



SHENZHEN LAWYERS

深圳律師

非常视线 专业见解

总第 108 期

108

2025 年 | 第 2 期 |

深圳市律师协会主办

(粤 B) L0240153

深圳市律师行业团委成立

深圳样本：低空立法如何重构无人机强制执行的法律边界

生成式人工智能服务提供者侵害著作权之责任认定

物业管理争夺战中业主撤销权纠纷的适用要点

景德镇一家三口车祸案肇事者涉嫌犯罪性质评析

中国刑事律师如何出海

去年金秋10月，深圳市律师协会举办了首届法博会，作为全国首个法律服务博览会云集了政府部门、行业协会、企业、法律服务机构等11大领域百家机构，现场促成签约合作73项，供需对接824个吸引近万人到场参与，还被学习强国总台等中央媒体报道，并获评2024年度深圳“十大法治事件”！

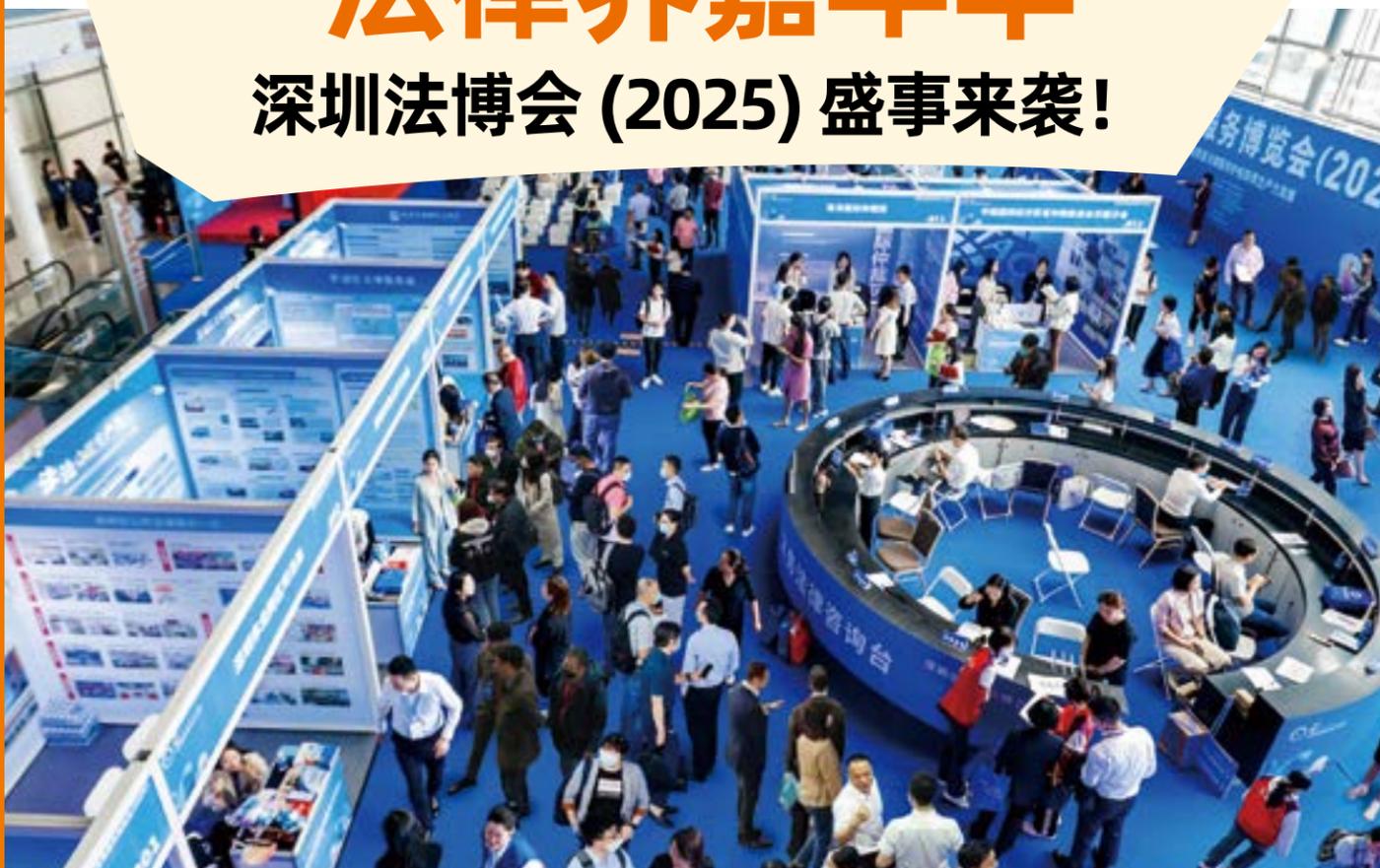
带着这样耀眼的成绩，深圳法律服务博览会（2025）正在紧锣密鼓的筹办中。本届法博会将于10月25-26日在深圳市福田区会展中心5号馆举办，紧扣“以法律服务创新保障科技与产业创新”主题，以“科技赋能+场景沉浸+产业链接”为特色，围绕法律服务展、创新合作论坛、主题活动、法律义务咨询四大核心模块，打造覆盖专业展示、需求对接、成果转化、生态共建的全链条多维融合平台，活动将联动深圳“20+8”产业集群，汇聚政府部门、行业协会、大型企业、法律服务机构等近200家单位，届时政、企、学、研、法各界代表碰撞思想，共同探索法律服务与产业创新路径，为高质量发展注入法治动能。

本届法博会将设置深圳律师行业成果展区、法律服务展区、“法律+科技”展区、“法律+产业”展区、涉外及涉港澳法律服务展区、法律服务周边展区、路演区等七大展区，举办10个覆盖不同法律服务领域主题的深圳律师创新合作论坛，包括法律科技与人工智能法律服务、数字经济与网络安全保护、绿色金融法律服务、知识产权保护与科技创新法律服务、低空经济法律保护、企业出海法律护航、智能网联汽车法律服务、新能源法律服务、企业合规法律服务、智能时代法治人才培养等主题，届时还将举办深圳市律师协会监事会成立20周年会议、法治人才交流合作研讨会、青年律师AI技能大赛等系列主题活动，以研讨、对话、竞赛等多元形式突破传统展陈边界，深度切入行业发展关键领域，构建集智慧碰撞、经验共享、协同发展与人才储备于一体的高价值交流平台。同时，组建“百人律师团”现场为市民提供义务法律咨询，覆盖婚姻家庭、劳动争议、公司治理、消费维权等与工作生活息息相关的20个领域。

2025年10月25、26日，我们期待与您共襄行业盛举，共同书写法律服务与产业协同升级的时代篇章！

“法律界嘉年华”

深圳法博会 (2025) 盛事来袭!



律师队伍是全面依法治国的一支重要力量，在法治中国建设中承担着不可替代的职责使命。当前，我国律师队伍不断发展壮大。截至2024年9月，全国律师总人数达到75万，其中40岁以下律师人数占比超60%。学历高、视野开阔且思想活跃的青年律师已然成为律师行业中庞大的群体，成为法治国家建设的生力军、先锋队。

聚焦、剖析新时代青年律师的应有特质，加强青年律师的引导和培养是律师行业广泛凝聚青春力量所必须开展的系统工程，事关律师事业可持续发展的未来和希望。

忠诚而有理想

“求木之长者，必固其根本”。忠诚与理想，是青年律师开拓创新、勇毅前行的思想根基和本源。在中国共产党的领导下，中国特色社会主义事业取得了举世瞩目的成绩，引领带动律师事业高速发展。没有党的方针政策，中国律师行业不可能在恢复重建四十五年后取得今天的巨大成就。青年律师必须坚守政治底色，拥护中国共产党领导、拥护社会主义法治，不断提高政治判断力、政治领悟力、政治执行力，做政治上的明白人。

习近平总书记在庆祝中国共产党成立100周年大会上强调：“人民是历史的创造者，是真正的英雄”“中国共产党根基在人民、血脉在人民、力量在人民”。青年律师应胸怀国之大者，始终将党和人民放在心间，保持为理想信念而奋斗的激情和执着，培养“不坠青云之志”的优秀品德，一以贯之地“信仰法治、坚守法治、建设法治”。

专业而有担当

“君子履正道，秉志宜专攻”。专业立身是青年律师成长的必由之路。无论是积极参与科学立法、公正司法，还是法治政府建设中重大事项决策研究论证、重大执法决定合法审查、重大复议诉讼案件代理；无论是全力助推企业转型升级、合规建设，还是海外市场开拓、参与国际竞争；无论是深度服务社会治理体系和治理能力现代化建设，还是人民群众法治领域的新需求，深厚的法律素养和专业实践缺一不可。

青年律师 应有的 特质

○ 王伟
深圳市律师协会副会长

青年律师应以强烈的社会责任感履责，德法兼修、知行合一，自觉服务党和政府工作大局和发展战略，促进经济社会高质量发展和法治建设，为中国式现代化保驾护航，肩负起新时代新征程赋予青年律师的使命与担当。

温善而有力量

“给人以光明，给人以温暖”。律师作为“戴着荆棘的王冠而来，握着正义的宝剑而来”的法律使者，不能等同于“法律商人”，那些唯利是图、见利忘义、背离公益的害群之马，注定昙花一现，摆脱不了付出惨痛代价的命运。只有温和包容、刚柔并济，才能厚积薄发，善作善成。不论诉讼业务或是非诉讼业务，青年律师应当秉承“海纳百川，有容乃大”的精神，保持温和而不失原则，用真心、热心、暖心赢得当事人的理解、认可与尊重，用自己的知识和实践维护社会的公平正义，在弘扬法治精神中彰显青年律师的力量。

“青年者，国家之魂。”强根基，忠诚而有理想；壮树干，专业而有担当；茂树冠，温善而有力量。新时代新征程，在法治阳光的呵护与照耀下，青年律师必将不断壮大，并成为法治中国建设的中坚力量，履职尽责、不负时代、不负韶华！

(粤B) L0240153



印刷日期 2025年8月6日

编印单位 深圳市律师协会
 编委会主任 张斌
 编委会成员 杨道章 成赵东川
 王伟 罗振辉 曾迈
 胡宁可 黄远兵
 主编 杨道
 执行主编 周敏 黄红珍
 栏目编辑 陈伟 杨新发 颜宇丹
 胡聪 屈文静 刘伟健
 责任编辑 伍春红
 编辑 王颖 王诗韵
 美术编辑 蔡永军
 电话 0755-83025789
 地址 深圳市福田区深南大道
 4001号时代金融中心20楼
 邮政编码 518048
 电子信箱 shenzhenlawyers@163.com
 印刷单位 深圳市彩霸美印刷有限公司
 发送对象 各地司法行政机关、律协，深
 圳市司法行政机关、各律所等
 印制册数 2000册

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



欢迎扫码
 关注“深圳律协”公众号

目录 CONTENTS

卷首语 | FOREWORDP1

01 青年律师应有的特质 / 王伟

党建 | PARTY BUILDING P4-10

- 04 深圳市律师行业团委成立暨十五运会和残特奥会法律志愿服务启动
- 05 律心同行，全市律师行业持续开展庆“七一”系列主题活动
- 08 从“独角戏”到“大合唱”：律所党建与业务融合的实践路径 / 曾朝东

热点 | HOTSPOTP11-22

- 11 深圳样本：低空立法如何重构无人机强制执行的法律边界——以技术效能与权利保障的平衡为视角 / 倪亚茹
- 15 人工智能时代大数据侦查模式再审视 / 梁洪健
- 19 跨区域逐利性执法——概述与改良初探 / 黄云 吴礼洋



P15



P04



P11

论道 | DISCOVERY P23-27

- 23 生成式人工智能服务提供者侵害著作权之责任认定——全球AIGC平台侵权第一案的是与非 / 屈文静
- 26 专利侵权诉讼中的可预见性例外原则或被废止？ / 孙大勇

实务 | PRACTICE P28-46

- 28 “挂靠”工程款在破产程序中的解决之道 / 邢硕
- 32 物业管理争夺战中业主撤销权纠纷的适用要点 / 黄鹏伟
- 36 前轮投资人违约抢先行使回购权，后轮投资人如何应对？ / 王立达
- 40 董事、高管对第三人责任之探究——以新《公司法》第191条为视角 / 安健 赵忻悦
- 44 信息敏感期与主体身份的司法认定争议——挂名董事涉嫌内幕交易、泄露内幕信息罪 / 胡天亮



P44

拍案 | CASE AND EXAMPLES P47-51

- 47 景德镇一家三口车祸案肇事者涉嫌犯罪性质评析——以危险方法危害公共安全罪还是交通肇事罪？ / 刘国江
- 50 用人单位取消打卡权限、踢出工作群等行为的定性及影响 / 罗军华

涉外观察 | TRANSNATIONAL LAW REVIEW P52-59

- 52 中资企业在日广告合规风险研究——以日本《不当品类及不当表示防止法》和《特定商取引法》为视角 / 尹秀钟 丁勇骏
- 56 中美贸易摩擦下的企业税务合规操作指南与实务应对 / 井小峰

律协动态 | INFORMATION P60-62

生活 | LIFE P63-68

- 63 如何做好律师工作 / 施鹏翔
- 66 中国刑事律师如何出海 / 莫丽冰
- 68 赝证三叠 / 陈婧

深圳市律师行业团委成立 暨十五运会和残特奥会 法律志愿服务启动

2025年5月24日，共青团深圳市律师行业第一次代表大会在深圳市青少年活动中心举行。会议选举产生了深圳市律师行业团委，并组建了“十五运会和残特奥会城市志愿服务队——法律专业志愿服务队”。深圳市司法局党委书记、局长蒋小文，团市委书记胡火明，市司法局党委委员、市律师行业党委专职书记陈明，以及市律师行业党委、团市委相关负责同志和全市律师行业的团员青年代表等出席了会议。

行业团委成立：搭建青年律师成长新平台

大会选举产生了共青团深圳市律师行业第一届委员会。团市委书记胡火明在讲话中指出，市律师行业

团委的成立是落实党建带团建、服务青年律师成长发展的一项重要举措。他希望，市律师行业团委要深入贯彻落实习近平总书记关于青年工作的重要思想，加强政治引领、坚定理想信念，引领广大青年律师努力做党和人民满意的好律师；要坚持围绕中心、服务大局，动员广大青年律师在服务深圳法治先行示范城市建设中展现青春作为；要坚持服务为本、搭建行业交流平台，充分发挥联系服务青年律师的桥梁纽带作用。

法治护航体育赛事：青年律师志愿服务队正式出征

作为“十五运会和残特奥会”主办城市之一，深圳将组织超4万名志愿者参与赛事服务。为发挥律师

行业专业优势，深圳市司法局、市律师行业党委组建了“十五运会和残特奥会城市志愿服务队——法律专业志愿服务队”，并在会上授旗。该志愿服务队将聚焦赛事期间的法律咨询、权益保障、矛盾调解、法治宣传等需求，为赛事主办方、参赛人员及市民提供精准化法律服务，以法治力量保障赛事平稳有序进行，展现深圳青年律师专业、担当、



奉献的精神风貌。

展望未来：以专业服务彰显青年法治担当

深圳市司法局党委书记、局长蒋小文在大会讲话中寄语我市青年律师：一是要坚定政治站位，锤炼忠诚如磐的政治品格，将个人执业与国家法治建设大局结合，在服务重大战略、社会治理中彰显法律人的政治责任与担当。二是要提升业务水平，锻造卓越出彩的专业形象，深耕法律科技、知识产权等新兴领域，以“匠人精神”提升法律人的核心竞争力。三是要恪守职业道德，永葆赤诚纯粹的法治初心，践行公益使命，通过参与赛事志愿服务、法律援助等工作，传递法治温度，树立法律人的良好形象。她同时强调，市律师行业团委要精诚团结

协作，凝聚砥砺奋进的青春力量，充分发挥团委的组织优势，凝聚青年力量，让团组织成为青年律师想得起、靠得住的“娘家”，共同为法治先行示范城市建设贡献青春力量和青春价值。

目前，深圳40周岁以下的青年律师占全市律师比重超过60%。他们在服务经济社会发展、维护社会公平正义、推进法治建设等方面发挥着排头兵和主力军的重要作用。此次大会的成功召开，标志着深圳律师行业青年工作进入新的发展阶段。随着“十五运会和残特奥会”法律志愿服务的启动，深圳青年律师将以专业素养和青春活力，为赛事注入法治动能，在服务大局中展现新时代青年律师的新作为。未来，他们将在行业团委的引领下，以法治护航城市新发展，用青春书写法治新篇章。



律心同行，全市律师行业 持续开展庆“七一”系列主题活动

在庆祝中国共产党成立104周年之际，深圳市律师行业各党组织积极行动，精心组织开展形式多样的庆“七一”主题党建活动，营造爱党爱国、砥砺奋进的浓厚氛围。

市律师行业党委举行“光荣在党50年”纪念章颁发仪式

7月1日，深圳市律师行业党委召开“七一”座谈会，向党龄满50年的老党员律师代表颁发“光荣在党50年”纪念章。市司法局党委委员、市律师行业党

委专职书记陈明出席会议并讲话。陈明同志代表市司法局党委和市律师行业党委向老党员律师表示慰问，充分肯定老党员律师为律师行业、为法治建设做出了



积极贡献。他希望，行业全体党员传承弘扬老党员律师信念坚定、对党忠诚的政治品格和甘于奉献、严于律己的优良作风，坚定政治立场，践行法治为民宗旨。扎实推进深入贯彻中央八项规定精神学习教育，带头学习、带头遵守，并向身边同志特别是年轻律师宣讲其精神实质，引导全行业深刻认识作风建设永远在路上。继续发扬律师行业“传帮带”的优良传统，助力青年律师成长成才，继续关心关注青年律师的成长与发展。市律师行业党委、市律师协会也将进一步加强对老党员的关心和服务，积极搭建平台，让老党员的经验和智慧得以传承和发扬。



铭党恩，跟党走 各律所党委“七一”主题活动绽荣光



▲ 卓建党委开展了以“传承红船精神 筑梦法治新征程”为主题的党日活动。活动中，全体党员重温入党誓词，在党委书记穆银丽同志带领下学习习近平总书记在中共中央政治局第二十一次集体学习的重要讲话，对中央八项规定精神有了更深刻的认识，更加坚定了永远跟党走的决心，还开展了“七一”主题诗朗诵活动，表达对党的忠诚和热爱。



▲ 华商党委按照“支部建在专业上”的工作部署和紧密联系群众的优良作风，于近日组织了50余名党员律师和群众赴重庆红岩村革命纪念馆，开展“传承红岩精神，践行法治初心”七一主题党日活动。通过沉浸式红色教育，引导律师队伍从革命历史中汲取精神力量，强化使命担当。



▲ 广和党委组织党员律师开展“重走东纵路，法治初心映党旗”主题党日活动。党员律师们走进了东江纵队司令部旧址、东江纵队北撤纪念馆和葵涌侨史馆，上了一堂“行走的党课”，在红色遗址中感悟初心使命，在触摸历史脉络中接受精神洗礼，汲取奋进力量，坚定理想信念，厚植家国情怀。



▲ 泰和泰党委召开“七一”表彰大会，其中泰和泰（深圳）第三党支部荣获“先进基层党组织”称号；律所党员钱伟诚、刘昊、姚郁环、等荣获“优秀党务工作者”称号，刘鑫、肖叶斌、林伟烽等荣获“优秀共产党员”称号。通过表彰先进、树立标杆，进一步激发全所党员的荣誉感与使命感，增强党组织凝聚力、向心力。



▲ 宝城所党总支开展了“凝心聚力跟党走 律心同行庆七一”主题党建活动。活动中，党组织书记曾常青给全体党员上党课，他紧密结合律所工作实践，深刻阐释了如何将中央八项规定精神贯穿法律服务全流程，强调以严实作风推动党建与业务深度融合。活动中还开展了一场别开生面的文艺展演，以情景剧、诗歌朗诵和歌唱等艺术力量传递红色情怀。



▲ 国晖所党总支组织党员走进莲花山公园开展“缅怀伟人铭初心，誓言铮铮担使命”七一主题党日活动。在巍峨庄严的邓小平铜像前，全体党员肃穆列队，重温入党誓词。宣誓仪式结束后，党总支书记夏学义等同志代表全体党员献上精心准备的花束。此次活动，不仅是一场缅怀伟人事迹、致敬先辈精神的仪式，更是一次涤荡灵魂、锤炼党性的精神洗礼。



▲ 德纳所党总支组织党员前往中国文化名人营救纪念馆开展七一主题教育活动。全体党员于庄严肃穆的纪念馆一号厅内重温入党誓词，怀着崇敬的心情参观了纪念馆的各个展厅，重温党的光辉历程，深切感受到革命先辈们坚定的理想信念、无畏的牺牲精神和深厚的家国情怀，进一步激发党员同志的爱国热情和奋斗精神。



▲ 德和衡（深圳）党总支开展以“传承红色基因·共庆党的生日”为主题的党建观影活动。活动通过重温红色经典影片《1921》，感受百年前先辈们“为有牺牲多壮志”的热血情怀，深刻领悟“红船精神”中开天辟地、敢为人先的革命魄力，进一步强化全员爱国爱党情怀，为德和衡文化注入鲜活的“红色精神”。

从“独角戏” 到“大合唱”

律所党建与业务融合的实践路径

○曾朝东* 深圳市律师行业党委办公室

从“中国特色社会主义法治工作者队伍”的政治定位，到“维护社会公平正义”的职业使命，律师行业的发展始终与党的领导密不可分。习近平总书记强调，“律师队伍是依法治国的一支重要力量”，这一论断为新时代律所党建工作指明了方向：唯有将党建深度融入律所发展肌理，才能破解行业痛点、激活内生动力，真正实现“党建强、发展强”的双强目标。本文结合律所党建实践中的典型问题与创新路径，从“破局误区”“系统融合”“实效转化”三个维度展开，探寻以党建“红色引擎”驱动律所高质量发展的实践逻辑。

一、破局：走出认知与实践的双重困境

思想是行动的先导，认识偏差往往导致实践走偏。当前律所党建工作面临的首要挑战，在于部分从业者对党建的功能定位存在认知断层，继而衍生出实践中的“两张皮”“独角戏”等结构性问题。这些误区与怪圈不仅制约党建工作效能，更直接影响律所的长远发展。破解

困局的关键，在于从理论层面重构党建与律所发展的共生关系，从实践层面建立“围绕发展抓党建，抓好党建促发展”的良性循环。

（一）认识上存在两个误区

党建工作的本质是政治引领与价值塑造，而非仅仅是简单的组织建制或活动拼凑。部分律所将党建视为“规定动作”而非“发展刚需”，根源在于忽视了党建与业务的内在统一性。

首先，片面地认为党建等同于建党组织。部分律所将党建视为“规定动作”，为完成任务仓促“上马”建支部，没有充分考虑影响基层组织质量两个重要因素：是否有合适的支部书记人选、党员队伍是否稳定。如果仅仅满足3名党员这个“形式要件”，随便推选一个支部书记，这样组建党支部，因“先天营养不足”，成立不久就成了“软弱涣散”的党组织，党支部难以建成为律所的“战斗堡垒”，党员的先锋模范作用更是无从谈起。

其次，片面地认为党建工作的内容只是开会、学习

和参观。律所不少人认为，党支部的工作就是组织党员开开会、学习学习政治、外出参观一下红色教育基地。“三会一课”停留在念文件、读报纸、写体会的层面，内容枯燥、形式单一，导致组织生活陷入随意化、平淡化、娱乐化、庸俗化的误区。

律所党组织在新的形势下缺乏吸引力和影响力。其根源在于，没有充分认识到律所党建工作的重要作用是要服务于所在律所的发展。律所党建工作的落脚点和出发点必须建立在党员律师的本职岗位上，如果离开了党员本职工作，党组织的堡垒功能无从谈起，党员的先锋模范作用无法发挥，所谓的党建工作成了无本之本、无源之水。

（二）实践中陷入两个“怪圈”

认知误区必然导致实践扭曲。当党建与业务沦为“平行线”，党组织活动脱离律师工作需求，党建工作就会陷入“空转”困境。

首先是业务与党建易形成“两张皮”的困局。党建工作常与律所经营管理、律师执业脱钩脱节。有的律所负责人对党建工作缺乏认同和支持。他们认为，党建工作不能花费太多时间和精力，特别是面临经营压力较大时，把党建工作当做“软任务”来应付。在经营业务上定“实调”，在党建工作上定“虚调”。业务、党建“各弹各的曲、各吹各的号”。有的律所虽然修改了章程，增加了党建工作内容，但党组织书记参加或列席律所管理层重要会议制度、党组织与管理层沟通协商和恳谈制度等双向互动工作机制还难以落实，导致党建和业务目标相脱节，党组织的政治核心和政治引领作用难以发挥。

其次是党建工作容易唱成“独角戏”。律所党建强、发展强同步推进意识不强，党建工作融入律所运行发展过程不深，不能突出律所的特点，难以贴近广大律师的需求，推进群团建设缺乏力度。组织活动缺乏党群融合思维，难以形成“美美与共”的“大合唱”效应，反而易陷入“独角戏”困境。党建工作与律所的需求、与广大律师的需求相脱节，党组织的凝聚力和党建工作的影响力，不足以在律所的经营管理中发挥更大的作用。

二、重构：“双轮驱动”的系统性融合路径

打破“认识—实践”的恶性循环，需要将党建从“独立模块”转化为“系统要素”，即是既要在律所内部实

现党建与业务的全链条融合，又要跳出律所边界整合区域资源，通过两个“一揽子”，构建“内聚合力、外拓格局”的律所党建生态。

（一）业务、党建要“一揽子”抓

党建与业务的深度融合，绝非简单的“物理叠加”，而是要跳出“党建”抓党建，通过组织、制度、资源等六要素的“化学反应”，形成协同增效的治理格局。一是组织结合，筑牢政治引领根基。将党建写入律所章程，明确党组织法定地位；推行管理层与党组织成员交叉任职，确保参与重大决策；加强群团组织建设和“党建带群建”协同格局。二是工作结合，构建协同运作机制。建立党组织与管理层联席会议制度，同步制定业务规划与党建目标；推行“双责共担”机制，将党员律师的业务目标与党建责任深度绑定，通过“同督办、同落实”破解“两张皮”问题。三是制度结合，完善长效保障体系。打通党建与业务制度壁垒，建立“双向考核”，将党建成效纳入律师年度考核，业务贡献作为党员评先评优指标，实现制度协同长效管理。四是监管结合，强化监督执纪效能。整合党内纪检与律所纪律部门力量，建立联合监督机制，开展违规问题协同查处，形成监管合力。五是资源结合，实现要素优化配置。搭建“党建+业务”共享平台，整合线上办公系统、培训资源库；推动律所与辖区单位共建“资源超市”，共享硬件设施与信息资源。六是活动结合，增强党建吸引力。创新“党建+业务”活动形式，将主题党日与业务研讨结合，志愿服务与品牌建设融合；开展“党员先锋岗”“业务攻坚突击队”创建活动，让党建在实战中展现引领力。

（二）律所内、外党建要“一揽子”推

跳出律所抓党建，以区域化党建为依托，将律所主动融入基层治理共同体，通过组织互联、资源互享、活动互融等“七联建”，实现党建从“单体作战”到“集群发力”的升级。一是组织联建，扩大党建“朋友圈”。与机关社区、企业、社会组织党组织签订共建协议，联合成立“区域党建联盟”，开展“结对帮扶”，由成熟律所党组织帮带新兴律所。二是党员联管，激活队伍“一盘棋”。建立律师党员共管机制，共享党员信息台账；联合开展“跨单位党课”“联合主题党日”，推动党员律师参与社区治理。三是资源联享，打造要素“共享池”。

*曾朝东，中国法学会会员，深圳市社会组织评估专家库专家、评估委员会委员。在深圳市、区两级两新组织党工委、社会组织党委，异地商会，行业协会等专职从事两新组织党建工作实践与研究13年。党建论文发表于《南方》杂志、《非公党建》《组织人事报》《党建文汇》等，曾获全国党建研究会一等奖、广东省党建研究会二等奖、广东省律师行业“精品微党课”二等奖。

建设党建资源库，整合法律专家、党建专家、场地设施等资源；律所与辖区单位双向开放资源。四是场所联用，提升阵地“使用率”。共享党群服务中心、会议室等场所，实现阵地功能最大化。五是活动联办，共绘党群“同心圆”。联合开展“法治文化节”“红色经典诵读”等跨界活动，围绕基层治理开展联合行动。六是信息联通，搭建沟通“高速路”。通过共建党建信息平台，实现律所与辖区单位信息即时互通，精准对接法律需求与基层治理痛点。七是文化联育，培育共同“价值观”。挖掘区域资源与文化特色，联合打造“党建+法治”文化品牌；举办“律所开放日”，促进价值理念与管理文化融合，形成发展共识。

三、转化：从“政治优势”到“发展效能”的价值跃升

衡量党建工作成效的终极标准，在于是否转化为律所看得见、摸得着的生产力。律所党建要建立起“四个服务”与“四方评价”体系，分别从价值创造与效果评估两个维度，形成“实践—反馈—优化”的良性闭环。当党组织成为律所发展的“主心骨”，当党员律师成为业务攻坚的“排头兵”，党建工作便真正实现了从“务虚”到“做实”的质变。

（一）以“四个服务”夯实律所党建根基

党建工作的生命力在于服务大局、服务群众、服务行业、服务党员。“四个服务”是律所发展的核心诉求，将政治功能与服务功能有机统一，让党建工作渗透到律所运营和律师执业的每个神经末梢。一是要服务律所发展，做业务的“助推器”。党组织要主动参与律所发展规划，在拓展新业务领域时，从政策导向和社会需求角度提出建议。让党员律师在重大案件中牵头办案，用实际行动证明党建与业务融合能创造实实在在的价值。二是要服务社会需求，做群众的“贴心人”。组建党员公益律师团队，定期进社区开展普法活动。积极参与政府信访调解、社区矛盾化解等工作，积极履行律所的社会责任。三是要服务律师成长，做人才的“孵化器”。针对青年律师经验不足的问题，推行“老带新”结对机制，由资深党员律师手把手传授办案技巧。优先推荐表现突出的党员律师参与行业培训、担任社会职务，为律所树

立良好形象。四是要服务党员关怀，做组织的“暖心巢”。当党员遇到婚丧嫁娶、生病住院等情况时，党组织及时走访慰问。定期开展谈心谈话，了解党员思想动态，邀请心理咨询师举办专题讲座，帮助党员律师缓解职业压力与焦虑情绪，增强党组织的凝聚力。

（二）以“四方评价”检验律所党建实效

科学的评价体系是党建工作的“指挥棒”。律所党建要突破传统考核的单一维度，从公众认可、管理层认同、队伍凝聚力、党组织向心力四个层面构建立体评估模型，既注重业务增长等“显绩”，也关注文化认同等“潜绩”。通过多维度评价检验工作成效，最终实现党建与业务从“两张皮”到“一股劲”的转变，推动党建与业务从“割裂”到“融合”。一是看公众的认可度。可以通过法律援助案件数量、媒体报道频次等指标衡量。比如，党员律师团队办理的案件被主流媒体报道，社会反响良好。客户普遍反映党员律师政治觉悟高、服务规范，更愿意优先选择有党建基础的律所。二是看律所管理层的认同感。重点看律所负责人是否主动支持党建工作，比如律所是否将党建经费纳入年度预算，党组织负责人是否参与业务决策会议。如果管理层对党建的认可度提高，说明党建工作取得了实实在在的成效。三是看队伍的凝聚力。可通过匿名调查，了解律师对党组织的满意度。比如组织的培训是否实用、对职业发展是否有帮助，有没有引领青年律师在实战中快速成长，有没有吸引青年律师加入党组织等。四是看党组织的向心力。从组织生活质量、关怀帮扶效果等方面评估。老党员对组织生活的满意度是否提升，党组织为党员解决了哪些实际困难，党员参与组织生活的出勤率是否提高，这些都很大程度体现律师党员对党组织的信任与依赖。

从“就党建抓党建”到“以党建促发展”，律所党建工作的转型之路，本质上是一场治理能力的现代化变革。当党建不再是贴在墙上的标语，而是融入业务流程的“基因”；当党组织不再是孤立运作的“小圈子”，而是链接各方资源的“生态圈”，律所才能真正实现政治效益、社会效益、经济效益的有机统一。站在新的历史起点，唯有以更开阔的视野、更务实的举措推动党建与律所发展同频共振，才能为律师行业高质量发展注入源源不断的“红色动能”。

深圳样本：

低空立法如何重构无人机强制执行的法律边界

以技术效能与权利保障的平衡为视角

◎倪亚茹* 广东广和律师事务所



民事执行效能构成了司法公信力的根基。然而，当前司法实践表明，“财产线索发现难”仍是破解被执行人规避执行的核心瓶颈。在此背景下，无人机凭借其独特的三维空间探查优势，为突破传统执行困局提供了新路径。但需注意的是，该技术的红利与风险并存：其强

大的信息采集能力在显著提升执行效率的同时，也天然面临着《民法典》第一千零三十四条关于隐私权保护及《个人信息保护法》第十三条关于数据安全的合规挑战。

在此背景下，无人机强制执行实践呈现出显著的地域分化特征。公开案例多集中于三四线城市或执行资源

*倪亚茹，广东广和律师事务所执业律师，执业领域：商事合同争议解决。

相对紧缺地区（如山东滨州^①、青海玛多^②、辽宁锦州^③、四川自贡^④），依靠技术效能弥补人力物力不足；而北上广深等一线城市则因公民隐私保护要求高、替代性执行手段完善及低空管理制度规范待明晰等因素，对规模化应用持审慎态度。这种实践差异深刻揭示了制度供给的关键性——前者亟待技术填补缺口，后者呼唤法律锚定边界。《深圳经济特区低空经济产业促进条例》（下称《深圳条例》）的出台，标志着从技术试点迈向规则输出的关键一步，率先以地方立法构建了低空技术司法应用的系统性框架，回应了这一核心需求。

本文旨在剖析执行实践难点，论证无人机技术赋能的效能提升路径，厘清其法律刚性边界，并重点解构《深圳条例》如何重构“技术理性与法律规制协同共治”的新范式。

一、执行实践核心难点深度剖析

生效法律文书的切实执行是司法公信力的核心保障。当前执行工作深陷三大结构性困境，严重制约裁判效力。

（一）被执行人查找困境：隐匿手段升级与资源匮乏

在3.76亿流动人口规模背景下，^⑤被执行人规避策略日趋复杂：

1. 系统性隐匿：滥用工商登记简易程序设立缺乏实质经营的空壳公司转移资产；诉讼阶段即蓄意失联，导致大量案件被迫依赖低效的公告送达。

2. 传统惩戒措施滞后：失信名单、限高令对跨省流动频繁、社会约束弱的群体威慑效果有限。与此同时，基层执行力量严重超负荷，极大挤压了精细化查人找物的空间。

（二）财产查控结构性障碍：盲区、规避与权限壁垒

1. 新型财产监管真空

虚拟货币、境外资产等高隐匿性财产处于法院查控体系之外，形成资产转移“避风港”。

2. 专业化规避手法盛行

利用法律屏障隐匿：借助《民法典》第二百四十条

赋予的住宅不受侵犯的权利，在家中隐藏现金、贵重物品等不易被发现和追踪的动产。

滥用司法程序转移：通过虚假诉讼调解、仲裁恶意制造债务转移财产，严重消耗司法资源。

3. 强制措施与技术支撑不足

搜查措施因适用门槛高、风险大，实际使用率极低。此外，关键障碍在于高价值动产（如艺术品、奢侈品）缺乏全国性统一登记平台，权属查证困难重重。

（三）执行现场风险管控困境：冲突升级与保障缺失

高风险现场已成为执行安全事故主因，根源在于三重矛盾：

1. 对抗行为组织化、暴力化

有组织妨碍执行案件数量持续攀升，执行人员人身安全风险陡增。

2. 特定场景专业处置能力缺位

对危化品、高空、密闭空间等专业性强、风险极高的特殊现场，缺乏专业评估与处置力量，易引发次生灾害或群体性事件。

3. 安全保障基础有待加强：基层执行人员基本防护装备配置的达标率尚有提升空间，且针对高风险现场应急指挥与处置的常态化专业培训机制需进一步完善，以更有效地应对现场突发状况，保障执行安全。

二、无人机技术如何赋能执行工作效能提升

无人机技术凭借其独特的空中优势（如高空视野、快速部署、多角度观测），正成为法院破解“人难找、物难寻”执行难题的有力工具。其核心法律价值在于有效突破物理空间限制，构建实时、高效的空间信息感知与取证能力，为执行决策和行动提供关键支持。以下从其执行工作中的主要效能提升路径展开分析。

（一）突破空间限制，精准定位目标

1. 高效巡查覆盖盲区

无人机可快速覆盖人力难以进入或视野受限的区域（如密集建筑区、大型厂区、复杂地形）。通过搭载智

能识别功能，能有效辅助查找特定人员、车辆等执行目标，显著提升查找效率和精准度。这直接回应了“财产线索核实难”的痛点。

2. 发现隐匿财产线索

借助特殊探测能力（如感知温差异常），无人机可提示建筑物内部可能存在的隐匿设备或活动痕迹，为申请法院采取搜查措施（如搜查令）提供初步、有价值的线索，助力突破被执行人设置的物理屏障。

3. 远程评估现场风险

无人机可实时传输高清全景画面，辅助执行人员构建现场三维模型，预先识别潜在冲突点（如人员聚集、障碍物位置），有效降低执行人员在高风险现场（如强制腾退）中的人身安全风险。这提升了强制措施适用的安全性和可控性。

（二）革新取证手段，确保证据效力

1. 立体还原现场状况

无人机能快速、全方位记录大型或复杂现场（如厂房、土地纠纷现场），生成直观的三维立体模型，大幅缩短传统勘验时间。模型可清晰标注关键信息点，为权属确认、现状固定提供客观、可视化的证据。

2. 实时固化电子证据

搭载精准定位系统（如北斗/GPS）的无人机，可将采集的影像、坐标等数据实时接入现有司法区块链平台进行存证。这种“飞行即存证”的模式，利用区块链技术确保了电子证据的真实性、完整性和时空可信度，极大增强了证据的证明力。

3. 动态监控查封财产

通过定期巡航和智能图像比对，无人机可有效监测已被查封、扣押财产的异常变动情况（如车辆被擅自移动）。已有实践案例表明，该方式能及时发现并制止擅自处置查封财产的行为，保障执行措施的效力。

（三）提升指挥效能，保障行动安全

1. 构建远程指挥中枢

无人机作为“空中之眼”，将执行现场高清画面实时回传至指挥中心。使指挥人员全面掌握态势，实现多执行单元的远程同步调度与协同。在大型或复杂集中执行行动（如多组协同查找被执行人、大型腾房）中，显著提升指挥效率，优化警力配置，有效避免现场冲突升级。

2. 辅助高危现场处置（如强制腾退、清场、对抗性

现场）

提供全局视野：高空视角协助识别风险分布，科学部署执行力量。

预警潜在冲突：辅助评估人群聚集态势，预警潜在冲突点。

先行探查危险环境：在不适宜人员直接进入的场所（如涉及化学品），可先行探明情况，规划安全路径。

3. 技术融合与定位

信息融合分析：无人机采集信息可与法院执行系统、公安监控等进行融合分析，提升线索研判和方案制定的精准度。

核心定位：无人机是执行法官和干警重要的辅助工具和信息中枢。

服务于“空中侦察→地面核查”“信息整合→精准执行”的工作闭环。主要价值在于提供关键信息和视角，绝不替代执行人员依法作出判断、采取强制措施的主体责任和法定程序要求。

三、无人机司法应用的法律刚性边界

无人机技术应用于司法执行，须严格遵循《宪法》《民法典》《个人信息保护法》及《无人驾驶航空器飞行管理暂行条例》（下称《暂行条例》）构建的规范框架，核心在于平衡执行效率、公民权利与公共安全三重价值。其法律边界具体表现为以下不可突破的约束。

（一）隐私权保护的二元规则

1. 私密空间绝对禁止原则

《民法典》第一千零三十三条禁止拍摄、窥视私密空间。司法无人机未经许可飞越住宅区扫描热成像构成侵权，因该技术可穿透建筑获取室内活动信息，即便目的为执行公务。

2. 个人信息处理双阶控制机制

事前风险评估义务：根据《个人信息保护法》第五十五条规定，无人机搭载摄像头、传感器等设备采集人脸、声纹等生物特征（属于敏感个人信息）前，应当依法进行个人信息保护影响评估。

处理过程最小必要原则：无人机收集个人信息须严格遵循《个人信息保护法》第六条及第二十八条确立的“最小必要原则”（体现比例原则精神），禁止实施过度收集行为。同时，依据《民法典》第一千零三十七条，

①《“达成和解”“躲进衣柜”都不能逃避执行——滨城区法院执行直播现场说法》，载微信公众号“滨州市中级人民法院”2024年9月4日发布。

②《玛多法院首次运用无人机助力破解执行难》，载微信公众号“果洛州中级人民法院”2025年6月13日发布。

③《酷！强制执行无人机申请“出战”》，载微信公众号“锦州市凌河区人民法院”2025年6月11日发布。

④《红梅·利剑 | “无人机”助力智慧执行 司法强制再添利器》，载微信公众号“自贡贡井区人民法院”2025年3月4日发布。

⑤《第七次全国人口普查主要数据结果新闻发布会答记者问》，载“国家统计局官网”2021年5月11日发布。

对于违反规定收集的个人信息，信息处理者负有及时删除的法定义务。

（二）空域管理的国家规制

禁飞红线：根据《暂行条例》第十九条，未经空中交通管理机构批准，严禁无人机进入军事设施、机场管制区等管制空域。

（三）设备与人员合规要求

1. 统一登记制度

根据《暂行条例》第十条、《中国民用航空局关于民用无人驾驶航空器监管服务有关事宜的公告》第三条：无人机必须接入国家民用无人驾驶航空器综合管理平台（UOM）。

2. 操控人员资质

根据《暂行条例》第十六条：操控微型以上无人机（除微型农用无人机）必须向国务院民用航空主管部门申请取得相应执照。

（四）技术防护义务

根据《最高人民法院关于审理人脸识别技术处理个人信息相关民事案件适用法律若干问题的规定》第二条：若因安全防护缺失导致采集人脸信息泄露、篡改或丢失，即构成人格权益侵害行为。

四、《深圳条例》重构无人机强制执行新范式

《深圳条例》作为全国首部低空经济地方性法规，通过立法赋权与程序再造，系统性构建了司法无人机强制执行的核心制度框架。其核心创新在于确立了两大支柱机制。

（一）空域协同机制：立法破解空域管理权与司法执行权冲突

1. 法律授权基础

《深圳条例》第六条创设“市政府-中央空管机构-民航部门”三级法定协同机制，明确深圳市政府对司法执法空域的协调主体责任。

2. 权力制衡设计

《深圳条例》第二十一条：地方政府协调结果须同步报中央空管机构备案，在赋予地方空域调配权的同时，筑牢国家空域主权安全底线。

（二）设施共享机制：确立公共基础设施司法调用法定权利

1. 立法推动资源开放

《深圳条例》第十四条要求布设低空飞行物理基础设施（如通信导航基站），第十七条则推动低空数字空域图按规定开放共享，为司法调用提供法律依据。

2. 系统强制对接规范

依据《深圳条例》第四十五条，地方低空管理平台必须接入国家民用无人驾驶航空器综合管理平台（UOM），实现飞行计划、空域状态等数据的实时同步。

3. 权责对等约束机制

《深圳条例》第五十二条明确规定：禁止非法收集、处理、利用个人隐私数据，禁止采集涉及国家安全的数据，在保障司法调用权的同时，划定数据安全边界。

五、结语：构建技术理性与法律规制协同共治的新范式

民事执行效能的提升始终是司法公信力的生命线。面对被执行人隐匿手段升级、财产查控结构性障碍与执行现场风险三重困境，无人机技术凭借其三维空间穿透力与实时动态感知力，为破解“人难找、财难寻”难题开辟了新路径：其高空视野覆盖巡查盲区，热成像技术识别隐匿财产；区块链保障电子证据效力；远程指挥降低高危现场冲突。技术赋能的核心价值在于构建“空中侦察→地面核查→精准执行”的闭环，为执行决策提供强大的空间信息中枢支持。

然而，技术红利的释放必须以法律的刚性边界为约束。无人机采集生物特征受《个人信息保护法》严格规制；热成像扫描私密空间触碰《民法典》隐私权红线；空域准入需遵循国家航空管制体系。《深圳条例》的突破性意义，正是通过前述立法确权与机制构建（空域协同、资源共享与数据安全），在激发技术效能与恪守法律安全之间确立了典范性的平衡坐标。其制度设计虽尚未催生本地公开实践案例，却已为无人机在跨境资产追踪、大型厂房清退等高复杂度场景中的应用锚定了清晰方向：既需依托共享基础设施（如物理基站）、数字空域图实现精准作业，更须严守隐私与数据安全底线。

未来，需通过司法解释细化“最小必要原则”的操作标准，并探索建立无人机取证证据规则体系。唯有在技术理性与法律规制的双轮驱动下，民事执行才能真正突破空间壁垒，让裁判文书承载的公平正义落地有声。

一、大数据侦查的概念及特点

（一）大数据侦查的概念

在人工智能时代，大数据技术以前所未有的速度渗透到各个领域，侦查工作也迎来了重大变革，大数据侦查应运而生。大数据侦查是指侦查机关运用大数据技术，对与犯罪相关的大量数据进行收集、分析、挖掘，以此发现犯罪线索、确定犯罪嫌疑人、收集犯罪证据的一种新型侦查模式。

（二）大数据侦查的特点

1. 数据来源的广泛性

大数据侦查的数据来源极为广泛，涵盖了社会生活的各个方面，^①包括网络空间中的社交媒体数据、电商交易数据、搜索引擎数据、网络日志数据，现实生活中的交通数据、通信数据、金融数据、公共服务数据和各类物联网设备所产生的数据。这些广泛的数据来源为大数据侦查提供了丰富的信息基础。

2. 分析方法的智能性

大数据侦查依赖于先进的智能分析方法，如数据挖

掘、机器学习、人工智能算法等。数据挖掘技术可以从海量数据中提取隐藏的、有价值的信息和知识，例如通过关联分析发现不同数据之间的潜在联系，通过聚类分析将具有相似特征的数据对象归为一类，通过分类分析对数据进行预测和判断。机器学习则使计算机能够自动从数据中学习规律和模式，并利用这些规律和模式进行预测和决策，如支持向量机、神经网络、决策树等算法在犯罪预测、嫌疑人画像构建等方面发挥着重要作用。

3. 侦查效率的高效性

传统侦查模式在信息收集和分析处理上往往需要耗费大量的时间和人力物力，而大数据侦查借助大数据技术的强大处理能力，能够实现信息的快速收集、整合和分析，大大提高了侦查效率。在数据收集环节，通过自动化的数据采集工具可以实时获取各类数据，无需人工逐一收集；在数据处理环节，利用高性能的计算设备和先进的算法，可以在短时间内对海量数据进行处理和分析，快速发现犯罪线索和关联信息。

4. 侦查范围的拓展性

人工智能时代 大数据侦查模式 再审视

◎梁洪健* 广东金唐（福田）律师事务所

*梁洪健，广东金唐（福田）律师事务所合伙人，西北政法大学证券金融犯罪研究院执行副秘书长，第十一届深圳市律师协会常见型犯罪辩护法律专业委员会委员，主要业务领域：刑事辩护、刑事控告、刑事法律风险防控。

①参见柳郁萌：《论刑事诉讼中大数据证据的审查认定——从“算法透明”到“算法可信赖”》，载《湖北警官学院学报》，2025年第2期。

大数据侦查打破了传统侦查模式在空间和时间上的限制，使侦查范围得到了极大拓展。在空间上，它可以跨越地域界限，收集全球范围内的相关数据，对于跨国、跨地区的犯罪案件具有独特的优势。在时间上，大数据侦查可以对历史数据进行深度挖掘，发现过去可能被忽视的犯罪线索，为陈年旧案的侦破提供新的契机。同时，大数据侦查还能够对犯罪的关联领域进行全面侦查，不仅关注犯罪行为本身，还深入分析犯罪行为背后的社会因素、经济因素、技术因素等，从而实现对犯罪的全方位打击和预防。

二、大数据侦查的实务现状——以帮助信息网络犯罪活动罪为例

帮助信息网络犯罪活动罪（以下简称“帮信罪”），是指自然人或者单位明知他人利用信息网络实施犯罪，为其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，或者提供广告推广、支付结算等帮助，情节严重的行为。在人工智能时代，随着信息网络的快速发展，这类犯罪呈现出高发态势，且具有手段隐蔽、涉及面广、链条复杂等特点，给侦查工作带来了巨大挑战。

（一）大数据侦查在帮信罪侦查中的应用

1. 发现犯罪线索

帮信罪的犯罪行为往往隐藏在海量的网络数据之中，传统侦查手段难以发现。大数据侦查通过对网络流量数据、域名注册数据、服务器日志数据、支付结算数据等进行分析，可以发现异常的网络活动和资金流动，从而挖掘出犯罪线索。例如，通过分析某个域名的访问量、访问来源、访问时间等数据，如果发现该域名在短时间内有大量来自不同地区的异常访问，且访问内容与常见的合法网络服务不符，就可能存在帮助信息网络犯罪的嫌疑。

2. 锁定犯罪嫌疑人

在发现犯罪线索后，大数据侦查可以利用各类数据信息对犯罪嫌疑人进行锁定。通过分析犯罪活动所使用的网络设备信息，可以追踪到设备的使用者；结合通信数据，可以确定犯罪嫌疑人的社交关系和联系方式；利用交通出行数据和住宿数据，可以掌握犯罪嫌疑人的活动轨迹，从而确定其落脚点。

3. 收集犯罪证据

大数据侦查为收集帮信罪的证据提供了丰富的手段。在网络技术支持方面，可以收集服务器托管合同、网络接入记录、软件代码、操作日志等数据，证明犯罪嫌疑人提供了技术支持行为；在广告推广方面，可以收集广告发布平台的推广记录、广告内容、推广费用支付凭证等数据，证实犯罪嫌疑人实施了广告推广帮助；在支付结算方面，可以提取银行账户交易记录、第三方支付平台的交易明细、资金流向图等数据，作为证明支付结算帮助的证据。

此外，大数据侦查还可以通过数据恢复技术，对犯罪嫌疑人删除的电子数据进行恢复，获取被删除的犯罪证据；利用数据比对技术，对不同来源的数据进行比对分析，确保证据的真实性和关联性。

（二）大数据侦查在帮信罪侦查中存在的问题

1. 数据收集的合法性问题

在帮信罪的侦查中，大数据侦查需要收集大量的网络数据和个人信息，其中可能涉及公民的隐私权利和企业的商业秘密。目前，我国在数据收集方面的法律法规还不够完善，侦查机关在收集数据时，可能会面临数据收集主体是否合法、收集程序是否合规、收集范围是否适当等问题。例如，在向网络运营商、互联网企业收集用户数据时，缺乏明确的法律授权和规范的操作流程，容易引发数据收集的合法性争议。

2. 数据分析的准确性问题

大数据分析依赖于算法和模型，而算法和模型的设计可能存在偏差，导致数据分析结果不准确。在帮信罪的侦查中，如果数据分析不准确，可能会误判犯罪线索，浪费侦查资源，甚至导致错误地锁定犯罪嫌疑人。此外，犯罪嫌疑人可能会采取反侦查手段，如使用虚拟专用网络（VPN）、匿名通信工具等，对数据进行伪装和干扰，增加了数据分析的难度，影响数据分析的准确性。

3. 证据的证明力问题

大数据侦查获取的证据多为电子数据，电子数据具有易篡改、易丢失、依赖技术设备等特点，其证明力容易受到质疑。在帮信罪案件中，如何确保电子数据的真实性、完整性和合法性，是司法实践中面临的一个重要问题。例如，在收集服务器日志数据时，如果没有采取有效的数据保全措施，可能会导致数据被篡改或丢失；

在分析支付结算数据时，如何证明数据的来源和收集过程的合法性，也是影响证据证明力的关键因素。

三、大数据侦查模式面临的挑战

（一）存在违反罪刑法定、程序法定的嫌疑

1. 对罪刑法定原则的挑战

罪刑法定原则要求“法无明文规定不为罪，法无明文规定不处罚”，即犯罪和刑罚必须由法律明确规定。然而，大数据侦查在实践中，对于一些新型的犯罪手段和侦查方法，法律尚未作出明确的规定。例如，大数据侦查中涉及的数据挖掘、分析和使用行为，在法律上对于哪些数据可以收集、如何收集、收集后如何使用等问题，缺乏明确的界定。侦查机关在运用大数据技术进行侦查时，可能会超出法律规定的范围，对公民的合法权益造成侵害。

2. 对程序法定原则的挑战

程序法定原则要求侦查机关的侦查活动必须严格按照法律规定的程序进行。目前，我国关于侦查程序的法律规定主要是针对传统侦查模式制定的，对于大数据侦查这种新型侦查模式，缺乏具体的程序规范。如在大数据侦查中，侦查机关如何获取数据、如何进行数据存储和管理、如何保证数据的安全性和保密性等，都没有明确的法律程序可循。

（二）与个人信息保护相冲突

大数据侦查需要收集大量的个人信息，包括公民的身份信息、通信记录、交易记录、位置信息等。首先，在实际操作中，为了确保侦查效果，侦查机关可能会收集超出必要范围的个人信息，导致个人信息的过度收集。其次，侦查机关在收集个人信息后，对于这些信息的使用和管理缺乏规范的制度。最后，大数据侦查中使用的数据分析技术，可能会通过对个人信息的过度挖掘和分析，揭示出公民的隐私信息和敏感信息，如个人的健康状况、宗教信仰、政治倾向等，进一步加剧了个人信息保护的风险。

（三）对侦查行为监督的局限性

1. 内部监督的不足

侦查机关内部的监督机制主要是通过建立侦查流程管理制度、案件审批制度等方式来实现对大数据侦查活动的监督。然而，大数据侦查涉及复杂的技术和专业知

识，内部监督人员可能缺乏相应的技术能力和专业素养，难以对大数据侦查活动的合法性、合理性进行有效监督。

2. 外部监督的困难

外部监督主要包括检察机关的侦查监督和社会监督。检察机关作为法律监督机关，在对大数据侦查活动进行监督时，面临着信息不对称的问题。侦查机关掌握着大量的大数据侦查信息和技术细节，检察机关难以全面了解和掌握，导致监督效果有限。社会监督则由于大数据侦查的专业性和保密性，公众难以获取相关信息，无法对侦查活动进行有效地监督和评价。

（四）效率与人权保障的价值冲突

大数据侦查在提高侦查效率、打击犯罪方面具有显著优势，但在这一过程中，可能会牺牲一些人权保障方面的利益。例如，为了快速获取犯罪线索，侦查机关可能会采取一些对公民权利限制较大的侦查手段，如大规模收集个人信息、对公民的网络活动进行监控等，这些行为可能会侵犯公民的隐私权、通信自由权等基本权利。

（五）证据种类的归属问题

大数据侦查获取的证据形式多样，如电子数据、数据可视化结果、算法分析报告等。在我国现行的刑事诉讼法中，证据种类主要包括物证、书证、证人证言、被害人陈述、犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解、鉴定意见、勘验、检查、辨认、侦查实验等笔录、视听资料、电子数据等。对于大数据侦查中产生的一些新型证据，如通过机器学习算法得出的犯罪预测结果、利用数据挖掘技术生成的关联分析报告等，在法律上如何准确归类存在争议。

四、完善大数据侦查模式的一些思考

（一）法律体系的完善

1. 制定专门的大数据侦查法律法规

目前，我国关于大数据侦查的法律规定分散在《刑事诉讼法》《人民警察法》《网络安全法》《个人信息保护法》等法律法规中，缺乏一部专门针对大数据侦查的综合性法律。应尽快通过立法修法，明确大数据侦查的概念、原则、适用范围、侦查机关的权力和义务、数据收集和使用的规则、公民权利的保护等内容，为大数据侦查活动提供明确的法律依据。

2. 完善相关立法解释和司法解释

对于现有法律中涉及大数据侦查的模糊规定，应通过立法解释和司法解释进行明确。例如，对《刑事诉讼法》中“电子数据”的概念进行扩张解释，明确大数据侦查中产生的新型证据的法律属性和审查判断标准；对“明知”等主观构成要件在大数据侦查中的认定标准作出具体解释，解决司法实践中的法律适用难题，“智慧量刑”为裁量要件提供更多帮助。^②

（二）强化对大数据侦查的监管

1. 内部监管

侦查机关应建立健全内部监管制度，加强对大数据侦查活动的自我约束和规范。具体来说，要建立大数据侦查流程管理制度，对数据收集、分析、使用、存储等各个环节进行严格规范，明确各部门和人员的职责和权限，防止出现违规操作。建立大数据侦查质量评估机制，对大数据侦查的效果和合法性进行定期评估，及时发现和纠正存在的问题，不断提高大数据侦查的质量和水平。

2. 外部监管

检察机关作为法律监督机关，应加强对大数据侦查活动的监督力度。建立健全大数据侦查监督机制，明确监督的内容、程序和方式。检察机关在审查逮捕、审查起诉等环节，要加强对通过大数据侦查获取的证据的合法性审查，对违反法定程序收集的证据依法予以排除。同时，检察机关可以借助专业的技术力量，如聘请大数据专家、电子数据鉴定人员等，提高对大数据侦查活动的监督能力。

（三）明确大数据侦查的具体规则

1. 数据收集规则

明确大数据侦查中数据收集的范围和条件，坚持必要性和合法性原则。数据收集应仅限于与案件侦查相关的必要数据，不得收集与案件无关的个人信息和商业秘密。建立数据收集审批制度，对于涉及公民重大权益的数据收集行为，如收集公民的通信记录、位置信息等，必须经过严格的审批程序，由侦查机关负责人或上级机关批准。

2. 数据管理和使用规则

建立数据安全管理制度，对收集到的数据进行分类

管理和安全存储，采取必要的技术手段和管理措施，防止数据泄露、篡改和丢失。明确数据使用的范围和期限，数据只能用于案件侦查目的，不得用于其他无关用途。在案件侦查结束后，对于与案件无关的个人信息和商业秘密，应及时进行删除或销毁。

3. 证据审查规则

制定专门的大数据侦查证据审查标准，明确大数据侦查获取的证据的真实性、合法性和关联性的审查方法和程序。对于电子数据等新型证据，要注重审查数据的来源、收集过程、存储方式和完整性校验等方面，确保证据的真实性和可靠性。对于涉及复杂大数据技术的证据，如算法分析报告、数据可视化结果等，可以聘请相关领域的专家作为辅助人，协助法官和检察官对证据进行审查和判断。

五、结语

人工智能时代，大数据侦查模式作为一种新型的侦查手段，在打击犯罪、维护社会安全方面发挥了重要作用，但也面临着一系列的问题和挑战。我们需要以科学、理性的态度对待大数据侦查，既要充分发挥其优势，又要正视其存在的问题，通过完善法律体系、强化监管措施、完善具体规则等方式，不断规范大数据侦查行为，平衡打击犯罪与保障人权的关系，使大数据侦查模式在法治轨道上健康发展，为建设平安中国、法治中国提供有力的支持。

参考文献：

- [1] 陶逸君、杜志淳：《人工智能时代物证技术新发展及其在刑事侦查中的运用》，载《合肥工业大学学报（社会科学版）》，2023年第2期。
- [2] 任惠华、金浩波：《人工智能侦查的实践应用与制度构建》，载《河北法学》，2018年第6期。
- [3] 张全涛：《大数据侦查运行机理研究》，载《中国人民警察大学学报》，2023年第8期。
- [4] 李松珊：《论人工智能在视频侦查中的应用》，载《广西警察学院学报》，2023年第4期。
- [5] 柳郁萌：《论刑事诉讼中大数据证据的审查认定——从“算法透明”到“算法可信赖”》，载《湖北警官学院学报》，2025年第2期。
- [6] 蔚泽洋、巩隄：《轻罪立法背景下“供卡型”帮助信息网络犯罪活动罪的刑罚适用研究——以W市J区为例》，载《南海法学》，2025年第2期。

^②参见蔚泽洋、巩隄：《轻罪立法背景下“供卡型”帮助信息网络犯罪活动罪的刑罚适用研究——以W市J区为例》，载《南海法学》，2025年第2期。

跨区域逐利性执法 概述与改良初探

○黄云* 吴礼洋*

北京金诚同达（深圳）律师事务所

一、逐利执法特征

2024年12月16日，人民日报评论发表《“远洋捕捞”式违规执法的黑手必须斩断》的评论文章，指出“远洋捕捞”也即“跨区域逐利性执法”（以下简称“逐利执法”），

主要是指行政机关或者司法机关违法违规异地抓捕民营企业，查封、冻结、甚至划转外地企业和个人财产的行为。^①对此，笔者近两年办理刑案辩护过程中，同样也遭遇过案件涉及逐利执法的情况：一是浙江省某市

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

*吴礼洋，北京金诚同达（深圳）律师事务所律师。

^①张近山：《“远洋捕捞”式违规执法的黑手必须斩断 | 人民锐见》，载《人民日报评论》，2024年12月16日发表。

的开设赌场罪案件；二是湖北省某市的开设赌场罪案件，其中涉案企业均为在深圳市设立、经营的民营企业。由此，对于逐利执法笔者认为在多个方面存在共同之处。

（一）涉案主体层面

1. 多为民营企业

在逐利执法案件中，我们不难发现其中的涉案主体多为民营企业或民营企业家，这是由逐利执法的直接目的，以及部分民营企业的特质所导致的。逐利执法的根本目的在于获取经济利益，而民营企业作为市场经济的重要参与主体，其运营过程中必然伴随大量甚至巨额经济利益产生。然而，即便是掌握巨额财富的民营企业，在社会运行中也仅仅是普罗大众中的一员，在合法权益未得充分重视、完善保障的情况下，一旦某些执法机关决意使用国家公权力倾轧，民营企业及其中个人极难求存。

2. 多与互联网相关

上述笔者办理的两起有明显逐利执法迹象的刑事案件中，涉案企业所经营业务均依托互联网开展，而目前公开信息披露的涉逐利执法案件中，大部分也是与互联网相关的企业，并且行业分布相对集中，主要集中于社交电商、语聊平台、直播带货、游戏直播、盲盒运营等，同时地域分布上也相对集中于长三角、珠三角等发达地区。

（二）案件定性、程序层面

1. 罪名特征

逐利执法中，涉案企业、当事人多以某些特定罪名被刑事立案调查，如“伴伴”平台（国内语音房的头部平台）涉刑案由为开设赌场罪，“瑞德青春”公司涉刑案由为诈骗罪，“学力星球”平台涉刑案由为组织、领导传销组织活动罪等等。可见，逐利执法案件中对当事主体的定性和指控罪名无外乎开设赌场、诈骗、组织传销一类罪名，而正是相应罪名罪状上的简单描述或空白设计，为逐利办案机关在立案、侦办等程序上提供了极大“便利”。

2. 管辖关联极弱

我国刑事案件采取“犯罪地为主、被告人居住地为辅”的地域管辖规则，其中“犯罪地”的概念虽然相对明确，即包括犯罪行为地和犯罪结果地。但若与互联网关联，犯罪地的认定则骤然宽泛，根据相关规定还可以

包括被告人、被害人使用的信息网络系统所在地，以及被害人被侵害时所在地和被害人财产遭受损失地等。因此，特定情况下刑事案件事实上存在多地、多个执法机关可以管辖的可能性，特别是对依托互联网开展业务经营的企业而言，一旦某执法机关产生了逐利的动机，则可轻易通过辖区排查或“制造”关联直接介入管辖、刑事立案，然而这种情况下该执法机关实际上对案件管辖的关联性极弱。

3. 涉案财物巨大

根据我国相关法律法规的规定，司法机关在办理刑事案件过程中，对认定、处置涉案财物均有严格的程序规定。在逐利执法案件中，即便案件本身被立案侦查时仅涉及少量财物情节，或者涉案企业仅有小部分业务涉案，现实中却往往出现涉案企业、自然人巨额财物或所有财产均被查封、冻结，甚至出现案件仍在侦办涉案财物却被现行划转的情况。

4. 指定监视居住

公安机关正常办理刑事案件过程中，如需对涉案人员采取羁押刑事强制措施，基本都会在作出拘留决定后立即将相关人员送至看守所进行羁押。但在逐利执法案件中，却经常出现相关人员被跨地域抓捕后，立即被带至办案机关所在地指定的地点监视居住，而相应人员实际并不符合适用监视居住的条件，更毋论对其指定居所监视居住。究其原因，在于监视居住指定的居所仅要求具备正常生活、休息，便于监视、管理，保证安全的条件，而正常羁押的看守所则管理严格、规范，能够妥善保护在押人员的合法权益。

二、逐利执法成因

（一）涉案企业经营模式新颖

在如今推崇法治、法律法规不断完善的环境下，刑事案件不会在没有任何条件允许下轻易启动。但与此同时，刑事法律也在逐步扩充、延伸，一方面为社会稳定提供强力保障，另一方面则时刻将个人生活及企业经营的方方面面都涵括于刑事规制之下。结合我国《刑法》分则部分罪名罪状的规定现状，一旦某些执法机关决意使用刑事手段逐利，则可轻易为涉案主体“匹配”相适应的刑事罪名。

以笔者办理浙江省某市开设赌场罪案件为例，该案中涉案企业开展的业务为互联网聊天室平台，用户可根据分类、喜好在各类聊天室中互动交流。然而，由于该平台聊天室内设有第三方通道支付功能，同时又内嵌了可供用户参与不同类型棋牌小游戏的功能选项，部分用户在该聊天平台中自行组织赌博。虽然涉案企业在此期间对平台内的赌博现象采取了管控措施，包括封禁参与赌博用户账号、设置明显禁止赌博的提示等等，仍被浙江省某市公安局认定企业涉嫌开设赌场罪，指控其向用户提供进行赌博的平台，并以收取第三方支付通道手续费的形式从中获利，最终企业经营的所有财产均被查封、冻结，涉案金额高达数亿元。因此，在周密的刑事法律规定下，企业所经营业务一旦有任何“擦边”，最终都可能因技术上的有意处理而深陷刑案泥潭。

（二）跨区域管辖可能

前文已述，我国刑事案件的管辖虽然坚持以犯罪地管辖为主、被告人居住地管辖为辅的原则，但在特定罪名及特定场景下，“犯罪地”的认定则会极大宽泛。举现实案件为例，在涉案企业经营的互联网业务涉嫌开设赌场情况下，首先，最高法关于适用《中华人民共和国刑事诉讼法》的解释第二条第二款规定：针对或者主要利用计算机网络实施的犯罪，犯罪地包括用于实施犯罪行为的网络服务使用的服务器所在地，网络服务提供者所在地，被侵害的信息网络系统及其管理者所在地，犯罪过程中被告人、被害人使用的信息网络系统所在地，以及被害人被侵害时所在地和被害人财产遭受损失地等；其次，最高法、最高检、公安部《关于办理网络赌博犯罪案件适用法律若干问题的意见》中提出网络赌博犯罪案件管辖的“犯罪地”，包括赌博网站服务器所在地、网络接入地，赌博网站建立者、管理者所在地，以及赌博网站代理人、参赌人实施网络赌博行为地等。因此，在现实中经常出现逐利执法机关利用此类案件“沾边”就能管辖的特点，对涉案企业经营的互联网业务定性为开设赌场，进而以其所在辖区存在人员在该平台参赌为由，直接介入立案管辖，更有甚者还会出现“创造”连接点进行管辖的情况。可以说当前刑事案件管辖上的

相关规定，使弱关联、其他地域的执法机关进行管辖成为可能，也是发动逐利执法必要条件。

（三）案外因素驱使

逐利执法的根本目的在于通过行政或刑事罚没手段获取经济利益，因此影响正常执法异变为逐利的最大案外因素就在于其中的经济利益考量，而造成执法机关因为利益启动非正常执法行为，背后实则还有社会、经济以及相关政策的共同作用。

首先，近几年特别是受疫情、房地产行业转型等因素影响，我国经济上出现缓行的状况，而地方政府因传统收入来源受到限制，以及税收收入的下降，无疑对其财政造成了较大压力，于是地方政府不得不寻求其他途径拓展财政收入来源，而罚没收入也位列其中。近日财政部发布数据显示，2024年1月至11月的一般公共预算收入中，非税收入累计实现37088亿元，同比增长17%，其中11月非税收入2889亿元，同比大幅增长40.4%，与此同时，地方发布的统计数据也显示，罚没收入也在其中占据了一定比例。^②罚没收入的大幅增长，一方面是由于相关执法、司法机关年底结案的往常惯例，收缴、罚没的收入在此段时间大幅增加；另一方面综合本年度罚没收入的增加，以及对近年来该收入的增长趋势，特别是在地方财政收入所占比例的上升，地方罚没收入的现状确属异常，必须警惕并有效遏制相应趋势继续发展。

其次，依照我国《刑法》《刑事诉讼法》《罚没财物管理办法》等相关规定，一般而言行政、刑事案件中没收、追缴违法所得、罚金、罚款等罚没收入，应当按照国库集中收缴管理有关规定，全额上缴国库，纳入一般公共预算管理。同时，相关司法的财政预算、办案经费等资金直接来源于地方政府财政的拨付。由此，地方司法机关形成了这种“收支两条线”的管理模式，现有法律虽明文规定罚没收入一律上交中央、国库，但自上世纪80年代以来，司法机关在实践中逐步形成了“案款提留制”的潜规则，即地方政府将财政中司法机关上缴的罚没收入按照一定比例返还的制度，难以在短时间完全消除。因此，在地方财政传统收入受限的情况下，

^②张智：《11月非税收入增长40.4%！国务院要求关注罚没收入异常增长》，载《华夏时报》，2024年12月19日发表。

案款提留制这一制度上的缺口，更是刺激趋利执法频繁启动，补充财政、办案经费缺口的直接动力来源。

三、逐利执法改善建议

（一）管辖层面

虽然逐利执法利用了部分刑事案件管辖扩大的特殊情形，并以在先立案的方式排除其他更为适宜执法机关的正常介入，但本文认为出于对刑事犯罪的正常打击需要，现实中并不能排除执法机关对刑事案件的跨地域管辖权，对此，在管辖层面可以通过以下组合措施予以逐步改善。

1. 重视民营企业保护

针对逐利执法对象主要针对民营企业的状况，可在全国试行建立“特类企业”名录系统，与全国司法机关内部办案系统对接、共联，并在中央与地方各省层面设立相关部门开展对应工作。该名录系统具体面向地方各省市的民营企业，由各地主导所在地相关企业主动申报，申报标准、流程由中央负责部门联合各省主管部门相应制定，具体可取涉刑风险程度、经营规模、业务方向、行业类型等因素综合考量。申报标准、流程定立后，企业根据条件申报至各省主管部门审核，各省主管部门审查筛选符合标准的统一上报至中央负责部门再行核准，对经核准的企业收入该名录系统。同时还应制定定期考核程序，根据安排对名录中的企业进行定期审查，对已不符合条件、标准的及时予以剔除。

名录系统建立后，各地公安机关如因刑事案由需对纳入该名录系统中的异地企业进行管辖，立案前需逐级上报至与该企业所在地公安机关共同的上级公安机关审批，或层报至该共同上级公安机关，由其协调两地办案机关协商确定具体的管辖安排。该举措，可在不改变、突破现有确定具体管辖机关相关情形的前提下，以新增特定情形下前置审批流程的方式，以期能对通过抢先立案、争夺管辖而进行逐利执法的状况有所改善。

2. 拓展立案管辖后的救济途径

涉案主体被异地执法机关刑事立案侦查后，若其认为可能存在逐利执法情形的，除根据现有法律规定可向已立案公安机关提出管辖权异议外，还应赋予该主体向所在地（或其他更为适宜管辖公安机关）公安机关提出

异议，申请该公安机关发起层报流程至与当前案件管辖公安机关共同上级公安机关的权利，由该上级公安机关审查并做出相应决定。相应公安机关收到异议、申请后，应当及时予以审查并做出相应处理。同时，对于相应公安机关作出的处理决定，申请、异议人可以按照现有法律规定、程序申请复议、复核或申请相关检察机关进行监督。以此，在现有的渠道框架下，拓展并强化当事人在遭遇逐利执法情况下可获救济的实际效果。

（二）涉案财物处置层面

完善刑事涉案财物的认定、处置标准、程序，单独立法建立统一的刑事涉案财物处理法律法规，改变当前各执法、司法部门仅遵照各自部门所设法规进行认定、处置的现状。其次，在办理刑事案件过程中，对涉案财物应当另设单独的财产卷，明确相应财物的性质、归属等，随案移送并建立公开信息管理平台强化监督。同时，建立第三方财产管理人制度，对需定期维护、及时处置、易贬损价值等不适宜长期查扣、封存的涉案财物，应委托独立、专业的资产管理人进行处置，维护各方利益。

（三）罚没收入层面

依法施行罚没财物统一上缴中央财政的现有规定，出台法规明文禁止地方政府“截留”相关罚没财产，并明确禁止任何形式的提成、返还，消除“案款提留”制度下罚没收入与地方财政、司法经费的潜在共生关系。与此同时，开展中央主导下监督、整顿活动，严格监管地方罚没收入的收缴、上交流程，严厉追究、惩处违法处置涉案财物、罚没财产相关人员、部门单位的法律责任。

四、结论

围绕获取利益这一根本目的，本文通过阐述逐利执法活动中存在的共性特征，通过表象所展现的统一之处，进而从多个层面分析逐利执法出现的原因、动机以及在动力来源，并有针对性地提出了初步的改善设想。当前逐利执法现象已成为社会共同关注的热点之一，本文提出的分析、构想或许未臻完善，但期望通过讨论、交流与学术、实践各界共鸣、磨合思想，在维护法治、保护民营经济、营造良好社会营商环境的道路上共同奋进努力。

生成式人工智能服务提供者 侵害著作权之责任认定

全球 AIGC 平台侵权第一案的是与非

○屈文静* 广东邦燊律师事务所

2024年2月，广州互联网法院作出（2024）粤0192民初113号民事判决（下称“113号民事判决”），判决书显示：“奥特曼”系知名动漫形象，新创华公司获得了“奥特曼”形象的授权；AI公司经营的Tab网站具有AI对话及AI生成绘画功能；新创华公司发现，当在Tab网站输入“生成奥特曼”关键词时，Tab网站会出现与奥特曼形象构成实质性相似的形象，故提起诉讼；法院认为，AI公司侵害了新创华公司享有的著作权。该案被称之为全球AIGC平台侵权第一案。本文结合该案判决的认定、生成式人工智能相关规定及法学理论，分析生成式人工智能服务提供者（下称“提供者”）的责任认定。

一、提供者与专有权利的侵害

著作权是一系列法定专有权利的集合，任何人未经许可而实施受专有权利控制的行为，又没有法律规定的例外情形，则构成对相应著作权的侵害。《著作权法》第十条规定了十余项著作财产权。对于各项著作财产权而言，每项权利都控制相应行为。根据著作权法定原则，著作权具有对世效力，权利范围明确才能使公众合理预期相应法律后果。因此，在《著作权法》规定的权利控制范围之外，则不是侵害著作权的行为。

根据113号民事判决，法院认为由Tab网站生成的图片，复制了“奥特曼”形象的独创性表达，侵害了权利人的复制权；Tab生成的图片部分保留了奥特曼形

象作品的独创性表达，并在保留该独创性表达的基础上形成了新的特征，侵害了权利人的改编权。法院认定AI公司侵权成立的逻辑是，AI公司运营Tab网站，图片由Tab网站生成，且符合“实质性相似”等侵权构成要件，故AI公司的行为已落入权利人著作权的控制范围。AI公司提出抗辩，网站的AI绘画功能是通过第三方服务商实现，但法院在认定侵权是否成立时并未对此予以评述。AI公司关于第三方服务商的抗辩，对应著作权法意义的抗辩理由可能有两个，一是其意在提出合法来源抗辩，二是其认为其是网络服务提供者而不存在侵权行为。本文认为，AI公司提出的第三方服务商的抗辩无法成为其不构成侵权的理由。

（一）提供者承担网络信息内容生产者的责任

《生成式人工智能服务管理暂行办法》第九条规定，提供者应当依法承担网络信息内容生产者责任。根据该规定内容，提供者为网络信息内容生产者，故无论提供者是否存在第三方服务商，亦或其是否存在事实上的信息内容生产，提供者已经被定性为信息内容生产者，其应对信息内容可能存在的侵权承担责任。

（二）提供者不适用合法来源抗辩

合法来源抗辩，一般指销售商销售不知道是侵权的商品，如能够证明该商品具有合法来源，虽然侵权成立，但销售商不承担赔偿责任。根据《著作权法》规定之“复制品的发行人”等规定内容，合法来源抗辩仅适用于侵

* 屈文静，广东邦燊律师事务所主任，担任中国电视剧制作产业协会娱乐法研究基地研究员、北京市文化娱乐法学会理事等社会职务，在《版权维权研究与实务》《广东知识产权》《广东律师》“知产力”等期刊、公众号发表专业文章三十余篇。

害发行权之情形，并不涉及其它著作权权项。^①然而，提供者如果已被定性为内容生产者，提供者的行为则是生产行为，对应可能侵害的是复制权与改编权，合法来源抗辩已无适用空间。而且，合法来源抗辩仅影响赔偿责任的承担，亦不能否定其侵权成立。

（三）提供者不同于网络服务提供者

著作权的侵权情形可以分为直接侵权和间接侵权两类。行为人的行为落入权利人著作权的控制范围，为直接侵权。间接侵权行为，是指故意引诱他人侵权，或为侵权行为提供帮助，以及在特定情况下准备或扩大侵权后果的行为。^②典型的间接侵权体现在互联网领域，网络服务提供者虽不直接提供作品，但其在自身存在过错的情况下承担侵权责任。不同于传统的网络服务提供者，提供者具有参与内容生产等特点，^③这亦是提供者被定性为内容生产者的原因。提供者作为内容生产者，不同于传统的网络服务提供者，其不适用“避风港原则”。

因此，根据《生成式人工智能服务管理暂行办法》的规定，提供者已经被定性为内容生产者，在此前提下，提供者对人工智能生成内容的侵权承担责任。

二、提供者与赔偿责任的承担

侵权成立与承担赔偿责任是两个问题。著作权直接侵权的成立，无需考量行为人过错，但过错会影响赔偿责任的承担。113号民事判决亦是两个问题分开阐述，先论述侵权是否成立，然后分析AI公司是否存在过错而确定赔偿责任的承担。113号民事判决认为，AI公司违反了《生成式人工智能服务管理暂行办法》的诸多义务而具有过错，应当承担赔偿责任。对此，笔者认为：

（一）《生成式人工智能服务管理暂行办法》规定之内容并非当然是民法的注意义务

民法与公法的功能不同，民法调整民事法律关系，涉及市民社会的活动自由及秩序；而公法的主要功能在于限制行政权力。违反公法，并不当然承担民法上的责任。

公法义务若成为民法中的注意义务，需通过民法中链接性条款或转介条款。民法中链接性条款需在民法规范寻找，而大多数的公法责任系通过转介条款成为民法义务。转介条款系指公法中保护他人之法律，其以保护作为民事主体的他人为全部或部分目的，其所规定的行为义务即已明确界定了行为人对他人的行为义务，是行为人对特定人或特定群体的私人而负的义务。^④违反保护他人之法律而承担民事责任，要求被违反的公法规范具有保护他人之目的，且受害人和被侵害法益处于该规范的保护范围之内。^⑤因此，违反某公法规范是否承担民事责任，需结合该规定的规范目的、被侵害法益等情况具体分析。

《生成式人工智能服务管理暂行办法》是国家网信办等七部门制定的部门规章，规定内容体现了行政部门对生成式人工智能的监管与治理，具有明显的公法属性，违反该办法规定之内容并不当然承担民事责任。因此，不能因AI公司违反了《生成式人工智能服务管理暂行办法》规定之情形而直接认定其应承担赔偿责任。

（二）《生成式人工智能服务管理暂行办法》规定之义务与保护他人之法律的违反

根据113号民事判决，AI公司的侵权体现在，使用者输入关键词时会出现与权利人作品构成实质性相似的内容，判决认为AI公司未尽到《生成式人工智能服务管理暂行办法》规定的合理注意义务。因《著作权法》等民事法律没有链接性条款可直接适用《生成式人工智能服务管理暂行办法》，故提供者违反该办法规定之内容是否承担民事责任，取决于提供者是否违反了保护他人之法律。

《生成式人工智能服务管理暂行办法》共24条，包括立法目的、技术发展和治理、服务规范、法律责任等内容。对于113号民事判决引述的三条规定：（1）第十五条系对违法内容采取的措施及投诉机制，涉及他人权利受到侵害时的救济，但权利人在该案中并未因此受到损害。（2）第四条规定了遵守法律规定与尊重社会公德、伦理道德，系原则性规定，并未给提供者设定

具体义务。而且，根据113号民事判决，AI公司未履行的义务是提示用户不得损害他人著作权，而使用者与被保护权益的损害并无直接关系。当然，在侵权形象的生成过程中，使用者（本案原告）有充分参与。但如果因使用者的行为导致权利人（本案原告）受到侵害，则应考量使用者是否会成为提供者侵权的阻却事由。（3）第十二条系对生成内容进行标识的规定，目的在于明确人工智能生成内容的出处，防范虚假信息的生成，^⑥与权利人的著作权受到侵害没有直接关系。

因此，AI公司虽可能违反了《生成式人工智能服务管理暂行办法》，但受害人和被侵害法益不处于相应规范的保护范围，不应据此认定AI公司未尽到合理注意义务而存在过错。

（三）提供者赔偿责任的确定

事实上，根据提供者侵害著作权之情形，可直接确定提供者具有过错。著作权侵权行为可分为两类，一类是形成侵权作品型著作权侵权：复制侵权、改编侵权、汇编侵权；一类是传播他人提供侵权作品型著作财产权侵权，包括发行权、出租权、表演权等等。对于形成侵权作品型的著作权侵权主观过错是非常明显的，而对于传播型侵权者承担损害赔偿责任，则需证明过错的存在。^⑦亦有意见认为，对于直接侵权而言，行为人违反了《著作权法》明确规定的不得擅自实施的法定义务，行为人作为理性人，应当推定其存在过错。^⑧根据这两种意见，现AI公司侵害了权利人的复制权、改编权，则AI公司存在过错，其应承担赔偿责任。

因此，在提供者为用户内容生产者的前提下，提供者应对文本与数据的来源合法负责，承担相应赔偿责任。

三、提供者的义务与113号民事判决确定的注意义务

司法实践中，法院很少就著作权的侵权成立与赔偿责任承担与否分别进行评述，因为对于多数著作权的权项侵害而言，行为人的过错明显，已无需再进行评述。113号案民事判决亦可因提供者是内容生产者，直接确定其赔偿责任的承担，论证逻辑为：内容生产者→侵害复

制权、改编权→承担赔偿责任。然而，该判决花费了大量篇幅论述提供者的合理注意义务，其可能是有意为之。

（一）提供者不能承受之重——获取权利人的事前授权

提供者对人工智能生成内容侵权涉及的义务主要包括两个方面，一是文本与数据挖掘合法，二是侵权生成内容的事后删除。在发现侵权内容后，提供者可以做到对侵权内容的删除。但数据训练是人工智能技术发展的底层支撑，人工智能通过海量的数据进行训练，要求提供者“事前授权”并不现实。^⑨因此，要求提供者获取文本和数据的授权，乃提供者不能承受之重。对于提供者的免责，虽有各种意见提出解决办法，如将人工智能使用数据纳入合理使用范畴，^⑩但根据目前合理使用之相关规定，合理使用并无适用空间。

（二）113号民事判决认定提供者的合理注意义务

根据113号民事判决，其意在为提供者确定一个合理、可负担的注意义务。但有意见认为该案认定提供者的注意义务过高。我们发现，113号民事判决并没有要求提供者获取权利人的授权，且其要求提供者的三方面内容，提供者均可做到。如果提供者按该判决确定的合理注意义务就可免除赔偿责任，则提供者的合理注意义务并不高。

四、结语

提供者侵害著作权的责任包括侵权责任的成立与赔偿责任的确定。“内容生产者→侵害复制权、改编权→承担赔偿责任”的认定逻辑，系基于《生成式人工智能服务管理暂行办法》关于提供者系内容生产者的界定，而该规定内容亦是公法规范，同样需经过公法至私法的转介。而且，内容生产者是否与传统的产品生产者含义相同亦是问题。当然，根据提供者参与内容创作等特点，提供者作为民法上的生产者具有法理基础。不同于司法实践中的多数判决，113号民事判决在认定提供者侵害了权利人复制权、改编权的同时，又具体分析了提供者的合理注意义务，无论该判决的认定是否妥当，均可以看到该判决在现有法律框架内界定提供者责任的纠结与努力。

① 屈文静：《网络销售所涉著作权侵权两题——侵害信息网络传播权的认定及合法来源抗辩的适用》，2023年4月7日，载微信公众号“知产前沿”。

② 王迁、王凌红：《知识产权间接侵权研究》，中国人民大学出版社2008年版，第1-3页。

③ 徐伟：《论生成式人工智能服务提供者的法律地位及其责任——以ChatGPT为例》，载《法律科学》2023年第4期；高阳：《通用人工智能提供者审查注意义务的证成》，载《东方法学》2024年第1期。

④ 解亘：《论管制规范在侵权行为法上的意义》，载《中国法学》2009年第2期；苏永钦：《走入新世纪的私法自治》，中国政法大学出版社2002年版；朱虎：《规制法与侵权法》，中国人民大学出版社2018年版。

⑤ 朱虎：《规制法与侵权法》，中国人民大学出版社2018年版，第248页。

⑥ 张凌寒、贾斯瑶：《人工智能生成内容标识制度的逻辑更新与制度优化》，载《求实学刊》2024年第1期。

⑦ 何怀文：《中国著作权法：判例综述与规范解释》，北京大学出版社2016年版，第635页、649页。

⑧ 朱丹：《过错认定及其著作权侵权赔偿责任》，载《人民司法》2013年第7期。

⑨ 张平：《人工智能生成内容著作权合法性的制度难题及其解决路径》，载《法律科学》2024年第3期。

⑩ 焦和平：《人工智能创作中数据获取与利用的著作权风险及化解路径》，载《当代法学》2022年第4期。

专利侵权诉讼中的 可预见性例外原则或被废止

○孙大勇* 北京大成（深圳）律师事务所

专利侵权诉讼中的可预见性例外原则（又称“可预见性规则”），是司法实践中为限制等同侵权原则过度扩张而发展形成的一项重要制度。其核心在于防止专利权人将申请日前已预见但未写入权利要求的技术方案，通过等同原则在侵权判定中纳入保护范围，从而平衡专利权人利益与社会公众的信赖利益。

一、中国可预见性例外原则的起源与核心逻辑

中国司法界首次明确适用可预见性规则的案例是最高人民法院2015年审结的(2015)民申字第740号案（下称“进水套锥面案”）。该案中，法院指出：“锥面或平面均是涉案专利申请时，该领域普通技术人员普遍知晓的技术方案，因此，专利权人将权利要求中该技术特征限定为锥面是将平面排除在涉案专利权的保护范围之外。鉴于，在侵权判定时，不能将技术特征锥面扩大到平面予以保护，否则将有损社会公众对专利权保护范围确定性和可预见性的信赖，从而损害社会公众的利益，动摇专利制度的基石。”此案确立了可预见性规则的核心逻辑：若专利权人在申请时已知某技术手段，却未将其写入权利要求，则不得在侵权诉讼中通过等同原则主张该替代方案。为确立该原则，最高人民法院不惜针对前后相同案例情形作出截然相反的判决。

二、最高人民法院态度转变：从确立到否定？

就在业界积极研究可预见性例外原则的具体适用时，最高人民法院却在(2024)最高法知民终670号案件（简称“670号案”）中明确否定了可预见性例外原则的适用。在该案中最高院提到：“关于本案能否适用可预见性规则排除等同侵权适用。某2公司上诉称，‘底座+凸部’结构在涉案专利申请日前已属于普遍知晓的技

术方案，应依据可预见性规则将其排除在涉案专利的保护范围之外。对此，本院认为，我国专利法及相关司法解释并未明确规定可预见性规则。某2公司的该上诉主张，缺乏法律依据。”（备注：“某2公司”应该是案例数据库提供方对当事人信息的脱敏表述）

可预见性例外原则本就由最高院提出，的确没有法律和司法解释对其明文规定，这是不争的事实。然而在知识产权审判领域，司法实践中适用的很多原则本就有实践的性质，虽无法律和司法解释的规定，但仍被司法实践所遵循，譬如专利侵权诉讼中的抵触申请抗辩原则、权利要求不清楚抗辩等。最高院明知可预见性例外原则是一条实践性原则却在670号案中明文“我国专利法及相关司法解释并未明确规定可预见性规则。某2公司的该上诉主张，缺乏法律依据”，这种表述不得不让人揣测其背后的深意：最高院拟废止可预见性例外原则的适用？

三、废止信号的逐步释放

经回溯最高院近期裁判的案件，笔者发现最高院在(2024)最高法知民终247号案件（简称“247号案”）似乎已经在酝酿废止可预见性例外原则的适用。在该案中，一审法院在“齿轮与轴固定关系”部分论述到：“键连接为专利权人撰写专利时可预见的常规连接固定方式，专利权人应当预见到却将权利要求中该技术特征限定为销连接，未将键连接纳入专利权的保护范围。鉴于此，在侵权判定时，不能将技术特征由销连接等同到键连接予以保护，否则将有损社会公众对专利权保护范围确定性和可预见性的信赖。”即一审法院基于可预见性例外原则排除了等同原则的适用，没有将“键连接”等同到涉案专利“销连接”的保护范围中来。最高院在二

审查到此节事实时却作出如下认定：“对于本领域技术人员来说，键连接与销连接均属于惯常机械连接方式，其功能、效果基本相同，本领域技术人员在被告侵权行为发生时无需经过创造性劳动能够联想到采用键连接的方式替代销连接的方式，二者构成等同。一审判决对此认定有误，本院予以纠正。”由此可知，最高院虽然没有明文反对适用可预见性例外原则，但其在维持原判最终结论的同时却单独挑出该节侵权判定予以专门纠正，该事实本身已经说明了其有意释放废止适用可预见性例外原则的信号。

笔者继续回溯发现，最高院在(2023)最高法知民终927号以及(2022)最高法知民终2667号案均坚持可预见性例外原则的适用。经前后回溯比较，笔者认为最高院不适用可预见性例外原则已经从247号案的犹抱琵琶半遮面，转换为670号案中简单直接的否定。

经核实，670号案跟247号案的合议庭成员既不交叉也不重叠，这说明最高院不适用可预见性例外原则并非个别合议庭或法官的意见。此外，从670号案和247号案的裁判文书号来看，该两案均由最高人民法院知识产权法庭作出。国务院新闻办公室曾于2018年12月29日举办最高人民法院知识产权法庭有关情况的新闻发布会，时任最高人民法院副院长、知识产权法庭庭长罗东川在答记者问时明确提到，知识产权法庭成立的意义之一就是“统一和规范裁判尺度，加大知识产权的保护力度。”因此，最高人民法院知识产权法庭相对于其他法院和法庭自带更多对同案不同判保持谨慎、克制态度的基因。故此，670号和247号案的司法态度不可视为最高人民法院知识产权法庭的个案态度。由此观之，废止可预见性例外原则若无立法或司法解释上的突破，在司法实践中废止似乎已成定局。

四、废止趋势的深层原因

环观域外，可预见性规则最早可追溯至2002年美国联邦巡回上诉法院的判例。在Johnson & Johnson Assocs. v. R. E. Serv. Co.案中，Rader法官首次提出，等同原则不能将专利权人在申请时已预见且应纳入权利要求的技术方案通过等同侵权进行扩张。这一观点虽未直接形成判例法依据，但为后续司法实践提供了理论基础。然而，美国联邦巡回上诉法院在后续的Ring & Pinion

案中又明确反对该规则，认为等同原则的适用不应受申请时技术替代方案的预知性限制，导致该规则在美国至今未形成统一适用标准。

在中国的专利侵权诉讼领域，可预见性例外原则的适用始终伴随着制度价值与实践效能的平衡困境。尽管我国司法实践中已积累相当数量的典型案例，但学界与实务界对其可能引发的负面效应仍存诸多争议。核心争议焦点在于：该规则是否会导致专利撰写质量要求被推升至不切实际的严苛标准，进而实质架空等同原则的制度功能，最终削弱创新主体的维权动力。

此外，在“明知或足以预见”的认定标准上，司法实践暴露出显著的主观认知回溯难题。判断专利权人主观认知状态需进行“时空穿越式”推演——既要还原申请日的发明人自身的技术认知图谱，又要评估申请日当时公开信息披露的充分性。这种裁判逻辑容易陷入双重困境。

困境1：认知标准异化

将“本领域普通技术人员”的客观认知标准与专利权人的主观认知义务混为一谈，导致“事后诸葛亮”式裁判风险。换言之，专利权人在申请涉案专利时没有想到，从而并非有意放弃的技术方式，仅因本领域的普通技术人员这个假想的人在申请日前能够获悉，裁判者就推定专利权人能够想到并有意放弃相关技术方案。

困境2：证据评价失衡

受不同时期现有技术检索范围、技术启示关联性等因素的影响，关键证据的证明标准缺乏统一尺度，易使“可预见性”认定沦为裁判者的主观价值判断。实际上现有技术在不同时期的公开程度是不同的，可资检索的数据库亦有很大的不同，专利法意义上已经公开的技术，侵权发生之时能够检索到并不当然代表在涉案专利的申请日前就当然能够检索到。

五、结语：可预见性例外原则的未来

凡此种种，导致可预见性例外原则并未获得业界的一致认可。实际上，专利诉讼中的很多裁判原则有的通过司法实践最终被提升为法律，例如现有技术抗辩原则、等同原则等；有的则在实践多年后最终被抛弃，例如多余指定原则、改劣发明原则等。可预见性例外原则最终能否通过立法或司法解释被保留或被司法实践所坚持，我们拭目以待。

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

“挂靠”工程款 在破产程序中的 解决之道

○邢硕* 上海市锦天城（深圳）律师事务所

工程“挂靠”的情况在实务中屡见不鲜，若被挂靠企业正常运营，能配合追款的情况下，挂靠方及被挂靠方皆大欢喜，但随着经济形势的变化，尤其是近年来房地产市场下行等各种原因，一些被挂靠方走向破产清算或重整。一旦被挂靠方走向破产，挂靠方还能不能正常收款，该如何收款，以及收到的款项该如何确权？能不能最终由挂靠

方享有，无疑都将存在巨大的不确定性。本文探讨的破产程序，均针对的是被挂靠企业进入破产程序。

笔者既有从破产管理人的角度参与处理“挂靠”工程款问题，亦有帮助工程挂靠方向破产管理人主张“挂靠”工程款的经历，结合不同角色的不同角度，综合谈谈“挂靠”工程款面临被挂靠企业破产时的解决之道。

一、“挂靠”基础法律关系探讨

《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》第一条第（二）项规定，没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义订立的建设工程施工合同，应当依据《民法典》第一百五十三条第一款的规定，认定无效。

实务中，为了尽可能规避“挂靠”合同被认定为无效的风险，“挂靠”双方亦可能改签为“合作协议”之类的合约。本文的重点不在于“挂靠”操作本身的合理合法性，因而不在于“挂靠”双方的合作形式方面展开探讨，为了便于形象地理解，在本文中此类操作均仅笼统称之为“挂靠”，并仅重点研讨资质借用情况下出借资质的企业面临破产，“挂靠”工程款该如何处理？

工程挂靠行为存在三方当事人，两个法律关系。三方当事人即发包人、被挂靠方、挂靠方（或称实际施工人）。两个法律关系，一是没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义与发包人之间的工程承包合同关系；二是名义承包人的被挂靠方与实际施工人之间的挂靠合同关系。

尽管“工程挂靠”合同关系依据前述司法解释无效，《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第二条规定：建设工程施工合同无效，但建设工程经竣工验收合格，承包人请求参照合同约定支付工程价款的，应予支持。该司法解释于2005年1月1日起施行，因《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》等施行而于2021年1月1日废止，各地法院出台过的地方司法文件仍然照搬“建设工程施工合同无效，但建设工程经竣工验收合格，承包人请求参照合同约定支付工程价款的，应予支持”者众，即实务中法院大多仍然基于该原则处理涉及“工程挂靠”的建设工程施工合同。

综上，如果被挂靠方未进入破产，在工程质量合格的情况下，承包人有权按照施工合同约定向发包人主张合同价款；基于公平原则，实际施工人也有权要求承包人向其支付扣除管理费后的工程价款。

二、挂靠方在被挂靠方进入破产程序下的困境

被挂靠方一旦被法院受理破产，则依据《中华人民共和国企业破产法》第十三条之规定，人民法院裁定受

理破产申请的，应当同时指定管理人。一旦管理人接受法院指定，将开始接管被挂靠方，依据《中华人民共和国企业破产法》第二十五条之规定，管理人履行下列职责：……（五）在第一次债权人会议召开之前，决定继续或者停止债务人的营业；（六）管理和处分债务人的财产；（七）代表债务人参加诉讼、仲裁或者其他法律程序。

以上法律规定意味着：一旦被挂靠方被受理破产，原本由挂靠方、被挂靠方经办人员之间保持的良好沟通将不得不中止，被挂靠方的一举一动，在第一次债权人会议召开之前将由管理人来决定，之后将通常是由债权人会议决定，由管理人执行；如果不能妥善达成相关方案，则被挂靠方将不会再直接依据此前的“挂靠”协议帮助挂靠方追收工程款及转付工程款。

《中华人民共和国企业破产法》第十八条还规定：人民法院受理破产申请后，管理人对破产申请受理前成立而债务人和对方当事人均未履行完毕的合同有权决定解除或者继续履行，并通知对方当事人。管理人自破产申请受理之日起二个月内未通知对方当事人，或者自收到对方当事人催告之日起三十日内未答复的，视为解除合同。管理人决定继续履行合同的，对方当事人应当履行；但是，对方当事人有权要求管理人提供担保。管理人不提供担保的，视为解除合同。

以上法律规定意味着：1. 管理人对以被挂靠方名义与发包方签订的施工合同、挂靠方与被挂靠方签订的“挂靠”协议或类似目的的协议均拥有法定的解除权；2. 如果管理人做出选择合同的决定，被挂靠方的合同相对方无权拒绝，背后的原因在于被挂靠企业已经进入了破产流程，通常破产企业不具备继续履行合同的便利或能力，因而法律就做出了这样的规定；3. 如果管理人向发包方提出继续履行合同的请求，则发包方有权要求管理人提供担保，如果管理人不提供担保，则视为发包方关于解除合同的主张相应成立；4. 依法而言，管理人如果想要继续履行合同，应当在破产受理之日起二个月内通知对方当事人，或者自收到对方当事人催告之日起三十日内及时答复，否则合同将视为解除。

如果上述困境不能突破，身为实际施工人的挂靠方还要不要继续施工？挂靠方的工程款还能不能收回？工程款即便收回后，管理人能不能及时转付给挂靠方该转多少给挂靠方？……都将成为严重困扰挂靠方的问题。

*邢硕，上海市锦天城（深圳）律师事务所律师，擅长融资、并购、公司日常运营、清算重整、保险理赔、民商事诉讼仲裁等法律服务。

在这期间，又有哪些操作要领，才能避免一招不慎满盘皆输？无疑极大程度考量着挂靠方的智慧。

明白上述法律规定后，挂靠方就应该明白：在被挂靠方被受理破产情况下，如果挂靠项目尚有工程待施工，或者有维保任务待完成，这两种情况通常同时意味着有工程款待回收；或者，仅有款项待从发包方收回。挂靠方均至少需要解决两方面的难题：一是求得管理人的帮助，愿意以被挂靠方之名，继续以被挂靠企业之名继续履行与发包方之间的合同，二是在破产相关法律法规之下，争取管理人的认可，同意将被挂靠方从发包方收回的款项转付给挂靠方。

三、继续履行施工合同的争取

如前所述，挂靠方有必要在获知被挂靠方被受理破产后第一时间主动与管理人对接，争取促成管理人自破产申请受理之日起二个月内主动向发包方发出继续履行施工合同的通知。为了说服管理人同意决定继续履行施工合同，笔者建议可以从以下思路进行争取：

（一）继续履约能减少被挂靠方负债，增加被挂靠方收益

依据《中华人民共和国企业破产法》第五十三条之规定，管理人或者债务人依照本法规定解除合同的，对方当事人以因合同解除所产生的损害赔偿请求权申报债权。也就是说，如果施工合同被管理人解除，则发包方将有可能就因合同解除所产生的损害赔偿请求权向被挂靠方主张债权。如能继续履约完成工程项目，发包方则不会根据施工合同追究被挂靠方延误工期责任。

（二）继续履约有利于维持被挂靠方品牌形象

这一点对于期望在破产程序中重整的被挂靠方尤为重要，如果以其名义签订的施工合同因为其陷入破产程序而不能继续，势必进一步影响其形象和重整的可能性，反之，如继续履约完成工程建设，则有利于维持被挂靠方品牌形象，对促成重整有积极意义。

（三）项目事实上具备继续履约条件

根据被挂靠方与挂靠方的“挂靠”协议，挂靠施工项目实际上完全可能在被挂靠方与挂靠方的合作下由挂靠方作为实际施工人继续完成工程。就此而言，不但施工合同的推进能够得到妥善解决，而且不会给被挂靠方增加任何履约负担，管理人也就不会因为做出继续履

的决定或建议而承担更大压力。

基于上述方案和管理人友好沟通，管理人同意向发包方发出继续履行施工合同通知的可能性就大大增加。

四、工程款收到被挂靠方后转付的解决之道

不言而喻的是，挂靠方在说服管理人同意以被挂靠企业之名继续与发包方履行施工合同的同时，就有必要说服管理人同意被挂靠企业收到工程款后能够及时转付给挂靠方，否则，继续履行施工合同对挂靠方而言就失去了全部意义。结合笔者处理类似案件的经验，被挂靠企业被受理破产后，代为收取的工程款是否应当转付给挂靠方？有必要透视以下几种观点：

第一种观点认为：发包人将工程款支付给被挂靠方后，工程款从形式上已成为被挂靠方的财产，而实际施工人有权请求被挂靠方参照挂靠合同约定扣除一定管理费后支付工程款，是基于双方之间的挂靠关系或者合作关系。实际施工人的请求权是基于挂靠合同中的相关约定，是一种合同法意义上的债权请求权；在被挂靠方被受理破产的情况下，挂靠方只能向被挂靠方的管理人申报债权，由管理人对相关数额进行核定，该债权并不比其他任何普通债权享有优先性。

这种观点存在人性上的悖论：普通债权通常清偿率极低甚至根本就没有清偿，挂靠方也就失去了继续干活的动力，而管理人本身并不具备组织施工队履行施工合同的可能。

第二种观点认为：挂靠施工项目下的工程款实质上是身为实际施工人的挂靠方的财产，不是被挂靠方的财产。实际施工人作为财产实际权利人有权依据《中华人民共和国企业破产法》相关规定行使财产取回权，即可以向管理人主张取回全部工程款。

这里讲的破产取回权，是一种物权请求权。破产取回权是指在破产程序中，对于不属于债务人的财产，其权利人享有的取回该财产的权利。《中华人民共和国企业破产法》第38条规定：人民法院受理破产申请后，债务人占有的不属于债务人的财产，该财产的权利人可以通过管理人取回。但是，本法另有规定的除外。《最高人民法院关于适用〈企业破产法〉若干问题的规定（二）》第2条亦规定：基于仓储、保管、承揽、代销、借用、寄存、租赁等合同或其他法律关系占有、使用的

他人财产不属于破产财产。

尽管这种观点确实有一定的合理性，但不可避免地存在一个新的争议：工程款作为货币，这样一种特殊的财产能否形成取回权。除非用于收藏的特种货币属于种类物，而普通的货币在交易上显然可以相互替代，一旦工程款转入被挂靠方账户，可能难以区分账户中的货币财产是不是就是挂靠项目的工程款。

第三种观点认为：尽管破产受理日之前进入被挂靠企业账户的工程款不能直接转付给挂靠方，但如果在破产受理日之后，挂靠方凭借自己的力量收回的款项，或者挂靠方继续施工、或者继续承担维保任务而收到到被挂靠企业账户、或者管理人账户的款项，就此而言，对破产企业而言亦是好事，最直接的、最有依据的，就是可以依据挂靠合同收取相应的管理费，在不增加破产企业其他负担的情况下，该收入被挂靠企业账户、或者管理人账户的工程款构成对挂靠方的债务，而且是共益债务，应在依据挂靠合同扣减管理费后支付给挂靠方。

这里讲到的共益债务，在破产程序中是可以优于其他债务而随时清偿的债务。《中华人民共和国企业破产法》第四十二条规定：人民法院受理破产申请后发生的下列债务，为共益债务：……（三）因债务人不当得利所产生的债务。而第四十三条规定：共益债务由债务人财产随时清偿。

综合上述观点，持第二种、第三种观点者，比较容易得出一个结论，即：在破产受理日之后，尤其是管理人接管被挂靠企业后，管理人同意继续履行施工合同的，继续借助挂靠方的力量而获得的工程款，可以认定为破产企业代挂靠方收取的款项，挂靠方才是该款项的实际所有人，款项应当转付给挂靠方，这应该是挂靠方最希望的局面。

退一步的情况，是在破产受理日之后，在管理人接管被挂靠企业后，管理人同意继续履行施工合同，但其实无需借助挂靠方的力量，发包方就将款项支付到了被挂靠企业账户上，这种情况下，挂靠方在破产受理日之后很可能没有出力，在破产受理日之前有出力，钱该不该转付给挂靠方，存在一定争议。根据笔者经验，此争议解决的关键仍然在于该款项所有权的认定。考虑款项能收回的根本原因仍在于挂靠方的付出，被挂靠企业对款项的收取实际上并无贡献，如果不认可挂靠方的付出则被挂靠方亦将构成不当得利，基于《中华人民共和国

企业破产法》第四十二条关于因债务人不当得利所产生的债务应当认定为共益债权的规定，此种情况下收回的款项所有权还是应当归实际施工人所有，该款项应当转付给挂靠方。不得不强调的是，尽管笔者认为此观点最为合理，但仍然不排除管理人在实务中出现不同理解，拒不将款项转付给挂靠方的可能，毕竟，管理人存在坚持第一种观点的可能。为了避免出现这样的局面，笔者建议挂靠方加强与管理人沟通的同时，要注意保持与发包方的沟通，一旦被挂靠方被受理破产，挂靠方有必要及时主动与发包方联系，协调发包方暂缓支付工程款，待挂靠方协调好管理人后再通知发包方支付工程款，这样至少相对容易地体现出挂靠方在追收工程款上的作用，避免破产管理人的不同理解甚或刁难。

五、关于挂靠方直接向发包方主张权利的思考延伸

实务操作中会有另一种巧妙思路：挂靠人以实际施工人身份直接向发包人主张工程款。这种想法有一定的合理性，但是此点在实务中争议颇多。一方面，司法裁判允许突破合同相对性的情形往往限于转包、违法分包的情形，“挂靠”越来越被排除在外；另一方面，挂靠方身为实际施工人，与发包方之间自然希望一直保持良好沟通，往往并不希望启动对发包方的诉讼而得罪发包方。

根据笔者经验，如果能直接说服管理人，将被挂靠方在工程施工项下的权利义务概括转移给挂靠方，亦不失为一种对挂靠方而言很好的解决方式。这样的操作从实体处理上的关键，一方面需要挂靠方明确将继续承担施工合同项下义务、包括能够自行开具发票且被发包方接受；另一方面，挂靠方有必要主动承诺能够仍然按照此前的“挂靠”协议向被挂靠方支付管理费，以期望从利益交换的角度赢得管理人的支持。

六、总结

被挂靠企业进行破产情况下，只要挂靠方积极应对，加强与被挂靠企业管理人的沟通，充分利用破产法律法规、司法解释等赋予特殊权利主体的相关规定，则即便挂靠企业已经进入破产，挂靠方仍然完全有机会就自己前期付出获得高比例受偿，后续又能够继续完成施工并获得全额受偿。

物业管理争夺战中 业主撤销权纠纷的 适用要点

○黄鹏伟* 北京高文（深圳）律师事务所

深圳系我国内地最早实现物业管理专业化的城市，如今四十余年风云已过，全国各地物业管理公司如雨后春笋般遍地开花。根据广东省物业管理行业协会发布的信息，截至 2023 年年末，全国各地共有物业管理企业约 375 万家，物业管理从业人员达到了约 854.3 万人，物业管理企业法人资产更是达到了惊人的 53021.5 亿元

规模。随着物业管理行业的飞速发展和物业管理企业的爆发式增长，物业管理行业市场日趋饱和，且受近年宏观经济影响和房地产市场结构性调整的影响，物业管理企业之间的业务竞争愈演愈烈，甚至部分地方出现了恶意“抢盘”“保盘”的情形。根据《中华人民共和国民法典》（下称《民法典》）第二百七十八条之规定，



*黄鹏伟，北京高文（深圳）律师事务所律师，深圳市律师协会不良资产处置法律专业委员会干事，曾担任市、区住建部门、水务部门及国有企业的法律顾问。

物业服务企业的选聘和解聘等属于业主的法定权利，由物业小区全体业主共同表决决定。另《民法典》第二百八十条第一款规定，业主大会或者业主委员会的决定，对业主具有法律约束力，即决议一旦形成，则对小区的每一位业主的权利义务均发生影响。《民法典》第二百八十条第二款以及《物业管理条例》第十二条第五款则进一步规定，业主大会或者业主委员会作出的决定若侵害业主合法权益的，赋予业主请求人民法院予以撤销的司法救济途径。

随着近几年物业管理常识的普及和业主法律意识的提高，面对业主大会或业主委员会违法违规作出的决议，越来越多的业主敢于拿起法律武器维护自己的合法权益，而业主撤销权纠纷诉讼亦成为了这一场物业管理争夺战中的前线阵地。本文将结合现行法律、法规及司法解释等规定，针对业主撤销权纠纷的诉讼主体、行使对象、行使期限以及常见适用情形等实务要点进行梳理与总结。

一、业主撤销权纠纷的起诉主体

首先，业主撤销权纠纷诉讼，顾名思义，即指由业主所提起要求行使撤销权的诉讼。根据《民法典》第二百八十条之规定：“业主大会或者业主委员会作出的决定侵害业主合法权益的，受侵害的业主可以请求人民法院予以撤销”，业主撤销权纠纷诉讼的起诉主体必定是案涉物业小区的业主，而租户、物业使用人、物业公司等非业主撤销权纠纷诉讼的适格原告主体。

其次，关于业主身份的界定。根据国务院《物业管理条例》第六条之规定，房屋的所有权人即为业主。但《最高人民法院关于审理建筑物区分所有权纠纷案件适用法律若干问题的解释》第一条规定对业主的定义范围进一步予以了扩充，明确为“依法登记取得或者依据民法典第二百二十九条至第二百三十一条规定取得建筑物专有部分所有权的人，应当认定为民法典第二编第六章所称的业主。基于与建设单位之间的商品房买卖民事法律行为，已经合法占有建筑物专有部分，但尚未依法办理所有权登记的人，可以认定为民法典第二编第六章所称的业主”。此外，住房和城乡建设部印发的《业主大会和业主委员会指导规则》第十三条第一、二款亦规定：“依法登记取得或者根据物权法第二章第三节规定取得

建筑物专有部分所有权的人，应当认定为业主。基于房屋买卖等民事法律行为，已经合法占有建筑物专有部分，但尚未依法办理所有权登记的人，可以认定为业主”。故业主的定义范围除包含我们一般理解的依法取得房屋所有权的主体以外，基于与开发建设单位之间的商品房买卖行为而合法占有房屋的主体，即便尚未办理不动产登记登记的主体亦可以认定为业主。

最后，实践中，业主提起业主撤销权诉讼的标的往往涉及物业小区的公共事务，在笔者办理的诸多业主撤销权纠纷案件中，案件相对方常常援引《民法典》第二百七十八条以及《物业管理条例》第十一条等相关规定，以原告起诉未获得物业小区全体业主授权为由，提出原告主体不适格的抗辩。这样的说法完全是对业主撤销权的制度设计和立法目的的严重曲解。业主撤销权制度赋予了业主在面对违法违规作出的集体决议的司法救济途径，要求原告再行取得其他业主授权或全体业主决议才能提起业主撤销权纠纷明显有违常理，亦不符合业主撤销权制度的立法原意。《民法典》《物业管理条例》关于业主撤销权的行使未要求业主需要再行取得其他业主的授权同意，故单个业主即具备提起业主撤销权纠纷的主体资格。例如，在(2019)粤民再439号案件中，广东高院裁判点明：“XX公司系XX住宅小区的开发建设单位，其诉称其目前仍有6套商品房和独立产权的地下车位301个，并提交商品房屋产权权属证明书作为初步证据，故在起诉阶段可以认定其系XX小区业主，具备业主撤销纠纷的原告主体资格。”

二、业主撤销权纠纷的被告主体

根据《民法典》第二百八十条第二款以及《物业管理条例》第十二条第五款之规定，业主是对业主大会或者业主委员会作出的决定认为侵害其合法权益的情况下诉请撤销该决定，故按照撤销标的区分，业主撤销权纠纷的被告主体应当分别是业主大会或者业主委员会。

其中，值得进一步讨论的是，虽然目前《民法典》《民事诉讼法》等相关法律法规及司法解释并未就业主大会是否为独立法人主体或者非法人组织以及能否作为诉讼当事人提起诉讼或应诉的问题予以明确，但实践中不少司法裁判案例均显示法院认可和受理了业主大会作为诉讼当事人的诉讼纠纷并作出了实体判决。例如，在

(2011)沪二中民二(民)终字第1908号案件中,上海第二中级人民法院便受理了上海市虹口区久乐大厦小区业主大会提起的共有权纠纷一案并依法作出判决,该案例还被列为最高院发布第14批指导性案例之一。此外,部分地区针对业主大会主体问题,通过地方立法赋予了业主大会主体资格身份。例如,《深圳经济特区物业管理条例》第二十四条规定:“首次业主大会会议召开并选举产生业主委员会之日起十五日内,由业主委员会向物业所在地区住房和城乡建设部门办理业主大会备案。区住房和城乡建设部门受理备案材料后,经审查符合条件的,应当在十个工作日内颁发备案通知书并发放统一社会信用代码证书”,通过备案发放“统一社会信用代码证书”的方式赋予其确定性、唯一性的主体身份资格。

故笔者认为,以业主大会决定为诉讼标的,提起业主撤销权诉讼的,业主大会是适格的被告主体。另外,最高人民法院在《关于春雨花园业主委员会是否具有民事诉讼主体资格的复函》回复观点认为:“业主委员会作为业主大会的执行机构,具有对外代表全体业主、对内具体实施与物业管理有关行为的职能,其行为的法律效果及于全体业主。赋予业主委员会当事人地位,可以达到明确责任主体、简化程序、降低诉讼成本的效果。因此,最高法院倾向于承认业主委员会的当事人地位”,故在实践中,业主起诉撤销业主大会决定时可以将业主大会及业主委员会同时列为共同被告,亦更加稳妥。

三、业主撤销权的行使期限

根据《最高人民法院关于审理建筑物区分所有权纠纷案件适用法律若干问题的解释》第十二条之规定,业主向人民法院请求行使撤销权的期限应当在业主知道或者应当知道业主大会或者业主委员会作出决定之日起一年内行使。根据《业主大会和业主委员会指导规则》第三十条的第二款以及第三十九条第二款之规定,业主大会、业主委员会作出的决定均应当在物业管理区域内进行公告,故在司法实践中一般将公告之日认定为“业主知道或者应当知道业主大会或者业主委员会作出决定之日”,开始起算业主撤销权行使期限。此外,行使业主撤销权旨在依据业主单方面意思表示消灭已经成立的民事法律关系,本质上属于形成诉权的一种,故业主撤销权的行使期限应当按照《民法典》第一百九十九条关

于除斥期间的规定,不适用有关诉讼时效中止、中断和延长的规定。业主撤销权行使期限届满的,权利消灭。

四、业主撤销权的行使对象

首先,如前述,《民法典》《物业管理条例》以及《最高人民法院关于审理建筑物区分所有权纠纷案件适用法律若干问题的解释》等相关规定赋予业主在业主大会或业主委员会决定侵害业主合法权益提起业主撤销权诉讼的权利,故业主撤销权行使对象当然限定为业主大会或业主委员会作出的决定。

其次,诉请撤销的对象应为业主大会或业主委员会正式作出的最终决定。在正式决议作出前,业主大会、业主委员会的过程性、内部性、阶段性的行为或事项均不属于业主撤销权的撤销范畴之内。例如,意见征集及反馈、讨论记录、制订方案草稿、开票计票及公告公示行为等均并非业主大会或业主委员会的最终决定,不产生实质性影响业主权利义务的效力,故不能针对上述过程性、内部性、阶段性的行为或事项行使业主撤销权。例如,在山东省青岛市中级人民法院审理的(2021)鲁02民终12001号业主撤销权纠纷案件中,青岛中院认为:“案涉《关于召开XX山庄2021年业主大会的公告》系被上诉人发布的关于召开业主大会的公告,系程序性、过程性文书,并非会议决定类等涉及小区公共管理事项和业主实体权利义务的文书,不属于业委会决定,一审法院认为上诉人的诉请不符合《中华人民共和国民法典》第二百八十条规定的情形,并无不当,本院予以确认”。

最后,司法实践中,大部分法院认为业主委员会委员的选举、罢免的事项属于小区居民基层自治范畴,依据《民法典》《物业管理条例》等相关规定应由行政主管部门予以指导和监管,对于业主委员会委员的选举、罢免过程中出现的争议纠纷,往往认为不属于民事诉讼受案范围而予以驳回起诉,(2021)粤民申9710号、(2021)粤民申8719号、(2021)粤03民终9837号、(2019)粤03民终13577等众多司法案例均对此形成了一个较为统一的裁判思路。例如,在(2021)粤民申9710号案件中,广东省高级人民法院裁判指出:“本案中,李X等人起诉请求人民法院撤销广州奥林匹克花园业主委员会作出的业公字〔2019〕2号《XX花园第八届业主委员会换届选举业主大会决定》,是业主大会、业主委员会选举

中出现的争议,并非平等主体的自然人、法人和非法人组织之间的人身关系或财产关系,本案不属于人民法院受理民事诉讼的范围。因此,李X等人的起诉不符合《中华人民共和国民事诉讼法》第一百一十九条的规定,一审法院裁定驳回,二审法院予以维持,具有法律依据”。

五、业主撤销权的常见适用情形

(一) 侵害业主对公共物业的实体权益

根据《民法典》第二百八十条第二款以及《物业管理条例》第十二条第五款之规定,业主行使业主撤销权最为常见的情形之一便是业主大会或业主委员会的决定侵害了业主对物业管理区域内业主共有物业的实体权益。例如,业主委员会未经业主大会决议或授权擅自改变小区公共物业用途、擅自经营利用业主共有物业、擅自处分业主共有物业的收益或业主共有资金等,尤其是业主委员会超越职权范围擅自决议解聘、换聘物业服务企业的决定。在(2021)渝05民终1612号业主撤销权纠纷案中,重庆第五中级人民法院裁判认为:“XX业委会在作出与XX物业公司于2016年11月15日、2019年5月10日签订两份物业服务合同的决定时,未按照相关法律规定的要求召开业主大会或以其他方式征询全体业主的意见,XX业委会也未举示充分证据证明在作出前述两个决定前取得了XX小区专有部分占建筑总面积过半数的业主且占总人数过半数的业主同意,该行为违反了《中华人民共和国物权法》的强制性规定,侵犯了XX等91人作为业主的合法权益,现XX等91人要求撤销XX业委会作出与XX物业公司于2016年11月15日、于2019年5月10日签订两份物业服务合同的决定,于法有据,应予支持”。

(二) 侵害业主对专有物业的实体权益

《民法典》第二百七十八条及《物业管理条例》第十五条赋予了业主大会、业主委员会处理物业管理区域相关公共事务的职责,但业主大会及业主委员会管理职责和依法作出的决定内容,应当仅限于与物业管理区域相关的公共物业管理事项范畴,而不得作出与物业管理无关的决定或者以业主大会或业主委员会决议侵害个别或部分业主对其所有的专有部分物业财产权益。这类争议常常发生在开发建设单位作为大业主与小区业主大会、业主委员会就其所保留持有的商业用房、地下停车

位的权属争议上。业主大会、业主委员会就小区地下停车位利用、处置和收益等事项作出决议,而开发建设单位作为业主则以其为地下停车位的实际权属人为由提起业主撤销权诉讼。例如,在(2022)浙0108民初881号业主撤销权纠纷案中,杭州市滨江区人民法院便以“被告XX业委会公布的《停车管理办法》将地下人防车位的权益视为XX小区全体业主享有,侵犯了原告对于人防车位的出租管理及收益的权利”为由,撤销了被告业主委员会的决议。此外,司法实践中,对于业主大会、业主委员会与个别业主就停车位权属争议,亦有部分案例显示当事人选择直接提起所有权确认纠纷或物权保护纠纷诉讼予以解决。

(三) 业主大会或业主委员会决议违反法定程序

根据《最高人民法院关于审理建筑物区分所有权纠纷案件适用法律若干问题的解释》第十二条之规定,提起业主撤销权的适用事由除了“侵害业主合法权益”以外,还包括“违反了法律规定的程序”的情形。这表明,无论是业主大会作出的决议还是业主委员会作出的决议,均应当遵循《物业管理条例》《业主大会和业主委员会指导规则》等法律法规以及小区议事规则、管理规约的既定程序进行,以保障业主在小区公共事务管理及决策过程中的程序性权利。其中,业主大会会议召开的法定程序通常包括发布会议公告、核实业主身份及投票数、会议召开(集体讨论或书面征求)、发放和回收表决票、唱票计票以及最后的结果公示。小区议事规则或管理规约有其他约定的,还应当符合议事规则或管理规约。司法实践中,因违反程序而被撤销的业主大会或业主委员会决议屡见不鲜,尤其在《民法典》第二百七十八条对业主大会会议有效的参会比例及决议通过的表决比例进行了修改之后,近年来出现不少因违反《民法典》关于业主大会参会人数比例及通过的表决比例相关规定而被撤销决议的司法案例。例如,(2022)粤02民终1947号业主撤销权纠纷案中,韶关市中级人民法院就以“XX小区业主参与表决的人数未超过XX小区投票权总数的三分之二,即未满足上述法律规定中业主共同决定补选XX小区第二届业委会委员事项的前提条件。因此,XX业委会作出的补选XX小区第二届业委会委员的决定程序违法,侵害业主合法权益,应当予以撤销”。

前轮投资人违约抢先行使回购权， 后轮投资人如何应对？

○王立达* 北京观韬（深圳）律师事务所

在私募股权投资中，通常会有多轮股权融资（如A轮、B轮、C轮）。通常，越往后的融资轮次，目标公司估值越高，投资人的资金成本和风险就越高。因此，为平衡风险，通常都会约定后轮投资人的回购权，优先于前轮投资人。

以某B轮与B+轮投资人就回购权顺位发生争议的案件(2018)浙06民初79号约定为例，该案中协议约定，B+轮投资人享有的回购权优先于B轮投资人。B轮投资人的回购权应在B+轮投资人股权全部被回购后方可行使，在B+轮股权仅被部分回购的情况下，B轮股权持有者无权行使其回购权。

但实践中的问题是，能用于回购的“蛋糕”总量有限，实务中已经出现前轮投资人不顾回购顺位的约定，抢先发起诉讼/仲裁，要求行使回购权（下称“行权”）的情况。此时，后轮投资人应如何应对？本文尝试探讨后轮投资人的应对策略，以供投资人参考。

一、争议解决方式为诉讼，前轮投资人抢先发起诉讼，后轮投资人如何应对？

（一）后轮投资人可申请作为有独立请求权第三人加入前轮投资人的诉讼

在前轮投资人已经率先起诉要求行权的情况下，后

轮投资人可考虑申请作为有独立请求权第三人加入前轮投资人的诉讼（下称“在先诉讼案件”）。

《中华人民共和国民事诉讼法(2023修正)》(下称《民事诉讼法》)第五十九条第一款规定：“对当事人双方的诉讼标的，第三人认为有独立请求权的，有权提起诉讼。”

对于在先诉讼案件，通常法院在审理时，按照不告不理原则，如果案件当事人未提出后轮投资人尚未行权，前轮投资人目前还无法行权的抗辩，法院通常不会主动对前轮投资人是否满足行权顺位进行审查，而会直接进行判决。因此，法院这种情况下作出的判决，将会直接损害后轮投资人的权益。笔者认为，后轮投资人此时有权作为有独立请求权第三人参与诉讼。

经过公开渠道检索，采取上述策略的案例，目前仅有前文提及的(2018)浙06民初79号案件，该案件中，法院认为：根据协议条文文义及回购权整体内容理解，B+轮投资人股权全部被公司回购后，B轮投资人才能向公司或管理层股东行权。本案中B+轮投资人股权均未被回购，原告作为B轮投资人，行权的条件显然还未成就。法院据此认定B轮投资人（前轮投资人）行权条件尚未成就，B+轮投资人（后轮投资人）成功维护了自身权益。

实务中，法院可能认为有独立请求权第三人的加入将会导致案件更加复杂，导致程序拖延，不太愿意

接受有独立请求权第三人加入诉讼。常常会出现有独立请求权第三人申请加入诉讼后，法院长期不予实质回应的情况。

这种情况下，后轮投资人可向法院说明，有独立请求权第三人在诉讼中类似原告身份。对于有独立请求权第三人提起的诉讼，法院应当在7日内进行审查，如法院认为不符合起诉条件，应当裁定不予受理，有独立请求权第三人还有权上诉。如法院既不作出不予受理裁定也不予立案，属于程序违法，此类观点详见最高院(2014)民监字第00012号民事裁定书。

根据笔者办理其他公司类案件的经验，遇到这种情况，后轮投资人还可另行在法院提起一个新的诉讼，然后继续与在先诉讼案件合议庭保持沟通，如后期在先诉讼案件同意后轮投资人作为有独立请求权第三人加入，后轮投资人将另行起诉的案件撤诉即可。

（二）后轮投资人可要求法院中止在先诉讼案件的审理

《民事诉讼法》第一百五十三条规定：“有下列情形之一的，中止诉讼：……（五）本案必须以另一案的审理结果为依据，而另一案尚未审结的；”如上文分析，后轮投资人可主张，在其未完成回购之前，前轮投资人无权回购，即在先诉讼案件需要中止审理。

当然，如后轮投资人未加入在先诉讼案件，该中止审理的申请，需要协调回购义务人对在先诉讼案件中提出，有不小的难度。

（三）要求法院合并审理两起诉讼案件

后轮投资人还可考虑以诉讼标的是同一种类为由，申请法院将在先诉讼案件与后轮投资人后起诉的两起案件合并审理。但根据《民事诉讼法》第五十五条，^①合并审理需要征得前轮投资人的同意，在双方利益存在直接冲突的情况下，预计前轮投资人很难同意。

二、争议解决方式为仲裁，前轮投资人抢先发起仲裁，后轮投资人如何应对？

基于仲裁的保密性，后轮投资人面临的第一个难题是很难从公开渠道获知前轮投资人已经提起的仲裁案件

（下称“在先仲裁案件”）信息。

后轮投资人可以直接向回购义务人询问，在获得前轮投资人仲裁案号之后，后轮投资人可考虑申请加入在先仲裁案件或申请将两起仲裁（在先仲裁案件与后轮投资人提起的仲裁）案件合并审理、申请中止在先仲裁案件的审理。以中国国际经济贸易仲裁委员会（下称“贸仲”）现行仲裁规则为例，笔者简要分析如下：

（一）后轮投资人申请加入在先仲裁案件，说明前轮投资人行权的条件尚未成就

《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则（2024版）》(下称《贸仲仲裁规则》)第十八条第一款规定：“（一）在仲裁程序中，一方当事人依据表面上约束被追加当事人的案涉仲裁协议可以向仲裁委员会申请追加当事人。在仲裁庭组成后申请追加当事人的，如果仲裁庭认为确有必要，应在征求包括被追加当事人在内的各方当事人的意见后，由仲裁委员会作出决定……。”

在先仲裁案件中，依据的仲裁条款大概率同时能约束前轮投资人、后轮投资人、回购义务人三方，因此后轮投资人具备作为被追加当事人的基本条件。同时，《贸仲仲裁规则》规定，只有仲裁案件中的当事人有权申请追加，故后轮投资人可协调回购义务人作为案件当事人提出追加申请，并说明前轮投资人回购权行使条件尚未成就，以期驳回前轮投资人仲裁请求。

需要注意的是，如果申请追加时在先仲裁案件仲裁庭已经组成，仲裁庭可能会征询前轮投资人对于追加的意见，前轮投资人极有可能不同意追加，导致追加失败。

仲裁程序追加当事人（或者案外人）在实践中难度很大，近年贸易仲裁委员会在2023年工作报告^②中曾披露了追加当事人的相关情况，2023年贸易仲裁委员会受理案件5237件，涉及追加当事人程序案件只有65件，并且该数据并未进一步披露最终同意追加当事人的案件数，可见仲裁中追加当事人的难度。

（二）申请将在先仲裁案件与后轮投资人随后提起的仲裁案件合并审理

《贸仲仲裁规则》第十九条^③规定，后轮投资人在

*王立达，北京观韬中茂（深圳）律师事务所合伙人律师，第十一届深圳市律师协会担保法律专业委员会委员，主要执业领域为民商事争议解决、公司纠纷，曾代表多家投资机构处理包括股权投资与回购纠纷、公司并购纠纷、控制权争夺等商事诉讼与仲裁案件。

①《民事诉讼法》第五十五条 当事人一方或者双方为二人以上，其诉讼标的是共同的，或者诉讼标的是同一种类、人民法院认为可以合并审理并经当事人同意的，为共同诉讼。

②《贸仲委2023年工作报告（文字版）》，网址 <http://www.cietac-sc.org/articles/20122>，最后访问时间：2025-3-17。

仲裁立案之后，可以请求仲裁委将两起仲裁案件合并审理，合并后即可向仲裁庭阐明前轮投资人的回购权尚未成就。

但根据贸仲的仲裁规则，合并两起仲裁案件的请求，能否被仲裁委支持的难点在于，两起仲裁案件中所有案件当事人都要同意合并仲裁，但前轮投资人大概率不会同意合并仲裁。

仍以贸易仲裁委员会 2023 年工作报告披露的数据为例，2023 年贸仲受理案件 5237 件，涉及合并仲裁案件也仅为 64 件，难度可见一斑。

（三）后轮投资人提起仲裁之后，可协调回购义务人申请中止在先仲裁案件的审理

后轮投资人可以在仲裁案件立案之后，以前轮投资人的回购权能否行使，需等待后轮投资人仲裁案件的结果，要求将在先仲裁案件予以中止。

但根据《贸仲仲裁规则》第四十五条第（一）款^③的规定，该中止申请只能由案件当事人提出，故需协调回购义务人对在先仲裁案件提出申请中止审理。

三、如前轮投资人提起的诉讼 / 仲裁案件已经率先进入执行程序，后轮投资人如何应对？

如果前轮投资人已经获得胜诉判决或裁决，并进入执行程序，后轮投资人可以提起案外人执行异议、案外人执行异议之诉或不予执行仲裁裁决。如果后轮投资人随后也取得了胜诉判决或仲裁裁决，还可以考虑申请目标公司破产，对创始股东的财产申请参与分配。

（一）执行异议、执行异议之诉

如前轮投资人已经获得胜诉判决或裁决，并抢先进入执行程序，根据《民事诉讼法》第二百三十八条^④的规定，后轮投资人可提起执行异议，并在异议被驳回之后，在十五日内提起案外人执行异议之诉。

案外人提起执行异议或执行异议之诉需要对执行标的享有足以排除强制执行的民事权益，此类民事权益主要是指所有权、用益物权或者其他足以阻止执行标的转让、交付的实体权利。

后轮投资人主张回购顺序优先很难被认为应当停止和排除现有执行程序的实体权利，故后轮投资人提起的案外人执行异议、案外人执行异议之诉有较大概率将被法院驳回。

但根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉执行程序若干问题的解释（2020 修正）》第十五条^⑤、第十六条^⑥的规定，除非前轮投资人提供担保，否则即便后轮投资人的案外人的异议和执行异议之诉都被驳回，在案外人异议、案外人执行异议之诉审查期间，法院都不得对执行标的（回购义务人财产）进行处分，可以为后轮投资人争取宝贵的时间，尽快在此期间取得生效判决 / 裁决，进入执行程序。

（二）针对仲裁裁决：后轮投资人可申请不予执行仲裁裁决

后轮投资人作为前轮投资人发起仲裁案件的案外人，无法申请撤销该仲裁裁决，但后轮投资人作为案外人可以申请不予执行仲裁裁决。

最高人民法院《关于人民法院办理仲裁裁决执行案件若干问题的规定》第九条^⑦、第十八条^⑧规定，如有证

据证明前轮投资人恶意申请仲裁，损害后轮投资人的合法权益，后轮投资人可以向法院申请不予执行仲裁裁决。

但是司法实践中，申请不予执行仲裁裁决能获得支持的核心在于“仲裁案件当事人之间存在虚构法律关系，捏造案件事实”，最高院在（2020）最高法执监 442 号案件中就认为：案外人申请不予执行制度的设立，主要是为了防范虚假仲裁，避免当事人合谋以虚假仲裁的方式损害案外人的财产权益。对案外人申请不予执行仲裁裁决予以支持的法定条件中核心要件是“有证据证明仲裁案件当事人之间存在虚构法律关系，捏造案件事实的情形”。

按照常规仲裁案件的审理思路，仲裁庭为避免裁决被认定为超裁，如后轮投资人没有加入前轮投资人在先仲裁案件，则仲裁庭一般不会对后轮投资人、前轮投资人之间回购顺序进行审查，就很难被认定为存在虚构法律关系，捏造案件事实仲裁，即便仲裁裁决有误且损害了案外人后轮投资人的合法权益，也可能仍会驳回后轮投资人的不予执行申请。

（三）被执行人为企业，申请企业破产，破解前轮投资人首封优势

如果前轮投资人提起的案件已经进入执行阶段，后轮投资人案件也随后进入执行阶段，对于回购义务人为企业的案件，如企业财产不足以清偿全部债务，后轮投资人可以申请企业破产，破产一旦正式受理，会将前轮投资人申请的保全措施予以解封。在破产债权申报过程中，后轮投资人的债权与前轮投资人的债权，都是普通债权，至少能获得同等清偿顺位。

后轮投资人还可以争取向破产管理人阐明，根据回购顺序条款，后轮投资人的债权优先于前轮投资人的债权，争取在破产程序中获得优先于前轮投资人的受偿。

（四）被执行人为非企业，后轮投资人可申请参与分配

如果回购义务人为公民或者其他组织，在财产不能

清偿所有债权的情况下，后轮投资人可以向首封法院（指前轮投资人诉讼 / 仲裁保全法院）申请参与分配。对于债权分配，通常按照后轮投资人、前轮投资人债权数额占总债权数额的比例进行分配，但后轮投资人也可以争取主张用回购顺序条款主张应当优先于前轮投资人进行分配。

四、建议

回顾上文，笔者认为对于前轮投资人的“抢跑”行为，虽然有措施可应对，但总体来说都有较高的时间成本和司法成本，更为有效的措施，还是避免出现前轮投资人“抢跑”这种情况。

（一）后轮投资人应尽快行权

2024 年 8 月 29 日《法答网精选问答（第九批）》关于“问题 2：‘对赌协议’中股权回购权性质及其行权期限如何认定？”的答疑意见发布之后，对于股权回购行权期限的司法风向有所转变，长期（6 个月以上）未及时行权将带来更大的风险。

（二）增设“合并仲裁条款”

基于上文分析，仲裁中追加当事人、合并仲裁案件审理，都有可能需要征询前轮投资人、回购义务人的意见。如争议解决条款为仲裁，后轮投资人可考虑在仲裁条款中直接约定“合并仲裁”条款，作为防范措施。以贸仲仲裁规则为例，可尝试约定：如本合同所涉不同轮次投资人先后就股权回购提起仲裁，各方同意，投资轮次在后的投资人有权以通知或者向贸仲提交申请的方式要求所有前轮投资人、回购义务人将其各自的仲裁程序合并为一个仲裁案件。

（三）明确前轮投资人“抢跑”的违约责任

实务中相关回购顺序的条款，多数并未对前轮投资人违约“抢跑”的违约责任进行明确，故作为后轮投资人，可考虑在相关协议中明确“抢跑”行为的违约责任数额或计算方式，防范“抢跑行为”。

^③《贸仲仲裁规则》第十九条 合并仲裁

（一）符合下列条件之一的，经一方当事人请求，仲裁委员会可以决定将根据本规则进行的两个或两个以上的仲裁案件合并为一个仲裁案件进行审理。1. 各案仲裁请求依据同一个仲裁协议提出；2. 各案仲裁请求依据多个合同仲裁协议提出，该多个合同系主从合同关系、或多个合同所涉当事人相同及法律关系性质相同、或多个合同所涉标的具有牵连关系，且多个合同仲裁协议内容相同或相容；3. 所有案件的当事人均同意合并仲裁。

^④《贸仲仲裁规则》第四十五条第（一）款：（一）双方当事人共同或分别请求中止仲裁程序，或出现其他需要中止仲裁程序的情形的，仲裁程序可以中止。

^⑤《民事诉讼法》第二百三十八条 执行过程中，案外人对执行标的提出书面异议的，人民法院应当自收到书面异议之日起十五日内审查，理由成立的，裁定中止对该标的的执行；理由不成立的，裁定驳回。案外人、当事人对裁定不服，认为原判决、裁定错误的，依照审判监督程序办理；与原判决、裁定无关的，可以自裁定送达之日起十五日内向人民法院提起诉讼。

^⑥《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉执行程序若干问题的解释（2020 修正）》第十五条 案外人异议审查期间，人民法院不得对执行标的进行处分。

案外人向人民法院提供充分、有效的担保请求解除对异议标的查封、扣押、冻结的，人民法院可以准许；申请执行人提供充分、有效的担保请求继续执行的，应当继续执行。……

^⑦《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉执行程序若干问题的解释（2020 修正）》第十六条 案外人执行异议之诉审理期间，人民法院不得对执行标的进行处分。申请执行人请求人民法院继续执行并提供相应担保的，人民法院可以准许。……

^⑧《关于人民法院办理仲裁裁决执行案件若干问题的规定》第九条 案外人向人民法院申请不予执行仲裁裁决或者仲裁调解书的，应当提交申请书以及证明其请求成立的证据材料，并符合下列条件：（一）有证据证明仲裁案件当事人恶意申请仲裁或者虚假仲裁，损害其合法权益；（二）案外人主张的合法权益所涉及的执行标的尚未执行终结；（三）自知道或者应当知道人民法院对该标的采取执行措施之日起三十日内提出。

^⑨《关于人民法院办理仲裁裁决执行案件若干问题的规定》第十八条 案外人根据本规定第九条申请不予执行仲裁裁决或者仲裁调解书，符合下列条件的，人民法院应当支持：（一）案外人系权利或者利益的主体；（二）案外人主张的权利或者利益合法、真实；（三）仲裁案件当事人之间存在虚构法律关系，捏造案件事实的情形；（四）仲裁裁决主文或者仲裁调解书处理当事人民事权利义务的结果部分或者全部错误，损害案外人合法权益。

董事、高管对第三人责任之探究

以新《公司法》第 191 条为视角

○安健* 赵忻悦* 林雨璐* 北京德恒(深圳)律师事务所

2023 年 12 月 29 日《中华人民共和国公司法》(下称“新《公司法》”)修订通过。自新《公司法》第一次审议稿发布开始,“董事、高管对第三人责任”就一直是争议焦点,因为理论和实务对应当规制董事滥用其职权损害第三人利益的倾向性意见居于优势地位,最终促成新《公司法》第 191 条专门规定董事、高管对第三人责任,以弥补我国商事立法的不足。新《公司法》第 191 条首次规定了董事、高管对第三人责任的一般性规则。公司法上有限替代责任制的出现,在某种意义上说属于董事、高管法律责任制度的创新之举。

从相关条款多次修改的背景及理论和实务界在新《公司法》颁布后就第 191 条的各种观点讨论可以推测,该条规定对司法实践的影响力可能会越来越大。在此背景下,本文就新《公司法》第 191 条可能会出现的争议以及实操中律师如何把握进行探讨,以求教于大家。

一、新《公司法》第 191 条的“前世今生”

(一) 董事、高管对第三人责任制度在中国的发展历程

从法律规定层面看,有关董事、高管对第三人责任

的规定首次出现是在 1992 年《海南经济特区股份有限公司条例》第 106 条,其规定“董事履行职务犯有重大过错,致使第三人受到损害,应当与公司承担连带赔偿责任”,但该部地方性法规在 2011 年已被废止。由此可见,董事、高管对第三人责任在中国并非全新规定,只是由于该条例使用频率较低、影响较小,业内对此较为陌生。

我们注意到,董事、高管对第三人责任在新《公司法》修订前虽无一般性规定,但相关规定散布于公司法及其司法解释中,主要涉及出资、清算等范畴,例如《公司法(2018 修正)》第 189 条第 3 款^①、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(二)》第 18 条第 1、2 款^②及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(三)》第 13 条第 4 款^③。

(二) 新《公司法》第 191 条的演变历程

新《公司法》第 191 条是董事、高管对第三人责任的一般性条款、通用条款。最高人民法院刘贵祥专委曾撰文提到:“就董事对第三人责任而言,第 191 条单独成条,而未依附于其他特定的公司对第三人承担责任条

款,应当理解为董事对第三人责任的一般性规定”。^④

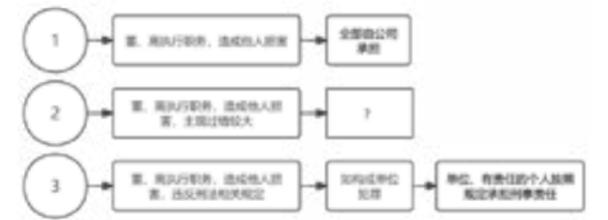
同时,在新《公司法》修订过程中,三次审议稿对相关条款在表述上存在重大变化。2021 年 12 月 24 日公布的《中华人民共和国公司法(修订草案)的说明》(下称“一审稿”)第 190 条规定:“董事、高级管理人员执行职务,因故意或者重大过失,给他人造成损害的,应当与公司承担连带责任”。2022 年 12 月 30 日公布的《中华人民共和国公司法(修订草案)(二次审议稿)》(下称“二审稿”)第 190 条则规定:“董事、高级管理人员执行职务,给他人造成损害的,公司应当承担赔偿责任;董事、高级管理人员存在故意或者重大过失的,也应当承担赔偿责任”。2023 年 9 月 1 日公布的《中华人民共和国公司法(修订草案)(三次审议稿)》(下称“三审稿”)除了条文顺序做了调整,具体内容与二审稿保持一致。

从上述一审稿、二审稿、三审稿关于董事、高管对第三人责任的规定变化来看,一审稿和随后的两审稿是存在重大区别的,这种变化实际上是反映了立法过程中各方面的考虑。两审稿在董事、高管对第三人责任的条款中删除了之前一审稿当中的“连带”二字,可能与 2021 年年底的“康美药业案”判决之间存在一定的关联。

(三) 新《公司法》第 191 条在立法层级的意义

新《公司法》出台前,一般而言,董事、高管执行职务行为造成他人损害的,由公司承担责任;董事、高管执行职务行为造成他人损害,且违反刑法相关规定的,则根据《刑法》第 31 条及对应刑法分则的具体条款或对单位、个人施行双罚制。从立法体例来看,原责任追究直接从“全部由公司承担”到“刑事责任”的追究,中间实际上缺少“董事、高管执行职务,造成他人损害,主观过错较大”是否需要追究董事、

高管个人责任这一层级。



新《公司法》第 191 条的出台恰好弥补了该“落差”,有助于形成追责的梯度层级。董事、高管执行职务造成他人损害,主观上有过错,即便不涉刑,也可以按照新《公司法》第 191 条追究民事责任。

二、日韩关于“董事对第三人责任”的相关规定

从相关国家的立法来看,日本、韩国均有董事对第三人责任的相关规定。

《韩国商法》第 401 条第 1 款规定:“董事因故意或者重大过失怠于其任务时,对第三人承担连带损害赔偿”。

日本 2006 年《公司法》(现行)第 429 条^⑤规定,董事在执行职务中有恶意或重大过失的,该董事对第三人承担由此产生的损害赔偿。

值得注意的是,日本现行《公司法》第 429 条规定没有“连带”一词,且第二款规定基本和董事履行职责(多数为上市公司职责)相关,但在《韩国商法》中就董事、高管对第三人责任规定均有“连带”一词。

其实日本早在 1900 年左右就有董事对第三人责任的规定,但较少使用,直到 1969 年左右才开始大规模使用。1969 年左右,日本在工业经济迅猛发展的同时大规模出现中小型公司倒闭且公司对外债务无法清偿的情况,日本最高法院第一次作出董事对第三人承担责任

* 安健,北京德恒(深圳)律师事务所创始合伙人、证券争议解决中心主任,第十一届深圳市律师协会刑民交叉专业委员会顾问,主要执业范围包括刑事及刑民交叉法律服务,证券金融资本市场争议解决等领域。

* 赵忻悦,北京德恒(深圳)律师事务所律师助理,主要服务领域为民商事诉讼与仲裁,经济犯罪刑事辩护及控告。

* 林雨璐,北京德恒(深圳)律师事务所律师,主要服务领域为民商事诉讼与仲裁,经济犯罪刑事辩护及控告。

① 《公司法(2018 修正)》第 189 条第 3 款:“清算组成员因故意或者重大过失给公司或者债权人造成损失的,应当承担赔偿责任。”

② 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(二)》第 18 条第 1、2 款“有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东未在法定期限内成立清算组开始清算,导致公司财产贬值、流失、毁损或者灭失,债权人主张其在造成损失范围内对公司债务承担赔偿责任的,人民法院应依法予以支持;有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东因怠于履行义务,导致公司主要财产、账册、重要文件等灭失,无法进行清算,债权人主张其对公司债务承担连带清偿责任的,人民法院应依法予以支持。”

③ 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(三)》第 13 条第 4 款“股东在公司增资时未履行或者未全面履行出资义务,依照本条第一款或者第二款提起诉讼的原告,请求未尽公司法第一百四十七条第一款规定的义务而使出资未缴足的董事、高级管理人员承担相应责任的,人民法院应予支持;董事、高级管理人员承担责任后,可以向被告股东追偿”。

④ 刘贵祥:《新〈公司法〉关于董事对第三人责任的三个问题》,摘自《中华人民共和国公司法理解与适用》(人民法院出版社)。

⑤ 《新订日本公司法典》,王作全译,北京大学出版社 2016 年版。第 429 条(公司负责人等对第三人的损害赔偿):

1. 公司负责人等履行其职务存在恶意或者重大过失时,该公司负责人等,承担由此对第三人产生损害的赔偿责任。

2. 以下各项所列者,已实施该各项规定的行为时,也与前款相同。但其已证明实施该行为并未懈怠注意时,不在此限:

(一) 董事及执行官,指下列行为:

1. 在募集股份、新股预约权、公司债券或附新股预约权公司债券的认购人之际,对务必要通知的重要事项的虚假通知,或者对为该募集用来说明有关该股份公司的事业及其他事项的资料的虚假记载或者记录; 2. 对应记载或者记录于财务会计报表及事业报告及其附属明细表以及临时财务会计报表中的重要事项的虚假记载或者记录; 3. 虚假记载; 4. 虚假公告(含第 440 条第 3 款规定的措施)。

(二) 会计参与,指对理应记载或者记录于财务会计报表及其附属明细表、临时财务会计报表以及会计参与报告中的重要事项的虚假记载或者记录;

(三) 监事、监查等委员及监查委员,指对理应记载或者记录于监查报告中的重要事项的虚假记载或者记录;

(四) 会计监查人,指对理应记载或者记录于会计监查人报告中的重要事项的虚假记载或者记录。

的判决^⑥，这是日本司法当局在大规模出现债权人的债务无法得到清偿的背景下应运而生的一份判决。日本是在经济上行时出现董事对第三人责任的实际运用，而中国是在经济下行的背景下出台的相关规定，所以我们在后续实操当中遇到的问题可能比日本要更加严峻。

三、新《公司法》第 191 条重点内容评议

（一）何为“执行职务”？

“职务”与职责息息相关，新《公司法》第 67、74、75 条规定了有限责任公司董事的相关职责，其中第 67 条用词为“职权”，这既是权利，也是义务。新《公司法》第 125、126 条则规定了股份有限公司董事的相关职责，其中第 125 条第 2 款第一句为“董事应当对董事会的决议承担责任”，新《公司法》第 191 条包含、覆盖了这一内容，这也是董事对第三人承担责任的重要法律来源。

在公司（特别是大型公司）的日常业务系由董事、高管实际具体运营的情况下，有必要在法律层面对以上两类职务执行人进行约束。

董事会的职权即为董事执行职务的通常形式，董事被追究责任的根本原因通常也是因为行使职权不当或失职。通常情况下，董事以参加董事会，形成董事会决议的方式行使职权，执行职务，证明董事是否应当承担责任的首要证据应当是公司的董事会决议，从中可以了解例如参会人员组成、表决事项、表决形式、各参会人员发表的意见等董事会会议的情况。

（二）对“他人”范围如何界定？

新《公司法》第 191 条对于“他人”是没有加任何限定词的，从字面意义上范围较为宽泛，但实操中应当考虑是否要对“他人”做限缩解释。

首先，通说认为“他人”并不包括公司股东，因为股东向董事追责已在新《公司法》第 190 条专门规定，无需引用第 191 条。

其次，“他人”应理解为“利益相关者”，包括公司的债权人。最高人民法院专委刘贵祥曾表示，“法律出于强化董事责任意识及更好地保护债权人利益的考量，规定了在特定情况下将董事对公司责任转换为或扩

张为对第三人责任，此为一种特别法定责任”^⑦，即新《公司法》第 191 条的主要目标是保护债权人利益，这也是理解“他人”的题眼或核心。实际上，新《公司法》第 191 条一般不会应用于正常经营的公司，但若董事明知公司经营不善（资不抵债或者不具备正常的清偿能力）仍然对第三人隐瞒情况，继续大规模开展业务却无法偿还债务，就可能出现适用新《公司法》第 191 条的情形。

再者，关于“利益相关者”是否包括消费者和环保案件的受害人值得讨论。从日本的相关司法实践来看，把“第三人”从债权人向消费者、环保案件受害人扩展是一个缓慢、长期的过程，日本直至 2000 年后才开始出现涉及名誉权、过劳死、毒奶粉、产品质量、环境保护等要求董事、高管承担第三人责任的诉讼，之前则基本都是围绕债权人展开诉讼。笔者认同刘贵祥专委所持的“第三人与公司的交易，动辄把董事拖进诉讼，影响公司机关的正常运营，也背离了这一条款的初衷，甚至与公司法的基本原理相左。比较合理的办法是，在不完全排除公司与第三人的合同行为适用新公司法第 191 条的情况下，限定特定适用的情形，尤其是在新公司法适用的初级阶段，仅列举出比较典型的情形为宜”^⑧的观点，第 191 条的适用范围应当限定在“典型的情形”即董事明知公司资不抵债或者不具备正常的清偿能力仍然隐瞒情况和第三人（债权人）交易的情形，后续再逐步探索新的情形，否则在未经探索的情况下可能会出现一系列法院难以处理的全新问题。

（三）如何理解“侵害（损害）”？

董事、高管对第三人的损害分为直接损害和间接损害，直接损害指董事、高管作为自然人直接对第三人造成损害，间接损害指董事、高管通过影响公司从而导致第三人损害。结合公司治理的实际情况，笔者理解，实务中董事、高管对第三人的损害大多应系间接损害，董事、高管是通过决议、作出表决的方式不当减损了公司的偿债能力，而并非作为自然人自身对第三人进行直接侵害这类情形。



新《公司法》第 191 条中的“损害”系侵权责任还是其他法定责任在理论界存在争议，笔者认为，此处的“损害”应属侵权责任的范畴。这也契合《民法典》中“损害”一词出现在侵权编的“损害结果”之中的相关表述。

（四）“故意或重大过失”的举证责任？

新《公司法》第 191 条中的“故意或重大过失”和律师紧密相关的问题就是“举证责任由谁承担？”目前对于举证责任司法界有不同看法，有人认为应当适用“谁主张谁举证”这一一般举证规则，有人认为应当采用过错推定原则。

笔者认为，适用过错推定原则较为合适且具有相应的依据。首先，公司外的第三人作为债权人，无法了解公司内部决议内容，也无法了解董事、高管的表决情况及意见，若要求谁主张谁举证，债权人自身难以获取充分证据，难以实现保护债权人利益的目的，难以推动新《公司法》第 191 条的发展。我国《证券法》中规定的董事、高管对第三人责任采用了过错推定规则^⑨，《公司法》及其司法解释中关于出资、清算中董事、高管对第三人责任的条款未明确适用“谁主张谁举证”的举证规则，以上的相关规定，可资参考。

（五）如何理解“因果关系”？

上文谈到“损害”时与其对应的应当是侵权，而损害行为、危害结果、因果联系、主观过错是侵权的必要要件，债权人利益损害和董事、高管的职务行为之间有因果关系，董事、高管才可能被追责。我国在有关债券虚假陈述侵权案件当中，对于当事人是否需要承担法律责任，在因果关系层面分为交易因果关系和损失因果关系，是值得司法实务在处理董事、高管对第三人责任时借鉴的。

新《公司法》第 125 条规定“经证明在表决时曾表明异议并记载于会议记录的，该董事可以免除责任”，实际上，就能够体现这一点。

（六）如何理解“赔偿责任”的类型？

新《公司法》的一审稿含有“连带”一词，但最终发布施行的公司法删除了“连带”一词，这表明了立法者的最终态度。刘贵祥专委认为，公司法最终删除了

“连带”这一表述而改为“也应承担责任”，可得出立法上排除了连带责任的适用而将该责任转为补充责任的结论。笔者赞成刘贵祥专委对《公司法》第 191 条的“赔偿责任”并非“连带责任”而是“补充责任”这一理解。

“连带责任”和“补充责任”之间的差距非常大，补充责任人承担责任的前提是前面顺位的人均无法执行到位，补充责任人才需要承担未执行的相应债务，但各连带责任人对债权人均应当承担法院判决范围内的全部责任。连带责任对于董事、高管来说无异于一个“炸弹”，尤其是在“康美药业案”发生后，引起“董事离职潮”。

新《公司法》第 191 条未规定“连带”对此进行缓和，让董事、高管不至于胆战心惊乃至引发离职潮。《民法典》对于连带责任的适用明确了两个条件，一是法律规定，二是当事人约定。现在将董事、高管承担连带责任的法律规定剔除后，从诉讼方面来讲，既保证债权人能够追索多类主体，又不会过于苛责董事、高管。

四、余论

笔者认为，新《公司法》第 191 条要在司法实践中发挥应有的效果，关键在于裁判者能否做到以下两点：

一是对举证责任的把握，如果裁判者认为“谁主张谁举证”，现有制度下绝大部分案子都很难胜诉。如果裁判者把握得好，会客观上迫使公司内部治理机制进一步改善，例如日本规定了董事会的决议事项、会议记录需要记载在公司须对外公示的营业报告里，此时即便是适用“谁主张谁举证”的举证原则也不会阻碍公司债权人主张权利，因为该规定下债权人搜集证据较为便利。但董事会决议并非我国法定登记事项，这并不利于保护债权人的利益，因为债权人受到损害后无法了解公司内部事项，无法搜集证据。

二是对“间接损害”与执行职务行为之间的因果关系链条的范围的把握，如果裁判者确认的因果链条很长，关联的董事、高管可能就很多；反之，如果裁判者对因果链条的把握收得很紧，能够被追责的董事、高管就比较少。如何把握因果关系链条范围，需要裁判者具有较强的实务经验和对立法目的的深刻把握。

⑥裁判原文见【最高裁判所大法庭昭和 39(才)1175】，https://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=51871。

⑦刘贵祥：《新〈公司法〉关于董事对第三人责任的三个问题》，摘自《中华人民共和国公司法理解与适用》（人民法院出版社）。

⑧刘贵祥：《新〈公司法〉关于董事对第三人责任的三个问题》，摘自《中华人民共和国公司法理解与适用》（人民法院出版社）。

⑨《证券法》第 85 条：“信息披露义务人未按照规定披露信息，或者公告的证券发行文件、定期报告、临时报告及其他信息披露资料存在虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏，致使投资者在证券交易中遭受损失的，信息披露义务人应当承担赔偿责任；发行人的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员和其他直接责任人员以及保荐人、承销的证券公司及其直接责任人员，应当与发行人承担连带赔偿责任，但是能够证明自己没有过错的除外”。

信息敏感期与 主体身份的 司法认定争议

挂名董事涉嫌内幕交易、泄露内幕信息罪

○胡天亮* 广东瀛尊律师事务所

近年来，随着并购重组活动的活跃，内幕交易犯罪呈现高发态势，在监管执法趋严的背景下，信息敏感期的起点认定与主体身份的实质审查成为司法实践中的核心争议点。笔者处理一宗涉嫌内幕交易、泄露内幕信息罪的案件中，结合现行法律框架与司法逻辑，深入分析此类案件的抗辩路径。

一、案件简述

嫌疑人陈某为 A 公司董事，因为陈某妻子投了该公司天使轮，经过商议，由陈某挂职 A 公司董事。该公司在发展几年后，公司实际控制人想将公司出售，公司主要资产系一个新能源矿产资源的工厂。出售信息发出后，有不少公司发出邀约进行洽谈，其中上海某上市公司 B 有兴趣，约谈了 A 公司实控人，双方沟通了收购的状况及大概可能的价位等信息。后续 B 公司董事长及高管去考察了 A 公司的工厂，然后再洽谈了对价等具体收购信息。待双方洽谈确定后，B 公司发布了停牌公告，待 A 公司股权收购完成后方才复牌。证监会调查发现，嫌疑人陈某在停牌公告发布前，其多个账户有购买 B 上市公司股票，在复牌后又全部卖掉，获利百分之八十，于是立案调查，认定陈某构成内幕交易，证监会没收其非法所得并罚款，同时移交公安刑事立案。在证监会提交的证据中，将 B 公司和 A 公司第一次接触确定为敏感信息形成起始点，并认为陈某作为公司董事推定为知悉内幕信息，并且利用该信息购买股票牟利。陈某抗辩意见是敏感信息起始点并非双方公司第一次接触时间，同时认为自己仅仅是挂名董事，没有正式参与公司工作。

二、律师分析

（一）内幕交易、泄露内幕信息罪的构成要件与本案核心争议，成为该案行政以及刑事认定的关键

本案中，行为人陈某作为被收购方挂名董事，在 B 上市公司与 A 公司实控人首次接触后，停牌公告前的阶段，通过多账户买入收购方股票，收购完成后卖出获利 80%。证监会以“首次接触时间”为敏感期起点，认定其行为构成内幕交易罪，通过调查和证据材料审查，确定该案的争议焦点在于两点：一是收购双方的初步接触是否达到内幕信息“形成”标准？二是未参与公司经营的挂名董事是否属于法定知情人范畴？

根据《刑法》第 180 条及《关于办理内幕交易、泄露内幕信息刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（下称《解释》），内幕交易罪的成立需同时满足三要件：主体适格性、客观行为、情节严重性，简而言之就是行为人为内幕信息知情人或非法获取信息人员，同时在敏感期内利用内幕信息交易，而且成交额、获利额或规避损失额达到法定标准。

因此，作为本案行为人的律师，抗辩点就集中于敏感信息形成时间点的确定，以及嫌疑人是否在敏感信息期间购买了股票。

（二）从内幕信息形成时点的法律标准到本案的事实调查结论，调查人员和当事人之间存在较为明显的适用偏差

1. 法律对“敏感信息形成时点”的认定规则

《解释》第五条将内幕信息敏感期定义为“信息自形成至公开的期间”，并对形成时点作出两类规定：

一般标准：证券法规定的“重大事件”发生时间或“计划”“方案”形成时间；

特殊标准：针对动议、筹划人员，将其动议、筹划、决策的初始时间视为形成时点，即使此时信息尚未确定。

值得注意的是，特殊标准的适用主体限于对信息形成具有支配力的人员（如决策层、执行层），因其能预判信息可能产生的市场影响。最高法在指导案例中明确：

“影响信息形成的动议、筹划人员，其动议初始时间可认定为形成之时”，但需以行为人对信息实现的预判能力为前提。

2. 本案所述的事实中，公司负责人的“首次接触”是否构成信息形成？

证监会经过相关人员的询问笔录，形成了“首次接触 = 信息形成”的调查结论，该结论成为该案的关键证据之一。嫌疑人所称“双方仅初步接触且未实地考察，同时接触多家买家”的情形，与法律规定的形成时点存在实质差异。

首先，调查信息确定性不足：初步接触属于试探性商谈，未达成收购意向、未开展尽职调查，更未进入方案设计阶段，远未达到《证券法》第八十条规定的“重大事件”标准。

其次，市场影响未具象化：信息对股价的“重大影响”需具备现实基础。参考网络关于内幕交易的相关案例可知，许多法院虽将动议阶段纳入敏感期，但前提是行为人主导项目且能预判交易必然推进。而本案中收购方仅表达兴趣，既未评估标的资产（如工厂矿产价值），也未启动内部决策程序，信息重大性显然不足。

再次，信息未脱离“传闻”范畴：根据《解释》第四条，依据已公开市场传闻或分析报告的交易不构成犯罪。行为人在购买股票前，让团队已经形成了完整的分

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

析报告，同时当多家买家同步接触时，收购信息本质上属于商业谈判中的常态信息，与内幕信息要求的“未公开重大性”存在本质差异。

所以，作为行为人的律师，应当启用的关键抗辩点为：初步接触若未形成初步方案或实现路径，不应被“一刀切”认定为敏感期起点；证监会将“首次接触 = 信息形成”的推定，混淆了商业磋商与内幕信息的法律边界。

（三）针对挂名董事的主体身份认定，在抗辩的时候应当着重于身份的形式要件与实质权利分离

1. 法定知情人员的认定逻辑

《证券法》第五十一条以“职务关联性”和“信息获取能力”为核心，将知情人员限定为：

（1）因职务或业务直接接触信息的人员（如高管、核心业务人员）；

（2）因法定职责管理信息的人员（如监管机构、中介机构人员）。

（3）实质在于行为人能否实质接触并理解信息价值，而不仅看名义职务。

2. 挂名董事是否具备知情实质？

本案中嫌疑人作为“代替妻子持股的挂名董事”，主张未参与公司经营，该身份可从三方面质证：

（1）无决策参与权：挂名董事通常不参与董事会决策，不掌握公司经营动态。若公司会议记录、文件传阅清单等证据证明其未接触收购谈判资料，则形式上虽为董事，实质上不具备信息获取渠道。

（2）信息传递机制缺失：被收购方未依法启动内幕信息知情人登记（《新证券法》第五十三条），或未将嫌疑人纳入保密名单，可反证公司未将其视为知情主体。

（3）行为逻辑矛盾：若嫌疑人确属知情人员，其理应在收购协议签署等确定性节点增持，而非在风险极高的初步接触阶段全仓买入。该交易时点选择恰恰佐证其依赖市场传闻或独立判断，与内幕交易的行为模式相悖。

（4）实质审查原则：通过案例搜索可知，上海一中院在类似案件中强调，对知情人员的认定需审查“是否因职务、职责实际接触信息”，名义职务不能替代实质证据。

（四）敏感期起点扩张与主体身份泛化，可能导致内幕交易罪的认定扩大化，由此带来更多的司法风险

从本案可知，司法实践中，证监会执法调查存在两大倾向，即敏感期起点扩张和主体身份泛化。

第一，敏感期起点前移过度，将商业谈判的初始接触等同于信息形成时点，违反《解释》第五条对“动议初始时间”仅限于“信息筹划主导者”的立法原意。若放任此类推定，将使企业正常磋商沦为刑事风险源，抑制市场活力。

第二，主体身份审查形式化，仅依据工商登记的董事身份认定知情人责任，忽视《刑法》主客观一致原则。如本案中，嫌疑人未参与经营且未获取公司信息，其交易行为更符合依据公开信息或市场趋势的独立判断。

（五）针对证监会的调查结论，违法性阻却事由的认定必不可少

通过证监会调查证据，即使交易行为表面符合异常特征（如多账户同 IP 操作、高额收益），嫌疑人仍可援引《解释》第四条主张责任阻却：

1. 正当信息来源抗辩：若同时期市场已出现收购传闻或行业分析报告（如新能源矿产资产受追捧），而嫌疑人本身也提供研究报告、买入逻辑等证据，则可能排除内幕信息关联性。

2. 交易习惯合理性：若嫌疑人长期关注新能源板块并频繁交易，此次交易量、标的偏好未明显偏离既往模式，则不符合“明显与平时交易习惯不同”的认定要件。

三、结语

内幕交易罪的规制核心在于惩治利用信息优势破坏公平交易秩序的行为。本案中，将“首次接触”作为敏感期起点，实质是以结果倒推行为性质，违背了内幕信息“确定性”与“重大性”的法定要件；而对挂名董事的身份机械化认定，更偏离了责任主义原则。

那么，在办理同类型案件中，律师应当通过调查的事实和证据，在敏感期的起点认定方面，需要以信息具有重大性且行为人可预判为前提，审慎区分商业磋商与内幕信息；同时论证职务与信息获取的实质关联，同时排除合理怀疑，避免将市场趋势获益归咎于信息滥用。

律师与执法机关的观点对抗，不但能够保护行为人的合法权益，也能给司法机关带来更审慎的执法行为，唯有如此，方能平衡市场秩序与个体权利，防止内幕交易罪沦为结果责任的代名词。

景德镇一家三口车祸案 肇事者涉嫌犯罪性质评析

以危险方法危害公共安全罪还是交通肇事罪？

○刘国江* 广东君言律师事务所

2024年10月2日，廖某某在车内与女友发生口角后，将车速飙至129km/h，撞上了正在横穿马路的一家三口，最终酿成了三人死亡的无法挽回的悲剧。案件进入司法程序后，罪名的认定却引发争议，警方最初以“交通肇事罪”刑事拘留了廖某某，而检察院却以更严厉的“以危险方法危害公共安全罪”对廖某某提起公诉。笔者围绕廖某某涉嫌犯罪的性质，就本案构成以危险方法危害公共安全罪还是交通肇事罪进行分析。

一、案情简述

根据新闻媒体报道，2024年10月2日18时42分许，廖某某在景德镇市昌江大道梨树园红绿灯东侧停止线等待红灯，其与同车女友发生口角后情绪激动，待绿灯亮起后他立即将电动汽车的加速踏板踩至100%状态，14秒内车速飙升至约129公里/小时（该路段限速为40公里/小时）。廖某某由东向西超速行驶至距离红绿灯371米处，在莱顿风情小区门口路段撞上了由北向南横穿马路的王某、胡某及其抱在怀中的11个月大的孩子胡某某，仅一次撞击导致三人死亡；司法鉴定显示，撞击前廖某某虽采取了急打方向、急踩刹车等避险措施，但碰撞时车速仍为107.28km/h，最终车辆在

撞击后5秒距离撞击点数十米处停止。经调查，廖某某负事故全责且排除酒驾毒驾。廖某某先因涉嫌交通肇事罪被刑事拘留，后景德镇市人民检察院以其故意严重超速、放任危害公共安全后果为由，对其以危险方法危害公共安全罪提起公诉，案件于2025年4月15日在景德镇中级人民法院一审开庭，择期宣判。

二、以危险方法危害公共安全罪与交通肇事罪的罪名区分

讨论廖某某构成何种罪名之前，首先应当分析这两个罪名的异同。

以驾车冲撞方式的其他危险方法危害公共安全的行为与致人重伤、死亡的交通肇事行为，在客观方面及犯罪客体上高度一致，均是因驾车行为引发交通事故，均危害了公共安全。在实践中，区分两罪的关键在于对行为人主观方面的判断，如行为人主观上系故意，则多构成以危险方法危害公共安全罪，反之，如行为人主观上系过失，则构成交通肇事罪。而认定行为人主观上是故意还是过失通常极为复杂，难以准确界定，判断主观方面的关键在于如何通过其外化的客观行为来综合认定具体案件中行为人的主观心态。

*刘国江，广东君言律师事务所高级合伙人，兼任深圳市律师协会公共法律服务专业委员会主任、深圳国际仲裁院仲裁员、广州仲裁委员会仲裁员、深圳市人民检察院人民监督员、南山区依法行政合规专家、光明科学城法律智库专家，专业领域为公司金融纠纷、企业商事纠纷、房地产与土地行政纠纷、企业合规及刑事辩护，擅长处理刑民交叉、重大疑难案件。

	以危险方法危害公共安全罪	交通肇事罪
主观方面	故意（包括直接故意和间接故意）	过失，包括疏忽大意的过失和过于自信的过失。行为人应当预见自己的行为可能发生重大交通事故，但因为疏忽大意没有预见或者已经预见而轻信能够避免，以致发生了危害结果
行为性质	使用与放火、爆炸相当的危险方法，具有即时性、扩散性危险	违反交通运输法规，行为本身不必然具有高度危险性
危害对象	不特定多数人（如公共场所的行人、车辆）	特定的交通运输参与者（如事故中的其他车辆或行人）
入罪标准	无需实际损害结果，危险行为本身即可入罪	造成重大事故（重伤、死亡或重大财产损失）
刑罚幅度	处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑	违反交通运输管理法规，因而发生重大事故，致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的，处三年以下有期徒刑或者拘役；交通运输肇事后逃逸或者有其他特别恶劣情节的，处三年以上七年以下有期徒刑；因逃逸致人死亡的，处七年以上有期徒刑
典型行为	驾车在闹市区持续多次冲撞、私设电网、故意传播传染病病原体等	超速超载驾驶、酒驾致人重伤死亡

三、焦点问题讨论

本案的焦点就在于廖某某的行为是构成以危险方法危害公共安全罪还是交通肇事罪。基于上述对两罪的区分，判断廖某某的主观心态究竟是“故意”还是“过失”成为最关键的问题，因此我们应当对廖某某的超速驾车诱因、启动汽车行为、驾车轨迹和撞击过程、现场路段设置、被害人的通行情况、事故发生后的现场处置等进行全面分析，准确把握其客观行为所反映的心态变化情况，来进一步判断廖某某主观上是故意还是过失。

笔者认为，廖某某的主观心态应当认定为过失而非故意，因此应当以交通肇事罪追究其刑事责任。

（一）不同于珠海撞人案的蓄谋报复性质，本案事故诱因是廖某某与女友的偶然争执，而非报复社会

首先，行为人超速行驶的诱因是与车内女友发生口角，从诱因这一点出发，我们可以将本案与已被司法机关认定为以危险方法危害公共安全罪的造成35人死亡的珠海体育中心“1111”撞人案（以下简称“珠海撞人案”）进行对比，可以发现两个案件存在巨大差别：

“珠海撞人案”中的犯罪分子是由于婚姻破裂、生活失意且对离婚财产分割判决结果不满，带着报复社会的怒气从而实施了加速驾车连续冲撞人群的危害公共安全的行为，无论撞死多少人都在该犯罪分子主观意志的期望之内。而本案中的廖某某与女友发生口角起争执，导致廖某某情绪激动，因为极度愤怒且想在女友面前“耍威风”而超速驾驶，这是一个临时性、偶发性的事件，而并非廖某某蓄谋已久以报复社会。

（二）廖某某停车等待红灯，待绿灯亮起后才启动汽车开始提速，说明其在因口角暴怒之后还在一定程度上遵守交通规则，也说明其缺乏危害公共安全的

主观故意

从事故发生过程来看，廖某某在等待红灯时，与同车女友发生口角，在情绪极度愤怒的情况下，依然继续等待红灯，待绿灯亮起后才开始提速，这充分说明廖某某在主观上没有危害公共安全的故意；若廖某某主观上具有危害公共安全的故意，则不会选择继续停车等待红灯，而会直接无视红灯，采取横冲直撞等极端危险的方式启动汽车向前行驶。但廖某某此时选择遵守交通规则，正说明廖某某不具备故意危害公共安全的主观心态，其启动过程中的主观心态更符合交通肇事罪的过失特征。

（三）当廖某某发现有行人横穿马路后其主动急打方向盘、降速避让，单次撞击后立即刹车，没有任何继续冲撞、扩大伤害的举动，不存在故意对不特定多数人实施危害的主观故意

1. 廖某某在撞击前采取了明显的降速、急打方向等避险措施

根据司法鉴定意见书显示，廖某某在经过红绿灯后的371米处撞上三位受害者前有明显的降速行为，并采取了向右打方向后再向左急打方向等避险措施，这些动作均能够证明廖某某主观上并不希望事故发生。以危险方法危害公共安全罪的典型特征之一，是行为人存在连续冲撞、持续实施危害行为的故意，如果廖某某意图故意制造事故、危害公共安全，完全没有必要作出前述的急打方向、减速避让等避险行为，反而可能加速向前行使，继续冲撞行为。

2. 事发时一家三口紧挨着横穿马路，廖某某因避让不及，一次撞击导致三人死亡，并非蓄意连续三次撞击三人

事发时一家三口是紧挨在一起横穿马路，因此廖某

某是一次撞击导致了三人死亡的结果，而非连续撞击三次导致三人死亡。在无信号灯和人行横道的复杂路况下，留给廖某某的反应时间及空间极为有限，廖某某是由于避让不及才最终酿成悲剧，而非蓄意连续冲撞三人。

3. 发生碰撞后廖某某立即刹车，未继续冲撞或扩大伤害，进一步证明其无危害公共安全的主观故意

在发生碰撞后，廖某某立即踩下刹车，没有任何继续冲撞、扩大伤害的举动，只是由于车速过快，车辆在撞击后滑行了5秒，在距离撞击点数十米处才停下。这些行为均能看出廖某某并不存在故意对不特定多数人实施危害的主观故意，其停车行为实际上是在事故发生后及时止损，避免造成更严重的后果，廖某某的行为与危害公共安全罪的主观故意的心态有着本质区别。

（四）案发路段没有人行横道与信号灯，使廖某某产生了“不会有行人突然经过”的误判而超速驾驶，属于交通肇事过失犯罪中过于自信的过失

事故发生时，廖某某的车辆系由东向西行驶，被害人由北向南过马路，这样的交叉行进模式极大压缩了廖某某的反应时间，并且案发路段既无规范的人行横道，也无交通信号灯，这种缺乏明确交通指引的环境，极易让廖某某产生“不会有行人突然经过”的误判。廖某某基于对路况的片面认知，在驾驶过程中过于自信，低估了潜在的危险，这属于交通肇事过失犯罪中过于自信的过失。其驾驶行为的出发点并非恶意伤害行人，而是在错误评估路况后，未能保持足够的警惕与谨慎，从而导致事故发生，廖某某的行为与以危险方法危害公共安全罪所要求的主观故意截然不同。

（五）案发后廖某某并未逃离现场、逃避责任，而是留在原地等待警方处理，其主观恶性较小

事故发生后，有路人指责廖某某下车抽烟、面露笑容、未立即报警等行为不当。但我们不能强求肇事者在发生重大事故后，在情绪极度奔溃的情况下，还依然能做到立刻冷静报警处理，不能代入恶意去过度解读，不能理所当然地认为廖某某没有报警甚至面露微笑就说明其主观心态为故意或放任。我们应当从理解人性的角度出发，理解廖某某作为一个涉世不深的、年仅20岁的年轻人在发生如此重大事故时会产生系列应激反应，其在巨大的心理冲击下，可能因过度紧张、茫然失措而出现为了平复心情而抽烟、苦笑等怪异表现。但他始终没

有选择逃离现场，而是留在原地等待警方处理。这种等待行为也表明，廖某某愿意承担事故责任，其主观上并无逃避法律制裁、继续实施危害行为的恶意。与故意犯罪后企图逃避责任、隐藏罪行的行为相比，廖某某的表现进一步说明其主观恶性较小，不构成以危险方法危害公共安全罪。

（六）被害人未充分履行安全注意义务，对事故的发生也存在一定过错

从另一个角度说，作为交通参与者，行人同样负有保障自身安全的注意义务。案发路段为双向六车道的宽敞马路，且未设置人行横道与红绿灯，被害人横穿马路需跨越六个车道，其危险性本身已显著高于普通道路。在此情形下，被害人更应谨慎观察、主动预判风险，选择合适时机快速通过。但本案中，三名被害人未分散通行而是挤聚同行，导致三人通行速度缓慢，在遭遇突发状况时难以迅速分开、各自避让。倘若本案中的被害人尽到了必要注意义务，如提前观察双向来车、保持安全间隔快速通过，或选择绕行至有红绿灯、斑马线的安全路段，这起悲剧就可以避免。因此被害人对危险的忽视，在一定程度上与事故的发生存在关联。

综上所述，从廖某某的超速驾车诱因、启动汽车行为、驾车轨迹，到碰撞前的紧急避险行为，再到现场的路段设置、被害人的通行情况、事故发生后的现场处置，众多细节都可以体现出廖某某的主观心态与以危险方法危害公共安全罪所要求的主观故意相去甚远，而更应属于交通肇事罪过于自信的过失心理，因此笔者认为本案应当将廖某某的行为认定为交通肇事罪更为合理。

四、结语

一家三口离世的悲剧令人痛心疾首，这样沉重的结果让每一位关注此事的人都感到揪心。然而，公正司法依靠的是对法律构成要件进行理性判断，而绝非以结果倒推罪名。倘若仅因事故造成了严重后果便草率定论，将轻罪之人误判为重罪，这种错误将会带来更大的社会危害。

当下，网络舆情汹涌，法院更应坚守独立审判原则，以事实为依据、以法律为准绳，才能作出经得起法律与历史检验的公正判决，让法律的尊严与正义的光芒真正得以彰显。



用人单位 取消打卡权限 踢出工作群等行为的 定性及影响

○罗军华* 北京市京都(深圳)律师事务所

2024年底,在深圳市XX法务科技有限公司工作的一群劳动者向某区劳动仲裁委员会提起劳动仲裁,其中一项仲裁请求为违法解除劳动合同赔偿金,劳动者均提起2024年9月1日至2024年9月23日期间,在双方没有协商一致的前提下,用人单位单方通知解散团队,采取停止劳动者打卡权限、将劳动者踢出所有客户群、停止劳动者在公司系统账号的登录功能、办公电梯使用功能等行为,主张用人单位违法解除劳动合同需支付赔偿金。

那么,用人单位取消打卡权限、踢出工作群等行为,是否可以认定为违法解除劳动合同?对该主张应如何认定?在仲裁员观点中出现三种不同观点,分别为认为属于违法解除需支付赔偿金、不属于违法解除而应支付经济补偿、既不属于违法解除也不属于需支付经济补偿的情形。本案应如何认定?笔者作为承办该案的兼职仲裁员之一,认为不能简单地一概认定为某种特定的法律性质,需要综合多方面因素进行分析判断。

一、是否构成违法解除劳动合同?

构成违法解除的情况:如果用人单位没有法定的解除劳动合同理由,取消员工打卡权限、踢出工作群,同时伴有停止发放工资、收回办公设备、阻止员工进入工作场所等行为,导致员工无法正常工作,且用人单位未与员工协商一致,那么这种情况很可能被认定为违法解除劳动合同。

不构成违法解除的情况:若用人单位有合理的解释或正当理由,如因经营状况、考勤方式调整、员工处于待岗状态等原因取消打卡权限,且不影响员工实质性工作开展,或者员工存在严重违纪行为但用人单位尚未作出最终处理决定等,同时用人单位继续为员工缴纳社保、发放工资或有其他证据表明双方劳动关系仍然存续,那么一般不会被认定为违法解除劳动合同。

本案中,双方确认真实性的《通知》载明“现怀着沉重的心情抱歉、遗憾地通知大家,受经济下行影响,由于财务持续亏损、经营困难,XX深圳公司决定团队

解散。……具体安排如下:1.员工工资结算至2024年9月23日,发放时间按公司工资结算节点。2.社保、公积金正常缴纳。3.员工所使用的XX运营管理系统账号自该日起予以停用。感谢各位员工日日夜夜的辛勤付出”。落款时间为2024年9月23日。

笔者认为,本案的情形并不属于用人单位违法解除情况。劳动者确认劳动合同解除原因为用人单位经营困难提前解散。从《通知》内容看,用人单位由于财务持续亏损、经营困难,决定团队解散。用人单位主张解除劳动合同原因有事实依据,予以采信,双方解除劳动合同的原因符合《中华人民共和国劳动合同法》第三十八条、第四十四条及第四十六条规定的用人单位应当依法支付解除劳动合同经济补偿的法定情形。基于上述认定,依职权将劳动者该项仲裁请求变更为解除劳动合同经济补偿。

该系列案在开庭审理经过集体讨论,仲裁委认为用人单位在短时间内停止劳动者的打卡等行为,但仍继续缴纳社保,并无解除劳动合同的明确意思表示,结合案情支持笔者的观点,认为本案中的情形属于用人单位需支付经济补偿的情形。最后,该系列案均以支持劳动者经济补偿作为该项仲裁认定结果,案件作出裁决后,双方均未再向法院提起诉讼。

二、案件的拓展

(一) 本案是否属于未按照劳动合同约定提供劳动条件

属于未提供劳动条件的情况:当打卡权限和工作群是劳动者开展工作的必要条件时,用人单位取消打卡权限、踢出工作群,使劳动者无法正常履行工作职责,无法获取劳动报酬,那么可以认定用人单位未按照劳动合同约定提供劳动条件。用人单位的指纹打卡系统既是门禁系统又是考勤系统,用人单位取消劳动者打卡权限,且人事工作人员通知劳动者不用上班并收回工作电脑,结合不安排工作岗位的情况,可以视为用人单位视为未按照劳动合同约定提供劳动条件,符合法律规定应获得经济补偿的情形。

不属于未提供劳动条件的情况:有些地区司法实践认为,仅仅关闭打卡权限,并不影响劳动者正常出勤,

亦不等于解除劳动合同的情形,如果劳动者不继续出勤,企业可以连续旷工为由开除,劳动者主张经济补偿的,不予支持。如果劳动者的工作并非完全依赖打卡系统和工作群来开展,或者用人单位能够证明有其他合理的方式让劳动者继续工作和履行职责,那么一般不认为是未提供劳动条件。工作打卡APP仅用于考勤管理,并不影响劳动者工作内容的实质性开展,APP被关闭期间劳动者正常出勤,用人单位也未将在此期间按照旷工或缺勤处理,那么关闭打卡权限不影响正常出勤,不等于解除劳动合同,也不属于未提供劳动条件的情形。

(二) 对员工权益的影响及员工的应对措施

用人单位的这些行为可能会使员工面临无法证明工作时间、工作成果,进而影响工资结算、加班认定、福利待遇享受等问题,还可能给员工造成心理压力和职业发展上的困扰。

员工在遇到这种情况时,首先应保持冷静,尽量与用人单位进行沟通,了解其行为的原因和意图,并要求用人单位给出书面说明。如果沟通无果,员工应注意收集相关证据。如打卡记录、工作群聊天记录、与用人单位管理人员的通话录音、邮件往来等,以便在必要时通过劳动仲裁或诉讼等法律途径维护自己的合法权益。不能轻易相信用人单位的口头说法,用人单位口头要求员工调岗、不让员工上班等,都要求出具书面盖章的通知文件,否则该上班上班,该打卡打卡。

劳动者被强行停掉工作岗位的,要想方设法收集证据,证明是用人单位不提供劳动条件,单方面限制办公条件,甚至停止工作。即使被取消打卡权限或踢出工作群,员工也应尽量继续到岗工作,以表明自己有继续履行劳动合同的意愿和行为。

如果用人单位通过取消打卡权限、收回生产必备工具,或不让劳动者进入办公区提供劳动,该行为不具有正当性,劳动者对此沟通、协商无果,即通过协商等行为无法阻止用人单位的违法行为,符合被迫解除劳动合同的情形。

总之,对于用人单位取消打卡权限、踢出工作群的行为,要结合具体案件事实、证据以及相关法律规定进行全面、综合的分析判断,以准确认定其法律性质和后果。

*罗军华,北京市京都(深圳)律师事务所律师,龙华区劳动仲裁委兼职仲裁员,执业领域主要是劳动争议、民事纠纷和刑事诉讼。

随着越来越多的中资企业进入日本市场，尤其是通过电商平台或其官网推广和销售产品，所面临的法律合规风险日益凸显。日本对虚假和误导性广告的规制严格，法律体系完善且执法力度较大，但部分中资企业由于对日本法律制度和执法实践缺乏深入了解，频繁面临行政处罚甚至引发更严重的市场风险。

本文以日本《不当景品类及不当表示防止法》（以下简称“景品表示法”）第五条第一项和《特定商取引法》（以下简称“特商法”）第十一条、第十二条为基础，通过说明和分析近期典型处罚案例，通过提出针对性的合规建议，为中资企业有效规避日本市场法律风险提供参考意见。

一、《景品表示法》第五条的法律框架

（一）相关条款

《景品表示法》第五条（禁止不当表示）规定：经营者在其提供的商品或服务的交易中，不得对一般消费者作出下列表示：

- 1.（优良误认表示）使一般消费者误认为其所提供的商品或服务的内容明显优于实际情况，并由此不正当地吸引顾客，妨碍一般消费者自主且合理选择的表示。
- 2.（有利误认表示）使一般消费者误认为其所提供的商品或服务的交易条件明显优于实际情况，或优于同类或类似商品及服务的交易条件，并由此不正当地吸引顾客，妨碍一般消费者自主且合理选择的表示。

3.（其他）除上述两项规定之外，其他可能引起一般消费者误认的表示，并由内阁总理大臣指定为不当表示者。

日本《景品表示法》第五条规定经营者不得在广告中进行虚假或夸大的表示，以避免误导消费者。以下重点介绍和分析该条第一项所规定的“优良误认表示”的定义及构成要件。

（二）“优良误认表示”的表现形式

根据日本实务界的解读，“优良误认表示”主要表现为以下几种类型：

1. 关于品质的误认表示

某企业在实际销售的毛衣产品中，羊毛含量仅占80%，却在广告中宣称为“100%纯羊毛”。这类广告宣传直接导致消费者对产品品质产生错误认识，从而影响其消费决策。

2. 关于性能的误认表示

某企业在广告中声称，其所采用的某项技术在日本市场是“唯一持有者”的，然而事实上其他企业也广泛应用了相同技术。这种做法容易使消费者错误地认为该商品具有明显高于竞争产品的性能优势。

3. 关于原材料的误认表示

某种糕点实际的主要原料为小麦粉，仅少量使用高级大米品种“秋田米”，但在广告上着重宣传为“秋田米”饼干。该表述足以诱导消费者误认为该商品主要原料为“高级大米”，从而影响其消费判断。

上述各类误导行为的共通之处在于：企业通过模糊、夸大或不实的表述，使一般消费者对其商品或服务的品质、规格或原材料等产生错误认识，从而妨碍消费者做出理性选择，情节严重时甚至构成诈骗。

（三）“优良误认表示”的构成要件

日本消费者厅对是否构成“优良误认表示”通常从以下两个方面进行审查：

1. 对一般消费者的误导性认知程度

判断某种表述是否构成误认时，以“一般消费者的认知”为判断标准。若广告表述容易使一般消费者对商品或服务的真实品质、规格、性能等产生明显优于实际情况的误解，即符合本构成要件。

2. 广告夸张的程度及其社会可容忍性

是否构成“优良误认表示”，还取决于广告宣传的

夸张程度及是否超出社会普遍接受的容忍范围。一般来说，如果夸大的程度在社会认知中属于常规商业手段范畴且不会对消费者产生显著影响的，则可能不符合本构成要件；相反，若明显超出社会公众可接受的范围，且足以影响消费者选择，则易被认定为违法。

（四）法律责任

一旦经营者被认定实施了“优良误认表示”，日本消费者厅或各都道府县相关政府部门有可能依法对其采取行政措施，具体包括：

1. 下达行政措置命令，责令企业立即停止违法表示行为，并向消费者公开说明，以消除已经造成的误导；
2. 处以经济制裁（课征金制度），企业需根据违法行为的收益缴纳相应金额的罚款；
3. 情节严重且存在故意误导情形的，相关责任人还可能被处以最高达100万日元的罚款。

二、《景品表示法》处罚案例

（一）案件事实

2024年2月8日，日本消费者厅以涉嫌违反《景品表示法》中关于“优良误认表示”的规定，对四家销售“降糖电饭煲”的公司下达了行政措施令。该四家公司在2023年2月至同年9月期间，通过其官网等渠道宣传其电饭煲产品，宣称在煮饭过程中可将米饭的糖分含量降低33%至59%，且口感等与普通煮饭方式并无差异。

针对企业提交给消费者厅的关于“合理依据”的资料，消费者厅经审查后认定其论证过程存在根本性的缺陷。各企业提供的数据主要是通过对比经普通煮饭和所谓“降糖煮饭”模式烹煮的米饭糖分含量（每一百克），试图证明其产品具有显著的“降糖”效果。然而，消费者厅指出，这种差异本质上是由于“降糖电饭煲”的“降糖煮饭”模式会保留更多的水分，导致米饭的含水量明显增加，使单位重量中糖分的比例被稀释而产生的表象效果，并不能有效证明糖分在实际操作中被有效去除或降低。据此，日本消费者厅否定了企业所提交数据的有效性，认为其不足以支持广告中所声称的“降糖率”，遂责令这四家公司采取以下措施：(1) 停止发布未经科学验证的宣传内容，确保广告内容的真实性和准确性；(2) 向消费者公开说明此前宣传中的不当之处，以消除可能产生的误解；(3) 建立内部管理机制，确保今后的广告

中资企业在日 广告合规风险研究

以日本《不当景品类及不当表示防止法》和
《特定商取引法》为视角

○尹秀钟* 丁勇骏* 广东卓建律师事务所

* 尹秀钟，广东卓建律师事务所合伙人、卓建律师事务所东京办公室首席代表、庆应义塾大学法学博士，主要业务领域包括跨境投资与并购、企业治理与合规、知识产权维权、国际争议解决，尤其精于涉韩日企业法务。

* 丁勇骏，广东卓建律师事务所实习律师、庆应义塾大学法学硕士。

宣传符合相关法律法规的要求。

（二）法律分析

本案焦点在于，四家公司“降糖电饭煲”产品的广告所宣称的“降糖”效果是否符合《景品表示法》第五条第一项规定的“优良误认表示”的构成要件。

首先，涉事企业广泛宣传其电饭煲能够显著降低米饭中的糖分含量，利用“降糖率高达 33%-59%”等极具吸引力的虚假（具有误导性）数据，使普通消费者认为该产品能够有效去除米饭中糖分含量。然而，经消费者厅调查，做出不认可降糖效果的相关支撑数据的结论。即涉事企业的宣传内容显然属于利用消费者专业知识不足而造成的误导，有故意使消费者难以获悉产品真实情况的嫌疑。

其次，从夸大程度来看，普通消费者购买此类产品的目的通常是基于降低糖分摄入、保护健康的需求。涉事企业将产品的“糖分稀释效果”包装成“糖分实际去除或含量降低”，明显不属于社会公众所能容忍的商业宣传手法。消费者在此误导下作出的消费决策可能与实际需求不符，甚至可能影响其健康管理的准确性。

三、《特商法》的规制内容

（一）《景品表示法》与《特商法》的区别

与《景品表示法》不同，《特商法》主要针对特定交易形式——尤其是通信销售（包括网络销售）进行规制。该法要求商家明确告知消费者商品或服务的真实信息，并对交易过程中的重要事项加以披露，比如价格、付款方式、退货政策、联系方式等。此外，《特商法》对虚假陈述、误导消费者、强迫推销等违法行为设定了严格的规制措施，旨在保护消费者的知情权，防止因信息不对称而引发的纠纷或欺诈。

从规制对象来看，《景品表示法》侧重于商品或服务本身的品质、性能或成分等内容的真实性，重点是防止企业在广告或宣传中虚假陈述；而《特商法》侧重于确保交易信息披露的完整性与真实性。

在法律适用程序方面，《景品表示法》的执法多为事后监管，即在出现虚假广告或消费者投诉后，消费者厅或地方政府部门才介入调查；而《特商法》的适用则要求商家在交易初期便履行充分的信息披露义务，强调事前规制和预防效果。

（二）《特商法》中通信销售与禁止虚假或夸大

宣传的规制内容

《特商法》第十一条（关于通信销售的广告）规定：销售商业者或服务提供商在进行通信销售时，如对商品或特定权利（会员折扣卡等）的销售条件或服务的提供条件进行广告宣传，必须按照主管省令的规定，在该广告中标明与该商品、权利或服务相关的以下事项。但在广告中明确表示，若消费者提出请求，将不迟延地交付载有这些事项的书面文件，或不迟延地提供包含这些事项的电子记录的情况下，销售商或服务提供商可以依据主管省令的规定，不标明部分事项。

1. 商品或权利的销售价格或服务的对价（若销售价格不包含商品的运费，则应分别标明销售价格及商品的运费）。
2. 商品或权利的价款或服务的对价的支付时间及支付方式。
3. 商品的交付时间、权利的转移时间或服务的提供时间。
4. 关于商品或特定权利的买卖合同或服务提供合同的申请期限如有规定，则应标明该规定及其内容。
5. 关于商品或特定权利的买卖合同或服务提供合同的申请撤销或解除的事项（若存在第十五条之三第一款但书规定的特别约定，应标明其内容；若适用第二十六条第二款的规定，则应标明该款规定相关的事项）。
6. 除上述各项以外，主管省令规定的其他事项。

如上，《特商法》第十一条对通信销售，即网络购物、邮购等非面对面销售形式，规定了详细的信息披露义务。商家必须在交易页面清晰明确地披露商品或服务的价格、支付方式、交货日期、经营者的具体信息（包括公司名称、地址、联系电话等），以保护消费者的知情权，避免消费者因信息不足而产生误解。

《特商法》第十二条（禁止虚假及夸大广告）规定：销售商或服务提供商在进行通信销售时，如对商品或特定权利的销售条件或服务的提供条件进行广告宣传，不得在商品的性能、权利或服务的内容、商品或权利的买卖合同、服务提供合同的申请撤销或解除事项（若存在第十五条之三第一款但书规定的特别约定，应包含其内容）以及主管省令规定的其他事项上，作出与事实严重不符的表示，或作出使人误以为商品、权利或服务内容明显优于实际情况或具有更大优势的表示。

第十二条之二（提交合理依据资料）规定：主管大臣在判断某一表示是否符合前条规定的情况下，如认为有必要，可以规定期限，要求作出该表示的销售商或服务提供商提交能够证明该表示合理依据性的资料。

在此情况下，销售商或服务提供商不能提交相关资料的，则在适用第十四条第一款及第十五条第一款的规定时，该表示将被视为符合前条所规定的表示。

根据第十二条的规定，经营者在通信销售中进行广告宣传时，不得就商品或服务本身的基本属性或基本信息、合同撤销和解除权相关政策等事项作出虚假或误导性陈述。

（三）“显著性”的判断基准

对于是否构成“显著违反事实”或“显著优良误认”，根据日本消费厅发布的《关于虚假劝诱、夸大广告等规制的指引》，所谓“显著”，是指该虚假或夸大程度超出社会一般可容忍的范围，足以对消费者的判断产生重大影响。比如，广告中所述信息与事实之间的差异足以导致“一般消费者在知晓真相的情况下不会达成该交易”的，则可以认定为“显著”的虚假或误导性陈述。

此外，“显著”的判断应依据个别广告内容的具体情况综合评估，而非机械适用，并且还需一并考虑广告形式、文字表达方式、受众群体的理解能力、行业常识等因素。比如，即使某一表述在某种情境下可被接受，但若其出现在涉及高风险、高单价或健康类商品的广告中，则被认定为“显著误导”的可能性较高。

经营者提供的“合理依据资料”须同时满足以下两个要件：

（1）资料内容具有客观性和实证性

提交的资料应来源于科学实验、客观调查、权威机构或专家的评估，或者具有可信度的学术文献等。

（2）资料内容与广告主张之间具有对应性

提交的资料必须与广告中具体表述的性能、效果或利益相一致。

而符合“合理依据”的资料类型包括：（1）经过控制变量的实验、统计学上显著的调查数据；（2）专业机构、专家团体、学术论文中经同行评审的结论；（3）国家标准检验结果或第三方认证数据。

（四）《特商法》执法案例

2024 年，日本消费者厅针对健康食品行业的虚假宣传及未充分告知消费者订阅服务的自动续费条件等问

题，展开了执法行动。其中，某健康食品企业因在销售降血压健康食品时，未在交易页面显著位置明确说明自动续费的规则和相应费用，导致大量消费者投诉。消费者厅依据《特商法》认定该企业违反了信息披露义务，处以为期 6 个月的停业处罚。而另一家著名的化妆品企业在提供线上订阅式化妆品购买服务时，因未明确告知消费者续费条件和取消方法，消费者厅向该企业下达了行政指导命令，要求立即整改，并公开发布致歉声明。

四、广告合规管理措施

通过对《景品表示法》及《特商法》的深入分析，以及对部分执法案例的探讨，笔者认为，中资企业若要在日本市场实现稳定、可持续的发展，不但需准确理解并严格遵守日本的法律法规，而且在广告真实性、信息披露充分性及消费者权益保护等方面应当严格把关。如前文所述，《景品表示法》针对产品“优良误认表示”的禁止以及《特商法》对于产品广告的规制，旨在维护公平竞争的市场环境及保障消费者的合法权益。所以中资企业在产品推广过程中务必事先备受充分的、能够经得起验证的事实依据，尤其是在涉及健康、营养、金融回报等敏感领域，确保商业宣传与实际产品之间不存在实质性差异，以有效规避相关法律风险及经济损失。

结合本文引述的相关法规及部分执法案例，笔者建议出海日本的中资企业在广告审核、证据管理、合规培训等方面做好合规管理措施，并建立快速响应和危机处理机制。

五、结语

日本市场因其经济发展成熟、消费能力强劲，成为众多中资企业出海的优选目的地。然而，日本市场在法律监管方面的严谨与细致，尤其是在广告宣传领域的严格规定，对中资企业形成了明显的合规挑战。因此，企业应积极强化合规意识，建立和完善风险防控体系，全面提升在广告审核、证据管理和危机应对等方面的能力。

关于具体策略方面，笔者特别建议，中资企业在出海之前以及出海过程中，应慎重筛选已经扎根出海目的地的、富有实务经验的中资背景的律所或其办公机构，与其携手规避和应对出海目的地潜在的或发生的各种法律风险，并在合规管理、危机处理及法律纠纷解决等方面及时获得更为专业和精准的涉外法律服务。

中美贸易摩擦下的 企业税务合规操作指南 与实务应对

○井小峰* 北京市天元（西安）律师事务所



近年来，中美贸易风云突变，摩擦升级，关税壁垒森严，为跨国企业的经营蒙上了一层厚重的阴影。在这场没有硝烟的战争中，企业面临着复杂多变的贸易环境、频繁调整的关税政策以及日益严格的监管审查，税务

合规已成为企业生存发展的关键。如何在这场风暴中洞察风险，理解并应对中美贸易摩擦带来的税务影响？如何构建一套坚实的税务合规体系，为企业铸就坚实的护盾？又如何优化税务结构，有效降低税务风险，赢得竞

*井小峰，北京市天元（西安）律师事务所律师，擅长税制与商业规则，深耕税务合规筹划，目前担任陕西省律师协会商事仲裁与调解专业委员会、顾问咨询专门委员会委员、劳动仲裁员。

争的主动权？这些问题，已成为企业决策者和财税专业人士亟待解决的难题。该文旨在为中美贸易摩擦下的企业提供一份详尽的税务合规操作指南与实务应对策略。我们将深入分析中美贸易摩擦的背景、现状及发展趋势，梳理关税政策对企业经营的影响，并结合实际案例，从税务合规体系建设、供应链管理、转让定价、海关估值、出口退税、反倾销反补贴等多个维度，为企业提供切实可行的税务合规建议和应对方案，助力企业在贸易摩擦的风雨中稳健经营，行稳致远。

一、中美贸易摩擦背景、现状及发展趋势

中美贸易摩擦，本质是经济利益冲突与战略博弈的体现。中国制造业崛起曾与美国技术优势互补，但中国产业升级加剧了双方在部分领域的竞争。美国认为中国的不公平贸易手段导致其对华贸易逆差扩大及制造业岗位流失，加之两国在意识形态、地缘政治上的分歧，将中国视为战略竞争对手，致使贸易摩擦不断升级。自2018年起，美中互征关税，美国对价值数千亿美元的中国商品加征10%-25%不等的关税，中国亦对美采取反制。美国还采取投资限制、出口管制、实体清单等非关税壁垒。未来，中美贸易摩擦或将长期化、复杂化，呈现阶段性缓和与反复，全球化影响加深，尤其在高科技领域，竞争将更加激烈。这场贸易摩擦不仅是经济利益的博弈，更是科技实力与战略地位的较量，其走向充满变数，深刻影响全球经济格局。

二、中美贸易摩擦对企业经营的影响

中美贸易摩擦显著提升了企业运营的复杂性与风险。加征关税直接推高进口成本，挤压利润空间，尤其对依赖中美贸易的企业冲击巨大。同时，全球供应链遭受严重冲击，关税及非关税壁垒导致供应链成本上升、效率下降且稳定性受损，迫使企业重新布局。美国对中国企业设置的市场准入门槛、投资限制及严格审查，显著恶化了在美经营环境。贸易摩擦还加剧了合规风险，关税分类、原产地规则、出口管制及反倾销等方面的监管趋严，企业面临更高的违规风险及潜在处罚。此外，转让定价安排需重新评估以确保符合独立交易原则，而资金跨境流动也因加强的金融监管而受限，增加了企业融资和资金管理的难度。总体而言，中美贸易摩擦从成

本、供应链、市场准入、合规、税务及财务等多个维度对企业经营造成了广泛而深远的影响。

三、企业税务合规体系建设

面对中美贸易摩擦的严峻挑战，企业构建一套强大且健全的税务合规体系已刻不容缓。这不仅是对外部复杂贸易环境的必然应对，更是企业实现可持续发展、提升核心竞争力的关键所在。一个坚实的税务合规体系应成为企业运营的“安全屏障”和“导航仪”，指引其在波谲云诡的国际市场中稳健前行。

首先，企业需制定并不断完善契合自身特点的税务合规政策和流程，为税务合规工作绘制一张详细的“路线图”。其次，组建一支专业精干、经验丰富的税务合规团队是构建税务合规体系的核心，这支团队应扮演企业税务管理的“智囊团”和“执行者”角色。第三，加强员工的税务合规培训，提升全员合规意识与能力，是企业税务合规体系建设的重要基石。第四，建立常态化的税务合规风险评估机制，是企业有效防范税务风险的“预警系统”。第五，完善的税务合规监控和报告机制，是企业确保税务合规体系持续有效运行的“监督保障”。最后，积极应对税务争议，维护自身合法权益，是企业税务合规体系建设的“最后一道防线”。

四、供应链管理下的税务合规应对

中美贸易摩擦，犹如一场突如其来的风暴，深刻地改变了全球供应链的既有格局，企业面临着前所未有的挑战与机遇。为了在这场风暴中站稳脚跟，降低关税成本和供应链风险，企业必须重新审视和调整其供应链策略，进行供应链的优化和重构。这不仅仅是简单的成本考量，更是关乎企业未来生存和发展的战略抉择。在供应链管理方面，企业可以从以下几个关键方面进行税务合规应对，构建更具韧性和灵活性的供应链体系。

（一）供应链重构：全球布局的优化与调整

供应链重构是企业应对贸易摩擦的重要手段，旨在通过生产环节的转移来规避关税风险，实现全球资源的优化配置。企业可以考虑将部分生产环节，特别是关税税率较高的产品生产转移到关税较低的国家或地区。例如东南亚国家，这些国家往往具有劳动力成本优势，且与美国签订了较为优惠的贸易协定。像越南、泰国等国

家，不仅劳动力成本相对较低，而且与美国的贸易关系相对稳定，是不错的选择。此外，对于深耕美国市场的企业，在美国境内设立生产基地也是一个可行的选择。这不仅能够规避关税，还能更好地贴近客户，提升响应速度，增强市场竞争力。例如，一些中国企业已开始在墨西哥、越南等国家布局生产，将产品出口到美国，有效规避了美国对中国产品加征的关税，实现了供应链的多元化。这种“产地多元化”策略，不仅能降低关税风险，还能提升供应链的韧性和抗风险能力。

（二）利用自由贸易协定：借力区域合作，实现关税减免

自由贸易协定是企业在国际贸易中可以利用的重要工具，能够帮助企业降低关税成本，提升产品竞争力。企业应深入研究美国与其他国家或地区签订的自由贸易协定，例如《美墨加协定》（USMCA），充分利用协定中的关税减免优惠。通过将产品先出口到自由贸易协定成员国，如墨西哥或加拿大，进行一定的加工或增值，再出口到美国，企业可以享受协定规定的关税优惠，甚至实现零关税。这种“迂回”策略虽然增加了物流环节，但能够有效降低关税成本，提升产品的价格竞争力。例如，某服装企业将面料运往墨西哥进行裁剪和缝制，再出口到美国，由于满足了 USMCA 的原产地规则，享受了零关税待遇，大幅降低了成本。这种“借力打力”的方式，能够帮助企业更好地利用区域经济合作的红利。

（三）选择合适的关税分类：精准归类，降低税负
关税分类直接影响到产品的关税税率，是企业在供应链管理中需要重点关注的事项。企业应选择合适的关税分类，以降低关税负担。这需要企业对产品的材质、用途、加工程度等因素进行综合判断，并结合美国的关税法规进行精准归类。由于关税分类的专业性和复杂性，企业应咨询专业的海关归类机构，确保关税分类的准确性和合规性。通过合理的关税分类，企业可以避免因归类错误而导致的额外关税支出，降低税负，提升利润空间。例如，某种电子产品，如果被归类为“成品”，可能面临较高的关税，但如果被归类为“零部件”，则可能适用较低的关税税率。这种细微的差别，可能会对企业的利润产生重大影响。

（四）利用保税仓库和自由贸易区：延期缴税，提升资金效率

Bonded warehouse（保税仓库）和 Foreign trade zone（自由贸易区）是海关监管的特殊区域，为企业提供了延缓缴税、降低资金占用成本的便利。企业可以利用这些场所，将进口货物暂时存储在保税仓库或自由贸易区，延期缴纳关税，从而降低资金占用成本，提升资金周转效率。同时，企业还可以在保税仓库或自由贸易区内进行简单的加工和组装，提高产品的附加值，再出口到美国。由于加工后的产品可能适用不同的关税分类和税率，企业可以通过这种方式降低关税负担，提升产品的竞争力。例如，一家汽车零部件企业，将进口的钢材存储在保税仓库，进行冲压和焊接等初步加工，再出口到美国，由于加工后的产品适用了更低的关税税率，显著降低了关税成本。这种“区内加工”模式，能够帮助企业更好地利用政策优势，提升资金利用效率。

（五）优化物流路线：降本增效，提升供应链效率
物流路线的优化是供应链管理中的重要环节，能够帮助企业降低运输成本和时间成本，提升供应链的整体效率。企业应综合考虑运输距离、运输方式、运输时间、运输成本等因素，选择更加便捷、高效的运输方式。例如，企业可以选择海运和铁路联运的方式，将产品从中国运输到欧洲，再通过海运运输到美国。这种“中欧班列+海运”的模式，能够规避苏伊士运河的拥堵和高额的运输费用，缩短运输时间，降低运输成本。此外，企业还可以考虑使用多式联运，将不同的运输方式有机结合，实现门到门的服务，提升供应链的灵活性和响应速度。例如，一个家电企业，将产品通过中欧班列运送到德国，再通过欧洲的卡车网络运送到港口，最终通过海运运往美国，这种多式联运的方式，不仅降低了运输成本，还提高了运输效率。“多式联运”模式，不但能够帮助企业更好地应对市场变化，而且还能提升供应链的敏捷性。

总之，在中美贸易摩擦的背景下，企业需要以更加灵活和全局的视角来审视和调整其供应链策略。通过供应链重构、利用自由贸易协定、选择合适的关税分类、利用保税仓库和自由贸易区以及优化物流路线等多种手段，企业可以构建更具韧性和灵活性的供应链体系，降低关税成本和供应链风险，提升企业的核心竞争力，在复杂多变的国际贸易环境中立于不败之地。这不仅是一场关于成本的较量，更是一场关于智慧和远见的博弈。

五、转让定价合规应对

中美贸易摩擦引发的关税调整和市场波动，给企业的转让定价安排带来了新的挑战。为确保符合独立交易原则，避免税务风险，企业亟须重新审视和调整其转让定价策略。具体而言，企业应首先重新评估现有策略，确保其能反映市场变化，例如针对中美间关税调整导致的产品成本变动进行相应调整。其次，选择合适的转让定价方法至关重要，企业需根据自身业务模式及交易特点，从可比非受控价格法（CUP）、再销售价格法（RPM）、成本加成法（CPM）、交易净利润法（TNMM）、利润分割法（PSM）等中选择最适宜的方法，并考虑其适用性、可靠性和可比性。此外，准备完善的同期资料是证明转让定价合理性的关键，资料应详尽涵盖企业组织结构、业务描述、交易信息、定价方法选择与应用、可比性分析及定价政策一致性分析等内容。同时，鉴于各国税务规定差异，转让定价文档的本地化亦不可忽视，以确保符合当地税务机关的具体要求。最后，面对可能的转让定价调查，企业应积极应对，主动提供资料，与税务机关有效沟通，并争取达成预约定价安排（APA），以有效降低转让定价风险，保障企业的合法权益。

六、海关估值合规应对

中美贸易摩擦背景下，海关估值作为关税计算的基础，其重要性日益凸显。企业需高度重视海关估值的合规性，以避免因估值问题导致关税成本增加。具体而言，企业应首先深入了解各国海关的估值方法，包括交易价值法、相同/类似货物成交价格法、倒扣价格法、计算价格法及合理方法等，并根据自身情况选择适宜的估值方法。其次，企业应完善海关估值所需资料，包括合同、发票、运输和保险单据、原产地证书等，确保估值准确且完整。同时，企业需密切关注海关估值风险，如低价销售、关联交易、特许权使用费等可能引发的估值问题。最后，若遭遇海关估值调查，企业应积极应对，主动提供相关资料，与海关有效沟通，争取达成合理的完税价格，以维护自身合法权益，降低关税成本。

七、出口退税合规应对

中美贸易摩擦加剧了出口退税政策的不确定性，企业需密切关注其最新动态以确保合规。出口退税涉及对

出口货物已缴增值税和消费税的退还，企业应从以下方面进行合规应对。首先，及时掌握各国出口退税政策的调整，包括税率、流程及期限等信息。其次，确保出口退税资料的完整性和准确性，包括出口报关单、发票、收汇核销单及增值税专用发票等。同时，企业需警惕虚假出口、骗取退税等风险，避免遭受损失。最后，若遭遇税务机关的出口退税核查，应积极配合，提供相关资料并有效沟通，以证明出口业务的真实性，确保退税合规，维护企业权益。

八、反倾销反补贴合规应对

中美贸易摩擦导致反倾销反补贴调查频发，企业需高度重视其合规性以规避潜在损失。具体应对措施包括：首先，深入了解各国反倾销反补贴相关法律法规、调查程序、裁定标准及税率计算方法。其次，建立预警机制，密切关注相关调查信息，做好应对准备。若遭遇调查，应积极应诉，主动提供资料并与调查机关有效沟通，力争有利结果。此外，寻求专业机构如律师事务所、会计师事务所的协助，进行相关咨询和代理，可提升企业应对反倾销反补贴调查的能力，更好地维护自身权益。

九、结语

中美贸易摩擦，如同一把双刃剑，在给企业带来前所未有的挑战的同时，也孕育着新的机遇。面对风云变幻的贸易环境，企业当以积极进取之姿，化挑战为动力，一方面，需未雨绸缪，夯实内部管理，通过构建完善的税务合规体系，优化供应链布局，审慎调整转让定价策略，并时刻关注海关估值及出口退税政策的最新动向，确保合规运营；另一方面，面对反倾销反补贴等贸易壁垒，更应积极应对，据理力争，维护自身合法权益。如此，方能在复杂多变的贸易环境中稳健经营，持续发展。

展望未来，中美贸易摩擦的阴霾或将持续，企业仍需密切关注其发展态势，灵活调整经营策略，构筑起坚实风险防范的堤坝，方能在激烈的市场竞争中立于不败之地。更为重要的是，企业应以全球视野，积极参与国际贸易规则的制定，为构建一个更加公平、公正、透明的国际贸易秩序贡献自己的力量，推动全球经济走向更加繁荣、和谐的未来。

★ 深圳律协召开“20+8”产业法律服务团工作总结交流会

近日，深圳律协召开“20+8”产业法律服务团工作总结交流会，回顾阶段性工作成效，部署下一阶段重点任务。会议全面总结产业法律服务团工作成效。29个产业法律服务团围绕“20+8”产业集群发展需求，以“一产业一团队”精准服务模式，深入开展普法宣传、合规体检、政策解读等公益法律服务，有力保障产业高质量发展。会议还研究讨论了《深圳市律师协会产业法律服务团工作指引（草案）》，草案将从创新机制层面进一步提升产业法律服务团运作效能，增强对产业发展的专业支持。会上，各产业法律服务团汇报工作情况，通过

剖析问题、交流分享、研讨策略，会议系统梳理了工作经验，找出存在的不足，并研讨形成优化提升计划。



★ 深圳律师大讲堂正式开启

为深化律师行业专业化建设，提升律师的业务能力和综合素质，推动律师管理、行业党建和协会服务相互融合，深圳市律师行业党委和深圳律协将“深圳律师大讲堂”列为今年的重点工作进行部署。近日，“深圳律师大讲堂”（第一期）在深圳特区报业大厦开讲。本次活动特邀最高人民法院审判监督庭原庭长、一级高级法官胡仕浩，以“从诉辩主张到‘本院认为’”为主线，就民事案件法律思维的底层逻辑和终极考量进行深入解读。参加讲座的律师们纷纷表示，讲座内容具有很强的针对性和实用性，对提升专业能力、应对复杂案件具有重要帮助。“深圳律师大讲堂”是拓展律师视野、深化

专业素养的重要载体，目前，该品牌系列活动已举办了三期。



★ “律师执业权益保障服务站”在宝安区检察院揭牌启用

日前，深圳市宝安区人民检察院、深圳市律师协会举行“律师执业权益保障服务站”暨“律师参与信访化解工作室”揭牌仪式，并召开建设良性互动工作机制交流座谈会。宝安区检察院设立“律师执业权益保障服务站”为律师和检察官加强交流、司法协助提供了直接高效的平台，标志着检律协作从制度框架迈向实体化运作，为推进新时代法律职业共同体建设、加强律师执业权利保护、提升司法办案质效奠定了坚实基础。根据安排，即日起，每周三、五（节假日除外）下午，深圳市律协将



选派值班律师在12309检察服务中心大厅协助接访，并参与控告申诉案件简易听证。驻站律师将对律师反映的诉求进行收集、登记、分类转交并跟踪，高效解决执业难题；同时发挥专业化优势，通过参与区检察院接访工

作，合力推动矛盾纠纷实质性化解。未来，双方将以服务站与工作室为纽带，持续优化律师执业环境，探索检律协作新路径，为深圳建设“法律职业共同体先行示范区”提供可复制、可推广的经验。

★ 法律服务赋能经济社会高质量发展暨第四届律所管理与发展圆桌会议在中山成功举办

为更好促进深圳都市圈律师行业联动交流、协同发展，提升深圳都市圈律所管理者领导力，自2023年起，深圳、东莞、惠州、中山市律师协会联合举办“鲲鹏计划”深圳都市圈律所领导力培训班暨律所管理与发展圆桌会议，至今已举办三期，培养学员220名。

2025年6月21日上午，法律服务赋能经济社会高质量发展暨第四届律所管理与发展圆桌会议在中山成功举办。当天下午，“鲲鹏计划”第四期深圳都市圈律所领导力培训班正式开班，本期由中山市律师协会轮值主办。中山市司法局党组书记、局长，市律师行业党委书记王跃飞表示，期待深莞惠中四地律协同心聚力、携手并进，以“鲲鹏计划”为纽带，共绘深圳都市圈律师行业发展新蓝图，为打造国际一流法治化营商环境注入强劲动能，协力培育彰显湾区特色、引领行业发展的律师品牌矩阵，在粤港澳大湾区法治建设新征程上谱写华彩篇章。

活动中，深圳市律师协会会长张斌、东莞市律师协会会长张旭东、惠州市律师协会会长周涌、中山市律师协会会长朱志强分别立足各市律师行业发展实际，围绕“以优质高效法律服务赋能经济社会高质量发展”主题，

分享了各自在优化法律服务供给、提升行业专业能力、服务区域经济建设等方面的创新举措和实践经验。在圆桌会议环节，四地律协会长还围绕“法律服务赋能经济社会高质量发展”这一主题展开深入对话。各位会长结合大湾区法律服务实践，从行业管理、专业建设、区域协同等维度，探讨了律师行业服务新发展格局的路径与策略，为推进法治化营商环境建设提供了专业见解和实践智慧。活动还特邀北京理工大学律师学院院长、教授、博士生导师韩秀桃作“律师行业高质量发展若干思考”专题讲座。



★ 深圳律协第十八、十九期青年律师研修班顺利结业

2025年6月底，第十八期（跨境电商方向）和第十九期（海商方向）青年律师研修班结业仪式顺利举行。截至目前，深圳青年律师研修班已成功举办了19期，累计培养不同专业领域青年法律人才883名。未来，深圳律协将坚持以锻造青年律师的实务本领为核心，让青年律师在法治建设新征程中淬炼青春锋芒，为行业高质量发展注入生生不息的动能。



★ 深圳律协与顺丰速运有限公司签署合作框架协议

近日，深圳律协与顺丰速运有限公司举行合作框架协议签署仪式。此次合作是法律服务业与物流行业跨界融合的重要契机。深圳律协会会长张斌强调，希望加强与顺丰的合作，特别是在新经济业态快速发展的背景下，共同探索开发智能换证机器柜、优化升级智能客服等，聚焦低空经济领域，共同研究无人机物流监管政策、空域使用权属界定等前沿法律课题，共同推进综合物流法律服务法治化进程，助力构建开放共享的产业协同生态。



★ 深圳律协 2025 年第一期申请律师执业人员集中培训顺利开班

2025 年 6 月 30 日，2025 年第一期申请律师执业人员集中培训开班仪式顺利举行。申请律师执业人员集中培训是深圳律协中执委的年度重点工作，不仅邀请了各专业领域资深律师进行授课，还设置了模拟法庭、户外拓展、辩论赛、实习人员交流会等多元化的培训活动，希望学员们积极参加培训活动，把握培训机会，严格遵守培训纪律，虚心学习专业知识，顺利实现自己心中的律师执业梦。持续不断为行业发展输送高精尖人才是实现行业高质量发展的重要战略性工作，深圳律协将倾注更多资源，创新实习人员工作方式，努力营造更加有利

于人才成长的培训环境，持续深入地聆听实习人员声音，重视实习人员诉求，维护实习人员权益。



★ 深圳市司法局、市律师行业党委、市律协组织慰问 2024 年度“1+1”法援律师及西部锻炼青年律师

2025 年 5 月至 6 月，深圳市司法局、市律师行业党委和市律师协会精心组织，共同组成 5 个慰问组，分赴西藏、重庆、新疆、海南、甘肃等地，对坚守在边远地区的深圳“1+1”中国法律援助志愿律师和西部锻炼青年律师开展年度慰问工作，传递组织的关怀与支持。慰问组深入各服务地，通过座谈交流与实地走访，深入了解了“1+1”法援律师及西部锻炼青年律师的工作生活情况与实际困难。他们充分发挥专业优势，克服高原环境、文化差异等困难，积极为群众解决法律难题，扎实开展法治宣传。其服务地方经济社会发展所展现的公益情怀与显著成效，赢得各服务地广泛赞誉。慰问组表示，将继续高度重视并支持“1+1”法律援助志愿者行动和西部锻炼青年律师计划，积极推动与服务地在人才培养、

业务交流、资源共享等方面探索更有效的合作方式。同时，将继续关注志愿律师和锻炼律师的工作，强化后方保障，进一步完善志愿律师和西部锻炼青年律师的服务保障体系，鼓励更多律师投身公益法律服务，为推进公共法律服务均等化、支持西部地区法治建设贡献力量。



如何做好律师工作

关于执业经验的一点思考与分享

○施鹏翔* 北京市君泽君（深圳）律师事务所



入行律师行业已十年有余，最近和律所新进同事做了一期主题为“如何做好律师工作”的分享交流，顿感很有必要把自己的所感所思作一下总结，边干边学边总结，行稳才能致远。

一、做好律师工作要自觉涵养内驱力

说起做好律师工作，我们需要先思考一个问题：为什么要做好律师工作？很多人可能会觉得，这不是应该的吗？实际上，这里的核心是如何看待律师工作，或者说做好律师工作有什么好处。个人理解，只有足够的动力（即内驱力），才能做好律师工作，这是做好律师工作的重要前提。

每年都有很多人进入律师行业，但每个人的理解、想法、规划都不可能完全相同，有的可能只是当作一个临时过渡，有的可能没有明确规划有工作机会就进入了，有的可能想坚定成为一名律师……因此，想着过渡一下的，工作做得过得去就行；想着这就是一份工作而已的，认为做好给我安排的就行；还有的可能想着就领那么一点工资，不值得投入超额的时间和精力。这些想法不能说是错的，只是不同的选择取向而已。这也是我们常规理解的，我完成了给我安排的事情，满足客户或者合伙人的要求，那我的工作就做好了。

但其实可以更进一步，更多地从个体的成长或者职业规划的角度去涵养我们的内驱力，可以看到做好

现有律师工作的巨大好处。

其一，做好现有律师工作是执业专业精进的基础。做事都有一个从陌生到熟悉、从熟悉到熟练的过程，特别是律师行业，经验的加持有助于律师更准确、全面地理解和处理案件。而经验的积累，一方面有赖于时间的堆积，结合更多的案件、处理更多的事情；另一方面需要个体更多的思考、总结、改进。

九层之台起于累土，做好现有的律师工作就是在自己长远的执业大厦上添砖加瓦，基础打得越深、越广，未来的执业架构就越稳健、越广阔。

其二，做好现有律师工作将给自己下一程增加更多的可能性和更多的机会。从实践来看，很多人会走进律所，但多年后，有的可能去了企业或者其他机构，有的可能也不专职于法律事务。他们会给自己开辟了除常规投简历外，经合伙人、同事介绍，或客户邀请走出律所的更大可能性。在个人执业多年中，就有同事、同行以这样那样的方式走到了自己人生的下一段旅程。

从任职岗位变更的角度来看，有的可能去了人力岗，有的可能去了业务前端岗位，有的甚至去了跟法律关联不大的其他岗位。而在律所的经历，足够深、足够广地处理律师事务工作，其实能带给我们一种处理事情的法律视角，不管后续从事何种岗位，对于风险的把控，对于争议纠纷的处理，都必将是有助益的。

以上仅是从执业发展的角度列示了做好律师工作

*施鹏翔，北京市君泽君（深圳）律师事务所合伙人律师，兼任前海律工委证券争议解决中心委员，主要执业领域为证券与资本市场、并购重组、基金和股权投资、争议解决等。

的主要益处及对个人长期发展的影响。那如何做好律师工作呢？

二、做好律师工作要培养“三性”

其一，培养主动性，这是快速而全面成长的基础。

从客观角度来说，不管是合伙制或者公司制律所，合伙人、资深律师相对会更忙，安排的事情不可能事无巨细、面面俱到；另外，合伙人、资深律师从业经验较长，从认知上对于事项难易程度的判断与初入行者存在区别，交代的事项可能简洁、直接，但对于初入行者，可能给予的信息远远不够；再有便是事情是发展变化的，合伙人可能也没有掌握所需的全部信息，需要进一步挖掘，或者事情变化超出原有交代信息。在这样的背景下，基于安排的内容去简单执行，便达不到预期的目的，甚至有时候可能不利于项目的推进。这时候，需要具备主动性，具备主人翁的精神，这个事情是我负责的，那大到项目推进，小到细节执行，都是我需要思考、处理的。只有具有这样的想法，才能在遇到问题时能主动去解决，才能真正对项目有助力。

而从主观的角度来说，虽然是同一件事情，被动完成和主动完成，可能都达到了团队的要求，但对于个人，肯定有着巨大区别。被动完成，大概率不会再花时间和精力，去分析、去复盘，去回顾材料，去思考如何改进。随着时间的推移，处理的事情越来越多，对这个事项记忆越来越模糊，甚至都记不起自己做过这个事项，这样对个人来说就难以有积累。而且，可能还会有这样的想法既然是安排给我做的，那事情不要太多太累，能少就少，工作满足基本要求就可以，导致的结果是自己创造的价值越来越少，被替代的可能性越来越高。

但如果有足够的主动性，那当这个事情本身处理完了，就可能是另一个开始，开始归档、开始总结、开始梳理看看有哪些可以改进或者优化的。法规的累积可以形成法规库，咨询问题的累积可能形成常见问题汇编，协议文本可以形成文本库等等，这就是一个专业化的开始，一个从有限事项到无限可能性的开始。再有便是，从个人成长来说，如将参与的每一件事情都看作是一个机会，那你做的每一个项目，都可能是未来履历增加的一项内容、未来有多一个领域与别人合作的机会、未来投标业绩中又多一个得分点……

其二，培养“祛魅性”，即怀疑精神，也就是去掉光环，回归常识，聚焦事情本身。

实践中，确实存在客户的优势地位，合伙人或者资深律师的职务、经验、年纪等加成，初级律师、助理等作为相对方，更倾向于相信客户的陈述、合伙人、资深律师的判断，从合理性或者可能的责任承担角度，这样的倾向是可以理解的。特别是，很多人可能刚毕业，或者刚进律师行业，没有足够的了解，会缺少自己的判断，或者说依靠别人的判断。

但若要把律师工作做到极致，这种倾向不太利于个人独立思考的建立。默认客户所有信息都是全面、准确的，最终可能发现不了所提供材料存在的问题；默认合伙人说的都是对的，可能发现不了合伙人关注视野外的情况；默认项目方案没问题，可能无法提出更佳的替代方案……而能够带着问题去思考去怀疑，这是个人的更高价值，或者对团队、对客户更大帮助之处，也是个人成长体现最明显的地方。

因此，带着独立的怀疑精神，带着审慎的执业眼光，是将律师工作做到极致的关键。要明白，问题的研究、事项的处理不存在初级、资深或者合伙人这样的区分，要抱着平等的心态，有自己独立的判断，也勇于去承担可能的责任。这样的态度与方式，是相对快速的成长方式，也是执业律师稳健发展之所在。

其三，培养开放性，三人行，必有我师焉，择其善者而从之，其不善者而改之。

不管是面对同行、合作伙伴、客户或者其他所接触到的项目对方，都应该抱着一个包容开放的心态。

首先，从法律事务的处理、执行角度来看。大家学习法学理论都了解，法律规则有滞后性，滞后于法律实践，更多时候是既有的问题推进法律规则的更新、修订。而律师走在法律实践的最前沿，律师的执业带着不断学习、不断进化、不断适应不同的环境与需求的属性。我们需要结合事实，对已有的问题有准确的判断，又需要对未曾有先例的情况有清晰的认识，这是每一个执业律师都会面对的问题。

而矛盾在于一个人的精力、能力都是有限的，那如何尽量去抹平或者减少个人的有限性呢？抱着开放的心态，看待自己接触的每个人、每件事。每一个人都基于自己的履历成长起来，每一个人都有自身的特

点、优势，从别人的经历、理解、认识中去完善、修订自己的认识，甚至能基于别人的经验，提升自己的经验，这样个人的认识广度、深度将有无限的可能。

以证券业务为例，律师侧重法律事项的关注，但与会计师交流有助于从财务视角交叉印证是否存在问题的缺漏，与券商的交流有助于从行业的角度理解企业，快速挖掘出需要关注的问题，与公司高管的交流有助于对公司整体运行的了解，与公司员工的交流有助于识别公司具体事务的执行情况，与当地主管机构访谈可以从监管角度看到企业的定位，与客户、供应商的访谈能了解企业在行业中的实际情况、竞争力等等，需要从不同角度，借助不同人的理解，才尽可能深入地理解我们的目标。

其次，从个人成长、职业发展的角度来看。包容开放的心态，核心在于不给自己设限，跳出既定的范围，我们既可以从法律角度看问题，也可以从业务员的角度看问题，也可以从对手方的角度看问题……兼听则明、偏听则暗。

在开放的心态上，每一个你接触的人都可能都是你成长、积累的契机，一花一世界，留意都会发现美。接触是了解的前提，了解之后才有信任，而信任是律师执业发展极为重要的因素。客户基于信任才会委托、同行基于信任才会推荐。这也是律师执业需要实践积累的一部分内容。此外，从专业化的角度来说，越包容开放的心态，我们越能看到同事的优秀工作习惯、法律事务的研究、处理技巧，包括其他中介机构、客户处理某一行业或者特定事项的方式方法，都是可以累积的。

律师直观是解决各种各样法律相关问题，实质是提供价值。综合能力越强，提供的服务内容越具有差异化，壁垒就越高，也越不可替代。开放包容的心态是综合能力实现的良好基础。

三、做好律师工作要提升实操能力

其一，要有意识搭建自己的法律知识体系。

知识体系的搭建有助于实现法律事务的专业化，一方面能对遇到的问题做出快速的反馈，实现举一反三；另一方面能对问题作出准确界定，这个问题的性质如何、处理的方式如何、最优方案如何等，都需要有一个完善的知识背景架构。

特别是目前的时代背景下，AI 智能化发展迅猛，知识的获取门槛越来越低，不需要熟知法规，直接问 AI 助

手，就能得到答案。但同时也意味着，知识体系的重要性，如何向 AI 问出核心的问题，你的问题实质上要解决什么难点，AI 的回答有无存在什么问题，这些都需要你对整体法律体系的了解，来判断客户的问题是否需要完善的地方、客户的问题实际上是否可以实现，这也是律师工作专业之所在。AI 确实会改变影响我们这个行业，诸如日常的咨询、格式化文本的出具，类似重复、有标准化的需求，就越容易被 AI 替代，这也变相的要求律师要走向更综合、更专业、更体系化的方向。

知识体系的搭建，细节上，诸如可以从接触的法律法规逐步形成自己的法律汇编库，这样的好处既便于查看，也便于笔记注明，随着积累越多就是与自己业务非常匹配的专用法规库；可以从处理的案件或者项目，做好分类汇编总结，哪些部分是可以摘出来标准化处理的，效率会越来越高；可以形成合同样本，按类型、按适用场景，一个个搜集整理，便能形成自己的合同文本库；还包括日常处理各类咨询问题，一个个积累，达到一定的时间和数量，也能形成一个答案库。

不管是法律法规的不断熟悉，或是合同文本及各类问题处理得越来越多，就能发现不同事项之间的关联性。问题处理多了，就知道文本如何完善避坑；法规熟悉了，问题的判断就不会有大的偏差；文本完善了，问题又对应地会减少。就这样不断循环往复，体系化就越来越显现。

其二，要运用好工具。

工具是律师的朋友，包括现在的 AI 智能工具，虽然更多的关注在于替代、冲突关系。但其实，在法律方面使用工具最多的，可能就是律师，包括各种法规数据库、案例数据库、公告数据库、合同文本库、检索工具、案件管理系统等等。实际上是技术的发展给律师提供了便利，我们不用再像以前在报纸上去看和摘录案例、不用再通过一个一个案子积累自己的案例库。

现在面对的是如何去处理海量数据，如何去分辨数据的价值，因此，用好工具将极大助力做好律师工作，也是律师需要具备的基本能力。关于工具的运用，各种数据库、案例库对于律所大多都已是标配，目前各种 AI 工具也是如火如荼，对于具体工具的使用，各开发平台都有专门的指导演示。只是我们要有所选择，尽可能的熟悉工具功能，并选择与自己最匹配的。没有最好的工具，只有最匹配的工具。

中国刑事律师 如何出海

○莫丽冰* 广东知恒（前海）律师事务所 / 香港知恒律师事务所

由于我国内地是大陆法系，海外还有很多国家和地区是普通法系。两地法系的地域差距，律师出海既是面对陌生的环境，也是面对陌生的法系。

一、异域法系

香港与深圳有一河之隔，法系天差地别。我们作为法律人，从小到大都在学习中国法律，大陆法系，极少有人会特意学习普通法系，除非出海留学。由于华人普遍对英语等外语都较弱，很多网络信息或者书籍都无法了解。香港已经是跨境非常便利的地区，而且通过了香港法律人的推动，打破了从前法律语言只有英语的局限，同时还有繁体字的中文法律，所以是双语法律。双语法律为我们走进普通法制度提供了便利条件，我们可以通过“电子版香港法例”网站(<https://www.elegislation.gov.hk>) 入门普通法系学习。不过注意，香港法例不仅是普通法系。

香港的法院，绝大部分都是公开的庭审。最近参加法律文化之旅的律师们，旁听了一起“企图强奸”案，被害人女子出庭作证，法庭使用了电子设备保护证人隐私。简单的个例，也能看出两地法域的差异。在内地，强奸案件属于涉及个人隐私的案件，不属于公开审理的范围。而且在内地，即便是公开审理的案件，也需要经过法庭核对旁听人员身份是否与案件相关，对于旁听人员的年龄也有相关限制。在香港的法庭，庭审对社会公众开放，不设年龄限制，而且还有专门的媒体席位提供给记者使用电子设备做全程的记录。以前内地推动司法公开的时候，其实做得很好，通过庭审

直播的形式，公开庭审过程，并且播放量非常高，有几十万、上千万的。香港的法庭没有庭审直播，并且完全禁止摄影和录音录像。香港的法庭旁听对公众开放，也为我们学习普通法提供了便利条件。我旁听了很多大大小小的刑事案件，对于启蒙普通法大有裨益。

二、鸿鹄之志

海外华人的法律权益如何得到保护？必须要有中国律师肉身出海，置身于异域法系当中，才能够得以实现。这听起来，志向很高远，是涉外法治建设的宏远理想，但是对于出海的中国律师来说，都是切切实实的个体任务。

目前中国律师已经多达75万人了，但是拥有中国律师证和海外律师证的，或者是拥有海外律师证的华人，依然是极少数。我也很好奇司法部有没有针对这个做统计？其实很难统计，特别是拥有海外律师证的华人。那以在香港注册执业中国法律的律师人数为例，去年3月份，约350人，截至目前，是468人。这些信息都是公开的，在香港律师会能查到。再通过分析这468人中，在内地有丰富的刑事辩护工作经验的，凤毛麟角。

刑事辩护工作以前一直被笑称为低端业务和极度高风险业务。我们香港知恒律师事务所合伙人律师罗白云，她是进出香港收押所会见的首批中国律师，她非要说她是中国刑事辩护律师出海的首批律师。我有点难以置信，但是又不得不相信。因为我对于中国刑事辩护律师太熟悉了，从2017年至今，我参与的刑事辩护培训课程不低于50次。我活跃于中国刑辩律师大

小小的微信群里，并且时刻关注朋友圈著名的刑事辩护新闻。本来我认识的和我听说的懂粤语的中国刑辩律师就比较少。加入香港知恒之前，我真的没有见过能够进去香港看守所（香港收押所）会见的中国刑事辩护律师，不过也许是他们低调，不喜欢告知别人，又或许是我孤陋寡闻。

什么是中国刑事辩护律师？这个独特的标签，包含他/她是否热爱刑事辩护工作，他/她经办的案件是否主要是刑事案件，他/她是否精通刑法和刑事诉讼法，他/她是否在律师协会的刑事法律专业委员会有任职，或者是否在律所刑事部有任职等等。我衷心希望更多的中国刑辩律师能够出海，因为海外刑事辩护华人律师稀缺，稀缺是由于出海的成本确实很高，努力的成本也高，时间成本也高，即便如此，我依然努力为律所引进人才，呼吁中国刑辩律师出海。

三、肉身出海学习

在我肉身出海的近一年时间里，我主要是旁听法院庭审、研习法条、钻研书籍、跟香港律师和大律师交流等等。听起来好像挺简单的，旁听学习就行了，但是真正要坚持下去，就很难，因为跨境通勤往返起码四个小时。刚开始的时候，我非常茫然，甚至是不能相信自己能在海外有所作为。罗白云律师不断鼓励我，有直播活动也带着我，有普通法学习课程也呼吁我积极参加。慢慢地，我才构建起对普通法的初步认识。但我自知，还不够，远远不够。我也在加强英语方面的学习，希望日后能有所精进。

目前来说，我对于香港普通法的学习，仅限于刑事司法制度。我还有很多很多的疑问，远远没有达到我对内地刑事司法制度的熟悉程度，我还有很长的路要走。不过，我对于刑事证据规则，倒是入门神速，一点就通。以前，我也会看国外的刑事辩护书籍，比如辛普森的辩护律师德肖维兹写的《一辩到底》。他是我的偶像之一，我很羡慕他那精湛的刑事辩护技术。他很多的金句，都是我用来激励自己不断学习的名言，比如：“一旦我接受了这个委托，摆在我面前的，只有一个日程，那就是想尽一切办法打赢这场官司！”

几年前有一个一审打掉诈骗罪十年且只定了伪造事业单位印章罪被判处拘役四个月的案件，又经我辩护后发回重审。重审后，我曾经跟法官在闭庭时争论，她说：“莫律师，你知道你浪费了多少司法资源吗？法庭是讲究司法效率的，你以为这里是英美法系吗？你以为你是辛普森的律师吗？”我当时很惊讶她会对我说出这句话，我看着她，回道：“对，我希望有朝一日，我能够成为像德肖维兹一样优秀的刑辩律师！”说完，我转身头也不回地离开了法庭。事后觉得自己有点冲动，居然敢妄言，回想起来也许是偶像给的勇气吧。

四、中国刑事出海

对于刑事案件而言，全世界的底层逻辑都是相通的，用什么证据证明有罪，用什么证据证明无罪，法律规定了什么人在什么地方实施了什么行为会构成犯罪。在我原本就掌握这个底层逻辑的基础上，还有我精通粤语的基础上，我对于研究香港的刑事司法制度兴致勃勃。当然，我们执业限制是不能使用香港法律执业，只能使用中国法律，所以我们在代理内地人在香港的刑事案件中，必须要跟香港事务律师和大律师配合。

基于《人权法案》和《基本法》，香港外来人员在被控罪时，都可以获得他/她所在国或所在地区的执业律师（在香港律师会注册的）的法律帮助。同样的道理，中国人在外国若涉嫌刑事犯罪被拘捕在羁押场所，能不能得到中国律师的帮助？如何能得到中国律师的帮助？在普通法系中（英国、美国、加拿大等等），想要在法庭上有发言权，需要考取大律师执业资格（Barrister），这是更高维度的涉外人才建设。但是刑辩律师出海，执业形式多样，可以是专攻刑事辩护的事务律师，也可以是专攻刑事辩护的注册外国律师（香港是香港注册外地律师，详见香港律师会注册成员）。目前我们香港知恒律师事务所正在做中国律师如何出海的白皮书，不断梳理如何获得当地律师执业资格证的方法，鼓励国内莘莘学子和中国律师考取海外律师执业证，实现严格意义上的肉身出海，加入国家涉外法治建设的队伍当中去。

条条大路通罗马，共勉之。

*莫丽冰，广东知恒（前海）律师事务所律师，香港知恒律师事务所注册外地律师，专注研究跨境刑事法律，主理个人公众号“大莫刑律”。

褐证生春

贺广东省律协四十五华诞

◎陈婧* 广东鼎方律师事务所

褐证三叠

◎陈婧* 广东鼎方律师事务所

阳光小学栅栏上炮仗花坠成橙红瀑布，指腹掠过公文包里深褐色证件的硬壳，硬塑封皮沁着珠江口特有的咸涩凉意。这页 2023 年问世的薄卡，在广东律协四十五载的年轮里，正悄然刻下新生的纹路。

卷一：掌纹里的光

宝安城中村出租屋的霉斑在雨季疯长。二十四岁的小苏摸索门框时，手背留置针的紫痕尚未消退。“公司说病假条没用，”她抖出糖尿病确诊书压在茶几上，白糖瓷杯突然倾倒，“车祸后那三天……主管还催我改 PPT 呢。”

深夜来电里的呜咽撞碎寂静：“陈律师，衣柜里的那条红裙子，我再也看不到了……”我攥着仲裁胜诉书贴在耳边，纸页随抽泣簌簌震动——裁决追回的工资，不过是失明白昼赎回几粒星子。此刻法院传票躺在案头，深褐色证件覆于其上，将和年轻盲女共赴新的战场。

卷二：课桌星光集

翻身小学礼堂涌动着合欢树的清甜。刚解析完“语言欺凌的责任边界”，前排马尾辫女生突然举手：“要是造谣的人删了帖子，算将功补过吗？”满场顿时举起手臂如破土春笋。课后穿篮球服的男孩等在紫藤架下：“老师，我……给转学朋友发了您的课。”他手机屏幕亮着聊天记录，那端最后一行字是：“原来法条

是保护弱者的光啊！”

风掠过证件夹层里学生塞的便签，草莓贴纸上稚拙笔迹写道：“您像法律充电宝！”

卷三：墨痕警报

律所会议室的晨光切过百叶窗。“诸位宣传册用的字体，”我敲击投影键盘，“可能正引向赔偿诉讼。”满场翻纸声骤停，某烘焙店老板捏皱单页：“这微软雅黑……不是电脑自带的吗？”展开的侵权告知函上，字间距仿佛勒紧的绞索。三周后他们送来新包装盒，版权保护别样字体像群星缀在深褐底纹上，恰与我证件封皮在晨曦中同频生辉。

年轮新墨

区法援中心档案室，上世纪手写调解书的茶渍晕染如老榕气根。证件静卧在起诉状上，电子法院的签章系统正将证据链刻录成数据碑文。

归途经天虹商场普法角，烘焙店女孩胸前别着自制的“版权小卫士”徽章。暮色里我的证件在玻璃幕墙反射出光轨，深褐底烫金徽熔成流动的金河——当城中村传来盲女用听书软件诵读《劳动法》的电子音，当课间操响起孩子新编的防欺凌拍手歌，当企业新印手册版权页闪着绿标，四十五载奔涌的法治长河，终在万千新泉的汇入中愈显壮阔。

【巷陌春犁】

城中村窗格裁切暖阳。
劳动仲裁书在掌心舒展，
年轻女工睫毛沾着笑霜：
“病假薪酬追回啦！”
调解室绿植新抽的藤蔓，
悄悄缠住法律援助指南。
而隔壁早餐店热气蒸腾，
新贴的《用工规范》正融解晨霜。

【千帆待发】

暮色漫过前海调解中心，
落地窗收纳万家灯火。
学生发来新编《守法拍手歌》，
盲人按摩院广播诵读《宪法》章节，
饼店玻璃柜映出“最优用工”奖状。
榕树气根垂落褐色的弦索，
在四十五圈年轮中央——
千万枚深褐船证正破浪，
载着南粤大地未封缄的春天，
航向法治中国最蔚蓝的港湾。

【湾区新墨】

科技园会议厅玻璃幕墙，
将四十五载法治史折成光谱。
白发律师轻抚 1980 年油印机，
我打开电子案卷，
区块链存证链缀满星河。
突然烘焙店主捧来新包装盒：
“您指点的字体版权，
我们换成岭南木雕纹啦！”
红棉浮雕的专利号，
与深褐证件在光瀑里共鸣。

【江潮新棹】

深褐色封皮划开晨曦，
2023 届的轻舟已满帆。
律协四十五年江潮奔涌，
我们衔浪而来，在卷宗铺就的航道，
种下新生的水纹。

【课桌星图】

宝安校园的凤凰木正燃。
普法课件翻飞成羽翼，
少年们别起自制的法治徽章——
“反欺凌守则”烙在尺规尖端，
“知识产权”嵌进航模机翼。
当跳皮筋的童谣里跃动法条韵脚，
国徽金芒正镀亮每张课桌的边陲。

* 陈婧，广东鼎方律师事务所专职律师，高级企业合规师，擅长公司治理、劳资风控、合同与执行纠纷。



《清蓮》
○斯琴／广东理济律师事务所