



P51 以案释法 —— 破产重整、破产清算、强制清算中的企业挽救及财产管理与处置实务

P45 特稿 / 问题与出路——关于中国社会法治化进程的几点思考

P74 京都论法 / 中韩个人信息保护法比较（下）

P126 京都实务 / “主播税案”系列解读（一）主播税案频发的背景及原因剖析



健康，我们才能走得更远

杨斌

2021年岁末，朋友圈传来一个坏消息，中国广告界的旗帜性人物、著名营销策划专家和品牌管理专家，叶茂中营销策划机构创始人兼董事长叶茂中先生在上海去世，年仅54岁，我瞠目结舌，不敢相信。

叶茂中先生到朝外大街中国人寿大厦8层为京都所品牌建设出谋划策仿佛就在昨天。

我代理叶茂中先生因圣象地板广告与某导演署名权纠纷一案还历历在目。

“30岁的人60岁的肝脏，60岁的人30岁的肝脏”“孔府家酒，叫人想家”“关键时刻，怎能感冒”“旅游之前，先上马蜂窝”“赶集网，啥都有”“有问题，上知乎”“思想有多远，我们就能走多远”“地球人都知道”……他创作的这些耳熟能详的广告语永远留在广大消费者的记忆之中。

《广告人手记》《转身看策划》《创意就是权力》《冲突》……这一本本叶茂中撰写的广告策划畅销书在启蒙、影响、改变着中国广告业和中国广告人。

叶茂中的成就有目共睹，背后却是超出常人的勤奋。他曾经告诉我，从2000年开始，他几乎每个月都要购买几千元的各类书籍。疯狂阅读，学习，消化，吸收，借鉴，大脑在不停地思考、旋转；然后再实践、再总结、再创作。他说“男人就应该对自己狠一点”“在人生的某一阶段，对生命负责的态度就是玩命。”

无独有偶，还有一位“玩命”的京都老朋友——蒋勇律师，2021年6月22日也永远离开了我们，享年50岁。

蒋勇在中国政法大学大四实习时就跟随田文昌老师办案，做田老师的助手，毕业分配到最高法院当法官，后来辞职到京都所实习、做律师。之后创业，建立了天同律师事务所。蒋勇律师亦是“工作狂人”，崇尚专业，在律师服务领域坚持分享和有温度的品牌战略，连接起无数的法律人；以“无讼”为理念，在法律科技领域趟出了一条自己的路。

为了实现自己的梦想，蒋勇律师经常早出晚归，周末也不停歇，常常披星戴月。每年到全国各地做一百多场讲座，推广他的服务理念和法律科技产品，有时候一天要飞四个城



市，飞机上写稿改稿，下飞机就分享开讲。无论在内容上，还是形式上他都要追求极致追求极限。蒋勇曾经说过，人生就像拉弹簧，要尽全力地去探索极限。他倾注毕生心血打造中国最值得信赖、最受人尊重的律师事务所；他苦心极力驱动科技从而让法律更好地服务每一个人。在这两件事情上，蒋律师都探索到了极限。

蒋勇律师离世的消息引发全社会关注，去世当晚该信息就有4亿点击量登微博热搜之首。这不仅仅是大众对蒋勇律师个人的敬重，更是对中国律师职业群体的关注与尊重。

站在2021年岁尾，看北京冬天的白雪从天空飘落，我们怀念京都的两位老朋友，五味杂陈，悲忧交集。

在追梦的路上，我们也需要反思反省——身体是革命的本钱，实现梦想需要健康的体魄。一个人要想做成一件事，必须具备多方面的素质，要有胆有识、要有勇有谋、要意志坚强、要坚持不懈。但所有这些都必须依托于一个前提条件——健康的体魄。只有这样，才会做好，才会做得更好。现实中，人们有时候往往过多强调了理想与奋斗，而忽略了健康的重要，忽视了对自己身体的关心。

奋斗的意义和追求理想的目的应该包括让身体健康，而且应该把对身体健康的关注放到首位，因为人的生命只有一次，人的肉身是一切思想、行为和能量的载体。

金庸说，人生，就是大闹一场，悄然离去。

京都的两位老朋友——叶茂中和蒋勇，他们不仅仅是“大闹一场”，而是在各自的领域独占鳌头，引领潮头。并且让更多的人因为他们的“大闹一场”而受益、而愉悦、而相信世间的美好和人生的美妙。最令人痛惜的是叶茂中和蒋勇的年龄才刚刚五十出头，他们“大闹”的这一场，虽然都很精彩，有意义、更有价值，但是从时间上来说，太短暂了。如果再给他们十年、二十年、三十年，是不是还可以创造更多的精彩，创造更大的价值。

谨以此文纪念京都老友，同时鞭策我们每一位京都人，关注健康、珍惜身体。健康，我们才能走得更远。



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 0411-81825666

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

健康，我们才能走得更远 杨大民 / 01

京都资讯 品牌建设部 / 04

特稿

问题与出路——关于中国法治化进程的几点思考 田文昌 / 45

封面主题

以案释法——破产重整、破产清算、强制清算中的企业挽救

及财产管理与处置实务

破产企业在破产案件受理前六个月内的个别清偿行为都应该被撤销吗？

——以甘肃连城发电公司破产清算案谈破产撤销权的除外情形 赵岐龙 / 52

以海航破产重整案谈企业的重生 孙艳辉 / 57

破产程序中留置权的认定及实现 吕志轩 张嘉嘉 / 61

处置破产企业对外投资的实务困境 邢盼 / 64

简议破产财产网络拍卖 王安达 / 66

强制清算案件中国有企业资产处置问题的探讨 杜雅琪 / 69

京都论法

中韩个人信息保护法比较（下） 金燕 崔慧莲 / 74



追求卓越 不负重托

碳排放权在民事诉讼中的保全执行问题探究 京都上海团队 / 82
阿里遭性侵女员工周某被解除劳动合同的法律效力分析 贾宝军 / 90

京都实务

虚报工程量犯罪问题研究 万学伟 冯子璇 / 92
帮助信息网络犯罪活动罪的解读及合规建议 梁雅丽 李明真 / 96
走私犯罪辩护实务研究 梁雅丽 许希坤 / 102
关于“附生效条件的合同条件成就存在瑕疵时”
合同效力的判断思路 郭鑫鹏 / 105
辩护词写作的误区——谈辩护词写作的定位与构思 王九川 / 108
《公司法》与《民法典》婚姻家庭编的交叉适用（一）——夫妻财产共同制下
股权及收益的认定及分割 宇文鸿雁 刘奕轩 / 112
“元宇宙”面临的七大法律问题 刘立杰 梁禹霖 钱浩 张伟 / 116
律师个人知识管理：如何从裁判文书网学习？ 陈枝辉 / 123
“主播税案”系列解读（一）
主播税案频发的背景及原因剖析 高慧云 游乐 王帅锋 / 126
茶颜悦色“失色”，降薪谁说了算？ 白绪玲 陈宇 / 129

律·诗

北京站 杨大民 / 131

京都律师

封面题字 江平



2021年第3期
总第137期 季刊

业绩

37天紧急救援 寻找证据矛盾 强奸案嫌疑人终获自由



张雁峰律师

近日，京都律师事务所高级合伙人张雁峰律师、郑炫律师代理了一起北京某涉嫌强奸案。通过律师高效工作和与办案机关积极沟通，在审查批捕的最后一天，当事人终于重获自由。

九月中旬，正在外地出差开庭的张雁峰律师接到一位家属慕名而来的电话咨询：其子被指控涉嫌实施了强奸行为，已被侦查机关羁押近一个月之久。家属得知情况后从外地匆匆赶来，虽心急如焚却无计可施。面对紧张的家属，张雁峰律师努力安抚住他的情绪，为其解答了相关法律问题并得到了家属的充分认可。张雁峰律师

与郑炫律师一同接受了家属的委托，由郑律师主办，张律师指导，即刻展开工作。

根据了解到的案件背景，当事人系某公司高管，家属委托的前一名律师曾向办案机关提交了取保申请，但由于所涉罪名十分敏感，又恰逢近期舆情复杂，取保申请被办案机关拒绝。细算下来，审查批捕的期限卡在“双节”前后，是否批捕成为决定案件走向的重要节点。由于介入较晚，留给两位律师的时间已不算多。

在预约会见十分困难的情况下，张雁峰律师迅速确定了办案思路，一方面抢号会见，另一方面设法多了解情况，并与办案机关积极沟通，最大限度的还原案发现场，探寻事实真相。通过分析，辩护律师认为，所谓的强奸事实并不存在，当事人不构成强奸罪。随后，律师从主观恶性、客观行为、冲突证据对比与采信等方面将涉案细节认真梳理、逐一分析，形成了《不予批捕法律意见书》并在中秋节前的最后一天递交给了承办检察官。



郑炫律师

过节期间，两位律师一边宽慰家属耐心等待结果，一边继续布置一旦批捕后的下一步工作，为应对不同情况做好两手准备。最终，在节后的第一天，家属等来了好消息，被羁押37天的当事人终于重获自由。看守所门口，当事人恍如隔世，37天的经历是他一辈子难得的教育和警示，家属百感交集，紧紧地拉住孩子的手一遍遍的叫着他的名字。

此案是张雁峰律师众多不予批捕成功案例中的一例。此案反映了检察机关认真负责的精神和“少捕慎诉”的理念，也反映了京都律师专业、敬业，为客户提供优质服务的特点。

京都律师成功代理十九起票据追索权诉讼案件，获得北京金融法院终审胜诉

北京市京都律师事务所秦庆芳律师、赵岐龙律师、吴欣荣律师、牛星丽律师、范颖慧律师接受委托人的委托，就持票人提起的十九起票据追索

权纠纷案件提供法律服务。该系列案件历经一审、二审，最终北京金融法院作出判决，驳回了持票人的全部诉讼请求，案件取得全面胜利。

案件的成功代理，为委托人化解了重大经营风险，避免了连环诉讼的可能，维护了企业资产的安全；委托人对律师团队的工作给予了高度认



业绩



秦庆芳律师



赵岐龙律师



吴欣荣律师

可，并特意制作锦旗向律所及律师团队表示感谢。

基本案情

该系列案件涉及十九张电子商业汇票，委托人自出票人处取得票据，后进行了背书转让，此后该票据又经过多次背书，部分还存在循环背书的情形，全部票据在到期前一日经背书转让给本案原告，本案原告当日进行了提示付款。上述票据行为均通过电子商业汇票系统进行，票据到期后本案原告未再通过电子商业汇票系统进行提示付款或追索，仅以快递方式邮寄了书面追索通知。十九张电子商业汇票的票据状态在电子商业汇票系统中均显示为“提示付款待签收”。

代理经过

因十九张电子商业汇票涉及到的主体众多，除出票人外，多次背书转让导致存在较多的前手，且基础交易关系复杂，如本次案件无法妥善处理，将可能引发连环诉讼案件，形成系统风险，对委托人产生重大影响。

接受委托后，律师团队高度重视，第一时间与委托人进行沟通，在



牛星丽律师



范颖慧律师

充分了解案情的基础上，对相关法律法规进行了深入的研究，制定了完善的代理方案。此外，鉴于该系列案件面临着法律规定不全面及审判实践中观点不统一的困境，存在较多的疑点和难点问题，律师团队还做了大量的资料及案例检索工作，制作成类案检索报告提交法官；针对法律法规的规定及涉案票据行为数量众多且繁杂的

特点，律师团队采取了可视化的办公方式，将复杂的法律规定、法律关系等进行归纳整理，制作了时间轴、流程图等，以图表的方式演示，一目了然，取得了良好的庭审效果。

由于案件所涉及问题缺乏明确规定，在审判实践中争议较大，裁判观点也不统一，一审判决未采纳律师团队的代理意见。但律师团队顶住压力，坚信代理意见及代理方案的正确性，并且继续投入更多的精力，进一步加大研究力度，扩大检索和补充参考判例、学术文章、权威解读的范围，不断优化和调整代理意见，最终在二审阶段形成二百多页的证据、一万三千余字的代理意见。二审开庭时，法官归纳的争议焦点全部在代理方案的预案中，辅助以可视化图表等工作成果，基础事实、票据行为、法律关系、法律规定等都得到了清晰和全面的阐述，达到了预期的庭审效果，最终代理意见被二审法院所采纳，改判驳回原告的全部诉讼请求。

案件意义

本案在电子商业汇票追索权案件的法律适用及裁判标准方面进行了积

业绩



极探索，对同类案件办理具有重要的参考价值，也再一次彰显了京都律所在代理重大、疑难、复杂案件中的专业能力和实力。

一、案件确认了电子商业汇票优先适用《电子商业汇票业务管理办法》的法律适用原则

《中华人民共和国票据法》（以下简称“票据法”）作为规范票据业务的唯一一部部门法，颁布于1995年，至今已有20多年的时间，仅在2004年做过简单修改。受限于时代背景，《票据法》指向的都是纸质票据。但我国的经济金融环境及票据业务在这20多年时间内，已发生了重大变化，传统票据业务量逐年下降，票据的电子化程度不断提高。2009年，中国人民银行推出电子商业汇票业务，并相应出台了《电子商业汇票业务管理办法》，对电子商业汇票的效力、票据行为等做了进一步规定。但因《电子商业汇票业务管理办法》只

是部门规章，尚未上升到法律层面，发生电子商业汇票相关纠纷时仍缺少必要的法律支撑。

本系列案件即面临上述问题。案涉19张汇票均为电子商业承兑汇票，委托人是持票人的再前手，持票人是否在本案中享有向再前手的拒付追索权是案件主要争议焦点。但可以支撑我方观点、证明持票人不享有向委托人拒付追索权的相关规定，如：电子商业汇票的票据行为必须在电子商业汇票系统（以下简称“电票系统”）进行、汇票交付收款人前已完成承兑，案涉汇票不存在期前提示承兑问题、期前提示付款不得向前手拒付追索、追索需提供拒付证明等，均只是规定于《电子商业汇票业务管理办法》，《票据法》中并未涉及。因此，法律适用就成为本案的先决问题。

案件代理过程中，律师团队分别从《票据法》的立法背景、制度缺陷等理论层面以及最高人民法院的判例实践这两方面，向法院充分阐述了本

案应当优先适用《电子商业汇票业务管理办法》的必要性和合理性，并最终被北京金融法院采纳，在判决书中明确认定：“案涉票据系电子商业汇票，在《电子商业汇票业务管理办法》有明确规定的情形下，本案应当适用《电子商业汇票业务管理办法》，《电子商业汇票业务管理办法》未尽事宜，遵照《票据法》、《票据管理实施办法》等法律法规规定”。

二、案件确认了持票人期前提示付款不享有向所有前手拒付追索权的裁判思路

因电子商业汇票所有的票据行为均依托于电票系统，随时可以进行操作且没有成本，实践中经常发生持票人在票据到期日前在系统中进行提示付款操作的情况，而承兑人往往会因票据尚未到期而对持票人的提示付款不予理会。由于持票人通常不具备专业的票据相关法律知识，容易简单认为只要提示过就够了，未在票据到期日后的提示付款期内再次提示即直接提起票据追索权之诉。此种情形下，持票人是否享有拒付追索权也成为司法实践中较为常见的一类争议情形。

本系列案件中，持票人均只是在票据到期日前向承兑人提示付款，承兑人未作应答，电票系统显示的票据状态为“提示付款待签收”。持票人据此认为已提示付款并被拒付，从而向委托人提起了拒付追索权诉讼。

在坚持应当优先适用《电子商业汇票业务管理办法》的前提下，律师团队认为根据《电子商业汇票业务管



业绩

理办法》之规定，持票人向前手拒付追索的构成要件之一就是在票据到期后的提示付款期内提示付款；期前提示不构成有效提示，不产生提示付款的效力，承兑人没有期前签收持票人提示付款请求并支付款项的义务。除规定层面的论述外，律师团队还特别强调了票据债务人期限利益保护以及票据要式性、快速流通性应当被坚守等法益问题，并向法院提供了大量权威书籍、文章以及司法案例作为支撑。

北京金融法院全面采纳了律师团队的代理意见，不仅认定电子商业汇票到期日之前提示付款不符合向所有前手拒付追索的构成要件，且在判决书中特别明确：“对于电子商业汇票期前提示付款效力的认定，应注重持票人与票据债务人利益平衡，以促进电子商业汇票流通，营造良好金融法治环境为解释论出发点”，为票据债务人利益保护提供了理论依据。

三、案件确认了电票系统显示的票据状态为“提示付款待签收”并不能当然得出持票人享有票据拒付追索权的结论

因电票系统允许在票据到期日前提前提示付款，且赋予了承兑人不予应答的权利，相应记录的票据状态即为“提示付款待签收”。持票人是否能据此进行拒付追索，并没有明确的法律规定，实践中观点也各不相同。

本案中，持票人正是在票据到期日前提示付款，票据状态显示为“提示付款待签收”，并据此向委托人提起了拒付追索权的诉讼。律师团队认为，电子

汇票相关系统上所显示的“提示付款待签收”状态仅反映接收行对于电子商业汇票的接收情况，并未区分期前提示付款与期内提示付款，亦未明确表示付款人拒付与否，不能作为行使拒付追索权的拒付证明。

二审法院采纳了律师团队的代理意见，认为若不考虑电子商业汇票的特点，仅从字面解释出发，将“提示付款待签收”视为持票人提示付款行为完成，并以持票人事实上未收到款项作为拒付证明，有违商业实践，有悖电子商业汇票制度设立初衷，应结合电子商业汇票自身特点及提示付款要件综合认定提示付款是否完成、是否存在被拒付情形。

四、案件引发了关于票据权利时效中断后适用何种时效的理论探讨

本案持票人在6个月票据追索权权利时效期间内，没有在电票系统内进行追索，仅通过快递邮寄书面通知的方式向委托人主张权利，且未在之后的6个月内再次追索，至其向人民法院提起本案诉讼时，距第一次邮寄书面通知主张权利已超过6个月票据追索权权利时效。此种情形下持票人是否已丧失追索权成为本案的又一争议问题。

律师团队认为票据权利时效中断后，应当继续适用票据权利时效，并提供了大量的理论文献及案例作为支撑，但一审法院在未给出任何说理的情况下，直接认定票据权利时效中断后，转而适用三年诉讼时效。二审已从持票人不享有票据追索权层面驳回了持票人的诉讼主张，故未对票据

权利时效问题进行审查。但该问题仍是具有相当的理论和实践价值的，特别是在《票据法》及相关规定中均未对此予以明确的情况下，该问题的探讨也将对未来《票据法》的修改产生一定的立法意义。律师团队也将结合本次案件代理经验，就该问题陆续撰文进行进一步的分析与分享。

经验总结

相较于常规的文字表述，借助图表能够更加直观、高效地展现案件事实和法律关系，特别是在疑难、复杂商事案件的代理过程中，合理利用诉讼可视化，可以起到事半功倍的代理效果。在代理本系列案件过程中，律师团队即充分利用了诉讼可视化的优势，展现了京都律师的诉讼技艺和实力，赢得委托人及法官的一致赞誉。

在投标阶段，律师团队即制定了简单、明了的可视化流程图，使案情一目了然，并顺利中标。

在诉讼过程中，律师团队同样选择以可视化形式阐明不同提示付款时间产生不同法律后果的主要观点，将案涉票据的票据行为制作为时间轴，并区分标注不同阶段提示付款时可行使拒付追索权的对象及法律后果，直观地向法官展示了代理思路和观点，得到了法官的认可与赞扬。

最后，还要对案件代理过程中，律师助理王嘉曦、实习生贾伟康、林榛樾、王盼的努力和付出给予感谢。

业绩

京都所彭吉岳律师办理3.2亿元职务侵占案，一审将指控金额“辩”掉2.5亿元



彭吉岳律师

近日，京都律师事务所彭吉岳律师代理的一起东北某省知名企业家涉嫌职务侵占案件一审宣判。检察院起诉指控的涉案金额为3.2亿余元，法院最终认定7600余万元，并且其中一项事实未被认定为犯罪。法院未采纳检察院量刑建议，而是减档量刑，最终宣告刑比起诉书建议的量刑减少了1/3。

一、“借钱”借出了刑事责任

本案当事人为东北某省知名企业家、市人大代表、省十大杰出青年。早年间当事人以借款的方式对一家正在准备上市的公司进行投资，最后该企业因故没有上市，也没有能力归还相关借款，而企业老板也在留下绝笔信后音信全无。

眼看着公司即将破产，几百名员工面临失业，当事人为了挽救危局，也为了挽回自己的损失。在公司管理层的支持下，当选为公司董事长开始着手恢复公司的生产经营。接手公司后的近十年

里，当事人为公司偿还了大量贷款，投入了很多资金，同时也利用公司原有厂房设备和海底资源等作为生产资料进行营利。然而，也正是此过程中，当事人被之前大股东指控利用虚增厂房改造工程、低价购买海底资源、低价租赁厂房设备、虚构海参购买事宜等共计职务侵占3.2个亿。

彭吉岳律师在法庭辩论时形象的指出：本案就好比一个人好心为一个生命危急的病号输血，不料反过来使自己遭到了感染。

二、异地侦查之问：公安机关接受上级部门指定管辖后，能否再次向自己的下级机关进行指定

鉴于本案在当地的巨大影响，省公安厅专门成立专案组，并发文指定由另外某市公安局异地侦办。鉴于涉案事实众多，且涉及复杂的股权、金融、投资等专业知识，侦查机关还抽调了民商、金融知识丰富的专家协助办案。经过各方面缜密的侦查，案件鉴定意见、评估报告以及相关工程结算文件就有几十本之多。

但在公安机关全力侦查的气势之下，辩护人也发现其中一个重大问题，直指侦查主体的合法性。省公安厅以案件重大复杂为由明确指定某市公安局办理本案，而某市公安局在接受指定后，又指定其下辖的某区公安分局管辖。彭吉岳律师认为这种“连

环指定”的行为并不合法。一方面，根据《公安机关办理刑事案件程序规定》关于级别管辖的规定，重大复杂的经济犯罪案件属于市级公安机关侦查的范围；另一方面，只有共同的上级公安机关有权进行指定，而市级公安机关对于同级另一市指定过来的案件，无权再次进行指定。

面对一些重大案件，办案机关越来越倾向于在整个辖区范围内集中优势力量专案组，以寻求和全国范围内最优秀的辩护人进行势均力敌的对抗。但是这种集中力量办大事的人员调配也应当在法律体系的框架内进行。

三、专业辩护破局：九大阶段八十项工作重点的极致精神

接受委托时彭吉岳律师还是倍感压力。因为涉案的事实多，周期长，并且涉及很多认知上很陌生的领域，如海底资源是什么，如何评估，对于一个从小生活在内陆城市，就没有见过、听说过海底物养殖的律师来说，想像起来都困难。但是万变不离其宗，一切指控的基础只能是证据和法律。

刑事辩护最重要的就是要吃透案卷，通过吃透案卷，摸清检察机关指控的思路；同时跳出案卷，形成自己的辩护思路。对行业不懂的地方借助专业力量辅助，做好庭前准备等等，彭吉岳律师就其本人多年办案方法总结为九大阶段80项工作重点，每个案件他都会一



业 绩

项一项对着80项工作重点比照，看看自己有哪些工作遗漏，付出得让自己感动时，也一定会感动别人！

四、有理有据辩护，获得法官点赞

本案中涉及四个基本事实，第一部分，就工程是否造假的鉴定意见，彭吉岳律师不光从鉴定人员的资质、检材的来源、鉴定的范围与证人证言中表述的范围的差异，还从测绘是否全面、评估底稿是否完整、鉴定方法是否合理等角度论述鉴定意见的问题，还聘请了专家辅助人，就专业问题向法庭进行解读。

第二部分，关于海底物鉴定问题，首先根据海参、海胆生长特点，指出鉴定时间的重要性，不同的时间点意味着鉴定价值是不同的。其次，从侦查机关委托鉴定意见里找出数据的问题，鉴定意见里包含了被告人主管企业期间投放的海参苗，不论多少，至少数据真实性存疑。还有，从鉴定意见中倒推被告人职务侵占的主观故意，也就是犯罪动机，按照指控逻辑，涉案的海底物将近一个亿，而

被告人仅仅捕捞了1800余万，如果被告人真的有职务侵占的动机，为什么不“一网打尽”，提出种种让法院疑惑的地方。

第三部分，关于厂房低价租赁的问题，除了对鉴定意见表达辩护意见外，重点是法律适用、法律理解的辩护，职务侵占罪的犯罪对象是单位财物，低价租赁并不改变财物所有权，只是利用了财物的使用价值。换言之，公车私用也不能认为是贪污行为。这一辩护意见被法院完全采纳，该起事实最终没有认定，这样一来，涉及8000余万元的指控就被打掉了。

第四部分，关于虚构海参交易侵占的事实，彭吉岳律师结合证据之辩与情理之辩，一方面，关于侵占260余万元海参交易款的事实，只有一个财务人员的证言，整个财务审批流程中没有任何上下级人员的证言，不合常理；其次，当事人经营多家公司，资产过亿，有什么动机偏偏侵占260余万元的海参款呢？

案件开完庭，签署笔录时，法官对当时所有在场的人说：“我们见过很多律师的辩护，但是像彭律师这样

有理有据，让人很容易接受的辩护还是比较少的。”连被害单位的代理人也认同彭吉岳律师的部分意见还是有道理的，足以说明付出到位后，足以打动每个人。当然，这需要时间，需要历练，经验的积累永无止境，如同我们的职业，是一个永无止境、需要永远探索追求的职业。

五、一审结束，或许只是案件的开始，还需加倍努力

2.5亿元犯罪金额的减少，不仅成功实现了减档量刑，也大大减轻了当事人的退赔义务，退赔3.2亿和退赔7600万是完全不同的意义。同时，法院也没有科处没收财产，这样就很大程度上保护了当事人财产，使其多家公司不至于因财产问题而濒临破产。虽然已有难得的辩护效果，但是或许又只是一个开始，在二审接下来的道路上，彭吉岳律师会加倍努力为当事人更大的合法权益而奋斗，不只是为了一个案件，也是为了全社会更好的法治环境，全体公民更大的安全感和幸福感！

京都所唐利君律师、梁薇律师：千亿级非吸案件当事人被取保

广东省最大P2P平台之一“小牛资本”爆雷后，百余名涉案人员被采取刑事强制措施。公安机关以涉嫌非法吸收公众存款罪对案涉人员许某采取

刑事拘留，许某自此失去人身自由。

北京市京都律师事务所高级合伙人唐利君律师、梁薇律师接受当事人许某家属委托后，多次会见当事人，

对案情进行全面了解。经过充分沟通、了解案件事实后，办案律师从其主观恶性、犯罪地位、社会危害性等多方面进行法律分析，形成《取保候

业绩



| 唐利君律师



| 梁薇律师

审申请书》并当面提交给公安机关，随后办案律师围绕案情与办案警官进行多次当面及电话沟通。经过办案律师的不懈努力，最终，公安局采纳了律师的辩护意见，对许某作出了取保候审的决定，当事人在37天“黄金救援期”内得以重获自由，与家人团聚。京都律师“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。

京都所牛星丽、郭鑫鹏律师代理医美纠纷案



| 牛星丽律师

近日，北京市京都律师事务所牛星丽律师、郭鑫鹏律师在一起医美整形不当得利纠纷中代理消费者取得胜诉判决。

本案中消费者在北京某美容院美容过程中，经美容院介绍了解到某整形医院，最终在该整形医院接受了整形手术并支付了高额手术费。然而手术并不成功，术后消费者身体恢复情况不佳，消费者与整形医院交涉时了解到手术费中有50%的费用是直接支付给美容院的提成费用。整形医院同意解除合同，但仅

同意退还实际收取的费用，要求消费者自行向美容院主张提成费用。经洽谈消费者与整形医院达成和解协议，整形医院退还已收取费用并表示不再介入处理此事。后续美容院拒绝向消费者退还任何费用，消费者向律师寻求帮助维权。

牛星丽律师、郭鑫鹏律师在接手案件后，通过梳理案件事实、分析基础法律关系，确定请求权基础，制定了以不当得利案由起诉的诉讼策略，并制定了当美容院以与整形医院存在合同关系进行抗辩时，以其收取高额“好处费”属于违背公序良俗的“医托”行为，系无效民事法律行为的应对策略。但是，庭审中美容院坚持以与整形医院之间签订合同进行抗辩，主张收取提成款具有法律依据，不属于不当得利。

最终，朝阳区人民法院采纳牛星丽律师、郭鑫鹏律师观点，认定整形医



| 郭鑫鹏律师

院已经退还消费者其收取的绝大部分手术费，消费者与整形医院合同目的并未实现，而在消费者与整形医院合同目的未实现情况下，美容院未进行手术，也不承担手术失败风险，收取高额提成不利于美容手术质量和美容行业的健康发展，有违敬业、诚信等社会主义核心价值观，故收取高额提成款缺乏依据，应该退还，判决美容院向消费者退还全部费用。消费者对案件结果十分满意，对牛星丽律师、郭鑫鹏律师的专业能力及敬业精神表示高度认可。



业绩

京都所张小峰、周文达律师成功辩护，诈骗案当事人被不批准逮捕

近日，京都律师事务所张小峰、周文达律师接受委托担任涉嫌诈骗罪当事人的辩护人。介入案件后，两位律师积极开展辩护工作，在“黄金救援期”内，当事人被不批准逮捕，现当事人已回归了人身自由，达到了有效辩护的效果。

因本案属于北京地区某特殊机关立案侦查的案件，根据内部工作流程该单位无法作为本案的办案单位，需将案件移送到另外的办案机关侦办。因此，本案家属在沟通案情时也无法向律师提供并确定案件的实际办案单位。接受委托后，承办律师为了争取第一时间会见到当事人，掌握案件的基本情况，多次联系、走访多家与本案可能关联的办案单位，最终确定了本案的管辖机关。

在得知办案机关后，由于疫情防



| 张小峰律师



| 周文达律师

控影响，根据羁押要求只能线上会见，无法预约线下会见当事人。承办律师积极联系数十家相关派出所，最终锁定一家在最快的时间内可以安排到会见。

在第一次会见后，承办律师根据会见及主动了解的情况向侦查机关、检察院提出对案件定性有误的法律意见，将

本案存在的诸多疑点，尤其是了解到当事人并非为本案真正的嫌疑人的情况，第一时间向承办单位提出律师意见，建议将当事人变更强制措施。

最终，办案机关采纳了承办律师对案件定性的法律意见，在“黄金救援期”内作出了不批捕的决定，现在当事人已经回归自由。

徐伟、朱元霄律师成功辩护，“网络专案”嫌疑人获释

近日，北京市京都律师事务所徐伟、朱元霄律师接受委托，担任涉嫌非法侵入计算机信息系统罪当事人的辩护人。经过两位律师的积极辩护，当事人被不批准逮捕，重获人身自由。

一、接案之初，罪名扑朔迷离

家属在国庆期间“慕名”而来，希望律师提供网络犯罪的专业辩护工作。接受委托后，辩护人第一时间预约会见，了解案件情况。根据会见情况，辩护人了解到，当事人因涉嫌“非法侵入计算机信息系统罪”被刑

事拘留，在案人员可以分为开发软件及使用软件的两类人，当事人是使用软件获取某网站优惠券获利的一类人，且获利最多。辩护人注意到，当事人涉嫌“侵入”的对象与《刑法》规定的犯罪对象明显不符。这类案件中，软件的具体运行方式对案件的定

业绩



徐伟律师



朱元霄律师

性起着至关重要的作用，由于当事人描述不清，辩护人判断罪名在后续程序中有可能会发生变化。

二、信息不对称，辩护遭遇障碍，锲而不舍终有成果

为了获得更多的案件信息，辩护人多次与法制部门沟通获取承办人信息，但仅获得了承办单位的信息，辩护人于是要求承办单位提供承办人信息，却又屡屡受挫。最终辩护人采用在承办单位“守株待兔”的方式，“顺利”联系上了承办人。尽管承办人不愿透漏太多案件信息，但辩护人

仍然获得了本案是“专案”的背景情况以及在案人员的具体数量。

三、罪名变更，律师结合“计算机软件”特点发表意见，案件终获不批捕

辩护人的取保候审申请被公安机关拒绝，公安机关将本案罪名变更为“非法获取计算机信息系统数据罪”，并移送至检察机关申请批捕。

在此期间，辩护人认为虽然当事人使用了软件，但并不必然构成犯罪，即使构成犯罪也具有一定的从轻情节。辩护人甚至大胆推测，根据本

案罪名变更的情况来看，获取数据的事实可能存在证据不足的情况。

最终，辩护人向检察官表示，使用某些软件并不必然构成犯罪并举例说明，同时建议应当重点审查获取数据的事实证据是否充分，如不充分则不构成犯罪。除此以外，辩护人还提出一些从轻处理的有利情节：当事人既未参与软件研发，也非犯意发起人，且多次表示愿意退赃退赔，如果当事人仅仅是“复制”数据，给被害人造成的直接损失可能较小，社会危害性不大，所以即使构成犯罪也没有批捕的必要性。检察官不仅耐心听取了辩护人的全部意见，还直言表示本就打算听完律师的意见后再决定是否批捕。这更坚定了辩护人坚持既有专业判断的信心。

终于，在申请批捕的最后一天，检察院作出不批捕决定，当事人重获人身自由。在辩护人陪同家属见到被释放当事人的那一刻，辩护人的价值得到充分体现。京都律师的积极辩护，更是得到当事人及家属的高度认可。

京都宇文鸿雁、张迪、蔡康苗律师团队代理的合同纠纷案为客户止损一千余万元

近日，京都律师事务所宇文鸿雁、张迪和蔡康苗律师所组成的律师团队在一起涉及预期可得利益损失赔偿的合同纠纷案件中，为客户止损一千余万元。

案件委托人是北京某商业公司

（以下简称“H公司”），其作为承租人从产权方某商城处承租了案涉租赁场地，后转租给某大型生活超市。2017年因该商城自身业态调整的需要，要求商城内所有租户解约退租，从而产生了因合同违约解除引起的系

列租赁合同纠纷案件。该大型超市在合同履行期内被迫撤离租赁场地，故向法院提起诉讼请求确认解除与H公司之间的租赁合同，并要求赔偿固定资产设备及装修残值损失、经营受限期间损失及预期可得利益损失等共计



业绩



| 宇文鸿雁律师



| 张迪律师



| 蔡康苗律师

3000余万元。

宇文律师团队接受委托后，对因产权方单方解约导致的系列合同纠纷案件进行事实梳理，制定整体诉讼方案，以认定产权方违约解除合同为事实基础，针对产权方及次承租人提起系列诉讼。在法院确认产权方无单方解除权后，本案的争议焦点指向了预期可得利益损失的认定。

对于该大型超市主张的闭店期间至租赁到期届满的预期可得利益损失，律师团队经过实地考察、判例检索、与专家讨论，并申请鉴定人出庭及专家辅助人出庭进行法庭质询，最终确定综合代理思路：结合专家辅助人的意见充分论证司法鉴定审计报告存在审计资料不合规、审计意见表述

不完整、不准确等不符合会计准则的情形，法院不应将该审计报告单独作为认定预期利益的依据；对“固定资产及装修残值”的主张与预期可得利益为重复赔偿进行充分论证，减少委托人的损失；针对大型超市预期可得利益存在不确定性，订立合同时无法预见，经营行为存在商业风险，疫情影响的不可抗力，以及消费习惯改变等多种因素充分论证，以过往的经营业务数据模拟未来经营业绩的方法不具备客观性。

法院采纳了律师的观点，驳回该大型超市固定资产设备及装修残值损失的赔偿请求；认定该剩余租期内的预期可得利益损失，应考虑疫情期间一定程度上受客流量影响的超市经营

利润情况，若严格按照审计结论对未来经营情况进行预判有失公平。最终判决仅支持了该超市所主张的预期可得利益损失的部分金额，律师团队成功为委托人止损一千余万元。

本案作为因产权方违约解除产生的系列合同纠纷案件，统一考量了案涉上下游合同之间的事实与法律关系，在认定合同违约解除的基础上，结合了实际经营情况及疫情影响，充分解析预期可得利益损失的适用规则，对案件起到了积极的作用；同时，对于司法审计鉴定意见这一审判实务中的“铁证”如何进行质证及鉴定规则如何适用等方面，具有一定的参考意义。

京都所李志广律师成功辩护，涉嫌帮助信息网络犯罪活动罪的姜某在批捕后获释

2021年7月，姜某因涉嫌帮助信息网络犯罪活动罪被湖北某公安机关刑事拘留，后因具有社会危险性被批准逮捕。京都律所接受姜某妻子的委托，

指派李志广律师担任姜某的辩护人。姜某妻子万分着急，两人新婚不久，姜某有着不错的工作，眼见着这个美满的小家庭即将破碎。

介入案件后，承办律师连夜赶赴办案机关所在地，会见嫌疑人了解案件情况，同时，向家属和有关人员了解有关信息，较为全面的掌握了本案的基本情

业绩



| 李志广律师

况。之后，承办律师多次和侦查机关沟通，了解承办人员对案件的看法，探讨变更强制措施的可能性。由于涉案人数较多，尚有部分事实未查证清楚，且涉案的赃款未追回，承办警官对变更强制措施表示暂不予考虑。

随着案件的进一步侦查，案件情况

逐渐明朗，家属配合积极退赃，承办律师再次提出变更强制措施的申请，并提交法律意见，从犯罪行为、犯罪结果、人身危害性等角度展开论述，消除承办警官的顾虑。最终办案机关做出变更强制措施的决定，当事人被释放，姜某一家人得以团聚。

京都律师接力无罪辩护，渎职案二审开庭后再改判

近日，由北京市京都律师事务所张露月律师、李志广律师代理的某派出所所长蒋某涉嫌滥用职权案，二审改判玩忽职守罪，减低量刑为一年二个月，实报实销，蒋某于宣判当日释放。

一、一审认定徇私枉法罪不成立，构成滥用职权罪，判处有期徒刑2年

本案一审中，由京都所柳波律师、张启明律师、张露月律师组成辩护团队，通过多次会见和阅卷、反复研判和商讨，确认全案无罪的辩护思路。一审中辩护律师从案件事实、证据角度出发，充分发表无罪辩护意见，经审委会评议，一审法院部分采纳辩护人的意见，认定徇私枉法罪不成立；认定起诉书指控的十起犯罪事实成立，蒋某的行为构成滥用职权罪，判处其有期徒刑二年。



| 张露月律师

二、二审启动开庭，认定构成玩忽职守罪，宣判当日即释放

案件移送后，京都所指派张露月律师、李志广律师担任二审辩护人，辩护人第一时间向法院提交了开庭申请和新证据，在多次沟通、协商下，二审开庭审理本案。

庭审中，辩护律师调整辩护方案，从新证据证实的蒋某职责、直接责任、所谓“汇报”没有明确“汇报”内容、滥用职权的结果是否构成

重大损失以及本案其他证据佐证言辞证据存在重大虚假性等方面，充分发表辩护意见。

二审法院采纳了辩护律师部分观点，认为一审认定的十起犯罪事实中，有八起事实不清、证据不足，依法不应认定为犯罪；同时认为，蒋某系工作中不负责任，未正确履行职责，符合玩忽职守罪的犯罪构成，判处有期徒刑一年二个月。蒋某于宣判当日即释放。

本案以此方式终结，未能实现无罪辩护的终极目标，作为辩护律师心中仍感遗憾万分。但相较于公诉机关指控的刑期，已经有了大幅度减低，家属对京都律师的专业能力和认真的工作态度给予高度认可。

京都律师，以专业追求卓越，用法律捍卫权利；以恒心坚守原则，用行动完成使命。



业绩

从十年以上有期徒刑到不予起诉 ——一起涉嫌3770万合同诈骗罪的艰辛辩护历程



朱娅琳律师

2018年的四月份，乍暖还寒时，在河北某看守所内。身材瘦弱，面容枯黄，眼神暗淡，全身透着焦躁与不安，急欲表达，却毫无逻辑，不知道从哪说起，说些什么。这就是辩护律师朱娅琳对山某的第一印象。待朱律师介入案件时，该案已历时近四年漫长的侦查过程，进入审查起诉阶段。复制卷宗，135本，超出了普通诈骗案件卷宗量，也超出了辩护律师的预期，处处预示着这是一场硬仗。

一、梳理案件基本事实，掌握案件始末，是辩护的首要工作

事情起源于一场办学风波。山某的丈夫蒋某是国际生态安全合作组织的创始人兼总干事，该组织在香港注册成立，在国际上有一定的影响力。蒋某本人致力于国际生态安全领域的研究已有十余载，有一套完整的理论体系和著作。随着科研的深入，蒋先生萌生了在

国内创办国际生态安全学院的想法，想把自己的科研成果在国内发扬光大。后经过清华大学教授彭某介绍，结识了本案的被害人（投资人）蒲某。蒲某在河北省经营着自己的房地产公司，自称资金实力雄厚，愿意投身教育事业，为教育事业的发展尽绵薄之力。就这样，蒋某作为国际生态安全合作组织的代表，与蒲某和蒲某的房地产开发公司在2011年7月17日签订了《关于创办北京国际生态安全学院的合作备忘录》开始了合作办学之旅。在合作过程中，山某作为国际生态安全组织的干事，参与到筹备委员会的工作当中。

为了筹备办学，自2011年开始，蒋某先后咨询了多位国内教育专家，并拜访过全国高等学校设置评议委员会，研究法规政策、做过调研、写过方案、提交过申请。最终经多方咨询、反复研究，发现目前在国内创办一所独立的大学，投资数额大、审批难、耗时长，最终还不一定能够申办成功。与其成立一所独立的大学，不如与国内知名高等院校合作，创办二级学院，这样更容易达成办学目标。随后蒋某与北京多所院校取得联系，探讨合作办学事宜，并于2012年1月19日与某大学签订《合作意向书》，商定创建“生态安全学院”。蒲某作为投资方，先后向指定公司账户（因筹备委员会是临时组织，无法申请银行账号）转款4300万元，后因蒲某个人原因，要求返还部分资金。2014年8



相憬晶律师

月7日，蒲某及其经营的房地产公司无法按《合作备忘录》的约定继续提供办学资金，遂向公安机关报案，称蒋某、山某诈骗其3250万元（后起诉书确定为3770万元），公安机关立案侦查。2016年4月26日，将蒋某、山某刑事拘留。期间蒋某因身患重疾，加之侦查程序的冗长，心力交瘁，于2017年5月病逝。

二、带着问题阅卷事半功倍

犯罪嫌疑人是否有虚构、隐瞒的事实；虚构、隐瞒的事实对被害人交付财产是否起到关键性的作用；两者间是否存在因果关系；资金的去向，是否能够印证非法占有的目的，永远都是诈骗类犯罪要审查关注的重点。但是在海量的卷宗中寻找蛛丝马迹，犹如大海捞针一般，不得要领。所以辩护律师在会见的过程中，反复和犯罪嫌疑人核对应诉意见书指控的内容，是否与事实情况相符，如果不符，问题在哪，有何证据

业绩

或线索。整理好这些问题，带着问题，有目的有重点地去阅卷，可以在短时间内把握住案件的核心使阅卷工作事半功倍。待掌握了案件的核心问题，梳理了整体的脉络后，回过头来再“盘”一遍卷宗，一切了然于胸。

三、超长的侦查程序透着诡异，着重审查

乍一接手案件，发现2014年立案侦查，2016年采取强制措施，2018年移送审查起诉，直至2019年起诉，仅侦查用了四年时间。什么样的案件，会耗时四年之久，这种超乎寻常的表现，必定会引起辩护律师的关注。详查之下发现：

1、2016年4月26日，山某因涉嫌诈骗罪由某公安分局刑事拘留；

2、2016年6月2日，山某由某区人民检察院批准逮捕；

3、2016年6月3日，山某由某区公安分局执行逮捕；

4、2016年8月2日，山某因涉嫌诈骗罪由某区公安分局移送至某区人民检察院审查起诉；

5、2016年9月17日，山某案件第一次退回补充侦查；

6、2016年10月17日，山某案件被移送至某市人民检察院审查起诉；（由区检察院提升至市检察院审查起诉）

7、2016年11月14日，某市检察院延长审查起诉期限15天；

8、2016年12月2日，某市检察院第二次退回补充侦查；

9、2018年12月4日，某市公安局再次移送至某市检察院审查起诉；

10、2019年1月3日，某市检察院延

长审查起诉期限15天；

11、2019年1月19日，某市检察院起诉至某市中级人民法院。

通过办案期间的梳理，辩护律师发现2016年12月2日某市检察院第二次退回补充侦查，直至两年后，2018年12月4日才再次移送审查起诉，退补期间长达两年之久，严重超期。

超期的退补产生两个法律问题：

第一，根据最高检刑诉法解释，对于二次补充侦查的案件，人民检察院仍然认为证据不足，应当如何处理？

第二，超期退补期间收集的证据效力问题。

四、庭前会议据理力争

经过辩护律师的多次申请与主审法官的反复沟通，最终同意在开庭前召开庭前会议。只是主审法官原计划半天就能结束的庭前会议，却召开了两次。每次坚持得到的回应，都是迈向胜利的一小步。

会议中，辩护律师提出三个问题：

1、补充侦查的次数、时间是固定的，不存在延长或中止、中断的情形，侦查机关补充侦查程序明显违法。

2、对于二次补充侦查的案件，人民检察院仍然认为证据不足，不符合起诉条件的，应当作出不起诉决定，而不是肆意延长补侦时间。

3、超期补侦期间所收集、调取的证据，因缺乏合法性而丧失证据效力，不能作为定案依据。

对于辩护律师的意见，检、法两院作出了不同的态度和处理方式。

首先，检察院提出，在办案期间由

于辩护律师不断地向检察院、看守所反映问题，已于2018年9月26日下发了《纠正违法通知书》弥补了程序违法的问题，意在表示通过该通知书已纠正违法行为，故该期间取证行为是应予认可的。

对此，辩护律师有两点回复：第一，《纠正违法通知书》是在市公安局违法办案近一年九个月后才下发的，不仅如此，在被明确要求纠正违法行为后，仍持续办案三个月，主观恶性之大由此可见。这种知法犯法，纠而不改，肆意运用手中权力的行为，如不加以约束和惩治，势必会对地方法治建设造成严重的损害。第二，检察机关依法负有监督职能，在遇有违法办案的情况下，提出纠正意见是应当也是必须的，但仅仅提出纠正意见是远远不够的，提出纠正意见后办案机关是否及时修正，对于违法办案的相关工作人员及案件本身如何处理等等内容，必须要落实到位，而不是不了了之。反观本案，长时间的违法办案未被追责，提出纠正意见后，充耳不闻持续违法，相关责任人没有任何说明，没有任何处罚，最为重要的是，案件仍能回到检察院审查起诉。如此做法，检察机关的监督职能将束之高阁，形同虚设。

反观法院，却是一副“事不关己，高高挂起”的态度。只是反复强调，辩护律师与检察院协调处理吧。我们都知，对于程序违法问题如果不能尽早解决，程序向前走一步，难度就会呈几何倍数增长。无奈之下，辩护律师只能一边做好开庭准备，一边向检、法监督职能部门反映情况，希望能够尽早解决



业绩

程序违法问题，保障诉讼顺利进行。在此有一个小小的心得感悟就是，当我们想要维权、想要反映客观问题，想要申请法律监督时，尤其是作为一名法律工作者，在想要做上述事情时，一定要秉持客观、理性的原则，不能掺杂个人主观态度、情感因素，不要采用过激的语言，要如实地反映事实，这样才能具有说服力。

五、证据之辩永远是辩护律师坚守的阵地

如果说程序之辩是辩护律师的急先锋，那证据之辩就是我们的精锐部队和要坚守的阵地。

起诉书的指控主要围绕以下五项内容：

第一，被告人山某及其丈夫蒋某在与蒲某结识后，除自称是国际生态安全合作组织总干事外，还虚构自己曾任中央某部（保密机关）研究员，某省政府办公厅巡视员身份，骗取蒲某信任。

第二，山某隐瞒了银行不存在共管账户、银行账户增加人名章也不需要本人到场的事实，诱骗蒲某到银行，假意办理共管账户，增设蒲某的人名章，使其相信资金存管、使用安全，而后肆意挥霍投资款。

第三，山某是否隐瞒了教育部对于民办大学及二级学院不予审批的问题。

第四，是否谎称教育部要求成立专门管理学院资产的公司以及设立基金会，并通过该公司及基金会将投资款转移。

第五，资金是否用于偿还借款、购买房产、汽车、取现等消费挥霍。

对于事实问题，辩护律师首先要做的就是卷宗中寻找证据、线索，必要的时候自行取证。本案的一个特点就是卷宗数量巨大，内容混乱。所以辩护律师在掌握案件脉络的基础上，还要仔细研读每一份证据，逐一标记，制成笔录，最终形成自己的证据链条用以反驳公诉人的指控。该项工作内容庞杂，工作量巨大，在此不一一赘述。但是值得庆幸的是，在卷宗中，辩护律师整理出一条完整的证据链，逐一印证了起诉书指控是脱离事实根据的。

六、面对诱惑，审慎处理

从最初检察院提起公诉，辩护律师与检察院沟通时的言之凿凿认为指控一定成立，到两次庭前会议针锋相对，再到公诉人主动多次做被告人及辩护律师的工作，希望被告人能够认罪认罚，并提出相当优渥的条件，本案的办理流程，可谓是峰回路转。3770万的诈骗，一旦指控成立，被告将面临着十年以上有期徒刑，如果认罪认罚，可以给到一个精准的十年的量刑建议。对于有实务工作经验的人都知道，这是相当具有诱惑力的。对于辩护律师来说，本案存在的问题是显而易见的，但是打下去，实践中能否得到理想的结果也是不可预期的，何去何从？

面对这种情况，辩护律师在和公诉人每一次沟通之后，都将情况详细完整地转达给被告人及家属，并详细解答可能面临的风险和存在的顾虑。在此前提下，尊重当事人自己的选择，全力以赴。最终，当事人选择遵从本心，认为自己无罪，坚持无罪辩护。

七、守得云开见月明

经过三次庭审后，检察院决定撤回起诉，最终于2021年3月19日作出了不起诉决定，山某当天释放。至此，历时三年半的刑事案件程序告一段落。

八、申请国家赔偿

为了进一步维护当事人合法权益，京都所朱娅琳律师、相憬晶律师又接受委托，代犯罪嫌疑人申请国家赔偿。

代理申请国家赔偿期间，两位律师多次前往检察机关当面沟通案件情况，协商处理方式。案件也得到了检察机关领导的高度重视，委派检察长及办公室主任来京，陪同赔偿申请人前往有关部门，处理因羁押给申请人造成的不利影响。

经过多方努力，检察机关最终于2021年10月28日作出了《刑事赔偿决定书》，决定：

（一）向赔偿请求人支付被羁押1345日侵犯公民人身自由赔偿金501819.50元；

（二）向赔偿请求人支付精神损害抚慰金37000元；

（三）在侵权范围内为赔偿请求人消除影响、恢复名誉、赔礼道歉。

整个案件，到此画上了句号，其中的艰难可想而知，虽然帮助委托人恢复了自由，挽回了部分损失，但回顾案件办理过程，可以说每一起错案，对于当事人来说都是一场浩劫，造成的损失和产生的影响是无法用金钱去弥补的。真诚地希望不要有错案发生。

业绩

京都所合伙人王菲、王蕊琪律师代理商标侵权及不正当竞争案全面胜诉



王菲律师

近日，北京市京都律师事务所王菲、王蕊琪律师在系列商标侵权案中代理权利人维权历经三年，取得全部胜诉判决。

案件信息

前案

案由：侵害商标权及不正当竞争纠纷案

一审案号：（2019）京0105民初29904号

二审案号：（2021）京73民终556号

被告：何某，北京三快科技有限公司

后案

案由：侵害商标权及不正当竞争纠纷案

一审案号：（2019）京0105民初29904号

二审案号：（2021）京73民终1350号

被告：武汉牙达人口腔医院有限

公司、北京新氧科技有限公司

基本案情

北京冠美口腔医院管理有限公司（下称北京冠美口腔）系“冠美”、“冠美口腔”注册商标的权利人。武汉冠美口腔医院在未经权利人许可情形下，在经营过程中大量使用“冠美”系列商标，同时在美团、新氧、大众点评、糯米等众多线上平台上大量使用“冠美”商标进行宣传。

为了维护自身合法权益，北京冠美口腔委托京都律师固定证据并向海淀法院提起诉讼，要求立即停止侵权并赔偿经济损失。但是武汉冠美口腔在接到应诉通知后，利用管辖权异议程序的间隙，先将企业变更至八十岁老人名下，后注销企业。期间侵权方并未主动通知法院和权利人，导致案件拖延半年无法进入实体审理。此后，侵权方又在原地址新登记设立武汉牙达人口腔公司，继续对外经营。

前案中两位律师通过调取工商档案、派出所户籍信息、侵权方营业宣传证据等材料，申请变更何某为本案被告，并请法院在判决中考虑何某故意逃避承担法律责任的恶意，最终海淀法院采纳了律师的建议，变更何某个人承担本案侵权责任；后案中，侵权方虽然新设立牙达人公司，但在成立后仍然在美团、新氧等平台宣传中使用冠美商标，对此两位律师立即固



王蕊琪律师

定电子证据，并就新的侵权行为向朝阳法院提起起诉。

裁判内容

一审判决

北京市海淀区人民法院经过审理，判决如下：

一、本判决生效之日起三十日内，被告何某停止本案所涉商标侵权行为和不正当竞争行为；

二、本判决生效之日起十日内，被告何某赔偿原告北京冠美口腔经济损失300万元，合理开支10万元；

三、自本判决生效之日起三十日内，被告何某在《中国知识产权报》（非中缝位置）刊登声明消除影响；

四、驳回原告北京冠美口腔公司的其他诉讼请求。

北京市朝阳区人民法院经过审理，判决如下：

一、被告武汉牙达人口腔医院有限公司于本判决生效之日停止商标侵



业绩

权及不正当竞争行为；

二、被告武汉牙达人口腔医院有限公司于本判决生效之日起三十日内在《法治日报》除中缝以外位置刊登声明消除影响

三、被告武汉牙达人口腔医院有限公司于本判决生效之日起十日内赔偿原告北京冠美口腔公司经济损失50万元；

四、被告武汉牙达人口腔医院有限公司于本判决生效之日起十日内赔偿原告北京冠美口腔公司维权合理支出10万元；

五、驳回原告北京冠美伟业企业管理有限公司、原告北京冠美口腔医院管理有限公司的其他诉讼请求。

二审判决

一审判决后，两案被告均提起上诉。目前北京知识产权法院经过开庭审理判决如下：

驳回上诉，维持原判。

典型意义

本案系处于新旧商标法实施期间发生的商标侵权案件，典型意义主要

有以下：

一、商标及不正当竞争案由并列。本案不仅涉及商标侵权行为，还涉及擅自使用具有一定影响的商品/服务名称和虚假宣传的混淆不正当竞争行为，涉及商标法、反不正当竞争法、侵权责任法等多部法律法规。在知产类案件中，混淆的商标侵权大多会伴随着混淆的不正当竞争行为。

二、法定赔偿的应用。由于知识产权的市场价值难以量化，利润率和知识产权贡献难以精确计算，与侵权行为有关的账簿大多缺失或由被告掌握，在知识产权侵权纠纷案件中权利人的损失、侵权人获得的利益或者许可使用费均较难确定。因此，在司法实践中，法定赔偿的适用较为广泛。

三、法定赔偿中考虑主观恶意因素。惩罚性赔偿仅适用于按照权利人实际损失赔偿或按照侵权人获益的赔偿标准，惩罚性赔偿不适用于法定赔偿。本案中法院在采用法定赔偿时综合考虑侵权方的主观恶意因素，判决共计三百七十万的赔偿，也弥补了该规定在实务应用中的缺陷，最大限度

地保障了权利人的合法权益。

四、对维权合理开支的支持。在知产类维权案件中，维权中的合理开支如律师费、公证费、差旅费等都可以由败诉方承担。本案中法院几乎全额支持了权利人的维权开支，也体现了法院加大对维权合理开支的支持力度。

五、对真正侵权人的惩罚。本案中何某利用法人及经营者身份的变更转让注销意图逃避责任，两位律师也积极搜集证据向法院证明何某是真正的侵权方，经营者的变更不能代替侵权人承担责任，法院最终也采纳了律师意见，体现了法院对真正侵权人的惩罚。

结语

北京市京都律师事务所合伙人王菲律师和王蕊琪律师代理本案维权诉讼，历经三年终于画上了一个圆满的句号。该份判决来之不易，两位律师秉持勤勉尽责的态度完成上述委托代理工作，最大限度地维护了权利人的合法权益。当事人对于案件结果十分满意，也对两位律师的专业能力和敬业精神表示高度认可。

京都所王菲律师、苏文律师代理专利侵权纠纷系列案件取得拐点胜诉判决

京都王菲律师、苏文律师受重庆某公司委托，担任系列专利侵权案件中被告一方代理人。专利权人因同一技术对委托人及关联公司在重庆、上

海、北京发起了多起系列诉讼。

为了应对上述诉讼，两位律师全面分析案情，就委托人所使用技术方案与涉案专利进行详尽的特征对比及

法律适用分析准备。系列案件庭审中从两方解决的技术问题、采用的技术手段、产生的技术效果角度充分进行对比说理和论述，并提交委托人使用

业绩



苏文律师

方案中的关键部件原件等证据，力求说服合议庭，支持我方委托人所用技术方案并未落入原告专利保护范围的主张。遗憾的是几案中重庆院率先做出了侵权认定的判决。为免该判决进一步影响关联案件，两位律师第一时间说服委托人上诉。同时，委托知识产权司法鉴定机构对双方技术是否相同进行鉴定并与鉴定机构积极沟通推进，在相对短的周期内获得了有利于委托人的鉴定结论，及时提交几家法

院。

日前，上海知产法院进行了在线宣判，一审判决驳回原告的全部诉讼请求。本案的胜诉对委托人具有重要意义，对已发生的系列案件后续审理出现了有利参考，同时委托人新开业的数家关联机构有望免于被诉，安心经营。两位律师在系列前案已败诉的被动局面下的不懈努力，赢得了委托人高度认同。我们共同期待审理中的关联诉讼进一步取得胜利。

京都所陈会长律师成功代理一起专利权无效纠纷案

中小型创新科技企业在与大企业的业务合作中，经常处于弱势地位，知识产权被骗取和侵害的情况屡见不鲜。由于各种原因，很多中小企业对维权望而却步，最终选择忍气吞声。

近日，京都陈会长律师在所代理的一起专利权无效宣告纠纷中，成功地代表某创新型科技公司迫使涉嫌侵害专利权的无效请求人主动撤回了其无效宣告请求，有力地维护了委托人的合法权益。

委托人是一家创新型科技公司，拥有业内领先的专利技术。委托人凭借该专利技术参加了某大型企业的招标投标程序并应招标方要求提供了详尽的相关技术资料，但是没有中标。委托人后来惊讶地发现，该大型企业私下采用了委托人提供的专利技术，遂诉至法院。该大型企业则向国家知识



陈会长律师

产权局提起了专利无效宣告请求。

陈律师接受该创新型科技公司委托后，深入研究相关资料并与委托人密切沟通，针对无效宣告请求人的无效理由制定了强有力的应对方案。首先，陈律师将侵权诉讼案件和无效宣告请求案件统筹谋划，仔细研究侵权

诉讼案件在案材料，推演案件走向和被控侵权人可能采取的应诉方案，并据此制定出既有利于维持专利权有效，又有利于侵权诉讼的答辩策略。其次，陈律师进行了大量的调研工作，仔细分析了技术相关的文献资料和技术资料，吃透相关技术。另外，陈律师针对双方当事人情况和具体的无效理由，撰写了强劲有力的答辩意见。

无效请求人在收到该份答辩意见后，主动撤回了无效宣告请求，国家知识产权局依法对该专利权无效宣告请求案件予以结案。陈律师代表委托人在维权之路上取得了重要的阶段性胜利。

陈律师已经多次利用其高超的法律服务能力成功地说服对方当事人，迫使对方主动撤回诉讼请求或无效宣告请求，以最简洁有力的方式维护了委托人的合法权益。



业绩

印波律师为涉嫌非法吸收公众存款近两百万元作辩护，当事人获不起诉

2021年11月，京都律师事务所兼职律师，北京师范大学刑事法律科学研究院副教授、博士生导师印波律师为一起涉嫌非法吸收公众存款罪的当事人进行辩护，最终经过充分沟通与不懈努力，获得了不起诉的结果。该案系北京某资产管理有限公司相关人员涉嫌非法吸收公众存款罪系列案件的一部分，其中有关人员涉嫌非法吸收公众存款共五亿元。本案当事人涉案金额高达近两百万元。



印波律师

一、基本案情

2017年7月至2018年7月期间，当事人涉嫌在北京市朝阳区某资产管理有限公司内，以投资该公司的“双季金”债权转让项目并高额返还利息为由，非法吸收人民币近两百万元。

二、辩护要点

1. 本案中身为某保险公司职员的当事人不属于北京某资产管理有限公司的组织者、领导者和管理人员，甚至不算公司的正式业务员。根据本案当事人及有关涉案人员的讯问笔录可知当事人并非北京某资产管理有限公司员工，因偶然结识该公司分公司总经理并经其推荐理财项目投资获利，遂将自己的客户及朋友介绍给该人。

2. 当事人仅实施了在极有限的范围内介绍少数人员给该公司分公司总经理，其行为性质类似于“牵线搭桥”的

中介，并未直接参与《关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第一条第三、四项规定的“承诺在一定期限内以货币、实物、股权等方式还本付息或者给付回报”“向社会公众即社会不特定对象吸收资金”。此类非法吸收公众存款的行为，系仅在北京某资产管理有限公司涉嫌非法吸收公众存款一案中起辅助作用的人员。

根据《刑法》第二十七条之规定，“在共同犯罪中起次要或者辅助作用的，是从犯。对于从犯，应当从轻、减轻处罚或者免除处罚。”另根据最高人民法院《关于办理非法集资刑事案件若干问题的意见》第六条之规定，“办理非法集资刑事案件，应当贯彻宽严相济刑事政策，依法合理把握追究刑事责任的范围，综合运用刑事手段和行政手段处置和化解风险，做到惩处少数、教育挽救大多数。要根据行为人的客观行为、主观恶性、犯罪情节及其地位、作用、层级、职务等情况，综合判断行为人的责

任轻重和刑事追诉的必要性，按照区别对待原则分类处理涉案人员，做到罚当其罪、罪责刑相适应。……对于涉案人员积极配合调查、主动退赃退赔、真诚认罪悔罪的，可以依法从轻处罚；其中情节轻微的，可以免除处罚；情节显著轻微、危害不大的，不作为犯罪处理。”

因此，当事人在共同犯罪中起次要作用，作为从犯，因其情节轻微、危害性不大，检察机关可以作出不起诉的决定。

3. 当事人是在自己家中被抓获的，到案过程中一直配合民警工作，没有阻碍、反抗、逃跑等行为，到案后也如实供述了全部的案件事实。其在明知有人报案，可以逃跑而不逃跑的行为，应当认定为自首。相关判例可以参考在尚娟盗窃一案（《刑事审判参考》总第86期，第780号案例）中的意见，在作案现场以外的其他场合，如果犯罪嫌疑人明知他人报案，客观上犯罪嫌疑人能逃而不逃，自愿等待抓捕，且无拒捕行为，如实供述罪行的，同样体现了犯罪嫌疑人的主动性和自愿性，应当认定为自首。根据《刑法》第六十七条规定，犯罪以后自动投案，如实供述自己的罪行的，是自首。对于自首的犯罪分子，可以从轻或者减轻处罚。其中，犯罪较轻的，可以免除处罚。

4. 当事人自愿认罪认罚并在获利微乎其微的情况下积极退赔，表明其已经

业绩

深刻反省认识到自身行为的错误真诚认罪悔罪的态度。根据《刑事诉讼法》第十五条规定，犯罪嫌疑人、被告人自愿如实供述自己的罪行，承认指控的犯罪事实，愿意接受处罚的，可以依法从宽处理。另根据两高三部《关于认罪认罚从宽制度的指导意见》第八条的规定，对其中犯罪情节轻微不需要判处刑罚的，可以依法作出不起起诉决定或者判决免于刑事处罚。

5. 当事人本身也属于北京某资产管理有限公同涉嫌非法吸收公众存款案件的受害者，家庭投资三十万元没有收回，给家庭造成了极大的经济负担，本着大家共同投资赚钱的心理介绍的几个客户都是自己的客户或朋友，属于在有限的范围内向比较特定的对象吸收存款，行为的社会公开性不强。当事人之前遵纪守法，并无犯罪记录，属于初

犯、偶犯，在立案侦查过程中也没有采取逃跑等妨害侦查的行为，到案后如实供述事实并且自愿认罪认罚并赔偿损失。由此可见，其人身危险性和社会危害性非常低。

6. 辩护人详细检索北京某公司相关已经生效的判决书，提炼其中人员、管辖地、职务、涉案金额、自首、坦白、认罪认罚、犯罪地位、刑期、是否适用缓刑等关键有效信息，并整理成表格进行分析，得出结论：有关人员的身份绝大多数都是公司的高管或者直接参与公司运营管理的人员，而且涉案金额相对人而言要大的多，尚且因为认罪认罚积极退赃而被宣判缓刑，而本案当事人甚至都不是公司的普通员工。辩护人也检索了北京地区已公布的关于涉案非吸的处理情况，实际上对于很多基层的员工也并未追究责任，也体现了检察机

关坚持区别对待的精神。因此，建议将当事人进行不起诉，与其他嫌疑人分案处理。

三、成功辩护

印波律师在最短时间内通过详细梳理案卷及会见当事人了解案件情况，本着以案件事实为基础，以法律为准绳的专业态度对案件进行了研判，并将辩护意见递交承办本案的检察官，与之多次沟通。在不懈的努力下，最终，北京市朝阳区人民检察院根据《中华人民共和国刑法》第三十七条及《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百七十七条第二款之规定决定对当事人不起诉。在整个案件辩护过程中，实习生刘畅全程参与了文书草拟与案例搜集工作，表现出了极强的团队协作精神与专业素养。

高管涉嫌五千万合同诈骗案，检察院不批捕后公安撤案

近期，由北京市京都律师事务所王馨全律师代理的某资产管理有限公司高管白某（化名）涉嫌近五千万合同诈骗案取得良好辩护效果。在律师的不懈努力下，当事人在批捕期成功取保候审之后，公安机关主动撤销该起刑事案件，并为当事人解除了取保候审措施，相当于当事人获得了实质性无罪的认定。



王馨全律师

一、“我们公司没有骗他”

“我们公司没有骗他!”

这是在看守所里白某对律师说的第一句话。当时他的双眼布满了血丝，可见他在这段时间承受了很大的精神压力。

白某是北京市一家金融公司的高管。2020年9月的一天，公司实际控制人张某和公司经理白某应邀前往某酒店去和客户关某见面（均系化名），



业 绩

以协商解决双方之间所发生的长达三年的经济纠纷。因为该起纠纷，张某等人曾经历证监会调查、资金账户冻结，又被关某民事起诉，但三年以来大家一直协商解决纠纷。然而，当他们到达酒店时，大量警察突然出现并将张某和白某带走，理由是其二人涉嫌合同诈骗，涉案金额近五千万。次日张某和白某被送往看守所羁押。五千万的合同诈骗一旦被定罪，张某和白某可能面临十年以上有期徒刑甚至无期徒刑的刑罚，事态严重。

白某的爱人委托京都律师王馨仝为白某辩护。为有效开展辩护工作，首先要准确了解涉案事实。刑事案件往往事发突然，多数情况下家属并不完全了解涉案的具体情况，需要律师通过会见向当事人了解案件情况。但是受疫情影响，看守所会见需要提前预约，最快也只能约到一周后的会见，为了有效利用时间，在等待会见的时间里律师同家属一起多方收集与关某合作有关的协议、银行流水、往来邮件、民事诉讼资料等相关证据材料，以期尽可能了解涉案客观事实。根据收集到的材料，律师初步判断该案属于民事纠纷，有辩护空间。

此后律师在看守所会见的时候，就发生了开头那一幕。白某向律师详述案情的同时，也谈到了刑案背后的故事。关某原在某国家部委工作，早在一年前张某和白某就接受过当地经济侦查大队警官的问询，警官当时也表露了一些办案压力的情况，希望他们能够尽快还钱。考虑到这种情况，

律师判断，30天刑事拘留期内公安机关主动放人的可能性不大，案子的转机应该在此后的7天审查批捕阶段。因此，律师向白某详细讲述了刑事诉讼的流程和特点，为他疏导情绪，讲解做笔录的注意事项，也询问了辩方进一步调取有利证据的线索。

二、不批捕有戏！要趁热打铁！

会见之后，律师与家属紧密配合，进一步搜集有利证据，最终确定辩护思路。律师认为该案属于金融市场中因资金撮合业务所产生的民事纠纷，张某和白某一直在实际履行合同。此后由于关某违规操作，并在证监会监管介入调查后失联，张某按照合同约定处理账户资金进行止损，而后公司资金链紧张不能立即归还保证金，但双方一直友好磋商还款事宜，并提供了财产担保，张某和白某并无非法占有关某资金的目的，不构成合同诈骗罪。

在案件进入审查批捕的第一天，律师就向检察院递交了应不予批捕的辩护意见并附以详实的证据予以支持，辩护意见围绕以下四个方面展开：

- 1.《借款协议》实际履行，关某违约操作导致出借方资金损失。
- 2.关某失联耽误资金清算，公司资金周转困难，但提供了资产担保并与关某达成和解。
- 3.白某代表公司履职，无非法占有关某资金的行为和目的。

4.对白某取保候审，不致发生社会危险性。

意见递交之后，律师立即与承办检察官沟通，争取让检察官能在审查公安机关制作的案件材料时也能清晰地看到辩方的视角。检察官提审之后，律师再一次会见。王馨仝律师通过回顾检察官提审时所提出的问题，认为检察官对律师意见中提到的几个核心问题以及所提交的证据都进行了详细的讯问，说明其对律师意见接受度较高。

不批捕有戏！要趁热打铁！

会见结束后，律师又拨通了检察官的电话，这一次的沟通更为深入。检察官表示公安的态度是很坚决的，他们会在批捕期内继续提交证据材料，检察官也提到了律师意见中详细注明但并未提交的一份证据——资产抵押担保协议，表示这份证据如果有可以尽快提交。可惜的是，这份证据此前律师经过很多努力却没有找到，甚至连照片或复印件都没有。但既然检察官在这个关键的时间节点提到这份证据，说明该证据很可能对推进案件向有利方向发展有重要作用。律师当即回答“虽有客观困难，但我们定当竭尽全力争取。”

可能是因为幸运，也可能是因为吸引力法则，我们的意愿实在太过强烈，我们最终拿到了这份证据并及时送交检察机关。

三、“我只担心我的爱人”

刑拘第37天，是等待结果的日

业绩

子，总是最煎熬。

上一次会见时，白某和王律师说：“我不担心孩子，因为我爱人和父母会把孩子照顾得很好；我不担心父母，因为还没到最后的时候；我只担心我的爱人，怕她太煎熬。”

作为一名女性，王律师很感动。刑案当事人以男性居多，他们一旦出了事情，案件和家庭重担就落在了家人的肩上，多数是妻子承担了所有。她们要面对案件的不确定，要撑起一个家，要把工作做好，要坚强勇敢。王律师经常鼓励她们，“你可以的，

为母则刚，我们女人可以的，我会帮你”。

第37天的下午检察院作出不批捕决定，傍晚张某和白某走出看守所，解除强制措施，取保候审。

在取保候审的一年时间里，公安机关也曾找过白某进一步了解情况，每次王律师都和白某一起研判，认真对待。

2021年9月20日，取保候审期满，公安机关直接作出对白某解除取保候审的决定，直接撤销案件，而没有移送审查起诉。这很难得，因为此前公

安机关直接撤销案件的情况是较为少见的。一般来说，即使前期不批捕的案件，要想争取到最好的结果，律师要在审查起诉阶段向检察机关争取不起诉决定，毕竟法院阶段的无罪判决率是很低的。

这是最好的结果，白某重获自由，回归家庭，人生不留污点，公司也得以继续运营。白某及其家属对王馨全律师用心办案和其专业敬业的工作态度给予了高度评价，白某及其爱人也与王律师成为了好友。

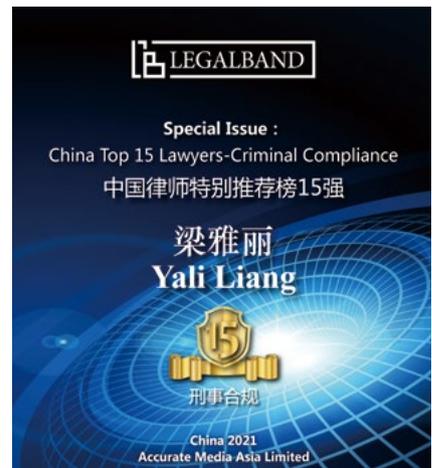
荣誉

梁雅丽律师入选“LEGALBAND2021中国律师特别推荐榜15强：刑事合规”榜单

2021年11月4日，知名法律评级机构LEGALBAND公布了《2021年度中国律师特别推荐榜15强：刑事合规》榜单，京都律师事务所高级合伙人梁雅丽律师凭借卓越的业务能力、同行的高度赞誉以及突出的市场表现成功入选。

梁雅丽律师是刑事诉讼领域的知名律师，对刑事辩护、刑民交叉以及企业合规等法律事务十分擅长。其曾办理一宗涉案金额巨大且在社会上引起广泛影响的刑事案件。由于案情极为复杂且涉及不同的主体和专业领域，过程中，梁律师通过从定性定量方面寻求突破，持续引导庭审向有利于客户的方向发展，不仅获得了客

户方的好评，也为后续处理类似案件提供了极佳的范本。在法庭之外，梁律师还积极参与并推进企业部的风险防控与合规制度建设。她能够设身处地的为客户排忧解难，化解法律与商业风险，帮助陷入危机的公司重新步入正轨，向健康、可持续发展的方向。此外，在面对法律专业以外的技术问题时，梁律师也不断进行学习与研究，力求最大限度的提升辩护效果。“梁律师工作严谨，敬业精神极佳，深得我方的认可和高度赞誉。我们对梁律师的专业能力表示充分肯定，不仅邀请她继续参与企业合规建设，还在其他案件中继续进行委托。



梁雅丽律师入选“中国律师特别推荐榜15强：刑事合规”榜单



荣誉



梁雅丽律师

总之，梁律师是一位专业能力优秀、令人尊敬、值得长期深度合作的优秀律师。”

梁雅丽律师，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、《法治日报》首批律师专家库成员。梁雅丽律师执业二十七年，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，《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。

LEGALBAND是国际媒体公司AccurateMedia旗下的国际法律评级机构，总部位于香港，并在中国大陆拥有驻地调研团队，通过一系列的客户拜访、电话及问卷调查，其每年会发布多类法律评级报告，旨在成为中国市场最具影响力及公信力的法律评级品牌，为企业客户选聘律所及律师提供权威指南。

刘铭律师获朝阳区政协第十三届委员会“优秀委员”荣誉



刘铭律师

政协北京市区朝阳区第十三届委员会历经五年，即将届满。2021年11月9日，召开第十三届委员会常委会扩大会议，陈涛主席作十三届委员会总结讲话并表彰优秀提案和优秀政协委

员。京都律师事务所高级合伙人刘铭律师获第十三届区政协“优秀委员”荣誉。

刘铭律师履职期间，持续深入学习，自律节制，思为表率。坚持不学习不发言、不理解不发言，不调研不发言。一届来，重点围绕法治建设、创新驱动发展、文化产业等提案建言。持续提交包括《关于朝阳区文化产业知识产权创新发展的建议》、《关于打造朝阳区知识产权交易平台的建议》、《关于优化文化产业中小企业创新发展的建议》等提案。并深化提案办理实效，多份提案形成区委、区政府简报，列为重点督办提



荣誉



简介 评论

“两会直播间”网络访谈系列之一



案。在“文化创新引领产业提升”、“十四五规划建言献策”、“文化产业创新发展引领区建设”等专题议政会中提交《关于完善文化产业创新实验区产业促进政策的建议》、《关于完善知识产权保护及价值利用为文创企业提供融资支持的建议》、《以知识产权为依托支撑打造文化创新引领区建设》、《关于促进国家文化产业创新实验区小微企业发展的建议》等建言材料。多次在专题议政会、政协全会作专题发言。并报送社情民意信息，开展委员进社区活动，普法宣

传，以委员身份参与公益活动等。同时，多年担任监察委、政法委、检察院等特约监督员，认真履行民主监督职责。

刘铭律师在十三届政协委员履职中，言行谦虚，自律真诚，尽责奉献，会议表彰中对其作出高度认可和评价：“拳拳之心，孜孜不倦。聚焦创新驱动提出意见建议；围绕文化产业给出睿智答案。一次次普法宣传，一篇篇精彩评论，一笔笔滚烫善款，你是社会正义的工程师，更是尽心尽责的政协委员”。



动态

田文昌、梁雅丽律师受邀为智合研修院刑事合规专题研修班授课

2021年9月25日，智合研修院“刑事合规之‘合规不起诉’专题研修班（第一期）”在北京正式开班，京都律师事务所名誉主任、中华全国律师协会刑事专业委员会主任田文昌律

师，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受邀为现场60余名学员进行授课。

田文昌律师在现场视频中结合中国的经济特征和法治背景，对刑事合规的

发展历程、特点进行了梳理。随后梁雅丽律师结合她过往近30年的执业经历和案件特征，给学员们带来了“金融、生产及公司治理刑事合规的经验分享与思考”为主题的课程内容。



动态



田文昌律师

梁雅丽律师在授课中着重介绍了金融安全、生产安全以及公司内部治理三个值得关注的企业合规领域，并结合最新立法、司法动态以及本人的办案经验对三个领域的刑事合规风险点作出重点提示。

首先，针对金融安全领域的刑事合规，梁雅丽律师从金融机构和上市公司两大证券市场主体出发提出刑事风险点。一方面，在“大资管”背景下金融机构的常规业务，包括贷款业务、保险业务、融资融券业务分别面临不同的涉刑风险。结合其团队办理的某证券公司员工在融资业务中涉嫌违法发放贷款一案、某大型石化集团及其财务公司高管被控违规出具金融票证一案等案件，对金融机构刑事合规的常见误区、刑事律师在办理相



梁雅丽律师

关案件时应注意的重点及具体操作进行了介绍。另一方面，上市公司作为证券市场主体，从获取市场主体资格的发行证券开始，到经营过程中的信息披露义务履行，再到具体的证券交易行为，也都有不同的涉刑风险，包括欺诈发行、违规信批、操纵证券市场、背信运用受托财产、内幕交易等等，同样分享了其团队办理的某资管公司信息操纵证券市场行政违法案、某保险公司高管利用未公开信息交易案等实务经验。

接下来，针对安全生产领域的企业合规，梁雅丽律师介绍了近期安全生产方面的立法动向以及该领域刑事合规的特点，如合规需求以危机处置性为主，对日常法律风险防范及合规调查重视不足，存在人企合一的现

象，对企业合规推行阻力较大，合规团队专业程度要求高等方面。此外，梁雅丽律师还分享了其团队办理的某矿业上市公司被控重大责任事故一案的辩护及后续合规服务的经验。

其次，针对公司内部治理的合规管理体系，梁雅丽律师先梳理了公司员工常见履职行为的涉刑风险，包括职务侵占、挪用资金、背信损害上市公司利益以及国有公司、企业、事业单位人员失职等，并对律师参与企业反商业贿赂的关注重点和企业反舞弊调查应注意的自身执业风险都做了相关介绍。此外，还就《刑法修正案（十一）》将“自洗钱”入罪对企业建立反洗钱合规制度的影响做了重点提示。

最后，梁雅丽律师认为，企业合规是值得律师发掘的业务蓝海，而律师在深入企业经营、展开合规业务的同时，也需要保持自主判断，时刻防范自身的执业风险。

伴随讲师们深入浅出的授课，学员们的思路被迅速打开，从理论到实操，去解决具体实践中将要面临的业务问题，收获满满。

2021年全国刑法学年会成功召开 田文昌、梁雅丽律师出席大会并致辞

2021年12月11日-12日，中国刑法学研究会第三次会员大会暨2021年全国刑法学年会在国家检察官学院香山校区举行。本次会议由中国刑法学研究会主办，山西大学法学院和北京市

京都律师事务所承办，来自法学理论和司法实务界300余名代表以线上或线下方式参会。京都律师事务所名誉主任、创始合伙人田文昌律师，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应邀出席并发表致辞演讲。京都律师事务所主任朱勇辉律师，高级合伙人王九川律师、金杰律师、徐莹律师、汤建彬律师一同出席了会议。

动态



本次大会开幕式由中国刑法学副会长，浙江省人民检察院检察长、教授贾宇主持。中国法学会党组成员、副会长王其江，全国人大常委会法工委副主任李宁，最高人民法院副院长高憬宏，最高人民检察院检委会副部级专职委员张志杰，山西大学副校长孙岩，北京市京都律师事务所名誉主任田文昌，中国刑法学研究会名誉会长高铭暄等分别致辞。

田文昌律师就多年来对中国法学研究以及中国法律实践的体会，总结出三点希望。第一点，他希望中国刑法学研究会在今后的研究当中，更加重视对法治理念的研究。法律工作者身处法治建设的深入发展时期，如果能够重视并

且实现理念的快速转变，理念的提升将真正推进法学研究和法治建设的快速发展。第二点，他希望中国刑法学研究会更加重视对理论和实务相结合问题的研究。田文昌律师由教授转身律师，即由理论转身实践，他深切体会到理论与实务相结合的必要性，并希望有更多的实务工作者能够同理论工作者一道，为推进刑法学研究做出更多的贡献。第三点，他希望中国刑法学研究会今后能够更加重视法学教育改革的研究。在信息时代的今天，需要的是创新型的专家，他表示，只有敢于创新，能够把知识变活，才能有更快的发展，希望今后的法学教育改革能够有一个新的台阶、新的提升。最后，田文昌律师诚挚希望中国

刑法学研究会能够取得更辉煌的成绩并预祝大会圆满成功。

此次大会的一项重要内容是进行换届选举。大会选举产生了中国刑法学研究会新一届理事会成员，浙江省人民检察院检察长贾宇当选新一届中国刑法学研究会会长。

当选中国刑法学研究会会长后，贾宇表示，未来五年将同新一届理事会成员一道，凝心聚力，尽心尽责，深入学习贯彻党的十九届六中全会精神，全面贯彻习近平法治思想，运用习近平法治思想的立场、观点、方法指导中国刑法学研究，聚焦时代课题、增强使命担当，推动新时代中国刑法学研究实现新发展，努力将中国刑法学研究会——“刑法学人士共同的家园”建设好。

大会还选举产生了第三届理事会常务理事、理事等人选，京都律师事务所高级合伙人梁雅丽律师当选为常务理事。

大会闭幕式由北京师范大学刑事法律科学研究院教授刘志伟主持。山西大学法学院教授张天虹，京都律师事务所高级合伙人、刑辩研究中心主任梁雅丽，浙江省人民检察院检察长、教授贾宇分别致辞。



| 开幕式现场



| 高铭暄



| 田文昌



动态



贾宇

梁雅丽律师就充分发挥京都律师事务所“三个优势”，进一步加强与中国刑法学研究会互动与合作，助力构建法律职业共同体为主旨发表致辞。首先，京都所将充分发挥“学院派”优势，进一步加强与中国刑法学研究会的合作交流，推动刑法学理论界与实务界“互惠共赢”。其次，充分发挥京都所多元化团队优势，进一步加强与刑法学研究会合作开展人才共建，让更多律师参与到刑法学研究的交流活动中，共同培养优秀年轻的律师人才。最后，京都所及旗下京都刑事辩护研究中心将持之以恒肩负起“传播理念，共享经验，共



梁雅丽

同发展，推动律师行业整体发展”的社会责任，助力中国刑法学研究会打造刑事法律职业共同体，为中国法律职业共同体建设、为实现法治强国做出努力。

本次大会共历时两天，主要由开幕式暨换届选举大会、颁奖仪式暨主题



汤建彬、王九川、朱勇辉、梁雅丽、徐莹

报告、大会专题研讨以及闭幕式组成。专题研讨环节邀请多为著名专家学者共同探讨刑法理论的拓展与《刑法修正案（十一）》等深度问题，共话刑法前沿研究及未来发展，线上观看人数达到20000人次。



苏文律师受邀为华能集团专利培训会授课

2021年10月20日至21日，由中国华能集团有限公司知识产权中心主办的“华能集团专利质量提升工作实务培训会”在成都召开，来自集团各部门、区域产业公司及基层电厂120余人参加会议。

北京市京都律师事务所苏文律师作为受邀专家之一为参会人员授课，授课主题为专利侵权案例分析。本次授课，苏文律师首先介绍了专利侵权



授课现场

判断的方法，然后通过宁德时代与塔菲尔专利诉讼、叠瓦组件技术诉讼、韩华与隆基光伏电池诉讼等三个典型案例介绍了电力行业专利侵权风险类型、专利权人常用的维权策略、及被控侵权人可以采用的防控措施。

苏文律师的本次授课有助于华能集团技术人员了解专利侵权风险的理论和实践知识，全面提升专利风险防控意识。

动态

刘铭律师在朝阳区“构建新格局推动新发展，建设文化创新引领区”议政会中议政建言



2021年9月29日上午，朝阳区政协、区委统战部联合召开“构建新格局、推动新发展，建设文化创新引领区”协商议政。区委书记王灏、区委副书记、区长文献、区政协主席陈涛等区委领导出席会议。区政协党组书记、主席陈涛主持会议。

围绕朝阳区文化建设与发展专题议政是朝阳区政协一届来的议政主题。刘铭律师在委员履职中，基于专业理论和实践，不断深入对文化建设、文化产业发展学习、调研，履职服务。担任国家文创实验区知识产权委员会主任、朝阳区知识产权调解委员会主任，与传媒大学联合开展园区文创企业线上、线下法律服务、培训，探索文化产业知识产权管理交易模式等工作。在担任本届政协委员期间，持续提交包括《关于朝阳区文化产业知识产权创新发展的建议》、



刘铭律师

《关于打造朝阳区知识产权交易平台的建议》、《关于优化文化产业中小企业创新发展的建议》等提案，为相关委办局开展专题讲座。

其中在“文化创新引领产业提升”、“十四五规划建言献策”、“文化产业创新发展引领区建设”专题议政会中提交《关于完善文化产业创新实验区产业促进政策的建议》、《关于完善知识产权保护及价值利用为文创企业提供融资支持的建议》、《以知识产权为依托支撑打造文化创

新引领区建设》、《关于促进国家文化产业创新实验区小微企业发展的建议》等建言材料。

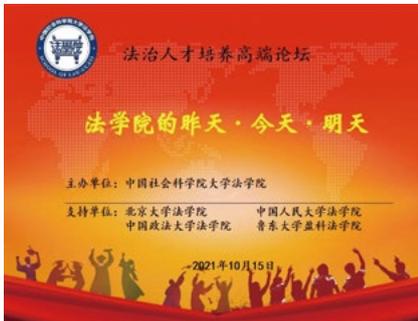
本次议政会，刘铭律师作《关于发挥创新引领作用推进文化产业园区转型升级的建议》重点发言，其中特别强调知识产权在文化产业发展中的重要意义，建议基于朝阳区区情、经济比重、文化产业的知识产权客体等建立知识产权管理、发展的“朝阳模式”，优化资源配置和要素引导。

认真听取发言后，区委书记王灏、区委副书记、区长文献对委员发言充分肯定，要求有关部门和单位高度重视，认真吸纳借鉴、汇集整理，分类研究推进。并对进一步加强文化建设，聚焦“文化、国际化、大尺度绿化”主攻方向，持续推动文化高质量发展，加快打造首都文化创新引领区建设作出强调。



动态

王九川、常莎律师参加法治人才培养高端论坛及实践基地授牌仪式



2021年10月15日，由中国社会科学院大学法学院主办、在京部分主要法学院协办的“法学院的昨天·今

天·明天——法治人才培养高端论坛”在京举行，京都律师事务所王九川律师、常莎律师应邀参加。在论坛上，中国社会科学院大学法学院举行了中国社会科学院大学法学院学生实践基地授牌仪式，该校研究生兼职导师王九川律师、常莎律师代表京都律师事务所接受命名牌匾。

京都律师事务所常年与相关高校法学院进行合作，通过授课、课题合作、指导学生实习、举办活动等方式支持法学实践教学，中国社会科学



院大学法学院是主要的合作法学院之一，京都律师事务所连续多年作为中国社会科学院大学法学院学生实践基地，并由律师长期担任该校研究生兼职导师，参与相关课题研究。

京都所高级合伙人王春军律师被选举为北京市朝阳区企业家协会理事



王春军律师

2021年10月19日，北京市朝阳区企业家协会第二届一次会员大会在北京召开。京都所高级合伙人王春军律师被选举为协会理事。

此次会议的主要任务：审议通过

协会章程草案、换届选举办法、会费收取办法，选举产生第二届理事会、监事会，制定协会下一步工作任务和发展方向，会议明确：坚持以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，围绕朝阳区十四五规划、强化政治担当、深化党建引领，带领企业家助力朝阳“两区”建设，聚焦“三化”、确保“六稳”。

会议强调要主动作为，把共同富裕落地、落实、落细，引领企业家聚集产业新动能、奋力谱写新时代朝阳发展新篇章，努力为朝阳成为首都高质量发展示范区、朝阳文化创新引领



会议现场

动态

区、国际交往中心区、绿色宜居标杆区做出新的更大贡献。

朝阳区行业协会商会战略联盟协作体是由朝阳区民政局社团办推动，朝阳社会组织联合会率先发起，朝阳区企业家协会参与发起组建的新型社会组织。该组织将投入到“服务新四

化”，即推进功能首都化、环境宜居化、城乡一体化、民生优质化的进程中，为促进产业结构升级、低级次产业清理、促进区域环境美化绿化，助推朝阳区和谐发展做出新的贡献。朝阳区民政局社团办主任裴兴晔讲话并为工程启动授旗。首批加入该联盟协

作体的有北京市视光光学行业协会、朝阳区企业家协会、通惠河文化企业商会、崔各庄国门企业联合会、高碑店古典家具行业协会、福谥市场行业商会、对外文化交流协会、雅宝路国际贸易商会等八家社会组织和行业协会商会。

重温经典守初心 传承精神担使命 京都律所党总支举办党史学习教育《长津湖》观影活动

为庆祝中华人民共和国成立七十二周年、中国人民志愿军抗美援朝出国作战七十一周年，进一步扎实、创新推进党史学习教育，培养律师热爱祖国、热爱民族的情感，弘扬伟大的民族精神。2021年10月15日下午，京都律所党总支组织党员律师和

党建之友们观看电影《长津湖》，进行爱国主义主题教育。

电影《长津湖》以抗美援朝战争第二次战役中的长津湖战役为背景，讲述了一段波澜壮阔的抗战历史：71年前，志愿军战士们留下保家卫国的承诺，义无反顾地用血肉之躯把祖国

护卫在身后，将炮火挡在了国门之外。零下40度的酷寒下，英勇的志愿军誓死守护祖国，打出了军威国威、自尊自信，拼来了山河无恙、家国安宁。这场战役的惨烈是我们无法想象的，也正是这场不得不打的立国之战才换来我们的和平与发展，换来我们现在的幸福生活。

在3个小时的观影过程中，大家一次次被影片中跌宕起伏故事情节，鲜明生动的人物形象所吸引，追忆历史，激发了党员律师心中的爱国主义精神，被中国军人为了国家、民族不惧牺牲的精神所震撼。

党员律师和党建之友们全程认真观看，深受震撼与感动。观影结束后，大家纷纷表示要铭记历史，传承和发扬革命先烈的奉献和牺牲精神，认真履行岗位职责，以更昂扬的姿态奋斗新时代、奋进新征程。



党员律师与党建之友合影



动态

北京市京都律师事务所高级合伙人吕志轩律师受邀为北京市融资租赁行业协会会员进行刑事风险防范培训



吕志轩律师

为了防范融资租赁企业的刑事法律风险，保护企业经济利益，2021年10月19日北京市融资租赁行业协会聘请京都律所政府与公共服务部高级合伙人、互联网金融研究中心主管、法律合规专家吕志轩律师为北京市融资租赁行业协会会员进行刑事风险防范培训。

培训内容主要侧重于企业刑事合

规及刑事风险防范，吕志轩律师从融资租赁企业刑事风险及风险点、融资租赁企业经营过程中对应的刑事风险及合规建议、融资租赁企业刑事合规、融资租赁企业刑事风险防控体系建设等方面结合典型案例，进行了专业的培训和交流。

在疫情长期影响下，企业特别是中小企业融资难一直是亟待解决的问题。融资租赁是当前企业恢复经济过程中最行之有效的融资方式之一，是集融资与融物、金融与贸易于一体的新型金融产品，已成为资本市场上仅次于银行信贷的第二大融资方式。融资租赁是推动国民经济发展，促进就业，维护社会稳定的中坚力量，它不仅能改善企业财务状况，加快资金周转率，使企



培训现场

业能在最短时间内获得设备使用权，尽快形成生产能力，且能优化资本结构，防范汇率，利率风险。

京都律师事务所时刻关注着融资租赁企业相关法律问题。希望通过此次培训能够提高融资租赁企业的刑事风险防范意识，为防范系统性金融风险，促进融资租赁类企业合规运行做出贡献。

京都律所肖树伟律师、叶静律师作为党员代表参加北京市朝阳区律师行业委员会党员代表大会

2021年10月29日，中国共产党北京市朝阳区律师行业委员会党员代表大会正式召开，京都律所党总支书记肖树伟、组织委员叶静作为党员律师代表参加了会议。

会议严格按照《中国共产党章程》、《中国共产党地方组织选举工作条例》有关规定进行。本次会议共分为四个代表团，肖树伟律师为第一代表团团长，组织本团代表成员进行讨论。叶静律师为第四代表团团员，参与本团



会议现场

会议讨论。各分团分别对《中共北京市朝阳区律师行业委员会党员代表大会选

举朝阳区第十三次党代会代表的办法》（草案）和出席中共北京市朝阳区第十三次代表大会代表候选人建议名单进行了讨论，推选了监票人。

随后，大会对《中共北京市朝阳区律师行业委员会党员代表大会选举朝阳区第十三次党代会代表的办法》（草案）和监票人进行了表决。一致通过后，到会党员代表以无记名投票的方式进行了选举。

动态

金毅律师受邀为南方电网公司“领导干部依法治企培训班” 讲授反垄断法律风险防控课程

2021年10月18日至22日，南方电网在贵阳举办第七期领导干部依法治企培训班。南网各分、子公司总法律顾问或分管法规工作领导班子成员等50余人参加培训。北京市京都律师事务所合伙人金毅律师作为受邀专家之一，为参会领导进行了题为《反垄断监管最新进

展及法律风险防控》的讲座。

讲座内容包括：反垄断监管的最新进展；经营者集中法律风险防控；滥用市场支配地位法律风险防控；垄断协议法律风险防控；反垄断法修订及监管趋势；以及电力行业反垄断的特殊问题等。

金毅律师通过法规、案例分析，动画、视频等多媒体播放的多种形式，进行了既严谨又生动的培训，重点讲解了近期一系列经营者集中违法案件，尤其是对涉及国企、央企同类案件的处罚，并分析了美团“二选一”案、中国航空油料有限责任公司云南分公司滥用市场支配地位案、山西直供电价格垄断协议案、公牛集团垄断协议案等相关热点案件；还针对电力行业的特点，讲解了电

力改革与反垄断、电力专营与反垄断法的关系，并分析了发输配售各环节的主要反垄断问题。与会领导和金毅律师进行了充分互动交流，现场气氛活跃。

此次培训有利于南方电网相关领导干部加深对反垄断法的理解，加强对反垄断风险的合规防控意识。



金毅律师



授课现场

黄鹏律师受邀为U-CUBE园区企业分享合同法律风险控制与防范



2021年11月10日-12日，黄鹏律师受邀为U-CUBE静安、长宁、嘉定园区企业开展“企业合同法律风险控制与防范”系列讲座。

黄鹏律师从合同意义、合同订立、常见条款、证据保存等方面为企业进行了分享，并对经营过程遇到的法律问题进行解答。

本次活动由上海企业发展专家志

愿服务总队、上海市静安区就业促进中心指导进行，U-CUBE承办。

上海企业发展专家志愿服务总队打造“百园万企公益行”、“园区赋能”“双创生态”等不同系列惠企公益活动。作为受聘专家，黄鹏律师将积极为中小企业提供志愿辅导和咨询服务。



动态

京都律所党总支组织收看党的十九届六中全会精神新闻发布会

2021年11月12日上午10点，为深入学习贯彻党的十九届六中全会精神，京都律所党总支组织全体党员全程收看了“党的十九届六中全会”新闻发布会。

党的十九届六中全会，是中国共产党在重要历史关头召开的一次具有重大历史意义的会议。全会审议通过的《中共中央关于党的百年奋斗重大成就和历史经验的决议》通篇融汇了百年来中国共产党践行中国人民谋幸福、为中华民族谋复兴的初心使命所进行的奋斗、牺牲和创造，深刻揭示了“过去我们为什么能够成功、未来我们怎样才能继续成功”。

收看直播后，大家对党的十九届六中全会精神的认识和理解，认为坚持党的领导、坚持人民至上、坚持理论创新、坚持独立自主、坚持中国道路、坚持胸怀天下、坚持开拓创新、坚持敢于斗争、坚持统一战线、坚持自我革命，



| 应疫情防控要求，党员们在自己工位收看直播

是一百年来党领导人民进行伟大奋斗，积累了宝贵的历史经验，是党和人民共同创造的精神财富。

京都律所全体党员纷纷表示，要把学习贯彻六中全会精神作为当前以及今后一个时期的首要政治任务，在今后的工作中。要结合党史学习教育，加强学

习，做到入脑入心，增强信心和斗志，始终践行初心和使命，把思想和行动统一到党中央决策部署上来，把学习贯彻党的十九届六中全会精神转化为推动工作的具体行动，凝心聚力，以更加昂扬的精神风貌坚守岗位，为法律事业发展多作贡献。

张启明律师赴央视参加国家宪法日普法节目

近日，北京市京都律师事务所高级合伙人张启明律师，赴央视“方圆剧阵”栏目，参加“国家宪法日”的普法宣传节目录制。

2021年12月4日是第八个“国家宪法日”，今年的主题是“以习近平法治思想为指引，坚定不移走中国特色社会主义法治道路”。设立“国家宪法日”是社会各界由来已久的呼声，在2014年10月23日，党的十八届四中



全会通过《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》，提出要完善以宪法为核心的中国特色社会主义法律体系，加强宪法实施，将每

年的12月4日定为国家宪法日。同年11月1日，十二届全国人大常委会第十一次会议通过了关于设立“国家宪法日”的决定，2014年的12月4日是我国首个国家宪法日。

宪法是国家的根本大法，是公民权利的宣言书，宪法规定“被告人有权获得辩护”。律师行使辩护权，是宪法赋予被告人的辩护权的组成部分。

动态

京都刑辩研究中心携手律商联讯、中国贸促会联合举办企业合规沙龙

随着我国刑事法网日趋严密，企业经营行为及企业人员的履职行为涉刑风险也不断升高，企业经营者需要对刑事立法及司法动向予以关注，并及时做出调整对策。2021年10月20日，京都刑辩研究中心携手LexisNexis律商联讯、中国贸促会商事法律服务中心联合举办《企业刑事法律风险提示及合规治理方案》线下沙龙活动，为众多企业家提示日常经营中的法律风险并提出切实有效的合规建议，诸多企业的法务部门、安全部门、行政部门等部门负责人参与了此次活动。

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根据多年的办案实务经验，将金融机构的刑事法律风险防范从三个方面进行了详细讲解。第一是金融机构常规业务的刑事合规风险点，包括利用客户信息行为的涉刑风险、发放贷款融资融券业务的涉刑风险、金融票证业务的涉刑风险、金融行业对刑事风险及刑事合规的误区；第二是上市公司作

为证券市场主体的刑事合规风险点，其中包括获取市场主体资格（发行证券）的涉刑风险、信息披露义务违反的涉刑风险、市场交易行为的涉刑风险。第三，针对反商业贿赂合规管理体系建设，梁雅丽律师从商业贿赂行为的界定、不同行为财物给付行为的定性、反商业贿赂企业合规管理机制为现场企业展开了讲述。此外，梁雅丽律师还分享了其团队办理的中国资本市场首例上市公司欺诈发行股票案、某资管公司信息操纵证券市场行政违法案、中国保险行业首例利用未公开信息交易案等实务经验。最后，梁雅丽律师着重介绍了金融领域反商业贿赂的刑事风险及合规体系建设，为金融领域公司内部治理及从业人员行为规范提出了可靠建议。



梁雅丽律师



徐莹律师

随后，京都律师事务所高级合伙人、北京市律师协会刑事诉讼业务委员会秘书长徐莹律师从《刑法修正案（十一）》视角下的企业刑事合规治理的角度展开讲述。2021年3月1日，

《刑法修正案（十一）》正式施行，《刑修十一》对于民营企业产权保护作出了体系性的调整。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，也为了和域外的合规理念的结合，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、职务侵占等刑期都到了无期。为了帮助企业对立法变化有所了解，徐莹律师从以上四个方面对《刑修十一》相关条文进行了解读，帮助企业、企业家、员工在经营过程中识别风险、防范风险。

有着近20年司法实务经验的京都律师事务所臧德胜律师围绕“企业刑事合规的风险防控功能”从三个方



臧德胜律师



动态

面开展了讲授。臧德胜律师首先讲解了企业刑事风险的类型及识别，系统梳理了市场交易、安全环保、产品质量、知识产权、财务税收、信息安全等领域的刑事风险，从处理好普遍现象与刑事犯罪的关系、刑事风险与企业发展的关系、企业责任与个人责任的关系角度提出防范刑事风险的一

般原则和识别刑事风险的四个路径。随后着重分析了企业刑事风险的制度应对，从商业行为准则的制定和合规制度中组织体系、防范体系、监控体系、应对体系的建设等方面，为企业合规建设理清了思路。最后，臧德胜律师介绍了刑事合规不起诉制度的规则与运用，对涉案企业如何通过合规

建设获得宽缓处理提出了可行方案。

沙龙现场律师们与在座的企业互动交流，积极指导，解决了很多实际问题，让讲座氛围高涨。大家纷纷表示“这次沙龙太有用了，不仅学习了很多法律知识，获得了宝贵的经验，也更懂得了如何在日常工作中规范公司管理，防范风险。”

京都律师事务所举行律师执业纪律培训

为提升全所律师合规意识，防范执业风险，引导律师诚信规范执业，2021年11月19日下午，北京市京都律师事务所特邀北京市律师协会惩戒委副主任、朝阳区律师协会惩戒委主任胡永春来所开展“律师执业纪律”培训活动。本次活动由事务所党总支和业务管理部联合举办。

事务所名誉主任田文昌律师、主任朱勇辉律师到会讲话，党总支书记、高级合伙人肖树伟律师担任培训主持人，管理合伙人褚长志以及部分主管合伙人到场参会，全所其他律师



会议合影

线上参加了培训。

田文昌律师对胡永春主任的到来表示了欢迎，并针对律师执业纪律和职业伦理问题谈了自己的看法。他

讲到，中国律师行业自改革开放以来经历了四十年的生成期，大部分律师缺乏执业培训；今天的律师行业已进入发展期，应把律师执业纪律与职业伦理培训作为大事来对待，把律师执业纪律与职业伦理的内涵外延研究清楚。其次，在当前政法队伍教育整顿的大背景下，律师们要认真学习律师执业各类管理制度，在执业中加强风险防范，依法依规履行职责。

朱勇辉主任对胡主任到来再次表示了欢迎。他讲到，京都所成立20多年以来，一直高度重视律师执业纪律教育，高度重视客户服务质量管理。在外部快速变化的今天及律师行业突出问题专项治理的大形势下，京都所应按“追求卓越，不负重托”的价值观，用更高、更严格的标准来要求自己。因此，事务所特邀胡主任来所培训，请全所律师认真学习，将律师执业纪律相关要求贯彻到今后



田文昌



朱勇辉

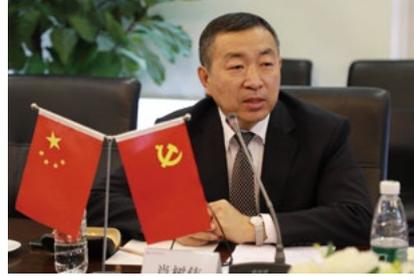
动态



胡永春

执业活动中。

胡永春主任以“面向大所（律师）的纪处执调工作”为题，从目前律协多发纠纷类型、大所易发纠纷、律协处理相关问题的基本原则及相关防范建议等角度给律师们带来一场全方位、多角度的律师执业纪律培训课程。胡主任讲到，律师诚信合规建设是一项长期性工作，需要律协与律所、律师通力协作；对于律所来说，



肖树伟

要不断加强各环节管理，杜绝各类风险和隐患；对于律师来讲，要严格规范自己，牢守法律底线，信守职业道德，恪守执业纪律，大家共同努力，维护首都律师的良好形象。

最后，肖树伟律师进行了总结发言，他讲到，胡主任今天给我们做了一次全面、权威且非常实用的律师执业纪律培训，既有原则性的讲解又有具体的指引，为律师们今后规范执业

指明了方向。肖律师最后代表京都所及京都所党总支对于胡主任精彩的培训及分享表示了衷心的感谢。

会议结束后，参加培训的律师纷纷表示，胡主任此次的培训十分务实，结合大量具体案例对执业纪律和职业道德问题进行了深入解读，对律师执业困惑问题进行了解答，今后执业中将更加谨慎，严格按照要求执行。



会议现场

梁雅丽律师应邀出席中信证券的刑事风险提示专题讲座

京都律师事务所高级合伙人、京都刑事辩护研究中心主任梁雅丽律师受邀为中信证券全体员工进行刑事风险提示的专题授课。专题讲座分两次进行，向中信证券员工普及了履职相关的刑事法律知识，主要介绍证券金融机构及从业人员常见违法犯罪行为的定罪起点、典型案例以及法律后果等内容。

2021年10月12日，第一次专题讲座主要讲解金融机构工作人员在履职



梁雅丽律师授课现场

过程中常见的违法犯罪行为。在讲座中，梁雅丽律师提示商业贿赂、企业

职务类犯罪以及常规业务行为的刑事风险，包括行贿受贿、职务侵占、挪用资金等履职风险，以及涉及国家秘密、公民个人信息以及印章管理等业务风险，介绍了相关罪名的最新法律规定、司法解释以及量刑标准，并且分享了多个典型案例。

2021年11月22日，第二次专题讲座则进一步解析证券金融机构及相关人员在从事证券交易、资金吸收、运作、管理等专项业务时常见的刑事法



动态

律风险。梁雅丽律师从证券法、刑法等修法和“大资管”背景出发，提示证券金融领域的法律风险尤为突出问题；以证券行业具体业务行为为脉络，介绍了欺诈发行、违规信披、内

幕交易、编造传播虚假信息、操纵证券市场等一系列行为的涉刑风险；就非法集资、洗钱等其他金融类犯罪进行法条释义和案例解读。

中信证券刑事风险提示专题讲座活

动收获了良好的效果，尤其是梁雅丽律师以本人团队办理的多个职务类犯罪、证券类犯罪案件的真实案情为例，便于员工对从业风险产生具象的了解，起到了有效的风险警示作用。

金燕律师受邀参加“2021中韩互联网合作论坛”并作主题分享



金燕律师进行线上主题分享

2021年11月26日，由韩国互联网振兴院（KISA），中国互联网协会（ISC），大韩贸易投资振兴公社（KOTRA）主办、驻中国大韩民国大使馆为支持单位的“2021中韩互联网合作论坛”成功在线举办。

本次论坛的主题为《互联网企业个人信息保护与合规经营》，邀请了驻中国大韩民国大使馆公使衔参赞卢京元、中国互联网协会副理事长黄澄清致辞，同时北京师范大学吴沈括教授、京都律师事务所高级合伙人金燕律师、百度法务负责人徐全全、上海

智悟有软件科技有限公司法定代表人SHIN PAN SOO，贝壳找房集团法务高级总监张朝等应邀参加论坛并发表主题发言。

金燕律师在本次论坛中，以“中韩个人信息保护法的比较”为主题发表内容，通过介绍中国和韩国《个人信息保护法》的主要内容，归纳总结并讲述了两国的法律发展进程、制定法律的目的、在个人信息、敏感信息、唯一识别信息、个人信息处理、域外适用、信息处理原则、跨境提供、告知义务、司法协助、信息主

体权利、个人信息处理者的义务、个人信息保护负责人、去标识化及假名化、救济途径、处罚等方面的区别，并向涉及两国经营的企业提出了合规性建议。参加论坛的企事业单位负责人非常关注金燕律师发表的内容，纷纷现场进行咨询。

因疫情原因，论坛在最初计划线下的方式变更为线上的方式，但是参加论坛的热度丝毫没有减轻，50多家中国及韩国企业的负责人参加线上论坛并积极提出问题进行讨论。

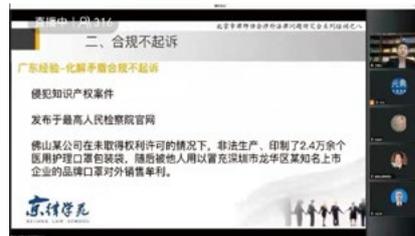
动态

京都所王馨全律师受邀为北京市律师协会涉外律师业务培训进行授课

2021年11月27日下午，北京市律师协会涉外法律服务研究会举办“涉外律师业务培训系列讲座”第八讲——“涉外刑事业务实务”。本期讲座采用线上方式进行，京都律师事务所律师、北京律协涉外法律服务研究会秘书长王馨全受邀主持本次讲座，并为广大律师同行针对《外资企业在华的刑事合规问题》进行主题分享。

培训中，王馨全律师首先介绍了外商投资企业所涉刑事风险的概况，梳理了外企在华经营中被刑事追责的典型案件，指出外资企业常见刑事风险点，并结合“合规无罪抗辩第一

案”的具体案例分析刑事合规工作的重要意义；其次，王馨全律师介绍了刑事合规不起诉业务的试点和进程，重点分享了北京、江苏、上海、山东、广东试点地区的不同实践做法，并结合具体办案经验指出刑事合规不起诉对于刑辩律师工作所提出的挑战和积极意义；最后，王律师指出在华外商投资企业普遍具有较好的合规基础，但存在本土化改造、风险识别能力、企业管理层风险意识方面的问题，律师从事此方面的业务应具备刑事诉讼案件办案经验、外语沟通能力和外文资料审查能力，在专业技术问



王馨全律师线上授课

题考虑与第三方专业机构合作，并重视合规执业注意防范执业风险。

本次线上培训在线人数达到500余人。培训讲座主题务实，主讲嘉宾以扎实的业务能力及务实的讲解风格为北京律师参与涉外刑事业务实践提供了操作指引。

京都郭合普律师入选上海市松江区外聘法律顾问储备库成员



为加快上海市松江区法治政府建设，进一步发挥外聘法律顾问在推进政府依法行政中的积极作用，根据《松江区关于全面推行法律顾问制度的实施意见》，松江区司法局按照公

开、公平、公正的原则增选外聘法律顾问储备库成员。

北京京都（上海）律师事务所郭合普律师经过报名申请、初审、面试等程序，成功入选松江区外聘法律顾问储备库，同时入选的还有多位华东政法大学等在内的专家学者以及在沪执业的优秀律师。上海市松江区司法局于2021年11月29日发布正式入选公告。



郭合普律师

序号	姓名	单位	专长	备注
1	郭合普	北京京都(上海)律师事务所	知识产权、法律培训、技术出海	律师
2	陈伟	上海产联律师事务所	民商事诉讼、建设工程、公司法	律师
3	王强	上海锦衡律师事务所	合同纠纷、公司法	律师
4	王强	北京京都(上海)律师事务所	合同纠纷及投融资	律师
5	王强	北京京都(上海)律师事务所	公司治理、股权转让、争议解决	律师
6	王强	上海锦衡律师事务所	行政、破产、商事	律师
7	王强	北京京都(上海)律师事务所	知识产权、公司法、合同法	律师
8	王强	北京京都(上海)律师事务所	商事诉讼、合同法、破产法	律师
9	王强	上海锦衡律师事务所	破产清算、合同法、建设工程	律师
10	王强	上海锦衡律师事务所	上海破产清算、建设工程、合同纠纷、劳动争议	律师
11	王强	上海锦衡律师事务所	破产、公司法、合同法	律师

入库律师表示能够和优秀的法律从业者共同入选政府法律顾问库，既是对自身执业能力的认同，更是对律师的一种鞭策。期待在将来能够有更多的机会，在松江区法治政府建设方面提供专业、优质的法律服务。



动态

学党史、践行动 ——京都律所党总支走进长辛店二七纪念馆重温“觉醒年代”



“百年二七，薪火相传”，为弘扬二七精神、传承红色基因，推进党史学习教育走深走实，2021年12月11日，京都律所党总支书记肖树伟带领党员律师们走进长辛店二七纪念馆，深切缅怀革命先烈丰功伟绩，接受革命精神洗礼。

走进二七纪念馆，映入眼帘的是毛主席的题词“中国工人运动还是



从长辛店铁路工厂开始的”。纪念馆回顾了京汉铁路两万名工人用信仰凝聚起力量的血泪斗争史，以工人运动的发展历程为主线、以工运历史事件为载体，聚焦长辛店工人运动。通过长辛店铁路工人参加五四运动、创办长辛店劳动补习学校、创建长辛店工会、建立工人中的党组织、开展长辛店铁路工人罢工以及参加京汉铁路工人大罢工等事件，全方位展现出中国早期工人运动中长辛店所作出的独特贡献。

在肖书记的带领下，党员律师们逐一参观学习“二七”革命历史，瞻仰了陈列柜中展示的革命遗物，了解了1921年中国共产党成立前后，毛泽东、李大钊、何长工、邓中夏、史文彬等老一辈革命家在长辛店开展革命活动和工人运动的光辉事迹。

“二七”革命运动充分显示了中国工人阶级的奋斗精神和牺牲精神，遇到困难不退缩，遇到问题不逃避，为了目标而坚持不懈、奋力拼搏。

通过这次活动，党员律师们深刻接受革命传统教育和爱国主义教育，



倍受感染和鼓舞。幸福生活来之不易，千秋伟业筚路蓝缕。党员律师们纷纷表示要学习当年铁路工人坚定的革命精神和高度的组织纪律性，永远跟党走，在关键时刻勇于斗争，不怕牺牲、不忘初心、牢记使命，以扎实的行动、勤恳的工作态度践行共产党员的理想信念，为创建和谐法律社会砥砺前行！

动态

京都所召开跨部门疑难案件研讨会



朱勇辉律师



梁雅丽律师



曹树昌律师



公丕国律师



赵岐龙律师

2021年12月17日下午，京都律所围绕一起刑民交叉的疑难案例在全所范围内召开了一次研讨会。来自刑事诉讼部、民商诉讼部、公司与合规部等多部门的多名律师开展了热烈讨论。

京都所主任朱勇辉、刑事部主管合伙人梁雅丽、刑事部高级合伙人曹树昌、民商部主管合伙人公丕国、民商部高级合伙人赵岐龙、公司部主管合伙人孙艳辉等律师在会议上作了精彩发言。

会议由刑事部高级合伙人张启明律师主持，刑事部高级合伙人张雁峰律师、合伙人夏俊律师介绍了具体案情。

研讨案例为一起涉及股东权益纠纷的刑民交叉案件，涉及诸多复杂法律问题，历经一审、二审、发回重审等多个

诉讼阶段，现案件进入申诉程序。为深入剖析、更好地办理此案，业务管理部组织跨部门律师召开了此次研讨会。

研讨会上，参会人员没有身份限制、不分资历深浅、观点不分对错，现场气氛热烈，参会律师分别从刑事、民事等不同视角围绕犯罪构成、犯罪侵犯对象及实质危害性、股东身份认定、证据认定及诉讼策略等方面的问题进行了全面分析和深入研讨。

研讨会最后，刑事部臧德胜律师作总结发言，他认为本次研讨会“有挑战、有机会、有价值”、“有水平、有意义、有成效”，通过研讨梳理了疑难法律问题，分析了重点难点问题，大家集思广益，开拓了办案思路，明确了诉

讼方向，非常有成效。

朱勇辉主任指出，积极开展疑难案件业务探讨是京都所自成立以来坚持的优良传统，也是事务所“追求卓越不负重托”价值观的具体体现。今后，京都所将继续发挥综合化、团队化、专业化优势，实行“每月定期业务研讨”和“临时召集业务研讨”相结合的机制，积极采取跨部门联动等多种形式，为全所律师搭建好疑难案例研讨、观点碰撞的服务平台，努力推动全所形成专业探讨、资源共享、共同提升的业务氛围，不断增加全所律师的专业水平和团队凝聚力。



孙艳辉律师



张启明律师



张雁峰律师



夏俊律师



臧德胜律师



动态

北京律协合同法专业委员会走进京都律师事务所交流研讨



北京律协合同法专业委员会走进京都律师事务所

2021年12月24日下午，北京律协合同法专业委员会一行走进北京市京都律师事务所（以下简称“京都所”），就“《民法典》保理合同在实践中的应用”等问题展开交流研讨。北京律协副会长马慧娟，合同法专业委员会主任李学辉，秘书长阮国盛，副秘书长马迁、张星、雷玲及范亚光、张景胜等部分委员参加了研讨，京都所高级合伙人赵岐龙律师、肖树伟律师、公丕国律师、吕志轩律师参加了活动并致辞，活动由京都所



公丕国律师

高级合伙人赵岐龙律师主持，并做了《保理合同在实践中的应用》主题发言。京都所名誉主任田文昌律师与各位委员见面交流并合影留念。

公丕国律师代表京都律师事务所欢迎各位委员的到来，并感谢合同法专委会莅临京都所开展系列活动。他提到，《民法典》的法律实务应用在国家治理体系和治理能力现代化的大背景下显得尤为重要，他表示能够借助律师协会专委会的平台进行《民法典》的理解与应用，有利于推动社会发展、促进市场规范，对国家治理的现代化起到了积极作用。

马慧娟副会长感谢京都所的热情接待和周到安排，她从民法典应用的角度表示每场研讨活动都是有价值、有深度、有收获的。从各个领域中不断储备知识，为自己充电赋能，是每个法律人都应有的学习态度。她希望通过此类系列活动能够和不同岗位的

人结识、结缘、结友，并预祝此次活动的圆满成功。

肖树伟律师感谢各位委员的莅临指导，他表示民法典中的合同编是最能集中体现民法精神的法律，从事与合同相关的法律业务对律师的要求非常高，所以此次能与从事合同法律业



马慧娟副会长



肖树伟律师



李学辉主任

动态

务的律师同行一起学习的机会十分难得，希望在座的律师朋友不虚此行。

李学辉主任代表北京律协合同法专委会表示很荣幸“律所行”系列活动第三站来到京都所。他用四个“好”概括本次活动。第一，好事多磨，活动受到疫情影响不得已有所延后；第二，好客京都，京都所的氛围温暖，能体会到京都所作为综合性大所形成的历史积淀与人文情怀；第三，好景常在，希望在座代表在此次活动中收获颇丰，未来前途光明；第四，好人平安，时值平安夜，祝在座各位一生平安并祝活动顺利举行。

赵岐龙律师就“《民法典》保理合同在实践中的应用”问题作了主题分享。赵岐龙律师首先对保理合同进



赵岐龙律师

行简要概述，并针对实务中的焦点问题即基础合同虚假对保理合同的影响、债务人对保理人作出的放弃抗辩权、抵销权的承诺的效力、对债权人



吕志轩律师

的追索权与对债务人的求偿权是否可以并用，以及基础关系虚假涉嫌刑事犯罪是否导致民事案件中止等问题进行热烈讨论。

吕志轩律师从政府监管的角度进行分享。他强调，商业保理行业在支持小微企业融资方面的地位不容忽视，相关行业监管规定陆续印发，目前，监管机关对于商业保理已采取名单制管理，将根据企业的实际情况采取不同的监管手段。此外，吕律师提

出，《民法典》为适应我国保理行业发展和优化营商环境的需要，在已有的买卖合同、赠与合同、借款合同等15种典型合同的基础上增加了保理合同，从合同角度规范商业保理业务。我们在享受金融红利的同时也应当提升金融风险防范的意识，辩证的看待金融发展与稳定的关系。通过吕志轩律师的讲解，与会人员对商业保理行业政府监管的重大意义有了初步认识。

与会委员结合自身认识、执业经验，就保理合同法律问题畅所欲言、激烈讨论。最后，马慧娟副会长做了活动总结，充分肯定了此次研讨交流的积极效果，提倡律师要在学习的同时相互交流经验，对于疑难问题从各个角度进行分析论证，促进业内交流常态化。



活动合影



问题与出路

——关于中国社会法治化进程的几点思考



中国的法治化进程走过了40多年，成就斐然，有目共睹。与此同时，问题不断，也事出必然，因为任何事物的发展都是在克服障碍和解决问题的过程中推进的。在中国法治建设初见成效的今天，反思过去，发现问题，面向未来，理性思考，是法律人应有的情怀和历史责任。

影响法治化进程的因素出自于很多方面，全面总结，并非易事。但尽其所能，各抒己见，不失为一种责任。对于中国法治化进程中存在的问题，在不同视角下会有不同的认识，但以下几个方面应该是比较明显并且是亟待解决的。

一、理念滞后阻碍了法治化进程

任何一种改革都会面临理念滞后的困惑，因为理念的形成与转变，都需要经过一个艰难而漫长的渐进过程。所以，凡是到了改革的重要关头，滞后的理念都会如魔咒般死死地桎梏着改革的步伐，使其举步维艰。中国社会的法

治化进程不可谓不快，尤其在吃尽了人治的苦头之后，人们痛定思痛，急切地期盼着法治的到来。然而，由于人治的理念在潜意识中根深蒂固，一些人在认识和行动上却难以与法治的目标进入同步轨道，甚至会背道而驰。

40多年来，中国社会的法治建设已经走过了初创阶段正向纵深发展，法律制度的建设逐渐与世界接轨。在全社会的舆论和民众的认知中，也对法治形成了较高的认同感。但是，在一系列法律实践乃至社会政治生活和经济生活的具体事务中，却常常会出现与法治理念和法治原则相背离的认识和行为，这正是滞后的人治理念与法治理念相冲突的体现。例如：

在刑事法律中，无罪推定、疑罪从无、证据真实、人权保障等等一系列原则虽然已经被立法所确认并得到全社会的认可，但在现实中却阻力重重，难以实现。

在民事法律中，虽然公平、公开、公正等原则已经被所有人挂在嘴上，成为不争的道理，但在现实中很多人甚

至包括法律人在内却会不由自主的反其道而行之，以至于连最起码的“谁主张，谁举证”的举证责任原则也会时常被倒置或者滥用。

至于在日常生活中，关于人治理念与法治理念的碰撞与冲突则几乎司空见惯，无所不在。诸如，道德意识与规则意识的冲突，自我意识与公平意识的冲突，权力意识与契约意识的冲突，权力意识与权利意识的冲突，民意与法律的冲突，人的因素与制度因素的冲突，道德约束与制度约束的冲突，乃至权利与法律的冲突等等。这一系列冲突都会无时无刻地发生在社会上各种人群和各个阶层之中。

无论是在法律事务中，还是在社会生活的各个层面中，这种滞后的人治理念与现实法治环境的冲突都形成了法治化进程中的巨大阻力，这种无形而顽固甚至深入人心的力量，体现为一种强大的对抗和钳制，使得中国社会法治化的进程障碍重重。其所导致的后果，不仅是延缓了法治化进程的速度，而且还会形成以法治之名，行人治之实的更为严峻的负面效应。有名无实的法治社会比名副其实的人治社会更加危险！

正如一切社会变革所面临的问题一样，理念滞后的现象并不意外，重要的是必须重视这种现象，而将转变理念作为中国社会法治建设向纵深发展中的首要任务！在法治建设的初创时期，需要突破的难关是对法治概念的认同。这个难关也很难突破，甚至冲突更为激烈，但这种冲突是明确而公开的，这种难关一经突破就可以阵线分明。在中国开始走向法治的上世纪70年代末和80年代初，曾爆发了一场关于人治与法治的激烈争论，后来以法治获胜而告终。当下，已经鲜有人公开反对法治而坚持人治了。而在法治建设向纵深发展的时期，需要突破的难关则是对法治理念的认同。由对法治概念的认同走向对法治理念的认同，则阻力更大，时间更长。因为与概念的冲突相比，理念的冲突是模糊而潜在的，它深藏于人们的潜意识之中，甚至有些人自己都意识不到这种冲突的存在。看不见的对手，才是最可怕的。

在中国社会的法治建设向纵深发展的今天，滞后的理念已经上升为阻却法治进程的主要障碍。所以，加强对法治理念的深层思考，消除人治理念的影响，引导全社会公众由对法治概念的认同走向对法治理念的认同，当是重中之重的首要任务。

转变理念应当从小事做起，从细节做起。因为理念的冲突往往会反映在人们日常生活的一言一行之中。树立法治理念，既不在于认同法治的概念，也不在于掌握了多少法律知识，而是意味着能够自觉地以法治的精神和原则去思考和行动。为此，我们的普法宣传应当从普及法律知识而转向更注重普及法治理念。因为法律知识是法律专业人士需要掌握的工具，而要求人人学法、人人懂法既不现实也并非法治社会的特质。法治理念的强弱，才是一个社会法治化水平的标志。法治发达国家的公众并不是人人懂法，但却人人都有鲜明的法治理念，都具有凡事寻求法律解决的强烈法律意识。所以，提升全社会公众法治理念，才是普法宣传的主要目标。

只有人们由对法治概念的认同走向了对法治理念的认同，实现了由人治理念向法治理念的转变，中国社会才能真正实现法治。

二、理论与实务脱节限制了法治化水平的提升

法学理论与法律实务脱节，是一个备受重视，长期探索，却至今未能真正解决的问题。多年来，针对这个问题理论界和实务界都做出了不同程度的努力和尝试，诸如，高校学者兼职做律师或者到司法机关任职，法官、检察官、律师到高校兼职授课和带研究生，理论界与实务界共同进行学术研讨或者共同合作研究课题，等等。这些举措确实取得了不同程度的效果，但尽管如此却成效甚微。时至今日，理论与实务相脱节的现象依然严重。以至于无论是在学术观点上，还是在对具体案件的认识上，双方经常会发生意见分歧或者对话不畅。

如何走出理论与实务相脱节的困境？已经成为人们一直关注的经常性话题。而若想真正走出这种困境，应该分析形成这种现象的深层原因。

表面上看，理论与实务相脱节是由于两者的结合度不够紧密，交流不够深入所致。这些问题确实存在且应当加以重视。但问题是，经过多年的努力和尝试，虽有一些成效却未能根本改善。其深层原因何在？

透过理论与实务相脱节的种种表象，探究理论界与实务界思维方式的异同，可以发现，由于各自所处环境和看



问题的角度不同，两者之间似乎有一种不自觉地排斥关系。例如，实务界常有一句口头禅：“实际情况是复杂的，与理论不是一回事。”“实务不像书本那么简单，生搬硬套是不行的。”而理论界也常说：“理论一遇到实际就变味儿了。”“有些人只知道抠法条而不懂法理。”在研讨案例的时候，也时常会出现阵线分明的两种观点。不可否认，这种不自觉地排斥心态，形成了理论与实务之间的一道无形屏障。

值得思考的是，出现这种现象的原因何在？在法治建设40多年的今天，广义而言，法律人已经是师出同门了。那么，本是同根生，相斥为哪般？究其原因，可以说无外乎两个方面：一是教学环境的原因，二是工作环境的原因，两者都有责任。

反思中国的法学教育模式，有两个问题值得引起重视：一是对法治理念和法学原理的教育亟待加强，因为只有法治理念坚定，法学原理精深的人，才能在任何环境下都能够坚守法治底线并对法律运用自如。二是对在校学生实操能力的培训亟待加强，因为实操训练可以使学生有的放矢地理解知识，将理论与实务实实在在地结合在一起，而不会在走向社会后产生理论与实务相背离的错觉。但问题正在于，目前的法学教育中对这两方面的重视远远不够。灌输式的条文注释化教学限制了学生的思维，而理念和原理的教育却遭到忽视。对教材的枯燥讲解占用了绝大多数课时，而实操训练却既没有时间也缺乏机会。

而反思中国的司法环境，由于权力干预、舆论干扰、机制缺陷等各种原因，使得法律实务中的现状与法治的理念和法律的原则时而发生偏离，法官、检察官和律师虽然职责不同，却都会遇到一些在法理层面难以解释的困惑，甚至不得不绕开法理和原则，凭借经验和智慧去另寻出路。于是，理论受到漠视甚至质疑便不足为怪。

形成理论与实务之间的隔阂，原因出自于双方。所以，融合两者的关系，需要从两方面入手。只有在理论与实务两个大环境都得到改善的情况下，当理论指导实务与实务充实理论成为互为需要时，两者关系才能由相互漠视甚至排斥而转向相互依存，才能从根本上解决理论与实务相脱节问题。

三、部门法知识相互脱节形成片面化认知误区

法学领域是一个系统化的完整结构，各部门法之间既有区别又有联系。而法律实务则涵盖了各种不同性质的法律关系，并且时常会有几种不同的法律关系交织出现于同一个案件之中。从专业化角度，无论是对于法律实务还是法学研究而言，术业有专攻是不容置疑的。但是，“专攻”并不意味可以忽略“旁通”。“专才”不是“通才”，但“专才”并非“偏才”。在对基础知识和相关知识融汇贯通的基础上具有专项特长的人才，才是真正的“专才”。在多种法律关系同时出现的错综复杂的法律实务中，如果缺乏融汇贯通的综合法律知识，就会陷入片面、孤立的单向思维之中，滑向分析判断的认知误区。

现实中，几种法律关系在同一个案件中交叉出现的情况时有发生。这种情况下，知识结构的完整性就更加重要。以刑法和民法为例，这是两个有明显区别却有交叉关系的不同学科，当这两种法律关系同时出现在一个案件中时，对刑、民两种法律关系的综合分析和考量就非常重要。在有些案件中，刑事责任的认定会成为确认民事权利的前提；在有些案件中，民事法律关系的确定又成为认定刑事责任的前提；而还有些案件中，刑事与民事两种法律关系虽然同时出现，却互不影响，可以同时分别考量刑事与民事的不同责任。在这些情况下，不仅在诉讼程序上会发生争议，如先刑后民、先民后刑和刑民并行的争议，而且在实体上也会发生罪与非罪的界限之争。在刑民交叉案件中，经常会因对两种法律关系的理解不同而形成认定刑事责任和民事责任的不同观点。在日益复杂的社会生活中此类案件越来越多，这就需要法律人在对刑事与民事两个学科各有专攻的同时，也要对相邻学科的知识有所了解并达到适当水平。否则，就会陷入单向思维而做出错误的判断。

遗憾的是，在实务界和学术界，由于缺乏对知识结构系统性的足够认识，出现了一种只注重本专业而不顾其他的倾向，以至于有些人虽然专业水平很高，却由于知识结构过于狭窄而缺乏对案件的综合判断能力，成为只有专攻而没有旁通的“偏才”。正可谓：“搞民事的不懂刑事，搞刑事的不懂民事；搞民事的看什么都像侵权，搞刑事的看什么都像犯罪。”这种说法虽有夸张，却是出自于对现

实的感悟。现实中对许多案件的争论甚至包括对专题问题的研讨，都会在民刑两个专业的人群中形成立场分明的两个阵营。如果对于同类案件人们会因专业不同而形成两派观点，一定是不正常的。要么是立法有问题，要么是知识水平有问题。

这种因部门法知识相互脱节而导致认知误区的现象，在其他部门法学科之间也多有反映。诸如在行政法、民法与刑法之间，时常会在一些案件中出现不同法律关系交叉存在、界限不清的问题。而在涉及金融犯罪和证券犯罪问题上，由于对金融法、证券法知识欠缺而混淆罪与非罪界限的情况更是多有发生。如有人用现货交易的原则去衡量期货交易和信用证交易的合法性，有人因不懂融资租赁规则而将正常的融资租赁认定为诈骗……这样的案例在现实中经常可见。此类教训足以引起重视，值得深刻反思！

部门法知识相互脱节现象不仅导致了法律实务中的认知误区，也反映在学术研究领域。一些学者由于法学知识结构的单一性，在理论研究中也表现出因部门法知识脱节而导致的孤立、片面的思维方式。

有一种否定刑民交叉概念的观点，无视部门法之间的内在联系，以“刑事的归刑事，民事的归民事”为由，认为研究刑民交叉问题是多此一举。而这种只论结果不论原因的思维逻辑却无法回答：在没有理清刑、民两种法律关系的区别与联系之前，又如何去判断是应当归刑事还是应当归民事呢？这种回避原因的唯结果论，只能滑向失去标准的主观随意性。而在当前民事纠纷刑事化倾向严重的环境下，这种主观随意性更容易给刑事责任扩大化留下空间。

部门法知识相互脱节现象之所以比较普遍，与我国法治建设的历史短暂不无联系。由于我国法治建设的基础薄弱，在起步阶段以单科突进方式求得快速发展具有一定的必然性和必要性。这种方式在一定程度上也确实加快了法学理论和实务能力提升的速度，但是这种初创阶段特有的方式不应当成为长期发展的方向。在纷繁复杂的社会关系中，各部门法作为整个法律体系中的一个有机组成部分，只能在与其它相关法律的衔接与协调中才能各司其职地发挥作用。所以，对于相关学科知识的了解是法律人应当具备的基本素质。

部门法知识相互脱节的原因，表面上反映的是知识结构的欠缺，深层原因还是教育模式问题。在法学本科教育

中已经涵盖了各类部门法课程，知识结构还是比较完整的。但是，由于授课时各学科各自为政，对各部门法相互关系的重要性强调不够，讲解不深，更没有通过实操训练使学生切身感受到这种联系的重要性，致使学生虽然学到了各种单科知识，却难以形成对法律体系和法治架构的整体认识。这样的教育效果显然是有缺陷的。一个对法律体系和法治结构缺乏整体认识，不能将法律知识融汇贯通的学生，难以摆脱局限形成全方位思考的能力。而当其走向社会，选择了专业方向时，只注重专攻一点而不及其余，也就在所难免了。

部门法知识相互脱节，是法治建设初期的特有现象。但后果严重，不可忽视。只有摆脱这个误区，法治社会才会走向成熟。

四、实体法与程序法脱节带来理论与实务困惑

实体法与程序法具有相互依存，相辅相成的密切关系。实体法是程序法得以实现的前提，程序法是实体法得以贯彻的保障。程序法既有保障实体法的工具价值，又有实现程序公正的独立价值。在一个完整的法律体系中，二者如影随形，须臾不可分离。然而，在当前我国的法学理论和司法实务中，实体法与程序法却处于一种相对独立的脱节状态。这种脱节状态，带来理论与实务的种种困惑。形成这种脱节状态的主要原因，一方面与程序法被轻视的历史惯性有关，另一方面，则与法治基础薄弱的现状有关。

我国重实体、轻程序的传统根深蒂固，程序法长期处于无足轻重的地位。以刑事法律为例，在重打击，轻人权的理念之下，刑事诉讼法的工具价值都不能充分发挥，其程序公正的独立价值更加微乎其微。刚刚恢复法治之初，与刑法同时制定的刑事诉讼法一度被冷漠。一种普遍的认识是：定罪的问题还没解决好，量刑的问题并不重要，至于程序问题就更是无暇顾及了。所以，无论是理论界还是实务界，刑法都明显居于次要地位。这种状况在当时的环境下确属事出有因，是可以理解的。

后来，随着法治建设的不断发展，程序法的地位逐渐上升，近些年来，在学术界，程序法的理论研究日渐活跃，其发展速度和研究成果甚至超过了实体法。在实务



界，程序法也日益受到重视，其程序正义的独立价值明显提升。一个社会中程序法的地位和作用如何，标志着这个社会法治化的水平。法治建设40多年来中国社会程序法兴衰的发展脉络，反映出中国社会法治建设的进步。但是，任何事物的发展都难以超越其必经的过程性。实体法与程序法相脱节，就是这个发展过程中一种难以避免的现象。由于程序法曾一度被轻视，必然会淡化其与实体法不可分离的依存关系。

实体法与程序法脱节的另一个原因则与我国法治建设基础薄弱的现状有关。以刑事法律为例，刑法与刑事诉讼法历史上本为一部法律，并无概念之分。18世纪以后才单独分类，分类的意义在于更好地发挥各自的价值而并非分道扬镳。所以，这两个专业的紧密关系从来都是不可分割的。无论是理论研究、法律课程设置，还是在立法与司法实务中，两个专业都是互动并行的，一个教授兼授刑法与刑事诉讼法两门课程亦属常态。但是在中国，与部门学科知识相互脱节的原因类似，法治建设恢复之初，单科突进不失为学术界优选的捷径，学科细化即成为理论界的共识。直至今日，我们的学科区分依然界限分明，刑法与刑事诉讼法不仅各成体系，而且少有交流。

这种脱节状态下，学术研究上很容易受到局限，而不注重对二者相互关系的思考。在教学中则更会以各自局限的思维逻辑去传授知识，使学生接受的是两门课自说自话的内容，而难以将两种内容融为一体。而且，在实体法教学中以预设条件为前提成为分析案例的常态。例如，在主观上“明知”的前提下能否构成某种犯罪，何种犯罪必须具有“非法占有目的”等等，却并不去讨论如何证明究竟有没有“明知”的故意和“非法占有目的”。

实体法与程序法脱节的现象，不仅体现在理论研究和教学中，也体现在立法活动中。例如，在刑法中许多经济犯罪都是以“非法占有目的”为前提。从理论上讲这个前提的设定无可厚非，但实务中对这个前提的认定却困难重重。以至于对于非法占有目的的认定常常取决于办案人的主观判断。许多错案由此而引发，就是因为这个“目的”缺乏明确可循的证明标准。

更值得关注的是，在实体法与程序法不可分割的司法实务中，这种脱节现象也经常可见。例如，在律师实务中，刑事业务本应包括刑法和刑事诉讼法两个学科，二者是不

可分割的。而有的律师协会却成立了刑法与刑事诉讼法两个独立的专业委员会。这种分割在学术研究和法学教育中还不无道理，在实务操作中却不可思议。因为在法律实务中，不可能将程序与实体截然分开。又如，在司法机关和律师举办的以案例为论题的辩论比赛中，选择的案例也多数是以预设的事实为前提而少有关于证据争议的内容。在对这种案例的分析和辩论中，参与者只能在预设事实的基础上对实体法理论和犯罪构成要件展开论辩，却未涉及到在程序上如何证明这些事实是否存在。这种辩论实际上变成了抛开程序只论实体的坐而论道的纸上谈兵。在现实中发生的错综复杂的各种案件中，如何证明和论证某种事实的存在与否，才是首要问题。一个只能在预设事实基础上去分析案件性质的人，只能算是半个法律人，并不具备办理案件的基本能力。

改变实体法与程序法脱节的现状，首先应当从学术界和法学教育做起，从学术研究和法学教育的源头将二者融合起来。例如实体法与程序法两个学科应当共建课题，共同举办研究会。尤其重要的是，一个教授应当兼顾实体法与程序法两个专业，最好能兼授两门课程，以避免思维局限问题。其次，在立法活动中应当有实体法与程序法专家共同参与。因为实体与程序虽然各自成法，但二者却是不可分割的有机整体。在实体法立法时应当兼顾到程序上的可操作性，加入相应的限制条件，以限缩司法实务中发生歧义的空间。

实体法与程序法两个专业知识的融合，也会促进思维方式的融合。在此基础上，无论是在学术研究、法学教育，还是在法律实务活动中，人们才会自觉地而不是刻意地将实体问题与程序问题结合在一起加以综合考量，才能真正发挥实体法与程序法相互依存，相辅相成的互动作用。

五、法学教育模式僵化难以造就创新型人才

在当前法学理论界日益活跃，学术成果不断涌现的氛围之下，有一种值得注意的倾向也日渐抬头：有些学术著作作用词生僻，晦涩难懂，新概念频出，因深不可测而使很多人望而生畏，只能自叹不如。更有些博士硕士毕业的高

学历人才写出的文章常常是信息堆砌，支离破碎，洋洋万言，不知所云。虽然别人不以为然，却自我感觉良好。在法学教育经过多年改革后的今天，面对这种倾向不得不反思一个问题：法学教育有没有摆脱困惑？

文风问题虽然只是冰山一角，却可以反映出一种价值倾向：咬文嚼字，炫耀知识，在某些人眼中似乎成了一种时尚。而值得思考的是，形成这种倾向的原因，还是与教育模式有关。多年以来，教育改革几乎没有停止过，虽有成效，却没有突破性的进展，远没有真正摆脱灌输式的教学方式，也没有实质性地加大实操培训的力度，更缺乏对理念培养和原理教育的重视程度。在这种教育模式下，学生们不仅缺乏实务能力，而且更缺乏对法学体系和法治社会整体结构的系统了解。而这种知识结构，在信息高度发达的当今社会已经价值甚微了。因为，在信息时代各种资讯几乎可以随手拈来，知识积累已经不是少数人的专利。以往那种以知识积累为资本的活词典式的专家，已经可以退出舞台了。信息社会所需要的不是单纯的知识型人才，而是既懂理论又懂实务的创新型人才。这种需求，才是法学教育改革应当追求的价值目标。为此，法学教育必须彻底打破长期以来陈旧、僵化的教学模式，才能突破陈规，走出困局。

讲解教科书的灌输式教学不适合高等教育，大学生已经具备自学课本的能力，答疑解惑式的方式才能引导学生由消极的被动接受而转向积极的主动思考。

死记硬背式的闭卷考试只会将学生引向教条，在资讯发达的信息时代，记忆知识纯属浪费时间。

理念培养和原理教育是法学教育中的重中之重，忽视理念和原理而偏重知识教育则是舍本逐末。吃透了原理才会融汇贯通，一通百通。当前在司法实务中出现的许多常识性错误和无端的分歧都是源于理念和原理的缺失，从而折射出法学教育的缺憾。

在法学教育中加大实务培训的力度，是解决理论与实

务脱节现象的重要途径。这种培训并非短期的实习或者模拟训练，而是大幅度地增设实训课程内容。减少讲解课本而节省下来的大量课时可以用于实务培训，且实务界的专家可以为此发挥重要作用。

实现教育改革的关键因素是教师理念的转变和教师队伍知识结构的整合。如果教师的理念不转变就不可能顺势而为，而只会消极应对。如果知识结构不适应需求，就没有能力和信心面对学生的主动挑战去答疑解惑。

教育改革还与工作环境和学术环境有关，培养什么样的人与需要什么样的人密切相关。当今社会需要既懂理论又懂实务的创新型人才，工作环境和学术环境应该为这样的人才创造条件，开辟空间。否则，就会成为一种消极因素而与教育的价值目标发生冲突。

一个值得关注的现象是，在核心刊物发表文章的数量，历来是评定职称和晋级的重要条件，而在核心刊物发表论文的标准却有一个长期不变的规定，要求文章中必有数量的引经据典。这种规定压制了一批学界新秀的另类思考和创新冲动，甚至一些有创见有价值而拒拾他人牙慧的高水平学术论文也被拒之门外。如前文所述的许多旁征博引却毫无价值的信息堆砌式文章的泛滥，与这种规定的误导作用应该不无联系。这种八股式的陈规戒律束缚了创新型人才的成长，也妨碍了教师队伍知识结构的更新。

法学教育改革是一项系统工程，教育模式自然是关键环节，但学术环境，工作环境以及社会整体大环境也都与教育模式的走向息息相关。所以，法学教育改革不仅仅是教育系统自身的责任，更是全社会的共同责任，只有在社会各界形成共识且共同发力的基础上，法学教育的改革才能突破瓶颈取得实质性的进展。

中国社会法治化的进程任重道远，面临的问题不止于此，路途坎坷不足为怪。重要的是：能够发现问题和正视问题。更重要的是：能够找到解决问题的路径。✎



以案释法

——破产重整、破产清算、强制清算中的
企业挽救及财产管理与处置实务



破产企业在破产案件受理前六个月内的个别清偿行为都应该被撤销吗？

——以甘肃连城发电公司破产清算案谈破产撤销权的除外情形

■ 赵岐龙 / 文

【案例1】大唐国际发电股份有限公司（以下简称大唐国际）系甘肃连城发电公司的股东之一，甘肃省永登县人民法院于2019年6月21日裁定受理甘肃连城发电公司破产清算申请。经甘肃连城发电公司破产管理人审核发现，甘肃连城发电公司在破产申请受理前六个月内多次向大唐国际归还委托贷款，金额达六千余万。管理人认为债务人甘肃连城发电公司在破产前六个月对个别债权人进行偏颇清偿，损害了全体债权人的公平清偿利益，故依据《企业破产法》第三十二条的规定，请求人民法院予以撤销这些个别清偿行为。大唐国际认为，连城发电公司归还的贷款系委托贷款，是按照《委托贷款合同》约定的时间进行偿还的，并且归还后又提供了新的贷款；如果连城发电公司不偿还贷款，不仅影响其信贷信用，还会影响其后续的委托贷款（金额达二个多亿），而后续委托贷款远远大于归还的贷款，故认为连城发电公司的清偿行为没有损害债务人利益，并且使债务人的财产增加了收益，该还款行为应属于个别清偿行为的除外情形，不应当撤销。法院采纳了大唐国际的答辩意见，依法驳回了破产管理人的诉讼请求。

赵岐龙律师简介



京都律师事务所高级合伙人，中国政法大学民法硕士，曾经在吉林地区法院系统工作十余年，历经刑事审判庭、民事审判庭工作、执行庭，曾任庭长职务，国家二级法官。从事律师职业以来，代理了大量的重大、疑难民商事诉讼、仲裁及刑民交叉案件，具有丰富的民商事诉讼、仲裁经验及争议解决能力。现任北京市律师协会合同法委员会委员，对外经贸大学法学院、吉林大学客座教授。

【案例2】甘肃省永登县人民法院于2019年6月21日裁定受理甘肃连城发电公司破产清算申请。经甘肃连城发电公司破产管理人审核发现，甘肃连城发电公司在破产申请受理前六个月内多次向国家开发银行甘肃省分行偿还贷款，金额达四千余万。管理人认为债务人甘肃连城发电公司在破产前六个月对个别债权人进行偏颇清偿，损害了全体债权人的公平清偿利益，故依据《企业破产法》第三十二条的规定，请求人民法院予以撤销这些个别清偿行为。甘肃省分行认为，连城发电公司归还的贷款系委托贷款，是善意履行合同的行为，不存在与债务人恶意串通减少债务人财产或者损害债权人利益的行为；该笔资金系大唐国际提供的委托贷款，不是债务人的自有资金，该扣划行为未减损债务人的财产。甘肃省银行对该清偿行为是否导致债务人财产受益没有进行抗辩及举证。法院认为，该清偿行为构成个别清偿且未使自身财产受益，损害了全体债权人的公平清偿利益，应予撤销。

【案例3】甘肃省永登县人民法院于2019年6月21日裁定受理甘肃连城发电公司破产清算申请。经甘肃连城发电



公司破产管理人审核发现，甘肃连城发电公司在破产申请受理前六个月内存在向中信海直融资租赁公司（以下简称中信海直）支付融资租赁款的行为，金额达11万元。管理人认为，债务人甘肃连城发电公司在破产前六个月对个别债权人进行偏颇清偿，损害了全体债权人的公平清偿利益，故依据《企业破产法》第三十二条的规定，请求人民法院予以撤销该笔个别清偿行为。中信海直认为，连城发电公司在清偿款项时不存在资不抵债的情形且该清偿行为使连城发电公司的财产受益，如果撤销该清偿行为会导致连城发电公司债务扩大和财产损失并违反诚实信用、交易安全等商事交易原则。法院认为，该清偿行为发生在破产受理前六个月内，且该清偿行为并没有使债务人财产受益，不属于个别清偿的除外情形，故该清偿行为应予撤销。

我们可以发现，上述三则案例的主体具有一定的关联性，但法院对三则案例的裁判结果却有所不同：【案例2】、【案例3】均被法院判决撤销个别清偿行为；笔者所代理的【案例1】却取得了胜诉结果。笔者认为【案例2】、【案例3】也应属于个别清偿的例外，不应被判撤销，即法院的判决仍有值得商榷的地方。下面笔者将结合上述三则案例，对破产撤销权中个别清偿的除外情形进行简要的分析：

一、《企业破产法》对破产撤销权的一般性规定。

破产撤销权是《民法典》第538条^[1]、539条^[2]（原《合同法》第74条）在破产领域的延伸，尤其是破产法关于个别清偿行为的规定，在《民法典》中找不出条文依据，其应属于特别法的规定。因此，我们有必要延伸到《企业破产法》上，根据《企业破产法》第三十一条规定：人民法院受理破产申请前一年内，涉及债务人财产的

下列行为，管理人有权请求人民法院予以撤销：1、无偿转让财产的；2、以明显不合理的价格进行交易的；3、对没有财产担保的债务提供财产担保的；4、对未到期的债务提前清偿的；5、放弃债权的。第三十二条规定：人民法院受理破产申请前六个月内，债务人有本法第二条第一款规定的情形，仍对个别债权人进行清偿的，管理人有权请求人民法院予以撤销。但是，个别清偿使债务人财产受益的除外。

不难发现，我们在理解第三十一条时较为容易，其与《民法典》第538条、539条规定的精神相一致，即属于可撤销的欺诈破产行为，同时也属于恶意串通损害全体债权人利益的行为，它往往要求债务人与第三人均有恶意。然而，我们在理解第三十二条时则会产生一定的困惑，即第三十二条的个别清偿行为是指：在排除“欺诈破产、恶意减少债务人财产”的前提下，债务人在特定期限内的清偿行为，即使遵循着等价有偿、公平原则等交易精神，也会被认定为个别清偿（也称“偏颇清偿”）。换言之，该清偿行为虽因遵守合同约定、遵循诚实信用原则等而具有一定的合理性，但是只要该个别清偿没有导致债务人的财产受益或增加，都应当被撤销。从法理上讲，这是因为当债务人处于破产或濒临破产边缘时，债务人没有选择个别债权人进行清偿的权利，否则会损害全体债权人的利益，破坏债权的平等性，违反了公平清偿原则。因此，公平有序的清账程序，在破产程序启动前即具有加以维护的必要^①。但是，有规则就有例外，即使处于破产边缘的企业也有从事交易的权利，否则会使企业陷入困境，甚至会加速破产，失去挽救的机会。所以，只要该交易能使债务人从中受益或者财产增加，就属于个别清偿不得撤销的除外情形。但是，由于我国《企业破产法》对个别清偿的除外情形缺少具体的法条规定，第三十二条第二款的但书也特别抽象。是故，法官在司法实践中对该条的适用拥有较大的自由裁量权，这也就导致了大量同案不同判的现象，引起

1 第538条：债务人以放弃其债权、放弃债权担保、无偿转让财产等方式无偿处分财产权益，或者恶意延长其到期债权的履行期限，影响债权人的债权实现的，债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为。

2 第539条：债务人以明显不合理的低价转让财产、以明显不合理的高价受让他人财产或者为他人的债务提供担保，影响债权人的债权实现，债务人的相对人知道或者应当知道该情形的，债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为。

了一定的社会矛盾。

二、最高人民法院关于《企业破产法》司法解释（二）增加破产撤销权除外情形。

最高法发现了该种社会现象后，在出台，《〈企业破产法〉司法解释（二）》时对个别清偿的例外情形进行了细化，如第十四条规定：债务人对以自有财产设定担保物权的债权进行的个别清偿，管理人依据《企业破产法》第三十二条的规定请求撤销的，人民法院不予支持。但是，债务清偿时担保财产的价值低于债权额的除外。第十五条规定：债务人经诉讼、仲裁、执行程序对债权人进行的个别清偿，管理人依据《企业破产法》第三十二条的规定请求撤销的，人民法院不予支持。但是，债务人与债权人恶意串通损害其他债权人利益的除外。第十六条规定：债务人对债权人进行的以下个别清偿，管理人依据《企业破产法》第三十二条的规定请求撤销的，人民法院不予支持：1、债务人为维系基本生产需要而支付水费、电费等的；2、债务人支付劳动报酬、人身损害赔偿金的；3、使债务人财产受益的其他个别清偿。

三、我国关于破产撤销权除外情形立法方面的不足及美国破产法的借鉴。

上述司法解释第十四、十五、十六条虽然规定了个别清偿的例外情形，在一定程度上弥补了《企业破产法》第三十二条的不足，但遗憾的是，司法解释中的例外情形仅针对：担保物权的清偿、裁判执行程序的清偿，以及债务人为了生存权、特殊权利（如弱势权利的特殊保护）的清偿；对更多的符合使债务人财产受益的情形却没有规定，而是继续交由法官在司法实践中自行把握，这也就导致在认定“使债务人财产受益”的原则性规定上裁判不一，同案不同判的社会现象并未得到彻底的改善。

笔者认为，在司法实践中，对“债务人财产受益”的判断，不能简单取决于对单笔交易利益的衡量，也不能单纯关注于债务人当时的财产得失，而是要依据客观事实，采用结果判断法，着眼于交易行为对债务人经营状况和财

务状况的影响，以此对交易行为的合理性进行综合判断②。在这方面，我们可以参考美国的破产法，他们在破产撤销权方面的规定较为成熟：《美国破产法》第547条（C）规定了其中偏颇性清偿的例外，即1、同时发生的新价值；2、对正常债务的正常清偿；3、授权担保利益；4、后位新价值；5、库存或者应收账款上设立的浮动担保；6、法定担保；7、消费案件中的小额转让。上述七项规定在我国《破产法》及其司法解释（二）中也有体现，比如第2项对应着《企业破产法》司法解释（二）第十六条第1项：债务人为维系基本生产需要而支付水费、电费等。第5项、6项类似于《企业破产法》司法解释（二）第十四条对具有担保物权的债权进行清偿的规定。但遗憾的是，对《美国破产法》第1、3、4、7项偏颇性清偿的例外情形，我国司法解释中却没有相对应的规定，这就需要我们在司法实践中予以完善。

1、应增加关于“同时发生的新价值”的除外规定。

在司法实践中，最常见的情形就是第1项（同时发生的新价值）和第4项（后位新价值），其中第1项同时发生的新价值，一般是指具有对待给付关系的合同，且对待给付期间相差很短，基本限定在一周左右，即债务人在支付对价的同时也获得了同等价值的货物，所以债务人的价值并没有减少。这种交易之所以不被撤销，是因为其有利于债权人愿意同处于破产边缘的债务人进行交易，否则，将使债务人雪上加霜，丧失挽救的机会。譬如，债务人购买了一批货物，债务人收到货物后几乎同时履行了付款义务，并且债务人能够从这批货物上获利。在这种情形下，债务人的个别清偿行为已经明显使债务人财产受益，或者价值抵销，对该类清偿行为不应被撤销。但是，如果是债务人高价购买他人货物或者明知是滞销货物还予以购买，导致货物低价销售或滞销，则对该批货物的个别清偿行为不应认定为撤销权的除外情形。

美国破产法认为后位新价值必须满足四个要件：第一，债务人必须得到了“新价值”；第二，新价值必须是转让行为的“交换”所得；第三，基于转让的新价值交换必须是“几乎同时发生的”；第四，当事人必须“有意于”同时发生的转让。③

【案例3】中的融资租赁合同也属于比较特殊的情



形，融资租赁合同的出租方一般对融资租赁物有着所有权保留的约定，以担保融资租赁合同的顺利履行，租金支付完毕之日也是所有权转移之时。如果承租人不按时支付租金，出租人有权解除融资租赁合同，选择取回租赁物。一旦取回租赁物将会对承租人造成更大的损失，特别是租赁物为配套设备时，一旦租赁物被取回，对债务人的其他财产进行处置将大幅缩水，特别是在破产重整案件中，如果租赁物是重整所必需之物，更要限制出租方取回租赁物。因此，管理人一般都会选择继续履行融资租赁合同，将租金作为公益债务予以优先清偿。所以，【案例3】中信海直可以从融资租赁合同的特点出发，诉称“支付租金与转移所有权具有同时发生的新价值情形，即属于使债务人财产受益的情形，故还款行为不应被撤销。”

2、“后位新价值”意义重大，建议立法予以完善。

《美国破产法》第4项后位新价值在我国的司法实践中也经常发生，后位新价值是指个别清偿后产生的价值转换，甚至是叠加价值。具体来讲，后位新价值是指假设债务人未对先前存在的到期债务进行清偿，债权人就不愿继续提供新的商品或贷款，因为债务人清偿了先前的债务，债权人也随即根据新的信用提供了商品或者贷款。这种清偿虽然减少了破产财产，但相应的，破产财产通过债权人基于新的信用提供的商品或贷款又得到了增加，获得了新价值，此时清偿和新价值相互抵销，在新价值的额度范围内就没有出现偏颇性清偿的后果，该种新价值值得保护，不应被撤销^④。后位新价值使债务人保持着良好的商业信誉及信用，为后续的交易顺利或获得融资创造了有利条件。后位新价值对破产重整企业的信用维持尤为重要，法院不应轻易撤销存在后位新价值的个别清偿行为。

在笔者代理的【案例1】大唐国际与连城发电公司管理人的撤销权诉讼中，大唐国际认为，连城发电公司能持续经营，主要是因为大唐国际的委托贷款，虽然连城发电公司在破产受理前六个月内归还了多笔贷款本息属于个别清偿，但是这些贷款的归还还是按照《委托贷款合同》的约定日期进行的按期偿还，这一还款行为不仅保持了企业信用，还避免了更大的违约，即避免承担罚息、复利等违约责任。此外，大唐国际还基于此提供了后续的委托贷款，如果没有连城发电公司的按期归还贷款，就没有大唐国际

的后续委托贷款，并且委托贷款金额远远大于归还的本息。综上，债务人连城发电公司的个别清偿不仅使债务人财产受益，还大幅增加。是故，法院认为该个别清偿行为属于撤销权的除外情形，不应撤销。

基于此，笔者认为：在一些“借新还旧”的贷款清偿纠纷中，如果还“旧贷”是为了获得“新贷”，以此为债务人资金的流动提供支持，同时债务人的财产没有减少，则也应属于个别清偿行为的除外情形，对还旧贷行为不应撤销。

同理，【案例2】连城发电公司归还国家开发银行甘肃省分行的贷款中不仅属于常规业务支出，也具有后位新价值的特点。虽然连城发电公司没有从国家开发银行甘肃省分行获得新的贷款，但是原贷款是连城发电公司二期项目中一笔最主要的长期性贷款，贷款期为十二年。长期性贷款对企业的正常发展非常重要，如果不能按期归还贷款本息，将会对债务人的主营业务造成极大影响，也会引起交叉违约，并进入金融机构黑名单。对于这笔长期性贷款，每年都要分四期进行归还，故该笔贷款归还不仅保证了债务人的信用，还属于营业常规业务支付，类似于《美国破产法》第2项的对正常债务的正常清偿。因此，笔者认为“虽然我国对正常债务的正常清偿仅限于水电费等公共事业单位费用的支付，此立法目的是为了维护生存权之必需，故而未做扩大解释，但是因为长期性债务属于债务人的常规业务支出，系惯常交易，没有因临近破产边缘而改变偿债安排，特别是本案的偿债资金系股东大唐国际提供的委托资金，不属于债务人自有资金，该个别清偿没有导致债务人财产减少，应属撤销权的例外。”对此，美国破产法对常规业务给付作为撤销权的例外情形的理由为：

“债权人保留常规营业范围内的清偿款实际上会鼓励债权人与存在财务困难的债务人进行信用交易。只有这样，债务人才可能得以维持经营而避免整个破产，或者至少在进入破产程序时能具有更好的财务状况。实质上，常规营业转让有利于实现债务人资产价值的最大化，债权人作为整体也将因此受益。”^⑤

湖南省岳阳市中级人民法院（2016）湘06民终1548号民事判决书也持有类似观点，具言之：债务人博翰公司偿还建行岳阳分行到期贷款是一种诚信履约行为，其资金来源并非自有资金，而是向案外人刘泰所借。博翰公司并未

以自有资产清偿建行岳阳分行的债务，其行为未使博翰公司的整体资产减少，未损害全体债权人的利益。倘若本案对善意受偿的建行岳阳分行的到期债务依管理人的请求予以撤销，已解除的担保合同却无法恢复，将损害建行岳阳分行的合法权益，也破坏了市场交易秩序与安全，不利于经济的健康发展。

3、其他撤销权除外情形。

《美国破产法》第3项撤销权的例外是指授权担保利益，该条与《民法典》第416条新规定的超级价款优先权相类似，《民法典》第416条规定：动产抵押担保的主债

权是抵押物的价款，标的物交付后十日内办理抵押登记的，该抵押权人优先于抵押物买受人的其他担保物权人受偿，但是留置权人除外。所以，既然《民法典》新增了超级价款优先权的规定，债务人如果在破产受理前六个月内支付该部分价款而获得了担保利益，也不应被撤销。

综上，在司法实践中，应结合破产撤销权的立法目的及个别清偿的利益平衡，从结果要件分析清偿行为是否导致债务人财产受益，适当增加撤销权的例外情形，以实现全体债权人与个别债权人之间的利益平衡，实现破产法集体清偿、公平清偿与交易安全之间的平衡。

引注：

- ①王卫国著《破产法精义》（法律出版社）第123页，2020年4月第二版。
- ②王卫国著《破产法精义》（法律出版社）第123页，2020年4月第二版。
- ③大卫·G. 爱泼斯坦、史蒂夫·H. 尼克勒斯、詹姆斯·J. 怀特著《美国破产法》，韩长印等译，中国政法大学2003年9月第1版，第318页。
- ④最高人民法院民事审判第二庭编著《关于企业破产法司法解释理解与适用》（一）·（二）第239页，2017年3月第二版，人民法院出版社。
- ⑤See 11 USCA § 547 (c) (2). 参见[美]查尔斯·J. 泰步：《美国破产法新论》，韩长印、何欢、王之洲译，中国政法大学出版社2017年版，第578-579页。转引自胡利玲《如何理解破产临界期内“个别清偿使债务人财产受益”？——对我国偏颇清偿例外的重释与情形补足》。





以海航破产重整案谈企业的重生

■ 孙艳辉 / 文

一、海航破产案件介绍

2021年10月31日，海航集团及其相关企业破产重整计划获一锤定音的“官宣”，这是中国目前最大的破产重整案例，也是万亿级债务体量法治化和市场化处置风险的探索。

回顾海航集团的发展历程，其发展史是一部融资和资本运作史。依托航空业的快速发展，海航集团自注册成立以来便开始了大规模的并购扩张之路，将业务范围延伸至物流、旅游、房地产等领域，从单一的航空运输业扩张为六大业务板块集一身的万亿级跨国集团，成为我国第二大民营企业。但是高速扩张的同时带来了集团债务激增、并购整合不力等一系列问题。2017年，海航集团爆发流动性危机，多家子公司股价大跌甚至停牌，海航在各界支持下开展“自救”行动。然而遭遇“新冠”疫情重创，巨大的资金缺口使得政府和债权人原已脆弱的信任旋即崩盘，流动性危机转为严重的债务危机。2021年，根据中央决策部署，海南省会同相关部门成立了“海南省海航集团联合工作组”，全面协助、全力推进海航集团旗下2300家公司的风险处置工作，海航走向了破产重整之路。

二、探究海航破产重整的原由

为什么如此强大的海航集团走向了破产重整之路？在海航集团重整草案中，官方给出的原因是，因经营失当、管理失范、投资失序等原因，爆发流动性危机，后转为严重的债务危机，并受新冠肺炎疫情叠加冲击，严重资不抵

债，债务全面逾期，生产经营难以为继，从而面临破产清算风险。一个运行良好的企业并非毫无征兆地走上破产之路，而多数是在公司治理过程中存在问题并经常年积累导致其最终走向或重整或退出市场，海航破产重整的内在原因在于其公司治理的严重失当。

（一）经营战略严重失衡

海航曾是中国收购资产最多的企业集团，其在20年时间内，资产就完成了从千万到破万亿的增长，增长了近10万倍。然而，高速扩张带来的代价是高负债。海航在加速非相关多元化扩张的同时，由于进入的行业利润率低，占用企业较高的资金却未能带来更高的收益，使得集团整体利润率加速下滑，期间费用上升，协同效应逐渐降低。企业虽然在经营规模上实现了扩张，但集团的资金利用效率和内部协同效应都在多元化后期逐渐被削弱，集团内部的实力并没有提升。海航“重并购、轻管理、轻整合”，导致各业务板块及旗下企业各自为政，各种风险逐渐积累。在失败的公司治理下，通过粗放的多元化扩张、并购中的大规模利益输送掏空海航集团，致使其通过变卖资产还债，最终由于资不抵债走向破产。

（二）三会一层制衡机制失效，权利斗争激烈

三会一层是指股东大会、董事会、监事会和高级管理层，通过三会一层的公司治理架构行使决策权、控制权与监督权。合理的制衡机制有利于防止大股东独断与专权，以此对股东形成有效的监督与约束，避免权力滥用。但如若公司内部制衡机制缺位、失位，则会在公司内部产生权

力斗争，严重损害公司的利益。海航集团曾由集团创始人和高管的自然人及海南航空公司拥有，两位集团最大股东对公司战略决策具有高度的话语股权制衡。在董事长独揽大权的企业内部，海航集团曾在2016、2017连续两年未召开董事会，致使董事的监督职能失效。本应行使监督职能的监事会，也只是对派别斗争结果进行了无关紧要的补，并未真正发挥监督监察作用。在这样畸形的“三会”制度背景下，集团管理层也随着创始人的内斗被大规模“清洗”。可见，海航集团的三会一层成为创始人争夺权势的工具，其结构随着创始人地位的改变而不断变更，严重损耗员工精力及企业资源，也间接消耗了企业声誉与前景。

（三）相关利益者缺位

中国证监会制定的《上市公司治理准则》中明确了利益相关者在公司治理中的权利，尤其强调“股东本位”原则，认为各股东应明确权责，共同提高公司治理效能。然而在实践中，各利益相关者往往面临意见分歧与利益冲突。这将会导致两种结果：

一是强化监督，最终引起更为激烈的矛盾甚至导致内部冲突。二是弱化监督，导致监督缺位，控制权越位，从而引发严重的公司治理问题。

（四）缺乏与时俱进的调控能力

公司发展不仅要有符合自身发展的经营战略、治理机制和制衡机制，同时还应具备对经济形势的预测能力和判断力，做出符合市场发展规律的经营决策。然而，海航集团采取激进的投资方式、不断加大企业风险性项目的投资，企业负债率逐年增加。在我国金融监管力度不断加大、排查贷款金融风险力度加强的大环境下，海航集团并没有洞察到宏观调控的整体走向，仍然持续大规模并购，银行贷款周

孙艳辉律师简介



京都律师事务所高级合伙人，曾就职于司法系统及隶属于央企的信托投资公司，现为民法领域资深律师，从业至今20余年，主要执业领域为破产清算重组业务、公司合规及商事诉讼法律事务。先后承办标杆破产重整业务、清收业务、资产处置、重大疑难商事纠纷、刑事等各类案件近千件，并担任多家企业法律顾问，涵盖国有、央企等大型企业，熟悉企业内部经营管理事务，能够准确防范企业合规风险，法律专业知识扎实、办事认真负责、实务经验丰富。

转不利，债务负担封顶。海航缺乏与时代好发展。

三、破产重整制度促进企业重生

重整制度的理念之一是挽救债务人，其给予企业重生的机会，维护企业的运营价值。破产重整制度设立以后，司法给予资不抵债的困境企业的选择就不局限于通过破产清算而终结生命，企业可以选择重整程序来挽救其生命。破产重整能够获得以下好处，是债务人选择进入司法程序的主要激励。

（一）阻却担保权行使

设置担保权是债权人为了防止债务人无力偿债的保护性措施。在一般重组中，担保债权相对于一般债权享有优先受偿的权利。虽然担保债权人是在法律允许的范围内正当行使自己的权利，但却有可能使企业因资金流的减少而陷入更糟糕的财务状况，使其他债权人的清偿利益受到潜在的损害。在破产清算程序中，担保债权人

享有别除权，可以不通过集体分配程序而直接就担保物获得优先清偿。而破产重整则不同，《破产法》第七十五条明确规定：“在重整期间，对债务人的特定财产享有的担保权暂停行使。”这对于处于财务困境中的债务人来说无疑是非常有利的。担保债权优先性的阻却保证了债务人能够灵活运作现金流，对于挽救企业意义重大。困境企业若想在重组中保证自身财产的完整性，从而在一定程度上维持经营的持续性，那么求助于破产重整制度无疑是最佳的选择。

（二）获得自动中止效力

都自动归于停止的制度。我国《破产法》规定，法院受理破产申请以后，债权人自动获得以下中止保护：有关



债务人财产的保全措施应当解除；执行程序应当中止；已经开始而尚未终结的有关债务人的民事诉讼或者仲裁应当中止。自动中止包含在破产重整与破产清算中。在破产清算中，自动中止的立法目的在于阻止债权人的个别讨债行为；而破产重整中，自动中止除了使债权人公平受偿外，更重要的是给予债务人重新整顿其营业的喘息空间。诉讼及执行程序的中止使得重组中的企业免受“诉累”，能够专心进行重组活动；同时其财产及经营活动免受干扰，使重组能够顺利进行。

（三）准予停止计息

《破产法》第四十六条规定：“未到期的债权，在破产申请受理时视为到期。附利息的债权自破产申请受理时起停止计息。”相对于庭外重组，破产重整可使附利息的债权停止计息。《破产法》第十八条规定：“人民法院受理破产申请后，管理人对破产申请受理前成立而债务人和对方当事人均未履行完毕的合同有权决定解除或者继续履行，并通知对方当事人。”困境公司可以选择履行对自己继续经营有利的合同，不再履行对自己持续经营不利的合同，有利于企业重整再生。

四、助推困境企业逆转颓势

（一）谨慎实施多元化，发挥核心业务功能

多元化战略虽然可以给企业带来市场势力，通过垄断程度选择产品的定价，进而获得更核心能力被削弱，企业商业模式模糊。同时，应注重将企业多元化的专业化比率维持在较高水平。当多元化发展情况良好时，业务板块之间可以产生协同效应，实现范围经济，达到降低企业生产成本的目标，实现多个产业的利润提升，实现超额利润率，进而反哺主业发展。更重要的是要发挥主营业务的价值。主营业务是一家公司核心竞争力的根本，只有主营业务在市场中稳定发展的条件下，企业才能有多余的生产资源与资金储备，进而实施多元化扩张，才能保障企业健康发展。困境企业应当认真梳理抛售股权、剥离拖累性业务及抵消、无效资产，准确研判核心主业的市场竞争力。因此，企业应当将重心放在主营业务板块，在保障多元化专业化比率的基础上稳步发展相关业务多元化，这才是困境

企业破产重整能够成功的核心逻辑。

（二）优化公司治理机制，规范企业经营

有效的公司治理机制可以规避在发展不明朗下企业者做出错误决策的情况，保障企业稳步发展。吸取海航集团破产重整的深刻教训，避免大股东盲目追求企业做大做强，控股股东之间争斗导致内部损耗严重，进而在多元化发展后期做出无效决策，导致集团破产。因此，从长远角度出发，海航集团的管理人员都应当提高对内部治理机制的重视程度，严格执行制度规范；加强对股权投资等财务行为风险进行排查及管控，通过完善内部控制，强化制约机制，规范企业经营。

（三）注重风险管控，避免财务危机

海航集团本次财务危机处于全球经济整体低迷且国家收紧金融政策的背景下，在这个阶段，国家因此设立风险防控部门，建立适合的风险预警系统、优化财务预警机制能够帮助企业及时应对和防范当下企业财务风险，避免企业财务状况进一步恶化。这也需要企业培养和善用专业性人才，梳理核心产业上下游各个因素，及时应对市场环境变化，分析行业数据从而明晰企业发展方向。

（四）利用重整程序实现企业涅槃重生

破产重整，是指经利害关系人的申请，在审判机关的主持和利害关系人的参与下，对到期债务不能支付或有支付不能之虞陷入财务困难的企业，进行生产经营的整顿和债权债务的清理的一种特殊法律程序。破产重整对破产企业在重整后的信用修复机制方面、提高市场主体质量、及时淘汰落后主体等方面有着突出的作用。

首先，利用预重整盘活前置程序，提高重整效率。“预重整”是近几年来司法实践上的一个突破，预重整其实是受理重整申请前，对于具有重整原因的债务人，为提高程序内重整效率和成功率，经债务人同意预重整并获得政府、主管部门等支持意见后，由法院听证审查决定对债务人进行预重整。所针对的企业是债权人人数众多，债权债务关系复杂，或职工安置数量较大，影响社会稳定的大型企业；或产业规模庞大，占据行业龙头或重要地位，对地区经济发展和金融环境稳定有重大影响的大型企业。通过预

重整制度，可以把债务人在重整程序中的部分工作前置，既可以利用法定重整程序的优势从根本上解决债务危机，又争取到了与投资人和债权人谈判的空间，极大地提高。

其次，抓住重整启动时机，挽救企业现状。及时梳理资产和债务，预判风险事件的后续爆发及发酵后的影响，抓住时机申请破产重整对企业扭转局势至关重要。这有利于缓解企业的财务费用负担，为赢得重生争取时间。然而，在现实中，出于对自己声誉的维护和对破产的恐惧，很多困境企业的负责人采用“拆东墙补西墙”的方法，导致债务越来越多，企业难以为继，最终导致无力承受才会选择重整。但这时已经错过了重整的最佳时机。重整启动的最佳时机应自财务成本大于营业利润，负债呈现不可逆增长态势之时起，至出现大量诉讼且主要资产被执行完毕前止。

最后，制定有效重整计划方案，实现重整目的。寻找破产重整的可行路径时，经详细测算后制定合理的、有诚

意的重整计划方案，摒弃逃废债的思想，是获得债权人谅解和配合、使重整计划顺利获得裁定通过和成功执行完毕的基础。

五、结语

上市公司破产重整机制的建立与完善，涉及到债权人、股东及相关利益方的博弈与妥协，以及事关资本市场秩序安全与社会稳定的系统工程，对我国市场经济法律秩序的建立与良性发展意义重大。在充分利用公司破产重整机制时，应本着设立破产重整制度的初衷，坚持市场化优先、利益平衡主导、兼顾效率的原则，在经济成本最小的情形下使各方利益最大化，使公司破产重整的负面效应降到最低。通过市场化、法治化途径挽救困境企业，不断完善社会主义市场主体救治。





破产程序中留置权的认定及实现

■ 吕志轩 张嘉嘉 / 文

案情简介:

破产债务人A商贸公司(以下简称A公司)在法院受理破产案件前与B仓储公司(以下简称B公司)签订了一份《仓储管理合同》,将价值几千万元的奢侈品存放于B公司仓库,由B公司长期仓储管理,并负责向A公司的承销商发货。在法院受理A公司破产清算案件之前,A公司已拖欠仓储管理费数十万元,在破产案件受理后,管理人接管了破产债务人A公司全部财产及账册,B公司以拖欠仓储费为由,留置了其库房中仓储的A公司原值近几千万元的货物,以此向管理人索要拖欠的仓储管理费。由于债务人全部货物被留置,导致管理人无法依法处置货物,又因仓储的货物品种繁多且杂,多次整体拍卖依然无法拍出变现。在破产案件受理后,债权人B公司申报了破产债权。在此种情况,债权人B公司对于A公司仓储货物的留置权是否成立?B公司有无超标的行使留置权的权利?对于超标的留置的货物是否妨碍管理人依法履行破产清算程序。笔者对此分析如下:

吕志轩律师简介



京都律师事务所高级合伙人,朝阳区民法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。

一、B公司对于A公司货物的留置权是否成立

根据《民法典》第四百四十七条“债务人不履行到期债务,债权人可以留置已经合法占有的债务人的动产,并有权就该动产优先受偿”及本法第四百四十九条“法律规定或者当事人约定不得留置的动产,不得留置”之规定,A公司欠付B公司仓储费用,B公司有权留置已合法占有的A公司的仓储货物,并有权就该货物优先受偿。

根据《民法典》四百四十八条“债权人留置的动产,应当与债权属于同一法律关系,但是企业之间留置的除外”之规定,B公司因A公司欠付仓储费用而留置仓储货物,属于同一法律关系,成立留置权。《民法典》该规定在于防止债权人随意留置与债权无关的债务人财产,而损害其他债权人的利益和交易安全。但对企业之间留置的财产,可以不与债权属于同一法律关系,是由于在市场经济体制下,企业之间商业交易更加频繁快捷,企

业间如果要求留置的财产必须与债权发生系同一法律关系，则与交易便捷和交易安全原则是不符。因此，企业间的留置只要相互之间存在合法的债权债务，就可以成立留置权。

二、B公司对于A公司货物的留置权是否及于全部货物

根据《民法典》第四百五十条“留置财产为可分物的，留置财产的价值应当相当于债务的金额”之规定，留置物为可分物的，留置财产的价值不能明显超过债务金额的价值，超过了给债务人造成损失的，应当承担赔偿责任，因此，B公司对于A公司货物的留置权仅及于与债权等额的范围内，A公司欠付货款数十万元，而所留置货物价值数千万元，留置财产价款远超出债权数额。因此，B公司对于A公司货物的留置权不及于所占有的A公司的全部货物。

三、B公司应在多长时间内行使留置权

根据《民法典》第四百五十三条“留置权人与债务人应当约定留置财产后的债务履行期限；没有约定或者约定不明确的，留置权人应当给债务人六十日以上履行债务的期限，但是鲜活易腐等不易保管的动产除外。债务人逾期未履行的，留置权人可以与债务人协议以留置财产折价，也可以就拍卖、变卖留置财产所得的价款优先受偿。留置财产折价或者变卖的，应当参照市场价格”之规定，留置权存在二次效力，即在债务人到期不偿还债务时，债权人有权留置，留置后对于债务的偿还，有约定按约定，没有约定或约定不明确的，债权人可给予债务人六十日以上履行期限，债务人逾期仍未履行的，债权人可处置留置财产，并对所得价款享有优先受偿权。据此，B公司留置该

张嘉嘉律师简介



京都律师事务所合伙人，2015年执业以来，擅长政府法律服务、破产重整、争议纠纷解决，先后为多家政府部门、国有企业、事业单位、房地产开发企业、建筑工程企业提供法律服务，参与政府监管规范性文件制定、公司合规管理与风险处置、建筑项目规划、不良资产处置、破产重整等法律服务，有丰富的诉讼与非诉经验。

批货物后要及时书面通知债务人清欠货款，《民法典》规定留置权人可以处分留置物，但应当给予债务人充分合理的履行期间，只有债务人在合理的履行期间不履行的，留置权人才能处分留置物。

四、B公司的留置权如何实现

根据《民法典》第四百五十三条规定，债权人通知后，当债务人逾期未履行的，留置权人可以就拍卖、变卖留置财产所得的价款优先受偿。留置财产折价或者变卖的，应当参照市场价格，即债权人以折价方式处置留置财产应与债务人协商一致，且应符合市场价值，不得自行低价变卖。若协商不成，则应根据《民法典》第四百五十四条“债务人可以请求留置权人在债务履行期限届满后行使留置权；留置权人不行使的，债务人可以

请求人民法院拍卖、变卖留置财产”及本法第四百五十五条“留置财产折价或者拍卖、变卖后，其价款超过债权数额的部分归债务人所有，不足部分由债务人清偿”之规定，债权人对于拍卖、变卖留置财产所得价款享有优先受偿权，处置留置财产应当依法、公开、透明，不得低价处分资产，造成债务人利益受到损失，处置后金额多于债权数额的应返还债务人，不足部分由债务人补足。

五、留置权的优先效力及权利消灭

在留置财产上若同时设立多种担保物权，则留置权除价款优先权以外，优先于已经设立的抵押权及质权。留置权因债权人对留置财产丧失占有而消灭，包括同意债务人以他种方式提供担保。



六、留置期间留置财产损毁、灭失的风险责任承担

根据《民法典》第四百五十一条“留置权人负有妥善保管留置财产的义务；因保管不善致使留置财产毁损、灭失的，应当承担赔偿责任”之规定，留置权人有善良管理人的注意义务，应妥善保管留置物。留置权人因保管不善，造成留置财产毁损、灭失的，应当承担民事责任，留置权人对于已尽合理注意义务负有举证责任。当留置权所担保的债权消灭或者债务人另外提供了担保时，留置权人有义务将留置物返还于债务人，否则构成非法占有，应向债务人或所有人承担民事责任。

七、进入破产程序后留置权如何实现

本案中，债权人B公司债权性质的认定应区分破产案件受理后与破产案件受理裁定之日前两个阶段，破产前的债权和破产后的债权性质认定不同。因破产案件受理裁定之日前的债权属于破产债权，该裁定之日后形成的债权属于共益费用；对于该裁定之日前的普通债权应通过破产清算的债权申报程序并由管理人审查确认后与所有普通债权人的债权一同纳入破产财产分配清偿处理。依据《破产法》第一百零七条“人民法院依照本法规定宣告债务人破

产的，应当自裁定作出之日起五日内送达债务人和管理人，自裁定作出之日起十日内通知已知债权人，并予以公告。在破产申请裁定受理后，对破产债权的清偿应为管理人实施，留置财产在破产申请受理前即为债权人合法占有，只是其主张是在破产申请受理后，即债权人的留置权成立于破产申请受理前，该债权属于有担保的破产债权，债权人有权就留置物优先受偿”。根据《破产法》第一百零九条“对破产人的特定财产享有担保物权的权利人，对该特定财产享有优先受偿的权利”之规定，债务人进入破产程序并不必然影响债权人担保物权的实现。

八、超标的留置财产应当如何处理

依据《民法典》第四百五十条“留置财产为可分物的，留置财产的价值应当相当于债务的金额”之规定，留置财产应当与其债权价值相对应，超过债权金额留置，管理人有权拒绝支付超出部分产生的租金。超标的留置妨害管理人履行破产程序，会导致留置货物的贬损，债权人应当承担留置标的贬损价值。管理人应根据《破产法》第三十七条，通过清偿债务或者提供为债权人接受的担保，取回留置物，如果留置的价值高于债务损害了其他债权人的合法利益，应当及时解除相关保全措施，否则所产生的损失应当依法赔偿。

在破产申请裁定受理后，对破产债权的清偿应为管理人实施，留置财产在破产申请受理前即为债权人合法占有，只是其主张是在破产申请受理后，即债权人的留置权成立于破产申请受理前，该债权属于有担保的破产债权，债权人有权就留置物优先受偿”。

处置破产企业对外投资的实务困境

■ 邢盼 / 文

破产清算程序作为债权人获得公平清偿，债务人合法退出市场，维护市场秩序的重要程序，其资产的调查和处置工作是程序中极为重要的一个环节。债务人对外投资的股权作为其资产的组成部分，也需要纳入资产处置的范围。然而，其处置工作却一直是管理人在履行职务过程中面临的重大难题之一。

一、处置债务人对外投资的难点

在破产程序中，管理人通常采用的处置债务人对外投资的方式包括拍卖，协议转让，自行清算，申请强制清算，财务核销等方式。对于债务人尚有价值的对外投资公司，管理人一般通过评估、审计等方式确定其价值，通过公开拍卖，或经债权人会议审议通过后以协议转让方式转让给对外投资公司的其他股东、特定第三人的方式进行处置。对于财务情况清晰的全资子公司视情况也可采用自行清算的方式达到处置目的。然而，在实务过程中，在大多数债务人的对外投资均难以通过转让或清算的方式处置，管理人主要面临以下问题：

第一，部分债务人的对外投资处于失联状况。进入破产程序之后，管理人通过工商信息查明债务人持有对外投资股权，但是该对外投资子公司无法通过工商注册地址或

邢盼律师简介



京都律师事务所律师。2012年毕业于泰国蓝康恒大学国际部国际贸易专业，2018年获得对外经济贸易大学法学硕士学位。主要法律服务领域为破产清算事务、政府法律服务、互联网金融法律服务、民商事纠纷解决。

公开信息取得联系。甚至有部分债务人本身也处于失联状况，管理人在接管债务人时无法获得长投公司经营者或其他持股股东的联系方式，对于其经营状况、财务情况更是一无所知，无法进行处置。

第二，债务人对外投资公司往往没有正向资产，并可能存在大量债务。管理人在实务中遇到的长投公司，多为空壳公司，无有价值资产，无财务资料，存在不明债务的风险较高，导致无论通过拍卖还是通过协议均无受让主体，难以处置。

第三，债务人长投公司的其他清算义务人不配合清算工作。如果长投公司并不是债务人的全资子公司，管理人要处置债务人持有的股权，则须得到该子公司的其他清算义务人的配合。实务中，经常存在其他义务人不配合清算工

作，致使管理人无法推进评估工作，不能确定股权价值，或是转让后无法成功交割，事实上阻碍清算进程。

第四，破产费用不足以支付处置长投公司的成本。管理人履职大多数情况下都处于入不敷出的状态，不论是聘请评估审计机构确定长投价值或是申请强制清算长投公司都需要管理人支出大额破产费用。使得管理人在客观上难以覆盖履职成本，无法推进处置程序。尽管各地已经设立了援助基金，但获批金额较小且申请过程缓慢也难以支持



处置工作。

二、现行法律关于债务人对外投资资产处置的相关规定

依据《企业破产法》第三十条的规定“破产申请受理时属于债务人的全部财产，以及破产申请受理后至破产程序终结前债务人取得的财产，为债务人财产”。而最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定（二）》又进一步明确“除债务人所有的货币、实物外，债务人依法享有的可以用货币估价并可以依法转让的债权、股权、知识产权、用益物权等财产和财产权益，人民法院均应认定为债务人财产”。同时，《北京破产法庭破产案件管理人工作指引（试行）》第五十七条要求，管理人在清理债务人对外股权投资时，不得自行以该投资价值为负或者为零而决定不予清理。由此可见，从《企业破产法》及相关司法解释的角度出发，公司的对外投资股权属于破产清算的资产范围内，应该作为债务人财产进行处置，并且管理人不得以对外投资无价值为由停止处置工作。

而在与市场监管相关的债务人注销层面上，各地市场监督管理局普遍也要求管理人处置债务人对外投资。例如，上海市2019年6月14日实施的《上海市高级人民法院、上海市市场监督管理局关于企业注销若干问题的会商纪要》规定“三、关于企业的分支机构、对外投资的处理。企业设有分支机构和对外投资设立子公司的，一般应当在自行清算、强制清算、破产清算程序中对其分支机构、对外投资作出相应处理后，方可终结清算程序”；重庆市2019年12月31日实施的《关于企业注销有关问题的会商纪要》规定“四、关于企业的分支机构、对外投资的处理。企业设有分支机构、对外投资设立子企业的，应由管理人或清算组在破产清算、强制清算程序中将其处理完毕，再向企业登记机关申请办理企业注销登记。”。

值得注意的是，北京市市场监管局和深圳市市场监管局在2020年实施的新规中，对债务人注销的程序作出了一定程度上的简化。北京市市场监管局2020年4月24日发

布的《关于进一步推进市场主体登记便利化优化营商环境的实施办法》规定“对于人民法院裁定强制清算或裁定宣告破产的，有关企业清算组、破产管理人可持人民法院终结强制清算程序的裁定或终结破产程序的裁定、注销登记申请书、营业执照正副本直接向登记机关申请办理简易注销登记，无需经过简易注销公告程序。对企业是否存在未清缴税款、分支机构是否注销等不适用简易注销的情形，登记机关不进行审查。营业执照无法全部缴回的，可由申请注销的企业清算组、破产管理人出具相关说明，无需另行登报或公示”。深圳市2020年9月25日实施的《深圳市中级人民法院、深圳市市场监督管理局关于企业注销有关问题的会商纪要》中规定“经人民法院裁定宣告破产企业的债权人或者强制清算企业的债权人或者股东（出资人）表决，不再对分支机构或者对外投资设立子企业进行处置的，企业登记机关应根据管理人申请，以及人民法院出具的协助注销企业登记通知书办理企业和其分支机构注销登记。企业注销登记后，子企业向人民法院申请强制清算，人民法院不得以该子企业可自行清算为由不予受理”。据此，在办理债务人注册地在北京和深圳的案件，管理人在面临处置对外投资股权难题时有了更为灵活的处置空间。然而，全国大多数地区在面对处置破产企业对外投资的问题上依然持保守态度，而破产企业的对外投资可能遍布于全国各省市，如果管理人依据北京、深圳的新规注销债务人，其位于其他地区的对外投资公司将来可能面临无法清算，无法形成股东会决议等情况，造成扰乱市场秩序的结果。

综上，管理人在履行处置对外投资股权资产的过程中，长期面临处置价值极低，难度高，耗时长，成本大的问题，已经成为阻碍整个破产程序快速终结的重要原因之一。虽然深圳市出台的新规给管理人提供了新的解决思路，但就目前的实践环境，通过债权人会议决定不再处置对外投资而快速结案的方式，因在债务人注销环节将面临违反各地行政法规而存在难以实际执行的情况。希望未来的立法修订能给债务人对外投资的处置提供更多的实施空间，以便管理人可以更为高效的履职，降低破产程序时间和成本，推动破产程序顺利进行。

简议破产财产网络拍卖

■ 王安达 / 文

近年来，我国各级法院在司法实践中探索以网络拍卖的形式对需要变价的财物进行处置的执行措施，即“网络司法拍卖”，2017年，最高院在出台了相关司法解释进一步确立“网络司法拍卖”这一措施，目前网络司法拍卖的相关模式、制度都已经取得了初步的成效。

此外，为贯彻落实国家发改委、最高人民法院等13部门联合发布的《加快完善市场主体退出制度改革方案》，部分地方法院采取一系列措施推动、优化破产案件有关工作，提高办案效率，降低办案成本，创造性地将破产案件中需要变现的破产财产也并入了网络拍卖这一“快速通道”中。

笔者在近几年办理的多起破产案件中，基本上都采取了网络拍卖的形式对债务人的资产进行了处置。在经历这些案件的财产处置过程中，笔者感受到：以网络拍卖的形式处置破产财产确实有利于提高处置效率，降低成本，尤其对于部分“无产可破案件”意义重大，但在实践中由于网络拍卖的模式出现时间比较短，交易模式上对比传统拍卖仍然不够成熟，存在许多实践上的难点需要解决。

因此，笔者将在本文中结合破产管理人工作中相关经历，粗浅地讨论以下

王安达律师简介



2013年参加工作，2017年加入北京市京都律师事务所，主要从事与企业破产及清算、土地房产、建设工程、公司股权、相关的法律服务工作。现为本所破产清算项目组律师，主要负责本所担任管理人的破产案件中资产处置及其他管理人日常事务。曾参加过多个大型尽职调查项目、担任多家企业破产管理人或清算组、有过处理过民间借贷纠纷、劳动争议、铁路货物运输纠纷等民商事诉讼案件经验。协助完成多家公司和机构的法律顾问工作，如国寿地产公司、国电联合动力公司、国环清华建筑设计院等，并协助这些企业完成诸如常规业务审核等法律问题的处理。

关于破产财产网络拍卖的问题。

一、破产财产网络拍卖相关简介

（一）破产财产的拍卖处置

《中华人民共和国企业破产法》第一百一十二条规定，“变价出售破产财产应当通过拍卖进行。但是，债权人会议另有决议的除外。”这一规定要求管理人在处理变价财产，制作变价方案时，应当优先通过拍卖的形式对财产进行变价。

为此，管理人应当委托专业的评估、拍卖机构来实施这一工作。但具体到实践中时，许多财产并不具有相当的价值，进而导致拍卖所得资金无法支付评估、拍卖费用，这正是传统拍卖形式在破产程序的主要弊端之一——即通常只能应用于大批量、整体的财产处置活动。

（二）网络拍卖

而破产程序中使用“网络拍卖”工具，可以免除此类评估、拍卖费用的支出，节省拍卖的成本，进而使破产企业原本不具备拍卖价值的部分资产，例如中小企业的商标、软著、股权、车辆甚至办公用品、家具等具备变现条件，有



效补充破产费用的支出。

但是，在使用“网络拍卖”过程中，管理人应当注意到以下两个问题：

1. “网络拍卖”并非传统拍卖

网络拍卖不同于传统拍卖，网络没有拍卖机构（注册资本、行政许可的责任主体）、没有专业人士（拍卖师）的介入。因此，管理人在制作变价方案时，应当注意向债权人会议说明网络拍卖的形式，并且通过债权人会议决议。如在程序上未取得债权人会议决议，则可能涉嫌违反《破产法》第一百一十二条规定，导致后续管理人履职上存在瑕疵。尽管诸如《北京市高级人民法院关于破产程序中财产网络拍卖的实施办法（试行）》等区域性司法解释授予了网络拍卖的优先性，但此类区域性司法解释具有临时性、效力低等特点，管理人仍然需要注意履职过程中的谨慎性和合法性。

2. “破产拍卖”并非“司法拍卖”

另外值得注意的是，尽管同为“网络拍卖”，网络破产拍卖和网络司法拍卖也是不同的两种变价形式。后者是根据《最高人民法院关于人民法院网络司法拍卖若干问题的规定》（法释[2016]18号）是人民法院依法通过互联网拍卖平台，以网络电子竞价方式公开处置财产的行为，是执行程序中的变价方式。而前者是管理人作为处置单位，通过互联网拍卖平台以网络电子竞价方式公开处置财产的行为，是破产程序中的变价方式。之所以要区分两种变价方式，主要是在执行程序中，被拍卖标的物属于被强制执行财产，是司法权运行的体现；而在破产程序中，破产财产变价这一决定的权力来自于债权人会议，并非来自国家机关，也就是说破产拍卖并没有突破民事法律关系范畴。而这种区别表现在实践中，则体现为：司法拍卖由于具有强制执行力，在转移标的物所有权这一环节上出现的大多数问题都可以通过法院文书和司法工作人员现场办案解决；而破产拍卖不具有司法执行的强制力，因此在所有权转移环节上，往往会遭遇登记机关的种种限制等困难。为此，管理人应当注意在拍卖前，调查清楚后续所有权转移环节的工作，并且确保所有权能够顺利转移。

（三）破产网络拍卖几种实践形式

由于破产程序也属于法律程序的一种，受人民法院监督，目前向破产管理人提供“网络拍卖”服务的平台，也都

是网络司法拍卖的平台服务提供商。其中以淘宝网和北京产权交易所两个平台最具有代表性：

1. 以管理人为导向——“淘宝网·司法拍卖”

淘宝网的模式是常规模式，以管理人为处置单位，在平台上设立账户。就好像管理人在平台上开了自己的“网店”，如需处置任何类型的物品，只要把公告、拍卖须知以及标的物调查清单等文件、数据一上传就可以在平台上看到拍卖的信息。平台根据拍卖成交价按比例向买受人（而非管理人）收取信息服务费，从而使管理人在处置资产时不必有过多顾虑。

此种模式的优势在于管理人可以自由处分破产财产，且平台服务商通常会提供高效的后台支援（例如问题解决、信息提供等）。但缺点在于往往缺乏成熟的交易模式，在实践中，管理人通常通过拍卖公告将责任嫁给买受人。即后续拍卖标的物所有权转移环节上，往往需要由买受人自行完成，如果买受人未能了解标的物的所有权如何转移或标的物的一些权利瑕疵（管理为没有能力披露的），则可能承担不利后果。

2. 以拍卖标的物为导向——“北交所·京牌小客车拍卖”

北京产权交易所的京牌小客车拍卖，原本是北京市高级人民法院集中组织辖区内所有人民法院对被执行人车辆进行拍卖处置的司法拍卖工作。2019年北京市一中院成立破产法庭后，将破产企业需要处置的车辆加入了这个项目的处置范围中。因此，可以参加此项目的破产拍卖车辆就同时具备了前文中提到“司法拍卖”的便利（因为京牌小客车本身是司法拍卖项目）。无论车辆是否有权利瑕疵，只要满足此项目的要求，买受人就可以拿到法院出具的过户文件，同时法院还会统一将过户文件发给车辆管理所（否则单凭买受人携带文件手续无法办理过户）用于办理过户。

此种模式的优点正弥补了上文模式中的缺点，拥有足够成熟且可行的交易模式，买受人不必担心车辆到手后需要支付额外的、不确定的费用，不必担心有无法交易过户的风险。但非常遗憾的是，此种模式暂时无法推广适用至其他类型破产财产。值得一提的是，此种模式体现了一种司法拍卖与破产拍卖融合的倾向，如果这种倾向能够被后续通过规范性法律文件确定下来，将更加有利于管理人资产处置工作的开展。但此种较为成熟的交易模式需要通过积累、摸索更多的经验，在短期内也许无法推广适用。

3. 以拍卖形式为导向——“直播拍卖”

2021年2月，在北京市第一中级人民法院破产法庭的指导下，笔者所在团队探索了直播方式处置破产财产的网络拍卖活动。本次拍卖的标的物是某意大利奢侈品牌的服装饰品。两场拍卖活动下来，共计成交拍品76件，成交率100%。本次拍卖曾经在一定范围内引起过许多人的关注。彼时，直播拍卖在北京破产拍卖尚属少数，通过该次直播拍卖的经验，我们发现直播拍卖具有受关注度高、竞价激励（溢价率高）、成交率高等特点。但此种拍卖模式也存在局限，其一，直播拍卖不能在最高院指定的司法拍卖网络服务商平台上发布相关信息，公告的受众范围受到限制；其二，直播拍卖的效率相对直播带货较为低下，直播拍卖时，主播每次只能出售一件货物，相对而言，如果拍卖货物价值不高，那么整场拍卖下来，收入将非常有限，甚至无法覆盖直播成本；其三，直播依托的是淘宝网电商平台，存在系统售后渠道，结合《电子商务法》等相关法律、司法解释，无法像网络拍卖模式完全做到“不退不换”。总体而言，直播拍卖的模式更适合单个标的物价值较高的场合（如汽车、房产等）。

二、破产财产网络拍卖的几点建议

作为一种新兴的财产变价方式，网络拍卖仍然存在交易模式上不成熟、形式多样不统一、相关人员尤其是行政机关不理解程序不配合办理手续等特点。尽管如此，网络拍卖对我国破产制度仍然具有重大的意义。笔者认为，为了让网络拍卖这一措施更好的适应破产财产处置工作，仍然有以下工作需要各界精诚合作、相互配合，最终摸索出一条既高效，又能保证买受人公平的网络拍卖模式。

（一）管理人应当充分熟悉交易流程

管理人在企业破产工作中，有大量的工作需要完成，而破产财产处置只是管理人工作中的一个部分。这就要求管理人在有限的时间内，能够尽快处理完破产财产从拍卖到所有权转移全部的程序。

目前，管理人在处置破产财产时，通行的做法是把拍卖成交后绝大部分工作都转嫁给买受人，包括但不限于资产的过户、接收以及或有债务的处理等。但在实践中，经常会遇到不谨慎的买受人，在竞拍标的物前没有充分阅读拍卖公告，而在成交后，因为标的物种种瑕疵而欲悔拍。这就给

管理人工作造成很大的压力和麻烦。因此，管理人在发拍标的物前，尤其对需要过户的不动产、股权、知识产权的过户流程具有一定的了解，制定好过户策略，防止买受人拒绝接收标的物导致破产程序被拖延。必要时，管理人可以通过法定程序，聘用拍卖辅助机构。目前网络拍卖的辅助机构，通常仅向成交后的买受人收取服务费，这也减轻了管理人繁重的工作量。

（二）电商平台优化处置流程、区分破产拍卖与司法拍卖

本人所接触过的淘宝网、京东网电商平台，均对破产拍卖给予了大量的支持。派遣专门的工作人员对接管理人，为管理人提供服务，解答问题。但是电商平台需要根据破产拍卖的特点，进一步优化破产拍卖的操作流程与页面。比如，破产拍卖不属于司法拍卖，电商平台应当注意不要误导竞买人认为司法拍卖与破产拍卖没有区别。事实上，两者具有根本性的区别，如果买受人将破产拍卖行为认定为司法拍卖，那么，他对破产拍卖的处置人（即管理人）一定会提出更高的要求，甚至可能是管理人无法实现的要求（例如，出具法院协助执行文书等）

（三）司法机构需要探究更多种资产处置方式

北京破产法庭以及各级人民法院均给与网络破产拍卖以非常高的便利与支持。在前文中，笔者已经做出推测，未来人民法院作为破产拍卖的监督机构，将会进一步倾向于将破产拍卖融入司法拍卖程序中，赋予破产拍卖更多的便利。同时，人民法院也曾探寻过多种资产处置的方式，其主要目的就是为降低处置成本，提高处置效率。相信未来，人民法院还会继续探究更多新的资产处置方式。

（四）立法机关应当出台规范性法律文件巩固网络拍卖的立法成果

目前，网络拍卖的主要法律依据仍然以司法解释为主。司法解释具有临时性，其效力也比较低。因此，立法机关应当尽快出台规范性法律文件以填补此处空白。网络拍卖无论对司法拍卖还是破产拍卖都具有着重要的意义，而破产法即是一部实体法，也是一部程序法，如果能将网络拍卖这一实践成果完善到法律条文中，必将有利于破产法体系的完善。



强制清算案件中国有企业资产 处置问题的探讨

■ 杜雅琪 / 文

近年来，越来越多的国有企业进入强制清算程序之中，较之于非国有企业的资产交易，目前我国各类法律、行政法规、部门规章、产权交易规则对于国有企业的规定种类繁多，且与国有企业相关的讨论与争议始终存在且部分尚无定论，其中以国有资产交易尤为突出，强制清算案件中，相较于非国有企业的资产处置的一般性问题，清算组开展国有资产的处置工作时，不仅面临一般性问题，还有国有资产所特有的特殊性问题。笔者将基于在北京市的办案经验，从国有企业的识别、国有企业资产交易的分类、强制清算程序中国有资产处置的要点分析、强制清算程序中国有资产处置的难点分析四个方面初步探讨强制清算程序中应关注的国有资产的要点问题以及应对之策。

一、国有企业的识别

关于国有企业的称谓繁多，例如“国有企业”“国家出资企业”“国有控股企业”“国有独资公司”等，而关于国有企业的定义也规定在不同的法律、行政法规之中，现行法律法规尚未就对国有企业的定义予以统一，目前关于国有企业的定义的规定主要有以下法律法规，具体为：

杜雅琪律师简介



北京市京都律师事务所房地产与基础设施建设部合伙人律师。2014年开始从事法律工作，2016年加入京都律师事务所。杜雅琪律师已为多家公司和机构提供法律服务，熟悉公司各项商务合同谈判、股权转让、资产并购、争议解决等法律问题，多次参与公司破产重整、股权收购、不良资产处置、法律风险防控、知识产权保护等专项法律服务工作，并代理多起民商事纠纷案件。

（一）《中华人民共和国企业国有资产法》（2009年5月1日生效，以下简称《企业国有资产法》）

《企业国有资产法》中首次出现“国家出资企业”的表述，即该法第五条规定“本法所称国家出资企业，是指国有独资企业、国有独资公司，以及国有资本控股公司、国有资本参股公司”。

而，结合该法其他条款的规定，“国家出资企业”范围应仅指国务院和地方人民政府代表国家对国家出资企业履行出资人职责，并享有出资人权益，包括资产收益、参与重大决策和选择管理者等出资人权利。换言之，“国家出资企业”范围仅限于被国家直接出资的一级公司，而对于“国家出资企业”再行对外投资的二级或其他各级子企业则不属于“国家出资企业”。

（二）《企业国有资产交易监督管理办法》（2016年6月24日生效，以下简称32号令）

32号令进一步明确了国有企业的认

定标准，即32号令第四条所规定的三类企业：

1、国有独资、全资企业：即“政府部门、机构、事业单位出资设立的国有独资企业（公司），以及上述单位、

企业直接或间接合计持股为100%的国有全资企业”；

2、国有控股企业：“控股”又进一步分为两种类型，一是国有独资企业或国有全资企业单独或共同出资，合计拥有产（股）权比例超过50%，并且其中之一为最大股东的企业；二是国有独资企业、国有全资企业或本条第一类国有控股企业持有股权比例超过50%的各级子企业；

3、国有实际控制企业：即“政府部门、机构、事业单位、单一国有及国有控股企业直接或间接持股比例未超过50%，但为第一大股东，并且通过股东协议、公司章程、董事会决议或者其他协议安排能够对其实际支配的企业”，出资设立的国有独资企业（公司），以及上述单位、企业直接或间接合计持股为100%的国有全资企业”。

而，对于“实际控制权”应如何理解，根据2021年11月8日国务院国有资产监督管理委员会（以下简称国资委）的官方解答，如国有股东对其所投资的企业，可依法、依章或依约行使股东权利，发表股东意见，且国有股东的意见能够得到有效贯彻，则为具有“实际控制权”。

（三）《国有企业境外投资财务管理办法》（2017年8月1日生效，以下简称24号文）

24号文第二条规定“本办法所称国有企业，是指国务院和地方人民政府分别代表国家履行出资人职责的国有独资企业、国有独资公司以及国有资本控股公司，包括中央和地方国有资产监督管理机构和其他部门所监管的企业本级及其逐级投资形成的企业。国有企业合营的企业以及国有资本参股公司可以参照执行本办法”。

根据上述规定，国有企业的外延仅包括独资企业、公司或控股公司，不包括合营企业与参股公司。

（四）《上市公司国有股权监督管理办法》（2018年7月1日生效，以下简称36号令）

36号令第三条规定，“国有股东是指符合以下情形之一的企业和单位，其证券账户标注“SS”：

（一）政府部门、机构、事业单位、境内国有独资或全资企业；

（二）第一款中所述单位或企业独家持股比例超过50%，或合计持股比例超过50%，且其中之一为第一大股东的境内企业；

（三）第二款中所述企业直接或间接持股的各级境内独资或全资企业”。

本文中，笔者所讨论的国有企业主要指32号令所规定的国有企业，即国有独资企业（公司），单独或合计持股比例超过50%而不足100%的国有控股公司、以及国有股东享有实际控制权的企业。

二、国有企业资产交易的分类

根据32号令，国有企业资产交易行为分为三类，具体为：

1、国有企业产权转让：32号令第三条第（一）款规定“履行出资人职责的机构、国有及国有控股企业、国有实际控制企业转让其对企业各种形式出资所形成权益的行为”，例如有限责任公司股权、股份有限公司股份、合伙企业财产份额等；

2、国有企业增资：32号令第三条第（二）款规定“国有及国有控股企业、国有实际控制企业增加资本的行为（以下称企业增资），政府以增加资本金方式对国家出资企业的投入除外”；

3、国有企业资产转让：32号令第三条第（三）规定“国有及国有控股企业、国有实际控制企业的重大资产转让行为”，该条所称资产包括物权（不动产、动产）、债权、知识产权等资产。

根据上述分类可知，国有企业产权转让与国有企业增资的两种交易的标的实质都是产权，仅国有企业资产转让的交易标的为资产。但强制清算程序中，清算组对于国有资产的处置基本上为产权转让或资产转让，极个别案例涉及国有企业出资，因此本文所探讨的国有资产的处置主要为产权转让与资产转让两种交易模式。

三、强制清算程序中国有资产处置的要点分析

根据现行有效的法律法规，国有企业不论是转让产权或转让资产，完整交易流程原则上可分为三个阶段，第一准备阶段，需要完成内部决策、审批备案等工作；第二进场交易阶段，包括信息披露、竞价、签约等工作；第三资



产交割阶段，包括交付、变更登记、出具交易凭证等工作。强制清算程序中，清算组应注意两个要点：

（一）国有资产应进场交易

首先，国有资产交易以进场公开交易为原则，非公开协议方式为例外。《企业国有产权转让管理暂行办法》（即3号令）首次明确提出“进场交易”，而后《企业国有资产法》以法律的形式确定“进场交易”这一原则，即除根据国家规定可以直接协议转让的以外，国有资产转让应当在依法设立的产权交易场所公开进行。

对于例外的非公开协议方式，32号令从监督管理权限的归属以及非公开审批事项范围两方面划分，将非公开交易又进一步分为两个层面：

1、国有资产监督管理机构负责国家出资企业的国有资产交易的监督管理，此时国资委所审批的非公开交易分为三类：国家出资企业的主业涉及国家安全、国民经济命脉的重要行业和关键领域的重组整合，或国有资本布局结构调整所涉及的特定企业的相关增资行为，又或是国家出资企业因特殊战略需求或利益共同体需求所引发的投资方的增资行为。

2、国家出资企业对其各级子企业的国有资产交易的监督管理，并定期向同级国有资产监督管理机构报告本企业的国有资产交易情况。此情况下，国家出资企业所审批的非公开交易包括国家出资企业对其他子企业的相关增资行为、国家出资企业及其各级子企业之间因重组所发生的产权转让、企业债权转为股权等事项。

其次，对于未进场交易而签订的交易合同效力问题。《民法典》第一百五十三条第一款规定“违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效。但是，该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外”，该条两处“强制性规定”并未明确其适用条件与范围，实践中对于强制性规定的识别仍然具有争议。又，《全国法院民商事审判工作会议纪要》（即《九民纪要》）第三十条规定明确提出认定合同效力时，应对区分识别管理性强制性规定与效力性强制性规定，并提出应慎重判断强制性规定的性质，针对效力性强制性规定的识别，应重点考量强制性规定所保护的法益类型、违法行为的法律后果以及交易安全保护等多方面因素。

具体到国有资产交易实践中，强制性规定的识别仍然具有争议，从而未进场交易所导致的合同效力问题自然也尚无定论。但值得注意的是，实践中，如未进场交易可能会因无法办理变更登记手续而最终导致交易无法继续进行，例如北京市国资委、财政局《关于加强企业国有产权转让监督管理工作的通知》（京国资发〔2006〕3号）明确规定，“本市企业国有产权转让必须在北京产权交易所有限公司进行”“凡未经北交所所出具产权交易凭证的国有产权交易，各有关部门不予办理变更登记手续”。

（二）国有资产应依法评估

首先，国有资产应当依法进行评估为原则，评估豁免为例外。根据《最高人民法院关于人民法院确定财产处置参考价若干问题的规定》第二条之规定，以及《北京高院关于破产程序中财产网络拍卖的实施办法（修订）》第十一条、第三十四条之规定，清算组可根据处置参考价确认起拍价，参考价通过定向询价、网络询价、委托评估、估价等四个方式确定参考价，其中对于委托评估则明确为“法律、行政法规规定必须评估的，应该委托评估机构进行评估”。

具体到国有资产处置，根据《企业国有资产法》《国有资产评估管理办法》《企业国有资产监督管理暂行条例》等法律法规均明确要求需依法委托评估机构进行评估，例如《企业国有资产法》通过专门章节（第四节第四十七条至第五十条）的方式对应当进行资产评估的情形、评估机构的选定以及评估机构的履职要求等作出明确规定。

但是，有原则就有例外，对于委托评估的例外情况，32号令明确两类情况，分别为32号令第三十二条所规定的两类国有企业的非公开协议的产权转让、32号令第三十八条规定的国有企业增资扩股的，均可根据评估报告或最近一期审计报告的相关内容确定转让价格、企业资本及股权比例。因非公开协议转让与企业增值扩股非本文探讨主题，前述例外的具体情形则不再赘述。

其次，对于未依法评估而签订的交易合同的效力问题。如前所述，合同效力的判定，关键在于对所涉强制性规定的性质识别。目前司法实践中较多案例中将对国有资产依法评估的强制性规定识别为管理性强制性规定，例如

(2013)民申字第2119号案件中,最高人民法院(以下简称最高院)认为对于国有资产评估的强制性规定的效力识别,从法律条文的文义和立法宗旨两方面来看,都应认为此类强制性规定是管理性的,而非效力性的。该案中最高院认为:对国有资产组织评估是资产占有单位的义务而非资产受让人的义务,未依法评估的后果与责任应由资产占有单位承担。再,强制性规定并未明确未经评估的资产不得签订交易合同,更未明确否定未经评估所签订交易合同的效力。又,依法评估的规定的目的是为防止恶意低价转让国有资产,以保护国有资产。但是未经评估转让资产并不必然导致国家利益或社会公共利益受损,即未经评估的交易价格也并非一定为贱卖。如一味以未经评估认定合同无效,反而危及交易安全和交易秩序。

但是,值得注意的是,对于未经评估低价转让国有资产的,造成国有资产的重大流失的,交易行为可能因构成恶意串通,损害国家利益而被认定无效,此在(2013)民申字第2119号案件、(2021)最高法民申3849号案件中均作出相关认定。

因此,清算组作为国有资产的处置单位时,除特殊情况外,不论是根据《北京市高级人民法院关于破产程序中财产网络拍卖的实施办法(修订)》的规定,还是现行与国有资产交易有关的法律法规的明确要求,国有资产的处置均应遵循进场交易、依法评估的原则。

四、强制清算程序中中国有资产处置的难点分析

(一) 涉及国有资本的合伙企业是否属于32号令的适用范围

随着经济形式的多样化,国有资产的形式亦呈现多样化,近年来国有企业作为有限合伙人(LP)或持股普通合伙人(GP)发起或参与设立有限合伙制基金亦是常见。虽然32号令第4条表述采用了“企业”,但没有明确该企业是否包括合伙企业,因此国有企业享有出资份额的合伙企业是否受32号令的约束也引发了广泛的争议。而,国务院国有资产监督管理委员会(以下简称国资委)对此争议的观点或态度是:

2018年5月16日发布的《上市公司国有股权监督管理办

法》(即36号令)第七十八条规定“国有出资的有限合伙企业不作国有股东认定,其所持上市公司股份的监督管理另行规定”。

2018年12月19日,国资委官方网站中首次公开答复32号令第4条是对“公司制企业中的国有及国有控股、国有实际控制等情形进行分类,合伙企业中合伙人的权益和义务应以合伙协议中的约定为依据”。

2019年5月27日,国资委官方网站中再次公开答复32号令适用范围是依据公司法而设立的公司制企业。国有企业转让有限合伙企业份额的监督管理另行规定。

(二) 强制清算程序中涉及国有资本的合伙企业的处置路径思考

针对涉及国有资本的有限合伙企业,清算组处置此类资产时,应以《中华人民共和国合伙企业法》(以下简称《合伙企业法》)为本源,通过退伙(包括对内或对外转让份额)、组织自行清算、或申请司法强制清算三大方式实现处置资产的目的,个案中的处置方式还需结合被清算企业的具体情况予以确定。本段中笔者仅对申请司法清算进行简要探讨。

首先,对合伙企业申请司法清算有明确的法律依据,即《合伙企业法》第八十五条规定,合伙企业的解散事由包括:“1、合伙期限届满,合伙人决定不再经营;2、合伙协议约定的解散事由出现;……;6、依法被吊销营业执照、责令关闭或者被撤销;7、法律、行政法规规定的其他原因”,以及第八十六条第三款规定“自合伙企业解散事由出现之日起十五日内未确定清算人的,合伙人或者其他利害关系人可以申请人民法院指定清算人”。此即从法律规定层面,合伙企业具有法定解散事由,但未依法确定清算人组织清算的,则可向人民法院提请司法清算。

其次,向人民法院申请司法清算的适格主体。根据《合伙企业法》第八十六条第三款规定适格的申请主体包括合伙人与利害关系人。对于第八十六条规定的两类申请主体,笔者认为,一方面,就合伙人而言,除合伙人身份存在争议的情况外,依法登记的普通合伙人与有限合伙人均有权申请;另一方面,关于利害关系人,根据《关于审理公司强制清算案件工作座谈会纪要》第7条规定“公司债权人或者股东向人民法院申请强制清算应当提交清算申请



书。申请书应当载明申请人、被申请人的基本情况和申请的事实和理由”，又参考《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（二）》第七条第二款规定，“债权人申请人民法院指定清算组进行清算的，人民法院应予以受理”，第八十六条规定所称利害关系人主要是指对合伙企业享有到期债权的债权人。

由此可知，针对国家出资企业及其拥有控制权的各级子企业应对有限合伙企业出资所形成的权益的资产处置问题，法律层面尚无明确规定，国资委的公开答复虽不具有法律效力，但具有较强的针对性。清算组处置此类资产时不仅根据32号令等规定予以执行，还应基于《合伙企业法》规定与合伙协议的具体约定确定处置方案。如若通过

对合伙企业申请司法清算的方式实现资产处置的目的，则还需就合伙企业是否具有法定的解散事由进行充分举证。

综合以上简要分析，笔者认为强制清算程序中对涉及国有资产的资产处置，清算组拟定处置方案时均会遵守《中华人民共和国公司法》及相关司法解释的规定，并且会参考各地高级人民法院发布的相关文件，例如《北京市高级人民法院关于破产程序中财产网络拍卖的实施办法（修订）》。但是，值得注意的是，清算组还需根据国资委等有关主管部门发布的与国有资产相关的规范性文件，并基于案件中中国有资产的类型、出资人性质、控制权等具体情况综合拟定处置方案。



中韩个人信息保护法比较（下）

■ 金燕 崔慧莲 / 文

7. 跨境提供个人信息规则

区分	中国	韩国
条件	<p>①关键信息基础设施运营者[1]和处理个人信息达到国家网信部门规定数量的个人信息处理者应通过国家网信部门组织的安全评估;</p> <p>②按照国家网信部门的规定经专业机构进行个人信息保护认证;</p> <p>③按照国家网信部门制定的标准合同与境外接收方订立合同,约定双方的权利和义务,并监督其个人信息处理活动达到个保法规定的个人信息保护标准;</p> <p>④法律、行政法规或者国家网信部门规定的其他条件</p> <p>国际条约及协定优先适用</p>	<p>禁止签署违反个人信息保护法的国际合同,并向个人信息主体履行告知及同意的义务。</p> <p>跨境流动时需要采取个人信息安全保护措施、对侵害个人信息的损害处理及纠纷解决措施等</p>
告知及同意	<p>个人信息处理者向境外提供个人信息的,应当向个人告知境外接收方的身份、联系方式、处理目的、处理方式、个人信息的种类以及个人向境外接收方行使个保法规定权利的方式等事项,并取得个人的单独同意</p>	<p>向境外提供、外包、存储的,应告知个人信息种类、接收国家、提供时间及方式、接收方的姓名(法人应告知名称及信息管理负责人的联络方式)、处理目的、存储及利用期限并取得同意。但如果已经公开个人信息处理方针或者以邮件或书面方式告知个人的,就外包和存储可免于同意</p>

金燕律师简介

京都律师事务所高级合伙人,2000年执业以来,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。



司法协助信息	司法协助信息需要有关机关批准,国际条约、协定除外	为了履行国际条约、协定,公共机关向外国政府及国际机构提供个人信息的无需经个人同意
相互主义	如对中国采取歧视性的禁止、限制措施的,可采取对等措施	对限制个人信息跨境流动的国家的信息通讯服务提供商可采取相应限制措施,但国际条约、协定所需的除外
个人信息处理者的担保	个人信息处理者应当采取必要措施,保障境外接收方处理个人信息的活动达到个保法规定的个人信息保护标准	



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。



相比于中国个保法用单独的章节规定个人信息跨境流动，韩国于2020年法律修改时新增了相关条款，除了规定了告知及同意的原则性义务之外，针对信息通讯服务提供者的跨境提供个人信息规定了告知和同意的程序以及必须指定国内代理人的对象。

在告知及同意程序上，韩国对信息通讯服务提供者的跨境流动个人信息处理上将提供、外包和存储相区分，对外包和存储给予了更加宽松的取得同意要件，即如果根据法律已经公布了个人信息处理方针并以邮件或书面形式将跨境处理事宜告知个人的，在外包和存储领域可以免除同意义务。在信息跨境流动的前提条件中也未要求进行安全评估和认证等措施。可以说，韩国在信息跨境流动领域给予了比较宽松的政策。

而中国个保法要求信息处理者保证境外接收方的个人信息处理活动达到中国个保法规定的保护标准，这一条款是法律最终通过时增加的条款，目的在于禁止中国的个人信息提供给境外后的不当处理，而且要求跨境提供信息的信息处理者保证对境外接收方的处理活动应达到个保法规定的标准，但具体保证的方式、是否为跨境提供信息的前提条件等具体事项有待观察后续的实施条例及政策的解释。

8.信息主体的权利

区分	中国	韩国
知情权	个人对其个人信息的处理享有知情权、决定权。	对个人信息处理的知情权。
选择权	个人有权限制或者拒绝他人对其信息进行处理。	有权选择并决定信息处理的同意与否，同意范围。
查阅权	个人有权向个人信息处理者查阅、复制其个人信息，个人请求查阅、复制其个人信息的，个人信息处理者应当及时提供。	有权确认处理情况并要求查阅（包括复印）。
更正权	个人发现其个人信息不准确或者不完整的，有权请求个人信息处理者更正、补充。 个人请求更正、补充其个人信息的，个人信息处理者应当对其个人信息予以核实，并及时更正、补充。	可要求更正，如法律没有其他规定，信息处理者应立即更正。
说明权	有权要求对信息处理规则进行说明，应建立个人行使权利的受理和处理机制，拒绝个人行使权利请求的，应该说明。	信息处理者应建立个人行使查阅权的具体方式即程序，予以公布，并建立个人对拒绝查阅有异议时的异议程序。
停止处理权		个人有权向信息处理者要求停止处理本人的个人信息。除了法律规定可以拒绝的情况外应停止处理并立即销毁。
删除权	信息处理者应删除以及个人有权请求删除的情况 ①处理目的已实现、无法实现或者为实现处理目的不再必要； ②个人信息处理者停止提供产品或者服务，或者保存期限已届满； ③个人撤回同意； ④个人信息处理者违反法律、行政法规或者违反约定处理个人信息； ⑤法律、行政法规规定的其他情形如期限未届满技术上无法删除，除了存储和安全保护措施外，不得处理。	个人可要求删除，信息处理者除了法律规定不得删除外应立即删除并告知解决。删除应不能复原或再生。

死者信息	自然人死亡的，其近亲属为了自身的合法、正当利益，可以对死者的相关个人信息行使本章规定的查阅、复制、更正、删除等权利；死者生前另有安排的除外。	
获得救济权	个人信息处理者拒绝个人行使权利的请求的，个人可以依法向人民法院提起诉讼。	个人信息处理者因故意或过失导致个人信息丢失、失窃、泄露、伪造、变造或损毁的，给信息主体造成损失的，法院可在损失的3倍范围内判决赔偿，如果无法证明损失的，可判最高额300万韩币的法定赔偿金。
信息转移权	个人请求将个人信息转移至其指定的个人信息处理者，符合国家网信部门规定条件的，个人信息处理者应当提供转移的途径。	法律修订审议中

中国个保法在最终通过的版本中增加了数据可移动权，即信息主体要求转移个人信息的权利，这将为数据主体获取和转移其个人信息数据提供便利。韩国个保法目前未规定可移动权，但正在审阅的修正案中，将可移动权纳入修订内容，加强了个人信息的保护力度。而韩国个保法规定了要求停止处理数据的停止权，以保障信息主体对信息处理的自由选择权。

此外，中国个保法规定了信息处理者拒绝个人行使各项权利时，信息主体可向法院起诉的司法解决途径。

9. 个人信息处理者的义务

区分	中国	韩国
确保安全	采取下列防止措施确保个人信息处理活动符合法律、行政法规的规定，并防止未经授权访问以及个人信息泄露、篡改、丢失。 ①制定内部管理制度和操作规程； ②对个人信息实行分类管理； ③采取相应的加密、去标识化等安全技术措施；	采取必要的技术性、管理性、物理性措施防止个人信息丢失、失窃、泄露、伪造、变造或损毁。 ①制定并实施内部管理计划； ②对个人信息采取控制访问及限制访问权限的措施；

	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； ⑥法律、行政法规规定的其他措施。	③采取安全将信息存储、传送的加密技术； ④访问记录的报关及防止伪造、变造的措施； ⑤对个人信息设置及更新保安系统； ⑥准备储存设施或者设置防护装置。
评估	应评估的情形： 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、向其他个人信息处理者提供个人信息、公开个人信息； ④向境外提供个人信息； ⑤其他对个人权益有重大影响的个人信息处理活动。 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对个人权益的影响及安全风险； 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。	需要评估的信息： ①5万人以上敏感信息； ②与其它信息连接后产生50万人以上的个人信息； ③需要收集、运用、变更100万人以上的信息； ④已进行了风险评估，要对个人信息检索体系等运营体系进行变更的，就变更部分进行评估。
认证	跨境提供时需要具备的条件之一	个人信息保护委员会可以对个人信息处理及保护活动进行认证，确认是否符合法律法规。认证有效期3年。
泄露措施	发生或可能发生个人信息泄露、篡改、丢失的，个人信息处理者应当立即采取补救措施，并通知履行个人信息保护职责的部门和个人。通知应当包括下列事项： ①发生或者可能发生个人信息泄露、篡改、丢失的信息种类、原因和可能造成的危害； ②个人信息处理者采取的补救措施和个人可以采取的减轻危害的措施； ③个人信息处理者的联系方式。	个人信息处理者发现个人信息泄露时，应立即告知信息主体 ①泄露的个人信息项目； ②泄露时间和过程； ③为了最小化因泄露可能发生的损害，处理者可采取的方法； ④个人信息处理者的应对措施及救济程序；



	个人信息处理者采取措施能够有效避免信息泄露、篡改、丢失造成危害的，个人信息处理者可以不通知个人；履行个人信息保护职责的部门认为可能造成危害的，有权要求个人信息处理者通知个人。	⑤处理者联系方式。 信息泄露的，个人信息处理者应该为损失最小化制定对应方案并采取必要措施。 如发生1000人以上的信息泄露的，应立即将上述通知及措施向个人信息委员会或者总统指定的其它机关报告。
自动化决策	应当保证决策的透明度和结果公平、公正、不得进行大数据杀熟；信息推送时同时提供不针对个人特征的选项，或提供便捷的拒绝方式。	法律修订审议中

就个人信息处理者的安全保障措施，中国和中国的个保法的规定大同小异，但是需要评估的信息范围却有着较大的差异。中国个保法侧重于需要评估的情形，而韩国更侧重于需要评估的信息、要处理的信息数量等。

对于信息泄露的通知，中国规定了通过采取措施能够有效避免造成损害的前提下可不告知个人，但需要报告给信息保护部门，而韩国规定只要发生泄露等情况，必须告知个人；超过1000人以上的泄露时，才向个人信息委员会等机构报告。

在自动化决策的规定中，中国明确规定了GDPR中规定的信息主体拒绝自动化决策的权利，还规定了禁止大数据杀熟的规定。

韩国个保法目前未规定自动化决策的内容，但正在审阅的法律修订案中纳入了个人主体可拒绝自动化决策的规定。

10.个人信息受托方及共同处理者

区分	中国	韩国
受托前提	与委托人约定委托处理的目的、期限、处理方式、个人信息的种类、保护措施以及双方的权利和义务；不得超出约定处理，完成后返还，不得保留，不得转委托。	委托约定应该包括委托处理的目的及禁止处理个人信息的内容；个人信息的技术性、管理性辅助措施等。

义务	受托人应依照个保法和有关法律、行政法规的规定，采取必要措施保障所处理的个人信息的安全，并协助个人信息处理者履行个保法规定的义务。	受托人不得超范围处理，不得向第三人提供；委托人宣传商品或者服务的，应将业务内容和受托人信息告知信息主体。 受托人违反法律发生赔偿责任的，委托人应承担责任的。
共同信息处理者	两个以上的个人信息处理者共同决定个人信息的处理目的和处理方式的，应当约定各自的权利和义务。但是，该约定不影响个人向其中任何一个个人信息处理者要求行使个保法规定的权利。 个人信息处理者共同处理个人信息，侵害个人信息权益造成损害的，承担连带责任。	

与GDPR中经“个人信息控制者”与“个人信息处理者”的概念相对应，中国和韩国的个保法均规定了“个人信息处理者”和“受托人”的概念。

中国个保法中的受托人为接受个人信息处理者的委托处理信息的人，并明确了个人信息处理的主要责任人为信息处理者，受托人为协助义务方的法律关系。韩国个保法也做了相同的规定，即受托人的违法行为导致的赔偿责任应由委托人承担。

韩国个保法没有明文规定“共同信息处理者”的概念，但是在司法实践中认可共同信息处理者的地位。

11.个人信息负责人及国内代理人

区分	中国	韩国
个人信息保护负责人	处理个人信息达到国家网信部门规定数量的个人信息处理者应当指定个人信息保护负责人，负责对个人信息的处理活动以及采取的保护措施等进行监督。	个人信息处理者应指定个人信息保护负责人，其职责如下： ①个人信息保护计划的制定及实施； ②定期调查信息处理情况； ③处理投诉及损害救济； ④制定内部控制系统； ⑤保护个人信息培训计划的制定及实施；

	个人信息处理者应当公开个人信息保护负责人的联系方式，并将个人信息保护负责人的姓名、联系方式等报送履行个人信息保护职责的部门。	⑥管理和监督； 就负责人资格，除了公共机构以外的团体应为经营者或者法人或者高管（如无高管，应为处理个人信息业务部门的负责人），如果是小型工商企业，应该为法定代表人。
国内代理人	法律适用范围内的境外的个人信息处理者，应当在中华人民共和国境内设立专门机构或者指定代表，负责处理个人信息保护相关事务，并将有关机构的名称或者代表的姓名、联系方式等报送履行个人信息保护职责的部门。	信息通讯服务提供者国内无营业场所，应指定代理人的机构： 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。

两国对个人信息保护负责人、其职责和责任的规定大同小异，但在资格方面，韩国个保法通过实施令规定了以法定代表人或高管为主的资格，以此加强对个人信息保护的责任感。

国内代理人的指定，差异在于域外适用范围的规定，中国就所有适用中国个保法的境外个人信息处理者作为指定代理人的义务人，韩国规定了一定的要件，要求达到一定的销售额或者有违反个保法的先例时需指定代理人，可以看出，中国个保法域外适用的范围比韩国个保法更为广泛。

12. 去标识化及假名化信息

区分	中国	韩国
去标识化	去标识化（de-identification），是指个人信息经过处理，使其在不借助额外信息的情况下无法识别特定自然人的过程。	
假名化	假名化技术是一种用假名替换直接标识（或其它标准标识符）的去标识化技术。	假名处理（pseudonymisation）是指通过部分删除个人信息或者以替换部分或全部等方式使其在无法识别特定自然人的过程。

限制例外	个人信息处理者为学术研究机构，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无需经过同意。	个人信息处理者为统计、科学研究、公益性记录储存等目的进行假名处理时无需经过主体同意。假名信息不适用收集来源的告知、个人信息的删除、因合并等的转移、泄露通知、主体的查阅、更正、删除等权利。
------	--	---

中国个保法在定义部分以及信息处理者为保障信息安全应该采用的措施中对去标识化做了原则性规定。中国在《个人信息去标识化指南》中将假名化技术归为去标识化的一种技术，并在《个人信息安全规范》中，须经信息主体同意的例外事项中包含了为统计或科研目的利用去标识化处理信息。

而韩国在2020年2月对个保法进行修改时专门增加了一章规定了“假名化”的内容。可以看出韩国的假名化处理的概念不局限于上述指南的“假名化技术”的范畴，近似于GDPR规定假名化处理（pseudonymisation）^[2]。而韩国个保法虽然对假名处理者规定了安全保护的要求，但同时规定了假名处理及假名信息不适用该法规定的同意、告知以及信息主体享有的各种权利，对假名信息给予了较宽裕的利用空间。

13. 信息通讯平台的义务

区分	中国	韩国
对象	提供重要互联网平台服务、用户数量巨大、业务类型复杂的个人信息处理者。	个人信息处理者应指定个人信息保护负责人，其职责如下： ①个人信息保护计划的制定及实施； ②定期调查信息处理情况； ③处理投诉及损害救济； ④制定内部控制系统； ⑤保护个人信息培训计划的制定及实施； ⑥管理和监督； 就负责人资格，除了公共机构以外的团体应为经营者或者法人或者高管（如无高管，应为处理个人信息业务部门的负责人），如果是小型工商企业，应该为法定代表人。



义务	<p>①按照国家规定建立健全个人信息保护合规制度体系，成立主要由外部成员组成的独立机构对个人信息保护情况进行监督；</p> <p>②遵循公开、公平、公正的原则，制定平台规则，明确平台内产品或服务提供者处理个人信息的规范和保护个人信息的义务；</p> <p>③对严重违法法律、行政法规处理个人信息的平台内的产品或服务提供者，停止提供服务；</p> <p>④定期发布个人信息保护社会责任报告，接受社会监督。</p>	<p>①个人信息收集、利用时必须通知及取得同意（法律规定免除的情形外）；</p> <p>②泄露时必须24小时内通知及申报；</p> <p>③最少人接触个人信息规则；</p> <p>④对1年不利用的信息进行删除；</p> <p>⑤对删除的申请应立即进行删除；</p> <p>⑥提供个人信息利用明细；</p> <p>⑦为了履行损害赔偿义务，达标企业需加入相关保险、共济或者提供准备金；</p> <p>⑧泄露信息的删除、切断；</p> <p>⑨指定国内代理人；</p> <p>⑩对跨境提供个人信息的保护；</p> <p>⑪广播电视经营者处理听众（观众）的信息时适用本规定。</p>
----	---	---

中国个保法对“用户量巨大、业务类型复杂的重要互联网平台”加重了个人信息数据保护义务，并要求对违规处理个人信息的平台内产品或服务提供者停止提供服务，待实施细则对平台认定标准有了规定后，该条款将对平台和平台内的商品和服务提供者发生震慑作用。

相比此条款，韩国个保法规定了针对《信息通讯服务提供者》的特例，并加强了其义务，适用范围比中国个保法的规定更为广泛，其中对前一年度销售额达到5000万韩币以上，前一年度三个月其储存、管理的用户数日均达到1000人以上的机构规定了需加入保险或共济或提供准备金。

14. 主管机构

区分	中国	韩国
机构	国家网信部门为统筹协调和监督管理部门，国务院有关机关在职责范围内负责个人信息保护和监督管理	个人信息保护委员会
职责	<p>①开展个人信息保护宣传教育，指导、监督个人信息处理者开展个人信息保护工作；</p> <p>②接受、处理与个人信息保护有关的投诉、举报；</p>	<p>①个人信息保护相关的法规改善；</p> <p>②制定并执行相关政策、制度、规划；</p> <p>③违法行为的调查及处分；</p> <p>④投诉处理、救济及纠纷调解；</p>

	<p>③组织对应用程序等个人信息保护情况进行测评，并公布测评结果；</p> <p>④调查、处理违法个人信息处理活动；</p> <p>⑤法律、行政法规规定的其他职责。</p>	<p>⑤国际交流；</p> <p>⑥对相关法规、政策、情况的调查、研究、教育、宣传；</p> <p>⑦支援技术开发、普及、人才培养；</p> <p>⑧法律规定的职责。</p>
检查 预处理 权	对个人信息处理活动及有关当事人进行询问、查阅、复制、现场检查和调查、可以对相关物品进行查封或者扣押。	<p>有权进行个人信息处理情况的改善意见、违规事项的罚款、违法行为处罚及刑事告发。</p> <p>将信息泄露的调查权以及接受投诉、举报的业务指定由韩国互联网振兴院（The Korea Internet & Security Agency ("KISA"）负责。</p>

韩国的个人信息保护委员会于2011年成立，2020年将行政安全部、广播通讯委员会、金融委员会负责的个人信息保护及监督职能统一归入到委员会管辖，其地位上升为中央行政机关，由总统任命的9名委员组成。

中国个保法规定的国家网信部门是国家互联网信息办公室，国务院部门为工业和信息化部以及其它相关部门。

15. 救济途径

区分	中国	韩国
专门 调解 机制		<p>个保法规定设立个人信息纠纷调解委员会（以下调解委员会），主要职责是对个人信息有关纠纷进行调解。日常处理调解事务是一个由五人组成的调解部，在调解委员会的委托范围内，核实案情，调解纠纷。</p> <p>调解的发起由当事人自愿，原则上应当在申请之日起六十日内制作调解方案，当事人收到调解方案之日起十五日内未明确告知是否接受的，视为拒绝调解，接受调解的，调解委员会应制作调解书，该调解书与法院制作的调解书具有同等效力。</p> <p>此外，还规定了集体纠纷调解机制。</p>

公益诉讼	个人信息处理者违反个保法规定处理个人信息，侵害众多个人的权益的，人民检察院、法律规定的消费者组织和由国家网信部门确定的组织可以依法向人民法院提起诉讼。	对拒绝进行集体纠纷调解或者对调解结果不服的，由消费者保护团体或者具备一定法律要件的非营利社团可以向法院提起公益诉讼。 诉讼管辖为被告主要营业地。
刑事移送	违反个保法规定，构成违反治安管理行为的，依法给予治安管理处罚；构成犯罪的，依法追究刑事责任。	信息保护委员会认定违反法律涉嫌犯罪的，向管辖的侦查机关举报。 对违法行为，向侵权人所属机构的机关、团体负责人建议对其进行惩戒。

违反个人信息保护的侵权责任上，对于个人信息主体来说通过诉讼程序寻求救济有一定的难度，如证明技术上的问题以及损害金额以及其因果关系等问题需要由信息主体来举证，这给信息主体增加了诉讼途径的难度。所以韩国个保法规定了个人信息调解委员会，专门调解因个人信息纠纷引起的案件。

就公益诉讼的性质，中国和韩国是基本相同的，但不同在于提起诉讼的主体上，韩国限于消费者团体和非营利社团法人，而中国个保法规定检察院也可以提起公益诉讼。另外，韩国提起公益诉讼的前提条件是必须先经过集体纠纷调解程序，并且公益诉讼的原告的诉讼代理人必须是律师。

16. 法律责任

区分	中国	韩国
刑罚	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。	根据违法程度，规定了10年以下（1亿韩元罚款），5年（5000万），3年（3000万），2年（2000万）的刑事处罚。

一般处罚	违法处理个人信息或者未履行保护义务，由履行个人信息保护职责的部门责令改正，给予警告，没收违法所得，对违法处理个人信息的应用程序，责令暂停或者终止提供服务；拒不改正的，并处一百万元以下罚款；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处一万元以上十万元以下罚款。	韩国个保法对违法收集、处理、未履行保护义务的行为规定了5000万韩元、3000万韩元、2000万韩元和1000万韩元不等的罚金，并根据《处罚金标准》的实施令的规定，根据违法次数调整处罚标准。 对未履行安全措施导致身份证遗失等行为规定了5亿韩元的处罚；对违反假名信息规定的，处以4亿韩元或者资本金的3%中更大数额的罚金；违规收集信息的，有关违反行为产生的销售额的3%等处罚金。
情节严重的处罚	违反情节严重的，由省级以上履行个人信息保护职责的部门责令改正，没收违法所得，并处五千万元以下或者上一年度营业额百分之五以下罚款，并可以责令暂停相关业务或者停业整顿、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十万元以上一百万元以下罚款，并可以决定禁止其在一定期限内担任相关企业的董事、监事、高级管理人员和个人信息保护负责人。	
损害赔偿	处理个人信息侵害个人信息权益造成损害，个人信息处理者不能证明自己没有过错的，应当承担损害赔偿等侵权责任。前款规定的损害赔偿按照个人因此受到的损失或者个人信息处理者因此获得的利益确定；个人因此受到的损失和个人信息处理者因此获得的利益难以确定的，根据实际情况确定赔偿数额。	个人信息处理者因故意或过失导致个人信息丢失、失窃、泄露、伪造、变造或损毁的，给信息主体造成损失的，法院可在不超过损失额的3倍以内确定赔偿额，如果无法证明损失的，可判最高额300万韩币的法定赔偿金。

对于处罚及罚金，韩国通过法律和实施令对具体违法行为规定了比较详细的处罚，并根据违法次数逐步提高了处罚力度，提高了法律的执行力。

比起韩国个保法对违反行为产生的销售额3%的处罚相比，中国个保法规定的5000万以下或上一年度营业额5%以下的罚款金额更为严苛，这对于中国个保法适用范围内的信息处理者来说，合法合规处理信息就变成了非常重要的议题。



二、结语

2018年欧盟出台《通用数据保护条例》(GDPR)后, GDPR作为较高要求的个人信息保护规范, 对各国的个人信息保护法规与政策产生了重大影响。GDPR规定了对第三国或地区的数据保护水平的“充分性认定”制度, 如果第三国通过了欧盟的充分性认定, 欧盟的数据无需特别授权就可以向第三国或地区转移。截止2021年4月, 共有安道尔、阿根廷、加拿大(商业组织)、法罗群岛、根西岛、以色列、马恩岛、日本、泽西岛、新西兰、瑞士和乌拉圭等12个国家和地区获得了认定。

2021年3月30日, 韩国与欧盟完成了关于数据保护同等水平的谈判并得出“充分性”结论, 下一步得到欧盟数

据保护委员会(EDPB)的官方意见和欧盟委员会的正式批准, 韩国可以被欧盟认定为数据保护“充分性”国家, 届时, 欧盟地区的数据可以不经授权程序, 自由安全地流入韩国。

从本文第一部分的比较中可以看出, 中国的个保法与韩国的个保法在个人信息的保护原则、信息主体的权利、个人信息处理者的义务以及个人信息处理的安全保护措施的规定大同小异, 而在跨境提供个人信息、个人信息的移动权、法律处罚等方面, 可以说中国的规定比韩国更加严格。而韩国通过法律、实施令以及指南等法规进行了更加具体的规定, 提高了法律法规的透明度以及违规处罚的可预见性和可执行性。这一点可以为我国个人信息保护法的后续实施细则以及标准制定中加以借鉴。

注释:

[1] 关键信息基础设施, 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。

[2] GDPR规定中的假名化处理是指以如下方式处理个人数据, 即: 除非使用额外信息, 否则无法将个人数据连接到某个具体的数据主体, 且上述额外信息应当被独立存储并受制于适当的技术和组织措施, 以确保个人数据不会连接到某个已识别或可识别的自然人。

就公益诉讼的性质, 中国和韩国是基本相同的, 但不同在于提起诉讼的主体上, 韩国限于消费者团体和非营利社团法人, 而中国个保法规定检察院也可以提起公益诉讼。

碳排放权在民事诉讼中的保全执行问题探究

■ 京都上海团队 / 文

2021年10月28日，最高人民法院发布《关于新时代加强和创新环境资源审判工作为建设人与自然和谐共生的现代化提供司法服务和保障的意见》（法发〔2021〕28号），文中提到：要准确把握碳排放权、碳汇、碳衍生品等涉碳权利的经济属性、公共属性和生态属性，依法妥善处理涉及确权、交易、担保以及执行的相关民事纠纷，助力实现“碳达峰”、“碳中和”目标。

作为特殊绿色金融资产，碳排放权、碳排放权交易制度的重要性已获得社会各界充分的认识。但是，在经济纠纷解决的最后一个环节中，碳排放权的质押、保全和执行等工作能否顺利开展？如何有序推进碳排放权的变现？如何保护金融债权人的合法权益？如何平衡对碳排放权的执行效果和社会公共利益？这些问题不仅关系到债权人的切身利益，最后也终将影响各界对碳排放权经济价值的认知。

本文将在介绍碳排放权的法律属性、交易和登记方式等问题的基础上，结合现行法律规定和司法实践案例，就碳排放权在民事诉讼中的保全和执行问题展开分析。

一、碳排放权的背景及法律属性

（一）“碳达峰”及“碳中和”承诺

1992年《联合国气候变化框架公约》和1997年《联合国气候变化框架公约的议定书》（以下简称“《京都议定书》”）两项国际公约以科斯定理为基础，为温室气体排放设定限额，在国际社会中建立起温室气体减排的碳交易模式。

面对日益严峻的全球气候问题，目前已有130个国家提出“碳中和”目标。全球各大企业纷纷承诺通过各种技术手段减少碳排放，针对仍然无法避免的碳排放，将通过移除或抵消解决。

2020年9月，中国首次在联合国大会上作出“碳达峰”和“碳中和”承诺：在2030年前实现二氧化碳的排放达到

峰值不再增长，并争取在2060年前实现排放的碳总量与通过植树造林、工业固碳等方式吸收的碳总量相互抵消，实现碳“净零排放”。

2021年两会期间，“碳达峰”、“碳中和”被写入“十四五规划”。至此，“碳达峰”和“碳中和”目标上升为国家战略的执行层面。

（二）“碳中和”承诺前中国的实践

在做出“碳达峰”和“碳中和”承诺以前，我国早已围绕碳排放问题制定一系列制度。

2011年10月，国家发改委发布《关于开展碳排放权交易试点工作的通知》（发改办气候〔2011〕2601号），在北京市、天津市、上海市、重庆市、广东省、湖北省、深圳市启动碳交易试点。

2017年12月，《全国碳排放权交易市场建设方案（发电行业）》（发改气候规〔2017〕2191号）的发布标志着全国碳排放权交易正式启动。

2019年3月，生态环境部发布《关于公开征求〈碳排放权交易管理暂行条例（征求意见稿）〉意见的通知》，明确了碳排放权的定义：碳排放权，是指参与碳排放权交易的单位和个人依法取得向大气排放温室气体的权利。

目前，碳交易以现货交易为主导，其他衍生金融产品还有回购、质押融资、远期、掉期、碳信托、碳基金、碳资产管理等。¹

（三）碳排放权的法律属性分析

1. 碳排放权具有行政管理的色彩

2021年5月14日发布的《碳排放权交易管理规则（试行）》（生态环境部公告2021年第21号）第5条规定：“全国碳排放权交易市场的交易产品为碳排放配额，生态环境部可以根据国家有关规定适时增加其他交易产品。”

《关于公开征求〈碳排放权交易管理暂行条例（征求意见



见稿) >意见的通知》第26条规定:“……(二)配额,是指参与碳排放权交易的单位和个人依法取得,可用于交易和重点排放单位温室气体排放量抵扣的指标。1个单位配额代表持有的重点排放的单位被允许向大气中排放1吨二氧化碳当量的温室气体的权利。……”

可见,无论是相关的部门规章对于碳排放权概念的界定,还是碳排放权的交易产品为碳排放配额来看,碳排放权建立在行政许可的基础上,是权利主体对环境容量资源的使用权利,具有明显的环境行政管理色彩。

2. 碳排放权具有私权属性

从相关规范性文件中的表述中可以发现,碳排放权不能被简单地归类为行政许可的范畴,监管部门有意将其作为财产进行流转。

2019年3月29日生态环境部发布的《碳排放权交易管理暂行条例(征求意见稿)》第10条第1款(排放配额登记)规定:“碳排放配额是所有权人的资产,其权属通过国家碳排放权注册登记系统登记确认,权属变更自登记时起发生法律效力。”《上海市碳排放管理试行办法》《天津市碳排放权交易管理暂行办法》《湖北省碳排放权管理和交易暂行办法》《深圳市碳排放权交易管理暂行办法》中还规定了碳排放权的配额回购、配额承继、担保融资、破产配额有限收回等制度,肯定了碳排放权的财产属性及可交易性。

碳排放权以某区域某时期温室气体排放量的控制为目标,这种指标具有稀缺性,持有者可以对碳排放权享有占有、转让、使用和处分等权利。

3. 碳排放权属于特殊的用益物权

我国现行法律法规对碳排放权法律性质的界定较为模糊,学术界也存在较大争议,尚无统一论断。有学者持环境权说,认为碳排放权是通过特定手段将温室气体的排放量控制在一定范围内,从而更加合理的保护环境,属于环境权²;有学者持物权说,认为随着科技发展,环境容量具备可确定性,碳排放量同样可以被视为可支配、具有独立性的物³;还有的学者认为环境权说和物权说都具有一定局限性,他们主张可以借鉴英美法系的新财产理论来解释碳排放权,新财产权通过公法分配,对于个人的生存与发展具有极为重要的作用,他们主张针对碳排放权制定单行法。⁴

最高人民法院曾指出,司法应当顺应经济发展的需求,如果能够认定其物权效力、法律效力最好;如果不能

认定,至少也不要轻易否定其物权效力、法律效力。因为一个否定性的判决,可能将影响甚至遏制一大批同一类型的贷款担保业务的发展,从而给相关小微企业的融资带来负面影响,也不利于促进地区经济的发展。⁵

目前的主流观点认为,碳排放权兼具行政许可和民事权利的特性,可以被视为特殊的用益物权——特许物权。⁶最高人民法院在《中华人民共和国民法典物权编理解与适用(下)》中指出:目前尽管对碳排放权、排污权、用能权和用水权的权利性质尚有一定争议,碳排放权、排污权、用能权和用水权应属于市场交易主体享有的具有交换价值的财产或者财产性权利,可以归属到广义的自然资源用益物权的范畴。在审判实践中,若遇到涉及此类新型资源性权利的纠纷,除遵循正常的法律适用规则外,亦要贯彻落实《中华人民共和国民法典》(以下简称“《民法典》”)确立的绿色原则,并基于具体案情确定是否可以参照用益物权的一般规定作出相应的裁判。⁷

可见,尽管碳排放权的某些特性区别于传统物权,但并不影响法院参照用益物权的一般规定进行裁判。

4. 碳排放权具有融资担保的重要功能

2021年6月至2021年12月期间,各地陆续发布了碳排放权抵押、质押贷款业务操作指引。2021年6月,中国人民银行绍兴市中心支行、绍兴市生态环境局发布《绍兴市碳排放权抵押贷款业务操作指引(试行)》(绍银发[2021]53号);2021年9月1日,人民银行济南分行联合山东省生态环境厅、山东省地方金融监管局、山东银保监局发布《关于支持开展碳排放权抵质押贷款的意见》(济银发[2021]150号);2021年10月26日,人民银行杭州中心支行会同浙江省生态环境厅等部门发布《浙江省碳排放配额抵押贷款操作指引(暂行)》;2021年12月7日,中国人民银行上海分行、上海银保监局、上海市生态环境局发布《上海市碳排放权质押贷款操作指引》。上述规定分别从贷款条件、碳排放权价值评估、碳排放权质押登记、质押物处置等方面提出具体意见,初步厘清了碳排放权质押贷款的业务流程,支持业务规范有序发展。根据现行法律,建设用地使用权、土地承包经营权、荒地的使用权等用益物权属于可以用于抵押的标的,存款单、股票、商标专用权、著作权中的财产权等权利可以作为权利质押的标的,目前各地文件中存在“抵押”、“质押”、“抵质押”等不同用词,可以看出各地对于碳排放权的法律性质及担保方式的规定仍存在一定区别,亟待统一的法律法规予以明晰。

二、碳排放权的交易及登记

（一）碳排放权的登记及交易系统

《碳排放权交易管理办法（试行）》（生态环境部令第19号）及《碳排放权登记管理规则（试行）》提出，通过建立全国碳排放权注册登记机构和全国碳排放权交易机构，完成碳排放权的登记及交易工作。其中，注册登记机构提供碳排放权的持有、变更、清缴、注销及结算服务，交易机构负责组织全国碳排放权集中统一交易。⁸注册登记机构与交易机构互通互联，交易完成后，由登记机构办理注册登记，相关数据和信息可以在两个系统内及时交换。⁹

截至2021年11月，我国还未建立统一的碳排放权交易和注册登记机构，暂时由湖北碳排放权交易中心有限公司（网址：<http://www.hbets.cn/>）承担注册登记工作，由上海环境能源交易所股份有限公司（网址：<https://www.cneex.com/>）承担交易工作。¹⁰

除全国碳排放权交易市场外，我国从2011年起陆续在北京、天津、上海、重庆、湖北、广东及深圳等7个省市开展了碳排放权交易试点工作。目前我国地方碳排放权交易市场有：北京环境交易所、天津排放权交易所、上海环境能源交易所、湖北碳排放权交易中心、广州碳排放交易所、深圳排放权交易所、重庆联合产权交易所、四川联合环境交易所和海峡股权交易中心。

（二）碳排放权的初始分配

政策是影响碳排放权供给的重要因素：碳排放权的初始分配采用总量限制下的额度分配方式，由国务院生态环境部根据国家温室气体排放控制要求，综合考虑经济增长、产业结构调整、能源结构优化、大气污染物排放协同控制等因素，制定碳排放配额总量确定与分配方案，省级生态环境主管部门再向本地区的重点排放单位分配年度的配额。¹¹生态环境部和省级生态环境主管部门完成配额分配后，注册登记机构根据分配结果为登记主体办理初始分配登记。¹²

碳排放权的分配方式分为免费分配和有偿分配两种。在碳排放权交易市场建立的初期，配额以免费分配为主，后续会根据国家的要求适时引入有偿分配，并逐渐扩大有偿分配的比例。¹³

（三）碳排放权的交易主体及交易价格

1. 交易主体

目前碳排放权交易的主要参与主体是重点排放单位。根据《碳排放权交易管理办法（试行）》的规定，重点排放单位是指属于全国碳排放权交易市场覆盖行业（初期覆盖行业主要是指发电行业，待条件成熟后，行业范围将会扩大至其他高能耗、高污染和资源型产业。）或者年度温室气体排放量达到2.6万吨二氧化碳当量的单位。

重点排放单位名单由国务院生态环境部和地方生态环境管理部门定期公示。¹⁴2020年12月30日，国务院生态环境部印发《纳入2019-2020年全国碳排放权交易配额管理的重点排放单位名单》（国环规气候〔2020〕3号），筛选了2019至2020年度2225家全国碳市场重点排放单位。2021年9月15日，上海市生态环境局公示了上海市拟纳入全国碳交易体系重点排放单位名单（共45家）。此外北京、沈阳、贵州、江苏等地的环境主管部门也公布了当地的重点排放单位。

《碳排放权交易管理暂行条例（草案修改稿）》和《碳排放权交易管理规则（试行）》均规定：碳排放权交易市场的主体包括重点排放单位以及符合国家有关交易规则的其他机构和个人，¹⁵《湖北省碳排放权管理和交易暂行办法》将该范围扩展到“自愿参与碳排放权交易活动的法人机构、其他组织和个人。”¹⁶可以看出，为了充分发挥碳排放权交易市场的功能，未来国家将会进一步扩大碳排放权交易主体的范围，凡是有意向投资且符合条件的机构和人均可以参与碳排放权交易，具体的条件有待未来进一步明确。

2. 交易方式

碳排放权在完成初始分配后，相关交易主体可以在全国碳排放权交易系统中进行交易。根据《碳排放权交易管理规则（试行）》的规定，碳排放权的交易方式分为协议转让和单向竞价两种。协议转让是指交易双方协商一致意见并确认成交的交易方式，包括挂牌协议交易及大宗协议交易。其中，挂牌协议交易是指交易主体通过交易系统提交卖出或者买入挂牌申报，意向受让方或者出让方对挂牌申报进行协商并确认成交的交易方式。大宗协议交易是指交易双方通过交易系统进行报价、询价并确认成交的交易方式。单向竞价是指交易主体向交易机构提出卖出或买入申请，交易机构发布竞价公告，多个意向受让方或者出让方按照规定报价，在约定时间内通过交易系统成交的



交易方式。¹⁷

参与碳排放权的交易主体在交易机构中开立实名交易账户，取得交易编码。当买卖申报在交易系统中成立后，符合《碳排放权交易管理规则》的交易在成立时即生效。¹⁸

3. 交易价格

在碳排放权的交易初始阶段，主管部门会在市场投放一定数量的碳排放配额，形成初始交易价格，为市场各方提供价格预期。¹⁹在后续的交易中，交易价格由交易参与方根据市场供需关系确定。²⁰

三、碳排放质押

随着“碳中和”等相关政策导向和碳排放权交易登记规则的完善，碳排放权的衍生金融产品也应运而生。作为碳金融的重要产品，碳排放配额质押在实践中已经积累了一定的经验。2014年9月，湖北宜化集团通过自有400万吨碳排放配额中的一部分作为质押向兴业银行申请到为期一年的4000万元流动资金贷款；2021年8月，上海某化工公司通过碳排放权质押向农业银行获贷500万元；2021年8月13日，泰兴市新浦化学有限公司以11万吨碳排放配额向泰兴农商行获贷500万元；2021年8月23日，国家电投贵州金元黔西电厂通过碳排放质押获贷2800余万元；2021年8月9日，神华国华九江发电有限责任公司向建设银行江西省分行以341.89万吨碳排放配额获贷1亿元。

在政策层面，有关行业协会和地方政府也陆续肯定了碳排放质押的效力和意义。2019年1月，中国银行业协会专职副会长潘光伟在第三届中国节能环保绿色金融高峰论坛上的讲话中充分肯定了碳排放权质押贷款等金融创新产品对于推动绿色金融发展的积极作用。2021年10月8日，上海市人民政府发布《上海加快打造国际绿色金融枢纽服务碳达峰碳中和目标的实施意见》（沪府办发〔2021〕27号），其中提到，要加强碳金融市场建设，发展碳排放权质押、碳回购、碳基金、碳信托等碳金融业务。广州、南京、四川、河北、湖北等地政府也纷纷发文鼓励碳排放权质押业务。²¹

2020年12月31日，上海环境能源交易所发布了《上海碳排放配额质押登记业务规则》（沪环境交〔2020〕47号），其中规定：碳排放配额质押，是指为担保债务的履行，符合条件的配额合法所有人（以下简称“出质人”）以其所有的配额出质给符合条件的质权人，并通过交易所办理登

记的行为，除已被司法查封、冻结或已经被设定质押的碳排放配额外，在上海碳排放配额登记注册系统中登记的碳排放配额均可以作为质押标的。

（一）碳排放配额质押登记规则

根据《上海碳排放配额质押登记业务规则》的规定，目前碳排放配额质押以质押贷款为主，质权人是银行或非银行金融机构，质押登记机构为上海环境能源交易所，为质押双方提供质押登记、解除质押登记等服务。质押登记完成后，质押双方、司法机关可以向上海环境能源交易所或者上海市碳排放配额登记管理机构查询质押标的的权属和状态。当出质人不履行到期债务或者发生质押双方约定的实现质权的情形时，质权人可以向交易所申请处置质押标的，处置的方式除司法拍卖之外，还可以将已处置的配额转至质权人账户或质权人指定的第三方机构账户，受让人也应事先按照交易所的规定办理开户手续，并在转让时符合相关交易规则。

（二）碳排放配额质押处置规则

《上海碳排放配额质押登记业务规则》规定了碳排放配额作为质押标的的处置办理规则。

1. 处置事由

当出质人不履行到期债务、发生质押双方约定的实现质权的情形或者其他法定事由时，质权人可以向交易所申请处置质押标的。

2. 处置方式

作为质物的碳排放配额有两种处置方式，一种是通过司法途径处置，另一种是通过交易所处置。

选择通过交易所处置质押的碳排放配额时，同样需要遵守交易所的交易规则，质权人或质权人指定的第三方机构应当事先按照交易所规定办理开户手续，交易所将已出质的配额转至质权人账户或质权人指定的第三方机构账户。

3. 处置申请及办理

质权人向交易所申请办理质押配额处置申请时，应当提交《配额质押处置申请表》、质押证明书原件、质权人有效主体资格证明文件及复印件以及交易所要求的其他材料。交易所对质权人提交的处置申请材料审核通过后，根据处置申请办理相关手续，并将处置申请相关材料及处置结果向登记管理机构备案。

由于目前尚无全国统一的碳排放质押业务规则，在实

践中，除上海环境能源交易所外，也有借助动产融资统一登记公示系统、全国碳排放权注册登记结算系统等平台完成碳排放质押公示的案例。规范性文件的缺失造成各地登记和执行较为混乱，碳排放质押业务在商业金融机构大规模发展，亟待监管部门制定全国统一的业务规则。

四、碳排放权的保全与执行问题

（一）碳排放权属于《民事诉讼法》中规定的可以采取强制措施的其他财产权

《民事诉讼法》第242条赋予了法院查询、扣押、冻结、划拨、变价未履行法律文书义务的被执行人财产的权利。²²《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》将可以被法院采取强制措施的“财产”范围确定为“不动产、特定动产和其他财产权”。²³

《碳排放权交易管理暂行条例（征求意见稿）》第10条第1款规定：“碳排放配额是所有权人的资产，其权属通过国家碳排放权注册登记系统登记确认，权属变更自登记时起发生法律效力。”根据该条规定，碳排放配额属于所

有权人的资产，能够被归类到《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》中可以被查封、扣押、冻结的“其他财产权”。

（二）对碳排放权采取强制措施的现行规定

1.财产保全措施：查询、冻结

（1）规范层面

事实上，《碳排放权登记管理规则（试行）》已经对司法程序中碳排放权采取查询和冻结等保全措施进行了规定。根据该规定，司法机关和国家监察机关可以依照法定条件和程序向注册登记机构查询全国碳排放权登记相关数据和资料，也可以要求注册登记机构冻结登记主体碳排放配额。在司法划扣程序中，注册登记机构根据人民法院的生效裁判，对涉及登记主体被划扣部分的碳排放配额进行核验，配合办理变更登记并公告。²⁴

（2）实践案例

通过公开途径检索，截至2021年12月，碳排放权被采取冻结措施的案例已有7例，作出裁定的法院均为辽宁省抚顺市东洲区人民法院。

日期	案号	法院	申请执行人	被执行人	执行标的额 (币种:人民币)	裁决内容
2019.08.27	(2019)辽0403执314号	辽宁省抚顺市东洲区人民法院	抚顺泰和煤炭开发有限公司销售分公司	辽宁能港发电有限公司	8,283,170.43元	轮候查封、冻结被执行人所有的碳排放指标(3年)。
2019.08.28	(2019)辽0403执356号	辽宁省抚顺市东洲区人民法院	抚顺矿区地方工贸物资经销处	辽宁能港发电有限公司	3,478,300.11元	轮候查封一年被执行人所有的碳排放指标交易,发电计划指标交易。
2019.09.03	(2019)辽0403执366号	辽宁省抚顺市东洲区人民法院	沈阳远大环境工程有限公司	辽宁能港发电有限公司	14,786,436.5元	轮候查封二年被执行人名下碳排放指标。
2019.09.24	(2019)辽0403执493号	辽宁省抚顺市东洲区人民法院	沈阳远大环境工程有限公司	辽宁能港发电有限公司	7,500,000元	轮候查封被执行人名下环保排放指标及碳排放指标二年。
2019.09.24	(2019)辽0403执93号	辽宁省抚顺市东洲区人民法院	调兵山市君悦商贸有限责任公司	辽宁能港发电有限公司	646,004.92元	轮候查封被执行人所有的碳排放指标交易。
2019.10.15	(2019)辽04执194号	辽宁省抚顺市中级人民法院	上海电气输配电工程成套有限公司	辽宁能港发电有限公司	-	查封被执行人名下的碳排放指标等动产指标。
2019.11.07	(2019)辽0403执621号	辽宁省抚顺市东洲区人民法院	沈阳华能电力机械制造厂	辽宁能港发电有限公司	591,041.10元	轮候查封被执行人所有的碳排放指标交易、发电计划指标交易三年。



2.强制执行措施：拍卖、变卖

(1)可供参考的经验：排污权强制执行

目前，关于碳排放权拍卖和变卖等强制执行措施的相关制度处于空白状态。经过检索，也没有查找到对碳排放权进行拍卖和变卖的案例。

司法实践中，与碳排放权较为相近的排污权存在被法院裁定通过拍卖、变卖等方式变价的案例。（2016）浙0421民初3431号案例中，被告以其所有的排污权进行抵押担保，浙江省嘉善县人民法院认为，有偿取得的化学需氧量和二氧化硫的排污权属于法律、行政法规规定的其他财产权利，其以该项权利进行抵押担保，符合国家有关排污权抵押贷款的试点政策，未违反法律、法规的禁止性规定，应认定为合法有效。准予原告对被告提供抵押的排污权采取拍卖、变卖等方式依法变价，并对所得款项按抵押登记顺位优先受偿。

事实上，拍卖排污权在实践中已有较多经验。排污权拍卖的指标以化学需氧量（COD）和二氧化硫为主，2008年10月起浙江省嘉兴市南湖区就在全国率先举行排污权指标拍卖会，2014年8月，国务院办公厅出台的《关于进一步推进排污权有偿使用和交易试点工作的指导意见》（国办发〔2014〕38号）第二条第（六）项明确规定，试点地区可以采取公开拍卖的方式出让排污权。截至2021年9月28日，淘宝司法拍卖网站有37笔已成交排污权拍卖案例。²⁵由此可见，无论是裁判还是操作环节，排污权可执行性已经得到法院的支持和认可，这也为碳排放权强制执行作出了有益的探索。

(2)探索碳排放权的实现路径

目前，碳排放权的法律属性未通过正式的法律法规予以确定，我国统一的碳排放权交易和登记机构也尚未建立。尽管理论上碳排放权具有可执行性，但关于碳排放权交易的规定以部门规章和地方性规范性文件为主，缺乏法律和行政法规等上位法的授权，具体的实施细则也处于空缺状态。现有规范性文件法律效力较低，内容不统一，确定性较弱，可能会引发各地市场交易规则的差异和保护主义，阻碍碳排放权的市场流通。

全国碳排放权交易机构成立前，由上海环境能源交易所股份有限公司负责碳排放权的统一交易工作，未来对碳排放权的拍卖、变卖由法院委托上海环境能源交易所进行较为合适，交易和定价方式同样可以通过协议转让或单向竞价完成。交易主体方面，有关部门并没有规定“符合国

家有关交易规则的机构和个人”的具体条件，因而进行司法拍卖时面向的受众只能确定为重点排放单位，有待未来配套文件进一步说明。

碳排放权的经济价值和交易属性毋庸置疑，发展碳排放权交易有利于企业响应节能减排号召，促进绿色金融发展，符合国家“碳达峰”和“碳中和”的战略规划。针对碳排放权上位法和具体交易细则缺失问题，可以借鉴排污权、海域使用权等准用益物权的相关规定，顺应民商事交易活动的流转规律，完善相关法律法规，使碳排放权的执行问题有法可依。

五、小结

从现有的政策性文件来看，碳排放权不能被简单地归类为行政许可的范畴，监管部门有意将其作为财产进行流转。最高人民法院提出，碳排放权可以归属到广义的自然资源用益物权的范畴，处理涉及碳排放权等新型资源性权利的纠纷应贯彻落实《民法典》确立的绿色原则，并基于具体案情确定是否可以参照用益物权的一般规定作出相应的裁判。

我们认为，碳排放配额作为所有权人的资产，属于能够被保全和强制执行的“其他财产权”。财产保全程序中，根据申请人的申请，司法机关可以依照法定条件和程序向注册登记机构查询全国碳排放权登记相关数据和资料，也可以要求注册登记机构冻结登记主体碳排放配额。

但由于碳排放权与生产企业的正常运转息息相关，在具体执行过程中还应当充分考虑“善意执行”的相关问题。2019年12月16日，最高人民法院发布了《最高人民法院关于在执行工作中进一步强化善意文明执行理念的意见》（法发〔2019〕35号），其中指出，法院在依法保障胜诉当事人合法权益同时，应最大限度减少对被执行人权益影响，被执行人有多项财产可供执行的，法院应选择对被执行人生产生活影响较小且方便执行的财产执行。出于贯彻最高人民法院善意文明执行的理念，债权人在申请保全或强制执行碳排放权的过程中，也应当注意避免对企业的生产经营造成的不利影响。此外，《碳权交易办法》中还规定重点排放单位应当在规定时限内清缴配额，如未按时足额清缴的还可能会受到行政处罚。保全与执行碳排放权和被执行人履行清缴义务之间的矛盾，也需要立法和司法部门予以解决。

站在保护执行申请人的角度，对被执行人的碳排放权采取保全、执行措施有利于维护债权人的合法权益，督促被执行人尽快清偿自身债务，也可能比变卖、拍卖被执行人的其他固定资产更加高效、快捷。

目前，拍卖、变卖碳排放权在制度和实践层面仍然处于空白状态，未来可以借鉴与碳排放权较为相近的排污权强制执行经验，通过进一步完善碳排放权的流转和执行制度，我们也将就这一问题持续保持密切关注。

注释：

- 1.为明确研究目标，本文中提到的“碳排放权”是指碳排放权的现货交易。
- 2 丁丁、潘方方：《论碳排放权的法律属性》，《法学杂志》2012年第9期，第106页。
- 3 王明远：《论碳排放权的准物权和發展权属性》，《中国法学》2010年第6期，第93-94页。
- 4 王社坤：《环境容量利用：法律属性与权利构造》，载《中国人口·资源与环境》2011年第3期。
- 5 最高人民法院民事审判第二庭编：《担保案件审判与指导》，法律出版社2014年版。
- 6 特许物权被规定在《民法典》物权编的用益物权部分，是指经过行政特别许可而开发、利用自然资源，获得收益的准物权。
《民法典》第323条规定：“用益物权人对他人所有的不动产或者动产，依法享有占有、使用和收益的权利。”第325条规定：“国家实行自然资源有偿使用制度，但是法律另有规定的除外。”第329条规定：“依法取得的探矿权、采矿权、取水权和使用水域、滩涂从事养殖、捕捞的权利受法律保护。”
- 7 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组：《民法典物权编理解与适用（下）》，人民法院出版社，2020年7月第1版，第607-609页。
- 8 《碳排放权交易管理办法（试行）》（生态环境部令19号）第5条规定：“……全国碳排放权注册登记机构通过全国碳排放权注册登记系统，记录碳排放配额的持有、变更、清缴、注销等信息，并提供结算服务。全国碳排放权注册登记系统记录的信息是判断碳排放配额归属的最终依据。全国碳排放权交易机构负责组织开展全国碳排放权集中统一交易。……”
《碳排放权登记管理规则（试行）》第3条规定：“注册登记机构通过全国碳排放权注册登记系统对全国碳排放权的持有、变更、清缴和注销等实施集中统一登记。注册登记系统记录的信息是判断碳排放配额归属的最终依据。”
- 9 《碳排放权登记管理规则（试行）》第18条规定：“注册登记机构应当根据交易机构提供的成交结果办理交易登记，根据经省级生态环境主管部门确认的碳排放配额清缴结果办理清缴登记。”第25条规定：“注册登记机构应当与交易机构建立管理协调机制，实现注册登记系统与交易系统的互通互联，确保相关数据和信息及时、准确、安全、有效交换。”
- 10 2021年5月14日，生态环境部发布的《关于发布<碳排放权登记管理规则（试行）>和<碳排放权交易管理规则（试行）>和<碳排放权结算管理规则（试行）>的公告（生态环境部公告2021年第21号）》规定：“一、全国碳排放权注册登记机构成立前，由湖北碳排放权交易中心有限公司承担全国碳排放权注册登记系统账户开立和运行维护等具体工作。二、全国碳排放权交易机构成立前，由上海环境能源交易所股份有限公司承担全国碳排放权交易系统账户开立和运行维护等具体工作。”
- 11 《碳排放权交易管理办法（试行）》第14条规定：“生态环境部根据国家温室气体排放控制要求，综合考虑经济增长、产业结构调整、能源结构优化、大气污染物排放协同控制等因素，制定碳排放配额总量确定与分配方案。省级生态环境主管部门应当根据生态环境部制定的碳排放配额总量确定与分配方案，向本行政区域内的重点排放单位分配规定年度的碳排放配额。”
- 12 《碳排放权登记管理规则（试行）》第17条规定：“注册登记机构根据生态环境部制定的碳排放配额分配方案和省级生态环境主管部门确定的配额分配结果，为登记主体办理初始分配登记。”
- 13 《碳排放权交易管理暂行条例（草案修改稿）》第4条第2款规定：“省级生态环境主管部门负责在本行政区域内组织开展碳排放配额分配和清缴、温室气体排放报告的核查等相关活动，并进行监督管理。”第8条规定：“国务院生态环境主管部门商国务院有关部门，根据国家温室气体排放总量控制和阶段性目标要求，提出碳排放配额总量和分配方案，报国务院批准后公布。省级生态环境主管部门应当根据公布的碳排放配额总量和分配方案，向本行政区域的重点排放单位分配规定年度的碳排放配额。碳排放配额分配包括免费分配和有偿分配两种方式，初期以



免费分配为主,根据国家要求适时引入有偿分配,并逐步扩大有偿分配比例。”

14《碳排放权交易管理办法(试行)》第8条规定:“温室气体排放单位符合下列条件的,应当列入温室气体重点排放单位(以下简称重点排放单位)名录:(一)属于全国碳排放权交易市场覆盖行业;(二)年度温室气体排放量达到2.6万吨二氧化碳当量。”

15《碳排放权交易管理暂行条例(草案修改稿)》第7条规定:“国务院生态环境主管部门根据国家确定的温室气体排放控制目标,制定纳入全国碳排放权交易市场的温室气体重点排放单位(以下简称重点排放单位)的确定条件,并向社会公布。省级生态环境主管部门按照重点排放单位的确定条件,制定本行政区域重点排放单位名录,向国务院生态环境主管部门报告,并向社会公开。因停业、关闭或者其他原因不再排放温室气体,或者存在其他不符合重点排放单位确定条件情形的,制定名录的省级生态环境主管部门应当及时将相关重点排放单位从重点排放单位名录中移出。”第15条规定:“全国碳排放权交易市场的主体包括重点排放单位以及符合国家有关交易规则的其他机构和个人。”

《碳排放权交易管理规则(试行)》第4条规定:“全国碳排放权交易主体包括重点排放单位以及符合国家有关交易规则的机构和个人。”

16《湖北省碳排放权管理和交易暂行办法》第5条规定:“依照国家和省有关规定,对本省行政区域内年综合能源消费量6万吨标准煤及以上的工业企业,实行碳排放配额管理。”第23条规定:“碳排放权交易主体包括纳入碳排放配额管理的企业、自愿参与碳排放权交易活动的法人机构、其他组织和个人。”

17《碳排放权交易管理规则(试行)》第6条规定:“碳排放权交易应当通过全国碳排放权交易系统进行,可以采取协议转让、单向竞价或者其他符合规定的方式。协议转让是指交易双方协商一致意见并确认成交的交易方式,包括挂牌协议交易及大宗协议交易。其中,挂牌协议交易是指交易主体通过交易系统提交卖出或者买入挂牌申报,意向受让方或者出让方对挂牌申报进行协商并确认成交的交易方式。大宗协议交易是指交易双方通过交易系统进行报价、询价并确认成交的交易方式。单向竞价是指交易主体向交易机构提出卖出或买入申请,交易机构发布竞价公告,多个意向受让方或者出让方按照规定报价,在约定时间内通过交易系统成交的交易方式。”

18《碳排放权交易管理规则(试行)》第8条规定:“交易主体参与全国碳排放权交易,应当在交易机构开立实名交易账户,取得交易编码,并在注册登记机构和结算银行分别开立登记账户和资金账户。每个交易主体只能开设一个交易账户。”第13条规定:“买卖申报在交易系统成交后,交易即告成立。符合本规则达成的交易于成立时即告交易生效,买卖双方应当承认交易结果,履行清算交收义务。依照本规则达成的交易,其成交结果以交易系统记录的成交数据为准。”

19《湖北省碳排放权管理和交易暂行办法》第54条规定:“本办法所称价格发现,是指主管部门在交易初始阶段向市场投放一定数量的碳排放配额,形成初始交易价格,目的是为市场各方提供价格预期。”

20《广东省碳排放管理试行办法》第26条规定:“配额交易价格由交易参与方根据市场供需关系确定,任何单位和个人不得采取欺诈、恶意串通或者其他方式,操纵交易价格。”

《上海市碳排放管理试行办法》第24条规定:“碳排放配额的交易价格,由交易参与方根据市场供需关系自行确定。任何单位和个人不得采取欺诈、恶意串通或者其他方式,操纵碳排放交易价格。”

21《广州市人民政府办公厅关于新时期进一步促进科技金融与产业融合发展的实施意见》(穗府办规〔2021〕12号);南京市人民政府办公厅转发市金融办和人行南京分行营管部《关于金融支持制造业发展的实施意见》的通知(南京市人民政府办公厅发〔2016〕180号);四川省人民政府关于印发《四川省控制温室气体排放工作方案》的通知(川府发〔2017〕31号);《河北省人民政府办公厅关于石化产业调结构促转型增效益的实施意见》(冀政办字〔2016〕166号);《湖北省人民政府关于武汉城市圈科技金融改革创新实施意见》(鄂政发〔2015〕73号)。

22《中华人民共和国民事诉讼法》第242条规定:“被执行人未按执行通知履行法律文书确定的义务,人民法院有权向有关单位查询被执行人的存款、债券、股票、基金份额等财产情况。人民法院有权根据不同情形扣押、冻结、划拨、变价被执行人的财产。人民法院查询、扣押、冻结、划拨、变价的财产不得超出被执行人应当履行义务的范围。人民法院决定扣押、冻结、划拨、变价财产,应当作出裁定,并发出协助执行通知书,有关单位必须办理。”

23《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》第2条第1款规定:“人民法院可以查封、扣押、冻结被执行人占有的动产、登记在被执行人名下的不动产、特定动产及其他财产权。”

24《碳排放权登记管理规则(试行)》第23条规定:“司法机关和国家监察机关依照法定条件和程序向注册登记机构查询全国碳排放权登记相关数据和资料的,注册登记机构应当予以配合。”第22条:司法机关要求冻结登记主体碳排放配额的,注册登记机构应当予以配合;涉及司法扣划的,注册登记机构应当根据人民法院的生效裁判,对涉及登记主体被扣划部分的碳排放配额进行核验,配合办理变更登记并公告。

25 淘宝司法拍卖检索结果详见: https://sf.taobao.com/item_list.htm?q=%C5%C5%CE%DB&spm=a213w.3064813.9001.1

阿里遭性侵女员工周某被解除劳动合同的法律效力分析

■ 贾宝军 / 文

贾宝军律师简介

京都律师事务所合伙人。主要执业方向为民商事领域及劳动法律事务。在人力资源管理风险诊断和风险控制、出具劳动争议解决方案、代理劳动仲裁诉讼案件以及劳动法律和实务培训等方面具有丰富的经验。执业十余年来，为百余家企业实施了劳动法律风险防控服务，为客户培训近百余次，服务客户包括大型国有企业、事业单位、上市公司及外资企业等。



根据权威新闻媒体报导，阿里遭性侵女员工周某被公司以严重违反公司规章制度为由解除劳动合同，周某已对此予以确认。根据周某提供给媒体的解除劳动合同通知，原文主要内容如下（节录：）

2021年8月6日，你通过在公司食堂拉横幅、发传单、用扩音器高喊，以及内网论坛发帖等方式，散布“遭到高管强奸、公司知情不处理”等虚假信息，引发社会强烈关注，给公司造成恶劣影响。这一系列行为已经构成《阿里巴巴集团员工纪律制度》一类违规行为第1.5.3条“对外发表或传播不当言论，或故意捏造、散布虚构的事实，或传播未经证实的消息，造成恶劣影响”的规定。

现公司根据相关法律规定和《阿里巴巴集团员工纪律制度》1.5.3条规定，解除与你的劳动合同关系。你与公司的最后劳动关系日为2021年11月25日。

本律师仅依据上述解除劳动合同通知内容，对此解约

行为的法律效力分析如下：

一、是否有合法有效的制度依据

根据法律规定，以严重违纪为由解除劳动合同需要有效的制度依据，这里有两个要件，一是有相应的制度，二是该制度必须是有效的。

阿里在解除通知中载明的《阿里巴巴集团员工纪律制度》第1.5.3条明确规定“对外发表或传播不当言论，或故意捏造、散布虚构的事实，或传播未经证实的消息，造成恶劣影响”为一类违规行为，虽然通知中没说，但可以推断一类违规行为是可以直接解除劳动合同的行为。如果确实如此，有制度依据的要件满足了。

但该制度依据依法有效吗？根据法律规定，如果该《阿里巴巴集团员工纪律制度》依法履行了民主程序，且向全体员工进行了公示（从证据角度要求证明员工周某知晓该制度），则符合了法定的生效要件，视为有效，可以作为处理员工的依据。

二、是否有确凿证据证明周某存在制度规定的违纪行为

从阿里在解除通知中描述的事实和引用的条文看，阿里主要指控周某散布“遭到高管强奸、公司知情不处理”等虚假事实，触犯了《阿里巴巴集团员工纪律制度》第1.5.3条中“故意捏造、散布虚构的事实”的规定。

阿里就此违纪指控掌握了什么样的证据目前不得而知，我们目前尚无法根据新闻媒体报导中的内容来进行判断。而这正是阿里解除劳动合同合法与否的关键点，由于周某已经明确表示不接受该解除决定，相信其大概率会选择通过司法途径维护自己的权利，因此最终违纪行为是否成立，我们尚需要等待司法机关的裁决。



另外,《阿里巴巴集团员工纪律制度》第1.5.3条中规定的违纪行为还需满足“造成恶劣影响”的条件。虽然我们尚不知《阿里巴巴集团员工纪律制度》中是否对“造成恶劣影响”有进一步解释,但即便没有,就近几个月舆论对阿里造成的负面影响看,如果“故意捏造、散布虚构的事实”成立,造成恶劣影响应该是构成了。

三、解除劳动合同的决定是否征求了公司工会的意见。

根据法律规定,用人单位单方解除劳动合同,应当事先将理由通知工会。用人单位违反法律、行政法规规定或者劳动合同约定的,工会有权要求用人单位纠正。用人单位应当研究工会的意见,并将处理结果书面通知工会。用

人单位未履行该程序,劳动者以用人单位违法解除劳动合同为由请求用人单位支付赔偿金的,人民法院应予支持,但起诉前用人单位已经补正有关程序的除外。

笔者相信以阿里的人力资源管理水平和法律管理水平,不至于会犯如此低级的错误。当然,如果阿里确实出现了该低级错误,在起诉至人民法院之前,阿里还有补救的机会。因此该要件在实务中极少成为解除劳动合同被认定无效的原因。

综上,如果《阿里巴巴集团员工纪律制度》依法履行了民主程序,亦有确凿证据证明周某知晓该制度,且有确凿证据证明周某确实存在“故意捏造、散布虚构的事实”的行为,阿里亦就解除决定征求了公司工会的意见,则阿里的解除决定将合法有效,否则上述任一条件不满足,解除决定将违法无效。✎



虚报工程量犯罪问题研究

■ 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。

建设工程价款结算，是指对建设工程的发承包合同价款进行约定和依据合同约定进行工程预付款、工程进度款、工程竣工价款结算的活动^[1]。工程量是工程价款的决定性因素之一。对承包方而言，工程结算的结果能够对工程的盈亏产生巨大的影响，于是个别单位想尽办法多报工程量，甚至不惜伪造印章、预算书、结算书、签证单等材料，或者与发包方工作人员合谋虚构项目。对发包方而言，项目工作人员对于工程量的确认起到关键作用，权钱交易屡见不鲜，或者与承包方恶意串通，骗取国家财产。

本文以工程结算阶段工程量确认环节常见违法犯罪行为为线索，分析可能构成的犯罪，为相关从业者提示风险，以实现合规经营，依法履职。

（一）以伪造工程预算书及现场签证单等方式虚增工程量，套取对方工程款，可能构成合同诈骗罪。

1. 典型案例^[2]

赵某以公司名义与甲方某市人民防空办公室签订施工合同，在施工过程中，赵某授意手下的员工，采用虚增工程量、重复报送、提高材料单品价格的方式，出具虚假的工程预算书及现场签证单，利用工程监理方的不负责任，诱骗其在虚假的现场签证上签字，多领取工程款331683.1元。赵某因犯合同诈骗罪，被判处有期徒刑三年，并处罚金人民币十万元。

2. 案例评析

赵某在履行建设工程施工合同过程中，采取虚增工程量等方式套取对方工程款，数额巨大，其行为如何评价？是民事欺诈还是合同诈骗行为？该问题刑民交织，究竟应该认定为民事不法，还是刑事犯罪，实践中难以认定。

陈兴良教授认为，民法是形式思维，强调法律关系。但刑法与之不同，具有实质判断的性质。因此，在处理刑民交叉案件的时候，应当注意民法和刑法在法律思维上的差异。

赵某本人认为其所在公司与被害单位系合同关系，合同预算也由甲方审定，即使预算有误差，应系民事法律关系。

法院认为赵某对虚报工程量的工程款主观上具有非法占有的目的，授意员工采取虚报工程量等方式出具虚假的预算书、现场签证单，并利用了监理方不负责任，诱骗监理方在现场签证单上签名确认，其目的是为了非法占



有甲方支付的虚假工程量的工程款，其实施的欺骗行为的程度符合合同诈骗罪中欺骗行为程度的标准，并且达到了使对方当事人陷入错误认识的程度，符合合同诈骗罪犯罪构成，应以合同诈骗罪定罪处罚。

本案中，赵某所在的公司与被害单位之间的合同关系真实，赵某又出具了充足的结算文件，从民事角度看，相关证据“在形式上”是真实的（相关主体的签章真实），主张工程款有事实和法律依据。但从刑事角度，赵某以非法占有为目的，出具虚假结算书等行为已经超出了民法所能调整的范围，理由如下：“以非法占有为目的”是区分民事欺诈与刑事诈骗的标准，至于如何判断行为人具有“非法占有目的”，则需要结合案件事实来判断。非法占有目的在不同的领域有不同的行为模式，如《最高人民法院关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》也是以列举行为的方式为司法实践提供标准。笔者经过检索大量案例发现，虚报工程量案件中，往往伴随着指示员工虚填数据、行贿受贿、权钱交易等事实，只有亲自经历的人才知道，“非法占有目的”相关事实多是依据证人证言、被告人供述与辩解来认定，民事案件的主体往往难以获得上述证据，需要借助强大的公权力才能查明真相，对伪造、虚报行为进行实质判断，从而进入了刑法的评价视野，以此对被害单位被侵害的法益进行充分的保护。

（二）在民事诉讼中伪造印章，制作虚假材料的，可能构成伪造国家机关印章罪，伪造公司、企业印章罪，虚假诉讼罪或诈骗罪。

1. 典型案例^[3]

赵某为某项目的实际施工人，伪造国家机关印章4枚，公司、企业印章5枚，向法院提供伪造的工程量签证单、伪造的建筑材料供货证据等虚假证据，超额主张工程款，犯伪造国家机关印章罪，被判处有期徒刑一年，并处罚金人民币二万元；犯伪造公司、企业印章罪，被判处有期徒刑十个月，并处罚金人民币二万元。

2. 案例评析

赵某伪造国家机关印章，伪造公司、企业印章，其行为妨害了社会管理秩序，已经成立伪造国家机关印章罪，伪造公司、企业印章罪，应数罪并罚。

本案中，公诉机关还指控赵某犯虚假诉讼罪，法院认为赵某提起的诉讼存在真实的民事法律关系，因此不构成虚假诉讼罪。

（1）在民事诉讼中伪造证据是否构成虚假诉讼罪？

虚假诉讼罪保护的前置法和法益，是民事诉讼法及其调整保护的民事诉讼秩序的重要组成——民事诉权制度，即当事人因民事权益纠纷而依法享有的提请法院审查和执行的权利^[4]。当民事法律关系真实存在时，当事人享有诉权，为了胜诉而伪造证据，夸大自己的权利是趋利避害的人性使然，对方当事人享有对证据真实性提出质疑的权利，法院也负有查明案件事实的职责。此属于诉权的不当行使，法院可依据民事诉讼法对行为人予以罚款、拘留，不构成虚假诉讼罪。只有“无中生有”地滥用诉权才属于对司法秩序的严重侵犯，对司法资源的绝对浪费，应予追究刑事责任。

综上，判断伪造证据是否构成虚假诉讼罪首先要考察民事法律关系是否真实存在。如果不构成虚假诉讼罪，根据《最高人民法院、最高人民检察院关于办理虚假诉讼刑事案件适用法律若干问题的解释》第七条：“采取伪造证据等手段篡改案件事实，骗取人民法院裁判文书，构成犯罪的，依照刑法第二百八十条^[5]、第三百零七条^[6]等规定追究刑事责任。”

（2）行为人在民事诉讼中伪造证据，非法占有他人财产或者逃避合法债务也有可能构成诈骗罪。

行为人在民事诉讼中伪造证据，欺骗法官，导致法官作出错误判决，使得他人交付财物或者处分财产，行为人非法占有他人财产或者逃避合法债务，这是典型的三角诈骗，其中法官是受骗者，但不是受害人；遭受财产损失的人是受害人，但不是受骗者。

《刑法》第307条之一第3款规定：“有第一款行为，非法占有他人财产或者逃避合法债务，又构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪从重处罚。”因为虚假诉讼罪保护的法益主要是司法秩序，因此即使行为人没有通过虚假诉讼取得被害人财产也可能入罪，如：致使法院基于捏造的事实采取财产保全或行为保全措施的；致使人民法院开庭审理，干扰正常司法活动的。因此，当虚假诉讼行为同时侵害了被害人的财产法益时，虚假诉讼罪与诈骗罪是想象竞合的关系，应当从一重罪论处。

具体来说，行为人以捏造的事实提起民事诉讼，妨害司法秩序，骗取他人财产如果达到了诈骗罪数额较大的标

准，虚假诉讼罪和诈骗罪的第一档法定刑是相同的，应当以虚假诉讼罪论处。如果达到了诈骗罪数额巨大的标准，诈骗罪适用的法定刑高于虚假诉讼罪的法定刑，应择一重罪，以诈骗罪定罪处罚。

(3) 如果行为人伪造了印章，同时又骗取他人财产，符合诈骗罪的构成要件，应以诈骗罪论处。

如果行为人伪造印章主观上单纯是为了诈骗，客观上也只将伪造的印章用于骗取他人财物，伪造印章是手段和行为，诈骗是目的和结果，属于牵连犯，按照通说应当从一重罪论处。

(三) 国家工作人员编制虚假工程结算资料，套取公共财产并占为己有的，可能构成贪污罪。

1. 典型案例

李某为某县水务局局长，为套取国家资金，安排施工方A公司负责人张某签订虚假工程合同，指使工作人员编制虚假工程结算资料，通过虚列水利工程项目和虚增工程量的方式，套取国家水利建设专项资金。该笔资金进入A公司账户后，李某为了提取资金，指示张某通过虚构交易的方式将款项转至张某实际控制的B公司，由B公司向A公司开具增值税专用发票。后资金转入B公司，由李某和张某分赃。

2. 案例评析

李某系国家工作人员，其利用职务上的便利骗取公共财产，构成贪污罪。张某与李某勾结，帮助李某贪污，与李某是共同犯罪，李某是主犯，张某是从犯。张某通过实际控制的B公司为A公司虚开增值税专用发票，构成虚开增值税专用发票罪。李某指示张某虚开发票，是教唆犯，与李某是共同犯罪。两人均数罪并罚。

(四) 国家机关工作人员编制虚假工程结算资料，套取国家资金进入单位“小金库”并用于公务支出，可能构成滥用职权罪。

1. 典型案例

范某在担任水务局局长期间，安排施工方签订虚假工程合同，指使工作人员编制虚假工程结算资料，通过虚列

水利工程项目和虚增工程量的方式，套取国家水利建设专项资金进入单位小金库。陈某为该水务局副局长并分管水利股工作，工作人员将范某制作的虚假水利工程结算资料让陈某审核时，陈某违反《水利基本建设资金管理办法》的规定，不正确履行工作职责，核实工程的真实性，致使水务局套取国家资金进入单位“小金库”并已全部用于公务支出。范某犯滥用职权罪，陈某犯玩忽职守罪。

2. 案例评析

(1) 滥用职权罪

范某利用职务之便，滥用职务权利，超越职权范围，安排施工方签订虚假工程合同，指使工作人员编制虚假工程结算资料，套取国家水利建设专项资金进入单位小金库并支出使用完毕，导致国家资金遭受重大损失，构成滥用职权罪。“小金库”中的资金用于公务支出时，不能扣减犯罪数额。实践中，部分单位因为财务收支制度严格，用款不方便，行为人将套取的款项存入单位的小金库，用于公务支出、招待费用、办公经费、资助乡村建设等，有些法院认为应当核减滥用职权的犯罪数额^[7]。有些法院持相反意见，认为：被套取的国家资金虽然用于办公经费及扶贫工程支出，但资金用途是犯罪既遂后的处分行为，该部分支出虽然在一定程度上减小了社会危害性，但该处分行为是对国家资金的越权处分及使用，直接导致国家资金遭受重大损失，不应做扣减。^[8]笔者赞同后一种观点，款项用途可作为量刑情节。

(2) 玩忽职守罪

本案中，陈某属于监督过失型玩忽职守罪，该罪的主观方面是过失。在上述案例中，法院认为陈某具有监督过失。所谓监督过失，是指监督者应当监督直接责任者，却没有实施监督行为，导致了结果的发生，属于不真正不作为犯^[9]。“玩忽职守”这个词语本身是一个比较笼统的概念，刑法没有规定具体的行为模式，为避免不作为犯的类推适用，应采取明确而严格的定罪标准：

首先要寻找作为义务的来源，本案中行为人的作为义务来源于职务、业务、制度规定产生的对法益对象（国家财产）的保护义务。其次，要有履行义务的能力，此应当结合行为人的学历背景、工作经历及项目的复杂程度来认定。再次，要具有避免结果发生的可能性，注意这里是可能避免结果发生，而不是一定避免结果发生，因为很多项目的审批人不只一个，可能是“多因一果”。如果履行了



监督义务，危害结果仍然发生，此时就没有必要谴责行为人的不履行了。比如，项目是真实的，工程量也比较大，被监督人在原有基础上虚增部分工程量，并且伪造的结算材料也足以“以假乱真”，具有同等职责的人都难以发现，被监督人的不法行为能够完全支配危害结果的发生，这就属于介入因素阻断因果关系的情形，不应将结果的发生归咎于监督人。

“应为、能为、而不为”是成立不作为犯的定性要求，具备上述条件的行为属于不作为。不作为达到与其相对应的作为犯罪的程度，才值得科处刑罚，监督人不审查项目真实性直接签字的行为，客观上为被监督人骗取国家财产起到了积极的助推作用，因此可以与作为犯罪予以相同评价，应当追究刑事责任。

（五）国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体领导编制虚假工程结算资料，套取公共财产用于为员工发奖金的，可能构成私分国有资产罪

1.典型案例^[10]

刘某在某市供电公司工作期间，与杨某所在的某电力开发有限责任公司签订虚假合同，刘某贪污公款5934193元，以同事红白喜事单位随礼、给部门同事发放过节福利等方式私分国有资产669664元。刘某犯贪污罪，判处有期徒刑十年，并处罚金50万元；犯私分国有资产罪，判处有期徒刑九个月，并处罚金1万元，数罪并罚。

2.案例评析

由于随礼和发过节福利都是以单位名义，刘某以单位名义将国有资产集体私分给个人，构成私分国有资产罪。私分国有资产罪比贪污罪处罚要轻得多，经常成为辩护律师的主要辩护方向，因此应当对两罪的区分有较为深刻的理解。

首先要明确两罪法定刑差异的原因，在不法层面，给国有资产造成的损失完全相同，不存在区别。在非难可能性上，只有当行为人出于相对公平的利他动机，并且对国有资产进行相对公平的私分时，才能认定为私分国有资产罪。所谓相对公平，比如按工资等级、工作量、工作时间、工作绩效分配。如果没有合理根据地分配给单位部分成员（如仅分给领导班子成员），应当认定为贪污罪。既分配给员工，同时给部分人员分配的金额没有合理原因地高于其他员工的，应当数罪并罚。

在存在多个同案犯的案件中，则需要区分贪污罪共同犯罪与私分国有资产罪，笔者通过检索相关案例，比较出以下不同：（1）贪污罪共同犯罪体现共同犯罪人的意志，私分国有资产罪是单位犯罪，体现单位的意志，即单位的决策机构按照单位的决策程序决定，如领导班子共同决定、开会决定。（2）贪污罪共同犯罪具有不公开、隐蔽性的特点，知情者和获利者仅限于少数人，而私分国有资产罪则具有公开性、普遍性的特点，单位全体或大部分员工获利。（3）贪污罪共同犯罪以非法占有为目的；私分国有资产一般以奖励作出贡献的员工，补助加班员工，鼓励干劲等为目的，常常体现为奖金、加班费、夜班费等。

注释：

[1]《建设工程价款结算暂行办法》（财建〔2004〕369号）

[2]（2021）辽05刑终43号

[3]（2020）辽0103刑初271号

[4]田宏杰《虚假诉讼罪的认定——罪质、罪状与罪量》，载于《人民法院报》2021年6月24日第五版。

[5]伪造、变造、买卖国家机关公文、证件、印章罪，伪造公司、企业、事业单位、人民团体印章罪等

[6]妨害作证罪、帮助毁灭、伪造证据罪

[7]（2020）湘1028刑初143号

[8]（2016）云2623刑初26号

[9]玩忽职守罪既可以由作为构成，也可以由不作为构成，当由不作为构成时，方称为不真正不作为犯。

[10]（2015）浙刑一初字第41号

帮助信息网络犯罪活动罪的 解读及合规建议

■ 梁雅丽 李明真 / 文

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。



近年来，随着互联网信息技术的发展，信息网络已经渗透到人们生活的方方面面，极大便利了人们的生活的同时，以网络及网络技术为主的犯罪手段和方法也呈现多样化趋势，而国家也是不断增大对信息网络犯罪的打击力度，2020年10月，公安部开展“断卡”行动，严厉打击整治非法开办贩卖手机卡银行卡，坚决遏制电信网络诈骗犯罪，而帮助信息网络犯罪也成为国家打击网络电信犯罪的“热点”罪名。由于帮信罪的构罪主体是个人和单位双主体，理论中对于此罪本质存在分歧，而实务中对该罪主观明知的认定模糊，客观行为较为宽泛，导致入罪门槛较低，行为人无意间就触犯了此罪名，不免身陷囹圄，尤其

在国家严厉打击电信网络诈骗犯罪大背景下，亟待厘清帮助信息网络犯罪的入罪标准及实务中具体认定方法，对于单位和个人有效规避风险，保护公民信息网络等权益的有效实现都具有重要意义。

本文从帮助信息网络犯罪活动罪的司法现状、立法背景、理论分歧、构成要件及实务认定倾向、合规建议这五大方面，以理论与实务相结合方式，对此罪进行解读，并对公民及企业合规生活、经营提出建议，以此营造良好网络环境。

一、帮助信息网络犯罪活动罪司法现状

2021年10月18日，最高人民检察院发布2021年1月至9月全国检察机关主要办案数据，从起诉罪名看，帮助信息网络犯罪活动罪起诉人数为79307人，排名上升至第四位，同比上升21.3倍；而起诉罪名排名前三的分别为：危险驾驶罪、盗窃罪、诈骗罪；无论是从排名还是被起诉人数来看，帮助信息网络犯罪活动罪已然成为国家重点打击及公民涉刑的高频罪名。

（一）国家打击力度增大，罪名呈现井喷式增长

“帮助信息网络犯罪活动罪”是2015年《刑法修正案（九）》新增设的罪名，是立法层面对网络社会犯罪呈现“无正犯的共犯”这一刑法问题的回应。为统计2015年入罪以来此罪名的增长趋势，笔者以北京地区为例，以“帮助信息网络犯罪活动罪”为关键词，分别以“（2015）京”、“（2016）京”、“（2017）京”、“（2018）京”、“（2019）京”、“（2020）京”为条件，通过在“威科先行”数据库进行检索，可以看到，帮助信息网络犯罪活动罪自2015年入罪后，北京市本罪判决数量从2015年至2019年分别为：0份、1份、0份、0份、1份，而到2020年，判决数量呈现井喷式增长，增至69件。截至2021年10



月20日，数据显示，北京地区关于该罪名的判决为299件。而2020年、2021年案件量激增的原因，跟国家严厉打击信息网络犯罪及出台相应法律规定有密切关系，2019年10月21日，两高发布了《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》，意在依法惩治拒不履行信息网络安全管理义务、非法利用信息网络、帮助信息网络犯罪活动等犯罪，维护正常网络秩序；而在此后2020年10月，公安部开展“断卡”行动。因此导致近两年帮信罪案件量激增。

（二）实务中判刑较“重”，缓刑较少

虽然帮助信息网络犯罪法定最高刑为3年，这为被告人适用缓刑提供了较为广阔的空间，但实务中此罪法院判决一般较“重”，多为实刑，缓刑屈指可数。以2021年帮助信息网络犯罪激增的一年为例，由上述可知，截至2021年10月20日，北京地区关于该罪名的案子为299件，其中仅有10件上诉案子，上诉人理由几乎都为一审判决量刑过重，请求对其宣告缓刑；10件中除4个为当事人申请撤诉外，6个全是维持原判，可以看出，帮信罪二审改判为缓刑几率微乎其微。

同时，以“帮助信息网络犯罪活动罪”、“（2021）京”、“缓刑”为关键字，数据显示，截至2021年10月20日，北京地区关于该罪名的缓刑判决共12件，在299件案件中只有12件为缓刑，占比仅为4%，且多为存在认罪认罚、自首，积极退缴违法所得、初犯、偶犯等从轻、减轻量刑情节；除此外，其余200多个案件都为实刑，刑期基本在有期徒刑1~2年，并处罚金。可见，国家对于帮信罪的打击力度之大。

二、帮助信息网络犯罪活动罪的设立背景

信息网络共同犯罪有三个重要特点：其一，行为主体的空间分散性。行为主体完全可能不在一个空间，不在同一个城市甚至一个国家，甚至彼此互不相识；其二，客观行为的隐蔽性。客观上，各共犯人只是分担部分行为，而且正犯行为、帮助行为都具有隐蔽性。其三，主观意思联络的不确定性。在许多情况下，部分共犯人表现为一种间接的故意，各共犯人的意思联络并不明确。囿于网络共犯的上述特点，导致司法实践中只能抓帮助者而正犯难抓的现象。但是问题在于，按照传统的共同犯罪理论，倘若没

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。



有查明正犯是谁，就不可能知道正犯是否达到刑事责任年龄，是否具有刑事责任能力，是否具有故意，以及帮助者与正犯是否具有共同的犯罪故意，因而不可能认定实施帮助行为的人与正犯构成共同犯罪。

而随着互联网的发展，帮助网络犯罪活动行为已然成为网络犯罪链条中的关键环节，甚至成为很多网络犯罪的经济支柱和技术根基，其法益侵害的程度可能远远超过了正犯，可以说本质上已经具备了独立的社会危害性和类型化特征。在传统共犯理论对其在缺乏正犯的情况下，要么无法评价，要么评价不足，《刑法修正案（九）》新增了帮助信息网络犯罪活动罪这一罪名，根据人大法工委编著的《〈中华人民共和国刑法修正案（九）〉释解与适用》，“增设本罪是为了更准确、有效地打击各种网络犯罪帮助行为，保护公民人身权利、财产权利和社会公共利益，维护信息网络秩序，保障信息网络健康发展”。某种程度上讲，这是刑法犯罪圈扩张的一种表现，也是对司法实践中提供帮助导致公共网络秩序严重损害的行为法律上无法进行规制的困境回应。

三、帮助信息网络犯罪活动罪的理论分歧

此罪本身在理论上最大的分歧，在于其性质存在“绝对共犯正犯化”和“帮助犯的量刑规则”的争论。所谓

“绝对正犯共犯化”，指的是本罪的成立不依赖于其所帮助对象的成立，即不以其他正犯行为的存在为前提；所谓“帮助犯的量刑规则”，指的是本罪的成立依然要求其所帮助的犯罪行为，至少是符合构成要件的不法行为成立作为前提。而这种分歧不仅关乎实务中具体行为的认定，也关于司法人员是否正确适用本罪、切实遵循罪责刑相适应的刑法原则的贯彻实施。多数学者认为本罪并不属于帮助犯的正犯化，只是对其规定了独立的法定刑，而不再适用刑法总则关于帮助犯（从犯）的处罚规定这一观点，不仅是考虑到了共犯从属性的原理，更是罪行法定和罪责刑程度相适应原则的体现。

四、帮助信息网络犯罪活动罪的构成及实务认定倾向

（一）帮助信息网络犯罪活动罪的构成要件

《刑法》第287条之二规定了帮助信息网络犯罪活动罪，即：明知他人利用信息网络实施犯罪，为其犯罪提供互联网接入、服务器托管、网络存储、通讯传输等技术支持，或者提供广告推广、支付结算等帮助，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。

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，依照第一款的规定处罚。

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。

1.主体要件：自然人和单位双主体

此罪的犯罪主体为一般主体，自然人和单位都可以构成本罪。根据《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》（以下简称“解释”）第14条，单位实施本解释规定的犯罪的，依照本解释规定的相应自然人犯罪的定罪量刑标准，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员定罪处罚，并对单位判处罚金。虽然单位可以构成本罪的犯罪主体，如北京市昌平区人民法院于2021年3月22日作出的某有限公司等帮助信息网络犯罪活动一审刑事判决（案号为：（2021）京0114刑初31号），本院认为，被告单位在明知他人利用信息网络实施犯罪，仍为他人犯罪提供广告推广等帮助，情节严重，其行为已构成帮助信息网络犯罪活动罪。虽有单位判例，在实务中，对单

位判处帮助信息网络犯罪活动罪的案件数量较少，多为对自然人定罪处罚。

2.主观要件：明知性

此罪为故意犯罪，要求行为人主观具有“明知性”，即明知他人利用信息网络实施犯罪而提供帮助，同时，《解释》第11条规定，为他人实施犯罪提供技术支持或者帮助，具有下列情形之一的，可以认定行为人明知他人利用信息网络实施犯罪，但是有相反证据的除外：

- （一）经监管部门告知后仍然实施有关行为的；
- （二）接到举报后不履行法定管理职责的；
- （三）交易价格或者方式明显异常的；
- （四）提供专门用于违法犯罪的程序、工具或者其他技术支持、帮助的；
- （五）频繁采用隐蔽上网、加密通信、销毁数据等措施或者使用虚假身份，逃避监管或者规避调查的；
- （六）为他人逃避监管或者规避调查提供技术支持、帮助的；
- （七）其他足以认定行为人明知的情形。

以上为判断行为人是否具有明知性提供了依据，但是实务中，帮助信息网络犯罪活动罪关于“明知”的认定需要注意以下几个方面：

（1）此罪与正犯行为的帮助犯有所不同，实务中多倾向于行为人不需认识到正犯实施的具体的犯罪行为，只需要认识到正犯实施的犯罪行为是通过信息网络即可，即对于明知并非一个确信标准，而是采用概括性认定。

如北京市顺义区人民法院作出的赵某等盗窃一审刑事判决书（2020）京0113刑初788号），判决认定：三被告人明知系非正当用途仍提供银行卡，可推定具有为他人犯罪活动提供帮助的主观故意，是否明确认识到具体犯罪类型及犯罪行为不影响该罪主观方面认定。客观上三被告人所提供的部分银行卡被电信诈骗犯罪分子用于支付结算工具，情节严重，构成帮助信息网络犯罪活动罪，且该罪并不以非法获利为必要条件。又如，在（2021）沪0115刑初482号“杨某帮助信息网络犯罪活动一审刑事判决书”中，被告人杨某明知他人购买自己名下的银行卡等可能从事信息网络犯罪活动，仍将银行卡出售给他人使用，后经查实，相关银行卡被用于实施犯罪活动，杨某最终被法院认定构成帮助信息网络犯罪活动罪。

（2）如果行为人认识到正犯实施的具体犯罪行为仍提供信息网络上的帮助，应当以实施的具体犯罪行为成立共



犯。如北京市平谷区人民法院作出的(2020)京0117刑初9号胡某等诈骗一审判决显示:被告人明知赵某等人购买软件从事诈骗活动,而为其诈骗行为提供技术帮助,符合诈骗罪的构成要件,系诈骗罪的共犯。且根据《刑法》第287条之二第3款规定: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。本案中,诈骗罪所处罚更重,综上,五被告人的行为构成诈骗罪。

可知,若行为人已经认识到正犯实施具体犯罪行为仍然提供帮助行为,则根据刑法上的共犯理论,共同犯罪人不仅认识到自己在实施某种犯罪,而且还认识到有其他共同犯罪人与自己一道在共同实施该种犯罪,以共犯论处。择一重罪处,一定是根据罪责刑相适应原则,若对于提供互联网技术支持等帮助行为虽构成另一信息网络的共同正犯或者帮助犯,而在另一信息网络的法定刑低于第287条之二第1款规定的3年以下法定刑时,则应对《刑法》第287条之二第3款进行限制解释,亦即,第3款中的“同时构成其他犯罪”,是指法定刑高于本条第1款法定刑的犯罪,而不包括法定刑低于本条第1款的犯罪。

3.客观方面

根据《刑法》第287条之二规定,该罪的客观方面主要表现为互联网接入、服务器托管、网络存储、通讯传输等技术支持,或者提供广告推广、支付结算等帮助行为。从文义解释的角度,帮助信息网络犯罪活动的行为模式主要分为:技术性支持和提供支付结算等业务性帮助两方面。

(1)技术性帮助:从法律规定可知,主要表现为互联网接入、服务器托管、网络存储、通讯传输等技术支持。所谓服务器托管,是指将服务器及相关设备托管到具有专门数据中心的机房。所托管的服务器一般由客户通过远程方式自行维护,而由机房负责提供稳定的电源、带宽、温湿度等物理环境。所谓网络存储,是指通过网络存储、管理数据的载体空间;所谓通讯传输,是指提供信息网络,实现数据传输和远程连接。在实务判例中,法院认定提供技术性支持的行为主要有以下几种情形:

①明知他人利用信息网络实施犯罪,仍为该犯罪提供网站搭建、修改、接入互联网等技术支持,情节严重的行为。如法院作出的洪某帮助信息网络犯罪活动罪一审判决,案号为:(2019)京0105刑初1651号;②明知他人利用信息网络实施犯罪,为他人犯罪提供通讯传输,情节严重。如吕某帮助信息网络犯罪活动罪一审判决认定,被告人吕某在明知他人利用信息网络实施犯罪的情况下,依然利用其代办手

机卡的条件,冒用他人信息办理实名手机卡,并将手机卡出售给从事信息网络犯罪的人员,已构成帮助信息网络犯罪活动罪,案号:(2021)京0108刑初42号。

(2)业务性帮助:常见的是指提供广告推广、支付结算的行为,所谓广告推广,是指制作或者投放广告,进行广告宣传;支付结算又分为狭义和广义两种,狭义的支付结算是指单位、个人在社会经济活动中使用票据(包括支票、本票、汇票)、银行卡和汇兑、托收承付、委托收款等结算方式进行货币给付及其资金清算的行为,其主要功能是完成资金从一方当事人向另一方当事人的转移。广义的支付结算包括现金结算和银行转账结算。支付结算作为一种要式行为,具有一定的法律特征。在实务中,对明知从事信息网络犯罪仍提供支付结算的行为可能认定为犯罪:如北京市西城区人民法院(2020)京0102刑初419号胡某等非法控制计算机信息系统罪一审判决认定:被告人张某明知被告人丁某从事信息网络犯罪,仍为其提供资金结算帮助,其行为侵犯了国家对正常信息网络环境的管理秩序,已构成帮助信息网络犯罪活动罪;其中,支付结算不仅指提供银行卡账号、贩卖电话卡等常见类型,实务中还可以是明知他人利用信息网络实施犯罪,仍根据上家指使,注册成立公司,担任法人,以该公司名义办理对公账。如:郑文哲帮助信息网络犯罪活动罪,案号:(2020)京0108刑初2336号。

4.本罪侵犯的客体

本罪规定在《刑法》第二十三章,妨害社会管理秩序罪这一章节,其侵犯的具体法益为:社会公共秩序。但是本罪在法益保护方面规定的并不明晰,这也是导致本罪性质理论分歧的关键,但根据人大法工委编著的《〈中华人民共和国刑法修正案(九)〉释解与适用》可窥一二:“增设本罪是为了“更准确、有效地打击各种网络犯罪帮助行为,保护公民人身权利、财产权利和社会公共利益,维护信息网络秩序,保障信息网络健康发展”。

5.入罪标准:情节严重

关于情节严重的认定。根据《解释》第十二条规定,明知他人利用信息网络实施犯罪,为其犯罪提供帮助,具有下列情形之一的,应当认定为《刑法》第二百八十七条之二第一款规定的“情节严重”:

- (一)为三个以上对象提供帮助的;
- (二)支付结算金额二十万元以上的;
- (三)以投放广告等方式提供资金五万元以上的;

(四) 违法所得一万元以上的;

(五) 二年内曾因非法利用信息网络、帮助信息网络犯罪活动、危害计算机信息系统安全受过行政处罚, 又帮助信息网络犯罪活动的;

(六) 被帮助对象实施的犯罪造成严重后果的;

(七) 其他情节严重的情形。

实施前款规定的行为, 确因客观条件限制无法查证被帮助对象是否达到犯罪的程度, 但相关数额总计达到前款第二项至第四项规定标准五倍以上, 或者造成特别严重后果的, 应当以帮助信息网络犯罪活动罪追究行为人的刑事责任。

本罪以“情节严重”作为入罪标准, 也是对网络服务提供者中立帮助行为的保护及刑法谦抑性理念的体现, 虽然有学者质疑这是否会增加网络服务提供者甄别网络信息的负担, 但“情节严重”某种程度上提高了帮助信息网络犯罪活动罪的入罪门槛, 将刑法打击网络犯罪的范围进行收缩, 亦即, 只有情节严重的行为, 才成立犯罪。需要注意的是, 情节严重是指不法方面的情节严重, 但这并不意味着只要不法方面的情节严重, 就一定成立犯罪, 因为没有责任的不法既不能成立犯罪, 也不能影响量刑。所以, 前提是不法方面的情节严重, 而且行为人对情节严重的不法不具有责任性。

而对于“情节严重”的认定, 要根据全部的事情进行综合判断, 不仅包括犯罪目的、主观动机等主观方面的衡量, 同时还要考虑犯罪手段、行为方式以及犯罪后果等客观方面的衡量。

6. 关于此罪认定的其他方面

根据《解释》第十三条规定, 被帮助对象实施的犯罪行为可以确认, 但尚未到案、尚未依法裁判或者因未达到刑事责任年龄等原因依法未予追究刑事责任的, 不影响帮助信息网络犯罪活动罪的认定。

换言之, 只要现有证据表明他人(正犯)利用信息网络实施了符合构成要件的不法行为, 根据限制从属性说的原理, 实施帮助行为的人就成立帮助犯。至于他人究竟是谁, 他人是否被查获, 他人是否具有有责性, 都不影响帮助犯的成立(张明楷《刑法学》第六版1383页)。

但在司法实践中, 也存在利用网络技术支持从事犯罪活动的他人尚未被定罪处罚的, 法院认为并不妨碍帮助信息网络犯罪活动罪的认定的案例。如电信诈骗案中, 被害人被骗人民币359万, 诈骗团伙使用的诈骗电话号码之一就

是行为人当时在其开设的某宝店铺上出租的固定电话, 行为人明知有的租用者从事诈骗等违法犯罪活动, 为了牟取暴利, 仍然提供呼叫转接及充值话费等通讯服务。此时电信诈骗案件绝大多数仅有被害人的报案, 诈骗分子尚未被定罪处罚, 但法院仍以行为人犯帮助信息网络犯罪活动罪被定罪处罚, 只是将诈骗分子尚未被定罪作为行为人的量刑情节予以酌情考虑。

五、合规建议

(一) 个人要尽到合理注意义务, 做好前期调查, 厘清行业标准

帮助信息网络犯罪活动罪以行为人主观明知性作为构成要件, 刑法规定的明知, 是犯罪故意的认识因素, 应当坚持客观归责的立场, 根据客观证据判断行为人主观是否具有对他人利用信息网络实施犯罪的明知。如个人在他人开设的服务器租赁公司打工, 根据他人安排从事服务器出租工作, 但并不知道对方租赁服务器的用途, 除按月领取工资外没有其他收入, 即使对方租赁服务器后从事违法犯罪行为, 也无法认定行为人的明知。这就要求个人在从事相关工作或者收到朋友提出提供网络接入、广告宣传、支付结算等请求时, 一定要做好前期调查, 审查从事或者他人安排的相关工作的范畴是否具有违法的可能性, 从一个正常理性人角度厘清行业或者国家相关标准, 可通过向朋友、公司员工等进行充分询问的方式, 对需要提供的网络帮助充分了解并进行记录; 同时, 可通过咨询专业机构等寻找建议或者说明, 以此证明自己已经充分尽到合理的注意义务, 最大强度给自己建立防火墙。

(二) 企业合规

1. 搭建合规体系

企业要搭建信息网络合规体系, 撰写信息网络合规计划, 结合企业整体情况、现有规章制度, 首先做好自身审查, 对自身可能存在的风险漏洞进行整改, 并结合信息网络方面的法规和行业规范, 撰写与企业特点相结合的合规计划, 也可邀请专业律师团队进行审查和弥补, 从制度层面给企业及员工行为以指引, 从源头开始规避风险。

2. 开展尽职调查

公司开展业务之初, 首先要对拟合作对象予以尽调, 通过核查对方的工商资料、业务模式、行政处罚、司法诉讼等



信息，了解对方是否合法合规运营，并且在后续的合作中，建议双方通过签订协议的方式对合作目的、范围、产品用途等予以明确，确保用于合法合规经营。必要的时候建议聘请专业第三方机构进行分析，避免触碰刑法的红线。

3. 定期开展员工培训

定期对员工开展关于信息网络犯罪等业务培训，扩充员工学习打卡渠道，通过企业领导带头学习、小组学习、培训等方式，提升员工及企业的合规意识，细化员工手册中关于员工权利与义务的约定，阻隔员工个人违法行为与单位犯罪的关联。

4. 畅通信息渠道，完善监管路径

《解释》第十一条第（一）项规定：“经监管部门告知后仍然实施有关行为的”，可以推定主观“明知”，但监管部门不一定通过专门文书进行告知，因此，企业要畅通信息渠道，设立专人与监管部门进行对接，对监管部门发送的告知信息及时查收，并积极配合相关工作；同时，加强企业及员工行为的监管，对违法行为及时予以纠正。

5. 建立举报平台，完善举报机制

建立举报平台对企业尤其像网络服务提供者等平台来说，至关重要。不可否认，《刑法》第287条之二没有排除中立的帮助行为，换言之，网络平台提供者与链接服务商的业务行为，也完全可能为他人的信息网络提供帮助，但

这是否会构成犯罪，还要看是否达到全面入罪标准：主观上，中立行为人是否明知或者推定明知，若中立行为人未与他人通谋，只是履行正常的经营或者服务行为，在客观行为也不足以推定明知的情形下，一般不以帮助信息网络犯罪活动罪论处；因此，网络服务平台要建立举报平台，完善举报机制，健全举报渠道，对收到在平台中商户的可能违法行为积极履行平台义务和监管职责，对发现交易价格或者方式明显异常的现场，要予以审查和监管，重点关注是否有频繁采用隐蔽上网、加密通信、销毁数据等措施或者使用虚假身份，逃避监管或者规避调查的商户或者行为，以举报方式严格审查并发现可能的违法行为。

六、结语

在信息网络已经成为国民日常生活必需品的今天，为防止帮助信息网络犯罪活动罪等处罚扩大化倾向，使公民信息网络权益更有效实现，企业更加合法合规经营，公民个人及企业都要树立合规意识，做好自身防范，不要抱任何侥幸心理，明晰注意义务范围及中立帮助行为的可罚性及处罚边界，合理利用信息网络技术等要素，营造良好网络运营环境！

从帮助信息网络犯罪活动罪的司法现状、立法背景、理论分歧、构成要件及实务认定倾向、合规建议这五大方面，以理论与实务相结合方式，对此罪进行解读，并对公民及企业合规生活、经营提出建议，以此营造良好网络环境。

走私犯罪辩护实务研究

■ 梁雅丽 许希坤 / 文

走私犯罪的核心要点是违反法律法规，逃避海关监管。我国刑法规定了12个走私罪名，根据走私犯罪对象的不同，走私犯罪可以分为四类：走私普通货物犯罪，走私特定货物犯罪，走私禁止进出口货物犯罪，走私毒品犯罪。

本次讲座分享的主要是前三类走私犯罪，另外就实践中经常遇到的走私限制进出口货物问题、藏匿走私问题、单位犯罪问题进行交流。

一、走私普通货物犯罪

也就是走私普通货物、物品罪，是指违反海关法律、法规，逃避海关监管，运输、携带、邮寄普通货物、物品进出国（边）境，偷逃应缴税额较大，或者一年内曾因走私被给予二次行政处罚后又走私上述货物、物品的行为。走私普通货物、物品犯罪案件通常占全年走私犯罪发案数的一半以上，是司法实践中最为常见多发的走私犯罪。

此处的普通货物、物品是相比较而言，对应的特殊货物、物品是指《刑法》第151条、第152条、第347条、第350条规定的货物、物品，包括：武器、弹药；核材料；假币；文物；贵金属；珍贵动物及其制品；珍稀植物及其制品等国家禁止进出口的其他货物、物品；淫秽物品；废物；毒品；制毒物品。上述特殊货物、物品以外的其他货物、物品，即为普通货物、物品，均为涉税货物、物品，属于走私普通货物、物品罪的犯罪对象，因此，本罪又被称为涉税走私犯罪。

逃避海关监管的方式主要有：间接走私、水上走私、后续走私、通关走私、绕关走私。

偷逃应缴税额，是指偷逃进出口关税及进口消费税、进口增值税等，以海关出具的核定证明书为准。核定证明书是走私普通货物、物品罪的关键证据，直接决定了犯罪数额，进而影响到量刑档次。

许希坤简介

京都律师事务所实习律师。

二、走私特定货物犯罪

特定货物的种类较多，重点分享其中的两个罪名，走私废物罪，走私珍贵动物、珍贵动物制品罪。

（一）走私废物罪

是指违反海关法规和相关废物污染环境防治法规，逃避海关监管，非法将境外废物运输入境情节严重的行为，或者以原料利用为名进口不能用作原料的废物的行为。

根据废物是否具有可利用性以及国家对废物的管理办法，废物可以分为国家禁止进口的废物和国家限制进口的可用作原料的废物。国家限制进口的可用作原料的废物，具体种类应按限制进口类可用作原料的固体废物目录执行。我国对上述限制进口的可用作原料的废物实施审批制度，拟进口企业需向环保部门提出申请，经审核批准，取得环保部门核发的许可证书后，可在批准范围内进口可用作原料的废物。

在实践中，经常出现没有许可证的企业和个人借用他人的许可证进口国家限制进口的可用作原料的废物的情况，即借证。如果废物进境不需要缴纳税款，应定性为走私废物罪；如果废物进境需要缴纳税款，行为人偷逃税款的数额达到了数额较大，同时构成走私废物罪和走私普通货物罪的，按照刑法处罚较重的罪名定罪处罚，应定性为走私废物罪。



（二）走私珍贵动物、珍贵动物制品罪

珍贵动物，包括列入《国家重点保护野生动物名录》中的国家一、二级保护野生动物，《濒危野生动植物种国际贸易公约》附录 I、附录 II 中的野生动物，以及驯养繁殖的上述动物。还包括虽属于海关限制进出口，但未取得国家有关部门核发的允许进出口证明的珍贵动物及其制品。

对于驯养繁殖技术成熟的野生动物物种，经主管部门组织论证后，可以从事商业性经营利用。走私这类驯养繁殖的野生动物，不定走私珍贵动物罪，按照走私普通货物罪定罪量刑。

走私珍贵动物制品案件的立案标准是珍贵动物制品的价值。珍贵动物制品的价值由行政主管部门根据资源管理费进行确定，陆生野生动物的价值由林业部门确定，水生野生动物的价值由农业部门确定。

值得注意的是，不以牟利为目的，为留作纪念而走私珍贵动物制品进境，数额不满10万元的，可以免于刑事处罚；情节显著轻微的，不作为犯罪处理。

三、走私禁止进出口货物犯罪

也就是走私国家禁止进出口的货物、物品罪，是对前述走私特定货物犯罪的兜底性规定。

关于国家禁止进出口的货物、物品的规定，散见于众多法律、行政法规及国务院有关部门依据法律、行政法规的授权发布的目录当中，经梳理，主要有六类：（1）珍稀植物及其制品，包括人工培育的上述植物；（2）古生物化石，不包括具有科学价值的古脊椎动物化石和古人类化石，系文物；（3）有毒化学品及含有这类化学品的物质；（4）来自境外疫区的动植物及其产品，不是说来自疫区的就全部禁止，必须是规范性文件中规定的禁止进出口的动植物及其产品；（5）妨害环境资源保护类货物、物品，如木炭等；（6）其他禁止进出口的货物、物品，主要有切割汽车、旧汽车、旧机电产品等，以及对我国政治、经济、文化、道德有害的货物、物品。

走私国家禁止进出口的货物、物品罪与走私普通货物、物品罪、走私淫秽物品罪等刑法规定的其他走私犯罪之间的区别，关键在于走私对象的不同。一般情况下，凡是走私国家未禁止进出口的普通货物、物品的，按照走私普通货物、物品罪处罚；凡是走私刑法明确规定的国家禁止进出口的货物、物品的，分别根据具体的走私对象按照

相应的走私罪名定罪处罚。

四、走私限制进出口货物的定罪处罚

在国际贸易中，基于多种原因，国家对部分货物和物品实行贸易管制，从资格、数量等方面限制货物、物品的进出口。根据对外贸易法、货物进出口管理条例等规定，限制进出口的货物、物品主要包括十一大类。我国对限制进出口货物、物品实行的是配额管制和许可证管制两种管理措施。许可证管理制度，是对进出口货物和物品的经营权、经营范围、贸易国别、商品品种及数量等实行全面管理的制度。

实践中，走私限制进出口货物、物品的情形包括：

（1）逃证不逃税，行为人在未取得许可证的情况下，借用他人的许可证走私非涉税的限制进出口货物、物品，以走私国家禁止进出口的货物、物品等罪名定罪处罚；（2）逃证又逃税，行为人在未取得进出口许可证的情况下，借用他人的许可证并低报价格走私涉税的货物、物品，同一行为触犯两个罪名，依照处罚较重的规定定罪处罚；（3）单纯逃税，行为人虽取得进出口许可证，但为逃避缴纳税款，低报价格走私限制进出口的货物、物品，应定性为走私普通货物罪。

五、藏匿走私行为的定罪处罚

实践中，查获特定货物的走私案件，往往是藏匿在走私的普通货物、物品中的，如在走私的普通货物、物品中藏有珍贵动物制品等。在这种情形下，走私犯罪分子往往只会对走私普通货物、物品的行为作出供述，对于特定走私对象，通常以不知情为辩解。

需要结合在案证据，分析行为人的主观故意认知程度。对于概括明知范围未涵盖其实际藏匿走私对象的情形，应当区分不同情况，分别考虑：（1）在走私犯罪分子意欲走私的对象与实际藏匿走私的对象具有相同属性时，应当按照实际走私的对象定罪处罚。（2）在走私犯罪分子对于实际走私何种对象均持无所谓态度的情况下，根据主客观相一致原则，按照实际走私的对象定罪处罚。（3）在走私犯罪分子实际藏匿走私的对象系假币、文物、贵金属、淫秽物品等特定走私对象，而其主观上认为是普通货物、物品时，该实际藏匿走私的对象就已经超出了行为人

主观认识的范围，如果按照实际走私的对象定罪处罚，不符合主客观相一致原则。

六、单位走私犯罪的定罪处罚

刑法对十个具体走私罪名均规定了单位犯罪，即，自然人、单位均可成为犯罪主体，但在处罚标准的规定方面不尽一致。一种是同罪异罚，适用该标准的是走私普通货物、物品罪，单位犯罪的主管人员和其他直接责任人员无财产刑规定，且最高法定刑低于自然人犯罪。另一种是同罪同罚，其余九个针对特定对象的走私犯罪均按该标准处理。单位犯本条规定之罪的，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既判处自由刑，又判处财产刑。

单位犯罪的责任主体，除了单位之外，还包括直接负责的主管人员和其他直接责任人员。直接负责的主管人员的认定要点：（1）单位一把手不是当然的直接负责的主管人员。单位主要负责人通常只要其具有主观明知，即可认定其负有责任。（2）直接负责的主管人员不限于一人。凡是基于一定地位、身份，起着决策、组织、指挥作用的，均应认定为直接负责的主管人员。其他直接责任人员的认定要点：（1）对于走私犯罪有主观明知且有具体实行行为。（2）行为自主性较强且个人收益与犯罪所得挂钩。





关于“附生效条件的合同条件成就存在瑕疵时”合同效力的判断思路

■ 郭鑫鹏 / 文

合同的成立、生效以及合同效力问题是解决合同纠纷首先要进行判断的基础问题，司法实践中存在大量因合同成立、生效以及效力引发的纠纷。附生效条件的合同作为合同成立即生效大原则下的例外情形在实务中普遍存在。那么附生效条件的合同在条件成就存在瑕疵的情况下如何判断合同效力问题？此种情形下合同是否必然无效？

笔者结合一个案例谈一谈实务中关于附生效条件的合同条件成就存在瑕疵时合同效力的判断思路。

合同生效是指合同具备一定的要件后就能产生法律上的约束力。合同生效以合同成立为前提，若合同未成立，当然也不可能发生效力。对于已成立的合同，根据是否具备合同生效的形式要件可分为几种情形：

1. 合同成立时生效。该情形也是实践中最为普遍的合同类型，此情形下不必进一步区分成立与生效；

2. 依照法律、行政法规的规定，合同应当办理批准等手续后生效。此情形下就要根据是否依照法律法规规定办理批准手续的事实判断合同是否具备生效的形式要件，若不具备则合同未生效。

3. 约定附条件和附期限生效的合同。此类合同只有当满足了合同约定的生效条件或生效期限才具备合同生效的形式要件，反之则合同未生效。

笔者认为，合同是否具备生效的形式要件同合同成立一样，均属于一种事实判断，诉讼实务中，对于事实判断的重点在于对证据的把控以及对事实的还原，特别是围绕当事人意思合意事实的还原，因此应当聚焦于事实、证据与举证责任等问题。

对于符合合同生效形式要件的合同，就要结合《民法典》总则关于民事法律行为效力的相关规定（《民法典》第143条至第157条）以及《民法典》合同编关于合同的效力的相关规定（《民法典》第502条至第508条）判断合同的效力。对于具备合同生效形式要件的合同，根据其效力的不同又可以分为有效合同、无效合同、可撤销合同以及

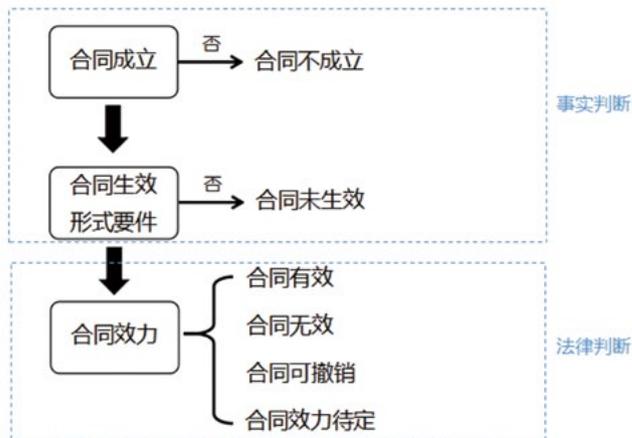
郭鑫鹏律师简介

京都律师事务所律师，南开大学法学学士。从事法律工作十年，专注于合同法、公司法等领域法律业务，长期为金融、保险、互联网、高端医疗器械制造、环保设备制造、物流运输等行业客户提供专业法律服务，在企业商事谈判、纠纷解决、法律顾问服务民商事诉讼等方面具有丰富经验。



效力待定合同。合同是否有效属于法律价值判断，要结合法律规定进行综合判断。

关于合同成立、生效及效力关系见下图：



当附生效条件的合同条件成就存在瑕疵时，判断合同的效力，不仅要看到所附生效条件在形式上是否成就，还要考量合同当事人在事实行为上是否实际成就了生效条件。

案情介绍

深圳市龙岗区布吉万事达实业发展有限公司（以下简称“万事达公司”）与深圳市布吉投资股份有限公司（以下简称“布吉投资股份公司”）签订《股份（代理）转让合同》，约定布吉投资股份公司代公司股份持有人向万事达公司转让本公司股份；合同约定自双方签字盖章且万事达公司向布吉投资股份公司提供或与布吉投资股份公司签署本合同所列附件后生效。万事达公司在上述合同文本上签字盖章，并将合同附件（需万事达公司盖章签署的万事达公司已盖章）提交给布吉投资股份公司，布吉投资股份公司在合同文本上只有当时法定代表人董琪能的签字，未加盖公章。合同签订前，布吉投资股份公司已召开董事会作出向万事达公司转让股权的决议。合同签订当日万事达公司向布吉投资股份公司支付了500万元定金，布吉投资股份公司出具了收据，但后续布吉投资股份公司以《股份（代理）转让合同》在制定和签署过程中存在法律程序和法律手续不完善等因素为由，拒绝履行合同，双方产生纠纷，万事达公司起诉要求确认合同有效并继续履行。

一审法院认为，虽然布吉投资股份公司法定代表人依职权在《股份（代理）转让合同》上签字，但合同未经布吉投资股份公司盖章确认，同时合同所列附件中缺少布吉投资股份公司及相关第三方的签字或盖章，因此《股份（代理）转让合同》所附生效条件未成就，合同未生效。一审判决以此驳回万事达公司的全部诉请。本案双方的主要争议点是《股份（代理）转让合同》是否生效，而本案中合同生效条件的成就确实存在一定瑕疵。故判断合同是否生效实际要解决的问题是：

1、合同约定经双方签字盖章生效，但当事人只有法定代表人签字，未经公司盖章，合同是否生效？

2、如何运用“当事人为自己的利益不正当地阻止条件成就的，视为条件已成就”的法律规定认定合同已生效？

笔者认为

一、关于合同约定经双方签字盖章生效，但当事人只有法定代表人签字，未经公司盖章，合同是否生效的问题。

合同约定签字与盖章两个条件必须同时满足时，在一种条件未满足的情况下，能否当然认定合同未生效？笔者认为不尽然，这种条件的缺失可以认为是合同签订过程中的一种瑕疵，但不代表有瑕疵的合同一定不生效。一方面，《合同法》规定了书面形式订立的合同自双方签字或盖章时成立，即法定要件为签字或盖章满足其一即可，因此只要符合法定最低要件要求，就具备了成立生效的基本条件；另一方面，在合同签订存在瑕疵的情况下，应结合双方当事人对合同的真实意思表示判断合同是否生效问题，若因存在瑕疵而导致合同自始至终没有履行，则可以推定当事人对合同的生效是持否定态度的，此情况下可以认定合同未生效。但实务中通常是合同已经履行或部分履行，后一方当事人出于自身利益的考量，主张合同因存在瑕疵而未生效，此时由于当事人已经实际接受了合同的履行，代表其对合同效力持肯定态度，则不可仅以合同存在瑕疵而否定合同效力。最高院在《合同案件审判指导》（增订版）一书中已明确：“约定签字且盖章二要件仅满足其一，但符合真实意思表示，则合同依法成立并生效”。

本文案例中，一审判决认定合同未生效的理由之一就是合同未经布吉投资股份公司盖章，但未考虑布吉投资股份公司实际接受了万事达公司支付500万元定金并出具收据的事实，因此一审法院的认定事实依据不足。

二、关于如何运用“当事人为自己的利益不正当地阻止条件成就的，视为条件已成就”的规定认定合同已生效的问题。

对于附生效条件的合同，在认定合同是否生效时，首先要考虑约定的条件是否成就，对于成就条件存在瑕疵或者条件不成就的，应进一步考量一方当事人是否存在恶意促成条件成就或不成就的行为，《合同法》第45条第2款明确规定：当事人为自己的利益不正当地阻止条件成就的，视为条件已成就；不正当地促成条件成就的，视为条件不成就。笔者认为，在判断当事人是否恶意阻碍条件成就时应当结合条件设立的目的、内容及条件成就的主要义



务承担一方所能尽到的促成义务等要素进行综合审查。

本案中，合同约定的另一生效要件为：万事达公司向布吉投资股份公司提供或与布吉投资股份公司签署本合同所列附件后生效。万事达公司的义务为提供或签署附件，字面上理解，二者并列关系，择一满足即条件成就，万事达公司已提供了相关合同附件，应视为条件成就。但布吉投资股份公司答辩称该生效条件的内涵系万事达公司需提供经合同双方以及相关关联方签字盖章的合同附件，各关联方在附件协议签字是确保双方能够实现订立合同目的的先决要件，以此认为条件未成就。即便假定布吉投资股份公司的答辩具有合理性，合同生效条件未成就，那么接下来就应当考量布吉投资股份公司是否恶意阻碍条件成就，这就要结合条件设立的目的综合进行判断。合同相关附件设立的目的在于约束万事达公司，对于万事达公司受让股权成为公司股东后要承担的义务作出安排，万事达公司为成就生效条件所应尽到的义务就是认可相关附件协议中对自身的约束，其在附件协议中签字盖章，可以认定已经接受了附件协议对自身约束的安排，为合同生效条件的成就作出最大限度的努力。至于布吉投资股份公司及其他关联方是否在附件协议中签字盖章，并非万事达公司能力所及的

控制范围，相反，布吉投资股份公司及其他关联方具备签字盖章的能力却拒绝签字盖章，且未能解释理由，足以说明布吉投资股份公司具有不正当地阻止条件成就的行为，合同生效条件已成就，合同已生效。

二审人民法院经审理，认定《股份（代理）转让合同》已生效，理由为：一、已有生效判决确认合同已成立；二、布吉投资股份公司是在召开股东会决议并经有关部门批准同意后签订的合同，转让股份是其真实意思表示；三、合同附生效条件已成就；四、布吉投资股份公司的一系列行为实际认可合同已生效。最终，二审判决撤销一审判决，确认合同有效，双方继续履行。

综上所述，笔者认为，附生效条件的合同，当条件的成就存在瑕疵时，不应机械地理解条件未成就，合同未生效，应全面考量双方对合同的真实意思表示、条件设立的目的、内容以及当事人对条件成就与否的事实行为等因素做出判断。关于合同效力的判断是结合了事实判断以及法律判断的整体性判断，诉讼实务中的重点在于对证据的综合运用、对法律的准确适用以及逻辑严谨的层层推演，最终以论理说服法官支持自己的诉讼主张。✎



辩护词写作的误区

——谈辩护词写作的定位与构思

■ 王九川 / 文

王九川律师简介

京都律师事务所高级合伙人、律师，先后兼任中华全国律师协会刑事专业委员会委员、秘书长，中国法学会会员，中国伦理学会法律伦理专业委员会常务理事、学术委员会副主任，北京市犯罪学研究会监事长，北京市律师协会商事犯罪预防与辩护专业委员会委员，中国社会科学院研究生院硕士研究生导师，西北政法大学刑事辩护高级研究院研究员，京都刑辩讲堂主任，刑民一体化司法研究中心联席主任，致公党北京市法律委员会委员等职务。



关于辩护词写作，我今天不作面面俱到的讲解，只谈我认为比较重要但易被忽视、被误解的几个问题，主要从定位和构思两个方面展开，其他的内容我们以后再交流。

先谈辩护词写作的定位，似乎还没有人谈过这个问题，“定位”非常重要。何谓“辩护词写作”，看似简单，如果要真正提高这项技能，确有辨析的必要。在有关刑事辩护技能的研讨中，类似于法庭辩论、阅卷等主题备受关注，而提及辩护词写作的很少，在众多的刑事辩护技能培训中，辩护词写作也大多被放在最后一项，也可能被省略掉，由此可以看出辩护词写作所处的地位。在很多人看来，不就是一种法律文书的写作吗？

通常的理解，既然是文书写作，就会有基本的模版，要遵循常见的文书写作规范，所谓有“起首、结语”，要“结构严谨”、“层次清晰”、“表达准确”之类，到处

都是这样的观点，虽然泛泛，也没有错，但如果把辩护词写作当作文书写作来看，未免有些狭隘了。我以为，对辩护词写作要有多角度的认识，我提倡律师在辩护词写作上要养成“四个意识”。

第一个意识，辩护词写作的重点不在写，而在于思考。

辩护词是作品，我们当有创作的态度。好作品是思考的结晶，写辩护词也要把时间多分配在思考上，上来不停地敲键盘，很难获得高质量的辩护词。在动笔之前，须有全方位的构思，落笔也不只是观点的陈列，而要在系统处理素材的过程中进行深耕。辩护人不仅要就“有罪”意见的回应内容进行系统整理，还要继续深挖疑难点，找到最理想的切入点，并且要考虑合适的表达方式。认真写的律师有这样的体会，越是沉下心来写，就越可能有好思路出来。在草稿出来后，我们要反复阅读，不厌其烦地修改，有时不要勉强自己，停下来，吃透了再写。

我和田老师办理过一个挪用资金案，案卷几百本，从证据体系上发掘，结合相关的法律规定，可以提出很多理由来论证单位行为的成立，起草完成后仍觉得不够精彩，其中写到租赁行为这一部分，经过反复修改推敲，田老师提出从“融资租赁”的角度来为行为定性，这一观点亮出来，参与这个案件的法律人感到耳目一新，很多似是而非的争议问题变得清晰多了。

有一起共同犯罪案件，我参加二审辩护，法院决定书面审理。在写辩护词时，因为证据材料相当杂乱，辩护观点显得不够系统，为了增强说服力，我决定放弃常规写法，在正面论证的同时借鉴归谬法，来进行两种逻辑的比对，设定有罪观点成立，由此拆解完成犯罪所需要的几个环节以及每个环节下必须完成的具体行为，接下来对证据进行分类说明，通过层层推论，暴露出有罪逻辑的几个要



害问题。二审法院裁定维持有罪判决，后来经过申诉，这个案件被改判无罪。

前一个案例是辩点上的突破，后一个是论证方法上的调整，如果少动些脑筋，只管按常规的思路和方法来写辩护词，那辩护的力度就要小的多。

第二个意识，辩护词写作不是独立的环节，写作行为与其他辩护行为应始终处于互动状态。

写作辩护词是对前期辩护工作总结、反思的过程，也是酝酿、调整后期辩护策略的过程。我曾为一起职务犯罪案件辩护，着手起草辩护词，“事实不清、证据不足，程序违法”，这些点都有了，写到一半停下，我发现在事实查证上还有空间，经过仔细回忆，我认为被告人、证人还是有所保留，还需要继续核实，于是再次会见被告人，让他继续回忆，提供更多的线索，会见后我再次寻找关键证人，在获得新的证言和原始书证后，申请延期开庭，辩护的发力点也因此作出调整，合议庭非常重视这些新证据，多数给予采信。

可见，辩护词写作这个环节启动了，并不意味着其他辩护环节的结束，写作中可能会发现新问题、新线索，类似阅卷、会见、调查取证以至申请延期开庭等多种辩护手段都可能再次被启动，一些辅助性工作，包括查询资料、研讨论证等等也可能继续进行，后期的策略性安排也可能会有新的变化。辩护人要养成辩护词写作与其他辩护手段互动的意识。

第三个意识，辩护词写作是法庭辩护的延续，要以说服阅读者（主要是裁决者）为目的，讲究书面说理技巧和沟通艺术。

和法庭辩护一样，使用书面文字表达也是以说服为目的，只不过这里的被说服者具有阅读者的身份，包括合议庭法官，可能也包括其他参与讨论、对案件有影响的人，所以在写作中不要忽略受众的这一特点，要多考虑阅读者的感受，注意把握书面沟通技巧，不要自说自话，不要盲动。

如果是庭前起草辩护词，那么要结合出庭辩护方案来统筹考虑辩护词的结构、内容、语言风格等等，那就不是单纯的书面语写作，而是法庭发表辩护意见的底稿，当然，也要考虑庭后修改、提交的可行性。如果是庭后起草、修改辩护词，更不要忽视这份书面辩护意见对于后期诉讼的影响。

辩护词的提交一般是在庭审之后（也有要求辩护人庭前提交的情况），不少辩护人整理完辩护词，当作书面作业寄给法官，有的是庭前写好稿子，休庭后在法庭里直接交给书记员，这似乎标志着辩护活动的各项规定动作的完结。但是，庭审结束并不意味着辩护的结束，也不意味着书面辩护词只是法官写判决时摘录辩护意见的文本，书面辩护意见常常还是会被合议庭成员以及相关人士拿去研究，辩护人不能因为臆测他们可能不会认真阅读辩护词就对写作持应付的态度。庭后对辩护词的审阅、评议、汇报、讨论等一系列环节，是对辩护意见进一步理解、消化和评估的过程，你人不在场，但你的文字就是无声的辩护，纸谈也是有意义的，不可放过这样的机会。

近些年来，法官对书面辩护意见的重视程度要早于从前，尤其是争议大的疑难案件，不少法官还是希望看到有质量的辩护词，有时因为庭审时间的限制，辩护人没有足够的发言时间，法官也会要求提交系统的书面辩护意见。那些低质量的辩护词，实际上削弱了辩护效果，让法官失望，也辜负了当事人的信任。

所以，辩护词写作关系到出庭辩护和庭后辩护的质量，也关系到全案有效辩护的效果，还是前面讲的那层意思，不要将辩护词写作孤立化，要置于辩护的全流程中看待，辩护词写作与其他辩护活动是同一个系统工程的部分。

前面是就案件辩护的价值来谈辩护词写作的定位，这里再补充一点，也算是第四个意识，即就辩护技能或者说执业技能而言，律师应把辩护词写作当作提升思维能力、情绪能力的重要手段。

关于能力结构，有多种分类法，我这里不展开讲，只强调这两个角度。

其一，通过严格的辩护词写作训练，辩护律师不仅在文字水平方面获得长进，思维能力也会得到不同程度的提升。有人说辩护律师嘴岔子厉害，主要靠嘴吃饭，我说写也很重要，文字糊涂，不仅是语文功底问题，往往还是脑子不够清楚，需要通过认真的写作来改造自己的大脑。擅

长思辨的哲学家往往是作家，不少政治人物的文字能力也堪比作家，很多优秀的法律人都能说会写，辩护律师不要在这方面出现短板。对每一次的辩护词写作，我们都要当作一次思维能力训练课。写作就像炼钢，把你前期工作积累的原料投进去，通过严密的工艺，熔炼出成品，出现质量缺陷，我们就要检讨前面的环节，查看在理解、分析、比较、推理等诸多方面的不足，加以改进。

其二，所谓情绪能力，狭义的讲，是情商，广义上有更丰富的内涵。我们应该意识到，辩护词是沟通的载体，写作者要换位感受阅读者的阅读体验，要对自身的个性有一定的了解，在写作表达中扬长避短，不能完全按着自己的性子来。要增强书面辩护意见的说服力，需要加强共情能力和自我调解的能力。当然，写作过程中，你可能也会发现自己在其他的辩护活动中暴露出的情绪能力上的薄弱点。

所以，每一次辩护词写作，我们可以把它当作一次辩护实践的总结课、执业能力的训练课，当作一次自我修炼的机会。

我们再来谈谈如何构思辩护词。

在辩护词写作实践中，很多朋友习惯提笔就来，反正前期工作积累的材料不少，辩点也了然于胸，写就是了。前面我们谈到，要把辩护词写作当作全程辩护的动态行为之一来定位，那么还是要做一个胸怀辩护全局的写作者，而不是伏案埋头写作业的人，要尽量避免量产模式化的、枯燥的法律文书，追求产出有力量的、可能影响诉讼进程与结果的辩护词，这样我们的构思就会有格局。

按照前面的思路，我这里提供几个构思的参照角度，供各位思考。

（1）关于文体特点

辩护词是什么文体，论文，议论文，还是演说？辩护词就是辩护词，以说服为目的，似乎有些演讲的特点，在严谨方面又比得上论文，但也有别于论文，因为承载辩护的功能，所以要突出论辩特征。辩，重在驳斥控方的观点和理由，论，不要忽视逻辑上的自洽，辩、论要易于传达、理解，体现说理特点。有些写惯论文的同道，忽略了这一点，把辩护词演绎成学术论文，如果是事前写好的，法庭辩论就变成念论文稿子，很沉闷，令庭上各方不胜其烦。就个案而言，在构思时需要根据需要调整文体风格的倾向，比如，法官很重视这个案件的法理阐释，那不妨多借鉴论文的特点，若案件本身的焦点就在某个事实、某几个

证据上，那就考虑多体现辩论的特征。

（2）关于受众

辩护词体现为对起诉书及公诉意见的反驳，你是在和控方辩论，但信息的主要接收者为法官，以及可能影响案件的其他受众。每一起案件，都有其发生的原因、背景，办案人员、诉讼参与人也有其各自的特点，对信息的反应和接受程度也会不同。在辩护实践中，有经验的律师会关注地域文化、案件的起因、办案人员的风格、当事人的认知等等，观察的心得也会不同程度体现到书面辩护意见中去。所以，要考虑到辩护词受众的群体特征、个体特征，把握好说理的角度和方式。

这方面负面的例子不少，比如有的律师写辩护词，习惯于抨击、教训的口吻，动不动就扣帽子，或者在平和的文字中突然冒出几句过激言辞，以为这样很有震慑力，似乎也替当事人出了一口气，我们不能因为辩护词的核心受众不在眼前就松懈了，就可以不考虑沟通技巧，只顾自嗨，那往往适得其反。

（3）关于内容

我们经常看到，一个刑事案件可供辩护词使用的“素材”很多，对内容的取舍、组织就很重要，要多做权衡，因地制宜，不能各种枪炮弹药猛放一通，要做到大小轻重武器、弹药的有效匹配。比如，对起诉书的指控意见和控方证据材料，有些需要详细回应，有些则点到为止；对庭上公诉意见要作出有效归纳，回应要突出重点、焦点问题，那些在庭上没有回应或者没有说透的部分，可以书面补充。还有，在案件程序、背景方面，可能经常遇到敏感问题，要妥善表达，如果庭上没有允许充分阐述，可以在写作时作补充，当然，有的观点适合在法庭上讲，不宜完全落在纸上，有的宜说不宜写，有的宜写不宜说，有的宜说又宜写，这些都需要仔细斟酌。

（4）关于结构

有不会做刑事的律师，请我提供辩护词的模板，我说没有模板，只有一些参考的文本，写辩护词不要过于套路化。

就辩护词的结构来看，我归纳为这几种常用模式：犯罪要件式、证据辩护式、程序辩护式、焦点问题式、情理辩式以及混合式。

前三种好理解，无需解释，其中最常用的是前两种。



恢复辩护制度以来，犯罪构成四要件体系几乎成为辩护词的标配结构，至今还被普遍使用，偶尔会见到三阶层体系的使用。随着刑事证据规则的逐步建立，事实、证据辩成为主流，体现在辩护词上，围绕指控证据体系展开的情况较为常见。尽管实践中程序违法的问题不难发现，但完全以程序辩护为内容的辩护词并不多。

所谓焦点问题式，就是抓住争议的主要问题直接进入论辩，对于那些争议较小、对案件结果影响不大的，少说甚至不说，这种写法难度高一些，需要较强的逻辑能力、表达能力。以情理辩为主体的辩护词也不多见，有些律师认为案件本身辩点少，胜诉几乎无望，便从犯罪起因、主观恶性、社会影响等方面入手，采用讲故事、谈伦理的手法来组织文字，这种做法易流于煽情，风险较高。将以上多种模式混合使用的，在辩护词写作中也较常见，辩护人可以根据需要自由设计全文结构，但容易出现条块堆积的现象，要做到有机的融合，不容易。

在实践中，不少律师已经把辩护词过度模式化了，有的近于八股文，要根据案情需要，多尝试不同的写法。

（5）关于语言

语法和修辞，是写作的基础问题。语法我们就不谈了，这不属于构思部分，可在基础训练中讲解，实践中问题不少，可以说是千奇百怪。关于修辞手法的使用，我们在语文课上都学习过，这些在构思时可以有所考虑，主要

在下笔后来发挥。在构思阶段重点考虑的是语言的风格取向，把前面讲的文体、受众、内容、结构等构思成熟，语言的风格也就自然形成了。当然，语言风格也与本人的个性有关。

关于口语、书面语的风格选择，有不同的处理方式。有人认为，法庭辩论稿偏于口语化，辩护词偏于写作风格，可以是两个版本，各有优势，我提倡还是尽量统一为一个稿子，兼顾两种效果，当然，这也不是一成不变的做法。另外，如果认为当庭的第二轮辩论发言自成体系，需要突出其中的观点，有些舍不得，也可以整理成第二份书面辩护意见。不管怎么写，要以法言法语为基调，自然流露，保留一些现场感。近年来，我在辩护词写作中尝试增加一些个性化的成分，有一定的效果，这些我们将来结合法庭辩论技巧来谈。

以上是构思方面的几个要领，实例就不多举了。记住，无论我们怎样写辩护词，都离不开一个原则，就是不要盲目自我表现，不要炫技，要以维护当事人的合法权益为目的，追求有效辩护。

今天从定位、构思两个角度来解读辩护词写作，供各位参考，具体的操作技巧以后我们再分期交流。辩护词写作是费心力的工作，习惯于走程序的律师可能不愿下这样的功夫，有的同道用了心思，还没有体会到其中的乐趣，我希望更多的律师重新认识并热爱辩护词写作，养成良好的意识，把辩护词写作的格局放大，一定会有收获。

所谓有“起首、结语”，要“结构严谨”、“层次清晰”、“表达准确”之类，到处都是这样的观点，虽然泛泛，也没有错，但如果把辩护词写作当作文书写作来看，未免有些狭隘了。我以为，对辩护词写作要有多角度的认识，我提倡律师在辩护词写作上要养成“四个意识”。

《公司法》与《民法典》婚姻家庭编的交叉适用（一）

——夫妻财产共同制下股权及收益的认定及分割

■ 宇文鸿雁 刘奕轩 / 文

宇文鸿雁律师简介

京都律师事务所高级合伙人，办理数百件大额民商事诉讼案件；在民商事争端处理中引入谈判机制大量案件以调解、和解方式解决，减少当事人诉累的同时最大限度的维护其合法权益。专业领域为公司类诉讼案件，股权纠纷、刑民交叉案件、合同纠纷等诉讼领域；在高净值人士家事法律风险防控及纠纷解决、家族企业股权结构设置领域有丰富的办案经验。



在离婚纠纷中，因股权类资产与其他实务类财产的性质不同，形式多样，对于夫妻共同财产的认定及分割方式一直是司法实践中的难点。如何认定夫妻共同财产及如何分割，《民法典》1062条及最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》婚姻家庭编的解释（一）做了相应的规定。然司法实务中，针对不同的资产类型及出资来源，有不同的认定标准。

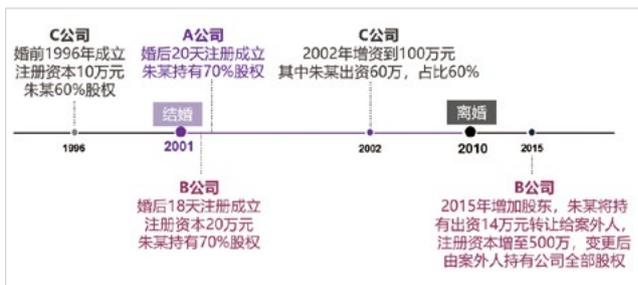
本文将以“董某与朱某离婚后财产纠纷二审（案号：（2018）京01民终8635号）”一案为例，解析夫妻一方分别在婚前和婚后持有有限责任公司股权的情况下，如何认定该股权为夫妻共同财产及如何分割股权及收益。

一、案件事实

董某与朱某于2001年1月23日登记结婚，于2010年5月13日签署《离婚协议书》经民政局协议离婚。协议中未对案涉三家公司的股权作出分割，后董某提起离婚后财产纠纷诉讼。

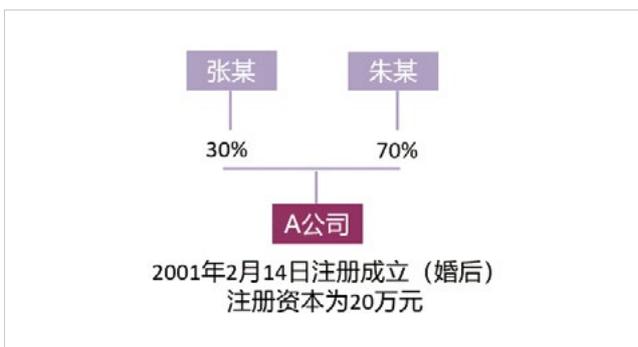
本案主要诉争的三家有限公司分别以A、B、C代称。

A、B公司系结婚后成立；C公司为婚前成立，2002年增资后，朱某在C公司的出资额由6万变更为60万，增资部分对应54%的股权（见下图）。



三家公司的股权架构图如下：

A公司：



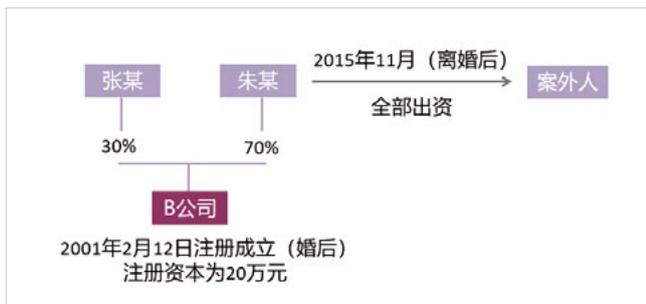


刘奕轩律师简介

京都律师事务所律师，毕业于香港大学，获得普通法硕士学位。执业领域主要为民商事争议解决，参与办理过多起公司客户的民商事诉讼案件，担任过多家企业的法律顾问，法律服务行业涉及能源、汽车、媒体娱乐、文旅等多个领域。



B公司：



C公司：



二、各方主张

董某诉请要求分割朱某持有的以下股权及收益：

1.A公司70%的股权，以及婚姻关系存续期间该股权的收益，要求分割股权对应的价值；

2.B公司70%股权的股权转让款，以及婚姻关系存续期间该股权的收益；

3.C公司54%的股权，以及朱某持有60%股权在婚姻关系存续期间的收益，并要求直接分得股权。

朱某的答辩意见：

A、B、C公司均是在朱某与董某结婚前成立，且成立公司都是使用朱某的婚前个人财产，故朱某持有的股权均不是夫妻共同财产，不应分割。

三、争议焦点及裁判要旨

序号	争议焦点	结论	理由
1	朱某持有的A、B、C公司的股权是否属于夫妻共同财产	A、B公司股权不属于夫妻共同财产 C公司婚后增资部分股权属于夫妻共同财产	1. 婚前申请设立； 2. 朱某婚前个人财产完成出资验资； 3. 股权为其婚前个人财产在婚后的形式转化 朱某增资发生在婚后，增资的54万元对应的C公司54%的股权应属朱某与董某的夫妻共同财产
2	朱某持有的A、B、C公司股权在婚姻关系存续期间产生的股权收益是否属于夫妻共同财产	属于夫妻共同财产	朱某在婚后实施经营行为，由该股权产生的收益应属夫妻共同财产

焦点一：朱某持有的A、B、C公司的股权是否属于夫妻共同财产？

裁判要旨：

1.A公司、B公司股权不属于夫妻共同财产

两家公司均在登记结婚前申请设立并用朱某婚前个人财产完成出资验资，虽然上述二公司在婚后注册成立，但是朱某持有的上述公司股权为其婚前个人财产在婚后进行的形式转化，上述诉争公司股权不属于夫妻共同财产。

2.C公司婚后增资部分对应股权属于夫妻共同财产

朱某在与董某结婚后，对该公司进行了增资并出资54万元，其中该54万元对应的C公司54%的股权应属朱某与董某的夫妻共同财产。该公司另一股东朱某2未明确放弃股权的优先购买权，董某坚持主张分得股权，而非要求朱某给付折价款，法院对董某的诉讼请求无法支持。

焦点二：朱某持有的A、B、C公司股权在婚姻关系

存续期间产生的股权收益是否属于夫妻共同财产，是否应予分割？

裁判要旨：

1. 朱某婚前持有的三家公司股权在婚内产生的收益属于夫妻共同财产

朱某持有的A、B公司股权及C公司6%的股权虽属朱某的婚前个人财产，但朱某在婚后实施经营行为，由该股权产生的收益应属夫妻共同财产。

另外，需注意的，董某作为原告主张分割该部分收益，但没有提交证据证明三家公司在婚姻关系存续期间存在股权收益。此外，朱某提交的三家公司在婚姻关系存续期间的利润表反应出三家公司的利润较少，且上述股权收益亦可能转化为夫妻财产的其它形式或进行消费，因此董某的主张未获法院支持。

2. 朱某婚内持有的C公司股权和由此产生的收益均为夫妻共同财产

朱某持有的C公司54%的股权应属与董某的夫妻共同财产，产生的收益亦应属与董某的夫妻共同财产。法院认为，夫妻双方就出资额转让份额和转让价格等事项协商一致后，公司其他股东过半数不同意转让，但愿意以同等价格购买该出资额的，法院可以对转让出资所得财产进行分割。过半数股东不同意转让，也不愿意以同等价格购买该出资额的，视为其同意转让，该股东的配偶可以成为该公司股东。^[1]本案中，另一股东主张优先购买权的情况下，董某坚持主张分得股权，而非要求朱某给付折价款，法院对董某的诉讼请求无法支持。

四、律师解析

（一）夫妻一方利用其婚前个人财产出资设立有限公司，公司在婚后注册成立的，一方持有的股权是否为夫妻共同财产？

我们认为该部分股权不属于夫妻共同财产。虽然公司在婚后注册成立，但只要出资来源于夫妻一方的婚前个人财产，则该出资对应的股权实为婚前个人财产在婚后的形式转化。认定股权是否为夫妻共同财产，本质上仍然要根据出资来源为一方婚前还是婚内来判断，而不是根据公司

的实际注册时间来确定。

（二）一方在婚姻关系存续期间利用夫妻共同财产向有限公司出资的，其持有的股权是否为夫妻共同财产？

一方在婚姻关系存续期间利用夫妻共同财产向有限公司出资的，对应的股权属于夫妻共同财产。婚姻关系存续期间一方向有限公司增资的，增资部分对应的股权亦属于夫妻共同财产。

考虑到有限公司的人合性以及从保护公司其他股东权益的角度出发，离婚时非公司股东的配偶一方不能直接请求分割股权，需遵循《公司法》向股东以外的人转让股权的规定和程序。分割方式按照《婚姻家庭编的解释（一）》^[2]第七十三条的规定进行处理。具体处理办法为：

夫妻双方协商一致转让出资额给配偶：

1. 其他股东过半数同意，且放弃优先购买权→配偶成为公司股东。

2. 其他股东半数以上不同意：

（1）愿意以同等条件购买该出资额→法院对转让出资所得财产进行分割。

（2）不愿意以同等条件购买该出资额→视为同意转让，配偶成为公司股东。

（三）婚姻关系存续期间的股权收益是否为夫妻共同财产？

夫妻一方在婚前和婚姻关系存续期间持有的股权在婚姻关系存续期间产生的收益属于夫妻共同财产，此收益为夫妻一方在婚姻关系存续期间实施的经营行为产生的收益，符合《民法典》第1062条关于夫妻在婚内生产、经营、投资的收益属于夫妻共同财产的规定。

在实务中，对于有限公司股权收益的分割存在一定难度，需由提出分割主张的一方证明存在收益，而事实上非公司股东一方往往不在公司任职，难以接触到公司的经营资料，很难收集到相应的证据，进而其主张很难得到法院支持。

需要注意的是，如果有限公司在经营期间产生利润，未经公司内部管理程序进行利润分配，也无法在离婚纠纷中直接分割。按照《公司法》规定，有限公司的利润并不



当然是股东的财产，还需履行内部程序，经过公司股东会作出分红决议，才能成为股东的财产。

结语

本文通过一则典型案例解析了夫妻一方在婚前和婚姻

关系存续期间持有的有限公司股份及产生的收益是否属于夫妻共同财产的认定及分割问题，认定依据为《民法典》《婚姻家庭编的解释（一）》的相关规定。

实务中，因有限公司存在未分配利润，但公司股东会未作出分红决议，股东在离婚时如何分割及法院如何处理该部分利润？我们下期将继续和大家分享。✎

注释：

[1] 依据为《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第十六条，现已失效，已被《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（一）》第七十三条代替。

[2] 全称为《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（一）》。



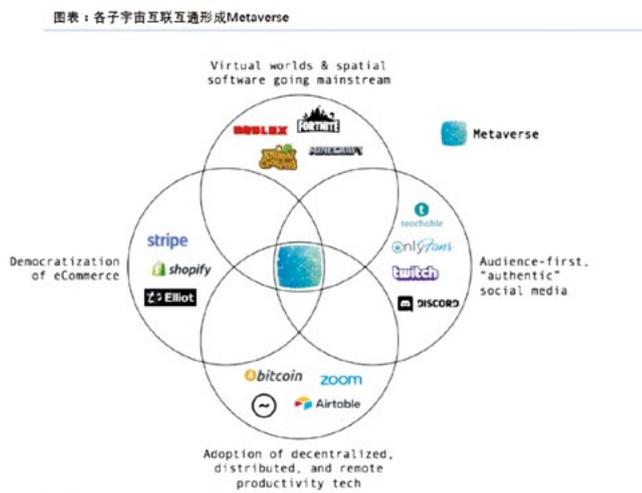
“元宇宙”面临的七大法律问题

■ 刘立杰 梁禹霖 钱浩 张伟 / 文

一、元宇宙降临

(一) 元宇宙：下一代互联网？

元宇宙（Metaverse）是一个诞生于科幻作品中的概念，2021年10月28日，马克·扎克伯格正式宣布将“Facebook”公司更名为“Meta”后，元宇宙话题热度飙升，由虚拟降临到现实。



资料来源：Pulsar, 东吴证券研究所

图源：《了解一下，元宇宙的三大特质！》社区营销研究院
<http://www.woshipm.com/it/5195706.html>

目前尚未形成关于元宇宙概念的权威定义，有观点认为元宇宙是实时同步，联系虚拟与现实的下一代互联网，如扎克伯格将其称为实体互联网，马化腾将其称为全真互联网。也有观点认为元宇宙可以看做是当前世界的延伸，是一个脱胎于现实世界，又与之平行、相互影响的在线虚拟世界。^[1]还有观点认为，元宇宙可以看做是当前世界的延伸，既不是平行世界，也不是完全的虚拟世界，而是现

实和虚拟的结合，是一个与现实世界平行存在、相互连通、各自精彩的模拟世界。^[2]目前比较理性的认识是，零碳元宇宙智库Meta创始人陈序提出的，“元宇宙是人以数字身份参与和生活的可能的数字世界。”

作为元宇宙概念上市第一股的罗布乐思（Roblox）明确提出元宇宙定义的八大要素，即“身份、朋友、沉浸感、低延迟、多元化、随地、经济系统、文明。”

Roblox元宇宙定义的八大要素	
身份	拥有虚拟身份，无论与现实身份有没有相关性
朋友	在元宇宙中拥有朋友社交，无论在现实中是否认识
沉浸感	能够沉浸在元宇宙的体验当中，忽略其他
低延迟	元宇宙中的一切都是同步发生的，没有延迟性
多元化	元宇宙提供多种丰富内容，包括玩法、道具等
随地	可以随时随地适用任何设备进入元宇宙
经济系统	元宇宙拥有自己的经济系统
文明	元宇宙应该是一种虚拟的文明

注：整理自Roblox招股书及相关新闻

二、元宇宙：资本新风口？

2021年3月，元宇宙概念第一股罗布乐思（Roblox）公司在纽交所上市，上市后市值超500亿，元宇宙概念在资本市场爆发出巨大能量。随后，腾讯、网易等多家国内游戏公司也纷纷对其展开布局。^[3]元宇宙概念集中爆发后，绿洲VR创始人尹桑表示，差不多连续两个月，几乎每天都有资本找上来，询问项目进展以及投资意向。^[4]

2021年11月2日，微软介绍了其在元宇宙、人工智



刘立杰律师简介

京都律师事务所合伙人，中国政法大学刑法学博士，中国社会科学院大学法学院实务导师，教育部全国青少年普法网专家库成员，腾讯财经专栏特约作者。刘立杰律师2007年进入首都某中级法院工作，具有基层、中级、高级和最高人民法院四级法院工作经历，2017年辞去公职加入京都。刘立杰律师具有深厚的法学理论功底和丰富的司法实务经验，出版专业著作多部，并在《人民法院报》《人民司法》《中国法律评论》《中国审判案例要览》和香港《文汇报》《大公报》等报刊媒体上发表专业文章50余万字；参与办理各类案件超过1000起，其中多起重大、疑难、复杂案件被中央电视台、北京电视台、财新网、腾讯网、搜狐网等媒体关注报道。



宇宙基本的六大支撑技术，包括交互技术、区块链技术等、物联网技术、人工智能技术、网络及运算技术和电子游戏技术，为人类的未来提供了一种最直观的可能。

底层技术	相关概念	元宇宙分支
区块链技术	NFT	元宇宙资产
交互技术	数字孪生	工业元宇宙
电子游戏技术	VR游戏	元宇宙游戏
	沙盒游戏	
人工智能技术	人工智能	元宇宙社交
		元宇宙生活
		元宇宙体验
网络及运算技术	远程办公	元宇宙办公
	工业互联网	工业元宇宙
物联网技术	产业互联网	产业元宇宙

图源：《10个问题说清楚，什么是元宇宙》微信公众号“解析元宇宙”

其中，交互技术是提升元宇宙沉浸感要素的重要技术，区块链技术是元宇宙去中心化交易系统实现的必要技术，网络及运算技术的完善有助于改善延迟和突破终端性能的限制，人工智能是提升元宇宙内容质量的重点抓手，物联网技术是元宇宙与现实结合的必经之路，电子游戏技术是元宇宙最初的入口，也是“梦开始的地方”。

能、云计算与大数据、混合办公、数字化转型与数字安全等领域所开发的创新技术、应用领域和行业场景，正式宣布进军元宇宙领域。

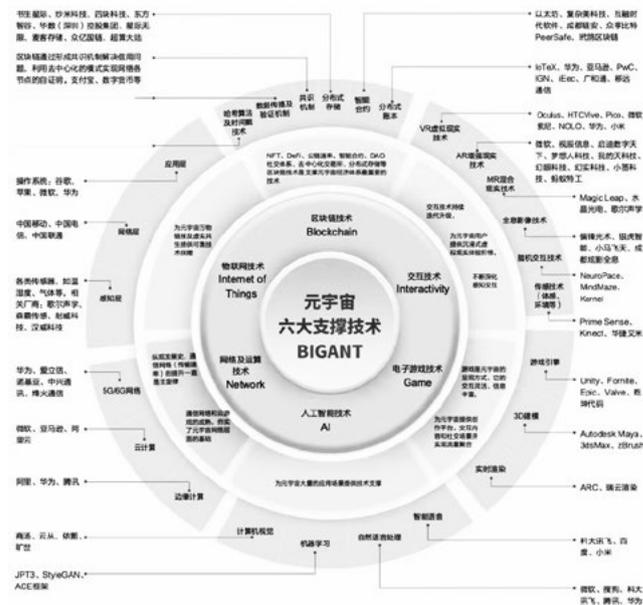
2021年11月9日，英伟达GTC 2021大会上，创始人兼首席执行官黄仁勋宣布发布人工智能阿凡达平台（NVIDIA Omniverse Avatar）及许多相关软硬件项目，有报道称英伟达在这次GTC大会上坚定了进军元宇宙的决心。^[5]

元宇宙概念如同催产剂一般，加速了资本孵化的进程，并且在未来可能会吸引更多的资本关注。

三、元宇宙：人类新未来？

有人说元宇宙是人类文明的一次内卷，也有人说元宇宙代表了人类的未来。争论也许会一直持续下去，但我们认为元宇宙至少为人类的未来提供了一种看得见的可能。

元宇宙之所以成为众多巨头布局的重点，正是由于元



图源：《元宇宙通证》，赵国栋、易欢欢、徐远重著，中译出版社

梁禹霖律师简介

京都律师事务所律师，执业以来一直专注于刑事辩护领域，擅长新型信息网络类犯罪的辩护，参与多起重大、疑难、复杂的信息网络类、经济类犯罪案件辩护，辩护效果良好。以其扎实严谨的工作作风，耐心细致的工作态度，获得当事人高度认可。



钱浩简介

京都律师事务所实习律师。

张伟简介

京都律师事务所实习律师。

正如外交学院的施展教授所言，“元宇宙是属于第三层次的真·分布式数字世界”。与地理大发现、工业革命和计算机革命类似，我们处于一个充满了不确定性的时代，技术变迁引领人的观念提前进入了新的时代，这种观念与时代的矛盾会不可避免得带来既有秩序的失衡与重构。

全球疫情背景下，各国的经济发展与生活均受到极大影响，元宇宙概念的兴起正是科技和资本对此进行的一种回应。我们认为，元宇宙的各项基础性技术仍未完全成形，元宇宙更像是在疫情冲击下科技文明生出的早产儿，其未来是否能“长大成人”健康发展，一方面取决于技术的进步与突破，另一方面取决于法律和政策对其的引导与规范。

二、元宇宙面临的七大法律问题

（一）元宇宙的元规则

1. 元宇宙的双重规则

元宇宙中的元规则至少应包括技术规则与社会规则。一方面，元宇宙是依托软硬件技术形成的虚拟世界、技术世界，需要遵守支撑整个元宇宙世界存在的技术规则。代码、算法、存储运行设备等是构成元宇宙的基本要素，某种程度上来说，科技是元宇宙的造物主，只有遵守科学技术的规则，元宇宙才能存在。同时，作为技术规则存在的元规则可能是确定且不可修改的。另一方面，元宇宙只有在人类参与后，才成为完整的元宇宙。社交是人类的基本需求，人类必将在元宇宙中建立起新的社会，这种新生的社会，需要一种元规则的存在，这种规则可以是写入代码中的，也可以是只存在于元宇宙社会中的。同时，元宇宙与现实社会有着紧密的联系，只有发现或创设了元规则后，元宇宙才能和现实社会建立起稳定的良性关系。

2. 元规则的制定者

元规则的制定需要每个元宇宙主体的参与。从社会发展的历史上来看，传统意义上规则的制定者往往是主权国家，并且专属于主权国家，在互联网时代科技巨头则对规则制定产生了不可忽视的影响。

在元宇宙中，国家与科技巨头可能都会对元宇宙规则的制定产生影响，但可能没有一个主体能在元宇宙中拥有绝对的规则制定权威。如此，元规则的制定者就具有了更多的可能，也就需要更多个体的参与。在元宇宙中，每个个体都可以是元规则的制定者，这也意味着，元规则很可能是元宇宙中每个个体的共识。

3. 元规则的形成：群体共识

元规则的形成主要依靠群体共识，同时也需要充分考虑现实世界的规则。元宇宙是一种分布式数字世界，即去中心化的世界。在去中心化的模式下，主导整个世界的是群体共识，即群体共识就是元规则。群体共识本身也是以分布式存在的，没有主体能够控制群体共识，它可以因为某种原因建立，也可以一哄而散，维系群体共识模式存在的基础是信用。正如国际法与行政法领域的“软法”概念，元规则本身也是分布式的，从长期来看，并不会永



远适用于元宇宙的元规则存在，但阶段性来看，元规则又总是清晰有效的。

此外，元宇宙与现实世界有着无法割断的联系，元规则也必然要受到现实世界法律、道德等规则的影响，需要思考的是，在代表着未来的元宇宙中，既有的现实世界规则，该以怎样的面孔出现，又该保留多少内容。

（二）元宇宙的责任主体

1. 元宇宙中的“人”

元宇宙中的“人”能够独立于现实世界存在。元宇宙中的人主要指现实世界的人借助技术手段在元宇宙中拥有的虚拟存在。由于元宇宙并不会对虚拟存在的数量进行限制，因此现实世界的人在元宇宙中往往会拥有多个对应的虚拟存在。同时由于元宇宙具有匿名化的特征，即使每个现实世界的人只拥有一个对应的虚拟存在，在元宇宙中也可以以多种身份活动。

元宇宙中的人与现实世界的人具有一定的独立性，元宇宙并非对现实世界的全面复刻，在元宇宙中，人的身份与行为可能并不会受现实世界的全面约束。即，元宇宙中的人有时只存在于元宇宙中，元宇宙中的人有时是在元宇宙中独立承担责任的主体，而与现实世界无关。

2. 元宇宙中的“组织”

元宇宙中的“组织”既可能是现实世界组织的延伸，也可能是独立于现实世界的。元宇宙中的组织至少包括两种类型：一种是作为现实世界组织的延伸而存在，另一种是完全存在于元宇宙中。

作为现实世界组织延伸而存在的组织，与现实世界中的人在元宇宙中的延伸可能并不完全相同，因为存在于元宇宙中的组织有的可能会与现实世界的组织有明确的对应关系，其所实施的大部分行为并不是独立存在于元宇宙中的。由于现实与元宇宙身份的连续性，以这种样态存在于元宇宙中的组织，仍面临着与现实社会类似的机遇与挑战。

作为完全存在于元宇宙中的组织，由于其并没有明确对应的现实组织，所以更类似独立的元宇宙人，其相关的权利、义务和责任，可能仅仅发生于元宇宙范围内，不会延伸到现实世界中。

3. 元宇宙的“原住民”

“人工智能”等可能存在的元宇宙原住民会使元宇宙面临的主体问题异常复杂化。正如某视频平台上线的“柳夜熙”角色，元宇宙也可能有着自己的原住民存在。随着元宇宙的逐步建成，“人工智能”也可能以独立主体地位出现在元宇宙中。

这种完全脱离现实世界主体的存在，使得元宇宙中的主体情况更加复杂。即使认为“人工智能”不应在现实世界承担责任，而应由其开发者或运营维护者承担，但在元宇宙中，这一思路并不能当然适用。

进一步来看，“人工智能”作为元宇宙的原住民，也可能组成完全存在于元宇宙中的组织，这就使得元宇宙中的元规则设立面临更大的挑战，也使得元宇宙中的责任主体问题进一步复杂化。

（三）元宇宙中的财产

1. 虚拟物品

虚拟物品的财产属性与权利界定是元宇宙的重要问题。元宇宙中的所有物品几乎都是新创的，同时也是虚拟的。与传统现实社会中的物权不同，即使在初始阶段，元宇宙中的物品也不以占有宣示其所有。

抛开元宇宙中的虚拟物品是否具有财产属性不谈，元宇宙中的物品本身是一边被创作一边存在的，元宇宙中的主体只是拥有公开的所有权外表，根据数据衍生出的虚拟物品很可能实际上并不为其所有。正如一些游戏中的装备，玩家对装备进行转让并不是将数据或代码转让给另一名玩家，而是在该段代码或数据上添加相应的所有权象征。因此，元宇宙中的物品可能不能当然地适用现实世界中的财产法。

同时，目前我国《民法典》虽然对虚拟财产进行了规定，但仅在总则第一百二十七条设立了原则性条款“法律对数据、网络虚拟财产的保护有规定的，依照其规定。”虚拟财产在现实世界中的法律中，尚无更明确的规范。

此外，元宇宙中存在的部分物品可能是单纯算法重复的产物，即具有可复制性，并可以低成本重现，这一部分物品的财产性质具有一定的可讨论性。此时存在的主要问题是，一件物品在元宇宙内被视为有价值的财产，但在现实世界评

价中其不应被视为有价值的财产时，应当如何处理？

因此，元宇宙中的虚拟物品主要面对两大问题：一是虚拟财产的范围，即该以何种标准评价虚拟物品是否属于虚拟财产；二是虚拟物品的所有与占有关系问题，即如何在元宇宙中确定权属。

对于这一问题，可以借鉴NFT的处理逻辑。NFT是英文Non-fungible Token的简称，中文译为“非同质化代币”。NFT是存储在数字账本（Digital Ledger），即更为人熟知的区块链（Blockchain）上的数据单元。由此得以确定其为具有唯一性的数字资产。^[6]由于NFT是非同质化的，其天然具备稀缺性，具有其独特的经济价值。NFT的购买者并不会排除其他主体对NFT的复制粘贴甚至是使用，只是在以太坊或类似环境中可以证明其所有者身份。这与元宇宙中的虚拟物品具有高度的相似性，相信其对元宇宙中虚拟财产制度的发展与完善将产生重要影响。

2. 数字货币

一般等价物是经济活动的基础，而数字加密货币可能在元宇宙的交易活动中发挥重要作用。作为完整的世界，经济活动极大可能会在元宇宙中发生。货币是经济活动的基础条件，在去中心化的元宇宙中，数字加密货币是元宇宙货币的一种可能。

依托区块链技术，目前的数字加密货币也已实现去中心化。虽然数字加密货币概念中包括货币两个字，但其本质上只是一种使用密码学原理来确保交易安全及控制交易单位创造的交易媒介，其与一般等价物之间尚不能完全等同。但即便如此，在同样以去中心化为重要特征的元宇宙中，数字加密货币具有天然的契合性。在元宇宙中，数字加密货币目前主要面临的交易效率问题与交易波动性问题可能会得到改善，元宇宙可能也需要这样一种去中心化的固定交易媒介存在。

3. 元宇宙财产现实化

元宇宙财产与现实世界财产产生关联将会引发诸多新问题。元宇宙不是完全独立于现实世界存在的，元宇宙中的人也不是完全与现实世界无关的，因此元宇宙的财产也必然要与现实世界发生关联。这就涉及到元宇宙财产与现实世界财产间的交换关系。

在元宇宙内，财产的价值并不是恒定的，其主要由群

体共识或交易双方共识决定，这种价值确定方式类似于目前现实社会中收藏品、艺术品的价值确定。但如果将元宇宙内的一切都视为收藏品、艺术品，自然是不合理的，从对现实世界经济秩序的影响来看，可能也是弊大于利的。因此，即使元宇宙财产与交易媒介问题能够基本解决，仍将面对元宇宙财产现实化的问题。

（四）元宇宙中的交易

1. 基本模式：智能合约

智能合约与元宇宙具有高度契合性，但本身也存在缺陷。目前来看，未来元宇宙中的交易很可能以智能合约为基础模式。根据其首倡者尼克·萨博的界定，智能合约是一套以数字形式定义的承诺，包括合约参与方可于其上执行这些承诺的协议。^[7]区块链上的智能合约具有去中心化、不可篡改、去信任等特点，可自由与多种数据和资产匹配，能够实现安全高效的信息交换、价值转移和资产管理。^[8]

与传统交易合同相比，智能合约追求的核心并不是法律效力，而是交易双方意思表示的自动执行，即把交易双方的意思表示编写为特定代码，并在符合条件时由软件自动执行。严格来说，智能合约并非法律意义上的合同，只是意思表示的数字表达。但由于在区块链上，这种被转化为代码的意思表示会被软件自动执行，并不可逆转，实际上产生了合同的效果。

在数字搭建的元宇宙中，智能合约可能会发挥重要的作用，因此智能合约本身存在的代码瑕疵、代码漏洞风险也将成为需要解决的问题。

2. 交易模式对权利的影响

从智能合约的特征来看，其在区块链上的展开是为了解决陌生人交易中的信用缺失问题，但这种对交易信用的追求是通过限制交易参与方的一定权利实现的，如在以智能合约模式实现的交易中，交易参与方是不可反悔的，交易结果是不可逆的。智能合约交易模式下，交易参与方一旦形成满足条件的意思表示，合同的缔结与履行是同时发生的，并且是不可被修改的。

根据我国《民法典》第四百八十五条，承诺是可以撤回的，第五百四十三条则规定了当事人协商一致，可以变



更合同，这与智能合约交易模式存在一定矛盾。交易自由是市场的重要原则，这种自由包括了对意思表示的撤回、变更甚至作废。而在智能合约追求交易信用的过程中，牺牲了一定的交易自由，尤其是部分丧失了反悔权，这就使得智能合约交易模式的建立与推广面临一定障碍。

3. 元宇宙内交易现实化

元宇宙内的交易并不是完全发生于元宇宙中的，作为现实世界的延伸，元宇宙中的交易也可能是现实世界交易的一种新的形式。由于现实世界交易模式与元宇宙中交易模式存在明显差异，现实世界中的交易遵循的规则也与元宇宙中不同。因此，元宇宙内交易现实化，可能会面对法律规则的选择与适用问题。

（五）元宇宙中的纠纷解决

1. 元宇宙内部纠纷解决

元宇宙内部纠纷解决可能是群体共识引导的全新模式。由于不涉及元宇宙外的因素，元宇宙内部的纠纷解决将会与元规则类似，从长期来看，可能也不会存在永远有效且不变的固定规则。而阶段性相对固定的规则，则也是通过群体共识产生，由于元宇宙时空的便利性，纠纷解决的物理成本被大大节约了，关注的核心主要是纠纷解决结果的可接受性，这种可接受性并不仅指纠纷双方对结果的可接受性，也包括元宇宙社群全体或大部分成员对结果的可接受性。

由于元宇宙的根本特征是去中心化，群体共识是维系元宇宙存续的关键要素，因此，元宇宙内部的纠纷解决也必须符合群体共识。同时，由于元宇宙本身的高度复杂性，同一类型纠纷可能并不会得到相同的解决结果。即纠纷解决结果本身不再是核心，纠纷解决的可接受性可能更加重要。这种纠纷解决模式的存在，可能会给现实社会带来无法预料的挑战。

2. 元宇宙外部纠纷解决

元宇宙外部的纠纷解决与元宇宙相关主要有两种方式：

一方面，如果现实世界的人认同元宇宙的纠纷解决方式，并愿意将纠纷在元宇宙内解决，那么这种可能和元宇宙本身并无关联的纠纷，也通过元宇宙的方式解决。同时，正如元宇宙基础性技术数字孪生可以达成的效果，元

宇宙外的主体可以通过在元宇宙内模拟，提前判断结果的发生，以及后续的发展，即使不使用元宇宙内的纠纷解决方式，也可借助元宇宙解决现实世界的纠纷。

另一方面，如果元宇宙内的纠纷与现实世界产生紧密关联，如与现实世界存在明确对应的组织与其他主体产生纠纷，此时纠纷既存在于元宇宙中，也存在于现实世界中，而纠纷解决的方式又存在差异。这种情形中，如何处理纠纷将成为元宇宙领域需要解决的重要问题。

3. 元宇宙纠纷解决的执行

元宇宙内的纠纷解决后，可以采用类似智能合约的模式自动执行。但当纠纷解决与现实世界相关时，由于元宇宙的匿名性特征、去中心化等特点，执行对象的确定便成为一项难题。同时，在现实世界中被执行的对象，是否仍要在元宇宙中被执行，也会成为一个问题。

（六）元宇宙的数据安全

1. 元宇宙内的数据安全

元宇宙内的数据安全可能主要围绕技术展开。在元宇宙中，数据往往等价于财产。因此，元宇宙内的数据安全问题，更大程度上是技术问题。即如何在元宇宙内防止数据的泄露或遗失，在去中心化的元宇宙中数据是否存在恢复或重现的可能。

此外，即使在高度代码化、智能化、自动化的元宇宙中，人也存在着操作失误等可能。当这种失误与具有价值或私密的数据相关，如何处理或防范这一情况的出现是必须解决的问题。

2. 元宇宙外的数据安全

元宇宙离不开现实世界的硬件支持，国家与科技公司是提供硬件支持的最主要主体。元宇宙中以数字形式存在的一切，都会存储于现实世界中，元宇宙外的数据安全，就是对科技公司数据安全的要求。

我国《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；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；第三十六条规定，未经中华人民共和国主管机关批准，境内的组织、个人不得向外国司法或者执法机构提供存储于中华人民共和国境内的数据。

无论是当下还是未来的元宇宙领域公司，都至少需遵守以上规定，合法合规存储、利用数据。这种数据并不局限于个人的数据，如对于地图而言，《地图测绘法》第二十七条及《地图管理条例》第七条要求从事地图编制活动的单位应当依法取得相应的测绘资质证书，并在资质等级许可的范围内开展地图编制工作。元宇宙领域公司如缺乏相应资质，在元宇宙中模拟、获取、披露、使用相应数据，则可能会被认定为违法甚至犯罪。

3. 元宇宙数据的监管者

元宇宙是建立在数据上的宇宙，其数据安全的实现需要元宇宙内外合力。数据是元宇宙的基础元素，除政府等传统的监管主体外，元宇宙内也必须存在相应的监管主体。这种监管主体的存在并不会阻碍元宇宙的发展，也并不与元宇宙的去中心化相冲突。去中心化并不意味着无序，监管主体的存在也不意味着中心化。与元规则和纠纷解决类似，只要符合元宇宙内的群体共识和群体利益，监管主体就可以存在。因此，该问题的核心在于群体共识的形成与可持续发展。

(七) 元宇宙的黑产治理

首先，仅作为概念使用的元宇宙可能成为传销、非

吸、集资诈骗等违法犯罪活动的工具。元宇宙目前仍处于初步探索阶段，其依托的诸多基础性技术也未发展成熟。目前元宇宙概念虽然在资本市场中取得了一定成功，但对于非专业的投资者而言，仍应保持理性，谨慎对待，守好自己的“钱袋子”。

其次，虚拟货币、NFT等领域已频现洗钱、帮助信息网络犯罪活动等违法犯罪行为，作为依托于区块链、电子游戏等技术的元宇宙，同样面临着被违法犯罪分子利用进行违法犯罪活动的问题。

最后，元宇宙本身的去中心化、匿名化等特征，使得其成为滋生部分违法犯罪活动的温室，色情、赌博、诈骗等违法犯罪活动必将出现于元宇宙中。由于元宇宙具有跨时空性，不同法域对违法犯罪的界定存在一定差异，如何甄别元宇宙中的违法犯罪风险，以及如何处置和应对相应的司法案件，是未来的法律需要关注和解决的又一问题。

三、未来已来，将至未至

伟大的哲学家康德曾说“有两种东西，我对它们的思考越是深沉和持久，它们在我心灵中唤起的惊奇和敬畏就会日新月异，不断增长，这就是我头上的星空和心中的道德定律。”2021年是元宇宙元年，是人类仰望元宇宙浩瀚星空的起点，与此同时，我们不应忘记心中的道德定律。

元宇宙应当成为人类文明的助推器，而非逃离现实的乌托邦。

注释：

- [1] 东吴研究所，《元宇宙专题报告：技术与应用变革掀开互联网新篇章，把握元宇宙时代投资机会》<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1713283466543910497&wfr=spider&for=pc>（2021年11月12日摘）
- [2] TMT科技圈，《《Metaverse》元宇宙新报告：全真互联掀开互联网新篇章，把握新时代投资机会》https://www.sohu.com/a/495015722_121117236（2021年11月12日摘）
- [3] 张书乐，《腾讯欲打造鹅版《头号玩家》，网易、莉莉丝也要制造元宇宙》<https://baike.baidu.com/tashuo/browse/content?id=0cbc6fa2df6ed438f30e04dd&lemmaId=3594112&fromLemmaModule=pcRight&lemmaTitle=Metaverse>
- [4] 麋鹿，《元宇宙“杀疯了”：创业者被疯抢，资本疯狂布局》<https://baike.baidu.com/tashuo/browse/content?id=aeb9b7bbd3f64f7b3b272064&fromLemmaModule=pcTopicList&fromTopicId=508cb2fb14e916169409ee5e>
- [5] 腾讯网，《英伟达抱紧元宇宙，全能阿凡达平台亮出3个虚拟人！》<https://new.qq.com/omn/20211111/20211111A08QNJ00.html>
- [6] Sam Dean, \$69 Million for Digital Art? The NFT Craze, Explained. <https://www.latimes.com/business/technology/story/2021-03-11/nft-explainer-crypto-trading-collectible.2021-05-08>访问。
- [7] Nick Szabo, Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets (1996), <http://gfgz60c40ba1a0e74938h5uknccpvwqub6qb0.fzfy.oica.swupl.edu.cn/smart-contracts2.html>, Oct.15, 2018.
- [8] 欧阳丽炜、王帅、袁勇、倪晓春、王飞跃：《智能合约：架构及进展》，载《自动化学报》2019年第43期。



律师个人知识管理： 如何从裁判文书网学习？

■ 陈枝辉 / 文

律师个人尤其初入法律行业的律师新人，如何规划自己的成长之路？可能是因为过去长期做案例整理，在与很多同行尤其年轻律师交流过程中，被经常问到的一个问题是：如何做个人知识管理？整理了一些方法，其中之一便是如何从身边最熟悉的裁判文书网挖掘宝藏，分享给大家。

1. 每天打开裁判文书网学习2小时，坚持下去

人与人之间，努力程度及效果远高于天赋不同带来的差别。记忆力与毅力更多根植于内心不放弃，如能热爱则幸甚，如能热爱并坚持则可谓上天眷顾。能过法考，或能参加法考，已非恒人，更非戇人。裁判文书网是宝库，早点起，晚点睡，减少刷手机、东搞西搞时间，每天2小时，先从坚持一星期开始。万事开头难，给自己一个有仪式感的起点，先想好这件事是否值得做，订好一个吉利日子作为肇端，调整作息，早起一小时，不要太晚睡（尽量不超过晚上11点）。如中途觉得没劲，或放弃，也不要责怪自己毅力不够。不如其他人持之以恒，其实可能只是这件事还不能足够激发你的兴趣。相信总有一天，你会遇到让你晨昏不歇、寤寐难忘而更让自己觉得有意义事情。在未找到更好奋斗目标前，可将此事当成目标和修行，坚持1年哪怕半年，要笃信世上不会有白走的弯路。所有寂寞暗夜里的探索和自问，未来都会有答案；所有不为人知的孤独和挣扎，日后都会带来印迹和回响。再热闹繁华喧嚣与人潮涌动，亦有散场休息归于平静时。真正有价值成果或成就，一定是在长久深自缄默中方能获得。

2. 好记性不如烂笔头，要保持做笔记的好习惯

灵光一闪，昙花一现，等将来专门想找回这种感觉或知识时，惟一可依赖的就是当初的笔记了。现代人已很少

陈枝辉律师简介

京都律师事务所民商
诉讼部高级合伙人，
知识中心负责人。



用纸用笔了，方便的电脑操作是一种新的笔记方式，删改方便，保存、阅读也方便，将来整理更方便。

3. 做笔记，建议在电脑上建立不同笔记文件夹

不同种类知识，设立不同文件及文件夹，将来知识归类时会节省很多时间。如使用台式机或宽屏幕最好，同时能多文档处理，无需折叠，点击打开文件时会非常方便。

4. 每篇裁判文书中都会挖掘出很多有用的知识

树立一种意识：即便是笔记，也要认真，也要经得起别人审视，言之有物、言之有据。要像将来会出版一样严格要求自己，不要担心体例问题，只要是能帮助到别人的内容，每天积累一些，单个似无大价值，但大量碎片知识系统化，即为聚腋成裘。通过分享，让他人从中受益，使自己单个体时间成本被摊薄，市场价值实现规律亦终将得以彰显。须知：所有不能分享的知识都不能称为有用，

所有无病呻吟的所谓知识整理都是耍流氓。

5. 把每篇裁判案件当成自己现在要处理的纠纷

勿置身事外。设想以后自己碰到该案概率可能会达到80%，提前学习、经历，踏别人走过的坑，舐舔别人流过的血，把成功经验和血的教训融入自己成长，也是为日后自己所遇到的当事人布下福祉。

6. 比如诉状上原被告主体，要不要列身份证号？

通过法考，只是万里长征走完第一步。即便是博士毕业，法律理论知识与律师实务还是相差很大。未独立办过案件的小白，不妨尝试针对一个真实案例，认真写篇完整起诉状，然后分别找几个有经验的律师帮忙提提意见，你会发现很多中肯建议是书本上、考题里没有的。

7. 比如公司主体信息中，是写住所还是住所地？

住址、地址、住所、住所地，公民和个人主体信息中，关于住所表述，自己是否存在模糊？需提交给法院的主体资格手续，通常有哪些？法院送达地址确认书，可否提前下载打印出来，填好后一并提交？这些细节均需我们多观察、多学习、多思考。带着实践操作、亲力亲为心态去学习、提炼，是一种务实的有心人做法。

8. 比如诉状须知、证据须知、答辩须知，等等

体系化知识一定是分层次、分类型的。每篇裁判文书，触动你记下来的知识点，它们可能是文书写作，可能是证据规则，也可能是庭审技巧，日积月累，将来都会是蔚为壮观的体系。在未完成个人知识大厦最后构建前，先从地基打起，从一砖一瓦垒起，从一个房间一个房间搭起。从第一手资料提取的碎片化知识，因其本身价值存在，所以注定会凝结成累累硕果。

9. 想想自己作为代理人提出诉请，表述一样吗？

诉讼请求设计不当，可能影响全案胜败结果，初入道律师千万不可轻视。碰到案件，先看事实，再尝试自己提诉讼请求，或看别人诉请是否不妥，跟自己的有什么差别，需注意、借鉴的在哪里。

10. 利息会算吗？算到什么时候为止，怎么稳妥？

最新的利息计算是如何规定的？为什么与本金不在一条诉讼请求中提出来？法院审理周期不确定情况下，不断变化的利息如何表述才会避免“不告不理”风险？“暂计至”什么时候才是稳妥表述？

11. 质证意见如何规范表述，本案有无经验教训？

就对方证据发表意见时，专业而规范的做法是围绕“三性”进行。有些证据真实性（如无原件）无法确定，或（如邮件）形式上真实性认可，但内容真实性不认可时如何表述？不认可理由通常怎么表述？

12. 自己归纳的焦点与法院归纳的焦点是否吻合？

案件焦点判断，决定证据收集范围、组织架构。如法院归纳的焦点与自己归纳的焦点差异很大，就会导致举证质证、辩论方向性调整。归纳焦点，可从基础法律关系到争议点对应的法律问题进行判断。

13. 自己设想的做法与别人差别何在？何种更优？

无论庭审表述，还是包括证据组织、诉请提出、答辩反驳的诉讼策略，均蕴含着他人对案件处理的综合判断，这些做法的优劣胜败，是否可为自己学习或引以为鉴，通过比较、思考就会有所收获。

14. 高频的类案争议点，系统的法律规定是什么？

长达数十年的司法实践，已形成相对稳定的法律争端概貌。单个领域，涌现出来的争议汇集而成的争议焦点会相对集中，相应的司法处理智慧，成文的规范性规定及裁判文书中对个案与一般裁判规则的论述，闪耀着司法裁判规则作为社会科学领域专业知识的逻辑之美、智慧光芒。对高频类案争议点法律规定及处理规则的梳理，是磨砺个人不同领域专业技能打下的扎实基础。

15. 能否最后用一句话将本案裁判规则提炼出来？

再复杂案件，最后都会集中在一个或几个焦点；再复杂疑难的焦点，最后处理结果均可用一句话概括出来。阅卷、读案，就是探索类案最终裁判规则过程。作为代理



人，将厚的案卷材料吃透，最后形成一句话代理意见，其实是要帮助裁判者找到并确定这样一个结论。而庭审或代理，就是从不同角度来论证这个结论过程。所以，读案件或阅卷到最后，记得用一句话提炼该案裁判规则。

16. 本案风险点/血的教训/给后来人建议是什么？

诉讼是纠纷发生的突出呈现。每个案件背后，均隐含着一个个或几个民商事活动风险防范点，而通过诉讼处理纠纷过程，个案中所汲取的经验教训均可成为前车之鉴。

17. 裁判逻辑中，具有普遍性意义的表述要借鉴

比如，下面一段（主播是否在直播间对涉案歌曲进行相关表演）的论证/裁判逻辑就值得我们学习并掌握，有必要做摘录笔记：“被告反驳的理由虽存在可能性，但均非一般合理情况下的通常状态，在此种情况下，应由被告就上述反常的使用行为进行举证。目前被告未就存在上述非正常行为及可能存在的行为人、其曾就上述行为寻求救济等事实进行举证或进行合理说明，故被告关于存在非正常使用行为的假设的反驳意见，不足以推翻上述待证事实存在的高度可能性，故法院认定涉案网络主播曾在直播间中对涉案歌曲进行相关表演的事实。”〔北京知识产权法院（2020）京73民终2905号〕

18. 每个案件，以问答方式提炼出至少3条规则

每个案件，除了争议集中的焦点，存在于举证质证，或辩论中的问题，有原告方意见，有对方辩驳，有裁判者评判，有不服而上诉意见，有被上诉方回应，在此基础上有二审裁判者处理，甚或有抗诉再审中检察院、法院新的意见。存在于程序与实体中，不同方面意见彰显了个案处理规则，亦同样可抽象出类案裁判规则。在通过裁判文书提炼这些规则时，可通过做笔记方式，将一些带有普遍性、代表性处理意见加以整理、打磨，模拟最高人民法院请示答复方式，用问答形式进行呈现。表述尽量严谨、精炼，每条规则整理即为个人精心梳理的显性知识，一个领域积累100条，做成“百问百答”，做成1万条，就是该领域的“一万个为什么”。集装箱式、分类形成的无所不包的知识系统就建立起来了。

19. 可先从自己感兴趣的领域开始，如借贷纠纷

亲戚朋友总向你咨询的，你日常生活或工作中经常遇到的纠纷类型，自己最感兴趣的或者最挠头的纠纷，均可成为自己首先着手领域。须知，此类纠纷，在过去已发生千千万万，其得益于裁判文书公开，现已呈现在裁判文书网上，输入特定关键词，均会一览无遗，所有成败得失能让你洞若观火，只要你做一个有心人，沉下心性，坐段时间冷板凳，外冷内热，热爱并享受，假以时日，你就是这个领域千锤百炼的斫轮老手。

20. 每篇裁判文书学习，都要把自己当成代理人

代入感。读原告起诉陈述时，设想作为被告或其代理人如何答辩；读对方上诉意见时，想象作为被上诉人一方，如何应对；对于最后裁判结果，如作为失利一方，是否还有最后补救机会？诉讼可以共赢，实现双方利益最大化，化解长期以来潜在矛盾纠纷，就是一种双方解脱的好结果。但从另一角度看，更多的是你死我活、输赢零和，争取自己一方利益，就是对另一方利益的侵夺。作为代理人，不总是站在有利一方，为失利力挽狂澜更见功底。

21. 每条笔记内容，须当成跟同样的小白在分享

不具有可分享的学习、提炼、整理过程，在效率、价值上是打折扣的。要相信你所付出的时间是有价值的，也只有做到让自己时间有价值，能帮助他人尤其跟你是一条起跑线上的新手，帮助其节省时间，少走弯路，个人投入时间才会放大。所以，案例学习方法的日常工作，应在心里树立一条标准：能分享、能输出的知识成果才不枉这时光流逝。

22. 分类整理各条笔记，就是震撼的个人知识库

只问耕耘，不问收获。功夫到了，自然水到渠成。来源于过往发生的真实案件中的有用信息提炼，数量到一定程度时，通过分类整理方式，目的在于查找、学习、复习方便，也便于他人检索、习得，这样的个人知识库，就变成可为同行分享的公众知识库。

个人知识管理体系建立如同拾稻穗，是一个持久、全面过程。罗马不是一天建成的，耐心的零散知识积累才能筑成渊深宏伟的知识大厦。吸收、整理、记录过程也是一个学习加深过程。🌱

“主播税案”系列解读（一） 主播税案频发的背景及原因剖析

■ 高慧云 游乐 王帅锋 / 文

高慧云顾问简介

京都律师事务所高级税法顾问，税法教授。为多家全国性银行总行及其私人银行部、信托公司、保险公司等金融机构及高净值客户提供家族信托方案设计与落地、家族企业税务规划、税务身份规划、海外投资税务支持、CRS合规规划、家族企业税务风险检测与规划、合同节税等法律服务。



2021年作为“十四五”的开局之年，在税收上也是极不平凡的一年。国家一方面给予大量的减税降费优惠，另一方面也在不断规范高收入人群的税收征管。临近2021年年底，“主播税案”频发，继“郑州金水区某网红税案”、“雪梨税案”后，“薇娅税案”以其金额之高、影响之大引起了广泛的讨论。京都律师事务所的高慧云律师、游乐律师、王帅锋律师结合“主播税案”进行了系列解读，深度剖析“主播税案”背后的法律问题和税收机理，以帮助高收入人群防范税务风险，依法合规纳税，助力基业长青。

共形成了五篇文章，第一篇：《主播税案频发的背景及原因剖析》；第二篇：《主播偷逃税行为的认定及法律责任承担》；第三篇：《关于税收筹划合法性问题的几点思考》；第四篇：《合法税收筹划的整体思路》；第五

篇：《加强税收征管背景下如何实现“行稳致远”》。欢迎大家持续关注！

第一篇 主播税案频发的背景及原因剖析

2021年12月20日，浙江省杭州市税务局发布消息，经税收大数据分析发现头部网络主播黄薇（网名：薇娅）涉嫌偷逃税款，对其追缴税款、加收滞纳金并处罚款，共计13.41亿元。伴随当事人接连道歉及多平台下架，该事件一度“霸屏”热搜并引发广泛讨论。继“郑州金水区某网红税案”、“雪梨税案”后，“薇娅税案”涉案金额再创新高。近期主播税案频发，主要有以下几个方面的背景和原因：

一、共同富裕的再提

主播税案频发与国家促进共同富裕的步伐加快有紧密联系。2021年8月17日，中央财经委召开会议，会议主要研究扎实促进共同富裕的问题，会议中提到：要正确处理效率和公平的关系，构建初次分配、再分配、三次分配协调配套的基础性制度安排，加大税收、社保、转移支付等调节力度并提高精准性，扩大中等收入群体比重，增加低收入群体收入，合理调节高收入，取缔非法收入，形成中间大、两头小的橄榄型分配结构，促进社会公平正义，促进人的全面发展，使全体人民朝着共同富裕目标扎实迈进。那如何实现共同富裕呢？对此多部门已经多次表态，共同富裕不是“劫富济贫”，更不是“吃大锅饭”，而是要鼓励大家通过合法合理的途径去创造财富，真正做到先富带动后富，即先把蛋糕做大，再把蛋糕分好。



要想实现共同富裕，有一个很重要的手段就是实现收入再分配，而想要实现收入再分配，税收是非常重要的一个调节手段。在初次分配中，头部主播等群体通过直播带货获得大量财富，但也产生了偷税漏税的问题。如果富人都通过各种方法偷税漏税，那么社会再分配的资金就会减少，这样就无法做到先富带动后富，偷税漏税对依法纳税的纳税人来说，也不利于实现社会和税收的公平。因此偷税漏税非常不利于实现共同富裕，加上头部主播本身的“低价折扣”垄断，对中小实体企业造成了冲击，对共同富裕也产生了不利影响。因此以主播为主要群体的高收入人群自然成了税务重点核查对象。

二、深化税收征管改革

2021年3月，中共中央办公厅、国务院办公厅印发了《关于进一步深化税收征管改革的意见》，其中明确加强重点领域风险防控和监管。对逃避税问题多发的行业、地区和人群，根据税收风险适当提高“双随机、一公开”抽查比例。对隐瞒收入、虚列成本、转移利润以及利用“税收洼地”、“阴阳合同”和关联交易等逃避税行为，加强预防性制度建设，加大依法防控和监督检查力度。

在此基础上，2021年9月，国家税务总局办公厅发出《加强文娱领域从业人员税收管理通知》（以下简称“《通知》”），《通知》提出，进一步加强文娱领域从业人员日常税收管理，对明星艺人、网络主播成立的个人工作室和企业，要辅导其依法依规建账建制，并采用查账征收方式申报纳税。《通知》称，要定期开展税收风险分析，要结合2020年度个人所得税汇算清缴办理情况，对存在涉税风险的明星艺人、网络主播进行一对一风险提示和督促整改，对2021年底前能够主动报告并及时纠正涉税问题的，可以依法从轻、减轻或者免于处罚。《通知》提出要定期开展对明星艺人、网络主播的“双随机、一公开”税收检查，以事实为依据、以法律为准绳，依法依规加大对文娱领域偷逃税典型案件查处震慑和曝光力度。

12月22日，北京、上海、广东、江苏、浙江等十余个省市先后发布通知，请此前尚未关注自身涉税问题或自查整改不到位的明星艺人、网络主播等，抓紧对照税法及有关通知要求进行自查，并于2021年底前向税务部门主动报

游乐律师简介

京都律师事务所合伙人，中国政法大学法律硕士。游乐律师本科专业为经济学，具有经济与法律的复合专业背景。游乐律师自2009年进入律所工作，自执业以来，为政府机关、国有企业、知名公司、非法人组织及个人处理了



大量法律事务。游乐律师主要执业领域为：金融业务、税收法律业务以及企业合规及法律风险控制业务，处理法律事务涉及银行、信托、证券、基金等金融行业重大、疑难、复杂纠纷的解决，税务咨询，税法培训，税务争议解决，税收筹划，以及帮助企业进行合规体系建设等等。

告和纠正涉税问题，税务部门将依通知要求从轻、减轻或者免于税务处罚。对仍拒不自查自纠或者自查自纠不彻底的，税务部门将依法依规严肃处理。

因此，近期主播税案频发与国家税务总局在对明星艺人、网络主播在深化税收改革过程中的重点关注也有关系。

三、金税四期的运用

金税三期的核心是“以票控税”，而金税四期则是“以数治税”。金税四期不仅仅是税务方面，还会纳入“非税”业务，实现对业务更全面的监控。同时搭建了各部委、人民银行以及商业银行等参与机构之间信息共享和核查的通道，实现企业相关人员手机号码、企业纳税状态、企业登记注册信息核查三大功能。中国工商银行、交通银行、中信银行、中国民生银行、招商银行、广发银行、平安银行、上海浦东发展银行等8大银行作为首批用户接入企业信息联网核查系统。“金税四期”上线后，国家正在推进的数字化电子发票改革，将各类业务标准化、数据化、透明化。企业的进出货情况都可以得到统计和监管，长期“零申报”也会被格外关注。此外，通过金税四

王帅锋律师简介

京都律师事务所律师，专业从事财富管理与税收规划法律业务，拥有法税专业知识。擅长家族信托方案设计与落地，保险金信托方案设计与落地，家族企业税务规划，税务身份规划，海外投资税务支持，CRS合规规划、家族企业税务风险检测与规划、合同法税审查与节税规划、税务日常咨询、法税培训等。曾服务中信银行、兴业银行、建设银行、中信信托、建信信托、中粮信托、中信保诚、京华世家、诺亚正行基金等多家机构和多位高净值客户。



期的互联网核查系统可以监控到异常的账户，降低洗钱和偷逃税的风险，对企业开设空壳公司，订立不符合市场规律的合同进行关联方交易转移利润以实现避税的目的的行为都可以进行监控。

金税四期的上线，对于高净值人群来说，伴随着自然人纳税识别号的建立和新个税法中首次引入反避税条款，个人的资产收支更加透明化，税务机关通过大数据监测，对明星主播等通过银行转账的路径了解的一清二楚，自然相关偷税违法行为的证据也更好获取，通过隐匿收入等方式偷逃税款将会呈现在税局的面前。

四、直播行业潜藏的税收流失现象

直播平台的火爆，也引起了税务部门对于直播平台税收不规范行为的重视。早在2017年3月，北京市朝阳区税务局就披露，某直播平台2016年支付给直播人员的收入高达3.9亿元，但未按规定代扣代缴个人所得税，2018年最终补缴了税款6000多万元。对于平台来说，优质主播收入高，如果按照劳务所得报税则税负较重。目前有些直播平台在支付主播报酬时采用公对私的方式直接转账，没有履行代扣代缴个人所得税的义务；而有的直播平台为了吸引网红主播，会帮主播承担个人所得税，加重了平台的税务负担。而从另一方面来说，直播平台在支付主播报酬时采用公对私的方式直接转账，难以取得合法的发票作为入账凭证。再者，直播平台拥有大额的资金流入，但主播在网络平台上申请提现，很难提供或者根本无法提供增值税专用发票给予平台，平台公司难以取得可抵扣的增值税发票，造成平台的增值税税负较重。因此主播大量运用在税收洼地设立个人独资企业的方式，将其个人从事直播带货取得的佣金、坑位费等劳务报酬所得转换为企业经营所得进行虚假申报偷逃税款，这种行为已经完全脱离了个人独资企业真实经营的要求，个人独资企业仅是一个转账和开票的空壳，造成税款流失比较严重。

基于以上四个方面的背景和原因，造成了主播税案频发。国家税务总局为维护正常的经济税收秩序，各地税务稽查部门与公安等部门通力合作，持续加强对高风险行业 and 个人的税收监管，严厉打击增值税发票虚开骗税和隐瞒高收入未如实申报纳税等各类涉税违法犯罪行为，持续净化税收营商环境，促进社会公平正义。



茶颜悦色“失色”，降薪谁说了算？

■ 白绪玲 陈宇 / 文

谈“资”色变！近日，网红品牌茶颜悦色因不当处理工资的事件冲上热搜，负面评价让茶颜“失色”。

降薪上热搜，不当言论点燃舆情

茶颜悦色的长沙员工因疫情期间工时减少、降薪，到手工资锐减，由原本的5000元左右降低至2000元左右、提成仅8元。员工在内部群聊中表达对降薪的抱怨，引发内部讨论，而高层不当言论让争论失控，舆论哗然。最后，茶颜悦色创始人吕良“收拾残局”，发道歉信称：“对不起不住8000位信任公司、一起努力想办法抗住这个冬天的伙伴，事先没有把薪资调整的原因和调整后的薪资计算方式跟大家讲清楚。”

疫情冲击，降薪减损不是个案

调薪是公司进行员工激励与薪资分配的一项重要手段。有效调薪可以留住优秀人才，不合适的调薪引发员工离职，纠纷缠身，品牌受损。

疫情之下，经营艰难，降薪裁员是当下很多公司的无奈选择。海底捞此前发布公告称，将于2021年12月31日前逐步关停300家左右经营未达预期的门店。2021年12月7日，字节跳动“整体撤销人才发展中心团队”，负责人力资源的HR裁掉了自己。不论什么样的公司裁员、降薪，现行的劳动法规都进行了规制，划出了流程，特别注重对于员工各项权利的保护。

单方降薪，公司做对了吗？

一般情况下，公司和员工会对薪资作出明确约定，并

白绪玲律师简介

京都律师事务所律师。
具备互联网平台、教育、出版、法律多行业的从业经验。善用企业管理思维和法律思维处理合规用工、APP合规运营、法律风险防控等业务，并在劳动仲裁、合同纠纷等方面积累了实践经验。



签订劳动合同。根据《劳动合同法》规定“用人单位应当按照劳动合同约定和国家规定，向劳动者及时足额支付劳动报酬。”“用人单位与劳动者协商一致，可以变更劳动合同约定的内容。变更劳动合同，应当采用书面形式。变更后的劳动合同文本由用人单位和劳动者各执一份。”降薪是变更劳动合同的一种方式，因此有个大前提，公司与员工协商一致。

茶颜悦色降薪前是否与员工进行了协商，无资料佐证。但是结合“在11月的特殊期间对薪资算法进行了临时调整”“事先没有把薪资调整的原因和调整后的薪资计算方式跟大家讲清楚”的表述，茶颜悦色没有与员工协商、单方降薪的可能性更大。效益不佳不是公司单方降薪的理由，公司合规处理的途径是与员工协商一致，变更薪资待遇，为防止后期对于协商一致产生争议，建议将降薪约定落到纸面上。

不能单方降薪是对公司的硬性要求。部分公司自认比

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。



较“聪明”，在与员工签订的劳动合同中约定公司有权根据实际需要以及员工的工作表现随时调整员工的工作岗位和薪资，因此在劳动合同履行过程中随意降低劳动者的工资待遇。此种行为，不可取。因为此类条款本身违反了《劳动合同法》，是无效条款，公司依据无效条款做出的行为，是不会得到法律支持的。

关闭门店，安置员工计划需多样

根据相关报道，2021年11月10日，茶颜悦色已在长沙临时关闭了七八十家门店。关闭大量门店，又要为后续恢复营业留住员工、不能直接辞退员工，造成了部分员工工时大幅减少、薪资缩水的局面。

根据我们的执业经验，在公司计划关掉门店前，必须制订出配套的、多样的员工安置计划，主要的流程是制定方案、与员工协商、签订协议，尽量将问题和平解决。关掉大量门店必定导致用工关系剧变，单纯制定留住员工的计划，并不完备。我们建议针对员工的反应，做出不同的计划：一、针对离职的员工做好薪资结清、离职手续；二、与员工协商一致解除劳动关系的，把经济补偿金给足；三、将愿意调岗的员工安置到相邻门店，并做好相应劳动合同的变更；四、对于同意调薪的员工，进行书面协议的签订；五、积极应诉已经提起仲裁、诉讼的案件。

关闭门店，不仅是腾退房屋，换上一把冰冷的锁，更考验公司用工制度的完善。公司规模越大，处理用工问题更需要慎重，防止不合规的用工问题演变成信誉危机，得不偿失。

被迫降薪，员工如何维权

受疫情的冲击，公司与员工在调岗、调薪问题上的矛盾更加突出，茶颜悦色不是个案。越来越多的公司为生存无限放大用工权限，单方面对员工岗位和薪资进行随意调整。

员工需要明确自己的权利，一般情况下，公司调动员工的岗位或者降低薪酬，需要与员工进行协商一致，签订书面协议。《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释（一）》第四十三条规定，“用人单位与劳动者协商一致变更劳动合同，虽未采用书面形式，但已经实际履行了口头变更的劳动合同超过一个月，变更后的劳动合同内容不违反法律、行政法规且不违背公序良俗，当事人以未采用书面形式为由主张劳动合同变更无效的，人民法院不予支持”。从仲裁、诉讼的角度看，这一条有几个前提条件：协商一致，实际履行超过一个月，调岗合理。如果员工不同意降薪，调岗就是不合理的，不适用这条规定。简单来讲，员工需要确信：在员工无过失、不犯错的情况下，降薪是员工说了算，公司基本无话语权。

在工资待遇明确的情况下，公司单方做出降低员工薪资的决定、通知，都属于违约行为。员工可以不接受降薪，并要求继续履行原劳动合同。如果公司仍坚持降薪，将承担不利后果，劳动者可以要求继续履行原劳动合同或解除劳动合同，要求公司支付违约金或经济赔偿金。公司改变劳动关系期间，员工在签署相关协议前要及时咨询律师以维护自身合法权益，此外向劳动监察部门投诉或者申请劳动仲裁也是员工常用的维权途径。

奶茶经济爆火时，“茶颜悦色”一度成为长沙的名片，而现在“茶颜悦色”被怀疑压榨员工，品牌形象严重受损。普通员工、高管对于公司来讲都是员工，在劳动法律范畴里都是劳动者。对于用工问题的处理，少点居高临下的轻蔑，多点法律层面的规矩，对高管、对公司都是一种明智的抉择！



北京站

■ 杨大民 / 文

从前
有多少人从这里到达
现在
又有多少人从这里出发

到达的
还会再出发
出发的
还会再到达
只是调换了不同的方向
只是提高了前进的速度

人的一生
总是在一次次出发
又总是在一次次到达
直至
精神不能再到达
直至
身体不能再出发

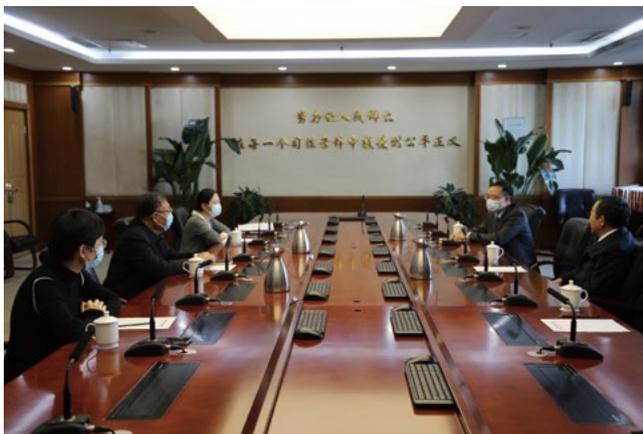
彼时
方向会对速度说
你和我都走错了地方
北京站还在北京

“情暖冬日，新年赠礼” ——京都“泉计划”爱心助学纪实

2021年12月22日，在京都律所主任朱勇辉律师、京都律所党总支书记肖树伟律师的带领下，京都律所（以下简称京都）将“泉计划”51,000元助学金及慰问物品送往房山法院，为京都“泉计划”爱心助学的10个家庭中的10位孩子送去爱心，送上京都律师们的鼓励和新年祝福。



左起：张欣瑶，何维，肖树伟律师，朱勇辉律师，房山区人民法院副院长方希存，房山区人民法院民三庭庭长马艳佳，房山区人民法院民三庭法官刘莹



左起：肖树伟律师，朱勇辉律师，房山区人民法院民三庭庭长马艳佳，何维，张欣瑶，欧洋

本次京都“泉计划”爱心助学帮扶活动在房山区法院举行。京都党员代表、党建之友及房山区法院方副院长、马庭长、刘法官共同参加了此次活动。“泉计划”爱心助学基金成立于2012年，9年来累计为14个孩子及其家庭提供了关爱和帮助。现已经有6名孩子考上大学，其中2名孩子选择了法律专业，并立志要做一名律师，表示将来也要尽自己最大努力帮助别人。另外还有4名孩子已经考入大学，表示不再需要“泉计划”的帮助，把名额让给更需要帮助的孩子，并感谢京都“泉计划”多年的爱心资助。

爱心是一抹冬日的阳光，爱心是沙漠中的一泓清泉，授人玫瑰，手有余香。京都“泉计划”爱心助学基金汇集了京都律所全体同仁的爱心，践行了田文昌律师向京都律师提出的“利他”精神，与孩子们心手相牵，一路同行。除提供经济帮助外，京都“泉计划”更注重对学子及父母家人的引导，帮助他们建立乐观、自信的生活态度，让孩子们感受到社会对他们的关心和爱护！希望受助的孩子们努力学习，坚定前行的信念，将来成为对社会有用的人！



《山居图》 刘铭律师



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：0411-81825666
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