



总第 105 期

105

2024 年 | 第 3 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

深圳市律师业务创新大赛 历届获奖作品一览

锻炼亦“修炼”，青年“圳”出发
新《公司法》对金融担保行业的七大影响与应对
律所参与政府购买法律服务的若干问题浅析
组织未成年人有偿陪侍行为的辩护要点

为梦想启程，

2024 年度深圳“1+1”法援律师再出发

2024 年 9 月 13 日，随着“1+1”中国法律援助志愿者行动 2024 年度启动仪式在北京召开，又一批怀揣着法治梦想与公益热情的律师们踏上了前往服务地的新征程。他们来自五湖四海，却共同拥有一颗为正义而奋斗的心，和同样一股信念：为弱势群体提供法律援助，传播法治阳光。

自 2012 年起，深圳便以坚定的步伐投身于“1+1”中国法律援助志愿者活动之中，迄今为止，已有 34 位（75 人次）深圳律师热忱参与，他们的足迹深深烙印在全国 53 个中西部偏远贫困地区的土地上，今年，深圳 7 名法律援助律师再次温暖启程。他们是——

王鸣剑，服务地—广西崇左市天等县

“参加‘1+1’法律援助志愿服务让她有机会去践行使命初心，为生命增光添彩。新的征程里，我当继续以我之力传播法治，让人民群众切实能因我的服务而增加法治获得感、幸福感和安全感。”

边疆，服务地—甘肃合作市

“我深知，参与这项事业不仅是我职业生涯中的一次挑战，更是一种心灵上的洗礼；也不仅是工作上的任务，更是对我价值观和职业理想的再一次检验。”

孙玮，服务地—甘肃临夏州东乡县

“作为一名律师，能在祖国的大漠边疆，在自己甘之若饴的岗位上，进行着普法宣教、济困扶危的崇高事业，并在此过程中实现人生价值，这是多么的难能可贵。心栖梦归处、不负韶华年！”

李影，服务地—海南琼中县

“到服务地奔赴岗位后，我将用热情诚挚的心、充实专业的法律知识为受援地的群众解决纠纷，化解矛盾。路漫漫其修远兮，吾将上下而求索。”

肖黄鹤，服务地—西藏林芝市

“聚沙成塔，聚水成涓。年复一年，感念法律援助志愿者的长期付出，祝愿法律援助事业熠熠生辉。薪火相传，感恩法律职业共同体同舟共济，期待中国法治事业蓬勃发展。”

钟俊瑾，服务地—新疆阿勒泰市

“这是我第三次参与‘1+1’法援行动，总是被问到为什么这么执着，我想是因为我在服务地提供法援的过程中，真切感受到身为法律人的自豪。不同的服务地，总能带给我不一样的收获，我很愿意通过这样的方式见世人、见众生、见自己。”

陈海航，服务地—新疆克拉玛依市乌尔禾区

“六年的‘1+1’法律援助生涯，我都深感每一个法律援助案件背后，都是一个挣扎在困境中的家庭。我们的使命，就是让这些家庭能够沐浴到法治的阳光，这是国家的庄严承诺，也是我们“1+1”中国法律援助志愿者的神圣职责。”



公益之光， 照亮法治之路

○章成 深圳市律师协会副会长

本期《深圳律师》杂志“特别报道”栏目以“公益法律服务”为主题，聚焦深圳律师在公益法律服务领域的不懈努力与卓越贡献。可以说，自深圳律师行业建立以来，深圳律师从事公益法律服务事业的脚步就从未停歇，尤其是近些年，深圳律师从事公益法律服务的先进事迹频见于省级乃至全国性媒体，热心公益成为了深圳律师不可或缺的一张靓丽名片。

在全面依法治国举措最集中、最有力的当下，我们深圳有这么多律师同行在公益法律服务的道路上坚毅前行，在全行业不断续写感人的故事，是什么鼓舞着他们敢想、敢做？我想，这，也许就是律师的另一种价值追求。

律师行业的公益法律服务，广泛覆盖多领域。于法律援助层面，无偿助力经济拮据的个体，使之在法律困境前不失援手。无论是遭遇劳动纷争的农民工，还是权益受损的弱势群体，律师皆挺身而出，捍卫其合法权益，有力维护了社会的公平与和谐。在普法宣教活动中，律师深入校园、社区、企业，广泛传播法律知识，提升公众法治意识，为法治社会的构筑奠定了坚实的基石。于公益诉讼范畴，律师聚焦环境污染、消费者权益等公益议题，运用法律力量推动社会革新与进步。

深圳律师行业的“1+1”法律援助志愿者行动和西部锻炼计划，堪称行业公益法律服务的璀璨双璧。律

师们毅然离开舒适区，奔赴偏远地区和基层一线，于简陋环境中耐心回应民众疑问，于乡村法庭上为弱势群体仗义执言，于普法课堂播撒法治的希望之种。他们用实际行动诠释了律师的担当和奉献，让法治的理念在边疆生根发芽。

公益法律服务，是律师职业精神的升华。律师，不仅是法律的忠实捍卫者与当事人权益的坚定维护者，更是社会公平正义的勇敢守护者。投身公益法律服务，我们传递法律的温情与力量至最需要之处，确保法治之光温暖照耀每一颗心灵。

公益之路，道阻且长，但行则将至。律师行业在公益服务领域的每一次努力，都是对法治精神的有力诠释，都是对社会正义的执着追求。每一个成功的法律援助案件，每一次看到群众因为我们的努力而对法律充满信心，都让我们深刻体会到律师职业的崇高价值。

公益服务，绝非律师行业孤军奋战之事，而是全社会共担之重责。我们热切呼唤更多社会力量，聚焦并支持律师行业的公益之举，携手共建一个更加和谐、公正、法治的社会环境。律师行业，作为公益服务的先锋队，正以其专业与热忱，为社会带来温暖与光明。我们期盼每位律师，都将公益之心融入职业生涯，让公益之光在律师界熠熠生辉，照亮法治中国前行的每一步辉煌征程。让我们携手共进，在公益的道路上砥砺前行，书写律师行业更加辉煌的篇章！



印刷日期 2024 年 11 月 6 日

| | |
|-------|---------------------------------------|
| 编印单位 | 深圳市律师协会 |
| 编委会主任 | 张 斌 |
| 编委会成员 | 杨 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 公益之光，照亮法治之路 / 章成

特别报道 | SPECIAL REPORTSP4-11

- 04 深圳市律师业务创新大赛历届获奖作品一览
- 07 锻炼亦“修炼”，青年“圳”出发
- 09 青年律师“西部锻炼”之心得体会

热点 | HOTSPOT.....P12-19

- 12 新《公司法》对金融担保行业的七大影响与应对
/ 金振朝
- 16 上市公司股东、董监高违规减持法律责任之研究
/ 安健 徐帅 魏清馨 赵忻悦



P16

P04

涉外观察 | TRANSNATIONAL LAW REVIEW.... P20-30

- 20 国际商事纠纷解决法律服务中内地与香港律师的协作
/ 陈德林
- 24 国际并购场景下的数据保护实践 / 谢阳
- 27 企业境外直接投资 ODI 备案规范指引 / 杨昊菲 王诗凯

论道 | DISCOVERY.....P31-42

- 31 律所参与政府购买法律服务的若干问题浅析 / 周舟
- 35 “禁止重复起诉”制度在司法实践中适用尺度之
探讨 / 王慧杰
- 39 反不正当竞争法中竞争关系的厘清 / 刘旺



P31

P20

实务 | PRACTICE P43-61

- 43 处理涉外旅游委托合同诉讼业务心得体会 / 罗红玉
- 46 有关酒店及景区发行会员卡的法律研究 / 李华红
- 50 组织未成年人有偿陪侍行为的辩护要点 / 高佩洁
- 54 反舞弊及反商业贿赂中廉洁协议的适用及效力分析
/ 贺志忠 濮礼雯
- 58 非全日制用工的法律规制与实务应用 / 谢炳城



P50

拍案 | CASE AND EXAMPLES P62-65

- 62 探析已过诉讼时效的债务引发的不良信用问题
/ 田毛 王毅

律协动态 | INFORMATION..... P66-68

LAWYERS INNOVATION

创新大赛

深圳市律师业务

历届获奖作品一览

深圳市律师业务创新大赛是深圳律师业务创新竞技、比拼的专业赛事，旨在引导深圳律师开展创新业务研究，拓宽业务发展空间，将优秀法律服务产品市场化、业务化，推动实现创新产品法律效益和社会效益有效融合，促进深圳法律服务业的高质量发展。自 2015 年启动以来，已成功举办五届，现已成为深圳律师展示、共享业务创新成果的品牌项目之一。

深圳市首届律师业务创新大赛评选结果

2015

新服务模式

- 【一等奖】黄智勇《律伴》
- 【二等奖】朱斌《易诉 - 按效果付费 oto 商业诉讼》
- 【三等奖】石怀方《福利法务计划》
冯江《深圳市律师协会会员制止律师执业不正当竞争规则》

新业务方案

- 【一等奖】李魏《中国式家族信托》
- 【二等奖】郭璇玲、李立坤《我国遗嘱执行人制度的立法完善与创新》
王宏伟、黄仕林《资金投后项目监管专项法律服务》
- 【三等奖】张丽、丁建春《专利托管与诉讼维权》
杨林、马海燕《公司核查专项法律服务》
吕红兵《房地产行业税务风险防范及节税筹划法律服务方案》

深圳市第二届律师业务创新大赛评选结果

2018

- 【一等奖】市律协宪法与行政法律专业委员会《行政处罚案卷评查专项法律服务》
- 【二等奖】杜芹家族律师团队《“从此不同——婚前测评与指导法律服务”暨“婚前法律指导”政府专项法律服务》
创勤律师团队《诉讼业务中的 13 项流程和 4 个报告》
- 【三等奖】杨林、董云健《城市更新中律师协助集体经济组织选定项目合作方的专项法律服务》
周旻《拆分法律顾问：日常顾问与专项服务》
周旻《诉前指导专项法律服务》

深圳市第三届律师业务创新大赛评选结果

- 【一等奖】美好家族律师团队（北京市京师 < 深圳 > 律师事务所）《“向死而生律伴全程”——从意定监护到遗产管理全过程的法律服务》
- 【二等奖】广东际唐律师事务所《“律小牛”刑事辩护智能办案辅助系统》
广东中熙律师事务所、广东中熙（龙华）律师事务所《政府采购代理机构招标项目审查专项法律服务》
- 【三等奖】孙伟《企业分立重组产品》
胡环宇《删繁就简，涅槃重生——“关联企业实质合并重整”法律服务新产品》
胡媛《立法“后评估”专项法律服务产品》

2019

2022

深圳市第四届律师业务创新大赛评选结果

- 【一等奖】** 广东北源律师事务所《数据出境专项合规服务产品》
- 【二等奖】** 广东中熙律师事务所、广东中熙（龙华）律师事务所《城市更新项目实施主体资格确认预审专项法律服务产品》
- 市律协婚姻家庭法律专业委员会《律师代理涉港家事业务新蓝海》
- 市律协家族财富管理法律专业委员会《深圳城中村小产权房民事信托传承规划》
- 【三等奖】** 市律协融资租赁法律专业委员会《融资租赁公司合规备案法律服务》
- 市律协数字经济法律专业委员会《数字藏品平台合规服务》
- 市律协企业法律顾问法律专业委员会《公司法定代表人涤除法律产品》
- 市律协宪法与行政法律专业委员会《深圳律师提供重大行政决策全流程法律服务》
- 市律协旅游酒店法律专业委员会《国企三项制度改革专项法律服务》
- 市律协信息网络法律专业委员会《数字藏品法律服务产品》

2024

深圳市第五届律师业务创新大赛评选结果

- 【一等奖】** 市律协信息网络法律专业委员会《电商型MCN机构法律合规产品》
- 市律协公司法律专业委员会《董监高安全履职宝典》
- 中熙房地产业务中心《土地整备利益统筹全流程法律护航计划》
- 【二等奖】** 市律协数据合规法律专业委员会《算法备案法律服务》
- 市律协企业法律顾问法律专业委员会《新公司法背景下公司章程创新设计产品》
- 李魏《保险金民事信托3.0、4.0》
- 市律协电子竞技与网络游戏法律专业委员会《AIGC企业专项顾问》
- 市律协影视传媒法律专业委员会《动漫文创IP安心授权法律服务产品》
- 市律协港澳台法律专业委员会《两地民商事判决互认执行法律服务产品》
- 广东北源律师事务所《算法合规评估及备案产品》
- 【三等奖】** 广东北源律师事务所《数据交易合规评估服务》
- 泰和泰（深圳）数据合规团队《数据资产入表合规专项服务》
- 市律协银行法律专业委员会《破产程序下针对金融机构债权人的全流程法律辅导及服务产品》
- 市律协数字经济法律专业委员会《生成式人工智能服务提供者合规体系建设》
- 广东君龙律师事务所《科技成果转化链接基础法律服务产品》
- 市律协数据合规法律专业委员会《数据资产入表合规法律服务》
- 市律协环境与资源法律专业委员会《企业碳管理专项合规法律服务产品》
- 市律协婚姻家庭法律专业委员会《承办涉港继承业务》

锻炼亦“修炼” 青年“圳”出发

——青年律师西部锻炼计划，深圳律师在路上

为深入贯彻落实习近平总书记关于律师工作的重要指示精神，积极响应党的二十届三中全会精神，创新青年律师政治引领方式，司法部携手全国律协启动“青年律师西部锻炼计划”，从东中部地区精心选拔一批优秀青年律师，派遣他们前往西部地区的公共法律服务机构进行实践锻炼，提升他们专业素养的同时，也为西部地区的法治建设注入新的活力。

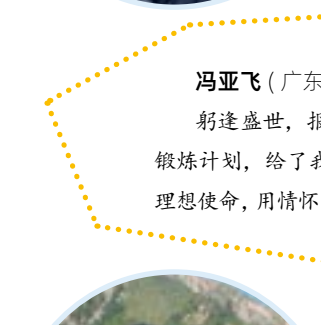
2024年8月23日，9名满怀激情与梦想的深圳青年律师踏上了前往西部地区的征程。在西部广袤的土地上，怀揣着对法律的信仰和追求，以法之名，筑梦远方。

相信深圳首批参加西部锻炼的青年律师在经过一年的服务地锻炼后，将会以更加饱满的热情和更加坚定的步伐，继续在法治的道路上“有一分热，便发一分光”，以青春燃亮法治梦想，为中国法治建设贡献自己的力量！



何文月（广东广和律师事务所），服务地：西藏

能参与此次青年律师西部锻炼，我感到非常荣幸。怀揣着喜悦与期待之情了解当地的风俗习惯和历史文化，积极与当地的法治工作者开展交流与合作，我会牢记使命，积极专业地开展工作为西藏林芝朗县的法治建设贡献力量。



冯亚飞（广东中熙律师事务所），服务地：西藏

躬逢盛世，报国有门；万里路遥，不负韶华。感谢青年律师西部锻炼计划，给了我实现个人价值、回馈社会的机会。我将用青春践行理想使命，用情怀书写吾辈担当，为西部地区法治建设贡献自己的力量。



谭曦鹭（广东良马律师事务所），服务地：西藏

党的二十大精神指引方向，总书记指示激励行动。作为青年律师我们响应号召，坚决投身西部法治建设。坚持党的领导，爱国奉献，法学扎实，热心公益，沟通积极，力争成为党和人民满意的好律师。

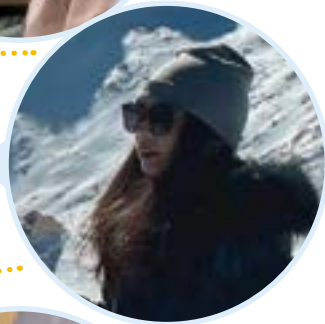
刘嘉祺 (广东博也律师事务所), 服务地: 重庆

感谢组织给予机会, 我很荣幸能通过选拔作为首批参加西部锻炼的青年律师前往西部地区公共法律服务机构(云阳县法律援助中心)参与工作, 为国家法治建设贡献一份微薄的力量。



雷茜 (北京市京师<深圳>律师事务所), 服务地: 青海

在今后的一年里, 我将保持谦虚、务实、专业的态度, 努力做好自己的本职工作, 用所学所长, 为需要帮助的人们提供法律支持。相信这段经历将成为我执业生涯中的宝贵财富。



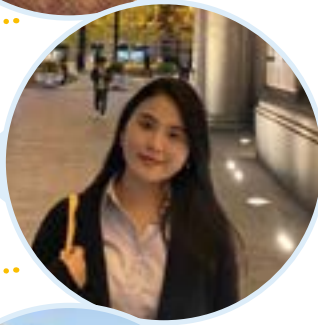
杨漫玲 (上海段和段<深圳>律师事务所), 服务地: 青海

从深圳到服务地青海省海南藏族自治州, 一路向西; 希望用一年的时间, 锻炼自己, 提升自己的能力, 更希望我们的到来能为西部法治建设作出点切实的贡献。



罗浩然 (北京市隆安<深圳>律师事务所), 服务地: 青海

我会全力办理好每一个法律援助案件、积极参与党政机关法律顾问工作、参与人民调解和矛盾纠纷化解工作、积极与当地的律师同行交流, 争取能为青海地区法治建设贡献出自己的一份力量。



郑伊莎 (广东擎臻律师事务所), 服务地: 青海

离开繁华的深圳, 奔赴偏远的玉树, 已经做好了吃苦的准备, 会想方设法适应并融入当地。我希望能以积极开放的心态融入服务地, 在工作上开拓思路, 做好法律服务。



胡紫阳 (北京市京师<深圳>律师事务所), 服务地: 贵州

抵达贵州后感觉到当地人民群众的热情, 希望在为期一年的锻炼中能与当地工作人员一起做好法治建设工作, 我也将全力贡献青春力量在当地学习锻炼过程中, 服务好当地人民群众。



青年律师“西部锻炼” 之心得体会

去西藏原来是回家

○谭曦鹭 广东良马律师事务所

在广东深圳的律所里, 我曾无数次憧憬着西部的风景, 却未曾料到, 自己会以一名青年律师的身份踏上这片充满挑战与机遇的土地。2024年, 我有幸成为第一届青年律师西部锻炼计划的一员, 前往西藏这片神秘而神圣的土地, 为这里的法治建设贡献自己的力量。

特别要感谢司法部、广东省司法厅、广东省律师协会和深圳市律师协会为我们青年律师提供了这样一个宝贵的机会。通过这个计划, 我得以深入西部, 亲身体验和了解这里的风土人情, 更直接地服务于基层群众, 为他们提供法律援助, 促进民族团结, 维护社会稳定。

自踏上前往西藏山南市桑日县司法局的旅程, 我便怀揣着对未知的忐忑与对挑战的期待。在出发前, 我曾对即将面临的西藏的艰苦条件和高原环境有所顾虑, 然而, 从我抵达的那一刻起, 所有的不安都烟消云散了。在这里, 我感受到了前所未有的温暖与重视, 让我对接下来一年的法律服务工作充满了信心与期待。

从广东到西藏, 跨越了数千公里的距离, 但在这里, 我并没有感到孤单和陌生。西藏司法厅和西藏律协准备的高反药品以及专业医生科普讲座, 让我在面对高原环境时有了充分的准备和保障; 山南市司法局副局长刘晓荣、桑日县司法局副局长次仁旺久等领导的隆重接待, 让我感受到了西藏对青年律师的尊重与期待; 在桑日县委常委、副县长胡鹤的慰问指示和桑日县司法局局长索朗达瓦的带领下, 桑日县司法局为我提供了住宿和饮食起居配置。在这里, 我深刻体会到了“民族团结”的真正含义。县局领导及同事们不仅为我配置了一应俱全的

生活设备, 还悉心地带我认识了县里镇里的相关机关人员, 介绍了工作上需要注意的细节, 以便我能够更快地融入到当地的工作环境中。从住宿到饮食, 从工作到生活, 无一不体现了他们的细致与周到。这些安排让我有了回到家的感觉, 也让我感受到了桑日县司法局的温暖与关怀, 对此我深表感激。

我深知, 这一切的安排和关怀, 都源于国家对青年律师的重视, 对西部锻炼计划的重视, 和对西部法治建设的期待。我被这种精神深深感动, 也更加坚定了我在这里全心服务的决心。我将不负重托, 以实际行动回报西藏山南市桑日县的信任和期待。

在接下来的一年时间里, 我将坚持民族团结, 尊重当地文化和习俗, 与当地人民建立深厚的感情。我将秉持着对法律的信仰和对人民的责任感, 全心全意地投入到法律服务工作中, 努力做好每一项工作, 为维护民族团结贡献自己的力量, 为桑日县的法治建设添砖加瓦。



同时，我也会积极参与到当地的法治宣传和教育中，为提升当地群众的法律意识贡献自己的力量。我将秉持“服务保障和改善民生”的宗旨，办理法律援助案件，参与公共法律服务平台值班，参与刑事案件律师辩护全覆盖、村居法律顾问等工作。我将致力于服务依法治理工作，担任当地党政机关法律顾问，参与重大决策合法性审查，起草审核规范性文件和合同、法律文书等，参与处理行政复议、诉讼、调解等法律事务。同时，我也会积极参与维护社会大局稳定的工作，参与人民调解、行业性专业性调解、矛盾纠纷排查化解、涉法涉诉信访案件处理等工作，广泛开展法律咨询、法治宣传等。我将强化与西部当地律师等法律服务人员的沟通交流，互学互鉴、共同提高，带动当地法律服务人才培养。

我深知，这一年的时间，将是我职业生涯中一段难忘的经历，这不仅是一次个人的成长机会，更是我为西

部地区法治建设贡献力量的宝贵经历。我将十分珍惜这次锻炼机会，努力提升自己的专业能力，学习如何更好地服务人民群众，如何在艰苦的环境中磨练意志，如何在民族团结的大背景下，发挥法律人的作用。

我将牢记司法部对青年律师的期望，心怀“国之大者”，厚植家国情怀，自觉服务基层党委政府工作大局，服务保障和改善民生，服务西部地区高质量发展。我将积极投身西部法治建设，以实际行动践行“请放心、强国有我”的青春强音。我将不负众望，以实际行动证明青年律师西部锻炼计划是成功的，是值得的。

青年律师西部锻炼计划不仅是一项政策，更是一种使命。它让我们这些青年律师有机会将理论知识转化为实践，有机会为西部地区的发展贡献自己的力量。我将牢记自己的初心和使命，以青春之名，赴西部之约，不负韶华，不负时代。

正确引导当事人寻求法律帮助非常重要

○刘嘉祺 广东博也律师事务所

作为一名参加“西部锻炼”的青年律师，我抵达云阳县法律援助中心参加工作已经一周。在本周的工作过程中，我深切认识到正确引导当事人寻求法律帮助的重要性。

比如，最近一起关于工伤赔偿的法律咨询，当事人在咨询时，表示其此前有委托“律师”，而该“律师”向其提供了不合理、不合规的指引，导致其对该“律师”产生了质疑，故前来法律援助中心，想知道是否可以向



司法局、律师协会等部门进行投诉。

在向该当事人索要委托代理合同原件进行查看以及详细询问后，我与同事发现该“律师”并不具备法律意义上的执业律师身份，而是法律咨询公司的工作人员。同时在该当事人与对方签订的合同中，留意到存在以风险代理方式收取服务费及约定高额违约金等的条款。

由此我们注意到，对于很多当事人来说，区分法律咨询公司工作人员和执业律师的区别可能存在一定困难，进一步会衍生出一系列关联问题。

其一，执业律师是经过司法部门和律师协会认定的，有着相对更为专业的法律知识储备和严格的执业规范，受到相关部门监管的从业人员，在给予法律意见时会更为审慎。这在部分当事人的视角上来看，法律咨询公司的“律师”，可能较之对结果更为“乐观”、更“有信心”，从而选择相信后者。但由于法律咨询公司工作人员存在准入门槛较低、缺乏法律职业资格和规范业务标准等情况，其实际提供的法律服务是否专业、合规、合法，均存在较大不确定性。

其二，根据律师职业道德及行为规范、律师服务收费管理办法等规定要求，律师是明确不允许就工伤赔偿等类型案件进行风险代理的，而就本次咨询中的法律咨询公司，却实际采取风险代理的收费方式签订合同（即前期收取低廉的费用，后续就工伤实际获赔金额比例分取高额“服务费”）。因而，就该类型案件，选择执业律师存在维权成本可能相对较高，而且没有类似“赔多赔少”会影响实际收费金额的密切联系，导致部分当事

人更倾向于选择法律咨询公司进行委托，却在后续出现矛盾争议时才发现，这些法律咨询公司的工作人员并非其所认为的“律师”，并不受司法局和律师协会的监督管理，维权成本实际增加风险性。

因此，我了解到正确引导当事人寻求法律帮助是非常重要的，只有通过正规的路径和司法流程，委托合适、专业的从业人员，以合法的途径解决矛盾冲突，才能更好地维护当事人的合法权益，进一步保障社会的公正和稳定。

积极履责，投入新角色

○胡紫阳 北京市京师（深圳）律师事务所

不知不觉来贵州关岭布依族苗族自治县一周了。刚来那天，当地司法局领导和工作人员从机场把我接到县人才公寓，拎包入住，食宿都安排妥当，诸如床上用品、毛巾、纸巾等都准备了，非常暖心。关岭风景秀丽、食物美味、人民群众热情好客。

县司法局领导特地把我的工作地安排在关岭布依族苗族自治县司法局龙潭司法所，离县司法局本部 120 米，日常工作沟通也非常便捷。

工作第一天对社区矫正人员进行普法教育，这些人基本都是缓刑、假释人员，需要定期到司法单位汇报，并接受法治教育、集体劳动等。除此之外还需要定期家访。某日，跟司法所张亚林所长一起下乡走访，因贵州这边山路弯弯、山峰连绵，多是陡坡、急弯，顶着 34 度的高温，导航 12 公里的路程，实际行驶 30 公里山路才到社区矫正人员家中。张所长耐心询问了社区矫正对象的家庭情况、犯罪情况，并听取其思想汇报情况后，告知他们务必遵守社区矫正监管规定，配合司法所同志做好社区矫正，争取社区矫正期限届满顺利解矫回归社会，社区矫正需要接受司法局监督。

这一周，县法律援助中心指派给我一起刑事案件法律援助，为被告人提供法律咨询和刑事诉讼流程期间的相关辩护工作，并与被告人一同参加庭审。期间两次与被告人见面沟通，提供辩护思路。

法律咨询属于日常工作之一，这一周分别接待了工伤咨询、合同咨询、婚姻家庭咨询、亲子鉴定咨询、建设工



程咨询等共计 5 起，均进行了耐心答复，获得当事人好评。

工作第一周，充实而温馨，接触到当地各类人群的不同咨询并办理了法律援助案件，认识了当地律师同行、法院和检察院工作人员，了解当地风土人情及法治社会建设情况。当地人民群众的热情也深深感染了我，当地司法局工作人员的认真态度也让我受益颇多，当地人民群众和工作人员给了我有力的帮助与支持。

接下来，我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，全面贯彻党的二十大和二十届三中全会精神，深入学习贯彻习近平法治思想，坚持党的领导，坚持以人民为中心，在与当地群众接触工作中培养爱党爱国、心怀人民、堪当重任的新时代青年律师法治情怀，更好地满足当地人民群众法律服务需求。同时，也将继续与当地法律工作者一道为法治社会建设出一份力，为本次青年律师西部锻炼计划继续努力贡献自己的力量。



新《公司法》 对金融担保行业的大影响与应对

○金振朝* 广东卓建律师事务所

2023年12月29日，十四届全国人大常委会第七次会议修订通过《中华人民共和国公司法》（以下简称“新《公司法》”），新《公司法》自2024年7月1日起施行。本文主要从新《公司法》对金融担保行业的七大影响展开解读，旨在助力行业的高质量发展。

一、注册资本制度

（一）注册资本制度的变化

新《公司法》在注册资本制度方面的变化具体体现在以下三个方面：

第一，认缴出资需在五年内实际缴纳。新《公司法》第四十七条规定有限责任公司的认缴出资额由股东按照公司章程的规定自公司成立之日起五年内缴足。

第二，增加股权、债权成为出资形式。新《公司法》第四十八条对股权和债权作为出资形式予以明确肯定。

第三，引入授权资本制度。新《公司法》第一百五十二条引入了“授权资本制”，即允许公司董事会在公司设立后可以根据授权决定公司股份的发行。

（二）对金融担保行业的影响

1. 对金融担保行业主要服务对象——公司的影响

新《公司法》实施后，股东的出资义务即将做实并且加重，公司的数量必然会在一定程度上出现下降。

从宏观经济的角度来看，股权、债权作价出资的引入，有助于促进资本市场的活跃和发展。这种出资方式还能够鼓励债权融资，为股权投资提供更多的退出渠道，为企业提供更多元化的融资途径，增加市场流动性。

2. 对金融担保行业重要参与者——金融机构的影响

注册资本制度的变化有助于减少虚假公司的存在，有助于引导金融机构的合规经营，增加金融市场透明度，减少风险和防范金融犯罪，对于提高金融机构的实力和

稳定性，进一步加强市场竞争具有重要意义。

但金融机构同时也面临着被担保主体存在过桥资金的涌入与抽逃、虚构债权出资、虚估股权价值、提供虚假股权债权评估报告的风险。这意味着银行等金融机构在贷前和贷后监管中需要更加严格地审查企业的实缴出资情况，以确保贷款安全。

（三）金融担保行业的应对建议

各方主体提供金融担保服务时采取更严格的审查监管手段，从事前、事中、事后三个阶段进行风险防控和处理。

对于过桥资金的涌入和抽逃的风险，公司可以要求债务人提供实缴日后一定期限内的银行流水，从而凭借异常流水追究股东及相关主体抽逃出资的责任。

对于虚假的评估报告，金融机构可以通过评估机构资质核验、主动聘请可靠有信用的资产评估机构、借助同行专业力量审查等措施进行识别。

二、出资义务加速到期制度

（一）出资义务加速到期制度的变化

1. 公司不能清偿到期债务时，股东出资加速到期

新《公司法》第五十四条就“股东出资义务加速到期”予以规定，即公司不能清偿到期债务的，公司或者已到期债权的债权人有权要求已认缴出资但未届出资期限的股东提前缴纳出资。

2. 催缴出资失权后，其他股东的兜底出资义务

新《公司法》第五十二条新增股东未按期缴纳出资时的失权制度，为了保证公司资本充实问题得到解决，该条文设置了强制兜底条款，即公司在6个月内未转让或者注销的法律后果是要求公司其他股东“按照出资比例足额缴纳出资”。

（二）对金融担保行业的影响

1. 发起人小股东将可能承担超出出资范围的责任

在新《公司法》股东出资义务加速到期的情况下，发起人小股东将可能面临承担超出出资范围责任的风险。

2. 有利于保障公司和债权人的利益

出资义务加速到期为公司或债权人通过法律途径要求未届出资期限的股东提前出资提供法律依据，其目的是通过股东提前出资以清偿公司到期债务，以保障公司债权人基于公司对外登记信息而享有的可信赖利益，同

时也可保护公司股东的整体利益。

（三）金融担保行业的应对建议

金融担保行业可尽量把公司的资产负债率维持在较好的水平，保证公司有较充裕和正常的现金流，以备不时之需。另外，公司在面对对外债务时，应积极主动通过协商化解，避免债权人等通过诉讼方式直接追索股东的提前出资责任。对于债务追偿案件，可以通过出资义务加速到期制度追究债务人已认缴出资但未届出资期限的股东责任。

三、公司治理结构和议事规则

（一）公司治理结构和议事规则的变化

新《公司法》第六十九、八十三条对公司治理结构进行了调整，强化董事会作为公司治理中心，未来监事会（会）不再是必须设置的公司治理机关。

1. 取消“执行董事”。新《公司法》取消了“执行董事”的概念，换成了“董事”的说法，不设董事会的企业可以只设立一名董事即可。

2. 董事会设置更加灵活。新《公司法》删除了对股份有限公司董事人数的限制，并明确规模较小或者股东人数较少的股份有限公司可以不设董事会，允许股份有限公司更灵活地设置董事会 / 董事。

3. 明确职工代表董事。第六十八条明确规定职工人数三百人以上的有限责任公司，除非公司已设置审计委员会代替监事会（监事）或者监事会（监事）无职工代表的情况时，董事会成员应当有职工代表。

4. 监事会设置更加灵活。新《公司法》第八十三条规定，规模较小或者股东人数较少的有限责任公司，可以不设监事会，设一名监事，行使本法规定的监事会的职权；经全体股东一致同意，也可以不设监事。

5. 审计委员会可以代替监事会。新《公司法》允许有限责任公司既没有监事会和监事，也没有审计委员会。但股份公司的监事会和监事与审计委员会则是必须二者择一。

新《公司法》第二十五、二十六和二十七条明确了股东会、董事会决议内容无效、可撤销、不成立的情形。其中，决议无效的情形延续了原有法律规定内容；决议的撤销权中增加了“召集程序或表决方式仅有轻微瑕疵且对决议未产生实质影响的情形下不得行使撤销权”的

*金振朝，广东卓建律师事务所高级合伙人，第十一届深圳市律师协会创新与发展委员会副主任，业务研究领域为合同法、公司证券法、担保法、物权法、金融法、民事诉讼法等，在投融资法律风险识别、防范与化解以及公司法律事务、融资策划、行政诉讼等方面，办理了大量的诉讼及非诉业务。

要求，同时对撤销权行使时间进行限定；新增四项决议不成立的内容。

（二）对金融担保行业的影响

一方面，金融担保机构作为公司的类别之一，应当在治理结构和议事规则方面符合新《公司法》的规定，如果存在与现有法律规定违背之处，应及时修改章程或者相关制度，以满足合法合规要求；另一方面，新《公司法》允许公司在章程中自行选择治理结构，使得市场主体对自身的设计更加灵活。

但是，目前“单层治理结构”与其他公司法制度间存在衔接问题。例如，股东起诉损害公司利益的董事，需要先向监事会书面请求，该制度如何在没有监事会的公司运作，尚待司法解释或实践进行明确。

对于决议审查方面，作为金融机构业务开展前的常规且必要性环节，本次新《公司法》所修订及新增内容从业务开展角度实质并未增重业务开展过程中的审查义务，同时给予金融机构在决议核查时更多核查思路和角度，相关条款内容同样可以作为业务开展过程中决议审查的标准予以执行。

（三）金融担保行业的应对建议

金融担保机构在决议审查过程中，除常规审查决议内容可以涵盖具体交易安排外，更应注重决议本身的召集（是否按照法律法规及章程规定的时点提前履行告知义务，并充分告知股东、董事相关会议的审议内容、召开时间地点等）、召开（是否与召集程序相匹配，是否符合法律法规及章程要求等）及表决（如本次新《公司法》第二十七条中重点提及的出席会议人数或所持表决权人数、同意决议事项的人数或所持表决权人数是否达到法律法规或章程规定要求）。

四、股权转让制度

（一）股权转让制度的变化

1. 转让方的补充出资责任

新《公司法》第八十八条增加规定了转让未届出资期限股权的，应由受让人承担出资义务，转让人需对受让人未按期缴纳出资的部分承担补充责任，同时，举证责任发生变化。新《公司法》下，受让人一般应当对出资义务承担连带责任，除非其“不知道且不当知道”。

2. 简化转让程序

新《公司法》第八十四条简化了股东对外转让股权的程序，强调了股东的转股自由的原则，避免实践中因无法做出有效决议而导致转股不能。

新《公司法》借鉴了《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的规定（四）》（2020修正）的相关规定，明确了股东优先购买权“同等条件”的因素，主要包括数量、价格、支付方式和期限，避免对优先购买权“同等条件”理解适用的分歧。

（二）对金融担保行业的影响

前述规定将有利于债权人利益的保护，维护金融担保行业的稳定性，但也将一定程度上限制公司制基金投资人转让股权的灵活性。转让人和受让人皆承担着较大的风险，可能影响股权投资和交易的积极性。同时，以股抵债的债权人或者让与担保中的债权人可能会面临对受让未按期缴纳出资的部分承担补充责任。

（三）金融担保行业的应对建议

一方面，建议金融机构在受让股权之前，审慎核查股权的实缴情况，要求转让方出具相应的验资报告和转账凭证。另一方面，若受客观原因限制，对于未实缴状况无力改变，慎重设计股权转让方案，或者借用让与担保制度，明确约定股权系让与担保性质，在诉讼案件中依据《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》第 69 条主张免责。

五、人格否认制度

（一）人格否认制度的变化

新《公司法》第二十三条新增横向人格否认制度，对横向关联公司之间的独立性提出了更高的要求。

《九民会议纪要》第十一条第一款列举了纵向人格否认的五类常见情形，第二款还规定了控制股东或实际控制人控制多个子公司或者关联公司的情形。新《公司法》第二十三条第二款在吸收《九民会议纪要》相关规定的基础上，新增了横向人格否认制度。

（二）对金融担保行业的影响

一方面，债权人的权利将得到进一步保护，有利于维护金融担保行业秩序的稳定。另一方面，若金融担保机构参股或者控股公司因横向人格否认制度成为责任主体，则金融担保机构可能会受到牵连。

（三）金融担保行业的应对建议

针对法人人格否认的条款，在金融担保业务开展过程中，可以考虑重点关注内部管理制度建设、财务管理、人员管理、资金往来等方面内容。并且，要求被担保主体的关联企业提供反担保，包括股东实际控制下的相关公司，俗称“扎口袋”。

六、董监高、控股股东、实际控制人责任

（一）董监高、控股股东、实际控制人责任的变化

1. 违法减资时的董监高责任

新《公司法》第二百二十六条规定了违法减资的法律后果，即股东应当退还其收到的资金，减免股东出资的应当恢复原状；给公司造成损失的，股东及负有责任的董监高人员应当承担赔偿责任。

2. 董事会的催缴义务及其未履行义务的赔偿责任

新《公司法》第五十一条新增董事催缴制度，董事会应当在公司成立后对股东出资情况进行核查，并催缴欠缴出资，如果董事会没有履行前述义务的，负有责任的董事应当承担赔偿责任。

3. 明确充实义务和勤勉义务

新《公司法》第一百八十条明确忠实义务和勤勉义务的核心要件，且对关联交易、竞业禁止、公司机会等常见的董监高损害公司利益的行为专门作出限制性或禁止性规定，明确了责任承担方式，为公司、股东和债权人的利益保护创造了良好条件。

4. 影子董事、高管的连带责任

新《公司法》第一百九十二条明确影子董事、高管规则。本条为重要突破，其中“指示”含义应该是很丰富（明示、暗示），未来司法解释可能会进一步明确。

5. 过失赔偿责任

新《公司法》第一百九十一条规定，董事、高级管理人员执行职务，给他人造成损害的，公司应当承担赔偿责任。

（二）对金融担保行业的影响

董事、监事、高管在公司治理结构中处于关键位置，他们在公司运营中也承担重大责任。新修订的《公司法》对董监高的责任作进一步的加强，这无疑是对公司治理结构的优化，对保护公司和其他小股东、债权人利益起到了非常好的规范作用，有利于维护担保行业秩序的稳定性。

七、股东资格及股东权利

（一）股东资格及股东权利的变化

新《公司法》中股东资格及股东权利的变化有利于维护公司主体的资金安全和优化公司治理结构，增加公司的竞争力。

1. 统一股权变动的时间节点

新《公司法》第八十六条明确了以股东名册记载内容作为股东资格的确认依据。

2. 股东知情权的扩张

新《公司法》第五十七条明确了股东有权查阅或委托第三方中介机构查阅会计凭证。旧公司法中仅规定股东可以查阅公司的会计账簿，没有明确规定可以查阅会计凭证，因此导致很多地方对该问题做法不一致。新《公司法》就该问题在立法层面做出决断，为重大突破。此外，股东对公司的知情权拓展至全资子公司。

3. 明确股东双重代表诉讼权利

新《公司法》第一百八十九条明确了股东提起双重代表诉讼的权利。股东双重代表诉讼情况下，将被告扩张至全资子公司的董事、高级管理人员。

4. 新增异议股东回购请求权情形

新《公司法》第八十九条新增了异议股东回购请求权的情形，即控股股东用股东权利，严重损害公司或者其他股东利益的，其他股东有权请求公司按照合理的价格收购其股权。

（二）对金融担保行业的影响

新《公司法》在股东知情权方面的修改，对于公司治理结构完善的重要举措，对金融担保行业中的投资者是有利的保护。通过建立更加完善的股东知情权保护机制，可以优化公司治理结构，增加公司的竞争力，促进经济的可持续发展，从而保护其投资利益，对投后管理以及发生风险事件后通过司法手段进行救济，提供了相应的制度保障。

八、结语

综上所述，在新的法律环境下，金融担保机构应保持敏锐的法律意识，适时调整业务策略，以适应不断变化的法规环境，保障金融担保行业稳健运行。在新《公司法》的指导下，金融担保行业将向更加规范、健康的方向发展，对金融担保行业的高质量发展具有重要意义。

上市公司股东、董监高违规减持 法律责任之研究

○安健* 徐帅* 魏清馨* 赵忻悦* 北京德恒（深圳）律师事务所

为进一步规范股东减持及绕道减持等资本市场突出问题，证监会在《上市公司股东、董监高减持股份的若干规定》基础上制定了《上市公司股东减持股份管理暂行办法》（以下简称《减持管理办法》），同时修订《上市公司董事、监事和高级管理人员所持本公司股份及其变动管理规则》（以下简称《董监高持股变动规则》），下文《减持管理办法》与《董监高持股变动规则》合称“减持新规”。被称为“史上最严”的减持新规于2024年5月24日正式发布并生效实施，沪深北交易所也在同日发布对应的自律监管指引。

减持新规施行后，证监会的监管措施和处罚相较之前发生哪些重大变化？上市公司股东及董监高如何应对？本文从上市公司股东及董监高违规减持后受到监管及处罚的法律责任出发，汇总分析股东及董监高的救济途径，以期对各方有所裨益。

一、如何界定新旧法规交替期间的法律责任？

《减持管理办法》立法说明及沪深交易所关于发布新自律监管指引的通知中，对于两类减持行为的过渡期安排进行了详细说明。

第一类是因离婚、法人或者非法人组织终止、公司分立等减持股份的，按照分割股票过户的时点进行新老划断，股票过户在《减持管理办法》施行前的，按照当时的规定及证券交易所的规则执行；反之，按照《减持管理办法》执行。

第二类是在质押违约、融资融券违约处置等适用“破发、破净、分红不达标不得通过集中竞价交易或者大宗交易方式减持”的规则时，以质押登记或者作为融资融券业务担保物的时点新老划断，在《减持管理办法》施行前，已办理质押登记或者已作为融资融券业务担保物的，因违约处置导致的股份减持按照当时的规定及证券

交易所的规则执行；反之，按照《减持管理办法》执行。

除上述两类“新老划断”安排外，减持新规条款并未对新旧规定间的衔接作出其他明确规定。

《立法法》第一百零四条规定了法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章不溯及既往。出于对信赖利益的保护，新规一般只对其实施之后发生的行为产生约束力，新规出台后证监会作出的关于违法减持的《行政监管措施决定书》也印证了这一点。

二、新规中违规减持责任发生的重大变化

减持新规细化了违规责任条款，明确了股东及董监高违规减持股份的，证监会可以采取责令购回并向上市公司上缴价差的措施，增加监管谈话、出具警示函等监管措施，且被责令购回的不适用《证券法》第四十四条中关于短线交易的规定。

同时还细化了股东及董监高应予处罚的违规减持情形，违反则依照《证券法》第一百八十六条责令改正，给予警告，没收违法所得，并处以买卖证券等值以下的罚款；情节严重的，证监会可对有关人员采取证券市场禁入的措施。

上交所、深交所的自律监管指引规定对于上市公司及相关责任主体将采取书面警示、限制交易、通报批评、公开谴责等自律监管措施或者纪律处分，北交所则规定了会对上市公司及相关责任主体采取工作措施、自律监管措施或纪律处分。

三、面临违规减持的法律责任可采取的救济方式

《中国证券监督管理委员会关于进一步完善中国证券监督管理委员会行政处罚体制的通知》中规定，违法行为不成立或虽构成违法但依法不予处罚，应当采取非行政处罚性监管措施。虽然行政监管措施在性质上同行政处罚有所区别，但《行政监管措施事先告知书》中向当事人阐明的其救济权利与行政处罚并无差异。

根据《行政处罚法》第七条、第四十四条及第四十五条对于行政处罚救济途径的相关规定，行政处罚当事人被处罚前有陈述、申辩、要求听证的权利，被处罚后享有申请行政复议或提起行政诉讼的权利。

关于事前陈述、申辩以及要求听证，证监会在作出行政处罚决定书前会发出事先告知书告知当事人其享有前述

的权利，在当事人要求听证的情况下依法举行听证会。

关于行政复议，根据《中国证券监督管理委员会行政复议办法》第二条，相对人认为证监会或其派出机构的具体行政行为侵犯其合法权益的，有权向中国证监会申请行政复议。对中国证监会具体行政行为不服申请原级复议的，原承办部门负责向证监会作出答复；对证监会派出机构或者授权组织具体行政行为不服申请上级复议的，由对应机构或组织负责向证监会作出答复。

关于行政诉讼，根据具体作出行政处罚行为主体的不同，管辖法院有所不同。根据《行政诉讼法》第十四条、第十五条及十八条，针对地方证监局作出的处罚决定直接提起诉讼的，由地方证监局所在地基层法院管辖；如经复议之后再行起诉，则既可以由地方证监局所在地基层法院管辖，也可以由证监会所在地基层法院管辖。依据《最高人民法院关于北京金融法院案件管辖的规定》第六条的规定，针对证监会履行金融监管职责作出的行政行为提起诉讼的第一审涉金融行政案件，统一由北京金融法院管辖。

针对违规减持行为，虽然证监会分别作出《行政处罚决定书》及《市场禁入决定书》，但《证券市场禁入规定》第一条明确了该规定系依据《行政处罚法》制定。《〈证券市场禁入规定〉修订说明》中对于行政处罚与市场禁入分列的原因也进行了释明：“市场各方对目前做法已形成稳定预期，维持现有做法并不影响当事人依法享有的各种程序性和实体性权利，并且还有利于提高执法透明度。”故而可推知，证券市场禁入措施实属行政处罚的一种。因此，上文所述救济途径对于被采取证券市场禁入的措施同样适用。

针对证券交易所采取的具有惩戒效果的自律监管措施或纪律处分，事前当事人可通过向证券交易所提出听证申请，并提出陈述及申辩意见的方式，维护自身权益；事后则可通过复核方式，或以诉讼形式进行救济。

四、各类救济方式的时限

《行政处罚法》第六十四条规定，当事人要求听证的，应当在行政机关告知后5个工作日内提出；《上海证券交易所自律管理听证实施细则》《深圳证券交易所自律管理听证程序细则》《北京证券交易所自律管理听证实施细则》中对于自律措施事前救济的提出时限也有

*安健，北京德恒（深圳）律师事务所创始合伙人、证券争议解决中心主任，第十一届深圳市律师协会刑民交叉专业委员会顾问，主要执业范围包括刑事及刑民交叉法律服务，证券金融资本市场争议解决等领域。

*徐帅，北京德恒（深圳）律师事务所律师、证券争议解决中心副主任，德恒全国证券专委会内核律师，主要执业领域包括证券争议解决、并购重组、境内外上市、基金等。2017年被LEGALBAND评为“中国律界俊杰”，2017年、2019年荣获“深圳市产业发展与创新人才奖”。

*魏清馨，北京德恒（深圳）律师事务所律师助理，主要服务领域为企业境内外上市、并购重组、投融资等。

*赵忻悦，北京德恒（深圳）律师事务所律师助理，主要服务领域为民商事诉讼与仲裁，经济犯罪刑事辩护及控告。

明确规定，监管对象申请听证的，应在收到事先告知文件后 5 个工作日内向交易所提交书面听证申请；监管对象应在收到事先告知文件之日起 10 个工作日内，就听证事项向交易所提交书面陈述或申辩意见、证据材料。

但在正式的行政监督管理措施决定作出之前，当事人行使陈述、申辩和要求听证的时限，实践中存在差异。部分案例中，当事人需在收到事先告知书后 10 个工作日内，将《告知书回执》递交证监局或其派出机构；部分案例中，行使权利的时限为收到告知书后 5 个工作日内；还有部分事先告知书并未对于事前救济权利行使的时限进行明确通知。除此之外，对于天数计算为工作日亦或是自然日，各事先告知书中也不尽相同。故当事人在收到事先告知书后应及时着手准备并在规定时间内提交，避免影响救济权利的行使。

当事人若对监管措施、行政处罚决定不服，可在收到决定书之日起 60 日内申请行政复议，或在 6 个月内直接向有管辖权的人民法院提起行政诉讼。

五、上市公司股东及董监高可以提出哪些申辩理由？

《行政处罚法》第三十二条规定了五种应当从轻或者减轻行政处罚的情形，若主动报告并停止违规行为可能会被认定为符合“配合行政机关查处违法行为有立功表现的”，为弥补过错已经增持大量股份可能会被认定为符合“主动消除或者减轻违法行为危害后果的”，在量罚时予以考虑。除此之外，当事人提出的申辩理由不符合前述任一法定情形的，证监会均不予采纳。

违规减持主体多以如下申辩理由进行申辩，但证监部门的采纳情况视具体案例有所差异（见下表）：

| 序号 | 申辩理由 | 采纳情况 |
|----|------------------|--|
| 1 | 当事人增持上市公司股票 | 一般不予采纳；但若当事人已经增持上市公司股份（当事人因任何原因客观上不能增持股份的申辩均不予采纳），且数额占违法减持的数额比例较大，符合“主动消除或者减轻违法行为危害后果的”，可能会从轻或者减轻处罚。 |
| 2 | 减持行为并非故意或恶意所为 | 不予采纳。当事人违法减持的主观原因（是否存在恶意）、减持目的、危害后果是否严重并非违法减持未披露行为构成要件，不影响对违法减持行为的认定。 |
| 3 | 当事人主动沟通并积极配合提供材料 | 一般不予采纳，主动报告违法减持情况并停止减持行为的意见可能会被采纳，在量罚时予以考虑。 |
| 4 | 其他证监局的处罚力度 | 不予采纳，不同案件间违法事实和情节不同，不能简单类比，只要行政处罚的罚款金额在法定的罚款幅度内即可。 |
| 5 | 证监局已出示过警示函 | 不予采纳，证监局的警示函是证监会派出机构对当事人违法行为采取的监管措施，不影响后续的行政处罚，不违反“一事不二罚”的原则。 |

因此，建议当事人发现存在违规减持行为时主动报告证监会，积极配合证监会调查，并主动增持股份，若发现及时，增持可能涉及短线交易，可与证监会沟通，作出增持承诺或根据责令购回的监管措施增持股份；若短线交易期已结束，可主动增持股份，且最好增持超过减持部分的股份，更易被认定为“主动消除或减轻违法行为危害后果的”行为，可以从轻或减轻处罚。

六、上缴的“价差”“买卖证券等值以下的罚款”如何计算？

（一）责令购回违规减持股份并向上市公司上缴价差中“价差”的计算

减持新规实施前，针对上市公司股东及董监高违规减持的情况，证监会采取的监管措施的主要类型包括责令改正、出具警示函、提交书面整改报告等。

上市公司在披露公告中会进行情况说明，违规减持人多会回购或承诺回购违规减持股份、上缴或承诺上缴违规减持与回购股份的差额部分收益至公司。可见，新规之前实践中“上缴与回购股份的差额部分收益”就已经开始执行，新规正式以规章形式明确“责令购回并向上市公司上缴价差”成为一项行政监管措施，且该回购豁免了关于短线交易的规定。

上缴价差中的“价差”应当如何计算？新规前的《行政监管措施决定书》中多使用“本次购回股票买入金额与卖出金额之间的金额价差”“购回股票产生的收益”等表述来明确上缴部分金额。新规之前市场案例中有关上缴部分的计算方式并未统一，多数案例中违规减持主体对“价差”的计算为购回减持股份买入金额与减持股

份卖出金额之间的金额差，买入金额及卖出金额一般适用均价，且仅在减持人违规减持购回后仍有收益时适用。针对购回的期限，目前也并无规定，故而上市公司股东、董监高可在规则允许范围内，选择合适的时点及价格完成购回及上缴。

2024 年 7 月 5 日，江苏证监局作出了减持新规后的首个行政监管决定，决定采取责令购回违规减持股份并向上市公司上缴价差的行政监管措施。7 月 9 日，上市公司公告中，违规减持股东承诺将尽快购回违规减持股份，并将购回股份产生的收益（如有）全部缴纳至公司指定账户。可见，关于上缴部分的计算方式，新规前后暂未发生较大差异。

| 序号 | 市场案例 | 上缴部分计算方式 |
|----|-----------|------------------------|
| 1 | AKD | 本次购回股票买入金额与卖出金额之间的金额价差 |
| 2 | TCG | 购回均价低于原减持均价而产生的收益 |
| 3 | ALJY | 本次回购未产生收益 |
| 4 | YXGF | 回购均价低于超额减持均价的价差对应的金额 |
| 5 | JADB(新规后) | 购回股份产生的收益（如有） |

而在（2022）粤 03 民初 7385 号案中，鉴于目前对违规减持所得收益的计算没有具体规定，市场也没有通行的做法，法院参考证券监督部门在行政处罚决定中计算内幕交易收益时采用的“虚拟成本法”等方法，以当事人应启动回购程序最后 1 日起第 10 个交易日的均价为基准价，与被告超比例减持年度所卖出的减持均价比较，计算出所得收益归入原告所有。

该案件也提示上市公司，对于不上缴价差的股东或董监高，可提起诉讼以追回违规减持收益。此外《证券法》第一百七十条规定，证监部门对于有证据证明已经或者可能转移或者隐匿违法资金、证券等涉案财产的，可以采取冻结或查封的措施。若违规减持主体拒不上缴价差，证监会是否会依照该规定冻结、查封违规减持财产，来最大限度地保证违规减持收益可以被回购并上缴公司，有待之后的实践观察。

需要特别注意，若违规减持行为同时触及短线交易，证监会可能会对两种违法违规行为一并进行处罚，此时除购回减持股份需上缴价差外，根据《证券法》第四十四条规定，可能存在需将短线交易产生的收益上缴公司的情形。

（二）《证券法》第一百八十六条中“罚款”金额的计算

减持新规中新增了某些情形下证监会可依照《证券法》第一百八十六条处罚，即在限制转让期内转让证券，或者转让股票不符合法律、行政法规和国务院证券监督管理机构规定的，责令改正，给予警告，没收违法所得，并处以买卖证券等值以下的罚款。

第一百八十六条的相关内容自《证券法》（2005 年修订）中出现，一直沿用至今，“中国证监会依照《证券法》第一百八十六条处罚”虽是减持新规的新增规定，但之前的监管实践中，证监会会依据“限制转让期”适用该规定对减持行为作出行政处罚，违法所得一般使用“拟制成本法”计算；罚款金额计算标准“买卖证券等值以下”的具体含义虽未明确，但决定书中一般会公示“违反法律规定减持金额”或“（合计）成交金额”或“卖出 / 减持 XX 股，金额”，故“买卖证券等值”应理解为减持行为的成交金额。

| 市场案例 | 时间 | 违法所得（元） （计算方法） | 成交金额（元） | 处罚内容 | 处罚金额比例 |
|------|--------------|------------------------------------|-----------------------------|----------------------------------|------------------|
| LXYX | 2024. 04. 01 | 2, 300, 982. 28 （拟制成本法） | 52, 339, 324. 00 | 给予警告，没收违法所得，并处罚款 50 万元。 | 0. 96% |
| WDGF | 2024. 02. 28 | 无违法所得 （拟制成本法） | 26, 565, 600. 00 | 责令改正，给予警告，并处以 795 万元罚款。 | 29. 93% |
| FKCL | 2023. 12. 25 | FKKG： 970, 870. 58 （未明确计算方法） | 207, 018, 931. 24 （FKKG） | 对 FKKG 给予警告，没收违法所得，并处以 620 万元罚款； | 2. 99% （FKKG） |
| | | 张某：无违法所得 （未明确计算方法） | 8, 178, 495. 36 （张某） | 对张某给予警告，并处以 50 万元罚款。 | 6. 11% （张某） |

结合先前案例，减持新规前罚款金额通常远低于成交金额，但在严格监管背景下，前述案例中“实际罚款金额一般远低于违规减持的成交金额”的现象是否会被打破、今后证监会的罚款金额是否会逐渐接近买卖等值这一上限有待观察。

在更为严格的监管规定之下，监管机构的执法力度或将相应加强，上市公司股东及董监高被认定为违规减持的风险亦将增加，股东及董监高应增强合规操作意识，同时在受到监管措施和处罚的情况下采取合适的救济措施，最大限度维护自身权益。

国际商事纠纷解决法律服务中 内地与香港律师的协作

○陈德林* 广东闻天律师事务所



近年来由于内地企业与境外贸易投资的交易频繁增长，在境外涉诉、涉及仲裁的商事纠纷案件也不断地增多，涉案金额也非常巨大。很多离岸公司的投资股权纠纷争议大多数都选择在境外仲裁。由于内地律师不太熟悉境外法律体系，以及语言交流障碍，内地律师直接出庭的机会非常有限。那么，内地律师在不具备这些优势的情况下，只能为香港律师提供一些有价值的辅助性服务。

本文将从以下几个方面来探讨内地律师如何才能为香港律师提供高效、便捷、具有法律价值的服务，以便香港律师采纳这些材料证据，在庭审中取得证据优势来说服法庭对委托人作出有利的判决或仲裁裁决。

一、与香港律师组团，并依照香港大律师对案情初步分析的要求来审理与案件有关的材料

首先要建立香港律师同内地律师的联系组团 (co-counsel)。香港大律师会根据案情开出所需材料清单，

内地律师依照清单向委托企业收集、制作相关文件。大律师阅读材料后认为还需要进一步补充材料，会及时向内地律师发出补充清单，例如证人证言，选定专家证人 (expert reports)，提供第三方或对方保存、持有、控制的证据关键性材料详细信息等。若案件在英国仲裁，大律师觉得有必要的话，可以依据英国仲裁法 the Section 44 of Arbitration Act 或者英国法院高院规则 the Section 37 of Senior Court Rules，要求对方向仲裁庭提交这些证据材料，一般会要求内地律师制作雷格芬表格 (Redfern Schedule)，在表里列明所要求对方提供的材料、与案件关系、是否属于重要证据材料等。

律师在参与涉外仲裁案件时必须掌握的几个要点：

1. 时间期间要求。在 Claimant 发出仲裁通知书前，代理律师需要了解案情。这与内地仲裁程序启动不同，当 Claimant 向被申请人发出仲裁通知书，对方收到该通知书之时就是仲裁程序启动之日，同时还需要同双方约定的仲裁机构发出通知。但在内地，仲裁机构送达，

被申请人签收后仲裁程序才算启动。

2. 最好不要在案情发展过程中，改变期初的诉求，以不修改已提交的诉求为妥。

3. 仲裁事项，仲裁程序里的请求事项非常重要。例如在 ICC Arbitration Rules Article 23 规定了一个审理范围书 (Terms of Reference, TOR) “收到秘书处转来的案卷后，仲裁庭即应根据书面材料或会同当事人，并按照当事人最近提交的文件，拟定一份文件界定其审理范围。”。此后，仲裁庭所有的工作将都是围绕着请求事项来推进。

4. 平行诉讼，假如此时被申请人向法院提起民事诉讼，受理法院会根据仲裁申请的主要事项是否落入仲裁协议范围来进行审查，就是通常称平行诉讼情形 (in the scenario of parallel proceedings)。

5. 平行诉讼的门槛，在针对诉讼门槛问题 (threshold question)，各国法院都有其不同的测试手段，一种是初步证据法 (on prima facie approach)；另一种是完全案情法 (on the full merits approach)。目前香港、新加坡、加拿大法院采取的是初步证据法；而英国则采取完全案情法。有人担心，受理法院采用完全案情法可能会将仲裁庭的管辖权减少至偶然事件。英国的立场给这些司法不干预仲裁原则和仲裁庭的管辖权原则带来压力，招致很多的批评。

6. 适格仲裁庭，适格仲裁庭审查的依据主要是《UNCITRAL 商事仲裁示范法》第 34 条 (2)(a)(iii)，裁决处理的争议不是仲裁意图裁定的事项或不在提交仲裁的范围之列，或者裁决书中内含对提交仲裁的范围以外事项的决定；如果对提交仲裁的事项所作的决定可以与对未提交仲裁的事项所作的决定互为划分，仅可以撤销含有对未提交仲裁的事项所作的决定的那部分裁决。

7. 可仲裁性，《UNCITRAL 商事仲裁示范法》第 8 条 (1) 就仲裁协议的标的向法院提起诉讼时，一方当事人在不迟于其就争议实体提出第一次申述时要求仲裁的，法院应让当事人诉诸仲裁，除非法院认定仲裁协议无效、不能实行或不能履行。

8. 超出申请裁决问题，《UNCITRAL 商事仲裁示范法》第 16 条 (2) 规定，仲裁庭对其管辖权作出裁定的权力，有关仲裁庭无管辖权的抗辩不得在提出答辩书之后提出。一方当事人指定或参与指定仲裁员的事实，不妨碍其提出此种抗辩。有关仲裁庭超越其权限范围的抗

辩，应当在仲裁程序中出现被指称的越权事项时立即提出。在其中任何一种情况下，仲裁庭如认为迟延有正当理由的，可准许推迟提出抗辩。

有关仲裁事项解释各国法院大相径庭，但新加坡上诉法院 Sundaresh Menon 法官作出一个关键性的解释，关于“事项”的解释应该是广义的，识别基本争议或主要问题。法官阐述了确认争议是否涉及受仲裁协议约束的“事项”的二个阶段的过程：(1) 法院需要确定涉诉“事项”；(2) 判断涉诉“事项”有无落入仲裁协议范畴，取决于对该协议的真实解释。

一般情况下，“事项”包括诉讼中提出的具体索赔。2023 年 9 月 20 日英国最高法院在 Republic of Mozambique (acting through its Attorney General) v Prinvest Shipbuilding SAL (Holding) and others [2023] UKSC 32 案件中对 1996 仲裁法第 9 条 (1) 中的“事项”的给出了明确的法律认定标准：(1) 放在更宽泛的语境 (semantic) 里理解；(2) 对仲裁协议的宽松解释 (liberal approach) 尊重当事人决定如何解决争议的自主权。

英国最高法院在分析了香港、新加坡、奥地利和开曼群岛法院的判决后认为，《1958 纽约公约》的主要缔约普通法系仲裁司法管辖区之间对于确定必须提交仲裁的“事项”方面达成了几点共识：(1) 《1996 仲裁法》第 9 条的适用涉及两个阶段的判断，第一确定涉案“事项”；第二解释仲裁协议并确定该“事项”是否落入协议范围内；(2) “事项”不必包括全部争端；(3) “事项”是指在法律程序中与索赔请求或抗辩或可预见的抗辩具有法律相关性，并可以由仲裁庭作为独立争端加以裁定的实质性问题。“事项”不能是一个边缘 (peripheral) 或间接 (tangential) 问题；(4) 针对“事项”的实质性和相关性进行司法评估的工作不能机械地进行，既要法律判定又要运用常识方式；(5) 尽管《纽约公约》的缔约国之间尚未达成共识，但常识判断进一步支持：在进行上述 (1) 第二阶段分析时，法院必须考虑“事项”在程序中产生的背景，并认可当事人有权自主选择希望提出的索赔项目。

在此建议大家阅读英国枢密院司法委员会另一个案子的判决书，FamilyMart China Holding Co Ltd v Ting Chuan (Cayman Islands) Holding Corporation (Cayman Islands) [2023] UKPC 33 内容，他们观点是相同的。

* 陈德林，广东闻天律师事务所律师，第十一届深圳市律师协会国际工作委员会顾问、一带一路孟加拉国国际仲裁中心在册仲裁员，曾在中国外运国际多式联运部、中国化工供销进出口部工作。

二、香港律师执业具有明确的独立性

这里的“独立性”包含两层意思：第一，香港社会是一个完全的社会契约化社会环境，个体成员享有独立自主权利，不受他人干涉，不会去曲解法律。但是在内地的很多企业律师（in-house lawyer）会去考虑领导的意图来解释法律，为了摆脱这种窘境，很多政府部门选择外聘社会律师。第二，律师执业不受任何环境干扰，也不受司法行政部门及律师公会和律师楼的业务干预。这种独立性使得律师可以客观地分析评判具体案情无论是民商还是刑事案件，充分彰显了律师的行为是对法律负责，律师的职责就是揭示案件的是非曲折，在法律上还公正予委托人，竭力维护委托人的人身权和财产权，避免或减少委托人的损失。香港律师以自己的行为来维护社会正义。故此，独立性看似简单，要真正做到实为不易。正是有了这种独立性，他们才能从不同的角度来看待涉案争议问题，并在了解相关证据材料后，客观地运用自己的法律知识和多年的诉讼经验来作出对涉诉“事项”利弊的初步分析。同时，这也需要当事人的配合，提供详实、具体的或更接近事实真相的证据材料，在境内企业取得这些证据材料是内地律师的强项。独立性特征也彰显了香港律师对司法公正的执着追求。

三、香港律师更具有专业性能力

香港大律师都受过专业培训，有着丰富的法庭聆讯经验，熟悉法庭的各项诉讼程序条令，能够为委托人争取较大的权益空间。具体来说可能表现在如下几个方面：

1. 他们清楚法律的结构框架。针对性很强，即通过阅读相关的证据材料在了解委托人案情后，就基本给出案情会落入到哪几种法律框架内，用内地律师的语言就是涉案法律关系基本清楚、明确，哪几条法律规定将会适用到案件里，会出现哪几种法律后果需要当事人承担等。因此需要当事人配合在适用该条款下的案情，提供与之相关的证据资料及证人证言。

2. 针对委托人的案情，律师会提出绝对保密的设计，无论是仲裁还是诉讼保密设计是非常必要的，不能让对方知道重要证据更不能让对方轻易获取，仲裁裁决结果也是需要保密的重要文件。

3. 请求第三方融资（the third party funding），尤其是在仲裁案件中，由于案情复杂，而且审理周期长，

所涉及请求金额较大，对当事人的正常经营会有一些的负面影响，这时律师就会建议引入第三方基金机构介入诉讼过程，以便缓解当事人的资金压力，以摆脱其倾向于同对方妥协的心理状态。

4. 用尽条例允许的辅助救济手段，最常见的是申请保全措施（security measure）或者是临时措施（interim measure），可以在诉前、诉中、诉后提出申请，也可向相关银行发出禁止令（injunction order），诉后的全球冻结令 world freeze order，同时可向第三债务人申请发出禁令（garnishee order）。

5. 香港律师们最擅长的就聆讯（hearings）的质证，或者叫交叉盘问，是控辩双方最激烈的交锋场面，他们非常熟悉举证规则，不像内地律师很多没有听说过 IBA 举证规则，还要坚持要求对方依据《民事诉讼法》规定向仲裁庭出示“证据原件”。在国际仲裁中大都采用 IBA（IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration）的举证规则。IBA 的举证规则不是所谓“三性”原则（真实性、合法性、关联性），而是提出四项证据审查原则，即可采信、关联性、重要性、证明力。如果出现不在仲裁庭规定的期限内提交证据材料，仲裁庭有权直接认定为不可采信。但如果仲裁庭发现有限期提交具有客观因素，同时该证据材料具有证明力，会影响案件的裁决结果，仲裁庭一般会在训斥后予以采纳。过分延期出示的证据基本上不会被采纳，这对内地当事人来说是一个很大的挑战。俗话说急于迟延毁掉一切。香港律师更擅长的是在交叉盘问环节里盘问证人，将对方证人放在火炉上煎烤（grilling）。内地证人基本上没有受过这方面的接受盘问与应对训练，通常他们的书面证词可能是代理律师写好的，因此他们对里面内容细节不是很清楚，更不能像西方人证人那样讲述一个逻辑性很强的动人故事。

6. 内地仲裁机构有时会在《裁决书》送达后，由于收到当事人延迟提交的证据后会出具一份补充《裁决书》。其实他们并不知道有“职责已尽”（functus officio）的原则，这种裁决被视为无效裁决。香港律师会以他们的水准会来杜绝这种事情的发生。

四、香港律师对案件的性质更具有确定性的判定

通过完成上述这些程序，香港律师对案件的走向基

本明确，对于案件最终结果就有了一定的确定性判断。这种确定性主要来自两个方面：

（一）对法律的自信心理

判例法经过几百年的沉淀发展具有绝对的稳定性与警示性。当今天我们读到 1840 的案子会有一种什么样的感觉呢？中国当时处于什么时期，作为普通人有能力使用法律来捍卫自己的权益吗？为此，我们来看美国密执安州一个简单的入室盗窃案，它已作为法学院一年级新生必读选案，因为该案里有一个对构成犯罪基本原则的解释，即 actus reus. A principle vehicle for teaching you what is the actus reus for attempt, how do the Courts define the actus reus of attempt larceny? What the elements are of attempted larceny? The elements are a felonious intent to commit larceny and an overt act going beyond mere preparation. Actus reus is a fundamental element of the crime. If actus reus fails, no conviction.

此外，我们看到判例法还在不断地完善发展过程，其中英国法院的近期判例关于适用靶心解释（bull's eye）就是一个特别的例子。2023 年 5 月 24 日，英国上诉法院在 FIMBank PLC v KCH Shipping [2023]EWCA Civ 569 案件中对海牙 - 维斯比国际公约规则 Article III, Rule 6 规定的诉讼时效期为一年作出了靶心（bull's eye）解释。第三条 6 项规定“承运人和船舶在任何情况下均应免除与货物有关的一切责任，除非在货物交付或应交付之日起一年内提起诉讼。”

本案的核心问题在于《海牙维斯比公约》中 1 年诉讼时效的规定是否适用在目的港卸货后又错误地交付的索赔。为此，法官从以下几个方面对《海牙规则》进行了解释：（1）字面解释，发现在第 1、2、3 条中都有对 contract of carriage 的定义和使用，进而推断出规则将 contract of carriage 限定于海运过程中，即从装货港装货开始到目的港卸货为止，所以规则中的各条仅适用于海运期间，不扩展延伸适用。（2），法官又分析了修改后的《海牙维斯比规则公约》第 3 条、第 6 条内容与 1924 年的《海牙规则》第 3 条、第 6 条相比存在的区别，即由“all liability in respect of loss or damage”转变为“all liability whatsoever in respect of the goods”，认为修改后的范围扩大了。“whatsoever”

一词削弱甚至消除了损失与货物之间的连接关系。法官认为修改应当是为适用于之前的规定所未曾覆盖的情形，否则修改条文会显得毫无意义。（3）“靶心”解释，法官认为解释条文时还应当遵循《维也纳条约法公约》，并以该条文制定过程中的“筹备文件资料”（travaux préparatoires）作为参考，在筹备文件资料中明确写道“前述修改的目的即在于赋予条款尽可能广泛的意义，来使用 1 年的诉讼时效限制”。法官认为筹备文件资料里的这句话就是“靶心”，明确地表达法律意图，可以作为解释第 3 条、第 6 条的依据。（4）法官认为修改后的《海牙维斯比规则公约》第 3 条、第 6 条应当适用于本案，被告由于卸货之后错误交付而应承担的责任由于原告没有在 1 年的诉讼时效内提起诉讼而被免除。香港法院之前有类似案例，但适用法律不同。《民事上诉案件 2002 年第 463 号》（CACV463/2002），该案中卸货港为汉堡，货物交付地为莫斯科；从汉堡到莫斯科这段内陆运输是否适用《海牙维斯比规则公约》第 3 条、第 6 条规定的 1 年的诉讼时效期限，是案件的 issue。

（二）律师对自己执业确定性的心态

香港律师对法律的熟练掌握，加上多年的办案经验对委托案件能够给出一个肯定的答复，而不是一个模棱两可的回复。当事人所委托的案件，经过律师对现有相关证据资料进行分析后，再对比之前相类似的案例，利用自己的法律学识很快会分析出相同之处与不同之处，并给出不同之处的几种处理方案。律师一般会在短期内制定出针对委托案件的策略。此外，如果该案件是通过仲裁方式来解决的，香港律师会通过自己的人脉关系能够帮助当事人选择、指定一个公正的仲裁员。力争在最短期限内协助完成仲裁庭的组庭程序。香港律师还能帮助当事人选择相对专业的专家证人以及定损评估公司。

五、结语

目前，在国家鼓励企业走出国门发展的背景下，在境外投资设厂的中国企业逐年增长，真正能为这些企业在法律方面起到保驾护航作用的首先是香港具有丰富的国际诉讼经验的律师，他们在国际仲裁与诉讼中所起的作用是内地律师无法替代的。作为内地律师应当学习国际法律实务的一些游戏规则，做好合作律师的工作，与香港律师相互配合共同完成委托人的委托事宜。

国际并购场景下的 数据保护实践

○谢阳* 泰和泰（深圳）律师事务所

截至目前，世界各主要经济体纷纷颁布施行其数据保护相关法律，用以规范本地区管辖范围内的个人信息的收集、处理、存储以及跨境传输。中国，作为世界第二大经济体，目前已经颁布施行较为完善的数据保护相关法律，其中包括《中华人民共和国网络安全法》《中华人民共和国数据安全法》以及《中华人民共和国个人信息保护法》及其配套法规。欧盟，作

为世界第三大经济体，率先在全球开启数据保护规范立法之先河，已于 2018 年 5 月 25 日生效施行《一般数据保护条例》(General Data Protection Regulation, 简称“GDPR”)。欧盟和中国这两大经济体，在多领域上均具有较强的经济互补性，双方之间发生的跨境并购活动也较为频繁。本文将从欧盟和中国之间的企业国际并购活动的视角出发，根据笔者最近几年广泛参

*谢阳，泰和泰（深圳）律师事务所专职律师，入选第五批广东省涉外律师先锋人才库，取得欧盟数据保护专家 (CIPP/E) 和国际信息隐私经理 (CIPM) 认证，是国际隐私专家协会 (IAPP) 专业会员，长期从事跨境投资并购、外商投资、海外投资与并购及涉外一般咨询业务。

文件作个人信息的匿名化处理。欧盟和中国的相关数据保护法律均明确，经匿名化处理的“个人信息”不再属于受规制的个人信息，后续收集、存储、处理和跨境传输无需适用数据保护法律的各项严格要求。

根据笔者观察，在国际并购场景下，一般使用的匿名化处理方式，是通过各类图表（如饼状图、柱状图）概括性描述目标公司的员工或自然人客户等的构成情况。这些具有高度概括性的数据无论通过何种管理或者技术手段都无法定位到某个特定的人员，因此这种匿名化处理方式成功地将受数据保护法律规制的个人信息转变为不受数据保护法律规制的一般信息。由于中介机构团队审阅相关信息的目的在于核查目标公司的财务、税务、法律等方面的瑕疵和风险，在绝大多数情况下都无需定位到某个具体的人员，因此上述经过匿名化处理的信息也符合中介机构执行尽职调查任务审阅文件或信息的质量要求，不会对中介机构执行尽职调查工作造成阻碍。

二、个人信息的假名化

在尽职调查过程中，针对核查的必要性，在有些情况下中介机构需要审阅更加具体准确的某个员工的信息，比如劳动合同类型、工作年限、年龄（判断是否存在雇佣童工，是否达到退休年龄）、性别等信息，但是中介机构并不关心人员的姓名、身份证号码等信息。此时，目标公司可以对公司文件中的上述个人信息作假名化处理。

根据笔者观察，一般目标公司通过文档编辑软件中“标记密文”的方式，将人员的姓名和身份证号码遮盖，并可用 Employee 1, Employee 2, Manager 1, Manager 2 替代。该等个人信息经过假名化处理后，除目标公司有关人员外，中介机构各团队、买方等其他外部人员均无法将提供的个人信息定位到某个具体的人员。因为假名化处理由目标公司相关人员操作，目标公司也分别保留了假名化处理前后的文档，因此目标公司仍然可以通过管理或者技术手段将假名化处理后的信息进行“映射”或“还原”。鉴于此，假名化的个人信息仍然属于欧盟和中国数据保护法律定义下的“个人信息”，受到适用的数据保护法律的规制。假名化的处理措施属于个人信息的加密措施，能够通过管理和技术手段提高个人信息

与的各类国际并购项目经验，介绍并讨论企业国际并购活动这一特定场景下的数据保护实践。

一、个人信息的匿名化

在国际并购项目尽职调查环节，目标公司向财务、税务、法律等尽职调查中介机构团队提供的供其审阅的公司文件中可能包含大量个人信息，比如员工花名册、工资表和个人客户信息列表。为从源头防范目标公司所掌握的个人信息安全风险，目标公司应在不影响尽职调查工作的前提下，对拟提供给中介机构团队的公司相关

的安全保护水平。

三、虚拟数据库的访问限制

在国际并购项目中，使用虚拟数据库 (Virtual Data Room) 已经成为并购流程中的标准环节。根据笔者经验，欧洲卖方及其控制的目标公司（一般为在多个国家和地区均有子公司的跨国公司）对欧美虚拟数据库服务商更加熟悉，笔者参与的多个国际并购项目使用的虚拟数据库均为 Datasite。

虚拟数据库本质上是一种云服务产品。对于相关数据保护法律中包含“本地化存储”要求 (Local storage requirement) 的情形，虚拟数据库使用的服务器是否在目标公司或其子公司所在国家或地区境内就十分关键，涉及数据保护的关键合规问题。此外，由于国际并购项目，参与各方遍布多个司法管辖区，均需要从其所在地登录访问虚拟数据库，查阅甚至下载所需的目标公司文件资料，以完成尽职调查任务。在前述场景下，这将构成目标公司中国子公司所掌握的个人信息从中国出境，因此需要符合中国数据保护法律法规规定的个人信息跨境传输的安全措施要求。

虚拟数据库作为一款为并购等企业交易项目服务的云服务产品，具有强大的技术手段提高个人信息安全保障的水平。虚拟数据库提供了严谨的人员访问限制措施，只有事先登记的相关必要人员（如各中介机构尽职调查团队成员）才能通过邮箱和密码登录访问虚拟数据库。访问人员从虚拟数据库下载的目标公司文件会印有该下载人员的姓名、工作单位和电子邮箱，以及下载时间。如果该保密文件后续遭到泄露，相关方可以马上定位到涉及的机构和人员。

在尽职调查环节，劳动法尽职调查团队可能会不可避免地需要接触到大量个人信息，甚至是个人敏感信息。鉴于此，虚拟数据库可以应客户要求，开通专门的文件夹（比如命名为 Clean Team 的 Folder），只有像劳动法尽职调查团队这样的必要的团队 (Clean Team) 成员才能够进一步访问该专门文件夹中所包含的个人信息、个人敏感信息文件。这些限制访问措施都是应适用的数据保护法律要求，根据目前技术可及的手段设计的个人信息保护安全措施。

四、尽职调查报告中的个人信息保护

在某些情况下，目标公司中国子公司的个人信息不方便出境，因此只能由中国律师在中国境内审阅包含个人信息、个人敏感信息的公司文件后撰写法律尽职调查报告，在报告中对需要描述的个人信息进行匿名化、假名化等处理后，可以将报告发给欧洲客户，以便欧洲客户了解并购标的公司的相关瑕疵和风险。在这种情况下，报告“出境”成为个人信息“出境”的替代性解决方案，既符合中国相关数据保护法律法规的要求，也满足欧洲客户并购交易的风险评估诉求。

五、卖方律师在竞价交易活动中的额外服务 (Redaction)

在竞价交易模式的并购交易活动中，卖方需要将目标公司的相关公司文件披露给最终选定的一家或少量几家潜在买方，供潜在买方聘请的中介机构进行买方尽职调查。由于目标公司是跨国公司，涉及中国子公司的公司文件大多为中文，目标公司参与并购项目的人员层级较高，且大多为欧美管理人员，并不精通中文。鉴于项目保密性，目标公司通常会请参与尽职调查的团队进行 Redaction 的工作。Redaction 的工作具体是通过 PDF 编辑工具对公司文件中包含的商业秘密（客户和供应商名称、价格）以及个人信息进行“标记密文”处理。这项工作也是卖方法律尽职调查和买方法律尽职调查在实务中的区别之一。

六、欧盟客户 / 律所向中国律所跨境传输个人信息的机制 (SCC)

根据欧盟相关数据保护法律，中国大陆尚未被欧盟委员会给予数据保护方面的“充分性认定”，因此从欧盟向中国大陆传输个人信息需要满足《一般数据保护条例》规定的适用措施。从实务角度而言，在国际并购项目中，欧盟客户或者欧盟的牵头律所在与中国律所签署分包协议 (Subcontract Agreement) 的时候，会将数据保护标准条款 (Standard Contractual Clauses, 简称“SCC”) 作为附件规定在分包协议中，以符合从欧盟跨境传输个人信息到中国大陆的 GDPR 项下的跨境传输数据合规义务。



企业境外直接投资 ODI 备案规范指引

○杨昊菲 * 王诗凯 * 北京市盈科（深圳）律师事务所

伴随着经济全球化和社会分工国际化的进程加速，跨国企业通过对外直接投资等方式，实现产业链在发达国家和发展中国家之间的重新布局，推动世界范围内的产业转移和产业结构的更新换代，一跃成为推动经济增长和产业发展的主导力量，并在企业“走出去”的战略推动下，企业对外投资进入飞速发展阶段，对外投资规模已居世界前列，越来越多的企业积极加入这场国际化竞争的浪潮。

与此同时，一些企业在境外投资过程中存在风险管控不足、风险评估不足等规范性问题更加突出。由此产生的 ODI 备案审批制度是我国政府为规范企业境外投资行为采取的一项关键举措，亦是企业境外投资过程中的必经步骤，本文将通过对企业境外直接投资的动因分

析、ODI 备案相关法律法规的解读等，为企业提供明确的 ODI 备案规范指引。

一、企业境外直接投资的动力因素

企业境外直接投资 (Outward Direct Investment)，就是企业在境外直接进行投资活动，包括参股境外企业或直接设立境外企业等多种形式，这一动因受到多种因素的影响。^①

（一）市场拓展和资源获取

拓展海外市场，是当下企业开展境外投资的首要原因。因为在“一带一路”倡议的推动下，国内企业通过境外直接投资能够较为便利地进入沿线国家市场，开辟新的销售渠道，扩大市场份额。

* 杨昊菲，北京市盈科（深圳）律师事务所律师，该所资本市场法律服务中心副主任，长期深耕于跨境投资和资本市场法律服务领域，同时专注于首次公开发行上市 (IPO) 等资本市场十余年，对资本市场的资金端、交易端及退出端均有全面而深入的理解和实践。

* 王诗凯，北京市盈科（深圳）律师事务所实习人员。

① 卢侃：《中国民营企业对外直接投资动因：机理与实证》，博士学位论文，浙江大学，第 72 页。

（二）效率提升和成本节约

通过境外直接投资，企业能够在目的国建立生产基地或收购当地企业，并可利用当地相对政策优势，比如对外商投资的税收优惠政策等降低生产成本，提高生产效率。

（三）技术寻求和品牌提升

在当前知识型经济竞争的大背景下，国内企业可以向发达国家进行逆向投资，学习国外的先进技术，推动自身核心技术的发展进步。^②

二、企业境外直接投资 ODI 备案的必要性

首先，进行 ODI 备案可以帮助企业确认其投资计划是否符合相关法律法规的要求，避免违法违规风险。国务院、国家发展改革委员会等主管部门发布了一系列关于境外投资的政策文件，明确了企业境外投资范围、条件限制、审批程序等规定。

其次，ODI 备案其实是一种监管工具，帮助政府对企业境外投资活动进行监督和管理。通过 ODI 备案监管部门可以掌握企业的投资动态、项目情况以及资金来源等信息，及时发现和防范投资风险，确保境外投资的稳健可持续发展。

最后，ODI 备案有助于增强企业的信息披露和透明度。为境内投资企业的合作商或其他利益相关方提供必要参考，降低由于信息不对称导致的交易风险，同时加强企业与社会各界的沟通与合作，提升企业的社会责任感和公信力。

三、外管局关于企业境外直接投资 ODI 备案的规范性要求

《外汇管理条例》第十七条明确规定：“境内机构、境内个人向境外直接投资或者从事境外有价证券、衍生产品发行、交易、应当按照国务院外汇管理部门的规定办理登记。国家规定需要事先经有关主管部门批准或者备案的，应当在外汇登记前办理批准或者备案手续。”根据该规定，境内只要通过设立、并购、参股等方式在境外直接投资，获得境外企业经营管理权的行为，就需要事先经过有关部门的批准或备案。

在我国，通常由外管局、商务部、发改委三个部门对外汇业务进行管理或核准，境内企业在向境外投资之

前，需要先向商务部、发改委两个部门提交材料拿到相应的核准文件，再报送外管局对所有的核准文件进行复核，如果复核通过的话，外管局会颁发《境外直接投资外汇登记证》，只有拿到这个证书后，企业才可以进行对外投资活动。

四、商务部关于企业境外直接投资 ODI 备案的具体规定及审核规范

自 2014 年 10 月 6 日起施行的《境外投资管理办法》（商务部令 2014 年第 3 号），是商务部对境内企业开展境外投资活动的具体规定，明确商务部在境内企业进行 ODI 备案过程中，对主要投资主体的资质进行审查，审查其投资资金来源是否干净合规，以及是否有足够的资金储备去支撑这项对外投资项目，如果商务部审核通过，就会颁发《企业境外投资证书》。

商务部《境外投资管理办法》按照企业境外投资的不同情形，分别实行备案和核准管理，对境外投资涉及敏感国家和地区、敏感行业的实行核准管理，对其他情形的境外投资实行备案管理。其第七条对此做出了明确规定：“实行核准管理的国家是指与中华人民共和国未建交的国家、受联合国制裁的国家，必要时商务部可另行公布其他实行核准管理的国家和地区的名单。实行核准管理的行业是指涉及出口中华人民共和国限制出口的产品和技术的行业、影响一国（地区）以上利益的行业。”

同时，商务部和省级商务主管部门为提高办事效率，更好地服务办理备案和核准的企业，设立“境外投资管理系统”（以下简称“管理系统”），对企业境外投资进行管理。对属于备案情形的境外投资，中央企业报商务部备案；地方企业报所在地省级商务主管部门备案，中央企业和地方企业通过“管理系统”按要求填写并打印《境外投资备案表》报相关部门审核。

对属于核准情形的境外投资，需要企业提交相关材料（含《境外投资申请表》等）进行申请。中央企业向商务部提出申请、地方企业通过所在地省级商务主管部门向商务部提出申请。

最后，商务部和省级商务主管部门向获得备案或核准的境内企业颁发《企业境外投资证书》，由商务部和省级商务主管部门分别印制并盖章，实行统一编码管理，

是企业境外投资获得备案或核准的凭证。只有凭借此《企业境外投资证书》，企业才可以在境外进行直接投资、境外资源开发、跨国经营、品牌建设和市场拓展等多项活动。

但是，《境外投资管理办法》同时规定，企业需在取得《企业境外投资证书》的 2 年内进行对外投资，否则《企业境外投资证书》自动失效，如需再开展境外投资，就要按照程序重新办理备案或申请核准。

五、发改委关于企业境外直接投资的具体规定及审核规范

2017 年发改委审议通过的《企业境外投资管理办法》对企业境外投资的备案登记条件以及备案登记手续进行了详细的规定。发改委对企业境外直接投资的 ODI 备案审核主要聚焦在企业具体的投资项目，着重审查企业投资项目的真实性、合法性，一般需要企业提交尽职调查报告、投资项目规划、可行性研究报告等投资项目相关材料，审核通过后颁发相应的核准文件或《境外投资项目备案通知书》，因为发改委对企业投资项目是否涉及敏感国家或地区、是否涉及敏感行业而实行不同的核准或备案手续。

该《办法》所称的敏感类项目和非敏感类项目，具体参见下表：

| 要求 | 核准手续 | 备案手续 |
|------|--|---|
| 项目名称 | 敏感类项目 （一）涉及敏感国家和地区的项目； （二）涉及敏感行业的项目。 敏感国家和地区： （一）与我国未建交的国家和地区； （二）发生战争、内乱的国家和地区； （三）根据我国缔结或参加的国际条约、协定等，需要限制企业对其投资的国家和地区； （四）其他敏感国家和地区。 敏感行业： （一）武器装备的研制生产维修； （二）跨境水资源开发利用； （三）新闻传媒； （四）根据我国法律法规和有关调控政策，需要限制企业境外投资的行业。 敏感行业目录由国家发展改革委发布。 | 非敏感类项目 （一）涉及投资主体直接投入资产、权益或提供融资、担保的非敏感类项目。 （二）不涉及敏感国家和地区且不涉及敏感行业的项目。 |

根据《办法》规定，对敏感类项目实行核准管理，

投资企业应当通过网络系统向核准机关提交项目申请报告并附具有关文件，其中，投资主体是中央管理企业的由其集团公司或总公司向核准机关提交，投资主体是地方企业的，由其直接向核准机关提交。

对非敏感类项目实行备案管理，投资主体是中央管理企业（含中央管理金融企业、国务院或国务院所属机构直接管理的企业，下同）的备案机关是国家发展改革委；投资主体是地方企业，且中方投资额 3 亿美元及以上的备案机关是国家发展改革委，而中方投资额 3 亿美元以下的，备案机关是投资主体注册地的省级政府发展改革部门。无论是核准或是备案的项目，企业均应当在项目实施前取得有关核准文件或备案通知书。

六、企业境外直接投资 ODI 备案的潜在风险

企业境外直接投资过程中，由于进入的投资市场不同、目标国家的经济发展水平和政治稳定性亦有所不同，企业面临的风险存在很多的不确定性，但如若不进行 ODI 备案，企业在境内端就会面临诸多风险。^③

1. 违法风险：没有进行备案登记即开展境外直接投资，违反了《企业境外投资管理办法》等相关法规和政策要求，可能面临行政处罚，包括罚款、没收违法所得等。

2. 外汇风险：没有备案登记，企业可能无法顺利将资金汇出到境外进行投资，导致项目无法按计划进行；境外子公司的利润、分红等资金也可能无法顺利汇回国内。

3. 投资项目风险：没有备案可能导致企业在被投资国或地区无法获得相应的批准或许可，从而无法开展生产经营活动。

4. 无法享受政策优惠：政府为了鼓励企业境外投资，通常会提供一些政策优惠和扶持措施。没有进行备案登记的企业将无法享受这些政策优惠，增加企业的投资成本和风险。

5. 责任承担风险：如果企业的境外投资涉及敏感行业或敏感地区，没有进行备案登记可能构成更严重的违法行为，相关责任人可能面临刑事责任。

七、企业境外直接投资 ODI 备案成功后的持续监管与风险防控

（一）境外投资企业需要进行外汇局存量权益登记

②黄森、毕婧、吕小明：《企业对外直接投资分析》，载《合作经济与科技》2022 年第 10 期。

③刘刚：《中国汽车企业对外直接投资研究》，博士学位论文，吉林大学，2018 年，第 99 页。

ODI 备案成功后的境外投资企业，次年要通过国家外汇管理局数字外管平台，上报第一年度境外企业的存量权益数据，具体包括第一年度境外企业的资产、负债、所有者权益等相关数据，一般在次年的 6 月 30 日之前需要上报完成。被确定参加存量权益抽样调查的样本企业，还应按季度报送存量权益数据。

（二）境外投资企业需要向商务部就境外投资活动进展情况进行月报、半年报

在境外投资企业完成 ODI 备案后，需要向商务部报送月报和半年报，以便商务部对境外投资活动进行监管和统计分析，主要是与境外投资活动相关的统计数据 and 报告。月报主要包括当月境外投资活动的统计数据，如投资额、投资方式、投资目的地、投资项目进展情况等。月报的目的在于让商务部及时了解境外投资企业的最新动态和投资情况，以便进行监管和风险评估。半年报则是每半年报送一次，内容相对月报更为详细和全面，除了包含每月投资活动的统计数据外，还需要报送境外企业的经营情况、投资效益、风险状况等信息。

具体报送内容和要求可能会因商务部政策调整而有所变化，境外投资企业应密切关注商务部的通知和公告，以确保及时、准确地报送相关数据和报告。需要注意的是，月报和半年报的报送是境外投资企业履行备案义务的重要组成部分，也是商务部对境外投资活动进行监管的重要手段，境外投资企业应高度重视月报和半年报的报送工作，确保报送数据的真实性和准确性。

（三）境内投资企业需要向发改委提交项目完成报告

境外投资企业在完成 ODI 备案后，需要向发改委提交一份关于境外投资项目的实施情况和投资效果的项目完成报告。概述境外投资项目的背景、目标、投资金额、投资方式、投资目的地等情况，详细描述项目的进展情况，包括项目启动、建设、运营等各个环节的实际情况，以及项目在投资过程中遇到的困难和问题。

八、境外直接投资的境内企业开展境外再投资的策略分析

通俗的讲，境外再投资就是当境内企业通过 ODI 备案在境外成功设立公司后，再次以境内企业或者境外企业作为投资主体再次跨境投资的行为。

对于境外再投资是否需要备案，分为两种情况：

一是，以境内企业作为投资主体，通过境外企业的设立地，再次进行跨境投资时，境内企业需要再次申请 ODI 备案。商务部《境外投资管理办法》第八条规定：“《企业境外投资证书》是企业境外投资获得备案或核准的凭证，按照境外投资最终目的地颁发”；第二十五条规定：“企业投资的境外企业开展境外再投资，在完成境外法律手续后，企业应当向商务主管部门报告。”

也就是说，企业在进行 ODI 备案时获得商务部批准的《企业境外投资证书》是按照企业境外投资的最终目的地所颁发的，如果企业境外投资的目的地并不是最初 ODI 备案的申请地，那么这个申请地会作为该企业的境外投资路径显示，境内企业通过这个申请地，再次开展跨境投资活动时，就需要重新进行备案。比如，境内企业在香港注册了一家境外公司，再次以该境内企业的名义去往新加坡投资时，需要重新向三个外汇管理部门申请 ODI 备案，注册在香港的境外企业作为投资路径显示。

二是，以设立的境外企业作为投资主体时，境内企业是否需要再次 ODI 备案，取决于境外企业的营业利润是否高于投资额。如果作为投资主体的境外企业营业利润高于投资额，只需要向商务部进行再投资报告即可；如果作为投资主体的境外企业营业利润低于投资额，需要国内企业增资的话，就需要再次向有关外汇管理部门进行“ODI 备案”，更新备案登记。比如，境内一家企业在香港注册了一家公司，香港这家公司作为投资主体继续在新加坡投资新的公司，如果香港这家公司的营业利润足够支撑投资额，就不需要再次进行 ODI 备案；如果香港这家公司的营业利润不够，需要境内企业增资的话，就要进行 ODI 再备案，重走一遍备案手续。

九、结语

随着中国企业“走出去”的步伐不断加快，境外直接投资（ODI）已成为中国经济发展的重要引擎之一。本文我们详细解读了 ODI 备案的各项规范，并对商务部、发改委的相关规范性法律文件进行了全面而深入的剖析，以期为企业提供明确的操作指南，也为企业海外投资提供坚实的法律保障。但是，规范只是基础，真正的挑战在于如何将这些规范落到实处，确保企业在海外投资过程中能够真正做到合规经营及风险可控。



律所参与政府购买法律服务的若干问题浅析

○周舟* 广东石乔律师事务所

政府购买法律服务，能有效地促进依法行政，建设阳光政府和法治政府，同时为广大律师深入参加建设“法治中国”的伟大事业提供了更好的契机，也进一步拓宽了律师的业务范围，为我国律师事业的发展提供更加广阔的空间和新的增长点。

政府购买法律服务，需要规范化、制度化，防止黑

箱操作和利益输送。为规范政府购买服务行为，促进转变政府职能，改善公共服务供给，2013 年 9 月，国务院办公厅印发《关于政府向社会力量购买服务的指导意见》（国办发〔2013〕96 号）；2020 年 1 月，财政部公布了《政府购买服务管理办法》（财政部令第 102 号，以下简称《管理办法》），以规章的形式硬化制度约束，

* 周舟，广东石乔律师事务所主任，高级律师，第十一届深圳市律师协会招标投标拍卖与政府采购专业委员会副主任，深圳市人民监督员。

进一步规范和加强政府购买服务管理，为政府购买法律服务提供了操作规程。

在承接政府购买法律服务的各类主体中，律所是当仁不让的主力军，这是法治昌明、社会进步的时代赋予律所的历史使命。然而，在笔者所经历的项目评审中，律所在参加政府采购活动时，并未表现出较多的专业优势，还存在一些共性的问题。对此，根据《中华人民共和国政府采购法》（以下简称《政府采购法》）和《管理办法》的有关规定，结合《律师法》及相关的规章，以及笔者多年参与项目评审的实践经验，进行初步探讨。

一、律所可以参加的政府购买法律服务的种类

《政府采购法实施条例》第二条第四款和《管理办法》第九条规定：“政府购买服务的内容包括政府向社会公众提供的公共服务，以及政府履职所需辅助性服务。”具体到政府购买法律服务上，即分为两类：

一是，政府为履行自身职能所购买的法律服务，比较典型的方式有：1. 政府机关聘请常年或专项法律顾问，帮助政府机关依法行政；2. 聘请律师参与行政复议，代理行政诉讼案件；3. 聘请法律专家、学者、法律实务工作者，参与制订、草拟、审核政府机关的规范性文件，为政府行为的合法性和合理性提供帮助。

二是，政府为社会公众提供的公共法律服务，是指政府机关使用财政性资金，购买专业法律服务，为社会公众服务，比较典型的例子就是“一村（社区）一法律顾问”的活动。

以上两种类型的政府购买法律服务，共同点是购买主体都是政府机关且都是使用财政性资金。差异点在于服务对象的不同：第一类的服务对象是国家机关本身，第二类的服务对象是社会公众，社会公众在享受政府为此购买的法律服务时，并不需要另行支付费用。这两种类型的项目，律所都有资格参加。

二、律所作为政府购买法律服务的承接主体问题

《管理办法》第六条规定，依法成立的企业、社会组织（不含由财政拨款保障的群团组织），公益二类和从事生产经营活动的事业单位，农村集体经济组织，基层群众性自治组织，以及具备条件的个人可以作为政府购买服务的承接主体。其第七条规定，政府购买服务的

承接主体应当符合政府采购法律、行政法规规定的条件。购买主体可以结合购买服务项目的特点规定承接主体的具体条件，但不得违反政府采购法律、行政法规，以不合理的条件对承接主体实行差别待遇或者歧视待遇。

在政府购买法律服务的项目中，基于法律服务的专业性、资格性要求，承接主体与其他政府购买服务的承接主体有诸多不同。我国《律师法》等法律明确规定，提供法律服务的承接主体必须符合相应的资格条件，获得国家司法行政主管部门的执业许可。这就排除了不具备法律服务资格的企业、社会组织、事业单位、农村集体经济组织、基层群众性自治组织等作为提供法律服务的承接主体。《律师法》及相关规章均严格要求，只能以律所的名义统一接受委托，这就排除了律师个人作为承接主体。根据我国目前的法律环境和现实情况，能提供法律服务的承接主体，大致有以下几类：

其一，经省级以上司法行政主管部门批准设立并发给《执业许可证》的律所，这是最典型的依法设立的法律服务机构。

其二，合法设立的高等院校、科研机构、某些专业服务机构、智库等，也能承接政府购买的部分法律服务。笔者在参加评审时，多次遇到政府机关在编制和论证立法规划，规范性文件的调研、草拟、审核等项目中，有法学教学和研究机构投标甚至中标的情形；在医患纠纷调解、知识产权争议、消费者权益保护、政府合同的履约评价和验收，甚至普通民商事纠纷的调解等政府购买法律服务项目中，有大量的其他专业机构的参与甚至成交，呈现出法律服务承接主体的多元化趋势。

然而，在政府购买法律服务的实践中，还有一些在市场监督管理机关注册的法律咨询或服务公司参与投标或竞争，这些公司并不具有法律服务的专业资格和服务能力，而是混迹其中，有的陪标或凑数，这其实是扰乱法律服务市场的行为，虽经司法行政部门多次清理，仍不绝于时，应该建立司法行政部门与市场监督管理部门的联动机制，从制度上杜绝“黑律师”的生存空间，保障政府购买法律服务活动健康有序地开展。

三、律所参加政府购买法律服务的资格审查问题

《管理办法》第十九条明确规定，政府购买服务项目采购环节的执行和监督管理，包括采购标准、采

购政策、采购方式和程序、信息公开、质疑投诉、失信惩戒等，均按照政府采购法律、行政法规和相关制度执行。根据《政府采购法》第二十二条和《管理办法》第七条的规定，政府购买法律服务，在采购文件中能设定的特殊资格要求，不外乎是服务供应商具有法律服务的专业资格。对律所而言，都具备这个最起码的资质条件，提供律所的《执业许可证》即能证明。但是，有不少律所在资格审查环节就被淘汰出局，究其原因，主要有以下两个方面：

其一，参加政府采购的律所提供了《执业许可证》，但是未提供当年度的检查考核合格记录，或者提交了错误的年度检查考核记录，被评判为不能证明该律所具有持续经营的资格和能力，未通过资格审查。出现这种失误，一是经办人的疏忽大意，这反映出参加政府采购的律所工作作风不够细致，对于参与政府购买法律服务的重要性认识不足。二是由于参加政府采购的律所对是否应该提交“年度检查考核合格记录”有不同的理解。在行业内，主管部门每年度对律师和律所的检查考核结果，是否影响律师或律所继续执业的问题，一直有不同的看法。有的认为，未通过主管部门检查考核合格的，下一个年度不能继续执业；有的则持相反的观点，认为主管部门对律所的年度检查考核，与律所能否继续执业，两者之间并不存在必然的联系。从律师行业管理和《律师法》的角度来看，后一种观点并非毫无道理。但是，从政府采购角度来看，政府购买法律服务的承接主体，必须要严格符合《政府采购法》第二十二条和《管理办法》规定的条件，采购人和评审委员会是按照政府采购法律法规、采购文件的评审规则来评审，而不会根据律师行业内的某些具有争议性的观点来进行评判。因此，律所应该按照采购文件的要求，全面地提供资格性证明材料，不要“想当然”，避免低级失误。

其二，有的律所的分所参加政府采购，未按采购文件的要求提供律所总所的《授权书》，被评判为不能通过资格审查。这基本上是主观认识的原因。在行业内，主流的观点是，分所与总所的关系，并不类比为《公司法》里分公司与总公司的关系。律所的分所，有独立的《执业许可证》、能独立承接和办理法律业务，有独立的财产、能独立承担民事责任。由此，有的律所分所就认为，分所以自身名义参加政府购买法律服务的活动，不需

要总所的批准和同意，故而不需要总所的授权。笔者认为，这种观点有合理的成分，但是，它忽略了政府购买法律服务的特殊性。在政府采购法的语境里，是无法穷举所有参加政府采购的供应商的组织形式、类型和业态的，更无法单独为参加政府采购的律所编制专用的格式采购文件。因此，律所分所参加政府采购活动，应按照采购文件的要求，提供总所的授权书，避免自以为是，误读误判采购文件，失去难得的竞争机会。

四、律所的“同类业绩”问题

在政府购买法律服务的项目中，供应商以往的同类业绩，都会作为采购文件中的客观评审因素，却有不少律所在同类业绩问题上丢分，容易出现错误有：

其一，对“同类业绩”的理解。基于《律师法》第二十八条的规定，律所的业务范围可以覆盖整个法律服务领域，因此，不能把律所承办的所有法律业务都作为“同类业绩”，应该根据具体项目的采购文件，来判别和细化“同类业绩”的要求。例如，有的项目采购文件要求“为政府部门提供法律顾问服务”，律所“担任企业法律顾问”的项目就不能作为“同类业绩”；有的项目采购文件要求“知识产权”的专项法律服务，律所承办的“家事婚姻”案件就不能作为“同类业绩”，等等。

其二，对律所总所与分所的业绩能否互相通用的争议。这个争议与律所分所的资格审查问题密切相关。一般情况下，政府购买法律服务的采购文件中，均要求供应商提供自身的业绩证明材料，律所的总所与分所分别是独立的执业机构，总所并非参加该采购项目的供应商，其业绩证明材料被接纳和认可的概率比较低。稳妥起见，律所分所参加政府采购活动时，尽量不要使用总所的业绩证明材料。

其三，对参与项目的律师过往工作业绩的误判。律师执业具有一定的流动性，并非长期固定在某个律所执业，变换执业机构时有所见。律所在参加政府采购活动时，为获得竞争优势，会邀请在某些业务领域具有专长和经验丰富的律师加盟，甚至作为项目负责人，同时也会把参加该项目的律师在以前执业机构的业绩，作为本所的业绩。这种情形，很难被接纳和认可。政府购买法律服务项目的评审因素，考察的是供应商（律所），而不是供应商的某个人（律师）。

五、律所是否享受扶持“中小企业”政策的优惠待遇问题

2020 年 12 月，财政部、工业和信息化部联合颁布了《政府采购促进中小企业发展管理办法》（财库〔2020〕46 号），规定了在政府采购活动中，给予中小企业相应的扶持政策，包括价格评审优惠、预留采购份额、优先采购等。很多律所在参加政府采购活动时，也填写了《中小企业声明函》，意图获得相应的优惠待遇。这是一个很大的误区，有必要专门论述。

第一，律所是不是企业？这个问题的答案，在理论上是很清晰的，但是，在实践中，特别是政府采购、税收等方面，这个问题的答案却很模糊。所谓企业，是以营利为目的，依法设立、自主经营、自负盈亏、独立承担民事责任的社会经济组织。根据《市场主体登记管理条例》（国务院令第 746 号），包括企业、个体工商户等在内的市场主体均应该在市场监督管理部门依法办理登记，领取营业执照。律所是根据《律师法》及《律师事务所管理办法》设立的专业法律服务机构，经司法行政主管部门审核登记后，领取《执业许可证》，不需要再去市场监督管理部门办理任何形式的注册登记。律所虽然也是营利性组织，但与企业相比，两者设立的法律依据、登记程序、主管部门等，都完全不同。可以肯定的说，律所不是企业。

第二，根据《国民经济行业分类》GB/T 4754—2017，法律服务行业属于“L 租赁和商务服务业 -72 商务服务业”，但律所不能完全视同为社会经济组织，它既有经济组织的一些属性（营利性），也有非经济组织的属性（公益性和社会性），律所的经营以律师的智力劳动为主要投入，货币资本及物质条件不占主要地位，且不得进行对外投资，等等。在实践中，之所以会引起对律所属性的混乱理解，主要原因还是来自于国家税务机关对律所的税收管理。迄今为止，国家税务机关并未对律所这类专业机构的征税方式给予统一的专门的制度性规范，税务机关对律所参照企业按照查帐征收方式征税，一般情况下，对于合伙制律所，适用合伙企业的征税制度；对于个人制律所，按照个体工商户的征税方式管理。税收管理制度没有考虑律师行业的特殊性，这就引起了对律所行业属性的误解，在参加政府采购活动时，有的律所想当然地认为，可以按照合伙企业或个体工商

户类别，享受中小企业的优惠待遇。

第三，律所在参加政府采购活动时，即使填写了《中小企业声明函》，也难以享受政府采购政策的优惠待遇。按照我国现行政府采购政策的规定，能够享受中小企业优惠待遇的对象为“中小微企业、个体工商户、监狱企业、残疾人福利单位”。2022 年 1 月，工业和信息化部作为行政主管部门明确答复，律所是根据《律师事务所管理办法》设立的非企业，不适用于《中小企业划型标准规定》。

在现实中，律所与律师之间，有授薪律师、提成律师、合伙律师、挂靠律师等，法律关系呈现多样化，很难确定律所与律师之间就是劳动合同关系。这种法律关系的现状，也不符合《政府采购促进中小企业发展管理办法》第四条（三）项“在服务采购项目中，服务由中小企业承接，即提供服务的人员为中小企业依照《中华人民共和国劳动合同法》订立劳动合同的从业人员”的规定，律所无法享受扶持中小企业政策的优惠待遇。

最后，强调律所的非企业属性是非常必要的。律所参加政府采购活动，明知不是企业而填写《中小企业声明函》，不外乎就是想取得优惠待遇所带来的价格竞争优势，这有损律师行业的专业形象。

六、结语

律所作为专业的法律服务机构，在理解和解释法律文件的时候，有着天然的优势和本能的自信。然而，正是基于这种专业优势和自信，有的律所在参加政府采购时，往往出现对采购文件的理解偏差，在编制投标文件或响应文件时自行其是，并未表现出应有的专业性和职业素养。根据《政府采购法》和《政府采购法实施条例》的有关规定，采购文件都应当按照国务院财政部门制定的标准文本编制，很难像办理其他法律业务时，律师有自由理解、自由发挥甚至扩大解释的空间。因此，律所参加政府采购活动，要端正观念，避免出现对采购文件理解的偏差而导致的失误和疏漏，认真按采购文件的要求编制投标或响应文件，确立律所在政府采购活动中的竞争优势，争取占据与律师行业的社会角色相匹配的市场份额。同时，律所参加政府购买法律服务的活动，不应着眼于低价竞争，要提炼内功，提高专业素质，强化专业特色，以质取胜，为政府法治建设奉献优质高效的法律服务。



一、“禁止重复起诉”制度的法律基础

“禁止重复起诉”一直是理论界和实务界探讨的重点问题，在我国，这一原则被《中华人民共和国民事诉讼法》所确认，并在后续的司法实践中得到了进一步的明确和细化。特别是通过最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第二百四十七条，对何种情况下的案件应当视为重复起诉进行了具体规定，明确了重复起诉的范围和认定标准。

（一）立法目的

“禁止重复起诉”制度的立法目的主要是节约司法

资源、维护裁判权威以及保护当事人权益。该制度通过减少案件重复审理来提高司法效率，同时确保当事人在出现新证据或新情况时有权重新提起诉讼，避免牺牲其合法权益。此外，确保已决案件的法律确定力，防止重复审理引发的法律关系不稳定和司法公信力下降。最高人民法院的相关司法解释强调，当事人可在新证据出现后重提诉讼，这既限制了滥诉，也维护了当事人的合法权利，保持了法律的权威性和公正性。

（二）相关法律规定

《民事诉讼法》第一百二十七条第五款规定“对判

* 王慧杰，广东联建律师事务所合伙人律师，深圳市劳动人事争议仲裁院兼职仲裁员、深圳市交通运输委员会港航运业专项资金使用评审专家、深圳市福田区司法局“未成年人保护顾问团”委员，业务领域主要为民商事诉讼（金融保险、建筑地产）、经济刑辩及投资类非诉事务等。

决、裁定、调解书已经发生法律效力的案件，当事人又起诉的，告知原告申请再审，但人民法院准许撤诉的裁定除外”。

根据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（下称“最高法民诉法解释”）第二百四十七条^①规定，认定为“重复起诉”需要同时满足三个条件，使当事人在起诉时以及法院在裁定时可直接适用，为审判解释和实务解释，同时该解释亦属狭义解释，司法实践中法院在认定“重复起诉”时不能超越该司法解释进行变通理解，必须严格按照构成重复起诉的“三相同”条件进行判定。

《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第五条第二款“公安或者检察机关不予立案，或者立案侦查后撤销案件，或者检察机关作出不起诉决定，或者经人民法院生效判决认定不构成非法集资等犯罪，当事人又以同一事实向人民法院提起诉讼的，人民法院应不予受理。”该规定表明在刑民交叉问题中，若刑事案件因证据不足等原因未能获得有效处理，当事人可以转而通过民事途径寻求救济。即使刑事诉讼中的行为未构成犯罪，当事人仍可在民事诉讼中主张权利，寻求诉权的实现。这一规定保障了当事人合法的诉讼权益，这与最高法民诉法解释第二百四十七条对“重复起诉”认定的严格、明晰标准之立法目的一致，本质上都是期望能最大程度保障当事人的诉讼权利。

二、重复起诉在具体适用中的判断标准

如前文所述，最高法民诉法解释第二百四十七条规定同时满足“三相同”条件，构成重复起诉，此“三相同”内涵与外延都具有明确、清晰的范围，司法实践中对重复起诉的认定尺度也应当严格把控。

（一）主体相同

构成重复起诉要求前诉和后诉的当事人相同。这意味着原告和被告在两个诉讼中应为同一主体，在司法实践中，不仅需要核对当事人的名称，还要确认其法律地位和诉讼身份。

（二）诉讼请求相同

①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》第二百四十七条：当事人就已经提起诉讼的事项在诉讼过程中或者裁判生效后再次起诉，同时符合下列条件的，构成重复起诉：（一）后诉与前诉的当事人相同；（二）后诉与前诉的诉讼标的相同；（三）后诉与前诉的诉讼请求相同，或者后诉的诉讼请求实质上否定前诉裁判结果。当事人重复起诉的，裁定不予受理；已经受理的，裁定驳回起诉，但法律、司法解释另有规定的除外。

诉讼请求是指当事人在诉讼中向法院提出的具体要求。构成重复起诉要求前诉和后诉的诉讼请求相同，即请求法院判决的内容应一致。

（三）诉讼标的相同

构成重复起诉要求前诉和后诉基于相同的事实和法律关系。这意味着两次诉讼的基础事实和涉及的法律问题应完全一致。

三、禁止重复起诉原则的例外情形分析

如前文所述，法院以禁止重复起诉为由不予受理或驳回当事人的诉讼请求时，应当严格遵守最高法民诉法解释第二百四十七条的规定，但禁止重复起诉制度在司法适用上也具有法定的“例外情形”，即出现这些情形时，允许再次起诉。

（一）基本标准

1. 新证据出现

原告在已经生效的判决或裁定后，发现新的关键证据可以重新提起诉讼。这些新证据必须是对原判决有重大影响，且在前诉时无法获取的。新的证据提供了新的事实基础，可能改变案件的整体情况，从而使得重新审理具有必要性。这种情况下，后诉不应被视为重复起诉，因为新证据使得案件实质上有所不同。

2. 出现新的法律关系或事实基础

依据最高法民诉解释第二百四十八条规定“裁判发生法律效力后，发生新的事实，当事人再次提起诉讼的，人民法院应当依法受理”，可见如果原告基于新的法律关系或事实基础提起诉讼，不构成重复起诉。例如，前诉可能是基于合同纠纷提起，而后诉则基于同一合同项下的侵权行为提起。虽然表面上是同一合同，但涉及的法律关系和事实基础已发生变化，这种情况下，法院应区别对待，避免将不同性质的诉讼简单认定为重复起诉。

3. 再次起诉与原诉讼请求或诉讼标的不同

如果后诉的诉讼请求或诉讼标的与前诉不同，通常不构成重复起诉。诉讼请求是指当事人在诉讼中提出的具体法律救济，例如，要求支付款项、赔偿损失等。诉讼标的是指诉讼请求涉及的具体权利或利益。如果后诉

的请求内容与前诉存在实质性区别，即使涉及同一事件，法院也不应将其视为重复起诉。

4. 一审撤诉或按照撤诉处理的

当事人就已经生效了的判决、裁定再次向人民法院起诉的行为，一般应当认定为重复起诉，但依据最高法民诉法解释第二百一十四条第一款规定“原告撤诉或者人民法院按撤诉处理后，原告以同一诉讼请求再次起诉的，人民法院应予受理”，无论是“原告撤诉”或是“人民法院按撤诉处理”都须发生在法院作出判决前，因为诉讼的根本目的是定纷止争，此时法院并没有对当事人之间的争议进行法律评价，若当事人再行起诉则表明当事人之间的纠纷并未得到解决，即使是相同的当事人、诉讼标的、诉讼请求，法院也应当受理。

5. 前诉未受理或被驳回的

依据最高法民诉法解释第二百一十二条，前诉未被法院受理或者被法院驳回，符合起诉条件且没有不予受理的情形，当事人可再次提起同一诉讼，不属于重复起诉。因为在司法实践中，前诉未受理通常是由于起诉材料不齐全或程序性错误导致，并非案件实质问题。因此，原告在纠正错误或补充材料后，有权再次提起诉讼。同样，前诉被驳回若是由于证据不足或诉讼请求不明确，原告可以在补充或修正后重新起诉。这样的重新起诉不构成重复起诉，因为前诉并未进入实体审理或未得到实质性处理。法院应严格区分此类情形，确保当事人的诉讼权利和合法权益得到保障。

（二）属于例外情形的案例分析

案例一：（2014）甬奉莼民三初字第81号，新的法律关系或事实基础上的再诉不属于重复起诉

该案件为郑某与应某表、中国人民财产保险股份有限公司奉化支公司机动车交通事故责任纠纷。原告郑某因交通事故起诉肇事方应某表及中国人民财产保险股份有限公司奉化支公司，浙江省奉化市人民法院判决支持赔偿后，原告在复查时被告知左距骨坏死、左踝关节创伤性关节炎，入院治疗产生相关费用，经鉴定，上述后遗症与车祸之间具有因果关系，原告遂提起后诉要求两被告支付上述费用，被告应某表辩称本案构成重复诉讼，法院认为原告首次获赔后复查时发现病情变化，属于新的事实基础，这种扩大化的损害结果与侵权人的侵权行为存在因果联系，但其在当时无法预见，应当适用最高法民诉法解释第二百四十八

条，不构成重复诉讼，从而支持了原告的诉讼请求。

案例二：（2015）民提字第5号，不同诉讼请求和诉讼标的的再诉不属于重复起诉

原告王某以被告嘉峪关某矿业有限责任公司不具有采矿权为由，起诉要求确认双方签订的《合作协议书》无效，并要求返还转让金15万元，赔偿损失10万元，法院经审理认定双方系合伙关系而非合作关系，经释明后原告王某拒不变更诉讼请求，裁定驳回起诉。后诉中原告王某以合伙关系为案由，以嘉峪关某矿业有限责任公司明知不具有采矿权而签订《合作协议书》构成欺诈为由，提出和前诉一致的诉讼请求，但原审法院以王某起诉因诉讼请求及事实理由与一审法院（2012）嘉民二初字第37号裁定实质相同，违反“一事不再理”原则为由驳回王某起诉。最后最高人民法院纠正了这一裁定，认为后诉诉讼请求和事实理由均发生变更，不构成重复诉讼。

四、法院对“重复起诉”适用标准不一致严重影响当事人的诉权

（一）“禁止重复起诉”制度在司法实践中的混乱适用

在司法实践中，部分法院在处理涉及重复起诉的案件时，存在选择性忽视或随意变通解释最高法民诉法解释第二百四十七条中“同时满足”条件的现象，造成同案不同判，当事人的救济权利被剥夺，一些法院片面地强调其中一个或两个条件的相似性，忽略了“同时满足”这一核心要求，从而做出错误的判定，致使当事人的诉讼请求被裁定不予受理或者判定驳回，具体表现为诸如片面强调当事人相同、混淆诉讼标的和请求、忽视程序性问题等。

（二）司法实践中存在着一些法院对最高法民诉法解释第二百四十七条随意扩大解释，错误地将不属于重复起诉的案件定性为重复起诉

以（2021）粤0307民初某号原告郑某诉黄某树、黄某苗合同纠纷一案以及（2022）粤0311民初某号郑某诉黄某树、麦某强、麦某康为例，深圳市光明区人民法院以“前诉的事项与后诉的事项存在重复，因此郑某的该两项诉请已违反一事不再理的原则”为由对本案郑某主张的全部诉讼请求均不予支持，但事实上这两个案件前后的当事人、诉讼标的、诉讼请求均不相同，前诉与

后诉的诉讼要素如右表所示。

根据表格对比，可以明显看出：前诉与后诉当事人以及诉讼标的并不相同，完全不符合最高法民诉法解释第二百四十七条对重复起诉认定中的第一款“后诉与前诉的当事人相同”、第二款“后诉与前诉的诉讼标的相同”。

类似案件最高人民法院已有指导，例如根据最高人民法院（2020）最高院民再 80 号民事裁定书，针对是否构成重复起诉的问题，^②按照最高院该案例的理解，即使前后两诉当事人相同，但当事人诉讼地位不同，都不能认定为重复起诉，而本案甚至前诉与后诉当事人都不同，后诉增加了被告麦某强、麦某康，且诉讼标的亦不同，不能当然认定为重复起诉。

就上述认定为“重复起诉”的裁决，原告上诉后，深圳市中级人民法院在（2023）粤 03 民终 15011 号裁定书中对此问题进行重新论

述，否认了原审法院所认定的“前诉的事项与后诉的事项存在重复，因此郑某的该两项诉请已违反一事不再理的原则”，但对此问题做出的裁决是认定为“虽然原告郑某增加了麦某强、麦某康为一诉被告，但后诉的诉讼请求实质上是否否定前诉裁判结果，构成重复起诉”。但一方面，前诉的诉讼结果是“裁定驳回诉讼请求”，理由是“需以黄某树与麦某强、麦某康签订的土地合同的效力审查为基础”，显然需要再次起诉，并增加麦某强、麦某康为被告，这是法院的裁判指引，并且原审审理法院并没有对实体争议进行处理，可见前诉的裁判结果不能作为限制后诉的理由；另一方面实质上最高法民诉法解释第二百四十七条明确规定“当事人就已经提起诉讼的事项在诉讼过程中或者裁判生效后再次起诉，需同时符合“三相同”条件，但明显深圳市中级人民法院已经在该裁决中写明“原告郑某增加了麦某强、麦某康为一诉被告”，可见两个案件诉讼当事人已然不同，诉讼标的亦如上述表格所示并不相同，但深圳市中级人民法院仅仅以“后诉的诉讼请求实质上否定前诉裁判

| | 前诉 | 后诉 |
|------|--|--|
| 案号 | (2021) 粤 0307 民初某号 | (2022) 粤 0311 民初某号 |
| 当事人 | 原告：郑某 被告：黄某树、黄某苗 | 原告：郑某 被告：黄某树、麦某强、麦某康 |
| 诉讼标的 | 土地使用权转让金本金 10850,500 元及利息合计 16,446,203.16 元 | 土地使用权转让金本金 7,100,000 元及利息共 10,865,790.14 元 |
| 诉讼请求 | 1. 请求法院依法判决确认原告与黄某树签订的《合作建设写字楼协议书》《土地合作协议书》《土地合作合同书》无效； 2. 请求法院依法判决黄某树退还原告土地使用权转让金人民币壹仟零捌拾伍万零伍佰圆，小写 10,850,500.00 元，及资金占用利息人民币伍佰伍拾玖万伍仟柒佰零叁元壹角陆分，小写 559,5703.16 元（资金占用利息以 10,850,500.00 元为本金，暂计算至起诉之日合计为 559,5703.16 元，并至清偿之日）； 3. 请求法院依法判决黄某苗对上述诉讼请求承担连带清偿责任； 4. 请求判决本次诉讼的全部费用由两被告承担。 | 1. 请求法院依法判决确认被告黄某树与被告麦某强、被告麦某康签订的《土地转让协议书》无效； 2. 请求法院依法判决原告与被告黄某树签订的《合作建设写字楼协议书》《土地合作协议书》无效； 3. 请求法院依法判决被告黄某树退还原告土地使用权转让金 7,100,000 元，及资金占用利息 3,765,790.14 元，共计 10,865,790.14 元（资金占用利息以 7,100,000 元为本金，按照中国人民银行同期同档次贷款基准利率的标准和同期全国银行间同业拆借中心公布的贷款市场报价利率进行分段，并暂计算至起诉之日合计为 3,765,790.14 元，此后至实际清偿之日）；被告麦某强、被告麦某康承担连带返还责任。 |

结果”为由裁定驳回起诉，违背了最高法民诉法解释第二百四十七条明确强调的“同时符合”这一先决条件。

深圳市中级人民法院作出的该裁定为终审裁定，当事人此时的救济途径用尽。面对如此明显的法律适用错误，原告郑某在积极穷尽所有可能的救济方式进行申诉时仍由于各级法院、检察院对最高法民诉法解释第二百四十七条适用的“变通理解”而失败。禁止重复起诉本意为节约司法资源、维护裁判权威、保护当事人权益，但从本案而言，无论受案法院在审理此案时对该司法解释的错误适用是故意还是过失，都是对审判公信力的挑战，对当事人合法权益的侵害。

综上所述，“禁止重复起诉”制度在司法实践中应严格遵循最高法民诉法解释第二百四十七条之规定，只有统一对法律法规、司法解释的适用标准，建立类案回查监督机制，才能给当事人、代理人传递明确的起诉标准和裁判标准，才能真正意义上节约司法资源，维护司法公信力，同时亦保障当事人诉讼权利，实现司法公平正义。

②中华人民共和国最高人民法院民事裁定书（2020）最高院民再 80 号：……刘文清 2018 年提起的后诉与 2016 年提起的前诉相比，前后两诉的被告中都有中铁公司和中铁二十四局；前后两诉的诉讼标的相同，同为建设工程施工合同法律关系；前后两诉的诉讼请求相同，刘文清在前后两次诉讼请求中所主张要求支付的工程款金额和依据的事实理由相同，只是对于逾期未付工程款的利息利率的计算标准有所不同，但江铁公司在前诉中的诉讼地位是第三人，在后诉的诉讼地位是被告，前后诉的诉讼地位不同，不符合重复起诉的第一项条件，原审法院将其认定为重复起诉确有不妥。

在互联网经济运行模式趋于稳定的背景下，互联网下不正当竞争行为的出现，对竞争法上竞争关系与不正当竞争行为的传统认识提出了一定的挑战。广义竞争关系模式重申反不正当竞争法第 2 条第 2 款的含义，认为竞争关系的认定不局限于经营者的营业类型，应从是否具有“损人利己”可能性的标准来认定。对不正当竞争行为的不正当性质的把握也不应该局限于明示的具体类型，而是应该从不正当竞争行为旨在获取不当经济利益的本质属性上进行分析。“不正当竞争行为”的评判也不仅仅是科以商业道德与诚实信用的非难，后者往往泛化为法官的自由裁量，而且难以契合立法原意与市场竞争的实际情况。

一、问题的提出

受传统商业模式的影响，对竞争关系的界定限于同业竞争关系，即要求经营者之间提供的产品或服务相同或相似，才能认定经营者之间具有竞争关系。然而，在互联网经济中，虽然经营者之间的主营产品业务不同，面向的服务市场不同，但仍不可避免经营者之间的不当竞争行为，如广告屏蔽行为、软件不兼容、恶意风险提示等等。因立法的滞后与互联网竞争关系认识不足，对于如何妥当处理互联网竞争关系法律纠纷一直是理论研

究与司法实践的焦点问题。如何认定互联网下不正当竞争行为的竞争关系？如何衡量不正当竞争行为的不正当性？竞争关系的界定是否为审理不正当竞争案件的先决条件？如何认定互联网不正当竞争行为？不正当竞争行为是否限于竞争法列明的具体行为？如果不是，又是根据怎样的原则、理念来处理实务中的新型不正当竞争行为？这一系列问题在理论界以及实务界虽已达成了初步共识，但在个案处理上存在意见分歧，仍有必要从理论上深入厘清竞争关系，进一步强化竞争关系共识，为妥善处置新经济领域案件提供智识参考。

二、狭义竞争关系模式的局限性——滞后商业模式的发展

如何正确规制不正当竞争行为，其逻辑起点是对经营者之间的竞争关系做出认定，存在两种观念主张，一是基于传统商业关系而形成的直接的同业竞争关系认定；二是稍显宽泛的竞争关系，包括但不限于直接的同业竞争关系。前者为狭义竞争关系模式，后者为广义竞争关系模式。

狭义竞争关系模式之下，经营者之间是否具有竞争关系限于其提供相同或者类似的产品或者服务。在传统商业模式之下，经营者借助于产品或服务来打开市场，

反不正当竞争法中竞争关系的厘清

○刘旺* 广东端升律师事务所

* 刘旺，广东端升律师事务所律师，专注于公司治理、诉讼执行、建设工程、债权债务等领域法律事务。

销售产品或者提供服务是经营者追求的直接目的，消费者的购买是经营者盈利的渠道。经营者之间的竞争体现在市场占有份额的争夺，表现为一种同业竞争关系。^①原《反不正当竞争法》列举的 11 种不正当竞争行为也是遵循此种逻辑。^②

互联网经济中出现了大量的网站、软件经营者——网络服务运营商。他们的盈利模式不再是借助于针对消费者需求的产品、服务的供给，而是通过网站浏览量、增值服务收费、网站广告投放等来获取利益。网络服务运营商之间可能主营业务不同，但其目的都是锁定用户，相互之间竞争指数是锁定用户的数量以及锁定的深度。因此，网络服务运营商之间常发生不当干扰行为以提高自身的企业利益。如网络服务运营商通过屏蔽广告插件或软件，屏蔽用户网站上本应正常播放、弹出的广告推广信息，无疑对广告信息的推广及相关利益造成影响。

处理互联网不正当干扰行为，狭义竞争关系模式尤显不足。按照狭义竞争关系模式，主营业务不同的网络服务运营商之间由于提供的产品服务不同，因此不具有竞争关系。用这样的规则来处理明显是不妥当的。面对传统竞争关系，一般都是直接认定为同业竞争关系；面对互联网不正当竞争纠纷，尤其是处理非传统竞争关系时，法官大都是避开直接的同业竞争关系的界定，而是界定为间接的竞争关系。^③

这样的做法体现了法官的智慧，坚持了公平正义的审判理念，有利于经营者之间权益的平衡。但两种不同处理方式的出现，根源在于对竞争关系的认识不足。

三、广义竞争关系模式的合理性——立法与实践的契合

与狭义竞争关系模式相对应，广义竞争关系模式包括但不限于同业竞争关系，不限定经营者之间的同业竞争，实现经济学上竞争关系本意的回归，“竞争是市场主体追求利益最大化而进行的争胜行为”，^④基于资源有限性的经济学前提，竞争的内涵在于对资源的抢占、

彼此的排斥。由于资源的有限性，一方多获利，另一方往往少获利；一方获利，另一方往往会失利。即判断竞争关系的关键是把握经营者营业行为的实施是否会产生“损人利己”的效果。

从立法沿革看，原 1993 年颁布施行的《反不正当竞争法》第 2 条第 2 款规定，不正当竞争行为是指经营者违法实施的损害其他经营者合法利益，扰乱社会经济秩序的行为。2017 年 11 月 4 日新修订的条文中对“不正当竞争行为”定义为：经营者在生产经营活动中，违反本法规定，扰乱市场竞争秩序，损害其他经营者或者消费者的合法权益的行为，且 2019 年 4 月 23 日修正时维持。对此定义有着诸多方面的解读，其中一方面即条款中并没有限定经营者之间必须具备直接的同业竞争关系，广义竞争关系模式可以在此找到法律依据。2017 年《反不正当竞争法》第 12 条中增设了“互联网条款”，列举了具体的网络不正当竞争行为的类型，能够对互联网领域实施直接的规制。但这不是创新，只是对立法原旨的回归，是解决现实问题的具体化操作。

那为什么会产生狭义竞争关系模式的理解呢？这“与商业发展水平与发展模式有关，有其历史必然性”。^⑤在传统商业模式下，产品的提供具有可视化、载体化的特性，不具备替代关系的产品之间一般不具有竞争关系，商业的竞争也直接体现为产品的竞争。而依托互联网建立的商业模式，网络运营商们关注的不仅仅是产品的销售，而是用户的点击量、浏览量等潜在的利益。正是在这样的传统逻辑思维与现实问题解决不一致时，引起了实务界与理论界的反思。

从域外立法来看，1996 年由世界知识产权组织公布的《反不正当竞争示范法》中对“不正当竞争行为”界定为“在工商业活动中违反诚实行为的任何行为或者做法”。同时，德国、意大利、日本等国家也是采取宽泛意义上的竞争关系。^⑥不正当竞争行为首先涉及商业道德，经营者应该秉持诚信原则来约束自己的营业行为，不得干涉损害其他经营者的合法利益。显然，限缩解释

竞争关系不能适应当今社会发展的需要，不利于营造统一开放、竞争有序的商业竞争环境。

结合立法原旨与国际发展趋势来看，采取广义竞争关系模式能够满足现实与立法的需要，条文虽然得以修订，但实务人员应该更正对竞争关系的认识，摆脱传统商业模式的束缚，对互联网不正当竞争行为甚至是新型不正当竞争行为有着清醒正确的认知与处理。^⑦

四、不正当竞争行为中“不正当”属性的界定

《反不正当竞争法》第 12 条规定了强制性目标跳转、恶意修改产品、不兼容等妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行的行为。在互联网经济运行模式趋于稳定的背景下，互联网下不正当竞争行为可以类型化为不当滋扰行为与不当妨碍营业行为。回顾一起经典的广告屏蔽案件，期以在案件裁判梳理的过程中进一步厘清反不正当竞争法中不正当竞争关系以及相关问题。

（一）猎豹浏览器广告屏蔽案

原告合一公司是优酷网的经营者，被告一贝壳公司是“猎豹浏览器”官方发布平台“猎豹网站”的经营人，被告二金山安全公司是“猎豹浏览器”的开发者、版权人，被告三金山网络公司是“猎豹浏览器”的版权人，也是“猎豹网站”的版权人。猎豹浏览器通过技术措施向终端用户提供“广告过滤”功能，当用户打开该功能后访问优酷网站时，原告在视频中投放的广告会被过滤。据此，原告认为前述三被告通过猎豹浏览器所实施的行为构成不正当竞争。一审法院认为猎豹浏览器过滤广告的行为具有不正当性，应承担相应法律责任。二审维持原判。^⑧其中一个案件焦点是，被告二与被告三通过“猎豹浏览器”所实施的过滤优酷网视频广告的行为是否具有不正当性。两审法院基本遵循“主体享有正当权益—该权益值得保护—权益受到侵害”的审判思路，均认为上述两公司通过“猎豹浏览器”所实施的过滤优酷网视频广告的行为具有不正当性。然而对于不正当属性的界定是基于怎样的要素判断、是否意味着该种行为本身与其他不正当竞争行为之间并无

本质上的区别等问题，裁判文书中并没有展开。

（二）“不正当”属性再认识——兼评网络领域不正当竞争行为

何为不正当性？本文认为不正当性应当包括违法性、非正义性两个层面。

1. 违法性。其表征经营者实施的营业行为违反了竞争法明文禁止的行为，具有侵权外观性；从权利保护角度看，实体权利是维持市场主体存在的必要条件。法律通过固定姓名权、名誉权等实体权利与物权制度等权利规范以保障市场主体的生存与发展权利。因此，违反其他市场主体在先权利的行为就具有不正当性。然而经营者的经营行为并不常常直接涉及这类固有权利，有观点提出借以诚实信用原则来把握。但“诚实信用的道德准则性质，决定了它无法被量化把握”。^⑨因此需要相关辅助元素予以综合评判，包括竞争利益、消费者利益、社会公共利益等元素，乃至商业道德元素。后者认为，不正当竞争行为本身是一种违反商业道德的行为。但在市场竞争领域，不能把规制不正当竞争行为仅认为是道德的要求，竞争秩序的形成在于营业习惯的确定，而不是伦理道德的外化表现。^⑩不正当竞争行为，不仅仅是一种不道德、有违诚实信用、有违正义的行为，更是损害其他经营者合法权益的侵权行为和扰乱市场竞争秩序的行为。

2. 非正义性。其表征不正当性的内涵，具体应包括非法获利或不当干扰。在市场经济中，经营者之间的竞争行为实质是一种相互逐利的经营行为，不能仅以道德非难不正当竞争行为，需要从“营利本位”的视角来把握。市场主体诞生的一开始就是为了追求利益的最大化，^⑪不正当竞争行为的本质内涵是一方经营者的营业行为损害了其他经营者的合法权益，或者阻碍了其他经营者合法追逐市场利益，扰乱了市场竞争秩序，损害了市场经济的持续发展的动力。

在前述广告屏蔽案中，被告开发并向用户提供具有视频广告过滤功能的猎豹浏览器的行为破坏了其他经营者正当经营活动，同时不正当利用其他经营者经营利益，

①王艳芳：《反不正当竞争法中竞争关系的解构与重塑》，载《政法轮丛》2021 年第 2 期。

②此处指旧法，新颁布的《反不正当竞争法》规定的具体不正当竞争行为类型在旧法的基础上进行了调整，但基本模式均为列举示明，但新法还设计了兜底性的条款，如第六条第四项的规定。

③王永强：《网络商业环境中竞争关系的司法界定——基于网络不正当竞争案件的考察》，载《法学》2013 年第 11 期。

④种明钊主编：《竞争法学》，高等教育出版社 2002 年出版，第 5 页。

⑤孔祥俊：《反不正当竞争法的创新性适用》，法律出版社 2014 年版，第 115 页。

⑥孔祥俊：《论反不正当竞争法中的竞争关系》，载《工商行政管理》1999 年第 19 期。

⑦中国法院网公布的 2004 年至 2012 年间的全部 102 份涉及网络商业环境中的不正当竞争行为案件判决中，法官对于竞争关系的处理呈现出不同的模式。参见王永强：《网络商业环境中竞争关系的司法界定——基于网络不正当竞争案件的考察》，载《法学》2013 年第 11 期。

⑧一审：北京市海淀区人民法院(2013)海民初字第 13155 号民事判决书；二审：北京市第一中级人民法院(2014)一中民终字第 3283 号民事判决书。

⑨陈醇著：《商法原理重述》，法律出版社 2010 年版，第 396 页。

⑩蒋舸：《关于竞争行为正当性评判泛道德化之反思》，载《现代法学》2013 年第 6 期。

⑪李平著：《商法基础理论问题研究》，四川大学出版社 2006 年版，第 5-7 页。

有违诚实信用原则。原告基于“免费视频+广告”的商业模式提供视频播放服务，未违反现有相关法律规定，亦未违反商业道德以及诚实信用原则。原告正是凭借着广告的播放而获得利益，摊销购买视频的成本。被告实施的广告屏蔽行为，损害了原告基于广告播放而应得的利益，被告也借助广告屏蔽技术的宣传而获得大量用户的下载安装，提高了自身的价值，获取了不当的经营利益。

可见，不正当竞争关系本质是由不正当竞争行为引起的法律关系，其中竞争性损害是不正当竞争行为认定的根基和本质内因，也是将损害行为纳入反不正当竞争法调整的标准和依据。^⑫例如，腾讯诉科贝案判决认为，微信生态系统可以构成商业利益和竞争优势，两原告对微信生态系统具有竞争性权益，被告破坏微信生态系统的行为构成不正当竞争。因此判断互联网商业行为正当性应当遵循竞争法上侵权判定的一般思路，也要综合考量消费者利益、主观过错、利益平衡、损害后果等多元因素。^⑬尤其是在多方利益平衡的视角下，如果不存在竞争性损害，仅仅是损害某经营者利益，但并不损害竞争关系且有利于消费者利益，则不构成不正当竞争关系。

（三）认定不正当竞争行为的“三步法”

正确界定互联网不正当竞争行为，“经营者”的主体属性是逻辑前提，具体应该通过经营主体从事市场行为的客观标准来认定，^⑭即通过主体行为的营利性来认定。在此前提下，进一步界定不正当竞争行为，本文认为应该分三步走。

第一步，认定竞争关系或竞争行为的存在。竞争关系的认定是审理不正当竞争案件的先决条件。司法实践中大都认为竞争关系的先决认定可以避免滥诉，因此在实务裁判中以竞争关系的认定为逻辑起点。^⑮本文认为，竞争关系的先决认定确有必要性，但也要认识到现行法并没有限定竞争关系，从本质上看，不正当竞争行为首先是一种竞争行为，其次是一种应当给予否定性评价的行为，因此以竞争行为作为逻辑起点未尝不可。在司法实践中，竞争行为与竞争关系联系紧密，并非对立关系。如前述广告屏蔽案中，法院并没有因为广告屏蔽行为不

属于《反不正当竞争法》列明的不正当竞争行为而当然否定原被告之间竞争关系的存在。

第二步，诉争竞争行为的不正当性。违法性、非正义性在结果意义上是“损人利己”。如前述广告屏蔽案中，法院认为“竞争关系的构成不取决于经营者之间是否属于同业竞争关系，亦不取决于是否属于现实存在的竞争，而应取决于经营者的经营行为是否具有损人利己的可能性。”损人利己包括是否具有损害其他经营者利益的可能性（即是否具有损人的可能性）、是否会基于这一行为而获取现实或潜在的经营利益（即是否具有利己的可能性）两个方面。

第三步，被保护利益的合法性。就广告屏蔽而言，在界定广告屏蔽行为正当性的同时也要界定投放广告行为本身的正当性。互联网上不乏恶意广告的投放，屏蔽恶意广告的行为是否也具有不正当性？本文认为，恶意广告的投放损害了社会公共利益，不具有正当性，网络服务运营商借此赚取的不正当利益不值得保护，屏蔽恶意广告的行为没有损害市场竞争秩序，相反有利于健全统一开放、竞争有序的市场秩序。

五、结语

竞争法的基本规范构成包括《反不正当竞争法》与《反垄断法》，前者是防止竞争过热，后者防止竞争不足，而对于竞争关系的判定标准在两种规范体系中应该保持一致。当前市场经济高度繁荣，但市场主体经营模式云谲波诡，重归竞争关系的本义与立法原旨，有助于健全高质量发展的互联网竞争秩序。竞争关系的界定为审理不正当竞争案件的先决条件，竞争行为是界定不正当竞争行为的逻辑起点。“不正当性”的界定也不仅仅从违法性与违反商业道德的角度，从经济利益的角度更有助于具体把握。结果意义上“损人利己”可能性的判定应作为“不正当性”认定的基本准则之一，并可以具象为不正当竞争行为的具体类型以及其他部门法规定的违法行为，典型如知识产权侵权纠纷中的违法行为。由于法律的特性，竞争法不可能穷尽不正当竞争行为的类型，例如知识产权领域的竞争规范研究。

⑫王艳芳：《反不正当竞争法中竞争关系的解构与重塑》，载《政法论丛》2021年第2期。

⑬刘文琦：《〈反不正当竞争法〉互联网条款下商业行为正当性判别》，载《电子知识产权》2018年第8期。

⑭谢晓尧：《竞争秩序的道德解读——反不正当竞争法研究》，北京出版社2005年版，第68页。

⑮王永强：《网络商业环境中竞争关系的司法界定——基于网络不正当竞争案件的考察》，载《法学》2013年第11期。

处理涉外旅游委托合同纠纷诉讼业务

心得体会

○罗红玉* 广东君言律师事务所

疫情前，全球经济迅速发展，跨境旅游成为热门的话题，越来越多的游客选择走出去，感受异域风情。与此同时，跨境旅游产生的法律纠纷也越来越多，按民事法律纠纷争议主体分类，主要分为旅游者与旅游经营者之间的纠纷；旅游经营者之间的纠纷；旅游者或旅游经营者与相关部门之间的纠纷；国内旅游经营者与境外旅游经营者或旅游者之间的纠纷。笔者办理的案件主要为旅游经营者之间的纠纷，并且主要是中国的组团社与外国的地接社之间跨境委托合同中所产生的纠纷。本文结合笔者的办案经验谈一些心得体会。

一、组团社与地接社的概念

组团社是指在出发地的旅行社，负责招徕游客、定价、收费等；地接社是指旅游目的地的旅行社，负责安

排游客在当地的接待、交通、游览。中国的人口庞大，人民生活愈发富裕，出境旅游的市场是非常庞大的，通常，作为中国企业的组团社在上游，掌握绝对的主动权，

*罗红玉，广东君言律师事务所专职律师，第十一届深圳市律师协会旅游与酒店法律专业委员会委员，深圳市破产管理人团队成员，处理过诸多民商事、破产清算疑难案件，现担任国内多家建筑公司、劳务公司、东南亚国家旅行社常年法律顾问。

地接社处于下游，负责旅游接待，却只能分享一部分（或者极少部分甚至没有分享）利润甚至是通过“零团费”“负团费”等方式挤破头拼抢组团社游客资源，虽然《旅游法》明令禁止“负团费”，但是确是屡禁不止，甚至成为旅游行业的“行规”，是导致旅游体验感差的主要原因。

二、组团社与地接社之间法律关系的确定

《旅游法》第六十九条第二款：“经旅游者同意，旅行社将包价旅游合同中的接待业务委托给其他具有相应资质的地接社履行的，应当与地接社订立书面委托合同，约定双方的权利和义务，向地接社提供与旅游者订立的包价旅游合同的副本，并向地接社支付不低于接待和服务成本的费用。地接社应当按照包价旅游合同和委托合同提供服务。”但是，在现实操作中，组团社与地接社绝大多数没有按照《旅游法》的规定进行操作，主要存在以下几个问题：

1. 组团社与地接社之间社往往是以确认件来代替委托合同，这是不符合法律规定的，确认件只是对某一团队基本信息的确认，并不是委托事项的全部，确认件对双方权利义务约定不清晰容易导致后续双方之间产生争议。

2. 因为是涉外委托接待合同签订主体属地不同，双方往往通过微信、QQ、邮件等确认合同的内容，部分企业缺乏法律意识，并未核实合同签订主体的真实性以及合法性问题，存在不少冒用其他公司名义签订电子合同，骗取款项的情形；还有部分企业单方盖章扫描给对方后，未要求对方盖章回传保留或者电子证据保存不当，导致产生纠纷后无法适用合同条款解决争议。

3. 组团社与地接社一年签订一份委托合同，也是不符合法律规定的。因为不同的旅游团队，其旅游线路、旅游时间、接待标准、服务质量要求等可能都不同，组团社与地接社应该是一团一签订委托合同。现实中比较普遍的是签订年度委托合同，再一团一确认件，笔者认为这也是个比较折中的方案，但也存在非常大的风险，因为旅行社为了业务方便，会自行刻制“XXX专线”“XXX假期”的部门印章，用于对外签署一些协议；还有些会刻制各种各样的“业务确认章”等，印章的样式有些是方形的，有些是圆形的，有些是蓝色的有些是红色，各式各样，每个旅行社可能有几十个此种印样的印章，没有经过备案，来源的真实性难以核查，一旦对方不予认

可，风险就很大。那这些印章的法律效力待定，也就是说特指在特定情况下具有法律效力的行为，即若双方对加盖的“萝卜章”均认可，那该印章盖章行为有效，若加盖印章的一方不认可印章效力，则该印章是否有效就存在不确定性因素。笔者办理过多起案件中，就发生过作为被告的旅行社否认公司存在上述“萝卜章”、不认可“萝卜章”法律效力，这样需要大量其他证据进行佐证，无疑增加了律师工作量。当然，律师如果在前期顾问阶段提前介入，就能帮助地接社完美避坑。

4. 《旅游法》第六十九条第二款“向地接社支付不低于接待和服务成本的费用”，但是实际上旅游市场上存在大量的“零团费”“负团费”，组团社与地接社之间合作中，往往既有正团费也会有负团费的业务往来，正负团费一起结算，法院在审理中不会主动审查负团费的合法性问题，作为委托合同关系的双方当事人都是默认这种结算方式，认为属于行规所以都会遵照双方的约定。

5. 现实中，组团社为了保护自己的客户群体，行业中基本上不存在“向地接社提供与旅游者订立的包价旅游合同的副本”的情形。

鉴于组团社的强势地位，其与地接社双方之间签订的委托代理合同版本基本上是中国旅行社提供的版本，甚至有些大型的旅行社会在合同中设置非常苛刻的条件或者不平等的条款。这种情况下，国外地接社往往没有太多的话语权，那么前期的顾问律师介入就非常必要，律师可以分析合同的风险点，巧妙地与对方进行合同条款的谈判，以及提供合同签订后如何履行规避法律风险、如何规范旅游委托接待流程等服务。这个板块业务如何去开拓和发展，也是值得我们旅游专业方面的律师深思的。

三、组团社与地接社涉外委托合同纠纷中主要涉及的几个问题

1. 涉外主体、证据等材料公证认证问题，笔者前期办理的案件中，如果直接以地接社公司的名义起诉，需要在起诉前就要办理好公证认证手续，部分案件因存在紧急情况，为了节省时间，地接社的涉案债权转让给地接社认可的中国人，以该中国人的名义起诉，尽快立案后，再对债权转让、主体、证据进行公证认证，这里存在两个风险：一是受让人的诚信问题，二是时间差问

题，要能确保起诉前能准备好相关的公证认证文件。鉴于国内对税费的管控越来越严格以及结合其他因素，在后续的案件中，笔者都建议公司直接以自己的名义起诉。

2. 双方有无对账，对账单有无公司盖章，盖的是公章还是业务章，是实体章还是电子章，对账单是否有原件，签字人员是否属于公司员工，是否构成职务行为或者表见代理？

3. 合同是否实际履行，在这一点上不同的法官审理思路存在差异，部分法官认为只要双方进行了对账，对合同是否实际履行以及履行的情况并没有进行审查，但是部分法官则认为即便有对账，对合同是否实际履行以及履行的情况也要进行审查，甚至要求地接社提供预定酒店的记录、发票等，证明作为受托人的地接已经履行了合同委托事项。所以对于地接社来讲，尽可能保留双方合同磋商、对接、操作、对账、催款等的相关凭证。

4. 旅游委托接待合同关系中，委托方与受托方基本上都是按照月结方式结算地接款，组团社拖欠地接社团款的原因很多：一是受托社一般情况下都是用自有资金在周转，旅游行业存在“赌性”，也就是行业经常说的赌团费，很多团赌输了，组团社资金周转困难，导致无法支付地接社团款的情况非常普遍；二是以旅游质量存在问题、发生安全事故、游客投诉等扣押团款；三是故意拖延账期；四是受疫情影响，失去偿还能力，疫情三年，对旅游行业可以说是致命的一击。总的来说，旅行社除了受到市场监督管理局监管外，还受文体旅游局等政府部门的约束，相对于普通的公司门槛比较高，在疫情之前，该类型案件绝大部分都能通过和解、法院执行等方式顺利结案，疫情之后则形成非常鲜明的对比和反差，能顺利执行完毕的案件寥寥无几。

四、组团社与地接社之间涉外委托合同纠纷适用法律

《民法典》中规定的合同种类很多，但旅行社之间签订的合同大多为委托合同，即“委托人和受托人约定，由受托人处理委托人事务的合同”。

第一百六十二条：“代理人在代理权限内，以被代理人名义实施的民事法律行为，对被代理人发生效力。”即地接社以组团社的名义实施的民事法律行为，由组团社承担责任。

第九百二十一条：“委托人应当预付处理委托事务

的费用。受托人为处理委托事务垫付的必要费用，委托人应当偿还该费用并支付利息。”即地接社代理费用应当由组团社预付。

第九百二十二条：“受托人应当按照委托人的指示处理委托事务。需要变更委托人指示的，应当经委托人同意；因情况紧急，难以和委托人取得联系的，受托人应当妥善处理委托事务，但是事后应当将该情况及时报告委托人。”

组团社委托地接社履行包价旅游合同义务，地接社应当按照组团社的指示处理委托事务，即地接社应当按照组团社与旅游者签订的包价旅游合同和行程单的约定履行合同义务，以不变更为原则，以变更为例外。地接社一是非紧急情况不能变更；二是难以和组团社取得联系的，要妥善处理委托事务；三是要及时报告组团社。

第九百二十三条：“受托人应当亲自处理委托事务。”

第九百二十五条：“受托人以自己的名义，在委托人的授权范围内与第三人订立的合同，第三人在订立合同时知道受托人与委托人之间的代理关系的，该合同直接约束委托人和第三人；但是，有确切证据证明该合同只约束受托人和第三人的除外。”

地接社以自己的名义，在组团社的授权范围内与第三人签订合同，如果第三人知道组团社与地接社之间的关系，该合同直接约束组团社和第三人。

第九百二十七条：“受托人处理委托事务取得的财产，应当转交给委托人。”地接社在处理组团社委托的事务中不能取得财产，否则，应当全部转交给组团社，地接社不能从中获利。

第九百二十八条：“受托人完成委托事务的，委托人应当按照约定向其支付报酬。

其他条文散见于《民法典》中。

以上是笔者在跨境旅游委托合同纠纷中的一些心得体会，笔者认为如果在不久的将来，中国的旅游市场迎来全面开放，旅游法律服务市场将会迎来爆发式的增长，我们应当抓住这机遇，比如为旅游行业客户提供前期法律顾问业务、应收账款的管理、催收及诉讼业务，疫情大洗牌后旅游市场将出现的大量的投资、兼并、收购、破产、清算、重整等非诉业务，律师如何在法律服务市场，建立自己旅游酒店法律服务流程，打造专业高效的品牌效是值得我们认真思考的。

各类会员卡、会籍、虚拟会员卡已经是人们生活中习以为常的消费凭证，但发行过程中，涉及哪些法律风险？对于特定的行业，例如酒店、景区又该如何设计发行方案？

在向某企业客户提供法律服务过程中，该企业客户拟以集团名义发行面额分别为 5000 元、1 万元、5 万元 VIP 通卡或类似会员卡。该集团名下运营一家精品酒店以及周边多个景区，包括但不限于公园、俱乐部、庄园等业态。为确保会员卡合法、合规发行，笔者对会员卡发行过程中的相关法律规定做了深入剖析。

一、VIP 通卡法律本质

在高尔夫球场、健身、超市、美容美发等各行各业，会员卡消费模式已经成为通用模式。会员卡的性质即预付式消费模式，即消费者向经营者预先支付一定款项，在按照合同约定（包括事实合同）获得服务或产品后，由经营者直接从预先支付的款项中扣除相应金额，通常以会员卡作为凭证。在相关法规上，会员卡被定义为商业预付卡。

预付卡消费模式下，持卡人与发卡人之间的法律关系应认定为一种合同法律关系，消费者先向销售商支付

一笔费用，约定在一定期限内享受由经营者提供的多次、持续性的商品消费或服务消费，预付卡的存在表明消费者享有在一定期限内要求经营者为其提供约定的商品或服务的权利，因此是确权凭证。

前述集团拟发行的 VIP 通卡符合上述预先支付一定款项，进而按照合同或会员章程约定获得产品或服务，由经营者直接从预先支付的款项中扣除相应金额的消费模式。所以发行 VIP 通卡过程中应当遵守《单用途商业预付卡管理办法》及相关规定。

单用途商业预付卡是企业自主发行的用于商业或服务的兑付凭证，但又兼具融资、集资等类金融属性。所以，该集团在发行 VIP 通卡的过程中，应当遵循相关规定、规避非法集资等相关风险。

二、目前我国预付卡的相关规定

（一）对预付式消费合同的规定

我国法律对商业预付款的消费方式有专门的表述，《消费者权益保护法》第 53 条规定“经营者以预收款方式提供商品或者服务的，应当按照约定提供。未按照约定提供的，应当按照消费者的要求履行约定或者退回预付款；并应当承担预付款的利息、消费者必须支付的合理费用。”这是我国法律目前对预付款消费方式的直接规定。但对于商业预付卡的使用规范、法律监管、消费者维权以及救济途径等，并无法律规定。

（二）对商业预付卡的规定

2012 年 9 月 21 日，商务部发布了《单用途商业预付卡管理办法（试行）》（商务部 2012 年第 9 号令，以下简称《管理办法》），并于 2016 年 8 月进行修订。商务部市场秩序司负责人就《管理办法》的背景、指导原则和主要内容解读如下：

1. 单用途卡定义

《管理办法》明确了单用途商业预付卡的定义，即：“本办法所称单用途商业预付卡（以下简称单用途卡）是指前款规定的企业发行的，仅限于在本企业或本企业所属集团或同一品牌特许经营体系内兑付货物或服务的预付凭证，包括以磁条卡、芯片卡、纸券等为载体的实体卡和以密码、串码、图形、生物特征信息等为载体的虚拟卡。”

特性包括：一是发行主体系从事特定行业的企业，

即从事零售业、住宿和餐饮业、居民服务业的企业法人；二是使用限于使用范围，即在本企业或本企业所属集团或同一品牌特许经营体系内；三是明确其为一种预付凭证，可用于兑付货物或服务；四是形式上不限载体，包括实体卡和虚拟卡。

其中，居民服务业包括家庭服务、托儿所、洗染服务、理发及美容保健服务、洗浴服务、婚姻服务、殡葬服务、摄影扩印服务、其他居民服务等九个行业。

2. 适用范围

现实生活中，发行单用途商业预付卡的企业涉及行业众多。但是，根据商务部行业管理职责，《管理办法》将零售业、住宿和餐饮业的发卡企业列入适用范围，并将适用的行业分类列表作为《管理办法》附件。在分类表以外的行业，不适用本《管理办法》。同时，为细化管理，《管理办法》将发卡企业详细划分为规模发卡企业、集团发卡企业、品牌发卡企业和其他发卡企业。

3. 备案制度

为了进一步确保发卡的合法性，和预防违法犯罪行为，根据属地管理、分类监管的原则，《管理办法》分别明确了各类发卡企业的备案时限、备案机关、需提供的材料和备案变更等问题。对于规模发卡企业、品牌发卡企业和集团发卡企业，要求其提供财务状况等信息，以便备案机关对其进行风险监测；对于其他发卡企业，《管理办法》简化了其备案程序。

4. 三项制度

《管理办法》对国办 25 号文件提出的“实名购卡制”“非现金购卡制”“限额购卡制”等三个方面进行了制度化。《管理办法》规定，个人或单位购买充值记名卡的，或一次性购买 1 万元（含）以上不记名卡的，应实名购卡。单位一次性购买单用途卡金额达 5000 元（含）以上或个人一次性购卡金额达 5 万元（含）以上的，以及单位或个人采用非现场方式购卡的，应通过银行转账，不得使用现金。单张记名卡限额不得超过 5000 元，单张不记名卡限额不得超过 1000 元。

5. 服务规范

《管理办法》建立了一系列单用途预付卡业务管理制度，一是要求签订购卡协议，章程和协议中须包括单用途卡购买、充值、使用、退卡、挂失、转让的方式，以及收费项目和标准等内容。二是明确记名卡不得设有

有关酒店及景区 发行会员卡的 法律研究

○李华红* 广东知恒律师事务所

* 李华红，广东知恒律师事务所股权高级合伙人，律所房地产与建设工程研究中心执行主任，数字经济与国家安全研究员、第十一届深圳市律师协会酒店旅游法律专业委员会委员，专注于金融监管、投融资、资产重组并购、房地产开发建设、股权架构设计、重大交易风控防控、公司治理等专业领域。

效期，不记名卡有效期不得少于 3 年；对超过有效期尚有资金余额的不记名卡应提供激活、换卡等配套服务。三是明确规定发卡企业在终止兑付未到期单用途卡之前 30 日，在备案机关指定的媒体上进行公示，并向持卡人提供免费退卡服务，以保证持卡人有合理途径、时间进行退卡。

6. 资金管理

为保证单用途卡预收资金安全，防范可能出现的兑付风险，《管理办法》设立了资金存管制度，规定规模发卡企业、集团发卡企业和品牌发卡企业应将部分预收资金委托商业银行进行监管，旨在遏制发卡企业超发、滥发行为，降低预收资金风险。《管理办法》将规模发卡企业的存管资金比例设定为 20%。集团发卡企业或品牌发卡企业分别确定为 30% 和 40%。

7. 监督管理和法律责任

为了提高管理效果，《管理办法》还设立了公示企业违规信息的处罚措施，使相关利益方能及时了解企业的业务情况，从而充分发挥社会的监督作用。行政处罚措施为：责令改正、罚款（1 万以上 3 万以下）、媒体披露。

三、会员卡与非法集资的界限

（一）非法集资罪的概念

根据最高人民法院《关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（2022 年修正），非法集资罪包括：

- 刑法第一百七十六条“非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款罪”；
 - 刑法第一百九十二条“集资诈骗罪”；
 - 刑法第一百七十九条“擅自发行股票、公司、企业债券罪”；
 - 擅自发行基金份额的，按刑法第二百二十五条以非法经营罪论处；
 - 利用广告为非法集资活动相关的商品或者服务作虚假宣传，按刑法第二百二十二条，以虚假广告罪论处。
- 因此，非法集资罪不是单一的罪名，其准确定义应当是一个涵盖了以上五种罪名的大类目，而与商业预付卡模式最易混淆的是其中一种，即“非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款罪”。

（二）非法集资罪的判定

要判断某一行为是否构成“非法集资罪”，可以从

以下两个文件的相关规定进行分析：

1.《关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（2022 年修正）：该司法解释明确，同时具备下列四个条件，应当认定为非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款

（1）未经有关部门依法批准或者借用合法经营的形式吸收资金（非法性）；

（2）通过网络、媒体、推介会、传单、手机短信等途径向社会公开宣传（公开性）；

（3）承诺在一定期限内以货币、实物、股权等方式还本付息或者给付回报（利诱性）；

（4）向社会公众及社会不特定对象吸收资金（社会性）。

其中，很多地方性法规、条例等将“口口相传”也列入公开性途径之一。

2. 关于《防范和处置非法集资条例》

该条例明确：“本条例所称非法集资，是指未经国务院金融管理部门依法许可或者违反国家金融管理规定，以许诺还本付息或者给予其他投资回报等方式，向不特定对象吸收资金的行为。”

综上，非法集资罪的构成有四个要件，即非法性、公开性、利诱性、社会性。下面分别从这四个方面分析非法集资罪与会员卡其相似与本质区别。

（三）非法集资罪与会员卡的相似及本质区别

1. 相似之处

- （1）单用途预付卡的发行未经过金融部门批准。
- （2）单用途预付卡需要公开宣传推广。（3）未按照约定提供商品或服务，发卡人也应当还本付息。（4）单用途预付卡的销售也是面向社会公众。

可见，单用途预付卡与“非法集资罪”中的非法吸收或者变相吸收公众存款非常相似。

2. 本质区别

非法吸收或者变相吸收公众存款与单用途预付卡的区别体现在是否具有利诱性这一特征上。

非法吸收或者变相吸收公众存款的最终目的在于获得高额的固定收益；而购买单用途预付卡的付款人的目的在于以优惠的价格进行消费。

因此，会员卡退卡还本付息时，约定赔偿利息的高低，是区分获取优惠消费还是获取高额利息为目的的重

要考虑因素。如果支付的利息高于银行贷款利息，发卡人即可能涉嫌非法吸收或者变相吸收公众存款，达到一定程度，即可涉嫌构成犯罪。

四、市场上高额会籍的销售模式

纵观现在的消费娱乐市场，存在大量的高尔夫、游艇俱乐部等高额会员卡，金额几万至几十万不等，甚或更高。

此类会籍的销售模式，一般采用实名制，签订会籍买卖合同，所付金额为入会对价，拥有会籍后可享受优惠折扣或相应的产品消费或服务消费，其操作一般通过以下方式：

- （1）成立俱乐部或类似的协会，以俱乐部或协会名义收取入会费；（2）实名签订合同；（3）一般不承诺回报；（4）会有完整的俱乐部或协会章程，对转让、退卡、使用规则等做详细说明；（5）有明确的协会宗旨和目标。

此操作模式鲜明的特性是其合同关系为购买资质或权益，而不是资金预付托管。同时上述行业暂不在监管行业中，被监管行业为特定行业的企业，即从事零售业、住宿和餐饮业、居民服务业的企业法人。

五、发行 VIP 通卡的风险剖析及建议

（一）单张卡的金额远大于法律规定限额

根据《单用途商业预付卡管理办法》规定，单张记名卡限额不得超过 5000 元，单张不记名卡限额不得超过 1000 元。该集团拟发行的单卡金额 1 万元及 5 万元的通卡均超过法律规定。

解决方式建议：按照 1000 元 -5000 元一张卡片进行拆分，然后将多张卡片登记至购买者名下，系统登记多卡合用。

（二）非法集资法律风险

因通卡以公开方式向不特定公众推送，与非法集资具有一定的相似性，所以应当注意规避相应法律风险。

解决方式建议：（1）宣传推广资料要合规，不能出现任何承诺收益、虚报服务内容、服务效果等文字或暗示；

- （2）对通卡的发行向有关部门备案，并委托商业银行监管预收资金的 30%—40%（或通过担保保函、银行保函等形式代替资金存管协议）；

- （3）明确通卡中余额可退，且会员卡中未消费金额无论利率高低均不能按月或按年付息；

- （4）退卡时可以一次性对未消费金额还本付息，但利息不得超过同期银行贷款利息。

（三）通卡使用规则与强制性法规相抵触，而需承担行政处罚的风险

解决方式建议：按照《单用途商业预付卡管理办法》相应规定严格执行会员卡使用规则，即使用流程，包括但不限于以下几点：

1. 规定企业向购卡人提供单用途卡章程或应购卡人要求签订购卡协议，明确章程和协议中须包括单用途卡购买、充值、使用、退卡、挂失、转让的方式，以及收费项目和标准等内容，防止因约定不明确等，导致持卡人利益受到侵害；

2. 明确记名卡不得设有效期，不记名卡有效期不得少于 3 年；对超过有效期尚有资金余额的不记名卡应提供激活、换卡等配套服务；

3. 明确规定在终止兑付未到期单用途卡之前 30 日，在备案机关指定的媒体上进行公示，并向持卡人提供免费退卡服务，以保证持卡人有合理途径、时间进行退卡。

六、结论

前述集团在发行 VIP 通卡的过程中，对于较低金额的会员卡可通过金额拆分的方式执行，同时应当切实遵守《单用途商业预付款管理办法》之规定，详细制定通卡使用说明，对于购买、充值、使用、退卡、挂失、转让以及收费项目和标准等必须明确，防止因约定不明确、协议不完整等，导致持卡人利益受到侵害。

对于高净值的会员，可通过设立相应的俱乐部，由会员购买会籍的方式操作，不同等级的会员享有不同权益。因单用途商业预付卡目前仅限于特定行业，即从事零售业、住宿和餐饮业、居民服务业。会员可享受的权益应为除受限行业外的消费或产品服务，如游艇俱乐部、水上飞机俱乐部、医疗服务、养老、木屋经营权等内容，受限的行业则作为附属附送内容，可参照市场高尔夫会籍或游艇俱乐部会籍的操作模式。

酒店和景区运营过程中涉及零售、住宿和餐饮、居民服务业板块可使用会员卡结算，但非上述领域的产品和服务领域建议采用合同关系，即购买资质或权益的方式进行。

组织未成年人有有偿陪侍行为的辩护要点

○高佩洁* 北京隆安（深圳）律师事务所

对于组织未成年人有有偿陪侍，以指导案例为代表的司法实践是通过组织未成年人进行违反治安管理活动罪予以论处的，基于历来对未成年人保护的基本政策，通过目的性扩张解释的方法将组织未成年人有有偿陪侍入罪处理，具有适时回应社会关切的重大意义。处于人生成长阶段的未成年人被组织从事有偿陪侍，不仅败坏社会风气，具有极大的社会危害性，更严重侵害未成年人的人格尊严和身心健康。指导案例把组织未成年人有有偿陪

侍界定为组织未成年人进行违反治安管理活动罪，最大的正面意义是通过指导案例的形式凸显对未成年人的司法保护。

然而，把有偿陪侍与违反治安管理活动等置化，违反同类解释和体系解释规则的基本立场，突破违反治安管理活动的外延，故从刑法解释的角度来看，把组织未成年人有有偿陪侍界定为组织未成年人进行违反治安管理活动罪，有违罪刑法定的基本原则。一言以蔽之，对社

会危害性大的行为适用刑法规制一定要保持谦抑性，对特定危害行为是否定罪入刑，形式理性比实质理性更重要，否则，必定严重损害罪刑法定的保障机制。

基于此，对于该类案件的辩护可以从两个方面入手：一是严格站在罪刑法定的立场，对组织未成年人有有偿陪侍行为作无罪辩护，即组织未成年人有有偿陪侍不应属于组织未成年人进行违反治安管理活动罪的客观行为；二是站在指导案例的司法实践立场，对组织未成年人有有偿陪侍行为作量刑辩护，即对该罪处罚主体范围、组织人数、犯罪场所等犯罪构成要素提出相应的辩护意见。

一、组织未成年人有有偿陪侍不应属于组织未成年人进行违反治安管理活动罪的客观行为

（一）有偿陪侍并不属于《治安管理处罚法》所规制的违反治安管理活动的行为

《刑法》第 262 条之二规定了组织未成年人进行违反治安管理活动罪，本罪的罪状表述采用的是“明示列举+兜底”的方式，明示列举的盗窃、诈骗、抢夺、敲诈勒索是典型的违反治安管理活动行为。

由于本罪罪状采用的是开放式构成要件列举，故需要通过解释兜底条款确定其隐含的、未明示列举的违反治安管理活动行为。可以确定的是，兜底条款的内容和适用范围并非漫无边际，不应将兜底条款进行完全开放式的解释，也不是任何行政违法行为都可归入违反治安管理活动行为之列。

一方面，根据刑法理论的一般观点，解释兜底条款需受制于同类解释规则，即兜底条款与先例条款需保持性质同一性，兜底条款的行为要按照所列举的内容、性质进行解释。

本罪明示列举的盗窃、诈骗等均属侵犯财产权的行为，且针对具体被害人所实施，对应于《治安管理处罚法》规定的侵犯人身权利、财产权利的行为类型。然而，有偿陪侍本质上属于经营行为，是陪侍者与被陪侍者之间的一种交易，该行为一方面不存在侵犯他人人身和财产权利的可能，另一方面该行为不存在具体的被害人。因此，无法将有偿陪侍纳入侵犯人身权利、财产权利的违反治安管理活动行为类型中。

需要说明的是，组织未成年人进行违反治安管理活

动罪，一般把未成年人作为被害人予以认定，是基于本罪设置的特殊保护目的，即本罪的保护法益是未成年人的身心健康。因此，对违反治安管理活动的直接实施人员即未成年人作为本罪的被害人予以认定。但基于本罪中的未成年人具有双重角色定位，即一方面是本罪的被害人，同时也是违反治安管理活动的治安行政违法者，故内在冲突是不可避免的。然而，抛开未成年人这一特殊身份，就行为的本质来说，违反治安管理活动的行为人是违法行为实施人，其侵害对象是具体的被害人，如失窃人即属于盗窃行为中的具体被害人，但有偿陪侍作为一种交易行为，是不存在具体被害人的。

另一方面，站在体系解释的角度来看，《治安管理处罚法》规定了四大类型的违反治安管理活动行为，除上述两类，还有扰乱公共秩序、妨害公共安全、妨害社会管理三类行为。

有偿陪侍明显不属于扰乱公共秩序、妨害公共安全的行为；但也很难认定为妨害社会管理的行为，因为有偿陪侍与最为接近的卖淫、嫖娼、淫秽表演等行为存在本质区别。

卖淫嫖娼等行为之所以作为治安违法行为受到《治安管理处罚法》的规制，除了损害基本的性道德外，更主要的原因是对涉事人员的身体健康乃至整个公共卫生安全造成了损害和威胁；但有偿陪侍仅是陪侍，与色情淫秽存在一定的差距，对上述客体不存在侵犯。当前司法实践将组织有偿陪侍行为适用本罪，实质是把有偿陪侍类推适用《治安管理处罚法》的卖淫嫖娼条款，该解释明显超出了体系解释的范畴，属于类推解释。

综上，站在同类解释和体系解释规则立场，有偿陪侍并不是一种治安违法行为，与盗窃、诈骗等无法等量齐观。把有偿陪侍解释为违反治安管理活动行为，进而对组织未成年人有有偿陪侍适用本罪，已是把不具有同质性、同类型的有偿陪侍与明示列举的盗窃、诈骗归为一类，该解释缺乏合理性，违背了同类解释规则。此外，《治安管理处罚法》对妨害社会管理违法行为的规定是封闭的，也没有采用兜底条款或模糊表述，故也无法把有偿陪侍勉强并入某一种具体妨害社会管理违法行为中，将有偿陪侍类推适用《治安管理处罚法》的卖淫嫖娼条款明显违背体系解释、禁止类推等原则。

* 高佩洁，北京市隆安（深圳）律师事务所律师，现任隆安深圳刑委会秘书长，专注刑事案件，擅长处理各类经济犯罪案件及企业刑事法律风险防范。

（二）将有偿陪侍认定为违反治安管理活动的行为，将突破违反治安管理活动的外延

违反治安管理活动是组织未成年人进行违反治安管理活动罪的核心罪状，因此无论是明示的盗窃、诈骗，还是兜底条款涵摄的行为，均不能突破违反治安管理活动这个构架。

首先，《治安管理处罚法》规定了 238 种违反治安管理活动的行为，其中包括了卖淫嫖娼等行为，但并未明确规定有偿陪侍。《治安管理处罚法》是鉴别违反治安管理活动的基准法，该法没有规制的行为，不能被界定为违反治安管理活动行为。

作为行政法的《治安管理处罚法》涉及的是国家的行政处罚权，秉持限制行政处罚权滥用的基本立场，正如刑法奉行“法无明文规定不为罪”，治安管理处罚法同样奉行“法无明文规定不为治安行政违法”。所以，主张认定违反治安管理活动的行为包括一切违反治安的行为，不应局限于《治安管理处罚法》的立场，脱离了限制国家公权力的基本法治立场，有违法治精神。这也就是说，认定违反治安管理活动的行为理应以《治安管理处罚法》为基本认定法规框架，不能过度扩展至所有行政违法行为。

在行政法领域内，行政违法是十分宽泛的概念，而违反治安管理活动只是广义行政违法的一种子类型。以《治安管理处罚法》为基本框架，其中并没有对有偿陪侍做任何规定，那么可以认为关于有偿陪侍是无规定，更不用说是无明文规定。“法无明文规定不为治安行政违法”，那对于无规定的有偿陪侍行为，更不能被界定为违反治安管理活动的行为。

其次，虽然《娱乐场所管理条例》第 14 条规定了娱乐场所及其从业人员不得“提供或者从事以营利为目的的陪侍”。但该规定充其量属于行政违法行为，难以认定为违反治安管理活动的行为。

《娱乐场所管理条例》是国务院基于加强对娱乐场所的管理、保障娱乐场所健康发展而制定的行政法规，着眼点是娱乐场所的经营、管理，与维护社会治安管理秩序、保障公共安全没有直接关联。《娱乐场所管理条例》并不是《治安管理处罚法》的具体适用条例，对于违反条例的行为难以直接认定为违反治安管理活动的行为。

《娱乐场所管理条例》第 43 条对娱乐场所及其主管人员的罚则规定也恰恰说明该条例的立法目的只是对娱乐场所的规范管理，着眼点是娱乐场所，而非陪侍者。该条例对具体实施了有偿陪侍的从业人员没有规定罚则，故对于有偿陪侍行为，该条例无法直接提供处罚根据。

需要说明的是，最高检指导案例认为：《娱乐场所管理条例》将以营利为目的的陪侍与卖淫嫖娼、赌博等行为并列，一并予以禁止，并规定了相应的处罚措施，明确了该行为具有妨害社会治安管理的行政违法性。

虽然《娱乐场所管理条例》第 14 条对有偿陪侍行为予以禁止，但行为禁止与是否规定为违反治安管理活动的禁止、处罚是两回事。以卖淫嫖娼为例，在娱乐场所内卖淫嫖娼的人员构成违反治安管理活动，其处罚根据是《治安管理处罚法》，而非《娱乐场所管理条例》。所以，是否属于违反治安管理活动，《娱乐场所管理条例》并不能提供法律依据，该条例也不是判别违反治安管理活动的法规，《治安管理处罚法》才是最终可适用、可做判断的依据。

最后，在行政法层面，无法将有偿陪侍界定为违反治安管理活动并适用行政处罚。

无论是《娱乐场所管理条例》还是《治安管理处罚法》，既没有将有偿陪侍者视为行政违法人员，也没有把组织进行有偿陪侍的行为界定为治安行政违法行为，即有偿陪侍不具备行政前置法将其处以治安管理行政处罚。在这种情况下，司法实践却仅依据《娱乐场所管理条例》对有偿陪侍的行为予以禁止的规定，跳跃性地把有偿陪侍视同“违反治安管理活动”，进而认定为犯罪并适用刑罚，完全突破了行政犯的行政前置法定性原则，也违反了法秩序统一性共识。

需要说明的是，我国《未成年人保护法》第 58 条明确禁止未成年人进入娱乐场所；举轻以明重，未成年人在娱乐场所的有偿陪侍更应予以禁止。因此，最高检第 173 号指导案例对组织未成年人进行违反治安管理活动罪的适用，是通过扩张适用刑罚达成保护未成年人的目的。虽然组织未成年人有偿陪侍具有严重的社会危害性，无论是对未成年人的法益保护，还是对社会管理秩序的维护，将组织未成年人有偿陪侍界定为犯罪行为，

并科处刑罚，是作为后盾法的刑事法律对未成年人的强力保护，彰显我国对未成年人保护的规范态度，正面价值无疑应予以肯定。

然而，对社会危害性大的行为适用刑法规制一定要保持理性，对特定危害行为是否入刑，必须严格遵循罪刑法定。基于社会发展与法规范发展的不一致性，司法实践中不乏具有严重社会危害性、值得科处刑罚的行为存在，但严重的社会危害性绝不是将特定行为纳入刑罚的直接判断标准，坚守刑事解释规则，严守罪刑法定原则，是维护法治的底线要求，将实质合理性优先于形式合理性，必定严重损害罪刑法定的保障机制。

综上所述，基于罪刑法定原则的坚守，有偿陪侍并不属于违反治安管理活动行为，故无法将组织未成年人有偿陪侍界定为组织未成年人进行违反治安管理活动罪。

二、其他影响本罪定罪量刑的辩护情节

（一）对于非娱乐场所工作人员，不宜以组织未成年人进行违反治安管理活动罪论处

首先，根据《娱乐场所管理条例》第 43 条，对于娱乐场所提供或者从事以营利为目的的陪侍行为的，给予相应的行政处罚。虽然本罪并未明确规定以行政处罚决定为前置条件，但是本罪在构成要件中明确提出“违反治安管理活动”这一要件，实质上就是对行政违法性的要求。因此，在未对以营利为目的的陪侍行为进行违法性评价的前提下，直接对非场所工作人员的刑事违法性予以评价，明显违反法定犯的基本要求。

即使对涉案场所作出《行政处罚决定书》，其处罚对象也是娱乐场所或其老板等负责人，而不可能是非场所工作人员，因此直接对非场所工作人员以本罪论处，明显违反法定犯的基本要求。

其次，《娱乐场所管理条例》明确其处罚对象为娱乐场所及其主管人员，而非娱乐场所的非工作人员。即使依据《娱乐场所管理条例》的处罚措施，其行政责任的承担主体也不会落到非娱乐场所的工作人员头上。在其不具备行政责任的情况下，径自将其责任升格为刑事责任，完全突破了行政犯的行政前置法定性原则。

通过检索组织未成年人进行有偿陪侍活动的相关司

法案例，包括最高检第 173 号指导案例在内，其刑责对象几乎都是娱乐场所的老板、管理人员及其他工作人员。因此，对于不属于娱乐场所工作人员，在其无法科处行政责任的情况下，却直接升格以刑事责任论处，不仅于法无据，也与指导案例等司法实践不符。

（二）组织人数、组织性等辩护

组织人数与组织性的认定，是作为辩护人能够进行有效辩护的要点之一，因此辩护人可以通过审查未成年人的身份信息、询问笔录、辨认材料等证据，对涉案未成年人能否纳入被组织人员的事实予以认定。

一方面，辩护人可以通过被组织的未成年人人数进行辩护，对于查证属实的未成年人达不到 3 人以上的，不宜认定为达到本罪的组织性要求。另一方面，辩护人可以通过审查是否达到组织程度进行辩护，对此可以直接参照组织类犯罪对组织性的要求。

（三）娱乐场所的认定

首先，根据《娱乐场所管理条例》《娱乐场所管理办法》等规定，娱乐场所的营业执照是特殊的需要经过行政许可才予以颁发的娱乐经营许可证。因此，对于不具有娱乐经营许可证的涉案场所，辩护人可以提出无法证实涉案场所属于娱乐场所的相关辩护意见。

其次，审查涉案场所《行政处罚决定书》作出的依据。很多案件中，涉案《行政处罚决定书》并非依据《娱乐场所管理条例》第 43 条所作；因此，对《行政处罚决定书》无法证明涉案场所存在组织未成年人在娱乐场所进行有偿陪侍的，辩护人可以提出涉案场所无法证明存在实施违反治安管理活动的辩护意见。

三、结语

就组织未成年人有偿陪侍而言，即使站在刑法解释与罪刑法定的立场，把组织有偿陪侍界定为违反治安管理活动存在形式上的法律障碍，无法对该论处作出严格的合法性评价，也不影响社会公众对此论处的预见可能性与刑事期待性，这也是司法实践能够根据指导案例，对该行为的刑法适用一锤定音的最大原因。但该做法确实存在合法性缺失的重大问题，如何平衡未成年人保护与罪刑法定，可能需要刑法规制路径深入探讨，以实现两种价值取向的平衡。

近几年来，企业或单位反商业贿赂已成为势在必行的风向，这是企业做大做强的基本保障，也是企业拥抱合规和完善风险管理的标志。以腾讯公司为例，其会定期在“阳光腾讯”微信公众号通报反舞弊调查处置案例，其中就有部分涉及商业贿赂。企业从自身治理角度出发，同时为了制约合作商，在签订主合同时约定“廉洁条款”或在主合同之外另行签署附件“廉洁协议”（或称“阳光协议”）。本文将对廉洁协议的效力及作用，以及司法实践中如何认定等内容进行分析。

一、廉洁协议的概念、作用与运用

（一）廉洁协议的概念

廉洁协议，一般是指企业与合作伙伴（供应商、居间商等）签署的，预防企业内部人员和合作伙伴业务人

员之间出现不合法或不合规交易的书面约定。阳光协议通过事先对企业与合作伙伴的交往行为进行规范，约束双方在沟通合作时，严格遵循商业道德，恪守公开、公正和公平的交易准则，以此加强企业合规经营管理，防范商业贿赂行为的发生。当前，企业在从事经营活动时，在合同中约定“反商业贿赂条款”或单独签署“廉洁协议”等的情况越来越普遍。^①

廉洁协议系以避免廉政风险为目标，通过设定诚信告知义务和规范合作行为，保障交易活动的公正、平等和规范而签订的协议，多见于国有企业、金融机构以及大中型企业。

从目的角度看，廉洁协议旨在促进交易双方构建廉洁、诚信、互利共赢的合作关系，并对合作过程中的各个环节进行规范化管理，以防止既定交易环节外出现利

益输送行为。

从内容角度看，廉洁协议通常包含双方的基本信息、具体承诺事项以及违约责任条款等，一般由两部分组成：第一部分是承诺内容，即交易双方或交易一方应当遵守的规定和禁止的行为；第二部分是违反上述承诺后应当承担的违约责任。签订廉洁协议时，可将违反廉洁协议的情形视为违反主合同的违约行为，并规定相应的违约金支付等制裁措施，情节严重者（自行约定相应情形）可采取单方解除合同等措施。

（二）廉洁协议的作用

廉洁协议的作用有以下三点：就与外部交易对手而言，可产生一种震慑作用，要求交易对手依规合作；就内部治理而言，要求员工恪守清廉；就挽回损失而言，若产生商业贿赂，在构成刑事犯罪的前提下，追究相关行为人的刑事责任，除此之外，还可以要求行贿方依约赔偿损失。

（三）廉洁协议在行政机关中的实践运用

为了构建廉洁透明的政务环境和社会氛围，针对医疗、建筑等商业贿赂风险较为突出的领域，行政机关积极制定并发布相关文件，致力于规范行业内廉洁建设，开展廉洁宣传教育 and 文化建设，广泛传播廉洁价值观，以营造惩防并举、风清气正的行业环境。为确保业内人员廉洁履职、廉洁从业，行政机关通常会采取要求相关单位、企业签署廉洁协议、缴纳廉洁保证金等措施，进一步规范采购、招标等经济活动，从而有效预防违法违规行为的发生，例如：

2022 年，水利部印发的《水利监督规定》（水监督〔2022〕418 号）第二十一条规定：“监督检查组一般由两名或以上监督人员组成，工作现场应主动出示工作证件，可采取以下措施：……（三）查验与检查项目有关的单位资质、个人资格等证件或证明，水利工程项目建设参与方签署和履行廉洁协议情况”。

北京市卫生和计划生育委员会发布的《北京市医疗机构医用耗材采购管理规范》[京卫药械字(2016)29 号]第十四条规定：“医疗机构在医用耗材采购过程中与供

应商签订购销合同时，必须同时签订廉洁协议，或将廉洁协议载入购销合同。”

广西壮族自治区卫生计生委印发的《药品集中采购购销合同和廉洁协议范本》[桂卫药政发(2017)3 号]，直接以范本的形式规范了廉洁协议的内容。

二、廉洁协议的效力、违约情形及违约金分析

（一）廉洁协议的效力认定

廉洁协议本质上是一种双方意思自治契约，因此只要廉洁条款充分体现了双方当事人的自由意思表示，不属于《民法典》规定的合同无效的情形，就应当认定其有效。

司法实践中有人提出，由于大部分的廉洁协议“仅约定一方不得行贿、发现对方受贿的报告义务以及相应违约责任，而未规定另一方索贿或收受贿赂应承担责任的”，进而认定上述情形属于在经济上占据优势地位的合同一方利用自己的优势地位排除对方主要权利，从而得出上述约定属于《民法典》第四百九十七条第二款第（三）项规定的“排除对方主要权利”的情形，^②应认定为无效。但是，上述观点不一定正确。

首先，需要判断廉洁协议约定是否属于“格式条款”，根据《民法典》第四百九十六条第一款规定，格式条款是当事人为了重复使用而预先拟定，并在订立合同时未与对方协商的条款。如果双方在签署廉洁协议时，经过充分洽谈与协商，就不属于格式条款。例如：四川省乐山市市中区人民法院在（2017）川 1102 民初 5210 号案件中认为“……双方签订的四份《采购合同》不存在合同无效的法定情形，系有效合同，双方均应按约履行义务。格式条款是当事人为了重复使用而预先拟定，并在订立合同时未与对方协商的条款，被告提出合同系原告提供未经双方协商一致的格式合同，并未举证证明，对此本院不予采信”。

其次，只有“不合理地免除或者减轻其责任、加重对方责任、限制对方主要权利”时，格式条款方才无效，如果约定的内容合理平等，也不应认定为无效。无论从

反舞弊及反商业贿赂中 廉洁协议的适用 及效力分析

○贺志忠* 濮礼雯* 上海锦天城（深圳）律师事务所

* 贺志忠，上海市锦天城（深圳）律师事务所合伙人，第十一届深圳市律协职务犯罪辩护法律专业委员会委员。

* 濮礼雯，上海市锦天城（深圳）律师事务所实习人员，专注刑事领域。

①《裁判的力量》，蔡绍刚主编，人民法院出版社，2022 年版，第 181 页。

②《民法典》第四百九十七条规定，有下列情形之一的，该格式条款无效：

（一）具有本法第一编第六章第三节和本法第五百零六条规定的无效情形；
（二）提供格式条款一方不合理地免除或者减轻其责任、加重对方责任、限制对方主要权利；
（三）提供格式条款一方排除对方主要权利。

刑法理论来看，还是从民商事实践来看，行贿行为和受贿行为之间都具有一种相互依存、互为条件的关系，从这一角度分析禁止一方的行贿行为，也规制另一方的受贿行为或要求其采取行动预防受贿行为，据此上述廉洁协议亦未完全免除一方的责任。我国法律明确严禁商业贿赂，廉洁协议本质是禁止商业贿赂，禁止商业贿赂是企业的法定责任，廉洁协议体现了合同当事人的意思自治、诚信原则，对打击商业贿赂形成一种有效遏制，应予提倡和保护，原则上人民法院应认定其有效。^③

（二）廉洁协议违约情形的认定

廉洁协议的违约确定往往以刑事判决中认定行为入构成刑事犯罪为前提。例如，江苏省苏州市吴中区人民法院在（2021）苏 0506 民初 8452 号民事案件中认为：……经苏州市吴中区人民法院于 2020 年 12 月 8 日作出（2020）苏 0506 刑初 929 号刑事判决书，确认汇川公司 IT 基础设施部副经理朱某存在非国家工作人员受贿罪、和信公司销售人员金某存在对非国家工作人员行贿罪。

又如，北京市海淀区人民法院在（2020）京 0108 民初 2470 号民事案件中认为：……苏某因犯行贿罪被刑事处罚，一审（2019）闽 0104 刑初 718 号刑事判决书载明以下内容……，后（2020）闽 01 刑终 410 号刑事判决书认定：上诉人苏某伙同他人为谋取不正当利益，给予公司企业工作人员以财物，数额巨大，其行为已构成对非国家工作人员行贿罪。

再如，四川省乐山市市中区人民法院在（2017）川 1102 民初 5210 号民事案件中认为：……2017 年，四川省乐山市市中区人民法院（2016）川 1102 刑初 40 号判决书确认，被告董事长王某向原告公司原总经理李某多次行贿共计 19400 元。被告行为违反合同约定，给原告造成巨额损失，应承担违约责任。

因此，作为被行贿一方试图通过民事诉讼的方式确认签署廉洁协议的行贿方构成违约并进而要求损失赔

偿，最好等到相关行为人刑事判决生效后再行提出。

（三）廉洁协议违约金额的确定

商事主体在签订廉洁协议时，往往会就因违反廉洁协议应付的违约金有明确的约定或计算方式，例如：如违反本协议规定，乙方需按甲乙双方上年度交易总金额的 50% 向甲方支付违约金，若上年度交易总金额的 50% 折算后低于 100 万元的，则乙方按 100 万元标准向甲方支付违约金，两者按高标准执行。

又如：如果乙方与甲方人员存在本协议第一条所述利害关系，经甲方查证属实的，乙方向甲方同时承担如下各项法律责任：l、乙方支付甲方：甲方采购总额 30%（采购总额为：自首笔交易起，计算至甲方对乙方与甲方人员存在利害关系查证属实之日止。甲乙双方之间所有交易的总额，其中既包括甲方已支付货款，也包括甲方应付货款。采购总额 30% 低于 200 万的，以 200 万计）的违约金。

再如：卖方及其他工作人员以公司或私人名义向买方工作人员直接或间接赠送礼金、贵重物品、有价证券，或采取其他变相手段提供不当利益的，应视为侵害买方利益，买方有权解除合同，卖方应赔付合同总金额 20% 违约金，如买方损失超过违约金，按损失赔偿。

虽有明确的约定，但违约方通常答辩违约金约定过高。结合上述争议焦点，考量违约金制度的立法本意、实际损失、公平原则等因素，司法实践中有以下几种不同的处理方式：

一是按照廉洁协议约定直接确定。例如，四川省乐山市市中区人民法院的（2017）川 1102 民初 5210 号民事判决认定：……按照条款约定，被告应赔付合同总金额 533500 元的 20% 为 106700 元。……被告西安创联光电新材料有限公司于本判决生效之日起十五日内，赔付原告乐山新天源太阳能科技有限公司 106700 元。

二是参照《中华人民共和国反不正当竞争法》相关规定，按照侵权人因侵权所获得的利益确定。^④例如，

北京市海淀区人民法院的（2020）京 0108 民初 2470 号民事判决认定：……本案中，考虑损害后果和预期利益时，亦可参考飞创公司获益情况予以衡量。飞创公司自认案涉交易额约 61 万元，利润为 10% 左右，该自认情况亦纳入违约金考量因素中。本院结合上述所有情形，对于案涉违约金数额予以调整和酌减至采购交易额 10% 左右的标准，判令飞创公司向锐捷公司支付违约金 6 万元。

三是法院根据自由裁量权酌情确定。究其原因，是因我国违约金制度的性质是“以补偿为主，以惩罚为辅”，违约金制度系以赔偿非违约方的损失为主要功能，而不是旨在严厉惩罚违约方。例如，江苏省苏州市吴中区人民法院的（2021）苏 0506 民初 8452 号民事判决认定：……以上约定内容表明如违反《阳光合作协议》应承担的违约责任是在赔偿损失的基础上还应支付一定比例或者数额的违约金，体现了民事责任对商业贿赂等违法行为的惩罚属性，虽原告未能提交充分证据证明其因此遭受损失的具体金额，但根据《阳光合作协议》的约定，结合涉及行贿受贿相关交易的内容及具体金额、双方此前上一年度交易的具体情况 & 违反《阳光合作协议》约定行为的程度，本院酌定由被告支付原告违约金 20 万元。

三、签订廉洁协议的要点

廉洁协议条款的设定应当遵循以下几个方面：

（一）明确禁止行为

签订协议时应明确双方或一方在合同履行过程中应遵守的行为准则，禁止为谋求交易机会或竞争优势及其他合作利益的行为，并尽可能将上述行为细化到条款中。形式上可以采取列举加概括进行约定，列明条款专门针对实践中最容易及已经出现过的违反廉洁诚信义务的行为，逐条规定。概括性条款针对目前无法预见的、以后有可能出现的新型违反廉洁义务和诚信原则的行为进行约定。

（二）明确适用双方违约的裁判规则

一般而言，行贿与受贿并非单方行为，其一定是同时产生，并最终导致双方共同违约。若条款中仅针对单方违约设定了责任承担方式，则在诉讼中可能产生不利



影响。为了避免此类情况的发生，在制定合同条款时，应遵循权利义务对等原则，全面考虑双方利益平衡，确保廉洁协议条款的合理性，避免单方面制裁的可能性。

（三）确保廉洁协议合法有效

协议的内容不应违反法律、行政法规的效力性强制性规定，以确保协议对双方具有法律约束力。避免采用格式合同或格式条款。根据《民法典》第四百九十六条、第四百九十七条以及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第九条、第十条的规定，并非合同条款属于格式条款就一定会被认定为无效。只有提供格式条款的一方当事人未采取合理的方式提请对方注意免除或者限制其责任的条款，未按照对方要求对该条款予以说明，且格式条款具有《民法典》第一百五十三条和第一百五十四条规定情形，或者提供格式条款一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的，相应的格式条款才应当依法被认定为无效。

（四）自愿平等协商

廉洁协议应当是双方自愿平等协商签订的，确保双方在签订协议时的意思表示真实、自愿。

（五）全面覆盖

廉洁共建协议已作为合同附件纳入合同管理体系，全覆盖代替了以往不具约束力的廉洁承诺书，确保合作伙伴如违约，将受到相应的处罚。

（六）具体有效的控制措施

在制定廉洁协议时，还应考虑制定具体有效的控制措施并定期更新，以应对可能出现的风险点。

四、结语

尽管廉洁协议作为企业反舞弊的一种救济手段具有一定作用，但其效能终究有限，因此预防措施同样重要。廉洁协议的签署旨在明确并规范各方责任与要求，同时亦是对协议双方廉洁自律的警示与教育。企业同时应着力构建全面合规的管理制度，定期对相关岗位高管及员工进行教育培训，明确法律后果与责任，以期更有效地实现管理目标。

③《裁判的力量》，蔡绍刚主编，人民法院出版社，2022 年版，第 179 页。

④《中华人民共和国反不正当竞争法》第十七条规定：经营者违反本法规定，给他人造成损害的，应当依法承担民事责任。经营者的合法权益受到不正当竞争行为损害的，可以向人民法院提起诉讼。因不正当竞争行为受到损害的经营者的赔偿数额，按照其因被侵权所受到的实际损失确定；实际损失难以计算的，按照侵权人因侵权所获得的利益确定。经营者恶意实施侵犯商业秘密行为，情节严重的，可以在按照上述方法确定数额的一倍以上五倍以下确定赔偿数额。赔偿数额还应当包括经营者为制止侵权行为所支付的合理开支。经营者违反本法第六条、第九条规定，权利人因被侵权所受到的实际损失、侵权人因侵权所获得的利益难以确定的，由人民法院根据侵权行为的情节判决给予权利人五百万元以下的赔偿。



非全日制用工的 法律规制与实务应用

○谢炳城* 广东驰纳律师事务所



非全日制用工作为一种特殊用工形式，既适应企业降低人工成本、推进灵活用工的客观需要，又促进了失业人员再就业，有利于缓解劳动力市场供求失衡的矛盾，减少失业现象。2008年《劳动合同法》施行，以专节对非全日制用工作出了制度安排，更有利于完善我国的劳动合同制度，有利于维护实行非全日制用工劳动者的合法权益。

* 谢炳城，广东驰纳律师事务所律师，深圳市劳动人事争议仲裁委员会、宝安区劳动人事争议仲裁委员会仲裁员，一级人力资源管理师，一级劳动关系协调师，业务领域为企业合规用工、劳动保障与人力资源、企业劳动法顾问等，著有《HR 全流程劳动法顾问：企业用工风险防范与实务指南》（90万字）。

一、非全日制用工的工作时间制度

案例一：每周上班6天，每天11小时，属于非全日制用工吗？

杨某于2011年入职甲温泉商务会馆公司，双方订立了非全日制用工劳动合同，约定杨某工作时间为每天13:00-24:00时，每周休息一日。杨某月工资不固定，无底薪，全部为提成工资，甲公司未为杨某缴纳社会保险费。合同到期后，甲公司要求与杨某订立劳务合同，杨某则提出订立无固定期限劳动合同，双方协商未果。2021年3月，杨某以甲公司未为其缴纳社会保险费为由被迫辞职。随后，杨某申请劳动仲裁，仲裁裁决甲公司向杨某支付解除劳动关系经济补偿、未订立无固定期限劳动合同二倍工资差额、未休年休假工资等共计6.7万余元。甲公司诉至法院，其称，杨某自入职以来双方订立非全日制合同，非全日制用工双方当事人任何一方都可以随时通知对方终止用工，甲公司不应向杨某支付经济补偿。

审理结果：法院认为，本案中，双方在仲裁期间、本案庭审中对于用工形式的陈述及杨某提交的证据显示，杨某日工作时长11小时，每周工作至少6天以上，甲公司按月支付工资，双方实际用工形式不符合法律规定的非全日制用工形式，故法院采信杨某关于双方为全日制用工形式的主张。^①

根据《劳动合同法》第68条规定：“非全日制用工是指以小时计酬为主，劳动者在同一用人单位一般平均每日工作时间不超过4小时，每周工作时间累计不超过24小时的用工形式。”据此，非全日制用工的工作时间可以从以下两点进行理解：

1. 以小时计酬为主，并不排除计件制

非全日制用工到底能不能按计件来计发工资，在实务中一直有争议。劳动法规定“以小时计酬为主”，即还可以以日、周计酬为辅或者以计件计酬为辅。笔者认为，劳动法并没有排除非全日制用工以计件计酬，既可以计时，也可以计件。当然，由于计件计酬容易发生争议，且不好计算，故虽然可以以计件计酬，但不鼓励以计件计酬。

2. 工作时间每日不超4小时，每周不超24小时

法条有两个关键词需引起注意，一个是“一般”，一个是“平均”。意思是通常情况下每日工作时间不超过4小时。那要是超过了呢，怎么办？有三种处理方式：

第一种：平均不超。某日超过4小时是可以的，因为“一般”后面还有个“平均”，“平均”的意思是不强调每天必须不超过4小时，而是强调每周的工作时间总量不超24小时即可。

第二种：少量超。每日都超4小时，但只是少量超，比如每日工作5小时，一周工作5日，每周累计工作时间为25小时，通常也认为仍属于非全日制，企业只需按实际工作时间计酬即可。

第三种：大量超。每日大量超过4小时，且每周累计工作时间也大量超过24小时，这种情况下，通常会被认定为全日制用工。实务中这种现象很常见，有些企业以非全日制用工之名行全日制用工之实，双方签订非全日制用工的劳动合同，然后每天安排员工工作8小时甚至更长时间，每周5天甚至6天，这是不能认定为非全日制用工的，应按全日制用工进行认定，企业需承担全日制用工的法律责任。前述案例即属此类。

二、非全日制用工的劳动合同制度

相对全日制用工制度而言，非全日制用工的劳动合同制度有其特殊性，主要体现在以下三个方面：

（一）可以订立口头合同

相对全日制用工必须订立书面劳动合同而言，非全日制用工则不强调必须订立书面劳动合同，订立口头合同也是可以的。

就企业用工风险防范而言，笔者认为，企业对非全日制用工的员工，也应订立书面劳动合同，主要是防止发生争议时双方扯皮，于企业而言，订立书面合同并不会增加用工成本，反而能降低用工风险，减少劳动争议的发生。

（二）可以与多个企业订立劳动合同

这是关于多重劳动关系的规定，从事非全日制用工的员工可以与多家单位建立劳动关系。根据《劳动合同法》第69条第2款规定，从事非全日制用工的劳动者可以与一个或者一个以上用人单位订立劳动合同，但是，

^①详见北京市第三中级人民法院(2022)京03民终1016号民事判决书。

后订立的劳动合同不得影响先订立的劳动合同的履行。

（三）任何一方均可随时通知对方终止用工

《劳动合同法》第 71 条规定，“非全日制用工双方当事人任何一方都可以随时通知对方终止用工。终止用工，用人单位不向劳动者支付经济补偿。”相对全日制用工而言，劳动法对非全日制用工劳动合同的解除和终止规定得相对宽松，体现了非全日制用工形式的灵活性。



据实际用工特征，认定双方自 2010 年 3 月 1 日至 2017 年 6 月 30 日期间存在全日制劳动关系。[详见北京市第二中级人民法院（2023）京 02 民终 10712 号民事判决书。] 实务中有不少 HR 对非全日制用工有误解，认为

只要与员工订立了非全日制用工合同，就能按照非全日制用工来认定双方的用工关系，从而达到“规避”全日制用工的法律责任，包括不用买社会保险和住房公积金、可以随时终止用工且无需支付经济补偿金等。

其实不然。为了防止有些企业以非全日制用工之名行全日制用工之实，裁审机构在审查是否非全日制用工时，往往不只是看双方订立的合同，更要审查员工的工作时间是否符合法律规定、工资支付周期是否超过 15 日等实质要件并进行综合判断，不符合非全日制用工规定的，则难认定为非全日制用工。本案即是如此。

比如，浙江省金华市中级人民法院（2015）浙金民终字第 1983 号民事判决书认为，非全日制用工的认定，主要系基于用工性质和工作时间。周某的工作虽系非全日制用工，但工作本身较为稳定，且每日、每月的工作时间基本固定，按月发放工资符合惯例且双方均未就工资发放周期问题提出异议，故并不能因为按月发放工资而认定系全日制用工。向劳动行政部门备案系用人单位录用劳动者从事非全日制工作的后续问题，不属于认定是否属于非全日制用工的前提条件。社保费用由谁缴纳与认定用工性质并无直接关联。

为了更好地保障非全日制用工劳动者的合法权益，劳动法对非全日制用工的工资制度作出了特别规定，主要体现在以下几个方面：

（一）工资形式以小时计酬为主

非全日制用工的计酬方式灵活多样，劳动法规定以小时计酬为主，但不局限于以小时计酬，还可以以日、周为单位计酬。鉴于非全日制用工具有临时性、工作时间短等特点，无论是按日计酬还是按周或者按月计酬，

都存在一些客观障碍，容易产生纠纷，因此劳动法规定以小时计酬为主。

（二）不得低于小时最低工资标准

《劳动合同法》第 72 条第 1 款规定，“非全日制用工小时计酬标准不得低于用人单位所在地人民政府规定的最低小时工资标准。”

以深圳为例，深圳市人社局于 2021 年 11 月 22 日发布的《关于调整本市最低工资标准的通知》（深人社规〔2021〕8 号）指出，自 2022 年 1 月 1 日起，本市全日制就业劳动者月最低工资标准为 2360 元 / 月，非全日制就业劳动者小时最低工资标准为 22.2 元 / 小时。

通常情况下，非全日制用工的小时工资标准要比全日制用工折算后的小时工资要高。以深圳为例，全日制用工折算后的小时工资为 2360÷21.75 天 ÷8 小时 / 天 =13.56 元，非全日制用工的小时工资 22.2 元高于此数。

（三）工资支付最长不得超过 15 日

根据《劳动合同法》第 72 条第 2 款规定，“非全日制用工劳动报酬结算支付周期最长不得超过 15 日。”

四、非全日制用工的其他特别规定

案例三：非全日制员工超时上班，企业是否需支付加班费？

2014 年 5 月 1 日，甲公司与黄某订立非全日制用工合同，约定黄某从事保安工作，每日工作不超过 4 小时，每周累计不超过 24 小时，工作时间为轮班性质，即一天上午班（8-12 点）、一天下午班（12-18 点），半月薪酬为 600 元，甲公司未为黄某参加社会保险。2015 年 12 月，双方因加班费等争议成讼，黄某主张甲公司支付法定节假日、休息日及工作日延时等加班工资 1.5 万余元。经法院查明，2014 年 12 月 15 日至 2015 年 4 月 30 日日历天数为 137 天（即 19 周零 4 天），其中法定节假日 7 天（含壮族三月三放假 2 天），春节 3 天假期已休，黄某每 2 天工作时间为 10 小时。

审理结果：法院认为，在 2014 年 12 月 15 日至 2015 年 4 月 30 日期间，黄某每 2 天工作时间为 10 小时，实际工作时间超过双方合同约定的工作时间（每日工作不超过 4 小时，每周累计不超过 24 小时），存在法定节假日、休息日以及正常工作日加班的情形，甲公司应当依法支付加班费。经法院核算，甲公司应向黄某

支付法定节假日加班费、休息日加班费以及延时加班费共 5780 元。[详见广西桂林市中级人民法院（2017）桂 03 民终 284 号民事判决书。]

除上述特别规定外，劳动法还对非全日制用工作出了其他方面的特别规定，主要有以下几个方面：

（一）双方均可随时终止用工

非全日制用工双方当事人任何一方都可以随时通知对方终止用工。这里所说的终止用工，既包括因劳动合同期届满而导致的终止，也包括劳动合同期没有届满而解除劳动合同的情形。

（二）企业终止用工无需支付经济补偿金

如前述，双方均可随时通知对方终止用工，无论哪一方先提出终止，企业均无需向员工支付经济补偿金。

（三）不得约定试用期

由于非全日制用工的特殊性，为更好地保护劳动者合法权益，劳动法明确禁止非全日制用工约定试用期。根据《劳动合同法》第 70 条规定，“非全日制用工双方当事人不得约定试用期。”

（四）可以不参加社会保险，但需缴纳工伤保险费

在参加社会保险方面，对实行非全日制用工的员工，企业可以不为其参加基本养老保险、基本医疗保险、生育保险、失业保险，但必须参加工伤保险。原劳动和社会保障部《关于非全日制用工若干问题的意见》（劳社部发〔2003〕12 号）和人社部《实施〈中华人民共和国社会保险法〉若干规定》（人社部令第 13 号）均规定，用人单位应当为非全日制职工参加工伤保险，缴纳工伤保险费。

（五）非全日制用工一般没有加班费

非全日制用工超过法律规定的工作时间是否需支付加班费，国家层级的劳动法并没有明确规定，实践中存在不同观点。主流观点认为，非全日制用工没有加班费，但在法定节假日上班的，企业仍需支付加班费。

部分地区则明确规定了非全日制用工不计付加班费。比如，《天津市工资支付规定》（津劳局〔2003〕440 号）第 21 条规定，“实行日薪制和非全日制用工小时工资制的劳动者，若周六、周日提供了劳动，视为正常工作，不享受加班工资待遇。若在法定休假日提供了劳动，则用人单位应按规定支付加班工资。”北京、湖北等地也有类似规定。

探析已过诉讼时效的债务引发的不良信用问题

○田毛* 王毅* 广东普罗米修律师事务所

债务人未向金融机构清偿到期债务，金融机构亦未在诉讼时效期内向债务人主张债权，债务人的信用报告上却记载了债务人因未清偿该笔债务的不良记录，依据诚实信用原则，金融机构记载该不良记录的行为具有正当性，但对债务人未来的经济活动会产生影响。针对这种情况，当诉讼时效届满后，债务人是否有权要求金融机构删除该不良记录？金融机构记载该不良记录是否对债务人构成侵权？以及债务人和金融机构应当如何处理该不良记录？本文以(2023)鲁16民终1228号案例（下称1228号案）为切入点探析已过诉讼时效的债务引发的不良信用问题。

一、案情简介

2011年5月9日，邢某与滨州农商行签订个人借款合同，约定邢某向滨州农商行借款30万元；借款用途为采购沙石料；借款期限自2011年5月9日至2013

年5月8日。借款期限届满后，邢某未偿还款项，滨州农商行也未在诉讼时效期间内向邢某主张还款。借款逾期后滨州农商行将邢某的逾期不良信用信息报送至中国人民银行征信服务中心，2023年5月4日邢某以侵犯名誉权为由将滨州农商行起诉至法院，请求判令滨州农商行消除邢某在中国人民银行征信中心的不良记录，并赔偿邢某精神损害抚慰金、损失共5000元。

二、法院审理

一审法院审理认为：

第一，原告邢某未按借款合同约定及时履行还款义务，发生逾期违约行为，被告滨州农商行将逾期信息报送中国人民银行征信服务中心，符合个人借款合同约定及法律规定，该行为不具违法性，因而不构成侵权。

第二，根据《征信业管理条例》第十六条第一款规定，征信机构对个人不良信息的保存期限，自不良行为

或者事件终止之日起为5年；超过5年的，应当予以删除。本案中，按照原告与被告签订的借款合同约定，原告至今未能偿还借款，其行为构成违约，此时已经产生不良信息，该不良信息系对其不良行为的客观记载和评价，不受该不良行为是否经过诉讼程序或是否已过诉讼时效等因素的影响。

第三，商业银行仅是不良信息的提供者，商业银行本身无删除不良信息的权限，当前被告的行为符合法律、法规的相关规定，并未侵害原告的名誉权。

因此，驳回原告邢某的全部诉讼请求。邢某不服，提起上诉。

二审法院确认了一审法院的观点，并补充如下观点：

第一，根据《征信业管理条例》第四十四条第（三）项规定，不良信息，是指对信息主体信用状况构成负面影响的下列信息：信息主体在借贷、赊购、担保、租赁、保险、使用信用卡等活动中未按照合同履行义务的信息。本案中，上诉人邢某未按借款合同的约定及时履行还款义务，滨州农商行在邢某授权的情况下将其信贷交易信息推送至中国人民银行个人信用信息基础数据库，并不存在过错。

第二，虽然滨州农商行未在诉讼时效期间内向邢某主张还款，但该事实仅调整滨州农商行对邢某主张还款是否享有胜诉权。《民法典》第五百零九条规定，当事人应当按照约定全面履行自己的义务。当事人应当遵循诚实信用原则，邢某作为借款人应当依据借款合同的约定履行还款义务，该行为并不以滨州农商行是否在诉讼时效期间内向其主张权利为前提，邢某的违约事实客观存在，滨州农商行系如实进行推送其信贷交易信息，符合《征信业管理条例》的相关规定，不存在故意降低邢某社会影响的评价。

综上，滨州农商行不存在侵权行为，邢某无权要求滨州农商行消除在中国人民银行个人信用信息基础数据库的不良信用记录，维持一审判决。

三、类案裁判分析

相信很多人都支持前述案件的判决观点，认为借款超过诉讼时效，导致的结果仅是银行丧失了胜诉权，借

款成为自然之债，但债务并未消失，欠款事实并未改变。金融机构因此向征信机构上传借款记录和逾期的不良记录，征信系统中的相关信用评价系客观评价，并无不当，也符合“诚实信用原则”，故而金融机构无需更正或删除，也不构成对债务人名誉权的侵害。

类似的案件并不少见，因超过诉讼时效未清偿债务，作为债务人或者担保人，其征信报告中都有可能因此出现不良信用记录。那么对该类案件的裁判是否均遵循前述判决思路呢？经过查询、检索、分析，发现司法实践中的众多案例并不尽然。

与前文不支持删除不良信息记录的判决观点相反，实践中也存在大量判令金融机构删除市场主体的不良信息记录的案例。

在(2023)鲁06民终1329号案（下称1329号案）中，原告李某诉请判令被告山东招远农商行消除原告的不良征信记录。一审法院认为：债权人应当及时行使自己的权利，维护自身权益。现被告无法证明其在诉讼时效期间内向原告主张偿还借款，则债权人怠于行使自身权利，导致被告不能按法律规定强制要求原告还款的情况下，不良行为或事件已终止，终止之日应为诉讼时效期间届满之日，至今已超过5年，故原告要求被告删除其不良征信记录，依法予以支持。山东招远农商行不服一审判决，提起上诉，二审法院审理维持一审判决。

在(2021)吉06民终549号案（下称549号案）中，原告赵某诉请判决被告白山江源农商行免除原告的保证责任，并要求被告删除原告的不良征信记录。一审法院认为：被告在保证期间内未向赵某主张过保证责任，则原告提供的保证担保已经超过法定保证责任期限，保证责任免除。被告未根据《个人信用信息基础数据库管理暂行办法》第六条的规定，未及时报送原告已依法免除保证责任的信息，势必对原告的信用活动产生影响并带来不便，判决支持原告的全部诉讼请求。白山江源农商行不服一审判决，提起上诉，二审法院审理认为：首先，《征信业管理条例》第十六条第一款包含两种应予删除不良记录的情形，一种为不良行为终止之日起5年，即债务清偿完毕后5年；另一种为“事件”终止之日起5年，应是排除在债务清偿完毕之外的因素。本案中，赵某因

*田毛，广东普罗米修律师事务所合伙人，第十一届深圳市律师协会合同法律专业委员会副主任，擅长合同纠纷、股权纠纷及公司事务。

*王毅，广东普罗米修律师事务所实习人员。

符合法律规定的情形而免责，应当包含于该“事件”的范畴之内；白山江源农商行应当按照《征信业管理条例》第二十九条规定向征信机构提供信贷信息。其次，因白山江源农商行未在保证期间内向保证人赵某主张权利，其本身存在怠于行使权利的行为，其应当承担相应的法律后果。再次，因白山江源农商行怠于行使权利的行为，导致保证人陷于被失信的状态，因此，作为提供基础信息的白山江源农商行对此负责并作出纠正，删除征信部门作出的赵某不良信息记录。

四、争议焦点剖析及解决路径

从前文案例可知，审理思路分歧不可谓不大，但两种截然相反的裁判理由都很充足，经分析认为主要有以下几个争议点：

（一）争议点一：已过诉讼时效的债务信息是否属于金融机构上传信用信息的范围

在 1228 号案件中，法院认为，无论滨州农商行对邢某的债权是否已过诉讼时效，但邢某的违约事实客观存在，邢某对滨州农商行所负债务并未因此而消灭，故而滨州农商行上传邢某未清偿债务的信息符合诚实信用原则，亦符合《征信业管理条例》的相关规定，不存在故意降低邢某社会影响的评价，实际认可了已过诉讼时效的信息并非金融机构上传信用信息的范围。而在 1329 号案中，法院认为，因债务逾期，债权人未在诉讼时效期间内行使权利，导致债权人不能按照法律规定强制要求债务人还款，该类信息势必对债务人参与经济活动造成影响，应属于金融机构上传信用信息的范围。

笔者认为，1228 号案中忽略了诉讼时效对债权的影响，而 1329 号案中却放大了诉讼时效影响力。对于已过诉讼时效的债务，在债务人提出诉讼时效抗辩前，债务人的“欠债未还”状态未发生变化，故而已过诉讼时效的债务信息应当属于金融机构上传信用信息的范围，具体理由如下：

首先，因向金融机构借贷而产生的交易记录属于应当上传的个人信用信息。依据《个人信用信息基础数据库管理暂行办法》第四条、第六条之规定，商业银行应当遵守中国人民银行发布的个人信用数据库标准及其有关要求，准确、完整、及时地向个人信用数据库报送自

然人在个人贷款、贷记卡、准贷记卡、担保等信用活动中形成的交易记录。由此可知，金融机构有权上传信息主体的全部交易记录，包含借款信息、还款信息、逾期信息以及未还款信息。

其次，诉讼时效届满并不导致债务消灭，债务人的“欠债未还”信息并未发生变化。依据《民法典》第一编第九章的内容可知，诉讼时效制度保护的是权利经过一定期间不行使而造成无权利的事实状态的秩序，而非一面倒的保护债务人。诉讼时效效力的立法模式已从胜诉权消灭主义转变为抗辩权发生主义，即诉讼时效届满后，权利人并非当然丧失债权、起诉权或胜诉权，只有当债务人提出诉讼时效抗辩后，权利人才丧失胜诉权，债务人也仅仅免除了法律义务。如果债务人并未以诉讼时效届满而提出抗辩，则权利人的权利并未因已过诉讼时效而受到影响，也不会因此而使得债务人的信用信息出现变化。即对于已过诉讼时效的债务，当债务人未就该笔债务以已过诉讼时效而提出异议，则债务人仍处于“欠债未还”状态。

综上，已过诉讼时效的债务信息，在债务人提出诉讼时效抗辩前，仍属于金融机构应当上传的信用信息范围。

（二）争议点二：诉讼时效届满是否属于不良行为或者事件终止，或诉讼时效届满之日是否属于不良行为或者事件终止之日

依据《征信业管理条例》第十六条规定，征信机构对个人不良信息的保存期限，自不良行为或者事件终止之日起为 5 年；超过 5 年的，应当予以删除。对该规定的理解，司法实践中也存在争议：第一种观点认为，即使已过诉讼时效，但未清偿债务，自然债务依然存在，不属于“不良行为或者事件终止”的情形，比如 1228 号案。第二种观点认为，诉讼时效届满则属于“不良行为”终止的情形，比如 1329 号案。第三种观点则认为，因全面履行合同义务或因法定而无需履行合同义务才导致“不良行为”和“事件”消除，比如 549 号案。

笔者认为，《征信业管理条例》中的不良行为或事件的终止是指债务人已全面履行了合同义务、债务清偿完毕，或因法律规定而使其无需履行合同义务的情形（因前一类情形争议不大，故而此处仅讨论因法律规定而无

需履行合同义务的情形），理由如下：

第一，诉讼时效届满后，债务人享有抗辩权，但债务并未因此而免除。依据《民法典》第一百九十二条、第一百九十三条之规定可知，诉讼时效届满后，债务人可以据此提出不履行义务的抗辩，未提出异议，同意履行或已履行的，法律予以支持，则诉讼时效届满后，债务人享有抗辩权，但债务并未因此而免除。

第二，诉讼时效届满后，债务人据此提出异议的，债权人丧失胜诉权，债务人的法律义务免除。《民法典》第一百九十二条第一款规定，诉讼时效期间届满的，义务人可以提出不履行义务的抗辩。即当诉讼时效届满后，债务人以已过诉讼时效为由而提出异议的，法律不能强制要求义务人继续履行义务，则此时债务人的法律义务免除。

第三，诉讼时效届满后，债务人的不良事件终止之日为债务人以已过诉讼时效提出抗辩之日。接前文所述可知，诉讼时效届满并不必然导致债务人的债务免除，只有当债务人提出诉讼时效抗辩后，债权人丧失胜诉权，债务人才在法律上不具有还款义务。此时，债务人“欠款不还”状态因债务人不具有法律义务而发生变化，金融机构应就债务人无需履行法律义务的信用信息进行上传。即诉讼届满后，债务人的不良事件终止之日为债务人提出诉讼时效抗辩之日。

但也有观点认为，《征信业管理条例》第十六条规定的义务对象为征信机构而非金融机构，法律并未禁止金融机构如实将信息主体已超过诉讼时效但仍未还款、且已提出诉讼时效抗辩的信贷记录上传至征信机构，是否采集、公开、删除相关信息均由征信机构决定，金融机构无权干涉。即，即使诉讼时效届满、债务人提出诉讼时效抗辩后，金融机构仍有权继续上传未还款信息。

（三）争议点三：金融机构是否应当主动删除不良记录信息，或者信息主体是否有权要求金融机构删除不良记录信息

《个人信息保护法》第五条规定，处理个人信息应当遵循合法、正当、必要和诚信原则，不得通过误导、欺诈、胁迫等方式处理个人信息。第四十七条第一款第一项规定，有下列情形之一的，个人信息处理者应当主动删除个人信息；个人信息处理者未删除的，个人有权

请求删除：处理目的已实现、无法实现或者为实现处理目的不再必要。根据前述规定，金融机构处理信息的目的在于提醒、敦促信息主体偿还债务。但超过诉讼时效，且债务人已提出诉讼时效抗辩后，金融机构无法强制要求信息主体清偿债务，金融机构处理信息的目的已无法实现，此情形属于金融机构应当主动删除个人信息，或者信息主体有权要求金融机构删除个人信息的情形。

综上，金融机构未在诉讼时效期限内主张债权，债务人提出诉讼时效抗辩的，金融机构的债权已无法通过法律途径实现，金融机构应立即删除债务人有关不良信用信息，并将相关信息更新情况上传至征信机构；而对于征信机构，提出诉讼时效抗辩之日即为不良行为终止之日，则征信机构对于诉讼时效届满的债务信息，应当自债务人提出诉讼时效抗辩之日起，满 5 年后删除该笔债务的不良信用信息。

五、结语

金融机构对于已过诉讼时效，债务人未据此而提出异议的情形，归为不良信用信息进行上传，契合“欠债还钱”的古老自然法理念和大众的朴素认知。当债务人对于已过诉讼时效的债务未提出抗辩时，其内心并未完全否定其需继续履行义务。那么，金融机构未就债务人的不良信用信息进行变更，并上传征信机构，是基于客观事实如实报送，不属于对债务人权益的不当减损。

诉讼时效制度设立的意义在于促使权利人积极行使权利，维护交易市场秩序的稳定，优化司法资源的配置等。虽然明确了债务人的诉讼时效抗辩权，但这并非是对“诚实信用原则”的破坏，也不是保护或纵容“赖账”行为，而是促使债权人及时行使权利，法律不保护也无法保护躺在权利上睡觉的人。与此同时，诉讼时效制度对债务人也加以规制，要求债务人明确提出抗辩，否则法律亦无法主动免除其法律义务。故而只有当债务人以明确的方式行使抗辩权时，才发生相应法律效果。

因此，当信息主体，即曾经的债务人提出诉讼时效抗辩、法律义务消除后，金融机构仍以信息主体负有清偿义务而上传相关信息的，金融机构的行为实际对信息主体的权益造成了侵害，信息主体有权要求金融机构删除不良记录，并将变更信息上传至征信机构。

★ 深圳市公安局监所管理支队到深圳律协听取律师会见工作意见建议

2024年8月7日，深圳市公安局监所管理支队支队长李晟春、副支队长谢壮波等一行到深圳市律师协会座谈交流。深圳律协会会长张斌、副会长黄远兵、秘书长黄红珍及部分律师代表接待并座谈。谢壮波副支队长简要介绍了市监所管理支队在律师权益保障方面的工作情况。与会人员围绕律师授权及撤销委托手续、减少会见等候时间、提高律师会见周转率、优化会见资源调配等问题进行了深入交流。长期以来，深圳律协与市监所管理支队保持常态化沟通交流，在市监所管理支队及各看守所的支持下，深圳市在改善律师执业环境方面做出一些成绩，包括为律师提供非工作日和延时会见、律师助理会见等，多举措解决了律师会见问题。李晟春支队长表示，此次座谈交流旨在倾听律师对会见工作存在的问

题及意见建议，针对律师提出的建议，市监所管理支队将进行认真梳理研究并根据实际情况逐步改善，进一步优化律师会见工作、提升相关律师服务水平，保障律师会见权利。



★ 深圳律协举办 2024 年度“1+1”中国法律援助志愿律师、西部锻炼青年律师座谈会暨欢送会

2024年8月13日，深圳市律师协会举办了2024年度“1+1”中国法律援助志愿律师、西部锻炼青年律师座谈会暨欢送会。深圳自2012年参加“1+1”中国法律援助志愿活动以来，共有34位律师（75人次）参加，足迹遍及全国53个中西部偏远贫困地区（包括本年度）。

深圳律协会会长张斌和深圳市司法局律师工作管理处处长刘伟东分别作了讲话，他们殷切嘱咐律师们在援助和锻炼过程中保持身心健康，融入当地生活圈，顺利完成服务地的各项工作任务，并表示，“1+1”法律援助志愿者行动和青年律师西部锻炼计划都是富有大爱情怀的公益事业，希望他们能积极克服服务地的艰苦条件，在服务民众、奉献社会的过程中，展现特区律师深厚的家国情怀、无私的奉献精神和优秀的精神风貌，以实际行动践行“五

点希望”，努力成为党和人民满意的好律师。深圳市司法局和市律协也将密切关注援助和西部锻炼律师们的工作生活，做好后勤保障工作，为远在祖国边远地区的律师们保驾护航。



★ 深圳律协举办深圳市合规管理律师事务所评选授牌活动

2024年8月21日，深圳市合规管理律师事务所评选授牌活动在深圳市律师协会多功能厅举行。第一批、第二批获评深圳市合规管理律师事务所所有96家（获评名单见封三）。颁授奖牌仪式后，与会律所代表围绕律所合规建设、业务发展与规范化建设、合规赋能律所品牌等方面进行分享，并签署《承诺书》。两年多来，深圳律协组织召开行业合规培训、律师职业道德和执业纪律宣讲，起草《深圳市律师事务所合规管理指引》《深圳市律师事务所合规管理指引》，常态化进行合规警示宣传工作等，以进一步引导律师履行社会责任，促进律师行业健康发展。未来，深圳律协将多渠道加大对合规评选活动的宣传力度，并尽快开展后续的评选活动，努力

提高律所的参与度和积极性，以评促改、以评促建、以评促强，通过拓展评选活动覆盖面推动全市律所增强合规管理意识，主动查漏补缺，不断健全完善内部管理制度，从而助推全市律师行业的高质量发展。



★ 第五届深圳律师业务创新大赛决赛圆满落幕

2024年9月1日，深圳市律师协会举办的第五届深圳律师业务创新大赛决赛圆满落幕。本届深圳律师业务创新大赛，共征集到124件创新产品，最终38件创新产品进入决赛，参赛产品中既有税务、房地产等传统业务，也有企业出海、人工智能等新型业务。为确保大赛评审的公正性与专业性，本届决赛邀请了9位来自兄弟律协、公证协会、政法研究所等不同领域的代表担任评委。38件创新产品的参赛选手按照抽签顺序依次上台介绍产品，评委们从“创新性”“操作性”“推广性”三个维度对产品进行问询并评审。最终，深圳市律师协会信息

网络法律专业委员会研发的“电商型MCN机构法律合规产品”夺得第一名。



★ “与法同行”之传唱经典深圳律师行业爱国主义歌曲大赛圆满举办

2024年10月12日，由中共深圳市律师行业委员会、深圳市律师协会主办的“与法同行·传唱经典”深圳律师行业爱国主义歌曲大赛圆满举办。活动现场近100人观赛，线上同步直播，4500余人观看。大赛中，20组选手依次登场献唱，他们的歌声或激昂澎湃如号角，或深情婉转如暖流，以饱满的热情和真挚的情感，将一首首经典爱国歌曲演绎得淋漓尽致。经过专业评委和大众评委打分，大赛产生了冠军、亚军、季军各1名，以及“十佳选手”10名。深圳市律师行业党委和深圳律协一直致力于培养律师的爱国主义情怀，鼓励他们更好地服务人民、服务社会，希望

通过此次比赛，进一步增强深圳律师队伍的认同感和荣誉感，引导全市律师努力做党和人民满意的好律师。



★ 深圳律协监事会赴成都、重庆两地律协监事会座谈交流

2024年9月12日至13日，深圳市律师协会监事长曾常青、副监事长刘鸿、吴小波，秘书长黄红珍一行12人赴成都市律师协会、重庆市律师协会座谈交流，探讨律师协会监督工作新思路与新举措。

9月12日，监事会到访成都市律师协会。成都市律师协会监事长罗俊等热情接待。会上，双方介绍了两地律师行业及监事会的基本情况，监事会重点了解成都律协监督制度建设、实体监督的工作亮点、非监事委员职能发挥、财务资产监督等。双方一致表示，一是监事会开展程序与实体监督，规范监督工作流程，做好制度建设尤为重要；二是监事会开展事前、事中、事后监督工作，需把握好监督力度和尺度，要站在行业全局和监督赋能的角度，提出公平公正、合情合理的监督意见与建议，促进协会规范运行；三是进一步完善听取会员与代表意见与建议的路径，有侧重性组织开展专题调研与交流，为推动律师行业高质量发展贡献力量。

9月13日，监事会到访重庆市律师协会，并与重庆市律师协会监事长彭静、秘书长许登等座谈交流。重庆律协监事会以务实创新精神迭代升级监督工作体系，积极探索制度创新，全面融入律师行业服务管理日常和重大工作部署开展监督工作，彰显监督价值，为行业发展提供监督动能。重庆律协章程赋予监事会10个方面的监督职权，经过不断探索实践，形成了“六个三”的监督工作理念，建立了“五大监督模式”，实施日常对接监督、专题调研监督、重点专项监督、履职评价监督、听取意见监督。新设监督规则委员会，开展监事会理论与实践课题研究。创设了监事会特邀监督员制度，建立了监督意见建议闭环落实机制。重庆律协监事会在制度建设、工作机制、监督实效、考核办法、自身建设、监事履职管理等方面推出了诸多创新之举，取得

了令人瞩目的成绩。

深圳市律师协会监事会通过本次走访交流，学习了两地律协监事会的先进经验，包括创新监督方式、优化监督流程、建立监督体系、丰富监督举措、加强监督结果运用等多个方面，拓宽监督工作思路。监事会将在今后的工作中，进一步完善与市司法局、市律师行业党委、纪委监委请示汇报机制，进一步深化与市律师协理事会沟通机制，丰富与其他兄弟律协监事会、其他行业协会监事会联络形式，密切与会员律师事务所监事会的联系。通过建立长效的监督联络机制，提升监督工作的主动性与前瞻性，紧盯行业发展全局性问题，加强会员意见与建议反馈制度建设，确保监督工作与时俱进，适应不断变化的行业发展需求。



第一、二期“深圳市合规管理 律师事务所”名单

(排名不分先后，按律所名拼音顺序排序)

| | | |
|-----------------|-----------------|------------------|
| 北京金诚同达（深圳）律师事务所 | 广东方盾律师事务所 | 广东深展律师事务所 |
| 北京大成（深圳）律师事务所 | 广东广和（龙华）律师事务所 | 广东生龙律师事务所 |
| 北京德和衡（深圳）律师事务所 | 广东广和律师事务所 | 广东世纪华人律师事务所 |
| 北京德恒（深圳）律师事务所 | 广东国晖律师事务所 | 广东斯明律师事务所 |
| 北京市安理（深圳）律师事务所 | 广东国申律师事务所 | 广东淘法律师事务所 |
| 北京市百瑞（深圳）律师事务所 | 广东海涵律师事务所 | 广东天穗（深圳）律师事务所 |
| 北京市道可特（深圳）律师事务所 | 广东华商（龙岗）律师事务所 | 广东铁骑山律师事务所 |
| 北京市东元（深圳）律师事务所 | 广东华商律师事务所 | 广东万诺律师事务所 |
| 北京市环球（深圳）律师事务所 | 广东华纂律师事务所 | 广东王芬律师事务所 |
| 北京市金杜（深圳）律师事务所 | 广东际唐律师事务所 | 广东信达律师事务所 |
| 北京市京师（深圳）律师事务所 | 广东家之丞律师事务所 | 广东星辰律师事务所 |
| 北京市康达（深圳）律师事务所 | 广东嘉得信律师事务所 | 广东一律美律师事务所 |
| 北京市两高（深圳）律师事务所 | 广东坚果律师事务所 | 广东瀛尊律师事务所 |
| 北京市隆安（深圳）律师事务所 | 广东金地律师事务所 | 广东元牌律师事务所 |
| 北京市炜衡（深圳）律师事务所 | 广东金桥百信（深圳）律师事务所 | 广东越众律师事务所 |
| 北京市盈科（深圳）律师事务所 | 广东金唐律师事务所 | 广东知恒律师事务所 |
| 北京天驰君泰（深圳）律师事务所 | 广东经天律师事务所 | 广东中全律师事务所 |
| 北京植德（深圳）律师事务所 | 广东静为律师事务所 | 广东中熙（大鹏）律师事务所 |
| 北京中银（深圳）律师事务所 | 广东君言律师事务所 | 广东中熙律师事务所 |
| 广东艾特朗律师事务所 | 广东容潮律师事务所 | 广东卓建（光明）律师事务所 |
| 广东安山律师事务所 | 广东联建律师事务所 | 广东卓建（龙华）律师事务所 |
| 广东宝城律师事务所 | 广东联颂律师事务所 | 广东卓建律师事务所 |
| 广东朝胜（深圳）律师事务所 | 广东陆台律师事务所 | 广东卓融律师事务所 |
| 广东诚公律师事务所 | 广东梦海律师事务所 | 国浩律师（深圳）事务所 |
| 广东晟典律师事务所 | 广东鹏浩律师事务所 | 湖南旷真（深圳）律师事务所 |
| 广东橙果律师事务所 | 广东普罗米修（福田）律师事务所 | 京师浩然（前海）联营律师事务所 |
| 广东淳锋律师事务所 | 广东普罗米修（龙岗）律师事务所 | 上海段和段（深圳）律师事务所 |
| 广东丹柱律师事务所 | 广东普罗米修律师事务所 | 上海市海华永泰（深圳）律师事务所 |
| 广东德而赛律师事务所 | 广东融关律师事务所 | 上海市建纬（深圳）律师事务所 |
| 广东德纳律师事务所 | 广东商达律师事务所 | 上海市锦天城（深圳）律师事务所 |
| 广东恩典律师事务所 | 广东深宝律师事务所 | 泰和泰（深圳）律师事务所 |
| 广东法迈律师事务所 | 广东深大地律师事务所 | 万商天勤（深圳）律师事务所 |

