



总第 109 期

109

2025 年 | 第 3 期 |

深圳市律师协会主办

(粤 B) L0240153

S H E N Z H E N L A W Y E R S

深圳律师

—— 非常视线 专业见解 ——



2025 法博会 一场展会与一座城的双向奔赴

商业秘密保护的难点问题和仲裁解决机制

重谈刑事证明责任规则

追缴违法所得在职务犯罪中的具体适用

一国两制框架下大湾区涉外法治协同机制构建研究

从公证员到律师：是破界，更是新生

坚守初心映法治 致敬银发守业人

深圳律协为 70 岁以上执业律师颁发“常青树”纪念牌

为感谢老一辈律师为我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，日前，深圳市律师协会对 70 岁（含）以上在深执业，且近五年未受过党纪处分、司法行政机关行政处罚和律师协会行业处分的个人会员颁发“深圳律师常青树”纪念牌。

“深圳律师常青树”纪念牌执业律师名单

司金虎	男	河南苗硕（深圳）律师事务所	林安娜	女	广东正大元律师事务所
侯丽芹	女	北京市致宏（深圳）律师事务所	曹里加	男	北京李伟斌（深圳）律师事务所
曾许云	男	湖南淡远（深圳）律师事务所	刘发钧	男	广东国晓律师事务所
廖华德	男	炜衡沛雄（前海）联营律师事务所	孙赤东	男	广东循则律师事务所
黄建军	男	广东深鹏律师事务所	刘文元	男	北京市尚权（深圳）律师事务所
王正先	男	广东中意达律师事务所	沈元朝	男	浙江金浙（深圳）律师事务所
艾 及	男	北京市盈科（深圳）律师事务所	刘红路	男	北京市盈科（深圳）律师事务所
容正达	男	华商希仕廷（福田）联营律师事务所	王玉梅	女	北京市王玉梅（深圳）律师事务所
付菊英	女	广东平威律师事务所	陈爱伦	女	广东华商律师事务所
梁佑筠	女	广东蕴峰律师事务所	徐伯鸣	男	广东华商律师事务所
李建新	男	广东金地律师事务所	吴仁宝	男	广东百朋律师事务所
黄士林	男	广东圣天平律师事务所	周正磊	男	湖南芙蓉（前海）律师事务所
刘雪坛	男	广东军地律师事务所	曹 洋	男	广东金地律师事务所
王 建	男	广东融商诚达律师事务所	颜雪明	男	泰和泰（深圳）律师事务所
李 卫	男	广东晟典律师事务所	殷桂林	男	广东仁人（前海）律师事务所
王 黎	男	广东律参律师事务所	唐敦祥	男	广东君诚律师事务所
张梅生	男	广东伟强律师事务所	段邦湖	男	广东尧智律师事务所
洪国安	男	北京市中伦文德（深圳）律师事务所	王 晨	男	广东维强律师事务所
陆晓光	男	北京市通商（深圳）律师事务所	藏 蓝	女	广东天梭律师事务所
王 陵	女	广东普罗米修律师事务所	黄文俊	男	广东耀恒律师事务所
尹智全	男	广东维强律师事务所	钟伟雄	男	中银－力图－方氏（横琴·深圳）联营律师事务所
王 勤	女	广东金唐律师事务所	焦彦丰	男	广东正大元律师事务所
彭新建	男	广东逸生律师事务所	连文刚	男	广东经天律师事务所
姜春阳	男	广东圣南律师事务所	徐淑芹	女	广东惠邦律师事务所
刘国庆	男	广东威纳氏律师事务所	冯镜彬	男	广东民忻律师事务所
田锡平	男	广东融商诚达律师事务所	胡铁军	男	广东金唐律师事务所
廖翌宏	男	广东华商律师事务所	马鸿翔	男	广东众诚律师事务所
邹文兵	男	广东财富东方律师事务所	李宝常	男	北京市众明（深圳）律师事务所
崔吉林	男	北京市盈科（深圳）律师事务所	丁水龙	男	广东瑞嘉律师事务所
叶安民	男	广东先行律师事务所	董振坤	男	广东董正律师事务所
邝志强	男	北京市京师（深圳）律师事务所	卢建刚	男	广东粤迪律师事务所
黎德诚	男	广东华商律师事务所	张 爽	男	广东仁人律师事务所
孟兆华	男	广东祖诚律师事务所	柳经纬	男	北京市鑫诺（深圳）律师事务所
曹清华	男	广东仁皓律师事务所	周慧贤	女	广东华商律师事务所
陈洪翔	男	广东章盛律师事务所	魏洪贵	男	广东江远律师事务所
孙立民	男	广东仁人律师事务所	叶成庆	男	广东星辰（前海）律师事务所
赵伟光	男	北京观韬（深圳）律师事务所	范 卡	男	中银－力图－方氏（横琴·深圳）联营律师事务所
刘继忠	男	广东合银律师事务所	黄富鑫	男	广东君诚律师事务所

以法治创新护航湾区发展 用专业服务书写时代担当

——陈明在深圳法律服务博览会（2025）开幕式上的致辞*

今天，我们齐聚深圳会展中心，共同迎来第二届深圳法律服务博览会的隆重开幕。在此，我受小文局长委托，代表深圳市司法局，对各位来宾的到来表示热烈欢迎！向长期关心支持深圳司法行政工作的各界朋友，致以衷心感谢！

深圳作为改革开放的前沿阵地，近年来经济社会高质量发展成效显著：全市市场主体总量和创业密度稳居全国大中城市首位，智能网联汽车、低空经济、人工智能等战略性新兴产业在全国形成领先优势，出口额连续 31 年领跑全国。要巩固发展优势，离不开法治化营商环境的坚实支撑。紧紧围绕建设中国特色社会主义法治先行示范城市的使命，深圳在立法、执法、司法、守法、涉外法治等方面大胆探索：率先出台人工智能产业促进条例、低空经济产业促进条例等多部全国首创性法规，以高质量立法保障新质生产力发展；深化行政复议体制改革，打造了全省首个“执法监督码系统”，强化行政权力监督；建成覆盖市、区、街道、社区四级的服务实体平台，成立全国首家破产事务管理机构、首个商事调解协会、首家区级综合调解院，持续优化公共法律服务；建立全市涉外法治建设统筹协调工作机制，建设前海深港国际法务区，开展粤港澳律所合伙联营试点、中外律所联营试点、港澳律师大湾区内地执业试点，积极推动涉外法治创新。

这些法治实践的最终落脚点，是服务高质量发展、惠及民生福祉。本届法律服务博览会，集成果展示、思想碰撞、供需对接、公益服务于一体，既系统呈现法律服务领域创新成果，也深入探讨行业发展前沿议题；既搭建法律服务机构与市场主体的对接桥梁，也拓宽行业人才培养与交流的多元渠道。从这个意义上讲，法博会不仅是法治实践的展示窗口，更是优化营商环境的功能平台、推动法治进步的实践载体。以本届法博会为新起点，我们要将共识与智

慧转化为推动行业发展的具体行动，更好地服务经济社会发展大局。借此机会，我就推动深圳法律服务业高质量发展、强化法治护航作用，谈三点看法：

一是在服务大局中彰显法治担当。全市法律服务行业要始终胸怀“国之大者”，紧扣深圳建设先行示范区和更具全球影响力的经济中心城市等战略目标，在科技创新、城市治理、对外开放、民生保障等领域，提供更加精准、专业、高效的法律服务，为深圳经济社会行稳致远筑牢法治屏障。

二是在赋能产业中提升服务能级。聚焦深圳战略性新兴产业集群和未来产业高质量发展需求，推动法律服务深度嵌入产业链全链条。要建强用好深圳“20+8”产业法律服务团等专业力量，在低空经济、智能网联汽车、人工智能等细分领域，精准研判产业法律需求，创新服务产品，推动法律服务从“被动待需”转向“主动供给”升级，为新质生产力发展提供全链条法治支撑。

三是在开放协作中增强竞争优势。要牢牢把握粤港澳大湾区建设机遇，充分发挥毗邻香港的区位优势，深入推进法律规则衔接、法治人才交流及法律服务协作。积极推动涉外法治创新，为企业“走出去”“引进来”保驾护航，提升大湾区法律服务整体竞争力，助力深圳打造国际法律服务高地。

习近平总书记多次强调：“法治兴则民族兴，法治强则国家强。”这为我们大力发展法律服务业提供了根本遵循。我们将一如既往地重视深圳法治建设，打造更多像法博会这样的开放平台汇聚资源、激发创新，让持续升级的法律服务为深圳经济社会高质量发展注入强劲法治动能，为建设中国特色社会主义法治先行示范城市作出更大贡献！

* 本文根据深圳市司法局党委委员、市律师行业党委专职书记陈明 2025 年 10 月 25 日在深圳法律服务博览会（2025）开幕式上的致辞整理而成。



印刷日期 2025 年 12 月 6 日

编印单位	深圳市律师协会
编委会主任	张 斌
编委会成员	杨 逍 章 成 赵东川 王 伟 罗振辉 曾 迈 胡宁可 黄远兵
主编	杨 逍
执行主编	周 敏 黄红珍
栏目编辑	陈 伟 杨新发 颜宇丹 胡 聪 屈文静 刘伟健
责任编辑	伍春红
编辑	王 颖 王诗韵
美术编辑	蔡永军
电话	0755-83025789
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
发送对象	各地司法行政机关、律协，深 圳市司法行政机关、各律所等
印制册数	2000 册

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



欢迎扫码
关注“深圳律协”公众号

目录

CONTENTS

卷首语 | FOREWORDP1

01 以法治创新护航湾区发展 用专业服务书写时代担当
——陈明在深圳法律服务博览会（2025）开幕式上
的致辞

特别报道 | SPECIAL REPORTSP4-8

04 2025 法博会：一场展会与一座城的双向奔赴

专题研究 | SPECIAL RESEARCH.....P9-28

09 智汇知产 法护创新
——深圳法律服务博览会（2025）·知识产权法律
服务和保障科技创新交流会嘉宾演讲精粹

10 商业秘密保护的难点问题和仲裁解决机制 / 王媛媛

14 人工智能专利保护的挑战与范式重构 / 刘建翠

19 公证：知识产权保护的前置堡垒与证据基石 / 黄新起

21 高额赔偿的基石：商业秘密案件的胜诉逻辑与赔偿体
系构建 / 车小燕

25 中国专利保护的最新实践 / 孙大勇

论道 | DISCOVERY P29-39

29 新《保障中小企业款项支付条例》出台对大型建筑
企业合同风险管理的影响 / 潘峰 郑伊桐

33 重谈刑事证明责任规则 / 高佩洁

37 以案说物权期待权的保护 / 王洪坚 宋晓琳

实务 | PRACTICE P40-54

40 追缴违法所得在职务犯罪中的具体适用 / 方亮 贺志忠

43 股权转让与担保的四大识别因素及四类涉他规则
/ 王雷 周琪

47 牵连管辖与协议管辖冲突的处理路径重构 / 罗四维

52 浅析内地人在香港取得保释的现实困境 / 莫丽冰



P47

涉外观察 | TRANSNATIONAL LAW REVIEW.... P55-62

55 破解与重构：中美关税博弈下跨境电商原产地合规与
平台规则适配之应对机制 / 薛闯 王琳琳

59 “一国两制” 框架下大湾区涉外法治协同机制构建
研究 / 李莉



P59

生活 | LIFE P63-68

63 从公证员到律师：是破界，更是新生 / 陈婷婷

65 执业三年，我翻过了很多山 / 胡天亮

67 我的律师梦（外四首）/ 王建福

2025 法博会 一场展会与一座城的双向奔赴

办一场展，兴一座城。

2025年10月25日-26日，深圳法律服务博览会（2025）（以下简称“法博会”）如期而至，深圳会展中心（福田）5号馆内，人流如织。

资源在此汇聚，桥梁在此搭建，产业的法治浓度，悄然攀升。

这不是一场普通的行业聚会，而是一个法律服务生态系统的集中亮相，一次法治与城市共生长的生动实践。

作为全国首个聚焦法律服务领域的专业博览会，法博会自2024年首届举办以来，便跻身深圳“十大法治事件”。

今年，法博会在规模、内容和实效上再度升维：123家机构、9场专业交流会、4场主题活动，共同构筑起一个“全链条、一体化”的法律服务生态圈。

透过这场展会，我们清晰看见：法治这一“慢变量”，正成为驱动城市新质生长的“强引擎”。

从“物理聚集”到“化学融合”，法律服务走向生态共建

最好的服务，从来不是被动响应，而是主动编织。

本届法博会在深圳市司法局指导下，由深圳市律师协会主办，联合多家行业商协会共同协办，同时得到相关仲裁机构、法律科技公司、金融机构等单位的大力支持，打破了传统法律服务边界，构建多元联动、开放包容的法律服务体系。

开幕式现场，深圳市律师协会与香港律师会、亚非法协香港区域仲裁中心、深圳国际仲裁院、深圳市公证协会、深圳市注册会计师协会、深圳市注册税务师协会、深圳市司法鉴定协会、深圳市商事调解协会、深圳市跨境电子商务协会、深圳市知识产权研究会10家专业机构签署《战略合作协议》，通过协同整合各方资源，实现法律服务的优势互补，为市场主体提供更加精准、系统的专业支持。这种“政府引导、行业主导、多方参与”的模式，充分释放协同效应，为提升法律服务能级注入强劲合力。

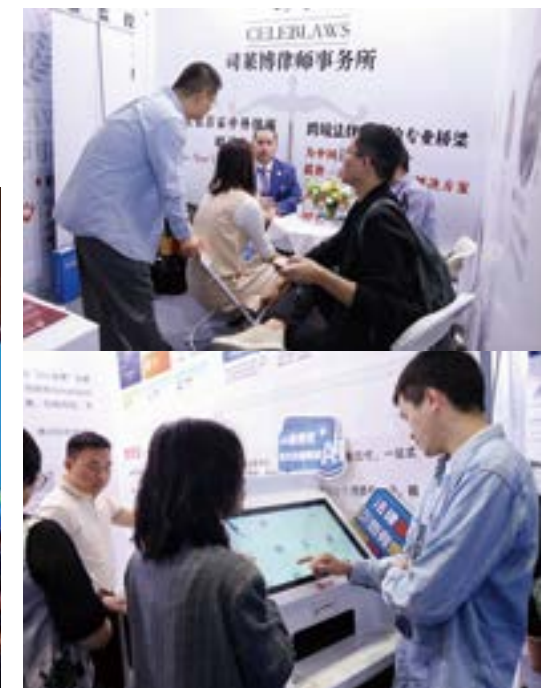
走进法博会现场，国内法律服务展区、“法律+科技”展区、“法律+产业”展区、涉外涉港澳法律服务展区、法律配套服务展区、深圳律师行业成果展区、品牌推广与产品路演区七大特色展区，组成了一幅流动的服务生态图谱。

这标志着法治建设正从过去的“机构聚集”，迈向更高维度的“生态协同”。

在同一个展会空间里，126个展位、123家机构告别“单打独斗”，形成了一个清晰的“需求牵引—服务支撑—成果转化—创新迭代”的闭环体系。

需求端，精准锚定。国内法律服务展区汇聚了64家扎根市场的法律服务机构，集中展示前沿服务产品与解决方案，他们是中国法治实践的毛细血管，最懂本土企业的脉动。与之呼应的，是涉外涉港澳法律服务展区的22家跨境专业机构，深度对接粤港澳大湾区法治建设需求。企业拓展海外市场寻找法律支持，不再需要四处碰壁。百米之内，跨境仲裁、数据合规、国际商事调解等一站式解决方案触手可及。法博会，正为企业架起一座通往世界的“法治桥梁”。

赋能端，打破边界。“法律+科技”展区里，AI法律检索、电子证据保全、区块链存证等前沿技术琳琅满目，法律科技的浪潮已从概念走向应用。“法律+产业”展区中，13家机构深度聚焦深圳“20+8”战略性新兴产业集群，推出了诸如税务服务、仲裁服务、知识产权代理等



贴合产业需求的定制化解决方案。法律服务，正从“通用型”的标准化产品，转向深入肌理的产业“贴身盔甲”。一旁的法律配套服务展区，则提供从品牌设计到数字化支撑的全链条保障，让专业服务无后顾之忧。

转化端，催化共赢。品牌推广与产品路演区，是生态协同理念落地为“合作共赢”实效的催化剂。这里，无论是初创法律科技企业的融资路演，还是传统律所的创新服务包发布，都能迅速找到合作伙伴。法律的“协同红利”，在这个空间里迸发出真实的商业价值。

成果端，彰显担当。深圳律师行业发展历程与成果展区，则是对这座城市法治建设者们的一次集中致敬。它让社会各界看到，深圳律师不仅是法律服务的提供者，更是“服务大局、守护正义”的责任担当者。

这套闭环逻辑，在法博会的布局中清晰可见。核心服务区精准对接需求，特色赋能区打破行业壁垒，路演区催化合作，成果区树立信心。法博会织就的，是一张“覆盖全领域、服务全周期、链接全主体”的法律服务网络。它也告诉我们，在现代化经济体系中，法治的力量不再源于单个机构的强大，而在于整个生态的协同与韧性。

从“被动响应”到“主动破局”，法治打造产业创新规则底座

新兴产业勃发，往往伴随法律模糊与规则滞后。当前，数字经济、绿色金融、低空经济等新产业、新业态蓬勃涌现，但也伴随着大量的法律模糊地带与规则空白。

低空飞行器侵权责任如何界定？数据跨境传输怎样才算合规？绿色债券发行面临哪些隐性风险？这些悬挂于新兴产业头顶的“达摩克利斯之剑”，亟需法治的精

准拆解。

法博会的9场专业交流会，每一场都刀锋向内，直指具体的产业痛点，并探讨法治护航的解决方案。

法律服务科技与人工智能法律服务交流会，探讨技术如何重塑行业未来；数字经济法律服务与合规实践交流会，研究数据治理的中国方案；法治护航低空经济新时代交流会，则针对这片万亿蓝海的空白地带，寻找可行的规制路径，还有企业拓展海外市场、智能网联汽车、新能源产业、绿色金融、知识产权、企业风险管理等交流会主题，就是一份当前中国经济最前沿、最活跃的产业创新清单。

这些专业交流会，汇聚了政府部门、产业协会、法律专家和企业代表。其中目的，不仅是“坐而论道”，更是“起而行之”——将研讨成果转化为可复制、可推广的服务标准与最佳实践。它以规则的确定性，驾驭创新的不确定性，成为新质生产力的“稳定器”与“加速器”。

一个更具象征意义的破局之举，也在法博会上亮相——深圳市律师协会联合市注册会计师协会、市注册税务师协会、市公证协会，共同推出“四专”联服民营企业计划。



这意味着，一家民营企业从设立、经营到扩张、转型的全生命周期，将不再需要奔波于不同专业机构之间。由律师、注册会计师、税务师、公证员组成的专业服务

团队，将打破协会间的“各自为战”，提供“法治协同力”的一站式解决方案。

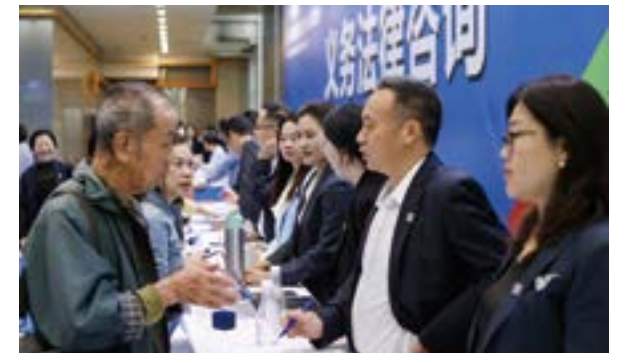
律师的“专”于法理、注册会计师的“精”于账目、税务师的“准”于政策、公证员的“信”于程序，四方联动，为民营企业打造起一个“全链条守护矩阵”。

从“专业高地”到“市井烟火”，法治城市的温度与高度

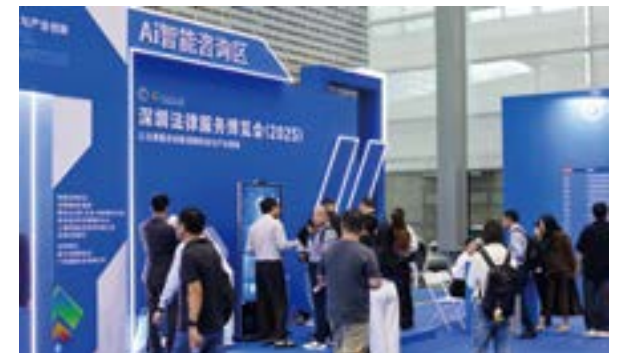
法博会的价值，不止于行业内的共振与产业的破局。它的落脚点，还在于让法治的温度触达每寸市井烟火，让法治的高度奠基城市的未来竞争力。

法博会的聚光灯下，有两重刻度格外醒目。

一重刻度是民生。在“百人律师团”义务法律咨询区，婚姻家事、劳动争议、消费维权等20个民生关联领域的律师们，累计接待超过5000人次。他们的耐心解答，化解的是老百姓心头“天大的小事”。



今年，法博会首次部署“法律AI助手”终端，市民输入问题，即可获得即时、专业的解答，实现了“基础问题AI答、复杂问题专家解”的智慧互补。



与此同时，法博会小程序开通的“云咨询”功能，让法治服务打破了时空壁垒，真正实现了“零距离”。

9场专业交流会



SHENZHEN LEGAL
SERVICES EXPOSITION
2025

在法博会现场，法治拥有着可感、可触的温暖力量。

另一重刻度是人才。在青年律师AI技能大赛的赛场，年轻的律师们运用大模型技术，快速分析海量裁判文书，竞技的是面向未来的法律科技应用能力。这不仅是技能比拼，还是一场行业人才迭代的预演。



在法博会的法治人才培养研讨会上，深圳市律师协会与中国人民大学法学院、中国政法大学法学院、中山大学法学院、东南大学法学院、北京理工大学法学院、中央财经大学法学院、安徽大学法学院、广东外语外贸大学法学院8家知名高校法学院签署战略合作协议，共同搭建“学习、交流、成长”的平台。现场同步举办的法治人才招聘会，则直接将“高校培养”与“行业实践”衔接起来。



普惠大众的深层赋能，恰恰藏在人才与技术的赛场之中。法治的未来，在于培育既懂法律又懂科技、既通晓国内规则又熟悉国际惯例的复合型人才。法博会，正成为这样一个“强根基、育新人”的枢纽。

展馆之内，盛会终有落幕时；城市之中，法治长卷正徐徐铺展。

法博会的真正展品，并非百余家机构的服务产品，而是深圳以法治创新浇筑的城市未来。

这场展会为深圳标定了新刻度：法治，已从经济发

展的“护航者”，进阶为城市新质生长的“核心引擎”。它用规则稳定预期，用协同提升效能，用温度凝聚人心，共同构筑起这座城市最持久的吸引力与最深厚的竞争力。

展期有限，创新无界。

法治为楫，创新为舟。

本届法博会的创新实践，是深圳律师行业近年来高质量发展的生动缩影。过去几年间，深圳律师行业以一系列突破性成果，助力深圳建设法治先行示范城市：市委、市政府办公厅印发《深圳市关于推动法律服务业高质量发展的实施方案》，市政府同意印发《深圳市律师业高质量发展三年行动计划（2023-2025年）》，加强行业发展政策支持；设立全省首家中外律所联营办公室，汇聚17家粤港澳合伙联营律所（总数排名全国第一）、10家外国律所代表处（较2023年初增长233%），充分彰显国际化特色；在全国率先举办法律服务博览会，连续三年举办华语律师大会（华语律师深圳行），8家律所被认定为“深圳市总部企业”，行业影响力与日俱增；成立粤港澳大湾区涉外律师学院，吸引340余名粤港澳大湾区律师来深执业（占全省近六成），遴选903名律师进入深圳市涉外律师领军、新锐人才库，为行业发展注入源源动力。

深圳，这座“敢为人先”的城市，正在法治的轨道上，奋力书写中国式现代化的崭新篇章。

法治引擎持续轰鸣，城市新质生长的脉搏，强劲而清晰。

一片更辽阔的天地，正迎风启航。



智汇知产 法护创新

深圳法律服务博览会（2025）·知识产权法律服务和保障科技创新交流会嘉宾演讲精粹

当创新成为驱动发展的核心引擎，知识产权早已超越法律条文的范畴，成为衡量企业核心竞争力、保障市场公平秩序的关键标尺。在技术迭代加速、市场竞争日趋激烈的当下，如何筑牢知识产权法律保护屏障、破解维权困境、实现创新价值最大化，成为行业内外共同探索的重要课题。

针对产业创新中的法律难点，深圳法律服务博览会（2025）推出了9场专业交流会。本期“专题”栏目，精选自其中“知识产权法律服务和保障科技创新交流会”主题演讲环节嘉宾的现场演讲稿。受邀嘉宾涵盖知识产权领域的法学专家、仲裁专家、专业律师及公证员等，他们带着一线实践经验、深度理论思考与前沿行业洞察，围绕知识产权保护的重点难点问题各抒己见。每一份观点都凝聚着对行业发展的深切关注，每一次探讨都旨在搭建法律与创新之间的沟通桥梁。



商业秘密保护的 难点问题和仲裁解决机制

○王媛媛 中国(深圳)知识产权仲裁中心副主任

商业秘密作为企业核心竞争资源,其保护水平直接关系市场创新活力与公平竞争秩序。本文立足商业秘密保护实践,先明确其构成要件与保护客体范围,再聚焦举证责任展开分析,最后探讨商业秘密纠纷的仲裁解决机制,为企业有效运用仲裁方式维护权益、构建多元纠纷化解体系提供参考。

一、商业秘密的构成要件

根据《反不正当竞争法》(2025年修正)第十条第四款规定,商业秘密,是指不为公众所知悉、具有商业价值并经权利人采取相应保密措施的技术信息、经营信息等商业信息。其三大特征即是“不为公众所知悉——秘密性”“具有商业价值——价值性”及“经权利人采取相应保密措施——保密性”。

(一) 秘密性

《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》(以下简称《商业秘密案件司法解释》)第三条规定:“权利人请求保护的信息在被告侵权行为发生时不为所属领域的相关人员普遍知悉和容易获得的,人民法院应当认定为反不正当竞争法第九条第四款所称的不为公众所知悉。”同时,该司法解释第四条还规定了哪些有关信息可认定为公众所知悉的。

在司法实践中,对于“不为公众所知悉”的认定,包括以下四个方面:(1)知悉的时间节点,必须是“在

被告侵权行为发生时”不为公众所知悉;(2)知悉的人员范围,公众是指“所属领域的相关人员”,“所属领域”必须是权利人和被告侵权人所属的相关行业领域;(3)知悉的程度,权利人请求保护的信息,在被告侵权行为发生时不为所属领域的相关人员“普遍”知悉。(4)获得的难易程度,权利人请求保护的信息,在被告侵权行为发生时不为所属领域的相关人员“容易”获得。我们可以这样理解,如果能够通过合法的途径获得的商业信息,即属于普遍知悉和容易获得的;而侵权人恶意通过盗窃、电子窃取或者是贿赂、违约等方式获得的,则很有可能属于商业秘密。

在优必选(上海)机械有限公司与李某保等侵害技术秘密纠纷案[(2016)沪民终470号]中,原告优必选公司主张其系“边测量边锯切的设计”技术的权利人。被告曹坤、李守保等人出资成立路启公司,侵害其商业秘密。被告曹坤、李守保等主张,优必选公司主张的商业秘密已经被公开,“边测量边锯切的设计”来自公知的“木材优选截断方法及其优选截断锯”专利中的工艺,优必选公司仅是将上述案外专利和对德国优选锯产品进行的反向工程相结合,故该技术信息不构成技术秘密。上海高级人民法院经审理认为:1.优必选公司“边测量边锯切的设计”技术信息不同于常规的测量与锯切分开进行的方式,是必须经过反复研究试验后所获得的独特的具体工艺过程,无法通过直接观察设备及生产应用过

程而轻易获取的,其本身并不为其所属领域的相关人员普遍知悉和容易获得,故该技术信息不为公众所知悉。2.公开的木材横截锯的方法并没有载明具体的技术方案,也没有详实的工艺过程,不能因为相关技术领域的部分信息被公开就认为同一技术领域的独特工艺信息亦为公众所知,即使公开资料和涉案技术信息属同一领域,但正是由于“优必选公司边测量边锯切的设计”技术信息是包含工艺、设备、目标功能的综合内容,是不同于常规方式的独特技术方案,才对最终优选锯的横截效果产生特殊的效果,才具有一定的市场竞争力和商业价值。3.……根据《关于适用〈反不正当竞争法〉若干问题的解释》第十二条的规定,优必选公司通过反向工程获得商业秘密亦不属于侵犯商业秘密行为。只要该技术信息被优必选公司和德国优选锯公司采取保密措施而处于保密状态,仍然符合不为所属领域的相关人员普遍知悉和容易获得的商业秘密之要件。

(二) 价值性

关于价值性,《商业秘密的司法解释》(2020年)第七条有明确规定。

那商业价值的判断标准是什么呢?一看该项商业秘密的研发成本,《侵犯知识产权刑事案件具体应用法律的若干问题的解释(三)》中明确规定,“商业秘密的商业价值,可以根据该项商业秘密的研究开发成本、实施该项商业秘密的收益综合确定”。二看实施该项商业秘密的收益、可得利益,即现在或将来的使用,能够给所有人带来现实或者潜在的经济利益。这里对于“潜在价值”的判断,可从三方面判断:1.该信息具有初步实验性过程,预示它可用;2.该信息一旦被使用就带来经济利益或者竞争优势的必然性;3.该信息可保持竞争优势的时间,商业秘密不同于专利法所称的“实用性”,商业秘密的价值性范围更宽一些,除了积极价值,还包括消极价值。即使对权利人不具有应用价值,但保持其秘密性可以为权利人带来竞争优势。

(三) 保密性

保密性,可见《商业秘密司法解释》(2020年)第五条、第六条及第七条的规定。司法实践中对“保密性”的认定,是通过主客观两方面来进行综合分析的:主观方面,应当有保护这个信息的意愿,

把信息作为商业秘密来认识,具体体现为了防止秘密泄露,而采取了相应的措施;客观方面,权利人采取的措施在正常情况下足以防止信息泄露,比如设立了保密区域、保密办公室等。此外,还应具备区别性及对应性。区别性,即权利人采取的保密措施至少能使对方或第三人知道权利人有对相关信息予以保密的意图,该信息是需要保密的信息。对应性,即权利人采取的措施应当是合理的、适当的,也就是说保密措施要与他主张的商业信息的商业性相适应,没有就具体的保密客体作出具体、明确的保密要求,不能认定采取了商业秘密保护要求的保密措施。

在日常审理案件或是在处理商业秘密保护案件的时候,我们要对保密措施的对应性、合理性和适当性进行审查,审查保密措施与商业秘密的载体是否具有对应关系;保密措施的具体内容是否具体的、可执行的,并且能够让第三人知晓其秘密性质;商业秘密的秘密程度与其保护成本之间是否对应等,通过这三方面的审查,来判断该商业秘密是否符合保护条件。

二、商业秘密保护的客体

商业秘密保护的客体可见于《商业秘密司法解释》(2020年)第一条的规定,包含技术信息、经营信息及客户信息。本文主要探讨一下,《商业秘密司法解释》2020年修订后新纳入到商业秘密保护范畴中的“算法”和“数据”这两个特殊的商业秘密保护客体。

(一) 算法

算法,是通过计算机系列清晰指令解决问题的一种策略机制,是对人类解决问题思路的代码转化,是对特定问题求解步骤的描述。受商业秘密保护的软件要素主要是算法的源代码,以及与源代码相关的文档。

在原告智搜公司(A公司)与被告光速蜗牛公司(B公司)侵害商业秘密案[(2021)粤03民终3843号]中,深圳市中级人民法院经审理认为:原告已举证证明,其所主张的技术信息采取了合理保密措施。同时,该技术信息能为原告带来商业收益和可保持的竞争优势,具有商业价值。虽然在搜索算法中,有些属于已经公开的算法技术,但原告主张的算法核心是模型的选择优化,该模型通过大数据多次测试,针对特殊类型的搜索方式构成最优选择,该最优选择属于原告付出的

劳动，不为公众所知悉。因此，该技术信息符合商业秘密的法定条件，应当作为商业秘密予以保护。被告 B 公司使用的被诉侵权推荐算法与原告请求保护的推荐算法在实质上是相同的，且 B 公司研发团队的成员与 A 公司的研发人员存在重合，说明其有渠道、有机会获取原告的商业秘密，B 公司也未举证证明其不存在侵犯商业秘密的行为。故法院认定被告 B 公司实施了侵害涉案商业秘密的行为。可见，法院在“接触+实质相同-合理怀疑”的基本思路判定下，认为该案构成了商业秘密侵权。

（二）数据

我们处于大数据时代，符合商业秘密构成要件的数据也是商业秘密。数据，分为显性数据和隐性数据。显性数据通常因公开性而不属于商业秘密保护范畴，比如，消费平台上的“评价”，每个人都能看到。而隐性数据中具备商业秘密特性的，应受法律保护，具体需满足以下三点：（1）“不为公众所知悉”，包括对公开数据进行深度挖掘、个性化定制形成的数据，以及通过“不为公众所知悉”的方式对海量数据加工、整理后形成的数据；（2）具有保密性，需经授权方可查看；（3）具有商业价值，具体体现为投入研发成本且能带来竞争优势。

在嗨狗公司诉王某侵犯商业秘密纠纷案[浙江省杭州市中级人民法院(2021)浙01民终11274号]中，原告嗨狗公司经营直播平台，用户通过充值向网络主播打赏礼物，并可随机获得数倍返利。被告汪某曾任该公司旗下某平台运营总监一职，与原告签订有保密协议。原告诉称，汪某在职期间利用高权限账号，登录查看、分析后台数据，掌握中奖率高的时间点，通过关联多账号进行“刷奖”。即便离职后入职同行业其他公司后，仍通过借用其他同事账户继续实施上述行为，共获利200余万元，侵害其商业秘密。该案裁判结果如下：嗨狗公司主张的后台实时数据须登录相应权限账号查看，公司对其采取签订保密协议等一系列措施进行保护，具有还原打赏场景、归纳中奖规律的现实价值，还具备预测用户行为、审视经营策略的深层潜在价值，其内容具体确定，也符合保密性、秘密性、商业价值的构成要件，构成商业秘密。

三、侵害商业秘密的举证责任

《反不正当竞争法》第三十九条规定了商业秘密侵权案中原告及被告的举证责任，即“接触+实质性相同（原

告承担）”-“合法来源”（被告承担）。在侵犯商业秘密的民事审判程序中，商业秘密权利人提供初步证据，证明其已经对所主张的商业秘密采取保密措施，且合理表明商业秘密被侵犯，涉嫌侵权人应当证明权利人所主张的商业秘密不属于本法规定的商业秘密。也就是说，涉嫌侵权人（被告）有“积极否定”的义务，证明原告保护的信息不属于商业秘密或者被告享有的保密信息具有合法来源。

（一）原告的举证责任

1. 接触的审查认定

目前司法实践中主要的“接触”，仍然是来自于员工跳槽造成的一系列影响。原告主张被告为员工、前员工的，可以举证证明被告为其经营、管理人员以及具有劳动关系的其他人员。原告主张员工、前员工有渠道或者机会获取原告商业秘密的，可以举证证明存在以下事实：(1) 职务、职责及权限与涉案商业秘密相关；(2) 承担的本职工作或者单位分配的任务与涉案商业秘密相关；(3) 参与和商业秘密相关的生产经营活动；(4) 曾保管、使用、存储、复制、控制或者以其他方式接触、获取商业秘密及其载体；(5) 有渠道或者机会获取商业秘密的其他事实。

2. 实质性相同的审查认定

被诉侵权信息与商业秘密的用途、使用方式、目的、效果等是否具有实质性差异，公有领域信息与商业秘密信息的关联情况等因素进行举证，当事人可以提供以下证据：(1) 有资质的鉴定机关、评估机构出具的鉴定意见、评估意见，相关专家辅助人意见；(2) 能体现与原告商业秘密实质上相同的信息的产品、合同、意向书；(3) 前述证据来自于与被告有关的第三方；(4) 可以证明被诉侵权信息与原告商业秘密构成实质上相同的其他证据；(5) 需要考虑的其他因素。

（二）被告证明其不存在侵犯商业秘密的行为的举证义务（合法来源）

主要有以下四点：(1) 原告主张的信息（经营或技术）不属于商业秘密；(2) 没有使用原告主张的商业秘密——同一性的抗辩；(3) 自主研发或反向工程；(4) 善意取得——对明知和应知的推断。在此，重点讲讲“善意取得”，“善意”是最关键也是最难证明的要件。下面我们通过最高院的一个案件来阐明关于“明知”和“应知”的推定，明确其突出的主观性特点。

在北京某公司诉曹某、王某、某科技公司商业秘密侵

权纠纷案[(2023)最高法知民终539号]中，北京某公司（以下简称A公司）主张一款游戏软件的源代码为其技术秘密。曹某、王某均系A公司的前员工，任职期间均与A公司签订了保密协议。王某2019年从A公司离职后成立与A公司经营业务完全相同的某科技公司（以下简称B公司）。曹某于2020年6月向A公司提出离职申请。A公司发现，曹某在提出离职申请前的一个多月时间内，未经许可私自下载源代码带离公司经营场所，并存放至一台由曹某出资购买的苹果电脑中，该苹果电脑的购置发票上显示的购买单位是B公司。A公司认为，曹某、王某、B公司构成对案涉技术秘密的共同侵权。最高人民法院认为：王某曾是A公司的员工，任职期间还与A公司签订了保密协议。王某从A公司离职后所创立的B公司亦以游戏开发和运营作为主业，故其显然应当清楚一款游戏项目的源代码对于公司开展经营活动和获得竞争优势的价值及重要性。……根据现已查明的事实，曹某实施的侵权行为显然是受王某的指示和利用了王某提供的实质帮助，而曹某、王某二人的目的则主要在于获取A公司的案涉技术秘密即案涉WOD游戏的代码，并在B公司后续经营中使用。……基于以上分析，王某的被诉侵权行为符合反不正当竞争法第九条第一款第四项规定的“教唆、引诱、帮助他人违反保密义务或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，获取、披露权利人的商业秘密”和该条第三款规定的“第三人明知商业秘密权利人的员工实施该条第一款所列违法行为，仍获取、披露商业秘密，视为侵犯商业秘密”的情形。……基于已查明的曹某、王某、B公司三方之间接触、交流、彼此互动之相关事实，该三方实施的侵权行为显然并非各自独立的单独侵权，而是基于三方主观上紧密的意思联络、客观上密切分工协作并指向同一技术秘密的共同侵权行为。因此，曹某、王某、B公司依法应当承担侵权责任。

四、侵害商业秘密纠纷的仲裁解决机制

前文我们分享的均为商业秘密相关诉讼案件，接下来，我想结合现在的工作，重点聊聊商业秘密纠纷的仲裁解决机制。很多人会疑惑，侵害商业秘密属于侵权行为，理应通过诉讼解决，为何还能通过仲裁处理？其实，根据《仲裁法》及《深圳国际仲裁院仲裁规则》，涉及财产权益的纠纷均可通过仲裁解决，

商业秘密侵权纠纷正属于此类范畴。只要当事人之间存在合法有效的仲裁协议，相关纠纷就可由仲裁机构受理。从实践来看，自2024年至2025年10月，深圳国际仲裁院已累计受理十余宗商业秘密侵权仲裁案件。

以深圳国际仲裁院审理的一起涉港商业秘密侵权案件为例。香港A公司与深圳B公司拟合作开发“底部灌注系统”项目，双方签订了《保密协议》，明确约定保密资料是指A公司向B公司提供的所有技术性 & 非技术性资料，包括A公司拥有的创意方案、技术、草图、图纸等。B公司及其分公司、公司代表、公司员工等不得向第三方公开、披露、使用前述保密资料。如果合作终止，A公司提出要求后，B公司应当销毁或返还其占有或控制的全部保密资料。随后双方于2016年签订《工业设计合同》并已履行完毕。2019年，A公司与B公司离职员工C某（离职时间为2018年）联系商讨灌注器设计事宜，A公司要求C某在A公司提供的exe格式的设计图基础上进行修改，并确认该版本与C某离职前的版本不一样。2020年，C某应A公司的要求向A公司发送了灌注器3D设计截图5张。A公司认为B公司外泄保密设计资料，违反保密协议，遂提起仲裁，要求B公司承担违约赔偿责任。仲裁庭认为，C某向A公司发送的灌注器压缩包文件系C某根据A公司提供的初步设计手稿等完成的设计图纸草图，并非是A公司提供给B公司的相关资料，不属于《保密协议》约定的保密文件，最终认定B公司不存在违约行为，不需要承担违约赔偿责任。

该案例具有典型意义，确立了商业秘密合同违约纠纷中“商业秘密”的优先认定标准，即遵循当事人意思自治原则，以合同约定的“商业秘密”为准。在合同约定明确且不违反法律禁止性规定的情况下，由民事主体依其个人意思自主创设其需要保护的信息内容，确保了民商事活动的自由度和灵活性，促进了市场经济的良性发展。如果合同约定不明或者合同约定违反诚实信用原则的，仍应当按照《反不正当竞争法》中关于“商业秘密”的法律规定，从保密性、非公知性、价值性三个方面认定涉案信息是否属于商业秘密。

总而言之，知识产权纠纷的多元化解路径已日趋成熟，涵盖诉讼、仲裁与调解等多种形式，当前，涵盖商业秘密侵权在内的知识产权侵权仲裁案件正逐年增多。企业能够根据自身实际需求，挑选更高效、灵活的纠纷解决方式，有效化解相关争议。

人工智能专利保护的挑战与范式重构

○刘建翠 深圳大学知识产权学院(国际知识产权学院)副院长

当前,众多企业已启动人工智能产品的研发工作,部分企业更是已拥有自主人工智能产品。从 ChatGPT 到 DeepSeek 相继横空出世,人工智能行业的发展速度正持续加快。人工智能不仅为科技生产力的提升提供了强大驱动力,也对以专利为代表的科技创新制度发起了前所未有的挑战。基于此,我将围绕这一核心话题展开探讨与分享。



从人工智能治理制度层面来看,以大众熟知的 DeepSeek 为例,其最初引发广泛关注,是因为 DeepSeek 项目将其开发的人工智能模型进行开源。开源理念以开放合作、协同共享为核心,这与传统专利制度存在显著差异。传统专利制度通过赋予权利人一定期限的垄断权与排他权,以保护其发明创造成果;而开源理念强调的开放共享属性,与传统专利制度的排他性特征似乎难以融合,甚至存在天然的矛盾。这一矛盾也引发了行业内的深度思考:传统知识产权制度能否有效适配并保护以技术特性为核心的人工智能产品与技术?

一、人工智能专利保护的现实挑战

(一) 人工智能相关专利申请的四种类型

近年来,人工智能技术创新不断取得新突破,相关专利申请量也急剧增长。为提升专利申请质量,助推新质生产力发展,2024 年 12 月 31 日,国家知识产权局正式发布《人工智能相关发明专利申请指引(试行)》,这是我国首部针对人工智能领域专利申请的系统性指导文件。该指引简要分析了人工智能相关专利申请的常见类型,有以下四类:

1. 涉及人工智能算法或模型本身的相关专利申请

即高级的统计和数学模型形式,包括机器学习、深度学习、神经网络、模糊逻辑、遗传算法等。这些算法或模型构成了人工智能的核心内容,它们能够模拟智能的决策和学习能力,使得计算设备能够处理复杂问题并执行通常需要人类智能才能完成的任务。

2. 涉及基于人工智能算法或模型的功能或领域应用的相关专利申请

基于人工智能算法或模型的功能或领域应用的相关专利申请,是指将人工智能算法或模型融入发明创造中,作为对产品、方法或其改进所提出方案的内在部分。

3. 涉及人工智能辅助作出的发明的相关专利申请

人工智能辅助作出的发明,是指在发明创造过程中,以人工智能技术作为辅助工具形成的成果,此种情况下,人工智能所发挥的作用,类似于信息处理器、绘图工具等辅助工具。

4. 涉及人工智能生成的发明

的相关专利申请

即人工智能在没有人类实质性贡献的情况下,自主生成的发明创造。

针对第一类和第二类的专利申请,我国《专利审查指南》已给出了很明确的指引,为满足人工智能等新业态新领域的发展需要,2020 年国家知识产权局对《专利审查指南》做出修改,增加“包含算法特征或商业规则的方法特征的发明专利申请的审查相关规定”的专节,明确审查应当针对要求保护的解决方案,即权利要求所限定的解决方案进行。在审查中,不当简单割裂技术特征与算法特征或商业规则和方法特征等,而应将权利要求记载的所有内容作为一个整体,对其中涉及的技术手段、解决的技术问题和获得的技术效果进行分析。

以上述第二类的专利申请为例,来看一个典型案例——北京某科技公司与山西晋某公司等侵害发明专利权纠纷案,该案例是全国首例人工智能模型专利侵权案。

原告北京某科技公司拥有的案涉专利 1 是一种收储中的废钢等级分类检测方法,案涉专利 2 是一种建立废钢等级划分神经网络模型方法。被告案涉专利涉及人工智能技术在钢铁行业的应用,通过采用卷积神经网络技术进行废钢铁等级分类的特征提取和深度学习,实现了对废钢铁等级的客观准确的自动分类。结合前述各报道对晋某公司废钢定级平台的技术实现路径的描述,原告认为其被告人工智能废钢定级平台的技术方案分别落入案涉专利 1、案涉专利 2 权利要求的保护范围,构成侵权,遂将晋某公司、立某公司、智某公司、达某公司诉至法院。

针对该案,国家知识产权局复审部认为,人工智能专利争议中的焦点所在是如何考量算法和应用场景对创造性的贡献。即使应用相同或相似的算法,当应用场景、所解决的技术问题、训练数据或检测对象存在不同时,均需要对模型参数进行相应的调整。而这些调整是技术方案对具体应用中存在挑战的适应,最终形成的产品仍然可能具备创造性,因此认为被诉专利有效。

本案两审法院均以“技术特征”的对比作为判

断人工智能模型专利侵权的核心，最高人民法院在二审中逐一对比图像数据提取、语义分割算法等技术方案的不同，认为原告所诉侵权的事实依据不足。

在人工智能专利侵权判断中，仅仅是实现相同或相似的功能的，并不必然构成侵权。关键在于实现该功能的具体技术方案，特别是核心算法和处理流程，是否存在技术特征的等同或相同。

我国司法实践中，对于涉及人工智能算法或模型的专利侵权的判定，持比较审慎的立场，从多维度构建侵权认定体系：首先，着重考察技术应用场景与处理对象的功能性相似度；其次，深入分析算法架构与模型参数的实质性差异程度；最后，通过技术特征的逐项比对，形成系统化的侵权判定框架。

（二）《人工智能相关发明专利申请指引（试行）》的核心要点

1. 使人工智能算法特征成为技术手段的组成部分

为使人工智能算法特征在创造性判断时被纳入技术手段的一部分，权利要求中应体现出人工智能算法或模型在实现具体功能或应用于具体领域时，解决了具体技术问题，从而明确算法特征与技术特征功能上彼此相互支持、存在相互作用关系，使得算法特征成为技术手段的组成部分。

2. 人工智能算法或模型与计算机系统内部结构产生特定技术关联

若人工智能算法或模型与计算机系统的内部结构存在特定技术关联，实现了对计算机系统内部性能的改进，在创造性评判时，会将方案中的算法特征与技术特征作为一个整体考虑。

对计算机系统内部性能进行改进的情形，包括：通过调整硬件系统的体系构架来支持或优化特定算法或模型的运行，通过算法或模型的执行来优化计算机系统中硬件资源的调度等。在这种情形下，方案中的算法特征与技术特征将作为一个整体考虑，如果现有技术未给出技术启示，则方案具备创造性。

3. 人工智能算法或模型与技术特征共同构成技术手段提升了用户体验

若方案中的人工智能算法特征与技术特征一起，提升了用户体验，在创造性评判时，会将算法特征与技术

特征作为一个整体考虑，如果现有技术未给出技术启示，则方案具备创造性。

关于“创造性”的考量，我们可以作进一步理解：人工智能相关发明专利申请的解决方案包含大量算法特征，考量创造性时，应将与技术特征功能上彼此相互支持、存在相互作用关系的算法特征与所述技术特征作为一个整体考虑。“功能上彼此相互支持、存在相互作用关系”是指算法特征与技术特征紧密结合、共同构成了解决某一技术问题的技术手段，并且能够获得相应的技术效果。对技术方案整体考虑后，若与现有技术相比，该方案具有突出的实质性特点和显著的进步，则权利要求具备创造性。

二、人工智能专利保护的困境

前文提及的第一类与第二类人工智能专利申请，已在指引中得到明确规范。但需注意的是，第三类（人工智能辅助作出的发明的相关专利申请）与第四类（人工智能生成的发明相关专利申请），相关问题尚存较多争议，同时也存在以下困境。

（一）主体资格的困境

当前，第三类与第四类人工智能专利对现有制度的核心挑战，集中于主体资格困境，即“人工智能能否成为发明人？”

我国《专利审查指南》明确规定，发明人需为个人，请求书中不得填写集体、单位或人工智能名称；《专利法实施细则》亦指出，专利法所称发明人或设计人，是指对发明创造的实质性特点作出创造性贡献的个人。从上述规定可看出，人工智能已被排除在发明人范畴之外。

但问题在于，在人工智能自主生成技术方案时，开发者、使用者、人工智能本身的贡献如何界定？《人工智能相关发明专利申请指引（试行）》没有明确解决该矛盾点。

这一困境可通过“DABUS 专利申请案”得以佐证：2019 年 7 月，美国企业家斯蒂芬·塞勒曾就 DABUS 生成的发明，向美国商标和专利局申请专利，且指定 DABUS 为唯一发明人。美国商标和专利局认为，DABUS 不是自然人，驳回了塞勒的专利申请。塞勒随后将美国商标和专利局诉至法院，但弗吉尼亚州地方法院和联邦

第四巡回上诉法院均认定，发明人的主体必须是自然人。联邦第四巡回上诉法院在 2022 年 8 月下达的判决中分析称，塞勒案的核心争议焦点在于，人工智能软件系统能否被视为美国《专利法》中的发明人？——发明人只能是“个人”(individual)，美国最高法院的先例早已将“个人”解释为“人类”(human beings)；《专利法》其他条款中用“himself”及“herself”来指代“individual”也能佐证发明人的自然人属性。目前唯一例外为南非。2021 年 7 月，南非专利局授予 DABUS 专利权，但需注意，南非没有实质性专利审查制度，只要专利申请符合形式要件，即可获得授权。

我国《人工智能相关发明专利申请指引（试行）》也明确：

（1）发明人署名必须为自然人，在专利文件中署名的发明人必须是自然人，人工智能系统以及其他非自然人不得作为发明人。发明人所享有的获得收益的财产权利和署名的人身权利均属于民事权利，只有符合民法规定的民事主体，才能作为发明人相关民事权利的权利人，人工智能系统目前不能作为民事主体享有民事权利，因此不能作为发明人。

（2）发明人应对发明创造的实质性特点作出创造性贡献，对于涉及人工智能算法或模型、基于人工智能算法或模型的功能或领域应用的相关专利申请，发明人是指对发明创造的实质性特点作出创造性贡献的人。对于人工智能辅助作出的发明，对发明创造的实质性特点作出了创造性贡献的自然人，可以署名为专利申请的发明人。对于人工智能生成的发明，在我国当前法律背景下无法赋予人工智能发明人身份。

（二）客体认定模糊

人工智能生成内容是否属于“发明”？这是当前面临的第二个挑战。人工智能可自动生成代码、化学结构、机械设计等方案，但部分成果缺乏“人类创造性投入”，仅输入简单提示词即可输出专利方案。

根据《专利法》规定，发明需满足创造性与新颖性要求。但人工智能生成的方案可能存在两大问题：一是其技术内容可能已隐含于训练数据中，导致新颖性不达标；二是部分方案存在人类难以用常规逻辑解释的环节，

使得创造性难以举证。因此，人工智能生成的内容是否属于“发明”，能否纳入专利保护范围，成为现阶段审查难点。

（三）侵权责任认定困难

第三个挑战在于人工智能专利侵权责任认定的复杂性，这一问题根源在于人工智能的技术特性——算法黑箱性，也就是说“人工智能‘黑箱’谁担责”？

1. 技术特征比对的复杂性：从“显性特征”到“黑箱特征”

从技术特征比对来看，传统专利侵权认定中，技术特征的比对多为“显性”，例如机械部件的结构、化学反应的步骤，可通过图纸、实验数据直接验证；而人工智能专利的“技术特征”常隐藏在“算法黑箱”中，例如深度学习模型的内部权重、训练数据的选择，难以直接观察。这使得审查员或法官在进行权利比对时，难度显著提升。

前述案件中，判断人工智能系统是否落入“建立废钢等级划分神经网络模型方法”的专利保护范围，需分析其“图像预处理步骤”“卷积层结构”“训练数据集”等多个隐性特征，比对难度远大于传统技术。

2. 充分公开与人工智能算法黑箱特性的矛盾

《专利法》第二十六条第三款明确规定，“说明书应当对发明或者实用新型作出清楚完整的说明，以所属技术领域的技术人员能够实现为准”。这是传统专利授权“充分公开”要求的核心内涵。

“充分公开”需满足三个条件：清楚性（说明书内容明确，无歧义）、完整性（涵盖实现发明所需的全部技术细节）、可实现性（本领域技术人员无需额外创造性劳动即可复现发明）。

然而，人工智能算法（尤其是深度学习模型）的“黑箱”特性，与传统“充分公开”的要求存在根本冲突，主要体现在以下三个方面：

（1）技术细节的不可知性：神经网络的核心参数（如神经元之间的权重）是算法实现功能的关键，但这些参数通常多达数千万甚至数十亿，无法在专利说明书中完整列出。即使公开部分参数，也无法让本领域技术人员理解其背后的逻辑。

（2）训练过程的不透明性：人工智能模型的

训练依赖大量数据和复杂的超参数，这些因素直接影响模型的性能。但训练过程中的具体操作，如数据预处理步骤、超参数的选择依据等，往往未被详细披露，本领域技术人员无法复现训练过程，也就无法实现该人工智能技术。

（3）技术效果的不可预测性：深度学习模型的性能高度依赖训练数据的质量和数量，即使公开了算法结构和训练数据，也无法保证在未见过的数据上能达到相同的性能。这种“效果不可预测性”使得“本领域技术人员能够实现”的标准难以满足。

若严格按照传统“充分公开”要求，人工智能的专利保护又将面临以下困境：

其一，专利申请量或呈下降趋势。诸多人工智能企业为避免公开核心参数（如权重等），可能放弃专利申请，转而采用商业秘密模式进行技术保护，这一现象将导致人工智能技术的公开化程度降低，最终不利于该领域技术的广泛传播与推广应用。

其二，专利授权门槛面临提高。如前所述，受人工智能技术“黑箱性”影响，审查员难以对专利说明书中的相关技术描述进行有效验证，进而可能导致大量专利申请被驳回，最终削弱专利制度对技术创新的激励作用。

其三，技术发展可能陷入受阻困境。专利制度的核心目标在于鼓励发明创造，若人工智能技术因未能满足“充分公开”的法定要求，导致专利保护难以实现，开发者的研发投入动力或将受到抑制，进而对整个领域的技术发展形成制约。

其四，公众利益或将出现失衡。传统专利制度中“充分公开”原则的核心要义在于，专利获得授权后，相关技术需完整公开，确保他人具备实施可行性。但人工智能技术的“黑箱性”使得公众即便获取专利说明书，也难以真正掌握并实施该技术，最终导致公众难以从此类技术创新中获益。

3. 举证责任的分配：从“谁主张谁举证”到“多元化分担”

传统专利侵权中，“谁主张谁举证”是基本原则，权利人需提供“侵权产品的技术方案”“实施行为”的证据；而人工智能专利侵权中，由于“技术黑箱”和“海量数据”的存在，权利人往往难以获取侵权方的算法细

节、训练数据。

因此，举证责任需向侵权方转移（如要求其提供“算法设计文档”“数据来源说明”），或通过“举证妨碍规则”（如侵权方拒不提供证据，推定权利人主张成立）减轻权利人负担。

三、人工智能专利保护制度范式重构方向

以下是我现阶段关于人工智能专利保护制度优化的几点思考：

（一）主体重构

针对人工智能参与的发明，在现有法律要求“发明人须为自然人”（不得为单位或人工智能系统）的框架下，可探索发明人为“自然人+人工智能系统（括号标注）”的双重署名的形式，这既满足发明人精神权利的法定要求，又能对人工智能的参与进行“留痕”。

同时，在不突破“发明人须为自然人”的前提下，通过合同或规章明确数据提供者、人工智能研发者、所有者及使用者的贡献程度与收益分配，形成“审慎认可可专利性+清晰权属分配”的政策组合，促进产业创新与风险可控。

（二）披露重构

传统专利披露以“说明书+附图”为主，针对人工智能技术的特殊性，可从两方面优化披露规则：

其一，补充披露内容。在传统说明书与附图基础上，增加训练数据摘要、模型快照哈希、可复现包（Docker+权重索引）等信息，为审查提供更全面的技术背景支撑。

其二，重设披露标准。包括：覆盖算法模型及与之相关的完整操作步骤；免除源代码披露义务；采用数据集打包披露的形式。

（三）审查重构

传统专利创造性评判遵循“三步法”：确定最接近的现有技术、明确区别特征与实际解决的技术问题、判断技术方案对本领域技术人员是否显而易见。为完善人工智能时代创造性的判断标准，应该重视实证研究，动态校准本领域技术人员的能力模型：引入人工智能辅助研发能力作为参照维度，避免将人工智能唾手可得的组合误判为“显而易见”，确保创造性判断的准确性。



公证：知识产权保护的前置堡垒与证据基石

○黄新起 深圳市深圳公证处公证员

一、深圳公证处：知识产权保护的专业力量

深圳公证处成立于改革开放之初，作为深圳市司法局直属事业单位，已构建起覆盖全市的服务网络——设有国投、兴业、天平、南山、龙华、光明等6个办证点，以及不动产登记中心（新浩e都）、光明、华为、深汕等4个服务窗口，设置值班岗位提供365天不打烊服务。在专业发展方面，我处设立有六大事务中心，包括知识产权保护中心、家事服务中心、不动产事务中心、金融事务中心、公司事务中心、行政辅助事务中心，我处执业公证员人数占全市公证员总数的三分之一以上，近五年来年均办证量稳居全市公证行业首位，在全国公证行业亦名列前茅。

随着知识产权保护需求不断增强，我处于2017年成立了知识产权保护中心，并获司法部、国家工商行政管理总局、国家版权局及国家知识产权局联合授予的“全国知识产权公证服务示范机构”荣誉称号；2022年再次获得“广东省知识产权公证服务示范机构”荣誉称号。伴随体制机制的改革，我处持续强化专业队伍建设，加强完善软硬件设施，我处的档案管理获评国家级档案管理示范，不断彰显规范服务的专业底色，努力打造深圳公证的金字招牌。

为满足数字时代知识产权保护需求，我处自主研发了两款知识产权保护在线工具，构建起高效便捷的证据固化体系。一是公证存证通，支持实时上传图片、视频等内容，能够即时生成电子存证证书，实现动态数据的精准留痕；二是公证云邮通，是与中国邮政联合打造，专注于商事文件邮递送达的存证服务，为程序性、告知性事项提供时间节点证明。

两大平台均运用了可信时间戳、哈希值校验、区块链等证据收集、固定和防篡改的技术手段，具备公信力强、取证灵活便捷、全时全域覆盖、成本低、安全可靠等核心优势，为知识产权保护提供了新的技术解决方案。

二、知识产权时代下公证的独特内涵

当前知识产权保护呈现出新形势，一是知识产权业务呈发展向上趋势，但知识产权主体保护意识与能力良莠不齐；二是“互联网+”的新业态对知识产权保护提出新挑战，由于信息传播、交易模式、使用方式的重大变革，加剧了对知识产权保护的地域性、时效性需求；三是知识产权保护愈发倾向于法律服务综合化，因此知识产权保护更加依赖于公证、律师与知产代理机构的作用发挥情况。其中，公证服务在知识产权保护中具有其独特的优势。

（一）证据效力优势

根据《中华人民共和国民事诉讼法》第72条及《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93条，经公证的证据可被法院直接采信，除非有相反事实足以推翻。深圳公证处出具的证据保全公证书至今保持“零推翻”记录，以极高的成功率与安全性为知识产权保护提供高效支撑。

（二）独特价值优势

公证凭借广泛参与性、及时性、跨区域、跨场景、程序严谨、过程可控的特点，实现线上线下流程的一体化保护，精准、及时响应不同领域的维权需求。

（三）专业服务优势

深圳公证处已培育起经验丰富、服务水平高、方案设计好的专业队伍，同时有着信息化手段多、行业联动助力的多元化服务优势，切实满足不同群体的公证服务需求。其中，我处加强行业联动旨在密切联系法院、仲裁机构、律师等与知识产权相关的部门和行业，通过定期交流研讨、案件反馈，不断更新证据保全公证的方案和办案重点，保障当事人在各类知识产权保护案件中提交合法、有效的公证证据。

三、知识产权的公证前置与证据保障

我处证据保全实践覆盖多元场景，已有不少案

件入选了广东省十大知识产权保护案例。以下将知识产权保护的公证服务分为事前、事后阶段来做简要介绍。

（一）著作权与商业秘密前置保护

某网络自媒体小说作者利用“存证通”固定、保全自己的手稿，以证明在先原创。某水贝珠宝设计公司把设计过程中产生的底稿、设计图纸、三维设计数据、图片等进行存证，作为证明原创的证据，后成功追偿前员工售卖设计数据的侵权行为，获赔 30 余万元。

（二）生产与技术秘密前置保护

我处长期为企业提供全流程公证法律服务，包括建立公证法律顾问制度、定制化的证据保全方案、提供“一对一”服务方式等。2022 年 5 月，我处工作人员应深圳市某智能科技有限公司的申请，在其提起专利申请期间，对其公司研发生产的脱毛仪产品的组装流程和包装流程进行证据保全公证。本案中方案设计为对生产线本身、规模及生产环境进行公证固定，并对产品进行封存，以确定该技术时间节点证明在先权利。

（三）网页及现状保全事后取证

在备受关注的共享充电宝深圳 L 电诉广州 J 电专利侵权纠纷案中，每多侵权一天，则权利公司的市场份额就会多流失一部分。我处快速响应，连夜制定证据保全方案，以最快速度完成了一系列公证事项：一是对 J 电公司的宣传网页及产品情况进行保全，二是到现场对商户柜台上的共享充电宝设备进行了现状保全，三是对双方交涉的聊天记录进行了电子数据的保全，四是通过合法渠道获得并封存了 J 电公司的侵权设备。我处通过一整套证据保全为案件提供了完整证据链，最终 L 电公司在一审中获赔 3000 余万元。在该商业竞争案中，我处做到了证据保全公证及时有效，有力地保护了企业竞争优势、有效地维护了企业合法权益，保障企业存续发展。

（四）在线游戏的证据保全

针对在线游戏侵权案件，公证处也能设计全流程保全方案。中国首家登陆美国证券市场的手游公司，发现其发布的《仙剑奇侠传七》及该游戏的相关推广素材被其他游戏模仿侵权，为维护其公司合法权益及固定相关证据材料，遂向深圳公证处申办证据保全公证。我处公证人员设计的方案如下：一是对应用市场下载过程进行了保全，二是对下载数据进行单独存储和封存，三是对该款游戏的操作界面与运行过程进行了保全，四是对储

有上述游戏录屏画面及音频资料的光盘进行封存。凭借完整证据链条，该案件最终获赔 1000 余万元。

四、公证赋能知识产权保护的前景展望

知识产权保护的精准化、复杂化是可预见的，随着公证体制机制改革、证据保全公证事项的不断完善和发展，公证不仅与知识产权保护的联系将愈加紧密，还会发挥越来越重要的作用。

（一）短期来看公证是知识产权保护的“有效方案”

1. 填补立法空白：在数据产权立法、稳定币与 RWA 落地合规路径尚未完善之际，公证通过法定效力提供权威确权依据，有效缓解权属认定无法可依的现实困境。
2. 固化权属事实：公证以核实为核心，对数据来源、加工过程进行实质审查，固化真实合法的数据权属状态，暂缓理论争议。
3. 支撑企业可持续发展：企业可通过公证书证明知识产权的来源与合法性；为数据资产入表和财务确认提供可信凭证。
4. 提高融资质效：金融机构依托公证结果降低尽职调查风险，助力数据资产质押融资，解决企业融资难问题。

（二）长期来看公证是知识产权制度的“稳定支柱”

作为知识产权制度的稳定支柱，公证的国家公信力证明职能具有不可替代性。

1. 权属证明基石：即便立法完善，公证的证据固定与权属证明功能仍不可或缺，对相关诉讼、仲裁案件的证据保障方面至关重要。
2. 跨境流通支撑：支持我国企业放心“走出去”，市场经济活动中的涉外文书、实时确权、侵权、跨境流动中的权属认证等场景，需要公证提供灵活高效的证明服务。
3. 生态数据积累：公证机构积累的权属数据可探索建立或链接行业数据库，为知识产权价值评估、产权分割提供参考、推动数据要素市场向精细化、规范化发展。
4. 技术深度融合：随着技术手段的升级（如 AI 辅助审查、全链路存证）与制度衔接的完善，公证将深度融入知识产权保护全流程，为经济高质量发展提供持续动力。

深圳公证处将始终以知识产权保护的“前置堡垒”与“维权基础配置”为公证法律服务的目标，不断精进专业服务，推动知识产权强国战略走深走实，为我国的知识产权保护贡献坚实公证力量。



高额赔偿的基石： 商业秘密案件的胜诉逻辑 与赔偿体系构建 以典型案例为视角

○车小燕 深圳市律师协会商业秘密法律专业委员会主任

在当今竞争激烈的商业环境中，商业秘密作为企业核心竞争力的重要组成部分，对企业的生存与发展起着举足轻重的作用。当企业的商业秘密遭遇窃取，作为法律从业者，我们究竟能为客户守护什么？答案绝非仅仅是一份胜诉判决，更在于捍卫企业持续创新的信心，以及维护公平竞争的市场秩序。基于此，我将与各位共同拆解高额判赔案例背后的胜诉逻辑与赔偿体系构建路径。正如后续分享将呈现的，亿元级别的侵权赔偿，本质上是坚实的权利基础、闭环的侵权证据与具有说服力的定价逻辑三者有机融合后，司法机关给出的公正回应。

一、新时代商业秘密保护的价值导向

我们正处于改革深化的时代，商业秘密的保护理念已然发生颠覆性转变，其已从传统意义上静态的企业内部风控，升级为决定企业市场竞争格局的核心战略武器。这一深刻变革的背后，离不开司法实践的强力驱动。我们可以从下表中呈现的典型案例，看到新时代商业秘密保护的鲜明轮廓。

这一轮廓主要体现在两个维度：其一，司法层面以空前力度为创新成果精准定价。表中案例高额判赔的背后，是法院对商业秘密巨大商业价值的充分认可与尊重。比如，圣奥

案中，法院直接采信基于收益法出具的评估报告；威马案中，适用了两倍的惩罚性赔偿。这标志着“侵权代价低、维权成本高”的时代正在终结。其二，商业秘密保护的模式从事后被动救济转向事前主动布局与精准出击。这些成功案例的共性在于，权利人在诉讼启动前便已系统性构建起完备的权利保护体系。这意味着律师的角色必须前置升级，从应对风险的“救火队员”，转变为助力企业创新发展的“战略规划师”。

由此可见，新时代商业秘密保护的价值导向已然明确。企业需将核心商业秘密作为战略资产进行系统化管理，而法律人的核心任务，便是帮助企业将这份战略资产转化为法庭上最铿锵有力的维权依据，为企业创新发展筑牢法治屏障。

序号	案号	原被告身份	鉴定机构	一审法院	二审判决结果
1	(2022)最高法知民终816号	【圣奥案】 原告：圣奥化学科技有限公司 被告：陈永强、远城智博化学科技有限公司	1. 北京国科知识产权司法鉴定中心 2. 远城资产评估有限公司	江苏省高级人民法院	1. 维持停止侵权 2. 改判赔偿2.02亿元（含合理开支） 3. 明确侵权设备销毁范围
2	(2020)最高法知民终1667号	【香兰素案】 原告：嘉兴中某化工、上海欧某公司 被告：王某集团、王某科技等5公司及个人	上海市科技咨询服务中心和知识产权司法鉴定所	浙江省高级人民法院	1. 维持停止侵权 2. 改判赔偿1.59亿元（含惩罚性赔偿） 3. 驳回销毁设备请求
3	(2019)最高法知民终562号	【卡波案】 原告：广州天瑞、九江天瑞 被告：华鲁恒升、安徽恒普等4公司及个人	1. 广东省知识产权研究与发展中心司法鉴定所 2. 北京京科科技知识产权司法鉴定中心	广州知识产权法院	1. 驳回销毁设备请求 2. 维持3000万赔偿（含惩罚性赔偿） 3. 连带责任范围调整
4	(2022)最高法知民终541号	【蜜族案】 原告：四川金象赛瑞 被告：华鲁恒升、宁波华承等4公司及个人	北京国威知识产权司法鉴定中心	四川省成都市中级人民法院	1. 销毁设备 2. 改判赔偿5800万元
5	(2023)最高法知民终1590号	【威马案】 原告：浙江吉利集团、浙江吉利汽车研究院 被告：威某汽车制造、威某汽车科技集团等2公司	1. 北京国创惠诚司法鉴定所 2. 浙江武林资产评估有限公司	上海市高级人民法院	1. 维持停止侵权 2. 改判6.42亿元（含合理开支）

二、基石篇：构筑坚不可摧的权利基础

“万丈高楼平地起”，任何一起高额判赔的商业秘密侵权案件，其胜诉都离不开坚不可摧的权利基础。这就要求权利人必须在两个核心环节做到极致：一是高价值密点的构建；二是保密措施的“有效性”。唯有夯实这两大基础，才能为后续维权索赔、争取高额判赔筑牢前提，为司法机关认可商业秘密的合法性、高价值性提供坚实依据。

（一）如何构建高价值密点？

在此，香兰素案为商业秘密维权提供了教科书级别的密点构建策略。

策略一：实现密点从碎片化呈现到系统化构建的升级。该案中，权利人并未局限于主张单个或数个工艺参数构成密点，而是将设备、工艺、参数、操作进行“四位一体”整合，提炼形成一套完整的技术生态系统。这一策略的核心价值在于，信息集合的整体性与关联性不仅契合商业秘密非公知性的判断逻辑，也更易获得鉴定机构的认可。

我近期代理一起半导体领域商业秘密刑事案件时，便运用了这一系统化思路。在向办案警官出示密点文件时，警官提出疑问，“文件中记载的‘提供衬底、在衬底上形成氧化硅掩膜层、进行刻蚀形成沟槽、去除光刻胶和掩膜层’等几十个工艺步骤，部分基础步骤（如衬底）可在公开资料中查询到，为何它们具有非公知性的商业秘密？”对此，我们明确回应：本案所主张的密点并非孤立的单个步骤，而是几十个步骤的特定排列顺序、各步骤对应的精准实施条件（如刻蚀温度、湿度控制、沟槽角度参数等）共同构成的整体技术方案。最终，这一基于信息整体性的密点主张成功说服办案警官，为案件推进奠定了关键基础。

策略二：权利主张的动态博弈。

香兰素案中权利人基于取证的局限性，在一审时只主张了 17 张图纸作为涉密载体，而在二审时，完成了惊人的飞跃，将主张范围扩展到 185 张设备图（见右表）。

这种密点的战略性扩展，具有双重关键价值：一方面，能够充分证明被告非法获取了权利人的全套

技术资料，且结合生产工艺需具备配套性的行业规律，可构建起被告全面使用该商业秘密的高度盖然性；另一方面，该策略锁定被告拒不提供完整图纸的行为，此举已构成举证妨碍，为权利人在诉讼中争取有利地位提供了重要支撑。

香兰素案的诉讼实践充分印证，商业秘密维权诉讼并非静态的权利主张，而是需根据证据挖掘的深入程度、对方抗辩逻辑的漏洞，动态调整并精准优化权利主张的范围与方向。

（二）保密措施的“有效性”

保密措施的有效性，是商业秘密获得法律保护的必备前提，其核心评判标准在于措施的合理性与可追溯性。这一要点在上述密胺案及诸多商业秘密侵权案件中都有体现。实践中，权利人主张已采取合理保密措施时，通常需从多维度完成举证：对内，建立公司内部保密规章制度，明确保密范围、保密义务及违约责任，构成公司内部的保密环境和要求，同时与涉密员工签订书面的保密协议，明确保密义务、违约责任及离职审查；对外，与合作伙伴、往来单位签署保密协议，确保技术秘密在对外合作、设备加工、项目建设等环节中处于保密状态；对物，在涉密载体（如技术图纸、工艺指南等）上设置保密标识，这是对商业秘密载体最直接、最明确的保密措施。上述措施共同构建起立体完备、可追溯的保密防护体系，既充分证明权利人已对商业秘密尽到合理的保护义务，也为后续维权赢得诉讼奠定基础。

三、攻防篇：打造环环相扣的侵权证据链

在商业秘密侵权诉讼中，当权利基础得以稳固确立后，构建坚实可靠的侵权证据链便成为了诉讼攻防的核心关键，这也是最能彰显律师专业实力与诉讼策略运用

能力的重要环节。在此，以圣奥案为例进行剖析，该案精心提炼出了“三位一体”的证明体系，通过非法获取、非法使用、主体关联这三个紧密相连的维度，成功编织起了一张让侵权方无处遁形的铁证之网，为权利人的胜诉及高额判赔奠定了坚实基础。

第一，非法获取，即刑事裁定中的“窃取”证据。这里简单介绍一下案件的背景：山西翔宇化工有限公司（以下简称“翔宇公司”），其实际控制人陈永刚，在 2007 年至 2012 年期间，出于对圣奥化学科技有限公司（以下简称“圣奥公司”）所拥有的先进橡胶防老剂生产技术的觊觎，指使祥宇公司的员工，通过利诱圣奥公司前员工张某，展开了多次窃取圣奥公司技术资料的非法活动。这些技术资料涵盖了橡胶防老剂生产工艺的核心技术信息，包括关键的技术参数、独特的工艺流程、精细的设备图纸等，对圣奥公司的生产经营和市场竞争优势起着至关重要的作用。翔宇公司使用窃取的技术改造其自身生产线并新建了相关项目。最终祥宇公司构成单位犯罪，实控人陈永刚是主犯。在圣奥案中，原告将刑事裁定中的窃取证据作为非法获取的依据，锁定了侵权源头的恶意。

第二，非法使用，即行为的实质，是将窃取行为与损害结果连接起来的关键。原告通过三组证据形成完美闭环：一是同一性鉴定，通过比对，翔宇公司 41 份技术文档与圣奥公司 43 份技术文档记载的信息实质相同；二是现场勘验，通过比对翔宇公司生产线设备与圣奥公司技术秘密中记载的设备参数、工艺流程，确认其使用了涉案技术秘密；三是辅助性证据，翔宇公司项目招标文件、设备图纸，其内容与圣奥公司秘密资料高度雷同。

第三，主体关联。在圣奥案中，翔宇公司在涉刑后的二审期间设立了晋腾公司，晋腾公司成立后，祥宇公司恶意转移了侵权资产，让晋腾公司继续实施侵权行为。权利人从股权沿革、资产同一、交易对价、人员混同、主观明知五个维度证明了主体关联，资产转移与行为接续。

股权沿革：晋腾公司由翔宇公司全资设立，后虽经多次股权变更，但转让对价均为 0 元或 1 元，这种异常的转让价格明显不符合正常的商业交易逻辑，意在切割法律关系。

资产同一：《租赁合同》与《补充协议》等文件证明晋腾公司使用的生产线、厂房、设备等全部核心生产资料均来自翔宇公司。这种资产同一的情况进一步印证了晋腾公司与翔宇公司之间的紧密关联，以及可能存在的侵权资产转移行为。

交易对价：晋腾公司与翔宇公司之间的交易对价，即租赁资产的租金设置，存在明显的不合理性，这进一步暴露了其恶意转移资产的意图。根据《租赁合同》及《补充协议》，晋腾公司租赁数亿元价值的化工生产线，年租金最初仅为 50 万元，虽然后来《补充协议》将租金改为 200 万，但相对于生产线的实际价值而言，这一租金仍然极其低廉，远远低于市场正常的租赁价格。这种不合理的租金设置表明，双方之间的租赁交易并非基于正常的商业目的，而是为了实现恶意转移资产的非法意图。

人员混同：晋腾公司的法定代表人闫晓波（原翔宇公司后勤主管）监事史某某（原翔宇公司商务部副部长）、技术负责人、生产员工等，全部来自翔宇公司，使得两家公司在管理层面存在紧密的联系。

主观明知：晋腾公司成立于刑事案件二审期间，此时翔宇公司已被认定构成侵犯商业秘密罪，这一特殊的成立时间节点，使得晋腾公司主观明知侵权的事实具有高度的合理性，晋腾公司不可能不知晓其租赁的资产和使用技术来源非法。

综上所述，圣奥案通过对非法获取、非法使用、主体关联三个维度证据的精心挖掘和构建，成功地将孤立的证据点串成了一条无可辩驳的逻辑链，完整而清晰地还原了侵权行为的全貌。这不仅为权利人在诉讼中赢得了关键的优势，也为获得高额赔偿诉讼奠定了坚实的核心基础，成为了商业秘密侵权案件中证据链构建的经典范例。

四、定价篇：打造具有说服力的“定价逻辑”

当成功筑牢了权利基础的基石，并精心打造了完整的证据链后，最终的关键任务便是将无形的创新价值转化为法庭认可的公正赔偿数据。这个过程的核心要点，在于打造一套具有说服力的定价逻辑，它不仅关系到权利人能否获得合理的经济赔偿，弥补因侵权行为

诉讼阶段	证据状态与主张	策略动作
一审	证据初步呈现：能直接证明被告使用了部分图纸（17张）。 被告抗辩：否认使用其他图纸。	主张相对保守：聚焦于能被直接证据证明的部分。
二审	证据深度挖掘：1. 非法获取全套图纸（185张）的事实已固定； 2. 通过行业规律、研发周期对比等，构建了“全面使用”的高度可能性； 3. 被告存在举证妨碍（拒不提供完整图纸）、无自主研发证据。	主张战略性扩展： 1. 重新定义“使用”：包含修改、改进、参考优化； 2. 转移部分举证责任：因被告举证妨碍，可根据已有证据和常理做出对其不利的推定； 3. 主张覆盖非法获取的全部范围。

为所遭受的损失,更体现了法律对商业秘密保护的公正性和有效性,对维护市场竞争秩序具有重要意义。

(一) 策略一:计算方式的“组合拳”

在商业秘密侵权案件的赔偿数额确定过程中,采用多元化的计算方式,打出计算方式的“组合拳”,能够为权利人的索赔请求提供更全面、更有力的支持,增强诉讼请求在法庭上的说服力。以圣奥案为例,原告在计算赔偿数额时巧妙运用了多种计算方式,为案件的胜诉及高额判赔奠定了坚实基础。原告一方面采用“收益法”,直接援引资产评估公司出具的《评估报告》来证明权利人的损失。报告指出,圣奥公司涉案技术秘密在2012年4月21日(侵权行为被刑事截停日)的许可使用价值为20,154万元。另一方面,原告还积极收集并提供被告获利的数据,形成了立体化的论证体系。

在圣奥案中,最高人民法院对原告提供的评估报告予以采信。法院确认该评估报告由具有资质的专业机构出具,驳回了被告对评估报告的所有质疑,认定该报告评估方法科学合理,且评估人员在刑事案件中已出庭接受质询并说明了详情。法院还认定该评估报告的结论合法、有效,并认可以2012年4月21日(公安机关抓获侵权人、截停侵权行为之日)作为评估基准日,认为此举客观反映了侵权行为给权利人造成的实际损失时点。

(二) 策略二:惩罚性赔偿的“激活要点”

惩罚性赔偿作为一种有力的法律手段,在商业秘密侵权案件中能够对恶意侵权行为起到严厉的惩治作用,同时也为权利人提供更充分的赔偿,激励企业积极保护自身的商业秘密。在此,以适用了双倍惩罚性赔偿的威马案为例,剖析惩罚性赔偿的“激活要点”策略。

首先,要对恶意侵权进行认定。在商业秘密侵权案件中,法院通常会首先判断侵权行为是否构成恶意。由于不同法律对惩罚性赔偿主观要件存在“故意”“恶意”两种不同的表述,实践中曾一度引发对“故意”和“恶意”的区分讨论。基于此,《惩罚性赔偿司法解释》进行了专门释明,对“故意”“恶意”含义作出了一致性解释。在威马案中,法院经过深入调查和严谨分析,认定侵权行为不是偶然的,而是呈现出有组织、有计划的系统性特征,符合《惩罚性赔偿司法解释》中对“恶意”的认定标准。

其次,情节严重性的考量。除了恶意侵权认定外,

法院还会考虑侵权行为的情节是否严重。《惩罚性赔偿司法解释》规定,对于“情节严重”的认定,应综合考虑侵权手段、次数,侵权行为的持续时间地域范围、规模、后果,侵权人在诉讼中的行为等因素。在威马案中,从侵权手段上看,威马通过挖角核心技术人员这种不正当手段获取商业秘密,手段恶劣,严重破坏了市场竞争的公平性和有序性。侵权规模方面,威马利用非法获取的技术秘密生产EX系列电动汽车,并进行大规模销售,销售数量达到8万余辆,涉及的地域范围广泛,在全国多个地区均有销售,这表明其侵权行为的影响范围大,造成的危害后果严重。

第三,赔偿金额的确定。在确定惩罚性赔偿金额时,法院会综合考虑侵权人的主观恶意、侵权行为的严重性以及权利人因侵权行为所遭受的损失。赔偿金额通常会高于实际损失,以体现惩罚性质。法院以威马EX5整车利润为基数,按技术秘密贡献率8%计算侵权获利,这一计算方式充分考虑了涉案技术秘密在威马侵权获利中的实际作用。在此基础上,叠加惩罚性赔偿,最终确定了赔偿金额。

第四,惩罚性赔偿的倍数。根据相关规定,侵权情节认定为严重时适用两倍惩罚性赔偿,情节比较严重适用三倍惩罚性赔偿,特别严重时采用四倍,情节极其严重时,如满足“直接故意、完全以侵权为业、侵权规模大、持续时间长、损失或获利巨大、举证妨碍”等认定要件,则可以适用五倍惩罚性赔偿。由于威马案的侵权情节被认定为严重,法院适用了两倍惩罚性赔偿。

五、结语

本文通过对权利基础、侵权证据链、定价逻辑等关键要素的剖析,揭示了商业秘密案件胜诉及获取高额判赔的内在规律。展望未来,商业秘密保护在电子取证、跨境维权等方面将面临挑战,但我认为万变不离其宗,只要我们始终坚持帮助企业搭建扎实的商业秘密保护基础,从完善权利基础、强化证据收集与管理、优化赔偿定价逻辑等方面入手,就能在复杂的商业秘密侵权案件中为企业的创新之火提供坚实的法治屏障。期待通过各方的共同努力,塑造“创新者受保护、侵权者付代价”的健康法律生态,促进企业创新和经济的可持续发展。

中国专利保护的 最新实践

○孙大勇 深圳市律师协会专利法律专业委员会主任

在知识经济时代,专利保护作为科技创新的重要保障,对经济发展起着举足轻重的作用。随着国内国际双循环格局的加速构建,中国专利保护既面临着国际知识产权规则重塑等挑战,也迎来了推动国内创新驱动发展的机遇。

一、国际治理:融入全球,护航企业出海

中国在积极融入知识产权全球治理体系,为企业“走出去”保驾护航,主要体现在以下两点:

(一) 标准必要专利的全球费率管辖争夺以及禁令与反禁诉讼

1. 标准必要专利的全球费率管辖争夺

“标准必要专利”(Standard Essential Patent, SEP),是指专利技术方案被标准组织采纳进入标准,导致标准的实施者在实施标准技术方案时必然实施的专利技术。相关专利因为标准的要求而必然实施,故称为“标准必要专利”。

标准必要专利(SEP)相关案件通常涉及多维度法律问题,由于其法律关系的综合性和复杂性,从而引发大量平行诉讼,也就是对同一个法律关系在不同的法域同时进行诉讼。

标准必要专利(SEP)案件的综合性 and 复杂性主要基于以下几个方面:

一是从专利角度,涉及专利侵权纠纷,而司法禁令一直是专利权人极具威慑力的谈判工具,从这个角度而言会产生禁令诉;二是从价格角度,可能存在由权利人或者实施者提起的仲裁或民事司法程序的专利价格评估诉讼,即费率诉;三是从竞争法角度,专利权人如果实施专利劫持,则可能构成《中华人民共和国反垄断法》下的滥用市场支配地位,即引发反垄断诉。

在平行诉讼中,不同法域的司法机关体现出不同的审理风格和特点,不同身份的诉讼发起人则会基于自身利益和诉讼策略选择合适的法院,即法院挑选(Forum Shopping),这反过来从程序上加剧了SEP纠纷的复杂性。纠纷的综合性和复杂性引发多法院甚至多法域的平行诉讼,进一步导致不同法域司法机关之间展开管辖权争夺。

全球费率,是指由一国法院就SEP专利权人包含多国专利的专利组合一次性进行费率裁决,费率可能根据专利的具体实施国家进行一定的调整,比如给予发展中国家和地区一定的折扣。

专利权本身具有地域性,因此每个国家的法院对于本国专利权具有排他的管辖权。但是,当裁判全球费率时,一国法院对于他国专利的价值也进行了裁定,这无疑是对专利权的地域性的突破,对相关国家司法

主权造成了一定的损害，全球费率由此产生了较大的争议，而全球费率的裁决加剧了不同国家法院间的管辖权争夺，目前，裁判全球费率最多的法院是英国和中国，甚至就同一纠纷两国法院同时管辖，管辖权争夺加剧。

我们国家在OPPO和夏普案中，最高人民法院首次确认了我国法院对全球费率的合法管辖权。在OPPO与诺基亚案，我国首次裁判了5G标准必要专利的全球费率，在该案中，中国法院和英国法院存在并行的全球费率裁决程序，形成了鲜明的管辖权冲突，中国法院在英国法院作出裁判之前率先做出了全球费率的裁决，此举对双方的谈判地位造成了很大的影响。中国法院作出全球费率裁判之后，诺基亚与OPPO达成了全球和解。我国法院裁判5G标准必要专利的全球费率，标志着我国从防御型法治转向引领型法治，更为积极地参与全球知识产权治理规则的制定，具有里程碑式意义。

2. 标准必要专利的禁诉令与反禁诉令

“禁诉令”（Anti-suit Injunction, ASI），是指一国法院颁布的行为禁令。在SEP纠纷的语境下，是指一国法院颁布的如下禁令：禁止当事人申请执行他国法院颁布的侵权禁令（也称“禁执令” Anti-Enforcement Injunctions, AEI）；禁止当事人向他国法院寻求侵权禁令；禁止当事人向他国法院寻求裁判费率。

SEP领域较为广泛的应用场景是，当一国法院对SEP的全球费率进行裁决，但一方当事人在其他国家寻求裁判相同的全球费率或者寻求 / 执行侵权禁令以向对方施压。此时当事人可以向该国法院申请禁诉令，以阻止对方当事人通过他国法律程序阻碍该国程序的审理。

中国的禁诉令司法实践，可见于2020-2021年中国法院作出的5份典型禁诉令。其中，2020年，最高人民法院就康文森与华为的确认不侵害专利权及标准必要专利许可纠纷三案作出首份知识产权领域行为保全裁定，也即我国首个禁诉（执）令裁定，参见（2019）最高法知民终732、733、734号。后续又出现4份相同裁判逻辑的禁诉令裁定，包括OPPO和夏普案，深圳中院（2020）粤03民初689号；小米与Interdigital案，武汉中院（2020）鄂01知民初169号；中兴和康文森案，深圳中院（2018）粤03民初335号；三星和爱立信案，武汉中院（2020）鄂01知民初743号。

由于禁诉令本质上是通过限制当事人的行为阻碍他

国具有合法管辖权的程序，一定程度上损害了被禁国的司法体系保护本国专利权人的能力。故，禁诉令遭到了以欧洲为代表的相关法院的激烈反抗。针对上述中国法院在2020-2021年签发5项禁诉令裁决，引发欧盟在WTO对中国“投诉”。

反禁诉令（Anti-anti-suit Injunction, AASI），是指一国法院应一方当事人的请求，针对另一方当事人颁发命令，责令另一方当事人撤回其在他国法院所提出的禁诉令申请，或不得申请执行他国法院已经作出的禁诉令裁决。反禁诉令是针对他国禁诉令所采取的一种反制措施，旨在维护本国司法管辖权的完整性，防止他国禁诉令对本国司法程序的不当干扰，并有效保障一方当事人的合法权益。

在华为和Netgear案中，我国最高人民法院作出首份反禁令，该反禁诉令性质的行为保全裁定书，裁定Netgear不得向美国及其他外国法院申请禁诉令或禁执令，已申请的须在24小时内撤回或中止，且不得对本裁定提出对抗性申请。从华为和Netgear案件中可以看到，我国最高人民法院对标准必要专利的管辖是比较积极的，通过禁诉令或者反禁诉令的实施，保持中国对其所管辖相关SEP案件诉讼程序的顺利进行。

1. 应对他国管辖扩张的现实需求：为对冲英国法院日益激进的全球管辖权扩张，中国司法体系需强化自身裁判权威；

2. 司法创新与理论探索的良性互动：部分高水平法院通过前瞻性裁判推动学术研究，实现司法实践与理论发展的双向促进；

3. 经济发展带来的提升国际话语权在司法层面的体现：伴随经济实力增强，中国司法体系主动适应国际竞争，寻求在全球标准必要专利治理中发挥更大作用；

4. 本土产业保护的迫切诉求：国内企业在全球化市场中遇到欧美知识产权人的剥削，促使司法机构通过裁判规则创新提供更有效的产业保护。

（二）发布《国务院关于涉外知识产权纠纷处理的规定》

《国务院关于涉外知识产权纠纷处理的规定》于2025年2月21日经国务院常务会议通过，2025年5月1日起正式施行。这一制度创新标志着我国知识产权保护体系从被动防御转向主动布局，为高水平对外开放筑

牢法治保障，核心亮点集中在以下三个方面：

1. 全链条服务：从风险预警到多元解纷

事前预警：国务院部门动态跟踪国外知识产权法律制度变化，及时发布风险提示。通过完善信息查询和预警体系，为企业配备“全球法律天气预报”，助力企业提前规避风险。

事中应对：支持商事调解、仲裁等非诉方式快速解决争议，降低企业维权成本；鼓励律所、知识产权服务机构海外设立分支机构，提供本地化服务。

事后救济：建立维权互助基金和知识产权保险机制，降低企业维权负担。

2. 规范跨境调查取证规则

境内程序法定化：明确禁止境外机构未经批准在我国境内取证，确保司法主权不受侵犯。

境外证据合规管理：向境外提供证据需遵守《中华人民共和国数据安全法》《技术出口管理条例》等规定，涉及国家秘密的需经国家安全机关审批。为标准必要专利纠纷等场景提供操作指引。

3. 创新反制工具箱

歧视性措施黑名单：对滥用知识产权打压中企的外国实体，可依据《中华人民共和国反外国制裁法》列入“反制清单”，实施禁止入境、冻结资产等措施。美国301调查、欧盟歧视性专利禁令等或被精准反制。

国家安全兜底条款：对借知识产权纠纷危害主权安全的行为，可援引《中华人民共和国国家安全法》采取反制措施，突破传统知识产权救济边界，为通信、芯片等战略领域提供特殊保护。

二、国内治理：严管严控，提升专利质量

目前，我国在国内专利保护工作的核心方向，主要是加强对非正常申请专利的监督和处罚，实现专利从数量到质量的转变，具体通过多举措落地：

在政策引导层面，取消低质量专利申请资助，重点资助高价值专利；引导市场主体从“重数量”向“重质量”转变。在审查管控层面，严格执行专利“三性”标准，加强审查质量，利用AI辅助识别低质量申请。

在代理监管层面，严格规范专利代理行为，严厉打击黑代理、非正常代理等违法违规行为，建立信

用评价与黑名单制度。在专门治理层面，明确“非正常专利申请”类型，对非正常申请采取不予资助、强制撤回、信用惩戒等针对性措施。在数据监测层面，动态监测申请异常行为，建立专利质量监测体系，定期通报与考核。

通过严管严控，针对冒用企业信息、伪造公章文书、违规编造专利等相关线索，国家组织有关地方集中查办相关重点机构12家，已立案4家。国家知识产权局对排查发现的35家代理非正常申请数量较多的机构进行集中整治，拟作出停业、吊销等处罚。各地立案调查相关机构65家，拟分别作出警告、罚款等处罚。对日常监管中排查发现的89条“包授权”、冒用官方名义等不当营销行为线索，进行限期集中清理。

国家实施上述系列举措，取得的成效也非常显著。PCT（《专利合作条约》）国际专利申请量和海牙体系外观设计申请量均跃居全球第一；战略性新兴产业有效发明专利量达到134.9万件；电动汽车、锂电池、太阳能电池“新三样”发明专利拥有量全球最多。这一系列数据充分说明，通过国内治理的强化，中国专利的质量已经得到了显著提升，从过去追求数量的“粗放式”发展，转向了如今注重质量的“精细化”发展阶段。

三、规则变迁：与时俱进，贴近产业需求

（一）GUI外观设计的保护规则转变

图形用户界面外观设计专利，简称“GUI外观设计专利”，是指电子产品或软件的用户界面所呈现的设计方案或形态，比如，手机屏幕上的图标布局、操作界面样式等。《国家知识产权局关于修改〈专利审查指南〉的决定》（第68号）首次将GUI外观设计纳入我国专利法保护范围，且明确其保护核心需满足两大要素：一是具备人机交互属性，二是与实现产品功能相关。

其中，最典型的案例是GUI外观设计侵权诉讼第一案——奇虎公司、奇智公司诉江民公司侵害外观设计专利权纠纷案[(2016)京73民初276号]。奇虎360及其子公司起诉称，2014年，360公司开发设计了电脑安全优化的图形用户界面，以全新的方式展示安全检测状态，该技术申请了多项专利并被授予专利权。2015年年底，江民公司新推出的产品“江民优化专家”，使用了与360公司相似度极高的图形用户界面，

明显侵犯了 360 公司专利权，为此，请求法院判令被告停止侵权，消除影响，并赔偿原告经济损失三案共计 1500 万元。法院经审理认为：（1）涉案专利视图中所显示的产品为电脑，“电脑”这一产品对于涉案专利的权利保护范围具有限定作用。（2）被诉侵权行为是被告向用户提供被诉侵权软件的行为，因被诉侵权软件并不属于外观设计产品的范畴，相应地，其与涉案专利的电脑产品不可能构成相同或相近种类的产品，……被诉侵权软件亦未落入涉案专利的保护范围，原告认为被诉侵权行为侵犯其专利权的主张不能成立。北京知识产权法院支持了江民公司的抗辩，认为软件与硬件载体并非同一产品，故不构成侵权。

近年来，GUI 外观设计专利的保护规则发生显著转变，核心变化体现在侵权判断标准的调整上。在（2019）沪 73 民初 399 号金山公司诉触宝公司、触乐公司侵害外观设计专利权纠纷案（该案入选 2022 年上海法院知识产权司法保护十大案件）中，法院首次明确“以界面本身为核心”的判断标准。法院认为，GUI 专利的核心价值在于“界面设计”而非“硬件载体”，软件运行结果若再现了专利的核心设计，即已实现专利的实质性价值，应纳入保护范围。2023 年上海法院发布的“中国法院 50 件典型知识产权案例”中，这一判断标准再次得到重申。需要注意的是，当前该保护规则仅在上海地区有相关判例支撑，全国其他地区尚未普遍适用。

（二）可预见性例外原则或被废除

可预见性例外原则是最高人民法院在 2015 年“防粘连自动排气阀案”[（2015）民申字第 740 号]中确立的新原则，突破了以往相关判例规则。其核心逻辑为：若专利权人在专利申请时已知某一技术手段，却未将其纳入权利要求书，那么在后续侵权诉讼中，不得通过等同原则主张该技术替代方案属于专利保护范围。

近年来，可预见性例外原则引发行业争议，争议源于最高人民法院的最新司法判决。最高人民法院在（2024）知民中终 670 号案中，被告援引“可预见性例外原则”提出抗辩，最高院却明确指出“我国专利法及相关司法解释并未明确规定可预见性规则该原则”，认为其“缺乏法律依据”。这一表态让行业对该原则的存续性产生质疑。实际上，“可预见性例外原则”在实施过程中也的确面临诸多困境：一方面是认知标准化，

将“本领域普通技术人员”的客观认知标准与专利权人的主观认知义务混为一谈，导致“事后诸葛亮”式裁判风险。换言之，专利权人在申请涉案专利时没有想到，从而并非有意放弃的技术方式，仅因本领域的普通技术人员这个假想的人在申请日前能够获悉，裁判者就推定专利权人能够想到并有意放弃相关技术方案。另一方面是证据评价失衡，受不同时期现有技术检索范围、技术启示关联性等因素的影响，关键证据的证明标准缺乏统一尺度，易使“可预见性”认定沦为裁判者的主观价值判断。实际上现有技术在不同时期的公开程度是不同的，可资检索的数据库亦有很大的不同，专利法意义上已经公开的技术，侵权发生之时能够检索到并不当然代表在涉案专利的申请日前就当然能够检索到。目前，最高人民法院尚未明确是否要废除可预见性例外原则，该规则的未来走向仍需进一步观察。

（三）惩罚性赔偿的计算标准争议

《中华人民共和国专利法》第 71 条第 1 款规定：“侵犯专利权的赔偿数额按照权利人因被侵权所受到的实际损失或者侵权人因侵权所获得的利益确定；权利人的损失或者侵权人获得的利益难以确定的，参照该专利许可使用费的倍数合理确定。对故意侵犯专利权，情节严重的，可以在按照上述方法确定数额的一倍以上五倍以下确定赔偿数额。”但实践中，对于一至五倍的理解存在明显分歧：这里的“赔偿数额”，究竟是“惩罚性赔偿部分的数额”，还是“总赔偿数额”？

单纯惩罚性赔偿数额说与赔偿总额说，这两种理解将直接影响最终赔偿金额。若认为是“惩罚性赔偿部分的数额”，假设按基础方法确定的数额（如权利人损失）为 100 万元，那么惩罚性赔偿至少为 100 万元（1 倍），总赔偿额最低为 200 万元（基础 100 万 + 惩罚 100 万）；若认为是“总赔偿数额”，则惩罚性赔偿可低于 1 倍，例如基础数额 100 万元，总赔偿额按 1.5 倍计算为 150 万元，其中惩罚性赔偿仅为 50 万元（低于 1 倍基础数额）。究竟应该如何来理解，仍需等待最高院进一步的规则明确。

以上是我对中国专利保护最新实践的观察和思考，希望能够引起大家的共鸣或反思，让我们一道共同为加强中国专利保护、促进新质生产力发展，而与时俱进，并不懈努力！

2025 年 6 月 1 日，新修订的《保障中小企业款项支付条例》（以下简称《条例》）正式施行。作为一部聚焦中小企业切身利益的行政法规，本次修订无疑加大了对中小企业债权保障的制度力度，并以更具操作性的规定压实大型企业、机关及事业单位等付款义务主体的

支付责任。这一变化要求大型建筑企业积极适应新规，完善内部制度。本文从大型建筑企业角度出发，结合《条例》中付款期限、逾期付款责任、“背靠背”支付条款以及非现金支付方式等相关条款，为大型建筑企业应对合同风险管理提供路径参考。

新《保障中小企业款项支付条例》出台 对大型建筑企业 合同风险管理的影响

○潘峰* 郑伊桐* 北京德和衡（深圳）律师事务所

*潘峰，北京德和衡（深圳）律师事务所高级权益合伙人，二级建造师、第十一届深圳市律师协会城市更新法律专业委员会委员、深圳市全过程工程咨询研究会专家、深圳市前海国际商事调解中心调解员、横琴国际商事调解中心调解员。目前担任多家大型施工企业的常年法律顾问。曾参与编写《建设项目全过程工程咨询理论与实务》（中国建筑工业出版社 2023 年出版）、《大湾区前沿法律问题争鸣》（法律出版社 2023 年出版）。*郑伊桐，北京德和衡（深圳）律师事务所潘峰律师团队律师助理，深圳大学 25 届校级优秀毕业生，2024 年国际投资模拟仲裁大赛深圳杯比赛委员会成员。

一、注重中小企业主体识别

《条例》关注的对象是中小微企业，因此大型企业首先要注意识别“中小微企业”。根据现行有效的《中小企业划型标准规定》，在建筑业领域，营业收入或资产总额低于8亿元的企业均属中小微企业。根据《条例》第3条，中小企业在与大型企业订立合同时应主动告知其身份。

在实践中，若中小企业未履行这一义务，可能引发法律适用上的争议。尤其要注意以下两个条款：第一，中小企业不能主张适用《条例》第17条对逾期利息标准的规定。在北京市第一中级人民法院审理的北京某科技发展有限公司合同纠纷案中，某公司在合同订立时并未主动告知对方其属中小企业，法院因此驳回了某公司基于《条例》第17条计算违约金的主张；^①第二，《条例》第9条第2款中对“背靠背”条款的禁止依旧有效。尽管部分学者认为，此类禁止的依据在于中小企业和大型企业之间协商地位的不对等，“若企业没有在与订立合同时告知大型企业其属于中小企业，并且大型企业在订立合同时不知道也不应当知道对方属于中小企业，大型企业无法借助其优势地位使中小企业不得不接受背靠背”条款，应当认为双方经过了充分协商”，双方就“背靠背”条款的约定应有效。^②但在近年来的司法实践中，法院倾向于直接认定“背靠背”条款因违反行政法规的强制性规定及公平原则而无效，而不论大型企业是否知晓对方中小企业的身份。^③

因此，为降低合同效力不确定性及由此带来的合规风险，大型建筑企业在签约过程中应主动进行“反向识别”，即通过公开信息如年报、企业官网、工商系统等，对交易相对方的资产、营收、员工规模等进行初步判断。此外，以深圳市为例，尽管中小企业身份不属于行政信息公开的范围，但政府会公开获评优秀的中小企业名单，此类公开信息亦可帮助识别中小企业身份。对于可能构成中小企业的，应要求对方书面确认其企业类型（如《中小企业声明函》），或在国务院提供的“中小企业规模类型自测”中自测企业类型，并提供佐证材料以备留存。

若对中小企业主体资格发生争议，也可根据《条例》

第29条第2款，向当地中小企业主管部门申请认定。该行政行为应属行政确认，一般包括受理申请、审核材料、作出决定、送达文书四个核心步骤。明确对方身份后，应特别注意避免在合同中设置“背靠背”支付条款，以防条款无效所引发的支付争议、行政投诉及失信记录等后续风险。

二、注意付款期限和付款方式条款的设置

《条例》出台的一大目的在于保护中小企业及时收到款项的合法权益。大型企业与中小企业之间不合理的付款期限、方式、条件常导致中小企业无法及时收到付款，影响中小企业公平参与市场竞争，危及中小企业的发展甚至生存。^④因此，新修订《条例》细化了与付款相关的要求。

关于付款期限，《条例》第9条、第10条明确了60日的付款期限以及不同情形下付款期限的起算点，第9条第2款允许大型企业与中小型企业约定付款期限。除《条例》中规定的“经检验或者验收合格”作为支付条件外，建筑市场中常见的付款约定还有工程预付款、工程进度款、工程竣工价款结算。大型建筑企业应注意付款期限合理，符合行业规范及相关交易习惯。

关于付款方式，《条例》第11条新增“商业汇票、应收账款电子凭证”列入非现金支付方式管辖范围，并强调大型企业不得强制中小企业接受非现金支付，不得利用商业汇票、应收账款电子凭证等非现金支付方式变相延长付款期限。

这是因为在建筑、制造、供应链密集型行业中，大型企业为缓解现金流压力，往往习惯通过商业汇票或应收账款电子凭证向中小企业支付货款或工程款。然而，这些工具本质上属于附期限的付款承诺，其兑付期限通常远超中小企业资金周转周期，甚至存在转让折价空间小、融资手续繁琐等问题，转嫁了融资与流动性压力，损害中小企业的权益。

结合此背景，也更能理解中国人民银行等八部门联合印发的《关于强化金融支持举措 助力民营经济发展壮大的通知》规定：应收账款电子凭证付款期限原则上应

在6个月以内，最长不超过1年。因此，若大型企业需要通过非现金支付方式支付款项，首先需要在合同中进行明确、合理约定。其次，应合理控制兑付周期，兑付期的设定不超过合同约定付款期，以免以“账期+票据期”的形式造成双重延期。

三、谨慎使用“背靠背”支付条款

在建设工程领域，“背靠背”支付条款通常被用于减轻总承包单位因上游建设单位拖欠工程款而引发的资金压力，以规避因迟延或未付款项而承担法律风险。

新《条例》及《最高人民法院关于大型企业与中小企业约定以第三方支付款项为付款前提条款效力问题的批复》（以下简称《批复》），明确禁止了“背靠背”支付条款的适用，其核心目的在于避免中小企业因第三方付款义务无法实现而蒙受损失。

因此，法务部门在合同审查过程中应重点排查是否存在以下表述：“待上游付款到账后支付”“按建设单位回款比例支付”等条款。这类表述无论是否经双方同意，均因违反行政法规的强制性规定而无效。

除了加强合同条款的合法性审查，大型建筑企业在面对“背靠背”条款被认定无效的法律风险时，也应从主动防御与被动防御两个层面构建应对机制。

在主动防御方面，大型企业如作为总承包方，在付款安排上可考虑引入三方协议机制，由发包人、总承包人和分包人三方共同约定付款安排，明确由建设单位直接向分包单位支付相关工程款项，这有助于减轻因“背靠背”支付条款无效而导致的付款责任集中压力，也能降低大型建筑企业被动违约的风险。

在被动防御方面，若出现上游单位未按期付款、资金链中断的情形，大型企业作为总承包单位应及时采取补救措施。一种方式是与下游单位签署补充协议，明确总包单位在垫付工程款项时的金额、支付节点及利息补偿机制，以便在后续追偿或风险分担时形成法律依据。另一方面，总承包单位还应保留完整的履约材料、付款

申请记录与催收证据，为向上游单位主张违约责任或损失赔偿提供支持。必要时，可通过法律手段要求上游单位承担合同约定的付款违约责任，或主张工程暂停、展期等合理权利，以减轻自身损失。

四、审计结果不得作为结算前提

这一限制早在上一版《条例》中已有体现。但较2020年版《条例》，新修订《条例》第12条删除了“合同另有约定”的情形（即只有法律、行政法规规定的情况下，大型企业才能强制要求以审计机关的审计结果作为结算依据）。结合《条例》意在“纠正政府部门、大企业利用优势地位以大欺小，拖欠中小企业款项的行为”的修订背景，此条变动意味着大型企业不得利用其优势地位强制要求中小型企业以审计机关的审计结果作为结算依据。

那么，大型企业还能否和中小企业自愿约定“以审计机关的审计结果作为结算依据”呢？新《条例》实施后，还未有公开案例就该问题进行回答。但在2020年《条例》实施以来，各省高院均有在相关文件中认可双方约定的效力。^⑤出于审慎考虑，在与中小企业订立此类条款时，大型建筑企业应当注意留存双方自愿达成合意的证据以防争议。在条款设计时，可以指出双方均认识到且接受审计可能造成的付款迟延。此外，也可以要求该条款经过中小企业内部决策同意，并留存会议记录文件。

与具有公权色彩的审计机关审计不同，企业内部审计源于公司治理结构，围绕财务合规、项目成本控制、合同执行与付款流程等关键环节，系统评估经营风险与内控效果，是“一种独立、客观的保证与咨询活动，旨在增加组织价值并改善其运营”。^⑥根据《条例》第14条，大型企业不得在合同未作约定的情况下以等待竣工验收备案、决算审计等为由，拒绝或者迟延支付中小企业款项。大型建筑企业可以在合同中约定决算审计，但不得以此为由迟延付款。保证中小企业合法、及时收回款项是《条例》的重要目的。

^{①②} (2024)京01民终8614号。

^③ 如参考案例（2024）鄂01民终15700号。

^④ 参见张新宝，卞龙：《“背靠背条款”效力的解释路径研究》，载《法治研究》2025年第3期。

^⑤ 如《河南省高院关于建设工程合同纠纷案件疑难问题的解答》（2022年），湖南高院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的解答》（2022年），《山东高院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的解答》（2020年），《河北省高级人民法院建设工程施工合同案件审理指南（试行）》（2023年）等。

^⑥ 国际内部审计师协会（IIA）定义。

五、严审保证金类型与形式

大型建筑企业在实际操作中，常通过设定“预付款保证金”“质量保证金”等方式强化对分包、分供企业的管理，其出发点通常在于控制项目履约过程中的潜在违约风险，保障工程进度与质量。例如，分包企业可能存在履约能力不足、技术水平参差、工期延误、材料质量不合格、劳务纠纷等问题，而分供企业则可能面临供货滞后、材料替换、虚假发票等操作风险。

保证金在过去被视为一种低成本、高约束的“预防性手段”。但实践中存在部分发包方巧立名目，向承包企业收取诸如“信誉保证金”“安全保证金”等各类不合理保证金，收取名目繁多、占用资金数量巨大，给承包企业带来了沉重的资金负担。新修订《条例》第13条特别强调了大型企业“不得以任何形式”收取其他保证金。条文采用了完全列举的立法方式，即规定除投标保证金、履约保证金、工程质量保证金、农民工工资保证金之外的其他任何保证金均系违法收取。

这一立场早在部分地方政策中得到了强化。如广东省《关于规范招投标领域工程建设保证金收取有关工作的通知》（2022）中指出，要重点检查招标文件及所附招标合同是否存在“违法设置预付款保证金等无法律法规依据的涉企保证金”的情况。从合规角度出发，法务部门在合同条款中应对保证金的种类、比例、形式、退还机制进行逐一审查和核对，不收取包括预付款保函等任何其他形式的保证金。

六、注意逾期付款信息披露公示义务

《条例》第18条第2款规定，大型企业应当将逾期尚未支付中小企业款项的合同数量、金额等信息纳入企业年度报告，依法通过国家企业信用信息公示系统向社会公示。

该条款应属于强制性规定。首先，根据《条例》第22条，大型建筑企业的逾期付款情况受到监管部门的监管。其次，《保障中小企业款项支付投诉处理暂行办法》第15条规定，处理投诉部门在调查、处理投诉的过程中，发现被投诉的大型企业存在违反《条例》情形的，应将相关情况告知受理投诉部门，由其转交有关部门依法依规处理。可以看出，大型企业的付款义务不仅受到其主管部门的监督，当因逾期付款被中小企业投诉时，其未

依法公示逾期支付情况的行为亦会受到处罚。

结合《条例》第26条规定，如果大型企业拖欠中小企业款项依法依规认定为失信的，失信情况将记入其信用记录。不按实披露逾期付款情况违反了《条例》规定，亦为失信行为，情节严重或者造成严重不良社会影响的，相关信息还将通过企业信用信息公示系统公示。同时，该大型建筑企业在财政资金支持、投资项目审批、融资获取、市场准入、资质评定、评优评先等方面将受限。

应对收紧的披露义务监管，大型建筑企业可以从以下几点规范信息披露义务。第一，应将信息公示事项纳入公司治理的重要议题，在公司章程中明确设立相关条款，赋予董事会或股东会在信息披露方面的具体职责。例如，可将年度报告等重要公示事项列为定期会议的固定议题，确保信息披露行为具有决策依据与程序保障。第二，应制定企业层面的信用信息披露管理制度，明确不同类型信息的披露义务、责任主体、公示方式及更新频次。制度应覆盖从信息初审、定期更新、异议处理到档案留存、检查应对等各环节，构建起闭环化的披露流程，提升企业主动合规意识。第三，针对年度报告等核心披露内容，建议由财务部门牵头，统筹审计、税务、社保等方面的关键数据，确保报告内容与公司提交给政府各部门的信息一致、同步，防止因信息差异引发的披露瑕疵或监管关注。

七、结语

《保障中小企业款项支付条例》修订的背后，是国家在政策层面愈发强调公平交易、权责对等与履约透明。对于大型建筑企业而言，在压实自身责任的同时，如何在复杂工程实践中保障资金链条的安全、项目节点的顺利推进、解决上游付款迟滞等问题，仍是现实中的难题。

未来，值得关注的问题包括：如何在法律框架下推动上游建设单位一并承担支付约束责任？如何界定“不得强制”的合理边界？再如，企业如何确保支付安排既合法合规，又不影响现金流管理？

制度变化的真正落脚点，不应仅止于“不得”，更应体现在“如何做得更好”。大型建筑企业唯有主动将合规思维融入制度架构与管理流程之中，方能在新规框架下实现风险可控、合作稳健与发展共赢。

重谈刑事证明责任规则

调取对被告人有利的证据材料属于辩护人的权利还是责任？

○高佩洁* 北京市隆安（深圳）律师事务所

刑事证明责任规则，是无罪推定原则在刑事证明领域的重要体现，其明确了诉讼各方证明活动的界限，是构成高效合理司法证明秩序的基础。^①基于无罪推定原则，举证责任在刑事诉讼中有以下两层含义：一是控方承担举证责任；二是被告人享有辩护的权利，却没有证明自己无罪的义务，不能因其未证明自己无罪而被认定有罪。

一、举证责任的主体是公诉方

举证责任包含以下两方面内容：（1）举证责任是一种法律规定的义务责任，负有举证责任的诉讼主体提出证据证明所主张的控诉的责任，即提证责任。（2）在举证责任不履行或未能充分履行，达不到法律规定的

证明要求时，负有举证责任的诉讼主体要承担其提出的证据或主张不被认定，不能依其主张裁判的不利后果，即后果责任。^②

刑事诉讼中的举证责任由公诉方承担，是刑事诉讼法学的通识。我国刑法规定的检察机关所承担的证明犯罪的责任，是一种完全的绝对的责任，不可转移，且要达到最高的可信度和确定性。

对于公诉方承担证明被告人有罪的举证责任是传统意义上的检察机关的举证责任内容，故不存在争议。但随着量刑程序规范化的改革，检察机关不仅要要对被告人的行为定性予以证明，还承担着提出证据证明如何对被告人正确量刑的责任。根据《刑事诉讼法》第52条，

*高佩洁，北京市隆安（深圳）律师事务所律师、隆安深圳刑委会秘书长，擅长处理各类经济犯罪案件及企业刑事法律风险防范。

①参见施鹏鹏：《刑事证明责任理论体系之检讨与重塑》，载《中国法律评论》2022年第6期。

②参见曾天、白岩：《公诉案件举证责任对策研究》，载《刑事诉讼法修改与检察工作——第八届全国高级检察官论坛》2012年11月21日。

公诉方的举证责任不仅包括提出证据证明被告人有罪，还包括提出证据证明被告人罪轻。

随着非法证据排除规则的确立，公诉方除了实体上的举证责任，还包括程序上的举证责任。根据《刑事诉讼法》第 59 条，检察机关对其在法庭上所提出证据的合法性予以证明，不能充分举证就要承担该证据不被法庭认可、予以排除的不利结果的责任。

由此，我国刑诉法明确了公诉方的举证责任包括实体上提出定罪证据证明被告人有罪的责任，提出量刑证据证明被告人罪行轻重的责任，以及程序上证据证明证据合法性的责任。举证责任除了提证责任，还包括后果责任，因此除了公诉方提出证据证明上述事项，也包括当公诉方不履行或未充分履行时，承担不利后果的责任。

对被告人有利的证据材料，如属于量刑证据材料，则是可以证明被告人存在罪轻情节的证据材料，对该证据的举证责任，我国刑诉法明确了公诉方应当收集能够证实被告人犯罪事实轻重的证据，由此该证据的举证责任主体系公诉方。

以诈骗类案件为例，被告人的收付款流水是案件的核心证据之一，但往往出现部分还款记录未予以审计的情形，调取被告人还款证据，对被告人而言非常重要。根据最高人民检察院《人民检察院公诉人出庭举证质证工作指引》第 15 条第 7 项的规定，公诉方的举证内容，包括财物的来源、数量、去向，因此对于被告人的还款证据，当然属于公诉方的举证责任内容。

二、辩方举证不是履行举证责任，而是行使辩护权

（一）辩护人的举证不同于控方的举证

在对刑事证明责任的研究中，关于辩方是否承担部分举证责任，是一个众说纷纭的问题。但通说认为，刑事诉讼中的举证责任由控方承担，被告人不承担证明自己无罪或者无罪的责任；辩护人可以提出能够证明当事人无罪、罪轻的材料和意见，“辩方向法庭举证并不是履行举证责任的要求，而是行使辩护权的需要。”^③

在刑事诉讼中，控辩双方都会进行举证，向法庭提出证据证明自己的诉讼主张，但辩护人的举证与公诉人的举证性质完全不同。因为，辩方没有举证，并不会导

致举证不能的不利后果，从这个意义上讲，该举证行为只是辩护人充分行使辩护权的重要体现。因此，在法庭审理过程中，当辩方反驳控方主张而提出新的事实主张时，有权提出新的证据；这是辩方依法行使辩护的权利，而不是义务。

首先，性质不同，公诉方的举证责任是强制性的、绝对性的；而辩方的举证责任不具有强制性。其次，证明要求不同，公诉方的举证必须达到证据确实、充分的标准，足以排除合理怀疑的程度；而辩方的举证达到高度可能性即可。最后，法律后果不同，控方对于无法举证或者无法证明待证事实的案件，承担所主张的待证事实不能成立的败诉后果；而辩方在反驳指控的情况下，其举证不能，并不当然产生对被告人有罪或加重罪行的后果。

辩方的举证从任何一种意义上讲，都不可能与控方的举证等同。2012 年刑诉法修改时删除了草案中辩护人的“证明”责任，从法律规范层面重申了辩护人的举证，不是承担责任，而是行使举证权利。

（二）调取对被告人有利的证据属于辩护人的权利

如果说公诉人因法定职责应积极举证，则依无罪推定原则，辩方并无积极举证的责任，保持沉默或仅反驳公诉人的证据同样是重要的辩护策略，并不会因此而被追究消极作为的法律责任。事实上，在诸多刑事案件中，辩方因取证权的受限，采取被动防御的策略非常常见，但未必承担不利后果，因为法官还有查明真相的义务存在。

一方面，辩护人的取证权非常受限，故辩护人调取证据是其行使辩护权的体现，而非举证义务的要求。^④

首先，辩护人向证人、被害人取证需经过其同意，但作为对立方，大部分案件中的证人、被害人并不愿意接受辩护人的取证。

其次，向被害人取证还要经过法检的同意，虽然法检大部分情况下会予以同意，但确实存在部分敏感案件法检拒绝辩护人向被害人取证的情况。尤其是我国法检更倾向于相互配合打击犯罪的现实，加大了控辩双方取证不平等、辩方取证艰难的情况。

最后，对于涉案被害人、证人人数众多的案件，辩护人多数情况下是无法与所有被害人、证人取得联系的；

即使联系后经过同意，基于辩护人取证不具有强制性，故很难让被害人、证人配合相关取证工作。

无论是授权上的设限，还是事实上的障碍，辩护人的取证无论如何也不可能变成辩护人的责任，只能是其行使权利、争取权利的一部分。

另一方面，法检的取证责任具有强制性，因此对于辩护人申请法院、检察院调取证据的情形，法检应当取证。^⑤

首先，刑诉法赋予了辩护人申请法检调查取证的权利，即调取对被告人有利的证据材料，既可以是辩护人自己取证，也可以是辩护人向法检申请调取。“可以”意味着调取证据属于辩护人的权利，不可能是义务。

其次，《关于实施刑事诉讼法若干问题的规定》第 8 条直接对辩护人申请法检调取证据时，赋予法检强制性义务规定，即不能将该调取证据的义务转移至辩护人。司法实践中，正因为辩护人取证难以成功，才赋予其可以申请法检取证的权利，此时法检若将义务转移，实际上依然剥夺了辩护人的取证权。该规定直接表明，调取对被告人有利的证据属于辩护人的权利，法检的义务。

（三）辩护人举证是行使辩护权的体现

在刑事诉讼中，依无罪推定原则，辩方并没有积极举证的责任，但可以通过积极举证获得有利判决，因此举证并非一项责任，而是一项权利，即证明权。

一方面，举证作为辩护人的一种权利，当辩方出现调取不能的情况时，可以申请法检的帮助，而法检应当给予帮助。另一方面，举证作为辩护人的一种权利，就意味着可以行使，也可以放弃。虽然法律赋予辩护人可以提出证据为被告人辩解，但这是法律赋予辩护人的辩护权利而非举证义务；作为权利，既可以行使，当然也可以放弃，而法庭并不能仅凭辩护人未举证就判定被告人有罪或者罪重。

如果辩护人负有举证责任，当其提出新的事实主张反驳控方时，倘若没有相应的证据予以证实，不但其主张不能成立，被告人还将承担由此带来的不利法律后果，这对被告人来说并不公平。即使被告人本人，提不出证

据证实自己无罪、罪轻，就将承担有罪、罪重的判决，同样是不公平的。因此，将举证作为辩方的义务，势必会限制辩护权的行使。而作为一种权利，辩护人即使放弃行使举证权利，法庭也不能径自作出对被告人不利的判决。

三、法院的证明责任

法院作为我国的审判机关，其职责是对案件进行公正审判，因此无法成为举证责任的主体。因为举证责任是一种风险负担，而法院不可能承担败诉的后果。

法院庭外调查权的性质也不是对举证责任的承担，而是在控辩双方充分举证、质证的基础上，针对存疑与矛盾证据进行查证核实，其目的并不是为了收集调取证据，而是为了对控辩双方提出的证据进行核实；因此，法官的庭外调查并没有改变控辩双方对举证责任的承担格局。^⑥

但是法院既然要对案件作出判决，就必须承担对判决所认定的事实加以证明的责任，因此法院所承担的是证明责任。法院的证明责任并不会承担败诉的后果，在这个意义上说，证明责任并非举证责任，而是审判权的组成部分。但另一方面，如果法院不能完成证明责任，其所作判决可能面临被改判、撤销等法律后果，从这个意义上说，法院也存在责任承担的后果；该后果可避免法院在审判过程中出现该审核的不审核、该调查取证的不取证、该采信证据的不采信，通过减少失误，以确保审判的准确性。

法官需要查明案件事实，庭外调查权也是查明职责的体现。作为国家审判机关，法院是刑事诉讼的终极裁判者，不属于诉讼的任何一方，所以不负举证责任，但承担着通过控辩双方举证质证，依职权调取证据，通过法庭上的采信认证活动达到明确事实的目的，这个过程恰恰就是证明责任的实现过程。我们强调法院审判权的同时也不能忽略法院的证明责任，审判的过程就是证明的过程，正如检察机关实现公诉权必然要履行举证责任一样，审判权的实现也要求法官证明责任的履行。^⑦

③顾永忠：《以审判为中心背景下的刑事辩护突出问题研究》，载《中国法学》2016 年第 2 期。

④法条链接：《刑事诉讼法》第 43 条。

⑤法律链接：《刑事诉讼法》第 39 条；最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部、全国人大常委会法制工作委员会《关于实施刑事诉讼法若干问题的规定》第 8 条、第 27 条；《人民法院办理刑事案件第一审普通程序法庭调查规程（试行）》第 41 条；《人民检察院刑事诉讼规则》第 414 条。

⑥法条链接：《刑事诉讼法》第 196 条。

从刑事诉讼法律规范的用语上分析，就调取证据方面，对于辩护人的用语都是“可以”，而几乎没有“应当”的强制性义务规定，但对于法检，用语以“应当”居多。

还是以调取被告人有利的证据为例，在法庭调查阶段，公诉举证后，当辩护人质证时表示：审计报告无法真实反映被告人与被害人之间的款项往来情况，申请向被害人取证，以查明真实的还款情况时，法院应依辩护人申请调取相关证据，而不能凭借辩护人未提供相关证据直接裁判对被告人不利的后果，因为法庭负有查明案件事实的证明责任，故不能仅凭辩方未举证而直接作出不利于被告人的裁判结果。

根据《人民法院办理刑事案件第一审普通程序法庭调查规程（试行）》第 52 条、《关于推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的意见》第 2 条等相关规定，法庭对于量刑证据存疑的，应作出有利于被告人的裁判。因此，即使辩护人未充分进行举证，法官也不能据此作出不利于被告人的裁判结果。

四、法院居中裁判的公正性

司法实践中，不乏法官对辩方就有罪证据提出的疑点不予理睬，对推翻有罪证据的理由不予重视，对要求调取新证据或重新鉴定的申请不予支持，对被告人当庭翻供辩解，认定为抵赖、狡辩、抗拒、不老实，主观上早已把被告人当作罪犯。^⑦在有罪推定的司法现实中，强调法院裁判的公正性有着非常重要的现实意义。

司法公正作为一项基本规则，对于法官应公正司法的规定不需多言。充分尊重并保障辩护权的行使，也是司法公正的一项具体要求，因此刑事诉讼法律规范对此设置了诸多规定，^⑧以充分保障辩护权的行使。我国刑事诉讼法体系对法官进行了居中裁判的定性，法官应当保证控辩双方能够充分发表各自的意见，而非充当公诉人的角色，直接下场与辩护人展开辩论。

但当前的司法实践中，审辩关系日益紧张、审辩冲突时有发生，一方面，法院对律师的排斥比控方更为明显，甚至把律师当敌人来打，司法傲慢主义比以前更为

严重，法官认为自己代表的是国家，站在国徽之下，用俯视的眼光审判辩方，司法职业群体的鸿沟越来越大。另一方面，控审双方利益相关，当法官代行控诉职能，充当第二公诉人时，必然无法保持客观公正的立场，与辩方直接对抗，等腰三角形的诉讼结构被拉扯异化为不等边的三角结构，辩审冲突自然不可避免。而冲突发生之后，法官往往以扰乱法庭秩序为由，强制威胁辩护人配合庭审工作，但对于扰乱法庭秩序的行为，适用规则却不明确，在什么时候、对什么行为、适用什么措施缺乏统一明确的法律依据，而法官往往依据主观感受作出相关决定，对公权力违法行为缺乏有效监督和制裁也为审辩冲突的加剧埋下了隐患。^⑩

但是，公平正义是法治共通的价值观，而司法的基本功能就是矫正公平正义，公诉人代表国家，律师代表委托人，法官只能代表法律，如此三方才能实现公平正义。当法官认为自己代表的是国家时，势必出现两方压制辩护人的局面，当法官失去了居中裁判的立场，任何的公平正义都无法达成。

获得公正审判被公认为公民一项基本人权，《公民权利和政治权利国际公约》第 14 条明确规定了，任何人均有权受一个独立无私的法庭进行公正和公开的审问。因此，独立和无偏倚是对法庭的要求，也是法庭能够进行公正审判的前提。当法官直接下场与辩护人“辩论”，当法官对控辩双方无法做到平等保护，对被告人产生偏见而影响公正审理的时候，司法独立和公正性一定会因控辩审三方结构变形而被严重歪曲。

五、结语

党的二十大报告对司法体制改革提出新的更高要求，深化司法体制综合配套改革，全面准确落实司法责任制，加快建设公正高效权威的社会主义司法制度，努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义。无论是检法还是律师，作为社会主义法治建设的参与者，都应当严格在法律框架内行使权利，进行高效合理的交流沟通，维护法律的最高权威，共同为实现公平正义而努力。

⑦参见李德贵：《刑事诉讼举证责任论》，山东大学 2006 年硕士学位论文，第 33-34 页。

⑧参见王策来：《试论刑事诉讼案件开庭审理阶段的举证责任》，载《法学研究》1992 年第 3 期。

⑨法条链接：《关于推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的意见》第 13 条；《人民法院办理刑事案件第一审普通程序法庭调查规程（试行）》第 2 条；最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部《关于依法保障律师执业权利的规定》第 31 条。

⑩参见石磊：《辩审冲突问题研究》，中国人民公安大学 2017 年硕士学位论文，第 16 页。

以案说物权期待权的保护

○王洪坚* 广东连越（深圳）律师事务所

宋晓琳* 葡萄牙 HBC-Legal 律师事务所

物权期待权，作为一种特殊的权利类型，指的是权利人对于未来可能取得的物权所享有的期待和预期。这种权利并非现实的物权，而是基于一定的法律事实或法律行为，权利人对于未来物权的取得具有合理的期待。

一、物权期待权的定义、渊源及域外法中的制度设计

物权期待权指的是，取得物权的某些条件已经实现，而另一些条件还未成就的情形。^①期待权强于某一单纯的取得期望，但又弱于完全权利。^②

期待权 = 在延展性，亦即包含多行为之物权取得过程中，取得人所享有之法律地位。^③

物权期待权的保护未见法条的明确规定，德国在学界和司法实践中通过对民法中若干法条的综合理解与适用形成这一概念。买受人物权期待权最早始见于德国帝国法院 1920 年判决确认并逐渐被其他大陆法系国家所接受。^④

在同为受德国民法典影响的葡萄牙法律体系中，葡萄牙《民法典》亦并未明确规定物权期待权这一概念，但在不动产交易中，通过合同法和物权法的相关规定，

间接地为此类期待权提供保护。如房屋预售合同里可约定卖方保留完全所有权的条款，直到价款支付完成；买方在房屋预售合同签订时除了获得使用和收益权，还取得一种特定受保护的法律地位，确保未来可以取得完整所有权，并可对抗第三人。根据主流法学说，这种法律地位通常被称为“物权期待权”（expectativa real de aquisição）。若卖方拒绝履行预售合同或拒绝签署正式购房合同，买方可依据葡萄牙《民法典》第八百三十条及相关规定，向法院申请特定履行，强制卖方完成正式购房合同。

在葡萄牙司法实践中，如果一套不动产已经订立了具有效力的承诺买卖合同并完成登记，买受人因此取得了对未来所有权的物权期待权，即使该不动产随后被查封，买受人仍可主张其权利。例如，当查封的登记晚于承诺合同的登记时，承诺买受人有权要求特定履行。

为了平衡买受人的物权期待权与债权人通过查封所获得的担保权，根据葡萄牙《民事程序法》第八百三十一条规定，若价款尚未支付，则应通过执行程序将价款存入以保障第三方债权人利益；但若买受人已

*王洪坚，广东连越(深圳)律师事务所执业律师，最高人民检察院民事行政咨询专家，茂名仲裁委仲裁员，主要从事民商事法律业务、金融不良资产处置。
*宋晓琳，葡萄牙 HBC-Legal 律师事务所实习律师，新里斯本大学法学研究生(在读)，专业领域为民商法(房地产开发、交易)、行政法、移民法。

①[德]鲍尔/施蒂尔纳著，张双根译。法律出版社，《德国物权法》，2004 年 2 月第 1 版，第 47 页。

②[德]鲍尔/施蒂尔纳著，张双根译。法律出版社，《德国物权法》，2004 年 2 月第 1 版，第 48 页。

③[德]鲍尔/施蒂尔纳著，张双根译。法律出版社，《德国物权法》，2004 年 2 月第 1 版，第 51 页。

④江必新、刘贵祥主编，最高人民法院执行局编著，《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定理解与适用》，人民法院出版社，2015 年 7 月第 1 版，第 422 页。

提前支付价款，则执行目的已落空，此时第三方债权人无法以该房产实现债权。此类制度体现了对物权期待权的实质保护，使其在与其他物权冲突时仍具优先性。

二、物权期待权保护在我国现行法律中的相关规定

我国物权法、民法典中也没有物权期待权的规定，在司法实践中对于物权期待权的概念还不够完整、清晰。

我国《民法典》第二百二十一条规定了不动产预告登记制度，有观点认为属物权期待权，但此观点并未被法学界普遍认可。

任何一种制度的创设都是基于现实的社会需求，司法实践中确实存在对物权期待权保护的现实需要。在一般金钱债权与物权期待权并存时，如何确定优先保护对象，这在之前的司法实践中一直存在争议。2015年5月5日起施行的《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第二十八、二十九条，在司法实践中对房屋买受人期待权的保护标准作出明确的规定。

此两条规定的前提条件，都是金钱债权执行中买受人对登记在被执行人名下的不动产提出异议时，在满足一定条件下，可以排除执行。

第二十八、第二十九条的规定，是基于物权期待权对房屋买受人的保护。这两条的规定在对金钱债务人进行执行的过程中，买受人通过提出执行异议的方式排除法院对已经查封的，登记于债务人名下房产采取的执行措施。执行法院仅是排除执行，并非对买受人物权的确认，买受人如果想取得物权，还需通过其他法定途径。

第二十八条与第二十九条规定的是两种不同的情况。第二十八条规定中的被执行主体是非房地产开发主体以外的其他主体，也就是针对的是房地产的三级市场交易；第二十九条规定中的被执行主体为房地产开发企业的商品房，针对的则是房地产二级市场交易。

第二十八条明确规定了金钱债权执行中，买受人对登记于被执行人名下的不动产提出异议须满足的四个要件：1. 在人民法院查封之前已经签订合法有效的书面买卖合同；2. 在人民法院查封之前已合法占有该不动产；3. 已支付全部价款，或者已按照合同约定支付部分价款且将剩余价款按照人民法院的要求交付执行；4. 非因买受人自身原因未办理过户登记。简而言之，在法院查封

之前存在真实的买卖合同，买受人支付了对价并实际占有该房产，并且非买受人原因造成未能办理过户登记。

这里需要说明几个问题：第一，上述第1、2项要求在查封前签定书面合同及实际占有该不动产，是为了确认权利主体并防止被执行人与第三人恶意串通损害金钱债权人的利益；第二，第3项的规定要求买受人支付全部房屋对价；第三，本条对标的物业并未做种类上的区分，不管是商业用房还是居住用房均予保护。

第二十九条明确规定了金钱债权执行中，买受人对登记于被执行房地产开发企业名下的商品房提出异议须满足的三个要件：1. 在人民法院查封之前已经签订合法有效的书面买卖合同；2. 所购商品房系用于居住且买受人名下无其他用于居住的房屋；3. 已支付价款超过合同约定总价的百分之五十。

本条需要说明的几个问题：第一，本条保护的标的房屋为二级房地产市场，由开发商销售的一手商品房；第二，根据第2项的规定，房屋买受人须对标的房屋具有现实的生存利益需求；第三，房屋价款的支付超过50%即可。

排除金钱债权的执行，也意味着要损害一般债权人的司法查封、拍卖，获得清偿的利益，因此上述第二十八条、第二十九条的规定也对买受人行使权利进行了一定的限制。从条文的表述我们也可以看出，最高人民法院在优先保护房屋买受人的同时，也设置了比较严格的条件，从而在利益冲突时，平衡对各方利益的考量。

三、购房人物权期待权保护的司法案例

下面是笔者2022年12月-2023年4月期间代理的，一例引用《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第二十八条第三人执行异议之诉排除法院执行的案件——李某与被告中建某集团公司、深圳某建筑公司、第三人张某案外人执行异议之诉案。

（一）基本案情

李某为李父与配偶张某之子。2002年深圳某建筑公司为解决职工住房困难，通过拆迁赔偿及内部分配的方式销售房产给职工。李父为深圳某建筑公司内部职工，于2002年5月22日签订《认购书》，认购广东省深圳市罗湖区某房产（以下简称“涉案房屋”）。2002年5月23日，李父与深圳某建筑公司就涉案房屋签订《房

屋买卖合同》，其中第十一条约定：本房产属拆迁补偿房，购房人没有房地产证书。签订认购书时交付定金2万元，余款于三日内一次付清。2002年5月24日，李父即办理了涉案房屋的入住并在物业管理处进行了业主登记。2002年6月5日李父申请开通了涉案房产管道燃气用户并一直使用至今。2002年李父开通了涉案房产的用电用户，至2016年6月8日更名为李某并沿用至今。2008年4月1日，李父、李母张某将户口落于涉案房屋。李父于2011年7月10日去世，李父配偶张某、李某为共同继承人。

因未补缴地价，涉案房屋一直未办理过户登记，一直登记于被执行人深圳某建筑公司名下。

深圳某建筑公司于2017年9月27日出具给深圳市规划和国土资源委员会罗湖管理局的关于涉案房屋补地价进入市场的请示。被告深圳某建筑公司同意将涉案房产登记在涉案房产实际购房人名下，并协助办理相关补缴地价、房屋过户等手续，但深圳某建筑公司未实际履行。

中建某集团公司与深圳某建筑公司建设工程合同纠纷一案，深圳国际仲裁院于2021年7月14日作出仲裁调解书。该仲裁调解书发生法律效力后，深圳某建筑公司未履行调解义务，中建某集团公司申请强制执行。深圳市中级人民法院执行立案后指定深圳市罗湖区人民法院执行，深圳市罗湖区人民法院立案执行。2022年7月1日，深圳市罗湖区人民法院作出执行裁定书，裁定：拍卖、变卖被执行人深圳某建筑公司名下涉案房屋，以清偿本案债务。

李某提出案外人执行异议，主张对涉案房产的执行剥夺了李某的合法权利，请求撤销对涉案房产的查封。深圳市罗湖区人民法院裁定驳回异议请求。

李某向深圳市罗湖区人民法院提起执行异议之诉，列中建某集团公司、深圳某建筑公司为被告，列母亲张某为第三人。诉讼请求：解除对涉案房屋采取的查封措施，并在本案中不得对该房屋采取执行措施。

（二）争议焦点

李某作为执行案件的案外人，是否有权提出执行异议；排除对涉案房屋的执行的理由是否符合《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第二十八条规定。

（三）事实与法律要件的认定

1. 买受人在人民法院查封之前已经签订合法有效的

书面买卖合同

涉案房屋于2021年10月20日被深圳市中级人民法院裁定查封。李父于2002年5月22日与被执行人深圳某建筑公司签订认购书，2002年5月23日就涉案房屋签订《房屋买卖合同》。合同约定买房人取得所有权后，应按有关规定缴纳土地使用费；本房产属拆迁补偿房，买受人没有房地产证书。判决认定查封之前已经签订合法有效的书面买卖合同。

2. 买受人在人民法院查封之前已合法占有该不动产
涉案房屋所在小区物业管理服务中心出具《业主情况登记表》显示，李父于2002年5月24日入住，使用性质为自用。深圳市燃气集团的《管道燃气客户缴费清单》显示，李父于2002年6月5日开户。深圳市供电局有限公司出具电费通知单显示2009年至2022年期间涉案房屋的客户名为李父、李某。判决认定李父及其家属在查封前已合法占有涉案房屋。

3. 买受人已支付全部价款
李父于签订认购书时交付定金2万元，剩余购房款2002年5月22日通过银行一次性转给深圳某建筑公司。原告李某提供了定金收据、深圳农商银行出具的交易明细，判决认定买受人李父已全额支付购房款。

4. 非因买受人自身原因未办理过户登记
深圳市不动产登记中心向审理法院出具复函，涉案房屋办理权利人变更登记需经主管机关批准并补足地价款，因此涉案房屋变更登记需要深圳某建筑公司协助配合。李父及原告李某多次与被告深圳某建筑公司沟通房屋过户事宜，均未解决。判决认定涉案房屋未过户非李父原因。

（四）判决结果及判后情况

深圳市罗湖区人民法院经开庭审理认定，原告就涉案房屋提出的异议符合《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第二十八条规定的能够排除执行的情形，故原告主张不得对涉案房屋采取执行措施并要求解除涉案房屋的查封，本院予以支持。判后各方均未提出上诉，一审判决于2023年5月13日生效。

本案原告方的诉请虽然获得了法院的支付，排除了对涉案房屋的强制执行，但对于房屋的买受人来讲，依然存在着很大的法律问题。不动产是以登记为权利要件的，买受人虽然可以排除强制执行，但因未补缴地价并且涉案房屋还有其他司法查封，因此办理过户登记仍然存在障碍。

追缴违法所得 在职务犯罪中的具体适用

以财产混同后的投资置业为视角

○方亮 * 贺志忠 * 上海市锦天城（深圳）律师事务所

一、追缴违法所得相关法规

《刑法》第六十四条规定：犯罪分子违法所得的一切财物，应当予以追缴或者责令退赔。如果使用“贪污款”或“受贿款”中的一部分投资置业，便会产生违法所得与合法财产混同的现象，在后续的追缴违法所得程序中如何处理，便是一个值得思考的问题。

对于违法所得与合法财产混同之后的处置问题，相

关法律法规整理如下表。

二、合法财产相混同中追缴违法所得的实践困境与处理难点

根据相关法规与司法解释的规定，追缴将违法所得与合法财产共同用于投资置业所形成的财产，需要按照违法所得在用于投资置业中资产所占的比例进行追缴。

序号	法规名称	法规内容	规制机关
1	《最高人民法院关于适用< 中华人民共和国刑事诉讼法 > 的解释》	第四百四十三条 被告人将依法应当追缴的涉案财物与其他合法财产共同用于投资或者置业的，对因此形成的财产中与涉案财物对应的份额及其收益，应当追缴。	人民法院
2	《最高人民法院关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定》	被执行人将赃款赃物投资或者置业，对因此形成的财产及其收益，人民法院应予追缴。被执行人将赃款赃物与其他合法财产共同投资或者置业，对因此形成的财产中与赃款赃物对应的份额及其收益，人民法院应予追缴。	人民法院
3	《人民检察院刑事诉讼规则》	第五百一十五条：犯罪嫌疑人、被告人通过实施犯罪直接或间接产生、获得的任何财产，应当认定为“违法所得”。违法所得已经部分或全部转化为其他财产的，转变、转化后的财产应当视为前款规定的“违法所得”。来自违法所得转化、转变后的财产收益，或者来自以及违法所得相混合财产中违法所得产生部分的收益，也应当视为第一款所规定的违法所得。	人民检察院
4	《人民检察院刑事诉讼规则》	第五百二十九条：人民法院对没收违法所得的申请进行审理的，人民检察院应当承担举证责任。	人民检察院

* 方亮，上海市锦天城（深圳）律师事务所高级合伙人，深圳市律师协会第十一届商事犯罪辩护法律专业委员会主任，LEGALBAND 中国律师特别推荐榜 15 强：经济犯罪；LEGALBAND 中国律师特别推荐榜 15 强：刑事合规。

* 贺志忠，上海市锦天城（深圳）律师事务所合伙人，深圳市律师协会第十一届职务犯罪辩护法律专业委员会委员。

但是，在实际的对涉案财物进行处理的过程中，笔者认为存在以下三个方面的问题，值得重点关注。

（一）违法所得混同时的追缴范围

根据相关法规与司法解释的精神，被追缴对象中合法财产所占的比例，不绝对影响追缴的效力。只要包含违法所得的成分，便可以成为被追缴的对象，追缴以不法财物的价值数额占比为标准，目的是对行为人不法行为所侵害的法益予以恢复。

从学理上来说，任何人不得从犯罪行为中获益，只要其不具有合法性，即应予以追缴。与违法所得相混同财产中违法所得产生部分的收益，也应当视为违法所得。例如，使用违法所得与合法资金所共同购买的房产与违法所得对应的租金收益，当视为违法所得。但如果是违法所得产生的次级衍生收益，如利用房屋租金收益与其他合法财产混同进行其他的投资置业活动所再次产生的收益，是否应当成为被追缴的对象则是一个值得讨论的问题。

对于违法所得的追缴范围，《关于适用犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡案件违法所得没收程序若干问题的规定》（以下简称《违法所得没收程序规定》）第六条规定，“违法所得”包括三种情况：一是通过实施犯罪直接或者间接产生、获得的任何财产；二是违法所得转变、转化后的财产；三是来自违法所得转变、转化后的财产收益，或者来自已经与违法所得相混同财产中违法所得相应部分的收益。即《违法所得没收程序规定》的规定中，追溯的因果链条最远只到转变、转化后的财产收益，对于次级衍生的财产性利益则不在没收范围之内。

另外，需要注意“追缴证据”的问题。在笔者看来，对追缴违法所得范围的确定，必须立足于现有证据为根基，进行精确界定。即便是追缴违法所得与合法财产相混同财产中，违法所得相应部分所产生的收益，同样需要有充分的证据予以支撑和证明。

从笔者检索的裁判文书情况来看，在多数案件中涉案财物追缴部分里，办案机关所提供的证据以及开展的证明工作，仍沿袭对人定罪量刑时的取证思路，对于“追缴证据”的收集，重视程度不足。所谓“追缴证据”，是指对具体涉案财产予以追缴所依据的证据。当前的裁判文书中，其工作重点主要放在证明犯罪事实本身，却忽略了收集涉案钱款与犯罪行为之间关联性的证据。目前，办案机关提

供的证据大多聚焦于涉案数额的认定。但实际上，涉案数额事实在违法所得追缴工作中并不具备直接的决定性意义。关键在于，必须提供能够从犯罪行为追溯至当前申请追缴的具体钱款的证据及证明，即控方所能提供“追缴证据”的证明范围同样决定了违法所得的追缴范围。

（二）违法所得混同时占比的证明责任问题

关于追缴违法所得中的证明责任问题，包括对于是否涉案财物的证明以及违法所得与合法财产混同、添附时所占数额比例的证明。追缴违法所得与没收违法所得是“过程与结果”关系，参考没收违法所得的相关典型案例，其裁判要旨认为违法所得没收程序的本质是财产权确认之诉，应采用民事诉讼的证据规则，确立“谁主张，谁举证”原则。检察机关代表国家对犯罪嫌疑人、被告人的财物申请没收，与涉案财产有利害关系的人或单位可以作为相对方应诉。在审理中，先由申请机关承担举证责任，如果申请机关无法提供相关证据，即使利害关系人亦未提供任何证据，法院仍不予裁定没收。^①

违法所得相混同财产与所得收益的追缴，在具体证明时也有几个细节部分的证明责任需要检察机关具体承担。在具体证明时，应当注意以下三部分证据：第一，证明违法所得与合法财产发生混同时，申请没收的财物具体形态有无发生变化，如果有，需要证明具体转化为何种形态。第二，证明申请没收财物发生混同后，该财物有无产生收益，如果有，需要证明收益的具体数额。第三，证明违法所得发生混同后在财产中所占的比例，并且根据比例原则确定没收的数额。

最高人民检察院第三十二批指导性案例中“任润厚受贿、巨额财产来源不明违法所得没收案”，对于检察机关的证明事项做出了具体的要求，即违法所得与合法财产混同并产生孳息的，可以按照比例计算违法所得孳息。在依法查封、扣押、冻结的犯罪嫌疑人财产中，对违法所得与合法财产混同后产生的孳息，可以按照全案中合法财产与违法所得的比例，计算违法所得的孳息数额，依法申请没收。对合法财产及其产生的孳息，及时予以返还。孳息的计算比例与违法所得在全案中所占的比例相同，但是需要检察机关进行计算与提供相应证据证明。

作为承担证明责任一方的检察机关必须考虑证据层面能否准确界定违法所得在投资中产生的价值的比例，

①“吴某某受贿违法所得没收案”——违法所得的认定和没收原则,江苏省无锡市中级人民法院(2018)苏02刑没1号刑事裁定(2019年4月26日)。

对于无法界定的，按照有利于行为人的原则不予追缴。^②即如果在重大复杂的案件中，经过多年的合法投资活动已经无法确定违法所得在其中所占的比例，或者说违法所得在一开始便与合法收入产生了混同，无法通过证据明确界定违法所得占比的，检察机关应当承担举证责任的不利，由法院裁定对相应财产不予没收。

（三）违法所得混同时占比的证明标准问题

违法所得争议财物是否属于应当追缴的涉案财物，是追缴违法所得启动与否的核心内容，相应的证明标准也是案件证明工作的重点。如前所述，违法所得的没收本质上是财产权确认之诉，应当采用民事诉讼的证据规则，即“谁主张、谁举证”，所以在证明标准的确认中，也应当采用民事诉讼中的优势证据原则——“高度可能性”证明标准。相关典型判例中也对这一原则进行了确认。^③《违法所得没收规定》第十七条第一款中也明确规定，申请没收的财产具有高度可能属于违法所得及其他涉案财产的，应当认定为属于违法所得及其他涉案财产。

“高度可能性”证明标准在《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》第一百零八条确立的“优势证据规则”表述为“对负有举证证明责任的当事人提供的证据，人民法院经审查并结合相关事实，确信待证事实的存在具有高度可能性的，应当认定该事实存在”。违法所得追缴不解决犯罪嫌疑人、被告人的定罪量刑问题，本质上是民事确认之诉，“高度可能性”是基于优势证据原则产生的对财物确认权属的证明标准，是法官根据事实证据并综合生活常识等因素形成的一方证据明显优势的合理衡量和判断，而不能机械地用某一确定百分比的尺度去认定。“财产追缴”与“高度可能性”相结合之后的基本逻辑是：只要依法证明具体财产与犯罪的高度关联，国家追缴没收权便可以启动，但基本前提是申请方的证明已达到证明标准，而且需要证明达到与犯罪关联的可能性形成优势判断。

达到高度可能性的证明标准也需要着重从以下几个方面考量：（1）申请机关出示的申请没收的财产属于违法所得的证据是否连贯、完整；（2）利害关系人是

否提出申请没收的财产属于合法财产的证据；（3）申请机关所提出证据的证明力是否明显大于利害关系人一方所提出的证据；（4）认定申请没收财产属于违法所得是否符合逻辑推理和生活经验。^④

四个条件之间属于并列的关系，即需要达到“高度可能性”，要求四个条件同时符合，而不能仅从证明力的角度考量。如果单纯只是申请机关所提出证据的证明力明显大于利害关系人一方所提出的证据，而不符合逻辑推理与生活经验时，依然不能够认定为达到了高度可能性的标准，而且“高度可能性”的证明标准不仅适用于证明是否属于违法所得，对于违法所得与合法财产混同时，证明违法所得占比也应当适用“高度可能性”的标准。因为对于比例的证明仍然属于对物之诉，在性质没有发生变化的前提下，应当适用同一的证明标准。

三、财产混同后对于违法所得的追缴处置

在合法财产与违法所得相混同的情况下，对于投资置业中与违法所得相应部分收益的追缴需遵循特定规则。在追缴范围方面，追缴限度至多延伸至投资、置业所产生的收益，按照违法所得在投资、置业总额出资额中的占比执行。无论是投资、置业本金，还是其产生的收益，均按此相同比例追缴，超出部分应返还给当事人。以具体案件为例，若房屋购置部分出自违法所得，仅对该房屋及出租所得租金收益，按违法所得的占比进行追缴，次级衍生收益则不在追缴范畴。

在证明责任的承担上，检察机关需对投资收益中属于违法所得的部分及其占比承担举证责任。与此同时，利害关系人有权提出证据，证明投资、置业系完全使用合法财产，以此进行反驳。

关于违法所得部分的证明标准，无论是涉案财物是否源于违法所得投资置业，还是违法所得在投资置业中的占比，亦或是投资、置业后产生的收益中违法所得对应的部分，检察机关均需提供相应证据予以证明，且需达到“高度可能性”的证明标准，否则涉案财物不应被认定为违法所得。

②左袖阳：《违法所得投资收益的追缴：判断标准与追缴范围》，载《中国法律评论》2022年第4期，第215页

③参见“彭某峰受贿、贾某语受贿、洗钱违法所得没收案”——“红通人员”逃匿境外时违法所得没收程序的中“高度可能性标准”的认定：湖南省岳阳市中级人民法院（2019）湘06刑没初1号违法所得没收裁定书。

④江苏省高级人民法院：金劲松、蒋凌军、王天奇《职务犯罪审判指导》（第1辑），法律出版社，2022年版，第80页。

股权转让与担保的四大识别因素及四类涉他规则

○王雷* 周琪* 广东华商律师事务所

融资实践中，股权转让与担保作为非典型担保机制，凭借结构灵活、设立便捷、变现效率高的优势，广泛应用于各类商业交易。然而，该模式在外观上与股权转让、以股抵债、名股实债等安排高度相似，且横跨公司治理、物权担保、强制执行等多个法律领域，极易引发法律性质认定上的争议。《全国法院民商事审判工作会议纪要》（以下简称《九民纪要》）第71条及《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《担保制度解释》）第68条、第69条虽已确立其法律效力并勾勒基本框架，但制度体系仍显粗疏，司法实践中对于交易性质的认定高度依赖个案事实，缺乏统一适用标准。

本文拟在梳理最高法裁判规则的基础上，厘清股权转让与担保与“以股抵债”“名股实债”“对赌协议”等相似交易的实质边界，提炼法院识别该类担保关系的核心要素，分析其在涉他情形下的外部效力，旨在为市场主体提供实践参考。

一、股权转让与担保的概念辨析

根据《九民纪要》第71条，股权转让与担保中的“让

与”，指债务人将其所持有的公司股权在形式上转让并登记至债权人名下的行为。该“让与”是为了实现担保债权之目的所作的形式转让，在债务清偿后，债权人需返还股权，债务人逾期不能清偿的，债权人可通过对股权拍卖、变卖、折价偿还的方式优先受偿。

根据《担保制度解释》第68条及《九民纪要》第71条，让与担保中“担保”部分的法律行为已经得到法律认可，债权人对股权价值的优先受偿权受法律保护。但债权人非真正的股权所有人，除非当事人明确约定，否则其不享有参与决策、选任管理者、分取红利等公司法意义上的股东权利。

同时，《担保制度解释》第68条第2款明确禁止让与担保加入“流押流质”条款，即“若债务人不履行到期债务，股权直接归债权人所有”的约定无效，旨在避免债务人迫于融资压力，以过低的价格处分财产。但如双方在事后能就股权价格达成合意的，则不存在违反流质条款的问题。^①

二、股权转让与担保的概念区别与四大识别要素

股权转让与担保经常与其他“股权转移”外观的法律

*王雷，广东华商律师事务所律师、合伙人，专业领域为商事争议解决、公司运营与治理、民刑交叉等。

*周琪，广东华商律师事务所实习律师。

①最高人民法院民事审判第二庭编：《最高人民法院民事审判第二庭法官会议纪要——追寻裁判背后的法理》，人民法院出版社2018年版，第26页。

安排混淆，笔者通过梳理 21 篇最高法裁判，从“与其他类似交易区分”和“本质构造特征”两个方面明确识别股权转让与担保。

（一）股权转让与担保与其相似交易的区分

1. 与以股抵债的区分

两者交易结构上相似，但法律目的完全不同。以股抵债本质是债务清偿方式的变更：债务人用股权代替现金偿债，原债权债务关系因此消灭，债权人取得的是股东身份；股权转让与担保则是非典型担保债权，债务仍然存续、股权形式让渡但实质保留，债权人仅在债务不履行时对股权变价享有优先受偿权。

最高法在健昊公司案[（2021）最高法民终 523 号]中指出，区分两者的关键在于：（1）股权转让后原债务是否消灭；（2）股权转让后其取得的是股东权利还是担保受偿权。同时，最高法在泰丰公司案[（2021）最高法民申 3592 号]中指出：若仅约定债务人在未来财务状况改善时，以公允价格回购涉案股权，该回购不以债务清偿为条件，则不构成担保。

2. 与名股实债的区分

“名股实债”是一种以股权出资为名、实为债权回报的投融资模式，常见于带回购或保底条款的融资场景。

该模式下，投资人以增资入股的方式投入目标公司，表面为公司股东，实质追求收回本金、取得固定收益，往往约定到期退出、返本付息。目前，最高法已在多个案件中认为“名股实债”属于债权投资，合法有效。

最高法民事审判第二庭观点指出：股权转让与担保通常有主合同和从合同，其核心是通过形式股权转让，实现对债权的担保，需存在真实的主债权关系，以及股权转让从属于该担保安排。名股实债多为单一合同，目的是获取固定回报，股权回购仅为投资退出机制，不体现担保属性。^②笔者据此结合裁判规则与实务经验，总结两者主要区别如下（见表 1）。

3. 与对赌协议的区别

对赌协议多见于 PE/VC 投资领域，投资人具有通过股权投资，成为目标公司股东、享受股权收益的真实意愿，但保留在投资目标公司经营发展未达预期时，要求目标公司以约定价格回购其股权，实现退出的权利，触发条件与公司经营状况直接挂钩。而股权转让与担保中，债权人并没有成为公司股东的投资意愿，仅为保障自身债权，回购的触发条件则是债务履行完毕，与公司经营发展无关。

笔者基于前述法律法规及司法裁判总结差异点如下（见表 2）。

表 1- 股权转让与担保与名股实债的区别

	股权转让与担保	名股实债
合同目的	担保债务的履行	投资获取收益
上位概念	担保	投资模式
回购条件	债务人依约清偿被担保债务	投资期限届满
回购价款	极低，仅为完成股权工商变更	回购价款等于本金 + 固定投资收益
收取资金一方未依约回购股权的后果	债权人变卖股权，就股权价款优先受偿	投资人诉请目标公司履行回购义务，通过其他增信措施（如不动产抵押）确保回购义务得到履行
盈利模式	不盈利	获得固定投资收益

表 2- 股权转让与担保与对赌协议的区别

	股权转让与担保	对赌协议
合同目的	担保债务的履行	投资公司
股权来源	受让股权	受让股权 / 增资扩股
上位概念	担保	投资模式
是否拥有对公司的管理权	一般不具有	一般约定投资方具有监督或参与公司管理的权利
回购条件 / 股东退出机制	必须回购	不必须回购
收取资金一方没有按照约定回购股权的后果	债权人对股权进行变价，就股权价款优先受偿	投资人诉请目标公司（和其他义务人）履行回购义务
盈利模式	不盈利	获得由公司经营产生的利润

②最高人民法院民事审判第二庭编：《最高人民法院民事审判第二庭法官会议纪要——追寻裁判背后的法理》，人民法院出版社 2018 年版，第 21-22 页。

4. 存在回购条款安排

回购条款是债务清偿后返还担保物的机制，为重要识别因素。如何明春案[（2021）最高法民申 7209 号]、滕波案[（2017）最高法民再 100 号]、奕之帆公司案[（2018）最高法民终 751 号]中，法院均以回购条款作为识别因素之一。值得注意的是，回购条款并非独立认定依据，需结合股东权利是否受限、是否享有完整股权等因素综合判断，可见于陈靖案[（2020）最高法商初 5 号]中法院的观点。

综上，法院在判断是否构成股权转让与担保时，并不拘泥于形式名称或登记外观，而是结合主债权关系、控制权归属、对价合理性及回购安排等要素，综合认定交易实质。实践中，市场主体应在合同设计与证据留存中精准回应上述四要素，降低担保效力被否定的风险。

三、股权转让与担保的外部效力识别

作为一种形式与实质分离的担保结构，股权转让与担保易使公司其他股东、善意第三人、公司债权人或申请执行人与担保人之间的权利产生冲突。笔者简要列出四类常见的牵涉第三方的情形，以供读者了解股权转让与担保的外部效力。

（一）担保人以担保为目的将股权“转让”给债权人，是否触发公司其他股东的优先购买权？

笔者认为，首先，根据《民法典》第 146 条规定，^③股权转让与担保名为转让，实为担保，在股权转让并非各方当事人真实意思表示的情况下，不发生股权转让效力，故不存在侵犯其他股东优先购权的问题。其次，担保权人作为名义股东不享有股东权利，故应当从交易实质出发，否定优先购买权的适用。在陈晨案[（2017）最高法民再 171 号]中，最高法明确指出，股权转让与担保未改变股权实际控制人，亦不影响公司治理结构与人合性基础，因而不触发其他股东的优先购买权。

（二）担保权人擅自处分股权，第三人是否可依据登记外观主张善意取得？

股权转让与担保结构下，担保人登记为股权所有人，进而有条件在未取得债务人（股权的实际所有人）同意的情况下，向第三人转让股权并占有股权转让款，此时

（二）股权转让与担保四大识别因素

最高法在田桂川案[（2019）最高法民申 6422 号]中指出：认定一个协议是股权转让与担保还是股权转让，不能仅看合同形式，而要探究当事人的真实意思表示。笔者以“股权转让与担保”为关键词，检索威科先行数据库中 12 篇最高法相关判例，梳理出四大识别因素：

1. 合同主从性

作为担保手段，股权转让与担保应当以主债权合同为基础设立。也即，一是存在债权债务关系；二是股权转让与债权债务关系存在因果关联。例如在潘祖义案[（2019）最高法民终 688 号]中，因潘祖义未能举证存在借款基础关系，法院否定了让与担保的成立。反之，在豫森公司案[(2018)最高法民终 856 号]中,陈世铭(出借人、债权人)与豫森公司(借款人、债务人)签订《借款协议》的同日，台豫投资中心受陈世铭委托与豫森公司全资子公司签订《增资扩股协议》，并支付出资款。基于各方出具的情况说明，该出资实为对豫森地产的借款。虽然前后两协议的主体不同，但两份合同具有关联性与对价基础，构成股权转让与担保。

2. 受让人股东权利受限

若股权受让人未实际参与公司管理、未享有完整股东权利（如决策、分红权），可推定“转让”不具有处分目的，而是担保安排。例如在滕波案[（2017）最高法民再 100 号]中，转让人虽名义退出，但仍对公司债务承担责任，被认定为股权转让担保。在陆玉梅案[（2020）最高法民申 4636 号]和泰丰公司案中，法院均通过分析受让人是否参与经营、决定管理事项等事实，判断其是否真正取得股东地位。

3. 股权转让对价异常

股权转让对价异常包括未约定股权转让价款、受让人逾期不支付股权转让价款、转让价远低于股权市场价值等。由于股权转让与担保的转让仅为形式上的转让，股权转让价款通常显著低于标的实际价值，由此反映不具真实转让股权的目的。永隆公司与银清龙公司案中，两公司均以 1 元的低价转让给第三方且无合理商业解释，法院认定该交易不具真实让渡意图，将其定性为股权转让与担保。

③《民法典》第一百四十六条：行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效。以虚假的意思表示隐藏的民事法律行为的效力，依照有关法律规定处理。

第三人构成善意取得？最高人民法院关于适用《中华人民共和国公司法》若干问题的规定（三）（以下简称《公司法解释三》）第 25 条规定，名义股东将登记于其名下的股权转让、质押或者以其他方式处分，实际出资人以其对于股权享有实际权利为由，请求认定处分股权行为无效的，人民法院可以参照《民法典》第 311 条的规定（善意取得条款）处理。

薛某案[（2023）最高法民申 2345 号]中，最高法认为担保权人在名义上为登记股东，若第三人满足支付合理对价、不知晓让与担保安排的条件，可认定为善意第三人，其受让行为有效，原担保人不得请求返还股权。

（三）若担保股权本身存在出资瑕疵、虚假出资或抽逃资金等问题，公司或公司债权人是否可对名义上的担保权人主张责任？

《担保制度解释》第 69 条规定，股东以将其股权转让至债权人名下的方式为债务履行提供担保，公司或者公司的债权人以股东未履行或者未全面履行出资义务、抽逃出资等为由，请求作为名义股东的债权人与股东承担连带责任的，人民法院不予支持。

但是《公司法解释三》第 26 条又规定：公司债权人以登记于公司登记机关的股东未履行出资义务为由，请求其对公司债务不能清偿的部分在未出资本息范围内承担补充赔偿责任，股东以其仅为名义股东而非实际出资人为由进行抗辩的，人民法院不予支持。该规定与《担保制度解释》第 69 条是否存在矛盾？

笔者认为，上述规定在逻辑上虽有张力，但可通过“特殊法优于一般法”的法律原则加以协调，《担保制度解释》中瑕疵出资责任人为“作为名义股东的债权人”，《公司法解释三》中瑕疵出资责任人为“名义股东”，“作为名义股东的债权人”是名义股东中的特殊主体，且《担保制度解释》是对担保制度的专门规定。对因担保设立而形成的名义持股，应优先适用担保制度解释，以免责为原则。

最高法官司伟、重庆市沙坪坝区人民法院法官陈法华在两人撰写的文章^④中评价如下：相较于为获取额

外利益配合股权代持的名义股东，债权人作为担保债权所选择让与担保是其为保护合法债权的做法，其利益应当比股权代持人的利益更值得保护，不应应对债权人施加过多的审查义务。所以尽管股权代持和让与担保具有类似的权利外观，担保权人无需对瑕疵出资承担法律责任。

（四）在强制执行程序中，债务人将股权形式上转让给担保权人，但仍控制该股权，除担保权人外的其他执行申请人能否请求对该股权予以强制执行？

从司法实践来看，执行环节仍然采取实质审查的标准，支持申请执行人穿透名义登记执行股权。在周飞案[（2019）最高法民终 337 号]中，最高法认为，尽管被执行人陶明并未登记为天迈公司的股东，但其股权转让行为本质是为了进行股权转让与担保，该法律关系已被另案确认，应当认为其仍然控制天迈投资公司的股权，故申请执行人周飞有权执行陶明所有的股权。

那么，案涉股权的担保权人对该股权的优先受偿权是否因此而丧失？笔者认为，股权转让与担保与抵押均具有优先受偿权，股权转让与担保的执行效力范围可参照《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》第 31 条，^⑤即股权被用作让与担保的，人民法院仍可予以执行处置，担保权人（债权人、名义股东）不得阻却对该财产的执行。但就股权拍卖、变卖所得价款，担保权人仍可以就该价款优先受偿，剩余款项用于清偿申请执行人的债权，以此保障担保权人的利益。

四、结语

股权转让与担保的核心在于通过形式上转让股权实现债权保障，债权人并不取得实质股东地位，而仅享有股权价值的优先受偿权，法院审查此类安排相关的纠纷、平衡涉他情形的外部效力冲突时，始终遵循形式服从实质、探究真实合意的原则。采用此类担保方式时，市场主体应注重交易结构的合规性与可识别性，合理安排合同条款与履行路径，在发挥股权融资效能的同时，防控潜在法律风险，确保担保目的实现与交易安全可持续性。

在合同纠纷的管辖权争夺中，协议管辖条款的效力认定与牵连管辖的适用边界始终是司法实践的难点。随着商事主体跨地域经营日益普遍，同一合同所引发的异地关联诉讼频发，如何平衡当事人意思自治与司法效率成为亟待解决的课题。本文以笔者代理的一组技术开发合同纠纷异地关联诉讼（下称“背景案件”）为切入点，结合类案裁判规则，系统阐释协议管辖条款效力与牵连管辖适用的实务处理路径，旨在为同类案件提供可资参考的程序攻防策略。

一、背景案件

（一）程序脉络

背景案件所涉技术开发合同的开发方与委托方，均基于案涉合同中“原告方所在地”管辖条款，分别在华南、华东两地法院针对对方提起诉讼。两宗异地关联诉讼的管辖权博弈，集中呈现了协议管辖与牵连管辖的冲突：

1. 华南案件：开发方（我方当事人）在华南某法院提起诉讼，主张追索开发费用。通过“线上立案+线下沟通”策略，该案在 24 小时内完成正式立案，取得“民

牵连管辖与协议管辖冲突的处理路径重构

基于双案博弈的实证考察

○罗四维* 北京卓纬（深圳）律师事务所

④司伟、陈法华：《股权转让与担保效力及内外部关系辨析——兼议〈民法典担保制度解释〉第 68 条、第 69 条》，载《法学论坛》2021 年第 4 期。
⑤《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》第 31 条：人民法院对被执行人所有的其他人享有抵押权、质押权或留置权的财产，可以采取查封、扣押措施。财产拍卖、变卖后所得价款，应当在抵押权人、质押权人或留置权人优先受偿后，其余数额部分用于清偿申请执行人的债权。

初” 案号，并在随后迅速完成排期与送达。

2. 华东案件：委托方（对方当事人）在先已向华东某法院提起诉讼，主张解除合同，但直至华南案件完成正式立案时，华东案件仍处于诉前调解阶段，仅取得“诉前调” 字号，未获正式受理。

（二）核心争点

背景案件中，由于当事人存在遭受 IPO 前诉讼狙击的疑虑，双方为最大限度争取“地利”，围绕以下核心争点展开充分交锋：

1. 协议管辖条款的效力边界：合同约定“提交原告方所在地法院诉讼解决”，但对方存在多址经营情形，是否构成约定不明？

2. 牵连管辖的适用条件：两案是否因“同一法律关系” 互为本反诉而需强制合并审理？

3. 程序进展差异的司法评价：当进度在先案件已取得进入实体审理等显著程序优势，能否阻却以视为“先立案”^①的后案为中心的牵连管辖适用？

二、规范竞合下的管辖冲突根源及其表现

（一）协议管辖优先性原则的规范表达

《民事诉讼法》第三十五条确立了尊重当事人意思自治的协议管辖优先原则。然而，实践中“原告所在地”“各方住所地”等模糊表述常导致协议管辖条款的效力认定及管辖确定成为争议焦点。对此，最高人民法院（下称“最高院”）在“湖北消金案”中指出，协议管辖需满足“可确定性”与“实际联系”双重标准。^②

（二）牵连管辖扩张适用的制度张力

《民事诉讼法》第一百四十三条、第三十七条及《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》（下称《民诉法解释》）第二百二十一条等共同

构成的，基于本反诉关系或同一事实建立牵连管辖并移送的规范体系，本质是一种司法权对当事人程序选择权的干预，应当保持谦抑。对此，海南高院在“海南三和案”中认为，两案虽源于同一事实且当事人相同，但诉讼地位与请求不同，故不属于同一案件，不应移送管辖，该观点随后获得最高院再审维持。^③

背景案件则充分凸显了牵连管辖适用标准的模糊性：一方面，是否能够基于“诉讼请求独立性”排除移送成为华南案件中的争议焦点，而华东案件中法院则明显回避对该问题的讨论，而仅以“诉前调” 字号的立案拟制效力主张其对背景案件管辖权。其根源在于，现行法未清晰界定反诉与另诉的界限，导致裁判立场显著分化。

1. 倾向“强制反诉”的裁判集群

最高院在早年审理的“安徽新泰案”中曾认为，对于有牵连关系的反诉，只要不违反专属管辖的规定，就应当与本诉合并审理。^④重庆五中院亦在《人民司法》登载案例“香河懋通案”中主张，符合反诉条件的后诉应强制移送合并审理。^⑤

值得注意的是，最高院民一庭近期编著出版的《最高人民法院新建设工程施工合同司法解释（一）理解与适用》，在解释“反诉与另行起诉的关系”时明确否定“强制反诉”，转而支持“另诉自由”。^⑥故前述倾向强制反诉的裁判，均存在过度扩张《民诉法解释》第二百三十三条的合并审理范围之虞，亦与最高院民一庭的最新理解存在显著偏差。

2. 支持“另诉自由”的裁判集群

法院系统随后通过最高院“江苏中苑案”、前述“海南三和案”及广东高院“江西实华案”等重点案例，逐步发展出“诉讼请求独立性”标准，即若两案诉讼请求不重合、不互为前提，应允许当事人另诉；是否另诉系

其对诉权的自行选择，应当予以尊重。^⑦此立场为背景案件中否定移送管辖提供了重要理据。

（三）价值冲突：权利处分自由 VS 司法效率

《民事诉讼法》第十三条“当事人的诉权处分自由”与同法第三十七条“法院的诉讼指挥权”存在天然的价值冲突。诉讼实操中通过抢先立案、财产保全等策略取得程序优势，实质上是对《民诉法解释》第三十六条“先立案不得移送”规则的战术性运用。当然，最高院亦在公报案例“招商银行案”中警示，程序策略不得异化为管辖权的恶意争夺。^⑧

与前述“强制反诉”与“另诉自由”两种截然相反的裁判立场不同，湖北高院在更早之前的典型案例“中银东湖案”中即展现出一种折衷主义路径，即强调应平衡适用诉讼经济原则。基于此，该案明确认定，反诉是不依赖本诉而存在的一个独立之诉，“可以”而非“必须”合并审理；若合并审理不能达到简化程序、节省时间和费用的目的，可以不合并审理。^⑨换言之，程序显著进展应阻却移送，即若后诉程序已显著领先，合并将浪费司法资源，法院则可裁量排除牵连管辖的适用。

在背景案件中，华南案件已排期的状态显著领先于华东案件的诉前调解状态，显然构成排除牵连管辖，至少是阻却由华南案件向华东移送的正当理由。

三、协议管辖条款效力的“动态实际联系”审查

（一）传统审查路径的局限性

《民事诉讼法》第三十五条要求协议管辖的连接点须“与争议有实际联系”，但既往司法实践对此多采取“静态形式审查”，即仅关注合同文本表述，忽视履行阶段连接点的动态变化。例如，在早年“王跃武与方方案”中，北京二中院机械认定“乙方所在地”因语义含糊无效，却未考察签约时乙方的实际经营状况。^⑩由于此类裁判思路导致协议管辖条款易沦为“纸面权利”，最高院在随后通过“乐视案”中的认定予以纠偏。^⑪

（二）“动态实际联系”标准的提出与适用

背景案件揭示出协议管辖效力认定的新思路：

1. 连接点时空动态性与实际联系的调和

应结合起诉时的客观状态判断协议管辖法院是否具有实际联系。以背景案件为例，案涉合同中“原告方所在地”指向存在多个经营场所的当事人时，应根据《民诉法解释》第三条审查“主要办事机构所在地”。对此，人民法院案例库入库案例（入库编号 2024-01-2-086-003）在裁判要旨中指出，若该地址在合同履行期间发生变更，应以合同签订时的地址作为认定基准。^⑫

2. 多址企业管辖法院的可确定性要求

若协议约定的管辖连接点可能指向多家法院（如注册地、经营地分立，或同一辖区存在多家法院），该条款则因缺乏确定性无效。例如，在“成都给米案”中，深圳福田法院即以“深圳市南山区存在两家基层法院”（注：南山法院及前海法院）为由对管辖协议效力予以否定。^⑬

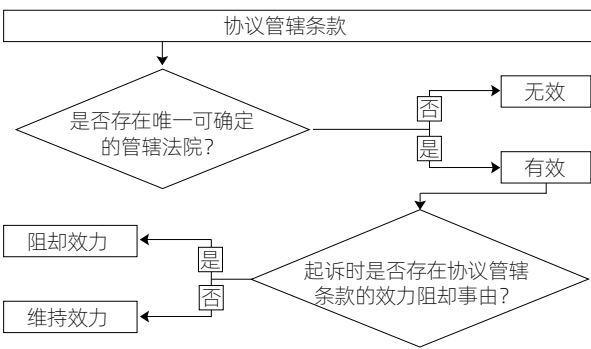


图 1：动态实际联系审查流程图

根据上述流程图（见图 1），运用“动态实际联系”标准判断协议管辖条款效力分为两步：首先，审查协议管辖条款是否指向唯一确定的法院，若存在多个可能解释则应认定无效；其次，在条款形式有效的前提下，进一步审查起诉时是否存在协议管辖条款的效力阻却事由。例如，若合同约定由原告住所地法院管辖，但被告在起诉时已被法院受理破产申请，则前述协议管辖条款

①《最高人民法院关于进一步完善委派调解机制的指导意见》（法发〔2020〕1 号）第五条“立案管辖”后段规定：涉及管辖权争议的，先立“诉前调” 字号的法院视为最先立案的人民法院。为免疑义，前述意见中“视为”的规定仅在管辖权争议中适用，对于诉前 / 诉中保全的阶段确定、审限计算、案件排期等其他方面中均不适用。

②参见最高人民法院（2023）最高法民辖 26 号民事裁定书。需注意的是，最高人民法院在（2019）最高法民辖终 53 号、（2018）最高法民辖终 309 号、（2018）最高法民辖终 198 号等早期案例中曾对“实际联系”标准表达不同观点，但近期裁判口径明显转向。

③参见海南省高级人民法院（2015）琼立一终字第 27 号民事裁定书、最高人民法院（2015）民申字第 881 号民事裁定书。

④参见最高人民法院（2015）民一终字第 282 号民事裁定书。

⑤参见付佃强、张娇东：《构成反诉的后诉应移送先诉法院》，载《人民司法》2021 年第 26 期，第 71-73 页；另见重庆市第五中级人民法院（2020）渝 05 民辖终 195 号民事裁定书。

⑥最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院新建设工程施工合同司法解释（一）理解与适用》，人民法院出版社 2021 年版，第 166 页。

⑦参见最高人民法院（2018）最高法民辖终 70 号民事裁定书；海南省高级人民法院（2015）琼立一终字第 27 号民事裁定书、最高人民法院（2015）民申字第 881 号民事裁定书；广东省高级人民法院（2020）粤民辖终 156 号民事裁定书。

⑧参见《最高人民法院公报》2016 年第 7 期，第 12-19 页；另见最高人民法院（2015）民二终字第 428 号民事裁定书。

⑨参见吴金水主编：《借款担保案件裁判要点与观点》，法律出版社 2016 年版。

⑩参见北京市第二中级人民法院（2015）二中民（商）终字第 5167 号民事裁定书。

⑪参见最高人民法院（2017）最高法民辖终 339 号民事裁定书。

⑫参见宁夏回族自治区高级人民法院（2023）宁民辖 35 号民事裁定书。

⑬参见广东省深圳市福田区人民法院（2022）粤 0304 民初 39308 号之一民事裁定书。

的效力将因《企业破产法》第二十一条“集中管辖”规定的适用而受到暂时阻却。

（三）司法实践的趋势转变

最高法院近年通过前述“湖北消金案”“汕头露露案”^⑭等典型案例，逐步确立了“动态实际联系”审查规则，呈现两大趋势：

1. 从文本主义到功能主义

协议管辖条款的解释及适用需考虑合同目的、交易习惯、争议实质等因素。如在“汕头露露案”中，最高院从股东代表诉讼中股东的“代位”实质出发，支持对于公司所订立协议管辖条款的适用。

2. 从属地优先到意思自治优先

只要当事人明确选择某一管辖连接点之一且不违反专属管辖，即应尊重其意思表示。该有效性解释立场在《全国法院涉外商事海事审判工作座谈会会议纪要》中亦有体现。

四、牵连管辖适用的“三阶分析法”模型建构

为缓解前述协议管辖与牵连管辖的规范冲突与裁判规则碎片化的问题，本文尝试构建“规范解释—事实识别—价值衡平”的递进式分析方式，将抽象法律规则转化为具体可操作适用模型。

（一）第一阶段：法律关系同一性检验

通过绘制“诉讼标的请求权树状图”（示例见图 2），可辅助识别两案是否基于同一基础法律关系。

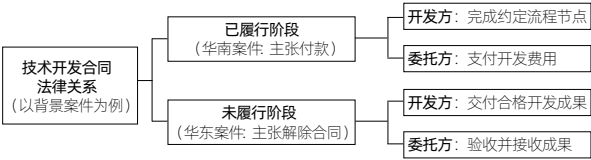


图 2：背景案件技术开发合同请求权树状图

上述树状图（图 2）以背景案件中的技术开发合同为例，分解出已履行阶段与未履行阶段两条分支，其中华南案件中原告所主张的付款请求权源于合同已履行阶

段中对于开发流程节点的完成，属给付之诉；而华东案件中原告所主张的合同解除权源于（预期）根本违约，属形成之诉。两案分属不同请求权分支，既不构成《民诉法解释》第二百三十三条的“同一法律关系”，亦无“诉讼请求因果关系”，故不符合合并审理要件。

（二）第二阶段：程序优势指数评估

在管辖权争夺日趋激烈的背景下，引入程序优势指数评估等量化评估模型辅助决策具有双重必要性：

1. 实务策略校准：为当事人及律师预判争议走向、校准策略提供依据，避免被认定为“恶意管辖争夺”。
2. 司法裁量补强：为法庭适用“诉讼经济原则”提供客观标尺，通过指数化呈现程序进度差异，推动管辖争议解决从“经验判断”迈向“数据驱动”。

程序优势指数评估模型^⑮基于民事诉讼程序效率原则及相关司法政策^⑯设计，包括 5 项核心指标，每项指标按权重计算得分（见表 1）：

表 1：程序优势指数评估模型说明

核心指标	计算方式
立案时间差 ^⑰	先立案案件得满分，每滞后 1 天扣 1 分。
送达完成度	全部送达得满分，部分送达按比例折算。
开庭排期进度	已排期开庭得满分，未排期但完成答辩得 15 分，未答辩得 5 分。
证据共通性	证据完全共通得满分，部分共通得 8 分，无共通得 0 分。
既判力辐射范围	本案结果直接影响另案核心争议得满分。

表 2：背景案件程序优势指数评估模型

评估指标	权重	华南案件得分	华东案件得分
立案时间差（天）	30%	30（先立案）	0
送达完成度	20%	20（全部送达）	10（部分送达）
开庭排期进度	25%	25（已排期）	5（未排期）
证据共通性	15%	8（部分共通）	8（部分共通）
既判力辐射范围	10%	5（部分影响）	5（部分影响）
总分	100%	88	28

根据上述评估模型，代入背景案件数据后可得（见表 2）：华南案件得分 88 分，华东案件得分 28 分，两

案指数差为 60 分。

进一步根据司法损耗率计算公式计算可得：损耗率=(华南指数-华东指数)/华南指数*100%+α= 66/88*100%≈ 68.2%+α^⑱，在扣除重复证据审查等节省部分后，实际损耗率修正为 42.7%，远超合理阈值（通常以 30%为限），能够得出华南案件程序显著领先的明确结论。

（三）第三阶：价值衡平与规则选择

1. 程序自治优先

当根据程序优势指数评估模型计算出的司法损耗率显著高于合理阈值时，应优先保障进度在先案件的程序利益。最高院在前述“招商银行案”中明确，程序策略的正当性审查不属于管辖权异议范畴。

2. 禁止权利滥用之例外

若当事人通过明显不当手段恶意制造程序优势，法院可援引《民事诉讼法》第十三条诚信原则否定其策略正当性。例如，在“潘某华案”中，最高院第三巡回法庭即认定“通过虚高标的额以抬高审级构成滥用诉权”。^⑲

五、实务启示与程序攻防策略

在分析的基础上如何采取更为具象的诉讼策略，是在处理异地关联诉讼管辖权争夺时的关键。结合背景案件当中的程序博弈经验，本文提炼出如下建议：

（一）管辖权异议的“双向阻击”

1. 主动出击

主动于对方案件的管辖法院提起管辖权异议，利用法定审查期合理延缓程序进度。例如，在背景案件的处理中，笔者协助当事人在华东案件正式受理后立即提出异议，为整体管辖权争夺制造了有利环境。

2. 论据联动

提交在先案例（如“江苏中苑案”等），并可通过

表 3：类案裁判要旨对比表（示例）

案例名称	案号	裁判立场	关键理由
江苏中苑案	(2018) 最高法民辖终 70 号	支持独立另诉	诉讼请求不重合
安徽新泰案	(2015) 民一终字第 282 号	倾向强制反诉	基于牵连关系
中银东湖案	(2007) 鄂民二终字第 183 号	程序经济优先	合并审理繁化程序

^⑱ α 为重复证据审查的节省系数（通常取 -25%，需根据个案情况调整）。

^⑲ 参见人民法院出版社编：《最高人民法院司法观点集成（2017～2020 年增补本）民事诉讼卷》，人民法院出版社 2020 年版；另见最高人民法院第三巡回法庭（2017）最高法民辖终 120 号民事裁定书。

^⑳ See Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast), Article 30.

制作《类案裁判要旨对比表》（见表 3）或《类案检索报告》，直观呈现有利于司法观点演进情况，阻断对方“强制反诉”的主张。

（二）中止审理条款的“易守为攻”

若进度在先案件取得阶段性胜诉，可进一步根据《民事诉讼法》第一百五十三条第五款之规定，以“后案需以前案结果为依据”为由，申请中止后案审理，从而巩固程序优势。但需注意，中止申请需同时满足两项核心要件：

1. 结果依赖性：后案争议解决必须以前案事实认定为前提；
2. 程序正当性：前案已进入实体审理阶段，以避免滥用中止条款。

（三）诉讼可视化及数据化管理

1. 时间轴对比图：通过可视化图表清晰呈现两案关键程序节点（如立案、送达、排期）的时间差异，使“程序优势”一目了然。

2. 程序优势指数评估：将评估模型的结果以数据化形式向法庭呈现，通过客观指数对比，有力论证“程序经济优先”的立场，说服法庭支持无需强制移送的裁判观点。

六、余论：基于路径重构的规则续造

牵连管辖与协议管辖的冲突处理，本质是司法权对意思自治的谦抑性干预。体系化适用“三阶分析法”，有助于预判管辖争议走向，评估程序选择合理性，在保障诉权的同时遏制权利滥用。

现行《民诉法解释》第二百三十三条对于反诉与另诉界限的模糊，导致司法实践出现严重分歧。为此，本文建议司法解释在修订时可考虑增设但书条款：“当事人选择另行起诉的，人民法院不得以符合反诉条件为由移送案件。”同时，可借鉴欧盟《布鲁塞尔条例 I》“先受理法院优先”原则^㉑作规定：“当两案涉及相同当事人及法律关系时，后受理法院可以中止审理，除非先受理法院程序存在显著不合理迟延”。在此基础上，程序优势量化评估则可作为辅助各方判断是否存在该等不合理迟延的重要法经济学工具。



浅析 内地人在香港取得保释 的现实困境

○莫丽冰* 广东知恒（前海）律师事务所 / 香港知恒律师事务所

维多利亚港的潮水昼夜拍打着香江堤岸，浪涛声里裹挟着两种法律文明的回响。香港保释制度以普通法为基石，崇尚“保释是原则，羁押是例外”的司法精神；内地取保候审则以大陆法系为框架，强调“羁押是常态，取保是例外”的秩序逻辑。当两种法治理念在港岛交融，内地人往往成为法治光谱中的“异乡人”——他们既要在普通法庭上自证“无罪推定”的正当性，又需跨越文化藩篱消弭司法偏见，更须直面华人出海时代下法治与人权的辩证困局。

在代理内地人在香港的刑事案件，为内地人提供适用中国法律服务的过程中，笔者目睹了两地法域对内地人诉讼权利的不同影响，看见了在香港被控犯罪的内地人及家属的种种不易。根据办案经验，本文从内地的取保候审制度和香港的保释制度的差异入手，剖析内地人在香港取得保释的现实困境。

一、相对于内地，香港保释需要根据案情向法院提供香港住址、高额的保释金，还要香港人做担保人

根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第六十七条，

对于认罪认罚的案件，犯罪嫌疑人也可以取得取保候审的结果，主要考虑取保候审是否对社会具有危险性，对于三年以下的轻罪案件、采取取保候审不致发生社会危险性的，以及已经赔偿被害人获得谅解的犯罪嫌疑人，则符合取保候审的基本条件。对于不认罪认罚的案件，司法机关则须考虑无罪辩护论点是否能够成立，再考虑无罪释放或取保候审。从公安机关、检察院及法院，都有权力对被告人变更羁押措施，变更为取保候审。在办案机关决定对被告人取保候审时，一般可以选择担保人担保或者现金担保，现金担保一般是 1000-5000 元。内地不管是什么罪行，刑事诉讼法并不赞同被告人向法院提交高额的担保金以换取人身自由。

根据香港的《刑事诉讼程序条例》，法院需要确保被控人^①不会潜逃，会按时归押，随传随到。因此，法院在考虑是否对内地被控人决定保释的时候，会考虑被控人跟香港有没有联系，比如是否在香港有稳定的居所，在香港是否有家人同住？是否有香港人愿意给被控人做担保？根据案件的涉案金额，会要求被控人提供恰当比例的保释金，比如 200 万洗黑钱的案件，有可能要求提

供 20 万 -50 万的保释金。因为内地人往往跟香港的关联程度低，所以一般需要同时提供香港人担保和现金担保。在香港，被控人向法院交纳千万保释金、百万保释金的情况，并不罕见。

法庭可施加的条件包括：（1）将法庭规定的合理款项存放于法院，目的为确保被告人按照法庭的指定归押；（2）规定担保人做出保释担保，目的为确保被告人按照法庭的指定归押；（3）须向法庭交出旅游证件；（4）不得离开香港；（5）须向法庭指定的警署或廉政公署办事处报到；（6）不得进入法庭所指明的地方或处所，或者所指明的地方或处所某一距离的范围内；（7）不得直接或间接与法庭所指明的人士接触。^②

二、相对于内地，自愿认罪认罚的被控人，保释的可能性更低

根据《中华人民共和国刑事诉讼法》，对于轻罪案件，犯罪嫌疑人自愿认罪认罚的，具有取保候审的可能性。甚至是有些办案机关，要求犯罪嫌疑人签署《悔过书》《自愿认罪认罚承诺书》或《认罪认罚具结书》，在判断了犯罪嫌疑人具有认罪悔罪的真实意愿之后，才会对其变更强制措施为取保候审。

在香港涉嫌犯罪的内地人，由于对香港司法制度的不熟悉，在被警方抓获的时候，也是处于语言不通的境况，在恐慌之下，不知道怎么保障自己的诉讼权利，部分人会在首次口供中选择认罪认罚以求获得较轻量刑。但是，内地人先选择认罪认罚再选择翻供的话，保释可能性非常低。内地人还没完全理解自己在香港可以使用沉默权，可以等待自己的律师到场后，再跟警署做笔录。由于两地法域差异，内地人还没明白自己所涉嫌的罪行的相关规定，过早认罪会影响到自己的诉讼权利，会影响到申请保释的成功率。面对需要判处监禁刑的罪行，主动认罪认罚的被控人，其实已没有太大必要向法院申请保释了。

三、相对于内地，香港保释程序固定、时间紧迫和禁止被控人重复申请

根据《中华人民共和国刑事诉讼法》和《人民检

察院公安机关羁押必要性审查、评估工作规定》，给犯罪嫌疑人争取取保候审的良机发生在黄金救援期 7 天或 37 天，案件移送审查起诉后提起羁押必要性变更以及有新证据导致案情发生变化的刑事诉讼全流程。虽然内地以羁押为原则，取保候审为例外，但是法律并没有禁止犯罪嫌疑人或被告人重复提出取保候审的申请，只是申请不一定会得到回应。

根据香港的《刑事诉讼程序条例》，保释程序有固定流程：第一，警署阶段保释，被捕人可向值班警官申请“警署保释”，若被拒须在 48 小时内送交法庭。第二，被捕人在 48 小时内在裁判法院参加首次聆讯，由被捕人向法官提出申请保释的理由。第三，如果 48 小时内的保释申请被拒，被控人在裁判法院还可以再次申请保释，被控人需提出新的理由申请保释。第四，裁判法院的两次申请保释的机会均被拒绝后，被控人可向高等法院原讼庭申请复核，高等法院开展关于保释复核程序的聆讯。第五，裁判法院或高等法院拒绝保释后，被控人拘押中在后续每次法庭聆讯^③中均可提出申请保释，但是法官无需再次聆听重复的事实或法律上的论点。流程一到四是申请保释及复核保释程序，大概是一个月的时间。倘若被拒保释，后续再争取保释，需要启动提供新的事实和法律依据的救济程序。

简言之，除了香港警署第一时间对被控人做出是否保释决定的案件以外，警署会在 48 小时之内将被控人提堂到法庭，由法庭决定是否对被控人做出保释。往往这 48 小时内，内地人还没有找到律师，也没有成功通知家属帮忙，家属也不知道 48 小时内马上要进行法庭聆讯了。在首次聆讯被拒保释后，裁判法院会给予被控人一定期限的提讯权利，这个期限往往时间很短，让被控人有一周至两周左右的时间去准备符合保释条件的材料。所以，一般在裁判法院会有两次机会争取保释，然后就可以复核到高等法院申请保释。如果高等法院作出不批准保释的决定，那么被控人就要遵守“禁止重复申请”的原则。

香港的保释制度植根于普通法传统，以“保释是原则，羁押是例外”为核心的司法理念，强调对人身自由

* 莫丽冰，广东知恒（前海）律师事务所律师，香港知恒律师事务所注册外地律师，专注研究跨境刑事法律，主理个人公众号“大莫刑律”。
①被控人，根据香港《刑事诉讼程序条例》，在保释程序中被指控犯罪的人称为“被控人”，相当于《中华人民共和国刑事诉讼法》中的犯罪嫌疑人。

的优先保护。其制度设计既体现程序正义的严谨性，又彰显对个体权利的尊重。但是对于内地人来说，确实是难以适应，在语言不通、法例不熟悉、社会资源也不熟悉的香港，在 48 小时之内、在一个星期之内甚至是一个月之内就找到专业的刑辩律师为被告人成功促成符合保释的条件，并且保释申请还能得到法官的支持，重获人身自由，难度系数非常高。

四、在香港被控犯罪的内地人，可选择中国律师提供法律服务，优化香港律师的申请保释工作

在内地，在警方调查取证的侦查阶段，律师没有任何的阅卷权，既看不到公安机关向检察院提交的《提请批准逮捕书》，也看不到《鉴定报告》，更看不到犯罪嫌疑人笔录等等证据，可以说是任何指控犯罪嫌疑人犯罪的证据材料都看不到。辩护律师在向检察院提出《不批准逮捕的法律意见书》时，手里并没有任何卷宗材料，只是依据犯罪嫌疑人的辩解以及家属提供的一些资料提供辩护服务。

在香港的保释程序中，被告人聘请律师申请保释，可以申请调取控方证据，有利于提高保释的概率。

在香港，警方对被告人拘捕后，香港律师可以向律政司申请调取控方文件和证据，可以调取到控罪书^④（Charge Sheet）和口供纸（Statement of Witness）。在申请保释的程序中，香港大律师在法庭聆讯之前向法院和律政司提交《书面陈词》，而律政司在收到《书面陈词》后也可以在法庭聆讯之前做出书面回应。在香港这个法律程序中，特别需要注意，香港大律师出庭必须由律师陪同，律师提供材料，大律师在庭上发言、辩论，大律师不能主动收集或选择案件材料。所以，帮助被控犯罪的内地人符合香港保释程序的条件的材料，是来源于中国律师^⑤和香港事务律师的共同收集完成的，这里涉及跨境律师的法律服务协作程序。由于内地人的社会关系、财产关系等等基本上都在内地，因此对于如何搜集内地人用于申请香港保释的材料，需要由中国律师指导固定证据、收集证据和发表法律

意见。

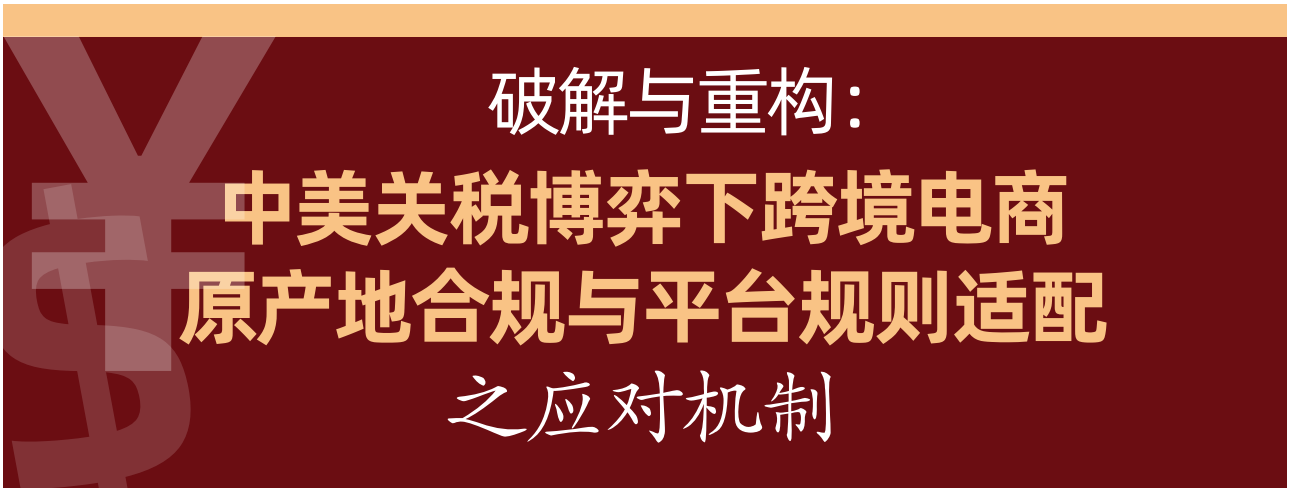
在法庭保释聆讯程序中，控辩双方可就保释条件展开辩论，法官需评估被告潜逃风险、证据强度及社会危害性。语言不通也成为内地人家属理解案情和聆讯过程的一大困难。在聆讯中，法庭会给被告人提供粤语翻译，翻译员往往会站在被告人旁边，一对一给他翻译。但是法庭并没有配备高音量的扬声器设备给在场的被告人家属提供翻译。比如，在长达两三个小时的聆讯程序中，被告人家属无法清晰了解聆讯过程，不知道检控官发表了什么检控意见，也不知道大律师发表了什么辩护意见，更不知道法官的意见。由于法庭纪律禁止录音录像，家属也无法使用翻译软件或设备，否则即触犯香港法例。由于语言障碍，一定程度上会影响家属对被告人提供的帮助，特别是着急促成保释条件的被告人，如果语言不通，难以在法庭上临场发挥，及时救场。法官在法庭聆讯程序中，当场做出准许保释或者不准许保释的决定，跟内地开完庭之后法官还有很长的考虑时间不一样，申请保释的律师团队压力非常大，如果因为语言不通耽误法庭聆讯的效果，败诉的风险明显上升。

一场尽善尽美的针对内地人被控犯罪的保释程序的辩护工作，离不开家属的信任，离不开中国律师与香港事务律师、香港大律师的完美配合。

五、结语

综上所述，世上没有最完美的制度，只有契合地方发展所需的制度。对于香港人来说几近完美的保释制度，对于内地人来说可能难以适应。内地人在香港获得保释之后，也不能离开香港，要交出所有旅游证件，并且按照法庭要求，每周起码有一天要去警署定时报到，还有可能每天要到警署报到。而在内地犯罪的内地人获得取保候审后，基本上是自由的，只要做到随传随到不要失联就可以了，不需要每周、每月定时定点去公安局报到。通常情况下，只有人去适应制度，而不是制度去适应人。

④控罪书（Charge Sheet），是香港记录正式控罪内容的核心法律文件，明确列出被告涉嫌的罪名、法律依据及案件基本信息，用于提交法庭启动司法程序。根据《警察通例》第 45 章“控罪书与法庭程序”，控罪书的制作需严格遵循法律规范，确保指控内容清晰准确。控罪书会送达给被告人，保障被告人的知情权。
⑤本文中的“中国律师”，特指持有中国律师执业证的律师，同时持有香港注册外地律师证的律师，是双证律师。



薛闯 * 王琳琳 * 北京市道可特（深圳）律师事务所

一、从政策暂停到规则重构

2025 年 5 月 12 日，中美双方在日内瓦就此前持续一年多的对等加征关税政策达成“暂停部分关税 90 天”及“永久取消 91% 产品关税”的阶段性协议，引发国际舆论高度关注。^①根据此次协议内容，美国取消了 2023 年 5 月以来新增的大部分涉华商品惩罚性关税，仅对部分关键技术产品保留 10% 税率，并对剩余 24% 的征税项目予以 90 天暂缓处理。这项变化不仅对制造业出口企业构成结构性利好，也为处于中美关税夹缝中的跨境电商各平台卖家带来了新的战略窗口期。

虽然本轮政策调整为跨境电商释放了短期“降税窗口”，但该“90 天暂停期”本质上仍属政策试验性缓冲机制，带有较强的不确定性。8 月 12 日暂停期结束后，美国虽然未直接恢复 34% 对等关税叠加芬太尼税（20%）及 301 条款（75%），但情况仍然不容乐观。^②更严峻的是，美国法院虽于 5 月 28 日叫停特朗普政府越权关税，但最高法院上诉结果未定，政策反复性加剧。^③在中美贸易政策频繁波动的大背景下，跨境电商面临的不仅是宏观税收环境的变化，还包括原产地申报标准的严格化、平台交易规则的动态升级以及合规成本的持续攀升等多重压

力。尤其在关税调整节点，如何确保商品原产地声明的真实性与合规性，已成为平台审核与海关监管的重点方向。与此同时，随着亚马逊、Temu、Shein 等平台不断加码“原产地+平台履约”审核机制，电商主体亟需在短期内完成“规则适配”与“经营模式重塑”的双重转型。^④

在“关税暂停”政策背景下，跨境电商企业亟须解决两大核心议题：一是原产地规则的适应性重构，二是平台运营与合规机制的同步升级。本文结合政策解读与典型案例，系统阐释电商企业在短暂政策窗口期内，如何通过产地策略、供应链布局与平台机制的协同，对冲关税政策的突变风险；同时，针对中小企业的现实约束，提出兼顾成本、合规与效率的可行路径，助力其在不确定环境中实现风险可控与可持续增长。

二、原产地规则适配：法律冲突与企业破局路径

在国际贸易中，“原产地”（country of origin）是决定适用关税税率、进口配额及贸易壁垒的关键要素。根据《原产地规则协定》（WTO Rules of Origin Agreement），出口国必须依据实质性转化标准（substantial transformation）来界定产品是否具有本

* 薛闯，北京市道可特（深圳）律师事务所执业律师，广东省湖北商会青年委员会会员、秘书长助理，专业领域为刑民交叉诉讼、跨境知识产权保护、海关监管与国际贸易合规等。
* 王琳琳，北京市道可特（深圳）律师事务所律师助理。
①《中美日内瓦经贸会谈联合声明》，载新华社，发布时间 2025 年 5 月 12 日。
②《关税卷土重来？留给跨境卖家的时间只剩一周！》，载微信公众号“联仓供应链”，发布时间 2025 年 7 月 11 日。
③ The Orono, 18 F.Cas.830,830-31(C.C.D.Mass.1812)(No. 10,585)
④金思宇：《全球供应链重构与中国外贸韧性，基于中美关税博弈与中间品优势的实证研究》，载网易号“泰安战略”，发布时间 2025 年 6 月 2 日。

国产地身份。^⑤美国海关与边境保护局（CBP）在其贸易合规指南中进一步规定，对于经第三国中转的货物，须提供完整的原材料溯源、生产工艺说明以及实际装配地点证明。^⑥2025 年以来，越南转口纺织品因“装配工序不足”被 CBP 加征 32-49% 的附加关税，原产地认定精准化，成为“实质性转变”趋严的最新注脚。^⑦

与此同时，美国财政部的豁免清单呈现明显的产业偏向，半导体等高科技产品获关税豁免，但需满足“美国成分≥ 20%”的标准。^⑧这一规则迫使全球供应链快速重组，非豁免品类则面临更严格的原产地审查。在跨境电商日益繁荣的背景下，各大跨境电商平台上，原产地合规已从“后台文书”升级为“前台生死线”。亚马逊要求卖家在 Listing 阶段即上传出口报关单、产地声明或第三方检测报告；而 Temu 与 SHEIN 上线“平台抽检+AI 识别产地偏差”双机制，系统可在 72 小时内比对报关单、物流轨迹与实物标签，一旦发现申报不实，商品立即下架，店铺面临封号及后续行政处罚。^⑨

简言之，原产地不再只是“Made in”标签，而是一张需要实时更新的“供应链身份证”。企业唯有将可追溯系统、工序本地化与 AI 合规工具嵌入运营流程，才能在关税风暴中稳站风口。

（一）中美原产地认定标准的分歧与风险

美国海关（CBP）与商务部（DOC）分别依据《1930

年关税法》第 780 节及司法判例形成的“最终实质性转变”测试，与中国海关总署以 HS 编码前 6 位变更为核心的判定标准，正在形成一条日益尖锐的“制度裂缝”。^⑩任何忽视这条裂缝的企业，都可能成为下一则“虚假原产地”处罚公告的主角。（见下表）

关税暂停只是“高关税风暴”的短暂停歇，却把跨境电商推入“合规深水区”。一方面，为避免高税负倾向于通过东南亚、香港等中转地“再包装、改标”后申报非中国原产地，然而一旦发现“重新包装”即锁定为转运逃税，面临追缴关税并按货值三倍罚款；^⑪另一方面，即使把部分组装线外迁至墨西哥或越南，也不必然安全，将面临平台审核升级与海关调查同步加压的风险。2025 年越南关税协议将“中国成分”视为零容忍触发点：一块中国芯片或一条中国拉链，就可能导致整批货被认定为“中国原产”而加税 40%。^⑫由此可见，跨境电商在应对原产地申报制度时，面临三方面挑战：其一，制度适用标准差异较大。WTO 规则、美国《贸易法》第 301 条与平台审核标准之间存在交叉与模糊空间，令商家难以形成稳定认知。其二，合规成本持续升高。对于中小商家而言，建立完整溯源体系所需投入往往超过其利润边界。其三，数据可验证性不足。部分商品即便完成实质转化，但由于缺乏系统化记录或外部验证机制，难以说服平台或通关审核系统。^⑬

维度	中国（非优惠）	美国（非优惠）	对跨境电商的业务影响
法律渊源	《进出口货物原产地条例》+2024 年修订规定 ^⑭	《1930 关税法》与《联邦条例》相关章节（CBP/NBER 规则）	需同步满足两套规则
实质标准	HS 前 4 位税号变更为主；辅以≥ 30% 增值或特定工序	“名称 - 特性 - 用途”三要素 + 个案综合评估	同一批货可能出现“双重国籍”风险
执法机构	海关总署为主，实施一窗通关	CBP（通关）+ DOC（反倾销 / 反补贴）	DOC 可推翻 CBP 结论，补缴 + 罚金
量化指标	RVC ≥ 30% 或列入《工序清单》	无固定百分比，综合评估增值、投资、技术参数等	简单组装、贴牌、换箱不再安全

⑤ <https://www.wcoomd.org/-/media/wco/public/global/pdf/topics/origin/overview/origin-handbook/rules-of-origin-handbook.pdf>

⑥ <https://rulings.cbp.gov/search?term=H215657&collection=ALL&sortBy=RELEVANCE&page=30&page=1>

⑦ 金杜研究院：《美国海关原产地认定规则及中国企业出口合规实践》，载天津商务局网，2025 年 5 月 9 日发布。

⑧ 吕越，张伊华，何梦雅：《美国对等关税政策对我国贸易的影响及应对策略》，载《商业经济与管理》2025 年第 5 期。

⑨ 郭佳怡：《“迷雾”中的跨境电商：Temu 和 SHEIN 被迫走出舒适区》，载腾讯网，发布时间：2025 年 2 月 11 日。

⑩ 郭玉兰，潘佳：《中美关税战下跨境供应链原产地合规思路（上篇）：中美原产地判定标准差异解析》，载微信公众号“威科先行”，发布时间：2025 年 6 月 29 日。

⑪ 海关总署：《关于非优惠原产地规则中实质性改变标准的规定》（2024 年修改）。

⑫ 全朝晖，全志睿：《全球贸易冲突下，出海企业须知的风险与应对》，载《商法》2024 年 4 月刊。

⑬ Dan Harris, Tariff Deal Targets China’s Shadow Supply Chains, Published by July 2, 2025, <https://harris-sliwoski.com/zh/chinalawblog/trumps-h-u-g-e-vietnam-tariff-deal-targets-chinas-shadow-supply-chains>

⑭ 《关税风暴下的美国商家》，载《新京报》，发布时间：2025 年 4 月 20 日。

的司法路径，向美国国际贸易法院（CIT）提起行政复议，争取以“组装地优先”原则逆转不利裁定。^⑮

通过前置合规、链式溯源与法律备份，企业可将 90 天的政策过渡期转化为 900 天的稳态经营期，从“合规规划”中构筑企业可持续发展的坚实壁垒。

三、平台规则进化：从价格到内容运营

随着 2025 年全球监管环境趋严，我国与美国平台治理迅速升级。美国全面推进卖家身份验证和责任追溯；中国同步强调境内外主体同责。^⑯国务院于 2025 年 6 月 23 日发布了《互联网平台企业涉税信息报送规定》，仅三天后，税务总局于 6 月 26 日发布配套公告，对平台企业涉税信息报送机制作出详细规范。^⑰

在这一背景下，平台合规机制由过去的“事后补救”转变为涵盖“入驻审核—商品上架—履约发货”的全链条前置治理体系。这一转型既是平台治理责任的制度升级，也是对跨境商家的合规能力提出实战考验。为实现持续运营并抢占政策红利期，跨境商家必须构建一张能够“落地、复制、升级”的合规治理蓝图。一方面，通过制度设计实现全流程管控，另一方面，技术也是不可或缺的支撑。更重要的是，该合规蓝图必须与原产地双轨路径协同使用，如此，跨境商家即可在平台治理与原产地规则之间搭建“规则桥梁”，由被动应对迈向主动破局。（见下表）

（二）企业适配策略的双轨破局路径

“关税暂停”只是时间上的喘息，更具决定性意义的，是美国海关（CBP）与中国商务部在原产地认定上的“双重制度”体系。为避免“前期合规、后期补税”的高风险局面，企业可建立“双轨合规”模型，在 90 天内完成从“被动申报”到“主动预裁定”的跃迁。

第一步，预裁定先行。企业可同步向 CBP 提交电子裁定申请（eRuling），并向中国商务部申报出口范围裁定。通过比对双方裁定，企业可按“最严标准”设计生产路径，从源头规避因原产地认定差异而引发的追溯和补税。^⑱

第二步，工序前移与数据上链。将“实质性转变”环节（如 SMT 贴片、热处理工艺）外包至越南或墨西哥，在当地完成高附加值节点，满足美方“投资 + 加工增值”判定要求。同时接入区块链存证系统（如蚂蚁链 IoT），实时记录生产时间、设备参数与人员工序，构建可验证的原产地数据链条。^⑲

第三步，小单快反与协定叠加。企业可利用 RCEP、USMCA 等原产地累积规则，将高价值零部件从区域成员国调配采购，^⑳使单笔订单便可触发“40% 以上区域增值”门槛，在满足零关税要求的同时有效降低 DOC（美国商务部）反规避调查风险。

第四步，法律预案准备。若遭遇 DOC 复审，企业可在 45 天内提交第三方合规审计报告、用工合同与本地化运营材料；必要时借鉴 2022 年 Canadian Solar 案

平台	原产地 / 税务披露要求	知识产权合规机制	商品信息 / 禁限售治理
亚马逊	强制 "Country of Origin (COO)" 字段	Brand Registry + Transparency 防伪认证机制	禁止虚假产地、功能夸大
Temu	确实强调保税仓发货标签，并需上传 CE、RoHS 等合规报告	启用 AI 抽检 + 图像识别以打击假货，对应 CE/RoHS 安全检测	应注明强化产品检测机制
阿里巴巴国际站	加入 RCEP 原产地证书在线核验系统	使用 AI 多模图像识别技术进行侵权辨识（知识产权科技大脑）	禁止刷单炒信、留联系方式等行为
eBay	商品与描述不符罚分机制	VeRO 计划：版权 / 商标在线举报	禁止虚假描述、隐藏缺陷
速卖通 AliExpress	商品信息质量积分制	智能算法识别侵权商品	禁止发布非约定商品、留联系方式
Shopee	每周商品审核更新假货规则	侵权商品下架、冻结账户	禁止虚假本地店铺
TikTok Shop	真实、准确、全面发布商品信息	图像指纹与隐形水印技术防篡改	禁止误导性宣传、数据造假

⑮ 周勇，王进，李若奇：《应对美国关税政策新常态的贸易合规——美国原产地规则及 CBP 与商务部的规则比较》，载《君合法评》，发布时间：2025 年 6 月 3 日。

⑯ 《原产地规则实务 | 实用指南（四）——美国贸易中企业如何应对美国海关和商务部原产地认定分歧》，载东莞市贸促会，发布时间：2025 年 6 月 19 日。

⑰ 浩天律师事务所：《明确集成电路产品原产地认定规则的法律逻辑和影响》，发布时间：2025 年 4 月 28 日。

⑱ Canadian Solar, Inc. v United States, No. 21-1434 (Fed. Cir. 2022)

⑲ 《2025 年国际跨境电商平台合规要求解读》，发布时间：2025 年 7 月 16 日。

⑳ 国家税务总局：《国家税务总局关于互联网平台企业报送涉税信息有关事项的公告》，国家税务总局公告 2025 年第 15 号，发布时间：2025 年 06 月 26 日。

四、跨境卖家平台规则适配破局之道

（一）前置合规：入驻审核与数据合规

跨境电商平台在商家准入阶段已开始严控合规门槛，要求商家提交完整的身份信息（身份认证、营业执照、税号等），并核验敏感类目资质，如医药、化妆品（CE/FDA）证书等。^②因此，商家应当对主体资格、商品资质以及数据合规等方面提前进行审查，以满足入驻要求，并可使用 ERP 系统或平台对接的合规模块，实现原产地报告、HS 编码、税号等信息格式自动校验，以减少因不规范申报引发的平台处罚或行政处罚而产生的潜在风险。^②同时，在数据合规方面，欧盟 GDPR、加州 CPRA、巴西 LGPD 等法规要求极高，商家需在主要销售市场搭建数据主权架构，将客户数据分区域存储并加密传输；借助平台系统中集成的跨境数据授权检测模块，实时监控数据跨境权限合规状况，有效规避数据泄露与违规使用风险。^③

（二）履约闭环：发货监控与税务扣缴

亚马逊、eBay 等平台已广泛接入 SST、VAT 等税收体系，并在结算环节代扣代缴税费。在发货前必须确保所属国家或地区绑定正确税号与发票信息，并对平台的税费扣缴状态进行监控，确保所有交易与实际税务一致。^④海外仓模式已逐渐成为平台流量推荐条件之一，部分平台明确要求海外仓履约比例达标，才能获得系统倾斜与清关便利。商家除了部署目的国实体仓库外，还应完善本地主体文件、入仓权限资料等“库权+发货权”合规链条，以支持平台系统调度与规则执行。在发货流程上，随着“小票免税”模式的终结，商家需按常规方式报关，并妥善归档 CBP 入境清单、商业发票与支付凭证等文档作为备用，以上传至平台 ERP。^⑤

（三）运营维护：内容合规与知产管理

商品详情内容是平台合规审查的重要环节。商家需确保所有页面中原产地、材质描述真实准确，避免虚假宣传，否则可能面临下架、冻结或封店等平台风控措施。

详情页内容创制团队应掌握 HS 编码与产地语言表达，并知悉高风险违规用语与审查重点。^⑥依照《电子商务法》《消费者权益保护法》《网络交易监督管理办法》等法规，商家须客观陈列退换政策、运费规则等；不得采用默认勾选或隐蔽搭售方式。隐私协议必须详列数据用途、范围，并取得交易方明示同意。在知识产权方面，建议上线前使用图像指纹检测比对品牌 LOGO，确保得到合法授权。^⑦同时，保存授权书、商标注册证书，以防平台投诉争议时能够第一时间呈现合规证据。

（四）应对机制：风险监控与应急响应

合规管理是一个动态系统，商家可搭建预警机制，整合平台 API、清关状态、税费记录等数据设定阈值，如税号异常、清关拒收、退货率上升等，将触发自动警告，启动调查流程并生成审计日志备查，并且及时研判全球关税趋势、CBAM 碳税趋势、隐私法修订、平台新规等内容；通过 ERP 或后台批量模式实现商品信息自动更新与规则反馈系统联动。企业也可建立配套合规应急组，参照《跨境电商平台综合治理指引》分“低-中-高”三级风险，对应书面报告与董事会决议流程。^⑧若遭平台处罚或监管机关介入，商家应启动应急团队，及时处理平台申诉及海关争议。必要时，在律师配合下启动行政复议或仲裁诉讼机制，实现从“被动应对”到“主动维权”的制度跃迁。

参考文献

- [1] 袁瀚坤，彭刚东，韩民春：《中美贸易摩擦、关税冲击与产业链韧性》，载《海南大学学报（人文社会科学版）》，发布时间：2025 年 7 月 23 日。
- [2] 姜英华，严梓嫣：《“全球南方”语境下美加征关税的动因、影响与中国应对》，载《重庆邮电大学学报（社会科学版）》，发布时间：2025 年 7 月 23 日。
- [3] 方达：《空间修复、关税转向与经济韧性构建——美国全球关税浪潮的政治经济学分析》，载《经济学家》2025 年第 6 期。
- [4] 隋月红，郝丹阳：《贸易成本视角下中美大市场效应的差异与对策研究》，载《长安大学学报（社会科学版）》2025 年第 27 卷第 2 期。
- [5] 张凤翎：《中美贸易摩擦中美关税政策对中国出口贸易的影响与对策研究》，载《现代营销》2025 年第 18 期。

②商务部研究院电子商务研究所课题组：《中国跨境电商出口合规发展报告》，发布时间：2023 年 4 月 20 日。

③《跨境电商必看！通关不卡壳》，载公众号“荔城跨境电商云产业园”，发布时间：2025 年 7 月 18 日。

④中共深圳市委全面依法治市委员会办公室，深圳市司法局：《深圳市涉外法律服务指引（2025 年）》，发布时间：2025 年 3 月。

⑤领星 ERP，《平台政策收紧，跨境卖家如何合规经营？》，发布时间：2024 年 11 月 14 日。

⑥《为什么进口跨境电商需要 ERP》三单对碰功能说明》，载知乎专栏，发布时间：2019 年 8 月 14 日。

⑦金杜律师事务所：《跨境电商合规典型案例解析》，发布时间：2024 年 2 月 22 日。

⑧上海锦天城律师事务所：《2023 年跨境电商典型合规事件》，发布时间：2023 年 12 月 13 日。

⑨广东省律师协会，广东省涉外法治促进中心，广东省“一带一路”法律服务研究中心：《跨境电商平台综合治理指引》，发布时间：2025 年 3 月。

“一国两制”框架下大湾区涉外法治协同机制构建研究

以跨境商事规则对接为视角

○李莉* 广东天伦律师事务所

立足“一国两制”宪法框架，本文以跨境商事规则对接为切入点，系统探索粤港澳大湾区涉外法治协同机制的构建路径。首先通过解构内地、香港、澳门三地在合同效力认定、判决执行程序、争议解决规则等关键领域的实体法与程序法冲突，深入揭示当前区域法治协同面临的核心困境，包括区域合作协议软约束力不足、司法互助存在明显滞后性、跨境法治统一平台缺失等现实问题。在此基础上，本文提出“功能驱动型协同”新范式，具体路径如下：立法层面，推动制定大湾区跨境商事“示范法”与制度适用“负面清单”；司法层面，构建一站式跨境纠纷多元解决平台并确立电子证据互认规则；行政层面，设立跨境合规服务中心及监管沙盒试验区；软法层面，充分发挥行业组织规则的补充与引导

作用。本文旨在通过中央统筹与地方试验的动态平衡，为“一带一路”倡议下的跨境治理提供可复制的制度样本，助力粤港澳大湾区从法律规则差异区逐步迈向区域制度创新高地。

一、理论基础与制度框架

（一）“一国两制”的法理逻辑与边界

“一国两制”这一伟大构想，从法理根源上，是基于维护国家领土完整、主权统一以及促进区域繁荣稳定的多重考量。宪法作为国家的根本大法，以最高法律效力层级奠定了“一国两制”的基石。港澳基本法依据宪法制定，这一过程清晰地展现了主权统一下的法律分权架构。在宪法的统摄下，香港和澳门得以在高度自治的

* 李莉，广东天伦律师事务所律师，任天伦所金融证券与特殊资产处置事务部部长，兼任佛山市禅城区人民检察院听证员，专业领域为金融商事与特殊资产处置、公司治理及纠纷解决、股权梳理及纠纷解决、涉外与私人财富管理业务、重大民商事诉讼等。

框架内，保持原有的资本主义法律制度长期不变。这种法律分权并非是对国家主权的分割，而是在主权统一前提下，为实现特定区域治理目标的创造性制度安排。^①

（二）区域法治协同的理论模型

法律趋同理论认为，随着区域经济一体化进程的加速，不同法域之间的经济联系日益紧密，为了降低交易成本、促进经济要素的自由流动，各法域的法律会逐渐相互借鉴、趋近。在经济全球化背景下，区域内企业开展跨境业务时，因面临不同法域法律差异而带来障碍，为了消除这些障碍，各法域会在一些关键领域，如商业交易规则、知识产权保护、金融监管等，参考国际通行做法以及其他法域的先进经验，对自身法律进行调整与完善，从而实现法律的趋同。^②

二、大湾区涉外法治协同的现状与困境

（一）跨境商事规则冲突的具体表现

1. 实体法差异

内地法律在判定合同效力时，着重审查合同是否遵循法定形式要件，如某些合同需采用书面形式且经特定程序签署方为有效；合同内容不得违反法律法规的强制性规定，涵盖公序良俗原则下的诸多考量。^③在一些涉及建设工程、房地产交易等重大合同中，对合同的形式、审批程序要求严格。香港则以契约自由为核心原则，更强调当事人真实意思表示的一致性。除非合同存在欺诈、胁迫、违法或违背公共政策等明显瑕疵，一般尊重当事人自主约定的合同条款效力。

2. 程序法障碍

目前，粤港澳三地在民商事判决互认与执行方面虽有一定安排，但实践中效率低下问题突出。^④内地与香港、澳门分别签署了相关判决互认与执行的安排，但在具体实施过程中，存在诸多问题。在判决承认条件上，三地对“判决的终局性”“判决的合法性”等认定标准存在细微差异。内地的判决生效需经过法定上诉期且无上诉行为，香港和澳门对判决生效的界定在程序和时间节点上与内地不同。在执行程序方面，三地执行机构的执行

力度、执行手段以及信息沟通机制存在不足。例如，内地执行机构在执行跨境判决时，可能面临对香港、澳门法律规定的执行措施理解不充分的问题；香港、澳门执行机构在执行内地判决时，可能因对内地司法程序和执行制度不熟悉，导致执行进度缓慢。

（二）现有协同机制的局限性

1. 区域合作协议的软约束力问题

《内地与香港关于建立更紧密经贸关系的安排》（CEPA）及《内地与澳门关于建立更紧密经贸关系的安排》在促进大湾区经济合作方面发挥了重要作用，但在法治协同方面存在软约束力问题。CEPA 主要通过政策承诺和合作意向的方式推动经贸合作，其规则大多不具有法律强制执行效力。在涉及法律制度协调的内容上，多以原则性规定为主，缺乏具体实施细则和有效的监督执行机制。

2. 粤港澳三地司法互助安排的滞后性

粤港澳三地的司法互助安排在实践中暴露出诸多滞后性问题。以《内地与香港特别行政区相互认可和执行民商事判决安排》为例，在判决范围界定上，存在模糊之处。对于一些新型民商事纠纷，如涉及互联网金融、跨境电商等领域的判决，是否属于该安排的适用范围，在实践中存在争议。在审查程序方面，内地与香港司法机关在审查标准和程序上存在差异，导致审查周期较长。内地司法机关在审查香港判决时，需对判决的合法性、公正性等进行全面审查，审查程序较为繁琐；香港司法机关在审查内地判决时，也有自身的审查要求和程序，双方缺乏高效的沟通协调机制。

3. 缺乏统一的跨境争议解决平台与规则

目前，大湾区缺乏一个整合三地资源、具有权威性和公信力的统一跨境争议解决平台。现有的争议解决机制分散在三地，各自为政，缺乏协同性。内地主要通过诉讼、仲裁和调解等方式解决争议，香港和澳门也有各自独立的争议解决体系。不同法域的争议解决规则在程序、适用法律、证据规则等方面存在差异，当事人在选择争议解决方式时面临诸多不确定性。在跨境仲裁方面，三地仲裁机构的仲裁规则、仲裁员资格、仲裁裁决执行

等方面存在不同。例如，内地仲裁机构在仲裁程序中注重当事人的举证责任和证据的合法性，香港仲裁机构更强调仲裁程序的灵活性和国际性。在跨境调解方面，三地调解机构的调解程序、调解协议效力认定等也存在差异。这种缺乏统一跨境争议解决平台与规则的现状，增加了当事人解决跨境商事纠纷的成本和难度，不利于营造稳定、公平、透明的法治化营商环境，制约了大湾区涉外法治协同的深入发展。^⑤

三、跨境商事规则协同的路径设计

（一）立法协同：渐进式规则对接

1. 制定大湾区“示范法”

制定大湾区“示范法”是推动立法协同的创新性举措。在合同领域，可综合考虑内地、香港、澳门三地合同法律制度以及国际通行的合同规则，如《国际商事合同通则》，制定统一的合同示范条款。例如，在合同订立程序方面，明确要约、承诺的具体规则，包括要约的生效时间、撤回与撤销条件，承诺的方式、期限等，使三地企业在跨境合同签订过程中有统一的规则可依。在合同履行、变更、转让及终止等环节，也制定详细且具有可操作性的示范规定，减少因法律差异导致的合同纠纷。

2. 探索“负面清单”管理模式

“负面清单”管理模式旨在明确跨境商事活动中的禁止性规定，在清单之外，三地可保留各自特色规则。在投资领域，明确列出禁止或限制外资进入的行业和领域，如涉及国家安全、重要公共利益的行业。对于清单之外的领域，三地可根据自身发展需求和产业特点，制定灵活的投资准入规则。如内地可在高新技术产业领域，结合自身产业升级目标，制定更具吸引力的投资政策；香港凭借其国际金融中心的优势，在金融服务领域可保持相对宽松的准入政策，吸引国际资本；澳门则可根据自身博彩及旅游产业特色，在相关配套产业领域制定特色准入规则。

（二）司法协作：构建高效争议解决机制

1. 推广“一站式”国际商事纠纷解决平台

“一站式”国际商事纠纷解决平台整合仲裁、调解、诉讼等多种争议解决方式，为当事人提供多元化选择。该平台可设立专门的线上服务系统，方便当事人提交纠

纷材料、选择争议解决方式及相关机构和人员。在仲裁方面，平台可汇聚三地知名仲裁机构，当事人可根据自身需求选择仲裁机构和仲裁员。平台统一仲裁程序规则，确保仲裁过程的公正、高效。例如，规定仲裁案件的审理期限，避免案件久拖不决；建立仲裁员信息公开和监督机制，提高仲裁员的专业素养和公正性。

2. 完善跨境在线诉讼机制与电子证据互认规则

随着数字化时代的发展，完善跨境在线诉讼机制至关重要。三地法院应加强合作，建立统一的跨境在线诉讼平台，实现案件受理、立案审查、庭审直播、证据交换等诉讼环节的线上化。在技术层面，保障平台的稳定性和安全性，采用先进的加密技术，保护当事人的隐私和诉讼信息安全。在诉讼程序方面，制定统一的在线诉讼规则，明确在线庭审的程序规范、当事人权利义务、证据提交与质证方式等。例如，规定在线庭审的时间安排、当事人的发言顺序和时间限制，确保庭审秩序。

（三）行政协同：共建监管合作机制

1. 设立“大湾区跨境合规服务中心”

“大湾区跨境合规服务中心”整合三地监管资源，为企业提供全方位的规则咨询与风险预警服务。中心可设立专业的咨询团队，由三地法律、金融、税务、环保等领域的专家组成，为企业解答跨境商事活动中涉及的各类法律和监管问题。例如，企业在进行跨境投资时，咨询团队可详细解读内地、香港、澳门三地在投资准入、外汇管理、税收政策等方面的规定，帮助企业制定合理的投资方案，避免因规则不熟悉而导致的合规风险。

2. 推动金融、数据等领域的监管沙盒试验

监管沙盒试验为金融、数据等领域的创新提供安全可控的试验环境。可在前海、横琴等地开展金融监管沙盒试点，允许金融机构在特定范围内开展创新业务，如数字货币应用、跨境金融科技服务等。监管部门制定明确的试验规则和风险防控措施，对创新业务进行实时监测和评估。在数字货币试点中，规定数字货币的使用范围、交易规则和风险防范机制，确保试点过程中的金融稳定和安全。通过监管沙盒试验，探索适合大湾区的金融创新监管模式，既鼓励金融创新，又有效防范金融风险，为大湾区金融市场的健康发展提供经验。

（四）软法协调：发挥行业组织与标准作用

⑤杨晓楠，陈雅雯. 粤港澳大湾区法治协同发展路径探索：普通法在大湾区适用的新方式 [J]. 港澳研究，2024，(03):26-42+94-95.

① 陈旭东. 推进商事调解服务粤港澳大湾区建设的实践与思考 [J]. 中国法治，2023,(11):79-82.

②朱酉彤. 大湾区商事优选地法院建设中的外国法查明问题 [J]. 广西政法管理干部学院学报，2022,37(06):75-82.

③ 王春业. 论粤港澳大湾区合作视角下深圳先行示范区的法治先行 [J]. 港澳研究，2023,(01):3-14+93.

④朱最新. 区域协同立法的运行模式与制度保障 [J]. 政法论丛，2022,(04):141-150.

粤港澳三地的行业协会在跨境商事规则协同中具有重要作用。例如，粤港澳三地的律师协会可联合发布跨境投资、贸易、知识产权保护等方面的合规指南。在跨境投资合规指南中，详细介绍三地投资法律制度的差异，包括投资准入门槛、审批流程、股权结构要求等，为企业提供投资决策建议。在跨境贸易合规指南中，解读三地贸易政策、海关监管规定、贸易救济措施等内容，帮助企业规避贸易风险。行业协会还可针对特定行业，如电子信息、生物医药等，制定行业内的跨境交易指引，规范行业内企业的交易行为。这些交易指引虽不具有法律强制力，但凭借行业协会的专业性和权威性，能够引导企业自觉遵守，促进跨境商事活动的规范化和标准化。

四、制度创新的挑战与应对

（一）主权安全与法律差异的平衡

在大湾区制度创新进程中，主权安全始终是不可逾越的红线，而三地显著的法律差异又为跨境合作增添了复杂性，如何平衡二者成为关键挑战。国家安全审查机制作为维护主权安全的重要手段，在跨境合作中需精准界定其适用边界。以数据出境安全评估为例，随着数字经济蓬勃发展，大湾区内企业跨境数据流动频繁。内地《数据安全法》《个人信息保护法》等法律法规构建了严格的数据出境安全评估体系，要求对数据类型、规模、敏感程度以及接收方所在国家或地区的安全环境等多因素进行综合考量。然而，香港和澳门在数据保护立法及监管实践上与内地存在差异，香港主要依据《个人资料（私隐）条例》侧重个人数据隐私保护，澳门则在逐步完善数据保护相关法律框架。

（二）中央授权与地方自主性的协调

中央授权与地方自主性的协调是大湾区制度创新的重要保障。“特区中的特区”，如前海、横琴，作为大湾区制度创新的前沿阵地，承担着探索法律变通空间的重任。中央在赋予这些区域特殊政策时，需明确授权范围与底线，既鼓励地方充分发挥自主性进行创新实践，又要确保不突破国家法治统一原则。

（三）国际规则与本地实践的兼容

对接 CPTPP、RCEP 等国际高标准规则是大湾区提升国际竞争力的必然要求，但如何将这些国际规则本土化，

使其与本地实践兼容，面临诸多挑战。CPTPP 针对知识产权保护、国有企业竞争中立、数字贸易等方面，设定了高标准规则要求；RCEP 则在货物贸易自由化、服务贸易开放、区域原产地规则等方面对成员国作出规定。

五、大湾区涉外法治协同机制的完善

（一）“功能驱动”替代“制度统一”

在大湾区独特的“一国两制”背景下，三地法律体系存在显著差异，试图实现完全的制度统一既不现实也不符合“两制”的本质要求。因此，以“功能驱动”为导向构建涉外法治协同机制成为必然选择。“功能驱动”意味着聚焦于跨境商事活动的实际需求，以解决商事实践中的痛点问题为出发点和落脚点。

（二）“中央统筹 + 地方试验”路径

“中央统筹 + 地方试验”是破解“两制”张力的有效且可行路径。中央统筹能够从国家整体战略高度出发，把握大湾区法治协同的方向，确保在维护国家主权、安全和发展利益的前提下推进改革创新。中央通过制定宏观政策、协调重大事项，为大湾区法治协同提供顶层设计。^⑥如在涉及国家安全审查、外交政策相关的法律事务上，中央统一把控尺度，保障国家核心利益不受损害。同时，赋予地方试验的空间，特别是前海、横琴等“特区中的特区”，地方可根据本地实际情况，在跨境商事、投资、贸易等领域开展法治创新实践。地方政府贴近市场主体，能够及时了解企业需求和实践中的问题，通过先行先试，探索出适合大湾区发展的法治模式。

六、结语

大湾区涉外法治协同是“一国两制”实践的全新法治命题。本文通过构建“立法—司法—行政—软法”四位一体的规则对接路径，尝试实现三重突破：一是在坚守国家主权安全底线前提下，以“示范法 + 负面清单”破解民商事实体规则冲突；二是通过一站式争议解决平台与在线诉讼机制消除程序壁垒，提升跨境司法协作效能；三是以监管沙盒与合规中心推动行政协同从被动响应转向主动引领。未来需进一步探索跨境数据流动、离岸金融等新兴领域的规则兼容方案，持续释放大湾区制度型开放红利。

⑥陈朋亲：《粤港澳大湾区规则相互衔接的制度复杂性与行为策略 [J]》，学术论坛，2023,46(03):32-43。

从公证员到律师： 是破界，更是新生

○陈婷婷* 广东鹏浩律师事务所



在深圳这座永远奔涌着创新浪潮的城市，法律人似乎也有一种天然的“敢闯基因”。于我而言，这种基因不仅深埋在处理每一件法律事务的严谨里，更镌刻在两年前那次“打破安稳”的职业选择中：从耕耘近两年的公证员岗位离开，转身叩开律师行业的大门。从公证员到律师，不仅是职业身份的转变，更是一次关于勇气、热爱与坚持的自我重塑。

公证时光：在“确定性”中埋下“突破”的种子

研究生毕业之后，我顺利进入公证处工作，经过两年的实习，如期成为一名公证员。那时的我，对这份工作充满了敬畏，因为每一份公证书都承载着“证明真实、预防纠纷”的重量，尤其是遗嘱公证书，更

是像一封立遗嘱人这辈子写过最慎重的关于财富传承、家事安排、情感维系的“心愿家书”。

那段时光，每天认真审核材料，及时出具公证书，在法律框架内为当事人提供固定模式的公证服务，这样充满“确定性”的工作对于一名女性来讲确实是一个不错的选择，而且，我在这份工作中确实也得到了很多当事人的信任和肯定，也能真切感受到这份职业的价值和意义。那时候，很喜欢听前辈公证员讲述职业生涯中的动人公证故事，看着他们眼里闪烁着光，我以为自己也会像他们一样，以公证为矩，燃尽岁月长。

但是，这份工作的安稳也渐渐给我带来了不安，就像一个温柔的“牢笼”，困住了我对专业能力、职业价值、法律服务更深层次的探索。于是，转行的想

* 陈婷婷，广东鹏浩律师事务所律师，专注于婚姻家庭领域纠纷解决和权益保障。

执业三年，我翻过了很多山

一个法律人的成长手记

○胡天亮* 广东瀛尊律师事务所

法开始在我的心中生根发芽，这不是一时冲动，而是源于对自我价值的追求，对“用法律真正帮助他人”的渴望，更是一种敢于挑战现状、勇于改变的决心。

决定转行：把“犹豫”踩在脚下，向热爱出发

从我递交辞职申请的那一刻开始，耳边开始充斥着各种反对的声音，单位领导极力挽留，同事苦心婆心劝说，但丝毫无法动摇我的决定。准备辞职的前一天晚上八点多，我给我哥发了一条微信消息：我不是一时冲动，也不是吃不了苦，希望你能支持我的决定。我哥回复：全力支持！一路走来，一直非常感恩家人、朋友、老师的支持和鼓励，我不是天赋型选手，但是有他们的支持和鼓励，我在勇敢做选择的时候有了更强大的力量支撑。

办完离职手续的最后一天，把办公室收拾整理完毕，给办公室拍了一张照片留作纪念之后，我就大步跨出了公证处的大门，那一刻就像电影《肖生克的救赎》中的男主角安迪重获自由一样，一路坚定地向目的地墨西哥温暖的海边出发。

我知道，未来可能会遇到很多困难和挑战，也许一路荆棘，但是我很清楚自己内心的答案：稳定不是职业的终点，成长才是，而驱使成长的动力只有热爱。

律师之路：在“实战”中践行“服务”的初心

与公证员的“静态证明”不同，律师的工作是“动态维权”，需要深入了解当事人的需求，制定精准的诉讼策略，在法庭上据理力争，为当事人争取最大的合法权益。

虽然面临法律思维和职业角色认知的转变，但是之前公证工作培养的严谨性使我在文件审查、证据处理方面具有天然的优势，公证员的经历恰巧可以成为

我的“专业标签”，我不仅无需回避这样的工作背景，反而可以强化，作为律师执业的鲜明特点。

律师办理的每一个案件都是一场“实战”，如同背负着当事人赋予的使命冲锋陷阵。当事人找到律师决定委托的时候，律师就是他们最信任的人。特别是婚姻家庭案件，当事人甚至要“揭开伤疤”，诉说不为外人所知的痛苦和挣扎。基于这样的信任，律师在办理案件时，就不应该是简单机械地完成当事人的委托，而是应当竭尽所能，全力以赴，这才是律师服务的价值所在。

记得一位前辈律师问过我，“你觉得案件做到什么样的程度才能令当事人满意？”我当时的回答是“达到当事人的预期”。这位前辈律师跟我说了一句让我印象很深刻的话，她说：“有些案件可能没有达到当事人的预期，但是当事人如果看到我们为了案子作出了极大的努力，那么当事人也会是满意的。”这句话给了我很大的启发，在律师执业生涯中，也许不可能做到全部的案件都胜诉，但是我们能做到全部的案件都尽心尽力，不辜负委托人的信任。

回望与前行：做永远热爱、永远坚定的法律人

从放下公证处的印章到拿起律师执业证，这段职业转型之路，让我在法律领域看到了更广阔的天地，也让我对职业成长、自我的本体性有了更深刻的思考。自立自强从来不是一句简单的口号，而是敢于打破安稳的勇气，是面对困难时的坚韧，是对热爱的事业和向往的生活的执着追求。

未来，我会继续带着对法律的热爱和坚定，不断提升自己的专业能力，为当事人提供更优质的法律服务。同时，也将继续保持敢于挑战的精神，不断突破自我，实现更大的成长。

作为一名转行律师的“半路出家者”，我用二十六年的职场阅历审视法律行业，却在执业前三年重新体验了“新手”的忐忑，走走看看周遭的执业律师，也回望自己迈过的一个又一个的山头，记录和分享这三年的风景旅程，从字里行间里面复盘，警醒自己别迷失方向。

重新构建思维模式，是执业之初的第一手准备

从选择做律师开始，我就明白，法律意识不是背诵法条，而是从每个人遇到的问题之中，发现问题产生的逻辑，并能够匹配相应的解决方案，简而言之就是不管当事人如何描述了自己的问题，我们都要重新梳理问题产生的根源，并寻求诉求的事实和法律依据，这是我理解的法律思维。

初入行时，我接手了一桩看似简单的租赁合同纠纷案。当事人称对方拖欠租金，且手头证据齐全。但在与当事人深入沟通后，我发现了两个易被忽视的关键细节：一是这份租赁合同本身存在合法性瑕疵，二是当事人曾不慎对合同内容进行了关键性变更。在制定法律服务方案时，我的核心思路并非聚焦于诉讼流程，而是优先为当事人降低损失。作为房东，面对租户违约，除了通过诉讼追偿，其实还能借助自身资源与合理方法减少损失。这件事也让我深刻体会到一位知名律师的经验之谈：法律人的专业壁垒，往往就藏在常人容易忽略的细节与生活经验里。

所以，在如何运用法律思维分析问题上，我最大的感触是要学会拓宽视野，先找到当事人真正的需求与焦虑所在，再据此制定最具实效的法律服务方案。

后来每逢处理案件，我都会先抛出三个核心问题：“这件事的根源是什么？”“我们的观点是否有事实与法律依据？”“当事人当前最迫切的需求是什么？”我会慢慢积累，每一个类型案件建立底层逻辑笔记，记录胜诉和败诉案例中“颠覆常识”的裁判规则等等。

职业之外，用兴趣爱好填生活

我记得有律师说过：律师是高强度的职业，爱好不是消遣，而是续命的氧气。

初期执业的时候，焦虑是常态，接到案件和接不到案件，都会产生焦虑情绪。为了缓解焦虑，我开始把以往的一些兴趣和爱好重新建立，例如每周的足球运动，定期的朋友聚会，每天有固定的时间娱乐，以及留给一些时间陪伴孩子等等。

每一次球场上专注的时刻，会让我剥离案件压力，更意外的收获是，球友中也有很多可能带来引荐案源的朋友。另外，通过校友会能够接触到各种各样的社交活动，我开始有选择性地参与活动，学着主动结识陌生人，逐步建立起连接与信任。同时，我始终保持乐观，努力发现每个人身上积极向上的闪光点，从而慢慢构建起一个充满正向氛围的人际网络。

对律师来说，支撑我们走下去的，从来不止是职业赋予的责任，更是心底那份对“生命尊严”的执着信仰——这份刻在执业日常里的坚守，何尝不是对这份职业最深沉的热爱呢？正因为如此，我始终坚信坚守职业的同时要丰富生活：去做“清空大脑”的运动，主动扎进非法律社群，避免思维同质化，让这份热爱始终保持鲜活。

*胡天亮，广东瀛尊律师事务所专职律师，任中南财经政法大学深圳校友会政法分会第五届理事会常务副会长、广东国际钻石商会理事。

没有天降的好运，只有磨练出的幸运

拥有十年媒体从业经历，对于写作，我的核心体会会有两点：多思考，多动笔。我笔下的内容向来更偏向理性，这种特质恰好与法律工作的需求相契合。更重要的是，写作过程中锤炼出的严谨思维，也让我与客户的沟通变得更加高效顺畅。

我曾代理一桩妨害公务的刑事案件，面对办案人员的侦查，翻阅了 20 篇类似判决仍无头绪。于是我翻阅了一些自己写过的文字，发现以前写过一篇能够产生吸引力的文章，这篇文章跳出了思维的桎梏，尤其是做了些“跳出画中看画”的解读。受此启发，我试着不按常规的刑事案件办理思路，而是先从旁观者看这件事的发生，然后以普通人的视角去解读，结果梳理到该案件的公务行为正当性以及当时的突发状况和调查并不一致，然后再回到法律意见书里面，通过沟通和坚持扭转了案情。

不少成功的律师，不仅有自己的良好的职业习惯，还擅长写作。我常学习他们撰写的公众号文章与专业分析，发现很多时候，正是那些容易被忽略的小细节，能为案件带来关键的转折。

从参与者到组织者：锻造独立思维和赢得认可

我认为，律师的价值不仅仅在法律意见书里，更要在信任网络中建立枢纽地位。

实习期间恰逢疫情，我参与的实习律师培训以线上形式开展。简短的二十多天培训里，我们在线上共同学习、完成考核，但近五百人的班级规模，让大家很难有机会彼此熟悉。我当时甚至觉得，这段同窗经历或许日后回想起来，很快就会被淡忘。

直到一个想法浮现，我主动策划并承办了线下的“瀛尊同学会”法律沙龙。我让同学们轮流当“老师”、做分享者，围绕专业话题交流探讨。没想到，这场原本普通的沙龙，后来竟成了深圳年轻法律人圈子里的独特存在。如今沙龙已轮流在不同律所举办九期，每次活动后，大家不仅熟悉了彼此，还在微信群里互帮互助，让我们班所有执业律师都从中受益。我自己也收获了不少认可，更重要的是，让我们这些法律人真正成为了并肩同行的伙伴。

而这段经历，也让我真切体会到中国政法大学刘

静坤教授的观点：律师应参与并组织活动，在“职业共同体”中建立话语权。

只有经常站上讲台的人，才能驾驭法庭

优秀的律师都会控场，控场能力不在技巧，在“无我”的信念感。

我曾在企业做过销售，那段经历让我明白：要打开局面，就需要在很多场合具备控场能力；而想学会控场，关键是多站上讲台——这里的“讲台”不只是讲课，还包括自我介绍、主动提问、表达观点等场景。

其实，讲台和法庭本质相通，都是与人对话，而非对着稿子复读。所以每次站上讲台或走进法庭，真正需要准备的，是扎实的认知和沉稳的心态。

就像一位老师曾精准总结的：律师思维需要“动”（挖掘事实）与“静”（逻辑推演）结合，而演讲，正是锻炼这种思维最好的“体操”。

形象是律师的第二份起诉状

工作近三十年，尤其接触过众多当事人后，我越发确信：当事人是在用眼睛“听”律师说话。所以自从踏入律所，我从不让自己的形象拖后腿。

简而言之，律师首先面对的是当事人，与他们的每一次交流，本质都是建立信任的过程。我从不会穿休闲服见客户，这并非要追求高档着装，而是通过得体的形象传递尊重。细节同样能拉近与当事人的距离，悄悄累积信任。就像一位相识多年的朋友，在我进入律所后直言：“以前觉得你有些浮，现在却感觉特别踏实，把案子交给你我放心。”也正因如此，我始终坚信：律师的形象，本身就是对“敬畏法律”态度的无声传递。若要给出建议，我会推荐录视频，每周录一段自己的视频，回看时针对性改进语速、眼神和手势，这对形象和表达都大有裨益。

这三年里，我几乎重新系统学习了司法考试的基础课程，也听过不少讲座，深入探究各类事务的底层逻辑。我会从与当事人的沟通复盘中总结经验，也踩着过往的错误一步步成长。每个法律人的进阶之路，都是各自喜怒哀乐的沉淀，其中的曲折心路未必人人能感同身受。我们唯有默默坚守，把旁人的期待，化作踏实前行的力量，让每一步都走得生动而坚定。

我的律师梦

（外四首）

◎王建福*

广东法广律师事务所

终于告别了
那日复一日重复的工牌
如今我的名字印在
一册册卷宗
一行行条款
和一份份委托书的署名处

深圳市福田区彩田北路旁
中级人民法院的高楼投下巨大的影子
车钥匙在兜里反光
我的团队正穿过大厅
卷宗在臂弯间
如鹰翼鼓荡
法槌落下
余音在四壁间生长
敲击着
这座城的每一根钢筋

只是偶尔在深夜
听见天平
在云雾里晃荡
它那无人窥见的指针
依然持续校正着
暗影的斜度

卷宗里的门槛

在劳动仲裁庭的静默里
整理卷宗时
我不止一次地注目
大状们手提的公文包
有棱有角
仿佛也暗藏了规则与锋芒
他们稳健的步履
在长廊上叩响
如同敲击着法典的章节

后来，法条在灯光下被漂白
被我背诵
在笔尖被反复磨洗
瘦弱的身影
在灯下苦读
如同一颗在惊蛰前解冻的种粒

终于我越过了
那道刻满陌生文字的门槛
门后，竟也是相似的卷宗
相似的步履
相似的灯光漂白发条

但如今，我展开的卷宗里
名字已更替为受托人的姓氏
手指却依然习惯性悬停
在字里行间
在刚摘下的天平的投影里
在未落下的法槌之先

* 王建福，原为深圳市某区劳动人事争议仲裁委员会首席仲裁员，现为广东法广律师事务所执业律师，爱好文学，发表文学作品若干。

值

卷宗在台灯下持续生长
总在破晓前结出新的花苞
我将墨痕砌成阶梯
通向判决书扉页的微光

法槌落下时
有人突然学会重新呼吸
被告人席锈蚀的栅栏
竟从判决书背面开出花枝

当青铜天平长出新的刻度
那正是我笔锋的印记
当蒙冤者眼里的冻霜
开始融化成春汛

多少个长夜才淬炼出
烫金的值字
别在胸前
像一枚勋章

律所九章

卷宗开始暗涌
在数据洪流里暗涌
高楼的骨骼拔节
在云端罗盘的指引下
持续雕琢法理之精密

当群舰破冰前行
权杖便低垂了天平
而所有光束都聚向
那被计算器反复称量的价值

唯有在人心未设栅栏的地方
才容许温度
从条文间隙升腾起来
成为永恒不坠的星辰

律师手记

案头法典，垒高成山
法条在舌尖结晶成盐
逻辑的网，在法庭铺展
网住每个飘忽的疑点

知识是双翼，载我穿越
卷宗垒叠的幽深岁月
在时间褶皱里打捞证言
在混沌涡流中分辨真伪

手在卷宗间穿行如电
心随字句的脉搏而颤
以良知为砝码
在人间天平上
校准星辰的轨迹

广东省律师协会成立 45 周年 文艺作品比赛书画摄影类获奖作品



三等奖：《律海扬帆》
刘丰 广东卓建（光明）律师事务所



优秀奖：《天下为公》
熊智群 广东贻征律师事务所



优秀奖：《沁园春·雪》
张法均 广东凯卓律师事务所



美丽深圳湾 ○王立达 北京观韬（深圳）律师事务所
(荣获广东省律师协会成立45周年文艺作品比赛书画摄影类三等奖)