



总第 86 期

86

2020 年 | 第 3 期 |

深圳市律师协会主办

SHENZHEN LAWYERS

深圳律师

—— 非常视线 专业见解 ——

民法典：民有所呼 法有所应

深圳律师业掀起《民法典》学习宣传热潮

民法典时代物业管理制度的完善与发展

向国外送达民商事司法文书的理解和实践

实习期的收获与感想

六单位联动推进依法保障律师 执业权利工作再添新绩

保障律师合法权利，不仅事关当事人合法权益维护，更关乎司法制度完善和法治建设大局。8月1日起，深圳市司法局、深圳市中级人民法院、深圳市人民检察院、深圳市公安局、深圳市国家安全局、深圳市律师协会正式联合印发的《深圳市关于进一步依法保障律师执业权利的实施办法》（以下简称《实施办法》）正式实施。

为切实保障律师执业权利，更好地发挥律师职能作用，深圳市律师协会维权委在广泛收集全市律师意见，总结梳理了当前我市律师在执业过程中遇到的主要困难和障碍，于2017年9月起草了该《实施办法》（草案）。两年多来，市律协不断与市司法局、市中级人民法院、市人民检察院、市公安局、市国家安全局等单位充分研究论证，多次报请市委政法委讨论研究，《实施办法》最终经深圳市律师工作联席会议通过。

《实施办法》全文共五章、八十二条，主要从依法保障律师的接受委托代理权，会见权，阅卷权，申请收集、调取证据权，知情权，辩护权，以及民事诉讼、行政诉讼中的代理权等方面，提出了规范性的要求；对保障律师在诉讼活动中的地位和作用、依法保障律师执业权利、建立健全对侵犯律师执业权利的救济机制、对阻碍律师依法执业行为的追责作出了明确具体的规定。

根据《实施办法》第54条，对无法提供被告、第三人身份证件的案件，律师可持其执业证书、律所证明和委托书或法援公函到公安机关查询全国人口信息，这也意味着深圳律师在执业过程中调取公民个人信息不用法院再开函，手续更加简化便利，为律师行使合法权利减轻了障碍。而且随着律师调查令制度的规范与完善，相信律师的执业权利也将进一步得到尊重和保障。

《实施办法》第8条明确，对无法提供委托人与犯罪嫌疑人、被告人的关系证明的，由看守所向犯罪嫌疑人、被告人核实确认后，应当安排律师会见。第29条还规定，侦查机关在案件移送审查起诉后三日内，人民检察院在提起公诉后三日内，应当将案件移送情况告知辩护律师。这对于保障律师和当事人的合法权益将起到重要促进作用。

该《实施办法》旨在从切实解决律师执业过程中遇到的问题着手，保障律师依法执业权利，促进律师职能作用发挥，更好地服务深圳经济社会发展和法治城市建设。《实施办法》的出台，一方面体现我市在保障律师依法执业方面取得了显著成效，另一方面也体现了深圳市作为社会主义法治示范区的先进性、实践性、包容性和示范性，进一步推动了中国特色社会主义法治社会的建设。律师作为不可或缺的重要法治力量被赋予重大责任使命，我会坚信，深圳律师将为社会主义先行示范区特别是法治示范区的建设作出新的贡献。

《中华人民共和国民法典》（下称《民法典》）是一部体现新中国成立七十年来，特别是体现改革开放四十年来社会主义制度伟大成果的重要法律。

1949年成立新中国以来，我国先后建立了全民所有和集体所有的社会主义财产公有制；农村土地承包责任制，农村土地承包经营权流转制度；国有土地有偿出让、转让制度，矿产等自然资源有偿出让、转让制度以及其他公有财产有偿使用制度；公私财产保护制度；包括市场交易制度在内的社会主义市场经济制度；知识产权保护和转让制度；人格权保护制度；婚姻家庭制度；继承制度；民事侵权责任制度；生态环境保护制度；涉外民事法律关系适用制度等等。

经过几十年的磨练，上述制度在中国的社会主义实践中日臻完善、成熟。这次《民法典》编纂，不是一两个法学理论或者法学家意志的体现，更不是西方法律制度的简单移植，这是在中国共产党的领导下，全国人民通过七十年来对中国特色社会主义的探索，特别是改革开放四十年来改革开放的经验总结。

从这个意义上讲，我国新编纂的《民法典》，不是立法者起草出来的，是中国人民干出来的，其中间经历了多少曲折、辛酸、徘徊、思索和奋进！可以说，这部《民法典》作为中国特色社会主义制度的完整总结，作为中国社会主义制度法治化的重大成果，我们的法学家和立法者，只是在党的领导下，几代中国人民七十年来探索和奋进的忠实记录者和整理者。成绩属于伟大的中国人民！

新中国成立后，中华民族走上了伟大复兴的新征程。经过七十年的奋斗，我们离中华民族伟大复兴的实现已经越来越近。但是，中华民族的伟大复兴不仅仅是一个经济指标，还有政治、文化、社会管理、人与自然的和谐发展的指标。社会主义法治，就是这五大指标能否实现的综合性标志。

经过七十年来，特别是改革开放四十年来努力奋斗，我国的社会主义法治水平已经取得长足进展，但离中华民族伟大复兴的要求还有不小差距。

在第一个“百年梦想”，即在建党一百年之际，在我国实现全面建成小康社会的目标即将达到之时，完成《民法典》的编纂工作，就是要为第二个“百年梦想”实现，奠定坚实的立法基础。

《民法典》编纂结束后，我国完整的社会主义法律体系基本建成，在我们向第二个“百年梦想”迈进之时，我国的社会主义法治建设将伴随着“五大建设”的步伐，向中华民族伟大复兴的目标前进！这就是完成《民法典》编纂工作所具有的重大历史意义。

民法典：民有所呼 法有所应

○ 杜万华
最高人民法院咨询委员会副主任

中华人民共和国
民法典



印刷日期 2020年9月5日

编委会主任 林昌焜
 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 刘峰 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 民法典：民有所呼 法有所应 / 杜万华

特别报道 | SPECIAL REPORTS P04-08

04 深圳律师业掀起《民法典》学习宣传热潮

热点 | HOTSPOT P9-24

09 深圳城市更新：坚守与重构 / 赖轶峰 赵裕秀

14 民法典时代物业管理制度的完善与发展
/ 王必丰

18 《民法典》中第三人权利扩张对房产诉讼案件
的影响 / 周争锋

22 评述《民法典》准合同制度 / 王永敬



论道 | DISCOVERY P25-34

25 医疗美容行业发展现状与行政综合执法监督管理 / 范秀玲 陈睿

30 疫情期间企业法律服务新思维 / 吴小波

32 发挥律师参与民事纠纷诉前调解的优势和作用 / 夏文郁



实务 | PRACTICE P35-41

35 向国外送达民商事司法文书的理解和实践 / 高文杰

38 公司法务工作应注意“债务加入”裁判规则
/ 阙清华

拍案 | CASE AND EXAMPLES P42-44

42 刍议商标侵权案件中商品与服务类似的判定
/ 车小燕 张燮飞

生活 | LIFE P45-47

45 知识分子的孤独 / 曹军

46 实习期的收获与感想 / 余雪敏



律协动态 | INFORMATION P48



中华人民共和国 民法典

深圳律师业掀起 《民法典》学习宣传热潮

民法典，作为新中国第一部以“法典”命名的法律，其“爆款”话题的关注度与日俱增。律师肩负学习贯彻宣传好《民法典》的职责使命，深圳律师立足深圳实践、研究深圳问题、总结深圳经验，为切实推动《民法典》的实施，掀起了学习宣传《民法典》的热潮，在将《民法典》学懂、弄通、做实，提升自身执业水平的同时，发挥专业力量，深入社区、机关、企事业单位及学校，开展《民法典》宣传，为群众普及宣传《民法典》的亮点、新规，当好《民法典》普法宣传员。

一、立足律师实务，认真学习钻研《民法典》

深圳市律协及各律所纷纷通过开展学习交流、组织系列讲座等形式进行学习培训，促使律师们能够准确把握《民法典》立法精神，牢固树立社会主义法治理念，提高思想认识，高度重视《民法典》对人们生活的深远影响。深圳律师们认真学习理解条文要义，高度关注原有条款的细微变化和创新内容的制度内涵，做到认真对待、审慎把握、细致钻研。

（一）市律协积极开展深度解读《民法典》专题讲座活动

6月6日，最高人民法院咨询委员会副主任杜万华受邀来深现场解读《民法典》，以体系化视角深入阐释，重点介绍了总则、人格权、合同、物权、侵权责任五大编中的若干具体条文，系统总结出立法亮点、法律适用难点，阐明了立法原意，帮助律师们正确理解与适用法律规范。6~8月期间，深圳市律协作为支持单位，推出《民法典》系列解读会，根据《民法典》各编开展八期线上演讲直播分享，内容涉及财产权益保护规则、市场交易基本规则、人格自由与尊严的法治保障、家庭财富继承等方面。此外，“深圳律协”公众号及本刊开辟“民法典”专栏，聚焦《民法典》

中同居关系析产、子女抚养纠纷、夫妻共同债务认定、继承、合同纠纷、知识产权惩罚性赔偿等社会突出热点问题，展示分享律师们学习钻研《民法典》的成果。

（二）为全面掌握《民法典》精髓，提高律师执业能力，律师纷纷组织集中学习《民法典》

比如，广东华商律师事务所展开主题为“我与民法典”的团建活动，举办《民法典》主题学习月活动，开展“名师讲座”“阅读分享”“知识竞赛”等系列活动；广东朗道律师事务所开展“一起学习民法典”线上系列课程，钟韵文、范国伟、王美英、张文波等多位律师分享《民法典》学习心得，讲述《民法典》典有关商业保理、继承、土地使用权流转、侵权责任等内容；上海市锦天城（深圳）律师事务所举办主题为“民法典婚姻家庭编继承编解读与思考”等内部培训讲座；北京德恒（深圳）律师事务所邀请陈华彬教授为全所律师开展“中国民法典的功用、价值与创新”讲座；广东德纳律师事务所等多家律所开展学习《民法典》系列活动，帮助律师们深入学习《民法典》，裨益法律人对《民法典》的理解与适用。除了集中学习，深圳律师还以多元化方式，自主学习《民法典》，有的律师每天抽出1小时认真阅读100条《民法典》，有



最高人民法院咨询委员会副主任杜万华来深讲解《民法典》。

的律师通过发表专业文章，探讨《民法典》，有的律师将《民法典》7编84章，以思维导图等方式抽丝剥茧、构建大纲，绘制成长图等方法，积极分享学习成果。



北京德恒（深圳）律师事务所邀请陈华彬教授为全所律师开展了民法典主题讲座。



广东华商律师事务所吴浪律师为律所律师主讲“《民法典》新继承编”。

二、推动贯彻实施，积极宣传普及《民法典》

《民法典》要实施好，就必须让《民法典》走到群众身边、走进群众心里，引导群众认识到《民法典》既是保护自身权益的法典，也是全体社会成员都必须遵循的规范。自《民法典》问世以来，深圳律师马不停蹄地进社区、进机关单位、进企业、进校园宣传普及《民法典》，帮助大家了解熟悉这本“社会生活的百科全书”。

（一）成立《民法典》宣讲团

一是成立“深圳律师行业《民法典》宣讲团”。为充分发挥律师所和律师们的专业作用，多方面推进《民法典》实施工作，深圳市律协向全市律师公开招募，成立了229人的《民法典》宣讲团。宣讲团将把学习好、宣传好、实施好《民法典》作为当前的重要任务，同

时号召全市律师所通过线上线下相结合的方式，积极开展常态化《民法典》普法宣讲活动，回应社会对专业法律服务的需要，让《民法典》从纸面跃然于生活，让《民法典》精神深入人心。7月，深圳律师行业《民法典》宣讲团共开展线下宣讲53次，线上宣讲34次，为机关事业单位开展普法讲座30场，提供法律意见15项；为企业开展普法讲座34场，提供免费法律咨询175次；为社区群众开展普法讲座23场，提供免费法律咨询235次。

二是律所《民法典》宣讲团遍地开花。广东卓建律师事务所、广东广和（龙华）律师事务所、广东深坪律师事务所等律所积极响应号召，成立了《民法典》宣讲团。通过成立宣讲团，动员律所律师积极研究学习《民法典》，为社会大众更好地了解《民法典》相关规定、普及法律知识，发挥律师的作用。



广东广和（龙华）律师事务所、广东深坪律师事务所等成立宣讲团，律师们积极开展《民法典》学习。

（二）民法典宣传进机关事业单位

习总书记的重要文章《充分认识颁布实施民法典重大意义，依法更好保障人民合法权益》强调，各级领导干部要做学习、遵守、维护《民法典》的表率。我市多家律所受邀进机关事业单位、社会组织等宣讲

《民法典》，帮助各级领导干部进一步提升学法用法的自觉性。广东海涵律师事务所李鼎律师受龙岗区人民调解协会邀请，为辖区人民调解员开展《民法典》专题公开课；广东深坪律师事务所《民法典》宣讲团团长张福军律师应坪山区民政局邀请，为坪山区社会组织做了主题为“民法典立法理念及对社会组织的影响”的培训分享，坪山区87家社会组织参与了学习；广东淳锋律师事务所常洁律师、刘森荣律师先后受邀赴宝安区妇女儿童联合会、宝安区司法局进行了《民法典》婚姻家庭篇的法律宣讲；北京市炜衡（深圳）律师事务所戴维律师受邀为南山区妇联解读《民法典》婚姻家庭篇与继承篇中的修改亮点和生活实践的結合与运用；北京市中银（深圳）律师事务所谢兰军律师到深圳前海蛇口自贸片区综合行政执法局开展“《民法典》专题培训”讲座；应广东省司法厅公法处邀请、广东省律师协会推荐，广东卓建律师事务所李兰兰律师为12348广东法律服务网值班律师开展“《民法典》合同篇案例适用”的分享，提高值班律师为广大群众



北京市炜衡（深圳）律师事务所戴维律师受邀为南山区妇联解读《民法典》。



北京市隆安（深圳）律师事务所刘佳佳律师为宝安区松岗街道妇联工作人员作《民法典》分享。

提供公益法律服务水平；泰和泰（深圳）律师事务所胡长江律师到沙头角街道办事处，宣讲《民法典》；广东深宝律师事务所马小鹭律师在深圳市民爱残疾人综合服务中心进行了“民法典知识知多少”的专题普法公益授课；北京市中伦文德（深圳）律师事务所洪国安律师、罗兆旋律师应邀为福田区水务局工作人员，就《民法典》进行授课解读；广东华商（龙岗）律师事务所管铁流律师，受邀在龙岗区卫健局为区卫生健康系统各单位进行《民法典》专题培训；北京市隆安（深圳）律师事务所律师刘佳佳为宝安区松岗街道及各社区妇联主席、妇干、心理咨询师等作《民法典》分享；广东中熙律师事务所杜舒寒律师受邀到光明区规划土地监察局作《民法典》培训；北京市盈科（深圳）律师事务所杜芹律师受邀到龙华区妇联作“民法典时代家事法与维权”的讲座等等。

（三）民法典宣传进社区

深圳律师还利用一社区一法律顾问的平台载体，进社区开展《民法典》宣讲。溪涌社区、红村社区、



深圳律师进社区开展《民法典》宣讲。

可园社区、西乡社区、四方埔社区、大康社区、石井社区、金龟社区、田心社区和田头社区等驻点律师走进社区，开展《民法典》解读会，同时，广东华商律师事务所、泰和泰（深圳）律师事务所、广东生龙律师事务所、广东穗江律师事务所等多家律师所律师受邀深入社区宣讲《民法典》，进一步提升居民学法、用法、守法意识。

（四）民法典宣传进企业

作为社会生活的百科全书，《民法典》必将对各行各业产生重要影响。为了引导企业经营者自觉养成学法、守法意识，增强企业单位员工的法律意识，也



广东宝城律师事务所林志强律师赴美生创谷科技园开展《民法典》专题培训讲座。



广东联建律师事务所顾东林律师进企业宣讲《民法典》。



袁吉松律师为高新区物业管理联盟会员单位宣讲《民法典》。

为帮助企业持续健康发展奠定良好法律基础，深圳律师积极走进企业宣讲《民法典》。广东宝城律师事务所林志强律师先后赴美生创谷科技园、深圳市宝安区松岗街道潭头西部工业区为顾问单位开展《民法典》专题法律培训讲座；北京市京师（深圳）律师事务所林冰律师受深圳市厚德国际物流有限公司党支部邀请，进行了一场宣讲《民法典》的党员学习活动；广东品睿律师事务所胡春学律师应邀先后在招商蛇口网谷党群服务中心面向招商街道工作人员及辖区企业、在深圳市半导体产业发展促进会/深圳市半导体产业联盟2020年度首场企业联谊会上进行《民法典》分享，并与各企业负责人进行了个案研讨；广东联建律师事务所顾东林律师先后应深圳市建设工程造价管理站和深圳地铁置业集团有限公司的邀请，作了《拥抱民法典，创建设领域新高峰》的专题讲座，重点讲解了合同编的新变化和建设工程合同一章的新规定；高新区社区法治建设服务基地主任袁吉松律师带领基地宣讲团成员走进企业进行《民法典》宣讲，高新区物业管理联盟会员单位派员参加学习；广东生龙律师事务所李婧律师作为龙岗区民法典宣讲团讲师到深圳市思达仪表有限公司为民法典“进企业”讲座授课等等。

（五）民法典宣传进校园

为进一步增强青少年的法治意识，传递守法用法理念，广东德纳（龙华）律师事务所辛先霞律师应邀赴龙华区司法局深入扶贫对口帮扶村黄洞村开展了“民法典与你同行、伴你成长”普法宣传教育活动，为黄洞小学学生上了一堂生动的民法课，辛律师以通俗易懂的语言结合有趣生动的案例，引导孩子们通过正当途径依法维护自己的合法权益，帮助他们形成遇事找法的习惯，让《民法典》植根青少年心中。

（六）积极接受媒体采访，普及民法典

深圳多位律师通过接受新闻媒体采访开展普法宣传活动，包括广东华商律师事务所主任、首席合伙人高树、广东绿建律师事务所李军强律师、北京市盈科（深圳）律师事务所杜芹律师、广东瑞霆律师事务所林志平律师等接受《深圳特区报》《深圳商报》等媒体采访，面向公众解读诸多社会广泛关注的热点问题，使人民群众广泛了解《民法典》，确保《民法典》有效的执行。

深圳城市更新： 坚守与重构

《深圳经济特区城市更新条例（征求意见稿）》解读

○赖轶峰 赵裕秀 北京德恒（深圳）律师事务所

城市更新是各方把土地资源价值从“小馒头”做成“大蛋糕”并“分好蛋糕”的诱人故事。历经十六年的探索和实践，深圳以城市更新为核心的旧城改造模式已经遇到制度性瓶颈，需要更高层级立法作出回应和支持。因此，2020年7月，深圳市人大常委会公布了《深圳经济特区城市更新条例（征求意见稿）》（以下简称《征求意见稿》）。《征求意见稿》坚守市场化原则、重构和优化项目实施规则，本文对深圳城市更新法规制度演进和实践发展进行回顾、梳理、评析，在此基础上对《征求意见稿》进行解读并提出一些修改优化建议，期待与业界同仁进行交流。



人类城市发展史，就是城市不断拆除重建更新的过程。作为改革开放试验田，1979年小平同志在中国南方画了一个圈，诞生了土地面积仅1997平方公里的深圳。本世纪初，深圳最早面临“土地空间资源难以维系”问题，倒逼深圳成为国内首个全面从增量供地转型为存量改造供地的城市。城市更新是城市整体空间与土地价值的重构，涉及政府、市场主体、物业权利人（含村集体、村民、业主等）多方利益。深圳城市更新坚持政府引导、市场运作、利益共享，实现政府和市场双轮驱动，促进了深圳社会经济发展。

一、深圳城市更新探索和回顾

2004年，深圳出台《深圳市城中村（旧村）改造暂行规定》，启动了城中村旧村改造工作。2009年，深圳在全国摒弃“三旧改造、旧改、旧城改造、旧村改造”等当时流行称谓，提出更具丰富内涵的“城市更新”概念，出台了《深圳市城市更新办法》。之后，市、区两级政府部门陆续颁布了约两百个配套政策文件，为推动城市更新提供了有力的支持。

总览全国各地旧改城市更新法规和实践，深圳既是先行者又是虔诚的“市场在资源配置中的决定性作用”践行者。2019年12月，中央经济工作会议提出“加强城市更新和存量住房改造提升”，也隐喻对深圳城市更新工作的肯定。

（一）深圳城市更新1.0版

2004年的《深圳市城中村（旧村）改造暂行规定》代表深圳城市更新1.0版启动，当时国土资源部两次发文规定经营性用地应采取招拍挂出让，2007年《物权法》正式确定招拍等公开竞价的出让制度，深圳政策并未突破法律法规对搬迁（拆迁）完成后土地使用权出让事宜的规定，导致深圳当时的城中村改造工作停滞。当时权宜之计的处理办法，则是市场主体与区政府核算拆迁成本和项目规划指标等要素后，测算出招拍挂的底价，若最终多家竞价导致成交价格高于底价，参与拆迁的市场主体对高出部分不用实际支付，或者可先付后返。

（二）深圳城市更新2.0版

2009年8月，省政府印发《关于推进“三旧”改造促进节约集约用地的若干意见》。省、市提前密切沟通，深圳市同步拟定《深圳市城市更新办法》草案，于2009年10月迅速颁布了《深圳市城市更新办法》，开启了深圳城市更新2.0版，其根本创新是土地出让制度创新，即城市更新突破了物权法和国土资源部的规定，项目用地在搬迁完成后可以协议出让。

《深圳市城市更新办法》颁布后，2012年出台了《深圳市城市更新办法实施细则》（简称《实施细则》），随后又陆续出台《关于加强和改进城市更新实施工作的暂行措施》（简称《暂行措施》）等两百多个市、区两级配套政策、专项规定及指导意见等。据统计，深圳颁布的相关法规政策共计400余个，业界戏称“用四百多个法规政策管理八百多个城市更新项目”。

虽然深圳通过“打补丁”方式制定了比较繁杂的城市更新法规政策体系，但其仍然存在较多难点和痛点，如“搬迁难”“项目前期融资难”“城市更新纠纷裁判规则不一”等。

近几年涉及城市更新争议纠纷逐年增加，因缺少高位阶的专门法律法规，导致城市更新纠纷裁判规则不统一。例如，笔者经办的龙华某城市更新案件，对于一份《搬迁补偿意向协议》的法律定性，区法院、市中院、省高院三级法院明显不同。又如，法院对超过30年以上的集体土地租赁合同的定性也存在完全不同判决，让参与城市更新的各方感到无所适从。首次审议的《深圳经济特区城市更新条例（草案）》（简称《条例（草案）》）规定了“司法裁决”，但《征求意见稿》公布时将其删除，地方改革的积极性与司法的谦抑性或有所冲突，或许避司法“帮拆”之嫌。

据称，截至今年一季度，深圳十六年来城市更新项目（含之前70个历史遗留项目）立项859个、专规批复498个、实施主体400个、取得开发土地300多个^①。城市更新项目投资成为高风险投资，使得市场主体、金融机构和物业权利人等各方参与主体积极性受挫，导致深圳城市更新整体实施状况远低于预期，

《深圳经济特区城市更新条例》的出台早已迫在眉睫。

（三）深圳城市更新3.0版

社会各界期待的《深圳经济特区城市更新条例》制定和实施必将拉开城市更新3.0版序幕。2020年5月，市政府组织起草了《条例（草案）》，经市政府常务会议审议后，2020年6月市人大常委会第一次审议了《条例（草案）》；市人大常委会法工委根据审议意见修改完善，形成了目前的《征求意见稿》。

《征求意见稿》在坚守市场化运作同时，对城市更新实施的单元计划申报、单元规划的编制监管落实、市场主体的选择和限制、搬迁补偿标准引导、引入“个别征收+行政诉讼”破解搬迁难等多个方面进行了优化和重构。

城市更新涉及政府、市场主体、物业权利人、租户、居住权人^②等多方主体权益，涉及面广，针对目前城市更新项目实施存在的诸多难点和痛点，《征求意见稿》进行了回应并提出解决方法。

二、深圳城市更新的坚守

与广州、东莞、上海等地的旧改城市更新遵循“政府主导”原则相对应，深圳市2004年在《深圳市城中村（旧村）改造暂行规定》、2009年《深圳市城市更新办法》和2020年《征求意见稿》均坚持“政府引导、市场运作”原则。《征求意见稿》在市场化原则的基础上，特别调整和规定了重点城市更新单元、旧住宅区项目分别由城市更新局和街道办负责申报立项，前述两个类型项目立项之后仍由市场主体负责实施。

深圳市城市更新除了坚持市场化原则之外，还遵循法治化的原则，创设创新了诸多制度，包括城市更新单元划定、历史遗留土地处置、城市更新单元规划编制、实施主体确认、地价核算、用地协议出让等。这些创新通过不断完善和修改制度实现法定化，构建由法规、规章、规范性文件和技术规范组成的城市更新制度体系。

深圳市城市更新的重要机制创新获得省府和国家的充分肯定。深圳的城市更新经验在广东省乃至全国

得到其他兄弟城市的借鉴，例如《广州市城市更新办法》《东莞市关于深化改革全力推进城市更新提升城市品质的意见》等，体现了深圳经验和规则输出的先行示范。

三、深圳城市更新的重构

《征求意见稿》在坚守市场化运作同时，对单元计划申报、单元规划、市场主体选择、搬迁补偿标准、破解搬迁难等多个规则进行了优化和重构。

近期不少业界专家已对《征求意见稿》呈现的亮点作了较为全面的解读，本章节仅从抑制“钉子户”破解“搬迁难”的“个别征收+行政诉讼”方案进行评析。这项制度安排也是经历了十多年城市更新探索和最近几年棚改实践、演化总结而来。

2012年《实施细则》第73条规定项目签约率达到双90%以上时，可以申请由政府组织实施该项目，可以拿去“征收”的尚方宝剑。但因没有明确厘清市场主体与政府之间的权利义务关系、项目退出利益安排，导致该条款成为无法落地的“僵尸条款”。

2015年深圳开始酝酿制定《深圳经济特区城市更新条例》草案，当时讨论是否引入香港旧改中的房屋强制售卖制度。

2018年《深圳市关于加强棚户区改造工作的实施意见》规定，签约期内达不成补偿协议，区政府可以根据公共利益的需要依法实施房屋征收。棚改实务中，项目签约率达到95%时便列入棚改年度实施计划，对尚未签约的房屋进行征收。

2019年省政府《关于深化改革加快推动“三旧”改造促进高质量发展的指导意见》规定实行政府裁决和司法裁判，即“三旧”改造项目，多数（搬迁签约率达到三分之二）原权利主体同意改造，少数原权利主体不同意改造的，按照《土地管理法》及其实施条例、《国有土地上房屋征收与补偿条例》相关规定处理；法律法规没有规定的，可积极探索政府裁决。但是该规定争议很大，并没有落地实施。

针对“搬迁难”，《条例（草案）》规定点状征

^①实施主体确认后也存在多个项目未能如期出让土地进行后续开发的情形，例如龙岗区4个取得了实施主体确认的项目因未如期办理土地出让手续导致可能被清退。

^②《中华人民共和国民法典》（2021年1月1日生效）规定居住权人有权按照合同约定，对他人的住宅享有占有、使用的用益物权，以满足生活居住的需要。

收和司法裁决，市场主体在搬迁难的情形下可以作为原告起诉未签约业主；《征求意见稿》提出“个别征收+行政诉讼”的解决方案，当已签订《搬迁补偿安置协议》（简称《搬补协议》）的合法产权比例不低于95%且符合房屋征收规定的，政府可以依法对未签约部分房屋实施个别征收，对征收决定不服的，可提起行政诉讼。此外，对于合法旧住宅区城市更新项目，自市场主体选定之日起12个月内签订《搬补协议》的专有部分占建筑物总面积未达95%时，该项目调出城市更新单元计划；12个月内已签订《搬补协议》的合法产权比例不低于95%时，市场主体按照搬迁补偿标准与未签约业主进行协商，协商未果，可向区政府申请行政调解，区政府也可以主动调解。

“个别征收模式”经过多轮探索、论证而来，其内涵与“点状征收”“零星征收”一致，都是在项目签约率达到95%后，政府需要对少数“钉子户”房屋实施征收。一个项目范围内95%的人同意并签约，并且项目本身包含相当部分涉及土地贡献和政府公建配套，加上城市总体规划优化，此时的项目已构成公共利益，剩下5%的业主拒绝签约便侵害了公共利益，实施个别征收与基础法理是契合的。笔者相信此规定可较为有效地缓解搬迁难问题。

四、修改优化建议

《征求意见稿》亮点突出，是业界期待的地方性法规，但其从逻辑严谨性、内容可操作性等仍需进一步商榷完善，笔者就以下三个方面作简要评析并提出修改优化建议。

（一）关于市场主体的选择

市场主体是深圳城市更新的主导力量。《征求意见稿》第七条和第三十条对市场主体做了一些规定；2016年的《暂行措施》也规定了申请实施主体确认时，申请人应具备房地产开发资质，自行改造的项目除外。关于市场主体的规制，需要考虑行业实务和惯例：

第一，实务中，市场主体一般是开发商下设项目公司对城市更新项目进行操盘，《征求意见稿》要求市场主体在实施主体确认时具备房地产开发资质，必要性不大，出让取得国有土地使用权是房地产二级开



发前提，实务中项目公司取得土地后可以取得专项房地产开发资质。为应对此规定，市场主体也许可通过申请暂定资质证书来处理，增加了不必要审批许可。

第二，《征求意见稿》在《暂行措施》的基础上，增加“具有房地产咨询服务”的表述，房地产咨询服务属于房地产中介服务，不属于市场主体许可经营项目监管清单，因此，《征求意见稿》的规定实则降低了对市场主体的资质要求，是否存在政府有意将项目前期服务商与项目后期二级开发商进行切割、培育专门进行项目前期孵化的前期服务商的可能性？《征求意见稿》应对此作出更为清晰和严谨的规定。

第三，《征求意见稿》规定“市场主体拟发生改变的”具体含义并不明确，是指股权变更还是更名操作？若“改变”意指股权变更，则其股权限制之事有名无实，若市场主体设置多层股权架构，通过股权转让的方式转让项目权益难以禁止，况且有些公司可将股权架构一直延伸至境外国家和地区，愈加无法控制，且严格控制市场主体股权转让并非上策，很有可能因为“用力过猛”而“误杀无辜”，在项目的土地出让之前的项目前期，尤其是搬迁补偿安置阶段，一般会支付巨额的补偿资金和地价，往往需进行融资，融资过程中金融机构至少会对市场主体股权进行质押，实务中通常将绝对控股的份额股权过户给金融机构的“明股实债”方式作为交易结构，目的是实现股权的让与担保效果，若限制市场主体股权转让和质押，实

质上是掐断了项目融资，对项目顺利推进明显不利。因此，我们推定“市场主体拟发生改变的”，此处改变是指更名操作，而非股权层面的变化。《征求意见稿》在措辞表达上应更为清晰。

（二）关于产权冻结与预告登记

目前实务中，往往在实施主体确认阶段进行《搬补协议》的集中备案，无法做到签订一份备案一份，使得《搬补协议》的备案并未与不动产登记系统及时有效衔接，无法防止物业权利人（被搬迁人）再次处置被搬迁房屋。《搬补协议》签订后，若持红本房产证的被搬迁人与其他第三方签订被搬迁房屋的买卖合同，或被搬迁房屋进行抵押，并在不动产登记系统办理过户或抵押登记，此种情形下，如何保障开发商/市场主体的合法权益往往比较棘手。更有甚者，被搬迁人与其他第三方串通，在签订《搬补协议》后仍将被搬迁房屋过户给其串通的第三方，再由其串通的第三方向市场主体索要更高的搬迁补偿，而搬迁人很难举证被搬迁人与第三方恶意串通。

为了解决上述类似问题，《征求意见稿》规定主管部门应当制定并发布《搬补协议》示范文本，包括产权冻结期限等内容；《搬补协议》签订后，市场主体可以按约定向不动产登记机构申请预告登记，预告登记后，未经预告登记的权利人同意，不动产登记机构不予受理不动产转移、抵押或者变更登记等业务。

《征求意见稿》拟通过示范文本、产权冻结及预

告登记创新安排，能更有效规范城市更新参与主体的权利义务、平衡各方利益。此创新性的“产权冻结”“预告登记”条款，需要做好相关法规政策相衔接及配套文件支持，做好与深圳市不动产登记中心的沟通和制度对接，进一步完善和细化条款内容。

（三）关于项目抵押

《征求意见稿》规定实施主体不得擅自销售或者抵押城市更新项目公建配套物业。此处规定保护了政府方代表的公共利益，但忽视了被搬迁人的权益保护。

在项目融资实务中，往往是以项目宗地为单位进行整体做抵押。笔者经办的诸多城市更新项目前期融资项目中，若融资周期跨越土地出让取得后的二级开发期，金融机构通常要求项目公司在取得项目国有土地使用权之后，马上追加土地抵押。即使未做前期融资的项目，取得土地之后在“四证齐全”时通常也会进行开发贷融资，土地抵押是标配的融资担保增信措施。若土地抵押的资金用于项目开发，往往会促进项目顺利开发建设，与产权置换的物业权利人、公建配套物业的政府方利益是相向而行的。但是，若土地抵押的资金被全部或者部分挪用到市场主体的母公司或者其他项目中，就存在融资资金无法如期偿还的可能，引发项目土地被行使抵押权、被拍卖等，导致项目易主或者烂尾。这时候仅依赖与政府部门或街道办与市场主体之间签订的《项目实施监管协议》及其保证金，大概率无法有效保障公建配套物业和回迁物业的权益。

鉴于上述，建议该处规定既要考虑公建配套物业和回迁物业权益，也要考虑项目土地抵押时，将公建配套物业和回迁物业对于土地使用权进行分割抵押登记。

五、结语

据称，深圳大约还有两千多个项目基本符合城市更新立项条件，但是目前已经立项的八百多个项目经过十多年推动，顺利实施的不到一半。站在“双区驱动”的历史背景下，深圳确实应该加快制定内容完善、解决痛点、实操性强的城市更新条例。但是也应该客观看到，城市更新制度创新需要平衡物业权利人、市场主体、政府、公众等多方利益，实在是一项艰巨任务，期待高质量的《深圳经济特区城市更新条例》早日出台。

民法典时代 物业管理制度的完善与发展

○王必丰* 深圳市住房和建设局

毫无疑问，2020年注定是一个不断刷新历史和见证历史的年份。5月28日，十三届全国人大三次会议表决通过了《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》），并将于2021年1月1日施行。《民法典》是新中国成立以后首部以“法典”命名的法律，被誉为“社会生活百科全书”。

《民法典》物权编完善了业主的建筑物区分所有权内容，合同编和侵权责任编新增加了物业服务合同以及管理人的安全责任等相关内容，进一步保障了业主、物业服务企业等各方的权利，规范了物业管理法律关系，为物业管理的健康发展提供了根本遵循，并对未来物业管理改革提供了制度空间。

* 王必丰，深圳市住房和建设局政策法规处处长，公职律师。

一、坚持“业主自治”基本原则，完善业主组织运行机制

20世纪80年代初，深圳率先从香港地区引入房地产开发及物业管理模式，诞生了全国第一个商品房住宅小区——“东湖丽苑”以及第一个物业管理企业——深圳市物业管理有限公司。随后，房地产开发及物业管理逐步走向全国各地。1994年7月11日，深圳市人大常委会颁布了全国首部地方性物业管理条例——《深圳经济特区住宅区物业管理条例》，提出了“业主自治与专业服务相结合”的原则。2003年6月8日，国务院制定颁布了《物业管理条例》，确立了物业管理法治建设的基本原则和制度设计。2007年3月16日，十届全国人大第五次会议审议通过了《中华人民共和国物权法》（以下简称《物权法》），首次在民事基本法律上确认了业主的建筑物区分所有权。本次全国人大编纂《民法典》时坚持了“业主自治”基本原则，并针对当前物业管理中存在的问题和困难，从顶层设计方面做了较大的修订和完善。

一是完善了业主大会表决机制。业主的建筑物区分所有权是实施物业管理的前提和基础，具体包括业主的专有权、共有权及共同管理权。共同管理权涵盖了选举和被选举业委会委员、制定修改管理规约和议事规则、选聘物业服务企业等内容，而上述权能主要是通过业主大会会议表决方式得到落实。可以说，业主大会表决机制是否完善，将直接影响到业主组织能否实现高效有序运转。《物权法》第76条规定了业主表决重大事项和普通事项分别采取“双三分之二”和“双二分之一”的比例，但实践中大家普遍反映上述表决门槛过高，影响到业主大会的正常运转。为此，《民法典》第278条区分了“参与表决”和“业主同意”两个门槛。首先，业主共同决定事项，“应当由专有部分面积占比三分之二以上的业主且人数占比三分之二以上的业主参与表决”（即“双三分之二”参与表决）；其次，对于重要事项“应当经参与表决专有部分面积四分之三以上的业主且参与表决人数四分之三以上的业主同意”（即在满足会议有效情况下由“双三分之二”降到“双二分之一”）；最后，对于其他事项，“应当经参与表决专有部分面积过半数的业主且参与表决人数过半数的业主同意”（即在满足会议有效情况下

由“双二分之一”降到“双三分之一”）；此外，该条还将“制定和修改建筑物及其附属设施的管理规约”修改为“制定和修改管理规约”，意味着管理规约不仅包括对物的管理，也包括对人的行为规范约束。

二是明确了业主共有收益归属。长期以来，由于法律并未明确利用电梯广告等业主共有部分产生收益的归属，很多物业服务企业会将此部分收益纳入企业增值服务收入当中，容易引发物业纠纷。近年来北京、上海、深圳、湖南等地在制定地方性法规时特别明确了利用物业共用部分从事经营活动的公共收益归全体业主所有，应当将公共收益单独列账。《民法典》第282条也明确规定，“建设单位、物业服务企业或者其他管理人等利用业主的共有部分产生的收入，在扣除合理成本之后，属于业主共有。”

三是优化了维修金管理规则。维修金“使用难”也是近年来住宅小区反映比较集中的问题。为此，《民法典》第281条在重申维修资金归属业主所有以及公示原则的基础上作了如下优化调整：一是降低了使用维修资金的门槛。《民法典》第278条规定，对于使用维修金的表决事项，在满足会议有效的前提下，只需要经过总投票权数和业主人数的“双三分之一”比例即可通过，此举将能提高维修金的使用效率。二是明确了紧急情况下需要维修建筑物及其附属设施的，业主大会或者业主委员会可以依法申请使用建筑物及其附属设施的维修资金。因此，结合《民法典》第278条和281条的相关规定，维修金的使用应当经业主共同决定，但在紧急情况下法律授权业主委员会可以向有关单位直接申请使用维修金。

二、将物业服务合同纳入法典，各方权利义务更加明确

在《民法典》颁布之前，理论和实务界对于物业服务合同属于什么性质的合同存在不同的认识，有人认为它属于委托合同，有人认为它属于兼具委托、承揽、服务等多种合同的混合合同，也有人认为这就是纯粹的无名合同，无需作出特别规定。事实上，物业服务合同是伴随着物业管理发展而产生的一种新型合同，从主体上看，一方是专业的物业服务企业和管理人，另一方则是全体业主的集合，而不是单个业主；

从内容上看，合同约定的服务事项具有很强的专业性和综合性；从责任上看，物业服务人不仅需要承担合同责任，还应当根据法律规定承担相关的法定职责。此次《民法典》一锤定音，将物业服务合同纳入有名合同范围，有利于进一步明确各方主体权利义务关系，为解决物业服务合同纠纷提供法律依据。

一是明确了物业服务合同应当采取书面合同形式，列举了物业服务的内容，并特别规定物业服务人（物业服务企业和其他管理人）公开作出的有利于业主的承诺，列为合同组成部分（《民法典》第938条）。

二是明确了前期物业服务合同对业主具有法律效力，其效力止于合同约定期限或业委会（业主）与新物业服务人签订新的物业服务合同生效时（《民法典》第939条和第940条）。

三是实施物业服务信息公开制度。物业服务人应当定期将服务事项、收费标准、业主共有部分的经营与收益情况等内容以合理方式向业主公开并向业主大会、业主委员会报告。以往一些物业服务企业以“包干制”无需向业主公开财务收支的做法将不再具有法律上的依据，预计将会有越来越多的企业选择更加规范、更加透明的酬金制计费方式（《民法典》第943条）。

四是明确了业主的法定义务，具体包括定期缴纳物业费，装修房屋预先告知、配合物业服务人的装修检查，转让和出租物业专有部分、设立居住权或者依法改变共有部分用途均需告知物业服务人等。需要注意的是，如果业主未按照约定缴交物业费，物业服务人不得采取停止供电、供水、供热、供燃气等方式催交（《民法典》第944条、第945条）。

五是明确了业主对合同享有任意解除权。考虑到物业服务合同的特殊性，《民法典》规定业主“依照法定程序共同决定”，可以随时解除物业服务合同，但应当提前60日书面通知物业服务人。当然，任意解除权是有限制的，如果因解除合同造成物业服务人损失的，“除不可归责于业主的事由外”，业主应当赔偿损失。合同到期后，业主没有作出续聘或另聘决定，而物业服务人又继续提供服务的，原合同转为不定期合同继续有效（《民法典》第946条、第948条）。

此外，《民法典》还增设物业服务人负有平稳交接物业服务区域的法定责任，以及在合同终止之后、

新物业服务人（或自行管理的业主）接管前应当履行“继续处理物业服务事项”的后合同义务。

三、明确了物业服务人的安全应急职责，着力消除公共安全隐患

物业服务面向全体业主，负责业主共有部分的管理和维护，具有公益性。因此，物业服务人除了需要承担合同约定的义务之外，还应当根据法律法规规定承担特定的安全应急职责。

一是明确了物业服务人对于违反治安、环保、消防等法律法规的行为，应当采取合理措施制止、报告和协助处理义务（《民法典》第942条）。

二是明确了物业服务人应当执行政府依法实施的应急处置措施和其他管理措施，积极配合开展相关工作（《民法典》第285条）。

三是明确了物业服务人应当采取必要的安全保障措施（例如，开展定期的外墙窗户检查、在法律法规许可范围内在外墙安装摄像头和防护网等），防止建筑物发生高空抛物或坠物对他人造成损害，否则应当承担相应的侵权责任（《民法典》第1254条）。

习近平总书记指出，“民法典颁布实施，并不意味着一劳永逸解决了民事法治建设的所有问题，仍然有许多问题需要在实践中检验、探索，还需要不断配套、补充、细化”。对于物业管理来说，在未来的一段时期里至少仍需从以下几方面继续探索，不断深化改革。

一是要继续探索业主组织法律地位，不断完善物业管理市场机制。业主组织是指全体业主成立的、行使业主对共有部分共同管理权利的团体组织，国外已有许多国家通过立法赋予业主组织团体法人资格。反观《物权法》虽然规定“业主可以设立业主大会，选举业主委员会”，但却没有明确业主大会民事主体资格，以至于在实践中引发一系列问题，例如业主共有房屋及设施设备无法进行产权登记、业主大会无法开设独立账户，物业费等业主共有资金只能通过物业公司账户收支，权属混淆不清（注：《民法典》第944条依然强调业主应当依约向物业服务人支付物业费，关于物业费的性质仍需进一步探讨）。同时，业主大会及业委会有法定的执行“业主共同决定”的权利，却无承担相关法律责任的义务，游离于政府监管之外。

在2017年制定《民法总则》以及今年编纂《民法典》时都有专家学者提出应将业主大会列为特别法人，但结果却让人有些遗憾。对此，民法专家、全国人大代表孙宪忠教授认为，“将业主大会列入特别法人面临的困难是，小区业主大会和业主委员会从成立到发挥作用的整个过程，在各个地方做法不一，如一些小区成立了业主大会，也有一些小区由于业主不多，没成立业主大会和业主委员会，而是委托个别人管理。另外，是不是将来要普遍给予业主大会法人资格，争论也较多”“民法总则要解决的是基本原则和一般性规则，而业主大会情况复杂，因此，在此次的民法总则草案中，没有将业主大会列入特别法人”。同时孙宪忠教授也认为，没有将业主大会列入民法总则草案，并不意味着没有考虑这一问题，而是充分考虑了之后，准备留在未来通过民事特别法来解决。

二是要继续完善业主共有制度，尽量从源头上减少物业纠纷。明确业主共有部分范围是实施物业管理的前提和基础。2007年颁布实施的《物权法》第73条规定了关于业主共有部分的范围，2009年5月最高法院发布的《关于审理建筑物区分所有权纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》进一步解释和明确了业主共有部分。《民法典》第274条、第275条和第276条基本沿用了《物权法》关于业主共有部分范围的有关表述，特别是对于“建筑区划范围内，规划用于停放汽车的车位、车库的归属”，依然采取“由当事人通过出售、附赠或者出租等方式约定”的做法。从《物权法》以及相关司法解释实施以来的实际情况看，目前除停车位（库）以外的业主共有部分范围基本上是清晰的，加上《民法典》明确了利用业主共有部分的收益归属全体业主之后，预计将在一定程度上减少物业纠纷，但笔者认为，未来住宅小区的停车位纠纷依然是物业管理工作的一个难点和焦点，理由如下：第一，近年来城市机动车保有量不断攀升，住宅小区停车位（库）供需矛盾十分紧张。第二，《民法典》并未考虑用于停放车辆的地下人民防空工程的产权归属。由于此类停车位的产权争议很大，实践中容易引发争议。第三，由于开发商以投资收益为目的，业主购房则以居住为主，两者存在截然不同的利益诉求。对于“建筑区划范围内规划用于停放汽车的车位、

车库”，如果允许开发商以“出租”方式保留所有权，会加剧车位供需矛盾，车位租金将完全脱离市场规律，严重损害广大业主权益，容易引发物业纠纷。

对于住宅小区停车位的归属和使用问题，国内部分城市或省份已经开始探索一些改革措施，例如，今年3月1日实施的《深圳经济特区物业管理条例》从减少物业纠纷角度，要求政府和开发商通过《土地出让合同》《房屋买卖合同》明确建筑区划范围用于停放车辆的车位（库）权属。对于人防工程则搁置权属争议，明确使用规则。2017年颁布实施的《新疆维吾尔自治区物业管理条例》则规定，对于计入容积率且作为建筑物共有部分进行分摊的；未计入容积率，或者利用建筑物防空地下室、建筑物共用设备层建造、划定的车库、车位；以及占用小区道路、共用场地划定的车位，全部归属全体业主所有。

三是继续创新基层治理模式，推动物业管理健康发展。物业管理是对共用部分、共有设施设备以及相关秩序的管理，既关系到业主私有物权，也涉及小区业主共同利益，具有准公共服务属性。2017年6月，中共中央、国务院印发了《关于加强和完善城乡社区治理的意见》（中发〔2017〕13号），明确提出要“改进社区物业服务管理。加强社区党组织、社区居民委员会对业主委员会和物业服务企业的指导和监督”。《民法典》第277条进一步明确，除地方人民政府有关部门外，基层居民委员会也“应当对设立业主大会和选举业主委员会给予指导和协助”。由此可见，立法者对于将业主自治纳入社区基层治理的意图非常明确。由于《民法典》属于基本民事法律，并不适合规定涉及基层治理方面的内容，可以预计，未来一段时期各地还将根据《民法典》的有关规定，结合本地实际继续探索社区基层治理和物业管理融合发展的新路径。比如，北京、深圳等城市在本地物业管理立法中明确发挥党建在物业管理的重要作用，并规定了党组织参与筹备工作、推荐候选人等具体内容。又比如，一些地方开始改变传统“政府—行业协会—物业企业—住宅小区”的垂直管理模式，大力支持业主组织在物业管理活动中发挥主体作用，同时引导法律、工程、会计等社会中介服务机构积极参与物业管理活动，促进基层社会治理中的合作共治。

《民法典》中第三人权利扩张对房产诉讼案件的影响

○周争锋 广东华商律师事务所

《民法典》修改了原《合同法》有关合同相对性的规定，以法律的形式规定了合同相对性可以有的例外情形。《民法典》第465条第二款规定，依法成立的合同，仅对当事人具有法律约束力，但是法律另有规定的除外。《民法典》第四章合同的履行中，第522条第二款和第524条用法律的形式规定了合同外第三人的权利，在不改变合同主体及其责任承担的情况下，规定了利益第三人合同和第三人替代履行。

一、利益第三人合同在房产纠纷中的运用

《民法典》第522条第一款规定：“当事人约定由债务人向第三人履行债务，债务人未向第三人履行债务或者履行债务不符合约定的，应当向债权人承担违约责任。”

《民法典》第522条第二款规定“法律规定或者当事人约定第三人可以直接请求债务人向其履行债务，第三人未在合理期间内明确拒绝，债务人未向第三人履行债务或者履行债务不符合约定的，第三人可以请求债务人承担违约责任；债务人对债权人的抗辩，可以向第三人主张。”

该条在保留《合同法》第64条（《民法典》第522条第一款）的基础上，在第二款直接规定真正利益第三人合同规则，赋予第三人直接履行请求权及对债务人的违约责任请求权。利益第三人合同规则的明确，解决了司法实践中的很多现实问题。

（一）借名买房协议中的第三人履行问题

司法实践中，出借姓名人和实际产权人因产权问题发生纠纷，实际产权人往往在第一项诉讼请求确认代持协议有效的基础上，在第二项诉讼请求中要求人民法院判令将争议的房产过户到实际产权人指定的第三人名下。因该请求违反了原《合同法》第64条规定的合同相对性原则，法院往往要求实际产权人变更诉讼请求，不变更则驳回诉请，让其具备购房资格后再行诉讼。

依据合同相对性原则，代持协议只在签字的双方当事人之间生效，实际产权人无权要求代持人把房子过户到其指定的第三人名下，除非经过合同相对人，即代持人的同意，但双方有纠纷时代持人断然不会同意，实际产权人最后不得不撤诉处理。但这类纠纷案件撤诉引起的后果往往是查封也必须解除，若还有轮候查封，或实际产权人的查封被解除后又为他人申请查封，后果将是灾难性的。

民法典第522条第二款规定了利益第三人合同规则后，在代持协议中增加一个条款，约定可以由第三人直接请求履行的条款，就可以完美解决此类问题。比如增加“甲乙双方明确约定：甲方指定的***（姓名）可以直接请求乙方***（姓名）将房产过户到其名下，

乙方应予以配合。”当然，这要求实际产权人在诉讼时随时可以找到具有购房资格的第三人顶替实际产权人提出过户到其名下的诉求。

（二）拆迁补偿安置合同的受益人问题

以产权调换为补偿方式的拆迁补偿安置合同为以物易物的互易合同，拆迁补偿权利人可以在合同中约定拆迁补偿的安置房直接登记到他人名下并赋予其请求权，他人可以依据该约定直接向拆迁人主张权利，避免以后继承和办理更名手续的麻烦。

（三）一次性付款的房产买卖合同指定买家问题

在全款购房合同中可以约定最终登记产权人的请求权，登记产权人就可以依据合同条款的约定，直接向开发商主张权利。典型的是，父母全款为未成年子女购房，子女成年后可以自己办理房产证等手续。

实践中，买受人明明是要办理买受人主体变更，也就是合同权利义务的概括转移，因为对第三人履行和权利义务概括转移的法律性质不了解，在买卖合同的备注条款中约定，买受人过户时可以指定第三人办理或递件时可以过户到第三人名下。此时依据双方合同约定的字面意思理解，买受人指定的第三人享有买受人在递件过户前应该享有的权利，比如办理首期款监管、向银行申请按揭贷款等权利，只能先由买受人支付全款，然后第三人去办理过户手续。

也就是说，买受人想要约定买受人权利义务概括转移给第三人，由第三人代替自己履行买卖合同，实际上签订的却是利益第三人合同。法律没有明确利益第三人合同规则时，勉强可以理解为由第三人代为履行买受人的全部合同内容，即权利义务的概括转移。

《民法典》生效后，备注条款中约定买受人过户时可以指定第三人，只能有一种解释——利益第三人合同，即买受人支付全款后，出卖人把房产过户给买受人指定的第三人。

（四）共有人析产中的利他合同

共有人析产中的利他合同包含婚姻关系结束后的析产、各继承人之间的析产及其他共有人之间的析产协议。实践中，最常见的是夫妻双方在离婚协议中约定，房产归子女所有。就此，子女究竟有没有诉权，一直是司法实务中的老大难问题。

很多法院按照赠与合同来处理此类纠纷，但这在法理上存在明显的问题，赠与合同在形式上需要赠与双方的意思表示，即赠与人作出将自己的财产无偿给予受赠人的意思表示，受赠人作出接受赠与的意思表示，子女不是离婚协议的当事任何一方，赠与合同难以成立。认定子女和父母之间依据父母签订的离婚协议存在赠与关系，违反合同相对性原则。

《民法典》第 522 第二款的规定，解决了上述问题。此类离婚协议认定为利益第三人合同性质，协议中约定子女有请求履行的权利，则依据《民法典》第 522 条第二款的规定，子女享有直接请求权。

二、第三人替代履行在房产纠纷中的运用

《民法典》在合同篇总则部分第 524 条规定“债务人不履行债务，第三人对履行该债务具有合法利益的，第三人有权向债权人代为履行；但是，根据债务性质、按照当事人约定或者依照法律规定只能由债务人履行的除外。”这是《民法典》新增加的规则，实际上该规则来源于原《物权法》第 191 条的第二款规定的买受人的涤除抵押权，即有抵押权的房产，出卖人在出售房产时虽然没有经过抵押权人同意，但是买受人可以直接替出卖人偿还债务，消灭抵押权，双方继续履行合同。

第三人替代履行解决了抵押房产、查封房产及城市房屋连环买卖的现实问题，使过去不可能诉讼继续履行的合同，成为可能。

（一）抵押权人不再成为买受人诉讼继续履行的障碍

在审理房屋买卖合同诉讼继续履行时，法院都要征求抵押权人的意见。尤其是在深圳，二手房诉讼继续履行必须把抵押权人列为第三人，一审没有追加抵押权人作为第三人，二审会因程序问题发回重审。

《民法典》第 406 条规定：“抵押期间，抵押人可以转让抵押财产。当事人另有约定的，按照其约定。抵押财产转让的，抵押权不受影响。抵押人转让抵押财产的，应当及时通知抵押权人。抵押权人能够证明抵押财产转让可能损害抵押权的，可以请求抵押人将转让所得的价款向抵押权人提前清偿债务或者提存。

转让的价款超过债权数额的部分归抵押人所有，不足部分由债务人清偿。”

《民法典》该条规定改变了抵押房屋必须还清抵押权人的债务才能够过户的规定，明确抵押期间抵押人可以转让抵押财产，抵押财产转让的，抵押权不受影响。也就是说，出卖人可以连同房产上依附的抵押权一起出售给买受人。结合《民法典》第 524 条的规定，在抵押权人行使抵押权时，买受人可以代为清偿，消灭抵押权。

这两个法条结合起来，可以得出，买受人若诉讼继续履行，在买受人愿意承担抵押权风险的前提下，可不把抵押权人列为诉讼程序中的第三人，征求抵押权人的意见。这就解决了离婚协议中夫妻双方约定有抵押权的房屋所有权归属后办理变更登记的问题。过去依据原《物权法》191 条的规定，必须还清银行欠款，消除抵押权才能办理变更登记手续。登记在一方或双方名下有抵押的房产，在离婚协议中约定归另一方所有，但由于注销抵押登记费用高，很多人离婚后，没有及时按照离婚协议的约定办理所有权人变更登记手续，结果可能发生离婚协议约定的所有权人，一直没有办理变更登记取得房产的物权权利，房产仍然登记在另一方名下，被对方私自处分或被法院查封拍卖的情况。一方依据离婚协议取得所有权，受物权公示公信原则的限制，无法直接以所有权人的身份向第三人主张权利。该问题也给法院审判和执行增加了很多不必要的麻烦，特别是出现了很多矛盾的判决，严重损害司法公信力。

（二）金钱债务产生的查封将不再成为买受人诉讼继续履行的障碍

查封房买卖合同的效力，从合同绝对无效到合同有效，有一个逐步达成共识的过程。目前除极个别地区的法院，依旧坚持查封房买卖合同无效外，绝大多数的法院认为，依据合同效力和物权效力相区分的原则，查封房的买卖合同有效，只是不能办理物权转移登记。

查封房能不能诉讼继续履行，实践中还存在很大的争议。实践中，有依据买受人的诉请判决出卖人继续履行合同并在该不动产解封后办理过户手续的案例，依据为 2012 年广东省高院《全省民事审判工作

会议纪要》第 3 条，大多是法官当庭要求买受人按照要求修改诉讼请求，导致官司白打；也有把买受人查封前面的查封权利人追加为第三人，判决中明确买受人满足在其前面查封权利人的合法债权后，可以继续履行合同。

依据《民法典》第 524 条第一款的规定：“债务人不履行债务，第三人对履行该债务具有合法利益的，第三人有权向债权人代为履行”。此时诉讼继续履行的买受人可以代替出卖人，向查封申请人偿还债务，以消灭查封的障碍。此时的查封权利人就如同原《物权法》第 191 条第二款中的抵押权人地位，买受人依法享有涤除查封的权利。

因此，在《民法典》生效后，遇到金钱债务的查封，买受人完全可将房产前面的查封权利人列为诉讼中的第三人，在诉讼中买受人依据《民法典》第 524 条第一款的规定向前面金钱债务的查封权利人主张涤除查封的权利。

（三）城市房屋连环买卖有了明确的处理依据

城市房屋连环买卖常见的涉及二期期房的买卖、二手回迁房的买卖及均没有办理房产登记手续的连环买卖。

二期期房的买卖，买受人最担心的是上一手业主断供，引发银行没收开发商的保证金，开发商解除预售合同。今后，买受人可以依据《民法典》第 524 条第一款的规定代为偿还月供，避免银行没收开发商的保证金，导致开发商解除商品房预售买卖合同。

二手回迁房的买卖合同的买受人，可以依据《民法典》第 524 条第一款的规定，代为向开发商支付各种费用，督促开发商办理房产证。

二期期房的买卖、二手回迁房的买卖及均没有办理房产登记手续的连环买卖中，需要特别注意，最后一手的买受人在提起诉讼时，要确保涉案的房产已经办理大产权证，也就是已经被行政部门登记确权；没有被行政部门登记物权的房产，是不能提起城市房屋

连环买卖诉讼，要求办理房产证登记的。

处理城市连环房屋买卖合同此类纠纷的规则，此前在《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）》（京高法发〔2010〕458 号）第 14 条、广东省高级人民法院《关于审理房屋买卖合同纠纷案件的指引》（粤高法〔2017〕191 号）第 25 条^①中有体现。

广东省高院《关于审理房屋买卖合同纠纷案件的指引》出台前，笔者在深圳代理的此类案件，虽然提交了《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 14 条的依据，但是案件迟迟没有得到解决，最终是调解结案。《民法典》第 524 条直接规定第三人为了自己的利益可以主张代为履行债务后，城市房屋连环买卖合同纠纷就容易解决了。

（四）次承租人可以替代承租人支付租金和违约金阻止出租人解除租赁合同有了明确的法律依据

《民法典》第 524 条规定“债务人不履行债务，第三人对履行该债务具有合法利益的，第三人有权向债权人代为履行；但是，根据债务性质、按照当事人约定或者依照法律规定只能由债务人履行的除外。”该规则为次承租人代替承租人向出租人支付拖欠的租金，继续维持承租人与出租人之间的租赁合同关系提供了法律依据。过去，一旦二房东故意拖欠租金，导致一房东解除租赁合同，三房东的租赁合同关系就没有继续履行的前提条件。

《民法典》在第 719 条中对次承租人可以替代承租人支付租金和违约金的规则进一步予以细化，规定：

“承租人拖欠租金的，次承租人可以代承租人支付其欠付的租金和违约金，但是转租合同对出租人不具有法律约束力的除外。次承租人代为支付的租金和违约金，可以充抵次承租人应当向承租人支付的租金；超出其应付的租金数额的，可以向承租人追偿。”

《民法典》的规则包罗万象，需要进一步继续探索。

^①《关于审理房屋买卖合同纠纷案件的指引》（粤高法〔2017〕191 号）第 25 条：“房屋连环买卖均未办理所有权转移登记，最终买受人以其合同相对人为被告提起诉讼，请求协助办理房屋所有权转移登记的，人民法院可以通知参与房屋买卖的其他当事人作为第三人参加诉讼。被告以及第三人不能提出抗辩或者抗辩理由不成立的，可以判决当事人依次办理房屋所有权转移登记。第三人提出的抗辩理由成立的，人民法院可依照合同法第一百一十条第一项的规定驳回最终买受人的诉讼请求。”

《民法典》拆解债权编，大合同编一枝独秀，引入准合同制度并借无因管理及不当得利将准合同从学理概念落实为立法实例。从意思表示及民事法律行为等民法理论、立法实践分析，无因管理和不当得利均无意思表示，非民事法律行为，应属事实行为或事件，不应认定为准合同且归入合同编规范之。按罗马法原理，如将无因管理拟制为准合同行为，则不当得利依逻辑和法理应归入准侵权行为。

《民法典》已将无因管理与不当得利之债纳入合同编，列为准合同，表面上看是创新，实际上存在对法律、逻辑、立法传统加以颠覆之嫌；也有降低无因管理、不当得利在债权法中地位及缩限该等规则调整范围及力度之虞，笔者且以本文简略论述。

一、被拆解的债权编

若《民法典》具有民事权利宣言和保护之功，

物权与债权便是其宣示保护的两大民法权利束。物权，以客观存在为基础而保护——物及物权的客观存在已决定物权乃绝对权、对世权，不特定多数人均不得侵犯；债权，以主观意识为基础而保护——以债权请求权为根本，要求特定相对人为或不为一定行为，以实现债权人的权利，故债权为相对权、对人权。就此权利束分类标准而言，从学理上、立法传统上，物权与债权在民法典中独立成编、各成体系已成共识。

合同、无因管理、不当得利、侵权行为中的权利保护均需权利人主动请求义务人、责任人作出特定给付方可实现，故在学理与立法传统上，均应属于债权编。与物权编同理，基于债的权利发生基础、权利实现方式的类同，需要独立的债权编及其债权通则来统揽指引债的产生与实现。舍弃债权通则，将合同、侵权责任独立成编，并将无因管理、不当得利以准合同专章纳入合同编内，撕裂了债法学理、逻辑、立法的

统一性，也浪费了《民法典》编章数量，且尚难见实益。

二、急出来的“大合同”

《民法典》的立法，应采取编撰之路径而非汇编之捷径，以彰显过程之严肃与学理之通达。就此而论，应将既有立法中《合同法》《侵权责任法》、无因管理制度、不当得利制度中债的共性、原理、原则、技术进行反复的严谨的归纳、提炼、总结，进而归入《民法典》债权编下通则，另在债权编下设置合同、无因管理、侵权、不当得利等分编。实现新一轮立法过程中对债权保护的提升与递进，而不应急于通过新立法的路径做旧法律条文的搬运工。

《民法典》的起草，离不开法律学者的功劳。受使命感、光荣感、成就感的驱使，法律学者们无不希望自己所专注研究、牵头起草或已成业绩权威的合同法、侵权责任法能够独立成编，严防原立法成果、学术成就在《民法典》编撰中被浓缩而失去原形。

合同之债，仅为基于意思表示及联络而产生的请求性、相对性权利义务关系，为《民法典》需要规范与保护的众多权利义务的一部分，实际上，《民法典》的七编之体也提及了繁多的民事权利义务束。在此大背景、大逻辑、大框架下，作为《民法典》中部第三编的合同编，条款达到五百二十六条，约为《民法典》总条文数量的40%，实在过于突出和充盈。

就现实与理性而言，《民法典》不可能也不应该囊括、吸纳所有的民商事单行立法。《民法典》之外，以民商事单行法配套，为不二路径。《民法典》设立债权编，《合同法》修订后独立于《民法典》之外，并非不可行或不现实。若采取《民法典》合同编的思路，《公司法》《合伙企业法》等是否应吸纳搬运至《民法典》民事主体部分？《专利法》《商标法》等是否要搬运至《民法典》独立成知识产权编？《合同法》几乎全文搬运至《民法典》成编，很难避免《民法典》相关起草者本位主义嫌疑。

三、“挤出来”与“挤下去”的准合同

如前所述，无因管理、不当得利与合同均是以依法请求相对人作为或不作为以实现民事权利义务的民事法律制度。故在法理研究、立法实践的体例上，无

因管理制度与不当得利制度均与合同法平行位于于债权编之下。因《民法典》将合同法、侵权责任法独立成编，债权编从《民法典》中剔除，导致无因管理制度与不当得利制度无处可去，只好勉强塞入合同编，地位下落，不再与合同法制度平行，或者说合同法制度被强行升级。

依逻辑和字义而言，准合同不是合同，所以才带“准”字，立法者也可以说准合同像合同，但是“像”不等于“是”或“属于”。《民法典》合同编把无因管理、不当得利列为准合同，并将准合同作为合同的类别之一，在逻辑与字义上是矛盾的。

四、准合同不以意思表示为基础

合同，为特定民事主体之间，通过要约、承诺建立意思表示的连接并达成一致，而成立民事权利义务关系之法律约束。相对人确定、意思表示真实、意思表示之连接一致，可以说是合同成立的三项根基，如果要成立准合同，至少也需要其中两项根基。然而，无因管理、不当得利在严格意义上并不具备。

无因管理，管理时，管理人可能根本不知道相对人（受益人）是谁，无确定的相对人。管理人进行无因管理时，并无建立无因管理民事法律关系、收取管理费用的意思表示，多是基于善良本意自发而为，甚至可能存在自利考虑。管理人并无构建法律关系的目的，即无意思表示中的效果意思，意思表示未能形成，自然不属于民事法律行为，应属于事实行为。无因管理，更类似于救助或见义勇为，并不含有民法上的意思表示。同理，受益人也并不知道管理人是谁，也并无委托管理人进行管理的意思，且管理人与受益人即使有此种意思，也无法达成意思连接与一致，合同何在？实际上，立法者也承认合同的成立需以意思表示及其连接为基本要素，故在《民法典》九百七十九条第二款规定：“管理事务不符合受益人真实意思的，管理人不享有前款规定的权利；但是，受益人的真实意思违反法律或者公序良俗的除外。”第九百八十四条规定：“管理人管理事务经受益人事后追认的，从管理事务开始时，适用委托合同的有关规定，但是管理人另有意思表示的除外。”可见，立法者为了把无因管理归类为合同，可谓颇费心思。不过，如此规定

评述《民法典》准合同制度

以意思表示为视角

○王永敬 广东晟典律师事务所

一方面说明立法者承认了合同需以意思表示为要素，以民事法律行为构建合同关系，另一方面，该两条款在法理、逻辑、实效方面因强行归类也导致存在先天性缺陷，此不赘述。最直接简明的逻辑是：如果法律拟制无因管理当事人有意思表示及其连接与一致，管理本质上属于有因管理，无因管理制度名存实亡或概念与内容矛盾，无因管理的法律权利被弱化，不利于无因管理事实行为（无因管理从来不是法律行为）的法律保护。质言之，按此内容，无因管理应更名为非典型（或特殊）委托管理合同，无因管理制度濒临消亡。

就民法基本理论和实践而言，意思表示是民事主体自觉、自主、自为的，包括内心意思和表示行为两个要素，内心意思又包括行为意思、表示意思、效果意思，不能由法律去拟制、猜测。根据具体相对人既有意思表示或行为习惯可依法推定的除外。在无因管理中，管理人与受益人均无表示意思（委托与管理）、效果意思（实现各自目的）、表示行为（要约与承诺等）。立法者似乎在《民法典》中基于人性出发拟制了无因管理的意思表示：受益人总有利益得到管理而不受损的理性的内在意思，管理人总有管理他人事务并应该有补偿的理性人内在意思；管理人以提供管理这一事实作为表示行为，受益人以最终接受被管理的事务为表示行为，管理人移交及受益人接收被管理事务，则构成意思表示的连接与一致；管理事务的移交与接收加上无因管理分编规定的权利义务，被拟制成双方的效果意思。若立法者以此视角出发，该等管理事务确实可以勉强推定为委托合同，但是如前所述，无法解决无因管理的基本民法原则问题，或缩减了无因管理的债权救济余地。

不当得利，则根本距离合同、准合同相去甚远。不当得利，即使有明确的相对人，不当得利者几乎毫无例外地对权利人不怀善意，更不可能存在与权利人建立合同、准合同实现合作的表示意思、效果意思、表示行为。不当得利者事实占有权利人的利益且希望权利人不知道也不主张权利。在立法上，并不存在可基于理性人假设、公平合理原则、诚实信用原则去拟制不当得利者与权利人之间存在意思表示及其合意的逻辑与现实基础。

五、将不当得利归入准合同，与学说渊源背离

立法者或学者也许会搬出经典，早在罗马法时代，无因管理与不当得利已归为准合同，无因管理、不当得利归为准合同有历史渊源和理论基础，认为这是对经典的传承与发扬光大。

笔者以为，约两千年前的罗马法时代，民法主要从身份、物权、契约（债）三个维度去订立、解释法律，侵权责任法归位于对身份或物权的保护，当出现无因管理、不当得利这种事实行为时，难以归位于对身份或物权的保护，其法律适用与解释更靠按契约处理。所以，学界为其命名准合同。随社会发展、人类认知进步、法学研究进阶，无因管理及不当得利与契约的区别越来越明显，学理上、立法实践上均不再把它们视为准合同而归于合同之下。如《德国民法典》设置了独立的债法总则编，对无因管理与不当得利规定独立规则予以调整。只因《民法典》无债权编，无因管理及不当得利才被归入合同编，由此，准合同概念才得以复活，从旧的学说变成新的立法实践。

笔者尝试基于意思表示及民事法律行为理论视角探讨一个非常浅显的罗马法问题。在罗马法理论中，民事行为主要分四大类：合同、准合同、侵权、准侵权。笔者认为，从意思表示及民事法律行为的视角出发：合同，为双方构建合意的意思表示完整且构成连接一致；准合同，双方构建合意的意思表示不完整，但可通过法律拟制而促成完整，或按合同来解决更为合理；侵权，侵权人有加害之故意或过失而致他人受损；不当得利，无加害之故意或过失但事实上致他人受损失。就此而论，非要降维归类，若无因管理归入准合同的话，不当得利归入侵权责任编的准侵权，更加符合逻辑、法理。

六、结语

《民法典》舍弃债权编，未设立债权编通则，以合同编通则调整《民法典》中无因管理及不当得利等非因合同产生的债权债务关系，强行拔高合同编地位，以合同编通则取代债权编通则，笔者认为存在立法体例不妥之嫌。另外，《民法典》并未明确“准合同”概念内涵，亦未留下“开口”，把距之较远的无因管理与不当得利归入准合同，而对距之较近的悬赏广告、法定补偿之债等却疏于规范。

医疗美容行业发展现状 与行政综合执法监督管理

○范秀玲 陈睿 广东广和律师事务所

近年来，我国医疗美容行业快速发展，许多问题也随之产生，其中因为“三非”美容问题（非正规机构、非正规医生、非正规药械）所引发的投诉纠纷尤为突出。自2017年8月开始，原国家卫生计生委联合公安部、市场监管总局等七家监管机构，开展了为期一年的“严厉打击非法医学美容专项行动”。2020年4月，国家卫生健康委办公厅、中央网信办秘书局等八部门再次联合印发《关于进一步加强医疗美容综合监管执法工作的通知》（国卫办监督法〔2020〕4号），要求各地各部门强化部门联动，健部门之间信息沟通机制，加强行政执法与刑事司法的衔接，严厉打击非法医疗美容。在趋严的行政监管环境下，无论是医美机构、从业人员、药械供应商，还是行政执法人员以及为之提供法律服务的律师职业群体，均有必要了解我国医美行业的发展现状及存在的问题，熟悉相关的政策和法律法规，顺应行政监管部门“依法执业、规范管理”的要求，引导、促进医美行业的良性可持续发展。

一、医疗美容行业的发展现状及存在的问题

(一) 行业发展迅速、市场规模不断扩大

近年来,随着我国社会经济的发展和人们审美水平的不断提高,社会大众追求美的意识越来越强烈,医疗美容的需求也与日俱增,成为社会一大消费热点。此外,大量社会资本涌入医疗美容行业,使得民营和中外合资医疗美容机构也如雨后春笋般“崭露头角”。

在消费升级与社会办医的大潮下,医疗美容便成为医疗健康行业快速发展的一个重要业务领域。据前瞻产业研究院发布的《中国美容美发行业市场前瞻与投资规划分析报告》统计数据显示,2015年中国医疗美容行业市场规模870亿元,到了2017年达到了1760亿元,同比增长40.8%,艾媒预测2020年将达3150亿元。

(二) 由于医疗美容行业自身的特点和不规范发展,导致各种投诉、安全隐患频发

医疗美容行业具有以下特点:持续放大医美需求和公立医院的缺位,使得民营机构占据医美市场的“半壁江山”;医疗美容机构良莠不齐、从业人员素质参差不齐;缺乏行业标准,医疗美容纠纷频发,相关投诉案件逐年增长;随着新技术、新方法的不断更新和应用,市场在扩容的同时行业竞争也在加剧。再加上行政监管不到位等现象,导致目前医疗美容行业鱼龙混杂,“三非”问题尤其突出。一些非法医疗美容机构打着“进口药品、器械”“新技术”“外国专家”“整形分期付款”等旗号进行虚假宣传,部分消费者对这类宣传缺乏辨别能力,从而导致了大量的美容纠纷、安全事故及投诉信访案件。

通过Alpha检索出近三年(2017年至2019年9月)的1293件医疗美容行政处罚案件,分析医美机构存在的主要问题及被罚的原因,占据前三位的分别是“未取得《医疗机构执业许可证》开展诊疗活动”“非医

师开展医疗美容活动”“广告违法行为”,分别占比为34.8%、18.9%、16.7%。

二、医疗美容行业行政监管模式已发生根本变化

(一) 医疗美容行业的行政监管模式已从过去的单一部门执法为主向多部门综合执法过渡

在2017年之前,国家对医疗美容行业的行政监管主要由卫生行政部门依职权来完成。但实践中,医疗美容既涉及到医疗服务,也涉及到药品注射、医疗器械的使用以及医疗广告的公告、网上咨询预约、相关医用材料进口等多个环节。因此,现国家对医疗美容行业的行政监管就扩大到卫生健康行政管理部门、市场监管及药监管理部门、中央网信办及公安、海关等多个行政管理部门(以下简称“行政监管部门”),从多方位加大了对医疗美容的行政监管力度。2020年4月,国家卫生健康委办公厅、中央网信办秘书局等八部门联合印发《关于进一步加强医疗美容综合监管执法工作的通知》,明确了各管理部门的具体分工:1. 卫生健康行政部门主要负责医疗美容机构设置审批、校验管理,人员资格准入、备案,医疗质量、安全管理及非法行医行为的查处等;2. 食药行政部门主要负责药品、医疗器械生产经营企业的监督检查,打击非法制售药品、医疗器械等行为;3. 市场监管部门主要负责医疗美容广告监管,查处未经卫生计生行政部门审查和未按照《医疗广告审查证明》违法发布医疗美容广告的行为;对检查发现的美容院涉嫌未取得《医疗机构执业许可证》开展注射美容等医疗美容的,依法移送卫生健康行政部门进行处理;4. 海关部门主要负责查处走私药品、

医疗器械等违法行为;5. 人社部门主要负责职业技能培训机构的监管,查处违规开展职业技能培训的违法行为;6. 网信部门主要负责依法处置相关部门认定的互联网“微整形”等相关不良信息,查处违法违规网站。7. 公安部门主要配合相关行政执法部门开展综合执法,依法打击非法行医、危害药品安全及走私等犯罪活动。

(二) 行政监管部门的主要职权依据

除了上文提到的多部门联合进行综合执法的通知文件之外,行政监管部门的主要执法依据如下:

1. 卫生健康管理部门:《中华人民共和国执业医师法》《医疗机构管理条例》《医疗机构管理条例实施细则》《护士条例》《麻醉药品和精神药品管理条例》《外国医师来华短期行医暂行管理办法》《消毒管理办法》《医疗广告管理办法》《处方管理办法》《医疗美容服务管理办法》《医师外出会诊管理办法》《美容医疗机构、医疗美容科(室)基本标准(试行)》《医疗美容项目分级管理目录》等。

2. 市场、食药管理部门:《药品管理法》及实施条例、《广告法》《价格法》《产品质量法》《医疗器械监督管理条例》等。

3. 除上述法律法规及规章之外,针对基层执法人员在日常执法工作中遇到的具体问题,国家相关部门还作出专门批复:2000年《卫生部法监司关于对“洁齿”行业如何进行卫生监督的答复》;《卫生部关于美容中医科开展整形美容手术是否认定超范围执业的批复》;《卫生部关于对使用医疗器械开展理疗活动有关定性问题的批复》;卫医政函〔2009〕293号《卫生部关于纹身不纳入医疗美容项目管理的批复》;国卫监督函〔2016〕61号《国家卫生计生委关于美容培训机构学员相互注射定性问题的批复》;国卫医函〔2016〕354号《国家卫生计生委关于“超声刀”美容属于医疗美容行为的批复》等。

三、行政部门履行监管职责的侧重点

医疗美容不同于生活美容,前者存在侵入性及药物的毒副作用,其本质上是一种医疗行为。近年来,

国家对医疗美容行业监管已发生根本性改变,形成了“主体监管+行为监管+产品监控”的三管齐下监管模式:主体监管是对提供医疗美容服务的单位和个人进行监管,只有满足准入条件的医疗机构和医务人员,才能提供医疗美容服务;行为监管是对医美机构及医务人员的服务、执业地点、美容项目(执业范围)、技术操作规程、医疗广告等一系列执业内容进行监管;产品监管主要是对医疗美容产品所涉相关药品、医疗器械等质量是否合法合规进行监督检查。同时,强调“三个规范”:规范医疗美容服务、规范药械和生产经营使用、规范医疗美容广告发布。主要内容如下:

(一) 对日常医疗美容机构资质的监督检查

医疗美容机构设立时,已经卫生行政部门、工商部门审核许可。但现实问题在于,一些生活美容机构乃至个人,因趋利于医疗美容行业的高利润,违规开展具有风险性的医疗活动,非法从事医疗美容活动。因此,资质监管并不能在准入流程中一劳永逸,日常排查,扼杀非法医疗美容机构的经营活动不可缺失。资质监管主要侧重于以下几方面:查看《医疗机构执业许可证》正副本,了解批准的二级诊疗科目和备案的医疗美容项目与实际开展的医疗美容项目是否一致;核对实际执业地点与登记地址是否一致;核对标识、牌匾以及医疗文件中使用的名称是否与核准登记的医疗机构名称相同;执业人员信息是否对外公示等。该类违法行为主要表现为“未取得《医疗机构执业许可证》擅自营业”“逾期不校验《医疗机构执业许可证》仍从事诊疗活动”“转让、出借《医疗机构执业许可证》”“除急诊和急救外,诊疗活动超出登记的诊疗科目范围”等。

(二) 对从业人员资质的监督检查

根据原国家卫生部《医疗美容服务管理办法》的规定,医学美容主诊医师必须同时具备下列条件:1. 具有执业医师资格,经执业医师注册机关注册或多点执业备案。2. 具有从事相关临床学科工作经历。其中,负责实施美容外科项目的医师应具有六年以上从事美容外科或整形外科等相关专业临床工作经历;负责实施美容牙科项目的应具有五年以上从事美容牙科或口

腔专业临床工作经历；负责美容中医科和美容皮肤科项目的应分别具有三年以上从事中医专业和皮肤病专业临床工作经历、经过医疗美容专业培训或进修合格，或已从事医疗美容临床工作一年以上、省级人民政府卫生行政部门规定的其他条件；未取得主诊医师资格的执业医师，可在主诊医师的指导下从事医疗美容临床技术服务工作；3. 从事医疗美容护理工作的人员，应当同时具备下列条件：具有护士资格，并经护士注册机关注册；具有两年以上护理工作经历；经过医疗美容护理专业培训或经进修合格，或已从事医疗美容临床护理工作六个月以上。

在当前医疗美容行业无证经营、私自扩大开展经营项目、非法行医等违法行为较为频发；从业人员背景也更为复杂，有的医生是从普通外科、泌尿外科、皮肤科等其他科室转行而来，有的则是无任何相关经验的游医，甚至有的是没有任何医学背景的生活美容机构从业者以及行业外人员经过短期培训或者自学而来。因此，对行业人员准入门槛进行有效、持续性的动态监管，才是减少这类医疗纠纷、保护社会大众身体健康的主要途径之一。常见的机构违规行为主要表现为“任用非卫生技术人员从事医疗卫生技术工作”。

（三）对医疗美容诊疗活动的监督检查

1. 对医疗美容项目的监督检查

如前所述，《医疗美容项目分级管理目录》对医疗美容机构施行分级准入，依据手术难度和复杂程度以及可能出现的医疗意外和风险大小，将项目涉及范围最广的美容外科项目分为四级：从复杂程度和风险均较小的第一级，直到复杂程度和风险均较大的第四级。因此，行政监管部门对诊疗项目的监督，主要围绕医疗美容机构是否存在超范围诊疗进行检查：现场检查医疗机构设置的科室是否与核准的诊疗科目相一致。如核准的有美容牙科，重点检查是否使用有牙片机，是否批准设置医学影像科；调取医疗美容机构的实际收费项目，查看与备案的医疗美容项目和收费标准是否一致；随机抽取美容外科病历若干份，查看手术记录，核查开展的医疗美容项目是否经过备案，是否有跨级别开展的医疗美容项目；询问有关人员实施

医疗美容项目的具体情况等。

2. 对医疗器械的监督检查

根据《医疗器械监督管理条例》规定，医疗美容机构所使用的医疗器械至少必须持有《医疗器械生产企业许可证》和《医疗器械注册证》。同时，根据《医疗器械经营监督管理办法》第二十一条规定“医疗器械注册人、备案人或者生产企业在其住所或者生产地址销售医疗器械，不需办理经营许可或者备案；在其他场所贮存并现货销售医疗器械的，应当按照规定办理经营许可或者备案”。因此，医疗美容机构在开展业务活动过程中，如销售和注射用交联透明质酸钠凝胶（玻尿酸）医疗行为即涉及三类医疗器械的使用，须向所在地市级药品监督管理部门申请许可并取得《医疗器械经营许可证》；从事二类医疗器械经营的，经营机构仅需向所在地市级药品监督管理部门备案。需要注意的是，从事三类医疗器械经营的企业还应当具有符合医疗器械经营质量管理要求的计算机信息管理系统，保证经营的产品的可追溯。行政监管部门通常围绕器械采购及使用展开检查：随机抽取假体植入的病历，核查使用的植入类医疗器械（乳房假体、鼻假体等）相关信息是否记载在病历中；抽查使用的注射用修饰透明质酸钠凝胶，检查相关资质；抽查使用记录与出入库记录等核对；核查是否将相关信息保存在病历中；是否存在使用未依法注册的医疗器械，如超声刀等。

3. 对药品使用情况的监督检查

对于向医疗美容机构提供药品的供货单位，即药品生产企业或批发企业，必须具有《药品生产许可证》或《药品经营许可证》。根据2019年修订的《中华人民共和国药品管理法》规定：医疗机构购进药品，应当建立并执行进货检查验收制度，不得购进和使用具有不符合法律规定的合格证明和其他标识的药品。除此之外，应当配备依法经过资格认定的药师或者其他药学技术人员，负责本单位的药品管理、处方审核和调配、合理用药指导等工作。

对于医疗美容机构所销售的药品，如注射用A型肉毒毒素等，不论国产药还是进口药，均应当是经国务院药品监督管理部门批准，具有《药品注册证书》，

港澳台药品为《医药产品注册证》，国外药品为《进口药品注册证》。对于麻醉药品和精神类药品等特殊药品，还应当进口之前向国家药品监督管理局申请获得药品《进口准许证》。此外，开展医疗美容手术，医疗美容机构需要使用的麻醉药品和第一类精神药品，由于这类药品具有易产生身体依赖性、能成瘾癖或者直接作用于中枢神经系统的作用，例如芬太尼、吗啡等，应当根据《麻醉药品和精神药品管理条例（2016年修订）》规定取得《麻醉药品、第一类精神药品购用印鉴卡》，该《印鉴卡》有效期为三年。综上，行政监管部门对药品使用监督通常围绕采购、说明书使用、超范围使用以及配置为主。

4. 对医疗文书的监督检查

医疗文书主要指患者的病历资料，根据《最高人民法院关于审理医疗损害责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》第一条第二款之规定：因医疗美容机构造成损害的纠纷，属于医疗损害责任纠纷。对于医疗损害责任纠纷案件而言，最重要的证据材料莫过于完整的病历资料，因此医疗美容机构应当按照《医疗机构病历管理规定》进行病历书写、保管、复印复制等，否则不仅仅涉及行政责任，还可能承担《侵权责任法》第五十八条的过错推定责任。因此，行政监管部门对于医疗文书的监督不仅是监督相关机构规范病历管理，同样还为消费者或患者权益维护提供保障。医疗文书监管主要围绕病历书写规范展开：随机抽取病历若干，检查病历保管是否符合《医疗机构病历管理规定》，病历书写是否符合《病历书写基本规范》。重点查看患者是否签署相关《医疗美容治疗知情同意书》；如涉及手术、麻醉和输血等特殊检查和手术，还应签署《手术同意书》《麻醉同意书》或《输血治疗同意书》等；术者是否在24小时内完成《手术记录》；随机抽取处方若干，检查处方开具、调剂、保管等是否符合《处方管理办法》等。



5. 对医疗美容机构广告的监督检查

医疗美容行业离不开医疗广告发布。我们可以在公交车站、电梯、路边广告牌甚至厕所里经常看到大量的各类医疗美容机构广告。从行政部门公布的医疗美容投诉案件比例来看，医疗美容广告涉及虚假宣传、夸大宣传的问题较为严重。

2019年7月国家卫健委在《关于就“非法医疗问题专项治理方面取得的进展和成效”的回应》明确医疗美容机构在互联网广告宣传的突出问题主要表现为：

广告宣传中广告语用词不规范，手术效果图作假、医生和专家过度包装及擅自使用明星照片进行宣传等违规行为。因此，工商行政部门重点查处的是“未经卫生行政部门审查和未按照《医疗广告审查证明》违法发布医疗美容广告的行为”，如“医疗机构违反《医疗广告管理办法》发布医疗广告”“未取得《医疗机构执业许可证》发布医疗广告”“医疗机构篡改《医疗广告审查证明》内容发布医疗广告”等违法违规行为。

综上，随着行业的发展，医疗美容从业者需要从过去“重服务、轻医疗”回归到“重医疗、重安全”的医疗执业属性，“依法执业、规范管理”是大势所趋。医学美容行业在追求自身业务发展的同时，还应积极顺应国家的行政监管要求，熟悉国家相关法律法规及规章、规范性文件等规定，培训机构管理者及从业人员，培养合规意识，保障医疗质量及安全；行政监管部门也要切实履行行政监管责任。同时，医疗美容行业还应积极发挥行业共治作用，政府、机构、平台或第三方机构及个人协同治理，以保障医疗美容行业的长远健康发展。

参考文献：

1. 前瞻产业研究院发布的《2019年中国美容美发行业市场前瞻与投资规划分析报告》；
2. 2020年3月汉坤律师事务所 薛冰、贺环豪、杨晨 向美而生（一）：医美专题之监管概述篇；
3. 2020年5月上海市长宁区人民法院《2015—2019年医疗美容纠纷案件司法审判白皮书》。

疫情期间企业法律服务 新思维

○吴小波 广东海涵律师事务所



2020年突如其来的疫情，使得不少企业受到影响而迟迟无法正常复工复产，造成一系列的问题，后期因为疫情成为全球的挑战，对外贸企业等相关企业的影响更是雪上加霜。疫情直接考验着企业面对重大危机事件的应对能力，部分企业更是面临生死存亡的重大考验，而法律服务作为非刚性需求，很可能会成为企业困难之时首当其冲缩减预算的部分。面对如此严峻的大环境，作为企业的法律顾问，我们如何在危机中找到机会，在艰难时刻实现我们的专业价值，助力企业渡过难关实现共同发展呢？笔者认为必须培养强烈的服务思维，其核心观点是：了解企业，从而帮助企业。

按照以上核心思维，律师要为疫情期间的企业开展好法律服务，那么首先应该了解疫情期间企业发生了哪些变化？笔者简单梳理一下，认为主要有以下三大方面的变化：一是员工关系紧张，降薪、裁员、劳动纠纷增多；二是现金流紧张，货款纠纷、租赁纠纷增多；三是投资意愿下降，企业融资困难，合同纠纷增多。

以律师视角，我们很容易得出以下结论，即针对不同的需求变化，发生对应的业务机会，比如：员工关系紧张，对应的便是提供代理劳动案件、导入常年法律顾问、推荐劳动人事梳理的专项服务；现金流紧张，对应的便是提供代理收款案件、导入常年法律顾问、推荐对外交易梳理专项服务；投资意愿下降，对应的便是提供代理合同纠纷案件、导入常年法律顾问、推荐投融资并购专项服务。

那企业方的视角呢？针对上述变化，企业看到的会是什么呢？可能更多的看到横亘着的诸多困难，比如：员工关系紧张，企业要如何压缩用工成本活下去，非刚需的法务成本很可能会成为企业选择压缩的部分；现金流紧张，说明企业的订单减少或者不确定性增大，可能面临生死存亡的问题。投资意愿下降，在聘请外部律师上，企业可能不太愿意前期投入太多成本，更愿意让外部律师以全风险收费方式来代理公司案件。

我们会发现，律师和企业针对同样的变化，却有不同考虑点，那么，我们应该如何去理解企业的困难而争取到业务机会呢？笔者认为可以借鉴企业在市场开拓中经常采取的一个方法——进行客户分类，并针对不同需求的客户采取不同的服务思维。比如：对于有需求没有消费能力的客户，要做到持续的价值输送；对于有需求也有消费能力但意愿不强的客户，要做到激发需求、创造机会；对于有需求也有消费能力的客户，要做到解决痛点、创造价值。

以下我结合本所在疫情期间开展的系列抗疫行动和后续开展的相关市场活动，试着诠释一下如何进行客户分类以及针对不同的客户类型，如何开展相应的市场活动。

疫情爆发后，在原定开工的2月初，我们发现无法正常开展工作，更别说开拓业务了，而本所实行一体化公司制，每个月面临近50万元的开支，我们必须做点什么，不能只是消极的等待。按照客户分类的

动作要求，这也许是我们价值输送的好机会。我们发挥专注企业法律服务一体化律所的组织优势，在党支部领导号召下，动员全所人员，按照部门职责进行分工，全员参与到价值输送的工作中来，从2020年2月3日开始开展了系列行动，进行贴近实际的价值传输，培养潜在客户。

2020年2月3日原定的复工日，我们组织五大团队第一时间编写了《疫情防控：深圳市企业复工合规指南》，免费共享，领取的企业超过三千家。

2020年2月11日开始，以直播的形式，为企业开展涉及工资发放、租金减少、交易风控等主题的公益直播课程近十场，并受深圳市龙岗区科创局、深圳市龙岗区人才工作局、深圳市龙岗区司法局、深圳市坪山区人力资源局邀请，在线开展了多场疫情期间法律风险讲座。同时，根据之前建立的渠道资源，和全国三十多个企业园区合作开展直播课程，惠及企业超万家。

2020年2月14日，本所推出疫情期间为100家企业免费开展100项服务的“百企百项抗疫公益法律行动”，针对深圳企业复工复产面临的各项合规需求，为企业提供涉及政策解读、劳动用工、复工安排、房租减免、账款管理、合同违约等问题的100项服务，截至3月31日，参加的企业有87家，共提供法律咨询服务132次、法律文件包87件、审改合同98份、线上公开课4次，总服务时间超过200小时。

2020年2月22日，本所在公众号上开辟“抗疫专

栏”，全所律师根据疫情期间为企业提供服务的内容，将普遍性的话题写成专业的实用文章，百企百项抗疫公益法律行动期间每日推送一篇文章，共推送文章33篇，涉及疫情期间工资发放、企业用工模式创新、知识产权融资、企业公司治理等贴近企业实际需求的内容。

抗疫公益法律行动，既是我们律师用专业力量助力抗疫的公益行动，又是我们围绕价值传输、培养潜在客户的好机会。事实证明，有好几家参与我们公益行动的企业，在3月份签约成为了我们的顾问单位，或者委托我们代理相关案件和开展专项服务。

在疫情得到控制企业逐渐复工后，这一时期，正是集中开展激发需求、创造机会和解决痛点、创造价值的好时机。我们根据企业复工后员工离职和裁员降薪的集中需求，在2020年4月15日至31日的15天时间里，采取小额收费的模式开展了一期在线“离职谈判集训营”，集训营吸引了近百家企业的负责人、高管、HR报名参加，通过半个月的学习和交流，帮助企业完善人事管理制度的同时，对企业相关人员赋能，建立起极具认可的专业价值的信任，这就是属于激发需求、创造机会和解决痛点、创造价值的一次很好的实践活动，也在活动中收获了不少客户。

开展价值输送的工作必须持续进行，2020年5月1日国际劳动节当天，我们推出了本所劳动法团队的研判成果——《2019年度深圳市劳动争议裁判意见蓝皮书》，通过认真分析研究深圳市10家法院3600份法律文书，形成裁判意见知识成果。蓝皮书推出后，获得深圳很多律师同行和诸多企业的肯定，树立了本所专注企业法律服务的专业形象，这又一次价值输送的实践活动，覆盖行业内外，仍然是基于本所定位为“企业法律服务一体化律所”的品牌价值输送。

2020年上半年，我们在创收上不但没有受到疫情影响，反而在如此艰难的环境里同比实现了小幅增长，更收获了省级和市级荣誉，同时还锤炼了队伍、打磨铸造了各项法律服务产品，可以说，在疫情期间开展的诸多公益活动取得了社会价值、专业价值和经济价值的综合效益。希望我们积累的一些新思维，我们的实践和探索能够对律师同行为企业客户提供服务提供些许帮助。

发挥律师参与 民事纠纷诉前调解的 优势和作用

以调解员的视角及案例实证分析

○夏文郁* 深圳市福田区人民法院

党的十八届四中全会提出拓展法律服务行业范围的部署以后，律师参与调解，已经成为我国治理体系和治理能力现代化的一抹曙光，他们或以一方代理人身份参与调解，帮助双方当事人化解矛盾；或直接以调解员的身份，站在中立第三方立场为当事人提供调解服务。这已经成为我国多元化纠纷解决机制中一个新的热点问题，展现出无限生机。



*夏文郁，77岁，2004年从任职29年的华中科技大学研究生院退休后，怀抱对司法事业的热爱，在2006年成为了福田法院的一名人民陪审员。2017年3月，他被福田法院选任为特邀调解员，2019年获评福田法院“钻石调解员”称号。

本文所称律师参与民事纠纷的诉前调解，是指律师作为一方代理人身份参与纠纷化解。作为基层法院的特邀调解员，我参与调解工作已有3年时间，律师是否能够参与民事纠纷诉前调解？对于这个问题，起初我是有顾虑的。因为律师是代表一方当事人说话，不但与另一方当事人是对立的，而且与调解员在纠纷解决的过程中所持的中立立场，也是有矛盾的。后来我认识到，不能光看矛盾对立的一面，还要看矛盾统一的一面。律师与调解员，虽然分工不同，但都有维护社会公平正义的价值追求和职业信仰，正因为都是为了化解纠纷，所以调解员与律师是有共同语言的。律师是法律的忠诚卫士，也是法律关系中的润滑剂，除了当好一方当事人的代理角色之外，其参与民事纠纷的调解，或向调解员提出调解建议，或主动与另一方当事人联系沟通，可以充分彰显其职能优势和独特的作用。因此，律师是能够参与民事纠纷诉前调解的。调解员的工作对象，有两种人，一是当事人，二是代理律师。一般来讲，约有50%的案件当事人委托了代理律师。因此，在调解中，调解员注重多与律师联系、沟通，发挥律师的优势和作用就显得尤为重要了。

一、律师参与民事纠纷诉前调解的优势和作用

(一)从优势方面看：一是律师是非官方的法律专业人士，能够缓解当事人对抗、抵触的情绪，较易获得当事人的信赖，具有职业信任的优势。二是律师有法律专长，能够依据法律的规定、自身的认知和执业经验，为当事人提供化解纠纷的专业意见。三是律师虽没有处理纠纷的决定权，但地位相对超然，当事人面对律师调解时的心理压力小、对抗性弱，更容易坦诚相对。四是律师是以解决纠纷为目的，在调解中更加注重当事人的意愿，只要能够确保当事人的合法权益，就可灵活处理；律师调解时与在开庭审理中受到的行为约束相比，其所受局限性相对较小，也不拘泥于严格的程序，可以多种方式向当事人解释法律、分析利弊，或提出替代性解决办法，或商请当事人相互谅解、妥协，从而化解纠纷。

(二)从作用方面看：一是通过律师向当事人阐明诉前调解的政策及与审判相比较的优长，使其乐意接受调解。因为对于人民法院处理纠纷的方式，当事

人往往首先想到的是审判，是一份具有司法权威的民事判决书，而对法院诉前调解的认知是不明了或存有疑虑的。律师向自己的当事人阐明调解与审判相比较的优长，比调解员直接向当事人阐明，效果更好。二是在原告和被告争议大且情绪对立的情况下，调解员的调解设想，若与当事人直接讲述可能效果不好时，可先与其律师说，再通过律师做当事人的工作，效果会更好。三是律师从整个案件解决纠纷的目的出发，提出一个好的调解建议，既有利于原告，又有利于被告，往往能够促使案件调解成功。四是律师主动与对方联系、双方自行调解，极有利于止纷息诉，两造言和，可谓作用非凡。

二、从四个成功调解案例的实证分析，看律师参与诉前调解发挥的优势和作用

(一) 张某房屋租赁合同案

原告张某退租时，要求被告李某某退还租赁押金。因原告不慎将“押金收据”丢失，被告不退，原告遂诉至法院。原告主要诉求有二：一是被告退还两个月的租赁押金7600元；二是被告承担原告委托律师的律师费2000元。

我首先联系原告的代理人林律师，说明因事前双方没有约定，律师费不能支持，林律师表示理解。我又向原告本人电话询问案情，并顺便向其说明不能支持律师费的理由及法律依据，不容我把话说完，原告顿时提高了嗓音，她连珠炮似地嚷起来，质问我“你怎么不主持公道？”我一时没有办法说服她为什么不支持关于律师费的诉求，让她去询问律师，由其律师向其阐明理由。

原告提供了唯一的证据，即向被告讨要押金时双方争执的微信聊天记录。从聊天记录可看出，被告最初是愿意退还押金的，只要求原告写个收据，但原告不理喻，还出言不逊，又当即报警，警察来了也没解决这纠纷。我又与被告联系，被告“火”气也不小，其称原告从中介那里拿走了钥匙，租赁房屋门锁眼也被堵死了，春节前后近两个月房屋没有租出去，自己也有损失。很明显，原告、被告都在“赌”一口气，原告的诉求中还有一条，就是以押金7600元为本金，要求被告支付2.7%的利息钱，就足以说明这一点。被告后来被惹怒了，表示如果

原告没有“押金收据”，就不退押金。

我和原告的林律师商榷，酌情将7600元押金打八折，即被告退还6080元给原告。经我说服，被告同意了提出的调解方案。但原告能否同意呢？想起原告先前在电话中向我嚷嚷的情景，我心里没底，就请林律师做说服原告的工作，后原告也同意了我提出的调解方案。随后，被告支付了6080元，原告就撤诉了。

分析：原告以为自己占理而起诉，律师费就得由被告承担，因而对调解员不支持其律师费的诉讼请求极不理解。在情绪对立的情况下，由其委托的律师向其解释法律，说明理由，自然比调解员直接向其阐明效果要好。

（二）王某买卖合同案

原告王某诉被告梅某某支付设备转让欠款236066元及利息，并承担案件诉讼费。我约请原告代理人龚律师、被告梅某某到法院当面调解，口头达成调解方案：欠款七五折后，被告一周内一次性支付177049元，原告放弃其他诉讼请求。我对他们说，上述调解方案待我报请调解法官审核同意后，再另安排时间到法院签署调解协议书，双方随即离去。不一会儿，双方又返回法院，原来龚律师提出了一个新调解方案的建议，即不需要法院出具调解协议书了，待被告一周内支付设备转让欠款后，原告撤诉。我顿觉龚律师提出的新调解方案更高一筹，当即表示同意。双方道别时，被告梅某某连声感谢原告的代理人龚律师说：“你提的调解建议好，不仅让我节省了诉讼费，我还少跑一次法院啊！”原来，梅某某正犯痛风病，两腿不能动弹，是由他夫人开车送他、架着他进出法院的。后被告梅某某按时足额向原告转款，原告撤诉。

分析：该案件的成功调解，先后出现过两个调解方案，第二个方案较第一个方案更优，而第二个方案恰恰是原告的代理人龚律师一边向调解员提出建议，一边与被告协商，最终使案件成功调解。

（三）甄某某离婚纠纷案

原告甄某某（女）诉被告金某某离婚，称被告什么事都依着父母，双方感情破裂，诉求两岁的婚生女由原告抚养，并分割财产。但被告不愿离婚，担心离婚后对孩子的成长造成不好的影响。我认为双方只是为家庭琐事争吵，还谈不上夫妻感情破裂，就向“调和”

的方向努力。但一个月过去了，没什么成效，我就打算不调解了，准备转立案进入诉讼程序。我将这一想法告诉原告的代理人李律师时，他不同意，李律师认为双方只是僵持着，并不存在感情破裂的问题，应继续做“调和”的工作。他认为，原告和被告原是同学，有深厚的感情基础，只不过原告个性强，而被告有些犟脾气。李律师还说，我见过被告，和他交谈过，他“是个好小伙子”。后来我做工作就更耐心，更有针对性了，还约请原告、被告到法院面谈。又过了一个月，双方终于从琐事争吵中解脱，懂得了夫妻相处应互相理解的道理，双方和好如初，原告就撤诉了。

分析：该离婚案件，幸得原告的代理人李律师帮助我分析案情，要我继续坚持“调和”，否则，原告、被告可能难以和好如初。李律师作为原告的代理人，他主动与被告面谈，肯定被告是个“好小伙子”，其既做原告的工作，又做被告的工作，终于挽救了他们的婚姻。

（四）叶某某民间借贷案

原告叶某某诉被告李某某归还借款本金10万元和利息，被告开始不知原告为何要起诉自己，就委托了卢律师为自己的代理人。后被告回忆，自己曾在原告与案外人的一次交易中，为原告垫付过一笔55000元的款项，以为就不再欠原告的钱了。被告的卢律师觉得案情简单，就主动与原告的代理人李律师联系，表示愿在此基础上调解，如调解不成再走诉讼之路。后原告找到了当年案外人手写的一张纸条，载明被告只垫付了52500元。我即与被告的卢律师联系，说明现双方只差距2500元，建议双方各退让一步，请卢律师与李律师协商解决，不要为了这2500元的差距而转入诉讼程序。后卢律师与李律师沟通，促成双方当事人达成一致，被告认可只垫付了52500元，其再通过银行转账，向原告支付了尚欠的47500元。随后，原告撤诉了。

分析：这个案件的成功调解，主要是双方的律师都有调解的诚意，相互主动沟通，依据证据认定事实，并协商配合解决了纠纷。

综上，一般的民事纠纷，律师发挥其专业优势和调解员一同充当“和事佬”劝一劝，双方更易一笑泯恩仇，如此，为法院减负、为群众解愁，效果更佳。



向国外送达民商事司法文书的理解和实践

◎高文杰 北京市天元（深圳）律师事务所

向国外送达司法文书一直以来是我国司法实践中的一个重要问题，是关系程序正当合法以及影响未来判决在域外获得承认和执行的重要因素之一。在我国深入实施“一带一路”战略背景下，我国当事人与其他国家和地区的当事人发生法律纠纷的机率将会大大增加，合法高效地实现送达具有重要意义。

一、对向国外当事人送达司法文书的理解

现代社会，各国享有独立的国家主权，司法主权是国家主权的重要组成部分。根据国家主权原则，从国际法的意义上讲，外国判决仅仅在审判国的国内发生法律效力，如欲赋予其在其他国家发生法律效力，则须得到其他国家的承认。而其他国家承认的前提之一，是该判决符合程序正义。根据一般法律原则，送达属于程序性事项，适用法院地法律，即向国外送达司法文书时应当不违背受送达地国家法律。但若完全采用法院地法律则可能产生很多冲突，而且现实中存在国际交往的需求，国家间需要在对等互惠原则基础上彼此合作。因此，相互提供司法协助成为必要。司

法协助本质上是各国或多或少的对自身司法主权的谦抑。司法文书的协助送达，本身涉及对各国司法主权的干涉，《关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书公约》（以下简称《海牙送达公约》）即为解决民商事司法文书送达的困难而对自身的主权实行“国际礼让”的产物。《海牙送达公约》于1965年11月15日由海牙国际私法会议主持达成，随后供各国签署加入，是目前最为各国接受的关于送达的国际公约。1991年3月2日第七届全国人大常委会决定批准我国加入《海牙送达公约》，同年5月3日我国交存了加入书，同时声明若干保留条款，指定司法部为“中央机关”和有权接收外国通过领事途径转递文书的机关。1992年1月1日该公约对我国生效。截至目前，《海牙送达公约》的缔约国共73个。

由于各国的司法差异和发展程度不一，《海牙送达公约》本身难以逐一罗列、囊括各国的立法规定以及完全满足各国的司法需求。因此，国家间常常在《海牙送达公约》的原则规定下签署条件更为优越的双边或多边司法协助协定，以期更高效便捷地进行送达。

截至目前，与我国签署包含民商事的双边司法协助的国家共 39 个，同为《海牙送达公约》缔约国，并且与我国签有双边司法协助协定的国家共 24 个。

若既为《海牙送达公约》缔约国，并与我国签订双边司法协助协定的，则应按双边司法协助规定的方式送达。

根据我国《民事诉讼法》及相关司法解释的规定，司法文书，是指起诉状副本、上诉状副本、反诉状副本、答辩状副本、传票、判决书、调解书、裁定书、支付令、决定书、通知书、证明书、送达回证以及其他司法文书。对在中国领域内没有住所的当事人送达，其送达方式主要包括司法协助送达、公约送达、外交送达、委托送达、直接送达、邮寄送达、电子邮件送达、传真送达、公告送达、留置送达以及其它能够确认收悉的适当送达方式等。为使送达尽可能地高效，送达方式可以是多样的，而且各种送达方式并非相互排斥。除公告送达方式外，送达人员可以同时采取多种方式向受送达人进行送达，根据最先实现送达的送达方式确定送达时间。根据受送达人是否在中国领域内划分送达类型，可分为域内送达和域外送达两种方式。

（一）域内送达

对在中国领域内没有住所的当事人送达诉讼文书，可以向受送达人委托的有权代其接受送达的诉讼代理人送达，也可以向受送达人在中国领域内设立的代表机构或者有权接受送达的分支机构、业务代办人送达。

向诉讼代理人送达的，除受送达人在授权委托书中明确表明其诉讼代理人无权代为接收有关司法文书外，其委托的诉讼代理人为有权代其接受送达的诉讼代理人，人民法院可以向该诉讼代理人送达。

如果受送达人是企业或组织，其代表人、主要负责人在中国领域内的，可直接向该代表人、董事、监事、高级管理人员等送达。

与向外国法人或组织的代表机构送达不同，向分支机构或业务代办人送达的，必须经该外国法人或组织授权，人民法院方可以向其分支机构或者业务代办人送达。

人民法院向受送达人在中国领域内的法定代表人、主要负责人、诉讼代理人、代表机构以及有权接受送达的分支机构、业务代办人送达司法文书，可以

适用留置送达的方式。

如果受送达人是自然人的，当其在我国领域内出现时，可直接向该受送达人送达。

（二）域外送达

人民法院向在中国领域内没有住所的受送达人送达司法文书时，若该受送达人所在国与中国签订有司法协助协定，可以依照司法协助规定的方式送达；若该受送达人所在国是《海牙送达公约》的成员国，可以依照该公约规定的方式送达。

受送达人所在国与中国签订有司法协助协定，且为《海牙送达公约》成员国的，人民法院依照司法协助协定的规定办理。

我国法院若请求《海牙送达公约》成员国向该国公民或第三国公民或无国籍人送达民事或商事司法文书，有关中级人民法院或专门人民法院应将请求书和所送司法文书送有关高级人民法院转最高人民法院，由最高人民法院送司法部转送给该国指定的中央机关；必要时，也可由最高人民法院送我国驻该国使馆转送给该国指定的中央机关。

最高人民法院授权北京、上海、广东省、浙江省、江苏省高级人民法院可以依据《海牙送达公约》直接对外发出本辖区各级人民法院提出的民商事案件司法文书送达请求。人民法院委托外国送达民商事案件司法文书，需要提供译文的，应当委托中国领域内的翻译机构进行翻译。译文应当附有确认译文与原文一致的翻译证明。翻译证明应当有翻译机构的印章和翻译人的签名。译文不得加盖人民法院印章。

受送达人所在国既非《海牙送达公约》缔约国，亦未与我国签订司法协助，一般按互惠原则通过外交途径送达。

我国法院通过外交途径向国外当事人送达法律文书的，须经高级人民法院审查，之后交由外交部领事司转递给受送达人所在国驻我国的外交机构，再由其转交该国的外交机关，该国外交机关再转交该国司法机关，由该国司法机关再送交受送达人。请求送达时须附有送达委托书。如对方法院名称不明，可委托当事人所在地区主管法院。委托书和所送法律文书还须附有该国文字或该国同意使用的第三国文字译本。

我国法院向在外国领域内的中国籍当事人送达法

律文书，如该国允许我使、领馆直接送达，可委托我国驻该国使、领馆送达。此类法律文书可不必附有外文译本。

按照司法协助协定、《海牙送达公约》或者外交途径送达司法文书，自我国有关机关将司法文书转递受送达人所在国有关机关之日起满六个月，如果未能收到送达与否的证明文件，且根据各种情况不足以认定已经送达的，视为不能用该种方式送达。

受送达人所在国若是《海牙送达公约》成员国，如果没有对其第 10 条 a 款即邮寄送达方式提出保留，则可以认为该国允许通过邮寄方式送达。若受送达人所在国允许邮寄送达的，人民法院可以邮寄送达。邮寄送达时应附有送达回证。受送达人未在送达回证上签收但在邮件回执上签收的，视为送达，签收日期为送达日期。自邮寄之日起满三个月，送达回证没有退回，但根据各种情况足以认定已经送达的，期间届满之日视为送达；自邮寄之日起满三个月，如果未能收到送达与否的证明文件，且根据各种情况不足以认定已经送达的，视为不能用邮寄方式送达。邮寄送达诉讼文书时，应当将有关文书翻译成受送达国官方文字。除了传真、电邮方式送达外，也不排除其它能够确认受送达人收悉的方式送达。

不能用上述方式送达的，则公告送达，自公告之日起满三个月，即视为送达。人民法院可以在国内外公开发行报刊上刊登，如《人民日报（海外版）》或《人民法院报》，向当事人送达。人民法院一审时采取公告方式向当事人送达诉讼文书的，二审时可径行采取公告方式向其送达诉讼文书，但人民法院能够采取公告方式之外的其他方式送达的除外。公告送达起诉状或用公告传唤的，被告不应诉或不出庭，法院缺席判决后制作的判决书仍应当通过公告送达的方式向当事人告知。

若受送达人未对人民法院送达的司法文书履行签收手续，但受送达人书面向人民法院提及了所送达司法文书的内容或受送达人已经按照所送达司法文书的内容履行或其他可以视为已经送达的情形的，视为送达。

二、司法实践

马来西亚与我国未签署民商事协助的司法协助，

也非《海牙送达公约》的缔约国，因此，不能对马来西亚当事人通过司法协助或公约规定的方式进行送达。一般情形下，可通过外交途径送达。外交途径送达是比较稳妥的方式，但往往耗时较长。开庭时间常常在送达开始的时间点之后大约 1 年多。

除此之外，根据马来西亚 2012 年修订生效的法院规则 (the Rules of Court 2012) 及马来西亚上诉法院在 Commerzbank (South East Asia Ltd) 诉 Tow Kong Liang 一案中的裁定，明确批准送达外国司法文书可采用类似于国内法院送达的类似送达方式进行。因此，中国的司法文书向在马来西亚的个人送达时，可通过预付挂号邮寄传票的方式或委托当地律师进行送达。相对于其他的邮寄方式，如普通邮寄、投寄证书、挂号邮寄等，使用预付挂号邮寄传票的送达方式时，要求该名个人被告（受送达人）必须在传票上签名承认接收该司法文书（包括传票）。该传票必须在随后程序中提交法院作为证据，证明已有效地把相关开始诉讼阶段的传票送达。该方法如果不行，例如当该被告人拒绝或没有收到该传票，或者拒绝或没有在传票签名承认接收该传票时，则尝试通过个人送达的方式把相关传票送达给该被告人。如果个人送达也失败，例如被告逃避送达，则必须向法院申请替代送达来送达传票（《2012 年法院规则》第 62 条 5 则）。

如受送达人是马来西亚的公司，也可以预付挂号邮寄传票的方式或委托当地律师进行送达，不同于对个人的送达，公司不需要签署承认接收的程序。中国法院的司法文书，比如传票等，进行送达时，若快递跟踪单能证明当事人签收文件，则视为送达。需要注意的是，马来西亚法律不允许电子邮件、传真的方式送达。

在我们最近处理的一宗案件中，中国法院同时采用预付挂号邮寄传票的方式和委托当地律师进行送达的方式，其中委托当地律师送达时，需要法院首先将司法文书交给当事人，制作委托送达笔录，然后由当事人委托当地律师送达。当地律师会亲自送达，根据送达的情况，制作一份声明，该声明加以公证认证。根据该声明的内容，法院认定是否已经送达成功。采用此种方式送达，效率明显提高，开庭时间设定在送达开始的时间点之后大约六个月以内。



公司法务工作应注意 “债务加入”裁判规则

○ 阙清华 广东联建律师事务所

公司在经营过程中，经常会为了增加关联公司的信用而向债权人出具文件，承诺共同偿还关联公司某笔债务，或者公司负责人基于情谊和特定情势（如群体事件中维稳的需要）而指令下属公司向债权人出具文件，承诺与原债务人共同承担某笔债务，这类行为在法律上称之为“债务加入”。当事人之间一旦就债务偿还问题发生争议，则司法机关将会根据该等文件的具体内容，就当事人应当承担何种责任作出裁判。

由于我国现行法律仅对保证担保等增信措施作了较为详细的规定，但暂无法律规定“债务加入”的概念和法律效果，因此不少公司对于出具保证担保文件比较谨慎，而对于出具含有“债务加入”内容的文件则较为随意，从而导致被司法机关认定构成“债务加入”并被判令承担法律责任。笔者曾处理的民商事案件中，至少有三起案件的争议焦点与“债务加入”有关。

有鉴于此，笔者认为公司在法务工作中应当充分

注意“债务加入”问题，充分认识和研究“债务加入”的概念、构成要件、法律效果及其裁判规则，避免公司违背真实意思轻易出具“债务加入”文件导致遭受重大损失。

一、债务加入的概念、法律效果、构成要件

债务加入是指第三人加入到债的关系中，与原债务人一起向债权人承担责任的现象^①，即第三人加入到债权人与原债务人之间既有的债务关系中，成为与原债务人一起承担清偿义务的主体之一。根据司法实践确定的裁判规则，债务加入的法律效果为债权人可请求加入到既有债务关系中的第三人与原债务人承担共同偿还或支付责任，因此债务加入的主要功能是突破合同相对性原则使合同之外的第三人承担合同债务。

债务加入并不导致原债务人退出既有债务关系，

因此债务加入有别于《合同法》第八十四条^②规定的债务承担，也有别于《合同法》第八十八条^③规定的合同权利义务概括转移，即债务加入并不需要以债权人明确表示同意第三人加入到既有债务关系中作为前提条件，第三人向债权人作出了与原债务人共同承担债务的承诺，且没有因此免除原债务人付款义务的，即可构成债务加入。

同时，债务加入也与保证责任有区别：保证责任是从债务，并且适用《担保法》关于保证期间、保证方式等条款的规定，而债务加入中加入到既有债务关系的第三人与原债务人是共同承担同一债务，且没有保证期间、保证方式等的限制，即不受《担保法》相关法律规范调整。

根据民法学通说，债务加入的构成要件，一是既有债务具有可转移性，二是债务加入的合意成立并生效。综合既有判例和部分规范性文件（详见下文），构成债务加入的文件，主要有以下几种形式：

1. 第三人与债权人、原债务人达成三方协议，约定第三人与原债务人共同偿还债务；
2. 第三人与债权人达成双方协议，约定第三人向债权人偿还某笔债务，但并不免除原债务人的付款义务；

3. 第三人向债权人单方承诺由第三人履行债务人的债务，但同时没有免除原债务人应当履行的义务；
4. 第三人与原债务人共同向债权人出具承诺文件，承诺共同向债权人清偿某笔债务。

二、债务加入理论的司法实践

综合笔者所掌握的材料，债务加入裁判规则在司法实践中的适用，主要体现在以下几个方面：

（一）《最高人民法院公报》所公布的裁判文书，有部分案件已适用债务加入裁判规则进行裁判

每期《最高人民法院公报》均会在“裁判文书选登”栏目中公布最高人民法院作出的裁判文书，并在“案例”栏目发布各地区法院具有代表性的案例。该等裁判文书和案例一般是重大疑难案件或者具有代表性的新型案件，因而具有较强的指导意义和借鉴价值。研究和分析该等裁判文书和案例，是研究和学习裁判规则、裁判方法的重要途径之一。

《最高人民法院公报》所公布的裁判文书，涉及债务加入争议的案件及其裁判摘要，详见下表。

公报期数	案件名称	裁判摘要
2008年第11期	中国工商银行股份有限公司三门峡车站支行与三门峡天元铝业股份有限公司、三门峡天元铝业集团有限公司借款担保合同纠纷案	该承诺意思表示明确，第一条为并存的债务承担，即债务的加入，天元集团公司不脱离原来的债务关系，天元股份公司加入到天元集团公司对三门峡车站工行的债务当中，承诺与天元集团共同承担还款责任……天元集团公司的还款责任本可以免除，但由于其未对此提起上诉，加之《债务转移协议补充承诺》第一条的承诺，故天元股份公司与天元集团公司应对本案3770万元本息承担共同偿还责任。 ^④
2012年第5期	广东达宝物业管理有限公司与广东中岱企业集团有限公司、广东中岱电讯产业有限公司、广州市中珊实业有限公司股权转让合作纠纷案	合同外的第三人向合同中的债权人承诺承担债务人义务的，如果没有充分的证据证明债权人同意债务转移给该第三人或者债务人退出合同关系，不宜轻易认定构成债务转移，一般应认定为债务加入。第三人向债权人表明债务加入的意思后，即使债权人未明确表示同意，但只要其未明确表示反对或未以行为表示反对，仍应当认定为债务加入成立，债权人可以依照债务加入关系向该第三人主张权利。
2017年第8期	孙宝荣与杨焕香廊坊愉景房地产开发有限公司增资纠纷案	“杨焕香在诉讼中自愿承担投资款的返还义务，属于债务加入，孙宝荣对此亦不持异议。因此，本院认为，在协议解除后，杨焕香应返还孙宝荣1亿元投资款，愉景公司在9091万元范围内与杨焕香承担共同返还责任。” ^⑤

^②该条规定：“债务人将合同的义务全部或者部分转移给第三人的，应当经债权人同意。”

^③该条规定：“当事人一方经对方同意，可以将自己在合同中的权利和义务一并转让给第三人。”

^④该裁判意见在该期公报第37-38页，没有在“裁判摘要”中列明。

^⑤该裁判意见在该期公报第27页，没有在“裁判摘要”中列明。

^①崔建远主编：《合同法》，法律出版社2010年版，第233页。

总结上述案例的裁判意见,可归纳出如下裁判规则:

1. 在第三人向债权人承诺将清偿原债务人某笔债务的情况下,如果没有因此免除原债务人的义务,则可认定第三人构成债务加入;
2. 除非债务加入文件对第三人的责任形式、承担比例有特别约定,否则加入到既有债务的第三人将与原债务人承担连带责任;
3. 债务加入凭第三人向债权人作出的单方承诺即可认定,无需债权人明示同意作为要件。

(二) 部分地方法院在相关审判指导文件中对债务加入问题作了相应规定

江苏省高级人民法院在《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的讨论纪要(一)》(苏高发审委〔2005〕16号)第五部分“债务加入”中,对债



务加入的有关问题作了如下规定:“第十七条 债务加入是指第三人与债权人、债务人达成三方协议或第三人与债权人达成双方协议或第三人向债权人单方承诺由第三人履行债务人的债务,但同时不免除债务人履行义务的债务承担方式。第十八条 第三人与债权人在合同中未明确约定免除债务人可履行义务的,债权人请求债务人承担履行责任的,人民法院应当支持。但债权人对免除债务人的履行义务无异议的除外。第十九条 债权人请求第三人与债务人承担连带责任的,人民法院应当支持。当事人在合同中就对责任形式有约定的除外。”

上述规定是对债务加入的初步探讨,对理解债务加入的概念、第三人需承担的责任等问题具有一定的

借鉴意义。

(三) 各级法院均有参考最高人民法院判例和民法学理论,在相关案件中适用债务加入裁判规则的情况

笔者曾处理的民商事案件有三起涉及债务加入方面的争议,且最终司法机关均对当事人是否构成债务加入、应当承担何种责任等争议问题作出了裁判。这说明无论是最高人民法院还是地方基层法院,均已接受并适用债务加入裁判规则,即债务加入裁判规则真实存在,甚至是影响案件审理结果的关键因素。

其中,笔者曾处理的一起港口货物保管合同纠纷案件,债务加入问题即是该案件的争议焦点和难点之一。该案基本案情如下:

2010年11月18日,A公司与B公司签订合同,约定由A公司向B公司提供装卸、储存、转罐等服务,并约定相应的费用标准以及A公司享有留置权。2013年1月9日,A公司、B公司、C公司签订三方协议,约定C公司的4万余吨货物存储于B公司向A公司租赁的储罐,储存期间相关费用由B公司承担,A公司和B公司按照原签订的合同享受权利和承担义务。

2013年1月17日,该4万余吨货物到港并储存在A公司所有的四个储罐内。2013年4月26日,D公司与其前手C公司共同向A公司出具《货权转移证明》,载明从2013年1月17日开始该4万余吨货物所产生的仓储费等费用均由D公司承担,后D公司将总计33700吨货物转移给B公司,B公司陆续将该33700吨货物转让给其他公司并提取完毕。B公司自2013年6月开始没有再支付任何费用。2013年11月1日,D公司向A公司发函要求提取剩余的8237.047吨货物,并表示仅支付该8237.047吨货物产生的费用。而A公司则主张D公司须承担因该4万余吨货物产生的全部未结费用约1000万元,理由是剩余的货物实际占用了四个储罐,且D公司已承诺承担该4万余吨货物自存储之日(即2013年1月17日)所产生的全部费用。

2014年6月,D公司陆续提取了剩余6400多吨货物,A公司则留置了其中1600多吨货物并主张留置权。为此双方产生了争议,D公司遂提起诉讼要求A公司返还1600多吨货物,并要求A公司赔偿因迟延提货导致的差价损失(货物为油品,2014年期间价格

一直下跌)约1500万元。

笔者代表A公司应诉,我们提出D公司属于债务加入、A公司作为保管人有权留置货物等抗辩理由,并将《最高人民法院公报》中关于债务加入的裁判文书作为答辩状附件之一。D公司则主张其仅因涉案8237.047吨货物与A公司形成了事实上的保管合同关系。

最终,该案一审、二审、再审法院(最高人民法院)均认定D公司在合同和三方协议履行过程中出具《货权转移证明》构成债务加入,应当与B公司共同承担四个储罐所产生的全部仓储费和操作费,A公司有权留置货物,并据此驳回了D公司的全部诉讼请求。

三、债务加入裁判规则的现实意义

最高人民法院公布的相关判例、江苏省高级人民法院作出的会议纪要以及各地区人民法院在相关案件中适用债务加入裁判规则,足以说明“债务加入”是现实存在的裁判规则,而且该裁判规则已经被广泛适用。

尤其需要注意的是,最高人民法院公报公布的案例,对法官具有指导作用,且有可能在条件具备之时被立法机关采纳成为法律规则——正如著名民法学家梁慧星所言,“最高人民法院公报上刊登了很多判决,目的是供参考,当然有指导的意思。各级法院的法官在审理同一类案件时,可以拿公报上刊登的判决来参考……现在制定民事法律,都很重视裁判实践创设的判例规则,对最高人民法院发布的判例进行研究,认为合理的、可行的,就会把它规定在法律上,使裁判规则上升为法律规则……”

因此,笔者认为,债务加入裁判规则是现实存在和普遍适用的规则,且有可能在将来成为法律规则,我们在处理公司法律事务的过程中,应当充分注意债务加入裁判规则。

(一) 债务加入裁判规则对公司经营活动的意义
就公司经营而言,应当加强对日常法务工作的管理,重视债务加入的法律风险,同时也可以运用债务加入裁判规则保障自身权益。

一方面,公司对涉及重大交易的相关文件应当进行必要的法律风险审查,避免违背公司的真实意思出具承诺文件(尤其是虽然没有保证担保字样,但实际上含有加入到其他债务关系中的文件),避免被认定

为构成债务加入从而导致不必要的损失;如果公司必须与关联公司共同承担债务作为增信措施,则应当与债权人约定清楚公司须承担的债务比例、责任形式、前提条件等,避免因字句模糊不清导致公司的意思表示错误。

另一方面,鉴于债务加入的主要功能是可以突破合同相对性原则要求合同之外的第三人承担责任,因此如果公司是债权人,那么对于权利主体经常变动(比如上述港口货物保管纠纷案件中的提货权人)的业务,则可以考虑在该等业务对应的流转文件中设置债务加入条款,要求新的权利人加入到既有债务关系中;此外,如果某一交易中的合同存在被撤销、无效、解除等风险但合同相对方没有资产的,则可以尝试要求对方实际控制人或者有履行能力的第三方出具独立于合同的承诺文件,要求其承诺与合同相对方共同承担合同被撤销、无效、解除后的返还财产和赔偿损失等义务;而如果公司作为债权人需重组有关债务,则可以考虑要求原债务人提供具有可执行财产的第三人加入到既有债务关系中,从而有效保障债权的实现。

(二) 债务加入裁判规则对法律从业人员的启示
法律从业人员可加强对债务加入理论和判例的研究,将债务加入裁判规则作为处理民商事案件的重要思路之一。

债务加入的难点在于如何认定债务加入的合意已成立并生效,而要正确理解和把握这一难点问题,则必须熟悉和准确把握承诺、要约、要约邀请等法律概念和规则,并将案件实际情况与债务承担、权利义务概括转移等法律概念进行比较分析,才能在起诉时或者应诉答辩时提出正确主张。

由于我国法律没有相关条款对债务加入问题进行规定,因此在案件处理过程中,如果主张对方构成债务加入,则可以考虑将《最高人民法院公报》公布的有关债务加入的裁判文书、权威法学著作等作为答辩状或者代理词的附件,以增加说服力。

经济活动的复杂性导致公司经营活动具有复杂性,并因此决定了重大民商事案件具有复杂、疑难的特点。我们只有认真分析和研究权威判例,把握其中的裁判规则,并以恰当方式呈现自己的主张,才能成功说服裁判人员并取得胜利。



多议商标侵权案件中 商品与服务类似的判定

以“天长地久”商标案为例

○车小燕 张燮飞 上海市锦天城（深圳）律师事务所

商标侵权案件中的重点和难点之一是对商品之间、服务之间以及商品与服务之间是否构成类似进行判断，即将权利人注册商标核定使用的商品或者服务与涉嫌侵权的商品或者服务进行比对。根据《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》相关规定，认定商品或者服务是否类似，应当以相关公众对商品或者服务的一般认识综合判断；《商标注册用商品和服务国际分类表》《类似商品和服务区分表》（以下简称“区分表”）可以作为判断类似商品或者服务的参考。由上述司法解释可以得知，判断商品或者服务是否类似，最根本的判断标准，应当是“相关公众对商品或者服务的一般认识”，即相关公众在通常情况下，是否会认为商品或服务之间存在特定的联系，从而导致混淆；《商标注册用商品和服务国际分类表》及区分表在类似商品或者服务的判定中起到的是参考作用，并非应当直接适用的法律依据。

在我国，商标申请人是依据区分表申请商标注册，确定保护范围。一般而言，判断商品或服务是否类似，只需在区分表中查阅商品或服务是否属于同一类似群，简单明了。在商标侵权案件中以区分表作为

商品或服务是否类似的标准，会使司法裁判具有较强的可预期性，不致因法官过大的自由裁量权而产生不确定的裁判结果。但是，我们也应该认识到，区分表具有较强的局限性，例如区分表不能及时反映商品和服务的发展变化以及区分表将商品和服务分隔开来。若机械地适用区分表，商品与服务之间必然不构成类似，将不利于注册商标专用权的保护。

笔者代理的“天长地久”商标案^①，最主要的争议焦点之一即“照片”“影集”等商品与“摄影”服务是否构成类似，具有典型性。本文以该案为例，结合代理商标侵权案的经验与体会，发表个人观点，以期和同行们交流探讨。

基本案情

原告于1995年创立“天长地久”品牌，向社会公众提供摄影服务，且具有较高的知名度和影响力。原告在第16类“照片”“影集”等商品上注册有“天长地久”商标。被告未经原告的许可在其官网、微信公众号、实体店铺等多处使用“天长地久”商标提供婚纱摄影服务，原告遂以商标侵权及不正当竞争为由

将被告诉至法院。一审法院认为，被告在婚纱摄影服务上使用“天长地久”商标侵犯了原告第16类“照片”“影集”等商品上的注册商标专用权，判决被告停止侵权并赔偿经济损失及合理开支80万元，被告不服提起上诉。

二审法院认为，首先，上诉人（原审被告）提供的是婚纱摄影服务，包含服装、造型、化妆、摄影、修片等多项内容，提供照片、影集等商品仅是其中一小部分。涉案商标核定使用的第16类照片、影集等商品不局限于婚纱摄影的照片、影集等，两者服务内容虽有重合，但外延并不相同；其次，上诉人提供婚纱摄影服务的消费对象是新婚夫妇或准新婚夫妇，而购买第16类照片、影集等产品的消费对象则系包括新婚夫妇在内的广大消费者，辐射的消费群体更为广泛，两者的消费对象不相同。因此，二审法院改判认定上诉人的行为不构成商标侵权但构成不正当竞争，改判上诉人承担经济损失60万元及合理开支71600元共计671600元。

案例评析

根据《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》，商品与服务类似，是指商品和服务之间存在特定联系，容易使相关公众混淆。《商标审查及审理标准》是商标局及原商标评审委员会制订的用于商标审查及商标案件审理时执行的标准，虽然在商标侵权案件中不能直接适用，但可予以参考。《商标审查及审理标准》规定，商品与服务类似，是指商品和服务之间具有较大关联性，易使相关公众认为商品和服务由同一市场主体提供。

由两审法院的不同认定可以看出，对于“照片”“影集”等商品与“摄影”服务是否构成类似，存在较大争议。法官在商标侵权案件中对于判定商品与服务的类似通常采取较为审慎的态度，并不会轻易突破区分表认定类似。然而笔者检索近年来的司法判例，发现越来越多的判决在个案中认定了商品与服务构成类似。例如，在江苏省盱眙龙虾协会与南京鸡头土菜馆侵害商标权纠纷二审民事判决书中，南京中院认为，涉案商标核定使用商品类别为第31类“龙虾（活）”，

涉嫌侵权标识使用在提供龙虾烹饪的餐饮服务类别上。小龙虾作为季节性很强的鲜活产品，其主要的消费方式即通过龙虾烹饪餐饮店向终端消费者提供，因此龙虾商品和龙虾烹饪服务处于食物形成链条中的“上游”和“下游”关系，这种特定的消费渠道、消费方式以及提供活龙虾产品与提供龙虾烹饪服务间密切的关系，使得普通的消费者极易对二者产生混淆，应当认定二者构成商品和服务类似。该案通过对龙虾商品与餐饮服务的上下游关系、消费渠道、消费方式的分析，确认了商品和服务之间具有的密切关联性，造成普通的消费者对二者产生混淆，进而判定商品和服务构成类似，对于本案具有重要的参考意义。

笔者认为，在本案中，判定“摄影”服务与“照片”“影集”等商品是否构成类似也应当对二者的上下游关系、消费对象、消费方式等方面进行分析，并结合被保护商标的显著性、知名度以及被诉侵权主体的侵权主观恶意等因素综合考量，进而判断商品和服务之间是否具有特定联系，是否易使相关公众混淆。

一、从“摄影”服务与“照片”“影集”商品在婚纱摄影服务全过程中的关系分析

众所周知，摄影服务是使用专门相机设备进行影像记录的服务，而婚纱摄影服务则是对新婚夫妇的人物肖像进行影像记录的服务，照片、影集是婚纱摄影服务最终形成的物质载体。消费者接受婚纱摄影服务的目的也是为了获得特定结婚主题的照片、影集等作为纪念，并非为了享受摄影的过程所产生的精神上的愉悦。换言之，消费者接受摄影服务是为了获取婚纱照照片、影集等商品的所有权，为婚纱照照片、影集等商品支付对价。依据行业惯例，婚纱摄影店也常常会与消费者约定著作权条款，约定著作权归摄影店所有，再将“照片”“影集”等商品的物权转移给消费者，以使著作权与物权相分离，由此观之，也可以得出摄影店向消费者转移的是“照片”“影集”等商品物权的结论。二审法院认为，婚纱摄影服务包含服装、造型、化妆、摄影、修片等多项内容，提供照片、影集等商品仅是其中一小部分，进而否定摄影服务与照片、影集等商品具有固有的、紧密的联系是不恰当的。笔者认为，提供照片、影集不是摄影服务的“其中一小部

^①案号：（2019）粤03民终34597号，二审法院与一审法院在商标侵权案中关于商品与服务类似上持有不同的观点，见下文。

分”，而是其中最重要、最核心的组成部分，也是摄影服务的成果。被告虽然经营的是婚纱摄影服务，鉴于婚纱摄影服务与照片、影集等商品之间存在紧密的上下游关系，且二者在功能、用途、生产部门、销售渠道、消费对象等方面存在较大的关联。以相关公众一般识别力为标准，消费者容易将标注有“天长地久”的营业场所获得的“照片、影集”等误认为系原告提供，或与原告之间存在特定关系，导致相关公众混淆。

综上，在婚纱摄影服务全过程中，“摄影”服务与“照片”“影集”之间具有类似上游和下游的紧密联系。

二、从消费对象上分析

二审法院认为，上诉人提供婚纱摄影服务的消费对象是新婚夫妇或准新婚夫妇，而购买第16类照片、影集等产品的消费对象则系包括新婚夫妇在内的广大消费者，辐射的消费群体更为广泛，进而得出摄影服务与照片、影集等商品消费对象不相同的结论是不妥当的。二审法院认为照片、影集等产品的消费对象包括新婚夫妇在内的广大消费者，就已经肯定了摄影服务与照片、影集等商品的消费对象具有重合性，对于相关公众而言，在消费对象具有重合性的情况下是具有混淆可能性的。

三、从消费方式上分析

所谓“照片”，必须是通过摄影方式取得的，照片与摄影服务本身就具有极强的关联性，或者说服务方式与服务结果具有唯一对应性。作为第16类的商品“照片、影集”，必然是用于商业交易的，这也就排除了非用于商业交易拍摄、冲洗照片，制作影集的情形。因此，消费者获得照片的方式，只能是通过商事交易取得，即前往各类摄影服务机构接受摄影服务，可见接受摄影服务与获得照片、影集在消费方式上具有同一性。对于相关公众而言，在消费方式一致的情况下，在摄影服务与照片、影集商品上使用相同或近似的标识是极易导致混淆误认的。

四、从被保护商标的显著性、知名度以及被诉侵权主体的侵权主观恶意等方面分析

“天长地久”并非臆造词，是一个常见的用于祝福的成语，多用来形容爱情长久不变，其本身固有显

著性较弱。但本案原告自1995年开始就将“天长地久”用于企业字号和商标，使用于婚纱摄影等摄影服务以及由摄影服务产生的照片、影集上，曾在摄影行业获得众多荣誉，具有相当高的知名度，也使得在“摄影”服务以及“照片”“影集”商品上的“天长地久”商标与原告的对对应关系增强，通过使用获得了较强的显著性。

被告与原告同处深圳市，且为婚纱摄影行业同行，被告显然明知原告及其商标所具有的知名度和影响力，在这种情况下，被告非但没有作出合理避让，反而故意将“天长地久”大范围地作为商标使用，并使用“天长地久”作为企业字号，使得相关公众对商品来源的提供者产生混淆，可见被告存在明显的恶意攀附的主观故意。

判定商品和服务是否类似，除了考虑商品和服务本身的关联性，还应当考虑被保护商标的显著性、知名度以及被诉侵权主体的侵权主观恶意，对于显著性、知名度高的商标，应当给予更高层次的保护，对于被诉侵权主体的侵权主观恶意明显的，应当给与权利人更高层次的保护。这样更有利于打击恶意侵犯商标权的行为，更有利于实现个案正义，维护诚实信用的基本原则。

结语

商标侵权案件中商品与服务类似的判定应当根据案件实际情况分析，不囿于区分表对商品和服务的分类，从消费对象、消费方式等方面着手，考虑在社会经济活动中商品和服务之间可能存在的固有的、紧密的联系，并结合被保护商标的显著性、知名度以及被诉侵权主体的侵权主观恶意进行综合考量。

突破区分表认定商品和服务类似并不意味着区分表的分类不科学、不合理，对商品和服务类似的判断也仅仅及于个案，并非普遍适用的判定依据。突破区分表认定商品和服务类似是以相关公众对商品或者服务的一般认识以及相关公众的混淆可能性作为判断的根本依据，本质上是为了更好地实现个案正义，实现我国《商标法》保护商标专用权，保障消费者和生产、经营者的利益，促进社会主义市场经济发展的立法目的。

刘震云的《一句顶一万句》概括为一个词就是“孤独”，因为永恒的孤独，才有逃离和回归。本文以书中几位知识分子为例，谈谈这个群体的孤独。

第一个出场的读书人是老汪。汪父因和邻居置气打官司落败，为争一口气而送老汪读书，等着他中举做官归故里报仇。老汪开封求学七载，归来被打得一身伤。

汪父看着被打得鼻青脸肿的儿子气病交加，临死幡然悔悟，悔不该送老汪读书。老汪遂流落乡间教私塾，又因讲不明白屡经辗转，后在东家老范处落脚。他的小女儿灯盏淘气，掉落饮牲口的大水缸淹死，之后半年，老汪离开延津，一路向西至宝鸡落脚，在集市上给人吹糖人，尤工美貌而悲伤的“开封小媳妇”。

老汪认真读圣贤书，认真讲课，认真思索，以致多伤心落泪。比如他讲到“有朋自远方来，不亦乐乎”，认为这非圣人之乐，恰恰是因为伤了心。“如果身边有朋友，心里的话都说完了，远道来个人，不是添堵吗？恰恰是身边没朋友，才把这个远道来的人当朋友呢；这个远道来的人，是不是朋友，还两说着呢；只不过措着这话儿，拐着弯骂人罢了。”老汪阴历十五和三十爱在旷野里走，酒醉后且哭且说：“总想着一个人。半个月积得憋得慌，走走散散，也就好了。”女儿灯盏死后痛哭三个时辰，常默《长门赋》中“日黄昏而绝望兮，怅独托于空堂”，后来散步也无法消愁，就往西走，走到一个不觉得伤心的地方停下来，吹糖人为生，和读书再不相关。

老汪大名汪梦溪，字子美，名号包罗了史上文人成大气象者，是传统中国知识分子的形象。中国传统思想的源头和支柱是儒家经典，奉孔子。孔子用一生兜售理想，常累累如丧家之犬。可他兜售理想于大一统之后的农耕社会秩序维持，有无可替代的作用，因而被奉上高高的神坛，接受千秋万代顶礼膜拜。神坛台下的读书人极尽仰望，大多要经历虔诚到破灭或其

知识分子的孤独

读《一句顶一万句》有感

○曹军 泰和泰（深圳）律师事务所



中深深浅浅的一程乃至几程。若混迹乡间引车卖浆之流，这些圣贤书除了让人看清事情的本质，于不幸前辈们诗文中找到共鸣，强化这种不幸之外，并没有指引一个出口，不如无知。若得登庙堂，则要用另一套规则，从书中官场众人身上可见端倪。

书中写到延津县先后走马灯似的换过四任县长，其中老胡、小韩、老史三位都是读书人。老胡是湖南麻阳人，中举放官到延津，和当地人语言不通，案子断得七零八落，因此无人告状延津大治——这是道家一路；小韩是时代色彩最浓的大学毕业生，认为延津民蒙未启，因此大力投入办学演讲以启民智——这是纵横家一路；老史深谙官场规矩却热衷通过种菜来韬光养晦——集法家、兵家、道家几路。此外，还有省长老费和专员老耿，做到一方大员，俨然读书人中显贵者，深谙集各种规则之大成的官场规则。

他们没有一个是其在位谋其政的官员，却也都用自己的方式宣泄深深的孤独：老胡不懂为官、不懂人心，独爱做木工，为此通宵达旦、殚精竭虑；小韩同样不懂为官和人心，书也只读了个皮毛，述而不作，所好的是当众发言的虚荣；老史对几千年的官场政治失望透顶，投身戏剧和与旦角手谈。这种孤独更多在于读圣贤书得功名之后，理想遇到现实轰然崩塌，是迎难而上重新塑一个自己，还是躲起来心灰意冷，这决定老胡、小韩和老史能否成为老耿和老费。是以孔夫子祭台前，叩拜之人流血者甚众，是以知识分子不仅孤独，而且迷惘。

历经一年实习期和面试考核，现在的我已正式加入律师行列。人们总说“光阴似箭，岁月如梭”，然而在实习期间的很多时刻，我都认为这句话不那么正确，比如烈日当空在法院门口排队的时候、下着大雨去给客户送文件的路上、苦恼于工作而无法入睡的夜里……但当我回首这一年，却又不由得佩服古人的造诣，能将时间的流逝形容得如此贴切。

在瀚宇律所实习的这一年来，有指导律师的悉心教导，也有其他前辈与同事的不吝赐教，困惑与成长相伴，受益匪浅。飞逝的时光不会主动给我们留下什么，需要自己去领会，去总结，故谨以此文记录下这一年的小小收获与感想。

合格律师的养成：专业与责任

事必作于细，细必源于道，道为何？道是责任，道是专业，道是信仰。这句话是参加实习培训时所记，深以为然。无论是诉讼业务或非诉业务，律师工作都应做到细致入微，实务中支撑我们在每个案件都做到这般的唯有专业与责任。足够专业，才有细致入微的能力；肩负责任，才有细致入微的耐心。

不断“充电”，提升专业能力

法律专业能力无疑是律师生存的核心。社会发展日新月异，法律规范时常更新，提供法律服务的律师

更加需要与时俱进。如何在工作中不断提升专业能力是我思考已久的问题。经过这一年探索，发现提升专业能力没有捷径，必须“温故、知新”，踏踏实实扎实内功，包括养成办案总结的习惯，结合原告诉求、被告答辩、争议焦点、判决书对每个案件进行总结；通过模拟法庭、案例研讨等方式多与同行交流，互相学习；针对感兴趣或较常接触的业务领域多加研究，积极学习前辈的知识与经验分享；要保持“与法俱进”，对于新法新规要进行必要的了解等等。实现自我提升的途径远不止于此，要时刻保持“充电”状态。

勿以“案小”而懈怠，培养责任感，坚持践行工匠精神

在我看来，一定的专业能力是律师与委托人初步建立信任的基础，而责任感与专业兼备才是信任长期维系的关键。无论办理“大案”还是“小案”，都不应脱离“责任感”三字，既是对委托人的托付负责，也是对自己的工作质量负责。之所以强调勿以“案小”而懈怠，是因为在实习初期，我曾经对于事实比较明确、法律关系清晰的某个简单案件产生懈怠心理，导致犯错。自我反思后，认识到案件虽小，但对于委托人来说也是关乎其切身利益，再者，在较简单的案件中，委托人对律师专业能力的感知有限，注意力会更多地放在律师对案件的用心程度方面，以此来判断律

师是否值得信任。因此，我逐渐认识到办理任何案件都应担起责任，要时刻坚持精益求精的工匠精神，“小案”不应懈怠，“大案”更应如此。

专业与责任感的外化展示

律师具备专业能力与责任感固然重要，如何将二者转化为看得见的细节同样重要，换言之就是要让当事人感受到律师的“专业”与“责任感”。

在专业方面，从接案阶段的法律意见，到办案阶段的起诉状、答辩状、代理词等法律文书，以及合同审查意见等非诉业务文书，都是当事人感知律师专业能力的直接途径，故无论是文书的内容拟写还是排版、装订，都应面面俱到，力求精致，给当事人留下专业的印象。此外，律师着装、言行举止等其他因素，也会影响当事人对律师专业能力的判断，也需多加注意。在责任感方面，对外更多体现在与当事人的沟通频次上。及时沟通案件进展，定期报告案件现状，庭审后一份正式的庭审报告或简单的一通电话、一段微信文字，都能让当事人感受到律师对案件的用心程度。

专业上的收获

实习是每位律师的必经之路，在这条路上的所见、所想各有不同。我很感谢指导律师芦睿在实习期间给了我许多实践的机会和专业上的指导，让我在专业上有所收获。

先定事实，再谈法律

实习初期，我总是习惯将法律适用放在第一位，对于案件事实却一问三不知。比如在委托人李某与朱某、卢某损害股东利益责任一案中，李某最初咨询其受让了朱某部分股权但未办理工商变更登记的情况下，应如何维护权益。收到相关材料后，我即开始研究整理“受让股权但未办理工商登记是否属于隐名股东”“隐名股东如何参与公司经营”等法律问题，再回过头整理案件事实，发现公司早已在委托人李某不知情的情况下被注销，这一事实导致案件请求权完全发生了变化。在该案件中，因未先理清案件相关事实导致思路完全偏离，虽然未造成严重后果，但深刻地提醒了我“先事实、后法律”的必要性。律所张正乾主任也提过，“事实是进行法律论证的基础，每个细节对整个案件性质的认定都可能起到重要作用”，他

强调：能够在脱稿状态下较为完整地陈述案件基本事实，是一名律师应当具备的素养。

掌握“快速学习”的能力

作为初入行的新人，接触的案件类型难免多样化，跟随指导律师办案的过程中也时常遇到不熟悉的案件类型。如何在较短时间内对未接触过的法律问题给出思路，起初我是毫无头绪的，经常在检索案例、法规、文章之间来回切换，后来在多次实践之下摸索出了自己的学习心得：一是要简要检索相关案例，找出裁判依据；二是要检索该裁判依据全文及其他关联法律规范，系统了解该领域的法律规定；三是要回到案件本身，针对争议点精确检索案例或查阅文章，了解相关裁判规则。比如委托人唐某诉某医疗美容机构侵权一案中，通过检索案由“医疗损害责任纠纷”，找出此类案件的裁判依据，一般有《侵权责任法》《最高人民法院关于审理医疗损害责任纠纷案件的解释》《深圳中院关于医疗损害赔偿纠纷案件的裁判指引》等法律规范，因其中提到“对医疗机构及其医务人员的过错，应当依据法律、行政法规、规章以及其他有关诊疗规范进行认定”，故又检索诊疗规范的相关规定，如《医疗美容服务管理办法》《医疗机构管理条例》《病历书写规范》等。在对医疗美容方面的法律规范有了较为系统的了解后，再结合案件事实精确检索案例，了解如“病历缺少手术记录是否推定存在过错”等方面的裁判规则，从而确定诉讼思路。

实际上，学习没有捷径，上述总结的心得也并非一定能达到“快速学习”的效果，只是相对于起初的毫无头绪来说，确定一个流程会使学习效率有所提高。由此，我延伸的一个思考是：任何工作，最好能做到定目标、定框架、定流程，切不可选择“走一步是一步”的策略。

通过这一年的实习期，我对律师这个职业有了更深入的理解：作为律师，要面临的挑战，既有物质上的也有精神上的；熟知法律之外，还需时事、政治、商务等知识储备。尽管不易，但既然选择了，我就要坚定不移走下去，干一行爱一行。希望在往后漫长的职业生涯中，严于律己，不负时光。

实习期的收获与感想

○余雪敏 广东瀚宇律师事务所

9本深圳律师实务专著正式出版发行

近日，由深圳律师编写，深圳市律协组织策划的9本律师实务专著（《团队制胜：打造卓越律师团队的五大模块》《诉讼有方：年轻律师修炼手册》《传承有道：财富继承风险规避与合理规划》《刑事辩护策略、技术与案例（二）经济犯罪辩护特辑》《建筑房地产企业刑事高频风险防控实务》《专利保护攻防实战手册》《深圳棚户区改造搬迁法律实务》《公司刑商事法律风险防控实务》《律师调解对商事调解的重塑》），经法律出版社正式出版发行，为深圳律师

业务发展工作再添硕果。深圳市律协为积极倡导深圳律师专业化发展，引导律师业务不断做精做强，在全国律师专业化发展浪潮中树立一批深圳律师专业品牌，于2012年启动“深圳律师实务丛书”出版工作，每年面向全市律师征集实务新著，至今已出版实务专著31本，涵盖建设工程、房地产、婚姻家庭、刑事辩护、民商事争议解决、知识产权、劳动、反垄断、金融证券、律师调解、政府采购等诸多专业领域，全面展现实务经验中的业务精要。

深圳律协召开修订《深圳经济特区律师条例》专项工作会议

8月4日下午，深圳律协召开修订《深圳经济特区律师条例》（下称《条例》）专项工作会议。深圳律协会长林昌炽、副会长曾迈、秘书长、律师行业党委办公室主任侯昆霖，修例专项小组成员刘南筠、李鲲、苏慧、罗芳玲等律师参加会议。与会人员就深圳市司法局对《条例》提出的修改意见，逐条逐款进行了认真研讨和分析，重点就律师国际化条款提出修改意见和建议，力求创新、结构严谨，凸显深圳自身的特色。修例专项小组希望通过《条例》的修订，进一步规范律师执业行为，保障律师依法执业，促进深圳律师行业更好更快发展。



深圳参加全省律师行业党建工作述职报告会

8月20日，省律师行业党委召开全省律师行业党建工作述职报告会，深圳市司法局党委委员、律师行业党委专职书记曹海雷代表深圳对2020上半年抓基层党建工作进行了现场述职。上半年，深圳律师行业党委坚持以政治建设为统领，疫情期间，开展“战疫有法”行动，发动各级党组织捐款捐物支援疫情防控，展现了行业党组织和党员律师的社会担当；制定《推进落实行业党建2020年度重点任务清单》，扎实推进“四大工程”建设；严格开展“四同步”检查，加强律所和党员律师的党建意识和责任；拓展参政议政空间，提高律师政治地位，把推动律师特别是党员律师参政议政作为重要工作；加强先进典型宣传，对在党建工

作和“战疫有法”中做出突出贡献的22个基层党组织和160名优秀个人予以表彰，宣传先进事迹。



浪淘沙·仲夏暴雨*

○郑绪华 北京金诚同达（深圳）律师事务所

豪雨穿狂风，天幕灰朦。蒸然炎暑了无踪。撒豆朵朵如银冠，小院西东。思虑百千重，一本卷宗。茶沏半晌未开盅。为学诸葛承托付，十究穷通！

*庚子年仲夏，龙舟雨频，湿热如蒸。某日晨起，乌云如盖，风雨交加，地上雨水喧哗，雨滴如豆，溅花如冠，密密麻麻。远方天空青灰，云无走意。虽阴沉如此，却倍感清凉，湿热一扫而空。暑气全消，好不快哉！待雨骤歇，见缝插针径赴办公室。窗外天灰依旧，雨打窗声不断，间有雷声轰隆而过。室内灯光如雪，却也静谧。一天伊始，沏上一杯茶，打开电脑，开始工作。流连于证据事实之中，纷繁于真相虚妄之间，引证于法条案例之中，豁然于极致探究之后。待举杯饮茶，已凉而不觉辛苦。律师之生活，全在受托二字。当潜心思考，穷尽探索时，时常达忘我境界，真的是风雨耳边过，文字心底留。遂有感而作此词。

怒江72拐，是318川藏线入宿县境内的一段盘山公路。在短短十余公里的路上，从最低点海拔3100米，一路抬升到海拔4651米的最高点业拉山口，紧接着再盘旋下降至海拔4100米的邦达镇。坡陡路险，荡气回肠，让人不禁对常年驻扎藏区的部队官兵肃然起敬！

○摄影 / 刘伟健 广东越众律师事务所

