



总第 87 期

87

2020 年 | 第 4 期 |

深圳市律师协会主办

SHENZHEN LAWYERS

深圳律师

非常视线 专业见解

## “直播带货”的商业交易模式及法律关系探析

全面推进大数据共享，保障律师调查取证的权利

“捕诉合一”模式下，辩护律师如何提高不捕率

探析外观专利判赔“百万”背后的秘密

别了，我的当事人



## 市司法局任继光副局长前往 我市中小律师事务所进行调研座谈

近日，市司法局党委委员、副局长、二级巡视员任继光、一级调研员、律公处处长熊松青、律公处副处长徐胜芳，市律协会会长林昌炽、监事长魏汉蛟、秘书长、行业党委办公室主任侯昆霖等一行先后分别到广东守静律师事务所、广东鹏商律师事务所、广东宝城律师事务所、广东君言律师事务所等中小律所进行调研座谈，了解律师事务所前期疫情防控措施、复工复产情况以及当前面临的困难，并研究探讨了律师行业发展方向和有关工作举措。

继光副局长对守静所、鹏商所、宝城所、君言所在疫情防控、复工复产、党建工作、公益事业、服务创新、青年律师培养等方面工作表示了肯定：一是各律师事务所疫情防控工作部署科学、措施得力、效果明显，并积极参与战“疫”有法行动，编纂各类法律指引等工作，为全市的疫情防控工作做出了较大贡献；二是各律师事务所有序推进复工复产，积极化解企业复工复产中的矛盾纠纷，值得鼓励；三是从调研情况来看，各律师事务所充分发挥党组织作用，重视党建工作及所风建设，团结队伍凝心聚力，有力地促进了律师业务的快速发展；四是各律师事务所非常注重对青年律师的培养，为青年律师提供了学习专业技能、丰富实务经验的机会，有利于青年律师业务水平和综合素质的提高。

继光副局长也提出了当前我市律师行业发展面临的几个问题，主要表现在深圳律师行业发展不平衡、缺少高端国际化的团队、与北京、上海律师影响力有一定差距等，市局和市律协高度重视存在的问题，并抓紧研究和推动相关工作举措，力求促进律师行业持续健康快速发展，并通报了市局当前正在推动的各项



有利于行业发展的工作：一是起草了《深圳促进律师业发展的若干措施（草案）》，该草案已征集市各有关单位意见；二是推动律师参政议政、参与政府重大决策；三是着力解决律师会见问题，筹备设立我市律师远程视频会见中心；四是完善《深圳经济特区律师条例》的修订工作；五是积极筹备成立深圳市律协法律服务援助基金会；六是《深圳市关于进一步依法保障律师执业权利的实施办法》已正式印发。

继光副局长同时就下一阶段的工作对各律师事务所提出了以下几点要求：一是要把党的建设放在第一位，充分发挥党组织作用；二是积极支持与配合市律协换届工作；三是持之以恒抓好疫情防控工作，严格做好疫情防控的各项工作以及个人防护；四是抓好业务发展，同时还要抓创新、抓宣传；五是律所要做好人才引进和培育工作，推动律所和行业发展。

## 让新兴行业直播带货 进入法律的严管时代

○杜艳芝 深圳市消费者委员会律师团团长

知道柠檬法吗？是因为美国经济学家、加州大学柏克利分校的阿克罗夫教授一篇著名论文产生的美国二手车消费者保护法，并由此引申出“柠檬市场”。这还真直白，一个包装橙黄透亮的柠檬，打开一吃却酸得掉牙，卖方知道是酸的，买方不知道。确实如此，在市场中，卖方对产品永远拥有比买方更多的信息，买方无奈只能压低价格，以避免信息不对称带来的风险。

理论上说，直播带货通过现场演示、场景表演体现产品的优良，让买方愿意给出一个合理的价格，以促进消费并带动生产。很美妙的设计呢，解决柠檬市场买方信息不足的问题。今年发生的新冠疫情，让消费者全然没有机会到实体店验货，直播带货就应运爆发了。疫情让明星们失去了在舞台表演的机会，直播带货的平台就成了他们秀场的选择，而明星们会让平台看中，更因为他们自带流量，对“羽毛”的加倍爱惜，相当于以其声誉为产品作了背书。

直播带货本来是柠檬市场的补缺，是“宅经济”下打发无聊时光的新生活方式，为消费者带来了极大的购物便利。但中国消费者协会今年发布的《“6·18”消费维权舆情分析报告》则让直播带货这个消费热点成为投诉热点。火爆的带货场景，用价格引流量滑落到低价竞争；短信促销的频繁轰炸，让消费者烦不胜烦；七天内无理由退货被主播们套路了商家；刺激粉丝攀比打赏被主播们套路了粉丝；孩子们打赏主播的无理性消费几成社会事件……

因此，很有必要明确直播带货涉及的法律问题。电商平台和主播的法律关系如何？直播带货中推销商品的主播到底该负何法律责任？主播要清楚，不要蚁穴溃堤；消费者要明白，懂得及时维权。我们也欣喜地看到，7月29日市场监管总局发布的《关于加强网络直播营销活动监管的指导意见（征求意见稿）》让直播带货进入法律的严管时代。深圳律师也对“直播带货”这一热点问题给予了很高的关注，本期杂志邀约了几位专业律师进行法律探讨。

网络直播减少了买卖双方信息不对称的问题，将卖方信息大范围进行传播，使产品优点深入人心，当然有利于拉动消费。但是如果主播们发布的信息是虚假不实的，销售的货品是以次充好的，直播带货的优势也就不存在了，这个新兴的行业也可能昙花一现，如过眼云烟。因此，要记住，诚信永远是主旋律，尤其直播带货，因为主播们，尤其是明星主播们，你们的脸被用来作为诚信的注解，永远定格在荧屏上，一诺千金。





印刷日期 2020 年 10 月 20 日

编委会主任 林昌炽  
编委会成员 章成 蔡华 杨逍  
尹成刚 曾迈 江定航  
韩俊 汪腾锋  
主编 杨逍  
执行主编 侯昆霖 陈伟  
栏目编辑 周争锋 陈伟 杨新发  
陈旭绯 颜宇丹 杨银笛  
胡聪 屈文静 刘伟健  
责任编辑 伍春红  
编辑 黄红珍 王颖 杨柳  
美术编辑 蔡永军  
电话 0755-83025789  
传真 0755-83025177  
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

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。

# 目录 CONTENTS

## 卷首语 | FOREWORD ..... P1

01 让新兴行业直播带货进入法律的严管时代  
/ 杜艳芝

## 热点 | HOTSPOT ..... P4-14

04 “直播带货”的商业交易模式及法律关系探析  
/ 黄训 李雪

08 主播跳槽已违约，为何 MCN 机构的违约金难  
获支持？/ 黄蓉斌

10 MCN机构法律风控分析 / 杨文许



P18

## 论道 | DISCOVERY ..... P15-28

15 全面推进大数据共享，保障律师调查取证的权利 / 刘平凡 徐嘉艺

18 用活企业托管这张好牌，助力困境企业实现再生 / 贾磊

22 金融不良债权受让人之利息主张 / 黎伟 姜珊

26 民事二审与再审申请审查“书面化”及其影响 / 刘京柱 余垣福

## 实务 | PRACTICE ..... P29-39

29 浅谈证明力和证据能力在律师办理刑事案件中的运用 / 金鑫

32 “捕诉合一”模式下，辩护律师如何提高不捕率 / 方亮 马驰

36 浅析出租人自力救济权在房屋租赁合同纠纷中的运用 / 陈永亮



P32

## 拍案 | CASE AND EXAMPLES · P40-43

40 探析外观专利判赔“百万”背后的秘密  
/ 曹凤梅 刘伟

## 生活 | LIFE ..... P44-48

44 别了，我的当事人 / 董玉琴

46 一路向东 / 江知芸



MCN, 英文全称叫 Multi-Channel-Network, 它是个舶来品, 可以简单地理解为一种经纪公司的模式。MCN 机构与网红主播的关系, 类似于经纪公司和明星。网红主播负责内容创作, MCN 机构负责包装运营网红主播的形象, 并帮助其对接商务、导入资源、增加影响力, 最终实现变现。

# “直播带货” 的商业交易模式及法律关系探析

○黄训 李雪 北京德恒（深圳）律师事务所

随着“直播带货”商业模式迅猛发展, 其市场缺陷与规范不足的问题也逐渐暴露出来, 主播、主播服务机构 (MCN 机构等)、网络平台、入驻商家参与主体之间的法律关系也是问题丛生。鉴于此, 本文对所涉商业交易模式及法律关系作简单探讨。



## 一、“直播带货”中的法律关系亟待厘清

从 2019 年开始, “直播带货”作为一种新兴营销模式逐渐兴起, 发展规模不断扩大。在新冠肺炎疫情影响下, 兼具“网络地摊经济”特质的电商直播的热潮更是席卷全网各个领域。除了明星化身主播外, 格力电器董事长董明珠、锤子手机创始人罗永浩也开始“直播带货”, 甚至还出现了央视、人民日报等“直播带货国家队”。

据统计, 2019 年中国直播行业用户规模为 5.04 亿人, 直播电商行业总规模为 4338 亿元。今年一季度, 全国电商直播超过 400 万场, 全年预计将达到万亿级的市场规模。在刚刚过去的淘宝“618”年中大促活动中, 仅 6 月 1 日当天, 淘宝直播成交支付金额达到 51 亿元, 其中有 20 多个品牌、商家及主播的淘宝直播间成交额超过 1000 万元。

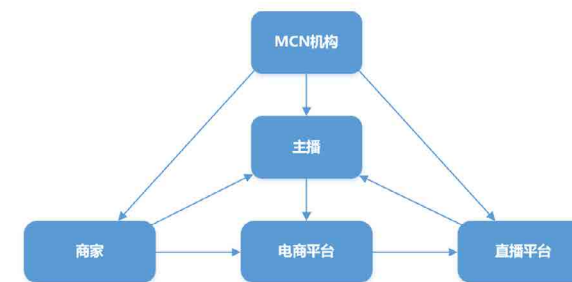
然而, 随着电商直播的迅速发展, 市场缺陷与规范不足的问题也逐渐暴露出来。6 月 16 日, 北京市消费者协会发布的《直播带货消费调查报告》显示, 在 30 个“直播带货”体验样本中, 有 9 个样本涉嫌存在证照信息公示问题, 占比 30%; 有 3 个样本涉嫌通过虚假宣传产品功效或极限用词诱导消费者购买商品, 占比 10%。除此之外, 部分“直播带货”商家页面没有任何商品的文字或图片信息, 个别“直播带货”商家直言“定金不退”。6 月 17 日, “直播电商行业治理论坛”在杭州举行, 论坛上, 浙江省网商协会发布了《直播电子商务服务规范 (征求意见稿)》。该规范对电商平台、入驻平台商家、主播以及 MCN 机构的规范化均提出了明确的要求。这对规范“直播带货”中的违规问题, 保障“直播带货”商业业态的健康发展具有积极的作用。6 月 24 日, 中国广告协会发布了《网络直播营销行为规范》, 为从事网络直播营销活动的各类主体提供行为指南。

梳理“直播带货”的交易模式, 厘清电商平台、入驻平台商家、主播以及 MCN 机构在不同交易模式下的法律关系, 确定各个主体在“直播带货”业态下的法律责任, 这是专业法律人士必须要完成的工作。

## 二、“直播带货”中的行为主体及相互关系

要分析“直播带货”中的法律问题, 首先要全面了

解“直播带货”中的行为主体, 判断其在法律上的角色与定位, 进而解析他们之间的交易模式和法律关系。



### (一) “直播带货”中的主播

我们这里所讨论的主播, 是指在直播间中通过言语介绍、亲身试验、产品展示等方式来推荐产品给消费者购买的电商类主播, 不包括通过表演、打游戏等方式来获得观众打赏的娱乐类主播。“直播带货”的主播主要可分为两类: 第一类是纯推广主播, 即主播接受商家的委托进行商品推广, 在直播过程中, 消费者不是直接向主播购买商品, 而是通过点击直播平台上的链接来下单完成购物; 第二类是主播推广代言的系自己所属企业生产或销售的商品。在上述两种模式下, 如何界定主播的身份? 是否为广告代言人? 是广告主、广告经营者还是广告发布者?

1. 主播是否为广告代言人? 《广告法》第二条规定: “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。”也就是说, 关键在于判断主播有没有“在广告中以自己的名义或者形象对商品、服务作推荐、证明”。对广告代言人的认定需要符合三个要件, 一是以自己的名义或者形象进行推广, 二是对商品或服务做了证明或者推荐, 三是非广告主。带货主播的直播行为符合这三个要件, 那么带货主播应属于广告代言人。因此, 如果主播在“直播带货”的过程中以自己的名义或者形象为商品、服务进行推荐证明, 利用自身的“粉丝效应”来吸引消费者, 同时主播与商家或品牌方又有委托或其他利益关系, 那么该主播可被认定为广告代言人。如果主播是推荐自家商品的广告主或者仅以机构名义对商品进行介绍、说明, 并未以自己的名义或形象进行推荐、证明, 就不能被认定为广告代言人。



2. 主播是广告发布者还是广告经营者？“直播带货”中的主播有可能还是广告发布者，或者广告经营者。根据《广告法》的规定，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人、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、法人或其他组织。如果主播在“直播带货”过程中以自己的网络平台账号投放、发布推广产品的视频内容，向消费者推销商品或服务，主播可能就成了广告发布者。如果主播在此基础上还自行设计直播风格、编制广告内容，自行掌控直播的内容和方式，此时主播可能还同时具有广告经营者的身份。而推广自家产品的主播则可能会具有广告主、广告发布者、广告经营者的三重身份。

#### （二）主播与商家：CPS 商业推广模式

在纯推广类“直播带货”中最主要的商业模式就是 CPS (Cost Per Sales)，CPS 是指以实际销售产品数量来换算广告推广费，即主播帮商家卖货，再根据卖出货的销量来提取销售分成(佣金)。除了佣金之外，商家如果请具有一定粉丝基础的“网红”主播带货还要支付上架费用，也就是俗称的“坑位费”。商家支付了“坑位费”，产品才有资格出现在主播的直播间，并且对于仅支付“坑位费”的商家而言，主播不会承诺和保证产品是否能卖出去以及销量。

#### （三）主播的背后：主播服务机构

主播服务机构包括 MCN 机构和主播工作室等，本文主要介绍一下 MCN 机构。MCN 是一种网红经济运作模式，直播电商中的 MCN 机构主要负责孵化网红个人品牌、供应链管理、店铺运营、粉丝运营等业务，商业模式非常多元化，其收入来源主要为带货收入或销售分成。MCN 机构就是进行网红孵化、内容输出和商业变现的一类公司。MCN 机构主要运营模式如下：首先为“网红”提供内容定位、创作建议、剧本指导、拍摄制作、商业包装等一系列服务，通过与抖音、微博等短视频或社交平台合作，吸引流量，把“网红”捧红；然后，在“网红”具备了带货能力之后，MCN 机构会与不同的商家品牌合作以获取货源，根据产品品类、资金实力、仓储物流能力等选择代销或经销模式；再进一步，MCN 机构会根据商家品牌的要求进行

广告策划、设计、制作，由旗下的“网红”在不同的平台搭建直播间成为主播，通过“直播带货”获取佣金。目前直播平台头部主播多以 MCN 公司形式运行，比如知名网红主播李佳琦所在的美腕（上海）网络科技有限公司就是一家 MCN 机构。随着短视频、“直播带货”的兴起，网红经济涌现巨大市场，2019 年 MCN 机构数量已达到 6500 多家。2020 年 5 月 15 日，上海市网络视听行业协会宣布成立 MCN 专业委员会，其中包括蜻蜓 FM、小红书、拼多多、新文化、趣头条、新榜、冠勇科技、盟眺（微盟）、无忧传媒、葡萄子、慈文传媒、东方购物、兰渡文化、东方明珠投资、铸山基金、嘉源海投资等 28 家企业。

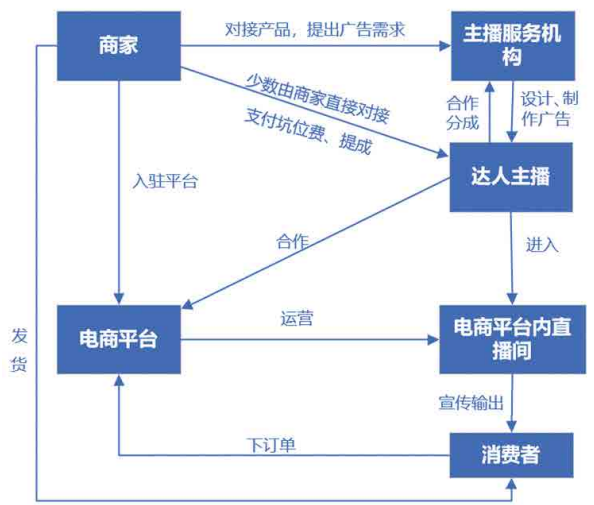
#### （四）电商平台与直播平台

根据《网络直播营销行为规范》，“直播带货”中涉及到的网络平台主要包括电商平台、内容平台、社交平台等。为了更好地分析商业交易模式，我们将电商平台、内容平台、社交平台中开设直播间供消费者观看的平台统一作为“直播平台”进行分析。电商平台主要是指《电子商务法》第 9 条所规定的“电子商务平台经营者”，即“在电子商务中为交易双方或者多方提供网络经营场所、交易撮合、信息发布等服务，供交易双方或者多方独立开展交易活动的法人或者非法人组织”，例如淘宝、京东等。关于直播平台，根据其是否具有独立性以及是否具有下单功能，具体可分为三种类型：第一种是直播平台镶嵌在电商平台内，不具有独立性，也不具有下单功能，消费者需要通过点击直播间的链接，跳转到相应的商品界面进行下单，如淘宝直播；第二种是直播平台独立于电商平台，具有独立性，但是不具有下单功能，消费者通过点击直播间的链接，跳转到相应的电商平台再进行下单，如抖音、快手等；第三种是直播平台既独立于电商平台，也具有下单的功能，消费者可以直接在直播平台上下单购买商品，此类直播平台目前还比较少。这里还需要关注一个问题，上述直播平台是否具有广告发布者或者电子商务平台经营者的身份？如果直播平台没有给主播的直播行为任何流量和关注支持，那么平台只是互联网信息服务提供者；如果平台采用了置顶、热搜、弹出弹窗、榜单排行、精选、推荐区等形式对直播进行了“推荐”，那么平台也成了广告发

布者。不具有下单功能的直播平台一般不能认定为《电子商务法》中的“电子商务平台经营者”，而如果网络直播平台还内置销售系统给商家，消费者可以通过在视频中点击相关链接或者标识而直接在该网络平台中下单购物，此时该直播平台应认定为具备了“电子商务平台经营者”的身份，需要依照《电子商务法》来规范自己的经营行为并承担相应的义务和责任。

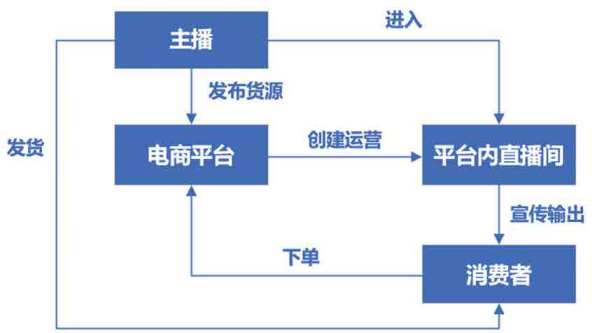
### 三、“直播带货”的交易模式及法律关系探析

#### （一）模式一：商家——主播服务机构——电商平台



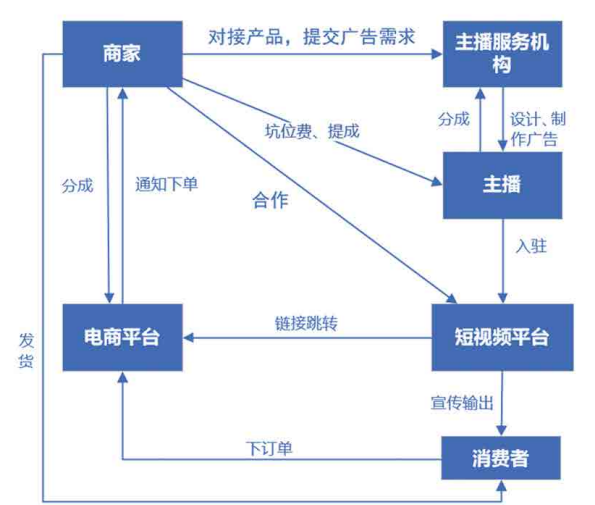
如上图，在此种模式下，一方面，商家与主播服务机构对接，为主播服务机构提供低价货源，同时提出广告需求（如希望由哪位主播进行直播，直播的宣传内容等等），主播服务机构根据商家的需求设计、制作广告，并由其旗下的达人主播在电商平台内的直播间进行“直播带货”。另一方面，商家的商品入驻电子商务平台，形成可下单的网络链接。电商平台运营直播间，将下单链接镶嵌到直播间内。当主播开始直播后，消费者可以直接点击直播间里的链接进行下单。下单后，由商家发货，完成交易。然后商家会向主播支付约定好的坑位费和销售提成，主播再与主播服务机构分成。在此种模式下涉及到主播服务机构与主播之间的法律关系；商家与主播服务机构、主播之间的法律关系；电商平台与商家之间的法律关系；消费者与电商平台、商家之间的法律关系；消费者与生产者形成的法律关系。

#### （二）模式二：主播——电商平台——消费者



如上图，在此种模式下，主播具有广告宣传者和商家双重身份。主播推广销售的是自家产品，因此由主播直接在电商平台上发布货源，然后进入平台内直播间进行“直播带货”，消费者通过点击直播间中的商品链接下单，由主播（商家）发货，完成交易。

#### （三）模式三：商家——主播服务机构——短视频平台



第三种模式就是依托于独立的直播平台（短视频平台），如抖音、快手等。在此种模式下，主播服务机构一般与短视频平台之间存在合作关系，在前期利用短视频平台的引流来“捧红”主播，吸引大量的粉丝，以培养其带货能力。在主播拥有一定的粉丝基础后，主播服务机构再与商家（品牌方）达成合作关系，由商家（品牌方）提供低价货源，同时提出宣传需求，由主播在短视频平台上进行“直播带货”。但是由于短视频平台一般不具有下单功能，消费者仍然需要跳转到电商平台进行下单，然后由商家发货，完成交易。此种模式下涉及商家与独立直播平台的法律关系；主播服务机构、主播与独立直播平台的关系等等。

# 主播跳槽已违约，为何 MCN 机构的违约金难获支持？

○黄蓉斌 北京市盈科（深圳）律师事务所



新冠疫情加速了直播时代的到来。看直播，或者做直播，已成为了普通生活的一部分。笔者关注到一种现象，即在主播跳槽时，MCN 机构与直播平台各自向法院主张的高额违约金并不一定能获得法院支持。本文简要梳理了主播与平台或 MCN 机构的合作方式，并结合司法案例，探讨主播跳槽时 MCN 机构主张的高额违约金难获法院支持的原因。

## 扶持网红主播成本高，签订合同保权益

网红主播是互联网直播行业的核心资源，MCN 机构、直播平台为扶持网红主播，或将素人主播孵化为网红主播，需要投入大量的时间、资源、资金成本。

在与主播正式合作前，MCN 机构、直播平台会与其签署相关合作协议。市面上，《合作协议》按签约主体不同，主要可划分为两种：一种是主播与直播平台直接签约，约定包括直播收益分配、直播要求、账号和作品的归属等权利义务条款；另一种是主播与 MCN 机构、直播平台三方签约，约定 MCN 机构指派的主播在直播平台上直播，直播平台根据主播直播收益情况与 MCN 机构进行收益分成，MCN 机构收到直播平台的收益分成后，再按照与主播的约定分配收益给主播。

常见的合同名称包括但不限于：主播入驻协议、艺人独家合作合同、主播独家合作协议、主播经纪协议、主播服务合作协议、直播服务合同等。

结合司法实践，针对市面上主播与 MCN 机构签署的合作协议，其性质到底是“行纪合同”“居间合同”还是“委托代理合同”，亦或是包含几种要素的“混合合同”（复合型合同），均存在不同的司法案例。

笔者理解，认定合同性质，应根据合同签订背景、合同内容、主要条款、合同目的以及所涉及的法律关系，即合同当事人所设立的权利义务关系进行判定。

## 防挖人、限跳槽，天价违约金成业内常态？

随着直播成为一种生活方式、一种新兴行业，笔者关注到一种行业现象，即主播在当红之际，选择单方提前解约跳槽，孵化其的 MCN 机构、直播平台，前期投入将付之东流。

为预防竞争对手挖走自家当红主播和限制自家主播跳槽，合作机构通常会在《合作协议》中针对主播提前解约的情况约定高额的违约金。主播圈曝出的天价违约金并不在少数，似乎已成业内常态。

如知名主播“张大仙”违约跳槽被判赔 300 万；“王者荣耀第一人” 主播“嗨氏”违约跳槽，需支付 4900 万违约金；近日湖北省高级人民法院一审判决的主播“韦神”违约跳槽案，知名主播“韦神”被判赔 8522.5389 万元违约金，业内人士认为这是史上首起由高级法院一审审理的主播解约案，也是同类案件中判赔金额最高的一例。

从上述相关案例，我们不难发现，判赔高额违约金的案例主要发生在知名主播与直播平台之间，主要原因是知名主播从现有直播平台跳到竞争平台，带走大量粉丝，造成原平台大量用户流失，而由此所产生的违约金、赔偿款、律师费等一般会由竞争平台承担。

在上述案例中，法院判决之所以支持双方事先约定的违约金计算公式与金额，而不再随意减少违约金，一方面是为了遏制国内直播平台的恶性竞争行为，强调尊重契约精神、意思自治；另一方面，是因为直播平台相比一般 MCN 机构，能直接掌握平台数据，了解资源投入、收入分成等具体情况，当主播提出“违约金过高”的抗辩时，直播平台能向法院举证证明自身实际损失、预期利益损失与违约金相差不大。

## 违约金背后，是 MCN 机构和主播的力量博弈

我们再聚焦到涉及知名主播与 MCN 机构解约的案例。尽管主播与 MCN 机构之间合同有关违约金条款已经非常明确，但是发生纠纷时，MCN 机构主张的高额违约金并不能完全得到法院的支持（下表中几个案例可供参考）。

实践中，法院对于违约金应否调整以及调整的尺度，有较高的自由裁量权。综观上述案例，MCN 机构依据合同主张的违约金均被法院大幅度调整，部分案例甚至不及合同约定的 5%。

结合司法案例，笔者理解，法院在审理主播与 MCN 机构相关合同纠纷，调整违约金参考的依据主要包括：合同履行期限、签约后的创收金额、网红实际所获报酬、合作机构的投入成本、宣传推广资源（文

章推送、线上活动、现场活动）、技术支持等带宽成本、网红行业的影响力度、合作机构的预期利益（如分成收益、人气知名度、用户点击量）、过错程度等因素。

此外，关键的一点是当事人的举证情况。当网红主播一方抗辩违约金过高并举出相应证据证明 MCN 机构的损失远远低于违约金时，证明损失的举证责任则转移至 MCN 机构一方。如果 MCN 机构未能向法院证明机构为主播投入的成本、机构遭受的损失，则法官不可能支持其高额违约金。对比知名主播与直播平台的案例来看，MCN 机构和直播平台主张的高额违约金，得到法院支持的情况并不相同，举证难度也不相同。

## 如何让彼此“牵手”和“分手”，更“体面”和少“受伤”？

主播与 MCN 机构，如何让彼此合作和解约，更“体面”和少“受伤”？笔者理解，无论是哪一方，以下几点值得关注：

首先，应当慎重签约，明确各方合作方式、约定合理的收益分成机制、合理划分权利义务等，对违约金的金额或者计算方式有清晰的认识，避免订立特别不公平的违约条款，以降低纠纷发生概率和提升合作幸福感。

其次，在履约过程中，要尊重契约精神，在遵守诚实信用原则的同时，注意收集和保存相关证据（如合同、交易凭证、沟通记录、视听资料、网络数据等）。

最后，当纠纷发生时，应当及时委托专业律师介入，构建和完善协商谈判策略、诉讼（仲裁）策略，切勿因小失大。

司法案例来源	MCN 机构主张违约金数额	合作期内主播收益	法院支持违约金数额
天津市武清区人民法院审理的天津壹某文化传媒有限公司与冉某合同纠纷（2018）津 0114 民初 16659 号	50 万元	10 余万元	17 万元
乌鲁木齐市中级人民法院审理的乌鲁木齐边某视听文化传媒有限公司与吴某合同纠纷（2019）新 01 民终 4455 号	50 万元	91506.73 元	30 万元
广州市中级人民法院审理的广州狮某服装有限公司与杨某合同纠纷（2018）粤 01 民终 10473 号	500 万元	197994.7 元	10 万元
上海市浦东新区人民法院审理的上海脉某信息科技有限公司与严某其他合同纠纷（2018）沪 0115 民初 51658 号	2275603.50 元	455120.70 元	136536 元
安徽省合肥市中级人民法院审理的安徽省奇某娱乐文化传媒有限公司、王某合同纠纷（2019）皖 01 民终 1968 号	300 万元	481641.6 元	150 万元
浙江省杭州市中级人民法院审理的陈某、杭州视某文化传媒有限公司合同纠纷（2019）浙 01 民终 6611 号	1000 万元	每月固定合作费用 100000 元，未计入粉丝打赏等额外收益	480 万元



# MCN 机构 法律风控分析

○杨文许 广东华商律师事务所

近来，“红人经济”“直播带货”等话题受到大众关注，在行业繁荣的背后也存在达人（主播）与 MCN 机构之间争议频发、MCN 机构对内容输出把控不足、对监管合规要求以及平台审核政策不明确等而产生风险的情况，给机构的发展带来额外的成本。本文将基于“达人”“内容”及“商务”三个方面，对该等机构的法律风控问题进行探讨。



## 一、达人合同风控

MCN 机构和达人之间，一般会签署经纪合同或者合作协议（下文一并以“经纪合同”指代）对双方的权利义务进行约定。经纪合同是达人与机构之间展开合作的基本准则，也是维护双方权益的重要依据，事先制定好完备的经纪合同，是双方顺利合作的重要基石。

### （一）平衡双方利益，避免被认定为劳动关系

若双方的关系被认定为劳动关系，则经纪合同的违约责任可能得不到适用，对机构产生较大风险。同时，达人可依据《劳动合同法》的规定，单方通知机构解除劳动关系并且可能产生支付经济补偿或者赔偿的风险。

经纪合同应当保证双方权利义务相对等，体现商业合作性质。保证达人具有一定的自由度，避免出现不合理的人身依附关系的内容。

### （二）合理措辞，避免被认定为“委托合同”

《合同法》规定，委托人或者受托人可以随时解除委托合同。因解除合同给对方造成损失的，除不可归责于该当事人的事由以外，应当赔偿损失。经纪合同应当尽量详实，突出双方之间的关系为“商业合作”的特点，避免表述为单一的代理达人某些事项。

### （三）约定合作范围和期限

机构、达人应当就合作的范围进行明确约定，包含哪些平台的账号，账号在合同不同时期的归属权如何；是独家还是非独家合作；达人、账号的商业合作是否统一由机构承接；合作期限届满后是否自动延期等等。

### （四）利益分成之税务处理

根据《中华人民共和国个人所得税法》(2018 修正) 的规定，达人从机构取得的分成收入属于劳务报酬所得，依法应当缴纳个人所得税。

个人所得税以所得人为纳税人，以支付所得的单位或者个人为扣缴义务人。但是在实践中，机构往往会因为税务成本过大而疏于执行，机构及达人均存在风险。建议由机构进行代扣代缴，否则存在被追缴的风险，同时考虑在经纪合同中对税费负担进行约定。

### （五）知识产权的约定

在经纪合同的履行过程中，机构会不可避免地使

用到达人的姓名、肖像，制作的内容会形成一定的工作成果，包括短视频、音频或者其他形式的作品。为避免争议，应当在合同中约定该等作品著作权的归属。

### （六）违约责任的约定

违约责任设置不得当，往往难以有效保证机构的合法权益，违约责任条款应当全面且具可执行性。

1. 在经纪合同中明确约定相关违约事由。例如，达人不得利用合作账号发布可能影响双方合作的内容；不得未经机构同意，擅自与第三方进行商业合作等等。

2. 划分不同等级的违约情形，对应有差异的违约责任。对于轻微违约的，可以约定单次违约金额为较低的固定金额，具有促进双方履行合同的的作用即可。另外，也可限定违约次数，超过视为严重违约，设置相应的违约责任。

3. 违约责任设置应当具有合理基础。例如：根据达人的历史分成收入作为计算违约金的基础；违约金与达人签约之后各平台账号粉丝增长量挂钩；同时约定上述两条，以二者中金额较高者为准；约定固定的违约金金额。

### （七）合同解除权

合同解除权，主要是在符合法律规定或者合同约定的情况下，机构或者达人有权向对方单方提出解除经纪合同，终止双方合作关系，避免因一方的行为给另一方产生持续的损害。

1. 可考虑以业绩预期作为合同解除条件，未达到约定业绩，其中一方或者双方有权单方解除合同；

2. 以达人账号被封禁作为合同解除条件，若出现合作账号被封禁无法解封的，则其中一方或者双方有权单方解除合同；

3. 以达人个人过错原因作为合同解除条件，若达人因为违法犯罪被采取强制措施或者因为身体、名誉受到损害不再适合从事合同约定相关工作的，机构有权单方通知达人解除合同。

## 二、“内容”法律风控

2019 年 8 月 30 日，北京互联网法院就备受关注的国内 MCN 短视频内容侵权“第一案”<sup>①</sup>作出了

<sup>①</sup>案号（2019）京 0491 民初 22014 号。

一审判决。被告北京春雨听雷网络科技有限公司（“Papitube”经营管理者）在制作的短视频中使用未经授权的音乐并将其上传至网上的行为，侵犯了涉案作品录音制作者权中的信息网络传播权。最终法院判令侵权方赔偿原告经济损失 4000 元及合理支出 3000 元，共计 7000 元。从一审结果以及行业反响来看，该案的警示效果远超法院判决结果本身，给广大 MCN 机构、内容制作及发布者敲响了警钟，在创作、发布相关内容前应当重视其潜在的法律风险审查、控制。

下文就“内容”输出（包括但不限于 MCN 机构或者通过其旗下达人制作、发布的视频、音频及图文等）可能存在法律风险及应对措施进行探讨。

根据笔者对于该等法律问题的总结，内容方面的法律风险主要集中在侵权风险、合规风险、违约风险，主要涉及以下法律风险：

#### （一）著作权侵权风险

根据 MCN 机构业务的主要情况，笔者以行业常见的以下几种侵权情形为例进行说明。

1. 歪曲、篡改他人作品——侵犯著作权人保护作品完整权。例如，利用他人发表的作品制作“鬼畜”视频，或者在原作品所表达内容的基础之上歪曲其原本所表达的主题等情形。

内容制作、发布者，应当保证其发布的内容不存在歪曲、篡改著作权人作品的情况，在与内容、制作服务提供商的合同中对相关风险进行规制。

2. 未经表演者许可，从现场直播或者公开传送其现场表演，或者录制其表演的——侵犯表演者许可他人从现场直播和公开传送其现场表演并获得报酬之权利，同时存在侵犯著作权人相关权利的风险。

如需要对某场演出、晚会进行直播，应当取得表演者以及表演节目著作权人双重许可，并依约支付报酬。如涉及多方合作的直播或者演出，应当确保各方合作协议对获取授权事宜已进行明确约定，避免合同履行过程产生风险。

3. 未经著作权人许可，表演其作品——侵犯著作权人表演权。

例如，未经歌曲词曲著作权人许可，擅自通过网络平台直播演唱其作品，此种行为存在侵犯著作权人的表演权的风险。

如需在直播或者拍摄的短视频中对某歌曲进行演唱，应当取得该歌曲著作权人或者其有权代理机构的许可，并支付费用，或者通过已获得该歌曲演唱授权的平台进行使用。

4. 未经著作权人许可，通过信息网络向公众传播其作品；未经表演者许可，复制、发行录有其表演的录音录像制品，或者通过信息网络向公众传播其表演；未经录音录像制作者许可，通过信息网络向公众传播其制作的录音录像制品——侵犯著作权人、表演者、录音制作者的信息网络传播权。

例如，通过视频直播或者在短视频中使用著作权人的作品作为配乐、背景音乐。如需在短视频或者直播使用某作品，应当取得该作品著作权人、表演者、录音录像制作者或者其有权代理机构的许可，并支付费用，或者通过已获得该歌曲使用授权的平台进行使用。

#### （二）侵犯他人人格权的风险

我国《民法总则》规定，自然人享肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权等权利。民事权益受到侵害的，被侵权人有权请求侵权人承担侵权责任。如在发布的内容中出现未经许可使用他人肖像或者揭露他人隐私、侮辱或诽谤他人的情况，则存在侵犯他人人格权的风险。

第一，在制作相关内容前，若需使用他人肖像的，应当提前取得他人的许可，在发布相关内容前进行必要的审查。

第二，加强对合作达人互联网平台账号的管理，避免达人因个人原因发表情绪化的言论，导致侵权风险的发生。

第三，可在与达人经纪合同中对于账号的使用进行限制，明确如因个人发表不当信息导致侵权或其他责任的，由相关责任方承担。

#### （三）违反监管机构合规要求的风险

随着互联网的发展，国家监管部门以及行业协会对该行业短视频、直播内容发布了一系列文件进行规

制，包括《网络表演经营活动管理办法》《网络信息内容生态治理规定》《互联网直播服务管理规定》等。前述文件的规制对象包括平台、机构、用户（达人）。若发布违法信息，有可能被平台采取警示整改、限制功能、暂停更新、关闭账号等处置措施。

机构及达人在发布信息前，应当综合《网络信息内容生态治理规定》关于“违法信息”及“不良信息”的规定进行全面审查并及时了解监管的最新动态，把握内容尺度。

#### （四）违反平台规则的风险

平台规则一般根据监管部门发布的文件进行细化制定，直接影响账号的运营使用，出现违规的情况，容易导致已发布内容被删、账号被封禁。

第一，平台方有权要求用户遵守平台规则，作为用户方应当及时跟进平台的规则更新，并采取应对措施，按照平台规则开展业务。

第二，可以采取定期培训、学习的形式对机构以及达人进驻的主要平台规则进行梳理。

第三，在相关商务合同中明确约定，若因为合作账号封禁原因导致无法履行合同的，相关责任如何承担。

#### （五）商务合作合同违约风险

商务合作是机构或者达人就运营的账号进行商业变现的重要手段，若因为拟进行合作的平台账号被突然封禁或者其他原因无法正常使用，或者按照商务合同发布的内容被删除，则可能产生机构或者达人对合作品牌方产生违约责任的风险。

第一，机构、达人应当依法依规运营、使用平台账号，避免出现触及监管机构及平台规则禁止的行为

和内容而被采取警示整改、限制功能、暂停更新、关闭账号或者删除已发布的内容等处置措施，影响商务合作的正常进行。

第二，建议机构、达人在与品牌方签署的商务合同中，对该等情况进行约定，明确责任承担。

第三，谨慎约定直播在线人数、商品购买人数、点赞数量及播放数量等条款。



### 三、“商业变现”法律风控

MCN 机构典型商业模式主要有三种：电商型、泛内容型和营销运营型<sup>②</sup>。中商产业研究院《2020 年中国 MCN 行业市场前景及投资研究报告》指出，目前我国 MCN 行业变现方式主要以广告营销、内容电商及平台补贴为主，另外也有通过 IP 授权、课程销售以及衍生品销售等方式变现。究其根本，MCN 机构商业变现的实质途径为“广告”及“销售”。下文将以“直播带货”为例，结合 MCN 机构与品牌方进行合作应当关注的风险点进行法律风控分析。

#### （一）直播带货“商业变现”模式常见法律风险

“直播带货”模式，主要依靠主播通过视频直播对商品 / 服务进行推介、销售，通过直播平台自身电商店铺或者链接至站外电商平台店铺实现销售商品的目的。主播通过视频直播的方式对产品或者服务进行介绍、推广具有商业广告的性质，依法应当受到《广告法》的规制。

##### 1. 广告代言行为的法律风险

MCN 承接品牌方的推广工作，并由主播出境进行

<sup>②</sup>参见《2020 年中国 MCN 行业市场前景及投资研究报告》P12。



宣传推广，若主播被认定为广告代言人，应当依法承担《广告法》规定的作为代言人的法律责任。因此，主播在直播中应当注意推介的措辞。例如，不得使用“国家级”“最高级”“最佳”等用语。相关推广用语所表述的内容应当真实、合法，不得含有虚假或者引人误解的内容。另外，主播在推介前应当对相关产品进行试用。

## 2. 广告发布行为的法律风险

因MCN或者主播可以通过其掌控的网络平台账号，准备相关广告内容、决定该等广告的投放工作，存在被认定为广告发布者的可能。若MCN或者主播被认定为广告发布者，则依法应当承担更严格的法律义务。例如，应当查验有关证明文件，核对广告内容。若相关直播推广行为被认定为虚假广告，若消费者未能找到卖家，其可直接找被认定为广告发布者的MCN或者主播，该等MCN或者主播不能提供卖家有效联系方式的，需先行赔偿消费者。MCN及主播应当对产品信息进行初步核实，避免虚假宣传。

## 3. 直播涉及医疗、药品、医疗器械、农药、兽药和保健食品的特别法律风险

发布医疗、药品、医疗器械、农药、兽药和保健食品广告，应当在发布前由有关的广告审查机关对广告内容进行审查；未经审查，不得发布，否则存在被罚款甚至吊销营业执照的风险。同时，《广告法》也设定了严格的推广方法限制，应当予以关注。

## 4. 销售行为的法律风险

若直播销售的为自有产品，则主播或者MCN有可能被认定为兼具广告主身份，其应当自行承担相关责任，依法办理市场主体登记。主播或者MCN应当确保其货品以及推广过程合法合规。

## （二）与品牌方的商务合作法律风险分析及风控措施

为维护自身的合法权益及平稳发展，在与品牌方的合作中，MCN应当进行一定的筛选，避免给自身带来风险。

## 1. 品牌方的行业风险

医疗、药品、医疗器械、农药、兽药和保健食品相关的广告，在发布前应当由广告审查机关对广告内

容进行审查，无形中会增加MCN机构履行合同前的义务，如未履行相关审查程序，则存在违规的风险。

## 2. 品牌方未持有与其行业、产品相适应的业务资质、批文导致MCN机构或达人（主播）被要求承担责任的风险

例如食品、医疗器械、化妆品等行业，均需取得相应的《食品销售许可证》《医疗器械经营许可证》，化妆品生产商需取得《化妆品生产许可证》，进口的化妆品，必须经国家商检部门检验合格方准进口。若与该等品牌方进行合作，应当要求其提供相关资质文件，确保其具有相应的生产、销售资质，产品已取得相应的批文。

## 3. 费用分成约定不明导致分成费用无法主张的风险

机构在与品牌方签署的商务合作合同中，应当就合作费用的收取进行明确约定，包括是一口价、基础费用加提成或者按照直播收看人数计算等等，均需进行明确。另外，对于结算方式、时间节点、税费承担均需进行明确。

## 4. 责任划分不明导致后期无法追责的风险

在与品牌方的商务合作中，MCN或者达人（主播）可能会被认定为广告发布者、广告代言人，若产品存在问题，则MCN或者达人均存在被要求承担责任的风险。可考虑在商务合作协议中约定，品牌方应当对其提供的产品、说明、资质文件、宣传文稿等内容的真实性作保证，否则由此导致MCN或者达人产生损失的，品牌方应当予以赔偿，并约定赔偿的具体范围。

## 5. 知识产权归属约定不明导致产生争议的风险

因与品牌方商务合作，不可避免地会以直播、短视频或者图文等形式就产品进行推广，在这过程中可能会形成“合作作品”，MCN可与品牌方就可能产生的作品著作权归属进行约定。另外，应当明确品牌方提供给MCN的图文、音频、视频等素材具有合法性，不存在侵害第三方知识产权等合法权利的情况。

MCN机构应当在达人管理、内容输出以及商业变现这三个重要环节中加强法律风控，避免给自身带来不必要损失。本文内容仅作相关方探讨行业风控问题使用，不构成笔者对该等问题的最终法律意见。



# 全面推进大数据共享 保障律师调查取证的权利

○刘平凡 徐嘉艺 广东际唐律师事务所

在新冠肺炎疫情的影响下，民间借贷纠纷、合同纠纷、企业破产纠纷已呈现出倍数增长的现象。2020年3月18日，中共中央政治局常务委员会会议指出：“要做好法律服务等工作，及时化解合同履行、

企业债务、劳资关系等纠纷”。律师接受当事人委托，核心职责是最大限度地依法维护当事人合法权益，在代理合同履行、企业债务、劳资关系等纠纷案件的过程中，律师需运用到调查取证的权利，但现阶段，律



师调查取证的权利并未得到全面的实现。

习近平总书记于 2019 年 1 月出席中央政法工作会议并发表重要讲话：“要深化公共法律服务体系建设，加快整合律师、公证、司法鉴定、仲裁、司法所、人民调解等法律服务资源，尽快建成覆盖全业务、全时空的法律服务网络。”为了人民法院能全面公平公正地审理案件、提高人民法院办理案件的效率、调动律师的能动性、提高律师执业信用度、保障调查取证的范围，我们建议，以人民法院为核心，全面推进大数据共享，在律师通过公安系统身份识别及律师身份确认后，合法调取案件相关人员的人口登记信息、不动产权登记信息、车辆登记信息等。

### 一、律师调查取证遇到种种限制

律师在民事案件代理过程中申请调查时，往往需要向人民法院申请，由于民事诉讼程序的拖延，往往可能导致律师无法及时调取到案件相关信息，甚至被拒绝申请调取，导致委托人的合法权益无法得到及时的保障。

例如，律师申请调取被告人口登记信息、被告名下不动产的产权信息或车辆信息，在人民法院立案后，需进入诉前联调程序，凭借法院《先行调解通知书》开具《补充材料清单》申请调取被告人口登记信息、被告名下不动产的产权信息或车辆信息。在领取《补充材料清单》后，携带律师事务所所函及律师执业证至不动产登记中心或车辆管理所方能成功调取。

再如，律师申请由人民法院调取与案件有关的其他证据。如需至公安局、不动产登记中心或车辆管理所外的非常规调取证据的政府部门申请调查与案件有关的其他证据，则必须经过诉前联调程序后，进入审判程序后，方可向审判庭承办法官申请，在此期间可能经过 1 个月甚至更长的时间，且在向承办法官递交申请后，仍有很大几率不被受理。承办法官可能会基于人手不足、主观认为与案件无直接关联等原因驳回调查取证申请。

2018 年 12 月 27 日，广东省高级人民法院、广东省司法厅关于印发《关于在民事诉讼中实行律师调查

令的规定（试行）》的通知（粤高法〔2018〕300 号），开始尝试使用“律师调查令”进行调取证据。“律师调查令”具有一定的积极意义，在一定程度上为人民法院减负，调动了律师的能动性，为案件的全面公平公正审理迈出了很大的一步。但事实是，该文件仅在司法系统内部流传，在律师需要调取收集证据的多个政府部门未收到该份文件，导致律师调取证据的难度徒增，甚至比当时指望审判庭承办法官或工作人员去调取还要艰难。

律师持“调查令”、律师事务所所函及律师执业证，至公安局、不动产登记中心或车辆管理所外的非常规调取证据的政府部门，申请调查与案件有关的其他证据，会因该部门无专门对接的人员，从未接收到关于“律师调查令”有关的通知，且常规来说应当是人民法院工作人员来调查取证，对“律师调查令”的真实性及合法性存疑等因素，导致调查取证依然无法推进。

综上，律师的调查取证权无法得到保障，也导致案件无法全面确保公平公正审理。

### 二、应对新冠肺炎疫情，高科技催生机遇

在科技高速发展的今天，人脸识别、大数据等高科技无处不在，无纸化全数据办公已经是大趋势。在新冠肺炎疫情期间，“粤省事”“深 i 您”小程序等，对公民个人居住信息及出行轨迹作出的统计堪比进行一次全面完善的人口普查，本次收集的数据最真实地反映我国现今人口总数、个人经常居住地等信息。同时，“粤省事”“深 i 您”“深圳移动微法院”小程序，在新冠肺炎疫情期间为律师办理业务提供了很大的帮助，“粤省事”在对律师个人身份及律师执业信息进行核实后，为律师提供看守所会见预约、公安局办理事务预约、立案预约等服务。

“粤省事”小程序是全国首个依托微信创新推出的集成高频民生服务的移动政务服务平台，是广东“数字政府”首个改革建设成果，目前已覆盖公安、人社、教育、税务等近 800 项高频民生服务，其中 649 项“零跑动”，真正实现政务服务个性化、精准化和“一站

式”“指尖”办理。

“深 i 您”小程序则是按照市委市政府统一部署，为加强新冠肺炎疫情群防群治，做到科学预防、精准服务，提高疫情防控工作效率，深圳市政务服务数据管理局联合深圳市卫健委、市委政法委、市公安局、腾讯公司等单位，共同开发“深 i 您—自主申报平台”，提供统一的新冠肺炎疫情健康状态自主申报渠道。

“深圳移动微法院”小程序则向律师提供网上立案、交换证据、诉前调解、手机阅卷、诉讼缴费、出具文书等功能。

### 三、适应大数据时代的调查令实施方式的建议

以深圳市为例，假设“粤省事”“深 i 您”及“深圳移动微法院”小程序进行大数据共享，互相开通认证，则律师可以通过以下方式办理人口登记信息的查询。

#### 1. 人民法院出具《电子律师调查令》

律师通过“深圳移动微法院”小程序对律师个人身份及执业信息进行认证并登陆后，提供当事人委托授权及律师事务所公函等证明材料，依法通过“深圳移动微法院”小程序申请立案。案件在诉前联调程序中无法调解，移送审判庭并分配具体承办法官后，律师通过“深圳移动微法院”小程序向承办法官提起调查取证申请，经承办法官批准后，由人民法院通过“深圳移动微法院”小程序向申请律师发送具体《电子律师调查令》，连同使用《电子律师调查令》的律师个人身份及执业信息自动生成验证二维码。

#### 2. 证据调取

（1）“深圳移动微法院”与“粤省事”“深 i 您”小程序直接数据交换

如律师申请调查收集的证据为人口登记信息、经常居住信息、死亡信息，即“粤省事”“深 i 您”小程序后台已存的大数据，可以直接通过后台审批操作，进行数据交换。

（2）律师使用《电子律师调查令》向相关政府部门申请调取

如律师申请调查收集的证据为不动产登记信息、车辆登记信息等，即“粤省事”“深 i 您”小程序后台

大数据未存的，则律师可以使用《电子律师调查令》中的验证二维码至相关政府部门进行调取。相关政府部门以单位名义登陆“深圳移动微法院”小程序或以其他协议验证二维码的方式对《电子律师调查令》进行验真。

### 3. 规范律师使用《电子律师调查令》的权限及保障相关当事人的权益

律师在使用《电子律师调查令》的过程中，不得侵犯相关当事人的个人隐私或商业秘密，且通过《电子律师调查令》调查收集的证据仅能用于诉讼。如律师制造虚假诉讼，通过使用《电子律师调查令》侵犯相关当事人的个人隐私或商业秘密，一经发现，人民法院可向当地律师协会及司法局发函，由当地律协及司法局对律师处以相应的处罚。律师在使用《电子律师调查令》的过程中留痕，具备长期追责的功能，这也大大地警示并规范申请使用《电子律师调查令》的律师。

上述的操作在提高审判效率、全面保障案件公平公正审理的同时，也对律师的执业操守做了要求，即有效抑制了借“调查取证”之名，行违法事由之实。律师在“深圳移动微法院”小程序申请调查取证时提供的数据即为信用背书，如通过该合法调取的方式非法调取公民信息，一经发现，可即时给予处罚；同时，相关政府部门在对《电子律师调查令》二维码进行验真后，也降低了风险，不会因伪造的纸质公文，泄露公民隐私。

### 四、意义

新冠肺炎疫情的肆虐虽然带给全国人民无法磨灭的痛楚，但同时也让坚强且聪慧的人们运用科技在保证生活质量的同时，加快了社会发展。基于此，司法程序的应用更应顺应社会发展。

我们建议以人民法院为核心，开放大数据共享，保障律师调查取证的权利，真正做到习近平总书记强调的“要深化公共法律服务体系建设，尽快建成覆盖全业务、全时空的法律服务网络，及时化解合同纠纷、企业债务、劳资关系等纠纷，努力让人民在每一个司法案件中都能感受到公平正义”！



### 一、问题的提出——从一则“抗疫”新闻说起

2020年春节前,浙江省衢州市开化县人民法院(下称“开化法院”)受理A医药公司破产重整案<sup>①</sup>。在进入破产程序时,A医药公司已无自主经营能力,原有36家门店已有11家关门停业,剩余门店均因缺货而面临关门停业。新冠肺炎疫情发生后,医药物资成为确保人民群众生命安全的重要供给,A医药公司有继续营业的必要性。在面对这样一起涉及疫情防控产品销售主体的破产重整案时,既要保证A医药公司下

一步重整计划可以实施,又要确保这些药店能够继续为县域内群众提供医疗药品,开化法院创新启动托管制度,迅速与管理人对A医药公司经营状况进行调查和评估,通过对托管方进行遴选,最终确定A医药公司现有全部门店交由开化B医药公司托管经营,经营期限为15个月。在B医药公司接手之后,短时间内就有23家门店开门营业,保障了开化县域内抗疫医药物资的供应,同时对原有80多名职工也进行了继续上岗的安置。

## 用活企业托管这张好牌 助力困境企业实现再生

○贾磊 北京金诚同达(深圳)律师事务所

根据《企业破产法》第七十三、七十四条之规定,重整期间对债务人营业事务的管理模式有债务人自行管理和管理人管理两种,但在实践中却往往会出现上述新闻中的这种现象:债务人企业陷入困境后,债务人原经营管理人员已无力继续经营管理企业,管理人则缺乏对债务人具体营业事务进行经营管理的专业知识及能力,而债务人企业确有继续经营的可能或者需求。此时,在现行法律框架内探索合适的经营管理模式显得非常必要,因此,对破产重整程序中的困境企业进行托管经营的思路逐渐走进人们的视野。

### 二、何为企业托管经营

企业托管经营实际上是企业改革实践的产物,最早的目的是为了解决政企产权不明晰、经营效率不高历史问题。比如,1995年4月施行的《海南经济特区企业国有资产条例》中就规定,“企业国有资产委托经营”是指国有资产管理部门将公司制企业的国有资产通过合同方式委托给其他企业进行经营,并由受托企业承担企业保值增值责任。后来,企业托管经营则被应用于“当前不宜马上推进企业破产、兼并、重组”的情况,主要考虑因素是企业产权不清、明确产权所需的配套法规严重滞后、破产会带来系统性风险、社会保障体系不完善等。当然,在资本市场领域,企业托管经营更多地被用于解决同业竞争的问题。

总的来说,企业托管经营指企业所有者将企业的整体或者部分资产的经营权、处置权等,以契约的形式在一定条件和期限内,委托给其他法人或个人进行管理,从而形成所有者(委托方)、生产经营者(受托方)之间的相互利益和制约关系。其目的在于盘活亏损企业、实现资产的保值增值、提高企业生产经营效率,进而谋取企业资产整体价值的有效、合理的经济回报。其实质系企业所有权和经营权的分离,通过市场对企业的各种生产要素进行优化组合,提高企业的资本运营效益。

### 三、破产重整程序中的企业托管经营

在破产程序中,企业托管经营并非一个新生事物,

早在2011年甘肃省嘉峪关市中级人民法院(下称“嘉峪关中院”)受理的中核华原钛白股份有限公司(下称“中核钛白”)破产重整案中就有所应用。其后,在广西、江苏等地的重整司法实践中,亦可见托管经营在破产重整程序中的具体应用。

#### (一)中核钛白破产重整案

2011年4月22日,债权人向嘉峪关中院申请对中核钛白进行重整,为维持职工队伍稳定和企业继续经营,中核钛白公司股东经公开遴选,决定由安徽金星钛白(集团)有限公司(下称“安徽钛白”)对中核钛白进行托管经营。同年11月30日法院裁定受理重整申请,此后中核钛白继续营业,继续履行与安徽钛白的托管协议,保证了重整工作的有序进行。在托管期间,托管方安徽钛白给中核钛白提供流动资金,协助改造、扩建生产线,并注入优质资产,提高盈利能力。最终,安徽钛白作为重组方之一协助中核钛白重整成功。该案通过将托管、重整并行考虑,实现了托管、重整的紧密衔接,做到了同行业并购和业务整合紧密衔接,持续经营与技术改造同步进行。既实现了企业经营的连续性,摆脱了清算退市的命运,实现了较高的清偿率,又实现了1200名职工全员就业,稳定了职工队伍。

#### (二)柳州鹿寨金利水泥有限公司破产重整案<sup>②</sup>

柳州鹿寨金利水泥有限公司(下称“鹿寨水泥”)曾是当地名副其实的“明星企业”,后因市场等诸多不利因素的影响,企业陷入危机并于2017年年初陷入全面停产,数百职工生活陷入困境,成为影响社会稳定的不利因素。2017年4月18日,柳州市中级人民法院(下称“柳州中院”)受理债权人申请鹿寨水泥破产重整一案。在该案的审理过程中,由于鹿寨水泥原经营管理人员已无法继续经营企业,管理人又不具备生产经营水泥的专业能力,柳州中院、管理人创新思路,公开招募鹿寨水泥托管人,最终确定精通水泥生产和经营的昌江华盛天涯水泥有限公司为鹿寨水泥托管方,由托管方注入资金启动了鹿寨水泥的复产工作。引入托管方后,不但盘活了债务人公司资产,

<sup>①</sup>开化新闻网,《开化县人民法院创新托管制度 23家医药门店得以恢复经营》,最后访问日2020年2月22日,网址:<http://khnews.zjol.com.cn/khnews/system/2020/02/12/032205543.shtml>。

<sup>②</sup>中华全国工商业联合会网站,李朝清:破产托管让“僵尸企业”重获新生,最后访问日2020年2月22日,网址:[http://www.acfic.org.cn/fgdt1/qiyejiazisheng/201807/t20180731\\_54834.html](http://www.acfic.org.cn/fgdt1/qiyejiazisheng/201807/t20180731_54834.html)

也带来了先进的生产管理经验，同时解决了数百职工的就业问题，最终通过重整使得企业甩掉包袱，重新焕发生机。

（三）无锡华东可可食品股份有限公司等三家企业合并破产重整案

2017年9月至12月，江苏省无锡市中级人民法院（下称“无锡中院”）分别受理无锡华东可可食品股份有限公司（下称“华东可可”）等三家企业破产重整案。2018年1月，为维持三家企业的营运和投资价值，管理人与既是三家企业经营性债权人又对三家企业有重整意向的江苏汇鸿国际集团股份有限公司（下称“汇鸿集团”）达成托管协议，由其对三家企业重整期间的营业事务进行托管，恢复三家企业规模化生产。后该案选定汇鸿集团与另一家公司组成的联合体为重组方。其后，管理人制作的三家企业重整计划草案获各债权人组和出资人组表决通过。2018年9月10日，无锡中院裁定批准三家企业重整计划并终结重整程序。

从上述实践来看，可在破产重整程序进行托管经营的债务人具有如下共性：一是债务人自身已无力继续经营，二是债务有“破产不停产”的需求，三是亟需引入外部主体实现脱困。从该等共性来看，破产重整程序中的企业托管经营可以归纳为：困境企业进入重整程序后，由于债务人本身与管理人均不具备经营企业的 ability 但有继续经营的必要，而委托有同行业先进经营管理经验的其他主体对进入重整程序中的困境企业进行托管经营管理，以帮助困境企业实现脱困。

#### 四、破产重整程序中企业托管经营的意义

从本文引述的案例的实际效果来看，并结合笔者办理类似破产案件的实践经验，笔者认为，在重整程序中对债务人进行托管经营至少具有如下四个方面的意义：首先，有利于引进外部同行企业先进的管理经验、生产工艺、资金以恢复生产经营，使公司不致于停摆，使得债务人企业保留通过继续经营、重整实现脱困的希望。其次，通过托管并恢复生产经营，有助于债务人企业机器设备、存货等资产的保值增值。机器设备只有运转，存货只有进入市场才能体现其真正价值，这也是促进债务人财产最大化，最大限度维护

债权人合法权益的内在要求。再次，托管经营能够有效解决职工问题，使职工能够返岗不致失业，这将极大地纾解因停工停产、破产清算带来的社会稳定问题。最后，托管经营能实现托管和重整的有效衔接，托管方的提前介入确保了企业持续经营的连续性，提高了重整成功的可能性。

#### 五、企业托管经营在重整程序中具体适用的若干问题

##### （一）适用托管经营的条件

实践中并非所有案件都适合引入托管方来进行托管经营，亦不是所有的主体都适合作为托管方，笔者认为，在重整程序中适用托管经营应当同时具备如下三个条件：第一，债务人具备托管经营的可能性及必要性（以生产型企业为典型），在可能性上体现为现有生产设备能正常运转，或现有经营场所能正常开门营业，在必要性上则直接体现为若不采取托管经营则会导致债务人财产大幅贬损或将导致大批职工下岗失业。第二，债务人自身无力在重整程序中组织生产经营，管理人亦不具备在重整程序中组织生产经营的专业能力及知识。第三，托管方具备同行业生产经营管理经验，可以投入部分启动资金，能够较好实现债务人生产经营的连续性，有先进生产、管理经验可供借鉴，有利于在债务人内部深挖内潜，降本增效。

##### （二）适用托管经营的流程

决定托管经营在破产重整程序中即决定债务人继续营业，应当符合《企业破产法》第二十五条、第二十六条之规定，如果托管经营在第一次债权人会议召开之前的，应当经人民法院许可。在具体案件中适用托管经营的一般流程如下：人民法院和管理人充分调研债务人自身情况，判断是否具备托管经营的可能性及必要性，确有可能及必要的，对托管方进行遴选；选定托管方后，托管方应与管理人协商，制定切实可行的托管经营方案；托管经营模式及方案经人民法院许可或经债权人会议决议通过；管理人与托管方签订托管协议，托管方进场组织托管生产经营。

##### （三）托管经营过程中的分工

在重整程序中对债务人托管经营主要涉及到托管方、管理人和债务人的职责分工问题，在相关主体之

间可做如下分工：1. 托管方应当提供足以恢复生产经营的条件（包括人员、启动资金等），负责全面实施托管后的生产经营工作。2. 管理人负责生产经营之外的由《企业破产法》第二十五条规定的其他工作，同时对托管生产经营进行监督。需指出的是，管理人的监督应当合法合理，遵循全面保护各方利益的原则，不能过度地干涉生产经营的具体事项，托管方生产经营中的决策宜以报管理人备案为原则，以经管理人批准为例外，管理人的监督重点应着眼于对债权人利益有重大影响的财产处分行为。3. 债务人及债务人相关人员在托管经营的过程中应尽配合义务，协助托管方尽快熟悉债务人各项基本情况，确保托管经营的顺利进行。

##### （四）托管经营中利益的分享与风险的承担

在重整程序中引入托管经营，其主要目的是为了盘活企业，使企业能够正常运转起来，促使债务人财产的保值增值，给企业留下通过重整实现脱困的希望，但其本质还是企业所有者将企业经营管理权由具有较强经营管理能力，并能够承担相应经营风险的主体去有偿经营。从托管方角度来看，其付出了经营劳动，促使企业正常运转，应获得一定的经济回报，该等经济回报体现在对经营盈利的分享。托管方和委托方可以在托管协议里对盈利的分享做出约定，若托管经营有盈利的，双方按一定比例进行分配，归委托方的纳入债务人财产。若托管经营有亏损的则可约定由托管方承担。

##### （五）托管方与重组方的衔接

前文述及，托管方的托管经营，给企业留下通过重整实现脱困的希望，在实践中，托管方愿意托管经营，在很大程度上亦是看重债务人具有重整价值，并愿意提供启动资金。因此，应当在托管协议中约定托管方与重组方的衔接机制，允许在后续重整程序中托管方作为债务人重组方，甚至给予托管方作为重组方一定条件的优惠。

##### （六）托管方启动资金后续处理

托管方提供的启动资金后续如何处理，是在实践中无法回避的问题，原则上启动资金应当纳入共益债务进行清偿，但从增加重整成功可能性的角度考虑，在具体案件中可以按托管经营是否有盈利、托管方是否作为重组方等情况区分处理。如果托管经营有盈利

的，应分配给债务人的盈利可先行抵扣启动资金。根据盈利程度可再细分为：其一，托管经营盈利归属债务人部分足以覆盖启动资金的，先行抵扣托管方垫付的启动资金，超额部分归入债务人财产；其二，托管经营盈利归属债务人部分不足以覆盖启动资金的，其与启动资金差额的处理规则为：托管方后续作为重组方的，差额部分计入重组方的投资总额；托管方后续未作为重组方或债务人破产清算的，差额部分按共益债务进行清偿。如果委托经营没有盈利的，启动资金则按下列方式处理：托管方后续作为重组方的，启动资金计入重组方的投资总额；托管方后续未作为重组方或债务人破产清算的，启动资金按共益债务进行清偿。

##### （七）人民法院宜持鼓励态度

在重整程序中对债务人托管经营，有利于调动外部资源为重整程序所用，增加了重整成功的可能性，人民法院应当持不过度干预的立场，鼓励在重整程序中对新的经营模式进行探索。

#### 六、结语

从近些年的立法、司法实践来看，法律愈加鼓励具有重整价值的困境企业通过重整实现再生，及时发挥破产重整制度的积极拯救功能。比如，为了解决债务人自行管理在实践中适用不足的问题，最高人民法院2019年11月8日发布的《九民纪要》明确规定了债务人自行管理的适用条件，调动债务人参与重整的积极性，通过平衡债权人、债务人、出资人等利害关系人的利益，实现重整案件法律效果、经济效果、社会效果的有机统一。同时，《九民纪要》亦强调要注重提升破产制度实施的经济效益，有效维护企业的营运价值，最大限度地发挥各类要素和资源潜力，减少企业破产给社会经济造成的损害。笔者认为，用活企业托管经营这张好牌，与《九民纪要》上述精神不谋而合，企业托管经营给重整中的困境企业提供了一种适用不多但切实可行的脱困思路，如果托管方最终作为重组方参与债务人重整，相当于重组方提前接手了债务人企业，避免了因债务人长期停工停产而丧失重整成功的可能性，从这个层面而言，托管方作为重组方的提前介入与目前正探索的“庭外重组与庭内重整的衔接”机制有异曲同工之妙。



# 金融不良债权受让人 之 利息主张

○黎伟 姜珊 广东晟典律师事务所

中国信达资产管理股份有限公司深圳市分公司（以下简称“信达深圳分公司”）于2007年受让平安银行股份有限公司深圳华强支行（以下简称“平安银行华强支行”）对深圳市金北圣投资有限公司（以下简称“金北圣公司”）经生效判决确认的两笔债权，包括本金及相应利息（合同期内按合同计算，逾期部分按中国人民银行有关逾期付款的规定计算，从拖欠之日起至还清款日止）。在该案件的执行过程中，金北圣公司被深圳市中级人民法院裁定受理破产清算申请。金北圣公司管理人依据《深圳市中级人民法院破

产案件债权审核认定指引》（深中法发〔2017〕5号，以下简称《深圳中院债权审核指引》）第五十九条的规定，认为金北圣公司的一般债务利息应在2009年3月30日后停止计付。信达深圳分公司向深圳市中级人民法院提起破产债权确认之诉〔（2018）粤03民初343号〕。关于金北圣公司一般债务利息的终止日期，深圳市中级人民法院认为按照《最高人民法院印发〈关于审理涉及金融不良债权转让案件工作座谈会纪要〉的通知》（法发〔2009〕19号，以下简称《海南会议纪要》）以及最高人民法院〔2013〕执他字第4号

函，计息终止日期为2009年3月30日。信达深圳分公司后向广东省高级人民法院提出上诉。广东省高级人民法院二审判决〔（2019）粤民终627号〕确认“本案不应适用《海南会议纪要》关于债权自受让日后停止计付利息的规定。”

该案件的焦点在于《海南会议纪要》或《深圳中院债权审核指引》第五十九条的内容对该案是否适用。围绕该焦点问题，笔者拟就此引发的关于最高人民法院以及地方人民法院所发布的司法解释性文件的法律适用问题作简单评述，望读者指正。

## 一、《深圳中院债权审核指引》第五十九条与《海南会议纪要》存在冲突

### （一）《深圳中院债权审核指引》第五十九条的内容

《深圳中院债权审核指引》第五十九条第1款为“国有独资企业或者国有控股企业破产，债权人申报的债权系金融机构转让的，自金融机构转让时起停止计息”；第2款为“前款规定以外的其他企业破产，债权人受让经生效法律文书确认的金融不良债权，或受让的金融不良债权经生效法律文书确定，受让日在2009年3月30日前的，2009年3月30日前的利息依照相关法律规定计算，2009年3月30日后不再计付利息；受让日在2009年3月30日后的，受让日之前的利息按照相关法律规定计算，受让日之后不再计付利息。”

经过查阅相关法律规定，《深圳中院债权审核指引》第五十九条应当来源于《海南会议纪要》第九条的规定，但其内容与《海南会议纪要》第九条又存在很大的不同。

### （二）《海南会议纪要》第九条的规定

《海南会议纪要》由最高人民法院于2009年3月30日发布并执行。该纪要第九条“关于受让人收取利息的问题”的内容为：“会议认为，受让人向国有企业债务人主张利息的计算基数应以原借款本金为准；受让人向国有企业债务人主张不良债权受让日之后发生的利息的，人民法院不予支持。但不良债权转让合同被认定无效的，出让人在向受让人返还受

让款本金的同时，应当按照中国人民银行规定的同期定期存款利率支付利息。”结合该纪要的发布时间和该纪要第十二条“关于《纪要》的适用范围”的规定，可将前述第九条完整表述为：自2009年3月30日起，非金融资产管理公司法人、自然人就其通过受让取得的1999年至2000年华融、长城、东方和信达四家金融资产管理公司在国家统一安排下通过再贷款或者财政担保的商业票据形式支付收购成本从中国银行、中国农业银行、中国建设银行、中国工商银行以及国家开发银行收购的政策性不良债权和2004年至2005年上述四家金融资产管理公司在政府主管部门主导下从交通银行、中国银行、中国建设银行和中国工商银行收购的商业性不良债权，向国有企业债务人主张利息的计算基数应以原借款合同本金为准，且受让日之后的利息不予计付。但是，如果债权转让合同被认定无效的，则出让人应当向非金融资产管理公司法人、自然人返还本金及按照中国人民银行规定的同期定期存款利率支付利息。

该纪要发布之后，最高人民法院在就个案答复中又有对前述债务人和金融不良债权的范围有扩大至非国有企业和所有金融不良债权的意见。这些答复包括最高人民法院就〔2009〕民二他字第21号函答复云南省高级人民法院的意见、就〔2011〕执他字第7号案件答复海南省高级人民法院的意见及就〔2013〕执他字第4号函答复湖北省高级人民法院的意见。

但根据最高人民法院在2017年8月31日就广州正中投资有限公司和广州市泰和房地产开发有限公司执行案件作出的〔2016〕最高法执监433号《执行裁定书》中的意见，最高人民法院就债务人范围及金融不良债权的范围等问题又回归至《海南会议纪要》，其明确“《纪要》是对特定范围内的金融不良债权转让案件确立了特殊的处置规则，对金融不良债权的转让时间及转让主体均有明确限定，应当严格按照其适用范围的规定适用。如果将《纪要》适用范围以外的一般金融不良债权转让案件一律参照适用《纪要》精神，既没有明确的法律及司法文件依据，也与依法平等保护各类民事主体财产权益的司法精神相悖。同时，

鉴于一般金融不良债权转让中，最初的债权受让人往往是国有资产管理公司，如一律适用《纪要》止付利息，不仅不利于防止国有资产流失，而且损害合法受让人的利益。”

（三）《深圳中院债权审核指引》第五十九条的内容违背了《海南会议纪要》的内容和精神

对比《海南会议纪要》第九条的规定，《深圳中院债权审核指引》第五十九条存在以下不同之处：一是扩大了适用当事人，一方面对债权人或受让人身份未做限定，将“债权人”范围扩大到所有人；另一方面，在第2款又将债务人扩大到非国有企业债务人。二是扩大了不良债权的范围，将所有金融不良债权都纳入进来。那么，按照该五十九条的规定，如果是国有企业（包括四家金融资产管理公司）债权人向国有企业的债务人主张债权，债务利息按照该指引在2009年3月30日之后或不良债权受让日后截断，它将导致非国有企业债务人获益、国有企业债权人合法债权被剥夺或削减的后果，这违背了《海南会议纪要》的内容和精神。

## 二、对《海南会议纪要》的评析

（一）《海南会议纪要》是关于金融不良债权转让纠纷案件较为系统和明确的审判依据

金融不良债权转让属于《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）第七十九条规定的“债权转让”中的一种特殊情形。根据2000年11月10日实施的《金融资产管理公司条例》，金融资产管理公司是为收购国有银行不良贷款债权并进行管理和处置而设立，其主要经营目标就是为“最大限度保全资产、减少损失”。就金融不良债权转让案件的审理，最高人民法院先后出台了《关于审理涉及金融资产管理公司收购、管理、处置国有银行不良贷款形成的资产的案件适用法律若干问题的规定》<sup>①</sup>对<关于贯彻执行最高人民法院“十二条”司法解释有关问题的函>的答复》<sup>②</sup>《关于在民事审判和执行工作中依法保护金融债权防止国有资产流失问题的通知》等。笔者详细阅读了这些规定，发现

这些规定主要是诉讼程序性规定，涉及实体权利义务的规定并不太多。

相较以往规定，《海南会议纪要》关于金融不良债权转让案件相关诉讼程序性的规定更加系统化、明细化和标准化，而实体权利义务方面的诸多规定可谓是非常亮眼，比如诉讼程序方面的规定，对案件的应当受理和不予受理的情形作出明确规定、对诉讼和执行主体的变更作出原则性规定、对既有规定的适用进行确认、在审查不良债权转让合同效力时举证责任进行明确规定、规定主张债权之诉和合同无效之诉应当分案处理等；在实体性权利义务规定方面，设置地方政府等的优先购买权，明确合同无效和可撤销事由的认定，明确无效合同的处理方式，明确受让人收取利息的算法。另外，该纪要与前述相关规定还有一个很大的不同点在于其适用范围有严格的规定，包括对适用当事人、不良债权的具体所指、适用的诉讼程序等。

笔者认为，《海南会议纪要》是有关金融不良债权转让纠纷案件的特别规定中的特别规定，对《海南会议纪要》的适用应当严格按照该纪要中关于适用范围的规定执行，对于纪要适用范围之外的其他金融不良债权转让纠纷案件，则应当按照其他相关规定执行。

### （二）《海南会议纪要》的合法性质疑

根据《海南会议纪要》发布当时适用的《中华人民共和国商业银行法》第七条第二款规定，《贷款通则》及《合同法》第一百九十六条、第二百零五条、第二百零七条的规定，《中华人民共和国民事诉讼法》第二百二十九条的规定，贷款人有权利按照合同约定收取贷款利息、逾期利息，不履行生效判决的借款人还应当加倍支付迟延履行期间的债务利息。而根据2007年6月1日实施的《中华人民共和国企业破产法》（以下简称《企业破产法》）第四十六条的规定，即便债务人进入破产程序，债权利息也只是自破产申请受理后停止计息。《海南会议纪要》第九条关于受让人不得收取利息的规定明显违反了前述几部法规的规定，其防止国有资产流失的措施是建立在“违法”剥夺非国有主体的合法权益的基础之上。

2018年11月6日《最高人民法院关于认真学习贯彻习近平总书记在民营企业座谈会上重要讲话精神的通知》第五条明确“全面清理、完善司法政策和司法文件，凡是有悖于平等保护民营经济的，要及时废止或调整完善。”《海南会议纪要》第九条有悖于平等保护国有企业和民营企业、自然人，应当被及时废止或调整完善。

### 三、地方人民法院可否制定司法解释性文件

《最高人民法院、最高人民检察院关于地方人民法院、人民检察院不得制定司法解释性质文件的通知》明确规定，地方人民法院不得制定在本辖区普遍适用的、涉及具体应用法律问题的“指导意见”“规定”等司法解释性质文件，制定的其他规范性文件不得在法律文书中援引。对于司法实践中迫切需要、符合法律精神又无相应的司法解释规定的，可按照《最高人民法院关于司法解释工作的规定》（法发〔2007〕12号）和《最高人民检察院司法解释工作规定》（高检发研字〔2006〕4号）的要求，通过高级人民法院向最高人民法院提出制定司法解释的建议或者对法律应用问题进行请示。

《深圳中院债权审核指引》是深圳市中级人民法院于2017年9月4日发布实施，经由深圳市中级人民法院审判委员会民事执行专业委员会审议通过并由该院审判委员会负责解释，要求各基层人民法院、本院各部门遵照执行。从其出发点和制定依据来讲，该指引在指导法院审理破产案件方面无疑具有积极的作用。但如前文所述，《深圳中院债权审核指引》第五十九条已经明显违背《海南会议纪要》的内容和精神，并且对《海南会议纪要》第九条的规定作出了扩大化的解释或创设了新规则，其已经超出地方人民法院制定规范性文件的范畴，已经成为制定了司法解释性文件的行为，而此做法也因此违背了该指引第一条的“宗旨”。依照前述《最高人民法院、最高人民检察院关于地方人民法院、人民检察院不得制定司法解释性质文件的通知》，该五十九条的规定应当被废止。

### 四、结语

《海南会议纪要》在金融不良债权利息的计算及债权人权利的保护上，对国有企业和非国有企业、自然人做出了不平等的、不公平的区别对待，这种对权利主体贴上国有和非国有、国营和民营的不同标签，继而不同对待的策略，仍然是将公有制财产与非公有制财产进行区别对待的传统观念在司法审判领域的反映。从经济学的观点来看，利息是对金钱的价值时差的补偿。利息通常在民法上表现为法定孳息。如果法律赋予金钱之债的债权人收取利息的权利，或者经过司法审判的生效判决赋予了债权人收取利息的权利，那么，这种权利是不可剥夺的。《企业破产法》是关于企业破产清算的法律，它是对资不抵债之类的特殊主体及其相关权利义务人进行特别保护和规制的法律。《企业破产法》对待所有进入破产程序的主体是一样的，不论其是国有企业，还是民营企业；另一方面，它对待破产企业的债权人也是一样的，一旦债务人进入破产程序，不论是国有企业债权人还是民营企业债权人以及自然人债权人，在破产申请受理之时，利息一律停止计算，所以它是平等保护、平等规制。而反观《海南会议纪要》，其仅仅是因为债权从一个主体转移到另一个主体，更确切地说，是从一个国有银行主体或国有资产管理公司主体，转移到一个非国有性质的主体（民营企业或自然人），且当债务人是国有企业或地方政府时，受让债权的民营企业或自然人对国有企业或地方政府的债权，在计算利息时被强制性地而非基于意思自治地进行削减或剥夺，显然，这种做法既无法律依据，又有违平等保护所有不同类型的民事主体合法权利的民法原则。

2018年11月1日国家主席习近平在民营企业座谈会上的讲话，重申了改革开放以来国家对待民营企业的方针政策，从六个方面政策举措上支持民营经济的发展壮大。说到底，在目前的法治环境和政治氛围下，民营经济并不需要特殊保护，而要求政府与司法机关对民营经济与国有经济一视同仁，真正做到平等保护民事主体的合法权益。



# 民事二审与再审申请审查“书面化”及其影响

○刘京柱 余垣福 广东丹柱律师事务所

我国《民事诉讼法》分别规定了民事二审的不开庭审理制度与再审申请的书面审查制度。在新冠肺炎疫情的影响下，民事二审程序的不开庭审理制度有被滥用的可能，且诸多法官将不开庭审理等同于书面审理。而再审作为纠正法院已发生法律效力违法裁判的一种补救程序，在司法实践中绝大部分是由当事人向法院申请而启动。当事人向法院申请再审的结果被驳回者居多，而其中被驳回的部分缘由，系因审查受理法院对再审申请书面审查方式使用上的滥用。因此，笔者认为，对民事二审的不开庭审理制度与民事再审申请的书面审查制度有作进一步澄清的必要。

## 一、民事二审“不开庭审理”不等同于“书面审理”

我国司法实践中对书面审理与不开庭审理的概念认知上存有误区，我国《民事诉讼法》规定的二审可以“不开庭审理”颇有异化或趋同于部分西方国家民事诉讼法规定的“书面审理”的倾向。这种异化的不开庭审理方式，实践中往往会导致“案结事不了”，引起部分败诉当事人以审判程序违法为由提出再审申请、进行申诉信访等。因此，有必要辨析民事二审“不开庭审理”与“书面审理”的区别。

### （一）不开庭审理与书面审理存有本质区别

本文所称“不开庭审理”，特指在我国民事二审案件中，第二审人民法院的合议庭经过阅卷、调查和询问当事人，不经过开庭审理的法庭调查和法庭辩论

而做出裁判的审理方式。不开庭审理须调查和询问当事人，不同于书面审理。书面审理指的是二审法院在审理二审案件时，不直接传唤有关诉讼参与人到庭，对案情不直接进行调查，只审查一审上报的案卷材料便作出裁决的一种审理方法。

不开庭审理与书面审理的区别在于，不开庭审理需要与当事人会见，了解情况，当事人会见时仍然可以进行言辞表达，而书面审理仅仅是对于案卷材料进行审查，不调查当事人，这意味着不与当事人会见，当事人自然也就不能发表意见。书面审理在大陆法系国家的立法当中有所体现，例如，在日本民事诉讼上告程序中，法院首先采用书面审理的方式审查，依据提交的上告状及书面材料，被判定为不合法或者上告理由不成立时，上告法院不进行口头辩论，可直接作出裁判。

### （二）不开庭审理的适用情形及其在司法实践中的异化

我国《民事诉讼法》第一百六十九条第一款规定，“第二审人民法院对上诉案件，应当组成合议庭，开庭审理。经过阅卷、调查和询问当事人，对没有提出新的事实、证据或者理由，合议庭认为不需要开庭审理的，可以不开庭审理。”《最高人民法院关于适用〈民事诉讼法〉的解释》第三百三十三条规定，“第二审人民法院对下列上诉案件，依照民事诉讼法第一百六十九条规定可以不开庭审理：（一）不服不予

受理、管辖权异议和驳回起诉裁定的；（二）当事人提出的上诉请求明显不能成立的；（三）原判决、裁定认定事实清楚，但适用法律错误的；（四）原判决严重违反法定程序，需要发回重审的。”由此可见，我国民事诉讼二审程序应当以开庭审理为原则，以不开庭审理为例外。二审法院采取不开庭审理方式时应当调查和询问当事人，听取当时人的陈述。我国民事诉讼中并无书面审理的规定，而对于刑事案件，二审可以书面审理，也可以开庭审理。但是对于以下三类案件必须开庭审理：经阅卷和调查认定事实不清楚的上诉案件、人民检察院抗诉的案件、被判处死刑立即执行的案件。

在司法实践中，在不开庭审理规定的适用上缺乏统一的尺度，呈现出一定的混乱局面，个别甚至走向了极端。一方面，多数法院在二审程序中扩大适用不开庭审理，甚至将不开庭审理作为原则，开庭审理作为例外。而且，所谓的不开庭审理有的又异化为书面审理，二审法官不通知当事人和其他诉讼参与人到庭，仅根据上诉状、原审案卷材料和其他书面材料进行审理，并作出裁判。另一方面，某些地区的法院片面追求降低上诉不开庭审理比例，甚至实现百分之百全部开庭审理，例如，甘肃省庆阳市中级人民法院积极打造“阳光庭审”工程，全面推行二审案件开庭审理<sup>①</sup>。

### （三）异化后的不开庭审理给律师带来的不利影响及应对措施

我国司法实务中民事二审不开庭审理的异化，在一定程度上导致当事人的诉讼参与度不足，当事人在这种审理方式下，其主体性意识感无法得到有效满足。这也给律师代理民事二审案件增加了难度，律师如何有效增进与委托人及二审法官的沟通交流，无疑是一个富有挑战性的问题。

面对部分二审法院异化的“不开庭审理”倾向，笔者建议执业律师可以采取以下应对措施：

1. 主动积极提交新的事实、证据和理由。
2. 上诉状不仅仅要做到事实清晰、法律依据明确，还应该预测对方当事人可能提出的主张，以便给予充分回应，这样的书面意见有助于法官了解案件全貌，

理解并采信本方观点。

3. 应积极主动电话联系法官，确定法官是否有对案件进行“书面审理”的可能，并及时提出不同意该审理方式的书面意见，并附具理由。

4. 如果相关二审法官没有调查、询问当事人即径行作出裁判，而律师认为该裁判结论确有错误的，可以及时为当事人答疑解惑，并征求当事人是否委托代理申请再审的意见。

## 二、民事再审申请书面审查应当遵循审慎原则并努力追求公正

再审制度是指法院对已经发生法律效力判决、裁定，在具有法律规定的再审事由时，依据法律规定的程序再次进行审理并作出裁判的一种特别救济制度。再审程序是民事诉讼法中一种独立的审判程序，可划分为再审的启动程序与审理程序。就审查程序而言，书面审查方式的滥用备受诟病。

### （一）《民事诉讼法》对再审申请书面审查方式的规定

《民事诉讼法》（2012年）第二百零四条规定，人民法院对当事人的再审申请一般应当在三个月内审查完毕。这沿用了2007年民事诉讼法的规定。《最高人民法院关于受理审查民事申请再审案件的若干意见》（下称《若干意见》）第十三条规定，“人民法院审查申请再审案件，采取以下方式：（一）审查当事人提交的再审申请书、书面意见等材料；（二）审阅原审卷宗；（三）询问当事人；（四）组织当事人听证。”该意见结合2007年民事诉讼法的相关规定以及各地审判实践经验，规定了书面审查、调卷审查、询问当事人、组织当事人听证四种申请再审案件审查方式。

关于书面审查，《若干意见》第十四条作了更直接的规定，即“人民法院经审查申请再审人提交的再审申请书、对方当事人提交的书面意见、原审裁判文书和证据等材料，足以确定申请再审事由不能成立的，可以径行裁定驳回再审申请。”

笔者认为，所谓径行裁定，即书面审查，是指人

<sup>①</sup>参见《庆阳民事行政二审案件开庭率达100%》，载《人民法院报》2012年09月09日。



民法院仅通过当事人提交的再审申请材料进行再审查并作出相应裁定的审查方式。该审查方式一般适用于再事由明显成立或者明显不成立的情形。《若干意见》第十五条规定：“对于以下列事由申请再审，且根据当事人提交的申请材料足以确定再事由成立的案件，人民法院可以径行裁定再审：（一）违反法律规定，管辖错误的；（二）审判组织的组成不合法或者依法应当回避的审判人员没有回避的；（三）无诉讼行为能力人未经法定代理人代为诉讼，或者应当参加诉讼的当事人因不能归责于本人或者其诉讼代理人的事由未参加诉讼的；（四）据以作出原判决、裁定的法律文书被撤销或者变更的；（五）审判人员在审理该案件时有贪污受贿、徇私舞弊、枉法裁判行为，并经相关刑事法律文书或者纪律处分决定确认的。”据此可见，径行裁定主要适用于一般程序性再事由，因为程序性再事由不同于法律事实方面的事由需要通过案件调查来确认，程序性再事由一般可以通过再审申请的书面材料直接认定。此外，对于部分下级人民法院适用法律明显错误的情形下，也可以通过审查双方提交的再审申请书面材料直接作出认定，而无需通过调卷或者询问当事人、听证程序作出再审裁定。

关于径行裁定的适用情形，其他法律规范中也有相关规定。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉审判监督程序若干问题的解释》第十九条规定：“人民法院经审查再审申请书等材料，认为申请再事由成立的，应当径行裁定再审。当事人申请再审超过民事诉讼法第一百八十四条规定的期限，或者超出民事诉讼法第一百七十九条所列明的再事由范围的，人民法院应当裁定驳回再审申请。”

#### （二）对再审申请案件书面审查方式的反思

从上述各法律规范中关于书面审查方式的规定可以看出，书面审查一般适用于再审理由明显成立或者明显不成立的情形，不适用于其他情形。司法实践中，程度不同地出现了受“案多人少”等客观因素影响而采取书面审查方式的现象。毋庸置疑，这在客观上造成了书面审查方式一定程度上的“滥用”，甚至成为再审申请受理法院审查再审申请的主要方式。书面审查方式下，受理法院往往只是通过审查申请人与被申请人提供的书面材料，而不会询问当事人即对案件事

实进行审查，作出认定。尽管书面审查可以在一定程度上节约司法资源，但也容易产生下列问题：

1. 剥夺了当事人的诉讼权利。再审审查程序作为再审程序的一部分，申请人也享有相应诉讼权利，但书面审查下，当事人的相应诉讼权利无疑打了折扣乃至被剥夺。

2. 容易忽略当事人新的诉讼理由。再审书面审查情形下往往造成当事人只能通过再审申请书或答辩状来表达自身的诉求及理由，但仅仅通过书面陈述有时难以形成有效“对抗”，且容易造成对当事人新理由的忽略。

3. 容易导致当事人对审查结果的不信任，影响司法权威。再审申请受理法院的书面审查没有达到公开透明的程度，申请人会感觉并没有参与到再审审查程序中，当事人及其代理人难以与承办法官充分沟通并表达意见，直至收到驳回再审申请裁定书时，方发现驳回理由未能充分回应再审申请理由甚至存在断章取义和答非所问的情形。

4. 倒逼当事人进一步求助于检察院的抗诉或检察建议，造成诉累和司法资源上的浪费。

综上，民事诉讼二审应当以开庭审理为原则，以不开庭审理为例外，且应当严格把控不开庭审理的适用条件。同时，民事二审中的不开庭审理应当区别于西方国家民事诉讼法中的书面审理，坚守调查、询问当事人这一关键点，维护法律的正确实施，维护当事人正当的程序权利，让人民群众特别是案件当事人在个案中感受到公平正义，避免将“案结事了”异化为“案结了事”。而再审审查作为决定当事人能否成功进入再审审理程序的关键一步，再审法院应当慎用书面审查。再审申请受理法院在审查当事人的申请时，应当恪守书面审查形式适用上的限制，即书面审查主要适用于一般程序性再事由。虽然美国联邦最高法院大法官杰克逊法官说：“不是因为我的判决是正确的所以它才是终局的，恰恰相反，我的判决之所以是正确的，是因为它享有终局性。”但是，无论是出于对生效裁判既判力的维护还是基于对当事人申请再审权利保障的考虑，人民法院对再审申请案件审查时，都应当慎之又慎，努力追求个案司法公正的实现。

## 浅谈证明力和证据能力 在律师办理刑事案件中的运用

○金鑫 广东知明律师事务所

我国没有统一的刑事证据法典，有关刑事证据规则的法律渊源主要集中于《刑事诉讼法》及相关司法解释。这里主要包括《刑事诉讼法》（2012年修订）《刑事诉讼法司法解释（2012）》《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》《关于办理刑事案件收集提取和审查判断电子数据若干问题的规定》等。近期在工作之余，笔者读了北京大学陈瑞华的《刑事证据法学》一书，结合笔者之前办理的刑事案件，对律师如何运用刑事证据规则有所启发和感悟。



就整个刑事辩护工作而言，无非就是围绕证据的质证和法律适用这两大块进行的，其中，法律适用即如何适用刑法规范对犯罪事实予以定罪和量刑，需要借助刑事实体法及其司法解释加以解决。目前，我国刑事实体法的理论和实践总体来说比较完善，除了个别出现的一些新型案件外，大部分刑事案件在适用实体法开展辩护时没有太大的问题，律师办理刑事案件的逻辑思维基本成熟。但是，对于适用证据规则开展刑事辩护，因没有系统理论和成文法，再加上证据法在教学乃至法律职业资格考试中，仅仅属于刑事诉讼法学科的一个组成部分，造成律师在现实办案中，头脑中无理论体系、法条散见适用效果不强，所以对于证据的质证效果不是很理想，也一定程度上影响到整个刑事辩护的效果。

关于证明力和证据能力是《刑事证据法学》的核心，同样也是律师开展刑事辩护、法官进行案件裁判的重点工作。在民事诉讼中，我们通常从真实性、合法性、关联性三个方面对双方证据进行质证，其实刑事证据的证明力和证据能力也是围绕真实性、合法性、关联性的“三性”展开的。一件刑事证据要经过证明力和证据能力的层层“考验”和“筛选”，最终才能被法院采信作为证明案件事实的证据。因此，律师在刑事辩护过程中，如果利用证明力和证据能力理论对控方证据进行有效质证，已达到形成合理怀疑的程度，则辩护效果将得到显著增强。

#### 证明力的构成要素以及在实务中的运用

作为刑事证据首先其应具有证明力，所谓证明力即一个证据所具有的证明某一待证事实可能存在或可能不存在的能力。证据的证明力是由两个侧面组成的，即真实性和相关性，好比一个硬币的正反两面，缺少一面都不能称之为硬币。其中，真实性是对证明力所作的“定性”，只存在有或无的问题，某证据要么为真、要么为假，不存在第三种情况。相关性则是对证明力所作的“定量”，存在着“高低强弱”问题，即

两个以上刑事证据，证明犯罪事实相关性存在强弱之分，比如直接证据的相关性强于传来证据，犯罪嫌疑人陈述这一言辞证据的相关性强于证人证言。以一个凶杀案件现场提取的犯罪嫌疑人脚印为例，首先我们要确定这个脚印证据的真实性，其次我们再判断这个证据对全案特别是犯罪嫌疑人是否实施了故意杀人行为有多少证明力，如果案发现场附近还有相关证人，我们就要比较指纹证据和证人证言证据哪个的相关性更强，最终根据证据链确定犯罪事实。

在审查真实性方面，我们应当着重审查两点，一是证据载体的真实性（外部载体的真实性和内部载体的真实性），比如，物证的物理表现形式是否真实，存不存在伪造的可能；书证记载的内容是否真实，存不存在被篡改或删除的情况。二是证据反映事实的真实性，即证据所记录或反映的证据事实必须是可靠和可信的，这里就涉及到各证据之间的相互印证，比如犯罪嫌疑人的供述与整个案件事实是否发生冲突，视听资料所揭示的事实应得到其他证据的印证。这里不得不提刑事证据法中有关被告人供述辩解的证据补强规则——《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106条“根据被告人的供述、指认提取到了隐蔽性很强的物证、书证，且被告人的供述与其他证明犯罪事实发生的证据相互印证，并排除串供、逼供、诱供等可能性的，可以认定被告人有罪”。对该条文的理解，应当把握的重点是，对于被告人在侦查阶段做了有罪供述，要认定这一言辞证据的真实性，必须还要同时满足其他两个积极条件（指认提取到了隐蔽性很强的物证、书证，以及被告人的供述与其他证明犯罪事实发生的证据相互印证）和一个消极条件（排除了串供、逼供、诱供等可能性）。在实务中，一些刑事案件对被告人口供过于依赖且证据质量粗糙，远远没有满足证据补强规则的要求，需要辩护律师可以有效利用该原则做好证据的审查质证。就证据的真实性而言，律师运用真实性否定控方证据的一个最典型表现就是实物证据的鉴真原则。笔

者曾在办理一起贩卖毒品（精神管制类药品）案件中，对侦查机关查获一扣押一称量一提取一保管一送检程序进行认真阅卷审查，发现上述程序中一至两个环节明显缺少笔录或照片（视频），从而从否定实物证据保管环节缺乏连续链条为由，对证据的真实性方面进行了有力质证，虽然没有实质性地改变案件结果，但也会在一定程度上削弱法院对证据的采信力度，从而导致最终的审理结果向有利于被告人的方向发展。

在相关性方面，我们也可以从两个方面去审视，一是经验或逻辑层面的相关性，二是法律层面的相关性。其实相关性是一个经验判断问题，在英美法国家，一个刑事证据的相关性是交由陪审团审查的，但我国的刑事诉讼法对证据的相关性予以了众多规则化，这其中有利有弊，在此不做深入探讨。以一个证人证言证明犯罪嫌疑人作案时未满14周岁这一证据为例，该证言证明犯罪嫌疑人未满14周岁是一个纯粹的经验逻辑自然事实，但是其中蕴含了犯罪嫌疑人作案时未到法定刑事责任年龄这一重要法律事实。在一起贪污/职务侵占犯罪审理中，有关于犯罪嫌疑人身份的证明证据材料，一方面是纯粹的自然事实证明，但一方面又是该案究竟认定为贪污罪还是职务侵占罪的法律事实证据。笔者曾办理过一起寻衅滋事案，在侦查阶段报请批捕环节，从报捕申请书中看到，当事人当天的行为是“纠结另外一人、持刀、在某一宾馆停车场与被害人进行厮打（双方产生口角后被害人先出手攻击，犯罪嫌疑人出于防卫便实施打击），造成被害人轻微伤”，从以上自然事实反映的情况审查来看，犯罪嫌疑人并非有寻衅滋事的故意而实施了寻衅滋事行为，经过辩护工作，犯罪嫌疑人没有被批捕并且后续案件还得以被撤案。

#### 证据能力的构成要素以及在实践中的运用

证据能力其实就是证据的合法性，比起真实性和相关性，对证据能力的理解以及蕴含于其中的规则，使得律师在审查和辩护中略显简单和单纯。证据能力

就是证据能够转化为定案根据的法律资格，没有法律资格，自然不能作为裁判依据，在刑事辩护中当然要将其予以排除。证据能力的审查有以下四个方面，一是取证主体的合法性；二是取证形式的合法性；三是取证手段的合法性；四是法庭调查程序的合法性。最为我们律师耳熟能详的非法证据排除规则，就属于对证据能力的审查和质疑，因为非法证据排除规则就是涉及到违反了取证手段的合法性问题。主体合法性即取证人员所在机关的职权、所在机关的立案管辖权、人员的身份、人员的人数必须符合法律规定。证据表现形式的合法性中需要关注的一点就是“瑕疵证据”问题，律师在阅卷中会遇到各类笔录（甚至包括非法定证据类型，比如到案经过、抓获经过等），这就需要我们审阅笔录上的签名、盖章、时间、地点等细节，看有无瑕疵和明显违背常理的地方。但是法律对于瑕疵证据采用的是补正规则而非排除规则。取证方式的合法性涉及到，比如非法言辞证据的排除、鉴定程序中鉴定人鉴定程序和方法的合规性、实物证据的鉴真规则等等。法庭调查程序的合法性即证据要经过法庭控辩双方的充分质证，任何剥夺被告方辩护权的都是违背程序正义的。前段时间网上曾流传的一段法官怼律师的视频，因为时间紧，法官要求律师言简意赅，甚至说如果律师说的太长则是水平不行，希望这类现象随着司法公平正义价值的不断彰显而彻底改观。

与民事诉讼中律师在证据方面的主动作为不同，刑事诉讼中，律师对于证据的运用在现行法律制度和司法环境中，几乎处于完全被动的局面，这时，律师就应该扎实从证明力和证据能力两个方面，通过认真细致阅卷从而对证据进行有力质证和辩护。从一定方面看，律师和检察官在刑事诉讼中的工作本质是相同的，都是对侦查机关的证据进行审查，不同的是，检方从入罪的角度，律师从出罪的角度。所以，作为律师必须练就一身掌握刑事证据的本领，从而在法庭中知己知彼、百战不殆。

# “捕诉合一”模式下， 辩护律师如何提高不捕率

○方亮 马驰 上海市锦天城（深圳）律师事务所

逮捕是司法机关所采取的，在一定时间内剥夺犯罪嫌疑人或被告人人身自由的强制措施，逮捕即代表羁押。当前，审前羁押率居高不下，当事人被逮捕后再行变更强制措施难度极高，案件被撤销、被不起诉或判处无罪的概率极低。相反，在当事人被不捕后，尤其是在存疑不捕且证据不发生变化时，案件被撤销的可能性大大增加。即使案件被移送审查起诉甚至提起公诉，在当事人处于自由状态时，辩护压力会减轻，辩护便利会增加，辩护成功的概率也会提高。因此，捕前辩护——即在当

事人被拘留至被逮捕的 37 天内做好辩护工作尤为重要，其可达到“善战者无赫赫之功、善医者无煌煌之名”的目的。本文结合笔者近年来办理的不捕案件，从捕前辩护的重要性、难点及方法论三个维度展开，以期让刑辩同行获得灵感，开启一扇新的辩护之窗。

## 一、捕前辩护的重要性

（一）大数据显示，相对于不诉和无罪而言，通过不捕使当事人恢复自由的概率最高<sup>①</sup>

2014-2019 年全国刑事案件处理情况<sup>②</sup>

年度	2014	2015	2016	2017	2018	2019	平均数
逮捕人数	879615	873148	828618	1069802	1056616	1088490	966048
不捕人数	201759	221761	132081	144534	284910	191290	196056
不捕率	18.66%	20.25%	13.75%	11.90%	21.24%	14.95%	16.87%
起诉人数	1391225	1390933	1402463	1663975	1692846	1818808	1560042
不诉人数	75487	76565	26670	28856	136970	41409	64326
不诉率	5.15%	5.22%	1.87%	1.73%	7.49%	2.23%	3.96%
判决人数	1184562	1232695	1220645	1270141	1429000	1660000	1332841
判决无罪数	778	1039	1076	1156	819	1388	1043
判决无罪率	0.07%	0.08%	0.09%	0.09%	0.06%	0.08%	0.08%

①数据来源：2014-2019 年度《最高人民检察院工作报告》《最高人民法院工作报告》。

②根据《最高人民检察院工作报告》，下表数据中不捕人数包括两类：对涉嫌犯罪但无需逮捕的不捕以及对不构成犯罪或证据不足的不捕；不诉人数也包括两类：对犯罪情节轻微、依法可不判处刑罚的不诉以及对不构成犯罪或证据不足的不诉。由于每年的公开数据中未对上述情形作严格区分或统计，故数据计算上会有误差。

通过分析上表数据可知：

1. 不捕率是不诉率的 4 倍左右，是无罪率的 210 倍左右，从大数据来看，批捕阶段是最有可能获得成效的阶段。

2. 逮捕后不诉、无罪的可能性越来越小，从客观上要求律师的辩护工作前移。若逮捕了，即使案件本身存在不诉或无罪的可能，由于当事人一直处于被羁押状态，一旦不诉或无罪就会造成之前的羁押可能被认定为违法，引发国家赔偿、错案追究等一系列后果。这就使得逮捕后，检察院、法院对案件会进行更加严格的把控，不诉之辩、无罪之辩难度更大。甚至部分事实不清、证据不足的案件，基于当事人被羁押时间过久的现实，法院在审判时会采取“实报实销、即判即放”的量刑折中处理。故在这样的司法现状前，辩护律师的主战场应在庭前、诉前、捕前，甚至在立案前，辩护前置，尤其是捕前辩护显得尤为重要和迫切。

## （二）捕前辩护是辩护效果最好的辩护阶段

刑事辩护是一个漫长的诉讼过程。根据我国《刑事诉讼法》规定，从公安机关拘留至检察院作出是否批捕的决定，最长要经过 37 天；批捕后最长羁押期限为 7 个月；案件侦查终结，移送审查起诉期限大概为 6.5 个月；案件移送法院审理，一审的审理时限至少要 2-3 个月，有的案件一审审限长达 1-2 年。据此，审查批捕前的刑事辩护无疑是最前端，若在侦查阶段就能通过捕前辩护达到不捕的目的，对当事人而言就是最大的胜利：其一，不捕后，当事人就会被立即恢复人身自由；其二，不捕后，侦查阶段案件被撤销的概率会增加；其三，即使侦查阶段案件未被撤销，审查起诉阶段检察院一般会延续取保候审，逮捕收押概率相对较低；其四，由于侦查阶段检察院不批捕，审查起诉阶段不起诉的概率会增加；其五，即使检察院起诉至法院，法院一般会延续取保候审；其六，前期被取保候审的当事人，法院判缓刑的概率会增加。

当事人处于取保的状态，辩护律师便可与当事人当面沟通、电话通讯，不用去看守所；而且，当事人自己是案件的亲历者，会更了解案件的事实和证据情况，其收集自己无罪、罪轻的证据也更方便，对于辩

护律师而言，辩护的压力会大大减轻，辩护的难度也会大大降低。由此可见，捕前辩护相对于捕后辩护、审查起诉的辩护和审判辩护而言，是辩护效果最好的辩护阶段。

## （三）“捕诉合一”后，捕前辩护具有更大的可能性和必要性

1. “捕诉合一”后，审查批捕的证据标准会趋于严格，一定程度上会降低审前羁押率

法律对逮捕和起诉有不同的证据标准，起诉的证据标准更为严格。“捕诉合一”后，基于司法责任及内部考核，检察官在审查批捕时，必然会考虑批捕后案件能否诉至法院，因而对是否批捕会更加严格和谨慎，检察官也乐于在此阶段倾听律师意见。早在 2014 年 6 月，吉林省检察院就选择长春市南关区检察院等 6 个地方开展“捕诉合一”试点，后在全省三级检察院全面推进。2018 年 8 月，全国人大监察和司法委员会、最高人民检察院联合邀请 7 名法学专家，前往吉林省检察机关开展实地调研，调研发现：开展“捕诉合一”三年来，吉林检察机关审前羁押率连续三年呈下降态势。可见，“捕诉合一”在一定程度上会降低审前羁押率。

2. “捕诉合一”后，由于办案主体合一，一定程度上造成审查起诉阶段刑事辩护效果的减弱

“捕诉合一”后，检察官既负责批捕又负责起诉，比较容易在批捕阶段对案件先入为主，案件一旦批捕，因惯性思维，在审查起诉阶段辩护律师所提意见被检察官采纳的可能性会降低，批捕案件未来被起诉的概率会相应增加，疑罪从无将更难实现，审查起诉阶段的刑事辩护效能将被削弱。“捕诉合一”后，刑辩律师最重要的思维转变在于加强辩护工作重心的前移，换言之，要空前重视和加强捕前阶段的辩护工作。在捕前辩护中，要坚持以法庭审判的证据标准为标杆，与侦查机关、检察院沟通，说服检察院作出不捕决定。

## 二、捕前辩护的困难点

### （一）信息不对称

法律并未规定侦查机关呈捕需通知辩护律师，不主



动告知，导致律师获取的信息会有所延迟，也就很难及时参与到庭审查程序中。同时，审查起诉前，辩护律师不能阅卷，只能通过会见当事人了解案件情况，但其一面之词，具有片面性和主观性；加之，辩护律师调查取证权受限，获取的客观证据更是少之又少，信息不对称导致辩护律师的捕前辩护缺乏有力的证据支撑。

#### （二）审查批捕时间短

检察院审查批捕的时间只有七日，且为自然日，如此短暂的逮捕审查时间不免导致批捕决定的草率性，而时间的紧迫也让辩护律师更难有效参与到庭审查程序中。

#### （三）检察官与律师不能实现“面对面”沟通

《刑事诉讼法》第八十八条第二款规定，“人民检察院审查批准逮捕……辩护律师提出要求的，应当听取辩护律师的意见。”可见，只要辩护人提出要求，检察官依法应该听取辩护人意见。但实践中，鉴于检察官承办的案件数量多、时间紧、压力大，即使律师提出要求，真正能当面听取律师意见的情形极少，辩护人仅能向检察官提交书面意见，而书面意见与口头沟通的效果差异较大，辩护效果也会有所不同。

（四）“捕诉合一”后，构罪无逮捕必要不捕会被弱化

“捕诉合一”后，检察官考虑到以后起诉的方便，对于符合证据标准且构罪的案件，可能会倾向于逮捕，从而弱化对社会危险性的必要性审查，毕竟让犯罪嫌疑人待在看守所里，更利于取证和固定证据。如此，对于律师而言，在这个阶段利用无逮捕必要的理由说服检察官作出不捕决定更难。

### 三、捕前辩护的方法论

#### （一）不捕条件

我国法律并未直接且明确规定不捕的条件，检察院也只有捕与不捕两种选择。鉴于此，不捕——即说服检察官当事人不符合逮捕条件，成为可选择的现实路径。对应《刑事诉讼法》第八十一条规定的逮捕条件，我们可得出以下不捕条件，只要符合条件之一的，就可以不捕：1. 没有犯罪事实发生、犯罪情节极其轻

微不认为是犯罪的；2. 证明犯罪事实发生的证据不充分；3. 无社会危险性。

简单来说，不捕实际分为三种：即不构罪不捕（绝对不捕）、证据不足不捕（存疑不捕）、无逮捕之必要不捕（相对不捕）。通常来讲，检察院一般不会作出“绝对不捕”的决定，道理很简单，短短30天的侦查期限，可能面临时间紧、证据收集困难等客观条件，不能准确判断当事人是否构罪。故检察院不捕的理由通常会使用后两者。

#### （二）以个案为例解读如何开展捕前辩护

笔者从业11年，不捕案例不少。近年来尤其是2018年以来，我们在捕前辩护上投入重兵，取得了不俗的成绩。笔者以“李某涉嫌诈骗社保基金不捕案”为例，以点带面解读如何开展捕前辩护。

李某系深圳某医院某科室护士长，2018年8月31日因涉嫌诈骗罪被深圳市公安局某分局刑事拘留。接受家属委托后，笔者了解到，李某作为护士长，其科室引进的“合作科室”可能存在涉嫌以重复使用一次性刀头为手段诈骗医保基金的情况，金额高达数百万元。若李某被定罪，其法定刑期可能在十年以上。在巨大的辩护压力之下，从8月31日至9月30日一个月的时间里，辩护人紧锣密鼓开展了如下捕前辩护工作：

##### 1. 高频会见当事人，了解案件事实情况

基于捕前案件仍处于侦查期，侦查机关所掌握的证据辩方无从得知。要想比较准确了解案件证据和事实情况，会见是一项非常重要且迫切的事项。法律并未限制会见的次数，故通过高频会见，详细了解案件情况、解释法律、针对疑点重点问题询问当事人、核对辩方搜集的相关证据、听取当事人意见、制作律师调查笔录等，反复、多次、高频会见是弥补信息不对称的最佳办法。本案中，辩护人在一个月内，先后7次会见本案当事人李某，达到了很好的效果。

2. 询问专家证人及相关知情人员，了解相关专业知

识，获取对当事人有利的证据材料

本案涉及医疗机构运作、社保基金和医院的结算、一次性医疗耗材使用等专业问题。对于刑辩律师而言，了解跟案件相关的背景情况和专业知识非常重要，这

对于查清案件事实、理解案件内在逻辑、向当事人提出问题和疑点、确定辩护方向等十分关键。不能仅仅就法律谈辩护、就案件谈辩护，而要站在更高的视角，全面检视与案件事实相关的背景情况、专业知识、政策规定、行业惯例等。对这些问题的了解，无疑是获取辩护灵感的重要抓手。基于此，辩护人与医院相关工作人员等进行面对面、电话、微信的访谈和调查，详细了解相关情况并调取有关证据；同时，我们也注重当事人品行证据材料的搜集，以期当事人寻找到即使构罪但无逮捕必要的理由。

##### 3. 及时获取案件呈捕时间

如前所述，法律并没有案件呈捕须告知律师的规定，故辩护律师在此阶段的辩护工作非常被动，只能主动与公安机关、检察院联系。在辩护人介入这个案件时，第一时间就注意到当事人被拘留的时间是8月31日，因值国庆假期，本案呈捕时间最迟应在9月25日左右，对此，辩护人多次与预审部门、检察院反复确认，第一时间掌握了呈捕时间，并在第一时间与检察官取得联系。

##### 4. 与承办检察官充分沟通意见

法律虽有在审查批捕阶段检察官听取律师意见的规定，但在实践中通常流于形式。对案件的理解，仅看书面辩护意见与当面听取辩护意见，两者效果大相径庭。面对面的沟通是双向的、互动的，能对疑点和问题当场做出回应，这也是法条中“应当听取律师意见”的立法主旨。为了达到这个目标，辩护人不仅通过电话向检察官提出会面申请，也向检察官递交了《约见检察官当面听取意见申请书》。遗憾的是，检察官以工作繁忙为由婉拒。虽当面听取意见未果，但辩护人仍多次通过电话与检察官进行了沟通，基本达到了当面听取意见的效果。

##### 5. 提交法律意见书

递交书面法律意见是捕前辩护中最为关键的一环，是不捕的钥匙。检察官在听取律师意见和阅览书面法律意见后，有的会提审当事人，有的会针对疑点问题与侦查机关沟通，有的会与同事和领导商量讨论。法律意见书，不仅需要站得住脚的法律分析，更需要

相关的证据材料作为依据。不能凭空说理，而是要基于案件事实，基于通过会见、调查走访等了解证据。说理要有理有据，也可讲些情理。本案中，辩护人认为对于重复使用一次性刀头骗取医保基金的问题，李某主观上无非法占有故意，客观上没有实施虚构事实或隐瞒真相的行为，且没有任何违法所得，没有证据证明当事人构成诈骗罪，故建议检察院对当事人做出不构罪不捕的处理。最终，承办检察官认真考量了我们的意见，做出了存疑不捕的决定。

相对于拘留时当事人可能面临十年以上有期徒刑而言，这样的结果无疑是最大的胜利。若当事人被批捕，其不仅会被长期羁押，而且最后往往会被起诉、被判刑的结局。而就在2019年9月30日，在当事人被取保候审期限届满之日，公安机关最终做出了撤销案件的决定。

#### （三）捕前辩护的程序法则——“捕前辩护八步法”

综上，笔者总结出捕前辩护八步法：

第一步，第一时间高频会见，全面了解案件情况；  
第二步，主动开展调查取证，积极搜集证据材料；  
第三步，法律检索案件研讨，认真出具法律意见；  
第四步，创造条件积极沟通，争取公安阶段不呈捕；  
第五步，密切跟踪案件情况，第一时间提交材料；  
第六步，对当事人做好检察官提审前的法律辅导；  
第七步，积极联系承办检察官，力争当面交流意见；  
第八步，紧密跟踪批捕流程，第一时间获取结果。

实践中，很多律师或没有捕前辩护的意识，或有意识但未投入重兵全力做好捕前辩护。笔者认为，一定要重视捕前辩护，并尽全力做好捕前辩护。律师在捕前辩护中，要尽可能达到两个目标：其一，质变，即促使案件定性发生变化，由有罪到无罪或由重罪到轻罪；其二，量变，即虽定性不变但促使改羁押为取保，缩短限制人身自由的时间。辩护人在捕前辩护中的首要目的是不捕，但即使捕了，若能做到轻罪逮捕，也是一次很好的捕前辩护。笔者认为，捕前辩护就是最佳辩护。我们期待更多的刑辩同仁能将刑辩主战场从法庭转移到捕前，将辩护工作尽可能前移，以期达到最佳辩护效果。



# 浅析出租人自力救济权在房屋租赁合同纠纷中的运用

由一则恶意拖欠房屋租金案例引发的思考

○陈永亮 广东新东方律师事务所

在当前新冠疫情的影响下，房屋租赁纠纷数量迅猛增长，引导当事人在司法程序之外，妥善运用自力救济的方式对小额、简单的租赁纠纷进行处理，将更有利于减少诉累、节约司法资源、加速商业流转和社会资源优化配置。

## 案情简介

2015年2月5日，出租人甲方与承租人乙方签订《房屋租赁合同》，将某商铺租赁给乙方经营快餐，租期4年，至2019年2月4日止，合同约定乙方拖欠租金30天时，甲方有权解除合同。

至2017年1月，乙方拖欠租金已达7个月，甲方遂于2017年2月将乙方告上法庭，要求判令乙方支付所

欠租金、解除合同、收回商铺。立案后，乙方以进入诉讼程序为由不再支付租金，但仍继续使用商铺经营。一审法院于2017年8月31日作出一审判决，判令解除租赁合同、收回商铺并支付拖欠的租金。乙方不服，提起上诉。二审法院作出终审判决，驳回上诉，维持原判。

在甲方向法院申请强制执行后，乙方于2018年7月停业，将部份桌椅、餐具等物品锁在商铺后一走了之，失去联系。法院又用了2个月的时间就遗留物品的处理进行清点、公告、评估、变卖，最终于2018年10月将商铺交还给甲方，承租人所欠租金因其无可执行财产，执行法院在将其纳入失信被执行人名单后，终结了本次执行程序。

至此，甲方这场旷日持久的纠纷虽然赢了，但从

2017年2月起诉，至2018年10月结案，经过一审、二审、执行三个阶段，耗时21个月，加上已拖欠的7个月租金，不仅损失了28个月的租金，还承担了律师费和乙方欠下的水电费、物业费等一大笔损失。

## 律师评析

新冠疫情发生以来，各行各业都受到全方位的冲击，餐饮零售业更是首当其冲。西贝餐饮透露，春节前后的一个月时间损失营收七八亿元，餐饮巨头尚且如此，小型餐厅、快餐店更是雪上加霜，经营者经营困难，拖欠租金的情况时有发生，给出租人带来很大的困扰，租赁纠纷频发。

在诸多纠纷解决机制之中，司法作为捍卫社会公平正义的最后一道防线，担负起“纠纷终结者”的职责。但由于司法程序强调程序正义和实体正义，诉讼流程相对复杂、时间周期较长、对法律专业人员依赖程度较高，加之受“司法资源的有限性”“案多人少”等因素的制约，整个诉讼程序走下来，旷日持久，特别是碰到那些恶意拖欠租金、有意逃避债务的承租人，很可能出现与前述案例一样无法执行到位的情况，导致出租人最终赢了官司输了钱，还倒贴律师费和清场费用。

因此，从出租人的角度考量，对于那些恶意欠租或偿债能力有限、或个人信用较差、可能随时跑路的承租人出现欠租的违约行为，选择合理行使自力救济权，也许是最经济、最明智的选择。笔者结合当前法院的相关判例，就出租人自力救济权在房屋租赁合同纠纷中的运用，阐述如下观点和实务建议。

## 一、自力救济权的概念

自力救济又称私力救济，是指纠纷主体在没有中立的第三者介入的情形下，依靠自己的力量捍卫自己权利的行为。私力救济作为公力救济的补充，在权利受到侵犯但来不及援用公力救济时，才允许例外使用，以弥补公力救济的不足。

自力救济分为自卫行为和自助行为，前者法律有相关规定，但对后者“自助行为”并无明确法律规定。现

实生活中与自助行为相关的民事纠纷大量存在，由于缺乏具体的法律依据，加之司法实践中对自助行为与侵权行为的区分界线模糊，导致出租人在行使该项权利时畏手畏脚，担心被认定为侵权而承担相应法律责任。

## 二、出租人行使自力救济权的方式

（一）对长期拖欠租金的房屋采取断水、断电措施

针对承租人长期拖欠租金或在租赁合同到期后不愿及时退还房屋等情形，不少出租人会采取断水、断电等措施。这种情况下，是否完全符合自力救济权的行使，需要具体情况具体分析：

1. 对于承租人与供水、供电部门直接签约建立供水供电合同关系的，如果出租人断水、断电，可能被认定为侵权。

2. 对于双方未在租赁合同中约定“在欠租情况下，出租人有权断水、断电”内容，在租赁合同未被解除的情况下，如果出租人断水、断电，则可能会被认定违约。

3. 对于租赁合同已到期或解除后，承租人继续使用房屋且拒不归还时，出租人采取断水、断电行为，通常会被认为属于行使自力救济权。供水、供电是保证房屋正常使用的条件之一，租赁合同终止后，出租人无须继续履行其合同义务。

4. 对于双方已在租赁合同中约定“在欠租情况下，出租人有权断水、断电”内容，在租赁合同未被解除的情况下，出租人在行使该项权利时，一是要对承租人履行书面告知程序，避免因突然断水、断电行为给猝不及防的承租人造成较大损失面临索赔；二是要有合理的限度，如果断水、断电给承租人造成的损失远远大于欠付的租金，则有可能会被认为超过合理的限度而承担赔偿责任。

5. 司法实践中法院认可断水、断电行为属于自力救济措施的参考案例，如定西地区通达贸易公司与中国人民解放军93854部队一分队、中国共产主义青年团定西市委员会租赁合同纠纷案<sup>①</sup>。法院认为，“部队与定西喜成食用菌加工厂签订的房屋租赁合同自2007年2月28日期满后，双方再未续签租赁合同，

<sup>①</sup>参见甘肃省高级人民法院（2018）甘民申465号民事判决书。



部队之后已多次通知承租方搬离，直至 2008 年 11 月 12 日，再审查申请人仍未搬离，部队按照合同约定采取自力救济措施既有合同依据，又未违反法律规定，通达贸易公司称部队应赔偿其损失无法律和事实依据。”

（二）出租人因承租方长期欠租而单方解除合同，承租方又拒绝交还房屋，出租人履行通知义务后，采取对出租房屋上锁、阻止承租人使用的措施

单方解除合同是法律赋予守约一方当事人的权利，只要法律规定或合同约定的解除条件成就，守约方可单方解除合同。先依法依约单方解除合同，才构成出租人行使后续相关自力救济权利的前提。由于合同已经解除，承租人继续占有租赁房屋已经没有合同依据，在此情况下，出租人可以在给承租人发送解除通知后，待承租人离开房屋时另行加锁，使该房屋实际处于承租人、出租人双重控制之下，从而达到阻止承租人实际使用租赁物业，尽早收回房屋之目的。出租人通过这种方式，及时排除承租人的非法占用，并将房屋早日另行出租取得收益，有利于加速商业流转和资源的合理配置。

该项自力救济措施实施后，在实务操作中可能会遇到如下几种情形：第一种情形，承租人强行将出租人的锁砸开，继续使用租赁房屋。出租人需采取向公安机关报警的方式寻求救济，避免与其直接冲突。公安机关出警后，通常不会对双方的合同纠纷进行处理，但由于承租人不是房屋的产权人，租赁合同亦被解除，公安机关通常会认定承租人是无权使用人，要求其配合产权人实现对房屋的实际占用，达到收回房屋的目的。第二种情形，承租人由于不能继续使用租赁房屋，可能迫使其与出租人进行协商，双方达成妥协，最终由出租人再给予其合理的搬迁时间后，将房屋交还。第三种情形，若承租人拖欠的租金较多，且租赁房屋内遗留的物品经济价值不高时，为避免冲突或纠纷，有可能会一走了之。届时，出租人再依法依约对其遗留物品进行妥善处理，达到收回房屋的目的。第四种情形，在出租人上锁后，承租人或出租人再诉至法院，寻求公力救济。在此情况下，双方当事人可能都不适宜采取进一步自力救济措施，而是维持现状直至诉讼

②参见上海第一中级人民法院（2019）沪 01 民终 10593 号民事判决书。

结束，但就出租人而言，自其对出租房屋上锁之日，由于承租人不能实际使用租赁房屋，通常法院会判令租金支付至上锁之日止。

司法实践中法院认定出租人对房屋上锁行为属于自力救济措施的参考案例：如上海永安机械设备有限公司与上海瑞铂慧家互联网科技股份有限公司房屋租赁合同纠纷案<sup>②</sup>，法院认为，“虽然被上诉人在发送《解约函》之前即将租赁房屋上锁，但被上诉人该行为系对上诉人逾期支付租金的自力救济，并非双方《房屋租赁合同》解除的原因，一审也据此对被上诉人主张的上诉人欠付租金金额进行了调整，并无不妥。”

（三）在承租人长期拖欠租金达到合同约定的解除条件时，出租人可单方解除合同，并行使自行清场腾房的自力救济措施

《合同法》第 227 条规定，承租人无正当理由未支付或者延迟支付租金的，出租人可以要求承租人在合理期限内支付。承租人逾期不支付的，出租人可以解除合同。该条款是出租人行使租赁合同解除权直接法律依据。在法律规定或合同约定的解除条件成就时，作为守约方的出租人便可单方解除合同。但是单方解除合同后承租人拒不腾空并返还房屋，则出租人的权利仍得不到保护。因此，出租人合理采取自行清场的自力救济措施才能有效地避免损失的进一步扩大，维护自己的权利。

笔者对采取自行清场的自力救济措施的程序建议如下：

第一步，书面催告。在催告函中，出租人给予合理期限，供承租人支付逾期租金，并告知其逾期则可解除合同。出租人可根据实际情况，通过邮政 EMS、张贴公告、发短信等方式向承租人送达通知，并保留有关送达凭证。出租人还可委托律师发送律师函，要求承租人限期支付拖欠租金。

第二步，在催告期限届满，承租人仍不履行时，则可以启动书面单方解除合同通知。在通知中主要阐明几点内容：一是明确解除合同的时间节点；二是要求对方在合理期限内搬走遗留物品，将房屋交还；三是交房期限届满，承租人未能交还房屋时，出租人于

某时间节点自行清场。该通知仍需通过邮政、张贴公告、发短信等方式向承租人送达，并保留有关送达凭证。

第三步，自行清场，收回租赁房屋。由于单方清场很容易演变为侵权行为遭致对方索赔，为降低后期承租人主张存放物品丢失、损坏风险，出租人最好在第三方现场见证下做好清场工作，确保清场过程公开透明，做好证据保全，避免争议或产生冲突。租赁管理所、社区工作站、物业管理处等部门均可作为第三方参与见证，或者委托公证处进行现场公证。在清场过程中要做好全程录像，物品一一清点，记录在册。同时还要妥善保管滞留物品，并将物品存放地点、领取方式以书面告知的方式通知承租人，以达到通知其领取、且承租人未能领取时，损失扩大的责任由其自行承担的目的。

司法实践中法院认可出租人对房屋自行清场属于自力救济措施的参考案例：如刘锐、陈凤英房屋租赁合同纠纷案<sup>③</sup>，法院认为，“……因刘锐仍未主动腾空并交还租赁房屋，陈凤英、黎观华自行清空房屋并将刘锐留存物品存在租赁的仓库中，该行为属陈凤英、黎观华合法实施的自力救济行为。刘锐在合理期限内拒不腾空房屋，没有法律依据，由此产生的损失应自行承担。陈凤英、黎观华代为清空房屋、储存物品所产生的费用，应由刘锐承担。”

### 三、出租人行使自力救济权时应当注意的相关事项

1. 租赁合同要完善，为未来有可能因承租人违约而行使自力救济权留下合同依据。在合同中，除常规条款外，要特别注意以下几点：一是要明确承租人拖欠租金达到一定金额或相应天数时，出租人有权行使合同解除权；二是要明确出租人有权在承租人违约的情况下，对租赁房屋采取停水、停电、上锁限制使用、单方解除合同收回房屋等措施；三是要明确合同解除后，承租人未能自行对滞留物品处置时，则视为其遗弃并授权出租人代为处理；四是要明确双方的送达地址和送达方式，避免在自力救济措施下，承租人辩称未收到出租人的任何通知，也可避免在进入司法程序

③参见深圳市中级人民法院（2019）粤 03 民终 6245 号民事判决书。  
④参见上海第一中级人民法院（2019）沪 01 民终 12184 号民事判决书。  
⑤参见深圳市中级人民法院（2019）粤 03 民终 4387 号民事判决书。

后，承租人恶意不签收相关文书，导致法院采用公告送达方式而使审判期限延长。

2. 在行使自力救济权时，要在专业法律人士的帮助下，谋定而后动，积极收集承租人违约的证据，及时履行相关通知程序，并给予承租人合理的宽限时间，在采取措施过程中还要把握必要的限度，避免冲突升级，造成双方损失扩大。

3. 在租赁纠纷进入诉讼或仲裁程序后，出租人不应再采取任何自力救济措施。在上海银座信息技术有限公司与广州朗域实业有限公司上海分公司房屋租赁合同纠纷案中<sup>④</sup>，银座公司诉中肆意采取停电、强行收回等自力救济手段，使原本一起相对简单的纠纷，人为的加以复杂化，法院认为，“有关搬运费、视频录像费的请求，此系银座公司不当自力救济而发生的费用，应自行承担”。

4. 出租人采取自力救济措施时，不得对承租人的物品造成破坏，还应采取适当的措施予以安置。同时，在承租人领取其遗留物品时，不应予以阻止、扣留（在承租人拖欠租金，且租赁合同明确约定出租人对其物品享有留置权的情况下除外）。比如田国兵与杨英萍、赖志强之间及深圳市京基房地产股份有限公司房屋租赁合同纠纷案<sup>⑤</sup>，法院认为，“对于物品损失，杨英萍、赖志强在双方提起诉讼前即自行清场，将商铺内物品直接堆放在露天的路边，对上述物品损失的发生具有过错，应当赔偿上述物品损失。”

房屋租赁与人们日常的切身利益息息相关，在实际中牵扯出的问题层出不穷，在双方出现纠纷的情况下，如果都选择诉讼，不仅将占用有限的司法资源，让法院疲于应对、不堪重负，同时也由于租赁房屋在诉讼期间产生空置，或者承租人以诉讼解决为由不再继续支付租金，将造成社会资源严重浪费，给出租人造成经济损失和精神困扰。因此，出租人合理地选择运用自力救济权，及时、专业、妥善地处理小额、简单的房屋租赁纠纷，有利于尽快化解矛盾，缓解司法压力，节省公共资源，加速商业流转，减少租赁双方经济损失。



# 探析 外观专利判赔“百万” 背后的秘密

○曹凤梅 刘伟 广东卓建律师事务所

2020年3月24日，广东省高级人民法院对深圳科甲技术有限公司诉合肥新某源有限公司、深圳市某族电子有限公司、张某贤侵害外观设计专利权纠纷一案作出维持原判的二审判决，判令三被告立即停止侵权并赔偿原告深圳科甲技术有限公司经济损失及维权合理开支共计100万元。本案系外观设计专利侵权案件中为数不多的适用法定赔偿获得顶格判赔的案件。

## 一、案件概况

深圳科甲技术有限公司（以下简称“科甲公司”）系一家致力于无线智能耳机研发的企业，该公司于2016年8月20日申请的名称为“耳机（Air By Crazybaby）”的外观设计专利，于2017年2月22日授权，至今合法有效。该专利产品获得2017年德

国红点奖，同时斩获日本优良设计奖以及美国CES创新奖等。

上述专利产品上市后深受消费者欢迎和好评，被告深圳市某族电子有限公司（以下简称“某族公司”）、张某贤对耳机的局部做细微改变后，在天猫平台的新某源数码专营店面市销售。科甲公司所生产的耳机属于千元以上的高端耳机产品，可是某族公司、张某贤稍作修改后便以169元的价格面市销售，对科甲公司的市场占有率造成巨大冲击。本案历经一审、二审，最终获得法定100万元的顶格判赔。

## 二、外观专利侵权案件司法审判现状

### （一）判赔低的现状

一直以来，知识产权侵权案件判赔金额低已经成了

权利人的心头之痛。权利人经历艰难漫长的维权之路却收效甚微，加之专利侵权案件审判周期过长，导致出现权利人赢了官司却失去市场的悲催局面。而外观专利，作为世人普遍认为创新程度及价值较低的专利类型，法院的判赔金额更是远远低于实用新型和发明专利。

笔者通过alpha数据库检索2015-2019年侵害外观设计专利权纠纷一审判赔数额并进行统计分析。如图1所示，近五年来外观设计侵权案件的赔偿数额大多数处于10万以下，赔偿金额在10万-20万的不足5%，20万以上的更是不足2%。

图2是赔偿数额一年份分布比例对比图，由图2可以看出，近三年外观设计专利侵权案件赔偿金额在各个金额区间的分布比例基本一致，2019年相较前两年赔偿金额在5-10万的比例略有增长，低于5万的比例略有下降；但是赔偿金额在20万以上的比例基本不变。由此可知，2019年对于外观设计专利侵权的赔偿金额呈现小幅增长的趋势，但是总体判赔金额仍

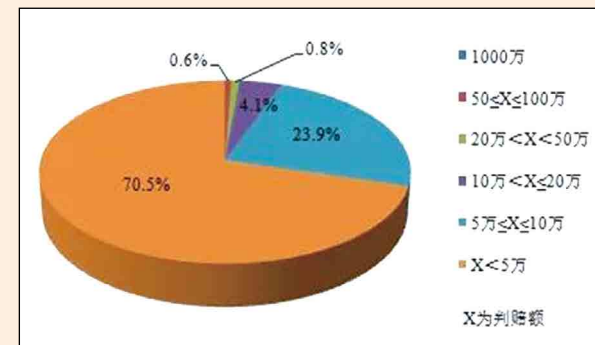


图1 赔偿额分布图

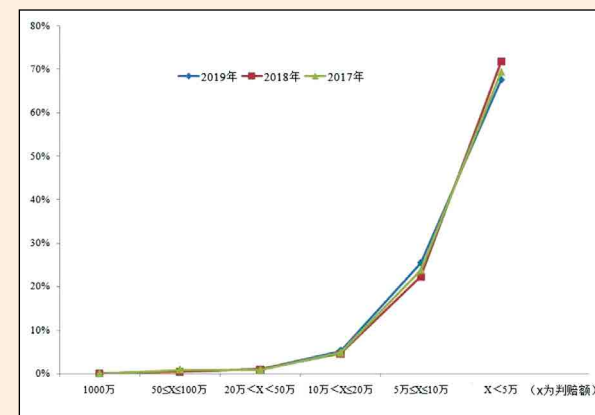


图2 赔偿数额一年份分布比例对比图

然很低，大部分在10万以下。

### （二）法院判赔的法律依据

根据《中华人民共和国专利法》第六十五条规定：侵犯专利权的赔偿数额按照权利人因被侵权所受到的实际损失确定；实际损失难以确定的，可以按照侵权人因侵权所获得的利益确定。权利人的损失或者侵权人获得的利益难以确定的，参照该专利许可使用费的倍数合理确定。赔偿数额还应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。权利人的损失、侵权人获得的利益和专利许可使用费均难以确定的，人民法院可以根据专利权的类型、侵权行为的性质和情节等因素，确定给予一万元以上一百万元以下的赔偿。

换言之，法院确定赔偿额的依据按以下顺序排列：第一，权利人因侵权所受到的损失；第二，侵权人获得的利益；第三，专利许可使用费的倍数；第四，法定赔偿范围内酌定。

### （三）外观专利侵权案件判赔低的原因

在司法审判中，权利人的损失、侵权人的获利往往很难举证证明，有很多专利并未进行许可，导致大部分专利侵权案件采用法定赔偿这一模式，判赔普遍偏低，这一现象的出现固然有国家政策因素、社会稳定因素、法院及法官的自我考量因素等多方面原因，也有原告代理律师举证不足的原因。由此可见，作为原告代理人要深入研究案件，全面组织索赔证据以及匹配举证的资源，以提高外观专利侵权的判赔金额。具体而言，外观专利侵权案件判赔金额低主要有以下几个方面原因。

1. 国内外外观设计专利创新水平不高，专利稳定性差

专利保护向来讲究与其创新程度的匹配性，国内外外观设计的原创度低，赔偿额自然不会高。中国专利类型包括发明、实用新型、外观设计三种，其中发明和实用新型保护的是技术方案，外观设计保护的是设计，两种保护客体不同，所以外观设计和发明、实用新型专利在创新程度上并不存在可比性。但是由于中国的专利制度对于实用新型和外观设计专利实行形式审查制度，所以大众普遍认为实用新型和外观设计专



利的创新水平较低，甚至形成认识误区认为外观设计专利属于三种专利类型中创新程度最低的。认识误区的天然存在，再加上法院对于外观设计专利侵权的平均判赔额最低，更加剧了大众对于外观设计专利创新度最低、价值最低的错误认识，这也是外观设计专利侵权比例稳增不降的原因之一。在这种认识误区的主导下，如果没有充分的证据证明涉案外观设计的创新水平高、稳定性强、专利价值高的话，法院倾向于认为涉案外观设计的创新程度处于中国普遍水平，法定赔偿范围内的判赔额自然不会太高。

2. “填平”原则下的法定赔偿导致判赔金额低

在我国知识产权侵权赔偿适用民事损害赔偿的“填平原则”，所谓填平原则即损失多少赔偿多少，没有惩罚性的赔偿；但绝大多数案件无法查明原告损失与被告获利，只能适用法定赔偿。在填平原则的指导下，法官在法定赔偿范围内酌定赔偿金额时，能够内心确信的获利金额就给予填平，不能确信的就不予填平，其实未能做到全面赔偿，从而衍生出权利人得不偿失、侵权人支付赔偿款后还有余利的怪像。

3. 侵权损害赔偿证据举证难、举证不足

(1) 外观设计专利侵权案件赔偿额维持在较低水平，专业知识产权律师转行，“万金油”律师当作小业务随便处理，赔偿额低导致律师本身的举证积极性差。

(2) 知识产权案件取证的前期成本太高，尤其是涉及到鉴定分析、实地调查时，在很多权利人不愿意出成本且前期律师费太低甚至为零的情况下，导致很多律师不愿意花费时间、精力去进行积极充分的举证；举证不充分，在目前的司法现状下，判赔额注定会低，自然而然便陷入了判赔低，导致急于举证，又由于举证不充分导致判赔低的恶性循环中。

(3) 我国诉讼程序中没有像美国诉讼程序中的discovery程序，原被告都不愿意公示自己的真实财务状况，所以证据搜集的难度很高。而且，中国企业财务造假的问题突出，即使原告自愿出示财务数据，法院亦难以采信单方证据的真实性；另一方面，造成权利人损失的因素具有多样性，即使财务数据是真实的，也无法与被告侵权唯一关联，所以法院无法适用

权利人损失或被告侵权获利的标准确定赔偿额，就连专利实施许可合同都存在造假的可能，因此在无法形成完整证据链证明真实许可费的前提下，法官只能在法定赔偿范围内酌定赔偿金额。

### 三、本案获得法定赔偿范围内顶格判赔的背后

本案中，一审法院在法定赔偿范围内酌定赔偿金额时的考量因素有：1. 原告的专利产品属于套件产品，由套件1、2、3共同组成，原告在本案仅请求保护套件1、套件2；2. 原告的专利产品在行业内具有较高的美誉度；3. 外观设计对产品整体价值的贡献比率；4. 被诉侵权产品分为左右两个耳机，分别对应授权设计的套件1、套件2，但被诉侵权产品并非单独销售，而是与套盒配套进行销售，故本案还需考虑被诉侵权产品在实现耳机成品利润中的作用、价值比重；5. 被告具有侵权的主观恶意，被告在明知或者应知被诉侵权产品涉嫌侵害原告专利权的情况下，仍然持续大量销售被诉侵权产品；6. 被诉侵权产品的销售数量巨大，侵权情节严重；7. 被告某族公司、张某贤经本院合法传唤，无正当理由拒不到庭参加诉讼，放弃诉讼权利，怠于行使诉讼义务，应承担对其不利的法律后果。

透过以上法院的考量因素，笔者详细分析一下作为外观设计专利维权案件，本案是怎样获得法定赔偿范围内的顶格赔偿的。

(一) 专利律师对“设计空间”以及设计要点做进一步的确认

众所周知，外观设计专利实行形式审查制度，因此外观设计专利权评价报告是外观设计专利侵权诉讼中权属证据的标配。但是基于评价报告是国家知识产权局对已授权相关专利所作出的其是否具备专利性的技术评价，不属于行政决定，对于法院处理专利案件只能起到参考性作用。另一方面，专利评价报告往往会存在检索不充分的瑕疵，而充分的检索是确定外观设计专利“设计空间”和设计要点的重要前提，所以对于侵权产品与涉案外观设计构成近似侵权的情况，需要专利律师在评价报告的基础上进行进一步的充分检索，以更加全面准确地确定“设计空间”和设计要点，

对于侵权比对和法院认定是否落入涉案专利保护范围至关重要。当然，如果涉案外观设计专利经过无效程序的检验，无效决定的内容将作为法院认定“设计空间”及设计要点的主要依据。

### (二) 穷尽举证手段进行充分的举证

1. 前文所述判赔金额低的原因之一就是普遍存在外观设计专利创新程度低、价值低的认识误区。专利价值的认识会直接影响到赔偿金额的等级，所以原告律师在组织证据时，列明多组专利价值证据，包括专利设计获奖情况、销售好评以及无效决定等。在诉讼过程中，积极应对诉讼过程中的无效程序，全力维持专利设计空间及权利稳定性。

### 2. 全程追踪积极举证

(1) 起诉前发送律师函，搜集被告收到律师函后继续侵权的证据，以证明被告的侵权恶意；

(2) 起诉后全程跟进线上销售动态，固定持续侵权和扩大侵权规模的证据，证明被告持续侵权的规模和情节；

(3) 诉讼过程中，以合理成本不遗余力地固定关于侵权性质、侵权情节、损害赔偿相关的新证据，并组织证据尽量形成完整证据链。

### 3. 侵权损害赔偿证据多渠道举证

根据《最高人民法院关于审理专利纠纷案件适用法律问题的若干规定》第二十条、第二十一条的规定计算侵权人获利；原告代理律师提供三种涉案产品利润的计算方式以方便法院推算侵权人的获利情况：

(1) 案外耳机厂商提供的涉案产品成本报价；

(2) 耳机行业内上市公司公布的耳机产品毛利率；

(3) 提供耳机行业与涉案类似产品的成本价格的媒体报道。

通过以上三种方式，原告代理律师证明即使考虑产品的专利贡献率，被告的获利也远远高于原告的起诉金额。

### (三) 合理维权费用的证据

根据《最高人民法院关于审理专利纠纷案件适用法律问题的若干规定》第二十二条的规定，权利人主张其为制止侵权行为所支付合理开支的，人民法院可

以在专利法第六十五条确定的赔偿数额之外另行计算。

由于知识产权案件的取证成本较高，合理维权成本亦应考虑在判赔金额以内。对于合理维权费用的证据，一般包括律师费、公证费、购买产品费等。律师费发票的付款方应与原告对应，同时若能提供委托代理合同则更好，代理合同中注明涉诉案件；公证费票据上最好能注明公证书编号，以便与涉诉案件唯一关联；可能还会涉及其他费用，如鉴定费、差旅费等，鉴定费付款单位、时间、金额应与鉴定合同吻合，与鉴定书编号一致，差旅费的时间、地点、人员应与案件的具体情况吻合。

总而言之，提供与案件关联度高、真实合理的能够形成完整证据链的维权开支证据，以便获得法院支持。

### (四) 提高判赔额的其他方法

1. 提供合理的许可费、转让费参考；

2. 积极申请法院调取对方的销售证据；

3. 合理利用被告提交的销售记录、成本及财务数据。

综上所述，办案律师要积极举证，多渠道举证，即使不能让法院完全采信被告获利，也要形成完整证据链，从自由心证角度推动法官的高判心理。同时，根据《最高人民法院关于当前经济形势下知识产权审判服务大局若干问题的意见》第16条的规定：“对于难以证明侵权受损或侵权获利的具体数额，但有证据证明前述数额明显超过法定赔偿最高限额的，应当综合全案的证据情况，在法定最高限额以上合理确定赔偿额。”目前已有判例，法院适用“酌定赔偿”的判赔规则向上突破了专利侵权法定赔偿限额，因此只要权利人或代理律师积极举证、全面举证，在法定赔偿范围内获得顶格判赔甚至突破法定赔偿上限获得赔偿都是有希望的。

## 四、结语

本案能在法定赔偿范围内争取到顶格赔偿额100万，在外观设计专利诉讼案件中凤毛麟角，获得高额定赔的原因归根结底在于律师的积极举证和对侵权可能性的把握。对于专利维权，想要获得好结果，不仅需要专业的律师，更需要律师尽职尽责、积极举证。

# 别了， 我的当事人

○董玉琴 北京大成（深圳）律师事务所

受援人H，男，只知道自己的出生日期大概是1990年1月份，没有户口，也没有身份证号码，从小看到父亲逼母亲自杀，心里有了阴影，从小在外打工，好不容易谈了女友，倾其所爱。当女友离开自己时，因爱生恨，却把前女友的未婚夫杀害……这也许就是情杀。

案发在2015年4月8日，几天后我被指派对H进行法律援助辩护，在侦查阶段、审查起诉阶段、一审阶段，通过两次对抗性很强的庭审，H被判了死缓，并限制减刑，得以保命。

但在检察院强势抗诉、被害人家属意见很大的情况下，二审改判死刑立即执行。记得H对我说，“董律师，你再陪我走到最后吧。”我便向法援处申请继续为其代理死刑复核阶段。尽管我两次到最高人民法院面见法官，法官及其助理很耐心地看着我的思维导图听我讲解案件的争议焦点，一听就是一个半小时；尽管我提交了四次律师意见，最长的有69页，从相关案例到最高法院沈德咏大法官《论疑罪从无》论文的引用，还给复核法官打了不下20次电话，最后，法官答复“作为法援律师，你很敬业，很有责任心，也很专业，该有的疑点和关键问题也都提到了。但是，我们会综合认定”。听到“综合认定”四个字，我就

明白了，法官内心已经确信，是要核准了。但我还是不死心地搜寻有无其他方面的突破口，再向法官提交第五次律师意见，同时，我又不敢再给法官打电话，因为疫情原因，很多工作都放缓或停止非紧急案件，也许法官忘了这个案件，万一接到我的电话他又想起这个案件，那么……

死刑复核阶段近两年时间，那天傍晚接到中院书记员的电话，我马上意识到最高人民法院的执行令下来了！这之前还能正常会见，那周突然再次需要核酸检测证明才能会见，真是计划赶不上变化。只能赶忙到医院挂急诊做检测，向法援处申请审批会见函。

见到H时，他第一句话说“谢谢你，现在疫情还来看我”，接着又问“是不是执行通知下来了？”我撒谎道“不知道呀，我还没接到通知”。接着就聊他的仓友、仓里的日常生活、身体状况。我扯远了问H的家庭情况，并间接转达他的亲属不能、也来不及最后接见他，但是还是惦记着他，说得太明显又担心他意识到确实是执行令下来了。我让他把口罩摘下来，我再看看他的面部特征，看到一次比一次消瘦，我想记住、记得更深刻一点我援助了五个阶段、五年四个月的当事人。我劝慰他，人呐，这一生很短暂，尤其遭遇汶川地震、这次疫情的经历，人的生命显得更加

脆弱，说不定今天睡着，明天就醒不来了。明天如何，是明天的事，今天还是要开开心心地度过。

此时我心里极其复杂，作为一名普通公民，对暴力事件深恶痛绝，但看受援人羁押在看守所里，尤其到了这种地步时，又感到他是那样的可怜！

记得受害人是家里的独子，受害时也是25岁。在最高人民法院阅卷时，我看到其家属写的无数封请愿信，“我们恨H，如此残忍的手段杀人。我们也恨董玉琴律师，竟然为这样的坏人辩护！”老百姓心中就是想不通律师为什么要替坏人辩护。

我们是法律人，对道德伦理和法律关系要理性对待，律师不是为“坏”而辩护，而是为“人”辩护，即使他们是大毒枭、杀人犯，在他们的生效判决下来之前，他们作为“人”的权利和合法的诉讼权益还是要受到法律的保护，要让他们接受司法程序、公平正义的审判，让他们心服口服！律师给当事人提供服务，不仅要在法律方面提供专业的帮助，还要做一个温情的陪伴者、心灵的按摩师，让当事人在看守所等待审判的漫长岁月里不再无助、恐惧、孤独。

在会见笔录上签字时，看到H工整地写下自己的姓名，日期写着2012年8月18日，工作人员提醒是2020年，也许在潜意识里，他是想回到2012年与女

友共处的美好时光里。看到他签名按指印时，我想这可能是最后一次了，但又马上意识到至少还要签收最高人民法院的执行文书。他说：“5年多来，只收到舅舅的一封信，你是我见过最多的人，也有两个仓友很关照我，但他们都到监狱服刑了。谢谢你，你已经尽力了，责任心非常强。谢谢你陪我一直走到现在。也就这样了，就等着执行了。”——这也算是H的遗言吧。

别了，我的当事人，我服务了五年多的当事人。从始至终，陪你走到了人生的终点，这一天我是专程来为你送行的，也带来你亲属的问候，祝你一路走好，到另一个世界，记着做一个好人。

【编者的话】为死刑犯辩护一直是一个沉重的话题，争议不止、辩论不休。作者董玉琴律师被指派对H（因爱生恨，杀害前女友的未婚夫）进行法律援助辩护，在侦查阶段、审查起诉阶段、一审阶段、二审阶段、死刑复核阶段，始终以高度的责任心和精湛的专业能力为H争取合法权益，并陪H走过了人生的最后一程。董律师撰文道出了办理此案的感悟，也表现出了刑辩律师的专业及情怀。



深南大道被称为深圳的一张名片，它包括“深南大道”“深南中路”和“深南东路”三部分，全长25.6公里，路幅宽达135米，中心区最宽达350米，沿线与48条南北方向的市政道路交汇。

深南大道是深圳东西方向的坐标轴，它不仅仅具备交通的功能，还集中了这个城市的经典，是城市的景观和窗口，更是炙手可热的“黄金”通道。

步行游览深圳最优美的深南大道，一直是藏在我心底的一个愿望。这个愿望终于在马年正月初五达成。那时，趁着路上行人和车辆都很稀少，我从世界之窗出发，沿深南大道一路向东，步行至黄贝岭，用了4个多小时，步行了17公里。

那天，天还蒙蒙亮之时，我下定决心只带了张公交卡和一瓶饮用水就开始了这次步行。说实话，对能否走到预定的终点，我心里其实并没有谱，只是抱着试试看的心态，能走到哪就到哪，实在走不动了，坐车回来。

开始时，浑身都是劲，没用多久就到了园博园，

园博园门口传来清脆的鞭子声，视线所及之处，有一个晨练的人正在抽陀螺，这可是小时候看哥们玩过的游戏，久违了，念头闪了闪，脚步却没停，继续前行。

竹子林到了，没有看路标，人行道旁翠绿挺拔的竹子告诉我的。平时坐车是看不到，这里人行通道的墙壁上沿路都是咏竹诗，浓浓的文化氛围包裹着这百米长的路，谁说深圳是文化沙漠？这里的诗韵和路旁的桂花一样芬芳，不断地沁入我的脑细胞和肺叶之中。

招商银行大厦就在眼前了，我用眼睛搜索市知识产权局所在的大厦，一定要到门口看看，现在我的业务专长是知识产权诉讼和非诉。来到大厦门前，深圳市知识产权局的牌子在廊柱的左边挂着，我在门口驻足了片刻，就继续前行。

香蜜湖度假村到了，多年前，我就发过感叹：“二十年前，在深南路边就可以看到香蜜湖变成香蜜塘了”，

现如今连塘的踪迹也难寻觅，只空留一个“湖”的地名。

转眼来到特区报业大厦门前，忽然有想说话的冲动，跟路边的警察问了一句：“请问现在几点了？”“8点30分。”我已经走了两个小时了，还没有疲倦的感觉，好啊，继续。

走过立交桥下的通道，深圳广电集团和深圳证券交易所新楼紧挨着。深交所的新楼接近竣工，门前的草地也铺好了，一个工人正拿着胶皮管给草浇水，我踮着脚尖从湿漉漉的地方跨过去。

市民中心到了，深南路在这一块儿是最宽的，有



350米。“大鹏展翅”的市政厅前是宽阔的市民中心广场，大片的绿地，视野格外开阔，这时太阳从云层后面钻出来对我笑了笑。如果沿人行道走，要拐很大的弯，我决定从绿地直穿过去，过马路时没有车，迅速通过，踩在草地上才发觉，原来表面平整的地面，踩下去却是深一脚浅一脚，凹凸不平。看来还是走别人铺好的路平坦，稍稍例外一下，就是挑战。

到凤凰大厦时，感觉鞋里有东西磨脚，不得不停下来，连袜子也翻过来，彻底清理了一遍。这是走草地带来的负面结果。

一阵清风吹过，凤凰大厦门前落羽杉上金黄的树叶似羽毛般飘落下来，让我看到落羽的风景，景如其名，平日可真是不多见噢。我整理好鞋袜，踩着遍地金黄，继续前行。

右手边，昔日布满“握手楼”的岗厦村如今荡然无存，取而代之的是几栋黑色高楼，真的认不出来了。

田面、上海宾馆就在前面，二十年前深圳的坐标，如今面孔依旧。1994年，刚来深圳时，深南路只修到这儿，我之前步行走过的那段，那时还是荒地。旁边的天虹商场当时是真正的闹市，里里外外堆满了日用商品，行人络绎不绝，现如今已成往事。

紧接着，华强北赛格到了，这条和深南路相交的华强北路——中国电子商品一条街被一面跟路一样宽的墙堵着，这条街正在修地铁，据说三年后才能重新通行。

走到华联大厦时，大钟刚好敲响10点，三个半小时了，脚底有点硬，其他关节都好，还没有感到累。只是有点饿，是走到终点再吃饭，还是遇到餐馆停下来，补充完能量再走，我边走边思量。根据一路观察的情况看，只能去肯德基、麦当劳这类速食店，其他路边的餐厅都没开门。目标地王大厦路边的餐厅，前进。

深圳博物馆老馆门前的著名雕塑《闯》，形象地表现着敢为天下先、锐意改革的深圳精神。经过“闯”雕塑时，感到震撼的仍然是门上的那道裂缝，仿佛门开之处，那匹创新之马就会奔驰而出。

步入蔡屋围——深圳金融中心，首先映入眼帘的是

# 一路向东

## 深南大道步行记

○江知芸 广东众翔律师事务所





工商银行大厦上鹏城新春第一联：“牡丹魁领卅年春，骏马首瞻千里路”，对联高 68 米，宽 9 米，是深圳当年春节期间的一道风景线。这幅对联寥寥数语，高度概括了自 1984 年成立的三十年间，中国工商银行以开展牡丹卡业务闻名，一路引领中国金融业马首的光辉业绩。

地王大厦到了，2010 年 8 月以前的深圳第一高楼，已被京基金融中心大厦所取代。它的几个餐厅是我每次来这儿的首选。我到面点王充分补充了能量。坐下时，除了饥肠辘辘，还是没觉得累。吃饱之后，再抬腿，感到有点沉，脚底可能肿了，踩下去像踩在棉花上。

不能再停留了，要继续向终点前进，这时候的犹豫和停顿可能滋生退却情绪。还剩下五站路，大约五里，一旦放弃，预定目标就无法实现了。买完单，含一口茶水漱漱口，继续步行。

罗湖书城、国际金融中心、中国银行大厦、航都大厦、中建大厦、长安大厦一一走过，活力慢慢地恢复，脚板重新灵活起来，终点黄贝岭已经在视线里了，无暇他顾，心底里涌现出一点小小的感动，不错，马上到终点了，无论是体力、心力还是第三意识形态都经受住了考验，终点冲刺有掌声吗？好期待，不过肯定没有，路上行人稀少，甚至没有人知道我正在做什么。

但是，我还是看到了响应，那不是观光一号巴士吗？我到黄贝岭公交车站还没站稳，计划回程乘坐的车就向我开过来了，太好了，这也是奖励啊。有点小小兴奋地直接跨上了观光车二楼，直奔第一排坐下，这是最适合观景的位置，惬意地享受灿烂的阳光和一路优美的风景。

深南大道明净晴朗，繁密艳丽的各种鲜花灿烂得让人心醉。路边的大厦一一向后退去，走过的路再次回顾一遍，唤起了多少回忆。

航都大厦是我在深圳开始律师生涯的第一站。在中国银行大厦，我们与中国银行合作，开展深圳首批房屋按揭贷款的律师见证业务，前来办理见证的一位母亲对正在深大读书的儿子说的一句话至今还记忆犹新：“你什么时候也能像这位律师，签一下名就能管几十万的事，那就行了。”其实，这位母亲不知道，在这个签名背后，我们付出了多少艰辛的劳动，为了使后来打印的内容准确地填写在印刷好的合同空格处，进行了无数次版面设计和测试，为了保证合同内容的

精准，借贷方和楼盘信息每份最起码核对三遍，每个楼盘有上百名借款人，那个工作量，以海量来形容，都不为过。刚接业务那一段时间，准备文件经常加班到深夜，被新纸划破的手指鲜血直流很久没有愈合。

国际金融中心、平安银行大厦分别有两家顾问单位，坐在顾问室解答法律咨询的情形还历历在目。上步大厦、花园格兰云天大厦、安徽大厦、安联大厦、人民大厦、新世界中心等等，这些都曾经是我所在律师所的办公地。金盾剧院，那里原来是市律协经常举办大型讲座的地方，如今改建为幼儿园了，早知如此，应该在那天主持完实习律师培训时，在门口留个影。

在市民中心举办的那个有关“337 调查的讲座”是在两年前还是三年前？记不清了。还记得图书馆义务咨询的下午，最后一个咨询者问的问题是：“刚毕业适不适合做律师？”

特区报业大厦，我为这里的证券公司赢得了一场标的数千万元的诉讼；深圳市土地房产交易中心，2014 年 1 月 23 日，经过一整天的详细评判，我作为市政府采购评审专家，与专家组一道评出了当年深圳前海 134 亿元的新地王；深圳市市场监管局大厦，两年前，我被聘为该局知识产权专家委员会专家，从此踏上知识产权业务的专业之路。

一路向东，深南大道优美的园林景观、清洁的道路滋润着我的眼球，有关路旁一栋栋高楼的往事回忆充满了我的心田，思绪飞扬，感慨万千。

车内报站器里响起了圆润的女声：“世界之窗站到了”，该下车了，我又回到了起点，这次步行画上了圆满句号。

扪心自问，这十七公里的行程，我的收获是什么？是一路未见一张废纸，一件垃圾，对环卫工人认真负责精神的感动；是工行巨幅对联以及背后卓越业绩和前瞻眼光的钦佩；是对深圳“闯”字精神的体会；是对二十年深圳律师生涯的回顾。还有吗？还有很多，其中最重要的就是：人生就是一段风景无限的旅行，做好准备，毫不犹豫，朝着即定目标前行。无论鞋里有砂石，还是烈日当空，无论饥肠辘辘，还是温饱困顿时，都不要犹豫、退缩，只要继续，就一定能到达既定的终点，即便冲刺后没有欢呼声、掌声，自己为自己喝彩，就已足够。

# 法与公民

○林京琨 广东威纳氏律师事务所

你看得见或者看不见我  
我就在这里守护你  
不偏不倚

你懂或者不懂我  
我就在这里随扈你  
沉默发光

请你来我的怀里  
塑造理念

增益智慧  
汲取价值

让我住进你的心里  
植根规则  
展现诚信  
解决烦恼

我是法 你是公民  
我不是万能

但是没有我就没有公义  
没有伸张维护的路径  
那是万万不能

浩瀚人类文明史  
我有我价值  
井然似静然  
废旧出新  
默然潜水般  
与你同行



