



总第 89 期

89

2020 年 | 第 6 期 |

深圳市律师协会主办

SHENZHEN LAWYERS

深圳律师

非常视线 专业见解

析疫情防控中个人信息权益与公共利益的平衡

论公司法律顾问在公司治理中的地位和作用

房产代持常见纠纷处理实务分析与立法建议

深圳营商条例生效后，各单位预选库制度研析

巧用“执转破”程序，助力企业合法退出

深圳市律协法律服务援助基金会第一届理事会、监事会产生

2020年11月10日下午，深圳市律协法律服务援助基金会（以下简称为“基金会”）第一届理事会第一次会议成功召开，深圳市司法局律公处处长、一级调研员熊松青、深圳市律协会长林昌炽、副监事长王劲松及基金会理事、监事参加。会议由尹成刚副会长主持。

林昌炽会长作为创始发起单位代表进行发言。他对基金会筹备过程中所有支持和提供帮助的单位与个人表示衷心感谢，尤其感谢深圳市司法局作为主管部门给予的指导，周密部署与大力扶助。在基金会筹备过程中，大所勇于担当，小所当仁不让，律师个人争先恐后，体现了众人拾柴火焰高的深圳律师集体主义精神及得道多助的基金会宗旨。他寄语基金会能独立、合规、创新地运营发展，真正发挥其应有的作用，成为一流的基金会。

会议详细汇报了基金会的筹备工作情况、第一届理（监）事及顾问的提名产生办法、基金会章程（草案），以举手表决的方式依次通过了基金会章程及理事会、监事会、顾问团成员名单，徐建担任基金会理事长，李景武担任基金会监事长。

随后，徐建作为第一届理事长发言。他表示，作为中国特色社会主义法律工作者，从事公益事业、履行社会责任责无旁贷。作为基金会的理事长，他将带领理事会开好头，一是勇于改革创新，开拓思路，切实凝聚社会力量，做好基金会各项业务活动；二是充分发挥献身精神，当好主人翁角色，推动基金会稳序运营，为全国律师行业的慈善事业开辟一条新道路，形成可复制、可推广的深圳样本。李景武作为第一届监事长则表示，监事会将以“多放绿灯，守住底线”

为监督思路，共同用心运营基金会。

深圳市律协法律服务援助基金会由市律协依据《慈善法》和《基金会管理条例》发起成立，属于非公募基金会，是落实中办、国办《关于完善法律援助制度的意见》《关于加快推进公共法律服务体系建设的意见》的文件精神，加强民生领域法律服务，积极推进我市公共法律服务体系建设，支持我市建设成为法治示范区的一次重要探索，初始阶段共得到50个单位/个人出资支持。基金会以“凝聚社会力量，发挥律师专业优势，用法律援助服务公益，以专业服务回馈社会”为基本理念，活动范围主要为：1. 资助深圳的律师事务所和律师为困难群众、困难企业、中小微企业提供法律服务援助；2. 支持深圳的律师事务所和律师推动特区立法、制定规范性文件、公益诉讼等社会法制建设工作；3. 资助深圳的律师事务所和律师积极推动行业发展与业务创新研究，参与弘扬社会主义法治的文化交流等活动。



春山礫礫鳴春禽 此間不可無我吟

写给深圳“1+1”中国法律援助志愿律师

○蔡华 深圳市律师协会副会长

思绪回到2012年，那时，我担任深圳律协公益法律服务委员会主任。

那一年3月31日，深圳律协接到了广东省司法厅、广东省律师协会《关于做好“1+1”中国法律援助志愿者行动2012年工作的通知》，可谓心潮澎湃，无比激动。要知道，“1+1”中国法律援助志愿者行动2009年启动时，整个广东省招募的指标只有6个，按3:1的比例，广东只有2名律师有幸参与这个项目，我们深圳律师翘首以盼了3年之后，才得到了召唤。

那一年4月25日，公益委向全市律师发出了《倡议书》：“积极行动起来，携手加入‘1+1’中国法律援助志愿者行动，将深圳律师的姓名写在为中西部贫困地区的法律援助事业添砖加瓦的丰碑上，让我们深圳律师为中西部贫困地区社会的和谐与进步添上浓墨重彩的一笔。”

“报名，我们需要那份激情。‘1+1’是一份信心；‘1+1’是一份支持；‘1+1’是一份关注。”

“春山礫礫鳴春禽，此間不可無我吟。”

“报名，到中西部去，践行我们的职责！”

那一年4月27日，“1+1”中国法律援助志愿者行动动员会在协会召开。我们的倡议在律所和律师中引起热烈反响，首日资金募集就逾人民币30万元，充分显现了深圳律师的大爱，为“1+1”中国法律援助志愿者行动奉献了一份爱心和力量。

思绪拉回到2020年，回顾深圳律师参与“1+1”中国法律援助志愿者行动的点点滴滴，不禁动容、感慨，思绪万千……从2012年到2020年，共计22位深圳律师（累计48人次）参加了“1+1”中国法律援助志愿者行动，他们的足迹踏遍西藏、新疆、内蒙古、贵州、青海、宁夏、四川、云南、陕西、山西、广西、海南、

湖南等全国33个中西部偏远贫困地区。

在那里，志愿律师要克服语言上的障碍，看懂渴望的眼神，适应少数民族的习惯和习俗，将自己融入其中，忘记自己。

在那里，志愿律师要克服艰苦的生活条件，甚至自己生火做饭，不但要耐得住精神上的寂寞，更要承受身体上的炼狱。

在那里，志愿律师要踏遍青山，盘旋崎岖，坑坑洼洼走村，弯弯曲曲入户。摔倒了，爬起来，抖落泥土笑着继续前行。

在那里，志愿律师要成为法律的百科全书，能治百病的“全科医生”，懂得拿捏疑难杂症，维民权、顾大局、促稳定。

“我觉得，深圳律师已经享受了改革开放的丰硕成果，更应当传承和发扬深圳人的志愿者精神”“为了给有限的生命增添一抹不一样的色彩，体会一次不一样的人生”“期满后，我愿意继续服务”，志愿律师如是说。

9年来，参加“1+1”中国法律援助志愿者行动的深圳律师获得多项荣誉，但我们知道荣誉不是志愿律师所追求的，但又是我们必须给予的肯定。荣誉不足以表达我们对志愿律师的崇敬，我们深知，沉甸甸的荣誉背后，承载着志愿律师的艰辛与磨难，更重要的是，沉甸甸的荣誉折射出志愿律师高尚而又伟大的情操。

深圳“1+1”中国法律援助志愿律师，承载着深圳律师的光荣和希望。他们带着使命前行，把勇于开拓、勇于进取的深圳精神带到中西部偏远贫困地区，在那里挥洒激情和汗水，谱写了深圳律师服务社会的新篇章，为和谐社会及法治建设做出了突出贡献，充分体现了深圳律师对党的忠诚、对国家和社会的担当和奉献。

春山礫礫鳴春禽，此間不可無我吟。



印刷日期 2021年1月31日

编委会主任 林昌炽
编委会成员 章成 蔡华 杨道
尹成刚 曾迈 江定航
韩俊 汪腾锋
主编 杨道
执行主编 侯昆霖 陈伟
栏目编辑 周争锋 陈伟 杨新发
陈旭绯 颜宇丹 杨银笛
胡聪 屈文静 刘伟健
责任编辑 伍春红
编辑 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

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

目录 CONTENTS

卷首语 | FOREWORD P1

01 春山磔磔鸣春禽 此间不可无我吟 / 蔡华

说法 | VERSIONS P4-5

04 不涉及财产关系的执行异议之诉，人民法院
收取受理费之探索 / 王腊清 覃永雄

热点 | HOTSPOT P6-16

06 析疫情防控中个人信息权益与公共利益的平衡
/ 树宏玲
10 平台企业对外共享公民个人信息的合规性问
题探讨 / 潘永飞
14 从《民法典》看定金规定的重大变化
/ 王劲松 尹国花



人物 | PEOPLE P17-19

17 热心公益投入法援 为残障人士权益代言



论道 | DISCOVERY P20-31

20 论公司法律顾问在公司治理中的地位和作用
/ 金振朝
24 资管类争议案中预期收益、风险准备金及违约
金叠加问题之司法实践评述 / 王永敬 廖素芳
28 如何全面审查行政协议？ / 郑泽敏 吴蔼怡

实务 | PRACTICE P32-41

32 房产代持常见纠纷处理实务分析与立法建议
/ 郑平
35 深圳营商条例生效后，各单位预选库制度研
析 / 胡媛
38 贬值率定损法在水路货物运输合同纠纷中的
适用探析 / 丘彪山 张艺

拍案 | CASE AND EXAMPLES P42-45

42 巧用“执转破”程序，助力企业合法退出
/ 刘慧 韩德亮

律协动态 | INFORMATION P46

不涉及财产关系的执行异议之诉， 人民法院收取受理费之探索

○王腊清 覃永雄 广东深兴律师事务所

执行异议之诉，是指当事人和案外人对执行标的的实体权利存在争议，为达到执行救济途径向执行法院请求解决执行争议而提起的诉讼。在实际的执行异议之诉过程中，人民法院对于执行异议之诉，不管是申请执行人或案外人提起的执行异议之诉，也不管是否涉及财产利益关系，一般都要以争议标的额或执行标的总额来收取案件受理费，鉴于此，笔者以为有必要探索一下。

案例基本情况

某银行因某房地产公司欠其贷款本息未还，故提起诉讼，后经法院审理并调解，双方达成调解协议，由某房地产公司在一定期限内偿还贷款本息，然某房地产公司并未履行法定义务。结果在某银行申请执行的过程中，某房地产公司与甲公司合并后名称仍为某房地产公司，但因甲公司占有合并公司即某房地产公司80%以上的股份，故某房地产公司实际上被甲公司控制，且甲公司为达某房地产公司似空壳公司之目的，不仅将某房地产公司的原房产变卖，而且还将某房地产公司未出售的原房产过户转移，从而导致某房地产公司形成了实质上的空壳公司而无法执行。笔者代理某银行向执行法院提出执行异议之诉，请求追加某房地产公司的股东甲公司及其他股东为被执行人，该案不涉及财产利益关系，但执行法院却要求某银行在执行异议之诉的诉状中写上执行标的总额，以便于人民法院收取案件受理费。某银行认为其提起诉讼时已经缴交过案件受理费，且提起执行异议之诉不涉及财产利益关系，故只同意按非财产案件缴交受理费而产生争议，执行法院称不写就不立案，并称最高人民法院对此有明

确答复一定要收费，结果造成双方僵持不下的局面。

其实，执行法院要收取案件受理费没有错，主要是民事案件立案就要收取案件诉讼费，而若案件没有诉讼标的额，则人民法院就无法收取案件诉讼费，所以要求某银行注明执行标的总额。但对于某银行而言，其提起的执行异议之诉只请求追加被执行人，是不涉及任何财产关系的执行异议之诉，故要求只按非财产关系案件缴交受理费。

当前做法

依最高人民法院关于安徽省高级人民法院《关于对执行异议之诉案件如何收取案件受理费的请示》的答复〔（2014）民立他字第29号〕，“执行异议之诉是人民法院对执行过程中当事人之间的实体法律关系争议适用审判程序予以裁决的一种实体裁判制度。此类案件当事人的请求涉及财产权益的，属于财产案件，应当按照财产案件标准计收案件受理费。此复，2014年7月25日”。最高人民法院的上述答复，虽明确了执行异议之诉案件中当事人的请求涉及财产权益的，属于财产案件，应按照财产案件标准计收案件受理费，但并未明确不涉及财产利益关系的执行异议之诉案件该如何收取受理费。经查，目前做法有三种：

一是以案涉执行标的物的财产金额或价额为基数计算收取受理费，如《江苏省高级人民法院执行异议及执行异议之诉案件审理指南》和《黑龙江省高级人民法院关于审理执行异议之诉案件若干问题的解答》。

二是以当事人请求执行所得利益数额为基数计算受理费，如《浙江省高级人民法院审理执行异议之诉案件疑难问题解答（二）》。

三是以案外人提出执行异议之诉和申请执行人提出执行异议之诉的情况分别收费，即案外人提出执行异议之诉的，要按照财产案件标准计收案件受理费，申请执行人提出执行异议之诉的，则按非财产案件缴交案件受理费。如上海市高级人民法院《关于公司决议效力之诉、执行异议之诉收取诉讼费问题的会商纪要》、广东省高级人民法院《关于执行异议诉讼案件受理与审理的指导意见（试行）》以及吉林省高级人民法院《关于审理执行异议之诉案件若干疑难问题的解答（一）》。

类似于本文不涉及财产利益关系的执行异议之诉案件究竟该不该按照财产案件标准计收案件受理费呢？笔者赞同上海市、广东省和吉林省的做法，不应该按照财产案件标准计收案件受理费，理由如下：

1. 最高人民法院（2014）民立他字第29号的批复，虽然没有对不涉及财产权益关系的案件作出批复，但该批复“涉及财产权益的，属于财产案件，应当按照财产案件标准计收案件受理费”之精神，就证明不涉及财产权益关系的案件就只能按非财产案件收取受理费，而不应按照财产案件标准计收案件受理费。

2. 有违《诉讼费用交纳办法》之规定。《诉讼费用交纳办法》第七条明确规定，案件受理费包括：（一）第一审案件受理费；（二）第二审案件受理费；（三）再审案件中，依照本办法规定需要交纳的案件受理费。鉴于此，除一审、二审与再审案件外，其他案件是不允许收取案件受理费的。因此，执行异议之诉案件依法而论也属于诉讼案件，但《诉讼费用交纳办法》并没有对此作出规定，故依法而论是收不了案件受理费的。但随着社会的进步，司法实践的创新，执行异议之诉案件中除案外人提起的涉及财产利益关系的案件可按照财产案件标准计收案件受理费外，申请执行人提起的不涉及财产利益关系的执行异议之诉案件就应该按非财产案件收取受理费。因为案外人执行异议之诉的诉讼请求具有复合性，既包括请求法院停止执行程序，又包括确认实体权利的归属，体现为一定的经济利益，故按财产案件标准计收案件受理费自然无疑。

针对本文前述案件，也是申请执行人提出的不涉及财产权益关系的执行异议之诉案件，当然不该按财产权益案件标准计收案件受理费。

3. 重复缴交案件受理费与现行规定明显相悖。类似于前述案件，其在提起诉讼时已缴交了案件受理费。如果说为了顺利执行提出执行异议之诉要追加被执行人时，却要当事人按执行标的总额再缴交一次案件受理费，这于情于理均说不过去，更何况《诉讼费用交纳办法》第三条明确规定，在诉讼过程中不得违反本办法规定的范围和标准向当事人收取费用。申请执行人执行异议之诉，是申请执行人要求法院按照生效判决继续执行，其诉请实质是通过执行程序实现原生效判决已确认的财产权益，主张的是执行程序的执行利益，故不宜再另行按争议财产数额或执行标的数额计收受理费。很显然，人民法院要求不涉及财产权益关系的执行异议之诉的申请执行人再次交纳案件受理费，明显与上述规定相悖。

总之，笔者以为，只有上海市、广东省和吉林省的做法适宜于社会与大众，符合经济规律，且与《诉讼费用交纳办法》没有实质冲突。

关于案件受理费收取的建议

目前，最高人民法院已发出《最高人民法院关于审理执行异议之诉案件适用法律问题的解释（一）》（征求意见稿），该解释第十八条规定，案外人针对执行标的提起的执行异议之诉案件的受理费，以当事人请求排除强制执行的标的财产金额或者价额作为计算基数，按照《诉讼费用交纳办法》第十三条第一项规定的财产案件标准收取。该条规定只是规定了案外人针对执行标的提起的执行异议之诉案件的受理费，但并不涉及申请执行人提起的不涉及财产权益关系的执行异议之诉。申请执行人提起的不涉及财产利益关系的执行异议之诉，是否需按照财产案件标准计收案件受理费或该如何缴交案件受理费问题。笔者以为，应该明确规定申请执行人提起的不涉及财产权益关系的执行异议之诉按非财产关系案件收取受理费。

析 疫情防控中个人信息权益与公共利益的平衡

○树宏玲 广东圣马律师事务所

新冠肺炎疫情自 2020 年初爆发以来已持续了近一年的时间，这一年全国各地、各部门利用移动互联网、大数据技术，通过街道、社区、超市、医院、企业织就了防控疫情的天罗地网，个人信息数据的收集对疫情防控起到了较为关键的作用，缜密的防控数据网助力我国实现了疫情的全面可控。但在疫情防控期间也出现了一些不和谐的问题，例如：武汉返乡个人信息被不当泄露、小区住户职业（医护人员）信息泄露被拒绝回小区、病毒感染者的个人信息被网民深

度挖掘广泛公开等等不和谐事件。因此，笔者认为抗疫期间，个人信息安全仍不可忽视，个人信息权益与社会公共利益的平衡应当是法治与抗疫同行需要重视的问题。

一、个人信息与个人信息权益

关于个人信息，我国很多法律法规都或多或少地作出过相应规定，2013 年 7 月至今，“个人信息”先后被四次定义与界定，详见下表：

法律文件名称及条款	对个人信息的定义与界定	施行时间
《电信和互联网用户个人信息保护规定》第四条	用户个人信息，是指电信业务经营者和互联网信息服务提供者在提供服务的过程中收集的用户姓名、出生日期、身份证件号码、住址、电话号码、账号和密码等能够单独或者与其他信息结合识别用户的信息以及用户使用服务的时间、地点等信息。	2013 年 9 月 1 日
《中华人民共和国网络安全法》第七十六条（五）	个人信息是指以电子或者其他方式记录的能够单独或者与其他信息结合识别自然人个人身份的各种信息，包括但不限于自然人的姓名、出生日期、身份证件号码、个人生物识别信息、住址、电话号码等。	2017 年 6 月 1 日
《信息安全技术个人信息安全规范》3.1	个人信息是指以电子或者其他方式记录的能够单独或者反映特定自然人活动情况的各种信息。包括姓名、出生日期、身份证件号码、个人生物识别信息、住址、通信通讯联系方式、通信记录和内容、账号密码、财产信息、征信信息、行踪轨迹、住宿信息、健康生理信息、交易信息等。	2020 年 10 月 1 日
《中华人民共和国民法典》第一千零三十四条第二款	个人信息是以电子或者其他方式记录的能够单独或者与其他信息结合识别特定自然人的各种信息，包括自然人的姓名、出生日期、身份证件号码、生物识别信息、住址、电话号码、电子邮箱、健康信息、行踪信息等。	2021 年 1 月 1 日



关于个人信息权益，明确的“个人信息权益”字样以及详细的个人信息权益内容出现在《中华人民共和国个人信息保护法（草案）》中，结合《网络安全法》《民法总则》《民法典》《个人信息保护法（草案）》（2020 年 10 月版）的相关规定，笔者认为，个人信息权益，是指权利主体依法对其个人信息（生物识别信息、身份信息、社会关系信息等）所享有的支配、控制并排除他人侵害的权利，包括知情同意权、决定权、查询权、更正权、删除权（被遗忘权）等。

二、公共利益及其边界

关于公共利益，我国《宪法》及其他现行法律法规均有提及，但无一对公共利益作出说明和解释，学界则主要从受益主体和利益内容两个角度加以定义。梁慧星教授组织起草的《物权法草案建议稿》第 48 条曾对公共利益表述为“所谓公共利益，指公共道路交通、公共卫生、灾害防治、科学及文化教育事业、环境保护、文物古迹及风景名胜区的保护、公共水源及引水排水用地区域的保护、森林保护事业，以及国家法律法规规定的其它公共利益。”^①此为列举式规定，后因多数专家学者认为公共利益所包括的范围非常宽泛而不宜作正面界定或反面排除，因此，生效《物权法》中对公共利益并未作出具体界定。王利明教授认为，公共利益包括：1. 直接关系到社会全体成员的共同利益；2. 不特定人的经济、文化、教育等方面的利益；3. 与基本法律价值相联系的有关个人的生命、健康和自由的利益。^②笔者非常认可王利明教授的观点，认为“公共利益”是开放的、发展的概念，外延较广、无法穷尽，是指不特定的社会成员所享有的利益，内容应根据国家政策及不同时期社会需要而调整发展。

关于公共利益的边界，这其实是关于为实现更高权利位阶的公共利益而要求其他权利位阶较低的个人、集体利益等权益让渡或牺牲的合法依据、合理尺度或比例、让渡或牺牲后的基本权利保护、实现公共利益的程序正义问题。同样，我国现行法律法规对公共利益的边界尚未作出明确规定，笔者认为公共利益的边界应遵循：1. 合法原则，即内容法定或目的合法，

包括有明确法律规定或符合法律原则和精神的要求；2. 最小必要原则，即为实现公共利益而要求其他个人、集体利益让渡或牺牲的必要且最低的尺度或最小的比例；3. 安全原则，即其他个人、集体利益让渡或牺牲后基本权利仍得到最低限度的保障；4. 程序正义原则，即其他个人、集体利益让渡或牺牲的尺度或比例的确定过程，以及实现公共利益的具体过程要做到程序合法。

三、个人信息权益与公共利益的冲突

“告知 + 同意”是《网络安全法》《民法典》所确定的个人信息处理规则，即个人信息收集者在收集个人信息时应充分告知被收集者或其监护人收集信息的目的、用途等，并征得被收集者或其监护人的明确同意，但法律、行政法规另有规定的除外，例如我国《突发事件应对法》《传染病防治法》《信息安全技术个人信息安全规范》等规定的无需征求同意的情况，《民法典》及《个人信息保护法（草案）》规定的公共利益豁免等。因此，为了公共利益需要收集个人信息豁免信息主体的同意，但由于相关规定都较为原则性，对个人信息收集、使用、加工、传输、公开的过程中因缺乏细化规定而引发个人信息权益与公共利益之间的冲突，二者实践严重失衡。以新冠肺炎疫情防控期间个人信息的收集为例，个人信息权益与公共利益之间的冲突主要表现为以下几个方面：

（一）收集主体的泛化与知情同意权的弱化

根据我国《突发事件应对法》《传染病防治法》等的规定，因疫情防控而依法有权收集疫情个人信息的主体包括：疾病预防控制机构；医疗机构；县级以上人民政府及其有关部门；街道、乡镇及居委会、村委会等协助机构。但在疫情防控实践中收集主体被任意泛化，其中大量居民小区、写字楼大厦、企事业单位等的物业管理人员却在从事着个人信息收集工作（有的甚至要求拍取身份证），收集过程中也未告知收集目的和用途，这种收集行为因为疫情的存在成为理所当然，个人信息权利主体往往难以行使知情同意权，与行动自由相比，很难有人会坚持行使知情同意权。然而，公共利益豁免的仅为“同意”并未豁免“告

①《中国物权法草案建议稿：条文、说明、理由与参考立法例》，梁慧星，社会科学出版社，2000 年版

②《浅析“公共利益”的理解与界定》，谢云东，中国法院网，2006-10-19

知”，个人信息有权收集主体仍要履行告知义务、遵守信息处理规则，面对未被依法纳入疫情防控（等公共利益维护）个人信息收集主体的收集者，个人信息权利主体有权要求其告知收集目的和用途等，并有权予以拒绝。

考虑疫情防控初期的排查难度极大，笔者认为类似物业管理人员收集个人信息的行为或许可以暂时忽略其违法性，但在全国各省都推行健康码后仍有此类收集行为应当予以及时纠正。

（二）收集范围的任意扩大与个人信息逐渐“裸奔”

如前所述，个人信息收集应遵循最小必要原则，坚持最小为限。

一般情况下，为公共利益收集个人信息必要限度都会经由政府相关职能部门，根据具体公共利益的特点和现实需要（直接相关）而统一评估衡量确定。因此，在疫情防控期间，与疫情防控直接相关的信息才应当被收集，包括：1. 一般人群的基本信息（姓名、性别、身份证号码、电话 / 手机号码、家庭住址、行程信息、健康状况；2. 确诊或疑似病例患者的活动区域与场所、家庭成员信息、人群接触史、交通工具、位置轨迹等信息。但在实际的疫情防控个人信息收集过程中，很多地方为了严防疫情扩散采取了网格化、地毯式的个人信息收集，信息的收集五花八门，不区分一般人群与确诊或疑似病例重点人群，对所有人均收集包括家庭成员信息、工作或学习背景、人脸信息等在内的个人信息，基层收集的个人信息犹如 X 光影一样将人深度剖析，透明得无法安身，如医护人员回家被阻进入小区。

（三）信息处理不当与个人信息安全防线溃堤

个人信息收集后的信息处理不当主要表现为：1. 储存不当（如写字楼、小区入口的个人信息登记簿随意摆放而高度暴露）；2. 传输不当（如社区工作人员工作群上传收集的个人信息而无任何信息阅读权限的设置）；3. 使用不当（如违背收集目的用于其他与疫情防控毫无关联的安全管理、社区统计、信用评价、行业评价等领域，如与疫情防控无关的多部门共享对疫情防控期间收集的个人信息）；4. 公开不当（信息传输环节中的接触者出于“正义”，在社交软件上曝光、

传播、分享病患及家属信息、疑似患者及家属信息，或者信息管理者将信息未经脱敏、去识别化公开）。上述信息处理不当，直接导致了个人信息“裸奔”的确诊患者或疑似患者及其家人被迅速置于以正义为名的道德审判中，被各种标签化，“武汉人花名册”、郑州“毒王”、“成都女孩”等等个人信息泄露事件，说明了个人信息权益所围成的个人信息安全防线已然溃堤。

四、个人信息权益与公共利益的平衡

个人信息权益是个人利益的表现之一，公共利益是若干个人利益的集合体，二者既相互独立又相互统一，个人利益的存在和发展需要依赖于共同利益，共同利益的实现要得益于个人利益的配合。新冠肺炎疫情期间，人们对个人信息权益的让渡、配合政府积极开展个人信息登记以利于疫情筛查防控和流行病学研究，对我国取得新冠疫情防控成效起到了重要作用。对于疫情防控期间出现个人信息泄露的不和谐现象，笔者认为在现有法律框架内做到以下几个方面，可以有效地减少冲突，实现个人信息权益与公共利益的平衡。

（一）严格主体法定原则，协助主体应获授权

主体法定包括收集信息的主体法定与公布信息的主体法定。各地应严格遵守我国《传染病防治法》《突发事件应对法》《网络安全法》《突发公共卫生事件应急条例》的相关规定，将有权收集个人信息的主体严格限定在疾病预防控制机构、医疗机构、县级以上人民政府及其有关部门范围内，街道、乡镇以及居委会、村委或其他必要协助机构应当依法获得有权机关的授权，具体为：1. 对确诊患者或疑似病例患者的个人信息收集应当由疾病预防控制机构、医疗机构的专业工作人员收集或者公安机关依法进行询问和调查，其他任何主体不得对病患的个人信息进行非法收集；2. 对必要信息公布，应为疫情期间对疫情防控工作负主要责任的政府机关工作人员，并通过官方渠道予以公布，任何其他组织和个人无权对确诊患者的个人信息以任何方式进行泄露。此外，对相关工作人员均应当做好个人信息收集、管理、传输、使用、公开等合

法流程的培训。

（二）明晰公共利益边界，坚持最小必要原则

与疫情防控相关的公共利益应为对确诊者、疑似者、密切接触者等重点人群的隔离治疗、排查筛查、控制疫情扩散，因此与疫情防控有关的公共利益边界应以前述疫情防控必要为边界。应当区分一般人群和重点人群，对个人信息的收集与公开作不同的处理，坚持最小必要原则，具体为：1. 对于疫情防控并无实质性作用、仅为预防收集的个人信息应仅限于基本识别的个人基本信息，且任何组织和个人不得改变信息用途，不得利用已掌握的个人信息或者提供信息收集技术服务的便利谋取不正当利益；2. 对于确诊或疑似病例患者的个人信息在有利于疫情防治的限度内，对行动轨迹、旅居地点、病理情况、密切接触史等个人信息在进行无法识别特定个人的脱敏处理后，由政府依法定程序公开。严格遵守《关于做好个人信息保护利用大数据支撑联防联控工作的通知》的相关规定，将个人信息权益为疫情防控公共利益让渡的比例降到最低。

2020 年 11 月 26 日，我国电信终端产业协会在工信部的指导下发布并实施了《APP 用户权益保护测评规范》《APP 收集使用个人信息最小必要评估规范》两项团体标准，分别对超范围、超频次、超明示目的收集，以及图片、通信录、设备信息、人脸、位置、录像、软件列表等信息的收集使用的“最小必要”规范和原则作出了明确的规定。这对疫情防控互联网数据处理起到了积极的规范作用。

（三）坚持安全原则，严格保密义务

公共利益豁免的理论基础应当建立在个人信息安全的基准上，亦应当做到对个人信息的妥善处理，防止个人信息丢失、损毁、泄露与非法使用，在根本性质上与非法使用区分。笔者认为，对于纸质填表等传统方式收集个人信息的，应严格管理纸质材料，做到妥善保管或者销毁。此外，疫情防控下除了人工搜集个人信息外，更主要的是依赖互联网技术的大数据处理，信息的泄露也主要通过互联网进行。因此，网络运营者应当严格遵守《网络安全法》第四十二条的规

定，采取技术措施和其他必要措施，确保个人信息安全，防止信息泄露、损毁，对个人信息被不当截屏与转发的行为予以制止，阻断个人信息传播的链条。对于存储在计算机中的个人信息，信息控制主体应在允许流通使用前，根据《网络安全法》第四十二条的规定对信息进行无法识别特定个人且不能复原的脱敏处理。

此外，还应当保障公民个人被赋予的删除权，当个人敏感信息、涉隐私信息在网络平台等被恶意公布、传播时，被公布个人信息的公民有权要求网络运营商或平台予以删除，必要时网络运营商或平台更应主动担起删除义务。

（四）分层、立体、全方位保护个人信息安全

在立法层面，我国在行政、民事、刑事法律领域对个人信息权益保护规定都在逐渐构建或完善，如何在疫情防控中实现个人信息权益与公共利益的价值平衡，单一的民法、行政法或刑法无法完成多元化价值目标的实现，需要各自发挥在信息自由保护和信息安全保障的作用，相互衔接协调加以实现。在司法层面，应畅通公民个人维护其权益的救济渠道，提升侵害公民个人信息违法行为的成本，打击侵害公民个人信息违法犯罪行为。在行政监管方面，明确个人信息保护的基本目标、细化个人信息保护的监管措施、协同不同保护程序之间的关系，促进行政监管与司法救济为代表的公力救济手段的发展。总之，通过立法、司法和行政监管方面的协同发力，形成公民个人信息安全防护网，发挥好以宪法为统领，以民法为基础，以专门法为核心，以刑法为最后保障的分层次、立体化、全方位的公民个人信息保护法律体系的作用。

五、结语

互联网时代，在充分利用个人信息进行社会管理的同时仍应做好个人信息安全保护。在疫情防控时期，个人信息权益与社会公益的法益冲突时，要保证个人信息收集使用正当合法性，对社会公益的边界进行界定，明确信息收集主体、范围与对象等等。从个人信息收集、储存、使用到个人信息传输、公开都必须遵循个人信息安全保护原则，平衡好保护与使用之间的关系。

平台企业对外共享 公民个人信息的合规性问题探讨

○潘永飞 北京德恒（深圳）律师事务所

随着现代社会信息网络的发展，公民个人的信息保护越加受到人们的重视，国家也分别从立法、司法层面不断加强对公民个人信息的保护力度。

在刑事立法层面，《中华人民共和国刑法修正案（七）》规定的针对公民个人信息的犯罪主体为“国家机关或者金融、电信、交通、教育、医疗等单位的工作人员”，《刑法修正案（九）》则扩大为一般主体，同时公民个人信息的范围也有一定的扩充。

在民事立法层面，有关公民个人信息保护的内容则被直接写入了《民法典》，并单独成章，即《民法典》第四编之“人格权”之第六章“隐私权和个人信息保护”，从第1032条至1039条共8条的规定，直接与公民个人信息保护相关。

在行政管理层面，公安部、工信部、网信办、国家标准化委员会等行政部门出台了一系列旨在保护公民个人信息的行政规范性文件，其中公安部门近年来连续开展“净网行动”，工信部近几年也发布若干整治APP侵犯公民个人权益违法行为的通知，对涉嫌违规收集、使用公民个人信息行为的APP采取了责令整改、组织下架、行政处罚等等一系列行政手段。“保护公民个人信息”成了近几年名副其实的热门话题。

“公民个人信息合规”是“数据合规”中的一个分支，本文从实务中某平台企业对外共享公民个人信息的角度出发，对平台企业在共享的过程中，如何做好合规风险防控，包括如何保证即使第三方违法违规，也能隔离企业自身的合规法律风险等方面，进行相应

分析并提出有针对性的建议和指引。

一、平台企业的两种业务模式

所谓平台企业，是指为需求方和供应方提供中介平台服务的企业。实务中，此类平台的业务模式多样，有的业务模式比本文中的两类业务模式复杂，但也可概括为“平台收集公民个人信息”与“平台不收集公民个人信息”两种基本模式。

（一）模式一：平台收集公民个人信息

用户基于一定的目的向平台企业提供公民个人信息，平台企业依据与用户之间的隐私协议或用户服务协议，直接收集用户的公民个人信息，并将合法收集来的公民个人信息共享给第三方单位，由第三方单位向用户提供相应的服务。

（二）模式二：平台不收集公民个人信息

用户基于一定的目的向平台企业提供公民个人信息，平台企业并不收集用户的公民个人信息，而是仅提供平台作为中介，由第三方单位提供链接并依据与用户之间的隐私协议或用户服务协议，直接向用户收集公民个人信息并向用户提供相应的服务。

二、平台企业两种业务模式的合规法律风险分析

（一）模式一存在的合规法律风险分析

1. 收集公民个人信息是否需要法定资质？

根据2013年1月21日生效的《征信业管理条例》第三十六条的规定，从事征信业务需国务院征信业监督管理部门批准，未经批准从事征信业务，将会承担行政、刑事等法律责任。

经检索其他相关法律法规，除了专门从事征信业务的征信机构需要满足相应的经营条件并取得国务院征信业监督管理部门颁发的资质许可之外，其他行业中收集、使用用户个人信息的单位或组织，并没有法律法规对其资质或条件作出明确的要求或规定。因此，如果平台企业不属于征信机构并从事征信业务，则不需要具备从事企业或个人信息采集的专门的资质。

2. 未经用户明确同意收集用户的公民个人信息是否合规？

此种情况是指网页或应用程序一经开启，即开始收集用户的公民个人信息，如收集用户的地理位置、

IP地址等，此种情况下收集用户的公民个人信息，并没有征得用户的同意。实务中有些企业在制作APP等应用程序时，可能是复制了其他企业的APP的源代码，对于启动应用程序时即开始收集用户的公民个人信息的情况并不知情，当然主观上也不存在违法违规的目的，但是，如果未经用户同意即开始收集个人信息，无论是过失还是故意，都同样需要承担合规法律责任。

例如，2019年12月19日、2020年7月2日，在工信部分两次公布的未完成整改的56款APP所涉及的8项整改内容之中，涉及“私自收集公民个人信息”的APP数量达到了29款。根据通知要求，未完成整改的企业可能会被工信部门采取严厉的惩罚措施，如组织APP下架、停止APP接入服务、行政处罚、纳入电信业务经营不良名单或失信名单；2020年6月23日，深圳市公安局网警部门对“花一斗地主APP”未公开收集使用规则、未经用户同意收集使用个人信息作出了警告、罚款3000元并暂停开展新业务7天的行政处罚等等。

3. “过度索取权限”“超范围收集个人信息”等违法违规行为，会否承担法律责任？

所谓的“过度索取权限”，是指用户在使用平台企业的应用软件时，几乎都需要注册账号，并会被索取定位、访问设备照片、访问手机通讯录等权限，如果用户选择“拒绝”，则可能意味着无法正常使用，有些应用软件甚至存在“不同意授权会闪退”等情况。此种情况下，平台企业可能涉嫌“超范围收集个人信息”，不符合收集公民个人信息的最小必要原则，触犯到《网络安全法》《电信管理条例》等法律法规的规定，可能承担法律责任。

例如，2019年12月19日、2020年7月2日，在工信部分两次公布的未完成整改的56款APP所涉及的8项整改内容之中，涉及“过度索取权限”及“超范围收集个人信息”的APP数量合计达到了31款；2019年“净网行动”中，上海市公安局网警部门对“趋势密码APP”未经用户同意收集使用精准定位等“超范围收集用户信息”的违法违规行为，依据《网络安全法》第六十四条第一款，对该APP运营单位“上海益秋投资管理有限公司”处以行政警告等等。

4. 如果将用户的公民个人信息“私自共享给第三方”，是否会导致平台企业承担刑事责任？

将收集来的用户的公民个人信息“私自共享给第三方”，易触犯侵犯公民个人信息罪，可能要承担刑事责任。根据我国《刑法》第二百五十三条之一的规定，违反国家有关规定，向他人出售或者提供公民个人信息，情节严重的，将负刑事责任。如果属于单位行为，单位将被处罚金，直接负责的主管人员和其他直接责任人员也要承担刑事责任。该规定对公民个人信息提供了更强有力的保护，而目的就是要更有效地打击目前严重泛滥的非法出售、非法提供或者违反规定提供公民个人信息的行为。

另外，2017年生效的《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯公民个人信息刑事案件适用法律若干问题的解释》对涉嫌非法出售公民个人信息罪的入罪标准列举了详细的规定，最严格的情况下，非法出售25条公民个人信息即可能被追究刑事责任^①。

因此，将收集得来的公民个人信息“私自共享给第三方”，可能导致的刑事责任风险非常高，必须引起企业的高度重视，近几年来国家重点打击的涉及侵犯公民个人信息的刑事犯罪的案例不胜枚举。

5. 公民个人信息存储与删除存在的合规法律风险有哪些？

保障存储的公民个人信息的安全，是信息控制主体的法定义务，因此，如果平台企业存储的公民个人信息发生泄露造成严重后果的，相关主体需要承担相应的法律责任。我国《网络安全法》第四十二条明确规定，网络运营者应当采取技术措施和其他必要措施，确保其收集的公民个人信息安全，防止信息泄露、毁损、丢失。在发生或者可能发生公民个人信息泄露、毁损、丢失的情况时，应当立即采取补救措施，按照规定及时告知用户并向有关主管部门报告。第六十四条亦明确规定了信息控制主体违反《网络安全法》第四十二条的法律后果，由有关主管部门责令改正，也可以根据情节单处或者并处警告、没收违法所得、罚款等；情节严重的，责令暂停相关业务、停业整顿、关闭网站、吊销相关业务许可证或者吊销营业执照。

另外，平台企业的存储管理措施不到位，导致公民个人信息外泄，造成公民个人信息主体损失的，根据《消

费者权益保护法》《民法典》等相关法律法规的规定，平台企业可能需要承担损害赔偿等民事责任。值得关注的是，如果公司受到互联网上的恶意软件、病毒的影响，或者受到黑客攻击，可能会导致平台企业存储的用户的公民个人信息泄露、损失，从而可能会损害公司的市场声誉，对公司经营业绩也会造成不利影响。

对于删除公民个人信息，《数据安全管理办法（征求意见稿）》第三章“数据处理使用”对信息控制主体即平台企业删除信息作了详细的规定，如第二十条规定了网络运营者保存个人信息不应超出收集使用规则中的保存期限，用户注销账号后应当及时删除其个人信息，经过处理无法关联到特定个人且不能复原（下称“匿名化处理”）的除外；第二十一条规定了网络运营者收到有关个人信息查询、更正、删除以及用户注销账号请求时，应当在合理时间和代价范围内予以查询、更正、删除或注销账号等等。个人信息控制主体不应当给用户请求删除或注销账号的渠道设置任何障碍，在接到用户删除或注销账号的合理请求后，应当及时给用户提供删除或注销账号的服务。

实务中，也不乏因未履行及时删除义务而被责令改正甚至被处罚的案例。2019年12月19日、2020年7月2日，在工信部分两次公布的未完成整改的56款APP所涉及的8项整改内容之中，涉及“注销账户难”的APP数量合计达到了16款。

需要说明的是，《数据安全管理办法（征求意见稿）》虽然没有正式实施，但也代表国家有关部门的立法倾向，可以作为企业履行数据合规义务的重要参考。

（二）模式二存在的合规法律风险分析

模式二中，平台企业不直接收集用户的公民个人信息，用户根据自己的需求直接与第三方单位对接，由第三方单位收集并存储公民个人信息。但用户在使用平台企业展示的应用程序时，如果平台企业不作出明显的区别标识，用户就有理由相信可能是平台企业收集其个人信息，因此可能基于个人信息被侵犯，首先主张平台企业的侵权责任，再由平台企业去主张真正侵权方的侵权责任。

另外，对于与第三方单位有业务合作的平台企业，也负有一定的审核义务，即如果不对第三方单位进行

详尽的尽职调查，没有对第三方单位收集公民个人信息的范围、个人信息的使用方向、收集个人信息与使用范围是否符合最小必要等原则、个人信息的共享等作出谨慎审查并约定，那么第三方单位如果利用收集来的公民个人信息从事违法犯罪活动，平台企业是很难避免承担相应的法律责任的。

三、平台企业两种业务模式的合规法律风险应对建议

（一）模式一的合规法律风险应对策略

1. 对第三方进行尽职调查

作为信息控制主体的平台企业，应当对第三方单位进行详尽的尽职调查，调查重点为第三方单位是否具有经营某种产品或服务的法定资质、使用用户的公民个人信息的范围、是否需要将个人信息共享给其关联企业等等，并在合作合同或协议中明确约定自身及第三方单位的权利和义务。

2. 制定隐私协议或用户服务协议

用户的公民个人信息入口是平台企业，因此平台企业应当保障其收集个人信息符合《网络安全法》等法律法规的规定，在收集用户的公民个人信息时，应当保证用户充分的知情权和同意权。

首先，应当从技术上避免网页或应用程序开启时即开始收集用户公民个人信息，如地理位置、IP地址等。其次，必须有成文的隐私协议或用户服务协议，在用户决定输入其个人信息之前能够完整阅读隐私协议或用户服务协议。前述协议的制定可参照《信息安全技术个人信息安全规范》（GB/T35273—2020）规定的模板（篇幅限制不再赘述）。最后，采用明示的方式获取用户的同意与授权。无论是采用网页小程序模式，还是采用APP模式或其他合法方式收集公民个人信息，均应当采取措施确保提供公民个人信息的用户明确同意隐私协议或用户服务协议的内容。例如要求用户点击勾选已阅读隐私协议，或者在隐私协议的阅读界面上强制停留一定时间才能进行下一步操作等等。

3. 与第三方的合同或协议要明确约定，隔离自身合规法律风险

首先，明确收集到的用户的公民个人信息的所有权归平台企业所有，原则上第三方单位除用于授权的

用途之外，不得共享给其他任何第四方；确有必要共享的，应当再次获得用户的明确授权。其次，可以对提供给第三方单位的公民个人信息进行匿名化处理，并约定第三方单位不得利用反向识别或复原公民个人信息。再次，对第三方单位信息披露进行合理限制，要求其严格遵守保密义务。最后，设置免责条款。

4. 存储与删除要遵守国家法律法规、规章及其他规范性文件的规定

关于存储：平台企业在存储收集的用户的公民个人信息时，应当严格遵循《网络安全法》对网络安全等级保护制度的要求，防止公民个人信息泄露或被窃取、篡改，同时也要符合存储大数据的互联网数据中心的建设标准，采取技术措施和其他必要措施，保证其收集及保管的公民个人信息的安全。

关于删除：平台企业应当为用户提供删除或更正个人信息的功能，应当公布投诉、举报方式等信息。根据2019年11月28日国家有关部门公告的《关于开展App违法违规收集使用个人信息专项治理的公告》的要求，平台企业应当：（1）提供有效的更正、删除个人信息及注销用户账号功能；（2）不得为更正、删除个人信息或注销用户账号设置不必要或不合理条件；（3）及时响应用户相应操作，需人工处理的，需要在承诺时限内完成核查和处理；（4）建立并公布个人信息安全投诉、举报渠道。

（二）模式二的合规法律风险应对建议

1. 在平台企业与用户对话的界面上，采取合适的方式提示用户个人信息的可能用途和最终流向，并声明自身并未收集个人信息、不存储个人信息且严格执行国家法律法规等的规定及企业内部控制制度。

2. 与第三方的合同或协议需要明确设立免责条款，隔离自身法律风险（参照模式一）。

四、结语

平台企业的数据合规不能仅仅建立在制度和文件的表面，而是应当建立一整套企业合规管理制度，在“表面合规”与“实质合规”之间搭起一座桥梁，确保有关数据合规的合同或协议能够有效地被执行，从而实现企业实质上的数据合规管理，为平台企业的良性发展和不断壮大保驾护航。

^①参见《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯公民个人信息刑事案件适用法律若干问题的解释》第五条第八项的规定。

新颁布的《中华人民共和国民法典》整合了《担保法》《合同法》关于定金合同订立、定金罚则、定金与违约金竞合时适用等内容，相关条款多有改变。笔者试以经办的一则案例为视角，探析《民法典》有关定金规定的重大变化。

一、基本案情

2018年11月1日，甲公司、李某（共同原告、被反诉人）与乙公司（被告、反诉人）签署《房屋租赁合同定金协议书》（下称《定金协议》）约定：甲公司、李某将其名下的深圳某工业园A区、B区出租给被告

乙公司，租期为12年，两原告应在协议签订一年内与案外人终止租赁合同并将工业园A区、B区按区整体交付被告；双方在签订本协议的一年内签订房屋租赁合同，任何一方不如期签约视为违约；如原告违约，双倍返还定金；如被告违约则定金1000万元由原告没收。

《定金协议》签订后，被告依约向原告支付了定金。签约即将届满一年时，两原告函告被告要求按其合同文本签订租赁合同。被告回函要求两原告尽快完成清租使租赁物业满足交付条件后，按照《定金协议》约定协商签订租赁合同。

两原告遂以被告拒绝签订租赁合同构成根本违约为由，诉至法院，请求判令：两原告与被告签订的《定金协议》于2019年11月12日解除；本案的诉讼费用由被告承担。

被告委托律师应诉答辩称：

1. 两原告未按约定完成清租义务，已严重违约，无权要求被告签订正式租赁合同。《定金协议》明确两原告已将租赁物业出租给案外人，其完成清租后才具备与被告签订正式租赁合同的前提条件，否则租赁物业根本不具备交付条件。

2. 两原告提供的《房屋租赁合同》文本条款不符合行业惯例，且与《定金协议》相悖。两原告来函所附的《房屋租赁合同》相关条款明显与《定金协议》约定条件不符，且违背租赁行业惯例，被告拒绝与两原告按此签约，合情合理。原告所谓“被告系因对租金价格反悔而拒绝签订租赁合同”，没有任何事实和法律依据，纯属捏造。

3. 两原告的行为导致合同目的无法实现，已构成根本违约，应当承担违约责任。两原告未能依约与案外人终止原租赁合同，且案外人未搬离租赁物业，双方签订《定金协议》的合同目的已无法实现。两原告的行为已构成根本违约，按照定金罚则，应双倍向被告返还定金。被告并提起反诉，请求法院判令两被告反诉人双倍返还定金2000万元。

二、法院审理

就本案争议焦点，法院分析如下：

（一）对于两原告是否在协议约定的签约期限届满前已完成清租义务的问题

从《定金协议》约定的内容可见，在协议签订之时涉案租赁物已租赁给案外人。两原告作为案涉租赁物业的出租人，应就案涉租赁物的适租性进行举证，即对签约期限届满前已履行清租等义务进行举证。但两原告并未对此提交任何证据，故其依法对此承担举证不能的不利后果。此外，被告提交的照片和视频显示至今该涉案工业园仍系案外人在承租使用，且被告提交的与原告李某的微信聊天记录显示的内容与提交的照片及视频能相互印证，可证实被告关于涉案工业园仍未清退原承租人的主张。故，法院认定两原告在

协议约定的签约期限届满前未完成清租义务。

（二）对于被告以两原告未完成清租义务为由拒绝签订租赁合同的理由能否成立的问题

《定金协议》约定两原告在本协议签署后一年内处理完终止案外人租赁合同后按区整体交付物业，但如上所述，由于两原告未能依约定将原承租人予以清退，被告如按两原告的来函形式上与其签订了租赁合同，可以预见的是其合同目的将无法实现。在此情况下，被告作为承租人可行使法定的不安抗辩权，故其拒绝签订租赁合同理由正当，且合法合理，应予支持。

综上，两被告在协议约定的签约期限届满前未完成约定清租义务，导致案涉租赁合同未能签订，系违约。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》（下称《担保法司法解释》）的规定，因当事人一方迟延履行或者其他违约行为，致使合同目的不能实现，可以适用定金罚则。

最终，法院判决驳回两原告全部诉讼请求，并判令其向被告双倍返还定金。

三、律师评析

定金合同系从合同、实践合同。定金包括违约金、立约定金、成约定金、解约定金、证约定金。上述案例所涉立约定金系当事人在订立合同前，为保证正式签订合同而约定的定金；立约定金的目的在于确保当事人能够最终订立合同。

（一）从《民法典》看该案适用定金罚则的条件
从《民法典》第587条规定来看，适用定金罚则必须有违约行为即不按合同约定履行债务的行为，包括不能履行、迟延履行及不完全履行等多种形态；必须有合同目的（仅指主合同的直接目的和主要目的）落空的事实；违约行为与合同目的落空之间有因果关系。结合笔者办理的上述案例，两原告在协议约定的签约期限届满前未完成约定清租义务，导致案涉租赁合同未能签订（《定金协议》根本目的不能实现），满足上述适用定金罚则的条件，即有违约行为、有合同目的落空的事实、违约行为与合同目的落空之间有因果关系，故应适用定金罚则、双倍返还定金。我方当事人由此获得了完全胜诉。

（二）《民法典》有关定金规定的重大变化

从《民法典》 看定金规定的重大变化

○王劲松 尹国花 广东联建律师事务所

新旧定金规定对比			
对比项	原有法律规定	《民法典》规定	重大变化
定金合同的效力	《担保法》第90条：定金合同从实际交付定金之日起生效。	《民法典》第586条第1款：定金合同自实际交付定金时成立。	略有变化
定金的数额	《担保法》第91条：定金的数额由当事人约定，但不得超过主合同标的额的百分之二十。 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第121条：当事人约定的定金数额超过主合同标的额百分之二十的，超过的部分，人民法院不予支持。	《民法典》第586条第2款：定金的数额由当事人约定；但是，不得超过主合同标的额的百分之二十，超过部分不产生定金的效力。实际交付的定金数额多于或者少于约定数额的，视为变更约定的定金数额。	《担保法》：对约定的定金数额超出20%时有何法律效果未作出规定。 《民法典》：超出部分不产生定金效力（并不排除产生其他法律效力的可能），即超出部分不能适用定金罚则。
适用定金罚则的条件	《合同法》第115条：当事人可以依照《中华人民共和国担保法》约定一方向对方给付定金作为债权的担保。债务人履行债务后，定金应当抵作价款或者收回。给付定金的一方不履行约定的债务的，无权要求返还定金；收受定金的一方不履行约定的债务的，应当双倍返还定金。 《民法通则》第89条：债务人履行债务后，定金应当抵作价款或者收回。给付定金的一方不履行债务的，无权要求返还定金；接受定金的一方不履行债务的，应当双倍返还定金。 《担保法》第89条：债务人履行债务后，定金应当抵作价款或者收回。给付定金的一方不履行约定的债务的，无权要求返还定金；收受定金的一方不履行约定的债务的，应当双倍返还定金。 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第120条第1款：因当事人一方迟延履行或者其他违约行为，致使合同目的不能实现，可以适用定金罚则。但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。	《民法典》第587条：债务人履行债务的，定金应当抵作价款或者收回。给付定金的一方不履行债务或者履行债务不符合约定，致使不能实现合同目的的，无权请求返还定金；收受定金的一方不履行债务或者履行债务不符合约定，致使不能实现合同目的的，应当双倍返还定金。	《民法典》规定适用定金罚则，必须有违约行为；必须有合同目的落空的事实；违约行为与合同目的落空之间有因果关系；主合同必须有效，这是由定金合同的从属性所决定的。
定金不足以弥补损失时请求赔偿的适用范围	《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第28条：买卖合同约定的定金不足以弥补一方违约造成的损失，对方请求赔偿超过定金部分的损失的，人民法院可以并处，但定金和损失赔偿的数额总和不应高于因违约造成的损失。	《民法典》第588条第2款：定金不足以弥补一方违约造成的损失，对方可以请求赔偿超过定金数额的损失。	吸收最高法《买卖合同解释》28条。《民法典》将本条置于合同编的通则部分，扩大了该条的适用范围，使该条不仅适用于买卖合同，对于其他类型的合同也同样适用。

（三）司法实践中应注意进一步完善定金制度

《担保法司法解释》第118条规定，当事人没有约定定金性质的，主张定金权利的，人民法院不予支持。当事人须在合同中注明“定金”字样或者约定“定金罚则”，定金合同方告成立。故，无论在原有法律框架下，还是《民法典》实施后，当事人都应详尽地在合同中约定定金性质、金额、交付时间、详细罚则等。

为满足不同交易阶段或交易种类的定金担保需

求，《担保法司法解释》第115条至第117条对立约定金、成约定金、解约定金分别做出了规定。《民法典》第586条至第588条对定金的相关规定并未完全吸纳《担保法司法解释》上述条款。鉴于《民法典》施行后《担保法》将被废止，《担保法司法解释》也将失效，故需要立法、司法机关对相关法律和司法解释等进行梳理，以进一步完善定金制度。

热心公益投入法援 为残障人士权益代言

——专访辛钧辉律师

近日，中央文明委公布499户家庭获得第二届全国文明家庭，其中深圳市2户家庭获得该项荣誉称号，辛钧辉家庭榜上有名。辛钧辉家庭是一个搀扶前行、热心公益、与亲朋邻里友善相待的家庭。

辛钧辉，广东德纳（龙华）律师事务所律师，执业6年。曾获评“广东省扶残助残先进个人”称号、维德志愿法律服务“十佳律师”。本期我们走近这名残障律师，听他讲述在深圳奋斗的故事。

无私奉献，长期投身助残公益法律服务

辛钧辉律师两岁时因家里烟花爆竹起火的意外导致脸和手严重烧伤，但他没有自怨自艾，一路“打怪升级”，考大学、过司考，勇闯深圳追逐律师梦。

“残障人士为什么不能开滴滴，是不是侵犯了残障职工的平等就业权？”2020年11月的一天，辛律师和同事在律所里就受理的一起残疾就业歧视案件展开热烈讨论。

执业六年来，辛律师已记不清这是自己接手的第几起残障法援案。身为一名残障律师，面对上门求助的残障人士，他说，“他们的痛苦和困难我感同身受，能帮就帮。”

今年疫情期间，有一名残障职工通过视频面试，成功应聘上一家企业的软件开发岗位。结果到公司报到时，用人单位发现他腿脚不便要拄着拐杖行走后立刻拒绝录用。

“这是明显的就业歧视，遇到这种情况，就应该勇敢站出来，维护自己的合法权益。”在辛律师的帮助下，

该职工最终通过打官司成功获得2万元精神赔偿。

辛钧辉律师认为，就业歧视是残障劳动群体遭遇最突出的一个问题。很多时候，当权益受侵，残障者往往选择忍气吞声，不了了之。在他看来，残障人士的特殊身份以及法律知识的缺乏，使这部分群体很难快速找到相关法律求助部门，这也是阻碍残障职工维权的一个重要因素。



因此，从 2013 年起，辛律师加入深圳市残疾人联合会(简称“深圳残联”)志愿律师团，利用工作之余，开展公益助残法律服务，为残障人士提供包括法律公益咨询、普法宣传、案件代理等法律服务，他经常在深圳残联电召平台的普法专栏发表专业文章，目前已发布数十篇涉及残障群体的专业文章，有的文章被多省、市残联官微转发。

去年，他作为发起人与几位志同道合的律师成立了一个专门的助残公益法律服务团队——“残障法 cool” 律师团队。辛律师介绍道，“律师的业务领域很广，残障群体的法律问题有些比较‘冷门’，而残障群体也并非商业律师的主要客户群，所以一般的商业律师对于涉及残障群体的法律问题也没有深入研究。比如说残疾证挂靠的问题，到底能不能挂靠？挂靠有没有风险？又比如说 C2 的驾照能不能开 C5 的车？这些都是残障领域独有的法律问题。我们成立志愿服务团队，希望能够专门去处理残障群体的法律问题，也希望吸引更多的法律专业人士为残障群体提供志愿法律服务。”目前，该团队共解答法律咨询超过 2500 余次，参与普法宣传 50 余场，代理援助案件 50 余宗，同时，根据服务经验编撰出《残障权益保护 100 问》，将和残障人士息息相关的、偏冷门的、残障领域独有的法律问题，提炼收录其中。该团队还计划出版一本有关残障人士权益保护方面的专业书籍。



作为深圳残联理事，辛律师还积极参与立法建设，推动残疾立法的发展。在参加深圳无障碍领域立法会议以及全国无障碍立法讨论会时，他多次提出立法建议。在深圳进行保障房立法过程中，辛律师代表残障人士群体提出残障人士承租公租房租金应优惠的建议

被采纳。

对于一名残障人士而言，人生的每一步都需要付出更多的努力和汗水，但他却把满腔热情一次次投入到公益法律援助上，尽己所能去帮助更多有需要的人，为深圳的社会建设和法治建设添砖加瓦。

发挥专长，深耕残障及工伤领域案件

在身体力行为残障群体权益鼓呼外，辛钧辉律师还积极为遭遇工伤、身患职业病的困难职工维权“代言”。

2013 年独立执业后，辛律师接到的第一个案子就是一起工伤案件。那是一个 50 多岁的三期尘肺病患者华先生，从公交车站到辛律师所服务的机构，正常人只需步行四五分钟，而这名工友却走走停停了半个小时。

“当看到这名工友一步一挪艰难向我走来，每走几步就大汗淋漓、气喘吁吁的时候，我几乎没有犹豫，就决定帮助他免费代理打官司。”

辛律师了解到，华先生在混凝土公司做拌料工作近十年，后来患上尘肺病公司却不管不顾。由于公司为华先生缴纳的工伤保险基数低，工伤赔偿待遇也相应较低，根本无法维持华先生的正常生活支出。于是辛律师为华先生起诉到法院主张民事赔偿。最终，公司向华先生支付了 18 万元民事赔偿。

拿到这笔来之不易的赔偿，华先生对帮自己打了一年半官司的辛律师感激不尽。这次经历也让辛钧辉第一次深切体会到律师职业带来的成就感。

刚开始执业的那段日子，辛律师受理了大量工伤及交通事件案件，这类案件的当事人因事故变成了伤残人士，“可能是因为自己也是伤残人士，所以可以跟他们快速建立信任关系”。也就是从那时起，辛律师将经济困难职工作为自己执业中的一个主要服务对象群体。

“工伤，尤其是职业病案件的维权耗时太长了，偶尔会产生无力感。”辛律师坦言，他曾办理过的一个职业病案件，当事人过世三年后家属才拿到赔偿款，“对于普通工人来说，这个过程是无法想象的，如果没有人帮助，他们很难靠自己的能力妥善处理。”

值得一提的是，在《深圳市劳动能力鉴定管理办法》征求意见过程中，辛钧辉律师作为唯一律师代表

受邀参加立法听证，所提 6 条建议被采纳。如该《管理办法》第 25 条中的申请补正鉴定结论的时限，原规定是从申请人收到鉴定结论后“30 日内”，辛律师认为，实践中当事人尤其是外来务工人员对鉴定结论中有文字错误或者遗漏事项，很难发现，一般是在持鉴定结论使用时才被社保部门、律师、法官发现，而此时一般早已超过 30 天，故规定 30 天的时间过短。在他的建议下，该条规定将“30 日内”修订为“发现的”。

“接下来，我将继续深耕残障及工伤领域案件，坚持拿出一部分时间来做公益法律服务。在此基础上通过立法建议反映这部分群体的需求，在维护他们权益的同时，也能为深圳法治建设献一份力。”

回馈社会，不懈追求社会公平正义

提起做公益法援、帮扶弱势群体的初衷，辛钧辉律师常说，是深圳给了自己实现梦想的舞台，他理应更加努力以法助人，才能回馈这个城市和社会的爱。

辛律师的童年是在“流言蜚语”中度过的。他出生在江西农村，两岁时因为家里的烟花爆竹起火，导致他的脸部和手部严重烧伤，成为一名残障人士。“在农村读书，我这样的外形引来很多人异样的眼光和嘲笑。我没有别的出路，只能一鼓作气把书读好。”2006 年，他考上了昆明理工大学应用化学专业。

大学入学报道那天，老师看到他的身体情况说：“你这个身体情况怎么做实验？化学有好多试管啥的，你的手拿不住。”在老师的建议下，他改读法学，从此与法律结缘。

“有很多残障人士有这种想法，在争取一些待遇、一些权利的时候，觉得我是残疾人，身体不如别人，争不过别人是正常的。但我学了法律之后，才真正意识到，其实从法律上来说，我们在各方面跟别人是平等的，才意识到残障人士也有这种平等的权利，有各方面的权益。有了法律意识的启蒙，我对法学也越来越感兴趣，选择法学让我受益匪浅”。

大三那年，辛钧辉就通过了司法考试，是当时全年级通过的 7 名同学中考分最高。饶是如此，毕业找工作时，多家律所仍将他拒之门外，“你的形象不太适合做律师，毕竟要见客户出庭的。”现实的挫败让他只能改行。直到 2010 年，他孤身南下深圳闯荡，

在感受到了这座城市对残障人士的开放和包容后，决定重拾自己的律师梦。“深圳是一座包容、开放的城市，只要努力，在这里每个人都有机会实现自己的梦想，我就是在这里重拾自信实现梦想。”

“曾经，我也因为外形原因，不想接受媒体的采访，但是转念想，我们在公益法律服务上的积极作为，如果能让有法律需求和遭遇困惑，但又苦于找不到相应求助部门的残障人士看到，兴许就能让他们看到希望，进而帮助他们排忧解难。将来，我还要继续发挥自己的专业特长，努力为残障人士发声，争取合法权益，为营造公平正义的法治环境尽一份绵薄之力”。

树好家风，夫妻向上向善比翼飞

在深圳，辛钧辉律师不仅实现了自己做律师的梦想，还收获了美满的爱情。辛律师的妻子张莹莹也是一名身残志坚的新深圳人，5 岁时因小儿麻痹落下腿部残疾。作为残疾人，张莹莹深知残疾人生活的不易，所以大学毕业后就一直从事助残工作，发起成立了深圳市雨燕残疾人关爱事业发展中心，借助互联网探索残障人士多元化就业模式，帮助更多残障人士解决就业问题，先后获全国自强模范、广东五四青年奖章，受习近平总书记两次接见。

辛律师与妻子张莹莹在一次助残活动中认识，两颗心因为类似的经历和彼此的大爱同频共振。他们夫妻俩相互扶持做大公益，以自己的模范行为，温暖人心，诠释文明，传播正能量，大力弘扬和践行社会主义核心价值观，为社会树立了榜样，同时也给他们自己的两个孩子种下了向上向善的种子，家庭幸福美满。



论 公司法律顾问 在公司治理中的地位和作用

○金振朝 广东卓建律师事务所

在现代社会，公司的内部治理和外部交易都面临着日益增多的法律风险。这种风险从宏观上说属社会风险，从微观上说属人为风险，具有可预见性和可控性。预见和控制企业的法律风险，需要专门的法律人才，公司法律顾问就是为了满足这种需要而产生。公司聘请法律顾问主要也是为了防范法律风险和化解法律风险，由此产生公司法律顾问的两大基本职能，其中关键在于前一种职能的有效发挥。但在不少公司里，公司法律顾问的附属地位和辅助作用常使得公司法律顾问缺乏必要的独立性，而只能在咨询建议和事后补救方面发挥作用。为确保公司法律顾问的事先防范法律风险的作用得以发挥，必须在公司决策和日常经营管理等公司治理中赋予公司法律顾问必要的参与地位和制约力量。本文拟从公司治理的角度来探讨公司法律顾问的地位和作用。

一、公司法律顾问及其职责

从广义上讲，凡是经常性为公司提供法律服务或帮助的专业法律人士都可以称作是公司法律顾问，包括专职的公司法律顾问，也包括为公司提供兼职法律服务的社会律师、大学教授等。狭义上而言，公司法律顾问应该仅指具备企业法律顾问执业资格，在公司里担任特定法律顾问工作职务，从事企业法律事务的专职法律工作人员。如1997年原国家经济贸易委员会发布的《企业法律顾问管理办法》第2条规定：“本办法所称企业法律顾问，是指具有企业法律顾问执业资格，由企业聘任并经注册机关注册后从事企业法律事务工作的企业内部专业人员。”即是采用了狭义的法律顾问概念。实际上，大部分无法律顾问执业资格而在企业专门从事法律顾问工作的人员同样也被人们称作企业法律顾问，可见上述规定并未在实际生活中完全得到普及。由于广义上的两种法律顾问在从业要求、从业机构、服务对象范围、职责任务、与公司的紧密程度以及规范制度上的众多区别，实在不宜将二者混为一谈。

《企业法律顾问管理办法》第9条规定了企业法律事务机构及法律顾问的职责，但正如该办法第三条规定的那样，企业法律顾问在企业中所真正发挥的作用，也不过是“企业领导人在法律方面的参谋和助手”。即使总法律顾问是企业的高级管理人员，能参与企业重大经营决策，也不过是全面负责企业法律事务而已，仍属于“谋士”的行列。即企业法律顾问机构在企业中的地位，不过是一个咨询部门，尽管能通过提出法律意见对企业重大经营决策施加影响，但从根本上无权制约企业领导的最终决策。2004年国有资产监督管理委员会颁布并施行的《国有企业法律顾问管理办法》则赋予了企业法律顾问更多的权利义务，不再将企业法律顾问界定为“参谋和助手”的角色，而强调了企业法律顾问“以事前防范法律风险和事中法律控制为主、事后法律补救为辅”的工作原则，从而明显地提升了企业法律顾问在公司经营决策中的地位。企业法律顾问的介入也更强调事前和事中的防范阶段。但总

体说来，企业法律顾问在公司治理结构中还是处在决策辅助人的地位，无论是法律顾问机构还是企业总法律顾问，都不拥有企业决策中的牵制力量。其弊端显而易见：一方面在决策者的指挥和领导下，企业法律顾问的独立性难以体现，在信息获取上也相对较晚甚至不全面，对于企业将来面临的法律风险不易作出理性的判断；另一方面，企业法律顾问核心作用的发挥，取决于决策阶段企业法律顾问提供的法律意见的权威性和约束力，辅助机构和人员的地位不足以使企业法律顾问的法律意见产生较大的影响力。因此，现代企业欲防范、控制和规避企业运行中的法律风险，还必须充分重视和发挥企业法律顾问在经营决策中的重要作用。

二、公司法律顾问与公司治理结构

公司治理（corporate governance）是旨在通过合理分配公司的权力资源，不断完善公司管理运营与监督控制的权力配制系统，促进其良性运转，以实现公司的经营目标并最终实现股东利益的最大化，其以分权为前提，以公司组织机构为物质基础。根据公司治理所需的四种职能，公司组织机构一般可以分为权力机关（股东会、股东大会）、决策机关（董事会）、执行机关（经理）、监督机关（监事会）四类。公司法律顾问与前述各组织机构之间的关系如何？以下分别进行阐述。

（一）公司法律顾问与股东（大）会

很显然，要求公司法律顾问进入股东（大）会或者作为股东代表，与公司法律顾问的职责定位不符。一者，即使公司法律顾问具备股东身份，若作为部分股东的代表则必然带有主观倾向，难以独立、全面地履行职责；若作为全体股东的代表则不大可能，因为股东（大）会作为公司的意思机关，往往决定的是关系公司前途命运的一切重大事项，各股东之间的意见难免会产生分歧，否则形同一人公司。二者，公司法律顾问的职责和股东（大）会的权力存在冲突。股东（大）会以合议制的方式表达公司投资者的意愿，行使《公司法》赋予的投资者所拥有的决定公司命运的

各种权利，其工作方式是定期召开年会和临时会议，且一般不介入公司的日常经营管理，这与法律顾问全面介入公司的日常经营决策和管理活动，防范和化解公司面临的法律风险，普及法律知识和进行法律宣传教育的基本职责是有着天壤之别的。

（二）公司法律顾问与董事会

公司董事会是代表公司行使经营决策的常设机关。董事会对内管理公司事务，对外则是以公司名义开展活动。因而在公司法人治理结构体系内，董事会的地位和作用处于核心的位置，董事们受公司股东大会的委托管理公司事务，进行经营决策，表达公司意志，领导公司的一切重大经营活动。董事虽然由股东大会选举产生，但董事不以拥有公司的股份为其任职资格的必要条件，只要具备公司法规定担任董事的积极条件即可，即使不是公司的股东也可以被选任为董事。因此，从任职资格上看，公司法律顾问并没有被排除在外。从职责上看，董事会为公司的决策者和内部监督者，而公司总法律顾问的重要职责之一便是“参与企业重大经营决策，保证决策的合法性，并对相关法律风险提出防范意见”，两者应为密切配合。

这么说来，是否意味着公司的一部分董事必须由公司法律顾问来担任呢？笔者认为，没有绝对的必要。其一，若公司法律顾问同时担任执行董事（内部董事），固然能使公司法律顾问在公司经营决策中发挥重要作用，但如前所述，执行董事往往由与其有着千丝万缕联系的股东推荐并选出，这必然会对作为法律顾问所必须具备的独立性和客观性造成不利影响；其二，若公司法律顾问同时担任非执行董事（独立董事），则会导致其他问题，即独立董事的独立性要求该类董事除在公司担任董事职务之外不得在该公司担任其他职务，且独立董事的职能主要是对公司内部董事的经营行为实施监督和对公司的利益和小股东的利益给予保护，这与公司法律顾问的职能显著不同。公司法律顾问的职责与董事职责的确存在一些契合之处，但不宜将两者相互代替或是完全重合。

在不少国家的现代公司法上，董事会可以设立专门委员会（special committees），并在董事会的授权下从事某些属于董事会职能的活动。这种专门的委

员会实际上是公司董事会的咨议机构，其可以向董事会提供建议，并在某种程度上代表董事会，但委员会的设立及其权限的授予不构成董事法定注意义务的满足和责任的免除，因为专门委员会对董事会负责，其提案交由董事会审查决定。公司法律顾问的角色与专门委员会委员类似，但相较于公司法律顾问作为董事会成员参与表决有关决议而言，专门委员会对董事会决议形成的制约作用仍略显不足。

（三）公司法律顾问与经理

经理是由董事会聘任的、负责组织公司日常经营管理活动的公司常设业务执行机关，经理行使职责不需要以多数原则形成意志和决议，而是以担任总经理的高级管理者的最终意志为准，这是经理的执行机关性质和经理所面临的瞬息万变的市场形势要求经理必须迅速、果断地作出应变的特点决定的。应该说，公司法律顾问的相当多的职责是辅助经理做好公司的经营管理工作，如参与项目谈判、起草审核合同、完善规章制度、处理经济纠纷等。既然企业法律顾问的相当一部分职责是协助经理的工作，那么公司法律顾问工作机构是否就应当为经理下属的一个职能部门呢？若是，则公司法律顾问实际上远离决策，公司法律顾问的职责则必然大为缩减，这显然与设置公司法律顾问的初衷和主要作用貌合神离。

（四）公司法律顾问与监事会

公司法律顾问与监事的身份和监事会的职责也是不相容的。从产生上说，公司法律顾问由公司聘任，而监事和监事会由公司选举产生；从职责上说，公司法律顾问的主要职责是对公司经营行为进行事前、事中法律防范和事后的法律补救，而监事会的主要职责是对董事、经理的经营管理行为及公司财务进行监督，且一般为事后监督；从履行职责的方式来说，公司法律顾问要广泛参与公司的经营管理与决策活动，甚至对外代表公司处理与公司有关的法律事务，而监事会一般不参与公司的决策及管理，对外也不代表公司执行业务。因此，尽管作为监事会成员的监事也应当具备与履行监事职责所需的法律知识，且工作的内容也可能有不少涉及法律方面，但从根本上说公司法律顾问与监事会之间只能是平行而不是交叉关系。

由以上分析不难看出，公司法律顾问在公司治理结构中的地位其实并无定论，关键是能使公司法律顾问在决策和执行阶段的风险防范和化解作用能得以充分发挥。为了能使公司法律顾问拥有相当的制约力量而赋予公司法律顾问与公司治理结构相关的地位，须通过公司章程或内部规定作出适当的安排以防止角色冲突。而不同性质的公司、不同的经营范围以及不同的人员构成等使得不同的公司面临着不同的法律风险，且在公司运行中法律风险主要是集中于决策阶段还是执行阶段也有差异，因此公司法律顾问究竟在公司治理结构中处在何种地位，主要取决于各个公司对于法律风险的不同控制模式和具体安排。

三、公司法律顾问在完善公司治理中的作用

公司法律顾问在完善公司治理中有着无可替代的重要作用，主要体现在：公司法律顾问不仅要在公司的设立和运行中帮助公司设计好章程和各类规章制度，帮助公司在设立之初即建立好法人治理的良好分权制衡基础，还以决策者和管理者的身份参与公司重大决策和日常经营管理活动，是公司意志形成和贯彻执行中不可或缺的制约力量。

（一）公司法律顾问在公司治理结构确立中的作用

公司的很多员工是在公司成立之后才招聘进来并正式开始工作的，但在很多时候公司法律顾问在公司成立之前便已开始加入和开展工作。这是因为公司在成立之初面临着公司章程的制定、公司设立、登记、人员雇佣等大量的法律问题，其中核心事务即包括通过制定公司的章程初步确立公司的治理结构。现行《公司法》大幅减少了国家意志对公司章程的不必要干预，提高了任意性规范的比重，扩张了公司与股东的自治空间，扩展了公司治理上的自由空间。如《公司法》第42条规定：“股东会会议由股东按照出资比例行使表决权，但是，公司章程另有规定的除外。”第48条第1款规定：“董事会的议事方式和表决程序，除本法有规定的外，由公司章程规定。”第55条第2款规定：“监事会的议事方式和表决程序，除本法有规定的外，由公司章程规定。”尤其重要的是，《公司法》在规定股东（大）会、董事会、经理及监事的

职权时，都在最后加上了“公司章程规定的其他职权”。这表明，公司法律顾问在起草公司章程时对于公司治理结构及其规则不再像过去那样简单抄袭即可，而是应充分运用法律赋予给公司的自主权，结合法律的规定和拟设立公司的具体情况量体裁衣，科学合理地分配股东（大）会、董事会、经理和监事的权力，制定各类法定机构的议事规则和程序，这既有利于防范和解决内部争议，减少不必要的内耗，又可为公司治理打下良好的基础。

（二）公司法律顾问在公司治理结构运行中的作用

前文已论述，公司的法律风险控制关键在于事先防范，而真正做到前期预防，公司法律顾问必须在决策阶段即开始介入，而公司法律顾问的作用要想落到实处，就必须使得法律顾问成为董事会决策中必不可少的重要角色，即通过相关立法或者制定公司章程的议事规则中强行规定有关事项，其决议作出的前提必须是已参考公司法律顾问的意见，并以此为衡量标准，明确决策各方的责任。对于公司有关合并、分立、破产、结算、投资、重大交易等方面的决策，除了在技术上和经济上的论证之外，还必须进行法律风险分析和评估，并且法律意见必须和决策讨论记录、结果等一起保存于公司。除此外，公司应当从各方面为法律顾问行使职权提供必要的保障，包括制度保障、职务保障和物质保障，以确保公司法律顾问获取信息的权力、参与决策的权力以及提出法律意见的程序和规则得到遵守，同时也有助于界定公司法律顾问是否适当地履行了职责。

公司法律顾问在协助公司经理贯彻执行董事会决议，进行日常经营管理活动中的工作虽然也可以分为事先防范和事后补救两类，但对公司的良性运行和协调发展而言，公司法律顾问的工作要尽量做在前面。这里的防范内容和重点有了变化，即主要是与公司日常经营有关的商业模式设计、合同管理、知识产权管理、商业秘密保护、劳动保障、建立和完善规章制度、进行法律知识培训和法律宣传等。事后补救则主要是解决公司所面临的各种法律问题、纠纷，通过代表协商、代理诉讼、仲裁等纠纷解决机制，维护公司利益，减少公司损失。

资管类争议案中预期收益、风险准备金及违约金叠加问题之司法实践评述

○王永敬 廖素芳 广东晟典律师事务所

在集合信托计划、资产管理计划、股票质押式回购等资产管理类项目中，资金融出方与资金融入方、委托方与受托方、管理人等均会基于不同层级资管合同对收益、风险准备金及违约金等进行条款安排，但资管合同任一方一旦陷入困境，出现争议通过诉讼或仲裁方式解决时如何理解合同条款及适用法律规定，仍存在不确定性。收益、风险准备金及违约金支付的标准往往成为资管类纠纷案件的焦点问题之一，笔者将结合司法实践对当下资管类纠纷项下收益、风险准备金及违约金被支持的依据、标准进行解析。

根据笔者团队代理资管类纠纷案件经验，在不同资管类纠纷案件中，不同法院在案件中对预期收益/利息、风险准备金及违约金叠加时的计算标准、计算期间及理由各不相同，甚至大相径庭。以下笔者结合其中三例诉讼案件及深圳国际仲裁院的一例典型案例对相关裁判观点进行讨论。

一、相关法律及司法解释依据

（一）《合同法》

第一百一十四条规定：“当事人可以约定一方违约时应当根据违约情况向对方支付一定数额的违约金，也可以约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法。约定的违约金低于造成的损失的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以增加；约定的违约金过分高于造成的损失的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少。”

（二）《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》

第二十九条第一款规定：“当事人主张约定的违约金过高请求予以适当减少的，人民法院应当以实际损失为基础，兼顾合同的履行情况、当事人的过错程度以及预期利益等综合因素，根据公平原则和诚实信用原则予以衡量，并作出裁决。”

（三）《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》

第三十条规定：“出借人与借款人既约定了逾期利率，又约定了违约金或者其他费用，出借人可以选择主张逾期利息、违约金或者其他费用，也可以一并主张，但总计超过年利率 24% 的部分，人民法院不予支持。”

（四）《关于人民币贷款利率有关问题的通知》

第三条规定：“关于罚息利率问题。逾期贷款（借款人未按合同约定日期还款的借款）罚息利率由现行按日万分之二点一计收利息，改为在借款合同载明的贷款利率水平上加收 30% - 50%；借款人未按合同约定用途使用借款的罚息利率，由现行按日万分之五计收利息，改为在借款合同载明的贷款利率水平上加收 50% - 100%。对逾期或未按合同约定用途使用借款的贷款，从逾期或未按合同约定用途使用贷款之日起，按罚息利率计收利息，直至清偿本息为止。对不能按时支付的利息，按罚息利率计收复利。”

二、具体案例分析

案例一：国金证券与中恒汇志差额补足合同纠纷案^①

1. 本案案涉合同交易结构

在案涉资管计划及《资产管理合同》中，分为优先级 A 份额（浦发银行南京分行持有）、中间级 B 份额（国金证券持有）与风险级 C 份额（中安消股份有限公司员工持股计划持有）。国金证券为实现优先级 A 份额、中间级 B 份额的本金及预期收益的保底，设定中恒汇志与 C 份额为 A、B 份额的本金和预期收益补偿兜底，B 份额为 A 份额的本金和预期收益补偿兜底。该产品结构及约定，以 C 份额完全承担不可预期风险的方式向 A 份额及 B 份额承诺保本保收益，中恒汇志对 A、B 份额的本金和预期收益等承担差额补足责任。

2. 原告关于预期收益及风险准备金的诉求

本案中，国金证券向法院主张要求案涉资管计划在一次清算及二次清算后，中恒汇志履行差额补足义务，对 A、B 份额的本金和预期收益等承担差额补足责任，向国金证券支付差额，包括本金、预期收益、风险准备金（每日按照未返还本金的万分之五计算）

及相关费用。其中预期收益及风险准备金要求支付至实际履行之日。

3. 笔者团队相关答辩观点

（1）即使依据案涉合同的安排，风险准备金属于资管计划管理期限内防止金融资产集合价值下降的保障机制，风险准备金是对优先级 A 份额委托人与中间级 B 份额委托人本金与预期收益的一种保障措施，其目的是计提风险准备金以防止终止清算时风险级 C 份额价值或金额不足以承担相关的补偿责任，风险准备金并非属于支付赔偿责任。国金证券已就补偿责任的全部金额提起诉讼，因此不应重复计算风险准备金。

（2）在国金证券主张资管计划已终止的情况下，相关的风险预警与保障机制应当终止，《资产管理合同》关于风险准备金的条款已不再执行，国金证券无权要求支付风险准备金；即使将风险准备金定性为逾期追加资金的违约金性质，也只能按照中国人民银行同期贷款基准利率计算。

（3）预期收益是设定在资管计划存续期内的预期收益，在国金证券主张资管计划存续期已终止的情况下，预期收益失去计算的基础。

4. 本案法院裁判观点

（1）法院在确认中恒汇志应承担差额补足责任的前提下，认为预期收益应计算至案涉资管计划到期终止日，而非国金证券主张的中恒汇志实际履行日。

（2）根据案涉合同的相关约定，风险准备金是在中恒汇志未按合同约定进行补仓时，应承担的违约责任，风险准备金性质为违约金性质。由于国金证券公司并未举证证明因中恒汇志未及时履行差额补足义务给其造成的实际损失，而通常情况下其损失即资金占用损失，酌情确定中恒汇志按中国人民银行同期同类贷款基准利率的标准，向国金证券公司承担逾期履行差额补足义务的违约金，以相应清算时点未分配的优先级 A 份额及中间级 B 份额本金为基数计算。

5. 本案评述

本案中，法院最终将风险准备金认定为违约金性质。由于我国立法对于违约金制度的设置采取“补偿为主，惩罚为辅”的原则，当约定的违约金低于造成

^①国金证券股份有限公司诉深圳市中恒汇志投资有限公司资产管理合同（结构化融资）纠纷案（一审四川省高院，二审最高院，争议金额约 20300 万元）。

的损失的情况下，违约金属于赔偿性质；当约定的违约金高于造成损失的情况下，违约金兼有赔偿与惩罚的双重功能，基于《合同法》第一百一十四条及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》第二十九条的规定，在原告无法证明其实际损失的前提下，法院对合同约定的日万分之五的风险准备金利率进行了大幅调低，仅支持按照中国人民银行同期同类贷款基准利率的标准计算违约金。

案例二：W 证券公司与 H 公司关于股票质押式回购纠纷案^②

1. 原告关于利息及违约金的诉求

本案中，W 证券公司因 H 公司未能按照案涉交易合同约定进行补充质押股票、补充相应保证金以达到约定的保障风险线或履行提前回购的义务，构成违约，提出如下主张：（1）判令 H 公司提前偿还股票质押式回购交易业务的融资款及利息，利息按照合同约定年利率计算至款清之日；（2）判令 H 公司支付违约金，违约金以未偿还融资款为基础按照日万分之五计算至款清之日止；（3）行使质权及其他相关主张。

2. 笔者团队相关答辩观点

（1）案涉《交易业务协议》对提前购回作出了原则性约定，利息仅能计算至《交易协议书》约定的购回交易日，而非 W 证券公司主张的计算至款清之日。

（2）即使按照《交易协议书》《业务协议》的约定，W 证券公司要求 H 公司承担自违约之日起按日万分之五计算的违约金，又向 H 公司主张期内至清偿之日的利息，H 公司实际承担的利率将高至 25.94%/ 年。H 公司认为在 W 证券公司未举证证明其实际损失的情况下，提前购回造成的损失应为合同期内的利息损失，及提前购回日后的资金占用损失（按银行同期贷款利率计）。案涉合同约定违约金过高，法院应按照实际损失调低违约金。

3. 本案法院裁判观点

由于 H 公司构成违约，应按照《业务协议》约定，从违约之日起按未还本金的日万分之五计算违约金，自违约之日起按融资本金金额的每日万分之五计收违约金后已足以弥补 W 证券公司资金被占用期间的损失，W 证券公司再主张从该日起还应按照协议约定的年利

率计算利息，法院不予支持。H 公司关于不能合并计收违约金及利息的理由成立。

4. 本案评述

法院认为 W 证券公司自违约之日起按融资本金金额的每日万分之五计收违约金后已足以弥补 W 证券公司资金被占用期间的损失，不支持 W 证券公司再主张从该日起还应按照协议约定的年利率计算利息，虽然该判决有利于被告，但该逻辑有待商榷。

案例三：红塔资管与中恒汇志等股票收益权回购合同纠纷案^③

1. 原告关于预期收益及违约金的诉求

本案中，由于案涉合同约定了中安消股票下跌至平仓线时中恒汇志等具有相应的追加保证金或质押股票的义务，否则红塔资管有权要求中恒汇志等提前履行回购股票收益权义务和承担相应违约责任，因此红塔资管向法院起诉，诉求之一为中恒汇志等向原告支付股票收益权回购款，支付至实际清偿日止的预期收益、违约金。

2. 笔者团队相关答辩观点

（1）案涉合同关于收益率提高的约定实际为违约补偿机制，红塔资管无依据同时主张违约金，且各项违约金过高时，法院应按照实际损失调低违约金。

（2）在股票收益权回购日之前，可按照原约定收益率继续计算收益，自股票收益权回购日次日起，可按照同期银行贷款利率计算实际损失或违约责任。

3. 本案法院裁判观点

由于中恒汇志等未按照合同约定追加保证金或质押股票，红塔资管主张按照合同约定将股票收益率由 8%/ 年提高至 13.5%/ 年，符合合同约定并无不当，由于红塔资管主张的 13.5% 股票收益率加上日万分之五的违约金总体过高，为降低企业融资成本，本院对于合同到期之后超过年利率 24% 的部分予以调减。

4. 本案评述

笔者认为，本案判决支持红塔资管主张的年利率 24% 为限的收益率与违约金计算标准，符合我国立法对于违约金制度的设置采取“补偿为主，惩罚为辅”的原则，既尊重商业实践同时也注意平衡双方当事人利益。

案例四：A 证券公司与 B 公司关于股票质押式回

购纠纷仲裁案^④

1. 申请人关于预期收益及违约金的诉求

本案中，被申请人 B 公司以其持有的 X 股票作为质押，向申请人融资 3 亿元，此后申请人 A 证券公司告知 B 公司，X 股票价格多次跌破履约保障比例警戒线，在申请人发出预警通知和违约告知之后，被申请人仍未采取补仓或者任何回购措施，其承认已构成违约，申请人遂向华南国际贸易仲裁委员会提请仲裁，要求 B 公司偿还融资本金并支付利息、违约金等，涉及违约赔偿范围的问题。

2. 仲裁裁决观点

（1）双方争议的焦点问题之一是申请人是否有权既主张利息，又主张违约金。仲裁庭认为：一方面，案涉合同约定了当事人可以在主张逾期利息的同时主张违约金；另一方面，如果只允许申请人主张有限的违约金，势必不能弥补申请人所提供的资金被占用的损失；如果只允许申请人主张逾期利息，则与正常情况下的回购交易无异，不足以敦促被申请人及时纠正违约行为，恢复正常的商业秩序。因此，允许申请人向被申请人同时主张逾期利息和违约金，符合商业交易中的习惯做法，具有合理性和公平性。此外，仲裁庭认为被申请人在逾期回购期间仍占用申请人提供的融资本金，实质上同样获得了融资款的期限利益，应继续按照原来股票质押式回购交易业约定的回购利率，向申请人支付占用资金的利息。

（2）双方争议的焦点问题之二是申请人主张的违约金标准是否过高。被申请人主张基于《关于人民币贷款利率有关问题的通知》对违约金按照合同约定的年利率基础上加收 30% 进行调整不恰当，该文件作为部门规范性文件，主要用于规范政策性银行和商业银行的贷款利率行为；本案中，申请人虽然是金融机构，但并非使用自有资金从事贷款业务，而是作为管理人，使用第三方提供的资金为被申请人通过股票质押式回购交易解决资金融通问题，在性质上更符合民间借贷的特征。仲裁庭根据《合同法》第一百一十四条第（二）款规定认为对低于或过分高于损失的违约金，有权应当事人的请求进行调整。仲裁庭认为最高人民法院在《关于审理民间借贷案件适用法律若干问

题的规定》既尊重商业实践又注意平衡双方当事人利益的精神，认为逾期利息按照回购利率水平计算，与违约金利率相加总水平以不超过 24%/ 年为宜。

3. 本案评述

本案中，笔者认同仲裁庭观点，在股票质押式回购交易的情形下，设置高于一般贷款罚息利率的违约金比例，以敦促融资方在违约时加快采取补救措施，有效降低出资方风险并维护资本市场的稳定，具有一定的合理性。尽管股票质押式回购交易设置较高的违约金具有正当性，但总体上应遵循违约金以补偿性为主、惩罚性为辅的属性，要既尊重商业实践又要注意平衡双方当事人利益。因此仲裁庭综合考虑逾期利息和违约金两项救济措施对申请人的保障程度，认为两项相加的利率总水平以不超过 24%/ 年为宜，符合当下裁判主流观点。

三、结语

根据笔者团队代理的上述资管类纠纷案件及其他同类案件经验，风险准备金性质将被推定为违约金，通常情况下资金融出方损失即资金占用损失，酌情确定按中国人民银行同期同类贷款基准利率的标准，对计算标准过高的风险准备金利率水平予以调整。

我国立法对于违约金制度的设置采取“补偿为主，惩罚为辅”的原则，本着既尊重商业实践又注意平衡双方当事人利益的精神，在案涉争议出现预期收益 / 利息、风险准备金及违约金叠加时，在案涉合同作出明确约定的前提下，法院或仲裁委倾向于支持资金融出方按照预期收益率 / 回购利率计算预期收益 / 利息，可同时主张违约金，但预期收益 / 利息与违约金计算的利率相加总水平以不超过 24%/ 年为宜，否则可予以相应调减。

案例二中法院未支持 W 证券公司主张违约之日起可要求资金融入方按照协议约定的年利率计算利息，认为 W 证券公司自违约之日起按融资本金金额的每日万分之五计收违约金后已足以弥补 W 证券公司资金被占用期间的损失，该判决为个例，逻辑有待商榷。

至于预期收益 / 利息将被支持计算至资管计划到期终止日或实际支付日，法官将结合自由裁量权，基于合同对预期收益 / 利息计算起始日、终止日等是否有明确约定及个案中其他相关情况作出不同认定。

② 一审广东省高院，已上诉至最高院

③ 一审浙江省高院

④ 载于深圳国际仲裁院 / 华南国际贸易仲裁委员会《金融纠纷调解指南与典型案例选编》第三辑

如何全面审查行政协议

○郑泽敏 吴蔼怡 北京大成（深圳）律师事务所



本文主要结合笔者的实务经验及司法案例，从行政协议的含义、判断标准、审查依据和审查内容四个方面对如何全面审查行政协议进行重点分析，同时对行政协议审查的八个审查要点进行针对性的详细解读。

一、行政协议的含义

行政协议是指行政机关为了实现行政管理或者公共服务目标，与公民、法人或者其他组织协商订立的具有行政法上权利义务内容的协议^①。这里所说的“行

政法上的权利义务”是指行政法律法规调整的因行政活动而形成或产生的各种权利义务。比如，政府特许经营协议、土地征收补偿协议、政府保障房买卖协议属于典型的行政协议，而公务协助协议、政府采购合同则为典型非行政协议。行政协议是一个矛盾的结合体，一方面具有合意性的基本特征，即双方需协商一致，另一方面又具有鲜明的行政性，比如必须有一方主体是行政机关，在协议的变更和解除中，行政机关享有行政优益权^②。

行政协议一般包括以下要素：（1）协议有一方当事人必须是行政主体；（2）该行政主体行使的是行政职权；（3）协议目的是为了实现社会公共服务或者行政管理目标；（4）协议主要内容约定的是行政法上的权利义务关系。

二、行政协议的判断标准

一是形式标准，也是主体标准，即它发生在具有行政职权、履行行政职责的机关和组织与行政职权所作用的公民、法人或者其他组织之间。

二是实质标准，亦即行政协议的内容标准，行政协议的内容为行政法上的权利义务，取决于以下三方面：一是是否行使行政职权、履行行政职责；二是是否为实现公共服务或者行政管理目标；三是在协议或者法律上是否规定了行政机关的优益权。其中，行使行政职权、履行行政职责及行政机关具有优益权构成了行政协议的重要内容。

三、行政协议的审查依据

行政协议既有行政性又有合同性，是行政性和合同性的创造性结合。行政协议因协商一致而与民事合同接近，但又因其为实现行政管理和公共服务的一种方式而具有行政性而有别于一般民事合同；行政协议虽因行政性享有一定的行政优益权，但因其合同性而要求作为行政协议一方当事人的行政机关仍应遵循平等、自愿、公平、诚实信用、依约履责等一般合同原则。

《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》第二十七条规定：“人民法院审理行政协议案件，应当适用行政诉讼法的规定；行政诉讼法没有规定的，参照适用民事诉讼法的规定。”人民法院审

理行政协议案件，可以参照适用民事法律规范关于民事合同的相关规定。

因此，对行政协议进行审查时，应优先适用行政法律规范，在行政法律规范没有规定时，才根据具体情况选择适用相关的民事法律规范。当行政法律规范与民事法律规范相冲突时，应以行政法律规范为准。当出现法律漏洞时，在穷尽行政法律规范与民事法律规范后，可以适用行政法原则来填补空缺，也可以依据民事法律原则类推适用于行政协议。

同时，《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》第十二条规定：“行政协议存在行政诉讼法第七十五条规定的重大且明显违法情形的，人民法院应当确认行政协议无效。人民法院可以适用民事法律规范确认行政协议无效。”行政协议作为体现双方协议的产物，可在不违反行政诉讼法的情况下适用民事法律规范中关于合同效力的规定，即依照《中华人民共和国合同法》第五十二条进行判定^③。

四、行政协议的审查内容

对行政协议的审查一般从合法性和合理性进行审查。

合法性审查，主要是对行政协议进行合法性论证，审查行政机关是否严格按照法律规定的范围、方式、内容、程序及权限作出行政行为。在审查行政协议的合法性时，可参考人民法院对行政协议案件进行合法性审查的几个角度进行审查，包括行政机关订立、履行、变更、解除行政协议的行为是否具有法定职权、是否滥用职权、适用法律法规是否正确、是否遵守法定程序、是否明显不当、是否履行相应法定职责等^④。

合理性审查，是对行政机关行使裁量权所作出的行政行为进行审查，行政机关行使行政裁量权既需要

^①参见《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》第一条。

^②行政优益权，是指行政机关在行政协议中所享有的指导权、检查监督权、单方变更解除权和惩治权等权利。

^③参见最高人民法院（2019）最高法行申10466号行政裁定书。

《中华人民共和国行政诉讼法》第七十五条规定：“行政行为有实施主体不具有行政主体资格或者没有依据等重大且明显违法情形，原告申请确认行政行为无效的，人民法院判决确认无效”。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉的解释》第九十九条有下列情形之一的，属于行政诉讼法第七十五条规定的“重大且明显违法”：

（一）行政行为实施主体不具有行政主体资格；（二）减损权利或者增加义务的行政行为没有法律规范依据；（三）行政行为的内容客观上不可能实施；（四）其他重大且明显违法的情形。

《中华人民共和国合同法》第五十二条规定：“有下列情形之一的，合同无效：（一）一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；（二）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；（三）以合法形式掩盖非法目的；（四）损害社会公共利益；（五）违反法律、行政法规的强制性规定。”

^④参见《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》第11条。

满足合法的要求，还必须满足合理适当的要求。允许行政机关拥有行政裁量权，其根本目的在于提高行政管理的效率，并不等于承认“行政裁量本位”，行政裁量行为仍须受制于法的一般原则、精神，符合一般法理，坚持在授权的同时加以合理限制^⑤。

以下笔者主要结合工作经验及司法案例，对审查行政协议的八个要点进行分析。

（一）签订行政协议的行政机关主体是否合法，是否超越职权

行政主体是订立行政协议的发动者，行政主体签订的行政协议必须是与其依法享有的行政职权密切相关的协议，故行政主体越权签订的行政协议无效。行政机关是最主要的行政主体，其他依法被授权的组织也可以成为行政主体。另外，行政主体除了具有相应的职权外，还需享有相应的地域管辖权和级别管辖权，否则也将缺乏职权合法性基础。

在实务中，笔者审查了《关于某某区排水设施运营管理特许经营协议（征求意见稿）》，其中对深圳市某某区水务局是否有权作为授权主体和签约主体进行判断时，笔者认为某某区水务局在取得某某区人民政府授权的前提下，有权作为授权主体和签约主体，依据如下：《深圳市排水条例》第 50 条规定：“市人民政府或者其授权的市水务主管部门应当依照《深圳市公用事业特许经营条例》的规定，与排水设施特许经营经营者签订特许经营协议。”《深圳市公用事业特许经营条例》第 7 条规定：“特许经营的授权主体是市政府”，第 59 条：“区人民政府投资建设或者负责管理的公用事业，实行特许经营的，参照本条例执行。”

（二）行政协议的相对人是否具有相应的民事行为能力，是否具有相应的资质和实际履行能力

行政协议的相对人不仅需具备签约、履行合同的权利能力和行为能力，还必须具有实际履约能力。另外，满足相对人的一般条件外，还要满足履行行政协议所必需的特殊要件，如具备协议所需要的设备、资金、技术和人才等。

同样，笔者审查的《关于某某区排水设施运营管理特许经营协议（征求意见稿）》，在判断深圳市某某排水有限公司是否符合签约主体条件，出具的法律意见认为：《深圳市排水条例》第 48 条第 2 款规定：“现有污水处理厂及管网等排水设施的特许经营者，注册资本不得低于承包设施年运行总成本的百分之五十，经营期限不得超过八年。”因此，建议核实深圳市某某排水有限公司是否满足上述条件。

（三）行政协议的内容是否合法（合法性论证）

《中华人民共和国行政诉讼法》第六十三条规定：“人民法院审理行政案件，以法律和行政法规、地方性法规为依据，参照规章。”律师、法务人员在审查行政协议时，为了解决行政协议中的具体、实际问题，还需审查行政协议内容是否与规范性文件、政策相冲突，并建议行政机关参考规范性文件、政策规定适当调整相应内容。

更重要的是，在进行合法性论证发现合法性存疑时，应尽可能为行政机关（行政首长）决策提供可行性方案，或从法律风险大小等角度为行政机关（行政首长）分析最优选择、倾向性意见，而非简单粗暴进行合法性批判。

在实务中，笔者审查的《深圳市某某区人民政府与某某集团关于合作运营某某综合医院的协议》中第 8 条约定特殊医疗及 VIP 医疗床位占据医院整体床位不超过 50%。笔者审查后出具法律意见认为，该条规定不符合《深圳市发展和改革委员会关于规范我市公立医疗机构特需医疗服务价格管理的通知》第 3 条的规定^⑥，建议参考上述规定、其他公立医院的现状及某某综合医院的实际设施进行调整。

（四）行政协议的订立是否经过法定程序，行政特许经营等协议是否符合公开、平等竞争原则

行政程序的公正与合法，直接关系到实体内容的合法与合理。审查行政协议，亦应注重对协议的缔结程序和方式进行审查。如审查行政主体缔结协议是否采用公开招标、拍卖、邀请发价、直接磋商等方式；尤其对采用直接磋商订立协议的，审查是否有监督部

门和有关单位参加。

（五）行政协议中约定优益权是否合法

行政机关在某些行政协议中享有优益权，比如单方的监督权、变更权、解除权、终止权、制裁权、解释权以及法律、法规规定或合同约定的其他权利，这些优益权是行政主体出于公共利益需要为实现行政公务目的而享有的特权，但特权同时也意味着可能损害相对方的正当权益，这些特权的行使可能超出了行政协议如约履行的限制，使相对人失去了善意信赖。因此，在审查行政协议时，需考虑协议中的优益权是否确实为了实现公共利益。

笔者在审查《关于某某区排水设施运营管理特许经营协议（征求意见稿）》中出具的法律意见指出：特许经营协议第 62 条第 1 款约定，“乙方在经营过程中未经甲方书面批准，擅自转让全部或部分股权的，视为乙方根本违约，甲方可以直接解除本协议、收回特许经营权，由此产生的一切损失由乙方承担”，该条效力有待商榷。《特许经营协议》在性质上属于行政协议，仍应当遵守依法行政原则，在对行政相对人施加合同义务的同时，仍然要遵循相关的法律法规，做到有法可依，不得以协议的形式变相突破相关规定。

《深圳市公用事业特许经营条例》第 55 条第 2 款规定：“经营者有下列情形之一的，市政府应当责令其限期改正，逾期未改正的，撤销其特许经营权：…（二）因转让股权而出现不符合特许经营协议约定的授权资格条件的；…”因此即便乙方转让股权的行为未经过甲方批准，但只要仍满足特许经营协议及相关行政许可的条件，甲方仍然不宜直接行使解除权，而应当及时与乙方进行沟通，确保股权变更不会对协议的继续履行造成影响，若乙方股权变更后确实对协议的履行造成了不利影响进而产生了其他违约行为，甲方可再考虑追究乙方违约责任直至解除协议。

（六）行政协议的内容是否完备、可行

安徽省安庆市中级人民法院 (2017) 皖 08 行辖终 1 号案中指出：安庆市国土资源局与安庆市迎春房地产开发有限公司签订国有土地使用权出让合同，是依

法行使国家土地行政管理职权的行为。一审法院认定该国有土地使用权出让合同系行政协议，双方在行政协议中约定的仲裁条款为无效条款正确^⑦。案例要点系行政协议中约定的仲裁条款为无效条款，其法律依据是《中华人民共和国仲裁法》第二条：“平等主体的公民、法人和其他组织之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷，可以仲裁。”

《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》第二十六条：“行政协议约定仲裁条款的，人民法院应当确认该条款无效，但法律、行政法规或者我国缔结、参加的国际条约另有规定的除外。”

笔者在实务中审查的《深圳市某某区人民政府与某某集团关于合作运营某某综合医院的协议》注意到，该协议第十四条约定：“双方在合作过程中发生的争议，以友好协商的方式解决。若自任何一方书面提出协商请求之日起 30 天内，争议未能解决，请求方应将争议提交华南国际经济贸易仲裁委员会仲裁解决。”因此，笔者审查后出具的法律意见认为：协议目的及内容（第 3、4、7、8 条）均含有政府管理职责，不建议将其提交给专门处理民商事争议的商业仲裁委解决，故建议将第 14 条第 1 款中提交华南国际经济贸易仲裁委员会仲裁解决改为提交有管辖权的人民法院解决。

（七）行政协议的用语是否具体、明确

为了使行政相对人能够全面、适当地履行合同，实现行政目的，预防纠纷的发生，行政协议用语的定义应当明确，并尽量可以量化操作，如使用“左右”“大约”“相当”等模棱两可的副词时，建议修改。

笔者在审查《深圳市某某区人民政府与某某集团关于合作运营某某综合医院的协议》注意到，协议中部分内容过于宽泛，容易产生争议，因此在出具的法律意见中建议结合卫生部门的意见对“重大损失”“严重影响”“重大安全生产事故”等名词进行详细解释。

（八）行政协议是否存在其他无效的风险

行政协议中有下列免责条款的，该条款存在无效风险：1. 造成对方人身伤害的；2. 因故意或者重大过失造成对方财产损失的^⑧。

⑤参考谢凤林：《行政协议案件审查标准研究——以判决方式的合理化选择为目的》，西南政法大学硕士学位论文。

⑥《深圳市发展和改革委员会关于规范我市公立医疗机构特需医疗服务价格管理的通知》第 3 条：“开展特需医疗服务原则上应在划定的相对独立区域集中开展，单独管理。公立医疗机构提供特许医疗服务的比例不得超过全部医疗服务的 10%，其中特需病区配备的床位数不得超过医疗机构实际床位的 10%。”

⑦参见 (2017) 皖 08 行辖终 1 号行政裁定书

⑧《合同法》第五十三条 合同免责条款的无效合同中的下列免责条款无效：（一）造成对方人身伤害的；（二）因故意或者重大过失造成对方财产损失的。

房产代持常见纠纷处理 实务分析与立法建议

○郑平 广东广和律师事务所

房产代持（借名买房）是指实际出资人以名义购房人的名义购买房产并登记为产权人，由实际出资人支付全部购房款、按揭贷款及承担转让税费、中介佣金等交易房产过程中发生的费用，实际出资人享有所购房产所有权的一种法律行为。在房地产市场欣欣向荣的情况下，不少人出于限购政策、税费及规避婚姻、继承、

债务等风险的考虑，将购买的房产登记在他人名下。

近期，笔者团队接到大量因房产代持引发纠纷的咨询，借此机会整理出常见的四种房产代持纠纷类型，为年轻律师处理此类纠纷提供建议，期待能够帮助年轻律师精准找到案件切入点，准确适用法律，取得案件胜诉或者取得满意的代理效果。

一、司法实践中常见的四种类型房产代持纠纷案件的法律分析

实践中常见的代持纠纷有：代持人否认存在代持关系，拒绝交回代持房产；代持人对外举债未偿还，导致房产被查封、拍卖，损害出资人利益的纠纷；代持人否认存在代持关系，擅自处分房产（如出售、抵押、租赁等事实上或法律上处分的行为）纠纷；出资人未及时偿还房贷或者其他以代持房产为抵押物的贷款，导致代持人被银行起诉。

（一）关于代持人否认存在代持关系，将代持房产据为己有，双方发生所有权纠纷的处理

根据《物权法》第十七条，不动产权属证书是权利人享有该不动产物权的证明，不动产的权属情况应以不动产登记簿记载的内容为准。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国物权法〉若干问题的解释（一）》第二条规定：当事人有证据证明不动产登记簿的记载与真实权利状态不符、其为该不动产物权的真实权利人，请求确认其享有物权的，应予支持。

不动产物权原则上以登记为准。房产代持协议实际上是代持人与实际出资人之间的债权合意，其效力主要体现在对内的效力上，对外不具有物权效力，不能直接引起物权变动。如果名义代持人否认存在代持关系，拒绝交回代持房产，出资人可以依据双方签订的代持协议及其他付款凭证等证据材料向法院提起确权之诉，要求确认代持房产归出资人所有。

应当注意的是，对于实行限购令的城市（北京、上海、深圳等），人民法院通常会要求请求确认产权的原告打印一份无房证明或者其他根据当地限购政策允许拥有争议房产权的相关证明。如果原告无法提供上述证明，即所有权转移事实上无法履行，法院不会支持确权。比如《北京市高级人民法院关于审理房屋买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的指导意见（试行）》第十五条规定，当事人约定一方以他人名义购买房屋，并将房屋登记在他人名下，借名人实际享有房屋权益，借名人依据合同约定要求登记人（出名人）办理房屋所有权转移登记的，可予支持。但是，该房屋因登记人的债权人查封或其他原因依法不能办理转移登记，或者涉及善意交易第三人利益的除外。

因此，没有购房名额的出资人只能请求人民法院

准予解除委托购房关系，判决代持人返还购房款及赔偿损失。

（二）关于代持人因个人债务被其他债权人查封房产的案件处理

已登记的不动产，人民法院按照不动产登记簿判断权利人。如果代持人因外债违约导致代持房产被司法查封，或者代持人与他人虚构债务恶意导致代持房产被人民法院查封，即使实际出资人以案外人的身份，向执行局提出执行异议并提供房产代持协议等相关证据证明房产不属于代持人所有的事实，要求解除查封的，基本上是被人民法院驳回诉讼请求。如果异议人再提起执行异议之诉，通常也会被驳回诉讼请求。

《最高人民法院关于执行权合理配置和科学运行的若干意见》第二十六条规定：“审判机构在审理确权诉讼时，应当查询所要确权的财产权属状况，发现已经被执行局查封、扣押、冻结的，应当中止审理；当事人诉请确权的财产被执行局处置的，应当撤销确权案件；在执行局查封、扣押、冻结后确权的，应当撤销确权判决或者调解书。”司法实践中，人民法院审理确权纠纷的案件前，一定会让原告提交涉案房产的产权登记信息（包括产权人情况、抵押情况和查封情况），对于已经被司法查封的房产，人民法院会根据案情裁定中止审理或者撤销案件。因此，代持房产被人民法院司法查封后，出资人请求人民法院直接给予确认产权已经不现实。对于代持的房产已经被司法查封的情况，除非出资人能够与查封申请人达成和解并解除查封的，我们均建议出资人请求人民法院准予解除委托购房合同、判决代持人退回购房款并承担违约责任。

（三）关于代持人擅自处分房产（如出售、抵押、租赁等事实上或法律上处分的行为）的处理

代持人作为不动产权属证书上登记的所有权人，可自行抵押、出售、赠与该房产给其他第三方，无须经过出资人的同意，不动产登记中心、其他第三方也不会去查询是否存在房产代持的情况。关于代持人擅自处分房产的案件要根据案情发展情况来确定诉讼请求和代理切入点。

1. 对于代持房产已经抵押成功或者过户到第三人名下，抵押权人、受让方系善意且支付了合理对价，符合《物权法》第一百零六条善意取得制度的构成要

件，那么，抵押合同和房产买卖合同是有效的。在没有清偿抵押权人的债务之前，人民法院不能直接判决确认产权归出资人所有，否则必然侵犯到抵押权人的合法权益。实际购房人也无法对抗善意第三人取回房屋。实际出资人只能起诉代持人解除委托合同，而不能起诉确认产权。

2. 对于代持房产已经抵押或者已经过户到第三人名下，抵押权人、受让方与代持人可能存在串通损害出资人的情形，出资人可向人民法院申请通知抵押权人、受让方参与庭审，查明抵押合同、买卖合同是否有效。

3. 如果代持房产被抵押但抵押登记尚未办理或者未办理成功，出资人可以请求人民法院确认代持房产归其所有，或者请求法院判决代持人配合房产过户到出资人名下。

4. 如果代持房产被出售但尚未完成过户，出资人可以及时起诉并请求人民法院采取财产保全措施，限制其抵押、过户。

5. 对于代持人擅自出租的问题，也涉及承租人是是否属于善意第三人的问题。如果承租人是善意的，且已经办理租赁备案手续，出资人可以请求人民法院确认代持房产归其所有或者请求法院判决代持人配合房产过户到其名下，但是根据买卖不破租赁的原则，出资人成为代持房产的产权登记人后，必须承接原租赁合同上的权利和义务。

（四）关于出资人未及时偿还房贷或者其他以代持房产为抵押物的贷款，导致代持人被银行起诉纠纷的处理

代持人应注意保存好代持协议，一旦出资人未按时偿还银行贷款，代持人可以根据代持协议的约定，起诉出资人，要求其履行合同约定义务并承担违约责任，如人民法院判决后出资人仍拒不履行，代持人有权将其所代持的房产出售，结清银行债务，所剩款项用于抵偿因出资人的违约行为给代持人所造成的经济损失。如果代持人没有代持协议，应及时处理房产，防止自己的征信受损。

二、律师具体代理案件过程中应注意的事项

（一）收集证据

1. 在房产代持纠纷的代理中，双方签订的《房产

代持协议》是首要证据；

2. 应收集购房定金、首付款、月供款、税费、中介佣金等出资凭证（如银行卡、微信、支付宝转账凭证，收据、发票等）；

3. 如果是有偿代持，可以提供相关支付凭证；

4. 实际出资人已经实际占有和使用争议房屋的，应提供实际交付了该物业管理费、水电等费用的支付凭证。

（二）庭前准备

代理出资方务必对出资过程了如指掌。在向出资方了解案情时，务必做一份全面详尽的询问笔录，记录代持协议（合同）的签订、购房合同的签订、房屋税费的缴交情况、银行贷款的偿还情况、房屋的交付使用情况以及发生纠纷时房产占有情况等等，越全面越好。

（三）庭审把控

庭审中，一审要围绕是否存在委托购房关系，购房款是否实际支付等案件主要情况展开举证，不要在一些细枝末节上纠缠太多。

（四）提交代理意见

近年来，我国诉讼案件量出现爆炸性增长，法官每个月审理的案件多而杂，不可能对每个案件的庭审情况记得很清楚，而庭审笔录也不可能将代理律师当庭发表的代理意见记得十分详尽，代理律师庭后一定要书写一份详细的代理词。一份好的代理词可以帮助法官审清案件事实，甚至对判案起到一定的作用。

三、建议由最高人民法院针对房产代持纠纷作出司法解释

房产代持行为涉及物权、债权、执行等多重问题，但我国目前没有明确的法律、法规或者司法解释规定房产代持行为，关于房产代持的规范散见于《合同法》中关于委托合同的规定、最高人民法院的某些司法解释中的规定以及地方法院关于房产代持纠纷处理的指导意见。如今，因房产代持引发的纠纷数量增多，法律适用存在困境，最高人民法院针对房产代持案件作出统一司法解释具有迫切性。如能及时出台相关司法解释有助于裁判者厘清裁判思路，统一裁判尺度，避免出现相同案情或者类似案情因为法官不同而出现截然不同的判决的情况。

深圳营商条例生效后，各单位预选库制度研析

○胡媛 泰和泰（深圳）律师事务所

深圳市近年在（小型）建设工程、政府采购、单位内控等领域，预选库制度及各类预选库比较常见，普遍存在。《深圳经济特区优化营商环境条例》（下文简称“深圳营商条例”）已于2021年1月1日实施，其中第二十二条规定^①：“保障各类市场主体平等参与政府采购和政府投资工程招标投标竞争，不得实施下列行为排斥潜在投标人……（二）设立预选供应商名录……”。如何理解该条规定？各单位预选库何去何从？预选库如果也是经过公开招投标建立的，是否可以予以区别对待？预选库废止，依据预选库制度签署的有关合同的效力如何？这一系列骤然摆在眼前的问题，笔者尝试予以梳理。

一、深圳营商条例第二十二条的立法背景和立法本意

深圳营商条例聚焦并着力解决的是市场主体全生命周期重点环节，尤其是政府部门不得实施歧视性行业准入、资质标准、产业促进、政府采购、公用事业服务等措施。

在立法之前和立法前评估、征求意见阶段，市场主体反映强烈的具体问题之一就是政府部门设立预选库、预选供应商名录，导致库外企业无法参加工程招标投标的问题。因此，深圳营商条例第二十二条用禁止

性的立法语言明确规定了不得设立预选供应商名录，因为这属于排斥潜在投标人的行为之一。

该立法本意是为了解决政府采购和政府投资工程招标投标的准入及公平竞争问题。

有人可能会有疑问：预选供应商名录或者工程预选库，当初建立时并非随意而建，也是经过公开招标方式而择优招来的一批供应商/入库单位，这其实在某种程度上体现了公开公平公正的本意，这类预选库，是否不应该一废了之，可以区别对待予以保留？

笔者认为，虽然当初建库的方式是公开招标，但招标过程中设置的资格条件是否完全平等无歧视地对待了各类市场主体，不得而知；其次，当初的建库或建库所依据的规范性文件，是否经过了公平竞争审查，有待落实；最后，也是最关键的，各类市场主体所处的历史时期，是动态的，也就是俗话说的彼一时此一时，外部的法律规范、营商环境会发生变化，市场主体本身的类别、规模、实力、经营范围、竞争意愿都有可能发生变化，若用一个固化的预选库放在一个动态的变化的市场经济中，显然会排斥一部分具备良好成长性的市场主体，不利于鼓励市场主体的竞争意愿、更不利于打造公平竞争的营商环境。

故深圳营商条例第二十二条可以理解为一刀切，并没有“留口子”，无论是何种方式建立的预选库，

^①《深圳经济特区优化营商环境条例》第二十二条：保障各类市场主体平等参与政府采购和政府投资工程招标投标竞争，不得实施下列行为排斥潜在投标人：（一）事先确定供应商名单；（二）设立预选供应商名录；（三）采用摇号、抽签等随机方式确定中标、成交供应商；（四）设置超出采购目的的资质、规模、注册地等非必要条件。

都是违反该规定的。

二、小型建设工程领域的预选库制度及预选库的相关问题

根据《招标投标法》及我国国家发展和改革委员会令第16号《必须招标的工程项目规定》，国有资产投资的建设项目，达到以下标准必须招标：施工单项合同估算价在400万元人民币以上；重要设备材料等货物的采购，单项合同估算价在200万元人民币以上；勘察设计监理等服务的采购，单项合同估算价在100万元人民币以上。换言之，该标准以下的建设工程（含施工、与工程相关的重要设备材料的采购、勘查设计监理等服务的采购，为方便表述，下文统称为“小型建设工程”或“小型建设工程项目”），从法律法规层面来讲，是不需要公开招标。

但是，各基层政府部门以及履行建设工程、建筑市场监管职责的住房和城乡建设主管部门，为了进一步规范小型建设工程的发包，也为了避免廉政风险，往往会通过行政机关规范性文件或者单位内控文件的方式，制定相关的预选库制度。下面笔者以曾承办的深圳市某区住建局的预选库规范性文件及配套工作细则为例，阐述其在深圳营商环境条例生效后的处理路径。

（一）小型建设工程的预选库制度是否须废止？

根据《关于建设工程招标投标改革的若干规定》（深府〔2015〕73号文），某区人民政府于2019年1月2日印发《建设工程预选库管理办法》，规定“小型建设工程”若达到相关标准（例如施工单项合同估算价50万元以上）必须通过预选库方式发包、预选库的设立必须通过公开招标方式进行、预选库设立后实行动态管理等，某区《建设工程预选库管理办法》颁布并施行至今，各建库单位、用库单位、入库单位均反响良好。

关于某区《建设工程预选库管理办法》，我们首先从行政法的范畴分析，因该办法属于行政机关规范性文件，根据下位法不能违反上位法的核心原则，它是不能违反国家法律法规、深圳地方性法规以及上级政府的规范性文件的。目前来看，该办法的整体制度设计与实施是与其上位法《深圳经济特区优化营商环境条例》的第十九条、二十二条相抵触的。因此对某区《建设工程预选库管理办法》及其配套文件，当初

的起草部门应该尽快依照法定的程序提请废止。

（二）小型建设工程入库协议的效力如何？

规范小型建设工程发包的制度和方式（包括预选库制度）是属于行政监管的范畴，但是，关于某一个预选库或者某一个通过预选库正在发包流程之中的子项目，是否需要叫停，我们还要在民法的范畴进行分析。

某一个具体的预选库的建立，如果是采用公开招标的方式而建，并且招投标结束后依法与中标单位（一般也就是入库供应商）签订录入预选库的中标合同/入库协议，那么该建库单位（也就是预选库招标项目的招标人）与入库供应商（也就是预选库招标项目的中标人）是民法范畴的平等的民事主体，双方的招投标行为是平等的民事主体之间的民事行为，适用的是民法范畴的法律法规（包括但不限于《民法典》）。该民事行为无效方可解除合同，从而停止履行该入库协议。

关于民事行为无效的认定，2021年1月1日实施的《民法典》第一百五十三条规定：“违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效。”此处的“法律、行政法规”并不包括地方性法规、行政规章。而《深圳经济特区优化营商环境条例》属于深圳市人大颁布的地方性法规，也就是说，违反《深圳经济特区优化营商环境条例》的强制性规定并不必然导致合同（包括入库协议）的无效。

那么，既然入库协议有效，是否意味着“应该”继续使用原预选供应商库？笔者认为不能一概而论，入库协议有效，说的是合同效力，继续使用原预选供应商库说的是合同（入库协议）的履行，两者并非同一个概念。到底应不应该继续使用原预选供应商库，取决于合同的具体约定（此处“合同”为广义，不仅包括双方签订的入库协议，还包括之前的招标文件）。正因如此，深圳市住房和城乡建设局《关于反馈有关预选招标条款适用性情况的复函》中第二点内容的文字表述为——“可”根据招标文件的有关约定，继续使用至招标文件约定日期。

（三）预选库是否可继续使用？

如果需要进一步通过区分各种可能的常见的招标文件/入库协议的具体内容来判断某个具体的预选供应商库是否继续使用，则：

1. 如果招标文件/入库协议中，招标人/建库单

位明确承诺中标人预选供应商入库后在某个期限内能够承接的工程（含工程服务）的数量或者相关子项目累计金额，那么确实需要按照该约定继续履行。目前深圳市住房和城乡建设局给宝安区住房和城乡建设局（抄送全市各区住建局）《关于反馈有关预选招标条款适用性情况的复函》中的第二点亦有明确表述：“对于已经建立的预选供应商库，建库单位可根据招标文件的有关约定，继续使用至招标文件的约定日期，到期后不得再延期。”

2. 如果招标文件/入库协议中，招标人/建库单位并未明确承诺中标人预选供应商入库后在某个期限内能够承接的工程（含工程服务）的数量或者相关子项目累计金额，那么笔者倾向于将这种入库理解为一种资质，留待某一个时段（固定或不固定）的某个子项目发包时，其可享有的一种相对排他权，但这个可能发包的子项目，并不确定有或无、多或少、此或彼。这种情况下，停用预选库，并不意味着违约，不履行合同义务，也就是说，建库单位是可以马上停用预选库的。

政府住建部门废止预选库制度，停用预选库之后，下一个紧随而至的问题就是：预选库一度之下，在《必须招标的工程项目规定》范围之外的小型建设工程，会一放就乱吗？结合财政部2020年6月16日的一份复函文件，我们可知道答案是否定的。

三、政府采购领域的衔接及预选库制度

2020年6月16日财政部国库司给四川省财政厅（抄送全国各财政厅）的《关于政府采购工程项目有关法律适用问题的复函》（财库便函〔2020〕385号）明确表述：根据《中华人民共和国政府采购法》及其实施条例有关规定，工程招标限额标准以上，与建筑物和构筑物新建、改建、扩建项目无关的单独的装修、拆除、修缮项目，以及政府集中采购目录以内或者政府采购工程限额标准以上、工程招标限额标准以下的政府采购工程项目，不属于依法必须进行招标的项目，政府采购此类项目时，应当按照政府采购法实施条例第二十五条的规定，采用竞争性谈判、竞争性磋商或者单一来源方式进行采购。

该文件中提及的“政府集中采购目录以内或者政府采购工程限额标准以上”，在深圳市，根据《深圳市2021-2022年政府集中采购目录及限额标准》，即为“货物、服务、工程类项目……100万元”以上。

也就是说，某项国有资金建设工程项目，若其在《必须招标的工程项目规定》所列标准以下、在100万元以上，则一律不再属于住建部门主管其招标投标事宜，而属于财政部门主管的政府采购领域。上述建设工程项目的发包，其路径应按政府采购的法定方式和程序进行，公开招标、竞争性谈判或者单一来源采购。若在100万元以下，则可自行发包/自行采购。

财政部门主管的政府采购领域，在深圳市，也因深圳营商条例的生效实施而不得再采取预选库的方式，无论金额大小。关于这一点，目前深圳市各区财政部门已陆续发文。例如，深圳市南山区财政局已于2020年12月7日发布《关于取消政府采购预选库审批事项的通知》。

如果进一步深究，100万元以下可以自行发包/自行采购，是否就没有任何约束，无规可依呢？一般还是需要遵照单位内控制度。

四、预选库所涉及的单位内控制度

深圳营商条例的适用范围是“深圳经济特区优化营商环境工作”，而优化营商环境工作的责任主体是政府。同时，第二十二条也明确指出了其规定的范围是“政府采购和政府投资工程”两大领域。换言之，很多国有企业的自主采购事项和非政府投资工程项目则不受此限。故本文中所指的单位，是指政府部门及其派出机构，以及涉及政府投资工程的事业单位或国有企业。例如街道办、派出所、城管局、工务署、公立医院等。

单位内控制度，实则属于广义的合规范畴。如果单位有相关的预选库制度或者任何类别的预选库/预选供应商名录，则应尽快废止，否则违反深圳营商条例，若有上级部门关于营商环境的评价、考核，也会成为扣分原由。

对100万元以下的货物、服务、工程类项目，仅从“不违法”的层面来讲，单位均可以直接发包/采购。但是从完善单位内部管理的层面，笔者建议有必要制定相关的内控制度，可以在0-100万元之间划一个内部标准，不同类别的项目可以划不同的标准，标准之上的项目逐一进行公开招标，标准之下的项目，为兼顾效率，可以批量招标，也可以竞争性谈判、单一来源采购，或者直接发包/采购。

贬值率定损法

在水路货物运输合同纠纷中的适用探析

○丘彪山 张艺 上海市锦天城（深圳）律师事务所

国内水路运输途中因承运人原因发生货损，此时货物的市场价值发生波动，承运人的赔偿责任该如何确定？承运人是否应该承担货物市场价值波动引发的责任？

最高人民法院（2013）民提字第6号公报案例明确，在海上货物运输合同货损赔偿纠纷，适用《中华人民共和国海商法》（以下简称《海商法》）及货物市场价值下跌的情形下承运人对责任期间货物损坏的赔偿额应采用货物贬值率的计算方式，认定涉案货物的赔偿额，以排除市场价格波动对货损赔偿额的影响，符

合《海商法》第55条的立法精神，具有合理性。

但是，水路货物运输合同纠纷不适用《海商法》第四章海上货物运输合同的规定，而应适用合同法等的规定。在适用合同法及货物市场价值上扬的情形下，贬值率定损法是否仍然适用，存在一定的争议。

笔者通过承办的两宗海上货物运输合同纠纷案，结合合同违约赔偿之因果联系规则及合理预见规则，认为从平衡船方与货方的利益出发，在水路货物运输合同纠纷中，货物市场价值上扬或下跌的情形下，均应采用贬值率定损法来计算货物的实际损失。

一、问题由来：直接相减定损法的不合理性

2017年6月30日，永盛公司作为卖方，与江苏沙钢集团签署硅锰合金买卖合同，数量为2500吨，含税单价每吨6800元，货物总价为1700万元，运输方式水运，交货地点沙钢。2017年7月1日，永盛公司就上述货物向平安广西分公司投保国内水路、陆路货物运输保险。之后永盛公司将上述货物交由玉龙船务公司进行运输，玉龙船务公司安排名下的“新宝泰1”轮进行运输。2017年7月3日，“新宝泰1”轮航行至北海涠洲岛北面水域发生事故后沉没，船载货物全部随船沉没。2017年7月30日，船载货物被全部打捞。此时硅锰合金的市场价值已经上涨到7300~7550元每吨。货损因浸水受损，经询价招标，最终以6630元每吨出售给第三方。

此种情形下的货损金额如何计算？若采用通常情况下货物损失的计算方法——直接相减法，则为425000元^①。该种计算方式貌似没有问题，但是我们试举两个例子，即能清晰确认该种计算方式的不合理性。

例一：假设前述受损货物最终以7300元每吨出售给第三方，则货损金额为-125万元^②，此时货方并未有任何损失，反而因该次沉船事故获得了额外125万元的利益，承运人是否就无需承担任何赔偿责任？承运人存在过错，但却无需承担任何赔偿责任，明显不合理。

例二：假设前述受损货物市场价值暴跌，最终以800元每吨出售给第三方，则货损金额为1500万元^③，承运人是否就需承担1500万元的赔偿责任？如果要求承运人赔偿1500万元，承运人要承担由于市场行情暴跌带来的损失，同样明显不合理。

由此可以确定，在货物市场价值波动的情形下，采用直接相减法计算受损货物的价值是不合理的。

二、贬值率定损法在海上货物运输合同纠纷案件中的适用

贬值率是指受损货物相比同时期完好货物价值贬损的比例。其计算公式=（货物完好的市场价值-受

损货物的销售价值）/货物完好的市场价值。则根据贬值率定损法确定的货物的贬值额=出厂合同价格×受损数量×贬值率。

贬值率定损法是最高人民法院（2013）民提字第6号公报案例所确定的审理海上货物运输合同纠纷认定货物损失赔偿额应当采用的计算方式，其目的是排除市场价格波动对货损赔偿额的影响。

（2013）民提字第6号哈池曼海运公司与上海申福化工有限公司、日本德宝海运株式会社海上货物运输合同货损纠纷申请再审民事判决书中，最高人民法院认为：《海商法》第五十五条规定：“货物损坏的赔偿额，按照货物受损前后实际价值的差额或者货物的修复费用计算。货物的实际价值，按照货物装船时的价值加保险费加运费计算。”该条款规定了两种货损赔偿额的计算方法。鉴于本案不涉及修复费用，二审法院未依据法律规定的“修复费用”计算损失数额并无不当。即损失应当按照“货物受损前后实际价值的差额计算”，“货物的实际价值，应当按照货物装船时的价值加保险费及运费计算”，即以货物受损前后的到岸价之差为准。因海运时间较长，货物价值易受市场波动影响，《海商法》第五十五条规定的货物实际价值的计算方法排除了市价损失，符合合同违约赔偿之因果关系原则和合理预见原则。本案因苯酚色度值变化导致的货物贬值率的计算应当以目的港货物完好的市场价值减去受损货物的销售价值，再除以货物完好的市场价值。

该案例被评为“2015年最高人民法院为‘一带一路’建设提供司法服务和保障的八大典型案例之案例三”，最高人民法院在案例评析中认为：“本案是一起具有涉外因素的海上货物运输合同货损赔偿纠纷，当事人对适用我国海商法处理本案纠纷没有异议。根据我国海商法第五十五条的规定，承运人对责任期间货物损坏的赔偿额，有两种计算方法，按照货物受损前后实际价值的差额或者货物的修复费用计算。一审判决以货物修复费用计算货损赔偿额，但根据查明的事实，本案受损货物并未实际修复。二审采用实际价值差额法，

①（货物完好时的价格6800元每吨-受损货物的价格6630元每吨）×重量2500吨=425000元

②（货物完好时的价格6800元每吨-受损货物的价格7300元每吨）×重量2500吨=-125万元

③（货物完好时的价格6800元每吨-受损货物的价格800元每吨）×重量2500吨=1500万元

但未扣除因货物市价下跌造成的损失。再审判决采用货物贬值率的计算方式，认定涉案货物的赔偿额，排除了市场价格波动对货损赔偿额的影响，符合海商法的规定，也为海事司法实践所采纳。本案完善了货损赔偿额的计算规则，有效规范了国际航运秩序，对今后司法实践具有重要的指导意义。”

最高院民四庭副庭长王淑梅在 2017 年全国海事审判实务座谈会上的总结讲话中也提出：……关于《海商法》第五十五条规定货物灭失或损害赔偿额的计算：《海商法》第五十五条规定，货物的实际价值，按照货物装船时的价值加保险费加运费计算。货物在运输途中被转卖的，按照提单持有人（货损索赔人）为买方的买卖合同约定的价格计算。当事人要求承运人赔偿货物交付或应当交付之日起至损失确定之日因价格变化造成的损失，或主张按照目的港出售价格计算实际价值差额的，人民法院不予支持。

武汉海事法院在 (2013) 武海法重字第 00001 号重审判决中认为：由于承运人无需对货物因行市变化而导致的跌价损失承担赔偿责任，这就意味着在根据我国海商法第五十五条计算受损货物的损失时，必须排除行市变化的影响。换言之，我国《海商法》第五十五条规定的隐含前提是货物受损前后完好货物的市场价格平稳。这也意味着，只有在举证证明货物受损前后完好货物市场价格平稳的前提下，才能按照货物受损前后的 CIF 价值差确定货物损失。如果已经证实货物受损前后存在行市变化，那么，按照上述计算方法所确定的货物损失并不完全在承运人的赔偿责任范围内。事实上，以受损货物出售当日完好货物的市场价格与受损货物的售价差值除以受损货物出售当日完好货物的市场价格而获得的贬值率，能够有效排除行市变化的影响，也符合我国《海商法》第五十五条规定的目的。

三、贬值率定损法在国内水路货物运输合同纠纷案件中的适用

文初所涉案件为国内港口间的水路货物运输纠纷案件。国内水路货物运输合同纠纷不适用《海商法》第四章海上货物运输合同的规定，即不适用上文提及的《海商法》第五十五条的规定，而应适用《中华人

民共和国合同法》的规定，在此种情形下，贬值率定损法是否仍然适用，存在一定的争议。

笔者认为虽然最高人民法院（2013）民提字第 6 号公报案例中对贬值率的计算方法的认定，是在适用《海商法》第四章第五十五条规定的情况下作出的，但是，从最高人民法院采用贬值率的货损计算方法的裁判精神和目的来看，适用贬值率的计算规则是为了剔除市场因素对货物价格带来的影响，避免货方或者船方因市场波动承担不应承担的损失，维护船货双方之间的公平。基于此种目的，在审理国内水路货物运输纠纷时，若货物市场价格存在波动，亦应参考适用贬值率的计算规则确定货物价值损失。

笔者代理的文初所涉案件经过广州海事法院一审及广东省高级人民法院二审，均认定：根据《中华人民共和国合同法》第三百一十二条“货物的毁损、灭失的赔偿额，当事人有约定的，按照其约定；没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，按照交付或者应当交付时货物到达地的市场价格计算”以及第六十条“合同生效后，当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或者约定不明确的，可以协议补充；不能达成补充协议的，按照合同有关条款或者交易习惯确定”，在未事先约定的情形下，涉案货物毁损的价值应根据市场价格、交易习惯等因素综合确定。贬值率是根据货物完好时的市场价格与受损货物的实际价格之差，然后除以货物完好时的市场价格，该计算方式扣除相应市场差价，考虑了货物行市变化导致的损失及市场价格浮动对成交价格的影响，体现了货物实际受损金额。因此采用贬值率的计算方式并无不当，亦符合公平原则。

四、贬值率定损法的合理性探析

（一）贬值率定损法符合《合同法》下的合理预见原则

《合同法》第一百一十三条规定：当事人一方不履行合同义务或履行合同义务不符合约定，给对方造成损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益，但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或应当预见到的因违反

合同可能造成的损失。

在运输合同纠纷中，承运人作为运输合同的当事人，对于其所运输货物价格的行市变化是无法合理预见的，因此承运人应该承担的赔偿责任不包括其所运输货物价格的行市变化造成的损失。

（二）贬值率定损法符合《合同法》下的因果关系原则

《合同法》第一百零七条规定：当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。第三百一十一条规定：承运人对运输过程中货物的毁损、灭失承担赔偿责任，但承运人证明货物的毁损、灭失是因不可抗力、货物本身的自然性质或者合理损耗以及托运人、收货人的过错造成的，不承担损害赔偿责任。

根据前述合同法的规定，承运人承担赔偿责任的前提是其存在违约行为，且该种违约行为造成了另一方的损失。违约行为、损失、违约行为和损失之间的因果关系是违约方承担违约责任的构成要件。这一构成要件本身也限制了违约方的责任范围，即违约方仅对违约行为所造成的损失承担赔偿责任，除此之外的原因导致的货物价值减损，托运人或收货人都不得根据货物运输合同要求承运人承担赔偿责任。货物的行市变化导致的损失并非是由于承运人违反合同约定所致，而系承运人无法合理预见的市场原因所致，即货物的行市变化导致的损失与承运人的违约行为之间并不存在因果关系，因此，承运人不应对该货物的行市变化导致的损失承担赔偿责任。

（三）贬值率定损法符合《合同法》下的公平原则

《合同法》第五条规定：当事人应当遵循公平原则确定各方的权利和义务。

《合同法》第三百一十二条规定：货物的毁损、灭失的赔偿额，当事人有约定的，按照其约定；没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，按照交付或者应当交付时货物到达地的市场价格计算。法律、行政法规对赔偿额的计算方法和赔偿限额另有规定的，依照其规定。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同

法〉若干问题的解释（二）》第二十九条规定：当事人主张约定的违约金过高请求予以适当减少的，人民法院应当以实际损失为基础，兼顾合同的履行情况、当事人的过错程度以及预期利益等综合因素，根据公平原则和诚实信用原则予以衡量，并作出裁决。

综合上述规定，货物损失灭失的赔偿额在没有约定或约定不明的情形下，应该综合当事人的过错程度、预期利益、公平原则等予以衡量。

根据最高人民法院（2013）民提字第 6 号公报案例的裁判精神，采用货物贬值率计算方式认定货物的赔偿额，系为了排除市场价格波动对货损赔偿额的影响。此处所指的市场价格波动，包括市场价格下跌和市场价格上涨的情况。换言之，贬值率定损法既适用于市场价格下跌的情形，亦适用于市场价格上涨的情形，以符合合同违约赔偿之因果关系原则和合理预见原则，维持船货之间的公平。

结合以上论述，为了维护船货双方的公平，在存在市场价格波动的情况下，货损赔偿额的计算都应采用最高人民法院公报案例中确立的贬值率的计算规则，以此剔除市场因素带来的影响。涉案事故中存在市场价格上涨的情况，若不采取贬值率的计算方式而采用直接相减法，会使货方的权益受损，而船方在违反了合同约定的情况下却无需承担其违约的后果，有悖合同公平原则。在市场价值下跌的情形下，若不采取贬值率的计算方式而采用直接相减法，会使船方的权益受损，船方多余承担了货方应该承担的市场风险，也有悖合同公平原则。

五、结语

虽然最高人民法院公报案例中对贬值率的计算方法认定，是在适用《海商法》第五十五条规定的情况下作出的，但是从最高人民法院采用贬值率的货损计算方法的裁判精神和目的来看，适用贬值率的计算规则是为了剔除市场因素对货物价格带来的影响，避免货方或者船方因市场波动承担不应承担的损失，维护船货双方之间的公平。基于此种目的，不论是海上货物运输，或是国内水路货物运输，只要在存在市场价格波动的情况下，都应当采用贬值率的计算规则确定货物价值损失。

企业法人合法退出市场机制的法律标志是注销登记。在司法注销路径中，若企业法人全部资产不能清偿到期债务，债权人、债务人或负有清算义务人向债务人住所地人民法院申请破产清算直至注销。一旦企业资金链断裂，各方矛盾风起云涌，债务人被债权人

纷纷诉至法院导致多起执行积案，危急之时利用“执转破”程序帮助被执行人合法退出市场，实现债权债务全面清理，平衡债权人、债务人、出资人、股东各方利益具有重要意义。笔者试以实际办案经验，就律师办理“执转破”案件作实务分享。

巧用“执转破”程序，助力企业合法退出

○刘慧 韩德亮 广东华商律师事务所



一、“执转破”的背景

近年来，“执行难”问题成为困扰法律工作者的突出问题，已经严重影响我国的司法权威和司法公信力。全国法院破产审判工作会议纪要（法〔2018〕53号）明确要完善执行与破产工作的有序衔接，推动解决“执行难”。要将破产审判作为与立案、审判、执行既相互衔接又相互独立的一个重要环节，充分发挥破产审判对化解执行积案的促进功能，消除执行转破产的障碍，从司法工作机制上探索解决“执行难”的有效途径。

“执转破”制度，执行法院发现被执行企业资不抵债，债权债务关系繁多，财产状况复杂，符合破产条件，经有关当事人同意后应当将企业移送破产程序。在企业升级转型过程中，企业经营遇到危机，特别需要通过破产程序使有经营价值的企业获得重生；让过剩产能顺利淘汰，同时公平公正最大限度地保障债权人的债权。“执转破”彻底解决债权债务关系，结束法律程序具有重要意义。

2017年1月，深圳市中级人民法院率先在全国建立跨立案、破产和执行3个机构组成的“执转破”合议庭，专职负责审查“执转破”案件，为打破“执转破”立案难、审查慢等壁垒进行了先行先试。2017年全年移送“执转破”案件103宗，中止执行案件11703件，破产立案受理93宗，适用破产简易程序审理86宗，宣告破产和终结破产程序30宗，共终结执行案件5870件，每审结一宗“执转破”案件平均消化196件执行积案。自此，“执转破”案件如火如荼进行着。

二、案情简介

（一）公司基本情况

甲公司于2004年12月28日登记成立，注册资本人民币7000万元，经营范围为电脑及周边产品、数字家电产品、通信产品、互联网络产品、智能穿戴产品、智慧家庭产品、车联网产品、电器控制产品、电源产品、电子元器件的技术开发、销售、技术咨询和技术服务，国内贸易、货物及技术进出口（法律、行政法规或者国务院决定禁止和规定在登记前须经批准的项目除外）。公司创立以后，主营业务一直发展良好，基本保持稳定增长，于2016年在全国中小企

业股份转让系统成功挂牌。

自2014年开始，甲公司开始进入车联网和智慧家庭产品市场，每年持续投入，但直到2018年才形成规模化的市场销售。随着主营业务市场发生变化，市场竞争更加激烈，外部经济、金融环境的持续影响，特别是自2018年以来，行业普遍不景气，货款回收周期延长，银行收贷，融资困难，供应商催款力度加剧等因素叠加，甲公司现金流出现严重问题。

为打开融资渠道，全力推进产品转型升级，优化客户和市场订单，借助资本力量使公司基本面迅速好转，并争取在5G时代的物联网、车联网领域有所突破，公司主动申请摘牌并谋划企业IPO。但是，甲公司的这一经营战略与公司的实际和长远发展相差甚远，在前述不利因素的影响下，致使公司的大部分开支（包括员工工资、房租以及供应商货款等）均由控股股东四处举债支付，穷尽各种融资手段后，公司的巨额负债最终使控股股东无力周转解决，短期各种矛盾的集中爆发，不仅使公司经营举步维艰，资不抵债，更使股东个人陷入经济漩涡。迫于无奈，甲公司于2019年7月份不得不宣布停产停业。

（二）案件的特殊性

1. 矛盾爆发的紧迫性

控股股东与本所律师接洽、办理破产委托至各方矛盾集中爆发（包括供应商堵门、员工罢工等）不到3个工作日的时间，律师团队无法进行任何资料收集和启动破产程序事前各项准备。

2. 巨额员工工资处理的迫切性及难点

矛盾爆发初期，仅登记公司拖欠工资的人数就达三百人，拖欠金额达数百万元。在公司与出租方等沟通处理垫付工资事宜未果的情况下，矛盾爆发当日，政府机关不得不维持秩序并引导员工走绿色通道进行劳动仲裁，随后根据仲裁结果当地街道办垫付巨额工资。期间，员工向法院申请财产保全，对公司机器设备等资产进行查封保全。

3. 客观事实的复杂性及破产方案选择的难度

首先，因员工集中罢工、离职、供应商围堵以及法院对办公场所的紧急查封等因素，无法协调审计机构对公司进行审计，而书面审计报告则是以债务人名

义申请破产清算的必要资料之一。其次，难以找到确定的公司债权人，以其名义向法院申请甲公司的破产清算。最重要的是，本案公司为新三板挂牌公司，涉及投资人人数较多，而已进入执行程序的大部分执行案件均在基层法院，基层法院对此进行破产处理亦存在挑战。

三、“执转破”审判程序涉及的相关规定

“执转破”程序涉及的主要法律条文列举如下：

1. 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》：第 513 条“在执行中，作为被执行人的企业法人符合企业破产法第二条第一款规定情形的，执行法院经申请执行人之一或者被执行人同意，应当裁定中止对该被执行人的执行，将执行案件相关材料移送被执行人住所地人民法院。”

第 514 条“被执行人住所地人民法院应当自收到执行案件相关材料之日起三十日内，将是否受理破产案件的裁定告知执行法院。不予受理的，应当将相关案件材料退回执行法院。”

第 515 条“被执行人住所地人民法院裁定受理破产案件的，执行法院应当解除对被执行人财产的保全措施。被执行人住所地人民法院裁定宣告被执行人破产的，执行法院应当解除对被执行人财产的执行。被执行人住所地人民法院不受理破产案件的，执行法院应当恢复执行。”

2. 《最高人民法院关于执行案件移送破产审查若干问题的指导意见》（法发〔2017〕2 号）相关规定：“一、执行案件移送破产审查的工作原则、条件及管辖第 2 条，执行案件移送破产审查，应同时符合下列条件：（1）被执行人为企业法人；（2）被执行人或者有关被执行人的任何一个执行案件的申请执行人书面同意将执行案件移送破产审查；（3）被执行人不能清偿到期债务，并且资产不足以清偿全部债务或明显缺乏清偿能力。”

3. 《广东省高级人民法院关于执行案件移送破产审查的若干意见》（粤高法〔2016〕202 号）：第一条“执行案件移送破产审查程序应当遵循依法、有序、高效、便捷的工作原则。”

第三条“执行案件移送破产的，仅对被执行人进行破产清算，不适用重整及和解程序。”

第四条“被执行人住所地法院对移送破产审查的案件有管辖权。基层法院管辖县、县级市或者区的登记机关登记的被执行人破产案件；中级法院管辖地级以上登记机关登记的被执行人破产案件。”

第六条“执行案件同时符合如下条件的，可以移送有破产管辖权的法院进行破产审查：（一）经穷尽执行措施，被执行人所有的财产不能或不能全部清偿所欠债务或明显缺乏全部清偿能力；（二）被执行人或任何一方申请执行人向执行法院申请或经征询意见同意将执行案件移送破产审查；（三）能够支付破产费用。”

4. 《深圳市中级人民法院关于执行案件移送破产审查的操作指引》（试行）：第一条“被执行人住所地在本市的执行移送破产审查案件，由本院管辖。经广东省高级人民法院批准，本院可以将一部分执行移送破产审查案件交由具备审理条件的基层法院审理。”

第七条“执行案件移送破产审查应同时符合下列条件：（一）被执行人为企业法人；（二）被执行人或者有关被执行人的任何一个执行案件的申请执行人向执行法院申请或经征询同意启动执行案件移送破产审查程序；（三）执行法院依职权采取查封措施，并对申请执行人提供的财产线索以及被执行人申报的财产核实、控制后，被执行人财产的处分价值明显不足以清偿全部债务；或者执行法院已依法裁定终结本次执行程序。”

根据“执转破”程序相关法律规定及结合本案实际，执行转破产申请书提交之日至执行法院裁定受理破产清算，执行法院为保护债权人、债务人、公平清偿债权债务，实现破产案件政治效果、社会效果和法律效果良好统一，根据法律规定及结合申请人涉及众多执行案件久拖不决的实际情况，裁定受理申请人的执行转破产审查请求。

四、实务经验分享

（一）方案选择

企业法人注销须分两种情形处理。若企业法人全部资产足以清偿全部债务，符合自行清算路径，可

申请行政注销。若企业法人全部资产不足以清偿全部债务，符合司法注销路径。根据《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（一）》第一条和第三条的规定，企业法人的资产负债表或者审计报告、资产评估报告等显示其全部资产不足以偿付全部负债的，人民法院应当认定债务人资产不足以清偿全部债务，但有相反证据足以证明债务人资产能够偿付全部负债的除外。

本所律师接受甲公司委托后，多次与法定代表人、股东、高管召开会议研讨，对案件进行深入分析。因甲公司不能清偿到期债务，明显缺乏清偿能力，本所律师初步判断甲公司不符合自行清算条件，甲公司目前状态符合破产条件，若以债务人名义向深圳市中级人民法院提出破产清算，一定要以书面审计报告为依据（审计报告结论净利润为负数方能启动债务人名义提出的破产清算申请）。

在法院全面查封、出租方强行停水停电、因拖欠数月工资员工人心涣散、供应商堵门等各种紧急情况下，虽经多方努力和协调，客观上仍无法形成审计报告。员工、供应商、出租方、投资人等各方施压，为减少甲公司财产损失，唯一的路径是尽快通过破产清算程序，维护公司、债权人、债务人、员工、股东等多方主体的利益。

虽说以债务人名义向法院提出破产清算，信息公开及时透明，但本案根本无法通过此路径达到破产清算目的。“执转破”程序为法院内部审批流程，鉴于本案特殊性，启动“执转破”程序帮助甲公司合法退出市场机制是最适合的方案选择。此时公司各方遭遇困难重重，部分债权人陆续起诉法院至执行阶段，根据前述“执转破”相关规定，债权人向执行法院提出执行转破产申请书，执行法院经征得债务人同意将其移送破产审查，经甲公司和律师团队共同努力，执行法院依照相关法律规定裁定受理破产清算申请。裁定受理，意味着破产程序真正开始，管理人接管甲公司，开始全面的债权债务清理。

（二）裁定受理前的核心工作

其一，妥善处置员工问题。因拖欠员工工资导致劳资双方关系十分紧张，不排除引发维稳事件和危机

事件。因此，本所律师从大局出发，以甲公司名义多次写救助函致相关部门表明立场：拒绝任何单位/人以任何理由强行要求甲公司私自处理设备抵偿工资，此举将严重损害相关主体利益，甲公司高度配合员工以及相关主体以合法途径维护自己权益。涉及到员工切身利益的处置，积极配合执行法院尽快处置机器设备及相关财产，并坚决抵制别有用心的相互勾结，以免发生重大危机事件、重大信访事件、重大维稳事件。甲公司确无能力支付任何费用，政府为每位员工垫付拖欠工资，员工问题基本平稳过渡。甲公司名下部分机器设备被查封，甲公司申请执行法院对所有执行案件暂缓执行，待甲公司裁定受理破产申请后，诉讼案件全部纳入到破产程序统一处置资产清理、资产拍卖等。

其二，引导供应商理性、依法维权。对于享有抵押权的债权人而言，因抵押权人享有法定优先受偿权，而且抵押财产别除破产财产。该部分抵押权人压力较小，但抵押财产的处置直接随从破产程序。对于众多供货商，因现实中的供货商货款绝大部分为普通债权，债务人经营状况恶化直接导致供货商的情绪和反应激烈，当出现债务人经营陷入困境时，供应商初期采取过激手段维权，如堵门、放狠话等，等情绪平缓再回复到理性维权。代理律师引导供应商理性维权，寻求合法的法律途径解决争议。诉讼、仲裁途径或破产裁定受理后向管理人申报债权。

其三，妥善处理债权人的海量诉讼案件。在甲公司宣告停产后法院裁定受理破产清算前，本所律师根据债权人提供的信息，对债权进行初步了解和登记，及时、耐心与债权人沟通，在债权比较明确的前提下，建议、引导其可在法院指定破产管理人后向管理人进行债权申报，以节省债权人的时间和诉讼成本。因甲公司办公处所被法院查封，相关事实资料难以获取，对于部分已诉至法院的相关案件，及时与公司股东等案件知情人沟通确认，分别处理；但对于甲公司的个别债务人，存在为逃避债务提起的有关诉讼，本所律师为维护和保障甲公司、债权人等各权益人的合法权益，积极应诉，争取为进入破产程序赢得时间和空间，为法院公平处理公司资产打下夯实基础，全力以赴呈现专业律师的专业价值。

深圳律师情沐服务地“娘家人”远赴送温暖

深圳市司法局、市律师行业党委、市律师协会组织慰问
2020 年度深圳市援藏志愿律师、“1+1”法律援助志愿律师

每一位志愿律师都以高度的责任感和使命感，不畏艰苦，开展着法律援助工作，他们在历练与升华自我的同时也播撒了法治的种子，让服务地人民群众享受到公平正义。

2020 年 7 ~ 10 月，我市王鸣剑、陈海航 2 位“援藏律师服务团”志愿律师及贵铸、严世勇、唐文胜、陈宏辉、申玉峰 5 位“1+1”中国法律援助志愿律师分别赴西藏、海南、广西、四川、云南、内蒙古 6 省（自治区）7 县（区）开展法律援助服务工作。

为表达对我市 2020 年度“援藏律师服务团”、“1+1”法律援助志愿律师（以下简称“志愿律师”）的支持与关怀，2020 年 11 月初至 12 月底，市司法局、市律师行业党委、市律师协会组成 6 个慰问工作组，带着一万六千名深圳律师的关心，分赴志愿律师服务地进行慰问，这是近年来市司法行政机关、市律师行业党委、市律师协会首次联合开展慰问工作。

各志愿律师服务地司法局相关负责人对我市慰问工作组的到访表示热烈欢迎，详细介绍了我市志愿律师的工作情况。他们表示，深圳志愿律师勇于担当、尽职尽责，热心为当地群众提供优质的法律服务，以高度的责任感和使命感积极开展法律援助、提供法律咨询、调解群体事件、化解社会矛盾、宣传普法等工作，切实维护了当

地困难群众的合法权益，有力推动了当地公共法律服务体系建设，促进了当地治理法治化进程，充分体现了新时代特区律师的精气神和大局观，为当地依法行政与经济社会发展做出了积极贡献，为此深表敬意和感谢。

各慰问工作组实地考察了我市志愿律师的工作和生活环境，全面了解了志愿律师的工作、生活情况，询问了志愿律师在服务地工作中遇到的困难和问题，并积极筹划方案为志愿律师排忧解难。各慰问组带队领导寄语志愿律师，要作为深圳近一万六千名律师的代表，充分体现新时代特区律师的精神风貌。希望志愿律师们一是一如既往坚定信念，讲政治守规矩、重学习强素质、勇担当乐奉献、常自省勤自律；二是忠实履行职责使命，积极配合服务地司法局的领导和管理，与服务地单位的同志加强沟通和交流，互相配合、共同进步；三是强化责任担当，把维护困难群众合法权益作为志愿服务工作的出发点和落脚点，当好群众的法律宣讲员、风险防控员、矛盾化解员、纠纷处理员，维护社会公平正义，认真、扎实完成每一项法律援助工作，把律师的智慧和力量奉献给服务地。深圳市司法局、律师行业党委、律师协会将持续关注各位志愿律师的生活和工作情况，切实解决志愿律师的困难，为志愿律师做好后勤服务工作。

7 位志愿律师对“娘家人”不远千里带来的关心和



▲ 11 月 4 日 -5 日，深圳市司法局党委委员、副局长、二级巡视员任继光，律师公证管理处副处长徐胜芳，办公室干部许伟翔，市律师行业党委纪委委员罗振辉，市律协副会长曾迈，市律协秘书长、行业党委办公室主任侯昆霖，公益委副主任刘国梁一行分赴西藏林芝市司法局、朗县司法局慰问陈海航、王鸣剑律师。林芝市司法局党组成员、副局长夏华强，公共法律服务管理科副科长次仁卓；朗县县委政法委书记刘斌，县司法局局长尼玛、副局长拉巴玉珍等分别接待并陪同慰问。

慰问深表感动，深受鼓舞。他们表示，将不忘初心、坚定信念，不断加强业务学习、继续深入了解风土人情，充分发挥专业优势，认真配合服务地司法行政部门做好法律援助工作，忠实履行法律工作者的职责和使命，更好地为化解社会矛盾、实现司法公正、宣传法治理念、维护社会公平正义持续贡献深圳律师的力量。

自 2012 年以来，我市共有 22 位律师（48 人次）参加“1+1”法律援助志愿者行动，足迹遍及全国 33 个中西部地区。在未来，深圳市司法局、律师行业党委、律师协会将持续引导广大深圳律师弘扬奉献精神 and 家国情怀，带动更多律师投身到社会公益事业中去，积极助力建设法治中国、健全公共法律服务体系不遗余力。



▲ 11 月 17 日，深圳市司法局二级巡视员陈郑兴，市律师行业党委党建工作顾问苏雁南，市律协副监事长王劲松、公益委主任孙程旭及秘书处工作人员骆立园一行赴四川峨边彝族自治县慰问唐文胜律师。乐山市司法局党委委员、副局长黄海波，法律援助中心主任吕静，乐山市律师协会会长彭健、理事袁加君，峨边彝族自治县司法局党组书记、局长阿玉明明，党组成员、副局长吴兴华等接待并陪同慰问。



▲ 12 月 3 日，深圳市司法局党委委员、律师行业党委专职书记曹海雷，市律协副会长杨道，市律协秘书长、行业党委办公室主任侯昆霖，公益委委员朱爱新及秘书处工作人员张晓燕一行赴海南临高县慰问贵铸律师。海南省司法厅党建工作处处长、律师行业党委专职副书记、律师协会秘书长吴少平，省两新工委派驻省律师行业党委专职党建工作指导员杨婉筠、省律师行业党委办公室副主任孟凡军，临高县政府副县长王凡，县司法局局长符龙勤等接待并陪同慰问。



▲ 11 月 13 日，深圳市司法局党委委员、副局长袁中毅，市律师行业党委副书记张善华，市律协副会长汪腾锋、公益委副主任朱延群、秘书处工作人员杨智蓉一行赴内蒙古包头市石拐区慰问申玉峰律师。包头市司法局二级调研员、市律师行业党委书记马广彬，包头市石拐区司法局党组书记、局长刘晓明等接待并陪同慰问。



▲ 11 月 25 日，深圳市司法局党委委员、政治部主任郑雷，市律师行业党委党建工作顾问苏雁南，市律协副监事长肖迎红、公益委委员晏新荣及秘书长助理杨欣一行赴云南文山州西畴县慰问陈宏辉律师。文山州司法局调研员刘绍成，法律援助中心副主任陈文洪，州律协副会长魏于鸿，西畴县司法局党组书记、局长李树波等接待并陪同慰问。



▲ 12 月 23 日，深圳市司法局律师公证管理处处长、一级调研员熊松青，市律师行业党委副书记、市律协副会长江定航，市律师行业党委党建工作顾问苏雁南，公益委委员李勇及秘书处宣传部副主任伍春红一行赴广西北海市铁山港区慰问严世勇律师。北海市司法局副局长李明辉，铁山港区副区长、公安分局局长裴强昌，铁山港区司法局局长吴礼有等接待并陪同慰问。

深圳律协完成 2020 年度全市律师事务所规范化建设检查工作

2020 年 10 ~ 12 月，深圳律协组织开展了律师事务所规范化建设检查工作。此次检查工作结合行业发展需求和律师事务所工作实际，从提高政治站位、完善制度管理、重视人事管理、完备备案管理、加强舆情监管、全面压实责任六个方面入手，罗列了律师事务所规范化建设涉及到的 6 个大项、19 个分项的检查内容，并根据检查内容制作规范化检查评分表，要求各律师事务所对照规范化建设检查的内容，逐一对律师事务所和律师的执业活动和日常管理工作进行一次全面认真的自查自评，进一步建立健全规章制度，强化律师事务所自律管理。

经过此次检查，检查工作组初步掌握我市律师事务所规范化建设的基本情况。一是我市律师事务所已全面实现党建工作全覆盖，确保了律师事务所建设与发展的正确政治方向。二是律师服务质量管理应当引起律师事务所高度重视，律师事务所应当积极履行律师执业活动

监管责任，建立健全本所投诉查处机制。三是部分律师事务所要根据《律师事务所管理办法》进一步明晰档案管理职责，建立健全档案管理制度。四是律师事务所要加强健全人事管理制度，特别是要建立人员异常动态报告及处置制度，有效防范因人事管理缺位给律所管理带来的执业风险。五是律师事务所应当防范财务管理风险，再次明确由律师事务所按照相关规定统一收取律师费。六是律师事务所要继续提升综合管理能力，建立健全统一收案制度、利益冲突审查机制、疑难案件讨论机制、重大敏感案件报备制度等相关的执业规范，促进律师行业健康有序发展。

深圳律协将进一步加大宣传力度，发挥示范效应，开拓工作思路，推广规范化建设先进经验，多措并举规范我市律师队伍建设和行业管理，推动我市律师业平稳、健康、有序发展。

深圳律协专业委工作会议聚焦专业化整合与发展

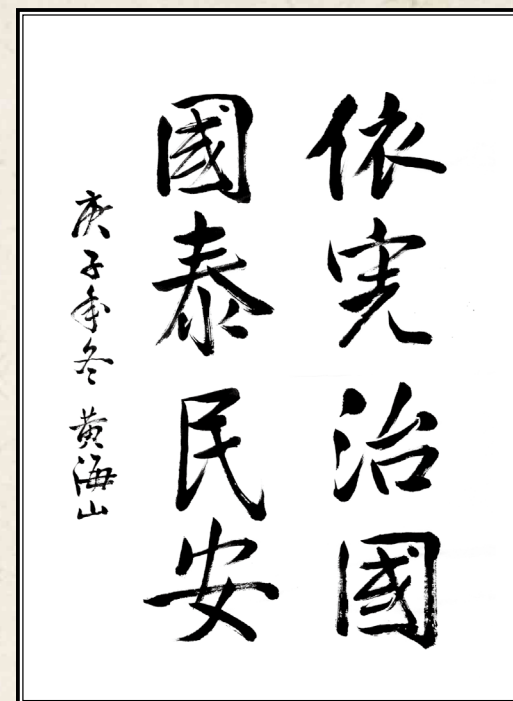
2020 年 12 月 5 日，深圳律协召开专业委员会 2020 年工作会议，总结各专业委工作情况，交流工作经验，探讨进一步推动专业化建设的举措和设想。2020 年，专业委在疫情防控、共享专业成果、参与立法修法、优化营商环境等方面，都不遗余力地贡献了深圳律师的智慧和力量，以实际行动践行“服务为本、专业优先”的工作理念。下一步将继续加强专业委建设，推动专

业委战略性重组和专业化整合：一是优化、细化专业委设置；二是建立健全专业委工作规则；三是加强专业委团队建设；四是深化专业化建设；五是加强业务宣传推广。与会人员还就提高委员工作积极性、发挥主任带头作用、加强各委员会业务合作交流、扶持新兴专业领域、优秀委员留任等方面进行了深入探讨。

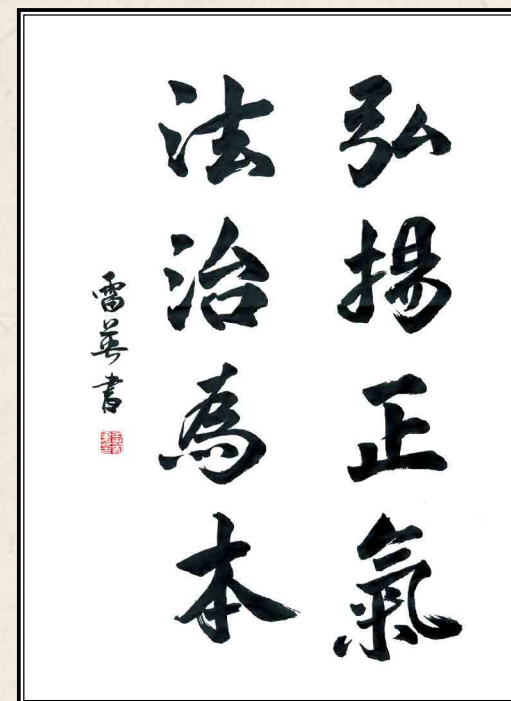


12·4

国家宪法日主题书法作品展*



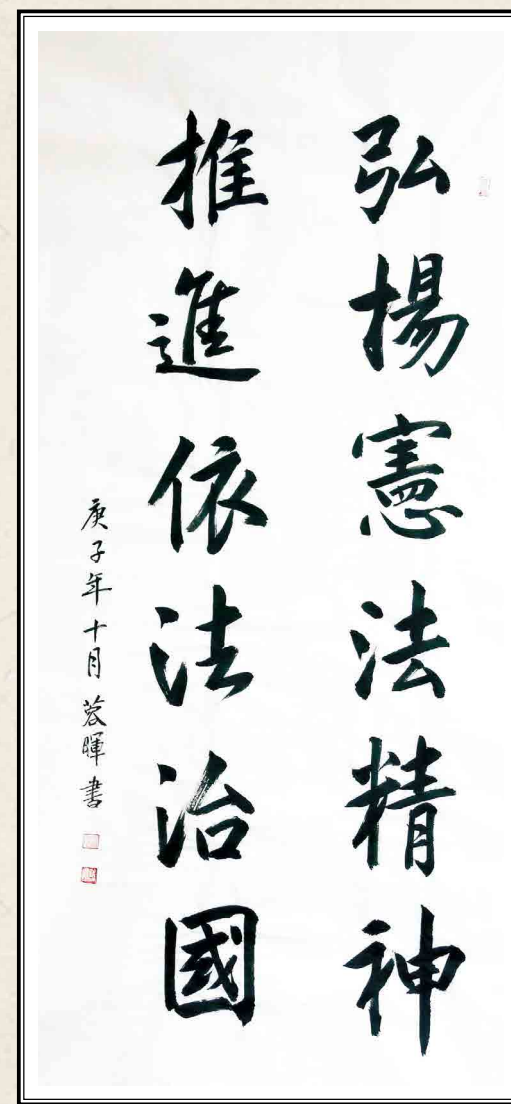
黄海山 广东华商律师事务所



雷英 广东瀛尊律师事务所



吕红兵 广东卓建律师事务所



房蓉晖 北京市盈科（深圳）律师事务所

*2020 年 12 月，为促进社会主义法治建设，大力倡导宪法精神，集中展现深圳律师的宪法和法治情怀，深圳律协开展了 12 · 4 国家宪法日主题作品征集活动，激励全市律师共同营造尊重宪法、遵守宪法、执行宪法、敬畏宪法、宣传宪法的良好氛围。本期展示部分优秀书法作品。



恭祝全市律师、实习人员、律所工作人员

新春快乐 身体健康
阖家幸福 万事如意