

# 京都律师

KING & CAPITAL LAWYER

WWW.KING-CAPITAL.COM

2021/03

季刊 总第137期



京都律师事务所  
King & Capital Law Firm



## P40 企业合规 —— 深度解读“多行业刑事风险防控”

P37 特稿 / 田文昌专访：“播种”律师新执业理念

P75 京都论法 / 中韩个人信息保护法比较（上）

P99 京都实务 / “双减意见”下，教培机构能裁员吗？能退租吗？



# 合规不起诉让企业真合规

杨斌

2020年3月，最高人民法院启动涉案违法犯罪依法不捕、不诉、不判处实刑的企业合规监管试点工作。

2021年4月8日，最高人民法院下发《关于开展企业合规改革试点方案》依法有序推进企业合规试点改革向纵深发展。

2021年9月3日，在第三届民营经济法治建设峰会上，最高人民法院、国务院国有资产监督管理局、财政部、全国工商联会同司法部、生态环境部、国家税务总局、国家市场监督管理总局、中国国际贸易促进委员会九部门共同宣告企业合规第三方监督评估机制管理委员会正式成立。第三方组织作为直接面向合规企业的监管人是第三方监管机制由“纸面”顺利落到“地面”的关键因素。尤其在本次《指导意见》第十七条第二款明确规定“第三方组织成员系律师、注册会计师、税务师（注册税务师）等中介组织人员”。

上述文件和事件表明合规不起诉制度正在全国各地依法积极有序的推进、落实、完善。对各类企业的合规发展必将产生重大影响，而律师在参与推动这一制度落实过程中也将发挥重要的作用。

众所周知，市场经济是法治经济，企业合规又是依法治企的重要方式。但是，事实上，在过去很长一段时期内，中国的企业合规只停留在口头上，纸面上，形式上，并没有实质的内容。导致很多企业和企业家遇到刑事法律风险和刑事指控时才恍然大悟，寻求事后救济。其原因，一方面是企业缺乏法律风险防范意识，另一方面我国在企业合规制度上过去缺乏立法保障。

合规不起诉制度的确立，为企业和企业家提供了制度保障。将过去企业合规的“口号”和“理念”变成可操作、可执行、可救济、肉眼可见的有利于企业发展的实实在在的制度设计。将过去的“纸面合规”、“粉饰合规”、“文来文往合规”的务虚的合规整改变成实打实的合规整改。就必须



由主管部门、司法部门、第三方监管人介入的合规监管。只有这样的依法整改，才能使企业整改有效，才是真整改。从这个角度讲，合规不起诉制度就是一个有利于企业健康发展的好的制度，国家通过刑法工具，为企业开展合规管理，通过督促、约束和刑事激励来更好的保护企业家，促进企业的发展，维护市场秩序的稳定。反之，企业家和经营者也会更加重视企业合规，积极整改、完善和落实企业合规。

近一段时间，媒体陆续报道出企业违规的案例。美团触犯反垄断法，被国家市场监督管理总局处罚34.42亿元；滴滴数据安全被调查事件，阿里巴巴女员工所谓被性侵案等等。这些事件和案例都暴露出企业的合规问题，需要引起经营者的足够重视。需要专业的团队针对各自企业进行诊断，对经营过程中的各个环节进行问诊，发现存在的问题，寻找解决问题的办法，建立和完善各自企业的合规体系。

京都律师长期致力于企业法律风险防控和企业家刑事法律风险防控的研究与实践。从刑事辩护律师的视角来看，企业合规问题就是刑事法律风险防控问题。企业合规了，就排除了刑事法律风险；企业刑事违规了，就要承担刑事风险。为了避免刑事法律风险，就要认真研究和总结企业合规问题。

本期《京都律师》专门刊发梁雅丽、徐莹、翁小平、印波、刘立杰、钱浩几位律师关于企业合规的有关文章。让我们一起关注企业合规问题，他们从不同的角度，思考和解读企业合规和合规不起诉制度。一定会给我们一些启发。

企业合规起源于美国，在中国的立法和司法实践才刚刚开始。需要法律人与企业家一起研究，需要律师尤其是刑辩律师从司法实践中反思企业合规，提出和总结真知灼见，一起为企业和企业家的发展保驾护航，提供刑辩律师的专业服务和律师智慧。



# 专业化、团队化、国际化、综合化的大型律师事务所

主办 京都律师事务所  
承办 京都律师事务所品牌建设部  
编辑委员会

主任 田文昌

编委

曹树昌 蔡景丽 杨照东  
金杰 朱勇辉 秦庆芳  
王九川 公丕国 杨大民  
郭庆 肖树伟 刘铭  
陈宇 吕志轩 金燕  
张雁峰 梁雅丽 刘敬霞  
陈东利 赵岐龙 牛支元  
柳波 黄雅君 孙艳辉  
徐莹 张启明 王春军  
刘玲 汤建彬 彭吉岳  
牛星丽 宇文鸿雁 唐利君  
陈枝辉

主编 杨大民

编辑 张怡 张纪宇

美编 北京龙之月文化

地址 北京市朝阳区景华南街5号  
远洋光华国际C座22-23层

邮编 100020

北京总所电话 010-57096000

全国免费咨询电话 400 700 3900

业务咨询电话 010-85253900

传真 010-85251268

上海分所电话 021-52341066-1099

深圳分所电话 0755-33226588

大连分所电话 0411-85866299

南京分所电话 025-85231119

天津分所电话 022-58963439

海口分所电话 0898-36388787

网址 www.king-capital.com

邮箱 info@king-capital.com

## 目录

### 卷首语

合规不起诉让企业真合规 杨大民 / 01

### 京都资讯 品牌建设部 / 04

### 特稿

田文昌专访：“播种”律师新执业理念 / 37

### 封面主题

企业合规——深度解读“多行业刑事风险防控” / 40

企业经营中的数据安全合规与刑事风险提示 梁雅丽 唐宛苒 孙瑞启 / 41

刑事合规业务中的非诉思维和方法 徐莹 / 49

“受贿行贿一起查”背景下商业贿赂的司法认定及合规建议 梁雅丽 唐宛苒 / 53

从孟晚舟事件看美国DPA制度

——兼谈我国刑事合规不起诉的另一种可能 刘立杰 钱浩 / 58

合规不起诉的内涵与实务 翁小平 / 62

依法治企迈入合规新时代

——我国企业合规制度建设的现状与困境应对 印波 刘雨婷 / 66

### 京都论法

浅谈《刑法修正案（十一）》

之安全生产领域刑事法律风险重大变化 梁雅丽 李明真 / 71



京都律師事務所  
King & Capital Law Firm

## 追求卓越 不负重托

中韩个人信息保护法比较(上) 金燕 崔慧莲 / 75

《网络产品安全漏洞管理规定》重点条款解读及合规建议 徐伟 翁小平 / 79

### 京都实务

债券频繁爆雷的情况下,

投资者如何依法维护自身权益? 肖树伟 韩冰 游乐 杨琨 / 82

企业建立反性骚扰合规体系的法律和实务 金凤华 / 86

游戏好玩,别忘了“孩子们”的个人信息保护

——未成年人沉迷数字游戏的预防和干预(二) 陈宇 赵小雨 白绪玲 / 89

生产、销售有毒有害食品罪相关概念的司法认定 贾志恒 张可欣 / 95

“双减意见”下,教培机构能裁员吗?能退租吗? 万学伟 冯子璇 / 99

北京证券交易所将给中国和北京带来什么? 唐利君 倪燕秋 安启博 / 102

从十年以上到三年以下:一起“合同诈骗”案的无罪之辩 孙广智 / 108

协助企业整改 推动合规不起诉 李志广 张露月 / 114

专利侵权,司法保护or行政保护? 苏文 / 117

地方不良资产证券化法律风险控制 吕志轩 / 121

### 律·诗

集中隔离 杨大民 / 124

# 京都律师

封面题字 江平



2021年第2期

总第136期 季刊

## 业绩

一起看似无望的4亿余元合同诈骗案和3亿余元虚开增值税发票案  
终获无罪宣判

2021年7月13日，安徽省高级人民法院作出终审裁定：“驳回抗诉，维持原判。”从2012年10月10日黄某某和蒋某某被抓获归案，2017年5月两人被取保候审，2019年12月马鞍山中级人民法院一审作出无罪判决，再到马鞍山市人民检察院提出抗诉，最后二审维持无罪判决，该案历时近九年之久，终于尘埃落定：被指控4.28亿余元合同诈骗和3.28亿余元虚开增值税专用发票的两被告，终获自由。

本案由北京市京都律师事务所田文昌律师和邹佳铭律师共同为蒋某某辩护。

该案中，两被告通过他们实际控制的多个公司，作为购销合同的最终买方和卖方，与某国企甲公司作为中间交易方，签订多个钢材购销合同，形成了一个高买低卖的循环贸易圈。其中只有资金流转，没有真实的货物交易，实际上是以贷款的名义将资金转到两被告控制的公司，达到企业之间资金拆借的真实目的，业内通称为“托盘”。上市的国企，有大量的闲置资金，还需要好看的业绩，通过购销形式的资金拆借就是风险小，又有稳定资金回报的“好生意”。在国内各地，早有类似的业务。

当时在上海安徽等地，用这种钢材购销方式变相融资的做法盛行一



田文昌律师

时，但双方都没有想到后来随着钢材市场行情的变化，拆借的资金还给银行后，银行违背了还旧贷新的承诺，不再发放新的贷款，使被告所指控的公司陷入资金链断裂的惨状，无力偿还甲公司资金。面对如此巨大的资金缺口，甲公司直接向当地公安机关报案诈骗。该案中一共签订了46笔合同，直接或间接拆借资金9.57亿余元。大部分资金都用于归还银行贷款，小部分用于生产经营，被告人没有任何挥霍或隐匿资金的行为。后银行停止向两被告控制的公司发放新贷，造成甲公司实际损失4.28亿余元。同时，为配合购销合同，两被告控制的公司向甲公司虚开增值税发票3.28亿余元。公诉机关据此指控两被告构成合同诈骗罪和虚开增值税专用发票罪。

在侦查阶段和法庭调查期间，甲

公司员工众口一词声称甲公司与被告单位就是购销关系，他们既不知道上下游公司是被告人实际控制的公司，也不知道该案是名为贸易实为融资，他们只是被骗支付货款才造成甲公司的巨额损失。

该案从运作方式到损失后果，再到证据情况，被告均处于十分不利境地。但经过二位辩护律师大量取证、深入分析和充分论证后，还原事实提出：该案属于在当时特定市场环境下盛行的特殊融资方式所导致的经济纠纷。二位被告不具有非法占有目的，也没有骗取财物的行为。而其虚开增值税发票的目的只是为了配合虚假的购销合同，并没有骗取国家税款。

因此，该案既不构成合同诈骗罪，也不构成虚开增值税专用发票罪。

该案一审阶段经历了两次开庭审理。经公安机关补充侦查后，又第二次开庭。一审判决无罪后，检察机关提起抗诉，二审开庭审理后，终审宣告无罪。

历时九年，一波三折。这一方面得益于中央和最高法保护民营企业的精神，两级法院认真负责、实事求是的态度。另一方面，专业刑事辩护律师的价值，也在这起案件中得到了充分的体现。



## 业绩

### 京都三律师五年苦斗，一辩到底，四罪变无罪 ——原辽宁省公安厅厅长落马：爆出女企业家冤案黑幕



田文昌律师



曹树昌律师



张殿龙律师

2021年8月23日，中央纪委国家监委网站发布消息称，辽宁省政协原副主席薛恒涉嫌严重违纪违法，主动投案。此前十余天，辽宁省纪委监委发布消息，沈阳市副市长、市公安局局长杨建军涉嫌严重违纪违法，接受调查。

因薛恒干预司法导致一名女企业家蒙冤被捕的案件，再次被媒体报道，重入公众视野。

2007年，辽宁省抚顺市一位女企业家李月英因与薛恒的一个同乡发生矛盾，被安上了骗取贷款、职务侵占、对非国家工作人员行贿、挪用资金四项罪名。在田文昌、曹树昌、张殿龙三位京都律师的专业辩护下，本溪市中级人民法院顶住了巨大的压力，案件以检察院撤回起诉，作出不起诉决定告终，李月英等人无罪获释。

#### 一、案件起因

2007年1月19日，抚顺市天麒房地产开发有限公司、葫芦岛市虹京铝业

有限公司签订协议，合作开发位于抚顺市的一处房地产项目。期间双方产生激烈矛盾。葫芦岛虹京公司董事长杨某某遂以“职务侵占和挪用资金”为由，向辽宁省公安厅举报抚顺天麒公司董事长李月英涉嫌犯罪，抚顺市警方对李月英立案调查。

2011年12月25日，辽宁省抚顺市东洲公安分局以涉嫌挪用资金罪对李月英立案侦查，当时还是抚顺市人大代表的李月英被取保候审。据财经杂志报道，杨某某派出代表与李月英谈判，这个代表自称是“薛恒的大舅哥”，警告她“不给杨某某税后1.035亿元，马上就安排警方异地办案”。

李月英没有屈服。2012年2月21日，辽宁省公安厅遂将案件指定给本溪市公安局管辖，本溪警方以涉嫌骗取贷款罪对李月英刑事拘留。

侦查终结后，公安机关以李月英、李传联涉嫌骗取贷款罪、职务侵占罪、向非国家工作人员行贿罪、挪

用资金罪四项罪名，将本案移送至本溪市明山区人民检察院。

#### 二、艰难辩护

面对强大的权力操控，抚顺市各界人士强烈呼吁和多方奔走都无济于事，李月英家属在绝望之中聘请了北京市京都律师事务所的田文昌、曹树昌律师担任李月英的辩护人。此时，李月英已经在公安医院经历了多次抢救才脱离危险。

接受委托后，田文昌、曹树昌两位律师已经明显感受到有一双无形的权力之手在操控着案件的走势，仍然顶着压力、冒着风险，调查取证和奔走呼号，踏上了一条顽强而漫长的辩护征程。

#### 三、力辩到底，决不妥协，三阶段打掉四个罪名

1. 审查起诉阶段打掉了挪用资金罪  
审查起诉阶段，辩护人已经向公

## 业绩

诉机关提出了无罪辩护的意见，但公诉机关仅采纳了不构成挪用资金罪辩护意见。2014年3月13日，检察院向明山区法院起诉了另外三宗罪：

1) 李月英、李传联等人于2011年5月至2012年8月间，利用虚假的抚顺新博瑞经贸有限公司的财务资料及购货、销售合同，先后两次骗取抚顺银行新抚支行贷款共计9500万元，构成骗取贷款罪。

2) 李月英于2009年4月至6月间，在任抚顺天麒房地产开发有限公司董事长期间，利用职务便利，以虚假支付沈阳市祺纬市政工程有限公司工程款的方式，套取天麒公司资金350万元，并将其中的324.5万元据为己有，构成职务侵占罪。

3) 2011年11月，李月英向某刑事案件被害人代理律师请托，要求该律师在收到判决后不要提起上诉，事后指使他人支付该律师好处费5万元，构成向非国家工作人员行贿罪。

### 2. 一审阶段又打掉了另一个罪名：职务侵占罪

在庭审过程中，针对检方指控，辩护人提出了以下无罪辩护意见：第一，公诉机关的指控不符合骗取贷款

罪的立法本意，本案中的两笔贷款已本息全部还清，且贷款的担保真实有效，银行没有受到任何经济损失。同时，被告人李月英伙同他人实施了骗取贷款的行为的证据不足，也没有证据证明李月英知道贷款材料中存在虚假成分。第二，李月英从公司拿走300万元得到了公司的同意，并且给公司出具了借条，李月英没有非法占有公司财物的主观目的。第三，律师不是非国家工作人员受贿罪的犯罪主体，且李月英所支付的5万元是到底借还是给，事实不清，证据不足。

庭审结束后，明山区人民法院作出一审判决，采纳了辩护人关于李月英不构成职务侵占罪的辩护意见，判决李月英构成骗取贷款罪，判处有期徒刑四年，并处罚金人民币五十万元；构成对非国家工作人员行贿罪，免于刑事处罚；数罪并罚，决定执行有期徒刑四年，并处罚金人民币五十万元。李传联等人也因犯骗取贷款罪被判处有期徒刑四年，并处罚金人民币五十万元。

### 3. 二审阶段再打掉两项罪名：全案无罪

李月英、李传联上诉至本溪市中级

级人民法院。田文昌、曹树昌两位律师继续担任李月英的二审辩护人。京都律师事务所的另一位律师张殿龙又接受委托担任李传联的二审辩护人。

二审中，本溪市中级人民法院认真听取了辩护人关于骗取贷款罪和行贿罪的辩护意见后，几经延期，历经周折，终于在2017年2月14日作出裁定：撤销一审判决，发回重审。

9天后，本溪市明山区人民检察院申请撤回起诉。法院随后裁定准许。

2017年3月3日，本溪市明山区人民检察院对李月英、李传联作不起诉处理，身背四项罪名的被告人均获无罪。至此，历时5年的冤案终获昭雪。

在这起案件中，京都律所三位律师的专业刑辩意见得到了办案机关的高度重视，刑事辩护的重要作用得到了充分的体现。同时，本案对于骗取贷款类案件的审理也具有一定的指导意义。

后经媒体记者调查，当时对李月英立案和异地管辖，正是时任辽宁省公安厅厅长薛恒指示的。而今，这只无形的权力之手终于浮出水面，暴露出该案辩护过程如此艰难而漫长的幕后原因，而律师们回顾起当时办案过程中的巨大压力，仍然心有余悸！

## 经五年刑事及民事诉讼 郭庆、相憬晶律师终为外籍客户挽回千万损失

天津市高级人民法院于近日作出终审判决，在一起公司盈余分配纠纷案中维持原判，支持了我方代理的外籍当事人获得千万元欠付股利

的诉求。

京都所合伙人郭庆、相憬晶律师2016年接受外籍客户委托，作为受害人向公安举报客户公司高管涉嫌职务

犯罪的诉讼代理人。

委托人是1927年出生在天津的老华侨，上世纪三十年代离开中国后定居美国。他在向京都律师委托案件时



## 业 绩

声称：他于2001年回到天津创办了外商独资企业，因他本人当时已年逾七旬、常年居住在美国而且中文沟通能力有限，遂将公司托付给总经理王某打理，对王某一直信任有加。他每年来华一两次，会配合王某的要求在财务单据、公司文件上作为股东签名，甚至为王某预留了多张留有他签名的空白A4纸。2015年3月，他突然收到王某汇来的十余万美元，告知他这是股权转让款，他的公司的100%股权已经变更到了王某名下。委托人不顾年老体迈，立即办理签证、预订机票飞往天津，在当地委托了律师查询工商信息，调取到初步材料后径直向警方报案。

然而该刑事案件的调查并不顺利。委托人基于种种原因，于2016年转而委托郭庆、相憬晶律师接手本案，涉外业务部孙逊律师协助办理。京都律师团队通过阅卷、与委托人核实案件事实，分析梳理了委托人与嫌疑人过去两年间的所有英文邮件往来，与承办警官和检察官反复沟通，提出法律意见。

为查明案情，用于办理公司股权变更的数份法律文件经过了多轮司法鉴定，但对于签名是否委托人本人所签、是先打印后签名还是先签名后打印、文件正文与签名页是否一次打印形成、文件落款日期委托人不在境内是否有合理解释等要点，某些关键证据始终无法得出确切的司法鉴定结论。因无法排除一切合理怀疑，经过两次退回补充侦查，检察院作出存疑

不起诉的决定。在委托人的坚持下，京都律师代为向天津市人民检察院第一分院和天津市人民检察院提起两轮申诉，在一分检组织的公开论证会上发表了申诉人意见，并与参会的人大代表、检察官代表、法学院校代表和律师代表对案件难点进行了深入探讨。

在刑事案件代理过程中，京都律师仔细阅读了警方委托专业机构所出具的审计报告，发现客户多年来的股东分红权未得到保护，涉案高管还可能存在违反忠实义务损害公司利益的情况，遂建议客户另行提起民事诉讼。天津市第二中级人民法院受理了我方提起的股东知情权纠纷及公司盈余分配纠纷诉讼，并做出了一审判决。现公司盈余分配纠纷一案，天津市高级人民法院于近日作出终审判决，维持原判，支持了案涉公司向我方当事人支付千万余元欠付股利的诉求，并判王某承担连带责任。另一案件仍在天津高院审理中。

该系列案件属于典型的涉外刑民交叉案件，先后经历了刑事侦查、审查起诉、刑事申诉、司法鉴定、第三方审计、民事诉讼、法院向律师签发调查令取证等诸多程序，对于办案律师对全案的综合把握能力和与外籍客户的沟通能力均提出了较高要求。

郭庆、相憬晶和孙逊律师在处理刑民交叉问题、代理涉外案件上具有丰富的经验，善于多渠道、多角度为客户提供法律建议，以帮助客户实现最终诉求。✎



郭庆律师



相憬晶律师



孙逊律师

## 业绩

秦庆芳、张小峰、吴欣荣、范颖慧律师成功辩护，  
抗诉发回重审案减少一个罪名，刑期远低于建议量刑



| 秦庆芳律师



| 张小峰律师



| 吴欣荣律师



| 范颖慧律师

近日，京都律师事务所秦庆芳律师、张小峰律师、吴欣荣律师、范颖慧律师代理的甲某涉嫌非法占用农用地罪、拒不执行裁定罪抗诉发回重审案件，最终法院认定甲某不构成拒不执行裁定罪，仅认定其构成非法占用农用地罪，判处甲某有期徒刑一年六个月，缓刑一年六个月，远远低于检察院提出的两个罪名，如果认罪认罚则建议判处有期徒刑三年，缓刑五年的意见。委托人对辩护团队的工作成果给予了高度肯定。

本案涉及行政处罚、强制执行、刑事诉讼三个程序的交叉处理，涵盖土地管理法、民事诉讼法、行政处罚法、刑法等多部门法的理解与适用，是刑民交叉、刑行交叉的典型案。房地产部与刑事部律师的跨部门合

作，为本案的办理提供了专业支撑，也充分发挥了京都所综合化、团队化的优势。

辩护团队在该案发回重审后接受委托，经过充分研判本案证据，梳理土地管理、民事执行等相关规定，并大量检索案例，最终制定了逻辑缜密的辩护策略，并据此准备了充分、详实的质证意见、辩护意见及法律、法规规定、案例等辅助类材料。特别是在开庭前一周，团队集体赴委托人所在地，实地查看案发现场并现场取证与办公，大大增加了委托人的信任感与安定感。

该案发回重审期间，检察院多次补充证据，案件几次延期审理。检察院还曾提出甲某认可检察院指控的两个罪名三起犯罪事实，并在此前提下

建议判三缓五的意见。面对检察院的压力，辩护人经与委托人充分沟通、阐明利弊，没有接受检察院的量刑建议。最终经过辩护团队有礼有节的辩护，法院认定甲某及涉案公司不构成拒不执行裁定罪。本案虽然认定甲某及涉案公司构成非法占用农用地罪，但实则存在很大争议，特别是涉案土地是否为基本农田的问题，在案证据确属不足，且本案所涉及的占地行为存在一定的历史原因，不应孤立看待。

最后，也要对案件代理过程中，刑事业务部李靖宇律师的倾力投入（最终因开庭时间冲突，李靖宇律师未能参加庭审）、律师助理王嘉曦以及实习生贾伟康、王盼、雷智博的努力和付出予以充分的感谢。🌹



## 业绩

### 名校博士杀妻案二审，自首仍被维持死刑 ——陈宇、王琛、潘南宇律师代理被害方圆满结案



陈宇律师



王琛律师



潘南宇律师

近年来各种杀妻案屡见不鲜，如上海冰柜藏尸案、杭州杀妻碎尸案、辽宁杀妻骗保案等等，这些骇人听闻的案件就在我们身边，那些含冤枉死的女性，无不引发无数网友热议、同情。由陈宇、王琛、潘南宇律师代理被害人一方的名校博士杀妻案，王某某将妻子残忍杀害后自首，经三位律师不懈努力，一审作出死刑判决。王某某不服上诉，二审法院仍采纳代理人观点驳回上诉，维持死刑。

#### 案情回顾：

2019年10月，惨剧发生后，被害人父母悲痛欲绝，联合400余名村民上书司法机关请愿判处王某某死刑，在当地引起轰动。然而本案中，王某某有自首情节，而且被害人父母已经收取了王某某家人20万赔偿，当地检察院基于此提出无期徒刑的量刑建议。

在此背景下，在陈宇、王琛、潘南宇律师的共同努力下，成功说服一审法院采纳代理意见，作出死刑判决。然而王某某继续上诉，并向高级法院补充大量新证据，甚至找到被害人出轨的“情人”，企图以此证明被害人出轨构成重大过错，二审法院对此高度重视。面对二审的巨大挑战，三位律师仍然迎难而上，全力以赴。

三位律师化被动为主动，火速开展取证工作，并与二审检察员数次当面沟通，递交多份意见和申请，一方面详细论证被害人不构成过错，另一方面否定王某某构成自首，进一步打破王某某的幻想。这些工作不仅获得了检察员的充分肯定，检察员还当场纠正了下级检察院不当的量刑建议。

在二审正式开庭审理中，面对王某某辩护人提出的自首、被害人出轨构成过错、被害人父母收取20万赔偿

等应减轻处罚的情节，代理人与辩护人展开激烈对抗，通过连环发问令王某某哑口无言，并使辩方证人的证言自相矛盾。代理人继续乘胜追击，在证据审查、事实判断、法律适用方面一一驳斥辩护人，赢得庭审的良好效果。最终，二审法院采纳了代理人意见，驳回上诉，维持死刑。二审结果作出当日，被害人家属激动万分，对三位律师的专业能力和坚持精神表示一致认可和感谢。

逝者已矣，生者如斯。本案从一审再到二审，历时两年多，三位律师负重前行，另辟蹊径，成功扭转乾坤，揭露真相，严惩凶手，告慰亡者在天之灵。在圆满的结局背后，我们想通过这样的方式让被害人家属忘记伤痛，继续生活。

## 业绩

### 京都所柳波、张启明、张露月：力辩证据事实 徇私枉法罪未认定



柳波律师



张启明律师



张露月律师

近日，由京都律师事务所柳波律师、张启明律师、张露月律师组成的辩护团队，代理的某派出所所长蒋某涉嫌徇私枉法、滥用职权一案一审宣判，法院部分采纳了辩护人的辩护意见，认定徇私枉法罪不成立，仅以滥用职权一罪判处被告人蒋某有期徒刑二年。同时考虑到蒋某身患疾病，决定将蒋某从看守所转押至医疗场所进行治疗。

蒋某及其家属，对律师团队在辩护工作中的敬业精神、团队协作、专业技能给予高度的评价。

#### 一、保障当事人的人身安全，是辩护工作首要任务

本案的被告人蒋某，在被羁押前是一个重达190余斤的彪形大汉，被羁押近一年以来，体重一度降至130余斤，逐渐变得瘦小枯干。在看守所先后经过四次检查显示，蒋某患有双肺毛玻璃结节有癌变风险，肝脏、脾脏血管瘤，保障他的生命和健康，成了辩护律师的首要任务。

#### （一）首次会见，提出对蒋某的羁押必要性审查

2021年5月6日，辩护律师到看守

所首次会见蒋某，初步了解案情，并关注到蒋某的身体状况。会见后第一时间与承办检察官当面沟通，并呈交《关于“启动羁押必要性审查及对蒋某变更强制措施”的申请》，申请对蒋某变更强制措施。随后向看守所提交《关于“安排蒋某复查、治疗，并通报、建议办案机关”的申请》，要求对蒋某进行出所治疗。此后，辩护人积极与办案机关和看守所沟通，推动对蒋某的检查和治疗，看守所先后四次带蒋某到医院检查，确诊为双肺毛玻璃结节有癌变风险，肝脏、脾脏血管瘤，但拒绝对蒋某变更强制措施，并坚持在看守所内进行药物治疗。

#### （二）审判阶段，继续推动对蒋某的就医

2021年5月27日，案件被提起公诉后，辩护律师在第一时间向承办法官报告了蒋某的身体状况，书面申请取保候审的同时，希望尽快推进庭审进程，获得了承办法官的重视。两次庭审前后，辩护人建议审判机关和看守所关注蒋某的身体状况。在会见中，耐心细致地做蒋某的思想工作，以防止庭审中因情绪激动引起突发情况。

8月3日庭审中，辩护人当庭提出对蒋某取保候审或转至医疗机构治疗，保障他的生命健康权。

8月9日第二次庭审结束后，辩护律师立即向法院递交了取保候审申请，并向看守所递交了《关于“安排蒋某入院、手术治疗”的申请》。8月12日，办案机关同意对蒋某转至医疗场所进行治疗。

从接受委托后的四个月里，辩护律师先后会见蒋某12次，到医院了解蒋某病情3次，向北京医疗专家咨询，向各机关递交取保候审申请和出所就医申请7份，与办案机关、羁押机关沟通30余次，推动了对蒋某疾病的诊治，使蒋某的生命健康得到一定程度的保障。

……

但是，与生命健康相比，蒋某本人更加关注的是自己案件上的清白，是自己作为一名人民警察的荣誉。仅就公诉机关指控的徇私枉法罪（情节严重）一项罪名，法定刑在五年以上十年以下，而警察工作条例的繁琐，执法责任划分的复杂，案件历时久远取证的困难，众多言词证据所指向的不利，律师团队一致认为，辩护工作



## 业 绩

需要格外地细致和严谨。

### 二、“辩”明事实，是辩护工作的核心

蒋某原系某派出所所长，警龄三十年，在工作岗位屡获殊荣，办理重大死刑犯13人，他领导的派出所曾获省模范派出所荣誉，我们律师团队一致认为他是一位满怀职务自豪感而又嫉恶如仇的警察。而公诉机关指控却是为了徇私情、徇私利，故意对辖区内的恶势力不予立案侦查的派出所所长，“辩”明事实成为了辩护律师团队的核心任务。

#### （一）“有私”还是“无私”，决定徇私枉法罪名能否成立

检察机关认定：2011年，蒋某担任派出所所长后，与某村书记兰某某建立较好的个人关系，两次接受村里给予派出所的赞助费12507元；2014年，蒋某通过兰某某以低于市场价格购买村里开发建设住房一套。认为蒋某担任所长的派出所与兰某某担任书记的村委会在一个院内办公，二人之间既有私情又有私利，而蒋某所在的派出所对于涉及兰某某的七起案件未予立案侦查，构成徇私枉法罪，且情节严重。

蒋某与兰某某之间是否存在“私情”和“私利”，是徇私枉法这一重罪能否成立的关键，也成为律师团队辩护的重点，辩护意见从以下三个方面展开论证：

第一，蒋某曾将兰某某作为打击对象，二人关系一般，并不存在“私情”。

蒋某与兰某某关系一般，仅因工作关系吃过两次饭。兰某某证言也表示对蒋某多有不满，觉得蒋某级别很高、瞧

不起自己。双方互不参加对方家里的红白喜事。仅仅是因为派出所与村委会在一个院里，兰某某在派出所门口散步，找过蒋某，就推断兰某某与蒋某关系比较好，这显然是毫无根据的推测。不仅如此，蒋某2018年作为专案组组长，侦查并抓捕了兰某某六名手下，并且明确提出建议对兰某某进行抓捕。而起诉书指控的七起徇私枉法的案件中，兰某某既未私下向蒋某提出请求，也没有私下打听案情，更无私下的沟通。如果这种泛泛之交也能被认定为存在“私情”，恐怕任何两个人都能这样强行认定为“关系不一般”。

第二，村委会给予派出所的赞助费，系各基层单位礼节性往来，蒋某个人没有获利，不能认定为存在“私利”。

各个基层单位走访、赞助具有一定的普遍性，村委会不仅慰问、赞助派出所，刑警队、消防、工商、税务、教育等各相关单位均有一定的赞助费用，当时的客观情况并不是兰某某这个犯罪分子在公关，而是村委会与各个单位的礼节性往来，具有一定的普遍性。判断蒋某有没有个人私利的关键，在于这些费用能否进入蒋某个人腰包，这点上要“公私分明”。相关费用系对公支出、对公收入，既不是兰某某自掏腰包，蒋某也没有因此获得“私利”。

第三，蒋某家庭购买村还建楼小产权房，兰某某并未给予优惠，同样不能认定为二人之间存在“私利”。

虽然还建房销售价格没有统一定价，但律师团队将全部购房人购房价格进行比较并列图表分析，能够认定蒋某购房价格在合理的价格区间。比较各

购房人的购房价格看，西902、西802、东802购房价格与蒋某相同，蒋某购房单价并无不合理之处。检察机关根据评估报告认定蒋某购房价格低于市场价格，但是辩护人认为，评估报告违反法律规定，不能作为证据使用，这是因为，还建楼是小产权房，不能上市交易，无法参照市场公允价格；而评估报告依据市场法进行评估，并不清楚房屋权属，导致评估价格不准确；评估报告所称的成本法，又没有对购房成本进行伸进和调查；辩护律师两次申请鉴定人出庭澄清上述问题，鉴定人均以工作忙为由拒绝出庭，该鉴定意见不应被法庭采纳。

律师团队认为：蒋某与兰某某既无“私情”更不存在“私利”，所谓“徇私”实为“因公”，徇私枉法罪并不成立。一审法院予以采纳，未认定徇私枉法罪。

#### （二）是否指示不立案侦查，科学划分执法责任，决定是否存在“枉法”和“滥用”行为

检察机关认定的徇私枉法犯罪事实七起，滥用职权的犯罪事实三起，在2013年12月至2015年2月期间派出所在110接处警工作中，对于指向兰某某等人的报案，民警经现场向蒋某请示后，或者在周例会向蒋某汇报后，蒋某口头指示不予立案侦查，作为纠纷调解处理。各处警民警及带班副所长的证言，就请示汇报的证言均指向了蒋某。

而蒋某辩解，这些案件并没有向自己进行请示汇报，自己更没有指示不立案侦查。可见，这十起报案是否进行请示和汇报，是认定“枉法”和“滥用”行为的基础事实，辩护工作从以下三个

## 业绩

方面展开：

第一，根据警察的相关工作规范，明确规定110接处警的责任主体是接处警民警及带班领导。

离开了公安机关的各项工作规范来讨论本案，就会陷入以证人证言定罪，形成众口铄金的局面。根据接处警工作规范，民警到达现场后第一时间对警情汇报的对象是指挥中心，并承担查清事实和提出处理建议的职责，带班领导承担领导责任，其执法责任人并非蒋某。

第二，本案中的言辞证据相互矛盾，证明力低，应围绕客观证据来认定是否请示汇报的事实。

时隔七年之后，相关人员仍言之凿凿地坚称某个案件进行了汇报，且相关人员存在推卸个人责任的动机，证言的可信度很低。而客观证据中，执法记录仪证明效力最高，我们从此入手，就会发现处警民警所称的向蒋某汇报及蒋某如何指示，并不符合事实；110警单，接处警登记表，也是证明效力较高的书证，签名及处理意见即表明责任主体；所谓的周例会汇报，并不符合客观实际，周例会上较多内容，而且基于保密需要，怎么可能去研讨具体案件呢？

另外根据办案系统的流程，如果不上传证据，仅凭口头汇报，这不仅违反公安机关办案程序的规定，也不符合工作实际。辩护人申请了近十名证人出庭，要求当庭澄清是否进行汇报这一事实，证人均拒绝出庭。辩护人进一步论证到：

“汇报”成了我们这个案件的关键词，如果这些人能够出庭，辩护人想问，他们是如何汇报的，有没有歪曲事实，有没有处理意见，证言中案情都记不清了，为什么唯独对汇报在时隔六七年依

然印象深刻？

第三，律师团队当庭出示了调取的证据，进一步证明本案部分证人证言不可信。

针对第二起滥用职权的事实，蒋某当时请假在上海陪妻子做手术，辩护人提交了做手术的病历材料以及蒋某妻子的证言，能够证明蒋某在前后16天时间内全程陪床，并不在工作岗位。这也就是普通刑事案件中俗称的“没有作案时间”，再次印证了相关人员证言的不可信，可能向蒋某推卸责任这一事实。

律师团队认为：本案中相关证人证言并不可靠，应围绕客观证据构建案件事实，从执法记录仪、接处警登记表、会议记录等内容看，并不存在证人所称的“请示汇报”的内容，结合警察工作条例和规范，不能认定“蒋某指示不予立案”事实的存在。遗憾的是，一审法院并未采纳辩护人的意见，认定全部警情均存在请示汇报及指示不予立案的事实，均认定为滥用职权罪。

### （三）本案的处理结果，关系到对司法人员的公正对待

检察机关认为：蒋某的行为破坏了法律的公信力，造成恶劣的影响。但律师团队认为，本案在价值层面，关系到对从警三十年的警察的公正对待问题，并从以下两个方面进行了阐述：

第一，在辩护意见的开篇，律师团队即阐明蒋某是为了争取自己作为一名警察的荣誉而以命相搏。

律师团队了解到，蒋某在三十年前穿上警服那一刻起，他在自己的日记本上写下了这样一段誓言：“既然选择了警察这一职业，也就意味着选择了流血和奉献。”三十年来，蒋某兢兢业业、

恪尽职守，践行自己从警时庄严的承诺，本案的最终结果，对蒋某而言的恐怕不仅是流血和奉献，还可能是流泪与蒙羞。蒋某自入看守所以来，身体每况愈下、体重骤减、癌变前兆，依然坚持以命抗争、力证清白。

第二，在辩护意见的最后，律师团队再次呼吁，准确划分执法责任，对司法工作者予以公平对待。

“甄别事实、准确认定非常繁琐，司法工作责任重大。与坏人同行，很容易被污称是坏人，司法工作者承担着甄别的责任。每一个司法工作者都应当得到公平和审慎的对待，否则，如何公平而审慎地去对待他人的公平？案情固然复杂，证据确实繁琐，警例内容庞杂，但是我们有责任厘清本案的司法责任。蒋某曾是我们中的一员，整个诉讼程序他在以命相搏，他所争的是执法责任的准确认定，所争的是对司法案件的严谨对待，所争的领导与干警直接责任的准确划分，所争的也是我们每一个法律工作者的未来。”

在最后陈述阶段，蒋某对自己的职业生涯做出了总结，即便是被羁押，即便是疾病缠身，依然不后悔做一名人民警察，其只希望法庭能给其一个公正的审判。陈述阶段几次哽咽难以言表，旁听人员更是泣不成声。

2021年8月12日，办案机关批准对蒋某转押至医疗场所就诊；2021年8月23日，法院一审宣判未认定徇私枉法罪，以滥用职权罪判处蒋某有期徒刑二年。律师团队略感欣慰，但也充满遗憾：对于我们与当事人在“艰难的时刻”的相遇，本案尤为艰难！



## 业绩

### 京都所李志广、张露月律师：从不予批捕至不起诉，刑辩律师的执着

2021年2月，D某（某公司财务）因涉嫌伪造事业单位印章罪被刑事拘留。接受委托后，京都律师事务所李志广律师、张露月律师第一时间介入，会见当事人，搜集有利证据，并反复与各方进行沟通。最终，检察院作出不起诉决定。



李志广律师

#### 1、及时会见，据理力争，不构成诈骗犯罪意见终被采纳

通过会见当事人，辩护人对案情有了基本了解后，向公安机关提交了取保候审申请书。在与公安机关交换意见时，公安机关反馈D某涉嫌私刻事业单位印章、诈骗罪，辩护人坚持认为诈骗罪不能成立，并结合案件情况和法律规定，与公安机关多次沟通，公安机关采纳了辩护人的意见。

#### 2、主动取证，积极沟通，不予批捕意见终被采纳

在多次会见、充分沟通的基础上，辩护人向被害人调查取证，向D某单位、所在社区了解D某平时的品德情况，在检察院审查批捕阶段，辩护人向检察机关提交了相关的证明和说明文件并积极与检察机关沟通案情，检察机关在综合评判案件的情况下，于2021年4

月2日作出不批准逮捕决定，同日，公安机关对D某取保候审。

#### 3、契而不舍，借力政策，不起诉意见终被采纳

案件移送审查起诉后，辩护人进行了详细的阅卷，综合分析在案的每一份证据，深挖细筛，不放过一丝细节，围绕当事人的客观行为、主观故意，以及行为后果进行多角度论证。在充分的事实和证据基础上，辩护人向检察机关提交了不起诉法律意见书，从法定量刑情节、情节显著轻微、危害不大、宽严相济的刑事政策等多方面论述D某的行为，并结合案件实际情况，有理有据地向承办检察官提出应当不起诉的意见，经过多次、反复的沟通，最终检察机关采纳律师意见，作出不起诉决定。

### 京都所李志广律师、张露月律师成功辩护，涉嫌诈骗罪、职务侵占罪的张某最终获释

2020年底，张某（某建材公司负责人）因涉嫌两起诈骗犯罪被刑事拘留。面临十年以上的监禁，在张某和家属近乎绝望的时刻，委托了京都所李志广律师、张露月律师担任张某的辩护人。

接受委托后，辩护人第一时间开展工作，经过多次会见沟通了解到张某与报案人之间的真实情况，并就张某与报案人双方陈述事实的矛盾点逐一分析，确定调查取证方案，前往案发地，调查

取证，固定有利证据。

移送审查起诉后，辩护人阅卷后，多次与承办检察官沟通，围绕张某的客观行为、主观故意，以及行为后果进行多角度论证。同时，向检察官提交有利的书证、证人证言。检察官高度重视辩护律师提出的观点，经过慎重考虑，决定提交检委会审议，拟作不起诉处理。经过听证员充分讨论，听证员一致认为：涉及民间借贷的诈骗事实不成立，

不构成诈骗罪，应当做出不起诉处理；涉及建筑施工合同的诈骗事实，事实不清，证据不足，应当做出存疑不起诉。

该案经过三延两退，检察机关最终作出释放的决定，张某重获自由。近一年的时间，张某终于实现和家人的团聚，高度肯定了京都律师的辩护工作，检察机关也对京都律师认真负责、专业严谨的工作态度给予了高度的认可。

## 业绩

### 许明律师、叶静律师成功为当事人在批捕阶段“摘掉”诈骗罪

近日，由京都律师事务所许明律师、叶静律师代理的江西省某企业法人、总经理郑某某涉嫌诈骗罪、伪造国家机关公文罪一案，在批捕阶段，经过辩护律师的不懈努力，人民检察院未以诈骗罪批准逮捕。

京都所两位律师接受委托时，犯罪嫌疑人郑某某已羁押近一个月，即将进入批捕阶段，时间非常紧迫。辩护人随即乘坐当日夜间航班前往江西，在次日第一时间会见犯罪嫌疑人郑某某了解具体情况。获知郑某某系江西省一位成功的民营企业企业家，经营的企业属于环保企业，系江西省省级林业龙头企业。该企业的一次申报国家专项基金的材料中，被国家审计署交叉审计发现其伪造环保批文，国家审计署随即将该线索移送司法机关。公安机关以郑某某涉嫌诈骗罪



许明律师



叶静律师

和伪造国家机关公文罪被刑事拘留，涉案金额高达600余万元。

辩护人会见犯罪嫌疑人郑某某了解案件基本情况后，发现案件存在重大疑点。辩护人认真听取犯罪嫌疑人解答，认为应当到企业了解案情，遂第一时间前往企业调取公司记账凭证、申报书等相关材料，结合现场的考察情况，在暂时无法阅卷的情况下，辩护人连夜撰写十余页郑某某不构成诈骗罪的辩护意见，并与公安机关交流。在批捕阶段，辩护人向承办检察官递交辩护意见，并与承办检察官进行了详细沟通，对郑某某是否构成诈骗、该案构成诈骗的争议焦点进行了探讨。最终，承办检察官采纳辩护人的辩护意见，在批捕决定中“摘掉”诈骗罪，仅以伪造国家机关公文罪逮捕犯罪嫌疑人郑某某。

### 京都所高伙金杰律师和杨文律师精准辩护，当事人刑拘32天被取保候审

近日，京都律师事务所高级合伙人金杰律师，杨文律师代理的王某某涉嫌强奸一案，两位律师精准辩护，取证迅速，及时提交律师意见，经过律师不懈的努力，当事人被刑事拘留32天即被取保候审。

王某某被控告强奸她人，北京市公安局某分局于对其刑事拘留。京都律师事务所高级合伙人金杰律师与杨文律师接受当事人亲属委托后，迅速向知



金杰律师



杨文律师



## 业绩

情人了解情况并提供法律帮助，指导知情人及时向侦查机关陈述事实。在多次会见抢号困难的情况下，采取与其他律师协作多方抢号，终于克服重重困难会见了当事人，了解全部案情经过，为当事人解释了罪与非罪的界限，提供了法律帮助。

辩护人在调查中发现，本案系女方为实现某种个人目的，采取用言语

和肢体引诱当事人，而自愿发生性行为，在目的尚未立刻实现的情况下，控告强奸，当事人并没有违背妇女意志。双方在实施行为中，留下了大量的行为轨迹证据，足以证明，本案不存在任何强迫的行为。辩护人从双方实施行为前、实施行为中和实施行为后的一些列行为轨迹为突破口，搜集证据，形成证据清晰，理由充分的书面律师意见，积

极与侦查人员沟通，及时提交了《取保候审申请书》，引起了侦查机关的高度重视。在案件到了提请批捕程序后，辩护人又迅速向承办检察官提交了《不予批准逮捕律师意见书》，最终得到了承办检察官的认可，当事人没有被批准逮捕。紧张、困难的32天，展现了京都律师的敬业精神和刑事辩护的专业水准。对此，当事人及家属给予了高度肯定。

### 张雁峰、贾严律师代理复杂施工合同纠纷案取得显著成绩

近日，京都律师事务所张雁峰律师、贾严律师在一起复杂建设工程施工合同纠纷案中代理工程业主方取得显著成绩。

涉案工程为河北省承德市保障房项目，施工单位在河北省高级人民法院提起诉讼，主张1.2亿余元工程款及利息。张雁峰律师、贾严律师接手案件后，多次前往承德进行庭前准备，围绕施工合同效力、工程质量、工程造价标准、建设工程价款优先受偿权等问题进行深入研究，最终合理制定了诉讼策略。

在本诉方面，针对施工单位提起的工程造价鉴定，两位律师在鉴定材料质证、现场勘验以及造价鉴定意见初稿复核过程中与业主方技术人员密切配合，最终为客户减损7000余万



张雁峰律师



贾严律师

元；在反诉方面，两位律师针对地下防水工程存在的严重质量问题（涉案工程地上部分已经投入使用，地下负一层负二层因渗漏始终未投入使用）以及工期迟延问题提起反诉，并就地下防水工程质量是否合格以及质量问题的成因提出鉴定申请。最终法院认定施工单位应当对质量问题进行修复，施工单位与业主方按照7:3的比例分担修复费用。

河北省高级人民法院作出一审判决后，施工单位提起上诉，经最高人民法院二审开庭审理后，施工单位主动撤回上诉，一审判决已经生效。客户对案件结果非常满意，对张雁峰律师、贾严律师的专业能力以及敬业精神表示高度认可。

## 业绩

### 37天“黄金救援期”成功辩护，又一非法经营案当事人被不批准逮捕

近日，京都律师事务所合伙人夏俊律师接受委托担任非法经营案王某的辩护人。在刑事案件的37天“黄金救援期”中，全力维护当事人合法权益，最终为当事人争取到不批准逮捕决定，当事人重获自由。此案是夏俊律师近年来关于非法经营案件在37天“黄金救援期”取得不批捕结果的又一成功案例。



夏俊律师

#### 争取时间，克服困难，及时会见当事人

接受委托时，因案发地离京数千公里，交通不便利，且路途中可能会途径中高风险地区。但，为了能及时会见当事人，排除万难也必须前行，律师最终决定绕道而行，途径两省后最终到达目的地，虽然路途曲折，所幸最终能够顺利会见当事人，辩护工作得以顺利开展。通过会见，经过与当事人详细的沟通交流后，律师了解到案件基本情况，本案涉及非法经营中电视网络接收设备相关犯罪，涉案类型新颖，且本案涉及多起事实，案情复杂。夏俊律师在了解案情的基础上，通过法律专业分析，迅速制定本案的初步辩护方案。

#### 紧锣密鼓，步步为营，及时递交申请取保候审的律师意见

黄金救援期内时间紧迫，为争取最好的辩护效果，每一步工作都必须

及时高效。夏俊律师根据会见后掌握的基本情况，又进行了更加深入的材料梳理以及类案检索工作，通过研究分析，夏俊律师认为当事人符合取保候审的法律规定。事不宜迟，立刻撰写了申请取保候审的律师意见，并及时提交到了公安机关。律师就取保候审事宜与办案机关进行反复沟通，但办案机关最终答复由于该案系专案，案情重大，且该案刚开始侦查不久，为防止影响侦查工作的进展，不予取保。虽然递交取保申请未获批准，但律师毫不气馁，继续通过进一步地分析、梳理、研究，努力寻找更多的有利辩点，为之后争取不批捕结果提前做好准备工作。

#### 密切关注，再次启程，竭尽全力为当事人争取不批捕结果

回京之后，夏俊律师一直密切关注此案，多次主动向办案机关询问移送检察院审查批捕的进展和时间。当

得知案件移送到检察院后，立刻安排好手头工作，再次启程赶赴千里之外的办案地点。会见当事人之后，律师了解到，目前案件走向很不利，公安机关有可能在非法经营罪名之外，追加非法侵入计算机信息系统罪。毫无疑问的，案件难度再次升级。但，律师毫不慌乱、沉着应对，经过深入分析后，找准案件的突破口，律师认为本案在法律定性方面存在较大的辩护空间，非法经营罪是刑法中的口袋罪，对于《刑法》第225条第4项规定的“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”的适用，应当根据相关行为是否具有与第225条前3项规定的非法经营行为相当的社会危害性、刑事违法性和刑事处罚必要性进行判断。夏俊律师加班加点撰写了申请不批捕法律意见书，法律意见书主要围绕当事人王某所实施的客观行为、危害后果、主观故意以及获利情况等等各方面展开，通过全面分析，夏俊律师认为当事人的行为不符合犯罪构成要件，且相关涉案行为没有严重扰乱市场秩序，不具有社会危害性，因此不应当认定为非法经营罪，按照法律规定，应不予批捕，并将这份法律意见书及时提交到了检察机关。

#### 知难而上，多次沟通，案件最终“逆风翻盘”

虽然得知案件难度升级，但为了



## 业绩

取得良好的辩护效果，律师不能轻言放弃，必须竭尽全力。为了能到检察院和承办检察官充分交流辩护意见，回程车票一再改签，律师多次前往检察院，围绕着非法经营罪以及可能增加的非法侵入计算机信息系统罪详细阐述辩护意见，这种锲而不舍的工作

态度也得到了承办检察官的认可，双方在经过充分沟通之后，检察官表示非常重视律师意见并尽快集体讨论研究。至此，律师才放下心来，踏上了返京的行程。回京后第二天下午，便得到了振奋人心的好消息，检察院采纳了律师的辩护意见，对当事人王某

做出不批准逮捕决定，当事人得以释放，恢复自由。

此案是夏俊律师近年来关于非法经营案件在37天“黄金救援期”取得不批准结果的又一成功案例。其“专业、高效、严谨、负责”的辩护风格和工作态度再次获得了当事人的赞许。

### 京都所王馨全律师代理的多个刑事案件获得取保候审或缓刑的结果

2021年6月至7月，京都律师事务所王馨全律师捷报频传，其所代理的多个刑事案件均取得了良好的辩护效果，获得了家属和当事人的一致好评。

#### 涉虚拟财产职务侵占案全案证据不足不批捕

王馨全、李嵩律师代理的某北京互联网公司员工涉嫌利用职务之便侵占游戏道具的案件，律师介入后准确找到辩点，即新业态下虚拟财产价值的认定问题，公司是否有财产权益损失。代理律师借助京都所的优秀团队和平台的优势，向多位专家请教咨询，形成辩护意见，并与检察官诚恳、积极地沟通和交流，最终检察机关做出证据不足不批捕的决定，全案嫌疑人均成功取保候审，重获自由，与家人团聚。



王馨全律师

#### 涉债券交易职务侵占案律师介入后量刑建议由实刑改为缓刑

王馨全律师与商事领域的资深律师联手代理了某投资公司高管涉职务侵占一案，涉案金额数百万。高管涉嫌利用参与信托公司产品债券买卖决策的职务便利，在债券交易中虚设交易环节，沉淀利益到关联信托产品中。该案涉及的一个核心争点为：在投资金融债券型的信托计划产品中，投资顾问的地位和作用是什么，其是否对理财产品享有

管理权，还是仅仅为一种不具有实际管理职能的建议权？即信托产品是否可以视作投资顾问公司的财物问题。针对该问题，代理律师与承办检察官进行了深入细致的交流，检察官评价“二位律师让我非常尊重”，全案当事人最终均获缓刑。

#### 非吸案高管审查起诉阶段变更强制措施为取保候审

王馨全律师所代理的涉嫌非法吸收公众存款案的高级管理人员，在审查起诉阶段通过与承办检察官积极良性的沟通交流，针对当事人在案件中所处的地位与作用，以及公平合理的退赔金额等问题进行了多轮磋商，最终成功为当事人争取到在审查起诉阶段变更强制措施为取保候审，当事人重获自由，与家人团聚。

## 业绩

### 京都所李毅然律师、周文达律师代理国际贸易电信诈骗刑事控告案，成功立案



李毅然律师

近日，由京都律师事务所李毅然律师、周文达律师代理的涉案金额特别巨大的国际贸易电信诈骗被害单位刑事控告一案，被害单位代表现已收到某公安机关书面立案告知书，公安机关认为符合立案条件，现已成功立案，部分被骗款项已追回。

该被害单位在委托李毅然律师、周文达律师之前曾自行尝试报案，但未获成功。二位律师接受被害单位委托后，立刻开展工作，于一周内即向该案涉及的欧洲某外国企业发出中英文双语律师函，有效震慑了潜在犯罪嫌疑人并协助被害单位在尚未正式立案的情况下避免了更大的经济损失。二位律师经过正式报案前数月的搜集案件线索、锁定关键证据、听取专家意见等工作，初步形成了证据较充分的报案材料，在此基础上，向上述公安机关正式报案。该公安机关于报案当日即受理该案并于当日向受害单位代表出具受理通知书。

由于本案涉及跨国电信诈骗，相关证据材料以英文和电子邮件为主且



周文达律师

繁多庞杂。二位承办律师在数百份电子数据中细致缜密的整理出关键性证据，并与该案涉及的欧洲某外国企业保持高频沟通，并在此基础上为被害单位设计了行之有效的报案策略。下一步，作为被害单位的代表，二位承办律师会继续为客户追回损失。

### 京都所齐晓伶律师代理的郭某涉嫌强奸案件因证据不足不予批捕

近日，由京都律师事务所齐晓伶律师代理的北京市海淀区郭某涉嫌强奸罪一案，在37天的黄金救援期内，经过辩护律师的不懈努力，在审查批捕的最后一天下班前的最后一刻，在不认罪、未和解的情况下，检察院作出了不予批捕的决定。犯罪嫌疑人郭某在入所37天后，终于在中秋节前走出看守所，与家人团聚。



齐晓伶律师

因强奸类案件的高度敏感性，办理难度非常大。齐晓伶律师经向委托人认真了解案情后，初步判断这应该是一起女方因通奸被男友发现后予以控告的强奸案件，认为犯罪嫌疑人于道德层面虽应谴责，但不应该构成犯罪，该案还是有争取的空间，于是接受了委托。

在接受委托后，因羁押已近一个



## 业绩

月，时间非常紧迫，辩护人紧锣密鼓地展开工作。齐律师两次面见办案警官，每次沟通达半小时，尽可能地打探控方证据。同时向知情人了解犯罪嫌疑人与被害人之间的关系、事发前后的情况，以及被害人报案后的行为

表现，并请知情人尽可能详细地书写情况说明。

在辩护人与检察官无数次电话沟通及当面沟通提交证据后，检察官内心的天平终于从警方向辩护人方面倾斜，面部表情也由最初的“冷面”变

得温和可亲。检察官接受了齐律师关于本案现有证据不能证明“违背妇女意志”、犯罪嫌疑人方面的说法更符合常情常理的辩护意见，最终作出了不予批捕的决定。

### 徐伟律师成功辩护：民营企业企业家被控三罪，涉案金额过亿，审查起诉阶段被取保



徐伟律师

2021年4月，京都律师事务所徐伟律师接受委托，担任W涉嫌犯罪一案的辩护人。经过徐伟律师历时5个月的积极工作，2021年9月，被羁押了165天的W成功取保候审，重返企业。

W为了建设公司项目，使用多种方式筹集资金，其中包括向银行申请贷款、向政府申请借款以及转让公司其他资产。

2020年，三家“被害单位”联名控告W涉嫌合同诈骗罪、职务侵占罪、挪用资金罪。

2021年6月，公安机关侦查终结后，指控W构成隐匿会计凭证罪、骗取贷款罪、合同诈骗罪。

律师在介入案件后，及时了解了案件的情况，并根据W的辩解积极收集客观证据。

案件进入审查起诉阶段后，律师多次与承办检察官进行书面及口头的意见交流，律师不仅指出了本案中存

在的程序及实体方面的问题，同时提供了大量材料，帮助承办检察官了解案件的特殊背景。

在律师的不懈努力下，案件材料被退回公安机关补充侦查一次，承办检察官经审查认为该案“部分事情不清，证据不足”，W没有被继续羁押的必要，遂办理了强制措施变更。

W获得取保的结果，一方面得益于中央和最高人民法院保护民营企业的精神，承办检察官认真负责、实事求是的态度，另一方面，专业刑事辩护律师的价值，也在此案中得到了充分的体现。

## 业绩

### 京都（上海）律师事务所助力广西百色开发投资集团有限公司非公开发行公司债券



| 周富毅律师



| 顾颖律师

近日，广西百色开发投资集团有限公司（以下简称“百色集团”）在上交所成功发行了非公开发行公司债券（第一期）（债券简称：21百投

01，代码：196858）。百色集团主体信用评级为AA，债券发行规模为人民币8亿元，期限为3年。

京都（上海）律师事务所为百色集团本期非公开发行公司债券提供了专业法律服务，由京都（上海）律师事务所合伙人周富毅律师牵头法律服务工作组为本次发行出具了法律意见书，顾颖律师、金渐扬实习律师在此过程中付出了辛苦努力，保障了本所顺利完成了百色集团非公开发行公司债券的各项法律专业工作。

## 荣誉

### 京都所四名律师荣获北京市朝阳区律师行业优秀共产党员称号



| 张丽纯律师



| 吴欣荣律师



| 王丹律师



| 叶静律师



## 荣 誉



为纪念中国共产党成立100周年，回顾党的奋斗历史，讴歌党的光辉业绩，不断增强党组织的凝聚力和战斗力，激励广大共产党员牢记使命职责，北京市朝阳区律师协会对一年来在律师行业中涌现的先进基层党组织和优秀个人进行表彰。京都律师事务所的张丽纯律师、吴欣荣律师、王丹律师、叶静律师荣获2020-2021年度北京市朝阳区律师行业优秀共产党员称号。

### 黄鹏律师被聘为工信部第一批中小企业志愿服务专家



黄鹏律师

为贯彻工业和信息化部与民政部联合印发的《关于开展志愿服务促进中小企业发展的指导意见》（工信厅联企业〔2020〕12号），充分挖掘和有效运用各种社会资源，推动中小企

业高质量发展，工业和信息化部中小企业发展促进中心启动了第一批中小企业志愿服务专家、中小企业志愿服务工作站认定工作。经推荐、审核，京都上海分所黄鹏律师被聘为第一批

中小企业志愿服务专家。

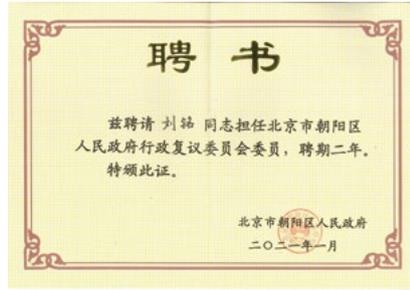
未来，黄鹏律师将继续为企业提供优质法律服务，并积极开展志愿服务工作，助力企业发展。

## 荣 誉

### 京都所刘铭律师继任朝阳区人民政府行政复议委员会委员



刘铭律师



聘书

根据《北京市朝阳区机构改革实施方案》整体安排，北京市朝阳区司法局与原朝阳区法制办于2019年3月重组，朝阳区人民政府行政复议委员会由朝阳区司法局主管。

朝阳区行政复议委员会委员由部分高校、研究机构的专家学者和资深

律师构成，负责审议重大疑难行政复议案件和研究解决行政复议工作中的重大问题，以有效促进依法行政，强化法治政府建设。京都所高级合伙人刘铭律师为朝阳区人民政府第三、四届行政复议委员会委员期间，认真参加疑难案

件审议，调查研究、建议资政。经考核、推荐，继任为朝阳区人民政府第五届行政复议委员会委员。



刘铭律师与朝阳区委副书记、区长文献同志合影

### 肖树伟律师被聘为怀柔科学城法律服务专家组成员



肖树伟律师



聘书

京都律师事务所高级合伙人、党总支书记肖树伟律师于2021年8月被北京市律师协会、北京市怀柔区司法局聘请为怀柔科学城法律服务专家组成员。

怀柔科学城作为北京市“三城一区”主平台之一，是培育国家战略性新兴产业的重要载体，是建设国际科技创新中心的重要战略支点。北京律协成立怀柔科学城高端公益法律服务团和怀柔科学城政策法规研究专家组，



## 荣誉

是为推动怀柔科学城建设，充分发挥市律协法律服务保障职能作用及优质法律资源优势，推动怀柔科学城各类创新主体主动防范化解法律风险。肖树伟律师1989年开始从事律师工作，是中国法学会会员，中国贸促会/中

国国际商会调解中心商事调解员，海南国际仲裁院仲裁员，最高人民检察院民事行政咨询专家，中国政法大学法学院兼职教授，中华全国律师协会企业合规法律服务专项工作组副组长，第十届北京市律师协会惩戒委员

会主任。多次被评为“北京市律师行业优秀共产党员”、“北京市优秀律师”。鉴于肖树伟律师的上述经历和业绩，北京市律师协会、北京市怀柔区司法局聘请肖树伟律师为怀柔科学城法律服务专家组成员。✎

### 王春军律师被聘为广州仲裁委员会仲裁员



近日，广州仲裁委员会发布第六届仲裁员名单，京都律师事务所高级合伙人王春军律师被聘为广州仲裁委员会仲裁员，聘期五年，自2021年4月2日至2026年4月2日。

广州仲裁委员会自成立以来，秉承独立、专业的原则，公正、高效地解决民商事争议。随着公信力的不断提升，广仲近年来业务年均增长超过30%，受理案件数量位于全国第一，案件覆盖金融、建设工程、房地产、投资、航运、互联网等各行各业。案件当事人涉及多个国家和地区，例如，美国、英国、德国、加拿大、澳大利亚、韩国、日本、



王春军律师

新加坡、港澳台等。同时，广仲把握互联网时代脉搏，开拓创新，最先在国内推出网络仲裁平台，实现仲裁全流程线上运行。✎

### 王春军律师被聘为赣江新区国际仲裁院首届仲裁员

近日，京都律师事务所高级合伙人王春军律师被聘为赣江新区国际仲裁院首届仲裁员，任期至本届委员会期限届满止。

赣江新区国际仲裁院是在中国共产党第十八届四中全会提出“完善仲裁制度，提高仲裁公信力”，以及中国共产党第十九次全国代表大会报

告提出“全面依法治国是中国特色社会主义的本质要求和重要保障”等背景下，为积极推动江西主动对接和融入“一带一路”和“长江经济带”国

## 荣 誉



王春军律师被聘为赣江新区国际仲裁院首届仲裁员

家战略，更好地服务赣江新区经济与社会发展，不断提升赣江新区市场化、法治化、国际化程度而设立。根据《中华人民共和国仲裁法》有关规定，赣江新区国际仲裁院于2017年10月28日由赣江新区管理委员会正式批复，于2017年11月7日经江西省司法厅核准办理行政登记，英文全称为“The international arbitration court in ganjiang new district”，英文简称“IACG”。

赣江新区国际仲裁院立足于服务赣江新区与江西全省经济发展，同时面向全国、面向世界，积极投身“一

带一路”国家战略，致力于为走出去的中国企业以及中外合作投资项目、中外国际贸易等提供快捷、高效的仲裁法律服务。赣江新区国际仲裁院受理平等主体的自然人、法人和其他组织之间约定由本院仲裁的国际国内（含香港特别行政区、澳门特别行政区、台湾地区）民商事纠纷案件，以及《中华人民共和国仲裁法》规定的其他仲裁案件。赣江新区国际仲裁院坚持依法高效、公平公正原则，裁决案件或调处纠纷。

## 京都所高级合伙人刘玲受聘为北京市律协智库重大复杂案件课题组成员

2021年9月16日下午，北京市律师协会智库重大复杂案件课题组召开新一辑“刑事二审、再审改判案例”和“民事二审、再审改判案例”研讨会。北京市律师协会副会长马慧娟、智库秘书长刘光超、课题组长王峥及十余位课题组成员参加会议。

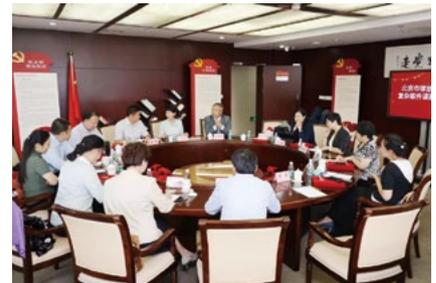
研讨会上，京都所高级合伙人刘玲律师受聘担任北京市律师协会智库重大复杂案件课题组成员，将参与重大复杂刑事案件二审、改判案例选编、出版等工作。

北京市律师协会智库重大复杂案件课题组2016年5月成立，一直致力于重大、复杂案件的研究和探讨以及



聘书

编辑出版方面的工作，选编案例经由法律出版社出版，先后推出《刑事二审、再审改判案例》《民事二审、再审改判案例》两本书，在业界内外引起了强烈反响，广受好评。本次研讨会就编写新一辑“改判案例”进行了



会议现场

深入研究和讨论，广泛听取了业界内外的建议和意见，拟在上一届编写“改判案例”成功经验的基础上，继续编写案例续辑。



## 动态

### “百年风华、再启新程”京都律师事务所党总支组织收看 庆祝中国共产党成立100周年大会

2021年7月1日，京都律师事务所的党员们，在总所共同观看了庆祝中国共产党成立100周年大会实况直播。同志们认真聆听了习近平总书记在大会上的重要讲话，满怀自豪地观看了大会。



观看实况直播

上午8时，京都律师事务所党总支书记肖树伟、京都律师事务所主任、党总支副书记朱勇辉、民主党派代表李波、王春军等等，准时来到总所23

层大会议室，此时提前备好的视听设备已经调试完毕，大家一起观看实况直播。

听到56门礼炮鸣放100响，致敬党的百年光辉历程，同志们情绪为之高涨；看到222名国旗护卫队威武雄壮的英姿，背景是百万雄师过大江的巨幅浮雕，同志们的内心为之震撼；习总书记庄严的向全体共产党员发出号召，向青年人提出了希望，同志们的精神为之振奋。

2021年是中国共产党百年华诞、“两个一百年”历史交汇点，全面建设社会主义现代化国家新征程即将开启。筚路蓝缕创伟业、初心不忘再出发，祝福党、祝福祖国，奋斗百年路，起航新征程！站在历史的起点，我们一起奋斗。

通过观看中国共产党成立100周年



合影留念

大会，进一步提升了党员律师的思想和灵魂，党员律师们纷纷表示要铭记历史，倍加珍惜今天来之不易的幸福生活，继承革命先烈遗志，传承弘扬红色基因，更加坚定了听党话、跟党走的革命信念。

党员律师们在直播结束后表示，会将全身心的投入到当前的队伍教育整顿、党史学习教育和依法办案等各项重点工作中，奋力谱写新时代京都律师事务所发展的新篇章，不负韶华美好时光，不负民族复兴的伟大时代。

### 《法律援助法》实施背景下的死刑复核案件辩护研讨会在京都所成功举办

2021年9月16日下午，《法律援助法》实施背景下的死刑复核案件辩护研讨会在京都律师事务所成功举办。本次论坛由中国民主法制出版社法宣在线总编审刘桂明主持。国内知名法学专家、学者、法律界同仁参加了此次论坛。

著名法学家、中国政法大学诉讼法学研究院名誉院长樊崇义教授，司法部法律援助中心原主任宫晓冰，中华全国律师协会刑事业务委员会主任、京都律师事务所名誉主任田文昌，北京师范大学法学院教授、博士生导师、中国刑法学研究会副会长卢

建平，国家法官学院教授高贵君，中国社会科学院法学研究所研究员董坤等人出席此次论坛。

京都律师事务所高级合伙人、京都刑辩研究中心主任梁雅丽律师在致辞中对到场的来宾及同仁表示衷心的感谢与欢迎。她表示，本次研讨会

## 动态



| 研讨会合影



| 宫晓冰

结合。

宫晓冰老师结合自身职业经历在演讲中表示，中国法律援助制度发展到今天，可以说已经上升为一部国家立法，在中国法律制度的土壤中占据了重要位置。法律援助进入死刑复核这一阶段，实质上完善了全链条的刑事诉讼程序中律师能够发挥的功能。他指出，律师介入死刑复核阶段的法律援助后，增强了死刑复核的程序化与可检视性，对完善死刑复核阶段律师的功能具有重要意义。他重申，法律援助对公民来说，是权利，不是乞讨；对政府来说，是责任，不是施舍。

田文昌律师从学术和理论意义进行演讲，他从死刑复核的核心问题出发，强调应当认识死刑复核的价值目标，明确死刑复核的目的，转变对死



| 刘桂明

实际是以《法律援助法》的出台为背景，以死刑复核阶段的辩护理念为统领，从法官、检察官和律师的三个不同视角，围绕“死刑复核阶段”辩护应该秉持的理念、司法实践中存在的困境、律师如何进行死刑复核案件的辩护、情理对死刑复核的影响等问题进行深入探讨。

### 死刑复核辩护的理念

樊崇义教授简要介绍了《法律援助法》的背景，并用三句话概况了《法律援助法》的意义，即《法律援助法》是贯彻落实全面依法治国战略部署的重要内容，是完善中国特色社会主义法律援助制度的必然要求，也是努力让人民群众在每个司法案件中，感受到公平正义的重要举措。他在演讲中强调，律师需要对死刑复核程序强制法律援助的理念进行认识与思考，紧紧把握住法律援助的实质、本质和定位。他表示，法律援助是国家的责任、政府的职责、公民的权利，我国要实行国家、社会、群众相



| 梁雅丽



| 樊崇义



| 田文昌



## 动态

刑认识的观念。他谈到，死刑复核的理念应该是找到不杀的理由。在死刑复核程序中，必须转变有罪推定的观点，这是做好死刑复核案件的重中之重，需引起高度重视。

### 法官视角下的死刑复核辩护



卢建平

卢建平教授从学理的角度出发，结合自身曾经在法院工作的经验，总结出最高人民法院的死刑复核制度，是对个人生命权的终极PK。他提出，在这样的背景下，律师的角色是缺位的，定位也是非常模糊的，最后他希冀《法律援助法》能够使律师在死刑复核阶段发挥出更大的作用。



高贵君

高贵君教授从事相关实务工作多年，对死刑复核制度深有体会。他表

示，死刑复核制度从一个内部的封闭系统，转变为对外公开的诉讼程序，意味着律师介入的屏障逐渐被打破。鉴于此，他对《法律援助法》的适用提出了自己的思考。他表示，律师和法官在查明事实方面是同盟军。从法官角度看，优秀的法律援助律师介入，能够使死刑案件的辩护质量得到提升；对于提供法律援助的律师来说，也是非常好的机会，更大地承担了社会责任，实现了对社会公平和正义的追求。



王在魁

王在魁律师从两大方面进行发言，他表示，司法是富国的奢侈品，司法保障程度与一个国家的经济发展水平紧密相关。律师在死刑复核案件中的地位和作用，非常重要。关于刑事辩护律师如何做好死刑复核案件的辩护，包含两个问题，律师在办理死刑复核案件时应更加细致认真，认真看卷，认真审核证据，努力找出案件中存在的问题。另外，也要注重各种细节，如法定和酌定的量刑情节、案件背后的情理问题、造成的社会影响、共同犯罪中被告人之间的地位和作用等。

### 检察官视角下的死刑复核辩护



董坤

董坤研究员从检察官视角围绕《法律援助法》展开学理上的分析，他阐述了对于相关法条的理解，以及对检察机关办理死刑复核案件监督过程中产生的影响。在法条出台的同时，相关制度和配套机制需要跟进和完善。他表示《法律援助法》相对于以往的刑诉法，已经往前迈进了一步。

### 律师视角下的死刑复核辩护



汤建彬

京都律师事务所高级合伙人汤建彬律师以《死刑复核辩护的困境及建议》为主题进行演讲，结合自身办理死刑复核案件的经验和经验，讲述了死刑复核辩护发展和进步、律师在死刑复核辩护中的困境和问题，以及保

## 动态



| 徐莹



| 臧德胜



| 彭吉岳

障律师死刑复核辩护的一些建议。

京都律师事务所高级合伙人徐莹律师以《死刑复核阶段的程序辩护》为主题进行演讲，她结合办案时的切身感受，表示律师承接死刑复核案件，会面临比一般案件更大的心理压力，一定要有充分的心理评估和建设。律师办理死刑复核要更细致，更细心，而且要更有责任心。另外，在死刑复核案件的辩护中，除了事实辩护和证据辩护，也要高度关注和利用程序辩护，为被告人争取发回重审的宝贵机会，实现实质有效的辩护。

京都律师事务所臧德胜律师以《情理对死刑复核辩护的影响及其应对》为

主题进行演讲，他表示，在死刑复核案件当中，之所以考虑情理这个因素，原因可归为注重情理的社会因素、死刑案件结果或情节的严重性，以及情理是阻却死刑的最后一张感情牌。而律师应该注意的是死刑案件当中的情理，情理、法理与刑事政策之间的关系，以及律师的应对问题。

京都律师事务所高级合伙人彭吉岳律师以《死刑复核程序中律师辩护的权利保障》为主题进行演讲，他从四个方面讲述律师辩护的权利保障。一是《法律援助法》的必要性，二是对现有权利的现状以及对权利的保障，三是程序的改善，四是死刑复核

的作用体现。

法律援助是维护社会公平正义的一项重要法律制度。2021年8月20日，全国人大常委会表决通过了《法律援助法》，将于2022年1月1日起施行。该法正式将法律援助律师引入到死刑复核案件的辩护中，成为《法律援助法》的重要亮点。鉴于国内大多数律师没有承办过死刑复核案件，《法律援助法》实施后，全国各地的法律援助律师如何为死刑复核辩护人提供有效辩护，如何提高法律援助律师办理死刑复核案件的质量，成为一个亟需解决的实务问题，也是我们举办此次研讨会的初衷和目的。

## 肖树伟律师受邀为河北港口集团举办的《合规管理手册》宣讲会作主题演讲

2021年5月26日，河北港口集团有限公司举办了《合规管理手册》宣讲会。京都律师事务所高级合伙人，全国律协企业合规法律服务专项

工作组副组长肖树伟律师作为主讲人，通过引用真实案例和国家相关法规条例，深入浅出地介绍了集团合规管理手册出台背景、基本原则、主要

内容，并结合集团业务特点，详细阐述了合规管理体系。宣讲会取得了圆满成功。河北省人民政府国有资产监督管理委员会官网对此事进行了报



## 动态

道。（详见：河北省国有资产监督管理委员会网<http://hbsa.hebei.gov.cn/GuoZiDongTai/2021-06-15-376063.html>）

河北港口集团有限公司从2019年10月开始，在河北省国资委监管企业中率先启动合规管理体系建设，并聘请京都律师事务所为其开展合规体系建设提供服务。接受聘请后，肖树

伟律师向河北港口集团相关负责同志宣讲了合规体系建设的重要性，并牵头组建了包含十多名律师、专家在内的项目组，对河北港口集团开展了书面尽调、现场访谈等一系列工作，为河北港口集团量身定制了《合规管理办法》等多项合规管理配套制度，还对河北港口集团涉及企业对外投资、市场交易、安全环保、劳动用工、财

务税收、知识产权、建设工程、园区经济等多个方面的合规风险进行了识别，制定了相应的防控措施。经过团队律师一年半的努力，最终形成了近80万字，包括600多个合规风险点、200余个案例的《河北港口集团有限公司合规管理手册》，获得了客户的认可和好评。

### 京都所高级合伙人刘玲作为北京律协讲师团成员赴新疆为兵团律师授课

为深化北京律师与兵团律师交流合作，进一步提升律师队伍凝聚力和为民服务能力，2021年6月26日至28日，新疆生产建设兵团司法局、兵团律协联合举办了律师专题业务培训班。北京律协讲师团5名律师受邀在主场进行专题授课。

本次培训主要包含刑事辩护业务、刑事诉讼法新司法解释、民法典担保、建设工程合同、公司法等五个专题。兵团司法局副局长、律师行业党委书记韩景峰，律师工作管理处处长李英、政治部副主任冯新泉，兵团律协副会长华晏，北京市司法局律师工作处二级调研员、市律协副秘书长梁文辉，市律协秘书处业务培训部负

责同志、讲师团及部分兵团律师在主场参加会议。兵团各律师事务所律师、各师市司法局、基层司法所部分干警共计700余人在分会场参加会议。

京都律所高级合伙人、北京律协刑事诉讼法专业委员会副主任刘玲以“新刑法司法解释对刑事辩护的影响”为题授课，受到了兵团律师及其他参加培训人员的广泛好评，为处理此类业务提供了非常实用的专业意见。

北京律协讲师团一行还参观了兵团第十师北屯市所属新疆北屯、兰河、瑞合律师事务所，并就律师党建工作、律所管理、业务拓展等进行了深入交流。



刘玲律师



会议现场

## 动态

### 京都律师圆满完成市信访办公益值班工作



| 王丹律师



| 相慷晶律师



| 黄立云律师



| 叶静律师



| 蔡康苗律师



| 游乐律师



| 江宁律师



| 石囡律师



| 朱元霄律师



| 丁晶律师



| 周文达律师

2021年5月至6月，京都律所先后指派了王丹等12名律师，圆满完成了北京市信访办组织的32天的驻点值班工作。此次活动是京都律师参加的众多公益法律服务活动之一。

2020年12月，京都律所获悉北京市信访办正在招募2021年值班律师，

遂第一时间在全所征集志愿律师，数十位律师踊跃报名，最终京都律所成功入选北京市信访办值班单位。按市信访办安排，京都律所指派了王丹、相慷晶、黄立云、叶静、蔡康苗、游乐、江宁、石囡、朱元霄、丁晶、周文达等12名律师参加了此次驻点值班

工作。12名律师在值班工作中按时到岗，认真倾听来访群众反映案件事实、剖析群众信访诉求、提出法律解决方案，通过耐心讲解、释明法理、以案释法的方式，耐心细致地对待每位来访群众，获得来访群众普遍信任和充分肯定。



## 动态

京都律所作为一家成立26年的大型综合化律师事务所，始终积极承担社会责任，将公益法律服务作为满足特定主体服务需求、推动全社会公共法律服务体系建设、提升律师价值和职业尊荣感“三位一体”的重要工

作进行部署，通过党建引领公益法律服务、积极参与各类公益服务平台、探索公益服务模式、事务所承担公益服务部分成本等多种举措，激发参与律师的积极性，在全所形成了踊跃参与、公益光荣的良好氛围。

今后，京都律所将继续践行社会责任，进一步激发律师活力、加大支持力度、创新服务形式、提升服务效果，积极投身公益法律服务事业发展，为国家公益事业和国家法治化建设贡献专业的力量。

### 京都律师事务所入选中国知识产权研究会高级团体会员

近日，京都律师事务所应邀正式成为中国知识产权研究会高级团体会员。

中国知识产权研究会（China Intellectual Property Society, CIPS）是国家知识产权局主管的全国性、学术性、公益性社会团体，由从事知识产权工作及其研究的有关人士和单位自愿组成、依法登记成立的协会。

研究会坚持实事求是的科学态度，团结广大知识产权工作者，以及具有知识产权管理职能的各政府部门、司法界、科技界、教育与学术界和企业界人士，开展知识产权学术研究和交流，为我国知识产权法律制度的建立、完善提出有参考价值的意见和建议，是促进知识产权事业发展、推动科技经济进步的重要社会力量。



中国知识产权研究会高级团体会员牌匾

### “守护您的资产——数据安全法解读”活动在京都所举行

2021年7月24日，ISACA北京社区“守护您的资产——数据安全法解读”活动在京都律师事务所成功举办。京都律师事务所竞争法律事务部主管合伙人王菲应邀发表“数据安全案例分享及新法下企业竞争风险提示”主题分享，京都律师事务所刑民诉讼部高级合伙人梁雅丽、竞争法律事务部合伙人马涛参与圆桌环节讨论。

王菲律师从中国数据安全司法沿革、数据安全实践案例分析、数安法环境下企业应当关注的竞争风险三个角度介绍了京都竞争法团队在数据安全领域的部分实践与心得，并通过案例研讨的方式解读数据在使用传输过程中企业、运营平台、政府机关、个人等主体可能涉及的法律风险与责任，多维度体现数据安全关系着生活的方方面面。



王菲律师

## 动态



上：左超 下：苏振波

安永网络安全与隐私保护咨询服务部高级经理左超先生、腾讯云数据安全解决方案专家苏振波先生分别就《数据安全法》的理解与实践以及《数据安全法》的出台如何有效开展

数据安全治理进行精彩分享。

在圆桌讨论环节，分享嘉宾与现场一百余名来自政府监管机构、银行、基础通讯服务商、网络安全机构、科技平台、科研院所的参会人员就数据跨境流动、个人数据与隐私保护、企业数据合规体系建设、政务数据开发利用等话题展开热烈讨论。京都律师事务所刑事诉讼部高级合伙人梁雅丽律师、竞争法律事务部合伙人马涛律师分别从刑事风险防范、公司并购及商事争议解决角度对前述问题进行解读。

本次活动针对数据安全法进行深入研讨，如何严格按照法律要求切实保障广大用户个人信息安全成为重要议题。京都律师事务所将持续为政府机关、银行、保险证券、通信运营商、互联网安全厂商、教育机构、汽车制造等行业提供有关数据及信息安全的法律服务，密切关注数据安全与



圆桌讨论

(左起：苏振波、王菲、梁雅丽、马涛、左超)

信息保护的立法司法进程，多元化地支持与帮助各行各业规避潜在法律风险，输出专业法律意见。

ISACA（国际信息系统审计协会）是一家成立于1969年的非营利组织，总部设在美国芝加哥，在中国北京设有办公室。ISACA是全球公认的提供信息系统鉴证及安全，企业IT治理与管理，IT风险及合规性知识、认证、社区，倡导教育的领导组织。

## 京都所知产部开展题为《商标侵权判定、证据、抗辩、临时禁令与赔偿责任认定》系列培训会

2021年7月29日-8月6日，京都所知产部通过线上的方式在京都所23层第一大会成功举办关于商标权保护的系列培训，培训共六期。知产部各位

律师积极参加此次系列培训。

系列培训主题为“商标侵权判定、证据、抗辩、临时禁令与赔偿责任认定”，分别由国家知识产权局知

识产权保护司资深审查员、上海知识产权法院资深法官和原北京高院知识产权庭法官授课。三位专家的培训结合丰富的工作经验，立足执法与司法



## 动态



刘铭律师



黄雅君律师

合典型案例从“商标（民事、行政）诉讼证据与认定疑难问题”等多方面讲解关于商标权保护相关知识。

培训期间，知产部各位律师认真聆听课程。培训结束后，参会人员踊跃发言，交流经验，培训会议现场气氛十分活跃。其中，刘铭律师与黄雅君律师分别从多维的角度就商标保护过程中不断出现的新问题进行精准解答并就培训内容进行了深度总结。

刘铭律师在培训中分享了个人体会，几天的体系化课程很有收获和启发，“商标”是小众专业，学习、经历案件多了，对商标法才会有略多一点体会思考，促进对代理的案件多一点理解。商标行政、侵权案件代理确实需要综合体系化的思维，要了解商标本意和价值取舍，对多年一直在理论、实务中有争议的问题要有关关注思考，才会在纷繁复杂争议中形成接近正确的思辨逻辑，否则，很容易固执自见，自说自话，有损律师的专业价值。

黄雅君律师基于常年深耕于商标领域的实践经验也强调，在处理商标侵权案件时，各位律师无论遇到任何问题均需回归至《商标法》及商标侵权审查的初衷即混淆可能性的法理，考虑消费者是否会产生实际混淆，商标权利人的实质性权利是否会受到损害。此次培训课程中涉及到的知识点



会议现场

对于律师处理相关案件有很大的帮助，三位资深专家所提及的典型案例均值得各位律师认真学习和研究，并实现在具体案件中的理解与运用。

此次系列培训针对性强，使各位律师准确把握商标申请注册、使用、侵权判断、抗辩中的前沿热点实务问题，学习法院在案件审理中认定事实与适用法律的新原则和新思路，系统学习商标案件的法理、裁判思路。知识产权专业性强，知产部也将持续通过各种学习提升律师的专业能力。

自京都律所知产部成立以来，始终高度重视提升律师业务办理技能，加强律师知识储备。今后，京都所知产部将丰富内容、创新形式，继续加强律师业务能力提升工作，高质量完成客户委托的各项法律服务，共同践行事务所“追求卓越不负重托”的执业文化。

实践，兼具理论性与实践性。

国家知识产权局知识产权保护司资深审查员通过以案说法的方式，从“茶颜悦色”“非诚勿扰”等经典案例出发，结合商标评审中的实际问题，详细解析商标侵权判断的标准。上海知识产权法院资深法官以专家释法的方式分别从“商标保护、商标侵权判定”以及“商标侵权民事诉讼、临时禁令与赔偿”等多角度详细展开解读。原北京高院知识产权庭法官结

## 动 态

### “不忘初心、牢记使命” 京都律师参观“中国共产党历史展览馆”



京都律师事务所律师合影（左起欧洋、刘清格、叶静、张丽纯、宋月华、王丹、黄凯）

为推动党史学习教育走深走实，引导广大律师从百年党史中汲取奋进力量，奋力推动律师工作高质量发展，京都律师事务所党总支响应北京市律师行业党委的号召，组织京都党员律师同志于2021年8月20日前往中国共产党历史展览馆参观“不忘初心、牢记使命”大型主题展览。

怀着无比敬仰的心情，京都党员律师们走进了中国共产党历史展览馆，追随着先烈们的红色足迹，跟着前辈们的坚定脚步，穿越历史的红色长廊，在时空转换中跨越党的百年激荡岁月。走过白山黑水，爬过雪山草地，飞跃天堑险阻，穿越枪林弹

雨……一幅幅珍贵的手稿、一张张真实的照片、一个个场景的还原、一声声时代的强音……驻足观看，认真聆听，深刻感受着一代代中国共产党人“有为牺牲多壮志”视死如归的大无畏气概和“敢教日月换新天”挥斥方遒的豪迈之气。走进新时代，看祖国大地绿水青山，尽展新颜；看各族人民笑靥如花，圆梦小康。

走出展馆，回望阳光下熠熠生辉的金色党徽和迎风招展的鲜红旗帜，似乎是在召唤。百年征途漫漫，百年艰辛奋斗，百年光辉伟业。中国共产党的一百年，是一部用生命和不懈奋斗书写的恢弘史诗。作为共产党员，在实现第二个百年奋斗目标的新征程上，唯有牢记初心使命，坚定理想信念



京都律师观看党史展览



参观结束后，京都律师在场馆外合影留念

念，弘扬伟大建党精神，立足岗位接续奋斗，才不负党的召唤，不负时代重托！

“党的历史是最生动、最有说服力的教科书”。在这里我们感受到了一个百年大党的初心本色，作为共产党员的赤子之情，一份红色血脉的赓续传承。回顾我们党百年波澜壮阔的历史进程，京都党员律师们深受勉励并纷纷表示，今后一定更加自觉地不忘初心、牢记使命，增强“四个意识”，坚定“四个自信”，扎实学好党的历史、继承发扬党的宝贵经验和优良传统，铭记奋斗历程，担当历史使命。



## 动态

### 苏文律师应邀为包头稀土高新区企业做专利风险防控培训

2021年9月16日，内蒙古包头市稀土高新区知识产权局邀请京都律师事务所苏文律师为高新区企业做专利风险预警与防控知识的主题培训。

苏文律师首先分析了中国及包头稀土行业的专利技术现状，然后通过具体案例介绍了企业在研发、生产、销售和IPO阶段可能遭遇的专利风险，特别是海关查扣、展会查抄、专利侵权诉讼、美国337调查等风险，并结合实务经验，从企业日常管理、行政保护、司法保护角度提出了多种事前预警、事后救济的风险防控措施，最后通过一件实际案例详细介绍了专利侵权检索与判定的

方法。

会后天和磁材、东宝生物等多家企业代表就关心的海外专利侵权风险、专利侵权行政调处、共同开发专利权属纠纷等问题与苏文律师进行了深入交流。

本次培训让参会企业了解了各类专利风险，提高了企业的风险防范意识，有助于企业安全发展。

京都律师事务所成立于1995年，由中华全国律师协会刑事业务委员会主任田文昌律师创办。二十多年来，秉承“追求卓越，不负重托”的律所文化，京都所已经从以优秀刑事诉讼业务为主导的律师事务所，发展成为一家综合



培训现场

化、团队化、专业化、国际化的大型律师事务所，是“客户最信赖的律所”之一。

### 知识产权行政执法专家研讨会在京都律师事务所顺利召开



会议现场

2021年9月24日，由中国知识产权研究会主办、京都律师事务所协办的知识产权行政执法专家研讨会在京都律师事务所顺利召开。

本次会议是对总书记“加大行政执

法力度，对群众反映强烈、社会舆论关注、侵权假冒多发的重点领域和区域，要重拳出击、整治到底、震慑到位”等重要指示论述精神的贯彻落实，会议旨在进一步落实市场监管总局关于加强知识产权执法的总体要求，汇聚专家智慧、解决执法难题。

会议由中国知识产权研究会孙玮副部长主持，中国政法大学应松年教授、京都律师事务所名誉主任田文昌等专家录制视频参与研讨，国家市场监督管理总局执法稽查处处长彭增田以在线方式进行研讨；北京第二外国语学院董涛教授、



孙玮

中国传媒大学王越副教授、京都律师事务所管理合伙人褚长志、竞争法律事务部主管合伙人王菲律师、高级合伙人黄雅君律师、权大师联合创始人林松涛等行业专家现场出席会议。

## 动态



左起：田文昌、应松年、彭增田

除行业专家外，另有：五粮液股份有限公司、华为终端有限公司、华熙生物科技股份有限公司、加多宝（中国）饮料有限公司、欧普照明股份有限公司、九牧厨卫股份有限公司、戴森技术有限公司及安正时尚集团等企业代表参加会议。

会上，企业代表就实践中遇到的知

识产权行政维权的经验和困难进行了生动的阐述，专家们就企业代表们提出的实践难点和维权困境结合会议议题，从知识产权侵权具体行政执法建议、知识产权行政执法管辖及多权利、异地机构协同执法可行性建议、知识产权行政执法案件标准以及知识产权行政执法程序与关联刑事、民事程序协同探讨等多角

度发表主题分享和汇报。与会专家与企业代表开展了充分的交流，研讨会议气氛热烈，交流问题深入。

研讨会召开之际，正值《知识产权强国建设纲要（2021-2035年）》印发，与会人员同时就“健全便捷高效、严格公正、公开透明的行政保护体系”任务目标的实现，“建立统一协调的执法标准、证据规则和案例指导制度”“完善跨区域、跨部门执法保护协作机制”任务的落实进行了研讨。

京都律师事务所愿与业界同仁和企业一道，深入知识产权理论问题研讨，致力于解决企业实际问题，为加快建设知识产权强国共同努力奋斗。

## 京都所合伙人王春军律师应邀在北京市律协建设工程专业委员会授课



王春军律师

2021年9月25日，北京市律协建设工程专业委员会于北京市律师学院举行的典型案例与裁判规则解读短期培训班上，京都律师事务所高级合伙人王春军律师应邀出席本次培训，并

作为主讲嘉宾进行了题为“建工纠纷中的违约金、利息裁判规则研究”的专题培训。

课程上，王春军律师对利息和违约金的裁判规则结合案例进行了分析讲解。培训中，王春军律师通过工程款利息的起算时间、计算标准等方面，结合案例介绍了十条最高院利息裁判规则的总结及分析，同时通过对违约金性质、特点等方面，结合案例介绍了十条最高院违约金裁判规则的总结及分析。

培训结束后，参培人员纷纷表

示，此次培训课程内容丰富、形式新颖、针对性强、贴合生产实际、注重互动交流与探讨，让大家在学习中开拓了新视野、拓展了新思维，取得了较好效果。



活动合影



# 田文昌专访：“播种”律师新执业理念



从老师到律师，从默默无闻到被誉为“中国刑事辩护第一人”，田文昌是我国刑事辩护法律服务的领军人，亦是我国不可多得的在教学、科研、办案各领域均有丰硕成果的“学者律师”，更是传播律师执业新技能、新理念、新使命的“播种者”。

## 在代理案件中发现律师价值

“我这一生的职业都是歪打正着，原来从来没想到自己会做律师，甚至没有想到自己会接触法律。”中华全国律师协会刑事专业委员会主任、北京市京都律师事务所名誉主任田文昌律师在接受记者专访时如是表示。

“最值得回忆的是在我当老师时兼职律师办理了几个比较典型的案件。”田文昌说。上世纪90年代初期，田文昌就已经认识到我国的法律教学理论和实务脱节的问题比较严重。他在代理了一些案件以后，找到了理论和实务结

合的路径——把理论研究和实务工作紧密结合能够非常有效地解决一些实际问题。

那时，田文昌受理的几个案件都是难啃的“硬骨头”，例如被指控贪污诈骗受贿的大兴安岭企业家死罪到无罪案、河北承德企业家18年有期徒刑无罪辩护案、他作为原告之一代理发起的全国首例航空公司误机集体索赔案等。这几个案件花了他三年多时间，但都有一个较为满意的结果，取得了较好的社会效益，更好地弘扬了社会正能量。

选择这些别人做不了、不爱做的案件去研究，田文昌没有任何的功利心。他认为，“这些案件有一定代表性，是有价值、有难度的教学素材，能让理论教学与实践很好地结合，通过这些案例能够在授课的过程中为学生讲解得更具体更生动。”

“更有价值也更惊心动魄的案件就是控告大邱庄禹作敏案，这是当时涉及我国第一个最大的黑社会组织的案

件。”田文昌告诉记者。田文昌在冒着生命危险让禹作敏最终受到法律的制裁后，越来越多的人知道了他的名字，也让他更直接地感受到了律师对社会正义所发挥的作用。

田文昌通过办理案件声名远扬后，并没有停止脚步，他将更多的时间放在了参与立法、建言司法体制改革和律师行业建设之中。

“这些年我参加过一些立法和司法改革的工作，包括律师法、刑法、刑事诉讼法的修改等。我有理论知识基础，同时又掌握大量的实际案例，因此参加这些立法、修法活动有一定的优势，可以提出更具体的问题来。参与立法和司法改革是我实现律师价值更重要的一部分。”田文昌表示，办好一个案件可以拯救一个人，而通过个案的研究去推动立法、司法的改革，推动律师制度的建设，可以更好地弘扬社会正能量，更好地用法律为社会主义经济建设保驾护航。

田文昌特别强调了个案推动立法的作用。“我国法治社会建设任务重，需要有更多既懂理论又有实践经验的人参与进来，这样才能从整体上起到推动立法和司法改革的进程。”在田文昌看来。

田文昌表示，律师不能仅仅着眼于办好一两个案件，而要善于在办理案件的过程当中归纳、总结、思考、提升，这样才能直接或间接地参与推动行业规范、制度完善等。

## 法治社会建设律师不可或缺

“律师是社会法治建设的重要推力，在防范冤假错案等方面扮演着重要的角色。”田文昌谈及对律师职业的认识时这样说。

谈及防范和纠正冤假错案的话题时，田文昌表示：“纠正冤假错案重要，防范冤假错案更重要。现实中，存在律师的意见被忽视和排斥的现象。”

田文昌表示，我国律师的机遇和挑战是并存的，在面临挑战的同时有着更大的前进空间。田文昌认为，一方面，从自身来讲，律师要对自己提出更高的要求。我国律师队伍刚刚走过一个生成期，还处于初级状态，所以律师自身需要不断修炼和提升来适应环境。另一方面，虽然和过去相比，社会对律师职业的认可有了很大的改善和提升，但离现代法治社会建设的要求还有相当大的距离。这

需要国家和社会认识到律师行业的重要性，不断改善律师的生存空间和执业环境。

田文昌举例说，“比如现在刑事辩护律师的活动空间依然受到限制，会见难、调查难、法庭辩论难等问题亟待进一步解决。”

说起律师对于社会的重要性，田文昌提到了自己曾写过的文章——《让律师堂堂正正在法治社会立足》。他在文中写道：“建设法治社会绝不仅仅是一种抽象的概念，而是实实在在的对法治结构的搭建。一个没有律师的法治结构是残缺的，一个排斥律师的法治环境是扭曲的。在一个畸形或变异的法治大环境中，法治建设的发展则会发生停滞、偏离、甚至倒退。其实，保护法治环境与保护人类生存环境的理由并无二致，排斥律师的结果必然是破坏了法治环境的‘生态平衡’。”

田文昌为此呼吁：“律师要对自己的定位有正确的认识，同时社会也要理解并善待律师，如此才能促进律师行业规范化、品牌化、可持续发展，有效提升和彰显律师良好的社会形象。”

## 律师执业规范需要新的理念

近年来，我国律师执业权利保障机制不断健全，律师执业权利保障工作不断取得新成效。但受各种因素的影响和制约，律师在执业活动中仍在不同程度上面临会见难、阅卷难、材料提交难等问题。

田文昌分析其中原因时表示，除了社会对律师的认识仍有偏差之外，也是律师行业理论和实务脱节的根本原因，从而导致一些律师的职业技能非常欠缺，加强职业培训对于提升律师职业技能显得很有必要。

“对于这一点，很多人到现在都还没有认识到，以为学了法律，就可以做律师，甚至就可以做法官、做检察官，实际上这还远远不够。”田文昌告诉记者，法律职业资格考试只是一个入门的门槛。其实，职业的基础是专业技能的培训，不是说懂了法律知识就可以做律师。现在的法官、检察官、律师基本上都接受过专业培养，他们缺乏的不是知识而是技能。在他看来，我国的刑辩队伍里不乏佼佼者，但还需要更加正规化的严格训练。

为此，田文昌带领团队，以北京市京都律师事务所和



西北政法大学刑事辩护高级研究院为平台，针对刑辩律师，以培训职业技能为目的，展开了师资研修班的培训。

“师资研修班的事情说来话长。”田文昌对记者表示。田文昌在借鉴国外的诊所式、面对面的技能培训方法和经验的基础上，结合我国的现状，带领大家梳理总结了一整套的职业技能培训模式。

比如一个完整刑事诉讼的过程，田文昌设计了11个专题，共计400个学时。教学方式是参与式的，不是讲授式和灌输式的，每个人都以直接参与的方式来接受培训。教学的过程就是用大量的实务案例和理论相结合的方式充分讨论、充分演示、充分总结。为了保证参与度和培训效率，培训班一期最多不能超过30个人。关于培训的原则，田文昌明确了四句话：“身份不分主次，答案不设标准，人人高度烧脑，资源充分共享。”这四句话基本概括了培训班的特点。

当记者问及“第一期为什么叫师资研修班”时，田文昌解释称：“因为现在这套模式还没有师资力量，我们第一期30个人边学习边总结，把这套模式充分打造完善之后，这些人就是培训者。下一步就要在全国范围内广泛地推广。”

“我希望这30个培训者能够像种子一样发芽、开花、结果，能够不断地培训出新人，再以更快的速度去培训一拨又一拨高水平的律师。”田文昌希望，经过这样系统化的职业技能培训以后，律师行业整体的素质和能力会得到很大提升，对于培养更多优秀的律师人才也是非常有意义的。

“年轻律师是未来中国律师行业的希望，也是中国法治的希望。”田文昌告诉记者，“40多年来，我国老一辈的律师铺路架桥、披荆斩棘、摸爬滚打、蹒跚前行，说起来很悲壮，但是事实就是如此。如果说要概括一下对年轻律师的希望，我认为也是16个字：‘珍惜成果、继往开来、提升素质、担起责任’。”

不仅如此，律师的社会责任同样少不了。律师经常置身于利益漩涡，要有“常在河边走坚决不湿鞋”的自觉，做到洁身自好，涵养职业道德，恪守职业伦理。国家有法律法规，律所、律师也有执业纪律。职业道德和职业伦理不仅是良知、制度层面的要求，更是保护自我、规避职业风险的要求。“律师如果没有社会责任，就不可能成为一个好律师。希望新一代的年轻律师更能够认识到这一点。”田文昌语重心长地说。

# 企业合规

## ——深度解读“多行业刑事风险防控”





# 企业经营中的数据安全风险 与刑事风险提示

■ 梁雅丽 唐宛苗 孙瑞启 / 文

## 前言

随着《数据安全法》的出台，以及近期各种网络安全审查活动的开展，数据安全成为企业关注的法律风险点。本文将企业为主要视角，分别从企业与政府机构合作、企业自身经营以及信息主体维权三种不同情景，对企业经营的数据合规问题进行数据安全法与刑事法律的双重解读。

## 一、企业与政府机构合作模式下的数据合规

以互联网医疗领域为例，某科技公司想和国家卫生健康委员会进行合作，可能被要求或者自愿开发，或与政府部门合作开发接触者追踪APP，通过对医院收集的病人病历进行分析，获取该病人的特定地域、所在行业，来判断哪些地区哪个行业的人群容易患病的类型。根据这些大数据分析对特定地区和行业的用户定制化推荐医院的诊疗服务。

这种政府与企业合作的情境下，政府应当如何协调和处理与企业之间的数据共享关系，并且保证数据工作安全合法？

### （一）数据安全方面

#### 1. 共享数据的内容及性质

应当明确的是政府与企业之间共享的数据内容是病人病历，属于患者个人信息并无争议，但是否属于政务数据？根据《数据安全法》第四十条，如果政府以履职为目的委托科技公司建设数据收集系统、存储加工数据，这种

数据才属于政务数据，且要经过严格批准程序，受托方也不得擅自留存、使用或向他人提供政务数据。而本例中数据收集主体是科技公司，且目的并非受政府委托、为政府服务，而是便于科技公司日后为用户提供定制化诊疗服务，因此，科技公司收集到的数据不属于政务数据。科技公司对收集数据的处理不依照政务数据的处理规范进行规制，而要以个人信息保护的规定来判断科技公司的数据收集和处理行为。

#### 2. 数据共享方式的合法性

科技公司与卫健委的合作方式可能是以第三方信息系统接入卫健委系统，对病人病历、地理位置和行业等个人信息进行采集，则需要考察这是否满足合规要求。

《数据安全法》第三十二条规定，“任何组织、个人收集数据，应当采取合法、正当的方式，不得窃取或者以其他非法方式获取数据。法律、行政法规对收集、使用数据的目的、范围有规定的，应当在法律、行政法规规定的目的和范围内收集、使用数据。”《互联网医疗健康信息安全管理规范》也要求互联网医疗健康信息安全管理应确保互联网医疗健康信息系统的合规性、可用性和安全性；确保互联网医疗健康信息采集、存储、传输、应用、销毁等全生命周期的信息处理合法、正当、必要的原则，不得过度处理，保障信息完整、保密，保护个人信息安全、公众利益和国家安全。

从海外经验来看，以英国为例，智慧医疗科技公司TPP与英国国家医疗服务体系NHS在医疗数据方面有紧密合作，TPP医疗系统储存着英国2/3以上人口的电子病历，托管5000万名患者的健康档案。而对于患者信息的隐私安全，

则需要从国家监管到企业合规都形成完善机制。例如，国家监管层面，确定严格的数据安全保护法规和信息技术服务提供许可标准，同时设立专门数据监管机构及配套监管惩罚措施；行业监管层面，应当设置一系列行业认证和国家标准，以确保充分的数据安全和保护能力；企业层面，在用户端主动采取避免意外数据泄露的程序设计，等等。

在我国，2018年国务院办公厅出台了关于《促进“互联网+医疗健康”发展的意见》，确定了互联网医疗的发展方向，支持医疗健康信息互通共享。针对个人医疗健康信息的保护问题，国家也通过《网络安全法》、《电子病历应用规范（试行）》、《国务院办公厅关于促进和规范健康医疗大数据应用发展的指导意见》等一系列法律和规范性文件予以规制。加上2020年6月生效的《基本医疗卫生与健康促进法》（简称《卫健法》）第九十二条规定，“任何组织或者个人不得非法收集、使用、加工、传输公民个人健康信息，不得非法买卖、提供或者公开公民个人健康信息”，进一步为个人医疗健康信息保护提供法律支撑。同时，我国也相继颁发了《电子病历共享文档规范》、《电子病历与医院信息平台标准符合性测试规范》、《电子健康档案与区域卫生信息平台标准符合性测试规范》等一系列卫生信息标准，各级医疗机构和企业在设计开发和采购医疗信息系统时均应严格执行上述标准。

再看《数据安全法》第三十二条规定，其实并未明确禁止第三方信息系统接入政府系统，尤其《国家健康医疗大数据标准、安全和服务管理办法（试行）》对于卫健委建立健康医疗大数据开放共享的工作机制的共享和交换对象，除医疗卫生机构外，还包括“相关企事业单位”，所

## 梁雅丽律师简介



京都律师事务所高级合伙人，京都刑事辩护研究中心主任，西北政法大学刑事辩护研究院副院长。执业二十余年，成功承办过多起重大有影响的刑事案件及民商事疑难复杂案件，并被国内多家媒体报道。她尤为擅长刑事和民商事交叉领域及刑事和行政交叉领域业务，致力于研究企业风险的法律防控，并先后为多家大型企业、政府部门、事业单位及外商投资企业提供了出色的法律顾问服务。在企业而风险的法律预防和控制、企业改制、资产重组等方面积累了丰富的执业实践经验。《方圆律政》2014律政年度刑辩律师，《中国企业报》2017助力金融风险防范人物，《中国商报》2019年“商事法治建设年度典范人物”，《中国商报》2020年商事法治建设特别贡献奖。

以实则企业不当然排除在健康医疗大数据的共享对象之外。以互联网医疗产业发展为背景，第三方信息系统对医疗信息的使用、处理、管理若均符合法律法规及相关标准，则不具有违法性。

### 3. 互联网医疗中个人信息保护

不可否认，这种依托互联网作为载体和手段的健康医疗服务模式不仅得到了来自政策的肯定和引导，也受到了防疫需求的推动，但公民个人医疗、健康信息的安全和隐私保护问题也随之出现，甚至出现了不法人员破解及下载医院信息系统数据后兜售以牟取暴利的案例。涉及到病人的敏感个人信息，企业应当征得病人或监护人、委托代理人的授权许可，同时对于个人信息的采集利用应当遵守最小必要原则，收集的信息以达到目标为界限，不可过度收集。

根据《网络安全法》第四十条规定“网络运营者应当对其收集的用户信息严格保密，并建立健全用户信息保护制度”，第四十一条规定“收集、使用个人信息需要征求被收集者的同意，未经被收集者同意，不得向他人提供个人信息。但是，经过处理无法识别特定个人且不能复原的除外”。作为第三方的科技公司利用卫健委系统中的健康医疗数据进行分析并形成模型，属于数据处理行为，这种模型商业化的行为实质上是一种使用行为。根据《网络安全法》规定，收集、使用个人信息需要征得被收集人的同意，第三方机构在卫健委的系

统中进行处理、使用的行为自然需要经过患者的同意，并且对医疗机构与第三方机构之间的合作行为也需要向患者披露。但是，以上仅限于未经处理，能识别特定个人且能复原的数据，而经过处理不能识别特定主体，且不能复原的数据利用则属于法定允许的范围内。这说明，对医疗健康信息的保护和妥善利用其实并不相悖，通过合理的机制



进行数据脱敏，则可以找到对医疗健康数据的合理利用途径。

## （二）刑事风险解读

在这种合作关系下，企业与政府主体（国家工作人员）都存在着一一定的刑事风险。以下根据现行《刑法》及相关司法解释进行列举：

### 1. 如果科技公司存在非法获取公民个人信息的行为，则可能构成侵犯公民个人信息罪

《刑法》第二百五十三条之一对侵犯公民个人信息罪的规定如下：

违反国家有关规定，向他人出售或者提供公民个人信息，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；情节特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。

违反国家有关规定，将在履行职责或者提供服务过程中获得的公民个人信息，出售或者提供给他人的，依照前款的规定从重处罚。

窃取或者以其他方法非法获取公民个人信息的，依照第一款的规定处罚。

单位犯前三款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照各该款的规定处罚。

结合《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯公民个人信息刑事案件适用法律若干问题的解释》解读如下：

（1）“违反国家规定”，可以包括《网络安全法》、《卫健法》，以及即将生效的《数据安全法》等，有关公民个人信息收集、使用、存储、处理等法律规定。

（2）行为方式包括：①向特定人提供公民个人信息，以及通过信息网络或者其他途径发布公民个人信息的；②未经被收集者同意，将合法收集的公民个人信息向他人提供的，但是经过处理无法识别特定个人且不能复原的除外；③通过购买、收受、交换等方式获取公民个人信息，或者在履行职责、提供服务过程中收集公民个人信息的。

不论获取公民个人信息的途径是非法的还是合法的，

## 唐宛茁简介

京都律师事务所律师助理。

## 孙瑞启简介

京都律师事务所实习生。

只要对公民个人信息进行转售或未经信息主体同意而提供给他人，都可以满足该罪的行为要件。

（3）“情节严重”包括：①出售或者提供行踪轨迹信息，被他人用于犯罪的；

②知道或者应当知道他人利用公民个人信息实施犯罪，向其出售或者提供的；

③非法获取、出售或者提供行踪轨迹信息、通信内容、征信信息、财产信

息五十条以上的；

④非法获取、出售或者提供住宿信息、通信记录、健康生理信息、交易信息等其他可能影响人身、财产安全的公民个人信息五百条以上的；

⑤非法获取、出售或者提供第③、④项规定以外的公民个人信息五千条以上的；

⑥数量未达到第③至⑤项规定标准，但是按相应比例合计达到有关数量标准的；

⑦违法所得五千元以上的；

⑧将在履行职责或者提供服务过程中获得的公民个人信息出售或者提供给他人，数量或者数额达到第③至⑦项规定标准一半以上的；

⑨曾因侵犯公民个人信息受过刑事处罚或者二年内受过行政处罚，又非法获取、出售或者提供公民个人信息的。

⑩为合法经营活动而非法购买、收受第③、④项以外的信息：利用非法购买、收受的公民个人信息获利五万元以上的；曾因侵犯公民个人信息受过刑事处罚或者二年内受过行政处罚，又非法购买、收受公民个人信息的。

### 2. 如果科技公司通过非法手段接入卫健委系统获取公民的病历信息，则还可能构成非法获取计算机信息系统数据罪

《刑法》第二百八十五条第二款对非法获取计算机信息系统数据、非法控制计算机信息系统罪的规定如下：

违反国家规定，侵入前款规定以外的计算机信息系统或者采用其他技术手段，获取该计算机信息系统中存储、处理或者传输的数据，或者对该计算机信息系统实施非法控制，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处

或者单处罚金；情节特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。

结合《最高人民法院、最高人民检察院关于办理危害计算机信息系统安全刑事案件应用法律若干问题的解释》解读如下：

（1）“计算机信息系统”：国家事务、国防建设、尖端科学技术领域以外的计算机信息系统。

（2）“情节严重”：①获取支付结算、证券交易、期货交易等网络金融服务的身份认证信息十组以上的；

②获取第①项以外的身份认证信息五百组以上的；

③非法控制计算机信息系统二十台以上的；

④违法所得五千元以上或者造成经济损失一万元以上的。

### 3. 如果科技公司非法获取医疗机构病患的电子病历信息，可能构成侵犯商业秘密罪

《刑法》第二百一十九条对侵犯商业秘密罪的规定如下：

有下列侵犯商业秘密行为之一，情节严重的，处三年以下有期徒刑，并处或者单处罚金；情节特别严重的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金：

（一）以盗窃、贿赂、欺诈、胁迫、电子侵入或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密的；

（二）披露、使用或者允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密的；

（三）违反保密义务或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密的。

明知前款所列行为，获取、披露、使用或者允许他人使用该商业秘密的，以侵犯商业秘密论。

本条所称权利人，是指商业秘密的所有人和经商业秘密所有人许可的商业秘密使用人。

《刑法修正案（十一）》删除了对“商业秘密”的定义，而参考《反不正当竞争法》第九条第三款规定，商业秘密是指不为公众所知悉、具有商业价值并经权利人采取相应保密措施的技术信息和经营信息。患者信息具备秘密性、法律强制保护的属性以及对医疗行业的商业价值属性，在性质上认定为医疗机构的商业秘密并无不妥。

其次，病历资料不仅有患者的个人信息，还包括医生

的诊疗内容，而一般认为病历上诊疗信息是医生智力活动成果的结晶，受到知识产权保护。科技公司若收集的是病历资料，那么也包含了医生履职过程中形成的智力成果。

因此，根据科技公司使用病历资料的行为，如果未经医疗机构和患者本人同意或授权，通过电子侵入或其他不正当手段获取患者病历资料则可能构成侵犯商业秘密罪或其他侵犯知识产权类犯罪。

### 4. 如果科技公司合法收集公民个人信息后，不履行信息网络安全管理义务导致用户病历信息泄露，则可能构成拒不履行信息网络安全管理义务罪

《刑法》第二百八十六条之一对拒不履行信息网络安全管理义务罪的规定如下：

网络服务提供者不履行法律、行政法规规定的信息网络安全管理义务，经监管部门责令采取改正措施而拒不改正，有下列情形之一的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金：

（一）致使违法信息大量传播的；

（二）致使用户信息泄露，造成严重后果的；

（三）致使刑事案件证据灭失，情节严重的；

（四）有其他严重情节的。

单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照前款的规定处罚。

有前两款行为，同时构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。

结合《最高人民法院、最高人民检察院关于办理非法利用信息网络、帮助信息网络犯罪活动等刑事案件适用法律若干问题的解释》解读如下：

（1）“造成严重后果”：①致使泄露行踪轨迹信息、通信内容、征信信息、财产信息五百条以上的；

②致使泄露住宿信息、通信记录、健康生理信息、交易信息等其他可能影响人身、财产安全的用户信息五千条以上的；

③致使泄露第①、②项规定以外的用户信息五万条以上的；

④数量虽未达到前三项规定标准，但是按相应比例折算合计达到有关数量标准的；

⑤造成他人死亡、重伤、精神失常或者被绑架等严重后果的；



⑥造成重大经济损失的；

⑦严重扰乱社会秩序的。

(2) “其他严重情节”：①对绝大多数用户日志未留存或者未落实真实身份信息认证义务的；

②二年内经多次责令改正拒不改正的；

③致使信息网络服务被主要用于违法犯罪的；

④致使信息网络服务、网络设施被用于实施网络攻击，严重影响生产、生活的；

⑤致使信息网络服务被用于实施危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、黑社会性质组织犯罪、贪污贿赂犯罪或者其他重大犯罪的；

⑥致使国家机关或者通信、能源、交通、水利、金融、教育、医疗等领域提供公共服务的信息网络受到破坏，严重影响生产、生活的。

#### 5. 对于允许第三方信息系统接入卫健委系统的行为，卫健委及政府机构工作人员可能面临一定的法律风险

卫健委作为利用信息网络提供给医疗公共服务的单位，也属于《刑法》第二百八十六条之一第一款规定的“网络服务提供者”，因此，如果因卫健委医疗信息共享不规范导致患者病历信息泄露，经监管部门责令采取改正措施而拒不改正，造成严重后果的，卫健委或其工作人员也可能构成拒不履行信息网络安全管理义务罪。卫健委工作人员属于国家工作人员，也可能构成渎职类犯罪。

由此看来，允许第三方信息系统接入国家掌握的医疗信息系统，对于具体单位和工作人员而言都存在法律风险，这也一定程度上导致第三方信息系统在实践中难以通过接入官方信息系统的方式获取个人信息，而往往是本身作为医疗机构，对其单位经营过程中获取的个人信息加以利用。

## 二、企业经营过程中的数据合规

近日，许多互联网企业平台受到网络安全审查，例如滴滴、货满满、货车帮、BOSS直聘等知名网络平台，相关部门也对其作出了“下架”、“暂停新用户注册”等决定。由此，企业对收集公民个人信息的行为应当严格自查，严格规范公民个人信息收集方案，遵循最小必要原则。企业如果无法保证数据安全，就无法保证经营安全。

### (一) 数据安全方面

在开展合规工作前，对于合规主体和数据性质应当明确以下基础问题：

#### 1. 关于关键信息基础设施运营者的认定

2016年，《网络安全法》首次在我国法律体系内正式提出“关键信息基础设施”（critical information infrastructure, CII）这一概念，并对CII运营者的安全保护义务与措施、风控措施与应急机制以及相应的法律责任都予以规定，但对CII的认定和保护范围尚不明确导致相关条文长期“沉寂”。直至今年，国务院于8月17日发布《关键信息基础设施安全保护条例》（以下简称《条例》），对CII安全保护的适用范围、监管主体、评估对象等做出界定，并为安全保护工作开展提供系统指引和工作遵循，实则对《网络安全法》中关于CII的16个条文的进一步细化，从规范体系上为《网络安全法》做了有力补充。《条例》也让企业在CII安全保护方面的权利和责任得以合法化，企业如何在数据安全领域自我定位、自我审查，如何开展数据合规得到进一步明示。

根据《条例》第二条，CII是指“公共通信和信息服务、能源、交通、水利、金融、公共服务、电子政务、国防科技工业等重要行业和领域的，以及其他一旦遭到破坏、丧失功能或者数据泄露，可能严重危害国家安全、国计民生、公共利益的重要网络设施、信息系统等”。同时《条例》第二章提供了认定CII的规则指引，考虑因素在于：（1）对于本行业、本领域关键核心业务的重要程度；（2）一旦遭到破坏、丧失功能或者数据泄露可能带来的危害程度；（3）对其他行业和领域的关联性影响。

以滴滴为例，尽管滴滴事件发生时尚未有明确的CII运营者界定标准，但其作为国内最大的出行平台软件，其收集的信息包括地图、公民个人信息、道路信息等等，这些数据经过排列组合，可以分析得到重要信息，例如国家不予公开的地理位置信息，涉密部门员工的工作信息等等。从实质审查，其掌握的数据若向境外泄漏，则足以达到“严重危害国家安全、国计民生、公共利益”的程度。

需要注意的是，从《网络安全法》到《数据安全法》再到将于今年11月生效的《个人信息保护法》，再到国务院出台的关于“互联网+”的相关行政法规，都强调了关键

信息基础设施运营者在我国境内收集和产生过的个人信息应当存储于境内，跨境则都需经安全评估等法律程序。同样从滴滴事件可以看出，数据跨境交流与网络安全、数据安全乃至国家安全都存在关联，如滴滴这样的行业龙头企业尚有“马前失蹄”，足以见得我国企业对网络数据安全保护意识匮乏，亟需转变经营理念、重视数据合规。

## 2. “重要数据”的界定

2017年国家网信办关于《个人信息和重要数据出境安全评估办法（征求意见稿）》第十三条第四款，“重要数据，是指与国家安全、经济发展，以及社会公共利益密切相关的数据，具体范围参照国家有关标准和重要数据识别指南。”结合《数据安全法》第二十一条规定，“国家建立分类分级保护制度”，“国家数据安全工作协调机制统筹协调有关部门制定重要数据目录，加强对重要数据的保护”。“各地区、各部门应当按照数据分类分级保护制度，确定本地区、本部门以及相关行业、领域的重要数据具体目录，对列入目录的数据进行重点保护”。

从上述条文内容来看，“重要数据”的界定应当主要依赖形式标准，也就是由国家、地区、部门、行业、领域的权威机构制作具体目录，表现为各种标准、识别指南等文件。尽管目前数据分级体系的形式标准尚未全面建立，但以滴滴为典型的数据出境事件已经出现，意味着当前企业的合规经营一定程度上需要自行衡量何为重要数据。

具体而言，开展数据合规工作，应当注意以下几个方面：

### 1. 互联网企业、上市公司应当注重双重合规

双重合规是顺应时代的举措，仅根据国内或国外法律进行合规，对企业的发展会产生阻碍。中国的企业处于数字化和全球化的时代，面临国际化的双重合规要求。7月6日，国务院办公厅发布《依法从严打击证券违法活动的意见》，专门提出了加强跨境监管的合作，包括完善数据安全，数据的跨境流动，设备信息的管理，完善这些法律法规。所以对于经营企业而言，保障数据安全的合规更加紧迫。在美上市的中国企业除了要符合在美上市的相关规定外，也应根据我国的规定进行合规，并且在两者冲突时，优先考虑国内的合规性。中外立法和执法趋势不仅与国家的发展状况有关，更与国际关系，国际形势有关，在中美关系紧张的形势之下，我国企业应当趋利避害，审时度

势，合理规范商业行为。

### 2. 集团企业、关联企业的数据合规工作应当标准化、系统化、制度化

由于现在很多企业有多家子公司、分公司，企业内部结构复杂，同一集团内部持有的数据可能分类结果上不一致，从而很难实现集团内合规上的一致性。

首先，建立数据安全治理体系，应当委派高管牵头负责数据安全治理工作，根据《数据安全法》等法规的监管要求开展自身数据分类分级工作，对企业数据实施分类分级管理，分类分级结果与数据存储、权限、脱敏、开发等措施挂钩，实现体系管理。

其次，企业应该定期开展风险评估和数据安全成熟度评估，并通过实网攻防以及安全应急响应演练，及时改进存在的风险，一旦发生安全事件后能及时响应，做出最合适的反应措施，从而把损失降低到最小。

最终，建立健全全流程数据安全管理制度，组织开展数据安全教育培训，增强员工数据安全意识，提高企业自身数据安全能力。

企业合规并非一次性工程，而需要长期的维持和培训。企业在进行了一阶段的合规工作后，应当重视合规机制的构建。《数据安全法》第22条，规定的数据安全风险评估、报告、信息共享和监测的预警机制，很多企业已经开始进行构建，即在开展业务的时候，进行数据安全或者网络安全的风险评估。比如评估系统的脆弱性，一旦遭受攻击或者是意外事件，可能遭受危害的程度，可以采取什么样的技术措施，或者应急措施。企业应当建立数据安全风险评估报告、信息共享和监测预警机制。只有这样，才能保证企业良好持续经营。

### 3. 中小企业应当注意合规成本的必要性

对于境内的中小企业而言，合规成本是不得不考虑的问题。如果成立管理部门成本太高，中小企业至少也应该设立合规官的岗位，由专职且相对独立的人员对企业的主要业务行为和重点风险领域进行合规整改，保证企业的主营商业模式和重点业务领域合法合规，把钱花在刀刃上。

数据安全风险的防控不仅是法律问题，也是技术问题，需要结合企业自身的盈利模式具体分析。企业并非为了合规而合规，其根本目的仍在于保证企业有持续稳定的盈利空间，这需要多方的共同参与，包括企业经营者、企



业法务、合规官、律师团队等多重视角。对于大部分境内的中小企业而言，数据安全风险主要体现在对个人信息的收集和处理上，风险点在于过度收集、多次分享、超权限利用等行为。其实多数情况下，只要能揭示企业经营的数据安全风险点，合规整改是存在较大空间且不必然减损主营业务的。换言之，在当前阶段，树立数据安全风险意识和合规意识，了解相关法律规定，听取专业人员的意见，就足以防控绝境内中小企业面临的大多数数据安全风险。

## （二）刑事风险解读

针对企业在获取个人、政府机构或其他企业的相关信息数据时，需要注重其中的刑事风险点，避免企业或企业经营者涉刑。

其一，针对信息获取行为。企业如果存在非法获取公民个人信息的行为，则可能构成侵犯公民个人信息罪。如果企业通过非法手段接入公民的个人信息，则还可能同时构成非法获取计算机信息系统数据罪，如果获取的是相关行业秘密信息等也可能构成侵犯商业秘密罪。

其二，针对信息处理行为。企业如果违反数据安全保护义务，且拒不改正或者造成大量数据泄露等严重后果的，可能构成拒不履行信息网络安全管理义务罪。《数据安全法》第三十四条规定，法律、行政法规规定提供数据处理相关服务应当取得行政许可的，服务提供者应当依法取得许可。因此，如未获得在线数据处理行业许可证，违反准入许可制度从事相关经营活动的，则可能构成《刑法》第二百二十五条的非法经营罪。

## 三、信息主体维权： 以人脸识别信息为例

公民对于个人信息收集保护意识逐步提升，关于人脸识别问题在手机人脸识别技术成熟时期，就已经受到了一定的质疑和关注。例如在客户进入公共场所如酒店、餐厅等，通过人脸识别的方式识别客户是否为酒店的VIP客户；人脸识别第一案野生动物世界将年卡入园方式从指纹识别升级到人脸识别而涉嫌侵犯个人隐私；央视315晚会曝光部分品牌门店安装人脸识别摄像头违规获取海量人脸信息事件。因此，信息获取方及使用方需要具备合规意识，而

信息主体也同样应当强化保护意识。

### 1. 个人信息保护意识的培养

不论是企业还是公民，都应当提高个人信息保护意识，意识到人脸信息属于敏感个人信息，具有高敏感性和不可修改性，对于收集人脸信息等个人敏感信息的行为，应当进行合理地辨别，判断其是否尽到了告知义务，以及其收集信息的范围是否符合最小必要原则。

例如对无意间的收集行为，应当要求采集方采取告知并删除的处理办法；人脸信息采集摄像头处不仅要明示告知，而且要尽到合理地提示义务，并且应当提供明确的选择以确定同意采集意向。在我们使用手机应用软件时，对于隐私政策、用户协议必须阅读并勾选，该软件才能读取个人信息。同理，人脸信息既然是敏感个人信息，则不应当在未经数据主体同意的情况下被有意地收集、利用。合法合规的收集并利用个人信息必然是一种具有主观意识的行为，如果“无意间”就能收集并利用个人信息，那么意味着这种以营利为目的的收集信息方式面向不特定、不知情的公民，此种收集方式本身就不合规。

### 2. 生物信息的收集保护与个人数据遗忘权

人脸信息不仅属于个人信息，而且应当属于特殊的个人信息，其具有不可更改性和无法补救性，一旦人脸信息泄露被用于非法用途，造成的后果往往很难补救，所以对于人脸信息的必要收集，不仅要建立登记表、保存清单，而且需要其他相应的保护措施，例如定期清除人脸信息重新录入、设立防火墙、设立电子登记册和纸质登记册双重等级等措施。企业进行人脸识别数据删除时，应当将过程进行公示，由公民确认，并接受公民和数据监管机构的监督。此外，还应当在向公民确认同意收集人脸识别数据的协议中，对于企业应当在完成个人数据使用目的后删除数据有明确约定。从人脸识别数据的属性来看，企业不具有永久保存并再次利用甚至分享的权利。

至于个人数据遗忘权与区块链不可篡改性之间的冲突，是可以通过技术手段解决的。比如《环球科学》2018年就刊登过一篇关于如何在不破坏区块链的前提下移除数据的文章。简单来说，其原理就是在区块链上允许临时存储个人信息内容而永久保存哈希数据信息。由此，即便删除实际记录的个人信息内容，遗留的哈希数据信息也可以保证数据的可验证性，进而保证信息主体对个人信息的管

理权。关于区块链等新技术必然是朝着人们需求的方向发展的，个人信息权从遭受冲击到强化保护是一个发展的过程，更是人们对技术不断提出新要求的过程，若因为技术而放弃隐私保护则无异于“因噎废食”。

### 3. 刑事风险提示

上述企业以及与政府相关的刑事风险中，已经对各种刑事风险进行分析，可参考上文。例如相关信息收集方未经客户同意，通过设置摄像监控设备等方式广泛收集公民人脸识别数据的行为，达到立案标准的，应当构成侵犯公民个人信息罪。

另一方面，企业经营过程中若发现其他主体对本企业用户信息采取“爬取”、窃取等其他非法手段，则可以通过《反不正当竞争法》等进行维权；情节严重的，可以《刑法》第二百八十五条第二款非法获取计算机信息系统数据罪、第二百一十九条侵犯商业秘密罪等刑事犯罪追究对方责任。

## 结语

我国对于隐私保护和数据安全在规范层面已经有了初步的架构，但还需要实务部门加快学习新领域新知识新法规新政策，提高监管执法水平。同时，也需要大力推动普法工作，使得企业和公民、数据主体和数据收集者使用者都能理解并主动进入隐私保护和数据安全的法律框架，让数据和信息的管理与流动有序进行。

滴滴网络安全审查事件将“数据安全”、“数据合规”的概念带入了大众视野，又在《数据安全法》实施之际，企业数据合规理应“趁热打铁”。尤其，企业应当明晰数据安全及信息保护工作中存在的刑事风险，合法合规开展工作经营，及时消除刑事风险，对将要面临的刑事风险做好预警，以保障企业经营的可持续性。

企业应当明晰数据安全及信息保护工作中存在的刑事风险，合法合规开展工作经营，及时消除刑事风险，对将要面临的刑事风险做好预警，以保障企业经营的可持续性。



# 刑事合规业务中的非诉思维和方法

■ 徐莹 / 文

律师开拓刑事业务新领域，根本上的问题是什么？首先是要突破传统的刑事辩护思维壁垒，引入、借鉴其他业务领域，甚至非法律专业领域的思维方式。思维方式突破了，就如同打开另一扇窗，别样风景自然展现在面前，那么其他的问题，比如怎么做？如何做？就都只是方法论的问题了。

下面我从非诉思维和非诉方法两个角度来谈谈我对于非诉的思维和方法，但也不限于非诉思维和方法对于刑事业务影响的思考。

## 一、思维方式的突破

**（一）在刑事案件辩护工作中，突破传统的辩护思维，发现企业需求，发现新的业务领域和机会。**

举个例子，我们办理的某上市公司重大责任事故罪。

案件基本事实：某矿业公司是某上市公司的百分之百控股子公司，由于运送矿工下井的运输车辆在运送工人下井的过程中失控撞倒矿井壁，造成22人死亡，若干人受伤的重大责任事故。这辆运输车辆是一辆不符合安全标准的报废车辆。

某矿业公司和某建设工程公司的分公司签订了《承包合同》，将该矿井的开采、掘进、施工工程等承包给了某建设工程公司分公司。某建设工程分公司又将该工程通过《内部承包协议书》转包给被告人接某。该运输车辆是某建设工程分公司购买使用。

公诉方指控上市公司高管构成重大责任事故罪的理由之一是：上市公司未充分履行对子公司安全生产监督、管

理职责，因而造成重大责任事故。辩护人认为，上市公司不应当承担刑事责任，因为作为股东的上市公司已经履行了监管职责，尽到了监管责任。

我们不论这个案件的具体证据和审理结果，这是一个非常传统的刑事辩护业务，在这个案件的办理过程中，辩护人在组织证据材料的时候，发现，某上市公司的安全生产管理制度的制定及落实存在一定的漏洞和瑕疵。某上市公司作为某矿业公司的控股母公司，不参与子公司的具体的生产经营活动，但是对子公司有监管职责，要对子公司要进行监督检查，并且监督检查要符合上市公司的有关规定。某上市公司做得十分的规范，相关的安全管理制度都比较齐全，落实得也比较到位，但并非百分之百没有瑕疵。比如安全检查，上市公司管理人员按照规定每个月都到矿上检查，但是去检查的时候，忽略了工作的留痕，现在在面对刑事指控的时候，我们要证明自己已经按照规定履行了安全监督管理工作，但是因为我们的记录工作不完善，导致实际上检查了十次，甚至更多，但有记录记载的远远少于实际检查次数。这种不经意的一个小瑕疵在面临刑事指控的时候就加大了自己的风险。

这就让我有一个思考，如果按照传统的办理刑事案件的思维，这个刑事案件在一审判决之日起就已经终结了。但是我们是否可以突破传统的刑事辩护的思维，比如在这个案件中，既然辩护人在辩护的过程中发现了企业的安全监督管理制度上可能存在的瑕疵，可不可以帮助其进行一个全面体检，梳理和进一步的完善相关管理制度呢？此时，企业由于陷入了具体的刑事案件的指控中，对于相关风险防控的重要性有了切身的感受，对于防范刑事法律风

险具有迫切性，正是供需关系高度契合的时刻。辩护律师在刑事案件辩护过程中，突破传统的刑事辩护的思维，在客户具有迫切需求的时刻，精准的针对需求领域，提出解决问题的服务方案，容易促成刑事辩护之外的其他业务合作。

我想这种理念对于我们开拓刑事业务新领域是大有裨益的，也是可行的。因为：

其一，这种业务是可以复制的。我们现实中代理的很多的企业或企业家涉嫌犯罪的案件，都是由于企业内部管理制度不健全而导致的。

其二，刑辩律师来提供服务，具有先天优势。有信任基础，我们和客户已经有了深入的接触，已经和客户建立了信任关系；通过刑事案件的介入，对案情已经深入了解，了解企业需求，更了解客户痛点；更能准确的判断企业刑事风险点。

所以我的第一个思考，是在刑事案件辩护工作中，突破传统的辩护思维，发现企业需求，发现新的业务领域和机会。

**（二）在日常宣传中，突破传统的刑事案件重个人宣传，轻客户培养的思维模式，借鉴非诉业务，进行客户培养，获取新的业务机会。**

刑事案件的一个特点，平时我们同闲聊天的时候，非诉的律师说我们，你看你们刑辩律师，平时也不出去应酬，也不走访客户，也不带团队，什么事都是自己一个人带个助理就干了，不像非诉业务，要培养客户，维系客户关系。这可能确实说到了刑事案件的一个痛点，不是我们不想去培养客户、维系客户，而是刑事业务由于其自身特点，难以精准的培养客户、维系客户。我们怎么能判断一个人是潜在的犯罪分子进而去培养他成为你的客户呢？毕

## 徐莹律师简介



中国政法大学法学学士，北京大学法律硕士，京都律师事务所高级合伙人，管委会委员。全国律协青年律师领军人才培养对象，北京市律师协会刑事诉讼业务委员会秘书长，北京市犯罪法学研究会理事，北京市朝阳区律师代表，朝阳区律协第三届惩戒委副秘书长，朝阳区律师协会刑事专业委员会委员，中国社会科学院大学法学院实务导师，《法治日报》律师专家库成员，西北政法大学刑辩学院实务导师，西北政法大学刑事辩护技能培训项目导师，美国国务院“国际访问者领导项目”（IVLP）成员。徐莹律师执业以来，在刑事辩护领域精细化深耕，办理了大量具有社会影响力的疑难刑事案件，业务能力和水平受到行业肯定，2019年被评为全国律师行业“庆祝新中国成立70周年工作先进个人”。

竟涉嫌犯罪的人只是极少数，培养一百个客户，有一个能真的涉嫌犯罪就不错了，而且你还得接受良心的谴责，天天盼着人家去犯罪，才能转化成你的客户，所以培养客户不具有现实可行性。另一方面，我们的客户、当事人有多少人会再次犯罪呢？我们国家的监狱的犯罪改造率是非常高的，有的当事人，难以接受这段人生经历，希望将其从记忆中抹去，而律师作为这段记忆中的一个符号，也将一同在他的记忆中被人为的遗忘；有些当事人，从看守所、监狱出来和律师会成为好朋友，那种共同经历了人生的至暗时刻而生出的友谊，律师打心底里不希望他会再次成为客户。有鉴于以上种种客观原因，所以我们大多数刑辩律师还是通过传统的宣传途径，宣传个人、个人业绩，当事人或其家属在涉案了以后慕名而来，委托律师。但是这种方式，显然只能带来传统业务，难以发掘和开拓新业务。

这是一个困境，一方面我们想通过培养客户、维系客户的方式开拓业务，但另一方面刑事辩护的特殊性又导致我们没有办法定向精准培养、维系客户，客户转化率极低，如何解决呢？

结合我们今天的话题，刑事业务新领域，我觉得在新的业务领域下，我们应该改变传统刑事辩护重个人宣传，轻客户培养的思维模式，研发客户培养模式，获取更多的业务机会。前面那么多大咖都提到了刑事新的业务领域，刑事

风险防控、合规，等等，我个人觉得这类业务可以称之为刑事非诉业务，可能不太准确。这种业务，需要我们学习非诉律师开拓市场的思维方法，培养客户需求，发掘潜在客户群体。而且我认为，目前的合规大背景以及刑法修正案十一就给了我们开展刑事合规业务创造了良好的契机。



### 1、合规大背景为律师开拓合规业务创造了契机。

随着经济发展，国际合作增加，合规的重要性越来越凸显，我们的企业在合规方面的缺陷越来越暴露。中兴通讯事件将合规引入国人视野，根据美国商务部网站的信息显示，中兴通讯自2010年1月至2016年4月期间，在知晓美国依据《伊朗交易与制裁条例》对伊朗长期实施制裁的情况下，仍将内含美国制造的受限类配件和软件产品出口到伊朗，以获取伊朗公司的合同并参与当地庞大通讯网络的供应、建设、运营及服务，这些合同金额达到数亿美元。2017年3月，中兴通讯与美国政府就出口管制调查案件达成和解，中兴通讯支付约8.9亿美元的刑事和民事罚金，美国商务部工业与安全局对中兴通讯的3亿美元罚金被暂缓，是否支付将依据未来七年中兴对协议的遵守情况而定。这是中国企业收到的来自美国政府的金额最高的一张罚单。

中兴通讯遭受巨额罚款暴露了企业管控合规风险的能力滞后以及企业合规管理体系的重大缺陷。从2016年开始，合规问题受到国家层面的重视，国资委、发改委、国务院，个省市都纷纷出台各种类型的企业合规管理指引。刑事合规是企业合规体系中不可或缺的部分，具有重要意义，原因在于：

第一，企业家、企业单位犯罪率持续增加。

据统计，企业家犯罪的人数从2012年的272人，到2018年2773人，增长了10倍。

第二，刑事法律风险伴随着一个企业从诞生、到发展、到破产全过程。

第三，刑事打击相比民事问题，对于一个企业而言是难以承受的，甚至关乎企业存亡。

我们过去并非不重视企业刑事法律风险防控，民营企业的发展是与风险伴生的，大批的民营企业企业家由于刑事法律风险意识淡漠，经营行为违规违法，而导致自己身陷囹圄，企业由盛而衰。过去有一句话：中国的民营企业企业家不是在监狱，就是在去监狱的路上。尽管有如此多的前车之鉴，但中国的民营企业企业家对于刑事法律风险防控还是不够重视，事后手忙脚乱处理的多，事前防范的少。这其中的原因是复杂的，既有个人认识的原因，或者是缺乏法律的意识，不认为自己在涉险，或者是基于从众心理，觉得行业内大家都在这么干，怎么可能就自己倒霉，或者抱着侥

幸心理；也有社会环境的原因，没有合规的概念，没有把刑事法律风险防控放到一个合规的大体系中去认识它的重要作用。

在中国企业不断走出去的当下，在国际国内经济形势愈发复杂的当下，在合规问题受到国家层面重视的当下，在从中央到地方各级政府不断颁布合规指引，引导企业合规管理的当下，企业合规体系建立成为企业经营管理的常规动作。

### 2、《刑法修正案（十一）》为开拓刑事合规业务提供了工具和抓手。

《刑法修正案（十一）》为民营企业产权保护构筑了一个立体的网络。

对外，为了给民营企业打造一个良好的营商环境，一方面，加强了对知识产权的保护，提高了知识产权类犯罪的一个打击力度。同时，针对企业的融资难问题，对于骗取贷款罪提高了入罪的门槛，给企业融资难问题进行松绑。

对内，为了给企业肃清内部的一个发展空间，一方面，加强了上市公司证券类犯罪部分罪名的惩治力度，增加了犯罪主体；同时，加强了企业内部腐败犯罪的打击力度，非公受贿、挪用资金等刑期都到了无期。

在《刑法修正案（十一）》的背景下，企业如何利用好这张网，一方面充分把握、利用营商环境，一方面杜绝内部腐败犯罪、防止侵害公司利益的犯罪，降低企业经营风险，促进企业发展，刑事合规业务成为必需之举。

刑事合规业务已经成为刑事业务新领域的蓝海。面对刑事合规业务，我们的客户已经不仅限于涉案嫌疑人、被告人，企业、企业家客户也将成为刑事业务中的重要客户来源。我们的业务也不再局限于刑事案件发生之后的辩护，而提前到刑事案件发生之前，帮之企业建立刑事合规体系，通过企业的内检内省，提升治理水平和风险防控能力，形成企业诚信与正直的文化，有效应对违规事件，避免犯罪发生，杜绝“涉案”的可能性，帮助企业健康长足发展。

结论一目了然，刑事业务中的培养客户、维护客户具有了现实可能性，新的业务领域需要新的开拓模式，新的开拓模式需要转变旧的思维定式，

## 二、办案方式的突破——非诉方式

传统刑事辩护，律师接受委托，参与刑事诉讼活动，会见犯罪嫌疑人、被告人，阅卷，必要的调查取证，准备材料，出庭辩护等。

新的业务领域下，随着业务目标的不同，律师的办案方式也会发生变化。在合规业务下，律师不需要会见、不需要出庭，但是需要对企业进行了解，了解企业业务流程，发现企业经营管理的瑕疵、漏洞，分析刑事风险，形成合规文件，帮助企业完善相关制度缺陷，降低刑事风险。

这些，对于长期从事刑事辩护的律师而言有些茫然和陌生，适当的借鉴非诉的业务方式，能够给我们很大的帮助。比如我最近接受委托，为某房地产上市公司进行刑事合规服务。其实我们律师团队进场后，初期也比较迷茫，不知道从哪里入手。于是我向一位非诉律师请教他们的尽职调查操作流程。受此启发，参考尽职调查的流程和方法，我们制定了几步走的工作方案：了解公司基本情况，

查阅相关材料——内部梳理，了解企业业务流程，初步分析企业风险领域、风险节点——广泛调研深入发掘问题——形成成果。

新业务，新方法，不妨多与其他领域的律师交流，向其学习，借鉴，寻找最适合自己的方法。

最后，我想和大家说，刑事业务新领域的开拓，不能仅看到供给方，还要看到需求方。提供法律专业服务的律师，我们是供方，而需要相应服务的客户，他们是需方。我们过去一直强调、重视律师行业的自身的成长，整个行业大家都在积极的研究合规问题，很多的文章、专著，这很重要，只有这样，我们才能提供给客户最优质的服务和产品。但是我们忽略了需求方的培养，市场的打开。销售行业有一句话：“不是客户不需要，是你没有告诉客户他需要”。我想，刑事业务新领域，既是刑辩律师们需要去思考研究的话题，更是全行业需要去市场开拓的方向，供需结合，刑事业务的道路会越来越宽。✎

（本文根据作者在北京市律师协会首届刑辩律师论坛上的发言整理。）





# “受贿行贿一起查”背景下商业贿赂的司法认定及合规建议

■ 梁雅丽 唐宛苗 / 文

## 前言

近日，中央纪委国家监委与中央组织部、中央统战部、中央政法委、最高人民法院、最高人民检察院联合印发《关于进一步推进受贿行贿一起查的意见》，将打击行贿行为推向了新高度，改变了以往对行贿惩处较为缓和的刑事政策，在我国推行企业合规不起诉制度改革探索的背景下，企业主体加强反商业贿赂合规建设防范商业行贿就显得尤为重要。为此，本文从行贿角度出发，对商业贿赂中行贿行为的认定进行讨论，并结合新规的具体要求，提示商业贿赂行为的法律责任风险，为企业加强反商业贿赂合规建设提出可行建议。

## 一、《关于进一步推进受贿行贿一起查的意见》解读

“受贿行贿一起查”早在2017年党的十九大报告中就已经予以明确，随后十九届中央纪委的历次全会，也都在强调相关制度的建立和实施。近日，中央纪委国家监委联合五部门印发《关于进一步推进受贿行贿一起查的意见》（以下简称《意见》），将打击行贿推向了新的高度，纠正了过去实践中“重受贿轻行贿”的倾向，具体而言：

第一，指明行贿是腐败不减的根源性原因，释放重拳打击行贿的强烈信号。《刑法》虽规定了行贿罪，但社会上对行贿行为有一定容忍度，致使对行贿的打击力度受到影响，也对贿赂犯罪的治理效果带来负面影响。这次中央纪委联合其他五个部门出台的《意见》，是首次针对统筹推进

推进受贿行贿一起查而出台的一个高规格文件，释放重拳出击行贿，高度重视对贿赂犯罪的源头治理和标本兼治，推进不敢腐、不能腐、不想腐的强烈信号。

第二，明确将重大商业贿赂等五类行贿行为作为重点查处的目标。《意见》指出的五类行贿行为都是性质相对严重、影响比较恶劣、群众反映强烈的行贿行为，如今通过规范性文件予以明确，有助于提高打击行贿的精准性、有效性。

第三，明确提高对行贿行为的查处力度。《刑法》中规定有行贿罪，且对行贿罪规定了从宽处罚条件，但《意见》强调“严格行贿犯罪从宽情节的认定和刑罚适用，加大财产刑运用和执行力度”。可见，目前的从严认定的司法趋势下，对实务中该从宽条款的适用标准也产生影响。

第四，明确严肃惩治行贿与保障企业合法权益相结合的原则。《意见》强调，既要严肃惩治行贿，还要充分保障涉案人员和企业合法的人身和财产权益，保障企业合法经营；要充分研判使用办案措施的后果，将采取措施对企业合法正常生产经营的影响降到最低。

第五，明确建立对行贿人的联合惩戒机制。与以往规范性文件不同，本次《意见》由部门联合印发，表明了对行贿治理的决心，也凸显了对行贿人的联合惩戒效应。

## 二、商业贿赂中行贿行为的认定及其法律责任

### （一）有关商业贿赂的法律规范

我国没有专门的商业贿赂法案，在现行法律框架下，

对于商业贿赂的规定，散见于各个法律层级及司法解释中，主要包括经济法方面和刑事法规范方面：

### 1. 经济法规范方面

我国《反不正当竞争法》第7条规定“经营者不得采用财物或者其他手段贿赂下列单位或者个人，以谋取交易机会或者竞争优势。”其中贿赂对象包括“交易相对方的工作人员”、“受交易相对方委托办理相关事务的单位或者个人”以及“利用职权或者影响力影响交易的单位或者个人”。

国家工商总局颁布的《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》（以下简称《暂行规定》），以及中共中央发布了《中央治理商业贿赂领导小组关于在治理商业贿赂专项工作中正确把握政策界限的意见》（以下简称《治理意见》）均对“商业贿赂”作出了定义。

### 2. 刑事法律规范方面

商业贿赂犯罪既非规范的法律术语，又非刑法上具有个罪或类罪意义的规范的法定罪名概念，即刑法没有把“商业贿赂”作为一个特定的罪种予以明确规定，而是包括多种相关罪名。最高人民法院、最高人民检察院2008年发布的《关于办理商业贿赂刑事案件适用法律若干问题的意见》（以下简称《商业贿赂司法解释》）的通知，指出商业贿赂犯罪涉及刑法规定的以下八种罪名：（1）非国家工作人员受贿罪；（2）对非国家工作人员行贿罪；（3）受贿罪；（4）单位受贿罪；（5）行贿罪；（6）对单位行贿罪；（7）介绍贿赂罪；（8）单位行贿罪。同时，2009年实施的《中华人民共和国刑法修正（七）》中规定的“利用影响力受贿罪”也在商业贿赂范围内。随着国际反腐败合作与对话的深入，《刑法修正案（八）》、《刑法修正案（九）》相继将“对外国公职人员、国际公共组织官员行贿罪”、“对有影响力的人行贿罪”纳入我国刑法规定的犯罪范畴。

#### （二）商业贿赂中行贿行为的认定

“商业贿赂”是着眼于贿赂发生的领域而形成的概念，即发生在商业领域的贿赂就是商业贿赂，由于商业贿赂案件中行贿与受贿多以“对合犯”形式存在，同时结合《关于进一步推进受贿行贿一起查的意见》的文件精神，本文重点从行贿行为角度进行分析。商业贿赂中的行贿是

指，在商业活动中，为谋取不正当利益，给予相关对象以财物的行为。

### 1. 有关“谋取不正当利益”的规定

商业贿赂所涉及的犯罪均为故意犯罪，对行贿者要求其应当具有“谋取不正当利益”的主观目的。《商业贿赂司法解释》规定，行贿犯罪中的“谋取不正当利益”，是指行贿人谋取违反法律、法规、规章或者政策规定的利益，或者要求对方违反法律、法规、规章、政策、行业规范的规定提供帮助或者方便条件。

### 2. 行贿行为的表现形式

由于商业活动的灵活性、负责性，商业贿赂中的行贿行为表现形式也呈现多样性的态势，有时看似合情合理的商业行为、行业惯例也会被定性为行贿。总体而言，商业贿赂中的行贿主要有以下形式：

#### （1）直接给予财物

直接行贿的手段是商业贿赂的最直接、最典型手段，一般是简单的给与与接受的关系，而不利用其他名义。直接贿赂的财物可以是现金、实物，也可以有价证券、票据等能直接物化的财产。《暂行规定》和《治理意见》亦有规定，经营者在商品交易中不得向对方单位或者其个人附赠现金或者物品。但按照商业惯例赠送小额广告礼品的除外。

#### （2）给予回扣

在交易过程中给予对方回扣，是一种常见的行贿手段。《暂行规定》规定：“在账外暗中给予对方单位或者个人回扣的，以行贿论处；本规定所称回扣，是指经营者销售商品时在账外暗中以现金、实物或者其他方式退给对方单位或者个人的一定比例的商品价款。”根据《暂行规定》第五条第三款，账外暗中是指“未在依法设立的反映其生产经营活动或者行政事业经费收支的财务账上按照财务会计制度规定明确如实记载，包括不记入财务账、转入其他财务账或者做假账等。”

#### （3）给予各类名义的费用

有关手续费等费用形式种类繁多，而且这些所谓的费用往往都是附着在企业提供的服务或商品之中的，有一定的隐蔽性，但本质上都是以不正当利益引诱对方达成交易。《治理意见》规定：“通过赌博，以及假借促销费、宣传费、广告费、培训费、顾问费、咨询费、技术服务



费、科研费、临床费等名义给予、收受财物或者其他利益，以提供、获取交易、服务机会、优惠条件或者其他经济利益的，属于商业贿赂。”

#### (4) 给予其他财产性利益

行贿犯罪中的“财物”不仅包括金钱、实物，还包括其他可用金钱计算的财产性利益。根据2016年4月18日“两高”《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》第12条规定，贿赂犯罪中的“财物”，包括货币、物品和财产性利益。财产性利益包括可以折算为货币的物质利益如房屋装修、债务免除等，以及需要支付货币的其他利益如会员服务、旅游等。

### 3. 关于其他商业行为的认定问题

#### (1) 促销

行为人为引诱交易实施促销活动，若实质上限制了消费者的选择权导致不当排挤竞争对手，则可能被认定为商业贿赂。根据《国家工商行政管理总局关于对商品交易市场开办者以给付优惠金形式招揽业户行为定性处理问题的批复》，“商品交易市场开办者为吸引业户到自己的市场承租摊位，以‘优惠金’的名义给付业户一定财物，属于以不正当的利益引诱交易”。

#### (2) 附赠

司法解释规定，办理商业贿赂犯罪案件，要注意区分贿赂与馈赠的界限，考虑因素主要在于：发生财物往来的背景，如双方是否存在亲友关系及历史上交往的情形和程度；往来财物的价值；财物往来的缘由、时机和方式，提供财物方对于接受方有无职务上的请托；接受方是否利用职务上的便利为提供方谋取利益。

#### (3) 给予折扣

根据《暂行规定》，折扣是指“经营者在销售商品时，以明示并如实入帐的方式给予对方的价格优惠，包括支付价款时对价款总额按一定比例即时予以扣除和支付价款总额后再按一定比例予以退还两种形式”。以明示且入账的方式给予折扣不属于商业贿赂。明示和入账，是指根据合同约定的金额和支付方式，在依法设立的反映其生产经营活动或者行政事业经费收支的财务账上按照财务会计制度规定明确如实记载。但经营者若通过账外暗中方式给予折扣，因其行为性质上与给予回扣无异，则可被认定为行贿行为。

#### (4) 给予佣金、中介费

佣金是指“经营者在市场交易中给予为其提供服务的具有合法经营资格中间人的劳务报酬”。如上文所述，以明示且入账的方式给予中间人佣金不属于商业贿赂。需要说明的是，此处的“中间人”应具有相应的合法经营资格，若行为人在商业活动中给予不具有合法经营资格的个人“中介费”、“佣金”等财物，谋取不正当利益，可能被认定为行贿行为。

### (三) 商业贿赂行为的法律责任

企业在经营活动中实施上述行为，可能被认定为商业贿赂，承担不同类型的法律责任风险。在我国法律体系框架下，商业贿赂行为的法律责任类型包括民事责任、行政责任以及刑事责任。

#### 1. 民事责任

企业实施商业贿赂行为可能构成民事侵权。

《反不正当竞争法》第17条规定：“经营者违反本法规定，给他人造成损害的，应当依法承担民事责任”，同时也对赔偿数额做了具体规定。

#### 2. 行政责任

商业贿赂属不正当竞争行为，企业实施商业贿赂可能构成行政违法，面临行政处罚。

《反不正当竞争法》第19条规定：“经营者违反本法第七条规定贿赂他人的，由监督检查部门没收违法所得，处十万元以上三百万元以下的罚款。情节严重的，吊销营业执照。”

#### 3. 刑事责任

商业贿赂案件中，行贿人可能触犯《刑法》第164条对非国家工作人员行贿罪、第389条行贿罪、第390条对有影响力的人行贿罪、第391条对单位行贿罪，以及第393条单位行贿罪，根据行贿人以及行为对象身份的不同类型，大致可分为：

行贿对象身份可划分为国家工作人员；国家工作人员的近亲属或者与国家工作人员有密切关系的人；公司、企业或者其他单位的工作人员；国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体。根据上述行为对象的不同，分别构成行贿罪，对有影响力的人行贿罪，对非国家工作人员行贿罪以及对单位行贿罪。根据《刑法》规定，上述罪

名中，对非国家工作人员行贿罪、对有影响力的人行贿罪可由单位构成。

### 三、反商业贿赂合规风险提示及建议

#### （一）新规背景下合规风险提示

商业贿赂属行政违法，甚至构成犯罪，在出台《关于进一步推进受贿行贿一起查的意见》，严厉打击行贿行为的背景下，笔者认为企业在经营活动中面临以下合规风险：

##### 1. 针对行贿从宽条件的适用更加严格

《刑法》第390条第二款对行贿从宽处罚做出规定：“行贿人在被追诉前主动交待行贿行为的，可以从轻或者减轻处罚。其中，犯罪较轻的，对侦破重大案件起关键作用的，或者有重大立功表现的，可以减轻或者免除处罚。”《意见》强调“严格行贿犯罪从宽情节的认定和刑罚适用”，无疑加大了企业在涉嫌行贿犯罪时从轻、减轻或免除处罚的难度。

##### 2. 加大财产刑适用和违法所得的查处

《意见》强调“加大财产刑运用和执行力度”，“对于不正当财产性利益，依法予以没收、追缴或者责令退赔”、“对于不正当非财产性利益，如经营资格资质等，督促相关单位依照规定通过取消、撤销、变更等措施予以纠正”，企业若涉及行贿犯罪将面临更大的财产损失，甚至影响企业的正常经营活动。

##### 3. 企业涉嫌行贿将面临多重处罚风险

《意见》明确了建立对行贿人的联合惩戒机制，组织开展对行贿人作出市场准入、资质资格限制等问题进行研究，探索推行行贿人“黑名单”制度。如此一来，企业因行贿犯罪除将受到除传统意义上的刑罚处罚外，还可能面临“资格处罚”。市场准入、经营资格系企业从事商业活动的基础，在特定领域更是企业核心竞争力之所在，动辄关系到企业生存的命脉。另一方面，若企业被列为行贿人“黑名单”之列，其商业信誉受损，将面临失去大量客户和交易机会的风险。

#### （二）反商业贿赂合规体系建设的建议

有效的企业合规体系可实现企业责任与员工、第三

方、被并购方、客户等多方责任的有效切割。企业若能事前建立合规管理体系，切割企业责任与相关自然人、单位的责任，从而有效预防、监控和摆脱相关的法律风险，保护股东、投资人、员工、上游的供货商、下游的经销商、代销商、代理商乃至消费者和社会公众等大量第三人的利益，这也是企业合规制度保障无辜第三人的价值体现，特别在我国推行合规不起诉改革探索的背景下，企业合规建设就尤为重要。

《反不正当竞争法》第7条规定了经营者的严格责任。企业的工作人员只要实施了商业贿赂行为，就应当认定为经营者的行为，推定企业承担行政责任，但是有证据证明工作人员的行为与为经营者谋取交易机会或者竞争优势无关的除外。原国家工商管理总局反垄断与反不正当竞争局局长在接受媒体采访时指出，这里的“有证据证明工作人员的行为与为经营者谋取交易机会或者竞争优势无关”，是指经营者已制定合法合规合理的措施，采取有效措施进行监管，不应放纵或者变相放纵工作人员实行贿赂行为。换言之，即企业有证据证明建立了良好的合规体系，因此可以免除该企业的行政责任。这也充分说明了企业在防范商业贿赂风险方面建立合规体系的重要性，为此笔者建议：

##### 1. 事前的合规建议

###### （1）制定可行的反商业贿赂合规管理规范

企业应制定企业内部反舞弊和防止商业贿赂指引等一系列规章制度，健全企业钱款领取、使用规范，防范企业经营过程中给予“回扣”、“服务费”等涉及商业贿赂的行为。

###### （2）构建有效的合规组织体系

企业应设立合规部门，积极推行企业领导负责制，增加企业合规的专门人员，负责合规体系的建设及实施工作。一方面，合规部门对商业贿赂风险进行定期评估，对企业各部门或者分公司、子公司进行不同风险级别的分类，同时对企业商业活动中存在的合规风险及时报告；另一方面，合规部门应设计合规风险调查方案，在与商业伙伴合作前，应进行合规尽职调查。

###### （3）加强员工管理，组织合规培训

企业应组织全体员工学习反商业贿赂相关制度，安排特定岗位的员工定期接受合规培训，组织员工签署《反商



业贿赂承诺书》。

## 2. 事中的合规建议

### (1) 积极配合司法机关案件办理

“合规不起诉制度”是一种附条件的不捕、不诉或从宽处理制度，是不起诉制度与企业合规的结合，其前提是企业愿意开展合规建设并接受考察监督。而在商业贿赂案件中，涉及行贿的企业更应积极配合司法机关案件办理，争取适用《刑法》行贿从宽处罚的机会。

### (2) 尽早提出“合规不起诉”的申请

就目前的司法实践来看，合规不起诉制度的启动权独属于检察院，但这并不意味着涉罪企业在侦查没有提出意见的权利，北京大学陈瑞华教授就此也提出了制度设计建议：一是公安机关在对涉嫌犯罪的企业做出立案决定后，发现案件符合适用合规不起诉制度条件的，可以将案件及时移交检察机关审查确认；二是公安机关也可以将企业合规机制纳入侦查工作的轨道。因而想要适用该制度的企业应当积极沟通，尽早提出申请，防止在侦查阶段，相关强制性财产处置措施给企业经营带来不利影响。

### (3) 主动提供合规建设的相关证据

如上文所述，商业贿赂案件中，涉案企业建立良好的合规体系是切割单位与员工间责任的根据，是企业无罪抗辩的理由。因此，涉案企业应在诉讼中主动向检察机关提

交企业有关反商业贿赂合规制度规定，员工《反商业贿赂承诺书》，以及员工培训记录等证据，争取无罪处理。

## 3. 事后的合规建议

### (1) 吸收专业人士参与合规计划制定

在目前合规不起诉探索中，检察机关对涉案企业通常有五个环节的合规考察：一是确定企业是否具有合规意愿；二是确定企业是否提交了合格的合规计划或合规承诺；三是与企业签署合规监管协议，确定合规监管考察期；四是对企业进行持续不断的合规监管，跟踪企业的合规实施过程，对其合规进展情况提供报告；五是在合规考察期结束之后接受独立监管人的合规评估报告，审查企业的合规自查报告，确定企业是否实施了有效的合规计划，作出是否提起公诉的决定。其中合规协议与承诺的起草与审核、合规计划的制定和实施、合规监管的参与、合规报告的撰写或把关、与检察院等有关机关的对接沟通、刑事诉讼程序的参与等相关工作需要律师等专业人士的协助。

### (2) 保证合规计划和合规监管协议落实

需要说明的是，合规计划的提交和合规监管协议的签署仅为程序意义上的考察，而在考察期结束后，企业是否落实合规计划和合规监管协议中的相关要求才是检察机关最终做出是否提前公诉的标准。因此，保证合规计划和监管协议的有效实施，才是企业在依法适用合规不起诉的核心。

---

## 参考文献：

- [1] 张明楷：《刑法学（第六版）》，法律出版社，2021年8月。
- [2] 尹云霞：《中国反商业贿赂调研报告（上）》，《上海法学研究》集刊，2020年第1卷。
- [3] 龚培华：《商业贿赂犯罪研究》，载《法学》2006年第7期。
- [4] 莫洪宪、张昱：《我国刑法中的商业贿赂犯罪及其立法完善》，载《国家检察官学院学报》，2013年3月第21卷第2期。
- [5] 陈瑞华：《企业合规不起诉制度研究》，载《中国刑事法杂志》，2021年第1期。
- [6] 陈瑞华：《企业合规的基本问题》，载《中国法律评论》，2020年第1期。

# 从孟晚舟事件看美国DPA制度

## ——兼谈我国刑事合规不起诉的另一种可能

■ 刘立杰 钱浩/文

### 一、贯穿始终的DPA： 孟晚舟事件的起点与终点

当地时间2021年9月24日，孟晚舟与美方（United States v. Wanzhou Meng）达成了延缓起诉的协定书（Case 1:18-cr-00457-AMD-CLP Document 323），在被限制人身自由三年后，孟晚舟终于回到了日思夜想的祖国。孟晚舟成功回国的背后，离不开祖国强大的外交努力，也离不开孟晚舟法律团队的全力以赴。在这起令全世界瞩目的司法案件中，一种被称作DPA（Deferred Prosecution Agreement）的法律制度扮演了极其特殊的角色，连接起了整个事件的前因后果。

2018年11月1日美国司法部宣布启动“中国行动计划（China Initiative）”，针对中国公司展开专门积极调查，反制所谓的中国对美国国家安全的威胁。在这一背景下，2012年与美方签署了DPA的汇丰银行向美国司法部提交了孟晚舟给该公司提供的PPT文件全文以及其与华为的业务邮件记录。汇丰银行签署的DPA协议，包括支付19亿美金的罚款、就任何相关调查予以密切配合、在全球范围内强化反洗钱和其他合规制度制定等必须履行的义务。如果汇丰银行不遵守DPA的约定，则会面临被起诉的风险。

在孟晚舟与美方达成的DPA中，也有孟晚舟需遵守协议约定的义务和法院规定的条件的表述，其中包括孟晚舟认可作为DPA附件的《事实陈述书》中的内容，并在后续及其他程序中不作出相抵触陈述的承诺等。同时美方在协议中表示有关部门将向法院保证孟晚舟是在符合条件的个人担保下释放，包括她没有犯下任何联邦、州或地方规定的犯罪。

（The Offices will recommend to the Court that MENG be released

on a personal recognizance bond with the Standard Conditions of Release, including that she not commit any federal, state, or local crime.）总的来说，孟晚舟没有认罪，只是需要遵守DPA约定的内容，承认DPA附件中的事实，在考核期满后，孟晚舟将获得无罪的身份。

### 二、美国DPA制度的“前世今生”

DPA全称为Deferred Prosecution Agreement，对应中文译名为暂缓起诉协议。作为起诉便宜主义与检察官自由裁量权的代表，起源于美国的DPA制度经历了由个人犯罪扩展至法人犯罪的发展过程。在1974年颁布的《迅速审判法案》中，美国确立了审前转处协议（pre-trial diversion agreement）制度，并在1990年司法部颁布的《联邦检察官手册》中进一步细化。当时，这一制度主要用于少年司法程序及处理轻微的刑事案件。

20世纪90年代后，审前转处协议被适用到公司犯罪案件中，并逐步发展出“暂缓起诉协议”（Deferred Prosecution Agreement, DPA）制度。在1994年的保诚证券公司（Prudential Securities）证券欺诈案中，纽约南区联邦检察官首次在公司犯罪案件中适用暂缓起诉协议（DPA）。之后在1999年的《联邦法人起诉指南》、2003年的《联邦商业组织起诉指南》、2006年的《联邦商业组织起诉指南》、2008年的《法人暂缓起诉协议和不起诉协议独立监事的选人和履职》、2010年的《法人暂缓起诉和不起诉协议独立监事履职补充指南》等文件中均对DPA制度进行了一定完善。目前美国DPA制度的主要依据为美国司法部颁布的内部文件——



《美国司法手册》(United States Justice Manual)。

### 三、美国DPA制度的主要内容

简单来说，DPA制度是一种审前分流制度，即在接受审判前，由检察机关与被指控的涉案主体签订DPA，根据DPA约定涉案主体应履行的义务与考验期，在考验期满后如涉案主体遵守相应义务考核通过，则不再被指控。在这一制度中尤为值得注意的是，与检察官达成DPA的涉案主体，在考验期结束后会被宣告无罪。

如果在与有关机关约定的考验期中，违反了签订协议中的义务，则可能会造成严重后果。如在中兴通讯事件中，中兴通讯违反了与美方达成的协议，进行了虚假陈述等行为，最终导致禁制令的生效与高额的罚金等，虽然最终企业得以保全，但付出了巨大的代价。

与我国法律制度不同，DPA制度的依据主要是政策性文件或内部文件而非成文法律，因此DPA制度的实践也主要依赖联邦检察官的执法权。由于不受统一法律条文的约束，不同检察机关起草的DPA在具体条款上均存在一定差异，根据既有实践的总结，DPA协议通常包括以下实质条款：(1)承认被指控的具体犯罪事实，并在之后保持一致；(2)要求放弃部分诉权；(3)要求履行一定义务、向相关机构汇报、主动接受监管等；(4)规定考核期及相应后果和承诺。

具体到企业根据DPA协议需要承担的义务，可以简单列举为(1)承认被指控的事实；(2)接受罚金或其他要求；(3)配合持续调查；(4)制定合规计划并有效执行；(5)

### 刘立杰律师简介



京都律师事务所合伙人，曾任京都律师事务所业务管理部主管，中国政法大学刑法学博士，原北京市法院首批入额法官，北京市某中级法院刑二庭原审判长，10余年法院刑庭工作经验，同时具有基层法院、中级法院、高级法院和最高法院(四级两审及死刑复核)工作经历，出版专业著作多部，在《人民法院报》《人民司法》《中国法律评论》《刑事审判参考》及香港《文汇报》《大公报》等发表专业文章40余万字，参与撰写的多篇调研报告曾获最高法院院长、常务副院长、审委会专委及全国人大常委会副委员长等领导批示，参与办理各类案件超过1000起。

### 钱浩简介

京都律师事务所律师助理。

接受合规监督、监管；(6)在考验期内不得再犯，也不得违约；(7)放弃部分诉权等。

### 四、签署DPA协议是否意味着“认罪认罚”

作为独立于辩诉交易及不起诉制度的存在，DPA制度仍处于刑事程序之中，这就使得罪与非罪的问题仍然是DPA制度需要面临的关键问题。本次孟晚舟事件中，作为事件核心的她最终是否有罪，更是被关注的焦点。

与我国正在试点的合规不起诉制度不同，美国的DPA制度并不要求涉案主体认罪，仅需承认被指控的事实。这就意味着，与检察机关达成DPA协议的涉案主体，只要考验期内遵守相应义务，最终即可获得无罪之身。而我国正在试点的合规不起诉制度，则在一定程度上以认罪认罚为前提，即虽然可以获得不起诉，但前提是要“认罪认罚”。当然，“认罪”不等于最终有罪，但对“认罪”条件的严格限制，体现了我国合规不起诉制度更加注重实体正义和价值判断的导向。

通过简单对比即可发现，美国的DPA制度指向的并非对抗的罪与非罪，而是在协商性司法理念下，由多元社会主体共同保障涉案主体在“不被污名化”的前提下，消除“越轨”行为的外部影响，从而最大限度地保障经济与社会的正常运行。

### 五、DPA制度的全球化

通过对DPA制度的简单梳理，可以发现这一制度与我国正在试点的合规不起诉制度具有极高的关联性。2020年3月，

最高人民法院启动涉案违法犯罪依法不捕、不诉、不判处实刑的企业合规监管试点工作，2021年4月8日，最高人民法院下发《关于开展企业合规改革试点工作方案》，依法有序推进企业合规试点改革向纵深发展。在《促进“严管”制度化，防范“厚爱”被滥用——检察机关企业合规改革试点工作综述》中，最高检指出“推动企业合规与依法适用不起诉相结合。对涉案企业及其负责人作出不捕、不诉决定，不是简单一放了之，而是通过对企业提出整改意见，推动企业合规建设，建立第三方评估制度，进行合规考察等后续工作，让涉案企业既为违法犯罪付出代价，又吸取教训建立健全防范再犯的合规制度，维护正常经济秩序。”这与美国DPA制度的精神不谋而合。

在具体细节上，合规不起诉与DPA制度也有着诸多共通点。例如合规计划均是启动程序与最终考核的重要因素、均要求企业承认被指控的犯罪事实、需实质性得进行合规整改接受考核等。作为新生的制度，我国的合规不起诉制度自然应当博采众长，借鉴并吸收域外成熟制度中的优良经验。

同时，DPA制度并非美国专有，许多国家都建立了符合本国实际情况的暂缓起诉制度。2014年英国实施的《犯罪与法院法》、2018年加拿大修订的刑法典、2018年澳大利亚通过的《刑事立法修正案》及2018年新加坡国会通过的《刑事司法改革法》均建立了具有各自特色的暂缓起诉制度。其中最值得注意的是2016年法国议会通过的《萨宾第二法案》，通过建立“基于公共利益的司法协议”（CJTP）制度，大陆法系国家也形成了不同于美国的暂缓起诉制度。从其他国家的具体实践来看，英国的暂缓起诉制度采用了严格的司法审查，签订的暂缓起诉协议受到有助于实现正义（in the interests of justice）与公平、合理与适当（fair, reasonable and proportionate）原则的约束。加拿大、澳大利亚和爱尔兰等国家也出于类似的考虑制定了相应规则。

在认识到DPA制度为世界各国借鉴，并且与我国正在进行的合规不起诉有诸多共通点的同时，必须承认作为域外法律制度的DPA制度在正当性与有效性上也存在一些不足，即DPA制度可能无法完全发挥刑法的威慑作用，虽然这一制度

发挥了刑罚替代作用，可以激励公司积极改革，完善合规体系，但在具体实施上可能由于缺乏合理的量化方式和评估标准，导致大公司较中小企业享有不被起诉的特权或使得刑事追诉行为的有效性被削弱等。

## 六、合规不起诉的另一种可能

美国的DPA制度虽然存在一定缺点，但并非不可改善，其在实践中取得的卓越成果也绝不能忽视。我国正处于全面深化改革，不断增强经济发展内生动力的阶段。企业是市场的重要主体，也是改革创新的主力军，对涉罪企业建立一定的容错机制，是法治化营商环境的应有之义。

2020年1月1日生效的《优化营商环境条例》明确指出“优化营商环境应当坚持市场化、法治化、国际化原则，以市场主体需求为导向，以深刻转变政府职能为核心，创新体制机制、强化协同联动、完善法治保障，对标国际先进水平，为各类市场主体投资兴业营造稳定、公平、透明、可预期的良好环境。”“国家鼓励和支持各地区、各部门结合实际情况，在法治框架内积极探索原创性、差异化的优化营商环境具体措施；对探索中出现失误或者偏差，符合规定条件的，可以予以免责或者减轻责任。”

借鉴美国DPA制度及其他国家的暂缓起诉制度，进一步推进合规不起诉制度改革是实现经济建设与完善法治协调发展的必要手段，也是顺应现代刑法与刑罚发展趋势的必然要求。实践是检验真理的唯一标准，DPA制度为合规不起诉制度提供了一种借鉴或者进一步改造的可能。

从经济效果上看，美国DPA制度中对涉案主体的处理方式更有利于保障经济社会的平稳运行，也更有利于涉案主体回报社会。而从实质正义上来看，我国正在试点的合规不起诉制度更加强调根据客观事实实现结果正义。理念上的不同不代表制度的完全隔离，美国DPA制度与我国合规不起诉制度最终追求的目标均是在协商性司法的引导下妥善处理涉公司犯罪问题，DPA制度为我国合规不起诉制度提供了一种新的可能。



#### 参考文献:

- [1] 陈瑞华:《企业合规视野下的暂缓起诉协议制度》,载《比较法研究》2020年第1期。
- [2] 张亚逸:《公司犯罪追诉的新路径:以美国暂缓起诉协议为中心》,载《苏州大学学报(法学版)》2020年第7期
- [3] 逢政、徐弘艳:《论暂缓起诉制度载惩处单位犯罪中的运用——以美国暂缓起诉协议为借鉴》,载《中国检察官》2019年第15期。
- [4] Information About the Department of Justice's China Initiative and A Complication of China-related Prosecutions Since 2018, <https://www.justice.gov/opa/page/file/1223496/download>
- [5] Deferred Prosecution Agreement, HSBC Bank USA,N.A., and HSBC Holdings Plc, (E.D.N.Y 2012)(Cr. No.12-763), December 11, 2012.
- [6] Cindy R.Alexander&Mark A.Cohen,The Evolution of Corporate Criminal Settlements:An Empirical Perspective on Non-Prosecution,Deferred Prosecution,and Plea Agreement,52 Am.Crim.L.Rev.537(2015).
- [7] Deferred Prosecution Agreements:Key Differences Between the US and UK,<https://www.marsh>research>
- [8] Deferred Prosecution Agreements in Canada:Now in force,<https://www.osler.com>blogs>risk>
- [9] Australia's New DPA System and What It Means for General Practitioners,<https://www.medrecruit.com>blog>
- [10] French Announces Its First Deferred Prosecution Agreement,<https://www.skadden.com>2017/12>
- [11] Jennifer Arlen, The Potential Promise and Perils of Introducing Deferred Prosecution Agreements outside the U.S, in Tina Sreide, Abiola Makinwa, ed, Negotiated Settlements in Bribery Cases:A Principled Approach, Northampton, MA:Edward Elgar Publishing, 2019, p. 176
- [12] Government of Canada, Expanding Canada's Toolkit to Address Corporate Wrongdoing:What We Have Heard, February 22, 2018;
- [13] Attorney General's Department Australian Government, Improving Enforcement Options for Serious Corporate Crime:A Proposed Model for a Deferred Prosecution Agreement Scheme in Australia:Public Consultation Paper, March 2017
- [14] Law Reform Commission of Ireland, Regulatory Powers and Corporate Offences, LRC 119-2018, 238-241



# 合规不起诉的内涵与实务

■ 翁小平/文

刑事合规这几年很火，但是到底什么是合规不起诉？律师能做什么？应该怎么做？由于正处于制度改革探索的初期，大家都是摸着石头过河。在这方面，京都律师事务所的团队一直在关注、研究，包括大的刑事合规项目以及刑事诉讼过程中的合规不起诉，都在实践操作中。对这些问题，本人也有一些积累和思考，与大家做一个简单的分享。

## 一、为什么刑事合规业务这么火？

### （一）概念：来源于美国的合规计划

刑事合规，最初起源于美国，是指国家以刑法为工具，为企业开展合规管理，建立的一套督促机制、约束机制和激励机制。

从定义上看，刑事合规主要包括三大要素：第一，企业假如建立或者实施了有效的合规计划，司法机关可以对其作出无罪处理，这就是合规出罪制度；第二，企业即便构成犯罪，假如建立或者愿意实施合规管理体系，司法机关也可以作出宽大刑事处罚；第三，对于愿意积极配合、认真补救并作出合规承诺的涉案企业，检察机关可以与其达成暂缓起诉协议，或者达成不起诉协议，责令其在一定考察期内建立或者完善合规管理体系，

### 翁小平律师简介



京都律师事务所律师，刑法学博士。参与了大量重大复杂经济犯罪、职务犯罪、走私犯罪、互联网犯罪案件的辩护工作，对涉及互联网信息安全、数据安全、互联网金融、刑民交叉等问题有深入了解和研究，在企业法律风险防范领域亦有大量的研究和实务经验。

考察期结束后根据推行合规管理的情况，再决定是否提起公诉。

### （二）对客户价值

从实务的角度谈刑事合规的价值，我们主要应该考虑的是能为客户带来什么？具体来说，有以下三点：

1. 预防企业在经营过程中发生违法犯罪行为；
2. 确定发生违法行为时的应对方法和报告程序；
3. 涉及刑事犯罪的，能够让企业获得生存下去的机会。

### （三）“火”的原因

为什么这两年刑事合规业务会这么火？

#### 1. 风险社会和 risk 时代

我们当前正处于一个特殊的历史时期，国际局势、疫情肆虐、贸易争端、气候变化、能源危机，这些复杂的

原因导致社会矛盾突出、社会变革加速，到处都充斥着不稳定性、不可预测性。对于企业而言，一招不慎所带来的后果很可能就是毁灭性的。

我们踩在一个周期更替的节点上，踩在重大变化的关键点上，看清方向、把控风险比什么都重要，它关系着是“上天堂”还是“下地狱”？



比如，近期阿里巴巴的女员工的所谓性侵害案、滴滴的数据安全被调查事件、腾讯微信的青少年保护模式问题，哪一件不是影响巨大？哪一件不是有着深刻的时代背景？

“大厂”尚且如此，更何况一个个的小企业！所以，合规问题，越来越多地受到中国企业和企业家们的重视，其中有前瞻性的企业家们都在通过各种形式来建立和完善自己企业的合规体系。

## 2. 刑法的万能主义扩张时代

从法律体系的角度来说，刑事合规业务“火”，跟刑法的扩张也有着直接的关系。刑事法网越张越大，连高空抛物都入刑法了，现在有一种刑法万能主义的思维，有问题就上“刑法”，简单直接！甚至也有人开玩笑说：“最挣钱的商业模式，早已写在刑法里了”。

还有学者提出现在的刑法增设新罪相对缓慢和拘谨，刑法要从几年修改一次变成一年修改几次，要迅速跟上新时代的步伐，充分满足老百姓的需求。在犯罪前科消灭制度还不完善，在当前有犯罪记录对公民和家庭生活影响巨大的情况下，如果按照这个势头下去增设下去，以后可能满大街都是有犯罪记录的人了，这样的做法是否符合现代刑罚目的观还值得进一步探讨。

但是，由此可见的是，未来一段时间内，刑法将越来越多地深入到百姓日常生活以及企业经营发展的方方面面，刑事法律的管控触角将会越来越发达。因此，刑事合规将是企业发展不可或缺的一个法律要件。

## 二、合规不起诉的启动、方案、监管和验收

根据目前的一系列改革方案和相关文件，合规不起诉的大致流程、机构分工、职能职责可以归纳为下图：



### (一) 启动权

1. 涉案企业个人及辩护人：在刑事辩护过程中，领会最高检企业合规改革精神和各试点检察院的具体做法，为被告人争取“不捕不诉”机会，及时向检察院提出合规考察建议的申请。

2. 检察院：积极引导涉案企业向检察机关提出适用合规考察制度的书面申请。

3. 行政监管和工商联等部门：可以向审判、检察、侦查（调查）机关提出适用合规考察制度的意见建议。

4. 监察委：《关于建立涉案企业合规第三方监督评估机制的指导意见（试行）》第十九条，纪检监察机关认为涉嫌行贿的企业符合企业合规试点以及第三方机制适用条件，向人民检察院提出建议的，人民检察院可以参照适用本指导意见。

### (二) 第三方监管的适用条件

根据现有的改革方向和试点情况来看，合规不起诉一般应通过第三方监管的方式进行，但是对于第三方监管工作的力度和标准，现在各方均在摸索之中，目前还没有定论。大体而言，根据《关于建立涉案企业合规第三方监督评估机制的指导意见（试行）》，适用该制度必须同时符合以下条件：

1. 涉案企业、个人认罪认罚；
2. 涉案企业能够正常生产经营，承诺建立或者完善企业合规制度，具备启动第三方机制的基本条件；
3. 涉案企业自愿适用第三方机制。

此外，对于具有下列情形之一的涉企犯罪案件，不适用企业合规试点以及第三方机制：

1. 个人为进行违法犯罪活动而设立公司、企业的；
2. 公司、企业设立后以实施犯罪为主要活动的；
3. 公司、企业人员盗用单位名义实施犯罪的；
4. 涉嫌危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪的；
5. 其他不宜适用的情形。

### (三) 第三方监管机构的组成和职责

《指导意见》对第三方监管机制的定义是：人民检察院在办理涉企犯罪案件时，对符合企业合规改革试点适用条件的，交由第三方监督评估机制管理委员会（以下简称

第三方机制管委会)选任组成的第三方监督评估组织(以下简称第三方组织),对涉案企业的合规承诺进行调查、评估、监督和考察。考察结果作为人民检察院依法处理案件的重要参考。

《指导意见》中提到三个关联组织:第三方机制管委会(含联席会议机制)、巡回检查小组和第三方组织。

国家层面的第三方机制管委会由最高人民法院、国务院国有资产监督管理委员会、财政部、全国工商联会同司法部、生态环境部、国家税务总局、国家市场监督管理总局、中国国际贸易促进委员会等部门组成,除最高检之外的成员单位均是直接或间接对企业行使行政管理职权的国家部委,第三方机制管委会各成员单位建立联席会议机制,由最高人民法院、国务院国有资产监督管理委员会、财政部、全国工商联负责同志担任召集人。试点地方的人民检察院和国资委、财政部门、工商联结合本地实际,组建本地区的第三方机制管委会并建立联席会议机制。

2021年9月3日,在第三届民营经济法治建设峰会上,前述九部门的领导共同按下启动键,宣告企业合规第三方监督评估机制管理委员会正式成立。

国家层面和地方的巡回检查小组由人大代表、政协委员、人民监督员、退休法官、检察官以及会计审计等相关领域的专家学者担任,职责是对相关组织和人员在第三方机制工作中的履职情况开展不预先告知的现场抽查和跟踪监督。

第三方组织作为直接面向合规企业的监管人,是第三方监管机制由“纸面”顺利落到“地面”的关键因素。本次《指导意见》第十七条第二款明确规定“第三方组织组成人员系律师、注册会计师、税务师(注册税务师)等中介组织人员”。

#### (四) 第三方机制的运行

《指导意见》中第三章规定:检察机关经审查认为涉企犯罪案件可以适用合规监管,符合第三方机制适用条件的,应商请第三方机制管委会启动第三方机制。

第三方机制管委会根据案件具体情况以及涉案企业类型,从专业人员名录库中分类、随机抽取人员,组成第三方组织,具体负责对涉案企业合规的监督评估。

第三方组织在负责办案的检察机关支持协助下,深入

了解企业涉案情况,综合考虑案件违法情况以及涉案企业类型、规模、经营范围、经营模式等因素,研判涉案企业在合规领域存在的薄弱环节和突出问题,合理确定涉案企业适用的合规计划类型。

在涉案企业符合合规考察启动条件时,第三方组织主要发挥四项职能:

- 1.针对涉案企业提供的单项或多项合规计划进行审查并要求修改,确定考察期;
- 2.针对合规计划履行情况定期或不定期检查、评估;
- 3.举报涉案企业或个人尚未被掌握的犯罪行为,及时中止程序,并向检察院报告;
- 4.制作合规考察报告。

涉案企业和人员应当签署认罪认罚具结书和合规承诺书,承诺积极配合司法机关的调查和追诉,制定并实施有效的企业合规计划,定期汇报合规建设情况等。

#### (五) 整改方案主要目标

1.涉案专项行为的风险全面排除,企业涉案行为必须完全符合刑事、行政法律规定的强制要求,不能违反禁止性规定。这也是合规不起诉方案最主要的内容。

2.应当与企业经营行为融合,切忌“大而全”、只能“精而专”,紧紧围绕案发原因及企业经营模式进行,才能更好地通过监管审查。比如,涉及单位行贿的问题,就必须对资金的来源、去向建立完整的监管体系,全程留痕、严格审批和事后审计,改变内部考核机制,完善举报投诉制度。切忌全面开花,导致企业无法负担或者无法实质运行合规机制。

3.关注未来风险的预报和处理机制。能够实现企业合规化的内部决策、授权、审批、执行、监督的内控机制,消除企业对风险点的监管漏洞,达到及时报告风险、及时处理问题的目的。

4.方案要充分注意时效性的问题,合规不起诉的方案不同于日常合规业务,可以花很多的时间去访谈去调研,反复磋商,提出完善建议。合规不起诉的考察,都会有一定的期限。律师在帮助企业制定合规方案的时候,必须要充分考虑这个问题,一方面要把握好整体的时间,另一方面也要注意明确各个环节完成的时间节点的控制。



## （六）第三方监管和整改评估

### 1. 企业自查报告

涉案企业在考察期内，应当定期如实、全面报告合规计划实施情况。

### 2. 第三方监管考察

对企业合规计划的可行性、有效性与全面性进行审查，确定合规考察期限。在考察期内，规范开展检查、调查、评估和考核。考察期满后，制作合规考察书面报告，报送检察机关。第三方监管委员会可建立“飞行监管”机制，或与检察机关共同成立巡回检察小组，对第三方监管组织开展抽查。

### 3. 司法监督和合规巡查

发现涉案企业在考察期内实施新的犯罪或有漏罪需要追诉，实际不实施合规计划，拒不配合监督考察等违反合规承诺行为的，应当终止合规考察，依法审查办理。发现违规干预和插手市场经济活动或违反廉洁纪律的单位和个人，要依纪依法进行处理。

## （七）合规达标验收标准

合规组织架构、合规管理规章制度、合规审查监督体系、合规风险预警及应对机制、合规审查评估机制、违规行为上报机制、合规奖惩机制、合规文化培养体系等

## （八）不起诉决定的做出

公开听证，充分听取意见建议，由检察机关作出处理决定。检察机关对合规考察案件作出处理决定前，可以根据《人民检察院审查案件听证工作规定》召开听证会，并邀请第三方组织组成人员到会发表意见。对于拟作出相对不起诉的案件，应当组织公开听证。要全面审查听证第三方监管委员会提交的合规考察书面报告。

最后，我想强调的是，合规不起诉正处于探索阶段，虽然实操流程还不清晰明确，但核心的问题还在于整改方案的起草、落实和执行，这也是整个合规不起诉制度的目的和宗旨所在。所以，不管是对企业来说还是对律师来说，全面掌握企业状况、提出有针对性的整改建议，才是重中之重。



# 依法治企迈入合规新时代

## ——我国企业合规制度建设的现状与困境应对

■ 印波 刘雨婷/文

放眼当今时代，经济、贸易全球化使得越来越多的企业紧密地联系起来，在越发频繁的国际商事活动的形势之下，企业需要面对更加多变的商业环境和更加繁复的规范调整。这意味着企业需要做更多的风险防范与合规工作以应对市场的千变万化与监管规范的爆炸。

近年来，《世界银行诚信合规指南》的发布，石油化工行业HSSE合规体系的不断完善升级，北汽集团在企业合规管理方面取得佳绩，中兴通讯在合规建设中的投入巨大等等……众多合规建设事件释放出一个信号——“企业合规”已经成为企业竞争力的体现，引领企业发展的新趋向。本文将基于对国际合规建设风向的介绍，与对我国企业的合规现状的分析，从比较法的角度，探讨中国企业走出合规困境的应对方法。

### 一、合规的定义

合规具体即为通过利用合规计划等企业内控机制，敦促引导企业管理行为符合相关的法律制度规定，从而实现主动预防，使企业避免可能会遭受到的民事诉讼、行政处罚、商誉受损等风险。<sup>[1]</sup>合规是介于公法与私法之间的领域，是企业自身为避免法律带来消极性的评价，而积极通过采取内部管理措施来规避或降低风险的措施。

不同行业有着不同类型的合规风险。对于石油化工行业，最大风险是安全、环保与健康方面的风险。对于医疗行业，典型的是一些医药代表通过贿赂医院有关人员以获得在医院中使用其药物或器材，对于网约车行业，明显的风险则是商业模式无法为客户提供安全保障。

同一家公司的不同部门也可能存在着不同类型的合规风险。如果将公司视作一块在不停运转的机械表，那么不同的部门就代表着使得指针准确转动的架构，而员工则是实现这些功能的零件。如果零件无法按照规定的方式运转，那么整块表就无法准确的定位时间。因此，个体员工在工作过程中违反岗位职责，违反相关规定的行为可能给公司运营带来风险。由于核心技术部门掌握着企业的机密，在这些部门中还会存在着技术人员利用职务之便窃取公司核心技术、工艺等商业机密的风险。

在所有的法律合规之中最为核心的当属刑事合规，同时，刑事合规风险管理也是企业管理的核心之一。实质上，刑事合规在严格意义上并不是一个法律术语，其具体即指公司通过建立起的合规体系，以降低企业在生产经营活动中产生违反法律规定的行为的概率，并规避因此受到的来自行政机关乃至司法机关在刑法语境之下进行的消极评价。因此，其能很好的将企业对一国相关规范的遵循与犯罪预防紧密联系在一起。以企业最容易产生的风险——企业腐败为例，据统计近年来民营企业的腐败案件的数量增幅明显，倘若企业存在着良好的风险预警机制体系，那么无论是在企业内部运行，还是其对外招投标、销售的环节中，腐败的滋生都会失去土壤<sup>[2]</sup>。在打击腐败力度如此大的今天，这会避免将企业置于危险之境，而对于企业管理而言，刑事合规风险管理则能很好的帮助企业避免在经营活动中因腐败等犯罪造成的之如企业商誉受损、经济受损、市场进入资格丧失等一系列致命性负面影响<sup>[3]</sup>。

除了法律方面的合规之外，企业伦理的合规也是需要提上日程的。如果说企业经营符合相关的法律法规与监管



要求、严格遵循公司章程是形式层面的企业合规，那么对于企业伦理方面的遵循则是内容层面的合规，这具体体现为企业严格以伦理道德规范自身的经营行为，将相关的道德内涵量化为企业经营管理中的细则，以保证企业的经营管理者与员工在同消费者、外国的合作伙伴以及政府等组织机构交往中的行为合乎伦理规范，使得企业在获取利益的同时，可以避免企业出现违规行为，产生合规风险<sup>[4]</sup>。从企业底蕴积淀的角度来说，企业伦理的合规是能够促进企业的价值观建设，丰富企业文化内涵，为企业的发展注入新的动力，因此，商业伦理也是企业合规建设中不可以忽略的一个部分。

企业合规无论对于企业自身还是商业环境的改善都有着不可忽视的作用。对企业日常的运营而言，企业合规管理的出现，有利于完善企业的管理制度，增强企业应对市场风险的能力，从而提升企业的竞争力；对于商业环境而言，加强合规建设能极大程度的降低企业，尤其是民营企业的腐败风险，从而有助于国家反腐败斗争的开展，而加强商业贿赂的风险防控，则有利于规制不正当竞争的行为，从而为营造公平有序的市场环境创造了空间。<sup>[5]</sup>

## 二、全球化视野下的企业合规立法

合规制度在美国的诞生，最早可以追溯到20世纪初的公共安全机构的出现，在对外贸易中，美国常以危害国家安全为由，使用长臂管辖权对相关企业进行制裁。但其国内的合规制度发展则是从20世纪70年代《反海外腐败法》的颁布开始，而该法颁布的重要原因就是美国Lockheed公司的巨额海外行贿案件。随后由于众多因违反商业道德而导致企业破

### 印波律师简介



北京师范大学刑事法律科学研究院副教授、博士生导师，京都律师事务所律师，英国阿伯丁大学法学博士，中国行为法学会理事、新闻监督行为专业委员会副会长、法律风险防控专业委员会常务理事、中国银行法学研究会理事、中国廉政法制研究会理事、中国伦理学会法律伦理专业委员会秘书长。专业领域主要为刑事辩护，擅长重大、复杂、疑难案件，曾在多起案件辩护中出具论证意见取得撤案、改判轻罪的效果。办理过大量企业刑事合规业务，为多家企业提供商业模式合规策划与风险控制。

### 刘雨婷简介

京都律师事务所实习生。

产的案件的出现，各大公司开始意识到企业合规的重要性，到80年代，美国大型企业已经出现了“道德与合规官”的职务<sup>[6]</sup>。但立法层面上对于激励公司加强合规建设的呈现则是从《美国联邦量刑指南》的颁布开始，在该指南涉及组织量刑规则的一章中，就明确指出企业建设有效的合规体系能够帮助其减轻刑罚（也即罚金），但如若企业不积极履行合规义务，则就面临着高额的刑事罚金<sup>[7]</sup>，该指南的立法目的实质上是希望通过利用从司法层面上量刑缓和的方法，以激励企业积极开展合规建设。由此开始，英国、日本、意大利、法国等国家也逐步完善与发展了合规立法，而合规规定最为明显的领域则是反贿赂、反贪污与反垄断方面的法律规定。

不同于美国的以量刑激励合规的模式，英国在法律中明确将合规规定为企业应当履行的义务，并在2010年的《反贿赂法》中明确的设立了反腐败方面的合规罪名，一般情况下，只要是与企业相关的人与以商业组织利益为目的的施行贿赂行为时，该组织就会被视为犯罪，但同时，在该规定的但书中也明确指明，如若企业建立的有完善有效的预防贿赂程序，则该组织就能以此获得从宽处罚，乃至企业可以将其作为避免刑事责任的抗辩理由<sup>[8]</sup>，这种单独立法明确企业的合规义务的模式，能引导企业积极参与合规建设，建立有效的合规制度。

日本政府在美国的影响之下，在二十世纪八九十年代就开始在国内大力推动企业确立适法计划活动的开展，随着《反垄断法》等执行力度的加强，以及与适法计划相关的文件的颁布，在日本国内，各行业逐步统一了建立适法计划的相关标准，而在此基础之上，日本还引入了管理监督过失理论，即对监督管理义务的不作为会导致其在面对

风险时需要承担相应的责任，这一理论的普遍适用迫使企业积极履行其监督管理义务<sup>[9]</sup>。

在传统意义之上的意大利法，实质上是并不承认企业的犯罪行为的，但随着近些年来企业犯罪的频发对于其本国商业环境的侵害，加之意大利作为欧盟的成员之一加入了《保护欧洲共同体金融利益公约》、《反贿赂欧洲共同体官员或欧盟成员国官员公约》等明确规定了惩治法人商业贿赂义务的国际公约，因此意大利通过立法明确了企业的“结构性疏忽”责任，也即是公司应当明确防范合规风险的指导方针与建立起相应的预防管理体制的责任。

而法国，在反腐败案件涉及欺诈内容时，法院需要在审查过程中重点关注企业的行为职责是否得到履行，以及相关的风险画图、评估等程序是否完善，是否能够有效的被记录，以达到约束行为的效果，这实质上是将企业是否具备合规体系作为审查公司是否构成犯罪的关键性依据来看待。

以上这些国家的相关制度规定，无论是以定罪量刑的标准激励企业建设合规体系，还是以单独设立罪名的方式，倒逼企业履行合规义务，亦或者是在司法审查中将是否具有有效合规制度作为审判的依据，虽然合规在其中所处的角色不太一样，但其实质上具有相似性，即其目的都是通过一定的法律手段，以促进企业自觉合规，而企业则能通过合规管理，在降低风险的同时，能够提升其企业价值。

### 三、我国的合规现状及困境应对

合规在当今时代的背景之下是大势所趋，无论是之于国内还是将视野放置在国际市场，无论是政府还是各类国际组织，无论是在商事活动中还是在企业自身的管理上，对于合规的需求都不断地在增加。近两年来国内外的各类案件的爆发，一定程度也展现出众多国内企业在合规方面的建设是存在着缺失的。以长生疫苗事件为例，长生生物公司在疫苗的生产过程中，为了降低成本并且提高疫苗的产出率，未按照批准的工艺流程进行生产，不仅生产采用勾兑原液或过期原液，白鼠实验也由生产结束后改为在原液生产阶段，且为掩盖违规行为，该企业还伪造相关的生产记录和发票等文件，这是典型的企业产品合规风险，且该公司为药企，其产品的违规对社会带来了严重危害<sup>[10]</sup>。

与此同时，国际社会上对于企业合规的重视程度不断增加，如世界银行这类的国际组织，近些年来就针对对企业诚信合规评估以及监督制定了很多原则、标准与相应的制裁制度，而与制裁程序相关的文件都被公开透明的放置在相关的网站之上。不难理解，由于很多企业在招标过程中存在着欺诈、贿赂、共谋的行为以骗取银行的资金。因此，只有实施相应的举措才能保护好银行资产。目前，世界银行与众多其他的多边开发性金融机构已经签订合作协议，只要一家企业被任何一个合作机构制裁，如被实施三年禁令，那么其他这些签署了《共同执行制裁决定协议》的机构就会对这家企业实施联合制裁，这就导致了因企业经营不合规而带来的雪球效应，进而严重影响公司下一步的融资发展。但同时，世界银行同时也针对三年禁令进一步明确了救济手段，即企业只要根据《世界银行诚信合规指南》建立诚信合规体系，积极配合并主动采取补救措施就能缩短制裁时间，乃至解除禁令<sup>[11]</sup>。同时很多国家和地区内部的行政执法机关也开始重视企业的合规问题，这与众多发展银行将联合制裁的案件转介到自己的国家内部有关。因此，企业合规的建设，已经不仅仅关系到企业在国际上获得融资的机会，还关乎到企业在海外市场上的发展空间与企业形象的建设。

相比美国、英国等国家对于企业合规建设的制度与规则已经相对的成熟与完善，我们国家在这一领域的发展存在着很大的空间。为了使得中国企业在国际市场上获得更多的机会，避免相应的合规风险，国家已经出台了《中央企业合规管理指引（试行）》与《关于加强中央企业内部控制体系建设与监督工作的实施意见》等规定，但合规规定依旧需要时间去完善与发展，与此同时企业自身也需要加强合规建设。

目前，国内企业对于合规的认知还处在一个很原始的状态，从企业的职能部门的设置就可以看出。大多数的国内企业目前基本上都是将合规方面的事务交由法务部门处理，认为只要是涉及法律相关的问题就得一刀切的直接交给法务部门，从公司经济效益来看，这种方式的确可以节约一定的成本，但法务部门在很多时候并不能很好的处理合规风险方面的问题，这反而会为公司带来一定的隐患，而另外一类企业虽然有单独设置合规部门，但在公司日常业务中，并未能很好的将合规部门与内控管理部门、审计



部门、纪检部门等之间的职能明确区分。实质上合规部门负责的内容是事前的一种风险预防，它与其他的部门之间的关系是相辅相成的，因此明确好各部门之间的职责，并且加强部门之间的沟通，才能形成一个完整的体系，通过系统性的协作规范企业的经营行为。

同时，国内现今有很多企业并没有完整的合规计划，这种现象在企业今后的国际交易中是存在很大的风险的。很多国家都十分重视合规计划，例如，在美国，合规计划就被上升到企业义务的高度，并且在对企业定罪量刑之时，合规计划能够起到减缓企业责任的作用，当然其前提是企业的合规计划必须有效，即能够起到“发展企业文化，促进道德行为且承诺遵守法律”<sup>[12]</sup>。现代的经济发展与商业环境的国际性很强，而不同国家对于一些事情的规定存在着差异，如果企业没有相应的合规体系以作为预防或者规避风险的护盾，或是没有严格的履行好加强合规建设的义务，则会导致企业承担一些本可以避免的惩罚，造成不必要的损失，同时也为企业在海外的形象带来一定的负面影响。最后，企业目前对于职工的培训主要还是局限在工作内容和相关技能的培训，并未涉及合规培训，且只有较少企业的高层人员目前开展过合规建设的培训。

由此可以得出我国企业现今在合规建设上主要存在的问题有三个：一是，缺乏有效的合规管理框架。现今企业外部环境正在不断发生变化，原有体系已经不能完全涵盖合规要求与承诺；二是，缺乏有效的合规管理运行机制。具体即指企业管理中缺乏全员的合规教育培训机制、有效的合规责任考核机制、畅通的合规举报查处机制和持续的合规优化改进机制，同时企业的领导者还缺乏以身作则诚信合规的规范行为；三是，缺乏诚信合规的文化。这种文化实际上就是一种合规意识，是一种看不见摸不着的合规性。

笔者看来，解决这些问题需要从以下几个方面入手：首先，建立有效的合规管理框架第一步是厘清企业内部的关系和相关部门的设立，现今很多企业没有专门的合规部门或者存在合规部门职能不清的现象。笔者看来，建立独立的合规部门有其必要性，如果说合规文化是企业的血脉，那么合规管理部门可以说是企业骨架的重要部分，合规部门的建立直接关系到合规体系与合规框架的建立，合规建设是对企业从相对宏观的角度进行把控，进而合规框架的

建设实质上可以弥补企业现存的管理制度的空缺部分，并且由于合规体系十分注重PDCA循环，也即是将管理活动分为plan、do、check和act四个阶段，循序渐进地开展，因此合规体系的动态性更新能很好的弥补企业管理框架因相对稳定存在的一定的滞后性。同时，为了更好的处理各管理部门与监督部门与合规部门之间的关系，需要严格明确各部门之间的职能范围，但这种职权的划分并不是意味着各部门之间的业务往来就是严格的被区分开来的，合规部门的单独设立，从某种程度上来看是为了提高企业合规建设的效率与精准性，在专属于合规方面的问题由相关的专业人士予以处理，而它最终的作用对象依旧还是规范公司整体的运行流程，因此其他部门与合规部门的配合，部门之间的协作与沟通联动也是十分重要的。

其次，为了使企业合规体系能够真正有效运行，我们还需要加强对于合规制度执行方面的监督并且建立起相关的风险评估机制，能为各个部门的工作提供一个相对具体的行为指南与标准，才能使得合规建设真正地付诸于实践，而不是流于表面形式。此外，企业还需要加强对于国内外相关合规风险的信息的收集与整理，不断更新、完善企业的合规体系，使企业在国际市场上能真正做到避免合规风险对其造成的伤害。

在此，企业也需要明确造成违规问题之后的责任承担并明确相关人员的合规义务，可以将对合规义务的履行效果纳入绩效考核之中，从工作评估层面促使员工认真履行合规义务。同时，对于管理层的管理行为，企业也需要完善对其管理举措的风险评估体系并增加一定的适法建议，而对于公司集团下属的子公司等的行为，也需要加强监督与规范，这样才能为企业营造一个良好的形象，避免风险带来的负面影响。

最后，也是合规建设最核心的内容，即为企业合规文化氛围的养成。这种文化氛围的形成需要一定的时间去形成，而这种合规环境的形成最重要的环节就是提高企业内部人员的合规意识，这既需要管理层人员提高合规管理的意识，也需要员工养成自觉遵守相关规定，按照规章制度严格规范自身行为的意识，而这一合规意识的培养是通过加强对于管理层的合规教育与对员工的合规培训实现的，因此企业加强合规建设的第一步就是要加强对员工的合规教育，只有企业的管理层与员工养成了合规的习惯，

这样的合规企业文化才能得以实现。

#### 四、结语

在过去的很长一段时间，由于国内对于合规立法的缺失，加之企业合规意识的淡泊，导致很多企业遭受到了十分沉重的代价，也由此让我们意识到合规的重要性。目前，中国在合规建设的道路中实质上属于后起之秀。相较于英美等国家较为完整、发达的企业合规体系而言，我们国家的相关制度体系需要进一步的去完善，这种完善既需要国家层面的引导，也需要企业本身对于合规文化的挖掘与诠释与组织架构的深化调整，同时还需要我们每一个个

体在工作岗位中又或者在商业环境中以更高的道德标准要求自己。

合规建设需要相对漫长的时间，但从企业发展的长远角度和维护国家良好的营商环境来看，它的存在具有必要性，合规体系的建设既能为企业自身带来很大的效益，有利于企业与公众建立起长期的信赖关系，同时也是积极回应众多国家和地区与国际商事组织重视合规的行为。笔者坚信，随着我国立法层面上的逐步完善，随着企业合规建设试点的逐步展开，我国终将迈入依法治企的合规新时代！

文章修订版载于《中国商人》2020年第6期

---

#### 注释：

- [1] 参见张远煌. 刑事合规国际趋势与中国实践[N]. 检察日报,2019-11-02(003).
- [2] 张远煌,赵军,黄石,龚红卫,刘思,王鲁玥,李玮玮,许楚奇,梅华,朱羽丰.企业家腐败犯罪报告[J].刑法论丛,2018,56(04):1-95.
- [3] 陈瑞华.企业合规的基本问题[J].中国法律评论,2020(01):178-196.
- [4] 李强,张楠.美国长臂管辖中的贸易合规官制度及我国应对机制研究[J].对外经贸实务,2020(01):16-19.
- [5] 参见朱军.在合法合规中提升民企竞争力[J].人民论坛,2019(19):84-85.
- [6] 同注2
- [7] 参见李本灿.刑事合规理念的国内法表达——以“中兴通讯事件”为切入点[J].法律科学(西北政法大学学报),2018,36(06):96-105.
- [8] 参见注[1]
- [9] 参见注[3]
- [10] 参见[https://www.sohu.com/a/244918037\\_120032](https://www.sohu.com/a/244918037_120032)
- [11] 参见[http://www.sohu.com/a/329573855\\_120051855](http://www.sohu.com/a/329573855_120051855)
- [12] 黎宏.合规计划与企业刑事责任[J].法学杂志,2019,40(09):9-19



# 浅谈《刑法修正案（十一）》 之安全生产领域刑事法律风险重大变化

■ 梁雅丽 李明真 / 文

2021年6月13日，湖北十堰市张湾区艳湖小区发生燃气爆炸事故，据目前报道，本次事故已经造成25人死亡，目前现场搜救仍在继续。本次事故的发生，牵动着举国上下的心。近年来，重大安全生产事故发生频率不断攀升，无论是6年前天津滨海爆炸事件，还是今年初发生的福建泉州欣佳酒店“3·7”坍塌事故，亦或是江西丰城电厂冷却塔倒塌致31人死亡的重大事故，以及这次湖北十堰重大爆炸事故，一个个重大安全生产事故的爆发不仅让我们陷入深刻思考，怎样才能阻隔此类安全生产事故的发生？也让国家对企业安全生产提出更高要求。针对此，全国人大常委会于2021年3月15日通过的《刑法修正案（十一）》的一大亮点，就是通过立法层面加强了对此类安全生产犯罪进行规制，回应了民众的期盼和关注。由于此类罪名关系着国计民生，关乎实体利益之密切，笔者在通读多遍《刑法修正案（十一）》关于此类罪名的修改后，对修改的背景、特点、内容与具体适用做一梳理，并结合此次湖北重大事故进行责任归责评析，以期减少和预防重大安全生产事故的发生，起到加大安全生产防护力度，切实保护国计民生安全的警醒作用。

## 一、罪名修法背景

### （一）是社会生产安全发展的现实需要

随着经济社会的发展，生产力的提高，我国工业化进程取得巨大成就，大到桥梁、隧道等代表国家重器的基础设施建设，小到民生安居乐业的房屋方面都成绩斐然，但另一方面，生产力水平提高的同时也伴随着安全事故的多发，据有关部门统计，众多的事故除客观的社会缘由和自然灾害外，主要责任源于人们安全意识淡薄，违章违纪，因此要通过修法不断适应社会生产安全发展的需要。

### （二）以人为本的国家政策的有利体现

为贯彻落实习近平总书记重要讲话精神和党中央重大

## 梁雅丽律师简介

京都律师事务所高级合伙人，京都刑事辩护研究中心主任，执业二十余年，成功承办过多起重大有影响的刑事案件及民商事疑难复杂案件，并被国内多家媒体报道。她尤为擅长刑事和民商事交叉领域及刑事



和行政交叉领域业务，致力于研究企业风险的法律防控，并先后为多家大型企业、政府部门、事业单位及外商投资企业提供了出色的法律顾问服务。在企业风险的法律预防和控制、企业改制、资产重组等方面积累了丰富的执业实践经验。《方圆律政》2014律政年度刑辩律师。《中国企业报》2017助力金融风险防范人物。

决策部署，有效惩治预防违法犯罪，服务保障经济社会高质量发展，助力推进国家治理体系和治理能力现代化，在此背景下，根据法律法规及相关政策精神修改制定，直接体现了习近平总书记强调的以人民为中心，努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义的重要思想，是国家治理体系和治理能力现代化的要求，以人为本的国家政策的有利体现。

### （三）宽严相济刑事政策的必然要求

宽严政策的刑事政策要求司法机关办理案件时该宽则

宽，该严则严，宽严相济，罚当其罪，对于危害国家安全、人民群众生命财产安全的重大违法行为，坚持严格依法办案，切实贯彻落实罪刑法定原则、罪刑相适应原则和法律面前人人平等原则，依照法律规定准确定罪量刑，促进社会和谐稳定，维护国家长治久安。

## 二、生产安全罪名修改内容与具体适用

### （一）修改内容

此次对生产安全方面进行了两处修改：

#### 1. 修改内容之一

在刑法第一百三十四条后增加一条，作为第一百三十四条之一：“在生产、作业中违反有关安全管理的规定，有下列情形之一的，具有发生重大伤亡事故或者其他严重后果的现实危险的，处一年以下有期徒刑、拘役或者管制：

（一）关闭、破坏直接关系生产安全的监控、报警、防护、救生设备、设施，或者篡改、隐瞒、销毁其相关数据、信息的；

（二）因存在重大事故隐患被依法责令停产停业、停止施工、停止使用有关设备、设施、场所或者立即采取排除危险的整改措施，而拒不执行的；

（三）涉及安全生产的事项未经依法批准或者许可，擅自从事矿山开采、金属冶炼、建筑施工，以及危险物品生产、经营、储存等高度危险的生产作业活动的。”

新增的第一百三十四条之一，明确列举了三种在生产、作业中违反有关安全管理的规定情形，将具有发生重大伤亡事故或者其他严重后果的现实危险的行为纳入刑法规制的范围，即使未实际发生重大伤亡事故或者其他严重后果，只要行为存在导致生产事故发生的现实危险性，就能定罪处罚，同时对触犯刑罚的后果也是以轻刑定罪（一年以下有期徒刑、拘役、管制），避免重罚。最大程度预防生产事故、避免实害发生。

#### 2. 修改内容之二

第二处是将刑法第一百三十四条第二款，强令、组织他人违章冒险作业罪修改为：“强令他人违章冒险作业，或者明知存在重大事故隐患而不排除，仍冒险组织作业，因而发生重大伤亡事故或者造成其他严重后果的，处五年以下有期徒刑或者拘役；情节特别恶劣的，处五年以上有期徒刑。”

此修改扩大了该罪名的适用范围，将“明知存在重大

## 李明真律师简介

京都律师事务所律师，西北政法大学法律硕士，主修刑事诉讼法、知识产权法。以办理刑事辩护业务、商事犯罪预防、合同纠纷、企业法律服务等刑事、民事诉讼及非诉业务见长。参与多起企业高管职务侵占案、高利转贷案及黑社会性质等的辩护工作，同时也积累了大量民商事案件诉讼、非诉实践经验。



事故隐患而不排除，仍冒险组织作业”情形纳入该罪名规制范围，表明了国家对企业安全生产的高要求。

### （二）具体适用

#### 1. 重大责任事故罪

《刑法》第134条第1款规定了重大责任事故罪，此罪名在《刑法修正案（十一）》中并未进行修改，但在实际生产作业中触犯此罪名的不在少数，而安全生产工作关系人民群众生命财产安全，关系改革、发展和稳定大局，因此对于此罪名的理解及企业如何做好生产安全方面的防范措施就尤为重要。

重大责任事故罪是指：在生产、作业中违反有关安全管理的规定，因而发生重大伤亡事故或者造成其他严重后果的，处三年以下有期徒刑或者拘役；情节特别恶劣的，处三年以上七年以下有期徒刑。通过分析法规可知，本罪一定以“违反有关安全管理规定”为前提，“违反有关安全管理规定”是指违反有关生产安全的法律、法规、规章制度。具体包括以下三种情形：

（1）国家颁布的各种有关安全生产的法律、法规等规范性文件。

（2）企业、事业单位及其上级管理机关制定的反映安全生产客观规律的各种规章制度，包括工艺技术、生产操作、技术监督、劳动保护、安全管理等方面的规程、规



则、章程、条例、办法和制度。

(3) 虽无明文规定,但反映生产、科研、设计、施工的安全操作客观规律和要求,在实践中为职工所公认的行之有效的操作习惯和惯例等。

对本罪的构成,主观状态为过失,表现为对造成的后果没有预见,或者轻信可以避免,即对违章本身,既可以是无意中违反,也可能是大意轻信避免,但决不能是积极追求结果发生的故意;同时还要以违反有关生产安全的规定为前提,而此违规行为必须发生在“生产、作业”过程中,以及违规行为必须造成法定的后果。对于法定后果,即“造成严重后果”或者“发生重大伤亡事故或者造成其他严重后果”的理解,根据最高人民法院、最高人民检察院《关于办理危害生产安全刑事案件适用法律若干问题的解释》(以下简称“解释”)可知,包含:(一)造成死亡一人以上,或者重伤三人以上的;(二)造成直接经济损失一百万元以上的;(三)其他造成严重后果或者重大安全事故的情形这三种情形;而对此罪主体的认定,根据《解释》第一条:包括对生产、作业负有组织、指挥或者管理职责的负责人、管理人员、实际控制人、投资人等人员,以及直接从事生产、作业的人员。

## 2. 强令、组织他人违章冒险作业罪(新修改)

《刑法》修正案第134条第2款规定,强令他人违章冒险作业,或者明知存在重大事故隐患而不排除,仍冒险组织作业,因而发生重大伤亡事故或者造成其他严重后果的,处五年以下有期徒刑或者拘役;情节特别恶劣的,处五年以上有期徒刑。

《刑法修正案(十一)》扩大了此罪名适用范围,将“明知存在重大事故隐患而不排除,仍冒险组织作业”情形纳入该罪名规制范畴,也就是说只要有证据证明“明知”存在事故隐患、仍冒险组织作业,因而发生刑法规定的后果,就可能触犯了此罪名。

对于修改前,只有“强令他人违章冒险作业”这一条行为描述,根据《解释》第五条可知,明知存在事故隐患、继续作业存在危险,仍然违反有关安全管理的规定,实施下列行为之一的,应当认定为刑法第一百三十四条第二款规定的“强令他人违章冒险作业”:

(一)利用组织、指挥、管理职权,强制他人违章作业的;

(二)采取威逼、胁迫、恐吓等手段,强制他人违章作业的;

(三)故意掩盖事故隐患,组织他人违章作业的;

(四)其他强令他人违章作业的行为。

对于以上分析可知,强令、组织他人违章冒险作业罪包含两款罪状:一是强令他人违章冒险作业因而发生严重后果,二是明知存在重大事故隐患而不排除,仍冒险组织作业,因而发生严重后果;对于严重后果或者发生重大伤亡事故的理解,同上述重大责任事故罪的内容;对于可能的犯罪主体,包括对生产、作业负有组织、指挥或者管理职责的负责人、管理人员、实际控制人、投资人等人员。

刑法第134条第1款规定了重大责任事故罪,第2款规定了强令、组织他人违章冒险作业罪,二者在犯罪结果的认定是相同的,但在犯罪主体、客观方面、刑罚严重程度这三方面不同:一、犯罪主体不同:两者主体都包含负有组织、指挥或者管理职责的人员,但重大责任事故罪还包括直接从事生产、作业的人员;二、客观方面表现不同:前罪主要表现为不服管理、违反规章制度;后罪表现为强令他人违章冒险作业,或者明知存在重大事故隐患而不排除,仍冒险组织作业;三、刑罚严重程度不同:前罪对于在生产、作业中违反有关安全管理的规定,因而发生重大伤亡事故或者造成其他严重后果的,处三年以下有期徒刑或者拘役,后罪对于符合罪状要求的,处五年以下有期徒刑或者拘役。

从以上三点分析两者的不同可看出,我国刑法加重处罚对于强令他人违章冒险作业、或者明知隐患不排除仍然组织作业的行为,对于主观故意犯罪的打击力度也是不断加大,其意在保障我国的生产安全,坚持以人为本、生命至上。

## 3. 危险作业罪(新修改)

如上述二:《刑法修正案(十一)》修改的内容可知,刑法第一百三十四条后增加一条,作为第一百三十四条之一。这一新增的危险作业罪,对可能导致安全生产事故发生的以下三大类行为罪状详细纳入到刑法规制范围内:一是对关闭、破坏安全生产预防措施等可能导致危险后果发生:包括“关闭、破坏直接关系生产安全的监控、报警、防护、救生设备、设施,或者篡改、隐瞒、销毁其相关数据、信息等破坏生产工具的行为”;二是“责令停产停业拒不执行的行为”;三是“未经批准擅自作业的行为”,刑法这三大类行为,以具体罗列的方式使人们有合理预期,最大限度达到释法的目的。

对于本罪的具体认定,首先要以违反有关安全管理的规定为前提;其次行为发生的节点必须在“生产、作业”

中；最重要的，本罪属于典型的具体危险犯，不仅要考察是否存在《刑法》所列举的三类客观行为，还要确认是否具有发生重大事故的现实危险，若如果没有这种现实危险，则只是行政违法行为，不能按照本罪定罪处罚。

此罪的增设，充分表明了《刑法修正案（十一）》在当前安全生产形势依然严峻的情况下，社会公众对动辄造成群死群伤的安全事故的强烈回应，也表明了我国修法以预防生产事故、避免灾害发生为导向，充分尊重人的生命，保护公民财产安全。

### （三）溯及力问题

特别需要注意的是，关于《刑法修正案（十一）》修改几个罪名的适用问题，由于我国刑法坚持有利于被告人原则，对于2021年3月1日生效的《刑法修正案（十一）》，按照通常理解，若行为发生在2021年3月1日前，若新法处罚轻，则应适用新法，若旧法处罚轻则应适用旧法。上述表述可以理解为行为和结果全部发生在《刑法修正案（十一）》生效前，即适用于结果犯；而对于危险犯，行为作出之日即可能会产生危害的现实危险，对于危险犯在新、旧刑法的运用溯及问题，只要此现实危险行为满足了危险犯要求的犯罪构成要件，无论结果如何，对于发生在《刑法修正案（十一）》生效后的现实危险行为，就要适用新法；若修法前的危险行为已经发生，并一直持续到修法后，即法律在行为人的行为实施过程中发生变更，变更后的法律认为是犯罪，而变更前的法律不认为是犯罪的，根据《最高人民法院人民检察院关于检查工作中具体适用修订刑法第十二条若干问题的通知》中的第三条中部分内容规定：行为连续或者继续到1997年10月1日以后的，对10月1日以后构成犯罪的行为适用修订刑法追究刑事责任。此文件针对1997年刑法具体应用制定的，至今有效，对于溯及力问题有很强的借鉴意义。

### （四）此次事故发生可能的归责问题

此次燃气爆炸已经造成了25人死亡的惨重结果，且燃气爆炸事故发生在《刑法修正案（十一）》生效后（2021年3月1日），事故发生原因目前还在进一步调查中，由于作业已发生了重大事故，根据上述分析刑法第一百三十四条第一款和第二款的区别可知，若是由于在燃气管道安装过程中违反安全管理规定，相关人员可能涉嫌刑法第一百三十四条第一款规定的重大责任事故罪；若存在强令

他人违章冒险作业，或者明知存在重大事故隐患而不排除，仍冒险作业，则负有强令他人生产指挥、管理人员可能涉嫌刑法第一百三十四条第二款规定的强令组织他人违章冒险作业罪。但此罪在具体适用上还需要注意，由于《刑法修正案（十一）》才将“明知存在重大事故隐患而不排除，仍冒险组织作业”这一情形纳入强令、组织他人违章冒险作业罪的规制范围，若在2021年3月1日前相关人员已有此行为，并一直持续到修法后，因为当时的法律并无将此行为规制为犯罪，则在2021年3月1日前发生的明知存在重大事故隐患而不排除，仍冒险组织作业的行为应适用当时的法律，即不认为是犯罪；对于2021年3月1日后仍然延续的此行为，并造成了重大事故的发生，则可能要适用新法的规制，但在量刑方面应将法律修改事宜予以考虑。对于此次爆炸是否可能涉嫌危险作业罪，若有强令他人违章冒险作业的行为，尤其是拒不执行针对重大事故隐患的整改措施、未经依法批准擅自从事高危生产作业活动等具有导致严重后果发生危险的三类行为，且上述行为发生在修法后，则无论是否发生损害结果都可能入刑；若上述行为从修法前就发生并延续到修法后，由于当时的法律并未将上述三种危害生产安全的行为制为犯罪，按照刑法溯及力问题，如上述分析，仍应将2021年3月1日作为时间节点，变更前适用旧法，不当认定为犯罪，变更后若构成犯罪的行为，就要适用修订刑法追究刑事责任。以上是基于目前有限信息简笔评论，对于此次事故发生具体原因及可能的责任还有待调查后才能评判。

## 三、结语

总的来说，《刑法修正案（十一）》对于安全生产方面的修改，以提升防范社会秩序，加大侵犯公众利益保护力度为原则，重在保护公民生命、财产安全。面对安全生产事故再一次发生，我们强烈呼吁：国家通过严明立法，进一步更新、健全安全生产法律法规，在法律、制度上起到规范、约束生产人员、管理人员的生产责任；政府也要做好监督推手，提升安全生产人员技术素质，组建相应的专业技术队伍；生产单位也要加大对生产管理、技术人员的安全培训及专业培训力度，提高生产管理人员的安全意识和素养。在此基础上，多方要形成合力，最大限度保护公民的生命，健康、公私财产安全，预防重大安全生产责任事故的发生，为我国的工业化进程作出努力！



# 中韩个人信息保护法比较（上）

■金燕 崔慧莲 / 文

## 金燕律师简介

京都律师事务所高级合伙人，执业十五年，办理了大量外商投资及并购业务。金律师曾为韩国三星电子，现代集团，新韩银行，（株）LG商事，大宇造船，CJ集团投资中国项目提供法律服务，为建设银行首尔分行，上海汽车，福建某公司韩国上市等中国企业投资韩国业务提供法律服务。



2021年8月20日，中国首部《个人信息保护法》通过，完成了继《网络安全法》和《数据安全法》之后的网络、数据、个人信息为一体的网络环境法规体系。随着国际互联网技术和大数据产业的迅猛发展，在全球化和大数据时代背景下，个人信息的保护和跨境数据流动的合规成为了数据领域的主要关注点，而韩国作为通讯及数据领域发达国家，2011年开始实施了个人数据保护法，并通过不断的立法实践来修改和完善立法即执法水平。2021年6月29日，联合国信息和通信技术机构国际电信联盟（ITU）发布了2020年全球网络安全指数（GCI）排名，韩国以98.52分以亚洲第一的成绩位居第四位。<sup>[1]</sup>中国作为韩国的最大贸易伙伴，个人信息保护法的出台和实施是两国企业都很关注的话题。本文通过对两国的个人信息保护法比

较，希望能为中韩两国贸易及投资领域的个人信息保护和个人信息跨境流动的合法合规提供一些帮助。

## 中国和韩国的个人信息保护法 相关内容对比

### 1. 法律及相关规定

区分	中国	韩国
法律	个人信息保护法	个人信息保护法
实施条例	无	个人信息保护法实施令
其他相关法律	民法典、网络安全法、数据安全法、未成年人保护法、刑罚、电子商务法、消费者权益保护法、居民身份证法、测绘法等	信用信息利用及保护法律、国家人权委员会法、公共机构运行法律、地方公共企业法、电子政府法、电子签名法、公共机构的信息公开法律等
部门规章	网络交易监督管理办法、常见类型移动互联网应用程序必要个人信息范围规定、网络安全标准实践指南—移动互联网应用程序（App）收集使用个人信息自评估指南、信息安全技术 个人信息安全规范、儿童个人信息网络保护规定、互联网个人信息安全保护指南、个人信息安全影响评估指南）（GB/T 39335-2020）等等	公共/民间映像信息安装/运营指南、医疗机构个人信息保护指南、社会保障设施个人信息保护指南、自动化处理个人信息保护指南、互联网个人信息处理指南、个人信息收集最小化指南、教育领域假名/匿名信息处理指南、利用保健医疗数据指南、假名信息处理指南等
其他	最高院司法解释、公告案例	各个法院的判例

中国个人信息保护相关规定曾分散于《网络安全法》、《民法典》、《数据安全法》、《未成年人保护法》等法规中，现单独的《个人信息保护法》（以下可称“个保法”）通过二次草案发布并征求意见，三次人大审议终

获通过，并于2021年11月1日起正式实施。

韩国的《个人信息保护法》则由韩国国会在2011年3月29日通过并于同年9月30日起正式实施。之后，经过大大小小15次修订，最终修订本于2020年8月5日起实施。同时，韩国政府还颁布了该法律的执行细则《个人信息保护法施行令》<sup>[2]</sup>（2021年2月2日修订版）。

## 2. 个人信息及处理的定义

区分	中国	韩国
个人信息	以电子或者其他方式记录的已识别或可识别的自然人的各种信息，单独或者与其他信息结合识别的信息，不包括匿名信息；包括死者信息、去标识化的信息	存活个人的信息，通过姓名、身份证、影响等信息可识别个人的信息；本身不能识别个人的信息，但可以很容易地与其他信息结合足以识别个人的信息。结合的难易程度是通过合理考虑用于识别个人的时间、成本、技术等，以及可以获得其他信息的可能性来确定的；假名处理的信息
敏感信息	一旦泄露或者非法使用，容易导致自然人的人格尊严受到侵害或者人身、财产安全受到危害的个人信息，包括生物识别、宗教信仰、特定身份、医疗健康、金融账户、行踪轨迹等信息；未成年人信息；身份信息	思想/信念、工会/政党的加入和退出、政治见解、健康、性生活对信息主体隐私造成严重危害隐患的信息，包括遗传、犯罪、可识别个人的身体或生理特征信息、种族、民族
唯一识别信息		身份证、护照、驾驶证、外国人登记证等
未成年人信息	不满14岁的未成年人信息	14岁以下未成年人信息
个人信息处理	个人信息的处理包括个人信息的收集、存储、使用、加工、传输、提供、公开、删除等活动	收集、生成、连接、联合、记录、存储、保留、增值处理、编辑、搜索、输出、纠正、恢复、使用、提供、披露和销毁个人信息，以及其他类似活动

中国通过个保法以及《个人信息安全规范》较详细的规定了个人信息的范围，对于已识别和通过其他信息结合后可识别的信息，两国的规定基本相同。但韩国的个人信息只包括存活个人的信息，但中国个保法49条规定对于死

## 崔慧莲律师简介

京都律师事务所律师，2008年通过司法考试，后赴英留学回国后2012年开始从事法律工作。从业以来向多家韩资企业提供有关日常经营的法律咨询，且参与多项外商投资尽职调查项目和中外合资合同的起草工作，办理多起涉外民事诉讼及劳动仲裁。2015年加入京都律师事务所后，在涉外业务部就职。



亡的自然人的信息的权利由其近亲属处理，从而把死者的个人信息也纳入到个保法的适用范围。

而对于敏感信息，在认定标准上，中国侧重于自然人的《人格尊严》，而韩国侧重于《隐私保护》。对敏感信息的具体范围中，中国在《个人信息安全规范》中将身份信息纳入敏感信息的范畴，而韩国就身份证等信息规定了《唯一识别信息》概念来管理。

## 3. 适用范围

区分	中国	韩国
境内	在中华人民共和国境内处理自然人个人信息的活动	
域外适用	在境外处理中华人民共和国境内自然人个人信息的活动适用要件 ①向境内自然人提供产品或者服务为目的； ②为分析、评估境内自然人的行为； ③法律、行政法规规定的其他情形。	通过规定需要指定国内代理人的信息通讯服务提供者 <sup>[3]</sup> 的范围来规制国外机构： ①其前一年的全球销售额等于或超过1万亿韩元； ②其前一年在韩国的信息和电信服务销售额等于或超过100亿韩元； ③其处理的用户个人信息等于或超过100万个（前一年年底前三个月的日均用户数）；



		④因其造成或可能造成违反个保法的个人信息泄露而被信息保护委员会要求提交材料或文件。
--	--	---

中国个保法将适用范围为境内处理个人信息的活动加上境外处理境内自然人个人信息的活动，采用了境内属地原则以及境外目标指向原则。与中国个保法相比，韩国个保法没有在法律和实施令中明文规定适用的范围，通过对境外信息通讯服务提供者应指定国内代理人的范围等条款，规定了涉外适用的主体。

#### 4. 个人信息处理原则

区分	中国	韩国
处理原则	合法、正当、必要和诚信（不得欺诈、胁迫、误导方式处理）；公开、透明、具有明确、合理的目的，公开个人信息处理规则，明示处理的目的、方式和范围；直接相关、最小范围处理、不得过度收集；保障高质量、准确、完整；处理者承担责任并保障安全。	①明确处理目的，必要范围内合法、正当的前提下最小范围处理 ②不得超出目的使用 ③保障正确性、完整性及最新性 ④安全管理 ⑤公开处理方针，保障主体的查阅权 ⑥最小侵害隐私的方式处理 ⑦匿名、假名处理可实现收集目标的，应匿名、假名处理 ⑧通过履行法律规定的责任和义务，努力取得信息主体的信任。

中国个保法和韩国个保法在个人信息处理原则的规定上与GDPR比较接近，都主要明确了合法、正当、最小收集及处理原则。2020年，韩国通过修改法律增加了个人信息假名化处理的规定，并在处理原则上增加了如果假名、匿名化处理也能达到收集个人信息目的的，应进行假名或匿名化处理的原则，在个人信息处理原则上更加加强了对个人隐私的保护力度。

#### 5. 个人信息的收集及处理规则

区分	中国	韩国
处理原则	①取得个人的同意； ②为订立、履行个人作为一方当事人的合同所必需，或	①取得同意 ②为履行法定职责或者法定义务所必需；

者按照依法制定的劳动规章制度和依法签订的集体合同实施人力资源管理所必需； ③为履行法定职责或者法定义务所必需； ④为应对突发公共卫生事件，或者紧急情况下为保护自然人的生命健康和财产安全所必需； ⑤为公共利益实施新闻报道、舆论监督等行为，在合理的范围内处理个人信息； ⑥依照本法规定在合理的范围内处理个人自行公开或者其他已经合法公开的个人信息； ⑦法律、行政法规规定的其他情形	③公共机构为执行法律所规定的业务； ④为订立、履行个人作为一方当事人的合同所必需； ⑤信息主体或者其法定代理人无法进行意思表示的情况或者地址不明等无法取得事先同意的前提下为信息主体或第三人的紧急的生命、身体、财产利益所必需时； ⑥信息处理者为追求合法利益目的而进行的必要数据处理，但该利益应优先于信息主体的利益并与其利益有相当的关联性并不得超过合理范围
--	---

中国个保法规定了7项个人信息处理规则，其中合理范围内使用已公开的个人信息是承接了《民法典》的规定，并规定了个人可以行使拒绝权以及如果公开对个人权益产生重大影响时应该取得个人同意。

而韩国个保法规定的紧急情况比中国个保法的突发公共卫生事件范围更宽，但也规定了为信息主体和第三人利益而处理信息的前提条件是因特殊情况无法取得信息主体的事先同意，而该特殊情况需要由信息处理者证明。另外，韩国对信息处理者为了追求合法利益合理处理数据的规定更近似于GDPR的规定。可以看出，在信息处理规则上，中国个保法适用更加严格的规则标准。

#### 6. 信息主体的同意

区分	中国	韩国
同意的原则	充分知情的前提下自愿、明确作出。 个人信息的处理目的、处理方式和处理的个人信息种类发生变更的，应当重新取得个人同意。	个人信息处理者应当将每个需要同意的事项进行区分，并清晰、明确的告知信息主体，就每个事项分别取得个人信息主体的同意
明示同意	敏感信息；个人生物识别信息；未成年人信息；超出获取授权同意范围处理；向第三方提供；信息公开；向境外提供；图像采集信息用于其他目的	敏感信息；用于宣传/销售的目的；超出收集目的的使用及向第三方提供；唯一识别信息；未成年人信息；向境外提供

告知	<p>个人信息处理者在处理个人信息前，应当以显著方式、清晰易懂的语言真实、准确、完整地向个人告知下列事项：</p> <p>①个人信息处理者的名称或者姓名和联系方式；</p> <p>②个人信息的处理目的、处理方式，处理的个人信息种类、保存期限；</p> <p>③个人行使本法规定权利的方式和程序；</p> <p>④法律、行政法规规定应当告知的其他事项。</p> <p>前款规定事项发生变更的，应当将变更部分告知个人</p>	<p>应告知事项，如果该事项有变更，应告知并取得同意。</p> <p>①个人信息接收方</p> <p>②接收方的处理目的</p> <p>③处理的个人信息项目</p> <p>④接收方的保存及处理期限</p> <p>⑤有权拒绝同意的事实以及拒绝同意时带来的不利，如有</p>
同意的例外	<p>①与个人信息处理者履行法律法规规定的义务相关的；</p> <p>②与国家安全、国防安全直接相关的；</p> <p>③与公共安全、公共卫生、重大公共利益直接相关的；</p> <p>④与刑事侦查、起诉、审判和判决执行等直接相关的；</p> <p>⑤出于维护个人信息主体或其他个人的生命、财产等重大合法权益但又很难得到本人授权同意的；</p> <p>⑥所涉及的个人信息是个人信息主体自行向社会公众公开的；根据个人信息主体要求签订和履行合同所必需的；</p> <p>⑦从合法公开披露的信息中收集个人信息的，如合法的新闻报道、政府信息公开等渠道；</p> <p>⑧维护所提供产品或服务的安全稳定运行所必需的，如发现、处置产品或服务的故障；</p> <p>⑨个人信息控制者为新闻单位，且其开展合法的新闻报道所必需的；</p>	<p>①法律有特殊规定或者为遵守法定义务所必须；</p> <p>②公共机构为履行法令等义务所必须；</p> <p>③与信息主体签订和履行合同所必须；</p> <p>④信息主体或其法定的代理人（类似中国法上法定监护人）不能做出意思表示，或地址不明无法事先获得同意，且被明确认为是为了信息主体或者第三人紧急的生命、身体、财产利益所必须；</p> <p>⑤为实现个人信息处理者的合法利益而必要，且明确优先于信息主体的权利。这种情况下，仅限于个人信息处理者的合法利益有相当的关联性，且不超过合理范围</p> <p>⑥个人信息处理者为了统计、科学研究、公益性记录保存等目的处理信息主体的假名信息</p>

	<p>⑩个人信息控制者为学术研究机构，出于公共利益开展统计或学术研究所必要，且其对外提供学术研究或描述的结果时，对结果中所包含的个人信息进行去标识化处理的</p>	
未成年人的信息的收集	<p>个人信息处理者处理不满十四周岁未成年人个人信息的，应当取得未成年人的父母或者其他监护人的同意</p>	<p>处理不满十四周岁未成年人个人信息的，应当取得法定代理人的同意</p>
同意的撤回	<p>有权撤回，个人信息处理者应提供便捷的撤回同意方式，撤回不具有溯及力；处理者不得因此拒绝提供服务</p>	<p>有权撤回，信息通讯平台应提供便捷的撤回方式，同意撤回的，应立即销毁信息</p>

就个人信息处理前的告知，中国个保法规定了告知内容变更时应告知变更内容，其中个人信息的处理目的、处理方式和处理的个人信息种类发生变更的，应当重新取得个人同意。而韩国个保法规定了上述5项发生变更的，均要重新取得同意，并就同意的原则上，对每个事项要求分别取得同意。<sup>[1]</sup>

**注释：**

[1]中国以92.53分位居第33位。

<https://www.itu.int/en/myitu/Publications/2021/06/28/13/22/Global-Cybersecurity-Index-2020>

[2]施行令是总统颁布的执行法律的命令，一般还包括任命法律的委任令，此外还有部门为了执行总统令而制定的实施规则，本法目前还未出台实施规则。

[3]根据韩国<电子通讯经营法>的第二条第八项规定的电子通讯经营者以及以盈利为目的利用电子通讯经营者的电子通讯业务提供信息或者信息中介者。



# 《网络产品安全漏洞管理规定》 重点条款解读及合规建议

■ 徐伟 翁小平 / 文

## 徐伟律师简介

京都律师事务所律师，  
山东大学法学院硕士。  
执业期间参与办理过各  
类新型疑难复杂网络犯  
罪案件。在网络平台发  
表过多篇文章，并在核  
心期刊发表过著作，对  
网络犯罪案件辩护、电  
子数据取证、信息数据  
安全等问题有深入研  
究，了解计算机软件工程相关知识。



由工业和信息化部、国家互联网信息办公室、公安部联合制定的《网络产品安全漏洞管理规定》9月1日正式生效，该规定从网络产品提供者和“从事网络产品安全漏洞发现、收集的组织或者个人”（俗称白帽子，相对于黑客）等多个角度对网络产品的安全漏洞管理问题做出了详细规定，明确了各类主体的责任和义务，是网络安全领域继《网络安全法》之后的又一重要法规，对相关网络从业者会有巨大的直接影响。我们结合规定全文，从主要条文的理解以及相关产业的合规运营角度，为大家做一个简要的解读。

第一条为了规范网络产品安全漏洞发现、报告、修补和发布等行为，防范网络安全风险，根据《中华人民共和国网络安全法》，制定本规定。

第二条中华人民共和国境内的网络产品（含硬件、软

件）提供者和网络运营者，以及从事网络产品安全漏洞发现、收集、发布等活动的组织或者个人，应当遵守本规定。

**解读：**本规定的适用对象为三个责任主体——1.我国境内的网络产品提供者，2.我国境内的网络运营者，3.我国境内从事网络产品安全漏洞发现、收集、发布等活动的组织或者个人。需要注意的是，其中的网络产品包括硬件和软件。

第三条国家互联网信息办公室负责统筹协调网络产品安全漏洞管理工作。工业和信息化部负责网络产品安全漏洞综合管理，承担电信和互联网行业网络产品安全漏洞监督管理。公安部负责网络产品安全漏洞监督管理，依法打击利用网络产品安全漏洞实施的违法犯罪活动。

有关主管部门加强跨部门协同配合，实现网络产品安全漏洞信息实时共享，对重大网络产品安全漏洞风险开展联合评估和处置。

**解读：**网络产品安全漏洞事务的主管机关为国家互联网信息办公室（统筹协调）、工业和信息化部（综合管理，电信和互联网行业的监督管理）和公安部（监督管理，依法打击），各有分工，各有侧重，但又联合行动。

第四条任何组织或者个人不得利用网络产品安全漏洞从事危害网络安全的活动，不得非法收集、出售、发布网络产品安全漏洞信息；明知他人利用网络产品安全漏洞从事危害网络安全活动的，不得为其提供技术支持、广告推广、支付结算等帮助。

**解读：**发现网络产品安全漏洞后，既不能非法收集，更不能出售和私自发布。在网络安全领域，以前有一些技术人员发现漏洞后以威胁公开或者其他变相的方式向产品提供者或网络运营者索要财物。该条文直击要害，打击类似行为的立场已十分明确。

第五条网络产品提供者、网络运营者和网络产品安全

漏洞收集平台应当建立健全网络产品安全漏洞信息接收渠道并保持畅通，留存网络产品安全漏洞信息接收日志不少于6个月。

**解读：**本条是对相关从业主体建立安全漏洞公开接受渠道的要求。三类主体都负有该义务，而且这个渠道的接收日志存储时间必须在六个月以上。

第六条鼓励相关组织和个人向网络产品提供者通报其产品存在的安全漏洞。

第七条网络产品提供者应当履行下列网络产品安全漏洞管理义务，确保其产品安全漏洞得到及时修补和合理发布，并指导支持产品用户采取防范措施：

（一）发现或者获知所提供网络产品存在安全漏洞后，应当立即采取措施并组织对安全漏洞进行验证，评估安全漏洞的危害程度和影响范围；对属于其上游产品或者组件存在的安全漏洞，应当立即通知相关产品提供者。

（二）应当在2日内向工业和信息化部网络安全威胁和漏洞信息共享平台报送相关漏洞信息。报送内容应当包括存在网络产品安全漏洞的产品名称、型号、版本以及漏洞的技术特点、危害和影响范围等。

（三）应当及时组织对网络产品安全漏洞进行修补，对于需要产品用户（含下游厂商）采取软件、固件升级等措施的，应当及时将网络产品安全漏洞风险及修补方式告知可能受影响的产品用户，并提供必要的技术支持。

工业和信息化部网络安全威胁和漏洞信息共享平台同步向国家网络与信息安全信息通报中心、国家计算机网络应急技术处理协调中心通报相关漏洞信息。

鼓励网络产品提供者建立所提供网络产品安全漏洞奖励机制，对发现并通报所提供网络产品安全漏洞的组织或者个人给予奖励。

**解读：**本条是对网络产品提供者的专属义务要求，即立即反应、及时上报（上报时间、上报内容、上报对象）、组织修补。同时，国家鼓励对提供漏洞者给予奖励，以促进网络安全保护工作的正向互动。

第八条网络运营者发现或者获知其网络、信息系统及其设备存在安全漏洞后，应当立即采取措施，及时对安全漏洞进行验证并完成修补。

第九条从事网络产品安全漏洞发现、收集的组织或者个人通过网络平台、媒体、会议、竞赛等方式向社会发布

网络产品安全漏洞信息的，应当遵循必要、真实、客观以及有利于防范网络安全风险的原则，并遵守以下规定：

（一）不得在网络产品提供者提供网络产品安全漏洞修补措施之前发布漏洞信息；认为有必要提前发布的，应当与相关网络产品提供者共同评估协商，并向工业和信息化部、公安部报告，由工业和信息化部、公安部组织评估后进行发布。

（二）不得发布网络运营者在用的网络、信息系统及其设备存在安全漏洞的细节情况。

（三）不得刻意夸大网络产品安全漏洞的危害和风险，不得利用网络产品安全漏洞信息实施恶意炒作或者进行诈骗、敲诈勒索等违法犯罪活动。

（四）不得发布或者提供专门用于利用网络产品安全漏洞从事危害网络安全活动的程序和工具。

（五）在发布网络产品安全漏洞时，应当同步发布修补或者防范措施。

（六）在国家举办重大活动期间，未经公安部同意，不得擅自发布网络产品安全漏洞信息。

（七）不得将未公开的网络产品安全漏洞信息向网络产品提供者之外的境外组织或者个人提供。

（八）法律法规的其他相关规定。

**解读：**本条是本规定的重点，也是对整个互联网安全行业影响重大的约束性条款。此前，互联网安全行业有着大量的交流会议甚至是公开竞赛，从业者也习惯于在类似的公开场合发布一些有影响力的重大安全漏洞。随着该条款的落地，类似的行为基本上都成了非法行为。以上八类漏洞发布的要求，也是目前最为详细的漏洞公开发布的管理规范，相关从业人员应当认真对待。

第十条任何组织或者个人设立的网络产品安全漏洞收集平台，应当向工业和信息化部备案。工业和信息化部及时向公安部、国家互联网信息办公室通报相关漏洞收集平台，并对通过备案的漏洞收集平台予以公布。

鼓励发现网络产品安全漏洞的组织或者个人向工业和信息化部网络安全威胁和漏洞信息共享平台、国家网络与信息安全信息通报中心漏洞平台、国家计算机网络应急技术处理协调中心漏洞平台、中国信息安全测评中心漏洞库报送网络产品安全漏洞信息。

**解读：**本条是对组织或个人设立漏洞收集平台的管理要



求，即应当向工业和信息化部进行备案。

第十一条从事网络产品安全漏洞发现、收集的组织应当加强内部管理，采取措施防范网络产品安全漏洞信息泄露和违规发布。

**解读：本条是对互联网安全从业组织的合规管理要求，强调要严格内部管理，防范信息泄露问题。**

第十二条网络产品提供者未按本规定采取网络产品安全漏洞补救或者报告措施的，由工业和信息化部、公安部依据各自职责依法处理；构成《中华人民共和国网络安全法》第六十条规定情形的，依照该规定予以处罚。

第十三条网络运营者未按本规定采取网络产品安全漏洞修补或者防范措施的，由有关主管部门依法处理；构成《中华人民共和国网络安全法》第五十九条规定情形的，依照该规定予以处罚。

第十四条违反本规定收集、发布网络产品安全漏洞信息的，由工业和信息化部、公安部依据各自职责依法处理；构成《中华人民共和国网络安全法》第六十二条规定情形的，依照该规定予以处罚。

**解读：《网络安全法》第六十二条规定，“违反规定开展网络安全认证、检测、风险评估等活动，或者向社会发布系统漏洞、计算机病毒、网络攻击、网络侵入等网络安全信息的，由有关主管部门责令改正，给予警告；拒不改正或者情节严重的，处一万元以上十万元以下罚款，并由有关主管部门责令暂停相关业务、停业整顿、关闭网站、吊销相关业务许可证或者吊销营业执照，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处五千元以上五万元以下罚款。”**所以，这里的责任处罚是双罚制，既处理单位也处理个人。

第十五条利用网络产品安全漏洞从事危害网络安全活动，或者为他人利用网络产品安全漏洞从事危害网络安全活动提供技术支持的，由公安机关依法处理；构成《中华人民共和国网络安全法》第六十三条规定情形的，依照该规定予以处罚；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

**解读：这是本规定唯一一条涉及刑事责任的处罚条款，**

可能涉及的罪名有非法获取计算机信息系统数据、非法控制计算机信息系统罪；提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具罪；破坏计算机信息系统罪等。

需要提醒大家注意的是，根据《网络安全法》第六十三条的规定，违反该规定被处罚的人员有从业禁止的要求，即受到治安管理处罚的人员，五年内不得从事网络安全管理和网络运营关键岗位的工作；受到刑事处罚的人员，终身不得从事网络安全管理和网络运营关键岗位的工作。相关企业在招聘员工时一定要注意这一点。

第十六条本规定自2021年9月1日起施行。

## 相关产业的合规建议

1. 立即建立可靠、畅通的安全漏洞信息接收渠道，并通过技术手段保证接收日志至少在六个月内安全、稳妥地可复查。

2. 建立完善漏洞管理体系，从岗位职责、人员配置、技术手段、日常管理、应急机制等方面，落实网络安全管理责任。

3. 重视技术层面的管理措施，实现高效梳理、标准留存、完整闭环、自动化流传的公认管理标准。

4. 对已发现的网络安全漏洞要在规定的时间内积极响应，及时处理。

5. 组织涉及网络安全漏洞会议、竞赛的相关企业和个人，要把握好会议发言内容的尺度，并在相关通知中要明确告示，有条件的可以要求参与者签订相应的承诺书，不违法不违规，防范参会人员违法发布漏洞，给自己带来不必要的麻烦。

漏洞管理是网络安全非常重要的一项内容，也是互联网安全风险最不可控的一个问题，国家三个部门专门出台一个规定来规范和约束相关行为，为各类主体指明了合规方向，但也足以彰显打击相关违法行为的决心，希望大家在严格守法的同时也能学会用法律来更好地保护自己。

# 债券频繁爆雷的情况下，投资者如何依法维护自身权益？

■ 肖树伟 韩冰 游乐 杨琨 / 文

## 肖树伟律师简介

京都律师事务所高级合伙人。1987年毕业于中国政法大学，1989年开始从事律师工作。中国法学会会员，中国贸促会/中国国际商会调解中心商事调解员，中国政法大学法学院兼职教授，中央民族大学法学院客座教授，中华全国律师协会企业合规法律



服务专项工作组副组长，第十届北京市律师协会惩戒委员会主任。主要法律服务领域为企业合规及风险防范、民商事纠纷解决、刑事辩护。肖树伟律师因其优质的服务多次被为北京市律师行业优秀律师党员，2011年被中国司法部评为律师行业创先争优活动党员律师标兵，2011年荣获“2009-2011年度北京市优秀律师”称号，2018年荣获“2015-2018年度北京市优秀律师”称号。

自2007年《公司债券发行试点办法》颁布后，公司债成为公司制市场主体融资的一个新渠道。2015年，《公司债券发行与交易管理办法》取代了《公司债券发行试点办法》，对公司债的发行、承销、转让等事项作了更为详尽的规定。自此，公司债的发行规模出现大幅增长。据Wind数据显示，2013年时公司债的发行规模为3.68万亿元，2015年为6.72万亿元，2016年则是突破8万亿元大关，达到8.21万亿元，是2013年的两倍还多。但是，因为公司债的期限一般是3-5年，所以2015年至2017年间公司债的大

幅扩容为2018年至今的大规模爆雷埋下了伏笔。

自2018年以来，公司债的违约规模猛增，从2016、2017年的300余亿元直接跃升至2018年至2020年的1500余亿元。而且，2018、2019年出现违约的基本都是民营企业，但是在2020年新冠疫情的冲击下，开始有永城煤电、华晨集团等国企出现债券违约的情况，一时之间债券市场投资者人人自危。在债券出现违约的情况下，投资者应该如何维护自身权益？笔者特作此文进行简单梳理。

## 一、依法追究债券发行人和担保人的责任

债券发行人根据相关法律法规的规定，在取得有关机构的核准/备案/注册的基础上，在相关平台发布债券募集说明书的行为，属于《证券法》中发行债券的行为。债券发行人在债券募集说明书中所作出的说明及承诺等内容具有法律约束力，债券发行人应当恪守其承诺，本着诚实信用原则，按照约定全面履行自己的义务。投资人通过相关交易系统购入债券，即成为该债券的合法持有人，有权要求债券发行人按照债券募集说明书中的约定履行按时、足额支付本息的义务。如债券发行人未能按照债券募集说明书的约定履行相应义务，则其构成违约，应当向投资人承担违约责任。

为提供债券偿付的保障、增加债券对投资人的吸引力，一些债券发行人的控股股东、实际控制人或是其他第三方主体会为债券本息的偿付提供保证担保，也可能以固定财产、无形资产等作为抵押物或质押物为债券本息的偿付提供物权担保。这些担保的信息同样会在募集说明书中进行约定。投资人购入债券后即与该等担保主体达成担保法律关系，在约定的担保条件实现时（如债券发行人未



能按照债券募集说明书的约定偿付本息），投资人有权要求该等担保主体承担担保责任。

因此，投资人与债券发行人、担保人之间是最直接的债权债务关系和担保关系，在债券出现违约时，投资人可直接对债券发行人、担保人提起诉讼以维护自身的合法权益。

## 二、如存在欺诈发行、虚假陈述等情形，可一并追究债券承销机构和债券服务机构等主体的责任

公开发行公司债券需要按照相关规定履行一系列的程序，可能涉及承销机构、受托管理人、资信评级机构、会计师事务所、资产评估机构、律师事务所等诸多机构。以公开发行并在上海证券交易所上市的公司债券为例，根据《上海证券交易所公司债券发行上市审核规则适用指引第1号——申请文件及编制》第2.2条的规定，申请文件可能包括主承销商核查意见、发行人律师出具的法律意见书、发行人最近三年的财务报告和审计报告及最近一期的财务报告或财务报表、债券受托管理协议、资信评级机构为本次发行公司债券出具的资信评级报告、抵押或质押担保财产的资产评估文件等。这一系列文件有机的构成了向社会公众披露的募集说明书，是一个不可分割的整体。

投资人正是基于对募集说明书中披露事项的信任而购买债券。如果购买债券后发行人由于决策失误或经济下行导致经营不善无法偿付债务，属于债券固有的投资风险，应当由投资人自行承担。这就是金融市场所谓的“买者自负”原则。但是，“买者自负”的前提是“卖者尽责”。如果债券募集说明书及相关信息披露文件中存在虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏，致使投资人陷入错误认识并且购买了债券，那么可以认定债券发行人对投资人实施了欺诈，应当对投资人承担赔偿责任。

正是为了避免信息不对称造成的逆向选择，证监会制定了较为繁琐的发行程序并引入诸多专业机构共同对募集说明书中的内容进行把控。因此，如果这些专业机构在自己的工作过程中不尽职导致未能发现债券发行人的欺诈行为，甚至是故意弄虚作假或与债券发行人串通作假进行债券发行，投资人可以要求这些专业机构承担赔偿责任。

## 韩冰律师简介

京都律师事务所合伙人。2000年毕业于天津大学，2001年开始从事律师工作。曾任北京市律师协会企业法律风险管理专业委员会委员、北京市法学会企业法治与发展研究会法律管理专业委员会委员。于2012年、2020年被北京



市朝阳区律协党委评为优秀共产党员。韩冰律师专长于公司业务、法律风险防范、争议解决。韩冰律师参加了众多非诉讼商务谈判、公司设立、企业重组、股权收购等项目，协助公司设计治理流程，建立法律风险防范体系。韩冰律师具有丰富的出庭经验、深厚的法学理论功底和娴熟的诉讼仲裁技巧。

《证券法》第二十九条和第一百六十三条对这一点已经做了明确，最高人民法院在《关于审理证券市场因虚假陈述引发的民事赔偿案件的若干规定》和《全国法院审理债券纠纷案件座谈会纪要》中对此做了进一步细化。

## 三、债券爆雷投资人维权的三板斧

### （一）勤关注

债券违约在金融市场上有很强的信号效应，往往表明发行人的流动性已极度恶化，濒临资金链断裂边缘，所以任何债券发行人都不会轻易让债券违约的情形出现，哪怕是利息的短暂延迟支付。因此，如果投资人在债券出现违约之后再采取行动，最终往往无法得到足额的偿付。

在此，笔者建议投资人对债券募集说明书中有关提前到期、预期违约、交叉违约等条款进行充分研究，并对发行人的经营状况和资信状况保持高度关注（例如通过天眼查等平台订阅发行人涉及诉讼、执行案件的动态）。一旦

## 游乐律师简介

京都律师事务所律师，中国政法大学法律硕士。主要执业领域：民商事领域的争议解决与企业合规及法律风险控制业务，尤其是金融与投融资等商事领域重大、疑难、复杂问题的解决，从争议解决方案起草、协议等相关文件的审核、非诉协商到代理客户进行诉讼、仲裁，执行等法律服务，全方位为客户提供争议解决法律服务。



## 杨琨律师简介

毕业于对外经济贸易大学，获法律硕士学位。2013年开始律师工作。主要工作领域为民商事诉讼及仲裁、金融等。执业以来办理大量诉讼与非诉案件，具备丰富的实务经验。



发行人符合提前到期或其他违约情形，能够及时采取相关措施依法维护自己的合法权益。

### （二）早起诉

投资人一旦发现发行人符合提前到期或其他违约情形时，建议及时搜集相关证据，向法院提起诉讼并申请财产保全。这样才有可能在发行人财务状况恶化后获得最大程度的清偿。

如前所述，出现债券违约的发行人往往财务状况已

经相当恶化，投资人很可能无法从发行人处获得足额清偿，所以应考虑起诉发行人和担保人同步追究债券承销机构和债券服务机构的责任，以最大限度维护自身权益。但是，让前述专业机构承担责任的前提是发行人在发行过程中存在虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏，且这些专业机构未尽到自己应尽的职责。虽然相关法律法规对专业机构是否尽责的问题采取的是举证责任倒置的原则，即专业机构需要自己举证证明其已经尽职尽责，否则推定其为未尽责，但投资人仍需首先证明发行人存在欺诈发行的行为。一般来说，投资人是很难获取到足以证明发行人存在欺诈发行的证据的，在此前的判例中也基本是通过证监会或地方证监局对发行人作出警示函、行政处罚决定书、纪律处分决定等予以认定。因此，投资人可以通过自己的调查并向证监会举报的方式为证监会提供线索，要求证监会进行立案调查并做出处理。如果证监会对发行人存在欺诈发行做出了认定，在诉讼中将成为投资人最有力的索赔武器。

在此为读者提供一些实务建议。调查发行人欺诈发行的线索，重点就是关注债券募集说明书中是否有与事实情况不符的地方。具体来说可以从以下几方面入手：1. 发行人基本情况（包括历史沿革、重大变化、股东及实控人、对外投资、董监高等）是否与工商公示信息一致；2. 发行人披露的未决诉讼、仲裁情况是否与裁判文书网、执行信息网公示的一致；3. 发行人披露的资产抵押、质押是否与相关网站公示的一致；4. 发行人为上市公司或其关联方的，与上市公司相关公告交叉核证相关信息是否一致；5. 涉及担保的，披露的担保人信息是否与公示信息一致。当然，根据发行人披露的信息不同，还可以从很多其他渠道进行核查。这一过程相对比较专业，投资人可以聘请专业人士开展相关工作。

### （三）共维权

债券投资人，特别是非机构投资者，在维权时面对发行人以及其他专业机构难免显得势单力薄，尤其在债券存续期间一些涉及投资人权益保护的事项需要以债券持有人会议决议的方式作出，而债券持有人会议的提案、表决等权利一般都是根据债券未偿还份额的多少决定，一般投资人持有的份额基本上是没有话语权的。所以，除非自



身掌握特别给力的资源或线索，能够独立的维护自身权益，否则还是建议投资人与其他债券投资人联合起来，合力维权。

## 结语

随着刚性兑付的打破，我国债券市场的发展逐渐进入了成熟的阶段。成熟的债券市场中，债券违约必然成为常态。面对债券违约的常态化，国家也在逐步建立规范化、

市场化的债券风险化解机制，2020年7月最高人民法院印发的《全国法院审理债券纠纷案件座谈会纪要》就对债券违约处置过程进行了明确和规范，开启了债券违约处置的新篇章。投资人面对债券违约也无须怨天尤人，在现有规则框架下，积极联络其他投资人，与受托管理人开展沟通，召开持有人会议，要求各中介机构披露材料，向监管机构举报力争启动调查，建立维权行动时间表，理性开展维权工作即可。其中一些工作专业性程度较高，投资人可以联合聘请专业人士开展相关工作。



# 企业建立反性骚扰合规体系的法律和实务

■ 金凤华 / 文

就2021年8月7日阿里女员工举报遭性侵害一事，8月9日阿里公司宣布接下来将在几个方面反思和行动，其中包括1、开展对于包括性骚扰在内的员工权益保护的培训和调查，开通专门举报通道。2、对性骚扰零容忍，由外部专家和员工代表共同制定《反性骚扰行动准则》。

上述1和2即建立反性骚扰合规体系，那么企业如何建立反性骚扰合规体系呢？下面从法律和实务方面进行一个探讨。

## 一、企业建立反性骚扰合规体系的法律规定

《民法典》第一千零一十条对于性骚扰进行了规定：“违背他人意愿，以言语、文字、图像、肢体行为等方式对他人实施性骚扰的，受害人有权依法请求行为人承担民事责任。机关、企业、学校等单位应当采取合理的预防、受理投诉、调查处置等措施，防止和制止利用职权、从属关系等实施性骚扰。”需要指出，《民法典》所述的性骚扰对象不仅限于女性。

《女职工劳动保护特别规定》第十一条在劳动场所，用人单位应当预防和制止对女职工的性骚扰。

《中华人民共和国妇女权益保障法》第四十条禁止对妇女实施性骚扰。受害妇女有权向单位和有关机关投诉。

北京市实施《中华人民共和国妇女权益保障法》办法第三十三条禁止违背妇女意志，以具有性内容或者与性有关的语言、文字、图像、电子信息、肢体行为等形式对妇女实施性骚扰。遭受性骚扰的妇女，可以向本人所在单位、行为人所在单位、本市各级妇女联合会和有关机关投诉，也可以直接向人民法院起诉。所在单位、本市各级妇女联合会和有关机关接到投诉后，应当采取对被投诉人批

## 金凤华律师简介

京都律师事务所律师，  
专利代理师。2002年  
开始执业，曾为青岛啤  
酒、山东东阿阿胶、青  
岛金王应用化学、一汽  
集团、韩国现代集团等  
多家知名企业、外资企  
业、民营企业、政府机  
关等提供过法律服务，  
承办诉讼以及非诉事



务，积累了丰富的执业经验。专注于竞争与反垄断法律事务、专利维权、专利申请、专利无效宣告、商标维权、著作权维权、商业秘密维权、企业知识产权顾问等各类竞争法和知识产权相关案件。

评教育、对双方进行调解或者支持投诉人起诉等措施。用人单位、公共场所经营管理单位应当根据情况采取措施，预防和制止对妇女的性骚扰。

另，2018年12月12日，最高人民法院发布了《关于增加民事案件案由的通知》，将“性骚扰责任纠纷”、“平等就业权纠纷”列为新增案由。在此之前，以性骚扰为由起诉，往往都是以人格权纠纷为由立案，更偏向于名誉权、身体权、一般人格权类，而此次修改将性骚扰放到侵权责任纠纷中，对应《侵权责任法》。

可以看出，法律法规对于性骚扰是明确说不的，也加大了对于性骚扰的司法干预力度，对性骚扰行为进行了法律



上的规定，同时明确规定了机关、企业、学校等单位防治性骚扰的义务。

所以，企业应当制定完善防治性骚扰的入职教育、培训和投诉、反馈、调查、处理等制度，对性骚扰投诉要及时坚决地处置，对涉嫌犯罪的要及时坚决地报警，建立健全防治性骚扰内控机制，形成规范良好的企业文化和制度。

## 二、职场性骚扰概念

虽然对于性骚扰有一个法律规定，但对于职场性骚扰的概念还是在全国妇联和全国总工会的指导手册中规定的。

根据全国妇联发布的《防治职场性骚扰指导手册》，职场性骚扰，是指发生在工作场所的，以动作、语言、文字、图片、电子信息等方式实施的，与性有关的、违背员工意愿的行为。具体而言，构成职场性骚扰主要包含以下三个条件：

- (1) 骚扰者实施了与性有关的行为；
- (2) 骚扰者是在职场上利用职权或职务之便实施的；
- (3) 违背受害员工的意愿。

职场性骚扰的当事人指的在职场实施性骚扰行为的是骚扰者，被骚扰的是受害人。职场性骚扰可能发生在：

- (1) 老板与员工之间。
- (2) 领导与下属之间。
- (3) 同事之间。
- (4) 顾客、客户与员工之间。

职场是指员工因工作要求而需要在工作场所，并在雇主直接或间接管理之下的一切地点，包括日常办公场所和其它与履行职责有关的场所。

同时，根据全国总工会编制的《消除工作场所性骚扰指导手册》，职场性骚扰是职场暴力的一种主要表现形式，是指侵犯他人尊严的，具有冒犯性和令人不悦的与性有关的行为或其他基于性的行为、语音、图片、文字等。

职场性骚扰通常以两种形式出现：一是交换型的性骚扰，指由某个掌握权力的人，比如主管，提出性方面的要求，以此作为对方获得与工作有关的机会或待遇（如录

用、晋升、加薪、培训机会、调岗、职业稳定等）的交换条件。受害者被迫接受此要求，否则可能失去这些机会或待遇；二是敌意工作环境的性骚扰，指在工作场所中，任何人以具有性意味的言辞或行为，或基于性别进行侮辱的言辞或行为，而给他人造成敌意性、胁迫性或冒犯性的工作环境。

## 三、企业反性骚扰合规体系的建立

根据以上的法律规定和指导手册的指引，企业应当尽快建立反性骚扰合规体系，从而完成法定义务，避免法律责任。

企业反性骚扰合规体系的建立包括下述几个部分：

### 1、建立反性骚扰规章制度

企业应当建立反性骚扰的规章制度，内容主要包括：

- (1) 职场性骚扰定义并在规章制度中明确禁止职场性骚扰行为；
- (2) 确定反职场性骚扰专门管理部门及其具体职责以及投诉方式；
- (3) 企业管理人员对反职场性骚扰的义务；
- (4) 企业预防性骚扰的具体措施；
- (5) 对性骚扰的投诉受理、调查取证、认定处理程序；
- (6) 对受害人实施救助。

企业在制定有关劳动纪律等直接涉及劳动者利益的规章制度时，应当经职工代表大会或者全体职工讨论，并公示或者告知劳动者。因此，企业制定规章制度时，建议与外部律师合作，确保规章制度制定和实施的合法合规。

### 2、教育培训

将反性骚扰纳入员工入职培训和管理层培训。

### 3、建立适当的工作环境

如尽量避免设置私密性过强的办公空间，如确实需要，尽量采取透明的设计。在公共空间安装监控设备，预防性骚扰的发生，且可用于保存性骚扰的证据。

#### 4、建立反性骚扰专门管理部门

反性骚扰专门管理部门的组成人员应包括企业的高层管理者，并建议更多女性成员加入。

#### 5、处理职场性骚扰程序

在调查过程中，建议聘请第三方机构，如律师所、调查机构等提供独立的第三方调查，必要时申请司法机关取证或勘验等，并应注意保密和保护个人隐私，避免二次伤害，如发现涉及刑事案件应及时尽快报案。

### 四、企业反性骚扰合规体系的免责

企业在建立反性骚扰合规体系的过程中，应做好书面或录音或监控等证据留存工作，一旦员工因涉嫌性骚扰遭遇投诉或法律诉讼等，企业能够提出相关证据证明其已采取合理预防措施，可以主张免责抗辩，以维护企业的合法权益。

2019年广州中院公布保护女职工典型案例，其中之一

为兰某与某外资公司、宏某人格权纠纷案，法院认为用人单位已建立适当的工作环境、制定必要的调查投诉制度预防和制止对女性员工的性骚扰行为，且该公司在收到投诉后，也快速采取措施予以处理，故不需要对其员工实施的性骚扰侵权行为承担连带责任。

《深圳市防治性骚扰行为指南》也规定了企业的免责，即机关、企业、学校等单位有责任采取必要的预防和处置措施，避免性骚扰的发生，如果有效采取以下措施防治性骚扰，视情况可以适当免责：（1）已经采取了合理的预防措施，如制定了防治性骚扰制度、作出了反性骚扰提示等，预防性骚扰的发生；（2）已经采取了合理处置措施，如迅速对任何性骚扰指控作出回应，采取适当的补救措施及时制止事件的恶化。

综上，企业应尽快建立反性骚扰合规体系的建设，包括建立规章制度、培训、调查等措施，这其中涉及到《民法典》、《劳动法》、《刑法》等相关法律规定，需要专业法律人士的参与，从而落实法律义务，规避法律风险，建设良好的企业文化氛围，使得企业更健康良性的发展。





# 游戏好玩，别忘了“孩儿们”的 个人信息保护

## ——未成年人沉迷数字游戏的预防和干预（二）

■ 陈宇 赵小雨 白绪玲 / 文

### 陈宇律师简介

京都律师事务所高级合伙人。深耕民商事、刑事案件十几年。运用金融与资本市场、TMT、知识产权等领域的大量法律服务经验，为企业治理结构设计、规范运营、公共关系管理及危机处置提供综合法律服务，避免企业、股东及高管承担企业经营过程中出现的民商事赔偿、行政处罚、刑事控诉等风险。



### 赵小雨简介

京都律师事务所实习律师。

### 白绪玲简介

京都律师事务所实习律师。

亿元。据估计到2024年，数字游戏市场规模约4000亿元。数字游戏繁荣的一大因素是未成年人用户数量急剧增加。据2020年4月发布的《中国互联网络发展状况统计报告》，我国19岁以下的网民已经达到了2.1亿，约占全体网民的23.2%。数字游戏产品或服务的运营者为了获得更广泛的收益和影响力，不断下探游戏用户的年龄阶层。随着未成年人成为数字游戏中不可忽视的消费群体，涉及未成年人权益保护的话题热度居高不下，其中未成年人个人信息保护，已成为社会和国家普遍关注的问题。2020年国内知名游戏平台TapTap因涉嫌泄露用户个人信息，被立案调查。无独有偶，作为全球领先的高性能游戏硬件、软件及系统品牌，雷蛇在2020年9月也被外媒曝出泄露客户个人信息，涉及到的客户数量超过10万名。尽管雷蛇官方随即发布道歉声明并表示，泄露的客户个人信息并未包含信用卡号或密码等敏感数据，但这一事件仍然不可避免地引发了公众对于雷蛇的不满和批评。

上述事件中的用户不乏未成年，而未成年个人信息若被泄露，则会引发无穷的后果，轻则因营销电话骚扰、垃圾短信和广告邮件的轰炸而导致个人生活安宁被破坏，重则被不法分子利用，未成年及其父母的财产安全和人身安全都就此沦陷失守。据福建省漳州市反诈中心所述，仅2020年5月份，就接到了14起“虚构绑架型诈骗”。在这类诈骗案件中，骗子往往利用从不法渠道获取的未成年个人信息，向其父母打电话，虚构孩子被绑架的事实，以此要挟父母支付巨额赎金。除此之外，还可能发生不法分子利用未成年个人信息诱骗其发送裸照、裸体视频，进行裸聊、做猥亵动作等侵犯未成年人身权利的犯罪行为。据《“女童保护”2018年性侵儿童案例统计及儿童防性侵教育调查报告》显示，2018年全年媒体公开报道的317起性侵未成年的案例中，网友作案39起，其中有16起是在网络聊天平台、社交视频平台中。

### 游戏用户低龄化，未成年人个人信息 泄漏的危害初露端倪

近年来，数字游戏市场规模不断扩大。2019年数字游戏市场规模达到2573亿元，到2020年末，这一市场规模达2786

为了遏制未成年人个人信息泄露事件的发生，立法机关和行政机关近年来出台了各种举措。本文就近期密集出台的未成年人个人信息保护立法与相关的行政监管情况进行了梳理，同时针对立法要求提出了企业处理未成年人个人信息时需要采取的合规措施，希望能为面向未成年人提供游戏产品或服务的运营者们提供一定的借鉴和参考，避免“踩雷”。

## 响应公众关切，行政机关 紧锣密鼓整治问题APP

屡次发生的未成年个人信息泄露事件和违法犯罪案件，引发了公众对于未成年人信息安全的担忧。为了有效维护网络空间秩序和公民的个人信息权益，从中央到地方的国家机关积极响应公众关切，接连开展专项整治行动，不断对侵害用户权益的APP提出通报批评和整改要求。

2020年7月28日，工信部发布《关于开展纵深推进APP侵害用户权益专项整治行动的通知》集中整治APP服务提供者、软件工具开发包（SDK）提供者和应用分发平台等主体有关四个方面违规问题，其中重点整治APP、SDK违规处理用户个人信息的问题。

2020年9月13日，国家计算机病毒应急处理中心在“净网2020”专项行动中发现，多款游戏类移动应用违反《网络安全法》相关规定，涉嫌超范围采集个人隐私信息。被点名的游戏有14款，包括《汤姆猫跑酷》《宾果消消消》《我的安吉拉》《我的汤姆猫》《植物大战僵尸2》《开心消消乐》《和平精英》《天天飞车》《贪吃蛇大作战》《神庙逃亡2》等。

2020年7月，工信部发布第三批侵害用户权益的APP时，《倩女幽魂》的游戏助手软件《倩女手游助手》就榜上有名。2020年10月26日，工信部通报了第五批侵害用户权益的共计131款APP，西瓜输入法、看看视频、作业答案大全、良品铺子、百果园、瓜子二手车、晋江文学城等知名APP都名列其中，而这些APP几乎都存在违规收集或使用个人信息的情况。被查出问题的APP均被要求限期整改，否则将采取全面下架、停止接入以及纳入电信业务经营不良名单或失信名单等措施，依法严厉处置。

响应中央机构，各地亦积极开展专项行动，治理侵犯未成年人个人信息的不法行为。上海市公安机关近日集中开展

了“净网2020”专项行动，先后对上海市349款APP是否存在安全隐患、是否合法合规运营等问题开展了专项检查，发现部分使用APP的企业存在未履行备案义务、超范围采集公民个人信息等违规行为。具体包括未经同意擅自拍摄、录音、读取通讯录、编辑通讯录、拨打电话等行为，问题APP所属公司被处以警告的行政处罚并责令其限期改正。

针对泄露儿童个人信息等违法行为，河南网信办联合河南省公安厅、河南省通信管理局专门印发《河南省儿童个人信息网络保护专项行动方案》，重点整治违反法律法规或双方约定，以及超出目的范围或必要期限收集、储存、使用、转移、披露儿童个人信息；通过制作、发布、传播信息侵害儿童个人信息安全的各类违法行为。河南网信办将对落实儿童个人信息安全管理责任不到位，存在较大安全风险隐患的网络运营者，进行约谈，责令其整改；对问题严重或已发生安全事件的，注销网站备案、停止接入等；对组织和个人制作、发布、传播侵害儿童个人信息安全的，依法依规处置，构成犯罪的，移交公安机关立案查处。

各级行政机关紧锣密鼓开展的专项整治行动，实际上是在对包括游戏厂商在内的所有互联网企业传递一个信息，即随着公众对于个人信息安全保护意识的增强，行政机关也无法再对企业侵犯个人信息的行为“睁一只眼闭一只眼”，对于公民个人信息的保护已然成为网信办、通信管理局、公安机关执法的一个重点，对于未成年的个人信息保护更是重中之重。如今实名制已成数字游戏的必经程序，游戏产品或服务的运营者更应当确保自身在法律允许的范围内，得到用户充分授权的情况下处理个人信息，否则可能面临警告、责令整改、责令下架等行政责任，情节严重的，甚至可能要承担刑事责任。

## 奠定制度基石，立法机关步履行针， 织就法律保护网

从2016年颁布《中华人民共和国网络安全法》（以下简称“《网络安全法》”）以来，立法机关对公民个人信息保护的重视程度日益凸显，频频出台相关法律法规，并且针对未成年人提出了特别保护的基本原则和一系列具体细则，有条不紊地为未成年的个人信息织就了一张保护网。



### （一）确立未成年人个人信息特别保护原则。

2016年11月7日颁布的《网络安全法》作为网络空间治理的基础性法律，不仅确立了网络产品和服务安全、网络运行安全、关键信息基础设施安全、网络数据安全、网络信息安全等各方面的重要制度，还进一步明确了公民个人信息的处理规则。

同时，《网络安全法》首次新增了对未成年人权益特别保护的规定。《网络安全法》中特别增加了第十三条未成年人保护专款，从鼓励有利于未成年人健康成长的网络产品和服务到依法严惩危害未成年人权益的行为，最终目的是“为未成年人提供安全健康的网络环境”。

### （二）完善未成年人个人信息保护具体规则。

为落实对未成年个人信息保护的细则，我国后续出台了一系列法律法规加以明确。2019年10月1日正式施行的《儿童个人信息网络保护规定》针对中国境内通过网络收集、存储、使用、转移、披露不满十四周岁的儿童个人信息行为进行规范。

《儿童个人信息网络保护规定》作为我国首部规定儿童个人信息网络保护的专门立法，在以下五大制度的设计上体现出了对儿童个人信息进行特殊保护的观念：一、设置儿童信息保护规则、用户协议和专人负责儿童个人信息网络保护的要求；二、设置内部访问权限要求；三、设置安全评估的要求；四、规定了不得披露儿童个人信息；五、新增了删除权的特别规定。

2020年10月17日公布，并于2021年06月01日开始实施的《中华人民共和国未成年人保护法（修订版）》（下文简称“《未成年人保护法》”）增设“网络保护”专章，对网络保护的观念、网络环境管理、相关企业责任、网络信息管理、个人网络信息保护、网络沉迷防治等做出全面规范，力图实现对未成年人的线上线下全方位保护。

《未成年人保护法》对未成年人个人网络信息保护做出了详细的规定，不仅明确了网络产品和服务提供者对未成年人的提示义务和保护义务，还规定了未成年人及其父母更正、删除未成年人个人信息的权利。此外，还强调网络产品和服务提供者通过网络收集、使用、保存未成年人个人信息的，应当符合国家有关规定，且经过未成年人及其父母或者其他监护人同意。

2020年10月21日，全国人大法工委公开就《中华人民共和国个人信息保护法（草案）》（下文简称“《个人信息保护法（草案）》”）征求意见。草案健全了个人信息处理规则，完善了个人信息跨境提供规则，明确个人信息处理活动中个人的权利和处理者义务，并明确履行个人信息保护职责的部门。

### （三）明确违法处理未成年人个人信息的法律责任。

违法处理未成年人个人信息的，不仅会面临未成年人及父母提起的民事诉讼，承担侵权损害赔偿义务，还可能面临相关部门作出的责令整改、消除隐患、警告、罚款、没收违法所得、责令暂停相关业务、停业整顿、关闭网站、吊销营业执照或者吊销相关许可证等一系列行政处罚，情节严重的，甚至会被追究刑事责任。具体而言：

《儿童个人信息网络保护规定》规定，游戏产品或服务的运营者落实儿童个人信息安全管理义务不到位，导致较大安全风险或者发生安全事件的，将由网信部门依据职责进行约谈，并需及时采取措施进行整改，消除隐患。构成犯罪的，依法追究其刑事责任。

《未成年人保护法》规定，违法处理未成年人个人信息的，公安、网信、电信、新闻出版、广播电视、文化和旅游等有关部门按照职责分工责令改正，给予警告，没收违法所得，并处罚款；拒不改正或者情节严重的，并可以责令暂停相关业务、停业整顿、关闭网站、吊销营业执照或者吊销相关许可证。

《个人信息保护法（草案）》更是特别规定了法律责任专章，对于违法处理个人信息或未依法采取安全保护措施的，由相关部门责令改正，没收违法所得，给予警告；拒不改正的，并处罚款；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处罚款。情节严重的，由相关部门责令改正，没收违法所得，并处罚款，并可以责令暂停相关业务、停业整顿、通报有关主管部门吊销相关业务许可或者吊销营业执照；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处罚款。同时，违法者还会被记入信用档案，予以公示。此外，个人信息权益遭受侵害的，还可以向信息处理者提起侵权损害赔偿之诉，受害者人数众多的，检察院和相关部门还可以提起民事公益诉讼。

2020年12月30日，最高法召开发布会发布首批司法解

释。最高法院副院长贺小荣表示，个人信息被滥用问题日益严重，为了加强个人信息保护，根据民法典第1034条等规定，增加了“个人信息保护纠纷”案由，同时为了全面保护未成年人健康成长，还专门增加了“未成年人保护民事公益诉讼”案由，配合修订后《未成年人保护法》的施行。

《中华人民共和国刑法》规定，拒不履行信息网络安全管理义务罪惩罚游戏产品或服务的运营者涉嫌泄露未成年人个人信息等犯罪行为；侵犯公民个人信息罪惩罚游戏产品或服务的运营者或个人出售或提供个人信息等犯罪行为。

由上述法律法规可知，我国越来越重视公民的个人信息安全，未成年人作为弱势群体，更是应当对其着重加强保护。那么反映到数字游戏产业，势必给游戏服务提供者增加了相应的注意义务与管理责任。

## 为免不慎“踩雷”，游戏企业合规构建势在必行

为了规制侵犯未成年个人信息权益的乱象，近年来我国通过严格而频繁的行政监管行动，与初成体系并逐渐完善的法律保障制度，为未成年人的个人信息保护织就一张越来越严密的法网。而之前一路高歌猛进、一心拓展市场的游戏产品或服务的运营者若不够谨慎周全，则难免会行差踏错，踩到侵犯未成年个人信息这颗“地雷”。为了应对愈发完善的法律制度及日益严格的行政监管，游戏产品或服务的运营者必须积极采取措施，主动搭建合规制度，尽可能降低企业运营过程中的法律风险。针对未成年人的个人信息保护，我们提出了如下合规建议，希望能为游戏企业在搭建相关合规制度时提供些许参考。

### （一）处理未成年人个人信息合规措施。

在对未成年人个人信息的保护上，《未成年人保护法》及《儿童个人信息网络保护规定》将未成年人以十四周岁为节点，分为两个阶段分别进行规定，对于不满十四周岁未成年人（下文简称“儿童”）的个人信息予以更加严格和全面的保护，这也意味着企业在处理儿童个人信息时需要更加审慎周全。下面我们根据前文所述法律以及近年来行政监管的重点，分别就处理未成年人个人信息与儿童个人信息应当采取的合规措施进行简要说明。

#### 1. 处理未成年人个人信息合规措施。

企业处理未成年的个人信息时，应当遵循合法、正当、必要的基本原则。对未成年人个人信息处理的合规化需要践行至个人信息处理的各个细节。个人信息的处理包括个人信息的收集、存储、使用、加工、传输、提供、公开等。在下文中将把“使用、加工、传输、提供”这四个环节概况为“利用”。针对游戏产品或服务的运营者，在对未成年人个人信息采取合规举措的过程中尤其要注意收集、存储、利用、管理这四个环节。表一针对未成年人个人信息不同的处理环节，指出了相应的法律要求，以及违法处理的法律责任。

#### 2. 处理儿童个人信息的特殊合规措施。

未成年人群体本就处于弱势地位，其中的儿童由于年龄更小、社会阅历更浅、心智发育更不成熟，因而属于弱势中的弱势，因此法律为其设置了更加严格的保护规则，主要体现在规则设定、专岗设置、告知及授权同意、存储及管理五个方面，违法处理的法律责任与一般未成年人并无不同，在此就不赘述了。表二将针对处理儿童个人信息的特殊法律要求列明如下。

### （二）设置涉未成年人个人信息事件的安全保障措施。

根据《未成年人保护法》《儿童个人信息网络保护规定》与《个人信息保护法（草案）》的规定，企业要为未成年人的权益保护承担多方位的义务和责任，仅在前文所述的处理环节中采取合规措施并不能安枕无忧，还需要为未成年人的信息安全设置丰富的保障措施，主要体现在建立并公开投诉和举报渠道、制定未成年人个人信息安全事件应急预案等。

#### 1. 建立并公开投诉和举报渠道。

为了及时受理、处理涉及未成年人个人信息的投诉和举报，游戏产品或服务的运营者应当建立便捷、合理、有效的投诉和举报渠道，公开投诉、举报方式等信息，并履行相应的义务。

一方面，游戏产品或服务的运营者负有更正、删除未成年人个人信息的义务。根据《未成年人保护法》第七十二条规定，未成年人、父母或者其他监护人要求信息处理者更



正、删除未成年人个人信息的，游戏产品或服务的运营者应当及时采取措施予以更正、删除。若游戏产品或服务的运营者未提供有效的更正、删除个人信息及注销用户账号功能，或注销用户账号设置不合理条件，则属违法行为。

另一方面，游戏产品或服务的运营者还负有保障未成年人身心健康，制止针对未成年人实施违法犯罪行为的义务。根据《未成年人保护法》第八十条的规定，游戏产品或服务的运营者发现用户发布、传播含有危害未成年人身心健康内容的信息的，应当立即停止传输相关信息，采取删除、屏

蔽、断开链接等处置措施，保存有关记录，并向网信、公安等部门报告。游戏产品或服务的运营者发现用户利用其网络服务对未成年人实施违法犯罪行为的，应当立即停止向该用户提供网络服务，保存有关记录，并向公安机关报告。

## 2. 制定未成年人个人信息安全事件应急预案。

游戏产品或服务的运营者应当提前制定未成年人个人信息安全事件应急预案，在发生可能影响未成年人个人信息安全的事件时，主动实施应急预案，采取补救措施，立即向主管部门报告，并告知可能受影响的儿童及其监护人。

处理环节	法律依据	具体要求	法律责任
规则设定	《App违法违规收集使用个人信息行为认定方法》第一条至第三条	【明确目的、方式、范围】通过发布隐私声明或隐私政策等方式公开收集使用规则、明示收集使用个人信息的目的、方式和范围。	【民事】侵权损害赔偿 责任。 【行政】违法处理个人信息的，由相关部门责令改正，给予警告，没收违法所得，处以罚款；拒不改正或者情节严重的，可以责令暂停相关业务、停业整顿、关闭网站、吊销营业执照或者吊销相关许可证；记入信用档案，并予以公示。 【刑事】侵犯公民个人信息罪、拒不履行信息网络安全管理义务罪。
告知及授权同意	《个人信息保护法（草案）》第十三条、第十八条	【告知及本人同意】收集、使用、转移、披露未成年人个人信息的，应当征得未成年用户本人同意。	
收集	《网络安全法》第四十一条	【限于约定的目的、范围】不得违反法律、行政法规的规定和双方约定的目的、范围。	
存储	《个人信息保护法（草案）》第十八条、第二十条	【明确存储期限】个人信息处理者在处理个人信息前，应当以显著方式、清晰易懂的语言向个人告知下列事项：保存期限。 【最短存储原则】个人信息的保存期限应当为实现处理目的所必要的最短时间。法律、行政法规对个人信息的保存期限另有规定的，从其规定。	
利用	《个人信息保护法（草案）》第二十四条、第二十五条	【匿名化处理】加工、提供、使用未成年人个人信息时应对其进行匿名化处理，保护其个人隐私。	
管理	1.《个人信息保护法（草案）》第五十条、第五十四条 2.《网络安全法》第四十五条	【必要措施】1.制定内部管理制度和操作规程；2.对个人信息实行分级分类管理；3.采取相应的加密、去标识化等安全技术措施；4.合理确定个人信息处理的操作权限，并定期对从业人员进行安全教育和培训；5.制定并组织实施个人信息安全事件应急预案。 【风险评估】个人信息处理者应当对下列个人信息处理活动在事前进行风险评估，并对处理情况进行记录：1.处理敏感个人信息；2.利用个人信息进行自动化决策；3.委托处理个人信息、向第三方提供个人信息、公开个人信息；4.向境外提供个人信息。 风险评估的内容应当包括：1.个人信息的处理目的、处理方式等是否合法、正当、必要；2.对个人的影响及风险程度；3.所采取的安全保护措施是否合法、有效并与风险程度相适应。风险评估报告和处理情况记录应当至少保存三年。 【保密管理】必须对在履行职责中知悉的个人信息、隐私和商业秘密严格保密，不得泄露、出售或者非法向他人提供。	

（表一：处理未成年人个人信息合规措施）

处理环节	法律依据	具体要求
规则设定	《儿童个人信息网络保护规定》第八条	【专门规则】设置专门的儿童个人信息保护规则和用户协议
专岗设置	《儿童个人信息网络保护规定》第八条	【专人保护】指定专人负责儿童个人信息保护。
告知及授权同意	《儿童个人信息网络保护规定》第九条、第十条	【告知及监护人同意】收集、使用、转移、披露儿童个人信息的，应当以显著、清晰的方式告知儿童监护人，并应当征得儿童监护人的同意。 【拒绝选项】征求同意时，应当同时提供拒绝选项。
存储	《儿童个人信息网络保护规定》第十三条	【加密措施】应当采取加密等措施存储儿童个人信息，确保信息安全。
管理	《儿童个人信息网络保护规定》第十五条	【最小授权】对其工作人员应当以最小授权为原则，严格设定信息访问权限，控制儿童个人信息知悉范围。 【审批记录】工作人员访问儿童个人信息的，应当经过儿童个人信息保护负责人或者其授权的管理人员审批，记录访问情况，并采取技术措施，避免违法复制、下载儿童个人信息。

(表二：处理儿童个人信息的特殊合规措施)

## 结语

结合《儿童个人信息网络保护规定》第二十一条与《个人信息保护法（草案）》第五十条的规定，游戏产品或服务的运营者发现未成年人个人信息发生或者可能发生泄露、毁损、丢失的，应当立即启动应急预案，采取补救措施；造成或者可能造成严重后果的，应当立即向有关主管部门报告，并将事件相关情况以邮件、信函、电话、推送通知等方式告知受影响的未成年人及其监护人，难以逐一告知的，应当采取合理、有效的方式发布相关警示信息。

随着未成年人游戏用户规模的扩大与年龄阶层的下沉，游戏从业者在为未成年人提供网络服务的同时，也应更注重未成年人个人信息的保护。我国立法对未成年人的保护越来越全面和深入，执法检查越发严格和频繁，游戏产品或服务的运营者也应顺应时代的发展和国家机关的要求，及时调整隐私保护规则，并完善内部管理制度和安全保障措施，努力避开国家机关为未成年人个人信息保护设置的重重“地雷”，走上合规经营之路。

为了规制侵犯未成年个人信息权益的乱象，近年来我国通过严格而频繁的行政监管行动，与初成体系并逐渐完善的法律保障制度，为未成年人的个人信息保护织就一张越来越严密的法网。



# 生产、销售有毒有害食品罪 相关概念的司法认定

■ 贾志恒 张可欣 / 文

刚刚出狱的郭美美可能又要“进去”了。公诉机关指控被告人郭美美自2021年1月起，在明知上家所销售的减肥糖可能非法添加西布曲明的情况下，仍各自以每盒699元等单价对外销售。至案发，被告人郭美美销售减肥糖100余盒，收款人民币7万余元。8月13日，上海铁路运输法院对被告人郭美美销售有毒、有害减肥糖一案进行公开开庭审理，择期宣判。西布曲明是一种作用于中枢神经系统抑制食欲的药物，虽有一定减肥功效，但可能引起高血压、心率加快等副作用，严重时可致人死亡。它的减肥机制是抑制食欲，你不想吃了，同时还加大了你的消耗。两者结合，就降低了人的体重。西布曲明的风险大于收益，服用它可能会带来心脑血管还有中枢神经系统不可逆的损伤，还可能导致中风甚至死亡。我国早在2010年就已经宣布停止国内生产、销售和使用西布曲明制剂和原料药。但仍有一些不良商家为了利益，在减肥类食品中非法添加。

公诉机关认为，被告人郭美美、汪邹雅的行为均已构成销售有毒、有害食品罪。根据《中华人民共和国刑法》第一百四十四条：“在生产、销售的食品中掺入有毒、有害的非食品原料的，或者销售明知掺有有毒、有害的非食品原料的食品的，处五年以下有期徒刑，并处罚金；对人体健康造成严重危害或者有其他严重情节的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；致人死亡或者有其他特别严重情节的，依照本法第一百四十一条的规定处罚。”

那么生产、销售有毒、有害食品罪中的“食品”“非食品原料”“有毒、有害”以及“明知”在司法认定上是怎样的呢？

## 此罪中“食品”的司法认定

生产、销售有毒、有害食品罪中，“食品”是该罪名

### 贾志恒律师简介

执业十五年来办理了大量诉讼和非诉讼业务。担任多家公司和医疗（美容）机构的法律顾问，协助这些企业处理常规业务审核、经营风险防范、争议解决等法律问题。多年的诉讼工作经历，在合同纠纷、医疗纠纷等民商事诉讼和仲裁领域积累了丰富的办案经验和诉讼技巧。



### 张可欣简介

京都律师事务所实习律师。

存立的基础性要素，然而“食品”的外延却很容易被人忽略或简单化理解。何谓“食品”？从通俗层面来看，食品“不仅包括经过加工制作的能够直接食用的各种食物，还包括未经加工制作的原料，囊括了农田到餐桌的整个食物链中的食品”；<sup>[1]</sup>从规范层面来看，《食品安全法》第一百五十条：食品，指各种供人食用或者饮用的成品和原料以及按照传统既是食品又是中药材的物品，但是不包括以治疗为目的的物品。表面上看，无论是观念中的“食品”，还是实法律上的“食品”，其内涵与外延似乎均清晰明了，不存在什么争

议，然而由于《食品安全法》与《刑法》属性不同，二者涉及行政犯与刑事犯归属的问题，因而有必要明确刑事与行政内容上关于“食品”的内涵与外延。

以刑法的视角来看，《食品安全法》中的食品定义只是一种狭义的界定，其所指向的对象是一种应然的食物；生产、销售有毒、有害食品罪中的“食品”应当是一种广义的界定，其所指向的对象应当是一种实然的食物，其外延应当大于《食品安全法》中“食品”的外延。换言之，《食品安全法》中的“食品”系基于食物的最本质功能“可食用”而定义；而生产、销售有毒、有害食品罪中的“食品”不仅包括可食用的，也包括一部分根本就不能食用而仅仅只是挂着可食用之名的所谓的“食品”。之所以会有这种区别，是由刑法的根本特性所决定的。

### 此罪中“非食品原料” 的司法认定

根据《最高人民法院、最高人民检察院关于办理危害食品安全刑事案件适用法律若干问题的解释》第二十条：下列物质应当认定为“有毒、有害的非食品原料”：（一）法律、法规禁止在食品生产经营活动中添加、使用的物质；（二）国务院有关部门公布的《食品中可能违法添加的非食用物质名单》《保健食品中可能非法添加的物质名单》上的物质；（三）国务院有关部门公告禁止使用的农药、兽药以及其他有毒、有害物质；（四）其他危害人体健康的物质。第二十一条：“足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病的”“有毒、有害非食品原料”难以确定的，司法机关可以根据检验报告并结合专家意见等相关材料进行认定。必要时，人民法院可以依法通知有关专家出庭作出说明。

生产、销售有毒、有害食品罪的成立要求所掺之物必须为有毒有害的非食品原料，那么认定此罪首先需要界定何为“非食品原料”。现在普遍认为，“非食品原料”从字面上有两种理解：第一，指不是以食品作为材质的原料；第二，指不能作为食品原料的物质。当前对于某些特定物质是否属于食品原料存在一定的争议，其中争议最大的是食品添加剂。对于食品添加剂，有人认为属于食品原料，有人则认为属于非食品原料。由于不同的结论直接关系到行为人掺入食品添加剂的行为成立犯罪与否，因而对于食品添加剂性质的

界定应当形成共识。

有人建立在上述对“非食品原料”第一种理解的基础上，从食品材质本身来看，认为食品添加剂属于非食品原料。因为食品原料指粮食、油料、肉类、蛋类、糖类、薯类、蔬菜类、水果、水产品、饮品、奶类等可以制造食品的基础原料。食品添加剂是食品制造领域经常使用的一种非食品原料。<sup>[2]</sup>而食品添加剂本身不具备食品原料可充饥、有营养的基本功效，只是出于延长保质期、改善食物的感官性状以及保持或改善营养价值等“技术需要”才添加于食品原料之中的，所以归属于非食品原料之列。<sup>[3]</sup>还有人建立在上述对“非食品原料”第二种理解的基础上，认为非食品原料是指卫生部发布的《食品添加剂使用卫生标准》所列的品种以外的工业原料，<sup>[4]</sup>也就是说食品添加剂属于我国允许使用的食品原料。

笔者认为，学界对食品添加剂是否属于非食品原料（或食品原料）的理解所产生的分歧的根结并不在于对“非食品原料”字面理解的差异，而是对“食品添加剂”本质属性理解的不全面所造成的。因为对一些概念的理解往往并不能局限于某一个维度，否则就不能对这些概念的实质内涵做出确定性的界定。对于食品添加剂来说，我国《食品添加剂使用卫生标准》规定了食品添加剂的使用原则、食品中允许使用的添加剂品种，并详细规定了使用范围、使用量，也就是说，要成为食品添加剂并不是其品种这一个维度所决定的，起码还需要使用范围、使用量这些维度同时具备。因为某种物质超出使用范围或使用量，就可能变成有毒害的物质，这既可能是该物质本身具有了毒害性，也可能是该物质进行化学反应变为其他有毒害的物质。

### 此罪中“有毒、有害”的司法认定

有人认为，“所谓有毒的物质，是指进入人体后能与人体内的一些物质发生化学变化，从而对人体的组织和生理机能造成破坏的物质。所谓有害的物质，是指被摄入人体后对人体的组织、机能会产生一定副作用的物质。通俗地理解，二者之间是包容与被包容的关系，有毒包含在有害的范畴之内，有毒之物必然有害，反之，有害之物未必一定有毒。”于是，“单位物质内所含之毒性与害性对人体健康造成的危害程度必然有所不同，同理，对人体健康造成等量程度危害



所需物质所含毒性与害性的量也必然不同。”所以，立法上将二者并举且配置相同的法定刑不具有合理性，建议将“有害”一词从该条中删除。

对于上述观点，笔者认为值得商榷。第一，“有毒”与“有害”并不是包容关系。比如在中医中，毒蛇、毒蝎等许多“有毒”物质能制成中药，成为治病良药，这种以毒攻毒的人类智慧积淀能说它是“有害”吗？之所以如此，是因为“有毒”是从物质本身的特性来理解的，而“有害”是从物质所造成的结果来理解的，它们二者表达意义的角度和侧重点并不相同。若真是要比较二者的关系，“有毒”与“有害”也应该是一种交集的关系，即有些有毒的未必是有害的，有些有害的未必是有毒的，有些既是有毒的又是有害的。第二，立法上将“有毒”与“有害”并举，一是为了突出“有毒”，二是为了表明“有毒”是能够带来危害的“毒”。因为在人们生活中一般的确会将“有毒”与“有害”普遍理解为上述的包含关系，而法律不能脱离现实生活，于是顺其自然的理解是，在所有造成有害的情形中，毒性是最严重的害性，理应引起我们更多地关注。同时，进一步表明“有毒”是能够造成危害的“毒”，从而排除类似于中医中生产、销售“毒药”之行为的禁止性。所以，“有毒”与“有害”在立法上并列设置是非常科学的。

在对生产、销售有毒、有害食品罪的分析中，基本要求是行为人生产、销售的食物中掺入的是有毒、有害的非食品原料。那么，如何认定有毒、有害？对此，目前主要有以下几种观点：第一种观点认为，以行为人的主观标准来认定。第二种观点认为，以社会公众的一般标准来认定。第三种观点认为，以鉴定结论的客观标准来认定。第四种观点认为，以客观标准为主、主观标准为辅来认定。具体而言，“如果鉴定结论证实有毒、有害，当然可以构成犯罪，如果鉴定结论证实无毒害，也未必一定不构成犯罪。在行为人已知或放任有毒、有害的情况下，以客观标准认定，在行为人确知有毒、有害但事实上却无毒、无害的情况下，以主观标准认定，均构成犯罪。”笔者认为，在有毒、有害的认定中，无论是主观还是客观抑或兼顾二者的标准，都不能仅仅以物质的毒性这一个要素来认定，因为食品是否具有有毒、有害，有时与食品的生产、制作、食用方法以及特定人的体质因素等都息息相关。比如河豚，制作适当就是肉嫩鲜美的菜肴，制作不当就成为毒性极高的有毒物质；比如亚硝酸盐，使用

适量就是肉类制品的发色剂，使用过量就成为一种有毒的致癌物质。这也正如上文所说的，物质本身具有毒性的未必具有害性，物质本身不具有毒性的也未必不具有害性。

具体到生产、销售有毒、有害食品罪中的“有毒、有害”的认定，就是要求有毒且有害，并不包括无毒有害、无毒无害和有毒无害等情形。而对于有毒的认定，由于其表达的就是物质本身的毒性，指的是一种客观现实，对于这种客观现实的表述只能通过科技手段才能达到司法实践中所需要的可操作性，也即只能通过鉴定结论的标准来认定，因为行为人和社会公众对这种客观现实的认识也是来源于科技的认定。至于对有害的认定，由于其表达的是物质所造成的结果，所以在对有害的认定中应当以食品造成或可能造成的危害结果来进行。对于已经造成了危害结果这种客观事实，所需解决的就是其中食品与危害结果之间的因果关系，在科技含量较高的食品安全领域，这就需要科技支持。对于可能造成危害结果的这种情形，同样更需要科技来进行解决。也就是说“有毒、有害”的认定只能以鉴定结论作为标准。

## 此罪中“明知”的司法认定

在认定生产、销售有毒、有害食品罪的主观方面时，必须把握住“明知”的要件。刑法中虽然只对销售行为规定了对产品中掺入有毒、有害的非食品原料有明知，但笔者认为，这不是说生产行为就不需要有明知，刑法只是对销售行为中的主观认识作特别强调，而认为生产行为中对掺入的是足以严重危害人体健康、生命的非食品原料有明知无需作特别规定。对于“明知”的理解，刑法理论有“狭义说”和“广义说”的争论。“广义说”如今已经得到最高司法机关肯定，并在许多司法解释中采用了此标准，即明知是指“知道或者应当知道”。“知道”就是对将要发生的事实及其危害性已知晓明白；“应当知道”是指根据行为人的年龄、经历、学识、职业、职责等，推定其对某些事实情况及其危害性的明白知晓。在司法实践中，判断生产、销售者是否明知，不应仅凭口供，应根据主客观相统一的原则，根据主客观条件进行综合衡量，既要考虑行为人自身的认识能力，又要考虑案件当时的具体情况，并参考社会一般人在当时能否认识等，对行为人的心理状态进行综合分析判断。

笔者认为，司法实践中判断“明知”，应当重点从以下

六个方面考察：1) 买卖双方的成交价格。如果成交价格明显低于食品的市场中间价格，行为人就可能明知是有毒、有害食品。2) 进货渠道是否正当，卖方有无正当合法手续。如果进货渠道不正当，卖方也没有合法手续，行为人就应当预见到购进的可能是有毒、有害食品。3) 买卖、交接食品的方式以及时间地点。如果动用非正常的方式方法进行交易，行为人就可能明知是有毒、有害食品而予销售。4) 行为人对食品的认识程度。如果是某些特殊食品，销售者还应当具有一定的专业鉴别认识能力，在行为人不具备对这些特殊食品的认识鉴别能力的情况下，可能无法明知是否属有毒、有害食品。若行为人具备这种认识鉴别能力，而仍然购进并予以销售的，则可以认定行为人的“明知”。5) 是否在有关部门禁止或发出安全预警的情况下继续生产、销售。如果在发生危害结果后有关部门已经予以禁止或者发出安全预警，行为人

仍然继续生产、销售，则可以认定行为人的“明知”。6) 根据行为人的年龄、经历、学识、职业、职务、职责、素质等方面，判断其是否明知。当然，在认定行为人对销售有毒、有害食品行为是否明知时，应当综合上述几种因素进行考虑，而不是截然割开它们的内在联系。只有通过正确认定生产者、销售者的主观心态，判断其生产、销售有毒、有害食品行为是否明知，才能正确认定行为性质，既不放纵犯罪分子，也不殃及确实不“明知”的行为人。<sup>[5]</sup>

民以食为天，食以安为先。食品问题无小事，保障安全是大事。食品安全直接关系到群众身体健康和生命安全，关系到经济社会发展大局。希望国家大力打击食品犯罪，促经济之发展、保社会之稳定、还百姓以安全！

---

#### 注释：

[1] 信春鹰主编：《中华人民共和国食品安全法释义》，法律出版社2009年版，第248页

[2] 王作富.刑法分则实务研究（上）（第三版）[M].北京：中国方正出版社,2006

[3] 孙建保.生产、销售有毒、有害食品罪司法认定解析[J].政治与法律,2012

[4] 刘明祥.假冒伪劣商品犯罪研究[M].武汉：武汉大学出版社,2000

[5] 李莹《刑法修正案（八）》中生产、销售有毒、有害食品罪法理解析》.铁道警官高等专科学校学报



# “双减意见”下，教培机构能裁员吗？能退租吗？

■ 万学伟 冯子璇 / 文

## 万学伟律师简介

京都律师事务所合伙人，曾就职于法治日报社，深耕刑事辩护业务十年，期间办理了大量的刑事诉讼案件，其中不乏重大、有影响的案件。常设中国建设工程法律论坛第十工作组成员，《施工企业及从业人员刑事法律风险防范》作者之一。北京市律师协会刑事诉讼委员会委员，多家仲裁机构仲裁员。多篇文章在《光明日报》《瞭望东方周刊》《中国律师》等媒体发表。



## 冯子璇简介

京都律师事务所实习律师。

经历了一段时间的爆发式繁荣，教培机构曾经“遍地开花”，随着中共中央办公厅、国务院办公厅《关于进一步减轻义务教育阶段学生作业负担和校外培训负担的意见》（以下简称“《双减意见》”）的出台和实施，大家又面临着前所未有的寒冬，面对“火烧眉毛”的学员挤兑、员工薪资和房租问题，我们应该如何渡过难关？想好放弃，准备转行的老板们能不能“一走了之”？想要继续在这个行业坚持的人

能不能“盲目创新”？下面就一些热点问题逐一分析：

## 发不起工资了，能否裁员？

经济性裁员是指用人单位由于经营不善等经济性原因，一次性解雇多个劳动者的情形，是用人单位单方面行使劳动合同解除权的方式之一。《双减意见》的实施属于“因劳动合同订立时所依据的客观经济情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行”的情况。用人单位实施经济性裁员，还应当符合裁减人员的数量要求——二十人以上或者裁减不足二十人但占企业职工总数百分之十以上。

如用人单位确需裁减人员，要按法定程序进行：提前三十日向工会或者全体职工说明情况，听取工会或者职工的意见后，向劳动行政部门报告裁减人员方案，与被裁减人员办理解除劳动合同手续，向被裁减人员支付经济补偿金，出具裁减人员证明书。如果未按照法定程序，一旦出现劳动纠纷，用人单位通常会因裁员程序不合法而被劳动仲裁委员会、法院认定为违法解除，增加企业的裁员成本。

用人单位除了满足上述实体、程序要求之外，还应当遵循《劳动合同法》规定的其他要求，如优先留用原则、优先招用原则、禁止裁减人员等等。

## 场地不再使用，房租如何退？

中国民办教育协会2021年8月8日发布的《中民协[2021]19号》行业意见书认为：校外培训机构外部制度环境发生了根本性的变化，对现有校外培训机构业务与前景带来战略性影响。众多校外培训机构因原来承租的办学场所与业务前景已无法匹配，需要紧急退租，并将租金用于退还学费、裁减员工补偿等。

《民法典》第五百三十三条规定：合同成立后，合同的基础条件发生了当事人在订立合同时无法预见的、不属于商业风险的重大变化，继续履行合同对于当事人一方明显不公平的，受不利影响的当事人可以与对方重新协商；在合理期限内协商不成的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构变更或者解除合同。前述房租问题可以适用该规定。

因此，在《双减意见》印发前，校外培训机构如已签订合同承租房屋，用于开展学龄前儿童线上培训或学龄前儿童线下学科类（含外语）培训、义务教育阶段学生和普通高中学生学科类培训的，可根据上述规定主张构成情势变更，并与出租方重新协商变更租金标准、租赁期限等，也可以与出租方协商提前解除房屋租赁合同。出租方不应将此视为违约，不应收取违约金，并应退还押金和所预付的部分租金。

校外培训机构与出租方在合理期限内协商不成的，校外培训机构可以请求人民法院或者仲裁机构变更或者解除房屋租赁合同。

## 经营困难，如何良性退出？

实践中很多机构一夜之间人去楼空，逃之夭夭，但其实企业完全可以直面困难，通过清算或破产程序良性退出。一方面全面清理企业债权债务，支付拖欠的员工工资和办理学员退费，承担应有的社会责任。另一方面，如果未经依法清算注销公司，股东要对公司债务承担连带责任。如果拒不履行生效裁判文书，被执行人及其法定代表人、主要负责人、影响债务履行的直接责任人员、实际控制人可能会采取限制高消费措施。清算程序有自行清算和强制清算，破产程序有和解、重整和破产清算。这里主要介绍决议解散后的自行清算程序和债务人申请启动的破产清算程序。

决议解散后的自行清算程序：召开股东会或股东大会决议解散公司，在决议作出之日起十五日内成立清算组。清算组应当自成立之日起十日内通知债权人，并于六十日内在报纸上公告。债权人向清算组申报债权，清算组登记债权。清算组清理公司财产、编制资产负债表和财产清单后，制定清算方案，并报股东会或股东大会确认。如果财产足以清偿债务，则分配财产，清算组制作清算报告，报股东会或股东大会

确认，并报送公司登记机关，申请注销公司登记。如果清算组发现公司财产不足清偿债务的，应当向法院申请宣告破产。

债务人申请启动的破产清算程序：债务人向法院提出破产清算申请，法院受理破产申请，指定管理人。管理人全面接管企业财产，组织债权申报及债权人会议。法院依法裁定宣告破产，五日内送达债务人和管理人，十日内通知已知债权人并公告。管理人拟定破产财产变价方案，提交债权人会议讨论并适时变价出售破产财产。管理人拟定破产财产分配方案，提交债权人会议讨论，经法院裁定认可后执行，法院裁定终结破产程序，报送公司登记机关申请注销公司登记。

## 坚持经营，如何防范刑事风险？

随着国家监管越来越严格，决定继续经营的企业要选择合法合规的经营模式，不要盲目转型，否则容易引发刑事风险，下面举例介绍教培行业的高发、常见犯罪：

### （一）非法吸收公众存款罪

非法吸收公众存款罪是指非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款，扰乱金融秩序的行为。成立要件包括非法性、公开性、利诱性和社会性等四个特性。实践中教育培训机构构成非法吸收公众存款罪并不鲜见，主要表现为：

1.以投资办学需要资金为名义，通过支付高额利息回报等方式，在幼儿园、小学、中学向老师、家长、亲属及社会人员筹集资金。这种方式比较直接。

2.还有一些借用合法经营形式的，该机构未经有关部门依法批准吸收资金（符合非法性特征），以“零元免费学”为诱饵，通过公共场所广告媒介、散发传单等方式进行公开宣传（符合公开性特征），吸引社会公众到办学校区（符合社会性特征），再承诺缴款后获赠学费，到期后返还本金，变相吸收资金（符合利诱性特征）。非法吸收的资金主要被实际控制人用于对外投资和违规发放贷款。

### （二）合同诈骗罪

很多机构关心“还能不能继续收费”的问题，这主要取决于有没有履行合同的能力，如果没有履行能力还继续收费，则有构成合同诈骗罪的风险。合同诈骗罪是指以非法



占有为目的，在签订、履行合同过程中，骗取对方当事人财物，数额较大的行为。

教培机构构成此罪的典型模式有：以非法占有为目的，没有实际履行能力，以部分履行合同的方法诱骗对方当事人继续签订和履行合同，骗取对方当事人财物数额较大。

举例说明：某机构在未经审批、备案情况下，招揽不具备语言教师资质的外籍人员进行外语教学，采用“买一赠一”等明显低价促销手段吸引学生家长，并隐瞒机构不具备办学资质和雇佣的外籍授课人员不具备教师资格等真相，对外销售外语培训课程。诱骗学员、家长支付预付学费后将资金用于扩张门店的租金、装修费、雇佣授课人员和销售人员的工资等日常经营。该机构办学之日起即处于亏损状态，后公司在明知其现金流不足的情况下，仍安排销售人员展开疯狂营销，直至公司资金链彻底断裂。

《双减意见》明确：各地不再审批新的面向义务教育阶段学生的学科类校外培训机构，现有学科类培训机构统一登记为非营利性机构。对原备案的线上学科类培训机构，改为审批制。对非学科类培训机构，各地要区分体育、文化艺术、科技等类别，明确相应主管部门，分类制定标准、严格

审批。依法依规严肃查处不具备相应资质条件、未经审批多址开展培训的校外培训机构。从事学科类培训的人员必须具备相应教师资格，并将教师资格信息在培训机构场所及网站显著位置公布。

机构及教师的资质是认定“是否具有合同履行能力”的重要因素，尤其在《双减意见》要求从严审批机构，规范培训服务行为的情况下，各机构更应当对此予以高度重视。

### （三）职务侵占罪

职务侵占罪是指公司、企业或者其他单位的工作人员，利用职务上的便利，将本单位财物非法占为己有，数额较大的行为。该罪主要涉及招生人员或财务人员的自然人犯罪，如：利用负责招生的职务之便私开收据、收取学生费用后不向公司上交款项或少交款项，侵吞学生课时费。这就要求机构加强内控和人员管理。

在目前严峻的形势下，企业更应加强了解国家政策和有关法律法规，有效防范民事和刑事法律风险，在重大变革中“平稳着陆”。

机构及教师的资质是认定“是否具有合同履行能力”的重要因素，尤其在《双减意见》要求从严审批机构，规范培训服务行为的情况下，各机构更应当对此予以高度重视。

# 北京证券交易所将给中国 北京带来什么？

■ 唐利君 倪燕秋 安启博 / 文

## 唐利君律师简介

京都律师事务所高级合伙人、资本市场部主管合伙人，带领团队长期致力于为客户提供优质、高效的法律服务。在执业之前，曾供职于某省会城市市政府办公厅秘书处。执业十余年专注于：①资本市场（上市公司增发、发债、并购重组、基金、信托、PE、IPO、新三板等）；②房地产；③刑事和民商事诉讼。



擅长综合运用资本市场、房地产、投融资、公司日常法律顾问、刑事和民商事诉讼等领域的大量法律服务经验，为企业股权和治理结构设计、项目交易结构设计和税收筹划、投融资、刑事合规和项目风险防控、危机紧急处置等提供综合性法律服务，帮助股东、企业及其高管合法规避企业经营、项目运营中出现的刑事控诉、行政处罚、民商事赔偿等法律风险。

2021年9月2日，国家主席习近平在2021年中国国际服务贸易交易会全球服务贸易峰会上的致辞中宣布“将继续支持中小企业创新发展，深化新三板改革，设立北京证券交易所（以下简称“北交所”），打造服务创新型中小企业主阵地”。这意味着自1990年上海证券交易所、深圳证券交易所设立后，时隔31年，中国将设立第三家全国性的证券交易所。

2021年9月3日，北京证券交易所有限责任公司已完成工商注册。注册信息显示，全国中小企业股份转让系统有限责任公司为股东，北交所法定代表人为徐明，注册资本10亿元人民币。经营范围为依法为证券集中交易提供场所和设施、组织和监督证券交易以及证券市场管理服务等业务。组成人员方面，徐明担任董事长，隋强任副董事长、经理。陈永民、张梅、周贵华、贾文勤、王宗成、王丽、李永春、李继尊等为董事；党小卉、尹舒、王云龙、三人任监事。另外，徐明还在全国中小企业股份转让系统有限责任公司任职，职务为该公司党委书记、董事长。

2021年9月5日，全国股转系统发布北京证券交易所关于上市规则、交易规则和会员管理规则公开征求意见的通知，通知显示，为规范北京证券交易所上市公司持续监管、证券交易和会员管理等行为，维护市场秩序，保护投资者合法权益，本所起草了《北京证券交易所股票上市规则（试行）》（征求意见稿）、《北京证券交易所交易规则（试行）》（征求意见稿）和《北京证券交易所会员管理规则（试行）》（征求意见稿）等业务规则（详见附件），现向社会公开征求意见。有关意见请于9月22日17点前通过电子邮件或邮寄方式反馈。

## 北交所设立，将给中国带来什么？

### 一、为促进国家科技创新这盘“大棋”服务

一个颠覆我们认知的事实是，中国科技创新的主力军是中小企业，而不是大企业。“十三五”期间，65%的发明专利和80%以上的新产品开发都是由中小企业完成的。据中国经营报调查显示，截至2020年，中小企业是我国经济的主体，占全国企业总数的95%，工业产值、实现利税



## 倪燕秋律师简介

京都律师事务所执业律师，毕业于东南大学法学院，于2012年、2015年先后获东南大学法学学士、法学硕士学位，持有注册会计师（CPA）专业阶段合格证书、剑桥商务英语资格证书。毕业后曾供职于



国家东中西区域合作示范区管委会纪检监察室，自2016年起从事律师行业，凭借扎实深厚的法学功底以及法律、财会复合专业背景，为委托人提供诉讼仲裁代理以及非诉专项法律服务，并在多家大型企业担任法律顾问。主要业务领域为：①房地产与建设工程；②资本市场（上市公司增发、发债、并购重组、基金、信托、PE、IPO、新三板等）；③民商事诉讼与仲裁。

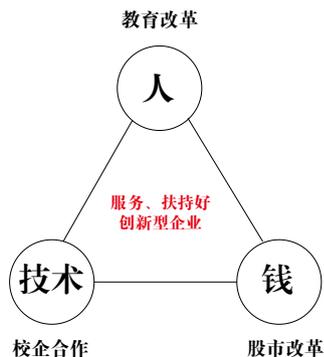
## 安启博简介

京都律师事务所律师助理。

分别占到全国的60%、40%左右，最重要的是吸纳就业人数占城镇就业人口的80%。换言之，我们每10个人中就有8个人在中小企业就职。这种情况在其他发达国家也是一样，所以“服务、扶持好创新型中小企业”这件事情特别重要！

但中小企业面临的困难也是非常具体的，“缺钱、缺人、缺技术”，所以国家每年都要发文鼓励校企合作、鼓励科研人才自主创业，这其中很重要的动作，就是发展职业高等教育，教育双减政策中一个很重要的布局就是由考大学的独木桥，转变成高等职业教育和考大学的分叉道，高等职业教育和大学平行并列，不管走哪条路都能够成才致富，通过教育改革给人才，通过校企合作给技

术，通过股市改革帮助中小企业融到钱（摘自：互联网盖伦）。



所以说，北交所的设立，是为促进科技创新这步“大棋”服务的，通过股市改革，改变过去中小企业融资难、融资贵的难题，这是国家的一步“大棋”！

## 二、为实现“共同富裕”布局

不久前召开的中央财经委员会第十次会议指出：“必须把促进全体人民共同富裕作为为人民谋幸福的着力点，不断夯实党长期执政基础”。习近平总书记在“七一”重要讲话中强调，新的征程上要“推动人的全面发展、全体人民共同富裕取得更为明显的实质性进展”。作为未来中国经济社会发展的重大命题，“共同富裕”承载着民族复兴征途上的何种夙愿与期许，烛照着我们党践行百年初心的何种考量与情怀，又将为“全人类共同价值”“人类文明新形态”的形塑提供何种中国范本、注入何种中国内涵？共同富裕，承载的是一个民族对摆脱贫困、天下大同的千年念想。

百年征程历历在目，我们党团结带领中国人民，以“为有牺牲多壮志，敢教日月换新天”的大无畏气概，书写了中华民族几千年历史上最恢宏的史诗。今天，当全球1/5的人口还在贫困线上挣扎时，14亿多人口的中国已经全面建成小康社会。千年夙愿，玉汝于成。这伟大功绩、这世间奇迹，足以彪炳千秋！共同富裕，展现的是中国共产党人对人民福祉、历史使命的不舍追求。

这种初心与情怀，一以贯之，矢志不渝。新中国成立之初，毛泽东同志就提出了我国发展富强的目标，指出“这个富，是共同的富，这个强，是共同的强，大家都有

份”。邓小平同志指出“社会主义最大的优越性就是共同富裕，这是体现社会主义本质的一个东西”。江泽民同志强调“实现共同富裕是社会主义的根本原则和本质特征，绝不能动摇”。胡锦涛同志强调“使全体人民共享改革发展的成果，使全体人民朝着共同富裕的方向稳步前进”。进入新时代，习近平总书记明确要求“坚持以人民为中心的发展思想，坚定不移走共同富裕道路”。为了逐步实现共同富裕，我们党组织开展了规模空前的脱贫攻坚战。历史将铭记这一刻：2020年，中国人彻底告别了绝对贫困。“神女应无恙，当惊世界殊”（摘自：中国新闻网-大洋网评）！

“万里长征，始于足下”，我党带领中国人民走向共同道路，需要克服取经路上的“八十一难”！

于是，所有阻碍“共同富裕”的羁绊都要一一清除。资本绑架课外培训，加大中产阶层负担，国家出台“双减”政策；房地产泡沫巨大，影响“双循环”消费，国家出台政策实现“房住不炒”；部分流量明星品行不端、伪娘风气盛行，毒害青少年价值观、人生观，国家出手整治；网络游戏盛行，俨然成为毒害中国少年的“鸦片”，国家出手治理。

凡此种种，无不体现“共同富裕”的价值诉求，包括北交所的设立，其目的在于进一步激发资本市场活力，解决创新型中小企业融资难、融资贵的问题，是国家实现“共同富裕”目标中不可或缺的一步！

### 三、改变“北方经济失落”的现状

目前国内的两个证券交易所，上交所、深交所，均在南方，而整个北方没有一个证券交易所，北京此前也只有一个新三板。在目前经济南强北弱，而且经济重心还在南移的当下，南北金融结构差距显得更大。虽然目前北京的资金总量全国第一，而且优势非常明显，但是并不能弥补南强北弱的经济局面。设立北交所，必将带动我国北方各大城市的发展，北方城市的金融实力将进一步增强，缓和南北方的经济差距，进一步优化经济结构。

根据2020年中国GDPtop10榜单，9个席位由中国南方城市占据，杭州、武汉等“新贵”更是风头无两，北方城市只有北京一个城市入围。“孔雀东南飞”的经济现象，

一方面是各地经济活力自然使然，另一方面也不能不说是政策引导使然，这无疑是中国地域失衡的真实体现，为此，领导层意图推进北京经济，改变“南北失衡”的经济发展面貌，自然是题中应有之义！

届时，环渤海、长三角与珠三角三大经济区域均拥有全国性证券交易所，将形成京、沪、深三地交易所功能互补、各具特色、各显优势的资本市场新格局。

### 四、应对美丽国的流氓手段，迎接“中概股”回家

近年来，特朗普政府曾出台《外国公司问责法案》，打压中资企业在美国上市。拜登上台后，这个政策没有改变，还出台了相关细则。按照这个细则，如果美国方面无法判断一家外国公司财务状况的真实性，就可以将其列入“美国公众公司会计监督委员会（PCAOB）黑名单”，连续三年被列入，将失去上市资格。

北交所成立对境外上市的中国企业也是一个好消息。目前在美国各交易所上市的中国公司大约有250多家，中概股未来面临退市风险的比例非常高。北交所的成立，在吸引境外上市的中国公司回流方面，将发挥重要作用，“美丽国不要，祖国要”，接收平台就是北交所。

### 五、解决中国“新三板”市场流动性不足的问题，打造中国的“纳斯达克”

自2009创业板正式开板、2013年新三板面向全国接收企业挂牌、2018年科创板宣布设立，资本市场关于其“有望成为中国的纳斯达克”的呼声从未停止过。

然而，新三板流动性不足广受诟病，科创板的科创属性刚性要求和50万元的投资者门槛缺乏市场包容度，创业板即使在注册制改革之后，仍然有着较高的门槛。在2019年出台的全面深化新三板改革文件中，调整了投资者的投资门槛要求，基础层、创新层、精选层的投资门槛，分别降低到200万元、150万元、100万元，但仍大幅高于科创板与创业板的开户要求。由于新三板投资者门槛过高，导致新三板市场流动性差，交易活跃度低。

为了解决这一问题，证监会曾尝试出台“转板”制度，即新三板的精选层企业，可以转板沪深交易所，但未落地实施。而北交所成立，意味着精选层企业无需“转



板”，即可上市。因此可以推测，今后精选层的投资门槛可能向科创板与创业板标准靠近，与此同时，还可能延续新三板参与股票交易2年以上的要求，以降低投资风险。由于投资门槛的降低，新三板企业融资难的问题或将得到缓解。

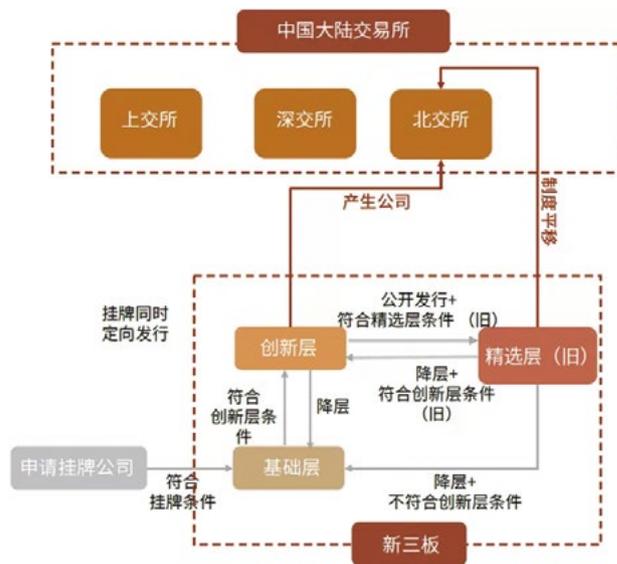
新生的北交所则给了新三板再一次向“中国版纳斯达克”冲击的机会，它有着一些已经确定的优势，比如，注册制已经在科创板和创业板的实践中逐步成熟，上市门槛相对最低，新股发行首日不设涨跌幅限制，没有行业刚性限制，盈利指标、非盈利指标均相对最低等等。同时，新三板还与纳斯达克一样拥有着一套较为成熟的分层制度，而且从做市商制度来看，北交所与纳斯达克相似度极高，若今后建立的交易机制也对标美股，那对于外资企业将具有足够的吸引力，不仅可以进一步吸引国际资本，也可以化解国内一些经济矛盾。

### 六、新三板资本市场重大变局

新三板自2013年正式运营以来，通过不断的改革探索，已发展成为资本市场服务中小企业的重要平台。2019年至2020年，新三板开启了全面深化改革的新时期，相继推出了设立精选层、建立公开发行制度、引入连续竞价和转板机制等一系列改革举措，激发了市场活力，取得了积极成效，这也为进一步深化改革、设立证券交易所打下了坚实的企业基础、市场基础和制度基础。9月2日晚间，证监会明确“以现有的新三板精选层为基础组建北京证券交易所”。



证监会表示，建设北京证券交易所的主要思路是，严格遵循《证券法》，按照分步实施、循序渐进的原则，总体平移精选层各项基础制度，坚持北京证券交易所上市公司由创新层公司产生，维持新三板基础层、创新层与北京证券交易所“层层递进”的市场结构，同步试点证券发行注册制。



### 七、彻底打通中国多层次资本市场的“任督二脉”！

在中国的资本市场中，上交所、深交所是顶层，新三板是第二层，下面是各地方性股权交易场所。由于政策的衔接性问题，上交所、深交所的门槛过高，新三板信誉不足，导致中国资本市场的“断层”——自新三板以下，其融资功能孱弱！

北交所成立后，将彻底改变这种现状：

首先，北交所挂牌的上市公司主要由新三板的创新层公司产生，但截至2021年9月2日，精选层挂牌公司数量仅66家。而目前新三板创新层挂牌公司数量达到1250家。显然，为做大北交所，后面必然对精选层进行扩容，而扩容最快速有效的办法就是下调企业晋升创新层与精选层的门槛，这会大大缩短新三板企业上市周期。

其次，北交所成立后，意味着精选层挂牌企业将不需要再进行转板沪深交易所，可以直接在北交所挂牌上市，这同时会带动现有基础层的挂牌公司争相挤入创新层，成为北交所挂牌公司的后备力量。而且目前政策层面趋向于强化多层次资本市场的互联互通，特别是打通新三板基础层、创新层与北交所之间的连接以及北交所与沪深交易所之间的连接。这会进一步缩短企业的上市周期。

## 八、大幅改善中国的“营商环境”

北交所的设立不是孤立的，应当将之放在优化营商环境和促进中小企业发展的整体政策下进行观察。营商环境是市场经济的根本，只有进一步优化营商环境，才能真正解放生产力、提高竞争力。营造市场化、法治化、国际化的营商环境，是中国进一步对外开放的重要举措，也是实现高质量发展、治理体系和治理能力现代化的内在要求。

2019年底，国务院制定出台《优化营商环境条例》，明确坚持市场化、法治化、国际化原则，以市场主体需求为导向，对标国际先进水平，为各类市场主体投资兴业营造稳定、公平、透明、可预期的良好环境。加快建立统一开放、竞争有序的现代市场体系，依法促进各类生产要素自由流动，保障各类市场主体公平参与市场竞争。近年来，我国营商环境不断优化，设立北交所，可以说是优化营商环境的一项重大制度红利。

与优化营商环境密切相关的另外一项政策是促进中小企业发展。中小企业能否健康发展，是国民经济发展的风向标和晴雨表。全面务实地解决中国中小企业所面临的问题，是当前经济政策的重要任务。2019年，中办、国办印发《关于促进中小企业健康发展的指导意见》，这是近十年来规格最高的专门支持中小企业发展的文件。此外，全国人大修订了《中华人民共和国中小企业促进法》，各地也纷纷制定出台中小企业促进条例，以大力度扶持中小企业发展，不断探索出台改革举措，针对中小企业面临的各类问题提出治理方案。北交所的设立会为中小企业带来最直接的政策利好，将进一步激发中小企业活力和发展动力。

与此同时，还应当关注的是，北交所试点注册制，这与沪深交易所实行的核准制不同。在核准制下，中介机构和证监会都需要承担实质性审查职责；而在注册制下，实质性审查职责由中介机构承担，证监会仅负责形式审核，证券发行完全市场化，大大提高了发行效率。这契合当前推进行政审批制度改革、取消精简下放许可事项的方向，但是，市场活力和规范管理并不是矛盾的，长远可持续的发展一定是规范而有序的。因此，在试点注册制的情况下，如何管控可能存在的风险，加强事中事后监管，还有

待实践的进一步探索，也需要我们持续加以关注。

总的来说，设立北京证券交易所对我国投资者与中小企业意义重大。北交所作为中国特色资本市场发展的关键一环，标志着中国特色的资本市场将向着更加市场化、法治化、国际化的方向发展。

## 北交所设立，将给北京带来什么？

上文用了大量的篇幅论述了北交所的设立，将给中国资本市场带来的变化。下面简要列举一下北交所的设立，将给北京带来的历史机遇：

### 一、北京的政治、经济、文化中心地位将会得到进一步的巩固

近年来，伴随着“非首都功能去化”，北京原作为国家政治、经济、文化中心的地位也面临动摇，其经济功能被日益弱化。

很多人去过美国，对美国政治、经济、文化中心分离的格局也大为赞赏。但仔细品味起来，对中国人来说，有我们自有的文化和历史传统，仅仅是政治中心，而经济、文化均偏弱的“首都”是不能被中国人所接受的，所以完全照搬西方政治、经济、文化中心并立的制度，不一定是符合中国人国情的“善策”！此次习总书记宣布设立北交所，无疑为北京经济活力注入强大的推动力。

### 二、北京，作为国家的“首善之区”，北方经济的龙头，将会进一步受到国家政策上的扶持

上海，自民国以来，即具备了国家经济中心的实力和职能；深圳，过去是一个普通的渔村，自1992年邓小平“南巡”高瞻远瞩画了一个圈以后，也蓬勃发展，目前跻身“北上广深”四大一线城市之列。

北京，自明清以来，六百余年的首都，其政治、经济、文化已成为中国的中心之一。此次，习总书记高屋建瓴的规划，决定设立北交所，无疑将成为助力北京经济腾飞的无穷动力。



### 三、上千家上市公司总部将设立在北京，将带来巨大的经济向上牵引力

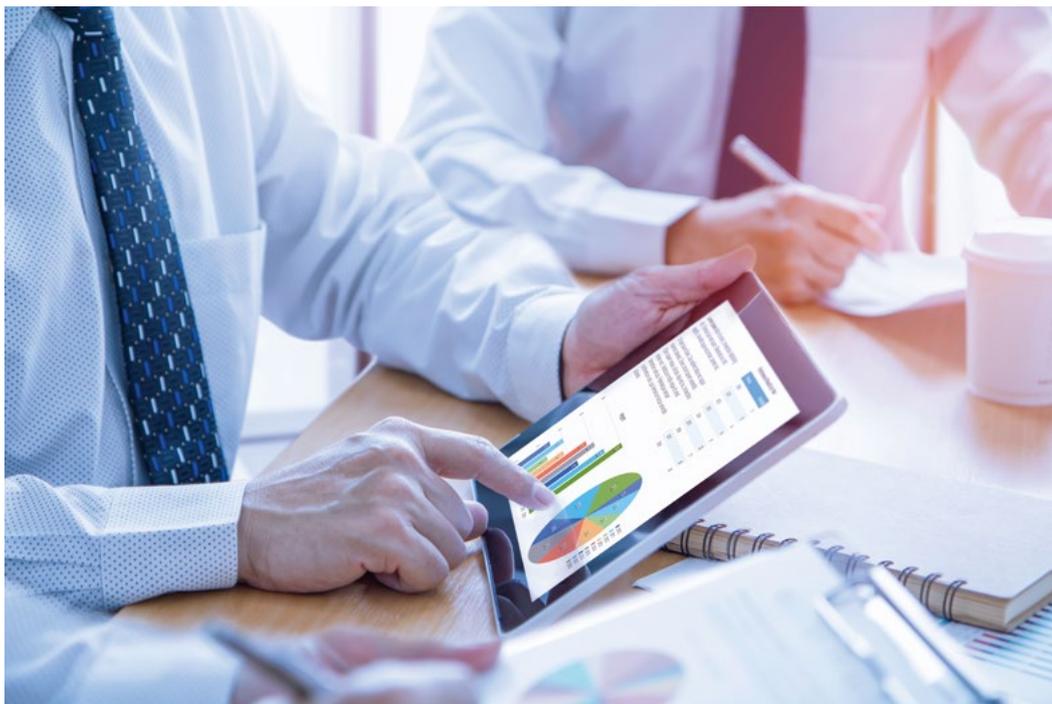
截至目前，深交所和上交所一共有2692家上市公司。其中，深圳有1660家，上海有1032家。上海、深圳经济之繁荣，与这上千家上市公司“落户”密不可分。

如今，北京新三板精选层挂牌公司数量仅66家，而新三板创新层挂牌公司数量达到1250家，加上中概股回国上市的上市公司、贯彻“可上可下”原则退市的主板、中小板上市

公司，在北交所上市的公司保守估计也将会有上千家。

如此多的上市公司“落户”北京，对北京全产业链经济的推动、促进作用，无疑将是巨大的！

综上，北交所的设立，将给中国 and 北京带来巨大的变化，是我国应对“百年未有之大变局”的重大战略部署，作为一个中国人，作为一个见证北京资本市场历史变迁的法律人，我们无疑是幸运的！在我们心中，除了期待，剩下的仍然是无限的期待……



# 从十年以上到三年以下： 一起“合同诈骗”案的无罪之辩

■ 孙广智 / 文

2020年5月份，应当事人刘某家属的委托，笔者作为刘某的辩护人，代理了一起发生在北京市某区的合同诈骗案件。

根据公诉机关的指控：“被告人刘某伙同他人于2018年至2019年间，在北京市某区某座某室XX（北京）国际拍卖有限公司，以可帮助被害人在新加坡、迪拜等地高价拍卖藏品为由，与被害人签订《委托交易服务协议》，骗取被害人Z等200余人服务费，押金等共计人民币400余万元。被告人刘某于2020年1月20日被公安机关抓获归案。”

据此，公诉机关对刘某的量刑建议为：十至十二年有期徒刑，并处罚金。

2021年8月21日，历经两度延期，三次庭审，北京市某区人民法院对该案进行了宣判。判决书显示：“经本院审理查明，被告人刘某系XX（北京）国际拍卖有限公司实际控制人，其以可帮助客户在新加坡、迪拜等地高价拍卖收藏品为由，与之签订《委托交易服务协议》，并以收取服务费等名义先后收取客户人民币400余万元，其中2018年12月份之前涉及8名客户，金额共计18.6万元。”

法院据此认为，刘某的上述行为构成合同诈骗罪并对刘某判处有期徒刑三年，罚金人民币三万元。

判决作出后，被告人刘某未提出上诉，公诉机关未提起抗诉。至此，围绕一起“合同诈骗”案件的审判宣告尘埃落定，对被告人而言，虽然罪名定性没有发生变化，但在量刑上却经历了从十年以上到三年以下的“过山车”般的体验。

有鉴于此，笔者特将案件代理中的一些经历、体会，以及对案件是非曲直的理解和判断与读者总结分享如下：

## 一、案件代理初探：不“完美”的 嫌疑人和“喜忧参半”的基本案情

在接受委托之初，案件还处于侦查阶段，嫌疑人刘某

### 孙广智律师简介

京都律师事务所合伙人，北京市犯罪学研究会理事，西北政法大学刑事辩护高级研究院研究员。工作方向主要为针对经济犯罪案件、职务犯罪案件、“涉黑”案件的刑事辩护，曾参与代理原重庆市公安局副局长文强受贿等案、葛兰素史克商业贿赂案、“E租宝”案、盘古氏投资有限公司系列案等职务犯罪、经济犯罪案件，在十余年的执业过程中积累了丰富的刑事法律服务工作经验。



已被批捕近两个月。我也因此迎来了疫情复工后的第一次会见。在看守所里，我和刘某隔着玻璃，用电话机完成了基本案情的沟通。平心而论，这次会见的氛围并不轻松，刘某年近半百，高中文化，性格略显固执，而他所陈述的案情也让我倍感“喜忧参半”。

根据刘某的介绍，其2018年来京“北漂”，在某拍卖公司实习近一个月后，结识了该行业中的一些从业人员，便认为自己可以通过帮助他人拍卖藏品赚钱，于是就成立了XX（北京）国际拍卖公司（以下简称“XX拍卖公司”）并招聘了十余名业务员。XX拍卖公司的业务模式如下：

第一步，在百度上做宣传推广，吸引有拍卖藏品意愿的藏家关注、联系XX拍卖公司；

第二步，在藏家与XX拍卖公司联系时，由业务员将藏家



作为目标客户约至公司，双方洽谈签约（《委托交易服务协议》），约定XX拍卖公司向客户收取服务费并帮助客户在新加坡、迪拜等地拍卖收藏品，如未能拍卖成功则向客户退还服务费，如拍卖成功则按比例从藏品拍卖的成交价中抽取佣金；

第三步，签约完成后，客户依约支付定额的服务费（服务费金额与藏品拟拍卖的成交价格无关）并将藏品存放于XX拍卖公司（客户也可以自行保管藏品，待拍卖会举行时携带藏品送拍）；

第四步，XX拍卖公司在新加坡、迪拜等地举办的拍卖会上履行帮助客户拍卖藏品的义务。

在此基础上，刘某又向我陈述了XX拍卖公司实际开展业务的情况及其到案经过，为便于理解，我将刘某的相关陈述以表格的形式呈现如下：

		“喜”	“忧”
1	XX拍卖公司	依法成立，取得营业执照及拍卖经营批准证书；	公司人员仅为刘某和十余名业务员，没有股东会、董事会、监事会，也没有财务和行政；
2	业务开展工作	①业务按上述四个步骤开展； ②刘某委托YY拍卖公司人员狄某有偿帮XX拍卖公司联系将客户的藏品在新加坡、迪拜等地的拍卖会上送拍； ③在已举行的拍卖会上，有客户曾亲临拍卖会现场，亦有客户藏品在拍卖会上成功拍卖；	①刘某被刑拘后，所有业务员下落不明； ②因公司管理混乱，导致公司没有财务资料，业务资料也严重缺失； ③公司内部没有留存参加拍卖会及藏品成交的记录； ④刘某不记得狄某的联系电话，也无法提供狄某的所在单位名称、地址或家庭住址； ⑤刘某无法说出哪些客户曾亲临拍卖会现场，也无法说名哪些藏品在拍卖会上成功拍卖；
3	资金去向	XX拍卖公司收取客户的服务费主要用于本公司的运营支出，包括人员工资、水电房租、业务开展（包括向狄某支付数十万费用作为狄某联系拍卖会的报酬）以及对藏品未能拍卖成功的客户退还服务等	①因XX拍卖公司没有财务，故相关支出无对应的财务帐簿及对应的凭证； ②因客户藏品成交率低，在刘某被刑拘时，公司的资金已经捉襟见肘，不足以退还全部客户的服务费（但刘某自愿将个人及家庭财产用于退还客户的服务费）。

4	案发原因	刘某12月15日因其他刑事案件被刑拘，后因证据不足未被批捕。在被刑拘期间，XX拍卖公司的客户因联系不到刘某，误以为其逃匿，遂集结报案，导致刘某在2020年1月20日被释放当日又因本案被公安机关抓获	

由此，根据刘某的介绍，其实际控制的XX拍卖公司依法成立，之后在狄某的协助下在新加坡、迪拜等地拍卖会上履行了帮助客户拍卖藏品的义务，并且客户所交的服务费也没有被刘某“中饱私囊”，而是全部用于公司运营。这么一看，刘某似乎并不存在不能履行、不愿履行涉案合同的情形，一般来讲，在这种情况下，即便刘某及XX拍卖公司与客户就合同履行产生了纠纷也应属民事纠纷，而非刑事犯罪。

然而让我担忧的是，刘某无法为其所做陈述及辩解提供有价值的证据或者证据线索，狄某的单位名称、联系方式和联系地址想不起来，哪些客户参加了拍卖会想不起来，哪些客户的藏品在拍卖会上拍卖成交还是想不起来，不仅如此，在成立XX拍卖公司之前，刘某在拍卖领域的从业经验（仅在某拍卖公司实习了1个月）着实让人不敢恭维，而其实际控制的XX拍卖公司的管理方式也过于“粗放”，与其说是一家公司，倒不如说是一支业务经理带领的业务团队。

会见结束后，我及时与刘某的家人取得联系，并简要介绍了会见情况和我的一些看法，从刘某家人的口中，我看到了一个并不“完美”的嫌疑人。

据其家人介绍，刘某系土生土长的北方人，2018年之前一直和家人在老家生活，夫妻二人常年做些小本生意，虽然谈不上大富大贵，但也算家境殷实，孩子也在前两年考上大学，原本是很幸福的三口之家。既然如此，刘某为何在年近半百之际，毅然决然的“抛家舍业”来到北京做一个高龄“北漂”呢？也许还是应了那句话，“性格决定命运”。

刘某的家人表示，虽然老家的生意做的不错，但夫妻二人的经营理念却始终存在严重的分歧，妻子主张“稳扎稳打”，而刘某却多少有些“急于求成”，二人理念上的冲突最终导致了家庭矛盾的积累和爆发，最后，为了“证明”自

己的“经商能力”，刘某决心“北漂”。

交流至此，刘某涉案行为上的诸多不合理之处（诸如公司管理混乱、贸然从事陌生的行业、无法提供有价值的证据或证据线索等等）都通过其自身的性格特点和人生经历找到了相对合理的解释。概括起来就是，一个“急于求成”的人，在急于向家人“证明”自己“能力”的情况下，贸然闯入了一个自己实际并不熟悉的“领域”，从事自己实际并不擅长的事务，在这种情况下，刘某的“北漂”之旅从一开始恐怕就注定了失败。

当然，失败的经营和合同诈骗犯罪存在本质的区别，前者是客观结果上的“力所不能及”，行为人主观上并不具有“非法占有”他人财物的犯罪目的和犯罪故意；后者则是主客观相一致的“蓄意为之”，行为人基于“非法占有”他人财物的犯罪目的，通过签订、履行合同的形式，掩盖其骗取财物的真实目的，最终将被害人的财物非法据为己有。

带着这样的理解和认识，在后续数次与刘某会见、沟通的基础上，我整理了法律意见和羁押必要性审查的申请并分别提交给公安机关和检察机关，但除了检察机关以书面形式回复（对羁押必要性审查）不予立案外，再未得到其他积极的反馈。2020年7月初，刘某涉嫌合同诈骗罪一案被公安机关移送审查起诉。

## 二、审查起诉阶段的辩护： “简单”的卷宗和“错位”的交流

案件进入审查起诉阶段后，我第一时间向检察机关递交了辩护手续并复制了案卷材料，但从我的经验来看，本案的案卷材料有些过于“简单”了，侦查卷宗共4册，除去基本的法律手续和审讯录像光盘外，真正与定罪量刑有关的证据就只剩下被告人的讯问笔录和4名客户的询问笔录了，而这样的证据体量显然无法支撑公安机关的起诉意见书所描述的案件事实（骗取110余人240余万元）。

在与承办检察官交流后，我被告知案件还会退回补充侦查，但事实上补充侦查的卷宗也只有1册，除去退补的法律手续外，该册卷宗仅收录了另外3名客户的询问笔录。由于本案只进行了一次补充侦查，因此，上述5册卷宗就是我在审查起诉阶段能看到的全部证据了。

在这5册卷宗里，没有客户向XX拍卖公司支付服务费的

凭证（银行流水或者收款收据），没有XX拍卖公司业务员的证人证言，没有反映涉案数额的鉴定意见或其他客观书证，更没有其余100余名客户的询问笔录，甚至连所谓“合同诈骗罪”中的“合同”也没有。

站在辩护人的角度来看，如果仅凭上述证据提起公诉，则相关指控势必面临指控证据明显不足的“困境”，但即便如此，在审查起诉期满后，检察机关还是就本案向法院提起公诉。对于检察机关的这种“坚持”，我也只有在向法院领取起诉书后才能尝试了解了，但这是后话，我们在后面的审判阶段再做详谈。

我们说回审查起诉阶段的辩护，如前所述，尽管案卷过于“简单”，但对辩护工作而言，反而提供了两个角度的辩护思路：

一个是从证据链上来看，过于“简单”的案卷意味着诸多关键证据的缺失，从而凸显公安机关的起诉意见存在证据明显不足的问题；

另一个则是在现有证据中，着力发掘有利于当事人的证据信息。

其中，嫌疑人刘某的讯问笔录的主要内容均是无罪辩解，相关辩解内容与我在会见他时了解的情况基本一致。虽然刘某的辩解缺乏足够的证据支持，但现有在案证据也不能排除刘某辩解中所呈现的对其有利的合理怀疑。

而其余7名客户证言笔录的主要内容则是介绍了在XX拍卖公司签约、付款的事实经过，并且均提到了因刘某失联而意识到自己被骗。如前所述，刘某系因涉嫌另一刑事案件被刑拘而失联，而非逃避履行合同义务或卷款潜逃，因此，客户所谓“被骗”的说法实际是在未了解刘某失联真正原因的情况下所形成的一种“错误认识”。由此，从现有证据来看，本案并不存在客户真正“被骗”的事实，而只存在客户以为自己“被骗”的错误认识。

理顺上述思路后，我结合在案证据及时整理并提交了审查起诉阶段的书面辩护意见，之后又与承办检察官进行了多番交流，然而遗憾的是，我的观点并未得到检察官的认同，对检察官而言，除非刘某能够提供XX拍卖公司帮助客户成功拍卖藏品的证据，否则他很难改变对案件的看法。

由此，我和检察官对案件理解的分歧在于：我所强调的是，刘某及XX拍卖公司与客户约定的是协助客户拍卖藏品，



而非承诺一定拍卖成功，因此，只要刘某实施了协助拍卖藏品的履约行为，就表明其已经履行了合同义务，至于藏品是否拍卖成功并不影响对其履约行为的认定；而检察官则认为，刘某只有提供了客户藏品成功拍卖的证据，才能证明其履行了帮助客户拍卖藏品的合同义务，否则，刘某的辩解就不能成立。

最终，我和检察官都没能说服彼此，审查起诉阶段的辩护工作只能告一段落。2020年9月30日，检察机关以刘某涉嫌犯合同诈骗罪向法院提起公诉。

### 三、审判阶段的辩护： 二次“补侦”、三次“庭审”， 控辩双方打光“最后一颗子弹”

在领取起诉书并复制了公诉机关的量刑建议后，我顺便核对了公诉机关向法院移送的卷宗，结果发现除了我在审查起诉阶段复制的5本案卷外，还增加了足足32本案卷，其中包括近二百名客户的报案材料以及这些客户向XX拍卖公司支付服务费的收据/转账记录、相关账户的银行流水、会计师事务所出具的司法会计鉴定、个别客户的询问笔录及所提交的书证等证据材料。

由此，我终于明白公诉机关为何有“底气”对本案提起公诉，但我不明白的是，为什么我在审查起诉阶段没能复制到这些证据，一时间，脑海里闪过很多想法，但在综合权衡当事人的意愿及诉讼利益之后，我还是决定将精力都放在庭审辩护的准备工作上。

新的证据意味着新的问题，而新的问题也会为辩护准备工作带来新的发现，因实际工作情况较为复杂，故在这里择要点介绍如下：

发现之一：新增卷宗中有一名L姓客户在其询问笔录中提到，其送往XX拍卖公司的藏品曾在2019年1月新加坡举办的某拍卖会上送拍，但最终流拍。为此，L姓客户还提供了其藏品在新加坡某拍卖会上图录（上载藏品信息、拍卖会名称及信息）。

据此，有证据表明，刘某及XX拍卖公司实际履行了帮助客户在新加坡等地拍卖藏品的合同义务。

发现之二：虽然新增卷宗中有大量的客户报案材料以及他们与XX拍卖公司签订的《委托交易服务协议》，但从时间

来看，在刘某因另一刑事案件被刑拘而导致失联时（2019年12月15日），绝大多数合同的履行期限均未到期。

如前所述，在刘某因另一刑事案件被刑拘而失联后，XX拍卖公司的客户误以为刘某“卷款跑路”而对其提起刑事报案，最终导致其在另一案件中虽未被批准逮捕，但却在被释放的同时又因本案被刑拘、逮捕。可见，自2019年12月10日至本案开庭审理之际，刘某始终处于被羁押状态，在人身自由已被实际剥夺的情况下，刘某显然无法再履行上述绝大多数并未到期的涉案合同。

由此，本案中绝大多数涉案合同未能履行的原因并非是刘某蓄意诈骗而不愿履行或不能履行，而是刘某因被羁押失去人身自由后客观上无法履行。

发现之三：新增卷宗中有一张光盘中收录了刘某与狄某的部分微信聊天内容，其中提到刘某曾于2019年底向狄某索要迪拜拍卖会的现场视频，后狄某陆续向刘某发布了若干视频（但因拍摄角度、光线，以及视频内人员发言使用语种等原因导致无法确定视频内容的真实性与关联性），另外，狄某的微信昵称中标注了狄某的联系电话。

此外，会计师事务所的司法鉴定显示，刘某还曾给狄某转账57万余元，该转账情况与刘某庭前供述中关于其向狄某支付费用，委托狄某为XX拍卖公司联系拍卖会从而帮助客户拍卖藏品的辩解能够相互印证。

据此，有证据表明，刘某及XX拍卖公司的确通过狄某联系拍卖会帮助客户拍卖藏品，即刘某履行了涉案合同所约定的合同义务。

发现之四：新增卷宗中有一份鉴定机构对刘某手机所做的鉴定报告，该报告显示，鉴定机构对刘某手机中数据进行提取和恢复，但该纸质报告未记载具体的数据内容，而所附光盘在我的电脑和移送光驱中又无法读取，我只能就此向合议庭进行反映，期待合议庭帮我解决这一问题。

带着上述“新发现”，在尊重被告人刘某个人意愿和选择的前提下，我在第一次庭审中为其进行了无罪辩护。庭审结束后，审判长要求公诉人安排寻找狄某并调取狄某的证人证言，并补充调取L姓客户的证言笔录，以便进一步确认该客户庭前询问笔录中提到的藏品在新加坡举办的拍卖会上拍卖的情况。为此，法院依法决定对本案延期审理一个月。

延期审理期满后，我前往法院复制了公诉机关补充侦查的证据，发现仅有L姓客户的一份询问笔录，在这份笔录中，

L姓客户表示，自己并没有亲临在新加坡举办的拍卖会现场，并不确定相关拍卖会是否真实举行，自己仅仅是听某业务员告知其藏品在新加坡上拍、流拍的情况。

很快，法院就本案组织了第二次庭审，控辩双方围绕新补充的L姓客户的证言笔录进行了举证、质证，我的观点是，L姓客户的证言并不能排除相关拍卖会真实举行以及其藏品在该拍卖会上拍、流拍的合理可能。

休庭后，审判长督促公诉人继续查找狄某并进行取证，书记员也将鉴定机构对刘某手机提取及恢复的数据从光盘中导出并交给我进行了拷贝。为进一步查明案件事实，法院依法决定再对本案延期审理一个月。

在延期审理期间，我对拷贝的光盘文件进行了梳理，发现其中存在诸多有利于被告人刘某的数据信息，择要点介绍如下：

发现之一：刘某的手机数据中有其与狄某的QQ聊天记录，该部分聊天记录显示，在2018年底至2019年底，狄某先后为XX拍卖公司联系了5至6场拍卖会，举办地点既有国内（北京、香港）的，也有境外（新加坡、迪拜）的。

发现之二：刘某手机数据中的微信朋友圈显示，多名XX拍卖公司的业务员曾发送有关藏品成交、拍卖会现场视频、拍卖会举行完毕后向公司客户介绍藏品拍卖情况及告知客户如何拷贝拍卖会视频的朋友圈。

发现之三：有两名客户发微信给刘某告知自己亲临拍卖会所在地的情况，其中一名客户给刘某发送了自己与空乘人员（均系外国人）合影的照片并告知刘某自己即将赶往迪拜参加拍卖会，期待此次拍卖会大卖；另一名客户给刘某发送了若干文字信息表示自己已抵达新加坡，准备参加新加坡举办的拍卖会，并在拍卖会结束后还给刘某发信息抱怨藏品流拍以及需要自行把藏品带回国内等内容。

综上，鉴定机构对刘某手机恢复及提取的数据表明，刘某及XX拍卖公司确实曾委托狄某联系拍卖会并在相关拍卖会上帮助客户拍卖藏品，且有客户亲临拍卖会现场，从而进一步证明拍卖会真实发生，客户藏品在拍卖会上上拍等事实。

延期审理期满后，我再度前往法院复制了公诉机关补充调取的新证据，其中有一份狄某的询问笔录，还有另外两家拍卖公司业务员被判犯合同诈骗罪的刑事判决书。经查阅，我发现这两家拍卖公司及其业务员的涉案事实与刘某及XX拍卖公司均无关联，我不是理解公诉机关为何要补充这样的

“证据”。

另外，公诉机关调取的狄某的讯问笔录在我看来也存在一些问题，在这份笔录中，狄某称其仅帮刘某联系了一次在北京举行的拍卖会，虽然狄某也提到刘某让其联系境外的拍卖会，但其称自己收取刘某支付的费用后，已将该笔钱款转交给一个台湾人并称后续事宜由该台湾人联系，其对此并不清楚。

由此，狄某的询问笔录与前述刘某手机数据所显示的QQ聊天内容存在很大的出入，两相比较，作为“原始证据”的QQ聊天记录显然具有更强的证明力。

不久，法院就本案组织了第三次庭审，狄某也作为本案的证人出庭作证。狄某到庭后，先由审判长对其进行询问。在核实身份，告知不得作伪证后，审判长询问狄某其在庭前所做询问笔录内容是否属实，是否有其他补充。狄某犹豫了一下，给出了一个类似于“应该、差不多”这样的答复。

审判长显然不认同狄某“模棱两可”的说辞，并再次重申了自己的问题，要求狄某明确其庭前所做询问笔录内容是否属实，是否有其他补充。狄某沉思了片刻后表示有补充，之后便提到其帮助刘某联系拍卖会不止国内一次，还曾帮刘某多次联系过国外举办的拍卖会，双方一共合作过五六次，但相关境外拍卖会的经办人现在已经联系不到了，刘某曾为此向其支付费用，但其已经将这些费用中的大部分都转为境外拍卖会的经办人员了。

随后，我在对狄某的法庭发问中又尝试向其确认了拍卖会的具体信息（如举办时间、地点、名称），并向其确认了其与其QQ聊天记录中的相关内容。最后，狄某表示，如其当庭陈述与庭前询问笔录存在出入，则以当庭陈述为准。

这之后，公诉人出示了另外两家拍卖公司的业务员被判犯合同诈骗罪的刑事判决书。对此，公诉人表示，因这两家公司的业务模式与本案XX拍卖公司的业务模式非常相似，故以此证明本案XX公司的业务模式也涉及合同诈骗罪。

对此，我在质证时首先质疑了这两份刑事判决书与本案的关联性，并指出这两家公司业务模式与XX拍卖公司的不同之处，最后，我表示，业务模式本身并不具有当然的违法性，是否构成合同诈骗罪并不取决于业务模式，而是要看涉案人员及单位是否实际履行了基于该业务模式所产生的合同义务，本案中，已经有相当多的证据证明，刘某实际履行了相应的合同义务，因此，该两家案外公司业务员的刑事判决



书不能成为公诉机关指控刘某犯合同诈骗罪的定案根据。

除此之外，我还将前述在光盘导出文件中发现的数据信息（刘某的QQ聊天记录、朋友圈信息及微信聊天记录）作为辩方证据向法庭进行了出示，并在法庭辩论阶段再次重申了无罪辩护的观点和意见。

至此，经过两次延期补侦、三次开庭审理，控辩双方得以充分举证、质证并发表意见，该说的都说了，该做的都做了，可以说是打光了各自的“最后一颗子弹”，休庭时，审判长表示本案将在合议庭评议后择期宣判。

如前所述，2021年8月21日，北京市某区人民法院对本案进行了公开宣判，刘某因犯合同诈骗罪被判处有期徒刑三年，罚金人民币三万元。

相比于判决结果，案件裁判的过程和理由对于我们理解、总结此类案件往往具有更为重要的意义。为此，我特将判决书中的“裁判理由”摘录如下：

“本院认为，“藏品+拍卖”领域鱼龙混杂，属于诈骗高发领域。但具体指控是否成立，仍应根据实际情况判断被告人是否具备非法占有故意，不应笼统根据某种盈利模式存在与否直接判断犯罪成立与否。认定是否构成犯罪，关键在于声称提供拍卖服务的主体是否有履行合同的真实意图，如果有履约的意图，并且实际上做出客观努力，尽管未能实现合同目的，也未必要认定具有非法占有目的。本案中，部分人员签约于2018年底前，在被告人刘某因故失联之前已过约定的履约期一段时间，在案证据显示被告人刘某并未依约履行对上述人员的上拍承诺，且之后也未通过其他方式解决潜在

争议，可认定对以相应名义收取的款项具备非法占有目的。本院据此认定2018年底前签约的8人（金额18.6万元）属于被骗。被告人刘某以非法占有为目的，在签订、履行合同过程中，骗取对方当事人财物，其行为触犯了刑法，已构成合同诈骗罪，北京市某区人民检察院指控被告人刘某犯合同诈骗罪的该部分事实清楚，证据确实、充分，罪名成立。对于辩方所提无罪意见本院不予采纳。”

“但指控涉及的大部分合同仍处于履约期内，被告人刘某因其他原因被羁押，导致众多客户认为其逃匿从而报案，对此部分本院认为从狄某证言及相应资金流向判断，能够认定被告人刘某确为履约做出一定努力，这一部分处于刑民交错之界限，仍有发展变化之可能，对于被告人刘某是否具备非法占有目的尚未达到刑事确实、充分的证明标准，不予认定。相应辩护意见酌予采纳。”

综上，法院最终采纳了我所发表的部分辩护意见，同时也对公诉机关所指控的罪名及部分事实予以确认，并在判决书中对控辩双方的观点作出了必要的回应和说理，我个人认为，本案的判决书在很大程度上较好的体现了法院作为审判机关在追求公正审理下所呈现的一种“平衡”。

判决书送达后，被告人刘某对判决结果表示接受并不再上诉。尽管我的无罪辩护没能给当事人带来无罪的结果，但我依然珍视这份来之不易的判决，毕竟，每一份刑事判决的背后都凝结了刑辩人的辛劳和汗水。

最后，希望我们每一个人和我们生活的世界会更加美好。

# 协助企业整改 推动合规不起诉

■ 李志广 张露月 / 文

## 李志广律师简介

京都律师事务所合伙人，曾就职于某警察部队，后在北京市某检察院工作多年，期间办理厅局级以上干部职务犯罪十余起，现专注于刑事犯罪辩护业务以及刑民交叉、刑行交叉业务，以职务犯罪、经济犯罪、财产犯罪等案件辩护为主，曾承办或协办一系列大案要案，以丰富的办案经验和细致认真的工作作风获得了当事人的认可和好评。



2021年8月14日，京都律师事务所李志广律师、张露月律师接受北京市某大型民营企业（以下简称“公司”）的委托，为公司法定代表人涉嫌虚开增值税专用发票提供关于企业合规整改的专项法律服务。

## 接受委托、迅速开展工作、按时提交工作成果

公司法人因涉嫌虚开增值税专用发票被北京市某公安机关立案侦查，在批捕阶段，李志广律师、张露月律师第一时间联系承办检察官沟通案情，公司同步提供内部文件，律师结合具体案情以及企业实际经营情况，提出在“保护营商环境”的政策大背景下，可启动合规整改，并

为公司出具合规整改方案。

2021年8月18日，律师与公司如期向承办检察官提交《合规整改申请书》《合规承诺书》《合规整改方案》，从公司的经营情况、未来发展、整改措施等多维度进行论证说明，申请检察机关对公司开展合规整改，以期通过合规整改对公司法人进行宽大处理。

## 合规考察制度试点推行地区

2020年3月起，最高检在上海浦东、金山、江苏张家港、山东郯城、广东深圳南山、宝安等6家基层检察院开展企业合规改革第一期试点工作。

2021年4月，最高检下发《关于开展企业合规改革试点工作方案》（以下称“方案”），正式启动第二期企业合规改革试点工作。第二期改革试点范围较第一期有所扩大，涉及北京、辽宁、上海、江苏、浙江、福建、山东、湖北、湖南、广东等10个省、直辖市，上述省级检察院可根据本地情况，自行确定1至2个设区的市级检察院及其所辖基层院作为试点单位。

《方案》要求，检察机关对涉企案件，在依法贯彻相关检察政策的同时，督促企业建立合规制度，履行合规承诺；提出企业合规建设意见和建议，包括整改方向和意见，并促进“挂案”清理工作，依法平等保护企业合法权益；对符合刑事诉讼法规定的不起诉案件，做到应听证尽听证。

## 合规考察制度的适用

2021年6月3日，最高人民检察院举办“依法督促涉案企业合规管理将严管厚爱落到实处”新闻发布会，发布企业合规改革试点典型案例。



## 张露月律师简介

京都律师事务所执业律师，具有证券从业资格、基金从业资格。自2010年开始从事律师工作，执业至今，办理了大量非诉讼和诉讼业务。现专注于经济犯罪、职务犯罪、金融犯罪类刑事案件的辩护。



案例一，张家港市L公司、张某甲等人污染环境案，通过合规整改、召开听证会，最终对公司不起诉；案例二，上海市A公司、B公司、关某某虚开增值税专用发票案，通过适用认罪认罚从宽制度，对公司判处罚金，对涉案人员判处缓刑；案例三，王某某、林某某、刘某乙对非国家工作人员行贿案，通过合规体系建设、弥补管理漏洞，推动企业合规与依法适用不起诉相结合，以陈某、刘某甲涉嫌非国家工作人员受贿罪向深圳市南山区法院提起公诉；案例四，新泰市J公司等建筑企业串通投标系列案件，通过召开听证会、合规建设，对J公司等6家企业及其负责人作不起诉处理。

通过上述典型案例，结合辽宁省人民检察院等十机关《关于建立涉罪企业合规考察制度的意见》（以下简称“意见”）及司法探索和学界观点，从具体适用的角度做如下理解：

### （一）适用主体

涉罪企业合规考察制度既适用于单位犯罪案件，也适用于企业经营者、管理者、关键技术人员等重要生产经营活动与企业生产经营相关的个人犯罪案件。

合规不起诉制度主要适用于那些犯罪嫌疑人可能被判处3年有期徒刑以下刑罚的轻微刑事案件，而那些较为严重的企业犯罪案件，则难以适用这一制度。当然，在少数检察机关的改革方案中，合规不起诉也被扩大到法定刑在3年以上10年以下的单位犯罪案件，但被施加了诸多限制性条件。<sup>[1]</sup>

### （二）适用条件

意见第六条规定，对涉罪企业适用合规考察制度的案件应当同时符合下列条件：

- 1、涉罪企业、人员系初犯、偶犯。
- 2、犯罪事实清楚，证据确实、充分。
- 3、直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法可能被判处三年以下有期徒刑、拘役、管制或单处罚金。
- 4、涉罪企业及直接负责的主管人员和其他直接责任人员对主要犯罪事实无异议，且自愿认罪认罚。

有被害人的案件适用合规考察制度，除要求具备前款所列条件外，涉罪企业须向被害人赔礼道歉、积极赔偿损失；涉嫌危害税收征管犯罪的，除要求具备前款所列条件外，涉罪企业应按照税务机关要求补足税款、滞纳金及罚款；涉嫌破坏环境资源保护的犯罪案件，除要求具备前款所列条件外，涉罪企业应按照自然资源管理部门或生态环境主管部门要求足额缴纳环境资源修复相关资金或已恢复原状。

直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法应当被判处三年以上十年以下有期徒刑的，具有自首情节或者在共同犯罪中系从犯，或者直接负责的主管人员、其他直接责任人员具有立功表现的，可以适用合规考察制度。

### （三）适用的主要罪名

合规考察制度主要适用于公司、企业等市场主体在生产经营活动中涉及的经济犯罪、职务犯罪等案件，既包括公司、企业等实施的单位犯罪案件，也包括公司、企业实际控制人、经营管理人员、关键技术人员等实施的与生产经营活动密切相关的犯罪案件。包括但不限于环境污染

罪、破坏自然资源罪、生产、销售伪劣产品罪、走私犯罪、银行保险企业犯罪、地方金融组织犯罪、税收犯罪、商业贿赂、扰乱市场秩序犯罪等。

#### （四）启动时间和启动主体

意见第八条规定，检察机关应当自企业犯罪案件移送审查起诉之日起三十日内，对案件是否适用合规考察制度进行审查，并向涉罪企业、行政监管机关征询是否适用合规考察制度的意见。

正如陈瑞华教授在《企业合规不起诉制度研究》所载，我国现行的立案管辖制度，对大多数企业涉嫌犯罪的案件负责立案侦查的国家专门机关都是公安机关。在长达数月乃至一年以上的侦查过程中，公安机关可能对涉案企业采取查封、扣押、冻结、拍卖、变现等强制性侦查措施，有时甚至对企业的财产进行了实质性处置，使得企业的生产、投资、经营甚至生存都面临困难。而在案件进入审查起诉程序以后，侦查程序对企业利益已经造成了程度不同的损害，那种“办理一个案件，搞垮一个企业”的后果已经形成。

基于努力让企业“活下来”“留得住”“经营得好”，

取得更好司法办案效果的大原则，早期介入、推动启动合规整改对企业来说等同于“救命”。因此在侦查阶段、审查起诉阶段，办案机关可以主动启动，涉案公司也可依据《方案》精神，主动与办案机关沟通、申请。

### 结语

企业合规，从根本上讲，是企业内部治理的一种形式，合规考察制度帮助企业发现公司治理漏洞、改善治理结构。企业合规考察制度的改革探索刚刚开始，亦在不断完善，合规考察制度使检察机关在涉罪企业尚未定罪的情况下，积极参与企业治理过程，实现了从追求惩罚、威慑效果向督促企业改变治理方式的重大转变，切实有效地化解企业家发展路上的“原罪”，给企业认错、纠错、改错的机会，促进企业良性发展。

京都所在企业合规业务方面进行了多维度的探索和实践，积累了大量研究成果和丰富的实务经验，京都律师在企业合规方面也收获颇丰，京都律师有能力为企业合规保驾护航！

企业合规考察制度的改革探索刚刚开始，亦在不断完善，合规考察制度使检察机关在涉罪企业尚未定罪的情况下，积极参与企业治理过程，实现了从追求惩罚、威慑效果向督促企业改变治理方式的重大转变，切实有效地化解企业家发展路上的“原罪”，给企业认错、纠错、改错的机会，促进企业良性发展。

#### 注释：

[1] 中国刑事法杂志2021年第1期：陈瑞华《企业合规不起诉制度研究》



# 专利侵权，司法保护 or 行政保护？

■ 苏文 / 文

对于专利侵权纠纷，世界上大多数国家以司法保护为主，而我国实行的是行政保护与司法保护并行的“双轨制”制度。两种保护方式相辅相成，对维护专利权人的合法权益发挥了积极作用。企业在面临专利侵权纠纷时，可以根据自身的维权目的合理选择维权方式。

## 一、大保护格局下的双轨保护现状

国家知识产权局规划发展司和知识产权发展研究中心在全国范围内对截至2019年底拥有有效专利的企业、高校、科研单位进行了问卷调查，形成了《2020年中国专利调查报告》。调查显示有10.8%的专利权人遭遇过专利侵权。



图 36 专利权人表示遭遇过专利侵权的比例 (单位: %)

专利权人在遭遇侵权后采取的维权措施中，除了自行与对方协商或发律师函警告外，主要维权手段是向法院提起诉讼和请求行政机关进行处理。

为了响应国务院全面加强知识产权保护的要求，国家知识产权局提出了构建知识产权“大保护”工作格局的构想，强调将行政执法、司法裁判、仲裁调解、行业自律等多种手段作为知识产权的保护手段。在知识产权大保护格局中，司法保护占主导地位，行政保护作为司法保护的有益补充，二者有机结合以达到全面保护权利人的目的。

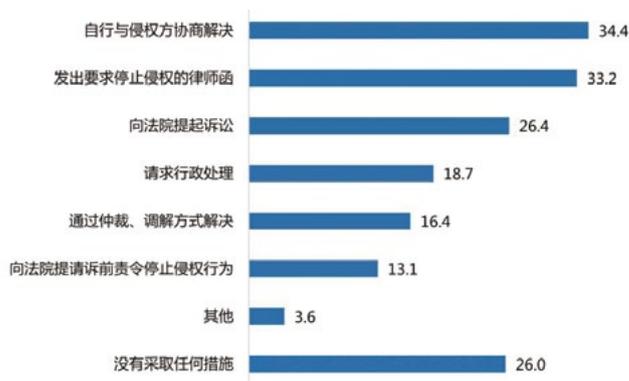


图 38 专利权人采取的维权措施情况 (单位: %)

## 二、司法保护和行政保护比较

专利行政保护与司法保护都属于公权力保护方式，其终极目标是相同的，但二者的价值目标不同。司法保护追求公平优先的价值目标，行政保护则是为了实现有序管理，追求的是效率优先，兼顾公平的价值目标。二者存在以下主要区别：

**受理机关不同：**司法保护的受理机关是法院，法院通过行使审判权的方式，对侵权行为进行处置；行政保护的受理机关是各地管理专利工作的部门如北京市知识产权局，通过管理专利工作的部门行使行政权力处理侵权行为，对侵权人进行行政制裁。

**受理的请求范围不同：**法院可对专利权人提出的停止侵权、赔偿损失等请求一并进行审理，而行政管理机关只能受理专利权人提出的停止侵权的请求，对赔偿问题只能进行调解，调解不成权利人须通过民事诉讼另行解决。

**处理人员不同：**法院处理专利纠纷案件的法官通常是法学专业背景，而专利行政管理机关的工作人员具有法律

## 苏文律师简介

京都律师事务所律师和专利代理师，法学和计算机硕士。原国家知识产权局专利审查协作北京中心电学部计算机审查室副室主任、副研究员，从2010年开始从事知识产权法律服务工作，致力于知识产权领域特别是信息技术、电学领域知识产权争议解决，成功办理了大量专利、商标、著作权、商业秘密等知识产权民事和行政案件，积累了丰富的办案经验和诉讼技巧。担任多家公司的法律顾问，帮助企业防范日常经营中的法律风险。



和技术的双重知识背景。由于专利案件的复杂性和专业性，需要专业技术人员参与才能准确把握案件事实、进行法律适用。行政机关的工作人员相比法官更具备技术优势，不过近年来法院在审理知识产权案件时引入了技术调查官制度，技术调查官为法官提供技术支持，在审判工作中发挥了重要作用。

适用程序不同：法院可应专利权人的申请对专利侵权行为采取诉前停止侵权的强制措施，法院做出侵权成立判决后，如果被告不执行判决，权利人可申请法院强制执行；行政管理机关没有采取上述强制措施的权利，如果被请求人不执行处理决定，行政管理机关只能申请人民法院强制执行。

处理结果效力不同：司法是保障社会公平正义的最后一道防线，司法审判是终端解决机制，具有终极效力，而行政保护则不具有终极效力，当事人对行政处罚不服可以提起行政诉讼，最后仍需通过司法程序来确定行政决定的效力。

效率不同：司法保护程序复杂，历时较长，专利侵权诉讼一般需要1-3年时间才能审结，外观设计和实用新型

专利技术具有很强的时效性，更新换代速度快，权利人经过漫长等待后即使赢得了诉讼，但是很可能已经失去了市场竞争优势。行政保护在一定程度上弥补了司法保护的不足，行政管理机关会在受理后3个月内做出决定，如果决定认定侵权成立并责令被请求人停止侵权行为，即使被请求人不服决定向人民法院提起行政诉讼，在诉讼期间也不停止决定的执行，这样能为权利人提供更加高效的保护。

成本不同：专利权人在发起民事诉讼立案时需要缴纳诉讼费，而行政保护是免费的，权利人在立案时无需缴纳申请费，即使不服行政机关处理决定提起行政诉讼，行政诉讼的诉讼费用也远低于民事诉讼的诉讼费用，权利人选择行政保护的维权成本较低。

## 三、行政保护和司法保护的衔接

行政保护和司法保护双轨制共同发挥着制止专利侵权、解决专利侵权纠纷的作用，两者应该是相互补充、协调运行的关系，但是，由于各自制度设计和适用法律的不同，二者是在各自的轨道和制度框架下独立运行。由于在权力衔接过程中没有相应的规范，因此行政保护和司法保护存在衔接不畅、专利行政执法效能不足等现实问题。

### 1、双轨保护制度尚未实现程序上的有效衔接

根据《专利行政执法办法》规定，权利人请求管理专利工作的部门处理专利侵权纠纷时，必须没有就该专利侵权纠纷向人民法院起诉过。这样规定的原因是因为司法保护具有终局性，因此不允许权利人先寻求司法保护再寻求行政保护，同时也避免在后的行政决定与在前的司法判决出现矛盾，损害司法权威和公信力。

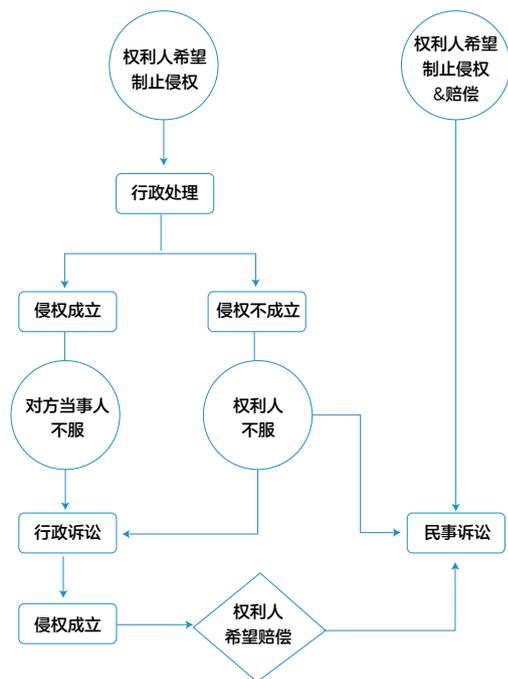
行政机关对专利侵权纠纷做出行政决定后，若当事人对决定不服，就会在当事人和行政机关之间形成双重的法律关系，即原来的民事法律关系和新增的行政法律关系。相应地，当事人可根据具体情况选择就原有的民事法律关系提起民事诉讼或就新增的行政法律关系提起行政诉讼<sup>[1]</sup>。当事人对行政处理决定不服，可以向法院提起行政诉讼，如果是专利权人不服行政处理决定，还可以向法院提出独立的民事诉讼<sup>[2]</sup>。



若当事人提起行政诉讼，则又可能经历一审、二审，较之直接提起民事诉讼可能经历的一审、二审效率并没有明显提高。

另外，如果当事人选择行政诉讼程序后获得认定侵权成立的生效判决，这时候如果权利人还希望获得侵权赔偿，那么仍需要通过民事诉讼来获得赔偿，权利人先后需要经历行政调处、行政诉讼、民事诉讼这一漫长的过程，循环诉讼势必会延长案件处理期限，使得行政保护的高效优势难以实现。

行政保护和司法保护的衔接处理程序如下图所示：



## 2、双轨保护制度尚未实现实体审理上的有效衔接

《最高人民法院关于审理专利纠纷案件适用法律问题的若干规定》第十九条规定：人民法院受理的侵犯专利权纠纷案件，已经过管理专利工作的部门作出侵权或者不侵权认定的，人民法院仍应当就当事人的诉讼请求进行全面审查。

在司法实践中，一旦法院介入行政案件，无论之前结论如何，法院仍会对当事人的诉讼请求以及行政程序及结果进行全面审理。这样容易造成二者结论不一致，使得行政资源被浪费，不利于节约社会成本。

通过整理我国关于专利侵权纠纷处理决定书的行政诉讼案例，可以看到二者在实体衔接上的问题。在北大法宝网上的类案检索中，以“专利侵权纠纷处理决定”为关键词检索，检索到161件近3年的行政诉讼案件，行政机关败诉率为20%。



在涉及行政机关决定的行政和民事诉讼中，行政机关认为侵权事实存在，人民法院认为侵权事实不存在；或者行政机关认为侵权事实不存在，人民法院认为侵权事实存在的现象普遍存在。

江苏省微生物研究所有限责任公司与福州海王福药制药有限公司专利侵权纠纷一案（（2011）辽行终字第16号），辽宁省知识产权局做出福药公司侵权的决定。福药公司不服该决定提起行政诉讼，法院认为辽宁省知识产权局在作出被诉决定的过程中没有全面充分地考虑福药公司提出的抗辩事由，也没有对福药公司是否构成专利侵权进行综合分析判断，而仅以侵权产品是在福药公司处生产和销售、福药公司未与专利权人签订书面授权许可合同为由，认定福药公司实施了侵犯专利权的行为属于认定事实不清、主要证据不足，从而撤销了被诉决定。

北京仁恒德医药科技有限公司与杭州康颂贸易有限公司专利侵权纠纷一案（（2020）浙01知民初20号），杭州市知识产权局认定被控产品缺少涉案发明专利权利要求1中的多个技术特征，因此，被控产品未落入涉案专利权的保护范围，不构成侵权。专利权人仁恒德不服行政处理决定，另行提起民事诉讼，法院认为康颂公司提出的区别点均不能成立，被诉侵权产品具备了涉案专利权利要求记载的全部技术特征，落入涉案发明专利权的保护范围，构成侵权。

此外，因行政诉讼和民事诉讼的差异性，当事人极有可能因选择路径的不同而获得完全不同的处理结果。

#### 四、结语

专利侵权纠纷的行政保护和司法保护手段各有优势，企业在维权选择时，应充分了解二者的特点和实践中存在

的衔接问题，合理利用双轨保护制度维护自身权益。建议专利技术迭代快、维权目的是快速制止侵权、清洁市场的企业选择行政保护手段，建议维权目的除了制止侵权、更希望获得赔偿的企业选择司法保护手段，这样能充分发挥双轨保护制度的作用，既能有效打击侵权行为，又能节约行政和司法资源。<sup>[1]</sup>



---

#### 注释：

[1]李永明、郑淑云、洪俊杰：《论知识产权行政执法的限制-以知识产权最新修法为背景》，载《浙江大学学报（人文社会科学版）》2013年第5期

[2]刘银良.论专利侵权纠纷行政处理的弊端:历史的选择与再选择[J].知识产权,2016(3):33-44.



# 地方不良资产证券化法律风险控制

■ 吕志轩 / 文

## 一、不良资产证券化的优劣

### （一）不良资产证券化的定义

不良资产证券化本质是一个金融工具，利用不良资产在未来可以产生的现金流，面向金融市场的投资者发行可以流通的证券，从而增强该资产的流动性。不良资产证券化借鉴了良性资产证券化的模式，二者的共性在于将可产生现金流的资产转换成在金融市场上可出售和流通的证券。鉴于不良资产的特殊性，其证券化的过程更加关注前期对资产的尽职调查过程以及证券发行过程中以及发行后的信用增级措施，从而实现证券发行者与投资者之间的利益平衡。

不良资产的妥善处理有助于防范化解金融风险，促进实体经济平稳运行，数据显示，从2017年至2020年，我国银行业不良贷款处置总额累计8.8万亿元。从银行角度看，其处置不良资产需要满足时效性、经济性和合规性的要求；从投资者角度看，其购买金融产品需要符合安全性、流动性和收益性的标准。不良资产的处置方式，传统上包括催收、法律追偿、破产清偿等，此外还可以根据不良资产的产生原因利用债转股的方式，从而最大限度提升不良资产的处置成功率。自2016年我国重启不良资产证券化以来，银行通过将不良资产转让给资产管理公司并由资产管理公司主导信托计划对不良资产进行证券化处理，或者由银行自身作为发起机构与主导方，委托信托公司进行证券化处理，无论是哪一种证券化处理方式，都提升了不良资产的处置效率，从而降低银行因不良资产的存在而负担的金融风险。为配合当年的不良资产证券化工作顺利开展，中国银行间市场交易商协会于当年4月发布了《不良贷款资产支持证券信息披露指引（试行）》，对不良贷款资产支持证券交易各个环节的信息披露提出具体的要求，核心是

## 吕志轩律师简介

京都律师事务所高级合伙人，朝阳区民民事专业研究会会员。业务领域为政府日常法律事务、刑事辩护、非法集资、私募股权基金、金融及金融衍生品、金融机构不良资产处置。公司企业日常民事法律风险控制、房地产基础设施、公司上市、并购、重组、股权转让、企业清算等综合性法律服务。



加强受托机构和发起机构的信息披露责任，帮助风险投资者准确判断该种证券具有的价值。

### （二）不良资产证券化的优势

不良资产证券化的处置方式与传统的催收、批量转让等模式相比，增强了银行所持不良债权的流动性，面向的受众是金融市场更加广泛的投资者，而不局限于资产管理公司，使得不良资产在更加广阔的范围内流动。此外，不良资产证券化有效分散和转移了风险，其化解风险的主要措施是设立特殊目的机构（SPV），该机构是证券发起人和投资者的中介机构，居于不良资产证券化交易的核心地位，归入该机构的资产所产生的现金流属于投资者，不因后期证券交易过程而列入清算资产，是风险隔离原理在不良资产证券化中的体现。

### （三）不良资产证券化的法律风险

不良资产证券化的风险表现为基础资产差异较大，从而产生产品估价的困难。之所以产生产品估价的困难，一方面是因为不良贷款分散于不同的地区，与产业周期和区域经济密切相关，另一方面与证券发行中的信息披露不完善相关，SPV和投资者需要从抵押物情况以及发行人财务报告等内容推知不良资产构成的资产池和资金使用情况，从而以合理价格受让该证券。为了完善贷款资产支持证券化的信息披露内容，中国银行间市场交易商协会曾在2019年2月发布《个人消费类贷款资产支持证券信息披露指引（2019版）》，对证券注册环节、发行环节、存续期定期披露、重大事件披露等环节的信息披露提出了具体的要求，旨在保障投资者获得充分的风险提示，尤其是不能按期兑付本息、发起机构解散或破产等重大事件发生时，使投资者对证券的支付顺序作出预估。

## 二、不良资产证券化的交易结构

不良资产证券化的交易结构关注不良资产可产生的现金流稳定性和预期收益，以及在风险背景下的投资人利益保证，因此该交易结构包括以下几个方面的内容：投资人的分层设置，现金流分配机制，流动性储备账户和信用触发事件。投资者分层通常包括二元机构，优先级和次级，优先级通过保本付息方式获取收益，次级主要获取超额收益。为保障基础资产产生的现金流的稳定性，交易结构中会设定流动性支持方案，主要用于避免优先级证券的流动性风险，从而确保按期足额兑付证券利息。在现金流分配机制方面，根据不良资产的产生原因划分为个人信用类、个人抵押类以及对公抵押类，不同种类下的不良资产规定有不同的现金流支付顺序，个人抵押类不良资产由于依赖抵押品的处置，因此回收现金流的波动性较大，对该类证券流动性的支持力度随之加大。信用触发事件是指能够改变现金流支付顺序的特定风险因素，包括发行人丧失偿债能力、参与机构在交易文件中陈述不实等，这些因素导致优先级证券的利息和本金迟延兑付。

## 三、针对不良资产证券化的风险化解

### （一）尽职调查手段的运用

为了降低不良资产证券化过程中的法律风险，应当充分利用尽职调查手段判断不良资产债务人的偿债能力，债权实现的成本和可能性，为中介机构发行不良资产证券提供可靠的评估意见。

#### 1. 信用卡消费类不良资产

对于信用卡个人消费类不良债权而言，该类债权发生笔数多、借款人员分散，进入资产池的债权难以获得全面的数据，因为抽样审查是获得该类债权风险信息的重要手段。对入池资产的调查集中在贷款的发放时间以及卡内未偿本金和利息费，银行对该类债权历史回收的数据可以预估这类债权未来的回收情况。由于该类债权无任何担保方式，因此若借款人恶意透支，存在信用卡诈骗的法律风险，尽职调查过程关注针对此类信用卡贷款的诉讼仲裁措施以及资产回收可能性。

#### 2. 个人或小微贷款类不良资产

就不良个人或小微贷款而言，尽职调查过程关注该类资产的信贷情况以及债务人现有的抵押状况。若抵押物仅办理预告登记，则无法实现设立抵押权的效果，当债务人不履行到期债务时，债权人无法获得担保物权的优先受偿。此外，若抵押物属于共有财产，未经其他共有人同意而设定的抵押具有法律瑕疵，因为没有其他共有人书面同意的相关文件。

#### 3. 对公不良资产

不良债权中占比最高的是对公不良贷款，该类债权多以房产和土地设定抵押，需要采用现场走访和逐笔业务核查相结合的模式进行尽职调查。关注的要点是借款人和担保人的还款意愿和能力，抵押物之上查封和执行的情况。若抵押财产之上存在已经查封的情况，就该财产享有的担保物权可以保证该财产继续执行。

### （二）不良资产证券化的信用评级

在完成不良资产的尽调工作后，还需要开展不良资产的信用评级，从而为不良资产证券化的估价提供可靠的依据。不良资产的信用评级首先关注法律风险，集中表现为风险隔离措施、担保物权受偿。风险隔离措施在于确保不



良资产出售给SPV，由其保障投资者对不良资产的现金流收益。担保物受偿关注不良债权的诉讼时效以及债权转移过程中担保物权的变更登记，从而提高不良债权未来现金流的稳定性。

其次，评级工作考察资产回收情况，借款人的还款意愿和还款能力，保证人提高担保的方式以及保证数额、保证期间。最后，需要对交易结构进行综合评级，判断流动性风险能否通过现金流支付顺序的变化有效降低。

#### 四、不良资产证券化的监管

不良资产证券化是资产管理公司处置不良资产的一种手段，早在2016年，银监会便发布了《中国银行业监督管理委员会办公厅关于适当调整地方资产管理公司有关政策的函》，允许省级人民政府在充分考量不良资产处置需求以及地方资产管理公司经营能力的前提下，增设至2家地方资产管理公司，并且地方资产管理公司在处置收购的不良资产时，允许对外转让给外省市的主体。2016年的这一规定无疑有利于拓展地方资产管理公司处置不良资产的方式和渠道，放缓了对地方资产管理公司经营地域和范围的监管。

在2021年银保监会发布的《地方资产管理公司监督管理暂行办法》（征求意见稿）中，地方资产管理有限公司收购处置金融及非金不良资产不能跨省被重点强调，这一规定与地方资产管理公司的设立初衷相吻合，2013年11月

彼时的银监会发布《关于地方资产管理公司开展金融企业不良资产批量收购处置业务资质认可条件等有关问题的通知》，明确了地方资产管理公司是参与本地区内金融企业不良资产的批量收购、外置业务。因此，地方资产管理公司若将收购的不良资产转往外地将存在较大的合规风险。在其他内容方面，征求意见稿没有限制分支机构的设立，但规定了金融不良业务占比不能低于25%，因此，对于地方资产管理公司而言，未来一段时间内的不良资产处置业务需逐步回归设立地方资产管理公司的初衷，坚守本地区以及金融不良资产为主的业务，在坚守定位、风险为本的基础合规开展不良资产处置业务。

#### 结语

不良资产证券化是利用预期现金流获取收益的金融工具，具有交易结构灵活、处置效率高等优势，但也应当关注不良资产估价困难以及信息披露不完善等风险。为了有效降低这些风险，需要充分利用尽职调查和信用评级等手段，从而为不良资产支持证券的投资者提供可靠的投资保障。关于地方资产管理公司处置不良资产的方式，2021年银保监会发布《地方资产管理公司监督管理暂行办法》的征求意见稿，对于坚守地区经营和金融不良资产的业务本位进行强调，因此未来地方资产管理公司在处置不良资产方面需更加注重合规经营。✎

## 集中隔离

■ 杨大民  
文

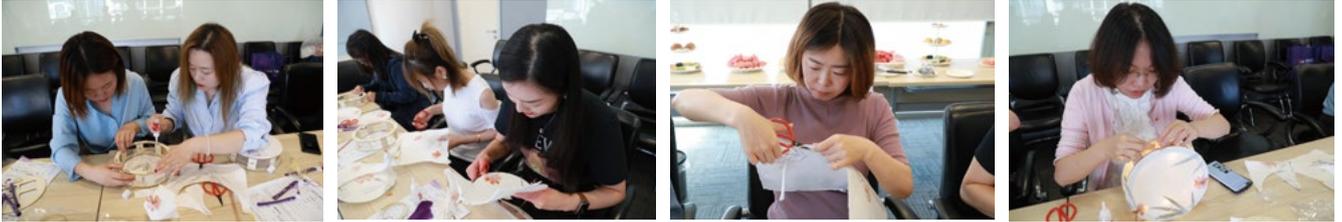
一天  
两天  
三天  
独自在房间里  
待满整整十四天  
德尔塔这个恶魔  
让我与整个人类隔离  
社会还在车水马龙  
自己陪自己  
聊一聊  
这些年的往事

没有一个十四天  
如此轻松  
无丝竹之乱耳  
无案卷之劳形  
唯一能听到的声音  
“8315  
该做核酸啦”  
为了自由  
我一次次张开嘴巴  
那根根棉签  
搅得我对健康充满  
忧 虑

2021.8.4

## 京都律师点亮花灯 喜迎中秋

2021年9月17日，为了迎接中秋节的到来，京都律师事务所为各位律师准备了一场花灯制作活动。中秋节结花灯，借由闪烁的灯光，象征着“彩龙兆祥，民富国强”。



活动指导老师为大家讲解花灯的制作过程。首先将灯的骨架准备好后，把连接用的木片依次插好，花灯的结构初步成型。

固定好骨架后，将有花纹的花草纸正面朝外，沿着灯的外围剪下来。大家按照自己的喜好将花纹留在圈内。

之后将事前准备好的灯拆开，穿过小孔，在里面交错着缠绕，保证灯的里面充满灯珠。

最后将灯的另一面粘好，挂上流苏，一盏盏精美的花灯大功告成。



京都律师事务所祝大家中秋节快乐! 🏮



《铁·雪》（摄影） 王九川律师



北京总所

地址：北京市朝阳区景华南街5号  
远洋光华国际C座22-23层  
邮编：100020  
全国免费咨询电话：400 700 3900  
办公电话：(86-10) 57096000  
传真：(86-10) 85251268  
邮箱：info@king-capital.com



深圳分所

地址：深圳市福田区民田路171号  
新华保险大厦17楼  
邮编：518048  
电话：0755-33226588  
传真：0755-33226566  
邮箱：shenzhen@king-capital.com

上海分所

地址：上海市南京西路580号  
(仲益大厦)3903A室  
邮编：200041  
电话：021-52341066 52341099  
传真：021-52341011  
邮箱：shanghai@king-capital.com

大连分所

地址：大连市沙河口区体坛路22号  
诺德大厦19层01-02室  
邮编：116021  
电话：0411-85866299  
传真：0411-84801650  
邮箱：dalian@king-capital.com

天津分所

地址：天津市河西区南京路39号  
凯德国贸C座1009室  
邮编：300200  
电话：022-58963439  
传真：022-28131519  
邮箱：tianjin@king-capital.com

南京分所

地址：南京市建邺区庐山路188号  
(新地中心)4004室  
邮编：210019  
电话：025-8523 1119  
邮箱：nanjing@king-capital.com

海口分所

地址：海口市美兰区国兴大道13号全球贸易之窗  
邮编：570000  
咨询电话：898-36388787  
办公电话：898-36389693  
邮箱：haikou@king-capital.com