



SHENZHEN LAWYERS

# 深圳律師

—— 非常视线 专业见解 ——

总第 99 期

# 99

2023 年 | 第 1 期 |

深圳市律师协会主办

(粤 B) L017010071

## 凝心聚力同奋斗，奋楫扬帆启新程

—— 深圳市律师行业高质量发展大会圆满举办 ——

企业民间借贷融资的合规治理

关于专利无效决定追溯力若干问题的探讨

洗钱罪的认定及辩护要点

网络购物维权日益增长的情况下经营者面临的法律问题



# 深圳市第十一届律师代表大会 第三次会议顺利召开

2023年3月25日下午，深圳市第十一届律师代表大会第三次会议在中共深圳市委党校大礼堂顺利召开，200余名律师代表参加，市、区司法行政机关的主要领导等应邀出席大会。全市律师代表齐聚一堂，共商行业大计，共谋发展蓝图。

会上，杨道副会长代张斌会长作《深圳市律师协会第十一届理事会2022年度工作报告》，曾常青监事长作《深圳市律师协会第七届监事会2022年度工作报告》，王伟副会长作《深圳市律师协会2022年度财务决算报告（草案）》《深圳市律师协会2023年度财务预算报告（草案）》。

张斌会长因事不得已请假，他通过视频的方式分享了深圳律师行业在2022年所取得的成果，以及针对深圳律师行业发展中存在的难点、痛点和堵点，表达了希望各位代表与协会一起凝心聚力向未来的愿景。

征程万里风正劲，自有中流稳渡舟。2022年是十一届深圳市律师协会的开局之年，是深圳律师行业“十四五”发展规划的实施之年，《深圳律师行业发展报告（2022）》全面系统地总结了2022年深圳律师行业发展的基本情况，包括深圳律师发展、深圳律师事务所发展、深圳律师行业业务发展、深圳市律师协会自身建设、深圳律师行业政策支持情况与深圳律师职能作用发挥等多个方面，深入分析了深圳律师行业面临的发展难题，务实提出了2023年深圳律师行业高质量发展对策。

会议审议并高票通过了《深圳市律师协会第十一届理

事会2022年度工作报告》《深圳市律师协会第七届监事会2022年度工作报告》《深圳市律师协会2022年度财务决算报告（草案）》《深圳市律师协会2023年度财务预算报告（草案）》等事项。

深圳市司法局党委书记、局长蒋小文在致辞中充分肯定了这一年来深圳市律师协会在行业管理和专业建设上取得的成绩，同时对下一步工作提出了四点要求，一要旗帜鲜明讲政治，牢牢把准律师行业发展的正确方向；二要拿出“敢为，敢闯，敢干，敢首创”的勇气，不断破除妨碍行业发展的思维定势，挖掘本土优势；三要以“功成不必在我”的精神境界和“功成必定有我”的历史担当，参与深圳法治先行示范城市建设；四要坚守底线，不越红线，不踩高压线，努力推动律师行业健康有序发展。

闭幕式上，深圳市司法局党委委员、市律师行业党委专职书记曹海雷对会议的顺利召开表示祝贺，并对深圳市律师行业的建设发展提出三点建议，一是坚持正确的政治方向，始终把党的领导作为行业发展的根本遵循；二是围绕高质量发展主题，主动服务我市中心大局；三是聚焦行业建设发展，多措并举为行业赋能。

2023年，深圳市律师协会将以“等不起”的紧迫感、“慢不得”的危机感、“坐不住”的责任感，赓续荣光再启新程，与全市律师一道，奋力朝着高质量发展的目标阔步前行、勇闯新路，续写更多深圳律师事业的“春天故事”！



## 奋力开创全市律师行业 高质量发展新局面

### 蒋小文在全市律师行业高质量发展大会上的讲话\*

近年来，全市律师业保持高速、稳健发展态势，全市律师队伍紧紧围绕全市中心工作，不断拓展服务领域，提升服务水平，服务双区建设，助力我市经济社会高质量发展。过去一年，在我们的共同努力下，律师行业取得丰硕成果，截至今年2月，全市律所数量达到1191家，律师数量突破2.2万人。特别是在经济下行和新冠疫情双重压力下，2022年行业营收仍然超过113亿，与2021年持平。成绩的取得来之不易，但我们也要清醒地认识到还有一些深层次问题制约着深圳律师行业的高质量发展：一是律师行业大而不强；二是高端律师人才储备不足；三是涉外法律服务存在短板；四是执业纪律和职业道德有待加强。

今年是全面贯彻落实党的二十大精神的开局之年，深圳律师行业要切实增强责任感和使命感，埋头苦干、奋勇前进，奋力开创深圳律师工作新局面，以高质量法律服务保障先行示范区高质量发展，创建新时代人民律师事业的深圳范例。结合推动深圳律师行业高质量发展主题，我主要谈五点意见。

一是坚持政治引领，实现律师行业党建工作高质量发展。深圳律师要始终把拥护中国共产党领导、拥护社会主义法治作为从业的基本要求，要始终坚持科学理论指引，要旗帜鲜明讲政治、抓政治，把党的领导贯穿律师执业活动全过程。市律师行业党委要健全完善行业党建工作管理体制，确保党对律师工作的全面领导。

二是坚持服务大局，以高质量法律服务保障先行示范区高质量发展。要充分发挥深圳律师的职能优势，在法治先行示范城市建设中勇担大任；要充分发挥深圳律师的

专业优势，在经济中心城市和现代化国际化大都市建设中主动作为；要充分发挥深圳律师的职业优势，在服务和保障民生中多办实事。

三是坚持改革创新，为律师行业高质量发展提供动力源泉。要探索律师制度和行业改革创新路径，要加强法律服务业业务创新，要推动律师事务所管理创新。

四是坚持底线思维，筑牢律师行业高质量发展安全基石。市、区司法局要坚持不懈地加强律师职业道德建设，要巩固律师行业专项治理工作成果，要完善律师收费制度，要强化建章立制，努力建设一支政治坚定、法律精通、维护正义、恪守诚信的高素质律师队伍。

五是坚持担当作为，助力深圳法治先行示范城市建设。实现深圳律师行业的高质量发展，律师行业主管部门要出实招办实事，要为律师行业发展提供政策支持，要持续优化律师执业环境；实现深圳律师行业的高质量发展，市律师协会要加强高质量建设，把服务律师作为律师协会工作的出发点和落脚点，牢固树立服务意识，加强自身建设；实现深圳律师行业的高质量发展，广大律师和律所要发挥深圳律师行业的主人翁精神，不断提升正规化、专业化、职业化水平，向全国唱响深圳律师好声音，塑造深圳律师良好的社会形象。

大道至简，实干为要。广大深圳律师要自觉掌握过硬专业本领，主动更新知识观念，系统贯彻新发展理念、提升高质量发展的能力和水平，全力推动深圳律师行业高质量发展，为建设中国特色社会主义先行示范区、创建社会主义现代化强国的城市范例作出新的更大贡献！

\* 该文为深圳市司法局党委书记、局长蒋小文在全市律师行业高质量发展大会上的讲话摘要。



印刷日期 2023年4月15日

编委会主任 张 斌  
 编委会成员 杨 道 章 成 赵东川  
 王 伟 罗振辉 曾 迈  
 胡宁可 黄远兵  
 主编 杨 道  
 执行主编 黄红珍 周 敏  
 栏目编辑 陈 伟 杨新发 颜宇丹  
 杨银笛 胡 聪 屈文静  
 刘伟健  
 责任编辑 伍春红  
 编辑 王 颖 杨馥瑜 张 伟  
 美术编辑 蔡永军  
 电话 0755-83025789  
 传真 0755-83025177  
 地址 深圳市福田区深南大道  
 4001号时代金融中心20楼  
 邮政编码 518048  
 电子信箱 shenzhenlawyers@163.com  
 印刷单位 深圳市彩霸美印刷有限公司

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



欢迎扫码  
关注“深圳律协”公众号

# 目录 CONTENTS

## 卷首语 | FOREWORD .....P1

01 奋力开创全市律师行业高质量发展新局面

## 特别报道 | SPECIAL REPORTS .....P4-10

04 凝心聚力同奋斗, 奋楫扬帆启新程  
---- 深圳市律师行业高质量发展大会圆满举办

## 热点 | HOTSPOT..... P11-21

11 企业民间借贷融资的合规治理——以预防非法吸收公众存款罪为例 / 闫波  
15 关于数字货币犯罪的大数据分析报告 / 黄云  
18 虚假陈述新司法解释实务浅析 / 赖冠能



P04



P38

## 论道 | DISCOVERY ..... P22-37

22 关于专利无效决定追溯力相关问题的研究 / 孙大勇  
26 未经决议的公司对外担保行为效力探讨 / 何广远  
30 浅议仲裁协议效力的扩张——以仲裁合意为视角 / 周原 杨斐  
34 法人股东注销后股东资格承继浅探 / 康慨

## 实务 | PRACTICE ..... P38-51

38 洗钱罪的认定及辩护要点 / 陈国庆  
42 建设工程施工合同纠纷办案指引 / 兰晓伟  
46 税务债权确认之诉中的纳税争议如何处理 / 吕宇杭  
50 刑事合规视域下企业腐败犯罪风险防控策略 / 范凌鹤

## 专题研究 | SPECIAL RESEARCH.....P52-63

52 网络消费者权益保护现状及相关法律规定、热点案例解读 / 周俊波  
56 网络购物维权日益增长的情况下经营者面临的法律问题 / 熊志敏  
58 高质量发展背景下涉及网络消费纠纷经营者主体界定的裁判规则 / 兰春林  
62 网络消费模式下消费者权益保护的法律问题 / 昌国徽

## 人物 | PEOPLE ..... P64-65

64 吕坚: 在法治大道上逐梦前行 / 周子龙

## 律协动态 | INFORMATION..... P66-68

## 凝心聚力同奋斗 奋楫扬帆启新程

# 深圳市律师行业 高质量发展大会圆满举办

新春伊始，广东省、深圳市相继召开高质量发展大会，吹响了扎实推进高质量发展的冲锋号。3月3日下午，由深圳市司法局主办、中共深圳市律师行业委员会及深圳市律师协会承办的深圳市律师行业高质量发展大会在深圳人大干部培训中心深圳厅举行。会议深入学习领会省、市高质量发展大会相关会议精神，回顾总结2022年深圳市律师行业发展情况，展望和谋划2023年深圳

律师行业发展重点。会上还发布了深圳律协系列法律服务操作指引，颁发“第四届深圳律师业务创新大赛”奖项，表彰深圳市首届“十佳公司律师”“十佳公职律师”。

深圳市委政法委，深圳市中级人民法院，深圳市人民检察院，深圳市公安局，各区司法局，大鹏新区政法办，深汕特别合作区党政办等相关单位代表应邀出席大会，我市律师所党组织负责人代表、律师所负

责人代表和港澳律师代表、公职、公司律师代表等参加现场大会，大会线上同步直播。大会由深圳市司法局党委委员、市律师行业党委专职书记曹海雷主持。



深圳市司法局党委委员、市律师行业党委专职书记曹海雷

### 举旗定向明思路，谋篇布局绘蓝图

深圳市司法局律师工作管理处处长刘伟东传达全省、全市高质量发展大会相关会议精神，要求全市律师行业认真学习贯彻省、市高质量发展大会精神，准确把握高质量发展的根本要求，奋力推进我市律师行业高质量发展实现新跨越、焕发新气象。

锚定全市律师行业高质量发展奋斗目标，刘伟东处长对2023年全市律师管理工作要点进行了部署。新的一年全市律师管理工作以“稳方向、促发展、强规范、重保障”为主线，高质量开展律师行业各项工作，不断推动律师行业迈上发展新台阶。

2023年全市律师工作将重点围绕“加强顶层设计，深化律师业制度建设；坚持创新引领，推进律师行业改革试点；促进涉外发展，提高涉外法律服务能级；提高公共质效，践行人民律师责任担当；强化合规管理，推动律师行业健康发展；优化执业环境，促进律师行业高质量发展；做好法考组织实施工作，确保安全平稳”七个方面做好工作。

### 砥砺前行担重任，踔厉奋发勇争先

截至今年2月，深圳全市律师所数量达到1191家，律师数量达2.2万人。律师行业保持高速、稳健发展态势，提升服务水平、服务“双区”建设，助力我市经济社会高质量发展。

深圳市律师协会会长张斌就如何推动深圳律师行业高质量发展作汇报发言。他表示，深圳市律师协会将紧扣高质量发展主题对全年重点工作作出动员部署，2023年，深圳律协将从十个方面做好工作，一是要发挥高质量发展战略规划的导向作用，落实好《深圳律

师行业“十四五”发展规划》和《理事会四年工作规划》等；二是要发挥“业务高质量发展促进”“行业数智化转型”两个主题年的聚焦作用；三是要发挥创新驱动的引擎作用，积极开展经典案例评选、技能大赛、雏鹰计划等专项创新活动；四是要提升会员服务质效，持续优化会员、实习业务办理，加强执业权利保障，密切联系并关爱律师会员；五是要强化自律担重责，不断加强政治建设、思想建设、组织建设、制度建设、作风建设、纪律建设，持续强化协会自身建设；六是要发挥好10个区工委、26个专门委、80个专业委的作用，促进“三大委员会”成为行业高质量发展的中坚力量；七是要打好“政策、品牌、争先创优、国际合作”四张王牌，激发行业活力；八是要协同湾区共合作，建立粤港澳大湾区法律服务的融合发展与合作机制；九是要积极组织开展公益法律服务，作出新时代人民律师事业的深圳律师示范；十是要主动融入中国特色社会主义先行示范区和粤港澳大湾区发展大局，以高品质法律服务保障“双区”高质量发展。

会上还发布了共计14部市律协系列法律业务操作指引，这是第十一届律协上任以来以“回归专业”





的理念，为全市律师行业凝结的一批实操性强、含金量高的专业成果；颁发第四届深圳律师业务创新大赛一、二、三等奖，并表彰深圳市首届“十佳公司律师”“十佳公职律师”，为全市律师行业发展注入创新活力并树立先进典型。

### 同频共振促发展，凝心聚力向未来

律师所负责人代表——广东华商律师事务所执委会主任曾铁山，律师所党组织书记代表——广东宝城律师事务所党总支书记曾常青，区司法局代表——福田区司法局党组书记、局长王显军分别作经验分享，共话共谋全市律师行业高质量发展。

曾铁山主任分享了华商所在成为全国性大所的发展历程中，持续推进规模化、专业化、国际化的相关

经验，并表达了在全面高质量发展的时代要求下，华商所朝着面向全国、对标全球的新型国际化示范所目标奋力迈进的坚定决心；曾常青书记介绍了宝城所的党建工作，致力充分发挥党组织政治引领作用、不断创新党建模式、以党建促所建，分享了“建团队、立规矩、促互融、树表率、严把关、创品牌、建阵地”的做法；王显军局长分享了福田区司法局在扎实推进福田区律师行业高质量发展的经验做法，并提出将从“制定政策、提供精准化服务、构建人才培育体系、推动业务水平提升、强化行业监督、创新开展基层公共法律服务”六个方面推动2023年福田律师行业高质量发展。

深圳市司法局党委书记、局长蒋小文同志作总结讲话，就如何推动深圳市律师行业高质量发展，她提出“坚持政治引领、坚持服务大局、坚持



深圳市司法局  
党委书记、局长蒋小文

改革创新、坚持底线思维、坚持担当作为”五点要求。她还强调，律师行业主管部门要出实招办实事，为律师行业发展提供政策支持，要持续优化律师执业环境，要健全维护

律师执业权利快速联动处置机制和常态化沟通协调机制；市律师协会要加强高质量建设，牢固树立服务意识，加强律师协会自身建设，规范和加强专门委员会、专业委员会建设；广大律师和律所要发挥深圳律师行业的主人翁精神，抢抓机遇、增强素质，不断提升正规化、专业化、职业化水平，向全国唱响深圳律师好声音，塑造深圳律师良好的社会形象。最后，她向全市律师发起号召，希望深圳市律师行业在全面学习贯彻党的二十大精神的热潮中，永葆“闯”的精神、“创”的劲头、“干”的作风，承前启后、继往开来，赓续深圳律师新篇章，再创深圳律师新辉煌，为建设中国特色社会主义先行示范区、创建社会主义现代化强国的城市范例作出新的更大贡献。



## 凝心聚力 推动深圳律师业高质量发展\*

○张斌 深圳市律师协会会长



在市局和律师行业党委的高度重视与大力支持下，我们如期举行高质量发展大会，汇聚深圳律师行业高质量发展的磅礴合力，共筑深圳律师行业高水平建设的强大基石。深圳律协将紧扣高质量发展主题对全年重点工作作出动员部署，进一步增强行业发展的责任感、使命感、紧迫感，跑起来、抢时间、争一流，在推进深圳律师行业高质量发展中坚决走在前列，勇当尖兵！

**推进深圳律师行业高质量发展，要发挥战略规划的导向作用。**我们要落实好《深圳律师行业“十四五”发展规划》与《理事会四年工作规划》，加快出台刑事、知识产权、合规、证券、涉外业务与中小律师事务所高质量发展三年行动计划，为全力推进深圳律师业高质量发展提供目标导向与工作导向。

**推进深圳律师行业高质量发展，要发挥“两个主题年”的聚焦作用。**去年我们的业务稳住了，业务总收入与2021年基本持平。今年确定为“业务高质量发展促进年”，全力促进行业业务增长，力争年增长达25%，把失去的时间追回来。我们还确定今年为“行业数智化转

型年”，加强市律协信息化系统的顶层架构设计，推进六个系统升级，积极融入深圳智慧法治建设。

**推进深圳律师行业高质量发展，要发挥创新驱动的引擎作用。**要不懈开展经典案例评选、技能大赛、雏鹰振飞计划、雄鹰展翅计划、业务创新与合作论坛、产品创新大赛、法律服务标准建设、业务指引研发、辩论赛、法律产品目录编制等专项创新活动，发挥创新驱动的引擎作用，带动深圳律师业高质量发展。

**推进深圳律师行业高质量发展，要服务会员走在前。**新的一年，我们要实现会员备案业务线上办，年度考核无纸化；实现实习变更业务“日结”；密切联系会员，做好律所联络工作人员与律所的定点联系；加强律师执业权利保障，加大制度维权力度，优化律师执业环境；关爱律师会员，建立会员心理疏导机制。

**推进深圳律师行业高质量发展，要强化自律担责。**我们要持续强化理事会、监事会和秘书处自身建设，强化律师协会行业自律管理职责，不断加强政治建设，坚定政治方向；不断加强组织建设，筑牢根基之本；不断加强思想建设，强化学习教育；不断加强作风建设，大兴务实之风；不断加强纪律建设，绷紧规矩之弦；不断加强制度建设，深化治理体系。

**推进深圳律师行业高质量发展，要三大机构挑大梁。**深圳律协10个区工作委员会、26个专门委员会、80个专业委员会在去年探索磨合下，各项工作机制已日趋完善，7200余名委员干劲十足，今年将持续加强各委员会工作规则与履职积分办法的制度保障作用，促进“三大委员会”成为行业高质量发展的中坚力量。

**推进深圳律师行业高质量发展，要四张王牌激活力。**一是打好政策牌，持续支持推动《深圳经济特区律师条例》

\*根据深圳市律师协会会长张斌在深圳市律师行业高质量发展大会上的发言整理。

修订和《关于促进深圳律师业高质量发展的意见》出台；二是打好品牌牌，提炼塑造深圳律师特质，通过多元化、宽领域的品牌宣传活动，合力打造深圳律师的整体品牌形象，提升深圳律师社会知名度、美誉度；三是打好争先创优牌，开展多个表彰项目，形成争先创优的行业氛围，评选表彰一批先进律师事务所和优秀律师，对内争先创优，对外展现深圳律师良好形象；四是打好国际合作牌，鼓励和推荐深圳涉外律师加入各国际律师组织，积极举办全国涉外律师法律服务论坛等国际活动，引进、培养一批全国涉外法律服务示范机构与国际一流律师事务所。

**推进深圳律师行业高质量发展，要协同湾区共合作。**建立湾区九市常态化的法律职业共同体良性互动机制和跨行业合作机制，开展粤港澳大湾区的深度合作。以粤港澳三地法律服务融合发展为支点推动粤港澳大湾区规则衔接。发挥深圳毗邻香港的优势，与香港律师业建立更紧密的战略合作关系，助力粤港澳大湾区规则衔接、机制对接。

**推进深圳律师行业高质量发展，要执业为民作示范。**

深圳律协7支律师志愿者队伍，超过万人次律师参与其中，他们义务开展公益法律服务十几万小时，服务群众30余万人。新的一年，将持续组织“五进”活动，深入到消费者、读者、学生、“疑难杂案”当事人、妇女儿童等群体，传递法律温度，将执业为民落到实处，作出新时代人民律师事业的深圳律师示范。

**推进深圳律师行业高质量发展，要服务中心为大局。**要主动融入中国特色社会主义先行示范区和粤港澳大湾区发展大局，积极参与全球影响力的经济中心城市和现代化国际化大都市创建，以高品质法律服务保障“双区”高质量发展。要积极做服务社会民生的常备军，要做中国特色社会主义法治先行示范城市建设的生力军，做法律服务枢纽城市建设的主力军，做中国律师制度和行业改革创新的先行军。

高质量有高标准，让我们更高站位谋划、更高标准推进、更高效落实，以更加昂扬的奋斗姿态开创深圳律师行业高质量发展新局面，以更加饱满的工作热情书写更多深圳律师事业的春天故事！

全面高质量发展，朝着面向全国、对标全球的新型国际化示范所目标奋力迈进。

**一、高质量发展，必须持续推进规模化，稳居全国前十**

从2019年开始规模化布局，短短3年时间，华商在16个省会城市、17个GDP万亿级城市设立分支机构，在粤港澳大湾区设立13家分支机构，境外办公室5家，与海外13个国家法律相关人员建立联系，形成较为完善的法律服务网络。根据ALB等机构的数据，截至2022年11月23日，华商所执业律师2205人，位居全国第13位，与第10名2404人仅差199人。2023年华商规模化发展的目标清晰明确，今年分别在杭州、青岛、合肥、南宁等地设立分所，确保执业律师人数规模挺进全国前10。同时，在未来一段时期内，华商仍将持续推进规模化，不但要冲进前10，还要稳居前10。

同时，我们仍将以深圳总部为核心，推动全国分所一体化融合发展，全面提质增效。截至2023年2月28日，华商在深圳执业律师总人数达1028人，成为深圳第一家千人律所。2023年还要实现总部单所人数突破1000人，全国执业律师达到3000人左右，打造5家以上“百人所、亿元所”分所样板工程，为深圳律所对外发展树立深圳品牌与深圳精神。

**二、高质量发展，必须持续推进专业化，打造强所地位**

华商始终贯彻“产业发展+业务研究+法律服务”三位一体的发展战略，是法律现代服务业及全产业链法律服务体系的实践者、促进者与建设者。华商现建立涵盖30多个领域的法律服务体系，编制23万字的《法律服务产品》，基本实现法律服务全覆盖，在政府法律服务、资本市场、破产重整、金融与不良资产、企业合规、涉外法律服务等业务领域具备核心竞争力，并创新布局区块链、数字经济、绿色低碳、海洋生物、基因工程与干细胞等新兴领域，取得了很好的效果。

新的发展时期，华商加强党建引领，推出“党支部建在专业委上”举措，且每个专业委的秘书长由党委指派，成为深圳律所党建和专业有机融合的创新实践者，以制度创新极大调动了党员律师，尤其是非党员律师均以“党建为纽带”投身专业建设的高度热情，一是锻炼了队伍，二是全面提升了律所的核心竞争力，三是保持了2022年

度在极端困难的情况下华商业绩仍然逆势增长。

2023年华商将持续推进专业化建设，夯实“律所团队化、团队公司化”基础，全员进团队、一主一辅明晰化，做强做实前沿法律服务领域；整合总分所资源，推出全国性法律服务产品，打造核心竞争力拳头产品，为国家深化改革创新和深圳双区发展贡献华商力量。

**三、高质量发展，必须持续推进国际化，树立中国律师影响力**

从设立全国第一家内地与香港联营所到牵头发起前海国际商事调解中心，从建立粤港澳大湾区律师执业中心，再到牵头发起河套商事调解中心，华商持续在国际化上发力。2023年，华商国际化发展路线坚定清晰：

（一）依托粤港澳大湾区，以深化与香港、澳门律师合作为桥头堡，挺进国际法律服务市场。截至2023年2月28日，已经在华商办理执业证的粤港澳大湾区律师达44人，正在办理的20人，2023年全年目标实现100人，达到第一批湾区律师总人数的1/4，吹响全球进军的华商号角。

（二）紧跟“一带一路”倡议，在完善国际化布局的同时，全面进军东南亚法律服务市场，在越南、泰国、印尼、菲律宾等国家设立分支机构。与此同时，在现有悉尼、多伦多、温哥华、西雅图办公室的基础上，加快筹建纽约、洛杉矶分所，成为真正意义上的国际性规模化大所。

（三）积极推进中外联营或中外合作律师事务所试点落地工作，将国际知名大所引进到深圳，真正扎根深圳，加强中外法律业务水平与技能的融合发展。

（四）加强涉外人才的引进和培养，持续推进华商涉外人才“春笋计划”，通过2年时间培养200名从事涉外业务的执业律师；打造好华商“涉外律师国际对话”“涉外律师会客厅”“中国-东盟涉外律师面对面”等项目，加强资源整合，拓展涉外法律业务的深度和广度，强化“中国律所在国际大型法律服务业务中的话语权”。

华商的发展，得益于时代赋予的机遇，更离不开各级司法行政机关和行业主管部门的关心以及社会各界的支持。我们将紧抓历史机遇，继续发扬务实创新精神，持续推进规模化、专业化、国际化，努力成为国际一流律师事务所，推动律所与行业新一轮高质量发展浪潮，共同擦亮“深圳律师”金字品牌！

## ▶▶ 律所高质量发展的 华商探索\*

○曾铁山 广东华商律师事务所执委会主任



秉承“讲政治、重专业、比奉献”的核心价值观，华商不懈探索律所高质量发展之路。截至2023年1月底，华商共有专业人员3000余人，执业律师2200余人，在国内外设立分支机构45家，成为全国性大所。华商律师每年承办案件超过2万件，已成为维护社会公平正义、服务经济社会发展、促进社会和谐进步的一支重要力量。

新的历史时期，华商已迈入更高的发展阶段和发展序列，将始终坚持“改革、发展、稳定”的发展理念，

\*根据广东华商律师事务所曾铁山主任在深圳市律师行业高质量发展大会上的发言整理。

## ▶ 把党建做成律所高质量发展的生产力\*

○曾常青 广东宝城律师事务所党总支书记



宝城所创建于1996年12月，现有执业律师175名。2004年3月成立党支部，2018年12月升格为党总支。目前，下设4个支部，共有党员78名。宝城所不断创新党建新模式，充分发挥党组织的政治引领作用，有效促进了律师队伍建设和业务拓展，多次被评为全国优秀律师事务所、全国律师行业先进党组织和广东省先进基层党组织等。党建成了宝城律所高质量发展的强大生产力。宝城在深圳本土律所中率先跨入律师人数“过百”、年收入“过亿”的规模律所行列。我们做法主要有七方面：

**一是建团队。**业务有团队，党务也要建团队。当初，我们只有一名书记或三名支委做党建。随着队伍的壮大，需要一大批党务工作者参与到律所党建中来。因此，我们首先加强总支班子和4个支部班子建设，将一批党建工作热情高、工作能力强、有一定号召力的党员合伙人选拔出来，组建一个20多人的党建工作团队，改变了原先律所党建工作是书记一人干的现状，形成党建团队化、专业化。

**二是立规矩。**在全市率先将党建工作写入律所《章程》和合伙协议，以制度化形式确立党组织在律所的政治地位；建立党支部与执行合伙人联席会议制度，赋予党组织对律所重大事项的决策权；《律师所党的建设规程》将党建融入律所日常管理、人才培养、文化建设的各

方面；律所《综合基金使用办法》明确预留党建工作经费30万/年，为党建提供经费保障。

**三是促互融。**把党建渗透至律所每项事务中，以年轻党员律师为中心开展各种趣味主题活动。业务培训与政治学习相融合；律所旅游与红色基地教育相关联；个人生日会与政治生日会相结合；趣味运动会、茶话会、读书会与党建联建相结合等。

**四是树表率。**总支书记、支部书记积极参加各类党建业务培训，“走出去”学先进，将先进党建理念植入我所。带头开展公益法律服务，引领全所律师参与抗疫、救灾、社区维稳等活动，带动党员律师在律所发挥先锋模范作用，增强律所人员对党建工作认同感。

**五是严把关。**吸纳合伙人、设立分所、修改章程等9项重大决策，需要党总支书记签字同意后才能上会，律所重要会议和重大决策必须邀请党组织负责人参与。

**六是创品牌。**创新律所党建品牌，成立“宝城红色娘子军”、打造书记精品党课、积极参加南山区律师行业党委“律匠书记工作室”的创建，使律所党建形成品牌效应。

**七是建阵地。**宝城所有2000多平米的办公场所，我们充分利用各功能室，打造了党建宣传长廊、律匠书记工作室、党员课室、党建书吧、组织生活馆等，营造良好的党建氛围，让律师们能够找到党组织、听到党组织的声音、看到党组织的动态信息。

接下来，我们将进一步发挥示范点的带动作用，在行业高质量发展的快车道上，守正创新。与高新园区党委开展党建共建，依托网红商圈党委，发挥律所专业优势，组织党员律师进入先进制造业园区开展法律服务，加强企业合规管理建设等，推动律所党建工作纵深发展，实现党建和业务的双向融合、同向聚合、同步发力，为我们律所、为全市律师行业的高质量发展贡献智慧和力量！

\*根据广东宝城律师事务所党总支曾常青书记在深圳市律师行业高质量发展大会上的发言整理。

## 企业民间借贷融资的合规治理

### 以预防非法吸收公众存款罪为例

○闫波\* 广东晟典律师事务所

公开数据显示，在2012—2021年期间，中国民营企业从1085.7万户增长到4457.5万户，在企业总量中的占比从79.4%提高到92.1%。据新华社报道，民营企业贡献了50%以上的税收，60%以上的国内生产总值，70%以上的技术创新成果，80%以上的城镇劳动就业。但随着非公有制经济朝气蓬勃的发展，民营企业刑事处遇的风险正在不断上升。据不完全统计，2020年，共有3063名企业家被提起公诉，其中2876名为民营企业企业家，民营企业企业家触犯频次最高的罪名是非法吸收公众存款罪，共计647次，占有犯罪的20.01%。<sup>①</sup>这表明经济犯罪风险仍然是民营企业及企业家面临的重要风险形态。本文拟以预防非法吸收公众存款罪为切入点，分析民营企业民间借贷融资中的合规治理重点。

#### 一、民营企业民间借贷融资的困境及触犯非法吸收公众存款罪的风险

##### (一) 民营企业借贷融资的现状

##### 1. 民营企业传统融资渠道的困境

民营企业常规的融资渠道为银行融资和互联网融

资，由于银行也是互联网融资资金的主要来源，故中小企业实际上还是通过银行的途径取得融资。金融机构顾虑中小企业稳定性差、风险性大、信誉能力不足的固有问题，一般只以抵押保证的形式开展信贷业务，而民营企业可以用来担保抵押的固定资产相对有限，使得民营企业很难从银行拿到融资。据有关统计，即使头部企业资金充裕，没有融资的需要，商业银行的资金还是主要流向资信优秀的头部企业，民营企业贷款只占到当今银行业贷款余额的25%，这与非公有制经济在国民生产总值中超过60%的比重严重不相匹配。

##### 2. 民营企业的民间融资渠道

民间经济主体对资金的需求与正规金融资金供给不足之间的矛盾，形成了民间金融的制度需求；而民间富余资金的投资需求以及民间金融同正规金融相比所具有的内在优势，构成了民间金融的制度供给。<sup>②</sup>相较于传统的融资渠道，民间金融具有融资手续简便、融资难度小、无须担保和放款周期快等特点，成为80%中小微企业生存的依靠，据有关机构测算，2014年我国民间融资的规模为7.26万亿元。网络的蓬勃发展推动着互联

\*闫波，广东晟典律师事务所合伙人，兼任深圳市人民检察院人民监督员、北海国际仲裁院仲裁员，第十一届深圳律协宣传委副主任，深圳电视台《第一现场》《直播深圳》《法治第一线》栏目特约评论员，主要执业领域为刑事辩护、公司刑事法律风险控制等。

①参见张远煌：《企业家刑事风险分析报告（2020）》，载《河南警察学院学报》第30卷第4期，2021年8月。

②参见王新：《民间融资的刑事法律风险界限》，载《当代法学》2021年第1期。

网金融的发展，网络与民间金融资本的结合催生了大量的一站式网络融资服务平台，如微粒贷、蚂蚁借呗、融金所、玖富网、宜人贷、e租宝等，到2019年2月，我国网贷平台的数量达到6555家。

### 3. 民营企业民间借贷融资的风险

融资平台的出现在一定程度上解决了民营企业融资困难的问题，但由于民间融资行为具有相当的社会性、公共性、传染性等特点，极易引发系统性的风险，影响金融秩序和社会秩序的稳定。融资型民间借贷的行为按照资金的用途、走向，可以划分为实体经济型融资和虚拟经济型融资。<sup>③</sup>实体经济型融资是指将所募集的资金用于企业合法的生产运营及商业活动，而虚拟经济型融资是指将资金用于货币、资本市场和金融市场的经营。但无论是实体经济型融资民间借贷还是虚拟经济型融资民间借贷都有可能侵害金融管理秩序，进而导致企业面临刑事处罚的风险。

#### （二）企业民间借贷融资行为触犯非法吸收公众存款罪的风险

##### 1. 非法吸收公众存款罪的背景及内涵

近年来非法集资案件频发，居民存款受到严重损失，金融秩序受到严重挑战，为妥善解决非法集资对金融秩序的风险，保护居民的合法权益，2020年12月26日，《刑法修正案（十一）》出台，对非法吸收公众存款罪进行了刑罚结构的优化调整。与修改前相比，本罪法定刑的调整主要体现在三方面：第一，将限额制罚金刑改为无限额制罚金，赋予法官更多的自由裁量权，进一步加大对非法集资犯罪的打击力度；第二，将提起公诉前的退赃退赔情节从酌定从宽量刑情节擢升为法定从宽量刑情节；第三，增设了“数额特别巨大或者有其他特别严重情节”的法定量刑情节，处十年以上有期徒刑，并处罚金。

非法吸收公众存款，是指违反国家金融管理法律规定，向社会公众（包括单位和个人）吸收存款的行为。根据《最高人民法院关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（以下简称《非法集资解释》）规定，成立非法吸收公众存款罪需要同时具备四个条件，第一，未经有关部门依法许可或者借用合法经营的形式吸收资金；第二，通过网络、媒体、推介会、传单、手

机信息等途径向社会公开宣传；第三，承诺在一定期限内以货币、实物、股权等方式还本付息或者给付回报；第四，向社会公众即社会不特定对象吸收资金。即成立非法吸收公众存款罪需满足非法性、公开性、利诱性、社会性。

##### 2. 非法吸收公众存款罪在实践中的争议

司法实践中，非法吸收公众存款罪的认定在公众存款的定义、集资对象的判断、资金用途三方面存在较大的分歧。其一，公众存款概念模糊，《非法集资解释》第1条：“违反国家金融管理法律规定，向社会公众（包括单位和个人）吸收资金的行为，同时具备下列四个条件的，除刑法另有规定的以外，应当认定为刑法第一百七十六条规定的‘非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款’……”使得司法实践将非法吸收公众存款罪的罪状表述中的“存款”理解成“资金”，可能扩大犯罪范围，使得企业正常的民间借贷融资行为稍有不慎就会触犯刑法。其二，集资对象认定标准存在差异，《非法集资解释》第1条第2款规定，未向社会公开宣传，在亲友或者单位内部针对特定对象吸收资金的，不属于非法吸收或者变相吸收公众存款；第3条规定，非法吸收或者变相吸收公众存款对象150人以上的应当依法追究刑事责任。

“亲友论”将企业向亲友、单位内部特定对象的融资行为设定为出罪条件，但是亲友关系的认定是实践中的棘手问题。“人数论”的标准能够缓解实践中亲友关系难以确定的问题，但是以数量作为入罪标准，扩大了本罪的入罪口径。其三，资金用途能否作为出罪标准存在争议，非法吸收公众存款如果是用于正常经营相比于用于其他途径危害性较轻，及时清退所吸收的资金可以免除刑事处罚，如果情节显著轻微危害不大的，不作为犯罪处理。

## 二、企业民间借贷融资的合规治理

### （一）民营企业营商司法环境的变化

党的十九大报告强调，要“激发和保护企业家精神，鼓励更多社会主体投身创新创业”“毫不动摇鼓励、支持、引导非公有制经济发展”“支持民营企业发展，激发各类市场主体活力”“加强对中小企业创新的支持”。2018年11月1日，习总书记在民营企业座谈会上强调，

要大力支持民营企业发展壮大，民营企业和民营企业家的刑事保护问题得到持续关注。最高人民检察院明确表示，要保护民营企业的合法权益，严禁以刑事手段介入经济纠纷，做到“少捕慎诉慎押”。《最高人民法院关于充分发挥司法职能作用助力中小微企业发展的指导意见》指出，坚决防止利用刑事手段干预中小微企业经济纠纷。

#### （二）防止民间借贷融资触犯非法吸收公众存款的合规治理方案

##### 1. 企业民间借贷融资合规治理的基本理论

公司治理风险的基本理论将公司面临的风险分为经营风险、财务管理风险、合规风险。与公司治理风险相对应，现代企业形成了三大公司治理结构：一是为规避经营风险所建立的公司治理结构，就是“业务治理结构”；二是为规避财务风险建立的公司治理结构，称为“财务治理结构”；三是企业为避免特定的合规风险，所建立的包括防范、识别、应对机制的管理体系或治理体系，即“合规治理结构”。<sup>④</sup>所谓企业合规，就是企业为判别、防备、监测、应对可能存在的合规风险所建立的全部公司治理体系。

非法吸收公众存款罪所保护的法益是金融管理秩序和投资者资金安全，企业应从非法吸收公众存款罪的非法性、公开性、利诱性、社会性四个要件入手识别、防备、监测、应对风险。“非法性”的表现为违反国家金融管理法律法规；“公开性”表现为主动向社会公众通过各种途径传播吸收资金的信息及明知吸收资金的信息向社会公众扩散而予以放任；民间借贷融资的目的是追求利益，属于正常商业经济活动的范畴之内，但如果利息、回报超出正常的范围，该行为就符合“利诱性”的特征；“社会性”是指企业向不特定的对象吸收资金，因亲友和单位人员身份的特殊性，其并不属于不特定的对象。

##### 2. 防止民间借贷融资触犯非法吸收公众存款罪的合规治理方案

虽然每个企业的规模、业务模式、组织结构、合规投入并不相同，但良好的企业合规治理体系却总是有着共通之处，这些共通之处就是企业合规治理体系的基本原则。第一，合规治理体系应根据企业的经营范围、组

织结构和业务规模等实际情况出发，兼顾成本与效率，提高合规管理的有效性，并随着企业业务的改变与外部环境的变化持续调整和改进合规管理体系；第二，企业合规治理体系应覆盖企业经营活动全业务领域、各部门、各层级子经营者、分支机构和全体员工，贯穿决策、执行、监督、反馈等各个环节，体现于决策机制、内部控制、业务流程等各个方面；第三，企业合规治理体系应有内部监督与外部制约机制，保持组织机构设置、制度设计、汇报路径等方面的独立性，合规部门及合规人员承担的其他职责不应与合规职责产生利益冲突；第四，企业合规治理体系应涵盖法律风险防范、监察、审计、内控、风险管理等工作的统筹和衔接，确保合规治理体系有效运行。

##### （1）建立风险识别合规治理体系

企业应根据非法吸收公众存款罪非法性、公开性、利诱性、社会性的构罪要件，建立识别非法吸收公众存款罪的风险合规治理体系。风险识别的基础是合规义务的梳理和辨别，具体为识别企业业务活动、产品和服务等触及非法性、公开性、利诱性、社会性的风险。企业应当配备专门的机构和人员，按照合规治理体系确定的方法，落实风险识别合规治理制度，遵照识别合规流程，形成识别合规风险的文件化信息。企业还需安排人员对识别出的合规风险进行评估和分级，根据风险发生概率和影响程度，确定风险等级和优先管理顺序，并将这些排序、分级的合规风险与业务活动、产品和服务相关联，确保合规风险评估和分级与管理措施更新相结合。

##### （2）建立风险监测合规治理体系

企业在经营过程中面临的风险并非一成不变，其随着刑事规定、刑事政策的变动、企业经营活动的变化甚至是企业员工个人行为的影响而变化。企业需通过订立和实施日常监测机制来建立风险监测合规治理体系，推动合规治理体系持续改进。风险日常监测机制包括日常监测合规风险的机构、方法、措施、频率、信息来源、结果运用、操作流程等，企业依据自身特点明确监控的重点人员、重点岗位和重点环节。日常的监测措施包括监控计划、预警指标、合规审计、管理层合规评审、合规调查等。企业应当安排员工重点监测非法集资罪刑事

<sup>③</sup>参见盛浩：《融资型民间借贷的刑法规制界限——从非法吸收公众存款罪切入》，载《天水行政学院学报》2019年第4期。

<sup>④</sup>参见陈瑞华《企业合规的基本问题》，载《中国法律评论》2020年第1期。

政策的变动，一并监测企业新制度的落地情况、新业务的开展情况、新产品的风险情况、新市场的开拓情况等重点领域，形成监测的文件化信息。风险监测合规治理体系是企业合规治理体系重要的组成部分。

### (3) 建立风险报告机制及持续改进机制

风险报告机制是企业经营者及时作出决策及持续改进企业合规治理体系的重要依据，企业应当建立风险报告机制，配备专门人员，定期制作真实、客观、全面的合规报告并根据风险报告机制的制度和流程向经营者直接提交合规报告，以使经营者及时审视合规报告并作出经营决策或改善企业合规治理体系。企业还应当建立持续改进机制，任何合规治理体系均有其时限性，良好的合规治理体系应随着企业的发展而更新迭代。企业具体可通过对员工不合规行为进行整改和问责，开展合规培训与交流，关注培育合规文化，指定人员跟踪和评估合规风险变化，分析管控措施与合规管理目标偏离的原因，定期或不定期对持续改进机制有效性进行评审等措施建立持续改进机制，以确保合规治理体系与企业的发展相适应。

### (4) 建立风险应对合规治理体系

风险应对合规治理体系是指企业根据风险评估和分级结果，设置风险应对责任人、应对措施、应对流程，记录与沟通机制、监督与检查机制，以及针对突发合规事件的应对预案。建立企业风险应对合规治理体系具体的措施包括配备风险应对人员，落实应对措施，实施应对流程或应对预案，形成合规风险应对的文件化信息，对合规风险应对机制有效性进行定期或不定期评审等。在涉及非法吸收公众存款罪及其他类型的刑事案件中，往往律师介入的时间越早，取得的辩护效果越好。故企业在建立风险应对合规治理体系时，可考虑聘请律师常态化介入合规治理体系，以第一时间应对处理刑事危机。

### (5) 建立企业合规治理文化

企业的经营者对建立企业合规治理的文化负有重要责任，往往企业家越重视企业合规治理，企业的合规治理文化就越浓厚，合规风险就越小。企业合规治理文化由企业员工对不合规行为的反应、企业行为习惯的改变、客户对企业合规形象的印象等组成。企业可通过经营者和管理层率先作出合规承诺的表率，要求各层级员工均

作出合规承诺，对员工的合规职责进行绩效考核，定期开展合规知识和观念的宣传和培训，合规政策的传达与学习等具体措施建立企业合规治理文化。

### 3. 企业完整合规治理体系示例

完整的企业合规治理体系包括三个部分。

第一部分是建立参与人员企业合规治理体系。首先，明确党委、纪委的合规管理职责以及董事会、监事会及经理层的合规职责。其次，建立合规综合、专项、参与管理部门组成的“三位一体”的合规部门管理模式。合规综合管理部门负责建立、推动并持续完善合规管理体系；合规专项管理部门负责合规审核、合规检查、违规查处、合规评价、合规考核等专项管理工作；合规参与管理部门负责各自业务相关的合规管理工作。合规综合管理部门下辖法律合规部是合规治理的主要部门，承担风险识别、分析、防备、应对责任。董（监）办、发展规划部、人力资源部、纪委监察部、物资设备管理部、投融资管理部、公司办公室、工会等是合规专项管理部门，分别履行各自的合规管理职责。企业所有的业务部门和分支机构均为合规参与管理部门，履行执行合规管理制度的合规管理职责。最后，建立全体员工的合规职责手册，明确全体员工的合规职责。

第二部分是建立企业合规管理内容。企业建立合规风险管理机制，合规咨询与审核机制，合规检查机制，违规举报、调查与问责机制、合规评价与考核机制、合规管理报告机制。

第三部分是建立合规管理保障体制。企业建立机构、人员、经费保障机制，合规培训机制，合规信息库管理机制，合规激励约束机制。

### 三、结语

民间借贷融资满足了民营企业融资的多元化需求，在一定程度上缓解了民营企业对经营资金需求的压力。但由于非法吸收公众存款罪的法律规定，存在抽象性和高度概括性的特点，致使民间借贷的刑事法律风险界限并不明晰。因此，建立风险合规治理体系，防止因触犯刑事风险而遭受灭顶之灾是企业必须承担的责任。同时，司法机关也要认识到刑法在规制民间借贷融资时应处于最后的监管位置，防止扩大刑事打击的边界，这是刑法谦抑原则在监管民间借贷融资中的应有之义。

# 关于 数字货币犯罪的大数据分析报告

○黄云\* 北京金诚同达（深圳）律师事务所

## 一、虚拟币犯罪的发生和载体

数字货币（或称“虚拟币”）的监管问题，对世界各国来说一直都是亟需解决的难题，对数字货币采取彻底拒绝或全盘接纳态度的国家均属罕见。我国对数字货币采取较为严厉的监管措施，对数字货币可能产生的社会经济风险一直较为警惕。有学者认为 90% 以上的数字货币项目均存在问题，并且在高额经济利益的刺激之下，盗窃、诈骗、敲诈勒索等违法犯罪活动层出不穷。

自 2013 年中国人民银行等五部委发布《关于防范比特币风险的通知》至 2017 年中国人民银行等部门发布《关于防范代币发行融资风险的公告》，直至 2019 年多地监管机构对数字代币“重拳出击”，可见国家对数字代币的监管一直持较严的立场。2020 年 10 月《中国人民银行法（修订草案征求意见稿）》第 22 条更是明确规定：“任何单位和个人不得制作、发售代币票券和数字代币，以代替人民币在市场上流通。”

但上述“通知”“公告”中并未完全禁止个人对数字货币的持有和交易，仅对非法持有、纳税等涉及犯罪的情况进行了规定，可见我国在数字货币的监管制度上

亟待完善。

不仅如此，虚拟币同时有着信息化高、流通度高、交易隐蔽等特点，这让虚拟币极易成为“毒品买卖”“洗钱”等违法犯罪的载体，行为人凭着对虚拟货币监管的错误认知和侥幸心理，铤而走险走上犯罪的道路。

虚拟币犯罪的发生，不同地区存在差异。数量排名前五的省份分别为浙江、广东、湖南、河南、江苏，其中浙江省不仅高居首位，且与后几名有明显差距。从 2018 年起，涉及虚拟币的案件数量呈现指数型飞速上涨，未来一段时间，虚拟币犯罪可能成为社会关注度极高的犯罪类型。

## 二、虚拟币可能涉及的罪名

涉及虚拟币的诉讼案件以民事纠纷为主，而刑事案件中很大一部分涉嫌诈骗，并最终以诈骗罪结案，占比近 50%。此外涉嫌“非法吸收公众存款罪”“帮助信息网络犯罪活动罪”“集资诈骗罪”分别占比 23%、13%、8%，同时“盗窃罪”“洗钱罪”“组织传销罪”等罪名也频频出现在涉虚拟币的审判案例当中。

\*黄云，北京金诚同达（深圳）律师事务所高级合伙人，任第十届、第十一届深圳律协刑事诉讼法律专业委员会主任、深圳大学法学院校外硕士生导师、广东省法律援助局法律援助案件质量评估专家等，擅长商事犯罪、职务犯罪、金融证券、私募基金、毒品犯罪及刑民交叉等领域，著《有效的辩护》。

### 三、罪名对比

#### （一）非吸与传销

在虚拟货币犯罪中，大量存在虚构事实、谎称“高额回报”的情况，以此吸引社会投资，涉嫌非法吸收公众存款（即“非吸”）。而根据虚拟货币的自身的特殊属性（挖矿奖励、比例释放），其中又出现为拉拢新投资者获得奖励的制度，涉嫌非法传销。由此产生了非法吸收公众存款罪和非法传销罪之间的争议。

对此，审判数据显示：单纯拉拢新用户，形成下线并获得奖励的行为（包括多层、不同级别下线的情况），不会被认定为非法传销罪[参考案号(2020)川3401刑初73号刑事判决书]，且法院认为：非法传销罪需要在推广中形成明确的上下级领导关系，这种领导关系不体现在虚拟货币的奖励层级上，而是体现在现实中的控制、分工等事实上[参考案号(2019)湘01刑终1619号刑事判决书]。

#### （二）非吸与集资诈骗

非吸与集资诈骗主要区别在于是否采取虚构事实、隐瞒真相的方式，以及主观是否具有非法占有的目的等。在虚拟货币犯罪中，该两罪的区别主要体现在以下几点：

1. 行为人是否明知被害人资金不会进入交易市场。大数据分析得出，资金正常进入交易市场的情况，都以非法吸收公众存款罪定罪，在此种情况下，虽然被害人的亏损转而进入其他投资者（包含行为人）的口袋，但行为都是通过正常的交易市场实现。反之，如果资金没有进入交易市场真实参与投资的，则可能构成集资诈骗罪。

2. 行为人是否有后台操纵交易的情况。这种情况下，即使被害人资金全部进入了交易市场，但交易市场实际上为行为人虚构或可由其后台操作（利用后台资金进行价值控制的行为），则符合诈骗罪的构成要件，构成集资诈骗罪[参考案号(2020)粤刑终623号、(2020)粤刑终1366号刑事判决书]。

3. 行为人是否存在资金截留的情况，即被害人的资金没有完全进入交易市场。在实际案例中，行为人在虚拟货币交易后台以分批次（按比例）释放的手段，截留被害人资金，其行为的表现形式包括服务器维护、系统提现困难等方式，导致虚拟货币根本无法达到预期利润，甚至出现暴跌的情况。

行为人出现以上三种情况的，将按照集资诈骗罪定罪。

4. 集资诈骗与非吸中的特殊情况。虚拟货币是区块链

技术的产生的特殊数字编码，而虚拟货币犯罪的必要载体是虚拟货币交易平台，部分虚拟货币犯罪的情况为区块链技术和构建虚拟货币的核心价值来源于国外，而虚拟货币交易平台搭载在中国，出现中外企业合作共同推广一种虚拟货币的情况。因此，在虚拟货币犯罪的实际案例中会存在“投资行为-外国公司-实际公司”的三方法律关系，即实际诈骗行为来源于外国公司，国内企业吸收存款后充当“替罪羊”的情况。该类案件中，虽然满足集资诈骗的构成要件，但国内公司往往只认定构成非法吸收公众存款罪，除非国内企业的知情和获利达到一定程度，也有被认定为集资诈骗罪的可能。

#### （三）诈骗、集资诈骗与合同诈骗

根据诈骗行为方式不同，虚拟货币诈骗分为诈骗罪、集资诈骗罪和合同诈骗罪。这三种情况都属于严重的欺诈行为，在虚拟币层面，这三种犯罪的呈现方式也有不同。

诈骗罪一般体现为影响被害人的投资行为。首先行为人将自己包装成“投资老师”“币圈精英”等，拉拢被害人并获得信任后，频繁引诱被害人以非常规操作平仓、加仓，导致爆仓的情况，从中赚取被害人资金买卖手续费及亏损提成等。

集资诈骗一般体现为行为人直接控制被害人的资金，在此情况下，行为人往往在被害人资金进入交易市场前，已经完成了对被害人资金的占有。

合同诈骗一般体现为行为人声称“代买、代投资、代操作”的受委托身份，以了解内部讯息、挖矿比例、释放比例更高等话术，与被害人签订买卖或委托合同，代为投资虚拟货币而最终无法抵偿的情况[参考案号(2020)粤0303刑初137号刑事判决书]。

#### （四）盗窃罪与破坏计算机信息系统罪

对于盗取虚拟货币的行为，学者对于构成盗窃罪抑或破坏计算机信息系统罪之间尚无明确的定论。在实务案例中，这两种罪名均有出现，按照“盗窃信用卡并取现，应定盗窃罪，而不是信用卡诈骗罪”的类比，利用虚拟货币账户漏洞盗取虚拟货币的，应当认定为盗窃罪。但由于虚拟货币的特殊属性（区块链技术产生的特殊数字编码），国家并不认可虚拟货币的交易价值等情况，根据其性质认定破坏计算机信息系统罪似乎更加合理。到目前为止，这一争议依旧还没有结论。

而之所以产生性质认定上的差异，主要是因为不同

法院对数字货币的法律属性的认定存在差异。一方面特别强调行为人“修改账户数据”层面，另一方面则重点关注数字货币的财产价值属性。

### 四、虚拟货币犯罪辩护要点

#### （一）虚拟货币犯罪的主、从犯论

根据大数据分析结果，虚拟货币犯罪的主、从犯会根据非法收入份额、操盘情况和层级、对外公示情况、银行流水、被害人陈述等方面展开，但主要根据其在犯罪中的获利来划分，影响力和层级则为次要因素。在犯罪中行为人只“露面”（包括线上线下一）次，甚至没有明确证据指向其组织参与了虚拟货币宣传的，也将因无法解释其账目中出现的巨额收入，被认定为案件主犯[参考案号(2020)粤刑终623号刑事判决书]。在犯罪中宣传虚拟货币投资、经手每笔交易的，只要是没有额外获利，被认定为从犯，甚至可以获得缓刑，参考案号(2019)浙0382刑初1155号、(2020)豫0105刑初408号。由此，认定主、从犯应当从其实际获利情况，分析判断其犯罪严重性，而不是分析其实际犯罪地位。

#### （二）被害人受害的疑问

在诈骗罪中，被害人对其手中的资金有足够的支配地位。行为人自称“投资老师”“币圈精英”的身份，是否足以使被害人放弃对手中资金的占有，如果行为人按正常方式建议被害人进行投资，但实际上由于被害人操作不当而产生亏损的情况，是否也应当认定为诈骗罪的既遂，则需根据行为人的盈利模式、建议方式、影响程度、是否宣称包赚包赔入手等因素，将行为人的诈骗行为与被害人的损失之间划分开来。

#### （三）犯罪金额认定问题

犯罪金额的认定是虚拟货币犯罪中的争议热点和难点。一般有两种计算方式，一为以所有报案被害人和实际受损人的全部损失相加得到的结果，为全部犯罪金额，这样的计算方式非常复杂，且无法准确地计算出全部损失。二为直接计算所有的非法犯罪所得（即这段时间内公司的全部入账情况）作为全部犯罪金额，但在非吸类犯罪中，可能出现公司或个人并没有获利，净赚为0的情况，也无法计算出全部的犯罪金额。

为避免这两种情况，检察机关往往会根据多角度切入的方式，通过收集大量证据，从多个层面计算犯罪违

法所得，以此得出的犯罪金额结论也给了辩护律师一定的辩护空间。例如在诈骗案件中，被害人因自己操作产生的亏损是否应当去除、部分盈利部分是否应当从犯罪份额中去除，以及数字货币交易的保存、记录与汇总等，辩护律师均可从中着手减轻行为人犯罪金额的认定。

#### （四）单纯替他人“炒币”的行为

虚拟货币经营公司往往会以多种形式展开业务，对于单纯替他人“炒币”获取报酬的行为，只要没有许诺和扩大预期利润、包赚包赔等说辞，一般不以虚拟货币犯罪论处，情节特别严重的，可能会构成非法经营罪。单纯替他人“炒币”的行为与诈骗罪中为他人提供建议的行为有竞合或相似的地方，其中若有重合的盈利或违法所得，应当予以排除。

### 五、法院态度

（一）虚拟货币不属于刑法保护的“公司财物”，但属于刑法保护的财物范围

“EOS币是一种网络虚拟财产，是互联网的产物，依托于互联网而存在，虽然我国不承认其货币属性，认为其不具有法偿性与强制性，不是真正意义上的货币，但其交易作为一种互联网上的商品买卖行为，普通民众在自担风险的前提下拥有参与自由，且其具有可兑换性，在互联网交易平台上能够兑换成实际的货币，故其应当属于刑法保护的财物范围。”——(2020)陕03刑终96号刑事判决书。

（二）虚拟货币为争议标的的案件，以虚拟货币平台或虚拟货币交易行为违法而抗辩的，法院不予支持

“代币本身具有价值，且代币平台每天都会公布交易价格，故原审以犯罪时涉案以太坊币、EOS币的交易价格认定本案的犯罪金额并无不当。”——(2020)陕03刑终96号刑事判决书。

### 六、总结

数字货币的复杂风险仍需要强有力的预防与治理措施，但由于数字货币的技术与业务持续处于复杂的变化发展进程之中，对于检察机关、司法机关、辩护律师都是严峻的挑战。区块链法治与政策背后所蕴含的国家战略思维与风险防控需求不断提升，同样会对数字货币的监管造成持续的影响，未来一段时间，虚拟货币法律风险将成为国家金融体系犯罪下的一大重点。

2022年1月21日，最高人民法院发布《关于审理证券市场虚假陈述侵权民事赔偿案件的若干规定》（下称“新规”），全面取代了2003年《关于审理证券市场因虚假陈述引发的民事赔偿案件的若干规定》（下称“原司法解释”）。新规发布后不久，笔者受投服中心指派代理的东方金钰虚假陈述一案一审宣判，有幸成为适用新规裁判的首案。新规亮点颇多，下文笔者不揣浅漏，试对新规作一些粗浅解读。

### 一、适用范围扩大

（一）协议转让、大宗交易、非公开发行均可适用  
原司法解释明确排除协议转让方式的适用，至于非公开发行，现有生效案例亦将股票的非公开发行排除出适用范围（中车公司诉保千里案）。其理由为司法解释规范的是证券市场采取电脑主机撮合、集中竞价的“非面对面”交易方式，包括公开发行和二级市场集中竞价交易，至于协议转让、非公开发行等属于“面对面”交易，

应通过违约之诉或传统侵权诉讼解决。

新规并未将协议转让、大宗交易及非公开发行排除在适用范围之外。最高人民法院林文学法官等发表的《关于审理证券市场虚假陈述侵权民事赔偿案件的若干规定》的理解与适用》（下文简称《理解与适用》）一文，明确表示非公开发行及协议转让均可适用新规进行审理。

（二）明确四板市场可参照适用，但实务中恐难实行

原司法解释适用的证券市场范围仅指国家批准设立的证券市场（包括证券交易所和“新三板”）。新规在此基础上，又增加了区域性股权市场（俗称“四板”）可参照适用的规定，但结合新规第26、27与28条可知，投资者损失的计算规则采用的是集中竞价模型，而四板市场目前仅可通过协议转让的方式进行交易，且几乎没有流动性，现实中必然产生损失难以定价的结果，另外区域性股权市场的信息披露制度尚不完善，难以适用虚假陈述模型进行审理。该规定目前来看仅有宣示意义，

实务中或将长期处于休眠状态。截至目前，尚无四板市场虚假陈述判决案例。

### 二、取消前置程序

在审理证券虚假陈述诉讼中，原司法解释规定了前置程序，即以行政处罚或生效刑事判决作为法院受案前提。该规定为防止滥诉，减轻原告举证责任起到了一定作用，但也大大增加了投资者的维权门槛和权利实现周期，取消前置程序的呼声越来越强烈。2015年，最高院曾在一份讲话文件中提到要取消前置程序，但多有反复、终未执行。2020年7月，最高院发布《全国法院审理债券纠纷案件座谈会纪要》，取消了证券虚假陈述案件的前置程序。直至新规出台，才最终明确规定全面取消前置程序。

在前置程序取消后，投资者起诉立案的门槛将大为降低，虚假陈述案件大大增加，如笔者代理的罗顿发展和跨境通虚假陈述案，均系未经前置程序而终获受理，但目前法院对于无前置程序的虚假陈述案件仍持相当谨慎的态度，鲜有原告获胜案例。

### 三、明确重大性的认定标准

新规实施前，普遍认为重大性的问题已通过前置程序予以解决，多数法院认为只要有行政处罚，就可认定虚假陈述具有重大性。在新规取消前置程序后，法院必须就虚假陈述是否具有重大性问题作出认定，重大性问题必将成为原被告双方争辩的焦点。根据新规第10条第1款，以下情形应当认定具有重大性：（1）属于证券法或证券监管部门规定的重大事件的；（2）相关证券的交易价格或者交易量产生明显变化的。同时第2款规定确定了交易价格和交易量的变化才是判断是否具备重大性的核心标准。即便属于规定的重大事件范围，若不满足该标准，也不构成重大性；反之，只要满足该标准，即便不属于规定的事件范围，亦可认定具有重大性。

### 四、明确区分交易因果关系与损失因果关系

交易因果关系是指虚假陈述行为影响了投资者的交易决定（即合理信赖），损失因果关系是指投资者的损失结果是由欺诈行为所导致。但投资者的损失往往是多因一果的，在传统侵权理论下，投资者想要证明其损失与虚假陈述之间存在因果关系是极其困难的。为此，

原司法解释在借鉴欺诈市场理论及信赖推定原则的基础上，对因果关系进行推定认定，即推定投资者是因信赖虚假陈述行为才进行了投资，只要投资者能证明其所投资证券的价格受到虚假陈述的影响，即可认定投资人的损失与虚假陈述行为之间存在因果关系，从而简化因果关系的认定。因此，原司法解释并未对交易因果关系和损失因果关系进行明确区分，但在司法实践中，交易因果关系多次被法院援引裁判。

新规明确区分了交易因果关系与损失因果关系。第11条规定了交易因果关系的推定规则，原告在虚假陈述实施日之后、揭示日之前实施了相应的交易行为，即推定交易因果关系成立。同时第12条确立了推翻交易因果关系的规则，被告能证明原告的交易行为实际并未受到虚假陈述影响的，如原告的交易行为受到上市公司的收购、重大资产重组等其他重大事件的影响，不成立交易因果关系。

新规第31条规定了损失因果关系，其中第2款丰富了损失因果关系的排除认定情形，除了系统风险（新规的表述改为“证券市场的风险”）外，还包括他人操纵市场、证券市场特定事件的过度反应、上市公司内外部经营环境等其他因素。这对上市公司等被告来说无疑是重大利好，今后原、被告对于损失因果关系的交锋也将更为激烈。

### 五、增加诱空型虚假陈述

由于虚假陈述案件大多是诱多型，囿于当时的立法技术等原因，原司法解释仅依据诱多型虚假陈述模型制定，未规定诱空型虚假陈述该如何索赔，而诱空型虚假陈述的交易方向与诱多型完全相反，投资者依据原司法解释对诱空型虚假陈述起诉索赔，无异于按图索骥，南辕北辙。

新规填补了这一立法空白，原告对诱空型虚假陈述提起诉讼终于有法可依。第11条第3项规定了诱空型虚假陈述案件的索赔范围，即原告在虚假陈述实施日之后、揭示日之前卖出相关证券，第28条进一步规定了诱空型虚假陈述的投资差额损失计算方法。

### 六、增加预测性信息安全港规则

新规第6条增加了预测性信息安全港制度，旨在鼓

## 虚假陈述新司法解释实务浅析

○赖冠能\* 北京市隆安（深圳）律师事务所

\* 赖冠能，北京市隆安（深圳）律师事务所高级合伙人，第十一届深圳律协证券法专业委员会主任，中证中小投资者服务中心公益律师，深圳法学会证券法学研究会理事，擅长证券、基金和破产重整业务。

励发行人自愿披露信息，防止民事责任的寒蝉效应。根据该条，原告以信息披露文件中的盈利预测、发展规划等预测性信息与实际经营情况存在重大差异为由主张发行人实施虚假陈述的，人民法院不予支持。并同时规定了不适用“安全港”制度的三种例外情形：（1）信息披露文件未对影响该预测实现的重要因素进行充分风险提示的；（2）预测性信息所依据的基本假设、选用的会计政策等编制基础明显不合理的；（3）预测性信息所依据的前提发生重大变化时，未及时履行更正义务的。

该规定是新规中唯一一条推定被告无责、须由原告反证的规则，对原告律师的举证能力以及对财务会计知识和监管规则的掌握提出了更高的要求，诉辩双方对于该类案件的争辩将会异常激烈。

### 七、对“三日一价”的认定进行了调整和细化

根据新规第7条，实施日是指信息披露义务人作出虚假陈述或者发生虚假陈述之日，同时规定了不同情形下的认定规则，例如，信息披露义务人通过召开业绩说明会或接受新闻媒体采访等方式实施虚假陈述的，以该虚假陈述的内容在具有全国性影响的媒体上首次公布之日为实施日。

对于揭露日，原司法解释规定的是“虚假陈述在全国范围发行或者播放的报刊、电台、电视台等媒体上，首次被公开揭露之日”，新规第8条将“全国范围发行或播报的媒体”改为“具有全国影响性的媒体”，并特别明确了行业知名的自媒体报道也可用以认定揭露日。在此前的案例中，仅康美药业案将自媒体报道日认定为揭露日。第8条还规定，应通过根据公开交易市场对相关信息的反应等证据来判断虚假信息是否被投资者所知悉；在无反证的情况下，立案调查公告日和自律管理措施公布日可直接推定为揭露日；信息披露义务人实施多个相互独立的虚假陈述的，应当分别认定其揭露日。

新规对于基准日的确定规则进行了调整，以揭示日起证券集中交易累计成交量达到可流通部分100%之日为基准日，但若在10个交易日内达到100%，则以第10个交易日为基准日；若30个交易日内未到达100%，则以第30个交易日为基准日。结合我国上市公司股票的流通情况，新规将基准日缩短在最多30个交易日之内，总体上缩短了基准日的认定期限。

基准价的计算方法与之前一致，即虚假陈述揭露日或更正日起至基准日期间每个交易日收盘价的平均价格，同时又规定若无法据此确定基准价的，可参考专家意见进行确定。

### 八、全面细化和完善了过错的认定规则

根据新《证券法》第85条及第163条，发行人、上市公司的虚假陈述责任属于无过错责任，对控股股东、实际控制人、董监高等责任人员、承销保荐机构、证券服务机构规定的是过错推定责任。其中，控股股东、实际控制人的过错推定责任属于首次规定。

#### （一）虚假陈述中的过错

根据新规第13条，虚假陈述中的过错分为两种情形：（1）行为人故意制作、出具存在虚假陈述的信息披露文件，或者明知信息披露文件存在虚假陈述而不予指明、予以发布；（2）行为人严重违反注意义务，对信息披露文件中虚假陈述的形成或者发布存在过失。

第一种过错为故意，自无须多言。第二种情形中的过失到底是指重大过失，还是包含一般过失和轻微过失呢？学术界和实务界对此存在较大疑惑。对此，《理解与适用》一文明确指出此处的过失属重大过失，不含一般过失和轻微过失。

#### （二）董监高等内部人的过错认定

新规第14条、15条规定了发行人董监高等内部人过错的审查方法，该等人士主张没有过错的，人民法院应当根据其工作岗位和职责、在信息披露资料的形成和发布等活动中所起的作用、取得和了解相关信息的渠道、为核验相关信息所采取的措施等实际情况进行审查认定。董监高应提供其勤勉尽责的相应证据，仅以消极抗辩理由（不从事日常经营管理、无相关职业背景和专业背景、相信证券服务机构出具的专业意见等）不能作为免责事由。

#### （三）增加独董的免责事由，避免寒蝉效应

在康美药业一案中，5位独董承担上亿元连带赔偿责任问题引发社会热议，并引起了一波独董辞职潮，引发了所谓的“寒蝉效应”。对此，新规专门增加了独董的免责事由，外部监事和职工监事参照适用（同理，外部董事同样亦可适用）。新规第16条第1款规定了独立董事免责的数种情形，包括对不属于自身专业领域的

相关具体问题，借助会计、法律等专门职业的帮助仍然未能发现问题；在揭露日或更正日之前发现虚假陈述后及时向发行人提出异议并监督整改或者向证券交易场所、监管部门书面报告；在独立意见中对虚假陈述事项发表保留意见、反对意见或者无法表示意见并说明具体理由；因发行人拒绝、阻碍其履行职责，导致无法对相关信息披露文件是否存在虚假陈述作出判断，并及时向证券交易场所、监管部门书面报告。

#### （四）中介机构的过错认定

对于承销保荐机构的过错认定，应结合其尽职调查、工作底稿、内部审核意见等材料进行判断。对于信披文件中没有证券服务机构专业意见支持的重要内容，承销保荐机构必须经过审慎尽职调查和独立判断，并做到有合理理由相信该部分内容与真实情况相符，方可免责；对于信披文件中证券服务机构出具专业意见的重要内容，经过审慎核查和必要的调查、复核，并做到有合理理由排除了职业怀疑并形成合理信赖，可以免责。

对于审计、法律、评估等证券服务机构的过错认定，新规规定应依据相关法律法规、参考行业执业规范，结合工作底稿等相关证据予以认定，并明确证券服务机构的责任仅限于其工作范围和专业领域，对于非自身专业领域、需要依赖其他中介机构的基础工作或专业意见导致的虚假陈述，证券服务机构对其对所依赖的基础工作或者专业意见经过审慎核查和必要的调查、复核，排除了职业怀疑并形成合理信赖，应当认定其没有过错。第19条还专门规定了审计机构的免责情形。

### 九、细化了责任主体，强调“追首恶”

（一）压实“首恶”主体责任，发行人承担责任后可向控股股东、实控人追偿

新规第20条规定，对于发行人的控股股东、实际控制人组织、指使发行人实施虚假陈述的，原告可直接向其索赔；发行人在承担赔偿责任后，可向控股股东、实际控制人追偿，追偿的范围除了实际支付的赔偿款、诉讼费外，还包括合理的律师费。而且，结合第23条，该追偿为全额追偿，不允许根据《民法典》178条进行责任份额分摊。

上述规定充分体现了“追首恶”的监管理念。若由上市公司作为第一责任主体承担赔偿责任，可能进一步

导致股价下跌，从而对现有中小股东产生二次伤害，产生“大股东犯错、小股东买单”的归责效果，反而不利于中小投资者权益的保护。笔者代理的东方金钰案有幸成为新规实施后判决实际控制人作为第一赔偿责任人的“追首恶”首案。

#### （二）新增了交易对手方、帮助造假者的责任

在上市公司重大资产重组中，交易对手方掌握与标的公司有关的真实信息，作为财务造假的始作俑者，也属于“首恶”的范畴，据此，新规第21条规定了交易对手方的虚假陈述赔偿责任。第22条还新增了帮助造假者的责任，若上市公司的供应商、客户、金融机构等帮助上市公司造假，或将承担连带责任。

#### （三）明确连带责任人之间的按份责任

新规第23条规定，除上市公司向控股股东、实控人追偿的情形外，承担连带责任的当事人之间的责任分担与追偿，按照民法典第178条的规定确定各自的按份责任，实际承担责任的连带责任人，可就超过自己责任份额的部分向其他连带责任人追偿。同时，23条第2款还排除了承销保荐机构通过协议约定的方式转嫁其赔偿责任。

### 十、强化集中管辖，以发行人住所地为原则

原司法解释在管辖上作出了比较细化的规定，根据被告主体的不同，存在多种不同的管辖情形，容易发生“抢管辖”“推管辖”等问题。为此，新规简化管辖规则，强化了集中管辖的规定，原则上以发行人住所地的省会城市、直辖市、计划单列市和经济特区中级人民法院或者专门人民法院管辖，不区分被告主体身份，避免了原司法解释的弊病。

### 十一、诉讼时效起算日提前至揭示日，同时补充规定了衔接机制

此前，由于前置程序的存在，原司法解释规定诉讼时效自行政处罚公布或刑事判决生效之日起算。新规在取消了前置程序后，规定了以揭露日或更正日起算诉讼时效，起算时间大为提前。由于新旧司法解释在诉讼时效方面的规定发生了明显变化，为避免出现投资者因未及时主张权利而无法得到救济的情况发生，最高院又发布通知，明确了新规施行后诉讼时效的衔接适用问题。

# 关于 专利无效决定追溯力 相关问题的研究

○孙大勇\* 北京大成（深圳）律师事务所

围绕应当如何理解《中华人民共和国专利法》（简称《专利法》）第四十七条的具体条文规定，在涉案专利被宣告无效后，应当如何适用《中华人民共和国民事诉讼法》（简称《民事诉讼法》）第二百零七条、第二百一十二条的相关规定启动再审程序等问题，本文分析探讨何谓“在宣告专利权无效前”、何谓“人民法院作出并已执行”以及关于专利被宣告无效后申请再审的时机等三大问题。辅以对目前司法实践的分析、理解，本文对专利无效决定追溯力相关问题展开实务探讨。

## 一、关于《专利法》第四十七条之“在宣告专利权无效前”应如何理解的问题

对“在宣告专利权无效前”的理解涉及国家知识产权局（简称“国知局”）就案涉专利无效决定的首次作出日、决定的发文日、法院认定涉案专利无效的判决日和国知局执行判决而产生的新的决定的作出日、国知局宣告专利无效决定的生效日、司法判决的生效日等等，

究竟应以哪个日期作为“在宣告专利权无效前”的界定日？下面就司法实践中的作法分开探讨：

（一）国知局首先认定涉案专利无效且该决定最终生效，以国知局最初作出决定的日期为准

专利无效决定通常记载有该决定的作出日、发文日，而该决定被当事人收到，还有该决定的收到日，此外，决定的生效还需有等待期间，故还有该决定的生效日等几个日期。究竟应当以上述哪个日期为准的问题，最高院在陕西东明农业科技有限公司与陕西秦丰农机（集团）有限公司侵害实用新型专利权纠纷再审民事判决书<sup>①</sup>明确应以专利无效决定的作出日为准。

（二）国知局最初认定涉案专利有效，该决定被司法判决推翻，国知局执行法院判决重新作出专利无效审查决定，以国知局再次作出决定的日期为准

如前所述，在我国目前的司法、行政二元体系下，从法律制度设置的角度而言，专利是否有效的决定权仍在国知局。人民法院可以认定国知局就专利是否有效的

审查判断是否正确并给出自己的意见，但法院不能决定某一具体专利是否有效，专利权的授予、宣告无效的决定权目前仍在国知局。

最高院在深圳市莹德嘉电子有限公司、敬德元与谢平、张革私、深圳市山胜实业有限公司侵犯实用新型专利权纠纷再审审查民事裁定书<sup>②</sup>中提到：“本院认为，根据第 2384 号判决、第 882 号判决，专利复审委员会应就涉案专利重新作出审查决定。在专利复审委员会重新作出审查决定之前，仅依据第 882 号判决，尚不足以确认涉案专利权的法律效力。莹德嘉公司有关涉案专利系无效专利的主张，缺乏事实依据，本院不予支持。”

根据最高院的上述观点，判断专利是否最终有效与否，不能简单的以司法判决为准，而应严格按照我国法律关于专利无效问题的二元架构的制度设计，以国知局的最终决定为准。

（三）国知局最初认定涉案专利有效，该决定被司法判决推翻，国知局尚未执行法院判决、重新作出专利无效审查决定，以二审司法判决的作出日为准

随着法院就专利无效问题审理水平的不断提高以及司法系统中相关技术型法官、技术调查官的配备，另考虑到国知局执行判决重新作出专利无效决定所带来的时间上的迟延，法院系统逐渐出现以司法判决代替国知局重新作出专利无效决定的趋势。即法院一旦认定涉案专利无效，后续的侵权诉讼进程可以直接依据法院的相关行政判决作后续处理，而不再理会国知局因执行判决而重新组织的无效审查程序、专利无效的公告程序等。<sup>③</sup>

纵观第 2 种、第 3 种情形，虽然二者的司法观点截然相反，但鉴于第 3 种情形的司法实践在后，显然第 3 种情形下的司法裁判精神对目前的实务指导更具有参考价值。

综合以上判例，笔者认为关于“在宣告专利权无效前”问题，司法实践的整体思路是将专利无效认定的时间尽可能的向前延展，以保护无辜的被告。因此，若国知局首先认定涉案专利无效且该决定最终生效，以国知局最初作出决定的日期为准目前当无疑义。若国知局最

初认定涉案专利有效，该决定最终被司法判决推翻，以“认定专利无效的首次判决作出日为准”将很可能成为未来司法判决的趋势。即当涉案专利被认定无效的判决最终生效后，查看最初认定专利无效的判决是一审判决，还是二审判决，以最早判决的作出日为准。

## 二、关于《专利法》第四十七条之“人民法院作出并已执行”应如何理解的问题

本条规定中对“专利侵权纠纷处理决定”采用的是“已经履行或者强制执行”的表述，而对“判决、调解书”则用的是“已执行”的表述。那么该“已执行”是否包含案件相对方主动履行的情形，该“已执行”是表示“已进入强制执行程序”，还是“已经执行完毕”，若仅作了“部分执行”又该如何处理？下面就该问题作如下探讨：

（一）仅仅进入执行程序，但尚未执行到任何标的，不算“已执行”

笔者认为，《专利法》第四十七条规制的目的在于避免执行回转或者经济秩序的再次打破，让已经变动的社会秩序归于稳定。一个案件仅仅进入执行程序本身通常并不会带来某种社会秩序的必然变动。因此，仅仅进入执行程序，但尚未执行到任何标的，不算“已执行”。最高院在中山市齐家家具有限公司与中山市君豪家具有限公司专利权权属纠纷申诉、申请民事判决书即持该观点。<sup>④</sup>

（二）仅执行一部分，对已执行的部分不具有溯及力，对未执行的部分具有溯及力

如前所述，《专利法》第四十七条规制的目的在于避免执行回转或者经济秩序的再次打破，让已经变动的社会秩序归于稳定。因此，专利无效决定对已经执行的部分不具有追溯力，未执行的部分具有追溯力。最高院在中山美立电器有限公司、田先华侵害外观设计专利权纠纷再审民事判决书就该问题阐述到：“本案二审判决作出之后，涉案专利被宣告无效。由于本案尚未执行完毕，专利无效宣告决定依法对原审判决尚未执行的部分具有追溯力。美立公司、田先华、铭立公司据此请求撤销原审判决，符合法律规定。本案原审判决尚未执行

\*孙大勇，北京大成（深圳）律师事务所合伙人、高级律师，广东省律协专利法律专业委员会副主任、深圳律协专利法律专业委员会主任、深圳市市场监督管理局知识产权专家、广州知识产权仲裁院仲裁员。擅长领域为知识产权。

① 参见最高人民法院（2012）民提字第 110 号民事判决书。

② 参见最高人民法院（2011）民申字第 1301-1 号民事裁定书。

③ 参见最高人民法院（2018）最高法民申 4543 号民事裁定书。

④ 参见最高人民法院（2016）最高法民再 223 号民事判决书。

的赔偿金额，依法不应再予执行；但已执行的赔偿金额，亦无须执行回转。”<sup>⑤</sup>

### （三）主动履行属于“已执行”

笔者认为，“已执行”包括案件相对方被强制执行的情形，亦应包括案件相对方主动履行的情形。<sup>⑥</sup>《专利法》第四十七条规定中对“专利侵权纠纷处理决定”采用的是“已经履行或者强制执行”的表述，而对“判决、调解书”则用的是“已执行”的表述仅是出于文义表述方便与简洁的需要，而并非是排除案件相对方主动履行的情形。

### 三、关于专利被宣告无效后申请再审的时机问题

结合相关法律依据和目前的司法实践，笔者认为当事人申请再审主要存在以下三种情形：

1. 在判决、裁定发生法律效力后六个月内提出再审申请。为不丧失任何的改判机会，实践中大多数的案件当事人都会选择在判决、裁定发生法律效力后六个月内提出再审申请，而此时提出再审申请就有可能遇到涉案专利无效审查决定尚未生效的情形。

2. 在专利无效决定生效后，当事人选择《民事诉讼法》第二百零七条第一项的规定申请再审。

3. 当事人在案涉专利的无效决定由国知局作出后即依据《民事诉讼法》第二百零七条第一项的规定申请再审。

笔者认为，第1、3种情形下，均可能涉及专利无效审查决定未生效的情形，可以作为一类问题讨论；第2种情形，鉴于宣告专利无效的审查决定已经生效，故可以作为另一类问题讨论。下面就分成两大类问题进行分析讨论：

（一）专利无效审查决定尚未生效时，对相关的再审申请，人民法院应当如何处理呢？

1. 无效决定作出前，判决已执行，无效决定尚在行政审查期间，驳回再审申请

如上述分析，无效决定作出前、判决已执行，若无效决定最终被维持，则该无效决定对已经执行的生效判

决已无追溯力，若作为被执行人的再审申请人以该涉案专利被无效作为申请再审的理由，人民法院显然应当驳回该再审申请。若涉案专利无效决定最终被司法判决撤销，则涉案专利就会被继续维持有效，生效的专利侵权判决显然不应受任何影响。因此，对“无效决定作出前、判决已执行”的情形，作为专利侵权诉讼中的被执行人，当其提出再审审查时，虽然无效决定尚在行政审查期间，但无论涉案专利最终的命运如何，申请再审的理由均不能成立，故人民法院无须等待专利无效行政审查的结果，即可驳回申请人的再审申请。<sup>⑦</sup>

2. 无效决定作出前，判决未执行且该状态持续到申请再审时，无效决定尚在行政审查期间，申请再审的审查应如何处理？

（1）若涉案无效决定处于一审行政审查期间，则中止再审审查，裁定中止原判决的执行。

当生效判决认定侵权而该生效判决未被执行时，国知局认定案涉专利无效，但专利权人提起了行政诉讼，相关的无效决定最终结局如何尚不确定。若司法判决最终认定相关专利无效，则生效的侵权判决应被推翻；若司法判决最终认定涉案专利有效则可径行驳回申请人的再审申请，生效的侵权判决得以继续维持。因此，若涉案无效决定处于一审行政审查期间，则应中止再审审查，并应裁定中止原判决的执行。<sup>⑧</sup>

（2）进一步的，若一审行政审查撤销无效决定，则驳回再审申请，待条件成就后申请人另行申请再审。

案涉专利被国知局宣告无效，案件相对方对此提起行政诉讼，最高院受理再审后应中止诉讼。若一审行政诉讼撤销了国知局的无效宣告审查决定，则请求人的再审申请事由将不符合其提出的“有新的证据，足以推翻原审判决的”的再审情形，此时人民法院应驳回申请人的再审申请。<sup>⑨</sup>

3. 无效决定未生效即申请再审，无效决定作出后、申请再审前判决已执行，驳回该再审申请

《最高人民法院关于审理侵犯专利权纠纷案件应用

法律若干问题的解释（二）》第二十九条第一款规定：宣告专利权无效的决定作出后，当事人根据该决定依法申请再审，请求撤销专利权无效宣告前人民法院作出但未执行的专利侵权的判决、调解书的，人民法院可以裁定中止再审审查，并中止原判决、调解书的执行。根据以上规定，若专利无效审查决定未生效，申请人希望再审审查中止并取得“中止原判决、调解书的执行”的法律后果，其前提须是：依据“未执行的专利侵权的判决、调解书”，对已经执行的专利侵权的判决、调解书，人民法院“中止原判决、调解书的执行”已经没有意义。即当涉案专利被宣告无效但相关无效决定尚未最终生效时，当事人即依据专利被无效的事实理由申请再审，所涉判决、调解书应未被执行，否则人民法院将驳回该再审申请。<sup>⑩</sup>待涉案专利无效决定最终生效后，当事人再依据涉案专利被彻底无效的事实再行申请再审。届时人民法院再根据本文前述分析的不同情形审查判断是否应启动再审审查程序。

（二）当事人选择《民事诉讼法》第二百零七条第一项的规定申请再审，其申请再审的时间节点应当如何把握？

专利无效审查决定的生效分两种情形，一是国知局作出专利无效决定后，各方当事人未在法定期限内对此提起行政诉讼，专利无效审查决定自然生效；一种是法院判决生效，即当事人对一审判决未上诉、一审判决在法定期限届满后生效，或者二审判决后生效。

1. 专利无效审查决定自然生效，申请再审的时间起算点为最早的无效决定法律状态公告日

最高院在厦门市集美区联捷铸钢厂、福建多棱钢业集团有限公司与厦门市集美区联捷铸钢厂、福建多棱钢业集团有限公司等侵害发明专利权纠纷申请再审民事裁定书<sup>⑪</sup>对此问题曾有如下的分析阐述：涉案专利第18980号决定的法律状态公告日有两个，该最早时间是联捷铸钢厂应当知道涉案专利被宣告无效的时间。据此理解，申请再审的时间起算点为最早的无效决定法律状态公告日，以此日为起算点不超过六个月。

2. 若有判决，则该日期为判决生效日

对该问题最高院在潮州市潮安区恒信卫浴设备有限公司、陈亦民侵害外观设计专利权纠纷再审民事判决书<sup>⑫</sup>有如下分析阐述：“恒信公司申请再审的时间为2017年11月16日，距行政判决生效时间未超过法律规定的申请再审期限。”根据最高院前述阐述，笔者认为，若一审判决生效，则司法实践以一审判决生效日作为申请再审的起算日。同理，若二审判决生效，则应以二审判决生效日作为申请再审的起算日。

3. 国知局以生效判决为依据重新作出宣告涉案专利无效的审查决定，此时，应以行政审查判决的生效日，还是以国知局重新作出无效宣告审查决定的生效日为起算点呢？

如前所述，若国知局审查维持案涉专利有效，而人民法院判决撤销涉案专利的无效决定并责令国知局重新审查，则又涉及到国知局对涉案专利重新审查并宣告相关专利无效的程序。基于前述第2部分（即2、若有判决，则该日期为判决生效日）的分析，应以法院判决的生效日为起算点计算申请再审的六个月期间，但国知局根据《中华人民共和国行政诉讼法》第七十条、《专利法》第四十六条的规定重新作出的无效宣告审查决定也是新的证据，当事人依据该新的无效审查决定提起再审审查似乎也并无不妥。

经综合考虑各因素，笔者建议采取折中的处理办法，即以涉案专利无效为由申请再审时，申请再审的期限起算日的判断以再审申请人提供的具体依据为准，若其以生效判决为依据认定涉案专利无效，则以生效判决的生效日为准；若以国知局重新作出的无效审查决定为依据，则以该无效决定的生效日为准。笔者认为，按照以上折中的处理办法，虽然客观上赋予了再审申请人两次提出再审申请的机会，但如此处理不会损害到被申请人和社会公众的利益，兼顾了司法效率与当前的立法现状，应无可厚非。

综上，笔者结合《专利法》第四十七条、《民事诉讼法》第二百零七条、第二百一十二条等相关法律和司法解释的规定，辅以对目前司法实践的理解，对专利无效决定追溯力的诸多问题展开探讨和分析评述，希望能够对大家有所裨益。

<sup>⑤</sup>参见最高人民法院(2019)最高法民再370号民事判决书。

<sup>⑥</sup>参见最高人民法院(2021)最高法民申2654号民事裁定书。

<sup>⑦</sup>参见最高人民法院(2019)最高法民申2406号民事裁定书。

<sup>⑧</sup>参见最高人民法院(2013)民申字第1283号民事裁定书和最高人民法院(2019)最高法民申4978号民事裁定书。

<sup>⑨</sup>参见最高人民法院(2018)最高法民申347号民事裁定书。

<sup>⑩</sup>参见最高人民法院(2019)最高法民申3502号民事裁定书。

<sup>⑪</sup>参见最高人民法院(2016)最高法民申532号民事裁定书。

<sup>⑫</sup>参见最高人民法院(2020)最高法民再104号民事判决书。



## 未经决议的公司对外担保行为效力探讨

○何广远\* 广东华商律师事务所

关于未经公司决议的对外担保行为效力，长期以来一直存在争议与混乱。其中关于越权以公司名义对外提供担保的规定，最早规定在于2000年发布的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第十一条“法人或者其他组织的法定代表人、负责人超越权限订立的担保合同，除相对人知道或者应当知道其超越权限的以外，该代表行为有效。”

2005年10月《中华人民共和国公司法》（以下简称《公司法》）修订后，才在第十六条以法律形式专门规定“公司向其他企业投资或者为他人提供担保，依照公司章程的规定，由董事会或者股东会、股东大会决议。”

但是，《公司法》第十六条并未明确规定违反规定的后果。自2005年至2019年期间，关于未经股东

会或董事会决议而擅自实施的对外担保行为效力如何认定，《公司法》未明确予以规定。期间审判观点不一，特别是对于上述规定的管理性强制性规定和效力性强制性规定之争问题尤其突出。

直至2019年11月《全国法院民商事审判工作会议纪要》（以下简称《九民纪要》）颁布实施后，最高人民法院才以会议纪要的方式明确规定，统一了裁判尺度：区分订立合同时债权人是否善意分别认定合同效力，要求债权人对于公司所提供担保的股东（大）会决议进行形式审查。

2021年1月《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》（以下简称《担保制度司法解释》）实施后，又进一步强化了相对人的

审查义务，不再限于形式审查，即规定认定相对人是否为善意时，其要尽合理审查义务。<sup>①</sup>而“善意”是指相对人在订立担保合同时不知道且不应当知道法定代表人超越权限。相对人有证据证明已对公司决议进行了合理审查，人民法院应当认定其构成善意，但是公司有证据证明相对人知道或者应当知道决议系伪造、变造的除外。同时《担保制度司法解释》第八条还列举了三种即使没有决议，对外担保仍然有效的情形：（一）金融机构开立保函或者担保公司提供担保；（二）公司为其全资子公司开展经营活动提供担保；（三）担保合同系由单独或者共同持有公司三分之二以上对担保事项有表决权的股东签字同意。

然而，实践中除了上述三种法定的例外情形，应否仅以公司决议作为相对人是否善意及对外担保效力的判断标准，形式审查、合理审查的边界应当如何界定，公司的真实意思表示如何体现等等问题尚需进一步探讨。有鉴于上述实践中可能存在的争议问题，本文将从法律实务角度出发，对上述问题做进一步探讨。限于篇幅，本文讨论的主体限于有限责任公司。

### 一、对外担保行为中，“无决议”情形下公司的真实意思表示认定探讨

《公司法》第十六条规定的决议前置程序初衷是为了确保公司为他人提供担保系公司的真实意思表示，是为了让公司担保事项经过有权机关决议，真正体现公司的意志。<sup>②</sup>换言之，该法律规定所设置之程序，根本上是为了保障公司真实意思表示的表达。对于公司主体而言，决议固然是公司作出真实意思表示的主要方式，然而，决议并非唯一的实现方式。因此，即便公司没有出具决议，只要可以合理推断是公司真实意志的，公司仍然理应承担担保责任。

对于通过决议之外的其他形式作出真实意思表示，笔者认为，应当至少考虑如下因素，并结合案件实际进一步认定：

#### （一）担保行为作出时的法律背景

在早期的司法实践及理论中，通常认为《公司法》第十六条规定<sup>③</sup>系管理性强制性规范，而非效力性强制性规范。从立法目的与立法意旨来看，本条实际上是关于公司治理的规范，是关于公司内部权力归属与权力行使的正当性和程序性规定。如果从公司法人格和法人团体行为角度来观察，本条所要规范的对象是公司自身的意思如何通过决议机构和决议程序来实现的问题。<sup>④</sup>因此，该条款的规范意义主要是为了加强公司管理，促进公司规范经营，违反该规定并不会绝对地损害国家利益或者社会公共利益，故当时《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》第十六条<sup>⑤</sup>规定，本条属于管理性强制性规范。同时参考最高人民法院（2015）民申字第2595号<sup>⑥</sup>等案件的裁判观点，均认为违反《公司法》第十六条并不会导致担保合同无效。

同时在2005年至2019年期间，司法实践中倾向于以商事外观主义认定法律行为的效力，并未有任何法律规范明确要求债权人在公司为债务人提供担保时审查有关股东会决议。对于公司内部未作出决议而对外提供担保的效力，当时主流司法裁判的意见认为：《公司法》第十六条是公司内部管理性规范，违反该规范不影响公司对外担保合同的效力，即使担保人未向债权人出具股东会或董事会决议，担保合同也为有效。

实际上在《九民纪要》发布之前，关于公司对外担保法律规定的解释长期未能明确，例如，最高人民法院在“兰州金昌达商贸有限公司、甘肃鑫盛信用担保有限公司借款合同纠纷再审审查与审判监督民事裁定书”中认为“《公司法》第十六条对公司为他人提供担保应

<sup>①</sup>参见最高人民法院民事审判第二庭编著：《最高人民法院民法典担保制度司法解释理解与适用》，人民法院出版社2021年5月第1版，第133页。

<sup>②</sup>参见最高人民法院民事审判第二庭编著：《〈全国法院民商事审判工作会议纪要〉理解与适用》，人民法院出版社2019年12月第1版，第188页。

<sup>③</sup>公司向其他企业投资或者为他人提供担保，依照公司章程的规定，由董事会或者股东会、股东大会决议。

<sup>④</sup>施天涛：《〈公司法〉第16条的规范目的：如何解读、如何适用？》，载《现代法学》2019年第3期。

<sup>⑤</sup>《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》第十六条：“人民法院应当综合法律规范的意旨，权衡相互冲突的权益，诸如权益的种类、交易安全以及其所规制的对象等，综合认定强制性规定的类型。如果强制性规范规制的是合同行为本身即只要该合同行为发生即绝对地损害国家利益或者社会公共利益的，人民法院应当认定合同无效。如果强制性规定规制的是当事人的‘市场准入’资格而非某种类型的合同行为，或者规制的是某种合同的履行行为而非某类合同行为，人民法院对于此类合同效力的认定，应当慎重把握，必要时应当征求相关立法部门的意见或者请示上级人民法院。”

<sup>⑥</sup>2015年第2期公报案例，认为《公司法》第十六条第二款属于管理性强制性规范，不应作为认定合同效力的依据。

\*何广远，广东华商律师事务所律师，华商青年律师工作委员会副主任、公司委兼证券委委员，擅长公司股权争议解决、投资并购、证券发行上市。

当经过的公司内部程序作出了规定，规范的是担保人公司的内部行为，并非外部相对人的行为。相对人对提供担保的公司内部是否同意公司对外担保并不负有审查义务。”<sup>⑦</sup>因此，不能期待彼时的债权人在订立担保合同时审查公司的相关股东会决议。

因此，依据法不溯及既往的基本原则和法律的指引功能、预测功能，法院不应以行为发生之后颁布的法律规范来约束、指引当事人在前的行为。基于彼时法律规范的缺位以及司法裁判尺度的考量，对于《九民纪要》发布前做出的担保行为，法院不应苛求债权人在公司为债务人提供担保时审查相关股东会决议，更不应以债权人违反《九民纪要》第十七条之规定而认定担保条款无效。

### （二）商业实践与交易惯例的考量

一方面，在部分地区长期的商业实践与交易惯例中，公司事务普遍性的由公司控股股东、董事长自行决定，其中不可否认的一个事实是：从实践情况看，董事长、总经理等职务、控股股东身份相较于公司其他管理人员显然享有更大的权力与地位，故其对外实施的行为更能引起相对人的合理信赖，包括对外担保在内的公司事务，实践中亦大部分由公司控股股东、董事长单独决定并实施。特别是部分初创及发展中的中小企业，除了工商登记所需，可能一年甚至几年都不会召开一次股东会，遑论专门召开股东会会议对公司担保事项进行决议。

另一方面，在《九民纪要》发布前人们普遍性认为股东会决议程序规定属于公司内部管理规范背景下，除了银行等专门机构会基于合规要求而设置审查程序，其余公司基本不会审查担保方的股东会决议，因该审查动作需要担保方额外对债权人披露“内部文件”，通常也会被担保方拒绝。

在个别裁判案例中，有的案件当事人在《九民纪要》发布前，已经历了一审、二审程序，在此前程序中部分当事人甚至从未基于《公司法》第十六条主张过担保合同无效，直至《九民纪要》发布后，方才了解到该可能主张，进而向最高人民法院提出再审申请。显然可见，在该等当事人的认知中，《公司法》第十六条规定的程序从来不是担保合同生效的前提或要件之一。

因而，判断在无决议情形下公司对外担保行为是否确为公司真实意思表示，亦应对作出和接受担保的双方所处发展阶段、决策方式、所在地区、所在行业等商业实践和交易惯例因素进行专门考量。

### （三）相对人的注意审查义务之限度

#### 1. 形式审查的边界不明

《九民纪要》“18.【善意的认定】- 债权人的审查义务标准”中特别注明，债权人对公司机关决议内容的审查一般限于形式审查，只要求尽到必要的注意义务即可，标准不宜太过严苛。公司以机关决议系法定代表人伪造或者变造、决议程序违法、签章（名）不实、担保金额超过法定限额等事由抗辩债权人非善意的，人民法院一般不予支持。但是，公司有证据证明债权人明知决议系伪造或者变造的除外。

实践中大部分裁判文书上的形式审查是指，相对人仅对材料的形式要件进行审查，即审查材料是否齐全，是否符合法定形式，对于材料的真实性、有效性不作审查。<sup>⑧</sup>然而，对于上述规定中的“形式审查”，一则其具体的认定标准具有差异，并无可明确的标准；二则现有的大部分法院判决都对审查义务边界进行界定。因此，该条款所导致的一项明显的法律风险在于：如果担保人恶意造假，包括股东决议、公司章程在内的所有文件事实上都可简单仿造。该种情形下，形式审查要求之低，可以说是聊胜于无。

#### 2. “善意”认定的内外之分

依据《担保制度司法解释》的规定，“善意”是指相对人在订立担保合同时不知道且不应当知道法定代表人超越权限。法律意义上的“善意”应是指不知存在足以影响法律效力的事实而进行的行为，在法定代表人担保类案件审判的过程中，其外化为“相对人是否属于知道或者应当知道代表人的权利状况而为担保行为的状态”。

因此，相对人作为公司之外的第三方，其注意审查义务不应当过高。根据基本风险分配理念，公司对于对外担保所产生风险的控制能力远远高于外部的交易相对人，其可能产生的控制成本则远远小于外部的交易相对

人。因此，给相对人分配审查义务不应当过高。相反，公司内部对于对外担保事项、公章保管等公司运营的核心事宜，应当具备更高的注意义务、审查义务。

从相对人与小股东视角而言，小股东作为公司的出资者之一，对公司的运营管理事项理应具有更高的注意义务。从最基本的逻辑出发，实际出资并参与公司内部管理的股东都无法对担保决议事项进行控制且知情，更无从要求公司之外的第三方相对人控制且知情。

因此，倘若在一家公司中，法定代表人或控股股东长期以公司名义对外作出意思表示，其他股东从未对其行为进行限制或约束，该种情形下，更不应赋予相对人过高的注意、审查义务。相反，即使真的存在法定代表人超越权限对外担保事项，本质上还是公司内部控制问题。相比于公司之外的第三方，公司内部股东理应有更高的注意义务，该注意义务所产生的责任不应归于第三方。

### （四）公司实际从中获益

从公司对外提供担保的目的角度分析，如公司对外提供担保实质上是从中获益的，则无论对外担保是否经过形式审查，亦应合理认定担保条款有效。

然而《担保制度司法解释》相比于《九民纪要》，已专门删除了《九民纪要》“19.【无须机关决议的例外情况】”中的“（2）公司为其直接或者间接控制的公司开展经营活动向债权人提供担保；（3）公司与主债务人之间存在相互担保等商业合作关系”两项，缩减了公司以商业交易形式达成的担保获益具体情形。

设置该项条款，其实质是认为该种情形下公司对外提供担保不仅仅是无偿的义务承担，而是负有对价的商业交易，公司作为交易主体，在担保行为中获得了对应的利益交换，从公平角度而言，不应仅认定获益行为有效而无须承担义务。例如在（2016）最高法民再128号股权转让纠纷再审民事案中，最高院判决对此有专门的论述：公司提供担保有利于自身经营发展需要，并不损害公司及公司中小股东权益，应当认定案涉担保条款合法有效。

### 二、关于公司对外担保的法律风险防范及完善建议

鉴于公司对外担保实务中存在的上述系列问题，以及可能的法律风险，因此，如有必要，或者在特定的重大的担保事项中，建议债权人一方考虑遵照或选择以下

处理方式之一，以规避对外担保事项中的法律风险。

#### （一）确保公司担保决议的真实性

鉴于《九民纪要》《担保制度司法解释》规定的相对人审查义务及善意认定要求，建议债权人在公司担保行为中，要求作为担保人的公司出具书面的股东会决议，决议内容至少包含担保对象、担保金额、担保期限等具体的内容，且应当通过公证、视频等方式，确保股东或股东代表的行为已取得充分授权，避免代签字或无权代理情形导致额外争议。

#### （二）确保符合公司章程规定程序

关于公司担保的决议程序，可能的公司章程会存在特别的程序规定。该种情形下，最完备的处理方式，是要求公司调取工商档案，以最新的经过工商备案的公司章程规定执行。其中应特别注意期间及表决比例的条款。

#### （三）注意关联方的回避

无论公司章程是否有具体规定，如公司担保对象为公司股东、董事、高级管理人员等关系密切的主体，均应特别注意该等主体的回避表决义务，在剔除该等主体后，其余股东的表决比例亦应达到要求。

#### （四）考虑在担保作出后，以邮寄、公告等形式通知公司全部股东

如确实无法确保取得全部公司股东现场或经公证的签章决议，则可考虑在公司相应决议作出后，以邮寄或公告的形式，将决议内容送达至全部公司股东，并自行设定合理异议期间，履行充分的告知义务。

### 三、结语

从最早的司法解释到《公司法》修订，从《九民纪要》再到如今的《担保制度司法解释》，立法者对于公司对外担保行为的效力认定态度，明显从注重形式认定转变成为更加注重实质认定。于立法本意及主体意思自治的考量，可能在法律规定层面，对于程序方面的审查会止步于如今的“查看公司决议”程度，但可以预见的是，在往后的司法裁判中，法院将不可避免的要对该行为进行实质审查，以确定其法律效力。因此，在担保行为中，如希望审慎切实规避潜在法律风险，于被担保方而言，特别是在数额较大的担保行为中，尽量自行完成实质审查的要素方可切实避免法律风险。

<sup>⑦</sup>兰州金昌达商贸有限公司、甘肃鑫盛信用担保有限公司借款合同纠纷再审审查与审判监督民事裁定书，（2018）最高法民申5722号。

<sup>⑧</sup>参见梁上上. 公司担保合同的相对人审查义务. 中国法学, 2013(3): p21-31.

# 浅议仲裁协议效力的扩张

## ——以仲裁合意为视角

○周原\* 杨斐\* 北京天达共和(深圳)律师事务所

### 一、仲裁协议效力扩张至非必要缔约方的立法现状

2004年最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》(征求意见稿)第1条第2款曾规定,非必要缔约方行使订立仲裁一方在仲裁事项中的权利,仲裁协议对其有效。<sup>①</sup>但囿于当时世界各国在立法上普遍采纳《联合国贸易法委员会国际商事仲裁示范法》针对仲裁协议要式性的要求,上述规定未被正式出台的《中华人民共和国民事诉讼法》(下称《仲裁法》)采纳。尽管如此,现行法律及相关司法解释仍明确在部分情形下,非必要缔约方将被推定或视为具有仲裁合意,从而受仲裁协议效力约束。

#### (一) 法律视为非必要缔约方存在仲裁合意的情形

1. 仲裁协议缔约方合并、分立、死亡的,若无另行约定,其权利义务继承人、继承人将被视为具有仲裁合意

根据最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》若干问题的解释(下称《仲裁法解释》)第8条第1款、第2款,当事人订立仲裁协议后合并、分立、死亡的,仲裁协议对其权利义务的继承人、继承人有效。而根据该条第3款,当事人可通过意思自治排除以上两款的应用。据此,仅在“自然人死亡”以及“法人或非法人组织合并、分立”的情形下,才能适用《仲裁法解释》第8条,对权利义务继承人是否具有仲裁合意在所不问,将仲裁协议的效力扩张于该继承人。

2. 作为非必要缔约方的保险人,其行使代位求偿权将被视为具有仲裁合意

在第九次《全国法院民商事审判工作会议纪要》(下称“九民纪要”)出台前,曾有部分法院认为,保险代位求偿权的权利人并非协商订立仲裁条款的当事人,因

不存在仲裁合意,<sup>②</sup>故仲裁协议效力无法扩张至行使代位求偿权的保险人。<sup>③</sup>而九民纪要则采纳了“法定债权转让说”,认为保险人是基于法定的债权转让而取得的代位求偿权,<sup>④</sup>保险人只能通过仲裁的方式行使受让债权后取得的代位求偿权。此时,保险人与第三人实际上并不必然具备仲裁合意,仲裁协议对二者的约束力均源于法律的直接规定。

上述两种情形中,即使继承人、保险人能够证明其在取得代位权、继承时并不知晓或明确反对仲裁协议,但法律仍视为其具有仲裁合意。与“推定合意”的区别在于,非必要缔约方不得反证予以推翻。

#### (二) 法律推定非必要缔约方存在仲裁合意的情形

根据《仲裁法解释》第9条,<sup>⑤</sup>在债权债务部分或概括转移的情形下,法律推定债权债务的受让人具有仲裁合意,原债权、债务人与相对方签订的仲裁协议效力扩张至该受让人。与法律视为非必要缔约方存在仲裁合意的情形不同,在债权债务转让的情形下,仍需考察受让人的仲裁合意,受让人可以通过举证证明其在受让时并不存在仲裁合意,反之则受仲裁协议约束。

### 二、仲裁协议效力扩张至非必要缔约方的司法实践

如上述,在我国法律体系下,有关仲裁协议对非必要缔约方效力的直接规定主要体现为《仲裁法解释》第8条和第9条,而实务中尚未发展、归集出类似美国判例法中相对完善的理论,<sup>⑥</sup>但部分情形下对非必要缔约方仲裁合意的推定或拟制,在我国司法实践中亦被认可。

#### (一) 被保险人与第三人在保险事故发生前已达

<sup>②</sup>广东省高级人民法院(2015)粤高法立民终字第602号。

<sup>③</sup>广东省深圳市中级人民法院《关于审理财产保险合同纠纷案件的裁判指引(试行)》第二十二條:“保险人行使代位求偿权,第三者主张其与被保险人之间签订有仲裁协议,案件应由仲裁机构仲裁的,人民法院不予支持,但保险人明确表示接受仲裁条款的除外。”

<sup>④</sup>《全国法院民商事审判工作会议纪要》第九十八條:“被保险人和第三者在保险事故发生前达成的仲裁协议,对行使保险代位求偿权的保险人是否具有约束力,实务中存在争议。保险代位求偿权是一种法定债权转让,保险人在向被保险人赔偿保险金后,有权行使被保险人对第三者请求赔偿的权利。被保险人和第三者在保险事故发生前达成的仲裁协议,对保险人具有约束力……”

<sup>⑤</sup>最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》若干问题的解释第九條:“债权债务全部或者部分转让的,仲裁协议对受让人有效,但当事人另有约定、在受让债权债务时受让人明确反对或者不知有单独仲裁协议的除外。”

<sup>⑥</sup>美国判例法针对判断仲裁协议效力是否扩张这一问题发展、归集了五种理论,分别为行为应诉、代理、援引引入、刺破公司面纱以及禁反言原则下的直接获益理论。依据以上任一理论,在特定情形下,非必要缔约方亦将被推定或视为具有仲裁合意,受仲裁协议约束。

<sup>⑦</sup>最高人民法院(2017)最高法民辖监2号。

<sup>⑧</sup>最高人民法院(2019)最高法民申236号。

<sup>⑨</sup>北京市第四中级人民法院(2018)京04民特45号,类案相同裁判意见详见北京市第四中级人民法院(2020)京04民特585号、(2020)京04民特570号。

<sup>⑩</sup>北京市第四中级人民法院(2018)京04民特306号。

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

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

<sup>①</sup>最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》(征求意见稿)第一條第二款:“第三人行使订立仲裁一方在仲裁事项中的权利的,仲裁协议对第三人有效。”

必要缔约方的受益人应被视为具有仲裁合意

在（2015）沪一中民认（仲协）字第27号案中，上海一中院认为，保险合同属射幸合同，在保险事故发生前，受益人的身份尚不确定，故第三人客观上不可能与投保人、保险人达成仲裁合意。但受益人依据保险合同主张保险利益，是以行为表明其接受保险合同中为其设定的权益，则应视为保险合同中的争议解决条款也对其产生法律效力。据此，在发生人身保险争议的情形下，受益人和保险人的仲裁合意是通过投保人的授权行为和受益人依据保险合同主张权利的共同行为达成，而其表现形式就是保险合同中的书面仲裁协议，故受益人根据保险合同向保险人主张权利，应受仲裁协议约束。

### 三、仲裁协议效力扩张至非必要缔约方的其他情形

（一）实际施工人依据发包人与承包人之间达成且含仲裁协议的施工合同，向发包人主张权利，作为非必要缔约方的实际施工人应被视为具有仲裁合意

笔者认为，实际施工人突破合同相对性，向发包人主张权利，应被视为具有仲裁合意。实际施工人的权利来源于承包人对发包人的债权请求权，法律赋予其直接依据发包人与承包人之间的施工合同请求发包人承担责任的权利，与保险人行使代位求偿权并无二致，其权利来源也应理解为法定债权转让。既然实际施工人选择了依据施工合同向发包人主张权利，亦应受合同中仲裁协议的约束。

（二）合伙企业的有限合伙人、公司股东申请派生仲裁，作为非必要缔约方的合伙人、股东应被视为具有仲裁合意

笔者认为，尽管派生仲裁 / 诉讼中有限合伙人 / 股东均系以自己的名义行使权利，但派生仲裁 / 诉讼取得的利益仍归于合伙企业 / 公司，作为申请人的有限合伙人、股东应被视为具有仲裁合意，受仲裁协议约束。

从权利来源角度分析，有限合伙人 / 股东的行权依据并不是派生诉讼制度本身，而源于合伙企业 / 公司与

相对方之间所签订的协议；从权利性质角度分析，派生仲裁 / 诉讼提起权是有限合伙人 / 公司股东基于各自身份而享有的，兼具“代表性”和“代位性”的共益权。派生诉讼制度的立法目的旨在明确有限合伙人、股东能够代表合伙企业 / 公司行权，而不在于限制权利行使方式；改从法律后果主义角度考察，若仅承认派生诉讼，允许有限合伙人 / 股东通过提起派生诉讼排除仲裁协议的适用，可能使一方利用派生诉讼制度，越过债务人与合伙企业 / 公司之间的仲裁协议，谋取程序上的不正当利益；<sup>①</sup>最后，回归仲裁的基石——仲裁合意。承认有限合伙人 / 股东有权提起派生仲裁，亦是对合伙企业与交易相对方通过仲裁解决争议之意思自治的尊重。有限合伙人 / 股东申请派生仲裁的瞬间，其接受仲裁协议约束的意思表示即已外化，应视为其具有仲裁合意。

（三）法人人格否认制度适用的情形下，滥用股东权利损害公司债权人利益的股东应被视为具有仲裁合意

在国际商事争议中，运用法人人格否认制度将仲裁协议效力扩张至第三人的案例不一而足。有观点认为，公司股东滥用股东权利损害公司、其他股东和公司债权人利益的，依法应承担赔偿责任，但股东并不取代公司承担合同违约责任，因此在中国法的语境下，不宜适用法人人格否认制度扩张仲裁协议的效力范围。<sup>②</sup>

笔者对上述观点并不认同。首先，根据《公司法》第20条第3款，滥用股东权利损害公司债权人利益的公司股东，应当对公司债务承担连带责任。公司和滥用控制权的股东应被视为同一实体，<sup>③</sup>此时该股东与公司共同承担与债权人协议项下的违约责任。其次，公司与交易第三人的仲裁协议亦应当视为该股东的真实意思表示，滥用控制权的股东通过仲裁程序解决相关争议的预期并未违反。最后，从法经济学角度考虑，若不视为该股东具有仲裁合意，则债权人的势必要经历诉讼和仲裁两个程序而得以为维权，此种安排可能造成判决和裁决的前后矛盾，使当事人的权益长期处于不确定性之中，有损法的稳定性。<sup>④</sup>概言之，法人人格否认制度适用的

情形下，滥用股东权利损害公司债权人利益的股东应被视为具有仲裁合意，将仲裁协议的效力扩张至该股东并不存在理论及制度障碍，亦是避免诉累，节约司法资源的合理安排。

（四）主合同中包含仲裁协议而从合同未明确争议解决方式的，应推定从合同当事人具有仲裁合意

诚然，从现行立法规定的角度无法直接得出主合同仲裁协议效力必然扩张至从合同当事人的结论。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉有关担保制度的解释》第21条第1款，<sup>⑤</sup>若主合同约定仲裁条款而从合同未约定的，主合同债权人依据从合同起诉从合同当事人的，因不属于“仲裁条款合同当事人之间的纠纷”，并不当然导致人民法院丧失管辖权。

而从司法实践角度进行考察，亦无法得出上述结论。在（2022）京02民辖终407号案中，北京二中院认为，根据主合同确定管辖法院的应是债权人一并起诉债务人和担保人的情形，债权人仅对担保人提起诉讼无需依照主合同仲裁协议确定管辖。<sup>⑥</sup>在（2017）最高法民辖终47号案中，最高院亦认为，案涉担保合同作为从合同应当受到主合同中仲裁条款约束的意见缺乏法律依据。<sup>⑦</sup>

2021年7月，司法部发布了关于《中华人民共和国仲裁法（修订）（征求意见稿）》（下称《仲裁法意见稿》），根据《仲裁法意见稿》第24条，在从合同未约定仲裁协议的情况下，主合同的仲裁协议对从合同当事人有效。<sup>⑧</sup>《仲裁法意见稿》发布后，地方法院的裁判思路亦有转变趋势。

在（2021）鲁06民初440号案中，烟台中院认为，案涉从合同关于争议解决的约定并不明确，不具有排除主合同仲裁协议适用的效力。虽然主从合同的签订主体不同，但应当将主从合同作为整体看待，签订主体不同不影响主合同仲裁协议的效力扩张。在（2022）苏08民特25号案中，淮安中院认为，债权人依据主合同仲裁协议向从合同连带保证人行使追偿权，应受仲裁管辖。可见，《仲裁法意见稿》的发布为认定仲裁协议在主从

合同中的效力扩张孕育了制度基础。

但笔者认为，《仲裁法意见稿》第24条仍有待商榷。在行文表述上，第24条并未使用“推定”一词，亦未设置排除适用条款。倘若如此，主合同仲裁协议对从合同当事人的约束力将直接源于法律规定，即便从合同当事人能够提供证据证明其不存在选择仲裁的意思表示，裁判者亦将在所不问，强行将其纳入仲裁协议的效力范围。这一安排直接忽视了当事人仲裁合意，动摇了仲裁的基石。概言之，在主合同存在仲裁协议且从合同未约定仲裁协议的情况下，法律应推定从合同当事人具有仲裁合意，且应赋予其反证的权利，审慎判断从合同当事人是否具有仲裁合意。如此，主合同仲裁协议效力的扩张便有了仲裁合意的基础，而从合同当事人亦能通过反证的方式自我救济。

### 【参考文献】

- [1] 沈德咏，万鄂湘．最高人民法院仲裁法司法解释的理解与适用[M]．人民法院出版社，2007
- [2] 石育斌，史建三．运用“刺破公司面纱原则”引入仲裁第三人——兼论对我国《仲裁法》的完善[J]．法学，2008(10):64-71．
- [3] 栗俊海，徐梓程．仲裁协议的效力扩张[J]．人民司法，2021(23):103-106
- [4] 汪蓓．仲裁第三人程序准入制度的检视与完善[J]．华东政法大学学报，2021,24(03):130-143．
- [5] 桂艳．仲裁协议效力的扩张及其认定[J]．人民司法，2020(05):70-74．
- [6] 张卫平．仲裁案外人权益的程序保障与救济机制[J]．法学评论，2021,39(03):34-46．
- [7] 崔强．谄议派生仲裁[EB/OL].https://mp.weixin.qq.com/s?src=11&timestamp=1669109839&ver=4182&signature=f3oSWbbgs8Sh87o1ttt3R9LLzTExpM\*FOIp-DLr9dXAxXDYw9EtfNiuK9-mmnaHP5Is7w39K\*JCSlms-1vmk9CW1Qb9dLsQ7qC97dZjZ-X8FAwIo0u CZKR X4x&new=1,2022-11-22．
- [8] 褚立事，褚雪霏．有限合伙人派生诉讼中约定仲裁的适用[EB/OL].https://mp.weixin.qq.com/s?src=11&timestamp=1669109992&ver=4182&signature=Qz2kwydIFCdaZmKGHcz\*Z\*oIjG7vraC694DnD5RD2YYSUes2pg36pwTYOizQtRsnjJlhWfmmMMk WZZNMBm6UJKIRskzu1xVbD0xodEqt--ogGP\*Bls7W1XeffP7mlhu&new=1,2022-11-22．

<sup>①</sup>湖北省高级人民法院（2019）鄂民辖终150号。

<sup>②</sup>牛磊，陈昊文．仲裁协议效力的扩张（下）[EB/OL].https://mp.weixin.qq.com/s?src=11&timestamp=1669262444&ver=4185&signature=A1STOPNmBnD3Ks7ywTCM65EsOAJh2w-xUbnFoCXg10V2zIE4maK7-ZFw7j8MT2kPmerjPPIKc87CQrdn1lmuU6vmrHlqjApgMjrWawyQOKbdM3oxK7Wzx6BM OvAuefw&new=1,2022-11-22．

<sup>③</sup>参见 Fisser v. International Bank, 282 F. 2d 231, 237 (2d Cir. 1960)。

<sup>④</sup>石育斌，史建三．运用“刺破公司面纱原则”引入仲裁第三人——兼论对我国《仲裁法》的完善[J]．法学，2008(10):64-71．

<sup>⑤</sup>主合同或者担保合同约定了仲裁条款的，人民法院对约定仲裁条款的合同当事人之间的纠纷无管辖权。

<sup>⑥</sup>北京市第二中级人民法院（2022）京02民辖终407号。

<sup>⑦</sup>最高人民法院（2017）最高法民辖终47号。

<sup>⑧</sup>《中华人民共和国仲裁法（修订）（征求意见稿）》第二十四条：“纠纷涉及主从合同，主合同与从合同的仲裁协议约定不一致的，以主合同的约定为准。从合同没有约定仲裁协议的，主合同的仲裁协议对从合同当事人有效。”

# 法人股东注销后 股东资格承继浅探

○康慨\* 北京中闻(深圳)律师事务所

公司的自然人股东死亡后,其合法继承人可以继承股东资格(《公司法》第75条),但公司的法人股东死亡(注销)后,谁可以承继其股东资格?法人股东(本文仅指有限责任公司)注销前的股东能否承继其所持的

股权,法律未作明文规定。有观点认为,有限责任公司具有“人合性”,要成为公司的股东,不仅需要一定的出资额,还需要与其他股东之间存在相互信任的关系,直接承继不符合公司法的立法本意。此观点笔者不能苟

同,自然人股东死亡后,《公司法》对继承者资格只做了“合法继承人”的要求,并未设定任何有关“人合性”的条件,可见由一个“陌生的继承人”继承死亡股东的资格,与其他股东共同治理公司,在立法者眼中并非不可包容。另有观点认为,自然人股东资格继承与法人股东资格承继的法律后果不同,若法人股东的股东是自然人且人数过50人,径自承继会突破有限公司股东人数的法定上限,即使人数不突破,但人多意疏,可能埋下治理隐患。上世纪90年代国企改革中造就的大量职工持股情况就对后来企业上市掣肘甚大,清理成本高企,以此推测立法者仍有余悸,或有道理。

《公司法》于此处的留白,造成法人股东注销后,被注销者的股东以承继者身份请求确认其股东资格的纠纷时有发生。笔者检索了大量类案,结合典型裁判观点及说理,分享一些粗浅思考,就教于大方之家。

## 一、讼争类型及主要裁判观点

法人股东注销后股东资格承继的案由,以股东资格确认纠纷为主,间有少量请求变更公司登记纠纷。积极主张承继和确认股东资格者,通常为公司已注销的法人股东的原股东、原出资人(个人独资企业)、或原上级行政主管部门,而消极确认之诉的提起者,常为公司及公司的其他股东。典型裁判观点:

(一)支持承继并确认。裁判理由:1.《公司法》186条第二款规定,公司注销后剩余财产由股东分配;2.可参照《公司法》75条关于自然人股东死亡后承继的规定;3.公司章程也未对股东资格承继做限制性规定。

(二)不支持承继。裁判理由:1.《公司法》未对法人股东注销后的股东资格承继做出规定;2.《公司法》186条仅是对公司清算的规定,拥有财产权并不代表享有股东资格,股权因其特殊性,只能依《公司法解释(三)》第22条规定的原始取得方式或继受(受让、赠与、合并、继承、判决)方式取得;3.有限公司人合性较强,股权的管理属性不弱于财产属性,具有人身性质,注销后直接承继股东资格不符合公司法立法本意。

(三)驳回起诉。裁判理由:1.(既然)公司及其他股东均同意承继,(那么)原告没有诉讼利益;2.属于工商变更登记遇阻的事宜,建议另循行政法律途径解决,不应运用民事诉讼程序救济。

## 二、为什么裁判观点多元纷呈

首因在于,《公司法》没有关于法人股东注销后股东资格承继的明文规定,这给了讼争和观点碰撞的空间。其次,股权是一种特殊的财产,除了财产属性还有人身属性,财产属性具有天然的流动性,而人身属性流动需要履行特殊或刚性的程序。比如,司法实践中,以共有财产出资形成的股权,股东资格属于出资者,并不属于全部财产共有人。以无权处分的财产出资形成的股权,如符合善意取得,则股权属于出资人而不属于财产所有人,甚至以犯罪所得作为出资财产,出资人仍然享有股权,说明仅有财产属性并不能锁定股东资格。类似的还有在婚姻关系中,夫妻一方以共同财产设立的股权,一般认为并非是夫妻共有股权,另一方可主张共有的范围仅限于股权的财产价值,或者股权中体现出的财产性权利,而体现决策管理属性的共益权,则不可主张。在股权代持关系里,更倾向于认定显名的代持人为股东,隐名被代持人仅享有财产性收益。被代持人欲享有股东资格,必须通过刚性的确认程序,满足形式要件方能达到目的。这些都是股东资格的人身属性并不绝对由财产属性派生的例证,但是,这个逻辑不能反过来解读,不代表股东资格的财产属性与人身属性可以分割。股东资格作为物权,有对世性和排他性,因为财产属性不当然派生人身属性,所以,法律对股权的取得更强调程序正义,原始取得的股权侧重实质要件审查,对继受取得的股权则把关更谨慎,实质审查和要件审查并举。

于是,所有纠纷,缘此而起。

## 三、法人股东注销后的股权能否“意定”承继

审判实践中,对法人股东注销后股权的承继存在两派观点,一派认为,股权承继在实质和程序上要有法定性,“法定派”奉《公司法解释(三)》第22条规定为圭臬,认为除了该司法解释规定的原始和继受取得方式,别无他途,在这个语境下,试图以承继方式取得注销法人股东资格的可能性,基本上被排除。另一派则以《公司法》第186条为依据,以75条自然人死亡后股东资格继承的规定为参照,对《公司法》条款进行了目的性扩张,并根据个案情况类推适用,称为“扩张派”。

细察两派观点的迥异之处,首要分歧在于:法人股东注销后股东资格承继,是否只能法定承继?在法无明

\*康慨,北京市中闻(深圳)律师事务所实习人员,本所金融与资本市场专业委委员,中国创新创业大赛(深圳赛区)专家评委,专业领域为证券投行、跨境合规、商业争议,刑民交叉等。

文规定的情况下，可否参照相关法条，通过商事主体的自治行为，达成意定承继？意定承继在现实中存在两类情形，法人权力机构在清算前通过章程或决议，规定对注销后剩余资产中的股权，股东可以承继，称之为事前的意定承继。事前的意定承继，对照《民法典》第72条“法人清算后的剩余财产，按照法人的章程或法人权力机构的决议处理。法律另有规定的，依照其规定”，应确认完全合法合规。另一种情况，法人权力机构在清算时未做决议，或者遗漏了股权财产，注销后，事过境迁才发现“无主”股权，于是原股东通知公司欲承继股权，这个称之为事后的意定承继，事后的意定承继经常被诟病存在硬伤，既缺少“法人权力机构的决议”，又存在股东失责、清算时未尽“注意义务”的情形。但公司注销后，其股东是法定的权利义务继受主体，事后主张权利，包括承继股东资格权利，与法律规定并无龃龉，程序瑕疵不应排除承继的正当性和合法性。最高院判例对注销后股东的权利亦有相关表述：“股东享有公司剩余财产分配权，是公司注销后权利义务的法定主体…” [(2019)最高法民终612号]。不过纵观类案情况，这两种“意定承继”，在诉讼时并不保证会得到法院支持，阻击方的逻辑是，《公司法解释（三）》第22条规定的股权继受取得的几种方式为：受让、赠与、合并、继承、法院判决。这其中的“继承”只限于自然人股东死亡后的继承，法人股东承继不在此列。此说理在很多判例里高频出现。

其实，“意定承继”作为意思自治的商事法律行为，也符合公司法立法本意。《公司法》本质上属于广义的民法，是民法中规范商事活动的特别法，民事主体享有继承权，商事主体同样享有该权利，不管这个商事主体是自然人还是法人或其他组织。但为何《公司法》只对自然人股东继承做出规定，却漠视了法人？从《公司法》价值观角度推测或可有助于理解：自然人死亡具有突发、小概率和不确定性，而法人的拟制死亡（注销）多可以自主决定，时间又可控。对自然人死亡后的股权继承，法律以明文规制指引，是以法定性为不确定性情形兜底的设计。但法人股东注销前，其权力机构应有从容的时间处分财产履行承继，法人相对于自然人更具“理性”，所以法人股权承继这类确定性高的事情交由股东意思自治，更能体现尊重私人治理的立法本意，即使仍有其他因由，也绝非漠视法人股东资格承继权。笔者更愿意相信此处折

射的法无禁止即可意定的价值观正是立法者的高明之处。

以法律和公司章程共同调整自然人死亡股东资格承继，在裁判理念中已臻一致，但法人股东资格承继的问题，囿于裁判标准不一，主要是对是否尊重公司意定规范（章程和决议）来调整未成共识，尚存在不少亟待救济的失权案例，需推动类案同判以打通救济之路，避免股权真空拖累企业发展。总之，法人股东注销后资格承继难题，要突破的不光是法律禁区，也是学理和实践禁区。

#### 四、剩余财产中的“股权”可否做限缩解释？

引发裁判多元的另一大分歧点是：清算后公司剩余财产中的“股权”，是人身属性和财产属性俱全的股权（股东资格），还是仅仅对应的股权的财产性价值？

在公司财产中，长期股权投资按资产类科目记账，属于类金融性资产，但股权又是一项“长袖善舞”的特殊财产，放眼整个财产家族，仅“色艺俱佳”的知识产权与股权可堪弈棋。两者的不同是，知识产权的人身和财产属性关系松散，可拆可分。譬如著作权中，在发表和署名这两项人身属性的权利恒定的情况下，其发行和表演权（财产属性）可以随时交易而无所羁绊。但股权的人身和财产属性则无法技术割裂，即使可以约定同股不同权，或者对瑕疵出资的股东限制其新股增发认购、剩余财产分配、利润分配三项权利，乃至新修《公司法》拟推出的“类别股”，都不构成割裂的意思。如上文第二部分所述，股权也不应因持有人的变化当然失去某项属性。行将终止或者已经终止资格的法人，将其拥有的权利义务遗授他人，对此语境下的“股权”能否限缩解释为“股权对应的财产性价值”？笔者看到在大量的股权确权之诉中，反对承继的股东或者裁判机关做如此限缩解释的俯拾皆是。限缩解释的目的就是通过抽离股权的人身属性，达到否认股东资格，褫夺股东地位的目的。但这种限缩解释有很大的反对声音，因为导致的现实风险和负面后果可能很大，不仅仅是承继者失权，其他股东和债权人等多个主体都有可能蒙受财产损失。其逻辑是，表面上被限缩解释的股权财产性价值暂时没有损失，但长远看，股权人身属性对应的共益权被剥夺，意味着承继者以股东身份通过参与决策管理创造财富的权利被剥夺，共益权所能派生的机会收益成为零或者负数。人

们的认识误区在于，股权价值就等于静态的估值或所有者权益，但别忘了企业经营是永续行为，在股权不因承继不能而陷于真空和不稳定的情况下，股权承继者发挥聪明才智或资源整合能力，参与公司决策管理，创造企业财富，存在无限的想象空间。人身属性才是股权价值的发动机，才是股权价值动态增长的持久动力。用静态的股权价值来诠释股权，否认股东资格，就扼杀了一切机会和可能，某种程度上无异于窃人钱财，这对股权的潜在承继者很不公平。

所以，法人股东注销后，将承继的股权，视为概括继受了股东资格，更能保护商事主体对《民法典》第6条和公司法第75条及186条所产生的信赖利益。

#### 五、人合性、优先购买权刍议

“人合性”指有限责任公司设立和存续是基于发起人（股东）成员的信用及发起人（股东）之间的信赖关系。在公司经营期间，如有新的股东进入，需要考量其是否打破原有股权格局，造成原股东的可得利益受损，新老股东之间会否因彼此缺少信任而在战略方面难以沟通，掣肘公司的发展。换言之，破坏公司原来的封闭性和人合性，对公司发展不利。司法实践中，这的确是裁判者关注的要点之一。但法人股东注销后由其股东承继股权，通常都是实控人未变，股东结构和团队未变，只是持股主体变化，经营理念也不会因之改弦更张，原股东可得利益也不会减损。其次，公司股东成员之间的关系特征，随着经济社会的发展在不断嬗变，有限公司的人合性和资合性二者权重孰大孰小，学界一直存有争议。《公司法》多次修法的趋势，也是由积极向谦抑进化的过程，维护公司人合性和封闭性的内容已着墨甚少，以充分尊重股东自治为取向，回归到私法本质。著名的贵州捷安与贵阳黔峰等公司股权确认纠纷案，<sup>①</sup>在面对公司发展机会与人合性冲突的时候，法院就将天平倾向了公司发展，驳回了保护人合性的诉请。

由“人合性”衍生的另一抗辩观点是：“法人股东注销后，股权承继本质上是股权转让，须经过其他股东同意，其他股东有优先购买权”。笔者认为，股权承继广义上是民事权利转让的一种类型，这是实践中容易把

股权承继与股权转让混为一谈的原因。但虽然外观上看二者都发生了持股主体和权利义务的转移，可其中蕴含的利益纠葛存在本质差异。股权对外转让通常涉及到通过增资扩股或转让老股方式吸收股东之外的第三人加入成为新股东，存在转让对价和条件，新成员的加入会改写原有的股东结构，甚至公司控制权可能会旁落于新成员。如果不从保护原股东的利益稳定角度，赋予其优先购买权，就会造成原有股东在公司的表决权及财产权被削弱，这与有限责任公司的人合性相悖。股东对内转让股权则与股权承继有相近之处，对内转让股权是在股东内部进行股权循环，会刷新原有股权架构，有可能动摇原股东的表决权，对价和条件需双方达成合意，这在现行《公司法》规范里，尚不需要其他股东同意，其他股东也不能主张优先购买。而股权承继是没有第三人介入的“血脉”更迭，股权的流动不是对外循环，甚至都不是对内循环，而是一种溯源性的直系内循环，与公司其他股东不发生法律行为，不可能损害原有股权格局，无法侵犯原有股东的既得利益和合理期待。既然对内转让股权无需其他股东同意，举重以明轻，股权承继也就不需要经过其他股东的同意了。有限责任公司不同于合伙企业，股东合作更依赖“资合”，股东的“对人选择权”仅局限在一定范畴，不可任意扩大解释。至于股东资格承继时其他股东是否享有优先购买权，法律并无规定，这绝非立法疏漏，而是对股东行使优先购买权的范围进行了明确的限制。但如果公司在章程里赋予了其他股东优先购买权，或者设置了限制或排除承继的条款，这符合公司封闭性和人合性的特点，比方对既是股东又是员工的人，规定“人走股留”。反之，法人股东注销后，其合法继受人（股东）要求承继股权，应可以参照自然人股东死亡后的继承规定，无需征得其他股东同意，其他股东也不具有当然的优先购买权。

股东资格承继纠纷经常会与公司控制权之争交织缠绕，关乎公司昌盛发展大计，处理不当会引致公司动荡，势成僵局，处理得当则能助力公司和谐发展，永续经营。化解这类特殊纠纷，不仅要依赖立法层面的进步完善，更需要法律人在司法实践中展现聪明智慧和前瞻化思维，商业竞争才能始终运行在法治轨道上。

<sup>①</sup>最高院（2009）民二终字第3号。

# 洗钱罪 的认定及辩护要点

○陈国庆\* 广东卓建律师事务所

2021年3月1日正式施行的《刑法修正案（十一）》对洗钱罪作了较大幅度的修改，导致洗钱罪的犯罪构成、共犯的认定、罪数的认定等发生了变化。其中，较为重要的改变是删除了“明知”的表述，将自洗钱这一行为样态纳入到了洗钱罪的规制范围，加强了对洗钱类犯罪的打击力度。立法对洗钱罪的修改亦带来了一系列的司法适用问题。因此，需要重新审视和理解洗钱罪的构成要件，明确罪与非罪、一罪与数罪的问题，为实务中洗钱罪的具体认定及辩护提供思路。

## 一、洗钱罪的认定

### （一）犯罪主体的认定

《刑法修正案（十一）》删除了第一百九十一条第一款第二、三、四项中“协助”的表述，这一删改意味着上游犯罪行为本人实施的洗钱行为也可能构成洗钱罪，改变了洗钱罪只能由他人实施的行为模式。自此以后，洗钱罪的犯罪主体既可以是上游犯罪行为以外的第三人，也可以是上游犯罪行为本人。前者为“他洗钱”，后者为“自洗钱”。

### （二）主观要件的认定

《刑法修正案（十一）》第一百九十一条虽然删除了“明知”的表述，但这并不意味着行为人成立洗钱罪无须满足主观方面的构成要件。<sup>①</sup>首先，从文义出发，“为”字表目的，构成本罪要求行为人具有“掩饰、隐瞒上游犯罪所得及其收益”的目的。其次，从体系出发，洗钱罪为故意犯罪，即使分则条文删去“明知”，也不影响对该罪名主观故意中认识因素的认定。<sup>②</sup>最后，从主客观相统一原则出发，不考虑行为人主观方面的构成要件，仅通过客观事实认定行为人构成本罪，可能会陷入客观归罪的风险。综上，认定行为人构成洗钱罪仍然要证明：行为人明知涉案财产系上游犯罪所得及其收益，仍具有掩饰、隐瞒的目的。

在确定构成洗钱罪仍然要求行为人“明知”这一要件后，需要进一步明确明知的内容。明知的内容主要是涉案财产是上游犯罪所得及其收益的事实，可以进一步拆分为两个方面的事实：一是上游犯罪必须为毒、黑、恐、走、贪、破、金中的一类犯罪；二是犯罪对象必须是上游七类犯罪的所得及其收益。明确明知的内容后，需要进一步明确明知的程度。洗钱罪中的明知为概括性认识，行为人既可以是确定知道涉案财产系上游犯罪所得及其收益，也可以是可能知道。此外，应当注意，对于上游犯罪法律性质的认识错误并不影响“明知”的认定。行为人在上游犯罪的范围内将此类犯罪所得及其收益误认为彼类犯罪的，不属于对犯罪构成要件对象的认识错误，不影响案件的定性。

实务中，行为人是否明知系其主观心理状态，往往

需要借助外化的客观要素予以认定。《最高人民法院关于审理洗钱等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（简称《洗钱罪司法解释》）第一条规定：是否“明知”应当结合被告人的认知能力，接触他人犯罪所得及其收益的情况，犯罪所得及其收益的种类、数额，犯罪所得及其收益的转换、转移方式以及被告人的供述等主、客观因素进行认定。该条表明，认定主观明知需要考虑多种主客观因素。总的来说，可以从行为人的自身情况（身份信息、文化程度、认知能力、职业背景、接收的信息）、行为人与上游犯罪行为人的关系（亲友关系、领导关系、亲密程度）、行为人对于上游犯罪的知悉程度等几个方面入手。除此之外，《洗钱罪司法解释》第一条第二款还列举了可以认定行为人明知涉案财产系犯罪所得及其收益的七项具体情形。

### （三）客观行为的认定

首先，认定行为人的行为是否符合洗钱罪的客观构成要件，需要把握洗钱罪的行为本质：第一，从侵犯的法益来看，需要考察行为是否妨害了司法机关查处犯罪的正常活动、破坏了国家的金融管理秩序。<sup>③</sup>第二，从行为方式来看，需要考察行为是否具有“化学特征”，将上游犯罪所得及其收益合法化。

其次，《刑法》第一百九十一条列举了洗钱罪的客观行为方式，即四种情形加兜底条款。具体展开如下：第一种情形，提供资金账户型。这里的“资金账户”包括银行账户（存款账户、储蓄账户、信用卡账户、外汇账户）、证券公司的股票交易账户、期货公司的期货交易账户等。第二种情形，将财产转换为现金、金融票据、有价证券，是指协助犯罪分子将犯罪所得及其收益通过交易转换为现金、金融票据、有价证券。此种情形常见于贪污受贿案件。第三种情形，转帐或者其他支付结算方式转移资金，是指利用金融票据（包括支票、本票、汇票等），或者利用汇兑等方法将犯罪所得及其收益在不同账户间转换。第四种情形，跨境转移资产，是指以各种方式将犯罪所得及其收益转移至境外的国家或地区。实践中，有直接跨境和间接跨境转移两种方式。前者包括通过运输、邮寄、携带；

①张斌. 洗钱罪主观要素司法证明的形塑——基于《刑法修正案（十一）》的分析[J]. 江汉论坛, 2022(02):139-144.

②刘艳红. 洗钱罪删除“明知”要件后的理解与适用[J]. 当代法学, 2021, 35(04):3-14.

③张明楷. 洗钱罪的保护法益[J]. 法学, 2022(05):69-83.

\* 陈国庆，广东卓建律师事务所合伙人、斗木刑事团队负责人，本所金融犯罪研究中心主任，兼任第十一届深圳律协刑事法律专业委员会副主任，专门从事刑事辩护。

后者是指于境内外分设两个资金池，境内收款完成后，向境外放款。第五种情形，为兜底性条款，《洗钱罪司法解释》第二条，对于这里的“其他方法”进行了细化，列举了七种情形。

最后，洗钱的行为方式多种多样，但本质都是掩饰、隐瞒、清洗犯罪所得及其收益，实现犯罪所得及其收益在表面上的合法化。故，司法实践中，在认定洗钱行为时，应着眼于洗钱行为的本质。

#### （四）共同犯罪的认定

实务中，洗钱罪涉及的共同犯罪通常存在两个问题：一是洗钱行为人与上游犯罪本犯是否就上游犯罪成立共同犯罪，二是上游犯罪本犯与洗钱行为人是否就洗钱罪成立共同犯罪。判断前一个问题的关键在于：判断洗钱行为人是否就上游犯罪与上游犯罪本犯存在通谋；判断后一个问题的关键在于：判断上游犯罪本犯的事后行为是否独立构成自洗钱。

2022年11月3日，最高人民检察院发布了五起洗钱犯罪的典型案例，其中一起为马某益受贿、洗钱案。该案中，马某益在受贿行为实施前或实施过程中具有共同受贿的故意，并且在马某军的授意下多次收受请托人财物，符合主客观相统一的原则，属于受贿罪的帮助犯。而马某益将受贿所得用于投资经营是在掩饰隐瞒犯罪所得及其收益，可以独立构成洗钱罪。这里便有了一个问题：如何判断行为人成立的是上游犯罪的共犯，还是单独成立洗钱罪？最高法院认为，可以以掩饰隐瞒行为发生的时间点作为区分上游犯罪共犯与洗钱罪的根据。上游犯罪过程中，行为人实施的掩饰隐瞒犯罪所得的行为，属于上游犯罪的组成部分，行为人为上游犯罪的共犯；上游犯罪完成后，行为人实施的掩饰隐瞒犯罪所得及其收益并使其合法化的行为，成立洗钱罪。这一案例对于实务中区分上游犯罪的帮助犯与洗钱罪具有指导性意义。

#### （五）罪数的认定

上游犯罪本犯实施的自洗钱行为是否构成洗钱罪，要看是否侵害了新法益，并且是否能够被上游犯罪行为包容评价。另外，如果上游犯罪本犯同时构成上游犯罪

与洗钱罪的，可能会数罪并罚。最高检发布了一起自洗钱典型案例：冯某才等人贩卖毒品、洗钱案。该案中，被告人冯某才同时构成贩卖毒品罪与洗钱罪，数罪并罚。但是，基于罪责刑相适应原理，为避免量刑畸重，并不一定要对洗钱罪与上游犯罪数罪并罚，应结合具体案情进行分析，不可一概而论。<sup>④</sup>

其一，上游犯罪后本犯实施的掩饰隐瞒行为并非一律成立洗钱罪，其未必就上游犯罪与洗钱罪成立数罪。主要包括两种情形：第一，上游犯罪本犯实施的掩饰隐瞒行为没有侵害新法益，或者虽然侵害了新法益，但不具有期待可能性，属于事后不可罚行为。例如，行为人在走私毒品后仅持有、窝藏毒品的，没有侵犯金融管理秩序，属于事后不可罚行为。贪污或受贿行为人掩饰、隐瞒贪污或受贿所得的，即使妨碍了司法机关的正常追溯活动，但因其不具有期待可能性，也属于事后不可罚行为。第二，上游犯罪本犯的事后行为并非事后不可罚行为，但能够包容评价洗钱行为的，仅以上游犯罪论处。例如，行为人将境内外汇转移至境外后，兑换成另一种外汇又转移至境内的行为，能够被逃汇罪包容评价，故只需要认定为逃汇罪一罪即可。

其二，即使上游犯罪本犯的自洗钱行为构成犯罪，也不能一律实行数罪并罚。存在两种不宜数罪并罚的情形：第一，上游犯罪与洗钱罪存在想象竞合。例如，贪污、受贿行为人将犯罪所得及其收益汇往境外，可能构成贪污罪、受贿罪与洗钱罪的想象竞合，应当择一重处罚。第二，上游犯罪与洗钱罪存在原因和结果的牵连。有观点认为，上游犯罪系原因，后续洗钱是结果，属于原因与结果的牵连，应按照牵连犯从一重处理。<sup>⑤</sup>例如，行为人非法集资后将集资款用于购买豪车豪宅等贵重物品的，属于牵连犯，应当从一重罪。

对于上游犯罪本犯以外的第三人，洗钱行为人是否就上游犯罪和洗钱罪成立数罪，应当看洗钱行为人是否与上游犯罪本犯存在通谋。<sup>⑥</sup>如果洗钱行为人与上游犯罪本犯不存在通谋，仅构成洗钱罪一罪。如果二者之间存在通谋，洗钱行为人与上游犯罪本犯成立上游犯罪的共同犯罪，同时也成立洗钱罪的，属于想象竞合，应择

一重罪论处。

## 二、辩护要点

### （一）无罪之辩

#### 1. 辩护点：上游犯罪不存在

洗钱罪的成立以上游犯罪行为构成犯罪为前提，若上游犯罪行为实施的行为并不是犯罪行为，则其所得财产及收益也并非犯罪所得及收益，行为人的后续行为本质上就不是掩饰隐瞒犯罪所得及其收益的行为，从而证明行为人不构成洗钱罪。

#### 2. 辩护点：行为人主观不明知

“明知”要件是洗钱罪司法认定的重点难点，也往往成为行为人出罪的突破口所在。由于主观明知的“取证”和“证明”都比较困难，除了行为人自己认罪的案件，行为人和其辩护人作无罪辩护时，可以辩称行为人不知道经手的财产系上游犯罪所得及其收益。

#### 3. 辩护点：涉案财产并非上游犯罪所得

洗钱罪成立需查证的客观基础事实之一：洗钱的对象是七类上游犯罪的所得及其收益。实务中，涉案资金往往在多个账户之间多次流转，定罪需要有充分证据证明资金具有连续性、同一性。由于货币属于种类物，若账户中的资金不具有连续性，控方很难证明行为人账户中的资金与上游犯罪行为转移的资金属于同笔资金，这便为辩护提供了突破口。因此，在审查证据时，辩护人可以重点审查行为人的银行流水及相关审计报告，查看涉案资金在流转过程中是否出现中断的情形，并结合行为人的辩解等其他证据，论证涉案资金并非上游犯罪的犯罪所得及其收益。

#### 4. 辩护点：行为人没有实施洗钱行为

如果行为人没有实施掩饰、隐瞒犯罪所得及其收益，并将其合法化的行为，则不符合洗钱罪的客观行为要件，不能认定行为人构成洗钱罪。例如，资金账户不是行为人本人提供的，而是被盗用的。

### （二）轻罪之辩

#### 1. 辩护点：行为人系上游犯罪的从犯而非洗钱罪的主犯

如果行为人作为上游犯罪的从犯，被判处的刑罚轻于洗钱罪的主犯，则辩护人为行为人往上游犯罪从犯的方向辩护，也是一种辩护策略。如果行为人实行一行为，

同时构成上游犯罪的帮助犯和洗钱罪的本犯，按照想象竞合的处理规则，应当从一重罪论处，有可能按照上游犯罪对行为人定罪处罚。但是，如果行为人系上游犯罪的从犯，有可能实际判处的处罚轻于洗钱罪。

#### 2. 辩护点：选择掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪进行辩护

掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪和洗钱罪属于法条竞合关系。掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪有两档法定刑：三年以下有期徒刑、三年以上七年以下有期徒刑。洗钱罪也有两档法定刑：五年以下有期徒刑、五年以上十年以下有期徒刑。洗钱罪法定刑要重于掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪的。因此，当行为人同时触犯这两个罪名时，辩护人可以选择掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪进行辩护。

### （三）罪轻之辩

#### 1. 辩护点：行为人主观恶性较低

行为人可能知道涉案财产来源于七类上游犯罪而掩饰、隐瞒，并非确定知道的，其主观上为间接故意。相较于直接故意，主观恶性相对较低，在量刑上也应有所体现。

#### 2. 辩护点：行为人系从犯

如果资金在行为人经手之前已经在不同人之间多次流转，且行为人处于资金流转链条的尾端位置，在整个洗钱链条中起次要作用的，系从犯，应从轻、减轻处罚或免除处罚。

#### 3. 辩护点：查证犯罪数额大小

犯罪数额大小也是对洗钱罪量刑时应考量的因素。洗钱罪的数额应当仅限于上游犯罪已经查证属实的犯罪所得及其收益，如果经查证，不属于上游犯罪所得及其收益的，应当排除在洗钱数额之外。

#### 4. 辩护点：是否具有退赃行为

如果行为人已经全部退赃，且没有造成严重后果，犯罪情节轻微的，也可以作为酌定的量刑情节。辩护人在为行为人提供法律服务时，应当说明退赃这一情节对于量刑所起的作用。

#### 5. 辩护点：应与上游犯罪在定罪量刑上保持平衡

洗钱罪的上游犯罪多为重罪，洗钱罪脱胎于上游犯罪。因此，对洗钱罪的处罚不应重于对其上游犯罪的处罚，否则可能导致刑罚的轻重倒挂，造成量刑畸重。

④张明楷：自洗钱入罪后的争议问题[J]，比较法研究，2022(05):89-103。

⑤姚兵：我国自洗钱行为不独立成罪的原因分析[J]，河北法学，2012,30(06):115-119。

⑥何萍，殷海峰：《刑法修正案（十一）》视域下自洗钱入罪的理解与适用[J]，青少年犯罪问题，2022(01):55-65。

# 建设工程施工合同纠纷 办案指引

○兰晓伟\* 泰和泰（深圳）律师事务所



## 一、客户洽谈阶段

在初次与客户会谈时，需要注意倾听客户诉求，让客户对案件充分讲述案件情况。但作为接待律师不能止步于此，在首次交谈中，要做到基本了解案件脉络，客

户的讲述可能是凌乱的，我们要懂得串起来。这时候首先需要列一个基本问题清单。

1. 列基本问题清单(以施工单位索要工程款为例):

| 序号 | 问题         | 意图                                      |
|----|------------|---|
| 1  | 项目在哪?      | 确定项目地点; 涉及到专属管辖问题。                      |
| 2  | 有无签合同?     | 确定有无签订施工合同; 实践中存在无合同即进场施工的情况。           |
| 3  | 跟谁签订的合同?   | 确定交易主体; 实操中普遍存在跟集团公司谈判, 跟子公司或项目公司签约的情况。 |
| 4  | 签合同是在什么时候? | 确定交易时间主线; 同时对判断诉讼时效会起到帮助作用。             |

\* 兰晓伟, 泰和泰(深圳)律师事务所律师、建设工程部副主任、总包之声一线创作人, 兼任深圳市山西商会联席副秘书长, 主要业务领域为建设工程法律服务, 熟悉 EPC 合同、代建制模式、招投标等法律风险防控。

|    |                         |   |
|----|-------------------------|---|
| 5  | 这个项目有没走招投标流程?           | 确定有无进行招投标; 涉及到合同效力问题的认定。  |
| 6  | 贵司是总包、专业承包、专业分包、还是劳务分包? | 确定工程范围及客户在项目建设中的角色; 同时能够初步判断客户拟起诉的主体。                               |
| 7  | 贵司有无承接相应工程资质?           | 确定有无资质及超越资质; 该情形会影响合同效力。  |
| 8  | 有无挂靠、转包、违法分包情况?         | 确定实际的施工主体; 实践中有太多的施工单位仅仅是出借资质收取挂靠费, 但实际工作都是由下一手实际施工人完成的情况, 这一点必须要问。 |
| 9  | 什么时候进场/开工?              | 确定实际进场日期; 涉及到工期计算问题。  |
| 10 | 项目有没有完工?                | 确定项目建设情况及完工日期。  |
| 11 | 项目有没有办理竣工验收?            | 确定工程是否验收合格及验收日期。  |
| 12 | 有无办理工程移交手续或是否已经投入使用     | 确定工程有无移交及投入使用, 涉及到竣工日期的确定和工程是否合格的认定。                                |
| 13 | 有无办理结算?                 | 确定双方对合同价款有无达成一致, 涉及到工程款计算及有无必要进行鉴定事宜。                               |
| 14 | 未办理结算原因是?               | 实操中存在结算办理过程中, 因为签证和索赔问题未妥善解决双方僵持的情况。                                |
| 15 | 结算价款有无争议?               | 实操中存在办理结算之后一方反悔或主张扣除工期违约金等情况。                                       |
| 16 | 项目整体的付款情况如何?            | 确定应付金额、已付金额、未付金额。   |
| 17 | 未付的原因是什么?               | 实操中未付款的原因并不一定是合同相对方的责任, 需跟客户充分交流, 确定真实的原因。                          |
| 18 | 项目约定的计价方式是什么?           | 确定计价方式和计价依据。  |
| 19 | 合同有没有约定以审计结论作为结算依据?     | 确定有无约定审计的条款, 涉及到结算依据的确定。  |
| 20 | 目前双方最后一次沟通的情况如何?        | 确定有无谈判可能及起诉的紧急性。  |
| 21 | 贵司目前最希望得到哪些帮助?          | 客户的需求可能是要先发个律师函, 也可能是请求协助谈判、也可能是尽快进行保全, 需要明确其紧急需求并进行响应。             |

注: 上述问题清单一方面是帮助承办律师和客户梳理基本案件事实, 另一方面则是在向客户展示承办律师“懂行与否”, 在跟客户交谈的过程中, 客户觉得承办律师懂行, 才能建立基本的信任, 才会产生委托意向。

## 2. 出具法律服务方案及报价

在梳理完上述问题之后, 承办律师对项目的情况和客户的诉求基本可以明确, 此时需要针对客户需求进行响应, 提出初步的解决方案并向客户发送需要补充提交的材料清单。

特别强调, 由于工程案件资料繁杂, 多数客户并不知道哪些资料是律师需要的, 甚至有些关键性的材料客户对接人会认为并没有那么重要, 因此在前期收案阶段一定要尽可能地将资料收集齐全再进行筛选, 有时候案件的转机就藏在某些不起眼的往来函件中。

## 3. 签订代理合同(此处不再赘述)

## 二、案情研究阶段

按照作者的办案习惯, 会对下列要点进行逐项分析:

### (一) 管辖

1. 仲裁: 有无约定仲裁? 仲裁条款是否有效?
2. 诉讼: 建设工程施工合同纠纷, 按照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》的规定应以不动产所在地人民法院管辖。
3. 施工合同约定的争议解决条款与补充合同是否存在冲突?

### (二) 时效

1. 时效是否起算?
2. 是否超过诉讼时效?
3. 有无证明表明诉讼时效中断?

### (三) 合同效力

在建设工程案件中, 合同效力问题是法院首先要审查的问题, 合同是否有效不仅关系到合同价款如何结算、

也关系到违约条款、奖励金、付款条件等能否约束双方，因此非常重要。

根据《民法典》《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》及《建筑法》《招标投标法》《招标投标法实施条例》《必须招标的工程项目规定》等法律法规的规定，以下情况会导致施工合同无效，需注意甄别：（1）无资质；（2）超越资质；（3）借用资质；（4）违法分包；（5）非法转包；（6）应招标未招标；（7）中标无效（此处需仔细查阅：招标投标法及招标投标法实施条例、必须招标的工程项目规定）；（8）背离中标合同的实质内容；（9）未取得建设工程规划审批手续；（10）其他。

#### （四）价款

根据笔者的办案经验及此前所进行的案例分析，绝大多数建设工程施工合同纠纷都是以索要工程款为主要诉求。因此如何确定合同价款是高频、最核心的争议焦点。确定合同价款，需要从以下几个方面分析：

1. 合同约定的价格形式：固定总价？固定单价？成本加酬金？（实践中前两者居多）
2. 合同约定计价依据：清单计价？定额计价？据以确定价格的文件是否有误？
3. 合同中关于价格调整的条款有无被触发？
4. 签证是否齐全？
5. 变更流程是否符合合同约定？
6. 索赔事件是否清晰？索赔程序是否符合合同约定？
7. 预付款、进度款、结算款付款条件是否成就？
8. 付款条件未成就的原因归责于哪一方？

#### （五）工期

是否存在工期延误也是建设工程施工合同的高频争议焦点，工期是否延误影响着是否需要扣除工期违约金及赔偿相关损失，因此工期问题本质上也是“价款问题”，必须慎重核查。核查思路如下：（1）是否存在工期延误的事实？（2）工期延误的原因是什么？能否归责于施工单位？（3）有无获得工期顺延的确认？

##### 1. 关于开工日期

按照《施工合同纠纷司法解释》规定：1. 开工日期为发包人或者监理人发出的开工通知载明的开工日期；

开工通知发出后，尚不具备开工条件的，以开工条件具备的时间为开工日期；因承包人原因导致开工时间推迟的，以开工通知载明的时间为开工日期。2. 承包人经发包人同意已经实际进场施工的，以实际进场施工时间为开工日期。3. 发包人或者监理人未发出开工通知，亦无相关证据证明实际开工日期的，应当综合考虑开工报告、合同、施工许可证、竣工验收报告或者竣工验收备案表等载明的时间，并结合是否具备开工条件的事实，认定开工日期。

##### 2. 关于竣工日期

竣工日期的确定，按照《施工合同纠纷司法解释》，当事人对建设工程实际竣工日期有争议的，按照以下情形分别处理：1. 建设工程经竣工验收合格的，以竣工验收合格之日为竣工日期；2. 承包人已经提交竣工验收报告，发包人拖延验收的，以承包人提交验收报告之日为竣工日期；3. 建设工程未经竣工验收，发包人擅自使用的，以转移占有建设工程之日为竣工日期。

##### 3. 关于工期顺延

在工程建设过程中，会有诸多因素导致工程延期，此时需要区分责任主体，如发包人或因下列原因导致工程延期：

- （1）发包人未能按合同约定提供图纸或所提供图纸不符合合同约定的；
- （2）发包人未能按合同约定提供施工现场、施工条件、基础资料、许可、批准等开工条件的；
- （3）发包人提供的测量基准点、基准线和水准点及其书面资料存在错误或疏漏的；
- （4）发包人未能在计划开工日期之日起7天内同意下达开工通知的；
- （5）发包人未能按合同约定日期支付工程预付款、进度款或竣工结算款的；
- （6）监理人未按合同约定发出指示、批准等文件。

作为承办律师需仔细核查施工过程中的《工程联系函》《备忘录》《会议纪要》《施工组织计划》等文件，以厘清基本事实，维护客户权利。

#### （六）质量

工程质量验收合格是施工单位能够获取工程款的基

本条件，因此质量问题非常重要。首先要判断工程有无竣工验收，验收是否合格？若未验收合格，是否存在发包人擅自投入使用的情况，这些直接关系到施工单位能否按照合同约定索要工程款。承办律师需清楚以下内容：

1. 由于承包人的原因造成工程质量不符合合同规定的，承包人应负责无偿修理或返工、改建，由此造成工程逾期交付的，承包人应当承担违约责任。

2. 发包人具有下列情形之一，造成建设工程质量缺陷，应当承担过错责任：（1）提供的设计有缺陷；（2）提供或者指定购买的建筑材料、建筑构配件、设备不符合强制性标准；（3）直接指定分包人分包专业工程。承包人有过错的，也应当承担相应的过错责任。

3. 建设工程未经竣工验收，发包人擅自使用后，又以使用部分质量不符合约定为由主张权利的，人民法院不予支持；但是承包人应当在建设工程的合理使用寿命内对地基基础工程和主体结构质量承担民事责任。

#### （七）缺陷责任期与保修期

在涉及到退还质量保证金的情况下，发包人经常会以保修期未届满进行抗辩，但无论学术界和工程界存在怎样的争议，按照现行有效的《建设工程质量保证金管理办法》之规定，质量保证金的退还对应的是“缺陷责任期满”（一般不超过2年），而非保修期满，这一点需要特别注意。

#### （八）审计条款

全国人大法工委的复函中仅明确了“地方性法规中直接以审计结果作为竣工结算依据和应当在招标文件中载明或者在合同中约定以审计结果作为竣工结算依据的规定，限制了民事权利，超越了地方立法权限，应当予以纠正”，但并没有否认审计结论作为为结算依据的“约定效力”，因此双方在合同中明确约定以审计结论作为结算依据的约定是有效的。

#### （九）优先受偿权

关于优先受偿权的主体、形式期限、能否约定放弃等问题，承办律师需关注以下几点：

1. 承包人建设工程价款优先受偿的范围依照国务院有关行政主管部门关于建设工程价款范围的规定确定。承包人就逾期支付建设工程价款的利息、违约金、损害

赔偿金等主张优先受偿的，人民法院不予支持。

2. 装饰装修工程的发包人不是建筑物的所有权人的，承包人不享有优先受偿权。

3. 工程价款的优先受偿权优于抵押权和其他债权，但不得对抗交付购买商品房的全部或者大部分款项后的消费者。

4. 承包人应当在合理期限内行使建设工程价款优先受偿权，但最长不得超过十八个月，自发包人应当给付建设工程价款之日起算。

5. 发包人与承包人约定放弃或者限制建设工程价款优先受偿权，损害建筑工人利益，发包人根据该约定主张承包人不享有建设工程价款优先受偿权的，人民法院不予支持。

#### （十）违约责任和合同解除

在实操中，建设工程施工合同的解除也是高频争议焦点之一。关于合同解除的法律规定《民法典》已经非常明确，此处不再赘述。需要提示大家的是：合同解除权的行使必须非常慎重，在违约方触发合同解除条件时（约定或法定），欲解除合同的乙方需要进行相应的催告程序和通知义务，以免从守约方变为“违约方”。因此，承办律师在收集资料的过程中需要特别注意此类通知。

### 三、办案阶段

在前两个阶段的工作完成之后，需在完整梳理客户提供证据资料的基础上，对诉讼请求逐一与客户进行确定，并根据诉讼请求分类组织证据。证据清单可以按照时间轴为主线进行组织也可以按照争议焦点为脉络进行梳理。无论以哪种形式进行组织，都要有清晰的分组和页码标识，否则在庭审中会拖延庭审进度，亦会影响法官对代理人的观感。

### 四、小结

按照笔者梳理的内容，建设工程施工合同纠纷案件办理的核心内容基本都涉及到了，至于具体案件办理过程中的问题，难以在本文中一一论及，希望本文的梳理对大家有所帮助。

# 税务债权确认之诉中的 纳税争议如何处理

○吕宇杭\* 广东金地律师事务所

企业进入破产程序之后，对税务机关的征税行为存在纳税争议，是破产管理人审核、认定债权环节经常会面临的情形。由于现行法对纳税争议实行行政复议前置和复议前纳税前置的“双前置”制度，企业一经进入破产程序即无法满足启动复议的前置条件。纳税争议往往随着税务机关提起债权确认之诉进入民事诉讼程序。那么，债权确认之诉中的纳税争议在实务中如何处理？以

及如何看待破产企业就征税行为的救济权利保护？本文将结合具体案件展开论述。

## 一、案例详情

2019年2月26日，深圳市中级人民法院（下称“深圳中院”）裁定受理债权人对某电子有限公司（下称“电子公司”）的破产清算申请，并指定管理人。5月5日，

某区税务机关（下称“税务机关”）按照管理人送达的《债权申报须知》申报债权2928918.06元（包括消费税税款1900878.8元、滞纳金1028039.26元）。

2019年5月30日，管理人作出《债权申报结论通知书》对该笔税款的征税范围、税收减免、纳税环节等方面提出异议并全部不予确认。6月5日，税务机关对审核结论提出书面异议并要求管理人复核。6月17日，管理人作出《债权复核结论通知书》维持原认定结论。

2019年7月2日，税务机关向深圳中院提起诉讼，要求确认上述税务债权。2020年9月22日，法院作出（2019）粤03民初2501号裁定以纳税争议复议前置为由驳回起诉。经上诉，广东省高级人民法院（2020）粤民终2190号撤销原判，指令深圳中院重审。后经深圳中院指定，本案由龙岗区人民法院重审。

2020年6月30日，税务机关向电子公司作出《税务事项通知书》责令限期缴纳税（费）款。

2022年11月22日，该税务机关诉电子公司税务债权确认一案公开开庭进行了审理。庭审中，管理人提出，其对税务机关申报的债权而产生的纳税争议因《中华人民共和国税收征收管理法》（下称《税收征管法》）关于纳税争议行政复议前置和行政复议纳税前置的规定与《中华人民共和国企业破产法》（下称《企业破产法》）第一百一十三条、第一百一十五条、第一百一十六条等规定的破产债权统一分配受偿规则相冲突，在无法先行缴纳争议税款的情况下，管理人不能代表破产企业提起行政复议及诉讼，致使破产企业的权利救济途径受阻。由此，管理人要求法院在对税务机关申报的税务债权予以实质审查基础上，判决驳回全部诉讼请求。为佐证其立场，管理人举出（2017）粤民终1862号、（2017）粤民终1863号、（2012）深中法破初字第7号判例供审判参考。

## 二、律师代理思路

（一）税务机关作出《税务事项通知书》及此前申报税收债权的行为均属具体行政行为

第一，《中华人民共和国税收征收管理法实施细则》（下称《税收征管法实施细则》）第一百零七条第（一）项规定，“税务文书的格式由国家税务总局制定。本细则所称税务文书，包括：（一）税务事项通知书”。本

案中的《税务事项通知书》属法定税务文书，作出该文书的行为属于典型的具体行政行为。

第二，征税是一项传统的行政权力，具有强制性这一基本特征。企业欠缴税款的，税务机关有依法追征的法定职权。在企业破产清算程序中，税务机关依《中华人民共和国企业破产法》规定申报债权的行为，本质上仍为对破产企业所欠税款的追征行为，其性质亦属追征税款的具体行政行为。

第三，依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第六十三条“行政机关作出行政行为时，没有制作或者送达法律文书，公民、法人或者其他组织只要能证明行政行为存在，并在法定期限内起诉的，人民法院应当依法立案”的规定，行政行为的属性不以制作行政法律文书为要件，税务机关申报债权足以表明征税行政行为的确实存在。

（二）税务机关在征税行政行为中所认定的事实属于“根据法律规定推定的事实”，依法应予采纳

依据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》（下称《民诉证据规定》）第十条第一款第（三）项规定，“下列事实，当事人无须举证证明：（三）根据法律规定推定的事实”。该条第二款规定“前款第二项至第五项事实，当事人有相反证据足以反驳的除外”。

首先，依据我国行政法律规范，行政行为具有公定力，其未被撤销或变更的，均应推定合法有效。征税行为是税务机关代表国家所作的意思表示，其所认定的事实依法属于“根据法律规定推定的事实”，一切有关的国家机关、社会团体、公民个人必须遵从。即使进入复议、诉讼程序，除法定情形外，一般也不停止其执行。

其次，管理人员就税务机关的征税行政行为提出了征税范围、税收减免、纳税环节等方面的异议，并基于其主观推测发表了若干质疑意见，但其始终没有举出足以反驳税务机关征税行为所认定事实真实合法性的相反证据，不影响依据税务机关征税行为确定的税款确认债权的合法性。

最后，重庆破产法庭发布的2021年十大典型案例之九（2021）渝05民初3959号案指出，对政府部门具有强制征收性质的债权如税款等，数额应以有关职能部门确定的为准，一般不作实质审查。此案为专门审理破产案件的机构发布的典型案例，具有较高的参考价值。

\* 吕宇杭，广东金地律师事务所实习人员，专注于民商事争议解决、规划国土、政府信息公开业务。

需要特别指出的是，尽管税收征管和企业破产法律规范衔接当中在复议、诉讼救济权利方面存在不协调之处，有一定的立法疏漏，但是行政行为的公定力不以救济途径的立法状况为转移，不能因此而否定行政行为的公定力在民事程序法上的意义。

因此，涉案征税行为所认定的事实应属根据法律规定推定的事实，依据《民诉证据规定》，人民法院应予采纳。

**（三）破产债权确认诉讼应受民事诉讼证据规则约束，人民法院不具备直接审理征税行政行为合法性的法律根据**

首先，债权申报程序属民商事处理程序，债权确认之诉亦属民商事案由，本案理应依照民商事法律规范和民事诉讼程序进行审理。鉴于行政诉讼规则具有相当的独立性，我国诉讼制度当中虽有行政诉讼程序下一并解决民事争议一说，却并无民商事诉讼下审查行政行为合法性的规则。

其次，人民法院在审理税收破产债权确认之诉时应受民事诉讼程序规则的约束。按照《民诉证据规定》第十条第一款第（三）项及第二款的规定，民事诉讼程序中对税务行政机关作出的具体行政行为（包括其事实认定情况）的审查，应遵循非经相反证据反驳即应认可，不再向税务机关科以举证责任的规则予以处理。

最后，无论是此前深圳中院作出的（2019）粤03民初2501号裁定还是省高院作出的（2020）粤民终2190号裁定，都认为对于征税行为的纳税争议应通过行政复议或行政诉讼的途径解决，不属于民事诉讼审理范围，将涉案征税行为的合法性剥离债权确认之诉的审理范围，实际上契合了本案诉讼的性质并体现了民行司法制度相对分离的特点。

因此，本案破产债权确认诉讼不应直接审理涉案征税行为合法性，应按民诉证据规则，对涉案征税行为认定的事实予以采纳。

**（四）被告出示的参考判例不能得出应在本案中对征税行为合法性进行实质审查的结论**

对于被告出示的（2017）粤民终1862号、（2017）粤民终1863号案实际上是系列案，案情基本一致。法院审理该两案过程中之所以对沙头角海关征税行为的事实依据进行实质审理，是因为该两案被告均提出了足以

反驳征税行为事实依据的相反证据，例如足以反驳涉案料件数量认定的多份资产评估报告书，法院依据《民诉证据规定》第十条的规定才向原告分配了举证责任。本案中，被告并未提出相反证据否定原告征税行为所认定的事实，依法不应再对本案涉诉征税行为的事实认定部分进行实质审查。

对于被告出示的（2012）深中法破初字第7号案，则主要涉及税款滞纳金是否属于优先受偿债权的问题，与本案诉讼请求和争议焦点存在根本差别，并不具有参考价值。

### 三、法院判决

法院认为，其一，《税务事项通知书》已向被告及破产管理人送达，被告未在通知指定期间内申请复议，故该通知已发生法律效力。其二，原告作出该通知行为为涉税的具体行政行为，该通知为公文书，具有证明效力。其三，根据《税收征管法》第八十八条规定，对纳税人同税务机关在纳税上发生争议的，应通过行政复议和行政诉讼解决，涉案《税务事项通知书》在未经法律途径予以变更和撤销前，本院依法认定该文书效力。

判决如下：确认原告税务机关对被告电子公司享有税款债权1900878.8元，普通债权1028039.26元。

### 四、拓展分析

**（一）破产企业对纳税争议的救济途径存在制度性阻塞**

《税收征管法》第八十八条规定，“纳税人、扣缴义务人、纳税担保人同税务机关在纳税上发生争议时，必须先依照税务机关的纳税决定缴纳或者解缴税款及滞纳金或者提供相应的担保，然后可以依法申请行政复议；对行政复议决定不服的，可以依法向人民法院起诉”。结合《企业破产法》第四十三条、第一百一十三条、第一百一十五条、第一百一十六条，并参照《企业破产法》第十六条规定，除破产费用和共益债务外，破产债权均应按人民法院裁定批准的破产财产分配方案及法定的清偿顺位统一分配受偿，禁止对个别债权人的债务清偿。本案中，因管理人对涉案纳税行为存在纳税争议，税务债权未经确认，无法满足《税收征管法》第八十八条规定的“先依照税务机关的纳税决定缴纳或者解缴税款及

滞纳金”。此外，破产企业先行“提供相应的担保”亦无法律依据。

上述规定导致破产企业对征税行为不服的，在程序上无法进入行政复议、行政诉讼的救济途径。实务案例如（2020）浙01行终534号浙江金港船业股份有限公司、国家税务总局浙江省税务局税务行政管理（税务）纠纷案。

2012年6月29日，浙江省温岭市人民法院裁定受理金港公司的破产清算申请。2018年12月29日，温岭市人民法院裁定宣告金港公司破产。2019年11月29日，国家税务总局台州市税务局第二稽查局向金港公司作出追缴税款决定。2020年1月13日，金港公司向浙江省税务局提交行政复议申请。1月16日，浙江省税务局出具补正通知书，要求金港公司补正已缴纳税款及滞纳金或提供相应担保的凭证。2月26日，因金港公司未提交前述凭证，浙江省税务局作出不予受理行政复议决定书。金港公司不服，将浙江省税务局诉至法院。原告认为，《税收征管法》第八十八条第一款的规定与《企业破产法》及其司法解释的规定不一致，应优先适用《企业破产法》的有关规定。对此，法院认为，《税收征管法》第八十八条第一款主要是针对税务行政复议案件申请和受理作出的规定，与《企业破产法》及其司法解释关于税款清偿顺位的规定，分别调整两个法律问题，并不存在矛盾与冲突。两审法院均判决驳回了全部诉讼请求。

应当指出的是，《税收征管法》第八十八条第一款的规定与《企业破产法》及其司法解释的规定虽然没有直接冲突，但在客观上确实阻塞了破产企业对征税行为救济权利的行使。

**（二）破产程序下纳税争议行政复议不宜适用纳税前置**

我国制定纳税前置规则的主要考量，是避免纳税人拖延缴税时间，最大限度及时、足额收缴税款。但是，在破产程序中适用行政复议的纳税前置规则既不具有必要性，也有损行政相对人的救济权利。

一方面，破产程序下适用纳税前置无益于其制度目的的实现，除破产费用和共益债务外，包括税务债权在内的破产债权均应依据《企业破产法》的规定统一分配受偿，禁止个别清偿。税务机关申报的税务债权即使确实存在，且应受清偿，也不可能随时得以个别清偿。《税收征管法》规定的纳税前置所追求的时效性目的在破产

程序中不具有实现的可能。

另一方面，无救济则无权利。就企业破产程序中的税务债权而言，《税收征管法》与《企业破产法》是一般法与特别法的关系。虽然在前述（2020）浙01行终534号案件中，法院认为：“《税收征管法》第八十八条第一款与《企业破产法》及其司法解释关于税款清偿顺位的规定，分别调整两个法律问题，并不存在矛盾与冲突”。但是，“分别调整两个法律问题”不足以得出“并不存在矛盾与冲突”的结论。《企业破产法》及其司法解释对个别清偿的禁止和清偿秩序的规定也足以在事实上阻断破产企业就其纳税争议寻求复议和诉讼的尝试。在此背景下，对纳税争议行政复议仍然无差别适用纳税前置规定，无异于强人所难，不利于行政相对人救济权利的保护。

**（三）债权确认诉讼不具有实质审理纳税争议的可行性**

纳税争议实质上是对征税行政行为的争议，属行政争议范畴。债权确认纠纷属民商事纠纷范畴。民事诉讼案件的事实认定，遵循的是民事诉讼证据规则。对于依据法律规定推定的事实，依法遵循被告方无相反证据足以反驳即应认可的规则。征税作为依法具有公定力的行政行为，若在民商事案件中对生效行政行为确定的事实进行实质审查，无异于混淆行政诉讼和民事诉讼受案范围，欠缺相应的法律依据。

此外，纳税争议属于专业技术性较强的行政争议，应由具备专业的行政管理知识和经验的税务复议机关先行解决。这也是《税收征管法》将纳税争议规定为复议前置事项的一个很重要的理由。如果交由司法机关直接在债权确认之诉中予以审理，税法自身的逻辑可能不会被充分理解，一定程度上也许反而会影响税法的统一适用。若仅因破产企业申请复议渠道阻塞而直接绕开纳税争议的复议程序，则不仅于法无据，还有矫枉过正之嫌疑。

综上所述，从充分、合理保障破产企业救济权利的角度考虑，现行《税收征管法》亟待对企业进入破产程序后的纳税争议救济予以特别考虑，适时为《税收征管法》第八十八条第一款规定增设但书，放宽上述破产情形下的纳税争议复议启动条件，不再要求破产企业先行“缴纳或者解缴税款及滞纳金或者提供相应的担保”，以最大限度实现立法的科学合理和破产企业的权利保护。

# 刑事合规视域下 企业腐败犯罪风险防控策略

○范凌鹤\* 广东卓权律师事务所

从当前的情况来看，我国的企业在进行经营发展的时候，出现了各种各样的腐败问题，从而给企业经营带来严重的不利影响，还会导致企业无法实现可持续发展。所以，本文简单分析刑事合规对于企业腐败犯罪风险防控功能，同时在刑事合规视域下，从各个方面提出相关防控策略。

## 一、全国企业腐败犯罪案件相关情况

在党的十九大以来，某集团紧盯企业混改、投资并购、招标采购、境内外工程项目等重点领域关键环节和重要岗位，严肃查处了一批重大风险背后的腐败问题，各级纪检监察机构共立案 216 件，会同、配合地方监委等机关对 34 人采取留置等强制措施，党纪政纪处分（或政务处分）238 人、组织处理 836 人次，挽回或避免了一批经济损失，堵塞了一批管理漏洞，挽救了一批企业领导人员，同时也说明该集团全面从严治党依然任重道远。从该集团查处的腐败案件来看，反映出违纪违法领导人员理想信念“总开关”常年失修，底线失守甘于被“围猎”，放弃党性修养、背离初心使命，最终“房倒屋塌”，滑向犯罪深渊；反映出腐败问题和政治问题往往相伴而生、相互交织、相互渗透，腐败分子不仅经济上腐化，而且政治上蜕变，违反党的政治纪律和政治规矩，严重损害所在企业政治生态。

\* 范凌鹤，广东卓权律师事务所主任，深圳律师协会刑事合规委员会副主任、深圳市第六届人大常委会法律助理、宝安区第六届政协委员、民革深圳市委会宝安总支第四支部主委。

## 二、刑事合规概述

刑事合规本质上是美国合规计划逐渐发展形成，刑事合规制度最早存在于美国的联邦量刑指南里面，概述有维护、发现以及举报犯罪的内在机制，让其对组织还有代理人的制裁，总体上可以带来公平惩罚还有威慑，亦或是给组织的激励。总的来说就是把刑法里面对于预防犯罪的规范，变成企业合规计划内容，这是为了科学预防企业隐藏的犯罪风险，同时采取风险防范手段。基于价值追求方面而言，企业刑事合规以及刑法里的风险防控有着一致性。相关企业在进行经营的时候出现的刑事法律风险，都可以借助企业刑事合规制度来科学预防，不管是内部还是外部刑事法律风险，全都有着良好的防控效果。我国刑法里面对于犯罪风险防控方面的内容，或许和企业发展以及经营并不相符，所以企业自制相关犯罪风险防控手段通常是比较有效的。所以，企业在经营的时候进一步健全刑事合规制度，可以防范刑事法律风险，对企业发展来说有着重要的现实意义。

## 三、刑事合规对于企业腐败犯罪风险防控的功能

从本质上来说，企业在进行经营及发展的时候，生产经营与风险防范之间息息相关，尤其在现阶段社会形势下，风险防控变得越来越重要，这和医疗行业由体检到诊疗的整体进程有着极大的类似。患者进行体检之后

可以找到身体中出现的潜在疾病，从而展开调整。而企业在不断经营中也是这样，进一步健全刑事合规制度，就能够按照企业自身特点还有具体发展方向来对风险做出防控。在进行审查的时候，就可以事先找出刑事法律风险，同时制定防范手段，这样一来就可以给企业生产带来有利条件，能够降低企业风险，实现经济效益显著提高。

## 四、刑事合规视域下企业腐败犯罪风险防控方法

### （一）查找企业腐败犯罪法律风险

企业在进行生产经营活动的时候，往往会出现各种各样的腐败犯罪风险，为科学防控这些风险，就一定要明确腐败犯罪风险主要隐患点。基于企业实际发展情况，通过刑事合规进行系统化法律风险评估，在具体操作的时候，就可把法律法规以及政策来当做刑事合规戒尺，得到的风险评估结果就是戒尺刻度。企业在防控腐败犯罪风险的时候，一定要对现阶段法律法规以及政策的发展情况有着全面掌握，才可以改变刑事合规戒尺长度，让其可以测量出企业潜在风险。若是无法确保刑事合规戒尺长度，就会使得戒尺长度达不到要求，不能找到风险隐患，而若是戒尺太长，就会导致风险夸大，使得企业在经营的时候瞻前顾后。因此，对于企业腐败犯罪风险防控来说，一定要精准找到具体风险点，这同样是刑事合规防控关键。例如，2021 年以来，已有华润集团原董事长宋林、中国出版集团原副总裁王俊国等超过 40 名国企高管接受调查或被处理。从近期国企高管落马个案及审计、巡视结果来看，“招标贪腐”数额最大，借超标福利滋生寻租也时有发生。从华润宋林案到王宗南案，多属长期任职的国企高管涉案。“一把手相对权力更大，容易在人事等方面滋生腐败，选人用人决策问题突出。此前发布的审计报告也指出：董事长宋林落马的华润集团所属华润电力下属单位，未按规定公开招标，采取邀请招标、议标等方式，涉及金额达 11715 亿元。

### （二）企业腐败犯罪风险评估

对于企业找到的腐败犯罪法律风险，进行系统化的研究，制定出定性以及定量这两种措施，要在研究的时候思考企业腐败犯罪法律风险出现的主要诱导因素，还有其若是出现会给企业带来什么样的影响。对于企业资产管理的腐败风险来说，在制定防控手段的时候，就要基于企业资产监管还有财务制度，进行全面分析，和企业在生产时发

生的各种特殊事情结合在一起，按照评估结果给企业防范腐败犯罪风险，制定刑事合规实际图纸以及计划。

### （三）制定腐败犯罪防控合规计划

对于企业腐败犯罪法律风险点展开查找以及评估，是建立刑事合规计划的关键，在制定相关计划的时候，就可基于两个方面进行着手。从一方面来说，站在短期风险化解的层面，企业刑事合规部门可按照风险点进行反应，第一时间优化当前企业运行体系，推动企业腐败犯罪法律风险能够慢慢减少，同样防止企业化解风险的时候消耗掉大量运营成本。而从另一方面来说，站在长期风险防控层面上看，就要对于腐败犯罪风险实际诱因进行全面分析，按照制度体系来改进企业的生产模式，不但要科学防范现阶段腐败犯罪风险，同样还要防止企业在以后经营的时候再发生这种相关事情。

### （四）企业腐败犯罪刑事合规计划执行及评估

企业腐败犯罪刑事合规计划属于一种专业性以及高针对性法律事务，其不但在进行制定的时候要有法律队伍给予一定支持，同时执行时也要法律队伍加入，对于刑事合规计划执行展开全面把控，同时按照企业情况来做好相关的调整，以及重新进行评估。所以刑事合规主要特点为，其属于动态性内控制度，能够按照企业发展情况不断发展。如企业整体业务由国内拓展至国外，还有企业股权结构改变等，全都要刑事合规随之做好调整。

综上所述，企业在发展的时候，腐败犯罪风险属于常出现的合规风险类型，对其防控是非常重要的。所以一定要制定科学的腐败犯罪风险防控手段，可借助查找企业腐败犯罪法律风险、企业腐败犯罪风险评估、建立腐败犯罪防控合规计划等手段，最大程度防控企业腐败犯罪风险，从而保证企业能够长久运行以及发展下去。

### 参考文献：

- [1] 张远煌, 龚红卫. 合作预防模式下民营企业腐败犯罪的自我预防[J]. 政法论丛, 2019(01):113-125.
- [2] 韩轶. 刑事合规视域下的企业腐败犯罪风险防控[J]. 江西社会科学, 2019(05):193-199.
- [3] 刘圆君, 曹富国. 论公共采购领域中的腐败犯罪风险与消减思路——以“长春长生生物疫苗”事件为切入点[J]. 东北大学学报(社会科学版), 2020(02):74-82.
- [4] 乌尔里希·齐白. 全球风险社会与信息社会中的刑法二十一世纪刑法模式的转换[M]. 周遵友, 江溯, 译. 北京: 中国法制出版社, 2012.

近年来，随着我国电子信息技术与数字经济的蓬勃发展，网络消费已经成为社会大众的基本消费方式，其既大幅降低了交易成本、提高了交易效率，也给社会带来了巨大的经济利益。但与此同时，随着网络经济的快速发展，网络消费纠纷案件呈现出快速增长的特点，司法实践中出现一些新情况、新问题。如网络直播带货购物实际销售主体不明、支付货款后迟迟未发货、退换商品运费由谁承担等。如何规范网络交易，维护网络消费者的正当权益，已经成为一个急需解决的问题。

本文将视点落在新兴的网络消费中，就我国消费者

权益保护现状、存在的问题作出简述，并就网络消费维权领域相关的法律法规，尤其是最高人民法院于2022年3月发布并生效的《最高人民法院关于审理网络消费纠纷案件适用法律若干问题的规定（一）》在保护消费者权益、规范平台运营者以及平台内经营者法律责任等方面的规定做详细解读。

### 一、网络消费者权益保护现实情况

根据国家统计局公布的2022年国民经济运行数据显示，2022年全国网上零售额达13.79万亿，同比增

长4%。其中，实物商品网上零售额11.96万亿元，同比增长6.2%，占社会消费品零售总额的比重为27.2%。重点监测电商平台累计直播场次超1.2亿场，累计观看超1.1万亿人次，直播商品超9500万个。

上述数据可以看出，随着电商行业的不断崛起，网络消费在人们生活中的重要性不断提高，网购已成为消费者消费的重要渠道，为满足网络消费者多样化的购物需求，电商网络平台的营销策略也是推陈出新。因此，消费者在网购过程中难免会遇到各种各样侵犯消费者合法权益的行为，如在直播营销、社交软件营销中最常见的网购商品存在质量缺陷、网络交易经营者虚假宣传或消费欺诈、经营者侵害消费者个人信息安全、物流环节损害消费者利益、网络经营者广泛使用不平等格式条款、妨碍网络消费者寻求售后保障、妨碍消费者如实评价商品或者服务质量等情况。

从近几年来看，我国增强了网络消费者权益保护的力度，总体取得了一定成绩，网络消费者合法权益受侵权行为得到一定的规范，社会服务大众的能力也得到了显著的提高。但网络消费者投诉现象仍然屡见不鲜，归根结底的原因就是在网络消费的模式下的网络侵权行为对网络消费者的合法权益产生了较为严重的侵犯，且我国目前暂未对网络消费进行统一监管，随着电商行业的快速发展，各种各样的网络平台层出不穷，相关部门管理起来并不容易，这也是造成网络消费者维权困难的重要原因。

### 二、我国现行的对网络消费者权益保护的规定

#### （一）《电子商务法》

第十三届全国人大常委会第五次会议表决通过，并于2019年1月1日起正式实施的《电子商务法》是涉及众多消费者权益的重要法律。其明确了电子商务经营者的责任与义务，并针对电子商务活动中具体的侵权行为给出了切实有效的解决办法和争议解决的具体路径。

其中，《电子商务法》将微商、直播销售纳入管理，明确利用微信朋友圈、网络直播等方式从事商品、服务经营活动的主体也是电子商务经营者，该规定有利于加强对相关领域的监管，有利于更好解决此类消费纠纷。此外，针对大数据对网络消费者进行个人画像，有目的地提供搜索结果、进行精准营销的乱象，《电子商务法》

明确规定，在针对消费者个人特征提供商品、服务搜索的同时，要一并提供非针对性选项，进一步保护网络消费者的知情权、选择权，明确违反规定的，由市场监督管理部门责令限期改正，没收违法所得。针对一些电子商务经营者在销售商品或者提供服务的过程中，经常采取默认勾选等方式促使消费者在不知情的情况下出让一些权利或捆绑搭售的现象，《电子商务法》规定，搭售商品或者服务，应当以显著的方式提醒消费者注意，且禁止作为默认同意的选项，同时规定了违反有关条款的行政责任，通过多角度规范，有力打击“默认勾选”的霸王行径，切实保护消费者合法权益。针对网购刷销量、刷好评删差评等“刷单”行为，《电子商务法》明确规定了电子商务经营者信息披露的一般义务，要求全面、真实、准确、及时披露商品或者服务信息，禁止以虚构交易、编造用户评价等方式进行虚假商业宣传并要求电子商务平台经营者建立健全信用评价制度，公示信用评价规则，不得删除消费者评价信息。

此外，《电子商务法》在诸如危害消费者生命、财产安全等多种侵权行为以及第三方快递物流服务提供者与电子支付服务提供者承担的责任义务均作出明确规定。《电子商务法》的颁布与施行进一步保护了网络消费者的合法权益。但同时也存在着一些欠缺，例如对个人信息的界定仍不够明确，对侵权人的处罚力度较轻。

#### （二）《消费者权益保护法》

《消费者权益保护法》是为了保护消费者合法权益，维护社会经济稳定，促进社会主义市场经济健康发展而制定的一部法律。2014年3月15日由全国人大重新修订并颁布实施。在现行的《消费者权益保护法》中，与未修订前的《消费者权益保护法》不同的是，新法对网络购物、电视购物、电话购物等新兴购物形式进行了有效规制，尤其是对网络消费者的合法权益更为重视。

新修订过后的《消费者权益保护法》对于保障网络消费者合法权益存在不少亮点。例如，《消费者权益保护法》第二十五条明确了网络消费者七日无理由退货制度，增设了“购物冷静期”制度，该规定排除了部分平台经营者擅自增设条款，限制消费者七日内无理由退货的权利，更好地维护了网络消费者的合法权益。此外，《消费者权益保护法》第四十四条准确定位了平台购物责任，有助于督促网络交易平台履行应尽审核义务，有助于解

# 网络消费者权益保护现状及相关法律规定、热点案例解读

◎周俊波\* 深圳市律师协会消费者权益保护法律专业委员会



\*周俊波，广东金桥百信（深圳）律师事务所主任，深圳市律师协会消费者委员会主任、广东省律师协会消费者权益委员会副主任。

决实践中网购异地消费，一旦发生纠纷难以找到经营主体的突出问题，有助于消费者索赔权的实现，对于维护网购消费者的合法权益具有重要作用。需关注的是，在网络买卖合同中，网络交易平台何时承担责任的问题，作为服务合同的提供主体，网络交易平台除审核义务、信息披露义务外，自身还负有其他应尽义务，如：保障网络服务安全、告知消费者风险防范、规范信用评估服务、保护消费者个人信息等，若网络交易平台不履行应尽义务，损害消费者权益的，也需要承担相应责任。

但是，总体看来，《消费者权益保护法》在网络电子商务交易活动中的规定还不够丰富，对侵权行为的责任落实还不够具体，对于电子商务活动中其他主体的约束不够明确，因此需要更为具体的实施细则来进行规范。

### （三）《最高人民法院关于审理网络消费纠纷案件适用法律若干问题的规定（一）》

最高人民法院于2022年3月发布的《最高人民法院关于审理网络消费纠纷案件适用法律若干问题的规定（一）》（以下简称《解释》）共二十条，回应了司法实践中网络消费纠纷领域的热点问题，继承了《民法典》《消费者权益保护法》《电子商务法》等相关法律法规的立法精神并对相关细节问题进行了细化，同时增加了一些新规定，一经发布就引起社会各界的广泛关注。

《解释》第一条与《民法典》第四百九十七条规定了格式条款无效的情形进行了衔接，明确列出了四类格式条款无效的内容，包括：（1）签收商品即视为认可质量符合规定；（2）电子商务平台经营者的法律责任一律由平台内经营商户承担；（3）对消费协议内容平台具有单方解释权或最终解释权；（4）限制或排除消费者依法投诉、举报、请求调解、申请仲裁、提起诉讼等权利；（5）其他排除或限制消费者权利、减轻或免除经营者责任、加重消费者责任的不公平、不合理的内容。《解释》对民法典较为抽象的规定进行了细化，列出了以上几类网络消费中常见的对消费者不公平的格式条款，并设置了兜底条款，明确此类格式条款无效。

《解释》第六条规定，平台内经营者转让网络账号及店铺的，应当及时进行经营主体信息变更公示，否则造成损害的，应由注册经营者与实际经营者承担赔偿责任。这一规定主要是为了回应司法实践中平台内账号及店铺变更经营主体，但未进行信息公示，导致消费者维

权困难、相关主体互相推诿的情况。因此，平台内经营者转让网络账号及店铺的，应当及时办理经营主体信息变更公示，避免被要求承担相关责任。

《解释》第八条规定，电子商务经营者应对其提供的奖品、赠品、换购品等承担损害赔偿责任。这一规定的原理在于消费者虽在形式上未支付奖品、赠品的对价，但其成本已包含在销售的商品价款中。因此，奖品、赠品、换购品造成消费者权益损害的，电子商务经营者亦应承担相应的损害赔偿责任。电子商务经营者应当对奖品、赠品、换购品进行严格的质量把控，避免侵犯消费者权益。

此外，依据《解释》，网络销售主播的行为造成消费者损害的，经营者承担赔偿责任。如果直播间运营者不能证明已经以足以使消费者辨别的方式表明其非销售者并标明实际销售者的，直播间运营者将可能承担责任。平台内经营者销售商品或者提供服务损害消费者合法权益，其向消费者承诺的赔偿标准高于相关法定赔偿标准，消费者主张平台内经营者按照承诺赔偿的，人民法院应依法予以支持。

## 三、热点案例解读

（一）经营者能否以商品已经拆封为由拒绝消费者七日无理由退货？

**案例：**李小姐在某购物平台购买了一双手套，到货2天后发现没那么喜欢了，所以想要退货退款，经营者却称商品已经拆封，已不适用7天无理由退货退款规定。李小姐认为如果不拆封的话，无法知道手套的真实情况，而且目前手套也并未使用过，经营者不给退货的规定不合理，遂向相关部门投诉。

**解读：**根据《关于审理网络消费纠纷案件适用法律若干问题的规定（一）》第三条关于七日内无理由退货的规定，消费者因为检查商品的必要对商品进行拆封查验且不影响商品完好，平台经营者以商品已拆封为由主张不适用《消费者权益保护法》第二十五条规定的无理由退货制度的，人民法院不予支持，除非法律另有规定。

本案中，李小姐购买的物品是手套，不属于定作、鲜活易腐、购买时确认不宜退货等类的商品。因检查商品的必要对商品进行拆封查验，在不影响商品完好和二次销售的情况下，李小姐可以在7日内要求网络经营者退货。

（二）网络经营者能否拒绝赔偿消费者因使用赠品造成的损失？

**案例：**张小姐网购了一套化妆品，商家赠送了一些样品试用装，在使用试用装后，张小姐出现皮肤过敏的现象，去医院花费了三百多元的诊疗费用。张小姐要求经营者赔偿其损失，经营者却称试用装属于赠品，不属于三包的范围，更无法赔偿其损失。

**解读：**根据《关于审理网络消费纠纷案件适用法律若干问题的规定（一）》第八条的规定，网购平台的经营者提供的赠品不符合相关安全标准，给消费者造成损害，消费者主张经营者承担赔偿责任，经营者不得以赠品属于免费提供为由主张免责。消费者有取得货真价实的商品的权利，即使是附赠品，也应当具备合格、合等级、合同约定的品质，经营者不得以赠送为由提供不合格产品或者假冒伪劣产品。

因此，本案中，经营者不能拒绝赔偿张小姐因使用该赠品造成的损失。

（三）商家该不该履行“假一赔十”的自我承诺？

**案例：**张先生网购了一双皮鞋，经营者宣称是真皮，且为羊皮，并承诺“假一赔十”。收到货后张先生发现皮鞋实际为人造革，与商家宣传的完全不一样，遂要求经营者履行“假一赔十”的承诺，但是经营者却说应该按照法律的规定“退一赔三”。

**解读：**根据《消费者权益保护法》第五十五条的规定，经营者应当承担“退一赔三”的责任，但是经营者承诺“假一赔十”，向消费者做出了高于法律规定的赔偿标准，根据《关于审理网络消费纠纷案件适用法律若干问题的规定（一）》第十条，消费者主张经营者按照其承诺的更高标准赔偿的，人民法院应依法予以支持。

因此，在本案中，经营者应当按照其承诺的“假一赔十”标准对张先生进行赔偿。

（四）外卖平台上遇到食品问题，消费者可否要求追究平台的连带责任？

**案例：**陈先生在某外卖平台买了一份盒饭，食用时发现盒饭已经有异味。陈先生申请退货，但是一直联系不上经营者，后来得知该经营者根本没有实名登记。肖先生能否要求外卖平台承担责任？

**解读：**根据《关于审理网络消费纠纷案件适用法律若干问题的规定（一）》第十八条的规定，网络餐饮

服务平台提供者违反《食品安全法》第六十二条和第一百三十一条规定，未对入网餐饮服务提供者进行实名登记、审查许可证，或者未履行报告、停止提供网络交易平台服务等义务，给消费者造成损害，消费者主张网络餐饮服务平台提供者与入网餐饮服务提供者承担连带责任的，人民法院应予支持。

本案中外卖平台没有依法履行对入网食品经营者进行实名登记的义务，因此，陈先生可以要求外卖平台对其损失承担连带责任。

（五）网络消费者通过客服个人付款，商家能否承担退货退款责任？

**案例：**潘女士在某购物平台购买了2瓶护肤品，付款时，经营者客服称如果通过微信支付可另外享受满200减30的优惠，潘女士同意微信支付。收到护肤品后，潘女士在使用的过程中感到脸上有非常明显的刺痛感，而且护肤品的味道也很刺鼻，遂与经营者客服反映要求退货退款，但经营者客服却称潘女士没有在该网购平台支付，经营者没有办法安排退货退款。

**解读：**根据《关于审理网络消费纠纷案件适用法律若干问题的规定（一）》第五条的规定，网购平台的工作人员在销售商品时引导消费者通过交易平台提供的支付方式以外的方式进行支付，消费者在合法权益受损时，消费者主张平台内经营者承担商品销售者责任，平台内经营者以未经过交易平台支付为由抗辩的，人民法院不予支持。

本案中，网络经营者的工作人员引导消费者通过其他支付方式支付，发生质量问题的，经营者仍然要承担退货退款责任。

综上所述，消费者权益的保护问题随着互联网时代的快速发展而逐渐显现，对于如何更好地维护网络消费者的合法权益，一方面政府部门需要健全和完善网络交易场所的监管机制，同时规范网络交易中的信息披露制度，确保消费者在交易中获得真实有效的信息；并建立和完善网络纠纷的处理机制，确保网络消费者权益受到损害时能得到及时有效的救济。另一方面作为消费者也要擦亮眼睛，谨慎选择一些较高信誉度的商家进行交易，相信互联网购物产业在不断发展、日益完善的同时，其交易模式与规则也会越来越规范，这些现存的侵犯消费者权益的问题也会逐一得到改善和解决。

## 网络购物维权日益增长的情况下 经营者面临的法律问题

◎熊志敏\* 深圳市律师协会消费者权益保护法律专业委员会

消费者在遇到问题时，通常会采取最简便的方式进行维权。目前极其发达的网络媒体，让消费者可以第一时间发布相关信息进行维权，例如最近的保时捷 12.4 万元网络卖车事件，瞬间对经营者造成重大舆论压力。

新修改的《消费者权益保护法》不仅规定了公益诉讼、保护人身权益等内容，还规定了涉及网络购物、无理由退货、退一赔三、保底赔偿、赔一罚二、精神损害赔偿等新制度，为更好地维护消费者合法权益提供了立法支撑，从实体上加大了保护消费者权益的力度，同时也为经营者应对网络购物维权给出了法律的纬度。

然而，消费者的网络维权并非全部都是合法合规，消费者也可能存在相应的过错，同时也存在不法之徒利用网络维权的方式对经营者进行敲诈勒索，获得非法利益。对于网络维权，应当如何进行维护自己的权益是摆在所有经营者面前的难题。

### 一、经营者如何应对网络购物维权

最高人民法院于 2014 年出台的《关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》（2020 年根据《民法典》的颁布有修正，以下简称《网络侵权案件规定》），第一条就规定了自然人可以维权，法人亦可，企业法人也可以维护自己的名称权、荣誉权、名誉权等。这就为经营者在遇到网络侵权

时进行维权提供了法律依据，即如果经营者遭受不法分子通过网络购物进行维权的，可以采取法律途径维护自己的权利，包括发出律师函、向人民法院提起诉讼等。

#### （一）经营者如何确定网络购物维权的主体？

针对网络购物维权有一大特点就是经营者难以了解到发布相关维权的主体身份，导致经营者无法取得相应的侵权人主体信息，无法提起诉讼维权。

《网络侵权案件规定》第三条明确规定了经营者可以通过采取针对实施侵权行为的网络用户及相关网络服务提供者分别或同时起诉。在实际实施侵权行为的网络用户身份无法确定时，经营者可以单独起诉网络服务提供者。

另外，《网络侵权案件规定》第十条明确规定了信息转载者可能根据其行为过错及其程度承担相应的法律责任。而确定是否承担责任及承担何种责任取决于“（一）转载主体所承担的与其性质、影响范围相适应的注意义务；（二）所转载信息侵害他人人身权益的明显程度；（三）对所转载信息是否作出实质性修改，是否添加或者修改文章标题，导致其与内容严重不符以及误导公众的可能性。”诸如网络大 V 这样具有更大社会影响的公众人物，如果他们对于相关网络购物维权事件进行转载的，那么他们将对转载行为承担更高的注意义务。

#### （二）经营者要求网络服务提供者协助制止侵权

### 行为必须形式合法

网络购物维权者利用网络服务实施侵权行为的，被侵权的经营者有权通知网络服务提供者采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施。即经营者发现侵权内容后，可以向网络服务提供者发送通知，要求进行删除；但是，通知的发送方式必须在形式上以书面形式，或符合该网络服务提供者公示的方式，注明要求采取措施的地址或足以准确定位侵权内容的相关信息，以及要求删除的理由。经营者在向网络服务提供者发送通知后，需要保留相应的通知发送凭证及网络服务提供者的回复凭证，以备后续维权行动之需。网络服务提供者接到通知后未及时采取必要措施的，对损害的扩大部分与该网络用户承担连带责任。

非法删帖的行为不受法律认可。经营者通过诉讼方式进行维权仍存在主体难以查明、法律程序过程漫长等原因，经营者在遇到消费者对于网络购物进行网络维权时，广泛存在着通过有偿服务私下解决问题的现象，如向专业网络水军或者网络服务提供者支付报酬，由其采取删帖、屏蔽、断开链接等措施。《网络侵权案件规定》第十四条明确规定：“被侵权人与构成侵权的网络用户或者网络服务提供者达成一方支付报酬，另一方提供删除、屏蔽、断开链接等服务的协议，人民法院应认定为无效。”

#### （三）网络维权的救济金额的规定

《网络侵权案件规定》第十八条特别规定了维权费用（包括律师费、调查取证费等）也应纳入维权人财产损失的范围获得赔偿。而在损失难以界定的时候，法院有权根据案情在最高人民币五十万元的范围内确定赔偿数额。

《网络侵权案件规定》的制定和出台体现了法律对于越来越普遍的网络纠纷的强力介入，对于经营者而言，有望改善网络纠纷不得主要依赖自力救济、行业自律和行政投诉的混乱现状。

### 二、经营者可以采用向网络购物侵权者发送律师函的方式维护权益

经营者通过委托律师发送律师函的方式，由专业律师对侵权人的行为进行法律评价和风险估计，并告知网络维权者法律责任的利弊，可达到一定的证明和警示作用。除此之外，律师出具律师函时，会对侵权行为进行整理归纳，使经营者和网络维权者对自己的权利、能得

到的赔偿有更清晰的认识。

通常情况下，发送律师函一般会产生三种结果：1. 网络维权者停止违法的侵权行为；2. 网络维权者继续实施侵权行为，经营者开始为后续的诉讼活动进行取证；3. 网络维权者与经营者达成合作。目前，上述第 3 种结果越来越成为主流处理方式。

### 三、经营者需要进一步完善自身的网络销售方案

1. 必须在网络销售前明确不宜退货的情形、退货的商品应当完好以及退货费用的承担问题。对于法律明确列明的商品之外，商品性质不宜退货的，要求消费者购买时必须进行进一步确认，经营者对于此类商品必须保留消费者确认的证据。

2. 对于符合法律规定的退货要求，经营者应及时办理退货以避免受到额外的处罚。

3. 注意产品超卖或者低价销售的情况，防范订单出现违约赔偿的风险。经营者在网络平台上发布商品销售信息、价格、付款条件等，都构成合同法上的要约；消费者通过网络购买商品后，双方即成立了买卖合同。如消费者已履行付款义务，经营者以缺货理由或者价格标定错误拒绝发货，构成违约，应承担违约赔偿责任。销售者在促销活动中应注意产品超卖现象，防范违约赔偿风险。

### 四、经营者可设立针对网络维权的专门岗位，以便迅速进行相关操作

经营者需要了解网络平台方的相关规则与相关技术原理，而准确了解平台方的运行机制、布局、重要的主体及参与方等是成功进行网络维权的前提条件。同时，还需要针对平台方的需求，整理与提交身份和知识产权证明及侵权信息等相关资料，以及有计划性的进行侵权证据的搜集工作。这些都需要一个专门的岗位，安排专人进行长期工作。

不少企业已经设立了网络维权的专门岗位，利用保护经营者自己的知识产权，进一步推动企业的生存和发展，这往往比遇到网络维权时，临时组建应对人员会有较好的效果。

总体而言，经营者不可避免面临各种网络销售维权事件，本文从几个角度分析了经营者可以采取的维权途径，希望对于经营者应对网络销售维权有所启发。

\*熊志敏，广东深高律师事务所合伙人，系深圳市消费者委员会律师团成员，兼任深圳律协消费者权益保护委委员，多次参与深圳市消费领域立法项目法律咨询工作。

# 高质量发展背景下 涉及网络消费纠纷 经营者主体界定的裁判规则

◎ 兰春林\* 深圳市律师协会消费者权益保护法律专业委员会

\* 兰春林，广东天梭律师事务所律师，兼任深圳律协消费者权益保护委委员，主要执业领域为公司常年法律顾问及公司常见纠纷的解决。

2023年伊始，各级政府纷纷确立以高质量发展作为当前工作主题。投资、消费、出口历来是拉动经济发展的三驾马车，消费也将是高质量发展的重要一环。据统计，自2013年起，我国已连续多年成为全球最大的网络零售市场。截至2021年12月，我国网络购物用户规模达8.42亿，占网民整体的81.6%。2021年网上零售额达13.1万亿元，同比增长了14.1%。<sup>①</sup>即，网络购物已经成为重要的消费渠道。

发生网络消费纠纷时，如何恰当选择经营者，精准维护消费者合法权益，从而为高质量发展提供助力，具有现实意义。恰逢315消费者权益日暨最高人民法院施行《关于审理网络消费纠纷案件适用法律若干问题的规定（一）》一周年之际，本文结合相关法律及前述司法解释，提炼司法实践中涉及网络消费经营者的裁判规则。

## 一、电子商务平台经营者的确定

裁判要旨：在卖家标识为“自营”且使原告无法判断该业务是否系被告经营的情况下，可参照适用电子商务平台经营者认定的法律规定，进而认定被告为案涉买卖合同的卖家，并承担案涉商品销售责任。<sup>②</sup>

规则链接：电子商务平台经营者以标记自营业务方式或者虽未标记自营但实际开展自营业务所销售的商品或者提供的服务损害消费者合法权益，消费者主张电子商务平台经营者承担商品销售者或者服务提供者责任的，人民法院应予支持。

电子商务平台经营者虽非实际开展自营业务，但其所作标识等足以误导消费者使消费者相信系电子商务平台经营者自营，消费者主张电子商务平台经营者承担商品销售者或者服务提供者责任的，人民法院应予支持。<sup>③</sup>

## 二、平台内经营者的责任

裁判要旨：根据双方陈述的交易经过，曾建星当

次交易支付的代驾服务费用60元是由其与代驾司机在行程结束后由双方协商确定。同时，曾建星确认曾多次使用洪师傅代驾平台，应当清楚平台使用方式，即系统会推送实际账单金额，客观上当次交易完成后曾建星亦收到了系统推送的账单金额。现并无证据证实洪师傅公司隐瞒了案涉代驾交易的实际账单金额、以此使曾建星陷入错误认识，在案证据不足以证实洪师傅公司构成欺诈。<sup>④</sup>

规则链接：平台内经营者出售商品或者提供服务过程中，其工作人员引导消费者通过交易平台提供的支付方式以外的方式进行支付，消费者主张平台内经营者承担商品销售者或者服务提供者责任，平台内经营者以未经过交易平台支付为由抗辩的，人民法院不予支持。<sup>⑤</sup>

## 三、平台内经营者转让账号时的责任

裁判要旨：《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》就注册经营者与实际经营者的诉讼地位作出规定。无论是借身份证给他人开设网店或是协议转让网店，导致注册经营者与实际经营者不一致的，注册经营者未在交易前向消费者披露实际交易对象的信息，消费者有理由相信交易对方为注册经营者的，注册经营者应对消费者承担民事责任。<sup>⑥</sup>

规则链接：注册网络经营账号开设网络店铺的平台内经营者，通过协议等方式将网络账号及店铺转让给其他经营者，但未依法进行相关经营主体信息变更公示，实际经营者的经营活动给消费者造成损害，消费者主张注册经营者、实际经营者承担赔偿责任的，人民法院应予支持。<sup>⑦</sup>

## 四、二手商品网络交易平台的经营者认定

裁判要旨：依照《中华人民共和国反垄断法》第十二条第一款的规定：“本法所称经营者，是指从事商

①中国互联网络信息中心《第49次中国互联网络发展状况统计报告》。

②案例索引：杨乾厅、深圳市云网万店电子商务有限公司网络购物合同纠纷，广东省深圳市罗湖区人民法院（2021）粤0303民初27563号民事判决书。本文所有案例均来源北大法宝 <https://szlx.pkulaw.com>。

③最高人民法院关于审理网络消费纠纷案件适用法律若干问题的规定（一）第四条。

④案例索引：曾建星、广州洪师傅科技有限公司行纪合同纠纷，广东省广州市中级人民法院（2022）粤01民终16445号民事判决书。

⑤最高人民法院关于审理网络消费纠纷案件适用法律若干问题的规定（一）第五条。

⑥案例索引：广东省广州市中级人民法院发布涉平台经济消费者权益保护十大典型案例之七，郭某与方某信息网络买卖合同纠纷案。

⑦《最高人民法院关于审理网络消费纠纷案件适用法律若干问题的规定（一）》第六条。

品生产、经营或者提供服务的自然人、法人和其他组织。”在本案中，张德华虽主张其个人在“闲鱼网”平台出售二手商品无经营执照，不属于经营者，但其自认收购他人物品再次出售给消费者，其出售的商品不仅限于自己使用过的物品，故张德华属自然人经营者。<sup>⑧</sup>

规则链接：消费者在二手商品网络交易平台购买商品受到损害，人民法院综合销售者出售商品的性质、来源、数量、价格、频率、是否有其他销售渠道、收入等情况，能够认定销售者系从事商业经营活动，消费者主张销售者依据消费者权益保护法承担经营者责任的，人民法院应予支持。<sup>⑨</sup>

### 五、网络直播涉及虚假宣传时的平台内经营者责任

裁判要旨：彭沐林在其经营的拼多多电商购物平台“昭仪翡翠”直播间中，通过主播在网络直播过程中介绍商品吸引消费者下单购买。直播购物过程中，由主播就翡翠原石的外观，特别是针对“已开窗”部位，向消费者宣传翡翠矿石的水、种、色等信息。在林美琴向主播对案涉翡翠原石的品质进行询问时，主播在微信聊天记录中多次发表“高冰”“高货品质”“有价值”“大涨大漏”“没十几二十万买不到”等明显带有对翡翠商品的品质、价值的判断。况且，根据双方当事人对直播过程的描述，主播并非是在日常光线下展示翡翠原石的实物全貌，而是在较为黑暗的环境中以强光近距离照射“已开窗”部位，故消费者也难以通过直播镜头客观地观察到商品的真实状态。在网络购物方式下，有别于实体商场购物过程中消费者可以通过接触、检查、试用商品来判断商品品质，消费者更依赖于经营者对商品的宣传介绍而决定是否选购商品，直播销售过程中主播对商品的描述夸大了案涉商品的品质，属于不实宣传，使得林美琴对案涉商品的品质产生误解，诱导林美琴在对商品作出错误判断的情况下持续下单。彭沐林聘请的主播在直播中对商品进行展示介绍，主播的推介行为属于职务行为，应由彭沐林承担相应法律后果。<sup>⑩</sup>

规则链接：平台内经营者开设网络直播间销售商品，

其工作人员在网络直播中因虚假宣传等给消费者造成损害，消费者主张平台内经营者承担赔偿责任的，人民法院应予支持。<sup>⑪</sup>

### 六、网络直播营销平台经营者与直播间运营者的责任区分

裁判要旨：一审法院认为，曹陈杰在“大檀沉香文化的小店”处购买案涉商品，其系与“大檀沉香文化的小店”的经营者建立了信息网络买卖合同关系。而快手公司作为电子商务平台经营者，并非案涉合同的相对方，与曹陈杰不存在信息网络买卖合同关系。本案中，快手公司作为电子商务平台经营者，已向曹陈杰提供案涉商品经营者的营业执照。根据在案证据，曹陈杰下单购买案涉商品时，济南市天桥区大檀工艺品店并未被列入经营异常且未注销。根据现有证据无法证明快手公司主观上存在过错，没有证据证明快手公司存在该条规定的承担连带责任的情形。

二审法院认为，关于被上诉人应否因不能有效披露相关经营者信息而承担赔偿责任的问题，首先，上诉人从未主动向被上诉人要求披露案涉店铺经营者的名称、地址、联系方式等信息，在此情形下，上诉人径行以被上诉人不能披露相关信息为由请求被上诉人作为平台经营者承担先行赔偿责任缺乏依据；其次，上诉人已自行掌握了案涉店铺经营者的上述信息，被上诉人也能够向法院审理阶段提供上述信息，因此，上诉人再行请求被上诉人承担不能披露相关信息的责任之理由已不能成立。关于相关信息是否真实有效的问题，其判断时点应以被上诉人采取例行核验措施的时间为准，而非上诉人提起本案一审诉讼时或上诉人提起诉讼后，被上诉人作为网络交易平台经营者，客观上并不具备随时确保平台内经营者的相关信息真实有效的能力。关于被上诉人是否存在明知或应知案涉店铺经营者利用其平台侵害上诉人权益的问题，案涉交易发生时，济南市天桥区大檀工艺品店已取得了预包装食品的经营许可，被上诉人对其经营资质进行了审核，现有证据不足以证实被上诉人存

在其他明知或应知案涉工艺品店利用其平台实施侵权行为的情形，因此，上诉人的该项上诉理由不能成立。<sup>⑫</sup>

规则链接：消费者因在网络直播间点击购买商品合法权益受到损害，直播间运营者不能证明已经以足以使消费者辨别的方式标明其并非销售者并标明实际销售者的，消费者主张直播间运营者承担商品销售者责任的，人民法院应予支持。

直播间运营者能够证明已经尽到前款所列标明义务的，人民法院应当综合交易外观、直播间运营者与经营者的约定、与经营者的合作模式、交易过程以及消费者认知等因素予以认定。<sup>⑬</sup>

网络直播营销平台经营者通过网络直播方式开展自营业务销售商品，消费者主张其承担商品销售者责任的，人民法院应予支持。<sup>⑭</sup>

网络直播间销售商品损害消费者合法权益，网络直播营销平台经营者不能提供直播间运营者的真实姓名、名称、地址和有效联系方式的，消费者依据消费者权益保护法第四十四条规定向网络直播营销平台经营者请求赔偿的，人民法院应予支持。网络直播营销平台经营者承担责任后，向直播间运营者追偿的，人民法院应予支持。<sup>⑮</sup>

网络直播营销平台经营者对依法需取得食品经营许可的网络直播间的食品经营资质未尽到法定审核义务，使消费者的合法权益受到损害，消费者依据食品安全法第一百三十一条等规定主张网络直播营销平台经营者与直播间运营者承担连带责任的，人民法院应予支持。<sup>⑯</sup>

网络直播营销平台经营者知道或者应当知道网络直播间销售的商品不符合保障人身、财产安全的要求，或者有其他侵害消费者合法权益行为，未采取必要措施，消费者依据电子商务法第三十八条等规定主张网络直播营销平台经营者与直播间运营者承担连带责任的，人民

法院应予支持。<sup>⑰</sup>

直播间运营者知道或者应当知道经营者提供的商品不符合保障人身、财产安全的要求，或者有其他侵害消费者合法权益行为，仍为其推广，给消费者造成损害，消费者依据民法典第一千一百六十八条等规定主张直播间运营者与提供该商品的经营者承担连带责任的，人民法院应予支持。<sup>⑱</sup>

### 七、网络餐饮服务平台经营者的责任认定

裁判要旨：陈江辉在深圳美团公司经营的美团优选平台购买沧州翌铭公司销售的案涉商品，系与沧州翌铭公司成立网络购物合同，深圳美团公司为提供平台服务的电子商务平台运营者。对于深圳美团公司是否对案涉商品质量问题承担责任的问题。本案中深圳美团公司作为电子商务平台的经营者，能够提供案涉商品经营者的真实名称、地址和有效联系方式，且根据本案证据亦未见“更有利于消费者的承诺”以及“明知或者应知销售者或者服务者利用其平台侵害消费者合法权益”的情形，故就陈江辉要求深圳美团公司承担责任的要求，法院不予支持。<sup>⑲</sup>

规则链接：网络餐饮服务平台经营者违反食品安全法第六十二条和第一百三十一条规定，未对入网餐饮服务提供者进行实名登记、审查许可证，或者未履行报告、停止提供网络交易平台服务等义务，使消费者的合法权益受到损害，消费者主张网络餐饮服务平台经营者与入网餐饮服务提供者承担连带责任的，人民法院应予支持。<sup>⑳</sup>

入网餐饮服务提供者所经营食品损害消费者合法权益，消费者主张入网餐饮服务提供者承担经营者责任，入网餐饮服务提供者以订单系委托他人加工制作为由抗辩的，人民法院不予支持。<sup>㉑</sup>

<sup>⑫</sup> 案例索引：曹陈杰与北京快手科技有限公司信息网络买卖合同纠纷，北京市第四中级人民法院(2022)京04民终257号民事判决书。

<sup>⑬</sup> 《最高人民法院关于审理网络消费纠纷案件适用法律若干问题的规定（一）》第十二条。

<sup>⑭</sup> 《最高人民法院关于审理网络消费纠纷案件适用法律若干问题的规定（一）》第十三条。

<sup>⑮</sup> 《最高人民法院关于审理网络消费纠纷案件适用法律若干问题的规定（一）》第十四条。

<sup>⑯</sup> 《最高人民法院关于审理网络消费纠纷案件适用法律若干问题的规定（一）》第十五条。

<sup>⑰</sup> 《最高人民法院关于审理网络消费纠纷案件适用法律若干问题的规定（一）》第十六条。

<sup>⑱</sup> 《最高人民法院关于审理网络消费纠纷案件适用法律若干问题的规定（一）》第十七条。

<sup>⑲</sup> 案例索引：陈江辉等与沧州翌铭商贸有限公司信息网络买卖合同纠纷，北京市第四中级人民法院(2022)京04民终394号民事判决书。

<sup>⑳</sup> 《最高人民法院关于审理网络消费纠纷案件适用法律若干问题的规定（一）》第十八条。

<sup>㉑</sup> 《最高人民法院关于审理网络消费纠纷案件适用法律若干问题的规定（一）》第十九条。

<sup>⑧</sup> 案例索引：王超、张德华买卖合同纠纷，吉林省延边朝鲜族自治州中级人民法院(2022)吉24民终1230号民事判决书。

<sup>⑨</sup> 《最高人民法院关于审理网络消费纠纷案件适用法律若干问题的规定（一）》第七条。

<sup>⑩</sup> 案例索引：林美琴、彭沐林信息网络买卖合同纠纷，浙江省嘉兴市中级人民法院(2022)浙04民终460号民事判决书。

<sup>⑪</sup> 《最高人民法院关于审理网络消费纠纷案件适用法律若干问题的规定（一）》第十一条。

# 网络消费模式下 消费者权益保护的 法律问题

◎昌国徽\* 深圳市律师协会消费者权益保护法律专业委员会

如今网络信息技术得到了广泛的应用，互联网电商平台也得到了快速发展，并深受广大消费者的喜爱，但随着网络消费数据的不断攀升，“翻车事件”也愈演愈烈，产品质量问题、消费者求偿无门以及虚假宣传等问题不断涌现。消费者进行维权时，也面临许多问题，如取证取证难、选法找法难、售后投诉难等。本文从消费者维权、经营者应对、法律法规解读三个角度出发进行深入的分析探讨，分析网络消费模式下消费者权益保护的法律问题。

## 一、消费者维权问题

### （一）产品质量问题

网络电商平台销售的商品种类众多，从日用品、服装到食品涵盖了人们生活的各个方面，不过由于准入门槛低、电商良莠不齐，在实践中出现了“三无”产品、以假充真等产品质量问题。消费者买到这些伪劣商品或含有有害身心健康成分的商品，安全性无法保障。根据《消费者权益保护法》第七条，消费者在购买商品时如果人身、财产安全受到威胁，就有权要求赔偿。

### （二）虚假宣传，侵害消费者的知情权

很多消费者通过电商平台购买产品的冲动来源于运营的影响力，以及销售话术、虚假宣传等方式的诱导。电商中的虚假宣传主要体现在以下几个方面：一是对实质

内容本身的虚假宣传；二是对商品或者服务的价格进行虚假宣传；三是使用虚假或者无法验证的数据。根据消费者协会发布的《网上直播电商购物消费者满意度调查报告》，网络直播带货最突出的问题就是直播电商的虚假宣传。带货主播在直播时往往会以“最低价”“送赠品”等美化产品、夸大其词地进行诱导性宣传，或使用“史上最低价、最好、NO.1”等禁止的极限用词来吸引客户，刺激消费者纷纷购物，严重侵犯了消费者的权益。

### （三）法律关系复杂，消费者维权难

在网上购买商品，消费者遇到被侵权的情况下，该向谁维权、怎么进行维权、维权的依据是什么？一般的消费者都不知道该怎么做。直播带货涉及的主体众多，主要有商家、电商平台以及消费者等，各个主体之间发生着不同的法律关系，织成一张错综复杂的法律关系网，根据不同的法律关系分别受到《消费者权益保护法》《广告法》《电子商务法》等法律的规制，各相关主体往往会刻意回避消费者或推卸责任。我国《消费者权益保护法》规定了对消费者有利的各项权利，消费者自收到商品之日起七日内可以无理由退货，购买到质量差的或性价比低的产品时有权退货，但退货流程比较烦琐，且网络购物普遍具备的虚拟性和跨区域性，不能实地找销售者协商、赔偿，消费者维权极易受阻。

## 二、经营者应对问题

### （一）电商平台应加强管控，提高准入门槛

要更好地有效维护消费者的合法权益，就要从源头治起，提高平台准入门槛，加强平台管控。网络平台的核心工作任务主要是信息的审查。首先，在经营者申请进入网络交易平台时要严加把控，对其资质严格审查，包括其提供材料的客观性、真实性、合法性。其次，完善备案登记制，严格按照法律规定和法定程序落实备案。在给申请网络经营者备案的同时不仅要做到形式审查还要实质审查，对网络经营者提供的商品进行审查，从全方位进行监督。最后，加强平台管控。购物平台应当建立网络行业内部自律组织，由平台管理者制定行业法规，监控是否存在恶意搜集、倒卖消费者基本信息等情况，处理违反行业规范的行为。

### （二）经营者应尽到义务

结合电子商务交易的特点和我国《消费者权益保护法》的规定，电子商务经营者向消费者提供商品或服务，应尽以下义务：电子商务经营者有义务保证其消费者提供的商品和服务的质量；保证所销售的商品或服务符合人身和财产安全的要求；电子商务经营者须对自己的信息做出详细的披露，使消费者对其进行充分的了解；电子商务经营者以广告和商品介绍方式，保证向消费者提供的质量状况与商品实际的质量状况相符，不得侵害消费者的公平交易权和自主选择权；保护电子商务消费者个人信息的义务。

## 三、法律法规解读

我国《消费者权益保护法》第二十五条明确规定：“经营者采用网络、电视、电话、邮购等方式销售商品，消费者有权自收到商品之日起七日内退货，且无需说明理由，但下列商品除外：（一）消费者定作的；（二）鲜活易腐的；（三）在线下载或者消费者拆封的音像制品、计算机软件等数字化商品；（四）交付的报纸、期刊。除前款所列商品外，其他根据商品性质并经消费者在购买时确认不宜退货的商品，不适用无理由退货。消费者退货的商品应当完好。经营者应当自收到退回商品之日起七日内返还消费者支付的商品价款。退回商品的运费由消费者承担；经营者和消费者另有约定的，按照约定。”为保障该七日无理由退货规定的实施，《网络购买商品七日无理由退货暂行办法》对网络购物的权利义务、不

适用退货的商品范围、商品完好标准和退货程序等进行了明确规定。关于七日无理由退货的规定，是基于网络购物的特点，即消费者网络购物通常无法像在实体商场购物那样可以进行现场体验实际接触商品，只能通过经营者的介绍（包括广告）、网友的评论、网店的信誉等对商品有所了解，而这些因素很多时候可以通过人工干预被改变，消费者最终拿到实物的时候可能跟自己想要的东西不一样。《消费者权益保护法》规定网络购物七日无理由退货，是将“后悔权”引入非现场购物中，可以让消费者在见到实际商品的时候得到再一次选择的机会，更有利于保护消费者的知情权和自主选择权。

《消费者权益保护法》第二十四条规定：经营者提供商品不符合质量要求时，消费者可以退货或者要求经营者更换、修理。第五十二条及第五十四条也规定了退换货的情形。在网购的产品出现问题时，消费者最重要的就是收集证据，拍下商品各个角度的照片，还有与商家沟通的聊天记录，在此过程中清楚说明给自己所发的货是存在质量问题，与之前的描述不符。其次，向商家表达合理诉求，退货退款或是七天无理由退货。再次，也可以向网络交易平台投诉，交易平台服务人员会根据双方提供的证据进行裁定。最后，可以向消费者保护协会投诉商家以及网络服务平台来保护自身合法权益。

《消费者权益保护法》第五十五条规定：经营者提供商品或者服务有欺诈行为的，应当按照消费者的要求增加赔偿其受到的损失，增加赔偿的金额为消费者购买商品的价款或者接受服务的费用的三倍；增加赔偿的金额不足500元的，为500元。法律另有规定的，依照其规定。经营者明知商品或者服务存在缺陷，仍然向消费者提供，造成消费者或者其他受害人死亡或者健康严重损害的，受害人有权要求经营者依照本法第四十九条、第五十一条等法律规定赔偿损失，并有权要求所受损失二倍以下的惩罚性赔偿。该条款适用的前提是经营者有欺诈的故意，比如是否存在掺杂、掺假，以假充真、以次充好，以不合格商品冒充合格商品；是否销售国家明令淘汰并停止销售的商品；是否提供商品或者服务中故意使用不合格的计量器或者破坏计量器具准确度；是否不以真实名称和标记提供商品或者服务；是否以虚假或者引人误解的方式进行欺骗性销售诱导；是否以其他虚假或者引人误解的宣传方式误导消费者。

\*昌国徽，广东兆广律师事务所合伙人，广东省律师协会未成年人保护协会委员，深圳律协消费者权益保护委委员，深圳市南山区法学会委员，深圳市福田区人民法院特邀调解员。



## 吕坚： 推动大湾区法律服务市场 高质量发展

○周子龙 本刊编辑部

吕坚，广东法制盛邦（深圳）律师事务所律师，现担任香港民建联常务委员会委员、香港新界社团联合会副理事长，以及香港特别行政区选举委员会委员、香港特别行政区元朗区扑灭罪行委员会主席等公职。2023年1月被选为全国政协第十四届委员会委员、河北省政协第十三届委员会委员。

### 回首过往，让理想照亮奋进之路

吕坚律师在加入法制盛邦律师事务所之前，在香港从事政策研究及协助法例审议工作达20年，在此期间，让他最有成就感的，除了对前沿政策精准预研、制度合理设计之外，更来自于对公益事业数十年的坚

持。离开办公桌，来到街头巷尾，数十个春来夏往，秋收冬藏，在最贴近民众的地方，为民众服务。“将时间投入公益事业是十分有意义的，我在这段时光中参与了香港的回归工作，与爱国爱港团体一起支持特区政府依法施政，落实一国两制”，吕坚律师在概括这段经历时说道。

之选择在深圳做执业律师，吕坚律师坦诚道：“深圳和香港一河之隔，随着两地的融合，香港居民对内地的法律服务需求殷切”。面对疫情后的新形势和新身份，“全国政协委员的工作是一种责任担当，我希望能够在新的岗位上为国家的繁荣发展做出更多贡献。”从他的坚毅眼神中，能够感受到一种不可动摇

的信念。

### 立足现在，发挥优势积极建言献策

在律所工作和公益服务中，吕坚律师发现不少市民和企业时常遭遇不规范的法律服务类企业忽悠，合法权益因而受损。目前，法律服务类企业缺乏相应的规管，设立门槛低、运营管理散、专业服务弱，他们的不规范运营、低价竞争、虚假宣传等行为，不仅损害了服务需求者的权益，而且挤压律师行业健康发展，更不利于法治社会建设，阻碍了法治化营商环境的建立进程。面对这一现象，吕坚律师在2023年的全国政协会议上，提交了《关于统一规范管理法律服务市场、切实保障法律服务需求者权益》的提案，提出了五点建议：一是由国家市场监督管理总局、司法部联合中华全国律协等单位，深入调查研究各地法律服务类企业运营状况。二是深入调查研究及着手制定法律服务市场监管的相关法例。尽快建立竞争有序、制度完备、治理完善的高标准法律服务市场体系，并选取部分省市为试点，成功后逐步向全国推广。三是创设新的统一法律服务机构监管机制，采取联合监管执法，重点对法律服务类企业经营范围、广告宣传、虚假承诺与不正当竞争等领域展开专项整治。四是加强对广大群众的宣传引导，使其能正确辨别律师事务所与法律服务类企业的差异，以做出正确选择，维护自身合法权益。五是加强全国律师行业自律管理与完善相关惩戒制度。

为律师行业发声，为法治建设鼓与呼，吕坚律师始终在路上，“每位律师都应始终坚守对行业、社会、国家的初心和期待，齐心推动行业健康发展，提高法律服务质量，共同助力打造一支属于深圳的高质量律师队伍”，吕坚律师呼吁。

### 展望未来，探索法治发展新向

随着粤港澳大湾区建设走向纵深，香港积极融入国家发展大局，吕坚律师对未来推进法治建设，有了新的思考和建议：一是增加大湾区内地主要城市的法



官编制，提高司法质素。与内地法院工作对接过程中，吕坚律师切身感受到法官巨大的工作超荷。尽管国家目前精减编制，但他认为深圳广州这类主要城市流动人口数量庞大，应该更改过往以户籍人口计算编制的方法，因此深广法官编制的扩增必须放上议程。二是加强港籍涉罪未成年人的帮教，为他们在社区帮教及矫治创造条件。三是加强涉外律师队伍的建设。吕坚律师提议，以粤港澳大湾区为出发点，利用香港律师联通国际的地理及渠道优势，立足于内地律所的优良的客户基础，共同拼船出海，扩展本地律所的涉外业务。四是完善粤港澳不同法域律师的合作机制，加强专项法律服务领域探索，促进本地所与国际水准的对接，提升深圳律师的国内和国际竞争力。

“无论是公益服务，还是在市场发展探索，我都希望自己能为国家和律师行业的发展和建设尽自己一点绵力”，吕坚律师如是说。

## 深圳律协组建深圳律师辩论队

2月16日，“深圳律师辩论队”组建仪式在深圳律协多功能厅举行。2022年深圳律协面向全市律师，经过两轮选拔，遴选出34人组成刑辩和非刑辩两个方向的深圳律师辩论队，以期通过培养，储备一批优秀的律师辩论骨干人才，通过辩论引领行业良好的文化氛围，提升律师的口才和实践能力，为律师行业发展增添新活力。辩论队代表感谢协会给热爱辩论的律师搭建相互切磋和对外交流平台，希望今后能一起携手打响深圳律师辩论队的名牌。现场刑辩小组和非刑辩小组就小组规则、成员分工和后期比赛培训安排进行了讨论和分享。成立“深圳律师辩论队”是深圳律协提升律师专业能力的重要抓手，也是行业人才培养机制的重要导向，对于辩论队涌现出来的优秀律师，

会在各类选拔表彰时优先考虑，将其作为行业发展后备梯队，形成正向激励。



## 深圳律协监事会召开 2022 年度绩效考核工作会议

3月4-5日，深圳律协第七届监事会召开了2022年度绩效考核工作会议。监事长曾常青，副监事长刘鸿、吴小波及全体监事出席了会议。会议以“客观、民主、公平、公正”的工作原则，征求了各监事及绩效考核委员会委员的意见与建议，听取了协会相关机构的内部评价，综合评定了深圳律协各区律师工作委员会、专门委员会、专业委员会、秘书处2022年度工作的绩效考核结果。本次考核工作具有“细化完善考核制度”“明确公开考核维度”“考评流程标准化”“考核结果全面客观”四个亮点。监事会希望通过年度绩效考核，强化监督实效，发挥监督工作的前瞻性和指导性，肯定工作成果，及时发现问题，为协会

各项工作提供有建设性、指导性的监督意见，助推行业发展优化升级。



## 广东省律协到访深圳律协座谈交流

2月22日，广东省律协副会长张弢、副监事长黄德华、业培委主任康小鹤等一行到访深圳律协，就加强省市两级律协在培训与业务研究方面的工作进行交流，深圳律协副会长章成、曾迈等参加接待。会上，深圳律协介绍了深圳律师行业发展基本情况、创新委的主要职能及专业委员会的运作情况、培训委四年工作规划和现阶段的完成情况等。省市律协各参会人员就律师行业的发展和律师培训的开展进行了积极的互动交流，就专业委数量、如何共享有效课件及师资资源等问题纷纷献言献策。张弢副会长对深圳律协的委员会建设制度、职业培训等方面给予了高度评价，他表示通过此次经验交流和重点问题的深入探讨，认识到了很多值得学习借鉴的管理方式和创新模式，为广东

律协业务创新与培训工作拓展了新的思路。双方希望，今后能畅通沟通渠道，搭建更多交流平台，加强省市律协间的合作。



## “深圳律师常青树”纪念牌颁发仪式圆满举办

为感谢老一辈律师为深圳市律师事业发展作出的突出贡献，及对律师职业的热爱和法治精神的坚守，同时为树立深圳律师队伍的典范，增强律师执业荣誉感，深圳市律师行业党委、深圳律协开展对70岁（含）以上执业律师颁发“深圳律师常青树”纪念牌的活动。3月17日，“深圳律师常青树纪念牌”颁发仪式顺利举行，为到场的70岁（含）以上在深执业且近五年未受党纪处分、司法行政机关行政处罚和市律师协会行业处分的个人会员颁发纪念牌。下一步，协会将开展青年律师向老律师的拜师学艺活动，发扬传帮带作用，让匠心得以传递；继续做好老律师的关爱和服务工作，开展老律师系列关爱活动，组织老律

师体检、慰问、培训、娱乐等，为老律师营造老有所养、老有颐养、老有所乐的生活环境。



## 深圳市司法局、市律协联合编印《深圳律师“战疫有法”》

日前，深圳市司法局、市律协联合编印《深圳律师“战疫有法”》。该书记录了深圳律师用专业和大爱助力疫情防控的行动故事，展现了深圳律师践行人民律师为人民的服务理念和重大突发公共卫生事件下的责任担当。《深圳律师“战疫有法”》全文由涉疫法律操作指引、“战疫”普法课堂、抗疫纪实三个篇章构成。涉疫法律操作指引篇以“问题+观点+依据”形式，为疫情下的企业和市民释法明理，全力助力社会复工复产；“战疫”普法课堂篇以131份“涉疫案例+律师释法”普法文章，生动回答疫情

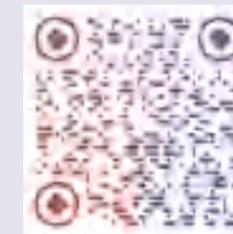


期间的法律热点问题，向社会传递法律力度与律师温度；抗疫纪实篇以工作掠影定格深圳律师志愿者用行动写下“抗疫有我”的暖心瞬间，记录了深圳律师与市民群众奋战抗疫一线的并肩相守。

## 深圳律协集中发布 14 份律师业务操作指引

日前，深圳律协集中发布了14份律师业务操作指引（可扫描二维码下载查看），为深圳律师开展相关领域法律业务提供了参考和借鉴。第十一届深圳律协坚持“回归专业，服务大局”的总体基调，积极组织专业委员会开展业务研究，并将业务操作指引编制工作作为推进业务规范化、标准化建设的重要举措之一，制定了《深圳市律师协会律师业务操作指引的起草、审查与发布规范》。各专业委员会充分发挥专业示范引领作用，积极组织专业骨干归纳总结律师实务过程中的程序性问题及操作规范，经反复

细磨精研，形成了数字藏品、城市更新、刑民交叉、死刑复核、电信诈骗、个体户转型、建材合同、商业秘密、股权争议、反垄断、行政决策流程、企业合规、会计处理等14份业务操作指引。该批指引覆盖领域广泛，内容丰富实用，具有较强的指导性、借鉴性，为更好地推进深圳律师业务高质量发展提供了有力支撑。



## 深圳律协与深圳管协签订战略合作协议

3月22日，深圳律协与深圳市破产管理人协会（以下简称“深圳管协”）举行了战略合作协议签约仪式，深圳律协副会长赵东川、深圳管协会长杨江苏代表双方签约。此次签订战略合作协议，双方正式搭建了相互沟通的桥梁，可从业务研究、纪律调查等方面进行深入沟通合作，更好地提高会员们的专业能力和职业道德素养，从而提升破产办理质效、缩短破产办理周期、优化市场资源配置，服务深圳经济高质量发展。根据协议，双方将充分发挥各自的优势和特色，整合资源，围绕破产业务开展定期业务交流活动，共同总结破产业务办理经验，共同编写破产业务专著，探索建立调查和惩戒相互协作机制，通过紧密合作打

造双赢、可持续发展的战略合作伙伴关系。



## 大连、西安、南京、台州等兄弟律协到深圳律协交流调研

2-3月期间，大连市司法局及市律协、西安市公安局及市律协、南京市司法局及市律协、台州市司法局及市律协分别到访深圳律协交流调研。其中，大连市司法局及市律协就律师行业发展规划、信息化建设、律师权益保障、会员违规行为惩戒等方面工作与深圳律协交流调研；西安市公安局及市律协与深圳律协围绕律师权益保障、律所管理、业务培训等方面展开深入交流；南京市司法局及市律

协与深圳律协就律师行业党建、专门委、专业委建设等方面工作进行交流；台州市司法局及市律协与深圳律协围绕涉外法律服务发展、青年律师发展、律师权益保障、行业合规建设、律师行业反不正当竞争等方面进行交流探讨。各地来访代表表示，此次来深调研学习全面提升了他们对律师行业治理的观念和理念，希望与深圳律协进一步加强交流合作，互学互鉴，共推律师行业高质量发展。



# 巾帼柔肩担道义 铿锵本色绽芳华

近年来，在深圳全面推进社会主义先行示范区建设、律师行业高质量发展工作中，我市广大女律师巾帼不让须眉，以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，坚持中国特色社会主义法律工作者的正确定位，积极投身我市各项法律服务工作中，努力实现社会公平与正义，为进一步推动法治深圳建设作出了重大贡献。

为充分发挥优秀女律师先进典型的示范引领作用，展示特区女律师专业与敬业、坚韧且自信的优秀品质，弘扬女律师们有信仰、有情怀、有大爱的时代担当精神，深圳市律师协会决定，表彰在律师行业专业能力、公益爱心、创新成长等方面表现突出的万丹梅等30名女律师为深圳优秀女律师。

### 深圳优秀女律师表彰名单（2022年度）

（按姓氏笔画排序，排名不分先后）

| 序号 | 姓名  | 所在律师所              | 序号 | 姓名  | 所在律师所           |
|----|-----|--------------------|----|-----|-----------------|
| 1  | 万丹梅 | 广东祥祺律师事务所          | 16 | 郑平进 | 广东宝城（宝安）律师事务所   |
| 2  | 王翠苹 | 北京市君泽君（深圳）律师事务所    | 17 | 钟鸣  | 北京天达共和（深圳）律师事务所 |
| 3  | 车小燕 | 上海市锦天城（深圳）律师事务所    | 18 | 饶晓敏 | 北京市中伦（深圳）律师事务所  |
| 4  | 孔霞  | 北京德和衡（深圳）律师事务所     | 19 | 高立立 | 万商天勤（深圳）律师事务所   |
| 5  | 孙淘  | 中伦文德胡百全（前海）联营律师事务所 | 20 | 曹巧玲 | 广东守静律师事务所       |
| 6  | 苏威萍 | 广东贤耀律师事务所          | 21 | 梁佳丽 | 广东融关律师事务所       |
| 7  | 李兰兰 | 广东卓建律师事务所          | 22 | 董会莲 | 广东普罗米修（福田）律师事务所 |
| 8  | 杨波  | 北京大成（深圳）律师事务所      | 23 | 蒋婧  | 泰和泰（深圳）律师事务所    |
| 9  | 杨栋洁 | 广东华商律师事务所          | 24 | 曾立丹 | 广东瀛尊律师事务所       |
| 10 | 宋昱颖 | 北京德恒（深圳）律师事务所      | 25 | 曾素贞 | 广东壹顺律师事务所       |
| 11 | 张方硕 | 广东广和律师事务所          | 26 | 蒙娟  | 北京市盈科（深圳）律师事务所  |
| 12 | 陈小艳 | 广东诚公律师事务所          | 27 | 詹阿娜 | 北京金诚同达（深圳）律师事务所 |
| 13 | 陈艳枝 | 广东盛唐律师事务所          | 28 | 廖桃春 | 广东晟典律师事务所       |
| 14 | 林小曼 | 广东联建律师事务所          | 29 | 廖爱敏 | 北京炜衡（深圳）律师事务所   |
| 15 | 周玲英 | 广东中熙律师事务所          | 30 | 谭平  | 广东君言律师事务所       |



吻春 ○张成林 / 摄影