的特区精神，努力服务新质生产力发展，胸怀家国、心系人民、服务人民、回报人民，在中华民族伟大复兴的新征程和深圳“双区”建设征程上展现深圳律师争一流、创样板、谱新篇的不懈追求。

英国关于仲裁条款准据法确定的新规则

○宋连斌* 中国政法大学

高文杰* 北京市天元（深圳）律师事务所

2024 年 1 月 16 日最高人民法院发布了十个仲裁司法审查案例，其中第二号案例是认可和执行在香港特别行政区作出的仲裁裁决，涉及仲裁条款准据法的确定。与话题相关的英国关于仲裁条款准据法确定的最新实践，又引起了仲裁界关注。在国际/涉外仲裁中，仲裁条款适用的法律是一个先决事项，适用不同的法律会直接影响仲裁条款的效力，从而决定仲裁庭的管辖权以及管辖范围，并影响仲裁裁决的承认/认可和执行，对于当事人的实体权利能否得以实现，显然具有决定性的作用。这一问题之所以棘手，主要是因为

* 宋连斌，中国政法大学国际法学院教授、博士生导师。

* 高文杰，北京市天元（深圳）律师事务所合伙人。

在国际仲裁实务中，当事人通常不会专门对仲裁条款的准据法作出明确约定，而此类案件中主合同的准据法与仲裁地的法律又往往不一致，导致裁判者需要为其决定适用的仲裁条款的准据法作出合理解释。

如何确定仲裁条款的准据法，英格兰判例法经历了一系列的发展、反复与变化。直至 2020 年 10 月，英国最高法院 (the Supreme Court of the United Kingdom) 通过对恩卡案 (Enka Insaat Ve Sanayi A.S. v OOO Insurance Company Chubb ([2020] UKSC 38) 作出判决，明确了英格兰法关于此问题的规则。

一、判例沿革

在缔约各方未明示选择仲裁条款准据法的情况下，英格兰判例法早期存在两种不同的观点。一种观点认为，主合同明示约定适用的法律对解释合同当事人是否对仲裁条款的准据法作出默示选择具有重要意义。如无更好的相反理由，主合同明示约定适用的法律应解释为当事人默示选择的仲裁条款的准据法，因为仲裁条款是主合同的一部分（下称“第一种观点”）。另一种观点认为，以仲裁地法作为仲裁条款应适用的法律（下称“第二种观点”）。而且，即使同样采取此观点，不同法官的理由也不尽相同。例如，在 XL 保险公司案 [XL Insurance Ltd v Owens Corning ([2001] 1 All ER (Comm) 530)] 中，案涉主合同是一份保险合同，明确约定适用的法律是纽约法，但仲裁地约定为伦敦。英国高等法院王座分庭 (High Court Queen’s Bench Division) 涂尔森法官 (Toulson J) 认为，当事人既然选择伦敦作为仲裁地，并同意仲裁程序按照英国《1996 年仲裁法》的规定进行，说明双方默示选择了英格兰法作为仲裁条款的准据法。而在英国法院首次全面讨论仲裁协议准据法的 C 案 [C v D ([2007] EWCA Civ 1282)]，案情同样是一份保险合同明确约定其主合同适用的法律是纽约法，仲裁地约定为伦敦。上诉法院法官朗穆 (Longmore LJ) 认为，双方当事人有意选择了与主合同准据法所在地（纽约）不一致的地点（伦敦）作为仲裁地，说明与仲裁条款具有更真实密切联系的地点是仲裁地，而不是主合同准据法所在地。也就是说，上诉法院法官是根据最密切联系原则来确定仲裁条款应适用的法律。

随后的 2012 年，英国上诉法院对苏拉美利加案 [Sulamérica Cia Nacional de Seguros SA v Enesa Engenharia SA ([2012] EWCA Civ 638)] 作出判决，主笔法官摩尔·比克 (Moore-Bick LJ) 对此前不同的学术和裁判观点进行总结和分析后，提出了确定仲裁条款准据法的三阶审查法：第一，适用当事人明示选择的法律作为仲裁条款的准据法；第二，若当事人没有明示选择法律，适用当事人默示选择的法律作为仲裁条款的准据法；第三，若当事人也没有默示选择法律，适用具有最密切和最真实联系的法律。

二、恩卡案背景

恩卡案是英国最高法院关于仲裁条款准据法的最新判例，它在苏拉美利加案的基础上进一步明确和发展了三阶审查法及其内涵。案件的大致背景如下：2011 年 5 月，伊纳哥普罗伊科特公司 (CJSC Energoproekt) 作为总承包商与业主优尼普罗公司 (PJSC Unipro) 订立合同，规定伊纳哥普罗伊科特公司为优尼普罗公司设计和建造某位于俄罗斯境内的发电厂。后恩卡公司 (Enka Insaat Ve Sanayi A.S.) 作为分包商与伊纳哥普罗伊科特公司订立了《施工合同》。2014 年 5 月 21 日，上述三方签署《三方转让合同》，伊纳哥普罗伊科特公司将其在《施工合同》项下的权利和义务转让给优尼普罗公司。该《三方转让合同》第 7.5 条约定，优尼普罗公司和恩卡公司之间若发生纠纷，将按照《施工合同》第 50.1 条的规定，在伦敦适用《国际商会仲裁规则》仲裁解决。但《施工合同》并没有对该仲裁条款应适用的法律作出约定。2016 年 2 月 1 日，案涉发电厂因火灾严重受损。夏布公司 (OOO Insurance Company Chubb) 作为优尼普罗公司的保险人，在向后者进行保险赔付后，于 2019 年 5 月 25 日于莫斯科商业法院 (Moscow Arbitrazh Court) 代位起诉恩卡公司和另外十位被告，要求其承担连带赔偿责任。2019 年 9 月 16 日，恩卡公司在伦敦起诉，基于违反《施工合同》第 50 条的仲裁条款之理由，请求英国法院作出禁诉令以限制夏布公司继续在俄罗斯的诉讼程序。本案经过英国高等法院王座法庭商事法庭 (Commercial Court) 一审、英国上诉法院二审后，最终由英国最高法院作出判决，维持了上诉法院准许做出

禁诉令的决定。

三、恩卡案争议焦点及解析

本案争议焦点为，在合同没有对仲裁条款适用法律作出明确约定的情况下，若主合同准据法的相关规定和仲裁地法不一致，应当以哪一法律体系作为仲裁条款有效性及范围的准据法。

关于主合同应适用的法律，英国最高院认为应该根据《罗马条例 I》进行判断（英国于 2020 年 1 月脱欧），因为《罗马条例 I》是欧盟关于民商事合同的一般冲突法。按该条例，首先，合同适用当事人选择的法律。当事人的选择必须是明示的选择或是可通过合同条款或情况清晰证实的选择。其次，若合同当事人未选择，则根据最密切联系原则确定应适用的法律。由于《施工合同》未明确选择应适用的法律，鉴于俄罗斯与《施工合同》的密切联系程度，英国最高法院认为俄罗斯法是《施工合同》的准据法。

关于《施工合同》中仲裁条款应适用的法律，由于当事人同样未选择应适用的法律，英国最高院认为，应适用普通法的冲突规则予以确定，而不适用《罗马条例 I》，因为该条例明确排除适用于“仲裁条款”。在此种情形下，根据英格兰法的早期判例，有可能得出适用主合同适用法律或仲裁地法两种不同的结论。

英国最高院采纳了上述第一种观点，即当合同中未明确约定仲裁条款准据法时，一般是将主合同明示选择应适用的法律推定适用为仲裁条款应适用的法律，即经明示选择的主合同的准据法视为是默示选择的仲裁条款的准据法。英国最高院的理由为：首先，这种方法提供了一定程度的确定性。各方可以确信主合同的准据法通常是就其整个合同权利和义务以及所有争议而言的有效选择。其次，这种方法实现了一致性。各方当事人的权利和义务由同一法律体系支配。第三，这种方法避免了复杂性和不确定性。一旦当事人之间的关系受制于两种法律体系，就会出现两者的界限为何以及如何划定的问题。第四，这种方法避免了人为因素。仲裁协议的独立性、可分离性，是仲裁法的重要组成部分，但它是一个法律原则，仲裁律师可能比

商人更了解这一原则。对商人来说，合同就是合同，不是带有附属或抵押或内部仲裁协议的合同。因此，他们会合理地期望法律选择适用于整个合同。最后，这种方法确保了连贯性。它与对其他效力也具有独立性的条款（例如法律选择或法院选择条款）的处理方法一致，这些条款也通常被推定受其构成的主合同应适用的法律管辖。

但是，若主合同的准据法不是当事人明示选择的，而是根据最密切联系原则确定的，则其不得推定为仲裁条款默示选择的准据法。

英国最高院也特别指出存在的例外情形。即若以主合同明示约定适用的法律作为仲裁条款的准据法，使仲裁条款存在严重的无效风险，那么此类案件可能解释为当事人意图选择仲裁地法作为仲裁条款的准据法，特别是当事人选择了仲裁地的情况下。

英国最高院认为对于仲裁条款而言，一般以仲裁地作为最密切联系地，主要考虑因素是：首先，仲裁地是仲裁条款的履行地，而履行地是普通法判断最密切联系地的重要连结因素。其次，此规则与国际法以及英国国内立法一致。英国《1996 年仲裁法》第 103 条第 (2) 款第 (b) 项将 1958 年《承认及执行外国仲裁裁决公约》（《纽约公约》）第 5 条第 1 款第 (a) 项转化为英国国内立法。从实现商业目的的角度来看，当事人在对合同准据法未作约定时选择了明确的仲裁地，说明其合理的期待是将仲裁地法作为仲裁条款的准据法。特别是对于跨国交易来说，合同当事人往往选择中立的、对仲裁持支持态度的第三国作为仲裁地。最后，以仲裁地法为适用法律的缺省规则能够提高确定性，减少争议，便于合同当事人预测仲裁条款应适用的法律。

英国判例法规则的新变化，迅即在世界范围内得到回应，尤其是在英联邦国家和地区。我国香港特别行政区作为一个领先的仲裁地，基于其普通法传统，在仲裁协议准据法的确定上，与英国实践保持一致。2023 年 1 月，香港高等法院原讼法庭在中铁香港公司案^①中，采用恩卡案所确定的规则。这些变化，相信会给我国内地法律界思考现行仲裁协议准据法确定的规则，提供一个参考视角。

① China Railway(HK)Holdings Ltd.v Chung Kin Holdings Co., Ltd. ([2023] HKCFI 132)

我国同欧盟、美国数据知识产权保护实践经验对比

○张甲征* 黎敏庄* 北京天达共和律师事务所

自 2020 年 3 月中共中央、国务院在《关于构建更加完善的要素市场化配置体制机制的意见》中首次将数据列为继劳动力、土地、资本、技术后的第五大生产要素之后，我国加快了开展数据知识产权保护工作的步伐，全国和地方一系列政策措施密集出台，包括搭建数据基础制度的探索、研究数据知识产权保护制度、构建知识产权登记制度并开展知识产权登记试点工作等。

我国在数据知识产权保护方面取得了很大的成绩，但在国际范围内，作为全球主要的几大经济体，欧盟和美国对数据知识产权的保护有其独到和领先之处。本文简要阐述我国、欧盟和美国三地有关数据知识产权保护的实践经验，以期对我国数据知识产权的保护有所借鉴。

一、欧盟有关数据知识产权保护的实践经验

欧盟是数据权利探索最早、数据权利保护最严格、数据权益法律法规最全面的经济体。欧盟对数据知识产权的保护基本在既有知识产权法律框架下进行，如《数据库保护指令》，该指令对数据知识产权的保护主要包括两方面：

第一，《数据库保护指令》对于在数据的选择或编排方式具有独创性的数据库按照汇编作品进行著作权保护；

第二，对于不具备独创性的数据库，《数据库保护指令》则是赋予了数据库制作者一项特殊权利（sui generis right），该特殊权利旨在禁止他人擅自提取或

复制数据库的实质内容，为数据库制作者收回投资并获取利润提供保障。

二、美国有关数据知识产权保护的实践经验

美国鼓励数据的开放共享和自由流通，反对数据垄断，在数据权利方面积累了丰富的经验。美国在数据安全和个人隐私方面的立法活动较为活跃，但拒绝对数据产权进行立法。美国对数据知识产权的保护，主要通过司法和行政的方式进行。

美国联邦和各州法院依据现有知识产权法律体系对数据知识产权进行最终确认。如“Feist 案”中，美国最高法院就以判例的形式将“没有最低限度创造性的数据汇编不受版权法保护”这一裁判要旨上升到了法律层面。

在美国的“数据经纪商”制度中，数据经纪商采集的数据作为不具独创性的数据汇编不能受到版权法的保护，但处理数据的技术则可以通过专利保护。同时，数据经纪商在从事数据采集、利用和交易的过程中要受到美国联邦贸易委员会等政府部门的监管，保障确保数据经纪行业的交易透明性和安全性。

三、我国有关数据知识产权保护的实践经验

目前，我国在实践中一般基于《著作权法》《专利法》和《反不正当竞争法》等对数据知识产权进行保护。

（一）基于《著作权法》对符合独创性构成要件的数据汇编进行保护

根据《著作权法》第十五条“汇编若干作品、作品的片段或者不构成作品的数据或者其他材料，对其内容的选择或者编排体现独创性的作品，为汇编作品，其著作权由汇编人享有，但行使著作权时，不得侵犯原作品的著作权”的规定，如数据汇编中对内容的选择和编排符合《著作权法》规定的独创性构成要件，则数据汇编可以作为汇编作品获得著作权保护。

数据汇编获得著作权保护的难度较大。数据汇编的独创性主要体现在对数据的选择、编排、处理等一系列“加工”上。反映原始信息的数据（如排污数据、道路交通数据、天气监测数据等）本身并不具有独创性，无法成为著作权法保护的客体。而单纯对数据进行汇集的过程也因缺乏独创性而无法获得著作权法保护。此外，相对人也可以依据《著作权法》第二十四条提出合理使

用抗辩，限制权利人对数据汇编所享有的权益。

（二）基于《专利法》对涉及数据的技术进行保护

根据《专利法》第二十二条“授予专利权的发明和实用新型，应当具备新颖性、创造性和实用性”的规定，如运行、分析数据等的技术发明或实用新型符合新颖性，并与现有技术相比具有突出的实质性特点和显著进步，能够产生一定积极效果，则可以通过申请专利的方式获得专利保护。

由于满足专利保护构成要件的难度较大，涉及数据的技术基于《专利法》获得专利授权的可能性较小。

（三）基于《反不正当竞争法》对数据的竞争性利益进行保护

实践中，对于无法达到独创性、新颖性和实用性等要求的数据，权利人往往基于《反不正当竞争法》中的第九条商业秘密条款，或者第二条、第十二条一般性和兜底性条款，对数据所反映的竞争性利益进行保护。

适用《反不正当竞争法》也存在一定门槛，首要前提是当事人之间构成竞争关系。然而实践中，与数据有关的纠纷往往不是发生在竞争者之间，而是发生在一些没有竞争关系的当事人之间。在后一种情况下，权利人将无法依据《反不正当竞争法》对自身数据权利进行保护和救济。

四、结语

目前，欧盟、美国将数据知识产权的保护置于已有的知识产权法律制度框架之下，并形成了各自的实践经验。我国对于数据知识产权的保护以《著作权法》《专利法》和《反不正当竞争法》为主要法律依据。

美国“数据经纪商”制度值得我国借鉴。随着我国“数据二十条”首次要求建立企业数据确权授权机制，广州、深圳等地先后发布了数据经纪人试点工作方案，明确了有关具体工作思路、主要任务、保障措施和有关监管制度，对于数据经纪人运作过程中出现的数据知识产权保护问题，有待在实践中进一步加以厘清和规范。

总之，由于我国数据具有市场庞大、资源丰富、交易模式众多等特点，对数据知识产权的保护应当立足国情，借鉴先进经验，并根据实践、交易的实际需求不断发展。

* 张甲征，北京天达共和律师事务所（大湾区办公室）合伙人，深耕海关、生态环境、政府事务等领域。

* 黎敏庄，北京天达共和律师事务所（大湾区办公室）律师。

逐梦欧洲市场： 中国电池企业 在匈牙利的合规之路

○施俊侃* 广东信达律师事务所

近日，宁德时代新能源科技股份有限公司（以下简称“宁德时代”）突然陷入了一场或被欧盟调查的风波，引起了全球媒体和行业的广泛关注。这一事件再次凸显了中国电池企业在海外业务拓展过程中所面临的严峻合规挑战。长期以来，中国电池企业以其领先的技术和竞争力在全球市场上获得了巨大的成功。然而，随着这些企业进一步扩大规模并积极进军海外市场，合规问题已成为摆在他们面前的一道门槛。

匈牙利作为欧洲主要的电动出行市场之一，吸引了众多中国电池企业的目光，在匈牙利这一具备巨大潜力的欧洲市场，合规挑战对中国电池企业而言变得尤为严峻。本文以宁德时代匈牙利工厂被投诉事件为例，通过深入剖析事件背后的相关影响因素，分析欧盟和匈牙利相关的环保法规政策要求，并探讨中国电池企业在匈牙利进行海外业务时应如何应对合规挑战，以保持可持续发展。

一、宁德时代被投诉事件分析

（一）事件梳理

2022 年 8 月，宁德时代宣布将投资不超过 73.4 亿欧元在匈牙利德布勒森市新建一座 100 吉瓦时的电池工厂。该工厂将生产电池电芯和模块，为包括宝马、奔驰、大众在内的大约 30 个电动车品牌供货。按照计划，新工厂将于 2024 年试运行，在 2025 年正式投产。工厂建成后，将成为欧洲产能最大的电池工厂。

2023 年 2 月，德布勒森市政府为宁德时代颁发了匈牙利工厂的环境许可证。

2023 年 7 月，宁德时代计划缩减其在匈牙利德布勒森市投资工厂的规模，并且向当地政府申请该项目的建筑面积变更许可，将原许可中的工厂面积从 277 万平方米减少到 24 万平方米，而变更的背景正是德布勒森居民对宁德时代投资可能引起的环境合规性等方面的担忧。

2023 年 8 月 26 日消息，匈牙利反对党政治人士、前欧洲议会议员雅沃尔·贝内德克在社交媒体上表示，欧盟委员会将对宁德时代位于匈牙利德布勒森市的电池工厂的用水情况展开调查。2023 年春季，雅沃尔向欧盟委员会提交了一份投诉，声称宁德时代的匈牙利电池工厂建设许可涉嫌违反欧盟《水框架指令》（Water Framework Directive）和《栖息地指令》（Habitats Directive），该工厂的用水需求可能对德布勒森地区的水源造成压力，而德布勒森地区的水源已严重超量使用，可能会破坏受保护的生态系统。

（二）匈牙利民众态度

匈牙利德布勒森市只有 20 万人口，根据非政府组织“公民论坛（Civil Forum）”的调查显示，多达四分之三的德布勒森居民对宁德时代工厂表示抵触。据媒体报道，当地居民代表对该工厂建设的反对意见主要有以下几点：将对自然环境造成破坏；工厂用水需求将大于整个城市的用水需求；生产涉及有害物质排放，影响城

市环境；工厂将雇用 9000 名工人，但匈牙利劳动力资源紧张，因此可能将有大量亚洲移民涌入该市。^①

（三）匈牙利党派态度

匈牙利实行多党执政的政治制度，基于宁德时代匈牙利工厂的建设许可是由执政党批准的，因此反对党为创造政治议题以拉选票，鼓吹匈牙利有关部门受到政治影响，已无法运作。总而言之，宁德时代的投资在某种程度上已卷入匈牙利内部的政党纠纷，使得破局之路阻力重重。

此外，宁德时代的投资还可能与当地的就业问题产生冲突。匈牙利议会于 2023 年 6 月 13 日批准一项新的立法，允许欧盟之外的外国劳工在匈牙利居留最多两年，并有机会延期一年。在三年期结束时，可以重新提交居留申请。从人才角度来看，匈牙利乃至整个欧盟的锂电产业基础很弱、人才匮乏，企业正常经营生产需要大量中国的技术工人。然而，无论是执政党还是反对党，为了获得选票都必须考虑当地人的就业机会，从而可能通过审批手段挤压在匈华裔技术工人数量，从而对企业经营产生一定影响。

结合前文所述，我们理解，基本的政治制度不同，会导致一系列不同的思维方式和社会运作模式。多党执政意见不统一的情况在欧洲相关国家时有发生，确会给中国电池企业出海之路带来不少困扰，此次宁德时代被投诉事件正淋漓尽致地体现了政党纷争与欧洲“环保政治”思潮的重要影响。

二、欧盟环境保护法律相关规定

（一）欧盟环境保护法律体系

欧盟的环境法基本是以“指令”^②的形式出现。据粗略统计，目前欧盟出台了约 200 多部环境指令。欧盟委员会协助各成员国正确地落实、实施指令，欧盟成员国在落实这些环境指令目标的具体形式、手段等方面则享有决定权，通过进行立法或废除、修改与指令抵触的原有法律等方式使指令要求与其国内法融为一体。如发现存在成员国落实指令不到位的行为，可以报告给欧盟委员会以责令其行使监督职能，欧盟委员会在进行初步调查程序后提交欧洲法院评估。当法院宣布存在违法行

为时，相关成员国义务采取一切必要措施制止违法行为，否则将面临法院的巨额罚款。

（二）欧盟河湖生态保护与修复相关标准

从 20 世纪中期开始，欧洲认识到河流和滩涂生态恢复的必要性。20 世纪 70 年代以来，一系列水政策和河湖生态保护与修复相关技术标准相继出台，旨在减轻、停止和逐步消除人类活动对河湖水体的影响，保护和恢复河湖生态系统，保障人与环境的健康，并促进经济社会可持续发展。

其中，宁德时代匈牙利工厂调查中涉及的《水框架指令》和《栖息地指令》，正是欧盟推动河湖生态保护与修复的主要政策依据。结合这两部法令的法律规定，为确保符合欧盟的环境保护要求，在欧盟境内设立的中资工厂有以下主要合规要求：1. 水质保护：工厂需要遵守欧盟的水质保护法规，包括限制废水排放、控制污染物排放、遵守水质标准等；2. 水资源管理：工厂需要遵守欧盟的水资源管理要求，包括合理使用水资源、减少浪费、采取节水措施等；3. 污染控制：工厂需要采取适当的污染控制措施，以减少对水体的污染，包括废水处理、污染物排放控制等；4. 自然栖息地保护：工厂需要遵守欧盟的自然栖息地保护法规，包括保护特殊保护区内的栖息地等；5. 物种保护：工厂需要采取措施保护特殊保护区内的野生动植物物种，包括限制对其生存环境的破坏、控制非本地物种的引入等；6. 环境影响评估：在进行新项目或重大改建时，工厂可能需要进行环境影响评估，评估对水资源、自然栖息地和野生动植物的潜在影响，并采取相应的措施进行管理和减轻影响。

正如前文关于欧洲环境指令的阐述，欧盟成员国需要根据《水框架指令》与《栖息地指令》的要求制定相应的国家法律法规，采取适当的措施确保指令的有效实施，并制定相应的制裁措施来惩罚违反指令的行为。同时，欧盟委员会对成员国的合规情况进行评估和监督，并有权对成员国公民的相关投诉进行调查。因此，在本次宁德时代工厂被投诉事件中，一旦欧盟委员会接受了投诉，对宁德时代展开调查，匈牙利有关部门如果存在违法发放建设许可的情形，将迫于欧盟委员会的压力责

* 施俊侃，广东信达律师事务所合规与监管专业委员会主任、蓝海大湾区法律服务研究院合规研究委员会主任，持有粤港澳法律执业资格、香港高等法院律师及英国和威尔士最高法院律师执业资格。执业领域为合规与监管，包括合规体系搭建、反腐败与反商业贿赂合规、数据安全合规、个人信息与个人信息保护合规、危机处理、全球合规等。

①参考 [匈牙利] 成为政治议题？——匈牙利媒体笔下的宁德时代 <https://mp.weixin.qq.com/s/zYrPajIXwWDBY04dYijpng>

②欧盟层面主要有三种类型的法律：条例（Regulation）、指令（Directive）和决定（Decision）。其中，“指令”是一种间接立法方式，最重要的内容是欧盟设定一个立法目标，各成员国承担着把确立目标的指令转化为国内法律的跟进义务，依赖欧盟和成员国的相互协作过程。

令宁德时代终止建设进程。

三、匈牙利环境保护相关法律规定^③

（一）概况

匈牙利环保主管部门为农业部，其环保法律法规主要包括《环境保护法案》（ActLIII of 1995）、《水管理法案》（Act LVII of 1995）、《关于环保产品费法案》（Act LXXXVof 2011）、《自然保护法案》（Act LIII of 1996）、《生物技术规范法案》（Act XXVII of 1998）、《废物管理法案》（Act CLXXXV of 2012）、《关于化学品安全法案》（Act XXV of 2000）、《关于环境污染费法案》（Act LXXXIX of 2003）、《关于环境评估以及许可程序实施细则的政府法令》（Government Decree no 314/2005（XII.25））等。

（二）基本特点

总的来说，欧盟的法律规定基本通过匈牙利的国内立法予以实施。匈牙利的环保法律近年发生较大变化，其中最主要的变化是为了执行欧盟法令 Council Directive 96/61/EC, 将环保许可与“污染防治一体化”（Integrated Pollution Prevention and Control, IPPC）合并，通过程序统一管理，BAT（Best Available Techniques）是其中一项对环保技术的要求，即在安装和建设生产设施时，设计、施工、维护和运营所用的技术和方式都是可获得的最好的技术。此外，匈牙利《刑法典》增加了关于环境污染损害的刑事责任。

四、中国电池企业赴匈牙利投资建厂的合规建议^④

（一）遵守生态保护与低碳政策

如前所述，匈牙利实施与欧盟相符的环保法律法规，这些法律法规对匈牙利动植物保护、空气保护、水土保持、环境污染评价和处罚等都作了详细规定。匈牙利生态环保的重点领域是土壤、大气和水体。在匈牙利，环保是一个独立的产业，市场上由专门的环保企业承担污水和废气处理业务。

除生态保护方面外，近年来欧盟为力争清洁能源技术、碳和工业等领域取得领先地位，发布了不少与低碳经济有关的政策目标与法规政策。例如，《净零工业法案》

设定了绿色低碳工业的政策目标、实施措施和保障手段等整体框架；《关键原材料法案》从支持和保障绿色低碳工业自主性和可持续性角度制定了政策；在电池领域，欧盟发布了《新电池法案》，全面规定了电池的生产、再利用和回收等整个生命周期，推动电池行业向更加可持续和环保的方向发展。

综上，赴匈牙利投资建厂的中国电池企业应加强了解并严格遵守欧盟与匈牙利当地的相关法律政策。具体而言，企业可采取以下措施以确保其生产和经营过程符合环境和低碳经济的合规要求：

1. 基于工厂在生产经营中可能产生废气、废水和其他环保影响，企业应事先进行科学评估，并在规划设计过程中选好解决方案；
2. 做好环保预算，根据规划方案选取适当的专业环保企业解决环保问题；
3. 评估电池材料的环境和社会影响，包括采矿活动、能源消耗、废物处理等方面，并采取措施来减少这些影响，以确保符合相关的环境和社会标准；
4. 及时向相关监管机构提交合规报告，这些报告可能包括有关回收材料使用情况、环境影响评估、资源管理等方面的信息。

不少出海匈牙利的出色企业已经在这个方面展现出了示范作用，例如中国通用技术在匈牙利投资兴建光伏电站，并网运行后预计每年可发电 1.3 亿度，节约 4.5 万吨标准煤，减少 12 万吨二氧化碳排放。

（二）加强供应链合规建设

近年来，欧盟及其成员国发布了诸多供应链合规的法律法规和建议指引，全方面覆盖了节能减排、原材料采购、废弃物的回收和利用、资源可持续利用、劳工和人权保护等方面的问题，并出台了一系列相关法律予以监督。欧盟尤其在立法规定限期内对电池行业逐步采取强制性措施，例如从 2024 年 7 月 1 日起，进入欧洲市场的工业和电动汽车电池的制造商和供应商必须提供碳足迹声明。

供应链合规涵盖面广、后果严重，涉及人权、环保风险、劳动等多个领域。对于赴匈牙利投资建厂的中国电池企业而言，应依法履行供应链合规尽职调查和报告

义务。此外，基于记录和监控供应链合规状况是一个持续的过程，企业还应定期对此进行审查和改进，不断优化其供应链管理过程。因此，我们建议赴匈牙利投资建厂的中国电池企业应关注业务发展所带来的资源、环境、劳工、安全以及社会治理等问题，以免引起当地居民的反感和抵制。具体而言，企业可采取以下措施：

1. 在采购原材料、生产、运输和销售等方面，必须符合环保标准，积极推广清洁生产技术，减少碳排放和环境影响，实现循环经济和可持续发展；
2. 重视对劳工权利和人权的保护，包括禁止强迫劳动、童工和歧视等行为，确保劳动条件安全和合理，保障员工权益，维护供应商关系稳定；
3. 管理透明、合规、责任明确，防范贪污腐败和诈骗等风险，建立有效的风险管理和合规体系，加强对供应链各环节的监督和管理。

不少出海匈牙利的出色企业也在这个方面展现出了典范性的作用，例如宝思德化学引进了高标准的管理体系，提高安全生产和环保管理水平，赞助环境保护电影节、国家环境保护会议等，与当地居民分享环境保护的知识和公司的相关信息。

（三）处理好与政府和议会的关系

匈牙利的政体采用了三权分立的原则，这决定了国会、法院和政府之间的相互作用、协调和制约关系。为了在匈牙利建立积极和谐的公共关系，中国企业应与负责经济事务的中央和地方部门建立良好关系，并积极参与与国会的关系，可采取以下措施：

1. 关心匈牙利政府的换届和国会选举，尤其应关心地方政府选举的情况，关心当地政府的最新经济政策走向；
2. 与所在辖区尤其是对经济、产业和就业事务有影响力的议员保持沟通，报告公司发展动态和对当地经济社会所做的贡献，反映企业发展中遇到的问题和困难；
3. 对企业可能在匈牙利当地产生重大影响的事务，要听取议员的意见，取得议员的支持。

其中在这个方面有良好示范作用的，例如中国银行、中欧商贸物流园、比亚迪，都与匈牙利政府签订了战略合作伙伴关系，万华宝思德公司与匈牙利政府亦签有战略合作协议，并协助州政府与山东省建立友城关系，与米什科尔茨大学合作培养化工人才、推动米什科尔茨大学成立孔子学院等。

（四）密切与当地居民的关系

中国企业在匈牙利经商面临的最大的挑战之一是如何学会尊重当地的文化习俗和文化禁忌。具体而言，出海企业可采取以下措施以加强与匈牙利当地居民更积极、和谐的关系：

1. 聘用当地人员参与企业管理，一方面可以增加当地就业，获得匈牙利政府的相关补贴，另一方面也可以更好地融入当地社会，促进中国企业的发展；
2. 成为所在社区的一员，投入一定的人力资源，关心当地民众关注的热点问题，参与社区的公共事业，加强与当地居民的关系；
3. 在能力范围内回馈当地社会，如向孤儿院捐献财物、赞助一些当地的体育赛事等，对民族形象、企业声誉与品牌建设负责，对中匈两国的长期友好关系做出贡献。

在这个方面树立示范作用的，例如万华集团收购匈牙利宝思德化学后，为当地居民举办了一系列讲座和参观活动，让居民了解化工产品与日常生活的相关性，宣传公司在环保方面所做的努力，得到了当地居民的理解和支持。

四、结语

随着“一带一路”倡议的高质量发展，中国与中东欧国家合作机制不断成熟，中国与匈牙利之间的合作向更多元、更深入的方向推进。多年来，中匈两国经贸往来及各领域合作交流密切，在汽车产业基础、地理优势、投资政策诸多共同利益的加持下，许多中国电池“出海”匈牙利，将其作为打入欧洲市场的窗口与迈向全球产业链布局的重要一步。

综上所述，尽管在宁德时代匈牙利工厂被投诉事件中，中国电池企业遇到了不少挑战与困难，但这也是一个警示和机遇，赴匈牙利投资建厂的中国电池企业应当以此为契机，加强自身的环保管理和合规能力，不断提升产品的环保性能和可持续发展能力。同时，还应积极与当地政府沟通与协调，共同推动环境保护和可持续发展的目标。

我们坚信，中国电池企业在匈牙利和其他海外市场的合规实践，不仅有利于树立自身良好的企业形象，赢得海外市场更多的信任和支持，也会为推动全球电池行业的可持续发展做出积极贡献，体现大企业的责任与担当。

^③参考《对外投资合作国别（地区）指南－匈牙利（2022 年版）》

^④参考《对外投资合作国别（地区）指南－匈牙利（2022 年版）》

论深圳城中村物业管理立法的法律难题

○刘长森* 北京市京都（深圳）律师事务所

城中村是农村城市化的历史产物。据调查，深圳城中村农民房或私人自建房超过 35 万栋，约占全市住房总量的一半。然而，现行《深圳经济特区物业管理条例》（以下称《特区物管条例》）并未将城中村物业管理理

入法律规范之内，而是在第一百二十五条^①作了授权性规定，授权区人民政府制定原农村城市化社区物业管理自治机构成立和运作办法。占据深圳住房半壁江山的城中村为何没有纳入《特区物管条例》，其主要原因是城

* 刘长森，北京市京都（深圳）律师事务所律师、高级合伙人，中国物业管理协会法律政策工作委员会副秘书长，深圳市律师协会物业服务法律专业委员会主任，长期从事房地产及物业管理法律研究，具有二十多年物业管理法律理论与诉讼代理的实践经验。

①原农村城市化社区可以在区人民政府统筹协调下，由原农村集体经济组织继受单位作为责任主体，参照本条例及相关规定，成立物业管理自治机构。物业管理自治机构的职责限于自行组织提供物业服务，或者购买物业服务并处理与物业服务企业履行合同相关的事项。原农村城市化社区物业管理自治机构成立和运作的具体办法，由区人民政府制定。

城中村存在大量的违法建筑、房屋产权关系及土地使用权关系复杂，无法适用建筑物区分所有权理论进行物业管理区域设计。针对城中村的特殊情况，深圳各区人民政府在制定原农村城市化社区物业管理自治机构成立和运作办法时，应当遵循何种法律理论，制度设计会遇到哪些棘手的法律难题，本文将从以下几个方面进行探讨。

一、城中村物业管理区域的划分

从《物业管理条例》第九条规定可知，现行物业管理区域划分的法理依据是业主的建筑物区分所有权。划分物业管理区域时，首先要考虑业主的共有权利边界，这个边界通常以宗地范围（红线范围）作为依据。与商品房小区不同，城中村的房屋并非在同一宗土地上由规划部门统一规划、建设单位统一建造形成的。因此，城中村的房屋存在宗地范围不清，共用设施设备不清及建筑物分散没有围合等特点。这就导致城中村物业管理区域划分无法完全适用建筑物区分所有权理论。笔者认为，深圳市城中村物业管理区域划分应当考虑以下几个要素：

（一）宗地范围

尽管城中村的土地利用未能统一规划，未能按宗地图规划建设，但宗地图仍然是确认土地使用权归属界线的有效凭证，依据宗地图划分物业管理区域，可以理清土地利用关系，确定同宗土地的共同使用权人，进而为建筑物权利人成立物业管理自治机构找到土地共用、共益的理论依据。

（二）共用设施设备

从《中共深圳市委深圳市人民政府关于加快宝安龙岗两区城市化进程的意见》（深发〔2003〕15 号）可知，城中村的市政公共设施的维护和管理由区政府负责；城中村的非农建设用地范围内和村民居住区内的公共设施，由投资者或业主维护管理并承担相关费用。因此，城中村物业管理区域划分，必须将市政公共设施和而非市政公共设施区分开来，将非市政公共设施的共用和共有关系作为划分物业管理区域的重要依据，应当将同一非市政公共设施的共用和共有权利人划归为同一个物业管理区域。

（三）建筑物规模

建筑物规模作为物业管理区域划分的重要因素，主

要基于以下两点：一是物业管理区域内建筑物规模过大，必然导致房主人数过多，难以达到召开房主大会会议的法定人数条件，出现房主大会会议召开难和表决难的问题。如果建筑物规模过小，无法达到物业管理的规模经济效益，难以提高物业服务水平。因此，城中村物业管理区域的划分应当坚持规模适度的原则，不宜过大，也不宜过小。

（四）历史文化

深圳的城中村历史悠久，这些村落是在几百甚至上千年的历史长河中形成的，是村民们世代代生息之所，村民们视土地为生命，尽管深圳已经实现了农村城市化，但村民们对土地的依赖和情感从未改变，他们对城中村仍然具有极强的领地意识。因此，城中村划分物业管理区域时，必须充分考虑村落历史，考虑原村民们的情感和领地意识，否则，必然会引发新的矛盾冲突，不利于城中村物业管理自治活动的开展。

二、城中村物业管理自治主体设置

城中村存在大量违法用地和违法建筑，导致合法用地和违法用地交错，合法建筑和违法建筑交织并存，既无法仅依宗地红线图确定物业管理区域，又无法依合法建筑标准认定业主身份，因此，城中村物业管理自治制度的设计根本无法适用《民法典》有关“业主”的概念。

确定城中村物业服务自治主体问题，实质是如何定义违法建筑物的权利人问题。对此，笔者根据深圳市人大、市政府以及政府相关职能部门的法规、规章和规范性文件，归纳出以下几种称谓：（1）违法建筑当事人或者管理人；（2）违法建筑行为人；（3）房屋实际控制人；（4）房主。从以上四种称谓的来源可知，“违法建筑当事人”和“违法建筑物管理人”的概念是为搞清违法建筑物的利害关系人而设定的。因此，违法建筑物当事人或管理人并不一定是违法建筑物的主人。

“违法建筑行为人”是指违法建筑的建造人，即违法建筑物的主人。“房屋实际控制人”是指依据房屋建造事实、所有权人指令或合同关系而对房屋享有收益及处分权能的主体，即对房屋享有收益及处分权能的人。可见，房屋实际控制人不仅限于房屋的主人。“房主”是指持有三证一书的建房人或经社区工作站、股份合作公司认定的其他房屋主人。

从以上四种称谓的比较中可以看出，“房主”的称谓更接近“业主”的概念，更能体现建筑物主人（物主）的身份特征，不论建筑物合法与否，合法建筑物的主人和违法建筑物的人均可以通过“房主”的概念予以表达。相比之下，“房屋实际控制人”概念更多表达人对房屋的“占有”而非“归属”，因此，“房屋实际控制人”与“物主”的内涵仍然存在很大差距。“违法建筑物当事人”是从利害关系而非权属关系来寻找涉事主体，违法建筑的土地使用人、建造人、施工人、投资人都可能成为违法建筑物的当事人，因此，“违法建筑物当事人”要远比“房主”的概念更为宽泛。相比之下，笔者建议将城中村物业管理自治主体定义为“房主”。房主是指房屋的主人，包括业主、违法建筑物的建造人、购买人或实际控制人。除非另有所指，本文将城中村物业管理自治权利主体定义为房主。

三、城中村物业管理自治组织设置

从 2014 年起，深圳市龙华区开展了城中村物业管理自治组织设立的探索，产生了以下几种物业管理自治组织：（1）物业管理大会；（2）物业管理促进会；（3）户主大会。从笔者调查得知，户主大会模式更接近《特区物管条例》规定的业主自治组织形式，但因户主大会没有通过组织登记或备案，没有取得合法的组织资格。物业管理促进会为社团法人组织，因其成员构成所限，该组织无法代表和维护城中村所有物业权益人的利益。

参照现行法律规定并借鉴龙华区户主大会模式，笔者认为城中村物业管理自治组织的组成可以设定为“房主大会”和“房主委员会”。其中房主大会由物业管理区域内的全体房主组成，代表和维护物业管理区域内全体房主在物业管理活动中的合法权益。房主委员会是房主大会的执行机构，依法履行房主大会赋予的职责。

四、城中村物业管理自治组织议事规则的构建

城中村物业管理自治组织议事规则构建的难点在于，是否必须遵守《民法典》第二百七十八条第二款^②之规定。笔者认为，城中村物业管理自治组织议事规则

的构建，不必照搬《民法典》第二百七十八条之规定，应当按照有利于房主大会决策的原则进行制度设计，理由如下：第一，城中村存在大量的违法建筑，这些违法建筑面积与合法建筑物面积不能等同，如果照搬《民法典》关于专有部分面积比例之规定，有将违法建筑面积认定为合法建筑面积之嫌。在合法建筑与违法建筑同时并存的城中村小区，如果将合法建筑面积与违法建筑面积赋予相同的表决权，不但对合法建筑的业主极为不公，而且不利于打击违法建筑行为。第二，城中村房主的构成复杂，有合法房屋的所有权人，有违法建筑的建造人、购买人等等，如果照搬《民法典》关于业主人数比例的规定，则视同违法建筑的建造人和购买人与合法建筑的业主具有相同的成员权，不但对合法建筑的业主不公，而且有变相认可违法建筑之嫌。

城中村物业管理自治组织设立的目的在于保护房主的建筑物管理权而非建筑物所有权，因此，物业管理自治组织议事规则应当从保护房主的管理权而非所有权角度进行设计。有鉴于此，笔者认为，城中村物业管理自治组织议事规则的设立，可以参照基层群众性组织法人章程的相关规定，赋予成员平等表决权，以及确立重大事项绝对多数通过，一般事项简单多数通过的表决规则。

五、城中村物业管理自治组织制度设计的法理依据

现行物业管理自治组织制度设计的理论基础在于业主的建筑物区分所有权，适用于合法建筑物的业主。依据《民法典》第六章之规定，业主对建筑物内的住宅、经营性用房等专有部分享有所有权，对专有部分以外的共有部分享有共有和共同管理的权利。业主对共有部分的共有权实质为业主的财产权，业主对共有部分享有的共同管理权实质为业主的成员权。可见，业主的物业管理权包括了两项权利，即财产权和成员权。

从《民法典》对业主议事规则的制度设计可知，业主共同决定事项的生效条件，既要考虑业主的专有部分面积占比，又要同时考虑业主人数占比。面积占比主要保护业主的财产权利，专有部分面积越大，投票权越多，反之越少。而人数占比保护的是业主的成员权，对于成

员权，每个业主的权利相等（一人一票）。所以，《民法典》对业主议事规则的设计既保护了业主的财产权又同时保护了业主的成员权。

与业主拥有合法产权的物业小区不同，城中村小区最大的特点是违法建筑多，违法建筑与合法建筑混杂，既有业主又有非业主，无法适用业主的建筑物区分所有权理论。因此，城中村物业管理自治机构的组织设计和议事规则设计不能照搬建筑物区分所有权理论。

笔者认为，城中村物业服务自治组织制度的设计应当同时参照建筑物区分所有权理论和村民（居民）自治理论。具体构思如下：

（一）参考建筑物区分所有理论设立物业管理成员权

物业管理权来自于不动产物权，即人对建筑物所享有的财产权利，有财产权利才有财产义务，因此，不论合法建筑物的业主还是非法建筑物的物主，在享有物业利益的同时，也应当承担物业管理义务，体现权利与义务的对等原则。相反，不享有财产权利的人，也无需要承担财产管理义务。所以，参照建筑物区分所有权理论，无论建筑物是否合法，房主应当享有物业管理的成员权。

参照《特区物管条例》第二十三条^③之规定，城中村物业管理自治机构可以设立为房主大会和房主委员会。房主大会由物业管理区域内全体房主组成，代表和维护全体房主在物业管理活动中的合法权益。房主委员会作为房主大会的执行机构，履行房主大会赋予的责任。非房主不享有房主大会的成员权，不能成为城中村物业管理自治组织的成员。

（二）参考村民（居民）自治理论制定城中村物业管理议事规则

关于房主的票权问题，笔者认为，鉴于违法建筑不能赋予合法产权，违法建筑面积也不能作为房主享有表决权的票权依据，因此，在制定城中村物业管理议事规则时，不能将房屋建筑面积作为表决权的计算依据，否则，必然会造成合法产权面积与非法产权面积享有同等权利，非法产权合法化。排除面积票权之后，重点保护人数（成员）票权。参照《最高人民法院关于审理建筑

物区分所有权纠纷案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2009〕7号）第九条之规定，房主人数可以按照专有部分（栋或套）的数量计算，一个专有部分按一人计算，一人拥有一个以上专有部分的，仍按一人计算。

关于房主大会会议有效条件和会议表决有效条件问题，笔者认为，可以参照《村民委员会组织法》和《城市居民委员会组织法》的相关规定设计，不能照抄《民法典》的相关规定。主要理由是，房主大会并非业主大会，业主大会制度重在保护财产所有权，而房主大会制度重在保护财产管理权。因此，房主大会会议有效条件和会议表决有效条件不能照搬《民法典》的相关规定。

城市化之前，村民依据《村民委员会组织法》行使村民自治权利。城市化之后，居民依据《城市居民委员会组织法》行使居民自治权利。城中村房主大会虽然仅由房主组成，但仍属于城市基层群众性自治组织，适用《村（居）民委员会组织法》中关于会议有效条件和会议表决有效条件的规定，更符合该组织的基层群众性自治组织的属性。因此，笔者认为，参照居民委员会组织的相关规定，房主大会会议的有效条件达到成员过半出席，会议作出决定达到与会成员过半同意即可。此规则可以有效避免业主大会决策门槛过高的问题，最大限度地提高房主大会的决策效率，保证物业管理自治组织的持续有效运作。

六、结束语

城中村作为农村城市化的历史产物，必将随着城市化的进一步发展而逐步退出历史舞台。从这个角度看，深圳城中村物业管理自治组织制度设计必须着眼于现实，放眼于未来。笔者认为，无论业主大会还是房主大会均属于城市基层群众性自治组织，业主大会与房主大会的区别在于，业主大会是财产性自治组织，而房主大会是集财产自治和居民自治的复合性自治组织。依据建筑物区分所有权理论和居民自治理论构建城中村物业管理自治组织制度，既解决了违法建筑管理问题，又有效避免了违法建筑合法化的担忧，是一个两全其美的选择。

^②业主共同决定事项，应当由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。决定前款第六项至第八项规定的事项，应当经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。决定前款其他事项，应当经参与表决专有部分面积过半数的业主且参与表决人数过半数的业主同意。

^③物业管理区域全体业主组成业主大会。一个物业管理区域依法成立一个业主大会，并选举产生业主委员会。业主大会通过业主大会会议和业主委员会行使职权。

直播带货中“套路人设”与虚假广告罪的边界探究

○党鹏* 刘江* 北京市盈科（深圳）律师事务所

直播带货中有不少使用剧本表演等形式营造“套路人设”的问题，笔者认为只有主播们在其“剧本表演”过程中进行带货、或推广的商品或服务能使得一般观众与其树立的虚假人设之间的关系产生错误认识的情形下才能构成虚假广告的行为。虚假广告罪是《刑法》对严重违反国家规定的虚假宣传行为的惩罚，是违法行为在情节严重时的升格惩罚，在构成虚假广告的前提下才能构成该罪名。本文探究直播带货中“套路人设”与虚假广告罪的关系，以厘清罪与非罪的边界，为相关从业者的广告合规提供建议。

虚假广告罪为《刑法》第二百二十二条所规定，该条规定：广告主、广告经营者、广告发布者违反国家规定，利用广告对商品或者服务作虚假宣传，情节严重的，处二年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。针对该条文本身及该罪名与直播带货的关系，具体解读如下。

一、虚假广告罪的构成要件特点与追诉标准

（一）只有广告主、广告经营者、广告发布者可以构成本罪

《刑法》中的虚假广告罪只规定了广告主、广告经营者、广告发布者三类主体可构成该罪，并未将广告代言人列入其中，因此如果仅仅是广告代言人就不会构成本罪。但因为主播的直播带货行为可同时构成广告主、广告经营者、广告发布者或广告代言人等多个身份，因此主播依然可满足本罪的犯罪主体要求。

《广告法》对前述四类主体进行了定义，其中广告主是指为推销商品或者服务，自行或者委托他人设计、制作、发布广告的自然、法人或者其他组织；广告经营者是指接受委托提供广告设计、制作、代理服务的自然人、法人或者其他组织；广告发布者是指为广告主或者广告主委托的广告经营者发布广告的自然、法人或者其他组织；广告代言人是指广告主以外的，在广告中以自己的名义或者形象对商品、服务作推荐、证明的自然人、法人或者其他组织。

（二）只有违反国家规定才能构成本罪

虚假广告罪的犯罪构成中以“违反国家规定”才能构成犯罪，而根据《刑法》第九十六条的规定，国家规定是指“全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律和决定以及国务院制定的行政法规、规定的行政措施、发布的决定和命令”。因此，针对本罪而言，只有违反了《广告法》及以国务院名义出台的法规、行政措施、决定和命令等才构成本罪。

国家互联网信息办公室和国家市场监督管理总局作为直播、直播带货、广告领域的主管部门之一，针对前述活动出台了大量的规定、管理办法和指导意见，但这些规定、办法、指导意见并不属于刑法意义上的“国家规定”，因此，如果主播的直播行为直接违反了两部门出台的各种规定，并不会涉嫌虚假广告罪。但需要注意的是，两部门出台的各种规定如果是基于《广告法》或国务院名义的文件作出的细化规定，那么主播直接违反两部门规定的行为仍可能被认定为违反了上位法的相关规定，从而属于“违反国家规定”。

（三）需构成《广告法》定义的广告

根据《广告法》第二条规定“商品经营者或者服务提供者通过一定媒介和形式直接或者间接地介绍自己所推销的商品或者服务的商业广告活动，适用本法”。广

告是为了推销产品或服务而进行的宣传活动，通过宣传手段来引起消费者的注意，进而推广商品。《广告法》对广告的定义限定在商业广告，公益广告、个人经验分享（“种草”“拔草”等形式）、打卡等形式，不一定可以适用《广告法》的规定，本文仅对《广告法》定义的商业广告进行探析。

常规的商业广告，具有较清晰的可识别性，一般不会使消费者产生明显的误解。但实践中出现了大量“非常规”的广告形式，除了上文提到的采取“种草”“拔草”“打卡”等方式的商业广告外，虚构、虚增店铺交易量及好评（即俗称的“刷单”“刷评论”）行为是否属于另一种形式的广告，根据目前的判决情况可知，已有法院将该行为认定为商业广告，可构成虚假广告罪。如某法院认为：“刷单团队为网络电商提供刷单服务，以虚假交易的方式，提高店铺的交易量及好评度，以虚假宣传提升店铺信誉，促进店铺成交量，构成虚假广告罪。”^①

（四）本罪的具体追诉标准

《最高人民法院 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）》第六十七条规定：

“广告主、广告经营者、广告发布者违反国家规定，利用广告对商品或者服务作虚假宣传，涉嫌下列情形之一的，应予立案追诉：（一）违法所得数额在十万元以上的；（二）假借预防、控制突发事件、传染病防治的名义，利用广告作虚假宣传，致使多人上当受骗，违法所得数额在三万元以上的；（三）利用广告对食品、药品作虚假宣传，违法所得数额在三万元以上的；（四）虽未达到上述数额标准，但二年内因利用广告作虚假宣传受过二次以上行政处罚，又利用广告作虚假宣传的；（五）造成严重危害后果或者恶劣社会影响的；（六）其他情节严重的情形。”但需要注意的是，并非涉嫌违法犯罪数额达到前述立案标准就一定会构成虚假广告罪，因为构成刑事犯罪除了要求客观方面达到该标准外，仍需考虑违法犯罪主体的主观恶意、危害程度。如违法犯罪主体的主观恶意并未达到情节严重的程度，仅达到前述立案标准的数额，仍可通过行政处罚的方式对相关主体予以惩罚，不需要使用刑事手段。

* 党鹏，北京市盈科（深圳）律师事务所律师，业务领域主要为刑事辩护、刑事控告、刑事风险防控、涉外刑事及商事争议解决业务。

* 刘江，北京市盈科（深圳）律师事务所律师，深圳市福田区退役军人讲师团讲师，执业领域为刑事、民商事争议解决。

① (2021)浙1102刑初69号刑事判决书

二、直播带货中的几种情形是否构成虚假广告罪

（一）单纯的“套路人设”不构成本罪

此处的单纯的“套路人设”是指主播虽然使用剧本表演等形式故意树立虚假人设，但主播并未进行直播带货活动或以其他形式推销商品和服务，即只有直播表演没有广告带货。那么该表演行为并不属于广告，既不符合《广告法》第二条对商业广告的定义：“通过一定媒介和形式直接或间接地介绍自己所推销的商品或者服务”，也不符合《刑法》对虚假广告罪的规定：“利用广告对商品或者服务作虚假宣传”，因为根本不存在推销行为，也不存在商品或服务，当然不构成广告，也就不构成虚假广告罪。

（二）虽使用“套路人设”，但推广的商品或服务符合相关法律规定且不会使人产生明显误解的，不构成本罪

首先，本文所说的“销售的商品或服务符合相关法律规定”，指的是商品的质量、包装、标签、功能等均符合《产品质量法》等法律法规的规定，且不涉及知识产权（即商标、专利、著作权、商业秘密等）争议；而“不会使人产生明显误解的”，指的是消费者不会对主播打造的人设与其推销的商品或服务之间产生较为显著的错误认知，此种情形常见于主播通过暗示、默认等形式使得消费者对主播推广的商品或服务与其“套路人设”之间产生错误的认识。主播在进行相关暗示、默认时，该行为往往较为隐晦，是否能够认定为虚假宣传存在一定的难度，也存在一定的法律争议，需要针对具体的情形进行具体的法律分析。

其次，回归虚假广告罪的条文本身可知，该罪名的重点在于利用广告进行虚假宣传，宣传对象为商品或服务，构成该罪名具有明确的指向。而虚假人设是近几年随着直播的日益火爆才出现的新鲜事物，立法机关在创设本罪名时显然未考虑该情形，即虚假人设并不是本罪名直接规制的对象，虚假广告才是。只有当塑造的虚假人设结合主播具体的行为被认定为虚假广告时才可能构成本罪，即主播通过明示或默示的方式使观众对其人设与宣传的产品或服务之间产生错误认知的，才可能构成本罪。

综上所述，即使主播打造的人设是虚假的，但主播只是通过该虚假人设获得流量、关注，其推广、销售的

商品或服务都是符合相关法律规定的，且该主播的虚假人设并不会使消费者产生明显误解的，依然不构成虚假广告罪。

（三）使用“套路人设”推广使消费者受到欺骗或误解的商品和服务可构成本罪

为聚焦讨论“套路人设”行为在何种情形下可能构成虚假广告罪，此处的分析以主播推广的商品或服务均为合格的为前提。如前所述，笔者认为当主播的虚假人设可以同主播的其他宣传、表演行为相结合构成虚假广告时，则可能构成虚假广告罪。

首先，根据《广告法》第二条的定义可知，认定是否构成《广告法》意义上的商业广告的标准是概括灵活的，只要直接或间接地介绍自己所推销的商品或服务即可以构成商业广告行为。例如，主播在屏幕中有意或装作无意地摆放、显露其想要介绍的商品、主播有意或装作无意地分享其个人使用某产品的体验（此处需区分广告宣传与真正的个人经验分享）均构成提供广告服务。

其次，《广告法》第八条至第二十八条对日常商业广告的内容进行了规范，其内容对认定虚假广告罪亦有重要的参照作用。如《广告法》第八条规定了“广告中对商品的性能、功能、产地、用途、质量、成分、价格、生产者、有效期限、允诺等或者对服务的内容、提供者、形式、质量、价格、允诺等有表示的，应当准确、清楚、明白。”《广告法》第二十八条通过“定义+列举”的方式规定了虚假广告的具体类型，广告以虚假或者引人误解的内容欺骗、误导消费者的，构成虚假广告，并列举了五种构成虚假广告的具体表现形式。

需要注意的是，《刑法》规定的虚假广告罪以“虚假宣传”作为认定该罪名的核心要素，而并未直接使用《广告法》中“虚假广告”的概念。因此，“虚假宣传”与“虚假广告”的内涵与外延是否相同或高度相似，仍是一个值得讨论的问题。并且，虚假广告罪作为法定犯罪，要求“违反国家规定”，而《广告法》对广告的规定即属于国家规定的一种，那么是否所有构成《广告法》规定的虚假广告，且达到本罪追诉标准的即可构成虚假广告罪呢？笔者认为，《广告法》作为虚假广告罪的前置法律，对是否构成本罪具有很强的参照意义，但构成虚假广告罪仍需满足《刑法》的规定，两者之间为必要

不充分关系，即使构成《广告法》中规定的虚假广告，仍需考虑《刑法》意义上的主观恶意、是否构成虚假宣传等因素来判断是否构成本罪。

例如，据相关媒体报道，2023年12月28日，四川凉山昭觉县人民法院一审宣判，网红主播赵某（赵灵儿）、阿日某某（曲布）等人因虚假广告罪等罪名被判8个月至3年2个月不等的有期徒刑。^②通过媒体报道可知，赵某等人通过涉及剧本、话术、挑选大凉山当地无人居住的房屋为直播背景、编造其纯真、质朴的形象，成功打造了“大凉山原生态”人设，赵灵儿、曲布两人在案发前的视频账号粉丝均超过200万。两人在赚取流量后，打着“助农”“优质原生态”等旗号，从成都、南京等外地低价购入蜂蜜、核桃等农副产品，再假冒“大凉山特色农产品”在全国范围内销售。该案中，赵某等人销售的农副产品的产地显然不符合实际情况，但笔者认为该案中更重要的因素是赵某等人打造的“大凉山人设”结合其销售行为，使得其直播带货的过程产生了明显的虚假或引人误解的内容，对消费者的购买行为产生了实质性影响，因而构成了虚假广告罪。

笔者认为，主播或MCN机构通过“套路人设”吸引流量、维持粉丝热度后，基于该人设对消费者形成的足以引人误解甚至欺骗的认知后，再推广其可以进一步呼应、暗示前述虚假人设的商品或服务，是虚假广告罪在直播带货背景下最典型的可能涉嫌该罪名的表现形式。前述的“赵灵儿”等网红涉嫌虚假广告罪案，即是直播带货热潮下较为典型的虚假广告罪案例，值得广大的主播、MCN机构等予以重视并进行针对性的运营整改，以合法合规进行经营。

（四）使用“套路人设”推广不合格的商品或服务可能构成本罪

主播推广的商品或服务不合格情况下是否能够构成虚假广告罪？此处使用的“不合格”主要是指商品或服务的性能、功能、产地、用途、质量、成分、价格、生产者/提供者等不符合相关法律法规的规定，或者在直播带货的推广过程中对前述信息的陈述、允诺与实际情况不符，并且对消费者的购买行为有实质性影响的。

首先，如果主播在打造“套路人设”后进行直播带

货，其推广的商品或服务本身存在前述的质量、功能、产地、成分等不符合相关法律法规规定的情形，那么主播更可能触犯的是其他犯罪，如销售伪劣产品罪、销售不符合安全标准的食品罪、销售假冒注册商标的商品罪等罪名，而非虚假广告罪。因为虚假广告罪是对“用广告对商品或服务作虚假宣传”这一具体行为进行惩罚的，该罪名的重点在于通过广告所表达的虚假或引人误解的内容，如果主播的虚假人设与其推销的商品或服务之间难以被认定为有足以引人误解的内容，则很难构成虚假广告罪，而是更可能被认定为销售伪劣商品罪。

其次，如果主播在打造“套路人设”后进行带货的推广过程中，主播对商品或服务的相关信息的陈述、允诺与实际情况不符，且对消费者的购买行为有实质性影响的，则可能构成本罪。但需要强调的是，是否构成刑事犯罪并非简单的以“具有虚假广告行为+达到追诉条件”的标准进行判定，而是要综合判断行为人的主观恶意、主观过错、虚假宣传的严重程度等因素综合进行判断。如果主播因为明显的宣传推广表达与商品或服务的实际情况不符，并因此对消费者的购买行为产生实质性影响而构成虚假广告罪的，此种情况是虚假广告罪最常见、最典型的犯罪方式。例如，假设某主播打造了“抗癌主播”的人设，并通过明示或暗示的手段宣称其服用的某某产品对其目前的身体状态具有良好的功效，其粉丝基于对该主播人设的信任而购买了该产品后，发现该产品只是普通的产品，并无主播宣称的功能功效，则该情景下的主播结合其虚假人设与宣传推广行为，可构成虚假广告罪。

三、结论

面对竞争日益激烈、观众品味日益多元化的今天，部分主播利用剧本打造“套路人设”以博流量、博眼球、博出位的行为时有发生，而该行为与时下火爆的直播带货结合后，便存在构成虚假广告罪的风险。虽然“套路人设”在认定是否构成虚假广告罪时存在较多法律上的难点，如法律规定模糊、认定标准不明确等问题，但相关从业人员仍应高度重视合规问题，做到合法合规表演。

^②澎湃新闻：赵灵儿等百万粉丝网红被判刑。

随着经济的发展，国际文化的交流与碰撞，跨境婚姻的结合更加频繁，也由此衍生出更多的跨境家事纠纷。基于涉外属性，不同国家对于司法管辖权的规定，跨境家事案件在进行诉讼时多存在两个及以上的管辖法院，增加了当事人跨境选择法院的可能性，故在司法实践中出现了平行诉讼的审理情况。本文将对平行诉讼进行概述及对平行诉讼在我国司法实务中的运用进行分析，为实务案件办理提供思路。

一、亲办平行诉讼案例^①

（一）案例一：平行诉讼在中国法院的运用

周先生与何小姐均为中国人，二人于1991年在中国登记结婚。2009年，周先生以交换生的身份前往美国学习，何小姐则以受益人的身份与周先生前往美国共

同生活。2021年，周先生以夫妻感情破裂为由向美国法院申请离婚，并请求分割夫妻财产。由于国内外的资产均在何小姐的控制之下，周先生一并向美国法院申请不得转移财产的禁令。

但在美国法院审理离婚纠纷期间，周先生得知何小姐已擅自转移了国内的财产。周先生未等美国离婚案审结便以同样的事由向中国法院起诉离婚，并请求分割国内财产。中国法院立案审理。

然而，何小姐以双方的离婚纠纷触发平行诉讼为由提出抗辩，认为离婚纠纷已在美国法院审理，周先生再次以相同的事由提起离婚纠纷属于重复诉讼，法院应当驳回周先生的诉讼请求。

一审法院驳回起诉后，二审法院最终认为，民诉法司法解释的规定，中华人民共和国和外国法院都有管辖权的案件，一方当事人向外国法院起诉，而另一方当事人向中国法院起诉的，人民法院可以受理。也就是说，二人的离婚纠纷在美国法院审理期间，若中国法院对二人的离婚纠纷同样享有管辖权的情况，可以一并审理二人的离婚纠纷及财产分割问题。

（二）案例二：平行诉讼在外国法院的运用

付小姐与任先生均为中国公民，双方于2008年在中国登记结婚，2010年生育一个女儿。2019年，任先生因工作原因，一家三口移民美国生活至今。2023年，付小姐以夫妻感情破裂为由向中国法院起诉离婚，并主张子女抚养权、抚养费及分割国内夫妻共同财产。本案最终在法院的主持下调解结案，双方婚姻关系解除并分割国内夫妻共同财产。对于子女的抚养权与抚养费，双方协商一致，决定向子女经常居住地美国法院提起诉讼，以保障未成年子女的利益。

若付小姐与任先生在美国法院因婚姻关系提出的子女抚养纠纷，同样也触发了美国的平行诉讼，美国可依据本国的法律规定对此进行裁判。

二、平行诉讼概述

（一）平行诉讼的定义

学界通说的平行诉讼（parallel proceedings）又称为“重复诉讼”或“诉讼竞合”，是指相同当事人就同一争议基于相同事实及相同目的，在两个或两个以上国家或地区法院进行诉讼的现象，既可以同时进行又可以

先后进行，既相互独立又相互影响。笔者认为，在跨境家事案件中应当对平行诉讼做扩大解释，家事案件的平行诉讼不仅包含相同当事人就同一争议基于相同事实相同目的在两个及以上国家或地区法院进行诉讼的现象，还包含相同当事人就不同争议基于相同事实不同目的在两个及以上国家或地区法院进行诉讼的现象。因为，家事案件不同于商事案件，在商事案件中相同当事人就同一事实只有一个目的；而对于家事案件而言，相同当事人可基于同一法律关系衍生出不同纠纷及在不同法院起诉达到不同目的。例如，婚姻案件的双方当事人，可以解除婚姻关系为同一目标在不同国家的法院起诉离婚，也可以分割夫妻财产、子女抚养等分别向财产所在地国家起诉。

（二）平行诉讼的分类

根据提出平行诉讼的主体不同，可以将平行诉讼分为“原被告共同型”和“原被告逆转型”。原被告共同型，又称为重复型平行诉讼，是指同一原告在不同国家或地区法院就同一争议对同一被告提起诉讼。原被告逆转型，又称为对抗性平行诉讼，是指同一争议的双方当事人分别在不同的国家或地区提起的诉讼。例如在案例一中，周先生先后分别向美国法院和中国法院提起离婚纠纷，这属于重复型平行诉讼；若周先生向美国法院提起离婚诉讼之后，何小姐又以同样的事由向中国法院提起离婚诉讼，则属于对抗型平行诉讼。

（三）平行诉讼的成因

第一，平行诉讼产生的根源是国际政治在司法领域的体现，且缺乏限制国际平行诉讼的普遍机制。争议管辖权是国家主权的延伸，各国为了避免将管辖权拱手让人进而陷入被动的窘境，保证一旦出现涉外争议时，本国司法机关有权进行管辖和处置。为此，各个国家及地区不约而同在制定司法制度时采取膨胀式原则，也称为“长臂管辖”，即涉外案件能管则管。再加上，不同国家及地区之间缺乏对平行诉讼的引导和处理机制，导致平行诉讼的现象产生。

第二，当事人基于自身利益考虑选择法院进行平行诉讼，是国际平行诉讼产生的基本动因。在复杂的跨境家事纠纷中，众多因素影响当事人的对于选择法院的决策，如前案的原告希望通过不同国家的诉讼达到最优目的，或者被告对受理前案的国家法院缺乏信任，又或基

平行诉讼 在跨境家事争议解决中的运用

○刘艳华* 王倩* 广东知恒律师事务所

* 刘艳华，广东知恒律师事务所股权高级合伙人，《88 讲助您解决婚姻家庭法律问题》主编，专业领域为离婚诉讼、股东诉讼、继承诉讼、涉外婚姻家事、企业家家事法律顾问、财富传承等。
* 王倩，广东知恒律师事务所律师，《88 讲助您解决婚姻家庭法律问题》副主编，专业领域为离婚诉讼、继承诉讼、涉外婚姻家事、企业家家事法律顾问、财富传承等。
① 本项所涉两则案例均为团队近一年亲办真实案例，涉及个人隐私的信息已作脱敏处理。

于交通便捷程度、诉讼成本、诉讼效率、裁判结果等。

三、平行诉讼的运用

（一）平行诉讼法律沿革

我国法院对于平行诉讼一直采取认可的态度。最高人民法院早在 1992 年 7 月 14 日发布的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》（已废止）（以下简称“民诉意见”）第 306 条“中华人民共和国民事诉讼法和外国法院都有管辖权的案件，一方当事人向外国法院起诉，而另一方当事人向中华人民共和国法院起诉的，人民法院可以受理”，该条文对国际平行诉讼的管辖进行明确规定。在民诉意见废止后，该条文被收纳至最高人民法院 2015 年 1 月 30 日发布的《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》（以下简称“民诉法解释”）第五百三十三条中。后来，在民诉法解释（2020 修正）第五百三十三条、民诉法解释（2022 修正）第五百三十一条均保留了对平行诉讼管辖的该款规定。

平行诉讼管辖权经最高人民法院的意见、解释沿用了数十年之后，全国人民代表大会常委会于 2023 年 9 月 1 日发布的《中华人民共和国民事诉讼法（2023 修正）》（以下简称“民诉法”）第二百八十条“当事人之间的同一纠纷，一方当事人向外国法院起诉，另一方当事人向人民法院起诉，或者一方当事人既向外国法院起诉，又向人民法院起诉，人民法院依照本法有管辖权的，可以受理。”平行诉讼管辖权正式以法律的形式被明确。该法律规定于 2024 年 1 月 1 日正式生效。

笔者在办理前述案例一就遇到了平行诉讼在一审期间被驳回起诉的困境。原因是，一审法院认为双方的离婚纠纷已先于本案在美国提起了诉讼，同一法律关系不能在不同的司法机关重复处理。上诉后，二审法院依据民诉法解释（2020 修正）第五百三十三条撤销了一审的裁定，发回重审。虽然，最终的结果是保全了当事人平行诉讼的权利，但案件经过二审耗时耗力。在民诉法（2023 修正）生效之后，案例一中遇到的困境就迎刃而解了，有了明确的法律规定，而不再是司法解释，这

是司法的进步。

（二）平行诉讼的提出时间

平行诉讼在国内法院的提出时间，可以在国外法院审理过程中，也可以在国外法院判决之后中国法院承认外国法院裁判文书之前。对于外国法院的裁判文书，选择平行诉讼还是向中国法院申请承认外国法院裁判效力，二者不可并行。换言之，对于外国法院的裁判文书已经被中国法院承认的，当事人就同一争议向中国法院起诉的，中国法院不再受理。^②

（三）平行诉讼的管辖法院及法律适用

跨境家事案件的管辖原则包含一般原则、特殊原则和专属管辖。一般原则为“原告就被告”，即原告以被告所在地法院为管辖法院。特殊原则为一般原则的对立面，表现为管辖法院不再简单以被告所在地法院，而是根据实际情况，选择最便利法院管辖。专属管辖原则，也是地域管辖的一种，即对于具有地域性的案件必须由特定的法院管辖，具有强制性与排他性。三者的关系为，专属管辖原则优于特殊管辖原则，特殊管辖原则又优于一般管辖原则。

根据民诉法及民诉法解释的规定，跨境家事案件的专属管辖主要包含因继承遗产纠纷提起的诉讼，由被继承人死亡时住所地或主要遗产所在地法院管辖。而跨境家事案件特殊管辖原则主要包含：（1）在国内结婚并定居国外的中国人，当事人向中国法院起诉的，可由婚姻缔结地或者一方在国内的最后居住地法院管辖。（2）在国外结婚并定居国外的中国人，当事人向中国法院起诉的，由一方原住所地或者在国内的最后居住地法院管辖。（3）中国公民一方居住在国外，一方居住在国内，不论哪一方向中国法院提起离婚诉讼，国内一方住所地法院都有权管辖。（4）中国公民双方在国外但未定居，一方向中国法院起诉，由任一方原住所地法院管辖。（5）已经离婚的中国公民，双方均定居国外，仅就国内财产分割提起诉讼的，由主要财产所在地法院管辖。^③

中国法院在享有跨境家事案件管辖权时，也存在法律适用的问题，即中国法院在审理涉外案件时应当如何选择法律适用。根据《中华人民共和国涉外民事法律关

系法律适用法》的规定，跨境家事案件的法律适用选择主要包含：（1）对于结婚条件，适用当事人共同经常居所地法律；没有共同经常居所地的，适用共同国籍国法律；没有共同国籍国的，适用婚姻缔结地法律。（2）对于夫妻财产关系，当事人可以协商选择适用经常居所地法律、国籍国法律或主要财产所在地法律；若双方没有选择准据法的，适用共同经常居所地法律，没有共同经常居所地的，适用国籍国法律。（3）对于父母子女人身、财产关系，适用共同经常居所地法律，没有共同经常居所地的，适用一方当事人经常居所地或国籍国中有利于保护弱者权益的法律。（4）对于诉讼离婚，适用法院地法律。（5）对于法定继承，适用被继承人死亡时经常居所地法律，但不动产继承，适用不动产所在地法律。（6）对于遗嘱的方式及效力，适用遗嘱人立遗嘱时或死亡时经常居所地或国籍国法律均可。（7）对于遗产管理等事项，适用遗产所在地法律。^④

（四）平行诉讼的认可与执行

平行诉讼在扩大各国的管辖权限的同时，也浪费了司法资源、诉讼成本，而对于平行诉讼最好的限制与干预机制便是跨境裁判文书的认可与执行。

我国最高人民法院于 2017 年通过了《最高人民法院关于内地与香港特别行政区法院互相认可和执行婚姻家庭民事案件判决的安排》（以下简称“互认安排”），互认安排自 2022 年 2 月 15 日正式施行。互认安排属于内地与香港跨境家事领域重要的司法改革，也解决了两地关于婚姻家庭民事案件的互相认可与执行问题。互认安排包含的家事案件包含离婚、财产分割、子女抚养等婚姻类案件，不包含继承案件。在内地，申请人可向本人住所地或被申请住所地、财产所在地的中级人民法院提出。就此而言，互认安排的落实确实可以在其判决获得互认的案件范围内减少重复型平行诉讼的发生概率，但无法彻底排除重复平行诉讼，在有限的范围内具有积极作用。也就是说，依据互认安排的规定，对于已有的生效裁判文书，当事人可以选择向法院申请认可与执行，也可以启动新的诉讼由法院重新作出裁判，但不得在申

请认可与执行期间以同样的事由另诉，也不得在已经认可和执行后以同样的事由另诉。^⑤

我国最高人民法院《关于中国公民申请承认外国法院离婚判决程序问题的规定》（以下简称“承认规定”），指出中国籍当事人可依规定向中国法院申请承认外国法院的离婚判决，但对于外国法院在离婚判决中解决的夫妻财产分割、生活费负担、子女抚养等裁判内容不得适用该承认规定。这在一定程度上避免双方当事人就同一离婚诉求向不同国家的法院重复起诉，在解除婚姻关系的法律制度上对平行诉讼作出一定限制，给离婚案件的当事人提供更多选择。但问题在于，该承认规定仅承认婚姻关系，无法分割财产及处理子女抚养，若当事人需要处理国内的财产与子女抚养，则在承认离婚效力之后仍然需要通过离婚后财产纠纷及子女抚养纠纷来分割财产、处理子女抚养权、抚养费事宜。且承认与执行的前提是外国法院的判决已经发生法律效力，延长了当事人在国内诉讼的期限，增加了解决问题的时间成本。例如，在案例一中的周先生没有通过离婚效力的承认与执行，便直接起诉离婚，相对承认与执行而言，平行诉讼的时间更加灵活，也在某种程度上解决了当事人的时间成本。^⑥

四、结语

平行诉讼已越来越频繁地运用在跨境家事争议解决中，或是当事人基于自身利益的最大化主动选择平行诉讼，抑或因各国司法裁判的局限性被动选择平行诉讼，均成为当事人达成诉讼目标的方式之一。在实务中，平行诉讼的优势与劣势都非常明显，我们应当辩证地看待。对于补充型的平行诉讼，即相同当事人在不同国家诉讼达到不同目的的案件，我们应该策略性地选择；但对于重复型的平行诉讼，即相同当事人在不同国家诉讼达到相同目的而择优选择的情况，既体现了各国司法的独特性，也属于司法资源的消耗。这需要国际社会引起普遍关注，也离不开各国司法的共同进步，以期达成在世界范围内普遍地限制平行诉讼的机制。

②参考《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（2022 修正）》第五百三十一条。

③参考《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（2022 修正）》第十三条、第十四条、第十五条、第十六条、第十七条。

④参考《中华人民共和国涉外民事法律关系适用法》第二十一条、第二十四条、第二十五条、第二十七条、第三十一条、第三十二条、第三十三条、第三十四条。

⑤参考《最高人民法院关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行婚姻家庭民事案件判决的安排》第四条、第九条、第十七条。

⑥参考《最高人民法院关于中国公民申请承认外国法院离婚判决程序问题的规定（2020 修正）》第二条、第五条、第二十条。

“高”居思危 如何防范火灾？

“高层民用建筑消防安全管理法律思考”圆桌会议召开

南京“2·23”高层住宅楼火灾发生以后，社会各界对罹难者和伤者的不幸遭遇表示痛心、遗憾，同时亦对高层建筑消防安全问题给予高度关注。为回应社会关切，日前本刊“争鸣与思辨”栏目联合深圳市律师协会物业服务法律专业委员会，举办了“高层民用建筑消防安全管理法律思考”主题圆桌会议，邀请专业律师代表、物业管理行业代表、业主委员会代表共聚一堂，从法律视角深度研讨高层民用建筑消防安全管理之道。

与会者深圳市律师协会副会长赵东川表示，深圳是全国高层建筑密度最高的城市之一，消防安全问题是关乎人民群众生命财产安全的重要问题，希望举办此次圆桌会议，旨在各方建言献策，共同推动深圳高层民用建筑消防安全管理工作的健康发展，进而助力城市高质量发展。



“高”居思危，如何防范火灾？

识法律——事关高层民用建筑消防安全的法律常识

主持人：哪些法律涉及高层民用建筑消防安全管理？

张炉煥：我国高层民用建筑消防安全管理所涉及的法律法规包括一般法和特别法两类。一般法主要指《中华人民共和国民法典》、国务院公布的《物业管理条例》以及各地方出台的物业管理条例；特别法主要指《中华人民共和国消防法》、应急管理部 2021 年公布的《高层民用建筑消防安全管理规定》以及各地出台的消防条例。根据《高层民用建筑消防安全管理规定》，高层民用建筑包括高层住宅建筑和高层公共建筑，前者是指建筑高度大于 27 米的住宅建筑，后者是指建筑高度大于 24 米的非单层公共建筑，包括宿舍、公寓及办公、科研、文化、商业、体育、医疗、交通、旅游、通信等各类建筑。该规定还明确了高层民用建筑消防安全职责、消防安全管理、消防宣传教育和灭火疏散预案、法律责任等内容。

主持人：业主、使用人、业主自治组织的消防安全责任是什么？

张炉煥：按照相关规定，高层民用建筑的业主、使用人是高层民用建筑消防安全的责任主体。若业主、使用人是单位，消防安全责任人是单位的法定代表人

或者主要负责人。高层住宅建筑的业主、使用人应当履行的消防安全义务包括：遵守住宅小区防火安全公约和管理规约约定的消防安全事项；按照不动产权属证书载明的用途使用建筑；配合消防服务单位做好消防安全工作；按照法律规定承担消防服务费用以及建筑消防设施维修、更新和改造的相关费用；维护消防安全，保护消防设施，预防火灾，报告火警，成年人参加有组织的灭火工作等。此外，高层民用建筑的业主、使用人不得擅自变更建筑使用功能、改变防火防烟分区，不得违反消防技术标准使用易燃、可燃装修装饰材料。在高层民用建筑内及周边禁放区域燃放烟花爆竹、在其外墙周围堆放可燃物、圈占或遮挡消火栓、在疏散通道或消火栓箱内堆放杂物等都属于被严令禁止的违法行为。但现实中有不少人忽略了自身的消防安全管理职责，比如有的业户不理解自己的电动车为什么不能进楼栋？这就存在消防安全的直接隐患，还有一些案例是业主在楼道堆放物品造成失火，因此，做事的时候一定要考虑到法律后果。

张雪娟：小区若没有物业管理的，消防安全责任是由全体业主承担；而有物业管理的小区，业委会首先承担监督责任，监督物业公司履行消防责任，与物业公司签约时，应确定消防安全保障条款。

分享嘉宾 ▶



主持人：许倬滨
深圳市律师协会物业服务
法律专业委员会副主任



张弘
深圳市诺德物业管理
有限公司总经理



翁洪琴
彩生活服务集团法务
合规部总经理



夏舟
深圳市福田区物业管理
协会会长

知责任——物业应尽的消防安全管理责任

主持人：物业服务企业（物业公司）对高层民用建筑承担什么责任？

张磊：依照规定，高层民用建筑的业主、使用人可以委托物业服务企业或者消防技术服务机构等专业服务单位提供消防安全服务，并应当在服务合同中约定消防安全服务的具体内容。《深圳经济特区消防条例》对住宅区的物业服务人在物业服务区域内履行消防安全职责进行了明确的规定。物业公司接受委托后应该具体做哪些工作，我认为有以下几个方面：第一，制度的建设，包括组织和人员的建设，要制定消防安全制度，拟订消防安全工作计划和组织保障方案，明确具体部门或者人员负责消防安全管理工作；第二，要开展定期检测、维护保养共用消防设施、器材和消防标志等工作；第三，要进行日常的巡查检查，消除火灾隐患，很多小区的电动自行车停放是很随意的，有没有占用安全出口，有没有占用消防通道，这些问题要靠物业公司日常去巡查和管理；第四，要做消防演练，增强消防意识提高防御能力。

主持人：物业在消防安全管理方面有哪些困惑？

夏舟：每次发生火灾，物业公司处于悲哀与尴尬的位置，很多相关案例中，物业公司最终也承担了最大的判定责任。在服务小区过程中，消防安全管理方面我们确实有一些难题，比如场地问题，电动自行车停放需要隔离地带，但许多老旧小区由于早期设计建设时并无相应规划，目前缺乏停放和充电场地。第二，资金困难。面临消防安全隐患，需要更新消防设施设备，往往涉及高额费用，要召开业主大会并得到 2/3 以上的同意。一次业主大会的召开周期为三到五个月，通过后再招投标采购，很耗时。而当消防设施损坏，需启用专用资金进行维修时，也要经过复杂的过程。第三，低额的物业费与人员配备也存在不小的矛盾。理想状态下，一个中控室要配备六个工作人员，对应六张有关的资格证书，然而深圳现存证书的数量，显然并不能满足市场需求。不理想状态下，业委会批准的工资，物业只能聘请一个低工资的保安员去守中控室，低门槛招进来的工作岗位，要求保安员拥有全面的应急处理能力，去处理不一样的小火情、大火情，这根本也与现实不符。

刘桃桃：确实物业承担的责任太重了，小区群里业主动不动就开骂，一出问题就认为是物业的责任。

分享嘉宾 ▶



杨 怡

深圳市宝安区西城丰和
业主委员会主任



刘桃桃

深圳市罗湖区广岭家园业主委员会
执行秘书、党支部书记



刘长森

深圳市律师协会物业服务
法律专业委员会主任

分享嘉宾 ▶



张 磊

深圳市律师协会物业服务法律
专业委员会委员



张炉焕

深圳市律师协会物业服务法律
专业委员会委员



张雪娟

深圳市律师协会物业服务
法律专业委员会委员

实际上，从源头上我们对业户的教育非常重要，尤其普法教育，很多业户不懂法，认为交了钱你就得为我服务，但又不配合，物业也有难处。

张雪娟：我回应一下，针对夏会长提到的启用专用资金问题，深圳目前设置了对应的应急资金，可由政府直接划拨垫付，划拨后业委会还可审核物业提出申请的合法合理性，避免发生消防责任空白的情况。

亮样本——小区向电动自行车“开刀”

主持人：电动自行车管理是民用高层建筑消防安全管理的一个重要问题。近年来，电动自行车数量与日俱增，根据深圳消防统计，深圳电动自行车保有量已达 500 万辆，其停放、充电过程中产生的消防安全事故时有发生。那么，电动自行车停放在架空层是否可行？老旧小区充电桩设置场地是否符合消防安全管理要求？要如何预防小区停放电动自行车的消防安全风险？

张磊：公安部《关于规范电动车停放充电加强火灾防范的通告》明确了受业主委托的物业服务企业是电动车停放充电管理责任主体之一，负有检查管理、

制止违规行为、及时清理乱充乱停电动车、向公安机关消防机构或者公安派出所报告违规行为、开展消防安全普法宣传等责任。《深圳市电动自行车管理规定（试行）》规定了电动自行车不能停在地下车库，架空层如果设置了安全通道，也不能停。

张弘：物业想积极解决架空层禁停电动自行车的管理难题，其中必须具备三个条件：第一，要有专门停放的场地；第二，该场地要得到政府同意，要考虑会否属于违建、影响市容等；第三，要业主大会通过。三个条件缺一不可，否则物业也无法实施。不少小区确实面临着电单车停放场地缺乏等实际困难，建议修订建筑设计规范，明确新建项目应具备符合消防规范的电动自行车停放场地配建比例，同时加大对违法入户充电、架空层停放、改装电动自行车、不上牌电动自行车等行为的处罚力度。电动自行车的治理是系统工程，建议参照机动车管理，实施年检、报废强制规定，对生产电池的电动自行车企业、二手市场等都应规范管理，对发生自燃的电动自行车品牌停产整顿限售，否则物业是巧妇难为无米之炊。

翁洪琴：我补充两点，一是关于消防救援，中国目前高层的消防救援是比较弱的，消防梯最高只能到 15 楼，超过 15 楼消防云梯无法够到，所以消防救援跟我们的房产结构的设计还不相符，这不是物业或者业主能解决的。二是提高居民业主的消防意识，不仅要具备守法意识，还有作为业主住户最基本的安全责任意识，比

如业主规约禁止电动车进入小区，若业主还是强行进入，物业作为服务企业也没有权力处罚，只能是劝导，因此，业主管理规约的约定必须要有相应的罚则。

刘桃桃：防胜于救，预防很重要，追责是没办法的办法，我们应该着重考虑如何有效预防火灾。我建议，政府加强对电动自行车生产、销售、配套设施等方面的溯源治理，对小区充电场地选址进行消防安全评估，在停放方面加强对电动自行车使用人的约束和普法教育。同样是投钱投精力，相关的工作要做在前面。同时，电动自行车相关企业及配套设备服务商也应重视所售产品的消防安全问题，从源头减少隐患。目前，不少充电桩公司已经开始重视火灾预防，但是电动车生产企业、销售企业还比较缺乏这方面的意识。物业服务企业也应该定期检查小区充电设备运行的安全情况。

主持人：在提高业主、使用人、业主自治组织的消防安全责任方面，有什么好的做法？

杨怡：业委会一定要重视，物管企业才会重视。多年来，经过我们业委会抓好消防安全监督落实，坚持开展消防安全普法宣传，推动西城丰和小区的物业管理人员和业主们都越来越重视消防安全。我分享一下我们的成功经验。位于宝安的西城丰和，由 5 栋 33 层的塔楼组成，共计 772 户。2016 年初，小区业主与开发商产生矛盾，成立了业委会。当时小区整个消防系统处于瘫痪状态——报警中心不报警，线被老鼠咬

断，楼道的消防栓没有水，大部分消防门已经合不拢。成立业委会后，业委会就对消防情况进行了整治。首先，我们和物业联合展开了自查工作。然后，召开了业主大会，与物业一起对小区相关硬件设备进行维修升级，对于物业管理不到位的就制定消防细则，在合同里细化条款，明确责任。把硬件和管理水平提升之后，西城丰和开始对电动自行车进行“开刀”。业委会在网上搜集了大量电动车着火引起惨案的视频，在每栋大堂的公共广告机器系统 24 小时不间断播放，向业户不断宣传，大大增强业户的消防意识，还制定了业主规约——禁止电动自行车进入楼道。值得一提的是，西城丰和的这一项规约，还走在了特区立法前。2023 年 11 月 1 日，修订后的《深圳经济特区消防条例》正式实施，加强了对电动自行车、电动摩托车的消防安全监管，明确规定“禁止电动自行车及电池进楼入户”。高压管控之下，小区电动自行车进入楼栋充电、停放的情况，也得到了解决。同时，小区同步和辖区街道办进行申请，把西乡大道辅道人行道周边的位置，开辟成电动自行车停放场地，并加装充电桩和灭火器材，最终解决了治理的难题。

总结经验，我建议：第一，应持续广泛宣传物业管理法规和消防知识，提升业户的安全责任管理水平和安全意识；第二，规范物业消防管理职责和标准，进一步明确小区物业消防管理的具体职责和责任追究办法；第三，提高物业消防主体意识与管理能力，将

其他参会嘉宾 ▶



赵东川
深圳市律师协会副会长



李军强
深圳市律师协会理事、业务创新与
发展工作委员会主任



屈文静
《深圳律师》杂志栏目编辑、
深圳市律师协会宣传与公共关系
工作委员会秘书长

消防知识和技能纳入物业日常招聘和考核中去，同时应强制规定物管定期组织开展消防演习演练，并真正让业主参与进来。

提建议——为高层民用建筑消防安全管理增添法律服务助力

主持人：各位对民用高层建筑消防安全管理还有什么建议和意见？

张雪娟：目前广东省并未制定专门的住宅消防安全管理规则，物业公司有时会面临无法劝阻业主的困境。建议参考别的省份建立相关规定，对物业与业主进行分工管理。业主也拥有协助配合的义务后，物业能更好地催促业主进行配合。

许烽滨：此外，若发现消防隐患，物业服务企业除了劝阻制止以外，还应向上级主管部门进行报告。

刘长森：我建议，第一，政府部门可利用每年“11·9”全国消防安全日，在全市小区开展消防实操性的宣传和演练，由各街道办、社区统一组织，业委会、物业服务企业实施，让广大业主真正参与，让消防安全及

相关法律知识更加深入人心。第二，要加大行政监管和处罚力度，通过惩戒来减少违法行为。高层住宅消防安全问题需要业主、物业、政府三方共同努力解决，建议有关部门进一步加强对小区消防力度的实地走访检查，对不达标的物业企业要严厉处罚。第三，提高防范技术和灭火技术，基于现有消防云梯到达高度有限，在高层建筑灭火方面，应加强推动消防无人机、直升机等科技应用，助力减少火灾造成的人员伤亡和财产损失。第四，重视律师在小区消防安全管理的作用。律师具备法律专业优势，业主应该做什么，物业公司应该做什么，律师能跟相对人讲清楚，帮助物业企业与业主共同提高小区火灾防范监控、警示、疏散、灭火等方面管理水平。

李军强：希望社会各界重视并发挥律师在规范消防安全管理方面的专业作用，建议协会物业服务法律专业委员会梳理涉及高层民用建筑消防安全管理的法律法规以及规范性法律文件，整理出相应全面、成体系化的法律文件目录供参考、查询使用。高层民用建筑消防安全管理不仅涉及物业服务，还应从设计阶段、建筑阶段进行提前规划，在设计标准上进行专门考量，市律协将推进各相关专业委联动，共同为高层民用建筑消防安全规划、设计、建筑、管理等方面建言献策。



申请实用新型专利引入“明显创造性”审查的理解与思考

○汤鹏飞* 广东知恒（前海）律师事务所

近期，关于我国专利方面的立法、规定连续发布，包括 2023 年 12 月 11 日国务院发布的《中华人民共和国专利法实施细则》修订版（以下简称《实施细则》）及 2023 年 12 月 21 日国家知识产权局发布的《专利

审查指南》（修订版）（以下简称《审查指南》）。其中《实施细则》与《审查指南》所修改的内容中最大亮点便是在实用新型专利审查中正式引入了“明显创造性”审查，这也就意味着我国正式告别了自《中

* 汤鹏飞，广东知恒（前海）律师事务所律师，最高人民法院第一巡回法庭律师服务岗成员、福田区人民法院特邀调解员、深圳市消费者委员会律师团成员、深圳市律师协会电子竞技与网络游戏专业委员会委员。

华人民共和国专利法》（以下简称《专利法》）颁布以来对实用新型专利只做形式审查的时代，进入了准实质性审查的全新阶段，这无疑将对我国的专利审查、专利制度乃至整个知识产权制度产生深远的影响。

一、“明显创造性”审查制度出台的背景

在申请实用新型专利的程序中引入“明显创造性”审查，这一制度的出台实施其实早就有迹可循。2007年8月27日，国家知识产权局公布了《关于规范专利申请行为的若干规定》，其目标在于减轻数量庞大而质量低下的“垃圾专利”的审查工作负担，提升专利的整体品质，增加我国企业的核心竞争力，而不是让专利停留于纸面，但效果似乎收效甚微。与此同时，我国在2011年成为了第一大专利申请国，且于2018年在全球的专利申请总量方面，第一次超过了美国、欧洲、日本及韩国的总和，并在此后均保持世界第一。这应该说是我国自1985年4月1日《专利法》实施以来，所取得的举世瞩目的成绩。然而有所遗憾的是，对于能够产生巨大世界性影响力，提升企业核心竞争力和商业价值的重要专利而言，却为数不多，这便意味着在专利质量方面并不尽如人意，与欧美存在差距。故自党的十八大以来，以“建设中国特色、世界水平知识产权强国”为战略目标，中共中央、国务院相继印发了《知识产权强国建设纲要（2021—2035年）》和《“十四五”国家知识产权保护和运用规划》，以全面提升我国知识产权竞争力。为将工作落到实处，2021年、2022年，国家知识产权局分别累计通报非正常专利申请共81.5万件^①、95.5万件^②，呈逐年上升态势。开弓没有回头箭，2023年1月6日，在北京召开了全国知识产权局局长会议，会议重点部署了年度七个方面的工作，为从源头上治理非正常专利申请不良现象，让专利更加充分体现“鼓励创新”的价值，其中就包括“在实用新型专利审查中正式引入明显创造性审查”这项内容，一时间引起了业界

的广泛关注。

目前，世界上设立“实用新型”专利制度的国家或地区共有76个，主要包括中国、法国、德国、日本、韩国、澳大利亚、巴西等，此前包括我国在内的任何国家均未在实用新型专利申请的审查工作中需要审查“创造性”，故我国此次对实用新型在初步审查阶段引入“明显创造性”的制度，是结合当前中国的特殊国情而做出的制度创新安排，将建设完善中国特色社会主义法治体系的顶层设计体现在具体行动中。

二、实用新型专利制度的由来

改革开放初期，我国在完全没有知识产权法律制度基础的前提下，为吸引外资及引进发达国家的技术，在全面借鉴西方现代专利法律制度的前提下，率先颁布了《专利法》，这本质上是一种“履约型”的立法。^③在我们试图理解为何在实用新型专利申请中引入“明显创造性”审查之前，我们需先了解何谓实用新型专利，它存在的意义是什么。根据《专利法》的定义，“实用新型是指对产品的形状、构造或者其结合所提出的适于实用的新的技术方案。”^④而将实用新型与发明区分开来，最重要区别在于对“创造性”的要求不一致。“创造性，是指与现有技术相比，该发明具有突出的实质性特点和显著的进步，该实用新型具有实质性特点和进步。”^⑤因此，我们可以看到，实用新型相比发明而言，在“实质性特点与进步”方面的要求低很多，故我们通俗地把其称做“小发明”。这是中国政府当时在考察世界主要知识产权国家的基础上，结合我国科技落后的事实而确定设立的一种专利类型，主要原因在于当时我国科技水平比较落后而无法与国外科技水平全面竞争，就民间的技术能力而言，我们姑且能做的就是“小发明”。对一些简单的技术或者产品结构进行创造发明，这样才有机会在低端技术方面与国外展开一定程度的竞争，从而形成一些产业优势。事

实证明，在《专利法》实施的38年间，我们申请的三种类型专利中，实用新型专利占有70%的比例，这为一些从事低端制造业企业的发展，提供了适宜的生存土壤，也为我国孕育更高精尖的技术立下了汗马功劳，设立实用新型的专利制度确有其历史的必然性。

三、引入“明显创造性”审查的重要意义

如今，我国已成为世界上申请专利量最多的国家，在尖端科技领域的综合实力也高居世界前列。随着改革开放的深入，尤其自2001年加入WTO深度融入国际贸易体系之后，中国经济、科技水平已经取得令世人瞩目的成就，在一次次工业化升级改造的过程中，国家的竞争力得到了巨大的提升。近些年，国家高举知识产权发展战略的大旗，在知识产权方面，无论是推动融资、上市，还是政府补贴，均给予了极大的政策支持，这也使得我国的相对落后的一些中小企业，有了申请专利的热情，并在很大程度上促进了创新，使得我国在全球的知识产权竞争中，获得了一席之地，确保了自身的可持续发展，但与之俱来的是非正常申请专利行为愈演愈烈、审查员的工作量越来越大、审查员发文速度也更慢、专利质量也更差等问题。这些问题的解决，显然绕不开在专利申请总量占有大多数的实用新型专利，所以在实用新型专利申请中引入“明显创造性”审查，提高此类型专利申请的门槛，显得尤为重要。具体说来，此项审查主要有以下几方面的价值。

（一）打击非正常专利申请

一方面，由于专利申请数量剧增，导致国家知识产权局的专利审查员工作量极大，长期超负荷运行，专利整体的审查速度也愈发缓慢；另一方面，由于申请人提交专利的动机并不是在于技术本身，而以单纯获得专利权证书为目标，再拿来骗补、融资上市等，以至于行政部门在应付低质量的专利申请的同时，还要巨额补贴拥有大量“垃圾专利”的申请人。这显然无益于我国在整体专利质量、创新能力、产业竞争力等方面的提升，而只是生产了大量纸面专利，已严重违背保护创新和促进社会经济发展的初衷，阻碍知识产权强国建设。因此，严厉打击不以保护创新为目的

的非正常申请专利行为已势在必行。

（二）减轻审查工作量

当申请实用新型专利引入“明显创造性”审查后，由于增加了对专利进行一定程度实质审查的程序，虽然短期内审查员的工作量将更加繁重，但国家知识产权局在技术上已经引入的人工智能辅助检索系统，其可在不用增加大量人力的前提下，进行高效辅助审查，为审查员节约了大量工作时间，况且从长期来讲，随着低质量的专利申请的大大减少，在一定程度上专利申请总量将相应地减少，审查的工作量也就相对会降低。因此，在实用新型专利审查中设置“明显创造性”审查条款，既具有可操作性，也能促使专利制度回归鼓励创新、提升科技水平的正道，同时由于政策与法律的双重配合，将不仅使得政策更加合法化，也让法律的执行更加高效，并使得未来在进行政策调整时更加游刃有余。

（三）推动我国专利向更高价值发展

经过几十年的发展，我国已经在专利数量上取得卓越的成绩，然而在专利质量方面仍不太理想。一方面，实用新型专利占有多数，故提高实用新型专利质量对我国专利整体向更高价值迈进具有十分重大的意义；另一方面，对实用新型专利申请的审查标准过低，一般只是做一些基础性的“形式审查”，并不涉及太多实质问题，即使后续有无效程序及专利权评价报告，然而，那只是针对在特殊情形下，对于可能有争议的专利所提出的，是一个“事后行为”，并不是一个标准程序。只有在初始的审查程序中，设置更严苛的评价标准，才能从源头提高专利申请质量，从而激励更多的技术创新出现。

（四）建设中国特色社会主义法治体系的一次实践

在此之前，在实用新型专利申请的审查工作中，各国均只是做一些比较初步的“形式审查”，并没有国家将审查“创造性”是否符合一定标准作为授权的条件之一，故我国此次对实用新型在初步审查阶段引入“明显创造性”审查的制度，这是结合当前具体形势所做出的制度创新，是建设中国特色社会主义法治体系的具体行动，同时也是我国在知识产权法律领域为世界所做的具有实践价值的贡献，具有重要的历史意义及国际影响力。

①《国家知识产权局2021年度报告》，国家知识产权局，发表日期：2022年6月1日。

②《国家知识产权局2022年度报告》，国家知识产权局，发表日期：2023年6月5日。

③张乃根：《论中国式现代化视角下的知识产权立法导向》，载《知识产权》2023年第10期，第27页。

④《中华人民共和国专利法》第二条第三款。

⑤《中华人民共和国专利法》第二十二条第三款。

四、“明显创造性”审查标准问题

事实上，早在 2019 年我国开展打击非正常专利申请的“蓝天行动”以来，就已经有试探实践“明显创造性”审查标准的意味，这次在法律方面作出调整，既是实践性总结，也是为长期的行动打好基础。我们清楚，实用新型与发明在无效程序中，对其进行创造性评价所采取的标准是不同的，主要区别在于，实用新型只有一个或两个技术文献的结合来对其进行创造性评价，只有当涉及技术的简单叠加时，才引用多篇文献进行单独评价，而发明则无论何种情形均可引用多篇文献。这两种对“创造性”评价标准的不同反映出在进行专利申请时不同的审查标准。显然地，对发明“创造性”的审查标准明显高于对实用新型的“创造性”审查标准，这一点在实用新型专利申请程序中引入“明显创造性”评价时，亦不会例外。

另外，实用新型专利申请中的“创造性”评价并不会照搬无效程序中的审查标准，审查程序中，宜宽松一些，以避免因为过于严格打击申请的积极性，同时避免让一些有实用价值的专利因标准过于严苛而望尘莫及，从而并没有起到鼓励创新的目的。一般而言，仍然会遵循“授权相对容易，无效相对困难”的不成文原则，因这两种不同的程序发挥的是不同的功能。所以，作为一个新增的审查程序将评价标准适度放低是必要的，这就体现了“明显创造性”中“明显”二字的内涵，同时也是区别实用新型作为“小发明”与发明的区别之处。

五、对实用新型专利申请工作的几个建议

2024 年 1 月 20 日，《实施细则》与《审查指南》正式实施之后，审查员即需将实用新型的“明显创造性”纳入审查标准。面对新形势下的实用新型专利申请工作，应更扎实地走技术创新的路线，少投机取巧，方可取得自己的核心专利，并获得强大的产品竞争优势，为企业的长期健康发展立下坚实的发展基础。具体而言，笔者建议申请人在撰写或挖掘实用新型专利时，注意以下几个方面：

（一）撰写权利要求书时应避免一句话权利要求

一句或两句话的权利要求在早期的专利申请中是很常见的现象，即使在近些年专利行政部门加大力度

打击非正常申请的背景下，一句话权利要求仍然时有发生，且也获得了正式授权。事实上，一句或两句话的权利要求书客观上无法概括出一个真正具有创造性的技术方案，作为一个抽象语言对复杂具体技术对象的概括，这种形式上的简陋就势必导致实质上的缺陷。所以，申请人在撰写权利要求时，应首先避免形式上所可能导致不被授权的风险。

（二）不能简单地抄袭他人公开的专利

在对其实质的技术方案未做多大改变的前提下，稍作一些用词、语序以及技术领域上的简单修改，甚至对原技术方案进行“阉割”后再做文字改造后，拿来申请实用新型专利的做法相信在当前形势下是不可取的。这种在别人技术方案上简单地进行重塑的做法也将是审查员重点打击的对象。毫无疑问，在人工智能辅助检索系统帮助下，这种单纯玩文字游戏、企图蒙混过关的做法，是极其不可取的。

（三）不要单纯以获得专利为目的的“变劣式”发明

试图用更复杂的方法解决简单问题，也势必将因为缺乏创造性而被拒绝授予。审查员借助人工智能辅助检索系统很容易在大数据中初步识别出来，当被系统成功定位后，审查员只需再有针对性地对个案进行比较分析，便可判断其是否具有创造性，从而将此类实用新型的专利申请拒之门外。

六、结语

我国《专利法》自颁布以来已实施近 40 年，但已走过西方发达国家几百年走过的路，随着我国专利申请数量的不断提升，现已到了不得不针对各种新情况作出适当调整的时刻。在实用新型专利申请程序中引入“明显创造性”审查，是我国在专利领域所开创的一个全新的制度，既有比较鲜明的国家特色，也是突出的国际法律实践。笔者认为，随着该项制度的持续推进，必然会有效提高我国专利申请的品质，从而提高我国专利技术的含金量，相应地也将促进更多企业愿意持续投入更多资源进行技术研发，以使专利制度“鼓励创新”的核心价值得到深入体现，最终实现知识产权强国的战略目标。

完善数据产权制度的实践与思考

○刘松慧* 北京浩天（深圳）律师事务所
兰 鹏* 北京浩天（重庆）律师事务所

在数字经济时代，数据要素作为核心生产要素之一，已成为国家基础性、战略性资源，对推动经济增长的作用已不容忽视。构建完善的数据产权制度对于促进数据流动、保障数据安全、推动数字经济高质量发展具有基石般的重要意义。数据产权制度中，数据确权是必不可少的一环，而数据产权登记是数据确权的保障与延伸。本文将主要从数据确权与数据产权登记两方面展开，讨论在数字时代背景下如何构建、完善数据产权制度。

一、数据产权制度现状

2022 年 12 月 2 日，中共中央、国务院发布《关于构建数据基础制度更好发挥数据要素作用的意见》（以下简称“数据二十条”），提出“建立合规高效、场内外结合的数据要素流通和交易制度”，而完善的数据产权制度就是数据合规高效流通的前提与基础。目前，对数据产权制度相关问题的研究被国内外高度重视，各界围绕数据产权的赋权逻辑与方式、配套的登记制度等问题进行了大量的探研，主要包括：

（一）数据确权

确权即为确认权利归属，是指确认某项财产权利归属于某个特定主体。数据确权就是针对不同来源的数据，判断与明晰不同数据主体之间的法律关系，并以法律形式确认数据产权的归属。数据确权的实现离不开具体的法律机

制，这一确权机制最终也要落实为具体的法律制度。^①

1. 域外数据确权制度探索

基于技术发展优势，欧盟对于数据立法的起步较早，其已经对数据赋权的逻辑与分配规则进行了一系列的先行探索。欧盟《通用数据保护条例》(GDPR) 从个人基本权利保护和促进数据要素流通的角度，创设了访问权、限制处理权、拒绝权、数据可携带权和被遗忘权等权利。德国学界认为数据保护法产生了一种关于数据的“新型所有权”，虽然没有直接确定数据主体对于数据享有所有权，但也实际产生了类似所有权的法律地位。美国虽未设立专门的数据保护法，但其对待数据保护的态度整体较为宽松，在诸多判例中不乏对数据保护的相关规范确认，美国的数据流通市场也因此获益。

2. 国内数据确权尚存争议

我国虽也有学者认为数据具有民事权利客体所要求的独立性与财产性，应当作为现代民法中民事权利的客体，但就数据权属问题，仍有不少声音认为无需对数据，尤其是个人数据权属进行实体法律上的确认。“数据二十条”虽然提出了“充分保护数据来源者合法权益”，但并没有明确这一“合法权益”到底是何权益，究竟是所有权抑或用益权或其他权益，仅是秉持着“淡化所有权，强调使用权”的思路，回避数据确权的问题。^②可以看出，我国学界目前对于数据确权尚未达成一致意见，

* 刘松慧，北京浩天（深圳）律师事务所律师，本所知识产权专业委员会权利保护组牵头人，系九三学社社员，中国法学会会员。
* 兰鹏，北京浩天（重庆）律师事务所律师、涉外及知识产权团队负责人，系民盟盟员，重庆市江北区民盟参政议政委员会副主任。
①高富平：《数据持有者的权利配置——数据产权结构性分置的法律实现》，载《比较法研究》2023 年第 3 期。
②申卫星、李夏旭：《个人数据所有权的赋权逻辑与制度展开》，载《法学评论》2023 年第 5 期。

遑论成系统的实体规范性文件。作为数据产权制度的重要一环，加强我国数据确权领域的研究与探讨，做出成熟、有体系的规范性文件迫在眉睫。

（二）数据产权登记

我国对于数据交易及产权登记已经在多个试点开展实践。2021 年 11 月，上海数据交易所正式揭牌；2022 年 7 月，北京国际大数据交易所数据资产登记中心正式揭牌；2022 年 11 月，深圳数据交易所正式揭牌，首推线上数据交易，开启数据交易全新模式。除建立交易所外，相应的配套登记文件也相继颁布。2023 年 6 月 15 日，深圳市发展和改革委员会发布的《深圳市数据产权登记管理暂行办法》对数据产权的登记主体、登记机构、登记行为等做出了规定。该办法也涉及到数据资源持有权、数据加工使用权、数据产品经营权等数据产权，但这些数据产权看似是实体权利，实际却并没有为《民法典》或其他法律进行实体法律确认，因此也恐难认为是具体的民事权利。2023 年 5 月 26 日，浙江省市场监督管理局发布的《浙江省数据知识产权登记办法（试行）》明确“对依法收集、经过一定算法加工、具有实用价值和智力成果属性的数据提供数据知识产权登记服务”，此外，北京、江苏、深圳也对受保护的权利客体作出了数据来源合法、经过一定的算法加工、具有实用价值及智力成果属性等限定，但这一规定似无任何上位法依据。从以上实践可以看出，目前虽已有地方政府颁布数据产权登记的相关文件，但均因数据客体不具有受到法律保护的实体权利，从而使相应的产权登记规定成为空中楼阁。数据产权登记制度必须以既有的财产权等级制度为基础，如没有切实解决数据确权问题，数据登记制度只能是无根之木、无源之水，难以实现促进数据流通、保障交易安全的作用。

二、数据产权制度的发展困境

（一）数据作为权利客体难

数据之所以确权难，主要是因为其自身的特殊性。数据不同于传统意义上的权利客体，其不仅具有无形性，还可以在几乎零成本的情况下无限复制。^③数据相较于

其他权利客体来说具有非排他性，而现有产权制度恰恰是以单一主体对特定客体的排他控制和使用为基础的，从而有观点认为数据难以成为权利客体，如设立数据财产权可能会增加市场壁垒、造成数据垄断，限制信息自由流通与获取。^④这些不确定因素都可能给数据市场的发展带来负面影响。

（二）数据产权平衡分配难

数据产权制度本质上是调整不同主体间关于数据使用的利益关系的制度。^⑤因此，即使要确立数据赋权制度，数据产权的结构分置也是一大难题。如何做到数据的来源者和使用者之间的利益分配平衡在学界一直存在巨大争议。如只是一味地赋予数据来源者（如个人）以数据所有权，则可能会导致个人垄断，阻碍数据流通。而如果将个人数据所有权归属于企业（可能是数据使用者或持有者）却又缺乏理论依据，也难以认为是实现了数据市场的公平分配。

（三）数据产权登记实践难

从目前的数据登记实践情况来看，因数据确权制度尚处于探索阶段，各地颁布的数据产权登记制度等规定各不相同，没有统一标准；各地的数据登记平台、交易所也正处于起步阶段，而数据又具有极强的流通性与跨地域性，因此数据在进行跨地域交易时可能会因各地标准不统一而导致交易程序不便。数据交易 / 确权 / 登记标准不统一不仅可能对数据产权登记的公信力造成负面影响，也不利于我国下一步数据产权制度的构建与推进。

三、完善数据产权制度的必要性

（一）刺激数据流通，实现数据价值最大化

数据因其独特的性质，其价值并不会因重复使用而受到减损。相反，只有不断使用才能使数据的价值最大化实现。在规范数据主体自身行为、维护数据主体合法权益的同时，完善的数据产权制度可以为数据要素交易流通提供法律与制度保障，加速数据在市场上的开放与利用，为发展数字经济奠定坚实的理论基础。

（二）稳定市场秩序，降低交易成本

目前的数据交易市场中，数据企业通常只在数据收

集伊始告知被收集者数据收集情况，并同时征得被收集者的同意。之后无论如何处理或转让个人数据都很少再次征得被收集者的同意。这种情况下，数据主体难以知悉或控制个人数据的后续利用进展，可能导致数据主体（尤其是数据被收集者、源发者）人心惶惶，从而激发数据市场惰性，造成数据市场秩序混乱。而完善的数据产权制度应当包含数据确权及相应的授权费用制度与损害赔偿制度，并通过此种制度合理分配交易成本和收益，稳定市场秩序。

（三）保护数据安全，尊重个人隐私

保护数据安全、保障数据主体个人隐私等其他合法权益在信息飞速传播的现代数字社会中变得格外困难。如制定完善的数据产权制度，则可明确制定数据交易流通规范，为数据交易的参与者分配权利、设定义务，以此激发数据创新，实现数据市场化配置。

四、完善数据产权制度的具体措施

（一）加强对数据产权制度的法律研究并出台相关规范性文件

近年来，我国数据方面相关法律法规建设进展迅速，国家先后出台了《数据安全法》《个人信息保护法》等，充分表明国家高度重视数字经济领域的发展进程，但目前未见对于数据产权领域的实体规范性文件颁布。数据到底能否赋权、谁是权利主体、数据产权是一个权利还是数个权利、权利的内容如何安排与规制等问题都只能通过出台相关规范性文件进行确认。因此，应当继续加强对数据产权制度的法律研究，制定数据产权相关法律法规，统一数据资产标准，推动数据确权进程，提高交易市场灵活性，促进市场主体积极参与数据要素登记和交易活动，以此推进数字经济的健康有序发展。

（二）赋予个人数据所有权，构建分级赋权制度

虽然现阶段学界对于是否要赋予个人数据所有权仍存在争议，但笔者认为，个人数据权属的不确定性对数据开发、利用、交易均存在负面影响，同时也严重影响个人隐私保护和社会利益分配。在数据产权配置上，可以根据不同主体对数据形成的贡献不同，分别赋予数据源发者（如个人）享有数据所有权，数据处理者（如平台企业）享有数据用益权。企业在尊重个人数据所有权

的前提下，可以通过获得数据源发者授权的方式，支付相应授权对价并获得相关数据的用益权。数据源发者和处理者可以通过普通许可、排他许可等方式约定数据的授权模式，而独占许可方式之所以难以在数据产权配置中实现，是因为要求数据主体在授权后丧失使用自己数据的权利可能并不现实。^⑥因此，完善数据产权制度，需要推进建立数据分级分类授权使用和市场化流通交易机制，以此促进数据要素充分开发利用。

（三）建立数据集体管理组织

海量的数据难免存在信息量过大、信息良莠不齐的问题，这一问题可能会增加数据交易主体的沟通与筛选成本。如果有使用个人数据意愿的企业需要与单一用户逐个协商数据使用，无疑将给潜在交易主体带来巨大的交易成本。面对这种情况，可以参照著作权领域的集体管理组织制度，在个人数据领域建立集体管理组织。^⑦享有数据所有权的个人可以将其享有所有权的数据委托集体管理组织管理，并由该组织代理个人行使数据权利，参与协商谈判，从而提高交易效率。

（四）建立统一的数据要素登记平台

数据产权登记的标的物只能是数据，数据产品和数据资源恐难以直接作为数据产权登记的客体。结合前文，我国数据产权登记的主要问题在于没有明确的实体权利基础，因此，在出台明确的数据确权方面的规范性文件的同时，应当明确数据产权登记的法律效力，并在登记过程中明确数据来源。在全国多个试点开展充分实践之后，应当考虑创建全国统一的登记机构或数据确权登记平台，颁布全国统一的登记规范标准（不排除因地制宜、因时制宜的特殊规定），统一登记机构的日常管理、审查标准与法律责任等内容，提高数据确权及配套登记制度的科学性和权威性，提高数据跨地区流动效率，降低数据流动成本。

参考文献：

- [1] 刘晓春，杜天星：《数据要素市场建构中的数据知识产权确权登记》，载《中国对外贸易》2023 年第 7 期。
- [2] 刘方、吕云龙：《健全我国数据产权制度的政策建议》，载《当代经济管理》2022 年第 7 期。
- [3] 张永忠、张宝山：《构建数据要素市场背景下数据确权与制度回应》，载《上海政法学院学报（法治论丛）》2022 年第 4 期。
- [4] 程啸：《论大数据时代的个人数据权利》，载《中国社会科学》2018 年第 3 期。

⑥⑦中卫星、李夏旭：《个人数据所有权的赋权逻辑与制度展开》，载《法学评论》2023 年第 5 期。

③中卫星：《数据确权之辩》，载《比较法研究》2023 年第 3 期。

④王镭：《“拷问”数据财产权——以信息与数据的层面划分为视角》，载《华中科技大学学报（社会科学版）》2019 年第 4 期。

⑤于施洋、王建东、黄倩倩：《论数据要素市场》，人民出版社 2023 年版。

公司盈余分配纠纷诉讼

要点探析

○黄霆* 广东晟典律师事务所

公司是市场经济中最主要、最活跃的主体，股东是公司设立、经营和发展的最直接、最核心要素，而股东的投资动力则来自收益回报。享有公司资产收益、参与盈余分配，是股东的根本权利。对此，《中华人民共和国公司法》（以下简称《公司法》）第四条明确规定“公司股东依法享有资产收益、参与重大决策和选择管理者等权利。”

关于股东如何享有公司收益，《公司法》第三十四条规定“股东按照实缴的出资比例分取红利；公司新增资本时，股东有权优先按照实缴的出资比例认缴出资。但是，全体股东约定不按照出资比例分取红利或者不按照出资比例优先认缴出资的除外。”第一百六十六条第四款规定“公司弥补亏损和提取公积金后所余税后利润，有限责任公司依照本法第三十四条的规定分配；股份有限公司按照股东持有的股份比例分配，但股份有限公司

章程规定不按持股比例分配的除外。”围绕着红利分配所发生的纠纷，属于公司盈余分配纠纷，具体指因股东基于其股东资格依法请求公司向其分配公司红利而发生的纠纷。

一、公司盈余分配纠纷与其他股东权利救济途径的区别

为保护股东权利，根据股东享有的各种权利可能受到侵害的不同情况，除公司盈余分配纠纷，现行法律还规定了股权回购、公司解散、代位诉讼等法定救济路径，不同的救济路径对股东的权利保护有实质区别，且各救济路径相互独立，任一救济途径不以其他救济措施为前置程序。

《公司法》第七十四条确立了股东主张股权回购的法律依据，也规定了有关条件和诉讼启动程序。^①根据

该条第一款的规定，如“公司连续五年不向股东分配利润，而公司该五年连续盈利，并且符合本法规定的分配利润条件的”，股东此时不仅有权提起公司盈余分配纠纷，亦有权主张公司按照合理的价格收购其股权，可以择一行权。股东请求公司回购其股权所能获取的是股权价值本身的合理对价，完成股权回购后，股东便丧失在该公司的一切权利和地位，此与请求公司分配现有盈余的法律效果截然不同。

《公司法》第一百八十二条^②及其相关司法解释，规定了股东有权通过司法程序请求解散公司的法定事由。该条规定的“公司经营管理发生严重困难”，其实质是指公司经营管理的内部机构运行发生严重困难，而非指公司业务经营困难或者发生亏损，因此，一家持续盈利的公司仍然存在被股东请求解散的可能性。股权回购之诉是请求回购的股东可能丧失其股东资格，而公司解散之诉则是公司全体股东可能同时丧失股东资格。因此，如果股东请求公司分配盈余而不得，通过司法途径也未能获得支持，在特定情况下，可以选择提起公司解散之诉，迫使各股东面临着相同的危机而使得僵局解决，迎来新的可能转机。

《公司法》第一百五十一条，规定了股东代位之诉（也称股东代表之诉）启动的具体条件、程序和各方的诉讼角色。^③不同于公司盈余分配、股权回购、公司解散纠纷，矛盾主体指向的是股东与股东或者股东与公司（其实质仍是股东与股东之间的冲突），股东代位之诉中矛盾的主体指向的是股东与公司的董事、监事、高级管理人员（董监高即使为公司的股东，但在该类诉讼中其被诉之因素基于其在公司担任的具体职务），诉讼利益也只能归属于公司而非发起诉讼的股东所有。

二、公司盈余分配纠纷的一般诉讼要点

《公司法》赋予了股东参与公司盈余分配权利，而《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（四）》（以下简称《公司法司法解释四》）第十三条“股东请求公司分配利润案件，应当列公司为被告。一审法庭辩论终结前，其他股东基于同一分配方案请求分配利润并申请参加诉讼的，应当列为共同原告”和第十四条“股东提交载明具体分配方案的股东会或者股东大会的有效决议，请求公司分配利润，公司拒绝分配利润且其关于无法执行决议的抗辩理由不成立的，人民法院应当判决公司按照决议载明的具体分配方案向股东分配利润”的规定，则指明了发生公司盈余分配纠纷时的具体解决路径，本文对该纠纷的诉讼主要要点分析如下：

1. 原告：无疑应为股东，即原告在起诉时需证明其具有公司的股东身份。但存在两种特殊情形值得探讨：隐名股东是否为适格原告？已丧失股东资格的人员是否绝对原告不适格？

关于隐名股东是否为适格原告的问题，深圳市宝安区人民法院在（2018）粤0306民初20203号民事判决中载明“2018年8月29日，王广来向昱盛公司、邹海林就请求变更公司登记纠纷提起诉讼，案号为（2018）粤0306民初19828号……邹海林、张某某、王广来于2018年11月21日自愿达成协议：一、邹海林、张某某、王广来共同确认昱盛公司、邹海林收到调解书之日起十五日内协助王广来办理工商变更登记手续，将王广来股东身份及投资份额记录昱盛公司名下；二、若昱盛公司、邹海林逾期未履行，王广来可向法院申请强制执行；……上述协议内容经广东省深圳市宝安区人民法院

* 黄霆，广东晟典律师事务所高级合伙人、律师，晟典党委副书记、《晟典律师评论》副主编，兼任广东省、深圳市两级律师协会公司法律专业委员会委员，业务领域为公司法律事务、企业合规、企业破产清算、民商事争议解决等。

以调解书形式予以确认。该调解书尚未申请强制执行……

现查，昱盛公司的工商登记信息为 2015 年 5 月 21 日注册成立的有限责任公司（自然人独资），注册资本 50 万元，邹海林为一人股东，持有 100% 股权”，该判决书认为“根据《公司法》第三十四条的规定，股东有权按照实缴的出资比例分取红利。基于昱盛公司现有的工商登记情况，王广来的股东身份虽未经工商登记明确，但王广来已具有法律意义上的股东身份，故王广来具备股东盈余分配权之诉的原告资格。”该案的二审法院深圳市中级人民法院在 (2019) 粤 03 民终 17200 号民事判决中也未对原告的身份是否适格持不同意见。据此，笔者倾向于认为，股东身份未经工商登记明确的隐名股东也可以作为适格原告，但该隐名股东的身份需要事先得法律意义上的认可——认可的方式可以为司法文书确认，或已经公司其他股东半数以上同意变更股东、签发出资证明书、记载于股东名册、记载于公司章程，此更加有利于及时保护股东权益，且也不违反现行法律的明文规定。

关于已丧失股东资格的人员是否绝对原告不适格的问题，关键在于已丧失股东资格的人员，其诉请所主张的是股东利润分配请求权（股东自益权）还是股东利润给付请求权（普通债权）。股东分配请求权是一项抽象的权利，该权利的实现具有两个必要前提——公司有利润、股东会批准利润分配方案，而主张股东分配请求权的人员必须具备股东资格。股东利润给付请求权是一项具体的权利，其性质可视为普通债权，其前提是股东会已经通过了利润分配方案，当股东会通过了利润分配方案，股东和公司之间就该股东所应分取的红利就形成了具体的债权债务关系，而独立于股东利润分配请求权，该债权权利已然独立存在，而无需依附于股东身份。因此，已丧失股东资格的人员在公司盈余分配纠纷中并非绝对原告不适格，在公司拒绝向该股东分配（支付）利润时，该股东便有权要求公司给付，即使该股东在请求支付之时已经丧失了该公司的股东身份，其仍有权要求公司按照利润分配方案向其支付在此之前的红利。从实务判例来看，安徽省马鞍山市中级人民法院于在 (2019) 皖 05 民初 278 号民事判决中即采用该裁判规则，安徽省高级人民法院在 (2021) 皖民终 26 号民事判决中对该案的一审判决进行维持，最高人民法院在 (2021) 最高法民申

6191 号民事裁定书中对该案的二审判决也持肯定意见。

2. 被告：股东请求公司分配利润案件，应当列公司为被告，但在该案件中存在其他利益相关方的，可以一并列为被告或第三人。

3. 管辖法院：根据《中华人民共和国民事诉讼法》第二十七条规定“因公司设立、确认股东资格、分配利润、解散等纠纷提起的诉讼，由公司住所地人民法院管辖”及《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》第三条规定“公民的住所地是指公民的户籍所在地，法人或者其他组织的住所地是指法人或者其他组织的主要办事机构所在地。法人或者其他组织的主要办事机构所在地不能确定的，法人或者其他组织的注册地或者登记地为住所地”可知，公司盈余分配纠纷由公司住所地（指主要办事机构所在地，或注册地）人民法院管辖。

4. 诉讼前置程序：无特殊要求。

5. 胜诉一般要件：《公司法》第三十七条第一款第六项规定“股东会行使下列职权：……（六）审议批准公司的利润分配方案和弥补亏损方案”、第九十九条规定“本法第三十七条第一款关于有限责任公司股东会职权的规定，适用于股份有限公司股东大会”。据此，《公司法司法解释四》第十四条及第十五条但书条款前的内容，从正反两个方面明确规定了对公司盈余分配纠纷的胜诉一般要件：作为原告的股东，需向法院举证证明公司存在载明具体利润分配方案的股东会或者股东大会决议，而公司拒绝分配；作为被告的公司，需向法院举证证明股东提交的载明具体利润分配方案的股东会或者股东大会决议不成立或无效或已被撤销，或者公司存在无法执行决议的正当理由。

三、公司盈余分配纠纷的特殊诉讼要点

《公司法司法解释四》第十五条规定“股东未提交载明具体分配方案的股东会或者股东大会决议，请求公司分配利润的，人民法院应当驳回其诉讼请求，但违反法律规定滥用股东权利导致公司不分配利润，给其他股东造成损失的除外。”

第十五条但书条款前的内容及第十四条的规定刚硬而无审判者的自由裁量空间，此不足以应对司法实务中千变万化、错综复杂的纠纷解决，立法者因而在第十五

条的但书条款为此留有了余地，使得《公司法司法解释四》的该部分内容与《公司法》第二十条^④的规定遥相呼应。第十五条但书条款的内容，也因此构成了公司盈余分配纠纷的特殊诉讼要点。那么，在公司盈余分配纠纷中，对“违反法律规定滥用股东权利导致公司不分配利润，给其他股东造成损失的”行为该如何进行认定？

最高人民法院在 (2016) 最高法民终 528 号民事判决中认为：“本院认为，公司在经营中存在可分配的税后利润时，有的股东希望将盈余留作公司经营以期获得更多收益，有的股东则希望及时分配利润实现投资利益，一般而言，即使股东会或股东大会未形成盈余分配的决议，对希望分配利润股东的利益不会发生根本损害，因此，原则上这种冲突的解决属于公司自治范畴，是否进行公司盈余分配及分配多少，应当由股东会作出公司盈余分配的具体方案。但是，当部分股东变相分配利润、隐瞒或转移公司利润时，则会损害其他股东的实体利益，已非公司自治所能解决，此时若司法不加以适度干预则不能制止权利滥用，亦有违司法正义”。“《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（四）》第十五条规定，‘股东未提交载明具体分配方案的股东会或者股东大会决议，请求公司分配利润的，人民法院应当驳回其诉讼请求，但违反法律规定滥用股东权利导致公司不分配利润，给其他股东造成损失的除外。’在本案中，首先，太一热力公司的全部资产被整体收购后没有其他经营活动，一审法院委托司法审计的结论显示，太一热力公司清算净收益为 75973413.08 元，即使扣除双方有争议的款项，太一热力公司也有巨额的可分配利润，具备公司进行盈余分配的前提条件；其次，李昕军同为太一热力公司及其控股股东太一工贸公司法定代表人，未经公司另一股东居立门业公司同意，没有合理理由将 5600 万余元公司资产转让款转入兴盛建安公司账户，转移公司利润，给居立门业公司造成损失，属于太一工贸公司滥用股东权利，符合《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（四）》第十五条但书条款规定应进行强制盈余分配的实质要件。”

④ 《公司法》第二十条第一、二款规定：公司股东应当遵守法律、行政法规和公司章程，依法行使股东权利，不得滥用股东权利损害公司或者其他股东的利益；不得滥用公司法人独立地位和股东有限责任损害公司债权人的利益。公司股东滥用股东权利给公司或者其他股东造成损失的，应当依法承担赔偿责任。

广东省高级人民法院在 (2019) 粤民申 9324 号民事裁定书中认为：“本院认为，本案为公司盈余分配纠纷。根据昂兴公司的再审申请，本案主要争议焦点为：昂兴公司 2014 年、2015 年是否存在可分配利润、陈顾梅是否有权请求昂兴公司分配利润……（二）关于陈顾梅是否有权请求昂兴公司分配利润。《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（四）》第十五条规定，股东未提交载明具体分配方案的股东会或者股东大会决议，请求公司分配利润的，人民法院应当驳回其诉讼请求，但违反法律规定滥用股东权利导致公司不分配利润，给其他股东造成损失的除外。昂兴公司 2014 年、2015 年均存在可分配利润，但其对此明确否认，陈顾梅未参加的两次《股东大会会议决议》中亦称 2014 年度、2015 年度不符合股东分红条件，且昂兴公司存在对陈顾梅行使股东知情权设置障碍的行为并引发了相关诉讼。综合以上情形，昂兴公司股东违反法律规定滥用股东权利导致公司不分配利润，给陈顾梅造成损失，一、二审判决认定陈顾梅有权请求昂兴公司分配利润并无不当。综上，昂兴公司的再审申请缺乏理据，本院予以驳回。”

参照上述案例的处理结果可以判断，目前在实务中，人民法院认定属于“违反法律规定滥用股东权利导致公司不分配利润，给其他股东造成损失的”行为主要包括：部分股东变相分配利润、部分股东变相隐瞒或转移公司利润、大股东在公司存在可分配利润的情况下滥用股东权利恶意不予分配。

四、结语

股东诉请公司进行盈余分配的前提条件是公司有可分配利润且股东会或股东大会已对利润分配方案作出有效决议，股东诉请公司进行强制盈余分配的实质条件一是公司有可分配利润，二是公司或其他股东存在《公司法司法解释四》第十五条但书条款规定的要件事实。诉请公司进行盈余分配或诉请公司进行强制盈余分配的股东，均应当依照“谁主张、谁举证”的原则完成举证责任，否则需承担相应的不利法律后果。

股权投资中“差额补足条款”的法律性质及适用

○杨文许* 吴哲莹* 广东华商律师事务所

“差额补足条款”作为股权投资中常见的合同条款，其法律性质以及适用可能会深切影响到投资方的权益。本文将针对股权投资中“差额补足条款”的法律性质以及适用、履行过程需要关注的法律问题要点展开讨论。

一、“差额补足条款”的概念

（一）法律规定

“差额补足条款”的相关概念规定在《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉有关担保制度的解释》（以下简称《担保制度司法解释》）第三十六条与《全国法院民商事审判工作会议纪要》第九十一条之中。“差额补足条款”主要起“增信”作用，多适用在股权投资中固定收益、股权回购款支付以及金融借款中本息清偿的差额补足等情况。

（二）“差额补足条款”的类型

不同表述下，“差额补足条款”的法律性质也有所

差异。下文将引用包括但不限于股权投资中的相关案例作为参考，依据法律规定以及笔者检索的案例情况，归纳如下：

1. 一般保证，特点：从属性、顺序性

北京市高级人民法院(2021)京民终733号股权转让纠纷案件中，将涉案股权投资固定收益“差额补足条款”认定为一般保证。涉案协议约定，“甲公司持有乙公司股权期间，在乙公司具备可分配利润时，董事会按照出资比例向甲公司进行分配利润，使甲公司每年获取的现金利润达到年化12%的投资回报率，不足年化12%的差额部分，丙公司将另行补足”。

本案例中，丙公司系乙公司控股股东，属于控股股东对标的公司可分配利润金额承担差额补足责任的情况。法院认为，根据约定内容来看，该责任对于乙公司的给付义务具有明显的从属性和顺序性，即丙公司承担的责任并非债务加入，而应为一般保证。

2. 连带责任保证，特点：从属性、无先后顺序

在最高人民法院(2019)最高法民终877号金融借款合同纠纷案中，法院将涉案“差额补足”条款认定为连带责任保证。“捷尔公司向工行九龙坡支行出具《差额补足承诺函》一份，承诺若韵恒公司在偿债专户余额低于《并购借款合同》项下当期应支付的贷款本金、利息及罚金(如有)，则由捷尔公司无条件提供差额补足”。

法院认为，从该承诺函的内容看，捷尔公司承诺如债务人在偿债专户里的余额不足以偿还当期债务，则由捷尔公司将不足部分资金划入偿债专户，以保障每期贷款到期后债权人的债权能顺利实现。此系捷尔公司自愿为涉案借款债务承担连带保证责任担保的意思表示。

3. 债务加入，特点：无从属性，债务同一性

在最高人民法院(2020)最高法民终295号借款合同纠纷案中，涉案协议约定“科特公司与亿舟公司签署的《借款合同》，金涛公司、朱永宁将无条件履行《借款合同》项下可能产生的科特公司所获取的固定收益及本金的差额补足义务，金涛公司、朱永宁对上述义务承担无限连带责任”。

法院认为，《差额补足协议》并未明确约定金涛公司、朱永宁系为《借款合同》项下亿舟公司的债务提供保证担保，且从《差额补足协议》约定看，差额补足人的差额补足义务不具有债务从属性，一审判决认定金涛公司、朱永宁属于债务加入，并无不当。

4. 独立合同，特点：无从属性、独立法律关系

在浙江省高级人民法院(2020)浙民终525号合同纠纷案中，涉案《差额补足协议》约定，“李春辉、董初升同意对袁建华或袁建华指定主体认购股份全部出售时收回的本金及收益按袁建华认购金额计算不足年化10%部分进行补足”。

原审法院认为，《差额补足协议》属于李春辉、董初升自愿承担袁建华投资损失及投资收益补足赔偿责任的无名合同，其本质系董初升、李春辉自愿对袁建华可能产生的投资收益不足部分及损失的承担，具有独立性。

二、“差额补足条款”不同法律性质认定对投资方权利实现的影响

（一）保证

1. 一般保证人先诉抗辩权

《民法典》第六百八十六条第二款规定，“当事人在保证合同中对保证方式没有约定或者约定不明确的，按照一般保证承担保证责任”。若“差额补足条款”被认定为一般保证，则差额补足义务方享有先诉抗辩权。除《民法典》第六百八十七条第二款规定的情况之外，差额补足义务方在主合同纠纷未经审判或者仲裁，并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前，有权拒绝向债权人承担保证责任。

2. 保证期间

此外，差额补足义务方还受到保证期间保护。对投资方来说，其法律风险主要在保证期间约定不明或者未约定的情况。如“差额补足条款”明确约定了保证期间，则依约定执行。但此类条款往往仅约定“承担补足义务”，缺少保证期限的约定，因为其订立之初即未将该类条款往“保证”上归类。

根据《民法典》第六百九十二条规定，“没有约定或者约定不明确的，保证期间为主债务履行期限届满之日起六个月”。这意味着，如“差额补足条款”被认定为一般保证，债权人需在上述六个月期限内以提起诉讼或者申请仲裁的方式向债务人主张权利，否则差额补足义务方无需再承担保证责任。

3. 管辖

（1）仲裁与诉讼并行

《担保制度司法解释》第二十一条第一款规定，主合同或者担保合同约定了仲裁条款的，人民法院对约定仲裁条款的合同当事人之间的纠纷无管辖权。意味着，如主合同约定诉讼、差额补足协议约定仲裁，则债权人需通过仲裁向差额补足义务人主张权利。

（2）依据主合同确定管辖

如“差额补足条款”被认定为保证的，差额补足协议便具有效力上的从属性。根据《担保制度司法解释》第二十一条第二款规定，如果主合同与差额补足协议存在管辖约定不一致的情况，应当依据主合同确定管辖法院。

（3）依据差额补足协议确定管辖

在构成连带责任保证的情况下，债权人有权单独起诉差额补足义务人，此种情况下，根据《担保制度司法解释》第二十一条第三款规定，应当根据担保合同确定管辖法院。

* 杨文许，广东华商律师事务所合伙人律师，主要执业领域为股权收购与投融资、公司运营与治理、互联网新媒体。

* 吴哲莹，广东华商律师事务所实习人员，业务领域为公司运营与治理、民商事争议解决、常年法律顾问。

（二）债务加入

1. 对债务承担连带责任

根据《民法典》第五百五十二条规定，债务加入指“第三人与债务人约定加入债务并通知债权人，或者第三人向债权人表示愿意加入债务”。债务加入与保证的最大区别在于，保证中债务人与保证人有履行顺序的规定；若“差额补足条款”被认定为债务加入，差额补足义务方需承担与债务人同等的责任。债权人既可以请求债务人履行还款义务，也可以请求差额补足义务方履行还款义务。相比于保证，“差额补足条款”被认定为债务加入会加重差额补足义务人的责任；对于投资方来说，可以同时或者择一起诉债务人或者差额补足义务人，更有利于保障投资方的资金安全。

2. 分别判断管辖法院

通过另行签订协议的方式确定差额补足义务的，“差额补足条款”被认定为债务加入的，则两份合同在效力上相互独立，分别构成独立的债权债务关系，应当分别遵循合同中对于管辖的约定，如约定管辖不一致，则需要分别起诉。

（三）独立合同

若差额补足协议有效，但并不属于保证或债务加入的，法院通常将其认定为独立合同。一般认定为独立合同系基于以下基本情况：“差额补足条款”或协议没有对应的主债务、“差额补足条款”或协议与债务不具有同一性，即并非同一笔债务与同一债权人。

对于属于独立合同的“差额补足条款（协议）”，对于债务人而言，可灵活主张权利，选择同时或者择一起诉债务人或者差额补足义务人。

三、“差额补足条款”的效力问题

关于“差额补足条款”的效力的判断，首先应当依据《民法典》关于民事法律行为效力的规定进行认定。其次，判断“差额补足条款”的效力问题，应当结合“差额补足条款”性质认定展开，不同性质的“差额补足条款”存在无效的特殊情形。

（一）保证

公司签订“差额补足条款”时，应当履行内部决议程序；若公司为上市公司的，还应履行公告程序。

1. 未经内部决议可能产生效力瑕疵

《中华人民共和国公司法（2018 修正）》第十六条、《上市公司监管指引第 8 号——上市公司资金往来、对外担保的监管要求》（中国证券监督管理委员会公告〔2022〕26 号，以下简称《8 号监管指引》）第九条对于公司为股东或者实际控制人提供担保的内部表决程序，均有专门规定。

在最高人民法院〔2019〕最高法民终 560 号金融借款合同纠纷案中，虽然涉案《差额补足合同》的签订经过董事会决议，但未经股东会决议，法院认为“凯迪公司签订《差额补足合同》时，未经股东大会决议，华融公司对此未尽审慎注意义务，主观上存在过错，并非善意第三人，在凯迪公司对此不予追认的情况下，《差额补足合同》无效”。

在公司作为差额补足义务人的情况下，投资方应当依据法律法规、公司章程规定，严格审核公司对外担保内部决议程序的合法性，例如关联董事、股东是否回避表决等，确保决议不存在效力瑕疵，确保“差额补足条款”有效。

2. 上市公司对外担保应当履行公告程序

《担保制度司法解释》第九条第二款规定，“相对人未根据上市公司公开披露的关于担保事项已经董事会或者股东大会决议通过的信息，与上市公司订立担保合同，上市公司主张担保合同对其不发生效力，且不承担担保责任或者赔偿责任的，人民法院应予支持”。

笔者理解本条规定的形成有下述原因的影响：

第一，上市公司作为公众公司，应当确保投资者能够及时、准确、完整地获取可能对上市公司股票交易价格产生重大影响的信息。而上市公司对外担保将可能导致上市公司承担非正常经营产生的债务，可能对公众投资者权益产生影响。

第二，依据《证券法》第八十条等规定，相关重大担保或者关联交易亦属于应当及时披露的信息。

第三，对上市公司对外担保提出特殊要求，作为《公司法》第十六条的补充。

上述《担保制度司法解释》第九条第二款的规定，与《公司法》第十六条公司对外担保的规定、《证券法》第八十条等对上市公司信息披露的法律法规、监管规则形成了有效衔接。

依据上述《担保制度司法解释》第九条第二款规定，

若上市公司作为差额补足义务人，投资方除了应当关注该内部决议程序之外，还应关注上市公司是否依法进行信息披露，否则存在难以向该上市公司主张差额补足权利的风险。

其次，根据《8 号监管指引》第九条规定，上市公司为股东、实际控制人及其关联方提供的担保，必须经股东大会审议通过，由此也提示投资方，除了核查关于董事会决议公告之外，仍需核查股东大会决议公告。

另外，需要关注的是，对于与上市公司控股子公司订立的担保合同，或者与股票在国务院批准的其他全国性证券交易场所交易的公司订立的担保合同（差额补足协议），亦应遵守上述内部决议以及信息披露的规定。

（二）债务加入

《担保制度司法解释》第十二条规定，“法定代表人依照民法典第五百五十二条的规定以公司名义加入债务的，人民法院在认定该行为的效力时，可以参照本解释关于公司为他人提供担保的有关规则处理”。

根据最高人民法院关于乐视案^①的审判观点，“债务加入的效果相当于加入人自己创设了一项独立的债务。与保证责任相比，加入人承担的债务较保证人的负担更重”。根据“举轻以明重”原则，债务加入的法律后果更重，则更需要内部决策程序。

综合上述规定以及判例情况，对于债务加入性质的“差额补足条款”，其无效的情形主要从是否经过内部决议与公告程序（上市公司）、相对人是否为善意进行判断，相关内容见上述“（一）保证”。

（三）独立合同

对于“差额补足条款”被认定为独立合同性质的效力问题，目前未有专门的法律条文进行规定，一般需依据《民法典》关于民事法律行为的效力规定进行判断。

笔者留意到，在最高人民法院（2020）最高法民申 2345 号营业信托纠纷案件中，对于认定为独立合同的“差额补足条款（协议）”，法院未关注差补义务人是否履行内部决议等程序。相较而言，投资方的合理注意义务得到减轻。

四、“差额补足条款”适用与履行的注意事项

（一）投资机构

^①最高人民法院（2019）最高法民终 1428 号企业借贷纠纷案件。

1. 明确差额补足的法律性质类型，合法合理拟定“差额补足条款”

根据意思自治的基本原则，司法实践中一般对“差额补足条款”的效力予以肯定。但为避免产生争议，各方在设计“差额补足条款”时，应该先全面了解担保、债务加入、独立合同各自的规则与司法实务的认定，结合交易需要，就“差额补足条款”拟达到的目的、效果以清晰的文字表述予以确定，明确责任承担规则以及相应细节安排，避免后续产生争议。

2. 履行必要的决议程序与公告程序

目前我国的法律法规尚未对“差额补足条款”应履行的具体程序作出明确规定，鉴于司法实践中通常将“差额补足条款”认定为担保与债务加入，拟定或者签订“差额补足条款”，应当核查差额补足义务主体的公司章程、董事会以及股东会（股东大会）议事规则、证监会以及相关交易所监管政策，核查差额补足义务主体是否已依法履行了相关内部决议程序与公告程序。

3. 清楚识别已签订投资协议中“差额补足”条款的法律性质，及时行使权利

如果已经签订“差额补足条款”或者协议，但该条款或者协议中未明确其法律性质的，作为投资机构，应当尽快识别并根据初步认定情况签订补充协议或者及时采取相应维权措施，保障资金安全，避免造成损失。

（二）补足义务人

在签订“差额补足条款”或者协议时，应当注意甄别所签署“差额补足条款”的性质。“差额补足条款”被认定为保证以及债务加入将导致不同的法律后果。

如果“差额补足条款”被认定为保证，则差额补足义务人在履行补足义务后，可以向债务人追偿，并享有保证期限以及先诉抗辩权等利益。如果“差额补足条款”被认定为债务加入，在履行债务和是否可向债务人追偿则需要具体判断，实务中存在一定争议，建议在合同中明确约定向债务人追偿的权利。

另外，在产生争议时，亦可通过对“差额补足条款”性质的甄别，确认对方据以主张权利的条款是否构成一般保证、保证期间是否经过内部决议，充分利用先诉抗辩权、保证期间、诉讼时效保障自身合法权益。

找关系型 诈骗的罪与非罪

○邓欣玮* 泰和泰（深圳）律师事务所

中国历来是熟人社会，在差序格局的影响下，人们潜意识中似乎总认为关系优于契约，人情比规则更可靠，当人们需要办事时，比起依靠专业或遵循规则，往往更急于通过各种途径找关系，并乐意为此支付运

作费。找关系需求涵盖诸如上学、就医、就业等一切日常事务中，这也给“有心人”带来了可乘之机。司法实践中，因收取运作费但未办成请托事项而产生的纠纷很常见，很多时候请托人为追回运作费会去公安

机关报案诈骗。但考虑到人情社会的潜规则，并非只要是未办成请托事项且未退回运作费的案件都构成诈骗罪。结合笔者类案研究结果及诈骗罪的构成要件，在未办成请托事项且未退回运作费的案件中，是否构成“找关系型”诈骗罪关键在于以下两点：其一，行为人是否客观上实施了欺骗行为；其二，行为人主观上是否具备非法占有的故意。

一、如何判断行为人是否实施了欺骗行为

诈骗罪中的欺骗行为即指虚构事实、隐瞒真相的行为，诈骗罪作为常见的经济犯罪之一，其犯罪方式多样且复杂，在不同类型的诈骗罪中，欺骗行为各不相同。笔者经类案研究，将“找关系型”诈骗罪常见欺骗行为总结如下，如果行为人实施了以下一种或数种行为，即可认定其实施了欺骗行为。反之，若不具备下述任何欺骗行为，则可考虑作出无罪处理。

（一）是否虚构社会关系或伪造身份

“找关系型”诈骗罪中，最重要的就是“关系”，这是请托人愿意给予运作费或好处的基础。够罪案件中大部分行为人都系通过虚构社会关系或伪造身份的方式骗取请托人的信任，进而使得请托人陷入“行为人有关系能搞定”的错误认识中。常见的虚构或伪造方式如：出示与某某领导的照片或聊天记录，谎称系该领导的亲属或朋友；利用朋友圈打造人设，伪造律师、法官、检察官等特殊身份；假扮某单位人员，谎称掌握相关信息；谎称亲属在某重要单位工作可给予方便等等。

值得注意的是，在“找关系”案件中，有时行为人出于想要取得请托人信任或者吹嘘炫耀等目的，可能会对自己的身份或影响力进行“包装”，比如宣称其和某领导经常一起吃饭非常熟，而实际上其和该领导仅是关系一般且多年未联系的同学。即使行为人在“包装”过程中存在一定程度的夸大或者部分不实陈述，只要不影响其具有找关系的现实可能性，也不必然认定其实施了欺骗行为。如瑞检公诉刑不诉（2021）Z18号案件中，检察院认为刘某没有虚构曾某是其舅舅的身份并在江西省公安厅上班的事实，刘某没有虚构或者夸大自身影响力，刘某具有找关系的现实可能

性，刘某没有虚构事实、隐瞒真相。

（二）是否不具备运作能力却给予运作承诺

此类诈骗案件中，行为人基本都不具备运作能力，但为了骗取请托人的信任，行为人在前期沟通过程中，通常会向请托人承诺一定能“搞定”，如果请托人仍有顾虑，行为人甚至会承诺“搞不定”退款，但这只是安抚请托人、骗取钱财的说辞，其根本没有退款的打算。此外，为了彻底瓦解请托人心理防线，行为人不仅仅是口头上给予承诺，还会通过特定行为增加其承诺的可信度，常见的如向请托人展示既往“成功案例”以证明其具备运作能力。（2023）青01刑终59号案件中，被告人王某明知自己无能力办理驾驶证及注销毒驾酒驾不良记录，仍谎称自己能够通过“特殊关系”为他人办理驾驶证，并在其微信朋友圈中公开发布“不用参加考试就可以办理驾驶证”等相关内容的图文，并使用他人驾驶证照片，谎称通过个人关系已办理成功他人证件，以此向被害人证明其办证能力，法院最终认定其犯诈骗罪。

但在行为人明确告知请托人其不具备运作能力，需借助他人力量办理请托事项的场合，则不能一概而论，行为人是否实施了欺骗行为需结合全案情况综合分析。如（2014）榆中刑二终字第00081号案件，法院认为，上诉人任某从开始办理井田手续之际，即承认其本人并不具备办理能力，被害人郝某也认为依靠任某的人脉关系来办成此事，任某正是为了赚取办理煤矿扩井田成功后的手续费而轻信了李某的谎言，才将钱汇给李某……其没有伙同李某共同虚构事实、隐瞒真相的行为……故任某犯诈骗罪的事实不清，证据不足。

（三）是否真实履行承诺或为履行承诺做努力

诈骗的底层逻辑即以最小的成本或代价骗取最大的利益，“找关系型”诈骗案件中，行为人会在前期投入时间、精力甚至较小金钱成本，可一旦骗得请托人运作费后，行为人便不会再进行任何投入，其不会履行承诺，也不会为实现承诺而做任何努力，其最多为安抚请托人情绪而装装样子。最常见的如捞人诈骗中，当嫌疑人被刑事拘留时，行为人假装其在公安、检察院等司法部门关系很硬，向嫌疑人家属索要办事费，并向家属保证最多37天嫌疑人就可以取保出来，

* 邓欣玮，泰和泰（深圳）律师事务所律师，中南财经政法大学刑事合规研究中心 研究员，擅长刑事辩护、刑事控告、刑事危机应对等刑事相关业务。

同时还保证如果人没出来就退款。但实际上行为人收了钱之后什么也不会做，只是单纯的等待，如果 37 天内检察院不批准逮捕、嫌疑人被取保，则告诉家属是因为其找的关系才将人取保，并收下办事费；如果 37 天届满检察院批准逮捕、人没有出来，则随便找理由安抚家属，并退还办事费。整个过程中，行为人不会为案件做任何工作，仅仅是赌检察院的批捕结果。

当然，很多时候事虽没办成，但不一定就能归咎于行为人，如果行为人确实为请托事项尽其所能，而非单纯收钱不办事，也可能不构成诈骗。如在信检公诉刑不诉〔2014〕19 号案件中，检察院认为：现有证据证实李某某在收取了被害人用于走关系的钱财后，找过信丰县公安局有关人员和到工业园派出所进行过打听案件的进展和处理情况，并没有为了个人占有该钱款而不办事不过问的事实，也没有虚构花了多少钱走关系办事的事实，故不存在虚构事实和隐瞒真相的行为。

（四）请托人询问进展时，是否以虚假借口搪塞和拖延，并反复索要运作费

够罪案件还有一常见行为，即在请托事项迟迟无进展时，请托人通常会询问、催促甚至质问行为人，行为人为安抚请托人情绪通常会以虚假借口搪塞和拖延，比如谎称钱已经给了某领导，某领导也答应办理此事，但领导正在出差，需等领导回来后再推进。还有的行为人前期收取小部分运作费，当请托人询问案件进展时，除了拖延之外，还会以虚假理由继续索要“运作费”，如谎称此事需要某大人物同意，目前已通过关系联系上了这位大人物，大人物表示此事可办，但还需要一些费用进行打点等等。如 (2023) 陕 05 刑终 96 号案件中，被告人寇某先以办事需要打点为由向栗某索要 20 万元，在栗某催促办事进度后，又以需要缴纳罚款为由继续向栗某索要 60 万元，最后法院以诈骗罪判处寇某十年有期徒刑。

二、如何判断行为人是否具备非法占有的目的

非法占有作为一种主观目的，难以揣摩，需要通过行为人的客观行为进行判断。在“找关系型”诈骗案件中，即便行为人事前实施了部分欺骗行为，其主

观上也不必然就具备非法占有的目的，比如行为人为获取请托人的信任，虽然前期采用了虚构社会关系等欺骗手段，但最后却帮请托人办成了请托事项，或在办不成时主动退费，便很难认定行为人具备非法占有的故意。故此类案件中，行为人是否具有非法占有的故意，关键还需通过行为人收取运作费后的客观行为进行判断。具体如下：

（一）运作费是自己占有，还是已付给关系人

非法占有的核心即“占为己有”，故此类案件中考察“钱给了谁”便极为重要，尤其是在行为人转委托其他关系人的场合下，如果行为人最终没有占有运作费，那很难说其主观上具有非法占有的故意。如（2014）榆中刑二终字第 00081 号案件中，被害人郝某共计给上诉人任某汇款 580 万元。任某通过银行转账同案被告人李某 340 万元，给予李某现金 20 万元，案发前返还郝某 90 万元，其余剩余款项用于郝某办理本案无关的其他事项……结合全案事实和证据，二审法院认为李某犯诈骗罪，但认为现有证据难以证明任某具有非法占有目的，改判任某无罪。

（二）运作费是用于疏通关系，还是挪作他用

判断行为人是否具有非法占有的故意，除了考察“钱给了谁”，还必须考虑“钱怎么用”。如果行为人收到运作费之后，并没有按照承诺将该笔钱款用于疏通关系，而是用于诸如买车、买房、还贷、旅游等个人消费，或者用于投资、理财、赌博等其他用途，若行为人最终不能归还该笔款项，基本都会被认定具有非法占有的故意。如（2022）湘 0725 刑初 399 号案件中，张某以找关系需要请客吃饭送礼为由，骗取宋某钱款用于个人消费挥霍。如若行为人收到运作费之后，确实将绝大部分运作费都用于请客、吃饭、送礼等疏通关系事由，是否具有非法占有故意需结合其他情节综合判断。

（三）运作失败之后，是否为返还运作费而努力

此类案件中，“想不想还”也是判断是否具有非法占有故意的重要因素，而行为人是否有通过积极筹款等方式为返还运作费做努力，是其内心“想不想还”的外在行为体现。此外，此类案件不能唯结果论，即不能只要事没办成又没还钱就认定行为人具有非法占

有的故意，我们还需客观考虑未还钱的原因，如果行为人未还钱不是因为其主观上不想还，而是确实存在合理事由导致其无法及时还款，如果行为人仍具备还款能力和还款意愿，则不宜一概而论。

（四）运作失败之后，是否逃匿

此类案件中，如果行为人收到请托人运作费后携款逃匿，则应当认定其具有非法占有的故意，常见的逃匿行为如更改电话号码、住址等通讯信息不让请托人知道；通过拉黑电话、删除微信等方式使得请托人无法联系行为人；通过拒接电话、躲避见面等方式失去联系；携款出境等等。如 (2020) 闽 0603 刑初 36 号案件，被告人江某虚构需要费用去疏通各种关系等理由，多次骗取他人款项用于偿还个人欠款、日常消费，后与被害人断绝联系，法院认定其犯诈骗罪。

三、以案说法

（一）案情简介

近日，笔者办理了一宗涉嫌“找关系型”诈骗案件，某村村民张某因其在宅基地建筑的房屋涉嫌违建建筑一事，托人请求李某“找关系”处理。沟通过程中，李某认为该违建建筑事项不好处理，遂请求好友胡某帮忙看看是否可以操作，张某遂带李某、胡某一同前往违建建筑地，查看涉案房屋后，李某询问胡某是否可以处理，胡某称其有办法使涉案房屋合法。后李某便与张某签订了委托协议，约定由李某帮助张某处理涉案房屋相关事项，张某并支付李某六十万元服务费。李某收到钱后，向胡某支付了二十万元，并与胡某口头约定该涉案房屋的相关具体事项由胡某操办，同时也口头承诺张某，如果事情没有办成可以全额退款。期间李某曾陪张某前往政府部门查询房屋情况，剩余事项则由张某直接与胡某沟通，李某不曾过问。后因请托事项一直未有进展，胡某因涉及其他案件被刑拘，张某便要求李某退款。李某表示其中有二十万元已经支付给胡某，其愿意退还剩下的四十万元，但因其资金用于投资项目，暂时没有这么多现金，需要一点时间找合作伙伴借钱周转，并表示愿意当面沟通协商退款等事宜，但因受疫情影响，李某一直被困外地未能及时处理退款事宜，张某遂向公安报案，李某因涉嫌

诈骗罪被刑拘。

（二）法律分析

笔者认为，李某的行为不构成“找关系型”诈骗罪。理由如下：首先，李某不存在故意虚构事实、隐瞒真相的欺骗行为。第一，李某没有通过伪造身份、虚构社会关系等虚假方式假装自己具备“运作能力”去吸引张某。李某与张某沟通过程中明确表示此请托事项有难度，需询问胡某的意见，并在胡某告知“此事可办”之后才接受张某请托。第二，张某的请托事项实际上系胡某办理，张某对此明知且同意。第三，李某并未向张某保证事情一定办成，并承诺办不成退款。第四，李某有为张某的请托事项而实际努力，而非纯粹的“收钱不办事”。第五，在请托事项无进展的情况下，李某没有搪塞、敷衍张某，而是积极协助张某与胡某沟通，其也不存在反复索要运作费的情形。

其次，李某不具备非法占有故意。第一，李某明确承诺其会退款。在请托事项未办成后，李某并没有逃匿，而是积极与张某沟通，在张某要求退款时，其也承诺自己会退款。第二，其中的二十万元已经支付给胡某，并非由李某占有。第三，李某未能及时退还剩余四十万元事出有因，其系因受疫情影响行动受限，故无法短时间筹够款项，而非恶意拖延。第四，事发后，李某为尽快退赔一直积极筹款，李某的合作伙伴表示愿意借钱周转，李某目前具备退款能力。综上，李某客观上未实施欺骗行为，主观上不具备非法占有的故意，其不构成诈骗罪。最后本案检察官也接受了笔者的观点，并对张某做出了事实不清、证据不足的不批捕决定。

综上，我们需承认历经数千年的熟人社会，找关系办事现象目前仍然普遍存在，甚至在未来很长一段时间也可能一直存在。在请托人报案场合，不能因为事未办成且未退款就一律作为诈骗处理，是否构成诈骗需审慎考量行为人是否实施了欺骗行为以及行为人是否具有非法占有的故意，若欠缺要件则应作为民事纠纷处理。但在尊重熟人社会潜规则的同时，我们也必须明白在法治化进程持续发展的当代社会，不是仅靠关系就能解决一切，我们应树立规则意识，解决问题宜遵循规则、依靠专业，切不可越过法律红线，也不要给不法分子可乘之机。

预售商品房抵押预告登记的效力认定及司法审查标准

○张晗* 广东联建律师事务所



在我国房地产开发过程中，为了给房地产开发企业（下称“开发商”）提供更多的融资手段，《中华人民共和国城市房地产管理法》等法律法规允许开发商将正在建设中的房屋预先出售给购房人，即所谓的“商品房预售”。

在预售商品房交易中，购房人往往需向银行贷款以支付购房款。为确保此贷款顺利清偿，银行一般要求购

房人用其购买的预售房进行抵押。然而，房屋尚未建成，购房人无法办理不动产登记，银行也无法办理抵押登记。为防范按揭贷款业务的信贷风险，银行在办理抵押登记条件具备之前，一般会要求购房人先行办理抵押预告登记，并要求开发商提供阶段性保证担保责任。

所谓抵押预告登记也叫预抵押登记，是指在正式抵押登记暂时无法办理时（通常是在建筑物尚未建成

时），当事人为确保将来取得抵押权而办理的一种临时性登记，统一由不动产登记机构办理。

由此产生一个现实的问题，若购房人未按期偿还贷款，银行能否仅依据抵押预告登记请求就预售房优先受偿呢？

一、司法沿革

为回应现实需要，《中华人民共和国物权法》第二十条确立了不动产预告登记制度，规定“当事人签订买卖房屋或者其他不动产物权的协议，为保障将来实现物权，按照约定可以向登记机构申请预告登记。预告登记后，未经预告登记的权利人同意，处分该不动产的，不发生物权效力。预告登记后，债权消灭或者自能够进行不动产登记之日起三个月内未申请登记的，预告登记失效。”《中华人民共和国民法典》（下称《民法典》）第二百二十一条也基本沿用了该条规定。

尽管抵押预告登记有了上位法的依据，但抵押预告登记的效力，特别是优先受偿效力和顺位效力，法律并无明确规定，理论界和实务界争议较大。

一种观点认为，抵押预告登记的目的在于保障债权人将来实现抵押权，从而获得较之其他担保物权人或者债权人更加优先的顺位。而现实是如果预售房建成后产权未登记至购房人名下，则银行难以完成抵押登记。若此时一味坚持要求银行完成抵押登记才可主张优先受偿权，将给当事人带来不必要的诉累，浪费司法资源，也变相加重了开发商的保证责任，使得各方利益处于失衡状态，不利于遏制债务人的失信行为。故认为在满足一定条件下，应推定抵押预告登记权利人已取得抵押权并有权主张优先受偿。

另一种观点认为，预告登记与本登记存在根本性的区别，抵押预告登记仅赋予了抵押预告登记权利人请求办理抵押登记的权利，本质上属于“债权公示行为”。因此，抵押预告登记不能直接产生设立抵押权的效果，债权人也不能据此请求行使优先受偿权。债权人只有在办理抵押登记后，才能取得对特定标的物的优先受偿权。否则，既混淆了预告登记与本登记之间的界限，也混淆了债权与物权之间的界限。

类似冲突在司法判例中屡见不鲜，且以第二种观

点占据主流地位，各地法院对此类案件同案不同判现象也较为严重。2021年1月1日施行的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》（下称《担保制度解释》）第五十二条，第一次正面回应了该问题，肯定了抵押预告登记在满足一定条件下具备抵押权设立的效果，抵押预告登记权利人享有优先受偿效力和顺位效力，在司法实务中起到了止争的作用。

二、最新司法审查标准

《担保制度解释》第五十二条第一款，以预售房是否办理了建筑物所有权首次登记为判断要件，将抵押预告登记的法律效果进行区分。规定已经办理建筑物所有权首次登记，且不存在预告登记失效等情形的，人民法院应当认定抵押权自预告登记之日起设立。

笔者认为，该司法解释并非直接赋予抵押预告登记产生抵押登记的效力，而是认为在具备办理抵押登记的前提下，如果非因抵押预告登记权利人的原因导致未办理正式的抵押登记，则应该推定抵押预告登记权利人已经办理了抵押登记并取得了抵押权，继而有权要求行使抵押权的优先受偿权。换言之，如果不具备抵押登记的条件，抵押权无从设立，自然也谈不上抵押预告登记的优先受偿效力和顺位效力的问题。该司法解释符合《民法典》第二百二十一条预告登记保障当事人将来实现物权之目的，也并不违反物权法定的原则，且很好地填补了立法的漏洞，衔接了抵押预告登记与抵押登记之间的关系，符合实践需要，统一了裁判思路，值得肯定。

但需注意的是，《担保制度解释》虽然确立了司法审查规则，实践中法院又是如何理解和适用该条文仍值得关注。本文以《中国法院2023年度案例》收录的各级法院报送的相关案例为蓝本，并结合《最高人民法院民法典担保制度司法解释理解与适用》等权威读本，梳理了如下几个共性问题。

（一）如何理解建筑物所有权首次登记

法院认为，所谓建筑物所有权首次登记，是指开发商在建筑物竣工验收后就建筑物所有权办理的首次登记（即俗称的“大产证”），而非指抵押人自开发

*张晗，广东联建律师事务所律师，深圳市破产管理人协会第一届执业培训委员会委员，主要业务领域：房地产、破产、民商事争议解决。

商处取得建筑物所有权而办理的首次登记（即俗称的“小产证”）。但实践中，也存在有些开发商为节省费用或者简便手续，未将建筑物所有权办理在自己名下即直接申请将建筑物所有权办理至购房人名下的情况，此时直接办理至购房人名下的不动产登记，也应认为属于所谓的建筑物所有权首次登记。

进一步展开说，如果开发商可以办理建筑物所有权首次登记而不办理，银行能否主张所有权已经具备设立条件，继而主张抵押权也具备设立条件呢？笔者认为，《担保制度解释》第五十二条并无此意，这已经突破了合同相对性原则，也不符合代位权的行使条件。而且即使暂无法确认银行的优先受偿权，也不会导致权利的过分失衡，因为此时银行可以要求开发商承担阶段性保证担保责任。

（二）抵押预告登记失效的认定

在该问题上，法院主要是结合《民法典》第二百二十一条第二款进行审查，即“预告登记后，债权消灭或者自能够进行不动产登记之日起九十日内未申请登记的，预告登记失效。”法院认为，所谓能够进行不动产登记，即指具备办理抵押登记的条件，但实践中一般只有开发商明确知情，购房人和银行可能并不知情，所以在认定抵押预告登记是否失效时，应以抵押预告登记权利人主观上知道或者应当知道能够进行抵押登记之日作为九十日除斥期间的计算起点，而不能以客观上具备办理抵押登记条件之日作为计算起点。所以目前尚未发现因超过九十日未申请登记导致预告登记失效的案例。有批评的声音认为，这实际上是架空了《民法典》第二百二十一条适用的条件，当然也有学者认为抵押预告登记本不应该因期间经过而失效，《民法典》第二百二十一条在规定预告登记时并未周全地考虑到抵押预告登记的特殊性，该失效期间不应适用于抵押预告登记的情形。

（三）《民法典》施行前的相关纠纷如何处理

法院认为，《民法典》施行前的法律事实引起的民事纠纷案件，当时的法律、司法解释对抵押预告登记的效力未做明确规定，而《民法典》及其司法解释对此有相关规定，故根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉时间效力的若干规定》第三

条，应溯及的适用《民法典》及《担保制度解释》第五十二条的相关规定。

（四）诉讼时预售房若仍不具备办理抵押登记条件如何处理

法院认为，因该房屋暂不具备办理抵押登记的条件，故原告请求对涉案房屋享有优先受偿权缺乏事实和法律依据，应驳回其诉讼请求。但需要特别说明的是，尽管抵押预告登记权利人的诉讼请求被驳回，却并不意味着抵押预告登记本身无效或者已经失效。因此，在具备办理抵押登记条件时，抵押预告登记权利人仍可再次请求行使抵押权，并不构成重复诉讼。

（五）抵押预告登记后预售房被多个法院查封的执行顺位问题

当购房人已无法按期偿还按揭贷款时，往往已陷入债务危机，伴随有其他债权人主张权利并预查封案涉预售房的情形，已有执行局曾就能否将抵押预告登记权利人视为第一顺位提出异议。对此，法院认为，《担保制度解释》第五十二条已经对抵押预告登记的顺位效力进行了明确规定，所以预告登记权利人的优先受偿权不应该因在后的查封而受影响，执行中也应当做相应调整。

三、结语

《担保制度解释》第五十二条的出台，明确肯定了在一定条件下，抵押预告登记具备抵押权设立的效果，抵押预告登记权利人享有优先受偿效力和顺位效力，实现了定纷止争。作为相关从业人员，应当及时更新知识，把握最新动态。

参考文献：

1. 国凯：《预售房抵押预告登记之优先受偿论》，载《财经法学》2023年第1期，第106-119页。
2. 最高人民法院民事审判第二庭：《最高人民法院民法典担保制度司法解释理解与适用》，人民法院出版社2021年5月第1版，第451-459页。
3. 国家法官学院，最高人民法院司法案例研究院：《中国法院2023年度案例·金融纠纷》，中国法制出版社2023年5月第1版，第32-71页。
4. 主要参考案例：（2021）闽0122民初3611号民事判决书，（2021）桂0102民初10313号民事判决书，（2021）川01民终16466号民事判决书，（2020）桂0107民初13997号民事判决书，（2021）粤06民终8260号民事判决书，（2021）川1011民初4361号民事判决书。



一、案情简介

W，自小聪明伶俐，是家中独女，被父母视为掌上明珠，疼爱有加，其勤奋好学，求学期间考取了省重点高中及国内知名985大学，后又于国外留学获硕士学位。2021年刚毕业即怀揣梦想前往K市，投身于热爱的教育事业，应聘为某公立小学的教师并通过了教师资格考试。

2021年9月新学期伊始，经短暂的培训，W满心憧憬地步入人民教师的行列。学校为锻炼其，对其委以重任——担任四年级某班主任。工作期间，其所在班级秩序混乱，W在管理过程中不适当的采取了体罚学生的手段。后事件升级为刑事案件，其被公安

机关以“虐待被监护、看护人”一罪移送检察机关审查起诉。

二、律师调查

接受委托后，辩护律师第一时间走访调查，了解案情。W就职学校生源构成参差不齐，其班级有数位经医院确诊为多动症和智力临界的学生，平时教育秩序和课堂纪律比较差。在W短短两三个月的教学期间，班上多次出现严重影响课堂纪律的现象。学校开会也多次提及，年级会议、年级组长、其他任课老师、学生家长也多次向W提出，强烈要求其想办法更严格地管理班级的教育秩序和课堂纪律。

*董玉琴，北京大成（深圳）律师事务所合伙人、大成毒品犯罪研究中心执行主任，广东省律协刑民交叉委委员、深圳市律协商事犯罪委副主任、深圳十佳公益律师，专注刑事业务，擅长办理毒品、枪支、走私、经济类案件。

*潘亚西，北京大成（深圳）律师事务所律师，曾在民间金融企业和事业单位从事风控、财务工作近20年，业务领域主要为刑事辩护。

因 W 的教育教学经验不足，初始所用方法收效甚微。为给其他学生有良好的受教育环境，加之学校施加的教学压力，W 对自身工作能力的期望，急切希望自己的工作能力受到学校和家长的肯定。W 回想起自身所受教育的经历，老师们会用竹板打手心的惩罚方式来略施惩戒，以约束自控能力差的学生。

经综合考量，2021 年 11 月底 W 为其班级制定了班规，其中一条是让班干部记录课堂捣乱的学生，上课捣乱一次，记名一次；被记名一次，会被用戒尺打手心十下。班级下午的延时课阶段，将记录名单汇总后，给予捣乱课堂纪律者以打手心的惩戒，希望以此改善糟糕的课堂纪律。但是，虽秉持良好初心，但在教学压力的影响下，其忽视了法律法规的相关规定，导致了严重教学事件的出现。

某天在 W 的课堂上，一位李姓学生突然站起来将另一田姓学生的凳子踢倒，随后两人扭打在一起，W 及时上前阻止了事态的进一步发展，经对二人批评教育后继续上课。在下午的延时课上，W 拿到了班干部记录的不遵守课堂纪律学生的名单，然后用新订班规进行了惩戒。该李姓学生（非多动症、智力临界）当天违反课堂纪律被记名七次。在惩戒过程中，李姓学生一直在躲闪，致数次打手心的戒尺并没有打到手心，而是打到了该学生的胳膊和后背。W 在打了十多下之后，看到其哭了，就转而惩戒其他违反课堂纪律的学生，并未严格按照班规惩戒。

当晚，该学生在洗澡的时候，其父看到该生的手臂和后背有伤痕（后经鉴定为轻微伤），就打电话询问班主任，W 承认是其进行教育惩戒行为所致。W 在与李姓学生家长的沟通过程可能存在言语上的误解，该生父亲直接打 110 报警。随后，K 市公安局警情处理中心将案件指派给学校所在地派出所处理。

三、事件升级

第二天，派出所与当地司法所人民调解中心参与了调解，在 W 不在场的情况下，该校校长、人民调解员、学生家长三方确定了一个赔偿解决方案，只允许 W 签字支付赔偿款，且不能有异议。毕竟 W 只有 25 岁，刚刚步入社会，为了尽快解决此事所产生的不良影响

及后果，便违背意愿签署了调解协议书，随后四处借钱交齐了高达 12 万元的赔偿金。同时，校方也对其做出了停职一周、调岗其他班级任课、通报批评、扣发当月绩效工资、取消本年度评优、晋升资格等处罚措施。

2022 年是教育部师德师风专项整治年，加之此次事件处理中的赔偿金额过高，由此引起了市公安局的重视，认为一个简单的教育体罚事件却有如此高的赔偿金额，怀疑事情并非那么简单，而需深究其因，故将此案件重新指派给学校所在区公安分局辖区的派出所，以涉嫌虐待被监护、看护人案进行立案侦查，W 作为犯罪嫌疑人接受了全方位的审查，所幸其一直被取保候审，未被羁押还能继续在学校从事教学工作。

在 2022 年的 4 月 15 日，经当地派出所重新侦查后并报区人民检察院，拟以 W 涉嫌虐待被监护、看护人案审查起诉。W 的亲属在获知事件的进程后，立即寻求辩护律师帮助。此时，案件已被移送至区检察院正式立案，进入审查起诉阶段。

四、律师辩护

接案后，辩护律师立即联系检察官阅卷并紧急约见当事人，就当时的案件情况做了详细的了解。通过查阅案卷材料和走访，辩护律师意识到，该案件可能存在案外因素误导案情走向的情况。于是在查阅相关的法律规定后，积极与检察官沟通，立场坚定地表示，嫌疑人不可能构成虐待被监护、看护人罪，并结合客观事实及证据材料进行了论证分析，还原案件事实，抢在检察官查看案卷之前把书面和口头辩护意见表达予其。

（一）罪名分析

要论证案件当事人不构成该罪，就有必要针对该罪名进行分析。虐待被监护、看护人罪，是 2015 年 11 月 1 日施行的《刑法》修正案（九）新增设的，在此前，《刑法》第 260 条的虐待罪仅限于家庭成员之间，且如果未达到被害人重伤、死亡的结果，属于告诉才处理的犯罪。这种情况下，往往给予施暴人行政处罚，由其承担民事赔偿责任，不能更好地保护被害人的权益。而虐待被监护、看护人罪弥补了这一法律漏洞，将非家庭成员之间的虐待行为纳入了《刑法》保护的

范围，加强了对弱势群体权益的保障。

（二）犯罪认定

虐待被监护、看护人罪的主体，主要是对未成年人、老年人、患病的人、残疾人等负有监护、看护职责的学校（含幼儿园等育婴机构）、养老院、医院、福利院等单位负有监护、看护职责的人员，以及直接负责的主管人员和其他直接责任人员，并且在客观上表现为行为人对被监护、看护的人实施了虐待，情节恶劣的行为。事实上，包括发生在幼儿园里的虐童行为在内，该罪的客观行为通常表现为殴打或者体罚等，行为性质显然更符合故意伤害犯罪。因此，如果造成被监护、看护的人轻伤以上后果的，应根据《刑法》修正案（九）关于“有第一款行为，同时构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚”的规定，以故意伤害罪定罪处罚。

（三）该罪的构成要件

当事人 W 的行为，从根本上不符合该罪名的构成要件。首先，W 的主观方面是为了更好地维护和保持教学秩序和课堂纪律，使得认真学习的绝大部分同学能有一个安静稳定的课堂纪律，使自己的一身所学能更好的教育传授给学生们，不存在恶意侵犯学生人身权利的主观心态，主观心态不存在犯罪故意。

其次，W 所实施的惩戒行为，造成了学生身体体表的轻微伤，这在客观上是本可以避免的严重错误（法律意识的淡薄所致），并不属于手段残忍、情节极其恶劣（该罪的入罪标准必须是属于恶意虐待且达到情节恶劣），且没有对受惩戒学生造成不良的心理影响（该生仍然活泼好动，积极上学），并不需要心理干预和调解，该生自己在笔录中都理解老师是为了约束其违反课堂纪律而实施。其他的学生家长也表示对此予以理解，认为由教育行政部门给予行政处分足以达到警示的效果，公安机关不应该介入。

最后，法律的目的是教育和引导，惩罚只是辅助的手段，综合法律方面、案件事实的因素考虑，为达到法律效果和社会效果的合理统一，无论从哪个方面来考量，都不能认定 W 的行为符合虐待被监护、看护人罪的构成要件，更加不可能构成该罪。

刑法的处罚原则必须主客观效果一致，否则会导

致罚不当其罪，严重违背司法公正。W 的行为固然有错，教育经验的不足、法律意识的不足使其处理问题的手段和方式方法过激，没有掌控好教育惩戒的违法边界。但从其主观方面思考，其错不至于入罪，其错在没有认知到自己的行为已经违法，且有踏入犯罪道路的危险，没有深刻认识到自己作为教育工作者更应该知法懂法，学会运用法律的手段维护受教育者和自身的合法权益。

五、终获不诉

任何一个涉及刑事的案件，在案件程序进行到审查起诉审查阶段时，都没那么容易被认定无罪，加之本案涉及案外因素（上级公安机关的指示），要经历退回补充侦查以及检委会的集体讨论。辩护律师经沟通后发现检察委的意见不一致，在承办检察官的推动下，本案在区检察院举行了非公开的检察听证会（因涉及未成年人）。听证会由承办检察官担任主持人，邀请了区人大代表和政协委员共七位听证人员组成听证团队，听证员中有律师，更有三位学校校长，足见检察院对该案的重视程度。另外还有侦查机关代表、区教育局代表、学校代表、当事人及其辩护律师团队。

听证会举行了两个多小时，各方充分发表了意见，后经过与会代表的激烈讨论，就案件的事实和性质问题作出了认定，认为本案就是一起教育过程中的体罚，不是所谓的恶意虐待且构成严重不良社会影响和教育后果的恶性事件，没有必要将其上升到犯罪高度论处，应保证司法的公正和法律适用的协调，也适度地保护了教育工作者的权益，达到了法律效果和社会效果的完美统一，也给当事人一个深刻的教育和改过的机会。

经过检察听证和检委会的讨论，检察院最终对本案作出法定不起诉的决定，使得 W 险些因此凋谢的青春和人生重新走上正轨。

以上案例，充分说明了近十年来国家推进依法治国取得了长足的进步，但还是会针对具体案件产生认知不足的问题，这就需要我们辩护律师在面对每一宗案件的时候，要细致与耐心，深入了解法律在社会生活中的指导和预测作用，用法律的方式方法保护当事人的合法权益。

论正当防卫权的立法原意和法治精神

○李德斌* 深圳市公安局罗湖分局东深派出所

在一片质疑与评论声中，我带着沉重的心情，看了电影《第二十条》。从电影故事中，我深刻感受到了当今社会有太多人曾在“唯结果论处”的司法惯例中，蒙受冤屈，承受伤痛……才有这么多人产生如此强烈的共鸣，并呼唤《刑法》第二十条正当防卫的立法原意与法治精神！

最近，我先后看到最高人民检察院、最高人民法院、中央政法委等部门都对《第二十条》作出影评。我觉得，对于“正当防卫”法律规定执行上的偏差，大家应该要保持一定的理性，不要被网络上各种拉仇恨、泄私愤的言论所左右，而使“正当防卫”这一法律规定又倒向另一个极端。为此，我想谈谈正当防卫权的立法原意与法治精神，讲讲“正当防卫”这一法律规定司

法实践的艰难历程，并提出个人建议，供大家参考。

一、“正当防卫”长期沉睡不是警察、检察官、法官的道德情感认知造成的

我十多年前在分局法制科工作时，也一直对全国各地公安机关“唯结果论处”的执法习惯感到痛恶。在长期的案审工作中，我们确实经常遇到良好市民在制止不文明行为的过程中，被不文明行为人辱骂、挑衅，而与对方发生打斗并被对方带入违法陷阱的案例，各地公安机关几乎都是根据双方的伤情结果论处（即轻伤者重罚，伤重者轻罚）。很少有人会从整个事情经过厘清是非对错，判定双方责任的大小，作出“错责相当”的处罚决定。因为，这种以伤情结果来量化错责的“标准化”

处理原则，不容易出现差错。而以传统伦理道德来评判双方行为的是非对错、善恶好坏，会因缺乏标准化的量化规则，被持不同伦理观念的“权威专家”所质疑、驳斥，在复议、诉讼中有被撤销决定和败诉的风险。两相权衡利弊之后，各地公安机关纷纷选择“唯伤害结果论处”的处理原则，便成为必然之举。

可见，大家从《第二十条》电影故事中所感受到的不公与愤怒，并不是哪一个警察、检察官、法官的道德情感认知造成的，更不是哪一级公安机关、检察院、法院等部门有意为之，而是在各部门的绩效考核下，以及在法学研究部门的学术导向下，执法者和司法从业者们，为了追求“法理”的合法性和绩效考核的实效性，而被迫选择无视社会伦理秩序，出现一些违背传统伦理道德的执法、司法习惯的形成，导致《刑法》第二十条长期睡眠。

我曾经也像有良知的检察官“吕玲玲”那样，坚持“教育与处罚相结合”的工作原则，竭力区分违法当事人主观善恶，指出双方当事人各自行为的过错，教育他们树立符合社会主流价值的道德观念，再根据双方行为过错的比例，作出错责相当的处罚结果，力求“法理”与“伦理”相协调统一的执法效果。但是在一次被无理投诉中，我受到了“通报批评”的行政处分，我也曾因为自己的坚持不被理解，而感到十分苦恼。因此，我希望大家对“正当防卫”这一法律规定长期沉睡的现状和各级公、检、法部门长期“以伤情结果论处”的执法惯例，予以理解和包容。这真不是哪一个警察、检察官、法官的错，而是整个社会重“法理”而轻“伦理”的普遍认知，导致我国的法治精神出现了偏差。

二、“正当防卫”在司法实践中的各种极端案例，长期困扰各国司法界

西方现代意义上的正当防卫制度起源于启蒙运动时期。其中，关于正当防卫的规定，最早出现在1791年法国的刑法典第6条：“防卫他人侵犯自己或他人的生命而杀人时，不为罪。”到1871年，德国的刑法典进一步扩大了正当防卫的范围，其第53条规定：“（1）如果行为是根据正当防卫应当的，那么该行为不可罚；（2）正当防卫是一种必要的防御，以制止正在进行的对自己或他人的违法侵害；（3）如果行为人处于恐慌、

恐惧或震惊而逾越防卫限度，则过当的防卫不受处罚。”

总体而言，西方各国普遍强调正当防卫是天赋人权之一，应予以保护，这一基本的立法原则是趋同的。但是，大陆和海洋两大法系对待“退避原则”的态度却存在一定差异。

在大陆法系国家，由于坚持“法无需向不法退让”这一基本原则，通常认为对不法侵害没有退避义务。比如，有歹徒对我实施盗窃、抢夺、抢劫等不法侵害时，我就可以对该歹徒实施无限防卫权，即使将该歹徒打死，也不用承担法律责任。因此，对于赋予防卫人“无需退避”权力的制度设计，也会出现很多残酷的案例。

在英美法系国家，早期普遍坚持退避原则，主张防卫杀人能够被免责的前提是防卫前尽一切可能退避，只有在无路可避之时方可考虑还击，从而形成了“防卫人有退避义务”的观念和“靠墙”的司法原则。但自19世纪后期开始，对于防卫人合法合理履行防卫权要求过于苛刻，不利于维护社会的公平正义，更不利于鼓励、倡导民众见义勇为的积极性，于是，英国的法官和学者们一致认为，“退避”不再是正当防卫成立的必要前提，而只是判断防卫是否具备“合理性”时需要考虑的因素之一。

在美国，为了调和大陆和海洋两大法系中关于正当防卫“无需退避”和“有退避义务”司法原则的矛盾，专门在《模范刑法典》中规定，防卫人在防卫自身的情况下，若能绝对安全地通过退避措施保护自己的利益，则其有义务先行退避。同时也设定了例外情形，指导防卫人根据无需退避的例外情形，来正确履行自己的正当防卫权。但是，普通人在被侵害时存在极端恐惧、慌张的心理，很难根据例外情形指引，准确判断侵害人的作案动机（即对方是否有致自己死亡的目的），进而作出适当的防卫还击行为。所以，在美国一些主张“有退避义务”的州，很多民众或商家在遭遇黑人抢劫、盗窃等不法侵害时，就主动将手中的财物交给黑人，或是放任黑人盗走商店内的财物，这样就不会因履行正当防卫措施不当而招来被司法起诉的风险。在美国部分州的社会伦理宣传中，都认为这是接济“底层穷人”的一种方式，所以很多美国人对被黑人抢走少量财物是持接受态度的。

从西方各国“正当防卫”几百年来司法实践的历程，以及从美国各州因主张正当防卫权中退避原则的不同，

* 李德斌，原深圳市公安局罗湖分局东深派出所民警，四级高级警长，现已退休，现任罗湖区法学会“首席法律咨询专家”，深圳市“八五普法讲师团”讲师。退休后，目前在新疆伽师县西克尔库勒镇红山村小学支教。

而形成似乎荒唐的社会伦理秩序的情况来看，足见各国司法界在支持并鼓励民众正确履行正当防卫权的艰难选择。如果从法理上过于偏向防卫人的立场，则有可能会

导致部分民众过分强调自身的保护权而超前、超限采取防卫措施，造成对方严重伤害的后果（即超前或假想防卫）；如果从法理上过于偏向侵害人的立场，则不利于保护防卫人的合法权益，更不利于鼓励民众见义勇为。反观我国在支持民众依法履行正当防卫权的司法实践，我们的执法与司法工作者也同样经历了艰难的选择。譬如，在 80 年代，人们普遍认为抓住盗窃或抢劫犯之后，就往死里打，以此惩罚其违法犯罪行为，给那些违法犯罪分子足够的威慑。那时也有“见义勇为”群众将盗窃或抢劫犯打死、打伤的情形，如果死者、伤者家属不是强烈追究，公安机关也不怎么管。后来随着我国改革开放的深入，随着法治思想的普及，逐步倾向于保护犯罪嫌疑人合法权益。于是，各地公安机关和检察院、法院，对当街打死、打伤盗窃犯或抢劫犯的“见义勇为”群众，依法进行了判决处理，这样才逐步扭转了人们对履行正当防卫权的错误认知。此后，在近几十年的司法实践中，各级公安机关和检察院、法院均在保护违法犯罪嫌疑人合法权益的导向下，不断地强化各项执法、司法工作机制，而对被害人的权益保护机制则在日趋弱化。

总结各国关于“正当防卫”司法实践的历史教训，如果仅仅从法理上调和正当防卫权“积极退避”与“无需退避”原则的矛盾，只会让“正当防卫”法律规定在两个极端轨道上来回拉锯，永远都不可能运行在平衡、适中的法治轨道上。

三、西方各国关于“伦理”审判在前，“法理”审判在后的司法实践

尽管西方各国司法界对正当防卫权的法理争论一直存在，但他们的司法陪审员制度，却能一定程度上化解“积极退避”与“无需退避”两派观念的矛盾。

因为所有的刑事案件，在移送到大法官审判之前，都需要由普通群众组成的陪审团进行道德伦理的集体审查（即伦理审判）。如陪审团集体审查认为，防卫人采取的防卫行为符合社会主流道德伦理和广大人民群众的善良情感，同时又认为对方的行为是社会主流道

德伦理所不容的，即可认定被告人无罪。如陪审团集体审查认为防卫人实施的行为，违反了社会道德伦理，是被广大人民善良情感所唾弃的，则认定防卫人有罪，然后由法官按照罪刑相当原则对被告人进行有罪判决。

有了伦理审判在前，法理审判在后的司法工作机制后，即使再遇到《第二十条》影片中出现类似王永强、张贵生等法理与伦理相冲突的特殊案例时，我们的警察、检察官、法官们，就不会因社会各界的法理与伦理争辩而左右为难了。

效仿西方国家实行“陪审员制度”，在民国初期，也曾有过尝试。但由于当时的人们刚刚从封建礼法的桎梏中走出来，其文化程度普遍较低，对法治精神更不甚了解，所以参加陪审的群众并不知道该如何辨析、评判事情的是非对错和善恶好坏。

我觉得，如若实行人民陪审员制度，一定要配套提升人民群众道德情感和文化审美的相关制度与措施。否则，如果让“腐败”渗透到人民陪审员，那一定会给整个社会法治体系带来严重的灾害。

因此，建议通过开展各种文化、娱乐活动，不断提升基层人民群众的文化、生活审美，逐步构建起“以人民为中心”的社会结构和伦理秩序，然后成立“伦理审核委员会”，由基层人民群众以人民陪审员的身份，参与刑事案件和治安案件的“伦理”审判、审查，这样可以对案件审理起到道德伦理的监督，确保判决和处罚结果既符合法理，又适于伦理，而且在这种法官、执法者与普通市民共同参与案件审理的过程中，也能促进广大市民与执法者、法官等司法人员的情感沟通，增进相互的理解与支持，减少彼此间的分歧。

我们的执法、司法工作者在这样的法治环境下，也会大胆地坚持“教育与处罚相结合工作原则”，耐心教育违法犯罪嫌疑人，引导他们树立符合社会主流价值的道德情感和伦理审美，力求实现“法理”与“伦理”协调统一的执法、司法效果。

我相信，我国的司法界永远都不乏像“吕玲玲”“韩明”这样意志坚定的勇士，能够长期观察研究各项法律法规在执行中的不合理之处，并积极探索“法理”与“伦理”相协调统一之有效方法，来维护广大人民群众赖以生存、生活的社会伦理秩序，给当事人以公道、公平的处理结果，并推动我国法治社会的发展进步。

★ 深圳市司法局、市律师行业党委、市律协赴宁夏、云南慰问深圳“1+1”法律援助律师

2024 年 3 月 6 日-13 日，深圳市司法局、市律师行业党委、市律协组成两个慰问组，分别前往宁夏石嘴山市平罗县、云南省昭通市大关县慰问深圳“1+1”法律援助志愿者冯馨莹律师和陈海航律师，表达对我市援助律师的敬意，送上市司法局、市行业党委、市律协的慰问和关怀。驻地司法局对两位志愿律师的工作成效和奉献精神均予以高度认可，并介绍驻地法律援助工作开展情况和存在的困难。慰问组表示，法援律师一要坚定信念、勇往直前，积极践行公益理念，为当地需要法律援助的群众提供坚实的支持；要实做细法律援助，让法律援助离群众更近一些；要加强与两地司法行政机关、律协的沟通联系，做好两地沟通的“桥梁”。慰问组一行还实地查看了法律援助志愿律师的办

公和生活条件，了解驻地司法局公共法律服务建设。



★ 深圳市委政法委领导到深圳律协调研律师工作

2024 年 3 月 20 日，深圳市委政法委常务副书记胡庚祥带队到深圳律协调研律师工作，市司法局党委委员、市律师行业党委专职书记陈明主持调研工作会议。他鼓励市律协继续锚定深圳律师行业“十四五规划”的发展目标，稳步推进律师行业高质量发展，并对未来发展提出五点要求：一是坚决站稳人民立场，在服务经济社会发展中彰显深圳律师的社会价值；二是深耕律师行业品牌质量，理清深圳律师的优势和短板；三是着重培养涉外法治人才，用高水平涉外法律服务打造一流法治营商环境；四是严管厚爱律师队伍，既要严惩律师违规违纪行为，也要切实维护律师合法权益；五是推动构建良性互动的“亲”“清”法律职业共同体，共同维护司法公正和司法公信。会上，市律协会长张斌汇报了市律协的工作情况，希望市委政

法委能在推动法律职业共同体建设、密切法学会与市律协的交流合作方面给予更多关注与支持。



★ 深圳市律师行业第五次党代会胜利召开

2024 年 3 月 23 日，中国共产党深圳市律师行业第五次代表大会在深圳市委党校隆重召开。大会上，深圳市司法局党委委员、市律师行业党委专职书记陈明代表中共深圳市律师行业第四届委员会向大会作工作报告，报告从政治建设、组织建设、服务中心大局、党风行风建设四个方面回顾了过去的党建工作，并从全面加强党对律师工作领导、完善行业党建体系、增强行业社会责任感、提升法律服务国际化水平、争当行业党建排头兵五方面对今后工作提出了目标任务。大会选举产生了新一届中共深圳市律师行业委员会和纪律检查委员会。选举陈明为党委书记，刘伟东、张斌为副书记，黄振辉、曾常青、胡宁可、闵齐双、罗振辉、刘鸿、黄远兵、曾铁山为党委委员。选举曾常青为纪委书记，罗勇军、李景武为纪委副书记，吴小波、

文秋锦、许凤宁、谢永艺为纪委委员。



★ 深圳市第十一届律师代表大会第四次会议顺利召开

草木萌发，春山可望。2024年3月30日下午，深圳市第十一届律师代表大会第四次会议顺利召开。深圳市司法局党委书记、局长蒋小文，市司法局党委委员、市律师行业党委专职书记陈明，市司法局律师工作管理处处长、市律师行业党委副书记刘伟东出席会议，各区司法行政机关代表、市律协历届会长、监事长应邀出席，全市200余名律师代表参加。

会议高票通过了《深圳市律师协会第十一届理事会2023年度工作报告》《深圳市律师协会第七届监事会2023年度工作报告》《深圳市律师协会2023年度财务决算报告（草案）》《深圳市律师协会2024年度财务预算报告（草案）》《深圳市律师协会章程（草案）》《关于为深圳律师购买律师团体意外伤害保险及附加保险的报告（草案）》（以下简称《意外险报告》）《深圳市律师协会会费管理办法（草案）》等七项内容，会议还通报了《深圳律师行业社会责任报告（2023）》及《深圳律师行业发展报告（2023）》。

蓄势新突破，专注打造软优势

自1988年第一次深圳律师代表大会审议通过，《深圳市律师协会章程》已历经九次修订。本次修订增加了关于全面贯彻习近平法治思想和增强“四个意识”、坚定“四个自信”、做到“两个维护”等内容，将习近平总书记关于律师工作最新指示写入章程，并增设“党建工作”“终止和财产处理”专章和会费收缴标准、减免情形等内容。

自2014年以来，深圳律协已持续为全体个人会员出资投

保重大疾病保险。本次会议审议通过的《意外险报告》是此前由全体个人会员自行购买的团体意外伤害保险及附加保险，现在由协会拨付专项费用为全体个人会员购买。此举不仅体现协会对会员的关心和爱护，也进一步增强了会员对协会的归属感和认同感。

《深圳市律师协会会费管理办法》系统明确了会费标准、收缴标准、减免条件、执业变更缴费等众多律师关切内容，以规范、公开、透明、节约、民主，取之于会员、用之于会员的原则，最大限度提高会费资金的使用效益。

谱写新篇章，擘画蓝图促发展

本次会议首次以单独议题通报了年度行业社会责任报告和年度行业发展报告。《深圳律师行业社会责任报告（2023）》详细展示了深圳律师在服务经济社会发展和法治建设、参与社会治理、促进普法宣传、开展公益服务等七个方面的贡献，彰显了深圳律师勇担人民律师时代使命、服务深圳“双区”建设大局、护航中国式现代化建设、助力经济社会高质量发展的风采。《深圳律师行业发展报告（2023）》以大量的数据为基础和依据，全面系统地总结了深圳律师行业发展的基本情况，包括行业党建、业务发展、律师发展、律师事务所发展、协会建设、产业政策等方面，并正视深圳律师行业的发展短板，提出构筑法律服务科技创新高地、加速粤港澳大湾区涉外律师学院落地、打造“深圳律师总部大厦”等一系列“新智”举措，力求行业高科技、高效能、高质量的“新质”发展。



《国际法律观察》



《国际法律观察》是由深圳市律师协会主办的电子月刊，国际交流与合作工作委员会负责采编工作。自2022年6月发行第一期以来，截至2024年2月已发行22期，设栏目“名家灼见”“热点解析”“国际动态”“鹏城智慧”“海外观察”“案例剖析”“出海实战”等，共有100余名律师（包括粤港澳大湾区律师）、10余名法学专家（包括法学教授、央企法务、深国仲及国际商会相关负责人）的文章得到发表。该刊受到深圳市委、市政法委、市司法局相关领导及深圳市法学会的肯定，市政法委专门安排以摘要形式向市委定时报送该刊文章内容，优秀文章也有机会推荐至中央有关部门。目前，《国际法律观察》的影响力逐步扩大，冲出深圳地区，辐射到大湾区、北京、上海等地。

《国际法律观察》作为深圳市律师协会的对外交流平台、深圳涉外律师风采展示的舞台，以理论先导落地实践需求，凝聚行业力量、呈现行业智慧，为深圳律师行业的国际化建设和中国企业的国际法律服务需求贡献新的力量。

注：本刊自本期开始，特设“涉外观察”栏目，选刊《国际法律观察》的优秀文章，敬请关注！



