



总第 97 期

97

2022 年 | 第 3 期 |

深圳市律师协会主办

(粤 B) L017010071

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 ——

## 始终坚守人民律师定位

关于探索以合规引领深圳法治先行示范城市建设的若干建议

格式合同中“管辖条款”的效力问题探讨

刍议一起跨境遗嘱继承案件的管辖地与准据法问题

非法集资案件的有效辩护

商标申请权的法理及实证研究

真实与隐微：尼采与柏拉图的对话



# 致敬深圳律师行业常青树

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，深圳市律师行业党委、深圳市律师协会将对 70 岁（含）以上执业律师颁发“深圳律师常青树纪念牌”。深圳律师行业 70 岁以上律师名单如下：

序号	律师姓名	性别	执业机构
1	任成森	男	广东安寅律师事务所
2	张晋吉	男	陕西增瑞（深圳）律师事务所
3	姜 锋	男	上海市华荣（深圳）律师事务所
4	程 志	男	北京市京师（深圳）律师事务所
5	张 朝	男	北京市康达（深圳）律师事务所
6	俞觉铭	男	上海市恒业（深圳）律师事务所
7	周庆云	女	重庆溯源（深圳）律师事务所
8	邱蜀建	男	四川英特信（深圳）律师事务所
9	许忠元	男	广东章盛律师事务所
10	杨希安	男	北京市一法（深圳）律师事务所
11	陈 野	男	广东金地律师事务所
12	刘振芳	女	广东天梭律师事务所
13	林 征	女	北京市康达（深圳）律师事务所
14	陈宗贞	男	广东明轩律师事务所
15	卢临陵	女	广东盛亦盛律师事务所
16	谢建生	男	广东深房律师事务所
17	杨建兴	男	广东永珺律师事务所
18	王星辉	男	广东海利律师事务所
19	周新锋	男	广东星辰律师事务所
20	马俊昌	男	广东巨龙律师事务所
21	雷振音	男	广东圳扬律师事务所
22	石铁龙	男	广东深港律师事务所
23	曾江峰	女	广东金地律师事务所
24	张国臣	男	广东瑞特律师事务所
25	梁小川	男	广东广深律师事务所
26	练纯洁	男	广东圣天平律师事务所
27	刘玉如	男	广东圣天祥律师事务所
28	晏 辉	男	广东乐辉律师事务所
29	刘信平	男	广东华寅律师事务所
30	宋林秀	男	北京市盈科（深圳）律师事务所
31	吴爱林	男	广东硕法律师事务所
32	盛永瑞	男	广东盛亦盛律师事务所
33	胡忠元	男	北京市京都（深圳）律师事务所
34	胡 政	男	广东广深律师事务所
35	刘 芳	女	广东德纳律师事务所
36	冯 江	男	广东百利孚律师事务所
37	陈守诚	男	广东福阁律师事务所
38	冯百友	男	广东君诚律师事务所
39	王长林	男	广东万鼎律师事务所
40	杨光泽	男	广东粤商律师事务所
41	周新华	男	广东居尚律师事务所
42	徐 建	男	广东融关律师事务所
43	李野岗	男	广东仁人律师事务所
44	邹宗呈	男	广东德纳律师事务所
45	郭星亚	女	广东星辰律师事务所

序号	律师姓名	性别	执业机构
46	李信芝	女	广东威豪律师事务所
47	王国骏	男	广东普罗米修（前海）律师事务所
48	邹乃馨	女	广东深天正律师事务所
49	刘新生	男	广东德德律师事务所
50	吴振兴	男	北京市京都（深圳）律师事务所
51	单忠顺	男	广东长昊律师事务所
52	王际贵	男	广东炜原律师事务所
53	曾凡金	男	广东达和律师事务所
54	秦德理	男	广东瀚宇律师事务所
55	徐育康	男	广东晟典律师事务所
56	曾峭峰	男	广东国晖律师事务所
57	许念林	女	广东逢君律师事务所
58	施 哲	男	广东众诚律师事务所
59	李世琮	男	广东德博惟度律师事务所
60	吴克祥	男	广东正大元律师事务所
61	李初升	男	广东鹏海律师事务所
62	王腊清	男	广东深兴律师事务所
63	张爱平	女	广东融商诚达律师事务所
64	金永泉	男	广东东方金源律师事务所
65	郝建民	男	广东广和律师事务所
66	吴广福	男	广东商盾（深圳）律师事务所
67	苏梅凤	女	广东百利孚律师事务所
68	傅辉阳	男	广东深南律师事务所
69	高永建	男	广东海派律师事务所
70	周绍华	男	广东水贝律师事务所
71	黄雄坤	男	广东金地律师事务所
72	徐 静	女	广东东方金源律师事务所
73	穰玉武	男	国浩律师（深圳）事务所
74	吴建华	男	广东华商（龙岗）律师事务所
75	黄明根	男	广东知临律师事务所
76	王善学	男	广东深博律师事务所
77	赖泰安	男	广东鹏翔律师事务所
78	陈学明	男	广东平仄律师事务所
79	吴学励	男	北京大成（深圳）律师事务所
80	袁成第	男	北京市地平线（深圳）律师事务所
81	庄嘉辉	男	广东嘉辉律师事务所
82	雷正卿	男	广东盛唐律师事务所
83	孙赛军	男	广东深兴律师事务所
84	董立坤	男	万商天勤（深圳）律师事务所
85	李福明	男	湖南天戈（深圳）律师事务所
86	蔡体法	男	广东融关律师事务所
87	李厚金	男	广东国晖（龙华）律师事务所
88	伍始真	男	广东韬正律师事务所
89	李洪楷	男	广东星辰律师事务所
90	谭家慧	女	广东天汇律师事务所

## 始终坚守人民律师定位\*

开新局谋新篇，这届协会班子任职以来做了大量的工作，制定了十四五发展规划、成立了 80 个专业委员会、启用了远程视频会见中心等等，这些做法在全国都是领先的。深圳律师在经济发展、法治建设、服务民生等方面，以及近期在疫情防控中都做出了很重要的贡献，在此我代表市司法局党组向协会班子以及我们全体律师，表示衷心的感谢和肯定。我们律师行业的自律管理模式在不断完善，但行业发展还是有一些不足之处，比如有执业不规范、行业地域分布不均、涉外法律的人才不足等问题，我们要大力地推动、着力地改善。

一是要坚持党建引领，牢牢把握律师工作正确方向。党的领导是中国特色社会主义法治之魂，我们要不断加强党的建设，全面提升律师行业党组织的政治功能，发挥好律所党组织的战斗堡垒和先锋模范作用；努力投身中国特色社会主义法治体系建设与完善，深刻把握“两个确立”、增强“四个意识”、坚定“四个自信”、做到“两个维护”，坚持党的领导，坚持中国特色社会主义法治道路，始终做政治上的明白人、老实人。

二是要服务中心大局，充分发挥律师行业专业优势。当前深圳正处于双区驱动、双区叠加、双改示范的重大历史时期，希望全市律师认真贯彻落实习近平总书记在庆祝香港回归 25 周年暨香港特别行政区第六届政府就职典礼上的重要讲话精神，发挥专业优势，抢抓历史机遇，全力投身法治先行示范城市建设，推动法治深圳向更高层次更高水平发展。

三是坚持人民律师的定位，胸怀国之大者做好公共法律服务。要立足人民群众日益增长的法律服务需求，拓宽公共法律服务领域，做好一社区一法律顾问、“1+1”中国法律援助志愿者行动等公共法律服务工作，引导人民群众遵法学法守法用法，让人民群众收获满满法治获得感。

四是始终坚持发展和规范并举，推动律师行业持续健康发展。要加强律师队伍管理，引导和规范律师执业行为以及律师网络言论行为，提高律师职业道德和执业纪律水平，同时推动《深圳经济特区律师条例》修改以顶层设计为出发点，蹄疾步稳谋划深圳律师业发展。

五是加强协会组织建设，建好“律师之家”。协会作为行业自律性组织，发挥着党和政府联系广大律师的桥梁和纽带作用，地位十分重要。协会首先要加强党建；其次，要健全自身管理制度，把协会的各项工作抓牢抓实；最后，要增强服务意识，真诚服务广大律师，做律师的贴心人。

\* 根据深圳市司法局党委书记、局长蒋小文同志在 7 月 13 日调研深圳律师工作会议上的讲话录音整理。





印刷日期 2022 年 10 月 15 日

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	黄红珍 周 敏
栏目编辑	陈 伟 杨新发 颜宇丹 杨银笛 胡 聪 屈文静 刘伟健
责任编辑	伍春红
编辑	王 颖 王文超
美术编辑	蔡永军
电话	0755-83025789
传真	0755-83025177
地址	深圳市福田区深南大道 4001 号时代金融中心 20 楼
邮政编码	518048
电子信箱	shenzhenlawyers@163.com
印刷单位	深圳市彩霸美印刷有限公司

特别说明：《深圳律师》发表的文稿所表达的观点，  
纯系作者见解，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 | FOREWORD ..... P1

01 始终坚守人民律师定位

### 论道 | DISCOVERY ..... P04-14

04 深入学习贯彻习近平法治思想 努力做党和人民  
满意的好律师 / 闵齐双

08 关于探索以合规引领深圳法治先行示范城市建  
设的若干建议 / 熊晓军 吴伟

12 中国企业“走出去”的痛点和应对建议 / 高文杰

### 专题研究 | SPECIAL RESEARCH ..... P15-23

15 格式合同中“管辖条款”的效力问题探讨  
/ 郭生华

18 被罚 = 无效？浅析小鹏汽车因约定广州仲裁委  
员会裁决被罚之格式条款 / 田毛

22 以小鹏汽车受罚案谈谈“绿色仲裁” / 杨成名



### 热点 | HOTSPOT ..... P24-37

24 刍议一起跨境遗嘱继承案件的管辖地与准据  
法问题 / 陈海燕

28 应急处置征用、补偿相关法律亟需修改 / 曹叠云  
唐首翔 胡可言

30 论虚拟货币网络传销活动的形式、特点及刑事  
辩护 / 胡聪

34 非信罪、帮信罪和相关犯罪的司法界定和裁判  
解读 / 叶荷

### 实务 | PRACTICE ..... P38-49

38 非法集资案件的有效辩护 / 马成

42 关于网络账号权属争议的法律分析及处理规  
则 / 余杭 王毅华

46 多法域视野下的非对称管辖效力及判决的承认  
和执行 / 周原 童懿贤

### 拍案 | CASE AND EXAMPLES ..... P50-61

50 商标申请权的法理及实证研究  
——从一件美国商标申请权被恶意转移案说  
起 / 车小燕 曾清华

54 房屋租赁合同无效 进场费如何处理？ / 常洁

58 差额补足作为资管产品信用增级安排的性质及  
效力探讨 / 杨燕 张弛

### 生活 | LIFE ..... P62-66

62 真实与隐微：尼采与柏拉图的对话 / 姜迪

64 第一巡回法庭律师志愿服务的思考 / 穆清

66 “五副眼镜”与律师 / 王腊清

### 律协动态 | INFORMATION ..... P67-68

# 深入学习贯彻 习近平法治思想 努力做党和人民满意的 好律师

○ 闵齐双\* 广东嘉得信律师事务所

\* 闵齐双，广东嘉得信律师事务所主任，系深圳市第七届人大代表、法制委员会委员，深圳律师行业党委委员，中国政法大学兼职教授，广东省高级人民法院粤港澳大湾区特邀调解员；执业三十年，同时担任多家金融机构的常年法律服务律师，业务领域：企业法律服务、金融、证券、保险、行政法、公司法及家族财富管理与传承。

党的十八大以来，以习近平同志为核心的党中央，高度重视律师工作，多次对律师工作作出重要指示和明确要求，强调律师队伍是依法治国的一支重要力量，要把拥护中国共产党领导拥护我国社会主义法治作为从业基本要求，坚持正确的政治方向，依法规范，诚信职业，认真履行社会责任，以满腔热情投入社会主义法治国家建设。广大律师深入学习贯彻习近平法治思想，深刻领悟习近平法治思想对律师工作的重大意义。在社会主义现代化建设高速发展的今天，律师群体如何在新时代、新征程中贯彻落实习近平法治思想，如何积极投身法治中国的建设中，在笔者看来，律师群体应从四个方面践行习近平法治思想，理论联系实际，最终指导实践。

## 一、把党的领导落到实处

坚持党的领导是律师工作的根和魂，是律师的政治本色和第一要义。习近平总书记在十九届中央政治局第三十五次集体学习时强调：“要加强对律师队伍的政治引领，教育引导广大律师自觉遵守拥护中国共产党领导、拥护我国社会主义法治等从业基本要求，努力做党和人民满意的好律师。”总书记的话语中表明了拥护党的领导对于律师队伍建设的重要意义。律师行业要形成共识，自觉拥护中国共产党领导，拥护社会主义法治建设，把律师事务所党组织做优做实。

律师行业党建工作，是党的建设的重要组成部分，是推进党的建设新的伟大工程的重要内容。以改革创新精神进一步加强和改进律师行业党建工作，对于全面加强律师队伍建设，推动律师事业顺利健康发展具有十分重要的意义。加强律师事务所党组织建设，就要紧紧围绕促进经济社会发展目标加强律师行业党的建设，就要积极探索律师行业党组织和律师党员发挥作用的有效途径，就要充分发挥律师党员在履行律师工作职责、服务科学发展中的先锋模范作用。

一是加强律师事务所党组织建设。鼓励和引导有条件的律师事务所成立党组织，以党建促所建，以所建促发展，推动律所和支部建设双轮驱动、同向发展，

实现“抓组织，强覆盖；抓队伍，强管理；抓活动，强责任；抓制度，强引领；抓保障，强运转”的模式。党支部要紧紧围绕“强基工程、领航工程、先锋工程和聚力工程”的建设目标，贴近实际牢牢抓住“党建工作规范性、支部作用引领性、党员作用先锋性和事务所发展可持续性”的突破口，坚持党支部对事务所的全面领导、坚持党员学习制度、坚持联学联建制度、坚持党群交流与帮扶制度、坚持立标对标考核等制度，确保党组织在急难险重任务中发挥战斗堡垒作用，在发展战略规划中发挥核心作用，在创新业务中发挥引领作用，在服务中发挥专业优势作用。

二是创新方式强化党员思想教育。注重发挥深圳丰富的红色资源和律师行业党校、各类行业培训作用，加强党员律师日常教育。举办“青苗班”“青拓班”“青训营”，开展青年党员律师阶梯培训，增强青年党员律师的服务意识。适应队伍年轻化趋势，把握时代性、坚持开放性，推出“给青年党员律师讲党课”等广受欢迎的党性教育品牌，将红色基因植入律师群体，不断增强政治认同、理论认同和感情认同，把律师队伍紧密团结在党的周围。

三是建立健全律师党员联系和服务群众制度，及时总结律师党员进社区、进乡村等做法，完善律师党员定点帮扶等制度，进一步拓宽律师党员服务群众的渠道。大力开展创先争优活动，通过实行律师党员挂牌上岗、设立“律师党员先锋岗”、建立“律师党员服务责任区”等形式，把律师党员的先锋模范作用最大程度地发挥出来。

四是引导律师党员积极开展多种形式的法律服务专项活动，切实履行法律援助义务，深入开展矛盾纠纷排查调解活动，为促进经济社会发展、维护社会和谐稳定、服务人民群众多作贡献。通过品牌党员律师的精英团队在事务所各项经营管理活动中的重要地位和作用，影响、引导、支持、推进事务所贯彻党的路线、方针、政策。通过学习党的文件、方针、政策，找到发展的方向。律师通过学习党的文件、方针、政策，前瞻性地把握时代发展的方向，未雨绸缪地做好针对性的准备工作，为社会提供法律服务。



## 二、把服务大局落到实处

在中国第二个百年奋斗目标新征程上，要坚持把服务大局落到实处，为建成富强民主文明和谐美丽的社会主义现代化强国贡献力量。作为律师，要有“国之大者”胸怀，积极参与到立法活动中，参与到党政机关和企业决策过程中，参与国家重大战略法律服务中，服务于粤港澳大湾区、社会主义先行示范区城市发展建设中。忠实履行社会主义法治工作者的使命，把党和国家的发展目标作为自己的奋斗目标，把自身发展同党和国家、民族大业联系起来，把实现个人价值与推动社会主义政治建设的集体价值和社会价值联系起来，不断提升律师服务大局的能力和水平，发挥法律“智囊”“外脑”的作用，努力让人民群众在每个司法案件中感受到公平正义，当好“习近平法治思想”宣传员。

一方面，律师事务所作为律师执业的场所，应当为服务全局工作奠定组织基础。律师事务所应主导通过议事协商、完善座谈会、听证会等协商方式，寻求社会法制发展的疑点、难点问题解决方案；应召集专业研讨、模拟法庭等学术研讨方式，寻求重大疑难案件的最佳代理方案；应邀请专职律师、中层干部列席参加管委会方式，聚智共商大事、难事；应倡议律师自律管理方式，发挥核心力量共治共建共享精神；应建立律师事务所应急管理响应体系，做好风险研判、预警、应对等工作。通过以上五个方面进一步调动律师的积极性、主动性和创造性，在促进律所实业发展的同时，服务全局，推动法治建设的持续性发展。

另一方面，广大律师要坚持围绕中心、服务大局的职责使命，服务经济社会科学发展，保障人民群众合法权益，促进社会公平正义，维护社会和谐稳定，为全面建成更高水平小康社会、开启基本现代化新征程提供更加优质高效的法律服务。律协作为党和政府联系广大律师的桥梁和纽带，在推进律师事业发展中发挥着不可替代的作用，要做到坚持思想政治建设与业务建设两手抓、坚持严格管理与热情服务双并重、

坚持自身建设与行业发展同推进的“三个坚持”。与此同时，市司法局党委要承担领导责任，市律师行业党委要承担具体责任，自上而下抓好落实；属地党组织承担协同责任，加强区域共建、支持配合，共同推动律师队伍将服务大局落到实处。

## 三、为经济高质量发展保驾护航

律师要认识到服务经济高质量发展是重中之重的任务，高质量发展是我国“十四五”及重要时期经济社会发展的主题，服务法治化营商环境，保障市场主体公平竞争，深化民营企业法律服务工作，加强企业合规经营。保障经济可持续的健康发展，要做到法治先行、保障同步，为助力社会法治稳定发展发挥社会的作用。

创新是社会发展的不竭动力，国民经济的健康发展离不开强有力的法治保障。律师是依法治国的重要力量，广大律师应以习总书记指示精神为指引，积极为国民经济提供法治保障，共同营造利于国民经济发展的良好法治环境。

一是要创建律师服务于企业发展的常态化机制和动态服务机制。引导中小型企业组建法律及企业合规部门，号召律师进驻中小型企业，为中小型企业发展守好法律关；推动企业法律援助团队和机构助力企业经济发展，为企业风险把脉；着手建设律师服务企业经济发展的常态化机制，加强律师和企业之间的联动，创新律师服务企业的新模式。围绕疫情防控时期企业法律服务需求，律师应动态开展援企稳岗各项法律服务工作，帮助企业从疫情中恢复生产，克服短期困难，有效防范风险，助推后疫情期间的经济发展。

二是发挥律师在粤港澳大湾区建设中的专业优势。习近平总书记指出：“粤港澳大湾区建设是国家重大发展战略，深圳是大湾区建设的重要引擎。要抓住粤港澳大湾区建设重大历史机遇，推动三地经济运行的规则衔接、机制对接，加快粤港澳大湾区城际铁路建设，促进人员、货物等各类要素高效便捷流动，提升市场一体化水平”。为此，要进一步提升粤港澳大湾

区企业防范法律风险的能力，积极筹划借鉴律师事务所相关扶持政策，学习国内外律师事务所服务地区经济发展中的先进经验做法，主动对接资源，开展粤港澳大湾区法律服务活动。要进一步深化粤港澳法律服务交流合作，探索推进公证业务、贸易仲裁、海事仲裁、贸易纠纷调解等现代法律服务业，通过合作与竞争，加大法律服务“走出去、引进来”的力度，提高法律服务的水平和质量。

三是引导律师积极开展公益法律服务活动。积极引导律师面向企业、社区、居民开展公益法律服务活动，帮助社区网格有效化解法律风险、预防法律纠纷、解决法律问题。引导律师所党支部、党员律师主动自发回报社会，为企业、居民开展经济文化生活提供法律保障。

四是号召并鼓励律师养成终身学习和持续学习的习惯。律师群体的确有能力也有条件为经济高质量发展保驾护航，但前提建立在有足够的知识体系基础之上。作为一名律师，法律专业性角度是优势所在，此外还需要在社会学、经济学、管理学等方面做足功课，统筹协调，综合发展，从专业的法律视角，运用多种学科知识，推动经济高质量发展。

## 四、推进国内法治和涉外法治建设

国内法治和涉外法治是我们党统筹国内国际两个大局的重要方面。涉外法治事关国家主权、安全和发展利益，在国内法治和国际法治之间发挥着桥梁纽带、互动融通的作用，是推进国家治理体系和治理能力现代化战略的重要支点。

目前，我国涉外法治建设还存在一些明显的短板。在新时代形势下，律师如何发挥在法治建设中的专业作用，促进律师行业服务水平不断提升，这需要我们共同实现行业自身高质量发展，不断探索新的业务领域，要有国际化视野和水平，为治国理政建言献策，发挥法律“智囊”“外脑”作用，推进国内法治和涉外法治建设。因此，我们要强化涉外法律服务，为中国企业和公民“走出去”提供法律保障，维护我国公民、法人在海外的正当权益。

一是要加强涉外法治建设专业人才的培养。律协应积极组织涉外法治人才的培训会、座谈会和分享会，为从事涉外法治建设的人才或者有意向参与涉外法治建设的律师提供学习、交流和分享的方式和机会。打造培养一流涉外律师人才高地，形成推动涉外律师业大力发展的强大力量，为经济社会发展作出更大贡献。

二是要加强律师对于涉外企业的法律扶助。对于律师而言，要协助企业认真评估海外投资地国家的法治环境，遵守所在国的法律法规，加强投资项目建设、运营、采购、招投标等全过程的内部合规性管理。遇到企业权益受到侵害的时间，律师要积极配合企业用法律的手段维权，最大限度保障自身利益不受侵害。

三是要用法治思维、法治方式营造市场化、法治化、国际化营商环境。律师群体不仅是法治社会的践行者、宣传者和推动者，同样也是促进经济高质量发展的主力军。随着经济全球化发展，律师群体既要看清国内社会环境的变化，又要洞察国际环境的更迭；在推动国内法治环境稳定和谐的同时，也需要积极排查国外经济环境和法治环境中的诸多风险，在法律事件中提升自己审时度势的眼光和判断力，帮助客户特别是企业在国内外环境中稳步发展。

进入社会主义现代化新时期，践行习近平法治思想，走社会主义法治道路，不仅需要广大律师的全员参与，更需要广大律师积极创新。社会赋予了律师群体更多的权利，时代赋予了律师群体更大的使命，人民赋予了律师群体更多的期待。这既是挑战，也是机遇；这既是压力，也是动力。

跟党走，听党话，在党中央的领导下发扬律师精神；争创新，求发展，在时代的背景下树立律师形象；打基础，养新人，在社会的发展中打造律师队伍。因为我们赶上了一个和平与发展的年代，律师行业才能不断涌现出新鲜的血液；因为我们拥有一个繁荣富强的国家，律师的成长才有了更为坚实的依靠；因为我们具备了实践创新的能力，法治中国的明天将会更加美好。作为一名新时期的人民律师，坚持以习近平法治思想为指引，胸怀“两个大局”、牢记“国之大者”，在新起点上奋力谱写全面依法治国新篇章。

# 关于探索以合规引领深圳法治先行示范城市建设的若干建议

○熊晓军\* 吴伟\* 深圳市律师协会企业合规专业委员会

2019年8月18日，中共中央、国务院印发《关于支持深圳建设中国特色社会主义先行示范区的意见》。其中，涉及法治相关的表述有两处：

其一，是关于战略定位中，将深圳定位为“法治城市示范。全面提升法治建设水平，用法治规范政府和市场边界，营造稳定公平透明、可预期的国际一流法治化营商环境。”

其二，是关于中央对深圳的期待和要求，“允许深圳立足改革创新实践需要，根据授权对法律、行政法规、地方性法规作变通规定”“进一步激发和弘扬优秀企业家精神”“优化政府管理和服务”“促进各

类市场主体守法诚信经营”“促进社会治理现代化”。

当前，世界范围内贸易保护主义抬头，疫情对经济叠加影响加大。为更有力应对外部形势变化对深圳经济造成的巨大冲击，结合中央对深圳的定位、期待和要求，在深圳法治先行示范城市建设中，我们建议，探索以“合规”为新一轮法治先行示范城市建设浪潮的“总抓手”，将“合规”融入城市法治建设的方方面面，走出深圳法治城市建设的“合规特色”。

近年来，深圳市国资委、司法局、各行业协会、在深央企等机关、组织、企业，陆续出台了一系列合规的指引、标准、指南等文件，对深圳的合规建设、

法治建设起到了有目共睹的促进作用，但没有立法、执法等权力机关部门的正式生效文件和机制体制改革，这些有益的合规摸索并不能在更广泛的社会层面起到应用的作用。为更好认识“合规”价值，更充分发挥“合规”制度的潜力，我们提出如下具有一定现实紧迫性、可操作性、创新性的建议：

## 一、加大“合规”理念、制度的培训力度，尤其注重在立法、执法、司法、社会综治等部门及人员中，大范围内推广、普及“合规”概念

“合规”概念最早诞生于西方，进入我国的时间不长，目前“合规”主要表现为最高人民检察院力推的涉案企业合规、大型企业的合规建设以及学者、律师的研究。在立法机关、行政机关、人民法院等部门和人员中，对合规的学习、研究、尝试等还有待普及、加强。因此，加大合规相关培训、推广，在整个法律共同体内激发大家的“合规”意识，逐步形成一个相对明确的“合规”共识，是大力推进、有效实施合规制度的前提。比如，对各级立法、执法、司法、社会综合治理等相关人员进行“合规”基本常识培训，了解国内涉案企业合规、央企合规、行业合规的最新动向和典型案例等。

## 二、在立法权限范围内，将“合规条款”嵌入深圳市制定的地方性法规、政府规章等法律规范之中

所谓“合规条款”，是指规定了有关部门对企业合规实践的真实性、有效性，依法予以审查核实，并做出是否依法给予其合规激励（包括但不限于减轻责任、豁免责任、达成和解、从轻处罚）的条款。

以“合规条款”嵌入行政处罚制度为例：

2021年新修订的《行政处罚法》第三十三条第二款规定，“当事人有证据足以证明没有主观过错的，不予行政处罚。法律、行政法规另有规定的，从其规定。”该规定从立法上突破了我国长期以来行政违法领域的“无过错主义”，通过让行政处罚行为的相对方承担“自证清白”的举证责任，同时赋予该相对方豁免行政处罚的机会。

市场主体（被监管方）如何证明“没有主观过错”，证据提交到什么标准才能解除“证明责任”？企业绝

大部分经营行为均出自营利目的，在现有的行政监管语境下，企业很难证明在营利动机下自身涉嫌违法的行为“无故意”或“无过失”。

面对这一困境，不妨转换到国际视角下，在西方国家的合规实践中，企业有效的事先合规，即属于证明企业“无过错”的证据种类之一。因此，在深圳市制定细化落实《行政处罚法》的地方性法规、地方政府规章的过程中，建议立法机关、行政立法部门，可以将事先有效“合规”作为企业“主观无过错”的理由，明确将包含“有效事先合规即企业无过错”等内容的“合规条款”，列入法律法规中，真正让能够提交事先真实、有效合规资料的企业，获得豁免或从宽处罚的机会。

同理，除了在行政处罚领域，在民商事侵权、行政监管、刑事司法中，均可以通过立法创设“合规条款”，激励市场主体自我合规的积极性，并对真实、有效合规的企业，依法赋予豁免、和解、从轻、减轻处罚的激励。

深圳的城市特质就是敢闯敢拼，勇于先行先试，建议市立法机关和市政府规章制定部门，根据授权尽可能广泛地将“合规条款”嵌入地方性法规、政府规章等法律规范，从而在立法的起点上，让监管者和被监管者脱离长期以来“猫鼠游戏”的博弈困局，形成监管者柔性科学监管、被监管者自愿守法的良好局面。

## 三、在执法活动中，满足一定条件的前提下，给予涉嫌违法企业“合规和解”的期限和机会

“人非圣贤，孰能无过，过而能改，善莫大焉”，企业也是一样，在残酷的市场竞争中，为了创新、为了能够赢得生存的一席之地，难免会有违反法律法规的情况发生。传统观念中，我国行政立法和执法领域一直奉行所谓“行政职权法定”“行政权力不得自由处分”的理念，这种理念突出了法的惩戒和威慑作用，但忽视了执法的预防、纠正、教育作用。不过近几年，这种理念在国家立法层面逐渐有所改变。

2015年2月17日，中国证监会发布了《行政和解试点实施办法》，首次在证券违法案件中试点行政和解和协议制度。新修订的《证券法》吸收了该立法试点的经验，其中第一百七十一条规定，“中国证监会对涉嫌证券违法的单位或者个人进行调查期间，被调查的当事人提出书面申请，承诺在中国证监会认

\*熊晓军，北京德恒（深圳）律师事务所律师合伙人律师，系第十一届深圳市律协企业合规专业委员会主任，执业领域为商业纠纷、商业犯罪、刑民交叉，企业合规管理、企业风险管理、企业危机应对。

\*吴伟，泰和泰（深圳）律师事务所律师，系第十一届深圳市律协企业合规专业委员会委员，专注于质量安全、企业广告宣传、反垄断、反不正当竞争、反商业贿赂、知识产权保护、数据安全等领域。



可的期限内纠正违法行为，赔偿有关投资者损失，消除损害或者不良影响的，中国证监会可以决定中止调查。被调查的当事人履行承诺的，中国证监会可以决定终止调查，否则，可以恢复调查。”尽管这一条文没有明确提及“行政和解”这一概念，所表述的要求也较为简要抽象，但根据公认的观点，该条文所确立的制度就是“行政和解”制度。

深圳关于执法模式的探索，可以再大胆一些，在“行政和解”的基础上再向前一步，即创设行政监管领域的“合规和解”机制。所谓“合规和解”机制，是指行政部门在行政执法调查中，对于那些可能涉嫌违法违规的企业，在承认违法事实、积极配合执法调查的前提下，如果企业承诺建立或者完善合规管理体系，行政部门应当给予合规考察并暂缓实施行政处罚的宽大机制。

“合规和解”机制主要有以下几个特点：

首先，在行政机关与涉案企业达成和解协议方面，后者是否已建立有效的合规管理体系，应当成为法定的重要条件。对于那些已经初步建立合规管理体系的企业，还是应给予较为宽大的行政处理，至少在缴纳和解金的数额上，要体现“合规宽大”的精神，以鼓励企业推进合规体系的建立。否则，企业在建立合规机制方面就会缺乏必要的动力。

其次，行政机关在审核企业提交的合规申请时，除了责令其缴纳高额和解金以外，还应当提出专门的、明确的合规整改要求。涉嫌违法违规企业在实施违法违规行为之后，应对自身的合规风险进行认真的评估，提出行之有效的整改方案，行政机关不得仅根据其缴纳和解金的行为来作为行政和解的主要根据。

再次，行政机关在与涉案企业达成和解协议时，应当确定合规整改期限，指派合规监管人或者合规协调员，定期提交合规进展报告等。合规整改期满，应当有专业的第三方人员对其合规整改效果进行评估，评估通过则予以免除行政处罚，不通过则直接予以处罚。

#### 四、稳步推进行政监管合规是探索监管创新，建设中国特色社会主义先行示范区的重要内容

自2020年以来，在最高人民检察院的推动和指导下，一些地方的检察机关开始推行企业合规不起诉的改革试点。2021年6月3日，最高人民检察院会同

司法部、财政部、生态环境部、国资委、国家税务总局、国家市场监督管理总局等行政监管部门，发布了《关于建立涉案企业合规第三方监督评估机制的指导意见（试行）》，首次将行政监管部门引入到企业合规不起诉的改革试点工作之中。

而要真正解决企业的违法违规问题，就不能只着眼于刑事诉讼程序中的“去犯罪化”，还应从源头上治理企业的违法违规经营问题。只有从根本上解决企业违反行政法规的问题，才能从实质上实现企业的“去违法化”问题。离开行政合规体系的建立，孤立地看待企业的刑事合规问题，可能属于一种“头痛医头，脚痛医脚”的治理方式，难以发挥长久的治理效果。

##### （一）行政监管是企业合规之本

市场监管、环保、食品安全、证监、物价、税务、人民银行、外汇、质量技术监督等专业性行政执法机关的行政监管是企业合规之本，检察院的合规不起诉是行政监管失灵之后的重要补充。

1. 行政犯存在双重违法性并应施以行政处罚和刑罚，这就使得企业合规的重心和前提在于行政监管。企业所涉嫌的犯罪，绝大多数是《刑法》第三章——破坏社会主义市场经济秩序罪和第六章——妨害社会管理秩序罪，这类犯罪属于行政犯，构成了行政不法且行政处罚不足以对其实施惩罚。

2. 行政犯是通过空白罪状的方式表现出来，必须援引前置性行政法规，而行政法规数量庞杂，且时时废改立，使得准确援引前置性行政法规必须依靠行政执法机关。

3. 企业涉嫌的行政违法与刑事犯罪，往往必须依靠行政执法机关所收集和认定的技术性证据才能予以判定。这类犯罪专业性、技术性强，在证据收集和认定上大多依靠行政执法程序才能得以完成。

4. 从“行刑”衔接的视角来看，刑事合规只是行政监管失灵之后才应该予以探讨的问题，合规不起诉只是刑事诉讼程序中解决企业涉嫌犯罪的方式之一。

##### （二）推行行政合规需要关注的几个问题

开展行政合规企业探索创新是推行合规管理的重要内容，不少部门在开展合规创新的过程中，已经意识到给予企业一定的合规激励，将是推行合规管理的必然手段，但正因为如此，在行政合规创新之初，应

当对我国的监管环境进行考量分析，避免由于制度上的不协调导致创新成效大打折扣。

1. 目前推行政政合规缺少必要的法律支撑。企业合规行政监管的规范层级比较低、布局零散，基本属于行政规范性文件，甚至不是规范性文件。虽然《反垄断法》《反不正当竞争法》《产品质量法》等法律具有一定程度近似于合规制度的痕迹，但依然不成体系。《行政处罚法》的修订，也没有对此予以回应。《深圳经济特区营商环境条例》有合规指导的概念，但仍然没有对合规激励予以配套支持。盲目开展合规激励必然面临合法性的拷问。

2. 行政合规不应成为企业的强制性义务，而应当以激励引导的方式督促企业落实主体责任。不少学者提出仿效西方国家，强制要求企业建立合规体系，否则予以惩戒，实质上这种方式并不可取。当前我国在行政监管方面的总体思路是“简政放权”，将事前监管转为事中事后监管，并以“双随机一公开”和信用监管作为基本手段，以此降低企业的营商成本。如果强制要求企业建立合规体系，必然导致设立新的行政许可，与改革方向产生制度性矛盾。

3. 行政合规创新需要综合考量当前的执法条件，避免产生新的风险。由于合规的目的是企业通过去违法化换取从轻、减轻或不予处罚，但由此将在行政处罚法之外形成新的处罚考量因素，如果缺乏完善的配套制度体系，将产生两方面风险：（1）履职风险，企业通过虚假或者不到位的合规整改，换取对下面面临的处罚的从轻减轻激励，如果免罚后重新再犯，将会给行政机关带来极大的履职风险；（2）廉政风险，以合规激励为主要内容的自由裁量权将带来新的权力，由此也有可能导致执法人员出现权力寻租的现象出现；同时需要指出的是，检察机关施行的“刑事合规”，其办理人员均为检察官，按规定需要通过司法考试，具有较高的法律素养，与此不同的是，目前基层执法人员的专业素质与检察官相比具有较大差距，这是推行行政合规需要面对的现实因素。

##### （三）推进行政监管合规的几点建议

1. 要立足当前的监管环境，循序渐进，从合规指导、合规指引等柔性管理入手，提升企业的合规意识。目前，不少地方或部门开始尝试性地开展行政合规的探索工

作，比如国家市场监管总局对阿里巴巴反垄断案发出的《行政指导书》，要求企业开展合规整改；国家市场监管总局、国家发改委、国家商务部以及上海、浙江、河北等地的市场监管部门，陆续出台关于市场竞争、海外经营等合规指引；苏州市人民政府发布《企业行政合规指导清单》；也有部分学者提出借鉴国外的做法，实施发布合规指引预防性合规机制、强制推行合规义务、施行合规宽大行政处理以及行政和解制度。上述行政实践以及理论研究都给下一步的行政合规探索带来参考。

2. 探索在自由裁量权实施标准中，引入合规减免处罚的量刑考虑。合规激励是引导企业自发实施合规管理的必要手段。通过承诺建立或完善合规管理体系，并通过有效整改实现“去违法化”，从而换取宽大行政处理，是目前开展合规激励的基本共识。尽管新修订的《行政处罚法》并未对合规激励预留空间，但创新不能就此等待，建议可在自由裁量权实施标准中设定合规建立与有效整改作为激励的前提条件。

3. 用足用好特区立法权，为行政监管部门的合规创新探索提供制度支撑，具体可考虑建立以企业事前履行合规主体责任，事后充分考虑去违法化成效，以自由裁量权实施为依据引入实体和程序相结合的激励模式。

以上建议，从激发、普及“合规”意识入手，通过立法将“合规条款”纳入由国家权力保障的法律规范中，以生效法律条文的形式确保“合规激励”的有效性，保护企业自主合规的积极性，并在执法中创立“合规和解”机制，给予企业改过自新的期限和机会，将法律规范允诺的“合规豁免”“合规从宽”等合规激励落到实处，从而实现企业的“主动合规”“自主合规”，降低行政监管的成本，改善社会治理。法治先行示范城市不能只依靠政府推动，必须利用好多元社会主体的积极性。改革、摸索、创新中遇到的问题形形色色、千头万绪，但只要抓住了问题的关键，也能起到四两拨千斤的效果。这个关键，就是一整套涉及立法、执法、司法、社会综治的“合规”相关制度创新。



### 一、研究背景与发展现状

根据国家提出的“走出去”发展战略，截至 2020 年底，有 2.8 万家中国境内投资者在全球 189 个国家（地区）设立对外直接投资企业 4.5 万家，全球 80% 以上国家（地区）都有中国的投资，年末境外企业资产总额 7.9 万亿美元。2020 年，中国在“一带一路”沿线国家设立境外企业超过 1.1 万家，实现直接投资 225.4 亿美元；2013 至 2020 年中国对沿线国家累计直接投资 1398.5 亿美元。<sup>①</sup>这是中国企业一步步走出来的显著成就。同时，不可忽略中国企业“走出去”过程中伴随的诸多风险及争议解决方式的痛点。

2021 年，根据《国际商会仲裁规则》新登记案件，其中涉及 143 个国家和地区的当事人共有 2206 位，

来自美国、巴西、西班牙、阿拉伯联合酋长国和墨西哥的当事人数量分别位列第一至第五名，法国、德国、中国大陆和中国香港特别行政区、印度和意大利的当事人位列前十名。<sup>②</sup>

香港国际仲裁中心（HKIAC）2021 年新受理国际仲裁案件超过 400 宗，涉及 41 个国家或地区的当事人。按案件数量排列，排名前 10 的国家或地区为：香港、中国内地、英属维尔京群岛、开曼群岛、美国、新加坡、韩国、英国、日本和塞舌尔。2021 年启动的机构仲裁案件中，78.7% 以英文进行，15.8% 以中文进行，5.5% 以中英双语进行。2021 年 HKIAC 共作出了 142 项仲裁员的指定。被 HKIAC 指定仲裁员且来自中国内地有 8 宗，占有所有指定的 5.6%。<sup>③</sup>

# 中国企业“走出去” 的痛点和应对建议

○高文杰\* 北京市天元（深圳）律师事务所

\* 高文杰，北京市天元（深圳）律师事务所律师，香港国际仲裁中心和深圳国际仲裁院仲裁员，深圳福田区政协委员，第十一届深圳市律师协会理事、国际交流与合作工作委员会主任，擅长以多语种提供跨法域的国际法律服务。

① 商务部、国家统计局和国家外汇管理局：《2020 年度中国对外直接投资统计公报》，[http://www.gov.cn/xinwen/2021-09/29/content\\_5639984.htm](http://www.gov.cn/xinwen/2021-09/29/content_5639984.htm)。

② 《国际商会仲裁院发布 2021 年初步案件数据》，<https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/icc-unveils-preliminary-dispute-resolution-figures-for-2021/>。

③ 《HKIAC 发布 2021 年数据》，<https://www.hkiac.org/about-us/statistics>。

新加坡国际仲裁中心 2021 年新受理的国际仲裁案件数量为 405 宗，其中涉及中国大陆的有 94 宗，在国别数量中高居第二位，来自中国香港的有 80 宗，紧跟其后为第三名。其中共有 371 项仲裁员的委任或指定，委任或指定中国大陆人士担任仲裁员的有 10 宗。<sup>④</sup>

中国仲裁法学研究会的一项研究显示，中国企业在海外仲裁中有较高比例的案件没有胜诉。<sup>⑤</sup>这表明，中国企业在海外的合法利益未能得到必要保障。

中国企业“走出去”是我们的必然选择，“走出去”遇到各种风险，尤其法律风险和争端，也是必然的。我们需要吸取过往的经验教训，同时更重要的是做到正视当下，着眼未来，防范和化解风险，最大程度的减少或降低对中国企业的损害。

### 二、痛点和典型问题

#### （一）瑕疵仲裁条款

除了法院诉讼，国际仲裁是解决国际争端的一种重要途径。据笔者从事国际仲裁的实践和切身经历来看，仲裁条款效力或仲裁庭管辖权问题有时是一个很复杂的问题，博弈一方出于诉讼策略的因素，往往会主动单独发起“挑战”，使案件进入实体审理前就必须先予解决，这常常是一场“大战”，耗时耗力，成本相当高。对当事人，尤其对中方当事人而言，简直是一场“恶战”或“噩梦”。实践中，国际商事合同会经常出现瑕疵仲裁条款，致使“我方”在仲裁庭管辖权问题的审理中比较被动，从而影响后续仲裁程序中对实体权利的主张，甚至难以或无法主张。常见的问题主要是合同适用法律为外国法，合同中的仲裁条款约定的仲裁机构、仲裁规则不明确，没有约定仲裁地点、仲裁员的委任和更换方式、仲裁语言、仲裁条款准据法，主合同约定了仲裁条款但从合同（包括担保函，担保合同）等没有约定仲裁条款，系列合同中各自约定的争议解决条款不完全一致等。

#### （二）中英文文本意思不一致

法律术语的专业度、准确度要求比普通日常用语高很多，不少企业对外签署的合同是由公司内部业务部门或法务部门同事拟定的，因经验缺乏，其中的中

英文文本常常出现意思表示不一致，或不完全一致，或相冲突的情形，从而造成双方对同一问题理解不同，“公说公有理，婆说婆有理”，很容易产生纠纷。而在国际仲裁中，目前主流的仲裁庭主要是英国人或使用英文的外国人组成，他们并没有经过对中文专业的学习，或仅仅是大致理解，在意思出现歧义时，自然依据英文的意思进行裁判，其结果往往是有利于外方。

#### （三）合同履行中的证据留存管理工作不够完善细致

国内不少公司对正式的已签署的合同会妥善保管和管理，而对合同缔约前、合同履行中的文件，包括往来电邮、会议记录等的管理不够重视，尤其是涉及合同变更或合同迟延履行等情形的，书面记录不完整或不准确，导致常常出现案件事实难以复原，有苦说不出，主张难以获得证据支持。

#### （四）诉前应对措施欠明智

一旦发生争议后，中方当事人常常容易首先、主动声明解除合同，似乎在宣示“正义”。然而，解除合同是一个非常复杂的专业问题，在不同国家的法律下，有不同的规定和条件。过于轻率地提出解除合同，将致使后续在案件中我方承担的举证责任很重，很不利于我方诉讼策略的选择。

#### （五）应诉重视程度不够

国内公司参与国际争议解决，尤其是应诉的积极性不高，除了极少数的跨国公司。不少国内公司对国际争端解决没有太多经验。遇到国际纠纷，要不弃之不理，自认倒霉；要不放弃抵抗，听之任之。就算对方诉诸法律，国内公司仍存有侥幸心理，有意选择缺席，不应诉。缺席结果自然可想而知，几乎是百分之百败诉。

#### （六）“作战”难度评估不足

不少企业对“作战”的难度认识不足。国际仲裁与国内仲裁存在很大的差异，前者程序设计基本采用《联合国贸易法委员会国际商事仲裁示范法》的规定，大量吸收了英美法系程序法规则，尤其是严格遵循当事人中心主义，“不告不理”，需要当事人自己全面详细地陈述自己的所有主张和理由，另一方需要对对方的主张进行对应的，“点对点”的抗辩和 / 或提出

④ 《SIAC Annual Report 2021》，<https://d.siac.org.sg/69-siac-news/739-siac-commemorates-30th-anniversary-in-2021-with-high-caseload>。

⑤ 《中国企业海外仲裁十案九败 9 成案件中方是被告》，载《法制日报》，2011 年 8 月 8 日。



反请求等，对文书的精细度要求很高，而且还有繁杂的证据披露环节，充满对抗意味的证人盘问等。这些决定了案件的处理难度比国内案件大很多，审理时间较长，工作量也很大。通常而言，单靠国内企业内部法务的力量去应诉或起诉，是难以应付的。

#### （七）对法律费用的管理思维存在偏差

在国际仲裁中，通常是败诉方承担全部法律费用，包括对方的律师费、仲裁庭的费用、仲裁机构的管理费用以及专家证人等的费用。在案件的前期和最初阶段，不少公司以及公司领导对案件很重视，广泛遴选律师，主要是看各家律所的报价方案，其中低价是遴选的最重要标准和要求。实践中，在案件办理过程中发生当初报价时难以预估的情况是正常，这将造成最初设定的预算不足，容易与代理律师发生冲突和矛盾。若互不妥协或理解，看似手握主动权的客户甚至中途更换律师。这对案件的管理及结果会造成很大的负面影响。

### 三、应对与建议

#### （一）优选中国律师全程参与

“术业有专攻”。基于各国法律、文化的差异性及语言障碍等因素，由中方企业人员直接与外方及其律师谈判、厘定法律文件显然是不切实际的任务。合同签署履行过程中，面对变化的情势，如何保证中方的权利不过于受到损害，如何争取法律权利的最大化，如何将中方的想法和诉求，准确而恰当地通过英文与对方沟通等都需要专业素质过硬的律师，尤其是中国律师的协助。因此，企业重视从项目之初就优选中国律师参与其中是有必要的。

#### （二）发挥主场优势草拟仲裁条款

选定仲裁机构，不宜选择临时仲裁。对于从事商事活动的各种主体，尤其是从事国际商事活动，但缺乏国际仲裁经验的当事人，在机构仲裁和临时仲裁之间，基于我们的文化和习惯，通常建议选择机构仲裁。在选择国际仲裁机构时，不仅应考虑其信誉和专业管理能力，若可能要选实行核阅制的仲裁机构，最好是选择国内有管理国际仲裁经验的仲裁机构，比如深圳

国际仲裁院、贸仲<sup>⑥</sup>等，发挥主场优势。当事人一旦选择了仲裁机构，则建议以该机构推荐的仲裁示范条款作为草拟仲裁条款的基础。

#### （三）委任合适的仲裁员积极应诉

应诉是解决争议的最佳方法，可增大谈判和解的可能性，以争取达成较好的和解条件。不仅要应诉，尽可能在程序上也要采取措施争取最佳的裁决结果。其中，在选任仲裁员问题上，要充分认识当事人至关重要的核心权利之一，即一方当事人有权利或有机会影响仲裁庭一半的构成。中国公司应尽量考虑委任中国或种族或文化背景上相认同的仲裁员，最好是对中英文及中国法、普通法均有相当造诣的律师，绝不能放松对仲裁员水平与操守的要求。

#### （四）善用律师合力取胜

在国际仲裁中，法律费用不菲，通常由败诉方承担，包括律师的费用、仲裁员的费用，以及机构费用和翻译费等。企业以低价招聘律师以应诉的方式并不是明智的做法，应尽可能保障预算费用合理，聘请高水平的律师团队常常能有更大的机会获得案件的胜诉或降低损失。同时，企业经过精挑细选委任信任度高并且高水平的律师代理后，要对内部法务和外部律师的工作内容进行科学合理的分工，企业法务的积极配合和有力支持能帮助减少外部律师的工作量，从而降低律师费的发生，实现较好的成本控制，善用律师以取得收益的最大化。

#### （五）注重文件管理方式

一般而言，与项目合同有关的所有行为，应以书面的、可存储的方式完整保存。对于敏感文件尽量以可享有特免权（主要是法律业务特免权）的方式保存。如果有对自己不利的文件，除非是与其他文件不可分割，否则应该销毁。

#### （六）政策引导和支持

政府应制定政策措施，鼓励、引导和支持企业及国内优秀律师携手“走出去”，在发生国际争端时，推荐或委任合适的中国律师担任案件的牵头律师，或指定为仲裁员等。

## 专题研究 前言

2022年4月17日，由第十一届深圳市律协商事仲裁法律专业委员会主办，民事诉讼法律专业委员会、合同法律专业委员会、消费者权益保护法律专业委员会、企业合规管理法律专业委员会协办的“小鹏汽车选择广州仲裁委争议解决受罚案的不同法律维度探讨”研讨会顺利举办。研讨会从不同法律维度解析小鹏汽车受罚案，取得了很多有益成果，本栏目刊登几位分享嘉宾的相关稿件。

# 格式合同中 “管辖条款” 的效力问题探讨

基于小鹏汽车选择广州仲裁委争议解决受罚案

○郭生华\* 上海段和段（深圳）律师事务所

据北京市市场监管局消息，2022年4月2日，北京小鹏汽车销售服务有限公司通过格式条款排除消费者就合同争议提起诉讼的权利的行为，侵害了消费者的权益，被北京市朝阳区市场监督管理局警告并罚款3000元。针对小鹏选择广州仲裁委争议解决受罚一案，

众说纷纭，莫衷一是。有人认为“小鹏汽车”因“格式条款”被处罚很冤；有人认为“小鹏汽车”因“格式条款”受罚，并无不当，支持监管部门的处罚决定。由此争议，足以引起我们对格式条款中关于管辖约定效力的重视。

⑥据《中国国际经济贸易仲裁委员会2021年工作报告》的数据，贸仲2021年度受理涉外案件636件，涉“一带一路”案件136件，双方均为境外当事人案件61件，涉及93个国家和地区，其中当事人来自74个国家和地区，涵盖36个“一带一路”国家和地区。

\*郭生华，上海段和段（深圳）律师事务所合伙人律师，系第十一届深圳市律协民事訴訟法律专业委员会委员，专业领域为与公司相关的纠纷、合同纠纷、婚姻家庭、继承等。



## 一、格式条款适用的现状

### （一）格式条款的定义及其效力评价

《民法典》第四百九十六条：格式条款是当事人为了重复使用而预先拟定，并在订立合同时未与对方协商的条款。根据规定，采用格式条款订立合同的，提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务，并采取合理的方式提示对方注意免除或者减轻其责任等与对方有重大利害关系的条款，按照对方的要求，对该条款予以说明。提供格式条款的一方未履行提示或者说明义务，致使对方没有注意或者理解与其有重大利害关系的条款的，对方可以主张该条款不成为合同的内容。

《民法典》第四百九十七条：格式条款无效的情形有下列情形之一的，该格式条款无效：具有本法第一编第六章第三节和本法第五百零六条规定的无效情形；提供格式条款一方不合理地免除或者减轻其责任、加重对方责任、限制对方主要权利；提供格式条款一方排除对方主要权利。

### （二）格式条款应用非常广泛

格式合同不仅仅出现在消费领域，它存在我们生活的各个角落里。面对电信、银行、保险等领域处于交易优势地位的经营商，我们作为相对方，对其提供的格式合同，往往处于被动签字的弱势地位。面对那些加重责任、限制或者排除我方权利的条款，有太多的无能为力。这就是常说的遇见霸王条款。

（三）其他合同纠纷和财产权益争议纠纷是否适用格式条款？

透过小鹏汽车案在格式条款且未尽合理提示义务的情形下约定广州仲裁委争议解决而受罚的启示，在关于格式合同中的管辖条款的效力（非对称管辖）问题上，我们能否举一反三，从消费者权益保护领域延伸到其他合同纠纷和财产权益争议（除级别管辖和专属管辖外）纠纷？

当前，除了消费者权益保护领域，买卖合同纠纷、融资租赁合同纠纷等也存在格式条款的问题，一些处于交易优势地位的当事人所提供的格式合同，在很大程度上给予了自身额外的合同利益，诸如不对等的违约责任条款、管辖条款等。这些排除 / 限制相对人主

要权利的条款是否一律有效？笔者认为，有必要从诉讼 / 仲裁的角度，谈谈格式合同争议解决条款中的管辖条款的效力问题，只有解决管辖问题，律师才能正式启动诉讼 / 仲裁程序，以两个案件为例：

第一个案件是买卖合同纠纷，东莞的一个公司向深圳一家著名的上市公司提供中央空调的末端产品，初加工的产品，合同标的额 20 多万，深圳公司找各种理由拒不支付货款，东莞公司则需要支付的维权费用有律师费、保全费、担保公司保全担保费、受理费、处理费等。深圳公司提供的购销合同关于管辖方面居然舍近求远，约定在与双方毫无任何关联的湛江仲裁委进行仲裁。徒增东莞公司的维权成本和负担，迫使其知难而退，最后作出大的让步，深圳公司享有额外利益，这一点与小鹏汽车相似。

第二个案件是委托理财合同纠纷，内地人在香港注册一家理财公司，用深圳关联公司收款，约定委托理财期限届满后，由香港公司回购。合同约定在香港国际仲裁中心仲裁解决争议，语言为英文。公司分散的客户很多，委托金额大多为几万到几十万不等。委托人除支付巨额的维权成本外，可能面临执行不能的情形，经与原告住所地法院沟通，能否以协议管辖无效为由适用民事诉讼法关于管辖的规定。目前得到的信息是不行，依据合同约定的管辖办理。

这两个案件主导方、优势方都是利用管辖条款以谋取额外利益。

## 二、格式条款约定的管辖效力如何？

2021 年 12 月 31 日，《全国法院涉外商事海事审判工作座谈会会议纪要》（以下简称《涉外审判纪要》）发布，非对称管辖首次以司法解释性质文件的方式出现。非对称管辖，作为协议管辖的非典型样态，是指赋予一方当事人有权在任何有管辖权的法院提起诉讼 / 仲裁机构提起仲裁，同时限制另一方当事人只得在指定法院提起诉讼或约定仲裁机构申请仲裁的条款。换言之，该约定的本质就是单方（即交易优势方）可选择的管辖权条款。上述的两个案件，包括小鹏汽车的案件，就是典型的非对称管辖。

目前根据案例查询，实践中几乎是一边倒的支持

非对称管辖的效力，屈指可数的案例是以相对方不知情且提供方未能证明已经尽了合理提示义务为由，否定了非对称管辖的效力。

（一）最高人民法院首次以司法解释性质文件明确认可非对称管辖的效力

《涉外审判纪要》第二条：“涉外合同或者其他财产权益纠纷的当事人签订的管辖协议明确约定一方当事人可以从一个以上国家的法院中选择某国法院提起诉讼，而另一方当事人仅能向一个特定国家的法院提起诉讼，当事人以显失公平为由主张该管辖协议无效的，人民法院不予支持；但管辖协议、涉及消费者、劳动者权益或者违反民事诉讼法专属管辖规定的除外。”尽管单边选择条款给予了一方当事人额外的利益，但这与合同其他各有偏向的条款并无本质差异，并不能因其单方性就区别对待。由此可见，当事人意思自治原则是深入人心的，并坚持认为单边选择性管辖条款是为了满足商业需要，应予尊重。

同时，虽然非对称管辖并未在《民事诉讼法》有明确定义，但其属协议管辖的范畴，当事人可以协议选择与争议有实际联系地点的法院作为管辖法院。只要非对称管辖的约定足以使当事人在起诉时确定被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地等与争议有实际联系的地点的人民法院管辖，且不违反级别管辖和专属管辖，就应当视为有效。

### （二）实践中否定非对称管辖效力的判例情况

笔者认为，解决争议条款，是相对于设定合同当事人具体债权债务关系的实体条款而言的，指当事人之间在争议发生前订立的就关于如何解决合同争议的程序、办法、适用法律、受诉法院 / 仲裁机构选择等内容而作特别约定的合同条款。

《民法典》第五百零七条规定：合同无效、被撤销或者终止的，不影响合同中独立存在的有关解决争议方法的条款的效力；《民法典》第五百六十七条规定：合同权利义务终止的，不影响结算和清理条款的效力。所以，争议解决条款作为一种程序性权利，为合同当事人的主要权利，格式合同中的管辖条款，只要符合民法典第四百九十六、四百九十七条规定的情形，则管辖约定应当无效。

如在浙江省高级人民法院审理的（2016）浙民辖终 294 号案中，正是由于非对称管辖条款以英文小字体印刷于提单正面的下方和背面，与其他印刷内容无显著的区别，且格式条款提供方并未举证证明其已履行提示义务，法院据此认为协议管辖条款不能约束当事人，即否定了管辖条款的效力。

## 三、启示

毋庸置疑，根据《民法典》的规定，要合理分配各方的权利和义务。那么，如何采用非对称管辖条款达到“尽到合理方式，履行提示义务”？关于合理的方式提示对方注意，是指采用足以引起对方注意的文字、符号、字体等特别标识对格式条款进行表示，提供格式条款一方，对已尽合理提示及说明义务承担举证责任。

为此，谨慎履行格式条款提示注意义务是非常有必要的，以免对相对人失去法律约束力，笔者建议，可用显著区别其他文字的方式对包括管辖条款在内的特别条款进行标识；保留就特别条款和与对方进行磋商的记录。





# 被罚 = 无效

## 浅析小鹏汽车因约定广州仲裁委员会裁决被罚之格式条款

○田毛\* 广东普罗米修律师事务所

近日，北京小鹏汽车销售服务有限公司（下称“小鹏汽车”）被北京市朝阳区市场监督管理局（下称“朝阳监管局”）以约定广州仲裁委员会（下称“广州仲裁”）进行裁决属格式条款而被罚。

### 一、事件概要

依据 2022 年 4 月 12 日朝阳监管局出具的京朝市监处罚〔2022〕2094 号《行政处罚决定书》，“在北京注册登记的小鹏汽车主要面向北京地区进行销售，消费者通过线上购买车辆时需与小鹏汽车签订《小鹏汽车购买协议》，但该协议第十三条约定，双方因本协议引起的以及与本协议有关的一切争议，由广州仲裁处理。朝阳监管局认为该条款属于格式条款，排除了北京市司法管辖，限制了北京市消费者选择争议解决方式的权利，且增加了北京市消费者不合理维权成本和负担，侵害了消费者的权益，并据此对小鹏汽车处以警告，并罚款 3000 元。现无证据表明小鹏汽车使用该条款获取了违法所得”（处罚详情见右图）。

### 二、小鹏汽车约定广州仲裁的条款是否属于“格式条款”

格式条款大概源起于 19 世纪，是为了便于交易

违法事实	经查：当事人主要从事小鹏汽车的销售和售后服务经营活动。当事人为小鹏汽车在北京地区的销售主体，其各部门以及分公司均对外经营。消费者在购买小鹏汽车过程中，可以在小鹏汽车APP线上选购或线下实体店选购车辆。消费者购买车辆时需与当事人签订《小鹏汽车购买协议》（以下简称协议）。协议内容包含广州小鹏汽车科技有限公司确认由当事人在销售车辆过程中重复使用。协议第十三条约定：“本协议应适用中华人民共和国法律管辖。因本协议引起的以及与本协议有关的一切争议，双方应通过友好协商解决。如果双方未能协商一致解决争议的，则任何一方均应向争议提交广州仲裁委员会进行仲裁，仲裁语言为中文。仲裁裁决是终局的，对双方均有约束力。”。该内容部分文字使用加粗、下划线作提示。消费者在使用小鹏汽车APP购买车辆时，需要勾选上述订购买协议，勾选后勾选框中协议第十三条无法更改。本院认为：当事人在北京注册并从事汽车销售等经营活动，当事人在销售商品以及提供售后服务时应当以北京市消费者为主。《中华人民共和国消费者权益保护法》第四十八条规定：“经营者与消费者进行交易，应当遵循自愿、平等、公平、诚实信用的原则。”；第十六条第三款规定：“经营者向消费者提供商品或者服务，应当恪守社会公德，诚信经营，保障消费者的合法权益；不得设定不公平、不合理的交易条件，不得强制交易。”。当事人在与消费者订立销售合同过程中，具有一定的优势地位，应当考虑普通消费者的经营和理解，以及普通消费者对国家法律法规的理解，依法对合同格式条款进行设定，并合理提示消费者注意争议解决方式。当事人与北京消费者签订汽车销售合同，利用格式条款约定在广州仲裁委员会进行仲裁，排除了北京市司法管辖，限制了北京市消费者选择争议解决方式的权利，且增加了北京市消费者不合理维权成本和负担，侵害了消费者的权益。综上，当事人利用通过格式条款限制消费者自主选择争议解决方式的行为，现有证据无法证明当事人通过使用该条款获取违法所得。
处罚依据	《侵害消费者权益行为处罚办法》第十五条
处罚种类	警告、罚款
处罚内容	责令当事人改正上述违法行为，并决定处罚如下：警告；罚款：3000元；

而预先确定的一般交易条款。随着科技的发展，信息化、网络化的普及，线上交易已成为我们生活中不可或缺的一部分。线上交易本就是为了便捷、高效，为此在线上交易中企业为了更便于交易，基本都采用格式条款的方式与消费者建立契约关系，但企业作为格

式条款的提供者往往利用其优势地位，以繁琐至极的文字掩饰不公平的格式条款或利用其资源优势限制或排除消费者权利等方式，迫使消费者无奈接受格式条款，从而导致各方利益不均衡、不公平的后果。为此，为有利于合同相对方更加全面地获取合同重要信息、缩小与格式条款提供者之间信息获取、认知能力的差距，《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）就格式条款作出了明确规定。

#### （一）格式条款的定义及特征

《民法典》第四百九十六条第一款规定：“格式条款是当事人为了重复使用而预先拟定，并在订立合同时未与对方协商的条款。” 故而格式条款具有以下特征：

##### 1. 可重复使用

格式条款是自由经济的产物，是为了便于交易而诞生的，故而格式条款不是针对特定交易主体专门拟定的，而是面向不特定的社会公众，且能够广泛、反复使用而拟定的。

若合同条款并非重复使用，则不属于格式条款，但此处的“重复使用”应做扩张解释，不能只理解为“重复使用的动作”，而应将其理解为“重复使用的目的”，只有格式条款是为了实现“重复使用的目的”即可，与使用次数无关。比如，假设小鹏汽车约定广州仲裁的条款在被处罚前只与一位消费者签订过，但这不能意味着该条款不具有《民法典》关于格式条款所规定的“可重复使用”性，因为小鹏汽车提供该条款的真正目的是为了以后重复使用，而非基于特定情形、针对特定主体拟定的。

##### 2. 预先拟定

格式条款并非经过合同双方协商交流后才固定下来的合同条款，是在进入订约程序前，提供者根据自身交易需要预先制作的合同条款。比如，店堂告示、免赔条款等。

预先拟定具有单边性，是格式条款提供者单方准备、制作、提供，直接用于合同签订，具有强势、迫使之地位。某些合同或条款虽然在合同订立前，便由合同提供者提前制作完成了，但如果合同相对方享有选择认可或放弃或否定等权利，则不符此处的“预先拟定”。比如，假设小鹏汽车提供的购买协议中约定，“因本协议引起的以及与本协议有关的一切争议，双方应通过友好协商

解决。如果双方未协商一致解决该等争议的，则任何一方均有权通过以下方式处理：提交至广州仲裁委员会进行仲裁；向有管辖权的法院提起诉讼。”

##### 3. 未经与对方协商

协商是一种权利，不是义务，而且协商是在平等地位基础上，遵循公平原则进行的，故而此处的“未与对方协商”是指实质上不能够协商，具有条款内容的不可协商性，不包括可协商而不协商的状态。即“未经与对方协商”是指合同相对方只能选择接受格式条款或者放弃合同缔约的机会，而没有协商的权利，也不能提出修改要求的情形。这是格式合同的本质特征，也是格式合同的核心。因此，虽然某约定是格式条款提供者预先拟定，但仍需与合同相对方进行协商才可确定的，便不属于格式条款。对此《深圳经济特区合同格式条款条例》第三条第三款就明确规定：“合同格式条款经经营者和消费者协商修改的，该条款为非格式条款”。

#### （二）格式条款提供者的义务

依据《民法典》第四百九十六条第二款之规定，提供格式条款的一方具有以下义务：

##### 1. 就合同当事人之间的权利与义务遵循公平原则进行确定的义务

此处规定的“遵循公平原则”更加关注的是“意思自治”的保障。即如果格式条款提供方严格履行了说明、提示义务，且不存在使相对方没有注意或没有理解与其有重大利害关系的，则该条款成立。另外，实际商业活动中，交易双方有时会主动贬损自己利益或增添义务，以获取商业机会，故而虽然此处明确格式条款提供方需遵循公平原则确定合同双方的权利与义务，但更多的是倡导性表述，而非强制性义务，不当应当成为格式条款的判断要件。对于是否遵循公平原则，是否体现公平正义，则需要依据《民法典》第四百九十七条的规定进行判断。即当格式条款提供方不合理的免除或减轻其责任、加重对方责任、限制对方主要权利、排除对方主要权利的，该条款无效。

##### 2. 就与对方有重大利害关系的条款采取合理方式进行提示的义务

提示义务是格式条款提供者需要主动履行的义务，提示的形式可以口头亦可书面，包括但不限于符号、特别字体、注释、特殊排版等方式，但该提示方式需

\* 田毛，广东普罗米修律师事务所合伙人律师，系第十一届深圳市律协合同法律专业委员会副主任、深圳市南山区总工会专项顾问，具有劳动纠纷、合同纠纷等案件的丰富实战经验。



确保“通常注意的相对人，能够在快速浏览的情况下对提示部分察觉”；其次，提示需在合同订立时或订立前，以没有歧义的方式提出；第三，提示的对象为免除或减轻己方责任等与对方有重大利害关系的条款。此处的“与对方有重大利害关系”法律并没有明确定义，但合同的主要条款、与合同目的有关的其他条款，以及影响合同当事人权利义务平衡的条款，均属于与对方有重大利害关系的范畴。除此之外，有关违约金、违约 / 赔偿责任、增加费用、解除合同、争议管辖、责任承担等事项亦可被认定为具有“重大利害关系”。为此，格式条款提供方为了保护己方权益，凡是涉及上述因素的条款，以及相对方要求说明的条款，建议都给予解释和说明。

3. 就与对方有重大利害关系的条款应对方要求进行说明的义务

相较于提示义务，说明义务则主要是由相对方发起，是相对方的一种权利。格式条款提供方是基于相对方的要求而被动履行，但格式条款提供方必须满足相对方的说明请求，并且格式条款提供方的说明应当以“常人能够简单理解”的表述，确保相对方理解。另外，说明义务还隐含着，格式条款提供方应当为相对方创造知悉条款内容机会的义务，而且还需使相对方付出的成本、精力等处于合理范围。

如格式条款的提供方未履行上述义务，使接受方没有注意到对其权益有重大影响的格式条款，或虽注意到却未能正确理解的，接受方有权主张该等条款不构成合同内容，至于该条款效力，需依据《民法典》第四百九十七条的规定进行判断。

综上，小鹏汽车约定广州仲裁是在消费者签订协议前，为了重复使用而预先拟定，并未与消费者进行协商的条款，似乎符合《民法典》中关于格式条款的定义和特征。如该条款确属于《民法典》的“格式条款”则应履行上述法定义务方可成为合同内容，并受此约束。

**（三）小鹏汽车约定广州仲裁的条款不受相关格式条款规定的约束**

依据《民法典》第四百七十条第一款第（八）项之规定，合同的主要条款包括争议解决的方法，而结合《民法典》其他条文的规定，争议解决的方法或途径有和解、调解、仲裁、诉讼等多种方式，故而选择

仲裁委员会或就某项争议进行裁决，或选择诉讼，或选择有关组织进行调解而形成的合同条款，属于争议解决条款。依据《民法典》第五百零七条之规定，争议解决条款具有独立性，不因合同不生效、无效、被撤销或终止而不产生效力，即合同无论处于什么状态，都不影响争议解决条款对合同当事人的约束。

因此，虽然小鹏汽车约定广州仲裁的条款与《民法典》中所规定的“格式条款”的定义、特征完全相符，但该条款属于争议解决条款，故而不受有关格式条款规定的约束。

### 三、小鹏汽车约定广州仲裁的条款是否有效

选择仲裁委员会裁决是解决争议的途径之一，且依据《中华人民共和国仲裁法》第二条、第三条之规定，小鹏汽车与消费者就买卖车辆所产生的争议，不属于不能仲裁的情形。

依据《仲裁法》第十六条规定，仲裁协议是纠纷发生前、后当事人就某事项自愿选择可以确定的仲裁机构进行裁决而达成的协议。结合《仲裁法》第十七条、第十八条之规定，具有完全民事行为能力的当事人选择仲裁的事项不属于不能仲裁的范围，而且选择仲裁裁决是其真实意思表示，且仲裁机构是唯一或可确定的，则该仲裁协议合法有效。

综上，在该事件中，小鹏汽车与消费者就买卖车辆事宜而发生的争议，约定由广州仲裁的条款，属于仲裁法所规定的仲裁协议。依据朝阳监管局出具的处罚决定书，小鹏汽车受罚是基于该条款排除了北京市司法管辖，限制了北京市消费者选择争议解决方式的权利，且增加了北京市消费者不合理维权成本和负担，但小鹏汽车尚无利用该条款获取违法所得，故而由此可知，小鹏汽车存在利用其优势地位迫使消费者签署该条款的可能，但也仅具有《民法典》中格式条款的特性，并不属于《仲裁法》第十七条第（三）项所规定的情形，即小鹏汽车可能存在利用其优势地位与消费者达成仲裁协议的情形，但并不属于采取胁迫手段，迫使消费者与其订立该条款。

因此，在消费者尚不能证明选择广州仲裁不是其真实意思表示的情况下，双方关于车辆买卖所发生的争议提交广州仲裁的约定属于合法有效的仲裁协议条款。

### 四、小鹏汽车约定广州仲裁是否有损消费者权益

**（一）小鹏汽车有利用优势地位剥夺消费者选择权之嫌**

商业活动中，经营者面对消费者往往是一对多的情形，致使经营者在消费经营活动中处于天然的强势、优势地位。消费者进行消费时，无法就经营者提供的条款作出改变，更无法要求经营者签署其提供的合同。故而消费者在消费过程中处于被动接受的状态，否则只能放弃本次消费，这有悖于《中华人民共和国消费者权益保护法》第八、九、十条之规定及立法目的。

虽然小鹏汽车约定广州仲裁的争议解决条款，最终是否得以启用处于不确定状态，但争议解决的方式有多种，而消费者在与小鹏汽车的交易过程中却无从选择，即消费者在购买小鹏汽车过程中无法选择争议解决方式，消费者的权利明显受限。

**（二）小鹏汽车约定广州仲裁有加重消费者维权成本之嫌**

仲裁机构裁决争议具有灵活性，可在仲裁规则之下自由选择仲裁开庭方式、仲裁程序、仲裁地等。虽然仲裁机构可以为争议双方提供更多的选择，比如可通过网络线上裁决，但这种方式需征得双方同意和认可。

依据监管局出具的处罚决定书，小鹏汽车在北京登记设立，主要是面向北京地区的消费者，即如因车辆买卖而发生争议，双方需舍近求远的寻求广州仲裁解决双方之间的争议。除非小鹏汽车在符合广州仲裁规则的前提下同意在北京或网上开庭，否则消费者需承受差旅费、交通费等费用的风险，而小鹏汽车可集中处理，且广州是其全资股东所在地，实际可由其全资股东代为处理。另外，依据大部分仲裁机构的仲裁规则，胜诉方的律师费还需败诉方承担，而消费者在委托律师意愿或承受力方面，或是自我维权的方面均弱于小鹏汽车。因此，小鹏汽车约定广州仲裁的条款，虽然合法有效，但隐含了加重消费者维权成本的风险。

### 五、给格式条款提供者的建议

让相对方感受到尊重，感到公平、信任才可以真正发挥格式条款高效、便捷的作用，为此，特提出以下建议供格式条款提供者参考适用：

**（一）原则性建议**

1. 格式条款需遵循公平原则确定双方的权利义务；
2. 格式条款需表达准确，避免使用似是而非、模棱两可的语句；
3. 需使交易各方知晓并能理解各自的权利义务；
4. 需是双方认可且愿意切实履行的条款；
5. 严守法律规定的底线，尤其是要避免违反强制性规定；
6. 注重合理性，包括提示、说明义务的合理性，以及责任免除、减轻的合理性；
7. 提高交易公平的认识，给相对方足够的平等地位，设计合理的格式条款，减少交易成本，增加工作效率。

### （二）操作性建议

1. 协议中明确重大利害关系的定义或范围，但该定义不能排除合同的主要条款、与合同目的有关的条款，以及有关违约金、违约 / 赔偿责任、增加费用、解除合同、责任承担等事项的条款；
  2. 对涉及重大利害关系的条款，应采取足以引起注意的字体、字号、颜色、符号、标识，或在签约处专门增设签约提示条款或抄录确认等显著方式向相对方提示，一定要与其他条款有所区别；
  3. 采用清晰、明确的方式对主要合同条款、涉及重大利害关系的条款进行提示或说明；
  4. 提供便捷的咨询和说明平台，或设立专线，并以醒目且易获取的方式告知相对方可以通过该等方式就合同内容进行咨询；
  5. 就相对方要求予以说明的事项，注意留存解释说明该条款的相关证据；
  6. 注意留存体现双方沟通协商的资料；
  7. 采用网络签约的，建议通过短信、问题等多种验证方式相结合，核实相对方的民事行为能力，以及确定相对方的主体身份；
  8. 采用网络签约的，可通过实名认证的方式，宣读或手动输入涉及重大利害关系的条款。
- 小鹏汽车约定广州仲裁的条款虽然合法有效，但该条款未让消费者被公平对待，也未让消费者感受到被尊重，有损其企业形象。小鹏汽车作为一家新兴企业，产品新颖，前景广阔，为了使其更大更强，除遵守法律法规之外，还应充分尊重客户，保障客户的权益，避免出现不公平、不合理的情形。



# 以小鹏汽车受罚案 谈谈 “绿色仲裁”

○杨成名\* 广东卓建律师事务所

## 一、案例简述

北京小鹏汽车销售服务有限公司（以下简称“北京小鹏汽车”）主要从事小鹏牌汽车的销售和售后服务等经营活动，为小鹏汽车在北京地区的销售主体，其余门店以及分公司均为体验店。购车时，消费者可以在小鹏汽车 APP 线上或线下实体店选购，且需与北京小鹏汽车签订《小鹏汽车购买协议》（以下简称“协议”）。协议内容由广州小鹏汽车科技有限公司确认并由北京小鹏汽车在销售车辆过程中重复使用。其中，协议第十三条规定：“本协议应适用中华人民共和国法律管辖。因本协议引起的以及与本协议有关的一切争议，双方应通过友好协商解决。如果双方未协商一致解决该等争议的，则任何一方均有权将争议提交至

广州仲裁委员会进行仲裁，仲裁语言为中文。仲裁裁决是终局的，对双方均有约束力。”该内容部分文字在协议中使用加粗、下划线作出提示。消费者在使用小鹏汽车 APP 购买车辆时，需要在线上签订购买协议，在此签订过程中该协议第十三条无法更改。

朝阳区市场监管局认为：北京小鹏汽车在北京注册并从事车辆销售等相关经营活动，销售商品以及提供服务的对象以北京市消费者为主。北京小鹏汽车与北京消费者签订汽车销售合同，利用格式条款约定在广州仲裁委员会进行仲裁，排除了北京市司法管辖，限制了北京市消费者选择争议解决方式的权利，且增加了北京市消费者不合理维权成本和负担，侵害了消费者的权益。北京小鹏汽车在与消费者订立销售合同过程中，具有一定的优势地位，应当考虑普通消费者对我国法律规定的知晓程度，依法对合同格式条款进行设定，并合理提供问题争议解决方式。综上，朝阳区市场监管局认定北京小鹏汽车构成通过格式条款排除消费者就合同争议提起诉讼的权利的行为，遂依据《侵害消费者权益行为处罚办法》对北京小鹏汽车作出行政处罚。

据了解，小鹏汽车在 2021 年亦因同样事件被杭州市拱墅区市场监督管理局处罚过。

## 二、倡导绿色仲裁：让争议在公平、合理的氛围下去解决

小鹏汽车被行政处罚事件一直受到社会的广泛关注，一方面原因在于行政机关通过行政行为对案涉协议中的仲裁条款效力作出了判定，该判定行为并非依据《中华人民共和国仲裁法》，其作出的行政处罚合法性值得商榷；另一方面，北京小鹏汽车针对北京地区的消费者，在设定管辖条款时却选定了广州仲裁委员会，此设定让社会各界产生了一定的联想，小鹏汽车利用优势缔约地位给北京地区的消费者维权设置障碍，增加维权成本，客观上侵害了北京地区小鹏汽车消费者的权益。

透过小鹏汽车处罚案，姑且不论行政机关的处罚是否合法，但小鹏汽车作为格式条款的提供者，将案件所涉管辖确定为对己方便利的管辖机构，未能考虑该管辖条款给消费者带来的维权困境。此种不公平现象虽在社

会实践中大量存在，但在当前社会，广大消费者越来越关注公平、正义在现实生活中的价值，且越来越多的人随之变得自觉和自省。笔者以为，在提供民商事交易设计和运作的法律服务过程中，作为一名律师应思考自身是否站在公平正义的角度、是否向当事人提供既合法又合理的法律服务方案？在此，笔者倡议律师同行达成“绿色仲裁”的共识，即仲裁活动过程中，对于一些规则以及法律文本的设计尽量达到双方权利义务平衡，切勿只是站在己方角度过度维护偏袒己方权益，造成交易另一方无端陷入被动局面，尽可能减少摩擦和诉累，让双方争议在阳光、公平、和谐的氛围下化解。

## 三、常见的不合理条款设置情形

### （一）设置不合理的仲裁条款

事例 1：本协议项下争议，交由 xx 仲裁委员会进行仲裁，双方一致同意由 xx 方推荐仲裁员并由该名仲裁员成立仲裁庭进行审理。

事例 2：本协议项下争议，交由 xx 仲裁委员会进行仲裁，xx 方默示且不可撤销的同意以 xx 方认可的仲裁审理方式审理双方争议。

上述两则事例实际是在缔约过程中通过事先的安排而拟定的，这种对仲裁员以及审理方式的自我独断，对于后续仲裁机构的安排会产生很大影响，仲裁虽强调意思自治，但不应以损害一方当事人程序性权利为代价，除非这种代价是当事人自己作出的选择。故此，为减少案件处理的后期风险，笔者建议律师慎用对于缔约过程中当事人达成的类似上述的仲裁条款，同时也呼吁仲裁机构对于上述条款应严格审查，应给予当事人尤其类似上述条款对其不利的一方当事人以事后再确认或陈述的机会。

### （二）设置不合理的“弃权条款”

事例 1：xx 方同意本协议项下的争议交由 xx 仲裁委员会进行仲裁，知晓并认可 xx 方的一切证据及主张，在任何时候均不提出任何异议。

事例 2：xx 方声明在仲裁过程中放弃管辖权异议、仲裁员回避、答辩、质证等任何程序性权利，在任何时候均不提出任何异议。

上述两则事例在仲裁个案中也屡见不鲜，该等条款同样亦形成于当事人之间所缔结的合同文本中，而

根据案件的自身特点，在缔结合同时双方之间并未产生争议，谈何放弃有关实体或程序抗辩的权利？故此，对于这类条款因为在签约当时并无实际发生，仅作为一种预设条款，那么在后续履约进展中自当不能以预设条款予以约束，否则将对一方当事人造成不可辩驳的后果，显然并不能达到依法解决争议的目的。

### （三）选择不合理的争议管辖、转嫁维权成本

笔者在此探讨的有些争议不是不能选择仲裁管辖，原则上，只要不违反《中华人民共和国仲裁法》第三条所规定的特定争议案件，均可由仲裁进行管辖。但不可避免的是，仲裁机构收费门槛较高，对当事人参与仲裁能力也有一定要求，同时，仲裁对于债权人对实现债权的费用设有转移制度，因此，采取仲裁方式处理争议会使消费者承担成本过高。目前，一些特定案件如租赁纠纷案，一般争议标的较小，且违约方一般均为经营不善或生活处于拮据状态的小租户，如此类案件进入到仲裁，势必造成违约方的违约成本加大，无疑雪上加霜，建议此类案件慎重选择仲裁。

### （四）创设不合理的仲裁制度，损害当事人合法权益

近年来，仲裁机构为了扩大仲裁业务，发展仲裁案源，利用自身仲裁规则或仲裁活动创设了一些仲裁制度，实践表明，有些制度创设得很离谱，甚至成为笑柄。诸如湛江仲裁委员会的“先予仲裁”，简单说就是在当事人缔结合同时也达成和解协议，和解协议约定根据该和解协议内容由湛江仲裁委员会进行仲裁效力确认，在当事人不用参与仲裁程序的情况下，即可由仲裁机构出具裁决书。这个“先予仲裁”实质是在当事人未形成纠纷的情况下，根据当事人所谓的事先同意而作出的，无疑并不符合仲裁受理的前提即可仲裁性，同时，也剥夺了当事人参与仲裁的程序性以及实体性的抗辩权利，故此，这个制度非常不合理，更不合法。

## 四、结语

律师作为商事活动的重要参与者之一，在提供法律服务时，本着公平的原则，不能仅仅站在己方当事人的角度过度维护己方权益，而需要注重交易中双方利益的平衡。这不仅是法律对公平、正义的永恒追求，也是律师践行和谐社会、绿色人文的应有之义。

\* 杨成名，广东卓建律师事务所合伙人律师，第十一届深圳市律协商事仲裁法律专业委委员、深圳国际仲裁院仲裁员、深圳市民商事调解中心调解专家、深圳市前海合作区人民法院调解员，业务范围涉及新三板、并购重组、股权投资、供应链金融、重大民商事仲裁与诉讼等领域。



# 当议 一起跨境遗嘱继承案件的 管辖地与准据法问题

○陈海燕\* 广东华商律师事务所

与境内一般继承案件相比，跨境遗嘱继承因涉及多法域的事实问题与法律适用问题，可能引致不同于境内继承法上的法律问题，具体如跨境继承案件的争议性质识别、确定管辖地与管辖法院、确定准据法（冲突规范）以及外国法查明等。笔者拟以一宗涉港遗嘱继承纠纷案件，探讨跨境遗嘱继承中的法院管辖和准据法适用等问题。

### 一、案件概述与六个争议焦点

香港居民吴女士，因病在 2019 年 9 月在两位好

友的见证下立了遗嘱，要将香港和大陆两地的所有财产继承给丈夫王先生一人，其中包括位于东莞的一套住宅商品房。立遗嘱后不久，吴女士就去世了，去世时她还在世的家人有丈夫、父亲、弟弟三人（均为香港人），她与丈夫没有孩子。因东莞这套房产的归属问题，亲人之间没有协商好，王先生准备通过诉讼程序，来获得这套房产 100% 的份额。

本案吴女士是房管部门登记的所有权人，纠纷在于去世后，其名下该套大陆房产归谁所有的问题。本案涉及六个争议焦点：

1. 本案应定性为什么纠纷？是继承纠纷还是不动产权纠纷或其他？应当由什么准据法来定性？
  2. 法院管辖，是去大陆的法院起诉，还是去香港法院起诉？
  3. 准据法适用，是中国大陆法，还是香港法，还是多法域法律穿插适用？
  4. 婚内购买的该套房产是夫妻共同财产，还是个人财产？
  5. 吴女士所立的遗嘱是否有效？
  6. 若遗嘱无效或部分无效，遗产应当如何分配？
- 本文针对以上六个争议焦点，重点研究应当如何确定准据法的问题。

### 二、法院管辖

根据我国现行的《最高人民法院关于全国沿海地区涉外涉港澳经济审判工作座谈会纪要》[法（经）发〔

1989〕12 号]、《中华人民共和国民事诉讼法》，以及法发〔2015〕7 号《最高人民法院关于调整高级人民法院和中级人民法院管辖第一审民商事案件标准的通知》、粤高法〔2008〕111 号《广东省高级人民法院关于调整第一审民商事纠纷案件级别管辖标准的通知》规定，本案不动产继承案件由房屋所在地的基层人民法院管辖。

### 三、准据法的适用

大陆的法院管辖本案，并不当然适用大陆法律；甚至有可能同一个案件中，法律定性、立遗嘱人遗嘱能力、遗嘱的方式、遗嘱的效力、案涉房产是夫妻共同财产还是个人财产等，需要分别适用不同法域的法律。根据我国《涉外民事关系法律适用法》第八条、第十二条、第二十四条、第三十一条、第三十二条、第三十三条等规定，对本案几个争议问题的冲突规范所指向的准据法整理如下表。

法律 关系	准据法									
	法院 地法	经常居 住地法	遗嘱行 为地法	立遗嘱时 经常居住 地法	死亡时 经常居住 地法	国籍 国法	共同经 常居住 地法	一方当事 人经常居 住地法	主要财 产所在 地法	不动产 所在地 法
民事法 律关系 的定性	√									
遗嘱 能力		√								
遗嘱方 式(成 立)			√	√	√	√				
			无条件选择适用的冲突规范。 符合四者之一，则遗嘱成立。							
遗嘱 效力				√	√	√				
			无条件选择适用的冲突规范。 符合三者之一，则遗嘱生效							
夫妻财 产关系						√1 √3	√2	√1	√1	
						有条件选择适用的冲突规范，有先后 顺序。具体见下文“3.关于本案房产是 吴女士个人财产还是夫妻共同财产”				
不动产 的法定 继承										√

注：香港属于中国，由于特殊原因，根据我国涉外民事关系法律适用法、民事诉讼法等立法精神，涉港案件参照涉外案件办理，国籍国法在本案中指当事人所在区域法即香港法。审判实践中，如 2020 年北京市第一中级人民法院(2020)京 01 民申 298 号再审审查与审判监督民事裁定等案例中，也认定香港居民的国籍国法为香港法律。

\*陈海燕，广东华商律师事务所律师，系广东省律师协会涉外律师先锋人才库律师，第十一届深圳市律师协会港澳台法律专业委员会委员。本文感谢隋淑静律师的指导。



#### （一）关于法律定性

本案涉及房产的纠纷，是属于不动产物权纠纷，还是继承纠纷，或者是其他，不同国家（地区）的法律，可能会对该法律关系进行不同的分类或定性，对于同一问题进行不同的识别就会适用不同的冲突规范，导致适用不同准据法，从而使得案件最终可能引发不同的结果。针对这种状况，我国《涉外民事关系法律适用法》把民事关系法律定性问题，规定适用法院地法；因此，本案在我国大陆法院审理，则法律定性方面适用我国大陆法律。从我国的法律关系分类体系看，《民事案件案由规定》中婚姻家庭、继承纠纷编排为第二部分，与作为第三部分的物权纠纷相互独立，婚姻家庭纠纷中涉不动产权属的争议并未因争议标的是不动产而定性为不动产纠纷，由此体现我国现行立法及审判实践中，对于遗产继承纠纷定性，并未采取区分动产和不动产的分割主义，均定性为继承纠纷。

#### （二）关于遗嘱能力、遗嘱形式要件和遗嘱效力

本案王先生与妻子吴女士在立遗嘱前一年双方均常居香港，立遗嘱后也一直居住在香港。即没有证据证明上述经常居住地连接点在大陆。因此，上图中，经常居住地法、遗嘱行为地法、立遗嘱时经常居住地法、死亡时经常居住地法、共同经常居住地法、一方当事人共同居住地法、国籍国法均为香港法律。再根据《涉外民事关系法律适用法》，关于吴女士是否具有订立遗嘱的能力，以及遗嘱的形式要件和遗嘱是否生效，都适用香港法律。

香港《遗嘱条例》规定未成年人所立遗嘱一般为无效，被撤销的遗嘱也无效，除此之外，《遗嘱条例》第5条“遗嘱的签署与见证”规定：“(1) 除第6及\*23D条另有规定外，遗嘱须符合以下规定，否则无效——(a) 以书面订立，并由立遗嘱人签署，或由其他人在立遗嘱人面前并依其指示签署；(b) 看来立遗嘱人是欲以其签署而令该遗嘱生效的；(c) 立遗嘱人是在2名或2名以上同时在场的见证人面前作出该签署或承认该签署；及(d) 每名见证人在立遗嘱人面前（但不必在其他见证人面前）——(i) 作见证并签署该遗嘱；或(ii) 承认其所作的签署。但无须符合任何见证的格式。(2) 任何看来是体现立遗嘱人遗愿的文件，即使未有按照第(1)款所述规定订立，但只要有人提出申请，而法庭

在无合理疑问的情况下信赖该文件是体现立遗嘱人的遗愿的，则该文件须当作已妥为签立。”所以本案遗嘱能力、遗嘱形式、遗嘱效力等问题必须符合上述规定以及香港其他法律的有关规定。

此外，因为主体跨境或者在境外立遗嘱，内地法院审理跨境遗嘱案件时经常会遇到一个难题，即遗嘱真实性和有效性审查难度较大。为便于审查，司法行政部门和法院出台相关规定，这些规定承认经过香港、加拿大、美国等当地法院效力认证的遗嘱的效力。如1988年司法部公证律师司《关于如何确认香港高等法院遗嘱检定书事的复函》[(88)司公字第67号]规定，香港居民在香港立遗嘱，处分内地财产的，公证机构办理涉港的继承公证，须由香港高等法院进行遗嘱检定。而法院方面，2021年3月，广东省高级人民法院发布《广东法院第三批粤港澳大湾区跨境纠纷典型案例》，该20个服务保障粤港澳大湾区建设典型案例之十三《赵某等诉邹某红等财产损害赔偿纠纷案》，对于香港高等法院原讼法庭关于遗嘱认证的效力直接予以承认，并依该遗嘱追究侵权人的财产损害赔偿赔偿责任。

更关键的问题在于，我国法院审理跨境遗嘱效力准据法为该国（地区）法律的情况下，遗嘱效力须经境外当地法院认证，是否为内地法院审理遗嘱有效的必要条件？笔者认为，需要结合当地法律的规定来看，如果当地法律规定，遗嘱有效的必要条件之一是经过当地法院认定，则我国内地法院认定遗嘱效力时必须以经过当地法院遗嘱认证为必要；但如果根据当地法律，遗嘱有效的条件并不包括当地法院的认证，法院对遗嘱效力的认证，只是确认效力的程序，或执行遗产管理的依据，遗嘱有没有认证并不影响遗嘱原本的效力，则我国内地法院审理遗嘱效力时，不能以遗嘱未经当地法院认证而认定为无效。关于香港的遗嘱，分析《遗嘱认证及遗产管理条例》“遗嘱认证(probate)指以法院印章作出的授予书，授权其内指名的遗嘱执行人管理立遗嘱人的遗产”以及前文阐述的《遗嘱条例》规定，在香港，遗嘱认证是执行遗嘱和管理遗产的权利授予凭证，该程序并不影响遗嘱本身是否有效。

笔者对比最高法司法案例研究院编著的《中国法院2021年度案例(婚姻家庭与继承纠纷)》中入选的(2019)京01民终5350号二审民事判决一案，原被

告双方认可在澳大利亚订立的遗嘱的真实性，只是被告认为遗嘱没有按照澳大利亚当地法律经高级法院认证，因此主张遗嘱无效；而北京市第一中级人民法院认为“遗嘱认证只是确认效力的程序，而非遗嘱有效的必要条件，澳大利亚新南威尔士州最高法院对于本案的遗嘱认证是否准确，均不涉及遗嘱本身的效力认定。”法院最后根据案件证据情况，认为该未经当地最高法院认证的遗嘱有效。因此，笔者认为，本案涉港遗嘱的效力，如果有香港高等法院的遗嘱认证，则可以承认遗嘱效力；但如果未经过高等法院认证，也不宜直接认定遗嘱无效。

#### （三）关于本案房产

大陆有部分已结案件，对于境外居民婚姻内的财产，如果夫妻没有约定，即简单直接地按内地法律规定的夫妻共同共有来处理。实际上，就夫妻财产关系问题，我国法律有冲突规范指引。《涉外民事关系法律适用法》第二十四条规定：“夫妻财产关系，当事人可以协议选择适用一方当事人经常居所地法律、国籍国法律或者主要财产所在地法律。当事人没有选择的，适用共同经常居所地法律；没有共同经常居所地的，适用共同国籍国法律。”结合本案，因王先生与吴女士双方事先没有协议约定，因此适用双方共同经常居住地法即香港法律。值得注意的是，香港《已婚者地位条例》规定的婚后夫妻个人财产制，仅是香港婚姻财产关系的基本情况，但并不全面；香港的法院在审理婚姻财产关系时，通常会结合《婚姻法律程序与财产条例》等规定。而且香港属于英美法系地区，不能忽视司法判例的影响。

#### （四）若遗嘱无效，遗产如何继承？

本案若遗嘱有效，则按照遗嘱进行遗产的分配，即案涉房产100%份额全部由丈夫王先生继承。

若遗嘱无效，或者遗嘱部分无效，则对于无效遗嘱未能处分到的遗产如何分配，首先还是涉及民事关系的法律定性问题，根据上文阐述的“涉外民事关系的定性，适用法院地法律”，根据法院地法即我国大陆法律，遗嘱无效的，按照法定继承来分配。“法定继承，适用被继承人死亡时经常居所地法律，但不动产法定继承，适用不动产所在地法律”，本案涉及位于中国大陆的不动产的法定继承，因此应适用大陆法律。

#### 四、结语

随着粤港澳大湾区建设、经济全球化和国际人口的迁移融合，境外继承人、跨境遗产以及境外设立遗嘱等因素的继承纠纷案件呈逐年上升趋势，本案作为一起较为典型的跨境遗嘱继承纠纷，关于法院管辖和准据法适用，笔者提供以下三点意见和建议：

1. 如果争议财产在我国境内，则我国境内法院具有管辖权；如果争议财产为不动产，则我国境内法院具有排他的专属管辖权；不论是否涉外，不论金额大小，继承纠纷均在基层法院处理。

2. 准据法适用需要找准连接点，如果有合适的连接点引导，存在适用大陆法律的空间，则可争取避免适用外国（地区）法而增加案件难度。比如本案中，我方律师积极求证“经常居住地”这个连接点是否有可能在东莞，如果有证据证明东莞为经常居住地，则遗嘱能力、遗嘱方式、遗嘱效力均可以适用我国大陆法律。

3. 通过《涉外民事关系法律适用法》确定案件应当适用外国（地区）法律的，法官和律师一般都乐于并积极寻找相关条例规定，但更重要的是核实所查明的法律是否全面，以及对于法律如何解读。如本案中，夫妻财产关系的认定，如果只查明《已婚者地位条例》并据此适用分别财产制，而没有遵循《婚姻法律程序与财产条例》和香港法院援引该条例作出的判例准则，在对家庭的贡献、双方的收入、财产、债务、日常开支及子女抚养压力等各因素进行平衡分配，则结果可能与香港法律的实义相差较远。此外，遗嘱的效力，是跨境遗嘱继承案件的重难点，为了便于境内法院把握遗嘱真实性、有效性而以当地法院的遗嘱认证作为参考，是证据补强的非常有效的方式。但境外当地法院的遗嘱认证程序，是否为决定遗嘱本身效力的必备要件，这需要法官和律师查明该外国（地区）法律本身是如何看待这个问题并作何规定。比如本案，对于香港遗嘱的认证，需要解读分析香港的《遗嘱条例》与《遗嘱认证及遗产管理条例》的规定。因此，笔者建议，内地法院和律师对于涉外案件的处理，依据冲突规范确定准据法后，应当在大量法律和事实查明的前提下全面适用所确定的准据法，并对不同法律进行深入分析解读，从而更符合境外法律的实义，作出更加公正的审判结果，获得司法的实质正义。



当前，深圳市关于应急处置征用、补偿的相关法律法规主要依据有《中华人民共和国民法典》《中华人民共和国突发事件应对法》《中华人民共和国传染病防治法》《广东省突发事件应对条例》《广东省突发事件应急补偿管理暂行办法》《深圳经济特区突发公共卫生事件应急条例》等。从笔者团队办理案件的实际工作中，笔者发现以上法律法规存在问题，亟需进一步完善修改、细化。

### 一、被授权实施征用的主体应明确

以一份我市S区新型冠状病毒肺炎疫情防控指挥部发布的《应急处置征用令》为例，全文从抬头、标题、文号、落款再到盖章都是该指挥部在全流程进行，但《应急处置征用令》正文内容却表述为“征用单位为深圳市S区A局”，然而根据《中华人民共和国突发事件应对法》第五十二条规定，“履行统一领导职责或者组织处置突发事件的人民政府，必要时可以向单位和个人征用应急救援所需设备、设施、场地、交通工具和其他物资”；据《中华人民共和国传染病防治法》第四十五条规定，“传染病暴发、流行时，根据传染病疫情控制的需要，……县级以上地方人民政府有权在本行政区域内紧急调集人员或者调用储备物资”；据《广东省突发事件应对条例》第三十七条规定，“县级以上人民政府依法实施应急征用”；据《广东省突发事件应急补偿管理暂行办法》第三条规定，“依法实施应急征用或者采取突发事件应对措施措施的县级以上人民政府是应急补偿的责任主体”。

以上法律规定的核心点在于只有县级以上的人民政府才能是应急征用处置的实施主体，而不是疫情防控指挥部，更不是区人民政府某职能部门。诚然，具体事项处理是需要有牵头部门负责，但目前此种做法是没有法律法规依据的。因此，建议在我市特区法规



# 应急处置征用、补偿 相关法律亟需修改

○曹叠云 \* 唐首翔 \* 胡可言 \* 广东深田律师事务所

应急条例修订中加入“区人民政府可以授权疫情防控指挥机构代表本级政府发布、实施疫情防控相关决定、命令，并指挥区人民政府行政部门负责疫情防控具体工作”的相关内容条款。

### 二、被征用物业登记造册工作须规范化

《广东省突发事件应对条例》第三十七条规定，“县级以上人民政府依法实施应急征用，应当向被征用的单位或者个人签发应急处置征用令并做好登记造册工作。”

以一起月子会所被征用案件为例，征用期间，政府部门并没有对该会所的物品进行登记造册工作，甚至都没有进行实地勘察，对会所内装修、物品更是没

有任何记录。政府下达征用令后，被征用的单位被限定于几天时间内进行自行清场，被征用的单位既要负责与客户说明情况、结算款项，又要遣散员工，还需要与场地出租方协商补偿，根本无法自行保障对被征用场地、财产等进行详细清点。待政府征用完毕后，被征用单位场地一地狼藉，或将面临“哑巴吃黄连”的局面。甚至如果征用期间，单位场地、物件发生毁灭性损失或者被盗走，被征用的单位难以主张自己的合法权益。

笔者建议，在现有相关法律、法规、政府规章或者规范性文件中，专门针对在政府应急征用处置中被征用物业登记造册工作进行规定。如对被征用物业的装修，可以参考建设部发布的《房屋接管验收标准》5.3.5条“交接双方共同清点房屋、装修、设备和定、附着物，核实房屋使用状况”的内容进行完善表述。同时，要求征用部门应对被征用的物业、财产进行拍照，同

类物品进行计数，特殊物品进行独立登记，将被征用物业的实际装修图纸作为附件列入册中，以便未来进行补偿认定。只有这样，才能做到补偿有据可依，应急处置征用工作依法进行。

### 三、受偿主体应进一步明确

在笔者代理的上述案件中，月子会所作为被征用物业的实际承租人，却没有收到政府的征用令，在律师介入前也被政府和出租人明确告知不会对其进行补偿。《广东省突发事件应急补偿管理暂行办法》第三条规定，“依法实施应急征用或者采取突发事件应对措施措施的县级以上人民政府是应急补偿的责任主体，财产被征用或者因突发事件应对措施而造成财产毁损、灭失的公民、法人和其他组织是应急补偿的受偿主体。”此种行政做法明显不合理，也不符合上述规定的内容。

被征用物业的实际承租人作为房屋征用中实际的财产毁损的受害人，是合法的应急补偿的受偿主体，这一点在现行法律法规中没有明确表述，容易被地方政府或者其他应承担补偿责任方错误理解并在实际补偿工作中将其无视。而被征用物业的实际承租人在应急征用的实际情况中，往往承担着最重的责任和损失，既要安抚员工，又要与客户进行交涉，还要考虑征用结束后如何重新开业经营或实际关门大吉乃至破产清算或依法清算，这些都需要建立在补偿的基础上才能开展。如果补偿工作开展中对这一类群体进行忽略的话，势必会引发一系列的不稳定因素。特别是某些特殊行业主体，如月子会所、私立医院、私立幼儿园等，涉及社会面广、客户多、人员构成复杂，一旦得知被征用不会有补偿后，其社会影响将无法估计。

因此，建议在法律法规中将受偿主体进行进一步明确，将被征用物业的实际承租人作为补偿工作开展的确明确对象，并在政府作出征用的行政决定过程中及作出决定后，及时通知被征用物业的实际承租人做好准备工作，以免出现纰漏。

\* 曹叠云，广东深田律师事务所律师，系政协深圳市第六届委员会社会法制和民族宗教委员会副主任，第十一届深圳市律师协会立法法律专业委员会主任。

\* 唐首翔，广东深田律师事务所律师，第十一届深圳市律师协会立法法律专业委员会委员，擅长合同纠纷、公司股权纠纷、刑事辩护、政府法律服务等领域，曾荣获 2020 年坪山区司法局个人嘉奖。

\* 胡可言，广东深田律师事务所律师，擅长资本市场、房地产与建设工程、金融领域法律服务。



# 论虚拟货币网络传销活动的形式、特点及刑事辩护

○胡聪\* 泰和泰（深圳）律师事务所

虚拟货币是金融新业态下的产物，由于借助电子数据或符号，依托计算机、通信、密码学等技术方法，使这类新兴金融产品充满了神秘感。近年来，与虚拟货币有关的违法犯罪不断攀升，公安部、央行等监管部门也一再发出风险提示，指出不法分子打着“金融创新”“区块链”的旗号，通过发行“虚拟货币”“数字资产”等方式吸收资金，侵害公众合法权益，此类活动并非真正基于区块链技术，而是炒作区块链概念行非法集资、传销、诈骗之实。在众多的虚拟货币违法犯罪活动中，又以虚拟货币网络传销最为典型，有愈演愈烈之势。鉴于此，笔者拟结合所办理相关刑事案件的经验，从辩护的角度出发，梳理虚拟货币网络传销活动的主要形式及特点，并探讨与此相关的辩护路径。

## 一、虚拟货币网络传销活动的主要形式

### （一）有币式网络传销

指传销人员以传销网站或 APP 为基础，通过虚拟货币购买“矿机”的形式发行虚拟货币，但没有虚拟货币的发行白皮书和源代码，网站或 APP 设有虚拟货

币交易大盘的网络传销，该类传销以虚拟货币为标的物进行交易，开采、奖励以及分红都是虚拟货币，通过虚拟货币的不断升值吸引传销“客源”，投资者获取的虚拟货币，一般通过上线回收或者出售给下线提现。形式上，通过虚拟货币的供求关系，虚拟货币交易会受影响价格，但实际情况是，虚拟货币的价格完全按照传销人员的预设进行增值，通过内部编造交易数据控制虚拟货币的价格。此类传销属于利用虚拟货币网络传销的初级形式。

### （二）ICO 式网络传销

指传销人员通过发布白皮书及虚拟货币的源代码，以认购虚拟货币的方式进行融资，该类传销通过虚拟货币交易所或者众筹等方式进行交易操作，虚拟货币的价格在交易大盘展现，也就是人们常说的“炒币”。ICO 式网络传销隐蔽性较强，大部分的购买者是虚拟货币项目的爱好者、支持者或者是不专业的投资者。为了扩大融资的范围，虚拟货币需要进行推广，以获取更多的“客源”。ICO 式网络传销需要有推荐人才能用比特币或者以太坊等购买该虚拟货币，购买者以

所购虚拟货币或以比特币、以太坊搭配一定数量的虚拟货币进行质押赚取依照合约产生的虚拟货币，为激励赚取更多虚拟货币，有的传销会要求投资者购买燃烧掉一定数量的虚拟货币以增加级别（燃烧的虚拟货币永久进入黑洞，市场上总的虚拟货币减少，交易价格会抬升）。当虚拟货币炒高到一定程度之后，幕后操控者就会“割韭菜”，大量抛售虚拟货币。<sup>①</sup>

### （三）复合式虚拟货币网络传销

指将虚拟货币交易和支付融入投资理财、电子商务等项目中，凸显虚拟货币复合化的一种网络传销，传销人员需要构建传销网站、虚拟货币交易平台、电子商城及 APP、线下实体商城，在该类传销体系中，虚拟货币发挥着“一般等价物”的功能，实现了商品和虚拟货币的交换。其特点，一是运营规则复杂，复合式虚拟货币的账户多、奖励模式复杂、资金流混乱；二是操作系统隐蔽，虚拟货币的购买、奖励、交易、拆分等业务，均是通过在线系统操作，不受时空限制，操作便捷和隐蔽，发展下线成员以及上、下线之间一般通过操作平台或者网络社交软件联系，除非受到举报，不然侦查机关难以发现，通过功能、业务的复合，可以起到混淆的作用。

## 二、虚拟货币网络传销活动的主要特点

虚拟货币网络传销案件近年来呈现案件数逐年增加、涉案人数逐年增多、涉案金额逐年增加的趋势，具体呈现出以下特点。

### （一）网络传销行为隐蔽性强

虚拟货币为传销活动披上了神秘外衣，使得传销行为的隐蔽性增强。大量投资者涌入币圈，在供需关系的影响下，币价不断上涨，催生了“炒币”产业，“炒币”的热潮为传销人员打通了一扇新型网络传销之门。隐蔽性强的主要原因有：第一，虚拟货币背景的可靠性使投资人乐于投资，通过暗示神秘跨国背景及官方的默许支持，再加上一些圈内大佬站台宣传，强化了

投资人对虚拟货币的信心；第二，虚拟货币的交易流程隐蔽，传销式虚拟货币重点宣传的是充值购买交易流程，很少提及运作机制，甚至网站都没有源代码的链接地址；第三，名称代号更换频繁，目的是避免进入侦查机关的重点词库。传销人员可以在不同地区同时开展网络传销活动，一旦在某地受到打击，其他地区的同伙会马上更改虚拟货币的名称代号，甚至放弃原来的虚拟货币，将原来的层级关系完全移植到新的虚拟货币之中。<sup>②</sup>

### （二）网络传销传播广泛

由于互联网具有跨地域性，使得网络传销突破了地域甚至国界的限制。受地域管辖的限制，工商部门只能就本辖区的传销活动进行监督，对全国性的网络传销无从着手。传销骨干人员往往采取“打一枪换一个地方”的方式，在全国各地流窜作案，即使公安、工商部门联手，也只能抓获当地的头目，对摧毁整个传销集团无能为力。对于跨国的网络传销，由于网站注册地在海外，或项目发行方属于境外人士，面临着法律适用和跨国管辖权的问题。网络传销几乎不限制参加者的人身自由，以说教诱惑为主。在加入后，只要能上网，能通过网络传递信息，传销者就可以在任何地方、任何时间从事传销活动，不受时空限制，也不受干预。<sup>③</sup>

### （三）网络传销欺骗手段多样化，呈现线上与线下相融合的特点

传销人员一般在境外注册母公司，国内设立子公司，投资人无法查证其真实信息。第一，线上宣传虚拟货币，通过公司网站宣传造势，渲染公司业务能力；第二，在网站上发布与各国政要、名人、财团的合照以及视频，制造“光环效应”；第三，线上操作虚拟货币的购买、奖励、交易、拆分等业务，虚拟货币源起于网络，运营不受时空限制，操作便捷、隐蔽；第四，线上联系，网络传销依靠微信、QQ 的群发功能，拉人建群发展潜在下线，会员之间一般通过网络服务平台传递信息，点对点之间的联系避开了侦查机关的

\* 胡聪，泰和泰（深圳）律师事务所合伙人，兼任第十一届深圳市律协宣传委副秘书长、《深圳律师》杂志栏目编辑、特约撰稿人等职，执业方向为刑事辩护、重大民商事诉讼与仲裁及破产重整等。

①在笔者办理的一宗利用虚拟货币传销案中，传销人员就有聘请专门的所谓市值管理人员，在虚拟货币出现交易低迷或大量抛售时高价买进，以提振市场信心，同时也储备大量虚拟货币，在虚拟货币价高时予以抛售，以赚取价差。  
②参见直销百科网：《江苏省互联网金融协会更新互联网传销识别指南》，<http://www.dsbaik.com/article/view/id/22965.html>，最后访问日：2022 年 3 月 29 日。  
③参见陈强：《如何遏制逐年增加的网络传销犯罪案件》，载于湖南省高级人民法院网站，<https://hunanfy.chinacourt.gov.cn/article/detail/2015/09/id/1699752.shtml>，最后访问日：2022 年 3 月 24 日。



通讯监控。线下负责人进行传销的推广工作，主要针对不熟悉网络或者不会上网的人群，一般会在各地区设置代理站点、运营商，开展虚拟货币的推广活动，比如在酒店内部开展宣讲会、培训会，负责吸纳、发展会员，其目的是对参会者进行洗脑，争取将参会者发展为下线。线下推广活动会助力线上宣传，使网站、虚拟货币系统真正成为发布信息平台，使虚拟货币的未来更具说服力，在投资人眼中也有广阔的投资前景，名人效应可以使“洗脑”工作取得事半功倍的效果。

### 三、虚拟货币网络传销犯罪的辩护要点

一旦虚拟货币网络传销被认定涉嫌犯罪，则主要的传销人员将面临刑事责任，针对该类犯罪指控，除却个案本身的因素外，辩护人的辩护思路和辩护要点，具有某些一般共性，试探讨之。

#### （一）无罪辩护的要点

结合组织领导传销活动罪的罪状与虚拟货币网络传销犯罪的形式、特点，辩护人可以从以下方面提出无罪辩护的意见。

##### 1. 不存在以推销商品、提供服务等经营活动为名

在某些 ICO 式网络传销中，传销人员通过发布白皮书形成智能合约，虚拟货币按照白皮书的约定按日产出并进行分配，该类传销的购买者是虚拟货币项目的爱好者、支持者（或称币圈人士），此类购买者长期从事虚拟货币投资，认可虚拟货币存在投资价值，传销人员也是围绕虚拟货币的投资前景等开展宣传推广，因此，该类传销目的就是“炒币”，而不存在以推销商品、提供服务等经营活动为名，不具有经营性。

##### 2. 不存在直接或间接以发展人员的数量作为计酬或者返利依据

在某些虚拟货币网络传销中，购买者以所购虚拟货币或以比特币、以太坊搭配一定数量的虚拟货币进行质押赚取依照合约新产生的虚拟货币<sup>④</sup>，同时，为激励赚取更多虚拟货币，传销制度会要求投资者购买燃烧掉一定数量的虚拟货币以增加会员级别，级别越高意味着更高的分配新产生虚拟货币的“计算力”，在此种模式中，存在入罪所要求的“要求参加者以缴纳

费用或者购买商品、服务等方式获得加入资格”，但计酬或者返利的依据是投资者质押虚拟货币的种类、多寡及其会员级别，而不是发展人员的数量。

##### 3. 未骗取财物，不存在无非法占有的目的

认定骗取财物，要求组织者、领导者采取编造、歪曲国家政策，虚构、夸大经营、投资、服务项目及盈利前景，掩饰计酬、返利真实来源或者其他欺诈手段。同样是在某些 ICO 式网络传销中，一方面，虚拟货币的投资者是币圈人士，其长期从事虚拟货币投资，认可虚拟货币存在投资价值，因此虚拟货币交易价的涨跌均未出乎其意料；另一方面，投资人所持有的虚拟货币始终由投资者实际掌控，存在于区块链钱包中，传销人员无法动用。对于传销人员而言，其实际获得的资金只有卖出虚拟货币时收取的资金或其他虚拟货币如比特币，而投资者购买虚拟货币的价格可能比后续卖出的价格还低，因此根本不存在投资损失，即便在高买低卖的情形下，也因投资者对虚拟货币投资存在巨大风险存在充分认识，其不认为被骗，且卖出虚拟货币的交易对方可能并非传销人员，而是其他投资者，因此不能认定存在骗取财物。

##### 4. 非组织者、领导者

传销犯罪只追究组织者、领导者，对此《关于办理组织领导传销活动刑事案件适用法律若干问题的意见》第二条列举了 5 类可以认定为组织、领导者的人员，而如果不属于对传销活动的实施、传销组织的建立、扩大等起关键作用的人员，则不应认定为组织领导者。因网络传销活动具有传播广泛、网络传销欺骗手段多样化等特点，其影响极为广泛，因此对于那些非属于深度参与传销制度设计、网站或 APP 开发、宣传推广、财务管理等活动的人员，不宜认定为组织领导者。

##### 5. 属于直销，而非传销

根据《直销管理条例》的规定，直销是指直销企业招募直销员，由直销员在固定营业场所之外直接向最终消费者推销产品的经销方式，受法律保护。如在某些复合式虚拟货币网络传销中，因虚拟货币交易和支付融入了投资理财、电子商务等项目，有的项目甚至建有电子商城及 APP、线下实体商城等，存在真实交易，此时虚拟

货币充当的是一般等价物（是否构成非法经营需待讨论），即便该种模式未按照《直销管理条例》的规定履行审批等手续，也不意味着属于传销犯罪。

##### 6. 属于团队计酬，而非传销

依照《禁止传销条例》第 7 条的规定，传销活动分为三类，分别为拉人头型、入门费型和团队计酬型，而对照《刑法》第二百二十四条之一的规定，刑法认为传销犯罪必须同时具备拉人头、入门费两大特征，而不是具任一特征即可，团队计酬型的传销活动不是刑法意义的传销活动，即团队计酬型传销活动已去罪化。对此，《关于办理组织领导传销活动刑事案件适用法律若干问题的意见》规定，以销售商品为目的、以销售业绩为计酬依据的单纯的“团队计酬”式传销活动，不作为犯罪处理。在上述复合式虚拟货币网络传销中，有可能构成“团队计酬”式传销，而不构成传销犯罪。

#### （二）证据之辩

此处所谓证据之辩，主要是通过否定证据的三性，达到证据不采信，从而否定相关指控事实的目的，既可以为无罪辩护服务，也可能为罪轻辩护服务，但主要是达到无罪辩护的目的，试分析之。

##### 1. 电子数据

在虚拟货币网络传销案中，大多存在诸如传销网站或 APP 后台数据、交易所后台数据等电子数据，该类数据可以揭示和体现传销制度、人员层级、资金出入、交易单数、提现金额等认定传销的核心事实，因此极为重要。但在笔者所办理的多宗同类案件中，电子数据的提取均存在严重的程序违法，主要体现为侦查人员直接要求嫌疑人操作提取数据，或要求交易所工作人员提取后交付，且未对提取过程全程录像，直接违反了《关于办理刑事案件收集提取和审查判断电子数据若干问题的规定》第七条收集、提取电子数据，应当由二名以上侦查人员进行，取证方法应当符合相关技术标准的规定，取证程序严重违法，由此提取的电子数据真实性严重存疑，且无法做出合理解释。

##### 2. 鉴定意见

在虚拟货币网络传销案中，几乎一定会存在鉴定意见，且主要是针对电子数据所作出，有时也会存在会计鉴定。如上所述，如电子数据的提取过程本身是违法的，相应的电子数据真实性存疑，由此做出的鉴定意见，亦不能作为认定事实的依据。此外，辩护人应重点关注电子数据鉴定机构及人员的资质[应明确包含声像资料司法鉴定（含电子数据鉴定）]及检验的依据。<sup>⑤</sup>

##### 3. 被害人陈述

依照《关于办理组织领导传销活动刑事案件适用法律若干问题的意见》第三条的规定，参与传销活动人员是否认为被骗，不影响骗取财物的认定。实践中办案机关为了获取投资人被骗的陈述，往往天南海北地寻找投资人。如上所述，在某些 ICO 式网络传销中，虚拟货币的投资者大多是币圈人士，其长期从事虚拟货币投资，认可虚拟货币存在投资价值，因此其不认为受骗，且依照上述规定，即便投资者认为受骗，也与骗取财物的认定没有必然关系。辩护人面对此类被害人陈述，需要根据交易数据等客观证据审查判断其真实性，并依照司法解释的规定认定“骗取财物”，万不可将投资人陈述的内容等同于骗取财物。

#### （三）异罪辩护的要点

某些虚拟货币网络传销案可能无法构成传销犯罪（第一档刑期为五年以下有期徒刑或者拘役），但存在认定其他犯罪的可能，其中极有可能因发行虚拟货币而构成非法经营罪（情节严重才构成犯罪），也有可能构成非法吸收公众存款罪（第一档刑期为三年以下有期徒刑或者拘役），根据具体案情预计认定其他犯罪判处的刑罚较为轻缓的，可以进行罪名辩护。

#### （四）罪轻辩护的要点

一般而言，依照法律规定可进行罪轻辩护的情节较多，此处重点指出积极退赃的作用，实践中多数虚拟货币网络传销案的案发较为突然，因此检察机关一般查获了大量的虚拟货币（不仅包括特定的虚拟货币，还包括实践中认可度较高的比特币、以太坊等），嫌疑人也多主动配合作卖出操作，因此争取认定为积极退赃。<sup>⑥</sup>

<sup>⑤</sup>主要为《电子数据司法鉴定通用实施规范》（SF/Z JD0400001-2014）、《电子物证数据搜索检验规程》（GB/T 29362-2012）。

<sup>⑥</sup>需要重点指出的是，目前民间发行的虚拟货币不受我国法律保护，这也是认为该类案件构成传销、非法集资、诈骗等予以打击的原因，但侦查机关往往在案件侦办过程中将查获的虚拟货币卖出以变现，而接盘购买者最后将面临项目被认定为非法从而被取缔的境况，如此，侦查机关这一卖出处置行为，也将面临合法性的质疑，不失为一个重要的辩点。



# 非信罪、帮信罪和相关犯罪的司法界定与裁判解读

○叶荷\* 广东竹石律师事务所



在当前数字化经济蓬勃发展的形势下，网络安全领域中法律法规频出，其中针对愈显常态化、多样化的利用信息网络从事犯罪活动的行为，2015年11月1日起施行的《刑法修正案（九）》于刑法第286条之一、第287条之一和第287条之二分别增设了拒不履行信息网络安全管理义务罪、非法利用信息网络罪（以下简称“非信罪”）和帮助信息网络犯罪活动罪（以下简称“帮信罪”），成为专项打击此类网络犯罪活动的法律依据。2019年10月25日，最高人民法院、最高人民检察院联合发布《关于办理非法利用信息网络、帮助信息网络犯罪活动等刑事案件适用法律若干问题的解释》（以下称《解释》），进一步明确了上述罪名的定罪量刑标准和适用法律问题。

有别于以信息网络为侵犯对象的，如破坏计算机信息系统罪、非法侵入/控制计算机信息系统罪等计算机犯罪，非信罪、帮信罪等罪名多是指借助信息网络的手段，而仍以从事传统的犯罪活动如诈骗、开设赌场、传播淫秽物品、伪造或买卖国家机关公文印章、侮辱诽谤等为目的的犯罪行为。因此，如何在上述罪名和相关罪名之间做合理区分，并准确地适用法律，在实践中理应作为一个必要步骤。本文将就非信罪和帮信罪这两个容易彼此混淆，并常与其他相关罪名交叉竞合的犯罪行为，结合学界和司法实践的普遍观点作分析与界定，并对当前相关案例的控辩和裁判思路进行梳理和解读。

## 一、非信罪与帮信罪的界定

非信罪和帮信罪之间存在行为方式上的竞合，二者法定刑设置相同，且均符合“积量构罪”<sup>①</sup>之构造，故只有厘清两罪之间的区别，方能准确适用法律。

非信罪以传播信息为核心<sup>②</sup>，其实质系相关犯罪之预备行为，行为人设立涉案网站或通信群组，或发布违法犯罪信息的行为，一旦着手实施即成立该罪。实行行为有无开始着手实施并不影响该罪成立与否。而根据《解释》规定，帮信罪的定义是为他人利用信息网络实施犯罪提供互联网接入、服务器托管、网络存储、通讯传输等技术支持，或提供广告推广、支付结算等帮助，系相关犯罪的帮助行为，“要求被帮助对象已经着手实行了犯罪”，该罪“以被帮助对象实行犯罪为前提，即受共犯的实行从属性原理约束”<sup>③</sup>。可见立法机关将这两种犯罪行为单独定性，有独立区分二者之用意。

### （一）非信罪系预备行为实行化

非信罪的立法宗旨是“为了对网络犯罪做到‘打早打小’，体现预备行为实行化的立法思路”<sup>④</sup>，目的是“将刑法规制的环节前移，以适应惩治犯罪的需要”<sup>⑤</sup>。根据《解释》第7条规定，非信罪的“违法范围”覆盖刑法分则中的所有犯罪，及属于分则规定的行为类型但尚未构成犯罪的违法行为。非信罪的范围设置既是为了适应以网络信息为工具的犯罪行为所呈现出的特殊性（该预备行为危害性的倍数级扩张），又是坚持罪刑法定原则的体现，以防止该罪不当扩大为“口袋罪”——即非信罪中的预备行为应严格限于刑法分则规定的类型，而不应包括诸如通过网络信息发布淫秽内容之隐晦信息、购买“防狼喷雾”类管制物品等涉嫌行政违法行为。另外，《解释》第8至第10条规定，对非信罪中的“网站、通讯群组”“发布信息”的认定、入罪标准等均做了明确限制。实践中应对上述问题予以准确把握，既要避免出现网络新型犯罪行为人为规避法律的漏洞，又要防止因不当扩张解释而偏离罪刑法

①皮勇：《论新型网络犯罪立法及其适用》，载《中国社会科学》2018年第10期，第137页。

②张尹：《非法利用信息网络罪的司法适用》，载《法律适用》2019年第15期，第13页。

③陈洪兵：《非法利用信息网络罪“活”而不“泛”的解释论思考》，载《青海社会科学》2021年第1期，第169页。

④缪杰、吴峤滨：《〈关于办理非法利用信息网络、帮助信息网络犯罪活动等刑事案件适用法律若干问题的解释〉重点难点问题解读》，载《检察日报》2019年10月27日，第003版。

⑤窦立博：《精准界定非法利用信息网络罪和帮助信息网络犯罪活动罪》，载《检察日报》2021年6月1日，第007版。

\* 叶荷，广东竹石律师事务所律师，以数据安全、合规风控、公司治理为主要业务类型。

定和刑法谦抑的情形。

### （二）帮信罪系帮助行为实行化

帮信罪“是双层次立法目的下网络犯罪共犯规制独立化的刑事罪名”<sup>⑥</sup>，当行为人对他人利用信息网络实行犯罪“存在认知可能性、却未与其达成共谋”时，传统共同犯罪理论“不能对其按照其他犯罪的共犯予以处置”，“只能按照帮信罪的规定予以定罪处罚”<sup>⑦</sup>。由于以网络信息作为犯罪帮助手段的行为突破了传统犯罪中一对一 / 一对少数人的模式，其所帮助的对象常常属于一对多 / 多对多，甚或出现帮助对象爆炸式增长、社会危害急剧蔓延的形态，如利用微信群或社交平台对侮辱诽谤信息进行加工扩散，造成被害人“社死”或被“网暴”等严重后果的行为，因此该类帮助行为足以构成刑法所评价的法益侵害。法律将该类帮助行为实行化正是适应将网络信息作为犯罪手段所呈现出异于传统犯罪特点的体现。

### （三）非信罪与帮信罪的竞合

从法律条文的字义上，非信罪对应的实行行为是“违法犯罪”，而帮信罪对应的实行行为则是“犯罪”，有观点因此认为两罪存在法条竞合关系，非信罪属兜底罪名，故按照特别法优于普通法原则，应优先适用帮信罪<sup>⑧</sup>，其“入罪标准更多的是关注其所帮助的犯罪行为‘的成效’”，并将非信罪中的“‘违法’二字从构成要件中予以扣除”<sup>⑨</sup>，同时帮信罪“适用于被帮助对象众多而个体实行行为危害性不足以成立犯罪的情况”<sup>⑩</sup>，即帮信罪的认定并不依赖于其被帮助对象是否到案或被追究刑事责任。另有学者指出两罪的竞合实是预备行为和帮助行为的竞合，“竞合时从一重处罚即可”<sup>⑪</sup>。

笔者认为实践中应依照《解释》的入罪标准，综合考量行为的构成要素，如果编写或制作特定播放器、木马程序、“钓鱼网站”、加密通信渠道等行为，主要是为了实施伪造买卖国家印章、开设赌场、诈骗、

传授犯罪方法等目的，则其更符合预备行为的特性，也更对应非信罪中作为“发布信息”的行为方式，应将其界定为非信罪；如果编写制作相关代码程序并非完全为实施违法犯罪而设，或制作设立相关平台后也非专门用于实施违法犯罪活动，而主要是以推广相关涉案活动、完善不法收入的结算功能、提供规避监管的渠道或服务等支撑或周边目的的，则该类行为更符合帮助的特性，应对其是否符合帮信罪的“明知”等要素进行辨别，进而在帮信罪的范畴内进行定罪量刑。

## 二、非信罪、帮信罪与其他交叉罪名的界定

根据《解释》规定，构成非信罪、帮信罪，同时构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。如前所述，非信罪、帮信罪保护的依然是传统犯罪所侵害的人身或财产法益，当非信罪、帮信罪与传统罪名发生交叉重合时，不乏辩护人以行为人的行为不构成较重的有关罪名，如诈骗罪、开设赌场罪、组织卖淫罪等，而属于非信罪或帮信罪作为辩护方向或上诉理由。下文将分别摘引几份非信罪、帮信罪与有关罪名交叉竞合的司法裁判文书，以期对当前相关的控辩和裁判思路予以梳理。为更突出控辩路径和庭审重点，特选取裁判文书网上经二审或再审程序的刑事判决书。

### （一）非信罪、帮信罪与诈骗罪的交叉和界定

案例 1：吉林省高级人民法院（2020）吉刑终 8 号一案。一审法院认定分属两个团伙中的 17 名行为人“利用电信网络技术手段，通过虚构外汇平台”，诈骗被害人钱财，各行为人均构成诈骗罪。被认定为团伙主犯而被判处无期徒刑的行为人甲、乙以其行为构成非信罪而非诈骗罪为由提起上诉，辩护人指出甲“虽系主犯，但其在共同犯罪中所起的作用均为辅助和间接作用”，“经营虚假外汇平台行为的社会危害性并不大于直接向被害人实施诈骗行为的社会危害性”；

同案被认定为该团伙成员而判处有期徒刑 15 年的丙以其行为构成帮信罪而非诈骗罪为由提起上诉。二审法院认定甲乙等人设立用于实施诈骗的虚假外汇平台，招募下级代理，操控平台的后台数据使被害人投资亏损并收取交易手续费，丙作为平台技术人员，负责协助维护平台，更换微信公众号，维护并更换通道，三人的行为均构成诈骗罪，甲乙和丙亦分别构成非信罪和帮信罪。故对上述上诉理由及辩护意见不予支持。

案例 2：贵州省贵阳市中级人民法院（2021）黔 01 刑终 513 号。该案中，辩护人提出原审认定诈骗罪有误，应认定为帮信罪以及掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪，法院查明行为人与实施网络诈骗的上游犯罪行为之间不存在共谋，对他人实施电信网络诈骗的具体行为也不明知。被骗款项在行为人组织他人帮助换现之前，上游诈骗犯罪已实际控制该犯罪所得，诈骗犯罪已经既遂。法院由此部分采纳了辩护意见，将原审的诈骗罪改判为帮信罪，刑期由 12 年降至 1 年。

### （二）非信罪与协助组织卖淫罪的交叉和界定

案例 3：江苏省苏州市中级人民法院（2019）苏 05 刑终 654 号。辩护人提出行为人以客服身份在微信和 QQ 等网络上发布招嫖信息的行为应定性为非信罪，法院则认定行为人明知他人组织卖淫而参与网上招嫖，系协助组织卖淫罪，不予采纳辩护意见。

### （三）帮信罪与开设赌场罪、传播淫秽物品牟利罪的交叉和界定

案例 4：河南省南阳市中级人民法院（2021）豫 13 刑终 371 号。法院认定行为人为赌博网站提供资金支付结算服务且帮助收取赌资，属于开设赌场罪的共犯，不予采纳辩护人提出的改判为帮信罪的意见，但采纳其关于从犯的量刑建议。

案例 5：广东省高级人民法院（2020）粤刑终 1458 号。辩护人提出行为人作为提供涉案技术的人员，其行为不构成传播淫秽物品牟利罪，而属帮信罪或传播淫秽物品罪。法院认为行为人明知同案犯吸收会员下载其开发的视频播放器后充值、从中牟取非法利益等行为，构成传播淫秽物品牟利罪的共犯；其所设计开发的手机视频播放器软件，属于传播源头，在网络传播中起主要作用，是主犯，故辩护意见不能成立。

案例 6：广东省台山市人民法院（2020）粤 0781 刑再 1 号。法院经再审认为：行为人为涉案 APP 的渠道商，对该 APP 进行广告宣传及营销，而非直接将淫秽物品进行传播，更符合帮信罪的构成要件。故将原审传播淫秽物品牟利罪改判为帮信罪。

## 三、关于非信罪、帮信罪与其他交叉罪名的裁判解读

综合相关裁判可以看出，审判机关紧扣《解释》，对非信罪中的网站或通讯群组的认定上主要以为犯罪目的而设与设立后主要用于实施违法犯罪活动为标准，对传播信息的账号数量、关注人数等做综合和量化考量，并从行为人的违法所得和主观恶性等多方权衡而进行定罪量刑。

对帮信罪则主要从“明知”的认定、对诸如“传播信息”和“广告推广”之间的区分，从具体后果和主观恶性等方面进行审慎评估。相关裁判路径并未脱离新型网络违法犯罪活动的新动向和形态，对网络“黑产”链条的证据审查具专业倾向，对网络生态和新型网络违法犯罪活动的动向也能较及时响应。

比如，前述案例中关于网络犯罪中的从业人员如技术、客服人员的行为定性，行为人编写相关代码或脚本的性质、对相关数据的处理能力、由此获取的收益、对涉案平台或渠道的影响力等均进行了较细致的调查和论证；又如，对“传播信息”的概念，在《解释》的指引下，对其与“广告”“营销”等概念的重叠和区分，会根据具体案情做较细节的甄别；再如，对“明知”的定义，审判机关并未抛弃传统的共犯理论，而是将传统理论与新型网络犯罪的预备、帮助行为实行化理论作了有益的结合。

由此不难看出，对非信罪、帮信罪之间以及二者与传统交叉犯罪之间的定性既有其准确适用法律的必要性，也有现实所需的必然性，是由定向打击新型网络犯罪的立法宗旨所决定的。对于法律实务工作者和网络安全管理者而言，亦应把握各个罪名之间的竞合和立法宗旨，从新型网络犯罪形态下的细节中提炼出更多法律实务和网络安全维护的价值，以更好地适应日新月异的数字社会形态，维护和促进线上线下的司法公正。

⑥刘三洋、秦策：《网络犯罪共犯规制独立化治理模式论》，载《重庆社会科学》2019 年第 7 期。双层次立法目的包括了所有新型网络犯罪，“直接层面上规制着网络生活的安全与稳定秩序，间接层面上防范其他犯罪后果的发生”，“其所规制的行为类型是以往传统共犯理论无法规制的”。

⑦同前注 6，刘三洋、秦策：《网络犯罪共犯规制独立化治理模式论》，载《重庆社会科学》2019 年第 7 期。

⑧崔晓：《非法利用信息网络行为规制的异化与归正》，载《上海法学研究》集刊，2020 年第 23 卷，第 136 页。

⑨余铮、魏炜：《帮助信息网络犯罪活动罪的法律适用》，载《人民司法》2020 年 07 期，第 85 页。

⑩同前注 5，窦立博：《精准界分非法利用信息网络罪和帮助信息网络犯罪活动罪》，载《检察日报》2021 年 6 月 1 日，第 007 版。

⑪同前注 3，陈洪兵：《非法利用信息网络罪“活”而不“泛”的解释论思考》，载《青海社会科学》2021 年第 1 期，第 169 页。



# 非法集资案件 的有效辩护

○马成\* 北京大成（深圳）律师事务所

近年来，非法集资案件频繁发生，方式和手段也在不断翻新，这无疑给律师的辩护工作带来了一定的挑战。笔者团队办理了大量各种类型的非法集资案件，作为辩护律师，我们既要埋头行路，也要抬头看路，有时还需回望来时路，因此，结合多年办案经历撰文总结非法集资案件的有效辩护方法，既是经验总结，也是自我复盘，以期对同行有所裨益。

## 一、非法集资案件的司法现状

结合多年办案经历和对行业的观察研究，笔者认为，近年来非法集资案件在司法实践中呈现出以下特点。

（一）类型化案件定性趋于稳定，无罪辩护成功率极低，但新型案件仍有一定的无罪辩护空间

比如，前几年频频爆雷的P2P和私募基金，尽管并无司法解释明确规定P2P一定构成非法吸收公众存款罪或者集资诈骗罪，但该类型化案件在司法实践中高发，定性已趋于稳定，无罪辩护的成功率极小。

但如果是新型案件，司法实践中对于如何定性尚未达成共识，个案差别可能比较大，结合案件的具体情况，如果有无罪辩护空间的，可以大胆尝试，积极争取。

（二）追赃挽损是司法机关办案的主要目的之一，案件过程及结果在一定程度上受投资人压力的影响

非法集资类案件的一个典型特点是，每个案件背后都有一群投资人，司法机关办理案件的过程中，不得不面对来自投资人的压力，这种压力强度极大，很大程度上会影响案件的处理结果。

\* 马成，北京大成（深圳）律师事务所高级合伙人律师、大成刑辩学院职务犯罪研究中心执行主任，系广东省律协刑事法律专业委员会、第十届深圳市律协刑事法律专业委副主任、第十一届深圳市律协金融犯罪辩护法律专业委员会主任，专业领域为经济犯罪辩护、职务犯罪辩护、重大民商事经济纠纷等。

## 二、常见非法集资类案件的辩点梳理

虽然刑法中涉及非法集资犯罪的罪名有七个之多，但最常见的还是非法吸收公众存款罪和集资诈骗罪，因此，我们也主要围绕该两罪来展开。

### （一）定性之辩

定性之辩无非两点：第一，有罪还是无罪；第二，此罪还是彼罪。

#### 1. 无罪之辩

如果是新型的案件不要轻易放弃无罪辩护，从非法集资的“非法性、公开性、利诱性、社会性”这四个特征入手，结合案件事实和证据进行分析，或许会有惊喜。那么，如何合理运用这四个特征进行辩护，我们以非法吸收公众存款罪的非法性特征为例展开分析。

非法性特征，是指违反国家金融管理法律规定吸收资金，具体表现为未经有关部门依法批准吸收资金和借用合法经营的形式吸收资金两种。以往专家学者对这个罪名的分析，主要集中于如何理解“未经有关部门依法批准”以及如何认定“借用合法经营的形式”上，因此提到非法性特征时，大多想到上述两个方面。

但当年ICO刚刚兴起时，笔者团队办理的一宗ICO案件却是从另外一个极易被忽视的角度进行辩护的。当事人吸收募集的不是法定货币，而是同样为虚拟货币的“以太坊”，如果认定集资诈骗罪，则等于认定“以太坊”就是刑法和司法解释中的资金，这不仅违背罪刑法定原则，也等于间接认同代币的合法性。如果不认定“以太坊”是刑法意义上的资金，就不能认定李某行为具有非法性。我们将此观点与检察机关沟通后，检察机关最终没有对当事人批捕，后来又经过持续争取，公安机关最终撤案了。后来了解到，检察机关还将该案件呈报到最高检请示，该案件对后续此类案件的影响是极大的。这也告诉我们，无论出现什么样的新类型、新情况，要大胆质疑，小心求证，结合案件的具体情况进行分析。

#### 2. 罪名之辩

我们知道，对于非法集资案件而言，最重要的罪名之区分一定是非法吸收公众存款罪和集资诈骗罪，而两罪的区别又在于行为人是否具有非法占有目的。

行为人是否具有非法占有目的，2010年《最高人民法院关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第四条以及2017年最高检《关于办理

涉互联网金融犯罪案件有关问题座谈会纪要》第十四条、十五条均有明确规定，我们不再展开论述。

需要特别注意的是，即便当事人开始是以非法吸收公众存款罪被立案、逮捕，并且除了工资、奖金外没有拿任何来历不明的钱，也不能轻易判定案件后续定性没有变更或新增集资诈骗罪的可能。我们对此要特别关注，保持警惕。

在我们办理的一起案件中，当事人为某私募基金公司总裁（非股东），公司股东变更后，新股东提出要新发行基金，当事人签字同意了，新发行的基金没有一分钱进入他的口袋，大部分都用来向此前的投资人兑付了。起初，公安机关仅以非法吸收公众存款罪立案，当事人在投案自首前来咨询，我们第一时间和他提出，新发行的基金有被认定为集资诈骗罪的可能，提醒他一方面尽力收集保管好可用于证明其没有非法占有目的的相关证据，另一方面在投案自首时如实将上述情节向公安机关陈述，万一将来被以集资诈骗罪追责，依然可以争取自首情节。不出所料，检察院在移送法院起诉的最后一刻，新增了集资诈骗罪的指控。该案件还在办理中，最终罪名尚未确定。因此，罪名随时可能变换、增加，我们一定要提前做好预判和应对，尽最大的努力，做最坏的打算。

### （二）数额之辩

关于非法集资案件数额的认定，散见于两高一部《关于办理非法集资刑事案件若干问题的意见》《关于办理非法集资刑事案件适用法律若干问题的意见》、最高院《关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》、最高检《关于办理涉互联网金融犯罪案件有关问题座谈会纪要》等司法解释中，其中以下几点需要重点把握。

1. 非法吸收公众存款罪和集资诈骗罪分别有哪些资金不应计入犯罪数额？

第一种情况：犯罪嫌疑人、被告人自身的资金。

在非法吸收公众存款罪中，根据最高检《关于办理涉互联网金融犯罪案件有关问题座谈会纪要》第十一条规定，犯罪嫌疑人自身的资金不应计入吸收金额。

在集资诈骗罪中，根据最高院《关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第五条规定，集资诈骗的数额以行为人实际骗取的数额计算，自己的

资金当然不能算是骗取的资金，故也不应计入犯罪数额。

第二种情况：犯罪嫌疑人或被告人亲友投资的资金。

在非法吸收公众存款罪中，2017 年最高检《关于办理涉互联网金融犯罪案件有关问题座谈会纪要》第十一条规定，近亲属所投资的资金不应计入吸收金额；而根据 2019 年两高一部《关于办理非法集资刑事案件若干问题的意见》第五条规定，将三种特殊情形下向亲友或者单位内部人员吸收的资金与向不特定对象吸收的资金一并计入犯罪数额。可以看到，2019 年两高一部解释表面上是对 2017 年最高检解释的细化，实际上作了更严格的限制，相当于只单纯吸收近亲属资金等特殊情况下才不计入犯罪数额，缩窄了范围。

在集资诈骗罪中，没有任何司法解释对集资诈骗罪骗取亲友资金做特殊规定。故，即便骗取的资金是亲友所投资的，只要没有归还，也应计入犯罪数额。

2. 向投资者的返利以及支付的广告费、中介费等费用，是否可从犯罪数额中扣除？

非法吸收公众存款罪中，两高一部《关于办理非法集资刑事案件适用法律若干问题的意见》第五条第一款规定：“向社会公众非法吸收的资金属于违法所得。以吸收的资金向集资参与人支付的利息、分红等回报，以及向帮助吸收资金人员支付的代理费、好处费、返点费、佣金、提成等费用，应当依法追缴。集资参与人本金尚未归还的，所支付的回报可予折抵本金。”

集资诈骗罪中，最高人民法院《关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第五条第三款规定：“集资诈骗的数额以行为人实际骗取的数额计算，案发前已归还的数额应予扣除。行为人为实施集资诈骗活动而支付的广告费、中介费、手续费、回扣，或者用于行贿、赠与等费用，不予扣除。行为人为实施集资诈骗活动而支付的利息，除本金未归还可予折抵本金以外，应当计入诈骗数额。”

这两条规定所表达的意思相近，主要表达以下几层意思：

第一，集资诈骗罪中，如果支付的返利超过本金，超出的部分不能从犯罪数额扣除，并应予以追缴。

第二，非法吸收公众存款罪中，向投资人支付的利息不可从犯罪数额中扣除，如果有本金未归还的，可以折抵需返还本金，但超出本金部分，也应予以追缴。

第三，集资诈骗罪和非法吸收公众存款罪中，行为人为实施犯罪向第三方支付广告费、中介费、代理费、好处费等费用都应追缴，不能从犯罪数额中扣除。

3. 重复投资的资金是否应计入犯罪数额？

非法吸收公众存款罪中，两高一部《关于办理非法集资刑事案件若干问题的意见》第五条第二款规定：“非法吸收或者变相吸收公众存款的数额，以行为人所吸收的资金全额计算。集资参与人收回本金或者获得回报后又重复投资的数额不予扣除，但可以作为量刑情节酌情考虑。”可见，重复投资的资金应计入犯罪数额，但需要注意的是，司法解释明确规定，有重复投资的部分，可以明确提出来，作为量刑情节酌情考虑，我们在辩护过程中千万不要遗漏了这一点有利的情节。

集资诈骗罪中，诈骗的数额应以行为人实际骗取的数额计算，故重复投资的部分不应计入犯罪数额。

（三）量刑之辩

1. 法定情节之辩

自首、从犯、立功这三个情节不是非法集资案件中所独有的，但却是刑法中最常见的可以减轻处罚的法定情节，可以说是永恒的重点。在办理非法集资案件中，如果可能，我们一定要努力争取认定这几个情节。

2. 特别情节之辩

《刑法修正案（十一）》对非法吸收公众存款罪新增了第三款规定：“有前两款行为，在提起公诉前积极退赃退赔，减少损害结果发生的，可以从轻或者减轻处罚。”

这是一个对行为人有利的特定量刑情节，通常情况下，只有具备自首、从犯、立功这些法定情节方有可能减轻处罚，而在非法吸收公众存款案件中，如果符合上述规定，可减轻处罚，需要予以重视。

### 三、非法集资类案件的有效辩护方法

在办理案件过程中，仅是找到辩点还不足以把案件办好，办理刑事案件尤其是比较复杂的非法集资类案件是一个系统工程，不仅要找到有效的辩点，还要知道怎么把有效的辩点转化为有效的辩护。

（一）什么是有效辩护

说起有效辩护，我们自然就想到无效辩护，除此之外，

笔者认为还有一种情形叫做“有害辩护”。将这三种情况作比较，就能更深刻地理解有效辩护的含义。

1. 有效辩护

笔者认为有效辩护至少有两层内涵，一是判决采纳了部分辩护人的意见，取得较为明显的辩护效果；二是当事人对案件结果比较满意。实践中，必须二者兼顾，既要取得好的辩护效果，又要重视与当事人的沟通，取得当事人的认可，这才是真正有效的辩护。

2. 无效辩护

与有效辩护对应的就是无效辩护，即案件结果没有达到预期的辩护效果，没有帮到当事人，或者起到的效果较小，与当事人的心理预期相差很远，当事人并不满意。无效辩护对当事人的伤害是很大的，会让当事人错失一些从轻减轻的机会。

3. 有害辩护

无效辩护还不是最可怕的，最可怕的是有害辩护。笔者认为，有害辩护，即是律师的辩护方向出现根本性错误，最终不仅没有帮到当事人，反而使当事人的利益受损。有害辩护的结果都是不可逆的，是非常致命的。

作为辩护人，追求有效辩护应该成为我们执业的一个信念，让有效辩护成为常态。

（二）非法集资类案件的有效辩护之道

1. 要有同理心、责任心和使命感

为什么要把同理心、责任心和使命感放在第一位？因为刑事辩护不仅关乎当事人的自由、财产，更关乎其命运，甚至是其家庭、家族的命运。有些情况下，如果我们多付出一些努力，发现一个重要的细节，案件的结果可能就会彻底改变。

因此，我们首先需要有同理心、责任心和使命感，将心比心，换位思考，把当事人看作是我们的亲友。如果高墙之内关押着的是我们的亲友，那么我们只有十分力，也会出十二分；今天可以完成的事情，绝不会拖到明天；每一份文书、每一个细节我们都不会允许出错；每一个可能使结果更理想的机会我们都不会轻易放过。只有抱着这样的心态，我们才能把案件办好，才能做到极致，这比方法、技巧更重要。

2. 认真研判，确立正确的方向和思路

做任何事情，方向对了，越努力越幸运；方向错

了，越努力越可怕。刑事辩护尤其是非法集资类案件的辩护更是如此，“有罪求情，无罪伸冤”，如果当事人根本不构成犯罪，或者案件定性尚存在重大争议，我们却对此视而不见，案件最终结果不可能好；相反，如果案件有罪证据非常充分，却坚持无罪辩护，结果可能会错失很多有利情节。一念之差，天上地下。

辩护人在接手案件后，需要做的第一件事情，便是认真研判案情、证据和法律，把案件彻底吃透，从宏观到具体对案件每一个症结所在都要烂熟于心，才能制定科学合理的辩护思路。

3. 密切关注法律和政策的调整

近年来由于非法集资类案件高发，相应的政策、法律、司法解释也频繁调整。我们办理非法集资案件时，一定要密切关注法律、政策的变化，及时抓住新法律、政策对当事人有利的部分，提出相应的辩护意见。如非法吸收公众存款罪新增的提起公诉前积极退赃可减轻处罚的条款，若符合该条件一定要及时向办案机关提出意见。

4. 与办案机关有效沟通

沟通是一门学问，也是一门艺术，沟通的方式会影响沟通的效果，而沟通的效果往往会影响案件的结果。因此，我们办理非法集资案件及其他刑事案件时，与司法机关、司法人员的沟通要努力争取做到及早沟通、主动沟通、友好沟通、有效沟通。

### 四、结语

在强监管的时代，也许像 P2P 行业那样某一行业引起社会剧震的现象很难再发生了，但是，可以预见的是，中小企业融资需求多但融资难的局面短期难以扭转，普通公众投资需求多但渠道少的情况短期也不会改变，这两个需求犹如干柴烈火，一旦碰在一起，就给非法集资案件的发生提供了合适的土壤，非法集资案件依然会不断产生。

把目光放在更长远的未来，金融创新不会停止，在创新的过程中有时边界没那么清晰，不同主体的金融行为始终存在利差，资本逐利的属性及人的投机心理也决定了非法集资案件在相当长一段时期内依然会高发，鉴于此，作为律师，我们需要提升办理非法集资案件的能力，以应对新的挑战。





# 关于网络账号权属争议的法律分析及处理规则

○余杭\* 王毅华\* 广东融关律师事务所

网红经济，是指依托互联网特别是移动互联网传播及其社交平台推广，通过大量聚集社会关注度，形成庞大的粉丝和定向营销市场，并围绕网红

IP(Intellectual Property) 而衍生出的各种消费市场，最终形成完整的网红产业链条的一种新经济模式<sup>①</sup>。在网红经济中，网红高度依赖抖音、快手、小红书、

\* 余杭，广东融关律师事务所合伙人律师，第十一届深圳市律师协会企业法律顾问法律专业委员会委员，专业领域为企业合规研究和实务、互联网金融、碳资产交易、企业投融资争议解决。  
\* 王毅华，广东融关律师事务所律师，专业领域为民商事争议解决、（企业和个人）清算与重组。  
① MBA 智库，访问网址：<https://wiki.mbalib.com/wiki/%E7%BD%91%E7%BA%A2%E7%BB%8F%E6%B5%8E>，最近访问时间：2022 年 8 月 3 日。

微博等社交、短视频平台账号进行表演、推广、传播和变现；网红注册的社交、短视频平台账号因拥有大量粉丝而具有重要的经济价值。因此，当网红与网红经纪公司解约时，双方往往会因为社交、短视频平台账号的归属或赔偿问题产生重大争议。这种争议在合同约定网红的账号应归属于公司或网红违约提前解约的情况下较为普遍。此即需要在解约时对网红账号的归属或赔偿事宜进行处理。

对于网络账号的归属及赔偿处理，现行法律、法规、司法解释并无明确规定，本文即是对这一前沿问题进行分析 and 探讨。

## 一、案例的提出

网红刘某与网红经纪公司 A 公司签订合约，约定：（1）刘某以实名身份注册快手账号，并配合 A 公司持续性地录制宣传视频和进行直播；（2）A 公司为刘某提供账号运营<sup>②</sup>、直播培训、内容制作、运营包装、推广、粉丝引流等相关服务；（3）因快手账号流量变现（如植入广告、带货分成等）的收入在刘某和 A 公司之间进行税后分成；（4）因 A 公司实际运营快手账号并付出巨大的成本，如果刘某在 3 年内提前解除合约，则该快手账号归属于 A 公司所有，否则刘某应赔偿违约金 100 万。

之后，因刘某与 A 公司合作不顺，刘某在合作 6 个月后就提出解除合约，双方因快手账号（已有 200 万粉丝）的归属和赔偿问题产生争议。刘某主张：快手账户是由其本人身份信息注册和实名认证，具有人身属性，不能转让。A 公司则主张：公司在网红的网络账号上投入巨大；根据合约，刘某在仅合作 6 个月时就解除合约，属于违约行为，刘某的快手账号应转让给 A 公司，否则刘某应赔偿违约金 100 万元。

本案例涉及的问题：（1）快手账号等具有人身属

性的网络账号属于民法上的“个人信息”还是“物”？（2）如果快手账号等网络账号属于民法上的“物”，网络账号注册者对网络账号享有什么权利？（3）快手账号等网络账号是否可以转让？（4）如果快手账号无法转让给网红经纪公司，网红是否应向网红经纪公司赔偿？（5）如果网红需要赔偿，网红是否应向网红经纪公司赔偿合同约定的违约金？

## 二、关于快手等网络账号转让行为的法律分析

### （一）快手等网络账号为网络虚拟财产

《民法典》第一百二十七条对此问题作了指引性规定<sup>③</sup>，即“法律对数据、网络虚拟财产的保护有规定的，依照其规定”<sup>④</sup>。这一规定认可了数据和网络虚拟财产的法律地位，确定了法律对数据、网络虚拟财产的保护要求。《中华人民共和国民法典理解与适用》（上）一书认为，特定的网络服务账号属于广义的网络虚拟财产<sup>⑤</sup>。在司法实践中，部分法院在判决中认可了抖音、微信公众号等网络账号的法律地位。比如，在（2019）沪 02 民终 7631 号案件中，法院即从独立性、支配性、价值性三个角度认定案涉微信公众号属于网络虚拟财产。

结合民法典的相关规定、司法实践和互联网经济发展的趋势，笔者认为，鉴于抖音、快手等特定网络账号可通过账号控制使用，具有可支配性和排他性；具有大量的好友或粉丝，且可通过引导购物、推介广告等方式而具有可供变现的经济价值<sup>⑥</sup>，能够满足人类社会生活的需要；通过“数据字节”的方式存在于网络空间等原因，抖音、快手等特定网络账号属于网络虚拟财产，归属于民法中的“物”，受民法调整和保护。

### （二）网络账号注册者享有网络账号的使用权

根据用户与网络服务提供商（如快手、抖音、微信公众号、优酷等）签订的用户服务协议及司法实践，

②由于相关网络账号（如抖音、快手、微信公众号）的可供变现的商业模式日趋成熟，网络账号注册者将账号交由他人或公司运营的情况日益频繁。  
③截至目前，法律关于数据和网络虚拟财产的概念、范围及法律保护方式的规定还较少，还有待法律、司法解释进行详细的规定。  
④曾有观点认为，网络账号在注册时往往绑定手机号或电子邮箱，部分账号还需要实名认证，因而具有较强的人身属性，属于个人独有的身份信息和隐私，不能转让。此外，根据传统民法，“物”一般是指有体物，而网络账号没有可触摸的外形。因此，对于网络账号是否属于民法中的“物”的问题，曾有争议。  
⑤最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编，《中华人民共和国民法典理解与适用》（上），人民出版社，2020 年 7 月第 1 版，第 656 页。  
⑥完全为注册者个人使用且不存在经济价值的网络账号应不属于民法中的“物”。

一般认为，网络账号的所有权是属于网络平台运营公司<sup>⑦</sup>，注册人按照注册协议拥有的是网络账号的使用权和收益权。比如，根据北京快手科技有限公司的《快手软件许可及服务协议》第 2.2 条之规定，快手账号的所有权归北京快手科技有限公司所有，用户完成申请注册手续后，仅获得快手账号的使用权，且该使用权仅属于初始申请注册人<sup>⑧</sup>。

#### （三）快手等网络账号使用权转让的前提条件

网络账号注册者享有使用权，并不当然意味着网络账号转让能够履行。网络账号转让需要满足在法律和事实上可以履行的前提条件。

1. 在法律上可以转让，主要指该网络账号上不能绑定个人的隐私信息（身份证号码、文字、照片、使用痕迹等）导致网络平台账号与注册人的人身属性关联性较高，或者绑定个人隐私信息后可以解绑原注册者个人的隐私信息。

2. 在事实上可以转让，主要指网络服务平台公司在技术上可以对网络账号的绑定身份信息进行解绑。

#### （四）网络账号权属出现争议时的权属认定规则

上述提出的案例，网红刘某与网红经纪公司 A 公司签订合约，约定：如果刘某在 3 年内提前解除合约，则该快手账号归属于 A 公司所有。现刘某违约提前解除合同，刘某的快手账号是否就归属于 A 公司呢？在司法实践中，法院一般根据以下因素综合考量以确定网络账号的使用权归属：

1. 账号的人身属性<sup>⑨</sup>。如果拟转让的网络账号绑定了个人隐私信息且无法解绑或无法删除，则转让网络账号会侵犯隐私权，此时，不宜转让网络账号的使用权。

2. 网络账号使用权转让的技术可行性。如果网络服务平台公司在技术上可以对网络账号的绑定身份信息进行解绑并更改使用人的信息，则网络账号使用权转让

具有事实上的可行性。比如，在西安碑林区法院审理的一起案件中，承办法官积极与抖音运营公司联系，确认涉案抖音账户实名制认证在技术方面可以变更；该案法官依法确认原告系该案诉争抖音号的实际使用人，被告协助原告办理上述抖音账户的实名认证变更<sup>⑩</sup>。

3. 合同的具体约定和实际履行情况。这是指网红与网红经纪公司签订的合约中关于网络账号使用权转让的具体约定的内容（比如，有的案例中，合约中约定：网红从公司离职后，该网络账号归属于网红经纪公司所有）及该约定是否符合法律规定，是否存在显失公平、重大误解、欺诈或损害第三人利益的情况。如果转让账号的约定存在可撤销或无效的法定情形，则网红可向法院申请撤销该约定或认定该约定无效。

4. 公司对网红账号的实际投入及经营情况。这是指运营公司对网红的网络账号是否实际运营，是否实际投入巨大成本。比如，在（2015）沪一中民一（民）终字第 2090 号案件中，虽然系争淘宝网店用朱铃的身份证注册而成立，但法院认为，彭轶凡为设立及经营该淘宝网店花费了人力及物力，该网店由彭轶凡长期负责经营管理，并已达到一定的信用度，故应认定该淘宝网店的实际所有人为彭轶凡。

5. 网络账号名称包含公司的注册商标的情况。若网络账号的名称等核心内容中包含了公司的注册商标、商号等信息，法院可能会倾向于判断网络账号归属于公司。比如，在（2018）粤 01 民终 10473 号案件中，法院认为：“根据协议约定，杨一枝擅自终止协议，本协议限定的品牌、店铺及社交媒体账号，所有权和使用权全部归狮之谦公司所有。同时，狮之谦公司提交国家工商行政管理总局商标局出具有关‘cheeseY 芝柚’的商标注册申请受理通知书，表明狮之谦公司系该品牌商标的所有权人。因此，狮之谦公司主张杨一枝

的社交媒体账号的所有权和使用权归狮之谦公司所有，杨一枝停止使用的社交媒体账号并将账号交由狮之谦公司使用有理，予以支持”。

综上，在网红与网红经纪公司就网红注册的网络账号权属发生争议时，如果该网络账号未与个人身份信息绑定，或账号转让在技术上可行（需更换账号注册者的信息）的，法院将会根据合同的具体约定和实际履行情况、公司对网红账号的实际投入及经营情况、网络账号名称包含公司的注册商标的情况等因素，综合判断决定网红是否应当按照合约将网络账号转让给网红经纪公司。

### 三、关于快手等网络账号转让行为的处理规则

#### （一）关于网络账号转让的合同约定有效

大部分平台账号的注册协议都会规定，网络账号的所有权归属于平台公司，账号仅限用户本人使用，且账号使用权不得赠与、借用、租用、转让和售卖。因此，网络账号注册人私下转让账号，将账号给他人使用、运营的行为违反了注册者与网络平台公司签订的服务协议。关于此种网络账号私下转让行为的效力，有不同观点。

笔者认为，根据《民法典》第一百五十三条及相关司法判例，宜认定网络账号使用权私下转让的合同有效。如果认定网络账号转让行为无效，则会影响大量网络账号流量经济、网红经济的发展，不利于互联网行业的发展。同时，网络账号使用权转让也并未对社会公共利益（如互联网管理秩序）带来严重的不良后果。从法理上说，没有认定网络账号转让行为无效的必要性。

#### （二）网红应当按照合同中关于网络账号转让的约定履行义务，否则应承担违约责任

如前所述，网络账号属于民法调整和保护的“物”，关于网络账号转让的约定合法有效，应当得到履行。在实际的履行过程中，具体分两种情况：

- 当网络账号在法律上和事实上可以转让时，即如果网络平台公司同意办理账号转让（身份信息解绑且重新绑定公司指定的第三人的身份信息），则网红可依约转让网络账号，否则网红应当承担违约责任。
- 当网络账号在法律上和事实上无法转让时，即

网络服务平台不予配合按照转让协议办理账号转让，则网络账号转让行为无法履行，网红应向网红经纪公司承担违约责任，赔偿损失。但此时，因为无法转让网络账号的过错不在于网红，网红承担的违约责任要适当减轻。

#### （三）确定违约方应承担赔偿损失金额的方式

1. 确定网络账号的价值。在网络账号权属纠纷中，确定违约方所应承担损失金额的前提是确定网络账号财产的价值。实践中，一般可通过以下几种方式确定网络账号的价值：（1）协商确定，即由网络账号转让双方协商确定；（2）评估确定，即委托第三方评估确定；（3）法院酌情确定，即由法院综合考虑网络账号的运营时间、粉丝数量、过往变现记录等因素酌情确定网络账号的价值。

2. 综合判断违约方应承担的违约责任。确定网络账号的价值后，方能确定因网红未转让账号所造成损失的大小。根据《民法典》的规定，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益。但是，实践中，网红违约未转让网络账号的原因可能不仅是其单方的过错，可能也包括网红经纪公司违约、市场环境恶劣、网红平台公司不予配合转让等原因，因此，网红不一定要承担未转让网络帐号给网红经纪公司带来的全部损失。

在司法实践中，法院一般应综合考虑合同的履行情况、违约方的过错程度、合同的预期利益以及合同双方缔约地位的强弱等综合因素，根据公平原则和诚信原则综合衡量违约方应承担的违约损失数额，而非直接按照合同约定的违约金数额判决赔偿数额。

### 四、结语

本文对网红经纪公司与网红就网络账号权属的争议作了法律分析，并阐述了相关处理规则。考虑到现行法律法规对这一新兴领域的纠纷规定较少，为规避风险和保护自身的合法权益，笔者就网红与网红经纪公司之间的合作提出以下建议：一是，网红与网络经纪公司应在充分协商后，书面约定网络账号的归属；二是，网红应保存其进行直播、录制视频和推广、宣传网络账号的证据；三是，网红经纪公司应保存为网红提供指导、培训、内容设计等相关服务的证据。



<sup>⑦</sup>关于网络账号注册者是否享有网络账号的所有权的问题，法律尚未规定明确，目前存在争议。目前有两种观点：一种观点认为，数据网络虚拟财产应归于用户，即接受网络服务商所提供服务的用户所有；另一种观点认为，应当归属于网络服务商所有，用户根据与网络服务商之间的合同对网络服务商提供的数据和网络账号仅有使用权。随着相关法律纠纷日益增多，法律应对此进行明确规定。参照欧盟 GDPR（通用数据保护条例）的规定，即使网络账号注册者没有账号的所有权，法律也宜规定网络账号使用者应具有数据的知情权、访问权、更正权和删除权等基本数据权利。

<sup>⑧</sup>《快手软件许可及服务协议》（公示时间：2022 年 8 月 1 日），北京快手科技有限公司，访问网址：<https://www.kuaishou.com/about/policy>，最近访问时间：2022 年 8 月 3 日。

<sup>⑨</sup>如账号与身份证绑定，且已经实名认证，涉及注册者个人及亲友的个人信息等。

<sup>⑩</sup>段秀莉：《抖音账户实名认证能不能变更？》，西安市碑林区法院，访问网址：<http://sxfy.chinacourt.gov.cn/article/detail/2020/11/id/5560104.shtml>，最后访问时间：2022 年 8 月 3 日。



# 多法域视野下的 非对称管辖效力及 判决的承认和执行

○周原\* 童懿贤\*  
北京天达共和（深圳）律师事务所

非对称管辖（asymmetric jurisdiction clauses）作为协议管辖的非典型样态，是指赋予一方当事人有权在适当的司法管辖区的任何有管辖权的法院提起诉讼，同时限制另一方当事人只得在指定法院提起诉讼或申请仲裁的约定条款。由于该种管辖约定涉及司法管辖区与法域的选择，因此通常出现于国际货物买卖合同、金融借款合同、融资租赁合同等具有涉外因素的合同之中，其典型约定为：“Only for the benefit of the Lender, the parties to this Agreement irrevocably agree that the courts of England are to have jurisdiction to settle any disputes which may arise out of or in connection with this Agreement and that any proceedings may be brought in those courts. Nothing contained in the above clause shall limit the right of the Lender to commence any proceedings against the Borrower in any other court of one or more competent jurisdictions.”（仅为贷款方的利益而设<sup>①</sup>，本合同双方不可撤销地同意，英国法院对本合同引起的或与本合同有关的争议具有管辖权，任何与之有关的诉讼应在上述法院提起。上述条款的约定不影响和限制贷款方在一个或多个适当的司法管辖区的任何其他法院启动针对借款方的诉讼程序的权利。）

由此可见，非对称管辖的核心条款，就是一方不

受约定管辖之限制，而必须向所有根据准据法所确定的有法定管辖权之司法机构提起诉讼或仲裁。换言之，该约定的本质就是单方（即交易优势方）可选择的管辖权条款（optional jurisdiction clauses）。随着《全国法院涉外商事海事审判工作座谈会会议纪要》（以下简称《涉外审判纪要》）的发布，非对称管辖首次以司法解释性质文件的方式从国际私法学界惯称走向权威定义，但其在实务中的讨论，远未结束。

## 一、多法域视野下的非对称管辖之效力

### （一）英国的非对称管辖之效力

作为判例法国家的英国，其法院对于非对称管辖条款的支持态度较为明确，在 NB Three Shipping v. Harebell Shipping 案<sup>②</sup>、Law Debenture Trust Corp plc v. Elektrim Finance BV 案<sup>③</sup>及 Ourspace Ventures Limited v Mr Kevan Halliwell 案<sup>④</sup>中，英国法院均支持了单边选择性仲裁条款的效力。

在 NB Three Shipping v. Harebell Shipping 案中，案涉租船合同约定，船舶承租人仅能在英格兰法院提起诉讼，船舶所有人不仅可在根据任何公约对本案具有管辖权的法院提起诉讼，还可将争议提交仲裁。合同争端解决条款规定：“因履行本租船合同所引发的争议，若双方无法通过协商解决，且船舶所有人决定

将争议提交仲裁的，应提交仲裁。”在随后的纠纷中，承租人先向法院提起诉讼。对此，法院从争端解决条款的整体商业意义出发，认为这一单边选择条款的制定目的是赋予船舶所有人选择权，承租人不得以先提起诉讼的方式，阻碍船舶所有人将争议提交仲裁。而在 Law Debenture Trust Corp plc v. Elektrim Finance BV 案中，法院指出：“.....尽管单边选择条款给予了一方当事人额外的利益，但这与合同其他各有偏向的条款并无本质差异，并不能因其单方性就区别对待。”由此可见，英国法院在这一问题上始终贯彻尊重当事人意思自治的原则，并坚持认为单边选择性仲裁条款的订立是为了满足商业需要，应予尊重。

### （二）香港地区的非对称管辖之效力

香港成文法并未对约定管辖进行明确规定，仅在《高等法院规则》第 12 号命令第 8 条规则<sup>⑤</sup>对提出管辖权异议的程序问题进行了明确。但与英国同样采用判例法的香港，关于非对称管辖，最为典型并且讨论最为激烈的莫过于 Industrial and Commercial Bank Of China (Asia) Limited v Wisdom Top International Limited 一案<sup>⑥</sup>，该案例现香港司法机构对非对称管辖有效性的认定。在该案中，Industrial and Commercial Bank Of China (Asia) Limited（以下简称“工行亚洲”）向 Wisdom Top International Limited（以下简称“高慧公司”）提供贷款并签订《贷款协议》，协议约定：香港法院对解决由本协议引起或与本协议相关的任何争议具有专属管辖权，并同时约定：上述约定管辖仅为贷款人利益而提出。香港法院认为，贷款人向具有司法管辖权的任何其他法院提起与争议有关的诉讼不应受到限制，认可了该约定的有效性。

### （三）中国大陆的非对称管辖之效力

非对称管辖并未在《民事诉讼法》中明确约定，但其系属协议管辖，根据该条及相关司法解释的规定，当事人可以协议选择与争议有实际联系地点的法院作为管辖法院。而透过对法律及司法解释的文意解释和体系解

释，只要非对称管辖的约定足以使当事人在起诉时确定被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地等与争议有实际联系的地点的人民法院管辖，且不违反级别管辖和专属管辖，就应当视为有效。

在厦门海事法院审理的施瑞朝、香港益利船务有限公司等海事光船租赁合同纠纷案<sup>⑦</sup>中，当事双方签订了“香港法院拥有解决本租船合同引起的与本租船合同有关的任何争议的专属管辖权”的协议管辖条款，并同时约定协议管辖“仅为船东的利益而设。因此，不得阻止船东在任何其他有管辖权的法院就争议提起诉讼。”厦门海事法院对该案审理过程中，被告方以合同约定香港法院排他管辖为由提出管辖权异议。对此，厦门海事法院认为非对称管辖约定有效，且不排除管辖优势方的管辖选择权，具而言之：“本案所涉主合同光船租赁合同和担保合同均有约定非对称排他管辖条款，即仅在船东（债权人）选择香港法院起诉时，香港法院享有排他管辖权，承租人（保证人）必须服从排他管辖的约定，但不排除船东（债权人）选择香港以外的其他法院起诉的权利。该约定不违反我国民事诉讼法的规定，应认定为有效。”上述判决，亦获得二审法院福建高院的认可<sup>⑧</sup>，并收录在最高人民法院发布的 2020 年全国海事审判典型案例中。

此外，最高人民法院审理的沈阳神羊游乐园有限公司、马来西亚进出口银行有限公司金融借款合同纠纷案<sup>⑨</sup>、广东省高级人民法院审理的法国达飞海运集团与厦门明祥达物流有限公司海上货物运输合同纠纷管辖异议案<sup>⑩</sup>等案件中，中国法院均认为相应系争合同中关于管辖的约定不违反中国法律规定，进而认可了非对称性管辖条款的效力。

2021 年 12 月 31 日，最高人民法院发布《涉外审判纪要》，对非对称管辖协议的效力予以明确认可，具体如下：“第二条 涉外合同或者其他财产权益纠纷的当事人签订的管辖协议明确约定一方当事人可以从一个以上国家的法院中选择某国法院提起诉讼，而另

\*周原，北京天达共和（深圳）律师事务所合伙人，系天津仲裁委员会、海南国际仲裁院仲裁员。2022 年，被国际评级机构 LEGALBAND 评选为“客户首选：诉讼多面手 15 强”，主要业务领域为争议解决、公司与并购。

\*童懿贤，北京天达共和（深圳）律师事务所律师，主要业务领域为公司纠纷、金融纠纷等民商事争议解决，曾为多家金融机构、大型国有企业及上市公司提供民商事诉讼服务及上市、并购法律服务，曾参与编撰《中华人民共和国电子商务法释义与原理》并由中国法制出版社出版。

①合同目的为基于单方利益考量，以方便合同一方向另一方追索合同债务，一般有利于交易优势方。

② (2005) 1 Lloyd's Rep. 509.

③ (2005) EWHC 1412

④ (2019) EWHC 3475

⑤ The Rules of the High Court (Cap 4A), O. 12, r. 8.

⑥ Industrial and Commercial Bank of China (Asia) Ltd v. Wisdom Top International Ltd (04/03/2020, HCA278/2019) [2020] HKCFI 322.

⑦ (2020) 闽 72 民初 239 号

⑧ (2020) 闽民辖终 114 号

⑨ (2017) 最高法民终 636 号

⑩ (2015) 粤高法立民终字第 190 号

一方当事人仅能向一个特定国家的法院提起诉讼，当事人以显失公平为由主张该管辖协议无效的，人民法院不予支持；但管辖协议、涉及消费者、劳动者权益或者违反民事诉讼法专属管辖规定的除外。”

## 二、非对称管辖判决的承认与执行

根据《民事诉讼法》第 282 条之规定，涉外判决的互认和执行，依照我国缔结的国际条约或依互惠原则经审查后决定，尽管我国已签署《海牙选择法院协议公约》（以下简称《海牙公约》）和《承认与执行外国民商事判决公约》，但上述两条约对我国的生效程序均未履行完毕，因此涉外判决的互认和执行，仅能依据双边条约或依互惠原则进行审查并决定是否承认或执行。

除上述一般规则外，2006 年，最高法与香港特区政府达成了《最高人民法院关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行当事人协议管辖的民商事案件判决的安排》（以下简称《协议管辖安排》）。2008 年，香港特区政府为实施上述安排，通过了《内地判决（交互强制执行）条例》（以下简称《交互强制执行条例》）。符合特定条件的香港判决，可通过《交互强制执行条例》以较简易程序在内地强制执行。这为香港债权人执行债务人的内地资产或向内地债务人追偿，提供更为快捷、高效的司法选择。

根据《协议管辖安排》，内港判决执行，须由申请人向执行法院提出申请书、判决书、判决认证副本及作出终审判决的法院的证明书等材料<sup>⑪</sup>，而出具证明书的法院，需对相应判决是否属于该安排规定的基于排他性管辖协议作出的判决进行审查<sup>⑫</sup>。

对于大陆判决在香港承认和执行而言，如前所述，大陆法院对于非对称管辖基本持肯定态度。同时受《海牙公约》默认排他规则的影响，多数内地法院认为选择香港法院但未明示排他性或专属管辖的约定，只要能在起诉时确定明确的管辖法院，也属于“具有唯一管辖权”的书面管辖协议。如在最高人民法院审理的（2018）最高法民辖终 28 号<sup>⑬</sup>、广西壮族自治区高级人民法院审理的（2019）桂民终 6 号<sup>⑭</sup>案中，最高法、广西高院均直接援引《海牙公约》第三条第二款<sup>⑮</sup>规定作为说理依据，认为管辖协议具有排他性。由此可见，即便在协议中约定了非对称管辖，大陆法院一般认可该约定属于《协议管辖安排》第三条第一款所要求的排他性管辖安排。

对于香港判决在大陆承认和执行而言，香港法院出具判决认证副本及证明书，则相应判决需满足《交互强制执行条例》所规定的“选用香港法院协议”中指定的香港法院作出。其中，“选用香港法院协议”是指“由指明合约的各方订立的协议，该协议指明由香港法院或某香港法院裁定在或可能与该指明合约有关联的情况下产生的争议，而其他司法管辖区的法院则无权处理该等争议”。因此，香港法院基于非对称管辖作出的判决是否可在大陆执行，其核心在于香港法院是否认可非对称管辖属于排他性管辖。在上文提及的 Industrial and Commercial Bank Of China (Asia) Limited v Wisdom Top International Limited 一案<sup>⑯</sup>中，工行亚洲在取得了对贷款人高慧公司的胜诉判决后，随后依照《交互强制执行条例》的上述规定向香港法院申请出具判决认证副本及证明书，以向内地法院申请强制执行，但该申请最终被香港高等法院驳

回。香港高等法院认为，非对称管辖条款不属于排他性管辖，因为工行亚洲依据非对称管辖条款提起的诉讼，法院的管辖权实质上取决于工行亚洲的选择而非排他性的约定，这令管辖权在协议生效时具有不确定性，与签署《协议管辖安排》和《交互强制执行条例》目的并不相符。因此，工行亚洲最终无法将取得的香港判决直接在大陆执行。

## 三、非对称管辖视野下涉外商事纠纷的应对

由于非对称管辖赋予了交易优势方在进行诉讼活动时极高的自由度，并能使优势方在己方诉讼方便与对方责任财产保全之间掌握主动，因此在跨境商事活动中得到了广泛应用。但同时不可否认的是，非对称管辖构成前述香港判决在内地执行上的实质障碍，使得优势方不得不在内地重新提起诉讼，反增讼累。由此，企业应当如何采用非对称管辖条款，以及应当如何展开及应对诉讼，值得关注。尽管该问题并没有具体直接的唯一标准，但是，也有一些共同要点值得提出：

### （一）谨慎履行格式条款提示注意义务

《民法典》第 496 条第二款规定：“采用格式条款订立合同的，提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务，并采取合理的方式提示对方注意免除或者减轻其责任等与对方有重大利害关系的条款，按照对方的要求，对该条款予以说明。提供格式条款的一方未履行提示或者说明义务，致使对方没有注意或者理解与其有重大利害关系的条款的，对方可以主张该条款不成为合同的内容。”如非对称管辖是交易优势方规定在事先拟定供重复使用的格式合同中的，优势方应当对非对称性管辖条款作出显著标记，并在合同签署时向债务人作出说明或以其他合理方式提醒债务人注意该等条款，否则将来该等管辖条款有被认定为对债务人不具有约束力的风险。如在浙江省高级人民法院审理的（2016）浙民辖终 294 号案<sup>⑰</sup>中，正是由于非对称管辖条款以英文小字体印刷于提单正面的下方和背面，与其他印刷内容无显著的区别，且优势方并未举证证明其已履行提示义务，法院据此认为协议管辖条款不能约束当事人。

### （二）在涉及香港的跨境交易合同中慎用非对称性管辖条款

如前所述，根据《交互强制执行条例》，如债权人就香港法院的判决向内地法院申请认可和强制执行，必须满足协议管辖使香港法院对案件具有排他性管辖权的条件。所以根据非对称性管辖条款作出的香港法院判决很可能无法在内地得以强制执行。因此，若缔约时相对方在内地或香港已经明确拥有责任财产，为避免因非对称管辖条款所导致的在港判决无法在内地执行问题，在涉及香港的跨境交易合同中慎用非对称性管辖条款。

### （三）考虑在多地同时提起诉讼

考虑到债务人的财产可能位于不同司法管辖区，如若优势方已采纳非对称管辖条款，为尽快实现债务追偿，防止债务人转移资产，优势方可以考虑同时在不同司法管辖区提起诉讼。也正是由于内港两地属于不同司法管辖区且非对称管辖的香港判决在大陆存在认可和执行障碍，此类同时起诉不属于《民诉法解释》第 247 条所规定的重复起诉的情形。如前文提及的 Industrial and Commercial Bank Of China (Asia) Limited v Wisdom Top International Limited 一案中，工行亚洲在申请跨境执行香港法院判决遇阻后，又在广州中院提起诉讼<sup>⑱</sup>，最终取得胜诉判决。

#### 参考文献

- [1] 陈珊：单边选择性仲裁条款的有效性研究[J]. 北京仲裁, 2020(4):86
- [2] Salonee Patil, Unilateral Option Clauses: The Way Forward, Christ University Law Journal, 2018.
- [3] 黄宇：非对称性管辖条款在跨境商事、海事合同中的应用[EB/OL]. https://mp.weixin.qq.com/s/SUCAzy7CNZs7DDRvg5woQw, 2022-01-14/2022-3-16
- [4] 康健、宋嘉怡：涉外案件的特殊管辖异议的处理规则——“不方便法院”原则及平行诉讼构成重复诉讼主张，[EB/OL]. https://mp.weixin.qq.com/s/3ooli6he0ai5KLAgmVbw xg, 2021-06-18/2022-3-16
- [5] 朱嘉寅：跨境金融纠纷如何诉？——基于“非对称管辖协议”视角的实务思考[EB/OL]. https://mp.weixin.qq.com/s/2Ya0donBX7oA0fAhBXIMbg, 2022-03-14/2022-3-16
- [6] 周海邦：“非对称管辖权条款”下的中国内地与香港特区在跨境判决执行方面的风险[EB/OL]. https://mp.weixin.qq.com/s/ak0aFhp\_X4zyM05sbc2KhQ, 2020-09-04/2022-3-16

⑪《协议管辖安排》第六条：“申请人向有关法院申请认可和执行判决的，应当提交以下文件：（一）请求认可和执行的申请书；（二）经作出终审判决的法院盖章的判决书副本；（三）作出终审判决的法院出具的证明书，证明该判决属于本安排第二条所指的终审判决，在判决作出地可以执行；（四）身份证明材料……”

⑫《协议管辖安排》第一条：“内地人民法院和香港特别行政区法院在具有书面管辖协议的民商事案件中作出的须支付款项的具有执行力的终审判决，当事人可以根据本安排向内地人民法院或者香港特别行政区法院申请认可和执行。” 第三条第一款：“本安排所称‘书面管辖协议’，是指当事人为解决与特定法律关系有关的已经发生或者可能发生的争议，自本安排生效之日起，以书面形式明确约定内地人民法院或者香港特别行政区法院具有唯一管辖权的协议。”

⑬杨凯、山证国际证券有限公司保证合同纠纷二审一案。

⑭覃淑东、顾锡红合同纠纷二审一案。

⑮《海牙公约》第三条第二款：“除非当事人有明示相反表示，当选择法院条款指定一个缔约国法院，或一个缔约国的一个或多个特定的法院时，应视为排他性管辖。”

⑯ Industrial and Commercial Bank of China (Asia) Ltd v. Wisdom Top International Ltd (04/03/2020, HCA278/2019) [2020] HKCFI 322.

⑰绍兴皓宜贸易有限公司与法国达飞海运集团等海上货物运输合同纠纷管辖权异议上诉案。

⑱中国工商银行（亚洲）有限公司与高慧国际有限公司金融借款合同纠纷案，广东省广州市中级人民法院（2019）粤 01 民初 1197 号。



# 商标申请权的法理及实证研究

## 从一件美国商标申请权被恶意转移案说起

○车小燕\* 上海市锦天城（深圳）律师事务所  
曾清华\* 北京市道可特（深圳）律师事务所

本文基于笔者承办的一件美国商标申请权被恶意转移的侵权责任纠纷案进行分析，涉及商标申请权的概念及法律性质、权利归属、权利转移及其在判断权利冲突中的作用等内容。

### 一、美国商标申请权被恶意转移案

笔者承办一件美国商标申请权被恶意转移的侵权责任纠纷案（以下简称“本案”）取得胜诉，一审法院支持我方当事人（原告）诉讼请求中的部分经济损失，并判令被告向原告书面赔礼道歉，二审予以维持。案涉商标为向美国注册申请，笔者在办理过程中，针对系列问题进行研判——被恶意转移的并非商标权而是商标申请权，美国商标申请权是否为民事权益？应由何地管辖？

#### （一）管辖问题

首先需要落实管辖问题。确定涉外民事诉讼管辖考虑当事人意思自治和便利管辖法院。本案基于属地管辖，被告在我国境内；基于属人管辖，原被告均为中国国籍。经分析，最终诉至深圳某区法院，便捷高效，节省成本。

#### （二）美国商标申请权是否适用中国法律

鉴于商标具有地域性，需分析美国商标申请权的



法律适用问题。本案为被告在中国侵犯原告的美国商标申请权。根据知识产权方面的准据法，本案涉及商标申请权的归属，可适用被请求保护地法律。根据债权方面的准据法，本案涉及商标申请权这一民事权益的侵权责任，且当事人有经常居所地，适用经常居所地法律。综上，本案可适用中国法律。

#### （三）商标申请权是否为民事权益

落实管辖后，需论证商标申请权是否为民事权益。

根据指导案例<sup>①</sup>，商标申请权具备民事权益基本特征：

第一，满足民事主体从事民事活动的某种需求，还使民事主体获无形财产和财产收益；第二，作为一种有财产性质的权利，可在平等主体间根据当事人约定转让；第三，申请人通过在先申请，可获得其所申请的商标，还可限制他人在同一种或类似商标获得与其注册商标相同或近似的商标。故，商标申请权属于民事权益应受保护。

### 二、商标申请权的概念及法律性质

从上述案例延伸到对商标申请权概念及法律性质的思考如下：

#### （一）商标申请权的概念

现行法律明确规定有“专利申请权”的概念，但未有直接关于“商标申请权”的规定，但司法解释、部门规章有“商标申请权”概念。最高人民法院发布的《最高人民法院知识产权案件年度报告（2010）》涉及到（2010）民监字第 407 号确认商标申请权权属纠纷案，该案认为，当事人在商标注册申请过程中因申请权权属发生争议，属民事纠纷。《国家工商行政管理总局商标局关于申请转让商标有关问题的规定》第七条规定：“转让商标申请权的，受让人在取得核准转让通知书之后才能提出再次转让申请。”

可见，商标法虽没有直接对“商标申请权”作出规定，但理论及司法均有此概念。申请人提交申请应视为取得一种合法的申请权利，在该商标授权后，其申请日即获得实质意义、具有法律效力的日期确认。

#### （二）商标申请权的法律性质

首先，商标注册遵循在先申请原则。《商标法（2019 修正）》第三十一条规定了该原则。一旦提交商标注册申请，从申请日起就享有排斥其他人在同一种商品或类似商品上以相同或近似的商标进行申请注册的权利。

其次，商标注册申请可依法转让。《商标法实施条例》第十七条对此有规定，商标申请人可根据意志

对商标申请权进行处分。

再次，商标注册申请为一种期待权。商标申请权最终期待的完整权利为注册商标专用权，此时应溯及既往对商标申请权保护，确认商标申请日对于注册商标专用权的法律意义。

最后，商标申请权属于民事权利范畴。商标申请权，指基于申请人的商标注册申请行为而产生，并因该行为最终获得商标注册主管机关核准而受保护的一种民事权利，属民事权利范畴，具备民事权利特征。<sup>②</sup>

### 三、基于司法判例的商标申请权实证分析

在威科先行法律信息库中输入“商标申请权”检索案例，显示相关裁判文书有 274 份。<sup>③</sup>进一步人工阅读去重筛选，与之直接相关的文书有 12 份，基于此作以下实证分析。

#### （一）商标申请权的相关司法判例情况

表格中的文书涵盖从基层法院到最高院等，时间跨度从 2006 年到 2021 年，案由并不单一，如表 1。

#### （二）商标申请权的相关司法裁判观点

根据上述 12 份有代表意义的文书，梳理出关于商标申请权的司法裁判观点。

##### 1. 商标申请权的法律性质

商标申请权的法律性质主要考量其是否属民事权益。

##### （1）商标申请权属于民事权益

最早在（2006）黔高民二终字第 39 号案中，贵州高院关于商标申请权性质进行详细论证，认为从本质看，其具备民事权利基本特征，即使是正申请中的商标，也享有法定权益。（2011）内民初字第 26 号案，法院也作出相同认定。

最高人民法院在（2014）知行字第 4 号案认为申请人可根据自己意志对商标申请权作为一种民事权益进行处分，商标申请最终目标即商标获准注册。

在（2013）黄浦民三（知）初字第 68 号案中，法院认为商标申请权系基于商标注册申请行为而产生，

\* 车小燕，上海市锦天城（深圳）律师事务所高级合伙人，广东省律协专利法律专业委员会副主任，深圳市律协商业秘密法律专业委员会主任，擅长为企业提供知识产权的合理化保护建议。  
\* 曾清华，北京市道可特（深圳）律师事务所律师，专长于知识产权等民商事争议解决业务。

①例如（2006）黔高民二终字第 39 号司法判决书。  
②全国人大常委会法制工作委员会民法室对侵权责任法第二条解释时，指出“考虑到民事权益多种多样，立法中难以穷尽，而且随着社会、经济的发展，还会不断地有新的民事权益纳入到侵权责任法的保护范围，因此，侵权责任法没有将所有的民事权益都明确列举，但不代表这些民事权益就不属于侵权责任法的保护对象。”  
③检索网址：[https://law.wkinfo.com.cn/judgment-documents/list?q=%E5%95%86%E6%A0%87%E7%94%B3%E8%AF%B7%E6%9D%83%C7%81bodyExtend:\(\(%22%E5%95%86%E6%A0%87%E7%94%B3%E8%AF%B7%E6%9D%83%22\)\)&tip=%E5%95%86%E6%A0%87%E7%94%B3%E8%AF%B7%E6%9D%83](https://law.wkinfo.com.cn/judgment-documents/list?q=%E5%95%86%E6%A0%87%E7%94%B3%E8%AF%B7%E6%9D%83%C7%81bodyExtend:((%22%E5%95%86%E6%A0%87%E7%94%B3%E8%AF%B7%E6%9D%83%22))&tip=%E5%95%86%E6%A0%87%E7%94%B3%E8%AF%B7%E6%9D%83)

表 1 “商标申请权”直接相关的裁判文书信息表

序号	案 号	案 由	相关裁判要点
1	(2021)豫知民终51号	商标权权属纠纷二审	合伙经营期间的商标申请权归属
2	(2020)京73行初4698号	外观设计专利无效宣告行政诉讼纠纷	专利是否会与在先的商标申请权相冲突
3	(2020)陕01知民初521号	侵害商标权、不正当竞争纠纷	商标申请权的可转让
4	(2019)京行终822号	商标权无效宣告请求行政纠纷二审	商标申请权的转移是否影响原始申请主体的法律行为评价
5	(2017)京行终2401号	商标权无效宣告请求行政纠纷二审	商品生产者或服务提供者授权他人以自己名义申请注册其商标行为的形式要件
6	(2014)知行字第4号	外观设计专利权无效行政纠纷申请再审案	专利是否会与在先商标申请权相冲突
7	(2013)黄浦民三（知）初字第68号	知识产权权属、侵权纠纷	商标申请权的归属及转让
8	(2012)高行终字第826号	商标异议复审行政纠纷二审	个体工商户注销后其商标申请权的归属
9	(2011)穗云法民三知初字第442号	商标权权属纠纷	合伙经营期间的商标申请权归属
10	(2011)内民知终字第26号	商标申请权转让合同纠纷二审	商标申请权属民事权利范畴及可依法转让
11	(2009)鲁民三终字第16号	商标申请权转让合同纠纷二审	商标申请权转让合同的履行不能违约
12	(2006)黔高民二终字第39号	注册商标申请人资格确权以及商标侵权纠纷二审	商标申请权是否具有民事权利的性质及其归属

并因该行为最终获商标注册主管机关核准而受保护的一种知识产权权利。

（2）商标申请权是一种期待权

最高人民法院在（2014）知行字第 4 号案认定商标申请权是一种期待权，是对未来取得注册商标专用权的期待，自商标申请之日起存在，至商标被核准注册之日最终实现。商标申请权本身是现实存在的权益，在性质上是对注册商标专用权的期待权，应受到法律保护。在（2021）豫知民终 51 号中，一审法院也持类似观点。

（3）商标申请权可依法转让

商标申请权作为具有财产属性的民事权益，可依法转让。在（2009）鲁民三终字第 16 号案，双方约定通过办理商标申请权转让实现后续对商标权的持有，而未对商标授权后是否还应继续转让作出约定，该约定符合法律规定。

在（2011）穗云法民三知初字第 442 号案、（2011）内民知终字第 26 号案等案中，法院均认定注册商标申请权作为一种财产性质的权利，可在平等主体间根据当事人约定转让。例如（2020）陕 01 知民初 521 号案，农夫山泉公司和养生堂公司签订商标转让协议，约定养生堂公司将 17.5°系列商标的商标申请权转让至农夫山泉公司。

2. 商标申请权的归属

商标申请权的归属问题涉及商标申请权的主体、

个体工商户注销后的商标申请权归属、合伙经营期间的商标申请权归属、撤回商标申请后商标申请权的归属及救济。

（1）商标申请权的主体

商标申请权的主体需符合《商标法》第四条第一款规定。对自然人而言，申请商标注册应从事生产、加工、拣选或经销等生产经营活动，而非个体工商户的经营者或承包经营者，往往不满足该规定。在（2011）穗云法民三知初字第 442 号案，涉及到自然人以营业执照负责人名义提出商标注册申请。

（2012）高行终字第 826 号案，北京高院认为《商标法》第四条第一款规定的是对自然人、法人或其他组织提出商标注册申请时应具备的条件要求，并未涉及提出商标注册申请后不再具备相关条件的情况，而且法律法规允许商标申请权和注册商标专用权的转让。

（2）个体工商户注销后的商标申请权归其业主享有

法律未明确规定个体工商户民事权利的享有主体，那个体工商户注销后的商标申请权归谁所有呢？

北京高院在（2012）高行终字第 826 号案中认为，根据法律对个体工商户的设立主体、责任承担方式的规定和权利义务相对等的法律基本原则，个体工商户的合法权益应根据经营组织形式的具体情况，分别由经营个体工商户的个人或家庭享有。法人、个体工商户、个人合伙通过申请商标注册或受让等方式取得的商标

权，除依法定程序撤销外，应予以保护。

个体工商户注销后，但以其名义申请注册的商标有关合法权益仍应予以保护，该权益不因个体工商户注销而当然消灭。在商标专用权之外，还存在商标申请权权益，能对商标申请人或他人的商标申请行为产生实质影响，并可由商标申请人在法律允许范围内自行处分。个体工商户注销后，商标申请权相关权益应由经营该个体工商户的业主享有。

（3）合伙经营期间的商标申请权归合伙人共有

对于合伙经营期间的商标申请权权益的归属认定，可适用《民法典》第九百六十九条规定。

比如（2021）豫知民终 51 号案，法院认定合伙经营期间的注册商标专用权或商标申请权应归合伙人共有。在（2011）穗云法民三知初字第 442 号案中，法院认定涉案注册商标和申请商标属合伙财产，双方按出资比例享有其财产权利。

另外，在（2006）黔高民二终字第 39 号案，全体合伙人经合意授权黄长青代表其申请“龙大哥”注册商标，由合伙资金缴纳申请费，法院认定该商标申请权应属全体合伙人共有。李永祥在受让其余合伙人股份后，同时受让包括“龙大哥”商标申请权在内的无形资产。

（4）撤回商标申请后商标申请权的归属及救济

根据（2013）黄浦民三（知）初字第 68 号案，案件审理过程中被告撤回涉案商标的注册申请，双方争议标的已丧失权利基础，由此原告请求确认涉案商标申请权归属、变更涉案商标申请人及赔偿维权合理费用的事实基础亦完全丧失。对此，原告可以申请人名义就涉案商标另行申请，亦可采取其他救济方式。

3. 商标申请权的转移不影响原始申请主体的法律行为评价

商标原始申请主体的商标申请行为，不会当然受商标申请权转移的影响。比如，在（2019）京行终 822 号案中，虽然毛公酒业公司在诉争商标申请过程中受让取得诉争商标申请权，但其并非原始申请主体，故该受让行为，并不能替代原始申请主体的注册行为，原始申请主体申请诉争商标依然要受法律规制。

4. 商标申请权在判断权利冲突中的作用

《专利法（2020 修正）》第二十三条规定，授予

专利权的外观设计不得与他人在申请日以前已取得的合法权利相冲突。《最高人民法院关于审理专利纠纷案件适用法律问题的若干规定（2020 修正）》第十二条规定，合法权利包括依照法律法规享有并且在涉案专利申请日仍然有效的各种权利或权益。那商标申请权能否作为在先取得的合法权利？能否用于判断权利冲突？

最高人民法院在（2014）知行字第 4 号案中认为：商标申请权是一项合法权益，在商标申请日早于外观设计专利申请日的情形，外观设计专利权的实施不会影响到商标最终是否被核准注册，不会存在外观设计专利权与商标申请权的冲突，故商标申请权不能作为专利法意义上所称在先取得的合法权利。但基于商标申请权本身性质、作用和保护在先权利原则，商标申请权对于判断外观设计专利权和注册商标专用权的权利冲突具有意义；商标申请权作为期待权，只有商标获注册，商标申请的最终权益才实现，此时应溯及既往对商标申请权进行保护，确认商标申请日对注册商标专用权的法律意义。只要商标申请日在外观设计专利申请日之前，在先申请的注册商标专用权就可对抗在后申请的外观设计专利权。

北京知识产权法院在（2020）京 73 行初 4698 号案亦遵循了最高人民法院的上述观点，在外观设计专利申请日前申请注册，且在提起专利无效宣告请求时商标已被核准注册并仍有效时，在先申请的注册商标专用权就可对抗在后申请的外观设计专利权，用于判断外观设计专利权是否与之相冲突。

四、结语

本案的被告明知案涉美国商标申请人为原告，擅自伪造协议将案涉美国商标的申请权进行转移，侵权恶意明显，法院判决被告承担赔偿责任有理有据。更可圈可点的是，基于被告违反诚信性质恶劣，判决责令被告向原告书面赔礼道歉。由于本案涉及美国商标申请权，具有地域性，涉及管辖争议及准据法适用，对处理类似案件具有典型的启示意义。本文通过商标申请权相关司法裁判文书实证研究，梳理了司法裁判观点，以期使得比活跃于视野的“专利申请权”更为“低调”的“商标申请权”之相关理论及实务问题得到进一步明晰。



# 房屋租赁合同无效， 进场费如何处理

○常洁\* 广东淳锋律师事务所

在商业租赁领域，出租方经常会要求承租方支付一笔名为“进场费”或叫“入场费”的费用，已然成为商业租赁行业的惯例。由于目前的法律或司法解释都未针对“进场费”做出具体的规定，由此引起的纠纷尚无统一的处理标准，比如承租方缴纳了“进场费”之后出现纠纷，进场费如何处理？如果双方的租赁合同无效，“进场费”是否需要返还呢？笔者将结合具体案件展开论述。

\*常洁，广东淳锋律师事务所律师，系深圳市宝安区政协委员、宝安区法律援助处“法律援助案件评审专家”、第十一届深圳市律师协会社区法律顾问专业委员会主任，曾被深圳市司法局和宝安区司法局分别评为法律进社区先进个人、优秀社区法律顾问，主要从事民商诉讼案件、非诉案件及政府、企业法律顾问工作。

## 一、案例详情

2017年3月22日，陈某某与某股份合作公司（以下简称“合作公司”）签订了《临时铺位租赁合同书》，合同约定：1. 陈某某承租合作公司的8间临时铺位作为商业用途；2. 陈某某已经知悉其承租的物业属临时铺位；3. 租赁期限自2017年5月1日至2020年4月30日，月租金每间1.5万元，8间商铺共计12万元，租赁押金24万元。同日，双方又签订了《临时铺位租赁合同书补充协议》，协议约定：1. 陈某某需在协议签订后三日内向合作公司一次性支付280万元的“铺位进场费”；2. 陈某某已清楚知悉承租物业的临时铺位性质，不论租赁期限届满或是不可抗力致使合同提前解除，“铺位进场费”都不予退还，陈某某不得对此主张任何权利。

协议签订后，陈某某如约缴纳了房屋押金和“铺位进场费”，合作公司也将租赁物业交付陈某某，至2017年10月31号，陈某某由于经营不善向合作公司提交书面申请，请求提前返还3间铺位并承诺放弃这三间铺位的房屋押金及进场费，合作公司同意了陈某某的请求。自2019年9月开始，陈某某开始拖欠租金，直至2020年4月30日即租赁期限届满之日，共拖欠合作公司租金67万元。

2020年7月21日，陈某某以合作公司出租的物业既无房屋产权证，也未取得建设工程规划许可证为由，认为与承租人订立的租赁合同无效而提起民事诉讼，要求合作公司归还其缴纳的280万元“铺位进场费”，合作公司收到法院应诉通知书后提起反诉，要求陈某某支付拖欠的67万元的租金。

## 二、律师代理思路

本案中，陈某某对其主张提出了以下诉讼依据：其一，由于案涉铺位未取得建设工程规划许可证，故

双方签订的租赁合同无效，依据无效合同的处理原则，应当互相返回因无效合同取得的财产，即应该返还“铺位进场费”；其二，依据最高院有关无效合同处理的相关司法解释，合作公司出租不具备租赁条件的铺位属不诚信的行为，不能因此而获利；其三，收取“进场费”属于商业租赁领域中的陋习，应当加以抵制；其四，《深圳市中级人民法院关于审理房地产纠纷案件的裁判指引》第二款指出，承租人为了与出租人建立租赁合同关系而支付“入场费”的，若因出租方违约导致合同解除，且出租方不能证明该费用已经实际用于合同履行的，承租方请求出租方返还其支付的“入场费”的，人民法院可以视合同履行情况予以相应的支持，若双方签订的租赁合同无效，那么原则上出租方应当返还进场费给承租方，除非出租方能证明该笔费用已经用于合同的实际履行。本案中陈某某与合作公司签订的租赁合同无效，且合作公司无法证明陈某某支付的铺位“进场费”已经实际用于合同履行，故应当返还280万的“进场费”。

笔者作为合作公司的代理人，对本案的代理思路如下：

一方面，由于案涉物业属未作出处理决定的历史遗留违法建筑，且未取得建设工程规划许可证，依据《中华人民共和国合同法》第五十二条及《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第二条的规定，可以认定陈某某与合作公司签订租赁合同及其补充协议应属无效，按照无效合同的处理原则，合同无效后，因该合同取得的财产应当予以返还。所以，本案中陈某某应当返还其承租的铺位，合作公司也应当退还收取的押金。但是，陈某某拖欠的房屋使用费应当支付给合作公司，因为根据《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第五条的规定，房屋租赁合同无效，出租人可以依法请求承租人支付占有使用费。

另一方面，针对双方争议的关键性问题，即铺位“进场费”是否应当退还的问题，笔者在查阅涉案材料及大量相关案例后认定合作公司不应退还其收取的

“进场费”，依据如下：首先，陈某某作为完全民事行为能力人，在其签订的租赁合同、补充协议以及退租申请中多次明确表示其知悉案涉铺位属于临时铺位性质，并放弃对铺位“进场费”主张一切权利，表明其主观上对无效租赁合同的订立存在过错，对合作公司收取铺位“进场费”予以认可；其次，铺位“进场费”是租赁行业的普遍惯例，全国各个地区的商场和铺位在订立租赁合同时出租人都会向承租人收取一定的进场费；最后，陈某某与合作公司的租赁合同已经届满，陈某某已经实际享有案涉铺位的使用价值，而“进场费”就是租赁铺位的使用价值的表现，所以该笔费用已经用于合同的实际履行。

综上所述，笔者在该案的代理过程中，认为合作公司收取的铺位“进场费”无需退还的给陈某某。

### 三、法院判决

一审法院认为，其一，案涉租赁合同因违反法律的强制性规定而无效，但是陈某某实际使用了案涉铺位，应当支付拖欠的占有使用费；其二，案涉双方的租赁合同已经届满，合作公司按约已经将案涉商铺给陈某某使用，陈某某也已经按照合同约定的租赁用途使用完成案涉房屋的价值，合同无效并不影响其租赁目的的实现；其三，陈某某在退回三件商铺的申请书以及双方签订的补充协议都明确地表示其放弃进场费的权利，系对自身权益的处分；其四，收取“进场费”是商业租赁领域的交易习惯，是租赁行业的普遍惯例。

判决如下：1. 确认陈某某与合作公司签订的租赁合同及其补充协议无效；2. 陈某某向合作公司支付 67 万元的占有使用费；3、驳回陈某某要求合作公司返还 280 万元“铺位进场费”请求。

二审法院认为，双方已就合同履行完毕后进场费的处理事宜协商一致，现租赁合同期限已届满，进场费所体现的商业价值已耗尽，陈某某再以合同无效为由要求返还，违反诚信、公平原则。判决驳回上诉，维持原判。

再审法院认为，陈某某与合作公司签订的租赁合

同及其补充协议虽属无效，但陈某某已实际占有使用案涉租赁房屋，并无证据证明房屋不符合陈某某的租赁用途，合作公司已依法履行交付租赁物的义务，现合同约定的租赁期间已届满，合同无效并未实际影响陈某某合同目的的实现。裁定驳回陈某某的再申请求。

### 四、拓展分析

深圳地区由于历史遗留的原因，存在大量未取得建设工程规划许可证的历史遗留违法建筑，由此引发的租赁纠纷层出不穷，为了减少历史遗留违法建筑引起的租赁纠纷，笔者将以此案例作为铺垫，结合相关司法实践案例，对商业租赁行业进场费的法律性质作出判断，并对无效租赁合同的处理进行分析。

#### （一）收取入场费是现实中特定行业的经营模式，并不违反法律、法规的强制性规定

当前没有法律及行政法规规定，禁止承租人为与出租人建立租赁合同关系而支付入场费，“法无禁止即自由”，可见出租人与承租人约定收取与交纳入场费并不违法。无法律及行政法规的效力性、禁止性规定的，一般都会被看作是商业惯例，由当事人双方自由协商确定是否收取与交纳、是否退还以及何时退还等问题属于合同双方当事人的意思自治范畴。

#### （二）商业租赁进场费应当属于租赁物业使用价值的一部分

商业租赁中，出租方向承租方收取进场费是一种普遍的现象，原因在于商业租赁不同于居住租赁，居住租赁中承租人关注的往往是租赁物业的舒适性以及便捷性，而商业租赁中承租人往往是将租赁物业作为经营场所进行营利性活动，所以更加关注承租物业所在的位置、人流量、消费力等具有商业价值的属性。对于出租方而言，租赁物业的这些商业价值要求承租方要具有相对的稳定性，而为了稳定的获取租赁物业的上述商业价值，往往就会以进场费的形式要求承租方缴纳一定数额的进场费，以此作为租赁行为的保障，而对于承租方来说，一个优越的营业场所往往可以带

来可观的营业收入，为此也愿意支付进场费来获得租赁物业的商业价值。所以，商业租赁进场费属于承租方对于租赁物业商业价值的一次性买断，是获取租赁物业使用权的对价。既然商业租赁进场费作为获取租赁物业使用权的对价，在出现租赁纠纷时，承租方是否有权要求出租房退回进场费呢？

目前司法审判实践中，在租赁合同无效解除的情形下，有的法院判令全额退还，有的法院则判令退还部分进场费，有的法院判令收取进场费没有法律依据，有的法院则判令收取进场费属于租赁合同当事人自行约定的权利义务。相比较而言，笔者更倾向于后一思路。笔者认为在租赁合同无效的情形下，应当结合双方的约定及租赁物业商业价值的使用期限进行判断。如果双方对进场费的退还问题有明确约定的情况下，应当遵循其约定。如果双方未对此进行约定，即可依据租赁物业的使用时间来决定进场费的退还数额，已经交由承租方使用完成期间的进场费，出租方可以不予退还，未使用期间的进场费出租方应予退还。该判断即可体现法律对于市场经济发展的尊重，同时也能够平衡出租人和承租人的利益，使得判决更加公平合理。广州市中级人民法院审理的一宗案件中，就把进场费用认定为案涉房屋使用的对价，判决出租方将承租方未使用期间的进场费予以退还。

#### （三）无效租赁合同也要遵循诚信原则，遵守契约精神

本案中，陈某某与合作公司的租赁合同虽然是无效合同，但是法院仍然判决合作公司无需返还进场费，追其缘由，不仅仅是陈某某已经实际使用完成案涉铺位的商业价值，更重要的一点在于陈某某作为合同的一方，已经明确表示其知悉案涉铺位的临时铺位性质，并多次表示其自愿放弃对进场费主张一切权利，这是其真实的意思表示，并不违反法律、行政法规的强制性规定，一审法院的判决正是对陈某某与合作公司租赁契约精神的合理性判断。

根据《中华人民共和国民法典》第五百零七条的规定，合同不生效、无效、被撤销或者终止的，不影响合同中有关解决争议方法的条款的效力，所以无效

合同自始无效，合同中的非争议解决条款也无效，但并不意味着这些无效条款没有意义，这些条款是合同双方意志一致的体现，也可以作为诚信原则的适用范围。最高人民法院审判委员会专委刘贵祥 2019 年 7 月 3 日在《全国法院民商审判工作会议上的讲话》第四部分明确指出：在确定合同无效的返还责任或者折价补偿范围时，要依据当事人的诉讼请求，结合应当返还的财产性质，根据诚实信用原则，在当事人之间分配责任，不能使不诚信的当事人因合同无效而获利。《全国法院民商事审判工作会议纪要》第三十二条第二款也明确了上述无效合同的处理原则。结合本案中的具体情况，陈某某作为房屋的承租人应当以给付租金作为其主要义务，而陈某某却拖欠合作公司长达 9 个月的租金，已经是根本违约行为，不仅如此，他在明知案涉铺位属于临时铺位的情况下仍选择签订租赁合同，在明确表示放弃对进场费的一切权利主张后又提起索回进场费的民事诉讼，可以明显看出陈某某并未遵循诚信原则，其作为失信的一方是无法从无效的租赁合同中获得利益的。

笔者认为，无效合同也是双方签订合同时意志一致的体现，应当遵守契约精神。正如卢梭在《社会契约论》中的名言，人生而自由，但却无往不在枷锁之中。在本案中，双方签订的租赁合同虽因违反法律的强制性规定而无效，但是陈某某作为承租人，与出租人合作公司对于案涉铺位的租赁行为是意志一致的，对于租赁合同的内容也是共同拟定的，他们作为完全民事行为能力主体，都有选择是否签订租赁合同的自由，也有选择租赁合同内容的自由，他们自由地签订了案涉租赁合同，就应当被案涉租赁合同约束。

契约精神是市民社会良好秩序的保证，也是商品经济中的交易精神，为法治社会的经济发展奠定了基础。契约精神是私法领域的灵魂所在，人们订立契约正是源于彼此的信任，只有将契约精神通过法律加以贯彻才能更好地维护交易秩序。

综上所述，无效合同虽自订立时无效，但其中的无效条款依旧有其遵循的意义，不能因合同无效就全盘否定合同的所有内容，要在遵循诚信原则和契约精神的基础上合理地划分双方的责任。



# 差额补足作为资管产品信用增级安排的性质及效力 探讨

——以招商银行诉光大资本案为例

○杨燕\* 张弛\* 北京市隆安（深圳）律师事务所

随着《关于规范金融机构资产管理业务的指导意见》（以下简称《资管新规》）过渡期的结束，银行理财业务践守打破刚兑、去通道、去嵌套、降杠杆的原则，在总体平稳增长的基础上，向净值化、标准化、规范化转型，回归“受人之托、代客理财”的资管业务本源。<sup>①</sup>尽管在后《资管新规》时代，银行理财系投向固收类资产是绝对主流，但银行理财系资金仍可以通过信托及资产管理计划等 SPV 载体，投向净值波动较小且有流动性溢价的品种、交易不活跃的非标资产，为市场主体提供融资服务和资金支持。<sup>②</sup>为确保资金安全，银行往往会要求相关交易对手提供增信措施，差额补足安排即为常用的一种信用增级安排。

本文尝试以上海金融法院 2022 年 3 月 3 日发布的 10 起 2021 年度典型案例——招商银行股份有限公司诉光大资本投资有限公司其他合同纠纷案〔（2019）沪 74 民初 601 号〕（以下简称“招商银行诉光大资本案”）为样本，结合现有法律规则框架体系及司法实践，深入探讨、解析差额补足作为银行系理财产品信用增级安排的法律性质及其效力。

## 一、案例情况

### （一）基本案情

光大资本公司全资子公司光大浸辉公司与暴风（天津）投资管理有限公司、上海群畅金融服务有限公司作为普通合伙人及其他有限合伙人签订《合伙协议》，共同于 2016 年 2 月 25 日发起设立跨境并购基金——上海浸鑫基金，拟收购境外 MPS 公司 65% 的股权，其中光大浸辉作为执行事务合伙人。招商银行通过招商财富公司设立的招财 5 号资管计划出资认购优先级有限合伙份额 280000 万元，光大资本公司认缴劣后级有限合伙份额 6000 万元。

2016 年 4 月，光大资本公司向招商银行出具《差额补足函》，内容为“鉴于……4. 招商银行通过招商财富公司设立的专项资产管理计划（简称资管计划），认购基金的优先级有限合伙份额人民币 28 亿元；……本着友好合作的原则，我司特此同意：1. 在基金成立满 36 个月之内，我司同意将由暴风科技或我司指定的其他第三方以不少于〔人民币 28 亿元 x(1+8.2% x 资管计划存续天数

/365)] 的目标价格受让基金持有的 JINXINHLIMITED〔浸辉（香港）投资管理有限公司〕100% 的股权。如果最终该等股权转让价格少于目标价格时，我司同意将对目标价格与股权实际转让价格之间的差额无条件承担全额补足义务。届时，资管计划终止日，如果 MPS 股权没有完全处置，我司同意承担全额差额补足义务”。

光大证券公司系光大资本公司唯一股东，其向光大资本公司出具《关于光大跨境并购基金的回复》，载明“我司已知悉并认可光大资本公司对招商银行的补足安排”。

2019 年 2 月 2 日，光大证券公司发布《关于全资子公司重要事项的公告》称，“……MPS 公司经营陷入困境，上海浸鑫基金未能按原计划实现退出”。

### （二）裁判理由

1. 光大资本并非所涉投资基金的管理人或者销售机构，并非法律规制的不得承诺保本保收益的主体，《差额补足函》性质上并不属于刚性兑付；

2. 《差额补足函》约定的权利义务明确，光大资本进行差额补足的条件是投资标的在一定期限内未能完成股权转让及回购，目的是为招商银行投资资金的退出提供增信服务；

3. 光大资本的唯一股东光大证券明确表示知悉并认可补足安排，即使光大资本出具《差额补足函》时程序上未经董事会或者股东会决议，亦不影响其有效性；

4. 光大资本公司基于自身利益需求，自愿利用结构化安排以及《差额补足函》的形式，与招商银行分配投资风险及投资收益，属于对民事权利的自愿处分。

### （三）裁判结果

2020 年 7 月 30 日，上海金融法院一审判决光大

资本公司支付招商银行 31 亿余元及相应利息。光大资本公司不服判决提起上诉，上海市高级人民法院二审驳回上诉，维持原判。

## 二、案例启示

本文选取的招商银行诉光大资本案，上海金融法院从差补义务主体、差补约定内容及投资交易结构、意思表示等角度出发，对光大资本出具的《差额补足函》作出了肯定性的司法评价。该案例给我们带来的启示如下：

### （一）差额补足协议的性质

差额补足协议的性质影响着差补约定的效力、责任承担方式和范围。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉有关担保制度的解释》（以下简称《民法典担保司法解释》）第 36 条从差额补足安排的内容出发，对其法律性质认定分为三种：保证合同、债务加入和独立债务。<sup>③</sup>

#### 1. 认定为保证合同

差额补足交易模式中约定承担保证或者代为还款的意思，且承诺具有从属性的，依据《民法典》第 681 条、682 条<sup>④</sup>，可将其认定为保证合同。一般来说，如果在相关协议中明确约定“保证”“担保”的字样，首先考虑认定为保证；<sup>⑤</sup>如没有相关字样，但保证的意思明确，符合保证的要素条件，也可能被认定为保证；另外，差额补足协议中如有“债务人不履行或不能履行债务时由差额补足义务人履行”的约定将被认定为保证，例如（2019）最高法民终 560 号判决中最高人民法院即持此观点。

\* 杨燕，北京市隆安（深圳）律师事务所律师，专注于民商事诉讼、不良资产管理、公司治理法律服务领域。

\* 张弛，中国人民大学经济学博士、美国波士顿大学 Questrom 商学院博士后，北京市隆安（深圳）律师事务所主任，系第十一届深圳市律师协银行法律专业委员会委员，专注于公司、金融法律业务，出版有《银行不良资产处置法律规制研究》等专著。

① 魏鹏：《银行系资管业务转型与理财子公司协同发展》[N]，载《中国保险资产管理》，2022 年第 2 期。

② 戴丹苗，王剑，邵小芙：《银行理财迈入新发展阶段》[J]，中国外汇，2022，(06)：70-72。

③ 《民法典担保司法解释》第 36 条：“第三人向债权人提供差额补足、流动性支持等类似承诺文件作为增信措施，具有提供担保的意思表示，债权人请求第三人承担保证责任的，人民法院应当依照保证的有关规定处理。

第三人向债权人提供的承诺文件，具有加入债务或者与债务人共同承担债务等意思表示的，人民法院应当认定为民法典第五百五十二条规定的债务加入。

前两款中第三人提供的承诺文件难以确定是保证还是债务加入的，人民法院应当将其认定为保证。

第三人向债权人提供的承诺文件不符合前三款规定的情形，债权人请求第三人承担保证责任或者连带责任的，人民法院不予支持，但是不影响其依据承诺文件请求第三人履行约定的义务或者承担相应的民事责任。”

④ 《中华人民共和国民法典》第 681 条：“保证合同是为保障债权的实现，保证人和债权人约定，当债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的情形时，保证人履行债务或者承担责任的合同。”《中华人民共和国民法典》第 682 条：“保证合同是主债权债务合同的从合同。主债权债务合同无效的，保证合同无效，但是法律另有规定的除外。

保证合同被确认无效后，债务人、保证人、债权人有过错的，应当根据其过错各自承担相应的民事责任。”

⑤ 黄明飞：《浅谈差额补足与隐性担保的界定》[J]，中国商论，2021，(13)：64-66。



## 2. 认定为债务加入

《民法典》第 552 条<sup>⑥</sup>是我国第一次以法律的形式规定债务加入，但目前关于债务加入的构成要件及法律后果，还有待司法实践进一步明确和完善。债务加入和保证两者在功能、发生方式、法律效果方面均具有相似性，但法律属性和法律后果的差异很大，相较于保证承担的债务内容具有明确的从属性，债务加入后与债务人的债务具有同一性。<sup>⑦</sup>债务加入本质上是新增了个债务人来保障债权的实现，因此债务加入人相较保证人将承担更重的责任<sup>⑧</sup>。司法裁判倾向于将补足责任和其他债务人的还款责任存在重合的情况认定为债务加入，例如最高人民法院在 (2020) 最高法民终 295 号判决中认为：“金涛公司、朱某某承诺将无条件履行《借款合同》项下可能产生的科特公司所获取的固定收益及本金的差额补足义务，金涛公司、朱某某对上述义务承担无限连带责任……该《差额补足协议》与《借款合同》的权利义务存在关联性，具有债务加入的性质。”

## 3. 认定为独立合同

《民法典担保司法解释》第 2 条第 1 款<sup>⑨</sup>彻底贯彻了担保的从属性，超越担保的从属性则意味着无效认定。因此对不包含明确的保证担保意思的增信措施以及对不存在主债务的差额补足，例如在分层结构化交易中的劣后级权利人对优先级权利人提供的差额补足承诺，多被认定为独立的无名合同。法院裁判理由多表述为“差额补足承诺相较于主债权具有独立性，与具有从属性的保证责任明显不同”“《差额补足函》中并无明确的连带责任保证担保表意，也没有担保对象”。

### （二）差额补足协议的效力

在一般的金融活动领域，当事人采取差额补足作为增信措施主要是为了避免各种制度限制，包括担保计

入企业财务报告、上市公司信息披露、保证合同各项限制性规则等，从而高效地执行和实现债权。<sup>⑩</sup>司法实践中，影响差额补足协议效力的因素主要有以下几个：

#### 1. 是否经过内部决策程序

差额补足安排构成保证、债务加入的情况下，无疑需要履行公司内部决议程序，其在构成“独立的合同关系”时，是否需履行公司内部决议程序？既有的一些判例认为，差额补足协议构成独立合同的，不适用《公司法》第 16 条公司对外担保的规定。例如上海金融法院在 (2019) 沪 74 民初 2871 号案件中认为，原告作为劣后受益人向优先受益人做出的保证补足投资收益差额的承诺，属于债务人对债权人做出的将全面履行合同约定义务的承诺，而非保证人为他人履行主合同义务而向债权人做出的担保性承诺，因此不属于保证，不适用《公司法》第 16 条的规定。对此，笔者认为《公司法》第 16 条规定“公司向其他企业投资或者为他人提供担保，依照公司章程的规定，由董事会或者股东会、股东大会决议”，该规定属于强制性规定。因提供差额补足将给公司带来额外的债务负担，在经济实质上影响公司及股东利益，因此需要对《公司法》第 16 条作目的性的扩张解释适用于差额补足协议<sup>⑪</sup>。

#### 2. 是否违反“刚性兑付”

资管业务是金融机构的表外业务，金融机构不得为资管产品投资的底层资产提供任何直接或间接、显性或隐性的担保。由发行人或管理人或受托人等金融机构给投资者提供的差额补足承诺，偏离了资管产品“卖者尽责，买者自负”的受托理财本质，将构成“刚性兑付”。基于金融机构风险管理的需要，我国《资管新规》第 2 条、第 13 条、第 19 条及《全国法院民商事审判工作会议纪要》第 92 条均明确禁止资产管理

产品的发行人或管理人或受托人等金融机构为投资人提供刚性兑付承诺以及进行监管套利的通道行为。因此，差补义务人为发行人或管理人或受托人等金融机构的差额补足安排，一般会被认定无效。

管理人的关联方、独立第三方、结构化资管产品中劣后级投资人对优先级投资人提供的差额补足承诺，司法层面并无强制性法律、法规对其效力作出当然性否定评价。《全国法院民商事审判工作会议纪要》第 90 条对于劣后级投资人根据差额补足约定向优先级受益人承担补足责任的效力予以确认，认为不构成刚性兑付；91 条确认了信托及相关合同之外的第三方提供差额补足的效力；92 条则将刚兑无效的主体限制在“信托公司、商业银行等金融机构作为资产管理产品的受托人”。审判实践中，法院也倾向于从私法自治原则出发，尊重当事人的意思自治，除非明显的规避监管的交易行为，原则上慎用穿透监管。例如 (2020) 浙 01 民终 3445 号案中，管理人的母公司新鼎明投资公司对优先级投资人徐某提供的差额补足担保，杭州市中级人民法院并未穿透认定新鼎明投资公司为禁止刚兑的主体，认为该差额补足承诺有效且具有可履行性。

#### 3. 是否属于“以合法形式掩盖非法目的”等法律禁止的情形

对于投资者之间的差额补足协议，除非存在其他无效事由，其本身并不因违法或违背公序良俗而无效。<sup>⑫</sup>当差额补足架空了资管投资法律关系，使其沦为“通道”来规避投资范围、杠杆约束等限制，此类差额补足协议极有可能被认定为构成“以合法形式掩盖非法目的”而无效。例如最高人民法院在 (2020) 最高法民终 682 号案中认为，本案交易架构是为了促成标的公司向江西银行融资的目的，华金证券签订案涉《合伙协议》及《补充协议》时的真实意思表示并非是成为合伙人，而是以设立合伙企业的同时转让合伙企业财产份额并收取固定溢价款形式变相实现还本付息的借贷目的。案涉协议均为当事人虚假意思表示，不能得到法院保护。最高院在判决中未对双方就回购及差额补足安排签订的《合伙企

业份额受让合同》的效力作出表述，但《合伙协议》无效后，《合伙企业份额受让合同》自然也无效。

招商银行诉光大资本合同案中，光大资本既是管理人的唯一股东，也是劣后级投资人，法院并未简单以劣后级投资人为优先级投资人提供差额补足承诺否定差补安排的效力，而重于考察协议签署时各方是否存在通谋虚伪的意思表示，即当事人是否有通过签订合同达到“非法”之目的；在不违反法律和行政法规的强制性规定的前提下，当事人具有使投资合同发生预期效果的真实意思表示的，则不构成通谋虚伪而无效。

#### 4. 时间因素对法院裁判规则的影响

现有案例样本均为存量业务案件，法院在裁判时适用交易当时的裁判规则，因此还应当考虑时间因素对法院裁判规则的影响。例如北京市第二中级人民法院在 (2019) 京 02 民初 110 号中认为，“信托公司应确保信托目的合法合规，不得为委托方银行规避监管规定提供通道服务……但是，涉案信托产品成立于 2017 年，属于上述金融监管政策实施前的存量银信通道业务……因此，华融天泽公司购买信托产品的行为并不属于以合法形式掩盖非法目的。”但随着过渡期的结束，后《资管新规》时代的到来，现有裁判规则是否适用还是个未知数。虽然从法律效力层级上，《资管新规》《商业银行理财子公司管理办法》等金融监管规则属于部门规章，法院无法直接援引其否定差额补足协议的效力，但在强监管背景下，依据《全国法院民商事审判工作会议纪要》第 31 条<sup>⑬</sup>，当金融监管规则的规范对象、规范目的和保护法益涉及到金融安全、市场秩序、国家宏观政策等公序良俗时，司法实践中往往会采取“违反公序良俗”的判决思路，判决合同无效。

总之，司法判例关于差额补足协议的争议焦点主要围绕法律性质和效力认定，法院虽倾向于认定差额补足安排有效，但也不乏依据违反部门规章且涉及损害公序良俗为由等认定协议无效的情形。银行等金融机构在理财投资运作实务中，应重点考虑上述因素，合理构建交易结构，尽可能避免差额补足协议的效力瑕疵。

<sup>⑩</sup>李皓：论资管产品中差额补足协议的效力认定——基于 108 份相关司法判决的分析 [J]. 金融法苑, 2020 (04): 220-244.

<sup>⑬</sup>《全国法院民商事审判工作会议纪要》第 31 条：“违反规章一般情况下不影响合同效力，但该规章的内容涉及金融安全、市场秩序、国家宏观政策等公序良俗的，应当认定合同无效。人民法院在认定规章是否涉及公序良俗时，要在考察规范对象基础上，兼顾监管强度、交易安全保护以及社会影响等方面进行慎重考量，并在裁判文书中进行充分说理。”



“有些人死后才出世”，尼采如是说。也许这与其自身完全符合。

正如施密特在《霍布斯国家学说中的利维坦》开篇提到：“霍布斯得享盛名和声名狼藉，更多是因为他的《利维坦》，而非因为其所有其他著作。”<sup>①</sup>谁也不会想到却又在意料之中的是“后人总愿谈论前人”。迈尔在《隐匿的对话——施密特与施特劳斯》开篇用同样的话评价了施密特：“施密特得享盛名和声名狼藉，更多是因为他的《政治的概念》，而非因为其所有其他著作。”<sup>②</sup>

可是，当下的中国，如果不是特别感兴趣的话，很少有人会再去读柏拉图。但与读尼采相比，情况远没有想象的那么糟糕。在一般人的眼里，尼采的文章可能比柏拉图的更难读，也更加难懂。因为天才与疯子，是常人所无法理解的。

现代人常常会提出一个问题：回到柏拉图时代是否可能，亦是否可取？这引发了一系列的争论。但毕竟柏拉图时代与现代之间已经产生了一个不可能缝合的断裂。不过，尼采站了出来，为我们提供了复兴柏拉图思想的机会。可是，尼采要完成这一艰巨的任务，前提必须要真正懂得柏拉图的思想，然后借用之。但结果并不乐观，尼采终究摆脱不了陷入柏拉图思想所

编织的那张大网之中。这也让后来人产生了恐惧，是选择冒险一试，还是站在原地观望，似乎成为每一个渴望思想自由与自由思考的人的心中永远解不开的一个心结。

尼采和柏拉图二人究竟有什么不同，或许不可细说，也不能细说，只能笼统地加以概括之。尼采或许更偏向于张扬，善于将自己认为高深的认识拿出来展示，而柏拉图却将其隐藏起来，用一种含混不清，更加隐微的方法表达出来。尼采常常要将一个问题明明白白地讲清楚，似乎要让每一个人都能深刻理解，而柏拉图却常常“点到为止”，让听者自己领悟。尼采敢作敢为，像一位不惧生死的勇士，而柏拉图或许是受到了“苏格拉底之死”的影响，最终把自己要说的话掩藏起来。

朗佩特在《施特劳斯与尼采》一书中提到，“我们正在进入尼采的时代……哲学颓败、偶像由手持锤头的哲人送入黄昏，标志尼采时代的开始”。<sup>③</sup>尼采时代真得到来了吗？答案或许是肯定的。因为尼采毕竟是后人，他完全有时间也有能力将柏拉图思想的漏洞全部揭露。施特劳斯曾经说过，最全面地批判柏拉图的阐释的人是尼采。暂且不论作为对尼采过分崇拜的个人因素，但起码从施特劳斯本人写的文章当中可以

看到他对尼采毫不留情地批判。有人说，施特劳斯不过是在经过仔细策划之后，藏匿起了对尼采的崇拜。这纯属无稽之谈。一个人思想的成熟大多是在批判当中发展起来的，比如卡尔·马克思对黑格尔的批判。

尼采对柏拉图的批评可以说是前无古人，后无来者。他坦言，柏拉图是实践积极的欺骗艺术大师。他在柏拉图那里发现了隐微艺术的踪迹，只不过他换了一个词来代替：“虔诚地欺骗”。尼采还为其一般性做法下了一个精确的定义：“在内心里牢牢守住谎言，有力地让谎言变成文化的基础。”<sup>④</sup>似乎在这里，尼采想要说明的是每个人都有说谎的欲望，但对于柏拉图来讲，他把谎言深深植根于心中，却影响了他的思想，使其变成了谎言大师。而尼采所做的却是敢于承认自

己说谎，将内心中的谎言全部外露，以此来清除干净内心那些危害思想的东西。其实，按照尼采的解释，隐微艺术本身并不具有危险性，而在于运用它的人——哲人，哲人才是最大的野心家，企图用这种无法察觉的方式一步步地将所有人都控制在他的统治之下。尼采在《朝霞》中提到，“柏拉图想为所有希腊人成就穆罕默德后来为阿拉伯人成就的事情：为各类大大小小的事情制定规范”。<sup>⑤</sup>在我们的印象当中，哲学家都是禁欲主义者，似乎是常人所不能为，也不可为。于是，保持禁欲的形象渐渐地变成了哲学家得以生存的先决条件。但现实却是他们竟是一群离群索居、举止怪诞、蔑视肉体的家伙。能不能生存下去似乎成为摆在他们面前最大的危险。很难说，一个人即使是哲人，在生存面前还保持禁欲究竟是不是一种伪善？从古到今，这种状况似乎从未改变。但事实却是“哲学家”越来越少，我们不知道仅存的那些“哲学家”是否有能力和勇气在现代还能像古代人一样，这个“物种”会不会像某些动物一样“惨遭灭绝”，而从地球上消失。

柏拉图与尼采，这两个真正的哲人，在他们的精神王国里称王，彼此相似却又不同，一个隐微，一个真实。当然，这种对抗性不会消失，只会继续。



○姜迪\* 广东金地律师事务所

## 真实与隐微： 尼采与柏拉图的对话

\*姜迪，广东金地律师事务所合伙人，担任福田司法局、龙岗司法局、福田规土监察局、大鹏规土监察局、西乡街道办、航城街道办等政府机关常年或专项法律顾问，擅长领域为综合行政执法（规划土地监察）、行政复议及行政诉讼等。

①施密特：《霍布斯国家学说中的利维坦》，应星等译，华东政法大学出版社，2008年，第41页。

②迈尔：《隐匿的对话》，朱雁冰等译，华夏出版社，2002年，第11页。

③朗佩特：《施特劳斯与尼采》，田立年等译，华东师范大学出版社，2005年，第13页。

④朗佩特，《施特劳斯与尼采》，田立年等译，华东师范大学出版社，2005年，第20页（原文为德文，出处《Werke: Kritische Gesamtausgabe》，Edited by Giorgio Coli and Mazzino Montinari. Berlin:de Gruyter,1967—）。

⑤尼采：《朝霞》，田立年译，华东师范大学出版社，2007年。

2017年11月，深圳律协聘任我为最高人民法院第一巡回法庭第二期律师志愿服务团成员，开启了为期四年的一巡志愿法律服务之旅。

### 用心工作 认真履职

2018年-2022年期间，我在一巡实际参加4次值班活动，平均每年一次。因疫情影响，2020年值班日未对外开放，我未参加值班。值班过程中，我接待来自广东、广西、湖南、海南四省的不服各省高院裁判的申诉群众，为其提供免费法律咨询服务，帮助群众答疑解惑，申诉指引。

我将一巡值班作为每年一次的重要的工作日程，

主动在深圳律协官网查阅值班排班表，确定我的值班日期，提前安排时间，避免工作冲突，提前对接一巡工作人员，了解最新一巡防疫进出政策。值班当日，我在规定的时间前到岗，接待群众过程中，我认真履行工作职责，不向群众递名片，不以公益值班之名承揽案件，未收到群众投诉，未收到一巡工作人员投诉，认真履职，自觉维护深圳律师形象，维护法律共同体之间的良性发展关系。

### 实践经验与建议

一是认真倾听群众来访的问题。在一巡值班，我认为最重要的是耐心接待，倾听群众的意见。来

一巡申诉的群众，一般均是对省高院裁判文书不服，案件经过一审基层法院，二审中院，再审高院后才能到一巡申诉，诉讼程序走下来，少则几年，多则十年，群众来到一巡，希望能够获得真正的帮助。在值班过程中，我都会耐心认真倾听群众的意见，读完一审、二审、再审判决书内容，尽快梳理群众反映的问题，让群众找出证据中的支持观点，并上网将有关法律规定找到，让群众结合法律规定看问题和证据，一点点引导群众了解判决结果的依据和道理。一般群众听明白后，还是能够认同说理。听到来访群众说“我总算明白了”的时候，我为能解开心结的群众感到高兴。2019年3月12日，我接待一位70多岁从广西来一巡申诉的阿姨，带着她残疾的儿子，我和她聊了一个多小时，解答完法律问题后，亲自送她们走出一巡申诉大厅的大门，阿姨对我的接待非常满意。我认为，努力让群众满意而归，就是一巡志愿律师做公益服务最大的价值。如果各地来访群众对深圳律师给予好评，传出深圳律师的好口碑，也是一巡志愿律师公益法律服务的价值。

二是提供专业法律指引。在一巡值班接待中，我有见过判决确实存在一定问题的，也有判决本身没有问题，只是群众因不懂法心怀不满而申诉的。我会区别指引，对裁判确有问题的申诉群众给予法律指引，对无事实法律依据的申诉群众建议息诉罢访。

2022年4月25日，我接待的来自湖南永州某来访群众，永州中院二审生效判决：原告（来访群众）与被告共同承担某砖厂债务90万（双方各承担一半），原告与被告对某砖厂的补偿款140万各分配一半。原告未申请一审法院强制执行，被告申请一审法院强制执行，但一审法院仅对判决第二项补偿款的分割部分作出了执行，即140万补偿款，原告补偿被告70万元，但对债务的承担部分未进行分配执行，导致本案原告来访群众不服，一直申诉，永州市检察院，湖南省检察院，湖南省高院均驳回其再审请求等。我认为：一审法院执行过程可能存在问题，对于140万的补偿款

分割前，原告被告应当先将对外债务部分先行扣除，余值部分再分配。来访群众表示：钱被分走了，债务全留给我了，所以不服。我把情况报告给了一巡接待法官，并给予来访群众指引。我建议：来访群众可以向永州中院申请执行异议，可以向一审法院主动申请强制执行，要求被告承担某砖厂债务45万，经过了解案件后，按照民事诉讼法及执行规定，指引群众依法主张自己的合法权利。

2018年2月23日，我值班时接待一位惠州申诉群众，他原先因工伤被鉴定为10级伤残，他不服申请再次鉴定，然后鉴定为无伤残等级，他坚信是其他级别伤残，一直不服信访申诉。我接待后，建议他在没有证据证明伤残等级鉴定意见错误的情形下，息诉罢访。

三是做一巡服务助手。在一巡接待法官给当事人看材料、做咨询前，志愿律师可以成为接待法官的助手，耐心地看申诉群众带来的案件资料，听群众的陈述，找法律规定，分析法律问题。来访群众期待的是诉苦有人听，困惑有人解，志愿律师认真接待来访群众，倾听诉求，用法律专业解惑，提供指引，符合群众的期待。遇到特殊问题或申诉内容确有事实法律依据的，可以向代班法官汇报。律师与法官间的专业沟通，远比申诉群众与法官间的沟通更容易，志愿律师是法官与申诉群众之间的桥梁。

四是加强一巡与志愿律师间的沟通。四年期间，一巡的部分政策可能会发生变化，建议一巡在志愿律师微信群内公开、更新与律师值班有关的新规定。2016年11月27日，刘贵祥法官为深圳律师作“最高人民法院关于执行与财产保全新规的理解适用”专题讲座，让我有机会在现场感受大法官的风采，希望一巡法庭继续支持深圳律师，适当安排一巡法官与深圳律师的交流活动。

努力让群众在每一个司法案件中感受到公平正义，我积极贡献出一份自己的力量。期待最高人民法院第一巡回法庭第三期律师志愿服务团为群众、当事人提供更专业、更优质的服务。



○穆清\* 广东知恒律师事务所

\*穆清，广东知恒律师事务所执业律师，广东省律师协会劳动与社会保障法律专业委员会副秘书长，深圳市律师协会金融犯罪辩护法律专业委员会委员，从事企业人力资源合规法律服务、刑事辩护法律服务。



# “五副眼镜”与律师

○王腊清\* 广东深兴律师事务所

作为律师，看到作家麦家说人生必须配备五副眼镜，我不由拿起笔来，也想说说律师与这“五副眼镜”。

麦家所说的“五副眼镜”，一是望远镜，看远；二是显微镜，看细；三是放大镜，看透；四是太阳镜，看淡；五是哈哈镜，笑看人生。细细琢磨，这“五副眼镜”道出了做人干事的重要性，让人受益匪浅。

望远镜看得远。著名喜剧演员查理卓别林曾说，“以放大镜来看人生，人生将是一场悲剧；但以望远镜来看人生，人生则是一场喜剧。”人生不如意事十常八九，如果用望远镜来看人生，即着眼未来，看到的是美好的期盼，人生中自然充满了喜悦和自豪，人生便是一场喜剧。

人生正如登山一样，站得高，方能看得远。只有拥有远见的人，才能看到未来。律师也一样，用望远镜看其执业境态，必然会景象别天。毕竟我国法治日新月异，公民法制观念日渐新颖，律师执业框架别有洞天，律师执业环境会越来越好。

显微镜看得细。《道德经》有言：图难于其易，为大于其细。圣人能谋大事，从来不是一蹴而就，而是学会以显微镜般的细致，去深挖细节，逐个击破，从而成就伟业。

汇小流方能成海，积跬步方至千里。从古至今，细节都是成功者必备的素质之一。只有以显微镜般的细致，积极投身小事，做好平淡事琐碎事，才能成就不凡，人生才能达到新高度。律师办案，显微镜不容小觑。不管是刑事辩护还是民事代理，律师都要善用显微镜，这样才能把握好细节，做到有理有据并有效地维护委托人的合法权益，做得恰到好处。

放大镜看得透。用放大镜看自己，看见自己的缺陷或不足，才能不断进步。用放大镜看别人，就要看别人的优点与长处，这样才会越看越美。做律师，就要学会时刻用放大镜看自己的缺陷或不足，看别人的优点与长处，这样才能增长见识，扬长避短，提高技能。

太阳镜看得淡。宋代禅宗大师青原行思，曾提出了人生的三重境界，最高一重境界是：看山仍是山，看水仍是水；遇事不惊，处事有度；回归本真，潇洒自然。这才是人生的最高境界。

纵有良田万顷，不过日食三餐；纵有广厦万间，不过夜宿一床。这出自明代周希陶修订的《增广贤文》，意在表达人要知足，即使有再好的条件和环境，也不要一下子挥霍掉，要保持日常的生活状态。做律师，就要对功名利禄保持淡然的心态，不要总是盯着钱，要不忘为民服务、为民办事的初心，这样才有可能办好案件，为委托人服好务，达到社会效果与经济创收相辅相成的境界。

哈哈镜笑看人生。笑看人生是对生活的一种积极态度，是鼓励人们对生活要乐观开朗。容天下难容之事，才可上九天揽月，下五洋捉鳖。作为律师，能淡定到泰山崩于前而色不改，能豁达到宠辱不惊，看庭前花开花落，必然拥有一番“山重水复疑无路，柳岸花明又一村”的乐观心境。

律师同行们，只有我们恰到好处地运用好“五副眼镜”，不断总结提高，才能站得高、望得远；才能看得清、悟得透；才能赢得客户、获得委托人的好评；才能在律师行业中站稳脚跟，砥砺前行，阔步向前。

\* 王腊清，广东深兴律师事务所律师，系国家一级律师、中国法学会会员、深圳市政府采购评审资深专家，发表法学论文和案例分析等文章百余篇。

## 深圳市司法局局长蒋小文调研深圳律师工作

7月13日，市司法局党委书记、局长蒋小文一行到市律协调研律师工作，充分肯定了市律师行业党委、市律协工作团队的工作成效，深入了解了近期律师工作开展中存在的问题与困难，并表示将会积极协调帮助律师行业解决工作困难和问题。市司法局党委委员、市律师行业党委专职书记曹海雷也提出几点要求。会上，市律师行业党委第一副书记张丽杰汇报了深圳律师行业党建工作情况，市律协会长张斌从律师行业发展情况、律协班子履职情况、律师执业为民服务大局以及行业发展规划等方面进行了汇报，市律协监事长曾常青就本届监



事会监督理念、监督机制、监督成果、工作思路、工作亮点及下一步工作计划等作简要汇报。在讨论交流环节，市律协有关副会长及行业党委副书记分别作了发言，市司法局处室相关同志对有关工作事项作了回应，并提出了交流意见。

## 深圳市司法局联合市律协召开律师职业道德和执业纪律教育活动动员会

8月7日，深圳市司法局联合市律协召开2022年律师职业道德和执业纪律教育活动动员会暨培训第一课专题学习会。市司法局党委委员、市律师行业党委专职书记曹海雷作了动员讲话。他强调，律师事务所要把此次教育活动作为加强律所自身合规建设的一个契机，强化制度建设，突出重点领域；要以“打造一支政治坚定、法律精通、维护正义、恪守诚信，让党和人民满意的律师队伍”为目标，全面提升我市律师事务所规范化建设、律师职业道德和执业纪律水平。市律协会长张斌介绍到，本次教育活动将在全市范围内分辖区、多层次、多形式、全方位开展，并安排了涵盖政治理论学习、职业道德和执业纪律培训、心理

健康辅导、执业实务技能等方面讲座培训。动员会后，深圳市委党校于群教授作“学习习近平法治思想”专题讲座。



## 深圳律协监事会召开 2022 年中绩效考核工作会议

8月13-14日，深圳律协第七届监事会以线上线下相结合的方式组织召开了2022年中绩效考核工作会议。会议介绍了监事会绩效考核的工作模式与工作流程，组织了监事会重大机构考核工作组、专门委绩效考核委员会、专业委绩效考核委员会对市律协10个区律工委、26个专业委员会、76个专业委员会及秘书处2022上半年的工作量、工作成果、工作亮点、普惠与共享、团队合作、经费使用情况、对接监事会监督情况、遵守协会规章等工作情况进行综合评定。本次年中考评活动是第七届监事会的创新工作，通过年中考核，希望改变以往年度考核单一的评价方式，使监督工作真正做到事前、事中、事后监督，发挥监督工作的前瞻性和指导性，及时肯定各个机构的工作亮点，

发现存在的问题，为各个机构的发展提供有建设性、指导性、创新性的监督意见，为市律协的良性发展建言献策，为广大律师会员谋求实实在在的利益与福祉。





## 深圳市律师突破 20000 名

8月19日，深圳市司法局举行深圳市第20000名律师发证仪式，深圳市司法局党委书记、局长蒋小文为深圳市第20000名律师陈建摇颁发律师执业证和纪念牌。深圳律师业伴随深圳经济特区的改革发展一路发展壮大，业务体量稳步增长，律师队伍不断壮大，截至目前，深圳市共有律师事务所1135家，全市执业律师达到20803人，其中专职19494人，兼职47人，公职762人，公司301人，法援84人，香港居民律师106人，澳门居民律师1人，台湾居民律师8人。近三年来，深圳律师积极助力法治深圳建设，平均每年为2000余家政府单位提供常年法律顾问服务，参与政府单位的重大行政决策和重大行政行为的各环节，有力地促进了政府决策的法治化、科学化水平。



## 助力大湾区融合发展，港澳律师深圳执业服务中心正式成立

8月19日，由深圳市司法局牵头，深圳律协和前海一带一路法律服务联合会联合成立的“港澳律师深圳执业服务中心”揭牌仪式圆满举行。港澳律师深圳执业服务中心成立后将专门负责港澳律师前海执业的管理和服务工作。面向有意愿到深执业的港澳律师，提供咨询和指引；根据港澳律师挑选律所和深圳律所用户的需求，居中为双方提供双向推荐、沟通和对接服务；针对需求开展多形式的岗位培训，建立导师制度等；同时还将建立沟通协调机制，专门处理港澳律师执业中遇到的困难和问题。仪式上还为首批在深执业的21名粤港澳大湾区律师颁发执业证。



## 深圳律协举行专业委主任会议暨责任状签订仪式

8月27日至28日，第十一届深圳律协首次举行专业委主任会议暨责任状签订仪式。会上，80名专业委主任、副主任逐上台，亮实绩、晒措施、找差距，全面总结工作、研判问题短板，充分展示了专业委2022年上半年工作成效。通过复盘交流，专业委对业务工作进行了一次系统总结，也对专业建设进行了一次集中思考，营造了比学赶超、进位争先的浓厚氛围，达到了事争一流、唯旗是夺的良好效果。同时，还通报专业委上半年整体工作情况及专业委年中考核结果。80个专业委主任签订工作责任状，对做好专业委工作作出庄重承诺。



仗剑走天涯的梦想  
怎敢忘却  
如今凝结成这场山海之约  
梧桐山顶的白云可是你  
深圳湾畔的红霞可是你  
翩翩飞落成高原屋脊的雪莲  
和戈壁大漠的马兰花

凝望过多少渴望的眼神  
紧握过多少长茧的双手  
养育之恩就当俯身相报  
康庄大道上一个不能少  
给迷茫以方向  
给柔弱以力量  
你说，这就是你的使命

祖国边疆的蜿蜒小路上  
你是正义的印辙  
苗寨飘扬的芦笙恋歌里  
你是和谐的音符  
一次次眉梢舒展  
一张张笑容绽放  
你说，这就是你的期望

流过千年万代  
山间的泉水很清很甜  
濯足也洗心  
载着同胞情深  
蓝天的哈达很白很长  
飘逸又厚重  
奉献是生命的最亮丽色彩  
翻山越岭跨云追月  
描绘着另一种诗和远方

振兴的图腾  
为何越来越绚丽  
脚下的土地  
为何越来越温暖  
举目远眺  
行走的微光连成璀璨  
信仰的丰碑擎天而立  
漫天阳光里走来了  
越来越多的你

# 越来越多的你

致敬参加“1+1”中国法律援助志愿行动  
和援藏律师服务团的深圳律师

◎钟胜荣 / 广东中安律师事务所



当年的老人举起手中的笔，  
在南海边画了一个圈。  
于是，蛇口响起的开山第一炮，  
劈开了山海，也破开了桎梏。  
四十余年后，喧哗之下，  
蛇口也在不停地变化。  
只是刻进骨子里、融进血脉里的改革精神，  
永恒不变

○王盛孔 / 摄于招商局广场

