



总第 102 期

102

2023 年 | 第 4 期 |

深圳市律师协会主办

(粤 B) L017010071

SHENZHEN LAWYERS

深圳律师

非常视线 专业见解

凝心筑梦卅五载 高质发展创未来

深圳市律师业发展历程回顾

律师事务所的改革方向

预重整——庭外重组与司法重整的桥梁

购房人“断供”时开发商有无合同解除权探讨

独立保函开立主体性质的法律实务研究

我在社区担任法律顾问这三年

深圳市律师协会 成立 35 周年表彰名单

2023 年 12 月 29 日，深圳市律师协会成立 35 周年纪念大会圆满举行。会上共表彰 32 名行业奉献奖、19 家优秀律师事务所、21 名优秀专业律师、35 名优秀公益律师、32 篇优秀论文和 5 名律师服务之星。^①他们是深圳律师行业 35 年积淀的代表，为行业树立立范。

一、深圳市律师协会成立 35 周年之优秀律师事务所（按律所名称拼音排序）

北京大成（深圳）律师事务所
北京德和衡（深圳）律师事务所
北京德恒（深圳）律师事务所
北京市金杜（深圳）律师事务所
北京市隆安（深圳）律师事务所
广东宝城律师事务所
广东晟典律师事务所
广东广和律师事务所
广东海涵律师事务所
广东华商律师事务所
广东嘉得信律师事务所
广东金地律师事务所
广东深宝律师事务所
广东信达律师事务所
广东星辰律师事务所
广东中熙律师事务所
广东卓建律师事务所
国浩律师（深圳）事务所
泰和泰（深圳）律师事务所

二、深圳市律师协会成立 35 周年之优秀专业律师（按姓氏笔画排序）

丁义平 北京大成（深圳）律师事务所
王志强 北京市盈科（深圳）律师事务所
王劲松 广东华商律师事务所
冯 东 北京市中伦（深圳）律师事务所
任忠孙 广东卓建律师事务所
刘平凡 广东际唐律师事务所

刘南筠 广东中熙（龙华）律师事务所
李 魏 北京市盈科（深圳）律师事务所
李建华 北京德恒（深圳）律师事务所
张 弛 北京市隆安（深圳）律师事务所
张方硕 广东广和律师事务所
陈妙财 广东华商律师事务所
邵卫国 泰和泰（深圳）律师事务所
钟刚强 广东晟典律师事务所
郭璇玲 上海市锦天城（深圳）律师事务所
黄 辉 广东盛唐律师事务所
崔 军 北京德恒（深圳）律师事务所
彭 湃 广东卓建律师事务所
曾凡新 北京大成（深圳）律师事务所
谢湘辉 国浩律师（深圳）事务所
谭仲莹 广东君言律师事务所

三、深圳市律师协会成立 35 周年之优秀公益律师（按姓氏笔画排序）

冯馨莹 北京市京师（深圳）律师事务所
刘雪坛 广东军地律师事务所
刘锦强 广东商达（龙岗）律师事务所
孙 玮 广东德博惟度律师事务所
李 艳 广东启通律师事务所
李荣花 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
杨朝敏 北京市盈科（深圳）律师事务所

吴荣凯 上海市锦天城（深圳）律师事务所
张 平 广东田合田律师事务所
陈 健 广东诚公律师事务所
陈小龙 广东深展律师事务所
陈文丁 北京市盈科（深圳）律师事务所
陈东银 北京德恒（深圳）律师事务所
陈宏辉 广东众诚律师事务所
陈海航 广东琨坤律师事务所
范国伟 广东朗道律师事务所
林志灿 广东琨坤律师事务所
林其山 泰和泰（深圳）律师事务所
罗 倩 广东广和律师事务所
金 峰 广东深大地律师事务所
赵 杰 广州铁路公安局深圳公安处
赵志良 北京中银（深圳）律师事务所
树宏玲 广东圣马律师事务所
钟俊瑾 北京市京师（深圳）律师事务所
钟胜荣 广东中安律师事务所
徐奕琪 广东淳锋律师事务所
唐文胜 广东国台律师事务所
唐勤华 广东生龙律师事务所
黄庆春 广东君瑞律师事务所
蔡诗爽 广东卓建律师事务所
魏耀红 广东博伦律师事务所

四、深圳市律师协会成立 35 周年之行业奉献奖（按姓氏笔画排序）

于秀峰 北京德恒（深圳）律师事务所
王丽娜 广东瑞霆律师事务所

（下转封三）

2024 新年贺词

冬寒将尽，春归有期。在这辞旧迎新的美好时刻，深圳市律师协会向全市律师、实习人员与律所辅助人员，向长期关心支持深圳律师事业发展的社会各界人士，致以衷心感谢和新年祝福！

回首 2023，深圳律师亲历了党和国家具有里程碑意义的大事。在法治中国建设的伟大征程上，我们深入学习贯彻习近平总书记关于“努力做党和人民满意的好律师”重要指示批示精神，认真落实司法部党组“五点希望”，以做党和人民满意的好律师为最高职业追求，在推进中国式现代化建设中建功立业！2023 年，我们迎来了新中国第一家律师事务所——深圳蛇口工业区律师事务所成立 40 周年，迎来了深圳市律师协会成立 35 周年，迎来了深圳律师事务所合伙制度改革 30 周年，这一年深圳律师业喜事连连。

2023 年，深圳律师始终擦亮与党同心同向的政治本色。我们始终坚持“第一议题”制度，带头上好政治学习“第一课”；把深入学习贯彻习近平新时代中国特色社会主义思想主题教育作为行业党建工作的首要政治任务，让习近平法治思想在深圳律师行业落地生根；不断优化行业党建工作机制，不断拓展党建工作平台，不断夯实党建工作基础，努力把新时代律师行业党的建设不断向纵深推进。

2023 年，深圳律师始终站稳人民律师的根本立场。我们整合 7 支超万人的律师志愿者队伍，努力为群众办实事；创新建立“5+N”公益法律服务模式，推动公益法律服务高质量发展；举办首届公益法律服务产品大赛，打造共建共治共享的公益法律生态圈；上线会员公益服务系统，以数智技术驱动法律公益长效化。

2023 年，深圳律师始终以高质量法律服务保障先行示范区高质量发展。首届深圳律师业创新合作论坛成功举办，80 个专业委凝心推出 970 项法律服务产品、21 份业务操作指引，回归专业见实效，以高标准的专业产出投入到更具全球影响力的现代化国际大都市的建设中；构建精准适配的现代化法律服务体系，产业法律服务团助力“20+8”集群发展，全力服务先行示范区中心大局工作。

2023 年，深圳律师行业高质量发展不断取得新成效。在市司法局的支持下，我们“2+2+N”高质量发展路径成

果显著，坚持立法推动，《深圳经济特区律师条例》已列入市人大立法预备项目；《深圳市律师业高质量发展三年行动计划》的出台，为深圳律师行业高质量发展注入强劲动能；深圳律师业“十四五”规划“1 + 4 + 8”部署全效统筹推进，《理事会四年工作计划》持续落地落实，六大领域三年行动计划目标不断实现。

2023 年，深圳律师行业国际化发展不断开创新局面。220 余名大湾区律师在深执业创业，港澳律师深圳执业服务中心获评深圳“十大法治事件”；举办华语律师大会，发出共建华语律师职业共同体、共担国际法治建设新使命最强音；遴选首批深圳市涉外法律服务示范律所，全力打造深圳涉外品牌所；着力打造深圳涉外律师队伍，以全球视野、全球能力、全球方案服务我国对外开放大局。

2023 年，深圳律师行业高质量发展征程中有着太多值得铭记的画面。深圳律师业高质量发展大会吹响了奋进新征程的号角，深圳律师事务所合伙制改革 30 周年系列活动鼎新传承着深圳律师模式高质量发展，深圳市律师协会成立 35 周年纪念大会示范引领着深圳律师品牌高质量发展，首届深圳律师创新合作论坛创新驱动着深圳律师业务高质量发展，全国首个专精特新中小型企业认定与培育方案均衡引导着深圳律所高质量发展，《深圳都市圈四地律协战略合作框架协议》融合带动着深圳都市圈律师行业高质量发展。

展望 2024，充满着机遇与挑战，面向未来，我们信心满满。我们要坚守人民律师的初心与使命，更好满足人民群众的法治获得感、幸福感和安全感，要坚持稳中求进工作总基调，锚定目标，攻坚克难，持续推进深圳律师业由高速增长向高质量发展转型，锐意创新，笃行不怠，持续推进深圳律师业由外延式发展向内涵式创新转型，打造以标准、质量、品牌为核心的竞争新优势。

大道至简，实干为要。让我们用埋头苦干、勇毅前行的生动实践，共同谱写深圳律师事业的华丽篇章！

深圳市律师协会

2024 年 1 月 1 日

①部分表彰名单见封三。



印刷日期 2024 年 2 月 18 日

编印单位	深圳市律师协会
编委会主任	张 斌
编委会成员	杨 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
地址	深圳市福田区深南大道 4001 号时代金融中心 20 楼
邮政编码	518048
电子信箱	shenzhenlawyers@163.com
印刷单位	深圳市彩霸美印刷有限公司
发送对象	各地司法行政机关、律协，深 圳市司法行政机关、各律所等
印制册数	2000 册

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



欢迎扫码
关注“深圳律协”公众号

目录

CONTENTS

卷首语 | FOREWORDP1

01 2024 年新年贺词

特别报道 | SPECIAL REPORTSP4-9

04 凝心筑梦卅五载，高质发展创未来
——深圳市律师业发展历程回顾

特别策划 | SPECIAL PLANNINGP10-25

10 临江仙·风起湾区三十年 / 陈东
11 律师事务所的改革方向 / 孙启东
15 律师事务所合规风险以及合规体系建设 / 刘峰
18 合伙制律师事务所合规管理研究 / 李志嘉 陈龙雄
22 依法加强律师行业失信管理 / 王立宏



P11



P04



P36

专题研究 | SPECIAL RESEARCH.....P26-35

26 预重整——庭外重组与司法重整的桥梁 / 张雪莲
30 论破产撤销权背景下的担保权保护问题
/ 胡珊珊 刘廷彦 杨宇
33 论重整程序中管理人的监督 / 叶慧雯

热点 | HOTSPOT.....P36-43

36 购房人“断供”时开发商有无合同解除权探讨——兼
与广东高院商榷 / 刘京柱
40 平行诉讼在内地、香港区际民商事争议解决中的合理运用
/ 周原 杨斐 刘天礼

实务 | PRACTICEP44-58

44 独立保函开立主体性质的法律实务研究——金融监管
与金融司法的交叉法律问题之一
/ 黄恩霖 尧小霞 陈志明
48 浅析政府采购投诉成立后但无法撤销合同引发的相关
争议 / 樊永强
51 劳动规章制度司法审查标准及实务分析 / 陈伟 何芳
55 私募基金管理人投资管理勤勉尽责的认定 / 张牧云

拍案 | CASE AND EXAMPLESP58-63

58 责任划分是否为基本医疗保险基金先行支付的前置
条件？ / 张原辉
61 《三体》告诉你，如何突破法定赔偿 / 肖雯敏



P58

生活 | LIFE.....P64-65

64 我在社区担任法律顾问这三年 / 刘滢
65 开启律师之旅 / 于海龙

律协动态 | INFORMATION.....P66-68

凝心筑梦卅五载 高质发展创未来

深圳市律师业发展历程回顾

自1979年中国律师制度恢复重建以来，深圳律师业筚路蓝缕、披荆斩棘、奋勇向前，伴随着改革开放的脚步，与深圳共生长的深圳市律师行业不断发展壮大。

深圳律师行业发展分为制度改革探索期、行业建设培育期、行业发展成长期、行业高质量发展期四个时期。

01

制度改革探索期

(1980年—1992年)

随着《中华人民共和国律师暂行条例》的实施和两年一次律师入门资格考试制度的实行，深圳律师业在律师制度改革方面率先试水，开创了一系列的创新之举。



【1980年】10月，深圳组建起中国恢复律师制度后第一个法律服务机构——深圳市法律顾问处。曾博华律师成为我国恢复律师制度以来深圳第一位律师。

1980年



1983年

【1983年】3月21日，广东省司法厅根据司法部的意见，批准成立深圳市蛇口工业区律师事务所。7月15日正式挂牌，成为中国第一家律师事务所。

10月，全国第一家专门从事涉外业务的律师事务所——深圳对外经济律师事务所成立。11月，该所承办了全国第一宗涉外破产案。



1985年

【1985年】1月，全国第一家不要国家编制、自收自支的律师事务所——深圳特区经济贸易律师事务所成立。4月，该所承办了全国第一宗民间仲裁案。

1988年



【1988年】5月4日，全国第一家合作制律师事务所——段武刘律师事务所成立。

12月6日，深圳市律师协会正式成立，陈野担任第一届会长。

1989年

【1989年】6月8日，全国第一家以创办人名字命名的个人律师事务所——深圳市李全禄律师事务所成立。

1991年

【1991年】深圳律师出具了中国第一份律师证券业务法律文书——深圳康佳股份有限公司上市法律意见书。



【1992年】9月5日，深圳市司法局与深圳平安保险公司签订“律师参与上市公司股票上市责任保险”协议，成为全国律师界一项创新之举。

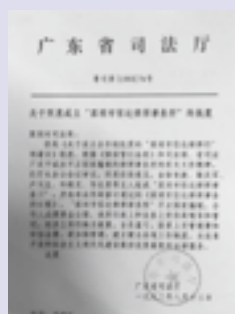
1992年

02

行业建设培育期

(1993年-2002年)

深圳律师行业以邓小平南巡讲话为契机，在全国率先实行了一系列改革——从引入市场化竞争到推行行业自律管理，一时间深圳律师成为全国律师行业的排头兵和旗帜。



1993年

【1993年】8月13日，深圳市信达律师事务所成立，成为广东第一家合伙制律师事务所。

【1996年】11月，“中共深圳市司法局律师系统委员会”成立，隶属市司法局党委领导。

1995年

【1995年】5月1日，《深圳经济特区律师条例》实施，这是我国律师体制全面改革后的第一部地方性律师管理法规。

1996年

1997年



【1997年】10月，深圳市律师协会发动全市律师捐款，在革命老区延安李渠镇兴建第一所深圳律师希望小学。之后，还分别在安徽省六安市金寨县和甘肃省陇南市文县援建了第二和第三所深圳律师希望小学。

2000年

【2000年】全市律师脱钩改制工作全部完成，全市律师事务所组织形式均为合伙制或合作制，深圳律师所突破100家，律师人数突破1000人。

2002年



【2002年】深圳率先全面启动“法律进社区”工作，为一村(社区)一法律顾问工作探了路。



【2003年】7月，中共深圳市司法局律师系统委员会划归市民营工委(后改为“市委两新组织工委”)领导，接受市司法局指导，并更名为“中共深圳市律师协会委员会”。

7月18日，深圳市第四次律师代表大会召开，产生了中国律师界第一位由律师代表直接差额选举，并由执业律师担任的会长，徐建律师当选，律协会长民主选举率先在全国开展。

2003年

2004年



【2004年】1月，“深圳律师网”正式开通，《深圳律师》杂志创刊。4月28日，深圳市律师协会迁入新址，成为国内首批拥有自有办公场所的律师协会。



【2005年】12月17日至18日，深圳市律师协会第五次律师代表大会召开，全国首创通过民主选举产生协会第一届监事会。王和平当选第一届监事长。

2005年

2006年

【2006年】8月，深圳市律师协会建立了投诉查处工作听证评议团制度，率先在全国律师业形成了完整的行业纪律工作规则体系。



【2008年】深圳市律师协会组织全市律师事务所、律师向汶川地震灾区捐款达320万元。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，成为全省唯一获此殊荣的律师协会。

2008年

2010年



【2010年】3月，深圳市律师协会制定七份实习人员管理配套规则，成为全国首创。12月28日，首期青年律师研修班开班，标志着深圳律师业“十年千人”人才培养计划正式启动。

2011年



【2011年】深圳市律师协会组建深圳市妇联律师志愿团。2013年，该团被市妇联授予“深圳市三八红旗集体”荣誉称号。深圳市律师协会组织深圳律师“著书立说”，开始出版发行实务书籍，成为深圳律师品牌代表作。

【2013年】深圳市律师协会组建深圳图书馆法律服务志愿团。该项目被评为“2014年度深圳市文化志愿者服务示范项目”。

12月12日，深圳市律师协会出台《深圳市律师协会律师职业道德守则》，成为全国首部由律师协会制定的专门规范律师职业道德的指引性文件。

2013年

2012年



【2012年】深圳市律师协会开始每年组织深圳律师参加“1+1”中国法律援助志愿者行动。



【栏目导语】2023 年，恰逢深圳律师事务所合伙制改革三十周年，为回顾深圳律师事务所改革发展历程，全面总结合伙制改革发展经验，进一步谋划深圳律师行业高质量发展新思路新举措，有效提升深圳律师行业国际竞争力和发展能级，深圳市律师协会组织开展了“深圳律师事务所合伙制度改革三十周年”征文活动，本栏目刊出其中优秀文章。

临江仙·风起湾区三十年

○陈东* 北京市中伦（深圳）律师事务所

风曳书笺三十年，功成自古多艰。
辞讼怀心非易与，且忠人竭事，维重绷如弦。
英华自当附鹏骞，浪涌更胜从前。
何必樽前怀魏武，拭百载来旋，碣石遗新篇。

附注释：

本次取词牌临江仙，起词名“风起湾区三十年”，以示礼赞（原本起名“风起鹏城三十年”，但仔细斟酌，还是觉得“湾区”之名更加符合深圳之未来气魄）。

上阙取怀古意。三十风华，我语鹏城，私以观之，法律无小事，深圳律师事务所合伙制度改革三十周年之征程，所需要扬颂的并非仅仅是当下之荣耀，更应铭记的是三十年来无数领导、前辈律师的日夜奋战、呕心沥血的付出。故本词上阙主要是歌颂了三十年深圳律师忠诚于人竭心于事的艰苦奋斗，以不忘历史，以鞭策后辈。

下阙取激励意。合伙制度改革三十周年，更是下一阶段的重要起点。站在 30 年的基础上，我们的愿景更是希望达到百年传承。然光阴转眼即逝，年轻一辈不可沉湎于昔日之荣光，不可空谈，而应愈加激扬奋起，效魏武挥鞭，东临碣石，再开新篇！

辞讼：辞，指代非诉讼事务，讼，指代诉讼事务。

* 陈东，北京市中伦（深圳）律师事务所律师，主要执业领域为商事诉讼仲裁、跨境争议解决及公司治理。



律师事务所的改革方向

○孙启东* 广东国晖律师事务所

改革开放以来，我国的律师行业已经历了四十多年的发展历程，我国律师为中国的法治事业立下了不可磨灭的功勋。然而，随着社会经济的不断发展，律师从业人数不断上升，加上经济周期原因，律师行业出现了内卷问题。本文将从律师行业的特殊性以及合伙制律所运营体制存在的问题出发，提出一些针对律所的可行性改革建议。

* 孙启东，广东国晖律师事务所律师，专业领域为企业合规、金融市场法务，曾任中国（深圳）综合开发研究院项目研究员，在《山东社会科学》等中文期刊发表文章 6 篇，合作出版专著 2 本。

一、律师行业的特殊性

律师行业事关社会公平正义，事关社会稳定，因此成为政府高度监管的对象。律师独立执业，独立担责，要负责自己的生存，还要担负维护社会公平正义的责任，可以说律师群体是站在刀尖上的舞者，也是唯一不享受国家财政补贴的但又承担政治责任的体制外群体，监督律师的规范除了法律法规外，还有行业规范等。

律师事务所是律师的执业平台，不是普通的商事经营主体，不受市场监管局管理，而合伙制律所虽然是合伙制，但又不是合伙企业。律师事务所在性质上属于专业服务机构，接受专业行政机关管理，是特殊的商事主体，律师是特殊的自由职业者，这两个特殊，形成了律师行业的特殊。同时，二者都要接受司法行政机关和当地律协监督。律师与律所之间是合作关系，律所作为律师执业平台既是管理者又是合作者。

二、合伙制律师事务所存在的问题

（一）制度层面视角

律所是特殊的市场主体，在经营方面有诸多的限制。律所受到法律法规的限制非常多，既不能企业化运营，更不能资本化运作，甚至都不能像一般企业那样进行宣传推广，这就从根本上压低了整个行业的营销水平，导致律师和律所可选的营销方式方法非常有限。除了少数完全靠专业实力立身的律所之外，其他能有一定影响力的规模大所，靠的是吞并占领业内存量资源，吸纳更多的律师来进行扩张。

我国律师执业制度有自己的特殊性，只要取得律师执业证书（C证除外）就可以不分区域、不分专业地进行执业。而在西方国家却有着不同程度的限制，美国律师执业有州的区域限制，英国出庭律师不能直接接案，德国律师执业需要申请执业专业领域。中国律师执业由于以前律师严重不能满足市场需求，放开了执业限制，然而随着执业律师人数的饱和，同质化竞争成为资源浪费的主要原因。

（二）经济学视角

一个产业成熟的标志首先是配套产业链的成熟，所

谓产业链就是围绕一个生产目标的劳动分工，工业化时代产业链一般包括原材料供应商、研发、生产线、质检、运营、销售、售后等。如果把律师行业看作一个产业的话，它的供应商是律师，生产也是律师，运营是律师事务所，质检和销售是律师，售后也是律师。那么问题来了，律师行业能不能算得上是一个产业？从产业形态来看，目前的合伙制律师事务所更像是农业文明时代的手工作坊。一个师傅带领几个徒弟伙计脱离了田间劳动，在有限的空间里靠手艺生存发展，也就是说目前的律师行业经营模式还停留在手工业时代。

按照马克思主义经济学原理，生产力决定生产关系，生产关系一定要适应生产力的发展，不然就会成为生产力发展的桎梏。人类发明蒸汽机后，机械化时代到来，生产工具的更新推动了生产力的发展，从而也带来了生产关系的变革进而引发了工业革命。进入后工业化时代后，生产力的主要变化表现在互联网时代的到来，进入二十一世纪二十年代，数字经济时代也如约而至，生产力的发展因此进入了快车道。

反观今天的合伙制律所，律师独立自由执业是否还适应后工业化时代的生产力发展需求？很明显，手工业式的师徒制生产关系已经远远不适应后工业化时代生产力快速发展的要求，这是目前律师行业发展的主要问题所在。

目前律师行业的内卷，表面上看是律师执业人数增加很快，僧多粥少，实质主要原因在于同质化的竞争。律师大多都是“万金油”型的，所有业务来者不拒，同质化竞争导致律师行业人才结构性浪费。据法院受理案件与律师代理案件数量对比，诉讼案件的委托率还不足百分之五十，这说明我国的法律服务市场没有饱和。我国的法律服务市场出现一个矛盾，一方面是律师找不到案源，另一方面是普通百姓请不起律师。根源就在于律师行业的劳动缺乏必要的分工，边际成本降不下来。事实证明，那些以团队合作参与竞争的律师工作效率更高，服务效果更好，获取案源机会更多。

（三）管理学视角

美国管理大师彼得·德鲁克首先提出目标管理和自

我控制理论。^①他提出企业的目的和任务必须转化为目标。如果一个领域没有特定的目标，这个领域必然会被忽视。如果没有方向一致的目标来指导每个人的工作，则当企业规模越大、人员越多时发生冲突和浪费的可能性越大。只有每个企业职工都完成了自己的分目标，整个企业的总目标才有完成的希望。律师行业高质量发展离不开律师和律所的紧密合作，多年来合伙制律所和律师之间，尤其是律所和独立执业律师之间的合作十分松散，无法形成竞争力和聚合优势，无法带来规模效应，导致了律师业务的不确定性。这也说明一个问题，就是律师自由执业并不是要求一个人做业务，更需要团队化合作。

综上，目前律师行业存在的问题是缺乏分工和配合。具体来说，就是法律服务市场营销的无序化和业务竞争的同质化。

三、关于律师事务所改革建议

随着市场的变化，律师业的主要矛盾由案源充足难以保证服务质量之间的矛盾已经转化为案源不足的矛盾，律师行业到了不得不变革的时候。至于怎么变革，除了国家顶层设计层面进行律师行业制度改革外，律所律师要从方法论上思考问题，要有问题导向、目标导向和结果导向思维。律所在律师行业发展中起着引领作用，律所应该不断研究市场的变化，及时引导律师在业务上不断进行调整。为了促进律师行业高质量发展，律所要主动把握市场，优化整合内部外部资源，进行组织机构和合作形式的改革，在商业模式上寻求突破，以适应市场的发展需求。具体来说，可以考虑从以下几个方向进行突破。

（一）专业化

现代化发展的本质特征是科学化，而科学化又体现为专业化，一个行业的发展水平是与该行业的专业领域垂直细分程度成正比的。律所的竞争力体现在其在市场某一领域的密度和颗粒度，密度是指一家律所在相对固

定的专业领域市场份额中的占有率，颗粒度是指在这个市场细分专业领域的执业律师人数。律师行业发展到今天，已经由粗放式发展进入内涵式发展，律所之间的竞争从执业人数的竞争变为专业化水平的竞争。

律师行业的专业化包括管理运营的专业化和法律服务的专业化。目前律所专业化方面存在两个方面问题，一方面大部分律所的管理人员是高级合伙人，而成为合伙人的前提是执业多年的律师，术业有专攻，管理能力不是律师的强项，而专业的企业管理人员无法加入管理团队，即使加入了也没有多少话语权；另一方面，目前的律所运营机制使得从事个体经营的律师难以承受专业化试错沉没成本，不敢走专业化道路。

律师走专业化道路提倡了很多年，也有很多律师进行了尝试，但是能坚持下来的不多，原因在于律所运行机制。合伙制律所由律师分摊律所经营成本，在案源不能保证的情况下，试错的沉没成本太高。为了生存，谁也不会拒金钱于门外，律师也不例外。这就要求律所要引导律师走专业化道路，要勇于承担律师走专业化道路的初期沉没成本。实践中那些把服务产品标签化（专业化）的中小型律所在专业化道路上基本上都能走得顺风顺水。专业化要求律师要有“工匠”精神和“精品”意识，在某一业务领域上要与时俱进，不断学习进步，做到精益求精。

（二）特色化

社会是不断发展变化的，经济发展的模式也在不断变化。新经济产生了新的需求，不愿改革的律所，不愿改变、不能与时俱进的律师的路子只能是越走越窄。产品创新与差异化竞争是律师律所面对市场的重要策略。市场竞争优势在于产品的差异化即特色化，在专业化基础上突出差异化。如果律师都是“万金油”型的，彼此之间进行同质化竞争，必然带来人力资源的浪费。

谈特色离不开创新，律师需要创新，律所也同样需要创新，通过创新进行供给侧改革。创新是律师行业发

^①参见【美】彼得·德鲁克：《管理的实践》，机械工业出版社。

展的源泉，也是形成业务特色的前提。准确市场定位，找到自己的特长所在，扬长避短，发展自己的特色，实施差异化竞争战略，形成比较优势，才有生存发展的空间。“专精特新”不再是中小所的奋斗目标，同样是大所的努力目标，大所内部的团队一样可以走“专精特新”的路子。

（三）一体化

根据彼得·德鲁克的目标管理理论，律所和律师要达成方向一致的目标，在高度的市场竞争下必然要求科学的分工和高效的配合，这就要求律师之间、律师和律所之间分工合作，产生聚合协同效应。律师从自我营销的工作中脱离出来，专心钻研业务，提高自己的办案效率和办案质量，让自己成为高水平律师。律所给律师提供案源和高效的行政服务。律所作为律师执业的平台，不仅仅是律师群体的物理组合，更是知识和经验智慧的集成平台，把律师的集体智慧和经验沉淀为律所的无形资产是律所的核心竞争力，也是律师行业高质量发展的基础。

一体化运营是未来律师和律所发展要面临的问题。律师行业高质量发展离不开律所的主动引导，合伙制律所要改变律师与律所之间井水不犯河水，律所坐收管理费，律师自主经营的模式。律所要找到合作利益的平衡点，实现更高层次上的共赢。

（四）品牌化

一个律所的决策者要有品牌意识，要有长远战略发展眼光。打造律所品牌，首先要注重律所文化建设。律所文化是精神层面的一种意识形态，是律所成员整体的价值共识，能够凝聚所内力量共同向前，调整着律所模式的发展变革。一家律所的文化是否优秀，归根结底取决于律所全体管理人员的道德品行和综合素养。其次是充分利用全体执业律师的智慧和经验，共同打造科学化、人性化、民主化的律所管理制度，优化律师执业生态环境。三是以品牌专业和品牌律师创建品牌律所，鼓励律师深耕专业，组建团队。团队中每位律师在分工与协作时充分发挥自身特长，不断积

累办案经验，提升业务能力，逐渐找准专业方向，规划未来发展路径。在这个过程中，法律服务水平、律师能力素质和律所核心竞争力均得到进一步加强。

（五）智能化

世界经济发展经历了由传统经济向互联网经济再向智能化经济发展的过程。律师的服务体现出很强的个性化，是典型的非标产品，难以进行复制并进行规模化应用，作业效率上不去，边际成本下不来。律所一体化运营需要标准化产品。随着IT工具和人工智能进一步发展，会对提高作业效率有帮助，但想要在法律服务市场实现标准化的可能性还是有一定难度，但这并不意味着不能开发标准化法律服务产品，来适应律所一体化发展的需要。

以ChatGPT技术为代表的人工智能大模型技术的普及和发展，为律师业务产品标准化带来了前所未有的发展机遇。利用人工智能技术将办案过程规范化，设计成一套流程，使法律人都能操作，为实现法律服务产品的流程化和规模化效应打下基础，是有可能性的。在市场竞争中效率就是竞争主体的生命，那些重视运用人工智能技术工具的律师和律所会展现出更高的工作效率和竞争力。因此，律所不论是法律服务产品设计还是管理系统硬件软件的提升上，都要关注最新科技成果并加以应用从而为律师开展业务赋能。

四、结语

目前，律师行业存在的主要问题表面上看是越来越内卷，深层上看却是律师行业细分不够，律师在专业上细分不够，律所在业务上细分不够，律所律师合作运营机制上缺乏分工和配合，无法形成规模和协同效应。

律所既然是市场经济竞争主体，就要遵循市场经济竞争主体的客观规律运行。发挥律所的带头作用，在制度框架内改变以往的商业模式和管理模式。律师专业化，律所品牌化，律师律所一体化运营，深化律所与律师合作，推动律师行业高质量发展，是律师行业发展过程中历史与逻辑相统一的必然要求。

律师事务所 合规风险及合规体系建设

○刘峰* 泰和泰（深圳）律师事务所

律师行业一直是企业合规法律服务的主力军，承担为企业提供合规制度、体系构建整改、监督管理、考察评估的关键职责，为企业行稳致远保驾护航。

然而，说到律师事务所合规建设，往往会陷入“手电筒”现象，即拿着“手电筒”光照别人，不照自己。究其原因主要有：与律师业务创收不同，律师事务所合规建设短期内难以见到效益；律师事务所机制不完善，合伙人职责不清晰，动力不足，不愿付出精力承担管理职责；律师事务所合规建设是一个系统工程，需要了解法律规定、行业规定以及深入律师业务链条，普遍缺乏专业管理人才；合规一定程度在是站在业务

开展的对立面，管理层往往把主要精力放在业绩目标、市场营销方面，更有甚者，有些机构不惜冒着违规操作的风险以实现短期业绩，从收益角度来衡量，也鲜有人去深入研究。

近些年来，律师行业发展存在两个比较大的趋势：一是律师人数持续增长，律所继续集约化发展。截至2023年6月30日，律师队伍已发展到67.7万多人，律师事务所3.9万多家，根据《全国公共法律服务体系建设规划（2021-2025年）》，到2025年全国执业律师将达到75万，同时，2022年底全国规模第三十的律所律师人数为803人，比五年之前增加200人，规模

*刘峰，泰和泰（深圳）律师事务所运营总监、律师，兼任深圳市法学会理事，拥有董事会秘书任职资格等，专注于律师事务所合规管理以及运营治理，主笔撰写《深圳市福田区律师事务所合规管理指引（试行）》等，专业领域聚焦于公司治理。

化律师事务所的律师人数进一步增加。二是行业监管持续加强，律所责任日趋从严。比如，开展律师行业突出问题专项治理，严查律师与司法人员不正当交往、违法违规执业问题；《司法部国家发展和改革委员会国家市场监督管理总局印发〈关于进一步规范律师服务收费的意见〉的通知》（司发通〔2021〕87号），要求严格风险代理，建立风险代理告知和提示机制，限制风险代理的收费比例；《关于开展律师事务所设立和管理环节突出问题清理规范工作的通知》，重点围绕境内外资本进入律师行业，律师、律师所设立或者参加律师联盟等，律师所过度商业化运作三个方面进行清理规范。

以上行业发展和监管的趋势以及违规的事件频现，可见合规风险正成为当前律师行业的主要风险之一，倒逼律师事务所越来越重视自身的合规建设工作。

一、何为律师事务所合规

律师事务所的合规风险，是指律师事务所因没有遵循适用于行业经营活动的法律、行政法规、部门规章及其他规范性文件、经营规则、自律性组织的行业准则、行为守则和职业操守可能遭受法律制裁、监管处罚、重大财务损失和声誉损失的风险。

律师事务所合规是指律师事务所的经营行为符合法律法规、监管规定、行业准则和章程、规章制度等要求，通过制定合规的管理政策，监督内部规范执行，对违规行为进行提示预警、防范控制。加强律所合规管理不仅是规范管理、防范风险的手段，更是实现律所战略发展规划的重要前提。

此处需要重点说明一下，律师行业不仅要遵守法律，还要遵守“家法”（行业管理规定）。此外，由于律师身份的特殊性，律师在遵守职业道德、维护法律秩序、办理业务方面有严格要求，在言论及其他非执业行为方面也有着比社会基础行为准则更高的要求。

二、律师事务所面临的合规风险

（一）法律层面

1. 民事责任风险

律师事务所未尽合理合同义务、违反合同条款导致败诉引起的民事责任（违约责任）；律师事务所出

具的法律文件、虚假宣传侵犯他人名誉权、财产权等引起的民事责任（侵权责任）。例如：上海某律师事务所为某公司债券发行出具法律意见书，在大公国际《2015年公司债券信用评级报告》已提示控股子公司出售投资性房产事项的情况下，未见律所对该重大合同及所涉重大资产变化事项关注核查，对不动产权属调查不到位，未能发现占比较高的重大资产减少对公司偿债能力带来的法律风险。法院经过审理，酌情确定律所对公司应负的民事责任在5%的范围内承担连带责任。

2. 刑事责任风险

主要表现为律师执业中涉及辩护人、诉讼代理人毁灭证据、伪造证据、妨害作证罪，泄露不应公开的案件信息罪、伪造国家机关公文证件罪、受贿罪、诈骗罪、包庇罪、职务侵占罪、逃税罪、虚假诉讼罪等。例如：黑龙江某律师事务所自2015年起，便通过巨型户外广告、电视和报纸广告对外宣称“官司不赢，分文不收”。自2015年3月至2016年7月共计与5013名当事人签订了4216份委托代理合同，共计造成被害人损失81,323,310.00元。四名主犯被判处认定诈骗罪、寻衅滋事罪、妨害公务犯罪。

3. 行政责任风险

具体表现为违反行政法律规定，受到行业实施市场禁入处罚，例如：在IPO发行中，申请书中申请文件存在虚假记载、重大遗漏，律师事务所未发现问题，存在未勤勉尽责，被证监会作出行政处罚。

根据《律师法》第四十七条至第五十六条的规定，司法行政机关有权对律师的违法行为给予警告、罚款、停止执业、没收违法所得、吊销律师执业证等行政处罚。以上主要为律师执业过程中（相对严重，较轻的一般仅会受到行业处分）或者非执业行为的违法行为导致，如，帮助伪造证据、行贿、虚假陈述、酒驾等（情节严重的也会涉及到刑事）。

（二）自律管理层面

主要表现为违反执业规定以及职业道德，行为表现主要为违规收费、代理不尽责、利益冲突、违反禁止性规定、不当言论等。由律师协会根据《律师协会会员违规行为处分规则（试行）》进行行业处分，主要有训诫、警告、通报批评、公开谴责、中止会员权利一个月以上一年以下，取消会员资格。

三、律师事务所的合规体系建设

（一）提高站位，组建责任架构，培养合规文化
律师事务所合规管理具有重要意义，一是合规管理不仅是防范信誉风险的手段；二是合规管理是实现律师事务所行业战略发展规划的重要前提；三是合规管理有利于增强律师事务所整体竞争能力。

鉴于此，律师事务所应当提高合规建设的站位，合伙人会议或管委会应当指定律所合规建设负责人，根据律师事务所实际情况开展律师事务所合规建设工作，加强对合规风险的日常监测预警，起草出具合规建设年度报告，组织开展合规管理检查评价与合规考核。

同时，律师事务所应树立全员合规意识，培养合规文化，对于可能出现的合规风险或者已经发生的合规风险事件，应及时向合规建设负责人报告。

（二）深入调研，分析风险因子，构建合规体系
收集整理外部监管法规，主要包括：法律、法规和监管规定（行业规定），根据外部法律要求形成合规政策，并持续维护和持续改进合规政策框架，根据合规管理的需要，设计必要的合规流程。《中华人民共和国律师法》第二十三条规定：律师事务所应当建立健全执业管理、利益冲突审查、收费与财务管理、投诉查处、年度考核、档案管理等制度，对律师在执业活动中遵守职业道德、执业纪律的情况进行监督。如针对律师事务所统一收案，统一收费的要求，律师事务所应该建立业务收案、结案管理办法；设置业务审核流程；梳理业务审核要点；形成标准化文书模板。

反复出现的问题，管理上找原因，普遍出现的问题，制度上找办法。从律师业务开展的流程，立案、草拟、审查、用印、履行到归档管理等各环节的管理流程，推出示范合同范本，做到对法律合规风险的提前防范。

同时，律师事务所要跟踪法规变化，明确政策精神，明确监管红线；分解合规要求，制度传导内化；不断优化内部制度、流程、系统、人员。

（三）强化执行，优化运营管理，落实主体责任
《律师协会会员违规行为处分规则（试行）》第三十九条规定：律师事务所疏于管理，具有下列情形之一的，给予警告、通报批评或者公开谴责的纪律处分；情节严重的，给予中止会员权利一个月以上六个月以下的纪律处分；情节特别严重的，给予取消会员

资格的纪律处分。第四十二条规定：律师事务所放任、怂恿或者指使律师从事违法违规行为的，与违法违规律师一并予以相应的处分。

以上把律师事务所的主体责任规定得较为清晰，律师事务所不仅是律师的执业机构，更是管理机构。规范化建设是合规建设最有效的手段，要将各种法律、行业规定融入律师事务所业务流程以及非业务流程中。

以下举例律师事务所人事合规管理（律师事务所人事管理往往被忽略，被吸引律师加入律所的浪潮掩盖，然后会对后期管理会造成巨大隐患）：

1. 完整采集律师的学习、工作经历等信息（了解工作经历是为判断是否违反禁止性规定以及利益冲突等作出判断，主要需要看是否有法院、检察院任职经历，是否担任企业独立董事等）。

2. 充分了解执业禁止性规定，做好人员的分类管理。以离任法官为例：根据《中华人民共和国法官法》第三十六条法官从人民法院离任后两年内，不得以律师身份担任诉讼代理人或者辩护人。法官从人民法院离任后，不得担任原任职法院办理案件的诉讼代理人或者辩护人，但是作为当事人的监护人或者近亲属代理诉讼或者进行辩护的除外。

律师事务所对于以法院、检察院等离职人员的聘用应该严格按照法律规定执行，不可以采取冠名“顾问”等方式规避监管，同时应该对此部分人员建立单独的花名册，对于案件审批遵从禁止性规定。

3. 完善的人事流程。入职：建立符合律师事务所的入职审核流程，对工作、执业经历做好背景调查，同时可以申请调取被投诉、行政或者行业处罚情况（可以要求开具无处罚证明等方式）。离职：务必检查办结案件归档问题，已办结的必须在原律所归档；未办结案件签订四方协议转出。

4. 有效的管理手段，做好完备的制度。加强规章管事，制度管人的理念。建立完备的所内管理制度，并定期开展全覆盖的规范执业培训（培训记录签到留存）。聘用合同与律所各项制度相衔接，建议合同中加入链接处理的条款，如：在本所执业过程中受到投诉、处罚、提交虚假材料及违反律所管理规定等情况，本所管委会经研究可以视情节做出冻结台账、暂停提款、暂停业务审批以及责令转所等处理措施。

合伙制律师事务所 合规管理研究

○李志嘉* 陈龙雄* 广东瀛尊律师事务所

随着经济的发展和社会的进步，律师事务所的数量和规模也在不断增长，尤其在合伙制律师事务所这一形式中得到了显著发展。然而，随着业务规模的不断扩大，合规管理问题也逐渐显现出来。加强合规管理，是合伙制律师事务所在新时代背景下必须面临的重要课题。

* 李志嘉，广东瀛尊律师事务所高级合伙人，第十二届广东省律师协会融资租赁专业委员会副主任，专注于融资租赁、商业保理、供应链金融法律服务。

* 陈龙雄，广东瀛尊律师事务所合伙人。

一、合伙制律师事务所的发展趋势

律师事务所是法律服务市场的重要组成部分，其治理和管理对于其长期发展至关重要。在众多律师事务所治理模式中，合伙制是最为常见的一种。这种制度下，律师们通过合伙协议达成共识，共同决策，共同分享利润和承担风险。律师事务所作为法律服务机构，在笔者看来，合伙制律师事务所的发展趋势可以从多个方面预见。

首先，随着经济社会的发展，人们的法律需求将越来越多样化、复杂化，法律服务市场也将不断扩大。由于合伙制律师事务所独特的组织形式和运作模式，它们通常拥有专业的律师团队，具备深厚的法律知识和丰富的实践经验，它们将越来越能够提供更高效、更专业的法律服务，因此其市场竞争力也会不断提升，从而在市场上树立良好的形象和声誉。

其次，政策环境对合伙制律师事务所的发展给予了积极的支持。政府已经出台了一系列鼓励和扶持律师事务所发展的政策措施，包括减免税费、加强人才培养等，为合伙制律师事务所的发展提供了有力的保障。

再者，合伙制律师事务所通常注重创新和发展，不断推出新的法律服务产品和拓展新的业务领域。同时，合伙制律师事务所通常具备高效的管理和协作能力，能够更好地协调和管理律师团队、客户关系、业务运营等方面的工作。这使得它们在满足不断变化的法律服务市场需求时更具优势，从而赢得更多的客户和市场占有率。

在此基础上，未来合伙制律师事务所将继续发挥自身优势，进一步加强专业化、精细化、高端化服务能力，积极拓展新的法律服务领域和业务模式。同时，合伙制律师事务所也将进一步加强内部管理，提高团队协作水平和执业素质，创新服务方式和手段，不断提升客户满意度和社会信誉度。

然而，也需要注意到当前合伙制律师事务所存在的一些问题，如实力不强、服务能力差、服务产品单一、律师单干多协作少、后备人才不足等，这些问题可能会影响其未来的发展。因此，合伙制律师事务所需要积极采取措施解决这些问题，提高自身的竞争力和发展潜力。

合伙制律师事务所的发展趋势是在不断扩大市场规模、政策支持力度不断提高的基础上，不断提高自身的服务能力和竞争力，同时不断进行内部管理和创新，以适应不断变化的市场需求和社会环境。

二、合伙制律师事务所现阶段治理结构

（一）合伙人的角色和责任

在合伙制律师事务所中，合伙人是最重要的决策者和管理者。他们不仅需要负责律师事务所的日常管理和运营，还需要制定律师事务所的战略目标和计划，并监督其实施情况。此外，他们还需要维护客户关系，提高服务质量，吸引和留住优秀的律师和员工。因此，合伙人的角色和责任是至关重要的，对律师事务所的长期发展和成功起着决定性的作用。

（二）治理结构和制度

合伙制律师事务所的治理结构和制度是其治理的基础。通常，律师事务所会设立董事会或管理委员会，由合伙人和其他高级管理人员组成，负责制定和监督律师事务所的战略计划和运营目标，合伙制律师事务所一般由如下治理机构组成：

1. 合伙人会议：合伙人会议是律师事务所的最高决策机构，由全体合伙人组成。负责制定和决策律师事务所的重要事项，如发展战略、财务管理、人事管理等。
2. 管理委员会：管理委员会是合伙人的常设执行机构，负责日常管理和运营律师事务所，包括人力资源、财务管理、行政支持、客户服务等方面的职责。
3. 执业律师：执业律师是律师事务所的核心力量，负责为客户提供法律咨询和代理服务。他们通常分为合伙人律师和非合伙人律师两类，其中合伙人律师是律师事务所的股东，参与律师事务所的决策和管理，而非合伙人律师则需在律师事务所中接受管理。
4. 行政支持人员：除了执业律师外，律师事务所还需要一些支持人员如行政助理、财务人员等，他们协助执业律师和管理委员会完成日常工作，以提高工作效率。

在治理结构上，合伙制律师事务所的合伙人拥有

决策权和管理权，同时他们也需要承担相应的责任。合伙协议会明确合伙人之间的权利和义务，以确保律师事务所的稳定和发展。

三、合伙制律师事务所合规管理现状及问题

（一）律师合规意识淡薄

尽管合规管理的重要性逐渐得到合伙制律师事务所的重视，但一些合伙制律师事务所的合伙人往往只关注案件的代理和法律服务，而忽视了合规管理的重要性，缺乏合规意识和风险防范意识。在追求业务发展和利润的同时，往往容易忽略法律法规和职业道德的要求，忽视了合规的重要性，将导致律师事务所存在较高的合规风险。

（二）律师事务所合规体系不健全

一些合伙制律师事务所尚未建立完善的合规体系，缺乏相应的合规政策和制度。在实践中，律师事务所可能存在违规行为，如未经客户同意泄露客户信息、律师私自接受委托等，这些行为均有可能给律师事务所带来法律和道德风险。因此，部分合伙制律师事务所尚未建立完善的合规体系，缺乏相应的合规政策和制度，这使得律师们在实践中难以遵循规范，容易导致合规风险的发生。

（三）律师事务所合规监管不足

尽管律师事务所有相应的监管机构对其进行合规监管，但仍然存在一些监管不足的情况。这主要表现为监管力度不够、监管不全面，例如，监管机构可能无法全面有效地监督律师事务所的合规管理情况；对违规行为的处罚不够严格，导致律师事务所对合规管理不够重视，从而引发律师事务所违规行为的风险。

（四）律师事务所缺乏合规培训和教育

由于律师往往缺乏合规管理的专业知识和经验，因此需要律师事务所提供相应的培训和教育。如果律师事务所没有足够的培训和教育支持，律师将难以掌握合规管理知识和技能，无法有效地履行合规义务。

四、合伙制律师事务所合规管理的重要性

（一）法律合规要求

合伙制律师事务所作为法律服务机构，必须遵守

法律、法规和行业规范，确保其业务活动符合法律要求。合规管理是合伙制律师事务所履行法律责任的基础，有助于预防违法风险和法律纠纷的发生。

（二）维护声誉

合伙制律师事务所的声誉是其核心竞争优势之一。通过严格遵守合规要求，合伙制律师事务所能够赢得客户的信任和尊重，提高客户满意度，增强业务伙伴和公众对其的信任，确保其声誉的良好和可持续发展。

（三）降低经营风险

合伙制律师事务所合规管理能够帮助识别和管理内部和外部风险，包括法律风险、道德风险、业务风险等。有效的合规管理措施和机制有助于减少违法风险和损失的发生，并提前应对潜在的风险和挑战。

（四）优化管理

合规管理可以促进律师事务所内部管理的规范化、科学化，提高工作效率和质量。同时，通过合规管理，律师事务所可以更好地发现和解决潜在问题，提高管理水平和质量。

（五）提升竞争力

合规管理可以使律师事务所更好地适应市场变化和 demand，提高其市场竞争力。同时，合规管理也可以为律师事务所提供更多的商业机会和资源，促使其更快更好地发展。

（六）促进团队合作

合规管理可以促进律师事务所团队之间的合作。通过规范内部管理、明确工作职责和流程，合规管理可以增强团队之间的沟通 and 协作，提高团队合作效率和整体绩效。

（七）提升业务质量

合规管理不仅仅是符合法律要求，更涉及到一系列的内部管理和运营标准。通过健全的合规管理体系，合伙制律师事务所可以规范和标准化其业务流程，提高工作效率和业务质量。

（八）保护知识产权

合规管理可以保护律师事务所的知识产权，包括对客户信息的保密、对知识产权的保护等。这不仅可以避免知识产权纠纷，还可以保护律师事务所的合法权益。

（九）保障稳定发展

在日益激烈的竞争环境下，合伙制律师事务所需要具备良好的合规管理能力，以应对市场的变化和 risk 挑战。合规管理的建立和推行有助于提高合伙制律师事务所的竞争力和可持续发展能力。

合伙制律师事务所合规管理的重要性体现在法律遵从、声誉维护、风险控制、优化管理、提升竞争力、促进团队合作、提升业务质量、保护知识产权和稳定发展等方面。合伙制律师事务所应当高度重视合规管理，建立健全合规管理的制度和流程，确保其合法合规运营，并在不断变化的环境中保持竞争优势。

五、合伙制律师事务所的合规管理建议

笔者认为合伙制律师事务所合规管理应从如下方面出发：

（一）合规风险管理

律师事务所在合规管理方面需要考虑到自身的合规风险。由于律师行业具有较高的法律风险和监管风险，因此律师事务所需要建立完善的合规管理体系，确保自身经营行为的合法合规，避免因违规行为导致的法律责任和监管处罚。

（二）人员管理

律师事务所需要建立完善的人员管理体系，包括对律师和其他工作人员的招聘、培训、考核、离职等方面的管理。同时，律师事务所需要加强对员工行为的监督和管理，确保员工的行为符合法律法规 and 行业规范，避免因员工行为不当导致的合规风险。

（三）客户管理

律师事务所需要建立完善的客户管理体系，包括对客户的要求、需求、反馈等方面的管理。同时，律师事务所需要加强对客户行为的监督和管理，确保客户的行为符合法律法规 and 行业规范，避免因客户行为不当导致的合规风险。

（四）合同管理

律师事务所需要建立完善的合同管理体系，包括对合同的起草、审查、签订、履行等方面的管理。同时，律师事务所需要加强对合同内容的监督和管理，确保合同内容符合法律法规 and 行业规范，避免因合同内容

不当导致的合规风险。

（五）信息安全管理

律师事务所需要建立完善的信息安全管理体系，包括对信息安全、数据保护等方面的管理。同时，律师事务所需要加强对信息安全和数据保护的监督和管理，确保信息安全和数据保护符合法律法规 and 行业规范，避免因信息安全和数据保护不当导致的合规风险。

（六）紧急应对措施管理

律师事务所需要建立完善的紧急应对措施体系，包括对突发事件、法律风险等方面的应对措施。同时，律师事务所需要加强对紧急应对措施的监督和管理，确保紧急应对措施的有效性和及时性，避免因应对措施不当导致的合规风险。

（七）合规意识教育管理

为了提高合伙制律师事务所的合规意识，必须加强合规意识教育。律师事务所管理层应该重视合规意识的培养，通过定期的培训和教育活动，使律师们深入了解合规的重要性，并将其纳入律师事务所的文化建设中。

（八）合规体系管理

合伙制律师事务所应该建立完善的合规体系，包括制定合规政策和制度、设立合规管理机构等。同时，应该明确合规责任和义务，确保所有律师都能够 在实践中遵循规范，降低合规风险的发生率。此外，律师事务所还应该加强与监管机构的沟通和合作，及时了解合规要求和政策变化，以便及时调整自身的合规管理策略。

六、结论

合规管理是合伙制律师事务所治理和管理的重要组成部分，对于律师事务所的长期发展和成功具有重要意义。当前，合伙制律师事务所的合规管理仍存在一些问题，如合规意识淡薄、合规体系不健全、合规监管不足等。为了解决这些问题，合伙制律师事务所应该加强合规意识教育、建立完善的合规体系、加强与监管机构的沟通和合作等。只有这样，才能确保合伙制律师事务所在法律服务市场中保持竞争优势，实现可持续发展。

依法加强 律师行业失信管理

○王立宏* 广东律途律师事务所

诚信是经济社会发展的基石。近年来，国家大力加强社会信用体系建设，完善失信惩戒清单，加大失信惩戒力度，有力地促进了社会经济发展。然而仍有部分自然人、企业、民间组织等，甚至是个别政府单位因为失信纷纷被纳入失信被执行人名单，接受法律的制裁。对此，社会大众已习以为常。唯独少数律师事务所、个别律师也被纳入失信被执行人名单，却让人大跌眼镜，律师行业的失信颠覆了民众对律师队伍的认知。律师队伍本应是法治建设、维护社会公平正义的重要力量，是遵纪守法、弘扬法治精神的模范，为何丧失基本的道德操守，知法犯法？纵然瑕不掩瑜，不能否认中国特色社会主义法治建设取得举世瞩目的成就离不开广大律师队伍恪守职业道德和执业纪律，但如不及时加强律

师行业失信管理，势必养痍为患，进一步玷污律师队伍的职业形象，造成行业发展停滞不前，甚至失去公信力，依法加强律师行业失信管理迫在眉睫。

一、律师行业失信的情形及成因

律师事务所、律师拒不履行生效法律文书确定的义务，被人民法院纳入失信被执行人名单，是一种信用惩戒措施，旨在督促被执行人及时履行债务。情节严重的，将构成拒不执行判决裁定罪。律师行业失信主要有如下情形：

（一）律师事务所成为失信被执行人

1. 律师事务所拒不履行日常经营过程中发生的债务。如拒不支付律师、行政辅助人员等的劳动报酬，

拒不支付办公场所租金、物业管理费及水电费，拒不支付办公室装修费用，依法应该退还却拒不退还法律服务费（顾问费、律师费）等。

2. 律师事务所违法或提供法律服务发生过错，被行政机关实施行政处罚，或被委托人起诉追索过错责任。

3. 律师事务所拒不履行超出经营范围发生的债务。《中华人民共和国律师法》第二十七条明确规定，律师事务所不得从事法律服务以外的经营活动。实践中，却发生律师事务所为律师个人债务提供担保。如曾担任全国律师协会领导等多项社会职务的某省会城市知名律师，因为个人在执业期间同时以实际控制人身份投资创办企业，发生高额民间借贷，便以律师事务所名义私下为自己向债权人借款提供担保。后债务期限届满，无法清偿债务，导致被债权人起诉，判决生效后，仍拒不履行清偿义务，被申请强制执行，纳入失信被执行人名单，这就是一个典型案例。

（二）律师个人成为失信被执行人

1. 律师违法执业或存在过错被当事人追索，律师事务所赔付后，对有故意或者重大过失行为的律师进行追偿；或者律师个人私下接受委托经办非诉业务，与委托人发生纠纷产生的债务。

2. 律师因非执业行为产生的个人债务。如律师个人民间借贷、不当得利等非执业行为引起的债务。

（三）律师行业造成失信的原因

一是个别律师事务所、律师忽视思想政治教育的重要性，未认真学习贯彻习近平新时代中国特色社会主义思想、习近平法治思想，未遵守宪法和法律，未恪守职业道德和执业纪律。

二是个别律师事务所管理松懈，建立的只是纸上的，用来应付、忽悠司法行政机关、律师协会的“工作纪律和规章制度”，未着实建立有效的工作纪律和规章制度。如未建立印章管理制度、重大业务承接风险评估制度、重大疑难和群体性案件的集体研究和检查督导制度，导致用章随意，提供法律服务不专业，最终出现重大过错，甚至构成犯罪。

三是个别律师没有树立法律信仰和职业荣誉感，职业道德沦丧，见利忘义，知法犯法。个别律师把所学的法律专业知识仅仅当作赚钱谋利的工具，没有职业荣誉感、使命感，导致法律意识淡薄，即便拥有再深厚广

博的法律专业知识和高超的执业技能可为当事人提供优质的法律服务，其内心深处却无半点法律信仰。

二、对律师行业失信管理的现状及面临的问题

为了推动构建社会信用体系，2016年2月中央各部委、最高人民法院、最高人民检察院等机构单位联合签署了《关于对失信被执行人实施联合惩戒的合作备忘录》，见《关于印发对失信被执行人实施联合惩戒的合作备忘录的通知》（发改财金〔2016〕141号）；同年，中共中央办公厅、国务院办公厅又下发《关于加快推进失信被执行人信用监督、警示和惩戒机制建设的意见》（中办发〔2016〕64号）；为了促使被执行人自觉履行生效法律文书确定的义务，结合工作实际，最高人民法院颁布《关于修改〈最高人民法院关于公布失信被执行人名单信息的若干规定〉的决定》（法释〔2017〕7号）。经国家市场监督管理总局、最高人民法院大力运用日臻成熟的科学技术建立失信被执行人名单信息公示共享平台，已形成“促进大数据信息共享融合，创新驱动健全社会信用体系”局面，建立了失信被执行人信用信息共享和联动惩戒机制，实现让失信被执行人“一处失信、处处受限”。

目前，上述三部文件或司法解释及《中华人民共和国民法典》第七条“民事主体从事民事活动，应当遵循诚信原则，秉持诚实，恪守承诺”是管理律师行业失信的重要依据。而《律师法》、司法部的行政规章（《律师事务所管理办法》《律师执业管理办法》《律师和律师事务所违法行为处罚办法》）及规范性文件，中华全国律师协会的章程和规范性文件（《中华全国律师协会章程》《律师职业道德和执业纪律规范》《律师协会会员违规行为处分规则（试行）》等），各地的地方性法规、行政规章，如《广东省实施〈中华人民共和国律师法〉办法》《深圳经济特区律师条例》，各地的律师行业协会的章程和规范性文件（如《深圳市律师协会章程》《深圳市律师协会会员违规行为查处工作规则》等），均对律师事务所、律师被纳入失信被执行人名单未作出明确规定。遵从《立法法》《行政处罚法》的相关规定，多数仅从违反社会公德和律师职业的基本精神，损害律师职业形象和声誉出发，对律师行业的失信作出训诫、通报批评、公开谴责的

*王立宏，广东律途律师事务所实习人员。

处理。

当前律师行业的失信管理面临如下问题：

1. 对律师事务所、律师被纳入失信被执行人名单，是否应修订《律师法》规定，给予警告、罚款、责令停业整顿或停止执业一定时间，情节严重的给予吊销执业证书等相应合理的处罚？对此，有人持否定意见，理由在于限制已纳入失信被执行人名单的律师事务所、律师经营、执业或吊销执业证书，律师事务所、律师将无法开展业务，取得收入，将削弱失信的律师事务所、律师的债务履行能力，势必更加损害债权人的利益。笔者认为，这种观点是错误的。允许失信的律师事务所、律师通过继续经营、执业来确保债务得到清偿，无异于饮鸩止渴，只有修订《律师法》规定给予警告、罚款、责令停业整顿或停止执业一定时间，情节严重的给予吊销执业证书等相应合理的处罚，才能让律师事务所、律师知道失信的严重后果，从而自觉依法、规范、诚信执业，坚决抵制失信行为。以此，起到强大的威慑作用。

2. 对律师非因执业行为，如正常的民间借贷，成为失信被执行人的情形，是否适用《律师法》规定，所在地的司法行政部门、律师协会是否有权管理？

3. 目前，被纳入失信被执行人名单的律师事务所、律师仍可以正常经营、执业。尽管通过“信用中国”网站、企业信用信息公示系统、最高人民法院的全国法院失信被执行人名单信息公布与查询平台可以查获失信被执行人信息，但极少当事人会登录这3个网站平台查询律师事务所、律师是否被纳入失信被执行人名单，而且大部分当事人不知道存在这3个网站平台。如何确保当事人的知情权？在签订《委托代理合同》前，就能获悉拟合作的律师事务所、律师是否失信的信息，以便评估是否确定委托关系。

4. 尽管应由人民法院将律师、律师事务所被纳入失信被执行人名单通报所在地的律师协会，见《最高人民法院关于公布失信被执行人名单信息的若干规定》（法释〔2017〕7号）第八条“人民法院应当将失信被执行人名单信息，向政府相关部门、金融监管机构、金融机构、承担行政职能的事业单位及行业协会等通报……”之规定，但是有的律师、律师事务所并不是被所在地的各级人民法院纳入失信被执行人名单，而跨

省异地的法院未及时履行通报义务，导致造成对律师事务所、律师失信管理出现漏洞。

三、律师行业失信的危害

律师行业失信带来重大危害，冲击社会主义法治建设事业的推进，影响公众树立法律信仰，削弱律师行业的社会公信力，玷污律师维护当事人合法权益、维护法律正确实施、维护社会主义公平正义的职业形象，违背“做党和人民满意的好律师”的宗旨。

四、加强律师行业失信管理的举措

首先，抓好律师行业思想政治教育工作，是律师行业健康发展的首要举措。律师行业务必严格遵照司法部《律师事务所管理办法》第三条、第四条、《律师执业管理办法》第二条和《中华全国律师协会章程》第三条、第四条之规定，深入学习领会习近平新时代中国特色社会主义思想，用党的创新理论武装头脑、指导实践、推动工作。各律师事务所应建立律师思想政治和业务学习常态化机制，提升律师执业水平，树立律师依法、规范、诚信执业的良好形象。同时，加强律师事务所党建工作，发挥基层党组织战斗堡垒的作用。律师事务所要定期召开支部会议，学习党的先进知识、习近平同志的重要著作、系列讲话精神等，要加强学习成果考核，杜绝一切弄虚作假，流于形式的学习，务必要学深悟透，记在心上，运用到实践中。

其次，严格遵照《立法法》《行政处罚法》的相关规定，对法律、法规、行政规章、行业管理规则作相应修订。特别是作为上位法的《律师法》应明确规定对纳入失信被执行人名单的律师事务所、律师作出处罚，同时规定不良记录涤除机制，一旦律师事务所、律师履行了债务，则应及时解除相应的惩罚。同时，应确保下位法服从上位法，彼此规定不相冲突，且符合法律规定。司法行政部门、律师行业协会应制定出操作性强的对律师行业失信被执行人联合惩戒实施细则或工作方案，确保联合惩戒落到实处。

第三，提高注册资本金额，推行强制购买执业过错险，从年收入提取不低于10%的发展基金，着实提高律师事务所的偿付能力。要避免“四两拨千斤”，仅10万元的注册费用，便可以承接上百万、上千万，

甚至上亿元标的的案件，一旦发生过错索赔，却完全无赔付能力，必然导致被纳入失信执行人名单。必须明确发展基金的用途，防止被挪用。

第四，推行统一网签《委托代理合同》机制。律师行业要健康规范发展，就从签订《委托代理合同》抓起。律师事务所、律师的生存发展离不开业务，业务来源于《委托代理合同》。而《委托代理合同》约定了律师事务所（律师）和当事人的权利义务，因此抓好签订《委托代理合同》的管理，就等于抓住律师行业发展的命门，牵着了律师行业发展的“牛鼻子”。可由司法行政部门参照不动产转移登记网签合同系统，建立律师事务所和委托人（当事人）网签委托代理合同系统，通过制定统一的格式合同版本，载明律师事务所赔偿制度、风险告知、提醒制度，如律师事务所不提供担保、本律师事务所及委托代理律师、辅助人员（实习律师、律师助理）均不属于失信被执行人等。

实践中，各个律师事务所的委托代理合同五花八门，各有千秋，有些律师事务所的委托代理合同显然不符合司法行政部门规定要求。实行统一网签委托代理合同制度，可有效避免律师事务所（律师）利用法律专业优势起草规避自身责任，加重委托人（当事人）的义务；可有效录取行业管理的各项真实数据，为行业管理带来便利；有利于律师事务所加强档案管理，减少管理成本和档案遗失风险；能确保税源税收，避免实践中个别律师事务所收了律师费，只要当事人不提开发票，便不开发票；可以减少律师事务所（律师）和当事人的纠纷争执，通过格式合同约定明确双方的权利义务；可以从源头上杜绝违规风险代理及不合理的收费制度，确保律师事务所依法依规收取律师费，避免恶性竞争、私自接受委托，违规收费，维护律师行业的健康发展。

实行网签委托代理合同机制，禁止律师事务所和委托人（代理人）另行签订阴阳合同对抗网签格式合同，确保律师事务所、律师从源头上依法、规范、诚信代理当事人业务（案件），有助于司法行政部门、律师协会从源头上对律师事务所、律师加强监督管理。

第五，建立被诉、涉诉、被纳入失信被执行人名单强制报告制度。当前，律师事务所、律师被诉、涉诉、被纳入失信被执行人名单的，为数不少。故，应实行凡律师事务所、律师个人被起诉、涉诉、被纳入

失信被执行人名单的，应当在收到传票或裁定书之日起3日内及时向所在地的司法行政部门、律师协会报备，并及时报备更新案件进展情况。推行强制报告制度的作用，一是有利于司法行政部门、律师协会尽早了解掌握案件信息，研判是否属于危害国家安全、重大群体性、玷污律师行业形象事件，以便采取相应管理措施；二是提供行业研究数据，可以从这些案件数据分析得出，律师行业管理的薄弱点，律师事务所或律师容易出现过错的地方等等。

第六，加强保密管理工作。严禁司法行政部门、律师协会工作人员泄露掌握各个律师所网签委托代理合同的商业机密信息和未经批准公开的被诉涉诉案件信息。

最后，律师事务所应依法加强制定、完善工作纪律和各项规章制度。不管是个人律师事务所，还是合伙制律师事务所，总得有自己的“家法”。正所谓“无规矩，不成方圆”，“有敬畏，才知行止”。通过制定规范的工作纪律和各项规章制度，保障律师事务所的运作有序化、规范化，将风险纠纷降低到最低限度，降低律师事务所的经营运作成本，增加律师事务所的竞争力，促使律师、行政服务人员积极工作，合伙人精诚团结，保障律师事务所快速健康发展。

五、加强律师行业失信管理的重要意义

加强律师行业失信管理，是推进全面依法治国、推进社会信用体系建设、培育和践行社会主义核心价值观的重要体现，是律师行业自我改革创新，维护律师行业公信力，实现“做党和人民满意的好律师”宗旨的必然要求。同时，也是进一步支持人民法院执行工作的有力措施，应形成常态化工作机制。

高质量发展高地、法治城市示范、城市文明典范、民生幸福标杆、可持续发展先锋，是深圳新的战略定位。深圳要建设中国特色社会主义先行示范区，离不开律师行业提供优质的法律服务。如作为法治建设的生力军律师队伍却不断失信，要建设法治城市示范从何谈起？如何能确保为经济发展提供优质法律服务？故，继续发扬敢为天下先的创新精神，依法及时制定创新性管理措施，加强律师行业失信管理，为全国各地提供借鉴，是发挥好中国特色社会主义先行示范区责无旁贷的引领作用。

预重整是庭外重组计划予以批准和获取强制执行的法律效力的困境企业拯救机制，是庭外重组过渡到司法重整的桥梁。

预重整在我国破产法中并无明确的规定，而是在破产实务中，借鉴英美国家预重整制度所探索出来的一种新型重整模式。预重整制度，在理论及实务均有颇多探讨和尝试。本文笔者以实务、国内外规定及相关文献为据，从预重整的概念、特征、案例及价值、制度构建等方面予以阐述。

一、预重整概念及制度特征

（一）预重整概念

预重整是指债务人企业在发生经济困境时与债权人就债务清理与企业复苏的方案进行商谈，在获得大部分债权人的同意后，经由一定的司法程序，使得该重组计划产生约束所有债权人的法律效果，进而实现债务人企业的再建。^①

我国目前大多数学者的观点认为，预重整应当是破产法中予以规定的启动传统正式重整之前的程序，其目的在于避免和克服传统正式重整程序费时耗力的弊端，并且促使法院对庭外重组计划予以批准和获取强制执行

的法律效力，成功地解决庭外重组协议存在的履行上的不确定性问题。^②即，预重整实际上是庭外债务重组过渡到法庭内正式重整的“衔接桥梁”程序。

美国学者从谈判策略的经济分析角度认为，预重整是在庭外重组模式基础上附加一定的强制性规制手段的重整模式，即预重整在时间阶段上包括两个阶段，第一阶段是庭外重组，第二阶段是在将第一阶段延伸到司法框架下的强制性规制。^③目前，该制度得到国际社会的普遍认可，有关国际文件^④及联合国《破产法立法指南》中直接建议：一部有效和高效率的破产法必须建立一个有效的“简易重整程序”，将法庭外债务重组和法庭内正式重整相衔接程序。关于预重整的定义《破产法立法指南》将其表述为：使受到影响的债权人在程序启动之前自愿重组谈判中商定的计划发生效力而启动的程序。

预重整的法律地位是将法庭外的自愿重组谈判达成重组协议，根据破产法规定快速进入正式重整程序，法院确定该重组协议，并转化为正式的重整计划，产生约束和保护全体债权人效力的程序。

（二）制度特征

预重整是在庭外重组和破产重整两种制度的基础上融合创新产生的一种企业挽救辅助性模式，其设置目的

是要通过两种制度进行先后的有机衔接、补强组合，发挥各自优势，规避劣势。^⑤

在各国，困境企业的挽救主要有 3 种模式，^⑥即庭外重组、预重整和重整程序。庭外重组是在债务人发生经营与债务危机之后，与债权人等各方当事人通过在法庭外的自行协商，实现企业重组和挽救的活动，属于非司法程序性质的当事人自力救济。庭外重组具有快捷、灵活等优越性，具有更强的当事人积极自治和市场调整因素。但在缺乏强制性措施保证的环境下，成功的概率较低。在司法实践中，真正对债务人企业的挽救具有有效用的主要是破产重整程序。

预重整制度的建立，不仅可以补齐我国企业挽救制度上的短板，在庭外重组和庭内重整这两种传统的企业挽救模式之间建立起具有桥梁效应的企业挽救新模式，而且可以促进各种企业挽救制度的相互协同发展、共同完善，使我国形成由庭外重组、预重整、庭内重整组成的多层次完整系列的市场化、法治化和国际化的企业挽救制度。

二、预重整制度的国内外立法现状

（一）国外立法

预重整作为法庭内正式重整的辅助和准备程序，属于破产法的调整范围，应当在破产法中加以规定。根据联合国《破产法立法指南》要求，在进入正式重整程序之前，需要建立一种快捷的“简易重整程序”，将庭外自愿谈判结果转入到庭内正式重整，以实现庭外和庭内重整的有效衔接。对此，美国《联邦破产法典》第 11 章的 1102 条、1125 条、1126 条等法条和《联邦破产程序规则》第 3018 条 (b) 款在司法判例的基础上对预重整进行了立法规制，内容包括承认或允许“预先打包的重整方案”、充分信息披露标准、预先重整方案的表决通过、债权人委员会地位等。英国《破产法》(Insolvency Act of 1986) 和《破产规则》(Insolvency Rule 1986) 规定了公司自愿整理程序、管理程序、接

管程序和清算程序，其中的“公司自愿整理程序”与美国的预重整制度相似。韩国有专门的首尔重整法院，2005 年实施并在 2016 年修订的《债务人重整及破产相关法律》第 223 条规定了“预先提交重整计划草案”制度，该制度允许债务人与多数债权人在申请破产重整前就重整计划达成一致，在重整程序开始后迅速将该计划交付表决，以节省重整程序时间消耗，并借助重整程序使重整计划产生约束全体债权人法律效力。^⑦2019 年 6 月 30 日，欧盟立法机构通过《第 2019 /1023 号指令》，指导欧盟各成员国尽快将“预防性重组” (Preventive Restructuring) 转化成国内法，并将其作为一种庭内程序在欧盟范围内建立预防性重组框架。^⑧

（二）国内立法

我国现行《企业破产法》没有规定预重整制度，最高人民法院 2018 年《破产审判纪要》、2019 年《民商事审判纪要》以及国家发展和改革委员会等十三部委《市场主体退出改革方案》，都明确要求探索建立法庭外重组和法庭内重整衔接机制，研究建立预重整制度。近十几年，全国地方法院在破产审判中对预重整进行了大量的实践探索，主要建立了两种预重整启动模式：一种是以浙江地区为代表的通过“预登记”立案进行的预重整；另一种是以北京、深圳、南京、苏州等地区为代表的通过“破申（预）”立案进行的预重整。^⑨近两年各地法院在实践探索基础上先后制定了相关文件用以规范预重整案件的审理，最具有代表性的是深圳市中级人民法院的《审理企业重整案件的工作指引（试行）》、北京市第一中级人民法院的《北京重整规范》以及南京市中级人民法院的《南京重整指引》，这些规范文件都用专章对正式重整之前的“预重整”作了规定。除此之外，苏州市、成都市、厦门市、宿迁市等数十家地方法院及政府办公室专门发布了“预重整案件审理”的意见规定、操作指引等。

目前，由于预重整制度缺乏法律明确规定，在立法上尚属真空地带，在破产实务中政府、法院、管理人的角色定位尚不清晰，预重整计划草案的审查主体、标准



* 张雪莲，北京浩天（深圳）律师事务所高级合伙人，第十一届深圳市律师协会破产重整与和解专业委员会副主任、深圳市法学会破产法研究会副秘书长、深圳市破产管理人协会首届理事，具有独立董事、并购交易师及基金从业资格，执业领域主要为公司合规及股权架构、资本市场及证券投融资、并购重组与破产重整、不良资产处置等。

①季奎明：《论困境企业的预先重整》，载《上海财经大学学报》2013 年第 15 卷第 04 期。

②张艳丽，陈俊清：《预重整：法庭外重组与法庭内重整的衔接》，载《河北法学》2021 年第 2 期。

③王佐发：《预重整制度的法律经济分析》，载《政法论坛》2009 年 02 期。

④例如，2015 年《世界银行有效破产和债权人 / 债务人权利制度原则》B4 规定：如果庭外重组需取得法庭重整程序的认可，则法庭内程序应能迅速处理庭外已达成的协议。2019 年 6 月 30 日，欧盟立法机构通过《第 2019 /1023 号指令》，指导欧盟各成员国尽快将“预防性重组” (preventive restructuring) 转化成国内法，在欧盟范围内建立预防性重组框架。

⑤⑥王欣新：《预重整的制度建设与实务辨析》，在第十一届中国破产法论坛上的主题演讲。

⑦张婷，胡利玲：预重整制度理论与实践 [M]。

⑧这种预防性重组框架本质上是一种庭内程序；预防性重组可以由债务人自身申请启动，也可以由债权人申请启动；预防性重组以债务人自行经营 (DIP) 为本位，尽最大限度避免企业经营管理权的移转；预防性重组程序启动之后，能够产生阻却债权人执行程序的法律效果；预防性重组的核心是重组计划的制定，且需要债权人会议分组审议和表决，必要时法院可以强制批准。

⑨江丁库：破产预重整法律实务 [M]，人民法院出版社，2019.32 - 42。

尚不明确，与重整程序的衔接尚不流畅，导致预重整制度在实践当中存在诸多问题，尚需进一步规范和完善。

三、预重整的实务探索

“预重整”是一个即新颖又模糊的程序，直接导致预重整在实务中操作难度较大，但国内破产实务界中，随着各地法院对预重整制度进一步的探索研究，预重整制度将在越来越多危困企业挽救中得到适用，促进有价值的危困企业再生。通过预重整使企业渡过危机实现重整再生的案例很多，本文列举两例国内典型案例。

（一）中国二重重整案

案件基本情况：二重集团^⑩作为重要的央企，在技术装备制造方面具有国内领先优势，归中央直接管理，系二重重装的控股股东，二重集团和二重重装为“母子”关系。2011年以来，两公司经营效益不佳，接连亏损，甚至连最基本的生产经营和员工社保都需要靠银行借贷来解决。3年后，两公司负债总额竟超200亿元，其中二重重装因亏损严重，被上海证券交易所暂停上市。为帮助企业纾困，国资委协调与两公司有债权债务关系的债权人组成债权人委员会，开展庭外谈判。形成偿债方案后，由债权人向法院提起了破产重整申请，意在以法律途径解决债权债务纠纷，四川省德阳市中级人民法院受理了该案，并批准了该案债权人会议通过的《重整计划》。至此，该案得到较完美解决。

案件特征：第一，债权人委员会为庭外成功重整贡献巨大。在国资委、银监会等部门的指导与帮助下，债权人委员会充分发挥作用，既保障了债权人利益，又有效保护了两公司的合法权利，推动了庭外重整程序的顺利进行；第二，庭外重组与司法重整相辅相成，共同发力，本案前期的庭外重组谈判达成了重组方案，而紧接下来的破产重整程序中，管理人积极与债权人协商协调，在庭外重组方案的原则指导下，力争两种制度完美结；第三，债务重组与资本市场相结合。经过多次协调谈判，最终达成两债务人采取现金偿债、债转股和保留部分债权的方式解决现有负债问题，两债务人得以缓解金融债务危机，得以重新焕发生机的可能。

（二）深圳福昌电子案

案件基本情况：深圳市福昌电子技术有限公司（以

下简称“福昌电子”）是一家大型民营制造企业。2015年10月，其因管理不善、资金链断裂，突然宣布停产停业，导致数百名供应商和3700多名员工激烈维权。2015年11月12日，福昌电子的债权人正式向深圳中院申请福昌电子破产重整。深圳市中级人民法院决定以“预重整”方式审理该案。

案件特征：本案采取预重整模式，为债权人、股东和员工等利益主体搭建沟通平台，矛盾得到迅速平抑。管理人协调劳动和经济主管部门完成了3510名员工和500余家供货商的核实和安抚工作，积极协助潜在重组方了解企业情况。潜在重组方也坚定了投资介入的信心，确保重整顺利推进，成功恢复了福昌电子公司的生产经营。2016年6月29日深圳中院裁定受理福昌电子重整案，并批准福昌公司在重整期间继续营业。12月26日，福昌电子向法院和债权人会议提交重整计划草案；2017年3月21日，福昌电子债权组经二次表决通过了《重整计划草案》。

四、预重整的价值

预重整整合了庭外重组与庭内重整的优势，将庭外重组向后延伸至重整程序，在司法实践中具有重要的实务价值。

（一）预重整有利于降低重整的时间成本和经济成本

破产重整程序是一个有去无回的“单行道”，将直接面临失败后的破产清算，从破产重整的启动到破产清算程序的完成将会产生较高的成本。在实践操作中完成一个企业重整最少需要一两年的时间，这不仅意味着巨大的成本，若不能在规定期限内完成重整将导致重整不能，同时作为破产重整程序的掌控者即司法机关需消耗大量的司法资源。预重整制度的环境相对平和，重整预案得到债权人同意的可能性更大，该程序是一个“环形道”，不存在失败后直接面临破产清算的压力及较高的成本。

（二）预重整不发生企业控制权的转移，有利于调动各方面的积极性

预重整制度程序中，企业控制权不发生转移，各方利益主体经过充分磋商、洽谈、沟通后，将商业谈判一致通过的重整预案提交给法院，法院对预重整制度程序中谈判成果重整预案的承认，在一定程度上限制了司法

权的过度干涉，也体现了公权力对私权利的尊重，充分保障了当事人意思自治的空间，也不存在受大债权人的“钳制”而进行妥协损害了部分债权人、部分股东的权益，有利调动各方面的积极性，实现重整的价值目的。

（三）强化信息披露，对实现企业价值的精准识别

通过预重整制度的实践不仅可以剥离出“僵尸企业”是否具有重整的价值，还能在确保债权人、债务人、利害关系人等各方当事人权益最大化的情况下，促进社会经济的稳定，同时也为破产重整节约了司法资源，强化了债权人、投资者的信心，提高了重整的外力。

（四）预重整将法庭外的债务重组和破产重整程序有效连接

重整预案，以司法程序作为审查监督环节来调整各方的利益冲突。该制度将民法的私力救济制和破产保护机制相结合，既平衡了司法程序和非司法程序的关系，尊重了各方利益主体的意思自治，同时还节约了有限的司法资源，有利于公平和效率的有机结合，更体现了社会价值与程序价值的有效统一。

五、预重整的制度构建

预重整有利于降低重整的成本，提升重整的质量，实现公平与效率的有机结合，堪称“重整的缓冲期”。因此尽快制定、完善“预重整”法律、法规及相关制度，使其发挥更大效用，具有重要意义。

（一）以立法形式确立预重整实施条件和程序

预重整作为一种运用各方协商，整体化解债务危机，摆脱困境的一种解困机制，近年来，引起了国际国内的广泛关注。联合国国际贸易法委员会在《破产法立法指南》中作为示范法建议各国采用。因此，在积极探索建立企业预重整制度的同时，要以立法形式确立预重整实施条件和程序，通过破产立法、司法解释、最高人民法院与金融监管机构联合发文等形式对预重整作出制度安排，对启动标准、申请主体、实施要求、法院审查及批准、重整计划等进行全流程规范。

（二）明确预重整程序中各方的角色定位

在预重整程序中，政府、法院、管理人将充当主要角色，而从预重整的运作模式出发，债务人或债权人的

意愿和选择决定了预重整的启动和走向，其应该是预重整的主导者。国外学者萨勒诺和汉森指出，预重整成功的基本因素包括：有远见的债务人客观地评价其财务状况的严重程度；愿意并有能力承担预重整的费用；制定一个可行的经营方案和退出机制；多数债权人愿意接受预重整计划。^⑪考虑到进入预重整的部分困境企业存在涉稳问题，且进入预重整的困境企业常常向政府寻求税收、政策等方面的支持，因此政府在预重整中是不可或缺的协调者。预重整中，法院处于督导的地位，通过预登记制度和重大事项的司法备案对预重整跟进监督。

（三）确定预重整计划草案的审查主体、标准

预重整以重整计划草案获得法院的批准为目标，由于重整计划草案是当事人自主协商达成的，其谈判、表决过程未在法律监督之下，当事人就重整计划草案寻求法律强制力保护，故应确定法院作为预重整计划草案的审查主体，以避免预重整计划在实体或程序上侵害其他利害关系人的利益。^⑫同时，关于重整计划草案的审查标准，法院一般可以从以下两个方面进行审查：一是从披露的时间、方式、内容、说明义务履行情况等方面，确保预重整中利害关系人的知情权得到保障，审查信息披露是否充分；二是从送达情况、债权人考虑期和异议期、表决方式等方面，审查投票表决程序是否公平公正。

（四）做好预重整与重整程序的衔接

预重整制度的核心在于预重整程序中的谈判成果可以通过重整程序得以固化。《浙江省高级人民法院关于企业破产案件简易审若干问题的纪要》第9条规定：债权人在预登记期间对债务清偿方案所做的不可反悔的承诺，在债务人进入企业破产和解或重整程序后，相关承诺对承诺方仍然具有拘束力。因此，应在预重整程序中设定禁反言条款以确保预重整程序的严肃性。

有学者建议，为使预重整制度更具操作性，有必要通过司法解释在破产制度中增设预重整制度的条款，希望我国破产法修订工作，能够尽快制定并完善预重整相关制度，使得预重整制度能够在挽救危困企业、推进供给侧结构性改革、优化营商环境的过程中，发挥更大的价值和作用，完美实现预重整的“桥梁”效应。

^⑪董惠江：《我国企业重整制度的改良与预先包裹式重整》，载《现代法学》2009年第5期。

^⑫浙江省杭州市余杭区人民法院课题组：《房地产企业预重整的实务探索及建议》，载《人民司法（应用）》2016年第7期。

论破产撤销权背景下的担保权保护问题

○胡珊珊* 刘廷彦* 杨宇* 北京大成（深圳）律师事务所

《中华人民共和国企业破产法》（以下简称《企业破产法》）第三十一条、三十二条针对可撤销期内的偏颇清偿行为赋予管理人请求法院予以撤销的权利，也就是通常所说的“管理人的撤销权”。实践中，关于撤销权的问题纷繁复杂，争议不断，在破产法集体受偿、公平受偿的价值取向向下，撤销权作为增加债务人财产、保障全体债权人公平受偿的手段，确实发挥了积极的作用。但是在某些特殊的情况下，撤销权的行使有可能对债权人尤其是担保权人形成不公，从而造成担保权人的损失。本文试图从保护担保权人的角度出发，探讨在破产撤销权背景下的担保权保护问题，以期在破产程序中的担保权人提供维权思路。

一、几种撤销的情形

（一）“借新还旧”中新增担保权的撤销

案例：甲公司向 A 银行借款 1000 万元，借款期限自 2020 年 1 月 1 日至 2020 年 12 月 31 日。贷款到期后，甲公司不能按期偿还贷款，A 银行为其进行“借新还旧”操作，新贷款借款期限自 2021 年 1 月 1 日至 2021 年 12 月 31 日，以甲公司自有物业 1 号楼提供抵押担保。2021 年 9 月 1 日，法院受理甲公司破产重整一案，管理人以新贷款中的抵押担保存在《企业破产法》第三十一条关于“人民法院受理破产申请一年内，为没

有财产担保的债务提供财产担保”的情形为由，请求法院撤销抵押担保。

实践中，银行等金融机构为缓解融资企业资金压力，对借款人进行“借新还旧”的操作并不少见，鉴于“旧贷款”已经出现还款困难的情况，金融机构在“新贷款”中要求借款人增加担保以保障自身权益也是无可厚非。《企业破产法》第三十一条关于“人民法院受理破产申请前一年内，为没有财产担保的债务提供财产担保的行为可撤销”的规定，使得“借新还旧”中新增担保是否应当撤销这一问题颇受争议，而广东省高级人民法院 2019 年印发的《广东省高级人民法院关于审理企业破产案件若干问题的指引》（粤高法〔2019〕6 号，以下简称《指引》）更是将这一问题推向了风口浪尖。

根据《指引》第五十九条，“以偿还债务为目的签订新借款合同，债务人为新借款合同提供物的担保，所偿还的债务没有担保物或虽有担保物但价值低于新借款合同担保物的，管理人可以依据企业破产法第三十一条关于‘为没有担保债务提供财产担保行为’的规定，对新设或增设担保主张撤销权”。显然，该规定主要考虑如何最大程度增加债务人财产，以更好地实现集体清偿、公平清偿，但忽略了担保权人的权利保护。虽然该《指引》只是广东省内法院的内部审判指引，但广东作为破产司法实践的排头兵，其影响不言而喻。

在债务人困难之际伸出援手反而失去了担保的保障，对担保权人来说，确实难以接受，也不符合法律公平正义的价值追求。在中国农业银行股份有限公司辽源分行、吉林麦达斯铝业有限公司破产管理人破产撤销权纠纷再审案[案号：（2020）最高法民再 296 号]中，最高人民法院再审判决支持了担保权人的担保权利，为破产撤销权背景下“借新还旧”中担保权人的权利保护指明了方向。该案中，一、二审法院认为：“借新还旧”的贷款行为，“本质上是对旧贷的一种特殊形式的展期”，对案涉借款提供补充抵押担保的行为，发生于破产申请受理前一年内，其行为属于《企业破产法》第 31 条第 3 项规定的可撤销行为。最高院再审认为：“借新还旧”的性质是消灭旧债，重新设立新的借款债务；诉争《最高额抵押合同》约定的抵押是为新的债务提供担保，而不是为破产申请受理前一年内原本存在的无担保的债务提供担保，故撤销原一、二审法院判决，驳回管理人的诉讼请求。^①

有鉴于此，在“借新还旧”的操作中，担保权人如遇到新增担保权被请求撤销的情况，可主要从以下两个方面进行抗辩：

首先，主张“借新还旧”的性质是消灭“旧债”，重新设立新的债权债务关系，而非对“旧债”的展期。贷款到期后，借贷双方订立新的借款合同，将“新贷”用于归还“旧贷”，“旧贷”因清偿而消灭，为“旧贷”设立的担保权也随之消灭。

其次，主张“新增”的担保系为新的债务提供担保，不是对原无财产担保的债务提供担保，因此不符合《企业破产法》第三十一条关于“人民法院受理破产申请一年内，为没有财产担保的债务提供财产担保”的情形。《企业破产法》第三十一条适用于先有债务，后增担保的情形，而在可撤销期内签订新的主合同时一并签订担保合同的“同时担保”不在可撤销行为之列。同时，“新增”担保往往是债权人决定签订新的主合同的对价利益和必要保障，在没有“新增”担保的前提下债权人签订新的主合同可能并非其真实意思表示。

（二）可撤销期内主合同债务结清且担保登记已注销情形下的撤销

案例：甲公司向 A 银行借款 1000 万元，以物业 1

号楼提供抵押担保，抵押物价值 1200 万元。2021 年 6 月 1 日，贷款到期，甲公司结清贷款，A 银行释放抵押物，注销 1 号楼的抵押登记。2021 年 9 月 1 日，法院受理甲公司破产重整一案，管理人以甲公司于 2021 年 6 月 1 日偿还贷款的行为属于《企业破产法》第三十二条关于“人民法院受理破产申请前六个月内，对个别债权人进行清偿”的情形为由，请求法院撤销清偿行为。

实务中，借款人结清贷款，金融机构注销担保登记、释放担保物是常规的市场交易行为，而在破产撤销权的语境下，这一常规行为所产生的后果却可能令担保权人陷入巨大的风险。以上述案例为例，借款人的到期还贷行为被认定为可撤销的个别清偿行为后，已注销的抵押权该何去何从？有专业人士甚至建议金融机构为规避此种风险，可与担保人约定将担保登记的注销时间约定在主债务获完全清偿之日起六个月后。且不论该种方式是否存在衍生的法律风险，仅就资产的流通性而言，无疑是提高了借款企业的融资成本，不具有现实可操作性。对于该问题的解决，仍应放在现行破产及担保制度的法律框架下进行探讨。

对于可撤销期内主合同债务结清且担保登记已注销情形下，主债务的个别清偿行为被撤销，担保责任该如何处理的问题，应当区分债务人以自有财产提供担保及第三人提供担保的情况分而论之。

1. 债务人以自有财产提供担保时

对于债务人以自有财产提供担保的情况，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定（二）》[以下简称《破产法解释（二）》]给出了较为明确的解决路径，其第十四条规定，“债务人对以自有财产设定担保物权的债权进行的个别清偿，管理人依据企业破产法第三十二条的规定请求撤销的，人民法院不予支持。但是，债务清偿时担保财产的价值低于债权额的除外”。据此，对于债务人以自有财产提供担保的债权，在担保财产的价值范围内，担保权人的担保权利可获得应有的保护，不受撤销的影响。

2. 第三人提供财产担保时

而对于第三人提供财产担保的情况，现行法律框架下对担保权人的保护则不尽如人意。尤其是注销担保登

* 胡珊珊，北京大成（深圳）律师事务所律师，第十一届深圳市律师协会银行法律专业委员会秘书长，主要业务领域：银行与金融，破产、民商事争议解决。

* 刘廷彦，北京大成（深圳）律师事务所合伙人，《法治日报》律师专家库成员，惠州、宜宾等多家仲裁机构仲裁员，第十一届深圳市律师协会建设工程法律专业委员会副秘书长，主要业务领域：房地产与建设工程、公司与并购、金融、破产、争议解决。

* 杨宇，北京大成（深圳）律师事务所律师，专业领域为民商事争议解决、公司综合类业务、房地产等。

①中国裁判文书网：<https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXSXK4/index.html?docId=JmTi0ZVyCgR4QOXHJcTv53pv0mjsQA5paP19dq1ngaKjwc93EnDqM5/dgBYosE2g3n3qLZaZplj87qvdkroE6oRquC8zi7bYOVx6m99pvm5Fh+Jc3cq4yq8cntPrY3Q3>

记后，担保物被交易或担保物上被设立其他担保权利的场合，担保权人维权之路更是困难重重。笔者认为，在破产法及其司法解释没有明确规定的情况下，以《民法典》及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉有关担保制度的解释》（以下简称《担保制度解释》）相关规定探寻解决之道具有合理性。

《民法典》第一百五十七条规定，“民事法律行为无效、被撤销或者确定不发生效力后，行为人因该行为取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿”。当主债务的个别清偿行为被撤销后，实际上产生了两个“应当予以返还”的财产——债权人应当返还款项、担保人应当返还担保物，换言之，主债务及从债务均应当恢复至撤销之前的状态。如只恢复主债务而不恢复从债务，势必造成担保权人担保权利落空，对担保权人极为不公。因此虽然担保登记已注销，原担保合同仍应自合同成立时生效，未办理担保登记不影响合同效力。同时担保权人可依据《担保制度解释》第四十六条关于“不动产抵押合同生效后未办理抵押登记手续，债权人请求抵押人办理抵押登记手续的，人民法院应予支持”的规定，请求担保人重新办理物权登记，以恢复担保物权。

在担保物已被交易或担保物上被设立其他担保权利的场合，担保权人可依据《担保制度解释》第四十六条关于“因抵押人转让抵押财产或者其他可归责于抵押人自身的原因导致不能办理抵押登记，债权人请求抵押人在约定的担保范围内承担责任的，人民法院依法予以支持，但是不得超过抵押权能够设立时抵押人应当承担的责任范围”的规定主张权利。但应当注意的是，鉴于连带责任须有明确的法定或约定依据，在双方并未约定担保人承担连带责任时，此种情况下担保人承担的是补充责任而非连带责任，这与物权的优先受偿性相比，对担保权人的保护仍然较为不利。

在中国工商银行股份有限公司衢州南区支行、华爱仙抵押合同纠纷一案[案号：（2018）浙08民终1171号]中，衢州市中级人民法院终审认为：第一，本案抵押合同应予恢复。首先，在第三人为破产债务人提供担保的情形下，对债权的个别清偿具有双重的偏颇效果，对获

得个别清偿的主债权人为一重，对担保人则为另一重。如果不允许恢复抵押合同，则无异于禁止主债权人保有偏颇清偿却允许担保人保有。其次，我国担保法第一条规定，担保制度的立法目的，就是通过担保合意将主债务不能履行之风险转移至担保人。破产程序中个别清偿制度撤销债务人对主债权人的个别清偿，但不应也不能否认担保法对风险转移的制度安排。并且，根据我国物权法第十五条规定，是否办理抵押权登记并不影响抵押合同的效力，虽然本案中抵押物登记已注销，但这并不影响抵押合同的效力。第二，被上诉人承担的应是补充责任。虽然抵押物登记已注销、抵押物已被交易，但全部交易收益归被上诉人所有，被上诉人应在抵押合同约定的最高余额内以抵押物的交易价值为限承担责任。上诉人主张被上诉人承担连带清偿责任，然而我国民法总则第一百七十八条第三款明确规定，“连带责任，由法律规定或当事人约定”，抵押合同有效但抵押登记注销情形，法律对担保人的责任形态未作明确规定，本案当事人也未约定承担连带责任，故原抵押人应在债务人不能清偿债务时在抵押合同约定的3220000元最高余额内以抵押物交易价值为限承担补充责任。^②

上述方案虽然可以在一定程度上解决担保权人权利受损的问题，但在涉及担保物存在多重担保登记、担保物被交易后交易款项的保全等问题时，现行规范中仍然难以找到令人满意的答案，只能寄希望于立法层面能够尽快关注到担保权人的合理关切，出台相应的规定予以规范。为此，以金融机构为代表的债权人、担保权人以及法律从业者应当积极发声，为推动这一问题得到更好的解决建言献策。

二、结束语

《破产法解释（二）》第九条规定了管理人未行使撤销权的赔偿责任，这成为管理人头上高悬的“达摩克利斯之剑”。无论债权人、担保权人理由如何，直接向法院请求撤销对管理人来说是相对保险的操作，这也是实务中撤销权纠纷数量居高不下的原因之一。有鉴于此，笔者建议债权人及担保权人面对管理人行使撤销权时，一定要积极应对，以维护自身合法权益。

②中国裁判文书网：<https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXS4/index.html?docId=y8aBPW+o2P5kGpIdBYmwHVJD/5jAKRSRpNqfHYfLoO5qUOLOg10KwZ/dgBYosE2g3n3qLZaZplj87qvdkroE6oRquC8zi7bYOVx6m99pvm7cjFcta6SFGBK2KzKcrsW>



重整作为一项重要制度，在挽救危困企业，促进企业再生方面发挥着重要作用。考虑到债务人更熟悉其业务和财产状况，在债务人公司治理结构仍较为健全，能够良好运行且经营管理人员对造成债务人破产没有重大过错的情况下，由债务人管理财产和营业事务可以发挥债务人了解企业真实情况及市场经营经验的优势，使重整成功可能性增大。因此，《中华人民共和国企业破产法》（下称《企业破产法》）第七十三条规定，在重整期间，经债务人申请且经人民法院批准，债务人可以在管理人的监督下自行管理财产和营业事务。也就是，债务人自行管理模式下的重整，债务人拥有自行决定经营管理的权利和自由，但此自由应受到一定的约束，这种约束在重整制度中体现为需要接受包括债权人、法院、管理人的监督，尤其是来自管理人的监督，而管理人监督的范围及程度则相应反映了重整程序中债务人经营管理自由的边界。

一、债务人自行管理模式下管理人监督权的基础

正常企业享有经营管理的决策权，而企业进入破产

程序后，其资产不足以清偿全部债务，某种程度上，破产企业的财产将全部用于公平清偿企业所欠所有债务，股东权益理论上为零，因此股东及经营者对破产企业经营管理的决策权需要受到一定约束，破产企业的经营管理须符合有利于债权人利益的原则。根据《企业破产法》的规定，管理人在破产程序中经人民法院指定，依法接管债务人，并负责调查、清理债务人财产，管理、处分债务人财产以及实施其它与之相关的法律事务。管理人对破产企业开展清算工作需受债权人会议监督，向法院报告。某种程度上可以说管理人代行了部分债权人会议的监督权。该权利来源于债权人会议，行使权利以符合债权人利益为原则。《企业破产法》明确了该监督权，即第七十三条、八十九条、九十条之规定，在重整期间，经债务人申请，人民法院批准，债务人可以在管理人的监督下自行管理财产和营业事务。债务人自行管理财产和营业事务的，由债务人制作重整计划草案。重整计划由债务人执行，自人民法院裁定批准重整计划之日起，在重整计划规定的监督期内，由管理人监督重整计划的执行。重整计划通过后，管理人负责监督重整计划的执行。

*叶慧雯，北京市君泽君（深圳）律师事务所律师，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、第二届深圳市破产管理人协会维权与纪律工作委员会委员，专注于破产重整与清算、不良资产处置、债务重组等业务领域。

二、管理人监督的原则

（一）合法性原则

合法性原则体现在管理人行使监督权需符合法律法规的规定，既要符合《企业破产法》及其他法律法规的规定，也要符合受理破产案件法院相关管理人的工作规范要求。不仅监督权的内容要合法，行使监督权的程序也要合法。为此，管理人在行使监督权时，应当对相关法律法规进行梳理，制作科学合理的监督方案，报破产案件受理法院备案，并严格遵照执行。

（二）保护各方合法利益原则

重整程序及重整计划的执行涉及多方利益，管理人监督工作应注重协调，保护并且平衡各方主体的合法利益尤其是广大债权人利益不受损害。

（三）合理性原则

合理性原则体现的是管理人行使管理权的范围及手段应具有适度性，对监督尺度有合理的把控。监督不是为了刁难，管理人应当审慎合理地行使监督权，力求在能对债务人经营管理情况进行有效的关注和把握的同时，不给重整带来不必要的负担和障碍，以避免因为管理人的过度监督使得重整流产，使债权人受到二次伤害。

三、管理人监督的重点

（一）区分商务事务及非商务事务

我国现行环境下，管理人普遍为中介机构，未必精通企业的营业事务，即便是在管理人管理模式下，也常需要聘请相应的经营管理人员协助管理人做好重整工作。而在债务人自行管理模式下，管理人则更不应对外熟悉的商业活动进行过多的干预。因此，对于债务人的经营管理活动，管理人应当相应区分为商业事务及非商业事务。对于商业事务，管理人不应将管控之手伸得过长。但对商业事务管控上的谦抑不代表管理人对债务人商业事务一概不予监督，如商业活动中可能对债务人资产产生重大影响进而影响债权人利益的事宜，如数额巨

大的投资、对外举债或担保行为，必须经管理人同意，必要时经债权人会议表决或法院审批。

（二）重点预防出现应予撤销或确认无效的债务人不当财产行为

《企业破产法》第三十一条^①规定了破产受理前一年内发生的应予撤销的债务人不当处置财产行为，第三十二条^②规定了破产受理前半年内发生的应予撤销的不当处置财产行为，第三十三条^③规定了无效的债务人不当处置财产行为，上述行为的发生，债务人均有主观恶意，损害了债权人的整体利益，在重整期间债务人自行管理阶段及重整计划执行期间，管理人均应对债务人予以监督，谨防债务人实施上述行为。

（三）对债权人利益有重大影响的财产处分行为应重点监督

另外，管理人可参照《企业破产法》第六十九条的内容确定对债务人监督的重点。《企业破产法》第六十九条规定，管理人实施对债权人利益有重大影响的财产处分行为，包括涉及土地、房屋等不动产权益的转让、探矿权、采矿权、知识产权等财产权的转让、全部库存或者营业的转让、借款、设定财产担保、债权和有价证券的转让、履行债务人和对方当事人均未履行完毕的合同、放弃权利、担保物的取回等，应当报告债权人委员会，未设立债权人委员会的应当报告法院。因上述行为对债务人财产有较大影响，直接影响到债权人的利益，故在债务人自行管理模式下，管理人也应当予以重点监督。

四、管理人监督的手段

（一）印章管控

印章是企业进行日常经营活动所必要的工具，管理人可通过对债务人公司印章使用进行监督管理，来审查、监督债务人是否存在违法或不当情形。

为充分保障全体债权人、出资人的合法权益，管理人可制定债务人重整程序阶段适用的印章管理使用

办法，对印章进行登记管理。具体可以采取以下措施：

1. 将企业所有印章（包括分支机构）交由管理人保管，如债务人需使用，需经管理人负责人或授权代表批准同意。
2. 印章由管理人负责人或授权代表签字批准后方可使用；如确属日常事务性工作，或经负责人授权的事项，可由管理人律师、注册会计师、被授权人签字后用印。
3. 正式文件用印，须提供有负责人批准的签发清样，必要时提供原始文件和附件。非正式文件用印，须提供负责人签字批准件原件并留存复印件。
4. 用印时应办理使用登记手续，填写印章使用登记表，内容包括用印时间、内容、份数、批准人、经办人、印章管理人等。

管理人如发现存在违法违规的经营行为，或损害债权人及出资人合法利益的经营行为，或不利于重整计划执行的行为，应及时提出意见，督促改正，并及时报告法院。

（二）财务管控

财务收支关系债务人财产的进出，要有效监督债务人，防止债务人财产流失，管理人必须对债务人的财务进行严格管控。对此，管理人可以采取以下手段：

1. 设定由管理人账户或指定债务人某一专门账户作为债务人在继续营业期间的一切收支账户。考虑到管理人账户的申请较为繁琐，一般采取指定债务人某一专门账户作为债务人在继续营业期间的一切收支账户。
2. 上述专门账户的财务印鉴由管理人代为保管，专门账户发生的每月工资、水电、房租等债务人经常性支出，由债务人财务部门拟预算表报管理人财务组备案。在债务人财务经办人填写管理人制定的《用款申请单》，经债务人法定代表人签字批准，并报管理人财务组审批后，从债务人专门账户中列支。对经常性支出单笔数额较大的，管理人可设定如超过某一数额，债务人需作出书面说明等措施予以监督。管理人在监督审查的过程中如发现债务人实际发生的日常经营性支出超出其备案的预算额，则债务人应对超出部分向管理人进行书面说明，管理人认为债务人发生非正常性财务支出，应及时报告法院。
3. 对于日常经营性支出之外的费用支出，由债务人经办人填写好《用款申请单》，经债务人法定代表人签字批准，并报管理人财务组和管理人负责人审批后，从

债务人专门账户列支。如上述费用超出一定数额的，审批前管理人须向人民法院报批。

4. 债务人财务部门应每月定期将上月财务报表报管理人备案。管理人对备案内容予以审查，发现存在异常财务支出情况应及时调查，并将调查结果报告法院。

（三）定期报告

为利于管理人掌握债务人情况，重整期间债务人自行管理的，应当向管理人定期报告。重整计划执行阶段，《企业破产法》亦明确了债务人必须向管理人报告重整计划执行情况和债务人财务状况的义务，以便管理人掌握债务人是否认真执行重整计划确定的经营方案，是否按照重整计划确定的清偿方案清偿债务，是否对出资人权益调整事项予以正确实施，重整计划的执行是否使债务人的财务状况得到改善等。

对于将重整期间经营管理及重整计划执行工作的进程以及遇到的重大问题，管理人应当事先明确，要求债务人公司定期或在特殊情况发生时随时向管理人报告。对此，管理人可制定债务人报告工作方案，明确需要报告的内容及时限，尤其关注经营开展、营业收支、财产处置、重整计划执行情况和债务清偿分配等情况。报告可采取书面报告的形式，亦可以定期召开简单会议，由债务人向管理人报告情况。

如管理人发现债务人出现《企业破产法》第七十八条的情形，包括经营状况和财产状况继续恶化，缺乏挽救的可能性；债务人有欺诈、恶意减少债务人财产或者其他显著不利于债权人的行为；或由于债务人的行为致使管理人无法执行职务的，应当及时申请人民法院裁定终止重整程序，并宣告债务人破产。如发现出现《企业破产法》第九十三条之情形，即债务人不能执行或不执行重整计划时，管理人应及时请求法院裁定终止重整计划的执行，并宣告债务人破产。

五、结语

综上，监督工作并非易事，监督标准的偏差会导致监督效果失之毫厘差之千里，甚至有碍于重整程序的顺利推进。管理人应当结合债务人重整的实际情况，把握监督工作的重点和监督程度，并针对个案制定科学合理的监督方案，综合多种手段有效行使监督权，以保障企业能够顺利重整成功。

①《中华人民共和国企业破产法》第三十一条 人民法院受理破产申请前一年内，涉及债务人财产的下列行为，管理人有权请求人民法院予以撤销：（1）无偿转让财产的；（2）以明显不合理的价格进行交易的；（3）对没有财产担保的债务提供财产担保的；（4）对未到期的债务提前清偿的；（5）放弃债权的。

②《中华人民共和国企业破产法》第三十二条 人民法院受理破产申请前六个月内，债务人有本法第二条第一款规定的情形，仍对个别债权人进行清偿的，管理人有权请求人民法院予以撤销。但是，个别清偿使债务人财产受益的除外。

③《中华人民共和国企业破产法》第三十三条 涉及债务人财产的下列行为无效：（1）为逃避债务而隐匿、转移财产的；（2）虚构债务或者承认不真实的债务的。

一、基本案情及法院判决

2023年11月9日，广东高院通过其公众号平台发布了10个房屋买卖合同纠纷典型案例，其中案例6为《购房人“断供”时开发商有无合同解除权——某房地产公司诉金某商品房预售合同纠纷案》^①，笔者经过案例检索比对，发现该案例实为广州中院所审理的（2021）粤01民终24262号，基本案情如下：

2014年3月18日，某房地产公司与金某签订《商品房买卖合同》，约定如金某不按期偿还银行贷款，导致银行要求该房地产公司承担担保责任的，该房地产公

司有权解除合同，金某承担违约责任。某房地产公司、金某与某银行于同年同月签订《个人购房借款合同》，约定某房地产公司对金某的按揭贷款承担阶段性保证责任。2015年7月30日，某银行向某房地产公司发出还款通知，载明因金某欠付贷款本息，某房地产公司应承担连带保证责任，为此某房地产公司向银行偿还了部分贷款。某银行曾以借款合同纠纷起诉金某，要求解除《个人购房借款合同》，法院生效判决确认解除合同、金某承担还款责任，某房地产公司承担连带清偿责任，并有权向金某追偿。后某房地产公司诉至法院，请求解除商

品房预售合同，金某承担相应违约责任。

广州中院经审理认为，约定解除权条款属于就出卖人为买受人承担阶段性贷款保证责任设置的反担保性质的条款，是各方平衡权利义务、合理控制风险的安排，不属于不合理设置双方权利义务的格式条款，亦不违反法律强制性规定，应属合法有效。生效判决已认定某房地产公司对贷款本息等承担连带清偿责任，某银行已申请强制执行。某房地产公司请求解除案涉合同具有合同和事实依据。

广东高院称该案的典型意义在于：商品房预售交易中，购房人通常采用“首付+按揭”的方式支付购房款。本案涉及该购房模式下购房人因自身原因“断供”、法院另案生效判决认定按揭贷款合同解除等情形下，购房人、开发商及抵押贷款银行之间多重法律关系背后的司法认定难题。本案从合同解除条款效力认定、合同应否解除、合同解除法律后果等方面逐一认定，为此类纠纷提供了可借鉴的裁判规则。

二、争议焦点

笔者对上引案例的裁判观点不敢苟同，认为广东高院所称该案例“为此类纠纷提供了可借鉴的裁判规则”颇有商榷之余地。

正所谓“以子之矛，攻子之盾。”我们不妨先看一下广州中院类似案例的裁判观点：

1. 广州中院在（2019）粤01民终15655号民事判决书中认为：元邦公司承担保证责任后，有权向购房人追偿。该项追偿权的行使，并不是商品房预售合同法律关系的正当内容；元邦公司追偿权的实现，不能作为商品房预售合同目的的实现。购房人未能履行对按揭银行的还款义务，并不构成对元邦公司商品房预售合同义务的违约，元邦公司以此为由主张解除商品房预售合同，有违公平及诚实信用原则，不利于稳定社会关系的维护。

2. 广州中院在（2019）粤01民终6495号民事判决书中认为：黄雪珍通过支付首期款和办理银行按揭的方式依约向万达文旅城支付全部购房款，已履行其作为买受人的合同义务，万达文旅城的合同目的已经实现。万达文旅城根据合同约定承担担保责任后，依据担保法享有向黄雪珍的代位追偿权。……商品房买卖合同补充协议中关于如黄雪珍违反贷款合同约定，万达文旅城有

权解除房屋买卖合同及向黄雪珍追究因房屋买卖合同解除的违约责任和损失等条款违反合同相对性原理和公平合理原则，对黄雪珍没有约束力。

笔者注意到上引（2021）粤01民终24262号案例民事判决书的落款日期（2023年5月31日）晚于广东高院《广东省高级人民法院关于审理房屋买卖合同纠纷案件的指引》的印发日期（2022年12月15日），该指引第三十三条规定：“商品房买卖合同约定因买受人未能按时向贷款银行偿还贷款本息，出卖人根据贷款合同约定向贷款银行承担保证责任后，有权解除商品房买卖合同，买受人主张该条款为无效格式条款的，不予支持。”

归纳总结上引广州中院判决观点和广东高院审理指引相关规定，可提炼出以下三大争议焦点：

（一）开发商向按揭贷款银行承担阶段性担保责任后能否依据商品房买卖合同中的约定解除与买受人签订的商品房买卖合同？

司法实践中主要有以下三种判案观点：

一是支持解除合同。主要理由如下：

1. 约定解除条款系双方真实意思表示，开发商有权行使约定解除权。如上引广州中院（2021）粤01民终24262号民事判决，又如江西高院在（2019）赣民再115号民事判决书中认为：绿苑公司与胡小芳签订的《南昌市商品房买卖合同》第七条及其附件四《合同补充协议》系双方的真实意思表示，未违反法律、法规强制性规定，合法有效。绿苑公司承担保证责任后未能受偿，该公司获取房屋出售对价的合同目的无法实现，双方约定的解约条件已经成就。……绿苑公司作为已经承担保证责任的保证人，可以依法向债务人胡小芳行使追偿权，但绿苑公司对行使追偿权还是合同解除权具有选择权。

2. 购房人“断供”会导致开发商与其签订的商品房预售合同目的无法全部实现，属于根本违约。典型案例：宁夏银川中院在（2021）宁01民终461号民事判决书中认为：购房人“断供”会导致开发商与其签订的商品房预售合同目的无法全部实现，属于根本违约。……买受人因未履行还贷义务导致出卖人承担连带保证责任，与不能签订担保借款合同导致房屋买卖合同无法履行，在本质上是相同的。

3. 开发商对行使追偿权还是合同解除权具有选择权。参见上引江西高院（2019）赣民再115号民事判决书。

购房人“断供”时？ 开发商有无合同解除权？ 兼与广东高院商榷

○刘京柱* 广东丹柱律师事务所

*刘京柱，广东丹柱律师事务所合伙人律师、管委会主任、党支部书记，擅长房地产、建设工程、与公司有关争议的案件处理，合著有《房地产纠纷案例述评：类案裁判规则深度分析》一书。

①参见（2021）粤01民终24262号广州市景兴房地产开发有限公司（以下简称景兴公司）与金希全商品房预售合同纠纷案。

4. 开发商保留所有权且合同约定的行使合同解除权的条件已经成就。典型案例：山东高院在（2020）鲁民再 508 号民事判决书中认为：关于本案是否属于保留所有权的问题。涉案《商品房预售合同》第八条第二项约定，胡金江不按合同约定偿还银行借款，导致银行向齐龙公司追偿担保责任，齐龙公司有权收回该房屋产权。……涉案房屋办理所有权变更登记之前，房屋产权依法归于齐龙公司。因此，上述约定应理解为在涉案房屋办理所有权变更登记之后的情况。二审判决认定属于约定所有权保留是符合合同文义的。

二是不支持解除合同。主要理由如下：

1. 商品房买卖合同的权利义务已经履行完毕，开发商的合同目的已经实现，可通过追偿权保障自身权利。典型案例：江苏常州中院在（2021）苏 04 民再 70 号再审民事判决书中认为：杜立天已经依约支付了全部购房款，卓盛公司作为卖方的商品房买卖合同的目的已经实现。……至于杜立天未按期偿还银行贷款致使卓盛公司依法承担其作为保证人应承担的连带清偿责任，这属于卓盛公司原本应该预知的合同风险，其依此享有作为保证人承责后依法向债务人杜立天进行追偿的权利。

2. 约定解除条款排除了买受人的主要权利为无效格式条款。典型案例：安徽蚌埠中院在（2020）皖 03 民终 3692 号民事判决书中认为：案涉《商品房买卖合同》附件四第四条第 8 款并未与丁香港单独协商，故该条款系格式条款。……第 8 款中约定“若买受人未能按期向按揭贷款银行偿还到期贷款本息……出卖人有权解除合同及相关协议”，该约定排除了丁香港在付清购房款后，要求合同继续履行并取得涉案房屋所有权的主要权利。解除案涉合同的约定无效，该条款对双方不具有法律效力。

3. 开发商只能行使追偿权，不能行使合同解除权。典型案例参见下述最高人民法院在（2018）最高法民申 5670 号民事裁定书。

三是视违约程度而判断是否支持解除合同。典型案例：北京高院在（2019）京民终 217 号民事判决书认为：兴业银行依据《借款合同》第十三条的约定行使合同解除权，应当与合同相对方的违约程度相适应。本案中，何天的上述违约行为并未达到兴业银行可以行使合同约

定解除权的严重程度，兴业银行约定解除权的行使条件尚未成就。

（二）在商品房买卖合同中约定的开发商向按揭贷款银行承担阶段性担保责任后有权要求解除合同，并由买受人承担违约责任的条款，是否属于不合理设置买卖双方权利义务的无效格式条款？

司法实务中主要有以下三种观点：

1. 买受人未能按期向按揭贷款银行偿还到期贷款本息出卖人有权解除合同及相关协议的约定，排除了买受人在付清购房款后要求合同继续履行并取得涉案房屋所有权的主要权利，不具有法律约束力，为无效条款。参见上述安徽蚌埠中院（2020）皖 03 民终 3692 号民事判决书。

2. 开发商提供的格式合同条款中加重买受人责任的违约金条款无效。典型案例：广西南宁中院在（2018）桂 01 民终 5489 号民事判决书中认为：关于嘉和公司代偿还贷款本金的违约金，本案《补充协议》第三条第三款约定按日万分之五（折合年化利率约为 18.25%）的标准计算违约金过高，实际加重了买受人杨柳的责任，该标准应认定为无效的格式条款。

3. 开发商提供的格式合同条款中的违约金明显高于法律规定，依法酌情予以调整。典型案例：参见上引广州中院（2021）粤 01 民终 24262 号案，将合同约定违约金为房屋总价的 20% 酌情调整为按总房款的 5% 计算。

（三）开发商向按揭贷款银行承担阶段性担保责任后是行使约定合同解除权，还是依法行使代位追偿权，在二者之间是否享有选择权？

司法实务中主要有以下两种观点：

一是开发商对行使追偿权还是合同解除权具有选择权。典型案例：参见上引江西高院（2019）赣民再 115 号民事判决书。

二是开发商只能行使追偿权。典型案例：最高人民法院在（2018）最高法民申 5670 号民事裁定书中认为：中海公司作为担保人仅有向债务人石明山的追偿权，并不能改变案涉房产买卖关系中，其作为出卖人已经收取了全额购房款并将房屋交付给了买受人石明山的事实。

三、律师分析

围绕上述争议焦点，法学理论及司法实务中可谓见

仁见智、众说纷纭，同案不同判现象多发。

关于争议焦点一，笔者认为开发商不能据约定行使合同解除权。理由择其要者有四：

一是所有权保留制度不适用于不动产，开发商不能在房屋买卖合同中约定其保留房屋所有权，在其向银行承担阶段性担保责任后有权解除买卖合同、收回房屋。参见《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》（2020 年 12 月 23 日修正，以下简称《买卖合同司法解释》）第二十五条“买卖合同当事人主张民法典第六百四十一条关于标的物所有权保留的规定适用于不动产的，人民法院不予支持”的规定，以及该解释修订前第三十四条也规定所有权保留买卖的适用范围限于动产。

二是开发商与买受人之间为商品房买卖合同法律关系，开发商、买受人与贷款行之间为购房担保借款合同法律关系，两者为不同的法律关系。根据合同的相对性原理，买受人未按约定向银行偿还按揭楼款，需向银行承担违约责任，开发商承担担保责任后，依法享有向买受人的代位追偿权。对开发商收取购房款的“合同目的”不应作扩大解释，即不应认为因开发商向贷款行承担阶段性担保责任金额而致使购房款减少进而“合同目的”落空。

三是买受人未能按期向贷款行偿还到期贷款本息出卖人有权解除合同及相关协议的约定，加重了买受人责任，排除了买受人在付清购房款后要求合同继续履行并取得房屋所有权的主要权利，不具有法律约束力，为无效约定条款。

四是不能反向适用《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》（2020 年 12 月 23 日修正）第二十条的规定，该条规定：“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。”毕竟商品房买卖合同法律关系与购房担保借款合同法律关系不同，在没有明确法律、司法解释规定情形下不能得出商品房担保贷款合同解除致使开发商商品房买卖合同目的无法实现的结论。

关于争议焦点二，笔者认为，买受人未能按期向按揭贷款行偿还到期贷款本息出卖人有权解除合同及相关

协议的约定，排除了买受人在付清购房款后要求合同继续履行并取得涉案房屋所有权的主要权利，不具有法律约束力，为无效条款。如支持该种约定，无疑变相地肯定了保留所有权的买卖适用于不动产，显然与《买卖合同司法解释》规定相悖，而且不利于鼓励交易、促进资源流动、合理配置及法律关系稳定的原则，也往往出现利益严重失衡的情形。

关于争议焦点三，笔者认为开发商只能行使代位追偿权，而无权选择行使合同解除权。主要理由如下：

一是该种约定属于不合理加重买受人责任、不当限制买受人主要权利的无效格式条款，理由同前。

二是如支持该种约定，无疑变相地肯定了保留所有权的买卖适用于不动产，与《买卖合同司法解释》规定相悖，而且不利于鼓励交易、促进资源流动、合理配置和法律关系稳定的原则，在考量过错和违约程度情况下也往往会出现利益的严重失衡。

三是在《民法典》及《最高人民法院关于审理〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》（自 2021 年 1 月 1 日起施行）施行之后，开发商可以主张行使银行对购房者享有的担保物权，进行优先受偿。

笔者注意到广东高院在《广东省高级人民法院印发〈关于审理房屋买卖合同纠纷案件的指引〉的通知》中称该指引报最高人民法院审查同意，该指引并非具有强制约束力的司法解释，却在广东法院司法实践中具有较强的指引作用和执行力，故而有商榷之必要。如果立法上将合同目的作扩张解释，认为开发商在阶段性保证中代偿款项事实上造成其收取买受人全部购房款的合同目的落空，进而赋予开发商以法定解除权，也应适当限制其行使，以免造成利益严重失衡和诚信原则受到冲击。如参照《买卖合同司法解释》第二十六条第一款“买受人已经支付标的物总价款的百分之七十五以上，出卖人主张取回标的物的，人民法院不予支持”的规定，以及最高人民法院第 67 号指导案例《汤长龙诉周士海股权转让纠纷案》的裁判精神，可在法律或司法解释中规定只有开发商在阶段性保证中代偿款项达到购房总价款的一定比例（如 25% 以上），方认可开发商法定合同解除权的行使，从而避免在房价上涨后，开发商仅以较小代偿代价就能获取房价上涨所带来的巨幅增值利益，造成双方利益的失衡。

平行诉讼

在内地、香港区际民商事争议解决中的合理运用

○周原* 杨斐* 刘天礼* 北京天达共和（深圳）律师事务所

不同国家 / 地区的司法主权并存以及各国家 / 地区对于司法主权的捍卫，是导致平行诉讼的根本原因。平行诉讼不仅发生于不同国家法院之间，亦会发生于一国各地区法院之间。平行诉讼概念诞生时，仅指代当事人提起平行于既有诉讼程序的另一诉讼，即“狭义平行诉讼”（下称“平行诉讼”）。随着经济的发展，仲裁作为争议解决的方式之一，被越来越多的商事主体所接受。因此，仲裁与诉讼平行的情况在内地、香港区际民商事争议中亦不少见，应属“广义平行诉讼”范畴。本文试分析平行诉讼在内地与香港区际民商事争议解决中的工具价值。

一、平行诉讼概述

（一）平行诉讼概念界定

平行诉讼，即在当事人相同、诉讼标的相同的情况下，基于不同国家、地区法院对争议标的均有权管辖，当事人得以同时在两个不同司法管辖领域，向两地法院或仲裁院提起诉讼或仲裁。

（二）平行诉讼分类

1. 重复诉讼

重复诉讼，又称原被告相同型平行诉讼，是指一方

当事人基于同一案件事实，于两个或两个以上不同法域向同一相对方提起诉讼或仲裁。

2. 对抗诉讼

对抗诉讼，亦称原被告逆转型平行诉讼，是指一方当事人在一国 / 地区法院 / 仲裁院作为原告 / 申请人向相对方提起诉讼或仲裁后，相对方又在两个或两个以上不同法域以原告 / 申请人身份就同一案件与事实提起诉讼或仲裁。

二、内地、香港关于平行诉讼的法律规定与司法实践

（一）内地、香港关于平行诉讼的法律规定

1. 内地相关法律规定

根据《中华人民共和国民事诉讼法》（下称“民诉法”）第三十六条，原告方向两个以上有管辖权的人民法院起诉的，则案件由最先立案的人民法院管辖。据此，内地民商事案件存在管辖权冲突的，应当依据先立案的法院取得管辖权的原则进行处理。但民诉法并未明确两个以上司法管辖区法院均有管辖权时，内地法院作为在后立案法院应如何处理。通过对现行《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

诉法解释”）第五百三十一条和《全国涉外商事海事审判工作会议纪要》第一条第十款规定的理解可知，香港法院如已就同一案件作出判决，只要该生效判决未经当事人请求内地法院承认和执行，均不影响内地法院行使管辖权。

2. 香港相关法律规定

香港成文法并未明确认可或禁止平行诉讼，仅因为存在既有诉讼这一事实本身并不会导致案件不被香港法院受理。但若当事人向香港法院披露内地既有诉讼或提出管辖异议，则根据既有诉讼是否已由内地法院作出生效判决，香港法院将分别适用“一事不再判”规则及“不方便法院”原则进行处理。若内地既有诉讼已经审结的，因有管辖权法院已就同一诉因产生的争议进行审理，香港法院则可适用“一事不再判”规则，拒绝管辖平行诉讼案件。若内地既有诉讼尚未审结的，香港法院往往会运用“不方便法院”原则，以阻却内地平行诉讼在香港进入审理。

（二）内地、香港关于平行诉讼的司法实践

1. 内地法院对于受理平行诉讼多持包容态度

内地法院更重视司法管辖权，实践中不愿轻易将有管辖权之案件交与其他法域法院。首先，关于处理不同法域平行诉讼问题，内地法律并未将被大陆法系国家普遍采用的“先受理法院规则”纳入诉讼法。其次，实践中，内地法院适用“不方便法院”原则排除自己的管辖权的门槛非常高，法院会严格依照民诉法解释第五百三十条规定的要件进行审查，并且要求六个要件同时具备，方才适用“不方便法院”原则排除自身管辖。最后，内地法院适用行为保全制度阻止当事人提起平行诉讼的案例更是寥寥无几。可以看出，内地法院对于受理在司法管辖区内提起的平行诉讼多持包容态度。

值得一提的是，于 2024 年 1 月 1 日施行的新《中华人民共和国民事诉讼法》（下称“新民诉法”）首次以法律形式确立“不方便法院”原则。对比新民诉法与民诉法解释关于“不方便法院”原则适用条件的规定可知，新民诉法所确定的“不方便法院”原则的适用规则较之民诉法解释的规定更为宽松，这一程度上体现我国针对平行诉讼的态度有收紧趋势。

2. 香港法院对于受理平行诉讼多持抵触态度

与内地相反，香港法院对在其司法管辖区内提起的平行诉讼多持抵触态度，往往基于管辖的便利性或适用“不方便法院”原则而签发禁诉令，以中止内地既有案件在香港的平行推进。

实践中，香港法院适用“不方便法院”原则以阻却平行诉讼时，主要考虑以下因素：1. 香港法院是否为与本案最密切联系法院；2. 域外法院行使管辖权对当事人是否更有利；3. 由域外法院审理是否剥夺当事人合法权益。^①若同时符合上述三个条件，香港法院即可适用“不方便法院”原则阻却平行诉讼。此外，香港法院多以平行诉讼的目的以及可能产生的诉讼效果将干扰法院已然确立的司法管辖权为由，向当事人签发禁诉令以阻却平行诉讼。

尽管香港法院整体上对平行诉讼持抵触态度，但也不会为抵御平行诉讼而肆意签发禁诉令或滥用不方便法院原则。^②

三、内地、香港关于判决互认及执行的安排对区际民商事平行诉讼的影响

（一）互认及执行安排中管辖条款规定对平行诉讼的影响

根据 2008 年 8 月 1 日生效的《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《08 安排》），“协议管辖”是两地互认执行判决的前置条件，《08 安排》第三条将“协议管辖”定义为“存在有效书面确定内地或香港法院具有唯一管辖权之协议”。从内地与香港的司法实践情况分析，该“有效书面唯一管辖协议”应具备“当事人书面约定香港 / 内地法院管辖”“管辖法院所在地与案涉争议存在实际联系”“作出生效判决的法院享有唯一管辖权”三个构成要件。

但平行诉讼是因两法域法院均对同一案件有管辖权而产生，管辖权之来源即在排除专属管辖情形后，需当事人预先做出争议可由两法域法院管辖之约定。由此可见，平行诉讼被受理的前置条件与《08 安排》规定的两地互认执行判决的条件相互矛盾。据此，当事人需在设计合同管辖条款之时就选择好后续争议的解决路径是

* 周原，北京天达共和（深圳）律师事务所合伙人，现担任天津仲裁委员会仲裁员、海南国际仲裁院仲裁员、国际商事调解中心调解员，深圳市前海国际商事调解中心调解员，专注于商事争议解决业务领域。

* 杨斐，北京天达共和（深圳）律师事务所律师，专注于投融资法律服务、民商事解决业务。

* 刘天礼，北京天达共和（深圳）律师事务所实习人员，曾参与中国奥委会体育比赛及反兴奋剂相关法律问题的争议解决。

① 见 Elite Consortium Limited, Swiss Education Group Limited, vs Yim Wan Por, Chan Lai Yi, Chan Yuk Chun (, Wong Kam Tim [2022] HKCFI 3303。

② 见 SUEN KWAI KAM vs. CENTRAL CHINA DRAGON SELECT GROWTH FUND [2020] HKCFI 69。

异地认可执行判决还是平行诉讼。

因《08 安排》在适用范围上的诸多限制，实践中两地判决得到互认、执行的案例并不多见。为拓宽两地申请认可、执行的民商事判决范围，2019 年 1 月 18 日，最高人民法院与香港律政司共同签署了《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《19 安排》），将《08 安排》第一条、第三条关于认可、执行涉港 / 内地判决前置条件中的“存在有效书面管辖协议”之要求删除。可见，在《19 安排》生效后，当事人若在管辖协议中约定非排他管辖条款，则基于平行诉讼取得的生效判决可被两地法院认可执行。由此，可能促使当事人从便利性角度考虑不选择启动平行诉讼而直接在另一地申请执行判决。

（二）《19 安排》不会实质改变香港法院适用普通法程序承认内地判决的现状

既然当事人可能因《19 安排》的实施而从便利性角度考量，不选择启动平行诉讼而选择申请认可、执行判决，《19 安排》是否能真正实现两地间认可执行判决的便利就显得至关重要。

通常情况下，向内地法院申请认可、执行香港法院判决类似于内地的普通执行程序，其成本远低于在内地法院提起平行诉讼。但反之，向香港法院申请认可、执行内地法院判决则程序不同。根据判决是否满足香港《内地判决条例》第 5.(2) 条规定的“登记条件”，^③向香港法院申请认可、执行内地生效判决将适用两种截然不同的程序：

1. 若内地生效判决符合“登记条件”，在登记后可直接进入认可与执行程序
 2. 若内地生效判决不符合“登记条件”，则香港法院一般将适用普通法的认可、执行程序
- 若内地生效判决未同时满足《内地判决条例》第 5.(2)

条规定的“登记条件”，则该判决的认可、执行只能通过普通法认可程序进行，即香港法院也仅能将该判决作为诉因，当事人在香港法院起诉并出具判决书后，案件才能进入执行阶段。换言之，向香港法院申请认可、执行内地法院生效判决，实际又进行了一轮完整的诉讼程序。^④若对方当事人为拖延给付义务而用尽程序权利，则将耗时更长。

四、内地、香港区际民商事平行诉讼的合理运用

（一）平行诉讼的前置条件系涉案当事人未约定管辖或约定非排他性管辖

1. 合同未约定管辖条款
- 若当事人未约定管辖条款，根据民诉法第二百七十二條，跨境商事争议案件中的合同签订地、履行地等与争议有实际联系地点的内地法院均有管辖权；而根据《中华人民共和国香港特别行政区基本法》第十九条第二款及《高等法院规则》第 11 号命令，香港法院对发生于香港特别行政区所有的案件均有权管辖。因此，在合同未约定管辖条款时，只要满足两地管辖法规要件的，则两地法院均有管辖权。

2. 合同约定非排他性管辖条款
- （1）非排他性管辖条款
- 当事人若约定了非排他性管辖条款，是提起内地、香港区际民商事平行诉讼的充要条件。

非排他性管辖条款，即管辖条款约定案件由某地法院管辖，但同时明确该法院并非作为解决争议的唯一管辖法院。^⑤内地民诉法和香港地区成文法均未明确规定非排他性管辖条款的效力，但其系属协议管辖，当事人可以协议选择与争议有实际联系地点的法院作为管辖法院。通过对两地法律的文意解释和体系解释，只要非排他性管辖条款的约定足以使当事人在起诉时确定与争议有实际联系的地点的法院，且不违反级别管辖和专属管辖，应当视为有效。

- （2）非对称管辖条款——特殊的非排他性管辖条款
- 非对称管辖条款，即赋予一方当事人有权在适当的司法管辖区的任何有权管辖法院提起诉讼，同时限制另

一方当事人只得在指定法院提起诉讼的约定条款。该种约定同样未确定解决争议唯一的管辖法院，相较于非排他管辖条款对于管辖法院的约定更加宽泛，故非排他性管辖条款与非对称管辖条款系包含与被包含关系。

3. 内地、香港法院均认可非排他性管辖条款之效力
- 《全国法院涉外商事海事审判工作座谈会会议纪要》第二条首次以司法解释性质文件的方式对非对称管辖协议的效力予以明确认可。香港地区成文法未明确认可非对称管辖条款之效力，但香港法院已通过判例的形式^⑥认可了非对称管辖条款的有效性。据此，存在非对称管辖条款的情况下，香港、内地法院对于案件均享有“非专属司法管辖权”，当事人可提起平行诉讼。^⑦如前文所述，非对称管辖作为非排他性管辖的一种，其效力能够得到两地法院的认可，则非排他性管辖的效力亦会得到认可。

（二）提起平行诉讼的诱因和动机

1. 考量执行效果，在对方当事人财产所在地提起平行诉讼并申请保全
- 若在先诉讼管辖法院所在地并非被告方财产所在地，为避免当事人向财产所在地法院申请执行生效判决遭遇阻碍，原告方当事人可在评估前期需承担的诉讼费、律师费等必要开支后，决定是否选择在被告方财产所在地法院提起平行诉讼，以便于后续执行程序的启动和进行。进而，为防范对方当事人再次转移财产的风险，在内地诉讼时，应根据内地关于财产保全的规定向内地法院申请财产保全。在香港诉讼时，则根据香港《高等法院实务指示》11.2 的规定，申请香港法院签发资产冻结令及容许查察令，就对方当事人财产进行保全，以限制其将资产转移至境外。资产冻结令签发后，对方当事人必须向法院披露其在香港的所有与案涉赔偿金额相当的财产。

2. 受诉讼利益的驱动提起平行诉讼
- 除对于相对方财产的考虑外，当事人也可通过平行诉讼在另一法域法院的诉讼程序中获得更为迅速、便利的程序以及更公正、有利的判决。
3. 为增加原告讼累而通过和解方式解决纠纷，被告

提起平行诉讼

被告方为了阻止或延缓对方在先诉讼的进程而提起对抗式平行诉讼，以期争取更多的时间，增加原告方诉讼成本，掌握谈判的主导权，迫使对方和解。

（三）平行诉讼的提起时点

根据民诉法解释第五百三十一条、《19 安排》第二十三条，无论在内地、香港，平行诉讼都应于在先管辖法院生效判决被另一地法院认可之前提起，否则将不被另一地法院立案受理。

（四）平行诉讼的反制措施

1. 向受理平行诉讼的内地法院提出管辖异议
- 对于内地法院受理的平行诉讼案件，被告可在答辩期内援引“不方便法院”原则主动向法院提起管辖异议，以期内地法院排除自身管辖权。若答辩期届满，被告方亦可向法院提交能够证明案件已被香港法院受理的有效证明、该案双方已向香港法院提交的答辩状、证据等书面材料，请求法院裁定中止审理，延缓内地平行诉讼的进程。
2. 向受理平行诉讼的香港法院申请禁诉令
- 对于香港法院受理的平行诉讼案件，当事人可向其申请禁诉令以阻却该平行诉讼。在香港，违反禁诉令的当事方将被视为藐视法庭，可能会被处以罚金甚至监禁，当事人通过违反禁诉令获得的判决结果将不被承认。^⑧

五、结语

虽然香港内地间的平行诉讼存在可能因产生相左判决而不利于区际民商事关系稳定的后果，且平行诉讼会导致司法资源浪费等弊端，但由于两地间制度、法域的差异，平行诉讼在一定时期内仍将继续存在。

当事人如在理性衡量了利益与成本后启动平行诉讼以维护自身权益，我们不应期待当事人为了“节省司法资源”或“两地商事关系稳定”就放弃平行诉讼。但通过日益完善的立法技术以消除两地技术性障碍、通过签订更全面的双边安排以预防和救济平行诉讼，以渐进的方式逐步减少平行诉讼的不良后果是可预见的趋势。

③即“由指定法院作出”“存在有效约定管辖”“具有终局性”“在内地可执行”，详见《内地判决（交互强制执行）条例》第 5.(2) 条。

④在香港，完整的诉讼程序包括提交判决认可申请、答辩、证据交换、举证质证、庭审等，通常情况下耗时约为 2 至 3 年。

⑤条款内容多为“The parties hereto agree to submit to the non-exclusive jurisdiction of the courts of Hong Kong (China).”

⑥见 Industrial and Commercial Bank of China (Asia) Ltd v. Wisdom Top International Ltd [2020] HKCFI 322 号

⑦周原, 董懿贤:《多法域视野下的非对称管辖效力及判决的承认和执行》, 载《深圳律师》第 97 期 [EB/OL]https://zhuanlan.zhihu.com/p/497403149。

⑧欧福永: 论禁诉令在解决中国内地与香港民商事管辖权积极冲突中的运用 [J]. 时代法学 ,2009,7(04):86-92.

一、独立保函的定义及其特殊性

独立保函的起源，最早可以追溯到上世纪六七十年代。20 世纪 60 年代，法国与德国等欧洲大国开始出现“见索即付”保函，20 世纪 70 年代末期开始普及。^①自 20 世纪 80 年代开始，独立保函业务在我国出现。^②实务中，独立保函多用于境内外资金支付、国际贸易、

海事海商、债务融资等商事活动中，发出独立保函的主体，多为商业银行、保险公司等金融机构。

独立保函属于“舶来品”，我国现行法律中，并未对其作出明确的定义。不过，笔者以为，立法者在《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第三百八十八条第一款关于担保合同从属性的例外规

定上，是给独立保函法律制度留下了法律上的空间和上位法的依据的。也可以看到，最高人民法院在为解决保函相关案件的法律适用问题而出台的司法解释中，对独立保函作出了明确规定。

根据《最高人民法院关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定（2020 修正）》（以下简称《独立保函司法解释》）第一条的规定，独立保函是指银行或非银行金融机构作为开立人，以书面形式向受益人出具的，同意在受益人请求付款并提交符合保函要求的单据时，向其支付特定款项或在保函最高金额内付款的承诺。独立保函的“独立”，是指其可以突破法律上对担保法律行为从属性的原则，即独立保函的效力独立于主债权债务法律关系或主合同。主合同无效的，不影响独立保函的效力。而其他的担保合同，无论是“人保”（保证合同）还是“物保”（抵押合同、质押合同等）均具有从属于主合同的依附性，主合同无效的，担保合同亦随之无效。

二、《独立保函司法解释》中对于开立人主体资格的要求与地方金融组织的地位

如何理解《独立保函司法解释》第一条规定中的“银行或非银行金融机构”，是一个值得探讨、存在争议的法律实务问题，也是一个同时涉及到金融监管与金融司法的交叉问题。笔者将在下文，就中国现行法律、法规及有关规范性文件中的若干概念、定义及有关规定，试对《独立保函司法解释》所涉独立保函开立人主体资格问题进行分析。

（一）银行与非银行金融机构

在我国现行金融法律制度下，可以将狭义的金融机构分为银行业金融机构和非银行金融机构。而银行业金融机构，又可以分为商业银行和其他银行业金融机构。

根据《中华人民共和国商业银行法》（以下简称《商业银行法》）第二条、《中华人民共和国银行业监督管理法》（以下简称《银行业监管法》）第二条第二款、《金融控股公司监督管理试行办法》（中国人民银行令〔2020〕第 4 号，以下简称《金控公司试行办法》）第二条，以及《中国银保监会非银行金融机构行政许可事项实施办法》等金融监管领域的有关法律和规范

性文件的规定，商业银行是指依照《商业银行法》和《中华人民共和国公司法》设立的从事吸收公众存款、发放贷款、办理结算等业务的企业法人。而其他银行业金融机构，还包括在中华人民共和国境内设立的城市信用合作社、农村信用合作社等吸收公众存款的金融机构以及政策性银行。

根据《中国银保监会非银行金融机构行政许可事项实施办法》第二条的规定，非银行金融机构是指在中华人民共和国境内设立的金融资产管理公司、企业集团财务公司、金融租赁公司、汽车金融公司、货币经纪公司、消费金融公司、境外非银行金融机构驻华代表处等机构。

综合上述我国现行金融法律制度的规定，《独立保函司法解释》第一条所规定的“银行或非银行金融机构”的适用范围，应当不超过上述之银行业金融机构与非银行金融机构的范围。

（二）关于地方金融组织的有关问题

有观点认为，如小额贷款公司、融资担保公司、区域性股权市场、典当行、融资租赁公司、商业保理公司、地方资产管理公司等七类有资格从事相关金融业务的主体（以下简称“7 类主体”），亦属于相关法律法规规定的金融机构，这一观点的主要依据是《最高人民法院关于新民间借贷司法解释适用范围问题的批复》（法释〔2020〕27 号，以下简称《27 号批复》）。根据《27 号批复》的规定，7 类主体不适用新民间借贷司法解释，故该观点便以此为据认为，7 类主体属于相关法律法规规定的金融机构。笔者认为，前述实务观点值得商榷，包括 7 类主体在内的若干从事地方金融活动的主体，不是我国法律法规规定的金融机构，而属于地方金融组织。

虽然我国现行法律（狭义）并未对金融机构和地方金融组织作出定义，但是综合分析我国现行金融法律制度的规定，不难对金融机构的定义与范围给出一个相对明确的有权解释，具体如下：

第一，如笔者前述，现行《商业银行法》和《银行业监管法》，对银行业金融机构、非银行金融机构是存在较为明确的定义的。

第二，法律位阶相比前两部法律较低的《金控公司试行办法》，对金融机构给出了明确的定义。《金

独立保函开立主体性质的法律实务研究

金融监管与金融司法的交叉法律问题之一

○黄恩霖 * 尧小霞 * 陈志明 * 北京市隆安（深圳）律师事务所

* 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。

* 尧小霞，任职于某上市全国性股份制商业银行法律合规部，专注于跨境法律风险研究与管理、国际银团贷款、跨境项目融资、跨境投融资并购等领域的法律实务工作。

* 陈志明，汕头市中小企业融资担保有限公司法务经理，专注于各类债务融资、担保等领域的法律实务工作。

①参见沈达明：《法国 / 德国担保法》，对外经济贸易大学出版社 2015 年版，第 7 页。

②参见张向东：《对外担保》，中国对外经济贸易出版社 1995 年版，第 129-208 页。

控公司试行办法》第二条规定，本办法所称金融机构包括以下类型：（一）商业银行（不含村镇银行）、金融租赁公司。（二）信托公司。（三）金融资产管理公司。（四）证券公司、公募基金管理公司、期货公司。（五）人身保险公司、财产保险公司、再保险公司、保险资产管理公司。（六）国务院金融管理部门认定的其他机构。

可以看到，上述关于金融机构的定义和范围中，是不包含 7 类主体的。而且，作出《27 号批复》的最高人民法院，并非《金控公司试行办法》第二条所规定的国务院金融管理部门，金融机构的范围和定义应当以国务院金融管理部门的有关规定为准。

更应当指出的是，《27 号批复》的规定，并无不妥之处。《27 号批复》中已经明确指出，7 类主体属于地方金融组织。加之，无论是根据已经出台的《北京市地方金融监督管理条例》等各地关于地方金融监管的专门地方性法规的规定，还是参考尚未出台但已经公布征求意见的《地方金融监督管理条例（草案征求意见稿）》《广东省地方金融监督管理条例（草案送审稿）》等国家和地方关于地方金融监管的专门规范性文件的征求意见稿或草案的内容，都能够得出，在现行法下 7 类主体的性质是地方金融组织，而非金融机构。

（三）金融监管与金融审判的交叉问题——地方金融组织所开立的“独立保函”的合规性问题

1. 金融监管层面：现行法下地方金融组织的业务范围不包含开立独立保函

地方金融组织的主体类别较多，并且由于历史原因和金融监管职责的调整，对不同地方金融组织的专门性规范性文件的制定机关、生效时间、法律位阶都有较大的不同。

笔者通过法律研究，梳理与审查了《融资担保公司监督管理条例》《融资担保业务经营许可证管理办法》《融资担保责任余额计量办法》《融资担保公司资产比例管理办法》《银行业金融机构与融资担保公司业务合作指引》《融资租赁公司监督管理暂行办法》《国务院关于进一步支持小型微型企业健康发展的意见》《商务部关于商业保理试点有关工作的通知》《商务部办公厅关于做好商业保理行业管理工作的通知》《中

国银保监会办公厅关于加强小额贷款公司监督管理的通知》《典当管理办法》《中国银保监会办公厅关于加强典当行监督管理的通知》等与地方金融组织有关的、专门性的规范性文件，并未发现现行法下有地方金融组织的经营范围中包含开立独立保函。

故而，从金融业务合规性的角度而言，地方金融组织从事独立保函业务在合规性上是存疑的，即地方金融组织所开立的独立保函，有违反金融监管规范、超越经营范围开展金融业务的违规嫌疑。

2. 金融审判：地方金融组织开立的独立保函的效力与性质问题

如上所述，现行法下地方金融组织的经营范围中不包含开立独立保函。那在现行法下，地方金融组织所开立的独立保函，其效力与性质，应当如何进行评价？

根据《民法典》第一百五十三条第一款的规定，除合同违反法律、行政法规的强制性规定以外，若无其他法定情形，合同都应当肯定其效力。然而，由于我国金融监管实务中，有着大量具有重要监管功能的监管规范，其法律位阶都低于《民法典》第一百五十三条第一款所规定的法律和行政法规。这种情况往往会造成在司法实践中，人民法院认可其效力的合同、交易，在金融监管部门的视角下却属于“违规业务”。因此，为尽可能避免这种情况，最高人民法院在《全国法院民商事审判工作会议纪要》（以下简称《九民纪要》）中规定，违反规章一般情况下不影响合同效力，但该规章的内容涉及金融安全、市场秩序、国家宏观政策等公序良俗的，应当认定合同无效。人民法院在认定规章是否涉及公序良俗时，要在考察规范对象基础上，兼顾监管强度、交易安全保护及社会影响等方面进行慎重考量，并在裁判文书中进行充分说理。根据《九民纪要》的上述规定，违反金融规章的金融交易所涉的合同，人民法院可以适用《民法典》第一百五十三条第二款的规定，以违反公序良俗为理由，否定其合同效力。

笔者以为，有鉴于现行法下各类地方金融组织的经营范围，均未包含从事开立独立保函这一业务。因此，各类地方金融组织所进行的独立保函业务，其所涉合同的效力，存在被司法机关、仲裁机构认定为无效的风险。可以看到，在以往类似案件中，人民法院的裁判也多持有相同观点。比如，湖北省荆门市掇刀区人

民法院（2019）鄂 0804 民初 162 号《民事判决书》认为，关于担保合同独立条款的效力，因从属性是担保的基本属性，除非银行或者非银行金融机构开立的独立保函才具有独立的效力。本案中，湖北丹豪融资担保有限公司并非银行或者非银行金融机构，双方当事人在担保合同中有关排除担保从属性的约定，应当认定无效。

但是，也应当看到，人民法院对此问题的理解尚未形成一致、统一的裁判规则，实务中还存在相反的裁判观点。比如，福建省厦门市思明区人民法院（2021）闽 0203 民初 7774 号《民事判决书》认为，厦门火炬集团融资担保有限公司出具的《投标保证金担保保函》的形式（书面性）及内容（开立人付款义务的单务性、独立性和单据性、付款金额的确定性以及见索即付等）均符合《独立保函司法解释》中关于独立保函的形式和实质要件，全和公司依据独立保函内容要求火炬公司支付保证金，故本案为受益人（全和公司）起诉开立人（火炬公司）的独立保函付款纠纷。

如上所述，融资担保公司在性质上属于地方金融组织，而非金融机构。笔者认为，结合《独立保函司法解释》《九民纪要》与有关金融监管规范所构建起的规则，认同作为地方金融组织的融资担保公司所出具的担保文件构成《独立保函司法解释》下的独立保函的这一观点，与当前金融监管与金融审判日益趋同的司法政策或存在出入。

三、统一趋势——金融监管与金融审判的政策态度趋同

自《九民纪要》出台后，金融监管与金融审判在政策态度上，愈发呈现趋同化的趋势。根据公开信息，2023 年 1 月召开的全国法院金融审判工作会议上，最高人民法院也强调了金融规章、规范对金融审判的重要影响，当然，这些还有待该工作会议纪要的出台后才能予以明确。笔者相信，前述金融监管与金融审判在政策态度的趋同，将在未来数年的时间里影响中国金融审判的裁判观点。

有鉴于此，地方金融组织（尤其是融资担保公司）在现行法下从事开立保函业务，应当更为关注有关法律与合规风险。若相关业务所涉合同的效力，被认定为无效，则不仅可能会减损相关业务的收入，更可能会导致被担保人完全或部分“脱保”这一重大交易风险。

四、建议与结语

应当看到，现行法下并无关于独立保函业务的专门法律法规，仅有最高人民法院的《独立保函司法解释》这样的规范性文件。而根据《中华人民共和国立法法》《法规、司法解释备案审查工作办法》以及《最高人民法院关于司法解释工作的规定》，司法解释是最高人民法院、最高人民检察院作出的属于审判、检察工作中具体应用法律的解释，^③而非行政机关在金融监管工作中的授权立法，更非立法机关对相关交易制度所做的立法解释。司法解释施行后，也仅能够在审判、检察工作中，由人民法院、人民检察院依法援引适用。故而，从法律上讲，《独立保函司法解释》仅能够作为人民法院审理独立保函相关纠纷的裁判依据，不能够当然地作为行政机关在履行金融监管工作中（监督、管理、执法等）的法律依据。更重要的是，司法解释更不能如法律一般，规制和调整域内所有的相关市场的交易主体（包括金融机构和接受金融机构独立保函的其他主体），并成为行政机关、司法机关等全部国家机关开展工作的依据。

可以说，我国目前对于独立保函业务，无论是专门性法律，还是专门性的金融监管法规、规范，是处于缺位状态的。因此，笔者借本文呼吁，针对独立保函的特殊性及《独立保函司法解释》的适用局限性，金融监管部门或立法机关，或应尽快开展关于制定独立保函业务专门性法律和监管法规的工作。如此，方可对未来地方金融组织（尤其是融资担保公司）所从事的独立保函业务是否合规、相关合同的效力和性质如何在法律上进行评价这样的金融监管与金融审判的交叉问题，进行有权、明确的回答。

③《中华人民共和国立法法》第一百九十九条：最高人民法院、最高人民检察院作出的属于审判、检察工作中具体应用法律的解释，应当主要针对具体的法律条文，并符合立法的目的、原则和原意。遇有本法第四十八条第二款规定情况的，应当向全国人民代表大会常务委员会提出法律解释的要求或者提出制定、修改有关法律的议案。

浅 析

政府采购投诉成立后 但无法撤销合同引发的 相关争议

○樊永强* 上海市君悦（深圳）律师事务所

在政府采购合同招投标过程中，往往因为招标过程或招标结果引发投诉，一旦投诉成立，影响或可能影响采购结果的，根据《政府采购质疑和投诉处理办法》（中华人民共和国财政部令第94号，下称“94号令”）第三十一条、第三十二条规定，^①分别按照不同情况有四种不同的处理方式，其中前三种情形均责令重新采购，即使合同已经签署也可以撤销，但第四种情形是“如果

政府采购合同已经签署并履行的，给他人造成损失的，相关当事人可依法提起诉讼，由责任人承担赔偿责任”（下称“该规定”）。^②在这种情形下，意味着即使投诉成立且影响采购结果，但已经履行的合同不予撤销，受损一方只能通过诉讼要求赔偿。该规定在实践中存在不同理解且争议较大，在执行过程中存在诸多困惑。本文尝试就该规定存在的诸多争议，以及由此所引发的相

*樊永强，上海市君悦（深圳）律师事务所合伙人，首批入选广东省房地产律师专家库律师，担任深圳市政府采购评审专家、深圳市人大常委会立法专家，主要专业领域为房地产开发建设、投资并购及政府法律业务，著有《政府采购法律实务与案例精析》。

①第三十一条 投诉人对采购文件提起的投诉事项，财政部门经查证属实的，应当认定投诉事项成立。经认定成立的投诉事项不影响采购结果的，继续开展采购活动；影响或者可能影响采购结果的，财政部门按照下列情况处理：（一）未确定中标或者成交供应商的，责令重新开展采购活动。（二）已确定中标或者成交供应商但尚未签订政府采购合同的，认定中标或者成交结果无效，责令重新开展采购活动。（三）政府采购合同已经签订但尚未履行的，撤销合同，责令重新开展采购活动。（四）政府采购合同已经履行，给他人造成损失的，相关当事人可依法提起诉讼，由责任人承担赔偿责任。

第三十二条 投诉人对采购过程或者采购结果提起的投诉事项，财政部门经查证属实的，应当认定投诉事项成立。经认定成立的投诉事项不影响采购结果的，继续开展采购活动；影响或者可能影响采购结果的，财政部门按照下列情况处理：（一）未确定中标或者成交供应商的，责令重新开展采购活动。（二）已确定中标或者成交供应商但尚未签订政府采购合同的，认定中标或者成交结果无效。合格供应商符合法定数量时，可以从合格的中标或者成交候选人中另行确定中标或者成交供应商的，应当要求采购人依法另行确定中标、成交供应商；否则责令重新开展采购活动。（三）政府采购合同已经签订但尚未履行的，撤销合同。合格供应商符合法定数量时，可以从合格的中标或者成交候选人中另行确定中标或者成交供应商的，应当要求采购人依法另行确定中标、成交供应商；否则责令重新开展采购活动。（四）政府采购合同已经履行，给他人造成损失的，相关当事人可依法提起诉讼，由责任人承担赔偿责任。

②《政府采购法实施条例》第七十一条也有类似规定。

关问题作简要分析。

一、主要争议

根据94号令该规定，政府采购投诉成立且影响采购结果的，如果合同已经签署并履行的，则不予撤销合同，由相关当事人通过民事诉讼，追究责任人的赔偿责任。在具体执行过程中，对94号令该规定的理解存在争议如下：

（一）对“合同已经履行”的不同理解——“开始履行”及“实质履行”

如何把握94号令该规定中的“合同已经履行”，存在两种不同观点：一种观点认为，只要合同一方或双方存在履行合同的行为或事实就应认定合同已经履行，即一旦开始合同履行的相关行为，无论履行程度如何，均可按照“合同已经履行”处理；另一观点则认为，“合同已经履行”应当是主要义务已经履行，即合同已经进入实质性履行阶段，如果只是为合同履行做准备工作，例如筹措资金、招募人员等，或者虽然部分开始履行，但主要义务还未开始履行，例如只是支付少量定金、采购了部分原材料等，都不能认定为“合同已经履行”。

（二）合同已经履行还能否撤销

大多数观点认为，根据94号令该规定，合同已经开始履行，就不能撤销合同；也有观点认为，不能机械理解条文规定，合同虽然开始履行但如能够予以返还恢复原状的，是可以撤销的，只有在合同主要义务已经实际履行难以恢复原状，或者恢复原状会给当事人造成重大损失的情形下，才不能撤销。

二、简要分析

以上不同观点在财政主管部门的相关投诉处理决定中均有体现，司法实践中也存在不同的判例。^③笔者认为两个主要争议不能简单片面理解，也不能一刀切地认定哪方观点正确或错误，应将争议问题结合94号令具体法条上下文的相关内容，从多方面多角度全面分析，才能准确理解法条本意，客观认定事实，正确适用法律，有效解决争议。

（一）首先应当判断具体违法行为责任主体

③参阅深圳市中级人民法院（2018）粤03行终378号行政判决书等。

④见深圳市中级人民法院（2018）粤03行终378号行政判决书。

政府采购投诉事项主要是针对招标文件、评审过程以及采购结果进行投诉，投诉成立意味着招标文件存在违法违规条款、评审过程或程序不合法、投标文件存在虚假等违法情形，其中的违法主体可能是采购人、代理机构、评审专家、中标供应商或其他供应商。若是中标供应商存在提供文件虚假或不实等违法行为而被投诉成立，直接影响中标结果的，即使已经签署政府采购合同且已经开始履行，也可以根据具体情况撤销合同。如果违法主体是其他主体，虽然也影响或可能影响采购结果，但如果已经签署政府采购合同且已经开始履行，则撤销合同的必要性显著降低，可以不予撤销。

（二）重点评估违法行为对政府采购合同效力的影响

在政府采购投诉案件中，投诉事项成立意味着在采购过程中存在违法行为且被查证属实，对投诉事项作出的处理决定实质上是对违法行为的行政裁决。因此，其中的违法行为无疑与处理结果存在正相关，即违法行为越严重处理结果也相应严重。那么，投诉成立的四种处理情形也是应当与违法行为的严重程度存在相对应关系。

从94号令该规定文义来看，这四种情形仅根据合同签订及履行的程度进行区别处理，虽然未体现违法行为对合同效力以及继续履行的影响，但毋庸置疑，对违法行为的处理应当首先考虑违法行为的严重程度，并以此作为首先考虑的前置条件。换言之，严重的违法行为应当撤销合同的，可以直接撤销合同，无论合同签订及履行的进度如何；一般或轻微违法行为，则可以根据合同签订及履行的进度作出不同的处理。如果忽略违法行为的严重程度，直接简单按照合同签订及履行的进度决定合同是否撤销，显然只看到94号令该规定的效率要求，却忽略了其中的公平原则，是片面理解法条本意。

（三）应当分析合同履行的实际进度及恢复原状的可行性

在实践中，关于合同是否已经履行的认定存在较大争议，笔者曾经代理的一起因政府采购投诉引发的行政诉讼案件中，行政机关与司法机关就合同已经履行的认定发生很大的分歧，作出了截然不同的认定结果。^④对此分歧，我们应当结合94号令上下文的立法本意进行判断。94号令针对投诉成立且影响中标结果的情形，根据招投

标程序进展以及签约履约进度作出不同的处理，其中第三种情形是已经签署合同但未履行的予以撤销合同，第四种情形则是已经签署合同且已经履行的，不予撤销合同，由责任人承担赔偿责任。两种情形的处理后果相差非常大，如果签署合同后仅仅做了些前期准备或少量的履约工作，其实际上与合同签约但未履行的性质差别并不大，作出完全不同的处理后果显然不妥，也不符合罚责相适应原则。只有合同已经实质性履行或主要合同义务已经履行，与合同签约但未履行的情形产生实质性变化，并给予不同的且存在较大差异的处理后果，这才符合立法本意。因此，笔者认为 94 号令该规定中关于合同已经履行的认定原则上应当作实质性判断，即 94 号令该规定中的“合同已经履行”应按照实质履行、合同主要义务已经履行理解，如果只是为合同主要义务履行所做出的前期准备、小部分的个别履行等能够返还、恢复原状的情形，不能以合同已经履行为由继续履行合同。

（四）应当考虑合同履行与合同撤销的成本差异

94 号令按照合同签订及履行的进度决定合同是否撤销，是基于撤销合同的成本以及采购效率考虑，具有内在合理性。虽然投诉成立也影响采购结果，但如果撤销合同恢复原状的成本以及重新采购的成本较大，为了维护采购过程的程序公正，牺牲较大的经济成本，显然是不妥的，尤其是如果其中的违法行为较轻，撤销合同重新采购则更是不明智的。从本质而言，公平公正只是相对的，而非绝对的，对于作为执行机构、追求行政效率的行政机关更是如此。这也可能正是财务部制定 94 号令该规定的初衷和本意。

（五）应当准确把握法律条款的内在逻辑以及不同法律责任之间的关系

94 号令针对政府采购投诉作出不同处理结果的相关规定，其内在逻辑是根据违法后果的严重程度、对招投标结果的影响程度以及招投标项目合同履行的进度进行综合考量，并按照责任由轻到重的顺序进行罗列。94 号令上述规定作为最后一种处理情形，本应是最重的责

任承担情形，但从文义理解，却看似处理结果是最轻的，被投诉人没有受到任何行政处理，中标结果不发生变化，对其已经签订的合同也没有任何影响，虽然规定了可以追究责任人赔偿责任，但实际意味着行政救济无法实现，只能通过民事诉讼途径要求承担民事赔偿责任，行政法律责任几乎忽略不计。这显然不符合相关责任规定基本逻辑顺序，而且混淆了民事责任与行政责任的不同法律关系，似乎承担了民事赔偿责任就可以替代本身应承担的行政法律责任，也必将导致严重违法行为未能得到行政处理而逃之夭夭。

三、归纳总结

基于以上初步分析，对于政府采购活动中投诉成立但合同已经开始履行的情形，不能简单按照 94 号令该规定文义理解，不予撤销合同，只能另行寻求民事赔偿诉讼解决途径，应当根据投诉成立的事项所涉及的违法行为主体、违法行为严重程度及危害后果大小、合同履行的实质进度、撤销合同的成本及难度、不同法律责任的内在逻辑等多方面综合判断，是否撤销合同。

针对上述主要争议的两个问题，可以根据上述主要影响因素区分不同情形作出不同的认定，具体见下表。

四、修改建议

鉴于 94 号令该规定存在理解分歧且容易产生完全不同的裁判结果，有必要对该规定进行修改完善。结合上述分析意见，建议对该规定修改为：“如果政府采购合同已经签署并双方实际履行的，应结合具体情况结合中标人是否存在严重违法行为、合同是否实质履行、撤销合同恢复原状的难度及成本等因素决定是否撤销政府采购合同”。

至于该规定关于“因投诉给他人造成损失的，相关当事人可依法提起诉讼，由责任人承担赔偿责任”的规定建议删除，94 号令作为行政规章只需规定行政法律责任，对可能涉及的民事责任无需作出规定。

	严重违法	一般违法			非中标人的其他主体违法
合同已经履行的认定	不论是否履行及履行进度如何	刚开始履行且容易恢复原状	实质履行且撤销成本低	实质履行且撤销成本高	不影响合同成立生效及履行
合同是否撤销	撤销	撤销	可以撤销	不予撤销	不予撤销

用人单位劳动规章制度在劳动用工管理及处理劳动争议纠纷中起着至关重要的作用。关于“规章制度”，用人单位和劳动者最熟知的一条法律规定来自《劳动合同法》第三十九条的规定，即劳动者严重违反用人单位的规章制度的，用人单位可以解除劳动合同。

《劳动合同法》第四条第二款至第四款规定“用人

单位在制定、修改或者决定有关劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利、职工培训、劳动纪律以及劳动定额管理等直接涉及劳动者切身利益的规章制度或者重大事项时，应当经职工代表大会或者全体职工讨论，提出方案和意见，与工会或者职工代表平等协商确定。在规章制度和重大事项决定实施过程中，工

劳动规章制度司法审查标准及实务分析

○陈伟 * 何芳 * 国浩律师（深圳）事务所



* 陈伟，国浩律师（深圳）事务所合伙人、律师，担任第十一届深圳市律师协会劳动法律专业委员会副主任、深圳市及罗湖区劳动人事争议仲裁委员会仲裁员等职务，专业领域为商事争议、企业常法、劳动及人力资源、公司治理等。

* 何芳，国浩律师（深圳）事务所律师，担任深圳市建设项目管理协会法律专家、深圳市消费者委员会律师志愿团律师，专业领域为商事争议、公司治理、企业常法、人力资源合规、股东权益纠纷等。

会或者职工认为不适当的，有权向用人单位提出，通过协商予以修改完善。用人单位应当将直接涉及劳动者切身利益的规章制度和重大事项决定公示，或者告知劳动者。”这一条通常被劳动争议仲裁机构以及人民法院作为用人单位规章制度能否适用的司法审查标准。但是司法实践中关于劳动规章制度合理性、合法性认定的争议，一直存在。

那么，用人单位劳动规章制度的司法审查标准是什么？规章制度成为非正式法律渊源的依据是什么？规章制度合法性如何判定？规章制度合理性的边界在哪里？对制定规章制度民主程序的司法审查在司法实践中是宽松还是严格？用人单位和劳动者如何准确理解和掌握规章制度的司法审查标准？笔者希望通过剖析、分析和研究上述实务问题，能够给大家带来一些有益的思考。

一、劳动规章制度的定义

劳动规章制度，又称用人单位内部劳动规则，有的国家或者地区称为雇佣规则、劳工规则、工作规则或从业规则，是指用人单位依照法律规定的程序制定的，旨在保障有效组织劳动、维护劳动和经营活动秩序，在用人单位内部对用人单位和劳动者均具有约束力的规章制度和规范性文件的总称。

二、我国法律对劳动规章制度的规定

有一种观点普遍认为，《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释（一）》（2021年1月1日起施行）第五十条是实际上导致用人单位的规章制度成为了我国劳动法的非正式渊源。该条款规定：“用人单位根据劳动合同法第四条规定，通过民主程序制定的规章制度，不违反国家法律、行政法规及政策规定，并已向劳动者公示的，可以作为确定双方权利义务的依据。”

我国劳动立法从1995年《劳动法》，再到2008年的《劳动合同法》，一直在不断强化规章制度制定过程中的劳动者的民主参与，亦即劳动法律规范意图通过劳动者的民主参与，削弱用人单位制定规章制度的单方性，适度强化共同制定规章制度的合意性和共同议定性。根据《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（一）》的规定，经过民主程序制定（经

职工代表大会或者全体职工讨论，提出方案和意见，与工会或者职工代表平等协商确定等等）并且已经向劳动者公示或者告知的劳动规章制度，即为合法有效的规章制度，可以作为劳动争议仲裁委员会及人民法院审理劳动争议案件的依据，甚至裁判机构可以在裁判文书中直接引用规章制度的具体条款进行断案。

《劳动法》第四条规定：“用人单位应当依法建立和完善规章制度，保障劳动者享有劳动权利和履行劳动义务”。《劳动合同法》第四条第一款规定：“用人单位应当依法建立和完善劳动规章制度，保障劳动者享有劳动权利、履行劳动义务”。这两条规定几乎没有任何差异，共性在于，一方面从法律层面授权用人单位制定劳动规章制度，另一方面强调建立和完善规章制度是用人单位的法定义务。

强调并授权用人单位制定劳动规则是用人单位的义务,原因在于: 首先,劳动者在劳动关系中处于从属地位,用人单位制定规章制度可以让劳动者权利义务明确,避免用人单位管理的任意性; 其次, 规章制度可以发挥一个指引功能, 让劳动者能形成一个统一的价值评价; 第三, 可以构建和谐稳定的劳动关系, 让大家有章可循。

《劳动合同法》从多个角度对规章制度的具体适用内容、制定程序、法律后果、行政处罚等作出了规定。比如：

1. 规章制度的主要内容或者范围：“劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利、职工培训、劳动纪律以及劳动定额管理等”（《劳动合同法》第四条），这些是需要经民主程序制定并公示或者告知劳动者的规章制度，其他非适用于全员的规章制度，《劳动合同法》没有列举。

2. 规章制度的程序性要求：“应当经职工代表大会或者全体职工讨论，提出方案和意见，与工会或者职工代表平等协商确定”“在规章制度和重大事项决定实施过程中，工会或者职工认为不适当的，有权向用人单位提出，通过协商予以修改完善”“用人单位应当将直接涉及劳动者切身利益的规章制度和重大事项决定公示，或者告知劳动者”（《劳动合同法》第四条）。

3. 规章制度在解除合同中的作用：“劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：……（二）严重违反用人单位的规章制度的”（《劳动合同法》第

三十九条）。

4. 不履行民主程序的后果：无法依据《劳动合同法》第三十九条辞退劳动者。

5. 违反法律法规的后果：“用人单位的规章制度违反法律、法规的规定，损害劳动者权益的”，劳动者可被迫辞职，并主张经济补偿金（《劳动合同法》第三十八条、第四十六条、第四十七条）。除此以外，“用人单位直接涉及劳动者切身利益的规章制度违反法律法規规定的，由劳动行政部门责令改正，给予警告；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任”（《劳动合同法》第八十条）。

三、劳动规章制度的司法审查标准

（一）内容合法

毫无疑问，内容合法是最重要的。由于规章制度是用人单位依法制定，并在本单位实施的效力范围及于全体劳动者的规范劳动规章制度。既然授权来自法律，目的在于维持用人单位的生产经营秩序，并能够让劳动者有效劳动，同时也能让用人单位实现用工自主权，故规章制度不得违反国家法律法规的强制性、禁止性规定，也不得违反国家政策及人社部包括原劳动部颁布且至今有效的规范性文件。所谓合法性，通常要求适用依据合法，程序合法，采取的措施合法。同时，规章制度还要体现权利义务一致，劳动者利益与效率并重原则、教育与惩罚相结合原则，制度面前人人平等原则等最基本的法律理念。可以说，在授权用人单位制定规章制度，法律是相当宽容的，只要不违反强制性规定，即为有效。

比如，浙江省高级人民法院、浙江省劳动争议仲裁院《关于审理劳动争议案件若干问题的解答（四）》中，针对“用人单位依法制定的规章制度规定，在发放年度绩效奖金时双方已解除或终止劳动合同的，不予发放年度绩效奖金。该规定是否有效？”解答意见为：“该规章制度未违反法律、法规的强制性规定，应属合法有效。在发放年度绩效奖金时双方已解除或终止劳动合同，劳动者请求用人单位支付年度绩效奖金的，一般不予支持。”

①参见广东省深圳市中级人民法院于2014年03月24日就沃某玛某百货有限公司深圳新安罗田分店、沃某玛某百货有限公司与郑某某劳动合同纠纷上诉案作出的（2013）深中法劳终字第5434号民事判决书。

司法实践中，哪些内容可能导致无效呢？比如，规定违反计划生育可以解除劳动合同的。广东省高级人民法院、广东省劳动人事争议仲裁委员会《关于劳动人事争议仲裁与诉讼衔接若干意见》第十三条规定，“用人单位以劳动者违反计划生育政策为由解除劳动合同的，应承担违法解除劳动合同的法律责任”。

（二）规定合理

虽然法律没有规定法院有权对规章制度的合理性进行审查，但是在实务中，用人单位的规章制度不仅要有合法性，还应当具备合理性，明显违反生活常理、公序良俗的规章制度，劳动仲裁机构和法院有权宣布部分不合理条款无效。这也是司法公正和司法审查的一个重要体现。如果某一规章制度明显与劳动立法目的不符，且严重损害劳动者利益，司法机关当然有权认定其不具有合理性。

关于规章制度是否合理，部分法院理解为是对正当性进行审查。如认为其不具有正当性，过于严苛，仍可认定该规章制度无效。比如，部分用人单位规定上洗手间的次数，还有部分用人单位规定旷工一次就属于严重违反规章制度的行为，可予以辞退，均属于规定不合理的表现。

换言之，用人单位规定哪些情形属于“严重违反规章制度”的行为，并不必然会被法院认定属于“严重违反规章制度”的行为。比如，某公司的《员工购物规定》规定“员工在购物时若出现上述规定购买商品范围或违反上述购买行为规范的即视为不诚实行为，将受到相应的纪律处分，最高可导致解聘。”某一员工违反后，公司即依据上述规定将其辞退。^①一审法院认为，解除劳动关系是用人单位对员工最严厉的处罚措施之一，员工违规购买商品属实，但其并不存在经教育后仍不改正的情形，其行为根据上述规章制度也不足以达到解雇的严重程度,故认定公司构成违法辞退。二审法院认为：“《中华人民共和国劳动合同法》第三十九条规定的用人单位单方解除劳动合同情形属于法定事由，对于严重违反规章制度的认定，不仅是违反用人单位规章制度严重程度的事实问题，也是是否属于严重违反规章制度的法律解释和适用问题。上诉人的规章制度中，对于劳动者违反

规章制度的后果存在不一致的规定，同样的违反规章制度行为既存在根据程度予以分别处理或处分直至严重者可解除劳动合同的规定，也存在直接视为严重违反规章制度可解除劳动合同的规定。用人单位规章制度自行作出的严重违反规章制度的规定，效力并不等同于《中华人民共和国劳动合同法》第三十九条关于严重违反用人单位规章制度的规定。上诉人认定被上诉人承认的违反员工购物规定的行为和占用工作时间服药的事实即属于严重违反规章制度而直接解除劳动合同，而不是根据违反规章制度情形分别予以处分直至最严重者解除劳动合同，并非正当行使用人单位权利的行为。”二审法院据此亦认定用人单位构成违法辞退，实际上法院是从合理性角度，否定了该用人单位的规章制度的效力。

（三）程序民主

所谓程序民主，就是在制定与劳动者切身利益相关的规章制度时，要遵循民主程序，保障劳动者适当参与规章制度制定过程的权利。如果用人单位违反民主性原则，没有按照《劳动合同法》第四条规定履行民主程序，法院有可能判决认定该规章制度无效。

在北京市第三中级人民法院就广州松某空调器有限公司与孙某劳动争议二审作出的（2018）京03民终599号民事判决书中，二审法院认为：“松某公司虽就其解除双方劳动合同的制度依据向法院提交了员工手册、员工奖惩制度、家用工程机市场管理规定的通知等，但其并未向法院提交相应的证据证明上述规章制度是经过法律规定的民主程序制定，亦未提交相应证据证明其将上述规章制度进行了公示或告知了孙某，故本院难以认定上述规章制度对劳动者发生法律效力。松某公司以劳动者严重违反公司规章制度为由解除双方劳动合同，缺乏制度依据，构成违法解除。”

关于民主程序，通常的理解就是，依照《劳动合同法》第四条的规定，规章制度“应当经职工代表大会或者全体职工讨论，提出方案和意见，与工会或者职工代表平等协商确定”。在实务中，民主程序至少要包括如下程序：人力资源部制定规章制度草案→职工代表大会或全体职工讨论→提出方案和意见→与工会或者职工代表平等协商确定。

根据《企业民主管理规定》第八条规定：“企业可以根据职工人数确定召开职工代表大会或者职工大会。

企业召开职工代表大会的，职工代表人数按照不少于全体职工人数的百分之五确定，最少不少于三十人。职工代表人数超过一百人的，超出的代表人数可以由企业与工会协商确定。”关于职工代表大会制度、职工代表大会、工会制度等，可以参考《全民所有制工业企业职工代表大会条例》《上海市职工代表大会条例》《深圳市实施〈中华人民共和国工会法〉办法》《中国工会章程》《中华人民共和国工会法》《企业民主管理规定》《企业工会工作条例（试行）》等相关规定。

《深圳经济特区和谐劳动关系促进条例》第十一条规定：“用人单位应当依法通过职工大会、职工代表大会或者其他合法形式，完善民主管理，保障劳动者依法行使民主管理的权利。”该地方性法规亦强调了用人单位应当通过职工大会、职工代表大会或者其他合法形式，完善民主管理，保障劳动者民主参与规章制度的必要性，为规章制度通过民主程序制定提供了法律保障。

（四）制度公开

制度公开，就是要通过有效的方式，将依法制定的规章制度广而告之。公开性原则也是对规章制度生效条件的实质性约束，如没有公开，没有告知，则不具有有效性，不能像古代君王一样，“法不可知，则威不可测”。根据《劳动合同法》第四条之规定，“用人单位应当将直接涉及劳动者切身利益的规章制度和重大事项决定公示，或者告知劳动者。”如未经公示，则缺乏了生效的必备要件，不能作为用工管理的依据。制度公开的实质是要告知劳动者，因此，也可称为告知性原则。

四、结语

上述规章制度的司法审查标准的四个方面，笔者简单总结为四个原则：合法性原则、合理性原则、民主性原则、告知性原则。用人单位的规章制度，要作为处理劳动争议的依据及劳动关系管理的有效工具，其制定必须符合法定程序，内容必须合法，也必须要向全体员工进行公示。就程序而言，规章制度至少或者必须遵守两个必要程序：一是规章制度方案提出和商定程序；二是规章制度公示和告知程序。用人单位提出的规章制度，必须要经过职工代表大会或者全体职工讨论通过，或者与工会或者职工代表平等协商后确定。这不仅是一个实质要件，也是一个形式要件。

私募基金管理人 投资管理勤勉尽责的认定

基于仲裁案件实例分析

○张牧云* 深圳国际仲裁院中国（深圳）证券仲裁中心

2012年12月28日，《中华人民共和国证券投资基金法》将私募基金纳入法律规范范畴。十余年来，我国私募基金行业迎来高速发展，已成为我国资本市场的重要组成部分。截至2022年末，我国存续私募基金管理人23667家，私募基金143658只，私募基金管理规模达19.33万亿元。^①与此同时，随着近年私募基金各类违约、违规的现象暴露，行业风险逐步显现，围绕私募基金合同的争议大量出现，成为资本市场诉讼、仲裁案件中常见的案由类型之一。

在私募基金合同争议中，投资者通常就基金管理人在案涉基金“募、投、管、退”各环节履行相应职责时的违约、违规情形，向基金管理人提出赔偿投资本金、利息（收益、资金占用）损失等诉请。裁判者依据相关法律法规及案涉基金合同约定，结合查明事实，判断基金管理人相关法定和合同义务履行是否适当、全面、及

时。这其中对于基金管理人在基金管理过程中是否谨慎勤勉的认定尤为复杂，涉及商业判断、市场风险、管理行为与结果之间的因果关系认定等等。因为基金管理人管理基金投资行为首先是一个商业交易，这里有作为市场主体的商业判断和考量，同时也与各类市场风险交错相伴。在基金投资结果不理想，出现基金净值下降或资金难以收回等状况造成基金财产损失的情形下，对于损失归因的判断往往会面临难题。

笔者通过三个仲裁案例，察看仲裁庭对基金管理人基金投资管理过程中是否勤勉尽责的分析和认定，希望能为类似争议解决和风险防范提供参考。

一、基金管理人交易行为的勤勉尽责义务

案情概要：2021年6月4日，申请人（投资者A）与被申请人（基金管理人B）及某基金托管人签订案涉《基

*张牧云，深圳国际仲裁院中国（深圳）证券仲裁中心副法律顾问。

①数据来源：中国证券投资基金业协会《2022年私募基金登记备案综述》。

金合同》，并按《基金合同》约定支付了投资款 110 万元，对应认购基金份额约 56 万份。2023 年 1 月 5 日，申请人赎回全部基金份额，并获得赎回款项约 33 万元。2023 年 2 月 8 日，申请人以基金管理人不当使用融资融券交易杠杆造成基金损失扩大，违反了勤勉尽责义务等理由，请求基金管理人赔偿投资本金损失约 77 万元、相应利息损失并承担本案仲裁费用。

申请人认为：《基金合同》约定被申请人作为基金管理人不对投资损失承担责任，但对于全部投资收益均可提取 20% 的业绩报酬。在基金产品净值发生大幅下跌的过程中，被申请人未积极应对产品净值回撤，降低投资人亏损。相反，其为追求业绩报酬，大量采取融资融券的杠杆操作，且未采取任何有效的投资风险控制措施，放大了产品的投资损失，导致申请人损失超过 70% 的投资本金。案涉基金产品的单位净值从 2021 年 6 月 30 日的 2.11 持续下跌至 2022 年 12 月 31 日的 0.58，跌幅甚至过分高于同期上证指数的跌幅，案涉基金产品的投资亏损显著。被申请人未尽到合理的勤勉尽责义务，因此造成申请人的投资本金及利息损失，被申请人应当予以赔偿。

被申请人主张：案涉基金未投资高杠杆品种产品，实际投资品种主要为股票，间或有少量债券投资。案涉基金唯一使用的杠杆是融资融券，融资融券的杠杆比例上限为 1:1，被申请人对融资融券使用时间集中于大盘表现较好的时候，是根据市场走势判断，对杠杆比例也进行了严格控制。被申请人持仓相对分散、止损果断，并运用可转债交易降低股票持仓比例、降低投资风险、增厚投资收益。因此被申请人履行了基金管理人的勤勉尽责义务，不应应对投资损失承担责任。

仲裁庭认为，《基金合同》对业绩报酬的约定并未违反法律法规的强制性规定，属于申请人与被申请人的意思自治。根据案涉基金信息披露报告，案涉基金并无申请人主张的存在“大量”使用融资融券杠杆交易的情况，且使用融资融券杠杆交易亦不在法律法规和案涉《基金合同》所禁止的范围内。申请人主张的案涉基金产品的投资亏损显著、过分高于同期上证指数的跌幅等理由属于案涉基金的投资结果，且被申请人在案涉《基金合同》等文件中已对案涉基金产品可能存在的市场风险等情况进行了披露。因此，申请人对被申请人未尽勤勉尽

责义务的主张，仲裁庭不予支持。

对于投资者主张基金管理人为追求业绩报酬，过度使用交易杠杆是否违反勤勉义务，考量的因素包括基金管理人的投资行为是否符合法律法规规定及根据合同约定，是否合理地使用交易杠杆，是否对市场风险进行了完整披露等等。

二、基金管理人投资决策的勤勉尽责义务

案情概要：2021 年 3 月 17 日，申请人（投资者 C）与被申请人（基金管理人 D）及某基金托管人签订案涉《基金合同》，并按《基金合同》约定支付了投资款 100 万元，对应认购基金份额约 64 万份。后因案涉基金投资的某房地产行业公司 E 发行并公开交易的公司债券（E 债券）发生风险，2021 年 8 月 9 日被申请人在经基金份额持有人投票决定后对案涉《基金合同》进行修改，增加了“侧袋机制”，按 1:1 的比例将基金份额划分为“主袋”和“侧袋”。E 债券资产放在侧袋，其余资产放在主袋。2021 年 12 月 20 日，申请人赎回了全部主袋资产，收回资金约 62 万元。2022 年 8 月 10 日，申请人以基金管理人投资 E 债券的决策未尽到勤勉尽责义务等理由，请求基金管理人赔偿投资本金损失约 38 万元等。

申请人认为：案涉基金重仓投资 E 债券，2021 年 4 月底市场传闻公司 E 出现财务困难，有可能不能兑付到期债务，导致 E 债券价格开始震荡下跌。2021 年 5 月底，公司 E 发布公告称不能兑付到期债务，E 债券价格开始暴跌。2022 年 6 月公司 E 公告称，其存续的所有债券均已构成违约，在公开市场均已停止交易。被申请人对 E 债券毫无风险控制、孤注一掷的投资，说明了其对基金财产的安全性毫不在意，违反了《基金合同》约定的投资目标和恪尽职守、谨慎勤勉管理运用基金财产的承诺，应当对申请人投资本金的损失承担赔偿责任。

被申请人主张：对 E 债券的投资符合《基金合同》约定的投资范围和投资方式。案涉基金投资的杠杆水平符合法律法规规定及合同约定。被申请人对 E 债券进行了尽职调查，与公司 E 开展调研会议，制作 E 债券信评报告，作出投资决策评估，并且积极处理投后管理事务，包括参与 E 债券持有人会议的提议与表决，去公司 E 维权协商债券增信及偿还方案等，全面履行了诚实信用和

勤勉尽责的义务，不应承担赔偿责任。

仲裁庭认为，根据申请人赎回主袋资产的金额和侧袋资产的比例，仲裁庭推算案涉基金可能使用了约 38% 或更高比例的基金财产购买 E 债券。被申请人对国家 2020 年下半年以来的房地产宏观调控政策未能充分重视和警惕，并且投资单一发行人发行的 E 债券的持仓比例偏高，未尽到足够的专业谨慎义务，构成一定程度对基金管理人信义义务的违反，应对申请人投资本金损失承担部分的赔偿责任。

基金管理机构应具备敏锐和专业的判断能力，在投资于较高风险行业或企业的资产时，应采取必要的风险控制措施，在选择建仓时机和控制持仓比例等方面应保持客观、谨慎。尤其是在债券类品种方面，更应把握好收益和风险的平衡，避免出现片面追求高收益、罔顾风险的投资操作，否则可能构成对谨慎勤勉义务的违反。

三、基金管理人对基金底层资产的勤勉尽责义务

案情概要：2017 年 4 月 14 日，申请人（投资者 F）与被申请人（基金管理人 G）及某基金托管人签订案涉《基金合同》，并按《基金合同》约定支付了投资款 420 万元，对应认购基金份额 420 万份。案涉《基金合同》约定募集资金主要用于受让公司 H 持有的其与公司 I 签订的四份合同项下共计约 2.75 亿元的应收账款。根据被申请人描述，被申请人曾为收回应收账款款项对公司 H、公司 I 及交易相关增信方提起另案仲裁。该案中认定，公司 I 及交易相关保证人在对应协议中的印章非其真实公章，公司 H 向被申请人故意虚假陈述了案涉应收账款，以达到收取案涉基金转让款的非法目的，故被申请人向相关主体进行追偿的仲裁请求未能得到支持。2022 年 4 月 8 日，申请人以基金管理人未谨慎勤勉对案涉基金投资标的进行尽职调查、落实投资风控措施等理由，请求基金管理人赔偿投资本金损失 420 万元等。

申请人认为：被申请人未依约审慎、勤勉地对投资标的进行尽职调查，未审核底层交易相关交易文件、交易凭证，未实地考察底层交易债务人，未依约监督公司 H 与公司 I 之间的资金流向，未依约落实相关担保协议等风控措施，违反《基金合同》约定，未履行基金管理人义务，应对申请人投资款的本金和利息损失承担赔偿责任。

被申请人主张：其在基金募集之前已经聘用专业

的律师事务所及会计师事务所进行法律及财务的尽职调查。相关尽职调查报告并未提示底层资产可能存在欺诈行为。且根据尽职调查报告中的相应内容，律师事务所和会计师事务所均对底层的交易文件、凭证、流水进行了核查。因此被申请人不存在未尽勤勉尽责的违约行为，申请人应自担投资风险造成的损失。

仲裁庭认为，根据被申请人向相关方追偿的仲裁案件中查明的事实，公司 I 在相关协议中、担保人在相关担保合同中的印章均非真实公章；此外，应收账款所涉的增值税发票已经红冲作废。该等文件均属于案涉基金对外投资的关键性交易文件，被申请人作为专业的基金管理人，在交易安全性和真实性的风险控制上出现了明显漏洞，并未发现或者避免前述问题，而这些问题一方面导致底层资产交易失去真实性，另一方面也导致案涉基金向相关主体进行追偿的诉请未得到支持。被申请人因其未完全履行基金管理人的法定义务及约定义务，导致基金资产脱离被申请人控制、无法回款，被申请人应当对申请人投资本金及利息的损失承担相应赔偿责任。

基金管理人应对基金投资范围内的交易对象、投资标的的进行详细调查，尤其应确保目标资产的真实性。律师事务所或会计师事务所出具的尽职调查报告并不能完全免除基金管理人的相应责任。案涉基金的资金拟主要用于受让应收账款资产，基金管理人未能发现目标资产实为虚假，违反了勤勉尽责管理基金财产的义务。

四、结语

结合上述三个案例我们不难看出，仲裁实践中，通常难以固定的衡量标准来评判基金管理人的投资管理行为是否勤勉尽责，而需要裁判者根据个案案情，结合政策法规、市场行情、行业惯例等多方面因素进行综合判断。基金管理人应认识到信义义务的行为标准严于法律法规的底线要求，应当切实履行忠实义务，真正做到以受益人的最大利益为目标，严格避免利益冲突，才能在此基础上发挥其专业能力和经验，谨慎、勤勉地管理基金财产，避免此类风险的发生。

免责声明：因本文主要讨论基金管理人投资管理行为是否勤勉尽责的问题，为方便阅读理解，案例中涉及的其他争议焦点和事实，在文中未予保留。本文中的分析论证仅代表仲裁庭意见及针对具体案例的观点，均不代表机构观点。

责任划分 是否为基本医疗保险基金 先行支付的前置条件

○张原辉* 深圳市医疗保障局

【基本案情】

2018年4月，朱某和樊某因泥土堆放纠纷发生口角，樊某击打朱某头部，朱某倒地受伤。朱某受伤后在医院进行多次治疗，花费医疗费用共计111877.36元。2018年8月，公安机关向樊某作出行政处罚决定书，对其拘留八日并处罚金500元，对朱某作出了不予行政处罚决定书。公安机关出具的两份决定书都未划分双方的侵权责任。出院后，朱某向医保经办机构提出基本医疗保险基金先行支付申请，并提交了申请

表、社会保障卡、参保凭证、病历、医疗费用票据、《个人情况说明》和《不予支付医疗费证明》等材料。朱某提供的社会保障卡、参保凭证等材料证明其被侵权之前已参加基本医疗保险；《个人情况说明》自述自力救济索赔遭受侵权人威胁和其精神层面的反复创伤、持续恐惧的状态，呈现了第三人拒不支付的情况，属于朱某对第三人不支付情况的告知；《不予支付医疗费证明》是当地镇政府和村委会出具的“第三人不支付或者无法确定第三人”的材料，证明了樊某应当

*张原辉，深圳市医疗保障局公职律师、三级主办，深圳市龙华区人民法院陪审员，主要从事领域为医疗保障立法、法治政府建设和医疗保障行政争议解决等。

支付而拒不支付医疗费用。医保经办机构依法核定并由基本医疗保险基金先行支付朱某医疗费用36708.10元。基本医疗保险基金先行支付后于2020年8月向第三人樊某提起代位追偿民事诉讼，诉请偿还基本医疗保险基金先行支付的医疗费用36708.10元。

一审法院认为：行使追偿权是以樊某向朱某承担赔偿责任为基础。本案中，樊某向朱某承担赔偿责任的数额因双方责任未作划分而不明确。医保经办机构在此情形下向朱某先行支付医疗费36708.10元，后又向樊某全部追偿，缺乏事实及法律依据，故不予支持，判决驳回诉讼请求。^①医保经办机构不服一审判决，于2020年11月提起上诉。二审法院认为：本案是因打架所导致的损害结果，对与侵权人的责任是否需要划分和如何划分，因被侵权人非本案的当事人，故在本案中不予直接划分双方的责任大小，原判驳回医保经办机构的诉讼请求，无明显不当，判决驳回上诉，维持原判。^②

本文结合该案情况及相关法律规定、法理，就责任划分是否为基本医疗保险基金先行支付的前置条件的问题，分析如下。

一、横看成岭侧成峰，经办视角与审判实践的张力

根据《社会保险法》第三十条第二款^③及《社会保险基金先行支付暂行办法》（以下简称《先行支付办法》）第二条、第三条、第十二条等规定，基本医疗保险基金先行支付是指由于第三人的侵权行为造成被侵权人损害，其医疗费用应当由第三人按照确定的责任大小依法承担，但由于第三人不支付或者无法确定第三人的，由基本医疗保险基金先行支付被侵权人的医疗费用，再由医保经办机构通过民事诉讼等方式向被侵权人或第三人代位追偿的制度。前述案件正是基本医疗保险基金先行支付后，医保经办机构通过民事诉讼向第三人代位追偿而败诉的典型案列。

前述案件的审判结果生动展现了法院对《社会保险法》第三十条及《先行支付办法》第二条、第三条、第十二条等规定中“医疗费用依法应当由第三人负担，

第三人不支付或者无法确定第三人的”的理解和判断。法院不予认可《个人情况说明》《不予支付医疗费证明》已经体现被侵权人朱某向医保经办机构履行法定告知义务和证明了“第三人不支付或者无法确定第三人”的情况下，审判的逻辑在于要求朱某穷尽诉讼等各种救济方式向第三人追索，以明确划分责任作为基本医疗保险基金先行支付的前置条件，并以案件中樊某向朱某承担赔偿责任的数额因双方责任未做划分而不明确和被侵权人非代位追偿案件当事人为由，对医保经办机构的代位追偿诉讼请求不予支持。

事实上，因交通事故、打架斗殴、医疗事故等侵权损害纠纷而申请基本医疗保险基金先行支付的案件中，存在第三人逃逸、死亡、证据缺失等原因导致有关部门无法明确划分责任或者无法确定第三人的情形。加之第三人侵权纠纷存在和解、调解等多种纠纷化解方式，并不必然诉至法院划分责任而解决争议。若基本医疗保险基金先行支付必须满足被侵权人穷尽对第三人诉讼的方式进行责任划分作为前置条件，先行支付业务经办将面临困境，可能导致医疗费用延付、拒付、群众反映强烈以及产生大量行政争议等问题。

《先行支付办法》第十二条的规定明确了医保经办机构按规定先行支付医疗费用后，有关部门确定了第三人责任的，应当要求第三人按照确定的责任大小依法偿还先行支付数额中的相应部分。法条隐含了先按照规定先行支付后，再区分“有关部门确定了第三人责任的”和“有关部门没有确定第三人责任的”情形。又因“医疗费用依法应当由第三人负担”“第三人不支付或者无法确定第三人的”“有关部门”“确定了第三人责任的”“告知造成其伤病的原因和第三人不支付医疗费用或者无法确定第三人的情况”等条文表述较为原则且部分法律言辞存在模糊性，医保经办机构对“依法”“不支付”“无法确定”“有关部门”“告知”的认定标准、认定权限等存在不同理解，在此情况下，被侵权人已经参加基本医疗保险并提供伤病原因说明、治安管理行政处罚决定书等能证明第三人应负担医疗费用且拒不支付

^①参见（2020）皖1522民初4635号民事判决书。

^②参见（2020）皖15民终3139号民事判决书。

^③《社会保险法》第三十条第二款规定“医疗费用依法应当由第三人负担，第三人不支付或者无法确定第三人的，由基本医疗保险基金先行支付。基本医疗保险基金先行支付后，有权向第三人追偿”。

时，医保经办机构通常对相关规定作有利于参保人的理解和解释，以此判断基本医疗保险基金先行支付的关键条件“第三人不支付或无法确定”。就前述案件而言，医保经办机构基于法定职责对先行支付申请材料进行审核，对是否需要给付、以何种形式给付加以判断有明确依据，医保经办机构按照《先行支付办法》第二条、第三条的规定先行支付后，再区分“有关部门确定了第三人责任的”和“有关部门没有确定第三人责任的”情形，通过民事诉讼代位追偿符合法律规定和经办规程。

二、问渠那得清如许，先行支付制度立法本意

基本医疗保险基金先行支付的立法本意在于确保参保人能够获得及时的医疗救治。因伤病治疗之急，医疗费用及时得到基本医疗保险基金先行支付显得尤为重要。虽然基本医疗保险待遇的行政给付具有对价性质，属于附对价的社会保险待遇类给付，但是基本医疗保险基金先行支付的规定不同于社会保险法律关系中一般意义上的行政给付。基本医疗保险基金先行支付作为一项《社会保险法》中创新的、特别的制度安排，在社会保险制度框架下预设了治病之急情形下最底线、最基础的行政给付义务——兜底性保障参保人的合法权益的“垫付”。

被侵权人对不予先行支付决定不服提起的行政诉讼中，法院通常也基于医疗保险基金先行支付立法精神及医疗费用支付的及时性、特殊性，从确保参保人获得及时救济的立法意旨将先行支付解释为“垫付”。医保经办机构则在政策框架内灵活使用文义解释、体系解释、目的解释等方法进行解释，对法律规定模糊和有争议的问题作有利于被侵权人的解释，在经办层面避免“害怕担责不敢为”和不当加重被侵权人证明责任。客观上，若医保经办机构仅以维护基金安全可持续为目标，严格按照文义解释，经办中采用较高证明标准，基本医疗保险基金先行支付制度极有可能演变为“不支付”，甚至在绝大多数情况下被“雪藏”，立法所预设的救急难、兜底线的目标恐将落空。

三、先行支付制度突出问题及解决路径

从经办层面看，先行支付制度问题不在于基金给

付本身，而在于如何平衡基金安全可持续、依法保障参保人权益和基金给付后的代位追偿风险及其相互之间的关系问题，其中，最突出的还是代位追偿风险问题。从《人力资源和社会保障部对十三届全国人大三次会议第 4296 号建议的答复》（人社建字〔2020〕188 号）提及“由于先行支付是一项创新的制度安排，实践中确实存在不少突出问题，主要是道德风险、代位追偿风险、审计风险等。比如第三人故意逃避支付责任时，没有强有力的法律处罚措施，来自第三人道德风险方面的因素将加大先行垫付后的追偿风险”的内容来看，代位追偿风险是普遍的突出问题。

在代位追偿民事诉讼框架下，法院以实现公平、正义为导向，发挥司法能动性，通过能动司法，在实体法上行使审判的自由裁量权，建立健全第三人侵权责任一体化全面审理模式，完善司法审判中的代位追偿风险化解机制，是解决先行支付制度突出问题的关键。

实践中，对第三人侵权纠纷诉至法院的，法院常以涉及公共利益为由通知医保经办机构以《民事诉讼法》上有独立请求权第三人身份参加诉讼，该情形直面纠纷且避免了另案提起代位追偿之诉，有效解决突出问题，无需赘述。对于第三人侵权纠纷未诉至法院的情形，就第三人责任而言，受《民法典》调整，适用侵权损害赔偿的一般规则，并无特别之处。《先行支付办法》第十二条“第三人逾期不偿还的，社会保险经办机构应当依法向人民法院提起诉讼”的规定，明确了代位追偿权的权利性质为民事权利，受《社会保险法》调整。第三人侵权责任与先行支付代位追偿分属不同法律关系和不同部门法调整，但两种法律关系从不同角度对同一法律事实作出规制且在法条和效力上不存在竞合。基于利害关系和同样的事实，同是民事权利，为维护公共利益，法院在代位追偿民事诉讼中依申请或者依职权通知被侵权人参加诉讼，对医保经办机构、第三人、被侵权人在不同法律关系中权利义务责任进行全面审理，在实体法上进行责任划分，既能避免被侵权人另案提起对第三人的侵权之诉，减少各方讼累和司法程序空转，又能实质性化解争议，同时实现防止被侵权人双重受益、第三人逃避责任和促进先行支付制度本身公平、可持续的效果。

《三体》告诉你， 如何突破法定赔偿

○肖雯敏* 广东卓建律师事务所

2023 年，科幻迷们终于迎来了超级 IP《三体》改编的真人版电视剧。剧中人物选角、剧情发展、场景台词和道具都高度还原了《三体》小说的设定，目前来看，《三体》小说改编成电视剧的效果是成功的。《三体》作为一部现象级的科幻巨作，其在全球范围内拥有大量的粉丝，由此所能爆发的 IP 价值无可估量。微信公众号“电视剧鹰眼”发布的一篇文章梳理了《三体》小说版权变更和开发的具体情况。^①目前除了《三体》电视剧外，针对《三体》IP 的开发已经涉及动画、

综艺、有声小说、广播剧、舞台剧、沉浸式体验、展览、周边等多种方式。未来，随着文娱活动和内容的不断更新发展，相信《三体》的 IP 版图会越来越大。

正所谓树大招风，从目前可查的案件审理信息来看，《三体》在有声书、剧本杀、动态漫画等领域已存在被潜在侵权人擅自使用的情况。不过，值得欣喜的是，在腾讯公司起诉广州荔支公司关于《三体》有声书的著作权纠纷案件中^②，法院支持了腾讯公司的维权诉求，并突破了旧《著作权法》中 50 万元的法定赔

*肖雯敏，广东卓建律师事务所律师，广东省涉外法律新锐人才、深圳市律师协会商标法律专业委员会干事，专注于知识产权及反不正当竞争法律服务领域。

①《<三体>版权费：10 万变 1.2 亿，IP 是如何运作的？》，作者：琪琪，载微信公众号“电视剧鹰眼”，2023 年 1 月 28 日。

②一审案号：（2019）沪 0115 民初 85544 号；二审案号：（2021）沪 73 民终 818 号。

偿上限，判决荔支公司赔偿腾讯公司 500 万元。突破法定赔偿上限确定赔偿数额，这在知识产权诉讼实务中是非常罕见的操作。本文借由《三体》有声书版权纠纷案件，将就突破法定赔偿上限的法律依据、现有案例以及举证要求等方面进行梳理，以供探讨。

一、何谓“突破法定赔偿上限”？

随着新《著作权法》在 2021 年 6 月 1 日生效，知识产权法定赔偿进入到“500 万元大一统”时代。商标法、专利法、著作权法、反不正当竞争法统一规定，如损害金额无法通过权利人的实际损失、侵权人的侵权获利、权利合理许可费 / 使用费确定的，法院可以在 500 万元内以确定侵权人的赔偿数额。换言之，在无法计算真实、准确赔偿数额的情况下，法院对权利人可以获得的赔偿数额作了限制。

“突破法定赔偿上限”即是通过证据证明法律所规定的限额不足以填平权利人的损失，请求法官结合事实情况裁量判赔金额，并且该判赔金额不应受到法定赔偿的限制。

二、“突破法定赔偿上限”的法律及司法政策依据

在“500 万元大一统”时代降临之前，《著作权法》的法定赔偿限额仅为 50 万元。囿于 50 万元的法律规定，针对作品价值高、侵权规模大、侵权恶意明显的案件，权利人也很难获得合理得当的赔偿。新《著作权法》修改之前，在司法解释、全国法院座谈会等多处均体现了“超出最高额上限确定赔偿额”的内容。

2009 年 4 月 21 日，最高人民法院发布的《最高人民法院关于当前经济形势下知识产权审判服务大局若干问题的意见》第 16 条规定：“在确定损害赔偿时要善用证据规则，全面、客观地审核计算赔偿数额的证据，充分运用逻辑推理和日常生活经验，对有关证据的真实性、合法性和证明力进行综合审查判断，采取优势证据标准认定损害赔偿事实……对于难以证明侵权受损或侵权获利的具体数额，但有证据证明前述数额明显超过法定赔偿最高限额的，应当综合全案的证据情况，在法定最高限额以上合理确定赔偿额”。

2013 年 10 月 22 日，最高人民法院召开“人民法

院加大知识产权司法保护力度的有关情况”新闻发布会，时任最高人民法院知识产权审判庭副庭长金克胜回答：所谓酌定赔偿计算方法，是在计算赔偿所需的部分数据确有证据支持的基础下，人民法院根据案情运用裁量权，确定计算赔偿所需要的其他数据，从而确定公平合理的赔偿数额，且不受法定赔偿最高限额的限制。

2018 年 4 月 20 日发布的《北京市高级人民法院侵害著作权案件审理指南》第 8.4 条规定，无法精确计算权利人的实际损失或者侵权人的违法所得时，可以根据在案证据裁量确定赔偿数额，该数额可以高于法定赔偿最高额。

2021 年 4 月 15 日发布的《江苏省高级人民法院侵害商标权民事纠纷案件审理指南（修订版）》第 8.2.5 条规定，如果现有证据虽未能证明因侵权行为导致的原告损失或者被告获利的具体数额，但可以证明不低于某项数额，可以按该最低额确定赔偿额，即便该最低额已经超过法定赔偿的最高限额。

三、如何争取“突破法定赔偿上限”？

知识产权案件赔偿数额的主张路径有以下几种：

1. 按顺序依次主张，权利人损失——侵权人获利——合理许可费 / 使用费。如可以确定具体金额，针对故意侵权且情节严重的，可以主张一到五倍的惩罚性赔偿。
2. 如 1 不能确定，但针对赔偿数额有证据支持超过法定赔偿的，可以主张裁量性赔偿，即要求法院突破法定赔偿上限进行判赔。
3. 如 2 没有适用条件，则直接要求法院在法定赔偿金额内确定赔偿金额。

因此，争取“突破法定赔偿上限”的案件首先是难以确定具体赔偿金额，但又有证据表明赔偿数额的下限超过法定赔偿的。这类案件依然有赔偿数额的门槛，即需要有相应的证据证明相关数额明显超过法定赔偿。

四、“突破法定赔偿上限”的具体适用

（一）侵权规模、侵权时间、部分侵权收益相关

的数据证明超过法定上限

在《三体》有声书案中，被告荔支公司经营的荔枝 APP 等平台未经腾讯公司许可播放主播录制的《三体》小说，一审法院涉案作品知名度较高，被告规模较大、主观过错程度较大、侵权主播数量及主播粉丝数量多、侵权音频数量较大、播放量较大、侵权时间段为作品热度较高时间段等因素酌情确定赔偿金额 500 万元；二审法院结合播放平台的盈利模式认为，侵权获利不能仅以平台与主播的分成为限，还应当考虑《三体》音频会给荔支公司带来流量，提高荔支公司的商业估值，也可带来更多广告的收益。具体来看，以下与侵权规模、侵权时间相关的数据支撑了“赔偿数额明显超过 50 万法定限额”的事实：一是主播粉丝数、播单播放量，部分摘录：主播“微小的裂隙”，4 个播单，粉丝 4793 个，播放量 144.3w；主播“你的迪哥”显示 FM1487110，粉丝 5533，播放 251w；主播“星期天不出门”FM2976882，粉丝 1396，播放 56.3w。二是被告规模相关的数据，被告荔支公司成立于 2007 年 12 月 28 日，注册资本为 5000 万元，截至 2018 年末，荔枝已拥有超过 2.5 亿的全球注册用户，4500 万活跃用户。三是侵权时间的数据，2019 年 4 月至 2020 年 5 月持续发送侵权警告函并要求下线。

在北京幻想纵横网络科技有限公司与上海玄霆娱乐信息科技有限公司侵害作品信息网络传播权纠纷案^③中，一审法院向中国移动发公函要求其与被告之间关于《永生》小说作品的授权合同及该公司基于《永生》小说作品支付的所有收益分成。中国移动回函确认上述授权合同的真实性并确认收益分成为 1737002.11 元。法院认为，被告仅该一项获利就已超过我国著作权法规定的法定赔偿数额的上限 50 万元。

（二）销售合同、合作协议中的数据作为突破上限的参考

上海知豆电动车技术有限公司与达索系统股份有限公司侵害计算机软件著作权纠纷案^④中，经法院保全确认被告安装侵权软件数量为 73 套。涉案软件单位利

润无法确定，但本案之前，原被告在文化执法总队行政执法期间，已经就被告侵权的行为达成了总价 140 万元的软件销售合同。而被告未按约履行合同，直接导致原告损失其因合同履行可以获得的利益。行政执法期间双方当事人以确认的每套软件 8 万余元的最低单价计算，73 台计算机安装的盗版软件总价款达到近 600 万元。法院认定，本案原告的损失应当大大超过法定赔偿 50 万元的最高限额，最终支持了 900 万元。

在优酷信息技术（北京）有限公司与乐视网信息技术（北京）股份有限公司侵害作品信息网络传播权纠纷案^⑤中，乐视未经许可在其运营平台内提供涉案综艺作品《笑傲江湖第三季》的在线播放服务侵害了原告享有的信息网络传播权。原、被告曾在涉案综艺首播后签订《电视作品网络合作协议》，授权期一年的许可费为 600 万元。到期后，被告未按约定支付许可使用费，并在原告发送《律师函》通知下架后，继续提供涉案作品的播放、下载服务，持续时间长达一年，主观恶意明显；被告通过多端口提供涉案作品，传播范围较广；现有证据可以证明原告因侵权所受损失超过了《著作权法》（2010 修正）规定的法定赔偿上限 50 万元，但考虑到涉案作品非热播期及综艺节目的热度递减等因素，最终判决被告赔偿原告经济损失 100 万元。

综上，我们可以得知“数据”在这类案件中是至关重要的。如何把赔偿考量因素中的知名度、侵权规模、侵权时间、侵权收入等转化为数据，是我们在这类案件中需要努力的方向。具体而言，知名度相关的数据可以通过品牌估值、宣传投入金额、股价等呈现；侵权规模相关的数据相对而言会更多且更好体现；侵权时间可以通过分段式取证的方式来呈现。此外，还可以通过运用申请法院调查取证、申请提供财务账簿等方式获取更多数据。总之，在知识产权案件中争取更多的“数据”，无论这些数据最终能否计算出判赔金额，在法院进行判赔考量时，都会成为一个重要的参考因素和判断基础。

③一审案号：(2011)沪一中民五(知)终字第 136 号；二审案号：(2014)沪高民三(知)终字第 78 号

④一审案号：(2018)沪 73 民初 81 号；二审案号：(2018)沪民终 429 号

⑤案号：(2020)京 0491 民初 8352 号

我在社区担任法律顾问这三年

○刘滢* 广东华商律师事务所

2021年2月的一天，天空飘着毛毛细雨，冷空气似乎还舍不得离开这个城市，我站在社区的门口，心里默念着介绍自己的开场白，看着空旷的篮球场出了神，“社区里的居民都会遇到哪些问题呢？”“我能为社区居民做点什么呢？”“这份工作到底辛不辛苦呢？”……一阵冷风打断了我的思绪，正好此时社区书记出来接我。

交谈中，书记表示社区里发生的事情主要以装修纠纷、邻里纠纷和劳资纠纷为主。这些对我来说可能不是份容易的差事，我略显娇小的身躯在书记眼里看来可能完全不像个执业律师，毕竟我与影视作品中呈现的精英律师形象可谓相去甚远，但我会尽力向基层法治工作的前辈们学习靠拢，在司法实践中切实做到以事实为依据、以法律为准绳，客观理性地为社区、为居民、为辖区企业提供专业的法律意见，勤勉尽责地去协助社区参与人民调解工作、协助居民处理遇到的法律问题、协助辖区企业更好地合法合规经营。

带着这样的信念，我正式作为社区的法律顾问开始工作了。我在社区这片土壤上成长和汲取能量，从能歌善舞的老年人们身上学会了从容，从无私助人的志愿者们身上学会了奉献，从讲信修睦的邻里们身上学会了互助，从活力四射的青少年身上学会了无畏。

这一转眼，竟已经与社区并行三年了，这三年里我在不同社区处理过的法律咨询问题、人民调解纠纷加起

来已约350件，来自五湖四海的人们总会遇到令人头

疼的难题，比如夜深人静时不明来由的噪音、突然倒闭跑路的健身房和培训机构、经营困难时发不出工资的工作单位、存在家庭暴力还屡教不改的配偶……人们来到社区在倾诉中寻找解决问题的办法，我有幸帮助他们解开心结。

刚开始的时候，我在社区值班总是担心大于期待，因为现场咨询和现场调解工作很考验律师的临场反应能力、语言表达能力和专业能力，我期待有人前来咨询，以不至于在值班座位空耗一下午，又担心自己的回答不能使对方满意，这样的顾虑在我的工作中渐渐释然了，因为“真诚永远是必杀技”，不论他/她遇到的困难在法律上有没有最优解，他/她都能感受到你是否用心，他/她便能为心中的选择题选出自己的答案。

同时，这三年来每个季度都要召开一次的普法讲座我参与了13场，每一个讲座主题我都会重新对课件进行设计排版和增减内容，根据不同社区居民的反馈意见，适当增加真实案例便于听众理解法律规定和立法本意，另外又通过视频、漫画、问答等形式增加普法讲座的趣味性，以免听众们在稍显枯燥的法条中沉沉睡去。通过普法讲座，我相信居民可以对一个类

型的案件有多一分的了解，便可能有助于在日常生活中多一份应对。

社区法律顾问的工作平凡且琐碎，但正是这样平

凡的角落让我感受到社会的酸甜苦辣，在这样春夏秋冬的季节更替和人来人往的潮起潮落中学会人民律师的责任与担当。



* 刘滢，广东华商律师事务所律师，广东省涉外律师新锐人才，自2020年至今担任深圳市南山区沙河街道光华街社区法律顾问，从业以来专注于民商事争议解决、政府法律顾问等领域。

2018年的10月，还在实习期的我，参加了省司法厅和省律协组织“法援惠民助力脱贫攻坚”活动，与同期三百余名学员被分派到各法律欠发达地区，到公共法律服务实体平台开展实务训练和值班工作，为期一个月。

那年，我已经41岁。从那时起，我开始了自己的第二段人生，步入了属于我的律师之旅。

我的服务地点在江门，著名的华侨之乡。在那里，我深深感受到了岭南乡村的淳朴风貌，知晓了陈皮的前世今生，领略了小鸟天堂和梁启超故居、崖山海战等人文历史，也为当地群众提供了许多的基本法律服务。

在沟通中，我的普通话和当地老人的会城话碰撞在一起，那真是鸡同鸭讲，所幸有司法所的领导给我做起了翻译。

在那里我遇到了一些新的人和事，时隔几年，现在回想起来，有些是关于历史土地的问题，甚至包括相邻风水的问题，以及一些养老问题的纠纷，缠绕在法律和道德之间，仅依靠法律的刚性处理是不够的，

还是比较典型和特殊的。

我这个年龄到哪里都是可以打成一片、自来熟的，司法所和镇政府的同事们也很热情。甚至，他们很希望我能留下来。

看来，当地还是很缺少专业法律服务资源。

实际上，我以实习律师的身份能提供给当地的法律服务是比较有限的。但是，我也从内心能感受到，在市场经济发展和社会公共管理过程中，律师这一职业的资源需求和其存在的重要性。

总听说，人生的转身，很可能就是一辈子。我和自己说，我的未来人生，选择没有错。

在江门服务的这段时光，条件是比较艰苦的。但是，通过这短暂的一个月，让我对律师职业的认知和第二段人生的规划，都有了更深度理解和感受。所以，对于我这个初入门槛的小白，获益匪浅。

2019年初，我顺利通过了实习结业的面考核，拿到了执业证。我人生的律师之旅，便正式开始，现在正处于精彩的旅途中。

开启律师之旅

○于海龙* 广东普罗米修斯律师事务所



* 于海龙，广东普罗米修斯律师事务所律师，执业领域主要为家事、民商事合同纠纷和刑事案件的辩护与代理。

★ 广东省律协、深圳律协携手开展 2024 年度“送温暖”走访慰问活动

2024 年 1 月 26 日，为充分发挥律师协会凝聚人心、关爱律师的作用，充分体现“娘家人”的温暖和关怀，彰显律师行业的团结互助精神，省、市律协携手开展 2024 年度“送温暖”走访慰问活动。慰问组通过集中慰问及上门看望等方式，对深圳市“1+1”法律援助志愿律

师、老律师代表进行慰问并送上慰问金及慰问品，并与他们亲切交流，叙往昔、话家常、聊行业发展，关心询问他们的身体状况，了解他们的工作生活近况。受慰问的律师对省、市律协的关怀深表感谢，并交流了对行业发展的展望。

★ 深圳市律师协会成立 35 周年纪念大会圆满举行

2023 年 12 月 29 日，深圳市律师协会成立 35 周年纪念大会圆满举行。张斌会长致辞，回顾了深圳律协 35 年的发展历程，梳理了市律协 35 年以来创新发展取得的成绩，他寄语市律协将持续推进深圳律师业由高速增长向高质量发展转型、由外延式发展向内涵式创新转型，落实市律协“1+4+8”重大部署，锚定目标、接续奋斗、笃行不怠，再创深圳律师业新辉煌。深圳市司法局蒋小文局长代表市司法局对深圳市律师协会成立 35 周年表示热烈的祝贺，她指出，有效团结凝聚更广泛的律师力量，紧紧抓住和用好重要战略机遇期，坚定信心、奋发作为，要牢牢把握三个重点：一是始

终坚守对党忠诚的政治品格，二是始终坚持高度自觉的大局意识，三是始终坚持极端负责的工作作风。

大会上，对在律师行业建设与发展、律师所管理、律师业务、公益、律师服务等方面作出突出贡献的优秀律师事务所、优秀律师等先进单位和个人予以表彰（表彰名单见封二及封三）。在文艺汇演环节，载歌载舞，歌曲、舞蹈、京剧、诗朗诵等表演，展现了深圳律师对法治的坚守与执着，对生活的热爱与激情，以及他们绚烂的才艺。在这个值得纪念的特殊时刻，我们共同见证了深圳律协三十五年来的发展历程，感受到了深圳律师们追求卓越、同力协契的进取精神。



★ 深圳市两级法院立案庭到深圳律协听取律师建议

2023 年 12 月 19 日，深圳市中级人民法院立案庭庭长唐国林等一行到访深圳律协。唐国林庭长简要介绍了目前深圳市两级法院有关立案方面的工作，并重点介绍了当前法院的诉前联调机制。会上，与会人员围绕深圳市两级法院有关立案方面的问题提出了意见和建议，法院对相关意见表示高度重视，与会人员就保障律师执业权益等方面进行深入交流分享：一方面与深圳律协进一步加深良性互动交流，形成定期通报机制；另一方面法院将进一步研究宣传推广方式，向广大律师普及法院改革措施，促进法官与律师之间相互尊重，相互理解。



★ 第七届监事会召开 2023 年绩效考核综合评定会议

近日，深圳律协监事长曾常青主持召开了第七届监事会绩效考核综合评定会议。本次绩效考核工作，一是优化了考核流程，前期通过监事会绩效考核委员会的初步信息审查、考核评分、考核报告，后期监事会再次对相关数据及结果进行严格审核，把控考核评价的要点重点，完善考核结果；二是健全了考核指标体系，监事会需充分征求会员及相关机构的意见与建议，做出有效的结果评价，并结合考核对象的工作特点，提出精准的监督建议，为考核工作提供有效的绩效目

标支撑，引导考核对象完成工作目标；三是实现了考核评价的结果应用。绩效考核评定的等次等级结果及排名将反馈给考核对象、律师代表及上级有关部门，作为相关评价的参考依据，绩效考核报告的意见与建议，也将作为协会工作项目的复核与验收报告，推动协会各项工作有效完成。监事会希望通过绩效考核监督全力推进协会工作质效提升，肯定成绩、寻找差距与不足，营造实干争优的行业工作氛围，激励担当作为，助推行业高质量发展。

★ 深圳律协与百度签署战略合作协议

2023 年 12 月 13 日，深圳律协与北京百度网讯公司（以下简称“百度”）的战略合作签约仪式顺利举行。深圳律协对行业数字化建设高度重视，期望通过与百度建立战略合作关系，借助百度强大的传播力量和先进的 AI 技术，提升行业服务效能，推动行业创新发展，助力深圳法治建设。百度销售业务平台行业二部总经理郭丽霞表示，希望百度可以充分发挥其在人工智能、大数据、云计算等方面的技术优势，以数字化为律师赋能，为广大深圳律师提供优质服务，为深圳律师行业的数字信息化建设贡献力量。深圳律协与百度公司的成功签约，标志着双方将共同在法律服务行业开展更为深入的合作，共同探索法律服务的新模式、新路径，携手推进数字化法律服务建设，实现资源共享，为深圳律师行业注入强

大的科技活力，全力推动深圳法律服务行业的智能化、便捷化、高效化发展。





★ 深圳律协举行第十六、十七期青年律师研修班开班仪式

深圳律协近期举办第十六期青年律师研修班（数据合规方向）和第十七期青年律师研修班（知识产权合规方向）。经过通知发布、报名材料审查和筛选，以及严格的笔试、面试等前期筹备工作，最终确定 45 名和 50 名律师分别成为第十六、十七期研修班正式学员。开班仪式上，张斌会长表示，两期研修班的合规方向是一个新的尝试，是响应国家依法治国战略部署和高质量发展需求而生，希望学员们，珍惜当下，不负韶华，学有所成、学以致用，交出情谊，做出成绩。杨逍副会长作动员讲话，他表示，青年律师研修班已然成为深圳律协的一块金字招牌；放眼未来，历届学员在研修中不仅学习实操技巧，更在传递中丰富“研修班



精神”，逐步成长为深圳律师行业的中流砥柱。他期待两期学员能够珍惜同学情谊、勤学业务技能，在未来与同学们一道携手，共拓合规蓝海业务。截至目前，深圳律协已开展十五期青年律师研修班，共计培养了 701 名（已结业）青年律师。

★ 香港法律执业者与深圳律所企业实务对接推介会成功举办

2023 年 12 月 1 日，由中央政府驻港联络办法律部、深圳市司法局指导，深圳市律师协会、香港法律专业协进会、福田区司法局主办，深圳市国资委、深圳市商务局、深圳市工商联支持的香港法律执业者与深圳律所企业实务对接推介会在深港国际科技园成功举办。来自香港近百名法律执业者代表、7 家深圳国有企业代表、37 家深圳律师事务所代表、媒体代表 200 余人参加了推介会。推介会现场，广东深宝律师事务所、广东联建律师事务所与香港陈和李律师事务所达成合作意向并签署了合作框架协议；香港鸿鹄律师事务所谭雪欣律师与广东深宝律师事务所签订合作协议，拟成为广东深宝律师事务所第一位粤港澳大湾区执业律师；多位香港法律执业者与参展的



深圳国有企业和深圳律师事务所达成合作意向。本次推介会一方面有效深化香港法律执业者对深圳法律行业的了解，加强两地律师行业交流；另一方面为大湾区律师发挥专业优势提供更广阔的舞台，促进大湾区法律服务的互通融合。

（上接封二）

王劲松 广东华商律师事务所
王和平 北京市康达（深圳）律师事务所
尹成刚 广东盛唐律师事务所
杜艳芝 广东经天律师事务所
李 淳 国浩律师（深圳）事务所
肖迎红 广东广和（龙华）律师事务所
吴 波 广东宝城律师事务所
余俊福 广东华商律师事务所
张 志 万商天勤（深圳）律师事务所
张 勇 广东仁人（前海）律师事务所

张敬前 国浩律师（深圳）事务所
陈治民 广东晟典律师事务所
陈 野 广东金地律师事务所
周新锋 广东星辰律师事务所
郑德刚 北京德恒（深圳）律师事务所
贾红卫 北京市隆安（深圳）律师事务所
徐 建 广东融关律师事务所
郭星亚 广东星辰律师事务所
黄明根 广东知临律师事务所
黄思周 上海市锦天城（深圳）律师事务所

曹叠云 广东深田律师事务所
崔 军 北京德恒（深圳）律师事务所
梁建东 广东鸿湾律师事务所
韩 俊 万商天勤（深圳）律师事务所
童 新 广东广和律师事务所
蔡 华 广东啸风律师事务所
蔡体法 广东融关律师事务所
蔺晓青 广东世纪华人律师事务所
廖耀雄 广东国欣律师事务所
魏汉蛟 北京浩天（深圳）律师事务所

五、深圳市律师协会成立 35 周年之优秀论文（专著、专刊）（按作者姓氏笔画排序）

《民商事再审前沿实务与疑难解析以最高人民法院案例为视角》——丁义平 北京大成（深圳）律师事务所
《刑事诉讼法》——于秀峰（译者之一） 北京德恒（深圳）律师事务所
《赢在法庭——刑事辩护与代理的 40 个要点》——于紫伊（作者之一） 北京市京师（深圳）律师事务所
《最高人民法院 2013 年度建设工程案件审判研究报告》——王志强、胡玉芳 北京市盈科（深圳）律师事务所
《金融消费者权益保护的法律实践与合规体系构建》——王岩飞（主编之一） 北京市京师（深圳）律师事务所
《行政复议法查学用指引》——王学堂 广东金唐律师事务所
《国有土地上房屋征收理论与实务研究》——王勇飞（作者之一） 广东盛唐（龙岗）律师事务所
《权利冲突化解路径的经济法律分析——兼与苏力等教授商榷》——王博 广东华商律师事务所
《跨境电商法律实务一本通》——吕友臣 北京德恒（深圳）律师事务所
《专利侵权诉讼实务——裁判规则类型化分析》——刘志伟 北京市隆安（深圳）律师事务所
《法律职业共同体视角下的中西法律文化要览》——刘砺 广东广和（坪山）律师事务所
《城市管理与综合行政执法 100 问》——齐青杰 北京市京师（深圳）律师事务所
《企业知识产权合规实务与指引》——孙大勇（主编） 北京大成（深圳）律师事务所
《民法典新规之预约合同》《浅析我国家庭成员加入制度的构建和完善》——孙阳 广东华商律师事务所
《城市更新项目法务工具库》——李建华（主编） 北京德恒（深圳）律师事务所
《论违约方合同解除权的立法现状极其必要限制》——杨光明（作者之一） 北京德和衡（深圳）律师事务所
《私募股权投资基金合规风控实务》——吴波 广东华商律师事务所
《律师仲裁员修炼》——张亚 北京市东元（深圳）律师事务所
《常见毒品犯罪实务指引——办案思维与疑难解析》——罗小柏 泰和泰（深圳）律师事务所
《传销犯罪原理与办案指引》——胡聪 泰和泰（深圳）律师事务所
《人力资源全流程法律风险管理手册》——段海宇 北京市盈科（深圳）律师事务所
《房屋租赁合同纠纷疑难案例解析》——秦文涛 北京市京师（深圳）律师事务所
《上市公司刑事合规指引》——凌征虎 北京市京师（深圳）律师事务所
《上市公司重大资产重组疑难实例解析》——唐永生 北京德恒（深圳）律师事务所
《元宇宙法律实务》——黄斌、张叶丰（主编） 北京德和衡（深圳）律师事务所、华商林李黎（前海）联营律师事务所
《商业银行争议解决前沿问题专题解读与实务指引》——蒋琪 北京浩天（深圳）律师事务所
《新媒体运营法律的规制与保护》——韩菲（主编） 北京市京师（深圳）律师事务所
《RCEP 框架下数据跨境流动规则的观察、链接与展望》——程婷、史跃、程梦珂 国浩律师（深圳）事务所
《诉讼有方年轻律师修炼手册》——阙清华 广东联建律师事务所
《尊重监管职责在职业病诊断鉴定中的作用》——管铁流 广东华商（龙岗）律师事务所
《海商法实务问题精析》——翟东卫 广东藏尊律师事务所

六、深圳市律师协会成立 35 周年之律协服务之星

黄红珍 刘 娟 杨 欣 周山清 王 颖



辞暮尔尔，烟火年年，
朝朝暮暮，岁岁平安。

祝福全市律师，实习人员与律所辅助人员
新春愉快！和顺致祥，幸福美满！

