



SHENZHEN LAWYERS

# 深圳律師

非常视线 专业见解

总第 100 期

# 100

2023 年 | 第 2 期 |

深圳市律师协会主办

(粤B) L017010071

## 百期之颐 再启芳华

### 《深圳律师》创刊百期

深圳市律师业高质量发展三年行动计划

涉港商事与金融争议解决过程中的法律适用问题

刑事案件二审开庭难等相关问题研究

企业合规大有可为

债券虚假陈述侵权的投资者维权

## 深圳市律师协会主要荣誉

深圳市律师协会成立于1988年，是依照《中华人民共和国律师法》和相关法律成立的行业自律性组织，是由深圳市个人会员和团体会员组成的社会团体法人，受深圳市司法行政机关的监督、指导和上级律师协会的指导，接受中国共产党深圳市律师行业委员会的领导，组织开展律师行业党的建设，依法为深圳市律师行业提供服务并实施行业自律管理。

- 1995年，深圳市律师协会被评为深圳市40个受表彰的社团之一。
- 1996年，深圳市律师协会被评为深圳市11个优秀样板社团之一。
- 2005年1月，深圳市律师协会被广东省民政厅评为“全省先进民间组织”。
- 2006年1月，由法制日报（现法治日报）主办的“2005年律师十大新闻”评选揭晓，深圳市律师协会换届以其轰动业界的影响力入选，被评为“2005年律师十大新闻”。
- 2008年9月，深圳市律师协会获评“全国司法行政系统抗震救灾工作先进集体”称号，也是全省唯一获此殊荣的律师协会。
- 2011年7月，深圳市律师协会被中共深圳市委、深圳市人民政府评为2006-2010年深圳市法制宣传教育“先进集体”。
- 2012年11月，深圳市律师协会被深圳市公园文化节组委会评为“优秀组织单位”。
- 2016年6月，深圳市律师协会被深圳市社会组织总会评为“5A级社会组织”。
- 2016年8月，广东省律师协会对参与“百千千工程”作出贡献的8个律师协会进行表彰，深圳市律师协会荣获该项工作省级先进集体。
- 2016年12月，深圳市律师协会被深圳市民政局评为“十大杰出贡献社会组织”。
- 2016年12月，深圳市律师协会被中华全国妇女联合会评为“全国维护妇女儿童权益先进集体”。
- 2020年5月，深圳市律师协会荣获第十七届深圳关爱行动“十佳公益机构提名奖”。
- 2020年12月，深圳市律师协会在援桂脱贫攻坚工作中，成绩明显，被广东省第二扶贫协作工作组给予通报嘉奖。
- 2021年7月，深圳市律师协会的作品《感悟百年党史，筑牢行业之基》，在“永远跟党走，奋进新征程——律师行业百人百作迎建党百年”主题书画摄影视频作品征集评选活动中，荣获视频类“三等奖”。
- 2022年12月，深圳市律师协会在中共深圳市委政法委员会和深圳广播电影电视集团组织的2022年度《法说平安》电视栏目制作中，表现突出，荣获“优秀组织奖”。
- 2023年4月，深圳市司法局、深圳市律师协会、深圳市前海一带一路法律服务联合会共同推荐的“深圳成立港澳律师深圳执业服务中心”和“助力港澳律师融入内地律师体系”，荣获2022年度深圳“十大法治事件”。

## 历经铅与墨 潜心雕与琢

### 写在《深圳律师》出刊100期之际

○刘志军 《中国律师》杂志总编辑

雄踞南粤，北望东顾。

创新是深圳的灵魂，也是深圳律师业的根脉。

先行先试的深圳律师业，犹如一把利剑。筚路蓝缕的奋斗历程与经济特区改革开放的脚步同频奔赴、一路砥砺，创下多个“全国第一”的典范模本：中国第一家律师事务所、第一家专事涉外业务的律师事务所、第一家合伙制律师事务所、第一家以个人命名的律师事务所都诞生在这片热土，第一份律师证券业务法律文书、第一个地方性律师管理法规、第一家地方律师行业党委都从这里星火燎原。

岁月沉潜，静水深流。

厚重深沉的深圳律师业，更像无锋重剑。截至2023年6月底，深圳执业律师人数23011人，律师事务所1216家，50人以下的中小型律师事务所共有1150家，占比94.57%。北望东顾，眼前的路从身后延伸而来，深圳律师与北京、上海律师的追赶之路在拉伸，阈值也在拉升。

如何在进取与秩序、创新与监管、拓展与规范中取得平衡？

如何实现律师业高质量发展和人民群众获得感的双提升？

如何有序有效通过既往尊荣感与现实匹配度的压力测试？

面对律师行业新一轮的洗牌、竞赛，需要大器早成的深圳律师业，以改革破题，以创新拓路。

深圳从来不缺奋斗者的精气神，从来不缺追梦人的大无畏。敢做“拓荒牛”，改革创新，敢为人先；甘为“孺子牛”，心系人民，苦干实干。顺应国家战略，谋求更大发展，始终是“特区使命”，也始终是“深圳机遇”。对标对表、响应落实司法部党组的五点希望，需要初心如磐的深圳律师业，拿出律师担当，拿出深圳行动，一棒接着一棒跑，撸起袖子加油干，让梦想照进现实，以实干赢得未来。

百围之木，始于勾萌。

创刊于2004年1月的《深圳律师》迎来100期。一百次跋涉，驰而不息。历经铅与墨，潜心雕与琢，这里有真知灼见的观点输出，这里有深耕专业的独门秘笈，这里有激扬文字的执业心得，每一期杂志就是一座里程碑。

不囿过往，不畏将来。

力举千钧纸一张。相信《深圳律师》将继续坚守导向定位，拓展传播格局，精雕内容生产，走好全媒体时代群众路线，打造舆论引导和思想引领高地，同时奔向“守正”与“创新”。

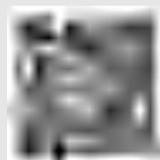
深圳律师，梦想与你共追；《深圳律师》，历史与你共书！



印刷日期 2023年8月20日

编委会主任 张斌  
 编委会成员 杨道章 成 赵东川  
 王伟 罗振辉 曾迈  
 胡宁可 黄远兵  
 主编 杨道  
 执行主编 周敏 黄红珍  
 栏目编辑 陈伟 杨新发 颜宇丹  
 杨银笛 胡聪 屈文静  
 刘伟健  
 责任编辑 伍春红  
 编辑 王颖 罗苑瑜  
 美术编辑 蔡永军  
 电话 0755-83025789  
 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  
 印刷单位 深圳市彩霸美印刷有限公司

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



欢迎扫码  
关注“深圳律协”公众号



# 目录 CONTENTS

## 卷首语 | FOREWORD .....P1

01 历经铅与墨 潜心雕与琢 / 刘志军

## 特别报道 | SPECIAL REPORTS .....P4-11

04 深圳市律师业高质量发展三年行动计划  
(2023-2025年)



## 特别策划 | SPECIAL PLANNING .....P12-25

14 《深圳律师》创刊百期大事记  
 17 我与杂志的故事 / 高树 张志 杨新发  
 22 强队伍凝聚力, 创刊百期系列庆祝活动圆满举行  
 24 承载拳拳手足情, 迈向熠熠辉煌路

## 热点 | HOTSPOT..... P26-43

26 涉港商事与金融争议解决过程中的法律适用问题  
/ 黄恩霖 何原 程竞达



30 数据交易合规之个人信息合规交易 / 龙军 李兰兰 孙鹏程  
 34 《个人信息保护法》视角下“大数据杀熟”的维权路径 / 潘良  
 37 刑事案件二审开庭难等相关问题研究 / 黄云 杨婧雨  
 40 撤销仲裁裁决案件中的违反法定程序事由辨析 / 卜斌

## 论道 | DISCOVERY..... P44-61

44 企业合规大有可为 / 曾迈 傅政杰  
 47 论进出口信用保险合同之“纠纷先决条款” / 张天阳  
 50 重大资产重组中交易各方虚假陈述法律责任初探  
/ 安健 唐永生 蒋佳伟  
 54 浅析商品房消费者权益保护问题 / 王耀  
 58 PPP项目工程是否属于“不宜折价、拍卖”的建设  
工程 / 熊婷 吴梦阙

## 实务 | PRACTICE ..... P62-81

62 内地法院审理涉港保证合同纠纷的实务分析  
/ 曾强 陈曦

66 债券虚假陈述侵权的投资者维权 / 谭娟 方培思 黄晓俊  
 70 对赌协议效力的裁判趋势探析 / 周斐斐  
 74 房屋租赁实践中的“自助行为” / 钟胜荣  
 78 被继承人配偶婚内取得的股权继承问题  
/ 刘亚娟 韦莉芳 梅林

## 拍案 | CASE AND EXAMPLES ..... P82-89

82 关联协议的仲裁管辖权应否整体判断——以一起仲  
裁裁决被撤销案件展开 / 彭学武  
 86 从微博不正当竞争案看数据抓取行为的司法认定  
规则 / 王琼花

## 生活 | LIFE..... P90-95

90 一个54岁深圳律师的诗和远方 / 杨崇新  
 93 浅谈律师写作 / 谭娇玲  
 94 律师如何做时间管理? / 莫丽冰

## 律协动态 | INFORMATION..... P96-100

# 深圳市律师业高质量发展 三年行动计划 (2023-2025年)\*

## 一、总体要求

坚持以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，深入学习贯彻党的二十大精神，深入贯彻习近平法治思想，坚持党对律师工作的领导，引导广大律师把坚定拥护“两个确立”、坚决做到“两个维护”落实到实际行动上，把拥护中国共产党领导、拥护社会主义法治作为律师从业基本要求，努力做党和人民满意的好律师，为深圳建设中国特色社会主义先行示范区、创建社会主义现代化强国的城市范例提供有力法律服务保障。

## 二、发展目标

到2025年，深圳市律师业创新能力、品牌影响力、综合服务能力大幅提升，把深圳市律师队伍打造成为一支政治立场坚定、人民群众满意、业务能力精通、执业行为规范的高素质人民律师队伍，更好地服务“双区”建设。

## 三、主要措施

### (一) 加强律师队伍政治建设，确保深圳市律师业正确的发展方向

1. 加强政治学习机制建设。坚持政治引领、党建先行，把持续深入学习贯彻习近平新时代中国特色社会主义思想作为律师业党建工作的首要政治任务。建立常态化政治学习培训机制，把学习贯彻习近平法治

\*该计划由深圳市司法局制定，经市政府同意印发予各区人民政府（新区管委会、合作区管委会）及各有关单位以贯彻执行。

思想纳入各类学习培训的主课、首课和必修课，让习近平法治思想在深圳市律师业落地生根。（责任单位：市司法局、市律师行业党委、市律师协会）

2. 优化律师业党建工作机制。切实加强党对律师工作的全面领导，深入贯彻新时代党的建设总体要求，不断拓展律师业党建平台，夯实党建工作基础。构建律师业党建评价机制和品牌示范机制，优化律师业党建品牌。积极培育律师业党建工作示范点，总结、宣传、推广党建工作经验做法，全面推进律师业党建工作高质量发展。（责任单位：市司法局、市律师行业党委、市律师协会）

3. 推进党建与所建融合发展。深入落实新时代律师业党的建设工作要求，探索符合深圳市律师职业特点的党建工作新模式，把党建工作纳入律师事务所管理评价范围。深化律师事务所党建入章程工作，推动探索律师事务所党建与所建相融合的新机制，促进党建工作与业务工作融合发展，充分发挥律师事务所党组织在律师事务所重大决策和管理、律师队伍素质提升等方面的积极作用。立足律师业特点开展党建组织活动，通过网上党建、智慧党建等做法用足用好党建信息化手段。（责任单位：市司法局、市律师行业党委、市律师协会）

4. 发挥党员律师先锋模范作用。积极践行“做党和人民满意的好律师”的要求，把人民律师的使命担当落实到律师执业全过程。优化党员律师培养机制和激励机制，发挥优秀党员律师先锋模范作用。紧紧围绕党和政府的中心和全局工作，提高律师讲政治顾大局的自觉性，让政治本色成为深圳市律师业的底色和亮色。（责任单位：市司法局、市律师行业党委、市律师协会）

## （二）提升深圳市律师业创新能力，增强行业发展动力

5. 探索律师制度和行业改革创新路径。坚持先行示范，推动《深圳经济特区律师条例》修订，完善律师执业权利保障、律师事务所设立与管理机制、司法

行政管理与协会行业自律相结合的治理体系，创新律师事务所合伙人制度、律师事务所名称管理制度、律师事务所管理评价制度。（责任单位：市司法局、市律师协会）

6. 推动律师行业信息化管理。全面升级迭代“深圳智慧律师”管理平台，提升行业整体数智化管理水平。鼓励和支持律师和律师事务所加强数智化建设，依托“深圳智慧律师”管理平台整合所内资源、优化业务流程、提升管理效能，提高法律服务市场竞争力。（责任单位：市司法局、政务服务数据管理局、各区政府、市律师协会）

7. 推进律师业治理模式创新。压实司法行政部门、行业协会和律师事务所“三方主体责任”，创新行业治理体系，充分发挥市律师协会在促进律师业高质量发展中的行业自律作用，推进律师业治理体系和治理能力现代化，支持市律师协会建成全国律师业治理标杆。（责任单位：市司法局、各区政府、市律师协会）

8. 加强法律服务业标准化创新。开展以建立和实施法律服务业标准体系为主要内容的法律服务标准化全国示范城市创建工作，鼓励支持深圳市律师业率先探索制定包括业务标准、服务标准、管理标准等在内的法律服务行业标准体系，打造以标准、质量为核心的法律服务竞争优势，为法律服务业发展探索高质量发展路径。（责任单位：市司法局、市市场监管局、各区政府、市律师协会）

9. 加强律师业基础理论创新。坚持理论创新，发挥高校、法学科研单位、行业协会以及各类法律专业智库作用，加大律师学基础理论研究力度，鼓励律师和律师事务所著书立说，为律师业改革创新提供智力支持。（责任单位：市司法局、市教育局、市律师协会）

## （三）增强国际法律服务能力，为深圳市对外开放新格局提供优质法律服务

10. 支持深圳市律师业国际化发展。支持律师事务所“走出去”，鼓励律师事务所通过多种方式在世界主要经济体、“一带一路”沿线国家或地区设立分

支机构；鼓励本市律师担任境外律师事务所法律顾问，获得境外律师资格和执业许可。支持境外知名律师事务所在前海深港国际法务区、河套深港科技创新合作区等设立代表机构。境外知名律师事务所新到深圳市设立代表机构的，给予最高 50 万元落户奖励。在深圳前海实行中国律师事务所与外国律师事务所联营试点，全面提升我市涉外法律服务国际化竞争力。对本市律师事务所的总所在境外设立分支机构的，每设立 1 家并稳定运行 1 年以上且境外业务收入达到 500 万元的，给予最高 30 万元奖励，每家律师事务所总所奖励最高 150 万元。（责任单位：市司法局、市财政局、市前海管理局、各区政府、市律师协会）

11. 深化粤港澳法律服务合作。支持香港居民和澳门居民依照规定取得律师执业资格到深圳市执业，支持通过粤港澳大湾区律师执业考试的香港法律执业者和澳门执业律师到深圳市执业，为上述人员提供人才住房、个税、保险等便利服务，进一步密切内地与港

澳律师业合作。（责任单位：市司法局、市发展改革委（市大湾区办）、市住房建设局、市港澳办、深圳市税务局、深圳银保监局、市律师协会）

12. 健全涉外律师人才培养机制。积极开展针对律师业的涉外培训项目，组织律师参加国际并购、国际投资、海事海商、国际知识产权等领域的涉外法律服务人才培养计划。支持市律师协会每年有计划、有侧重地组织开展涉外法律业务研讨交流活动。加大对国际化、复合型的涉外律师人才培养力度，鼓励本市律师参加境外法律院校的法学学历学位教育。本市律师参加经市司法局认可的境外知名法律院校的法学学历学位教育并取得博士、硕士学历学位证书的，给予 50%，最高 25 万元的学费支持。（责任单位：市司法局、市财政局、市律师协会）

13. 完善涉外法律服务推介和采购机制。实施我市涉外法律服务品牌战略，建立涉外企业、机构团体和涉外法律服务机构、律师人才的信息互通机制。鼓励我市涉外律师人才在政府对外采购项目、国有大型骨干企业境外投资并购、基础设施建设、投融资等项目和涉外法律服务专项活动中提供法律服务。（责任单位：市司法局、市发展改革委、市商务局、市国资委、市律师协会）

## （四）加强律师专业能力建设，着力提升深圳市律师业服务能级

14. 开展律师业专业分类评级。鼓励和支持深圳律师业建立健全律师专业水平评价体系和评定机制，开展以专业化为导向的律师业分类评级管理工作，全面推进律师专业化分工、提高广大律师的专业服务水平。（责任单位：市司法局、市人力资源社会保障局、市律师协会）

15. 鼓励支持律师事务所做专做强。支持本市律师事务所走专业化发展道路，建设一批具有全国影响力的综合大所和全国示范带动效应的精品所，鼓励律师事务所取得专利代理、破产管理或第三方合规监控等资质或资格，形成“总部引领、大所做强、中所做优、

小所做精”的行业高质量发展新格局。对营收首次达到1亿元的律师事务所，给予最高100万元奖励。营收达到1亿元的律师事务所，营收每增加5000万元，给予最高50万元奖励。每家律师事务所奖励最高不超过500万元。（责任单位：市司法局、市财政局、市检察院、各区政府、市律师协会）

16. 构建重点产业链法律专业服务体系。鼓励和支持律师事务所围绕全市中心大局加大在国际投融资、金融证券、知识产权、数字经济、海洋经济等重点领域的法律服务攻关投入，推动构建与深圳市七大战略性新兴产业和“20+8”产业集群相配套的高品质法律服务体系，实现法律服务与产业链发展需求精准对接。（责任单位：市司法局、市发展改革委、市科技创新委、市工业和信息化局、市规划和自然资源局、市商务局、市文化广电旅游体育局、市律师协会）

17. 加大法律服务产品研发力度。鼓励和支持律师业开发法律服务产品、创新法律服务模式、完善法律服务目录、优化法律服务指引。对于获得国家、省级律师协会法律服务产品评选项目奖项的律师事务所、律师，分别给予最高10万元、5万元的奖励。对多次获得上述奖项的律师事务所、律师，按照“就高”原则享受一次奖励。（责任单位：市司法局、市财政局、各区政府、市律师协会）

18. 强化公共法律服务供给能力。鼓励党政机关和其他国家机关以及人民团体、事业单位、法定机构根据工作需要购买法律服务。支持律师深入研发公共法律服务产品，创新便民利民惠民服务举措。（责任单位：市司法局、市财政局、市律师协会）

19. 支持律师全方位参与法治深圳建设。支持律师参与地方立法和政府文件的制订、修订，重大决策的论证、实施。完善政府重大诉讼律师代理制度和律师参与相关部门协调会、听证会、座谈会等制度。发挥律师参政议政作用，设立参政议政律师职业界别，拓宽律师参政议政渠道。支持律师参与基层治理、涉诉信访、矛盾纠纷化解、公共突发事件处置等工作，鼓励律师履行社会责任，积极参与义务普法宣传、法

律咨询等社会公益活动。（责任单位：市司法局、各相关单位）

#### （五）打造深圳市律师品牌，提升深圳市律师业影响力

20. 加大律师业品牌建设力度。大力推进律师业文化与品牌建设，设立深圳律师节，打造深圳市律师文化名片。鼓励和支持律师事务所参加各类争先创优活动，打造更具时代引领性的全国一流、国际知名的深圳市律师事务所品牌。积极引进优质律师事务所，对在当地近三年平均营收超过1亿元的律师事务所迁入深圳市或到深圳市设立分所的，给予最高50万元的落户奖励；市司法局定期发布、更新国家级荣誉目录，对近十年获得经市司法局认可的国家级荣誉的律师事务所迁入深圳市或到深圳市设立分所的，给予最高50万元落户奖励。对符合上述多项奖励规则的律师事务所，按照“就高”原则享受一次奖励。对本市律师事务所新获得经市司法局认可的国家、省级荣誉的，分别给予最高50万元、20万元奖励。对多次获得上述荣誉的律师事务所，按照“就高”原则享受一次奖励。（责任单位：市司法局、市财政局、各区政府、市律师协会）

21. 打造法律服务品牌活动。积极举办各类专业性、全国性、全球性的法律专业论坛，争取更多专业领域的全国性、全球性论坛、展会、年会在深圳市开展，重点支持市司法局、市前海管理局等部门联合市律师协会将深圳律师业创新合作论坛打造成为律师专业品牌论坛。对于举办全国性法律论坛，经批准后最高给予300万元补贴。（责任单位：市司法局、市财政局、市前海管理局、市律师协会）

22. 做优做强公益法律服务品牌。大力发展公益法律服务机构和公益律师队伍，加强法律服务志愿者队伍建设，做优做强律师公益法律服务品牌。建立健全律师参与公益法律服务标准，规范公益法律服务流程、完善公益法律服务激励机制。创新服务形式，推动公益法律服务供给与需求精准、有效对接。提升律师公益法律服务能力，将公益法律服务培训作为律师

培训的重要内容。（责任单位：市司法局、市律师行业党委、市律师协会）

23. 加强律师业公益宣传。组织媒体宣传律师职业属性以及律师参与社会管理创新、发挥职能作用等方面的积极作用，宣传律师先进典型和深圳市律师业的发展成就，加深全社会对律师及其职能作用的了解。广电、新闻出版、司法行政等部门积极配合，支持律师参与广播等文化传媒的法治栏目、节目录制，在深圳市主流媒体中增设介绍律师工作的公益专题宣传栏目。（责任单位：市司法局、各区政府、市律师协会）

#### （六）建设高素质律师队伍，打造全球法律服务人才高地

24. 构建多层次律师人才培养体系。强化律师专业能力培训，加大律师人才培养的投入。支持建设粤港澳大湾区涉外律师学院、深圳律师党校（深圳律师学院）。鼓励市律师协会与深圳大学法学院、北京大

学深圳研究生国际法学院等高等院校和科研机构建立律师人才联合培养基地，并在合作办学方面给予财政支持，每年给予最高100万元补贴。（责任单位：市司法局、市教育局、市财政局、市前海管理局、市律师协会）

25. 加强重点领域律师人才建设。制定深圳市律师业人才队伍建设战略发展规划，加大与深圳全球海洋中心城市、保护知识产权标杆城市建设及深圳市经济社会发展密切相关的业务领域人才培养力度，强化知识产权、海事海商、科技创新、企业合规与数据治理等重点领域律师人才培养，打造“高精尖”的律师人才队伍。律师业人才可按规定享受我市产业发展与创新人才奖等相关人才奖励政策。支持我市律师事务所引进紧缺人才，市司法局定期发布、更新我市律师业急需紧缺人才目录，对新引进行业领军人才和急需紧缺人才的律师事务所，给予最高10万元奖励。（责任单位：市司法局、市发展改革委、市工业和信息化局、市财政局、市人力资源社会保障局、市规划和自然资源局、市律师协会）

26. 加大律师业高端紧缺人才培养力度。加快培养律师业高端紧缺人才，提高律师跨地域法律服务的能力和水平。构建适合律师业特点的律师人才认定体系，引导律师依法、诚信、规范执业，不断深耕专业领域。（责任单位：市司法局、市律师协会）

27. 加大高素质法律服务人才引进。举办法律服务人才交流会，鼓励具有法学博士、硕士学历学位或“双一流”法学院校全日制法学类专业毕业生来深、留深执业。市司法局定期发布、更新国家级荣誉目录，对引进的近十年获得经市司法局认可的国家级荣誉的外地律师，给予最高50万元奖励；对本市律师新获得经市司法局认可的国家、省级荣誉的，给予最高50万元、20万元奖励。对多次获得上述荣誉的律师，按照“就高”原则享受一次奖励。对于新取得专利代理师、注册会计师、税务师等资格及新取得境外律师资格和执业许可的深圳律师，在本市律师事务所全职工作满2年的，给予最高3万元的一次性奖励，并按照规定享受我市



人才政策。(责任单位:市司法局、市教育局、市财政局、市人力资源保障局、市住房城乡建设局、市律师协会)

28. 加强行业后备人才储备。探索加大对来深、留深执业的申请律师执业人员的支持力度,提升法律服务人才来深、留深执业的吸引力。给予我市申请律师执业人员一定财政支持,着力培养高质量的律师业后备人才。(责任单位:市司法局、市财政局、市律师协会)

#### (七) 加强律师业合规建设,打造全国律师业治理标杆

29. 强化律师业合规建设。建立律师业合规建设体系,实行合规代罚制度,对涉案律师事务所合规建设经评估符合有效性标准的,可以依法减免行业处分。加强律师业诚信体系建设,将律师、律师事务所诚信状况纳入律师业评级评价内容。(责任单位:市司法局、市律师协会)

30. 提升律师事务所规范化管理水平。加强对律师事务所的指导和监督,健全律师事务所负责人谈话提醒制度和问责机制,强化律师事务所负责人对本所律师执业活动的日常监督管理责任。引导律师事务所完善科学决策、人员管理、风险控制、质量控制、收益分配等内部管理制度,不断提高律师事务所的管理和运作水平。(责任单位:市司法局、市律师协会)

31. 着力规范律师执业行为。加强律师执业行政监管和行业监管,禁止谋取争议利益、虚假诉讼等行为,促进律师业良性竞争。健全律师业投诉惩处工作机制,充分发挥违法违规惩处的教育警示作用,在全社会塑造律师业良好的职业形象。(责任单位:市司法局、市律师协会)

32. 加强市律师协会建设。健全市律师协会组织机构,加强市律师协会制度建设,完善人员管理、经费使用、对外交流、会员服务等制度,切实保证各项职责落实到位。引导市律师协会增强服务意识,关心青年律师成长发展,准确把握和及时回应律师关切,充分发挥市律师协会的职能作用。(责任单位:市司

法局、市律师协会)

#### (八) 加大律师业保障力度,营造良好的发展环境

33. 加强对律师业系统规划。将律师业纳入国民经济和社会发展规划,将律师业发展状况列为法治深圳建设的重要指标。司法行政部门根据粤港澳大湾区和中国特色社会主义先行示范区建设的法律服务需求,组织相关部门、行业协会编制律师业发展专项规划,实现律师业的均衡发展和合理布局,促进律师业专业化、规范化、国际化发展。(责任单位:市司法局、市发展改革委、各区政府、市律师协会)

34. 切实保障律师执业权利。监察、审判、检察、公安机关及其他国家机关和单位,应当保障律师依法执业,维护律师和律师事务所合法权益,为律师依法执业提供便利。在保障律师线下查询和核验的基础上,拓宽线上查询和线上业务办理的渠道,解决会见难、阅卷难、调查难、取证难等问题。健全律师执业权利保障救济机制,建立维护律师执业权利快速处置和联动机制,进一步完善侵犯律师执业权利责任追究制度。(责任单位:市司法局、市公安局、市政务服务数据管理局、市中级人民法院、市检察院、市律师协会)

35. 打造新型法律职业共同体。落实律师、法官、检察官同堂培训制度,建立律师与公检法等法律职业共同体的学习交流机制,畅通律师与法官、检察官专业交流渠道,鼓励和支持从律师中公开选拔法官和检察官,建设互相尊重、互相学习、平等交流的法律职业共同体。(责任单位:市司法局、市公安局、市中级人民法院、市检察院、市律师协会)

36. 强化法律服务市场监管。出台法律服务市场监管制度,建立市场监管部门、司法行政部门、审判机关等部门参与的有效联动机制,切实加强法律服务市场监管,严厉打击非法从事法律服务活动,规范公民代理和法律服务公司的法律服务行为,净化法律服务市场环境。(责任单位:市司法局、市市场监管局、市中级人民法院)

37. 加强对律师业综合保障。加大律师业配套支持,

将律师事务所纳入市场主体扶持政策范畴,争取律师事务所房屋租金、五险一金等方面享有与其他依法登记的市场主体同等待遇。支持市律师协会开展律师行业信息化、合规管理与其他基础设施建设,经市司法局认定为技术水平先进、降本增效明显的应用平台,按不超过审定总投入的30%,给予协会最高100万元奖励。(责任单位:市司法局、市财政局、市人力资源保障局、市住房城乡建设局、市律师协会)

## 四、保障机制

### (一) 加强组织领导

市委政法委牵头召集有关部门建立律师业发展联席会议,共同研究解决我市律师业发展中的重大问题。市、区司法局要加强上下联动,切实抓好律师行业发展规划,督促各项扶持政策落地见效。



切实加强党对律师业的全面领导。鼓励各区政府根据本地实际,建立部门和行业协会协调配合机制,制定实施科学合理、切实可行的律师业扶持措施。

### (二) 优化财政政策

市财政局按照本行动计划安排财政资金支持促进我市律师业高质量发展。本行动计划涉及的经费支持由市司法局制定具体资金管理与使用办法,财政部门安排经费纳入市司法局每年的部门预算。各区政府可以根据本地实际安排支持律师业发展的经费预算。

### (三) 强化责任落实

各区政府、各有关部门要高度重视,从经济社会发展的大局出发,充分认识推动律师业高质量发展的重要意义。对律师业相关重大改革、重要举措,主要领导亲自研究,层层压实责任,有力有序落实到位。市、区司法局要加强上下联动,切实抓好律师行业发展规划,督促各项扶持政策落地见效。

### (四) 强化跟踪评估

市、区司法局结合行动计划中提出的发展目标、具体举措,对行动计划实施情况进行跟踪监测分析,加强实施效果科学评估,同时发挥市律师协会自律管理优势,强化律师业动态管理,提高行动计划实施效果。

## 五、附则

1. 经市委市政府研究,需要给予特殊支持的律师事务所,可以采取“一事一议”给予支持。

2. 本行动计划有关奖励补贴支出根据市财政年度资金预算安排拨付。

3. 本行动计划和本市其他同类型政策按照“就高”原则不重复享受。

4. 律师事务所、律师因为同一事项符合本行动计划不同优惠政策的,不重复享受。

5. 本行动计划发布之日起试行三年,奖励补贴等事项不追溯。

6. 本行动计划具体由市司法局负责解释。



## 百期之颐 再启芳华

《深圳律师》杂志创刊于2004年1月

迄今正式出版100期

在这百期当中，我们从未缺席深圳律师界的重大议题

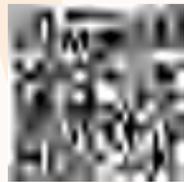
将近二十年，有许多的行业声音、专业成果、

资讯画面、先进人物积淀下来

绘就行业其中甘载的时光图谱

# 《深圳律师》创刊百期大事记

《深圳律师》杂志是由深圳市司法局主管，深圳市律师协会主办的专业性杂志，创刊于2004年1月，曾获评全省律师行业刊物“金奖”。经过不断的摸索和创新，业已成为全面展示深圳律师职业形象和风采的重要阵地，也是深圳律师与社会沟通交流的桥梁和纽带。



扫码可浏览  
往期杂志



2004年1月，杂志创刊，定为双月刊，系深圳市律师协会第四届理事会提出创办，常设“律师沙龙”“律师工作室”“律师说法”“律师论坛”“律师文苑”等栏目，首任总编辑为高树。

2004

2008

2008年6月，总第19期，杂志常设栏目更改为“言论”“热点”“论坛”“实务”“文苑”等，第二任总编辑/主编为张志。

2008年7月，提出召开编前会、审稿会、定稿会的流程要求，使办刊更程序化、规范化。

2008年8月，提出“圆桌会议”的创作概念，并举办了首次圆桌会议，主题为“‘楼宇断供’法律认定及所涉法律问题”（刊登于第20期），同时还邀请主流媒体对会议内容进行报道，自此不断打造邀请各界专家学者与深圳律师进行思想碰撞的圆桌会议形式的品牌栏目。

2008年12月，开展青年律师人物专访活动，并于总第21期特设“青年律师”栏目，探讨青年律师生存问题。

2009

2009年1月，依照内刊管理规范要求，取得准印证。

2009年5月，发布《〈深圳律师〉杂志特约撰稿人管理办法》（经第六届深圳市律师协会第十次会长会审议通过），后因杂志编辑制度涵括该部分内容，该办法于2023年4月废止。

2009年7月，组建了第一批30多人的杂志特约撰稿人队伍，后扩充至100多人，并于2012年8月及2021年3月，评选表彰了两批共20名优秀特约撰稿人。

2009年8月，与法人杂志社达成合作，法人杂志社参与协办，自总第24期《深圳律师》随《法人》杂志赠阅发行，栏目调整为“视线”“观点”“拍案”“实务”等，设计更美观时尚，赠阅范围更广，影响力更高。

2009年11月，深圳市律师协会由副会长、杂志主编张志带队一行人到重庆市律师协会交流行业宣传工作，双方就两地律师业内部刊物、网站建设等进行了交流，是为杂志编辑部首次走出去进行办刊经验学习交流。

2010

2010年3月，总第26、27期特设“专栏”栏目，邀请邱旭瑜、徐选礼、杨新发、刘金星4名律师固定在专栏发表文章。

2010年6月，创新杂志管理制度，新设“栏目编辑”岗位，自总第27期开始，周争锋、陈伟、杨新发、舒笑等律师担任栏目编辑为杂志编辑工作无私付出。第三任主编为于秀峰。

2010年7月，七届律协第五次会长办公会议审议通过《深圳律师》杂志聘用专职编辑一名，提升杂志编辑工作的专业性。

2011

2011年9月，在广东省律师协会开展的首届全省律师行业期刊和网站评选活动中，《深圳律师》荣获全省律师协会会刊评比唯一的“金奖”和“最佳版面奖”。

2012

2012年8月，举办办刊思想研讨暨优秀特约撰稿人表彰会，周争锋、隋淑静、陈群、金振朝等10名律师被评为2011年优秀特约撰稿人。第三任主编为林昌炽。

2014

2014年2月，时任市委书记王荣视察律师工作，指出要让律师成为一流法治城市建设的生力军，他的寄语刊登于第50期杂志卷首语。

2014年4月，张斌担任第五任主编。

2015

2015年3月，深圳市律师协会举行了“口述历史——深圳律师业回顾与展望”活动。为全面梳理深圳市律师业发展脉络，杂志组织专访亲历深圳律师行业及律师协会改革和发展的人物，包括陈野、邹旭东、石岗、陈宝权等，并自此开设“人物”栏目。



## 我与杂志的故事

二十年前，也就是2003年，那时我是第四届深圳市律师协会副会长，分管的其中一项工作是公共关系与媒体宣传。那时，深圳律协还没有搭建宣传平台，我上任以后，认为要着力打造宣传平台，先是建设了深圳律师网站。网站开通后，我想，深圳律师应该有一本纸质的刊物。于是，我们创刊了《深圳律师》。

当时，深圳市律师协会人员编制不足，我作为副会长兼任《深圳律师》杂志主编，从各个律所中招聘了一批有编辑和采写特长的人员。经过一段时间的筹备，《深圳律师》杂志于2004年1月出刊了。之后第四届和第五届深圳市律师协会，我依旧分管这项工作。在我的任期内，共出刊了18期，我也兼任了18

期《深圳律师》主编。一转眼，《深圳律师》杂志100期即将出刊，这就意味着，岁月已悄无声息地走过了二十年。

弹指间二十年转瞬已逝，在时光的长河当中，这可能是很短的一刹，但是对深圳律师而言，这二十年不可谓不是一段重要的发展时期。犹记二十年前，深圳仅有不到两百家律师事务所，一千多名律师。而如今，已有千余家律所、两万多名律师。这也就意味着，二十年间，律所数量已倍增近五倍，律师人数跃增二十倍。

在我看来，《深圳律师》这本刊物忠实记载了二十年来深圳律师发展的点点滴滴，走过的风风雨雨。



## 不负山河 不负时光

○高树 第九届深圳市律师协会会长、广东华商律师事务所主任

我与杂志  
的故事

深圳律师行业的发展历程与重要节点，在这都有迹可循，特别是深圳律师由小到大的发展历程，以及筚路蓝缕、开拓创新的奋斗之路，在这里都有所反映。因此，它可以是深圳律师这近二十年发展的一幅活地图，也是行业简史上的风向标。

我在担任第九届深圳市律师协会会长时推动发起的《口述历史——深圳律师业回顾与展望》中提到，深圳律师需要有一份属于我们自己的历史记载，《深圳律师》这本刊物就是记录二十年波澜壮阔行业历史的载体。除了刊物本身记载与总结的文字特性之外，我认为《深圳律师》杂志还有一个很重要的特点，那就是承继并弘扬了改革开放的特区精神。

深圳律师和其他行业的建设者是“深圳奇迹”的创造者，是“特区精神”的践行者，一路走来，始终与这座城市同担风雨、共创未来。回望这段历史，我们需要牢记、传承、弘扬的，就是这样“敢闯敢试，敢为天下先”的勇气，“埋头苦干、奋发有为”的特区精神。正如我在深圳市律师协会成立 30 周年之际所作的《我们深圳律师》当中的歌词——“不负山河，不负时光”，深圳律师就是凭借砥砺前行的勇气，走过漫漫征程，创造美好明天。

借此机会，我就把《我们深圳律师》之中我写下的“不负山河，不负时光”一词送给《深圳律师》杂志，作为对本刊 100 期出刊之际的纪念与期许。作为一名战斗在一线的律师，作为一位律所主任，同时也作为一名诗人，我也想借此机会献上我的一首诗——《我倾心于如此明亮又如此温柔》。

衷心期望我们全体深圳律师同行，在开拓创新、改革发展的路上，保持着如诗一般明亮而温柔的情怀，为我们行业一路向好而奉献力量。同时，也期待《深

圳律师》杂志这本刊物能够百尺竿头、更进一步，持续地记载我们深圳律师行业发展的点点滴滴，延续并发扬我们深圳律师踔厉奋发、笃行不怠的精神。

望《深圳律师》杂志越办越好，越办越顺！

我倾心于如此明亮又如此温柔

此刻看见一颗星星  
那么近，好像有话要说  
又似乎要你够着它  
带你一起飞翔的意思

这是最温柔的灿烂  
还加了稍许的羞涩  
一动不动的杵在那里  
落落大方地表达某种坚定

一定有难以言喻的隐秘  
需要一颗星星如此专注  
愿那些过往的悲伤  
没必要在人世再度提起

星星和我奔赴，此情可待  
这一时和下一刻的意义  
浩然的虚空中顿觉具体，我  
倾心于如此明亮又如此温柔



◎张志 第五届、第六届深圳市律师协会副会长、万商天勤律师事务所创始合伙人

悬浮地球上鳞次栉比的城市与空濛遥远的蔚蓝温柔相连，鱼镜头的特摄效果使《深圳律师》第二十期的封面极具张力。新版的《深圳律师》不仅从封面和排版上改弦更张，办刊理念和目标也与以往大不相同。

自创刊始，《深圳律师》即定位为协会的内部刊物，并在版权页特别注明“深圳市内部资料”。不仅如此，从文风到内容，改版前的《深圳律师》均凸显了“内部资料”的特点：封面中规中矩，且多为重大活动的照片；内容侧重于协会事务的归纳和宣传，会议、活动和接待的新闻报道、领导讲话等占据半壁篇幅……

继续保持内部刊物，还是重新定位？极具创想的年轻编委们迅速达成共识，《深圳律师》是向社会展示深圳律师形象，争取社会各届关注和支持律师事业

的重要阵地，应当调整定位，按照公开出版物的标准，打造《深圳律师》的形象、档次和内容，使有限的办刊投入获得最大的宣传效益。

首先是受众。《深圳律师》应当将律师行业以外的社会各届作为主要传播对象，特别是主管机关、公检法单位、企事业单位及社会公众。因此，必须设法解决作为公开出版物的合法性问题。为此，编委会进行了多种尝试，先是申请了准印证，并从第二十四期开始，采取与《法人》杂志社合作的方式，借助《法人》杂志的发行渠道，作为其副刊同时公开发行。

其次是内容。针对重新选定的受众群体，《深圳律师》将“独特视角·时事新闻·深层分析·重案大案”作为内容主线，其后又进一步提炼为“非常视线·专

我与杂志  
的故事

## “标题党”在行动

◎杨新发 本刊栏目编辑、广东卓建律师事务所律师

业见解”。内容指向的调整，极大地提高了《深圳律师》的可读性和社会参与度，其后的刊物追踪社会热点，邀请律师对大案要案和重大新闻事件频频发声，发表专业见解。如对杨佳案件定性分析、对机场清洁工梁丽失物盗窃案件的拷问等，深圳律师从法律、人情、公义、伦理和道德层面层层剥茧，激烈争辩，充分展现了深圳律师在重大事件中的行业力量。

第三是品味。《深圳律师》作为律协的专业刊物，既要满足受众的“口味”，更要符合深圳律师的“品味”。什么是深圳律师的“品味”？其最为首要者，当属格调和水准。为此，《深圳律师》开篇专设“卷首语”，从历史、文化和法律的视角，关注现象、审视观点、启发思考、引出结论，力求在法治建设和国家治理层面，发出律师的声音。本人担任主编的第十九期至第二十六期《深圳律师》，尤其重视“卷首语”的约稿和质量。时隔十余年后，再次重读，仍是篇篇精彩，切中时弊。如徐建会长《如何用好深圳特区立法权》中提及的《公务员财产公示条例》的立法建议，李淳会长为深圳律师的振臂疾呼《我们必须急行，别无其他选择》，王和平监事长基于“绝对权利导致绝对腐败”的历史总结《分权制衡之路》而对监事会任重道远的期盼，陈治民副会长代表深圳律师发出《维护公平正义，是律师的职业使命》的庄重宣示等。其间，我也结合时政，撰写了多篇卷首文章，如针对物权法修订而撰写的《私有财产权利觉醒下的公共利益困局》、针对深圳市人民检察院案件查询系统的评述《溯法及源，致于衡平》及从律师袍延展的律师文化评述《求则得之》等。卷首语提纲挈领，与刊物的其他栏目相互辉映，体现了《深圳律师》应有的专业调性和格局远见。

第四是立场。《深圳律师》的立场是独立的和鲜明的，必须体现深圳律师的性格和站位。深圳律师的性格是什么？是敢为人先的勇气，是独立公正的执着，是经世致用的笃实，是安于清誉的淡泊。在《深圳律师》的不同栏目中，传承变革的争论探讨、时事热点的针砭评述、专业领域的探微管窥、律师维权的拍案呼号，无不体现了深圳律师的性格和站位。《深圳律师》对于深圳律师群体立场的鲜明表达，成为深圳律师获得关注、尊敬和信赖的重要方式。

时光飞驰，《深圳律师》与深圳律师事业相伴而行，相得益彰。如今，世事变迁，面对《深圳律师》的历史和记忆，我们应当不停诘问，深圳律师的底色是否仍如前辈先贤的期待。在此，我希望以第24期卷首语《求则得之》中的部分文字与同仁们共同诚勉：

“律师袍的象征意义远大于实用价值。相较于流行服饰，律师袍没有随意、个性与时尚，但她承载着法律的历史和辉煌，代表着法律人的希望和荣光，闪耀着法学智慧的理性和光芒，实践着法治天下的追求和理想。面对律师袍所承载之厚重，我们只能仰视和表达无比的尊重。人必先自重而后人重之。律师看待律师袍，应像国人看待国旗，永怀赤子之心，永葆崇敬之意。我们对于律师袍的崇拜，不在于器物本身，而是通过对她的崇敬表达我们对法治精神的信仰、对律师职业的执着、对公平正义的追求”。

我们期望，无论过去，还是未来，《深圳律师》都应如丹青帛记，以浓墨重彩绘出律师的底色，让我们时刻自省，共同努力。

最后，要特别感谢以青春之力，与我共同书就这一段难忘记忆的编委们，<sup>①</sup>他们应当被铭记和褒奖。

①致敬《深圳律师》第19期至25期编委：李智强、刘守华、俞飞、叶冰、贾红卫、周俊、杨新发、刘峰、陈夏等等。

我和《深圳律师》的结缘开始于2008年春。

其时，深圳市律师协会正处在换届阶段，主管宣传的理事李智强律师是我高中校友，知道我有点文字功夫，便邀我帮忙参与宣传报道工作。我用章回体写了一篇《民主潮涌春意暖》的文章报道了整个换届的过程，受到张志副会长的赞赏，他力邀我参与《深圳律师》的编辑工作。

从此，我与《深圳律师》结下了难解之缘。这本在行业中享有盛誉的杂志也留下了我的诸多痕迹——有我的诗歌、评论、会议报道、专业文章乃至书法作品，当然，更多的是我编辑、修改过的文章。目前，我是《深圳律师》年纪最大、资历最深的编辑，也是产量较丰的撰稿人。

在《深圳律师》编辑部，我是一个有名的“标题党”。

我一直认为，文章的标题是非常重要的，甚至是第一位的。只有新颖、醒目、简练、准确且直奔主题的标题能够引起阅读的兴趣并给读者留下深刻的印象。特别是在这个信息爆炸、媒体泛滥的时代，如果没有一个令人印象深刻的标题，再好的文章也会“养在深闺人未识”，或者被海量的信息淹没。

因此，我对文章的采用原则是“以貌取人”——优先选用标题简洁、醒目、精到的文章，对标题冗长、词不达意的文章不大待见，这种情况下，难免会有

遗珠之憾。而对其他编辑选用的文章，我不会放过其在标题上的些许瑕疵而提出自己的修改意见。

做“标题党”其实很辛苦。一方面，我喜欢文章标题要新颖别致而不至类型单一，往往会为了一个好标题而辗转反侧、寝食难安；另一方面，修改标题还要与作者及其他编辑反复沟通、协商。

更为重要的是，有些文章的标题改动会带来文章的重大修改乃至重写。有些作者不愿意或者来不及修改，我就只好自己挖坑自己填——将文章修改或重写后以原作者的名义发表。

一开始，其他编辑和一些作者对我这个“标题党”的做法不太赞同，我会不厌其烦地表达我的理念——无论是在以前还是在现在这个信息爆炸的时代。

关于文章标题的重要性，我是深有体会的。

2017年，我的文章《写作是律师一生的修行》先后被《中国律师》《深圳律师》《宝安文艺》及其他自媒体转载。2021年，《深圳律师》刊发我的文章《辩护就是辨诬》后，有不少法官、检察官和律师同行打电话跟我交流，有位同行还把文章特意介绍给他正在学法律的儿子。

这两篇文章之所以受到关注，除了内容不错之外，我认为最重要的原因还是标题简练、醒目并一针见血地直奔主题。

# 强队伍聚合力

## 创刊百期系列庆祝活动圆满举行

《深圳律师》杂志迎来第100期的出版，为庆祝杂志出版百期，全面总结杂志创刊以来的办刊经验，表彰先进，补充新力量，打造新优势，特策划宣传庆祝活动，力争在第二个百期新征程上再创辉煌。

### 强队伍，新聘一批特约撰稿人

2023年6月16日下午，《深圳律师》杂志特约撰稿人聘任仪式在深圳市法学会学术报告厅成功举办，深圳市律师协会副会长、杂志主编杨道，理事、宣传委主任、杂志执行主编周敏，宣传委顾问、杂志栏目编辑陈伟，宣传委副主任申文、秘书长屈文静及100余位特约撰稿人参会。聘任仪式由宣传委副秘书长、杂志栏目编辑胡聪主持。

周敏主任致辞并宣读聘任特约撰稿人的决定，她指出，本届理事会一直倡导和遵循“服务会员，发展业务”“回归专业，塑造品牌”的服务理念和发展理念，而《深圳律师》杂志是我们塑造深圳律师品牌形象的重要宣传阵地。《深圳律师》杂志历经近20年的发展历程，也迎来第100期的出版，各位特约撰稿人此时获聘任，可谓正当其时，希望大家借此机会投身杂志高质量发展新征程，用手中的笔去尽情书写深圳律师的美好形象，

为打造深圳律师的专业形象添砖加瓦！

屈文静秘书长介绍了特约撰稿人制度，他从特约撰稿人制度的缘起、发展历程、权利与义务、公约的制定与遵守及奖惩等方面做了详细介绍，号召大家珍惜作为特约撰稿人的荣誉，积极书写，踊跃投稿，充分履职。

为规范《深圳律师》杂志特约撰稿人管理，倡导积极作为，引导特约撰稿人积极投身杂志采写、编辑和评选等各项工作，宣传委专门制定了《〈深圳律师〉杂志特约撰稿人公约》，交由全体特约撰稿人签署。

陈伟及王雷两位律师作为特约撰稿人代表分享了写作技巧与经验。陈伟律师从为什么要写作开始谈起，从写作对律师职业的影响、好文章的标准、文章四原则、好文章写作的步骤、如何修改文章等内容，分享了“如何妙笔生花——写作是律师一生的修行”这一主题，并与大家分享了他多年坚持写作的心得体会。王雷律师以“用新平台从专业视角讲好法律故事”为题作了分享，



他指出，律师作为专业人员，应当善用微博、微信、知乎等新平台做好宣传推广，做好选题，追踪执业过程中遇到的难点问题和热点问题，然后开展法律研究，产出观点，形成专业文章。

杨道副会长作总结发言，他指出，《深圳律师》杂志是深圳律师展示专业形象的重要平台，在行业竞争日趋激烈的今天，大家更要回归主业，探讨专业，希望大家珍惜作为特约撰稿人的荣誉，善于写、敢于写、乐于写，只要大家热情奉献于行业，行业就一定会回馈大家，相信在全体特约撰稿人的支持下，《深圳律师》杂志一定大有可为。杨道副会长衷心希望，全体特约撰稿人应不遗余力，积极作为，努力提升《深圳律师》杂志的影响力，共同塑造深圳律师品牌。



### 聚合力，召开杂志百期高质量发展研讨会

2023年6月30日下午，深圳市律师协会成功举办《深圳律师》杂志百期高质量发展研讨会，市律协副会长、杂志主编杨道，市律协宣传委主任、杂志执行主编周敏，市律协宣传委顾问、杂志栏目编辑杨新发，市律协宣传委副主任王宏娇、主任助理赵体、秘书长屈文静及杂志编辑、栏目编辑、编印小组代表参加会议，研讨会由市律协宣传委主任、杂志执行主编周敏主持。

杨道副会长致辞。他向所有杂志编审人员对杂志的

默默奉献表示感谢，对编辑部这些年的工作给予肯定，希望编辑部继续努力，以杂志高质量发展为己任，全方位探索杂志高质量发展路径。杨会长指出，我们要致力于擦亮“深圳律师”品牌，而《深圳律师》是展现深圳律师形象的重要平台，对于杂志的发展，他提出了三点建议：一是建设一支具备“战斗力”优势的杂志编印队伍；二是继续提高《深圳律师》杂志的专业水平和知名度，着重宣传深圳律师在新时代如何助力经济社会发展，向全社会全方位展现深圳律师的职业形象；三是要用专业化擦亮“深圳律师”服务品牌，厚积薄发，立足大湾区，面向全国，对标全球。

随后，周敏主任宣读了表彰决定。《深圳律师》20年的发展，离不开为杂志辛勤付出的编辑、栏目编辑和审稿人员，杨新发、陈伟、周争锋、舒笑、颜宇丹、杨银笛、屈文静、胡聪、刘伟健等栏目编辑荣获“优秀栏目编辑”称号，刘峰、伍春红、杨柳等编辑荣获“优秀编辑”称号，陈孟彬、傅一龙、彭裕攀等杂志编印小组成员荣获“2022-2023年度审稿工作积极贡献奖”。

会上，杨新发、周争锋、颜宇丹、杨银笛、伍春红、陈孟彬、傅一龙等与会人员，就杂志的定位、栏目、审稿、影响力等问题进行了分享和深入探讨，大家就杂志如何高质量发展集思广益、凝聚共识。

周敏主任在会议总结发言时强调，借助杂志百期出版的契机，希望各位编审人员在总结经验的同时，勇于革新、勇挑重担，共同为杂志下一个百期谋篇布局，开创新的辉煌！



## 承载拳拳手足情，迈向熠熠辉煌路

值《深圳律师》百期刊出之际，我们得到了多地兄弟律协及其会刊编辑部的拳拳关心和热烈祝贺，手足的溢美之辞在我们心中激荡，“百期之硕，年华厚质”“100期，代表了不凡的成绩”“是全国律师行业杂志学习的榜样”……感谢兄弟律协一直以来的支持和帮助，我们将带着这些美好的祝愿和殷切的期望，继续务实笃行、开拓创新，在未来的发展中取得更加辉煌的成绩！（下文为各兄弟律协的贺信摘录）

我们相信，《深圳律师》必将继续务实笃行、开拓创新，在未来的发展中取得更加辉煌的成绩！我们期待，两地律师协会会刊进一步加强交流合作，携手讲好律师故事，传递律师行业正能量，为推动律师行业的繁荣发展和我国法治建设做出积极贡献。

——北京市律师协会

100期，代表了不凡的成绩，亦开启了新的起点，相信《深圳律师》在党的二十大精神和习近平法治思想的指引下，将有力推动深圳市律师行业的持续健康发展，为开创法治中国建设新局面作出新的更大贡献。让我们继续加强交流与合作，共同为律师行业高质量发展，为中国式现代化注入法治动能。

——上海市律师协会

《深圳律师》历经了十九个年头的春华秋实，不仅获评全省律师行业刊物“金奖”，更是紧密伴随深圳律师行业发展的历程，忠诚记录了深圳律师行业前进的每一步。衷心希望《深圳律师》坚持特色，创新发展，能更加贴切地反映深圳律师行业的点点滴滴，祝越办越好！

——天津市律师协会

希望《深圳律师》编辑部以创刊100期为新的契机，深入学习贯彻习近平总书记提出的“要办好一流学术期刊和各类学术平台，加强国内国际学术交流”重要指示精神，始终坚持正确的政治方向和出版导向，秉守初心，以严谨细致的办刊态度和勤勉高效的办刊作风，精心打造展示深圳律师职业形象和风采的示范平台，筑牢深圳律师沟通交流的桥梁纽带，为促进律师事业的健康发展和服务助力法治建设发挥更大作用、作出更大贡献。

——重庆市律师协会

二十载砥砺深耕，一百期履践致远。作为法律行业的优秀内刊和深圳地区法律事务的重要窗口，《深圳律师》勤勉致和，履创佳绩，始终秉持理性、专业、客观的立场，以深入的报导和精致的编排，深入反映和分析律师行业重大、先进事迹，积极关注法律前沿热点，为读者提供一本专业、权威、有深度的法律读物。即将出刊的《深圳律师》第100期，将是其自身精彩经验提炼的最好总结和见证。愿贵刊百尺竿头更进一步，百期以后更显卓越！愿深穗两会进一步加强交流合作，友谊长存，共谱华章！

——广州市律师协会

自创刊以来，《深圳律师》版式新颖独特，内容丰富全面，充分展示了深圳律师的职业形象 and 良好风采，始终是《河南律师》编辑部学习的榜样。衷心祝愿《深圳律师》越办越好，在未来律师行业发展中书写更加优异的成绩，同时预祝贵会“第二个百期新征程”系列庆祝活动的举办取得圆满成功！

——河南省律师协会

我们期待《深圳律师》在深圳市司法局和深圳市律师协会的领导下，以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，凝心聚力担使命，奋楫扬帆新征程，不断提高杂志专业水平和行业知名度，再次谱写律师工作新篇章。

——武汉市律师协会

100期不仅是一个数字，更是一个全新的起点。相信《深圳律师》编辑部能充分利用这个平台，与时代同进唱响主旋律，植根于行业凝聚精气神，推动新闻宣传工作与行业中心工作同频共振、再上新台阶。衷心祝愿贵刊坚持特色，创新发展，越办越好！

——宁波市律师协会

时光不负，未来可期。100期，凝聚了深圳律师过去的非凡成绩，更代表了全新起航的璀璨未来。衷心祝愿《深圳律师》如这六月的骄阳，用流光溢彩编织饱满梦想，谱写深圳律师行业事业发展的新篇章。

——杭州市律师协会

希望贵我两家协会进一步加强合作，增进友谊，开展更广泛的交流，共同为法治中国建设做出新的更大贡献！愿贵协会以创刊20周年庆为契机，奋发向上、锐意进取，在今后的各项事业中创造新的辉煌！

——郑州市律师协会

《深圳律师》杂志封面精彩，版式新颖，内容丰富，立足经济特区，坚持二十年，是全国律师行业杂志学习的榜样，祝愿《深圳律师》越办越好，期望双方可以深度交流办刊经验，进一步提高办刊水平，让两地律师杂志更高地展现两地律师风采。

——佛山市律师协会

百期之硕，年华厚质。二十多年来，《深圳律师》始终坚持正确的政治方向和舆论导向，紧扣律师职业主题，把握律师执业时代脉搏，密切联系律师工作实际，总结律师办案经验，表达律师意愿，传递律师声音，反映律师动态，唱响主旋律，传播正能量，在推动深圳律师行业高质量发展，促进行业交流，服务社会经济发展等方面作出了积极贡献。回眸过去，业绩喜人，展望未来，前程似锦。衷心祝愿《深圳律师》以出刊100期为新起点，再接再厉，再创辉煌。

——成都市律师协会

# 涉港商事与金融争议 解决过程中的 法律适用问题

以一例香港孖展业务引发的跨境诉讼为例

○黄恩霖\* 北京市隆安（深圳）律师事务所

何原\* 清洪资深大律师办事处

程竞达\* 隆安律师事务所（香港）

中国实行改革开放以来，各项跨境经济、金融活动日益繁荣。与大陆仅有一河之隔的香港，在主权回归前，便与内地之间存在着频繁的跨境经济、金融活动。1997年，随着香港作为特别行政区，其在主权回归中国后，在《宪法》《香港特别行政区基本法》下，实行与内地不同的社会制度，以及区别于内地的法律制度和司法制度。香港与大陆之间的经济、金融往来，愈发频繁、便捷，大量中资背景的金融机构、商事主体，开始在香港特别行政区（以下简称“香港特区”）内投资、设立和运营。同时，实际控制人或主要资产来自内地的众多企业，在香港特区设立后，纷纷在香港联合交易所上市，促进了两地资本市场繁荣，同时使得两地在经济、金融领域有了更多交融和共赢。近年来，随着国家的粤港澳大湾区一体化战略的提出与实施，香港与内地之间的经济、金融往来，无疑正处于历史上最为活跃、繁荣的时刻，而这样的大好势头，势必将继续推动粤港澳大湾区的高速发展。

陆港两地之间的经济、金融往来，尤其是资本市场领域的大量交易活动，也将不可避免地引发跨境争议（以下简称“跨境金融争议”）的发生。由于两地法律制度、司法制度均存在较大的不同，与双语和多语言工作能力的必要性，以及发生于资本市场中的金融、证券交易（或金融产品）本身在结构上所具有的复杂性等等，从而导致跨境金融争议在开展有关之诉讼、仲裁活动中，面临较大的难度和障碍，这对两地的法律工作者，都是一种挑战。妥善办理跨境金融争议解决业务，需要办案的法律工作者能够对有关法律问题，甚至金融实务问题，有较为良好、准确的把握。

笔者认为，在上述这些难点中，最具代表性和根本性的法律问题之一，便是相关跨境金融争议解决中的法律适用问题。在跨境金融争议解决过程中，法律适用问题，往往还会引发相关联的关于管辖权、证据和程序法

等较为复杂、疑难的法律问题。因此，笔者特借此文，结合自身相关服务经验和实践案例，以一例香港孖展业务所引发的涉港跨境诉讼案为例，就跨境金融争议解决过程中关于法律适用的相关问题，给出自己的理解与建议，希望能够给读者提供思路和参考。

## 一、孖展业务、交易风险的产生与跨境金融诉讼

### （一）香港证券市场下的孖展业务

孖展业务（Securities Margin Financing），又称保证金信贷业务或（证券）保证金融资业务，通常是指在香港证券、金融市场中，由商业银行和证券公司在提供融资服务时，允许开设“孖展账户”的投资者使用股票作为抵押标的，<sup>①</sup>借用商业银行或证券公司的资金进行证券投资的交易活动。孖展业务与内地境内证券交易活动中常见融资融券交易均有一定的相似性。

根据香港特别行政区现行有效的香港法例第571章《证券及期货条例》以及第571N章《证券及期货（财政资源）规则》的相关条例，证券保证金融资指提供财务通融，以便利取得在任何证券市场上市的证券，及继续持有该等证券，而不论该等证券或其他证券是否被质押作为该项通融的抵押。<sup>②</sup>

### （二）孖展业务的交易风险和跨境金融诉讼

通常在香港的孖展业务的实操中，由于证券公司等金融机构（以下简称“香港金融机构”）对交易所涉之股票等证券设置了抵押，根据香港法，以及孖展业务中香港金融机构与开户申请人之间签订的合同，香港金融机构一般都有权在发生相关证券流通价发生下降或其他约定的条件成就后，分配或出售全部或部分在证券孖展账户下持有之抵押品、证券、资产或其他财产以清还任何债务。这样，香港金融机构在孖展业务中的信用风险，便可以通过行使前述权利，而得到弥补或“填平”。这一点，与我国境内的证券交易市场中的场内交易下的

\*黄恩霖，北京市隆安（深圳）律师事务所高级合伙人、融资租赁与供应链金融专委会主任、能源与自然资源专委会副主任，兼任汕头大学MBA特聘导师、广东省融资租赁协会法律专委会委员等社会职务，擅长金融商事争议解决、资本市场与涉外法律服务。

\*何原，香港执业大律师，现任职于清洪资深大律师办事处，擅长民事诉讼、刑事诉讼及有关跨境仲裁的案件，并接受委托代表出庭以及提供法律意见，兼任英国特许仲裁协会会员以及香港国际仲裁中心仲裁庭书记。

\*程竞达，隆安律师事务所（香港）合伙人，专门负责各种争议解决，同时担任香港地区的中国委托公证人，也是在我国大湾区有资格执业的律师，现亦为北京市隆安（深圳）律师事务所律师。

①在香港法下实施的抵押，其法律制度与我国大陆地区的担保物权中的抵押权有较大不同（下同）。

②香港法例第571N章《证券及期货（财政资源）规则》第2条：“证券保证金融资（securities margin financing）具有本条例附表5第2部分给予该词的涵义，但尽管有该定义第(iii)的规定，该词包括就第1类受规管活动获发牌的持牌法团向该法团的客户提供的、以便利——

(a) 取得在任何证券市场（不论是认可证券市场或香港以外地方的任何其他证券市场）上市的证券的；或

(b)（如适用的话）继续持有该等证券的财务通融。

证券公司依约实施“平仓”较为类似。

然而，若发生孖展账户中的上市公司股票被监管机构停牌等情形，从而导致孖展账户中的证券价值在短期内发生骤降，则可能会发生香港金融机构在出售抵押品（证券）后，仍未能清还全部之保证金信贷资金的（孖展账户仍有欠款），则对该金融机构而言，就发生了风险事件，其风险敞口无法“填平”，从而也就可能需要以采取诉讼等法律行动，来向债务人（即孖展账户的开户申请人，下同）以及其担保人追索所欠之保证金。而如果该等孖展业务中的债务人、担保人是大陆的自然人、法人的，香港金融机构就可能需要根据《中华人民共和国民事诉讼法》的规定，以在境内发动民事诉讼的方式进行债务追索。

## 二、以真实案例分析跨境金融诉讼中的法律适用及其他法律问题

### （一）案情简述

以笔者曾代理、参与的一起涉及孖展业务的跨境金融诉讼来举例：

F某，系经常居住地在内地的中国人。2021年末，F某来到香港特别行政区，在香港证券公司Z公司处开立孖展账户，并申请保证金信贷额度。证券公司Z公司批准并提供占其所持股票一定比例的可按贷值（Margin value），随后，由于该可按贷值低于已占用的信用额度，Z公司通过电子邮件向F某送达当日《日结单》，通知F某需补按金（Margin call）港币七百余万元。

2022年5月，F某主要持有的港股上市公司W公司的股票停牌。随即，F某账户中所抵押证券市值已为0。

此后，证券公司Z公司通过电子邮件向F某送达当日《日结单》，通知F某需依约补充保证金若干，且计以相应的融资利率（年化15.25%，按复利计算）。但F某此后未曾履行任何上述合同义务。证券公司Z公司沟通无果后，向内地某人民法院起诉F某，要求其依约承担相应的违约责任。

### （二）管辖权（Jurisdiction）与程序法的适用

上述案例中，案涉的孖展账户开户文件等合同性法律文件（以下简称“案涉合同”）约定：“本协议受香

港法律管辖并依其诠释。各方特此接受香港法院的非专有司法管辖权管辖”。这种管辖权的约定，一般称之为“非专属管辖”（Non-exclusive Jurisdiction）。关于“非专属管辖”条款的效力，我国法律并未对其作出限制或禁止性规定，因此原则上都应当从充分尊重当事人意思自治的角度，认定该等约定为有效。这一观点，也能够从内地相关司法实践中得到印证。中华人民共和国最高人民法院在（2015）民四终字第57号《民事判决书》中认为，“非专属管辖”条款中的“非专属”之措辞表明，双方当事人并未选择将香港法院作为解决涉案争议的唯一、排他的法院，该约定实际上是赋予当事人一种选择管辖法院的权利，即当事人可选择香港法院作为解决涉案争议的法院，但这一选择不能被认为排除了其他有管辖权法院的管辖权。换言之，如果当事人的意图在于选择将香港法院作为唯一的、排他的管辖法院，可在约定的条文中排除使用“非专属”之措辞，也可以通过更明确的措辞来表明其所选择管辖法院具唯一性和排他性。因此，案涉合同的当事人，并未排除香港法院以外的其他地方法院的管辖权，内地人民法院对案涉合同纠纷，是具有管辖权的。

如上所述，内地人民法院具有案涉合同纠纷的管辖权，则在内地发起的民事诉讼，其程序法，则必然是《中华人民共和国民事诉讼法》，本案的受理、送达、证据规则、诉讼程序等，均应当根据《中华人民共和国民事诉讼法》的规定进行。

### （三）实体法律的识别与适用

世界范围内，各国法律大多规定有关于尊重当事人意思自治（Party Autonomy）的规定。而在合同中选择其适用的法律（Choice of Law），不仅是体现和尊重当事人意思自治的表现，更是跨境商事谈判、合同起草等法律工作中的重要法律问题。我国内地法律制度，亦是高度体现了尊重当事人意思自治的多个方面，其中就包括了在内地审理涉外民事案件的有关法律制度。

根据《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》（以下简称《涉民法》）第42条，当事人可以协议选择合同适用的法律。当事人没有选择的，适用履行义务最能体现该合同特征的一方当事人经常居所地法律或者

其他与该合同有最密切联系的法律。

上述案例中，案涉合同约定选择适用的法律（Applicable Law / Governing Law）为香港法（The Laws of Hong Kong SAR）。因此，根据《涉民法》的规定，本案虽然系根据《中华人民共和国民事诉讼法》在中国发起的民事诉讼，但是本案适用的实体法律（即国际私法、冲突法中的“准据法”），应当为香港法。

### （四）涉港案件中香港法律的查明问题——香港律师在境内涉港案件中角色

根据《涉民法》《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（一）》（以下简称《涉民法司法解释（一）》）的有关规定，当事人选择适用外国法律的，应当提供该国法律。《涉民法司法解释（一）》第17条也明确规定，涉及香港特别行政区、澳门特别行政区的民事关系的法律适用问题，属于参照适用《涉民法》《涉民法司法解释（一）》相关规定的情形。

由于香港特别行政区与内地在金融法律制度、合同法律制度、监管模式、行业现状等方面，均存在较大的不同，因此涉港金融诉讼中的准据法识别，以及该案的实体法律部分是否能够成功地适用香港法，将对案件的裁判结果和当事人的权益保护，产生重大影响。比如，金融案件中最常见的利息问题，香港法与内地法在合法利息上限、复利是否能够得到司法上的支持等问题上，就存在巨大的差异。又比如，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》第8条、第9条所规定的可能导致上市公司对外担保行为无效的法律规则，在香港法下是完全不同的。

实务中，涉外案件中由当事人提供域外法律的常见方式，就是由当事人委托域外律师，由域外律师就案涉域外法律问题发表法律意见，并出具书面的法律意见书。根据香港法，香港律师分为大律师和事务律师，他们都可以就涉港诉讼中涉及香港法律的问题，发表法律意见即出具法律意见书。从法律服务的角度上来说，这对香港律师也是一项比较不错的法律服务种类。而随着粤港澳大湾区一体化的不断深入，可以期待，类似的法律服务需求或将会呈现出不断上升的趋势。

## 三、结语

笔者理解当事人的核心利益诉求，以及根据当事人的利益诉求和案件的情况，快速、准确地把握案件的适用法律及相关的法律问题，是办理涉港金融诉讼过程中的首要事项。这对案件的代理律师能否较为敏锐地识别、探究内地与香港在金融法律制度、合同法律制度、监管模式、行业现状等方面的不同之处，是一个不小的挑战。然而，这个挑战，却可能在当下的新形势、新环境中，转化为优势和机遇。

在粤港澳大湾区一体化进程中，内地与香港特别行政区之间的经济、金融往来，将愈发频繁、深入。在金融、证券市场领域的交易，也将呈现高度交融的状态。伴随着经济、金融活动所产生的相关法律服务，无疑也会出现相同的趋势。通过与香港律师的交流合作，内地律师也能够顺利地办理包括涉港金融诉讼在内的跨境法律服务。值得一提的是，两地律师制度也产生了新的变化。对香港律师而言，粤港澳大湾区律师（制度）——这一在粤港澳大湾区一体化进程中孕育而生的新产物，是这个时代给予香港律师行业的特殊机遇，包括笔者在内的香港律师，能够在与内地不断加深的融合、交流过程中，更好地提升自身法律服务的多元性。



# 数据交易合规之 个人信息合规交易

◎龙军\* 李兰兰\* 孙鹏程\* 深圳市律师协会数据合规法律专业委员会

据不完全统计，全国有 80 多家数据交易机构先后成立，还有大量商业机构陆续进入数据流通与数据服务市场。在数据交易的数据产品合规评估中，有两类特殊的数据需要重点关注，第一类是个人信息，第二类是重要数据。《个人信息保护法》及《数据安全法》的相关条款并未专门针对禁止交易的数据类型作出规定。《深圳经济特区数据条例》规定了包含个人数据且未依法获得授权的数据产品和服务不能进行交易。

数据交易在国标《GB/T 37932-2019 数据交易服务安全要求》中被定义为：数据供方和需方之间以数据商品作为交易对象，进行的以货币或货币等价物交换数据商品的行为。根据此标准的第 6.1 条禁止交易数据条款，企业在“告知+同意”情形下是可以对个

人信息数据进行交易的。而在新版《数据交易服务安全要求（征求意见稿 2023 年 4 月 29 日版本）》第 7.3 条个人信息安全保护中提到：“e) 数据供方提供的涉个人信息的交易数据交易行为应获得个人信息主体的授权同意；f) 数据需方按照约定的授权范围处理个人信息”，并且要求数据交易参与方满足《个人信息安全规范》第 9 章关于个人信息的委托处理、共享、转让、公开披露安全要求。

在此基础上，综合对以上两个版本的《数据交易服务安全要求》进行分析，个人信息在合法合规的情形下是可以交易的。但是，“告知+同意”情形下，庞大的授权成本不可避免地成为开展个人信息数据交易活动的巨大挑战；而在非“告知+同意”情形下，

大量个人信息的数据价值潜力挖掘以及数据交易场景的开发也亟待探讨。

本文主要针对在非“告知+同意”情形下个人信息的合法合规交易进行初步分析探讨，讨论如何从技术结合法律的层面，开展合法合规的数据交易活动，促进数据要素的流通。

## 一、基础知识

数据交易模式分类：依据新版《数据交易服务安全要求》的介绍，数据交易模式可以分为：委托加工模式，指数据交易所依据数据供方的数据，进行加工，再寻求数据交易可能性的一种交易模式；交易撮合模式，指数据交易所依据数据供方和数据需方需求，为供需双方提供撮合业务，数据交付通过供需双方直接完成或第三方参与完成的一种交易模式；计算交付模式，数据交易所协商数据供方和数据需方需求，按协商结果提供数据加工及交付服务的一种交易模式。

匿名化：《个人信息保护法》第七十三条规定：“匿名化，是指个人信息经过处理无法识别特定自然人且不能复原的过程”。

去标识化：《个人信息保护法》第七十三条对“去标识化”进行了定义，“去标识化指个人信息经过处理，使其在不借助额外信息的情况下无法识别特定自然人的过程”。

重要数据：《数据出境安全评估办法》第十九条规定，重要数据是指一旦遭到篡改、破坏、泄露或者非法获取、非法利用等，可能危害国家安全、经济运行、社会稳定、公共健康和安全等的数据。国标《重要数据识别规则（征求意见稿）》对重要数据的定义是：“重要数据是指特定领域、特定群体、特定区域或达到一定精度和规模的数据，一旦被泄露或篡改、损毁，可能直接危害国家安全、经济运行、社会稳定、公共健康和安全”，那么某些特定群体的个人信息也有可能属于重要数据。

## 二、合规交易分析

### （一）委托加工模式下的个人信息数据交易

#### 1. 从技术层面分析

个人信息进入委托加工模式，是指对需要交易的

数据进行加工后再交易的情形，而不是直接进入交易撮合模式。因此数据交易所在交易数据来源合法合规的前提下，首先应对数据供方提供的敏感个人信息和重要数据进行识别，并进行数据脱敏处理，确保交易的数据不包含个人信息数据和重要数据。如果委托加工是由第三方参与的数据分析服务，则第三方需具备相关数据分析挖掘服务资质，并对提供给第三方的数据进行严格审查监督，以电子服务合约或合同地点形式约定交易的数据用途和范围。最后还需对加工后的数据进行审核，若加工后形成了去标识化后的数据，则应使用国标《个人信息去标识化效果评估指南》的要求进行评估，确定是否已经达到了下表第 4 级的要求。

个人信息标识度 4 级划分表

分级	划分依据
1 级	包含直接标识符，在特定环境下能直接识别个人信息主体
2 级	消除了直接标识符，但包含准标识符，且重标识风险高于或等于可接受风险阈值
3 级	消除了直接标识符，但包含准标识符，且重标识风险低于可接受风险阈值
4 级	不包含任何标识符

在此基础上，还要针对处理后的数据集基于数据使用环境进行有动机攻击测试，满足以下所有条件完成匿名化：

不可识别性，处理后的数据集不再能够直接或间接地识别特定的自然人；

不可关联性，处理后的数据集无法与其他数据关联，从而无法识别特定个体；

不可复原性，处理后的数据集不能恢复原始数据。

达到以上情形才算真正做到了个人信息数据的匿名化处理，符合《网络安全法》《个人信息保护法》对个人信息的合法合规的处理交易。

若加工后的数据不包含个人信息数据，则需按照《重要数据识别规则（征求意见稿）》判断是否属于重要数据。如果属于重要数据，那么首先应满足国家或行业主管部门的要求，并在合法合规的基础上还应满足《重要数据安全处理要求（征求意见稿）》《数

\* 龙军，中国科技法学会大数据治理专业委员会顾问，深圳市律师协会数据合规法律专业委员会顾问，深圳市网安计算机安全检测技术有限公司数据合规中心总经理。

\* 李兰兰，广东卓建律师事务所高级合伙人、数据合规中心主任，深圳市律师协会数据合规法律专业委员会主任。

\* 孙鹏程，北京大成（杭州）律师事务所合伙人、大成数字业务中心理事。



据安全风险评估方法（征求意见稿）》的要求。数据供方需对数据接收方的数据安全管理制度以及数据备份、加密、访问控制等安全防护措施进行评估，评估数据接受方发现和处置数据安全风险的有效性。数据接受方应具备不低于数据处理者的数据安全保护能力，确保数据接收方满足相关的技术保障能力后才能按照合法合规的流程进行数据交易。

## 2. 从法律层面分析

如果委托加工是由第三方参与的数据分析服务，委托方应当事前得到个人信息主体的授权同意，同步进行个人信息保护影响评估。在开展数据分析服务时，应在电子服务合约或合同中约定加工后数据的权属关系，确认加工后数据的相关权益，并且应对加工前的原始数据进行不可逆的数据删除。因为交易的数据已经做到匿名化处理，所以无须再次得到个人信息主体的授权同意。如果交易的数据在交易前被识别出为重要数据，还需进行重点审核，核查第三方专业服务机构在数据交易前出具的《数据安全风险评估报告》，确保数据可交易。

### （二）交易撮合模式下的个人信息数据交易

撮合模式下的数据交易在合法合规的前提下可以通过供需双方直接完成或第三方参与完成。

#### 1. 从技术层面分析

数据交易场所在交易数据来源合法合规的前提下，首先需要对数据供方提供的个人信息数据进行识别，判断是否属于重要数据，如果仅属于个人信息，则技术层面需要对交易过程进行安全控制；其次还需要对挂牌交易个人信息的描述和样本的准确性、真实性进行审核；最后应通过日志等方式记录交易过程中的操作处理、权限管理、交易过程等信息，日志留存时间一般不少于三年的诉讼时效，法律法规和主管部门有另外规定的除外。

如果在交易前识别出交易的数据不仅属于个人信息，还属于重要数据，此类数据交易不仅需要得到个人信息主体的明确授权，还需具备上文中委托加工模式下的对重要数据的安全技术要求。

#### 2. 从法律层面分析

交易撮合模式下的个人信息的数据产品和服务交易需要根据相关法律法规的要求，符合“告知+同意”

情形下才能满足可以交易的基础条件，还应满足《个人信息安全规范》中关于个人信息的安全要求，并且要求数据供方进行个人信息保护影响评估，确保数据可以交易。如果交易的个人信息数据产品和服务在交易前被识别出为重要数据，还需重点审核上文所述《数据安全风险评估报告》，确保数据可交易。

### （三）计算交付模式下的个人信息数据交易

此模式是在委托加工模式及撮合交易模式下的叠加，不同于委托加工模式，此种模式是先进行交易撮合，成功后再由数据供方根据需求对数据进行加工处理；也不同于交易撮合模式，此模式是交付数据加工处理后的产物，而不是交付的原始数据或数据集。

#### 1. 主要存在五种可能场景：

（1）交易撮合后，交付个人信息匿名化处理后的数据；

（2）交易撮合后，需要对个人信息数据集进行加工，加工后的数据仅是去标识化后的数据集，但交易后数据需方可能会使用采购的数据与现有数据（包含去标识化后的数据）进行汇聚融合使用，此过程可能会重新识别出个人信息，在此使用情形下就面临重识别个人信息的风险；

（3）交易撮合后，需要对个人信息数据集进行加工，加工处理后输出的数据不带有任何个人信息数据标签，对于数据供方而言，此数据属于去标识化后的数据集，数据需方在合法合规的情形下，不借助额外信息无法识别特定自然人；

（4）交易撮合后，需要对个人信息数据集使用特定算法模型进行加工，输出特定的结果值或者标签，而数据需方可能会将此数值或标签与数据需方的个人信息数据集进行融合，也可能仅用于业务使用，不与数据需方的个人信息数据融合；

（5）交易撮合后，需要对个人信息数据集进行加工处理，用于输出特定的数据分析算法模型或者分析报告，而数据需方对这些算法模型或者分析报告进行使用，使用的用途可能对个人信息主体无任何关联，也有可能对个人信息主体造成一定的影响。

2. 在交易数据来源合法合规的前提下，五种场景的技术合规及法律合规分析

第一种场景按照上文分析的委托加工模式进行匿

名化处理模式处理，遵守相应的法律法规和技术保护措施即可。

第二种场景加工后的数据仅仅是去标识化后的数据集，交易后数据需方可能会面临采购的数据与现有数据进行汇聚融合使用。从技术层面分析，此模式下的技术合规要求应满足第一种场景交易撮合模式下的技术合规要求，并且在数据交易前后都要按照国标《个人信息去标识化效果评价指南》以及其他风险评估模型进行个人信息数据重识别的风险评估。因为涉及个人信息的数据交易，因此双方还应进行个人信息保护影响评估，确保数据可以交易。另外，此场景的数据交易涉及大量的个人信息处理，因此个人信息处理加工平台（也可能是加工及交易平台）需符合《网络安全法》第二十一条的要求，还应符合等保三级标准要求。在法律层面分析，数据供方提供的是去标识化后的个人信息数据，因此需要在“告知+同意”情形下进行交易，而数据需方购买后的数据如果需要进行汇聚融合，汇聚融合的原始数据若包含个人信息数据（包含去标识化后的个人信息数据），则也需要与数据供方一样满足“告知+同意”。

第三种场景中数据供方与第二场景的处理模式一致，首先得满足第二种场景下的技术合规及法律合规要求。但是在数据需方角度，通过数据交易所获取的数据在合法合规的情形下，不借助额外信息的情况下无法识别特定自然人。因此数据需方需按照采购合同在数据使用范围内进行数据的处理。在技术层面，数据需方需按照合同约定，防止采购的数据泄露或超范围使用，在服务结束、数据供方停止提供数据、数据授权到期等情况后，应进行不可逆的数据删除，还应定期对删除效果进行审计，有相关法律法规另有要求的除外。

第四种场景从技术层面分析，比较常见的技术实现方式为隐私计算。数据供需双方的个人信息数据都仅在双方本地存储，通过使用隐私计算，使得数据可用不可见，实现了数据交易的最终目的。隐私计算在数据交易中解决的是隐私泄露的技术问题，但是并没有完全解决个人信息的合法权益的法律问题，隐私计算的结果可能会对个人信息主体的权益造成损害。因此，从技术层面分析，该模式下的技术合规要求首先得满足第三种场

景中的技术要求。在此基础上，隐私计算的产品模型还应得到国家权威机构的检测，具有检测报告，防止隐私计算平台、模型存在漏洞或其他安全隐患。此外，隐私计算平台的部署还应符合对应的安全合规要求。从法律层面分析，数据的供需双方可能仅对个人信息进行了加工处理，但是并没有对个人信息进行交易，仅对个人信息进行隐私计算从而得到交易的数据，此情形下的法律法规要求建议与实际的数据交易的应用场景相结合再来判断是否要做到“告知+同意”。

第五种场景可以分为两类情况，第一类，数据供方对个人信息进行加工处理，生成分析报告或者研究报告，此报告并不能直接关联到具体的个人信息主体，但使用了个人信息或者个人信息主体关联的业务数据进行了加工，从而得出分析报告或者研究报告。因此，此加工分析平台应满足第三种场景中的技术合规要求。从法律层面分析，此情况需和第四种场景中的法律合规要求一致，应根据分析报告或者研究报告是否使用了个人信息还是仅使用了业务数据进行加工来判断法律合规要求。第二类，数据供方使用个人信息进行加工处理，输出了一个算法模型或者其他数据产品，或者帮助数据需求的算法模型进行训练优化后，提供升级版的算法模型。对于数据供方而言，并没有交易原始个人信息，交易的数据也不能对个人信息主体进行重新识别，交易的数据是一套算法模型，不再属于个人信息。那么，在此情况下，数据供需双方的技术合规要求需符合第三种场景中的技术合规要求。从法律层面分析，此情况第一类情况的法律合规要求一致。

## 三、总结

数据交易可以促进数据要素的流通，在现有法律法规要求中，有禁止交易的数据，但是交易的数据外，还有大量的可交易数据因为技术合规及法律合规要求存在的空白点，无法顺利开展数据交易，阻碍了数据的交易流通。本文仅针对个人信息从技术合规和法律合规的角度分析可能存在的数据合法合规交易路径，希望起到抛砖引玉的作用，以期对我国数据交易合法合规体系的建设起到积极的作用，也期待监管层面能尽快制定通用的数据交易法律法规，以规范完善整个数据交易市场。

## 《个人信息保护法》视角下

“大数据杀熟”  
的维权路径

○潘良\* 北京中银（深圳）律师事务所

近年来，“大数据杀熟”问题已不是罕见现象，在电商平台、旅游出行、酒店住宿等商品或服务方面尤为严重。除了适用《消费者权益保护法》《电子商务法》可予以规制外，《反垄断法》《国务院反垄断

委员会关于平台经济领域的反垄断指南》等法律法规也可予以规制。除此之外，随着《个人信息保护法》的施行，《个人信息保护法》视野下也为“大数据杀熟”问题提供了维权路径。

\*潘良，北京中银（深圳）律师事务所合伙人，深圳市律师协会数字经济委副主任、广东省律师协会数字经济委委员、深圳大学创新发展法治研究院特邀研究员、深圳标准专家库专家成员、广东省法学会经济法学研究会理事、中国信通院数安智库等项目专家成员，业务领域为投资并购、公司治理、企业合规、数字经济治理、数据安全与隐私保护、竞争与反垄断。

## 一、“大数据杀熟”之概述

“大数据杀熟”，一般是指经营者收集用户个人信息，运用大数据和算法分析其消费偏好、消费习惯、支付能力等信息，建立用户画像，将同一商品或服务以不同的价格出售，形成价格歧视的行为。

“大数据杀熟”现象在机票、酒店、旅游等在线服务平台普遍存在，表现为千人千价、个性化定制、定向推送等商业营销模式，本质上是经营者根据用户的支付能力、消费偏好、使用习惯等特征对其进行“用户画像”，针对不同的消费群体，利用平台经营者和用户之间的信息不对称，从而做到差别定价，以实现平台利润的最大化。例如，同一平台同一产品或服务，老用户的价格比新用户高，不同手机、不同电脑端口的价格也不一样等情况。

一般而言，“大数据杀熟”在两个阶段涉嫌违法，一是在用户个人信息收集阶段，可能涉嫌违法收集用户个人信息；二是在大数据杀熟实施阶段，涉嫌实施价格欺诈，侵犯用户合法权益。换言之，“大数据杀熟”不仅可能侵犯公民隐私，当公民为消费者角色时还侵犯了消费者的知情权、选择权、公平交易权等权利。

## 二、《个人信息保护法》对“大数据杀熟”之规制

针对“大数据杀熟”现象，我国在《消费者权益保护法》《电子商务法》《价格法》等法律法规中，对电子商务经营者、平台经营者作出相应规制。在《个人信息保护法》中更是对公民个人信息的收集、存储、使用、加工、传输、提供、公开、删除等处理方式作出更具针对性的规定，明确提出不得对个人在交易条件上实行不合理的差别待遇的要求，扼制“大数据杀熟”现象。

《个人信息保护法》具体规定了处理个人信息应遵循的原则和方式：处理个人信息应当遵循合法、正当、必要和诚信原则，以及公开、透明的原则；具有明确、合理的目的，收集和限于实现处理目的的最小范

围、采取对个人权益影响最小的方式，不得过度收集个人信息；保证个人信息的质量；采取必要措施保障所处理的个人信息的安全。

《个人信息保护法》规定了公民对其信息享有的权利：个人对其个人信息的处理享有知情权、决定权、有权限制或拒绝他人对其个人信息进行处理、有权查阅、复制其个人信息，有权请求更正、补充、删除其个人信息、有权要求个人信息处理者对其个人信息处理规则进行解释说明等，并进一步规定个人信息处理者应当建立便捷的个人行使权利的申请受理和处理机制，拒绝个人行使权利的请求的，个人还可以依法向人民法院提起诉讼。

《个人信息保护法》第二十四条针对“大数据杀熟”现象具体规定：个人信息处理者利用个人信息进行自动化决策（通过计算机程序自动分析、评估个人的行为习惯、兴趣爱好或者经济、健康、信用状况等，并进行决策的活动），应当保证决策的透明度和结果公平、公正，不得对个人在交易价格等交易条件上实行不合理的差别待遇，并进一步要求个人信息处理者在利用个人信息进行自动化决策前进行个人信息保护影响评估，并对处理情况进行记录。个人信息保护影响评估包含：1. 个人信息的处理目的、处理方式等是否合法、正当、必要；2. 对个人权益的影响及安全风险；3. 所采取的保护措施是否合法、有效并与风险程度相适应，并且个人信息保护影响评估报告和处理情况记录应当至少保存三年。

《个人信息保护法》还规定通过自动化决策方式向个人进行信息推送、商业营销，应当同时提供不针对其个人特征的选项，或者向个人提供便捷的拒绝方式。即电子商务经营者通过自动化决策方式向个人进行信息推送、商业营销或搜索结果时，应分别提供针对用户个人特征和不针对其个人特征的两种商品或服务选项供消费者进行选择，或者提供便捷的拒绝方式。

综合上述意见，在《个人信息保护法》视野下，经营者通过自动化决策方式向用户进行信息推送、商业营销，或提供商品或者服务的搜索结果时，应当满足以下条件：1. 需取得消费者的同意，并且该同意须

由消费者在充分知情的前提下自愿、明确作出；2. 在处理个人信息前，须以显著方式、清晰易懂的语言真实、准确、完整地向消费者告知相关事项，如果是通过制定个人信息处理规则的方式告知的，处理规则应公开且便于公民查阅和保存；3. 须事前进行个人信息保护影响评估；4. 个人信息的保存期限应当为实现处理目的所必要的最短时间；5. 须同时提供不针对其个人特征的选项，或者向个人提供便捷的拒绝方式；6. 不得以消费者不同意处理其个人信息或者撤回同意为由，拒绝提供产品或者服务（处理个人信息属于提供产品或者服务所必需的除外）；7. 应当保证决策的透明度和结果公平、公正，不得对个人在交易价格等交易条件上实行不合理的差别待遇。

### 三、应对“大数据杀熟”维权之路径

在面对“大数据杀熟”时，用户维权往往存在以下问题：一是个人与平台经营者相比往往处于弱势地位，地位失衡，维权难；二是日常消费中，消费者难有取证意识和方法，消费者举证困难；三是侵权主体多样，产品定价可能是在销售端，也可能是在平台，甚至二者皆有，普通公民个人难以准确分辨侵权主体。在此背景下，若用户发现被“大数据杀熟”后，且无法与平台经营者或者电子商务的实际经营者协商达成一致时，用户除了通过《消费者权益保护法》《电子商务法》维权外，《个人信息保护法》同样提供了维权路径。

根据《个人信息保护法》第六十条规定：国家网信部门负责统筹协调个人信息保护工作和相关监督管理工作。国务院有关部门依照本法和有关法律、行政法规的规定，在各自职责范围内负责个人信息保护和监督管理工作。县级以上地方人民政府有关部门的个人信息保护和监督管理职责，按照国家有关规定确定。前两款规定的部门统称为履行个人信息保护职责的部门。第六十五条规定：任何组织、个人有权对违法个人信息处理活动向履行个人信息保护职责的部门进行投诉、举报。收到投诉、举报的部门应当依法及时处理，

并将处理结果告知投诉、举报人。因此，用户可以就“大数据杀熟”问题向有关主管部门投诉或举报。

根据《个人信息保护法》第六十六条、第六十七条等规定，违法处理个人信息从事“大数据杀熟”的主体，将会面临警告、没收违法所得、责令暂停或终止提供服务、记入信用档案等行政处罚。若拒不改正的，并处一百万元以下罚款，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处一万元以上十万元以下罚款。情节严重的，由省级以上履行个人信息保护职责的部门责令改正，没收违法所得，并处五千万元以下或者上一年度营业额百分之五以下罚款，并可以责令暂停相关业务或者停业整顿、通报有关主管部门吊销相关业务许可或者吊销营业执照；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处十万元以上一百万元以下罚款，并可以决定禁止其在一定期限内担任相关企业的董事、监事、高级管理人员和个人信息保护负责人。

一般而言，对于消费者个人，“大数据杀熟”造成的财产损失数额并不大，少有消费者会选择以诉讼途径来解决问题。但如果遇到金额较大，权益受损比较严重的情况，用户也可以向法院提起诉讼解决，可以根据实际情况提出请求人民法院撤销合同、赔偿损失等请求。

### 四、结语

在《个人信息保护法》的视野下，每个人都应当认真、充分、严格保护好个人信息。因为手机或电脑浏览的记录、购买过的东西、点击过的广告、收藏过的商品，这些都是平台经营者分析研究用户的基础。特别是针对不需要、不常用的网站，在隐私设置中关闭 cookie 功能，尽量使用匿名浏览模式或者无痕浏览，确保个人信息尽可能少被收集、存储或使用。一旦发现“大数据杀熟”行为，用户需要及时留存与平台客服或者平台经营者的沟通记录，及时存留同等条件用户的交易页面信息，以供比较，最终可以选择根据《个人信息保护法》等相关法律规定向有关主管部门投诉、举报或者向法院提起诉讼予以维权。

# 刑事案件二审开庭难等相关问题研究

○黄云\* 杨婧雨\* 北京金诚同达（深圳）律师事务所

采用繁简分流的形式决定二审是否开庭是较为合理的方式，而根据一些实证研究，不开庭的改判率反而更高，这说明刑事诉讼法规定的标准难以把握，加之法官对二审审理方式裁量权过大，检察机关的监督缺位，有关二审审理方式的规定被虚化，因此推动二审开庭需要从立法方面进一步明确开庭的标准和范围、完善检察机关的监督体系。在现行规定之下，对于应当开庭的案件遭遇阻碍时，律师可以从提出事实争议、收集新证据以及推动检察院监督等方面争取采用开庭的审理方式。

## 一、刑事案件二审开庭的困境

### （一）二审开庭率较低

二审开庭是纠错与救济的需要，二审法官原本就比一审法官离案件事实更为遥远，若只是进行书面审查，除非一审裁判明显错误或证据之间存在相互矛盾，否则法官几乎很难通过一个比一审简单的程序发现原审裁判的错误之处。开庭审理是在此条件下弥补这一天然弱势的最佳途径，更有可能帮助法官作出公正的判决。此外，二审开庭审理是公信力的直观体现，以开庭审理的方式，

\*黄云，北京金诚同达（深圳）律师事务所高级合伙人，任第十届、第十一届深圳市律师协会刑事诉讼法律专业委员会主任、深圳大学法学院校外硕士生导师、广东省法律援助局法律援助案件质量评估专家等，擅长商事犯罪、职务犯罪、金融证券、私募基金、毒品犯罪及刑民交叉等领域，著《有效的辩护》。

\*杨婧雨，北京金诚同达（深圳）律师事务所实习人员。

接受大众监督，树立司法的权威与公信力，实现社会效果与法律效果的统一，这是刑事二审开庭的正当性基础。<sup>①</sup>依照刑事诉讼法的规定，二审应当以开庭审理为原则，不开庭审理为例外，而实际上各个法院的二审开庭率较低，H省Z市中级人民法院2017-2020年4年间的刑事二审开庭率均未超过20%，全国范围内只有部分地区实现了大部分刑事案件二审开庭审理，相当一部分地区的二审开庭率较低。<sup>②</sup>

### （二）二审程序虚置

在上诉过程中提出了新事实、新证据，那么就属于应当开庭审理的案件类型，若上诉意见与之前并无二异，则不可能期待二审阅卷法官在无新事实、新证据的情况下发现一审程序中的事实认定错误。二审法院审判的依据来源于证据卷、一审的判决书以及庭审记录，通过书面审理并不能获取实质性信息，无论阅卷审查还是讯问被告人、听取意见，都不过是在加强二审阅卷法官作出维持原判定内心确信，刑事二审监督一审程序运行和救济被追诉人权利本位的功能被削弱了，书面审理的案件不能有效的实现纠错和救济，<sup>③</sup>推动二审开庭，可以防止二审程序虚置。

### （三）检察机关监督缺位

二审法院认为事实清楚，便可以不开庭审理，但何为事实清楚并没有明确的判断标准，法律规定的不明确让法官在此享有较大的自由裁量权，即便上诉人对第一审认定的事实、证据提出异议，甚至提出了新的证据，法官也有权以新证据并不影响定罪量刑为由，作出不予开庭审理的决定，这使得一些应当开庭审理予以纠正的案件或者是二审拟改变定性或者量刑的案件，脱离检察机关监督的范围。<sup>④</sup>

## 二、制约二审开庭的主要因素

### （一）法官开庭意愿较低

刑事诉讼法并未明确规定决定上诉案件开庭审理的主体，在实践中，一般都是由承办法官在阅卷后单独作出是否开庭的决定，其他审判主体并不参与实际决策，与法院内部这种多元化的审判主体不同的是，决定上诉案件是否开庭的主体比较单一。<sup>⑤</sup>而依据相关实证研究，二审法官倾向于不开庭审理。<sup>⑥</sup>制约法官开庭的因素包括出于对诉讼效率的追求，上诉人异地羁押、开庭不便，二审普遍开庭效果不好流于形式等。<sup>⑦</sup>

### （二）开庭的标准不明确

依据刑事诉讼法的规定，除了死刑和抗诉的案件之外，如何判断可能影响定罪量刑的案件以及其它应当开庭审理的案件裁量范围太大，最高法院内部对此就有两种意见，一种观点认为，“只要被告人、自诉人及其法定代理人提出可能影响定罪量刑的异议，即使所提异议明显不能成立，根据立法精神，也要开庭审理”；另一种观点则认为，“如果影响定罪量刑的异议确实没有事实根据，且通过二审讯问被告人，听取其他当事人、辩护人、诉讼代理人意见，明显排除异议成立的，可以不开庭审理”。<sup>⑧</sup>学者也有自己的见解，有的认为上诉人以量刑过重为由提出的法院拟改判的上诉案件以及在当地有重要影响的或开庭具有重要意义的应当开庭审理，上诉人仅对量刑有意见，但根据一审认定的事实和情节虽量刑偏重，但没有超出量刑指导意见规定的刑罚幅度的，可以不开庭审理。<sup>⑨</sup>除此之外，对于认罪认罚案件具有较大的争议，有的认为适用认罪认罚从宽后的上诉案件多数为假上诉，应当一般情况下不开庭，特殊情况下开庭，<sup>⑩</sup>而有的认为适用普通程序

审理的认罪认罚从宽案件，一审贯彻了庭审实质化的要求，二审可以采用书面审理的方式，大量适用速裁程序审理的一审认罪认罚案件，二审法院应当开庭审理。<sup>⑪</sup>由于缺乏统一指导，承办法官在具体操作时对上诉案件开庭标准的掌握尺度不同，主观性太强，法官在法律没有强制性的规定下，开庭的主观意愿较低。

## 三、推动二审开庭的途径

### （一）进一步明确二审开庭审理的范围

一审已经经过了一次实质审理，在有的上诉案件中，被告没有实质的上诉理由，对司法资源不加考虑，不分情况的一律进行开庭审理也不现实。刑事诉讼法明确规定了开庭审理的范围，采取繁简分流的方式保障在二审实现纠错和救济功能的同时最大限度的节约司法资源，<sup>⑫</sup>对可能影响定罪量刑的判定可以划分为事实性上诉和法律性上诉，事实性上诉应当开庭审理予以保障，如果上诉人针对一审认定的事实、证据提出异议，事关定罪量刑，无论最终判决结果是否改变，无论是经当事人上诉提出还是法官审查发现，都应当以开庭的方式予以辨明。法律性上诉应当适当区分是否予以开庭，法律性上诉主要指的是实体法律适用及针对程序问题的上诉，法律适用体现最直接的就是定性、量刑。当然并不是所有的量刑问题都归属法律性上诉的范畴，部分以符合法定或酌定量刑情节为由上诉的二审案件，实际上都涉及事实的认定问题，如从犯、防卫过当等。对于这部分法律性上诉，仍应当开庭审理。<sup>⑬</sup>

### （二）加强检察机关的主动监督

目前，检察机关对于不开庭审理的二审监督是被动介入，主动监督还缺乏制度保障。实践中，对于不开庭方式审理的理由表述同质化严重，普遍套用了“经阅卷、讯问上诉人，认为本案事实清楚，决定不开庭审理”，极少数的裁判文书说理充分，经过深入考察，多属于为参加优秀文书评比而“匠心独造”的定制作品。<sup>⑭</sup>对此，法院应当将不开庭审理的决定及案卷材料移送给检察

机关和辩护人，并要求决定法院附上相关理由和证据，还要进一步明确移送的时间，听取辩护人的意见和建议，给予检察机关和辩护人在此过程中的参与度。辩护人的开庭建议若没有被法院采纳，还应当允许其向检察机关提出异议，检察机关经审查认为不开庭审理的理由不充分而应当开庭审理的，可以通知法院开庭审理，法院应在接到通知后进行开庭准备，对于检察机关内部的决定须经检察委员会批准后下发。规范检察监督的具体程序，完善检察的手段，使得法律监督职能能够切实发挥，为实现二审公正提供有力保障。<sup>⑮</sup>

### （三）主动维护庭审权利，适用救济

推动二审开庭除了完善立法之外，还取决于法官的判断，即便没有新的事实证据也可能出现影响定罪量刑的程序性事项、法律适用争议。在应当争取开庭审理而遭遇困难的情形之下，要打破法官的观念，首先要把握好标准，其次要适用救济，推动检察院的监督机制。如2020年3月11日，谢某某刑事上诉案件，辩护律师侯某某致信某市检察院，控告某市中级人民法院在二审过程中存在应当开庭而未开庭、在决定不开庭审理后应当听取辩护人意见而未听取、对上诉人提交的取保候审申请超期未作回复等违法行为，在律师的推动下中级法院书面回复，将严格落实法律规定要求，针对问题加强整改，依法保障了律师执业权利。在目前刑事二审上诉不开庭审理案件在检察主动监督缺位的情况下，律师可以介入推动检察院的监督。<sup>⑯</sup>

## 四、总结

不开庭审理使得二审法院对于事实和证据的认定来源于侦查案卷以及一审的庭审资料、判决书，最多根据侦查案卷中描述的实施情况判断一审法院是否存在事实认定错误、适用法律不当的情形，没有明显的矛盾和纰漏就无法发现一审法院的错误，不开庭导致二审程序虚置，推动二审开庭的关键在于限制法官的自由裁量权，把握二审开庭与否的标准，推动检察监督。

①郭天武，卢诗谣. 我国刑事二审审理方式的异化与回归[J]. 华南师范大学学报(社会科学版),2020(02):121.

②李永升，张素敏. 审判中心语境下刑事二审的问题研判与路径优化——以Z市中级人民法院近5年二审庭审运行实践为分析样本[J]. 齐鲁学刊,2022(02):97-98.

③王宇坤. 刑事二审程序“虚置化”的迷思与匡正[J]. 时代法学,2016,14(04):95.

④成懿萍，廖乙桥. 刑事上诉案件中检察监督的缺位与完善——以86起上诉案件的实证分析为基础[J]. 中国检察官,2011(09):63.

⑤白国华. 刑事二审开庭率低的深层因素分析[J]. 理论探索,2016(05):119.

⑥李永升，张素敏. 审判中心语境下刑事二审的问题研判与路径优化——以Z市中级人民法院近5年二审庭审运行实践为分析样本[J]. 齐鲁学刊,2022(02):99.

⑦白国华. 刑事二审开庭率低的深层因素分析[J]. 理论探索,2016(05):121.

⑧白国华. 刑事二审开庭率低的深层因素分析[J]. 理论探索,2016(05):119.

⑨庄伟，温如敏. 上诉案件开庭范围实证分析[J]. 国家检察官学院学报,2013,21(03):147.

⑩郭天武，卢诗谣. 我国刑事二审审理方式的异化与回归[J]. 华南师范大学学报(社会科学版),2020(02):127.

⑪韩旭. 认罪认罚案件被告人以量刑过重为由上诉引发的二审问题研究[J]. 法治研究,2022(04):55.

⑫庄伟，温如敏. 上诉案件开庭范围实证分析[J]. 国家检察官学院学报,2013,21(03):147.

⑬郭天武，卢诗谣. 我国刑事二审审理方式的异化与回归[J]. 华南师范大学学报(社会科学版),2020(02):119.

⑭田源. 刑事二审中的繁案简审问题及其矫正[J]. 理论探索,2017(06):108.

⑮刘著. 二审庭审方式的实践与反思——兼评《刑事诉讼法》第234条[J]. 黑龙江省政法管理干部学院学报,2019(02):87.

⑯徐向春，陈莺成，马晓敏，杨军伟. 最高人民法院保障律师执业权利典型案例解读[J]. 人民检察,2021(18):31.

# 撤销仲裁裁决案件中的 违反法定程序事由辨析

○卜斌\* 广东晟典律师事务所

司法实践中，“仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序”这一法定事由是法院裁定撤销仲裁裁决时使用频率最高的事由之一，<sup>①</sup>笔者将结合法院相关判例，对近年来实务中围绕这一事由产生争议较多的热点问题提出个人理解。

## 一、对法律规定的理解

《中华人民共和国仲裁法》第五十八条：“当事人提出证据证明裁决有下列情形之一的，可以向仲裁委员会所在地的中级人民法院申请撤销裁决：……（三）仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序的”。对于“违反法定程序”的含义，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国仲裁法〉若干问题的解释》（以下简称《仲裁法司法解释》）第二十条：“仲裁法第五十八条规定的‘违反法定程序’，是指违反仲裁法规定的仲裁程序和

当事人选择的仲裁规则可能影响案件正确裁决的情形。”

针对《仲裁法司法解释》第二十条的适用，在理论和实务中存在两种不同的观点。一种观点认为，仅违反《仲裁法》规定的仲裁程序或当事人选择的仲裁规则尚不足以达到撤销仲裁裁决的标准，还要可能影响案件正确裁决时，才能满足撤销的全部要件。<sup>②</sup>另一种观点认为，《仲裁法司法解释》第二十条明确了两种可以撤销仲裁裁决的情形：一是违反仲裁法规定的仲裁程序的情形，二是违反当事人选择的仲裁规则且可能影响案件正确裁决的情形。<sup>③</sup>任何一种情形均可将仲裁裁决撤销。两种观点的争议焦点在于违反《仲裁法》规定的仲裁程序是否需要达到可能影响案件正确裁决才能撤销。最高人民法院认为“违反法定程序并可能影响案件正确裁决的情形”界定为：第一，违反了《仲裁法》的强制性规定的，如《仲裁法》第31条、32条、33条关于仲裁员选任程

序的规定；第二，违反了当事人约定的仲裁程序，且严重影响仲裁当事人的权利；第三，违反了仲裁的其他程序，且实质影响到仲裁裁决公正的。<sup>④</sup>笔者认为，《仲裁法》关于仲裁程序的要求维护了最低正当程序原则，在充分赋予双方自由和权利的同时，保证了程序的公正。但是，仲裁有其特有的效率价值，如果没有影响实体公正的情况下，仅因违反法定程序便撤销仲裁裁决，将有损仲裁的效率价值，也为当事人增添讼累。

## 二、实务中违反法定程序的争议问题辨析

### （一）第三方资助是否违反法定程序

近年来，第三方资助仲裁在我国逐渐兴起，其合法性成为各方关注的焦点。根据《中国国际经济贸易仲裁委员会国际投资争端仲裁规则（试行）》第二十七条，“第三方资助”是指当事人以外的自然人或实体协议承担参与争议的一方当事人在仲裁程序中的全部或部分费用的情形。

第三方资助仲裁可能存在潜在的风险。一方面，仲裁员、当事人、代理人、资助方之间可能存在利益冲突，违反《仲裁法》及仲裁规则关于回避的规定，从而导致仲裁裁决被撤销的法律后果。如果不披露第三方资助的信息，可能导致仲裁员无法辨别和排除利益冲突，使得仲裁员的独立性与公正性受到挑战。另一方面，第三方资助可能导致保密义务缺失。当事人寻求第三方资助必然要向第三方披露仲裁事项并提供相关材料，第三方出于自身利益的考量，也必然会对仲裁案件进行全面细致的尽调，由此可能对仲裁的保密性造成损害。<sup>⑤</sup>

在实务中，法院对第三方资助行为的认定还是落脚于审查第三方资助行为是否违反法律规定和仲裁规则，是否影响案件公正裁决。例如，在董勒成等与国银飞机租赁（天津）有限公司申请撤销仲裁裁决案〔（2022）京04民特368号〕，对于第三方资助的合法性问题，北京市第四中级人民法院认为“一方面民事主体有权选择获得优质的法律服务，比如聘请专业的律师、咨询专业人士等，来维护自己的合法权益；另一方面在民事主体选择仲裁作为解决争议方式时，也有权选择签约接受第三

方资助，无论选择仲裁方式解决纠纷，还是选择第三方资助均系民事主体依法行使权利的范围，在上述行为不违反法律，亦不影响仲裁公正裁决时，体现民事主体意思自治的合法选择应当予以尊重。”对于第三方资助的保密性问题，法院认为“仲裁保密性的本意在于不对社会公开、披露仲裁案件的情况，使仲裁案件尽可能不为更多人知晓。在现有仲裁规则未禁止第三方资助机构资助仲裁当事人参与仲裁时，第三方资助机构与一方当事人建立资助关系，并不违反仲裁保密规则，本案现有证据亦不足以证明违反保密规则，导致案件实体和程序的有关情况存在向社会公开、披露的情形。”由此可见，司法机关目前对第三方资助还是持开放态度。

### （二）仲裁员与代理人存在其他关系的认定

《中华人民共和国仲裁法》第三十四条：“仲裁员有下列情形之一的，必须回避，当事人也有权提出回避申请：……（三）与本案当事人、代理人有其他关系，可能影响公正仲裁的。”如果存在应当回避的其他关系而未回避的情形，属于违反《仲裁法》的强制性规定。如何认定是否构成“其他关系”，是案件的争议焦点。

1. 仲裁规则对“其他关系”有细化规定的，法院通常以仲裁规则作为判定依据

仲裁规则对“其他关系”有细化规定，法院通常会将仲裁规则的相关规定纳入是否构成“其他关系”的判定标准。例如，东安霞栖农业科技发展有限公司服务合同纠纷案〔（2019）湘执监1521号〕，湖南省高级人民法院将珠海仲裁委的仲裁规则作为认定依据，认为本案代理人与仲裁员的关系不属于仲裁规则规定的必须回避的情形。

2. 仲裁规则没有规定的情况下法院对于“其他关系”认定

根据笔者目前检索的结果显示，国内只有部分仲裁机构的仲裁规则对“其他关系”进行了细化规定。在仲裁规则没有规定的情况下，笔者总结了仲裁员与当事人、代理人的常见关系，并结合法院裁判文书分析是否构成法律规定的“其他关系”。

（1）仲裁员与当事人存在合作关系或业务往来

\*卜斌，广东晟典律师事务所律师，专注于公司诉讼、商事合同、金融纠纷、企业合规等领域，曾为国内多家大型上市金融机构等提供过法律服务。

①朱华芳等：《2022年度中国仲裁司法审查实践观察报告—大数据分析》，载“天同诉讼圈”微信公众号，<https://mp.weixin.qq.com/s/WNLy21OUsbYdFIAhTb0BLw>。

②姜裕峰：《仲裁司法审查中的法律适用》，载《人民司法》2019年第19期，第49页。

③沈涛：《关于仲裁违反法定程序的思考—从国内仲裁裁决撤销的角度》，载《法制与经济》2013年第10期，第9页。

④沈德咏、万鄂湘主编：《最高人民法院仲裁法司法解释的理解与适用》，人民法院出版社2007年3月版，第185页。

⑤袁培皓：《国际仲裁实务：第三方资助的现状与未来》，载“高杉LEGAL”微信公众号，<https://mp.weixin.qq.com/s/6RnLkaSL2Ou52qOzpjSuuw>。

当事人或其代理人与仲裁员存在商业合作和业务往来会对仲裁员身份的公正性和独立性产生影响，因此会被认定为存在“其他关系”。例如，在深圳前海华视移动互联有限公司申请承认与执行法院判决、仲裁裁决案〔（2018）粤03民特601号〕，深圳市中级人民法院认为首席仲裁员未披露其任职的单位与本案一方仲裁代理人存在关联及业务往来，违反法定程序，裁决应当被撤销。

（2）代理人曾为或现为案涉仲裁机构的仲裁员

2010年施行的《律师和律师事务所违法行为处罚办法》（司法部令第122号）第七条<sup>⑥</sup>第五项禁止曾经担任仲裁员或者仍在担任仲裁员的律师以代理人身份承办本人原任职或者现任职的仲裁机构办理的案件。2016年施行的《律师执业管理办法》（司法部令第134号）第二十八条<sup>⑦</sup>第三款规定律师不得担任所在律师事务所其他律师担任仲裁员的案件的代理人，曾经或者仍在担任仲裁员的律师，不得承办与本人担任仲裁员办理过的案件有利益冲突的法律事务。相比于前者，后者的规定明显放宽了律师担任仲裁员的限制。除了存在《律师执业管理办法》第二十八条规定的利益冲突情形，律师可以代理其担任仲裁员的仲裁机构的案件。

（3）代理人和仲裁员系同事、同学等关系

同事、同学等关系可以被认定为“其他关系”，不存在影响公正仲裁的情况下，仅凭代理人和仲裁员为同事、同学等关系不足以成为撤销仲裁裁决的理由。北京亚泰宏大商贸有限公司与武汉天海鸿运科技发展有限公司等申请撤销仲裁裁决案〔（2021）京04民特209号〕，北京市第四中级人民法院认为“《中华人民共和国仲裁

法》第三十四条第三项的其他关系主要指以下几种情况：是当事人的朋友、亲戚、同学、同事等，或者曾经与当事人有过恩怨、与当事人有其他往来等；‘可能影响公正仲裁的’是‘与本案当事人、代理人有其他关系’而应当回避的必要条件，即只有在可能影响公正处理案件的情况下，才适用回避。因工作、生活、学习等社会活动需要，人与人之间的交往不可避免，仲裁员在工作、生活、学习中都会与人接触、交往，上述情况的存在并不一定构成回避规则中规定的利害关系或其他影响公正仲裁的关系。”

（三）送达程序出现瑕疵的司法认定

送达程序瑕疵是认定违反法定程序的主要原因之一，在实践中会因为各种原因导致仲裁文件无法有效送达。在送达效力方面，我国民事诉讼当中采用的是到达主义，即以当事人的签收来确定邮寄送达的效力，在送达回执的硬性要求下，当事人签收的有效性直接影响送达效力。有些法院在审查仲裁送达合法性时也参照民事诉讼采取了到达主义，以受送达人是否实际签收作为认定仲裁送达程序是否合法的标准。不过，仲裁程序的送达与民事诉讼毕竟存在区别，仲裁送达通常是依据仲裁规则进行的，如符合仲裁规则规定的程序性要件，即可认定送达行为合法。<sup>⑧</sup>

根据目前公开的裁判文书，常见的送达程序瑕疵主要有以下几种类型：

1. 送达地址不正确

仲裁当事人可能存在多个地址，如自然人有户籍所在地、经常居住地等，企业有注册地、主要办事机构所在地等等，在实践中当事人也经常根据生产生活需要变

更所在地址，如果仲裁机构未能按照仲裁规则要求的方式向当事人所在地址送达导致当事人没有收到相关材料的，可能会被认定属于仲裁程序违法。例如，在福建省安溪好康茶业有限公司与三星（中国）投资有限公司申请撤销仲裁裁决案〔（2021）京04民特842号〕，北京市第四中级人民法院认为“2018年1月5日，宏盛公司变更名称为好康公司，住所地由景安小区变更为文兴路八巷，法定代表人由叶佳强变更为林远裕。三星公司于2018年10月23日向贸仲申请仲裁。三星公司向贸仲提供了宏盛公司原来的地址，安溪县城厢镇建安大道景安小区1011号，在贸仲寄送的相关仲裁案件材料被邮局以‘原址查无此人、电话不通’为由退回的情况下，三星公司仍将该地址作为‘最后一个为人所知的营业地、注册地、住所地、惯常居住地或通讯地址’，对此贸仲并未进行核实，因此，案涉仲裁的送达程序不符合《仲裁规则》的规定，属于仲裁程序违反法定程序的情形。”

需要注意的是，在个案中需要根据具体情况具体分析。例如，在上海弘钛网络科技合伙企业（有限合伙）与重若（苏州）资产管理有限公司申请撤销仲裁裁决案〔（2021）沪74民特1号〕，上海金融法院认为当事人在合同中约定仲裁条款，同时约定联系地址的，仲裁庭根据合同约定向当事人的联系地址进行送达，符合合同签订的本意。即使未实际送达至当事人并由当事人签收，也应视为已经送达。

2. 送达方式不正确

仲裁机构未按照法律和仲裁规则穷尽送达方式即采用公告送达等推定送达的方式，以及未能确保当事人能够收悉的情况下采取电子送达的方式，都可能会被认定属于仲裁程序违法。例如，苏媛、中国工商银行股份有限公司济宁城区支行申请撤销仲裁裁决案〔（2019）鲁08民特18号〕，济宁市中级人民法院认为“本案中，受送达人并非下落不明，申请人苏媛一直在身份证上载明的地址长期居住，济宁仲裁委在邮件被退回后在未采用其他方式送达的情况下即采用公告送达，违反了仲裁规则，

损害了申请人苏媛在涉案仲裁中提出抗辩的权利，对涉案仲裁的正确裁决造成影响。”又如，广州智墨行电子商务有限公司与刘彩龙案〔（2022）辽06执304号〕，丹东市中级人民法院认为“根据双方当事人约定，仲裁机构相关文书的送达仅涉及文件名称和登录链接，具体文书需各方按提示登录相关网站查阅和领取，该约定限制了被执行人基本权利，而丽水仲裁委员会的电子送达记录亦无法保证被执行人对相关电子送达内容必然知悉、了解并掌握，故该案仲裁过程中，丽水仲裁委员会未保障当事人基本权利，属严重违法法定程序。”

3. 送达材料有缺漏

《仲裁法》第二十五条<sup>⑨</sup>、第三十三条<sup>⑩</sup>规定了仲裁机构应当向当事人送达的材料，仲裁规则对需要向当事人送达的文书材料一般都有明确规定。仲裁机构未按法律和仲裁规则向当事人送达材料，会被认定属于仲裁程序违法。例如，姜敏与王哲成、王哲亮申请撤销仲裁裁决纠纷案〔（2013）长中民五仲字第01021号〕，长沙市中级人民法院认为长沙仲裁委员会未将仲裁员名册送达给申请人姜敏，一定程度上影响了申请人姜敏选定仲裁员的权利，并可能影响案件的正确裁决，因此裁定撤销仲裁裁决。

4. 送达对象不正确

送达对象不正确在实务中主要情形是文书材料未送达当事人本人或代理人，而是由他人签收。例如，周晓军、威海齐东小额贷款有限公司申请撤销仲裁裁决案〔（2019）鲁10民特4号〕，威海市中级人民法院认为“威海仲裁委员会虽向周晓军邮寄送达仲裁申请书副本、开庭通知等文书，但邮件未被送至周晓军的住所地，而被他人签收，现没有证据证明周晓军本人收到了威海仲裁委员会开庭的书面通知，威海仲裁委员会缺席裁决不符合法律规定，违反了法定程序。”

以上是笔者对于近年来撤销仲裁裁决案件中违反法定程序事由相关问题的分析和思考，希望能在实务中对读者提供一些参考和帮助。

⑥《律师和律师事务所违法行为处罚办法》第七条：“有下列情形之一的，属于《律师法》第四十七条第三项规定的律师‘在同一案件中为双方当事人担任代理人，或者代理与本人及其近亲属有利益冲突的法律事务的’违法行为：（一）在同一民事诉讼、行政诉讼或者非诉讼法律事务中同时为有利益冲突的当事人担任代理人或者提供相关法律服务的；（二）在同一刑事案件中同时为被告人和被害人担任辩护人、代理人，或者同时为二名以上的犯罪嫌疑人、被告人担任辩护人的；（三）担任法律顾问期间，为与顾问单位有利益冲突的当事人提供法律服务的；（四）曾担任法官、检察官的律师，以代理人、辩护人的身份承办原任职法院、检察院办理过的案件的；（五）曾经担任仲裁员或者仍在担任仲裁员的律师，以代理人身份承办本人原任职或者现任职的仲裁机构办理过的案件的。”

⑦《律师执业管理办法》第二十八条：“律师不得在同一案件中为双方当事人担任代理人，或者代理与本人及其近亲属有利益冲突的法律事务。律师接受犯罪嫌疑人、被告人委托后，不得接受同一案件或者未同案处理但实施的犯罪存在关联的其他犯罪嫌疑人、被告人的委托担任辩护人。曾经担任法官、检察官的律师从人民法院、人民检察院离任后，二年内不得以律师身份担任诉讼代理人或者辩护人；不得担任原任职人民法院、人民检察院办理案件的诉讼代理人或者辩护人，但法律另有规定的除外。

律师不得担任所在律师事务所其他律师担任仲裁员的案件的代理人。曾经或者仍在担任仲裁员的律师，不得承办与本人担任仲裁员办理过的案件有利益冲突的法律事务。”

⑧张建：《仲裁司法审查中邮寄送达合法性的认定标准探析》，载《商事仲裁与调解》2020年第4期。

⑨《中华人民共和国仲裁法》第二十五条 仲裁委员会受理仲裁申请后，应当在仲裁规则规定的期限内将仲裁规则和仲裁员名册送达申请人，并将仲裁申请书副本和仲裁规则、仲裁员名册送达被申请人。

被申请人收到仲裁申请书副本后，应当在仲裁规则规定的期限内向仲裁委员会提交答辩书。仲裁委员会收到答辩书后，应当在仲裁规则规定的期限内将答辩书副本送达申请人。被申请人未提交答辩书的，不影响仲裁程序的进行。

⑩《中华人民共和国仲裁法》第三十三条 仲裁庭组成后，仲裁委员会应当将仲裁庭的组成情况书面通知当事人。

企业合规正式诞生的标志是 1991 年的美国《组织量刑指南》，根据该指南的规定，如果企业能够证明曾试图通过建立一个有效的合规计划来阻止不当行为发生，国家将为涉案企业减轻乃至免除处罚。近年，企业合规已逐渐成为我国公司治理、法律服务、社会发展的主流命题之一，受到了极大的重视。2018 年 11 月 2 日，为推动中央企业全面加强合规管理，国务院国有资产监督管理委员会制定了《中央企业合规管理指引（试行）》；2020 年 3 月，最高人民检察院启动了涉案企业合规改革试点工作，把企业合规纳入刑事司法程序；2021 年 6 月，为推进企业合规改革试点工作中建立健全涉案企业合规第三方监督评估机制，有效惩治预防企业违法犯罪，最高人民法院、司法部联合多部门制定了《关于建立涉案企业合规第三方监督评价机制的指导意见》；2022 年 8 月，国务院国有资产监督管理委员会发布了《中央企业合规管理办法》，明确央企应严格推动合规要求在本企业的遵循和落实。企业合规因监管层各项规定的陆续出台而一度开启新篇章，并且不断促发合规的理论研究和实务探讨，为本土合规的发展增添了浓墨重彩的一笔。本文尝试对企业合规开展功能型认识和问题性思考，有助于强化对合规大有可为的进一步理解。

## 一、企业合规是什么？

### （一）企业管理中的一种新颖的治理方式

传统的公司治理结构主要调整的是股东大会、董事会、监事会和管理层在公司决策、经营等方面所形成的相互制衡关系。但出于公司防范法律风险、减少公司损失的需要，合规逐步被纳入公司治理的结构之中。由此，公司的治理结构由传统的业务管理、财务管理的双马车，演变成包含合规管理在内的“三驾马车”，并相应地由外向内附加了公司合规管理的职能。而合规管理的职能是使企业的行为遵守法律、法规、社会规范、商业准则等，不同于传统的模式，此时合规的权力和职责并非来源于董事会、股东会，而是执法部门从外部施加给公司的内部治理方式，公权力部门通过建立一系列如行政和解制度、暂缓起诉制度、辩诉交易机制等减免处罚的方式激励企业通过自我管理的活动，实现企业的良性运营、预防违法犯罪行为的发生。

### （二）与违法犯罪行为进行切割的一道防火墙

实践中，企业因为内部员工、子公司、分公司或第三方的行为，而承担行政责任或者刑事风险的可能性，往往会大于企业自身所实施违法犯罪行为承担相应责任风险的概率。这种非企业主体的行为往往容易推定为企

业的责任。而企业要对抗这种“推定责任”，需要自行证明没有实施违法犯罪行为，证明自身对违法犯罪事实的发生没有主观上的积极或放任心态，由此才能免除企业的责任。英美等国的经验表明，在内部员工、子公司、分公司、第三方实施违法犯罪行为的情况下，企业唯有证明建立有一套有效的合规管理体系，才能证明自己既没有鼓励或者同意前者的违法犯罪行为，也不存在因管理失职而具备明显过失，因此不承担行政责任或刑事责任。无独有偶，在我国也有通过“合规体系”抗辩而将员工等第三方行为与企业责任进行有效切割的实践经验。如我国著名的兰州雀巢案，兰州雀巢公司的员工为抢占市场份额推销奶粉，多次通过不法手段从医务人员手中非法获取公民个人信息，多名员工辩护系单位行为，所得利益归属于单位。正是因为雀巢公司内部已经建立了完善的合规管理体系，对员工进行过相关合规培训，从而否定了公司具有实施犯罪行为的积极或放任的“主观意志”，将单位与员工个人行为进行了切割，使公司不承担刑事责任。因此，企业合规是企业依法经营的防火墙，将企业与员工的违法犯罪行为进行有效切割。

### （三）企业涉罪后获得重生的机会

企业合规不单纯是一种公司治理方式、一道与责任承担进行切割的防火墙，也可以是企业涉罪后获得法律激励的企业自我改进方式——刑法激励。在国外，刑法激励是指刑事追诉部门对那些涉嫌实施违法犯罪行为的企业，可以其建立合规计划为依据，对其作出不予起诉决定，或者申请法院减轻刑事处罚。检察机关也可以通过与企业达成暂缓起诉协议或者不予起诉协议，责令其缴纳高额罚款，在考验期内完善合规计划，并派驻合规监察官，在考验期结束后可以撤销起诉。在国外，很多企业都是在受到调查后，并与相应的机构达成和解协议或不予起诉协议后，获得了重生、再次发展的机会。

我国检察机关从 2020 年开始在多个试点探索涉案企业合规改革，也是力求将部分促进涉案企业积极进行企业合规工作，通过内部合规的整改落实，让企业“活下来”“站起来”。根据 2023 年最高检在两会的工作报告显示：“2020 年起检察机关探索涉案企业合规改革试点：对依法可不捕、不诉的，责成涉案企业作出合规承诺、切实整改。试点以来，截至 2023 年，共办理相关案件 5150 件，已有 1498 家企业整改合格，3051

名责任人被依法不起诉。检察机关通过促进企业内部合规整改、填补合规漏洞，帮助企业获新生。”经过这几年的发展，可以说，企业合规整改逐渐成为企业涉刑案后获得轻处理、延生命的可贵机会之一。

## 二、企业合规发展的现实瓶颈

### （一）企业合规有一定门槛

企业合规是一个涉及多个法学学科的前沿课题，也是多个专业领域的知识项目，不仅要求参与者具备专业的法律知识及领域学科知识，还要求具备其他专业领域的实操背景。一方面，企业在日常经营管理中所出现的专门问题趋向复杂化，并不是传统的刑法学、民法学、行政法学或其他单一学科所能解释和处理的。例如，涉环境保护问题，就有可能同时涉及民法、行政法、刑法等多个学科的问题；涉出口管制问题，就有可能涉及行政法、国际法、民法等多个学科的问题。另一方面，企业合规在企业内部的体现是各具体要素，这就要求参与者做合规还需要有实践的背景经验。例如，数据合规领域，只懂法律而不懂数据传输、存储等技术，并不能有效开展该领域合规；反舞弊合规，不具有侦查意识、证据链思维，也不能有效开展内部调查；廉洁合规体系建设，不了解企业内部架构、不熟悉业务运作模式，也只是纸上谈兵、脱离实际。

### （二）缺少专项规范性文件文本参照

企业合规属于舶来品，在我国发展起步较晚，国内企业对于合规的认知还处在一个很原始的状态，从企业的职能部门的设置就可以看出，大多数的国内企业目前基本上是将合规方面的事务交由法务部门处理，认为只要是涉及法律相关的问题就一刀切地直接交给法务部门。一方面，因认识不足且缺少必要的合规咨询和辅导；另一方面，国内企业环境下，缺少规范性的专项合规文本参考。目前虽然国资监管部门出台了《中央企业合规管理办法》，银行金融机构早年也发布了相关的合规指引，以及 ISO37301、GB/T35770 合规管理体系指南也相继出台，但这类指引都是普适性的基础合规框架，解决专门领域、深层次的、新发的风险问题明显不具有针对性。不仅如此，由于国内大多数企业既没有受到过欧美执法部门的调查，也没有受到过如世界银行之类的国际组织的制裁，大多数企业所推行的属于前述的“大而



○曾迈 \* 傅政杰 \* 广东华商律师事务所

\* 曾迈，广东华商律师事务所高级合伙人，第十、十一届深圳市律师协会副会长，深圳市第六、七届人大代表，深圳市公安局、深圳市人民检察院、深圳市中级人民法院特邀监督员，2017-2021 年连续数年荣获广东省“优秀律师”荣誉称号，曾被广东省委、省政府授予“广东省非公有制经济人士优秀中国特色社会主义事业建设者”荣誉称号。

\* 傅政杰，广东华商律师事务所律师，华商所刑事专业委员会副主任，兼任广东省律师协会职务犯罪辩护专业委员会副主任、第十一届深圳市律师协会刑事合规法律专业委员会顾问，专业领域为疑难复杂刑事案件辩护、刑事控告、刑事合规业务。

全”的合规计划，并没有根据企业的性质和主要合规风险点“量身打造”一套有针对性的合规计划的国际经验，更没有专项合规指引文本。

### （三）短期成本高于效益

合规是企业的内部环境建设，需要经历搭建、持续运营、定期检查、有效改进的循环过程，短期内不仅不能为企业直接带来经济效益，而且还需要企业投入必要的人力、物力、时间成本，这对于很多刚摆脱困境的企业或尚未发展成熟的中小型企业而言，动力尚显不足。

## 三、企业合规未来发展的出境

### （一）加强领域内学科学习

合规的参与者应做到“一专多能”，既要精通自身业务领域的专业知识，又要掌握相应学科知识，还要熟练掌握了解合规问题所涉的专项领域知识。这里可以从以下问题寻求思路：其一，参与企业合规工作应以专项合规计划为中心，即针对特定的合规风险所建立的专门性合规管理体系，合规解决方案要集中体现专门性。而律师参与该专项合规应与自身业务领域相匹配，体现专业性。其二，在专项合规的基础上，根据自身的业务领域，再学习掌握其他邻近学科知识，例如反舞弊合规，在已掌握的刑事业务的基础上，要进一步学习掌握公司法、企业内部控制基本规范等规定。其三，熟练掌握了解合规问题所涉的专项领域知识，例如，数据保护合规的，还要了解数据提取、存储、传输的技术知识；反舞弊合规的，要了解内部调查的证据规范、侦察思维、取证手段等调查知识；廉洁合规的，要了解体系建设中企业内部架构、业务运营模式、日常管理方式等经营管理知识。而该部分知识的积累一般不是短期学习即可练成，往往需要亲身实践过方能具备，故建议组建合规工作团队时，尽可能吸纳有与专项合规相匹配的专业领域实操背景的人员。

### （二）有关部门出台专项合规指引文本

企业合规的灵魂并不是大而全的合规管理体系，而在于针对企业的“合规风险点”确立专项合规计划。故原有基础的大而全的合规体系标准化指南并不能完全适用于深层次、专业化、针对性极强的专项合规工作。未来的合规文本应是“一全多专”的格局。笔者建议可以由相关部门或协会根据现实情况，结合实践中企业的需

求，并借鉴行业头部企业的先进经验基础上，出台多套有效的专项合规指引文本。例如，商务部或相关部门可以制订出口管制专项合规建设指引，同时借鉴中兴公司的相关经验；再如，网信办或相关部门可以制订数据保护专项合规建设指引。事实上，实践中已有司法部门根据办案经验制作专项合规指引文本，如，深圳市人民检察院于2023年4月发布的《商业秘密刑事保护体系合规建设指引（试行）》，指引企业推进商业秘密保护领域的内部合规体系建设。

### （三）将企业合规列入社会治理的内容之一

企业合规是公司治理方式之一，与业务管理、财务管理一同作为公司治理结构的三大支柱，企业合规同时也是一座城市治理能力和治理水平的体现。通过将企业合规列入社会治理的内容之一，借助公权力推动全社会企业参与企业合规建设，从起初的权利转化为“社会责任”，营造“全企合规”氛围。例如，近日中共深圳市委办公厅、深圳市人民政府办公厅正式印发《关于加快打造企业合规示范区的实施意见》，明确了深圳打造企业合规示范区的战略目标，提出了全面推动企业合规建设的具体路径，部署了重点领域开展专项合规治理的创新任务，积极推动深圳企业构建全员参与、全程监控、全领域覆盖的合规管理体系。可以说，加强企业合规建设既是深圳企业未来发展的内在要求，也是外在要求，直接将企业合规从公司治理的定位提升至社会治理的高度，进一步强化企业合规理念，引导企业、企业家建立、完善企业内部合规管理体系。

### （四）加强律所、企业、高校学者的互动交流

企业合规是舶来品，由最初的概念型产品逐步演变成众多企业内部的管理体系之一，对于合规的认识、理解和具体实施仍需要不断的交流、互动、学习。因此，企业合规工作应加强律所与企业的走访交流，加强律所与高校的联动学习，加强高校与企业的考察交流。通过各主体间的互动交流，对于律所，可以提升内部合规行动方案的执行能力，强化合规方案的有效落地，以及及时获取企业合规领域的最新理论成果；对于企业而言，可以更清晰地认识本企业内部体系与有效合规的差距、合规的价值，合规给企业带来的未来效益等；对于高校学者而言，能够及时了解到司法实践、企业实际运营中存在的合规现状，更深入探究企业合规中国路径。

# 论进出口信用保险合同之 纠纷先决条款

○张天阳\* 广东国晖律师事务所

进出口信用保险，是国家为了推动我国的进出口贸易发展，保障进出口企业的收汇安全而实施的政策性保险。进出口信用保险合同是以进出口贸易风险为保险标的的保险合同，因该合同的订立、履行、变更、终止等产生的纠纷为进出口信用保险合同纠纷。这类保险的主要内容，保险公司对投保人从事出口贸易面临的各种收款风险提供保险服务，当约定的收款风险发生，如外国买方拖欠货款，保险公司即按照约定的赔付比例向被保险人赔付保险金，从而大大降低了我国企业从事出口贸易的风险。

笔者通过公开途径，查询、研读了相关民事判决书54份，涉及有效司法案例39件，发现“纠纷先决条款”是保险公司常用的一大拒赔抗辩理由。“纠纷先决条款”的法律效力及适用，实务中存在较大分歧，本文从司法判例入手对“纠纷先决条款”的法律效力

及适用作出分析。

## 一、“纠纷先决条款”的含义

“纠纷先决条款”，是指保险合同中约定主要内容为“对有付款担保或贸易双方存在纠纷的情况，保险人定损核赔的原则是：……（二）因贸易双方存在纠纷而引起买方拒付货款或拒绝接受货物，除非保险人书面认可，被保险人应先进行仲裁或在买方所在国家（地区）提起诉讼，在获得已生效的仲裁裁决或法院判决并申请执行之前，保险人不予定损核赔……”的条款。

## 二、“纠纷先决条款”效力的观点

### （一）无效说

第一，出口信用保险是承保出口商在经营业务的过程中因进口商的商业风险或进口国的政治风险而遭受损

\* 张天阳，广东国晖律师事务所律师，兼任第十一届深圳市律师协会企业破产和解与重整法律专业委员会委员，具有投资项目分析师资格，专注于企业法律风险防范、商事诉讼（仲裁）代理、股权合伙等法律服务。



失的一种信用保险。该险种的设置，本意在于弥补被保险人参与跨境诉讼能力上的不足，如果被保险人有能力通过跨境诉讼维护自己的合同债权，则无须就“买方拖欠货款”“买方拒绝接受货物”等情况购买出口信用保险，先行跨境诉讼仲裁的适用无疑会使被保险人购买此险的本意落空，不符合公平原则。约定的保险理赔的诉讼仲裁前置程序，使跨境诉讼和仲裁的风险归于被保险人，减轻了保险人的责任，属于保险人通过格式条款加重被保险人的责任。根据《中华人民共和国保险法》第十九条规定，采用保险人提供的格式条款订立的保险合同中加重投保人、被保险人责任的条款无效，因此，“纠纷先决条款”无效。<sup>①</sup>

第二，根据保险法司法解释的规定，保险事故发生后，被保险人起诉保险人，保险人以被保险人未要求第三者承担责任为由抗辩不承担保险责任的，人民法院不予支持。本案被告承保出口信用保险，与原告之间依法形成保险合同法律关系，适用《保险法》的规定，故被告理赔并不需要以原告对买方提起诉讼并执行为前提。被告据以抗辩的格式条款将本应由被告承担的追偿成本转移给被保险人，加重了被保险人的责任，根据《保险法》第十九条的规定应属无效。<sup>②</sup>

## （二）有效说

第一，对“纠纷先决条款”的效力问题进行审查，应主要以《合同法》第四十条、《保险法》第十九条规定作为衡量标准。从“纠纷先决条款”的内容来看，该条款既未排除被保险人索赔等依法享有的权利，亦未免除保险人依法应承担的赔付义务。如被保险人通过诉讼或仲裁确定了对境外买方享有的债权，保险人即应对此进行赔付，投保人投保的目的并未落空。且《保险条款》还约定，有关贸易纠纷的诉讼或仲裁成本由被保险人先行支付后，在被保险人胜诉且损失属本保单项下责任时，该费用由保险人与被保险人按权益分摊，也说明“纠纷先决条款”并未明显加重被保险人责任。综上，该条款不存在《合同法》第四十条及《保险法》第十九条规定的无效情形。

第二，出口信用保险设置“纠纷先决条款”符合公

平原则。出口信用保险承保的是被保险人与境外买方之间的贸易风险，当境外买方不履行义务造成被保险人损失符合合同约定的情形时，由保险人承担保险责任。但如果被保险人与境外买方就债权债务存在贸易纠纷，被保险人所享有的应收账款债权便处于一种不确定的状态，即被保险人是否存在损失及损失金额尚无法确定。而作为买卖合同当事人之外的保险人，无法单方对债权的真实性、合法性及债权金额进行核定。如果被保险人未通过仲裁或诉讼确定债权，保险人即对不确定的债权承担保险责任，势必承担难以代位追偿的风险，这无疑加重了保险人的责任，造成不公平的结果。因此，出口信用保险基于该行业的特殊性，设置“纠纷先决条款”具有一定的合理性，未失公平。综上，“纠纷先决条款”是投保人与保险公司的真实意思表示，未违反我国法律、法规的强制性规定，合法有效。<sup>③</sup>

“纠纷先决条款”有效，是目前各省高级人民法院的主流观点。详见（2019）川民再242号、（2020）浙民再19号、（2018）渝民申2909号、（2020）浙民再109号民事判决书。

## 三、“纠纷先决条款”的适用

“纠纷先决条款”的适用应当特别注意两个问题：

一是贸易双方存在的“纠纷”，不包括“拖欠货款”或“拒绝接受货物”。“纠纷先决条款”有效，并不意味着保险公司可以任意适用这一条款拒赔，而是要考察境外买方拖欠货款或拒绝接受货物的原因，究竟是不是因双方存在贸易纠纷造成的，“拖欠货款”或“拒绝接受货物”并不属于“纠纷先决条款”中的“纠纷”。

通俗的说，假设境外买方提出“货物存在质量问题”“与卖方未发生真实交易”等，则说明外贸交易双方存在纠纷，且系该“纠纷”导致了“拖欠货款”的表象发生，此时即应适用“纠纷先决条款”，以确定“拖欠货款”这一保险事故是否真实发生；假设境外买方提出“资金周转困难，难以按时付款”“提出付款计划”等抗辩理由，则表明境外买方承认拖欠货款的事实，那么此时“拖欠货款”本身便不属于须要先决之“纠纷”，

因而不适用“纠纷先决条款”。<sup>④</sup>

二是被保险人如果提起诉讼，必须要在买方所在国家（地区）进行，在国内提起诉讼仍存在违反该条款的风险。“纠纷先决条款”往往约定，“纠纷”须提交仲裁或买方所在国家（地区）诉讼。这就要求，当外贸交易未约定仲裁条款时，则卖方必须向境外司法机构诉讼，仅在国内诉讼不符合“纠纷先决条款”要求。

（2020）川0104民初4444号案件中，一审法院认为，原告就本次贸易纠纷选择在卖方所在地即中国境内诉讼，法院受理并作出判决，该判决书也已生效。本国法院对原告的贸易纠纷具有管辖权，经过审理也已对贸易纠纷进行了审查，客观上到达了查清贸易纠纷的目的，且再次提起仲裁或者在卖方所在地诉讼，系重复诉讼，增加诉累。故被告抗辩不予定损核赔，本院不予采信。

但是二审法院却持相反意见，提出“保险合同属于典型的商事合同，商事合同应遵循意思自治的原则，在已经认定诉争条款有效的情况下，优博同创公司既已接受了条款的约定，即应严格按照条款约定先在买方所在地进行诉讼和申请执行。双方往来沟通邮件中，人保财险国际营业部也并未同意优博同创公司可在国内诉讼，而是要求优博同创公司根据合同约定向司法机关起诉。现优博同创公司违反约定选择在本国进行诉讼，现亦未申请执行，不满足保险条款第二十八条关于保险人定损核赔的条件，其要求人保财险国际营业部承担赔偿责任的请求不应得到支持。”<sup>⑤</sup>

## 四、本文观点

笔者认为应当肯定“纠纷先决条款”的效力。

从法律规定角度，《最高人民法院关于审理出口信用保险合同纠纷案件适用法律问题的批复》指出“对出口信用保险合同的法律适用问题，《保险法》没有作出明确规定。鉴于出口信用保险的特殊性，人民法院审理出口信用保险合同纠纷案件，可以参照适用保险法的相关规定；出口信用保险合同另有约定的，从其约定。”出口信用保险合同的约定优先于《保险法》的规定，因此，肯定“纠纷先决条款”的效力是有法律依据的。

关于“纠纷先决条款”的效力认定，无效说与有效说，皆有道理。无效说，强调了出口信用保险促进出口外贸业务发展的设立宗旨；有效说，则尊重意思自治、尊重保险公司控制该项保险业务风险具体措施的制定与实施。而最高院的上述批复显然是赋予了保险公司在业务风险控制与出口信用保险促进出口贸易发展宗旨之间进行权衡、调整的权限。

同时，出口信用保险业务本身就是一项风险极大的保险业务，如果否定“纠纷先决条款”的效力，就会给一些出口企业不注重自身产品质量、不在乎境外买方是否买单，只为赚取保险赔偿金的投机机会。如此以来，并不能形成良性的出口贸易环境，甚至影响中国制造的美誉。

因此，出口信用保险业务虽承载着国家鼓励发展出口贸易的政策性重任，如果不慎重，后果可能适得其反。肯定“纠纷先决条款”的效力，在发挥出口信用保险促进外贸业务发展功效方面、防范道德风险方面，存在着积极意义。

同时，笔者对“纠纷先决条款”中提出，应向买方所在国家（地区）诉讼的做法及（2021）川01民终6926号民事判决书司法认定的结论，持不同意见。

国际贸易纠纷的诉讼管辖可以依据外贸交易双方的约定确定管辖法院，那么交易双方完全有可能约定由卖方所在地（中国）的法院管辖，这种情况下，不承认中国法院的司法判决，仍然要求卖方到买方所在国家（地区）诉讼，是非常不合理的。即使双方未约定管辖法院，只要卖方所在地法院有管辖权，就应当认可卖方所在地法院对交易纠纷的审查结论，要求卖方必须到买方所在国家（地区）诉讼，虽然得到的结论更容易在买方所在国家（地区）执行，但显然增加了卖方的诉讼成本。

因此，笔者建议，在“纠纷先决条款”内容的表述上，将“向买方所在国家（地区）诉讼”改为“向有管辖权的法院诉讼”，则更为合理，既尊重意思自治原则，充分赋予贸易双方自行约定先决纠纷诉讼地的自由，又能够有效发挥“纠纷先决条款”在平衡进出口信用保险业务风险上的功能。

<sup>①</sup> 详见（2018）闽0206民初3750号、（2014）穗中法金民终字第460号民事判决书。

<sup>②</sup> 详见（2016）浙0602民初3352号民事判决书。

<sup>③</sup> 详见（2019）粤民再67号、（2017）粤民再522号民事判决书。

<sup>④</sup> 详见（2017）粤民再522号民事判决书。

<sup>⑤</sup> 详见（2021）川01民终6926号民事判决书。

# 重大资产重组中 交易各方虚假陈述法律责任初探

○安健\* 唐永生\* 北京德恒(深圳)律师事务所

蒋佳伟\* 北京浩天(深圳)律师事务所

2022年1月21日,最高人民法院(下称“最高院”)发布了《关于审理证券市场虚假陈述侵权民事赔偿案件的若干规定》(下称“新虚假陈述司法解释”)。新虚假陈述司法解释的第二十一条<sup>①</sup>(下称“二十一条”)相对于《关于审理证券市场因虚假陈述引发的民事赔偿案件的若干规定》(下称“旧虚假陈述司法解释”),在因虚假陈述承担责任的主体方面,新增了“公司重大资产重组的交易对方”,体现了“追首恶,惩帮凶”的精神。

**一、新虚假陈述司法解释明确了重大资产重组交易对方的侵权责任,切实回应了司法实践需求与市场关切**  
近年来重大资产重组过程中的虚假陈述屡屡出现,

例如重大资产重组交易对方(下称“重组对方”)通过业绩、收入、利润等造假,将劣质资产以高价出售给发行人,实现各关联方之间的利益输送;发行人与重组对方放出虚假消息,以拉升股价进行“忽悠式重组”实现套利目的等等。在这过程中,重组对方往往对虚假陈述损害结果的产生起到重要的作用,而2019年之前的《证券法》和旧虚假陈述司法解释缺少了认定重组对方责任的条文,不能满足证券市场的发展。当然在新虚假陈述司法解释出台前,《上市公司重大资产重组管理办法》(2014年修订)第二十六条第二款<sup>②</sup>已首次确定了重组对方对投资者承担赔偿责任,但此时并没有高位阶的法律予以规定。随后2019年修订的《证券法》第八十五

条第一款<sup>③</sup>确定了“信息披露义务人”的虚假陈述赔偿责任。再往后,2021年修订的《上市公司信息披露管理办法》第六十二条第二项<sup>④</sup>将重组对方确定为信息披露义务人。至此,实际上在新虚假陈述司法解释出台之前,为了解决日益增加的实务问题,法律上已经确定了重组对方作为虚假陈述主体的赔偿责任,同时司法实践中也开始出现重组对方被以“信息披露义务人”的身份予以民事赔偿和行政处罚的情形。

本次新虚假陈述司法解释从最高人民法院的角度明确了重组对方可以作为侵权主体被追责,体现了“追首恶,惩帮凶”的精神,具有极强的指向性意义。

**二、新虚假陈述司法解释仅简单地明确了重组对方的侵权责任,仍存在一些问题值得探究**

第二十一条仅概括性地规定了重组对方与发行人承担虚假陈述的责任,并没有进一步明确在不同情形下(发行人对重组对方提供的虚假信息知情与否)各主体的责任划分,也没有阐明对外承担责任的形式(连带责任或按份责任等)。从实务角度来看,存在发行人能否向重组对方追偿、如何追偿、追偿能否适用新虚假陈述司法解释第二十三条<sup>⑤</sup>(下称“二十三条”)等问题。下文将对前述问题进行分析,并尝试提出实务中发行人如何规避和降低此类风险的解决方案。

**三、区分发行人对重组对方提供的虚假信息是否知情,是界定发行人与重组对方法律责任的前提和基础**

重大资产重组过程中涉及虚假陈述时,存在发行人与重组对方相互知情、互相勾结的情形,也存在发行人对于重组对方提供的虚假信息部分知情、完全不知情的情形。例如在鞍重股份案中,发行人鞍山股份对重组对方九好集团提供的虚假财务资料并不知情。因此在分析

此类案件时,应当结合案件事实,从发行人知情、不知情、部分知情这三种情况入手,分别进行分析。

**四、明确发行人和重组对方对外承担责任的形式,是理清此类案件法律关系及责任的关键**

第二十一条的条文本身并未明确重组对方与发行人对外以何种形式承担侵权责任。实务中,作为该类案件的代理律师若不能理清这其中的关系,将难以明确各方权责,无法有效地保护委托人的权益。

以下结合相关判例、法律法规,分发行人知情、不知情、部分知情三种情况对该问题进行综合分析:

(一) 司法判例中的归责原则和形式

1. “保千里案”<sup>⑥</sup>中广东省高院认为,无论发行人主观上是否知情,因其承担无过错责任,且客观上在公告过程中存在虚假记载行为,因此其需要承担全部责任。重组对方在重整过程中操纵发行人进行虚假陈述,与发行人构成共同侵权,依法应承担连带赔偿责任。

2. “中安科案”<sup>⑦</sup>中上海市高院认为,重组对方作为信息披露义务人提供的信息存在误导性陈述、虚假记载,应就其虚假陈述行为与发行人承担连带赔偿责任。

3. “鞍重股份案”<sup>⑧</sup>中辽宁省高院未认定发行人和重组对方构成共同侵权,其基于发行人和重组对方的各自的违法行为笼统地认定了双方承担共同赔偿责任(其引用了连带责任内部追偿的规定)。

从上述案例中可看出,不论发行人对虚假行为是否知情,法院均以发行人承担无过错责任为理由认定其承担全部责任,同时法院将发行人与重组方之间的责任认定为连带责任或概括的共同责任。

(二) 结合法律法规进行分析

1. 发行人知情的情况下,应构成连带责任

《民法典》第一千一百六十八条规定,二人以上

\* 安健,北京德恒律师事务所高级合伙人,德恒深圳刑委会顾问、刑(行)民交叉业委会主任,深圳市律师协会刑民交叉专委会顾问,近年来专注于证券资本市场相关刑事、行政和民事等争议解决领域法律实务。

\* 唐永生,北京德恒律师事务所证券专委会执委,德恒深圳高级合伙人,业务发展委员会主任,深圳市法学会证券法研究会理事,执业领域为公司上市、投融资等,著有《上市公司重大资产重组疑难实例解析》。

\* 蒋佳伟,北京浩天(深圳)律师事务所专职律师,执业领域为公司上市、证券诉讼、股权纠纷、涉税风险管理等。

①公司重大资产重组的交易对方所提供的信息不符合真实、准确、完整的要求,导致公司披露的相关信息存在虚假陈述,原告起诉请求判令该交易对方与发行人等责任主体赔偿由此导致的损失的,人民法院应当予以支持。

②重大资产重组的交易对方应当公开承诺,将及时向上市公司提供本次重组相关信息,并保证所提供的信息真实、准确、完整,如因提供的信息存在虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏,给上市公司或者投资者造成损失的,将依法承担赔偿责任。

③信息披露义务人未按规定披露信息,或者公告的证券发行文件、定期报告、临时报告及其他信息披露资料存在虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏,致使投资者在证券交易中遭受损失的,信息披露义务人应当承担赔偿责任。

④信息披露义务人,是指上市公司……重大交易有关各方等……。

⑤承担连带责任的当事人之间的责任分担与追偿,按照《民法典》第一百七十八条的规定处理,但本规定第二十条第二款规定的情形除外。

⑥广东省高级人民法院(2018)粤民终439号民事判决书

⑦上海市高级人民法院(2020)沪民终666号民事判决书

⑧辽宁省高级人民法院(2021)辽民终1144号民事判决书



共同实施侵权行为，造成他人损害的，应当承担连带责任。因此在发行人知情的情况下，发行人与重组对方符合共同侵权的一般性规定，双方应当就全部赔偿承担连带责任。

2. 发行人不知情的情况下，应构成不真正连带责任

①为什么不构成连带责任

《民法典》第一百七十八条第三款规定，连带责任由法律规定或者当事人约定。那么主体之间构成连带责任的前提是，要么符合共同侵权的一般性规定（通谋、教唆、帮助等），要么存在法律的直接规定。

在发行人不知情的情况下，发行人与重组对方之间不存在侵权责任一般规定中的通谋、教唆、帮助等，又因为目前不存在法律强制规定重组对方与发行人之间承担连带责任，因此发行人与重组对方之间不存在构成连带责任的法律基础。这就解释了为什么新虚假陈述司法解释没有使用连带责任。同时我们还观察到，第二十一条中的“赔偿由此导致的损失”是出自《证券法》第八十五条第一款中的“信息披露义务人应当承担赔偿责任”，这也解释了为什么最高院在新司法解释中只用了“赔偿”，而没有使用“连带”。

②为什么不是按份或补充责任

发行人因无过错责任，对虚假陈述行为承担全部侵权责任，重组对方因其虚假陈述行为承担全部侵权责任。这种责任承担形式显然与按份责任（两个以上责任人分别仅按各自份额向债权人承担责任）和补充责任（主责任人不能承担全部赔偿责任时，由补充责任人进行补充）的定义不符。

③构成不真正连带责任的原因

不真正连带责任是指各债务人基于不同的发生原因对于同一债权人负有以同一给付为标的的数个债务，因一个债务人的履行而使全体债务均归于消灭。

此类案件，发行人与重组对方因不同的原因对投资人承担全部责任，再结合《上市公司重大资产重组办法》第二十六条第二款规定的重组对方终局责任，即若发行人承担责任则可以向重组对方追偿，完全符合不真正连带责任的定义。且这也与典型的不真正连带责任“第三

人过错环境侵权”完全一致。因此该种情况下发行人与重组对方之间系不真正连带责任。

3. 发行人部分知情的情况下应当区分讨论

目前司法实践中，司法、行政机关暂未区分发行人知情和不知情，因此我们只能从法理的角度进行分析。即将知情部分与不知情部分分开，单独按照上文1、2进行分析。

（三）小结

我们认为在处理此类案件时应当区分不同情况，在发行人知情下为连带责任，不知情的情况下为不真正连带责任，部分知情的情况下分开讨论。因此以往部分未进行区分就直接认定连带责任的判决书可能有失偏颇，但辽宁省高院在发行人不知情的情况下认定的共同赔偿责任是比较合理的，不过其后续又引用了连带责任进行内部追偿在理论上可能存在不妥之处。对于代理律师而言，在代理此类案件时区分好承担何种责任，对分析案件、维护委托人合法权益及后续的追责均有好处。

## 五、明确发行人和重组对方对内如何追偿是处理此类案件的后续保障

（一）追偿方式

该部分仍然按照发行人知情与否进行分析：

1. 发行人不知情——“善意”发行人

实务中重大资产重组双方在重组过程中会签订重组协议（一般表现为发行股份购买资产协议、重大资产购买协议、盈利预测补偿协议等），因此“善意”发行人可以通过以下方式追偿：

①刑事报案追回损失，涉及的罪名一般为合同诈骗罪，例如：宁波东力案，<sup>⑨</sup>法院认为重组对方以非法占有为目的，提供虚假信息骗取他人财物构成合同诈骗罪，判决重组对方将相关赃款返还上市公司。

②民事起诉追回损失，一般以合同纠纷、股权转让等案由起诉，例如：陈海昌、蒋俊杰股权转让纠纷案，<sup>⑩</sup>法院认为重组对方提供虚假协议虚增公司估值，损害上市公司合法权益，应当对上市公司损失承担责任；滕站

股权转让纠纷案，<sup>⑪</sup>法院认为重组对方隐瞒对外担保信息，导致上市公司终止重大资产重组，合同无法继续履行，重组对方应回购股份并支付违约金。

若所涉案件通过上述方式处理的难度较大，也可以依据《上市公司重大资产重组管理办法》第二十六条第二款的规定，主张发行人承担不真正连带责任，在虚假陈述案中要求法院明确发行人与重组对方何者承担终局责任。

2. 发行人知情

发行人和重组对方对外虽然承担连带责任，但对内仍可以适用《民法典》第一百七十八条第二款<sup>⑫</sup>的规定按照各自的责任大小进行相互追偿。

3. 发行人部分知情

同上文分析“第三部分第（二）项第3点”将发行人知情部分与不知情部分分开，单独追偿。

实务中，区分好责任承担形式对后续追偿能够起到很有利的作用。

（二）发行人和重组对方是否能以二十三条进行内部追偿

二十三条适用的前提是各主体之间构成连带责任。而此类案件中，在发行人知情的情况下，各主体本身就可以适用《民法典》第一百七十八条第二款进行追偿；在发行人不知情的情况下，构成的是不真正连带责任，因此发行人和重组对方无法适用二十三条进行内部追偿。

## 六、对于发行人而言，除内部追偿外，还有哪些措施可以降低自身风险

在证券虚假陈述案中，投资人作为消息被动接收方往往都是在行政机关发出询问函或作出行政处罚决定书之后才知晓的，发行人基本早于投资人知晓相关情况，且从大多案例来看，投资人也是在处罚决定书出具后才提起的诉讼。因此发行人可以早作准备，将维权程序往前推，从行政处罚阶段就启动风险规避。在知晓情况到行政机关出具行政处罚决定书或投资人起诉的这个时间段内，可通过以下方式维护自身合法权益：

（一）提前行动，发现问题尽快处理

证券虚假陈述案件中，法院大多依据行政处罚决定

书来认定发行人的虚假陈述行为，因此行政处罚决定书在这类案件中往往会起到关键性的作用。

从目前的行政处罚趋势来看，证监会在处理此类案件时会区分重组阶段和重组后阶段，对重组阶段虚假陈述的发行人一般不会予以处罚。例如：中国证券监督管理委员会广东监管局（2021）7号行政处罚决定书中，对因重组对方提供不实信息而违法披露的发行人并未进行处罚；中国证券监督管理委员会（2021）2号行政处罚决定书中，将该类案件分为了“重大资产重组阶段”和“重大资产重组后阶段”，在前一阶段，因重组对方为信息披露义务人，因此证监会仅认定重组对方存在信息披露违法；在后一阶段，因重组标的与发行人重组完成，即重组标的已经并入上市公司体系内，那么重组对方对重组标的造假就意味着发行人体系内的造假，至于造假的内部责任由谁承担并不是对外负责的事由，因此认定发行人也存在信息披露违法行为。

故，发行人在发现问题后应尽快披露、尽快处理，争取消除自身行政责任，减少后续被追究虚假陈述民事、刑事责任的风险。

（二）尽快报案或起诉，保全财产、加快追回损失的进度

发行人可通过报案、起诉、保全等方式提前锁定重组对方的资产，防止披露后重组对方资产减值或增加其他债权人。同时法律上和实务中并不禁止发行人在被追究虚假陈述责任前或过程中向重组对方主张合同等民事责任或刑事报案，因此提前报案或起诉也加快了追回损失的进度。

综上，本文从法律条文、司法、行政、相关法律法规司法解释等方面对重大资产重组过程中的虚假陈述案件进行了分析。作为发行人在遇到此类案件时，第一，应当提早介入，把握行政执法的风向，尽量在前期将问题解决。第二，如果无法通过行政方式予以解决，可以提前采取报案或起诉的方式锁定重组对方的资产，同时加快财产的追回。第三，如果虚假陈述案件被法院受理，应当先区分情况、明确归责形式再行发表意见，并为后续追偿做好准备。

<sup>⑨</sup>浙江省宁波市中级人民法院（2019）浙02刑初138号案

<sup>⑩</sup>广东省高级人民法院（2019）粤民终2827号案

<sup>⑪</sup>最高人民法院（2018）最高法民终796号案

<sup>⑫</sup>连带责任人的责任份额根据各自责任大小确定；难以确定责任大小的，平均承担责任。实际承担责任超过自己责任份额的连带责任人，有权向其他连带责任人追偿。

浅析

# 商品房消费者权利保护问题

## 以《最高人民法院关于商品房消费者权利保护问题的批复》为视角

○王耀\* 广东普罗米修(福田)律师事务所

2023年4月20日公布实施的《最高人民法院关于商品房消费者权利保护问题的批复》(法释〔2023〕1号,以下简称《批复》),虽内容来看仅有三条,除一如既往强调建设工程价款优先受偿权、抵押权以及其他债权之间的原则性顺位关系外,最大变化和亮点是明确对商

品房购房者物权和债权的保护,即批复第二条消费者房屋交付请求权和第三条消费者房屋价款返还请求权,两项请求权在此次批复中明确规定其优于建设工程价款优先受偿权、抵押权以及其他债权。其中最为亮眼且引起业内广泛关注的,是该《批复》的第三条创设性确定消

\*王耀,广东普罗米修(福田)律师事务所律师,专业领域为不动产与建设工程、争议解决、公司与并购、劳动与人力资源等。

费者的价款返还请求权最为优先,即在房屋不能交付且无交付实际可能的情况下,最高人民法院直接规定商品房消费者所主张价款返还请求权优先获得清偿。

从以往司法案例来看,购房者与开发商、建设工程承包方、银行相比来说,购房者往往处于弱势地位,当楼盘烂尾,往往就会出现各方主体的债权“大乱斗”,银行要行使抵押权,建设工程承包方要行使建设工程价款优先受偿权,购房者则要求交房或者退款,而建设工程价款优先权和抵押权都是法律明文规定的,购房者的优先权法律法规却没有明确规定,虽然近几年不少法院在处理烂尾楼案件中对消费者权益裁判已有所倾斜,但全国没有统一的法律依据导致各地裁判结果还是存在不小差异。

因此,该《批复》不仅是针对河南“保交楼”事件作出优先权的规定外,也是对于各地人民法院解决商品房已售逾期难交付问题具有积极指导意义。对于《批复》规定内容本文不再赘述,主要针对《批复》适用以及商品房消费者保护所延伸的几个问题进行剖析,以期读者更好理解《批复》的内涵。

### 一、如何界定商品房消费者以居住为目的

笔者认为以《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》(以下简称《执行异议复议规定》)<sup>①</sup>和《全国法院民事审判工作会议纪要》(以下简称《九民纪要》)<sup>②</sup>来作为理解基础,结合最高法案件裁判思路从主体和客体两个角度共同界定。

#### (一) 主体

主体即商品房消费者,主体要符合“以居住为目的”要素应从房屋所处范围上综合考虑房屋持有的数量以及家庭成员数量来进行界定,并兼顾商品房消费者工作、婚姻等生活因素。

首先,房屋所处范围可参照《九民纪要》第一百二十五条规定来认定,即商品房消费者购买设区的市或者县级市范围内第一套房屋应认定为符合“以居住为目的”。需要注意的是,现实中有很多商品房消费者由于工作、婚姻等生活因素,经常居住地和户籍所在地都有购买房屋,对于该较为常见情形应将其理解为系买受人在被执行房屋所在地名下无其他用于居住的房屋,而不是在全国范围内无其他用于居住的房屋,将这部分异地买房的商品房消费者有条件纳入《批复》的保护范围。<sup>③</sup>

其次,房屋成员数量应作从宽理解,即商品房消费者个人、实行夫妻共同财产制的配偶以及未成年子女名下的房产情况,只要三者之一名下有房,即可视为买受人名下已有居住用房,在此基础上继续购买商品房的通常不符合“以居住为目的”,在(2020)最高法民终1127号案件<sup>④</sup>和(2022)最高法民终149号案件<sup>⑤</sup>中亦已明确。

最后,对于房产数量,原则拥有一套商品房即符合“以满足居住目的”,但如原有住房不能满足现有家庭成员的居住需求,再购买房屋是为了对居住环境进行必要改善仍可以认定为以居住为目的,而对于所购房产数量、面积明显超出家庭日常基本居住需求的,例如(2019)最高法民申1613号案件<sup>⑥</sup>和(2019)最高法民申303号案件<sup>⑦</sup>中最高法认为其购买房产的数量已远超正常家庭,其目的并不是为了用于消费居住,不符合“以居住为目的”。

#### (二) 客体

客体即所购买的房产性质属性,有人提及《批复》中没有明确界定商品房的范围,而传统意义房屋性质又大体有三类,即居住用房、商住两用房以及商业用房,对于《批复》的“以居住为目的”界定仍需以房屋的性

①《执行异议复议规定》第二十九条第二款规定“所购商品房系用于居住且买受人名下无其他用于居住的房屋”。

②《九民纪要》第一百二十五条“买受人名下无其他用于居住的房屋可以理解为在案涉房屋同一设区的市或者县级市范围内商品房消费者名下没有用于居住的房屋。商品房消费者名下虽然已有1套房屋,但购买的房屋在面积上仍然属于满足基本居住需要的,可以理解符合该规定的精神”。

③交通银行股份有限公司陕西省分行、王菊梅申请执行人执行异议之诉再审审查与审判监督民事裁定书。

④四川省国基建筑工程有限公司、哈爱花申请执行人执行异议之诉民事二审判决书。

⑤中建一局集团第二建筑有限公司、王丹等申请执行人执行异议之诉民事二审判决书。

⑥姚陌宇、阳江市阳东区东骏房地产开发有限公司再审审查与审判监督民事裁定书中的姚陌宇一次性购买18套房屋。

⑦张志萍、西双版纳鼎鑫建筑装饰工程有限公司再审审查与审判监督民事裁定书中的张志萍购买的112套商品房。



质作为判断标准，如所购买的居住性用房包括商住两用房则是符合以居住为目的，而对于其购买的商业用房则不认为是以居住为目的。

笔者认为无论房屋性质为居住性、商业用房亦或商住两用房与房屋最基础的居住功能并无直接必然对应关系。商业房被用于自住、住宅被用于投资炒卖的现象在现实中并不少见，因此不能通过以房屋客观属性作为判断“以居住为目的”的标准，仍应以购买房屋系为了满足家庭日常基本居住需要作为首要判断标准，对于购买度假型、豪华型房屋，或者投资性、经营性房屋，以及基于消灭其他债权债务关系而形成的以房抵债的，除非购房消费者有证据证明涉及其基本居住、生存权益，则均应认定不属“以居住为目的”。

对于案涉房屋为商住两用房的情况下，特别是购房消费者常接触的商业、住宅酒店式公寓，虽性质上可归于商业范畴，但酒店式公寓以及商住两用房的功能上仍可用于居住，在没有证据证明购房消费者有其他可供居住房屋的情况下，房屋即对于消费者来说具有以居住为目的的生存属性。

## 二、住房按揭贷款是否属于已支付全款范畴

相较于《执行异议复议规定》排除执行的适用标准，因房屋交付优先权比排除执行产生的法律效果更强，且优先权顺位中又往往会涉及抵押权，为避免动摇抵押权具有优先性的基本物权原则，最高法在《批复》中对于商品房消费者主张房屋交付优先权的适用标准要求更为严格，<sup>⑧</sup>即购房消费者已支付全部价款才可主张交付优先权。

支付全部价款的条件对于全款购房者来说，其直接适用该条主张房屋交付优先权自然没有异议，但现实中大部分购房消费者往往采用按揭贷款的方式支付购房款，此种情况是否也属于已支付全款的情形可享有交付房屋优先权则众说纷纭。

部分人认为按揭贷款的钱本身就属于购房消费者向开发商支付的价款范畴，支付全部价款理应包含按揭贷款，还有人认为如果价款范围包括按揭贷款，可能会间接导致按揭银行的抵押权优于建设工程价款优先权，<sup>⑨</sup>使得《批复》与建设工程价款优先受偿权司法解释之规定互相冲突。<sup>⑩</sup>

笔者则倾向认为“已支付全部价款”应当包含按揭贷款的情形。纵观《最高人民法院关于建设工程价款优先权问题的批复》《执行异议复议规定》《九民纪要》及《批复》规范文件的历史沿革，不难发现购房者优先权在法律体系中一直存在，其设立的根本目的是为通过法律赋予购房消费者生存、居住权特别优先，正如《批复》所述其所要解决的是人民法院在审理房地产企业因商品房已售逾期难交付引发的相关纠纷案件中涉及的商品房消费者权益保护问题。

购房消费者通过向银行按揭贷款的方式向开发商支付购房款，当然不希望楼盘烂尾交不了房，如果将按揭贷款排除在已支付全款外，购房者如想取得房屋交付优先权，则只得适用《批复》第二条第二款中对于只支付了部分价款的情形，须在一审辩论终结前自行筹集并支付剩余全部价款，这无异于用消费者的自有资金清偿开发商债务，将开发商债务转嫁给广大消费者去承担，更不利于购房消费者权益保护的社会效果。

## 三、如何界定房屋不能交付且无实际交付可能

从文义解释来看，“不能交付”是一种实然结果，而“无实际交付可能”却是一种或然可能，房屋不能交付且无实际交付可能从《批复》设定来看实际上是一个相当严苛的条件，如购房消费者发生房屋交付纠纷，基于民事诉讼证据规则，笔者认为可从以下几个因素进行综合界定。

### （一）明显过长的逾期时间

从目前的商品房销售市场来看，购房合同都会约定

交房时间一般在一至两年内，有的甚至还存在特殊情况的延长交付，但实际交房日期可能都达到两年至三年。有观点认为从公平合理的层面考量，如果房企在超过约定期限（包括约定的可延长期限）达到两年及以上，即可认定无实际交付可能。<sup>⑪</sup>

### （二）开发商经营项目状况

主要涉及项目是否正常开工建设、是否出现长时间未开工或停工状态；开发商存在的涉诉、涉债情况，是否存在资不抵债，是否已经进入破产程序或者符合破产程序但尚未进行破产申请的。

### （三）政府楼盘政策

主要涉及因国家或者当地政府政策原因，客观上不存在继续建设，也应当认定为无实际交付可能。

由于最高法还没有对《批复》内容进一步出台具体适用标准，从实务角度来看，法官自由裁量权对“房屋不能交付且无实际交付可能”的界定在一定时期内将作为主流标准，笔者也会持续关注司法实践中对此问题的理解。

## 四、按揭贷款情形下，如何理解价款返还请求权

对于购房者在支付自有资金后房屋不能交付且无实际交付的可能下，价款返还请求权优先没有任何异议，但对于按揭贷款情形下，如何理解购房者价款返还请求权则存在争议，本质上是理解购房者主张价款返还是否包括按揭贷款以及与后续贷款返还责任主体的问题。

一般以商品房按揭交易来看，涉及各方主体为购房者、开发商及按揭银行，交易模式为购房人在与开发商签订买卖合同后，购房者将房屋抵押给银行并签订借款和抵押合同，银行将贷款按照购房者委托将款项支付给开发商，即涉及商品房买卖合同和担保贷款双重法律关系。

当房屋不能交付且无实际交付的情况下，开发商违

约不能交付房屋却占有使用购房者的首付款以及银行的按揭贷款；银行基于合同享有抵押权，又同时享有对购房者的债权；购房者在未取得房屋却支付了首付款，又需偿还银行按揭贷款。

从某种角度上看，购房者的价款返还请求权与银行的抵押权相互绑定，基于物权基本原则，笔者认为《批复》中的价款返还不应包含银行按揭贷款，而仅为购房者的首付款（或其自筹资金），否则若购房者的价款返还请求权实现，由于其对银行负有还款义务，一旦购房者归还银行的贷款，则银行将直接跨过建设工程价款优先权实现抵押权，而与《民法典》和相关司法解释<sup>⑫</sup>存在直接冲突。

值得注意的是，购房者只要主张价款返还请求权，就必然一并存在商品房买卖合同基于无法实现合同目的被解除的情形，基于按揭贷款买卖特殊性和《商品房买卖合同司法解释》二十条和二十一条的规定<sup>⑬</sup>则同样会导致其与银行之间借款和抵押合同一并发生解除，由开发商将收取的购房贷款及利息返还给银行，购房者无需继续履行其与银行之间的借款合同并偿还剩余贷款。

同时要特别强调的是，《商品房买卖合同司法解释》第二十一条本义上并没有免除购房者的还款义务，基于合同相对性原理，购房者才是借款合同的借款人，开发商并不是借款合同的借款人，就借款合同开发商不负还款义务，但购房者在合同解除无过错的情况下，如仍要求其对于剩余贷款承担还款责任，则明显不合理加重负担，各方权利义务失衡。

在充分考虑商品房按揭贷款商业模式下各合同之间的密切联系和各方权利义务关系的平衡角度，由于开发商直接接受了银行支付的贷款，在买卖合同和贷款合同都解除后，就没有必要由开发商将银行支付的贷款先归还给购房者，然后再由购房者归还给银行，而是应当直接由商品房出卖人归还给银行。

<sup>⑧</sup>《执行异议复议规定》第二十九条第三款规定买受人需符合“已支付的价款超过合同约定总价款的百分之五十”的情形，而《批复》第二款要求商品房消费者已支付全部价款，对于只支付部分的，在一审法庭辩论终结前已实际支付剩余价款的才有权主张优先权。

<sup>⑨</sup>吴迪、马喆，关于《最高人民法院关于商品房消费者权利保护问题的批复》中部分要点的理解探析，载微信公众号《建维律师》，2023年4月28日。

<sup>⑩</sup>根据《最高人民法院关于司法解释工作的规定》（2021修正）第六条规定，《批复》的性质为司法解释，而与同为司法解释的《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》第三十六条规定内容发生冲突。

<sup>⑪</sup>《论“房屋不能交付且无实际交付可能”的实务举证可能》，载微信公众号“有律有诗”，2023年5月16日。

<sup>⑫</sup>《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》第三十六条承包人根据民法典第八百零七条规定享有的建设工程价款优先受偿权优于抵押权和其他债权。

<sup>⑬</sup>第二十条规定，因商品房买卖合同被确认无效或者被撤销、解除，致使商品房担保贷款合同的目的无法实现，当事人请求解除商品房担保贷款合同的，应予支持；

第二十一条第二款规定，商品房买卖合同被确认无效或者被撤销、解除后，商品房担保贷款合同也被解除的，出卖人应当将收受的购房贷款和购房款的本金及利息分别返还担保权人和买受人。

# PPP 项目工程 是否属于“不宜折价、拍卖”的 建设工程

○熊婷\* 吴梦阙\* 上海市建纬(深圳)律师事务所



《民法典》出台再次提及建设工程价款优先受偿权中例外原则,即根据建设工程的性质不宜折价、拍卖的建设工程,但未明确如何界定的问题。由于 PPP 项目工程在功能、权属方面具有特殊性,如被认定为“不宜折价、拍卖”的工程,则可能对承包人主张建设工程价款优先受偿权构成障碍。本文结合实践案例对 PPP 项目可能被认定为“不宜折价、拍卖”的影响因素进行分析,并对 PPP 项目工程价款优先受偿权的行使提出建议。

## 一、从 PPP 项目中建设工程的特殊性提出问题

原《合同法》(已失效)第二百八十六条规定了建

设工程价款优先受偿权的规则,最高院在 2012 年发布的《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释(二)》(以下简称《建工司法解释(二)》,已失效)征求意见稿中列举了五类“不宜折价、拍卖”的工程,然而 2019 年正式施行的《建工司法解释(二)》删除了该部分内容。《民法典》第八百零七条<sup>①</sup>规定,再次明确了建设工程承包人对建设工程价款的优先受偿权,但《民法典》《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释(一)》及相关司法解释并未进一步明确“根据建设工程的性质不宜折价、拍卖”的建设工程如何界定的问题。PPP 项目中,“根

据建设工程的性质不宜折价、拍卖”的建设工程在司法实务中该如何界定呢?

PPP 项目中的建设工程具有特殊性。一方面,从建设目的来看,PPP 项目主要为政府负有提供责任,又适宜市场化运作的公共服务、基础设施类项目。PPP 项目的正常运维和投入使用关系到社会公共利益。虽《建工司法解释(二)》(征求意见稿)对“不宜折价、拍卖”工程的定义条款未能落实到司法解释正式稿中,但如参照该条款体现的立法逻辑,PPP 项目的公益属性可能影响承包人“折价、拍卖”诉求的主张。

另一方面,相比建设工程业主、所有权人直接作为发包人的传统建设模式,PPP 项目建设工程的产权归属更复杂。根据《关于印发〈企业会计准则解释第 14 号〉的通知》(财会〔2021〕1 号)等相关规定,<sup>②</sup>社会资本方不得将 PPP 项目资产确认为其固定资产。从财政部发布的污水处理厂网一体化政府和社会资本合作(PPP)项目合同范本第 7.6 款来看,允许约定项目设施在合作期内的所有权归政府方指定机构所有或归社会资本方所有。实践中,PPP 项目的建设工程一般由社会资本方或项目公司作为发包人,但结合会计处理有关规定及 PPP 范本来看,PPP 项目建设工程的发包人与建

成后不动产的所有权人可能并非同一法律主体。即使 PPP 项目合同约定社会资本方或项目公司是项目建设运营期间的产权人,但绝大部分的 PPP 项目在运营期满后都涉及到项目资产权属的变化,而且政府方通常会对项目运营期间的项目资产转让进行限制,如根据发包人与承包人之间的建设工程合同关系将 PPP 项目工程进行折价、拍卖的,可能对政府方在 PPP 项目下的权利造成损害。

结合上述因素来看,在适用建设工程优先受偿权制度时,涉及 PPP 项目的建设工程依据其性质是否适宜“折价、拍卖”,应当予以特殊考虑。下文将结合案例,对 PPP 项目工程是否属于“不宜折价、拍卖”的建设工程进行分析。

## 二、实务中的裁判观点

(一) 涉及公共利益的市政公用及基础设施工程一般认定为属于“不宜折价、拍卖”的建设工程

基础设施主要提供给公众使用或使公众收益,其运营质量与民生息息相关。司法实践主流观点认为,基于公共利益考虑,涉及民生的 PPP 项目工程属于“不宜折价、拍卖的工程”,具体项目类型及裁判观点如下:

案号	项目名称	裁判观点
(2021)新 28 民初 30 号	库尔勒石油石化产业园及上库综合产业园区基础设施工程 PPP 项目(第一包)	涉案工程属于道路工程,基于社会公共利益考虑,属于不宜折价拍卖的工程
(2021)桂 0503 民初 782 号	中信国安北海第一城项目纬八路道路工程(东段) PPP 项目	涉案工程属于市政道路,不属于可以折价或拍卖的工程
(2019)鄂 11 民初 335 号	麻城至竹溪高速公路麻城至红安项目	案涉工程系高速公路具有公益性质,不宜拍卖或折价
(2019)苏 08 民初 258 号	涟水县基础设施建设工程 PPP 项目	涉案的公共道路、城市绿化、河道工程建设,系社会公众服务工程,属于不宜折价、拍卖的范畴
(2018)琼 民初 46 号	菜篮子集团公司的海口市大型农副产品综合批发市场(一期)项目	案涉工程是民生工程,涉及公共利益,属于不宜折价、拍卖的工程
(2020)鲁 01 民初 1477 号	商河县生态水系综合治理 2019 年(一期)工程项目	涉案工程是具有环境治理性质的水利工程,具有公益性和公用性,不宜由人民法院依法拍卖
(2019)甘民 终 554 号	甘肃武威工业园区污水 BOT 项目	污水处理项目为市政基础设施项目,属于“不宜折价、拍卖”的建设工程
(2018)苏 0922 民初 4323 号	滨海县老年公寓一期工程 PPP 项目	涉案工程属于 2015 年江苏省 PPP 试点项目,且属于社会公共设施

②财会〔2021〕1 号相关内容如下:一、关于社会资本方对政府和社会资本合作(PPP)项目合同的会计处理(一)相关会计处理。……5. 社会资本方根据 PPP 项目合同约定,在项目运营期间,满足有权收取可确定金额的现金(或其他金融资产)条件的,应当在社会资本方拥有收取该对价的权利(该权利仅取决于时间流逝的因素)时确认为应收款项,并按照《企业会计准则第 22 号——金融工具确认和计量》的规定进行会计处理。社会资本方应当在 PPP 项目资产达到预定可使用状态时,将相关 PPP 项目资产的对价金额或确认的建造收入金额,超过有权收取可确定金额的现金(或其他金融资产)的差额,确认为无形资产。6. 社会资本方不得将本解释规定的 PPP 项目资产确认为其固定资产。

\*熊婷,上海市建纬(深圳)律师事务所合伙人律师,第十一届深圳市律师协会政府和社会资本合作(PPP)法律专业委员会副主任,第十届深圳市律师协会 PPP 法律专业委员会委员,擅长建设工程、PPP 模式等基础设施及公共服务领域投融资法律服务。

\*吴梦阙,上海市建纬(深圳)律师事务所律师,从事建设工程、PPP 模式等基础设施及公共服务领域投融资法律服务。

①《中华人民共和国民法典》第八百零七条 发包人未按照约定支付价款的,承包人可以催告发包人在合理期限内支付价款。发包人逾期不支付的,除根据建设工程的性质不宜折价、拍卖外,承包人可以与发包人协议将该工程折价,也可以请求人民法院将该工程依法拍卖。建设工程的价款就该工程折价或者拍卖的价款优先受偿。

上述案例中经法院判定具有公益性和公用性而“不宜折价、拍卖”的PPP项目工程，包括道路工程、农副产品批发市场、河道治理工程、污水处理厂、老年公寓等，但判决书中法院并未结合工程建设规模、总投资对其公益性和公用性进行具体论证，实践中无法直接以建设规模及总投资等因素对判断标准进行量化，可能要综合项目建设目的、盈利性、服务对象等进行判断。

### （二）不具有独立使用价值的工程属于“不宜折价、拍卖”的建设工程

“折价、拍卖”的实现，需要将相应的工程价值用货币进行衡量并进行权属变更。如果案涉工程权属不可独立变更，或即使可进行权属变更但其脱离工程主体后不具备独立使用的功能，也不具有适宜“折价、拍卖”的特性。如（2017）内04民终5119号、5120号案，法院认为街路巷硬化工程不属于适宜折价、拍卖的工程；（2018）苏0922民初4323号案法院认为，原告建设的老年公寓一期消防工程属于附属工程、无法独立存在，属于不适宜折价、拍卖的工程。

但该原则也存在例外规定，《建工司法解释》第三十七条中的“装饰装修”工程属于《建筑工程施工质量验收统一标准》（GB50300-2013）分部工程，依据其工程性质不属于具备独立使用功能的建筑物或构筑物，但允许将其进行折价拍卖，则意味着不具备独立使用工程的建筑物或构筑物仍具有行使优先受偿权的空间。

### （三）建设工程非发包人所有，一般认为不适用优先受偿权的规定

全国人大法工委在《合同法释义》指出，如工程所有权不属于发包人，承包人不得将该工程折价。在部分判决中可见，法院认为承包人证明建设单位为案涉工程的所有权人是适用优先受偿权条款的前提条件。（2018）苏0922民初4323号案中，法院认为原告对被告（社会资本方、发包人）是否为PPP项目工程的所有权人没有提供充分证据，对原告的优先受偿权主张不予支持。（2017）黔23民初40号案中，法院依据双方签订的《委托开发、经营管理协议书》认定，案涉工程的所有权并非发包人被告所有，原告无权主张优先受

偿权。

PPP项目一般是社会资本方负责投资、建设，并在一定期限内运营项目设施，期满后移交政府方，在移交之前，项目设施所有权归属缺少法律及政策规制，目前尚难定论，常见约定为项目公司在建设期内投资建设形成的项目资产以及项目运营期内因更新重置或升级改造等投资形成的资产归属于政府所有。此情形下，项目公司作为PPP项目的发包人，不享有建设工程的所有权，承包人若向项目公司主张优先受偿权将涉及项目公司无权处分的问题；若向政府方主张优先受偿权，承包人难以突破施工合同的相对性来行使优先受偿权。

### （四）“不宜折价、拍卖的工程”的规定仅限于建工合同关系

在非建设工程合同纠纷案件中，部分当事人以执行标的属于公益性质的建设工程为由提出抗辩，但法院经审查认为，“不宜折价、拍卖的工程”条款仅限于建设工程合同关系中的判断。（2019）鲁06执复80号执行案件，法院认为本案处理的系民间借贷纠纷，而《合同法》第二百八十六条是基于发包人和承包人之间建设工程施工合同的规定，故本案涉案财产的处置不能适用该条规定。

### （五）对于具有可变现价值的公益性工程，承包人可主张以其经营使用收益对工程价款优先受偿

对于具有可变现价值的工程，工程收益权权利人变更并不足以影响公共利益的实现，承包人可以请求就案涉工程的收益权享有优先受偿权。

如（2016）最高法民申1281号案，最高人民法院认为，公路建设工程属于特殊建设工程，无法直接拍卖或折价，该工程主要经济价值体现在通行费用上，故承包人可以请求就案涉工程的收益享有优先受偿权。（2020）最高法民终773号案，一审法院认为，武当山管委会欠付太极湖公司《项目开发合同书》项下款项性质为回购款，其性质属于工程折价、变卖款项，十堰市政公司作为施工方对项目公司的回购款有优先受偿权。

又如（2019）粤民终972号案，法院认为，在认定案涉人防商城BOT项目工程是否适宜折价、拍卖时，应当充分考量该工程是否具有市场所认可的变现价值。

首先，人民防空工程所有权归属人防办，但根据《人民防空法》“人民防空工程平时由投资者使用管理，收益归投资者所有”的有关规定以及当事人合同约定，涉案人防工程平时用作商城，具备商业用途和商业价值，且其使用价值可以通过市场进行定价和交换。其次，涉案工程使用收益权的定价、变现以及可能导致的使用人的变更，并不影响涉案工程的权属、规划及用途。最后，涉案工程凝聚了承包单位投入的建设资金、建筑材料和人力，工程欠款就涉案工程优先受偿既符合有关建设工程价款优先受偿权的立法旨意，也符合国家鼓励社会资本积极参与人防工程投资建设、开发利用的政策方向。因此，涉案工程欠款可以就涉案工程经营使用所得价款优先受偿。

## 三、实务评析

从前述案例的裁判观点来看，法院认定PPP项目中“不宜折价、拍卖的工程”主要包含以下几种类型：（1）具有公益性和公用性的市政公用和基础设施工程；（2）不具有独立使用价值的工程；（3）所有权人并非发包人的工程。法院的裁判观点与《民法典》第三百九十八条、第三百九十九条规定的不得设立抵押权的财产范围具有一定重合。上述裁判规则中，对于工程是否必须为产权人所有，在PPP项目施工合同纠纷中存在分歧。

我国设立建设工程优先受偿权制度的初衷是保护承包人及背后众多劳动者的劳动报酬权益，平衡建工合同中各方当事人的权利义务。在建设过程中，承包人的建筑材料和劳动力已经物化到工程中，与工程不可分离，所以承包人基于所有权的转化方式对在建工程享有优先受偿的权利。<sup>③</sup>

基于运营安全考虑，PPP项目设施一般由地方政府持有或实际控制，但PPP项目的公用性不等同于项目设

施的公有性，并非所有PPP项目的设施均归属于政府方。PPP范本为约定项目设施权属提供了可能性，即政府方与社会资本方可以在合同中对项目设施权属进行约定，但即使是归属于社会资本方或项目公司，运营期所有权能亦是受限制的，该等权利限制亦未通过登记公示，以此对抗第三方的合理性有待商榷。此外，如项目设施用地性质为划拨用地，根据“房地一体原则”，即使项目设施在社会资本方/项目公司名下，在履行划拨土地出让土地手续之前，项目设施也不具有可随意流转的特性，是否会对工程“折价、拍卖”的实现构成障碍？

现行法律法规并未明确PPP项目法律关系中所有权问题，然而仅以PPP项目工程产权或公益性质直接否定《民法典》第八百零七条所保护的权益，则与我国设立建设工程优先受偿权制度的初衷相违背。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》第六十一条第四款<sup>④</sup>明确了基础设施和公用事业项目收益权可拍卖、变卖的特征。由此可知，具有可变现价值的PPP项目工程，其商业用途和商业价值受法律保护，通过该类工程收益权对工程款优先受偿也具有可操作性。在（2016）最高法民申1281号、（2019）粤民终972号案件的裁判观点中，与全国人大法工委编制的《合同法释义》中工程所有权人不属于发包人，承包人不得将该工程折价的观点相左。但笔者认为该等判例对于保护PPP项目工程项下的承包人合法权益具有一定的现实意义，也符合我国设立建设工程优先受偿权制度的立法初衷，可以对PPP项目中的施工合同纠纷争议解决起到借鉴作用，避免单纯以非发包人所有、案涉工程具有公益性，而直接适用《民法典》第八百零七条的例外原则，即认为PPP项目工程属于“不宜折价、拍卖”的建设工程而判定承包人不享有优先受偿权。

<sup>③</sup>《民事审判指导与参考》（第62辑）第294页。

<sup>④</sup>《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》第六十一条第四款以基础设施和公用事业项目收益权、提供服务或者劳务产生的债权以及其他将有的应收账款出质，当事人为应收账款设立特定账户，发生法定或者约定的质权实现事由时，质权人请求就该特定账户内的款项优先受偿的，人民法院应予支持；特定账户内的款项不足以清偿债务或者未设立特定账户，质权人请求折价或者拍卖、变卖项目收益权等将有的应收账款，并以所得的价款优先受偿的，人民法院依法予以支持。

香港作为国际金融中心之一，具有强劲发达的金融体系，以其优惠的税制、健全的基础设施和完备的法律体系为投资者打造了优良的营商环境。内地企业期望在开放的香港金融市场中开拓传统银行融资以外的融资渠道，越来越多的内地投资者选择以注册香港公司的方式进军国际市场。内地投资者为了其关联的香港企业在香港融资进行担保成为越来越普遍的融资模式，而在债务人违约的情形下，跨境担保的执行问题成为债权人与担

保人的关注重点。香港担保法律制度与内地司法领域规则相衔接所产生的诸多法律问题，也是司法机关处理此类涉港“内保外贷”纠纷中亟需探索的问题。本文结合实务经验和判例研究，对内地法院适用香港法律审理涉港保证合同纠纷中的实务问题进行分析研究，以期为债权人在境内追索“内保外贷”中的境内保证人提供有益的建议。

# 内地法院审理涉港保证合同纠纷的实务分析

○曾强\* 陈曦\* 北京德和衡（深圳）律师事务所

\*曾强，北京德和衡（深圳）律师事务所高级联席合伙人，擅长领域包括民商事合同纠纷（尤其是确认合同无效及合同解除纠纷）、集体土地开发纠纷、金融担保、公司股权、保全与执行等重大疑难商事争议解决。

\*陈曦，北京德和衡（深圳）律师事务所实习人员。

## 一、内地法院是否对涉港保证合同纠纷具有管辖权的问题

在“一国两制三法域”的背景下，大陆与香港分属不同法域，两地的民事诉讼管辖权有存在冲突的可能性。而在涉港保证合同纠纷中，基于合同约定的司法管辖条款的不同，债权人既有可能选择在香港法院起诉后向内地人民法院申请对香港判决的认可和执行，也有可能是在担保合同约定香港法院为非排他性管辖法院的情况下，选择在担保人或者债务人的住所地或主要财产所在地的内地法院进行起诉。实践中，主要有以下几个问题需要注意。

### （一）债权人在内地法院追索境内担保人责任的劣势

尽管目前内地法院有认可和执行香港判决的制度安排，但是，目前民商事法律争议的香港判决在内地的认可与执行的条件仍具有局限性，实务中的操作程序有一定难度且繁琐。具体来说：

#### 1. 可申请认可和执行的香港判决范围有限

根据《最高人民法院关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行当事人协议管辖的民商事案件判决的安排》（下称《协议管辖安排》）的规定，认可与执行香港法院判决的条件较为严苛：

（1）当事人为解决民商事法律争议，须经书面管辖协议约定香港特别行政区法院具有唯一管辖权；

（2）该判决须为终审判决，在香港特别行政区是指终审法院、高等法院上诉法庭及原讼法庭和区域法院作出的生效判决；

（3）须为一项具有执行力的判决，包括判决书、命令和诉讼费评定证明书。

虽然于2019年1月18日发布的《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行民商事案件判决的安排》（下称“新《安排》”）扩大了两地相互认可和执行民商事案件判决的范围；且新《安排》突破了“书面管辖协议”这一条件，而对判决机关的司法管辖权条件进行审查。但目前新《安排》尚未生效，实务中尚无法直接参考适用。

#### 2. 申请认可和执行的实务操作繁琐

（1）申请人须在期限内申请认可与执行。《协议管辖安排》要求申请香港判决到内地认可和执行的期限

为两年，自该判决可强制执行之日起算。

（2）域外法律文书的转递以及中文译本的提交耗时、费力，且时间不可预估。根据《协议管辖安排》要求，向内地人民法院提交的文件没有中文文本的，申请人应当提交证明无误的中文译本。

结合以上所提到的情况，同时考虑到内地担保人在香港进行担保的实践中，融资活动发生地虽为香港，但在多数情形下，担保人主要财产线索位于内地。因此，出于执行便利的考量，当事人书面约定香港法院排他性管辖的情形并不多见，这就为债权人在内地法院追索担保人的还款责任提供了合同基础。因此，为了避免申请认可与执行香港判决的繁琐操作，当事人直接在内地法院进行诉讼并就内地法院作出的判决申请执行，无论是在程序上还是缩短追索期限方面，都是更优的选择。

### （二）内地法院对涉港案件行使民事诉讼管辖权

基于以上讨论，那么内地法院是否能对涉港案件行使民事诉讼管辖权呢？虽然《中华人民共和国民事诉讼法》（下称《民诉法》）未对内地法院针对涉港案件的民事诉讼管辖权做出直接规定，但根据《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《民诉法司法解释》）第五百四十九条之规定：“人民法院审理涉及香港、澳门特别行政区和台湾地区的民事诉讼案件，可以参照适用涉外民事诉讼程序的特别规定。”再根据《全国法院涉外商事海事审判工作座谈会会议纪要》第1条规定：“涉外合同或者其他财产权益纠纷的当事人签订的管辖协议明确约定由一国法院管辖，但未约定该管辖协议为非排他性管辖协议的，应推定该管辖协议为排他性管辖协议。”

基于此，结合涉港澳台案件的管辖基本都参照涉外案件管辖规则予以确定的基本原则，只要涉港保证合同纠纷中的管辖条款不属于香港法院的排他性管辖，且内地法院对案件也具有管辖权的，那么，内地法院对该案件具有当然的司法管辖权。

### （三）我国法律对于涉港平行诉讼的态度

我国法律虽然否定国内平行诉讼，采取一事不再理原则，但对涉外平行诉讼持肯定态度。根据《民诉法司法解释》第五百三十一条之规定：“中华人民共和国法院和外国法院都有管辖权的案件，一方当事人向外国法院起诉，而另一方当事人向中华人民共和国法院起诉的，

人民法院可予受理。”根据该条规定，对于平行诉讼起诉资格的审查，首先应当依据双方共同缔结或参加的国际条约的规定，在没有共同缔结或参加的国际条约，且我国内地法院和域外法院均有管辖权的情况下，一方当事人向域外法院起诉且被受理后又就同一争议向我国法院提起诉讼，或者对方当事人就同一争议向我国法院提起诉讼的，无论域外法院是否已经受理案件或者作出判决，不影响我国法院行使管辖权。

因此，内地担保人在香港担保而产生的民商事争议，即便当事人已就同一事由在香港法院起诉，也不排除内地法院根据民事诉讼法规定行使管辖权。当事人在香港的争议解决程序，不会造成中止境内诉讼的影响。

## 二、香港法律适用查明的相关问题

既然国内法院对涉港案件有管辖权，那么在涉港保证合同约定适用香港法律的情况下，就涉及到内地法院对香港法律进行法律适用查明的问题及相关程序。实务中，香港法律适用查明的常见问题主要有以下几点。

### （一）香港法的查明途径

《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》（下称《涉外法律适用法》）对涉外法律查明的义务分配规定了两种方式：（1）由人民法院、仲裁机构或者行政机关查明；（2）当事人选择适用外国法律的，应当提供该国法律。而在《全国法院涉外商事海事审判工作座谈会会议纪要》中，最高院则进一步细化了法律适用查明的多种途径，包括：（1）由当事人提供；（2）由中外法律专家提供；（3）由法律查明服务机构提供；（4）由最高人民法院国际商事专家委员提供；（5）由与我国订立司法协助协定的缔约相对方的中央机关提供；（6）由我国驻该国使领馆提供；（7）由该国驻我国使领馆提供；（8）其他合理途径。

实务中，大多数涉港案件的香港法律适用查明均是由当事人或者法院委托在香港执业的大律师出具法律意见书，而在涉港纠纷高发的深圳地区，最常见的则是采取上述纪要规定中的第（3）种方式——委托法律查明服务机构进行。在最高院国际商事法庭官方网站的“域外法查明平台”上则列明了五家法律查明服务机构，可以看作是最高院认可的五家机构，而涉港法律问题的查明，最常见的则是深圳蓝海法律查明及

商事调解中心，其中立性、权威性以及实践中法院的采纳程度都相对更高。

### （二）香港法查明发生冲突时的处理路径

《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（一）（2020修正）》（下称《涉外法律适用法司法解释》）第十六条规定：“人民法院应当听取各方当事人对应当适用的外国法律的内容及其理解与适用的意见，当事人对该外国法律的内容及其理解与适用均无异议的，人民法院可以予以确认；当事人有异议的，由人民法院审查认定。”据此，当事人履行义务提供或法院依职权取得域外法后，仍须通过一定的质证程序确认域外法的适用，法院可以召集双方当事人对需要查明适用的法律事项进行听证。以下分两种情形进行讨论。

#### 1. 当事人对于香港法律的适用有不同意见的情形

实践中双方当事人提供的域外法可能以判例或者法律专家意见的形式呈现，如果出现当事人提交了观点相冲突的《法律意见书》或对对方提供的域外法内容或适用持有异议的情形，当事人无法达成合意时，法院应当审慎评定。此时，法院不应直接认定为法律适用无法查明的情形，进而直接适用内地法进行裁判，相反，法院仍应采取其它积极措施推进法律查明程序，例如依职权委托法律专家出具意见、允许各方委托的法律专家出庭质证、依据香港法律的基本原则作为补充等。

#### 2. 当事人对于域外法的适用达成一致意见的情形

根据《涉外法律适用法司法解释》第十六条，“当事人对该外国法律的内容及其理解与适用均无异议的，人民法院可以予以确认”。法院可以适用当事人共同主张的域外法，但需审查是否存在违反我国的社会公共利益或侵犯第三人的合法利益的可能。

## 三、香港法下的涉港保证合同纠纷的实体问题

### （一）合同的效力认定

香港法律规则中，合约具备效力的基本因素包括要约、承诺、约因（或对价）。商业合约如果达成以下条件，则为有效的合约：（1）合约各方拥有达成合约的行动能力；（2）合约各方同意达成具有法律效力的合约，一般来说合约一方作出邀约而该邀约获得接纳，即承诺；（3）合约条款明确；（4）合约受到有效对价的支持；

如合约采用有效契据形式建立则不一定要对价支持。

尽管如此，符合上述有效条件的合约可能因为其它理由丧失法律效力。香港法下，合约效力瑕疵因素包括失实陈述、错误、违法、胁迫、不当影响和不通情理的交易等。此外，针对担保合约的效力，可能会在下面的四种特定情况下具有违法性而无效：（1）法律法规明确地或者隐含地禁止。例如香港特别行政区《放债人条例》第163章第22条规定的贷款协议直接或间接规定了支付复利即属于“非法协议”，以及第24条禁止以超过年息百分之六十的实际利率贷出款项或要约贷出款项的规定。（2）担保违背香港的社会公共秩序的。（3）担保合约以合法的形式掩盖非法的目的。（4）担保合约形式合法，但履行属于违法的。

另一个值得注意的问题是，内地法律法规、规章和规范性文件对涉港及涉外的内保外贷交易的监管规定是否会影响涉港担保合约的效力？对此，中华人民共和国外汇管理局于2014年6月1日实施的《跨境担保外汇管理规定》第二十九条明确规定：“外汇局对跨境担保合约的核准、登记或备案情况以及本规定明确的其他管理事项与管理要求，不构成跨境担保合约的生效要件”，即明确了内保外贷合约的登记备案相关规定为管理性规定，不影响担保合约的生效。

### （二）保证责任的承担方式

香港法律中，保证责任分为两大类，即保证合约和补偿合约。

#### 1. 保证合约

在保证合约的情况中，债务人承担第一顺序责任而保证人承担第二顺序责任。保证人的责任一般分为共同（Jointly）、个别（severally）或共同及个别（Jointly and several）责任。其中，“共同及个别责任”形式与我国《民法典》所规定的连带保证责任形式具有相似之处，但二者并不相同。香港法下承担“共同及个别责任”的保证人将如同主债务人一样承担直接的还款责任，但我国连带责任形式则是要求主债务人承担直接还款责任，保证人承担连带责任。因此，在涉港保证合约的境内诉讼程序中，我们建议债权人避免使用“连带责任”的表述，以免使法院产生不必要的第一印象的误解。

#### 2. 补偿合约

补偿合约是指，一方（保证方）向另一方作出承诺，

因约定情况出现或发生时补偿另一方之损失，保证方承担履约或补偿之第一顺序责任。补偿合约相对主债务合约具有独立性，主要体现在：（1）效力独立于主债务合约，即使主债务合约无效，也不影响补偿合约的效力；（2）保证人独立承担责任。保证方承担第一顺序责任，即使债权人并无事先追索或起诉主债务人或债权人解除主债务人之责任，债权人可以直接向保证人追索债务履行或承担保证责任。

基于此，实践中判断一份合约属保证合约还是补偿合约，需要针对合约的内容、条款、当事人之权利义务约定及条款的法律效力进行审查。例如，在（2019）粤03民初427号案件中，深圳中院依据保证人承诺对诉争的担保债务承担直接的/独立的清偿责任的相关条款，判断合同为补偿合约，且独立保证人应承担独立还款责任。

## 四、结语暨实务建议

在认可与执行香港判决效率较低的实务困境下，如内地法院对涉港保证纠纷具有管辖权，在内地法院起诉追索担保人财产不失为涉港担保活动中债权人的有利选择。从订立跨境担保合约到申请执行境内担保财产，债权人在融资活动的全过程中应当审慎考虑以下问题：

1. 关于管辖方面：重点关注合同条款中是否明确约定香港法院是“非排他性管辖”，或者在合同起草时就提前设置“非排他性管辖”条款。

2. 关于证据方面：一定要提前收集并规划好起诉所需要的证据，并且提前做好域外形成证据的公证认证手续以及译本提供。尽量避免证据的不断补充，导致举证期限外提供证据，为被告拖延诉讼时间提供机会，最后也会给法庭造成不好的印象。

3. 关于法律适用的查明方面：当事人双方和法院都有法律查明的义务，但是作为债权人来说，缩短诉讼时间是核心诉求之一。因此，为避免被告利用法律查明程序拖延时间，可以在开庭前从前述最高院国际商事法庭认可的五家机构中委托有资质的法律专家出具法律查明意见书。此外，香港法律适用查明的程序中，应当特别关注法律适用查明的法律意见书的程序公正——即出具相关意见的律师的身份、是否独立公正的出具意见等。

# 债券虚假陈述侵权的 投资者维权

○谭媚\* 方培思\* 黄晓俊\* 泰和泰(深圳)律师事务所

2023年2月17日,中国证监会正式施行《首次公开发行股票注册管理办法》,我国证券市场从此迈向新时代。可以预见的是,活跃在交易市场上的证券产品在未来会不断增多,但相应的,诸多问题也会随之产生。

虚假陈述侵权是诸多问题中的典型。在证券交易市场中,投资者对证券产品的了解主要依靠发行人、保荐承销机构、律师事务所、会计师事务所等专业中介机构的披露。当信息披露存在瑕疵时,投资者的利益将可能受到侵害。在全面实行注册制背景下,信息披露愈发成为证券交易市场的重要问题。

对此,早在2002年12月26日,最高人民法院审判委员会便已通过了《关于审理证券市场因虚假陈述引发的民事赔偿案件的若干规定》(以下简称《旧规定》)。时隔近20年,最高人民法院于2022年1月21日,再次发布《最高人民法院关于审理证券市场虚假陈述侵权民事赔偿案件的若干规定》(以下简称《新规定》)。这一新规定再次引起了大众对证券虚假陈述侵权责任纠纷的广泛关注。《新规定》在《旧规定》的基础上,进一步厘清了法院审理证券虚假陈述侵权责任纠纷的审判规范,也为投资者等证券市场交易主体通过侵权诉讼维护自身合法权益提供指引。

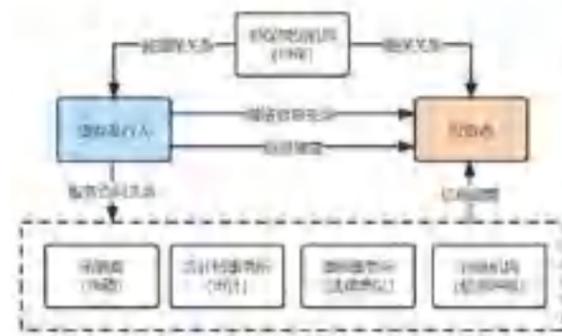
为此,笔者对证券争议解决案件进行剖析,从投资者维权的视角,对虚假陈述行为、前置程序、管辖、责

任主体、责任范围等问题进行分析并予以总结。

## 一、债券的基础法律关系

债券的发行及交易通常涉及多个主体。债券发行人需要委托各专业机构提供中介服务,包括由承销商提供承销服务、会计师事务所提供审计服务、律师事务所出具法律意见、评级机构提供信用评级服务等。

其中,发行人需对投资者承担还本付息的责任,其实质相当于融资借贷关系。部分产品中还有担保增信机构为债券的还本付息提供担保;发行人与中介机构均在债券发行中履行信息披露义务。



## 二、投资者维权路径一：违约偿付责任

如前所述,债券发行人与投资者在债券交易中形成

了融资借贷关系,发行人作为债务人需要承担还本付息的责任。当债券到期后,投资者可以要求发行人或担保增信机构予以兑付。若发行人未到期兑付债券,投资者有权以合同违约为由,要求发行人或担保增信机构承担偿付责任。

但囿于发行人的偿债能力,投资者可能面临着无法兑付本息的风险,故该维权路径存在一定的局限性。

## 三、投资者维权路径二：虚假陈述的侵权赔偿责任

除了前述追究违约责任的维权路径外,投资者还可以向发行人或中介机构提起虚假陈述的侵权赔偿责任。

### (一) 何为“虚假陈述”？

根据《新规定》第四条的规定,若发行人、承销商、证券服务机构等信息披露义务主体在履行信息披露义务时存在虚假记载、误导性陈述、重大遗漏,将会被认定为虚假陈述。具体为:

1. 虚假记载:指信息披露义务人披露的信息中对相关财务数据进行重大不实记载,或者对其他重要信息作出与真实情况不符的描述。如在(2020)浙01民初1691号“五洋债”案件中,杭州市中级人民法院查明五洋建设通过虚减企业应收账款和应付款项,减少坏账,提高利润,进而虚造财务报表并通过证监会核准发行债券。又如在(2020)京02民初49号“致富债”案件中,北京市第二中级人民法院通过相关案件的刑事判决书确认的“篡改财务账套数据,编制虚假纳税申报等”虚假陈述行为事实,认定发行人存在虚假陈述行为。

2. 误导性陈述:指信息披露义务人披露的信息隐瞒了与之相关的部分重要事实,或者未及时披露相关更正、确认信息,致使已经披露的信息因不完整、不准确而具有误导性。常见情形包括:夸大对发行人有利的部分,回避或淡化不利的部分;片面选择或运用财务数据、会计科目记载、会计核算方法等;故意使用晦涩的语句描述披露内容,语意模糊或存在歧义等。<sup>①</sup>

3. 重大遗漏:指信息披露义务人违反关于信息披露的规定,对重大事件或者重要事项等应当披露的信息未予披露。如在(2016)苏01民初409号“11超日债”案件中,发行人存在“未披露在海外收购光伏电站项目的情况、未按规定披露超日卢森堡向国家开发银行贷款

过程中相关股权质押情况、未及时披露公司与境外合作方签订的《电站管理协议》”等虚假陈述行为,由此受到证监会的行政处罚。

需要说明的是,并非所有的信息披露瑕疵,均能构成虚假陈述行为。根据《证券法》第80条、第81条的规定,只有符合“重大性”的条件,才可能构成虚假陈述行为。对此,《上市公司信息披露管理办法》第12条、第22条也作了进一步的细化。

### (二) 是否有前置程序？

#### 1. 取消“虚假陈述”认定的前置程序

《全国法院审理债券纠纷案件座谈会纪要》(以下简称《纪要》)回应了立案登记制的精神,在第9点明确债券虚假陈述侵权民事赔偿案件的起诉,无须以行政处罚或者生效刑事裁判文书认定为前置程序。同时,《新规定》第2条亦再次重申该规定,明确取消前置程序。

#### 2. 无须穷尽对发行人的追索程序

在针对证券服务机构提起虚假陈述侵权民事赔偿纠纷之前,是否应穷尽对发行人的追索程序?否则,当发行人的偿付金额未最终确定之前,将面临实际损失无法确定的问题。

就该问题,笔者倾向于认为,无须以对发行人穷尽追索程序为前提。一方面,在债券到期后,一旦发行人无法向投资者兑付,即可视为投资者的损失已经确定,而投资者是否提起针对发行人的司法索赔程序,是投资者的权利,无须在法律规则上对其刻加义务。另一方面,若强制要求投资者要穷尽对发行人的救济程序,包括司法程序(一审、二审及强制执行)或破产程序,无疑将造成司法资源的极大浪费。

上述观点也得到司法实践的支持。如在(2020)浙01民初1691号“五洋债”案件中,作为被告的五洋建设以“本案代表人诉讼涉及多名原告,其中364人已向破产管理人申报债权并经法院裁定确认,故该部分原告起诉五洋建设不符合法定条件。其余原告虽未申报债权,但应先行向管理人申报债权,后只能就管理人未予确认的债权金额提起破产债权确认之诉”为由,认为应当驳回原告起诉。对此,杭州市中级人民法院认为应当区分处理,对已就债券违约事实向仲裁机构申请仲裁并获得生效裁决或已就债券违约损失向五洋建设破产管理人

\*谭媚,泰和泰(深圳)律师事务所律师,曾在摩根士丹利(Morgan Stanley)等投行和金融公司供职多年,专注于金融领域投融资法律事务、企业合规以及商事争议解决等。

\*方培思,泰和泰(深圳)律师事务所合伙人,长期专注民商事争议解决、证券领域民刑交叉等疑难复杂纠纷案件。

\*黄晓俊,泰和泰(深圳)律师事务所实习人员,在校期间参加德国马丁路德大学交换项目、课题论文“人工智能时代隐私保护的困境与出路”获市级奖项。

<sup>①</sup>参见杨洋.债券市场虚假陈述问题与治理对策探析[J].西南金融,2020,No.463(02):49-56



申报债权并获得确认的原告，予以驳回起诉；就未包含在前述范围的原告，认为应在本案中就其损失赔偿予以确认。

**(三) 谁还应当承担投资者的损失？**

发行人作为债券的发行主体，当然地对债券的兑付承担还本付息的责任。但发行人通常难以承担还本付息的责任，如仅能要求发行人承担责任，众多投资者的损失难以得到填补。

对此，《证券法》《新规定》等法律法规还明确了可能应当承担投资者损失的主体。具体包括：

序号	责任主体	请求权基础
1	发行人的控股股东、实际控制人	证券法第 84、85 条《新规定》第 20 条
2	发行人的董事、监事、高级管理人员	证券法第 84、85 条
3	保荐机构、承销机构及其主要责任人员	证券法第 85 条
4	律师事务所、会计师事务所、资信评级机构、资产评估机构、财务顾问等证券服务机构	《新规定》第 18 条
5	因提供信息不符合真实、准确、完整的要求，导致信息披露义务人披露的相关信息存在虚假陈述的公司重大资产重组的交易对方	《新规定》第 21 条
6	配合发行人财务造假的供应商、客户以及为发行人提供服务的金融机构等	《新规定》第 22 条

**(四) 主管机构应如何确定？**

1. 发行人是否为共同被告所产生的管辖权争议

若虚假陈述侵权民事赔偿案件的共同被告中包含了发行人，则依据《新规定》第 3 条、《代表人诉讼规定》第 2 条等规定，通常由发行人住所地的中级法院或专门法院管辖。但若共同被告中没有包括发行人，则地域管辖应如何确定？

针对该问题，存在如下的法律规则：

序号	文件名称	具体内容
1	《旧规定》(2003 年)	第 9 条：投资人对多个被告提起证券民事赔偿诉讼的，按下列原则确定管辖： (一) 由发行人或者上市公司所在地有管辖权的中级人民法院管辖。但有本规定第十条第二款规定的情形（未追加发行人或上市公司为被告，不由发行人或者上市公司所在地的法院管辖）除外。 (二) 对发行人或者上市公司以外的虚假陈述行为人提起的诉讼，由被告所在地有管辖权的中级人民法院管辖。 (三) 仅以自然人为被告提起的诉讼，由被告所在地有管辖权的中级人民法院管辖。
2	《代表人诉讼规定》(2020 年)	第 2 条：证券纠纷代表人诉讼案件，由省、自治区、直辖市人民政府所在的市、计划单列市和经济特区中级人民法院或者专门人民法院管辖。 对多个被告提起的诉讼，由发行人住所地有管辖权的中级人民法院或者专门人民法院管辖；对发行人以外的主体提起的诉讼，由被告住所地有管辖权的中级人民法院或者专门人民法院管辖。 特别代表人诉讼案件，由涉诉证券集中交易的证券交易所、国务院批准的其他全国性证券交易场所所在地的中级人民法院或者专门人民法院管辖。
3	《纪要》(2020 年)	第 11 条：欺诈发行和虚假陈述案件的管辖。债券持有人、债券投资者以发行人、债券承销机构、债券服务机构等为被告提起的要求承担欺诈发行、虚假陈述民事责任的侵权纠纷案件，由省、直辖市、自治区人民政府所在的市、计划单列市和经济特区中级人民法院管辖。 多个被告中有发行人的，由发行人住所地有管辖权的人民法院管辖。
4	《新规定》(2022 年)	第 3 条：证券虚假陈述侵权民事赔偿案件，由发行人住所地的省、自治区、直辖市人民政府所在的市、计划单列市和经济特区中级人民法院或者专门人民法院管辖。《最高人民法院关于证券纠纷代表人诉讼若干问题的规定》等对管辖另有规定的，从其规定。

上述规则存在新法与旧法、一般法与特别法的冲突，基于冲突解决的法理，可以得出如下结论：

(1) 若证券虚假陈述侵权民事赔偿案件为个别投资者的诉讼，而非代表人诉讼，则由发行人住所地的中级法院或专门法院管辖。

(2) 若涉及代表人诉讼，则区分了“有发行人为

共同被告”和“没有发行人为被告”两种情形：“有发行人为共同被告”的，由发行人住所地的中级法院或专门法院管辖；“没有发行人为被告”的，则由被告住所地的中级法院或专门法院管辖。

(3) 若代表人诉讼中，涉及到特别代表人，<sup>②</sup>则由相应的交易所的所在地中级法院或专门法院管辖。

如在 (2022) 辽民辖终 65 号案中，投资者仅起诉中介机构，未将发行人列为共同被告。对此，辽宁省高级人民法院认为，“证券虚假陈述侵权民事赔偿案件，由发行人住所地的省、自治区、直辖市人民政府所在的市、计划单列市和经济特区中级人民法院或者专门人民法院管辖。根据上述规定，该类纠纷应以发行人住所地的有管辖权的法院管辖为基本原则，《最高人民法院关于证券纠纷代表人诉讼若干问题的规定》适用于代表人诉讼，本案并非代表人诉讼，故不适用证券纠纷代表人诉讼有关管辖的规定。上诉人提出的《全国法院审理债券纠纷案件座谈会纪要》第 11 条规定，不属于《最高人民法院关于审理证券市场虚假陈述侵权民事赔偿案件的若干规定》第三条第一款规定的特殊情形。因此，原审法院作为发行人住所地的省政府所在市中级人民法院，对本案有权管辖”。

**(五) 投资者可以主张多少损失金额？**

1. 损失范围及计算标准

《新规定》第 25 条规定，信息披露义务人在证券市场承担民事赔偿责任的范围，以原告因虚假陈述而实际发生的损失为限。原告实际损失包括投资差额损失、投资差额损失部分的佣金和印花税。

就上述损失具体应如何计算，《新规定》第 26-28 条仅针对集中竞价的股票做了具体的细化，但该规则是否能适用在债券上，则存在争议。

就债券的损失计算标准，《纪要》第 22 条对此专门进行了明确规定：

时间	本金	利息
起诉日之前已经卖出债券	购买该债券所支付的加权平均价格 - 持有该债券期间收取的本金 - 卖出该债券的加权平均价格的差额计算	实际损失确定之日至实际清偿之日止的利息 利息在 2019 年 8 月 19 日之前，按同期同类贷款基准利率计算；在 2019 年 8 月 20 日之后，按 (LPR) 标准计算
在起诉时虽然持有债券，但在一审判决作出前已经卖出	到期本金	债券约定利息 + 逾期利息 逾期利息由法院确定合理的利率赔偿标准
一审判决作出前仍然持有该债券的		

2. 各主体的损失承担范围

在上述损失计算的基础上，各主体应承担多大范围的责任？

由于债券虚假陈述侵权纠纷案件通常涉及多个主体

共同实施虚假陈述行为，为了防止因“一刀切”所带来的利益失衡，通常是依据各方的过错程度来分配各方的责任。对此，《证券法》第 85 条、第 163 条和《新规定》第 20-23 条等法律法规规定，当发行人的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员和其他直接责任人员、保荐人、承销的证券公司及其直接责任人员与信息披露义务人存在共同侵权行为，且其主观为故意时，应当对发行人承担连带责任；如上述人员系因重大过失导致共同侵权的，应当按照原因力程度，区分责任承担范围。

具体而言，《新规定》第 13 条将债券虚假陈述侵权纠纷中行为人的过错，表述为故意和重大过失，排除了一般过失和轻微过失，并且采用了过错推定的认定方式，要求各责任主体对其履行“勤勉尽责义务”予以证明。

就发行人董监高和其他直接责任人员而言，《新规定》要求其工作岗位和职责、在信息披露资料的形成和发布等活动中所起的作用、取得和了解相关信息的渠道、为核验相关信息所采取的措施等实际情况综合判断。

就独立董事而言，《新规定》鼓励独立董事发挥其应有的监督作用，对其勤勉义务的要求，低于发行人董监高和其他直接责任人员。独立董事可以通过证明其借助专业人士帮助仍未能发现虚假陈述、发生虚假陈述后向交易所和监管部门报告、在独立意见中对虚假陈述事项发表非赞同意见等情形下，证明其已经履行勤勉尽责义务。

就保荐承销机构而言，《新规定》根据信息披露虚假陈述事项是否有专业意见支持，对勤勉义务程度予以区分。在有专业意见支持的情况下，应当审慎核查并调查、复核以产生合理信赖；相反则应当采取审慎尽职调查并作独立判断。

就证券服务机构而言，信息披露违法事项非其专业领域的，其应当满足一般注意义务，相反则应当经过审慎核查和必要的调查、复核，排除职业怀疑并形成合理信赖。

如在 (2020) 浙 01 民初 1691 号“五洋债”案件中，杭州市中级人民法院认为“发行人的法定代表人在明知公司存在虚假陈述行为，并积极推进公司债券发行的情况下，未能证明不存在过错”，法定代表人应当对公司承担连带赔偿责任。同时中介机构违反审慎核查义务，且认为自己不存在过错的抗辩意见依据不足，由此要求中介机构承担连带赔偿责任。

②《证券法》第 95 条明确了特别代表人是指国务院证券监督管理机构的规定设立的投资者保护机构。

# 对赌协议效力的裁判趋势探析

○周斐斐\* 广东星辰律师事务所

近十年来，关于对赌交易，一方面金融监管规则不停地推陈出新，另一方面，在对赌交易纠纷裁判中，各级法院关于对赌协议的效力认定也呈现阶段性的变化。本文将从对赌协议的法律涵义入手，梳理近年来对赌协议效力认定的主要裁判规则，在此基础上对裁判规则的演变规律和趋势进行总结和分析。

## 一、对赌协议的涵义

对赌协议又称估值调整协议/估值调整机制 (Valuation Adjustment Mechanism)，是由股权投资参与的参与方设计的一种估值调整的交易安排。对赌协议是投资方与融资方在达成股权性融资协议时，由于投融资双方的信息不对称，特别是投资方溢价融资的情况下，为避免交易双方对目标公司未来发展及股权价值判断的偏差，以及减少投资方的监督代理成本而设计的包含了股权回购、金钱补偿等对未来目标公司的估值进行调整的协议。<sup>①</sup>对赌协议完美结合了“股”和“债”的各自优势，其法律涵义揭示了对赌当事人、对赌成因及对赌的履行方式。

### (一) 对赌当事人

对赌机制中，投资方（个人及/或投资机构）为一方，融资方（一般为目标公司的股东、实际控制人及/或目标公司）为另一方。司法实践中，对于目标公司的

股东/实际控制人与投资方之间的对赌，以及目标公司与投资方之间的对赌，存在不同的裁判规则。

### (二) 对赌成因

对赌的成因主要是投融资双方信息不对称、公司发展和股权价值判断的不确定性及投融资双方在代理成本上的利益分歧。

在股权性融资需求关系中，投融资双方在目标公司估值上天然地存在分歧的可能。融资方具有抬高目标公司估值从而以转让/增发更低的股权比例获取更多的融资款（即溢价）的动因。投资方从降低控制风险的角度考虑，也会尽量压低目标公司估值，从而期望以更少的资金获取更高的股权占比及投资收益。

又因投资方一般不直接参与目标公司的日常经营管理、持股比例较低等原因，无法在签署投资协议时就全面掌握目标公司的业务和财务信息，亦不能或难以对目标公司过多参与决策和履行持续监督工作。此情形下，为了保护处于信息弱势地位的投资方利益，对赌机制应运而生。

### (三) 对赌的履行方式

对赌协议中，对赌双方通常会约定，当对赌条件成就时，触发股权回购或金钱补偿等对赌履行结果。实践中，对赌条件一般包括财务业绩、上市时间、非财务业绩、

股东变化、股权变化及其他融资方的违约行为。对赌条件成就时，对赌履行方式一般包括以下两种具体形式：

1. 由融资方以预先设定的回购款或依据预先设定的回购款计算方法计算得出的回购款，回购投资方的股权。
2. 要求融资方以预先设定的补偿款/补偿股或依据预先设定的计算方法计算得出的补偿款/补偿股，对投

资方进行现金补偿或股份补偿。

## 二、对赌协议效力认定的典型案例

司法实践中，关于对赌协议效力认定问题经历了阶段性的变化。笔者选取部分具有代表性的案例进行了梳理。详见下表：

终裁时间	代表性案例	裁 决 要 旨
2012.11.7	海富案 终审案号：最高人民法院（2012）民提字第11号	一审：业绩补偿条款违反《中华人民共和国中外合资经营企业法》和《公司法》的强制性规定，损害了公司及公司债权人的利益，约定无效。 二审：业绩补偿条款违反了投资领域风险共担的原则，使得海富公司作为投资者不论世恒公司经营业绩如何，均能取得约定收益而不承担任何风险，属明股实债，违反金融法规，约定无效。 再审：与目标公司对赌损害了公司利益和公司债权人利益，应为无效。但是与目标公司的股东对赌不损害公司及公司债权人的利益，不违反法律法规禁止性规定，应为有效。
2017.9.29	明朝勇、贵阳市工业投资（集团）有限公司证券交易合同纠纷案（2017）最高法民终492号	案涉投资人与上市公司股东之间的关于股票售出后的保底收益及超额收益补偿条款有效，原因如下： 1) 不针对不特定多数人所作，不属于公开劝诱形式。 2) 补偿承诺并不损害公司及债权人利益，没有明显增加债券市场风险、破坏债券市场稳定性，不违反法律、行政法规的禁止性规定。 3) 《证券发行与承销管理办法》为证监会发布的部门规章，不属于合同无效事由中的“法律、行政法规”范畴。
2019.4.3	华工案 终审案号：江苏省高级人民法院（2019）苏民再62号案	一审：投资人与目标公司的股权回购约定因违反《公司法》禁止性规定且违背公司资本维持和法人独立财产原则而无效。 二审：维持一审判决。 再审：目标公司在履行法定程序后回购本公司股份，不违反《公司法》的强制性规定，亦不会损害公司股东及债权人利益，不构成对公司资本维持原则的违反。案涉股权回购条款不存在合同无效的法定事由，且具备实际履行可能的，与目标公司之间的股份回购对赌协议认定有效。
2020.12.14	芒果传媒有限公司、中南红文化集团股份有限公司合同纠纷（2020）最高法民终1161号	投资人与上市公司股东之间的关于股票售出后保底收益差额补足的定增保底条款不违反法律、行政法规的强制性规定，应当认定为有效： 1) 《证券发行与承销管理办法》第十七条限定的行为主体是发行人和承销商及相关人员，本案保底义务人为发行人的股东，不能适用该规定来判断案涉合同的效力。 2) 根据法不溯及既往的原则，2020年2月14日修正的《上市公司非公开发行股票实施细则》第二十九条对案涉定增保底条款效力的认定不具有追溯力。
2021.9.30	芜湖德豪投资有限公司、王冬雷等证券交易合同纠纷案（2021）最高法民申4805号	投资人与上市公司股东之间关于的定增保底条款违反法律、行政法规的强制性规定，应当认定为有效： 1) 不违反《中华人民共和国信托法》第三十四条、《中华人民共和国证券法》第五条的强制性规定。 2) 《上市公司非公开发行股票实施细则》第二十九条属于部门规章，违反规章不直接导致合同无效。且无证据证明《合作协议》损害了上市公司其他股东的利益和社会公共利益、明显扰乱金融安全市场秩序。案涉定增保底条款被认定有效。
2022年	南京高科新浚诉房某某、梁某某等上市公司股份回购合同纠纷案（2021）沪民终745号	投资人和上市公司股东、实际控制人签订的与股票市值挂钩的回购条款应认定无效。 案涉《修订合伙人协议》实质上是投资人与上市公司股东、实际控制人签订了直接与二级市场短期内股票交易市值挂钩的回购条款，不仅变相架空了证券法禁售期的限制规定，更是对二级市场投资人的不公平对待，有操纵股票价格的风险，扰乱证券市场秩序，属于《民法典》第一百五十三条违反公序良俗之情形，应认定无效。

\*周斐斐，广东星辰律师事务所律师，系深圳市涉外律师新锐人才，执业领域为诉讼与仲裁、常法顾问、ESG合规、私募基金与股权投资及涉外法律服务。

①参见法〔2019〕254号《全国法院民商事审判工作会议纪要》。



2022.12.27	赵占锁等与马彦明等合同纠纷 终审案号：(2022)京民终330号	<p>一审：对赌的股权回购义务将使得公司股份结构发生变动，存在产生股份权属争议甚至引发纠纷的可能，与《非上市公司公众公司监督管理办法》及《全国中小企业股份转让系统挂牌条件适用基本标准指引（试行）》中关于公司股权明晰的要求相悖。但前述依据属于部门规章，不属于法律以及行政法规的效力性强制性规定。在无其他合同无效事由的前提下，案涉对赌协议有效。</p> <p>二审：为符合挂牌过程中的行政审批要求，涉案当事人以“抽屉协议”的形式隐瞒了案涉对赌协议的存在。在目标公司成功挂牌后，投资人又以被隐瞒的对赌协议为依据，要求目标公司的股东履行回购义务。这一系列行为违反了《证券法》《非上市公司公众公司监督管理办法》的相关规定，存在违反涉及金融安全、市场秩序、国家宏观政策等公序良俗之情形，约定无效。</p>
------------	-------------------------------------	--

### 三、对赌协议效力的裁判规律和趋势

基于上述典型案例的梳理，笔者就对赌协议的裁判规律和趋势总结如下。

#### （一）司法实践始终是在合同无效之法定事由的法律框架下评价对赌协议效力

纵观不同阶段的典型案例，我们可以看到对赌协议的效力始终是在民法体系中关于合同无效的法律框架下来认定的。与“合同无效的法定事由”有关的具体法律依据即《全国法院民商事审判工作会议纪要》（下称《九民纪要》）第30条和第31条及《中华人民共和国民法典》第一百五十三条。<sup>②</sup>

在上述合同无效的法定事由的法律框架下，司法实践中，原被告双方对于案涉对赌协议是否违反“法律、行政法规的效力性强制性规定”，是否违反“公序良俗”，这两个问题的争议尤多。

#### （二）趋势一：从“效力管控”到“履行规制”的裁判思路转变

被称为对赌第一案的“海富案”，在一审、二审和再审三个审级中，对于案涉业绩补偿条款的法律效力给出了截然不同的裁决结果。这也一定程度上反映出当时的司法实践对于对赌条款效力认定还处于摸索阶段。2012年，最高院在“海富案”的再审判决中确立了“与目标公司的股东对赌有效，与目标公司对赌无效”这一裁判思路。此后司法实践中的对赌协议效力认定也都遵循了这一裁判规则，多从对赌义务人的角度来进行对赌协议效力的判断。该情形在2019年“华工案”中得到了新的突破。

江苏省高院于2019年4月在“华工案”终审判

决中认为：不存在合同无效的法定事由，且具备实际履行可能的，与目标公司之间的股份回购对赌协议，应认定有效。“华工案”与《九民纪要》关于对赌协议的规定趋于一致，即不再单以“对赌义务人为目标公司”这一因素直接认定对赌协议效力。

《九民纪要》第5条：投资方与目标公司订立的“对赌协议”在不存在法定无效事由的情况下，目标公司仅以存在股权回购或者金钱补偿约定为由，主张“对赌协议”无效的，人民法院不予支持，但投资方主张实际履行的，人民法院应当审查是否符合公司法关于“股东不得抽逃出资”及股份回购的强制性规定，判决是否支持其诉讼请求。

《九民纪要》第5条区分了对赌协议效力和对赌协议履行的问题。在效力认定层面，如无其他法定无效事由的情况下，与目标公司的对赌也应认定有效。但实际履行对赌结果将违反《公司法》关于资本维持的强制性规定的，法院不予支持。《九民纪要》实际上将对赌协议效力的司法认定从“效力管控”转向了“履行规制”。

#### （三）趋势二：金融规章和“公序良俗”将占据越来越重要的地位

1. 早期司法实践对违反金融规章的对赌无效抗辩理由倾向于不予采纳

在早期的案例中，我们可以看出，对赌义务人辩称对赌条款因违反金融规章而无效，法院对前述抗辩意见倾向于不予采信，主要有两个具体理由：

（1）金融规章不属于“法律、行政法规的效力性强制性规定”，违反规章仅是行政不合规的事由，不属于导致合同无效的法定事由，不应认定对赌协议无

效。类似案例如：（2017）最高法民终492号明朝勇、贵阳市工业投资（集团）有限公司证券交易合同纠纷案、（2021）最高法民申4805号芜湖德豪投资有限公司、王冬雷等证券交易合同纠纷案以及（2021）京02民初169号赵占锁等与马彦明等合同纠纷案。

（2）金融规章更新非常频繁，加之法律制定和适用的滞后性以及“法不溯及既往”原则，导致了新出台的规章在司法实践中往往无从适用的尴尬境地。绝大部分对赌纠纷进入诉讼阶段时适用的金融规章与对赌协议签订之时适用的金融监管规章相比，已经发生很大改变，有部分案件法院就以“法不溯及既往”原则，而对纷争中的协议效力认定不适用审判时的新法。类似案例如：（2020）最高法民终1161号芒果传媒有限公司、中南红文化集团股份有限公司合同纠纷。

#### 2. 金融规章和“公序良俗”在近期案例中被作为司法认定的判断依据

2023年1月10日，最高人民法院公布的2022年全国法院十大商事案件中的（2021）沪民终745号案<sup>③</sup>和（2022）京民终330号案中，法院即在认定涉案协议违反金融监管规定的基础上，进一步认定协议违反了公序良俗，从而认定协议无效。至此，对赌协议效力的司法认定开启了认定违反金融规章，综合审查法益后认定违反“公序良俗”，并进一步认定对赌协议无效的新阶段。

#### 3. 金融规章和“公序良俗”的具体适用

《九民纪要》和《民法典》为金融规章和“公序良俗”的法律适用提供了明文依据。在《九民纪要》之前，“公序良俗”更多是作为一个民法原则，存在于法律人的思维和兜底法律条款中，法院以违反公序良俗认定合同无效的情形并不多见。《九民纪要》第31条对于违



反规章和违反公序良俗的关系进行了明析，可理解如图所示。

《九民纪要》第31条认为，如不涉及系统性的金融安全、市场秩序和国家宏观政策，即使违反了相关的规章，该民事法律行为也落入法律上的“意思自治”领域，司法实践不直接据此作出否定性的评价。反之，该民事法律行为将违反“公序良俗”，并将依据《民法典》第153条第二款的规定，进一步对该民事法律行为作出否定性的评价。

2023年1月19日，刘贵祥在全国法院金融审判工作会议的讲话中也提到了金融规章的适用问题。该讲话涉及金融规章的主要有以下两点：一是，金融规章可以作为判断是否违背公序良俗的重要依据或裁判理由，同时强调，实践中对某一金融监管规章的违反是否构成违背公序良俗产生争议，应向上级法院请示，必要时可呈报最高人民法院予以指导，由其征求有关监管部门的意见以形成共识。二是如金融监管规章的强制性规定系根据上位法授权制定，或构成为落实法律、行政法规的强制性规定而制定的具体规定，可依据《民法典》第153条第1款，认定合同条款因违反法律、行政法规的强制性规定无效。

刘贵祥以上的讲话，实质上明确了《九民纪要》第31条在金融审判领域中应如何具体适用的问题，也体现了金融审判的司法实践对于金融规章积极适用、谨慎判断的大趋势，这与笔者总结的司法认定裁判观点变动趋势完全一致。

### 四、结语

从对赌协议司法认定的裁判趋势来看，金融规章和“公序良俗”在认定对赌协议效力的考量因素中，将占据越来越重要的地位。对赌当事人在签署对赌协议时，对于该协议是否可能危及“金融安全、市场秩序、国家宏观政策”等问题应提前进行尽量严谨的法律分析和风险防控。案件中的代理律师及审判者，应当对金融规章及上位法进行深刻的理解，同时对案涉金融产品或交易模式要具有敏锐的理解力，要穿透繁杂的交易模式，进行实质上的判断，最终正确适用法律。

<sup>②</sup> 包括《中华人民共和国合同法（1999）》（现已失效）第五十二条，最高人民法院关于适用《中华人民共和国合同法》若干问题的解释（二）（现已失效）第十四条，《中华人民共和国民法总则》（现已失效）第八条。]

<sup>③</sup> 该案暂未在裁判文书网公布，具体裁决日期无法得知，推测为2022年下半年。

依《民法典》第七百零三条规定，租赁合同是出租人将租赁物交付承租人使用、收益，承租人支付租金的合同。房屋租赁合同是出租人让渡房屋使用收益权、承租人支付租金对价的合同，是有偿、双务、继续性合同，具有长期性、持续性、稳定性特点，但也容易产生拖欠租金杂费、房屋质量瑕疵、强制收回等纠纷，此类纠纷

引发的案件在当前法院和仲裁机构受理的租赁案件中占很大比例。因此，引导合同当事人在形成案件前合法合理地实施自助行为，对于及时有效保护权利、维护合同秩序、防止案件发生、减少诉讼资源浪费和成本费用负担等具有重要意义，对于深化诉源治理、完善国家和社会治理具有重要作用。

# “房屋租赁实践中的自助行为”

○钟胜荣\* 广东中安律师事务所



\*钟胜荣，广东中安律师事务所律师，系中国法学会会员，最高人民检察院民事行政检察专家咨询网专家，深圳市政协立法协商咨询专家，深圳市律师协会房地产法律专业委员会委员，擅长房地产、合同、担保、劳动争议、法律顾问等领域。

## 一、民法上“自助行为”概述

自助行为，系指为保护自己的合法权益对于他人的自由或财产施于约束、控制或毁损的行为。自助行为制度属于“私力救济”的一种，是对“公力救济”的重要补充，它与正当防卫、紧急避险一样都具有“阻却违法性”特征，共同构成了对私权的自我保护体系。对于此制度存在的原因及意义，史尚宽指出是“盖以请求政府之保护，由起诉以至于强制执行完毕，为甚长，易失时机，即假扣押处分，有时亦嫌过迟，难期有效，故特许自助行为，以补其不足”。<sup>①</sup>自助行为针对的标的种类包括两种，一是针对他人的人身自由，如生效判决确定的债权人在街上遇到债务人，遂将其扭住并拨打法院执行局电话请求实施拘留；商场发现某顾客偷窃商品，遂将其控制并报警；又如酒楼顾客用餐后未结账欲强行离开，服务员将其扣留；二是针对他人的财产，如出租车乘客到目的地后未付车费而欲强行逃离，司机遂扣住其行李箱。

在德国、瑞士、英国、泰国等国家和我国台湾地区，法律早有支持自助行为的明文规定。我国大陆立法对自助行为制度一直持谨慎态度，此前《民法通则》《合同法》《民法总则》等基本民事法律均未明文规定自助行为制度，与自助行为最为接近的是“留置权”。随着社会经济的发展，司法实践出现实施自助行为得到法院支持的案例，越来越多的学者赞同法律对此制度作出规定，2021年1月1日施行的《民法典》终于有所回应。《民法典》第一千一百七十七条规定：“合法权益受到侵害，情况紧迫且不能及时获得国家机关保护，不立即采取措施将使其合法权益受到难以弥补的损害的，受害人可以在保护自己合法权益的必要范围内采取扣留侵权人的财物等合理措施；但是，应当立即请求有关国家机关处理。受害人采取的措施不当造成他人损害的，应当承担侵权责任”，从而在法律上正式确认了自助行为制度。

前述规定中的“合法权益”应理解为既包括物权、人格权等绝对权，也包括合法债权等相对权；同理，前述规定中自助行为所指对象“侵权人”应包括侵害前述各类合法权益的行为人。

关于适用自助行为的条件及实施时应注意事项，通

说认为须符合以下条件：须有不法侵害（包括刑事、民事法律等法律禁止的行为）状态存在，为保护自己（而非他人）的合法权益（此点与正当防卫不同，正当防卫保护的可以是他人合法权益或社会公共利益），情况紧急来不及请求公力救济，须不超过必要限度，须及时请求国家机关处置，不违反法律或公序良俗。<sup>②</sup>

## 二、房屋租赁实践中“自助行为”的外延及常见种类

本文所称的“房屋”既包括常见的独栋的房屋，也包括商业市场上常见的分割商铺（俗称“内铺”）。在外延上，我们认为基于租赁纠纷的复杂性及维护合法权益需要，应对自助行为作扩大解释，即不仅限于对“他人的自由或财产施于约束、控制或毁损的行为”，还可包括停止房屋或附属设施使用、对他人名誉商誉施加压力、对他财产予拍卖变卖、债务抵销、行使履行抗辩权、强行收回房屋等行为。在类别上，以实施主体为区分标准，自助行为分为两大类，即出租人自助行为和承租人自助行为。基于前述外延扩大解释及区分标准，两类行为具体包括以下种类：

### （一）出租人“自助行为”常见种类

出租人实施自助行为的原因通常是承租人拖欠款项（含租金及水电费、管理费、网络通讯费等杂费），实施目的一般是为了追索欠款。此行为常见的有以下几种：

一是停水停电。水、电是房屋的重要附属设施，是实现正常使用目的的重要保障，故此等措施可对承租人形成一定压力。二是在房屋门头、商场大门等显著位置张贴催缴欠款通知，或在商场租户微信群中发布前述通知。通知形式包括催款通知和律师函，此形式会对该承租人产生信誉质疑的压力。三是更换门锁禁止承租人使用，即将房屋大门的门锁予以更换或增加一副门锁，这样承租人根本无法再使用房屋。四是扣留代收的承租人营业收入并从中直接扣除欠款。在商场内铺的租赁实践中，有的租赁合同会约定租金与承租人的营业收入挂钩，采取“保底租金+营业收入一定比例”的模式，承租人的营业收入由出租人代收（顾客直接到商场设置的收银

<sup>①</sup>参见史尚宽著：《民法总论》，中国政法大学出版社2000年3月第1版，第757页。

<sup>②</sup>参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国民法典侵权责任编理解与适用》，人民法院出版社2020年7月第1版，第127-129页。

台支付价款)，每月一结，扣除租金后剩余营业收入款交由承租人支配。在承租人经营状况不佳、营业收入连续不足以支付保底租金时，出租人就会从后续的营业收入中直接扣除欠款直至扣足为止。此行为的性质属于《民法典》第五百六十八条规定的抵销权。五是禁止承租人搬离屋内物品（如不向管理处开具放行条），即间接扣留物品。六是承租人遗留物品异地放置或拍卖变卖并以所得价款抵扣欠款。七是承租人欠租达到约定条件或法定条件时提前解除合同、强行收回房屋。在《民法典》第五百六十二条规定的约定解除权成就或第五百六十三条规定的法定解除权成就时（最常见的是承租人拖欠租金、杂费达到一定期限或一定金额，触发解除权），出租人依第五百六十五条规定通知承租人解除合同、交还房屋，在承租人拒不交还或舍弃房屋时强行收回，以防止损失扩大。

#### （二）承租人“自助行为”常见种类

承租人实施自助行为的原因通常是认为房屋无法正常使用时，实施目的一般是为了迫使出租人采取补救措施保障其正常使用收益。此行为常见的有以下几种：

一是房屋不符合安全等根本使用条件时停止支付租金。依《民法典》第七百三十一条规定，出租人须确保租赁物不得危及承租人的安全或健康，故房屋出现不符合安全条件（如出现严重裂缝，被鉴定为危房）时，承租人停止支付租金，待房屋修复符合安全条件后再继续支付租金。二是在房屋或附属设施出现瑕疵、出租人修复前停止支付租金。在出现房屋墙壁渗水漏水、空调无法使用、水管堵塞而出租人尚未修复等情形时（因承租人原因导致的除外），承租人停止支付租金。三是在第三人对出租房屋提出权利异议或主张时停止支付租金。四是在出租人或第三人妨害出租房屋正常使用时停止支付租金，如第三人以自己系真正权利人或出租人欠其款项等为由，强行进住房屋，要求承租人将租金支付给自己，承租人遂停止支付租金。五是租赁合同期限届满或因出租人原因提前终止，出租人经济状况恶化有可能丧失退还租赁押金或预付租金能力时，承租人采取自救措施如将房屋内家私电器变卖，以抵销债务。

从上可见，承租人了解到的出租人财产仅限于租赁房屋，而承租人又无法对房屋采取拍卖变卖等措施，故承租人一般仅能实施变卖房屋内家私电器的积极行为，

或停止支付租金以迫使出租人履行某些义务的消极行为，后者在很大程度上包含了行使履行抗辩权的因素。

### 三、房屋租赁实践中常见“自助行为”的合法性分析及注意事项

#### （一）合法性分析

房屋租赁合同是私法领域的商事合同，故应最大限度地遵从合同约定，无约定的则应遵从法律规定精神及公序良俗，所以，探究自助行为的合法性应遵守以下原则：

第一，以合同约定为基础，有约定的一般认定为合法。“契约即法”乃现代法治的重要原则，民事行为人在为自己利益行事、订立合同时是最明智、最谨慎的，合约条款也是经其深思熟虑、权衡再三后才接受的，故应尽量尊重合同约定、贯彻意思自治原则。如考虑到实践中承租人拖欠一定款项后“跑路”的情况时有发生，多数租赁合同特别是商业综合体的租赁合同中通常会约定此情况下出租方可强行收回房屋、变卖承租人遗留物品抵偿欠款，如果有此类约定，出租方行使前述权利的合法性是不存疑问的。

第二，合同未明确约定，但实施此行为不违反法律规定精神或公序良俗的，亦应支持。《民法典》第八条规定：“民事主体从事民事活动，不得违反法律，不得违背公序良俗”。比如，租赁合同未明确约定承租人拖欠一定金额以上款项时出租人可更换门锁禁止承租人使用或提前终止合同收回房屋，虽然法律未对此作出明文规定，但笔者认为此时出租人可催告承租人在合理期限内履行义务，如果仍未履行，则表明承租人的履约能力及诚信水平已严重下降，信赖基础已丧失，出租人仍可行使前述权利，此举符合《民法典》第五百六十三条第一款第（三）项规定的法定解除权原则，应予支持。

#### （二）注意事项

由于自助行为会立即明显地对另一方造成影响，租赁双方实施自助行为应遵循审慎、合理原则，注意以下事项：

第一，尽量在合同中事先约定行使的前提及行使的方式。如前所述，合同约定是行使权利的最重要基础，双方磋商订立合同时也应提前考虑将来可能发生的违约或不利情况，进而作出条款安排。

第二，守约方实施自助行为前，应向违约方进行必

要的催告及警示。如租赁合同已约定承租人拖欠一定金额以上款项时出租人提前终止合同收回房屋、变卖遗留物品，当该前提条件成就时，出租人应向承租人发出解除合同通知，要求承租人在合理期限（一般为3-5天）清空房内物品、完好交还房屋及附属设施，在承租人仍不履行前述义务时，出租人才实施前述自助行为。

第三，实施自助行为时尽善意、谨慎之职责，避免损害违约方合法权益。如出租人变卖承租人遗留物品时，应将物品变卖给有资质的二手物品回收店，不宜变卖给某个人，避免造成故意贱卖物品的口实；出租人催缴欠款时，不应在房屋或承租人泼洒脏物，或对承租人及其家人工作人员进行人格侮辱或殴打，或毁损承租人物品。

第四，保留证据，尽量邀请第三方见证。如出租人收回房屋、清点整理物品时应采取拍照、录像等方式保留证据，并尽可能地邀请第三方（如社区工作站、物业管理处人员）到场见证，这样一旦将来承租人提出出租人故意隐匿、毁损其物品，出租人可以据此作出抗辩。

第五，实施自助行为的程度应与对方违约行为的损害程度保持基本一致，在对方纠正违约行为或提供足够担保时，应停止自助行为。如房屋出现轻微渗水漏水、空调无法使用、水管堵塞等非严重影响使用情形时，由于使用房屋的基本目的仍可实现，故此时承租人无权停付全部租金，而只能停付部分租金，至于将来具体可减付多少租金，由双方协商，协商不成时再交由法律途径解决。

### 四、房屋租赁实践中实施“自助行为”的意义

第一，有利于权利人高效维护自己合法权益。权利人实施自助行为后，违约方立即可感受到不利后果，在其有能力有诚意继续履行合同的情况下，其会立即纠正违约行为、作出弥补，寻求权利人的谅解，此时权利人无需借助后续的诉讼仲裁程序即可很快实现权益。

第二，有利于迅速有力压制违约行为。权利人实施自助行为后，违约方迫于压力迅速纠正违约行为，此举可使违约方明显认识到“不可能从违约中获利”，在内心形成对规则和法律的敬畏，在后续履行中不敢再作出违约行为。特别是商业综合体租赁实践中，承租人众多，出租人对某个承租人实施自助行为后，会产生重大示范

效应，督促其他有违约倾向的承租人诚实履约。

第三，有利于弘扬诚信和正义精神，促进合同尽快恢复履行，稳定交易秩序。诉讼仲裁程序有周期长、成本费用高的特点，纠纷进入法律程序后，将使当事人的合同权利义务处于不确定状态，当事人的心态和交易秩序亦无法稳定。而守约方是行使权利的最便捷者，实施自助行为可迅速压制违约、修复“创伤”，快速恢复合同履行和稳定交易秩序。

第四，有利于支持当事人自行解决纠纷、减少进入诉讼或仲裁程序的案件数量、减轻法院和仲裁机构的案件压力。2023年4月，最高人民法院院长张军在全国法院学习贯彻全国两会精神电视电话会议上强调，必须做实诉源治理，主动融入国家治理、社会治理，不仅要办好每一起个案，更要针对个案、类案发生的原因，强化综合治理，从根本上减少案件发生。我们认为，诉源治理不应仅限于诉前联调阶段，而要进一步向前延伸，通过制度设计和具体措施，尽量把纠纷和矛盾消除在萌芽状态；而肯定、支持合法自助行为，就是这样的的重要举措，它彰显了合同和法律规定的约束力和威慑力，能强化当事人的规则意识和敬畏意识，有效地压制违约行为，迫使违约方尽快纠正违约，回到合同正常履行的轨道上，从而形成“防火墙”，防止纠纷矛盾扩大、发展到必须依靠国家司法体制解决的层面。

### 五、结语

《民法典》虽然将第一千一百七十七条自助行为的规定置于第七编“侵权责任编”中，但我们认为该规定的原则不应仅适用于侵权法领域，还应适用于合同法等领域。自助行为虽然可能存在不当过度行使权利、损害他人权益的问题，但不能因噎废食，而要着重于完善规制，一方面，最高法院可制定司法解释细化实施自助行为的基本原则、适用情形、注意事项，设定行使权利的合理边界和违法责任，对于违法实施自助行为的责任应界定为侵权责任，并适用过错责任归责原则；另一方面，法院和仲裁机构在裁判中也应坚持正义原则，站在法理情融合的角度，理直气壮地支持合法合理的自助行为，发挥生效裁判的示范作用。我们相信，自助行为制度的完善和落地，将会对权利保护、交易秩序维护、社会风气净化、国家和社会治理体系完善等起到重要作用。

被继承人配偶在与被继承人婚姻关系存续期间取得的有限责任公司股权，在没有特别约定的情况下，属于夫妻共同财产。本文对登记在被继承人配偶名下有限责任公司股权的法定继承方式进行深入探讨，对《民法典》中婚姻家庭编、继承编及《公司法》中对于夫妻共有股权分割及股权继承等法律结合司法实践进行研究并提出如何继承的观点。

### 一、实务中的判例情况

判例一：被继承人林某与其配偶孙某婚内名下各自登记了某公司 37%、44% 的股权，法院认为根据工商登记信息视为夫妻二人已对公司股份作出约定，故林某持有的 37% 公司股权属于个人所有，由各继承人依法继承。<sup>①</sup>

判例二：被继承人韩某与其配偶杨某婚内各占某公

司 25%、15% 公司股权，双方共占股 40%，法院认为其中一半即 20% 股权属于被继承人韩某个人所有，由各继承人依法继承。<sup>②</sup>

判例三：被继承人郑某的配偶郑 2 婚内持有某教育咨询有限公司 100% 股权，法院认为某教育咨询有限公司系夫妻关系存续期间设立，公司经营收益及股权应为夫妻共同财产，继承人郑 1、郑 3 有权继承被继承人对公司股权享有的共同共有的权利。<sup>③</sup>

判例四：被继承人李某的配偶李 5 婚内持有某销售服务有限公司 40% 股权，剩余 60% 由某实业发展有限公司持有。法院认为某销售服务有限公司的股权 40% 登记在被继承人的配偶李 5 名下，被继承人李某不是该公司的股东，依法不具有该公司股东资格，根据《中华人民共和国公司法》的规定，只有具有合法股东身份的自然股东死亡后，才发生股权继承。且李 5 反对分割该公司股权。故驳回李 1、李 2、李 3、李 4 及李 6 要求分割某销售服务有限公司被告李 5 持有的 20% 股权份额的诉讼请求。<sup>④</sup>

从这四个法定继承纠纷案件的判决结果来看，股权登记在被继承人名下和登记在被继承人配偶名下的处理方式大相径庭，对于工商登记中夫妻双方各自登记的份额是否可视为已对夫妻财产作出了约定，不同法官也有不同的看法。

对于法定继承纠纷案件，一般来说需要确定两个问题，一是确定继承人，二是确定遗产范围。对于登记在被继承人配偶名下的公司股权，首先需要认定是否属于或含有夫妻共同财产，如是则再对夫妻共同财产进行析产，析产确定遗产范围后再判定如何继承。而这过程无一例外都涉及到了《民法典》中婚姻家庭编、继承编及《公司法》中对于夫妻共同财产分割及股权继承等法律交叉适用问题，但各地不同的判法很容易让人无所适从，只有法律统一正确实施，才能维护司法公正及提升司法公信力，故对于婚内登记在被继承人配偶名下的有限责任公司股权能否继承、如何继承的问题值得法律执业者深思及探究。

### 二、由判例案件引发的几点思考

#### （一）登记在被继承人配偶名下的有限责任公司股权权属认定

判例一与判例二情形相似，均是夫妻二人分别持有公司部分股权，但对是否属于夫妻共同财产的认定结果是完全相反的。在公司注册时，根据相关规定，需要确定各个股东的出资额并提交相关材料。婚姻关系存续期间夫妻财产关系的约定应当采用书面形式，有观点认为夫妻双方设立公司时双方在工商登记中的股份份额就算是已经对财产作出了书面约定，应当按照登记的份额认定为各自的个人财产。虽然在公司法领域内，工商登记中股东出资额是作为对抗效力最直观、重要的外观，但是在实践中，大部分的观点还是认为在没有其他证据证明夫妻双方对公司股权进行过夫妻财产约定的情况下，该登记比例不能视为夫妻财产约定。《北京市高级人民法院民一庭关于审理婚姻家庭案件若干疑难问题的参考意见》（2016 年）第 22 条、《浙江省高级人民法院关于审理婚姻家庭案件若干问题的解答》（2016 年）第 13 条、《江苏省高级人民法院关于家事纠纷案件审理指南（婚姻家庭部分）》（2019 年）第 42 条及《深圳市中级人民法院关于婚姻家庭纠纷案件的裁判指引》（2014 年）第 24 条中均持相同意见。有学者亦如此认为，对于认定夫妻股权财产权益，以夫妻共同财产出资而形成的股权，无论登记在谁名下，蕴含的财产权益包括股权转让权、股权分红权和公司剩余财产分配权等，均属于夫妻共同共有。<sup>⑤</sup>

夫妻双方在婚内出资成为公司股东时，因工商登记要求，不得不在登记时明确各自的出资额，但对于登记的股份份额多有任意性。无论登记的出资比例是怎样的，实际上双方往往均是使用夫妻共同财产出资，婚后的经营所得也属于夫妻共同财产。夫妻中一方单独一人出资成为某公司股东亦是如此。再加上在公司经营中，单一的股东拥有足够控制公司的股份份额更有利于融资、贷款，甚至更有利于商业合作，因此实务中也更倾向于将大部分股权登记在夫妻中一人名下。因此，笔者更认同

# 被继承人配偶婚内取得的 股权继承问题

○刘亚娟\* 韦莉芳\* 梅林\* 北京市盈科（深圳）律师事务所



\*刘亚娟，北京市盈科（深圳）律师事务所律师、盈科（深圳）家族法律事务中心副主任，广东省律师协会婚姻家庭委员会委员、深圳市律师协会婚姻家庭法律专业委员会委员。

\*韦莉芳，北京市盈科（深圳）律师事务所律师、盈科（深圳）家族法律事务中心成员。

\*梅林，北京市盈科（深圳）律师事务所律师，主要研究方向为家事诉讼、公司商事法。

①参见广东省广州市中级人民法院（2020）粤 01 民终 12915 号民事判决书。

②参见北京市第二中级人民法院（2021）京 02 民终 5165 号民事判决书。

③参见浙江省衢州市中级人民法院（2020）浙 08 民终 1342 号民事判决书。

④参见辽宁省大连市中级人民法院（2019）辽 02 民终 4301 号民事判决书。

⑤参见赵玉：《夫妻股权归属及其单方处分效力的认定》，《环球法律评论》2022 年第 3 期，第 134 页。

判例二的观点，被继承人配偶婚内获得的有限责任公司股权应属于夫妻共同财产，夫妻双方持有的股权均包含有另一方的财产，而不应认定双方各自登记的股权份额为各自的个人财产。

**（二）股东是被继承人配偶，被继承人并没有直接持股，其继承人可否继承股权份额？**

判例三与判例四观点完全相反，判例三认为即便被继承人没有直接持股，继承人也可直接继承被继承人因夫妻财产共有关系而享有的份额，并享有股东资格。而判例四直接适用该条驳回了继承人的诉求，认为继承人不能继承股东资格。判例四中院认为股权既包括财产性权利，也包括身份性权利，应首先适用《公司法》规定判断该公司股权能否继承。《公司法》第75条规定自然人股东死亡后，其合法继承人可以继承股东资格，公司章程另有规定的除外。而该案中死亡的并非自然人股东，故并不适用于该条规定。法院认为基于有限公司的人合性和公司法对股权转让的限制条件，在被继承人的配偶不同意分割的情况下，不应支持继承人要求分割公司股权的诉求。如此处理从维持公司稳定经营的角度来说是有利的，但是从维护继承人的权益来讲，却值得商榷。

被继承人配偶在婚内出资成为公司股东，股权处于夫妻双方共同共有的状态，被继承人去世后，该股权就变成了被继承人配偶及其他继承人共同共有的状态，其他继承人与被继承人配偶共同享有股权的财产性权益应当是毋庸置疑的。如果因为继承人无法直接取得股东身份而不处理该部分股权，使得登记在被继承人配偶名下

的股权在被继承人配偶去世前一直无法分割，会让被继承人遗产无法及时得到处理，让除了被继承人配偶以外的其他继承人无法享有股权财产性权利。在现实中该部分没有处理的股权往往处于谁控制谁获利的状态。其他继承人不仅无法参与公司的经营管理，甚至即便公司盈利，其他继承人也因为不具有股东身份而难以了解公司经营情况，连分红的权利都无法保障。笔者认为，就股权的财产权属性而言，股权作为遗产是符合《民法典》婚姻家庭编及继承编的规定的，就股权的身份权属性而言，被继承人及其配偶对股权系共同共有，实际上被继承人相当于隐名股东，被继承人去世相当于股东去世，故登记在被继承人配偶名下的公司股权，在继承纠纷案件中依旧可以处理，只是在处理时，要兼顾平衡公司股权人合性及财产性之间的关系。

**（三）在继承案件中夫妻共同财产析产时，应适用《民法典》继承编的规定还是应按照《民法典》婚姻家庭编解释一的规定进行处理？**

在继承纠纷案件中，在分割夫妻共同共有的股权份时，是应当仅适用《民法典》第1153条第一款<sup>⑥</sup>的规定直接析出一半为被继承人遗产并判定继承，还是应当先适用《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（一）》（下称《〈民法典〉婚姻家庭编解释一》）第73条<sup>⑦</sup>、第75条<sup>⑧</sup>的规定来分割，然后再继承？

股权既包含财产性权利，也包含了人身性权利。虽然《〈民法典〉婚姻家庭编解释一》第73条的前提是在审理离婚案件时，但该条立法目的正是为了平衡有限

责任公司特有的人合性和资合性两大特性之间存在的矛盾，并且在继承案件中对夫妻共同财产的析产往往也是遵循离婚案件中同样的规则。在继承纠纷中，股权继承亦会导致股权份额的分割，所分的份数甚至会比离婚分割更多，加入公司的人少则两三个、多则甚至会超过有限责任公司股东人数上限，产生的影响更甚于离婚股权分割，而因股权继承产生纠纷导致公司经营困难、停摆甚至解散的例子并不少见。故笔者认为，不能没有任何条件直接将股权仅作为一项财产性权利判定各继承人可获得股东资格，但是也不能完全不顾继承人的权利完全不处理被继承人配偶名下的股权。在继承纠纷案件中，因夫妻一方死亡而丧失共有基础的情况下，被继承人配偶名下的股权继承应参照《公司法》第75条及《〈民法典〉婚姻家庭编解释一》第73条、第75条进行处理。具体可分为以下三种情况：

第一种情形，企业为被继承人配偶一人独资。则应根据《〈民法典〉婚姻家庭编解释一》第75条的规定，征询被继承人配偶的意见，若被继承人配偶主张经营该企业的，应由被继承人的配偶继续经营该企业，对该企业资产进行评估后，由被继承人的配偶支付评估企业价值的一半作为析产的补偿，该部分补偿即为被继承人的遗产，然后由包括被继承人的配偶在内的所有继承人分割该遗产。在《〈民法典〉婚姻家庭编解释一》第75条中规定了未持股一方可以和持股方竞价取得股权，并向对方支付补偿。笔者认为，在继承中不宜给继承人（除被继承人配偶以外的其他继承人）竞价的权利。在离婚中之所以给未持股一方竞价的权利，究其原因应当是在实务中夫妻共有股权时未持股一方很多时候都是参与企业经营甚至是实际控制，只是因为各种原因将企业只登记在另一方的名下，在离婚财产分割时应给与其表达自己的意愿并竞价取得企业的机会，这对维持企业的稳定经营是有好处的。而对于继承人而言，其一般与企业经营本就没有关系，继承发生前也没有共有关系，虽然继承人可以从被继承人处继承财产，但是无法继承经营管理的经验，也不能代被继承人表达经营公司的意愿。

第二种情形，被继承人及其配偶都是公司股东。在这种情况下，如前所述，无论登记的股权比例如何，被继承人及配偶持有的股权都应当视作夫妻共同财产，待

继承的遗产应当是两人持股份额的一半。而无论依何种比例对夫妻共有的股权进行析产，被继承人名下都有部分登记的股权可以直接按《公司法》的规定继承。如果公司章程没有特别规定，继承人可以依据《公司法》第75条取得股东资格。这种情况下除了被继承人配偶以外的其他继承人依法也可以成为股东，无需其他股东同意。故而所有的继承人（包括被继承人的配偶）一同分割被继承人和配偶持股数量之和的一半，并且所有继承人都可以依法将继承的股权登记在自己名下。

第三种情形，被继承人直接持股，被继承人的配偶和其他股东持有公司的股权。该种情形下，被继承人的配偶持有的股权是夫妻共同财产，其中有部分是被继承人的遗产。在分割方式上，笔者认为应当参照《〈民法典〉婚姻家庭编解释一》第73条的规定分割夫妻共同财产，由继承人就转让份额和转让价格等事项进行协商，如果其他股东行使优先购买权的，则转让收入作为遗产分割，如果其他股东不行使优先购买权的，则继承人可以取得股东资格。当然，如果继承人之间达成一致，由被继承人的配偶继续持有全部共有的股权，并向其他继承人支付补偿款，也可以按照该方式继承，并且按照该方式继承时由于股东身份没有任何变化，并不需要取得其他股东的同意。

### 三、结论

在婚内登记于被继承人配偶名下的股权继承问题，不仅涉及到夫妻共同财产分割问题，还涉及继承及股权转让问题，这就牵涉到了多部门法律的价值平衡，故在处理任一环节时，不能仅考虑单一部门法规定，需要结合考虑适用，以期平衡各方价值要求达到最好的处理效果。故笔者提出，在分割、继承被继承人配偶名下股权时，应征询现有公司股东的同意，保障股东的优先购买权，并以转让获得的财产作为遗产分配。当其他股东放弃优先购买权时，则视为同意将公司的股东资格转让，即其他继承人享有相应的股东资格，这也亟需相关部门出台更为明确的法律适用规则，以便统一司法裁判尺度。随着经济的发展，成立公司的门槛越来越低，涉及股权分割继承的案件会越来越多，为避免陷入诉累，建议企业经营者自身也重视企业的传承规划，通过公司章程、夫妻财产协议或遗嘱等方式做好相关安排。

<sup>⑥</sup> 《民法典》第1153条夫妻共同所有的财产，除有约定的外，遗产分割时，应当先将共同所有的财产的一半分出为配偶所有，其余的为被继承人的遗产。

<sup>⑦</sup> 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（一）》第73条人民法院审理离婚案件，涉及分割夫妻共同财产中以一方名义在有限责任公司的出资额，另一方不是该公司股东的，按以下情形分别处理：

（一）夫妻双方协商一致将出资额部分或者全部转让给该股东的配偶，其他股东过半数同意，并且其他股东均明确表示放弃优先购买权的，该股东的配偶可以成为该公司股东；

（二）夫妻就出资额转让份额和转让价格等事项协商一致后，其他股东半数以上不同意转让，但愿意以同等条件购买该出资额的，人民法院可以对转让出资所得财产进行分割。其他股东半数以上不同意转让，也不愿意以同等条件购买该出资额的，视为其同意转让，该股东的配偶可以成为该公司股东。

用于证明前款规定的股东同意的证据，可以是股东会议材料，也可以是当事人通过其他合法途径取得的股东的书面声明材料。

<sup>⑧</sup> 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（一）》第75条夫妻以一方名义投资设立个人独资企业的，人民法院分割夫妻在该个人独资企业中的共同财产时，应当按照以下情形分别处理：

（一）一方主张经营该企业的，对企业资产进行评估后，由取得企业资产所有权一方给予另一方相应的补偿；

（二）双方均主张经营该企业的，在双方竞价基础上，由取得企业资产所有权的一方给予另一方相应的补偿；

（三）双方均不愿意经营该企业的，按照《中华人民共和国个人独资企业法》等有关规定办理。

# 关联协议的仲裁管辖权 应否整体判断

以一起仲裁裁决被撤销案件展开

○彭学武\* 广东盟凯律师事务所

## 一、基本案情

2011年1月6日，某某物业公司与某某设计公司签订《建设工程设计合同》，约定某某设计公司承担

ZQ市东岗联合社旧厂房“三旧”改造工程设计，同时约定了发生争议由ZQ仲裁委员会仲裁。同年2月11日，双方签订《东岗某商住小区项目补充协议》，对设计

\*彭学武，广东盟凯律师事务所副主任，担任十一届深圳市律师协会理事，广东省人民检察院人民监督员，深圳国际仲裁院、广州仲裁委、世界仲裁中心等境内外多家仲裁机构仲裁员，深圳市人大常委会立法调研基地立法专家，深圳经济特区立法研究中心特聘研究员等社会职务。

内容、付款标准、付款方式等内容做了补充约定。

2011年3月19日，某某物业公司与某某设计公司签订《协议书》，约定某某物业公司支付120万给某某设计公司，该款用于在合同签订后45天内理顺丙方（东岗一、二、三村）关系，让丙方与某某物业公司签订正式合同，以及办理好该地块的“三旧”改造手续，则该款属某某设计公司的劳务费，不用归还给某某物业公司。如在期限内某某设计公司无法理顺丙方与某某物业公司签订开发合作合同，则120万作为《建设工程设计合同》《东岗某商住小区项目补充协议》在某某设计公司的设计费中扣除。

2019年12月30日，ZQ仲裁委员会立案受理了某某物业公司与某某设计公司之间的建设工程设计合同纠纷案。某某设计公司请求裁决某某物业公司向其支付设计费共2247071.28元及违约金2415755.53元等。某某物业公司则提出反请求，认为某某设计公司没有履行《协议书》约定的理顺案涉工程项目的开发手续及交付设计文件的义务，请求某某设计公司返还120万及利息。

2020年12月30日，ZQ仲裁委员会作出（2019）Z仲案字489号裁决：某某物业公司向某某设计公司支付设计费1115518.07元及违约金1215914.7元等，驳回某某物业公司的仲裁反请求。ZQ仲裁委员会认为，某某物业公司的仲裁反请求具有居间性质，非与本案基于同一事实法律关系，且《协议书》没有仲裁条款或另有仲裁协议，故仲裁庭没有管辖权，应由某某物业公司另行起诉或双方合意达成仲裁后另行申请仲裁，从而驳回了某某物业公司的仲裁反请求。

某某物业公司向法院申请撤销该仲裁裁决。

法院认为：《协议书》虽具有居间合同的性质，但双方当事人在《协议书》明确约定如在期限内某某设计公司无法理顺丙方和某某物业公司签订开发合作

合同，则120万元作为《建设工程设计合同》《东岗某商住小区项目补充协议》在某某设计公司的设计费中扣除，即《协议书》中的120万元款项在符合约定的条件下可作为《建设工程设计合同》《东岗某商住小区项目补充协议》的设计费。仲裁裁定书认定某某物业公司应向某某设计公司支付的设计费为1115518.07元，违约金达1215914.7元，如某某物业公司的主张成立（120万元抵作设计费），则其无需向某某设计公司支付设计费和违约金。因此，《协议书》与《建设工程设计合同》《东岗某商住小区项目补充协议》密不可分，应作为一个整体予以处理，不能仅处理《建设工程设计合同》《东岗某商住小区项目补充协议》，而不处理《协议书》。ZQ仲裁委员会认为其对《协议书》没有管辖权，则其对《建设工程设计合同》《东岗某商住小区项目补充协议》也不具有管辖权。故，某某物业公司的申请符合《仲裁法》规定的可申请撤销仲裁裁决的情形，<sup>①</sup>裁定撤销ZQ仲裁委员会（2019）Z仲案字489号裁决。

## 二、律师评析

本案是申请撤销国内仲裁裁决案件，人民法院在对申请撤销仲裁裁决的案件进行司法审查时，应以《仲裁法》第58条的规定作为撤销仲裁裁决的法定事由。本案中，根据某某物业公司的主张，争议焦点为仲裁庭是否对因履行《协议书》引发的争议具有管辖权。针对这一焦点问题，本文基于现行仲裁法律法规及司法解释的相关规定，从以下三个方面进行分析：

（一）补充协议或从合同没有约定争议解决方式，是否当然应按主合同约定的方式解决争议？

通常情况下，若双方当事人没有在合同中或争议发生后约定其争议由仲裁机构解决，仲裁机构则无权对该争议予以仲裁。按照目前法律法规及司法解释的

<sup>①</sup>《中华人民共和国仲裁法》第五十八条：“当事人提出证据证明裁决有下列情形之一的，可以向仲裁委员会所在地的中级人民法院申请撤销裁决：（一）没有仲裁协议的；（二）裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁委员会无权仲裁的；（三）仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序的；（四）裁决所根据的证据是伪造的；（五）对方当事人隐瞒了足以影响公正裁决的证据的；（六）仲裁员在仲裁该案时有索贿受贿，徇私舞弊，枉法裁决行为的。人民法院经组成合议庭审查核实裁决有前款规定情形之一的，应当裁定撤销。人民法院认定该裁决违背社会公共利益的，应当裁定撤销”。

规定，主合同约定的争议解决方式并不当然扩张至补充协议或从合同。

在主从合同仲裁条款的适用问题上，司法实践中一直存在争议，不少业界同仁认为，应当根据《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》（下称《担保制度司法解释》）第二十一条第二款“债权人一并起诉债务人和担保人的，应当根据主合同确定管辖法院”之规定，确定补充协议或从合同适用仲裁管辖即可。笔者认为，这种理解完全忽略了仲裁与诉讼两者的实质区别，当事人意思自治且达成合法有效的仲裁协议，是采用仲裁方式解决争议的前提。而诉讼作为解决纠纷的手段依靠的是国家强制力，无需当事人合意，亦不允许当事人随意排除。《担保制度司法解释》第二十一条第二款之规定显然是仅针对诉讼管辖，若将这一规定适用于仲裁，将可能对仲裁自愿原则造成破坏。最高人民法院在制定该司法解释时并非没有意识到或者遗漏了这一问题，其曾经尝试在司法解释的征求意见稿中对主从合同仲裁管辖条款适用问题加以规制。2004年7月，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（征求意见稿）》第七条第二款曾规定“人民法院或者仲裁委员会受理合同纠纷，当事人同时向连带责任保证人主张权利的，人民法院或者仲裁委员会可以一并审理。”但在最终出台的司法解释中却删除了该条款，之后对于主从合同的仲裁管辖条款再未提及。近期公布的《仲裁法（修订）（征求意见稿）》第二十四条规定“纠纷涉及主从合同，主合同与从合同的仲裁协议约定不一致的，以主合同的约定为准。从合同没有约定仲裁协议的，主合同的仲裁协议对从合同当事人有效。”值得探讨的是，这一笼统规定是否会在特定情况下有违当事人意思自治之嫌？

考虑到现实交易的复杂性，比如主合同约定了仲裁条款，补充协议或从合同未对争议解决方式进行约定，当纠纷出现时，当事人需要就主合同争议向仲裁机构主张权利，就从合同争议向法院主张权利，这必然增加当事人解决争议的成本，拖延争议解决时间，另有可能导致仲裁程序与诉讼程序出现互相矛盾的情

况。因此，从“纠纷一次性解决”的原则出发，仲裁协议效力在主从合同中扩张确有其现实需求。当存在主合同与补充协议或从合同的情形下，主合同仲裁协议效力的扩张取决于主合同与补充协议或从合同之间是否具有可分性。最高人民法院（2015）执申字第33号公报案例认为：“当事人在主合同中约定其争议由仲裁机构解决，对于没有约定争议解决方式的补充协议或从合同是否可适用该约定，其关键在于主合同与补充协议或从合同之间是否具有可分性。如果主从合同相互独立、可分且没有特别约定的情形下，那么其争议解决方式则应按照各自约定处理；如果补充协议或从合同是对主合同内容的补充或变更，且依附于主合同，而不能独立于主合同存在，那么，主合同所约定的争议解决条款也应适用于补充协议或从合同。”

**（二）本案三份协议是否密不可分，应否作为一个整体予以处理？**

首先，判断三份协议是否密不可分，需要根据协议签署的主体、时间、具体内容等进行综合判断。本案中，应对《建设工程设计合同》《东岗某商住小区项目补充协议》与《协议书》是否属于主合同与补充协议或从合同的关系进行分析。

“补充协议”就是通过协议的方式补充已有合同中存在的漏洞或对已有合同进行变更或补充。因此，从这个意义上来看，已有的合同与补充协议之间是主从关系。已有合同是主合同，补充协议则是从合同。通常情况下，主合同与补充协议会有时间差，主合同成立时间在前，补充合同成立时间在后。补充协议是主合同的附属合同，补充合同依附于主合同而存在，不具有独立性，这是主合同与补充协议的基本关系。本案中，《建设工程设计合同》约定了“发生争议由ZQ仲裁委员会仲裁”，《东岗某商住小区项目补充协议》系对《建设工程设计合同》中设计内容、付款标准、付款方式等内容的补充约定。《建设工程设计合同》和《东岗某商住小区项目补充协议》均系围绕建设工程项目改造设计服务事宜依次签订，都源于同一交易、同一事项，亦属于同一法律主体，且在内容上具有承接性、延续性和不可分性，完全可以认定该两份协议

的主从关系。其后，双方签订的《协议书》约定的事项并不属于建设工程设计的事项，某某物业公司与某某设计公司之间的争议属于因建设工程改造设计服务而引发的争议，但又在《协定书》中约定了额外的非属于建设工程设计的事项，而无论法院还是仲裁庭，均认定此约定属于居间合同的性质，非与本案基于同一事实法律关系。

笔者认为，《建设工程设计合同》与《协议书》具有独立且可分性，《协议书》无须依附于《建设工程设计合同》而存在。从《协议书》约定的内容来看，理顺关系与手续办理成功，则该款属某某设计公司的劳务费，不用归还给某某物业公司，而此“劳务费”确有“居间行为”的特点，而后继续附条件约定，“如在期限内某某设计公司无法理顺丙方与某某物业公司签订开发合作合同，则120万元作为《建设工程设计合同》《东岗某商住小区项目补充协议》在某某设计公司的设计费中扣除”，此部分可理解为在特定条件下该120万元将作为设计费予以抵扣。即仅是当《协议书》中约定的居间行为没有成功的情况下，劳务费可以在某某设计公司的设计费中扣除。至于《协议书》的效力、履行、争议解决等情况应当按照《协议书》约定进行处理。因此，《协议书》不能认定为《建设工程设计合同》的补充协议或从合同，《协议书》与《建设工程设计合同》并非密不可分，亦不需要作为一个整体予以判断处理。

其次，本案较为棘手的问题是在无仲裁协议的情况下，被申请人提出的抵销主张仲裁庭是否应当审理的问题。《中华人民共和国民法典》第五百六十九条规定，当事人互负债务，标的物种类、品质不相同的，经协商一致，也可以抵销。《全国法院民商事审判工作会议纪要》第43条规定，<sup>②</sup>抵销权既可以通知的方式行使，也可以提出抗辩或者提起反诉的方式行使。抵销的意思表示自到达对方时生效，抵销一经生效，

其效力溯及自抵销条件成就之时，双方互负的债务在同等数额内消灭。可见，相关法律并未要求抵销的债务应基于同一法律关系产生。本案中，《协议书》关于“劳务费可以在某某设计公司的设计费中扣除”的约定应视为双方达成了在特定条件下抵销的合意，且并非法定不得抵销的情形，故从诉讼层面而言，对该抵销的审理既有法律依据，亦有合同依据。但是，当一方当事人不同意抵销的情况下，抵销权的行使需要依据《协议书》进行实质审理，而《协议书》是否属于本案仲裁庭的审理范围尤为关键。因此，笔者倾向性认为，抵销权的行使需要对《协议书》的效力、抵销条件是否成就以及实际履行情况等问题进行实质审理，涉及《协议书》争议的管辖问题，不应属于本案仲裁庭的审理范围。

**（三）仲裁条款约定的仲裁事项范围对本案的影响**

仲裁协议应当包括仲裁事项，从本案判决书的内容来看，没有引用仲裁条款的原文，故无法确定协议中仲裁事项的范围。

对于一个理性的商人而言，一般情况下，其更多的是倾向于将其多项争议提交相同的法庭或仲裁庭进行裁判，以节约争议解决的时间与金钱成本。从国际惯例与理论上来看，对仲裁条款或仲裁协议的解读倾向于“仲裁推定有效”。笔者认为，若仲裁条款系概括性条款，如“凡因本合同引发或与本合同相关的任何争议，均应提交某某仲裁机构仲裁”，又如在有主合同和从合同或补充协议的情形下，除变更或补充的条款外，对于其他条款概况表述为“以主合同约定为准”，那么只要从合同或补充协议争议与主合同有关联，在没有相反意思表示的情形下，从合同或补充协议中的此种表述已经表明当事人之间达成了仲裁概括性的合意，纠纷发生时可以引用主合同中的仲裁条款；若仲裁条款仅为特定事项的仲裁条款，如表述为“因本合同引发的争议，应提交某某仲裁机构仲裁”，那么，其无法当然推定双方就从合同、补充协议或相关协议已经达成仲裁的合意。

<sup>②</sup>最高人民法院《全国法院民商事审判工作会议纪要》第43条：“抵销权既可以通知的方式行使，也可以提出抗辩或者提起反诉的方式行使。抵销的意思表示自到达对方时生效，抵销一经生效，其效力溯及自抵销条件成就之时，双方互负的债务在同等数额内消灭。双方互负的债务数额，是截至抵销条件成就之时各自负有的包括主债务、利息、违约金、赔偿金等在内的全部债务数额。行使抵销权一方享有的债权不足以抵销全部债务数额，当事人对抵销顺序又没有特别约定的，应当根据实现债权的费用、利息、主债务的顺序进行抵销”。

# 从微博不正当竞争案看 数据抓取行为的 司法认定规则

○王琼花\* 广东知恒律师事务所

## 一、案情概要

湖南某软件股份有限公司（下称“某软件公司”）与北京微梦创科网络技术有限公司（下称“微梦创科公司”）不正当竞争纠纷案[（2019）京73民终3789号]，微梦创科公司系新浪微博的运营方，既是网络用户提供基于用户关系的社交媒体平台，也是向第三方应用软件提供接口的开放平台。某软件公司通过运营的网页版鹰击系统和安卓手机端鹰击应用为其用户提供微博数据服务，具体包括获取、存储、展示和分析微博平台数据，并形成数据分析报告。微梦创科公司认为，某软件公司通过非法手段擅自获取、存储、展示和使用微博平台数据的行为构成不正当竞争，故诉至法院，要求某软件公司立即停止涉案不正当竞争行为。某软件公司辩称，鹰击系统系工具而未主动抓取微博平台数据，所抓取的数据系微博平台前端数据，且系通过网络爬虫技术实现抓取而未破坏微博平台技术保护措施等。

法院经审理认为，微博平台数据可以分为公开和非公开数据，对于公开数据，可以通过网络爬虫等自动化程序获取并进行二次利用，对于非公开数据，只有在采取合法正当手段的情况下方可获取。本案中，在双方当事人不存在合作关系，且不能证明采用的技术手段具备合法正当性的情况下，能够合理推定某软件公司利用了技术手段破坏或绕开了微梦创科公司所设定的访问权限，从而获取微博平台非公开数据。某软件公司获取、存储、展示和使用微博平台数据的行为，干扰了微博平台的正常运行，给微梦创科公司增加了经营成本，并影响微梦创科公司对外授权并获得相关收益，构成《反不正当竞争法》第十二条规定的不正当竞争行为。据此，法院判决上诉人承担停止不正当竞争行为。

互联网行业的竞争是数据的竞争，利用网络爬虫

采集公开信息是企业数据的重要来源。相关数据显示，50%以上的互联网流量其实都是爬虫贡献的；对于某些热门网页，爬虫的访问量甚至占据了总访问量的90%以上。<sup>①</sup>爬虫技术能够实现高效的数据汇集与收取，虽然网络爬虫已广泛应用，但绝不能无限制使用，在以数据为核心竞争资源的互联网时代，海量数据意味着竞争优势，于是大量的反爬虫技术和措施开始被应用，最常见的反爬虫手段之一是 robots 协议。

本文以上述案件作为出发点，结合实务中该类案件其他判例，归纳梳理数据抓取行为的司法认定规则。

## 二、认识 Robots 协议

数据的“抓取”主要通过网络爬虫技术实现，也就是爬虫抓取，简称“爬取”。爬虫技术的应用性极强，能够打破信息交流壁垒，为用户提供海量的目标信息资源。例如，搜索引擎获取信息的关键性技术之一就是网络爬虫。<sup>②</sup>

为了规范网络爬虫行为，荷兰软件工程师马蒂恩·科斯特（Martijn Koster）于1994年2月起草了网络爬虫的规范——Robots 协议。Robots 协议全称网络爬虫排除标准（Robots Exclusion Protocol），又称爬虫协议、机器人协议，实质上是了解决爬取方和被爬取方之间通过计算机程序完成关于爬取的意愿沟通而产生的一种机制。<sup>③</sup>我国《互联网搜索引擎服务自律公约》<sup>④</sup>第七条第二款规定，机器人协议（robots 协议）是指互联网站所有者使用 robots.txt 文件，向网络机器人<sup>⑤</sup>（Web robots）给出网站指令的协议。

## 三、Robots 协议的法律界定

Robots 协议即网站所有者在网站根目录下设置的

①张莉：《数据治理与数据安全》，人民邮电出版社，2019年版，第4.4章。

②李慧敏，孙佳亮：论爬虫抓取数据行为的法律边界，《电子知识产权》，2018年第12期。

③张莉：《数据治理与数据安全》，人民邮电出版社，2019年版，第4.4章。

④中国互联网协会发布，效力级别为行业规定。

⑤网络机器人也叫网络游客、爬虫程序、蜘蛛程序，是自动爬行网络的程序。

\*王琼花，广东知恒律师事务所合伙人，兼任深圳市律师协会著作权法律专业委员会秘书长，专注于知识产权（刑事和民事）、企业合规、公司法律顾问、民商事争议解决等领域法律事务。

robots.txt 文件，目的在于告诉网络爬虫哪些页面可以抓取，哪些页面不能抓取。Robots 协议是一个未经标准组织备案的非官方标准，虽然名为“协议”，但并非真正意义上的协议，不受任何官方机构保护，不具有强制性，相当于一个“君子约定”。Robots 协议并非不受法律保护，因为 Robots 协议是国际互联网界通行和公认的道德规范。<sup>⑥</sup>

在我国，互联网协会发布的《互联网搜索引擎服务自律公约》将 Robots 协议界定为“国际通行的行业惯例与商业规则”。而作为同行业之间的约定，《互联网搜索引擎服务自律公约》已经成为行业规范被纳入法官的视野，在与 Robots 协议有关的纠纷中成为判定是否构成侵权或者不正当竞争的依据。我国《反不正当竞争法》第二条第二款规定：“经营者在生产经营活动中，应当遵循自愿、平等、公平、诚信的原则，遵守法律和商业道德。”《北京市高级人民法院关于涉及网络知识产权案件的审理指南》第三十四条也有相应的规定：

“对公认的商业道德进行认定时，可以综合参考下列内容：……（2）行业协会或者自律组织根据行业特点、竞争需求所制定的从业规范或者自律公约。”

故，违反 robots 协议行为可能被认定为不正当竞争行为，将受到我国《反不正当竞争法》的规制。需要说明的是，并非所有违反 robots 协议的行为均可被认定为是不正当竞争行为，如联合抵制、区别对待等垄断行为等。

#### 四、爬取数据行为的不正当性司法判定规则

《反不正当竞争法》第十二条规定，经营者利用网络从事生产经营活动，应当遵守本法的各项规定。经营者不得利用技术手段，通过影响用户选择或者其他方式，实施妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或服务正常运行的行为。数据抓取行为并不天然具有违法性，对其合法与否的价值评价通常来源于该行为所触及权益

的保护或损害。被抓取数据的公开性、原始性、授权情况、来源合法性等是在进行行为正当性评价时常产生争议的因素。

#### （一）利用技术手段破坏或绕过访问权限爬取非公开数据具有不正当性

从平衡经营者利益与公共利益的角度出发，互联网数据分为“公开数据”和“非公开数据”。未设定访问权限的数据，一般属于向公众公开的数据；通过登录规则或其他措施设置了访问权限的数据，则应属于非公开数据。当获取“非公开数据”时，只能利用技术手段破坏或者绕过访问权限，而此种行为显然具有不正当性。而判断抓取“公开数据”的行为是否具有正当性，关键是要看其抓取数据的手段是否合法正当。是否为公开数据在一定程度上直接决定了抓取行为的正当与否。非公开信息数据通常涉及个人隐私、商业秘密、国家安全机密等，其“非公开”的本质意味着数据持有者对该数据的“不开放”态度，非经数据持有者同意或授权的抓取行为具有当然的不正当性。<sup>⑦</sup>例如，在本案中，法院认为在对被诉行为性质进行判断之前，有必要对微博平台数据的类型进行一定区分和界定。虽双方均使用“前端数据”和“后端数据”之概念区分微博平台数据，但基于双方对该两类数据的理解和定义存在较大差异，且从技术角度看，使用前述概念区分微博平台数据或可能存在范围重叠之情形，或可能出现分类不严谨之问题。本院认为，从规范层面看，将微博平台数据做公开和非公开数据之区分更能体现法律意义。对于某技术公司未设定访问权限的数据，应属某技术公司已经在微博平台中向公众公开的数据；对于某技术公司通过登录规则或其他措施设置了访问权限的数据，则应属微博平台中的非公开数据。某软件公司擅自抓取的行为是否构成不正当竞争，关键在于判断其所抓取的数据是微博平台公开数据或非公开数据。

法院认定某软件公司在未经允许的情况下抓取的微

博平台数据包括某技术公司已设置了访问权限的非公开数据，显然只能利用技术手段破坏或绕过某技术公司所设定的访问权限，而此种行为显然具有不正当性。<sup>⑧</sup>

#### （二）爬取公开数据并非一定具有正当性

对于公开数据，某技术公司并不会阻止用户浏览、接收甚至采取合法正当的途径进行二次利用。网络爬虫等技术手段虽系自动抓取网络数据的程序或脚本，但如其遵守通用的技术规则，亦无需访问权限即可访问公开数据。因此，无论是通过用户浏览或网络爬虫获取前述微博平台的公开数据其行为本质均相同，某技术公司在无合理理由的情形下，不对通过用户浏览和网络爬虫等自动化程序获取数据的行为进行区别性对待。但笔者认为，不能一刀切认为公开数据可被任意获取。例如，在新浪诉超级饭团一案中 [(2017)京 0108 民初 24512 号]，北京市海淀区人民法院认为，如果他人抓取网络平台中的公开数据之行为手段并非正当，则其抓取行为本身及后续使用行为亦难谓正当；如果他人抓取网络平台中的公开数据之行为手段系正当，则需要结合涉案数据数量是否足够多、规模是否足够大进而具有数据价值，以及被控侵权人后续使用行为是否造成对被抓取数据的平台的实质性替代等其他因素，对抓取公开数据的行为正当性做进一步判断。

#### （三）破解加密算法的爬取行为具有不正当性

在“酷米客”和“车来了”不正当竞争纠纷一案 [(2017)粤 03 民初 822 号] 中，被告承认通过破解加密算法抓取原告涉案数据，深圳市中级人民法院认为，获取数据的方式须以不违背该软件著作权人意志的合法方式获取，即应当通过下载“酷米客”手机 APP 或者登录谷米公司网站等方式来查询，而非未经许可，利用网络爬虫技术进入谷米公司的服务器后台的方式非法获取，故被告以原告谷米公司的数据可自由访问来证明其获取方式合法性的主张不能成立。<sup>⑨</sup>可见，行为人通过破解加密算法的数据爬取行为具有不正当性。

#### （四）未经授权的爬取行为具有不正当性

一方面，“授权”包括签订数据获取协议等明示授权，还包括默示授权。例如，数据抓取者在写有 Robots 协议的网站爬取数据的过程中没有收到禁止访问提示，则视为获得了抓取授权。另一方面，“授权”不仅包括数据平台授权，还包括用户授权，尤其是在爬取涉及用户个人信息的数据时，是否获得用户授权是抓取行为正当性评价的重要依据之一。<sup>⑩</sup>在新浪诉脉脉案中，脉脉在没有获得微博平台授权、也未经脉脉未注册用户许可的情况下抓取新浪微博用户的职业信息、教育信息。法院最终判定抓取非脉脉用户信息的行为具有不正当性，同时确立了针对公开用户数据的抓取需依照“用户授权+平台授权+用户授权”的三重授权原则。三重授权原则实质是对现行法的基本原则“非经同意不得使用”的解读，即如《网络安全法》第四十一条所规定的：网络运营者收集、使用个人信息，应当遵循合法、正当、必要的原则，公开收集、使用规则，明示收集、使用信息的目的、方式和范围，并经被收集者同意。网络运营者不得收集与其提供的服务无关的个人信息，不得违反法律、行政法规的规定和双方的约定收集、使用个人信息，并应当依照法律、行政法规的规定和与用户的约定，处理其保存的个人信息。



<sup>⑥</sup>刘继峰、王俊林：《竞争法：规则与案例》第一辑，法律出版社，2016 版，第一章。

<sup>⑦</sup>刘继峰，张雅：《反不正当竞争法视角下数据抓取行为违法性的认定》，《西北工业大学学报（社会科学版）》，2021 年第 4 期。

<sup>⑧</sup>（2019）京 73 民终 3789 号民事判决书。

<sup>⑨</sup>（2017）粤 03 民初 822 号民事判决书。

<sup>⑩</sup>刘继峰，张雅：《反不正当竞争法视角下数据抓取行为违法性的认定》《西北工业大学学报（社会科学版）》，2021 年第 4 期。

人们常说，人生除了柴米油盐的苟且，还有诗和远方。你的诗和远方是什么？也许是农村的田园风光，也许是海边的别墅，也许是一次说走就走的旅行。我的诗和远方，是法律援助。

### 艰难险阻去往“一见则喜”之地

谢通门，藏语意为“一见则喜”，相传莲花生大师到此地后满意地笑了，因此得名。谢通门县属单一民族——藏族聚居的地区，县城的海拔就有4000米，乡村的海拔更是高达6000多米，常年寒冷少雨，气候干燥，环境恶劣的状况可想而知。

环境越是恶劣，越需要人去坚守。为响应习近平总书记和司法部解决西藏无律师县问题的号召，北京大成律师事务所决定于2022年7月在西藏日喀则市谢通门县设立北京大成（谢通门）律师事务所，并招募大成的自愿律师进藏工作，年龄已达54岁、律师执业已经23年的我第一时间报了名。欢送会上，深圳市律师协会张斌会长和福田区司法局王显军局长，嘱咐我进藏工作一定要注意人身安全，把福田区先进的公共法律服务做法和深圳律师的良好形象带到藏区，为藏区群众做好各项法律服务。

2022年的7月，新冠疫情还在深圳肆虐，为避免感染新冠病毒我尽量减少外出次数、放弃了自己每周

一次的踢球活动、封存自己的汽车，准备按司法部确定的援藏人员8月上旬的到岗时间进藏工作。

当我订好了8月10日去日喀则的机票后突然接到了谢通门县司法局翁文波局长半夜发来的信息：杨律师，西藏突发新冠疫情，日喀则已经封城，司法厅通知所有未进藏人员全部暂缓进藏，待疫情好转后再进藏。2022年11月，当日喀则疫情稍微好转后我获准进藏，但还要进行8天的隔离才能出来工作。

隔离期间有多难受现在想想都还难受。我从可以说是零海拔，空气湿度百分之八九十的深圳过去，而西藏日喀则市谢通门县县城的海拔是4000米、空气湿度不到百分之十，缺氧让我头疼、头晕、失眠，最可怕的是空气干燥得让人心烦气躁，坐卧不宁，零下十几度的温度，也不敢开电暖器，开了空气更加干燥，加湿器作用甚微，鼻孔里每天都满是血痂。

### 援藏工作既平常又不平常

由于疫情原因，谢通门县的检察机关因为疫情积压了大量需要办理认罪认罚见证、需要刑事援助辩护的案件。隔离还没有结束，谢通门县检察院听说来了援藏律师，迫不及待联系我做认罪认罚见证。因为疫情原因，其中一个需要进行律师认罪认罚见证的合同诈骗案件已经等了好长时间了。由于还在隔离期，就

通过手机视频连线看守所，与被告人及办案检察官进行会见、交谈，就这样在谢通门办理了首单认罪认罚见证案件。

隔离结束后，我每天坚守在司法局公共法律服务中心值班。接待群众法律咨询，为有需要的群众代写诉状等法律文书，调解婚姻家庭纠纷，办理值班律师认罪认罚案件便成了我的援藏日常工作。

在西藏处理案件，同内地有太多的不同，可以说是有一种和谐只有在西藏才能见到。进藏不久，有一天正在公共法律服务大厅值班，来了一男一女两个藏族群众，女的看起来像有孕在身，两人都听不懂普通话。我赶紧叫来了司法局的调解员帮我翻译，女的对我说，她要把户口迁到这个男人家里，要跟这个男人结婚。我一听，这迁户口的事到公安局户政部门办理即可，不需要找律师。谁知她的回答真让人惊讶之余又哭笑不得。原来她已经结婚了，跟丈夫还生了三个孩子，今天跟她一起来的是她的情人，在没有跟丈夫离婚的



大成律师事务所向谢通门县中学捐赠爱心助学金

情况下已经跟情人在一起生活了很长时间，双方情深意浓，准备长相厮守，女方要把户口从丈夫家迁到情人家长久生活。

你没有听错，这是多么坦诚、多么理直气壮、多么合情合理而不合法的想法！我很严肃地告诉她，“你不但不能迁户口，你的行为甚至是重婚犯罪，如果你丈夫知道了你们两个人的关系不打架才怪。如果你真要跟情人结婚迁户口，需要先办理跟丈夫离婚的手续，等你办完离婚手续，自然可以随时把户口从丈夫家迁出。”女的问我，“离婚就可以迁户口是吗？我把我老公叫过来你能不能帮我们办？”我说，“只要你老公同意离婚，当然可以。”没想到，过了二十分钟，女的带着丈夫、情人三个人一起来到公共法律服务大厅，跟我说，“律师，我跟老公商量好了，他同意跟我离婚，三个孩子跟我生活，不用我老公出抚养费。”我在惊叹这个丈夫真够大度之余给他们写了离婚诉状、离婚协议书，三人一起高高兴兴去了法院办离婚。这是最快的方式，不需要三十天冷静期。和谐吧，不可思议的和谐，丈夫与情人面对面没有争吵，没有对骂，更没有打架，三个人有说有笑的，一起去法院办理了离婚手续。

这里的法院办事很高效，立案没那么多要求，不要求材料齐全，群众到法院立案，一切从简，提供一

# 一个54岁深圳律师的诗和远方

○杨崇新\* 北京大成（深圳）律师事务所

\* 杨崇新，北京大成（深圳）律师事务所律师，主要业务领域为刑事辩护，曾三次荣获深圳市宝安区司法行政系统先进律师荣誉称号，曾于2013年6月全程骑行川藏公路。



杨崇新律师为谢通门县 146 名村干部进行普法讲座



杨崇新律师为某部武警官兵讲授民法典新规则



杨崇新律师给群众调解民事纠纷

切便利，调解率极高。我在这里帮群众写了许多的诉状，这些案件大多到法院很快就调解了，根本不用律师代理，更不需要律师在法庭唇枪舌剑去辩论。

### 援藏，是奉献，也是获得

经过几个月的筹备，大成谢通门分所于 2023 年 3 月 16 日在西藏日喀则市谢通门县多元化调解纠纷中心挂牌对外营业，说是对外营业，其实因为经济落后的原因，这里没人愿意花钱打官司，只能做法律援助工作，我一个人承担了谢通门县公共法律服务中心的全部法律援助业务。

谢通门县的法律援助案件并不多，主要是刑事辩护全覆盖形成的援助辩护业务。民事案件主要是简单的婚姻家庭纠纷、借款纠纷、劳务合同纠纷，且大部分案件到法院后都能够调解结案，我在这里基本上没有承办到民事案件。刑事案件大部分也是比较简单的危险驾驶案占多数。这里的老百姓特别喜欢喝酒，就是家庭自酿的青稞酒，日常家宴都喝这种青稞酒，就是下地干活也会带上一大桶的青稞酒边干活边喝酒。藏民把青稞酒当饮料喝，喝完后该干活干活，想开车照常开车，所以酒驾危险驾驶案件较多。这里偶尔会发生盗窃、诈骗、故意伤害案件，绝大部分案件在检察院审查起诉阶段能够认罪认罚，犯罪嫌疑人可以因此获得从轻从宽处罚。

截至 2023 年 7 月，我已经办理检察院审查起诉阶段的犯罪嫌疑人认罪认罚律师见证业务 41 件；办理当地法院指派的法律援助案件 14 件，其中人民法院法律援助刑事辩护案件 13 件、民事法律援助案件 1 件；帮助群众代写法律文书 210 余份；为藏区各族群众提供免费法律咨询 500 余人（次）。

除了日常解答群众法律咨询、代写法律文书、办理指派援助案件外，还为当地政府及县直机关、乡镇政府提供大量的法律文件的合规性审查，并举办了多场街头法律宣传活动和《民法典》等法律讲座。

援藏，是奉献，也是获得。对西藏的心心念念、一往情深、无怨无悔，我义无反顾的来了；住在每天都不知道什么时间来水、什么时间停水的宿舍，喝着用着饱含漂白粉翻白沫的自来水，呼吸着不带口罩鼻孔就要炸裂的干燥空气，每晚都要胆战心惊听着窗外呼呼吼叫的风声，我坚持住了。每当看到法律援助中心求助的群众满意而归后我很欣慰，我在祖国最需要律师的地方给最需要律师的群众提供了法律服务，尽我所能地发挥律师的作用。我就住在谢通门县司法局备勤人员宿舍，只要群众有需要，哪怕是节假日，只要有群众来司法局咨询或者求助，我也不会改天再接待，渐渐地我也收获了群众对我的信任。我很庆幸融入了这里，自从来到谢通门，我包揽了全县的法律援助工作，也在工作中不断改进学习。

不忘初心，不负使命，让法律之花绽放在祖国最需要的地方，这就是一个 54 岁深圳律师的诗和远方。

## 浅谈律师写作

读《写出我心》有感

○谭娇玲\* 广东联建律师事务所

《深圳律师》杂志自创刊以来，为深圳律师提供了很好的专业展示平台，已然成为深圳律师业内最具影响力的行业杂志，杂志迎来第 100 期，在这个特别的日子，作为杂志的“铁杆撰稿人”，我想分享自己的写作感想，兼谈谈《写出我心》这本书对我的影响，不得不说这本书让我重新审视了写作对我的意义，激活了我的写作。

《写出我心》在美国被列入高中的经典读物，其文学地位可见一斑，这本书的英文名是《writing down the bones》，直译成中文意思是“写到骨头里”，个人认为直译更能体现出作者 Natalie 关于本书的内核观点，写到骨头里……如此坚定，并且深入。整本书的篇幅不算长，由 64 个章节组成，作者在每个章节所写的或是朴实无华的生活小事，或是简单易懂的禅修冥想，由此表达她对“写作应如何”这个命题的观点。

与其说这是一本写作教学的工具书，不如说是本引导普通人如何通过写作表达自我的哲学书。Natalie 说这本书之所以在美国名声大噪，是因为这本书 1986 年出版时，恰好赶上了大趋势，美国人开始有了表达自己的强烈需求。很多人都称 Natalie 为文学天才，但她坦言小时候也怕写作文，偶然看到一首关于煮茄子的诗，起初无比诧异，后来茅塞顿开，从此决心开始写自己知道的事，并通过写作来修行。

诚然，写作过程中难免遇到诸多阻滞，Natalie 在书中通过亲身经历进行举例说明。作为一个毫无写作天赋的素人，Natalie 在“你爱吃的一餐”这章中，建议大家在写作不顺时不妨尝试写食物，写写自己爱吃的一餐。这个建议于我而言，大有裨益。再如“原创的细节”这章，Natalie 用极短的篇幅，强调真实的原创细节对于写作的重要性，“讲出细节，它们构成写

作的基本单位”。类似章节在这本书中比比皆是，只有亲自阅读，方能感受作者用意。

为什么说《写出我心》让我重新审视了写作的意义，赋予了写作新的生命？以往写作我总是带着极强的目的性，迫切希望能从中得到名或利，读完这本书之后，我感到写作还是心灵的出口，无论喜怒哀乐都可以从中释放，可谓进入一个新世界，写作让我尽情表达自己的一切。

起初，我参考了作者在书中的建议，从自己的兴趣爱好着手，尝试写过很多与饮食有关的话题，比如：我爱吃的一餐、咖啡的魅力、面包的前世今生……写作从此逐渐渗入我的生活，通过写作记录生活和工作的点滴，捕捉自己细微的情绪，这恰好印证了 Natalie 在书中所言：“写作是一条小径，让我们得以在小径中和自己相逢、相知、相守。”

美国律师协会曾给律师定义了三大必备技能，分别是写作、演讲、检索。之所以如此肯定写作的重要性，除了写作是律师必不可少的日常工作之外，主要原因是写作能很好地帮助律师扩大自身专业影响力。

在激烈的市场竞争之下，酒香也怕巷子深，特别是青年律师，开始执业时都苦于没有案源，缺乏社会人脉。与其临渊羡鱼，不如退而结网，尝试写些与法律专业相关的文章，案例分析、办案经验、或是讨论法律问题等等，通过文章向同行和客户展示自己的专业。写文章的过程就是学习的过程，输出是最好的学习，当我还是实习律师时，曾写过《千里之行，始于“整材料”》《办案手记之仲裁案件如何高效申请财产保全》等实务类文章，还被《深圳律师》刊发，现在回头再看，文章着实青涩，但是我实实在在的写了，并且有所收获。

最后，借用 Natalie 在书中的一句话与诸君共勉：“现在就开始写吧，开始写，写到自己的骨头里。”

\*谭娇玲，广东联建律师事务所专职律师，专业领域为争议解决（诉讼/仲裁）、企业合规法律服务。



# 律师如何做时间管理？

○莫丽冰\* 广东知恒（前海）律师事务所

什么东西看不见、摸不着、留不住，但是却无比的珍贵？

——时间

如果你拥有回到过去的能力，你最想对过去的自己说什么？科技再发达，目前也没有办法让我们回到过去，若能回到过去，那现在的我们又从何而来？若不能改写过去，那我们是否还拥有着改变未来的勇气和执着？

未来并非是未知的，我们的人生轨迹也是经过自己双手去设计的。如果13年前我没有突然下定决心参加司法考试，我今天也不会成为一名律师；如果12年前我没有下定决心来深圳，今天也不一定活成自己喜欢的模样。若要对话未来的自己，我如今又该做什么努力，通往哪个方向去？

最近我看了很多关于时间管理的书籍和视频，结合我自己的感想，我也想聊聊关于时间管理的话题。

我们都说，种下一棵树最好的时间，要么是10年前，要么是现在。但是没有人告诉我们，我们应该种下怎样的一棵树，怎样养护这棵树茁壮成长，这是自己对自己拷问一辈子的问题。下文讲一下我对于时间管理的思考，供大家参考。

## 年龄优良差公式

在时间管理学上，我们首先要正视的是自己的三个年龄，分别是实际年龄、心理年龄和身体年龄。以下是我原创的年龄优良差公式：

第一种情况，时间管理中等生的公式：

心理年龄 = 实际年龄 = 身体年龄；

第二种情况，时间管理差等生的公式：

心理年龄 < 实际年龄 < 身体年龄

第三种情况，时间管理优等生的公式：

心理年龄 > 实际年龄 > 身体年龄

这里涉及到心灵和身体同时进行修行，才能达到时间管理优等生的级别。在上述公式中，我们优先要正视的是自己的实际年龄究竟是多少。计算自己的心理年龄，可以通过网上的一些网页或者软件进行测试，更好地了解自己。计算自己的身体年龄，可以通过体脂秤、医院体检进行测试。

我们做时间管理，离不开正视自己以上三个年龄，正视自己的年龄才能够正视自己，平衡自己的心态。

现在70后喜欢当80后，80后喜欢当90后，90后也以为自己00后，对于自己的实际年龄总是会出现一些错觉。正视自己的实际年龄，按照科学的方法来爱惜自己身体，比什么都重要。

关于心理年龄的成长，离不开阅历，更离不开自我修行，每日自省其身便是让自己心理年龄成长最好的方式。

## 将来视角审视术

用未来视角看待现在的自己，看看现在自己的决定和努力是否会让未来的自己不后悔？

我在10年前结婚的时候，就会叮嘱我的10人姐妹团，赶紧结婚生小孩。其实当时大家都是20多岁刚刚毕业的小女孩，她们都是我的好朋友、好闺蜜们，我总是劝她们早点结婚生小孩。在恰当的年纪，做恰当的事情，在我看来比什么都重要。

该恋爱的恋爱，该结婚生娃结婚生娃。

不管男律师还是女律师，我身边不乏工作狂，都是以工作、以事业为重的律师，都希望为中国法治社会洒热血、奉青春。但世界上有一种幸福，是任何幸福都代替不了的，那就是当爸爸妈妈的幸福。

如果我今天还没有结婚，最重要的事情只有一件，就是想尽一切办法嫁出去，注意是想尽一切办法。

女律师尤其要注意生育年龄，要重视这个问题。女性如果错过了最佳的生育年龄，就会面临很大的生育风险，产后恢复也比较难。虽然网上也有大龄女青年怀孕生子的新闻，但其实更多的是要借助让人痛苦万分的人工受孕。

俗话说，先成家后立业，但是现在更多的人选择了先立业后成家。法律事业是一辈子的事情，并不着急必须要在二三十岁的时候就出人头地。

当然，每个人的想法不一样，有些人喜欢等待，一直等到真命天子的出现才迈入婚姻的殿堂。而我想法比较简单，我20多岁的时候，就想着当我三十多岁的时候，小孩就有十岁了；当我四十多岁的时候，小孩就上大学了。这些是在我的规划之内的，并非是随机发生的。我习惯了提前安排和布局，做好长远的规划，用将来的视角审视当下的自己，再作出相应的决策。

为什么特意讲到女性生育年龄的事情呢？可能是觉得成功学的时间管理学太多了，但是幸福学的时间管理学真的不够。有一些作家时间管理做得很好，也是畅销书作家，还是一个成功的职业女性，但是真的不能盲目照做。

作为人间清醒员，我需要提醒年轻律师朋友们，花时间去谈恋爱、生小孩和照顾家庭，这不叫浪费的时间，这是必要支出的时间。

## 时间花销可视化

时间很神奇，它看不见；但是谁能看见了时间，他就掌握了时间。

有很多达人介绍如何管理时间，核心方法是要使用工具让自己的时间看得见，每年每月每周每日每时每刻，我们的时间用在哪里了？

可以随便拿个本子写日记记录，可以用网上的年计划的日记本记录，可以用手机或者电脑的软件做记录。

有一个管理时间的方法是四象限法，把时间分为

紧急且重要，紧急但不重要，重要但不紧急，不重要不紧急。不同的人给不同类型的时间划分不同的种类。但是这么分类真的有点让人摸不着头脑，真正实施起来就很难落地。

这里结合苹果系统的日历功能，介绍技术派时间管理术。张萌萌的《效率达人》，记录每个小时自己在做什么，发明了一个时间管理的日记本，我也在使用，还不错。但本子老是乱丢，我现在也找不到究竟放在哪里了。此外，小红书的一个视频介绍MAC电脑的日历使用方法，这个方法结合了科学的时间管理的思维，使时间可视化，也很不错。

我建议把时间分为以下几类：

家人陪伴，family time；工作时间，work time；学习时间，study time；好看时间，即健身、冥想、美容时间；好玩时间，旅游、游戏、看电影等时间；浪费时间，人生中总有时间要浪费的；生存时间，吃喝拉撒时间；输出时间，律师要有自己的产品输出进而产生复利效应。

律师提前做好工作计划和安排很重要，特别是重要诉讼时间节点的记录，可以说是律师入门级别的基本要求。忙碌的工作之余，千万别忘了时间留白，留下独处的时间，留下陪伴家人的时间。

苹果系统的日历还有个好处是可以直接导出来打印或者存储为PDF，这样每年每月每日每时每刻的时间，都可以清楚地记录下来，还能提前打印月规划表出来贴在办公桌附近。然后一个月结束之后，自己再根据日历表记录复盘自己的时间管理，花在玩的时间是多少、学习的时间是多少、陪伴家人的时间是多少、工作的时间是多少。

## 后语

时间管理是一门哲学问题，也是人生价值观的问题，具有极大的个体差异。因为我在律师行业，对同行观察比较多，本文主要提供年轻律师参考。在时间管理上，我们不一定非要参考成功学来做，可以参考幸福学来做。那些让我们幸福的人和事，值得我们“浪费”时间。

祝福律师朋友们有出色的工作表现以外，能够兼顾生活和家庭，做时间的朋友。

\*莫丽冰，广东知恒（前海）律师事务所律师，深圳市律师协会职务犯罪辩护专业委员会委员，专注于企业高管的刑事案件辩护、控告及法律风险防控。2022年，在“大莫刑律”公众号发表了第一本电子书独著《思辨与立场》。



# 波澜壮阔四十年 今朝奋起再扬帆

——中国首家律所成立 40 周年纪念活动暨深圳律所合伙制改革 30 周年系列活动成功启动

1983年7月，深圳成立了全国第一家律师事务所——深圳市蛇口工业区律师事务所（今广东蛇口律师事务所），标志着中国律师制度改革的开始；1993年8月，经广东省司法厅批复同意成立深圳第一家合伙制律师事务所——广东信达律师事务所，拉开了深圳律师“大下海”序幕。

今年恰逢中国首家律师事务所成立40周年，也是深圳律师事务所合伙制改革30周年，站在深圳律师事业的重要节点上，2023年8月4日下午，由深圳市司法局指导、深圳市律师协会、南山区司法局主办、广东蛇口律师事务所承办、深圳国际仲裁院特别支持的“中国首家律师事务所成立40周年纪念活动暨深圳律师事务所合伙制改革30周年系列活动启动仪式”在前海国际仲裁大厦举行，活动回溯深圳律师行业发展四十年，探讨新时代深圳中小型律师事务所高质量发展与“专精特新”之路，为深圳律师行业凝聚力量，启迪思路，砥砺前行，再创辉煌。

深圳市司法局党委书记、局长蒋小文，深圳国际仲裁院副院长安欣，律师管理工作处处长刘伟东，南山区司法局党委书记、局长冯文库，深圳市律师协会会长张斌、监事长曾常青出席活动。会议还邀请了深圳市律师协会第三届会长黄明根、第四届会长徐建、广东星辰律师事务所

创始人郭星亚、深圳市律师协会第五、六届会长李淳、广东蛇口律师事务所律师原主任魏影、广东省律师协会监事长、广东深宝律师事务所主任黄振辉，以及中国民主法制出版社《法治时代》编委会执行主任刘桂明等嘉宾。部分深圳市律师协会理事、监事、各区律工委主任、深圳市30周年律师事务所主任及实习人员代表等参加现场活动，会议线上同步直播。

## 举旗定向明思路 奋发有为谋发展

蒋小文局长代表市司法局对活动的举办表示祝贺。她指出，2023年是实施深圳律师行业“十四五”规划承前启后的关键一年，广大深圳律师要深入学习贯彻习近平总书记重要指示精神，认真落实司法部党组提出的“五点希望”，积极投身社会主义法治国家建设，以做党和人民满意的好律师为最高职业追求。她希望深圳律师在四十周年辉煌成就的基础上，加快补齐短板、加固底板、锻造长板，实现深圳律师行业的跨越赶超，为此，蒋小文局长对深圳律师行业建设发展提出三点意见：一是坚持政治引领，始终把党的领导作为行业发展的根本遵循。二是坚持改革创新，始终把打造深圳创新名片作为行业发展的重要任务。

三是坚持底线思维，始终把规范化执业作为行业发展的刚性要求。

安欣副院长代表深圳国际仲裁院对活动的举办表示祝贺，她认为深圳国际仲裁院与深圳律师事务所的壮大发展都是改革开放的成果，更是经济特区建设的产物，本次活动在前海国际仲裁大厦举办更说明仲裁院与律所缘分，预祝深圳律师行业蒸蒸日上，活动圆满成功。

广东蛇口律师事务所主任张昊欢迎各位法律界同仁参加此次活动。作为全国第一家律师事务所，蛇口所走过了辉煌的历程，它承载了整个律师行业的开端，见证了深圳律师的成长，面向未来，蛇口所不懈努力，与深圳同仁共探中小规模律师事务所高质量发展之路。

张斌会长在致辞中表示，回顾深圳律师事务所40年改革创新，每一步都饱含着深圳律师的艰辛，镌刻着深圳律师的荣光。当前正处于深圳律师行业高质量发展的重要阶段，深圳市律师协会将踔厉奋发、笃行不怠，全力推动深圳律师事业向更高质量发展。一是锚定高质量发展任务不动摇，切实推进《深圳经济特区律师条例》《深圳律师业高质量发展三年行动计划》《深圳律师行业“十四五”发展规划》等高质量发展成果发布落实；二是与时俱进全面深化行业改革，聚焦关键环节、解决主要问题，牢牢抓住“回归专业”和“行业治理”两个核心，争做中国律师制度和行业改革创新的先行军；三是以务实创新激发行业动力，引导全行业形成“谋创新就是谋发展，抓创新就是抓发展”的共识，让创新成为把握行业形势、破局行业困境的根本之策。

## 四十载薪火相传 新起点续写华章

刘伟东处长、冯文库局长、张斌会长、黄明根会长、徐建会长、郭星亚律师、李淳会长、魏影律师共同按下深圳律师事务所合伙制改革30周年系列活动“启动键”。在创新与变革的征程中深圳律师队伍日益壮大，在粤港澳大湾区、中国特色社会主义先行示范区建设中，深圳律师始终做服务社会民生的常备军、法治先行示范城市的生力军、法律服务枢纽城市的主力军与中国律师制度和行业改革创新的先行军。



回溯深圳律师行业四十年对话环节，徐建会长、郭星亚律师、李淳会长、魏影律师在嘉宾主持刘桂明带领下，共同回忆激情燃烧的岁月，分别从律师体制改革、律协自律管理机制不断完善、律师履行社会责任、从事律师事业初心分享律师行业发展中令他们感动的故事，并提出律师行业应继续推进内涵式改革、加大力度扶持青年律师成长、凝练深圳律师精神文化、聚焦律师公益项目等真知灼见，打造深圳律师特色品牌，共助深圳律师行业高质量发展。

## 锚定目标加速跑 凝心聚力向未来

张斌会长发布《深圳“专精特新”中小型律师事务所认定与培育方案》。协会将对钻研专业领域、精细服务质量、形成特色品牌、创新管理体系等方面做出成果的50人以下律所给予“专精特新”认定，并在组织、经费、宣传等方面对专精特新律所给予支持。广东蛇口律师事务所成为首家深圳特色化示范律师事务所。

广东良马律师事务所主任李良、广东海涵律师事务所主任吴小波、广东蛇口律师事务所执行主任魏锦裕、广东深宝律师事务所执行主任覃俊翔分别围绕中小型律师事务所“专业化”“精品化”“特色化”“创新化”发展之路发表主题演讲，随后，四家律所代表围绕深圳中小型律师事务所高质量发展开展圆桌对话。



## 深圳女律师突破万人

2023年7月13日，深圳市司法局举行深圳市第10000名女律师颁证仪式，深圳市司法局党委书记、局长蒋小文为深圳市第10000名女律师王永杰颁发律师执业证和纪念牌，深圳市律师协会会长张斌为其赠送律师袍。

近年来深圳女律师人数快速增长，深圳律师队伍“男多女少”的结构正在改变，截至2023年6月30日，深圳执业律师人数23011人，其中深圳女律师占全市律师总人数的44.57%，半边天的态势已经呈现，女律师已成为深圳律师行业中不可替代的中坚力量。

深圳女律师在法治建设和社会治理中发挥着不可或缺的作用，勇担重任、乐于奉献，践行着人民律师的初心，她们温柔而有力量，坚定又满怀信念，充分展现了女性在律师行业中巾帼不让须眉的风采。自2011年起，深圳女律师联合深圳市妇联组建律师志愿团，12年来，有300多名志愿律师到市妇联信访室驻点值班，持续为广大妇女群众提供法律咨询、法律援助，同时开展普法宣传，切实有效地维护妇女合法权益，为深圳志愿者之城增添了靓丽的色彩；2019年3月，在市律师行业党委的领导和组织下，深圳女律师先后成立了“深圳女律师志愿服务团”“深圳律

师妈妈团”，组织女律师前往西藏、江西等地开展扶贫助学活动，共捐资助学100余人、总金额达300多万元；截至2023年，深圳律师中有108名“两代表一委员”，其中女律师40人，她们积极投身于全面依法治国伟大实践，在围绕中心、服务大局、推动经济社会高质量发展中积极发挥专业优势和职能作用，始终坚持以更大的全局观、责任感和使命感，为社会治理体系、法治环境等建设发挥职能、传达民意，在参政议政中发挥着重要作用。



## 首届深圳青年律师执业技能大赛精彩演绎

为打造深圳青年律师执业技能竞赛品牌，大力培养和选拔高技能青年律师人才，扩大青年律师对外交流，推动深圳律师人才队伍高质量发展，历时70余天的首届深圳青年律师执业技能大赛圆满落下帷幕。经过初赛、复赛，10名选手从153名参赛人员中脱颖而出，挺进决赛。2023年7月8日上午，大赛决赛在深圳前海深港青年梦工场成功举办。

每位参赛选手进行两个环节的展示，一是主题案例分析，二是现场问答。最终，经过专业评委（占比80%）和40位大众评审现场投票（占比20%），佟昕泽获得一等奖，邓嘉雯、张回归获得二等奖，陈东、陈升杰获得三等奖，其他五名参赛者获得优秀奖。



## 首届深圳都市圈律师协会监督工作交流会成功举办

2023年6月20日，首届深圳都市圈律师协会监督工作交流会成功举办。本次交流会以“共话精准监督，助推律师行业高质量发展”为主题，由深圳市律师协会主办，东莞市律师协会、惠州市律师协会、中山市律师协会协办，并邀请了清远市律师协会、汕尾市律师协会共同参与，各地律协监事会监事长、监事、监事会委员等50余人参加会议。

当前深圳都市圈不断推进协同发展，已形成了中心引领、轴带支撑、圈层联动的发展格局。在此背景下，希望以本次交流会为契机，各地律协建立常态化的交流合作机制，共同建言献策，共同谋划法治建设和粤港澳大湾区建设，拓展粤港澳大湾区“9+2”城市法治协同的建设和机制建设，实现共同发展目标；深圳都市圈各律师协会监事会建立起

良好互通机制，通过广开思路、广纳良言、凝聚合力，不断提升监督实效，为深圳都市圈律师行业高质量发展贡献智慧与力量。四地律协监事会在会议中相互就各具特色的监督工作进行了充分交流。



## 深圳市司法局、市律协分赴青海、西藏、广西、海南四地慰问“1+1”法律援助志愿服务律师

2023年5月24日至6月1日，深圳市司法局、深圳市律师协会开展“1+1”法律援助志愿服务律师慰问活动。其中一组慰问组，由市司法局党委书记、局长蒋小文带队，市律协会长张斌等8人组成，不惧路途遥远，辗转数千里，先后前往青海及西藏，慰问志愿服务律师钟俊瑾和罗倩；二组慰问组由市司法局党委委员、市律师行业党委专职书记曹海雷带队，市律协副会长章成等8人组成，前往广西壮族自治区慰问志愿服务律师陈海航和王鸣剑；三组慰问组由市司法局二级巡视员陈郑兴、市律协副会长罗振辉等5人组成慰问组，前往海南省慰问志愿服务律师刘锦强，表达对我市“1+1”法律援助志愿服务律师的敬意及谢意，送上市司法局和市律协的慰问和关怀。

慰问组一行与服务地的司法部门、律师协会等进行交流座谈。各服务地的司法部门都充分肯定了深圳“1+1”法律援助律师尽职尽责的热忱付出，他们以高度的责任感和使命感为群众提供法律服务，积极开展法律援助、提供法律咨询、举办法律讲座、调解群体性事件，切实维护了当地困难群众的合法

权益，为当地政府依法行政与经济社会发展做出了积极贡献。慰问组与志愿服务律师，话家常、叙乡情、聊工作，就援助期间的身体状况、未来规划、生活及工作情况等进行深入了解。慰问组勉励志愿律师继续弘扬援助精神，拓展延伸法律援助服务内容，贡献法治智慧和力量。

2023-2024年度，深圳有5名“1+1”法律援助律师王鸣剑、孙玮、陈海航、冯馨莹、杨朝敏，将分赴广西崇左市天等县、新疆库尔勒市、云南邵通市大关县、宁夏石嘴山市平罗县、四川广元市青川县开展法律援助志愿服务。



## 首期深圳律师事务所行政主管、品宣人员高级培训班开班

2023年5月23-24日，深圳市律师协会开展首期深圳律师事务所行政主管、品宣人员高级培训班，共计170名学员参加培训。深圳律师协会会长张斌发表讲话表示，律所行政及品宣人员是律所的重要组成部分，充分肯定了行政及品宣人员在提升律所形象、保证律所正常运转、提高律师工作效率等方面起到的积极作用，并祝福学员学有所获，学有所知，学以致用。23日开班仪式结束后，开展了干货满满的主题授课，包括深圳市卓越律商法律文化传播有限公司总经理彭永锋分享了《活动策划与管理》，广东省企业风险管理研究会监事、福田区律所职业经理人发展研究会秘书长林晓铭分享了《管理八大工具》，深圳市法尔曼品牌顾问公司创始人张国栋分享了《法治宣传选题及报道实操技术》，数码协会会长黎明分享了《会议活动摄影小秘诀》，深圳广电集团谷得传媒视频组负责人史显昊分享了《短视频，原来如此！》。24日，培训班还开展主题为《媒体素养的养成》《如何做好办会、接待等执行工作》《如何成为律师心中的“自



己人”》的培训以及四家律师事务所行政主管、品宣人员带来的主题分享。深圳市律师协会十分注重对律所行政人员的培养，本届律协先后成立了行政主管联谊会（第三届）、品宣人员联席会（第一届）、财会人员联谊会（第一届）和合规人员联谊会（第一届），力求打造一支高效、专业、创新的行政团队，为升级行政管理服务赋能，为律所以及律师行业的发展提供强有力的支持保障。

## 2022年深圳律师实务专著正式出版发行

近日，由深圳市律师协会组织深圳律师编写的7本律师实务专著正式出版发行，深圳律协累计已出版实务专著38本。这7本专著从征稿、选题到评审、出版，历经层层把关，重重打磨，凝集了一批深圳律师专业智慧与实务经验。该批专著主要涉及知识产权、金融犯罪、企业合规、婚姻家庭、前沿产业元宇宙等领域，以案例解析、法条分析等方式，将律师实践经验有机结合，不仅能为社会公众解决问题提供专业指导与启迪，也将为法律工作者实施应用、法学工作机构开展立法研究提供借鉴与参考。



中通外直 / 梁展鹏

该作品系广东方典律师事务所梁展鹏所书，荣获中共深圳市律师行业委员会、深圳市律师协会主办的“盛世华章，丹心颂党”庆七一书法、摄影比赛一等奖。



翰墨付梓，有人守候

感谢辛苦付出的作者、审校者和编辑，

让我们行进在正确的道路上！