



总第 85 期

85

2020 年 | 第 2 期 |

深圳市律师协会主办

SHENZHEN LAWYERS

深圳律师

非常视线 专业见解

## 驱散性侵阴霾,守护“少年的你”

深圳个人破产制度“破冰”的前与后

新《证券法》下的中国集体诉讼实务

债务人欠缴款项产生的滞纳金是否属于破产债权?

如果孩子与工作都是梦想



# 深圳律协五措并举 助力我市复工复产

深圳市律师协会认真响应党委政府号召，在市司法局的统一部署下主动担当，积极发挥律师专业优势，为企业复工复产保驾护航。

（一）编制企业经营合规读本。组织律师服务团为帮助企业快速、规范复工复产，编制全国首部《民营企业合规与法律风险防控读本》。该读本着眼企业合规管理思路，分企业合规篇、企业日常合规和法律风险防范篇、

企业刑事风险防控篇三个板块，共 34 个篇章 17 万字，免费印发给深圳企业。

（二）撰写企业复工法律指引。组织律师服务团紧急为企业复工复产编写法律指引，两天时间内如期完成了包含文稿 16 篇总计 14.3 万余字的《新冠肺炎疫情影响下常见法律问题解答—企业篇（初稿）》。初稿内容涵盖企业劳工关系、合同纠纷、破产重组、融资租赁、财务管理、建设施工、适用政策等多个

专业领域，围绕当前疫情中出现的新情况、新问题为企业各项经营管理提供专业解答及建议，力争为一线企业复工复产需求提供精准服务。

（三）提供劳资双方法律参考。针对抗疫期间企业劳工问题，发布《疫情期间如何应对劳动关系》，指导企业依法依规开展生产活动，以实际行动服务深圳经济健康发展。深圳多家律师事务所也推出解读劳工关系、合同责任等问题的法律汇编或读本，为维护社会有序运作提供法律参考。

（四）开展复工复产政策宣讲。为帮助企业应对疫情，深圳律师纷纷为企业复工复产支招解难，深圳多家律师事务所开通了公益直播，针对企业复工复产面临的各项合规需求提供涉及政策解读、劳动用工、复工安排、合同违约等法律问题开展线上法律讲座；多家律师事务所成立法律服务团，下沉全市各街道开展复工复产政策宣讲及法律热点问题咨询，为企业开具法律“良方”。

（五）指导律师优化法律服务。先后编写发布新冠肺炎疫情下律师办理刑事、行政案件工作指引和 18 个专业领域的新冠肺炎疫情下律师办理业务指引，为深圳律师办理各领域涉疫情业务提供全方位、多层次的参考，帮助我市律师更好地适应当前形势，保障深圳律师代理的各类涉疫案件依法依规、高质高效办理。



# 我们遇到了未保工作 最好的时机

○郑子殷 广东省律师协会未成年人保护法律专业委员会主任

N 号房事件、鲍某明案、新城地产董事长王振华性侵害案……黑暗总是悄无声息地戕害纯真的孩童。性侵、家暴、校园欺凌……善良的人拼尽全力，只为保护孩子免受这些噩梦困扰。

处于改革开放前沿的广东，2019 年小学在校生人数已达 1033 余万，占全国 9.79%，其中留守儿童、流动儿童数量也很庞大。预防未成年人免遭侵害工作任务艰巨。

近年来，在未成年人保护领域，广东律师做了大量夯实的工作。在未成年人维权方面，广州律师办理“白云区监护人侵害案”，推动白云区团委作为申请人，撤销性侵害女儿的恶父监护权，成为全国首起以共青团名义申请撤销监护权的案例；代理“广州海珠男霸断手案”，入选最高人民检察院与共青团中央委员会评定的未成年人检察社会支持体系建设工作十大典型案（事）例之一；经办“白云区继父性侵女童案”，发现相关机构未能落实对未成年人侵害案件强制报告的义务，通过政协提案渠道，呼吁尽快出台广州市侵害未成年人案件强制报告制度及实施细则。在普法进校园方面，深圳律师依托福田区司法局成立维德法律服务中心，实施“新雨计划”项目，积极探索建立“政府—学校—社会”联动的青少年普法教育模式，截至 2019 年 12 月，在深圳地区讲授了 3232 堂法治课，569 名法律专业志愿者讲师参与授课，该项目荣获 2018～2019 广东省国家机关“谁执法谁普法”优秀普法项目；自 2018 年 5 月起，深圳市律师协会联合维德法律服务中心，共同开展“千名青年律师千场青少年法律服务”活动，为深圳市内中小学在校生开展校园普法宣讲活动，截至去年底讲授了 1600 余堂普法课，受益学生超过 8.3 万人次。本期《深圳律师》

还特设圆桌会议——驱散性侵阴霾，守护“少年的你”，直面性侵害未成年人主题，从未成年人性侵害案件的特点和办案难点，到预防未成年人性侵害等等，对预防和处理未成年人性侵害案件奉献了“深圳智慧”。广东律师一直怀着无比坚定的信念，奉献爱心、施展专业、履行责任，在未保领域做出卓有成效的贡献。

从《关于依法惩治性侵害未成年人犯罪的意见》出台、最高检发出“一号检察建议书”，到最高检成立专门负责未成年人检察工作的第九厅、民政部设置儿童福利司，再到各地推动建立“强制报告制度”“侵害未成年人违法犯罪信息库”“性侵害从业限制”“一站式询问救助平台”……不难看出，在未成年人保护领域，党和国家无不贯彻着对未成年人最大利益保护、优先特殊保护的原则，未成年人保护工作已经成为了新时代最重要的工作之一。

同时，未检工作专业化，国家监护人地位凸显；民政部门站位靠前，坚持为儿童福利兜底；群团组织给力，跨专业多领域的未成年人保护社会支持体系格局渐成。我们遇到了未保工作最好的时机。“儿童无小事”，未保工作从来都不是“小儿科”，不仅需要更多的律师奉献业余时间参与其中，更迫切需要培养职业化、专业化的权益保护推动者，否则我们将无法满足人民群众日益增长的司法需求，更无法给孩子提供专业的法律保护。

少年强，奉法者强，法治国家强。新时代未保工作任务重道远。不忘初心、牢记使命，希望深圳律师再接再厉，携手当地未成年人保护事业共同体，为我们的孩子共擎蓝天，在中国未保大业中奉献“深圳力量”！正如电影《熔炉》所说的，我们这一路的奋战，不是为了改变世界，而是为了不被世界改变。





印刷日期 2020年7月10日

编委会主任 林昌炽  
编委会成员 章成 蔡华 杨逍  
尹成刚 曾迈 江定航  
韩俊 汪腾锋  
主编 杨逍  
执行主编 李同宝 陈伟  
栏目编辑 周争锋 陈伟 杨新发  
陈旭绯 颜宇丹 杨银笛  
胡聪 屈文静 刘伟健  
责任编辑 伍春红  
编辑 刘峰 王颖 杨柳  
美术编辑 蔡永军  
电话 0755-83025789  
传真 0755-83025177  
地址 深圳市福田区深南大道4001号时代金融中心20楼  
邮政编码 518048  
电子信箱 shenzhenlawyers@163.com

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

# 目录 CONTENTS

## 卷首语 | FOREWORD ..... P1

01 我们遇到了未保工作最好的时机 / 郑子殷

## 热点 | HOTSPOT ..... P4-21

04 深圳个人破产制度“破冰”的前与后 / 卢林

09 个人破产制度能让你逃债成功？ / 杜艳芝

10 新《证券法》下的中国集体诉讼实务 / 赖冠能

14 《九民纪要》有关企业破产的要点解读 / 彭望东

18 浅析《九民纪要》对房地产行业的十点影响

/ 潘峰



## 争鸣与思辨 | THINKING & DEBATE...P22-28

22 驱散性侵阴霾，守护“少年的你” / 编辑部



## 论道 | DISCOVERY ..... P29-33

29 承租人“减免租金”法律依据的认识误区与重新理解 / 廖焯明

32 债务人欠缴款项产生的滞纳金是否属于破产债权？ / 胡聪

## 实务 | PRACTICE ..... P34-40

34 合规框架下私募基金刑事法律风险防控

/ 黄云 李佳恩

38 实际出资人在公司知情权和利润分配权诉讼中的限制 / 刘金星

## 拍案 | CASE AND EXAMPLES...P41-43

41 因使用而获得的市场区分能否成为在后申请商标的“免死金牌”？ / 孙大勇

## 生活 | LIFE ..... P44-47

44 如果孩子与工作都是梦想 / 张帆

46 审视“父亲” / 王涛

47 读《西窗法雨》有感 / 谭娇玲

## 律协动态 | INFORMATION ..... P48

# 深圳个人破产制度 “破冰” 的前与后

○卢林 国浩律师（深圳）事务所

2020年4月29日，深圳市六届人大常委会第四十一次会议对《深圳经济特区个人破产条例（草案）》进行了审议，引发了社会的广泛关注，这意味着个人破产制度在深圳“破冰”，深圳的市场主体退出机制由此更加健全。

个人破产制度在我国长期处于立法空白地带。1986年，中国出台了《企业破产法（试行）》。在上个世纪90年代酝酿修改这部法律初期，便有研究者提出，根据西方发达国家的经验，先有个人破产，后有企业破产，企业破产是个人破产的放大和延伸，中国要发展市场经济，必然应配有个人破产制度。但基于当时国内的个人信用制度和财产登记制度不完善，民众对“欠债还钱”的观念根深蒂固以及个人破产易引发逃废债务的道德风险等因素的考虑，个人破产制度未能建立，也因此，中国的破产法律常被戏称为“半部破产法”。

法律制度应促进和服务经济现实。对于当下中国，个人破产问题已经无法绕开。深圳作为法治城市示范、改革的先行区，拟出台个人破产条例，体现了深圳用足用好制度优势，敢为天下先的创新精神。

## 一、个人破产制度酝酿已久

作为一名长期从事一线破产重整和破产清算业务的律师，笔者深刻体会到我国“半部破产法”的尴尬与焦虑。2014年5月，笔者在担任第九届深圳市律师协会（以下简称“深圳律协”）公司解散与破产清算法律专业委员会主任后，遂组织委员们共同探讨深圳建立个人破产制度的可行性和必要性。尽管当时大家对这一全新的破产制度存有疑虑，但是，深圳律协本着服务于实务需要和创新精神，于同年9月，向市人大常委会提交了《关于提请深圳市人大率先在深圳经济特区实行个人破产制度的立法建议》，提议运用深圳特区立法权，探索制定《深圳经济特区个人破产条例》。同年11月，市人大召开了“个人破产条例立法座谈会”，座谈会就深圳建立个人破产制度的可行性、必要性展开了深入讨论，其间也存在不同观点的碰撞。

与会人员普遍认同有必要在深圳率先建立个人破产制度，主要基于如下理由：

第一，建立个人破产制度能更好地帮助“诚实而不幸”的债务人摆脱困境，鼓励创新创业，增强经济活力。在创新创业的过程中，部分债务人由于主观之外的原因，比如融资失败、资金链断裂等，导致债台高筑，而根据我国法律，企业破产后，个人为其提供的债务担保不会免除，这意味着即便公司破产重整了，个人依然要继续偿还相关债务。创业人想要实现二次创业，逆风翻盘，可谓困难重重。有数据显示，在个人消费信贷领域，中国家庭负债率逐年攀升，目前已超过50%，部分消费者贷款不理性甚至完全超越偿还能力，一旦遭遇失业或大病便难以按期还款，而民间催收乱象丛生，暴力纠纷频发。个人破产制度的建立将为陷入严重财务困境但诚实守信的个人提供债务重组机会，促进债务人继续创业创新。

第二，建立个人破产制度能更好地体现公平原则，维护债权人合法权益，并提示债权人在出借资金时树立“负责任信贷”理念，了解客户，做好尽职调查、个人征信报告查询，预防自然人、家庭出现过度负债

现象和未来可能发生恶意逃废债务的问题。

第三，建立个人破产制度有助于企业破产制度的进一步推进。破产法律制度的不健全，导致市场主体退出机制问题日益突出。个人破产法是企业破产法的基础，企业破产是个人破产的扩大和延伸，通过建构个人债权债务责任意识，进而建构企业债权债务责任意识，建构个人信用、企业信用，然后扩展为全社会信用责任体系。

第四，建立个人破产制度是法院审判执行工作的实际需要。执行退出机制不完善，是造成法院“执行难”问题的重要原因之一。法院可以宣告企业法人破产，通过执行退出程序，终结这类执行案件。自然人作为被执行人经强制执行无可供执行财产的案件，也属于执行不能案件，但是，由于我国没有建立个人破产制度，法院无法启动破产程序，只能按照《民事诉讼法》的规定，裁定中止执行程序或者终结本次执行程序，而无法终结案件，导致这类执行案件久拖不决。

第五，建立个人破产制度是进一步提高深圳国际化水平的需要。个人破产制度是市场经济发展比较成熟的国家和地区破产法的重要内容，美国、英国、德国、法国、日本、澳大利亚等国家以及我国香港、台湾地区都制定了个人破产方面的法律法规。借鉴发达国家和地区的做法，建立个人破产制度与国际惯例接轨，有助于提升深圳国际化水平。

此外，由深圳率先建立个人破产制度具有可行性。首先，深圳在探索建立社会主义市场经济法律体系方面积累了一定经验，迄今为止，深圳市人大及其常委会共制定法规231项，其中经济领域的法规共84项，有力促进了深圳市场经济体制的发育完善，营造了良好的市场经济环境。其次，深圳市场化程度比较高，商事主体法治意识比较强，个人破产制度在深圳有良好的实施土壤。再次，深圳有比较完备的个人信用系统和社会保障体系，经过多年的建设和发展，深圳已经建立较为完备的个人信用系统和健全的不动产登记制度，动产登记制度也正在探索建立。深圳在全国率先建立了相对比较健全的社会保障体系，可以为申请

个人破产的债务人提供基本的生活保障。最后，深圳有较为丰富破产审判经验的审判团队和优秀的破产管理人队伍。处理破产案件中，法院系统研究制定了一系列破产案件处理的规程、办法、指导意见等，已经形成了较为完备的标准化办案体系；同时，深圳有一支优秀的破产管理人队伍，目前广东省高级人民法院登记在册的深圳执业机构管理人有 57 家、个人管理人 10 人，机构管理人包括律师事务所、会计师事务所、清算公司等各个类别，从业人员超过 600 人，清算人才的数量和质量都居于全国前列。

尽管部分与会人员赞同个人破产制度在深圳建立的必要性和可行性，但仍提出了不少顾虑，主要如下：第一，我国当下社会信用体系不健全，个人征信不完善，难以支撑起个人破产制度，尤其是个人信用信息不仅涉及深圳市内，还涉及全国其他地区；第二，在深圳率先建立个人破产制度，可能导致“破产移民”的出现，各地对债务人的宽容程度不一，导致对债权人利益的保护程度存在差异；第三，公众“欠债还钱”的思想根深蒂固，政策难以被公众接受，同时可能导致部分行为人举借更多的债务和更不节俭等行为的发生。

长期以来，个人破产与社会信用体系一直处于“先有蛋还有先有鸡”的悖论中。但通过研究西方国家个人破产历史，个人破产法发端于古罗马时期，在中世纪时的意大利与英国得到较大发展。1978 年，美国破产法将消费者破产纳入其中。西方国家亦是在信用体系不健全的情况下建立个人破产制度的，破产制度其实是社会信用体系的重要组成部分。至于“破产移民”问题，可以通过完善制度加以解决，比如对条例的适用范围作出规定等。个人破产制度不仅不会导致恶意逃债，反而可以起到防范这类行为的作用。个人破产制度建立与个人财产申报制度密切相关，需要债务人自行申报财产清单，由律师、会计师、审计评估人员等专业人士来调查核实财产，并与个人信用评估、破

产后的复权机会相结合，通过环环相扣的制度设计，会给“诚实而不幸”的人东山再起的机会，也会让不诚信的人尝到苦头。

最终，本次座谈会就个人破产制度立法工作达成了较为一致的意见。深圳市人大采纳了上述立法建议，部署深圳市中级人民法院、深圳大学、深圳律协各自起草《个人破产条例》草案。

深圳律协积极响应人大号召，于 2014 年底就开始了紧锣密鼓的条例草案起草工作。由笔者牵头组织律师成立了起草小组，于 2015 年 9 月全部完成《深圳经济特区个人破产条例草案》初稿起草工作，并撰写了 35 万字立法理由、说明及各国立法例，草案共 178 个条文。

2015 年 12 月 18 日，经深圳市第六届人民代表大会常务委员会第十二次主任会议通过，《个人破产条例》正式被纳入深圳市人大的五年立法规划项目当中。

2016 年 1 月 31 日，深圳市人大六届二次会议开幕。深圳市人大代表王晓沪和其他代表共 15 人提出《关于加快制定〈深圳经济特区个人破产条例〉的议案》，议案后附了笔者主编的《深圳经济特区个人破产条例草案建议稿附理由》<sup>①</sup>，一并提交至市人大。同时，市人大代表于秀峰等 17 名代表向人大提出“关于加快制定《深圳经济特区个人破产条例》的建议”。上述议案于 2016 年 2 月 3 日获得市人大第六届二次会议主席团审议通过，列入了大会议案审查委员会决定正式立案的七件议案中。

## 二、重磅文件助推立法新进展

在深圳市人大、深圳市中级人民法院、深圳律协等多方的共同努力下，个人破产制度在深圳建立已初见曙光，但基于个人破产制度涉及面之广，对公民基本权利影响之大<sup>②</sup>，深圳市人大向全国人大请示，全国人大常委会彼时对个人破产地方立法持谨慎态度，担心破坏法律统一性，同时草案涉及限制人身自由的

强制措施和处罚，存在违反《立法法》第八条规定的潜在可能，因此，全国人大常委会提出对草案需进一步论证。

2017 年，深圳市人大常委会授权深圳市中级人民法院，落实王晓沪等 15 名人大代表的议案。深圳市中级人民法院就此组织召开了座谈会，会上大家一致认为应当加速个人破产条例的制定。司法界也愈加重视个人破产制度在司法实务中可能发挥的积极作用。2018 年 10 月 24 日，最高人民法院院长周强在向全国人大常委会报告执行工作时表示，“基本解决执行难”处于攻坚克难的最后关键时期，也到了推动长远解决执行难问题的窗口期，建议完善执行立法，推动建立个人破产制度，畅通案件依法退出路径。2019 年 5 月 8 日，浙江省台州市中级法院发布《执行程序转个人债务清理程序审理规程（暂行）》，对个人破产制度的施行进行了积极探索。

伴随市场经济活动的不断深入，为鼓励民营企业、创业企业的发展，满足社会发展所需，在积累前期研究和实践经验的基础上，2019 年 6 月 22 日，国家发改委等 13 个部门联合印发了《加快完善市场主体退出制度改革方案》。该方案为当下及未来中国市场主体有效退出提供了进一步的政策指引，包括研究建立个人破产制度，重点解决企业破产产生的自然人连带责任担保债务问题；明确自然人因担保等原因而承担与生产经营活动相关的负债可依法合理免责；逐步推进建立自然人符合条件的消费负债可依法合理免责，最终建立全面的个

人破产制度。同年 8 月 9 日，中共中央、国务院印发了《关于支持深圳建设中国特色社会主义先行示范区的意见》，该意见指出要坚持全面深化改革，用足用好制度优势，确定了深圳作为法治城市示范，用法治规范政府和市场边界，营造稳定公平透明、可预期的国际一流法治化营商环境的战略定位。

这两份重磅文件的出台，特别是《关于支持深圳建设中国特色社会主义先行示范区的意见》，为深圳市率先建立个人破产制度传递了明确的政策信号。深圳人大积极把握政策良机，用足用好深圳作为经济特区的制度优势，推动立法工作向纵深发展。

## 三、个人破产制度在深圳“破冰”

2020 年 2 月，深圳市人大常委会就个人破产条例草案向笔者个别征求意见。笔者提出，为维护深圳广大创业者的合法权益，鼓励创新创业，建议将原先草案中第二条第一款“本条例适用于户籍所在地在深圳经济特区，且连续居住一年以上的自然人”后增加“或在深圳经济特区连续缴纳社保三年以上的自然人”。



①《深圳经济特区个人破产条例草案建议稿附理由》一书中吸收了《深圳经济特区个人破产条例草案》初稿内容，该书结合深圳地区发展的实际，在深圳制定个人破产条例提出建议草案，在国内个人破产理论和实际相结合的研究方面较为靠前，具有理论创新的先导性和实务操作的实用性。

②例如，《个人破产条例草案》中关于“失权”制度的规定，失权内容具体包括不得在乘坐交通工具时选择飞机、列车软卧、轮船二等以上舱位、动车组列车一等以上座位；不得在三星级以上宾馆、酒店、夜总会、高尔夫球场等场所进行消费；不得购买不动产、机动车辆；不得新建、扩建、装修房屋；不得旅游度假；不得支付高额保费购买保险理财产品等。

4月14日，深圳市人大常委会举行了深圳经济特区个人破产条例征求意见座谈会。座谈会上，笔者结合自身多年的实务经验，提出了些许意见和建议，部分得到了采纳与吸收。比如草案第一百一十八条规定的免责考察期限届满，债务人可以申请复权，但实际上，免责制度与失权、复权制度在个人破产领域属于两种独立的制度，免责考察期与失权期不一定要重合，因此，笔者建议，债务人申请复权的时间并不一定要以免责考察期满为前提条件。又比如破产案件繁简分流，部分案件可适用简易程序的建议，该建议是在参考分析香港破产案件情况的基础上提出的。香港每年有近两万起破产案件，其中主要是个人破产案件，香港人口是深圳人口的一半，以深圳目前从事破产案件的法官人数来看，显然不足以匹配未来个人破产案件发生的数量，制定简易程序有助于及时解决纠纷，提高司法效率，减轻司法系统工作的压力。通过广泛听取意见与建议，深圳市人大常委会最终决定将制定个人破产条例列入了2020年的立法计划。4月29日，深圳市六届人大常委会第四十一次会议上对《深圳经济特区个人破产条例（草案）》进行了审议，意味着个人破产制度在深圳“破冰”，深圳的市场主体退出机制由此更加健全。

#### 四、个人破产制度前瞻

据统计，深圳商事主体总量达到313.9万户，继续保持全国大中城市首位；每千人拥有商事主体241户，拥有企业149.1户，创业密度稳居全国第一。个人破产制度率先在深圳破冰，体现了深圳作为经济特区，用足用好制度优势，为推动特区经济高质量发展，解决市场主体退出难题提交的深圳答案。目前该草案还需征求社会意见，有望在今年下半年正式出台。

《个人破产条例（草案）》的审议通过不意味着个人破产相关配套制度的完善。换言之，该项制度要真正发挥实效，仍需建立健全相关配套制度。结合对各国立法的了解以及实务经验的总结，笔者认为，以下方面值得我们深圳律协以及律师界同仁后续关注和重点探讨：第一，需进一步完善自由财产制度。尽管草案对债务人自由财产进行了列举式的规定，但自由财产的范围还需进一步明晰，比如将债务人的相关职

业发展必需品纳入自由财产的范围。考察各国立法例，自由财产的范围一般包括了债务人为职业发展所必需的相关工具、物品、书籍和其他物品等，以凸显个人破产制度的挽救功能，帮助债务人“重新开始”。第二，建立个人征信恢复制度。个人破产制度与信用制度是相互促进、共同发展的关系。申请破产的个人复权后，需会同中国人民银行等征信机构协商确立个人信用恢复制度。第三，律协应加强破产法的培训。基于我国实情，目前具备从事个人破产业务知识和经验的人员仍较为短缺，草案第三十三条规定了律师经破产事务管理部门考核合格后可担任管理人，可见未来在此领域，律师有大量的业务开拓空间，律协也将积极承担责任，组织好律师业务培训工作。第四，鼓励资本进入个人破产领域，积极探索建立法庭外个人破产清算模式的建立。该模式旨在应对未来可能发生的大量破产案件，债权人与债务人在庭外就破产清算达成一致意见，从而有效减轻法院负担，降低当事人成本。引入社会力量的参与也可创新治理模式，体现共建共治共享的社会治理理念，例如由金融机构及其他企业和社会组织等设立个人债务清理基金，用该基金来分担债务清理的费用，达成经济效益与社会效益的统一。

2020年受新冠肺炎疫情影响，全国不少地区企业、个体工商户的经营受到了阻碍，客观上导致了群体性债务危机的发生，使得个人破产制度立法成为一个亟待解决的问题。2020年5月18日，中共中央、国务院再次出台重磅文件，发布《关于新时代加快完善社会主义市场经济体制的意见》，提出改革完善企业破产法律制度，推动个人破产立法，建立健全金融机构市场化退出法规，实现市场主体有序退出。

个人破产立法已箭在弦上，而此项制度在深圳的试点和破冰，必将对我国破产制度的完善起到积累经验的作用。个人破产制度在深圳的确立及实施仍任重而道远。从深圳律协第一次向深圳市人大常委会提交建立个人破产制度的书面建议至今，已经过去六年。六年里草案从无到有，不断完善，凝结着我们共同的努力与智慧的结晶，往后我们也将一如既往地支持深圳个人破产制度的落地施行，推动相关配套措施的建立健全，为深圳营造良好的法治营商环境，贡献我们作为法律人的一份力量。

最近，《深圳经济特区个人破产条例（草案）》公开征求意见，但有不少人更加忧虑会不会让逃债者多一方利器？因为个人破产条例开宗明义就是“促进诚信债务人经济再生”，并因此豁免债务人的部分债务。但谁来定义“诚实人”？不少人质疑个人破产制度给逃债提供保护，其实这样的担心及防范始终贯穿在立法过程中。

我们先试着推演一下通常的逃债路径，判断一下逃债与个人破产制度的关系。实体企业比较典型的逃债方式是，A公司负债若干，将全部生产设备和存货转入与A完全无关的B公司另起炉灶生产，债权人只好“望洋兴叹”。还有典型的案例，债务人逃一大笔债，被判坐两年牢，出来还是好汉一条，照样吃香喝辣。法律对逃债的惩罚畸轻，为一笔巨款铤而走险的邪路子就会经常被人惦记。

个人破产条例因为一开始就带有防止逃废债务的责任，防止法律被人利用、滥用、盗用的防范态度，因此对于债务人逃债来了个层层设防。

第一层防线：债务人申请破产的，应当向人民法院提交诚信承诺书、破产经过说明。先“宣誓”自己是诚信的，违背誓言是不是有一点压力？“人而无信，不知其可”。

第二层防线：第十五条规定，人民法院审查破产申请时，发现申请人基于转移财产、恶意逃避债务、损害他人信誉等不正当目的妨害破产程序的，将裁定不予受理或者受理后裁定驳回申请。

第三层防线：第二十二条规定了破产过程中债务人的义务。而第二十五条规定了债务人财产变动报告义务，债务人应当申报自人民法院受理破产申请之日起三年内的财产变动状况。正常情况下，很少有人会在三年前就设计为了将来破产开始安排转移财产，毕

竟破产也不是什么好事，但个人破产制度还是将三年前可能涉及资产转移的项目均列为债务人申报内容，不得不说这个防范很严密。

第四层防线：要求管理人履行调查债务人财产状况和受理破产申请之日起前三年的财产变动情况，以及对债务人非法处理财产行为的撤销权。换一个通俗的说法，即在破产前债务人实施的非法转移资产行为将被追究责任，并且将这种追究的责任规定为管理人责任。

第五层防线：第一百三十七条明确规定，债务人存在逃债行为的，不得免除剩余债务，这样就让以豁免债务为破产目的的债务人无法实现破产初衷。

第六层防线：第一百五十二条严格规定了债务人逃债应该承担民事责任，并直至刑事责任，具体情形可阅原文。

第七层防线：为了防止逃债，第一百五十三条对于债务人配偶、近亲属的法律责任进行了规定，即债务人的配偶、共同生活的近亲属等利害关系人与债务人共同逃债的，将由人民法院依法处理；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

从要求债务人诚信宣誓，到债务人财产报告制度，再到债务人转移财产的民事责任和刑事责任追究，个人破产制度理论上对逃债防范堪称完美。个人破产制度中的部分债务豁免制度会否成为逃债动力，其实是一件险中求“逃”的事情，因为债务人必须在破产过程中让渡全部财产信息，在债权人眼皮底下原形毕露的风险还是很大的，尤其是该条例按照国际化标准创设了破产事务行政管理部门介入破产程序，我们有理由寄希望于府院联动合力追索逃之夭夭者。

个人破产制度之所以严防死守逃废债务，是希望发挥其重在救助诚实而不幸的债务人的制度优势，让诚实而不幸的债务人有机会选择浴火重生。

## 个人破产制度能让你逃债成功？

○杜艳芝 广东经天律师事务所

# 新证券法下的 中国集体诉讼实务

○赖冠能 北京市隆安（深圳）律师事务所

我国新修订的《中华人民共和国证券法》（以下简称“证券法”）自2020年3月1日起施行，除规定全面实施注册制外，另一创举就是建立了中国特色的证券集体诉讼制度。在现有的代表人诉讼的基础上，创设了全新的以“默示加入、声明退出”为核心的中国式集团诉讼模式。随后，上海金融法院和深圳市中级人民法院（以下简称深圳中院）相继出台了相关规定指引，确保了集体诉讼制度的落地实施。由此，对于集体诉讼的实务研究亟待开展。

## 一、渊源——美国集团诉讼

我国新证券法创设的集体诉讼制度，借鉴的是美国的集团诉讼。集团诉讼是指由一个或者数个代表人，为了集团全体成员共同的利益，经法院许可，代表所有成员进行的诉讼。集团诉讼起源于英美衡平法下的代表人诉讼，即由具有“相同利害关系”的多数人推选诉讼代表人，判决适用于全体被代表人，法院对是否构成集团诉讼享有审查权，对于符合集团诉讼条件的，则颁发集团诉讼令。1853年，美国联邦最高法院通过判例确立了集团诉讼制度。1938年美国《联邦民事诉讼规则》打破集团诉讼只适用于衡平法救济的传统，将集团诉讼引入普通法救济领域。1966年美国国会修订该法第23条，增设了集团成员范围的“声明退出”规则，至此，美国现代版的集团诉讼终告成型<sup>①</sup>。

集团诉讼有加入制和退出制两种模式。加入制集团诉讼，是指集团成员的确认必须经过登记，未经登记的受害者将不视为当事人。英国为加入制集团诉讼的代表。相反，退出制集团诉讼中，所有被通知的具有共同利益的受害者均被推定为集团成员，除非明示退出。美国为退出制集团诉讼的典型代表，后来韩国、澳大利亚也相继效仿。

研究表明，尽管有种种弊端，但退出制集团诉讼取得了相对较好的效果，并最终被我国集体诉讼制度所采用。

## 二、我国集体诉讼制度的建立

新证券法实施前，我国的证券诉讼主要以传统的单独诉讼和共同诉讼方式进行，实践中通常的做法是分别立案、集中审理、批量裁判。虽然最高人民法院2003年出台的《关于审理证券市场虚假陈述案件司法解释》明确规定了人数确定的代表人诉讼，但实践中鲜有采用。至于《民事诉讼法》第54条规定的人数不确定的代表人诉讼，则一直被限制适用于证券诉讼领域，直至新证券法确立了代表人诉讼在证券诉讼中的地位后，今年3月份，才有杭州市中级人民法院在审理投资者诉五洋债虚假陈述索赔系列案件中的采用，该案成为证券诉讼领域首例采用人数不确定的代

表人诉讼的司法实践。这些诉讼方式均须投资者主动申请加入，而由于证券群体性纠纷普遍存在“小额多数”的特征，受侵害的投资者遍布各地，囿于专业能力不足、诉讼成本（包括机会成本）往往与胜诉金额不匹配等因素，投资者起诉维权的意愿较低，容易陷入“集体行动困境”，无法达到理想的效果。

近些年来，司法实践中有一些创新性的机制，如证券支持诉讼、示范判决加平行案件调解机制等，对于构建多元化的证券纠纷解决方式、化解证券群体性纠纷起到了积极作用。但是，证券支持诉讼须由投资者保护机构（以下简称“投保机构”）发起，且仅针对部分典型案件，受支持的投资者人数极少；示范判决制度也仅在部分地区试行，从中受益的投资者非常有限。同样地，这些机制也无法解决集体行动问题。

由于上述证券诉讼机制在保护投资者方面仍显乏力，加之此前证券法规定的处罚数额很低，威慑力严重不足，证券违法的成本极低，虚假陈述、内幕交易、操纵市场等违法行为屡禁不止，近期又出现了康得新、康美药业等财务造假恶性案件，极大地打击了投资者的信心，对证券市场造成了极为恶劣的影响。社会普遍呼吁建立“默示加入、声明退出”的集团诉讼制度，以加大对中小投资者的保护，震慑不法分子。正是在这样一个时代背景下，历经数年修订的新证券法终于在四审稿中开创性地设立了“中国特色的集体诉讼制度”，实现了退出制集团诉讼的目的。

## 三、新证券法关于集体诉讼的规定

我国的证券集体诉讼是在代表人诉讼的基础上建立的。首先，新证券法通过第95条第1款和第2款明确了人数确定的代表人诉讼和人数不确定的代表人诉讼在证券诉讼中的适用。其次，创设第3款，通过在代表人诉讼中由投保机构为全体集体成员登记的方式，实现了“默示加入、明示退出”的集体（团）诉讼。具体为，在法院决定采用人数不确定的代表人诉讼、发出公告并受理登记时，投保机构受50名以上投资者委托，可作为代表人参加诉讼，并为经证券登记结算机构确认的权利人（适格原告）办理登记，从而实

<sup>①</sup>郭雳：《美国证券集团诉讼的制度反思》，载《北大法律评论》，2009年02期，第428页。

现全体集体成员的“默示加入”，同时赋予其明示退出的权利，巧妙地实现了中国式的集团诉讼。

前两款早在《民事诉讼法》第 53 和 54 条中就已规定，并无新意，而第 3 款则是披着代表人诉讼外衣之下的重大创新。我国现行民诉法实行不告不理原则，原告必须主动提起诉讼，无论是人数确定的还是人数不确定的代表人诉讼，原告均须主动加入。如若由证券法直接创设退出制集团诉讼，无疑与现行民诉法不符。因而，为了不突破现行民诉法的框架，立法者巧妙地借用了该法第 54 条规定的人数不确定的代表人诉讼制度，通过由投保机构为全体适格投资者办理登记的方式，实现了看似加入制、实为退出制的效果，实现了集团诉讼的目的。

#### 四、我国集体诉讼的具体实施

由于新证券法关于集体诉讼的内容只有一个条款，为了解决实施落地问题，3 月 24 日，上海金融法院发布了全国首个证券纠纷代表人诉讼机制<sup>②</sup>；4 月 20 日，深圳中院发布《关于依法化解群体性证券侵权民事纠纷的程序指引（试行）》，提出了解决群体性证券民事纠纷的系统化方案。两个规定均对集体诉讼制度的具体实施进行了专门规定，而在具体的操作细节上，两个法院又各有异同。

对于新证券法第 95 条第 3 款规定的集体诉讼，上海金融法院称之为特别代表人诉讼（与之相对应的，第 1 款和第 2 款规定的代表人诉讼称为普通代表人诉讼），而深圳中院则称之为“默示加入”的人数不确定的代表人诉讼，本文则不妨直接称之为集体诉讼。

##### （一）适用范围

上海金融法院明确规定证券集体诉讼只限于证券虚假陈述、内幕交易、操纵市场等引发的大规模侵权案件，其他群体性金融民商事纠纷可以参照关于普通代表人诉讼机制的规定处理。深圳中院则在前述三类案件的基础上增加了“欺诈发行责任纠纷”。笔者认为，欺诈发行也属于虚假陈述的一种，深圳中院在指引中将其并列，想必是因新证券法也有相关表述，如第 93 条“发行人因欺诈发行、虚假陈述或者其他重大违法

行为给投资者造成损失的”。

笔者预计，短期内，我国的证券集体诉讼多半只会出现在虚假陈述（含欺诈发行）案件中，因为目前仅有这类案件出台了专门的司法解释，通过信赖推定的方式，大大减轻了投资者对交易因果关系的举证责任。实践中投资者起诉的多为这类案件，较为容易满足 50 人以上的适用条件。而对于内幕交易和操纵市场案件，由于至今没有出台相关司法解释，投资者很难完成交易因果关系的举证责任，近二十年来起诉者寥寥，胜诉者更是无几，恐难达到 50 名以上适格投资者的适用条件。

##### （二）前置程序

深圳中院规定提起虚假陈述、内幕交易、操纵市场、欺诈发行等侵权诉讼，仍应适用前置条件，即在起诉前存在认定被告存在虚假陈述的前置程序，但对前置程序的认定范围有所扩大，除了相关行为被行政处罚和认定构成犯罪外，还增加了“可以认定构成证券市场虚假陈述、内幕交易、操纵市场、欺诈发行等侵权行为的其他证据”。笔者理解，如存在证券交易所作出纪律处分、发行人自认等情形，可视为“其他证据”。比如，在近期发生的浑水公司做空瑞幸咖啡事件中，瑞幸咖啡已公告承认自己存在财务造假，即已符合前置条件。

##### （三）管辖

目前来看，对于集体诉讼的管辖，法院并无专门规定，仍与此前一致。以当前审理虚假陈述案件为例，主要由直辖市、省会城市、计划单列市、经济特区所在地的中级人民法院专属管辖。而对于科创板上市公司案件，则一概由上海金融法院集中管辖。

##### （四）公告发布与成员登记

深圳中院规定，先由法院发布公告，投保机构（受 50 名以上投资者委托）作为代表人参加诉讼，并为证券登记结算机构确认的权利人向法院登记，或接受法院委托代为登记，然后再由投保机构发布集体诉讼公告，投资者可在公告期内选择退出。此外，投保机构对于和解、调解、变更（或放弃）全部（或部分）诉讼请求、宣判、上诉及申请强制执行等重要诉讼事项，均应通过适当形式及时告知全体原告。上海金融法院的做法是，先由投保机构事先取得 50 名以上投资者

委托并向法院申请参加诉讼，法院审查同意后再发布案件受理公告，确认采取集体诉讼，投保机构再向证券登记结算机构调取权利人名单并向法院申请登记。

相较而言，深圳中院的做法更符合新证券法的规定，但最终是否发动集体诉讼取决于投保机构，法院存在无法掌控的风险，而上海金融法院则要求对投保机构进行事先审查，最终的发动权掌握在法院手中。

##### （五）诉讼费用

两地法院均规定集体诉讼案件不预交案件受理费，结案后按照诉讼标的额由败诉方交纳。

##### （六）特别授权问题

两地法院均规定，投保机构接受 50 名以上投资者委托作为代表人参加诉讼时，应取得委托人的特别授权。委托人不同意特别授权的，视为明确退出代表人诉讼，可以另行起诉。对于通过证券登记结算机构确认登记的成员，投保机构自动享有特别授权，有权代表全体成员撤销或变更诉讼请求、进行和解或调解、提起或撤回上诉、申请强制执行。

上述规定或存在法理上的问题。如前所述，集体诉讼是从人数不确定的代表人诉讼衍生而来，其目的是为了不脱离《民事诉讼法》的框架。《民事诉讼法》第 54 条明确规定，代表人进行变更、放弃诉讼请求或者承认对方诉讼请求、进行和解等特别事项，须经被代表的当事人特别授权。沪深两地法院的做法显然与规定不一致。不过，此实为无奈之举。由于集体诉讼成员人数众多，如要求投保机构必须取得全体成员特别授权，显然存在现实困难，而且这也丧失了“默示加入”的意义。而如无特别授权，则投保机构无法行使变更、放弃诉讼请求，无法进行和解、调解，集体诉讼势必难以进行，这也与我国化解群体纠纷时重和解、调解的司法理念不符。因此，法院不得不赋予投保机构特别授权。

为了缓和上述问题，上海金融法院赋予了被代表的成员二次退出的权利，包括：1. 投保机构与被告达成和解、调解的，原告可在公告期间内向投保机构声明退出，和解或调解协议的效力不及于声明退出的原告；2. 在是否上诉的问题上，一审判决后，投保机构上诉的，原告可以明确表示不上诉；投保机构不上诉的，原告可以明确表示上诉。深圳中院则规定，投保机构与被告达成和解或调解的，原告无权退出；原告

没有上诉权，投资者对一审裁判不服的，可以向投保机构提出，由投保机构根据决定是否提起上诉。

笔者认为，上海金融法院的做法，既赋予了投保机构特别授权，又将最终的处分权归还给投资者，一定程度保障了原告的自主选择权，其做法更为稳妥。深圳中院的做法则更为激进，剥夺了原告的处分权，与《民事诉讼法》的规定难谓相符。但客观地说，深圳中院的做法更有利于高效地处理大规模的集体诉讼，更接近集团诉讼的要义。笔者期待最高法院尽快出台司法解释，统一尺度，如要从根本上解决此问题，恐需修改《民事诉讼法》相关规定方可。

##### （七）法院对和解、调解协议的审查权

两地法院均规定，投保机构代表原告与被告达成和解或调解协议的，和解或调解协议内容须经法院审查确认。这与美国集团诉讼的做法相一致，有利于保护缺席原告的利益，防止代表人与广大集体成员存在利益冲突。

##### （八）投保机构辅助参与执行

两地法院均明确建立投保机构辅助参与生效判决执行的机制。借鉴万福生科、绿大地等案件中先行赔付的做法，判决生效后，法院可将执行款项交由投保机构提存，由投保机构通过证券交易结算系统向胜诉原告进行二次分配，便捷、高效地完成执行分配问题。

## 结语

在新证券法实施后，我国的证券群体性诉讼，既可采用传统的单独诉讼或合并共同诉讼的方式，又可采用普通代表人诉讼方式，并可视情况转换为“默示加入、明示退出”的集体诉讼，实现了加入制和退出制的巧妙融合，无疑是立法上的重大创新。不过，集体诉讼威力巨大，法院一定会慎用。可以预料的是，在新证券法实施之初，对于大部分案件，法院仍然会采用合并审理、示范判决加委托调解、普通代表人诉讼等方式，只有对于性质非常恶劣、影响巨大的案件，才会有条件地启动集体诉讼这一“大规模杀伤性武器”。

②《上海金融法院关于证券纠纷代表人诉讼机制的规定（试行）》。

# 《九民纪要》有关企业破产的要点解读

○彭望东 北京市盈科（深圳）律师事务所

2019年11月14日，最高人民法院发布了《全国法院民商事审判工作会议纪要》（以下简称《九民纪要》），《九民纪要》全文十二章130条，内容详实，掀起了法律工作者的学习热潮。关于破产案件审理部分的内容在第十章，共计12条，对破产审判方面的前沿疑难问题作了详细的规定，为适用《企业破产法》作了新的指引。《九民纪要》关于破产部分虽仅有12条，但内容十分丰富，由于篇幅所限，笔者从中梳理出其中最有感触的十个要点进行简要解析。

## 一、明确不得以“影响社会稳定”等非法定理由拒绝接受破产申请材料，破解立案难

长期以来，破产案件的立案是一个大难题。根源

在于很多国人，甚至是一些政府官员、审判人员思维没有转变过来，这些人不理解完善市场主体救治和退出机制对社会主义市场经济的健康发展具有重要的意义，而是认为申请企业破产纯粹是来添乱的。

为推进破产审判工作，近两年来，最高人民法院和其他部委陆续出台司法解释和文件。2018年3月4日，最高人民法院印发了《全国法院破产审判工作会议纪要》；2019年3月28日起《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定（三）》施行；2019年7月16日，国家发改委、最高人民法院等十三个部门联合发布了《加快完善市场主体退出制度改革方案》，这些文件的出台，对完善破产制度提供了强有力的保障。

但冰冻三尺非一日之寒，破产案件立案难的问题并未得到根本性的解决。为此，《九民纪要》107条规定，“人民法院不得以非法定理由拒绝接收破产申请材料”，且明确规定“不应当以影响社会稳定之名，行消极不作为之实”。最高院如此旗帜鲜明地规定不能以维稳的名义不予立案实属罕见。可以预见，破产案件的立案数量将迎来持续的井喷。

## 二、明确人民法院应和税务机关、公安机关、海关等国家行政机关积极协商解除保全措施，中止执行程序的相关事宜

《企业破产法》规定了破产案件受理后相关保全措施应予解除、相关执行措施应予中止、债务人财产应当及时交付管理人等规定，但在执行相关规定时也遇到一些难题。

国家行政机关是否有解除保全措施的义务，恐怕是其中最大的一个难题。《企业破产法》第十九条规定“人民法院受理破产后，有关债务人的保全措施应当解除，执行程序应当中止”，但并没有规定具体如何操作。《企业破产法》司法解释二则规定“相关单位”应当及时解除对债务人财产的保全措施。“相关单位”，是一个很笼统的说法，从字面上解释，“相关单位”可以涵盖国家行政机关，但是现实很骨感，管理人对是否可以要求海关、公安机关等单位解除保全措施、交付债务人的财产根本没有底气。为解决这个难题，《九民纪要》第109条规定，人民法院应当积极和税务机关、公安机关、海关等进行协调和沟通，取得有关机关的配合，解除有关保全措施。该规定比《企业破产法》及其司法解释二前进一步，对如何解决具有强制执行力的国家行政机关的查封事宜，取得了一定的突破。

## 三、明确对新提起的要求债务人清偿的民事诉讼，人民法院不予受理

《九民纪要》规定，受理破产申请后，债权人不得向人民法院提起要求债务人清偿的民事诉讼。这是因为，《企业破产法》已经确立了债权申报制度，债权人应按照《企业破产法》规定的程序及时申报，管理人收到债权申报材料后，对申报的债权进行审查，

并编制债权表。如果允许债权人向法院提起相关诉讼，势必会对申报制度形成冲击，且不利于破产程序的正常进行。

当然，债权人的救济手段并不仅限于申报债权。如果债权人对债权表记载的债权有异议的，根据《企业破产法》第五十八条和《九民纪要》第110条的规定，可以向人民法院提起债权确认之诉，以维护自己的权益。

## 四、建立了债务人自行管理的终止制度

《九民纪要》第111条，规定了在重整期间债务人自行管理的适用条件。尽管没有明确规定，人民法院应该优先考虑债务人自行管理，但仔细研读该条规定，并对比《企业破产法》第七十三条规定，不难发现最高院的最新态度倾向于债务人能够自行管理的则由其自行管理。确实，按照目前遴选的管理人团队，若要专业管理一家企业难度不小，终究是债务人自己对企业的运作最为熟悉和专业。

如果债务人在自行管理期间存在欺诈、恶意减少债务人财产或其他显著不利于债权人的行为，或由于债务人的行为致使管理人无法执行职务的，按照《企业破产法》第七十八条规定，经管理人或者利害关系人请求，人民法院应当裁定终止重整程序，并宣告债务人破产。《九民纪要》则规定，可以仅仅申请人民法院作出终止债务人自行管理的决定。这意味着，债务人存在严重损害债权人利益的行为或者有其他不适宜自行管理情形的，不代表必然终止重整程序并宣告债务人破产，而可能只是终止债务人的自行管理行为，改由管理人接管债务人的财产和营业事务，并由管理人依照《企业破产法》第八十条的规定制作重整计划草案。

## 五、规定重整中担保物权的恢复行使和限制的条件

《企业破产法》第七十五条规定了在重整期间，担保物权暂停行使，但担保物有损坏或者价值明显减少可能的除外。《九民纪要》对此有进一步的规定和突破。

《九民纪要》规定，管理人或者自行管理的债务人不认为担保物是重整所必需的，则应及时拍卖或者变卖担保物。这就意味着不以担保物损坏或者价值明显减少为前提，只要不是重整所必需的，担保物权人

就有权要求及时行使担保物权。

另一方面，在担保物权暂停行使期间，如果担保物损坏或者价值有明显减少的可能的，也不是必然可以恢复行使担保物权。《九民纪要》规定，有证据证明担保物是重整必需，并且管理人或者自行管理的债务人提供与减少价值相应担保或者补偿的，人民法院应当裁定不予批准。这就是对恢复行使担保物权的限制制度。综合来说，《九民纪要》对担保物权的行使进行了详细的规定，使得管理人和担保物权人有法可依。

#### 六、重整计划执行期间，因重整程序终止后新发生的事实或者事件引发的有关债务人的民事诉讼，不适用集中管辖规定

相关诉讼集中管辖是《企业破产法》的一大特色。《企业破产法》第二十一条规定，人民法院受理破产申请后，有关债务人的民事诉讼，只能向受理破产申请的人民法院提起。《九民纪要》对此有一定的突破。

《九民纪要》第113条规定，重整计划执行期间，因重整程序终止后新发生的事实或者事件引发的有关债务人的民事诉讼，不用集中管辖。值得引起注意的是，不是所有的新案件都不用集中管辖，而是特指重整计划执行期间，因重整程序终止后新发生的事实引发的诉讼，此前发生的事由而导致的诉讼还是应遵守集中管辖的规定。而且，也不需要由管理人代表债务人进行诉讼，而是由债务人自行应诉。当然，如果重整计划有特别约定应由管理人代表债务人参加诉讼的，则从其约定。

#### 七、确立预重整制度，为改善营商环境提供更多解决方案

预重整制度是目前我国破产法理论界的一个热门话题。早在1990年，美国司法界已经开始实施预重整制度，而我国《企业破产法》并没有相关规定。我国法院系统出台关于预重整规定的是浙江省高级人民法院于2013年发布的《关于企业破产案件简易审若干问题的纪要》（浙高法〔2013〕153号）。该纪要第九条第三款规定，“法院受理企业和解或重整申请后，可以以预登记期间（含集中管辖期间）形成的债务清偿方案或资产重组方案为基础，由债务人或管理

人制定和解协议草案或重整计划草案，通过债权人会议予以确认”，这一规定已经具备了预重整制度的基本特征。

最高人民法院第一次正式提出要对预重整制度进行研究是在2017年，最高院出台《关于为改善营商环境提供司法保障的若干意见》（法发〔2017〕23号），第16条规定推动完善破产重整、和解制度，促进有价值的危困企业再生……积极推动构建庭外兼并重组与庭内破产程序的相互衔接机制，加强对预重整制度的探索研究。再到2019年，国家发改委、最高院等十三个部门联合发布《加快完善市场主体退出制度改革方案》提出要“研究建立预重整和庭外重组制度”。

《九民纪要》第115条关于庭外重组协议在重整程序中的延伸之相关规定，可谓是确立了预重整制度。即受理重整前，债务人和债权人达成的有关协议与重整计划草案一致的，视为债权人对重整计划草案的同意；如果与重整计划草案不一致且不利于债权人的，则不视为同意。预重整制度的设立引来了律师界的一片叫好声，同时我们也期待经过实践的不断探索，能够总结出符合我国国情且更详尽的相关经验。

#### 八、规定了审计、评估等中介机构的责任

《企业破产法》第二十八条规定，管理人经人民法院许可，可以聘用必要的工作人员。在过去，管理人需要聘请的工作人员主要为审计、评估和拍卖机构，目前，拍卖基本上委托淘宝平台进行拍卖，因此，聘用的中介机构集中在审计和评估方面。

《九民纪要》第116条规定，经人民法院许可后，管理人可以自行公开聘请中介机构。中介机构因不当履行职责造成损害，由中介机构承担赔偿责任。如果管理人在聘用过程中存在过错，应当承担补充赔偿责任，即首先由责任人中介机构承担赔偿责任，在主责任人不能承担全部赔偿责任的情况下，由管理人对未赔偿部分补充承担。《九民纪要》的规定，大大减轻了管理人的执业风险。而且，如果管理人在聘任过错中程序合法，在聘用中介机构过程中，在行使监督权方面勤勉尽责，管理人亦无须承担补充赔偿责任。

值得一提的是，在实务中，人民法院一般采用摇号方式选定中介机构，而能够成为备选的中介机构，

人民法院事先经过了严格的遴选程序。如《深圳市中级人民法院破产案件管理人工作规范》第三十二条规定：“管理人对债务人财产进行审计、评估、拍卖应当申请本院以摇号方式确定中介机构”，也就是说，中介机构的入围和最终选定（通过摇号方式）都是由法院一手操办的，管理人并没有自主权。笔者认为，这种情况下中介机构因履职产生损害行为，管理人不应承担补充赔偿责任。尽管中介机构基本通过这种机制产生，但是一些特定的财产可能令入围的中介机构无法评估，因此，《九民纪要》的规定还是有其存在的必要性。

#### 九、确定了破产清算中相关责任人不履行配合清算义务导致无法清算或者造成损失的法律后果

2008年，最高人民法院公布了《关于债权人对人员下落不明或者财产状况不清的债务人申请破产清算案件如何处理的批复》，该批复规定，债务人的有关人员不履行法定义务，人民法院可依据有关法律规定追究其相应法律责任；其行为导致无法清算或者造成损失，有关权利人起诉请求其承担相应民事责任的，人民法院应依法予以支持。

这里的有关人员是指债务人的法定代表人、财务管理人员和其他经营管理人员。不履行法定义务是指故意逃避不依法申请破产清算以及不提供主要财产、财务账册等配合清算的义务。此前，在一些破产案件中，比如深圳中院的三级管理人的破产案件中，很多案件的法定代表人、财务人员、股东等下落不明，无法联系。因此，有很多债权人根据最高院的这个批复以及《公司法司法解释二》<sup>①</sup>的规定，要求股东承担连带清偿责任并得到了人民法院的支持。

《九民纪要》对此予以回应，要求不得根据《公司法司法解释二》的规定来判定相关主体的责任，避免不当突破股东有限责任原则。人民法院可以根据《企业破产法》第126条、第127条规定追究其法律责任。这体现了最高院秉承破产部分归属于破产法（而不是公司法）约束的司法精神。

#### 十、鼓励当事人通过和解程序实现多方利益共赢

《九民纪要》对破产重整寄予厚望这是意料当中的，但是《九民纪要》竟在两处分别提及和解程序，这是出乎意料的。一处是在总说部分，“鼓励当事人通过和解程序或者自行和解的方式实现各方利益共赢”，另一处是在107条规定“注重发挥和解制度简便快速清理债权债务关系的功能”。显然，最高院期待在破产案件中和解程序能够发挥其独特的作用。

在实务中，进入和解程序中的案件很少。这是因为：1. 和解往往减低债务金额。在债权未能得到清偿时，在人民法院受理和解或者破产清算前债权人肯定和债务人多次协商，能够解决的都已经解决了，剩下解决不了的基本就申请破产清算；2. 如果债权人数量众多的话，达成和解的机会更加渺茫；3. 和解程序能够通过通过的和解协议草案，往往都是债权人希望在债权打折的情况下，尽快偿还，也就是对清偿的时间要求比较高，作为一个破产企业，要拿出这么多资金很困难；4. 企业出现问题，并不是仅仅减低还款金额就能焕发生机，可能还需要企业在研发、营销、管理方面苦下功夫，如果是这样，那么债权人和债务人都更希望企业进入重整程序。可以说，重整程序是和解程序的升级版，更具实用性。因此，最高院虽对和解程序寄予厚望，但其在破产案件中能否提高适用比例还有待观察。



<sup>①</sup> 2006年颁布实施的《公司法司法解释二》第十八条第二款规定：“有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东因怠于履行义务，导致公司主要财产、账册、重要文件等灭失，无法进行清算，债权人主张其对公司债务承担连带清偿责任的，人民法院应依法予以支持”。

# 浅析 《九民纪要》对房地产行业的十点影响

○潘峰 北京德和衡（深圳）律师事务所

2019年11月8日，最高人民法院发布了《全国法院民商事审判工作会议纪要》（以下简称《九民纪要》）。笔者根据多年来从事房地产行业法律服务的经验，结合《九民纪要》条文与房地产行业的关联点，简要地分析这些审判观点的变化对房地产行业的影响。

## 一、在房地产投资领域要重新审视对赌条款的效力问题

关于对赌回购条款及业绩补偿条款的争议，司法审判界的判决思路并不统一，例如“海富案”<sup>①</sup>，在该案中最高法院认为股东与公司之间的对赌条款因损害了公司及债权人的利益而无效，而股东与股东之间的对赌条款是有效的。而在“华工案”<sup>②</sup>中，江苏省高院则认为，投资方成为目标公司的股东，不否认其作为公司债权人的身份，其有权依据对赌协议向目标公司主张权益，但是要依法履行程序，并不能违反《公司法》的强制性规定。因此，自“华工案”开始，法院系统开始认可股东与公司之间对赌条款的有效性。

《九民纪要》延续了股东与公司之间对赌条款有效的思路，但对于对赌的情况，要视情况分析是否具有可履行性，主要包括：1. 股东请求目标公司回购股权的，人民法院应当依据《公司法》第35条关于“股东不得抽逃出资”或者第142条关于股份回购的强制性规定进行审查。经审查，目标公司未完成减资程序的，人民法院应当驳回其诉讼请求。2. 投资方请求目标公司承担金钱补偿义务的，人民法院应当依据《公司法》第35条关于“股东不得抽逃出资”和第166条关于利润分配的强制性规定进行审查。经审查，目标公司没有利润或者虽有利润但不足以补偿投资方的，人民法院应当驳回或者部分支持其诉讼请求。今后目标公司有利润时，投资方还可以依据该事实另行提起诉讼。

笔者认为根据《九民纪要》的精神，对赌协议的履行能否得到支持，法院首先会考虑公司是否满足对赌可履行的条件，建议投资方尽量不要与公司签署对赌协议。如确需与公司对赌，笔者建议：投资方与公司签署对赌协议时，可同时要求全体股东提前签署减资协议并召开股东会进行决议，因减资事宜已经通过了全部股东的决议，如果出现了的对赌协议约定的情形，投资方要求公司进行减资而公司不履行的，股东方可起诉公司直接依据股东会决议办理减资手续；投资方与公司签署对赌协议的同时，要求公司原股东对公司股权回购义务或者业绩

补偿义务承担连带保证责任，如此即使公司无法履行减资程序或者无利润可供分配，届时也可以要求原股东承担连带清偿责任，以保障投资方的权益<sup>③</sup>。

## 二、地产项目的股权收购过程中要及时确认收购方的股东资格

在地产项目的收购业务中，经常通过股权转让的方式交易。《九民纪要》对于有限责任公司的股权变动方面的意见如下：当事人之间转让有限责任公司股权，受让人以其姓名或者名称已记载于股东名册为由主张其已经取得股权的，人民法院依法予以支持。

但是，房地产公司中往往不会制备股东名册，因此，就会存在股东权益和股东资格相脱节的情况。比如，在制定股权转让协议条款时，可自由约定股权交割的时点，如约定了“合同生效”或者“支付转让款时”的情况，就有可能发生“一股二卖”，这时收购方就非常被动。

《九民纪要》对解决“一股二卖”问题提供了一个思路，即以记载于股东名册作为取得股权的依据，但现实中制备股东名册存放于公司的情况又很少，那么如何判定股东资格的取得呢？笔者认为，可以参照《山东省高级人民法院关于审理公司纠纷案件若干问题的意见（试行）》[鲁高法发（2007）3号]第35条的规定，“股权转让合同生效后，受让方的股东资格自转让人或受让方将股权转让事实通知公司之日取得。但股权转让合同对股权的转让有特殊约定，或者股权转让合同无效、被撤销或解除的除外”。

因此，笔者建议：股权转让的双方应当在股权转让协议签署后，在目标公司尽快召开股东会，在股东会决议中载明新的股东以及出资比例，并保留相关证据，以起到通知目标公司之效力。另外，股东会决议也具有股东名册的法律效力。

## 三、在房地产投融资中，投资方如何准确判断“差额补足协议”等增信协议的效力

在房地产投融资中，投资方一般会要求公司的关

①参见苏州工业园区海富投资有限公司与甘肃世恒有色资源再利用有限公司、香港迪亚有限公司、陆波增资纠纷再审案民事判决书，（2012）民提字第11号。

②参见江苏华工创业投资有限公司与扬州锻压机床股份有限公司、潘云虎等请求公司收购股份纠纷民事判决书，（2019）苏民再62号。

③参见秦涛、张旭东，《对赌协议裁判的理想进路：合同法与公司法的嵌入与并存》，《学习与实践》2018年2月

联方出具“差额补足协议”等文件作为增信措施，对于“差额补足协议”等增信协议是保证合同还是债务加入合同，业界一直有争论。《九民纪要》对此予以明确，第 91 条指出，“信托合同之外的当事人提供第三方差额补足、代为履行到期回购义务、流动性支持等类似承诺文件作为增信措施，其内容符合法律关于保证的规定的，人民法院应当认定当事人之间成立保证合同关系。其内容不符合法律关于保证的规定的，依据承诺文件的具体内容确定相应的权利义务关系，并根据案件事实情况确定相应的民事责任。”

《九民纪要》规定，即使构成债务加入，也要求公司出具公司决策的相关文件证明其有效性。因此，在《九民纪要》出台后，不管增信协议被认定为保证还是债务加入，笔者建议投资方要谨慎对待“差额补足协议”等增信协议的出具，同时，应当要求公司的关联方出具公司的有效决策文件，否则投资方无法构成主观上的善意，这些增信协议可能会被认定为无效。

#### 四、房地产企业违反规章中涉及公序良俗内容所签署的合同条款无效

《九民纪要》明确了一种合同无效的情形，即第 31 条规定：违反规章一般情况下不影响合同效力，但该规章的内容涉及金融安全、市场秩序、国家宏观政策等公序良俗的，应当认定合同无效。人民法院在认定规章是否涉及公序良俗时，要在考察规范对象基础上，兼顾监管强度、交易安全保护以及社会影响等方面作慎重考量，并在裁判文书中进行充分说理。

根据《九民纪要》的意见，如果合同内容违反了人民银行、银监会、保监会等颁布的规章中涉及公序良俗部分的，也会导致合同无效。在房地产行业中，国家颁布的房地产调控政策很多，比如地方政府颁布的政府规章中有涉及限购、限售等相关规定的，如买卖合同当事人变相违反上述规定所签署的合同，因其涉及违反公序良俗则涉及的相关条款就会被认定无效。

#### 五、正确理解混合担保中各担保人之间的追偿权问题

司法实务中，担保人承担担保责任后可以在其承担的担保责任范围向债务人追偿，这是没有争议的，

但是担保人之间能否追偿以及如何进行追偿，司法实践中一直没有统一观点，原因在于法律规定不明确。

《九民纪要》第 56 条规定，“被担保的债权既有保证又有第三人提供的物的担保的，担保法司法解释第 38 条明确规定，承担了担保责任的担保人可以要求其他担保人清偿其应当分担的份额。但《物权法》第 176 条并未作出类似规定，根据《物权法》第 178 条关于‘担保法与本法的规定不一致的，适用本法’的规定，承担了担保责任的担保人向其他担保人追偿的，人民法院不予支持，但担保人在担保合同中约定可以相互追偿的除外。”从上述规定可以看出，《九民纪要》第 56 条意图消灭该纷争，直接规定担保人之间不能相互追偿，承担了担保责任的担保人只能向债务人追偿。

#### 六、正确理解让与担保优先权行使的要件

房地产企业在融资时，民间资本偏向于让与担保的实务操作，即开发商以让渡商品房所有权方式作为资金融通的担保。除此之外还有一种后让与担保模式。在实务操作上，开发商与民间资本提供方先不办理商品房的过户手续，而是先签署商品房预售合同或者房屋买卖合同，如开发商无法偿还借款时，民间资本提供方要求开发商实际履行之前签署的合同。

《九民纪要》第 71 条规定：债务人或者第三人与债权人订立合同，约定将财产形式上转让至债权人名下，债务人到期清偿债务，债权人将该财产返还给债务人或第三人，债务人到期没有清偿债务，债权人可以对财产拍卖、变卖、折价偿还债权的，人民法院应当认定合同有效。合同如果约定债务人到期没有清偿债务，财产归债权人所有的，人民法院应当认定该部分约定无效，但不影响合同其他部分的效力。《九民纪要》出台后，《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》第二十四条规定的适用发生了两个变化：1. 后让与担保的模式已经不能适用，必须采用让与担保的模式；2. 在让与担保中，要将标的物在形式上进行转移，即要确认标的物已经转让至债权人名下。

在房地产融资业务中，如采用房产的让与担保模式的，要签署书面的买卖合同，并且办理房产的物权变动公示，才能做到合法有效。按照《九民纪要》的规定，要起到公示效力，仅仅网签备案或预告登记是

不够的，还需要将商品房进行转移登记，才符合《九民纪要》中要求的形式上的物权变动。

#### 七、借新还旧中的抵押权效力问题

《九民纪要》第 57 条提出：贷款到期后，借款人与贷款人订立新的借款合同，将新贷用于归还旧贷，旧贷因清偿而消灭，为旧贷设立的担保物权也随之消灭。贷款人以旧贷上的担保物权尚未进行涂销登记为由，主张对新贷行使担保物权的，人民法院不予支持，但当事人约定继续为新贷提供担保的除外。

按照《九民纪要》的意见，办理新贷的还需要重新办理抵押登记，因旧贷的担保物权已消灭。但有一个重要问题《九民纪要》并未考虑，即旧贷上的轮候抵押债权和正式查封债权与新贷债权的权利位阶问题，试想如果新贷需要重新办理抵押登记手续，那么新贷债权的位阶就位于旧贷的轮候抵押和正式查封之后了，可能因存在正式查封而无法为新贷办理抵押的情况。笔者认为，借新还旧业务中，新贷成立在后，但旧贷抵押登记并未注销，因法律亦不禁止抵押权设立在主债权之前（如最高额抵押），故旧贷上的抵押顺位适用新贷，新贷的抵押顺位不变，并且也不受正式查封的影响。

#### 八、如何正确办理最高额抵押登记问题

根据《九民纪要》第 58 条规定，办理最高额抵押登记首先判断各个地方的不动产抵押登记系统中担保范围的记载是否规范，如果不规范，比如仅登记抵押债权本金金额的，那么法院以合同约定为准；如果比较规范，担保范围登记明确的，那么以登记为准。但是各个不动产登记中心登记的规则确有不同，比如，有的地方只登记本金，不登记利息、违约金、实现债权的费用等；有的地方仅登记一个估算的数，该估算的数包括了本金，也包括了暂计的利息等。

笔者认为，按照《九民纪要》的意见，办理最高额抵押登记的当事人应当仔细了解当地不动产管理部门登记要求，严格按照规定办理最高额抵押的担保范围的登记，如果发生了要求明确登记而错误登记或者遗漏登记的情况，按照《九民纪要》的意见，法院将不予保护没有登记的债权。

#### 九、如何判断房地分别抵押的问题

地产项目尽调过程中时常会碰到尽调的项目土地和地上建筑分别在两个主管部门办理了抵押登记的情况，在《九民纪要》出台之前，房地分别抵押在实践中有两种观点：一种认为，设立在先的土地使用权抵押权虽然未对地上建筑物进行抵押登记，但应视为一并抵押；另一种认为，土地使用权抵押和地上建筑物的抵押均经过了登记，且经过独立的评估，所以属于分别抵押，但可以一并进行处置，土地使用权抵押权人对土地使用权享有优先受偿权，地上建筑物的抵押权人对地上建筑物享有优先受偿权。

《九民纪要》第 61 条实质上支持了上述前者观点，即认为房地一体化，土地使用权办理抵押登记后，抵押权及于地上建筑，如果发生土地使用权和地上建筑物同时抵押登记的情况，那么按照债权金额比例进行受偿。笔者认为，在地产项目尽调中，要特别注意审核目标公司项目土地和地上建筑物的抵押登记，准确判断土地及地上建筑物的抵押权人主体以及优先受偿权的范围。

#### 十、商品房消费者的权利对地产项目抵押权的影响

《九民纪要》第 126 条提及了有关商品房消费者的权利与抵押权人的抵押权之间的关系，根据《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》第 1 条、第 2 条的规定，交付全部或者大部分款项的商品房消费者的权利优先于抵押权人的抵押权，故抵押权人申请执行登记在房地产开发企业名下但已销售给消费者的商品房，消费者提出执行异议的，人民法院依法予以支持。但应当特别注意的是，这里的商品房消费者应当仅限于符合本纪要第 125 条规定的商品房消费者。根据上述内容，只有在案外人确系商品房消费者时，其申请的执行异议主张才会被法院支持。

《九民纪要》虽然不是司法解释，但是其重要性在法律界不言而喻，随着《九民纪要》的出台，律师从事房地产法律业务的技能也要随之更新，本文仅对笔者从事业务中涉及到的《九民纪要》内容进行梳理，并对可能涉及的风险点进行提示，希望能够引起法律界以及律师同行更加全面深入的思考。

# 驱散性侵阴霾 守护“少年的你”

○文字整理 伍春红

儿童是花朵，是希望，本该生活在阳光明媚、充满爱与关怀的世界里，然而，却总有一些阴霾遮住阳光，一件件未成年人的性侵害事件，让我们触目惊心，在这些曝光的新闻背后，我们可以做些什么？

本期栏目邀请了检察院、妇联、公益组织、学校家委代表与未成年人保护领域的专业律师，从法律、教育、心理等多角度来共同探讨如何保护未成年人免遭性侵害。



主持人 / 郑雪梅

深圳市律协宣传委委员

广东省律协未成年人保护法律专业委委员



## 事实之殇

### 近三年未成年人性侵害案件数量呈快速上升趋势

**主持人：**2020年5月18日，最高人民法院发布七起依法严惩侵害未成年人权益典型案例，其中三起为未成年人性侵害案件，日前鲍某性侵养女新闻曝光，长期以来未成年人遭受性侵害一直受到社会高度关注。未成年人遭受性侵害的现状如何？下面先请李淑颖检察官介绍分析一下我市性侵害案件的具体情况。

**李淑颖：**深圳市中级人民法院近期发布了一组有关性侵害未成年人犯罪案件的数据。数据显示，近三年来，深圳两级法院共审结一、二审强奸罪、强制猥亵罪、猥亵儿童罪案件共计617件，其中性侵害未成年人犯罪案件共计139件，被告人人数为147人，在全部性侵害案件中，性侵害未成年人犯罪案件数量接近四分之一。

福田区人民检察院也梳理了近三年该类案件的基

本情况。共受理未成年人被性侵案件70件75人，被性侵的未成年被害人共计105人，其中：2017年，受理审查起诉未成年人被性侵案件10件10人，未成年被害人17人；2018年受理此类案件24件26人，未成年被害人39人；2019年受理36件39人，未成年被害人达49人。从案例数据可以看出，近三年此类案件数量、犯罪嫌疑人及未成年被害人数量呈快速上升趋势。

从案例数据来看，该类案件还有以下一些特点：

一是未成年被害人受侵害性质多集中于被猥亵。2017-2019年，福田区院受理未成年人被性侵案件中，罪名主要集中于强奸罪、猥亵儿童罪以及强制猥亵罪，其中猥亵儿童案39件39人，被害人达64人，占全体被害人的61%。由于儿童没有防御能力，在公共



李淑颖 深圳市福田区检察院未成年人检察部检察官



陈薇伊 深圳市妇女联合会权益部科长



王佩 深圳市春风应激干预服务中心讲师团团长



张广贤 深圳市民治中学家长委员会会长

场合如果家长、监护人没有在旁边，有些嫌疑人便趁机实施猥亵。

二是低龄幼童是性侵害的高危群体，12-14 岁年龄段儿童受侵害比例最高。在 105 名被害人中，14 岁以下幼童共 83 人，占全体被害人比例高达 79%，其中 12 至 14 岁幼童共 33 人，占比最高，占 31.43%。

三是遭遇性侵人数中女孩被侵害比例超八成，其中，又以低龄幼女被侵害案件最为突出，男孩被性侵现状同样不容忽视。较女性未成年人被性侵案件，男性未成年人被性侵类案件更为隐蔽，不易被发现。

四是性犯罪高危人士再犯率高。近三年，福田区院受理的性侵未成年人案件中有 4 名嫌疑人之前都曾有性犯罪前科。这 4 名嫌疑人社会危险性较高，接受行政处罚后不但未矫正自身行为，反而变本加厉实施犯罪。

五是“熟人”作案较为突出。福田区院受理的案件中有 43 名犯罪嫌疑人与被害人具有亲属、老师、邻居、朋友等“熟人”关系，占犯罪嫌疑人总数的 57.33%。

六是校外教育培训机构、校园周边场所等未成年人密集活动地点是案件高发场所。

七是利用网络性侵未成年人呈严峻态势。近三年的 70 宗案件中，网友作案共 18 宗，占全体案件总数 25.71%，是侵害人与被害人关系统计中排位靠前的作案群体。典型案例如王某某等人传播淫秽物品牟利、强奸案，全国各地网友以众筹方式向岑某某定制幼女淫秽视频，岑某某收到众筹款项后就寻找幼女实施强奸，并将整个过程拍成视频，然后将视频转发给定制的网友，网友们再在拥有 800 万会员的淫秽网站上传、

分享，这一以幼女为对象的淫秽视频定制、拍摄、传播，已经形成一条黑色产业链，说明利用网络性侵未成年人案件已经呈高发、严峻态势。

王佩：听着李检察官的分享，我的心情非常沉重。关于未成年人遭受性侵害的情况，我想作点补充。在我实际接触的案例里，就发生的原因有一些共同的特点：一是未成年人缺乏自我保护意识和性教育。有不少被害人由于年幼，心智不成熟容易受到威逼利诱，又由于缺乏性教育，不了解受侵害行为的性质及后果，没有意识到受到侵害，或者不愿、不敢寻求帮助，往往是过了一段时间后才说出来或者被家长发现才报案、求助，此时还不一定能立案侦查，因此，被公布的案例数据可能只是真实案例的冰山一角。二是家长、监护人的监护不到位。有的监护人与未成年人沟通不够，关心不足，以至于未成年人被性侵害后，没有及时发现其身体、心理上的异常，未成年人可能会被再次甚至多次侵害，有的家长碍于面子，甚至不敢报警。三是网络在一定程度上成为了未成年人性侵害事件的介质。一方面，未成年人对网络信息甄别能力较低，容易轻信他人，受到侵害，现在还存在以网络为平台的猥亵未成年人的行为，在不见面的情况下对未成年人进行猥亵和伤害，人并没有见面，但是伤害行为已经发生了。另一方面，有的未成年人接触到淫秽网站，受到不良影响，刺激一些案件的发生，也是未成年人性侵害未成年人案件逐年增加的成因之一。此外，还有一点特别值得注意，当性侵害发生后，不仅仅是未成年人身心受到伤害，其家人要面对的舆论压力也是非常大，所以受害人家庭也应得到支持。



李严 广东省律协未成年人保护法律专业委委员、北京市隆安（深圳）律师事务所律师



赖伟楠 广东海涵律师事务所合伙人、恒创未成年人公益服务中心创始人



杨叶 深圳市律协刑事专业委员会、广东竞德律师事务所律师



黄莉 广东达和律师事务所合伙人、CAP 防范儿童侵害国际项目合作发展部部长

## 现实之困 司法实践中的难题及性教育的匮乏

主持人：未成年人性侵害案件的现状和特点，李检察官和王老师讲得很细致。案例背后折射出未成年人性侵害问题涉及家庭、学校、网络、社会、政府、司法等各方，尤其案件办理中与司法机关关系密切。请大家谈谈，该类案件在司法实践中存在哪些问题？未保工作中存在哪些困难？

赖伟楠：在未成年人性侵害案件的法律实务工作中，我有一定的经验，近年来参与、承办了湖南女孩思思性侵案、布吉女童性侵案、梅林女童猥亵案、龙岗女孩强奸案等。湖南女孩思思（化名）12 岁被同村 74 岁老人性侵并产子，事发后，儿童希望救助基金会介入，将思思接到北京，安排在一所私立学校就读。但思思到北京后，学业跟不上的同时，她还通过手机上网、qq 聊天等方式，和社会上的一些男性保持联系，这其中包括深圳一家幼儿园的负责人夏某。两年后思思又怀孕，孩子有可能是夏某的，于是在深圳立案。我是案件承办人之一，该案我们跟踪一年多，而后公安以证据不足结案了。布吉女童性侵案，在布吉派出所报案后，民警三次询问孩子，但孩子年幼，面对三次询问回答不一致，表述也不够清楚，最后也是由于证据问题不予立案。我手上的案件，最后没有一个能真正立案。该类案件的侦办是头等大事。司法机关如何突破立案难、取证难、认定难？如何加强办案的程序？这些都是很现实的问题。

陈薇伊：结合赖律师提到的案例，我也谈一下目前未保工作中遇到的一些问题：第一，司法人员专业

化程度的问题。办理该类案件，民警经常多次询问受害人，多次对受害人身体进行鉴定，检察官和法官一般也还要询问受害人，受害人不得不多次回忆受到侵害的屈辱过程。因此，最高检提出试行“一站式取证”的探索，很有现实意义。接报未成年人性侵案件之后，公安机关、检察机关、救助机构等部门同步到场，一次性开展询问调查、检验鉴定、未成年人权益保护、心理抚慰等工作，在询问调查的同时注重对未成年人的心理关爱和隐私保护，避免二次伤害。我了解到，去年，我市龙华区检察院率先作为“一站式服务”试点，联合龙华区妇幼保健院设立了“未成年人一站式保护中心”，双方在案件询问、身体检查、证据提取、医疗救助、心理疏导等方面深入合作，成为我市首例。我们也非常希望“一站式”办案救助模式能够在全市铺开。第二，案件后续的救助问题。有些个案，我们希望帮助受害人争取司法救助金，但未获批准，对此也比较无奈。第三，性教育非常匮乏。王老师刚刚也有提到，该类案件的很多受害人，由于缺乏性教育，是一段时间后意识到受侵害了才报案，证据早已没有了，单凭受害人的口述，证据很不扎实。我们在提供帮助时，与受害人在这方面的沟通也比较困难。可喜的是，社会上的一些专业机构也给予未成年受害心理救助，对受害人进行持续的危机干预和心理辅导，帮助受害人回归正常生活。

张广贤：很高兴能参与今天的讨论。作为家长

代表，我也感受到，目前学校教育中，性教育是相对比较缺乏的。我们学校设立了心理咨询室，但是据了解，大多是咨询亲子关系、学业、人际交往等问题，对于预防性侵害的咨询几乎没有涉及，这从另一个侧面看出，家长和孩子在这方面的预防意识是很淡薄的，更别谈对该问题的法律意识，比如，很多家长、孩子对于猥亵的界定并不清晰，这样更容易导致孩子受到伤害而不自知。大部分的家长对于该类事件，还存在不以为然的心理，认为这种事情离自己很远，但实际上案例就在身边，而不只是新闻报道或者公布的数字！一旦发生了，那种冲击力对于整个家庭来说都是难以承受的；对于孩子来说，影响可能是终生的，成年后还可能是隐性的，不是显性的。因此，性教育输入不应该仅仅针对未成年人，还需要对家长、监护人进行“如何进行性教育”的普及。

**王佩：**确实，我们很多家长了解到未成年人遭性侵害事件，更多是从新闻媒体或者官方公布的案例中获取的。但我个人认为目前的信息公开做得还不够，此类案件有相当一部分未被发现，一些受害人长时间多次受到侵害而侵害者未被绳之以法的，最终被认定的案例数其实比实际发生的少，真实的数据大家无从知道，如果“隐性案件”信息披露得更多，家长会更加重视性侵害的预防工作。

**主持人：**既然我们谈到性教育匮乏的问题，那么对未成年人何时开始性教育为好？如何提升未成年人自我保护的能力？

**王佩：**性教育越早进行越好。在孩子成长过程中，我们跟孩子相处时，要尊重他的感受，这对于孩子人际关系发展是非常重要的。比如，要跟他进行身体接触的时候，需要征得他的同意，否则，有可能破坏孩子的身体界限感，当发生侵害时，他意识不到自己的身体受到侵害，更不会对侵害的行为说“不”。我们春风应激干预服务中心的讲师，有不少是专业的性教育工作者，也是心理咨询师，在性教育方面，我们认为并不能单纯地告诉孩子如何保护自己，而是要先引导他们感观自己的身体。当我们身体被尊重时，是什么样的感受？不被尊重时，又是什么感受？学龄前，我们可以直观地教孩子认识身体，隐私部位平时要遮

盖起来，不能随便被人触碰，也不去触碰别人的，如果有人触碰自己隐私部位，必须告诉家长；孩子三四年级时，要开始普及什么是性伤害，什么是人与人之间正常的界限；到了青春期，孩子的性机能开始发育，要让他们更加明确性侵害、性骚扰的概念。如果身边有人受到伤害，我们应该如何看待这件事，孩子们慢慢会形成性方面科学的系统的价值观。性教育应该是融入到生活中的点点滴滴，而不是一两次的讲座、培训，更不是家长看到新闻后忧心忡忡的一次谈话就可以做好的。

**黄莉：**我们对未成年人讲性教育，讲预防性侵害，同时也要考虑家长、监护人是否同步在接受这方面的学习？去年大连发生13岁男孩强奸10岁女孩未遂将其残忍杀害的案件，大家会问，这么小的孩子怎么如此残忍？这里面恐怕还有原生家庭的问题，因此在进行未成年人性教育、防性侵的宣传和事后干预时，家庭应该参与其中。在大城市或者经济发达的地区，家长的素质普遍较高，教育观念较先进，他们大多会主动去学习，维权的意识也更高。但是偏远地区未成年人遭受性侵害的问题远远比大城市里的更严重，而这些地区发生性侵害，很多受害人家庭会选择逃避。这些家长、监护人更加缺乏性教育资源和性侵害的防范意识和法律意识。因此，提高未成年人及其家长、监护人的法律意识和性知识普及度都很重要。

**主持人：**大连男孩杀人案确实让人震惊。未成年人实施性侵害后，需要承担哪些法律责任？该未成年人的监护人应承担哪些责任？舆论高度关注低龄未成年人犯罪，那应不应该降低刑事责任年龄？

**杨叶：**实施性侵的行为人未满14周岁的，比如大连男孩杀人案件，加害人蔡某某未满14周岁，依据《刑法》第十七条第二款的规定，他未达到法定刑事责任年龄，依法不予追究刑事责任。该案公安机关依据《刑法》第十七条第四款的规定，按照法定程序报经上级公安机关批准，依法对蔡某某收容教养。实施性侵的行为人年龄已满14周岁的，依照《中华人民共和国刑法》、最高人民法院《关于依法惩治性侵未成年人犯罪的意见》《关于依法处理监护人侵害未成年人权益行为若干问题的意见》规定进行处罚。未成年人实施性侵害的，不论其年龄，其监护人都应承担民事赔偿责任。

对于应不应该降低刑事责任年龄，我先说下我曾经经办的一宗未成年人强奸案。当我联系被告人父母时，其父母直言“我们不想管他”，说他喝醉酒连父母都打，他是无法自控的。我能感受到被告人的家庭教育是有问题的。中国公安大学李玫瑾教授说过，“解决不好孩子成长中的家庭教育问题，靠其他手段无法从根本上遏制未成年人犯罪。”

**赖伟楠：**我的观点，降低刑事责任年龄不是根本解决问题的方法。诚如黄律师和杨律师所说，为什么未成年人走上犯罪的道路，跟家庭教育有很大关系。我们能看到很多案例，犯罪的未成年人的家庭，有的是生而不养，有的是养而不教，还有更多是教育不当。

**李淑颖：**低龄未成年人犯罪的恶性突破了大家的三观，舆论也无形挑动了民愤，但媒体报道的都是个案，实际上这样的比例是很低的，为了这些个案降低

## 破题之径 多管齐下，多方联动，增强未保性侵预防工作的责任感

**主持人：**李律师正好抛出了这个问题，针对未成年人性侵案件，在预防和处理方面还可以做些什么？大家有哪些合理化建议和意见？

### 1. 加强未成年人性教育

**杨叶：**据了解，台湾的学校每年有4小时有关预防性侵的强制教育课程。这点我们可以借鉴，将预防性侵课程纳入义务教育体系，提高未成年人性安全防范意识、自我保护意识和自救能力。

**张广贤：**目前，我国中小学较少开展性教育课程。从家长的角度，我们也很希望学校能够普及性教育。

**王佩：**现在学校性教育课程和培训不够规范、科学，家庭性教育压力也大，很多家长仍是遮遮掩掩。真正的性知识是科学的、系统的，而专注性教育、预防性侵和事后救助的社会组织的力量很有限，建议在教师人才队伍上培养专业性教育老师，让性教育进社区、进学校、进课堂，这样可以性知识得到更广泛的、更专业的、更持续的宣传。

### 2. 增强监护人的责任意识

刑事责任年龄是不是必要？我们是不是穷尽了所有的手段了？还有11岁、10岁甚至年龄更小的孩子犯罪的，所以不能简单地降低刑事责任年龄，我以为这不是治本之策。

**李严：**社会上有不少呼吁“降低刑事责任年龄”的声音，但到底对遏制未成年人犯罪有多大作用，很值得考虑。我曾经去过香港少管所参访，少年罪犯在里面每天除草，不停重复同样的劳动，为什么要这么做？是要锻炼他们的心力、净化心灵，让他们有凝神聚气的定力。他们用了很多心思设计改造的课程。目前，我们的法律法规对于未满14周岁的未成年人犯罪的，即便造成严重后果，也无法对其施加治安管理处罚和刑事制裁，“一放了之”显然不行，但关起来也不是好办法。其实我们还有很多措施可以去做，不应该只想着改变刑法。

**李严：**很多案例说明未成年人遭受性侵害或者实施性侵害，归根到底是性教育的匮乏和法律意识的淡薄，而家长是性教育的第一责任人，不管是受害者还是加害者。因而，家长应该具备强烈的责任意识，对性侵预防作先行学习、同步学习。

**赖伟楠：**可利用学校家委会、社会组织等组织家长开展性侵预防讲座，让家长重视这件事。家长有责任对孩子进行正确的性教育，引导孩子树立正确的性观念。

**王佩：**家庭教育是爱的教育，我觉得家庭教育做得好，孩子树立了正确三观，就有能力应对外界的风雨。我是主张从“准父母”抓起，加强对“准父母”的教育培训，让他们有充分的教育的准备，同时针对不同阶段的父母开展相关的培训课程，家长要踏踏实实地学习。

**主持人：**大家对于加强未成年人及其家长、监护人的预防性侵教育的看法非常一致，觉得这是根本。

但是治理还是要讲法律，虽说目前法律有点滞后，但也是可以为之努力的方向。

### 3. 完善未成年人保护立法

**李淑颖：**将侵害未成年人的行为设定为法律“高压线”，同时堵塞相关立法漏洞。比如，我国现行法律法规对于通过网络进行“线上侵害”未成年人的规制仍然存在不少立法漏洞，对此惩治对象是淫秽色情信息制作者、出售者和传播者，而持有大量未成年人淫秽色情信息者，不构成犯罪。然而，很多国家，对于儿童色情图片和视频的持有，是严厉打击的，刑事处罚力度更重于一些针对成人的淫秽色情犯罪。

**赖伟楠：**从未成年人实施性侵害案件来看，很多家长的监护责任是缺位的。建议从立法层面加重家长的监护责任，能有效减少未成年人犯罪发生率。家长知道自己责任重了，就不会放任孩子。

**陈薇伊：**建议立法禁止有性侵犯罪记录者从事与未成年人相关的工作，防患于未然。可建立性侵害未成年人犯罪信息库并实现全国联网，向各类幼儿园、中小学、教育培训机构等与未成年人有密切接触的单位或机构开放，供这些单位知晓、查询。

**黄莉：**未成年人实施性侵害的，应该对其成年后从事职业作一定的限制。另外，对从事与未成年人有密切接触的工作岗位，要严格入职审查。

### 4. 加强对网络空间的治理

**王佩：**孩子们对网络上的视频唾手可得，在上网时可能弹出一个色情小广告，如果孩子没有识别能力，极有可能受到影响然后模仿。应该加大对网络平台中涉及未成年人内容的部分的监管力度，监管要到位，而涉及未成年人淫秽色情、诱惑未成年人陌生交友等功能应该强制关停。

**李淑颖：**的确，相关部门应建立涵盖发现、预警、监督、举报和治理的长效机制，提升网络空间的治理能力。

### 5. 建立多方联动机制，多方治理

**陈薇伊：**去年底，全国妇联与最高检下发《关于建立共同推动保护妇女儿童权益工作合作机制的通知》，通知要求检察机关与妇联组织强化合作，加强侵害妇女儿童权益犯罪的惩治打击，推动未成年人司法保护社会支持体系建设。其中指出检察机关和妇联

组织要构建妇女儿童权益保护联动机制。无疑建立联动机制是有益的探索。相信能够更进一步，建立公检法司和妇联、团委、儿童保护组织等多部门、跨专业联动协作机制，加大对未成年人保护的力度，同时探索为受害人提供应急救助、医检取证、庇护安置、法律咨询、心理援助等资源 and “一站式”服务支持。

**王佩：**新加坡于2016年起曾先后三次做过未成年人强奸犯调查，得出其犯案主要原因：一是观看色情片后产生性冲动犯案；二是缺乏法律意识，有的认为是谈恋爱发生关系的；三是其自身遭受过性虐待。因此，预防未成年人实施性侵害需要家庭教育、普法教育、心理教育、社会综合治理多管齐下。我们要在全社会架构起一张防御网，从事前预防，到事中支持，再到事后救助，全阶段都考虑到。

**李严：**在未成年人保护这个问题上，机构专门化和人员专业化非常必要。据了解，福田区将建设专门的机构——未成年人保护服务中心，统筹行政、司法、群团组织及社会优质未保服务资源，聘请专业机构，开展涉未成年人个案咨询、线索受理、分流转介、应急服务等工作，为各职能部门更好履职提供协同支撑，进一步提升未成年人保护的力度与水平，这是“九龙治水”，是全国首创的做法。

**李淑颖：**目前，部分学校、村居委、医院等单位在发现未成年人遭受性侵害事件后未及时举报，对此应加强预防性侵相关制度落实情况的监督检查。发现未成年人遭遇性侵害的，必须直接向公安机关报案或者举报，不得瞒报、漏报、迟报和私下调解，建议明确相关法律责任，对于刻意瞒报或漏报的，对贻误处置造成严重后果的，严肃追责。

### 6. 进一步完善罪错未成年人教育矫治制度

**李严：**针对因低龄不予刑事处罚的未成年人，设立少年司法矫教替代制度，作为责令未成年人的父母或其他监护人严加管教的补充措施，避免过去“一放了之”的状况。

**李淑颖：**目前，深圳市检察机关已开始尝试建立罪错分流机制。对于不构成犯罪但游走在罪错边缘的未成年人，检察机关、公安机关会借助专业社工力量及时介入干预，进行帮扶矫治，矫治情况也比较好，可以有效地帮助一批孩子不要滑入违法犯罪的深渊。



## 承租人“减免租金”法律依据的认识误区与重新理解

### 基于不可抗力与情势变更制度融合视角

○廖烨明 北京市中银（深圳）律师事务所

疫情下减免租金问题引发热议。针对这类问题，笔者在简评代表性观点的基础上，尝试以不可抗力与情势变更制度融合的视角，给出契合理论来源和实务做法的理解和建议。如果说，在黑夜中，不可抗力是煤油灯，情势变更是蜡烛，那么公平原则就是火。裁判者根据不同情况使用煤油灯或蜡烛，如果两者都不方便用，裁判者也并不介意用其他方式点燃火焰，毕竟用火驱散黑暗才是解决问题的根本。裁判者更关注的是，夜黑到什么程度需要点火，点火还得讲章法。

#### 一、关于疫情下租金减免问题的观点综述

物业承租人要求减免租金，系对原合同约定的突破。双方无法形成一致意见时的处理途径及依据，行业内已有大量不同角度的讨论并涌现一大批文章。主要代表性观点综述如下：

1. 承租人因疫情防控遭受重大影响，在疫情明确属于不可抗力的情况下，出租人显然应当对承租人免除部分或全部租金；
2. 不可抗力制度或情势变更制度有具体的适用条件，是否适用于物业租赁合同，要考察具体案情

况，比如区分住宅物业和经营性物业；

3. 基于公平原则，无论疫情是否构成不可抗力或情势变更，出租人应当对受到疫情影响的承租人适当减免租金；

4. 租金支付属于“金钱债务”，金钱债务不存在不能履行的问题，只有非金钱债务才有“不能履行”的问题，而“没钱，不是不可抗力”，租金支付任何时候都不能因不可抗力而免除支付义务。

前三种观点均认可不可预见事件影响下应减免租金，分歧在于适用情形、依据及具体规则；而第四种观点认为金钱债务不适用不可抗力。应当说，上述观点都具有其合理性，但似乎均未能将理论和实务纳入到足够自洽的逻辑内。

#### 二、减免租金主张涉及的几个法律依据的融合

（一）减免租金主要依据：不可抗力、情势变更与公平原则

不可抗力，是指不能预见、不能避免且不能克服的客观情况。因不可抗力致使不能实现合同目的，当事人可以解除合同，根据不可抗力的影响，可部分或全

部免除责任。情势变更，即合同成立以后客观情况发生了当事人在订立合同时无法预见的、非不可抗力造成的不属于商业风险的重大变化，继续履行合同对于一方当事人明显不公平或者不能实现合同目的，当事人请求人民法院变更或者解除合同的，人民法院应当根据公平原则，并结合案件的实际情况确定是否变更或者解除。公平原则属于民法和合同法上的基本原则，是对契约自由原则的限制，在《合同法》有关违约责任限制和显失公平可撤销合同等条款中均有直接体现。

（二）不可抗力与情势变更的融合：均系公平原则的具体适用

契约自由原则是合同法的根基和灵魂。契约自由使市场经济获得了迫切需要的自由交易、稳定交易的制度保障，但忽视了当事人实际上存在的资源地位、理性水平、风险识别水平等方面的现实差异。在长久的实践中，过分强调契约自由导致社会贫富差距、侵害社会共同道德等社会问题，于是公平原则作为对契约自由原则的限制应运而生。

不可抗力与情势变更两种制度虽然在规则细节上有所差异，但均属于对公平原则的具体适用，可用于解决合同成立后因发生不可归责于任一且无法预见的事件，导致合同正常履行受阻的问题。这种阻碍通常导致合同一方若按原合同规定承担后果已极大地失去了正当性乃至达到强人所难的程度，或合同目的已无法实现。这种情况下，两种制度都授权原义务方摆脱原合同责任的束缚，重新平衡各方的利益。在涉及不可预见事件下租金减免纠纷的裁判时，不少法院甚至并未严格地择一适用，而是在公平原则下平衡双方利益。

（三）不可抗力与情势变更的区分：对公平原则不同程度的限制和规范

加深对不可抗力与情势变更两种制度差异的理解，将更好理解笔者上文关于二者融合的观点。

1. 适用前提差异。不可抗力适用的前提限定为“因不可抗力事件导致合同不能履行或不能实现合同目的”。这意味着不可抗力的存在直接导致合同根本不能履行，如演出合同因地震发生而无法履行。而情势变更原则要求“继续履行合同对一方当事人明显不公平或者不能实现合同目的”，侧重于解决合同的继续履行对一方明显不公平之问题，实际是民法上“公

平原则”的具体化，意味着合同仍能够继续履行，不同于不可抗力的“不能履行”。然而，不可抗力中的“合同不能履行”亦含有若让合同一方继续受合同约束对其是不公平的基础逻辑（与情势变更契合）。

2. 适用方式差异。《合同法》规定不可抗力主要是从违约角度出发，在合同一方不能履行合同而按原合同应当承担违约责任的情况下，帮助其“部分或全部免除责任”或者“解除合同”，主要意图是解决违约责任承担的问题。情势变更原则是在承认合同仍能够继续履行的情况下，赋予利益失衡一方享有变更或解除合同的权利，实际上是对公平原则的贯彻。然而，不可抗力免除责任也属于对原合同的变更。

3. 目的和功能差异。虽然二者均可在特定条件下使合同解除，但是适用不可抗力的法律后果还包括根据事件影响程度而减免违约责任；情势变更原则包括的则是变更合同有关条款，实定法并未明确规定减免违约责任（实践中存在笼统减免违约责任的情况）。

由上述对比分析可知，二者最大的差异就是适用前提的不同，不可抗力的认定要求较为严苛，偏重于客观性；而情势变更赋予法官更大的自由裁量权，理论上适用范围更广。但两种制度在价值取向上是一致的，且在法律后果上也难以截然区分。不可抗力和情势变更就是在合同履行不同阶段、不同履行障碍、不同后果等方面对当事人原合同责任分配的强行平衡，既是作为公平原则对契约自由的限制，又是对宽泛公平原则的具体规范（对限制措施的限制）。这种对限制的限定，体现了《合同法》对契约自由原则和公平原则的微妙平衡。

### 三、疫情下“减免租金”争议的裁判思路考察

厘清了前述减免租金的几个法定理由及其共同的价值取向，在处理是否应当减免租金的问题时，即可避免陷入“本本主义”的窠臼。回到司法实践领域，我们可以发现众多裁判案例大致证实了本文的上述理解。

参考非典疫情期间涉及的租赁合同纠纷案件，法院判决通常体现如下思路：一是从个案中的多种因素综合认定非典疫情对租赁合同履行的影响，兼顾合同的稳定和公平，注意区分是否为正常商业风险；二是紧扣疫情对合同具体义务的实质影响，即主要对承租

人租金支付义务和出租人租赁物交付使用义务履行的影响，判断影响程度；三是法院判决理由并不拘泥于不可抗力或情势变更的区分，通常以是否公平的实质标准作出裁判。换句话说，是否公平才是处理的基本思路，而不可抗力和情势变更均属于判断是否公平的方法之一。

以大连鹏程假日大沐有限公司与大连正典表业有限公司房屋租赁合同纠纷案〔（2013）辽审二民抗字第14号〕为例，法院的裁判观点主要有：1. 因非典疫情影响，政府部门通知停止野生动物的经营活动，但客房经营仍可正常进行，防控政策对其餐饮经营造成部分影响而不是全部，故尚不足以导致案涉租赁合同“直接”或“根本”不能履行。2. 正典公司在本案中的违约行为，毕竟与“非典”疫情的发生所导致的部分经营活动不能完全正常进行有一定的关系，且其自身也遭受了较大的经济损失，故违约金的数额应适当减少给付。

笔者认为，其一，因不可抗力有着较严格的适用前提，法院在审查是否适用不可抗力规则时，不得不套用严格规定，作出否定判断；其二，因不可预见事件的影响是现实存在的，完全不做处理将使利益分配严重失衡，故法院又根据公平原则，减轻当事人的违约责任，实际上也间接达到了适用不可抗力规则的目的。因此，判断减免租金的主张是否成立，应当在个案中分析疫情是否在具体合同履行中构成不可抗力或情势变更，以及继续支付租金是否对承租人明显不公平等多角度综合判断。不构成不可抗力不等于绝对不能免除责任。无论立法还是司法均不倾向于以单向规则决定减免租金主张的是否成立，归根结底应立足于公平原则。这要求我们在理解不可抗力和情势变更规则时，应超越简单的规则细节的区分。

### 四、几种常见情形下减免租金主张的处理建议

基于上述理论和实践做法的讨论，笔者对本次疫情可能出现几种常见情形下减免租金主张提出处理建议。

（一）居住类物业（小区、公寓等）租赁，通常疫情防控不会影响到房屋的居住使用，如果承租人仍支配使用租赁物业的，租金减免主张缺乏正当理由。实践中，存在承租人以工作受疫情影响、支付能力降

低为由要求减免租金的情形，这种情况下的支付能力降低与房屋使用无关，承租人可能因各种各样的原因降低支付能力，这属于合同履行的正常风险，一般不能构成减免租金的理由。但对于小区遭遇封禁不允许承租人居住的情况，应综合考虑个案事实，判断双方利益是否失衡。如果是长期禁入或已签订合同还未入住即遭遇禁入措施，解除合同或减免租金的要求具有正当性。如果是已入住使用且短期封禁，政府部门又另行提供了隔离场所的，这种情况下双方利益并未明显失衡，减免租金无正当理由。

（二）经营性物业租赁，如因疫情防控政府命令暂停营业，致使根本无法发挥物业的经营功能，应认定为合同因不可抗力不能履行，该种情况减免租金具有正当性。若停止时间较长，无法实现合同目的，解除合同的主张亦具有正当性。

（三）经营性物业租赁，如未要求停止营业而仅因收入减少影响租金支付能力，一般而言其减免租金的要求缺乏正当理由，但可以和出租方协商减免租金，在利益严重失衡的情况下可以主张情势变更。

（四）判断经营性租赁合同减免租金请求的正当性，还应结合经营行业属性、租期长短、合同有无不可抗力的相关约定等因素综合确定。如餐饮娱乐酒店行业受疫情影响措施影响一般高于办公、科技等行业；租期长的合同一般比租期短的合同受影响小；若合同已经对不可预见时间有相应安排，一般应按合同约定处理。

### 五、总结

不可抗力与情势变更是司法机关具体适用公平原则的优先手段，其背后仍取决于裁判者对合同履行受影响后利益局面是否公平的认定。无论是立法上还是司法实践，并无对不可抗力事件影响下的租金减免争议严丝合缝、一一对应的理想化规则，其处理思路和途径是运用公平原则审视事件对合同各方利益失衡的影响是否达到需要法律干预并纠正的程度。

因现实个案的复杂性，本文无法穷尽疫情下租金减免问题的所有情形。但解决该等问题的思路应当是一致的，即应当结合具体案情，坚持契约自由的基础之上以公平原则合理纠正不可预见事件对合同各方造成的利益严重失衡局面。

# 债务人欠缴款项产生的滞纳金是否属于破产债权？

○胡聪 泰和泰（深圳）律师事务所



## 一、问题的提出

破产申请受理后债务人欠缴款项产生的滞纳金（以下简称“滞纳金债权”）是否属于破产债权，在破产实务中广受争议。原因在于，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定（三）》（下称《破产法解释三》）第三条<sup>①</sup>的规定有歧义，存在两种不同的理解，第一种观点认为，“破产申请受理后”属于一个时间节点，即破产申请受理日之后的滞纳金债权不属于破产债权，但破产受理日之前的滞纳金债权属于破产债权；第二种观点认为，“破产申请受理后”属于一个事件，破产案件中滞纳金债权均不属于破产债权。对于该问题，司法实务中亦存在不同的实例。

## 二、观点一：滞纳金债权属于破产债权

承上，上述第一种观点属于文意理解，持该观点的论者主要基于以下理由认为滞纳金债权属于破产债权：1. 在破产受理前，债权人启动司法程序支付了成本，承担了诉讼风险；2. 最高人民法院已经将行政、司法机关对债务人的罚款等类型的惩罚性债权认定为普通

债权<sup>②</sup>；3. 逾期偿还金融机构贷款的复利、罚息，违约金、惩罚性损害赔偿金，按照目前破产法规定，都没有被排除在破产债权外，因此单独将迟延履行期间加倍利息予以排除，不能体现债权平等保护的原则。<sup>③</sup>

实务中有大量的债权人在管理人不予确认其（破产受理日之前的）滞纳金债权之后向人民法院起诉，要求确认滞纳金债权，其依据大多援引上述文意理解，同时亦多见援引《最高人民法院关于审理企业破产案件若干问题的规定》（法释〔2002〕23号，下称《若干问题的规定》）第六十一条之规定。该种理解，亦有相关案例支撑。在（2008）粤高法民二终字第197号南方证券股份有限公司与普兰店市农村信用合作联社借款合同纠纷上诉案中，广东高院判决认为：《中华人民共和国企业破产法》施行前，最高人民法院《若干问题的规定》第六十一条第（二）项规定，人民法院受理破产案件后债务人未支付应付款项的滞纳金，包括债务人未执行生效法律文书应当加倍支付的迟延利息和劳动保险金的滞纳金，不属于破产债权。该规定所指的属于破产债权的是破产受理日之后所产生的利息或滞纳金，而破产受理日之前所产生的利息或

滞纳金，仍属于破产财产，债权人请求确认其对该部分利息或滞纳金的权利，应予支持。

## 三、观点二：滞纳金债权不属于破产债权

与上述第一种观点对应，第二种观点认为，破产案件中滞纳金债权均不属于破产债权，之所以如此，系认为滞纳金债权属于带有惩罚性质，不利于公平保护全体债权人。如在（2013）深中法破初字第141号肖善年与深圳市西湖双利运输发展有限公司普通破产债权确认纠纷诉讼中，深圳中院判决认为：破产程序是公平清理债权债务的特殊程序，有别于民事执行程序。……在破产程序中，债务人全部资产不足以清偿全部债务，客观上不具有主动清偿的能力，主观上不具有过错，进行处罚不具有合理性，亦与公平保护全体债权人利益的立法宗旨相悖。……根据最高人民法院《若干问题的规定》第六十一条第（二）项的规定，人民法院受理破产案件后债务人未支付应付款项的滞纳金，包括债务人未执行生效法律文书应当加倍支付的迟延利息不属于破产债权。依照破产法公平保护全体债权人的立法精神，应当理解为只要未支付的滞纳金，均不属于破产债权，即破产程序中不应再支持惩罚性债权。

同时，深圳中院于2017年9月公布实施的《破产案件债权审核认定指引》第五十四条规定，债权人申报的“债务人未履行生效法律文书应当加倍支付的迟延利息和劳动保险金的滞纳金”“债务人逾期不履行行政决定的金钱给付义务，行政机构加处的超过金钱给付义务数额一倍的滞纳金”等债权不予认定<sup>④</sup>。

## 四、滞纳金债权应当有限度地认定为破产债权

笔者认为，滞纳金债权属于破产债权，具体而言是指：破产申请受理日前债务人欠缴款项产生的滞纳金，包括债务人未履行生效法律文书应当加倍支付的

迟延利息和劳动保险金的滞纳金属于破产债权，破产申请受理后产生的滞纳金债权不属于破产债权。理由如下：第一，滞纳金债权属于破产债权符合文意解释，该种理解未超越《破产法司法解释三》《若干问题的规定》规定的字面意思；第二，有认同第二种观点的论者认为，既然大家均认同破产受理日之后的滞纳金债权不属于破产债权，《破产法司法解释三》第三条就没有必要就此专门作出规定，该条之所以如此规定，正是要强调破产受理日之前的滞纳金债权不属于破产债权<sup>⑤</sup>。以上观点是从条文科学、合理的角度进行推论，应当指出，《破产法司法解释三》第三条的表述的确有待改进，但该条司法解释基于解释企业破产法“破产止息”规定的考量作出上述强调性质的规定未为不可，这是“必要的重复”；第三，按照现行法律及司法解释的规定，复利、罚息、违约金、赔偿金属于破产债权，没有理由为了所谓公平保护全体债权人利益而将滞纳金债权单列为除外；第四，最高人民法院的一系列司法文件，如《最高人民法院关于税务机关就破产企业欠缴税款产生的滞纳金提起的债权确认之诉应否受理问题的批复》《关于人民法院受理破产案件前债务人未付应付款项的滞纳金是否应当确认为破产债权请示的答复》（〔2013〕民二他字第9号）<sup>⑥</sup>，明确指出：破产企业在破产案件受理前因欠缴税款产生的滞纳金属于普通破产债权、人民法院受理破产案件前债务人未付款项的滞纳金应确认为破产债权。至于地方各级人民法院作出的债权认定规定，不具有权威代表性，不再展开论述。

题述问题，已经引发实务中大量讨论，地方法院与最高人民法院对此问题的观点亦不相同，这必然引发诉讼纷争，建议立法机关在企业破产法修改过程对包括滞纳金债权在内的惩罚性债权的认定及清偿等问题予以明确。

①《破产法解释三》第三条 破产申请受理后，债务人欠缴款项产生的滞纳金，包括债务人未履行生效法律文书应当加倍支付的迟延利息和劳动保险金的滞纳金，债权人作为破产债权申报的，人民法院不予确认。

②指《最高人民法院关于税务机关就破产企业欠缴税款产生的滞纳金提起的债权确认之诉应否受理问题的批复》，该文件指出，破产企业在破产案件受理前因欠缴税款产生的滞纳金属于普通破产债权，对于破产案件受理后因欠缴税款产生的滞纳金，人民法院应当依照《最高人民法院关于审理企业破产案件若干问题的规定》第六十一条规定处理。但笔者认为，该文作者对上述文件的解读存在误读。

③参见陈昊：《迟延履行期间加倍利息应当属于破产债权》，载德恒律师事务所网站，网址：<http://www.dhl.com.cn/CN/tansuocontent/0008/007686/7.aspx?MID=0902&AID=>，最后访问日：2019年11月13日。

④江苏省高级人民法院《破产案件审理指南（2017修改版）》也有类似规定：第七条 下列债权不属于破产债权：……二是债务人未履行生效法律文书应当加倍支付的迟延利息和劳动保险金的滞纳金。

⑤参见许胜锋：《关于破产程序中惩罚性债权处理问题的探析》，载中国清算网，网址：<http://www.yunqingsuan.com/news/detail/3372/page/1>，最后访问日：2019年11月13日。

⑥转引自许胜锋、沈凤：《破产法司法解释（三）来了！逐条解读最高院新规》，载北京中伦律师事务所网站，网址：<http://www.zhonglun.com/Content/2019/04-01/1136121901.html>，最后访问日：2019年11月13日。

# 合规框架下 私募基金刑事法律风险防控

○黄云 李佳恩 北京金诚同达（深圳）律师事务所

2019年7月，美股上市公司诺亚财富发布公告，其旗下上海歌斐资产管理公司的信贷基金（创世核心企业私募基金）为承兴国际控股相关第三方公司提供供应链融资，总金额约为34亿元人民币。而承兴国际控股的实际控制人因涉嫌欺诈被公安机关刑事拘留，相关产品逾期难以兑付，数百名投资人卷入其中。这已经不是私募基金的首次爆雷。有媒体称，

2019年是私募的“爆雷年”。2019年3月，Z资本旗下多个私募产品逾期，存续产品规模约46亿元。其中，已经违约或即将违约的产品有5个，规模高达34.537亿元。据了解，相关部分项目产品在宣传过程中，项目经理屡屡以背靠保底收益为噱头吸引投资者。2019年4月，Y资本深陷66亿元兑付危机，其中包括31亿元的地产类私募股权基金。2019年4月，J集团旗

下6家备案私募，运作354个项目产品，未能兑付的规模超170亿元。有分析称，J集团私募产品涉嫌将项目拆标和期限错配，很可能存在非法的资金池。

爆雷漩涡下，针对私募基金的监管力度和整治风暴再度加强。2020年1月，中国证券投资基金业协会公布了第三十四批疑似失联私募机构的公告，截止此前，该协会已将1102家机构列入失联公告名单。从失联私募机构注册地统计显示，深圳成为私募失联的“重灾区”。在此背景下，针对私募基金风险防控的刑事合规建设已然迫在眉睫。

## 一、私募基金运作中的刑事法律风险

根据笔者团队以往的办案经验，总结私募基金运作各阶段的刑事法律风险，一般情况下，私募基金的运作模式分为四个阶段——“募、投、管、退”，而刑事法律风险始终贯穿其中。

### （一）基金募集阶段

募集阶段包括产品项目的初期谈判、达成和签署投资协议、资金的募集与备案。此阶段是私募基金涉非法集资类犯罪的雷区，在资金募集过程中任何不合规操作都可能会使基金管理人或基金销售机构陷入非法集资的泥潭，亟需划清募集过程的合规红线。

#### 1. 非法吸收公众存款

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》对“非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款”的认定标准进行细化，包括：(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；(2) 通过媒体、推介会、传单、手机短信等途径向社会公开宣传；(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；(4) 向社会公众即社会不特定对象吸收资金。。四项认定标准，即“非法性”“社会性”“利诱性”及“公开性”，也是私募基金是否构成非法吸收公众存款罪的判断标准。

“非法性”既是构成要件要素，亦是违法性判断的依据，其不仅表现为一般主体的不合法，也可能表现为实体上吸储行为内容和方式的不合法。对于私募基金而言，既包括基金管理人、基金销售机构的不合法，也包括对于资金募集、推介方式以及合格投资者主体条件的不合法。此外，私募基金的本质属于投资

活动，2018年中国银保监会发布《关于规范民间借贷行为 维护经济金融秩序有关事项的通知》，“未经有权机关依法批准，任何单位和个人不得设立从事或者主要从事发放贷款业务的机构或以发放贷款为日常业务活动”。因此，私募基金以借贷（存）活动为主业，或投向保理资产、融资租赁资产、典当资产等与私募基金相冲突业务的资产系不合法行为。

“社会性”包括私募基金在募集阶段以各种途径向社会公众传播募集信息，以及明知向社会公众扩散募集信息而予以放任等情形。《私募投资基金监督管理暂行办法》明确规定，“私募基金管理人、私募基金销售机构不得向合格投资者之外的单位和个人募集资金。不得通过报刊、电台、电视、互联网等公众传播媒体或者讲座、报告会、分析会和布告、传单、手机短信、微信、博客和电子邮件等方式，向不特定对象宣传推介”。

“利诱性”在募集阶段一般表现为保本付息承诺、设置无条件刚性回购、固定收益、预期年化收益等。《私募投资基金监督管理暂行办法》规定，“私募基金管理人、私募基金销售机构不得向投资者承诺投资本金不受损失或者承诺最低收益”。相较于行为主体是否合法、宣传手段是否公开以及募集对象是否特定等可能在实务中出现控辩争议的问题，实务中对保本付息承诺这一关键点的核实则会更直接、明确。

“公开性”是指违反私募基金合格投资者要求的行为，向不特定社会公众募集资金。私募基金应当面向合格投资者通过非公开方式对外募集。对于合格投资者的要求，应当符合《私募投资基金监督管理暂行办法》的相关规定，具备相应风险识别能力和风险承受能力。同时，单只私募投资基金的投资者人数累计不得超过《证券投资基金法》《公司法》《合伙企业法》等法律规定的特定数量。“公开性”打破了基金募集所要求的封闭性状态，导致行为对象的不特定，具有延散性和不可控性，但并不以社会公众必然“知晓”为前提。司法实践中对于“公开性”的认定标准是较为宽泛的，对于出罪的审查也十分严格。

#### 2. 集资诈骗罪

集资诈骗罪与非法吸收公众存款罪的区别在于私募基金管理人、私募基金销售机构是否具有非法占有

目的，对于非法占有目的认定具体需要把握四个方面，项目真假、资金去向、盈利能力以及归还能力。司法实践中，私募基金的资金链断裂并非判断“非法占有目的”的必要条件，事实上，资金链断裂是非法集资行为下的必然趋势。因而，在资金链尚未断裂的情况下，若主体归还本息主要通过借新还旧来实现，且自身盈利能力不具有支付全部本息的现实可能性，对外投资风险极大且未取得任何收益，一般也会被认为具有“非法占有目的”。

#### （二）基金投资阶段

在此阶段，投资人需注意私募欺诈问题，因其投资行为的高风险性以及募集方式的特殊性，一方面投资人极易在投资过程中因被欺诈而蒙受巨额损失，另一方面基金管理人、基金服务机构甚至第三方中介机构也极易因不合规的募资行为而触及刑事法律风险。

##### 1. 欺诈发行股票、债券罪

为维护债券市场健康稳定发展，对于证券类私募基金，即投资二级市场股票、债券等证券标的的私募基金产品，被投资人通过隐瞒事实，提供虚假财务账表、凭证，虚构公司实际收入和项目背景，骗取审计询证和增信措施，致使债券本金及利息无法到期偿付，造成投资者重大经济损失的，构成欺诈发行股票、债券罪。同时，若会计师事务所等第三方中介机构参与财务造假与基金承销活动，或是存在利益输送行为，可能会以出具证明文件重大失实罪和非国家工作人员受贿罪等罪名追究相关负责人的刑事责任。

##### 2. 合同诈骗罪

私募基金管理人、私募基金销售机构在发行销售产品时，以非法占有为目的，采用虚构事实隐瞒真相的手法，在签订、履行合同过程中，虚构底层项目，或募集资产用途造假，通常会被认定为合同诈骗罪或者诈骗罪。若诈骗行为的实施者是项目方，但由于基金管理人未能及时识别欺诈风险，对项目的尽职调查和资金监管审查流于形式，对企业的增信状况和项目进展并未及时跟进核查，则基金管理人需要为项目方的诈骗行为“埋单”，在很大程度上仍有触犯刑事法律的风险。

#### （三）项目管理阶段

在基金项目投资后管理阶段，部分私募基金管理

人、私募基金销售机构可能通过关联交易将基金财产转出，成为公司自融的工具，甚至进行利益输送，造成私募基金集团化运营，不仅严重违反了《证券投资基金法》《私募投资基金监督管理暂行办法》的规定，还可能涉嫌挪用资金罪、职务侵占罪、违法运用资金罪、内幕交易罪等。

##### 1. 挪用资金罪、职务侵占罪

私募基金项目已经完成募集投资，正式投入运作后，私募基金管理人违反约定的资金用途，利用投资指令、投资建议、查询等职务便利，通过关联企业混同财产、恶意投资等行为将基金资金挪作个人使用、借贷给他人，则可能构成挪用资金罪；若非法占有，则可能构成职务侵占罪。

##### 2. 内幕交易罪、利用未公开信息交易罪

基金管理人因业务往来在知悉内幕信息后，未遵守依法披露前的保密义务，利用内幕信息进行交易，可能被认定为内幕交易罪。而随着私募基金“老鼠仓”案件数量逐步上升，基金管理人利用职务便利获取的内幕信息以外的其他未公开的信息进行趋同交易，这类行为严重违反了损害了社会公众投资者的利益，同时损害整个基金行业的信誉和公信力，可能涉嫌内幕交易罪被刑事移送，故而是监管机关重点打击的违法行为。

#### （四）项目退出阶段

2019年9月，深圳率先发布私募基金退出参考指引。该指引明确了私募基金退出过程中三个“三分之二”的表决规则，维护了投资者在私募基金退出过程中的知情权、参与权和表决权，为私募基金退出提供有序解决问题的处理程序和参考方案。目前，多数私募基金往往是在退出阶段才出现爆雷和兑付危机等问题。在此阶段，由于投资人缺乏对基金募集和运作过程的监督，难以通过民事途径进行救济，因而最后往往引发大规模刑事案件，私募基金销售机构也将陷入刑事犯罪的漩涡。对于私募基金管理人来说，在前期募集、投资和运作管理过程中应当关注刑事风险，并采取有效的风险防控措施，才能最大程度减少私募基金发生风险，避免承担刑事法律责任。

面对私募基金的种种刑事危机，企业整合外部专业力量介入，将刑事专业律师纳入企业法律顾问、法

律咨询、决策审核的工作之中，为企业提供有针对性的防范或避免法律风险的服务就显得尤为重要。

## 二、防范私募基金刑事风险的合规建议

综上，基于笔者团队的从业经验，笔者提供以下防范私募基金刑事法律风险的合规制度工作流程，为私募企业提供“体检式刑事法律服务”（仅供参考）。

#### （一）法律风险初查

此阶段是针对企业或自然人可能涉及的刑事法律风险进行诊断。根据中国证券投资基金业协会发布的自查活动要求，严格履行私募基金登记备案制度，对私募基金“募、投、管、退”四阶段是否涉及刑事法律风险开展全面调查。募集阶段，了解和分析企业的推介方式是否合法，是否存在公开宣传、虚假陈述、承诺或变相承诺保本付息等行为，合格投资者是否符合条件；投资阶段，调查企业产品项目是否真实，是否存在欺诈、自融等情况；管理阶段，严格审查是否按照协议约定进行投资，把控资金流向，防止存在“资金池”以及其他资金监管等问题，同时，严控基金管理人通过内幕消息非法牟利或利用未公开信息进行交易；退出阶段，了解和分析基金管理人是否尽到对项目方或融资方的审查监督义务，以及对投资者履行如实告知义务。

#### （二）制定策略方案

根据上述对私募企业内部可能存在的刑事法律风险进行系统的识别、排查、过滤，初步发现企业内部基金管理人、项目产品体系存在的法律问题和管理漏洞，逐一进行法律分析与定性评判，明确指出哪些行为触犯了刑法，涉嫌何种罪名，并制定相应防范风险的调查方案，对违规行为及时予以整改，为合规工作的后续进展提供整体策略、制度方向、工作思路、框架目标、证据收集指引等，最大限度维护企业的合法权益。

#### （三）合规体系设立

该阶段进一步设立完善标准化的私募企业内部合规制度，堵塞漏洞。在募集阶段，基金管理人和基金销售机构应完善内部管理制度，进行募集流程规范化的规则建设，以确保募集主体、募集程序、推介行为、合同规范的合规性；在投资阶段，建立投资者级别评估制度，对投资者进行适当性匹配，严格把控对于投

资者的资格认定标准，同时，设立反欺诈资金监管方案和风险防控体系建设，准确评估项目产品欺诈风险，为投资过程中可能存在的刑事危机提供有力保障；在运作管理阶段，设立私募资金托管机制，确保私募基金专款专用以及资金的划转安全性，同时增设企业内部职责监督机制，对基金管理人投后履职情况进行管理监督，对融资方的项目开展、资金用途进行跟进核查，并向企业高管以及投资者进行进展报告；在退出阶段，建立投资者的资料保管制度，若项目一旦出现风险，能够尽最大可能挽回投资者的资金损失。

#### （四）刑事调查应对

私募基金管理人、基金销售机构可能面临来自侦查机关的刑事追诉。一般情况下，对于私募基金的违法行为系行政前置，根据《证券法》和《期货交易管理条例》等有关规定对其进行行政处罚，行政机关在调查过程中若发现可能涉嫌犯罪，将依法移交司法机关处理。在公安机关调查但未立案之前，应及时开展调查与应对，帮助企业针对调查问题进行事实梳理、行为描述、证据配套、提供不予立案的法律文书、法律依据等，并将调查结果提交行政机关或者公安机关。同时，与司法机关保持沟通，并与投资者进行协商，争取谅解，使企业权益得以最大限度的维护。此外，引导涉案人员和企业积极退赔，搜集、封存对涉案人员和企业有利的证据，若无法阻止案件进入刑事程序，也要最大限度地争取降低刑事处罚。

此外，基金销售机构以及融资方或项目方还应当对企业员工进行刑事法律风险培训，加强企业文化建设，强化内部监督管理，树立良好的内部纪律，引入外部资源揭示私募基金运作过程中各环节存在的风险点，提高基金从业人员对刑事法律风险严重危害性的认识及风险防范意识。

## 三、结语

在私募基金陷入爆雷和流动性危机的今天，刑事法律风险将会是私募企业经营过程中遇见的最致命的法律风险。对于基金从业人员而言，必须加强对刑事法律问题的重视，为其在募资过程中可能涉及的刑事风险提供全方位准备，根本保障私募基金企业合规制度的刚性。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》（下称《公司法司法解释三》）确认了实际出资人的法律地位，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（四）》（下称《公司法司法解释四》）明确了股东公司知情权和利润分配权的司法救济路径。那么，实际出资人作为隐名股东，它是不是公司法意义上的股东？其与公司是何种法律关系？在公司知情权和利润分配权诉讼中，实际出资人行使股东权利受到哪些限制？本文以有限责任公司为例作有关探讨。

### 一、实际出资人不是公司股东

《中华人民共和国公司法》（下称《公司法》）第三条规定，有限责任公司的股东以其认缴的出资额为限对公司承担责任。可见，股东有出资的义务，只有认缴了出资，才有资格成为公司的股东。但实际认

缴出资人，不一定是公司的股东。按照《公司法》的规定，以下四个方面才是认定公司股东的依据：1. 公司章程载明的股东；2. 公司签发的股东证明书；3. 有限责任公司的股东名册；4. 公司登记机关登记的股东。

《公司法》第二十五条规定，有限责任公司章程应当载明股东的姓名或者名称，股东的出资方式、出资额和出资时间以及股东会会议认为需要规定的其他事项。第三十二条规定：“有限责任公司应当置备股东名册，记载下列事项：（一）股东的姓名或者名称及住所；（二）股东的出资额；（三）出资证明书编号。

记载于股东名册的股东，可以依股东名册主张行使股东权利。公司应当将股东的姓名或者名称向公司登记机关登记；登记事项发生变更的，应当办理变更登记。未经登记或者变更登记的，不得对抗第三人。”

所以，尽管《公司法》规定股东是认缴资本的出资人，但是，如果公司章程或者公司股东名册或者公

司登记机关所显示的股东不是出资人，而是其他人，那么出资人不是公司股东。这类不是公司股东但却是公司资本的出资人，通常被称为隐名股东，在最高人民法院的司法解释上称其为实际出资人，而没有实际出资的公司股东是名义出资人，或称为名义股东。

现实中多数人并不熟悉实际出资人这一概念，而习惯于使用隐名股东的概念。值得指出的是，隐名股东和显名股东并非法律上的概念，是人们习惯上约定俗成的称谓，对应起来看，实际出资人就是隐名股东，名义股东就是显名股东。

### 二、实际出资人与名义股东是合同关系

《公司法》并未禁止非出资人不可以成为公司股东，在现实中，实际出资人出于各种考虑，并不想公开显示其股东的身份，而选择了他人代持股权。有的则因企业改制，实施员工持股制度，受《公司法》关于有限责任公司股东人数的限制，被动选择了股权代持，成为了实际出资人。

《公司法司法解释三》第二十四条规定：“有限责任公司的实际出资人与名义出资人订立合同，约定由实际出资人出资并享有投资权益，以名义出资人为名义股东，实际出资人与名义股东对合同效力发生效力的，如无合同法第五十二条规定的情形，人民法院应当认定该合同有效。”实际出资人与名义股东通过协议约定双方的权利义务关系，从法律性质上来说，实际出资人与名义股东是合同关系，受合同法约束调整。

### 三、实际出资人与公司没有直接的法律关系

实际出资人与名义股东签订委托持股协议，通过名义股东间接行使股东的权利，如管理权、表决权、分红权、监督权等。但实际出资人不是公司的股东，与公司没有直接的法律关系。

《公司法司法解释三》第二十五条第二款：“前款规定的实际出资人与名义股东因投资权益的归属发生争议，实际出资人以其实际履行了出资义务为由向名义股东主张权利的，人民法院应予支持。名义股东以公司股东名册记载、公司登记机关登记为由否认实际出资人权利的，人民法院不予支持。”

名义股东没有实际出资，名义股东要想以形式上

的股东进而占有投资收益，司法解释明确规定不支持名义股东的这一行为。但是，尽管如此，这也是实际出资人与名义股东之间发生纠纷时的一种裁判标准，司法解释支持实际投资人获得投资收益，但不能据此得出，司法解释认可了实际投资人的股东地位。这在《公司法司法解释三》第二十五条第三款得到印证，“实际出资人未经公司其他股东半数以上同意，请求公司变更股东、签发出资证明书、记载于股东名册、记载于公司章程并办理公司登记机关登记的，人民法院不予支持。”实际出资人要想成为公司的股东，需要取得其他股东过半数以上的同意。

### 四、实际出资人在公司知情权和利润分配权诉讼中的法定限制

参与利润分配是股东的一项基本权利。《公司法》第四条规定：“公司股东依法享有资产收益、参与重大决策和选择管理者等权利。”第三十四条规定：“股东按照实缴的出资比例分取红利；公司新增资本时，股东有权优先按照实缴资本的比例认缴出资。但是，全体股东约定不按照出资比例分取红利或者不按照出资比例优先认缴出资的除外。”

《公司法》第三十三条规定了有限责任公司的股东有查阅公司特定文件的权利。当股东查阅公司特定文件的要求被公司拒绝时，股东可以通过诉讼请求法院判决支持其查阅要求。

《公司法司法解释四》对股东的利润分配请求权和知情请求权司法救济作出具体规定，进一步明确了股东如何主张这两项权利。其中，第十三条规定：“股东请求公司分配利润案件，应当列公司为被告。一审法庭辩论终结前，其他股东基于同一分配方案请求分配利润并申请参加诉讼的，应当列为共同原告。”第七条规定：“股东依据公司法第三十三条、第九十七条或者公司章程的规定，起诉请求查阅或者复制公司特定文件材料的，人民法院应当依法予以受理。公司有证据证明前款规定的原告在起诉时不具有公司股东资格的，人民法院应当驳回起诉，但原告有初步证据证明在持股期间其合法权益受到损害，请求依法查阅或者复制其持股期间的公司特定文件材料的除外。”

《公司法司法解释四》明确规定，在股东的利润

# 实际出资人 在公司知情权和利润分配权 诉讼中的限制

○刘金星 北京市炜衡（深圳）律师事务所

分配请求权和知情权诉讼中，只有公司的股东才具备原告资格。实际投资人不是公司股东，不具备原告资格，因而无法作为当事人参与诉讼。

在立案登记制的背景下，即使实际投资人有初步的证据证明自己是公司股东身份，法院受理立案，但案件在审理阶段，若公司提出实际投资人不是公司股东，对原告的诉讼资格提出异议，法院将驳回原告的起诉。“存在隐名股东和显名股东的情况下，因隐名股东与显名股东之间是委托持股关系，对公司而言，公司法意义上的股东是指显名股东，而非隐名股东，故隐名股东显名前，不是公司法意义上的股东，不具备《公司法》第22条及司法解释规定的原告资格，应当驳回起诉。”<sup>①</sup>虽然这是针对股东提出撤销公司决议之诉时对原告资格的要求的阐述，但是，对于股东提出知情权和利润分配权诉讼，对股东资格的要求同样受到《公司法》第22条的规范，实际投资人不是公司股东，不具备原告资格。

“对没有在股东名册或者公司登记机关获得登记的股东，也可以提供公司其他文件或者合同等证明股东身份，如公司章程、股东会决议、出资证明、股权转让合同等。这些公司文件材料可能与股东名册或者公司登记一致，如果不一致且公司不予认可的，说明股东身份有争议，原告应先解决股东身份问题，在股东身份没有争议的情况下才可以行使股东的司法救济权利。”<sup>②</sup>换个角度来看，实际出资人要作为原告起诉，公司不认可其股东资格，这意味着实际出资人是否是公司股东存在争议，在这种情况下，法院将驳回原告的起诉。

### 五、实际出资人在公司知情权和利润分配权诉讼中的约定限制

隐名股东存在的原因，除了隐名股东不愿意成为显名股东外，还存在隐名股东由于适用《公司法》关于有限责任公司股东人数的限制而被动成为隐名股东的情形。这一情形多存在于集体企业和国有企业改制

为员工持股的有限公司。由于企业实施员工持股，员工认缴了出资，成了公司的股东。有的企业的员工众多，《公司法》规定有限责任公司的股东不超过五十个股东，同时规定有限责任公司的股东须符合法定人数。为符合《公司法》的要求，多数员工通过委托持股的办法，选择其他员工代持股权，少部分代持股员工登记为公司的股东，大部分实际出资的员工没有登记在公司章程和公司登记机关，成了隐名股东。

实施员工持股的公司的实际出资人与一般公司的实际出资人的身份有所区别。在员工持股的公司，公司一般认可实际出资的员工是公司的股东，实际出资人在诉讼中具备原告资格。

“原告起诉时应首先提出直接证明股东身份的股东名册及公司登记机关的登记，因为这些文件是公司置备或者公司行为完成的，应推定公司认可原告的身份。但是，如果公司有证据证明起诉原告已经脱离了股东的身份的，应当驳回起诉。例如，股东名册或者公司关于股东权利的行使有特殊的约定，公司认可隐名股东为公司股东。”<sup>③</sup>

在员工持股的公司，实际出资人虽然可以取得股东身份，在公司知情权和利润分配权诉讼中可以取得原告资格，但并不意味着实际出资人的诉讼请求就可以得到法院的支持。实际出资人的实体权利仍受到实际出资人与名义股东之间委托持股协议的约束。员工持股的公司为了方便管理，在实际出资人和名义股东之间签订有类似的委托持股协议。在绝大部分的委托持股协议中，实际出资人将利润分配权之外的股东权利委托名义股东行使。因此，实际出资人虽是公司认可的股东，但并不当然可以行使股东的全部权利。实际出资人不能要求直接行使在委托持股协议中让渡给名义股东的权利，实际出资人仅能按委托持股协议委托名义股东行使在协议中已保留的权利，如利润分配权。所以，在员工持股的公司，实际出资人虽然是公司认可的股东，但其行使股东权利，仍然应当受到委托持股协议的限制。

①杜万华主编《最高人民法院公司法司法解释（四）理解与适应》，人民法院出版社，2017年8月第1版，第68页。  
②杜万华主编《最高人民法院公司法司法解释（四）理解与适应》，人民法院出版社，2017年8月第1版，第173页。  
③杜万华主编《最高人民法院公司法司法解释（四）理解与适应》，人民法院出版社，2017年8月第1版，第173页。

## 因使用而获得的市场区分能否成为在后申请商标的“免死金牌”？

○孙大勇 北京大成（深圳）律师事务所

### 案情简介

深圳市不见不散电子有限公司（简称“不见不散公司”，在商标无效审查阶段，该公司为无效宣告请求人）拥有“MiFi”“MIFA”和“miFa”三个商标，核定使用在第9类的“扬声器音箱”等商品上，该三商标目前为有效商标。诉争商标为深圳市魔浪电子有限公司（简称“魔浪公司”）注册的“miFo”商标，核定使用在第9类的“头戴式耳机”等商品上。在诉争商标申请日之后，魔浪公司耗费巨资在“耳塞式耳机”上对诉争商标进行了大规模的使用，进而使得该商标具有很高的知名度。相比而言，在诉争商标申请日之前，各引证商标在音箱商品上通过线下宣传与品牌展示、代理与销售等方式，也进行了大规模的使用，

亦具有很高的知名度。

另“扬声器音箱”与“头戴式耳机”均属于《类似商品与服务区分表》中相同的类似群即第0908类似群商品。

在涉案商标的无效审查阶段，国家知识产权局（机构整合前为商标评审委员会）认为诉争商标与引证商标构成近似商标，遂将诉争商标宣告无效。魔浪公司不服国家知识产权局作出的商标无效审查决定并提起行政诉讼。北京知识产权法院认为，诉争商标与引证商标构成使用在类似商品上的近似商标。但魔浪公司提交的大量经公证的关于诉争商标在头戴式耳机（经二审查明实际上为耳塞式耳机）商品上的宣传及使用信息的证据，上述信息显示诉争商标在头戴式耳机上

进行了大量的使用，并具有较高的市场知名度和较为良好的市场评价，结合在案证据并未显示不见不散公司在头戴式耳机商品进行过相关使用，诉争商标在头戴式耳机商品上的注册足以使相关公众将诉争商标与诸引证商标相区分。因此，综合考量全案证据，诉争商标在头戴式耳机商品上的注册经过长期使用，已经建立了较高市场声誉和形成相关公众群体，足以使相关公众将诉争商标与诸引证商标相区分。商标评审委员会对此认定有误，遂将商评委作出的商标无效审查决定撤销。

### 问题的提出

在没有任何特定历史原因或市场因素的情况下<sup>①</sup>，当在后商标与在先商标相近似、二者核定或拟使用的商品（服务）相同或者类似的情况下，能否承认诉争商标在其申请日后因宣传、销售、重金打造等方式所形成的所谓秩序或知名度，从而使得讼争商标因使用而获得的市场区分当然成为在后申请商标的“免死金牌”？

### 律师评析

#### 一、维护商标的先申请制度仍应是我国商标注册保护制度的核心要义

《类似商品与服务区分表》已经将扬声器音箱和头戴式耳机划分在相同的类似群中，在产品类似、标识近似的情况下，不见不散公司当然有权禁止魔浪公司将“mifo”商标使用在“头戴式耳机”上，因为这种行为侵犯了不见不散公司拥有的引证商标的商标权。本案的特殊之处在于，魔浪公司的“mifo”商标已经被商标局授权且因宣传、使用具有了一定的知名度，进一步说，假定还形成了一定的市场区分。在此种情形下，是否应当承认所谓的市场格局即不见不散公司将引证商标应用在“扬声器音箱”上，而魔浪公

司将“mifo”商标应用在“头戴式耳机”上，二者互不干涉？假若是这样，那就是变相地压缩了不见不散公司引证商标的保护范围，且理由仅仅是因为一个未被及时制止的商标侵权行为因所涉商标事后做大做强而合法化了。笔者认为，这对在先商标权人提出了过高的维权注意义务要求，对引证商标权人不公。

为讨论问题需要，作极端化假设：假定魔浪公司将“mifo”商标确系应用在“头戴式耳机”上且确已形成有效的市场区分，而不见不散公司仅仅是之前将引证商标注册在“扬声器音箱”商品上但并未做任何宣传和使用。在引证商标未被撤三<sup>②</sup>的情况下，司法取舍中是否需要为维护一个不知名的引证商标的在先利益而毁掉一个已经成长为知名品牌的“mifo”商标？从社会的价值总量来看，显然应当去维护价值更大的“mifo”商标，而不是去维护价值较小的引证商标。但这样处理的结果，看似社会价值总量提高，但却引发了社会秩序的混乱和诚实信用原则的丧失。资金实力雄厚或者别有用心市场主体，完全可以通过做大做强的方式恶意模仿他人商标，并以在后获得的知名度和影响力等等这种在后利益去排斥引证商标当然形成的在先利益，导致在先商标的后续成长、使用范围受到不公正的限制，甚至出现被反向假冒的现象。显然相对于有序的规则秩序、诚实信用原则等，短期的价值总量不值一提。

#### 二、在后商标申请人注册时未尽合理避让义务，甚至还具有恶意，则在后商标申请或注册行为即丧失正当性，具有可责性

司法实践中，此类案件的在后商标注册者往往在注册时没有尽到合理的避让义务，甚至还具有主观恶意。所谓合理的避让义务主要是指，在后商标申请人在申请在后商标时对同业相同或者相近似的商标应注意避让，以免造成市场混淆；所谓恶意主要是指在后

商标的申请人不仅不避让在先商标反而有攀附在先引证商标的意图。

例如，北京福联升鞋业有限公司与国家工商总局商标评审委员会、北京内联升鞋业有限公司行政裁决申诉一案 [(2015) 知行字第 116 号]，最高院认定再审申请人北京福联升鞋业有限公司作为同业竞争者明知或者应知引证商标“内联升”具有较高知名度和显著性，却申请注册、使用与之近似的被异议商标“福联升”，具有主观恶意。对该恶意行为，法律应给与否定性评价，对因“福联升”使用、宣传等行为所形成的所谓市场秩序或知名度不予承认。在六福集团有限公司、深圳市禧六福珠宝有限公司商标行政管理（商标）再审行政裁决案 [(2018) 最高法行再 100 号] 中，最高院评述在后商标“禧六福珠寶 XILIU FU JEWELLERY 及图”与在先引证商标“六福”近似应予撤销时，亦认定在后商标申请人注册涉案商标具有主观恶意。

笔者认为，若在后商标与在先商标构成相同或近似，在后商标通常不应被核准注册，即使被核准注册亦应被撤销或者被宣告无效。主张在后商标申请日后的使用情况、知名度等因素一般不会被法院所认可。在后商标申请人申请在后商标时明显具有恶意将会直接导致在后商标不能被维持或者不能得以核准注册，但在后商标申请人申请在后商标是否具有恶意，并不是在后商标能否被维持或者得以核准注册的必须考虑因素。

例如，在邳州市龙凤祥金银珠宝有限公司与国家工商行政管理总局商标评审委员会再审行政裁决案 [(2016) 最高法行申 2899 号] 中，最高院不同意在后申请商标“龍鳳祥”核准注册，理由是该商标与引证商标“老鳳祥”构成近似，并指出在后商标申请人“龙凤祥公司以在后使用和宣传‘龍鳳祥’标识的行为已造成两个商标共存的事实状态、‘龍鳳祥’标识通过使用和宣传已获得显著性为由，主张‘龍鳳祥’标识可获得商标注册，并无法律依据。”很显然，最高院明确指出的是，在后商标申请人关于“两个商标共存的事实状态”“通过使用和宣传已获得显著性”主张在后商标应予核准注册的事实理由没有“法律依据”，

即不管上述事实是否存在，该辩解的事实理由没有法律依据上的支持。再有，在整个否定性评述中，最高院并未考量并指出在后商标申请人申请“龍鳳祥”商标是否具有恶意。

笔者认为，商标授权确权程序的总体原则仍是遏制搭车抢注，保护他人在先商标，尽可能消除商业标志混淆的可能性。在没有任何特定历史原因或市场因素而形成在后商标与引证商标共存的格局的情况下，维护我国商标的先申请制度仍应是我国商标注册保护制度的核心要义。因此，在后商标的注册即使没有恶意，但若其没有尽到合理避让义务而申请在后商标，该行为本身即缺乏正当性，而具有可责性。正是基于以上的考量因素，在不见不散公司商标无效行政纠纷案中，北京高院指出讼争商标应予无效的两个并列理由：

一是魔浪公司注册讼争商标时未尽到合理避让义务。诉争商标申请人魔浪公司与引证商标权利人不见不散公司营业地址临近，且属于同行业经营者。诉争商标申请时，魔浪公司对引证商标的注册使用及市场情况理应知晓。在此情况下，诉争商标申请人仍注册与各引证商标非常相近的商标，且不说难谓善意，至少没有尽到合理避让义务。

二是魔浪公司提出在后商标因使用而形成所谓秩序或知名度的辩解意见有违商标法宗旨，即该辩解意见没有法律依据，维护我国商标的先申请制度仍应是我国商标注册保护制度的核心要义。音箱和耳机均属于同一类似群商品，市场重合性较强。诉争商标并非基于特定历史原因或市场因素而形成与各引证商标共存的格局。如果承认诉争商标申请人魔浪公司此种行为所形成的所谓秩序或知名度，无异于鼓励同业竞争者违背诚实信用原则，罔顾他人合法在先权利，强行将其非合理理由申请注册的商标做大、做强，进而排斥在先权利人的正当利益。这既不利于有效区分市场，亦不利于净化商标注册和使用环境，有违我国《商标法》宗旨。

最终，北京高院撤销一审关于在后商标因使用获得知名度和市场区分应予核准注册的判决，涉案商标全部无效 [（2019）京行终 3993 号]。

①笔者认为“特定历史原因或市场因素”中特定的历史原因通常包括历史上的商标共存格局，历史上的老字号因素，历史上的相关商标使用情况、历史上的市场区分格局等；特定的市场因素包括在先商标权利人出具的容忍在后商标核准注册的信函、共存协议等；“特定的历史原因”与“特定的市场因素”这两种因素有可能相互交织。

②“撤三”即撤销连续三年未使用的商标。我国《商标法》第 49 条规定，注册商标没有正当理由连续三年不使用的，任何单位或者个人可以向商标局申请撤销该注册商标，俗称为“撤三”制度。

# 如果 孩子与工作都是梦想

○张帆 广东盛唐律师事务所



我正式迈入律师行业的时间不长，与一般女律师更为传统的个人发展路径相比，我属于半路上道——先成为妈妈，再成为律师，最后成为法学院的研究生。

“你不是一直都在研究院上班吗？原来好好的科研工作怎么就放弃了呢？”不少好朋友感到惊诧。是的，我从理工硕士毕业就开始了科研工作，也算是轻车熟路了。而孩子的降临，打破了这种平衡。当我不得不暂时放弃工作回归家庭时，朋友们的话又转为安慰：“家庭对女性而言才是最重要的，做全职妈妈也很好。”

可是，为什么有了孩子，就一定要做全职妈妈呢？我内心恰恰还有个另干一番事业的梦。

如果创事业是我的梦想，那岂能因为妈妈这个角色而放弃？我相信，孩子是一份礼物，而不是我实现梦想的绊脚石。思前想后，我觉得“律师”会是最适合的职业，其工作时间相对自由，能有效地平衡家庭与梦想两者之间的关系，其对专业水平的高要求，又能保证我努力沉醉其中而不会被辜负。于是，在待产与哺乳期间，我请教了时常披星戴月的律师前辈们，在他们的鼓励下，端起了法律书籍，认真准备司考。那些夜晚，我趁着孩子睡熟后，在灯下一本一本地翻看，攻下了摞起来有半人高的法律专业书籍……缺月挂疏桐，漏断人初静，一切如水温柔。

三年后，小女儿开始上幼儿园了，而充足的准备也让我自信满满地走进律师事务所，并最终获得了梦寐以求的职业身份——律师。而且，随着对法律的理解与付出，有一颗全新的种子就开始在我内心孕育、

萌芽，那是法律的精神。

我也终于体会到在很多人眼里羡慕的“律师很自由”的含义。这句话其实只对了一半。如果我想绝对自由，那它绝对毫不客气的送我一个坐吃山空，那可是连最基本的生存的自由都没有了，我只有以工匠精神勤勤恳恳地提高技艺，才能得到回报。足够的自律，足够的勤勉，有条不紊，恪尽职守，只有这样才能收获外行人眼里光鲜的自由。

做律师，主要是服务甲方；而母亲这个角色，是服务世界上最苛刻的甲方——孩子。如何平衡这两个“甲方”呢？我发现做“早起的鸟儿”特别管用。

凌晨时分，东边那灰蒙蒙的天际间，会倏地一下出现一缕金光。万籁俱静，渐有鸟唱。早起工作，看似辛苦，却是另外一番美妙的体验！早上七点，我将已经完成的工作以邮件的形式发出去，轻轻一点，倒也从容不迫。

我也逐渐掌握律师妈妈笼络家人的温柔招数。每天凌晨开始工作之前，我先进厨房把食材放进锅具里。厨房也是个美妙的地方，推拉门的门楣上爬满了绿色的常春藤，还垂下来一个隐约可见的铜管风铃，厨房的一角特别设置了一座工作吧台，摆放着生机勃勃的紫苏与罗勒，鲜嫩的叶子散发着淡淡清香，在那里，我一边敲击键盘一边为家人作羹汤。

工作完成后，早餐也做好了！孩子们醒来看到满桌精致的早餐，连连惊叹“不可思议”。“这是有神仙姐姐过来点了魔法棒吗？”女儿问道。你们的妈妈我只是把统筹学简单原理应用到生活当中罢了。

一桌让家人围坐在一起享用的早餐，看似普通，却不能被代替。越是快节奏的生活，越是需要温柔与爱意的传递。孩子上学之后，我也涌入了城市地铁的早高峰大潮中，工作到中午，再休息个把小时，所有的精力也都补回来了。同时兼顾律师与妈妈的角色，我并不觉得苦与累，甚至还很甜。一个女律师工作上的成就，不应该以牺牲乐也融融的家庭生活作为代价。自律、主动、提前、统筹，这是我屡试不爽的秘笈，自由组合，总是会产生意想不到的效果。

孩子每天都把妈妈的严谨勤劳看在眼里，耳濡目染，也渐渐养成了妈妈欣赏的品性。大儿子很为妈妈觉得骄傲，小女儿表达更是直接“我的妈妈太厉害了，她可是律师啊！我以后长大了也要做律师！”

这份工作也把我的气度与胸怀撑大，让我在教育孩子方面，有更多的自信保持自己的原则与节奏。因为有足够的自信，我没有扒在校门口，等下课铃一响，就架着铁骑冲过去接孩子去补习班；因为足够的自信，我无需整晚整晚的坐在孩子身边，事无巨细地紧盯他们写作业；因为足够的自信，我不会把闲暇的时光都消耗在与其他女性大谈特谈育儿经“好为人师”。那工作忙碌又如何陪伴孩子呢？还是我前面提到的秘笈。

每天晚饭后，我拿出书籍或者电脑，翻开其中的任何一样，并对孩子们说：“每个人都有自己的责任，爸爸妈妈也有自己重要的事情，你们要也要像爸爸妈妈一样，自觉认真地对待自己的事情。有不懂的问题，欢迎与爸爸妈妈讨论，但不能总想着依赖爸爸妈妈来陪伴自己的功课。如果妈妈在工作的时候，让你只能

蹲在妈妈身边看着我，而不让你做任何事情，你愿意吗？”孩子们细想了一会觉得有道理，欣然答应。

其实有哪位妈妈不将孩子放在首位呢？我同样如此。但在孩子面前，我更多地表达出来：即便有了孩子，作为妈妈，对自己的工作、自我、人生同样要负责。我觉得与其花时间、花金钱为他们报读各种培训班相比，我更希望孩子能全方位地贴近生活，明白多一些基本的做人道理。这种最质朴的教育，可能没有助力孩子成绩突飞猛进，英勇超前，但是促进亲子关系更和谐。我希望我的孩子也能看到我躬亲示范，表里如一的认真与真诚。

也有朋友问道，当上律师，是不是意味着十多年的理工背景、科研经历就因为转行而变成过眼云烟呢？初入律师行业，我也有过茫然，幸得我听取了律师前辈的意见，他们建议我保持自己的专业优势，专攻知识产权领域。这个领域与自然科学紧密结合，关注各种最新技术，各种技术拆解、创新性分析、技术可行性分析、科技成果转化都让我倍感亲切。我可以充分运用到我的理工科思维、我的科研背景，还有我遍布世界各地科研领域的老师同门，他们是最忠诚又最给力的坚强后盾。

如果把我前后所拥有的截然不同的专业背景比如成新欢与旧爱，那这一刻在这个点，我是同时拥有，一直没有背离，而只有拓展与延续。

这样的职业追求，或许上天也动容，当它看到我决定为了家庭，更为努力地调整自我的时候，就准备好了一束礼花等待着为我盛放，让我的人生更加艳丽。

## 审视“父亲”

○王涛 广东天梭律师事务所

男人的一生，大多留有父亲的印记，不光是生理基因，还有性格、气质或者其他精神层面的东西。较之母亲终生都与儿女之间的牵肠挂肚不同，父亲总是促使儿女（儿子尤甚）独立，走向个体的疏离。观察所见通常如是。

对于儿女而言（儿子尤甚），一种倾向是想成为父亲的模样，另一种倾向是变成跟他完全不同的人。尽管大部分父亲克己自律位居家庭的中心，是家庭的支柱和权威，但仍不乏有许多父亲软弱自私缺乏担当，或者好逸恶劳心性顽劣，以至于家庭的航船飘摇颠簸。由于角色缺位而使母亲含辛茹苦栉风沐雨，充当双重身份，留给儿女成长的创伤。

人们总是这样说，父亲是山，或者父爱如山。山是什么样的？高大、巍峨、丰富、厚重，父爱滋生于此，便引申为高度、宽度和深度，它决定了家的格局和定位。儿女陶冶于此，自然心智健全气质不凡。所以父亲很重要，父爱不可缺。

父亲的形象通常是冷峻的，即便他是一个慈父。他无需保持形而上的亲密，他本能地把儿女推出身外，希望儿女自立自强，他山一样的沉默和固执，总是保持他的高傲和自大，同时也怀揣他的孤独和笨拙。他头脑清晰胸有成竹但却不喜倾诉张扬，以至于儿女一般不太懂他，相对于母亲的唠叨叮咛和无微不至的关怀，对母亲的熟悉和对父亲的陌生通常构成一个家庭亲子关系的常态。

父亲就像界碑，除非越界他会及时出现，一般儿女都是在母爱的天地里撒欢儿。在他们正嗨的时候一般是看不到父亲的。父亲是神一样的存在，这些在儿女长大后才能逐渐体会到。他是纪律，传承的是信仰和责任。

挺好的，一年中有这么个节日“父亲节”，能让人们审视一下“父亲”，其实无非是告诉人们做父亲的伟大和不能很好地做父亲的失职和羞耻。

谨以此向父亲致敬！

## 读《西窗法雨》有感

○谭娇玲 广东联建律师事务所



第一次翻阅《西窗法雨》是在2008年，那时初入大学，刚接触法学，在老师的引导下读了这本书，当时认为与其他法学专著相比，这本书里面的文章简短有趣，没有固有的晦涩艰深，所以爱不释手。正所谓“读书千遍，其义自见”，最近重读《西窗法雨》，别有一番感悟。

其中一篇小文《政府旁边的法院》令我感悟颇深。美国总统尼克松准备竞选连任，为竞选成功，在政敌民主党竞选总部水门办公室装置窃听器，试图截获有关情报。东窗事发后，哥伦比亚特区联邦法院要求身为美国总统的尼克松配合法院，交出全部录音带，而尼克松却以“总统有绝对的行政特权且交出录音带有损公共利益”为由，拒绝交出，但法官照发传票，要求尼克松在规定时间内将录音带如数交到法庭。后此事闹到美国最高联邦法院。尼克松自认为联邦最高法院会卖给他这个面子，结果出乎意料，合议庭以8:0的投票结果判决维持原判，如果总统拒绝交出录音带，则构成妨碍正常法律程序的罪名，最终尼克松不得不交出录音带。这篇小文说明：上至总统，下至平民，在法律面前一律平等，法院就是法律的象征，任何人不得违背法院的判决，美国法院就像一座“公正堡垒”，时刻监督着旁边的政府。

数月前听闻某法院审理的一桩行政诉讼案，即阮某某诉住建局不作为案，法院经审理后作出判决，要求被告住建局撤销不予受理决定书，并对原告阮某某的申请重新作出处理，被告接到判决书后对原告阮某某的申请虽然予以了受理，但是却作出了不予处理的决定，其实是以一种作为的方式不作为。无奈，阮某某只能以相同诉求再次起诉住建局，法院亦再次作出与一审相同的判决，要求被告住建局对原告阮某某的申请重新作出处理，可是被告仍旧不作为。如此反复，原告已经因同一事由向法院起诉了三次，被告仍旧对法院的判决置若罔闻。由此，我联想到了美国法院对

尼克松事件的强硬处理态度，作为一名法律工作者，内心五味杂陈。

新《行政诉讼法》于2015年5月1日开始实施，其中第九十六条规定，行政机关拒绝履行判决、裁定、调解书的，第一审人民法院可以对该行政机关直接负责的主管人员和其他直接责任人员予以拘留；情节严重，构成犯罪的，依法追究刑事责任。该条法律条文明确规定了法院在执行中可以拒不执行判决的行政机关主管人员和其他直接责任人员采取强制措施，这无疑赋予了法官们一件锋利的法律武器。当行政机关拒不履行判决、裁定、调解书时，法官可以直接对拒不执行判决的行政机关主管人员和其他直接责任人员采取相应的强制措施，达到执行的目的。如此一来，上述的窘境也能迎刃而解了。

美国建国已经两百多年，而新中国建国才七十年，无论是在法制建设方面还是在法治环境方面都必然会存在一定的差距。其实，法律的完善和法治的建设是一个循序渐进的过程，来不得半点急功近利，得一步一个脚印，踏踏实实的走好每一步，才能到达法治王国。

## 最高院法学专家杜万华来深解读民法典

6月6日，深圳市法学会、深圳市律师协会、深圳市西南政法大学校友会联合举办“深度解读民法典”专题讲座。最高人民法院咨询委员会副主任杜万华现场作讲解，他以体系化视角全面解读民法典，从民法典编纂历程、时代意义、体例与法律效力、基本原则、调整精要等方面进行深入解读，重点介绍了总则编、人格权编、合同编、物权编、侵权责任编中的若干具体条文，系统总结了立法亮点、法律适用难点，分享了立法过程中出现的争议与倾向，并阐明了立法原意，帮助听众正确理解与适用法律规范，近200名法律工作者到场聆听。



## 《深圳律师行业社会责任报告》在全国率先出版发行

近日，深圳市律协组织调研编写的《深圳律师行业社会责任报告》由法律出版社正式出版发行。这是深圳律协成立30多年来首次向社会发布责任报告，也是中国律师行业第一本出版发行的社会责任报告。报告全面总结了深圳律师在服务政治大局、积极参政议政、助力经济发展、推动法治进程等方面做出的努力和取得的成就，展示了深圳律师努力维护弱势群体合法权益、维护社会公平公正、积极履行社会责任的良好形象。



## 深圳律协首次推出法律服务产品清单

近日，深圳律协推出《深圳律师法律服务产品清单》，该《清单》由深圳律协业务创新委组织编写，30个专业委通过梳理业务流程，“菜单”式呈现二十七类331项法律服务产品。产品内容紧贴民生需求、经济发展及城市建设，涵盖婚姻家庭、劳动、房地产等传统法律服务，囊括知识产权、海商海事、环保等特色法律服务，包含互联网金融、保理、PPP等新型法律服务，立体呈现法律服务功能及律师服务模式，促进法律服务与社会需求精准匹配，实现律师、政府及社会公众按图索骥、一目了然，同时，帮助深圳律师进一步了解法律服务市场，

提升法律服务水平，推动深圳律师业高质量，并为党委政府及社会公众提供便捷高效、精准实用的法律服务。



# 我们的脚步

致奋进在依法治国征程上的法律人

○钟胜荣 广东中安律师事务所

自从走进这扇大门  
法的印记  
从此就烙在青春的脊背上  
一生跟随

在神圣的殿堂  
我们的脚步重重响起  
徽章闪耀法袍生辉  
灵魂总在与庄严的国徽对视  
槌起槌落  
交响成层层迭进的乐章

在巍峨的大楼  
我们的脚步轻轻穿梭  
瀚海遨游冥思苦想  
匠心总在与正义的方向同行  
朝霞青灯  
浸染出夜以继日的帛画

谁不想轻盈起舞  
谁不想策马扬鞭

可我们的脚步却总在画着自己的圆  
它亲吻过草尖上的露珠  
还有路灯下的落叶  
它沐浴过北国的梧桐树影  
还有南国的杜鹃花香

谁不想鲜衣怒马  
谁不想烈焰繁花  
可我们的脚步却总在画着朴素的信仰  
它是护航的舰船  
燃灯的使者  
它承载着秩序理念和暖暖阳光  
叩开了无数人的心房

只为路口驻足的等待  
还有紧蹙眉头的舒展  
我们就这样年复一年地  
行走在乡村田野厂区街巷  
还有云端网上  
斜阳从肩头滚落  
汗珠从脸颊摔落

溅起的尘土裹满双腿  
分明就是岁月留给生命的出彩底色  
脚步很重  
在把公正的洪钟重重敲响  
脚步很轻  
在把大地的酣梦轻轻呵护

时光滴嗒而过  
使命静静赓续  
你的脚印紧扣着我的脚印  
明天的脚印接力着今天的脚印  
它们就这样层层叠叠地  
垒成法治的路基和灯塔  
垒成环抱烟火的群山  
每一次跋涉攀登  
都念念不忘地凝眸远眺  
海晏河清天朗风和  
家梦国梦灿若莲花  
那正是我们永恒的精神圣地  
一生守望

