总第 82 期
82
2019 年 | 第 5 期 |
深圳市律师协会主办

SHENZHEN LAWYERS

深圳律师

非常视线　专业见解

首期深圳市涉外律师领军 / 后备人才境外培训圆满结束

聚焦短视频火热背后的法律问题

“泰国杀妻骗保案”之法律分析

天路上的法律援助之旅

《我们深圳律师》传唱全国

内部资料　免费交流

深圳律协赴琼桂藏慰问我市 2019 年度“1+1”中国法律援助志愿律师

2019 年 7 月，我市贵铸、严世勇、林志灿、陈海航、王鸣剑 5 位律师分别赴海南、广西、西藏 3 省（自治区）5 县（区）开展“1+1”法律援助工作。

为支持与关怀我市 2019 年度“1+1”中国法律援助志愿律师（下称“我市‘1+1’法援律师”），10 月底至 11 月中旬，我会副会长章成、蔡华、秘书长李同宝分别带队，赴法律援助志愿者服务地对我市“1+1”法援律师进行慰问。

10 月 24 日 -25 日，我会秘书长李同宝带队分赴广西壮族自治区玉林市陆川县、北海市铁山港区慰问我市“1+1”法援律师林志灿和严世勇。为大力支持陆川县公益法律服务体系建设，帮助我市律师在服务地开展法律援助工作，我会向陆川县司法局捐赠了办公电脑和打印机。陆川县司法局向我会致感谢信。10 月 31 日 -11 月 1 日，我会副会长章成带队一行 3 人远赴西藏林芝市及朗县慰问我市“援藏律师服务团”志愿律师王鸣剑和陈海航。11 月 11 日，我会副会长蔡华带队赴海南省临高县慰问我市“1+1”法援律师贵铸。

我会慰问工作组到访受到我市 2019 年度“1+1”中国法律援助志愿律师服务地司法局领导的热烈欢迎。服务地司法局详细介绍了我市“1+1”法援律师工作开展情况，他们表示，深圳市“1+1”中国法律援助志愿律师尽职尽责、勇于担当，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、举办法律讲座、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，促进当地治理法治化进程，为当地政府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。

慰问工作组还实地考察和了解了我市“1+1”法律援助律师的工作环境、生活情况，询问服务地工作中遇到的困难和问题，并积极筹划方案及时跟进解决。希望我市“1+1”法律援助律师不忘初心、坚定信念，继续以实际行动践行“奉献、友爱、互助、进步”志愿精神，为服务地群众及弱势群体排忧解难，为促进当地经济和社会发展、构建社会主义和谐社会持续奉献深圳律师的力量。

我市“1+1”法律援助律师纷纷表示，他们将不忘初心，忠实履行职责使命，充分发挥自身专长，认真配合服务地单位做好法律援助工作，同时加强自身法律服务技能和综合素养，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力量。

自 2012 年参加“1+1”中国法律援助志愿者行动至今，我市共有 19 位律师（41 人次）参加“1+1”法律援助志愿者行动，足迹遍及全国 32 个中西部偏远贫困地区。在未来，市律协将持续引导广大深圳律师发扬奉献精神和大爱情怀，积极为建立健全公益法律服务体系、法治中国建设不遗余力，带动更多律师投身到社会公益事业中去。

乘湾区建设东风 育涉外法律英才

○**韩俊** 深圳市律师协会副会长

2017 年初，司法部、外交部、商务部等联合印发《关于发展涉外法律服务业的意见》，提出建立一支通晓国际规则、具有世界眼光和国际视野的高素质涉外法律服务队伍，为“一带一路”等国家重大发展战略提供法律服务；2019 年 2 月到 8 月，中央相继出台《粤港澳大湾区发展规划纲要》和《关于支持深圳建设中国特色社会主义先行示范区的意见》，奠定了深圳作为 9+2 大湾区城市群的核心引擎和法律枢纽城市地位，同时赋予深圳更高的历史使命——建设中国特色社会主义先行示范区并努力创建社会主义现代化强国的城市范例。

面对新时代、新机遇，深圳律师既感到使命光荣又感到责任巨大。当前中国律师业呈现新的国际化发展趋势，涉外律师数量及涉外业务飞速增长。深圳市律师协会作为中国律师行业对外开放的先行者，在加速涉外法律服务，推动“一带一路”国际化、粤港澳大湾区及自贸区建设、多元化国际争议纠纷解决机制及涉外法律人才培养等方面一直不遗余力，在国际平台搭建、人才引进和培养、助力一带一路和大湾区建设等方面开展了各项卓有成效的工作，国际、国内影响力不断攀升。

2018 年 10 月，深圳律协联合深圳市司法局启动深圳涉外律师领军人才、后备人才选拔和培训项目，完成了遴选、拓展及首期培训工作，面试模式创全国之先，截至目前已有 136 名律师入选领军 / 后备人才库。2019 年 9 月，经严格选拔和近 5 个月精心的筹备工作，首批 22 位深圳涉外律师领军 / 后备人才带着祖国的嘱托赴美国华盛顿、纽约进行为期 28 天的涉外法律培训，主要围绕国际贸易法、跨境投资与并购、国际争端解决三大主题开展学习并先后走访了美国国际贸易委员会（USITC）、美国联邦最高法院、美国国会、美国参议院及众议院、国际商会、纽约律师协会、JAMS 等知名机构和顶尖律师事务所，为深圳储备和培养涉外法律人才迈出了坚实的一步！

发展涉外法律服务业，人才是关键！当前深圳涉外律师的数量和水平与深圳国际化发展需求不相匹配，选拔和培养优秀的涉外律师人才已经成为当务之急。在深圳着力打造社会主义先行示范区背景下，深圳律师作为法治建设的主力军，更应把握先机、勇挑重担，在大湾区建设中积极发挥先行示范和引领作用，为助推深圳经济的高质量发展和高水平对外开放做出应有的贡献。

深圳的国际化，深圳律师责无旁贷、时不我待！同时也希望深圳涉外律师的培养能得到政府和社会各界的更多关注和支持。

蛟龙入海，逐浪五洋，让我们不忘初心，继续砥砺前行！

NO.82
主办：深圳市律师协会

（粤 B）L017010071

印刷日期 2019 年 11 月 30 日

编委会主任 林昌炽
编委会成员 章 成 蔡 华 杨 逍
尹成刚 曾 迈 江定航
韩 俊 汪腾锋
主编 杨 逍
执行主编 李同宝 陈 伟
栏目编辑 周争锋 陈 伟 杨新发
陈旭绯 颜宇丹 杨银笛
胡 聪 屈文静 刘伟健
责任编辑 伍春红
编辑 刘 峰 王 颖
美编 蔡永军
电话 0755-83025789 83025881
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

目录
CONTENTS

卷首语 | FOREWORD ····· P1

01 乘湾区建设东风 育涉外法律英才 / 韩俊

说法 | VERSIONS ····· P4-6

04 “被老板”怎么办？ / 王腊清 覃永雄

06 高层住宅没有防火避难层，业主如何维权？ / 张旗

特别报道 | SPECIAL REPORTS ····· P7-9

07 首期深圳市涉外律师领军 / 后备人才境外培训圆满结束

热点 | HOTSPOT ····· P10-16

10 非法放贷行为正式入刑 / 贡小娟

12 之前的放高利贷行为会被处罚吗？ / 傅政杰 邵心语 李锐

14 “泰国杀妻骗保案”之法律分析 / 庞芳

争鸣与思辨 | THINKING & DEBATE ····· P17-23

17 聚焦短视频火热背后的法律问题 / 编辑部

论道 | DISCOVERY ····· P24-30

24 从争议解决视角看员工股权激励方案设计 / 李红

28 拨开学位房虚假宣传迷雾 / 颜宇丹

实务 | PRACTICE ····· P31-37

31 国内建设工程独立保函的理解与应用 / 刘义

36 解析名誉权侵权案件诉讼审理思路 / 岳瀚森

拍案 | CASE AND EXAMPLES ····· P38-41

38 企业确定录用又反悔的，是否需要赔偿求职者？/ 彭湃 陈琳 卢恩冲

生活 | LIFE ····· P42-43

42 小堵怡情 / 管铁流

人物 | PEOPLE ····· P44-46

44 天路上的法律援助之旅 / 李荣花

律协动态 | INFORMATION ····· P47-48

“被老板”怎么办？

○王腊清 覃永雄 广东深兴律师事务所

2019年2月25日，中央电视台“焦点访谈”栏目“不想‘被老板’，这事该谁管”节目播出后，引起强烈反响。节目讲述了冯黎明先生“被老板”之事。河北省石家庄市冯黎明因继续租住保障性住房，被当地住房保障部门核查出他名下有两家公司，遂取消了他继续租住保障房的资格。冯黎明为解决租住保障房问题，不得已转辗于政府各个部门，却均被“踢皮球”，最终形成“不想‘被老板’这事该谁管”之怪现象。随后，国家市场监管总局召开专门会议研究，责成有关地区市场监督管理部门认真调查核实情况，并派出督查指导组赴河北省石家庄市督促处理。不想“被老板”，是不是真的就如中央电视台“焦点访谈”栏目报道所述被踢皮球，这事到底该谁管？“被老板”了又该怎么办？笔者拟就此展开探析。

“不想被老板”事件为什么会发生？“不想被老板”这事到底该谁管？这是摆在各位司法工作者面前的需解之题。根据《行政许可法》第31条的规定：“申请人申请行政许可，应当如实向行政机关提交有关材料和反映真实情况，并对其申请材料实质内容的真实性负责，行政机关不得要求申请人提交与其申请的行政许可事项无关的技术资料和其他材料”，市场监督管理部门为深化商事制度改革“宽进严管”，力促降低制度性交易成本，公司登记采用形式审查。由此，一些不法分子便钻现行法律法规的空子，冒用他人身份骗取注册登记，以至于“不想被老板”现象层出不穷，且“不想被老板”这事没人管。笔者以为，“不想被老板”现象理所当然地应由市场监督管理部门监管。

“不想被老板”事件的发生，虽然是市场监督管理部门登记制度上的缺陷造成的，但也并非是无治之症。依笔者之意，“被老板”可以从如下三个方面寻求救济：

一、将虚假登记注册的公司告上法庭

以侵犯姓名权之诉，要求被告公司停止侵权并赔偿经济损失，同时请求法院责令被告公司到市场监督管理部门变更“老板”姓名，并为“被老板”恢复名誉。《中华人民共和国民法总则》第110条规定，自然人享有生命权、身体权、健康权、姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权、婚姻自主权等权利；第120条规定，民事权益受到侵害的，被侵权人有权请求侵权人承担侵权责任。依此，只要“被老板”行使该诉权，人民法院必然会保护其合法权益。

二、以行政诉讼将市场监督管理部门告上法庭

以其行政不作为为由，要求其履行法定义务，请求人民法院判决市场监督管理部门依法撤销虚假登记。《中华人民共和国公司法》第198条规定，违反本法规定，虚报注册资本、提交虚假材料或者采取其他欺诈手段隐瞒重要事实取得公司登记的，由公司登记机关责令改正，对虚报注册资本的公司，处以虚报注册资本金额百分之五以上百分之十五以下的罚款；对提交虚假材料或者采取其他欺诈手段隐瞒重要事实的公司，处以五万元以上五十万元以下的罚款；情节严重的，撤销公司登记或者吊销营业执照。该规定明确，市场监督管理部门是有权依法撤销公司登记或者吊销营业执照的。既然如此，若“被老板”，找到市场监督管理部门，说明该公司登记是以冒名之情进行虚假登记的，且明显违法，要求市场监督管理部门撤销公司虚假登记遭拒绝时，当然可以行政诉讼将市场监督管理部门告上法庭。《中华人民共和国行政诉讼法》第34条规定，被告对作出的行政行为负有举证责任，应当提供作出该行政行为的证据和所依据的规范性文件，被告不提供或者无正当理由逾期提供证据，视为没有相应证据。因此，“被老板”只要提起了行政诉讼，人民法院必然会判决支持“被老板”的诉讼请求。

三、要求市场监督管理部门依法撤销公司虚假登记

笔者建议，“被老板”一旦受到类似侵权时，可以先向当地公安部门报案，以寻求公安部门的保护。然后持报案回执，要求市场监督管理部门依法撤销公司的虚假登记。这是因为《中华人民共和国公司登记管理条例》第64条规定，提交虚假材料或者采取其他欺诈手段隐瞒重要事实，取得公司登记的，由公司登记机关责令改正，处以5万元以上50万元以下的罚款；情节严重的，撤销公司登记或者吊销营业执照。当然，“被老板”在要求市场监督管理部门依法撤销公司虚假登记时，可能会涉及到申请登记时签名的笔迹鉴定。依据《中华人民共和国行政诉讼法》第34条和《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》（法释〔2002〕21号）第1条，“根据行政诉讼法第三十二条和第四十三条的规定，被告对作出的具体行政行为负有举证责任，应当在收到起诉状副本之日起十日内，提供据以作出被诉具体行政行为的全部证据和所依据的规范性文件。被告不提供或者无正当理由逾期提供证据的，视为被诉具体行政行为没有相应的证据”，如果市场监督管理部门认为其无虚假，认为“被老板”申请登记时有签名，就要承担举证责任。

另外，市场监督管理部门实行“宽进严管”举措，如果“被老板”向市场监督管理部门提出了依法撤销公司虚假登记的申请，而市场监督管理部门拒绝或借故不予撤销，那“宽进严管”举措的“严管”又如何体现呢？综上所述，笔者认为“不想被老板”这事应该由市场监督管理部门监管。

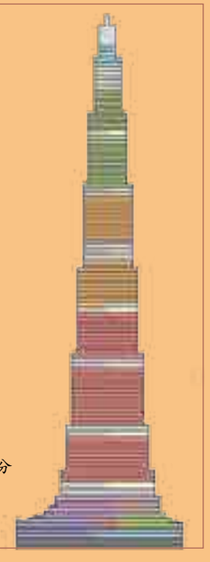
以上三种救济形式，笔者均已实施过并获成功，供同仁们切磋探讨。

说法 VERSIONS

高层住宅没有防火避难层，业主如何维权

○张旗 广东诚公律师事务所

很多高层建筑动辄过百米，而消防车作业高度有限，火灾的时候浓烟滚滚，消防直升机也难以接近。一旦发生火灾，寻找最近的避难层躲避，是高楼层人员的救命选择之一。若高层住宅没有避难层，遇上火灾将不堪设想。



图中灰色部分为避难层

住房和城乡建设部于2014年8月27日发布国家标准《建筑设计防火规范》，该规范于2015年5月1日起实施。其中5.5.31条规定，建筑高度大于100m的住宅建筑应设置避难层，本条为强制性标准条文。因此，业主如是2015年5月1日之后发生购房行为，而该高层住宅没有避难层，则可以考虑依法维权，且就该问题可选择以下路径维权：

一、起诉消防专项审核行政许可违法

《消防法》第十一条规定，国务院住房和城乡建设主管部门规定的特殊建设工程，建设单位应当将消防设计文件报送住房和城乡建设主管部门审查，住房和城乡建设主管部门依法对审查的结果负责。《建设工程消防监督管理规定》第十五条规定，建设单位申请消防设计审核应当提供消防设计文件；第十八条规定，公安机关消防机构应当依照消防法规和国家工程建设消防技术标准对申报的消防设计文件进行审核，其中要对建筑的总平面布局和平面布置、耐火等级、建筑构造、安全疏散、消防给水、消防电源及配电、消防设施等的消防设计是否符合国家工程建设消防技术标准进行审核。

若房屋建筑工程的消防设计不符合消防法规和国家工程建设消防技术标准强制性要求，则消防专项审核行政许可违法。尚可采取纠正措施的，行政机关应要求开发商变更消防设计，增加避难层。

二、起诉消防验收行为违法

《消防法》第十三条规定，依法应当进行消防验收的建设工程，未经消防验收或者消防验收不合格的，禁止投入使用；其他建设工程经依法抽查不合格的，应当停止使用。《建设工程消防监督管理规定》第十四条规定，一类高层住宅（高度大于54m）实行消防验收制度。

若确认消防验收行为违法，则房屋质量不合格，不具备交付条件，开发商应予修复（增设消防措施）。同时，业主或可向开发商主张逾期交付的违约责任。

三、起诉开发商违约

《合同法》第六十条规定，“当事人应当按照约定全面履行自己的义务。当事人应当遵循诚实信用原则，根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。”在商品房买卖合同中，开发商向购房人交付质量合格的房屋属于主合同义务，而为购房人的人身和财产提供必要合理的消防安全保障则是合同的附随义务。理由是房屋建设不符合消防要求，存在严重的安全隐患。开发商违反所交付房屋的居住安全保障的附随义务，可诉请要求采取补救措施。

首期深圳市涉外律师领军 / 后备人才境外培训圆满结束

日前，由深圳市司法局、深圳市律师协会联合举办的首期深圳市涉外律师领军 / 后备人才境外培训项目圆满结束，22位律师学员顺利结束为期4周（9月28日–10月25日）在美国华盛顿、纽约举行的培训课程。

扬帆起航，怀梦致远

9月26日下午，深圳市律师协会组织召开首期深圳市涉外律师领军 / 后备人才境外培训行前说明会。深圳市司法局局长蒋溪林、副局长任继光，深圳市南山区司法局副局长麦润清，广东省律师协会副会长陈方，深圳市律师协会会长林昌炽、副会长尹成刚、副会长韩俊、秘书长李同宝、国际与港澳台工作委员会主任高文杰及首期22位参加培训的深圳涉外律师等参加会议。

韩俊副会长主持会议并介绍项目筹备情况。2019年5月，市律协结合深圳市涉外律师发展情况，参考并研究讨论全国律协、省律协境外培训方案，决定启动深圳市首期涉外律师领军 / 后备人才境外培训工作，并组建由林昌炽会长亲自带领的专门工作小组推动项目实施。为保证项目顺利开展，工作小组多次组织会议讨论培训合作机构、课程方案、经费筹措及人员选拔等问题，撰写报告并根据实际推动情况不断修改完善，最终与美国国际法学院（ILI）达成合作意向，并制定为期28天（9月28日–10月25日）的培训方案。9月7日，通过前期报名及当天面试考核，最终选出包括10名涉外领军人才及9名后备人才在内的19名深圳优秀涉外律师，另有市律协委派团长、副团长各1名及南山区司法局选派1名律师，共计22人成团。

林昌炽会长表示，市律协专设扶持涉外人才培养的基金，为涉外律师领军 / 后备人才选拔培训项目精心筹划，该项目获得深圳市司法局、南山区司法局及广东省律师协会的大力支持及多方协调，律师协会与司法行政机关合作举办培训的方式具有示范意义，而学员们求学若渴，也自行承担了一定比例的培训费用，充分体现了涉外法律人才培训经费“政府出一点、协

会出一点、个人出一点”的原则，使涉外法律人才实现“走出去”的战略。他还就该项目提出了几点构想：第一，涉外律师人才境外培训常态化；第二，培训经费保障制度化；第三，培养方式多样化；第四，人才选拔梯队化。希望 22 名律师能够像雄鹰一样，搏击长空，学成归来，为粤港澳大湾区建设添砖加瓦。

陈方副会长对首届深圳涉外领军人才和后备人才赴美培训正式起航表示祝贺，强调了涉外律师培训工作的重要性和深远意义，并充分肯定深圳市律协发挥

出全国示范性的引领作用。他表示，本次精心部署安排的高层次培训来之不易。他对这次活动提出几项要求：一是要确保政治立场正确，始终跟党走。二是要牢牢围绕目标和效果去推进培训；三是树立广东律师的良好品牌和形象；四是广交朋友建立起联系，搭建长期合作交流平台；五是建立起境外同行友谊互信；六是提高自身涉外法律服务专业水平及律师行业治理水平。

深圳市司法局副局长任继光对学员此次境外培训提出了三点建议：第一，要珍惜来之不易的培训机会。我市涉外律师领军 / 后备人才能够赴境外培训，是市局、市律协沟通上下各方才争取到的机会，来之不易。第二，

要讲政治。当前的中美关系正处于比较微妙的时期，作为深圳律师、中国律师，要时刻保持正确的政治立场。第三，要坚持学以致用，强化使命担当。

深圳市司法局局长蒋溪林致辞。他首先充分肯定了市律协推动的涉外律师领军 / 后备人才境外培训项目工作，对境外学习指明了目标方向，再次明确了代表团的使命定位，并提出了几点要求：一是要求每一位学员自觉捍卫中国海外利益，秉承“师夷长技以制夷”的学习目的，心怀热爱祖国、服务祖国、奉献祖国的

热情去学真本事。二是要求学员抓住来之不易的学习机会，确保培训学有所获，撰写学习培训报告。三是要树立安全意识，要有底线思维。在当前复杂的中美局势中，维护政治安全，注意人身财产安全。同时，他希望大家不忘初心，牢记使命，刻苦学习，把握好深圳建设中国特色社会主义先行示范区的重大发展机遇，多与国外同行交流，多宣传深圳法治示范城市，展示深圳律师积极向上的专业形象。

会议最后，深圳市人民政府外事办公室涉外安全处副处长雷海云为律师学员作海外安全知识培训。ILI 机构中国首席代理王琨总经理为学员在美期间的学习生活现场答疑。

与会领导及嘉宾为首批涉外律师领军 / 后备人才境外培训团授予培训团旗

风帆劲鼓，逐浪而行

美国当地时间 9 月 28 日，首期深圳涉外律师领军 / 后备人才境外培训班（下称“培训班”）22 名成员抵达美国首都华盛顿，开启境外系统培训。首期培训课程主要围绕国际贸易法、跨境投资与并购、国际争端解决三大主题展开，同时与当地法律界资深律师、政府官员及学者开展交流座谈、实地参访考察、旁听庭审及听证会等活动。

在美期间，培训班还在北京时间 10 月 1 日当天组织与国旗合影、观看阅兵直播等庆祝活动，遥祝新中国 70 华诞。

培训第 1 周，学员们完成了美国法律体系、国际贸易法律体系和海关议题及区域贸易协定、反补贴、反倾销、非关税壁垒、美中贸易关系、知识产权、跨境并购等课题学习，并旁听了一场在美国国际贸易委员会（USITC）举行的反倾销听证会。培训班第 2 周顺利完成了新兴中美跨境业务、工程融资、赴美贸易风险分析与预防、一带一路战略外方律师观点及美国外国投资委员会（CFIUS）审查等相关内容的课堂学习。10 月 10 日，在中美新一轮经贸高级别磋商中方代表团抵美谈判首日，培训班全体成员参访中国驻美大使馆，并得到使馆参赞潘江博士的会见。潘江向培训班学员介绍了中美两国建交以来外交关系的发展变化、当前国际形势等情况，并与学员就国际热点问题进行了讨论。培训班还参观了美国联邦最高法院和美国国会众议院，旁听了哥伦比亚特区高级法院庭审，并到美国知名律所诺顿罗氏律师事务所（Norton Rose Fulbright）进行实务交流。培训第 3 周，培训班课程主要围绕各种争端解决机制、方式以及详细的操作程序展开。三周课程结束后，美国国际法学院 (ILI) 为学员们举办了结业仪式。第 4 周，培训班奔赴美国纽约，开展实地参访当地律师事务所、仲裁调解机构、律师协会等机构实务为主的课程学习。通过培训，学员们对美国的政治制度、司法体系、历史沿革等有了更具体的了解，对中美法律制度的差异、美国司法体制、法官职责、诉讼程序及实务操作规定等有了更真实的感受和深刻的体会，既增加了自信，也认识了自身的不足，

培训班在美国联邦最高法院前合影

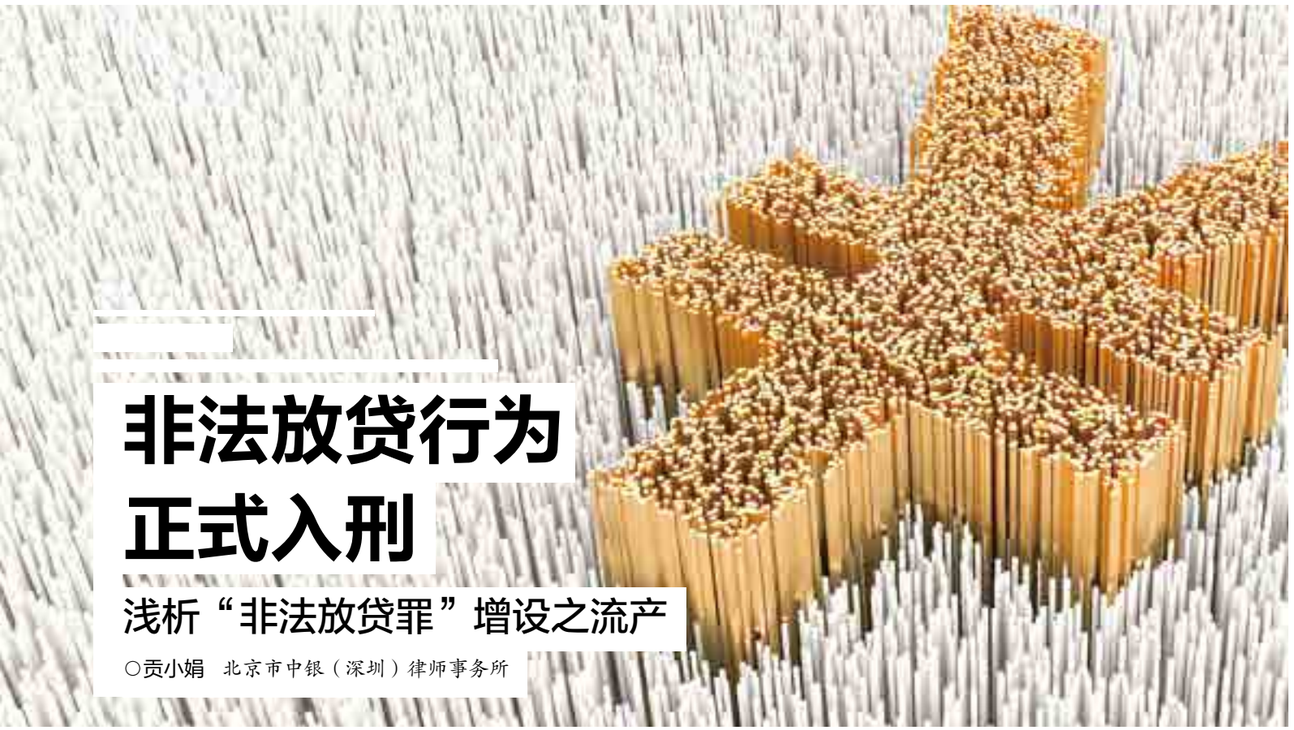
培训班在中国驻美大使馆交流

培训班在课堂上学习

明确了中国律师的优势和学习方向。

北京时间 10 月 25 日，培训班全体成员顺利返回深圳，结束了为期 4 周的境外学习。首期培训课程学习内容丰富、形式多样，为全体学员提供了学习了解国际法律实务、结交国际法律人才的宝贵机会。回国后，全体涉外律师领军 / 后备人才将继续加强学习与交流，发挥各自优势，为中国企业走出去，为一带一路建设、大湾区建设提供更有效、更全面的法律支持与服务。

| HOTSPOT | 热点 |



非法放贷行为正式入刑

浅析“非法放贷罪”增设之流产

○贡小娟　北京市中银（深圳）律师事务所

近年来，各种校园贷、套路贷、培训贷等非法放贷 APP、借贷平台，通过“额度大、利率低、无门槛、无抵押”等宣传，诱骗受害人签订协议后，以砍头息、服务费、保证金、展期费、罚息、违约金等名目，蓄意垒高债务，对借款人及关系人采用侮辱性语言、发送 PS 图片、“呼死你”软件滋扰、非法拘禁等方式催收，侵犯公民人身、财产权利。2018 年，有人大代表呼吁增设“非法放贷罪”。两高两部近日出台《关于办理非法放贷刑事案件若干问题的意见》（以下简称《意见》），正式把非法高利放贷行为纳入刑法调整范围。

一、从典型案例看非法高利放贷产生的严重社会危害性

山东于欢杀人案入选“2017 年推动法治进程十大案件”，影响深远。于欢母亲苏银霞及其经营的源大工贸公司因未能履行生效判决义务，被列入失信被执行人名单，无法获得银行贷款，转向吴学占借高利贷，双方口头约定月息 10%（年息 120%）。2016 年 4 月，22 岁的于欢在母亲苏银霞已抵押的房子里，在遭遇团伙暴力催收、报警未得到有效帮助的情况下，用水果刀刺伤 4 人，导致 1 人死亡、2 人重伤、1 人轻伤。

2017 年 2 月，一审法院以故意伤害罪判处于欢无期徒刑，于欢不服上诉，2017 年 6 月，二审法院判处于欢有期徒刑 5 年。吴学占团伙被检方指控组织、领导、参加黑社会性质组织罪、非法拘禁罪等 9 项罪名，2018 年 5 月，吴学占被判处有期徒刑 25 年，并处没收个人全部财产。2018 年 11 月，于欢父亲于西明、母亲苏银霞等 6 名被告人被法院认定非法吸收公众存款人民币 2508.85 万元，构成非法吸收公众存款罪，于西明被判处有期徒刑 4 年、苏银霞有期徒刑 3 年。

杜志浩等人上门讨债，正是因为于欢父母非法吸收公众存款、欠下大量高利贷所致。于欢案，没有赢家，有人因此付出了生命，所有人皆因此失去了自由，更有无辜的公众，辛苦积攒的血汗钱化为泡影。

二、人大代表建议增设“非法放贷罪”

2018 年 3 月，全国人大代表、北京市房山区人民法院民二庭庭长厉莉等 6 名代表在全国“两会”期间，建议刑法分则第三章破坏社会主义市场经济秩序罪中的第四节破坏金融管理秩序罪项下增设“非法放贷罪”，以稳定社会秩序。条文表述如下：第 X 条违反金融管理法规，以营利为目的，发放贷款的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；有下列情形之一的，处 3 年以上 10 年以下有期徒刑，并处罚金：（一）放贷组织人员众多，非法获利数额巨大的；（二）吸收他人资金用于放贷的；（三）通过引诱、欺诈、胁迫、显失公平、以合法形式掩盖非法目的的方式放贷的；（四）明知贷款用于以贷养贷，或者其他违法犯罪行为，仍向其放贷的；（五）以暴力、胁迫、欺诈、寻衅滋扰等方式催讨债务的；（六）侵犯、泄露他人隐私的；（七）以诉讼方式催收债务，在诉讼过程中，虚构、隐瞒借款事实，伪造、变造证据的；（八）非以放弃全部或者部分债权为目的，阻碍债务人清偿债务的；（九）其他情节严重的行为。有下列情形之一的，处10年以上有期徒刑或无期徒刑，并处罚金或没收财产：（一）放贷行为致使他人死亡、重伤的；（二）与黑恶势力相勾结的。单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照前款的规定处罚。

三、两高两部联合发文明确非法放贷正式入刑

2019 年 10 月 21 日，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部联合印发《关于办理非法放贷刑事案件适用法律若干问题的意见》，明确了对非法放贷行为定罪处罚依据、定罪量刑标准，并明确规定对黑恶势力从事非法放贷活动应当从严惩处。

根据《意见》所述，“经常性地向不特定对象发放贷款”是指“2 年内向不特定多人以借款或其他名义出借资金 10 次以上”，借款对象为“不特定人”，既包括单位也包括个人；“以超过 36% 的实际年利率”中的“36%”不仅包括利息，还包括砍头息、介绍费、咨询费、管理费、预期利息、违约金等各种名义实际收取的资金;《意见》还从非法放贷数额、违法所得数额、非法放贷数量及所造成的危害等多个方面，明确了“情节严重”和“情节特别严重”的具体标准；对强行索要因非法放贷而产生的债务，实施故意杀人、故意伤害、非法拘禁、故意毁坏财物、寻恤滋事等行为，构成犯罪的，数罪并罚；对黑恶势力从事非法放贷活动的，区别对待，降低入罪标准和加重处罚标准，从严惩处。

四、现行刑事法律框架可充分保护借款人利益，打击非法放贷行为

刑事立法需遵循必要性原则和禁止重复评价原则。必要性原则，即行为具有相当严重程度的社会危害性及刑罚具有无可避免性；禁止重复评价原则，即禁止对同一犯罪构成事实或量刑情节给予两次或两次以上相同目的和属性的评价，保证“任何人不因同一犯罪再度受罚”。

《意见》将打击目标锁定社会危害性最为突出的非法高利放贷，使非法放贷行为有了明确的定罪处罚依据和量刑标准。《意见》开篇即明确制定目的，为依法惩治非法放贷犯罪活动，切实维护国家金融市场秩序与社会和谐稳定，有效防范因非法放贷诱发涉黑涉恶以及其他违法犯罪活动，保护公民、法人和其他组织合法权益。《意见》并明确非法放贷认定、量刑标准，打击非法高利放贷行为。

对前述人大代表的“非法放贷罪”提案内容进行分析，可知，其为现行各项刑事法律规定的重复叠加，其针对“高利贷”和“暴力催收”所列的八项具体行为，均可通过《意见》中的非法经营罪及《刑法》中的非法吸收公众存款罪、诈骗罪、强迫交易罪、高利转贷罪、非法拘禁罪、寻衅滋事罪、故意伤害罪、侮辱罪、强制侵入住宅罪、伪证罪、组织领导黑社会性质组织罪、故意毁坏财物罪、破坏生产经营罪、敲诈勒索罪、抢劫罪、绑架罪等各项罪名进行惩治。至此，现行刑事法律框架针对非法放贷行为及行为后果均有明确规定，罪责刑相适应，惩罚手段齐备，制裁措施得力，能够达到惩罚的目的，再行增设“非法放贷罪”已无必要。

之前的放高利贷行为会被处罚吗？

两高两部《关于办理非法放贷刑事案件若干问题的意见》溯及力问题研究

○傅政杰 邵心语 李锐 北京市京师（深圳）律师事务所

10 月 21 日，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部正式印发《关于办理非法放贷刑事案件若干问题的意见》（下称《意见》），对非法放贷的犯罪活动作出规定，开启了非法放贷入刑的时代。一石激起千层浪，《意见》不仅在法律界引发热议，而且必将会对民间借贷产生巨大影响。目前，在解读《意见》过程中，焦点问题之一在于《意见》是否具有溯及力，即本《意见》是否适用于 2019 年 10 月 21 日前的非法放贷行为？为准确理解和适用，本文将从《意见》的性质、时间效力、行为评价三方面进行探讨。

《意见》的性质——“准司法解释”

在分析之前，必须先厘清《意见》的性质——《意见》到底是不是司法解释？

2007 年最高院公布的《关于司法解释工作的规定》第 6 条对司法解释的形式作出了明确规定：司法解释的形式分为“解释”“规定”“批复”和“决定”四种。对在审判工作中如何具体应用某一法律或者对某一类案件、某一类问题如何应用法律制定的司法解释，采用“解释”的形式；根据立法精神对审判工作中需要制定的规范、意见等司法解释，采用“规定”的形式；对高级人民法院、解放军军事法院就审判工作中具体应用法律问题的请示制定的司法解释，采用“批复”的形式；修改或者废止司法解释，采用“决定”的形式。

显然，《意见》并不包含在上述四种司法解释的形式之中，而是两高与国务院部委合作的一种特定的公文形式，这种联合发文有利于规则的执行，从而保障司法权力的行使更加顺畅和便利[①]。《意见》应当是体现刑事司法政策的司法解释性质文件，通常称为“准司法解释”。“准司法解释”经常被法院作为判决依据加以援引，因此，《意见》作为“准司法解释”，在实践中发挥着司法解释的功能和作用。

《意见》的时间效力——不溯及既往

对于刑事司法解释的效力问题，最高人民法院、最高人民检察院于 2001 年出台了《关于适用刑事司法解释时间效力问题的规定》，包含了以下四点内容：

一、司法解释是最高人民法院对审判工作中具体应用法律问题和最高人民检察院对检察工作中具体应用法律问题所作的具有法律效力的解释，自发布或者规定之日起施行，效力适用于法律的施行期间。

二、对于司法解释实施前发生的行为，行为时没有相关司法解释，司法解释施行后尚未处理或者正在处理的案件，依照司法解释的规定办理。

三、对于新的司法解释实施前发生的行为，行为时已有相关司法解释，依照行为时的司法解释办理，但适用新的司法解释对犯罪嫌疑人、被告人有利的，适用新的司法解释。

四、对于在司法解释施行前已办结的案件，按照当时的法律和司法解释，认定事实和适用法律没有错误的，不再变动。

从上述规定可以看出，司法解释是具有溯及力的，司法解释是对法律文本的解释，因而司法解释的效力是从属于法律的，只要法律有效则对该法律的司法解释在法律实施期间亦为有效[②]。“这种正式解释并不是刑法本身，既然是对刑法的解释（而且排除了类推解释），那么，对现行正式解释之前的行为，只要是在现行刑法施行之后实施的，就得按正式解释适用刑法。所以正式解释不存在从旧兼从轻的问题[③]。

依照上述论证，司法解释效力从属于法律的施行期间，受被解释法律的时间效力范围的限制，据此可以得出《意见》对施行前的非法放贷行为均具有溯及力的结论。但在《意见》最后，第 8 条进行了特别说明：本意见自 2019 年 10 月 21 日起施行。对于本意见施行前发生的非法放贷行为，依照最高人民法院《关于准确理解和适用刑法中“国家规定”的有关问题的通知》（下称《通知》）（法发〔2011〕155 号）的规定办理。对于该条文，普遍认为是对《意见》溯及力的说明。分析条文背后原意，本条规定其实是欲阻断《意见》对施行前非法放贷行为的直接适用，而将适用问题交给 2011 年的《通知》予以解决。

《通知》第 3 条中规定：各级人民法院审理非法经营犯罪案件，要依法严格把握刑法第二百二十五条第（四）的适用范围。对被告人的行为是否属于刑法第二百二十五条第（四）规定的“其它严重扰乱市场秩序的非法经营行为”，有关司法解释未作明确规定的，应当作为法律适用问题，逐级向最高人民法院请示。

因此整体来看，依照形式逻辑应当这样理解：对于 2019 年 10 月 21 日前实施的非法放贷行为，因没有司法解释作出明确规定，故对其并不能直接以非法经营罪论处，应当作为法律适用问题，逐级向最高人民法院请示。简言之，《意见》施行前的非法放贷行为，不能直接认定为非法经营罪。

行为评价——有涉及其他罪的可能

在此衍生出新的问题：不具有溯及既往的效力是否就当然得出《意见》施行前的非法放贷行为不认定为犯罪？本文认为有必要明确“不直接认定为非法经营罪”并不等于“不认定为犯罪”，这是两个不同的结论。关于《意见》溯及力的讨论最后的指向仅为是否适用“非法经营罪”的法条规定，而非行为是否涉嫌刑事犯罪。

《意见》涉及的是实体法意义上的行为评价，之前评价放贷行为至多是行政违法或者其他犯罪，现在多了非法经营的罪名选择。另外，高利贷通常不是孤立存在的，可能会涉及到其他行为，触犯其他罪名，《意见》的第 6 条对此也有规定：为实施非法放贷的目的，涉及擅自设立金融机构、套取金融机构资金高利转贷、骗取贷款、非法吸收公众存款等；为强行索要债务，涉及故意杀人、故意伤害、非法拘禁、故意毁坏财物、寻衅滋事等，前者择一种重罪处罚，后者数罪并罚。

①彭中礼：《最高人民法院司法解释性质文件的法律地位探究》，《法律科学（西北政法大学学报）》2018 年第 3 期，第 21 页。

②陈兴良：《中国刑法中的明确性问题题》，载梁根林、[德] 埃里克·希尔根多夫主编：《中德学者的对话：罪刑法定与刑法解释》，北京大学出版社 2013 年版，第 26 页。

③张明楷：《刑法学（第五版）》，法律出版社 2016 年版，第 79 页。

“泰国杀妻骗保案”之法律分析

○庞芳　广东华途律师事务所

保险被誉为社会的稳定器，具有分摊风险与经济补偿的重要功能。然而，保险却被不法分子作为牟取暴利的工具。近年来，为骗取保险金故意制造近亲属死亡案件的报道屡见不鲜，如 2012 年甘肃沈某杀害双亲骗保案、2013 年江苏李某杀妻骗保案、2016 年安徽张某杀妻儿骗保案，以及近期因涉外犯罪且保险金额巨大等因素引起热议的“泰国杀妻骗保案”。本文以“泰国杀妻骗保案”展开，浅谈保险诈骗的几个法律问题。

一、杀妻骗保者的刑事责任

据新闻报道，2019 年 9 月 3 日晚，“泰国杀妻骗保案”在泰国普吉府法院结束了最后一次庭审。泰国检方以泰国刑法第 289 条第 4 款“蓄意谋杀罪”起诉被告人张某，而此罪有且只有一种刑罚即死刑，也就是说，一旦指控成立，被告人张某将被判决死刑。泰国普吉府法院将于 2019 年 11 月 8 日上午 10 点宣判。

纵观泰国法院近十年来的判决，被告人被判死刑立即执行的案例少之又少，加之泰国素有“大赦”的传统，张某即便被定罪，是否能在泰国执行死刑还不确定，这也是被害人家属希望将张某引渡回国接受我国刑事审判的原因之一。不管是因为我国未曾提引渡申请还是提出而泰国已拒绝，本案现已历经泰国普吉府法院多次庭审并处于等待宣判的阶段，张某必将首先接受泰国刑法的制裁。然而，我国司法独立，对外国裁判持消极承认的态度，我国《刑法》第 10 条规定：凡在中华人民共和国领域外犯罪，依照本法应当负刑事责任的，虽然经过外国审判，仍然可以依照本法追究，但是在外国已经受过刑罚处罚的，可以免除或者减轻处罚。所以，即便张某由于“属地原则”接受了泰国的审判并执行刑罚，我国依据“属人原则”仍旧可以对张某进行审判，同时结合实际情况考虑是否免除或者减轻处罚。根据我国刑法的相关规定，若嫌疑人故意造成被保险人死亡，从而骗取保险金的，应当以故意杀人罪与保险诈骗罪数罪并罚[1]，最高刑罚为死刑[2]。

张某为了骗取高额保险金，不惜残忍杀害妻子，给双方年迈的父母与年幼的女儿留下一个破损的家庭，自己也将面临最严酷的法律制裁。也许，张某当时还不清楚，其涉案巨额保单可能因其犯罪行为而免于赔付。

二、巨额保单是否应当赔付

涉案保险金高达人民币 3000 万元，既是衡量被告人张某刑事责任的重要因素，也是“泰国杀妻骗保案”受到广泛关注的原因。结合“泰国杀妻骗保案”，笔者根据我国《保险法》的规定，从保险合同的效力、理赔条件等方面探讨涉案保单是否应当赔付。

（一）除以未成年子女死亡为给付条件的人寿保险外，其他人寿保险的保险金无最高额限制

在财产保险中，保险公司承担的是保险标的损失的赔偿责任，保险金赔付受到《保险法》第五十六条的限制，即重复保险的各保险人赔偿保险金的总和不得超过保险价值。而在人寿保险中，保险标的为人的寿命，其价值无法用金钱衡量。《保险法》对人寿保险的限额规定仅限制父母为其未成年子女投保的人寿保险的保险金总和不得超过国务院保险监督管理机构规定的限额，对其他人寿保险无限额限制[3]。因此，在人寿保险出险后，保险公司通常应当按照保险合同约定的保险金额对受益人给付保险金。总言之，若本案所有保险合同均合法有效并符合赔付条件的，各保险公司均应全额承担给付责任，受益人将获得超过 3000 万元保险金。

（二）保险公司可能因保险合同无效而无赔付责任

《保险法》第三十四条规定：“以死亡为给付保险金条件的合同，未经被保险人同意并认可保险金额的，合同无效”。《保险法》将未经被保险人同意的死亡保险合同的效力认定为无效，目的在于避免可能发生的道德危险[4]。因为在人寿保险中，被保险人不可能是受益人，那么投保人和受益人很可能为了骗取保险金而故意伤害被保险人。根据新闻报道，涉案保险合同存在被保险人签字处的笔迹与被害人的笔迹明显不符的情况。如假冒被保险人签字的情况属实，该

①《中华人民共和国刑法》第 198 条第 2 款。
②《中华人民共和国刑法》第 234 条。
③《中华人民共和国保险法》第 33 条。
④刘建勋：《新保险法经典、疑难案例判解》，法律出版社 2010 年版，第 67 页。

等保险合同因未经被保险人同意并认可保险金额而属于无效合同。根据《合同法》第 56 条的规定，无效的合同自始没有法律约束力。因此，保险合同被确认无效后，保险公司无赔付责任。《中华人民共和国合同法》第 58 条规定：“合同无效或被撤销后，因该合同取得的财产，应当予以返还；不能返还或没有必要返还的，应当折价补偿。”在不考虑投保人与保险人双方缔约过失责任的情况下，保险公司应当返还已收取的保险费用。

（三）保险公司可能因投保人的犯罪行为而无需承担赔付责任

保险合同具有射幸性，当事人可以通过支出极少的保费获取数千倍的保险金，道德风险之大不言而喻。为了防范此种道德风险，《保险法》不仅限制投保人与被保险人的关系范围，还规定“投保人故意造成被保险人死亡、伤残或者疾病的，保险人不承担给付保险金的责任。”[5] 这一规定不仅在于防范道德风险、遏制犯罪，更在于维护市场经济秩序、保护投保群体的合法利益。因为保险精算过程已经将投保人故意造成被保险人死亡、伤残或疾病的情况排除至确定保险费率的范围之外，如果保险人对故意杀害被保险人的情况仍进行理赔，就会打破保险费收取和保险人承担风险之间的平衡关系，进而破坏市场经济秩序、侵害投保群体利益[6]。在“泰国杀妻骗保案”中，暂时未有被害人家属就保险理赔事宜与保险公司协商的相关报道，泰方暂未披露涉案多份保险合同的投保人是谁。若投保人均为张某，且张某故意杀人罪成立，涉案保险公司将无需承担赔付责任，无论是合同受益人张某还是被害人的法定继承人都无法获得巨额保险金。在本案中，保险合同均是案发前半年内签订的，可见投保人未交足二年以上保险费，根据《保险法》第 43 条关于“投保人已交足二年以上保险费的，保险人应当按照合同约定向其他权利人退还保险单的现金价值”的规定，保险公司甚至无需退还保险单的现金价值。

事实上，涉嫌保险诈骗后还能成功理赔的案例少之又少。2013 年江苏李某杀妻骗保案所引发的被害人之法定继承人起诉保险公司给付保险金是少有的成功案例。该案理赔成功的关键是法院认定涉案保险合同的投保人为被害人廖某，而非李某，而廖某在投保时具有真实的投保意愿，涉案合同合法有效，保险公司应当依照合同约定进行理赔；受益人李某因故意杀害被保险人而丧失受益权，保险金作为被害人的遗产，按照继承法的规定，由法定继承人继承。最终，法院判决保险公司向被害人的法定继承人赔付保险金人民币 300 万元[7]。

以案为鉴，“杀妻骗保”等保险诈骗行为终会造成人财两空的后果，可谓是百害而无一利。而这宗案件让笔者思考的是，为何投保人无业无收入的情况下还能通过背景调查？为何假冒被保险人签字还能够通过保险公司的层层审核？为何短时间内在多个机构重复购买高额人寿保险而不被怀疑？抛开人性的贪婪与丑恶不说，“泰国杀妻骗保案”从另一个角度暴露了保险行业制度与规范的不足，其中信息共享平台不健全尤为突出。中国银行保险监督管理委员会重大风险事件与案件处置局局长朱衍生曾表示，近年来银保监会一直在积极推进搭建行业反欺诈信息平台；他还表示，保险公司应有开放、合作的心态，有意愿与同业机构共享数据，并确保共享信息数据的质量[8]。反保险欺诈工作是一项长期、艰巨和系统的工程，相信从 2019 年 6 月开始由中国银行保险监督管理委员会重大风险事件与案件处置局与公安部经济犯罪侦查局联合开展的“护航 2019”反保险欺诈专项行动能够让保险诈骗无处躲藏。

⑤《中华人民共和国保险法》第 43 条。
⑥潘红艳：《<保险法>第 43 条第 1 款的现实迷局与精准解读》，载《中国保险报》2019 年 4 月 25 日第 005 版。
⑦参见上海市浦东新区人民法院（2016）沪 0115 民初 51739 号《民事判决书》。
⑧参见《“护航 2019”让保险欺诈无处躲藏 —— 专访中国银保监会风险处置局局长朱衍生》，载中国保险报网。

聚焦 短视频 火热背后的法律问题

○编辑部

近两年来，随着互联网短视频产业的不断发展，短视频已经逐渐成为社会大众所喜闻乐见的一种传播文化。然而，在短视频井喷式发展的背后，一些问题也逐渐暴露出来。跟着主播买的商品出问题如何售后？打赏主播能否退款？模仿直播引发人身事故，直播平台是否有责任？短视频侵权怎么破？

本期“争鸣与思辨”栏目组织了圆桌会议，邀请了深圳市消费委员会、短视频平台运营方、主播、专业律师等各方代表，就短视频的法律问题进行探讨。

主持人 / **余刚**
深圳市律协宣传工作委员会委员

短视频平台消费权益难保障

主持人：首先，我们结合市消委会受理的有关短视频的投诉情况来看看，短视频涉及哪些法律问题。请市消委会的代表介绍一下。

魏兴：我简单介绍一下消委会有关短视频受理投诉的立案情况。据统计，今年到目前为止共收到短视频类的投诉有 112 宗，占同期 18 万的投诉立案数量的比例非常微小，但这一类的投诉增长非常快。就我们收到的投诉来看，直播推销产品出现的问题比较多，占投诉量 50% 左右，还有一些是隐私泄露、充值等方面的投诉。

何宝媚：我介绍一些比较典型的投诉案例，也希望各位专业律师可以帮忙解答。比如直播“带货”涉及的产品售后维权的投诉：某消费者在直播平台上订购一条项链，佩戴一周后项链变色发黑，导致其脖子染黑了，该消费者要求退货，商家一直以各种原由不予退货。像淘宝、京东等传统电商可以做到 7 天无理由退货，而新兴短视频平台，由于商家入门门槛比较低，入门的资质没有很好地监管，产品监管也不到位，甚至有些是私下交易，在这种情况下，消费者的权益无法得到保障。又比如短视频涉及个人隐私、信息泄露的投诉：不久前我们收到多名消费者反映，使用某 APP 并没有绑定手机号，也没有授权这个软件读取其个人信息，但在他使用时发现在“你可能认识的人”里面直接弹窗出 100 多个微信好友，消费者认为在他未授权且不知情的情况下，该 APP 盗走消费者个人信息并且读取微信联系人的信息，是侵害了其隐私权。类似这样的投诉，其实我们很难处理。即使我们约谈平台的经营者，他们就此问题辩解说，平台后台有一系列完善的保护消费者信息的措施，消费者的信息泄露不一定是他们平台造成的。确实，一般消费者无从得知自己的个人信息是怎么泄露出去的，比如我们注册一个 APP 时，有非常多的勾选项，人们不太可能细看每个条款中存在什么具体的问题。

嘉宾

魏兴 / 深圳市消费委员会
投诉部副部长

何宝媚 / 深圳市消费委员
会法律部工作人员

邓越萌 / 星润雅发展有限
公司总经理

短视频版权问题凸显

主持人：短视频有哪些类型？涉及哪些法律规定？

邓越萌：我公司主要业务是短视频平台内容运营。我们一般把在手机移动端互联网传播的 5 分钟内的视频，称之为短视频。根据 APP 运营的种类和内容，我们把短视频分为六类：第一类，以抖音和快手为代表的社交媒体类，这种类型是目前最受用户欢迎、使用率最广的，也是短视频 APP 开发的大热类型。第二类，以西瓜视频、梨视频为代表的资讯媒体类，主要内容是新闻资讯，内容比较独到新鲜。第三类，以 B 站（哔哩哔哩）为代表的 BBS 类，是目前最多 90 后、00 后年轻人的聚集地，平台内容涵盖动漫、游戏、番剧、鬼畜等。这三类平台涉及最多的是版权问题，内容、尺度问题。第四类，以朋友圈、陌陌为代表的社交网络服务类，涉及最多是个人隐私、内容、尺度和导向问题。第五类，以淘宝、京东主图视频为代表的电商类，这也是一种短视频，涉及消费者权益的问题比较多。第六类，是以小影、VUE、剪映为代表的工具类，和前述五种类别相比，工具类的短视频没那么火爆，目前遇到的法律问题也不多。

囧哥：作为主播，我们做视频，更注重的是用户的关注点是什么，我们一般是按照用户的喜好来分类。一是比较火爆的户外类型，比如旅游达人直播旅行、吃播等；二是游戏直播；三是生活、娱乐类的，这类视频最大的问题是，一些标题党为了骗流量以低俗的内容博取眼球。

卢鹏：我来梳理一下各类短视频与法律产生的对应关系。从短视频内容来看，大部分展示自身唱歌的这类视频，涉及最多的是版权问题；展示自身舞蹈等技能的，涉及政策性问题，比如裙子的长度等尺度问题，包含平台监管方面的问题；第三类表现形式是户外拍摄的，比如囧哥那种旅游直播，对雕像、建筑展示的形式是否构成侵权，还是合理使用？第四类，使用他人作品进行短视频录制，比如游戏类视频，直播游戏制作出来的短视频是否构成侵权，这是非常前沿的问题。之前有个案子比较典型的：网易公司诉 YY 所属华多公司侵害著作权案作出了一审判决，判决被告停止通过网络传播《梦幻西游》或《梦幻西游 2》的游戏画面，并赔偿原告经济损失 2000 万元。在该案中，网易称游戏运行过程呈现的连续画面属于类似摄制电影创作方法创作的作品。华多公司则称，游戏直播画面不属于《著作权法》规定的作品类型，且为

嘉宾

囧哥 / 斗鱼官方签约主播

卢鹏 / 广东华商律师事务所合伙人、虎牙直播法律顾问

何美华 / 深圳市律协知识产权法律专业委员会副主任

个人合理使用行为。该案引发了关于游戏直播著作权的探讨。显然，针对上述案例，广州知识产权法院是认定游戏画面是类电作品，擅自直播是侵权。游戏直播的市场是非常大的，游戏画面是否构成类电作品，如果这个法律问题定性了，那就意味着这块蛋糕是游戏厂商吃还是游戏主播吃，直播的游戏操作视频是不是都要缴纳版权税？这些问题目前还无解。

何美华：邓总和囧哥的分类是从从业者的角度来分类。我也来说说从法律评价的角度的分类：一是以创作方法分类，比如混剪、拼接等；二是以内容分类，不管是以创作方法还是内容来分类，主要涉及的法律问题是版权问题。三是以用途分类，比如代购、示范等。短视频问题涉及的适用法律法规包括《电子商务法》《消费者权益保护法》《信息网络传播权保护条例》和与商品质量问题有关的《产品质量法》《广告法》等等。

白卫霞：短视频除了涉及版权问题，还有直播打赏可能引发民事纠纷，适用民事方面的法律规定，“带货”问题更多地适用《消费者权益保护法》《侵权责任法》。

主持人：我们站在不同的视角看问题，有不同的分类。站在法律的角度来看，短视频不管怎么分类，涉及的版权问题是大家都比较关注的。那么，未经授权复制、表演、传播短视频的行为如何定性？当中涉及的侵权行为有哪些？哪些可以免责？

屈文静：短视频涉及的版权问题可以归纳为两类：一是短视频自身的版权问题，短视频是否享有著作权，以及他人未经许可而使用短视频涉及的侵权问题。二是录制短视频侵犯他人版权问题，视频中唱了他人的歌，用了电视剧的截图等等。《著作权法》规定了 17 项具体权利，如复制权、信息网络传播权等，每一项权利都控制特定的行为，如未经许可而实施了相应行为，又无法律规定的免责事由，即构成侵权。如将短视频放置互联网上，使公众可以在其个人选定的时间和地点获取该短视频，则可能会侵害信息网络传播权。至于免责，主要看使用短视频的行为是否符合“合理使用”的免责情形。《著作权法》及《著作权法实施条例》对合理使用的具体情形做了明确的规定，如为个人学习、研究或者欣赏而使用他人作品，为介绍、评论某一作品而适当引用他人作品，同时不影响该作品的正常使用，不损害著作权人的合法利益。因此，使用短视频能否免责，需结合法律规定及使用情况具体分析。

主持人：短视频在复制和传播的过程中，我们考虑是否侵权，还要考虑到是否有经济利益在里面。

囧哥：确实如此。比如，我转载他人的视频，他做出来可能没人看，我把他做好的视频拿过来，我的

白卫霞 / 深圳市律协信息网络与电子商务法律专业委员会委员

周争锋 /《深圳律师》栏目编辑

屈文静 /《深圳律师》栏目编辑

流量大，在我这里突然成为爆款，我通过视频获得收益，这种情况下对方告我，我会不会出问题？

白卫霞：我转载你的视频是否属于侵权，前提条件是不经著作权本人的允许，实施了这个行为，这就是侵权了，如果著作权本人是许可的，认为转载对其有宣传作用，著作权本人可能不会提起维权。至于这个视频产生的经济效益，这部分该怎么判断？产生的经济利益到底是基于著作权人的作品本身，还是基于转载人的流量，两者对于经济利益的获取都有一定的作用，我认为这是比较新的损失追偿的判定，在维权过程中需要各方考虑。

何美华：短视频，从其作品的表现形式来看可定性为类电作品或者电影作品。类电作品和电影作品受到同等保护。对于基于别人作品而二次创作出来的短视频，首先要考量作品的类型；第二，考量作品权利归属；第三，考量是否定性为侵权行为。

短视频问题各方法律责任的分析

主持人：短视频占据着互联网流量之王，但内容良莠不齐。短视频平台对上传内容的审查义务有哪些？平台监管不力，应该承担哪些法律责任？

卢鹏：这跟法律上的政策监管有关。第一，对内容涉及色情的有监管义务。比较大的秀场类平台，比如 YY，对唱歌跳舞类视频，不允许在视频中穿着太暴露。第二，平台会有巡视员对直播过程进行监管，审查其是否弘扬正确的价值观，不能有违反国家政策方针、主流思想的内容。第三，血腥暴力的内容。一旦出了问题，平台面临最严重的处罚可能是下架，甚至禁播。

2019 年 9 月 10 日，国家互联网信息办公室发布关于《网络生态治理规定（征求意见稿）》公开征求意见的通知。其中，《规定》对网络信息内容提出了明确要求，禁止制作调侃灾害类、内容与标题严重不符、对未成年人身心健康造成不良影响等内容的信息。

主持人：短视频平台有无针对未成年人观看的内容分级制度？如何保证其内容是适合的？

卢鹏：目前来看，短视频的 APP 都是不分级的，谁都可以看。

主持人：魏副部长，消委会有没有接到涉及未成年人观看短视频方面的投诉？

魏兴：有的，未成年人观看视频出现的主要问题是巨额打赏主播引起纠纷，这两年时有发生。站在消费者的角度，我们建议分级。电影、电视剧、游戏都有进行分级，我们认为为了保护未成年人，对短视频内容也应该分级。一是唱歌跳舞类的，可能涉及色情问题；二是资讯信息类的，涉及导向问题。三是游戏直播。游戏运营商为了防止未成年人沉迷采取限制登录时间段、在线时长等举措，短视频平台其实也可以做这样的限制，甚至限制充值。同时，对于未成年人观看视频，家长也负有主要的监管责任。

主持人：近日，山东省枣庄市两个女孩在家中模仿网红主播用易拉罐制作爆米花，结果操作不慎被烧成重伤，其中一个不幸离世。如未成年人观看视频导致出现人身事故等问题，平台方和内容提供方是否负有责任？

卢鹏：对于危险性较高的视频、恶搞视频，短视频平台方经识别后确认为危险行为的或有潜在危险性的，应注明“请勿模仿”等警示用语，情理上是有提醒义务的。但从客观来说，法律讲究直接性因果关系，而目前无法判定这个事故是短视频直接导致的。这也适用“避风港原则”，作为平台方，一方面没有参与短视频本身的制作过程，另一方面平台主观上并不会知道看视频的有谁，对此监控非常困难，这种情况下是免责的，平台只能是接到权利人投诉后尽到删除的义务。

主持人：短视频打赏也出了不少问题，如未成年人巨额打赏、用户发现主播实际情况和其在视频中表现出来的完全不同，可否要求退回打赏？

魏兴：打赏主播争议主要集中在未成年打赏主播这一现象上。根据以往的处理案例来看，如果家长能提供充足证据证明实施打赏的是未成年人，短视频平台第一次基本会把钱退回，但并不意味着每次都可以退款。家长对孩子要履行监管责任，如果家长明知你的孩子有过这种行为还继续放任的话，那就是监管不到位。另外，平台也要进行反思，有没有尽到监管义务，主播是不是明知对方是未成年人的情况下，还使用引导性话语鼓励其打赏，这种情况下就一定要退款且对主播进行处罚。

卢鹏：赠与打赏的行为是有用户协议的，协议明确说明是赠与。从法律意义来说，一旦打赏了，交割就完成了。

白卫霞：我有不同的观点。法律上的赠与是可撤销的，前期可能有用户协议，但是用户协议有关这一条是不是霸王条款或者无效条款？这有待考察。其次，在赠与过程中，有无存在欺诈行为？我想打赏给 A，可你本身是 B，那么打赏是违反消费者主观意思表示的，意味着可能产生重大误解或者存在欺诈，如果欺诈可以确认的话，应该可以索要回来。打赏看似赠与主播，实际上是给到平台，平台和主播分成，我认为这可以定义为消费行为，不是单纯的赠与。

何美华：网红直播得到的“礼物”是赠与还是营业所得？主播和打赏者之间是什么样的合同关系？如果是平台提供的打赏功能，是否应该约束主播的行为？我认为这不仅仅是主播和打赏者之间的事，平台也是其中一方。用户协议是用户与平台签署而非与主播，而且协议不是赠与协议，而是服务协议。平台不能置身事外。

主持人：网红主播“带货”也是最近比较火的现象，如果涉及产品质量问题或虚假宣传，主播、平台和产品销售方三方有什么法律责任？

白卫霞：在直播之前，平台应审查产品的质检报告等资料，要认可这是合格的产品才能在平台上销售。出现产品质量问题，厂家或产品销售方肯定要承担责任，平台如果不能提供相关的资料，就要承担连带责任。如产品是以次充好，存在欺诈、虚假宣传，适用《消费者权益保护法》里“退一赔三”的规定。

何美华：首先要界定“带货”行为的性质，是广告行为还是共同销售的行为？如是销售行为，则产生相应的法律责任；如果是纯粹的广告服务，网红是按照公司安排负责播，这是职务行为，责任该由公司承担，但如果主播像明星代言产品一样，应该有一定程度的责任，这要在具体的案例中具体分析其中的法律关系。

魏兴：这一类投诉我们也遇到过，我们把主播“带货”分为这几类：一是主播本身就是商家，谁销售谁负责，销售责任肯定逃不了；二是某公司培养一批网红主播给产品打广告，产品出现问题，要找厂家；三是普通的代购，有些主播就是以这个为生，如卖的是三无产品，平台是有一定的监管责任，若找不到生产商，平台和主播都要承担责任。

呼吁完善法律规范，强化内容管理

主持人：如何规范和管理短视频行为，使其在法律框架内良性发展？

囧哥：我认为这首先依赖于主播、“拍客”个人意识是否到位。你不知道你的直播有没有未成年人在看，如果你播出的内容是不适合未成年人，他们有可能会被误导，产生很严重的影响。哪些能拍，哪些不能拍，内容、尺度靠主播、拍客自我约束，而不是都交给平台来监管。二是从监管角度来说，可提高从业门槛，参考设立从业资格的模式，要求主播通过培训、考核才可以上岗，这可减轻很大的监管压力。

邓越萌：平台在上传视频的环节上要严格把控，完善管理机制，明文上传规定，对“热门”视频要更加严谨的审核，一旦发现违规立即删除。

白卫霞：前期管控和前期预防非常重要，具体的措施我想到两点：一是对从业人员进行前期培训，乃至主播囧哥说到的设立从业资质。短视频催生的网红、“拍客”越来越多，还有专门打造网红的公司，逐渐形成了一个行业，对流量大的主播们进行相关培训，可以规范他们播出的内容。二是针对带货类直播的产品方面的前期监管，短视频平台可要求产品厂家出具质检报告或者许可登记，并设立保证金制度，一旦发生产品质量问题，对于消费者来说第一时间有解决的售后方案。

邓越萌：应该制定相关法律规范和管理，要求不越线，不二次上传他人的视频作品，不上传他人不雅视频、偷拍视频等，对于侵权行为要禁止。

魏兴：短视频属于全民监管。如果内容有问题，用户向平台或者相关部门举报后，平台会进行处理，这是事后监管。平台可以在事前、事中运用关键词检索等技术手段，对内容进行监管，这在技术上不难，但是要付出很大成本，所以事前是很难监管的。我们市场监管部门、网监部门对于短视频信息有相关的监控手段，关键在于能否扩大覆盖面，建议行政管理部门加大监管力度。目前国家的法律在这方面的限制和规定较欠缺，建议通过地方立法、特区立法或者部门规章出台相应的法律法规，在某一层面对其进行一定的限制和约束。

周争锋：短视频问题频发，主要原因仍然是网络发展迅速，而法律法规相对滞后且监管难度较大。目前相应的法律法规并不能完全覆盖短视频快速发展所暴露出来的问题，其中涉及道德、管理等多方面问题，需要进一步细化、完善短视频行业标准。

从争议解决视角看员工股权激励方案设计

○李红 北京德恒（深圳）律师事务所

员工持股作为一种制度构想安排被提出，意在为了让员工正常获得劳动收入的同时获得资本收入①。员工股权激励，一般是指根据企业制定的股权激励方案，企业员工在达到相关要求时直接持有任职企业或者关联企业的股权 / 股份，或者通过持股平台（包括有限合伙、有限公司或股份公司）、自然人代持等方式间接持有任职公司的股权 / 股份的激励制度安排。在更宽泛意义上，有人将实践中的以企业股权 / 股份的价格 / 价值 / 增值作为奖励金额核算依据，以及根据企业内部核算对象（如“阿米巴”“事业部”等）管理规定来核算部门及个人薪酬和奖励等做法也归为员工股权激励，但因不涉及法律意义上的员工持有股权，故不在本文讨论范围。

一、员工股权激励制度中企业与员工的关系与劳动关系有关但不同

员工股权激励制度与劳动合同关系密切。一般来说，被激励员工与企业保持劳动关系是企业对该员工进行股权激励的前提；同时，劳动合同履行情况，如绩效考核目标是否达成、是否遵守公司劳动纪律和规章制度、是否履行保密及竞业限制义务等相关情况，也会影响股权激励结果；员工离职，经常触发员工所持股权的回购机制。

虽然企业与员工之间的劳动合同及其履行情况是企业实行员工股权激励制度的前提和事实依据，但员工股权激励安排并不等同于劳动关系，也不仅是劳动关系的加强和深化。员工股权激励制度目的在持股，必须符合国家关于股权、持股平台等相关的法律规定；员工股权激励方案中的股权来源、员工取得股权方式及持有方式、股权内容限制、股权回购等，要在《公司法》《合伙企业法》《合同法》相关民商事法律规定的框架中设计和执行。

从法律关系来看，股权激励下的员工因其与企业之间签署有劳动合同和员工股权激励协议，分别产生不同的法律结果：根据劳动合同，企业和员工之间建立劳动关系，适用《劳动法》《劳动合同法》，员工接受企业管理、提供劳动，获得劳动报酬，具有人身关系上的从属性；根据员工自愿签署的股权激励协议，企业和员工之间形成平等的民商事合同关系，员工依据协议取得和持有企业股权，成为企业限制性或者非限制性股权 / 股份的股东。上述两个法律关系清晰可辨。

然而，由于上述两个法律关系中的主体与行为关联密切，且劳动争议与民商事争议在我国存在截然不同的争议解决司法程序——劳动争议首先适用《劳动争议调解仲裁法》的劳动仲裁前置程序，且时效为 1 年；民商事纠纷直接适用《民事诉讼法》《仲裁法》，诉讼时效一般为 3 年。司法实践中对因员工股权激励引发的争议适用的争议解决程序问题，存在不同的观点。

二、员工股权激励争议是否属于劳动仲裁事项，裁判观点不同

在深圳市方迪科技股份有限公司与其员工张浩等（简称“员工”）因股权激励协议引发的争议案中，公司与员工签订劳动合同后，全体公司股东与员工签订股权激励协议并得到公司确认，约定员工完成符合公司要求的产品开发后，公司股东将给予相应的公司股份；约定设立有限合伙企业，作为持股平台持有公司股权。后员工依据股权激励协议起诉公司违约，该公司依据股权激励协议要求员工交付产品和赔偿损失②，目前争议仍未处理完结（见下表）。

①《民主与经济力量——通过双因素经济开展雇员持股计划革命》路易斯O·凯尔萨、帕特里西亚H.凯尔萨著，赵曙明译，南京大学出版社。

②根据公开途径查询到的裁判文书的内容梳理得出，涉及案号包括：深圳国际仲裁院华南国仲深裁（2017）D4442 号裁决书，深圳市福田区人民法院（2017）粤 0304 民初 53301-53307 号民事裁定书，深圳市中级人民法院（2017）粤 03 民特 818 号民事裁定书、（2018）粤 03 民终 3995-4001 号劳动争议二审判决书、（2017）粤 03 执 3148-1 号合同纠纷执行实施类执行裁定书，广东省高级人民法院（2018）粤民再 271 号裁定书等相关裁判文书，劳动仲裁文书文号未计入。

通过梳理相关裁判文书可以看出，不同裁判机构对股权激励协议争议是否应作为劳动争议处理，观点不一，且各有其逻辑。概述如下：

一种观点主张股权激励协议争议属于劳动争议。根据相关裁判文书，深圳市劳动仲裁委员会受理了方迪科技公司提起的劳动争议仲裁申请，并就实体作出裁决，表明该机构认为该案属于劳动仲裁范围；深圳市中级人民法院作出的裁决表明其持相同观点，其理由主要为：股权激励协议书性质上属于员工因需完成公司要求的工作任务而取得一定股权的股权受让协议，该协议与《劳动合同》的签订目的及工作要求一致，系对《劳动合同》在工作要求和劳动报酬方面的细化和补充。员工完成工作任务后所能获得的公司股权，性质上属于劳动报酬，因此相关争议属于履行劳动过程中产生的争议，相关案件属于劳动仲裁受理的劳动人事争议案件范围。

该观点在其他各地法院的裁判文书中也可见到。例如，上海金融法院在（2019）沪 74 民终 295 号上海三汰包装材料有限公司票据利益返还请求权纠纷二审民事裁定书中认定："无论案涉'定存优惠方案'是否属于股权激励，劳动关系均是其存在的前提，而劳动关系中的报酬是一个组合概念，既包括工资、奖金，也包括福利计划和股权激励等物质激励。因此案涉'定存优惠方案'应当属于劳动法律关系规范的范畴。三汰公司与其起诉人员之间因'定存优惠方案'而发生的纠纷属于劳动纠纷，应先向劳动争议仲裁委员会申请仲裁，未经仲裁前置不得向法院提起诉讼"。

另一种观点认为股权激励争议属于民商事争议。方迪科技公司与张浩等员工的纠纷处理中，深圳国际仲裁院受理相关争议并做出了实体裁决，表明该机构认为相关争议属于商事争议；福田法院、广东高院也支持该观点：福田法院（2017）粤 0304 民初 53301-53307 号民事裁定书认为，虽然股权激励协议中员工履行的合同义务内容均系员工依据劳动合同提供的劳动，但是在股权激励协议中，员工获得的对价是公司股份，且支付条件可以自行约定；相关股权权利的实现是基于公司运营情况以及公司法相关规定；在股权激励协议中，双方为平等的民事主体，争议属于典型的商事纠纷。（2018）粤民再 271 号裁定书中广东高院还认为，《股权激励协议》从主体上看属于股权转让协议，不能视为《劳动合同》的补充协议或者组成部分。

笔者认为，将与股权激励（协议）相关的纠纷一概认定属于劳动关系或者民商事关系，都不够准确。依笔者对劳动合同与股权激励之间法律关系的辨析，判断与股权激励协议相关纠纷法律性质，应根据具体请求事项所依据的法律关系来判断，即是基于劳动关系中对劳动相关权利的主张，还是在相关劳动合同履行情况及劳动关系的权利义务已经确定的情况下基于股权关系对相关权利的主张。前者，属于劳动争议；后者，属于民商事争议；假设相关主张系关于股权的权利和义务，但是影响股权权利义务的劳动合同履行情况的事实即劳动争议尚未处理，则应中止民商事争议，先行处理劳动争议。这类似于离婚案件中是否判决离婚与分割财产二者之间的关系，二者是两个法律关系，但是彼此有牵连，后者需要以前者争议的结论作为事实依据。两个法律关系合并处理效率高，但是结果不确定性大。依据一个案件一个法律关系的案件受理原则，司法实践中除了离婚案件外，一般不合并处理。况且，员工股权激励引发的争议中，劳动争议与持股争议司法解决机制差异过大，目前还未见有认可合并处理的司法实践。

三、将股权激励（协议）相关争议归入劳动争议观点的成因分析

（一）错位理解的规定依据

目前判断劳动争议的主要依据是《劳动争议调解仲裁法》第二条③。从法院将股权激励（协议）相关争议一概归入劳动争议的理由来看，推想应是做了如下逻辑推演：

情形一：将整个股权激励制度（协议）全部认定为劳动合同的组成部分，从而将所涉争议归为《劳动争议调解仲裁法》第二条第（二）项"因订立、履行、变更、解除和终止劳动合同发生的争议"情形；

③中华人民共和国境内的用人单位与劳动者发生的下列劳动争议，适用本法：（一）因确认劳动关系发生的争议；（二）因订立、履行、变更、解除和终止劳动合同发生的争议；（三）因除名、辞退和辞职、离职发生的争议；（四）因工作时间、休息休假、社会保险、福利、培训以及劳动保护发生的争议；（五）因劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金等发生的争议；（六）法律、法规规定的其他劳动争议。

情形二：虽然股权激励制度（协议）不被认为是劳动合同的组成部分，但若股权激励被认定为用人单位为员工提供的"福利"，则所涉争议可归为《劳动争议调解仲裁法》第二条第（四）项的情形；

情形三：虽然股权激励制度（协议）不被认为是劳动合同的组成部分，但若股权激励被认定为员工的"劳动报酬"组成部分，则股权激励争议归为《劳动争议调解仲裁法》第二条第（五）项的情形。

（二）错位理解的事实原因

在实施员工股权激励制度过程中，未厘清股权激励制度中持股关系与劳动关系的界限，是导致对争议性质理解产生分歧的根本原因。

有的企业将本应是双方平等协商自愿参加的员工股权激励制度，变成了融资手段或者考验员工的强制性要求，如员工不按照要求认购入股，就强制要求离职，直接将本应发放给员工的劳动报酬强制转化为员工认购股权的资金，相关做法均违背了民商事法律关系的平等自愿的基本原则。如果认购股权并非出自员工自愿，双方就已经不是平等的主体关系。还有的企业在实施股权激励时，淡化股东义务和持股责任及风险，夸大或者承诺股权收益，将分配股权作为劳动报酬或福利发放，甚至有些企业老板会跟员工说，不能只看工资，公司还给你股权。该情形下确实会让员工甚至裁判者认定员工股权激励制度，名为"激励"，实为"劳动报酬"或者"福利"。

四、降低员工股权激励争议解决风险的措施建议

鉴于前文所述，为进一步明确持股民商事法律关系的性质，促进司法裁判观点与员工股权激励方案设计的初衷一致，减少不确定性带来的争议解决成本，笔者建议从如下方面应对：

1. 企业在准备进行股权激励前，企业负责人及实际控制人、管理人员，应对该制度有较为正确和深入的理解，选择适当的激励方式——道路千万条，股权激励不一定是企业必须的选择。"一个股权激励制度，如果不能触动灵魂是不能长远的。"④一些咨询机构在宣传服务产品过程中夸大员工股权激励的优点，让一些企业经营者误以为分出股权就能解决企业管理问题，甚至可一蹴而就地坐等企业成功。

2. 员工股权激励方案应充分明确股权激励关系与劳动关系的性质区别，充分告知股权激励关系中企业与员工之间的平等地位，在实施中真正让员工自愿选择参与股权激励，享受持股权利的同时承担风险与责任。

3. 员工股权激励方案中对激励人员的要求、股权回购安排等相关条件，宜清晰、明确且易于操作。例如，一些员工股权激励制度中将员工离职时有无过错与股权回购价格高低关联，而解除劳动合同往往会引发争议，股权激励做出相关安排，企业管理者就要做好准备，一旦双方对离职原因及归责这一事实有争议，如协商不成，则往往需要依据生效法律文书对相关事实进行认定，而这一争议需耗时几个月甚至一年以上。如果企业不愿意因此影响员工离职的股权处置进度，则可以考虑将股权回购条件简化。

4. 企业对员工劳动用工管理流程、员工股权激励管理流程以及二者之间的衔接，分别作出规定并告知员工，以作为处理依据。

5. 实施股权激励制度一般应不影响原有劳动合同的履行，劳动报酬与福利的发放，与员工缴纳认购股权资金、发放分红分开执行，各自归入相应的会计项目，账册规范清晰。

6. 对股权激励处理事宜，可设置专门的管理小组或者管理委员会，管理小组中可以有企业内部管理人员、律师、会计师等成员，为股权激励制度的执行负责日常的咨询、事实调查、争议调解处置等事务。

7. 一旦企业与员工之间发生争议诉诸法律途径解决，根据主张的请求事项所依据的是劳动关系还是股权关系，明确诉求以及依据，便于司法机关判断。在股权激励协议中约定争议管辖的，可优先考虑通过法院诉讼解决，方便法院民商庭与劳动争议庭互通信息。

④《资本与商业模式顶层设计》，郑翔洲、叶浩编著，2014 年 10 月第 1 版，电子工业出版社，第 159 页。

拨开 学位房虚假宣传 迷雾

○颜宇丹 广东丹柱律师事务所

每年中考，都牵动无数家长的心。尤其是今年的“深圳中考海啸”，引发社会对深圳教育资源紧缺的不满。根据近期公开的数据显示，今年深圳中考的公办普高录取率不到 50%，这意味着将有一半学生需要选择民办高中或者职业学校，而大部分家长都希望孩子能考上公办普高，那么小学、初中的学位就显得尤为重要，因此更是“刺激”了部分深圳家长抢购名校学位房的决心。但是，那些不惜投掷重金购置的学位房，到底是否值得？学位房等于 100% 直读率吗？买学位房应该要注意哪些“雷区”，如何避“坑”？

学区房和学位房有什么区别？

学区房是指教育行政主管部门根据每年片区入学生源划出来的一个范围，在这个范围里学生可通过享受义务教育免试就近入学。学区房每年招生范围会随着片区各社区入住率及人口变化或政策因素等略有调整，故不能百分之百地保证能够就读所谓的名校，因为面临着巨大的政策风险，不稳定性较强，建议购买学区房要慎重，曾经发生过花巨额购买的学位房，遇教育局学区调整，最后出现竹篮打水一场空的情况。

笔者认为，很多购房者对学位房都有这样一个认识误区：只要房子周边有学校，就意味着是学位房，只要买了学校附近的房子就一定能上学。所谓“学位房”，是因业主在买房后能获得相关学校“学位”而得名。一般来说，楼盘项目有“学位”名额往往是因为其引进了学校，或与某些“名校”有联建、合作方面的关系。这种情况下，业主子女入读指定的学校无须跟别的孩子一起参加入学考试、电脑派位等程序。但有的“学位房”由于名额有限，并不能保证 100% 的直读率；还有一些楼盘，其实只是在“名校”招生范围内，却将自己包装成“学位房”。而“学区房”是政府根据生源情况来划分的，按最新政策规定，如若业主户口已迁入“学区房”，那么其子女可以按规定 “免试就近入学”。但“学区”存在变数，原规划的学校有可能因政府原因变更规划，也有可能原来的学校由于需要扩大规模而搬迁换址。买了学位房，孩子就能够进入家长期望的“目标学校”；而学区房一定可以就近入学，但由于各种条件限制，并不确定能否进入“目标学校”。

开发商或二手业主对于销售虚假学位房要承担什么责任？

目前，深圳市划定义务教育阶段学校的招生地段，是按地段招生的方式落实就近入学政策。具体学校的招生地段由所在区教育局根据辖区人口分布等情况，按道路和住宅小区的边界等进行划分。也就是说，学校的学位是根据接纳量来决定的，而不是开发商决定的，对于教育部门来说，从来没有明确的“学位房”概念，所以开发商无权也无法承诺所售楼盘是不是学位房，除非开发商与学校有相关协议。

笔者认为，虚假学位房违规不一定违约，业主买到虚假学位房，不是想退就能退。根据国家工商总局发布的《房地产广告发布规定》（2016 年 2 月 1 日起实施）第三条的规定，房地产广告必须真实、合法、科学、准确，不得欺骗、误导消费者；第十八条规定，房地产广告中不得含有广告主能够为入住者办理户口、就业、升学等事项的承诺。若开发商违反以上规定，购房者可向房地产管理部门、工商部门进行投诉，由有关部门对开发商作出相应的处罚，但这种处罚也只是行政管制，不能成为认定开发商承担民事违约责任的依据。如果买卖合同明确约定如买方无法获得学位，有权解除合同，卖方承担违约责任，买方当然可以依照合同追究卖方违约责任。未约定在合同内的承诺构成要约也可追究法律责任，如果学位房属于在开发商规划范围内所做的承诺或宣传广告等具体确定，并且对购房者购买房屋的房价和购房合同的签订产生了重大的影响，即使没有合同里没有约定，也具有法律上的约束力，在合同法里称为要约。如果购房者接受了要约，而开发商却没有实现该要约，则购房者可以追究开发商的违约责任。购买二手学位房，如果出卖人迁出户籍对房屋买卖合同的订立和房屋价格的确定有重大影响，买受人因出卖人拒不迁出户籍主张解除合同并赔偿损失的，应予支持。因为迁户对合同目的也即学位实现有重要影响，应认定是出卖人的主要义务，出卖人不履行的，买受人可以据此要求解除合同、赔偿损失。

购买学位房需要注意哪些问题？

笔者建议，在与开发商签约前应到房屋所在地的

相关部门查询是否能获得学位，如果开发商承诺有学位，要在合同中对此作出明确约定，并约定如果没有获得学位开发商应承担的违约责任。如果购买的是二手房，还要先了解房屋内是否有他人落户，应在房屋买卖合同中约定房屋产权转移后多少日之内卖方户口迁出，若卖方违约，买方有权解除合同，卖方应退还房款，赔偿契税、中介费等一切损失，并支付一定比例的违约金给买方。笔者认为具体还需注意以下几点:

学位有人数限制。正常情况下，在楼盘规划之前，按照一定的教育配套措施，在附近的中小学有一定的学位配套，但是这种学位并不一定能够满足所有业主子女的入读需求，因此开发商在销售楼盘时，就会有先到先得的情况。

学位有年限。部分学位是有年限限制的，有可能等到业主的子女长大，准备入学的时候，才发现该学位已经过期。

学位被占用。这主要是针对购买二手房的购房者，在购买前要先了解清楚该楼房的学位和户口是否已被使用，如果户口已经被使用，则要求前业主迁出，以方便自己户口迁入后子女获得入学学位。因而，购房者购买学位房时，一定要查清楚该房子的学位使用情况和原户主是否已经将户口迁出等情况。

学位房未落实，购房者起诉开发商承担违约责任，法院对此持何种观点?

该类案件的焦点往往在于开发商就购房享有学位的宣传是否具体确定、带有允诺性质以及开发商作出的允诺是否构成要约。

法院判决开发商或卖方承担违约责任的理由大致有以下几点：1. 开发商在其销售广告和宣传单中关于购房“上某某学校”的承诺具体明确，对购房人是否订立商品房买卖合同及房屋价格产生了重大的影响，因此该承诺应当视为合同内容的一部分，对开发商应当具有法律约束力。2. 开发商在商品房销售宣传中明确载明，其楼盘配套学校为某某小学、某某中学，但合同中未对配套学校的定义进行解释，开发商的行为对购房人的期待落空有一定的影响，应酌情赔偿购房人的损失。3. 开发商售楼时宣传“享某某校区省级名校学位”“享某某小学省级名校学位”，即对其所开发的房屋作出享有某某学校学位的具体确定的允诺，开发商主张某某小学不在楼盘规划范围，属于对法律条文理解有误，购房者在购买房屋时，按开发商的宣传，可就读某某小学，现规划涉案房屋小区学位在另一所某某小学，不在当时宣传的小学，导致购房者不能实现购房目的。因此，可以认定开发商的允诺对商品房买卖合同的订立以及房屋价格的确定有重大影响，开发商的宣传构成要约。

法院认为开发商或卖方不构成违约大致有以下几种情况：1. 购买某特定区域内房屋以保证其子女入读该区域内学校，属于当事人签约时的动机问题，按我国现行民事法律及司法解释，“动机错误”不属于可据此撤销合同的“重大误解”情形。2. 双方签订的合同中没有对某一具体学校学位进行约定，而开发商在广告宣传中作出的关于案涉房屋附带公立小学学位的承诺，仅是对购房者享受市政文化教育基础设施的说明，并非开发商就自己开发规划范围的房屋及相关设施所作的说明。3. 从买卖双方的约定来看，买受人确认出卖人所作的销售广告、宣传资料、售楼书、售楼模型、样板房以及任何其他形式的宣传广告并非具体确定的说明和允诺，对商品房买卖合同的订立及房屋价格的确定不具有重大影响，不作为合同的组成部分，对双方不具有约束力。4. 开发商所宣传的学校不在涉案小区商品房开发规划范围内，对于开发商就非开发规划范围内的配套设施所作的销售宣传，非开发商所能决定和实现，不构成要约，不应当认定为合同内容。5. 开发商发布的销售广告及其发出的宣传册上均注明“本广告仅为要约邀请，所涉文字及图片资料仅供参考，开发商保留最终解释权。”因此，开发商关于学位房的相关宣传为要约邀请，不构成要约。

国内建设工程独立保函的理解与应用

○刘义 广东联建律师事务所

我国开展工程保函的实施推广工作已将近 20 年，建设主管部门一直较为积极地推行工程担保制度。虽然国内工程担保的应用非常普遍，仔细分析现有通常使用的保函文本，不无发现存在许多的不足和混乱。

我国开展工程保函的实施推广工作已将近20年，建设主管部门一直较为积极地推行工程担保制度。我国国内的工程担保种类主要包括投标担保、承包人履约担保（或称工程履约担保）、业主工程款支付担保（或称业主支付担保、工程款支付担保）、工程质量担保（或称保修担保、保修金担保）、农民工工资支付担保（或称农民工工资保证金）、承包人付款担保（或称付款担保、承包人付款担保）及预付款担保等。其中，投标担保、承包人履约担保、工程质量担保、农民工工资担保及业主工程款支付担保是各地政策性文件中着力推行的工程担保品种[①]。虽然国内工程担保的应用非常普遍，仔细分析现有通常使用的保函文本，不无发现存在许多的不足和混乱。在实际应用中保函多倾向于设计为独立担保的属性，其内容应充分体现独立性和单据性，避免与传统担保相混淆。

一、独立担保的概念以及与传统担保的区别

《最高人民法院关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定》（下称“独立保函司法解释”）第一条规定，“本规定所称的独立保函，是指银行或非银行金融机构作为开立人，以书面形式向受益人出具的，同意在受益人请求付款并提交符合保函要求的单据时，向其支付特定款项或在保函最高金额内付款的承诺。”由于规定中对独立保函的界定与《担保法》中规定的担保并不相同，该规定引入独立保函的概念，可以说通过司法解释的形式，对现行立法做出了突破。

在不同国家的业务实践和国际惯例中，独立担保分别体现为履约保函、见索即付保函、银行保函或备用信用证等不同形式，但有着共同的法律属性。独立担保虽然突破传统担保的从属性，但仍然发挥着担保的功能，称之为独立担保并无不妥[②]。“保函”概念体现的是意思表示的形式，并不是法律属性。“独立”是一个对保函的修饰性定语，不能界定“独立保函”的法律属性。履约保函、见索即付保函、银行保函等不同形式的保函，基于其法律上的担保属性，仍应归属于担保制度的范畴。

独立担保行为以独立性为重要特征，这是与传统担保行为相区别的主要特征之一。传统的担保行为以从属性为重要特征，担保行为与基础交易行为紧密相连，基础交易行为直接对担保行为产生影响，甚至决定担保行为的效力；独立担保将基础交易与担保行为进行分离，担保行为独立存在，基础交易的抗辩并不能直达担保行为。独立担保行为对传统担保行为从属性的突破，满足了经济交易中的对交易行为保障的需求。

一般的独立担保法律行为中，涉及三方主体即申请人、担保人和受益人。申请人与受益人之间是申请开立独立担保的基础交易关系；担保人和受益人之间是独立担保法律关系；申请人和担保人之间基于委托，开立独立担保的法律关系。属于独立担保履约保函等，其内容形式为担保人的一项付款承诺，且该承诺在担保人与受益人之间形成债权债务关系。担保基于该项承诺，在履约保函等约定的条件成就时向受益人承担债务履行责任。虽然独立担保的开具是基于一定的基础交易关系，但担保人基于独立担保的该项债务是自行独立的，并不受包括基础交易关系在内的其他债务的创设、存续和消灭的影响。也就是说独立担保的独立性包括，独立担保与基础交易相独立，独立担保与申请人和担保人的关系相独立。

独立担保形式是回应商事领域的需求，必然体现商事需求的效率性、外观性等。在独立担保中，担保人承诺的付款义务，只要形式上满足担保中的条件，担保人必须先行支付相关款项，这也是与一般的保证或者保险的显著区别之一，担保人不得拒绝支付。独立担保还体现出外观性的原则。独立担保作为一种商事行为遵循着单据规则。担保人履行支付义务基于受益人是否提交了表面相符的单据。

①郑磊等．我国工程担保制度发展现状分析 [J]. 工程管理学报，2015，10（5）
②刘斌．独立担保：一个概念的界定 [J]. 清华法学，2016，10（1）

如上，独立担保构成一项独立的债务。在从属性担保中，担保债务随着主债务的成立而成立，随着主债务的生效而生效，随着主债务的消灭而消灭，如果主债务不生效力，则保证债务也不生效力。在独立担保中，独立担保的效力不再取决于基础交易的有效性，其本身是一项自足的法律文件。从属性保证需要符合《合同法》和《担保法》对保证合同成立和生效的规定，而独立担保随着担保文件的发出即告生效，这一点为国际立法和国际商事惯例所承认，亦为我国银行业所遵循。在存续期间，独立担保由担保文本本身规定，而不再受限制于主债的期限[③]。基于此，独立担保的债务虽来源于基础交易关系，但是在受益人与担保人之间，成为担保人对受益人的独立债务，而不是申请人的债务。申请人只能通过基础交易纠纷的处理中，就受益人受领独立担保项下的款项的事实依据提出异议。至于申请人作为委托人与担保人之间对独立担保所做出的限制，并不能作为担保人援引的抗辩依据。从属性担保中，由于担保人的过错向受益人履行担保责任，担保人能否向被担保人追偿要基于担保和基础交易关系以及法律事实。在独立担保中，由于担保人独立债务承担的特性决定了向申请人追偿的确定性。

从属性构建的传统担保偏重于保护担保人的利益，无法满足民商事活动对效率的要求，独立担保应运而生。从独立担保的独立性之实体效力而言，独立性的内容涉及独立担保的成立、效力、消灭、抗辩等多个方面。基于独立性的效力，独立担保可以自成一体，成为一项独立债务，得以切断基础交易项下的抗辩，阻断基础交易项下的债权抵销，得以形成以单据相符为原则的单据性运行机制[④]。

二、国际商会 URDG758 出版物和独立保函司法解释的规定

《见索即付保函统一规则》（第 458 号出版物，简称“URDG458”）是国际商会为独立保函实务制定规则的首次尝试，并且越来越多地被使用。经历多年的实践经验总结后，国际商会对 URDG458 进行修订，形成 URDG758（下称《规则》）。

URDG758 将见索即付保函可以应用于投标保函、履约保函、预付款保函、预留金保函、质保期保函和其他类型的保函。见索即付是对保函中担保人责任承担条件的特征描述。无论其如何命名或者描述，其表现为根据提交的相符索赔进行付款而签署的承诺。保函在担保人发出后即为开立，开立的保函不可撤销。受益人有权自保函开立之日或保函约定的开立之后的其他日期或事件之日起提交索赔。

《规则》规定，保函就其性质而言，独立于基础关系和申请，担保人完全不受这些关系的影响或约束。

③刘斌．独立担保的独立性：法理内涵与制度效力——兼评最高人民法院独立保函司法解释，比较法研究，2017 年第 5 期
④刘斌．独立担保的独立性：法理内涵与制度效力——兼评最高人民法院独立保函司法解释，比较法研究，2017 年第 5 期

保函中为了指明所对应的基础关系而予以引述，并不改变保函的独立性。担保人在保函项下的付款义务，不受任何关系项下产生的请求或抗辩的影响，但担保人与收益人之间的除外。该规定强调了保函的独立性，与从属性担保中担保人出具的函件或者承诺从属于基础交易关系相区别。《规则》还规定，担保人处理的是单据，而不是单据可能涉及的货物、服务或履约行为。同时规定非单据条件不应出现在保函中，如果一项条件未指明单据将不会被视为一项条件。

《规则》规定，保函项下的索赔，应由保函所指明的其他单据所支持，并且应有受益人的声明函，表明申请人在哪些方面违反了基础交易关系项下的义务。该声明可以在索赔书中作出，也可以是一份单独签署的单据中作出。可见《规则》要求索赔不但要满足单据要求，还应就基础交易的违反有明确的声明。如前述规定，虽然该等声明的内容并不是保函项下审核的内容，但是形式是必需的。索赔可以是保函的全部金额也可以是部分金额，可以一次索赔，也可以多次索赔，若作出禁止多次索赔应在保函中表述。如果索赔超过了保函项下的可用金额或者保函要求的任何声明或其他单据所表明的金额合计少于索赔的金额的，则属于一项不相符的索赔。如果提出一项不相符的索赔或者撤回一项索赔并不影响另行提出索赔。

《规则》规定，担保人仅基于单据表面上构成相符交单。保函所要求的单据内容应结合该单据本身、保函和本规则进行审核。单据的内容无需与该单据的其他内容、其他要求的单据或保函的内容等一致，但不得矛盾。担保人对单据的形式、充分性、准确性、真实性、或法律效力不承担审核义务和责任。单据中所做的声明及单据涉及的履约信息、单据出具人的状况等也不承担责任[5]。

根据独立保函司法解释第三条规定，判断一份保函是否为独立保函要看保函内容是否满足司法解释规定的判断条件。该类判断条件为，保函载明见索即付；保函载明适用国际商会《见索即付保函统一规则》等独立保函交易示范规则；根据保函文本内容，开立人的付款义务独立于基础交易关系及保函申请法律关系，其仅承担相符交单的付款责任。基于保函的独立性，规定明确排除了《担保法》的适用和一般保证或连带保证责任承担适用。

独立保函司法解释虽声明“服务和保障‘一带一路’建设促进对外开放”，但同时又规定，不支持当事人以没有涉外因素为由无效的主张，可见独立保函司法解释适用于国内建设工程中的独立保函（或者独立担保）。

独立保函司法解释对《见索即付保函统一规则》等独立保函交易规则持肯定态度，且并不将其排除在国内建设工程独立保函的适用范围外，尊重交易主体的意思自治。独立保函司法解释确立了独立担保的单据性、独立性特征，受益人提交的单据与独立保函之间、单据与单据之间表面相符，不支持开立人以基础交易关系或独立保函申请关系对付款义务进行抗辩。独立保函司法解释吸收和借鉴了国际独立担保相关规则。

三、国内建设工程保函的应用

建设工程项目自招标阶段的投标保函，到保修阶段的维修保函，各阶段均存在相应的保函。原建设部推出《工程担保合同示范文本》为推广国内建设工程担保提供配套支持。住建部 2017 年编制的《建设工程施工合同（示范文本）》同样将履约担保格式、预付款担保格式、支付担保格式作为附件供参考使用。我们主要结合该文本中的履约担保格式分析国内工程建设保函的应用。

担保人在履约担保中承担的是否是连带责任？履约担保格式文本中约定“向你方提供连带责任担保”。此约定将担保人对受益人的责任定性为连带责任。独立担保的性质决定了担保人对受益人的责任独立于基础交易中申请人在基础交易关系应承担的责任。因为独立担保责任的承担仅基于独立担保单据的相符，其他在所不问。如果独立担保中担保人与被担保人（申请人）是连带责任，必然在责任的承担上要考虑被担保人责任是否构成，显然与独立保函的特性相违背。那么，履约担保格式文本中的担保是否为传统的担保而应适用《担保法》的规定呢？从该文本的第 3 项的约定看似乎并不如此。第 3 项的约定具有典型的独立担保对索赔提起程序的特性。独立担保担保人的责任承担并不存在连带责任一说，体现的是责任的独立性。独立担保司法解释实际上对“当事人主张独立保函适用担保法关于一般保证或连带保证规定”持否定态度。因此，如果意图将作为履行施工合同担保的履约保函约定为独立保函，应避免连带责任的约定，而应基于独立性约定独立的担保人支付责任。

履约保函中应否界定付款单据？履约担保格式文本第 3 项约定“书面形式提出的在担保金额内的赔偿要求”，虽然似乎隐含单据内容，但并没有在书面之外对要求作进一步限定。该要求是否为一份受益人的声明？如果是一份索赔声明，应包含申请人对基础交易关系项下义务的违反描述，或被附有相关义务违反的声明资料。该项规定实际上应理解为对索赔启动程序的约定，并没体现独立保函对付款单据的要求。独立保函司法解释规定“保函未载明据以付款的单据”不属于独立保函。如果一份履约保函中对单据的范围、形式等做出较为详尽的约定，将有可能导致意图设计为独立保函的履约保函实际被认定为适用担保法的一般保函。单据条款属于独立保函中的核心条款之一，因此应作为履约保函中重点关注内容，并且尽量予以细化。

履约保函中担保人是否是无条件承担担保责任？履约担保格式文本约定“无条件”与承包人就建设工程施工合同中的义务承担连带责任。从上文对独立担保分析及《规则》和司法解释的介绍可知，独立担保中，担保人并非无条件的承担担保责任。担保人承担支付责任的前提是受益人按照独立担保的约定提交了相符的单据。担保人不得以基础交易作为拒绝支付的抗辩理由，但并不能限制其基于独立担保自身的约定提出抗辩即单据相符的抗辩。因此担保人不应限定为无条件的承担担保责任，而应界定为单据相符条件下的支付义务。

施工合同的变更是否影响履约保函中担保人的担保责任？履约担保格式文本第 4 项约定，声明受益人与申请人基础交易合同的变更并不影响担保人担保责任的承担。独立担保的独立性已经将基础交易的变化与担保人担保责任隔离。如果履约担保中需要担保人对基础交易变化是否影响其担保责任的承担做出声明，那也就反向证明基础交易对履约保函产生直接的影响，进而否定独立担保的独立性。履约担保中如果已经约定单据相符，担保人予以支付，体现出了见索即付的责任程序规则以及实体要求，就没有必要再另行约定基础交易变化的内容。

履约保函的生效时间应该如何界定？独立保函司法解释规定，独立保函开立时间为独立保函发出的时间。同时规定，独立保函开立即生效。URDG758 规定，保函一旦脱离担保人的控制即为开立，受益人有权自保函开立之日或保函约定的开立之后的其他日期或事件之日起提交索赔。可见 URDG758 也是认为开立后生效。《规则》和独立保函司法解释虽表述不同，但对生效的界定均是基于独立担保的单方承诺的特性。承诺发出之后对开立人具有约束力。履约担保格式文本将生效界定为“法定代表人（或其授权代理人）签字并加盖公章之日”，并不符合独立担保属于承诺的性质。受益人不能仅通过证明开立人已经完成签署主张担保的约束力。

包括履约保函在内的各种国内建设工程保函已经成为建设工程领域的常用法律文件。在一般的应用中，多倾向于将保函设计成独立担保，但是相关保函文本制作和使用质量并没有与实际应用需求相适应。建设工程项目中使用的独立保函文本应充分体现保函的独立性、单据性的基本特征，避免保函文本用语的混乱或者定义的界定不清，导致保函属性的争议。

⑤参见国际商会见索即付保函统一规则（URDG758）

解析名誉权侵权案件诉讼审理思路

○岳瀚森 广东德纳律师事务所

2019 年 8 月 5 日，演员、歌手吴亦凡名誉权纠纷系列案件一审胜诉。此案是涉及公众人物名誉权边界问题的典型案例。

案情简述

2018 年 11 月，新浪微博用户陈某某、廖某某、邹某分别在其注册、使用的微博账号中发布涉及诽谤吴亦凡“公开选妃”“夜选妃子”等内容，给吴亦凡造成了极其恶劣的负面影响。为维护自身合法权益，吴亦凡随即依法取证并将陈某某、廖某某、邹某起诉至北京市海淀区人民法院。

法院审理后认为，吴亦凡作为知名演艺人士，具有较高的知名度和相对广泛的文娱影响力，应属公众人物范畴。作为娱乐明星，吴亦凡有义务回应社会公众的知情权利，并对社会公众的舆论监督持开放、包容之态度，这是其作为公众人物对自身人格权进行的必要限缩。但是，对公众人物的人格权利限制并非没有限度，公众人物的人格尊严依法受到保护，禁止他人恶意侵害。被告发布的“公开选妃”等微博内容，涉及当事者的公共道德评价及公众人物形象，考虑吴亦凡的公众人物身份，该事实陈述指向内容势必导致社会公众对其行为操守和道德品质的严重负面评价，超出吴亦凡作为公众人物应当克制、容忍的限度。被告发布的涉案内容缺乏证据支持，构成事实层面的诽谤，且具有较高的主观恶意，构成对吴亦凡名誉权的侵害。

法院由此依法判决被告陈某某、廖某某、邹某在其微博首页置顶位置连续 10 日发布致歉声明，并向吴亦凡赔偿精神损害抚慰金及维权成本共计 16.5 万元。海淀区法院表示，目前被告尚未提起上诉。

公众人物名誉权侵权纠纷案的特点

《民法通则》第 101 条规定，“公民、法人享有名誉权，公民的人格尊严受法律保护，禁止用侮辱、诽谤等方式损害公民、法人的名誉”。

公众人物是社会特殊群体，正是由于他们在社会政治、经济、文化领域内占有较高知名度，其行为又往往关系到社会公共利益，并且常常吸引着公众的注意力，所以大众舆论对公众人物的有效监督是极其必要的。这就要求法律制度要充分保障公民批评、建议、监督权和言论自由。而当法律明确在适当条件下充分保障某一种权利时，那就意味着要去限制另外一种或几种权利。因此，公众人物名誉权在法律保护上是有限的，公众人物应该对社会舆论和评价有一定的容忍度，也即公众人物的“适当容忍”。

近年来，随着博客、微博和微信公众号等新兴传媒形式的兴起，个人自媒体时代已悄然而至。公众人物因其知名度而更容易获得较高的关注度，但随之而来的便是个人在面对公众人物时在这些传统媒体和新媒体中的言论边界问题。

有关个体的社会评价是较为主观的判断，名誉权又是比较容易受到侵害的人格权利，因此在名誉权侵权案件的审理过程中，如何认定侵权人的行为是否侵犯他人的名誉权，既是当事人在庭审中争议的焦点问题，也是法官在此类案件审理过程中需要解决的核心问题。

近年来的名誉权侵权纠纷案件主要呈现以下特点：

1. 新闻媒体的传媒行为较易引发纠纷。新闻报道用语不当，电视采访捏造或过多曝光有关当事人个人生活等，是实践中常见的名誉权纠纷引发的原因。

2. 诉讼标的多数较低。一般来说，名誉权纠纷案件中，诉讼标的金额较小，有些标的金额甚至为零。当事人的诉求在于对方当事人赔礼道歉、消除影响。

3. 从被侵犯的对象来看，自然人的名誉权被侵犯是主要情形，法人名誉权被侵犯的案件较少。

4. 从侵权方式来看，网络平台成为重要的侵权载体。随着网络技术的发展，一些侵权人利用微博、QQ 空间、微信等网络平台散布虚假信息，实施名誉侵权行为，扩大了侵权范围及影响，也给法院认定实际侵权主体、判断网络运营商应承担的责任等带来一定难度。

名誉权侵权案件诉讼的审理思路

根据《最高人民法院关于审理名誉权案件若干问题的解答》第 7 条的规定，“未经他人同意，擅自公布他人的隐私材料或者以书面、口头形式宣扬他人隐私，致他人名誉受损的，按照侵害他人名誉权处理，侵害他人隐私或者其他人格利益，受害人以侵权为由向人民法院起诉请求赔偿精神损害的，人民法院应当予以受理”。

实践中，名誉权侵权纠纷案件法官的一般审理思路关乎：

1. 对名誉权受损害的评判标准一般采取客观标准。名誉权包括社会评价和自我感受即名誉感两个方面。原告起诉他人侵犯其名誉权的直接动因，往往系自我感觉其名誉受损。审判实践中，对到底采取何种标准作为评判名誉权受损害的标准往往成为双方争议的焦点。在近年名誉权纠纷案件的审理中，一般以客观标准即社会是否会因此对特定当事人的评价降低作为评判名誉权是否被侵犯的标准。

2. 名誉权受损害事实的证明路径。实践中，当事人较容易证明对方存在侵权行为，但对自身社会评价是否因该行为而降低往往不能予以证明。就审判角度而言，评价系主观概念，以客观的形式予以证明确实存在难度。在近年名誉权纠纷案件的审理中，一般从以下两个方面判定：一是要确定特定侵权行为有一定的影响范围，范围不大构不成公开场合，也不会导致社会评价的降低；二是对社会评价是否降低采取推定的方式，即评判特定行为是否导致一般人对特定人的评价降低。

3. 平衡表达自由与名誉权的冲突。名誉权纠纷中充分体现了权利与权利的冲突，无论是个人为了表达对他人的意见、对特定事件的意见，还是新闻媒体以新闻报道、社会评论、节目访谈的方式表达对某一事件、某一人物的态度、意见，都属于表达自由的范畴。审判实践中，需要在尊重个人、媒体的表达自由的同时，把握好名誉权的界限。目前，在此类纠纷中，法院不仅会从严把握对侵权客观事实的认定，而且以客观标准评判当事人是否存在过错、损害事实是否发生，过多关注侵权主体的心理状态以及被侵权人的主观感受，都可能给表达自由带来不必要的负担。

诚如北京市海淀区人民法院于吴亦凡名誉权纠纷系列案件的判决书中所述，网络空间并非法外之域，网络用户在充分享有网络自由表达权利的同时，亦应保持必要的理性、客观，尊重相关当事主体的合法权益。

企业确定录用又反悔的，是否需要赔偿求职者？

○彭湃 陈琳 卢恩冲 广东卓建律师事务所

实际用工过程中，有些企业会在向求职者发出录用通知书后，因反悔便在求职者入职报到前通知取消录用，甚至有企业已经与求职者签订劳动合同，但在求职者尚未实际到岗前，因反悔而通知取消录用。有的企业认为，此时双方尚未建立劳动关系故可随意解约，无需承担法律责任；也有员工方认为，若求职者已接受企业录用邀请的，双方实际已成立劳动关系，故此时应按违法解除劳动关系处理。对此，我们将结合案例就其中涉及的法律关系及相应法律责任等问题进行分析，以期商榷。

案情事实

2016 年 5 月 27 日，某公司向王某发送《录用通知书》，载明了录用岗位、试用期、工资、福利待遇、工作时间、地点、权利义务等事项，并要求王某于 2016 年 6 月 13 日携带最近一家就职公司的《离职证明》等材料报到。2016 年 6 月 7 日王某收到某公司的电话通知，告知因公司内部组织变动，已不需要王某的职位，通知其不用去某公司报到。2016 年 6 月 21 日，王某申请劳动仲裁，要求某公司支付违法解除录用合同的赔偿金 22000 元、失业赔偿金 22000 元、工龄损失赔偿 78805.72 元。仲裁委经审理，认定双方未建立事实劳动关系，故裁决驳回王某的仲裁请求。王某遂至法院起诉。

一审法院认为，某公司向王某发出的《录用通知书》载明了承诺期限为 2016 年 6 月 13 日，属于不得撤销的要约，故某公司违背诚实信用原则，应当承担缔约过失责任。关于损失的认定，应当与某公司缔约过失行为存在因果关系，且应当是不得超过合同实际履行时可以预期的数额。而合同得以实际履行的情况下某公司因其自身原因解除劳动合同，其所需承担的是向王某支付违法解除劳动合同赔偿金的法律责任，故参照违法解除劳动合同赔偿金金额，判决某公司赔偿王某 22000 元。某公司不服上诉，二审法院经审理认为，原审判决认定某公司的行为构成缔约过失正确。但因在缔约过失中，合同未订立，故无法根据合同内容预判双方履行该合同所获得的利益，即使双方在《录用通知书》中已明确约定岗位的薪酬，但仍不能排除在合同订立时双方又通过合意改变原约定的可能性，故以合同的履行利益作为缔约过失责任人的损害赔偿标准不当，并认为缔约过失的损害赔偿，救济的是当事人因信赖合同会顺利签订而实施的准备活动的费用，即将当事人的损失填补回到磋商并未开始、合同从未订立的状态。故认定将王某于原用人单位离职前一年的平均月工资 15464.21 元作为损失计算标准。同时王某自述其在当年 8 月下旬才找到工作，某公司对此不能提出反驳意见，故酌定王某相关损失为 30928.4 元（15464.21 元 / 月 ×2 个月）。因王某未上诉，二审法院予以确认，最终维持了一审判决。

律师分析

一、发出录用通知且未签劳动合同前或已签订劳动合同但未正式用工前，企业与求职者之间未成立劳动关系，双方法律关系应按照民法规定确定，不应适用劳动法规定

劳动法调整的是劳动关系，只有存在劳动关系，方得以适用劳动法律法规确定各方权利义务关系，如果双方不存在劳动关系，则无法适用劳动法律法规。因此，用人单位是否需要依据劳动法律法规承担违法解除劳动关系支付赔偿金的责任，首先应研究在用人单位发出录用通知后或签订劳动合同但未正式用工前，是否已与求职者成立劳动关系。

对于劳动关系建立的标准，《中华人民共和国劳动合同法》第七条予以明确规定，用人单位自用工之日起即与劳动者建立劳动关系，可见建立劳动关系的唯一标准是实际提供劳动。依据前述法律规定，则劳动合同签订日期、实际提供劳动日期和劳动关系成立日期三个概念有了明确的法律区分界限。即一方面，只要劳动者实际提供劳动，用人单位实际用工，就建立了劳动关系，而不论劳动者是否签订了书面劳动合同，均将受到同等的保护，在该种实际用工日期在前，签订劳动合同在后的情况，法律还规定了未签订劳动合同二倍工资责任，以督促企业尽早与劳动者订立书面劳动合同；另一方面，若已签订书面劳动合同，但实际用工日期在后的，劳动关系应当自实际提供劳动之日起建立，未实际用工的则不建立劳动关系，此时双方有关录用的约定和已签订的书面劳动合同仅具有普通的合同效力，如果企业违约，企业并非完全没有法律责任，劳动者有权按照民法规定依法追究企业的责任，但不能依据劳动法律法规规定追究用人单位违法解除劳动关系的责任。

另外，由上述分析亦可知，企业发出录用通知后或签订劳动合同但未正式用工前即取消录用，导致与求职者产生纠纷的，相关案件不属于劳动争议纠纷，案由应结合实际情况在民法框架下确定，如缔约过失责任纠纷或合同纠纷。

二、民法框架下，企业发出录用通知且未签劳动合同前或已签订劳动合同但未正式用工前通知取消录用的，应承担缔约过失责任或者违约赔偿责任

（一）企业发送录用通知属于要约，劳动者接受录用通知属于承诺，企业反悔不签订劳动合同，构成缔约过失责任

依据《中华人民共和国合同法》（下称《合同法》）第十四条规定：要约是希望和他人订立合同的意思表示，其内容应具体确定，并表明经受要约人承诺后，

要约人即受该意思表示约束。

企业在求职者通过面试后，向求职者发送录用通知，一般包括要求求职者准时到企业报到的时间、地点、工作岗位、薪酬待遇等信息，并要求求职者在一定期限内答复是否同意入职，以方便企业安排后续入职或重新招聘工作。该些内容均表达了企业希望与求职者订立劳动合同的意思表示，内容较为具体确定，且表明求职者一旦承诺入职，企业将与其建立劳动关系的意思。因此《录用通知书》符合法律规定的要约的形式。

依据《合同法》第十六条至十九条的规定，要约在到达受要约人时生效，在到达受要约人之前可撤回，在受要约人发出承诺通知之前可撤销，但要约人确定了承诺期限，或已明示要约不可撤销，或受要约人有理由认为要约不可撤销并已经为履行合同作了准备工作的，则依法不能撤销。此时一旦录取通知邮件或短信发送至求职者邮箱或手机，录取通知即依法生效，将使求职者产生将设立劳动关系的信赖利益法律效果，故已无法撤回。此时若企业拟反悔，将只能循撤销途径，但前提是企业未限定求职者必须在一定期限内答复承诺或求职者尚未为履行合同进行准备工作。一方面，附承诺限期的要约，如前述案例中，公司要求王某于 2016 年 6 月 13 日报到即属于限定了承诺期限的要约，若允许任意撤销的，将可能导致放纵要约人缺乏诚信的行为，在合意确定性较低的情况下不利于双方合同关系的稳定建立；另一方面，若在求职者已为履行合同作了准备工作还予以任意撤销，也将必然侵害求职者的合法利益。

故在前述两种情形下，若企业任意反悔，取消录用通知，导致双方未能订立劳动合同的，依据《合同法》第四十二条规定，是属于在订立合同过程中一方出现有违背诚实信用原则的行为，如果给对方造成损失的，应当承担缔约损害赔偿责任，即法律规定的缔约过失责任。

（二）企业签订劳动合同后，虽未正式用工建立劳动关系，但此时解除合同亦缺乏法律依据，应承担违约责任

如前所述，企业在签订劳动合同后尚未正式用工前，虽无法成立劳动关系，但并不意味着双方的合同关系即归于无效，其仅是无法定性为劳动关系，但仍旧是依法成立生效的合同关系。依据《合同法》第九十三条、第九十四条规定，单方解除合同应符合双方约定或法律规定，故在企业无合法理由拒不履行合同义务、单方解除劳动合同的情况下，依据《合同法》第一百零七条规定，不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的违约方应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。因此求职者依法有权要求企业继续履行劳动合同或赔偿其因被解除劳动合同遭受的损失。

三、关于缔约过失责任或违约赔偿责任下损失的计算标准问题

因缔约过失责任或违约赔偿责任对求职者造成损失的，现行法律并未明确相关损失的核算方法，实践中判法不一。本文前述案例中的一审、二审法院即有不同的观点。笔者通过大数据检索分析之后，可见具体有下表几种计算方法：

序号	审理法院	案号	计算标准
1	上海一中院	(2013) 沪一中民三（民）终字第 492 号	按上年度本市职工平均工资标准计算等待期间的工资损失
2	上海二中院	(2014) 沪二中民三（民）终字第 1461 号	参照试用期工资标准支付未找到工作期间的工资损失
3	南京中院	(2019) 苏 01 民终 552 号	以原工资标准按酌定的 3 个月计算工资损失，并结合交通费、体检费综合确定
4	深圳中院	(2017) 粤 03 民终 17270 号	以离职前一年的平均月工资为基数计算实际找到新工作 2 个月期间的工资
5	浙江海盐法院	(2017) 浙 0424 民初 3455 号	以录取通知约定薪酬标准为基数计算实际找到新工作 1 个月期间的工资
6	苏州工业园区法院	(2017) 苏 0591 民初 5383 号	以录取通知约定薪酬标准，按照违法解除劳动关系赔偿金的标准计算
7	北京丰台法院	(2019) 京 0106 民初 2122 号	未能举证损失情况下，法院自由酌定

《中华人民共和国合同法释义》中对《合同法》第四十二条的释义明确，“负有缔约过失责任的当事人，应当赔偿受损害的当事人。赔偿应当以受损害的当事人的损失为限。这个损失包括直接利益的减少，如谈判中发生的费用，还应当包括受损害的当事人因此失去的与第三人订立合同的机会的损失。”

笔者认为，缔约过失责任是补偿相对人因错误相信尚未成立的合同即将成立，而实施准备行为所产生的财产上的损失，因此要求相关损失应当是已经产生并可以确定，且与缔约过失行为之间具有因果关系。主要可以包括：新企业未能予以录用导致产生的工资损失，社保、公积金损失，应用人单位要求准备就职产生的如交通费、体检费损失、其他为履行与新用人单位劳动合同所必要的合理费用。

关于工资损失的确定主要包含工资基数标准及期限标准两个因素。如前述，因相关法律关系并不构成劳动关系，故参照适用劳动法律中违法解除劳动关系的原则确定工资基数或期限的，一定程度上缺乏法律依据。而关于期限标准，笔者认为按照实际求职期间予以补偿应较为公平，若期限无法确定的，法院则可在自由裁量权范围内结合当地实际情况酌定一个合理的求职期间。至于工资基数标准，因在录用不成的情况下，求职者已确定损失的财产将是其未离职情况下的相应工资及社保、公积金，而非其根本尚未履行的新工作的工资标准，故笔者认为，求职者可举证包括上年度年终奖在内的离职前十二个月平均工资的，可参照该标准予以确定。

而劳动合同已经签订但尚未实际用工前，企业即解除劳动合同的，系产生违约责任，在违约情况下，因其损失赔偿与缔约过失损害赔偿情况较为类似，故此不再赘述。

律师建议

如前所述，企业在发出录取通知且未签劳动合同前或已签订劳动合同但未正式用工前，即取消录用通知的，将构成缔约过失或违约，需要对求职者造成的损失进行赔偿。就此，我们结合前述相关分析，给予企业以下几点建议：

第一，建议企业尽量在全部招聘工作完成后，再最终向合适人选发出入职通知，避免草率确定人选发出录用通知后，因遇见更好人选反悔而需承担赔偿责任，也避免对被取消录用的求职者造成不必要的麻烦和损失。

第二，建议企业将背景调查及信息核实等工作安排于录用通知发出前，在确认求职者行为诚信、工作能力不存在瑕疵等情况后方向其发出通知，避免在录用求职者后才发现其于前一份工作中具有令企业不满意的表现，且相关表现可能影响企业做出录用决定，但已无法撤销录用通知的情况。有的企业会认为，若已在录用通知中明确求职者如果未能通过令企业满意

的背景调查，录用通知即失效，即可实现免责撤销。但其实不然，因为未能提前尽职调查，明显系属于企业的缔约过失责任，企业完全有能力且应当在出具录用通知前完成调查；企业在未完成背景调查前发出的录用要约，已完全可能使求职者产生信赖而向原用人单位辞职，此时仍允许企业随意撤销录用的，将有违诚实信用原则，故企业仍难以规避相关赔偿责任 [参考案例详见（2011）浦民一（民）初字第 33430 号熊某与某贸易（上海）有限公司缔约过失责任纠纷案]。

第三，企业对是否最终录用相应求职者确实有较大不确定性的，可以通过不限定答复期限，为撤销录用通知留下一定空间，但需再次提醒的是，若撤销前求职者已答复将确认入职或已为入职新岗位辞职的，则用人单位将无法撤销，否则需承担相应法律责任。

小堵怡情

○管铁流　广东华商（龙岗）律师事务所

9月10号下午四点半，从重庆铜梁法院开完庭出来，又开始下雨了。网约车司机说好五分钟内到，但等了将近半小时才赶到，当事人老袁先替我着急起来，他担心我当晚八点半重庆飞昆明的航班，按现在这天气怕是有点赶。

我安慰着老袁，自己其实也有点着急，山城的路况不敢托大，自然是提前量越大越踏实。网约车是昨晚从江北机场临时约的，从机场到铜梁，司机一路都挺热情，于是下车时就跟他约好今天再载我到机场。

从铜梁法院上车，到转入高速公路，车流并不大，雨势也逐渐减弱，限速八十，车走不快，倒也顺畅。但出了铜梁，进入主城沙区，车流忽然加大，并且很快拥堵起来，估计因为赶上了下班高峰。小车走走停停，司机几次向我确认航班信息，明显有点紧张。我安慰他，还有两个多小时，应该问题不大。有一阵子，车完全停下来，那个时候，虽然时间还早，自己也难免发怵。顺手就发了条微信朋友圈："小堵怡情"算是自我安慰。很快就有不少好友点评，各种开涮。就这样看着微信，时间很快过去，到江北机场，离航班起飞还有一个多小时。有惊无险。

其实，从9号下午出门赶去宝安机场，到10号返回江北机场，再到11号一早从昆明自驾300公里赶往红河州中级法院，特别是11号下午在红河州中院开完庭再驱车赶回昆明长水机场，三天之中，频繁赶路，也不止一次遭遇拥堵。且不说9号下午两点半出门，正常一小时可走到的机场大巴硬是走了快三小时，六点二十的航班，赶到机场时竟然只剩了四十来分钟，好在宝安机场的安检快速通道真心给力，不然真就要错过航班了。而11号下午的庭询，以为顶多一小时的活，最后费了三个小时。五点半驶离法院，晚上十点半的航班，上午从昆明自驾赶到红河中院刚好三小时，下午返程却再次出现状况，走了十多趟的汕昆高速居然一路都在维修，最后硬是走了快四小时。又是有惊无险，提前一小时赶到长水机场。

但回头看看，这一路走来，虽小堵不断，甚至9号下午遭遇较严重的拥堵，我还真心不是特别着急，因为总还有退路，或者，总还有预案。

倒是一路堵来，于不免仓皇中，或微信互动，或听听音乐，甚或追一两集电视剧，而在躁动之余，看着蜗行的车流，静听骤起骤停的马达轰鸣，思绪一路飞扬不定。

律师做久了，各种赶时间自是家常便饭，开庭要赶，开会要赶，高铁飞机都要赶，从业至今十多年，无数次地赶，自然也无数次遭遇拥堵，但绝大多数都还是有惊无险地捱过，印象中只有一次是从深圳龙岗开车去福田法院开庭，早高峰，半路赶上大暴雨，结果提前三小时出发仍然迟到，被法官好一顿训斥。

那种赶时间的高压，滋味当然不好受，常常因此而感觉胸腹胀痛。但奇怪的是，做律师之前持续数年的胃病，那种典型的因快节奏导致的胆汁反流性胃炎，在做律师之后反而不治而愈了，十几年来也再未见任何不适，甚至在多次应酬和贪杯而酩酊大醉之后也是如此。这当然不是说烟酒无伤肠胃，也显然没有得着名医妙药，想来背后的原因，可能得益于律师职业的某种自由罢，但我自己更觉得，问题的关键，恐怕还在于心态的自我调整。

律师不同于公务员，也不同于体制内的法律人，无法倚赖体制的力量与庇护，而需要直面市场的竞争，生存也好发达也罢，主要靠自己的努力，这种没有依托的全竞争式职业，塑造了律师的独立、顽强，也赋予了律师的焦虑、批判，在漫长的职业生涯中，律师既要首先解决生存问题，同时还要考虑长远规划，既要吞纳各种负能量，又要输出解决问题的可行之策乃至心理疏导，而且输出时间经常并不由自己决定。所以，日子久了，律师们很容易出现种种健康异常甚至心理偏差。能够平衡好这些方面，考验的绝不仅是某一门专业知识，还得需要融合，需要团队，需要心智更需要格局。

但再难又能难到哪去呢？比战争还难还苦吗？当然不会。

近日在追一部电视剧——《伟大的转折》，讲述的主要是上世纪中国工农红军长征途中湘江战役之后的种种艰苦卓绝，细节无需在此赘述，各种险绝，各种苦难，各种意外与挫折，作为后人，作为完全没有亲身经历的观众，有时甚至怀疑那一幕幕残酷的真实度。但历史无法否认：一支在湘江一战惨败后锐减过半的军队，没有任何后方依托，没有任何他方支援，随时都在面对生死，而对手数倍于己装备占优，天上地上前堵后追，过万公里的远征，他们坚持到了最后的大会师。他们怎么做到的？除了集体的信念信仰，先烈们的群策群力，我实在再难找出其他更为充分合理的注解。

同期在播的长征题材电视剧很多，但《伟大的转折》更能打动我，感觉无论是演员表演还是道具场景相对更平实，惟其真实，更能动人。有些人并不喜欢这种题材，但我觉得，从历史的角度，再从生活的角度，看过长征故事的，总会感悟多多。

反观当下，不能说和平年代已遂登仙界无烦无忧，但在当年的生死严酷面前，今时的种种困难，实在不足为道。这样想过，心气顿开，甚至反要感激一路上的小小拥堵了，这些障碍和不顺，提醒着我们，前进的路，总有艰辛，惟其险阻，始得方外，滞障之后，自有通达。路上有风景，路上也有坎坷。

人的一生，都在路上。

小堵，也怡情。

| PEOPLE | 人物 |

天路上的法律援助之旅

○李荣花　北京大成（深圳）律师事务所

司法部、共青团中央于2009年共同发起“1+1”中国法律援助志愿者行动。通过每年组织一批律师志愿者、大学生志愿者或基层法律服务工作者，到中西部无律师县和律师资源短缺的贫困县服务一年，为当地的经济困难群众提供法律援助服务。2018年7月，我踏上天路，成为了一名驻守在西藏日喀则市江孜县的法律援助律师。

日照雪山，天堂的苦累与欢笑

我曾两次自驾游西藏，西藏独特的风景、风俗文化和生活节奏，让我的心灵感受到从未有过的轻松，于是一发不可收拾地爱上了西藏。看到西藏法律资源极度匮乏，我总想做点什么。“1+1”法律援助志愿行动给了我实现人生更高价值的机会。我选择了有“万山之宗”之称的日喀则。整个日喀则市除了2018年派驻的6名法援律师外，只有4名留在当地创办社会所的往届法援律师，法援律师要服务18个区县，18万平方公里领域，84万余人口。我去了没有律师的江孜县驻守，那里平均海拔4050米。

2018年报名参加法律援助活动的时候，我曾有过理想设计。日喀则地区，绵延清澈的年楚河穿城而过，应是一边在当地工作，一边欣赏当地风土人情，充实内心，涤荡心灵。但我还来不及欣赏美景，就遇到摆在眼前的第一道难题——高原反应。

2018年7月底，在一个借贷纠纷案件的法庭上，我半边身子突然浮肿，询问法官和法警才知道，这是典型的因缺氧而产生的高原反应。我愣是咬紧牙关坚持开庭，直到案件审理完了才去治疗，不然就得耽误当事人很多时间。2018年10月，我去亚东出差，因为对酒店地热的不熟悉，感冒了。当时手里有三个案件需要回江孜尽快立案，几天后在江孜县人民法院有一个案件要开庭。我顾不得身患感冒从低海拔地区前往高海拔地区的疾病风险，踏上返回江孜的路程。数百公里的山路，走了6个多小时，因为奔波，感冒加重导致右肺感染，每天晚上都咳得睡不着觉。尽管如此，我还是坚持完成了出庭任务。我的内心告诉自己：“只要不死，就要撑下去，回到深圳，又是一条好汉。” 我之所以即使生病甚至内心充满恐惧也要坚持办理案件，是因为我们办的不仅是案件，更是这些困难群众的人生啊。

探寻奋斗的目标，反哺社会

什么是法律援助？简单点说，就是让打不起官司的穷人，打得起官司，为弱势群体主张合法的权益。但在我国中西部欠发达的地区，法律服务资源就和空气一样稀缺。恶劣的自然气候和艰苦的生活条件，靠着意志我能克服，但当地一些困难群体的贫困却让我受到了从未有过的心灵冲击。他们的经济困窘，成了笼罩在雪山上的乌云，也成了心里驱散不走的阴霾。

在办理萨迦县的一个法律援助案件时，受援人家庭深深触动了我的心。这户人家是水库移民，家里有年迈的爸爸妈妈和两个孩子，还抱养了一个孤儿，一大家子人住在两间房子里，长子是家中的主要劳动力。但天有不测风云。有一天，这长子因为交通事故，导致半个头盖骨的缺失，几乎丧失了劳动力，这对一个普通家庭来说是致命的打击，之后全家的生计都将系在次子一人身上。结果，该伤评到了7级伤残，赔偿款却只有8万元，对于这个家庭来说只是杯水车薪。“他们今后的日子该怎么办？怎么办？”我不停地问自己。

带着这样的自问，我不断地思索。我想起我们深圳团出发的时候，蒋溪林局长、任继光副局长、林昌炽会长亲切为我们送行，强调我们深圳司法局、深圳市律师协会是我们的娘家，有困难尽管找他们。我想除了自己投身其间，通过法律专业知识来帮助当地人，更应该打通和拓宽渠道，让更多人伸出援助之手。

我鼓起了勇气，向深圳市司法局、深圳市律师协会以及我的母校中国政法大学校友会寻求帮助，希望能建立起正常运转的援助机制和渠道，进行助学和助残，让更多当地人接受帮助。2019年春节后，在溪林局长的支持下，深圳市律师行业党委成立了深圳市女律师志愿团，开展深圳律师妈妈团签约助学活动，我们目前已经成功与70多名日喀则的贫困学生签订了资助协议，并已经筹集到第一期的全部资金，交到学生们的手上。

我有这些想法和“冲动”，一方面是因为当地部分困难群众贫穷现状带给我内心强烈的冲击，这是一名党员律师的正常冲动，面对困难群众时，作为党员我应该牢记我们的初心。另一方面，我是个母亲，我希望能通过自己的身体力行，为孩子树立一个榜样，建立正确的价值观，让孩子明白“穷，则独善其身，达，则兼济天下”的意义，从而努力奋斗，成为一个乐于奉献的人。

梦想和误解，亏欠和幸福

无论做什么，总有非议，这无关对错。我的西藏法律援助之行，也不例外。

有人说，我是为荣誉做秀。我内心很坦然，我就是为了荣誉。这个荣誉不功利，我愿意为律师的荣誉而战。

也有人说，作为一个母亲，我没尽到家庭责任。为外人所不知的是，正是因为家人的支持，才让我心无旁骛，勇敢追梦。我的母亲是一名深圳义工，连续三年获得孩子学校“优秀家长义工”的光荣称号，她理解我想要回馈社会的热炽，也理解法律援助的意义，非常支持我参加这次行动。我也与儿子认真沟通过，他也非常理解我，支持我去追梦。

2018年8月，我母亲带着我的一双儿女一起去了西藏，在西藏陪伴了我20天，我一天也没为他们休息，甚至周六日还带着他们一起去出差。这20天里，我带着他们观看我的开庭工作，有时还与他们讨论我

正在处理的工作。如此的一趟探亲，感觉他们比我说教成长更多。

在江孜我过得并不苦，反而感到很幸福。驻藏法援期间，当地司法局非常支持我的工作；大成律所的领导和同事从经济、团队管理等方面特别给予了我帮助和支持；孩子的老师得知我驻藏后常常主动关心孩子，给予辅导；孩子爱好打击乐，拿到了很多个金奖。有了这些支持，我才没有后顾之忧，可以专心地在江孜进行法律援助工作。

对于家庭，我是亏欠的，但我不后悔。我也遗憾自己无法陪在年迈母亲身边，无法记录儿子在音乐比赛中获得金奖的荣誉瞬间，也很遗憾错过女儿的生日，但对于梦想，依然想要执着地走下去，同时，我希望自己可以成为母亲的骄傲，成为孩子的榜样。

苦累背后，美好绽放

不是在办案，就是在办案的路上，这是我和无数法律援助志愿者们的日常。尽管西藏法援之旅充满磨难与艰辛，但是感受到前所未有的幸福和满足。当地的政府、法院、检察院以及其他相关部门给予了我充分的信任和尊重，让我受益良多。有个当事人，每逢节日都会给我送上节日问候，我发的朋友圈，他每次都会点赞。在我结束援助任务返深时，日喀则司法局派出专车送我们几位律师前往拉萨接受表彰。一位受援人奶奶，拿着家里的鸡蛋和特产赶到江孜司法局为我送行。当然，我还是让她把东西带回去了，受援人的生活都不容易，谁知后来奶奶又托其邻居联系我，执意给我送来锦旗。

援助期间，我的经济收入可能损失一百万以上，同时还要继续承担团队的人工、房租、管理费等成本，但是这些当事人的笑容给予我内心深深的慰籍。很多人喜欢买名牌包包、漂亮衣服，喜欢豪车豪宅，其实在承受范围内、合法合理的收入都无可厚非。但是我对这些物质的欲望和需求都非常低，我更喜欢做一些利他的工作。我记得，处理了一个拖欠农民工工资纠纷的案件，当看到农民工拿到被拖欠的工资时脸上的笑容时，那种获得感比在深圳赚钱更让人幸福和满足。

这一年里，我在服务地处理了近 70 宗案件，担任政府、企业、社区法律顾问，在多场法律讲座进行法律宣传，进行法律体检……日子也过得非常充实，更收获了一个律师的尊荣。

北大才女卢新宁在北大中文系毕业典礼上致辞时引用一位学者的话，令我深受感动。她说：“无论中国怎样，请记得：你所站立的地方，就是你的中国；你怎么样，中国便怎么样；你是什么，中国便是什么；你有光明，中国便不再黑暗。”

在 2019 年 6 月 30 日上午，全国律师行业党建工作先进典型表彰暨经验交流会议上，李荣花荣获“全国律师行业优秀党员律师”称号，作为受表彰个人代表上台接受颁奖，并作为广东唯一党员律师代表在大会上交流发言。她在发言中表示，“正是因为自己始终牢记初心和使命，不管是参加深圳市棚户区改造项目，还是响应司法部号召参加 "1+1" 中国法律援助志愿者行动，只身到西藏日喀则江孜县进行法律援助，都能够勇敢面对困难，克服困难，并认真负责地完成各项任务。”中国法律援助基金会称李荣花是“一朵迎霜纳雪，在四千米高原上凛凛盛开的雪莲花。”

深圳律协大湾区律师讲师团正式成立

9 月 2 日，深圳律协前海委举行大湾区律师讲师团开团仪式。大湾区律师讲师团的成立，旨在加强粤港澳大湾区法律服务体系建设，宣传粤港澳大湾区相关政策及法律法规，提升深圳律师服务粤港澳大湾区发展建设的法律服务能力，促进深圳律师队伍发展。大湾区律师讲师团将以“政策宣讲”+“专业宣讲”为主题，汇聚不同领域的法律专家，以打造粤港澳大湾区一流讲座品牌为奋斗目标，将讲师团建设成为集思广益、互利互赢、同谋发展的有益平台，为粤港澳大湾区的法治建设提供更加优质的法律服务，为引领深圳律师走出大湾区、走向世界搭建桥梁。

深圳律协召开 2019 年专业委工作会议

9 月 6 日至 7 日，深圳律协召开 2019 年专业委工作会议。会议听取了各专业委 2019 年上半年工作情况，并就专业委工作规则及运作情况展开研讨，对专业委下半年工作进行部署。2019 年以来，各专业委紧紧围绕业务研究、业务规范、业务创新方面开展活动，积极撰写业务操作指引、梳理业务创新产品、编写律师实务专著、参与政府规章制定及立法等，各项业务工作取得初步成效。在专业委运作方面，针对专业委委员工作积极性不高、活动积分欠科学、工作经费不足等问题，与会人员提出适当提高委员门槛、建立完善委员考评及退出机制、建立委员红黑名单、提高业务专项经费投入等意见建议。

全国港澳研究会就深港联营所建设与发展到我会调研

10 月 10 日，国务院港澳事务办公室港澳研究所副研究员万琪、助理研究员翟晓巍来访我会，就“香港、澳门律师事务所与内地律师事务所实行合伙联营面临的机遇和挑战”课题开展调研座谈。参会人员重点就制约合伙联营律师事务所发展的因素进行交流，还对促进三地合伙联营律师事务所发展提出了建议：一是提高内地与港澳方人才互通率，降低人才引进和输出的成本，促进深圳律师的国际化，提升其竞争力；二是将律师纳入高层次人才认定范畴，加强对涉外律师的人才培养力度；三是对内地律师开展涉外法律服务工作需要的出入境证件给予政策支持；四是加强粤港澳大湾区各主要仲裁机构与律师、企业的沟通交流，形成互联互通的良性互动关系。万琪副研究员希望加强与深圳市司法局、深圳律协的沟通交流，共同为港澳与内地合伙联营律师事务所的发展提供更多的智力支持。

深圳市律师行业党委专职书记曹海雷到我会调研

10月11日下午，深圳市司法局党委委员、市律师行业党委专职书记曹海雷同志到我会调研座谈。会上，林昌炽会长汇报了协会2019年度主要十项重点工作情况及下一步工作计划。市律协接下来将做好以下主要工作：一是继续全力推动深圳律师业发展扶持政策（《深圳市促进律师业发展的若干措施（建议稿）》）、深圳市政府法律顾问服务规范性系列文件（统称“1+4”文件）出台；二是启动《深圳经济特区律师条例》修改工作，借深圳建设中国特色社会主义先行示范区的“东风”和学习调研《海南经济特区律师条例》的“南风”，促进深圳律师业的整体发展；三是成立“深圳市法律服务援助基金会”；四是致力打造湾区律师品牌；五是搭建平台加强与政府机关的沟通联络；六是推动行业信息化建设。随后，曾迈副会长重点对“1+4”系列文件作了详细介绍，其中《深圳市促进律师业发展的若干措施（建议稿）》提出产业定位、人才培养、作用发挥、平台搭建四个扶持方向，内容涵盖税收优惠、经费保障、“一院一校”建设等24项措施，能够有效促进律师行业发展，同时推动律师执业权利得到制度保障。

在听取协会方方面面的工作汇报后，曹海雷同志表示，近年来我市律师行业发展迅速，市律协十项重点工作卓有成效，十届律协领导班子真正做到了想干事、敢干事、能干事和干成事。他就市律协下一步重点工作提出了几点意见：一是要一如既往做好协会工作，大力支持律所、律师创新法律服务领域，为中小微企业、企业家提供专业法律服务；二是协会工作要讲方法、讲途径，一定要抓住机遇，在重大项目上争取政府有力支持；三是聚焦律师行业热点、痛点，提出体制、制度等层面的突破性解决方案，真正解决行业发展问题；四是保证正确的政治方向，在收官之年的最后阶段站好最后一班岗，确保律师管理服务工作稳定过渡。

深圳律协成功组建深圳律师手语法律服务团

10月29日下午，深圳律协组建的深圳律师手语法律服务团（下称“手语团”）开团仪式暨首期培训成功举行。仪式上，176名手语团成员获颁证书。手语团致力于提升我市律师服务听障群体的专业技能，提高我市听障群体的法治意识，让听障人士都能感受到法治社会的公平与正义。手语团的成立，将引领深圳律师为更多的群体提供更加优质专业的法律服务，进一步完善我市公益法律服务体系建设。在未来，手语团将持续开展手语法律基础培训，邀请手语专业人士、法律手语翻译员对服务团成员及感兴趣的律师、实习人员进行培训；举办法律手语公开课，引导社会关爱听障人士，加强对听障人士的权益保护及犯罪预防；进一步加强与公、检、法、司等有关部门的交流，为听障人士提供手语法律服务。

我们深圳律师

作词：高树 任杰 刘雪莹
作曲：何亮
出品方：深圳市律师协会

当晨光笼上梧桐山
看岁月流淌 心怀宽广
见证这里的 每一条大街小巷
我们捍卫法律共护一方安康

当夜色落下深圳湾
望长天浩荡 我心飞扬
见证这里的 斗转星移的沧桑
我们凝聚力量共写时代篇章

我们深圳律师歌唱
唱响大湾区的荣光
一同携手走向明天 共赴远方

不论山多高 路多长
每个脚印都刻在这片土地上
跌倒中爬起 风雨中坚强
我们逐梦新时代
不负山河 不负时光

不论风多大 雨多狂
来自天南地北在此相聚一方
艰难中成长 携手铸辉煌
我们心向法治 执着前行 播撒阳光

我们的主题曲《我们深圳律师》全国各大KTV皆能点唱，传唱全国！给予深圳律师继续前行的力量！

——纪念我们的主题曲发布一周年

金色大道

○摄影 / 张成林