



总第 96 期

96

2022 年 | 第 2 期 |

深圳市律师协会主办

(粤 B) L017010071

SHENZHEN LAWYERS

深圳律师

非常视线 专业见解

深圳律师行业“十四五”发展规划

聚焦“双减”后的教育与法律问题

《公司法》修订草案的一点浅见

涉港婚姻案件的管辖与法律适用

侦查阶段取保候审后的三种情形及应对

深圳市律师行业 表彰 2022 年五四青年

为纪念五四运动 103 周年暨庆祝 2022 年五四青年节，充分发挥先进典型的示范引领作用，推动深圳律师行业人才梯队建设，鼓舞和激励广大青年律师及律师行业从业者推进行业持续发展，深圳市律师行业党委与深圳市律师协会开展“扬爱国精神，展青春风采”五四青年表彰活动，决定对在行业中专业建设、法律服务、行业发展、公益事业、党建服务等方面有突出业绩和重大贡献的 20 名青年律师、16 名实习人员和 10 名行政人员，分别授予“优秀青年律师”“优秀实习人员”和“优秀行政人员”荣誉称号。

表彰名单

(按姓氏笔画排序，排名不分先后)

优秀青年律师 (20 名)

王丹 北京润朗(深圳)律师事务所
刘怡 广东君言律师事务所
刘敏 广东际唐律师事务所
李良芳 广东深大地律师事务所
李尚泽 泰和泰(深圳)律师事务所
李凯 广东广深律师事务所
肖文楠 广东淳锋律师事务所
吴晓倩 上海市锦天城(深圳)律师事务所
初岱 广东宝城(宝安)律师事务所
张月宁 北京市盈科(深圳)律师事务所

张东 万商天勤(深圳)律师事务所
林小曼 广东联建律师事务所
郑炫媛 广东诚公律师事务所
钟云郁 北京市浩天信和(深圳)律师事务所
黄霆 广东晟典律师事务所
彭建洲 广东深宝律师事务所
曾凡新 北京大成(深圳)律师事务所
曾伟 广东金唐律师事务所
谢永艺 广东星辰(前海)律师事务所
蔡诗爽 广东卓建律师事务所

优秀实习人员 (16 名)

马定根 广东华商(龙岗)律师事务所
王波 万商天勤(深圳)律师事务所
韦灵峰 北京德恒(深圳)律师事务所
付学理 广东星辰律师事务所
吕笑言 广东梦海律师事务所
乔同超 北京市金杜(深圳)律师事务所
刘晓怡 广东广和律师事务所
孙超 广东深宝律师事务所

李明泽 广东中熙律师事务所
杨子琛 北京金诚同达(深圳)律师事务所
张琦 广东卓建律师事务所
南晚儿 北京市隆安(深圳)律师事务所
姜竺豆 广东金唐律师事务所
莫俊炫(中国香港) 北京中银(深圳)律师事务所
黄丹 北京市盈科(深圳)律师事务所
黄刚 泰和泰(深圳)律师事务所

优秀行政人员 (10 名)

邓婉婷 广东鹏商律师事务所
苏钰淇 北京大成(深圳)律师事务所
李蓉 广东鼎方律师事务所
沈淑娟 广东德纳律师事务所
陈变 广东中熙律师事务所

林思丹 广东广和(深汕)律师事务所
周蓉芳 广东华商(龙岗)律师事务所
胡瑶 北京德恒(深圳)律师事务所
黄力维 广东卓建律师事务所
黄振敏 广东金唐律师事务所

“监”在点子上 “督”在关键处

○曾常青 深圳市律师协会监事长

《深圳律师行业“十四五”发展规划(2021-2025)》为深圳律师行业未来高质量发展谋篇布局。深圳律师行业将以规范化、规模化、专业化、均衡化、品牌化、数智化、国际化和示范化发展为目标，提升深圳律师业的竞争力。监事会作为监督机构将全程监督规划的执行和效果，对规划的发展目标、重点任务和举措实行清单式监督、跟踪式推动、销号式验收，努力“监”在点子上，“督”在关键处，为提升行业自律管理水平夯实基础，为推动行业高质量发展提供有效支撑。

一是坚定对党绝对忠诚的政治信仰。督促行业各方建立常态化政治理论学习机制，增强政治与思想认同，强化形势政策分析和研判，拿出更多创新思路、务实举措，践行人民律师使命。

二是坚持求真务实，从严自律。督促发扬绣花精神和工匠精神，始终秉承执行第一、落实为重的理念，对行业关注的重要事项保持前瞻思考，不做表面文章，真正把措施落细、让工作落地。

三是提升专业能力，做大做强。切实推动律师业务可持续增长，提高法律服务市场规范化水平，促进科学配置促进行业业务发展的各方资源，调动各方力量，形成上下畅通，左右协同的行业合力，关注会员及各方关切，进一步提升专业精细化、品牌化，提高行业核心竞争力，服务大局。

四是在“监督效能”上有新提高，在“监督有力”上有新作为。对标对表行业规划新部署新要求，着眼

于常态化、周期性的工作规律和特点，促进行业不断优化制度规范，重塑工作流程，完善运转程序，推进行业信息化建设，持续提升行业自律管理的监督效能。

行业运作要民主与规范，监事会坚持贯彻“战略思维谋全局、辩证思维解矛盾、开放思维聚合力、底线思维定边界、创新思维促发展”的监督理念，贯穿全程监督一条主线，坚持围绕实体与程序两个维度监督到位，以绩效考核全面深入开展务实、长效、提质、增效的监督。

行业稳进要公平与普惠，监事会完善监督模式，增强纪律约束力和制度执行力，建立监督责任制与监督回避制，强化日常跟踪制的监督，要求公平选拔人才、公开研究成果、强调效益覆盖率与行业共享、提高资产使用率，为广大会员谋福利，杜绝形式主义与躺平主义。

行业发展要高质与健康，监事会抓大放小，进行有侧重点的专项监督，监督关键处与关键人，增强内外联动，公开监督成果，建立“监督工作简报”的常态化互动机制，为推动深圳律师行业高质量发展发挥监督作用，促落实提务实管用的“金点子”，促发展提改革创新“好主意”。

时代考卷常新，时代闯将更勇。面对使命与任务，我们将不忘初心，推进合力监督，追求持之以恒、精益求精，紧督快干，以踏石留印、抓铁有痕的监督工作作风确保深圳律师行业“十四五”发展规划的各项决策部署落到实处，取得实效。



印刷日期 2022年7月5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 侯昆霖 周敏
 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 黄红珍 王颖 杨柳
 美术编辑 蔡永军

电话 0755-83025789
 传真 0755-83025177
 地址 深圳市福田区深南大道
 4001号时代金融中心20楼

邮政编码 518048
 电子信箱 shenzhenlawyers@163.com
 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 “监”在点子上,“督”在关键处 / 曾常青

特别报道 | SPECIAL REPORTS P4-13

04 深圳律师行业“十四五”发展规划

争鸣与思辨 | THINKING & DEBATE..... P14-17

14 聚焦“双减”后的教育与法律问题



专题研究 | SPECIAL RESEARCH.....P18-25

18 “双减”政策下教培机构面临的法律问题
/ 罗延飞

20 双减政策下学生家长常见法律疑问解析 / 邓艳艳

22 深圳双减措施的法律解读 / 窦婧婷



热点 | HOTSPOTP26-34

26 《公司法》修订草案的一点浅见 / 郑绪华

29 《中华人民共和国公司法(修订草案)》修订
要点解析 / 倪修智

32 个破法庭否定夫妻间弃车保帅 认可夫妻合并
破产 / 郑明伟 莫俊炫



论道 | DISCOVERY P35-47

35 涉港婚姻案件的管辖与法律适用 / 郭璇玲

40 法律视角理解NFT及NFT平台涉及的问题 / 文婷

44 合同撤销后的法律责任承担方式研究 ——《民
法典》第157条的理解与适用 / 杨光明 曾强

实务 | PRACTICE P48-61

48 房地产开发商进入破产还债程序后, 买房人
如何破解维权困境? / 刘京柱

52 操纵证券、期货市场案件中“对敲”行为的
刑法规制与律师实务 / 洪灿 莫丽冰

56 侦查阶段取保候审后的三种情形及应对 / 马成

58 诉责险索赔的条件 / 陈敏

拍案 | CASE AND EXAMPLES.....P62-65

62 城市更新项目如何应对政策风险和股东借款的
潜在问题 / 张婧姝

生活 | LIFE P66-67

66 跳脱“消费主义”, 拥抱美好生活
——读《一年不花钱》有感 / 边疆

律协动态 | INFORMATIONP68

初心不改 倾心擘画 深圳律师行业 “十四五”发展规划

“十四五”时期是我国开启全面建设社会主义现代化国家新征程、向第二个百年奋斗目标进军的第一年，是深圳在高质量全面建成小康社会的基础上，实现建设中国特色社会主义先行示范区第一阶段发展目标的五年。为顺应新时期国内外经济环境深刻变化，更好把握国家战略叠加机遇，更好建设中国特色社会主义法治先行示范城市，更好地满足人民群众对实现美好生活的法治需求，在更高起点、更高层次、更高目标上推进深圳律师行业改革创新，努力对标国际一流水平，提升深圳律师行业国际竞争力和发展能级，全面提升深圳律师品牌，推动深圳律师行业高质量发展，结合深圳律师行业实际，制定本规划。

第一章 发展概况、面临挑战和发展形势

在深圳市委市政府、深圳市司法局与深圳市律师行业党委的正确领导下，深圳律师行业紧紧围绕党委政府中心工作和经济社会发展大局，积极拓展服务领域、创新服务方式，在经济社会发展和法治深圳建设进程中发挥了重要作用。然而，与深圳建设法治先行示范城市的使命相比，深圳律师的服务保障能力、创新能力、管理水平和国际化程度等还有待进一步提升，律师执业难等深层次问题还未得到根本解决。上述问题须在“十四五”期间认真研究解决。

（一）发展概况

三十多年来，深圳律师行业紧跟改革开放步伐，保持快速发展态势，行业党建全面加强，律师人数稳步增长，律师事务所发展稳健，业务规模不断扩大，人民律师形象日益彰显。

党建工作实现新发展。行业党建全面加强，截至2020年底，党员律师占律师总数的31.33%，全市建立直属区域党委4个，律师事务所基层党委8个，律师事务所党总支10个、党支部382个，创建了以行业党校为引领的党员教育基地。

行业规模再上新台阶。律师行业保持快速发展态势，截至2020年底，深圳共有执业律师16600名，其中40岁以下的青年律师占比近60%，65名律师担任各级“两代表一委员”。深圳共有律师事务所975家，其中百人以上律师事务所25家，占全市律师事务所的2.56%。

业务规模取得新突破。业务规模不断扩大，深圳律师行业营收较五年前增长168.35%。仅2020年一年，全市律师担任各机构常年法律顾问25974家，承办各类案件340838宗，其中诉讼案件160379宗、非诉讼案件180459宗。

人民律师展现新作为。人民律师形象日益彰显，截至2020年底，全市48人次律师参加“1+1”中国法律援助志愿者行动。仅2020年，全市律师参加法律义务咨询107608人次，提供法律援助44896人次，调解各类矛盾纠纷8657宗，参加扶贫救灾捐款行动2506人次，全市村居法律顾问累计向我市市民提供服务数量68270件，其中，提供法律咨询45584次，法治宣传5870次，出具法律意见书2931份，参与人民调解6708件，参与法律援助143件，其他7034件。

此外，深圳律师行业国际化发展逐步破局，诚信建设深入推进，行业治理体系日趋完善，律师服务经济社会发展作用愈加彰显，整体呈现出民主自律、蓬勃发展的良好态势。

（二）面临挑战

深圳律师行业虽然取得了较大成绩，但与深圳建设中国特色社会主义先行示范区定位相比，与深圳建成现代化国际化创新型城市的要求相比，与建设法律服务枢纽城市目标相比，还存在一定差距。具体表现如下：

创新能力需要与时俱进。律师制度恢复后，深圳律师充分发挥开拓创新、敢为人先的精神，无论是制度创新还是业务创新均领跑全国，但后来随着规模快速扩张，深圳律师的创新能力在减弱，导致人才、服务、产品同质化严重，加之“替代性法律服务”对律师服务的冲击，行业亟需注入改革创新的新动力，重振雄风。

法律服务市场有待规范。违反职业道德和执业纪律，行业内恶性竞争、违规收费收案现象还一定程度存在，加之律师行业内卷加剧，法律服务市场秩序有待规范。

律师事务所管理水平仍需提升。律师事务所规范化建设和科学化管理有待加强，个别律师事务所管理理念落后、管理模式陈旧、管理效能偏低、发展后劲不足，与律师行业高质量发展不相匹配。

律师执业难尚需破局。“会见难、阅卷难、调查取证难”尚未根本解决，数字时代的司法信息不对称等新情况又接踵而来，律师执业权利保障依然艰巨。

行业国际化程度有待提高。深圳律师行业高端涉外法律服务人才较为匮乏，国际法律服务能力无法满足企业“走出去”的现实需要。深圳本土律师事务所“走出去”有待进一步拓展。

行业均衡发展任重道远。律师人才结构不均衡，人才同质化严重；律师事务所结构不均衡，66%的律师事务所执业律师不足10人；区域发展不均衡，个别区域律师事务所数量仍为个位数。

（三）发展形势

习近平总书记在深圳经济特区建立40周年庆祝大会上表示，我国正处于实现中华民族伟大复兴的关键时期，经济已由高速增长阶段转向高质量发展阶段。我国迈进全面建设社会主义现代化国家新征程，推进全面依法治国，建设法治国家、法治政府、法治社会，在法治轨道上推进国家治理体系和治理能力现代化，贯彻新发展理念、推动高质量发展，运用法治思维和法治方式应对风险挑战。律师队伍已成依法治国的一支重要力量，在依法治国的新征程中，律师必大有可为，律师行业应当以更加昂扬的奋斗姿态，寻求新的更大发展，以更好地满足人民群众对实现美好生活的法治需求。

世界正经历百年未有之变局，全球经济治理的区域和国家间博弈竞争不断深化，国内法治和涉外法治需要统筹建设，这对律师行业国际化发展提出了更新

更高的要求。

深圳正处于“双区”驱动、“双区”叠加、“双改”示范及建设中国特色社会主义法治先行示范城市的重大历史时期，深圳律师应当抢抓历史机遇，有责任、有使命做到“扎根深圳，引领湾区、服务全球”，服务经济社会发展大局。

第二章

指导思想、基本原则和发展目标

（一）指导思想

高举中国特色社会主义伟大旗帜，坚持以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，深入贯彻习近平法治思想和习近平总书记对于律师工作的一系列重要指示批示，立足新发展阶段，贯彻新发展理念，服务构建新发展格局，贯彻落实《法治中国建设规划（2020-2025）》《关于支持深圳建设中国特色社会主义法治先行示范城市的意见》，以实现更高质量更高层次的发展与开放为主基调，加强党对律师工作的全面领导，牢固树立问题导向、需求导向、目标导向，构建深圳律师行业发展新型生态，努力把深圳律师队伍建设成为一支政治立场坚定、职业水准一流、专业水平卓越、市场认可充分、国际声誉领先、社会责任彰显的人民律师队伍，为深圳加快建设先行示范区、更好发挥在粤港澳大湾区中核心引擎功能提供强有力的法律服务支撑。

（二）基本原则

坚持党的全面领导。始终坚持政治统领、党建引领，落实党对律师工作的全面领导，进一步加强律师行业党的建设，坚持抓党建带所建促发展，使党建工作成为促进律师行业高质量发展的强大力量。

坚持以人民为中心。要站稳人民立场，始终坚持人民律师为人民，始终坚持中国特色社会主义法治工作者的定位，发挥好律师的专业优势，积极投身全面依法治

国伟大实践，努力用法治守护人民群众美好生活。

坚持服务大局。要围绕中心、服务大局，主动融入中国特色社会主义先行示范区和粤港澳大湾区发展大局，积极参与服务现代化国际化创新型城市建设，以高品质法律服务保障经济社会高质量发展。

坚持改革创新。以创新为动力，深化体制机制改革，推进业务与管理创新，满足新行业、新经济、新业态发展所需的多样化、多层次法律服务需求，构建律师行业新型生态，推进律师行业供给侧结构性改革，推动法律服务内容、服务机制、服务模式创新，有效提升法律服务能级。

坚持统筹发展。牢牢把握高质量发展与依法规范执业的内在统一性，既要树立高标准，又要守住行业底线；既要保证传统业务有序发展，又要强力推进创新型业务开发；既要保持法律服务发达区域的先发优势，又要促进法律服务后发展区域的平衡发展；既要发展国内法律服务，又要统筹推进涉外法律服务。

（三）发展目标

持续推进深圳律师行业由高速增长向高质量发展转型，强力推动深圳律师行业向规范化、规模化、专业化、数智化、品牌化、均衡化、示范化、国际化发展，打造以标准、质量、品牌为核心的竞争优势，提升深圳律师行业地位。具体包括以下目标：

实现深圳律师行业自身高质量发展。到2025年，深圳律师数量达到3万人，每万人拥有律师人数达到15人；律师事务所达到1600家，百人大所突破60家，本土律师事务所市外分所突破500家，本土律师事务所境外代表机构突破50家；行业营收规模超200亿，人均创收相比2020年增长30%，开展涉外业务的律师突破2500人，开展涉外业务的律师事务所突破300家；律师参与公益时长每人每年达到50小时。党的领导和党建工作全覆盖，执业纪律和职业道德不断增强，律师行业合规建设不断完善，执业违规惩戒机制不断健全。律师队伍与政法部门形成多层次、常态化良性互动机制，法律职业共同体先行示范城市基本建成，

律师执业权利得到有效保障，律师执业环境得到根本改善，形成律师执业新生态。

践行人民律师使命，做服务社会民生的常备军。深圳律师坚持以人民为中心的发展思想，紧紧围绕人民群众日益增长的法治需求，提供高品质的社会法律服务、公共法律服务及公益法律服务，做优做强法律服务品牌，提供更多目标精准、要素齐全、务实管用、群众需要的法律服务产品，满足群众需求、维护群众权益，做服务社会民生的常备军。

发挥律师专业优势，做中国特色社会主义法治先行示范城市建设的生力军。深度参与深圳全面建设法治城市、法治政府及法治社会的各个环节，发挥深圳律师的专业优势，让高品质律师服务成为国际一流法治化营商环境的重要标志，做建设中国特色社会主义法治先行示范城市建设的生力军。

统筹做好国内和涉外法律服务，做法律服务枢纽城市建设的主力军。大力培养涉外法律服务人才，提高国际法律服务能力，积极参与深圳国际法律服务中心、国际商事争议解决中心、多元化国际海事法律服务中心、前海深港国际法务区和河套法律服务集聚区的建设，做法律服务枢纽城市建设的主力军。

勇于改革创新，做中国律师制度和行业改革创新的先行军。推动《深圳经济特区律师条例》修订，以制度创新推动中国律师行业立法；提升行业现代化管理水平，实现律师和律师事务所办公数智化；加大业务创新、服务创新、管理创新、行业治理创新力度，形成一批可复制、可推广的律师行业改革创新成果，做中国律师制度和行业改革创新的先行军。

第三章 重点任务和措施

（一）坚持政治引领，全面深化深圳律师行业党的建设

1. 贯彻习近平法治思想，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，作为律师行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律师行业落地生根。

2. 坚持党的全面领导，优化行业党建工作机制
切实加强党对律师工作的全面领导，深入贯彻落实《关于进一步加强和完善律师行业党委与律师协会工作机制的意见》，促进市律师协会与市律师行业党委协同发展，积极支持市律师行业党委工作。深入贯彻新时代党的建设总体要求，不断拓展党建平台机制，夯实党建工作基础，全面落实市律师行业党委决策部署。构建律师行业党建评价机制和品牌示范机制，规范党建考核和优化律师行业党建品牌。积极培育律师行业党建工作示范点，总结、宣传、推广党建工作经验作法，全面推进律师行业党建工作高质量发展。

3. 落实律师事务所党组织责任，推进党建与所建的融合发展

深入贯彻落实《关于全面加强新时代律师行业党的建设工作的意见》，探索符合深圳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，推行律师事务所管理层与党组织成员双向进入、交叉任职。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。立足律师行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。

4. 发挥党员律师先锋模范作用，践行人民律师为人民

提高律师队伍中党员比例，进一步扩大党员律师队伍，优先从优秀律师中发展党员。构建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，坚持“两个确立”做到“两个

维护”、增强“四个意识”、坚定“四个自信”，让政治本色成为深圳律师行业的底色和亮色，做党和人民满意的好律师，大力弘扬以改革创新为核心的深圳精神，成为坚实有力的法治示范先行者，通过高品质的法律服务来积极推动深圳高质量的发展。

（二）践行人民律师使命，做服务社会民生的常备军

5. 建立公共法律服务专家律师库，拓宽公共法律服务领域。继续落实“一村（社区）一法律顾问”项目，推动“一社会组织一法律顾问”项目落地，推动完善律师调解制度。研发服务民生的公共法律服务产品，做民生幸福的推动者。

6. 积极参与多元矛盾纠纷化解，为深圳律师深度参与多元化纠纷化解、刑事辩护全覆盖、涉法涉诉信访等活动创造条件，充分发挥律师维护社会和谐稳定的保障作用。

7. 探索律师及律师事务所参与公益积分制度，加强公益法律服务量化考核。创新普法内容和形式，开展有效的公益普法活动。组建多领域律师志愿服务团，鼓励青年律师参与公益服务。

8. 积极培育律师公益法律服务品牌，把公益法律服务作为评优表彰重要指标，加强优秀公益法律服务人员和典型案例的征选和宣传，以公益法律服务彰显深圳人民律师价值。

9. 发挥深圳市律协法律服务援助基金会作用，以法律公益擦亮深圳律师品牌，用慈善基金做大深圳律师公益，诠释人民律师的新时代内涵，开创法律援助服务新业态，践行法治先行示范新使命。

（三）发挥律师专业优势，做法治先行示范城市建设的生力军

10. 组织律师参与地方立法和政府文件的制订、修订和审查，发挥律师在立法中的专业优势。鼓励深圳律师发挥专业优势参政议政，开展优秀建议、议案、提案及优秀参政议政代表的评选表彰活动，争做法治

先行示范城市的实践者和捍卫者。

11. 引导律师全方位参与法治政府建设，推动完善重大、突发社会事件律师参与机制、重大项目法律审查制度、重大决策论证审查制度、政府重大诉讼律师代理制度等。深入研究政府法律服务需求，结合党和国家的大政方针及治理要求，不断研发和升级政府法律服务产品，推动政府法律顾问服务规范性系列文件出台。

12. 建立多层次、常态化的法律职业共同体良性互动机制。积极举办“法律职业共同体论坛”等活动，强化律师执业权利保障，为深圳律师打造最优的执业环境，构建律师执业新生态，让律师成为法律职业共同体先行示范区的重要建设者。

13. 研究和制定以律师为视角的法治化营商环境评价指标体系，开展营商环境评价活动，积极推行民营企业法治体检和企业合规建设，组织深圳律师参与营商环境法规宣讲，为打造市场化、法治化、国际化营商环境建言献策，做法治化营商环境的建设者和促进者。

（四）统筹做好国内和涉外法律服务，做法律服务业枢纽城市建设的主力军

14. 立足深圳，放眼世界，提升涉外法律服务水平。积极配合“走出去”战略，为企业在“一带一路”沿线国家及海外市场的开拓竞争中，提供高水平涉外法律服务，为企业“出海”保驾护航。

15. 加强粤港澳大湾区法域的法治宣传。鼓励深圳律师针对域外人员开展中国特色社会主义法律体系宣讲活动，为域外人员在粤港澳大湾区从事商贸活动提供规范指引。

16. 深度参与深圳—香港“双城三圈”跨境法律服务。利用香港北部都会区发展契机，在深圳湾优质发展圈、港深紧密互动圈和大鹏湾/印洲塘生态康乐旅游圈的开发建设中，引导深圳律师在土地开发、建筑工程、金融贸易、外商投资、生态环保等领域充分发挥“智囊”“外脑”作用。

17. 发挥律师调解在跨境争议解决中的作用。加

强与境外调解组织的合作交流，在跨境婚姻、继承、抚养、劳动争议、消费者权益、金融投资、商事争议等事务中，鼓励律师参与社区、行业协会、司法机关、仲裁机构等组织的涉外调解，促进涉外民商事主体多元化解决纠纷，助力和谐社会建设。

18. 以粤港澳三地法律服务融合发展为支点推动粤港澳大湾区规则衔接。发挥深圳毗邻香港的优势，与香港律师业建立更紧密的战略合作关系，助力粤港澳大湾区规则衔接、机制对接。

（五）勇于改革创新，做中国律师制度和行业改革的先行军

19. 积极推动《深圳经济特区律师条例》修订，推进中国律师行业制度创新，为《律师法》修改探索立法经验。

20. 率先探索制定包括业务标准、服务标准、管理标准等在内的律师行业标准，为律师行业发展探索高质量发展路径。

21. 推进律师协会改革，探索律师协会全员共治的治理模式，努力做行业自律全过程民主的探索者、实践者和引领者。

22. 探索多元化的网络化监督和合理性监督模式，构建全覆盖、全方位、全过程的阳光监督体系，引领中国律师行业监事制度创新。

23. 推动律师事务所管理创新，探索可复制、可推广的具有深圳特色的律师事务所管理规范体系。

24. 以港澳律师在粤港澳大湾区执业及深港法律服务合作为契机，探索中国律师行业国际化发展新路径，开创法律服务国际合作新局面。

25. 筹建律师行业改革发展研究院，建立律师行业战略发展智库，围绕律师行业发展未来趋势、中心工作、重要政策等开展课题研究，护航律师行业创新高质发展。

（六）坚持规范化发展，全面提升行业自律水平

26. 加强行业合规建设。推行律师事务所合规管

理，引导大中型律师事务所设立合规总监制度、小型律师事务所设立合规专员制度。建立全市律师事务所合规考评体系，加强对律师事务所的合规管理和评定。

27. 提高律师职业道德和执业纪律水平。制定深圳律师合规执业指引，编印《深圳律师行业合规动态》，组建深圳律师合规执业宣讲团，常态化开展执业纪律培训。

28. 规范律师事务所收费行为。加强律师事务所收费备案指导，探索发布深圳律师事务所收费参考指数，坚决遏制行业不正当竞争行为。

29. 完善投诉受理查处中心建设。设立执业纠纷调处机构，建立诉前联调制度。研究制定律师行业投诉查处工作通报制度，实行简单案件调查与惩戒合一的快速查处工作机制。探索建立公益法律服务代罚制度。建立对投诉不成立的澄清机制。

30. 加强律师行业诚信体系建设，推动律师、律师事务所、律师协会多元化评价标准与评价体系建设。

（七）坚持规模化发展，做大做强做优深圳法律服务

31. 扩大法律服务市场规模。开拓法律服务新领域，推广法律产品目录，搭建供需对接平台，实现深圳律师行业业务总营收与律师人均营收双增长，在全国城市中营收总规模保持前列。

32. 保持深圳律师队伍有质有量增长。培育各专业领域领军人才、骨干人才、优秀青年人才，以高精尖律师人才为支撑引领深圳律师行业专业化发展。与各高校法学院建立人才战略合作，定期举办高校法律人才对接活动，吸纳法律服务人才。实现硕士学位的律师比例达到35%，持有跨领域资格证书的律师比例达到10%。

33. 鼓励大中型律师事务所持续向规模化、综合化发展。大力支持培育一批专业技能精湛、业务创新能力强、规模相对较大的律师事务所走规模化发展道路，重点支持建设一批在全国范围内具有较强影响力

的综合实力大所。

34. 引导中小型律师事务所向专业化、精品化发展。着力引导一批律师事务所根据自身优势和市场需求进行专业化定位，在国际投融资、海外并购、证券市场服务等高精尖领域深耕，成为在全国范围内具有示范带动效应的精品所。

35. 推动律师事务所进行改制与整合。鼓励符合条件的合伙制律师事务所变更为特殊的普通合伙律师事务所，鼓励个人律师事务所变更为合伙制律师事务所。鼓励在不同业务领域具有影响力的律师事务所进行重组，支持在相同或相近业务领域的律师事务所进行合并。

（八）坚持专业化发展，以高品质的法律专业服务大局

36. 优化专业委员会体系建设，推进业务创新与发展。探索建立大专业委员会+小研究会的“1+N”模式，以专业“小切口”带动业务“深耕”，完善专业委员会的绩效考核方式，建立有效的激励与约束机制，打造一流的专业委员会体系，为深圳律师专业化发展提供强有力的支撑。

37. 创新行业法律服务模式，精准对接产业链发展需求。围绕深圳七大战略性新兴产业和二十大产业集群，开展产业链法律服务需求调研，编写深圳产业链法律服务产品目录与服务指引，增强与产业链法律服务匹配度，充分发挥律师服务对产业发展的保障作用。

38. 鼓励律师事务所创新服务模式，推进供给侧结构性改革，研发法律服务新产品，加大法律服务产品推广力度。

39. 举办深圳法律服务创新合作论坛、业务创新大赛、业务技能大赛等，培养工匠精神，促进技能提升，推动业务创新，形成超500项业务创新成果。推动政府搭建法律服务供需平台。

40. 以专业化建设为导向，加强培训共享和云培训机制，开启共建培训新模式，构建系统化、全覆盖、

高质量的培训体系。扩大与高等院校、科研单位等研究机构合作，强化学术交流，为深圳律师赋能。

41. 探索建立律师专业化评价体系和评定机制，引导律师专业化发展。加大对律师人才的表彰力度，建立深圳律师人才库。

（九）坚持均衡化发展，切实保障行业可持续增长

42. 加强深圳律师行业区域发展统筹与协调。推动制定深圳各区域律师行业发展规划、区域法律服务产业政策，重点鼓励和支持盐田、坪山、光明、大鹏等区律师行业发展，解决深圳律师行业发展不平衡问题。

43. 加强对中小律师事务所指导。设立“中小律师事务所发展与服务中心”，制定中小律师事务所管理与发展指引，巡回举办律师事务所管理与发展经验分享会，加强律师事务所管理人员培训，定期开设律师事务所主任培训班，开展律师事务所“结对子”活动，帮助和带动中小律师事务所发展。

44. 关注青年律师成长与发展。出台扶持青年律师发展的指导意见。加强青年律师劳动保障。完善青年律师培养制度，开展“传帮带”活动。搭建国内外青年律师交流合作平台。

45. 关爱女律师和老律师。探索设立律师行业年金计划和律师退休保障制度。积极开展女律师联谊活动、老律师关怀慰问活动。

46. 增进“两公”律师的合作交流。举办业务研讨会、专业讲座、高峰论坛等活动，建立公职律师、公司律师与社会律师深度交流平台。

47. 完善会员福利体系，助力律师满足美好生活需求。完善律师执业“三险”统保工作，探索律师购买补充医疗保险；开展会员健康体检与心理咨询讲座；发挥深圳市律师艺术团和体育俱乐部作用，积极开展律师文体活动。

（十）坚持品牌化发展，提高深圳律师核心竞争力

48. 融入新时代元素，提炼深圳律师核心价值观。

传承深圳律师行业文化精髓，塑造深圳律师特质，加强深圳律师行业文化软实力建设。

49. 塑造深圳律师整体品牌力，打响深圳律师品牌。组织开展律师事务所品牌建设交流，总结推介律师事务所品牌建设成果。通过多元化、宽领域的品牌宣传活动，合力打造深圳律师的整体品牌形象，提升深圳律师社会知名度、美誉度。

50. 构建深圳律师媒体矩阵。完善平面媒体、官网、自媒体、深圳律师APP、短视频、电视栏目、新闻发布会、深圳律师杂志“8+N”深圳律师品牌宣传模式，加强宣传渠道管理和媒介升级。

51. 培育深圳律师事务所和律师品牌。大力推进律师事务所文化建设，讲好深圳律师好故事，加大对优秀律师、优秀律师事务所、优秀案例、先进事迹、先进经验的宣传报道。

52. 建立与知名法律评级机构的沟通协调机制。鼓励律师事务所和律师参与评级评优，全面促进律师事务所和律师的品牌化建设。

（十一）加快数智化发展，提升行业现代化水平

53. 完善提升行业信息化建设水平。全面提升协会数字信息平台建设，实现会员服务与行业管理数智化。

54. 加强深圳智慧律师协会建设。推动律师年度考核、培训、实习考核、纪律、维权、救助等各类会员业务在网上全流程办理，打造全国领先的一站式智能服务平台。

55. 优化“深圳律师云学院”建设，推动网络化和智慧化，实现律师培训服务模式的创新和变革。

56. 鼓励律师事务所及律师加强数智化建设，利用互联网办案工具，加强数据信息安全管理，实现绿色低碳办公。

57. 推动对接政法部门信息系统，实现与各单位信息系统的信息交换和信息共享、高效互通，积极融入深圳智慧法治建设。

(十二) 坚持国际化发展, 加快涉外法律服务建设

58. 培养涉外法律服务人才。抓住粤港澳大湾区涉外律师学院建设机遇, 助力深圳成为现代服务业人才培养高地、涉外法律服务产品研发中心和国际律师友好交流中心。培养、引进涉外法律人才, 积极吸收港澳律师在深执业, 研究海外华裔律师有条件在深执业。

59. 培育涉外法律服务示范机构。鼓励深圳律师事务所在粤港澳大湾区及内地设立分支机构以及设立深圳与香港、澳门合伙联营律师事务所, 深化粤港澳联营律师事务所改革, 探索中外律师事务所协议联营试点, 引进、培养一批全国涉外法律服务示范机构、国际一流律师事务所。

60. 建立健全涉外法律服务人才推荐机制。加强与有关部门的沟通协调力度, 积极推荐具备丰富执业经验和国际视野的涉外法律服务人才参与“一带一路”国际合作项目, 进入各级政府专业人才库。支持优秀律师在有关国际组织、专家机构等任职, 在各类涉外工作中发挥作用。

61. 制定涉外法律业务操作指引, 组建深圳市涉外法治服务团, 打造高素质涉外律师人才队伍。鼓励深圳律师担任企业“走出去”总法律顾问, 不断提升深圳律师在涉外活动中的话语权和影响力, 为对外开放新格局和经贸高质量发展提供优质法律服务。

62. 加强国际合作, 开展与境外法律机构的交流互访。与“一带一路”沿线国家、其他国家和地区的律师协会、仲裁机构以及国际法律组织建立合作关系, 为深圳律师拓展国际法律业务, 获得国外优秀的法律培训、业务合作等资源创造条件。

63. 借力深圳在粤港澳大湾区建设中的核心引擎作用, 深化深港法律服务合作与发展, 深度嵌入周边城市产业链, 为深莞惠联动发展、珠江口东西两岸融合互动提供高品质涉外法律服务。

(十三) 坚持示范化发展, 加强业务创新引领

64. 及时制定律师业务指引, 全面提升法律服务

水平, 适时更新法律服务产品目录, 延伸法律服务触角, 优化法律服务供给, 推动深圳律师服务高品质发展和供给侧结构性改革。

65. 加强法律服务产品创新, 力争在重点领域、重大业务方面取得重大突破。集中资源优先发展人工智能、无人驾驶、大数据、医疗卫生、生物医药、信息服务等具有深圳城市特质的新兴领域法律服务。

66. 积极融入深圳智慧法治建设。针对深圳市在大数据、云计算、物联网、区块链、人工智能、元宇宙领域的发展, 扶持和鼓励律师加强互联网领域业务研究, 为深圳市创立“国家数字经济创新发展试验区”提供专业服务。

67. 助力深圳建设知识产权标杆城市。积极建设一支能提供知识产权全链条法律服务的专业队伍, 着力打造一批具有品牌影响力和国际竞争力的知识产权专业律师和律师事务所。

68. 着力打造碳资产管理、碳咨询、碳排放权交易、数字货币与移动支付创新应用等绿色法律服务, 为创建国家绿色金融改革创新试验区贡献律师智慧和力量。

69. 借力《深圳经济特区个人破产条例》实施机遇, 进一步拉动深圳破产与重整律师继续示范领跑, 为构建现代化破产办理体系提供深圳律师经验。

70. 加强合规人才建设, 研发合规产品, 为企业防范合规风险提供全方位、多维度、系统化的理论和实务指导, 助力深圳打造“合规示范区”。

71. 鼓励律师和律师事务所著书立说, 继续出版“深圳律师实务丛书”, 在全国律师专业化发展浪潮中形成一批深圳律师优秀专业成果。

**第四章
保障措施****(一) 组织保障**

72. 加强党的领导。深入学习贯彻习近平新时代

中国特色社会主义思想和习近平法治思想, 增强“四个意识”, 坚定“四个自信”, 把自觉遵守拥护中国共产党领导、拥护我国社会主义法治等从业基本要求。充分发挥党建引领作用, 为规划落地实施提供坚强政治保障。

73. 增进市区联动。扎实推进深圳律师行业均衡发展, 加强与司法行政部门的合作, 强化与市区发展规划衔接, 明确进度要求和具体政策, 确保规划目标任务有计划、按步骤得到落实。

74. 推动部门协调。以律师工作联席会议为平台, 加强与各政法部门的沟通与协作, 提请司法局商请有关单位密切支持配合, 争取各部门对深圳律师行业的支持。

(二) 机制保障

75. 建立规划分解机制。本规划提出的发展目标、重点任务和重大项目, 应纳入深圳律协年度计划, 将规划的目标任务分解落实, 明确规划实施进度和推进措施, 确保重点项目有计划、有步骤地有序实施和规划目标顺利实现。

76. 建立规划调整机制。密切跟踪国内外律师行

业形势变化, 积极开展区域律师政策研究。强化动态管理, 及时调整反馈, 提高规划实施效果。

77. 建立规划评估机制。强化规划实施评价, 对实施情况的跟踪监测分析, 加强对规划实施情况和效果进行科学评估。

(三) 政策保障

78. 争取上级支持。充分把握“双区”驱动、“双区”建设和法治先行示范城市的重大历史机遇。争取国家律师行业改革发展试验试点在深圳先行先试, 全力配合国家律师行业政策和制度创新在深圳率先落地实施。

79. 强化政策落实。努力推动律师行业相关支持政策出台, 加强律师人才培育和引进, 完善律师执业保障机制, 营造有利于律师行业发展的良好环境。

(四) 宣传保障

80. 创新宣传形式、丰富宣传内容, 全方位、多层次、有计划的开展一系列关于规划落地的宣传宣讲活动, 增强会员对规划的认同, 营造全行业共同参与和支持规划实施的良好氛围。

5月6日, 深圳市律师协会召开新闻发布会, 对外发布《深圳律师行业“十四五”发展规划》, 为推动律师行业高质量发展擘画蓝图。



聚焦 “双减”后的教育与法律问题

编辑部

自 2021 年 7 月 24 日，中共中央办公厅、国务院办公厅颁布实施《关于进一步减轻义务教育阶段学生作业负担和校外培训负担的意见》以来，经过近一年的规范治理，全国义务教育阶段学生的学习环境以及 K12 教培行业生态均已发生了根本性转变。孩子是祖国未来的希望，今年全国两会期间，“双减”不仅是

代表委员们建言献策的高频词，也是最受百姓关注的民生话题。本期栏目聚焦教育“双减”下教育教培行业合规健康发展，举办了“教育‘双减’之社会与法的思考”主题圆桌会议，邀请各方嘉宾从社会学、教育学和法学的角度，对“双减”政策的背景、配套政策、影响以及其涉及的法律问题进行了交流探讨。



主持人 / 罗延飞
深圳市律协教育与
未成年人保护法律
专业委员会副主任

致辞嘉宾



余苏 / 广东省律协教育法律专业委员会主任、广东省教育研究院特约研究员



周敏 / 深圳市律协宣传与公共关系委员会主任、本刊执行主编



李严 / 深圳市律协教育与未成年人保护法律专业委员会主任

“双减”后教育生态面临更大挑战和新的需求

主持人：教育部数据统计显示，2021 年全国 3-18 岁在校学生约 2.3 亿人。与“双减”政策息息相关的不仅有学生及其家庭，还包括近 1600 万基础教育教师以及逾千万的教育培训行业从业人员等。“双减”给我们的家庭和教育行业带来哪些影响呢？

汪琳岚：以家庭教育为例，从社会学角度看，“双减”后的教育生态发生了重大变化。“双减”政策执行后，家庭教育的重要性愈发突出。一方面，家庭需要承担更多的教养功能，另一方面，家长需要在养育、支持孩子成长和维持家庭良好运行之间寻找平衡，营造一个良好的家庭生态。

由此，我们可以看到，家庭教育在实施的过程中面临着重大挑战和新的需求。其中，在互联网时代青少年网络使用成为家庭教育面临的一大挑战，网络使用时间长会导致青少年肥胖、近视，影响注意力、认知能力和社会性情感培养等；网络使用本身也带来隐私泄露、网络暴力、网贷等风险问题。同时，家庭在信息服务和心理疏导等方面产生新的需求，包括但不限于以下几点：第一，由于教培机构大量减少，有关家庭教育的信息服务需求明显增长，尤其在学习方面的信息。家长需要主动了解孩子的学习进度、困难和需求；需要辨识和筛选优质并且适合孩子个人特质的学习资源；需要制定并实施针对个体孩子的有效方案，并随变化而调整。第二，帮助改善家庭关系、提供社交支持方面的需求。涉及帮助改善亲子关系，形成良好的家庭互动模式；帮助家长深度了解孩子的个性和喜好，为孩子提供相应支持；为孩子提供与同辈群体及其他社会成员交往的社交条件，同时要预防校园霸凌等问题。第三，为有心理困扰的青少年提供心理疏导和帮助。

臧敦建：仅 2021 年，“双减”相关的配套法律法规和政策文件就密集出台了 32 个，涉及 20 多个部委部门。显然，这不再是小修小补的局部性改革，而是具有政策组合拳攻势的系统性改革。长久以来，义务教育最突出的问题之一是中小学生学习负担太重，短视化、功利化问题没有根本解决，也就是俗称“内卷”严重。从教育学来说，教育有两大永恒的主题，即教育公平和教育质量，我们追求更公平、高质量的教育。因此，“双减”的意义很明确，一是使教育回归公共服务的定位，二是回归正常的教育，即对教育理念纠偏，尊重教育规律，因材施教，以人为本，培养身心健康、全面发展的人。

“双减”政策在推进过程中，影响大、波及面广。一是规范“公参民”，根据《教育部等八部门关于规范公办学校举办或者参与举办民办义务教育学校的通知》，要求民办学校必须符合“六独立”（即独立法人资格、校园校舍及设备、专任教师队伍、财会核算、招生、毕业证发放），否则要整改或清退；二是调减民办义务教育规模，即民办中小学在校生人数占义务教育在校生总数的比例将调减至 5% 以下（县域内的比例降至 15% 以下）；原则上不再审批新的民办义务教育学校。这是供给侧的改变，进行结构性的调整。

研讨嘉宾



汪琳岚 / 北京社会科学院
研究员（线上参会）



臧敦建 / 21 世纪教育研究
院南方中心主任

邹天：“双减”政策出台，使得大家更充分地认识到家庭教育的重要性。今年1月1日开始正式实施的《家庭教育促进法》，正是“双减”政策的配套法律，这使得家庭教育工作有法可依，使得公检法、社区都可以有依据地参与到家庭教育的工作中。我们需要提升家长的认知，我们培养人的方向明确两点，一是对未来对社会有用的人，对素质教育和品格教育提出更高要求；二是身心健康的人。家庭教育要辅助这个培养目标。我们还要明确，家庭教育是一个系统工程，不是属于某个部门的职责，现在有法可依，便能促使全社会作为监督。只要抓好机制落实，达成全民性的共识，教育改革必然会取得成功，我们也希望凝聚更多的社会资源来推动家庭教育行业合法合规地开展。

“双减”后教培机构的合规出路

主持人：确实，教育不单单是学校的事情，是家庭、社会和学校三位一体，共同的事业，我们需要重新定义教育的本职。“双减”政策出台前，教培机构承担了一部分教育的功能，“双减”后教培机构承担了教育改革带来的巨大的阵痛，“双减”对教培机构提出了很多具体的要求。这对教培机构产生了哪些影响？合规经营要关注哪些问题呢？

闫涛：“双减”政策出来之后，我协助广东省教育厅开展校外培训机构专项治理活动。结合“双减”政策以及我国《民办教育促进法》《民办教育促进法实施条例》《未成年人保护法》《广告法》等有关法律法规，我总结一下K12培训机构的合规要求。第一，审批要求，提出了一些针对创设的规则。不再审批新的面向义务教育阶段的学科类培训机构；现有学科类培训机构统一登记为非营利性机构，这对于趋利的培训机构是致命的；对原备案的线上学科类培训机构改为审批制。第二，投资运作限制。要求学科类培训机构一律不得上市融资，严禁资本化运作；上市公司不得通过股票市场融资投资学科类培训机构，不得购买学科类培训机构资产；外资不得通过兼并收购、加盟连锁、利用可变利益实体等方式控股或参股学科类培训机构。第三，培训内容。建立培训内容备案与监督制度，制定出台校外培训机构培训材料管理办法；严禁超前培训；严禁提供境外教育课程等等。第四，师资要求。培训机构不得高薪挖抢学校教师；从事学科类培训的人员必须具备相应教师资格；聘请境内的外籍人员要符合国家有关规定等。第五，学生保护。不得泄露家长和学生个人信息；全面使用《中小学生校外培训服务合同（示范文本）》。第六，培训时间的要求。第七，收费标准，对学科类培训收费实行政府统一指导价等等。第八，宣传推广方面。确保主流媒体、新媒体、公共场所、居民区各类广告牌和网络平台等不刊登、不播放校外培训广告等等。此外，相关部门还将加强监管，对现有学科类培训机构重新审核登记，逐步压减机构数量；严肃查处存在管理混乱、借机敛财、虚假宣传、与学校勾连牟利等严重问题的机构；对校外培训机构预收费进行风险管控；严肃查处各种夸大培训效果、误导公众教育观念、制造家长焦虑的校外培训违法违规广告行为等等。

研讨嘉宾



邹天 / 深圳市家庭教育协会会长



闫涛 / 广东省律协教育法律专业委员会秘书长（线上参会）



苏国辉：教培行业处于“双减”政策风暴的中心，在“双减”背景下面临严峻挑战。闫涛律师刚提到的一系列对教培K12机构的监管，的确对校外培训机构提出更多具体的合规要求。我认为，“双减”的目的是减少孩子的学科压力，从而有更多时间和精力提高素质培养，因此，教培行业若能做到行业自律并向多元化布局，未来必将成为学校教育的有益补充，也是大有可为的。

作为教培从业者，我们要拥护这个“双减”新政，加快转型，这样教培行业在变革中也能迎来新的机会。前提是合法合规经营，保证证照齐全，健全规章制度；遵守价格管理，确保教学质量，充分体现公益普惠属性；杜绝违法违规培训行为，切实维护群众合法权益。在此基础上，我们要想方设法往其他的方向去发展，主要从内容上去转型，进行创新、打造特色教学等等，诸如科学教育、营地教育、教育科技、家庭教育、校企合作等都是新的出口。我希望我们的教育更加多元化，也希望教育改革能够给社会带来一定的刺激，提高我们的国际竞争力、核心竞争力、教育的适用性。

欧倩怡：我所在的律师团队，有多年针对培训类国际化高中的法律服务的实务经验。我也分享一下教育监管日趋收紧、双减政策的“动荡”之下，培训类国际化高中的合规化运营问题。其合规运营要点包括举办者身份、办学主体、课程教材选择、外籍教师资质及收费，我们也是从这几方面为客户提供自查自纠、及时整改的法律建议，提示相关运营主体注意从严格落实合规办学要求，避免遭受停业整顿、巨额罚款、甚至吊销办学许可等行政处罚等风险。一是根据相关政策审查办学机构举办者身份，对举办者中存在的外方持股主体予以剥离；二是不得通过关联交易等方式变相实现营利目的；三是从严把课程教材选择，不得直接使用境外教材教学；四是严格把关外籍教师资质及从业标准；五是关注当地收费政策，及时调整、规范收费流程及收费标准。

“双减”政策衍生的法律纠纷中情势变更适用问题

主持人：“双减”政策执行将近一年，也衍生了一些法律纠纷案件。我们也从法律角度谈谈，“双减”政策涉及的一些法律问题。“双减”属于情势变更吗？如何适用情势变更制度呢？

王倩：“双减”政策衍生的法律纠纷，常见的主要是服务合同纠纷、租赁合同纠纷和劳动人事争议三类。首先，我们要了解情势变更制度的五个构成要件：一是应有情势变更的事实；二是该事实应发生在合同成立之后、合同义务履行完毕之前；三是当事人在订立合同时无法预见；四是发生情势变更具有不可归责性；五是继续履行合同对于当事人一方明显不公平。因此，“双减”政策不属于情势变更，是不能脱离具体的案件情况来判断的，我们要结合个案去看。“双减”政策能否适用情势变更制度，首先要看是否符合上述五个构成要件。其次，适用情势变更制度的法律效果，常见即受不利影响的当事人可以与对方重新协商；协商不成的，可以请求人民法院或仲裁机构变更或者解除合同。我们要明确，不论是“双减”政策还是别的政策，情势变更制度是解决调解合同履行和利益不均衡问题的。

研讨嘉宾



苏国辉 / 先行教育创始人（线上参会）



欧倩怡 / 深圳市律协教育与未成年人保护法律专业委员会委员



王倩 / 深圳市律协教育与未成年人保护法律专业委员会委员

“双减”政策下 教培机构面临的 法律问题

○罗延飞* 深圳市律协教育与未成年人保护法律专业委员会

自“双减”政策实施以来，教育培训行业迎来了史无前例的变革。根据教育部“双减”工作通报显示，截至2021年12月，学科类线下校外培训机构已压减83.8%，线上校外培训机构已压减84.1%。“双减”政策下教培机构如何合规化运营？学科类与非学科类培训机构如何鉴定？“双减”政策引发的违约、裁员等纠纷如何妥善处理等等一系列法律问题也层出不穷。

一、“营转非”后学科类教培机构的合规化运营

根据“双减”政策规定及教育部的工作部署，各地已在2021年底前完成学科类校外培训机构的“非营利性”法人登记工作。与此同时，主管部门出台的一系列配套规范性文件，对其市场化运营的合规性进行了全面规范。

（一）培训收费实行政府指导价

根据“双减”政策的要求，将义务教育阶段学科类校外培训收费纳入政府指导价管理，明确收费标准，各地陆续出台配套规定。其中，深圳于2022年2月14日正式实施的《关于义务教育阶段线下学科类校外培训收费标准的通知》规定，10人及以下班型为70元/课时·人次，11-20人班型为50元/课时·人次，21-30人班型为40元/课时·人次，31人及以上班型为35元/课时·人次。培训机构可在基准收费标准上浮10%、下浮不限范围内确定具体收费标准。故学科类教培机构的收费应当严格遵从政府指导价管理，不得超标准收费或变相多收费。



（二）财务制度纳入第三方监管

根据《关于加强校外培训机构预收费监管工作的通知》，校外培训机构不区分学科类与非学科类，全面实施预收费监管，执行收费专用账户和收费时段等预收费管理要求，加强预收费票据管理。目前从各地下发的配套文件来看，多采取第三方银行托管或风险保证金的方式，实施财务监管。这也是对之前无序扩张、大量资金用于销售与广告、开展恶性竞争等不规范不健康的教培机构从资金链上进行清洗，而对于自始专注教育本身、稳健发展的教培机构也不啻为一利好政策。

（三）培训服务行为全面纳入监督

根据“双减”政策规定，严禁超标超前培训、严禁非学科类培训机构从事学科类培训、严禁提供境外教育课程、严禁占用法定节假日、休息日组织学科类培训等等，全面使用《中小学生校外培训服务合同（示范文本）》。可以说教培机构教什么、怎么教、什么时候教，都已经纳入了政府的全面监管。

（四）利润及剩余财产不得进行分配

这是由培训机构的非营利法人组织的法律属性决定的。根据《民法典》第八十七、九十五条规定，非营利法人是指为公益目的或者其他非营利目的成立，不向出资人、设立人或者会员分配所得利润的法人。在培训机构终止时，进行清算还有剩余财产的，也不得进行分配，剩余财产应当按照章程的规定或者权力机构的决议用于公益目的，无法按照法人章程的规定或者权力机构的决议处理的，由主管机关主持转给宗

旨相同或者相近的法人，并向社会公告。

二、学科类与非学科类的法律界分

学科类教培机构根据“双减”政策，已经进入了完全非营利性时代，贯彻落实了中央关于校外培训的民生属性及公益属性。而对于非学科类，设立人、出资人可以选择采取企业法人主体或者非企业法人主体，即非学科类培训机构依然有权选择营利属性的市场主体，开展非学科类的教育培训业务。学科类与非学科类是否非此即彼界限分明呢？事实上，隐蔽性、延伸性的灰色地带客观存在，如何进行鉴定和界分，一直是个难题。

（一）教育部的区分原则

教育部办公厅《关于进一步明确义务教育阶段校外培训学科类和非学科类范围的通知》明确，在开展校外培训时，道法、历史、地理、语文、数学、外语（英语、日语、俄语）、科学（或生物、物理、化学）按照学科类进行管理；开展校外培训时，体育（或体育与健康）、艺术（或音乐、美术）学科，以及综合实践活动（含信息技术教育、劳动与基教教育）等按照非学科进行管理。

（二）学科类与非学科类的其它区分维度

在学科类培训只能是非营利性的前提下，市面上开始出现五花八门的培训形态，例如游学、夏令营、思维素养、国学素养、演讲与口才等等。除了以教育部规定的培训内容划分外，对于隐形变异或延伸地带的区分，笔者认为还应当从如下两个方面进行考量：一是从培训目的，如果是以提高学科类成绩为目的，进行学科知识性训练为主的培训，即应当认定为学科类，如果是以拓展兴趣爱好、促进全面发展为目的，则为非学科类，例如以提高语文成绩的写作培训就是学科类，而以培养文学兴趣的阅读会，则属于非学科类；二是从培训方法，如果是以反复做题、考试等机械训练为主要形式的，将鉴别为学科类课程；而以体验式、探索式学习等为主要教学方式，突出实践性、创造性、兴趣性的则为非学科类课程。

三、涉及“双减”案件中情势变更的适用

随着“双减”政策的逐步落地实施，相应的法律

问题亦开始显现。目前主要集中在培训机构裁员的劳动争议、培训场地的租赁合同争议、与投资方的业绩对赌争议等领域，主流观点认为“双减”政策下引发的前述法律纠纷，可以援引情势变更原则进行裁判，具体如下：

（一）经济性裁员的适用

“双减”政策对学科类教培行业的影响，显然属于受法律、法规、政策变化导致用人单位产生迁移、资产转移或者停产、转产、转（改）制等重大变化。根据《劳动合同法》第四十一条，以下情况适用经济性裁员规定，解决员工裁撤的经济补偿问题，包括“生产经营发生严重困难的；企业转产、重大技术革新或者经营方式调整，经变更劳动合同后，仍需裁减人员的；其他因劳动合同订立时所依据的客观经济情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行”等，而对于非学科类教培机构，则不能适用。

（二）场地租赁合同解约的适用

中国民办教育协会《关于校外培训机构房租有关问题的行业意见书》民协〔2021〕19号文件认为，校外培训机构遇到的房租问题属于《民法典》第五百三十三条之情势变更的规定，在“双减”文件印发前，校外培训机构如已签订合同承租房屋，用于开展学龄前儿童线上培训或学龄前儿童线下学科类（含外语）培训、义务教育阶段学生和普通高中学生学科类培训的，可主张构成情势变更，提前解除房屋租赁合同。不应视为违约，不承担违约责任。同样，在租赁合同纠纷中主张情势变更免责的，亦仅限于学科类培训机构，非学科类的不能适用。这在深圳前海合作区人民法院作出的(2021)粤0391民初7579号判决书中亦采用了此观点。

（三）融资对赌协议的适用

“双减”政策不仅仅在前述“营转非”主体变更、价格管控、培训内容等方面进行治理，同时亦切断了资本市场对学科类培训机构的运作。这对于投融资双方而言，融资对赌协议成立以后，客观情况发生了当事人在订立合同时无法预见、非不可抗力造成的不属于商业风险的重大变化，继续履行合同对于一方当事人明显不公平或者不能实现合同目的，当事人均有权请求人民法院变更或者解除合同。

* 罗延飞，广东星辰律师事务所合伙人，系深圳市律协教育与未保委副主任，广东省律师协会教育法律专业委员会副秘书长，21世纪教育研究院教育法特邀研究员。担任多家教育机构常年法律顾问，多次参与深圳市教育领域立法项目，包括《深圳经济特区职业教育条例（草案）》《深圳经济特区学前教育条例（草案）》等起草工作。

双减政策下 学生家长常见法律疑问 解析

○邓艳艳* 深圳市律协教育与未成年人
保护法律专业委员会



2022年1月1日《中华人民共和国家庭教育促进法》正式实施，家长进入“依法带娃”阶段。《家庭教育促进法》对“双减”工作提出以下明确要求：第22条规定“未成年人的父母或者其他监护人应当合理安排未成年人学习、休息、娱乐和体育锻炼的时间，避免加重未成年人学习负担，预防未成年人沉迷网络。”第26条规定“县级以上地方人民政府应当加强监督管理，减轻义务教育阶段学生作业负担和校外培训负担，畅通学校家庭沟通渠道，推进学校教育和家庭教育相互配合。”

那么，依据《家庭教育促进法》，义务教育阶段学生的家长（包括父母或其他监护人）到底应该如何配合双减政策，依法带娃呢？

一、家长只要给义务教育阶段的孩子报名参加学科类课外培训就是违反“双减”政策吗？

随着“双减”政策的深入推行，市面上从事中小学生文化课课外培训的机构一片哀鸿遍野，作为家长，难免产生困惑，是否给孩子报名参加学科类课外培训

就是违反“双减”政策呢？

其实并非如此，双减政策提出的是“坚决压减学科类课外培训”，而非一律取消学科类课外培训。符合以下条件的课后培训，义务教育阶段的学生依然可以参加：

1. 开设主体：经过审核登记、具备合法资质的培训机构；
2. 开设时间：未占用国家法定节假日、休息日及寒暑假期的；
3. 培训人员：具备相应教师资格；
4. 课程要求：质量和范围均符合教育部门的要求。

由此可见，双减政策并非一律禁止校外学科类培训。若义务教育阶段的孩子学习基础较差，家长在无法给孩子提供有效帮助的情况下，在考虑孩子的意愿和需求后，家长可以给义务阶段孩子选择提供符合规定的校外学科类培训。

二、家长或者其他共同居住人可以在家给义务教育阶段孩子提供补习吗？

“双减”政策出台后，我们经常看见这样的新闻：

爷爷作为退休教师，给自家孙子补习被举报；父母作为老师，下班回家给自家孩子补习功课被举报……这无疑会让家长无比困扰，家人（共同居住人）给孩子讲个题都不行吗？这个问题要分情形而论：

1. 长辈给义务教育阶段学生补习课本知识的行为属于家庭内部事务，只要这种补习行为没有达到损害未成年人的身心健康的程度，就不违反双减规定和《家庭教育促进法》，他人的举报也没法成立。

2. 若聘请家教在家补习，则需要遵守课外培训的相关规定：家教需要有教师资格证，补习行为不能在国家法定节假日、休息日及寒暑假进行。同样的，补习时间不应该过长，不得影响未成年人的身心健康。

3. 若以聘请家政人员的名义让家政人员实际履行家教职责，若家政人员具有教师资格，则需要遵守双减政策学科类校外培训的相关规定；若该家政人员没有教师资格，则可能涉嫌违反双减规定。

三、家长在家给孩子额外布置家庭作业会不会构成“加重未成年人学习负担”？

“双减”政策发布后，很多家长担心失去原本的课外学科培训后，孩子学习成绩下降，于是购买练习册、模拟考卷等，在家给孩子加练，那么，这是否会构成“加重未成年人学习负担”呢？这个问题，同样要分情形而论：

1. 若给义务阶段的孩子长时间超量练习，导致未成年人心理压力大、睡眠不足，从而影响到孩子的身心健康，无疑会构成“加重未成年人学习负担”的情形；
2. 若孩子本身对某个学科特别感兴趣，在学有余力的情形下主动要求完成测试题和练习题，所费时间不长且并未影响孩子的睡眠时长，这种行为并无不当；
3. 若孩子某些方面的基础能力较弱，如书写能力、阅读能力，家长以亲子活动的形式和孩子共同练习书法、共同阅读等，家庭在亲密和谐的氛围中帮助孩子补齐短板，且并未影响孩子的正常作息，这种情形显然不宜认定为构成“加重未成年人学习负担”的情形。

四、未成年人自控力差、放学后若存在大量自由

可支配时间，家长如何才能做到“预防未成年人沉迷网络”？

双减后义务教育阶段学生的课业负担明显减轻，83.4%的学生基本能在学校完成书面作业或完成大部分书面作业^①，而课外学科培训机构大面积裁减导致原本大量参加课外学科类培训的孩子放学后在家无所事事，加之孩子在家庭以外自主活动可选范围较小，使得孩子的电子设备使用时长会有所增加；再加上疫情期间孩子需要频繁使用电子设备上网课，在这种复杂的情形下，家长特别是双职工家长如何才能履行《家庭教育促进法》中“预防未成年人沉迷网络”的义务呢？

首先，家长要端正观念，不能视网络为洪水猛兽，而是培养未成年人养成对待网络的正确观念。《家庭教育促进法》要求家长预防未成年人沉迷网络，而不是禁止未成年人使用网络，也即，家长应当教育引导孩子树立对待网络的重要观念，教导孩子使用网络开阔视野，培养孩子利用网络获取有效知识的能力，而不是一味沉迷于网络娱乐和网络游戏。

其次，家长应当协助孩子制定合理的作息计划，给孩子安排丰富的亲子活动、体育运动以及力所能及的家务活动，避免孩子因为无聊而沉迷于网络。

最后，家长应当营造亲密和谐的家庭关系，及时关注孩子的心理变化，多和孩子沟通交流学习和生活中的事项，避免孩子因感受不到关爱而逃避家长的监视沉迷于网络。

五、结语

家庭教育是一切教育的基础，家长是孩子教育的第一责任人，在双减政策下，孩子有了更多的课余时间，这无疑进一步提升了对于家庭教养孩子水平和能力的要求。在层出不穷的教育内卷情形下，国家痛下决心，出台“双减”政策及《家庭教育促进法》，从法律的层面对父母回归家庭教育职责本位提出要求，用政策来约束各类市场主体，营造国家、社会、家庭各司其责，共同培养身心健康的下一代的良好教育环境。

* 邓艳艳，广东海瀚律师事务所执业律师，系维德中心志愿讲师，主要执业领域为公司法和知识产权法。

① 北京师范大学中国教育与社会发展研究院：《全国“双减”成效调查报告》，发布于2022年3月2日。

深圳双减措施的法律解读

○ 窦婧婷* 深圳市律师协教育与未成年人保护法律专业委员会

为深入贯彻党的十九大和十九届五中全会精神，切实提升学校育人水平，持续规范校外培训，有效减轻义务教育阶段学生过重作业负担和校外培训负担（以下简称“双减”），2021年7月中共中央办公厅、国务院办公厅印发了《关于进一步减轻义务教育阶段学生作业负担和校外培训负担的意见》（以下简称《意见》）。随后，深圳多措并举，使“双减”工作取得了阶段性成效。本文将从深圳“双减”措施“所依之法”切入，对深圳的重点措施进行解读，以期对厘清深圳“双减”措施中各方主体的权利义务和法律责任有所助益。

一、减轻学生作业负担重点措施解读

2021年9月1日，深圳市教育局发布《关于加强义务教育学校作业管理的通知》（以下简称《作业

管理通知》），深圳市教育科学研究院同时印发《深圳市义务教育学科书面作业设计指引》，而深圳市优化作业设计提高作业质量的举措也被教育部列为落实“双减”的典型案列。

《作业管理通知》主要明确了市和区教科研部门以及各公办学校在学校作业管理工作中的职责和要求，并同时明确了学校作业管理工作的监督评价机制。分述如下：

（一）市和区教科研部门的职责

市和区教科研部门主要有两项职责：第一，编制作业设计指引，指引中要包含作业样例，以便学校和教师参照；第二，构建作业设计研究制度，主要是组织作业设计方面的教师技能比赛，开展作业设计创新的交流和研讨活动，以及联合高校和其他科研组织开展作业创新的研修活动。

（二）对学校 and 教师的要求

《未成年人学校保护规定》第二十七条规定：“学校应当加强作业管理，指导和监督教师按照规定科学适度布置家庭作业，不得超出规定增加作业量，加重学生学习负担。”《作业管理通知》据此对学校 and 教师的义务进行了细化。

第一，在作业设计和创新方面，要求学校应健全以学科组为单位的作业设计校本教研机制。

第二，在作业的布置和完成指导方面，要求小学一、二年级不布置家庭书面作业。学校应组织教师按照作业设计指引的要求布置作业，确保小学三年级以上学生每天书面作业完成时间平均不超过60分钟，初中学生每天书面作业完成时间平均不超过90分钟。双休日、寒暑假、法定节假日以综合性、实践性作业为主。

第三，在作业批改方面，要求学校要制定作业批改与反馈规范化流程，指导教师“全批全改”。严禁要求学生自批自改作业，严禁给家长布置或变相布置作业，严禁要求家长检查、批改作业。

第四，在教辅方面，要求严格落实“一科一辅”规定，严禁学校、家委会及教师强制或变相强制学生、家长购买义务教育阶段免费教辅政府采购目录之外的教辅材料。此项要求所依据的为《中小学教辅材料管理办法》第八条第（一）款的规定：“中小学教辅材料的购买与使用实行自愿原则。任何部门和单位不得以任何形式强迫中小学校或学生订购教辅材料。”《中小学教辅材料管理办法》也规定了强迫学生购买教辅材料的法律后果，其第十一条第（二）款规定：“对违反本办法，强制或变相强制学校或学生购买教辅材料、不按规定代购、从代购教辅材料中收取回扣的单位和人员，由上级教育行政主管部门责令其纠正违规行为，按照相关规定追究有关单位和人员的行政责任。”

（三）监督评价机制

为了保证《作业管理通知》的落实，《作业管理通知》同时明确了多项监督和评价制度。首先，各学校应当建立作业总量审核和质量定期评价机制，并建立作业实施情况评价机制，把作业设计、批改和反馈情况纳入对教师专业素养和教学实绩的考核评价；其

次，各区应建立学校作业管理日常检查制度，将作业管理工作纳入学校绩效考核的内容；最后，教育督导部门将作业管理列为办学水平评估、规范办学行为检查、责任督学日常监管的重要内容。

二、提升学校课后服务重点措施解读

为贯彻落实《教育部办公厅关于做好中小学课后服务工作的指导意见》和《广东省教育厅关于做好中小学校内课后服务工作的指导意见》的有关要求，2021年2月18日，深圳市教育局出台了《深圳市义务教育阶段学校课后服务实施意见》（以下简称《实施意见》）。

《实施意见》首先明确了学校课后服务的对象和时间、服务内容和方式以及服务要求；其次，规定学校可按每生每年1000元标准编报专项经费，并规定了该专项经费的管理办法；最后，明确了确保《实施意见》正确实施的保障措施，课后服务的实施情况被纳入学校年度考核的内容，同时明确课后服务经费也是教育行政部门对民办学校收费监管的内容之一。就《实施意见》中学校的相关义务，分述如下：

（一）学校在提供课后服务时的主要义务

第一，学校有义务对参与服务的社会机构和个人进行遴选，对于校外人员进入学校的，应进行必要的资格审查和背景调查。该项义务首先是对学校采购行为的规范，同时，对《民法典》第一千一百九十九条的规定：“无民事行为能力人在幼儿园、学校或者其他教育机构学习、生活期间受到人身损害的，幼儿园、学校或者其他教育机构应当承担侵权责任；但是，能够证明尽到教育、管理职责的，不承担侵权责任”以及一千二百条的规定：“限制民事行为能力人在学校或者其他教育机构学习、生活期间受到人身损害，学校或者其他教育机构未尽到教育、管理职责的，应当承担侵权责任。”中所涉的课后服务中学校的管理职责的认定，提供了标准和具体内容，进而使得对课后服务时间段发生的校园侵权事件中学校责任范围更加清晰。

第二，课后服务不得布置作业，不得进行集体教学或统一补课。该项义务的法律依据为《未成年人学校保护规定》第十三条第二款：“义务教育学校不得

* 窦婧婷，万商天勤（深圳）律师事务所律师，擅长领域：房地产及教育行业的诉讼和非诉讼法律服务。

占用国家法定节假日、休息日及寒暑假，组织学生集体补课；不得以集体补课等形式侵占学生休息时间”，同时也规定了违反该项义务的法律后果，其第五十七条规定：“学校未履行未成年人保护法规定的职责，违反本规定侵犯学生合法权益的，主管教育行政部门应当责令改正，并视情节和后果，依照有关规定和权限分别对学校的主要负责人、直接责任人或者其他责任人员进行诫勉谈话、通报批评、给予处分或者责令学校给予处分；同时，可以给予学校1至3年不得参与相应评奖评优，不得获评各类示范、标兵单位等荣誉的处理。”

（二）学校在专项经费使用时的主要义务

根据《实施意见》的要求，对课后服务的经费的使用，首先，学校有义务“专款专用”，经费仅可用于课后服务的实施费用，且应当与年度财务封账至下一年3月前对上年度支出情况进行公示，公办学校的结余由财政部门收回或转作下一年度使用，民办学校结余应结转下一年度使用，学校不得截留、挤占和挪用。课后服务专项经费由政府财政列支，属于义务教育经费，根据《中华人民共和国义务教育法》第四十九条规定：“义务教育经费严格按照预算规定用于义务教育；任何组织和个人不得侵占、挪用义务教育经费，不得向学校非法收取或者摊派费用。”

其次，学校不得以课后服务为由乱收费。《中华人民共和国义务教育法》第二十五条规定：“学校不得违反国家规定收取费用，不得以向学生推销或者变相推销商品、服务等方式谋取利益。”第五十六条第一款规定了违反该项义务的法律后果：“学校违反国家规定收取费用的，由县级人民政府教育行政部门责令退还所收费用；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分。”

（三）学校自身的督导评价义务

根据《实施意见》的要求，学校对于课后服务经费，要建立健全管理经费管理使用和年度绩效评价制度。对于课后服务，要成立专门的课后服务质量监督组织、

建立学校课后服务绩效评估、备案制度。

三、规范校外培训行为重点措施解读

针对校外培训的治理问题，深圳市在全省率先设立市教育局校外教育培训监管处，其职能即为承担我市校外教育培训机构的管理工作。2021年9月中旬，深圳印发《关于开展减轻义务教育阶段学生校外培训负担联合执法检查行动的通知》，根据该通知的要求，深圳教育行政部门联合市场监管、城管和综合执法、卫健、公安、消防救援等部门组成9个检查组，各区参照成立检查小组，开展了为期一个月的联合执法检查行动。2021年9月29日，中共深圳市委教育工作领导小组办公室，根据《意见》及《广东省校外培训机构专项治理行动方案》的精神，出台了《深圳市校外培训机构规范治理工作方案》（以下简称《方案》）。

《方案》进一步明确对校外培训的治理内容主要为大力压减学科类校外培训机构规模以及整顿查处校外培训机构的各类违法行为。

（一）大力压减学科类校外培训机构规模

首先，就校外培训机构的审批，《方案》要求深圳市不再审批新的面向小学、中学和普通高中学生的学科类校外培训机构，不再审批面向学龄前儿童的校外培训机构。现有学科类培训机构统一登记为非营利性机构。

其次，《方案》细化了《未成年人保护法》中校外培训机构的义务要求^①。第一，对学龄前儿童，不得开展线上培训和线下学科类培训。第二，关于培训的时间，校外培训不得占用国家法定节假日、休息日及寒暑假。同时，线下培训时间不得晚于20点30分，线上培训不得晚于21点。第三，对于线上培训的时长，每课不得超过30分钟，课间不少于10分钟。

（二）整顿和查处校外培训机构的各类违法违规行为

就《方案》中所涉的违法违规行为，按照其所适用的法律规范性文件，可分为如下几类：

1. 违反《国务院办公厅关于规范校外培训机构发

展的意见》（以下称《校外培训机构发展意见》）的行为。第一，无证无照经营行为，《校外培训机构发展的意见》规定校外培训机构必须经审批取得办学许可后，才可登记营业执照或民办非企业单位登记证书。无办学许可或证照的，不得开展培训业务；第二，培训机构的违规培训行为，如《校外培训机构发展的意见》所禁止的超进度的，与培训对象所处年纪不符的培训、组织竞赛或登记考试、培训与招生挂钩等；第三，聘用无教师资格的教师从事学科类培训以及聘用中小学在职教师；第四，收费时一次性收取时间跨度超过3个月或者单个科目超过60个课时费用以及收费与教学安排不一致，《校外培训机构发展的意见》培训机构收费项目及标准应当向社会公示，并接受有关部门的监督，不得在公示的项目和标准外收取其他费用。

关于违反《校外培训机构发展的意见》的后果，除了可能的行政处罚以外，在其第（十一）条还规定了校外培训机构的“年检年报制度”，该制度规定：“对经年检和年报公示信息抽查检查发现校外培训机构隐瞒实情、弄虚作假、违法违规办学，或不接受年检、不报送年度报告的，要依法依规严肃处理，直至吊销办学许可证，追究有关人员的法律责任。”据此，存在违规办学行为的校外培训机构，可能因无法通过年检而最终被吊销办学许可的可能。

2. 违反《消防法》的行为。培训机构未履行相应消防安全检查义务以及消防安全职责的，均属于需按照《消防法》的规定承担行政责任的行为。

3. 违反《反不正当竞争法》的行为。对培训效果、师资力量、学生成绩、考题命中率的夸大宣传行为均属于《反不正当竞争法》第八条规制的虚假宣传行为，而为招揽生源而进行商业贿赂的行为属于《反不正当竞争法》第七条规制的商业贿赂行为。

4. 违反《价格法》的行为。第一，未按照《深圳市发展和改革委员会深圳市教育局关于义务教育阶段线下学科类校外培训收费标准的通知》收费的行为，《价格法》第三十九条规定：“经营者不执行政府指导价、政府定价以及法定的价格干预措施、紧急措施的，责令改正，没收违法所得，可以并处违法所得五



倍以下的罚款；没有违法所得的，可以处以罚款；情节严重的，责令停业整顿。”第二，校外培训机构虚构原价、虚假折扣等利用虚假的或者使人误解的标价形式或者价格手段，欺骗、诱导消费者或者其他经营者与其进行交易的行为，属于《价格法》第十四条规制的不正当价格行为之一。第三，校外培训机构提供培训服务时不标明价格、在标价之外加价出售课程、课时包或者收取未标明的费用的，属于《价格法》第十三条所规制的未明码标价的行为。

5. 违反《广告法》的行为。第一，在中小学校、幼儿园内开展广告活动，利用中小学生和幼儿的教材、教辅材料、练习册、文具、教具、校服、校车等发布或者变相发布广告，属于《广告法》第三十九条禁止的行为；第二，利用科研单位、学术机构、教育机构等作推荐、证明，以及假扮专家、教授等误导学生的虚假广告，违反《广告法》第四条的规定。

6. 违反《合同违法行为监督处理办法》的行为。校外培训机构的合同采用格式条款免除自己的责任、加重消费者责任以及排除消费者权利，违反《合同违法行为监督处理办法》的规定的，应承担相应的行政责任。

7. 违反《意见》的行为。第一，《方案》根据《意见》的要求，严控校外培训机构资本化运作。提出清理上市公司通过股票市场融资投资学科类培训机构，通过发行股份或支付现金等方式购买学科类培训机构资产；清理外资通过兼并收购、受托经营、加盟连锁、利用可变利益实体等方式控股或参股学科类培训机构。第二，《方案》根据《意见》的要求，查处主流媒体、新媒体、公共场所、居民区、网络平台等刊登、播发校外培训机构广告的行为，以及夸大培训效果、误导公众教育观念、制造家长焦虑的校外培训广告的行为。

深圳作为全国基础教育发展的先行示范城市，本身在义务教育创新发展和特色发展方面就具有良好的基础，这使得深圳的“双减”措施能够顺利落地。但显然，“双减”工作目前仍处于攻坚时期，也被列入《深圳市教育局2022年工作要点》，我们可以继续期待深圳在“减负提质”以及“考试改革”方面的进一步举措，期待深圳尽快达成“人民群众教育满意度明显提升”的“双减”工作目标。

^①《未成年人保护法》第三十三条规定：“学校应当与未成年学生的父母或者其他监护人互相配合，合理安排未成年学生的学习时间，保障其休息、娱乐和体育锻炼的时间。学校不得占用国家法定节假日、休息日及寒暑假，组织义务教育阶段的未成年学生集体补课，加重其学习负担。幼儿园、校外培训机构不得对学龄前未成年人进行小学课程教育。”第四十一条规定：“婴幼儿照护服务机构、早期教育服务机构、校外培训机构、校外托管机构等应当参照本章有关规定，根据不同年龄阶段未成年人的成长特点和规律，做好未成年人保护工作。”

《公司法》修订草案(征求意见稿,下称“草案”)公布后,引发了社会的热烈讨论,其不仅吸收了最高人民法院在司法审判中的一些有益经验,而且对于有限责任公司的组织架构的灵活性规定、一人股份公司的设立、股份公司特殊股份的发行、授权资本制等的规定,都将对公司未来的运作产生重大影响。鉴于已有相当数量的文章对草案与现行公司法的内容进行对比,或对草案的亮点予以揭示及解读,笔者仅从司法

实务的角度出发,拟对草案征求意见稿中的一些问题,提出自己的浅见,希望有助于这部重要法律的完善。

一、关于有限公司和股份公司具有共性的规定,宜规定在第一章总则中

(一)草案第三十九条关于设立公司的法律后果或法律责任的承担规则

原文共有四款,置于第三章“有限责任公司的设

立和组织机构”第一节“设立”中。其条文内容为:

第一款:有限责任公司设立时的股东为设立公司从事的活动,其法律后果由公司承受。

第二款:公司未成立的,其法律后果由公司设立时的股东承受;设立时的股东为二人以上的,享有连带债权,承担连带债务。

第三款:设立时的股东因履行公司设立职责造成他人损害的,公司或者无过错的股东承担赔偿责任后,可以向有过错的股东追偿。

第四款:设立时的股东为设立公司以自己的名义从事活动而产生的责任,第三人有权请求公司或者公司设立时的股东承担。

上述四款关于有限公司设立活动的法律后果归属;设立失败时发起人股东内部对法律后果的分配规则;设立活动致损时的对外责任承担及内部责任分配;设立活动相对人对设立活动法律后果主张权利的选择权,均可适用于有限公司和股份公司,不宜作为有限公司独有的部分规定,而应作为所有类型公司的通用规则置于总则中,但应删除条文首部的“有限责任”四字。

(二)草案第七十一至七十六条关于公司担保和决议效力的规则

现行《公司法》将其列为第十六条,置于总则部分;但草案将其列入第三章“有限责任公司的设立和组织机构”第二节“组织机构”中。

由于草案第七十一至七十六条关于公司担保和决议效力的规则是关于公司的共性规定,不应区分有限公司和股份公司而有所不同。

为此,建议将草案第七十一至七十六条从第三章移出至第一章总则中。

(三)草案第四十五、四十六条关于出资不实或逾期出资的责任承担规则

1.草案第四十五条原文为:股东未按期足额缴纳出资,或者作为出资的非货币财产的实际价额显著低于所认缴的出资额的,应当向已按期足额缴纳出资的股东承担违约责任。

上述条款仅规定了出资不实或逾期出资时发起人股东间的违约责任,未规定该行为对公司利益损失的赔偿责任。

而股东向公司按期缴纳出资,本质上是一项交易,股东交付出资取得股权,但股东逾期缴纳出资,将会导致公司产生预期利益损失,依法应予赔偿。如此修订方能与第四十七条第一款和第五十二条第二款等相适应。

为此,建议将第四十五条修订为:股东未按期足额缴纳出资,或者作为出资的非货币财产的实际价额显著低于所认缴的出资额的,应当向已按期足额缴纳出资的股东承担违约责任,并在补足出资同时加算同期银行存款利息。

2.草案第四十六条第一款原文为:有限责任公司成立后,应当对股东的出资情况进行核查,发现股东未按期足额缴纳出资,或者作为出资的非货币财产的实际价额显著低于所认缴的出资额的,应当向该股东发出书面催缴书,催缴出资。

草案第四十六条和第四十七条规定的对象比较接近,但其法律后果迥异。经细心比较可知,第四十六条针对非发起人股东,其后果是催缴后可能剥夺股权;而第四十七条针对发起人股东,由于各发起人股东之间对出资义务承担连带责任,故法律后果是要求全体发起人股东连带补足出资而保有股权。

另,第四十六条中规定有“对股东的出资情况进行核查”,但一般情况下,对股东出资情况进行核查的主体为公司,而公司作为法人,特别是在大股东控制公司的情况下,很难以公司名义追缴大股东的未实缴出资。鉴于草案第八章“董监高的资格和义务”中并未明确规定核查股东出资情况为董事义务,为了加强董事的忠实勤勉义务,建议规定核查的主体为董事或董事会,有利于核查责任的落实。

为此,建议将第四十六条第一款修订为:有限责任公司成立后,董事会或董事应当对非发起人股东的出资情况进行核查,发现未按期足额缴纳出资,或者作为出资的非货币财产的实际价额显著低于所认缴的出资额的,应当向该股东发出书面催缴书,催缴出资,并加算银行同期存款利息。

(四)草案第四十八条关于股东出资加速到期规则
草案第四十八条原文为:公司不能清偿到期债务,且明显缺乏清偿能力的,公司或者债权人有权要求已认缴出资但未届缴资期限的股东提前缴纳出资。

《公司法》修订草案的一点浅见

◎郑绪华* 北京金诚同达(深圳)律师事务所

* 郑绪华,北京金诚同达(深圳)律师事务所合伙人律师,最高人民检察院民事行政案件咨询专家,广州仲裁委员会仲裁员,第十一届深圳市律师协会公司法律专业委员会主任,擅长股权投资领域的疑难复杂案件。

①公司法修订现已列入全国人大常委会2022年的立法任务,正处于征求意见阶段。

股东出资义务加速到期主要是为了保护债权人利益而设，相当于债权人的代位权。为此，不仅可以要求股东出资加速到期，为了拉直债务链条，便捷债务清偿，也可要求股东在出资范围内直接向债权人清偿公司债务。

为此，建议将草案第四十八条修订为：公司不能清偿到期债务，且明显缺乏清偿能力的，公司或者债权人有权要求已认缴出资但未届缴资期限的股东提前缴纳出资，或在应缴出资范围内清偿公司对债权人所负债务。

二、关于有限公司初始章程的规定，宜规定全体发起人股东共同签署

草案第四十条关于有限公司初始章程的制定程序规定：设立有限责任公司，应当由股东共同制定公司章程。

由于有限公司初始章程中关于公司注册资本的实缴期限、特别分红权、特别表决权、一票否决权等内容涉及到少数股东对其自身权益的放弃，依法必须通过明示的方式作出意思表示，而非依靠多数决议形成，或推定其他少数股东默示同意的方式形成。故初始章程必须经全体发起人股东的明确一致意思表示，方可成立并具有法律效力；而“制定”一词可能包含全体股东以多数决议的方式形成章程的意思，与初始章程应经全体股东同意不相符。

为此，建议将草案第四十条修订为：设立有限责任公司，应当由全体发起人股东共同签订公司章程；并增加“股份公司设立时的章程制定准用有限公司相应规则”的规定。

三、关于董事或法定代表人的辞职、任职资格等规则，宜延伸规定公司的变更登记或备案义务

（一）董事或法定代表人辞职后的变更登记或备案义务

草案第六十五条是关于董事或法定代表人的辞职规则。

由于现实中很多董事或法定代表人辞职后，公司因各种原因不为其办理变更登记或变更备案手续，给

已经辞职的董事或法定代表人带来诸多不便，需要以立法方式明确公司的变更登记或备案义务。

为此，宜在第六十五条第四款后增加一款是为第五款，内容为：辞职生效后，公司应办理相应登记或备案的变更手续。

（二）董监高丧失任职资格对应的变更登记或备案义务

草案第一百七十九条第二款规定：违反前款规定选举、委派董事、监事或者聘任高级管理人员的，该选举、委派或者聘任无效。第三款规定：董事、监事、高级管理人员在任职期间出现本条第一款所列情形的，公司应当解除其职务。

由于与上述董事辞职后公司怠于办理变更登记相同的原因，建议在草案第一百七十九条第三款后增加一款作为第四款，内容为：因选举、委派或者聘任无效或被解除董事、监事或者高级管理人员职务的，公司应当办理变更登记或备案手续。

四、关于公司住所的确定

草案第八条规定：公司以其主要办事机构所在地为住所。

因为公司住所关系到公司相关司法诉讼文书的送达，也关系到公司涉诉的管辖法院的确定等问题，需要明确规定为妥。

《民法典》规定法人以其主要办事机构所在地为住所，但是法人包括营利法人和非营利法人及特别法人，且各自的办事机构并不相同。

对于非营利法人和特别法人而言，主要从事非营利活动，其机构成为办事机构并无不妥；但对于营利法人而言，其主要活动为经营活动，用“办事”表述并不清晰，而其经营活动又分为决策与执行，对应有权利机构、执行机构；其中执行机构又有董事会和经理；更因为，在董事会机构和经营管理层机构分列两地的情形下，到底按董事会机构所在地还是经理机构所在地确定住所，极易混淆。

由于董事会并非日常办事机构，故应以经理机构作为其主要办事机构所在地。为此，建议将草案第八条修订为：公司以其经理机构所在地为住所。

《中华人民共和国公司法（修订草案）》 修订要点解析

○倪修智* 泰和泰（深圳）律师事务所

一、公司法草案主要修订内容

2021年12月24日，全国人大常委会公布了《中华人民共和国公司法（修订草案）》（以下简称《修订草案》）。《修订草案》共15章260条，在现行《公司法》的基础上，实质新增和修改70条左右。根据全国人大常委会的归纳总结，其主要修改内容有七点：坚持党对国有企业的领导；完善国家出资公司的特别规定；完善公司设立、清算制度；优化公司组织机构设置；完善公司资本制度；强化控股股东和经营管理人员责任；加强公司社会责任。

就修改性质而言，主要包括三类修改：

（一）在本次公司法修订之前，已在其他法律、法规中设立了相关规定，本次修法只是把上述既有的规定吸纳进来，对实务工作影响不大。

（二）完善具体事务办理层面的程序细则或要求，例如完善办理工商登记的手续等。

（三）对原有规定作出明显修改或进一步规定，将对当事人的权利义务产生重大实质性影响。本文拟在这一部分修订中重点解读其中三个问题：一是授权资本制与股份有限公司股权结构的设计；二是公司内部机构的设置新规，例如以董事会下设的审计委员会取代监事会等；三是董事、监事、高级管理人员（董

*倪修智，泰和泰（深圳）律师事务所合伙人律师，主要从事公司架构设计、股权激励、股权投资、股东争议解决等领域。

监高)的职责问题。

二、授权资本制与股份有限公司股权结构的设计

(一) 相关规定的变化

在现行《公司法》中,股份有限公司的相关规定通常较有限责任公司的更为严格。例如,有限责任公司允许表决权、分红权的比例与出资比例不一致,而股份有限公司不允许。但在《修订草案》中,股份有限公司的相关规定有了明显的放开,具体有三点:

1. 允许股份有限公司和有限责任公司一样简化机构设置,股份有限公司也可以不设董事会或监事会。具体来说,股份有限公司可以不设董事会,仅设1-2名董事,也可以不设监事会,而以董事会下属的审计委员会代之。

2. 引入授权资本制。举个例子,假设A股份有限公司的注册资本是1000万元,那么公司可以仅发行800万元,即只有800万元的注册资本有对应的股东,剩余200万元的注册资本并没有对应的股东。剩余部分的注册资本具体如何发行,由股东会或公司章程授权给董事会决定。而现行《公司法》并不允许公司这样“预留股权”,每一元注册资本由谁缴纳都必须在初始就明确约定并载入公司章程。

3. 股份有限公司可以设置不同的股份类型,即同股不同权。如优先股与劣后股、特殊表决权股、转让受限股等。

简化机构设置和设置不同的股份类型都不是全新的规定,在现行《公司法》中,有限责任公司已经可以在公司章程里根据法律的授权作出个性化的约定。因此,授权资本制是本次《修订草案》的全新尝试。公司法上的“资本”通常是指公司的注册资本金(或全体股东缴纳的股本金之总和)。授权资本制是与法定资本制相对应的一个概念。法定资本制就是现行《公司法》的设计,即公司股本必须在注册时一次性发行完毕,不允许“预留股权”。如果有认缴而暂未实缴的股本,需要在日后再充实,那么这是缴纳层面的问题,而不是发行层面的问题。而授权资本制则与之不同,允许在发行层面上也暂时不将所有的股本发行完毕,没有发行的股本什么时候发行,由公司章程或者股东会授权董事会根据具体情况择机确定。

现行《公司法》对股份公司发行、募集股本适用的法定资本制有较重的股东会中心主义色彩,公司重大事项决策权力大多归于股东会,小股东很难抗衡大股东,由此恶意收购、股东压制等有了存在的可能。但在授权资本制下,情况便大不相同,公司在发行、募集股本方面有了更大的灵活性。授权资本制赋予了董事会融资自主权,使董事会有了发行和募集股本的权力,一定程度上可决定股东会的构成,这让董事会有了制衡股东会的可能,大股东不能为所欲为,对建立公平、有序的公司治理结构具有积极意义。另外,本次《修订草案》规定的授权资本制也体现了其在立法上对股份公司资合性的回应,提升了股份公司的融资效率,节省融资成本。

除此之外,《修订草案》还规定了股份有限公司可以发行不同的股份类型,即类别股。在引入类别股后,股东可以不再同股同权,股东之间可以对基于其所持有的股份而享有的表决权、利润分配权、优先认购权、股份转让权进行比例或优先劣后上的设计,以满足不同股东的各自投资需求。

(二) 股权设计

如何利用这样的规则进行股权设计呢?以笔者近期承办的一宗股权架构设计业务为例进行剖析。委托人系公司创始人,拟发起设立一家股份有限公司,已经接洽若干投资机构,均有意向投资。但问题在于,公司所需的启动资金以亿元计,虽然创始人可以投资一部分,但其财力相较于投资机构而言仍然相差悬殊。如果完全按照出资比例划分股权,那么创始人的比例必然极低,无法保证对公司的控制权。如果不按出资比例划分股权,那么在投资机构内部又很难获得通过,因此陷入两难。但根据《修订草案》的内容,这个问题或可迎刃而解,只需要约定创始人有权委派董事会多数成员并出任董事长,根据授权资本制设定董事会有权自行发行的股数,就可以对股东会形成有效的制衡。同时约定双方的表决权比例存在差异,如创始人的股份的表决权是投资机构的股份的表决权的10倍,从而令创始人在股东会中不至于成为少数派。

三、公司内部机构设置新规

在《修订草案》中,对公司内部的机构设置作出

了新的规定,具体有两点:

(一) 允许公司采取单层治理模式,即只设董事会,不设监事会(无论是有限责任公司还是股份有限公司)。只设董事会的,应当在董事会内设置由董事组成的审计委员会负责监督,股份有限公司的审计委员会应过半数为非执行董事。

(二) 进一步简化公司组织机构设置,股份有限公司可以不设董事会,只设1-2名董事;有限责任公司可以不设董事会,只设置一名董事或经理。

其中,以审计委员会替代监事会是本次修订的亮点。审计委员会是上市公司的“标配”,在实践中也有不少相应的规范。例如,《上市公司治理准则(2018年修订)》第38条规定:“上市公司董事会应当设立审计委员会……审计委员会、提名委员会、薪酬与考核委员会中独立董事应当占多数并担任召集人,审计委员会的召集人应当为会计专业人士。”

《上市公司治理准则(2018年修订)》第39条又规定了审计委员会的职责:(1) 监督及评估外部审计工作,提议聘请或者更换外部审计机构;(2) 监督及评估内部审计工作,负责内部审计与外部审计的协调;(3) 审核公司的财务信息及其披露;(4) 监督及评估公司的内部控制;(5) 负责法律法规、公司章程和董事会授权的其他事项。

但是,笔者认为在设计公司内部治理结构时,不能因为设立了审计委员会就不设监事会,二者之间应当是相互配合而非相互取代的关系。原因在于,无论是现行《公司法》还是《修订草案》,仍然规定了监事会的职权,如聘请会计师事务所或提起诉讼等。而且,审计委员会本质上是董事会内设的组织,防范一般的员工舞弊尚可有所作为,但对于董事会授意的舞弊能起到的监督作用较为有限。

四、董事、监事、高级管理人员(董监高)的职责

《修订草案》对董监高的职责作出了进一步细化规定,总体来说,董监高的职责比以往更重了。具体有五点:

(一) 完善董事、监事、高级管理人员忠实义务和勤勉义务的具体内容,即“不得利用职权谋取不正

当利益”和“执行职务应当为公司的最大利益尽到管理者通常应有的合理注意”。

(二) 强化对关联交易的规范,扩大关联人的范围,增加关联交易报告义务和回避表决规则。关联交易的定义是“董事、监事、高级管理人员,直接或者间接与本公司订立合同或者进行交易”。扩大关联人的范围是指将规范的范围从董监高本人扩展到其近亲属、本人或近亲属直接或间接控制的企业、其他有关关联关系的关联人。

(三) 强化董事、监事、高级管理人员维护公司资本充实的责任:第一,董监高知道股东出资不实或抽逃出资,但未采取必要措施导致给公司造成损失的,应当承担赔偿责任。第二,公司违规给他人取得本公司股份提供财务资助,给公司造成损失的,负有责任的董监高应承担赔偿责任。第三,公司违规向股东分配利润,给公司造成损失的,负有责任的董监高应承担赔偿责任。第四,公司违规减资,给公司造成损失的,负有责任的董监高应承担赔偿责任。

(四) 董事、监事、高级管理人员执行职务时,因故意或重大过失给他人造成损害的,应当与公司承担连带责任。

(五) 控股股东、实际控制人利用其对公司的影响,指使董事、高级管理人员从事损害公司利益或股东利益的行为,给公司或股东造成损失的,与该董事、高级管理人员承担连带责任。

从以上修订可以看出,《修订草案》极大地强化了董监高的责任。在诸多情况下,董监高都要单独或连带地向公司承担赔偿责任。可以预见的是,如《修订草案》的上述内容获得通过,针对董监高的损害赔偿之诉数量将会有一定程度的上升。但值得注意的是,实践中公司治理纠纷的关键人物通常是法定代表人,《修订草案》并没有针对公司法定代表人单独设置相应的责任,而是规定法定代表人由公司董事长、执行董事或经理担任,含义是法定代表人必然属于董、高的范畴,所以针对董、监、高的法定责任可以当然地及于法定代表人。另一方面,《修订草案》并没有针对法定代表人的职权作出规定,甚至删去了现行《公司法》中针对董事会和经理的职权。因此,笔者认为律师在为公司设计内部架构时,有必要在公司章程中明确上述机构、职务所相对应的职权,以便明确责任归属。



个破法庭 否定夫妻间弃车保帅 认可夫妻合并破产

○郑明伟 * 莫俊炫 * 北京中银(深圳)律师事务所

2021年3月1日,《深圳经济特区个人破产条例》(以下简称《个破条例》)正式实施,随着深圳市破产事务管理署同日挂牌成立,深圳特区率先开启我国个人破产制度的探索征程。

2021年6月,笔者接受委托,代理债务人某夫妻向深圳中院提出个人破产申请,并顺利协助债务人于2021年9月获得受理重整申请裁定,以夫妻合并重整的形式进入重整程序。同时,笔者注意到,部分被裁定不予受理的个人破产申请,是债务人未妥善处理夫妻共同债务所导致。

本文将结合实务办案经验及相关案例,就深圳个人破产制度下夫妻共同财产/债务处置问题作出简要分析,希望提供一些思路以慎重考虑个人破产申请的方式。

一、夫妻仅一方申请破产及夫妻合并破产

“夫妻仅一方申请破产”是指夫妻关系中的一方仅以自己作为债务人,单独向法院提出个人破产申请的情况。“夫妻合并破产”是指夫妻双方共同向法院提出个人破产申请。两者的区别在于申请主体是夫妻一方还是双方,但此区别决定了债务人截然不同的财产/债务申报流程以及法院审理效率、甚至结果。

(一) 夫妻仅一方申请破产

依据《个破条例》,申请人应如实申报婚姻家庭状况、雇佣状况、收入状况、社保证明、纳税记录、个人财产清册、债权债务清册等信息。

如夫妻仅一方申请破产,申请人还应区分夫妻共同财产/债务,并充分说明相关情况。一般情况下,除非夫妻曾就财产问题有明确、合法的约定,否则需

花费颇多精力来合理分割夫妻共同财产/债务。

具体区分夫妻共同财产/债务需要查明一系列问题,比如“夫妻是否作书面约定房产归属?”“该约定形成的时间?购房资金来源?”“债务是否属于共同生产、生活、共同经营?”“是否双方都受益?能否推定为夫妻共同债务?”等等。

区分夫妻共同财产/债务比较复杂且耗时,如涉及价值较大的财产或债务的归属有较大异议,或存在损害债权人利益的可能,或因债务归属和性质存在纠纷、无法确定等原因,法院可能会认定不符合破产条件,裁定不予受理/驳回个人破产申请。

(二) 夫妻合并破产

夫妻合并破产是指夫妻双方向法院分别提出个人破产申请后,符合《个破条例》第171条规定的债务人,其配偶可以选择同时适用本条例进行破产清算、重整、和解等申请。

对已婚债务人而言,个人破产申请往往与其婚姻关系密不可分,为便于债务人申请、申报或法院办理案件,夫妻合并破产是一项提高效率的变通措施,某种程度上这也是一项增信行为,使法院、债权人相信债务人夫妻之间不存在“弃车保帅”等安排。

从办案效率的角度,适用夫妻合并破产对简化申报程序,提高法院办案效率有重要作用。债务人以夫妻合并破产的形式提出破产申请,法院则可更宏观地一并处理夫妻财产与债务,免去区分夫妻共同财产/债务环节的繁琐耗时工作,较大程度地节省申请及办案的成本与时间,各方则可把时间、精力集中在核心问题,提高效率。在深圳法官人均案件量超过500宗/年的情况下,效率的重要性更突出。

二、深圳个破三案例:驳回刻意安排夫妻债务的个破申请,认可夫妻合并破产

(一) 案例简介

1. 案例一:(2021)粤03破申217号(个6)

2014年起,债务人李某开始向银行机构借取经营贷款,截至2019年,贷款欠款达970万元。后续,李某开始用信用卡套现的方式归还每月利息,至2020年1月开始逾期还款。截止申请个人破产前,李某仍负债约420万元,主要从事网约车、快递员等职业维生。

法院进一步查明,李某与原配偶于2018年离婚,婚姻存续期间李某曾以两人名下房产作抵押向银行借取两笔贷款480万元、338万元。相关投资经营所得用于家庭生活,该两笔借款应属于夫妻共同债务,李某与原配偶同为债务人。但离婚后,李某以个人名义归还了480万元夫妻共同债务本息,并以信用卡套现的方式归还了338万元夫妻共同债务中的部分本息。即通过该离婚后的债权债务操作,夫妻共同债务大部分转化为李某个人的债务,原配偶的夫妻共同债务责任得到相应的免除。

法院认为,虽然李某提供的材料足以证明其已符合“资不抵债”,但李某并未就“破产原因”作出全面、合理的解释,而且存在以个人名义过度举债归还夫妻共同债务的情况,且该行为系导致其目前债务状况的主要原因之一,法院无法认定其是否存在破产原因,裁定不予受理李某提出的个人破产申请。

2. 案例二:(2021)粤03破申460号(个21)、(2021)粤破终122号

2015年至2020年,徐某从事带货主播职业,在网络平台销售文玩类物品,期间也曾经经营宠物店,但均经营情况不佳,亏损合计约230万元。

徐某与原配偶于2019年11月协议离婚,离婚协议书约定:徐某需每月向原配偶支付1万元抚养费;一套位于广东惠州的房产、存款及其他财产归原配偶所有;粤B汽车归徐某所有;原配偶名下宁波银行消费贷款由徐某承担,住房贷款由原配偶承担;各自承担以个人名义所欠的债务。

就徐某及其原配偶的“弃车保帅”的夫妻财产/债务安排,债权人在听证程序中提出异议,称债务人徐某在明知还款能力不足的情况下仍然过度举债归还夫妻共同债务。

法院认为,徐某以个人名义过度举债归还夫妻共同债务的行为致使其负债230万元,但徐某未就产生负债的破产原因作出合理解释并举证证明,最终认定徐某不能证明其具备破产原因,裁定不予受理其个人破产申请。

3. 案例三:(2021)粤03破481(个15)号、(2021)粤03破482(个16)号——成功夫妻合并破产

债务人夫妻于2010年2月登记结婚,经营一家

* 郑明伟,北京中银(深圳)律师事务所高级合伙人,系广东省破产管理人协会个人破产专业委员会委员、深圳市律师协会税务法律专业委员会委员,专长于企业风险及合规、破产清算与重组、诉讼及仲裁、证券与资本市场等业务。

* 莫俊炫,北京中银(深圳)律师事务所实习人员,荣获深圳市律师行业2022年五四青年表彰活动优秀实习人员,专长于企业风险及合规,涉外法律服务,诉讼及仲裁等业务。

学生托管机构，2013年开始，夫妻二人多次向银行及网贷公司借取贷款，用于经营生产及家庭生活消费。2020年至2021年，行业政策波动及经营策略失败导致托管机构收入骤降，且债务人夫妻一方身体状况欠佳，债务人无法按期偿还贷款，夫妻二人共负债约121万元，丈夫名下债务约42万元，妻子名下债务约79万元。

2021年6月，笔者代理以上债务人夫妻共同向法院提出个人破产申请并申请夫妻合并破产，协助债务人以夫妻共同财产及债务提交申报材料，并制定详细的重整计划，列明周期性还款计划、预期收入计划等。

法院认为，自然人破产中，因破产而对夫妻共同财产/债务进行分割，一般不符合家庭生活实际，多数情况下没有必要且成本过高。本案以夫妻合并重整的方式对夫妻债务、夫妻财产作为共同债务、共同财产进行处理，符合法律要求，有利于偿还债务，体现了夫妻互相帮助，共同承担家庭责任和社会责任的法律要求和良好道德风尚。^①最终，法院裁定裁定受理上述债务人夫妻重整申请，裁定夫妻合并重整。

（二）案例反思

从以上案例可知，夫妻仅一方向法院提出个人破产申请时，申请人一般都能完成举证其符合“资不抵债”，但在合理解释“破产原因”“以个人名义过度举债夫妻共同财产”这两方面上存在一定困难。而且，法院对于过度举债行为十分警惕。

如夫妻离婚后，一方以个人借款归还夫妻共同债务，实质上使一方一揽子承担了过多共同债务，意图按照个人意愿分配不同当事人之间的债权债务，受益一方配偶有逃避债务的嫌疑，损害了部分债权人利益，不符合债权人公平受偿、债务人应当诚信的破产原则，夫妻一方刻意揽债并提出个人破产申请的，存在“弃车保帅”的嫌疑，法院倾向不予受理。

夫妻债务人提出合并破产，从债务人的角度，可较大程度降低个人破产申请成本，便于处理夫妻共同财产、夫妻共同债务等问题；从债权人的角度，共同偿还债务的方式有利于债权人利益，增加偿还债务的

可能；从法院的角度，提高办案效率，更专注于审核个人破产核心问题。

（三）如何选择？

如债务人夫妻有明确、合法的约定夫妻共同财产/债务并可合理解释的，债务人可以选择仅以夫妻一方作为申请人，尽可能还原破产事实，详细地举证债务来源、业务支出/收入等情况。必要时，未申请破产的配偶向法院作出共同偿还等承诺，打消法院、债权人的一些疑虑。

如债务人无法合理解释过度举债行为、夫妻共同财产/债务问题的，可考虑选择以夫妻合并破产的形式申请个人破产。这种做法可提供更大的空间解释过度举债行为，同时也增大偿还债务的可能性，向法官、债权人表达债务人积极偿还的态度和不存在“弃车保帅”的可能；但缺点是，夫妻双方均是个人破产申请人，均应接受个人破产制度的限制，需以夫妻双方财产偿还债务。具体的选择，需要咨询专业律师，本文不对个案做具体建议。

三、总结

从本文案例可知，法院表明不予容忍债务人假借个人破产制度进行恶意逃债安排，对于个人破产申请人企图刻意安排夫妻共同财产/债务，直接间接实现“弃车保帅”效果的行为，法院都非常警惕，较可能被认定为不诚信，与个人破产“诚实而不幸”的原则相违背，一旦发现类似情况驳回个人破产申请的可能性较高。

对于资不抵债后，夫妻之间的财产和债权债务安排，应当谨慎、善意，避免对债权人厚此薄彼的安排。笔者认为，破产法庭难以在一宗个人破产申请中，对纷繁复杂、眼花缭乱的夫妻共同/债务进行分家析产。对破产申请人而言，最好的策略就是让法院觉得比较简单、比较清晰、比较放心。由夫妻共同提出个人破产申请，尽可能打消法院对夫妻间刻意安排实现“弃车保帅”目的等疑虑。



涉港婚姻案件的管辖与法律适用

◎郭璇玲* 上海市锦天城（深圳）律师事务所

由于内地与香港分属不同的司法体系，且此前缺乏制度性安排，实务中出现的平行诉讼、准据法适用混乱，以及离婚判决难以获得认可与执行等问题，是两地司法机关需携手解决的难题。2022年2月15日，最高院和香港律政司签署《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行婚姻家庭民事案件判决的安排》（以下简称《婚姻家庭安排》），及香港政府旨在实施《婚姻家庭安排》而制定的《内地婚姻家庭案件判决（相互承认及强制执行）条例》同时生效实施。上述文件生效后，一定程度上解决了一些涉港婚姻案

件的难题，但还有不少问题仍将存在，需继续完善。

一、涉港婚姻案件的诉讼管辖

《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（2022修正）》（以下简称《民事诉讼法司法解释》）第551条规定“人民法院在审理涉及香港地区的民事诉讼案件时，可以参照涉外民事诉讼程序的特别规定”，但涉港婚姻案件具有其特殊性，现行法律就该问题的规定较为分散，因此实务中各地法院对管辖的问题裁判不一。

^①《回顾 2021·案例 | 翟某、祁某夫妻合并重整案》，载微信公众号“深圳破产法庭”，2022年01月20日，https://mp.weixin.qq.com/s/qZG882KRvFOFz_XznP1qOw。

*郭璇玲，上海市锦天城（深圳）律师事务所高级合伙人，中华全国律师协会婚姻家庭法专业委员会副主任。

（一）地域管辖

地域管辖为涉港婚姻案件中最为复杂的问题，在涉港婚姻关系中存在当事人的国籍身份、经常居所地、主要财产所在地、婚姻登记地等多个因素，这些因素都会影响法院裁定管辖的结果。结合现有的法律规定和司法案例，涉港婚姻案件的地域管辖可分为以下几种情况：

1. 一方或双方在内地有住所地或经常居住地

根据《民事诉讼法》第22条的规定，无论原告在何处，只要被告在内地有住所地或经常居住地，涉港婚姻案件一般由被告住所地或经常居住地法院管辖。根据《民事诉讼法》第23条及《民事诉讼法司法解释》第12条的规定，在涉港婚姻案件中，如被告不在内地居住或离开住所地超过一年，在内地居住的一方可以向住所地或经常居住地法院提起诉讼。

《民事诉讼法司法解释》第15条实际上是对上述管辖法院作了囊括性规定。香港在国界划分上虽然亦属于国内，但在涉港婚姻案件中法院一般参照适用《民事诉讼法司法解释》第15条的规定，即只要一方在内地有住所地或经常居住地，无论作为原告还是被告，内地一方住所地或经常居住地法院均有权管辖。如双方均经常居住在内地，则还应结合《民事诉讼法》第22条的规定，由被告住所地或经常居住地法院管辖。

实务中，如双方均为香港居民，法院在裁定涉港婚姻案件的管辖法院时，一般以原被告双方在内地是否有经常居住地作为主要的考量因素。双方均为香港居民时，如一方经常居住内地而另一方居住在香港，不论哪一方向法院提起离婚诉讼，只要一方在内地有经常居住地，则内地人民法院有管辖权；如双方均经常居住在内地，则由被告经常居住地人民法院管辖^①。

2. 双方在内地均无住所地或无经常居住地

如双方均定居香港，内地法院的管辖问题可分为以下三种情况：

第一，婚姻缔结地在内地。《最高人民法院关于原在内地登记结婚，现双方均居住香港，他们发生离婚诉讼，内地人民法院可否按〈关于驻外使领馆处理

华侨婚姻的若干规定〉的通知办理的批复》（以下简称《批复》）中明确“港澳同胞和华侨同是中国公民”，如夫妻双方均居住在香港，而婚姻登记地为内地，双方发生离婚诉讼时，符合“在港澳进行离婚诉讼如果确有实际困难”条件的，内地原结婚登记地或原户籍地人民法院可以受理。但法院具体适用过程中，对于是否将“在港澳进行离婚诉讼确有实际困难”作为管辖前提之一，各地裁判不一。

在（2014）佛中法立民终字第980号二审民事裁定书中，并未将“在港澳进行离婚诉讼确有实际困难”作为管辖前提之一，仅因夫妻双方均居住在香港而婚姻登记地为内地，便裁定双方原婚姻登记地法院可以受理该案。而在（2016）粤01民辖终3135号民事裁定书中，却因该案夫妻双方并未向原审法院提交其在香港法院进行离婚诉讼确有困难的证据，而裁定不予受理该案。

值得一提的是，该《批复》已被最高人民法院以“已被民事诉讼法代替”为由废止，但并未明确说明该《批复》是被《民事诉讼法》中的哪一条规定所取代。该《批复》被废止后，仍有部分法院继续沿用该《批复》，如上文的（2016）粤01民辖终3135号案件，但大部分法院不再适用该《批复》，而开始参照适用《民事诉讼法司法解释》第13条的规定，即“在国内结婚并定居国外的华侨，如定居国法院以离婚诉讼须由婚姻缔结地法院管辖为由不予受理，当事人向人民法院提出离婚诉讼的，由婚姻缔结地或者一方在国内的最后居住地人民法院管辖”。虽然港澳同胞并不属于定居国外的华侨，但很多内地法院一般参照该条款进行裁判^②。该条规定的管辖条件与《批复》中提到的“在港澳进行离婚诉讼确有实际困难”的情况有相似的表意。因此，当事人均定居香港但婚姻缔结地在内地，如一方可以证明其已在香港起诉，但香港法院以应由婚姻缔结地法院管辖为由不予受理，则可以向婚姻缔结地或者一方在国内的最后居住地法院起诉。

第二，婚姻缔结地在香港。根据《民事诉讼法司法解释》第14条的规定，在当双方均定居香港且婚

姻缔结地在香港的情况下，如当事人可以证明其已在香港起诉但香港法院以国籍所属国法院管辖为由不予受理，则可以向一方原住所地或者在国内的最后居住地人民法院起诉。

第三，仅请求分割内地财产。如当事人仅请求分割内地财产，法院一般参照《民事诉讼法司法解释》第17条的规定，裁定由主要财产所在地人民法院管辖^③。《深圳市中级人民法院关于婚姻家庭纠纷案件的裁判指引》的第7条进一步明确，“一方当事人在深圳起诉仅要求分割位于深圳的财产时，有管辖权的人民法院，不宜以双方离婚判决未经承认程序为由驳回起诉”，可见在该种情况下，有管辖权的人民法院应予以受理。

（二）级别管辖

根据《最高人民法院关于调整高级人民法院和中级人民法院管辖第一审民商事案件标准的通知（2015）》第4条、第5条之规定，婚姻、继承、家庭等案件，一般由基层人民法院管辖，如果该案件为重大疑难、新类型和在适用法律上有普遍意义的案件，可以由上级人民法院自行决定由其审理，或者根据下级人民法院报请决定由其审理。但是，根据笔者对近20年中国裁判文书网公开案例的统计，公开的442起涉港婚姻案件全部均由基层法院作为一审法院审理。由此可见，在司法实践中，涉港婚姻案件一般由基层人民法院管辖，暂未发现由中级人民法院作为一审法院管辖的相关判例。

（三）集中管辖

一般情况下，涉港婚姻案件不属于集中管辖的范畴。根据《最高人民法院关于明确第一审涉外民商事案件级别管辖标准以及归口办理有关问题的通知》第2条的规定，婚姻家庭纠纷不属于由涉外审判庭或专门合议庭审理的范围。《广州涉外、涉港澳台民商事案件集中管辖》中也明确，实行集中管辖的案件，均不包括婚姻家庭等传统民事案件。司法实践中法院也认为涉外离婚纠纷不属于实施集中管辖的案件范围^④。

但是，最高院指定了部分地区法院集中审理包括

涉港婚姻家事案件在内的涉外民商事案件，如在最高法院发布的《最高人民法院关于指定珠海横琴新区人民法院集中管辖珠海市辖区一审涉外、涉港澳台民商事案件的批复》中，最高院指定珠海横琴新区人民法院集中管辖珠海市辖区一审涉港澳台民商事案件，并没有排除婚姻家庭等案件的集中管辖。因此，在实务中涉及集中管辖问题时，应当对最高院的特殊规定予以特别关注。

（四）协议管辖

根据《民事诉讼法》第35条以及《民事诉讼法司法解释》第34条规定，当事人可以通过协议约定管辖的范围是财产权益纠纷，并不包括人身权益纠纷，因此解除婚姻关系后发生的财产争议可适用协议管辖。《民事诉讼法司法解释》第531条进一步明确涉外合同以及财产纠纷可以通过协议约定管辖。

但是，涉外婚姻引发的财产纠纷是否适用协议管辖，目前并无明确规定。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》第3条规定，当事人可以基于特定法律关系以书面形式明确约定内地法院或者香港法院具有唯一管辖权，但该特定法律关系不包括因家庭事宜或者其他非商业目的而拟定的合同。因此，涉港婚姻案件中的财产纠纷能否协议管辖，现行法律缺乏明确的规定，相关立法空白亟待填补。

（五）不方便管辖原则

内地法院受理一方的起诉后，另一方当事人除了可以依据上述管辖规定提出管辖异议外，还可以依据《民事诉讼法司法解释》第532条“涉外民事案件同时符合下列情形的，人民法院可以裁定驳回原告的起诉，告知其向更方便的外国法院提起诉讼：1. 被告提出案件应由更方便外国法院管辖的请求，或者提出管辖异议；2. 当事人之间不存在选择中华人民共和国法院管辖的协议；3. 案件不属于中华人民共和国法院专属管辖；4. 案件不涉及中华人民共和国国家、公民、法人或者其他组织的利益；5. 案件争议的主要事实不是发生在中华人民共和国境内，且案件不适用中华人

①参见最高人民法院〔2018〕最高法民辖167号王某与叶某离婚纠纷民事裁定书。

②参照广东省深圳市中级人民法院（2015）深中法民终字第843号上诉人朱某因与被上诉人汪某离婚纠纷案。

③参见广东省深圳市中级人民法院（2019）粤03民辖终335号周某某、邓某离婚后财产纠纷二审民事裁定。

④参见广东省广州市中级人民法院（2019）粤01民辖终2551号朝某、CHENHONG离婚纠纷二审民事裁定书。

民共和国法律，人民法院审理案件在认定事实和适用法律方面存在重大困难；6. 外国法院对案件享有管辖权，且审理该案件更加方便”的规定，以内地法院“不方便管辖”为由，向受理法院提出管辖抗辩。若抗辩理由成立，原告的起诉将被驳回。但不方便管辖原则的适用条件较为严苛，当事人除主动向法院提出外，还需举证证明同时满足第 532 条规定的 6 项条件。

二、涉港婚姻案件的法律适用

涉港婚姻案件存在涉外因素，根据《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）》第 17 条的规定，涉港婚姻案件参照涉外案件，依据《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》（以下简称《法律适用法》）确定准据法。涉港婚姻案件在法律适用的过程中，因香港和内地的离婚条件、夫妻财产制度等实体内容不同，诉讼的不确定性及风险性也因此增加。

（一）离婚条件的法律适用

《法律适用法》第 27 条规定“诉讼离婚，适用法院地法律”，因此，当事人向内地法院起诉解除婚姻关系，适用内地法律。我国《民法典》中规定的离婚条件为感情确已破裂，调解无效。《民法典》列举了重婚、家庭暴力、赌博、吸毒、因感情不和分居满二年等导致夫妻感情破裂的情形，同时设置了兜底条款，赋予法官一定的自由裁量权。而香港法律则规定当事人呈请离婚时，需要向法庭证明夫妻感情破裂已至无可挽救，同时对夫妻感情破裂已至无可挽救的情形详细进行了程度描述并规定了所持续的时间。由此可见，内地法院对于判决是否离婚的条件相较香港更为宽松，由于我国《法律适用法》不允许当事人自主选择解除身份关系时所适用的法律，故不同的管辖法院对当事人能否顺利解除婚姻关系有重要影响。

（二）涉及房屋权属纠纷的法律适用

在涉港婚姻案件中经常出现双方就房屋权属问题优先适用《法律适用法》第 24 条还是第 36 条而产生争议。从现有的法律规定看，若基于双方的特定身份关系，则适用《法律适用法》第 24 条关于夫妻财产关系法律适用的规定；若基于标的物的属类，则适用《法律适用法》第 36 条不动产专属管辖的规定，实

务中不同法院对于优先适用哪一条裁判不一。

（2016）沪 01 民终 2239 号徐韵凤诉张顺良所有权确认纠纷二审民事判决书中认为：“双方就系争房屋产权归属发生的纠纷，从形式上看是对不动产权属的确认之诉，但系一方基于与另一方的婚姻关系而要求确认系争房屋权属归两人共有，其实质是因婚姻关系所产生的财产争议，具有更强的身份特征或属人特性。因此在处理夫妻财产关系的法律冲突时，宜首先尊重当事人的意思自治，允许夫妻双方协议选择调整夫妻财产关系的法律，夫妻双方未选择的，选择与身份特征更具密切联系点的连接点。”

笔者认同上海市一中院的上述分析，基于身份关系所发生的财产争议应优先选择适用《法律适用法》第 24 条之规定。该规定对于涉港婚姻案件中涉及房屋权属纠纷的准据法的选择更具合理性，但同时带来的问题就是使得夫妻财产关系的法律适用具有极大不确定性：若双方所争议的不动产位于香港，双方没有协议选择适用的法律，且没有共同经常居所地及共同国籍国的，法院将依据最密切联系原则选择所适用的准据法。最密切联系原则存在多个连接点，将导致诉讼风险和不确定性大大增加。

（三）夫妻财产制度的法律适用

内地与香港施行不同的夫妻财产制度，内地适用夫妻财产共同所有制，而香港适用夫妻财产分别所有制。根据《法律适用法》第 6 条和第 24 条规定，法院在选择准据法时，按照以下顺序确定：1. 协议选择；2. 没有协议的，适用共同经常居所地法律；3. 没有共同经常居所地的，适用共同国籍国法律；4. 如果以上情形均不满足，则依据“最密切联系原则”来综合判断所适用的法律。但实践中法院对以何时为时间节点判断双方存在“共同经常居所地”存在一定分歧，在决定最密切联系地时不同法院又无统一裁判标准。因此，夫妻财产制度的法律适用具有很大的不确定性。

举例而言：张某为内地居民，刘某为香港居民，二人在内地登记结婚。婚后因感情破裂，刘某独自前往香港定居并在香港购置房产。张某向内地法院提起离婚诉讼并主张该房产为夫妻共同财产，此前双方不存在任何法律适用的协议。根据实践中法院不同的裁判标准，本案在适用夫妻财产制度时可能面临以下情况：

情形	裁判标准	结果
是否存在共同经常居所地 (如何确定经常居所地)	以缔结婚姻时的经常居所地为准	适用共同制
	以财产关系发生时的经常居所地为准	不存在共同经常居所地，适用共同国籍国法律。
	以起诉时/庭审时的经常居所地为准	不存在共同经常居所地，适用共同国籍国法律。
是否存在共同国籍国	适用前项，双方不存在共同经常居所地	二人不存在共同国籍，根据最密切联系原则选择适用法律
根据最密切联系原则选择 (各项因素综合判断)	婚姻缔结地	在内地结婚
	主要争议财产所在地	位于香港
	两地往来是否频繁	分居后刘某频繁往来内地
	夫妻双方在缔结婚姻时的国籍情况	内地+香港
	是否在内地/香港有共同居所	无
其他因素	其他因素	****

从表格可见，如果张某与刘某被认定既不存在共同经常居所地，也不存在共同国籍国，二人离婚诉讼适用的准据法将根据最密切联系原则进行确定。而该原则在适用过程中法院往往从多个角度综合判断，各项因素均可能对最终结果产生影响。如果张某请求适用内地法律，则需要大量的举证，以证明内地为本案的最密切联系地。因此，在涉港婚姻案件中，夫妻双方提前通过协议选择未来争议时所适用的法律，能避免法律适用的不确定性并降低诉讼的风险。

三、《婚姻家事安排》生效前后的情况分析

（一）《婚姻家事安排》生效前

在管辖问题上，《民事诉讼法司法解释》第 15 条和第 531 条均认可了平行诉讼的存在，如果内地法院和香港法院都有管辖权的案件，一方当事人向香港法院起诉，而另一方当事人向内地法院起诉的，内地法院可予受理。即便当事人已经获得香港离婚判决，但是根据《最高人民法院关于中国公民申请承认外国法院离婚判决程序问题的规定》第 18 条的规定可知，内地法院受理离婚诉讼后，另一方另行提出承认香港法院离婚判决申请的，其申请不予受理。上述法律规定导致当事人即使已在香港起诉，甚至已经获得了香港法院的生效离婚判决，也无法排除内地法院对该案件的管辖。

《婚姻家事安排》生效前，根据《最高人民法院关于中国公民申请承认外国法院离婚判决程序问题的规定》第 2 条的规定，大部分内地法院对于香港法院离婚判决中的夫妻财产分割、生活费负担、子女抚养

方面判决暂时不予认可。因此，即便当事人在香港获得了离婚判决，也会因判决的认可与执行问题，需要重新在内地法院就内地财产的分割等问题提起诉讼，进而导致平行诉讼的情况更为普遍。

出于不同的利益考虑，实务中对平行诉讼的褒贬不一。一方面，两地不同的司法制度给了当事人和律师一定诉讼策略设计的空间，当事人可以通过诉讼策略的预先设计，两地分别提起诉讼，通过适用不同的法律以争取利益最大化的判决结果。但另一方面，两地平行诉讼会增加大量的时间和金钱成本，当事人的合法利益可能迟迟得不到保障。因此，在内地现行的法律框架下，如何在实体上保障当事人的合法权益并在程序上减少平行诉讼的发生，《婚姻家事安排》的颁布实施弥补了相关法律缺位。

（二）《婚姻家事安排》生效后

根据《婚姻家事安排》第 16、17 条的规定，在内地法院审理婚姻家庭民事案件期间，一方当事人申请认可和执行香港法院就同一争议作出的判决的，内地法院应当受理。受理后，有关诉讼将中止，待就认可和执行的申请作出裁定或者命令后，再视情况终止或者恢复诉讼。同时，在审查认可和执行判决申请期间，法院也不受理当事人就同一争议提起的诉讼。只有在该香港法院作出的离婚判决未获内地法院认可和执行时，申请人才可以就同一争议向内地法院提起诉讼。

《婚姻家事安排》生效后一定程度上可以解决平行诉讼和判决的认可与执行问题，但是上述条款仅能在获得香港生效判决后才能排除内地法院的管辖，在香港法院起诉但香港法院尚未做出判决前，当事人仍旧无法排除内地法院的管辖。

对于涉港离婚案件，当事人面临选择管辖法院与准据法的问题。因香港与内地拥有不同的司法制度，对于离婚条件、财产分割、子女抚养等实体问题均有不同的规定，如何筹划涉港婚姻家事安排变得至关重要。结合本文对涉港婚姻案件法院管辖及法律适用的分析，笔者建议当事人应先了解两地不同司法制度的差异，再根据自身需要通过协议选择合适的准据法及管辖法院；如果没有约定，可以通过国籍身份筹划、经常居所地的变更或者主要资产的投向来改变涉外民事法律关系中的连接点，从而改变管辖法院及法律适用的结果。

法律视角理解 NFT 及 NFT 平台 涉及的问题

文婷* 广东华商律师事务所

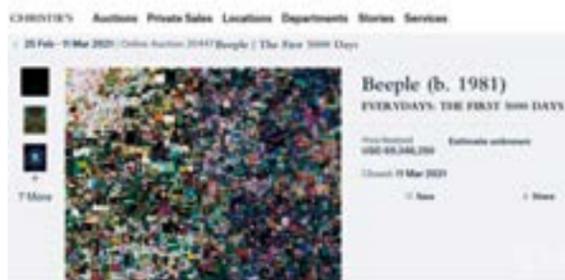
一、什么是 NFT？

(一) NFT 的定义及理解

NFT 是英文“Non-Fungible Tokens”的缩写，我国一般将 NFT 翻译成“非同质化代币”，对 NFT 并无法定定义或学术界理论界统一的定义。结合 NFT 的实际情况，我们理解 NFT 可以概括为：基于区块链而产生，对应及代表物理世界或网络世界有形或无形资产的资产权属，具有价值唯一性、不可拆分性、不可替代性的链上数字凭证。NFT 可以代表及作为物理世界的一副画、一张门票、一本小说等有形资产的数字资产凭证，也可以代表网络世界的一段音乐、一段视频、一张照片、一串代码等无形资产的数字资产凭证。NFT 作为非同质化代币，区别于同质化代币，比特币、以太坊就是同质化代币，1 枚比特币 / 以太坊可以拆分为无数的小单位进行流通（可拆分）、相同单位的比特币 / 以太坊价值相同（不具有价值唯一性）。值得注意的是，目前已出现了可拆分的 NFT（F-NFTs），如将一幅名画的权益拆分成碎片化的 NFT 进行流转交易，不同的人仅持有该名画权益的碎片部分。这种可拆分的 NFT 打破了 NFT 不可拆分的本质，带来新的法律问题。

(二) NFT 的兴起及发展

NFT 的兴起源于著名数字艺术家 Beeple 的 NFT 作品“EVERYDAYS: The First 5000 Days”在佳士得拍卖行以 42329 个以太币（约合 6934 万美金）的天价拍出。



(图片来源于网络)

NFT 目前在国内外均非常热门及火爆，成为投资者及投机者新一轮追捧的热点。目前海外的 NFT 项目大部分均基于以太坊公链生态使用 ERC-1155 标准创建，通过智能合约进行交易。目前国内的 NFT 项目大多处于摸索阶段，主要集中在艺术品领域。

我们认为，NFT 之所以兴起，解决的是资产权属确权难、流转难、盗版猖狂、创作者贡献智力成果却享受不到收益等难题及痛点。当资产所有者或创作者将资产或创作上链后，即产生对应的 NFT，作为资产或创作的链上唯一权属编码。参与者可通过区块链网络对 NFT 对应的资产或创作进行交易、研究、学习、分享等。当资产或创作每进行一次交易或转让都在区块链上记录，整个过程链上可追溯及溯源，且不可更改，确保权属流转的真实性。基于区块链网络设计的规则，资产所有者或创作者可通过智能合约的方式对参与者的下载、分享、转发等行为收取一定的费用。

二、什么是 NFT 平台？

与 NFT 一样，NFT 平台也无法定义或学术界理论界统一的定义。从实务角度，我们理解 NFT 平台是指支持资产或创作上链生成 NFT，为 NFT 交易（对应的是权属交易）、流转、分享、下载等提供区块链技术支持及服务的区块链网络平台。基于技术及服务的提供，NFT 平台可能向 NFT 玩家收取上链费用、交易佣金等费用。

以笔者团队接触的“加密空间”NFT 平台为例，该平台区别于目前市场上以“艺术品”为主的 NFT 项目，主要定位于数字消费品领域。该平台和数字唱片制作公司合作，可以链上发行音乐作品的 NFT，购买者不仅可以在区块链上收藏和交易，更可以根据他们持有的 NFT 享受到完美音质的数字唱片的极致音乐体验。此外，参与者可在“加密空间”平台上传和创作属于自己的加密作品，生成对应的 NFT，同时加密空间平台与上海某潮牌店达成了合作，对于在加密空间平台铸造和生成的 NFT，都可以在潮玩店打印成实物。此外，特别的亮点是加密空间平台支持法币的支付交易。

NFT 平台对接链上和链下，形成一个 NFT 生态圈，参与方可能包括但不限于：资产权属方、NFT 玩家（购买、学习、研究、赏玩、使用等）、NFT 平台、NFT 价值鉴定或评估方、NFT 拍卖方、NFT 监管方等（具体 NFT 项目中可能缺少部分主体或增加其他主体）。



(NFT 生态圈)

三、NFT 平台涉及的法律问题

(一) NFT 平台应具备什么资质？

1. 区块链信息服务备案：NFT 平台属于“向社会公众提供区块链信息服务的主体或者节点，以及为区块链信息服务的主体提供技术支持的机构或者组织”，应该按照《区块链信息服务管理规定》向国家互联网信息办公室进行备案登记，并取得备案凭证。

2. ICP 许可证：依据《中华人民共和国电信条例》及《电信业务分类目录》（2015 年版, 2019 年修订），通过信息采集、开发、处理和信息平台的建设，通过公用通信网或互联网向用户提供信息服务的业务应取得 B25 类增值电信业务许可证（即 ICP 证）。NFT 平台向 NFT 参与者提供了包括但不限于信息发布与递送服务、信息搜索查询服务、信息社区平台服务、信息即时交互服务、信息保护和处理服务，因此 NFT 平台应取得 ICP 证。

3. EDI 许可证：依据《中华人民共和国电信条例》及《电信业务分类目录》（2015 年版, 2019 年修订），利用各种与公用通信网或互联网相连的数据与交易 / 事务处理应用平台，通过公用通信网或互联网为用户提供在线数据处理和交易 / 事务处理的业务，应取得 B21 增值电信业务许可证（即 EDI 证）。NFT 平台为 NFT 参与者提供了包括但不限于交易处理业务、电子数据交换业务、网络 / 电子设备数据处理业务，因此应取得 EDI 许可证。



4. 支付业务许可证或与持有该许可证的机构合作：《非金融机构支付服务管理办法》第二条：“本

* 文婷，广东华商律师事务所高级合伙人律师，任深圳市律师协会区块链法律专业委员会主任，广东省律协跨境投资法律专业委员会副秘书长，执业领域为投融资、并购重组、上市 IPO、区块链领域垂直法律服务等。

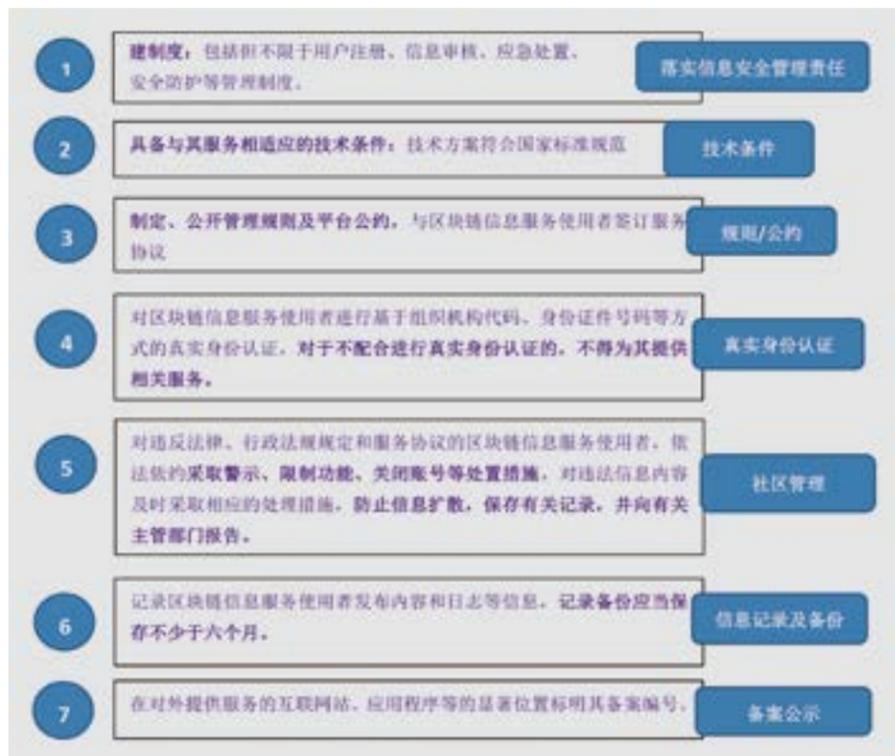
办法所称非金融机构支付服务，是指非金融机构在收付款人之间作为中介机构提供下列部分或全部货币资金转移服务：（1）网络支付；（2）预付卡的发行与受理；（3）银行卡收单；（4）中国人民银行确定的其他支付服务。本办法所称网络支付，是指依托公共网络或专用网络在收付款人之间转移货币资金的行为，包括货币汇兑、互联网支付、移动电话支付、固定电话支付、数字电视支付等……”第三条：“非金融机构提供支付服务，应当依据本办法规定取得《支付业务许可证》。NFT平台涉及到NFT转让交易、NFT使用付费等在收付款人之间转移货币资金的行为，因此应具备支付业务许可证或与持有该证的机构进行合作。

5. 网络文化经营许可证：根据《互联网文化管理暂行规定》第二条、第三条、第八条、第九条，NFT平台涉及音乐娱乐、网络表演、网络艺术品浏览、欣赏、使用或者下载等在线传播行为，且以营利为目的，应取得网络文化经营许可证。

此外，NFT平台若涉及艺术品、收藏品在线拍卖事宜，应取得拍卖业务许可；若涉及绘画作品、艺术摄影作品、工艺美术作品等艺术品的鉴定、评估、商业性展览等服务，依据《艺术品经营管理办法》，应进行并通过艺术品经营相关备案等。

(二) NFT平台如何合规经营？

1. 按照《区块链信息服务管理规定》的要求，落实安全评估及其他必要的合规要求：NFT平台对平台的产品、应用和功能应报国家和省、自治区、直辖市互联网信息办公室进行安全评估。此外，对照《区块链信息服务管理规定》，重点应落实如下合规要求（见图表）。



其中重点的是 KYC（真实身份认证）及 AML（反洗钱审查），NFT 由于高溢价性，及区块链技术的匿名性、全球价值转移等特性，很容易成为滋生洗钱犯罪的温床，NFT 平台应参照《互联网金融从业机构反洗钱和反恐怖融资管理办法（试行）》《金融机构反洗钱和反恐怖融资监督管理办法》等规定建立反洗钱、反恐怖融资制度，进行反洗钱审查，主动自觉承担 KYC、AML 义务。

2. 坚守“不以融资为目的”的底线：不管是区块链 ICO、IEO、IFO 等，还是区块链领域刑事犯罪（多为非法吸收公众存款罪、集资诈骗罪等），多表现为“以融资为目的”，因此，NFT 平台业务运营应坚守“不以融资为目的”的底线。

3. 市场拓展模式方面，避免“收取入门费”（交纳费用或以认购商品的方式，变相交纳费用取得加入或者发展其他人员加入的资格）、“拉人头”（以直接或间接滚动发展的人员数量为依据计算和给付报酬）及“团队计酬”（形成上下线关系，并以下线的销售业绩为依据计算和给付上线报酬）等模式，以免涉及传销刑事犯罪风险。

4. 谨防 NFT 低价值，靠包装炒作高溢价交易，谨防 NFT 期货期权交易等，避免构成诈骗、非法经营等法律风险。

5. 网络安全与数据合规：NFT 平台作为提供区块链技术支持及服务的区块链网络平台，必然涉及大量的数据产生、存储、使用等行为，NFT 平台应遵循《中华人民共和国网络安全法》《信息安全技术个人信息安全规范》《中华人民共和国数据安全法》等法律法规的规定做好网络安全与数据合规的合规要求。

(三) NFT 交易流转涉及的法律问题探讨

1. NFT 的法律属性是什么？NFT 的交易流转是何种权属的转移？

在法律属性层面，NFT 是一种网络虚拟财产，还是代表 NFT 拥有者的著作权，或是 NFT 拥有者的财产所有权？不同的法律定性，流转的权属不同，相应的法律适应亦不同。我们认为 NFT 的属性不能一概而论，应结合 NFT 代表的是何种链下资产及权属内容进行具体区分。

2. NFT 转让机制涉及的法律问题探讨

从 NFT 的本质来看，我们认为 NFT 可理解为：链下资产的链上数字凭证。NFT 转让，背后对应的是某种资产的权属转移，只是该种转移在区块链上进行记载、确权。因此，若 NFT 拥有者与购买者之间直接进行协议交易，系民事主体对自我权属的自由处置行为，应受到法律保护。但若 NFT 平台提供 NFT 交易的二级市场，提供 NFT 集中展示、撮合交易等交易方式，则我们认为应取得交易所牌照。尤其需要注意的是，依据《国务院办公厅关于清理整顿各类交易场所的实施意见（37 号文）》《国务院关于清理整顿各类交易场所切实防范金融风险的决定（38 号文）》，即便获得交易所牌照，仍有如下禁止性行为不得进行：拆分权益均等份额公开发行、集中交易方式进行交易（包括集合竞价、连续竞价、电子撮合、匿名交易、做市商等交易方式，但协议转让、依法进行的拍卖不在此列）、标准化交易单位持续挂牌交易、权益持有人累计超过 200 人、以集中交易方式进行标准化合约交易等。

四、NFT 的局限性及法律困境

如上所述，NFT 在解决资产权属确权难、流转难、

盗版猖狂等方面具有无可比拟的优越性，但我们认为在目前阶段 NFT 仍然面临诸多法律困境，这些法律困境导致在现阶段，NFT 可能仅在某些领域适用。该等法律困境包括但不限于：

1. 资产上链前侵权问题：若 NFT 资产在上链前即存在盗版、盗用、冒用等知识产权侵权问题，NFT 平台承担何种责任？上链前后 NFT 平台如何监管，NFT 平台如何维护玩家的权益？真实资产权属方如何维权等问题均是 NFT 平台需要考虑的问题。

2. 同一资产在不同的 NFT 平台上链的问题：若 NFT 资产所有者，将同一 NFT 资产在不同的 NFT 平台上链生成 NFT，则需要具体区分 NFT 代表何种权属？如果 NFT 代表的使用权，则 NFT 资产所有者可以在不同的 NFT 平台授予不同的 NFT 玩家使用权（如学习、欣赏、研究 NFT 作品等），但 NFT 资产所有者及 NFT 平台必须明确 NFT 的权属范围；若 NFT 代表的是所有权或著作权等权利“本体”，则将涉及“一物多卖”的问题，适用民法典的相关规定进行处理。

3. 链上链下一致性的问题：以一幅画为例，若在 NFT 平台成功拍卖，则链上 NFT 流转如何对应链下实物的交付？尤其是如果 NFT 在平台流转较为频繁的情况下，链上 NFT 流转是否一一对应链下实物交付？如果不一一对应，则权属流转在法律上存在瑕疵（动产所有权转移以交付为准），且 NFT “空转”，容易存在诈骗、虚假炒作等风险。此外，如果不一一对应，还存在链上 NFT 正常流转交易，但实际上链下实物已灭失或链下已卖出的可能。

五、结语

虽然 NFT 概念已较为普知，但目前 NFT 仍主要应用在艺术品领域，还处于起步和探索阶段，还有较多法律问题需要探讨和厘清。针对 NFT 的监管方面，在遵循原有法律规定的基础上，仍有较多 NFT 特性层面的问题需要监管层去思考。我们认为 NFT 代表链下资产的链上数字化，解决了权属确权难、流转难、盗版猖狂等的实际困局，在我国目前的法律体系下应具有合规基础和条件，在监管方面，应坚持鼓励创新，划定边界的包容审慎监管思路。

合同撤销后的 法律责任承担方式研究

《民法典》第157条的理解与适用

◎杨光明* 曾强* 北京德和衡（深圳）律师事务所

《民法典》第157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。有过错的一方应当赔偿对方由此所受到的损失；各方都有过错的，应当各自承担相应的责任。法律另有规定的，依照其规定。”该条规定

与《民法总则》第157条的规定基本相同，也与《合同法》第58条之规定一脉相承。在《民法典》出台前，司法实务中对于《合同法》第58条理解与适用已经衍生出很多更细化的规则，例如何种情形下应适用财产返还的责任承担方式？折价补偿的适用情形？损失赔偿责任应如何认定？损失赔偿责任是否只限于信赖

* 杨光明，北京德和衡（深圳）律师事务所高级合伙人，专注于以公司为主体的高端、复杂商事争议诉讼与仲裁，在合同纠纷、集体土地合作开发纠纷、买卖合同及产品质量争议、信用证与保函、保全与执行、公司股权、供应链金融等领域具有丰富专业积累。

* 曾强，北京德和衡（深圳）律师事务所联席合伙人，擅长领域：集体土地开发纠纷、确认合同无效及合同解除纠纷、执行与保全、股权对赌纠纷、重大疑难商事争议解决以及保全与执行等。

利益，抑或是可以达到履行利益的上限？凡此种种，仅从条文的文义解释出发很难得到准确的答案。因此，本文试图总结分析现有司法判例的倾向，进而对《民法典》第157条在未来的司法适用提供裨益。由于民事法律行为的确定不发生效力与无效等效，这一点应无疑义，因此，为指称方便，本文将“民事法律行为无效”与确定不发生效力合并称之为“无效”。

一、无效与被撤销的具体法律责任形式是否等效？

根据《民法典》第155条之规定可知，民事法律行为无效与被撤销的法律后果是等效的，均为“自始不发生法律约束力”。而《民法典》第157条规定民事法律行为无效与被撤销的法律责任承担方式均为返还财产或折价补偿、以及有过错的一方赔偿损失。故产生的问题是，民事法律行为无效与被撤销所适用的法律责任承担形式是否完全等效呢？二者在适用《民法典》第157条时遵循相同的规则吗？

对此，笔者认为，民事法律行为的无效与被撤销后所承担的法律责任方式不完全等效，即使都是民事法律行为无效或者被撤销，也会因为不同的情形而导致法律责任承担方式的不同。以合同这种最典型的民事法律行为为例，合同无效与被撤销的事由多种多样，而且合同的履行情况也千差万别，由此也会对合同无效和被撤销后的法律责任承担方式产生直接的影响。例如，在合同因违反法律、法规的强制性规定而被确认无效的情形，因该合同取得的财产应予以返还，而损失赔偿的范围则一般认为不得超过履行利益。但是，在合同因一方欺诈而被撤销的情形，因该合同取得财产应予以返还当然没有问题，但是对于损失赔偿的范围，考虑到欺诈缔约的行为与违反瑕疵担保义务的违约行为类型更为接近和相似，且欺诈一方具有明显的主观恶意和过错，因此，因欺诈而导致合同被撤销时，欺诈一方当事人承担的损失赔偿责任范围应当不仅仅限于信赖利益，还可以包括履行利益，或者说最高可以达到履行利益的上限。

另外，笔者还认为，合同缔约完成后尚未开始履行或者履行未完成即被认定无效或者被撤销，与一方已经履行完合同、另一方合同目的已实现后被认定为合同无效或者被撤销这两种不同情形下的责任承担形

式也有不同。同样以前述建设工程施工合同无效为例，如果该合同已竣工验收（对应合同已履行完毕且实现对方合同目的），则可以参照无效合同约定支付工程款；但是，对于合同没有竣工验收的（对应合同已有效成立但是尚未开始履行或者履行未完成），则对于请求支付工程款的，人民法院不予支持。

二、财产返还责任的适用规则及相关问题

民法理论认为，民事法律行为无效、被撤销后，行为人因民事法律行为所取得的财产丧失合法占有的根据，双方的财产状况应当恢复到民事法律行为实施前的状态。从这一个角度来看，民事法律行为被撤销后所产生的财产返还责任与不当得利的理论同源。由此产生了另一问题，民事法律行为被撤销后产生的财产返还请求权与不当得利请求权是同一的吗？或者说二者发生请求权的竞合？另外，因民事法律行为被撤销所产生的财产返还请求权，是否也与物权的返还原物请求权发生竞合？

对此，笔者认为，根据《民法典》第985条对“不当得利”的规定，“得利人没有法律根据取得不当利益的，受损失的人可以请求得利人返还取得的利益”。而根据上述民法理论对民事法律行为被撤销后财产返还的理论解释，与前述不当得利的规定基本一致。那么，应当认为此时产生了请求权的竞合，而两种请求权基于不同的法律规定所产生，因此，不能认为民事法律行为被撤销产生的财产返还请求权与不当得利请求权是同一种权利。

对于财产返还请求权与《民法典》中的原物返还请求权是否竞合的问题，《民法典》第235条规定了“原物返还请求权”，即“无权占有不动产或者动产的，权利人可以请求返还原物”。而其中所谓“无权占有”即占有人对财产的占有没有法律和事实上的依据，既包括从占有开始就没有依据，也包括开始有依据但后来依据消灭。由此观之，因民事法律行为被撤销而产生的财产返还请求权也有“占有人对取得财产的占有丧失法律依据”之意，因此也可以认为其与原物返还请求权产生竞合。另外，在前述请求权竞合的情形下，当事人只能选择其中一种请求权基础主张权利，而不能在同一个诉讼中同时主张。

另外，值得注意的是，财产返还的责任承担方式主要适用于民事法律行为已经实际履行的情况，既包括一方已履行时的单方返还，也包括双方都履行时的双方相互返还。如果行为被撤销时尚未履行，或者财产并未交付，则不产生财产返还的法律责任。除此之外，财产返还的责任承担方式，不因一方或双方对民事法律行为被撤销是否存在过错而存在差别，财产返还是民事法律行为被撤销后恢复原始状态的法定后果。如果一方对行为被撤销存在过错的，相对方可以通过主张损失的赔偿来维护其利益。再者，财产返还的范围以对方实际交付的财产数额为标准予以确定，即以交付时的实际价值为原则予以返还。如果返还时财产价值已经减损或者增值，根据最高人民法院《全国法院民事商事审判工作会议纪要》（下称《九民纪要》）第33条之规定，“人民法院要综合考虑市场因素、受让人的经营或者添附等行为与财产增值或者贬值之间的关联性，在当事人之间合理分配或者分担，避免一方因合同不成立、无效或者被撤销而获益。”这一规则同样也适用于无法返还财产时进行折价补偿的情形。

三、折价补偿责任的适用规则及补偿标准的确定

根据《民法典》第157条的规定，民事法律行为被撤销所产生的折价补偿责任，是在财产返还无法实现或者没有必要时的替代责任承担方式。因此，财产返还与折价补偿两种责任承担方式是“非此即彼”的二者择其一的关系，并且以财产返还为原则，折价补偿为替代。所谓“财产不能返还”，既包括法律上的不能返还，也包括事实上的不能返还。法律上的不能返还，主要是因为财产被第三人善意取得、且该财产属于没有其他种类物可替代的特定物而导致不能返还。事实上的不能返还，主要是指因财产已经灭失且该财产属于没有其他种类物可替代的特定物，造成客观上无法返还。所谓“没有必要返还财产”的，主要是指一方接受的财产是劳务、服务或者其他无形的利益，因此在性质上不能恢复原状，没有必要返还，此时应折价补偿对方当事人。

除了上面所讨论的问题外，折价补偿中最重要的一个问题是，折价补偿的标准应如何确定？是否可以参照原合同约定的对价支付标准予以支付？实务中，

有不少司法判例都认为合同无效或者被撤销后，原合同约定不再适用，因此也不能参照原合同约定要求一方支付报酬。例如，江苏省高院（2017）苏民再464号案件中，江苏省高院再审认为，“本案居间合同无效，蒋晓俊无权要求按照双方约定获得居间报酬。但是，如果蒋晓俊因其为周春承揽工程提供居间服务而实际支出了必要的费用，可作为其损失根据双方的过错予以承担。”

但是，笔者有不同观点。如果秉持上述司法判例中“合同无效或者被撤销后就不能再适用原合同约定”这种思路，实践中将会产生很多当事人为逃避合同义务的履行而提起合同撤销或者确认合同无效诉讼，进而要求不予执行原合同约定。由此导致的后果则是，不诚信的当事人获得不当利益，助长了不诚信当事人恶意违约的风气，与诚实信用原则相悖。因此，笔者认为，在一方或者双方当事人并无主观上之恶意或者过错，进而导致民事法律行为存在意思表示上的瑕疵或者错误（例如欺诈），且一方当事人已完成履行义务时，从诚实信用原则的角度出发，无过错一方要求另一方对所获得的财产进行折价补偿时，原则上应当参照被撤销之前双方约定的对价金额进行补偿，从而不使不诚信的一方当事人获得不当利益。

对此，《九民纪要》第32条也规定：“合同不成立、无效或者被撤销情况下，当事人所承担的缔约过失责任不应超过合同履行利益。”其中“不超过合同履行利益”的表述，实际上也意味着允许参照原合同约定的价款支付标准进行折价补偿，只是以原合同约定的标准为上限而已。司法实务中也有不少支持这种观点的判例（多为合同无效时折价补偿的案例，可以参照适用）。例如，深圳市中级人民法院（2015）深中法商终字第652号案例中，深圳中院就认为，涉案的居间合同虽然无效，但蔡俊波已经向余武文提供了居间服务，实际促成了好美某某公司同华某某公司之间房屋租赁合同的成立，好美某某公司由此实际取得房屋使用费收益，余武文应就蔡俊波提供的居间服务向蔡俊波补偿居间报酬损失。居间报酬补偿标准应参照《委托书》及《协议书》所约定的居间费予以确定。

另外值得讨论的问题是，如果因显失公平而导致民事法律行为被撤销时，是否也需要参照原合同约定进行折价补偿呢？对此，笔者认为，因显失公平而导

致民事法律行为被撤销的关键逻辑在于——由于客观情况的变化导致当事人双方的权利义务显著失衡，但是根本上，行为双方当事人并无主观上之恶意进而导致意思表示上的瑕疵或者过错。因此，在显失公平导致行为被撤销时，仍应以“参照原合同约定的对价标准确定折价补偿”为原则，但是，人民法院可以在原合同约定的对价标准基础上，依据诚实信用原则、在自由裁量权的范围内进行调整。

四、损失赔偿责任的适用问题

根据《民法典》第157条之规定，损失赔偿的适用是在财产返还或折价补偿之外的，并且限定是有过错的一方才承担损失赔偿责任，双方均有过错的则各自承担相应的赔偿责任。民法理论一般认为，在民事法律行为被撤销或者被确认无效后，所产生的损失赔偿责任属于缔约过失责任，而缔约过失责任主要是信赖利益损失的赔偿。例如，最高人民法院（2020）最高法行申3832号案例中，高院认为：“一般认为，合同无效情形下产生的赔偿责任系缔约过失责任，合同有效情况下的赔偿责任系违约责任；合同无效的赔偿责任范围主要是信赖利益损失，违约责任范围则包括履行利益损失。信赖利益损失主要指过错方赔偿对方因合同无效（不成立或被撤销）而遭受的损失，即过错方赔偿对方因信赖合同有效成立而实际遭受的损失，包括缔约过程中发生的费用损失、为履行合同而增加的场地设施设备价值减损损失、为履行合同而发生的其他费用损失等。……但是，信赖利益损失的赔偿依法不应包括若合同有效而可能获得的预期履行利益损失。”

但是，根据前述《九民纪要》第32条之规定，“合同不成立、无效或者被撤销情况下，当事人所承担的缔约过失责任不应超过合同履行利益。”笔者认为，其中“不超过合同履行利益”的表述，实际上也意味着允许参照原合同约定的价款支付标准进行折价补偿，只是以原合同约定的标准为上限而已。也就是说，合同被撤销后的责任范围不能仅包括信赖利益，还可以达到履行利益这一上限，尤其是在一方当事人已经完全履行的情况下更应当遵循诚实信用原则，注重保护履约一方当事人的利益，而不让不诚信的当事

人因合同被撤销获得不当利益。

在一些案例中，人民法院将折价补偿与损失赔偿的责任承担方式混淆。例如，在前述《九民纪要》第33条规定的应返还财产或折价补偿时，财产发生增值的情形下，增值部分也应作为财产返还或折价补偿的一部分。但是，在一些判例中将财产增值认为是合同履行后可获得的履行利益损失，进而根据“合同被撤销后的损失赔偿以信赖利益为限”的规则不予支持。例如，在最高人民法院（2017）最高法民申187号案例中，高院认为：“东屏镇政府应赔偿天心公司因合同条款无效所遭受的损失，但是该损失并不等同于土地增值收益。土地增值收益系《工业项目投资合同》第九条、第十条履行后应获得的履行利益，不属于合同条款无效后的赔偿范围。天心公司不是案涉土地合法使用权人，案涉土地增值亦非天心公司的投资行为所致，天心公司主张获得土地增值收益，依据不足。天心公司主张无论合同条款是否有效，东屏镇政府均应赔偿其土地增值损失，依据不足。”再比如，在前述最高人民法院（2020）最高法行申3832号案例中，高院也认为：“盛兴公司有关赔偿购地款差额损失1169万元的主张，系涉案土地升值权益的体现，属于《协议》有效情况下的履行利益，不应纳入《协议》无效情形下的损失赔偿范围。再审查理人盛兴公司有关赔偿购地款差额损失1169万元的再审查理主张不能成立，依法不予支持。”

五、结语

《民法典》第157条关于民事法律行为无效、被撤销后的法律责任承担方式只有简单的一句话，但是实务中的理解与适用却千差万别。本文从民事法律行为被撤销后的角度出发，研究分析了现有司法判例的倾向，结合理论研究，对行为被撤销后的不同责任形式的适用规则以及其中产生的法律问题进行了评判分析，也基于理论研究提出了部分与主流实务观点相左的观点。本文意在为处理民事法律行为被撤销后的法律责任纠纷的当事人，提供准确的界定财产返还、折价补偿与损失赔偿的概念和适用情形的方法，以便各方精准地确定己方的诉讼请求或者抗辩思路，避免出现不同责任形式相互混淆的错误，导致最终的失败。

>>> 自2007年6月1日起《中华人民共和国企业破产法》(以下简称《企业破产法》)施行后,《中华人民共和国企业破产法(试行)》(以下简称《企业破产法(试行)》)同时废止。《最高人民法院关于审理企业破产案件若干问题的规定》(以下简称《审理破产案件规定》,2002年9月1日起施行)是否仍继续适用?《审理破产案件规定》第七十一条第(五)(六)项规定与《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《破产法司法解释二》,2013年9月16日起施行)第二条关于债务人财产的规定是否相抵触,还能否继

续适用?合同项下已选定的房屋是否即为特定物?房屋特定化是否必须竣工验收合格?

针对上述问题,司法实务中可谓聚讼纷纭、莫衷一是。房地产开发商进入破产还债程序后,已经签订房屋买卖合同尚未交付或办证的买房人究竟应当如何维权,是行使一般取回权,还是主张继续履行合同或是提起破产债权确认纠纷等等,司法实务中不同审级乃至同一审级法院对上述问题同案异判现象突出,以致于让买房人程度不同地陷入司法维权困境。笔者不揣浅陋,通过典型案例,对上述问题予以梳理,并提出破解购房人维权困境的意见,以期抛砖引玉,推动

立法及司法的统一,切实维护当事人的合法民事权益和法律的尊严。

一、《审理破产案件规定》第七十一条第(五)(六)项规定与《破产法司法解释二》第二条关于债务人财产的规定是否相抵触,还能否继续适用?

(一) 观点一:并不抵触,继续适用

案例1.北京英嘉房地产开发有限公司与杨飞物权确认纠纷上诉案^①

北京高院裁判要旨:《审理破产案件规定》第七十一条第(五)项与《破产法司法解释二》并不抵触,前者亦未被相关法条予以废止。故英嘉公司有关《审理破产案件规定》第七十一条因与《物权法》《企业破产法》及《破产法司法解释二》第二条相矛盾不应当被引用的意见,无法律依据,不予采信。

最高法院裁判要旨:交付了购买商品房的全部或者大部分款项后,消费者就所购商品房对出卖人享有的债权,有别于普通无担保债权,是一种针对特定不动产所享有的具有非金钱债务属性的特殊债权,在受偿顺序上优先于有担保债权的建设工程价款优先受偿权亦不得对抗该债权。

交付了购买商品房全部或者大部分款项的消费者,对于其所购房屋的权利,因其具有特定性和优先性,故该债权的实现并不会构成对其他破产债权人合法权益的损害,因此,出卖人履行商品房买卖合同约定的交付房屋并办理所有权变更登记义务,并非《企业破产法》第十六条所称的无效的个别清偿行为。

根据《企业破产法》第十八条第一款之规定,管理人仅对破产申请受理前成立而债务人和对方当事人均未履行完毕的合同,有权决定解除或者继续履行。本案中,杨飞已经通过银行按揭贷款支付了案涉房屋的全部款项,故对于案涉商品房买卖合同,英嘉公司破产管理人并无解除权。

本案并非因物权归属争议引发的物权确认纠纷,故二审法院将本案案由确定为物权确认纠纷并确认案涉房屋归杨飞所有确有不当。但二审判决判令英嘉公

司为杨飞协助办理案涉房屋所有权过户手续是正确的,通过该判项的履行或执行,杨飞仍将能够取得案涉房屋所有权。

案例2.无锡市恒生富通置业有限公司(以下简称恒生公司)与陆金丰商品房销售合同纠纷申请再审案^②

裁判要旨:《审理破产案件规定》第七十一条第(五)、第(六)项规定与《破产法司法解释二》的相关规定并不抵触,亦未被相关法条予以废止,故二审法院适用《审理破产案件规定》第七十一条并无不当,恒生公司的该再审申请理由,缺乏法律依据,不能成立。

案涉房屋在2010年即经竣工验收合格,双方在2012年8月13日达成买卖协议时,案涉房屋已经特定化,陆金丰已经通过抵销履行了支付全部购房款的义务,故案涉房屋不属于破产财产。

案例3.宁波东来日盛置业有限公司(以下简称东来公司)与何毅诚与破产有关的纠纷申请再审案^③

裁判要旨:《破产法司法解释二》第二条与《审理破产案件规定》第七十一条均是对不属于破产财产的规定,后者系对前者的补充,两者并不矛盾。而《审理破产案件规定》第七十一条第(六)项系对房屋买卖特殊情形下的规定,而非仅是针对商品房买卖的规定,故二审认定何毅诚选定案涉房屋后,案涉房屋对于何毅诚而言就是特定物,从而适用该条第(五)项的规定,并无不当。

(二) 观点二:相互抵触,“新法优于旧法”,不能继续适用

案例4.慈淑宁与威海广信房地产开发有限责任公司、慈建涛破产债权确认纠纷申请再审案^④

裁判要旨:《审理破产案件规定》系为正确适用《企业破产法(试行)》所制定的司法解释,而随着《企业破产法》的施行,《企业破产法(试行)》已经废止,针对该部法律所制定的司法解释原则上应不再适用。且《企业破产法》施行后发布的《破产法司法解释二》第二条对不应认定为破产财产的情形,作出了新的规

房地产开发商 进入破产还债程序后, 买房人如何 破解维权困境

○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 该案审理法院、案号及裁判日期:(1)北京高院(2015)高民终字第761号民事判决书,2015年2月6日;(2)最高法院(2015)民申字第1158号民事裁定书,2015年7月20日。

② 该案审理法院、案号及裁判日期:江苏高院(2018)苏民申2621号,2018年9月25日。

③ 该案审理法院、案号及裁判日期:浙江高院(2016)浙民申3380号,2017年2月27日。

④ 该案审理法院、案号及裁判日期:最高法院(2020)最高法民申6460号,2020年12月1日。

定，其中已无《审理破产案件规定》第七十一条第五项规定的情形。根据“新法优于旧法”的法律适用规则，本案应适用《破产法司法解释二》认定案涉房屋是否属于破产财产。

案例 5. 北京城建集团有限责任公司与北京泰丰房地产开发有限公司一般取回权纠纷上诉案^⑤

裁判要旨：《审理破产案件规定》第七十一条第六项规定：“尚未办理产权证或者产权过户手续但已向买方交付的财产不属于破产财产”。尽管《企业破产法》施行后，上述司法解释并未废止，但是就“非债务人财产范围”的界定问题，《破产法司法解释二》作出了不同于 2002 年司法解释的新的规定，该规定第二条以列举的方式对非债务人财产的范围作出了规定，其中并不包括 2002 年司法解释第七十一条第六项之情形。在最高法院就相同的问题在不同时期先后作出不同规定的情况下，应该以最新规定为准。因此，上述 2002 年司法解释第七十一条第六项规定不应用于本案。城建集团关于依据该条款，案涉房屋不属于破产财产的上诉主张不成立，本院不予支持。

二、关于房屋买卖合同项下房屋是否为特定物的认定标准

（一）对已经竣工验收合格的房屋，买卖双方达成买卖协议时房屋即已经特定化

参考案例：前述第一部分案例二中，江苏高院（2018）苏民申 2621 号民事裁定书。

裁判观点：本案中，案涉房屋在 2010 年即经竣工验收合格，双方在 2012 年 8 月 13 日达成买卖协议时，案涉房屋已经特定化。

（二）对尚未竣工验收的房屋不能认定已形成法律意义上的特定物

参考案例：徐南与江苏省沭阳县恒通房地产开发有限公司合同纠纷案，江苏高院（2016）苏民申 1406 号民事裁定书。

裁判观点：本案中，因“八套门面房”尚未竣工验收，签订租赁协议并不能形成法律上的实际交付效力。正是基于尚未竣工验收，也不能认定“八套门面房”

已形成法律意义上的特定物。

（三）对房屋买受人而言，选定房屋后就是特定物

参考案例：前述第一部分案例 3 浙江高院（2016）浙民申 3380 号民事裁定中认为：二审认定何毅诚选定案涉房屋后，案涉房屋对于何毅诚而言就是特定物，从而适用《审理破产案件规定》第七十一条第（五）项规定，并无不当。

（四）房屋栋号、房号、户型、面积、朝向均已确定，且在房管部门办理了备案预告登记，购买人完全支付了对价，房屋应认定为特定物

参考案例：蒋天物与益阳天业房地产投资开发有限公司等商品房预售合同纠纷再审案，湖南高院（2018）湘民再 401 号民事判决书。

裁判要旨：《审理破产案件规定》为现行有效的司法解释。本案蒋天物向天业房地产公司购买的涉案房屋，栋号、房号、户型、面积、朝向均已确定，且在房管部门办理了备案预告登记，完全支付了对价。纳入预告登记的债权具备一定的物权效力。因此，蒋天物购买的涉案房屋应当认定为特定物。

三、破解买房人维权困境的意见与建议

民法上的物，作为民事法律关系客体之一，是指能够满足人们的社会生活需要而又能为人们所实际控制或者支配的，存在于人身之外的物质客体，包括有体物及自然力。物的特征：非人格性；原则上为有体物；人力所能支配的；具有独立性。

民法上的物，有种类物与特定物之分。特定物是指具有独立（或称单独、固有）特征而不能以其它的物代替的物。特定物具有特殊的质量、构造、性能或者外部特点，这些特点使其能够与其他物区别开来。特定物具有不可替代性、独一无二性，可以是不动产，也可以是动产。种类物是指具有共同的属性（或称物理属性），可以用品种、规格或度量衡加以计算确定的物，具有可代替性。但如果一定的种类物从同类物中分离出来，被确定为法律关系的客体后，它就具有了特定化的品质。区分二者的法律意义在于，特定物在交付前意外灭失的，可以免除义务人的交付义务，

而只能请求赔偿损失。种类物如在交付前意外灭失的，由于其具有可替代性，故不能免其交付义务，义务人仍应交付同类物。

司法实践中，商品房买卖绝大多数为针对特定房屋进行买卖，在合同及相关协议中，约定双方进行买卖房屋的具体位置、门牌号码、房屋面积等特定事宜，应为特定物。关于商品房买卖合同项下，房屋是种类物还是特定物的问题，尽管一个特定楼盘的每一套住房其面积、楼层、朝向都是独特的，但针对整个楼盘而言，购房者则有任意的选择权，任何一套住房都可能成为购房合同的标的物。从这个意义上讲，整个楼盘的住房对购房者来讲属于种类物，都具有满足人们居住使用的一般功能及特性。对现售的商品房买卖而言，当购房者选定某一套住房以后，该套住房就从一般种类物转化成为特定物。这种选定不但约束开发商，同时也约束购房者。

笔者认为，商品房买卖合同项下的房屋是否为特定物，除了合同及相关协议中约定双方进行买卖房屋的具体位置、门牌号码、房屋面积等特定事宜外，还须考量该房屋的主体结构是否已完成，从某种程度上讲，只要该房屋的框架墙体和屋顶已建成，就可视为特定物，而不论该房屋所在的楼栋是否已竣工并验收合格。

关于《审理破产案件规定》确系为正确适用《企业破产法（试行）》的司法解释，随着《企业破产法》的施行，《企业破产法（试行）》已经废止，针对该部法律所制定的司法解释也应不再适用，但遗憾的是，最高法院至今尚未明文宣布废止《审理破产案件规定》，而是在个案裁判文书的说理讲法部分称“原则上应不再适用”，并且《企业破产法》施行后发布的《破产法司法解释二》，其第二条对不应认定为破产财产的情形作出了新的规定，已无《审理破产案件规定》第七十一条第（五）项规定的情形。根据“新法优于旧法”的法律适用规则，应不再适用本该被废止的《审理破产案件规定》。然而，最高法院（2015）民申字第 1158 号民事裁定书驳回了申请人的申请，回避了《审理破产案件规定》的适用及其第七十一条第（五）项与《破产法司法解释二》第二条是否抵触的问题，且

该案的一二审法院北京一中院和北京高院均认为上述两条款并不抵触，《审理破产案件规定》第七十一条第（五）项亦未被相关法条予以废止。无独有偶，广东高院（2019）粤民终 243 号民事判决书中亦认为，2007 年 6 月 1 日《企业破产法》施行之后，《审理破产案件规定》第七十一条第（六）项规定并未被废止。《破产法司法解释二》第二条规定的不应认定为债务人财产的情形，亦未否定上述第七十一条第六项规定的适用。江苏高院（2018）苏民申 2621 号民事裁定书中认为：“关于《审理破产案件规定》第七十一条第（五）（六）项规定是否可以适用问题。《破产法司法解释二》第四十八条规定：‘本规定施行前本院发布的有关企业破产的司法解释，与本规定相抵触的，自本规定施行之日起不再适用。’但《审理破产案件规定》第七十一条第（五）（六）项规定与《破产法司法解释二》的相关规定并不抵触，亦未被相关法条予以废止，故二审法院适用《审理破产案件规定》第七十一条并无不当。”浙江高院（2016）浙民申 3380 号民事裁定书中认为：“《破产法司法解释二》第二条与《审理破产案件规定》第七十一条均是对不属于破产财产的规定，后者系对前者的补充，两者并不矛盾。”湖南高院（2018）湘民再 401 号民事判决书中认为，《审理破产案件规定》为现行有效的司法解释。

综上，为统一法律适用，尽可能地减少“同案异判”，在立法及立法解释阙如的情形下，最高法院亟待作出明确司法解释，以应司法实践之需，避免出现同一层级特别是高级法院层面对同一司法解释是否有效、是否继续适用、与“新法”是否抵触产生截然相反理解的尴尬境地。笔者认为，最高法院应尽快明文废止《审理破产案件规定》，但对该规定中既不违反现行法律、司法解释又具合理性的规定，例如《审理破产案件规定》第七十一条第（五）（六）项的规定，应予以收录在破产法相关的新的司法解释之中，或对《破产法司法解释二》相应条款予以修订并吸收《审理破产案件规定》合理合法的规定。如此方能更有效地统一法律适用，维护法律的权威，维护当事人的合法权益，避免让商品房买受人“赔了夫人又折兵”，陷入司法维权的困境。

^⑤该案审理法院、案号及裁判日期：北京高院（2017）京民终 18 号，2018 年 8 月 20 日。

操纵证券、期货市场案件中 “对敲”行为的 刑法规制与律师实务

○洪灿* 莫丽冰* 广东信达律师事务所

使用对敲手法牟利是期货交易市场的一种违规操作行为。期货交易者作为公司指定的下单人，利用其掌握的公司账户进行对敲等违规操作，给期货公司及期货市场管理秩序带来巨大伤害，《证券法》第五十五条、《刑法》第一百八十二条将该类行为界定为操纵证券、期货市场的不法行为并予以明令禁止。因此，分析期货交易者实施“对敲”牟利行为的刑事法律规制具有现实意义。

近日，笔者团队经办了一起期货交易者使用对敲手段牟取个人利益引发的刑事案件，在侦查阶段为犯罪嫌疑人成功办理了取保候审。

现就期货交易者实施的“对敲”牟利行为应当如何进行刑事法律规制的律师实务问题，并结合办案过程中的法律思考提出以下粗浅的法律分析，供金融证券领域从业者和律师同行参考。

一、期货交易者使用“对敲”牟利行为的法律界定

使用对敲手法牟利的行为表现为：行为人为谋取

个人利益，在不活跃的合约上，利用公司的账户和自己实际掌握的账户进行对敲交易，在大致相同的时间内进行价格或数量相近、方向相反的交易，买卖价格不是根据市场供求关系，而是由自己随意决定，人为地干预期货交易的价格，导致公司账户高买低卖，不断亏损，自己账户高卖低买，不断盈利。

对敲牟利行为是一种发生在期货交易市场的特定违规模式。根据《期货交易管理条例》第七十条规定，这种违规模式以“以自己为交易对象，自买自卖，影响期货交易价格或者期货交易量的”作为行为特征。

在期货交易市场中，对敲行为一般都具有欺诈性，是由行为人同时控制两个账户并按照行为人设定的价格来达成特定期货合约的买卖，又或者行为人串通他人按照事先约定的价格达成特定期货合约的买卖。

有的对敲行为是为了牟取个人的非法利益，有的对敲行为是为了欺骗期货交易市场的公众或第三人，以使公众或第三人跟进市场。我国刑法并没有就欺诈性期货交易作专门规定。从目前司法实践来看，实施

对敲行为牟利的期货交易者有可能涉嫌职务侵占罪或操纵期货市场罪。

在具体的司法实践中，我国目前刑法上如何对实施对敲行为的期货交易者进行规制？下文将结合案例论述分析。

二、实施“对敲”牟利的期货交易者是否涉嫌职务侵占罪

（一）案例简介

2014年7月，被告人王某被聘任为湖北银丰棉花股份有限公司（以下简称“银丰公司”）交易部经理，从事期货交易操盘工作，按公司指令进行棉花合约交易。2015年11月至2016年3月期间，王某在郑州期货市场内的CF603、CF607和CF611三个期货合约上，通过其个人期货账户与其掌控的公司所属在郑州商品交易所的多个期货账户多次进行对敲交易。被告人王某共获利人民币225700元，造成银丰公司经济损失人民币83050元。银丰公司发现交易异常后，到公安机关报案。2016年9月8日，王某因涉嫌犯职务侵占罪被刑事拘留。武汉市江岸区人民检察院以武岸检岸诉刑诉〔2017〕719号起诉书指控被告人王某犯操纵期货市场罪，于2017年5月17日向法院提起公诉。^①

（二）案例解析

从王某案件的罪名变化来看，司法实践中办案单位对于“对敲”行为的定性看法并不一致。被害公司针对王某“对敲”牟利的行为，是以王某构成职务侵占罪进行控告的，公安机关以职务侵占罪名进行刑事立案并对王某刑事拘留。但此案罪名定性在检察院及法院阶段发生了变化，检察院变更了公安机关的立案罪名，以操纵期货市场罪指控王某。

那么，期货交易者实施的“对敲”牟利行为，是否构成职务侵占罪，还是同时触犯职务侵占罪和操纵期货市场罪而构成法条竞合犯？

有观点认为，交易者利用职务之便，利用“对敲”的手段将自己控制的公司账户上的资金转移到自己实际控制的账户，属于将公司的资产占为己有的行为，金额较大的，即达到刑事追诉的立案标准六万元以上的，涉嫌职务侵占罪。

^① 案号（2017）鄂0102刑初629号

该观点的核心理由是期货交易者利用职务上的便利，侵占的资产属于公司资产，而且职务侵占罪属于身份犯，对于有特定职务的员工是有法律约束力的。基于上述理由，该观点认为职务侵占罪和操纵期货市场罪是法条竞合的关系，假如期货交易者没有达到操纵期货市场罪的违法所得100万的追诉标准，只要能达到职务侵占罪的6万元追诉标准，还是应该依法追究期货交易者的刑事责任。

（三）律师分析

对此，笔者认为该观点擅自扩大了职务侵占罪的犯罪构成，对刑法进行了扩大解释。根据罪刑法定的原则，期货交易者的行为不符合职务侵占罪的犯罪构成要件，因此不构成职务侵占罪，笔者以本案件为例展开分析如下：

1. 从犯罪的主观方面来看，王某的主观故意不是为了侵占公司的财产，而是为了通过“对敲”行为在期货市场中牟利，其核心的主观故意是期货市场交易的牟利。在犯罪主观上与职务侵占罪的构成要件并不一致。

2. 从犯罪的客观方面来看，职务侵占罪是利用职务上的便利，将数额较大的单位财物非法占为己有的行为。而期货交易者使用“对敲”行为的牟利方式是于期货市场中进行牟利，所赚取的是期货交易市场上未来可能存在的若干次交易而产生的“未来利润（或损失）”，并非直接将单位的现有财产直接非法的占为己有。如果将不可预期的且与单位财产不对等的“未来利润”解释为“单位财物”并强行予以固化，显然脱离了“单位财物”的核心意义，违背了罪刑法定原则。

由于存在行为人操控公司账户时再将期货合约卖出给第三人或通过平仓获益的合理怀疑，亦即存在公司因交易者的“对敲”行为而在期货交易市场中获利的可能性。基于此，公司的财产不一定被“侵占”。另外，在职务侵占罪中，公司的损失等于行为人的非法获利，行为人的非法获利是来源于公司的损失。但在“对敲”牟利的行为中，行为人的获利是根据期货市场的变化而变化的，受到行为人主观对市场判断的影响。

金融期货是指交易双方在集中的交易场所以公开竞价方式进行的标准化金融期货合约的交易，期货市场的公开竞价方式是影响构成职务侵占罪的介入因素，

* 洪灿，广东信达律师事务所高级合伙人、刑事专业委员会主任，深圳市法学会理事。

* 莫丽冰，广东信达律师事务所律师，深圳市律师协会职务犯罪辩护法律专业委员会委员。

行为人的获利来源于期货市场，公司账户的资金损失也是来源于期货市场。这正是众多期货“对敲”案件中，期货公司的实际损失金额、交易员的实际获利金额、案件查处时认定的违法金额三者并不一致的原因所在，也是期货“对敲”行为应当以操纵证券期货市场罪，而不应当以职务侵占罪定罪处罚的核心原因。

本案例中，王某在郑州期货市场内的期货合约进行“对敲”交易，获利 225700 元，而被害公司的经济损失为 83050 元，王某获得的财物不是被害公司的财物。

3. 从犯罪客体来看，使用“对敲”牟利的行为不只是损害了公司合法财物的法益，更是损害了期货交易市场秩序的法益。不管实施“对敲”行为的行人为公司、期货交易员还是普通自然人，通过实施“对敲”行为而牟利的行为内容、所侵犯的法益都是一致的，并不会因为行为人的身份而导致其所构成的罪名不同。例如，期货投资的受托人接受自然人委托代为操盘期货，也是实施“对敲”行为为自己谋取非法利益，那这位期货交易的受托人和公司的期货交易员所侵害的法益是一致的，也不应构成有差异的罪名。

综上所述，笔者认为王某确实不构成职务侵占罪。但是，被害单位经济损失在 6 万元至 100 万元区间的，公安机关很可能基于维护被害人合法权益的立场，在掌握指控犯罪的基本证据的情况下，对期货交易员以涉嫌职务侵占罪立案侦查，期货交易员大概率会迅速卷入到刑事法律风险当中。

三、实施“对敲”牟利的期货交易员的刑事规制问题研究

根据《刑法》第一百八十二条第三项之规定，操纵证券、期货市场，以自己为交易对象，自买自卖期货合约的，影响证券、期货交易价格或者证券、期货交易量，情节严重的，构成操纵证券、期货市场罪，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或单处罚金；情节特别严重的，处五年以上有期徒刑，并处罚金。因此，期货交易员使用“对敲”牟利的行为应当是涉嫌操纵期货市场罪，而非职务侵占罪。关于操纵期货市场罪的适用，同时需要注意以下问题。

(一) 正确区分“操纵证券、期货市场罪”与“职务侵占罪”

据笔者观察，司法实践中之所以对期货“对敲”行为以职务侵占罪立案查处，多是因为行为人交易牟利的数额无法达到操纵期货市场的立案标准，但是又远远超过 6 万元的职务侵占罪的立案标准，基于控告人的压力及挽回损失的需要，故对其以职务侵占罪进行立案。笔者认为，“对敲”行为不构成职务侵占罪，根本性原因在于期货市场交易价格变化的巨大不确定性，详细理由如前所述。

(二) 《刑法修正案(十一)》第一百八十二条第三项删除了“影响证券、期货交易价格或者证券、期货交易量的”的表述

关于操纵证券、期货市场罪，2020 年 12 月 26 日通过的《刑法修正案(十一)》对《刑法》第一百八十二条第三项规定进行了删减，删除了“在自己实际控制的账户之间进行证券交易，或者以自己为交易对象，自买自卖期货合约，影响证券、期货交易价格或者证券、期货交易量的”罪状表述中的“影响证券、期货交易价格或者证券、期货交易量的”。由此可见，针对“对敲”牟利行为，并不要求其产生“影响证券、期货交易价格或者证券、期货交易量”的结果。

2019 年 6 月 27 日，自《最高人民法院、最高人民检察院关于办理操纵证券、期货市场刑事案件适用法律若干问题的解释》(以下称《司法解释》)出台后，操纵证券、期货市场罪原来的追诉标准已不适用，即 2010 年 5 月 7 日出台的《最高人民法院、公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)》第三十九条失去了法律约束效力。对比 2010 年的《追诉标准》，应注意到 2019 年《司法解释》增加了“违法所得数额在一百万元以上”的追诉标准。

(三) 刑事立案追诉标准包括交易量和违法所得两个考量依据

根据《司法解释》第二条，笔者列举了“对敲”交易牟利有以下几种追诉标准：

1. 第四项规定，实施《刑法》第一百八十二条第一款第一项及《司法解释》第一条第六项操纵期货市场行为，实际控制的账户合并持仓连续十个交易日的最高值超过期货交易所限仓标准的二倍，累计成交量达到同期该期货合约总成交量百分之二十以上，且期货交易占用保证金数额在五百万元以上的；

2. 第五项规定，实施《刑法》第一百八十二条第一款第二项、第三项及《司法解释》第一条第一项、第二项操纵期货市场行为，实际控制的账户连续十个交易日的累计成交量达到同期该期货合约总成交量百分之二十以上，且期货交易占用保证金数额在五百万元以上的；

3. 第七项规定，实施操纵证券、期货市场行为，违法所得数额在一百万元以上的。如果行为人违法所得在五十万元以上的，且符合《司法解释》第四条所列举的情形的，也构成“情节严重”的刑事追诉标准，包括行为人明知操纵证券、期货市场行为被有关部门调查，仍继续实施的，因操纵证券、期货市场行为受过刑事追究的，二年内因操纵证券、期货市场行为受过行政处罚的等情形。

(四) 计算违法所得需严格依法进行

根据《司法解释》，对违法所得的认定作了明确规定，操纵证券、期货市场“违法所得”，是指通过操纵证券、期货交易所获利益或者避免的损失。

但由于期货市场本身的复杂性，以及目前并没有明确的司法解释规定应该如何计算操纵期货市场的违法所得，笔者认为目前急需针对违法所得的计算方式作出规定。

目前，有学者主张以有利于国家指控犯罪的方式，区别于传统的有利于被告人的原则进行推定。同时，对于有利于指控犯罪的推定是允许反证的，即允许辩方提出反证的证据和意见。笔者认为，“对敲”牟利的行为对于期货交易员来说是相当容易的操作，新闻常用“几秒钟对敲交易，几百万元不翼而飞”来表述。因此，根据罪刑法定原则以操纵期货市场罪对期货交易员予以追诉非但没有放纵犯罪，反而提高了侦查机关办理新型金融犯罪调查取证的能力要求。

笔者认为，办案机关办理案件时必须严格按照《司法解释》的规定审查相关证据，只有达到相应的证据要求，形成完整的证据链条，才能将某一行为认定为犯罪。虽然证券、期货犯罪的证据标准规定，比普通刑事犯罪或其他经济犯罪都要更细致，证明难度更大，但是也不能“退而求其次”地以职务侵占罪来代替。

(五) 被害人经济损失不属于刑事追诉标准的依据在期货交易员使用“对敲”行为牟利的过程中，

被害单位账户的经济损失并不是期货交易员是否要受到刑事追诉的判断标准。根据罪刑法定原则，即便期货交易员实施了“对敲”牟利的行为，若没有达到《司法解释》规定的刑事追诉标准，也不应以操纵期货市场罪对其定罪处罚。

在上述案例判决中，法院认为王某操纵的一个合约代码的期货交易量占比 38.39%，另一个合约代码的期货交易量占比 25.86%，均达到了刑事追诉标准，最终法院判处王某犯操纵期货市场罪，判处拘役五个月，缓刑六个月，并处罚金人民币 30,000 元。至于王某案中被害公司经济损失的具体数额并不影响王某的定罪量刑，但是王某是否赔偿被害公司经济损失是重要的量刑情节。

笔者认为，根据《证券法》第五十五条，操作证券市场行为给投资者造成损失的，应当依法承担赔偿责任。若犯罪嫌疑人或被告人不主动退赔或无能力退赔的，被害单位或自然人财产损失的赔偿诉求，可以另寻法律途径解决。

四、结语

期货交易员“对敲”牟利的行为属于新型金融违规行为，在司法实践中存在职务侵占罪和操纵期货交易罪之争。

笔者认为，《刑法修正案(十一)》和《司法解释》已明确“对敲”牟利行为应按操纵期货市场罪论处，为了加强打击力度，还增加了违法所得的追诉标准。假设公司或自然人在期货交易中经济利益受到损害，希望得到专业、高效、充分的法律救济，建议深入咨询或委托专业的法律人士。

参考文献：

- [1] 温晓华：《操纵证券、期货交易价格罪的构成与认定》，载《国家检察官学院学报》2010 年 2 月，第 18 卷第 1 期。
- [2] 黄永庆：《期货违法违规与期货犯罪》，载《国家检察官学院学报》2005 年 2 月，第 13 卷第 1 期。
- [3] 张国炎：《期货交易中“对敲”的定性与规制》，载《社会科学》2015 年第 1 期。
- [4] 刘宪权：《操纵证券、期货市场罪司法解释的法理解读》，载《法商研究》2020 年第 37 期。
- [5] 侯亚辉、李莹：《新型证券、期货犯罪若干问题》，载《国家检察官》2010 年 2 月，第 18 卷第 1 期。

侦查阶段取保候审后的三种情形及应对

○马成* 北京大成(深圳)律师事务所

取保候审是我国刑事诉讼中的一种强制措施。“取保”即公安、检察院、法院在特定条件下要求犯罪嫌疑人、被告人提供保证人或者保证金，从而对其不予羁押或暂时解除羁押；“候审”即等候案件处理结果，通俗地讲就是“人先放出来，案件继续办”。在侦查阶段，当事人被取保候审后，随着案件的侦办走向及案件的阶段变化，当事人在不同情况下可能面临再度被羁押的风险，这就要求辩护人和当事人对取保候审有着精准的认识，对取保候审后的各种情形了然于胸，才能见招拆招、科学应对。

一、情形一：终止侦查、撤案

取保候审之后，案件可能出现一种情况即终止侦查、撤案，这是当事人取保后最希望看到的结果。

(一) 什么情况下应当撤案？

撤案包括一般撤案和特殊撤案，根据《刑事诉讼法》第一百八十二条的规定，特殊撤案是指犯罪嫌疑人自愿如实供述涉嫌犯罪的事实，有重大立功或者案件涉及国家重大利益的，经最高人民检察院核准，公安机关可以撤销案件。相对而言，这种情况在实践中比较少见，故本文主要讨论一般撤案。

关于一般撤案的情况，《公安机关办理刑事案件程序规定》第一百八十六条对其情形用“列举+兜底”的方式进行了规定，可总结为以下两种：第一种是绝对撤案，法条列举的情形包括：1. 没有犯罪事实；2. 情节显著轻微、危害不大，不认为是犯罪；3. 犯罪已过追诉时效期限；4. 经特赦令免除刑罚；5. 犯罪嫌疑人死亡的。第二种是其他依法不追究刑事责任的撤案，法条将其作为兜底条款，在司法实践中办案机关需要

结合具体案情进一步判断，如存在未达到刑事责任年龄、不具有刑事责任能力或者正当防卫等情形时，应予以撤案。此前在昆山砍人案（于海明致刘海龙死亡案）中，江苏昆山公安就认定于海明的行为属于正当防卫、不负刑事责任，从而对该案作出了撤案处理。

对于撤案的时间节点，我国刑事诉讼法律中没有明确规定，在实践中可以关注侦查羁押期限（一般不得超过两个月，因一些情况需要延长，最长也不得超过七个月）和取保候审期限（在一个办案阶段取保候审的期限不得超过十二个月）这两个时间，在侦查过程中符合撤案条件时，适时提出撤案申请。

另外，由于在司法实践中以刑事手段干预经济纠纷的情况时有发生，《最高人民法院公安部关于公安机关办理经济犯罪案件的若干规定》第十八条、第二十五条对经济犯罪案件的撤案时间点进行了细化规定，明确了一般案件立案后三十日内，重大复杂疑难案件立案后六十日内，没有充分证据证明有犯罪事实的，应当立即撤销案件或者终止侦查。另外，对于采取强制措施的犯罪嫌疑人十二个月内不能移送审查起诉，或者立案后二年内仍不能移送审查起诉的，应当及时撤销案件。实践中在办理经济犯罪案件时可以参考上述规定适时申请撤案。

(二) 如何推进撤案？

1. 公安机关主动撤案。经过侦查，公安机关发现存在上述应当撤案的情况，就应当进行撤案，由公安机关执行。

2. 检察机关启动撤案监督程序，督促公安机关撤案。检察机关监督事项之一包括侦查监督，如果案件属于应当撤案的情形，而公安机关没有主动撤案的，

检察机关则可以行使监督权督促公安机关撤案。此处又分为检察机关主动启动和应辩护人、当事人申请而启动两种情形。

3. 辩护人、当事人主动跟有关机关沟通，争取撤案。辩护人、当事人在案件已到上述时间节点、符合撤案条件的情况下，可以向公安机关提交撤案申请文书，或者申请检察机关启动撤案监督程序，督促公安机关，争取撤案。

因此，当事人在取保候审之后，绝不能掉以轻心，想当然地认为案件情况不严重，静待案件结果就可以。大多数时候，可能等来的不是撤案，而是提请或再次提请批捕，亦或是移送审查起诉。在当事人被取保候审、案件继续侦查的过程中，仍需要律师介入进行相应的辩护工作。律师介入的时间也是越早越好，侦查阶段的前置性辩护工作对案件而言尤为关键。辩护人也应该注意关键时点，及时跟进案件，积极推动撤案，以助当事人早日摆脱讼累，回归正常生活。

二、情形二：提请或再次提请批捕

《公安机关办理刑事案件程序规定》第一百零七条规定：“公安机关在取保候审期间不得中断对案件的侦查，对取保候审的犯罪嫌疑人，根据案情变化，应当及时变更强制措施或者解除取保候审。”即当事人被取保候审之后并不是再无羁押的可能，公安机关仍然可以根据案件侦查的情况，如案情出现变化、发现了新证据等，对当事人提请或再次提请批捕。法律法规对公安机关提请批捕的次数也并没有进行限制，在有些案件中会出现二次呈捕，甚至多次呈捕的情况。

遇到公安机关提请或再次提请批捕的情况时，辩护律师一定要及时与办案机关沟通，根据案件侦查的新进展再次针对性地提交不予逮捕的申请文书。同时，要密切关注逮捕、羁押相关政策的变化，尤其要把握“少捕慎诉慎押”刑事司法政策的新动向，积极争取不予逮捕。

三、情形三：移送审查起诉

在侦查阶段当事人被取保候审之后，还有一种情况是移送审查起诉，具体包括未提请批捕直接移送审查起诉，还有批捕后取保候审再移送审查起诉这两种情形。

根据《关于取保候审若干问题的规定》第二十二條的规定，案件进入审查起诉阶段，乃至进入审判阶段，当事人并不是当然地延续取保候审状态，其是否需要羁押要由该阶段的司法机关根据案件情况重新进行考量，有可能在审查起诉阶段或审判阶段被逮捕、羁押，也有可能各个阶段都予以取保候审，一直取保候审直至案件判决生效前。

但是，即便一直被取保候审直至案件判决生效前，也并不意味着当事人没有了羁押风险。取保候审是程序性措施，不可对其赋予过多的实体意义。大多数当事人都会产生一个误区，将取保候审和案件最终刑罚情况相联系，误认为取保候审了，案件性质就不算严重，最终量刑也自然不会太重，因而错过了争取理想结果的最佳时机。

笔者团队曾代理的一起销假案件中，当事人在侦查阶段被认定为从犯，因为情节较轻微而被取保候审，当事人一直以为自己被取保候审，肯定就是情节轻微、地位边缘、作用较小，就算定罪也是缓刑，认为没有委托律师的必要。然而，在移送审查起诉后，案件经过补充侦查，直到看到检察机关出具的量刑建议将其身份定位成主犯，并建议判处和第一被告相同的刑罚时，他才知道案件的定向已经发生了天翻地覆的变化。至此，他才发现自己高估了取保候审的实体意义，赶紧委托律师团队介入。笔者团队介入后，与检察机关积极沟通、协商，在辩护时从多个方面充分论证其从犯地位，最终法院采纳了我们的辩护意见，认定其为从犯，较之检察机关的量刑建议，法院对其量刑大幅度降低，结果算是比较理想。如果当事人能正确认识取保的意义，在审查起诉阶段就委托律师，也许结果会更理想。

四、结语

困于刑讼之时，方感自由不易。取保候审并非免责金牌，于当事人而言，其只是风浪中的一叶扁舟；于辩护人而言，其只是刑事诉讼中的阶段性成果。当事人被取保候审后，切不可掉以轻心，只要没拿到撤案决定，没等到最终裁决，案件就仍在继续，风险依然存在。而无论是否取保，辩护人的作用都至关重要，行业有壁垒，术业有专攻，有专业才能有效沟通、有效辩护，有预案才能应对自如、化险为夷。

* 马成，北京大成(深圳)律师事务所高级合伙人律师，第十一届深圳市律协金融犯罪辩护专业委员会主任，中国政法大学法律硕士学院兼职导师，北京大学、清华大学法学院兼职老师。



诉责险索赔的条件

○陈敏* 广东融关律师事务所

2022年1月13日，为了助力中小微企业发展，最高人民法院出台了法发〔2022〕2号《关于充分发挥司法职能作用 助力中小微企业发展的指导意见》，根据该意见规定，各级法院需要最大限度降低保全执

行措施对中小微企业的不利影响，谨慎采取保全措施，依法驳回诉讼请求明显不能成立的保全，以及不支持明显超出诉讼请求范围的保全。此外，法院还会加大对错误保全损害赔偿纠纷案件的审查力度，而错误保

* 陈敏，广东融关律师事务所合伙人律师，系阳光保险财产保险股份有限公司广东省分公司诉责险审核责任律师。

全损害赔偿纠纷案件，具体指的是哪类案件呢？

根据最高人民法院法〔2020〕346号《民事案件案由规定》规定，第一级案由“第十部分 侵权责任纠纷”，第二级案由“三十一、侵权责任纠纷”项下有四个三级案由“392. 因申请财产保全损害责任纠纷；393. 因申请行为保全损害责任纠纷；394. 因申请证据保全损害责任纠纷；395. 因申请先予执行损害责任纠纷”。实践中，申请行为保全、证据保全以及先予执行的案件比较少。因此，前述意见提到的错误保全损害赔偿纠纷案件应主要指的是案由为“因申请财产保全损害责任纠纷”的案件。

实践中，因操作方便，费用成本低，多数保全申请人会投保诉讼财产保全责任保险（下文简称“诉责险”），让保险公司出具保函对其保全申请提供担保。如发生索赔纠纷，主要也是“因申请财产保全损害责任纠纷”类案件。因该类纠纷的上级案由为“侵权责任纠纷”，故本文先简单说明保险公司如何承保诉责险，再从侵权责任的角度，参考相关案例，阐述构成诉责险索赔的条件，进而知悉针对该类案件如何进行索赔或抗辩。

一、保险公司承保该类案件的思路

了解保险公司建议承保的过程，才能更好地应对诉责险索赔。通常来说，保险公司会聘请外部律师团队加上内部的核保部门进行分析，是否承保。

针对某个具体的案件，首先，查看财产保全申请人是否提供了起诉状、保全申请书、证据材料等基本审核资料；其次，再查看诉讼请求，结合起诉状的事由，查看其诉求是否有相关证据支持。最后，基于现有的证据材料（少数情况可能要求补充证据），得出建议承保或拒绝承保的结论。因审核系书面审核，不能排除原告隐瞒对其不利的事实和证据，审核人员只能基于有限的案件材料，快速分析，原告申请财产保全是否合理合法，得出是否承保的结论。

当然，诉责险索赔，不会考虑保险公司如何承保。本文希望通过介绍保险公司审核诉责险的思路，对于制定后续的索赔应诉策略提供可能的参考和借鉴。

二、从《民法典》的角度，得出诉责险索赔的条件

《民法典》第一千一百六十五条规定：“行为人

因过错侵害他人民事权益造成损害的，应当承担侵权责任。”财产保全损害赔偿本质上属于侵权责任，应适用过错责任原则。判断申请人申请保全是否错误应从以下几个方面进行审查：1. 申请人主观上是否存在故意或重大过失。包括申请人的诉讼请求未能全部得到人民法院支持的原因，申请人的诉讼请求及其所依据的事实和理由是否合理、申请保全的标的额、对象以及方式是否适当等；2. 被申请人是否存在损失；3. 该申请保全的行为与被申请人的损失之间是否存在因果关系。

三、诉责险索赔的条件

（一）行为人主观上具有过错

针对行为人主观上是否具有过错，大部分的法院认为，应综合分析，不宜简单地以判决是否支持当事人的诉讼请求作为判定申请人是否存在错误的唯一标准。财产保全申请是否错误，应从申请人的诉讼请求是否得到法院支持和申请人对其诉讼请求的合理性是否尽到相应判断义务两个方面进行审查，否则，申请财产保全不具有适当性，存在主观错误。那么，如何认定行为人主观上有过错呢？

即申请保全需要尽到合理范围内的注意义务。比如：明知不可为而为之或明知没必要而为之，以及明知有错而不改之，都可能被认为主观上存在过错。司法实践中，“不存在过错”和“存在过错”是如何认定的呢？

1. 不存在过错的情形

（1）持有初步证据起诉，符合一般人的社会常识和逻辑，在没有注意义务以及没能力去核实证据真实性的情况下起诉，不具有主观上的故意或重大过失，不构成法律规定的申请错误。参考案例：李霞与周云锋因申请诉中财产保全损害责任纠纷（2019）粤0106民初13740号案。

（2）当事人并非专业人员，对案件分析判断能力不同，对当事人申请保全所应尽到的注意义务不应过于苛责。参考案例：钟瑞平、浙商财产保险股份有限公司深圳分公司因申请诉中财产保全损害责任纠纷（2020）粤01民终11941号案。

（3）原告起诉时，认为自己有权争取合法权益，

并未违反普通人的注意义务，案件败诉，是原告主观上难以预知的，其不存在故意或重大过失。参考案例：卢建育、林伟壮因申请诉中财产保全损害责任纠纷（2020）粤01民终15242号案。

（4）原告起诉保全时，其所掌握的证据和自身认知具有合理性、相当性；且在程序方面，得知超额查封时，及时解除了部分财产的查封，不存在过错。参考案例：赵锦盛、江门市荣立电机有限公司与张胜宁因申请诉中财产保全损害责任纠纷（2020）粤0703民初6445号案。

2. 存在过错的情形

（1）原告明知证据系伪造或变造的，查封本无须承担责任的被申请人名下财产，存在过错。参考案例：杨继与陈柱南、李仿清、天安财产保险股份有限公司东莞中心支公司因申请诉中财产保全损害责任纠纷（2020）粤19民终2185号案。

（2）申请人起诉时缺乏合理性及程序的合法性，其权利可以通过其他方式得到保护，没有必要保全，申请保全不具有适当性，主观上存在过错。参考案例：李凯龙、深圳市富恒达融资担保有限公司因申请诉中财产保全损害责任（2018）粤民终1772号案。

（3）申请人明知应自行承担相关不利法律后果的情况下，仍起诉保全对方名下财产，权利行使不当，存在过错。参考案例：黄春燕、袁沃亮因申请诉中财产保全损害责任纠纷（2020）粤01民终11940号案。

（二）发生损害后果

诉责险索赔案件，通常都是损害后果已经发生，作为查封、冻结的被申请人才向申请人及保险公司索赔，实践中损害后果有哪些情形呢？比如：查封房产，导致房产无法过户产生的违约损失、贬值损失等；冻结银行账户，导致资金无法使用，另找资金的损失；查封存货等商品，导致无法交易的贬值损失。那么司法实践中，法院如何认定损失呢？

1. 在冻结期间未能收取执行款导致的利息损失。参考案例：黄永勇与朱守业、中国人民财产保险股份有限公司清远市分公司因申请诉中财产保全损害责任纠纷（2020）粤1802民初4279号案。

2. 冻结款项不断增加的，分段核算，按中国人民银行同期同类贷款利率计算利息，损失核算其本质即

为针对当事人因存款被冻结需另行融资的利息成本的计算。申请人提出向案外人借款所造成的损失属于重复主张，且借款金额、借款期限无法得出与本案之间具有关联性，对该部分损失不予采纳。参考案例：金中天建设集团有限公司、广东银达融资担保投资集团有限公司因申请诉中财产保全损害责任纠纷（2020）粤01民终13273号案。

3. 冻结期间自然产生的活期存款利息并未灭失亦未被他人获取，该部分活期利息应予以扣减。参考案例：广东省商业贸易进出口有限公司与广州米乐科技有限公司、广东合润融资担保有限公司因申请诉中财产保全损害责任纠纷（2020）粤0103民初6263号案。

4. 诉讼财产保全损害责任的损失应当根据被查封、冻结的财产的具体情况来考察认定。保全另案执行款，按贷款利率计算的可得收益与逾期付款情况下权利人可得的基本可得收益相似。参考案例：冯宏林、中山市博盈房地产开发有限公司、浙商财产保险股份有限公司深圳分公司与因申请诉中财产保全损害责任纠纷（2020）粤20民终3283号案。

5. 查封案涉房产权，并不影响其正常使用，且房价一直呈上升状态，并无实际损失，其诉讼请求按该房产价值赔偿利息损失，缺乏事实依据。参考案例：广州永翔科技有限公司、谢建业因申请诉中财产保全损害责任纠纷（2016）粤民再150号再案。

6. 财产保全措施冻结银行账户不影响利息的正常产生，原告提交的其他证据亦不足以证明其因此遭受损失，对其索赔不予支持。参考案例：深圳市龙岗区坪地华豫高周波机械厂与新协利包装印刷制品（深圳）有限公司因申请诉中财产保全损害责任纠纷（2020）粤0307民初28231号案。

（三）保全行为与损害后果之间具有因果关系

通过检索分析大量诉责险索赔案例，我们发现，法院很少分析保全行为与损害后果之间的因果关系，原因在于，如实际冻结、查封到被执行人的财产，必定会给被申请人造成财产无法正常处分的损害后果。因此，实践中，只要申请人申请保全时，主观上有过错，保全发生损失，那么通常会认为保全行为与损害后果之间具有因果关系。如不存在恶意，即违法行为不存在，保全也是合法的行为，即便存在损失，也不需要

承担赔偿责任。除非即便不采取保全措施，也会发生损失，则保全行为不是损害发生的原因，则不能认定存在因果关系。

司法实践中，在存在过错的前提下，法院分析因果关系时，通常先分析是否存在损失，再分析因果关系。如无损失则无因果关系；如有损失，则可能有因果关系；如损失是其他原因造成，也不存在因果关系。以下就此三种情况进行说明。

1. 没有损失或损失尚未发生或损失证据不足的情况下，无须讨论因果关系

（1）未能举证实际损失，无须讨论因果关系。参考案例：钟映红与张贵良侵权责任纠纷（2021）粤0303民初2299号案。

（2）合同违约行为与申请保全不存在必然的因果关系，即无论是否申请保全，都可能发生合同违约的行为，未举证因合同违约发生实际损失的情况下，无须承担赔偿责任。参考案例：东莞市海洛森环境科技有限公司与凌伟超因申请诉中财产保全损害责任纠纷（2019）粤0307民初7615号案。

（3）损失尚未实际产生且具有很大不确定性，且未证明保全行为与可能造成的损失之间存在因果关系，无须承担保全责任。参考案例：何裕华、梁耀雄财产保险合同纠纷（2021）粤07民终5805号案。

（4）经营损失的证据不足，经营损失与错误财产保全行为之间缺乏法律上的因果关系。参考案例：江门市大姐餐饮管理有限公司、江门市蓬江区甜蜜蜜餐饮管理有限公司财产保险合同纠纷（2021）粤07民终2632号案。

（5）没有证据证实存在过错、且损失与保全行为存在法律上的关联性，不需要承担责任。参考案例：茂名市茂南建安集团有限公司与张旋鉴因申请财产保全损害责任纠纷（2021）粤1881民初3049号案。

（6）在原告未能举证证明其经营困难且系保全导致，即未举证存在损失的情况下，更无从探讨财产保全行为与损失之间的因果关系。参考案例：四川兴事发门窗有限责任公司、佛山市顺德区杏坛镇东阳化工涂料有限公司财产保险合同纠纷（2021）粤0606民初15443号。

2. 损失客观存在的情况下，如与申请保全行为存

在因果关系，承担相应赔偿责任

（1）实际冻结银行存款，影响资金运转，损失客观存在，与申请保全错误存在因果关系。参考案例：深圳市格仕乐科技有限公司、中国大地财产保险股份有限公司东莞分公司与深圳市宏望金属材料有限公司侵权责任纠纷（2021）粤19民终6066号案。

（2）关于损失因果关系，导致涉案电器设备的价值贬损主要有自然老化损耗和保管不当损耗两种因素，部分损失与保全行为有因果关系，依据双方过错程度及对损失后果的原因力大小，酌定赔偿。参考案例：深圳市铭可达家电连锁有限公司、深圳市哥弟实业有限公司侵权责任纠纷（2018）粤03民终16797号案。

3. 损失与行为之间没有因果关系，损失是其他行为造成的，无须承担赔偿责任

（1）损失与行为之间没有因果关系，究其根本是自身未能严格履行合同和积极履行生效判决所致。参考案例：金中天水利建设有限公司、邱建贺等财产保险合同纠纷（2019）粤06民终11909号案。

（2）存在轮候查封的情况下，保全行为导致的结果并非本案当然导致，未及时解决保全与继续被查封的结果之间无必然的因果关系。参考案例：王锡华、王永华等财产保险合同纠纷（2021）粤06民初112号案。

（3）账号查封导致无法缴纳社保等造成其他费用损失的，与保全行为没有法律上的因果关系。参考案例：刘美华、佛山市南天海一卫浴有限公司等财产保险合同纠纷（2021）粤0605民初7377号案。

四、总结

综上所述，应对诉责险索赔案件，需要从侵权的角度分析，是否存在主观过错、是否造成损害结果，损害结果与侵权行为之间是否存在因果关系。申请保全未尽到合理范围内的注意义务，通常会认定存在过错，在实际发生损害后果的情况下，如损害后果系保全行为导致，申请保全人可能需要承担相应的赔偿责任。因具体的赔偿金额需要法院或仲裁机构认定，当法院或仲裁机构裁决保险公司需要承担相应的赔偿责任及具体的赔偿金额时，诉责险索赔的条件最终成就，保险公司才会进行赔付。



城市更新项目 如何应对政策风险 和股东借款的潜在问题

◎张婧姝* 广东领策律师事务所

城市更新项目通常工程量大且耗时很长，平均开发周期长达10年之久。实践中，开发主体通常需要引入合作方设立项目公司。项目公司运营过程中时常发生项目公司股东向项目公司借款的情形，一方面股东需要借用资金解决困难，另一方面公司有盈余资金，公司向股东提供盈余资金借款并收取利息，以提高资金利用率。那么，股东借款是否构成公司人格混同，又是否构成抽逃出资？转移资金的行为会带来什么法律后果？笔者将结合案例分析城市更新项目如何应对相关风险。

一、基本案情

2017年7月15日，A公司与B公司签订《资产转让合同》，约定A公司将名下一块总面积16969.08平方米的地块转让给B公司，该地块不存在抵押、查封、限制及违反政府出让合同等权利负担，并已经完成全部税费缴纳。该地块转让的先决条件是，A公司向政府有关部门申请土地规划调整及用地性质变更。在满足先决条件后，双方办理土地过户登记。本次地块转让价款为7亿元。

《资产转让合同》还约定，为担保合同的履行，

标的地块先行抵押给B公司，同时B公司向A公司支付3.2亿元诚意金。如果2017年10月30日前，A公司未能完成先决条件，B公司有权解除合同，A公司应当在收到B公司通知三日内返还诚意金，没及时返还的按每日5%的标准支付违约金。如果B公司不解除合同的，A公司应当按年化利率15%向B公司支付资金占用费。合同签署后，双方办理了地块抵押手续，B公司也按约支付了诚意金。

2017年10月31日，A公司向B公司出具《情况说明》，由于市政府棚改项目政策调整，致使本项目地块控制性规划调整未能在10月30日前完成。A公司表示鉴于项目在海南，十九大之后可能对海南国际

旅游岛的发展提出更大利好政策因素，海南房地产价格总体趋高发展，土地资源更加紧缺，尤其是三亚市内海景资源会更加稀缺，延迟开发不代表不能开发，只是时间问题。A公司并向B公司提出顺延合同执行时间的建议。2017年11月12日，A公司收到B公司发出的《催款函》，该函载明A公司已逾期退还3.2亿元诚意金，严重影响B公司资金安全。B公司函告A公司解除合同，请A公司立即无条件退还3.2亿元诚意金及相应违约金至B公司账户。

由于A公司一直未能按约退还诚意金，B公司将A公司诉至法院。在诉讼过程中，B公司提交证据证明，A公司曾向其股东张某提供资金2951万元，并以公司人格混同为由要求股东张某对A公司的债务承担连带责任。

二、法院判决

本案经过一审二审，法院判决解除双方之间的《资产转让合同》，A公司应当返还诚意金。A公司股东在2951万元范围内承担补充责任。

（一）关于合同效力问题

通过上述《资产转让合同》内容以及签订履行情况等事实，可以认定《资产转让合同》是A公司和B公司的真实意思表示并经双方协商一致。该合同内容不违反法律、行政法规的强制性规定，应为合法有效。

（二）市政府城市更新项目政策调整是否构成不可抗力

根据法律规定，不可抗力是指不能预见、不能避免且不能克服的客观情况。本案中，A公司未能在2017年10月30日前完成《资产转让合同》第四条约定的案涉地块的容积率、土地性质等规划指标的调整。A公司辩称，其无法如期完成案涉地块规划指标的调整，系因2017年9月政府出台的“两个暂停”政策导致，属于不可抗力，不应认定其构成违约。

但根据查明的事实，2016年2月23日，海南省人民政府就发布《海南省人民政府关于加强房地产市场调控的通知》，暂停办理新增商品住宅及产权式酒店用地审批，暂停新建商品住宅项目规划报建审批。2016年12月7日，海南省人民政府发布《海南省人民政府关于继续落实“两个暂停”政策进一步促进房

*张婧姝，广东领策律师事务所律师，曾在头部房地产上市央企工作，熟悉房地产开发全流程，执业方向为房地产及公司治理。

地产市场健康发展的通知》。2017年9月28日，海南省人民政府印发《海南省人民政府关于进一步深化“两个暂停”政策促进房地产业平稳健康发展的意见》。

可见，早在2016年2月23日海南省人民政府便实施了“两个暂停”政策，2017年9月28日的《海南省人民政府关于进一步深化“两个暂停”政策促进房地产业平稳健康发展的意见》是对2016年2月23日《海南省人民政府关于加强房地产市场调控的通知》的继续深化落实。《资产转让合同》于2017年7月15日签订，A公司作为在海南省三亚市登记注册的专业房地产投资公司，海南省人民政府的“两个暂停”政策不属于A公司在签订该合同时无法预见的客观情况，现A公司主张相关政府政策调整构成不可抗力进而主张其应免责，依据不足，法院不予支持。

（三）A公司股东是否应当对A公司债务承担连带责任

2017年8月7日，B公司向A公司转账3.2亿元，次日A公司向股东张某转账2951万元。认定公司与股东人格混同，需要综合多方面因素判断公司是否具有独立意思、公司与股东的财产是否混同且无法区分、是否存在其他混同情形等。本案中，A公司该单笔转账行为尚不足以证明A公司和张某构成人格混同，且A公司以《资产转让合同》目标地块为案涉债务设立了抵押，B公司亦未能举证证明A公司该笔转账行为严重损害了其作为债权人的利益。因此，A公司向张某转账2951万元的行为，尚未达到否认A公司的独立人格的程度。

张某接收A公司转账，虽然不足以否定A公司的独立人格，但该行为在客观上转移并减少了A公司资产，降低了A公司的偿债能力，张某应当承担相应的责任。参照《最高人民法院关于适用若干问题的规定（三）》第十四条关于股东抽逃出资情况下的责任形态的规定，张某应对A公司的3.2亿元及其违约金债务不能清偿的部分在2951万元及其利息范围内承担补充赔偿责任。

三、案例评析

本案有两个很有意思的争议焦点，一个是政府的

政策调整是否构成不可抗力，另一个是股东向公司借款应当承担什么责任。

（一）政府的政策调整是否构成不可抗力

不可抗力是指不能预见、不能避免且不能克服的客观情况。构成不可抗力的政府行为或者国家公权力行为，应当限于超出合同双方控制范围或无法预见、无法避免、无法克服的情形。如果政府政策的调整在协议签订时就已经在进行中，那么对于协议的履行而言不属于不可抗力，本案即属于此种情形。

本案中，早在2016年有关政府便开始对房地产市场及城市更新项目进行调控，虽然涉案合同履行过程中出台了新的政策，但该新政策仅是原来政策的细化和延续，并非突发的、没有预见的。A公司作为本地的房地产企业，不可能不知道相关政策的出台和实施。

A公司接手涉案地块后一直处于烂尾楼的状态。在房地产管控既定的大背景下，可以合理的怀疑，涉案地块之所以处于烂尾楼状态，且一直未能变更用地规划可能早就与先前出台的政策有密切关系，新政策并不是最直接原因。在此情形下，A公司仍要将该地块转让给B公司，不排除A公司已经判断出该地块发展前景不好，想要剥离不良资产早点脱身。

（二）股东借款对项目运营有什么风险，是否构成个人混同或抽逃出资

实践中，很多股东借款情形的原因，一方面是股东确实需要借用资金解决困难，另一方面是公司有盈余资金，公司和股东都想盘活资金。那么股东借款或者股东转移公司资产会有什么法律后果呢？

公司人格独立和股东有限责任是《公司法》的基本原则。公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害公司债权人利益的，应当对公司债务承担连带责任。一旦发生否认公司独立人格情形，由滥用公司法人独立地位和股东有限责任的股东对公司债务承担连带责任。

公司人格混同一般体现为财产混同和业务混同。财务混同主要表现为股东的经营场所和公司的经营场所一致，公司账簿与股东账簿不分或合一，也是我们俗称的“一套人马两套牌子”。财务混同容易发生股

东转走资产，却分不清转走的资产是公司的还是股东自己的。业务混同主要表现为公司与股东从事同一业务活动，公司业务以股东名义进行，或者股东以公司名义开展自己的业务，交易对方分不清究竟是与公司本身还是与股东发生交易。

一旦公司人格混同，极易发生侵害公司财产的情形，也会直接损害公司债权人的利益。但是需要注意的是，公司人格混同是一种长期存续的状态，也就是说，公司和股东一致处于分不清彼此的情形。

在本案中，A公司的股东张某仅存在一次资金转移的情形，A公司和股东张某的财务和业务都是独立的，一次资金转让情况不足以构成人格混同。司法实践中，法院也尽可能地不去揭开公司的面纱，并严格使用人格混同的认定。如果滥用人格混同，会无限制地扩大股东的责任，这与股东有限责任的原则相悖。但是，如果股东转移资金确实造成了公司责任财产的减损，公司对外偿债能力变低，那便如本案法院即使用了股东抽逃出资的法律规定，判令股东在转移财产部分承担补充责任。

实践中，如果股东确实需要借用公司资金周转的，建议股东和公司之间签署借款协议，并约定相应的利息，无息借款确实存在抽逃出资的嫌疑。同时，建议股东应当及时归还公司借款，否则一旦债权人主张权利，股东原本只需要承担有限责任的将被扩大到承担补充责任。此时，股东面临的债务有可能远远超过自己认缴的股东出资。

如果股东与公司之间资金往来频繁的，建议财务记账时区分每一笔借款的用途。股东与公司之间可能存在，实缴注册资本金的往来、投资款的往来、借款的往来，实缴注册资本金和投资款均是股东投入公司不能要求公司返还的，而借款往来则会有“借”和“还”两种资金流向。因此，区分清楚每一笔资金，对内可以减少股东和公司的纠纷，对外可以规避公司人格混同的风险。

四、如何规避风险？

具体说来，在政策多变的情形下，房地产项目合作应该注意什么呢？

首先，作为房地产企业务必了解当地的房地产政策动态。考虑到社会稳定性，法律法规及政策不会朝令夕改。在出台新政策之前，一般都会先召集头部房企和房地产协会等有关单位进行研讨，释放信号，试探市场对新政策的反应。如果有关政策进入实质阶段，一般会先公布草案，征求社会意见。所以，研究政策是房企非常重要的功课。对于一些新进入某一地域的房企，想通过合作开发方式进军市场，了解当地政策是第一头等大事。如果政策方向搞不清，那么必然会出现风险。

其次，双方间的协议将是把控风险的一道大门。本案中，B公司没有陷入泥潭便是因为合同中约定了先决条件，即A公司必须先行负责向政府有关部门申请地块规划调整及用地性质变更，并且这个合同义务是A公司的单方义务。如果合同约定AB双方共同负责向政府部门申请变更，那么B作为义务负担方是无法轻松抽身的。

最后，双方间交易路径也很关键。本案例是资产转让，且B公司只支付了部分价款，合同解除对于B公司而言也仅是如何收回已付资金。如果双方约定通过收购股权的方式收购公司进而实现土地收购，那么合同解除可能还涉及到股权回购的问题。如果A公司股东不同意回购股权，B公司将会陷入其中。特别是国企，股权转让内部需要审批，外部需要进场交易，将是件非常麻烦的事情。合作开发项目中，前期尽调和交易架构的设计就至关重要，必须根据不同项目的具体情况、税务成本、底层资产结构来确定最终以何种方式合作，最大限度降低法律风险。合作协议的起草不仅要使双方合作顺利，也要考虑到如果发生纠纷时，如何保全自己，顺利抽身。因此，务必设计妥善的退出机制或者清算方式，尽可能让各方平稳退出项目。

城市更新项目时常涉及房企之间的合作开发和收并购，想要规避风险，有两大防火墙：一是合理的交易架构设计，并通过协议将交易前、交易中和交易后的风险提前进行预设和防范；二是公司经营规范，做好法律风控。

跳脱“消费主义”，拥抱美好生活

读《一年不花钱》有感

○边疆* 广东卓建律师事务所

爱尔兰作家马克博伊尔在2008年11月24日“国际无消费日”这天开始了他一年“不花钱”的实验，实验结束后他写了书《一年不花钱——我的无货币主义生活》。我已经忘了是在哪里买到这本书以及为什么要买，事实上我一直把这本书丢弃在书房一角，也从未读过。这书名看上去就不像一本有价值的书。前不久因为新冠疫情管控，我封闭在家，不能也无处去消费，偶然瞥见它，才想起来翻阅，没想到书中一些内容对我还是有不少启发和触动。

从书名就可以看出来，作者决定亲身践行一年不花钱还要“活好”这一“不可能”完成的任务。在我看来，“一年不花钱”只是属于他个人的一个天马行空的想法和行动，为此他自己吃了不少苦头，也引发了不少争议，当然也学会了不少技能，常规一点的技能有修理自行车、森林里摘野果、野菜等，复杂一点还掌握了制作天然的清洁剂等，比较极端的是跑到垃圾堆里捡拾可回收利用的物件用品等。在作者的笔下，此间种种都变成了些许无奈又有趣的经历，细细读来也令读者忍俊不禁。

树立合理消费观念，拥抱美好生活

笑过之后，他的经历和文字让我有所反思，在当下物质生活条件大幅度提升和改善的情境下，我们是不是仍有必要将自己短暂的一生都投入到无止境的消费和物欲满足中去？而为满足消费又是否有必要通过内卷耗命来获取金钱，继而让自己的人生进入到一个无解轮回。其实我们都知道物物交换、专业分工、金

钱的产生是规律，增值逐利是资本的天性，虽说如此但我们能否在生活中多一份清醒与自省，按自己的节奏来生活，不为世俗眼光而所累及，不被喧闹社会所裹挟，不让那些被人为制造出的“消费欲念”所绑架？地球上有的，别人有的，是不是你都必须有？如果你回答是必须的，那这种必须是来自于你内心的需求还是别人灌输给你的？建议每个人都要在“种草”和“拔草”时，问一问自己这个问题。

在我看来，马克博伊尔“一年不消费”的社会性试验其实不是在“反消费”，而是让人们意识到幸福的生活才是我们人生终极目标，为了实现幸福的生活，我们需要去做必要的消费；而不是反过来说，只有满足了所有的消费就是幸福的生活，甚至推导出“生命就是消费”这样的观点。

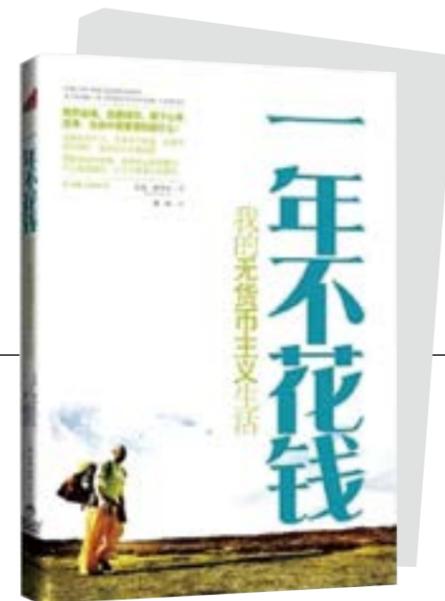
跳脱消费主义陷阱，改善家庭关系

除了对物质的不合理追求，更需要警惕的是当我们的生活被越来越多的其实原本并不需要的物质所填充的时候，当我们有限的生命被浪费在追求更多的金钱以满足本就不尽合理的消费需求的时候，我们留给自己以及真正钟爱的人和事的时间就缺失了。而这种缺失是不可逆的。作者马克博伊尔在书中也描述了“一年不花钱”期间和家人朋友之间的交往互动，也反思了所存在的沟通障碍，并通过有效地调整使得原本充满隔阂的家庭关系和人际关系都有了改善。其中讲到父母子女亲子关系上，他的文字句句戳到我的心上。他说：“当我开始自己的人生道路时，总是喜欢观察

父母的生活方式。一开始，我总是指手画脚，告诉他们那样做是错误的，我的方法才是正确的，他们应该改变。自然而然地，我们之间筑起了一道厚厚的护墙，让我们无法正常沟通。但其实真正需要改变的是我，是什么让我觉得自己的看法比父母或者其他人都高明呢？我决定停止干扰父母的生活。”

就亲子关系而言，我成长在一个非常宽松的环境中。基本上我对自己人生的每一步都做出了自己的选择和决策，说起来好像我多有主见，其实我所有的选择都必然要得到我父母无条件的物质及精神支持才能实现。但在我成年之后，自诩更加开放包容的我，自诩受到更多更高教育的我，自诩国内国外万水千山走过的我，其实并没有我那高中毕业的父母那么开明。当我成长步入社会开始工作的时候，对我处在四线城市的父母的生活就干涉颇多，习惯于“指指点点”。我也纳闷到底是谁给我的勇气，认为爸妈的人生需要被我指导从而提质增效？认为父母亲从世界观、人生观、价值观到生活习惯都应该被我重新灌输而修正改变呢？

想来想去，理由有以下几个：就以猴群为例，我父母是老猴王，我是新猴王。其一，我“新君上位”只有通过否定老猴王的做法，才能给自己立威；其二，老猴王进入初老状态，力量没有以前那么足了，摘果子没有以前那么厉害了，为了预防有天自己完全摘不到果子而横死山林，要对新猴王忍让一点，可这一忍



让，新猴王来劲了；其三，是爱。别笑，真的。新猴王爱老猴王，时代在进步，森林环境也变化了，老猴王如果不按照新规矩来，会给他们自己带来麻烦，新猴王哪怕凶悍一点也要让老猴王明白这个道理。但这种单方面强势的灌输，并没有让老猴王改变，还激起了逆反心理，在新老猴王之间平添了隔膜。

作为有幸进化为人类的我是不会放任这种情况继续发生和恶化的。好吧，我决定停止干扰父母的生活。对父母亲除了在物质上满足，更要花时间与其自然地交流和沟通，将家庭关系进行修复。操作精髓是单独和父母亲待一天，他们喜欢干啥你就陪他干啥，在那一天不管他们说出多令你你觉得费解的话，问出了多奇葩的问题，做了多让人尴尬的行为都不指点、不评价。从一天发展到两天，继而我也不再“以爱之名”去干涉他们的生活和选择，重新构建起沟通的渠道，他们反倒更珍视我的意见。父母是我的盔甲，过往他们顶门立户，护我周全，现在也可以。

对我而言，《一年不花钱》这本书，真的不是要让我们回到物质贫乏的凄惨的原始社会，也不是让我们抠抠搜搜的过日子，更不是让我们当守财奴，而是要让我们的生活寓工作回归自己的本心，在满足自己及家人合理物质需求的同时，更要把注意力集中在些重要的“人、事、物”上，继而拥有幸福、快乐、健康的人生。

*边疆，广东卓建律师事务所专职律师，曾长期服务于大型国企及上市公司，擅长商事诉讼、不良资产收购处置尽调及企业法律顾问。

深圳市律师远程视频会见中心正式揭牌启用

4月18日，深圳市律师远程视频会见中心正式揭牌启用。会见中心历经三年，经历两届市司法局领导班子和两届市律协会长班子的努力，并得到盈科（深圳）所支持建设，最终建成了集多项智能化功能于一体的律师远程会见中心。伴随会见中心的常态化运行，我市律师“会见难”问题将有效缓解。会见律师分享了使用感受：会见中心网络顺畅、会见室声画清晰、信号传输质量良好，会见系统精准、高效、便捷，感谢市司法局、市律协为律师办实事，舒缓“会见难”的现状。



深圳市第十一届律师代表大会第二次会议顺利召开

4月23日，深圳市第十一届律师代表大会第二次会议顺利召开，全市近300名律师代表通过线上参会。经与会代表投票表决，大会通过了《深圳市律师协会第十一届理事会工作报告》《深圳律师业“十四五”发展规划（2021-2025）》《深圳市律师协会第七届监事会工作报告》《深圳市律师协会2021年度财务决算报告》《深圳市律师协会2022年度财务预算报告》《关于设立深圳市律师协会业务创新与发展基金的报告》和《关于设立深圳市律师协会信息化建设基金的报告》。其中，《深圳律师业“十四五”发展规划（2021-2025）》创新推出“四军”“八化”，为深圳律师行业未来高质量发展谋篇布局。“十四五”期间，深圳律师行业将以向规范化、规模化、专业化、数智化、品牌化、均衡化、示范化和国际化发展为目标，促进全市广大律师做服务社会民生的常备军、做中国特色社会主义

法治先行示范城市建设的生力军、做法律服务枢纽城市建设的主力军、做中国律师制度和行业改革创新的先行军，努力提升深圳律师行业国际竞争力和发展能级，全面提升深圳律师品牌，推动深圳律师行业高质量发展。



市人大常委会调研深圳律师工作

5月31日，市人大常委会党组书记、主任骆文智和党组副书记、副主任鲁毅等一行莅临深圳市律师协会视察，调研深圳律师工作。骆文智主任认真听取了市律师工作情况、律师行业党建工作情况、律协工作情况及与会人员的意见和建议，同时，他提出了几点意见，一是坚持党的全面领导，牢牢把握律师工作正确政治方向；二是充分发挥专业优势，主动服务经济社会高质量发展；三是坚决站稳人民立场，用法治守护人民群众美好生活；四是始终坚持创新发展，在深化律师制度改革上率先示范；五是加强律师队伍建设，着力打造高素质律师人才队伍。希望深圳律师业持续健康发展，深圳律师以永远在路上的执着

精神，不断强化担当意识、服务意识、创新意识、协作意识，以高品质法律服务保障深圳经济社会高质量发展。



复兴颂

林京琨
广东虎戈律师事务所

他们~她们
不怕磨难
不问前后
不怕黑暗
不惧远征
只为人民

他们~她们
不问性别
不论语言
不怕困难
无论荣辱
只为人民

他们~她们
不问代价
不惜成本
不论生死
不计报酬
只为人民

他们~她们
秦皇汉武唐宗宋祖之不及
孔子孟子荀子朱熹之逊色
老子墨子商鞅张衡之传统
义灼鲍姑扁鹊华佗之承继

我们~咱们
高速列车南北贯通东西阔跨
卿卿莞尔端坐
遥望窗外七八个星
迎日追月两三点雨似梦丰华

神州大地深海苍穹
高歌稳进蛟龙注目玉兔
迎难克艰拨云驱疫英雄所见大同
深厚文明五千年
宏图见：一百年秋实中华

您，巡逻在寒冷漫长的边防线
我，畅游网络购物迷思喝柠檬茶
她，高速公路自驾轿车畅游徜徉画中央
他，大声朗读“中国强少年强”
自信自立，自律自强

一幅幅清明上河图~
一卷卷富春山居图~
广厦千万间掩映
壮美如此多娇河山
恢阔壮阔，国泰民安



歌颂党恩 ○张成林 / 摄影