

# 信任的力量

信 ETR  
Law  
Firm  
廣信君達律師事務所

全国法律服务行业文明服务窗口  
全国优秀律师事务所

总第 107 期

行政法与知识产权法律事务

公司与商事法律事务

涉外与海事海商法律事务

医疗与民商事法律事务

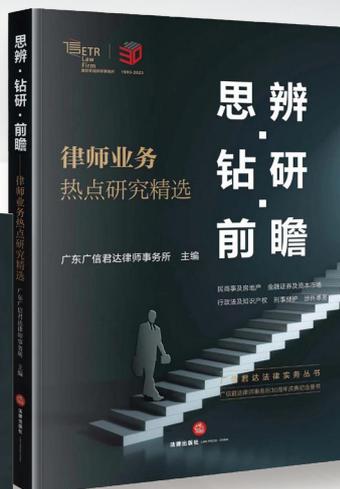
援藏法律事务

其他法律事务

E效率 · T信任 · R责任  
fficiency rust esponsibility



# 广信君达部份出版专著

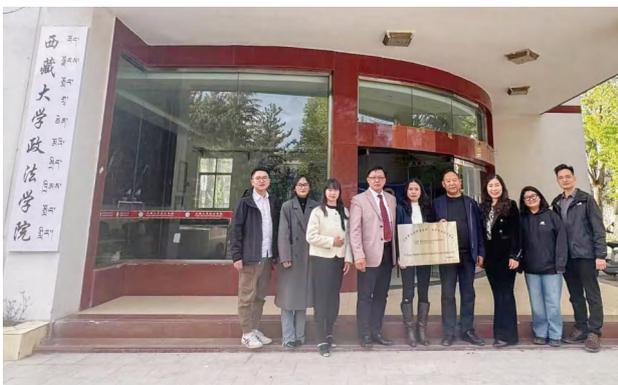


## 图说



### 何君尧律师一行到西藏调研

2025年4月，广信君达粤港澳大湾区律师、粤港澳大湾区法律事务首席顾问何君尧，党委委员、管委会成员、高级合伙人张雪芳，党委委员、管委会成员、公益法律服务中心副主任、合伙人黄福轩一行赴西藏林芝、拉萨开展深度交流，考察广信君达工布江达分所工作进展，并与当地政府部门等共商法治援藏新路径，彰显总分所扎根西藏、服务边疆的责任担当。



# Contents

/ 目 录

## 行政法与知识产权法律事务

浅析 AI 换脸技术的法律挑战与对策 吴 迪	01
著作权侵权纠纷中提高赔偿额的策略和措施 付丽莎 林常青	06
数据抓取类不正当竞争案件的司法逻辑 曾 恺	09
AIGC 平台的著作权侵权认定和法律责任 ——以全国 AIGC 平台侵权第一案为例 郑 沛	14

## 公司与商事法律事务

重构公司治理——新《公司法》对公司治理的影响 官招阳	17
新《公司法》重点与亮点解读：股权与股东权利制度的变化 杨超男 郭许多	23
公司承包经营相关法律问题分析 黄 恒 何奕炯	32
无效合同返还财产请求权诉讼时效起算点的认定 刘振兴	36
执行程序中加速股东出资到期与补充责任承担 梁沐周 杨诗雨 王佳楠	42

## 涉外与海事海商法律事务

澳大利亚法院审理中国判决认可执行案的举证责任分配思路 钟智芬	47
浅谈英国“不公平解雇”制度 朱 滔 郑梓亮	51
涉港婚姻中，夫妻一方将房产赠与第三者的行为是否有效 黄 丽 许晓行	54

## 医疗与民商事法律事务

人工智能在医疗领域的应用与相关法律问题 李红梅 符赞深	57
《消费者权益保护法》在医疗美容类纠纷中的适用初探 ——基于求美者及其代理人视角 旷瑾婷 成禹潭	64

关于《民法典》抵押财产转让的法律评析  
黄绮明 68

未成年人网络服务消费法律问题探析  
胡诗蕙 72

法拍房的十大风险  
李龙龙 77

## 援藏法律事务

让法治的种子扎根生长在雪域高原  
广信君达（工布江达）律师事务所 81

回望两年援藏路——豁然开朗  
翁乔中 85

坚定法治信仰 践行初心使命——让法律援助之花在“雪域高原”绽放  
马彦臻 88

接力援藏 不负韶华  
黄金祥 91

援藏是一种信仰  
周芬 93

但行好事 莫问前程  
黄钰 95

我与梦想一同前行  
赤列措姆 97

以“旁观”角度谈援藏感悟  
达珍 98

## 其他法律事务

论增设性骚扰罪  
胡莎 99

《碳排放权交易管理暂行条例》重点解读  
闪涛 108

处理日常房地产法律事务的十三条核心建议  
蒋修贤 112

操纵证券市场罪与市值管理的认定  
张凯维 115

浅析律师事务所的风险管理与防控  
孙俊杰 左薇 117



### 《信任的力量》编委会

主 办：广东广信君达律师事务所

主 任：邓传远

副 主 任：苏东海 闪涛

委 员：朱滔 洪树涌 肖硕彬  
黄福轩 杨超男

执行主编：朱惠婷

责任编辑：林思容 谈恺诗

美术编辑：郭伟强

本刊地址：广州市天河区珠江东路6号

广州周大福金融中心29层、  
11层、10层

联系电话：(020) 37181333

传 真：(020) 37181388

投稿邮箱：ppb@etrlawfirm.com

网 址：www.etrlawfirm.cn

# 浅析 AI 换脸技术的法律挑战与对策

文 / 吴迪

**摘要：**AI 换脸技术作为图像处理领域的新兴技术，已经在影视制作、游戏开发等多个领域展现出其广泛的应用价值。随着这一技术的普及，与之相关的法律问题和潜在风险也逐渐进入公众视野。本文将从刑事和民事两个法律视角出发，剖析 AI 换脸技术在法律领域所产生的影响。文章将系统梳理 AI 换脸技术的基本原理和操作步骤，并围绕可能涉及的法律问题展开分析和讨论。

**关键词：**AI 换脸；人工智能；DeepFake；法律规制

## 一、AI 换脸技术概述

AI 换脸技术，即人工智能换脸技术，是一种利用深度学习和计算机视觉技术来实现人脸替换的人工智能技术。这项技术允许用户通过上传一张或视频图像中的一张人脸，用 AI 算法将其替换为另一张人脸图像，从而创造一个全新的人脸形象。此项技术的初衷是为了便利影视行业的拍摄工作，却被一些不法分子恶意利用，制作并散布涉及名人政客的不当图像和视频，对公众舆论产生误导，进一步引发社会危机。

### （一）AI 换脸技术的原理

AI 换脸技术的核心在于深度学习，特别是卷积神经网络（CNN）和生成对抗网络（GAN）的结合使用，这两者都是目前在计算机视觉领域应用广泛且效果显著的模型。AI 换脸技术在深度学习的方式下，可将一张静态图片通过图片处理软件进行图像处理，再加以人工智能技术进行图像识别、人脸检测等一系列操作，进而实现将目标人物的面部表情进行替换。深度学习可以用来进行图像和视频的处理，且可以通过学习大量数据来训练模型，以达到更好的效果。近些年来，随着深度学习的兴起，换脸技术也随之而来，这些基于深度学习的换脸技术能合成高质量的换脸图像和视频。AI 换脸算法主要是分为三种：

DeepFake、Face2Face 和 FaceSwap。

### （二）AI 换脸的基础步骤

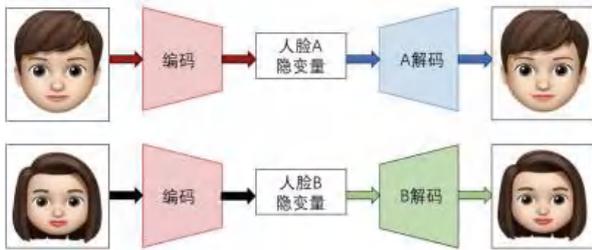
以“DeepFake”技术为例，AI 换脸可以细分如下四步：第一步是创建假的人脸图像；第二步是将原始目标的面部特征转移到另一个人的脸上；第三步是对人脸的肤色、发色等某些属性进行更改；第四步是通过操纵人脸的表情和动作来实现篡改，例如改变微笑和哭泣的表情，或者调整说话时的口型。

DeepFake 一词源于深度学习与合成数据的融合，该技术运用深度学习的自编码器来实现面部互换，其核心目标是将原始人物面部特征移植到另一张人脸上。在实际操作中，人脸数据首先输入一个用于面部重建的自动编码器神经网络。在编码器的处理下，我们获得人脸的低维表示，有时也被称为面部隐变量。因为受到网络结构的影响，这些隐变量在视觉效果上可能难以区分真实与虚假，但一旦经过解码器的解析，隐变量就能指示出人脸的重建。由于编码器输出的数据包含一定程度的损失，所以重建的脸部细节会与原始脸有所差异。



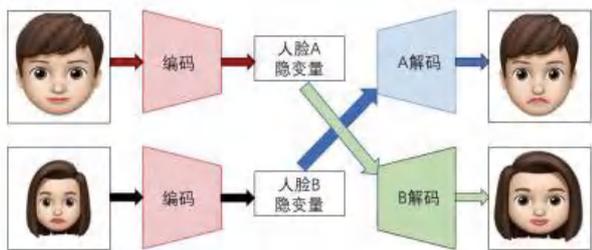
参考图 1：人脸重建自编码器神经网络

每一个人脸隐变量在特定网络中扮演着独特的角色，通过在两个自动编码器上训练不同的人脸，它们输出的人脸隐变量能够展现出不同的特征。正因此原理，人脸交换技术利用两个共享相同编码器的神经网络同时进行训练输出，从而实现面部特征的转换。DeepFake 换脸技术正是采用这样的架构，两个网络都通过相同的编码器来输出人脸隐变量，并由两个不同的解码器共同完成面部图像的重构。



参考图 2: 共享相同编码器的神经网络结构过程图

训练过程结束后，可以将源自主题 A 生成的潜在图像发送给解码器 B。按照参考图 3 所示，解码器 B 将尝试从源 A 相关的信息中重构主题 B。



参考图 3: 交换解码神经网络过程图  
以上三图引自《AI 换脸检测关键技术研究》一文

## 二、AI 换脸技术的刑事法律挑战与对策

### （一）AI 换脸技术在诈骗犯罪中的新型作案手法与防范对策

AI 换脸技术的广泛应用使得用户可以便捷地将自己的面部特征替换为他人的面部特征，生成逼真的换脸视频。然而，这种技术的滥用为诈骗行为提供了新的手段。诈骗者可利用 AI 换脸技术生成虚假的面部特征，与目标人群建立联系，进而以虚假身份实施诈骗行为，如情感诈骗或金融诈骗，从而获取财物或个人信息。这种新型的诈骗手段严重威胁了社会治安和公共秩序，因此，对其进行刑法规制显得尤为必要。

根据《中华人民共和国刑法》（简称“《刑法》”）第二百六十六条规定，以虚构事实或隐瞒真相的方法骗取他人财物的行为，将视情节轻重受到三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或单处罚金的处罚；情节严重者，将面临三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金的刑罚。利用 AI 换脸视频进行诈骗即属于以虚构事实的方式骗取他人

财物，应依法受到刑事处罚。以（20\*\*）桂 1\*\*2 刑初 \*6 号案为例，被告人利用 AI 换脸技术生成虚假面孔，与受害人建立联系，并以虚假身份实施诈骗行为，最终被判处有期徒刑 7 年，并处罚金人民币 1 万元。

笔者认为，尽管我国《刑法》已对利用 AI 换脸视频进行诈骗行为进行了规制，但随着技术的不断进步，仍需进一步完善相关法律法规，加大对这类犯罪行为的打击力度。同时，国家要提高公众的法律意识和技术防范能力，增强社会对 AI 换脸视频诈骗风险的认识，这是有效遏制此类犯罪行为发生的关键。

### （二）AI 换脸技术在淫秽物品制作与传播中的刑事责任认定

随着 AI 换脸技术广泛应用，涉及淫秽内容的视频制作与传播问题逐渐浮出水面。美国的一些州已经开始通过刑事立法来规制这一新兴技术所带来的问题，如弗吉尼亚州在 2019 年就已立法禁止利用 AI 换脸技术制作、传播淫秽作品，该州法律规定，未经授权而故意散布虚假制作的露骨图像或录像将被视为 1 级轻罪，可处以最高一年的监禁和 2500 美元的罚款。

我国作为一个对网络环境要求严格的国家，历来都对网络淫秽视频持严厉打击的态度。在我国法律所认定的淫秽、色情等内容中，将有可能出现 AI 换脸技术所形成的视频被认定为淫秽物品。例如，通过 AI 换脸技术所制作的视频，若在传播过程中被认定为淫秽物品，则应以《刑法》第三百六十三条的规定来规制。又如《刑法》第三百六十三条规定的关于制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品的刑事处罚，最高可判处无期徒刑。《最高人民法院、最高人民检察院关于办理利用互联网、移动通讯终端、声讯台制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽电子信息刑事案件具体应用法律若干问题的解释（二）》也进一步明确了制作、传播淫秽电影、表演、动画等视频文件十个以上即构成犯罪的行为。由此可见，中国对于利用 AI 换脸技术制作、传播淫秽物品的行为，同样秉持着零容忍的态度，并采取了严格的刑事处罚措施，以维护社会秩序和道德风尚。

笔者认为，在处理利用 AI 换脸视频制作、传播淫秽物品的刑事案件时，法律实施却面临着诸多挑战和困难。

随着 AI 换脸技术的日新月异，判别虚假制作的淫秽视频变得越来越困难，这就要求司法机关必须配备更专业的技术和人员。同时，在确定刑事处罚的幅度时，需要权衡公共利益、个人权利和社会稳定等多方面因素，以确保刑罚的公正性与合理性。

### （三）利用 AI 换脸技术窃取他人财物的刑事责任探究

人脸识别技术的广泛应用为社区和居民带来了诸多便利。然而，随着 AI 换脸技术的不断演进，其安全性问题亦引起了广泛关注。尤其是换脸视频，存在被滥用为盗窃工具的潜在风险。社区和居民广泛应用的人脸识别系统，其核心在于利用 AI 技术进行大数据分析和活体检测，确保所识别对象的真实性。该系统要求用户的面部活动表情与备案图像相匹配，并进行实时活体检测，以增强识别准确性。同时，对系统内的业主图像库不断更新，以保障系统安全性。尽管现有的人脸识别系统难以被单张人脸图像或换脸视频所破解，但随着技术的不断进步，换脸视频有可能成为潜在的盗窃工具。犯罪分子可能利用 AI 换脸视频制作虚假身份，冒充合法业主进入社区或居民家，进而实施盗窃等犯罪行为。

笔者认为，虽然我国刑法体系对于盗窃等犯罪行为已有明确规定，但在利用 AI 换脸视频进行盗窃的刑法规制方面尚存不足。《刑法》对于盗窃罪的构成要件主要包括盗窃行为、盗窃财物和盗窃动机，但尚未对使用技术手段实施盗窃作出具体规定。针对利用 AI 换脸视频进行盗窃行为，有必要加强法律规制。立法部门应对盗窃行为中的技术手段进行明确规定，将利用 AI 换脸视频实施盗窃列为刑法中的一种犯罪行为，并制定相应的处罚措施。此外，还需对人脸识别系统的技术进行更新和安全升级，以应对潜在的盗窃威胁。

## 三、民事侵权维度下的 AI 换脸技术

### （一）AI 换脸与知识产权法的冲突与协调

美国著作权法通常将影片的著作权归属于拍摄者，而非出镜者。这一原则在处理 AI 换脸技术引发的侵权案件时，为受害者维权带来了难度。即便受害者拥有著作权，

法院仍需根据具体案件情况，判断其使用是否构成合理使用。面对这一难题，美国部分州已开始尝试通过立法手段规范 AI 换脸技术的运用。例如，2018 年纽约州颁布法案，明确规定未经许可创建数字副本属于欺诈行为，将受到罚款或禁令等法律制裁。这一举措旨在限制 AI 换脸技术对个人权益的侵犯，为受害者提供法律保障。相较之下，《中华人民共和国著作权法》（简称“《著作权法》”）更为详尽，不仅保护表演者在作品中的形象不被歪曲，还列举了一系列侵权行为。随着 AI 换脸技术的崛起，相关案件日益增多，呈现出更为复杂和严峻的情境。换脸视频不仅涉及表演者权，还牵涉影视剧制片方的著作权。未经授权将换脸视频上传至网络，可能侵犯著作权人的信息网络传播权、修改权或保护作品完整权。

AI 换脸视频涉及的知识产权问题取决于其背后的权利基础，特别是在著作权的范畴内，基于原视频制作的换脸短视频由于其独创性和复杂性，常引发著作权争议。依据《著作权法》第十七条的规定，AI 换脸短视频的制作者有权单独拥有该模拟人脸的著作权，由此产生原视频权利人与视频制作者之间的利益冲突问题。当原视频构成独立作品时，仅因为使用者和原作者缺乏合作意向，换脸短视频不被视为合作作品。但如果换脸短视频构成演绎作品，在此情况下，制作者同样受到原视频著作权人的约束，必须得到权利人的同意，并且换脸后的视频不得侵犯原作品的著作权。

笔者认为，要判断 AI 换脸短视频的制作者是否侵犯了著作权（邻接权），首先需要确认原视频是否构成了作品。在作品基础之上，权利所有者所享有的著作权包括一系列的权利束，如人身权和财产权。如果 AI 换脸视频制作者未经许可地将电影或电视剧上传至网络，使得公众可以在任意时间和地点获取该视频，就侵犯了著作权人的信息网络传播权。另外，演员的选择在视听作品中扮演着至关重要的角色，他们的面部特征和演技等因素对剧情构建和表现有着决定性影响。未经许可替换演员的面部可能会改变原有剧本中的角色特征和要求，从而侵犯修改权。若面部替换导致影视作品内容的歪曲、篡改或者改动，则可能侵犯著作权人的保护作品完整性。此外，还需要判断是否侵犯表演者权。表演者有权表明身份并保护形象不受损

害。如果在 AI 换脸视频中，演员形象被替换，观众无法通过外形来准确辨认出表演者的身份，则制作者涉嫌侵犯表演者的权利。在某些恶搞视频中，如将男演员的面部换成《巴拉啦小魔仙》中的角色，或者男主播替换《西游记》中的猪八戒形象，AI 换脸视频的制作人同样涉嫌侵犯表演者保护形象不受歪曲的权利。在原始视频仅作为录像制品存在时，未经允许将换脸视频通过信息网络进行传播，也可能侵犯录像制品制作者的信息网络传播权。

## （二）AI 换脸技术的隐私权挑战与应对策略

在审视人工智能换脸技术所引发的侵权争议时，美国学术界的主流观点是，隐私权能够在一定程度上为防范此类行为提供法律支撑。部分学者则持不同意见，他们认为由 AI 换脸技术生成的虚假视频并非真实记录，因此在法律层面上，难以构成对私人信息的实质性侵害。这种观点的核心在于，视频内容的非真实性可能会削弱隐私权主张的法律效力。在美国，若有人未经授权利用 AI 换脸技术制作涉及他人的影片，并给受害者带来形象损害，受害者可能会依据所在州的法律，选择提起诽谤或歪曲事实的诉讼。

中国在隐私权和个人信息权的立法方面相对较晚。《中华人民共和国侵权责任法》在 2010 年首次将隐私权确立为独立的人格权。2020 年颁布的《中华人民共和国民法典》（简称“《民法典》”）更进一步明确了自然人享有隐私权和个人信息保护。对于脸部形象是否应直接认定为个人隐私，在中国法律界仍存在争议。有观点认为，脸部形象作为日常社交中常见的展示内容，并不属于隐私的个人信息。另一种观点则认为，若脸部形象能够被识别并用于电子支付等验证方式，则应被视为进入私密领域的个人信息，忽视脸部形象的个人信息性质可能会增加网络用户个人信息泄露的风险。根据《民法典》第一千零三十四条规定，个人信息中的私密信息适用有关隐私权的规定，这为个人信息保护提供了坚实的法律基础。

在行政监管层面，我国互联网监管机构已对存在违规行为的 AI 换脸应用程序或网站进行了执法行动。以“Z\*O”案件为例，该应用利用 AI 技术，仅凭用户一张正面照片便能制作出网络热门表情包，使用户能够出演经典电影片段，甚至与知名偶像进行互动。然而，在其

用户协议中，Z\*O 及其关联公司被赋予了对用户肖像在全球范围内免费、永久、不可撤销及可转让的使用权。国家网信办指导北京市网信办对该 App 运营企业依法展开调查。经调查发现“Z\*O”App 存在违规调用用户头像和个人隐私信息的问题，涉嫌违反网络安全法、用户权益保护法等法律法规。网信办强调，用户的肖像权属于个人权利范畴，企业不得借技术创新之名，挑战法律底线。针对此情况，国家网信办对该 App 运营企业进行约谈并作出处罚决定。

AI 换脸技术所涉及的隐私权和个人信息权问题极具复杂性，笔者认为应以更加审慎的态度来探讨和解决这一问题，既要充分保障个人隐私和信息权，又要兼顾技术发展和社会管理的实际需求。

## （三）AI 换脸技术下肖像权的法律保护问题

随着 AI 换脸技术的迅猛发展，其对于个人肖像权的法律影响成为备受瞩目的议题。美国侵权法明确规定了以营利为目的盗用他人姓名或肖像的行为构成侵犯隐私权。我国《民法典》第四章第一千零一十八条第一款明文规定：“自然人享有肖像权，有权依法制作、使用、公开或者许可他人使用自己的肖像。”这一规定体现了中国法律在肖像权保护方面的进步，突破了以往以营利为侵权构成要件的限制。尽管《民法典》已明确摒弃了“以营利为目的”的表述，但在司法实践中，法院在确定赔偿金额时仍会考虑营利因素。笔者认为，在涉及 AI 换脸等新型案件时，探讨“以营利为目的”的界定仍具有现实的指导意义。然而，AI 换脸技术的崛起使得这一法律框架的适用性受到质疑。肖像需具备一定的可识别性才构成侵权。AI 换脸技术的出现使得肖像识别变得复杂，能否在视频中准确识别出特定人物的肖像成为争议的焦点。肖像是公民外部形象的再现，可识别性标准能使肖像权的保护范围得到合理拓展，“外部形象”可作出相对宽松的解释。笔者认为，对表演形象的保护不应仅仅局限于面部肖像，还包括身体特征、侧影，甚至酷似权利人的形象。

面对新兴技术带来的法律挑战，法律适用的灵活性和创新性显得尤为重要。为应对 AI 换脸技术对肖像权带来的挑战，笔者建议采取以下措施：一是加强肖像权的法律保护，以适应数字化时代的需求；二是制定具体的法律条

款，明确 AI 换脸技术与肖像权的关系，为法院提供明确的判决依据；三是提高公众对肖像权的认识和保护意识；四是加强国际合作，共同应对 AI 换脸技术对肖像权的挑战，促进国际法律协调与交流。

### 结论

随着 AI 换脸技术的普及，与之相关的法律问题和潜在风险也日益凸显。AI 换脸技术的法律挑战与对策是一个复杂而多元的问题，需要从多个角度进行分析和探讨。在刑事法律层面，AI 换脸技术的滥用可能导致淫秽物品制作与传播、诈骗犯罪以及盗窃罪等刑事犯罪。为了应对这些挑战，我们需要完善相关法律法规，加大对这类犯罪行为的打击力度，并提高公众的法律意识和技术防范能力。同时，司法机关需要配备更专业的技术和人员，以确保刑罚的公正性与合理性。在民事侵权维度下，AI 换脸技术可能对隐私权、知识产权和肖像权等构成侵犯。为保障个人权益，我们需明确 AI 换脸技术与这些权利之间的关系，并为法院提供明确的判决依据。

### 参考文献：

- [1] 著作权法 [M]. 王迁. 中国人民大学出版社, 2015.
- [2] 著作权合理使用制度研究 [M]. 吴汉东. 中国人民大学出版社, 2020.
- [3] 美国知识产权法 [M]. 李明德. 法律出版社, 2014.
- [4] 黄友文, 万超伦, 冯恒. 基于卷积神经网络与长短期记忆神经网络的多特征融合人体行为识别算法 [J]. 激光与光电子学进展, 2019 (07).
- [5] 山世光, 阚美娜, 刘昕等. 深度学习: 多层神经网络的复兴与变革 [J]. 科技导报, 2016 (014).
- [6] 田宏杰. AI 换脸技术的失控风险与法律规制 [J]. 法制社会, 2024 (01).
- [7] 吕纯顺. AI 换脸侵权问题研究 [J]. 上海法学研究. 2023 (06).
- [8] 冉克平. 论个人生物识别信息及其法律保护 [J]. 社会科学辑刊, 2020 (06).
- [9] 王桔波. AI 换脸检测关键技术研究 [D]. 重庆邮电大学, 2021.
- [10] 参见 (2020) 桂 1102 刑初 16 号刑事判决书.

### 【作者简介】



吴迪 专职律师  
执业证号 14401201910114576

头像以作者照片为原型，使用 ChatGPT 和 Midjourney 绘制

**专注领域：**知识产权维权，人工智能，游戏法及民商事诉讼与仲裁等

澳门国际仲裁学会副研究员，TCIAC 国际仲裁员、法律硕士。先后为多家大型国企、上市公司提供法律服务，如中粮集团、盈峰环境、中联重科和美酒店管理（上海）有限公司等。先后代理了近百余件诉讼案件，承办过许多重大、疑难、复杂案件。

# 著作权侵权纠纷中提高赔偿额的策略和措施

文 / 付丽莎 林常菁

随着公众对知识产权维权意识的提高，在著作权受到侵害时提起著作权侵权纠纷诉讼已成为权利人维权的重要途径。但以判决结案的大多数著作权侵权案件通常适用法定赔偿方式来计算侵权赔偿数额，即由法院根据侵权行为的情节酌情确定赔偿数额，由此导致此类案件的判赔数额普遍较低。本文将从现行法律规定及司法实务出发，提出著作权侵权纠纷案件中提高赔偿额的策略和措施。

## 一、著作权侵权赔偿额的确定方式

根据《中华人民共和国著作权法》（下称“《著作权法》”）第五十四条的规定，侵犯著作权或者与著作权有关的权利的，赔偿额按以下方式确定：

（一）按照权利人因此受到的实际损失或者侵权人的违法所得给予赔偿；

（二）权利人的实际损失或者侵权人的违法所得难以计算的，可以参照该权利使用费给予赔偿；

（三）对故意侵犯著作权或者与著作权有关的权利，情节严重的，可以在按照上述方法确定数额的一倍以上五倍以下给予赔偿；

（四）权利人的实际损失、侵权人的违法所得、权利使用费难以计算的，由人民法院根据侵权行为的情节，判决给予五百元以上五百万元以下的赔偿。

虽然著作权侵权赔偿数额有以上几种计算方式，但在实践中，大量案件皆采用法定赔偿方式，由法院根据侵权行为的情节酌情确定赔偿数额，其原因在于：权利人在证明自身因侵权行为受到的实际损失以及侵权人的违法所得时往往存在较多困难，例如无法证明自身销售量下降与侵权行为存在直接因果关系、无法直接取得侵权人的销售情况证明资料等，如果权利人同时也不具备证明权利使用费的相关证据，只能由法院根据侵权情节酌定赔偿额。在适用法定赔偿的情况下，判赔额往往低于权利人的诉讼请

求，并且，在此情况下也无法适用惩罚性赔偿，难以满足权利人对提高判赔额的要求。

## 二、在著作权侵权案件中提高赔偿额的策略和措施

参考《著作权法》相关规定以及各级法院出台的指导意见，结合司法实务，笔者认为在著作权侵权纠纷中实现提高赔偿额效果应采取如下策略和措施：

### （一）采取维权前置准备措施

在侵权行为发生前，权利人便可在著作权的运营管理中采取以下措施以备将来可能出现的维权之需：

1. 保留作品创作、修改过程中的各个版本原稿或原文件，为作品具有较高的独创性提供依据；
2. 保留作品创作、研发成本证明材料，如委托设计协议、相关发票等；
3. 为提高权利使用费的可参照性，权利人可以在业务范围内选择和多个与自身无利害关系的被许可人签订单向的许可合同，避免交叉许可，在合同中明确每一作品的使用范围、使用方式、权限及其对应的使用费，并保留使用费的支付凭证；
4. 加强和扩大对权利作品的宣传，为作品申报奖项，提高作品知名度，并保留广告协议、相关发票等。

### （二）及时进行证据收集和固定

在发现侵权行为后，著作权人应当积极采取措施收集、固定、组织证据，包括但不限于：

1. 对侵权行为进行全面公证取证，核查并记录侵权人在线上、线下不同平台、店铺对侵权作品的使用情况和侵权规模，包括侵权作品的来源、发布时间、传播范围等；
2. 在完成侵权行为取证后，通知侵权人停止侵权，如侵权人收到通知后，在一定期间内仍未停止侵权的可再次取证后继续发送通知，以证明侵权行为的持续时间和侵权

人故意侵权的主观恶意程度；

3. 核查侵权人是否与权利人之间存在劳动、劳务关系，或者具有代理、许可、经销、合作等关系，或者进行过磋商，侵权人明知权利人著作权存在；

4. 通过侵权人网站、宣传资料、年度报告以及第三方网站等多种渠道查找已公开的侵权产品销售量、销售价格、利润以及侵权人营业利润等数据；

5. 在难以获取上述侵权行为相关数据时，可收集国家行政主管部门、行业协会、第三方商业平台等发布的统计报告或者行业报告中有关行业利润的数据，为计算侵权行为利润提供参考；

6. 收集权利人自身商品销售减少量、商品价格下降数、用户数量下降数等数据（此类数据虽难以直接用以计算权利人的实际损失，但仍具有一定参考意义）；

7. 核查已签署的许可合同，对比侵权行为与许可合同许可的权利作品、许可使用方式、范围、权限，以与侵权行为最接近的许可合同作为赔偿额参考依据；

8. 收集公众、媒体发表的反映侵权行为导致权利人商誉、社会评价有所降低的评论，以及反映侵权行为对行业或社会造成不良影响的证据；

9. 保留为制止侵权行为所支付的合理开支凭证，如公证费、律师费、鉴定费等费用的发票。

### （三）充分运用证据规则

1. 在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下，权利人可以在诉讼过程中向法院申请保全证据，情况危急时可以在提起诉讼或申请仲裁前向法院申请保全证据。如在某些侵害计算机软件著作权纠纷中，侵权软件存在于侵权人的经营场所中的计算机或服务器内，一旦起诉可能被侵权人删除，在此情况下权利人可申请法院对侵权人经营场所内的计算机和服务器使用侵权软件的情况进行证据保全。

2. 在权利人已经尽了必要举证责任，而与侵权所得的相关资料由银行等第三方或主要由侵权人掌握的，权利人可申请法院调取侵权人相关专用账户的资金流水情况或责令侵权人提供与侵权行为相关的账簿、资料等。

### （四）根据案件具体情况选择赔偿额的计算方式

不同案件适宜适用的赔偿额计算方式有所不同，权利

人应当根据具体案情、证据材料等进行判断和选择。

1. 以侵权人违法所得计算赔偿额是较有可能被法院采纳的一种计算方式，也是有较大机会获得高赔偿额的计算方式。在权利人能够获取侵权作品的销量、销售价格、成本、利润及侵权人的财务报表等初步证据，且侵权人违法所得明显高于法定赔偿额上限 500 万元的情况下，宜采用此种计算标准计算赔偿额。

2. 一般情况下不建议权利人主张以自身实际损失确定赔偿额。因为权利人基于作品的收益受多种因素影响，即使侵权行为导致收益有所下降，也难以证明其收益下降完全是由侵权行为导致而无其他因素影响。

3. 在权利人实际损失和侵权人违法所得均难以计算的情况下，如权利人对涉案作品存在许可使用情形，可考虑采用参照权利使用费计算赔偿额。但应注意的是，如果存在权利人提供的许可合同价款除许可使用费外还包含合作费之类的其他价款，或者许可内容与案件中主张权利的作品制品范围、许可使用方式与侵权人的使用方式不一致，或许可人与被许可人之间存在利害关系、交叉许可等影响许可价格的情形，则许可合同的可参照性将受到削弱。

4. 对于侵权人因侵权行为获利较少的案件，出于降低维权成本的考虑，权利人可选择由法院酌情确定赔偿额，但选用此种计算方式可获得的赔偿额受法官自由裁量的影响，不确定性较大。在此种情况下，权利人为实现较高判赔额，应当把举证侧重点放在证明作品知名程度、制作成本、被告侵权行为性质、实施规模、持续时间、主观恶意等方面。同时，权利人对涉及同类作品和类似侵权情节的案例进行检索，制作检索报告供法院参考，以争取较高的赔偿额。

### （五）适当主张惩罚性赔偿

适用惩罚性赔偿应满足故意侵权、情节严重、能确定计算基数三个要件，其中确定计算基数是最基础的要件，要求能够确定权利人实际损失、侵权人违法所得、参照权利使用费计算的赔偿额三者之一，因此，在权利人选择适用该三种计算方式时可考虑主张惩罚性赔偿，并提供能够佐证侵权人具有侵害著作权的故意、侵权情节严重的证据。

### 三、结语

总的来说，权利人在著作权侵权纠纷中实现提高赔偿额的重点在于充分有效的举证，无论是精确计算、估算还是由法院酌定赔偿额，都需要权利人尽可能提交供法院参考、计算、裁量的合理依据，而这不仅要求权利人在遭遇侵权时作出正确应对，也要求权利人在日常的著作权运营管理工作中采取适当的必要措施。■

#### 参考文献：

- 《中华人民共和国著作权法》
- 《中华人民共和国民事诉讼法》
- 《最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》
- 《最高人民法院关于审理侵害知识产权民事案件适用惩罚性赔偿的解释》
- 《北京市高级人民法院侵害著作权案件审理指南》
- 《深圳市中级人民法院关于知识产权民事侵权纠纷适用惩罚性赔偿的指导意见（试行）》

#### 【作者简介】



付丽莎 合伙人 ■  
执业证号 14401201211034521

**专注领域：**知识产权及不正当竞争，民商事诉讼，法律顾问

新南威尔士大学 Juris Doctor 及华中科技大学民商法硕士，中国法学会知识产权研究会会员，广东省法学会民商法学研究会理事，广东省律师协会涉外知识产权与信息安全法律专业委员会秘书长，广州市律师协会第十届公平贸易法律专业委员会委员，入选广东省涉外律师领军人才库。有较为丰富的知识产权管理和诉讼经验，曾代理多起著作权、专利、商标侵权纠纷、不正当竞争纠纷、科技成果纠纷、商业特许经营合同纠纷以及商标、专利授权确权行政纠纷等，所代理的多起案件获评典型案例，在商标、专利、版权的申请、登记、知识产权尽职调查、企业的知识产权战略制定等方面经验颇丰。



林常菁 专职律师 ■  
执业证号 14401202311722940

**专注领域：**民商事诉讼，知识产权及不正当竞争，法律顾问

厦门大学法学学士，多次代理买卖合同纠纷、借贷纠纷、网络服务合同纠纷等民商事诉讼案件，参与协助团队办理著作权侵权纠纷、商标申请驳回复审行政纠纷、不正当竞争纠纷等，为多家企业提供法律顾问服务。

# 数据抓取类不正当竞争案件的司法逻辑

文 / 曾 恺

## 一、问题讨论

先看以下几个场景：

**场景一：**在夜深人静的晚上，你想听某首歌，打开一个常用的音乐 App，发现该 App 自身曲库本身并没有这首歌，但它抓取其它同类音乐 App 的歌曲播放 URL 和歌曲页面 URL，所以在该 App 页面点击该歌曲时，还是可以播放该首歌，但显示的是那个同类音乐 App 的标识、名称、歌曲专辑封面、歌手照片等信息的页面。

**场景二：**有一天你想买个房，发现几个声称独家真实房源的中介平台上很多房子都一样，而且这些房子都有相同信息介绍及图片，经了解才知道原来 A 房产中介平台抓取了 B 房产中介平台收集、制作、积累的海量真实房源数据。

**场景三：**闲暇时你想看个短视频，无意发现某个 App 上的好几个短视频跟之前在抖音 App 刷到的短视频内容跟评论一模一样，原来是该 App 抓取搬运了来源于抖音 APP 的数万条短视频文件、万个用户信息及数百条用户评论内容进行展示和传播。

**场景四：**你想将在淘宝的店铺搬运到拼多多等平台，发现在第三方平台上有不少店铺搬家软件，便使用了其中一款将你在淘宝的店铺整店搬家到了拼多多，同时看到这个软件有推荐精品货源，故也搬运了其他一些店铺的商品，并使用了一款可以批量下单的软件将上游店铺的商品直接发货给消费者。

以上类似场景近年屡见不鲜，特别是随着互联网商业竞争加剧，加之生成式人工智能的兴起，这类数据抓取不正当竞争所涉及的新场景、新模式、新案件类型越来越多。由于 App 开发及应用都离不开大量历史数据的学习和训练，而数据抓取又是综合技术和效率比较具有优势的数据获取手段，“数据抓取”竞争行为的合法性边界应该在哪，成为业界比较关注的话题。

本文仅讨论在当下司法实践中，与前述典型场景类似的数据抓取类不正当竞争案件是如何裁判的？裁判间的共同趋势是什么？裁判背后的司法逻辑如何？

## 二、几个说明

第一，本文讨论时会先对题目所涉及的概念特别是数据抓取进行简单说明。数据抓取大意指的是从网上获取数据，最终可以将数据存储到本地计算机或者数据库，通常包括数据集下载、API 读取以及爬虫爬取等形式。至于为什么是不正当竞争而非其他路径主张，可理解为经过多年实践，通过《反不正当竞争法》这一路径来保护数据市场竞争要素比较务实。因此，何谓数据抓取类不正当竞争案件，其主要为涉及从其他平台抓取一定数量数据而引发的。

第二，关注这类案件，很重要的原因是，互联网及人工智能时代下商业竞争场景模式不断更迭，出现层出不穷的新型不正当竞争行为，已经极大地颠覆了法官审理不正当竞争案件的传统思维模式。比如实践中对竞争关系的扩大解释已使其在不正当竞争中的要件地位名存实亡，而互联网相关产品商业竞争中对用户注意力的争夺，也为法官说理论证打开自由闸门。探究法官是如何裁判这类案件仍有意义。

第三，本文核心讨论的问题主要倾向于实然层面，将不讨论“实践中这么判好不好、应该怎么判”和在商业竞争中以数据之名的“利益保护”“竞争创新”的合理边界。

## 三、裁判趋势

先简单说一下结论：

第一，关于怎么判。根据作者经办及研究的 50 多个

相对比较典型的案例来看，大部分与前述场景类似的案件，最终被认定为构成不正当竞争的比例在 80% 至 90% 之间。

第二，关于裁判的总体趋势。目前裁判的趋势主要关注为两点：

一是案涉数据权益及可保护性的问题。对这个问题一般有两个论证模式：从宏观出发认可整体的数据权益或者对相关数据进行分类并从劳动投入角度进行分析。

二是被诉行为的不正当性问题。对这个问题一般有三个论证模式：①从整体对经营者消费者及市场秩序的损害角度来倒推分析不正当性；②在宏观层面设立一些次级规则来论述违反诚实信用原则和公认的商业道德；③通过数据分类、行为分解等对不正当竞争行为进行分析认定。

第三，关于裁判背后的逻辑。根据公开的裁判文书，作者理解是最重要、最核心、最关键但又仅是隐隐暗含的论证逻辑为：裁判者的切入点主要集中于被诉竞争行为“为什么是不正当的”，而不是“为什么不是不正当的”，这明显体现出一种积极干预的“家长式”思维。其他认定思路论证模式都是在这隐藏主流逻辑下派生出来的，具体来说：

### （一）总体审判模式

现司法实践中法院基本形成了架构统一的论证逻辑，即从数据权益及可保护性、被诉行为的不正当性出发进行考察，从而形成“权益保护——不正当行为”的范式裁判路径。

因此，数据抓取类不正当竞争案件常规认定思路及模式一般为：①法律没有明文规定，不属于《反不正当竞争法》中规定的类型化不正当竞争行为；②经营者是否具有相应的数据权益并适用《反不正当竞争法》的保护；③实施不正当竞争行为一方其行为具有不正当（有损害）。

需说明的是，对于是否具有竞争关系，大部分案件已不再进行专门阐述；而数据权益及相关数据权益是否应当适用《反不正当竞争法》保护，通常也没有太大争议，有时法院也会略过而直接进行行为考察。故在不同案件

中前述思路法院还可能演化变异为以下几种：只论述③；只论述①和③；只论述①、③及损害结果（即是否对经营者消费者及市场秩序存在损害）。

### （二）法律适用：“一般条款”还是“互联网专条”？

在司法实践中，虽此问题并无太大争议，但业界批评声音为多数。因数据抓取类不正当竞争行为主要适用两种规制路径：一是通过《反不正当竞争法》第十二条互联网专条的兜底条款，将其视为“其他妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行的行为”；二是通过《反不正当竞争法》第二条原则性条款，将其视为“扰乱市场竞争秩序、损害其他经营者或者消费者的合法权益”的非类型化不正当竞争行为。其中第二条“一般条款”是数据抓取不正当竞争纠纷的主要裁判依据，部分会援引第十二条“互联网专条”第 4 款的兜底条款。

从数据抓取类不正当竞争案件认定思路来看，无论是适用第二条还是第十二条的兜底条款，其前提实质还是延续适用第二条“一般条款”的“三要件”，即“法无特别规定”“竞争者合法权益受损”以及“竞争行为不正当”。

关于该“三要件”，《最高人民法院公报》2009 年第 9 期论述为：“在反不正当竞争法上，一种利益应受保护并不构成该利益的受损方获得民事救济的充分条件。商业机会虽然作为一种可以受到反不正当竞争法所保护的法益，但本身并非一种法定权利，而且交易的达成并非完全取决于单方意愿而需要交易双方的合意，因此他人可以自由参与竞争来争夺交易机会。竞争对手之间彼此进行商业机会的争夺是竞争的常态，也是市场竞争所鼓励和提倡的。对于同一交易机会而言，竞争对手间一方有所得另一方即有所失。利益受损方要获得民事救济，还必须证明竞争对手的行为具有不正当性。只有竞争对手在争夺商业机会时不遵循诚实信用的原则，违反公认的商业道德，通过不正当的手段攫取他人可以合理预期获得的商业机会，才为反不正当竞争法所禁止。”

入选最新人民法院案例库参考案例的（2022）沪 0115 民初 13290 号民事判决也有明确：

1. 互联网企业实施反不正当竞争法第二章或专利法、著作权法等知识产权专门法没有作出明确规定的不正当竞争行为的，人民法院可以适用反不正当竞争法第二条的规定予以审查。

2. 适用反不正当竞争法第二条认定不正当竞争行为，需要满足以下条件：一是法律对该竞争行为未作出特别规定；二是该竞争行为扰乱市场竞争秩序，损害其他经营者或者消费者合法权益；三是该竞争行为因违反诚实信用原则和公认的商业道德而具有不正当性。

### （三）相关数据权益是否适用《反不正当竞争法》保护

权利或权益的合法性、可诉性是类似“侵权”案件的基点问题，但这个问题在数据抓取类不正当竞争案件司法实践中，其实早有结论，即对平台基于其各种“付出”而形成的数据集合予以权益上的肯定，不再依附于数据本身的主体权益，直接将平台数据控制权和收益权独立出来，形成一种新的竞争权益，当然也有部分判决认定为财产权益，这与“数据二十条”下产权结构分置的逻辑类似。

而在可保护性的问题上，近两三年部分判决更进一步从以下逻辑进行论证：先明确数据类型，是个人信息数据还是非个人信息数据，非个人信息数据可能又分为企业公开数据、企业半公开数据、企业非公开数据等；然后从数据产生的合法性、运营数据的投入以及竞争利益进行审查。总体上，其逻辑还是站在先肯定权益的视角予以论证的，故关于数据权益及其可保护性这一点在司法实践中总体争议也不大。

### （四）不正当竞争行为认定的裁判规则及司法逻辑：随数据经济价值及相关产品商业模式的变化而演化

法律适用及数据权益问题，实践中总体相对明确，争议不大。而在竞争行为认定中，随着数据价值的变化及商业竞争的加剧，其裁判规则也在不断发展，从数据作为产品到数据作为要素的不同阶段，展现了争议与裁判规则的演化。

因此，个案中法官的具体考量因素相对不统一，自由裁量空间相对比较大，比如平均一个案件所涉及的认

定要素可能就有 3、4 个，而要素间的叠加组合形成了近 30 种裁判路径，比如“未支付成本-行为道德判断”“行为手段判断-利益受有损害”等。但绝大部分认定要素主要还是在于是否采用非法手段、强调经营者利益保护及消费者和社会公共利益考量等，发展到近两年也有通过数据分类、行为分解等对不正当竞争行为进行认定。

实践中形成了几个参照适用的次级规则，包实质性替代、破坏性规则、非公益必要不干扰原则、三重授权、多益平衡考量等。具体来说：

#### 1. 实质性替代

在数据作为产品阶段，数据被直接作为产品提供给大众使用。这一时期，竞争主要体现为经营者之间同类数据产品的横向竞争，如盗用其他网站相关文字图片视频等数据内容引发的竞争纠纷，如本文列举的场景二、场景三的情况。在这些案件中，如最早的某点评平台诉某帮网平台案及后来的某点评平台诉某百平台案，基本确立了“实质性替代”规则，即“利用他人网站的信息不得造成对该网站的市场替代”，以界定何种数据抓取行为构成市场替代，从而判定不正当竞争行为。简而言之，实质性替代被认为是对在先者商业模式的复制模仿，行为上具有“搭便车”和“食人而肥”的典型特征，被认为违反诚信原则和商业道德，因此被认定是一种明显的不正当竞争行为。

#### 2. “破坏性规则”“非公益必要不干扰”和“三重授权”规则

在数据作为要素阶段，当数据利用方式从原生性使用演进为衍生性使用，抓取数据的目的可能变成开发出一个新的数据产品提供给用户，而非提供一个与被抓取平台在性质功能上类似的产品，即数据竞争转化为上下游经营者之间的纵向竞争时，比如本文列举的场景四，比如很多通过采集微信公众号的数据而开发出公众号数据监控与分析服务产品，比如采集微博数据提供舆情监控产品，等等。这种情况下，新的产品与被抓取数据的产品存在性质和功能上的不同，“实质性替代”规则便不再适用。这类案件法院在裁判中采用并形成了“破坏性规则”“三重授权”及“非公

益必要不干扰”等规则。

“破坏性规则”是指违反平台设置的登录限制、IP 频率访问限制、验证码、违背 Robots 协议爬取数据等限制措施进行爬取数据，这种行为被认为违反诚信原则和商业道德，从而被认定为不正当，后续的储存、使用也具有不正当性。而由此也衍生出一个所谓“非公益必要不干扰原则”，即互联网平台经营者在确需保障公共利益需要时可不经平台用户及其他经营者同意干扰其他经营者的产品或服务运行，但应确保手段的必要性和合理性。

而“三重授权”规则则是认为第三方通过开放数据接口 (Open API) 获取用户信息时应坚持“用户授权”+“平台授权”+“用户授权”的三重授权规则，这一规则是在某微平台诉某友天下平台案中开始适用。但在当下的司法实践中，“三重授权”规则只有在属于用户身份信息的情境下适用，并未适用于用户行为信息，比如仅适用于用户头像、名称、职业等个人信息，而用户浏览、搜索、交易、点赞、评论等行为痕迹属于用户行为信息并不适用。

### 3. “多元利益权衡”原则

法院在判断数据抓取的行为是否不当时，综合考量数据抓取行为对公共利益、经营者利益及消费者利益带来的损失及影响，认为应将竞争者自由竞争利益、消费者自由决策利益和“不受扭曲的竞争标准”所产生的社会公共利益作为评价要素相结合，综合评价行为不正当性的过程。具体而言，不必拘囿于被诉竞争性行为是否对经营者造成实质性利益损害，而是综合考虑该行为是否对市场竞争秩序和消费者造成威胁，是否冲击了正常的商业模式和其他经营者的正当经营行为，是否损害了消费者的利益。

该思路的逻辑是，在当下互联网及人工智能社会，消费者及社会公众不再是竞争市场的场外人，而是直接作为参与的角色介入数据竞争，成为评判市场主体间数据行为正当性的“参考法庭”。故在个案中，应从消费者权益、社会整体利益与竞争者利益平衡的角度规范竞争行为和秩序。

### 4. 区分数据类型和分解行为方式审查经营者利益损害

尽管多元利益衡量的审判思路相对普遍适用，但增加了个案判断中法官的主观能动性及任意性因素。随着实践中行为方式趋于复杂，部分法院已经开始尝试从细化数据类型和分解行为方式入手，区分“公开数据”和“非公开数据”，从抓取、存储、使用涉案数据的行为性质入手，立足经营者利益损害（而往往非多元利益）进行重点分析，如是否破坏了平台的管理秩序、损害了经营者的经营自主权、影响了经营者收益、用户粘性、运营成本、安全风险等。

以上为不正当竞争行为认定的主要裁判规则及司法逻辑。当然，对于前述不同个案中法官提出的次级规则，如何适用、适用的优先次序、次级规则的观点冲突处理等问题不可避免。

#### （五）赔偿责任认定的参考因素

根据前述数据抓取类不正当竞争案件的处理模式，损害赔偿的认定计算方式也各异，但可从现有案例提炼出以下参考因素：

（1）直接损失，如软件维修费，根据现有案例，数据抓取行为造成数据被抓取方直接损失的情形较少；

（2）间接损失，如广告收入的减少以及其他增值业务的减少。现有案例中造成被抓取方间接损失的情形较多，如数据抓取造成的流量损失间接体现在被抓取方的各项收入的减损中，但具体数额的确定以及其中的因果关系难以认定；

（3）双方的过错程度，比如数据抓取方的主观恶意、被抓取方是否采取合理的补救措施等；

（4）涉案行为的持续时间；

（5）数据抓取方适用涉案数据的方式和范围。

## 四、小结

从以上分析的数据抓取类不正当竞争案件裁判模式及逻辑来看，数据权益及法律适用相对明确争议不大，核心重点问题在于不正当竞争行为的认定。其中认定是否构成不正当竞争行为比较普遍适用的有实质性替代、

破坏性规则及多元利益平衡这三个次级规则，但这三个规则相对自由裁量空间较大，且暗含的论证逻辑主要还是基于被诉竞争行为“为什么是不正当的”，而不是“为什么不是不正当的”，体现出一种积极干预的裁判倾向，这也一定程度解释了为什么该类案件中原告胜诉率较高。■

【作者简介】



曾 恺 合伙人 ■

执业证号 14401201710013849

**专注领域：**人工智能、数字经济、跨境电商、虚拟数字货币等互联网新经济相关领域的刑民事合规及争议解决

具有大型企业、政府法制办等相关工作经历。曾经或正在为广州极飞科技股份有限公司、钱大妈农产品有限公司等多家华南地区独角兽企业提供争议解决服务及合规法律服务，包括为多家高新科技企业提供数据信息安全合规、APP 合规、商业秘密保护等法律服务。在诉讼领域，先后经办处理多起涉诉标的额超五千万的重大民商事及行政诉讼案件，所经办案件曾获广州市律师协会业务成果奖等，并多次入选中国法制出版社、法律出版社等出版的典型案例集。在专业研究方面，曾获广州市律师协会理论成果奖等，在《中国律师》《广州律师》及威科先行等刊物平台发表数十篇原创专业文章。

# AIGC 平台的著作权侵权认定和法律责任 ——以全国 AIGC 平台侵权第一案为例

文 / 郑 沛

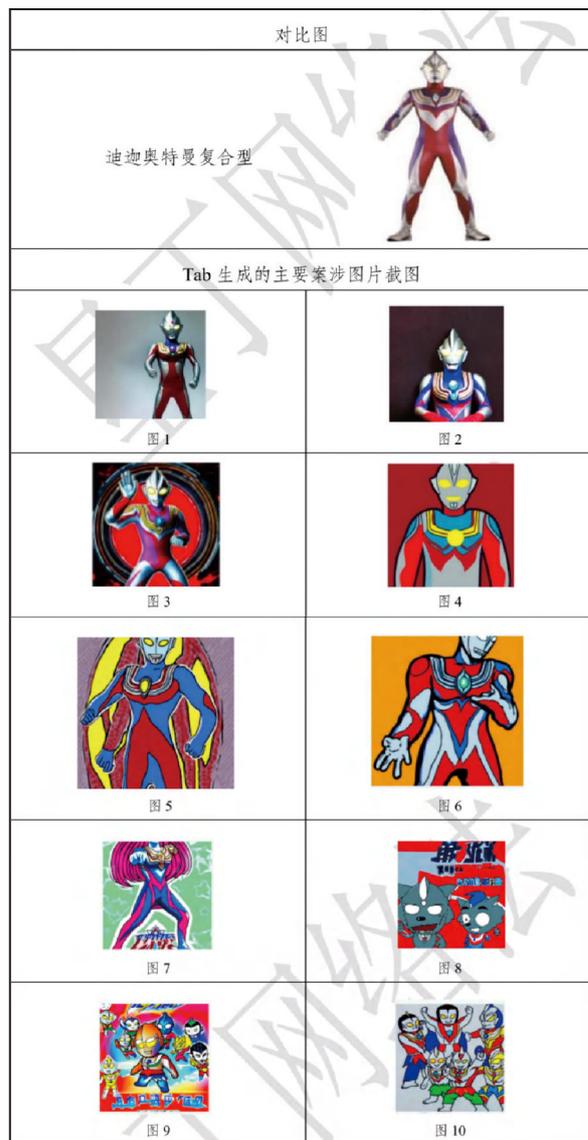
AIGC (Artificial Intelligence Generated Content) 即生成式人工智能。随着生成式人工智能在日常生活中广泛应用,给传统版权法带来了新挑战,如训练数据来源的合法性、生成内容的可版权性、AIGC 平台的侵权认定等,都是司法实践中面临的难题。其中,对于 AIGC 平台的侵权认定和法律责任问题,广州互联网法院于 2024 年 2 月 8 日作出的 (2024) 粤 01\*\* 民初 1\*\* 号 (下称“本案”) 民事判决书首次给出了司法答案。

## 一、案情简介

本案中,原告某文化公司 (下称“原告”) 为“奥特曼”形象的著作权被许可人,被告某人工智能公司 (下称“某 AIGC 平台”) 经营的某网站中 AI 绘画功能可根据用户指令生成对应的图片,如用户输入“生成一个奥特曼”,即生成奥特曼形象图片;输入“奥特曼融合美少女战士”,即生成奥特曼身体拼接美少女战士长发形象的图片等。因此,原告认为某 AIGC 平台未经授权,擅自利用原告享有权利的作品,训练其大模型并生成实质性相似的图片,且通过销售会员充值及“算力”购买等增值服务攫取非法收益,前述行为给原告造成严重损害,遂起诉要求某 AIGC 平台立即停止侵权、将案涉奥特曼物料从其训练数据集中删除、采取合理措施阻断生成与“奥特曼”作品相同或相似的产品,并赔偿经济损失及维权合理支出共计 30 万元。

经审理,法院认定某 AIGC 平台侵犯了原告对案涉“奥特曼”作品所享有的复制权和改编权,并作出判决如下:

1. 某 AIGC 平台立即停止侵权,立即采取相应技术措施,防止用户在正常使用平台提供的服务时,生成侵犯原告案涉著作权的图片;
2. 某 AIGC 平台赔偿原告损失 1 万元。



图片来源:垦丁网络法

本案双方均未上诉,一审判决已生效。值得关注的是,本案是继 2023 年 11 月北京互联网法院“AI 文生图”著作权案件后,又一在 AI 领域具有代表性和创新性的司法判决。由于本案某 AIGC 平台并无 AI 模型自主研发能力,而是使用第三方服务商的大模型数据,故对于原告提出“将案涉侵权物料从其训练数据集中删除”的诉请,法院未予

支持。鉴于此，本文仅从本案出发，对 AIGC 平台的著作权侵权认定和法律责任展开讨论，以期得出启示。

## 二、关于 AIGC 平台的著作权侵权认定

### （一）著作权侵权的判断标准

著作权侵权的认定标准一般采用“接触”+“实质性相似”的判断标准。

关于“接触”要件，考量的是被控侵权人是否有接触著作权作品的可能性，根据是否公开发表分为两种情况：1. 如权利人作品已进入相关公共领域或者被控侵权人通过其他途径可接触到权利人作品的，在没有相反证据的情况下，可推定被控侵权人具备接触著作权作品的可能性；2. 如权利人作品没有公开发表，则需要有证据证明被控侵权人实际接触过该等权利作品。

关于“实质性相似”要件，应当是对权利作品和被控侵权作品在具体表达方式上具有相似性的程度进行判断。因为《中华人民共和国著作权法》（下称“著作权法”）保护的是作品的外在表达，因此，在司法实践中，法院一般是通过对作品内容的相似性进行比对来最终判断是否构成侵权。

权利人作品具有广泛流传性，或侵权者存在接触到该作品的可能，且作品之间构成实质性相似，才具备著作权侵权的条件。

### （二）某 AIGC 平台是否构成侵权

本案中，法院采用前述标准进行认定。经法院审理查明，原告“奥特曼”作品享有较高知名度，某 AIGC 平台存在接触该作品的可能。另外，某 AIGC 平台生成的图片，部分或完全复制了“奥特曼”作品的独创性表达，并在多个关键特征与作品具有极高的相似度，与原告“奥特曼”作品构成实质性相似，符合“接触”+“实质性相似”的标准，故某 AIGC 平台构成著作权侵权。

### （三）某 AIGC 平台侵犯原告何种权利

#### 1. 复制权

根据著作权法第十条第一款第（五）项：“复制权，即以印刷、复印、拓印、录音、录像、翻录、翻拍、数字化等方式将作品制作一份或者多份的权利”。本案中，

某 AIGC 平台生成的案涉图片，部分或完全复制了“奥特曼”美术形象的独创性表达。只要原告“奥特曼”的形象特点被基本还原、再现，就足以认定复制行为的发生。因此，法院认定某 AIGC 平台未经许可复制了作品，某 AIGC 平台侵害了原告对案涉作品的复制权。

#### 2. 改编权

根据著作权法第十条第一款第（十四）项：“改编权，即改变作品，创作出具有独创性的新作品的权利。”本案中，某 AIGC 平台生成案涉图片时，部分保留“迪迦奥特曼复合型”作品的独创性表达，且在该基础上形成新的特征，属于在保留原作品基本表达的前提下作出改变，生成再创作的新作品。因此，法院认为，某 AIGC 平台构成对案涉作品的改编，侵犯了原告对案涉奥特曼作品的改编权。

#### 3. 关于是否侵犯信息网络传播权的问题

根据著作权法第十条第一款第（十二）项：“信息网络传播权，即以有线或者无线方式向公众提供，使公众可以在其选定的时间和地点获得作品的权利。”本案中，法院对于是否构成信息网络传播权采取回避态度，认为“判定被告是否侵犯信息网络传播权，该问题仅涉及侵犯具体著作权权利的认定，并不影响其侵权行为成立与否”“同一被诉侵权行为已经纳入复制权、改编权控制范畴的情况下，不再进行重复评价”。笔者认为，法院此处适用了“同一侵权行为不重复评价”的法理，但该法理应适用于侵权竞合的情况，例如同时构成著作权侵权和不正当竞争，则只对著作权侵权或不正当竞争的行为择一评价，但在本案中，信息网络传播权与复制权、改编权均属于著作权的范畴，三者并不相同，不应简单地认为已侵犯复制权、改编权，无论是否同时侵犯信息网络传播权，均不影响侵权的认定，便不再进行司法评价。由于本案未对某 AIGC 平台是否侵犯信息网络传播权进行评价，此类司法观点还有待将来的判决予以明晰。

## 三、某 AIGC 平台需要承担何种法律责任

### （一）停止侵权

本案中，某 AIGC 平台已经采取关键词过滤等措施，停止生成相关图片，但仍可产生与迪迦奥特曼原图实质

性相似的图片。因此，法院除判决某 AIGC 平台停止侵权外，还要求某 AIGC 平台进一步采取关键词过滤等措施，防范其在提供服务时，用户继续生成与案涉作品实质性相似的图片，防范程度应达到：用户正常使用与权利作品相关的提示词，不能生成与案涉作品实质性相似的图片。

## （二）赔偿责任

### 1. AIGC 平台的注意义务与主观过错的认定

本案中，法院在论述某 AIGC 平台的侵权过错时，列举了某 AIGC 平台违反《生成式人工智能服务管理暂行办法》规定的三大注意义务（欠缺投诉举报机制、欠缺潜在风险提示、欠缺显著标识），并以此认定某 AIGC 平台存在侵权的主观过错。

笔者认为，法院将某 AIGC 平台的主观过错与其合理注意义务等同起来，目的是希望通过判决的示范效应，促使我国 AIGC 平台能够提升其合理注意义务。但反过来思考，如果某 AIGC 平台履行合理注意义务，确实建立了投诉机制、向用户提示风险、增加显著标识，但其明知或应知训练数据未获得授权，也未采取措施避免生成侵权的作品，是否能认为其不存在主观过错，免于承担责任吗？显然不能这样推论。如果某 AIGC 平台存在侵权过错，但履行了合理注意义务，可考虑合理减轻其侵权责任，但非免责，本案判决将 AIGC 平台“未履行合理注意义务”与“侵权主观过错”进行混同，笔者认为值得商榷。但本案的裁判结果突出了 AIGC 平台合规的重要性，值得我国 AIGC 平台的关注与重视。

### 2. 赔偿金额

在侵权人的违法所得、权利人损失无法认定的情况下，法院通常会综合考虑被侵权作品的知名度、被告的主观过错、侵权情节等因素，行使自由裁量权。本案中，因无法确定侵权所得或遭受损失的金额，法院综合考虑“案涉奥特曼作品具有较高的市场知名度”“被告在应诉后，积极采取技术性措施，防范继续生成相关图片，且实现了一定的效果”“被告仅面向用户生成案涉图片，影响范围有限”等情节，酌定某 AIGC 平台赔偿经济损失为 1 万元（包含取证费等合理开支）。该判赔结果远少于原告提出的 30 万元索赔，法院酌定该金额，亦考虑到人工智能产业目前处于发展初期，不宜过度加重服务提供者的责任。

## 四、启示

本案对我国乃至全球生成式人工智能行业均有重大且深远的影响。首例 AIGC 平台著作权侵权案强调了对原创作品的尊重和保护，也为 AIGC 服务提供者带来启示：

1. 未经授权生成知名 IP 的图片可能涉嫌侵权，无论 AIGC 平台的训练数据来源于自身或第三方服务商，均有义务避免生成的作品侵犯他人著作权；

2. 当发生侵权行为时，应立即停止侵权，采取关键词过滤等有效措施，确保用户正常使用与权利作品相关的提示词时，不能生成与案涉作品实质性相似的图片；

3. 为避免侵权和违规风险，在提供生成式人工智能服务时，平台应尽合理的注意义务，包括建立便捷的投诉举报机制、使用用户协议等方式充分提示潜在风险、生成内容中体现显著标识等。

人工智能是引领未来的战略性技术，也是发展新质生产力的重要阵地。平衡科技发展与知识产权保护的关系，需要对现有知识产权体系进行审视。对于 AIGC 平台侵权边界、创作成果的权利归属、数据训练的合理使用等问题，还需进一步统一司法标准，逐步探索构建 AIGC 时代的知识产权保护新规则，促进形成生成式人工智能治理的中国方案。■

### 【作者简介】



郑沛 专职律师 ■  
执业证号 14401202110353330

**专注领域：**涉外法律服务，公司法，民商事诉讼，劳动法  
毕业于华南理工大学法学院，取得法学、计算机双学士学位，是广东省涉外律师新锐人才库成员，曾获得广州市司法局优秀共青团员、广东广信君达律师事务所“30 周年报告会工作表现突出奖”“学术贡献奖”“优秀律师”“优秀共青团员”等荣誉。

# 重构公司治理 ——新《公司法》对公司治理的影响

文 / 官招阳

2023年12月29日，全国人大常委会审议通过了《公司法》修订案（下称“新《公司法》”）。本次修订是《公司法》施行以来规模最大的一次修订，对现行公司“三会一层”治理架构、公司股东之间的关系、公司与债权人的关系等方面作出了重大调整，这些调整对公司未来的治理将产生较大影响。

长期以来，我国公司制度施行的都是股东会、董事会、监事会与高级管理人员的架构，该架构形成了所有权与经营权分离、经营代理与监督代理的基本公司运行规则，在股份有限公司以及上市公司层面，对该治理结构的内涵更加丰富，形成了董事会下设专门委员会制度，为董事会的有效运作提供专门意见，同时也设置不在公司任职的独立董事，为中小股东利益行使特别职权。在《公司法》修订后，上述架构可以不再是双层架构，未来设立的公司可以根据实际情况不设立监事会，由董事会下设审计委员会代替监事会行使职权，甚至可以不设置监事。同时，新《公司法》对股份公司“股东大会”“创立大会”等都作了调整，对未来设立股份有限公司，或由有限责任公司股改整体变更为股份有限公司的实务操作，都将产生一定影响。

结合新《公司法》修订，本文重点从“公司治理”角度对新《公司法》的修订进行简要评论。

## 一、法定代表人的重要性凸显

### （一）法定代表人产生、变更办法须在章程中规定

新《公司法》第四十六条规定有限责任公司的公司章程应当载明公司法定代表人的产生、变更办法。在现行《公司法》规定以及公司实践中，公司法定代表人由公司董事或经理担任，且现行《公司法》规定了公司董事、经理的选举、聘任程序，且公司章程也会规定公司法定代表人由

公司董事长或执行董事或经理同时担任，由此现行《公司法》也能够间接规定了公司法定代表人的产生、变更办法。新《公司法》沿用这一思路，法定代表人系由执行事务的董事或经理担任，因此产生办法即为选举执行事务董事或聘任的经理中产生。此外，新《公司法》没有要求必须在担任法定代表人的董事或经理辞任的前提下，才允许变更法定代表人，因此，设计公司章程及股东在对公司治理的过程中，需要考虑法定代表人的替换条件和程序，如果触发变更法定代表人条件的，可以对法定代表人进行变更。

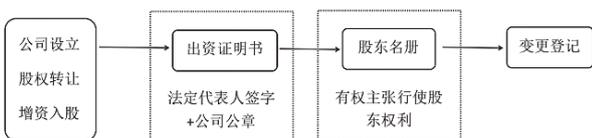
同时，新《公司法》第三十五条第三款规定：“公司变更法定代表人的，变更登记申请书由变更后的法定代表人签署。”为了避免公司出现治理僵局，事先在章程中规定变更法定代表人的规则，也可以在一定程度上解决公司治理僵局，恢复有效的内控及治理，如果公司依照公司章程规定替换法定代表人的，可以由变更后的法定代表人签署变更申请，由此可以从法定代表人层面实现对公司的控制。

### （二）法定代表人签署出资证明书

现行《公司法》已确定公司股权变动模式为股权转让合同的债权法律行为生效，以及新股东记载于股东名册的物权法律行为生效，只有在股东名册变更登记后才能视为股权已经交付完成。新《公司法》第五十五条第二款规定，出资证明书由法定代表人签名，并由公司盖章。在新《公司法》施行后，公司股权交付要件需要增加法定代表人签字并加盖公司公章的出资证明书，如法定代表人无法正常履行职责的，则对于公司股权变动将产生重大不利影响。法定代表人的角色更加重要，选择谁来担任法定代表人，是在公司治理中需要慎重考虑的问题。

从股权变动模式的结构上来讲，新《公司法》确定享有股东权利的时点与现行《公司法》一致，但新《公司法》

增加法定代表人签名作为形式要件。新《公司法》下公司股权变动模式调整如下：



## 二、重塑“三会一层”，公司治理逐步走向“董事会中心主义”

新《公司法》对股东会、董事会、监事会及高级管理层做了大幅调整，尤其是对股东会经营职权的削减、对监事会有条件取消、对高级管理人员权限归董事会授予、在董事会内部设置“会内有会”的内部监督机制等，无不体现了我国的公司治理主义逐步走向“董事会中心主义”。

长期以来，无论是初创企业，还是成长型企业，抑或上市公司，充斥着实控人“个人英雄式”的经营模式，不存在现代化的公司治理，对于外部投资人的监督视而不见，在公司治理上大搞一言堂，监事会也仅是实控人为了满足《公司法》强制性规定，提名一线行政人员或职工组成的花瓶，完全听命于实控人，事实上已经沦为实控人或股东为个人利益操控公司治理的提线木偶，无法切实履行监督职责。新《公司法》以“董事会中心主义”对公司治理进行矫正，不能根本上解决股东权力泛化，但很大程度上能够实现公司利益攸关者的保障。同时，新《公司法》也为响应公司实践的现实需要，逐步授权董事会行使公司治理中的核心权力，包括公司再融资权力、公司并购重组权力等。在现行《公司法》中对公司向股东提供担保的权力也有部分授权董事会行使，新《公司法》沿用该规定。

### （一）股东与股东会调整——剩余权力归属之争的让步

新《公司法》对股东相关规定的调整范围较大，包括股东资格、股东会权力等方面，部分采取严格的限缩态度，部分采取进一步宽松态度，都是现行《公司法》实践经验的总结。

1、股东资格。新《公司法》新增了“股东失权”制度，但“股东失权”制度不是完全创新的制度，而是在《公司

法解释三》第十七条基础上的改革。《公司法解释三》第十七条规定，有限责任公司的股东未履行出资义务或者抽逃全部出资，经公司催告缴纳或者返还，其在合理期间内仍未缴纳或者返还出资，公司以股东会决议解除该股东的股东资格，该股东请求确认该解除行为无效的，人民法院不予支持。现行《公司法》下，股东失权的决定和执行权归公司股东会，新《公司法》则规定由公司董事会行使，且不仅适用于有限责任公司，同时也适用于股份有限公司。新《公司法》第五十二条第一款规定，股东未按照公司章程规定的出资日期缴纳出资，公司依照前条第一款规定发出书面催缴书催缴出资的，可以载明缴纳出资的宽限期；宽限期自公司发出催缴书之日起，不得少于六十日。宽限期届满，股东仍未履行出资义务的，公司经董事会决议可以向该股东发出失权通知，通知应当以书面形式发出。自通知发出之日起，该股东丧失其未缴纳出资的股权。这无疑也是公司治理朝董事会中心主义的价值取舍。

2、股东会权力。新《公司法》对股东会权力调整的方向是抽取于公司经营相关职权，集中于董事会行使。现行《公司法》规定，公司股东会决定公司的经营方针和投资计划、审议批准公司的年度财务预算方案与决算方案，新《公司法》将该两项职权集中到董事会。同时，新《公司法》还规定，股东会可以授权董事会对发行公司债券作出决议。

（1）关于公司经营方针与投资计划。在实践中，无论是法律实务工作者，还是公司经营者，对于经营方针与投资计划的如何提议、审议，不仅没有形成规范的操作指引，甚至会与董事会的审议权限存在模糊与冲突的地带。现行《公司法》规定，公司董事会职权包括“决定公司的经营计划和投资方案”。笔者在理解经营方针、投资计划与经营计划、投资方案区别时，仅能从“原则与规则”“一般与具体”做区分，但这种区分对公司有效治理没有价值。新《公司法》规定公司股东会退出公司经营管理，反而理清了股东会与董事会的定位，明确了职权的界限。

（2）关于公司年度预算与决算方案。公司年度财务预算是对公司未来一年业务、投资、融资、财务等方面的预算，公司年度财务决算是对公司经营情况的分析总结，

从功能和作用上来说，预算与决算都应归于公司的经营管理范围。现行《公司法》规定公司的年度预算与年度决算由股东会审议，虽然是体现了企业所有者的利益关怀，但这种安排的照顾形同虚设，公司大部分中小股东不会直接参与公司的经营，由其参与公司预算、决算审议对公司的经营没有任何帮助，不切合公司的实际。新《公司法》将该项职权归位董事会，使得一线的经营管理交由真正负责经营管理的部分决策，更符合公司运作的实际需要。

(3) 关于公司融资决策权限。笔者理解，公司融资是密切关乎所有者权益与企业经营管理两个方面的事项。现行《公司法》规定公司发行债券、增加注册资本都由股东会决议，没有规定股东会可以授权董事会对发行债券作出决议，也没有规定公司股东会可以授权董事会对增加注册资本作出决议。但在实践中，《公司债券发行与交易管理办法》规定，发行公司债券的决议，系由公司根据《公司法》或者公司章程规定作出决议即可，没有限制必须由公司股东会决议。此外，《上市公司证券发行注册管理办法》第二十一条规定，上市公司年度股东大会可以根据公司章程的规定，授权董事会决定向特定对象发行融资总额不超过人民币三亿元且不超过最近一年末净资产百分之二十的股票，该项授权在下一年度股东大会召开日失效。针对股东会授权董事会定增的规定，很多上市公司会在年度股东大会时对董事会作出授权，无论在授权年度内是否实际实施定增。笔者认为，公司股东会授权董事会根据公司经营状况决定融资或再融资，是基于经营管理考虑的董事会职权的延伸，同时也是股东会对董事会权力的让渡。

## （二）董事会职权与定位调整——代表谁的利益

新《公司法》对董事会定位与职权调整，将对未来公司股东、股东会与董事会的权力争夺埋下伏笔，如果公司股东在董事人选的挑选以及更换规则没有做好安排，不排除股东会被董事会除名，且由于监事会或者监事不再属于必备选项，董事会内部控制的现象未来将越发频繁出现。

1、关于董事会职权的调整。新《公司法》赋予董事会诸多新的职权，同时对董事会行使职权的方式也作出了相应的规定，且明确规定，公司章程对公司董事会职权的

限制，不得对抗善意第三人，将董事会中心主义贯彻始终。

(1) 催缴出资的职权。董事会在两种情形下可以催缴出资，第一种是股东未按期足额缴纳出资，第二种是公司不能清偿到期债务。对于第一种情形，新《公司法》没有明确规定已经失权的股东是否对失权之前的债务承担责任，结合新《公司法》第八十八条规定，“股东转让已认缴出资但未届出资期限的股权的，由受让人承担缴纳该出资的义务；受让人未按期足额缴纳出资的，转让人对受让人未按期缴纳的出资承担补充责任。未按照公司章程规定的出资日期缴纳出资或者作为出资的非货币财产的实际价额显著低于所认缴的出资额的股东转让股权的，转让人与受让人在出资不足的范围内承担连带责任；受让人不知道且不应当知道存在上述情形的，由转让人承担责任。”被转让的失权股权，失权股东仍应当承担补充责任；对于减资注销方式处置的失权股权，则应当参照新《公司法》规定的减资程序，如债权人要求提前清偿的，则失权股东应当在失权股权范围内承担补充责任。

(2) 年度财务预算、决算决策权与公司经营方针、投资计划决策权。由于该两项职权属于公司经营管理事项，新《公司法》构建以董事会为中心的治理架构，将该两项职权调整由公司董事会行使是“董事会中心主义”的应有之义。

(3) 董事会审计委员会行使监事会职权。新《公司法》规定有限责任公司可以不设置监事会，由董事会审计委员会行使监事会职权，除监事会职权外，没有授予审计委员会其他职权。有限责任公司董事会审计委员会与上市公司董事会审计委员会职权范围不同，新《公司法》第一百三十七条规定，“上市公司在董事会中设置审计委员会的，董事会对下列事项作出决议前应当经审计委员会全体成员过半数通过：（一）聘用、解聘承办公司审计业务的会计师事务所；（二）聘任、解聘财务负责人；（三）披露财务会计报告；（四）国务院证券监督管理机构规定的其他事项。”而交易所规范运作自律监管指引，还要求审计委员会对上市公司披露财务会计报告及定期报告中的财务信息、内部控制评价报告；因会计准则变更以外的原因作出会计政策、会计估计变更或者重大会计差错更正

等事项进行审议。由此可见，有限责任公司董事会审计委员会仅是替代监事会，没有作出更进一步的要求，职权上没有实质性突破。

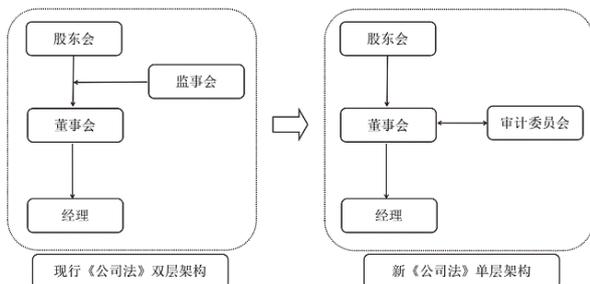
(4) 公司融资职权。现行《公司法》下已经有这类操作实践，包括股东会授权董事会决定发行债券、股东会授权董事会在一定额度内实施再融资等。董事会只有在股东会授权范围内才能行使该项职权。

(5) 公司收并购职权。新《公司法》第二百一十九条规定，“公司与其持股百分之九十以上的公司合并，被合并的公司不需经股东会决议，但应当通知其他股东，其他股东有权请求公司按照合理的价格收购其股权或者股份。公司合并支付的价款不超过本公司净资产百分之十的，可以不经股东会决议；但是，公司章程另有规定的除外。公司依照前两款规定合并不经股东会决议的，应当经董事会决议。”

## 2、关于董事会定位的调整

### (1) 董事会与有限责任公司

新《公司法》第一百二十一条规定，公司可以不设立监事会，董事会内设的审计委员会可以行使监事会的职权。这个规定打破了我国现行《公司法》长期以来规定的双层制公司治理架构，未来公司可以选择董事会内部设立审计委员会的单层架构，替代双层架构。单层治理架构与双层治理架构系新《公司法》对公司监事会履职面临现实障碍的妥协调整。



在现行《公司法》下，董事会应受监事会的监督，监事会有权纠正董事的行为，而在新《公司法》下，审计委员会成员来源于董事会，由其负责监督董事会行为，或只有自己监督自己的意味，未必能够解决监事会不监督的现状。

新《公司法》同时规定，审计委员会过半数成员不得

在公司担任除董事以外的其他职务，且不得与公司存在任何可能影响其独立客观判断的关系。如果将审计委员会委员的独立性与上市公司独立董事的独立性等同或者参照，则可以参考《上市公司独立董事管理办法》规定，影响审计委员会委员独立性的关系主要包括：

- ①在公司或其附属企业任职的人员及其配偶、父母、子女、主要社会关系；
- ②直接或者间接持有公司一定比例以上股权的自然人股东及其配偶、父母、子女；
- ③在直接或者间接持有公司一定比例以上股权的股东或者在公司大股东任职的人员及其配偶、父母、子女；
- ④在公司控股股东、实际控制人的附属企业任职的人员及其配偶、父母、子女；
- ⑤与公司及其控股股东、实际控制人或者其各自的附属企业有重大业务往来的人员，或者在有重大业务往来的单位及其控股股东、实际控制人任职的人员；
- ⑥为公司及其控股股东、实际控制人或者其各自附属企业提供财务、法律、咨询、保荐等服务的人员，包括但不限于提供服务的中介机构的项目组全体人员、各级复核人员、在报告上签字的人员、合伙人、董事、高级管理人员及主要负责人；
- ⑦最近十二个月内曾经具有上述情形的人员；
- ⑧法律、行政法规和公司章程规定的不具备独立性的其他人员。

如果能够按照上述规定执行，担任审计委员会委员的董事，必须是公司外部董事。可见，选择以审计委员会替代监事会，对公司的要求是相对较高的，对董事会履职的要求也是相对较高的。

### (2) 董事会与职工

新《公司法》第六十八条规定，职工人数三百人以上的有限责任公司，董事会应当有职工代表。实践中，一般只有国有企业会在董事会中明确职工代表董事，股份公司在设置监事会时会选派职工监事，但没有对职工董事作出强制规定。

职工参与公司治理一直是公司经营管理的重点，新《公司法》明确要求职工人数较多的公司，应当有职工代表董

事，同时监事会也应当设置职工代表监事。公司治理理论从“股东至上”理论，逐渐演变到吸收“利益相关者共同治理”理论，同时兼顾“控制内部人控制”理论，在公司实现有效治理方面，新《公司法》取得了较大进步。随着经济发展，物质资本对经济增长的贡献被削弱，人力资本的作用在不断增强，人力资本保证了公司非人力资本的保值、增值和扩张，调动各种人力资本显得尤为重要。新《公司法》在安排职工参与公司治理的同时，也规定公司可以因实施股权激励而为员工提供财务资助。

新《公司法》第一百六十三条第一款及第二款规定，“公司不得为他人取得本公司或者其母公司的股份提供赠与、借款、担保以及其他财务资助，公司实施员工持股计划的除外。为公司利益，经股东会决议，或者董事会按照公司章程或者股东会的授权作出决议，公司可以为他人取得本公司或者其母公司的股份提供财务资助，但财务资助的累计总额不得超过已发行股本总额的百分之十。董事会作出决议应当经全体董事的三分之二以上通过。”董事会可以根据股东会授权或者公司章程可以直接作出提供财务资助的决议，并向职工提供一定比例的财务资助，企业所有者向职工让渡部分剩余收益，是企业所有者对待人力资本态度的转变。

在上市公司层面，《上市公司股权激励管理办法》第二十一条明确规定，激励对象参与股权激励计划的资金来源应当合法合规，不得违反法律、行政法规及中国证监会的相关规定。上市公司不得为激励对象依股权激励计划获取有关权益提供贷款以及其他任何形式的财务资助，包括为其贷款提供担保。对于公司股权激励行为，公司不能向激励对象提供财务资助，但对于员工持股计划，则可以向员工提供财务资助。因此，公司未来实施股权激励或员工持股计划，有必要作出明确的区分。

### （三）监事会职权与定位调整——尚未弥补公司治理的缺憾

监事会是除董事会外，新《公司法》在公司治理层面调整较大的地方，如前文所述，监事会可以在满足一定条件下不设置，由审计委员会替代监事会行使职权。监事会及监事在全体股东一致同意时，也可不设置。

结合新《公司法》规定，规模较小或者股东人数较少的有限责任公司，经全体股东一致同意，可以不设监事，但股份有限公司须有监事或者监事会。新《公司法》第七十六条第一款规定，有限责任公司设监事会，本法第六十九条、第八十三条另有规定的除外。新《公司法》第八十三条规定，规模较小或者股东人数较少的有限责任公司，可以不设监事会，设一名监事，行使本法规定的监事会的职权；经全体股东一致同意，也可以不设监事。新《公司法》第一百三十三条规定，规模较小或者股东人数较少的股份有限公司，可以不设监事会，设一名监事，行使本法规定的监事会的职权。

规模较小或者股东人数较少的公司，一般由股东自行承担担任执行董事，由股东负责公司的全部生产经营及管理活动，设置监事反而显得公司架构臃肿累赘，且由于监事仍是股东委派，完全是董事的一致行动人，无法实际起到监督作用。域外公司法实践也存在不要求监事或者监事会的成功经验，新《公司法》简化小规模公司的公司治理架构，有利于促进小微企业的规范运作，同时对进一步优化营商环境大有裨益。

对于设立监事会或者监事的公司，监事在履行监督职权时也有了更加明确的监督工具。根据新《公司法》第八十条第一款规定，监事会可以要求董事、高级管理人员提交执行职务的报告。但在实践中，监事会往往不会主动行使监督权。上市公司实践中，每年会披露年度监事会工作报告，其中包括需要对公司董事会合规运作发表监事会意见，而所谓发表意见也是为了应对监管以及信息披露需要。

现行《公司法》第五十四条规定，监事可以列席董事会会议，并对董事会决议事项提出质询或者建议。监事会、不设监事会的公司的监事发现公司经营情况异常，可以进行调查；必要时，可以聘请会计师事务所等协助其工作，费用由公司承担。即便如此，监事会在公司尚未进入僵局或者出现控制权争夺等危机时，普遍处于缺位的状态。笔者参与多次董事会会议、股东会，除非确实出现对监事个人处罚、赔偿等责任风险，监事们普遍只是负责签字，且其对签署的文件大多不清楚对应的内容与风险。在出现监

事个人风险时，监事往往也处于拒绝配合状态，拒绝行使监督权，更别提提起股东会召集权等权利。如施天涛教授所言，公司监事会事实上缺乏足够的动因、能力和激励将监督行动付诸实施。这都表现在监事会的具体制度规则中：如监事会缺乏独立性，包括监事的身份依赖和监事会的财务依赖；监事缺乏足够的知识、技能和经验；监事会在履行监督职责时，缺乏足够的执行力和措施保障以及相应的激励和问责机制。一言以蔽之，监事会被抽掉了“脊梁骨”，或者原本就没有给它装配，它的“腰杆”自然也就硬不起来。

（参见《让监事会的腰杆硬起来——关于强化我国监事会制度功能的随想》，载于《中国法律评论》2020年第3期）

监事定位于监督功能，除了赋予监督权足够的执行监督工具，还需要有执行监督的保障，且对于监事人选，也需要从独立性、从业经验等方面考虑，对于部分公司而言，监事制度确实鸡肋，但涉及公众利益时，监事制度尤为重要。

#### （四）经理职权范围的调整

现行《公司法》明确经理的职权范围，包括：主持公司的生产经营管理工作，组织实施董事会决议；组织实施公司年度经营计划和投资方案；拟订公司内部管理机构设置方案；拟订公司的基本管理制度；制定公司的具体规章；提请聘任或者解聘公司副经理、财务负责人；决定聘任或者解聘除应由董事会决定聘任或者解聘以外的负责管理人员；董事会授予的其他职权。新《公司法》基本上沿用了现行《公司法》逻辑，只是立法技术上取消了列举式描述经理职权，统一将经理职权完全交由公司自治。随着新《公司法》对董事会职权的扩大，未来经理职权范围也可以有所扩大。

### 三、结语

公司治理是贯穿公司整个生命历程的话题，现行《公司法》一概采用股东会、董事会、监事会三者分权制衡的治理模式，对股东会、董事会职权没有完全从所有者与经营者的界限中区分出来，对监事会的监督功能也无法有效发挥。新《公司法》在公司治理模式的选择上，倾向于“董事会中心主义”，同时也为了提供公司运作的有效性，简化公司治理架构，允许设立单层制的公司治理架构，但未来如何在单层制公司治理架构中，提供公司规范性，提升公司的治理水平，仍然是摆在企业面前的现实问题。

#### 【作者简介】



官招阳 专职律师

执业证号 14401201810066207

**专注领域：**股权投资融资，证券资本市场，民商事争议解决。曾为洁特生物等多家（拟）上市公司提供IPO、企业改制重组、上市公司规范治理、再融资、回复监管问询、信息披露、投融资等法律服务；曾代理某板块首例上市公司欺诈发行行政处罚听证、复议；在《保险职业学院学报》等期刊发表多篇论文；曾在广州市律师协会、广东财经大学等单位以及润都股份等多家公司开展拟上市公司辅导培训、上市公司培训以及投融资相关讲座。

# 新《公司法》重点与亮点解读： 股权与股东权利制度的变化

文 / 杨超男 郭许多

2023年12月29日，历经多轮审议修改的《中华人民共和国公司法》（下称《公司法》）修订草案（四审稿）正式审议通过，将于2024年7月1日起正式施行。此前，该草案已经过十三届全国人大常委会第三十二次会议（2021年12月一审稿）、第三十八次会议（2022年12月二审稿），十四届全国人大常委会第五次会议（2023年12月三审稿）三次审议。新《公司法》删除了2018年《公司法》（下称“旧《公司法》”）中的16个条文，新增和修改了228个条文，实质性修改了112个条文。此次修订，是旧《公司法》自1994年实施以来整整三十年后的第二次重大修订，可以说是一次全面且深入的修订。新《公司法》不仅吸收了多条《公司法》司法解释的规定，更立足于时代发展和司法实践，对多个实务难题作出回应及修正，以期为促进公司治理和优化营商环境提供先进且完备的法律保障。

通过对新旧《公司法》的对比分析和深入解读，可以总结出新《公司法》的修订亮点及重点，包括公司资本制度、公司治理结构、董监高忠实勤勉义务、股东权利保护等诸多重要变化，为法律实务工作、企业运营管理和投资风险防范提供有益参考。股权与股东权利制度关涉公司治理、股东、公司和债权人利益保护、公司资本充实与维持等诸多重要问题。新《公司法》对股东与股权制度作了较多修改。本文将解读其重要内容，论证其影响，并提出相应的参考建议。

## 一、股权与股东权利概说

《公司法》多处使用“股权”“股东权利”的称谓，其多项制度设计均围绕这两个法律概念展开，如利润分配、决策权、知情权、中小股东的利益保护机制等。明晰何为股权、何为股东权利，以及二者的关系，对于正

确理解和运用《公司法》各项制度具有重要意义。学界主要观点认为，股权是依附于出资份额或股份的广义上的类别权利集合，包括了资产受益权、重大决策权、管理者选任权等。它是一个“权利束”，而非某项权能。而股东权利则是一系列具体权利，例如表决权、查阅权、提起代表诉讼权等。只有当言之具体权利，“股东权利”才有其法律意义，如“参与决策是股东的一项权利”。上述分析，在新《公司法》条文内容中有所体现。

一方面，股权的表述集中出现在新《公司法》第4章有限责任公司的股权转让中。这里强调的是公司外部视角，股权作为权利集合的概括性转移。股权是依附于出资份额或股份的，因此也可随着股份与出资份额一同处分，但这里并没有涉及到股东具体的权利内容。

另一方面，股东权利最直观的体现是在新《公司法》第二十一条：“公司股东应当…依法行使股东权利，不得滥用股东权利…”以及第五十六条：“…记载于股东名册的股东，可以依股东名册主张行使股东权利。”第五十七条是关于股东知情权的规定。这里强调的是公司内部视角，股东在公司经营管理中对股东权利的行使，这就具体涉及知情权、分红权、回购请求权、提起代表诉讼权等具体权利。

综上所述，股权是公司外部视角依附于股份或出资份额的权利集合，而股东权利则是公司内部视角公司经营治理中股东的一系列具体权利。两者共同组成了股东对公司权利的内涵。

股权与股东权利是《公司法》三大主线之一，与公司治理制度、公司资本制度共同构成了现代《公司法》的制度体系。保护股东权利有利于为投资者创造良好的法治环境，强化投资者的信心，促进社会主义市场经济高质量发展。其中中小股东的权利保护更是一直以来的

痛点与难点。而股权制度又是公司利润分配、公司治理决策、股东代表诉讼制度的基石，也是全面完善《公司法》各项制度的起点。新《公司法》对股权与股东权利制度完善，不仅能优化营商环境，还能平衡大小股东及债权人的利益，更是完善公司治理的重要环节。

## 二、股权与股东权利制度的变革

### （一）股权与股东权利制度的历次变革

1993年《公司法》第四条列举了股东享有的权利，“公司股东作为出资者按投入公司的资本额享有所有者的资产受益、重大决策和选择管理者等权利”，这样的列举式表述也基本一致地延续到了新《公司法》。此外，1993年《公司法》也规定了股东的知情权、分红权、表决权、股权转让、优先购买权等具体股东权利的行使规则。

2005年《公司法》修订完善了股东权益的保护机制。具体包括了第三十四条增加了股东查阅、复制公司章程、董事会会议决议、监事会会议决议的权利，第四十条降低了股东召开临时会议所需的表决权比例，第一百零三条赋予了股东提交临时提案的权利，第一百一十七条规定了公司定期向股东披露高级职员报酬的规则，第一百五十一条规定了股东会上股东对董监高的质询权，第一百五十二条新增了股东代表诉讼制度。

2013年《公司法》的修正主要是集中于公司资本制度，确定了注册资本认缴制，并相应地修改了条文表述，同时删除了公司注册资本最低限额及注册资本验资制度。从要求“股东出资达到法定最低限额”变为“有符合公司章程规定的全体股东认缴的出资额”。

旧《公司法》的修正对公司回购本公司股权（股份）制度进行了完善。第一新增了公司回购股份的情形，第二简化了股份回购的决策程序，第三限定了特殊情况下公司持有本公司股份的上限，第四强调了上市公司应以集中交易的方式收购本公司股份。

### （二）新《公司法》股权与股东权利制度的重要变化

#### 1. 新增股东催缴失权制度

#### 《公司法司法解释》（三）

##### 第十六条

股东未履行或者未全面履行出资义务或者抽逃出资，公司根据公司章程或者股东会决议对其利润分配请求权、新股优先认购权、剩余财产分配请求权等股东权利作出相应的合理限制，该股东请求认定该限制无效的，人民法院不予支持。

#### 新《公司法》

##### 第五十二条

股东未按照公司章程规定的出资日期缴纳出资，公司依照前条第一款规定发出书面催缴书催缴出资的，可以载明缴纳出资的宽限期；宽限期自公司发出催缴书之日起，不得少于六十日。宽限期届满，股东仍未履行出资义务的，公司经董事会决议可以向该股东发出失权通知，通知应当以书面形式发出。自通知发出之日起，该股东丧失其未缴纳出资的股权。

依照前款规定丧失的股权应当依法转让，或者相应减少注册资本并注销该股权；六个月内未转让或者注销的，由公司其他股东按照其出资比例足额缴纳相应出资。

股东对失权有异议的，应当自接到失权通知之日起三十日内，向人民法院提起诉讼。

#### 变化解读：

（1）从“限制权利”变为“丧失权利”。《公司法司法解释》（三）中列举了对股东权利限制的范围主要是财产性权利，包括了利润分配请求权、新股优先认购权、剩余财产分配请求权，并未提到表决权。但是新《公司法》使用的表述是“丧失其未缴纳出资的股权”，应当理解为是不限于财产性权利、表决权在内的所有股东权利。（2）决策主体从股东会变为了董事会。（3）规定了发出股东失权通知的前置条件和股东失权后的股权处置以及股东失权的异议等内容。

#### 变化评析：

本条修订内容实际上是注册资本五年内限期实缴制度的配套制度。股东失权制度一方面可以督促股东及时出资，另一方面有助于解决实践中大量对注册资本认而不缴的“僵尸股东”问题，完善了股东的退出机制，为未实缴的股权提供了股权转让、减少注册资本、其他股东按比例出资等多条处理路径。

2. 股东出资期限“加速到期”制度

《九民纪要》
<p><b>第六条</b></p> <p><b>【股东出资应否加速到期】</b>在注册资本认缴制下，股东依法享有期限利益。债权人以公司不能清偿到期债务为由，请求未届出资期限的股东在未出资范围内对公司不能清偿的债务承担补充赔偿责任的，人民法院不予支持。但是，下列情形除外：</p> <p>(1) 公司作为被执行人的案件，人民法院穷尽执行措施无财产可供执行，已具备破产原因，但不申请破产的；</p> <p>(2) 在公司债务产生后，公司股东(大)会决议或以其他方式延长股东出资期限的。</p>
新《公司法》
<p><b>第五十四条</b></p> <p><b>公司不能清偿到期债务的，公司或者已到期债权的债权人有权要求已认缴出资但未届出资期限的股东提前缴纳出资。</b></p>

变化解读：

(1) 从出资期限以“不加速到期”为原则，以“加速到期为例外”变成了以“加速到期”为原则。(2) “加速到期”所需的证明难度降低。新《公司法》不要求“公司无财产可供执行”“已具备破产原因”、恶意延长出资期限等要件，只需证明“公司不能清偿到期债务”即可。

(3) 除债权人外，新增公司也可让股东提前缴纳出资。

(4) 《九民纪要》规定了股东对债权人承担补充赔偿责任，而新《公司法》的规定遵循了类似于债权人代位权的“入

库原则”，股东向公司缴纳出资而不是直接赔偿给债权人。

变化评析：

2013年《公司法》确立了注册资本认缴制后，出现了大量股东滥用期限利益在公司资不抵债时损害公司债权人利益的情况。为应对这种情况，《九民纪要》《公司法司法解释》(二)规定了股东出资期限“加速到期”的制度。而随着五年内限期实缴制度的建立，法律对公司注册资本的要求提高，“加速到期”制度更为严格也是应有之意。但从另一个角度考虑，新《公司法》规定债权人不能直接得到股东出资的补偿，而是先要将股东出资“入库”公司，再经过破产或执行程序受偿，新规定债权人的实际受偿效果如何还有待实践检验。

3. 扩大股东的知情权范围

旧《公司法》
<p><b>第三十三条</b></p> <p>股东有权查阅、复制公司章程、股东会会议记录、董事会会议决议、监事会会议决议和财务会计报告。</p> <p>股东可以要求查阅公司会计账簿。股东要求查阅公司会计账簿的，应当向公司提出书面请求，说明目的。公司有合理根据认为股东查阅会计账簿有不正当目的，可能损害公司合法利益的，可以拒绝提供查阅，并应当自股东提出书面请求之日起十五日内书面答复股东并说明理由。公司拒绝提供查阅的，股东可以请求人民法院要求公司提供查阅。</p>
新《公司法》
<p><b>第五十七条</b></p> <p>股东有权查阅、复制公司章程、<b>股东名册</b>、股东会会议记录、董事会会议决议、监事会会议决议和财务会计报告。</p> <p>股东可以要求查阅公司会计账簿、<b>会计凭证</b>。股东要求查阅公司会计账簿、会计凭证的，应当向公司提出书面请求，说明目的。公司有合理根据认为股东查阅会计账簿、会计凭证有不正当目的，可能损害公司合法利益的，</p>

可以拒绝提供查阅，并应当自股东提出书面请求之日起十五日内书面答复股东并说明理由。公司拒绝提供查阅的，股东可以向人民法院提起诉讼。

**股东查阅前款规定的材料，可以委托会计师事务所、律师事务所等中介机构进行。**

**股东及其委托的会计师事务所、律师事务所等中介机构查阅、复制有关材料，应当遵守有关保护国家秘密、商业秘密、个人隐私、个人信息等法律、行政法规的规定。**

**股东要求查阅、复制公司全资子公司相关材料的，适用前四款的规定。**

**变化解读：**

(1) 新增了股东可以查阅、复制股东名册与查阅会计凭证的权利。(2) 新增了股东可以查阅、复制全资子公司的有关材料的权利。(3) 明确了中介机构可以在股东授权下依法依规行使股东知情权。

**变化评析：**

首先，本条修订内容明确了股东知情权的范围包括了股东名册与会计凭证，解决了股东知情权诉讼中长期存在的裁判分歧。其次，本条修订也回应了母公司股东知情权难以穿透到全资子公司的问题。需要注意的是，这里限定为全资子公司，也是为保护非全资子公司其他股东的权利，避免知情权的不当延伸与滥用。最后，本条修订内容明确了中介机构受托参与股东知情权的行使，改变了《公司法司法解释》（四）第十条中所规定中介机构的“辅助地位”，允许股东知情权的行使得到专业化支持。

#### 4. 股东行使优先购买权规则的变化

##### 旧《公司法》

###### 第七十一条

有限责任公司的股东之间可以相互转让其全部或者部分股权。

股东向股东以外的人转让股权，应当经其他股东过半数同意。股东应就其股权转让事项书面通知其他股东征求意见，其他股东自接到

书面通知之日起满三十日未答复的，视为同意转让。其他股东半数以上不同意转让的，不同意的股东应当购买该转让的股权；不购买的，视为同意转让。

经股东同意转让的股权，在同等条件下，其他股东有优先购买权。两个以上股东主张行使优先购买权的，协商确定各自的购买比例；协商不成的，按照转让时各自的出资比例行使优先购买权。

公司章程对股权转让另有规定的，从其规定。

##### 新《公司法》

###### 第八十四条

有限责任公司的股东之间可以相互转让其全部或者部分股权。

股东向股东以外的人转让股权的，应当将股权转让的数量、价格、支付方式和期限等事项书面通知其他股东，其他股东在同等条件下有优先购买权。股东自接到书面通知之日起三十日内未答复的，视为放弃优先购买权。两个以上股东行使优先购买权的，协商确定各自的购买比例；协商不成的，按照转让时各自的出资比例行使优先购买权。

公司章程对股权转让另有规定的，从其规定。

**变化解读：**

(1) 优化了股东对外转让股权与其他股东行使优先购买权的程序。股东对外转让股权不再需要其他股东过半数同意，只需要通知其他股东即可。并且其他股东30天未回复不再视为同意转让，而是视为放弃优先购买权。

(2) 明确了转让股权通知的内容包括了股权转让的数量、价格、支付方式和期限等事项。

**变化评析：**

旧《公司法》中仅规定了转让股权需要书面通知而没有规定通知的内容，实践中常因通知不完整不明确而引发纠纷。本条修订内容对此明确，减少纠纷的同时也

便于其他股东综合考量是否行使优先购买权。

#### 5. 股东转让未缴出资股权规则

《公司法司法解释》（三）
<p><b>第十八条</b></p> <p>有限责任公司的股东未履行或者未全面履行出资义务即转让股权，受让人对此知道或者应当知道，公司请求该股东履行出资义务、受让人对此承担连带责任的，人民法院应予支持；公司债权人依照本规定第十三条第二款向该股东提起诉讼，同时请求前述受让人对此承担连带责任的，人民法院应予支持。</p> <p>受让人根据前款规定承担责任后，向该未履行或者未全面履行出资义务的股东追偿的，人民法院应予支持。但是，当事人另有约定的除外。</p>
新《公司法》
<p><b>第八十八条</b></p> <p>股东转让已认缴出资但未届出资期限的股权的，由受让人承担缴纳该出资的义务；受让人未按期足额缴纳出资的，转让人对受让人未按期缴纳的出资承担补充责任。</p> <p>未按照公司章程规定的出资日期缴纳出资或者作为出资的非货币财产的实际价额显著低于所认缴的出资额的股东转让股权的，转让人与受让人在出资不足的范围内承担连带责任；受让人不知道且不应知道存在上述情形的，由转让人承担责任。</p>

#### 变化解读：

（1）细化责任的分配。转让未届出资期限股权的，由受让人承担缴纳该出资义务，而转让人对受让人未按期缴纳的出资承担补充责任。（2）新增未依法及时缴纳出资或非货币财产出资存在瑕疵的情况下，转让人与受让人承担连带责任。

#### 变化评析：

股权作为一种权利，其转让可参照适用买卖合同的规定，转让后即产生权利和义务概括转移至受让人的效果。受让人承担未出资股权的缴纳义务也是这种

概括转移的体现。同时，实践中也存在股东通过转让未出资股权，来恶意规避出资以及转嫁经营风险的情形。尤其是新《公司法》实施后，股东无法满足法律规定的实缴要求而转让股权，如何处理？新法的规定为此创设了规则。

#### 6. 控股股东滥用控制权情形下中小股东的请求回购权

旧《公司法》
<p><b>第七十四条</b></p> <p>有下列情形之一的，对股东会该项决议投反对票的股东可以请求公司按照合理的价格收购其股权：</p> <p>（一）公司连续五年不向股东分配利润，而公司该五年连续盈利，并且符合本法规定的分配利润条件的</p> <p>（二）公司合并、分立、转让主要财产的；</p> <p>（三）公司章程规定的营业期限届满或者章程规定的其他解散事由出现，股东会会议通过决议修改章程使公司存续的。</p> <p>自股东会会议决议通过之日起六十日内，股东与公司不能达成股权收购协议的，股东可以自股东会会议决议通过之日起九十日内向人民法院提起诉讼。</p>
新《公司法》
<p><b>第八十九条</b></p> <p>有下列情形之一的，对股东会该项决议投反对票的股东可以请求公司按照合理的价格收购其股权：</p> <p>（一）公司连续五年不向股东分配利润，而公司该五年连续盈利，并且符合本法规定的分配利润条件；</p> <p>（二）公司合并、分立、转让主要财产；</p> <p>（三）公司章程规定的营业期限届满或者章程规定的其他解散事由出现，股东会通过决议修改章程使公司存续。</p> <p>自股东会决议作出之日起六十日内，股东</p>

与公司不能达成股权收购协议的，股东可以自股东会决议作出之日起九十日内向人民法院提起诉讼。

**公司的控股股东滥用股东权利，严重损害公司或者其他股东利益的，其他股东有权请求公司按照合理的价格收购其股权。**

公司因本条第一款、第三款规定的情形收购的本公司股权，应当在六个月内依法转让或者注销。

#### 变化解读：

新《公司法》全面吸收《公司法司法解释》（三）规定的同时，增加了中小股东被控股股东滥用权利损害利益时的回购请求权。

#### 变化评析：

实践中控股股东利用自身的控制地位，损害其他中小股东利益的情形并不罕见。而仅靠新《公司法》第二十条第二款：“公司股东滥用股东权利给公司或者其他股东造成损失的，应当承担赔偿责任”的原则性规定，不能让利益受损的中小股东得到很好的救济。因此本条修订内容赋予了中小股东特定情形下的回购请求权，能进一步平衡公司控股股东与中小股东之间的利益，在一定程度上缓解矛盾纠纷。

#### 7. 新增类别股制度

旧《公司法》
<p><b>第一百三十一条</b></p> <p>国务院可以对公司发行本法规定以外的其他种类的股份，另行作出规定。</p>
新《公司法》
<p><b>第一百四十四条</b></p> <p>公司可以按照公司章程的规定发行下列与普通股权利不同的类别股：</p> <p><b>（一）优先或者劣后分配利润或者剩余财产的股份；</b></p> <p><b>（二）每一股的表决权数多于或者少于普通股的股份；</b></p> <p><b>（三）转让须经公司同意等转让受限的股</b></p>

份；

**（四）国务院规定的其他类别股。**

公开发行股份的公司不得发行前款第二项、第三项规定的类别股；公开发行前已发行的除外。

公司发行本条第一款第二项规定的类别股的，对于监事或者审计委员会成员的选举和更换，类别股与普通股每一股的表决权数相同。

#### 第一百四十五条

发行类别股的公司，应当在公司章程中载明以下事项：

- （一）类别股分配利润或者剩余财产的顺序；
- （二）类别股的表决权数；
- （三）类别股的转让限制；
- （四）保护中小股东权益的措施；
- （五）股东会认为需要规定的其他事项。

#### 第一百四十六条

发行类别股的公司，有本法第一百一十六条第三款规定的事项等可能影响类别股股东权利的，除应当依照第一百一十六条第三款的规定经股东会决议外，还应当经出席类别股股东会议的股东所持表决权的三分之二以上通过。

公司章程可以对需经类别股股东会议决议的其他事项作出规定。

#### 新规解读：

（1）规定了类别股的种类及其适用的范围。（2）规定了发行类别股的公司章程登记事项（3）规定了公司股东会特别事项的表决采取类别股股东分类表决制。

#### 新规评析：

“同股同权”一直是股份有限公司的基本原则，也仅在上市公司中有所例外。而随着市场经济的深入发展，“同股同权”越来越不能满足投资者的多样化投资需求。因此本条修订内容新增了类别股制度，允许公司通过章程制定灵活的利润分配与表决权制度，以此鼓励投资者投资，促进公司融资。

8. 股份有限公司的股东异议回购请求权

旧《公司法》
未规定
新《公司法》
<p><b>第一百六十一条</b></p> <p>有下列情形之一的，对股东会该项决议投反对票的股东可以请求公司按照合理的价格收购其股份，公开发行股份的公司除外：</p> <p>（一）公司连续五年不向股东分配利润，而公司该五年连续盈利，并且符合本法规定的分配利润条件；</p> <p>（二）公司转让主要财产；</p> <p>（三）公司章程规定的营业期限届满或者章程规定的其他解散事由出现，股东会通过决议修改章程使公司存续。</p> <p>自股东会决议作出之日起六十日内，股东与公司不能达成股份收购协议的，股东可以自股东会决议作出之日起九十日内向人民法院提起诉讼。</p> <p>公司因本条第一款规定的情形收购的本公司股份，应当在六个月内依法转让或者注销。</p>

**新规解读：**

新增了非上市的股份有限公司的股东异议回购请求权。

**新规评析：**

旧《公司法》中只有有限责任公司规定了股东异议回购请求权。但实践中股份有限公司的控股股东滥用股东权利损害中小股份利益的情形也很常见，赋予股份有限公司股东对于重大事项享有异议回购请求权也有现实意义。

9. 否认股份有限公司增资时的优先认购权

旧《公司法》
<p><b>第三十四条</b></p> <p>股东按照实缴的出资比例分取红利；公司新增资本时，股东有权优先按照实缴的出资比例认缴出资。但是，全体股东约定不按照出</p>

比例分取红利或者不按照出资比例优先认缴出资的除外。
新《公司法》
<p><b>第二百二十七条</b></p> <p>有限责任公司增加资本时，股东在同等条件下有权优先按照实缴的出资比例认缴出资。但是，全体股东约定不按照出资比例优先认缴出资的除外。</p> <p><b>股份有限公司为增加注册资本发行新股时，股东不享有优先认购权，公司章程另有规定或者股东会决议决定股东享有优先认购权的除外。</b></p>

**变化解读：**

保留了有限责任公司增资时股东享有优先认购权的规则，并明确若无章程特别规定或股东会决议，股份有限公司增资时股东不享有优先认购权。

**变化评析：**

有限责任公司股东在增资时享有优先认购权体现了有限责任公司人合性的特点，而股份有限公司具有资合性的特点，股东在公司增资时原则上不享有优先认购权，同时“除外条款”也体现了对股东自治权的尊重。

### 三、股权与股东权利制度变化对司法实践的影响

（一）完善了股东的权利体系，强化中小股东权益保障

新《公司法》通过一系列修订进一步完善了股东权利体系，特别是对于中小股东权利的保护。例如股东知情权方面，新《公司法》第五十七条新增了股东查阅会计凭证的权利。因为会计凭证是编制会计账簿的基础依据，只允许查阅公司财务报告，而无法查阅会计凭证，根本无法了解公司财务的实际状况。旧《公司法》并没有将会计凭证纳入股东知情权范围内，在（2021）沪0\*民终2\*\*6号案中，法院就明确了会计凭证不在法定股东知情权的范围，并部分驳回了张某要求查阅公司会计凭证的请求。新《公司法》规则下，股东请求查阅会计凭

证将不再存在法律障碍。再比如股东回购请求权方面，新《公司法》第八十九条的规定让中小股东在面对控股股东的压迫时能够要求公司回购股份来避免损失。这样的退出规则为中小股东权益提供了保障。又如股东代表诉讼方面，新《公司法》第一百八十九条完善了股东对全资子公司董监高等提起代表诉讼的制度。这也回应了实践中董监高利用全资子公司侵犯公司权益的行为难以追责的问题。可见，新《公司法》的修订，完善了股东权利体系，使中小股东权益保护更加充分。

#### （二）强化股东出资义务，统一裁判尺度

新《公司法》对股东出资义务的强化回应了实践中股东拒不履行实缴出资义务，却又按认缴出资比例享有部分股东权利的问题。例如在（2018）京0\*民终1\*\*\*6号案中，A公司缴纳了部分出资，但就A公司整体认缴的450万元出资而言，A公司经催告后仍未缴纳的份额占了绝大部分，即A公司仅实缴各方约定的第一期出资，但就第二期出资而言，A公司未履行任何出资义务。法院认为，虽然《公司法司法解释》（三）第十七条仅对有限责任公司的股东未履行出资义务或者抽逃全部出资情形下作了除名规则的规定，但该条也是诚信原则和合同法原理运用于公司内部治理的体现，因此公司股东仍可以参照该条之规定，在保留其股东资格的前提下，决议解除公司未缴纳部分相对应的认缴资格。

本案中法院认可了公司股东对A公司未实际出资部分的股权作出限制的决议，但苦于没有直接的法律依据，只能利用目的解释与体系解释的方式，参照《公司法司法解释》（三）的规定进行裁判。显然，不同法院对此会有不同理解，裁判结果难以统一。新《公司法》出台后，法院可以直接依据第五十二条的规定，判定股东丧失其未缴纳出资的股权，更好地落实股东未履行出资义务的责任。

（三）新《公司法》股权与股东权利制度的“留白”仍待填补

尽管新《公司法》通过大量的修订完善了股权与股东权利制度，也针对很多分歧问题为司法裁判提供了明确的司法指引，但其规则仍有“留白”需要在未来填补。

例如新《公司法》第一百四十四条规定了多数表决权股、利润或剩余财产分配类别股、表决权类别股与转让受限类别股3种类别股，但也规定了国务院可以新增其他的类别股。实践中优先股权利类型还包括了附带反稀释权的股份、附带回购安排的股份、附带优先认购权的股份。随着实践的发展，这些都可能被列入法定的类别股范围内。再比如《公司法司法解释》（三）中规定针对股东抽逃出资行为与未履行出资义务行为，公司有权限制股东的权利。而新《公司法》第五十七条仅规定了公司可以让未按期缴纳出资的股东失权。那么对于有抽逃出资行为的股东，能否按此条的规定失权，现行法律并没有规定。新《公司法》的“留白”给新规则在司法实践中灵活运用留下了空间，也为未来的完善修改保留余地。

## 四、建议与提示

### （一）对股东的建议

#### 1. 明确权利内容与责任限度

股东权利如何行使、面临何等责任，对于每个股东而言至关重要。新《公司法》之下，股东需要了解法律关于股东权利义务的规定，包括知情权、股东异议回购请求权、优先购买权等权利、足额出资义务以及未履行出资义务的责任。除法律法规的强制性规定外，股东应当了解本公司的章程以及股东会召开与表决制度、财务管理制度等内容，特别关注缴纳出资的数额、期限、方式的内容，使自身股东权利置于可充分行使的状态之下。

#### 2. 切实履行义务，谨慎规避风险，积极维护权利

首先，股东需要严格按照法律与公司的规章制度履行义务，尤其要重点关注与出资相关的配套规定，在投资之前做好预判。其次，关注股权变动引致的股权权利变动及责任承担问题。如转让或受让股权是否承担瑕疵出资的法律责任？其他股东未实缴出资是否会导致自己承担相关责任？这都需要股东熟悉《公司法》的规定。最后，当自身权益受到损害时，股东也应当积极地运用新《公司法》的规则，通过法律途径来争取自身的合法权益。

## （二）对律师的建议

### 1. 尽快学习并构建新《公司法》知识体系

本次《公司法》修订对股权与股东权利制度进行了大量的增补与重构，这些内容直接涉及了中小股东、债权人、外部股权受让人的利益保护，也涉及股东义务、股东责任以及股东可主张的权利与救济等内容。建立完善的新《公司法》知识体系，不仅仅要了解新《公司法》内部制度之间的逻辑，还要关注到《民法典》以及司法解释与新《公司法》的有效衔接问题。律师只有依靠丰富完备的知识体系与储备，能够在日益复杂的纠纷中，把握到问题的核心要点，以更好地服务客户。

### 2. 善用《公司法》新规则维护客户权益

如何限制控股股东滥用权利，保护中小股东的合法权益，是《公司法》修订过程中的核心命题，而本次《公司法》修订就大大丰富了中小股东维权的“武器库”。律师需要学会善用这些规则通过法律途径来救济客户的权益。举例而言，新《公司法》增加了有关执行事务的公司控股股东、实际控制人对公司负有忠实义务和勤勉义务的规定，即使不担任董监高，也需要对其违背此等义务承担相应责任，此项规定如何与股东代表诉讼结合起来保护中小股东利益？需要律师善用《公司法》武器库中的不同“兵器”。律师要在对案件做好研判的基础上，分析各项救济途径的适用难度与利弊，科学地选择诉讼策略，利用新《公司法》的新规则最大限度地维护好客户的合法权益。

## 参考文献：

1. 林一英：《未缴纳出资股权转让的责任规则构建》，载于《环球法律评论》2024年第1期，第42-59页
2. 林一英：《新〈公司法〉对股东权利保护的完善》，载于《法律适用》，2024年2月2日录用定稿
3. 刘俊海：《论〈公司法〉的法典化：由碎片化走向体

系化的思考》，载于《法律科学》2024年第1期，第15-33页

4. 郭富青：《控股股东、实际控制人公司法规制范式研究——我国〈公司法〉双控人规制范式的变革与完善》，载于《学术论坛》，2024年1月31日排版定稿

## 【作者简介】



杨超男 合伙人

执业证号 14401201410064819

**专注领域：**公司治理，民商事争议解决，反垄断，涉外等暨南大学/柏林自由大学法学博士，广东省、市涉外律师领军人才。现任广州市律师协会民营经济促进专业委员会主任、业务研究与培训专业委员会委员，广州市第十一届律师代表大会代表，广东省为侨志愿服务专家。在中山大学、暨南大学、广州大学、广州医科大学等高校担任研究生校外导师。2020至2024年，连续五年被国际知名法律评级机构 The Legal 500 评为中国法域律师广州地区“新星律师”，2022年被广州市律师协会评为“优秀业务成果奖”“优秀工作委员会委员”“优秀专业委员会委员”，2024年被广州市律协评为“学术成果一等奖”“优秀专业委员会委员”“优秀工作委员会委员”，获广信君达学术贡献奖。



郭许多 实习生

中山大学法学院 2022 级研究生

# 公司承包经营相关法律问题分析

文/黄恒

公司承包经营是指在不改变公司所有权属的情况下，按照所有权与经营权相分离的原则，将公司整体业务或部分业务发包给承包人，由承包人负责公司的日常经营管理，并承担经营风险，承包人向发包人支付固定承包费的一种经营方式。公司承包经营起源于20世纪80年代的国有企业改革，随着经济发展与经营需要，广泛运用于交通运输、快递物流以及酒店餐饮等各个行业。

在当前的社会经济活动中，公司承包经营因符合公司专业化需求而广泛存在。公司承包经营模式大多发生在股东人数有限、规模较小的有限责任公司中。此类公司的结构特征在于：管理上由个别大股东支配、股权流动性差、公司经营较为稳定。本文拟结合近期新修订的《中华人民共和国公司法》（下称“新《公司法》”），从研究人民法院司法判例出发，就公司承包经营中常见、带有争议的相关法律问题进行梳理分析，意在为这一独特的经营模式提供法律意见，规避不必要的法律风险。

## 一、公司承包经营合同的主体问题

在公司承包经营的众多法律问题中，首先需要解决的是发包人主体问题。在回答公司承包经营合同的发包人主体问题前，先厘清合同客体是什么，然后推导该客体对应的适格发包人主体是更为合理的逻辑。在此类合同中，我们一般认为客体是“公司一定范围、一定时间内的管理经营权利”，进一步而言，公司承包经营合同的主体权利义务所指向的对象是公司财产。这里的财产，既包括厂房、设备等固定资产和原材料等流动资产，也包括公司信誉、产品商标、专利等无形资产。发包人通过出让对以上财产的经营收益权，获得承包费作为对价。而承包人的主合同义务是在承包期间内向发包人支付承包费用，从而获得公司的经

营管理权。公司承包经营的本质特征是承包人对承包公司的经营盈利与亏损享有概括的权利义务。但公司的经营权究竟属于公司还是股东，还是股东和公司均对公司经营权享有处分权利，目前仍有不同观点：有的观点认为公司承包经营合同本质上是股东权益的概括转让，即股东将其收益权、表决权等在特定的一段时间内转让给承包人。股东收取承包费，是股东让渡公司经营管理权所获得的对价；另一种观点认为，承包经营合同的发包方是公司而非股东，公司股东可以参与表决公司的承包经营事项，但经营权不属于股东所享有，经营权的行使主体为公司，股东本身不会因行使表决权而成为公司承包经营的发包主体。

笔者认为，从新《公司法》对于股东权利的规定来看，股东对公司享有的权利是基于股东对公司出资所享有的资产收益、参与重大决策和选择管理者等权利。股东通过参与股东会，对公司的经营方针进行决策，形成股东会决议，但并非直接享有公司的经营权。对外发包经营作为一种经营模式，虽直接反映股东会的集体意志，但对外参与经营活动一般以公司名义作出，公司才是日常经营活动的参与者与法律责任的承担者。

综上，在公司承包经营合同的法律关系中，发包人发包的是公司的经营权，而公司经营权享有的主体为公司本身，故公司承包经营合同中适格的发包人主体应为公司，而不能为股东所有。笔者的这一观点在最高人民法院的判决<sup>[1]</sup>中也得到佐证：“股东所享有的权利是对公司投资收益权，公司之法人财产和权益与其股东是相分离的，这是公司法人制度的基石。如果通过公司决策表决程序上升为法人意志时，也应是公司以自己名义独立对外为法人的意思表示，不能与其股东意志进行混同。”

但实践中，股东与第三人或承包股东签署公司承包经营合同的情形很常见，当前纠纷也多发于股东直接与承包方签订公司承包经营合同，此类发包股东主要为公

司全体股东或公司的实际控股大股东。从目前大多数判例来看，此类情况虽违反了新《公司法》关于内部治理架构的规定，但是从合同的角度来看是当事人意思自治的体现，当前法律并未对此类承包经营合同作出禁止性规定，大部分法院认可股东作为发包方签订公司承包经营合同的效力。股东虽不能作为发包主体，但股东能够代表作为发包主体的公司签署公司承包经营合同，如最高人民法院对广西壮族自治区高级人民法院的判决予以认可<sup>[2]</sup>：“股东虽然不是公司承包经营的发包主体，但是公司的全部股东均同意承包人经营公司，且公司实际上也已交由承包人经营，公司作为承包经营合同的发包人，以原告的名义提起诉讼符合法律规定。”

基于上述司法实践，我们建议由公司作为发包人与承包人签订公司承包经营合同。此种做法更符合主流司法观点，有利于提高交易的安全性，减少合同效力的不确定性。

## 二、特许行业的承包经营合同效力问题

在公司承包经营合同中，我们还需要注意发包人从事的经营活动是否需要特殊资质。一般而言，承包方以发包方名义、使用发包方证照经营且不涉及借用特殊资质的，公司承包经营合同应为有效：如餐饮服务许可等以发包人名义开展业务，承包人虽然不具备一般经营资质，但这种承包经营并不会对公共利益造成重大影响，依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》（简称“《合同编解释》”）的相关规定，并不会对合同效力作无效认定。但在医药、建筑、采矿等特殊领域，承包人无特许经营资质进行经营的，将会对公共利益造成极大威胁。在上述类似的特殊领域内，发包人以公司承包经营合同的方式将经营权发包，将会被认为是变相出借或出租行业资质，因违反效力性强制性规定而无效。如最高人民法院在判决中认为：采石场作为采矿权人，将采石场整体承包给公司进行矿石的开采、生产、销售，实质就是转让采矿权。该行为违反了国务院《探矿权采矿权转让管理办法》第

十五条的禁止性规定，应当依法认定为无效合同。<sup>[3]</sup>

若承包人不具有相应资质或者经营许可证，想继续沿用发包人的资质及许可进行经营的，如何降低合同被认定为无效的风险？最高人民法院在与上述案件相类似的采矿权承包纠纷中，对承包合同作出有效的认定，其裁判理由为：从《协议书》约定的内容来看，合同期内一切合法手续及新增手续仍以发包人名义办理，发包人仍享有采矿权，须继续履行采矿权人的法定义务并承担法律责任，符合采矿权承包合同的特点。从“如甲方违约改换合作关系，甲方应赔偿乙方所有投入的费用”的约定来看，发包人对于涉案矿山仍有着强控制权，这是采矿权转让合同不具备的特点。<sup>[4]</sup>由此可见，在涉及特殊资质准入行业的公司承包经营合同中，我们建议发包人不应直接成为“甩手掌柜”，发包人虽然不直接对承包人的经营进行干涉，但应对公司的经营进行必要的监督，按照特许经营资质的要求提供相应的技术、人力等支持，在这样的情况下，双方所签订的公司承包经营合同，也许被认定无效的风险就会大为降低，避免了被认定“名为承包，实为挂靠”。

## 三、股东会决议对承包经营合同效力的影响

众所周知，股东会是公司的权力机构和决策机构，涉及公司经营方针、投资计划的，由股东会作出决定<sup>[5]</sup>。因为公司是拟制的法人，其意思表示的形成需遵循法定的程序，从而将股东意志上升为公司意志，这就有了股东会决议的产生。故若公司决定对外将经营权进行发包，必须经过公司内部股东会决议程序。如没有经过股东会决议，或所经过股东会表决形成的决议没有达到法律规定的表决比例<sup>[6]</sup>，那么，在“未斩先奏”的情况下，公司或个别股东与承包方签订的承包经营合同效力如何呢？如前文所述，除存在《合同编解释》第十六条、第十七条情形外，承包经营合同一般都会认定有效。故，虽然股东会决议存在瑕疵，但无论是根据《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

（四）《公司法》第六条规定“股东会或者股东大会、董事会决议被人民法院判决确认无效或者撤销的，公司依据该决议与善意相对人形成的民事法律关系不受影响。”，还是即将在2024年7月1日施行的新《公司法》第二十八条规定“股东会、董事会决议被人民法院宣告无效、撤销或者确认不成立的，公司根据该决议与善意相对人形成的民事法律关系不受影响。”由此可见，股东会决议与承包经营合同之间是相互独立的：从保护外部善意相对人的角度出发，股东会决议的无效、撤销或不成立，不会影响承包经营合同的效力及履行。若作为发包方的公司仅以未经股东会决议或未达到法律规定表决比例为由不履行承包经营合同，很有可能因此需承担违约责任。当然，尽管承认了承包经营合同的效力，受此影响的股东并未失去救济的权利：根据《公司法》的相关规定，若股东滥用股东权利损害公司或其他股东利益的，造成损失的，应当承担赔偿责任。

#### 四、承包费用收取及分配问题

在公司为发包人与承包方签订公司承包经营合同的情形下，公司顺理成章地取得承包费并纳入公司收益。若以股东作为发包方，与承包人签订公司承包经营合同的情形下，依据合同自治原则，股东依约定取得承包人支付的承包费用不为法律所禁止；但从新《公司法》关于利润分配的规定来看，承包费用作为公司经营的收益应当根据“弥补亏损—提取法定公积金—分红”的顺序进行分配，这是对公司资本维持原则的具体体现。公司作为承包经营权的发包人，承包人应当向公司缴纳承包费而不是向股东缴纳，因此股东不能直接取得承包费。承包人交纳的承包费应视为公司的收益，股东要求按承包经营合同的约定支付承包费，实际上应视为股东要求对公司的利润进行分配。

而在股东作为公司承包经营合同中一方主体时，承包人拖欠承包费用，股东可否直接向承包人主张承包费用目前尚无统一的裁判观点。如海南省三亚市中级人民法院认为：“股东之间签订的承包协议，承包人向其他

股东支付固定承包费，不属于公司分配利润，属于让渡经营权与放弃公司利润分配请求权等处分股东权的对价。”<sup>[7]</sup>这种观点支持了承包人直接向股东支付承包费用，但也有如广东省中山市中级人民法院认为：“股东会决议形成的承包协议，合同的相对方应当是公司和承包方，股东无权私自分割公司财产据为己有，必须通过法定程序，以法定理由将公司财产分配给股东，股东之间随意分配公司财产的行为不产生法律效力。”<sup>[8]</sup>广东省珠海市中级人民法院认为：根据合同法的规定，当事人可为合同之外的第三人设立权利，公司股东作为承包经营合同的受益人并不为法律所禁止。<sup>[9]</sup>总结上述裁判要旨，大多数判例认为：从内部关系看，新《公司法》利润分配规定属于管理性规定，不影响合同效力，承包人向股东支付承包费用的约定有效；但从外部关系看，该行为有可能被视为抽逃出资而需对债权人承担赔偿责任。也有少数观点认为约定向股东支付承包费用是股东变相分割公司财产，此类约定应属无效。

由于当前裁判观点仍未形成共识，承包费用的支付条款也就成为重要风险点。笔者建议在公司承包经营合同中增加承包费用分配顺序的约定：承包人需按照新《公司法》第一百六十六条第一、二款规定，优先将承包收益纳入公司利润，先用于弥补公司过往亏损，接着提取法定公积金后，仍有剩余的承包费用，方可作为分红向股东支付。

#### 五、公司债务承担与承包人责任的厘清

在公司承包经营合同中发包人与承包人通常约定：承包人在承包期间内对公司的债务承担清偿责任，与发包人或股东无关。在公司实际经营产生重大亏损时，这种约定是否可以成为公司对抗债权人免除责任成为争议焦点。目前主流观点认为，公司承包经营的约定应区分内部评价与外部评价：承包人自负盈亏的约定在股东及公司内部有效，但不得对抗公司债权人。就内部关系而言，该约定改变的是公司内部治理的权利义务关系，不损及他人利益，未被法律禁止，应当有效；就外部关系而言，

债权人不属于公司承包经营合同的当事人，不受内部约定的约束。承包方以发包方名义进行的经营产生的债务应由发包方承担，在发包方承担了债务后，发包方可以根据承包合同的约定要求承包方承担相应的责任。即承包经营模式下，公司对外法律关系的主体并未发生变更。

如最高人民法院认为：在承包人承包经营期间，公司的决策、经营和管理的全过程都体现了董事会的领导，均由公司董事会对承包方的重大经营决策进行审批。故涉案承包期间以公司名义对外发生的银行借款等交易行为，系公司真实意思表示，根据合同相对性原则，公司是相关交易的当事人，承包人在没有特别约定的情况下，不需要对交易相对方承担债务清偿责任。承包人对公司所负的债务，与公司对在承包经营期间以公司名义发生的对外借款等债权人所负的债务，在法律关系上两者相互独立，不存在牵连性。<sup>[10]</sup>由此说明了遵守公司决策流程所作出的事项，应由公司对外承担责任；但若承包方利用对公司经营权的控制不当经营，抽逃公司资产等，向债权人追究公司责任时，公司股东可以依照“承包期间产生的债务由承包人承担”的约定，要求承包人承担责任。

#### 注释：

[1] 详见最高院判例（2005）民二终字第90号：《武汉中恒消费电子有限公司与武汉厦华中恒电子有限公司等承包经营合同纠纷二审民事判决书》

[2] 详见案号（2019）最高法民终145号：《方镇河、广西德保华宏糖业有限公司企业承包经营合同纠纷二审民事判决书》

[3] 详见（2016）最高法民申2643号：《湖南众禾石料有限公司与耒阳市大和圩乡存谷村采石场企业承包经营合同纠纷申诉、申请民事裁定书》

[4] 详见（2015）民申字第2165号：《四川省宝兴县大坪大理石矿与李竞采矿权纠纷申请再审民事裁定书》

[5] 根据即将在2024年7月1日实施的新公司法第六十七条规定，决定公司经营计划和投资方案的职权，由董事

会行使

[6] 详见（2020）沪01民终10383号张某诉某公司、杜某等公司决议纠纷案，在该案中，法院作出的裁判要旨认为：股东会作出承包经营公司的决议须全体股东一致同意[5] 参加（2016）琼02民终7号：《崔满福、崔彬与杨国富、修永琴、三亚阿购购文化传播有限公司企业承包经营合同纠纷二审民事判决书》

[7] 详见（2016）琼02民终7号：《崔满福、崔彬与杨国富、修永琴、三亚阿购购文化传播有限公司企业承包经营合同纠纷二审民事判决书》

[8] 详见（2016）粤20民终4773号：《马加浩、李素环企业承包经营合同纠纷二审民事判决书》

[9] 详见（2019）粤04民终600号：《珠海市香洲气体（厂）有限公司、张松华企业承包经营合同纠纷二审民事判决书》

[10] 详见（2017）最高法民申842号：《深圳市金源实业股份有限公司、重庆钢铁（集团）有限责任公司侵权责任纠纷再审审查与审判监督民事裁定书》

#### 【作者简介】



黄恒 合伙人

执业证号 14401201310092338

**专注领域：**劳动与社会保障，民商事争议解决，公司治理，银行金融

现担任广州市及番禺区劳动人事争议仲裁委员会仲裁员，河源、茂名、肇庆仲裁委员会仲裁员，肇庆正兴商事调解中心调解员，广州国际商贸商事调解中心调解员，海珠区劳动人事争议三方联调中心调解员，广东省及广州市律师协会民事法律专业委员会委员。曾荣获广州市总工会金牌贴心人，多次获得广州市律师协会理论成果奖、业务成果奖等。

# 无效合同返还财产请求权诉讼时效起算点的认定

文 / 刘振兴

本文以二审逆转胜诉的一则“场外配资”案件为例展开论述。本案为一审法院判决支持对方当事人诉讼请求后，客户对双方近9年均无争议的事实被判决需返还资金表示不服，因此另行委托笔者作为代理律师，代理本案二审程序。律师团队接手本案后，为寻找案件翻盘点，围绕本案三个争议焦点做了大量案例检索，就法律适用问题以案例为依托，以最高院理解与适用为基础，同时参考权威论文进行分析论证，并就不利类案裁判与本案进行基本事实、争议焦点与法律适用的比对，撰写检索报告提交法院参考。最终本案取得了撤销一审判决，驳回对方当事人全部诉讼请求的良好效果。

## 一、案件事实与一审判决

### （一）案件基本事实

合同签订：2014年8月22日，出借人A与借款人B签订《借款协议》（注：A、B均为自然人），约定A出借1000万元及股票账户于B，年利率12%，借期自2014年8月25日至2015年8月25日，借款用途为证券投资。借款协议同时对保证金、警戒线、平仓线进行约定。借款合同约定的结算方式为合同到期后，A股票账户资金总额扣除借款本金差额为B保证金及股票投资收益。

合同履行：借款协议签订后，A出借本金1000万元及股票账户于B，B利用A股票账户自主炒股，并在实际履行中仅购买两只股票，合同履行期间无任何补仓及行使平仓权情形。B多次利用股票账户资金支付A利息。

合同结算：合同约定应于2015年8月25日归还本金及利息，但是双方截至2015年8月31日方进行结算。

A在扣除借款本金后，将股票账户余额全数退还B。因B自主炒股亏损43万余元，A免除B最后2个月利息，实际收取利息仅年化10%。此外，双方无其他争议。

2023年底，B以借款协议实际为场外配资协议、场外配资协议无效为由主动提起诉讼，要求返还支付的利息和费用。截至本案起诉时止，历时8年有余，期间B从未向A要求退还任何款项。

### （二）一审判决

本案一审判决支持B的诉讼请求，A应退款B的款项=A实际收取的利息及费用-A应收取的资金占用损失\*70%（注：作者简化版）。裁判理由如下：

1. 本案借款合同实为场外配资协议，违反融资融券特许经营规定，进而认定借款合同无效。

2. 因只有人民法院或仲裁机构有权确认合同无效，当事人不享有确认合同无效的权利。合同效力的确认实质是国家公权力对民事行为进行的干预，当事人请求确认合同无效不应受诉讼时效限制。合同被确认无效后，无效合同返还财产或者赔偿损失的请求应适用诉讼时效制度。因确认合同无效后，当事人才享有返还财产请求权，因此，B的诉讼请求未超过诉讼时效。

3. 合同无效后，A所收取利息及费用应予退还。但B因实际占用A本金，应支付A资金占用期间损失。一审法院根据A、B过错情况，认为A、B应对资金占用损失分别承担30%、70%责任。

## 二、案件特殊性

### （一）本案较于其他场外配资案件的特殊性

1. 本案《借款协议》签订时间为2014年8月22日，结算完毕时间为2015年8月31日，其时本案无司法文

件及司法案例<sup>[1]</sup>可供遵循。

2. 本案自然人 A 非以经营为业偶发的出借股票和资金给 B 炒股行为与《九民纪要》重点规制的平台类场外配资<sup>[2]</sup>存在重大区别。在北京高院发布的文章<sup>[3]</sup>即认为：

“如果仅是发生的特定交易，或并不具有广泛性，从维护当事人意思自治、促进金融市场活跃角度来讲，可以对于该类交易行为从宽认定。”

3. 本案未触及合同约定的股票平仓线，不存在配资人行使平仓权而造成投资人损失的情形。对于此种情形，深圳中院采取“无效合同按有效处理”<sup>[4]</sup>规则，即融资人仍然按照合同约定享受保证金及投资收益。

4. 本案已于 2015 年 8 月 31 日结算完毕，因为 B 炒股亏损，A 免除了 2 个月利息，此外，双方不存在其他争议。

5. 本案截至 B 起诉时止，距今已经 8 年有余，期间 B 从未向 A 主张任何权利。

## （二）困惑及对策

基于本案特殊性，本案代理人的困惑是在自然人非以经营为业出借账户及资金的行为被认定为场外配资本就存在分歧的情况下，本案是否有适用合同编通则司法解释第 16 条、第 17 条确定的比例原则进行调整的空间？本案历时 8 年有余，对于当事人予以保护的界线在哪里？如当事人对判决存在疑虑，应如何在法、情、理方面保障当事人合法权益？

根据我们对案件的深入梳理与研究，结合相关诉讼经验，着重对上诉案件从事实认定、法律适用、程序三方面进行综合分析，寻求上诉案件在代理二审程序中的翻盘点。本案事实认定和程序相对简单、明确，案件的重心应在于一审判决适用法律是否正确。代理律师在比照一审判决后，确定思维逻辑顺序为：

第一，本案借款合同应否认定为场外配资协议及合同效力；第二，如认定借款合同无效，确认合同无效和无效合同返还财产请求权是否超过诉讼时效；第三，如不超过诉讼时效，是否适用裁判指引“无效合同有效化处理”的规则；<sup>[5]</sup>第四，如认定借款合同无效且不适用“无效合同有效化处理”规则，资金占用费可否适用过错分

担原则。<sup>[6]</sup>

## 三、上诉意见

（一）关于借款合同性质及效力认定为最容易想到的突破口，尤其是《民法典合同编通则司法解释》第 16 条、17 条司法审查逻辑的变化<sup>[7]</sup>，对本案合同性质的认定适用起到一定转换作用。

从裁判案例看，适用本案的相关判决案由及理论有：一是《九民纪要》一概认定场外配资无效；二是二审法院曾经发布“2021 年度优化法治化营商环境十大案例”，其中“案例四”明确认定借钱炒股的场外配资合同无效。法院发布的典型案例通常代表法院对于该问题的裁判方向；三是人民法院案例库“江西省某投资有限公司诉庄某某、张某融资融券交易纠纷案”【入库编号：2024-08-2-3\*\*-001】裁判要旨认为“以场外配资为目的签订借款合同……应认定无效”。

虽然我们在上诉状中引用了大量案例和理论阐述自然人之间非以经营为目的的借用他人资金和账户炒股的行为应当从宽认定，并根据合同编通则司法解释第 16 条、17 条确立的比例原则对借款合同效力进行检视，再就本案事实与不利典型案例就基本事实、争议焦点与法律适用进行详细对比并做成案例检索报告提交法院，但仍存在本案合议庭认定借款合同有效的倾向。因借款合同性质及效力以认定为场外配资协议并评价为无效是此类案件的主流观点，且存在审理法院发布的典型案例以及人民法院案例库案例等不利类案的情况下，单以这点作为翻盘的依据存在极大不确定性。

（二）将无效合同返还财产请求权诉讼时效起算点作为突破口

在上述情形下，代理律师对案件持续进行深入分析，以一审判决合同无效诉讼时效裁判理由作为关键词检索，发现一审判决中本案的裁判理由与最高院 2006 年第 9 期公报案例<sup>[8]</sup>（下称“公报案例”）的裁判理由存在异同情况。在对公报案例与本案进行详细对比后，我们发现公报案例的基本事实与本案并不一致，公报案例合同无效诉讼

时效的裁判理由不一定适用于本案。随着检索的深入，确认合同无效诉讼时效以及无效合同返还财产请求权诉讼时效起算点成为本案的第二个战斗方向。

对确认合同无效诉讼时效理论及实务界主流观点认为不应适用诉讼时效，但是对于无效合同返还财产请求权诉讼时效起算点争议颇大，例如以确认合同无效之日作为起算点、以合同履行期限届满之日作为起算点以及折中说。最高人民法院于2010年11月17日发布的《无效合同诉讼时效征求意见稿》列举了三种方案予以征求意见<sup>[9]</sup>，但至今未予通过，可见争议之大。

我们以公报案例与本案具体事实及法律适用做出的对比检索报告为主，检索最高人民法院其他有利类案为辅<sup>[10]</sup>，及提供其他省高院审判纪要等文件<sup>[11]</sup>一同提交法院，以证明公报案例裁判理由不应适用于本案，主张本案应回归诉讼时效制度目的，将“权利人知道或者应当知道权利被侵害之日”作为本案无效合同返还财产请求权诉讼时效起算点。<sup>[12]</sup>就本案具体事实而言，借款合同存在明确的履行期限，不同于公报案例无明确履行期限。B起诉所依据请求权基础“证券法（2014年修正版）142条”以及B自述“有相应炒股投资经验”的事实更可以看出，B应当知道所签订的借款协议无效的法律后果，并且2015年8月31日双方结算完毕即应知道自身权利被侵害的事实。因B无证据证明其向A主张过权利，B就无效合同返还财产请求权的诉讼时效已经经过。另外，从本案历时已近九年的特殊性来看，以2015年8月31日双方结算完毕之日作为无效合同返还财产请求权诉讼时效起算点，在法条适用的使用上更符合诉讼时效制度目的。

（三）资金占用损失（或称资金占用费）不宜再适用过错原则进行分担

在《全国法院民商事审判工作会议纪要理解与适用》中，最高院民二庭倾向于认为场外配资案件无论如何特殊，本质上仍是民事案件，应当按照无效合同处理的一般规则处理，应当支付配资方孳息。但一审判决在认定借款合同无效、不支持A所收取的利息及费用的情况下，

继续对资金占用费适用过错原则进行分担，我们认为法律适用存在偏差。

1. 因合同无效时返还财产不适用过错原则<sup>[13]</sup>，资金占用费的性质如认定为法定孳息<sup>[14]</sup>，则不适用过错分担原则。

2. 对资金占用费再行适用过错分担原则，存在重复评价的问题。本身因配资方违反融资融券的特许经营规定的过错，已经评价合同无效，不予支持配资方的利息和费用，并产生资金占用费。如再行根据配资方同种过错对资金占用费进行过错分担则会出现存在对配资方过错进行重复评价的问题。

3. 即使认定资金占用费为损害赔偿，因A在本案中不存在《九民纪要》所述过错加重情形<sup>[15]</sup>，如配资方采取更改密码等方式控制账户使得用资人无法及时平仓止损等，不应再适用过错原则对资金占用费进行过错分担。

4. 人民法院案例库2024-08-2-3\*\*-001号案例未对资金占用费进行过错分担。

## 四、二审判决

二审法院虽仍认定借款合同实际为场外配资协议，合同无效。但是二审法院支持代理人对于无效合同返还财产请求权诉讼时效起算点的上诉意见，即应当自当事人知道或者应当知道合同无效、应当返还财产时计算，而非一审判决认为应自确认合同无效之日起算。因B的诉讼请求已超过诉讼时效，二审法院最终作出撤销一审判决，驳回B全部诉讼请求的判决。本案中对于资金占用费进行过错分担法律适用问题因已过诉讼时效，不存在A返还款项问题，故在本案中不存在讨论空间。

## 五、实务心得

1. 寻求案件情、理、法的统一。从当事人合法权益出发，对案件当事人对自身权益进行正当诉求，代理人充分了解案件事实后，给我们带来深入研究的动力和寻求突破

的契机。

2. 全面掌握案件事实，仔细比照人民法院案例库案例、法院发布的典型案例、公报案例等不利类案与经手案件在法律事实上的异同点，并做成检索报告供法院参考，以实据为点说服法官对案件判决理由的重新度量。

3. 当二审案件缺少思路时，需掌握事实、法律、程序三板斧的思考逻辑。如一时不能找到案件诉讼方向，可将一审法院裁判理由作为关键词进行检索以寻找突破口。■

#### 参考文献：

[1] 本案发生时，并无任何关于场外配资的制度文件，深圳中院《关于审理场外股票融资合同纠纷案件的裁判指引》于2015年11月12日通过，《全国法院民商事审判工作会议纪要》（下称《九民纪要》）在2019年11月8日发布并实施。

我们在“威科先行”数据库分别以场外配资或融资融券作为全文关键词，检索在审理法院辖区1999年1月1日（合同法施行年份）至2015年8月31日（本案结算完毕之日）相关裁判文书，均显示无相关裁判文书，遂后，以场外配资作为关键词，检索在审理法院辖区不限年份的相关裁判文书，16篇法律文书（且不论裁判文书是否真正涉及场外配资协议效力认定问题），其中，15篇裁判年份为2020年及以后，仅一篇在2019年，并且该篇裁判文书，即2019年4月29日审理法院作出的（2019）苏02民终886号民事判决书，认可“出借资金协议（股票）”不违反法律法规的强制性规定，即使在《九民纪要》出台后，最高院（2021）最高法民申3028号民事裁定书（见附件五）、（2020）最高法民申1079号民事裁定书（见附件六）等最高院的相关裁判文书亦未将形似场外配资的协议认定无效。

[2] 《九民纪要》第86条：“从审判实践看，场外配资业务主要是指一些P2P公司或者私募类配资公司利用互联网信息技术，搭建起游离于监管体系之外的融资业务平台，将资金融出方、资金融入方即用人和券商营业部三方连

接起来，配资公司利用计算机软件系统的二级分仓功能将其自有资金或者以较低成本融入的资金出借给用资人，赚取利息收入的行为。”

[3] 参见《【案例研究】金融监管背景下场外配资及合同效力的司法认定——甲公司诉华某等合同纠纷案》，来源北京审判公众号，2022年7月1日发布。

[4] 裁判指引：“八、合同结算期届满，配资账户中股票市值未触及合同约定的股票平仓线，融资方请求配资方按照合同约定返还保证金及投资收益的，人民法院应予支持。”基于“无效合同按有效处理”的法理争议，九民纪要未采用此种处理方式。

[5] 从本案事实看，即使认定借款合同无效，A因从未行使平仓权，多达12次协助B转账并用该转账归还利息，双方友好结算完毕且不存在任何争议，应参照深圳中院裁判指引“无效合同有效化处理”的原则，按照合同约定返还融资方保证金及投资收益。否则会出现融资人既使用出借款项获取投资收益，又不用支付利息，因合同无效而双重获益，但是配资人只能要求返还本金却享受不到合同约定的利息，配资人信赖利益受损这一有失公平公正的情形。

[6] 本案二审判决认定的争议焦点最终确定为第一、二、四项。

[7] 基于合同编通则司法解释在认定违反法律法规强制性规定的合同的效力时，第16条、第17条改变了之前司法实践中首先区分所违反的强制性规定是属于管理型强制规定还是效力性强制规定，进而认定合同效力的司法审查逻辑，转而确立以“无效是原则，而有效则是例外”为原则，进而列举例外有效的情形，如果所违反的强制性规定属于例外有效的情形，则不应认定合同无效，如果所违反的强制性规定不属于例外有效的情形，则应认定合同无效的司法审查路径。具体参见最高人民法院合同编通则司法解释理解与适用。

[8] 指北海市威豪房地产开发公司、广西壮族自治区畜产进出口北海公司与广西北生集团有限责任公司建设用地使用权转让合同纠纷（2005）民一终字第104号案

[9] 见《无效合同诉讼时效征求意见稿》第二条。

[10] 如《中国五金交电化工公司诉中国光大银行合肥分行

借款担保合同纠纷案》（（2003）民二终字第38号）即认为“债权人请求保护其相应权利的诉讼时效期间应当自其知道该损害发生之时而非合同被确认无效之时起算。”

[11]1. 上海高院民二庭于2004年印发《关于当事人主张因无效合同产生的返还财产、损害赔偿请求权应如何适用诉讼时效、保证期间等问题的处理意见》规定：“在合同被确认无效的情形下，当事人主张基于无效合同产生的返还财产、损害赔偿请求权的诉讼时效，应自合同约定的履行期限届满后的次日起计算。”

2. 北京高院2007年印发的《审理民商事案件若干问题的解答之五（试行）》中规定：“对合同被确认无效后产生的返还财产或赔偿损失的请求权，应适用诉讼时效期间的规定，起算点则应自合同约定的履行期限届满之次日起算。”

3. 浙江省高级人民法院民二庭《民商审判若干疑难问题讨论纪要》（浙法民二〔2012〕21号）规定：“因无效合同产生的返还财产请求权是否适用诉讼时效制度，如果适用，其起算点如何确定？因无效合同产生的返还财产请求权，审判实践中一般认为属于债权请求权性质。由于无效合同具有违法性，故无效合同的债权人获得的利益不应当超过合同有效时。据了解，最高人民法院正在起草涉及无效保证合同诉讼时效问题的司法解释，在司法解释实施之前，认为无效合同的诉讼时效原则上应从合同约定的债务履行期届满之日起算的意见是妥当的。最高人民法院《民商审判指导与参考》2003年第1卷登载的最高人民法院（2002）民二终字第87号借款担保合同纠纷案的裁判要旨涉及无效保证合同诉讼时效的认定与前述理解也是一致的。”

4. 黑龙江省高级人民法院《关于规范民商审判若干问题的指导意见》（黑高法发〔2005〕6号）规定：“合同无效时，当事人请求合同相对人返还财产、赔偿损失的，诉讼时效期间自合同约定的履行期限届满次日起算。”

5. 山东省高级人民法院《关于当前审理民商事案件中适用法律若干问题的意见》（2005年12月22日）规定：“约定有债务履行期限之无效合同，诉讼时效如何起算：约定有债务履行期限之无效合同而产生的诉讼时效期间，应

合同约定的履行期限届满的次日起算。”

[12] 立法界或者司法界对于“确认合同无效之日”“合同履行期限届满之日”或折中说作为无效合同返还财产请求权起算点的理论争议，归根溯源在于三种方案一旦作为抽象规定适用于具体案件时，均无一种方案可妥善涵盖现实生活的多样性。但不可否认，三种方案的核心均在于回归诉讼时效制度目的，防止当事人“躺在权利上睡觉”，通过妥善界定合同无效时“权利人知道或者应当知道权利被侵害之日”的时点作为无效合同返还财产请求权诉讼时效起算点。因此，在理论尚存争议的情况下，在具体个案中，通过合理界定“权利人知道或者应当知道权利被侵害之日”，并将此作为无效合同返还财产请求权诉讼时效起算点应不存争议。

[13] 《最高人民法院民法典合同编通则司法解释理解与适用》认为（合同无效后）返还财产范围限于原物及因原物产生的孳息，同时认为“返还财产或者折价补偿与当事人是否具有过错无关，但对赔偿损失责任而言，责任成立和责任大小都是以过错为前提的，赔偿损失责任中各方都有过错的，应当各自承担相应的责任，但返还财产和折价补偿原则上不存在这个问题。实践中有部分法院在审判中或者混淆了返还财产、折价补偿和赔偿损失的适用前提，或者将返还财产、折价补偿也作为赔偿损失的具体方式，错误地将返还财产或者折价补偿与当事人的过错挂钩，这种情况需要纠正。”

[14] 参考（2021）最高法民终544号案。

[15] 指《九民纪要》第87条第三款、第四款所列情形：用资人以其因使用配资导致投资损失为由请求配资方予以赔偿的，人民法院不予支持。用资人能够证明因配资方采取更改密码等方式控制账户使得用资人无法及时平仓止损，并据此请求配资方赔偿其因此遭受的损失，人民法院依法予以支持用资人能够证明配资合同是因配资方招揽、劝诱而订立，请求配资方赔偿其全部或者部分损失的，人民法院应当综合考虑配资方招揽、劝诱行为的方式、对用资人的实际影响、用资人自身的投资经历、风险判断和承受能力等因素，判决配资方承担与其过错相适应的赔偿责任。

【作者简介】



刘振兴 合伙人  
执业证号 14401202010168730

**专注领域：**常年法律顾问，公司并购，破产清算与重整，民商事争议解决  
中山大学法学学士、中山大学国际法专业硕士研究生。

现任广东省法学会国际法学研究会第六届理事会理事、冼村街平安促进会理事。曾经或正在为雅居乐集团、中国南航集团财务有限公司、中石油昆仑燃气广东分公司、金茂集团、珠光控股、保利地产投资顾问有限公司等提供法律服务。2024 年通过广东省高级人民法院破产管理人考试，经办的佛山某家具有限公司与广东某家居有限公司实质合并破产案件获评佛山市中级人民法院 2023 年年度“十大案例”，参与办理的“某船重型装备有限公司破产重整案”获选广州市中级人民法院破产重整典型案例、最高人民法院 2023 年度“全国破产经典案例”提名奖。

# 执行程序中加速股东出资到期与补充责任承担

文 / 梁沐周 杨诗雨 王佳楠

## 一、提要

在公司认缴制下，股东出资享有期限利益，但出资认缴期限未届满并不能对抗特定情况下债权人的合理主张，股东应充分认识到认缴制伴随的法律责任及法律风险，即当公司不能清偿到期债务时，股东认缴期限需加速到期，并在其未实缴范围内向公司履行出资义务或对债权人承担清偿责任。

根据《关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》以及《全国法院民商事审判工作会议纪要》等相关规定，股东提前缴纳出资及需股东承担补充赔偿责任的公司有严格的限制条件，即公司必须处于“不能清偿到期债务，且明显缺乏清偿能力”的状态。关于该条规定，在实务层面中华人民共和国最高人民法院曾明确观点，“执行程序中追加新的主体为被执行人要遵循法定原则，即追加被执行人必须有法律、司法解释的明确规定。目前并无法律、司法解释规定可以在股东认缴出资期限尚未届满时，以出资加速到期为由，追加该股东为被执行人。因此，无论案涉股东认缴出资期限是否应当加速到期，均不应在执行程序中直接追加该股东为被执行人。”

本文以作者曾代理的类似案件对前述实务困境进行探讨，通过提起执行异议、执行异议之诉一审、二审等法律程序，采取加速股东出资和“刺破股东面纱”等策略，以应对原诉胜诉后面临的执行难题，成功追加股东为被执行人。作者结合该案例，与大家共同探讨在执行程序中“加速到期”与补充责任承担的法律规定及其在司法实践中的应用。

## 二、案件回顾

2020年5月，广州市某房地产咨询有限公司（简称“出

租人”）因租赁合同纠纷，向A教育投资有限公司（简称“A公司”）提起诉讼。出租人主张A公司应根据合同约定，对所欠租金、滞纳金等费用共同承担责任。法院审理后，判决支持出租人的诉讼请求，出租人因此取得胜诉。

案件随后进入执行阶段，但A公司名下无可供执行的财产，法院裁定终结本次执行。由于A公司无法履行清偿义务，出租人提出申请，要求将A公司未出资或未足额出资的股东追加为被执行人。

## 三、裁判结果

执行异议裁定	执行异议之诉一审	执行异议之诉二审
A公司无可供执行财产，股东出资应加速到期。判决驳回追加股东为被执行人。	追加股东为被执行人。	维持一审判决，追加股东为被执行人。

### （一）执行异议裁定

#### 1. 关于股东出资是否应加速到期：

法院认为：《最高人民法院关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》第十七条规定：“作为被执行人的企业法人，财产不足以清偿生效法律文书确定的债务，申请执行人申请变更、追加未缴纳或未足额缴纳出资的股东、出资人或依公司法规定对该出资承担连带责任的发起人为被执行人，在尚未缴纳出资的范围内依法承担责任的，人民法院应予支持。”本案中，因被执行人A公司无可供执行的财产，案件已裁定终结本次执行程序，且A公司同样存在其他民事被执行案件，已被法院列为失信被执行人并限制高消费，足以证明A公司的财产不足以清偿生效法律文书确定的债务。虽然A公司的股东出资期限尚未届满，但该公司经人民法院穷尽执行措施已无财产可供执行，符合“已具备破产原因但不申请破产”的情形，故股东的出资义务应加速到期。

## 2. 关于追加股东为被执行人的请求:

关于第三人股东的实缴出资额。法院根据工商登记信息以及各股东提交的《专项审计报告》，对于各股东主张与A公司之间的大部分往来流水为出资款的事实予以认可。因此，法院认定第三人股东已足额出资，对于申请人申请追加第三人股东为被执行人的请求，不予支持。

本案中股东实缴出资义务的履行并无有效验资报告予以佐证，对实质出资履行情况的认定无法在执行阶段进行事实层面的审理，难以在执行异议阶段直接将全部股东追加为被执行人。

### (二) 执行异议之诉一审

#### 关于追加股东为被执行人的请求:

一审法院认为鉴于A公司的公示信息系其自行填写，在无其他充分证据印证的情况下，该企业信用信息公示报告不足以证明股东是否实缴出资，A公司股东是否真实足额履行出资义务，需要进一步审查核实。股东向A公司的其他转账备注为“转账、往来、往来结算款往来款、借款”或没有任何备注，该部分转账无法确定款项性质又没有A公司出具的出资收据或签发的股东出资证明或进行会计核算的会计凭证、会计账簿，在无其他相关证据佐证补强的情况下，不足以认定为出资款。尽管A公司于2022年6月15日诉讼过程中召开股东会并形成股东会决议，认可股东向A公司的转账往来均为股东本人实缴出资或代其他股东出资，但该股东会决议形成于执行案件终本及原告提出追加被执行人申请之后，具有逃避股东出资义务的嫌疑。再者，在A公司经强制执行仍未能清偿到期债务且明显缺乏清偿能力、已具备破产原因但未依法提出破产申请的情形下，若允许股东会决议股东就其与公司的往来转账与其对公司的出资义务相互抵销，对公司外部债权人显失公平，故该股东会决议，一审法院不予采信。因此，法院认为股东未足额缴纳出资，支持追加第三人股东为本案的被执行人，并在未出资的范围内对A公司不能清偿部分的债务承担补充清偿责任。

### (三) 执行异议之诉二审

关于股东是否应追加为被执行人及承责范围认定问题:

法院认为，注册资本认缴制下，股东依法享有期限利益。债权人以公司不能清偿到期债务为由，请求未届出资期限的股东在未出资范围内对公司不能清偿的债务承担补充赔偿责任的，人民法院不予支持。但是，下列情形除外:

(1) 公司作为被执行人的案件，人民法院穷尽执行措施无财产可供执行，已具备破产原因，但不申请破产的；(2) 在公司债务产生后，公司股东（大）会决议或以其他方式延长股东出资期限的。

本案中，A公司作为被执行人已因暂无可供执行财产终结执行，可见，A公司已处于资不抵债的情形，故A公司现有财产已不足以清偿对外债务，已符合《中华人民共和国企业破产法》第二条第一款规定“企业法人不能清偿到期债务，并且资产不足以清偿全部债务或明显缺乏清偿能力的，依照本法规定清理债务”的条件。《最高人民法院关于民事执行中变更、追加当事人若干规定》：“作为被执行人的企业法人，财产不足以清偿生效法律文书确定的债务，申请执行人申请变更、追加未缴纳或未足额缴纳出资的股东、出资人或依公司法规定对该出资承担连带责任的发起人为被执行人，在尚未缴纳出资的范围内依法承担责任的，人民法院应予支持。”

结合前述A公司各股东的出资情况，本判决追加股东依次在各自未缴纳出资范围内对民事判决书确定的A公司不能清偿部分的债务承担补充清偿责任。故此，二审法院维持一审法院追加股东为被执行人的判决。

## 四、案例解读

根据《最高人民法院关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定（2020修正）》第十七条的规定，“作为被执行人的营利法人，财产不足以清偿生效法律文书确定的债务，申请执行人申请变更、追加未缴纳或未足额缴纳出资的股东、出资人或依公司法规定对该出资承担连带责任的发起人为被执行人，在尚未缴纳出资的范围内依法承担责任的，人民法院应予支持。”根据《全国法院民商事审判工作会议纪要》第二条第（二）款第6点规定，“在注册资本认缴制下，股东依法享有期限利益。债权人以公

司不能清偿到期债务为由，请求未届出资期限的股东在未出资范围内对公司不能清偿的债务承担补充赔偿责任的，人民法院不予支持。但是，下列情形除外：（1）公司作为被执行人的案件，人民法院穷尽执行措施无财产可供执行，已具备破产原因，但不申请破产的。”现根据人民法院出具的执行裁定书，A公司已无财产可供执行从而终结本次执行且A公司同样存在其他民事被执行案件，已被法院列为失信被执行人并限制高消费，可见，各股东应当分别在其未足额出资范围内对公司债务承担补充赔偿责任。因此，本案中需要核实各股东的出资义务履行情况，根据其认缴与实缴的数额，划定其应对公司承担的补充赔偿责任的范围。

## 五、实务心得

（一）系成功实现股东出资加速到期，追加股东为被执行人，在未实缴范围内对公司不能清偿的债务承担补充赔偿责任的经典案例

在认缴资本制背景下，对于所认缴的出资，公司股东享有期限利益。股东出资原则上不能被加速到期，但是，依据《全国法院民商事审判工作会议纪要》第二条第（二）款第6点规定，在公司作为被执行人的案件，人民法院穷尽执行措施无财产可供执行，已具备破产原因，但不申请破产的情况下，可以加速股东出资责任。2023年12月29日修订通过并于2024年7月1日生效的《中华人民共和国公司法》第五十四条新增规定：“公司不能清偿到期债务的，公司或者已到期债权的债权人有权要求已认缴出资但未届出资期限的股东提前缴纳出资。”最终通过的本条规定较2021年公司法修正案（一审稿）留给股东出资加速到期的实现空间更为广阔。后者对可要求“股东提前缴纳出资”的公司有严格的限制条件，表述为“公司不能清偿到期债务，且明显缺乏清偿能力”。从法条措辞的修订历程中不难看出，在尊重股东原有期限利益的基础上，立法的价值取向结合近些年来的实务问题由保护股东期限利益转向债权人合法权益的保护。认缴资本制为股东带来的期限利益本意是为了降低公司成立门槛，促进资金周

转和资本流通，但近些年来股东借此滥用公司独立法人人格逃避债务的情况屡见不鲜，无限制的超长认缴期限给债权人合法权益的维权之路铺设了重重阻碍。

本案中，被执行人A公司无可供执行的财产，执行法院已裁定终结执行程序，足以证明A公司已无财产可供执行且A公司同样存在其他民事被执行案件，已被法院列为失信被执行人并限制高消费。是故，虽然A公司股东的出资期限尚未届满，但该公司经人民法院穷尽执行措施无财产可供执行，符合已具备破产原因但不申请破产的情形，A公司股东的出资义务具备加速到期的条件。

（二）从事实证据出发，严格认定公司股东的有效出资程序

本案件代理律师团队在法庭辩论的质证过程中，提出了“仅提供股东与公司间的往来流水，并不能证明即为股东出资”“国家企业信用信息公示报告中的年度报告系由公司自行提供的，并未经过股东会决议或市场监督管理部门审查，不能仅依此认定实缴情况”等观点。律师团队认为，实缴出资必须通过正式的验资报告及出资证明加以认定，同时公司流水需经过完整的财务审计，不能仅凭银行流水、被告自行公开到国家企业信用信息公示系统的信息或被告自行提供的审计数据作为是否实缴出资的依据。

经过对证据材料的认真核查，律师团队认为被告股东与被申请执行人之间的多笔转账备注为“转账”“投资款”“借款”“往来”“往来款”“往来结算”等。对于上述多笔转账，单从形式上来看，不足以认定为出资款。实际上来看，未经过法定的验资程序，上述转账有非常大的可能实际为股东与公司间的借款、经营往来等，若仅以上述转账即认定为出资款，忽视了公司与股东间可能产生的其他法律关系，严重混同了公司与股东间的资金往来情况，极大可能损害债权人的合法权益。该观点得到了法院的支持。

（三）多维度解决案件执行困境，“刺破公司面纱”阻止公司利用独立法人人格逃避债务，追加股东作为被执行人

在诉讼过程中，律师团队已通过财产查控发现A公

公司已无财产可供执行。一审判决作出后，被告 A 公司利用法律赋予其的程序性权利，提起上诉后又不缴纳二审诉讼费用，恶意拖延判决生效时间。执行过程中，鉴于被告方早已将资产全部转移，没有资产可供执行的情况，如就接受该结果最终会出现虽案件胜诉但无法为当事人追回任何款项的失利后果。在此关头，律师团队多维度求解，利用在起诉前期对被告 A 公司营业情况做的全面调查情况，对其进行深度查控，前后到有关部门、法院、客户沟通协调数十次，终于发现 A 公司的六名股东均未完全出资的情况，在执行终结后，以《最高人民法院关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》第十七条为依据，立刻向法院提出追加被执行人申请，努力切断被告滥用法人独立地位和出资人有限责任逃避债务的途径。

#### （四）执行异议之诉阶段，克服举证困难问题，破解执行僵局

在追加被执行人申请阶段，因被告方提供了不完整的审计报告以及进入案件执行阶段才做出的股东会决议，执行法官将被告方股东与被告方之间的大部分往来流水认定为出资款。委托人主张虽得到法院部分支持，但却不能完全覆盖原告被支持的债权。为充分保障当事人的权益，在收到执行裁定后，律师团队多次开会研讨，并第一时间与当事人沟通，阐明分析案件利弊以及下一步诉讼方案，最终决定提起执行异议之诉坚决保护自身合法权益。

在执行异议之诉过程中，律师团队连续两个多月加班加点，在面临被告证据突袭临时提供的近千页公司银行流水中发现漏洞，最终找出公司与股东间存在私人借贷、经营往来的证据。结合相关参考案例以及法律规定，从公司股东逃避债务角度出发，向法院提出如下观点：若仅以银行流水便认定出资，将严重混同股东出资款以及公司与股东间的资金往来，磨灭有限责任公司股东的出资责任，将公司风险全部转移到债权人身上。庭审中，律师团队结合《公司法》《会计法》的相关规定及参考案例对被告观点逐一击破。最终成功在执行异议之诉判决中，追加六名被告股东在未出资的近 500 万元的范围内承担补充责任，应付金额能够覆盖当事人全部债权和追索费用的金额。

## 六、结语

在以往实践中，是否追加未届出资期限的股东为被执行人，取决于股东出资应否加速到期，前二者确定以后，方可确定股东是否应当对公司债务承担补充赔偿责任，但在新《公司法》颁布后，对于未实际出资股东的责任更加严格，同样也保护了债务人的合法权益。本案中 A 公司股东虽享有出资期限利益，但在法院穷尽执行措施无财产可供执行，公司已具备破产原因但不申请破产的情况下，股东出资义务加速到期，这是立法综合衡量出资股东期限利益和公司债权人利益保护的结果。在细致研读法条，明确过往立法价值取向以及相应趋势的前提下，律师团队专于对诉讼策略进行钻研，勤于对案件进展的积极跟进，案件判决生效后勇于面对执行难问题，以“掘地三尺”的态度、锲而不舍的精神、忠于当事人的决心，夙兴夜寐，孜孜以求。历时三年，走过诉讼阶段与执行程序，终于成功“刺破公司面纱”，追加公司股东作为被执行人，当事人所诉租金、滞纳金等费用均得到应数清偿，使当事人的合法权益得到有力保障，也让公平正义高悬于人民群众心中，所拟定的诉讼方案与即将实施的新《公司法》价值取向不谋而合，为同类案件的实务处理提供了有效指引。■

### 【作者简介】



梁沐周 高级合伙人 ■  
执业证号 14401201410053202

**专注领域：**合规决策参谋和项目危机处置，投融资、并购与重组，基础设施和房地产建设、开发、运营，重大复杂商事诉讼

梁沐周律师曾连续 4 年入选 ALB 大奖榜单：2021 年中国沿海地区青年律师大奖、2022 年华南地区、华中地区青年律师大奖、2023 年华中、华南地区争议解决律师大奖、

2023 年华南地区律师新星、2024 年华南地区客户首选律师大奖。入选律新社 2024 年中国《精品争议解决法律服务品牌指南》，荣获律新社 2024 年中国争议解决专业领域品牌之星——实力律师大奖。并曾获得广东省社区法律顾问优秀律师、广州律师行业优秀共产党员、广州市律协优秀业务成果一等奖等多项行业荣誉。



杨诗雨 专职律师 ■  
执业证号 14401202011270352

**专注领域：**重大疑难民商事诉讼，国家机关、国企法律顾问，企业投融资、并购，基础设施、房地产建设及新能源行业的投融资、开发、运营、建设等  
执业期间服务多个国家机关及国有企业，并担任常年及专

项法律顾问，为服务单位提供专项债、市场化融资项目、PPN 融资项目、公司债项目等合规审查法律服务，参与多件国资亿元危机处置项目及转化诉讼案件，参与多家企业投融资收购、并购项目，包括多项新能源风力发电、光伏发电项目。



王佳楠 专职律师 ■  
执业证号 14401202211546883

**专注领域：**民商事诉讼，政府 / 企业常年法律顾问，股权投资等非诉项目  
暨南大学法律硕士，执业期间曾参与国企投融资专项法律服务，涵盖新能源发电、生物制药、城市基础建设等领域；曾参与办理多起危机处置案件以及疑难民商事案件，为多家政府 / 企业提供法律顾问服务。

# 澳大利亚法院审理中国判决认可执行案的举证责任分配思路

文 / 钟智芬

## 案情介绍

2017年7月，中国公民WU DI（下称“WU”）通过Twitter等网络社交软件认识了生活在澳大利亚的中国公民YIN KE（下称“YIN”），双方经沟通交流后达成换汇协议，约定WU向YIN支付人民币3,966,000元以兑换60万美元。随后WU向YIN指定的银行账户如数汇款，但YIN收款后未将60万美元付至WU，仅返还人民币496,005元，并拒绝退还剩余款项人民币3,469,995元。

2017年10月，WU在浙江省宁波市鄞州区人民法院起诉YIN，诉请判令YIN退还余款人民币3,469,995元及承担诉讼费用。由于被告YIN下落不明，法院采取公告方式向YIN送达诉讼文书，并在YIN缺席审理情况下作出民事判决，判令YIN向WU支付人民币3,469,995元及承担诉讼费用。随后WU申请中国法院强制执行。

2020年5月，WU在澳大利亚维多利亚州最高法院申请简易判决以执行中国法院判决，YIN抗辩称本人未收到中国法院诉讼文书，被剥夺参加庭审机会，案件审理不具有自然正义，执行中国判决会违反澳大利亚公共政策。初审庭助理法官审理后未支持YIN的抗辩理由，作出简易判决，责令YIN以澳元偿还WU中国判决债务。YIN不服上诉至该法院初审庭法官，法官审理后维持助理法官意见。YIN不服继续向该法院上诉庭申请上诉许可。

2023年6月1日，维多利亚州最高法院上诉庭对本案作出裁决（案件索引：KE YIN v DI WU, [2023]VSCA 130），认为初审庭错误分配举证责任，同意YIN关于中国法院公告送达及缺席审判违反自然正义的理由，批准YIN的上诉申请，撤销初审庭的简易判决，不予执行中国法院判决。

## 初审庭意见

### 一、助理法官分析意见

中国和澳大利亚未签署相关的民事司法协助条约，根据互惠原则，只要中国法院判决符合澳大利亚法律要求，即可在境内被承认和执行。债权人WU在澳大利亚申请对债务人YIN执行中国法院判决，采用向当地法院申请简易判决的方式。

依据澳大利亚《民事诉讼法（2010）》（《Civil Procedure Act 2010》）第61条、第62条规定，助理法官明确本案作出简易判决的前提是被申请人YIN提出的抗辩没有真正成功的机会。助理法官援引先例Hausman v Abigroup Contractors Pty Ltd，说明被申请人YIN如要抗辩成功，须提供充足证据而非单纯否认或口头抗辩。[43][46]

助理法官分析道：YIN是中国公民身份，中国法院对其享有无可争议的属人管辖权。YIN称从未收到中国法院诉讼文件，直至澳大利亚诉讼发生时，他才知道发生本案中国诉讼，认为本案中国诉讼程序因而缺失自然正义。对此，助理法官认为：由于中国法院判决中写明“经法院合法传唤，YIN无正当理由拒不到庭，法院缺席庭审”，因此，YIN应当举证证明“他不知悉中国法院庭审”的事实。[53][54]

助理法官引用先例Boele v Norsemeter Holding AS中法官观点：即使外国法院关于诉讼文件送达的规定与本地法院不同，但只要外国法院诉讼文书送达行为符合其送达规则，则外国法院的诉讼程序就应被视为符合自然正义。助理法官认为，由于中国判决写明法院对YIN进行了“合法传唤”，那就应当由YIN举证证明中国法院对YIN的“传唤行为”不符合其规则，或者证明中国法院诉讼活动未遵

守其法律和程序。鉴于 YIN 未对此举证，助理法官不认为本案中国法院诉讼未给予 YIN “程序公平”，遂同意 WU 的申请并作出简易判决，承认和执行中国判决。[55]-[57]

## 二、法官分析意见

被申请人 YIN 不服助理法官的审理结果，上诉至初审庭法官。法官审理后支持助理法官的意见，并作更详尽的分析说理。

法官认为，由于中国并非澳大利亚互助条约国家，中国判决在澳大利亚能否被承认和执行，按照互惠原则和普通法规则，澳大利亚法院会从四个方面审查：（1）外国法院的案件管辖权得到澳大利亚法院承认；（2）外国判决具有终局性；（3）当事人是相同的；（4）外国判决须为确定的金钱债务。除外情形是：如果外国判决违反了澳大利亚司法实体正义理念，或者外国判决的取得违反了程序公正和自然正义，普通法系法院保留权利拒绝承认和执行外国判决。[72]-[73]

当外国判决满足以上条件时，如果当事人认为外国判决不具备实体正义、程序公正或自然正义的，其负有举证责任。对此，法官援引了先例 *Doe v Howard*，该案一方当事人声称受欺诈影响，判决应当被撤销，审理法官认为声称欺诈的当事人应对此承担举证责任。[74]

初审庭法官认为，在判断外国判决取得是否符合自然正义问题上，法庭的评估一般针对该外国法院的规则和程序方面 [75]。法官指出，本案在证明中国法律相关内容方面，可采用专家证人、外国法律译文、外国法律摘录等方式，负有举证责任的一方有很多办法可证明：在自然正义问题上，本案是否按照中国法律规定进行适当送达 [76]。

法官指出，依据 WU 的申请和证据，初步推定中国判决可被执行。YIN 称本人未收到中国法院诉讼文件，其提供的誓言证据仅是声称，而未提供相反的证据证明，换言之，YIN 以违反自然正义和公共政策为由，反驳以上初步推定，则其应举证证明中国判决不应被执行。YIN 认为助理法官将中国法院判决中“已对 YIN 进行合法传唤”的内容视为起决定性作用的做法是错误的，但他并未提供任何证据解释：在中国法律里，上述字句的含义是什么，或法律规定如何未被遵守。因此，初审庭法官不认为助理法官

审理本案存在错误。[77]

## 上诉庭意见

YIN 继续不服初审庭法官的审理结果，向该法院上诉庭申请上诉。上诉庭法官审理后，认为初审庭错误分配举证责任，作出相反意见：

YIN 辩称：其未收到中国法院送达的诉讼文件，说明该案审理违反自然正义的表面证据成立，这种情况下，应当由 WU 举证证明中国法院采取了符合自然正义的方式向 YIN 有效送达诉讼文件，YIN 还称：本案采取公告送达方式不符合自然正义。[82]

WU 反驳道：没有先例支持 YIN 关于举证责任转移的观点，初审庭助理法官和法官认定 YIN 承担举证责任的做法正确，公告送达程序并非不能向 YIN 提供自然正义。[83]

上诉庭法官采纳了 YIN 的观点，认为：由于 YIN 否认送达，则初审庭助理法官和法官将证明责任分配给 YIN 是错误的，错误要求 YIN 举证证明在中国法律下法院未采取其他方式向其有效送达，即使本案证据足以证明 YIN 已被“合法传唤”，但整体证据亦不能证明本案情形下采用公告送达符合自然正义。[84]

首先，中国法院采用公告方式送达诉讼文件，但 YIN 声称未收到，则 YIN 对中国诉讼程序下其被剥夺自然正义已完成了初步举证。中国法院的确采用了公告送达程序，而 YIN 的证据在客观上又是可信的，这种情况下，产生了争议事项，作为申请简易判决以执行中国判决的原告，WU 应当对其主张承担最终举证责任，以证明中国法律规定了公告送达 (notification) 可以取代送达本人 (personal service) 以及这些法律规定得到遵守，毕竟，是 WU 率先在中国提起诉讼，且参与了中国法院诉讼程序，其理应清楚中国法院的诉讼情况。所反映的原则是：一个问题的证据，要权衡当事人的相对举证能力，即根据一方有能力提供的证据和另一方有能力反驳的证据。[91]

本案中，WU 未能完成上述方面的举证责任。其提供的 WU 国内诉讼代理律师 Wang 先生誓章不包含也不构成专家意见，不能证明为何本案情况在中国法律下允许采

用公告送达。Wang 先生誓章仅提供了一些中国法院诉讼程序文件，以及该中国判决的复印件，试图表明中国法院是在以公告送达方式对 YIN 进行“合法传唤”基础上进行诉讼的，Wang 先生誓章中也未包含证据证明中国法院在刊登送达公告方面做了什么。[92]-[93]

再者，虽然中国判决载明法院“已合法传唤 YIN”，但 YIN 在誓章中否认该传唤，称未收到诉讼文书，则 YIN 的证据构成“其未被提供自然正义”的真实抗辩。[94]

法官援引多个普通法先例 (Terrell v Terrell, Boele v Norsemeter Holding AS, Jeannot v Fuerst, Xu v Wang)，说明本案中为何 YIN 关于“自然正义”的抗辩有真正成功的机会。[96]-[106] 法官认为，WU 在中国境内对 YIN 提起诉讼时，是明知诉讼送达方式可以采用其他替代方式，包括 Twitter、WhatsApp、Telegram，因为其诉讼主张 YIN 偿付金钱的合同依据，恰恰是采取这些方式缔结而成，这种情况下，应当调查 WU 是否告知中国法院可以采取这些替代方式向 YIN 进行送达。[107] 法官指出，在考虑是否符合自然正义问题上，若外国法院的送达方式并未采取现今普遍使用的电子手段通知被告本人的，则应与时俱进评估该外国法院送达方式的充分性。当对下落不明的被告以电子通知方式送达具备可能性而外国法院未采取的话，法院应划清界限并对外国法院的送达方式持否定态度。[108]

最后，上诉庭批准了 YIN 的上诉申请，并撤销初审法院同意执行中国判决的简易判决。[158]

## 案件评析

上诉庭和初审庭观点相反，在于对当事人举证责任的认定不同：

初审庭观点：债权人 WU 提供了中国判决，且判决载明已对 YIN 进行合法传唤，初步推定中国判决可被执行，YIN 否认收到诉讼文书，称中国判决取得不具有自然正义，则 YIN 就不能仅是口头否认而应举证证明为何中国判决不应被执行，证明中国法院对 YIN 的“传唤”不符合其规则，证明中国法院诉讼活动违反其法律规定，如 YIN 不能举证，

则承担不利后果。

上诉庭观点：举证问题上，要权衡评估当事人的举证能力。WU 的证据显示中国法院采用了公告方式送达诉讼文件，但 YIN 以誓章否认收到，则其对中国诉讼程序下被剥夺自然正义就完成了初步举证，由于是 WU 申请执行中国判决，故应由 WU 负责证明中国法律规定了本案情形下允许以公告送达取代送达本人以及证明该等法律得到遵守，然而 WU 提交的证据不具备以上证明效果，而事实上，WU 在启动中国诉讼时，明知 YIN 在 Twitter、WhatsApp、Telegram 上的联系方式，可见向 YIN 送达诉讼文书并非只能公告送达，在有其他具备可行性的送达方式却未去做的情况下，即是剥夺了 YIN 参加庭审和抗辩的机会，导致中国法院判决缺失程序公正，所以支持 YIN 的抗辩意见。

## 实务思考

本案中国诉讼发生在 2017 年，疑问的是，如中国法院通过 Twitter、WhatsApp、Telegram 向域外 YIN 送达诉讼文书，该电子送达方式是否真如维多利亚州最高院上诉庭法官所述“具备可行性”和送达能产生两国认可的法律效力？一方面 2017 年《民事诉讼法》第 87 条规定电子送达须以受送达人同意为前提，本案 YIN 显然不可能同意。另一方面即使 YIN 同意电子送达，中国法院如何操作域外电子送达及如何认定域外电子送达时点及送达的法律效力？毕竟中国诉讼文书电子送达域内外有别，而当时相关法律规定的并不明确。即使是最新修改的 2023 年《民事诉讼法》扩大了涉外送达方式，第 283 条规定涉外民事案件可采用能够确认受送达人收悉的电子方式送达，也以受送达人所在国的法律允许为前提。所以上诉庭法官认为“以电子通知方式送达 YIN 具备可能性”，该“可能性”转为现实的概率有多大，不无疑问。由于上诉庭法官仅审查 YIN 的上诉申请，更多的实质性审理留待正式上诉程序，WU 也许可以在上诉案审理中准确举证证明该“可能性”现实中不存在。所以本案中国判决是否确定不被澳大利亚认可和执行，尚属未知。值得一提的是，申请人 WU 在申

请中国判决认可和执行的同时，一并提起了金钱恢复请求 (restitution claim) 及得到法院支持，法院作出简易判决，判令 YIN 偿还 WU 剩余款项及利息，WU 从另外角度切入索偿成功。

前事不忘，后事之师。我们若在普通法系国家法院诉讼，须多了解外国法诉讼先例并从中吸取经验教训，理解普通法系法院的法治理念、审判规则和法官思维，优化案件代理工作，才能提高境外诉讼的胜诉率。■

**注释：**

- (1) 本案索引：KE YIN v DI WU, [2023]VSCA 130
- (2) 本案裁判文书下载网址：<https://aucc.sirsidynix.net.au/Judgments/VSCA/2023/A0130.pdf>;
- (3) 文中 “[数字]” 代表本案判决书段落序号

**【作者简介】**



钟智芬 合伙人 ■

执业证号 14401200211186653

**专注领域：**金融、特殊机会投资、公司、商业、民商事争议解决（诉讼与仲裁）

中国执业律师、广州仲裁委员会仲裁员、广东省律师协会执行与不良资产处置法律专业委员会副主任、香港国际争议解决及风险管理协会调解员、广州市涉外律师领军人才。

# 浅谈英国不公平解雇制度

文 / 朱滔 郑梓亮

## 引文

解雇制度并非仅仅是劳动关系终止的一种情形，该制度的制定影响劳资关系结构。在实务中，劳动报酬作为劳动者的主要收入来源，以及劳动者在一定程度上具有可替代性，这往往导致劳资关系中，用人单位享有更多的话语权。若不对用人单位单方面解除劳动关系的解雇行为进行适当规范，不仅影响劳动者的合法权益，甚至影响社会秩序激化社会矛盾。世界各国针对解雇这一行为进行立法时，多从解雇理由、解雇程序、解雇待遇以及解雇救济四方面进行规制，而解雇需要正当理由成为各国劳动法规定的共通原则，也是作为解雇制度事前防范不可或缺的组成部分。

英国法律制度作为普通法系的典型代表，英国劳动法将用人单位单方解除劳动关系、用人单位对定期或有限期合同到期而未续签，以及劳动者因用人单位原因而解除劳动合同的情形确定为“解雇”。在英国劳动法中，对于解雇制度的规范可简单概述为“双轨制”，其中由不正当解雇对解雇程序进行规范，由不公平解雇对解雇理由进行限制，本文将主要对英国“不公平解雇”制度进行介绍，了解在不同法律体系以及不同社会制度下对解雇理由的多种限制，以洞察这一法律制度背后的立法逻辑与考量。

## 一、英国劳动立法的发展历史

早前，英国并未对劳动关系进行单独立法，而是遵循法律不干预的原则，由劳资双方自主协商约定。但是由于双方协商地位不平等，以及英国古老的主仆规则影响，雇主享有绝对权利。1971年以前，普通法中只对解雇程序以不当解雇进行约束，而由于不当解雇并未涉及解雇理由是否公平，因此雇主可以毫无理由地解雇雇员。1971年《劳资关系法》（The Industrial Relations Act 1971）创立了不公平解雇的概念，尽管该法后来被废除，但关于不公平解雇的规定被加入到1978年的《就业保护法》（The Employment Protection Act 1978）和1996年的《就业权利法》（The Employment Rights Act 1996）。

## 二、“不公平解雇”制度的规定

### （一）不公平解雇的适用前提

英国不公平解雇在《就业权利法》中予以明令禁止，“雇员有权不被雇主不公平地解雇<sup>[1]</sup>”。但该条的适用需要满足两个条件：首先，劳资双方之间存在劳动关系。需要注意的是，部分雇员并不属于该款的适用范围之内，包括警察部队的成员、劳动合同无效的雇员等。其次，雇员还应当满足连续工作服务年限。被解雇的雇员在被解雇时应当连续服务两年以上，没有连续服务年限的雇员将没有资格提出以不公平解雇为由要求用人单位承担赔偿责任。需要注意的是，假如相应解雇行为被法律明确规定适用自动不公平的情形，则工作年限的要求将不再需要被满足。

### （二）可能认为合理解雇的情形

与我国对于用人单位解除劳动合同情形采取正反列举的方式相同，英国劳动法亦明确规定了可能被认定为合理解雇的情形以及自动视为不公平解雇的情形。当劳动者证明劳动关系的结束适用解雇制度时，解雇理由合法性的举证责任将由用人单位承担。而《就业权利法》中规定，对于以下四种情形可以认定为解雇理由合理<sup>[2]</sup>：与雇员从事雇佣工作的相关能力或资格有关、与雇员的行为有关或有其他实质性理由足以证明解雇该职位雇员是合理的。

#### 1. 与雇员从事雇佣工作的相关能力或资格有关

《就业权利法》规定，从事雇佣工作的能力具体是指通过技能、才能、健康或任何其他身体或心理素质来评估的能力<sup>[3]</sup>。在 Talyor v. Alidair Ltd [1978] 一案中，飞行员由于不称职的操作行为而使飞机在着陆过程中发生危险情形，对乘客的生命与健康安全造成了威胁。基于该职业的高职业标准要求以及因偏离标准带来的潜在危害性，用人单位在调查案件后对该飞行员作出解雇决定并被法院所支持。但是用人单位以雇员能力为由解雇雇员的，用人单位需要提供证据证明已向雇员提供培训或工作支持用以提升雇员的工作能力。例如一名装配工人被用人单位以缺乏相应工作能力为由被解雇，但由于该装配工人从未接

受过装配方面的适当指导或培训，该案法院认为在没有适当指导的情况下，不能认定工人缺乏相应工作能力，进而将用人单位的行为认定为不公平解雇<sup>[4]</sup>。

而从事雇佣工作的资格则是指与其所任职务相关的任何学位、文凭或其他学术、技术或专业资格<sup>[5]</sup>。例如，为从事律师工作，雇员并未取得法律执业资格证而被用人单位单方解雇属于公平解雇的情形范畴。但应当注意的是，该等资格必须是担任相关工作职位的必要条件，如果该资格与职位的工作或者用人单位的经营无关，或只是一种有用的补充，则用人单位并不能以此为由主张公平解雇。

## 2. 与雇员的行为有关

雇员的不当行为也可以作为用人单位解雇的合法理由，但用人单位作出该处分必须遵守其纪律处分程序。不当行为导致解雇的原因很多，包括拒绝服从合法合理的命令、不诚实、工作中的暴力行为等。诚实是雇员处理雇主金钱或财产时的一个基本要求，尤其是实际经营中往往由雇员管理财物。例如，雇员系一名夜班搬运工，其工作职责包含为酒店客人提供酒水。后用人单位在清点库存时发现雇员私自截留了酒水而予以解雇，该解雇系基于雇员的不诚实的行为而被法院认定为公平解雇<sup>[6]</sup>。除此之外，严重违反用人单位纪律守则的行为也是用人单位以不当行为为由进行解雇的合法理由之一，但这种导致解雇的严重不当行为应当事先在用人单位的纪律守则中进行明确并通过合法程序进行公示。

此外，本款规定的不当行为既包含工作期间的不当行为，也包含工作范畴之外的不当行为。而在英国司法实践当中，因工作以外的不当行为而被解雇往往取决于该等不当行为与该职位的关联以及造成的影响，如 *Pv. Nottinghamshire County Council* [1992] IRLR 362 案件中，学校职工曾被指控对其女儿进行性骚扰，尽管该行为是在工作期间之外，但由于学校职工长时间与青少年接触，学校以该行为解雇雇员被认定为合法合理。

## 3. 其他实质性理由

对公平解雇的理由进行有限的列举解释往往导致司法实践存在争议，同时，立法机关亦很难详尽无遗地列出公司有理由终止合同的所有情况，因此英国对此设定了兜底条款，即“其他实质性理由”，尽管该规定可能存在侵害

劳动者权益的风险。在实务中，用人单位经济、技术或组织方面的原因，以及用人单位受到解雇雇员的压力是“其他实质性理由”的典型代表。在过往案例中，用人单位是一家由慈善机构经营的医院，来自国家医疗服务系统的资金是其经营成本的主要来源。由于政府政策调整，国家医疗服务系统资金被大幅削减，该医院为避免倒闭，对员工的薪酬和待遇进行调整，而其 170 名员工中绝大部分同意了薪酬与待遇的变更方案，但仍有 4 人拒绝。用人单位解雇雇员未被法院认定为不公平系由于其他该医院的大部分员工已经接受变更，同时如果不进行这些改革，医院将面临倒闭的风险<sup>[7]</sup>。

用人单位因第三方要求解雇该雇员也适用“其他实质性理由”，在 *Dobie v. Burns International Security Services Ltd* [1995] IRLR 329 一案中，用人单位作为安保公司与利物浦机场就提供安保服务达成一致，并委派涉诉雇员在机场工作。但在工作期间，由于该保安人员多次违反机场管理条例，利物浦机场要求更换安保人员，雇员在拒绝用人单位所提供的岗位调整方案后被解雇，用人单位在本案解雇的原因被认定适用“其他实质性理由”而无需对雇员承担赔偿责任。

## 4. 其他在认定合理解雇时需要考量的因素

在实务中，除解雇理由需要满足法律规定的“公平理由”情形之外，英国裁判机构还应当综合考虑法官在前案中明确指出需考量的其他因素，以判断该案解雇的公平性，其中包含案件劳资双方的所处背景、雇员导致解雇的原因、用人单位在解雇前是否已按照规章制度进行调查以及用人单位该决定对于不同雇员的一致性四个因素。

### （三）“自动”认定为不公平的情形

与我国采取正反列举用人单位有权或禁止单方解除劳动关系的情形相同，英国在劳动立法亦同时制定自动认定为不公平解雇的禁止性清单。英国自动认定为不公平解雇的禁止性清单对于解雇理由不作区分，即该等情形一旦发生，用人单位就应承担非法解雇的法律责任：雇员享有获得工资单逐项说明的权利；雇员享有不被非法克扣工资的权利；如劳动合同未作规定，用人单位应当按照法律规定通知期限告知雇员解雇决定；雇员享有产假、陪产假或收养假、产前护理假、育儿假和被抚养人护理假的权利；因

健康原因休假期间获得报酬的权利；雇员享有不因性别、种族、残疾、宗教或信仰、性取向或年龄而受到歧视的权利；雇员因公共事务请假的权利，如作为陪审团成员出庭；以及为公共利益披露信息的权利等情形。在英国司法实践中，英美案例法系结合立法与前案为裁判基础，自动视为不公平解雇的情形与时俱进在不断扩张，而法官的自主裁量权也在保持判决的一致性的原则下避免过分扩张。

### 三、不公平解雇的赔偿责任

在英国劳动法律机制下，用人单位被认定为不公平解雇的，裁判机构可以根据案件情况采取复职、重新聘用和赔偿三种不同的救济方式。复职与重新聘用有所类似但又有所区分：两者不同在于复职要求原用人单位提供原工作岗位给雇员；重新聘用可以由用人单位、用人单位的承继人或用人单位的关联方与雇员建立劳动关系，而其工作岗位可以由用人单位安排与其被解雇时相当的工作或其他合适的工作，但该工作的薪酬待遇由法院进行决定，通常与解雇前工资待遇类似。但无论裁判机构最终选择复职或重新聘用，裁判机构都需要保证在裁判当中保护雇员工作年限的持续性，同时还需要明确从用人单位解雇之日到重新雇佣之日期间，雇员在未被解雇的情况下可享有的所有工资报酬与福利待遇，以及恢复雇员在用人单位原有的所有权利，包括资历和养老金等。

除了复职与重新聘用的决定，在司法实践中更常见要求用人单位对雇员作出赔偿，而英国劳动法下赔偿金包含基本赔偿金和补偿金<sup>[6]</sup>。其中基本赔偿金的计算方法以雇员在该用人单位的工作年限分阶段计算：雇员在 41 周岁以上（含 41 周岁）的工作年限部分，工作年限每一年支付法律规定每周工资标准的 1.5 倍计算；雇员在 22 周岁以上（含 22 周岁）的工作年限部分，工作年限每一年支付法律规定每周工资标准的 1 倍计算；不在该等范围内的工作年限部分，工作年限每一年支付法律规定每周工资标准的 0.5 倍计算。如在该用人单位工作年限超出 20 年，则以解雇前 20 年标准计算基本赔偿金，超出的年份则不再计算。补偿金的数额则是裁判法院综合考虑被解雇的雇员所遭受的损失而认定的数额，该等损失应当由用人单位

的解雇决定造成，其中包括从被解雇到生效裁决为止的直接收入损失；考虑到被解雇的雇员可能失业的时间，酌情确定未来收入损失；法定权利的损失；退休金等社会福利权利的损失；寻找新工作所产生的费用。

本文仅是对英国劳动立法制度中关于不公平解雇这一解雇理由相关规定进行简单介绍，英国“不公平解雇”制度与我国《中华人民共和国劳动合同法》的设置有所相似，以正反式清单列举对解除劳动关系的合法理由与禁止理由进行明确，但在适用前提又有所区分。除此之外，对于不公平解雇的补偿金设置，英国立法下除了法律规定根据工作年限部分计算的基础赔偿金部分，还综合考虑个案当中雇员的损失酌定补偿金，相比我国以劳动者工作年限及其离职前平均工资计算经济补偿增添个案讨论的空间，但是我国对于劳动合同解除的经济补偿是否应当进行参考，还需要结合我国国情进行选择性地接纳。

国际劳工组织的相关制度对我国与英国劳动立法带来深厚影响，除此之外，英国劳动立法还对就业中公平对待等方面作出规定，但受限于文章篇幅，本文仅系对英国“不公平解雇”制度的介绍，以此抛砖引玉，聆教于各位读者。

#### 注释：

- [1]The Employment Rights Act 1996, s.94
- [2]The Employment Rights Act 1996, s.98
- [3]The Employment Rights Act 1996, s.98 (3) (a)
- [4]Davison v. Kent Meters Ltd [1975] IRLR 145
- [5]The Employment Rights Act 1996, s.98 (3) (b)
- [6]Trusthouse Forte Hotels Ltd v. Murphy [1977] IRLR 186
- [7]John of God Ltd v. Brook [1992] IRLR 546
- [8]The Employment Rights Act 1996, s.119, s.123

#### 【团队介绍】

广信君达朱滔律师团队，由具有长期从事审判、仲裁实务工作经验的律师组成，该团队始终专注于建设工程房地产、劳动人事法律、民商事争议解决、常年法律顾问等领域，具有良好的法学理论素养和从业实务经验，紧跟市场发展趋势、熟谙专业法律知识，致力于为客户提供专业的法律服务。

# 涉港婚姻中夫妻一方将房产赠与第三者的行为是否有效

文 / 黄丽 许晓行

## 前言

涉港婚姻中，夫妻一方将房产赠与第三者的行为效力，是否会因内地与香港夫妻财产制度的不同而效力不同？本案应适用内地法律还是香港法律？本文以笔者代理的案例进行分析，供大家交流、探讨。

## 一、案情简介

Y某与Z某均为香港户籍，双方于1992年在内地登记结婚，之后双方长期分居两地，Y某定居香港，Z某定居内地。1997年，C某与Z某经人介绍认识并保持不当男女关系，Z某在Y某不知情的情况下在内地购买房产一套，并将涉案房产登记至其与C某名下。直至2018年Z某病逝，Y某才知道在婚姻关系存续期间，Z某一直与他人保持不当男女关系，并将涉案房产登记至两人名下一事。故Y某委托笔者代理本案，起诉主张Z某将涉案房产赠与C某的行为无效。

## 二、争议焦点

### 1、是否存在赠与行为

涉案房产的购房款分为首付款和按揭贷款两部分。

C某认为：首先，关于首付款，C某主张其以现金形式支付了涉案房产的一半首付款，是与Z某共同出资购房；其次，关于按揭贷款，Z某、C某作为借款人与银行签署了《住房抵押贷款合同》，是与Z某共同申请贷款出资购房。

我方认为：全部购房款均为Z某支付。首先，C某当时没有工作和经济收入，完全是依赖Z某生活；其次，我方提交了相关证据，以证明涉案房产的按揭贷款还款

均是每月从Z某的账户支出、涉案房产由我方进行管理出租；最后，因涉案房产的购房合同上记载的买受人为Z某和C某二人，故以涉案房产作为抵押而办理按揭贷款时必须由购房人C某、Z某共同作为借款人与按揭银行签署合同，此为办理房屋按揭贷款手续的常识。因此，C某签署抵押贷款合同的行为本身不能证明C某存在共同出资购房行为。

法院认为：因C某未提交证据直接证明其对涉案房产存在共同出资，且C某的陈述存在明显有违常理和生活经验；而我方提交的证据证明了Z某偿还贷款、我方对涉案房产进行管理，且陈述的事实也符合生活经验、常理。故对C某关于共同出资购房的主张不予支持，确认涉案房产是由Z某出资购买。在此情况下，Z某在婚姻关系存续期间将涉案房产登记为C某共同共有，其行为构成赠与。

### 2、赠与行为是否有效

C某认为：确认赠与行为是否有效涉及一个先决问题，即涉案房产是否为夫妻共同财产。《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》（下称“《涉外民事关系法律适用法》”）第二十四条规定，夫妻财产关系，当事人可以协议选择适用一方当事人经常居所地法律、国籍国法律或者主要财产所在地法律。当事人没有选择的，适用共同经常居所地法律；没有共同经常居所地的，适用共同国籍国法律。

本案中，Y某与Z某没有协议选择适用的法律，也没有共同经常居所地，故C某认为应适用共同国籍国法律，即香港法律。按照香港地区《已婚者地位条例》相关规定，夫妻之间实行分别财产制，男女婚后拥有相同的对自己婚前和婚后财产所有权的能力和承担债务的能力，即夫妻双方婚前和婚后所得财产男女归各自所有，

并单独行使管理权、收益权和处分权，但也不排斥妻以契约形式将财产的管理权交给丈夫或双方拥有一部分共同财产。据此，C某认为Z某有权处置涉案房产，赠与行为有效。

我方认为：《涉外民事关系法律适用法》第五条规定，外国法律的适用将损害中华人民共和国社会公共利益的，适用中华人民共和国法律。C某明知Z某有配偶，仍然与其同居，保持不当男女关系，违反《中华人民共和国民法通则》基本原则及《中华人民共和国婚姻法》相关规定，行为显然违反了公序良俗原则，故应适用内地法律，Z某将涉案房产赠与C某的行为无效。

### 三、判决结果

对于争议焦点二“赠与行为是否有效”，法院认定如下：

一审法院认为：涉案房产系Y某与Z某在夫妻关系存续期间购买，Y某主张赠与行为无效涉及到其与Z某夫妻共同财产关系的认定，故依据《涉外民事关系法律适用法》第二十四条“夫妻财产关系，当事人可以协议选择适用一方当事人经常居所地法律、国籍国法律或者主要财产所在地法律。当事人没有选择的，适用共同经常居所地法律；没有共同经常居所地的，适用共同国籍国法律。”以及第五条“外国法律的适用将损害中华人民共和国社会公共利益的，适用中华人民共和国法律。”之规定，关于Y某与Z某之间的夫妻共同财产关系的认定应当适用香港特别行政区的法律，且在适用时不得有损于内地的社会公共利益。

因Z某在婚姻关系存续期间赠与涉案房产给第三者C某的行为违反了内地的公序良俗，故应当适用内地法律。违背公序良俗的民事法律行为无效，无效的民事法律行为自始没有法律约束力。故对于Y某要求确认Z某将涉案房产赠与C某的行为无效的诉求，符合法律规定，一审法院予以支持。在涉案房产的赠与行为被确认无效后，应当恢复至无效民事行为产生前的状态下，故C某应当协助配合Y某将涉案房产的产权登记恢复至Z某一人名下。

二审法院认为：Z某的赠与行为属于赠与合同，根据《涉外民事关系法律适用法》第四十一条规定，当事人可以协议选择合同适用的法律；当事人没有选择的，适用履行义务最能体现该合同特征的一方当事人经常居所地法律或者其他与该合同有最密切联系的法律。因受赠与人C某经常居所地以及赠与财产所在地均在我国内地，故应适用我国内地法律作为认定上述赠与与行为效力的准据法。

Z某在夫妻关系存续期间，与C某发展不当男女关系，该行为显然不符合社会公德，有违公序良俗。Z某基于该不当男女关系或出于维系该不当男女关系的目的，实施的上述赠与行为亦不符合社会公德，违背公序良俗，依法应认定为无效行为。该赠与行为的无效并不因Z某赠与的财产是其个人财产或是夫妻共同财产而有所差别。

### 四、办案实操

#### 1、案情分析

因香港与内地的夫妻财产制度不同，如果适用不同法律将可能导致不同的裁判结果，故本案的关键问题在于法律适用。一审法院依据《涉外民事关系法律适用法》第五条之规定，因适用香港法律时有损于内地的社会公共利益，故认定适用内地法律。二审法院依据《涉外民事关系法律适用法》第四十一条之规定，认定适用与该赠与合同有最密切联系的法律，即内地法律。虽然在法律适用的理由上有所不同，但当存在损害国家利益、社会公益和社会道德秩序的行为，而又缺乏相应的强制性法律规定时，法院可依据公序良俗原则认定该行为无效的倾向性一致。

#### 2、证据固定

对于能证明案件过程的一切证据进行固定，本案因时间久远且首付款以现金交付，故我方申请调查令仍无法调取到Z某支付首付款的证据，但我方提交了Z某个人贷款历史明细及我方支付管理费的证据，以证明贷款还款是从Z某的账户支出、我方对涉案房产进行管理等。法院

根据现有的证据，结合当事人的陈述和一般生活常理来作出分析认定，最终认定 Z 某的行为构成赠与。

### 3、提供法律依据及判例

本案前后历时三年，笔者代理本案后做了充分的准备工作，多次与法官进行沟通，查找并提供了当适用涉外法律有损于内地的社会公共利益时，应认定适用内地法律的判例供法庭参考，最终观点得到法庭的采信，法庭的公正判决维护了当事人的合法权益和社会公共利益。

## 五、结语

在民事活动中尊重公序良俗、弘扬社会主义核心价值观、维护社会公共利益，是每一位公民从事民事行为必须遵循的准则。C 某的行为违反了法律规定和公序良俗，损害社会公德，破坏公共秩序；Z 某的行为同样既违背了公序良俗原则又违反了婚姻忠实义务等规定，损害配偶 Y 某的合法权利。故违背公序良俗的民事法律行为无效，Z 某将涉案房产赠与 C 某的行为无效。

随着民法典的颁布与实施，进一步确认和强化公序良俗，将弘扬社会主义核心价值观作为立法宗旨，公序良俗原则为重要体现。公序良俗将不再是人们内心的道德评判，也是判定民事行为效力的重要依据。

### 【作者简介】



黄丽 合伙人

执业证号 14401201211024674

**专注领域：**刑事辩护，建筑工程与房地产，法律顾问，民商事争议解决

荣获广东省高级人民法院“参与化解和代理涉诉信访案件工作优秀个人”、广信君达律师事务所 2023 年度“十大律政佳人”等称号。



许晓行 专职律师

执业证号 14401200911167954

**专注领域：**民商事争议解决，劳动纠纷，企业法律顾问  
担任海珠区劳动争议仲裁委员会调解员。

# 人工智能在医疗领域的应用与相关法律问题

文 / 李红梅 符赞深

## 一、人工智能的概念

人工智能 (artificial intelligence)，简称 AI，是以计算机科技为基础，通过整合、分析大量数据信息，由算法主导，并能够进行自主学习、自主判断，可以看作是对人工智能的模拟、延伸及拓展的复杂处理系统。

## 二、人工智能在医疗领域的应用

### (一) 智能医院建设

#### 1. 智能影像诊断

智能影像分析是人工智能应用于医疗领域最早的方向。传统影像分析是医生通过对影像观察、分析、判断等过程完成的，往往存在着医生水平不足无法准确判断影像、耗时过长、效率过低等弊端。智能影像分析通过事先输入的大量医疗影像数据为数据支撑、整合先进的统计分析算法，能够准确地识别患者的影像信息，向医生提供详细的医疗领域数据信息、并标注出特异性结构，方便医生作出疾病诊断。智能影像分析能够大大提高筛查效率，减少误诊、漏诊率，节约医生与患者时间，提高医院接诊能力。

#### 2. 智能语音电子病历

传统的病历是由医生手动输入患者相关医疗信息形成的，手动输入一般发生在医生与患者交流过程，往往存在着时间长、效率低、影响医患交流等弊端。而智能电子语音病历是依托人工智能技术，以庞大的医疗知识图谱做数据支撑，可以接收、识别、分析、理解人的语音信号，转化成文字且对获取到的信息进行分析，最终转化成电子病历的系统。智能语音电子病历能够极大地提高医生工作效率，能让医生更专注地与病人交谈，更好地诊断疾病。同时，该系统能详细完整记录患者的病情描述，并给予医生相应的疾病分析、疾病诊断、用药建议。智能语音电子病历也能有效避免医生失误，系统会分析用药方案的合理性，

提醒医生超剂量、配伍禁忌、中药“十七畏十八反”等用药禁忌。但是，该技术目前也存在着较大的技术挑战，如医疗知识图谱的准确度、调度度，降噪技术与方言识别等技术问题。

#### 3. 智能就医导诊系统

预问诊。患者向手机 app 或智能医疗小程序内的智能导诊助手描述自身病症，导诊系统便会向患者推荐挂号科室与预测的疾病，帮助患者更方便挂号与预先了解自身疾病。

院内导诊。智能就医导诊系统能为患者就医全过程提供便利，流程更加透明。从患者踏入医院的第一步，导诊系统便能发挥作用，它能够准确地告诉患者相应科室、相应医生的位置，就诊完成后也能为患者提供检查室导航、线上缴费、线上报告显示、报告分析、药物介绍与使用说明等服务，让患者更了解就医全过程与自身病情。

#### 4. 智能医疗机器人

目前国内外智能医疗机器人发展迅猛，已经有不少智能医疗机器人登上临床治疗领域，还有许多目前还在研发和试验的医疗机器人，如目前比较成熟的达芬奇机器人手术系统、ET 医疗大脑人工智能系统。这些医疗机器人有的可以智能参与手术主要过程，有的起着辅助作用。成熟的机器人系统能够起到规范手术过程，严格把握手术质量的作用，同时有一些比较精细的手术也只能由机器人来完成，从而延伸了临床医生的能力。

#### 5. 远程医疗

远程医疗包括远程会诊、远程治疗、远程护理、远程手术等手术模式，其中最亮眼的便是远程医疗机器人手术。依托于 5G 通信技术的普及与人工智能技术的应用，使得医疗手术能够跨越几千公里、低延迟地实施。如 2019 年 3 月，中国人民解放军总医院成功进行了世界首例 5G 远程控制颅脑手术——帕金森“脑起搏器”植入术。2023 年，杭州浙大邵逸夫医院完成了全球首例 5G 超远程国产机器

人肝胆手术,在浙江对新疆地一名患者实施胆囊切除手术。

## (二) 日常健康管理

### 1. 日常生活管理

如今手机上有许多健康 app (如 Health book、悦动圈) 以及各种智能穿戴设备 (智能手表、智能手环等)。通过自身输入每日信息,或者设备获取日常身体数据,从而通过算法给予运动提示、饮食建议。通过这种方式,能够让人们时刻关注到自己的身体指标,更方便人们养成科学的生活习惯。

### 2. 日常慢病管理

慢性病持续时间长,且需要患者长期坚持对抗疾病,这对患者及其家庭造成了较大的生活困扰。传统慢性病管理存在着以下不足。由于医疗资源有限,患者无法及时地接收医生的专业建议,且大多数患者本身缺乏慢性病管理知识。而且慢性病持续时间长,需要患者长期进行健康管理,这对患者自我管理能力和依从性、参与程度提出较高要求。其次,传统慢病管理需要医生们的参与,而医务人员对此要付出大量的时间与精力,积极性不高。再者,慢病管理重要的是分析疾病发展的过程,这对患者自身身体检测数据的完整度提出了较高要求。而随着一些慢病管理软件与系统的上线,以上的不足均能得到不同程度的改善。如糖尿病这一常见慢性病,利用人工智能与互联网技术,能够将患者每日检测的血糖实时上传和分析,并给出相应的饮食、运动建议。系统会每日记录患者的血糖变化,并对一段时间的数据进行报表分析输出,方便医生回诊时掌握详细完整的数据。

### 3. 疾控风险管理

人工智能目前也广泛运用于疾病预测领域。用户通过输入身体状况、如身高、体重、血糖、过往病史、日常生活习惯、身体检查影像、报告等信息,系统便能提供相应的疾病风险与生活建议。例如在癌症预测方面,人工智能可以分析肿瘤图像和遗传信息等数据提高癌症的早期诊断和治疗效果。

### 4. 疾病诊断

人工智能在医疗领域的应用也体现在疾病诊疗方面。通过对系统灌输大量的医疗知识,使其形成完整的医疗图

谱与医疗知识网,并通过算法让疾病症状与疾病本身、用药类别与量联系起来,以达到患者输入自身病症,系统便能给出疾病诊断与用药建议。该系统能够让患者足不出户获取到贴合自身情况的疾病分析,相较于网上查找病症更准确,相较于前往医院更便利。同时该系统也能帮助患者前往医院诊治前获得对自身疾病的一个基本预知,以做好与医生沟通的准备。医生也能运用该系统,给予一些诊断提醒,如该病症还能对应哪些疾病、用药规范、用药是否对症、用药是否过量等,能够减少医生自身的失误。

## (三) 智能药物研究

传统药物研发要在海量的化合物中筛选出对治疗疾病有效的药物靶点、苗头化合物、先导化合物等一系列物质,该过程面对的物质数量是很庞大的,而且需要多次反复的实验。然后候选药物确定后也要对其进行反复的药代动力学确认与安全性检测,最后才有可能产出对疾病有效、安全的药物。

人工智能系统恰恰可以解决该不足。通过计算枚举出可能的有机分子,并通过机器计算减少研发人员测试的合成化学物的数量,从而节约研发人员的时间,降低研发过程中的损耗率与研发成本。同时人工智能也能给出药物设计方案、并能预测筛选出化合物的作用机理与毒性。如 DeepTox 系统 (预测新化合物的毒性) 与 ProCTOR 系统 (预测在临床试验中毒性的概率)。

## (四) 传染病防控

### 1. 社会传染病防控

在人工智能的帮助下,社会能够对大规模传染病进行有效、普遍、精准的防控。得益于目前智能设备和互联网的普遍,这使得每个人的踪迹变得有迹可循。该项技术在新冠疫情期间运用得极为广泛。健康码,大货车司机运动轨迹监控等,这使得政府能够精准地对某片地区,甚至是某个人进行精准隔离,从而有效控制传染病的传播。

### 2. 医院传染病防控

在医疗机构,特别是医院,很容易发生医院感染,即医院范围内的传染病感染。发生该情况主要是因为医院的工作人员在进入和离开感染区域时没有做好防护和消杀工作。院感防护系统的作用就在于能够通过摄像头,实时

监控进出感染区域人员的防控和消杀情况，如果人员没有做好该规范操作，系统自动识别违规操作，通过语音对涉事人员进行提醒，同时对该人员进行登记。通过该院感系统，医院工作人员能规范自身操作行为，从而预防、减少院感事件的发生。

### （五）互联网医院

主要分为预问诊、接诊、开处方、诊后管理四个阶段。

#### 1. 预问诊

病人通过互联网医院程序输入姓名、年龄、性别、身体指标、病症等信息，人工智能便通过这些信息将病人分配到对应的互联网科室，同时也让医生初步了解病人情况。

#### 2. 接诊

该阶段可使用的方式很多，患者可与医生进行图文发送、视频录制、实时视频会议等，从而达到判断疾病的目的。

#### 3. 开处方

医生通过预问诊得到的消息在接诊中与病人交流，从而判断疾病，开出处方。

#### 4. 诊后管理

与线下医院不一样，互联网医院能让我们足不出户地与医生进行疾病管理交流，同时医生也可根据病人使用药物情况对诊疗效果进行判断和随访，这十分便于慢性病管理、老年人诊疗。

## 三、医疗人工智能监管体系

### （一）医疗人工智能的法律文件及相关规定

法律规范	制定机关	法律性质	公布日期
中华人民共和国民法典	全国人民代表大会	法律	2020/5/28
中华人民共和国基本医疗卫生与健康促进法	全国人民代表大会常务委员会	法律	2019/12/2
医疗器械监督管理条例	国务院	行政法规	2021/2/9
互联网医院管理办法（试行）	国家卫生健康委员会、国家中医药管理局	部门规章	2018/7/17
人工智能辅助诊断技术管理规范 2017 版	原国家卫生计生委	部门规章	2017/12/3

法律规范	制定机关	法律性质	公布日期
全国医院信息化建设标准与规范	国家卫生健康委员会	部门规章	2018/4/2
深度学习辅助决策医疗器械软件审评要点	国家药品监督管理局	部门规章	2019/7/3
人工智能医用软件产品分类界定指导原则	国家药品监督管理局	部门规章	2021/7/1
医疗器械监督管理条例	国务院	行政法规	2021/2/9

### （二）人工智能监管机构

1. 国家药品监督管理局 2. 国家卫生健康委员会 3. 国家科技伦理委员会 4. 中国医疗器械行业协会医疗人工智能专业委员会 5. 广东省科学技术协会 6. 广东省人工智能产业协会 7. 深圳市人工智能行业协会 8. 深圳市未来产业行业 9. 广州市高新技术企业协会人工智能专业委员会 10. 各市的市科技创新部门、市产业主管部门、市人工智能伦理委员会

## 四、人工智能在医疗领域的相关法律问题

### （一）人工智能的法律主体问题

笔者认为当前人工智能仍不能充当法律主体，理由如下：

#### 1. 目前人工智能不能独立进行意思表示。

随着人工智能技术的发展，人工智能的能力越来越大，能完成的事情也越来越多，貌似其具有了像人一样的自主意识。但其实，人工智能的“自主意识”是不能脱离人而存在的，它也不能够独立进行意思表示。人工智能作出意思表示的前提是，人类给它输入大量数据与构建算法，因此其能力的大小与能否作出意思表示是由人类输入数据与构建算法等行为决定的。其次，人工智能作为一种工具，在人类与其交互之前是无法作出意思表示的，它作出意思表示依赖于使用者的指令。

#### 2. 人工智能仍是一种工具。

人工智能的诞生是为了满足人类各种生活与工作的需要，其存在的意义是为了服务人类，它本质是一种工具。

尽管人工智能有一定自主性，但这是为了更好地拓展服务人类能力的需要。

### 3. 人工智能在侵权时没有能力承担责任。

人工智能侵权，最终还是归责于人工智能关系的自然人，如其设计者、销售者、使用者。且人工智能在现今法律框架下无法获得持有财产，因此也没有承担责任的物质基础。再者，人工智能也无法像人类刑罚一样被困于牢笼，即使“处死”也无任何意义，无法获得被侵权人的理解。

### 4. 人工智能成为法律主体不符合现有法律伦理。

从法律本质上，其仍然是以法律伦理上的自然人为法律基础，所以通过这种途径给予人工智能独立的法律主体资格不符合人类社会现有的关于作为法律主体资格的基本理念。人工智能究其本质，也仍然属于物的范畴，其仍是某个自然人与集体的财产与所有物，无法独立存在于社会。

## （二）个人信息保护问题

我国向来重视个人信息保护问题。从2009年《中华人民共和国刑法修正案（七）》开始第一次对个人信息保护进行相关规定，颁布了《中华人民共和国网络安全法》《中华人民共和国个人信息保护法》《中华人民共和国数据安全法》等法律法规。其中，《民法典》第1035条明确规定了个人信息的处理应当遵循合法、正当、必要原则，须获得信息主体的同意，公开处理信息的规则，并明示处理信息的目的、方式和范围，足可以见国家对于公民个人信息保护力度之大。

医疗人工智能的应用在个人信息保护方面会出现以下问题：

对于人工智能而言，给予机器学习的数据越充分，数据模型训练得更精准，最终得到的机器判断更准确。医疗人工智能发挥作用，必须以大量的数据作为支撑，而这些数据往往来源于公民的个人信息，那么就要格外注意获取公民个人信息的合法性。在获取、使用公民个人信息时，一定要获得公民的授权。授权往往也会存在有效时长与范围，企业不能超过授权的有效时长与范围违规使用数据，否则就构成侵权。其次，医疗人工智能侵犯公民个人信息权也存在着权利救济高度困难的问题。由于人工智能企业

与公民之间的能力极其悬殊，公民无法干预企业制定的相关使用约定，且由于个人信息具有极强的传播性与复制性，公民个人也无法跟踪个人信息去向。再者，在发生个人信息侵权时，公民个人也陷入了取证困难的境地，不能获取企业使用、传输个人信息的证据。同时，因为人工智能黑箱效应的存在，个人无法获知个人信息使用情况与人工智能做出结果之间的关联性。

面对这些问题，企业其实可以通过一些手段来规避侵犯个人信息的风险。如公开企业数据来源情况，在收集数据前征得被使用者的同意，在使用转让信息时告知相应用户，制定制度规范数据信息收集、存储、加工、传输、使用全过程，对获取的数据进行数据脱敏、数据加密，减少数据泄露的风险，对数据存储、传输进行保护措施，防止黑客进攻、数据入侵等。

## （三）数据安全问题

医疗机构中的人工智能应用会涉及海量的数据，而这些数据往往在存储、传输、使用等环节中存在着较大风险。首先医疗机构内地数据库潜在商业价值巨大，会被许多不法分子重点关注，而为了保证医疗机构的业务连续性，大部分数据库都无法及时地更新补丁，这就导致了医疗机构数据库很容易遭到黑客入侵，造成数据泄露。IBM安全事业部在2019年发布的一项年度调研结果中表明，医疗保健组织已连续第9年成为数据泄露损失排行榜冠军，平均损失接近650万美元，高出其他行业总体平均值的60%。<sup>[1]</sup>

## （四）跨境数据安全问题

医疗人工智能进行深度学习与模型训练时需用到大量数据，而这些数据往往关乎国家安全、国计民生，甚至国家战略决策，因此我国对于医疗领域的跨境数据安全特别重视。<sup>[2]</sup>例如在2015年，深圳某基因科技服务有限公司，未经批准与英国牛津大学开展中国人类遗传资源国际合作研究，该公司将未经许可的部分人类遗传资源信息从网上传递出境，中国人类遗传资源管理办公室调查清楚后，责令停止该公司涉及我国人类资源的国际合作业务。

2022年9月1日《数据出境安全评估办法》正式实施，数月后，首都医科大学附属北京A医院与荷兰阿姆斯特丹大学B合作研究项目成为全国首个被北京网信办批准

的数据出境安全评估案例。这启示人工智能企业若涉及数据跨境情况，必须经相关部门进行安全评估。

#### （五）医疗人工智能侵权归责原则与承担方式

医疗人工智能发生侵权纠纷时有发生，常常出现诊疗人工智能给出错误判断、手术机器人在手术过程中失误造成患者损害的情况。通过中国裁判文书网，将“达·芬奇”“医疗”“侵权”作为关键词在 2017—2020 年区间进行检索，共计检索出相关判决书 24 份，呈递增趋势。考虑到医疗侵权案件的复杂性和文书上网的局限性，实际案件数量远超过于此。<sup>[3]</sup> 医疗人工智能侵权目前涉及的侵权归责有医疗损害责任、产品责任、高度危险责任。

人工智能在医疗活动中，起到一个什么角色，这深深影响着人工智能在侵权纠纷中的归责与责任承担方式。笔者认为，人工智能在参与医疗活动中，始终起到的是辅助作用。人工智能的辅助定位也在我国相关文件中被频繁强调。2017 年 2 月，原国家卫生计生委印发的《人工智能辅助诊断技术管理规范（2017 年版）》明确规定：“人工智能辅助诊断技术为辅助诊断和临床决策支持系统，不能作为临床最终诊断，仅作为临床辅助诊断和参考，最终诊断必须由有资质的临床医师确定”。<sup>[4]</sup>

医疗损害责任属于过错责任。人工智能在法律上仍是一种医疗器械，其没有被赋予法律主体地位，也没有财产与承担责任的能力，所以人工智能侵权最终的归责与责任承担会落到其背后的自然人身上。诊疗人工智能的诊断决策不能独立地成为正式医疗判断，仍需具有资质的临床医师决定。机器人人工智能在手术过程中，临床医师也必须实时监控机器人的行为，并对其行为负责。由此可见，虽然医疗人工智能具有一定的自主性，但其仍是受医师的决定影响与监控的，所以一旦发生侵权纠纷，相关的医师与医疗机构就要承担相应的侵权责任。但是，由于医疗损害责任属于过错责任，这就需要受害者承担举证责任。但由于人工智能的黑箱属性，其算法一般不公开且对于普通大众而言无法理解，所以如何证明医疗人员与人工智能系统存在过错就成为一个十分困难的问题。

产品责任属于无过错责任。医疗人工智能属于医疗器械，其本身就是一种产品。首先比较难证明产品本身存在

缺陷。根据《产品质量法》第 46 条的规定，产品存在缺陷，主要是指产品存在“不合理的危险”，或者不符合国家标准、行业标准。<sup>[5]</sup>

由于人工智能本身是高科技，需要证明其存在缺陷本身就十分困难。且目前我国人工智能缺陷鉴定方面存在严重缺口，医疗鉴定机构与司法鉴定机构在处理医疗人工智能鉴定时难免举步维艰。<sup>[6]</sup> 根据《民法典》侵权责任篇第 1203 条规定，医疗机构以服务提供者身份对缺陷医疗产品致害承担严格责任，受害者可以向医疗机构请求赔偿，医疗机构也保留着对人工智能生产者的追偿权利。但由于医疗机构的追偿存在着追偿成本与追偿不能的风险，过高的人工智能使用成本也会降低医疗机构使用人工智能的积极性。若过度将人工智能的侵权责任归责到人工智能设计者、开发者的话，往往会降低他们的热情，不利于人工智能的发展。

#### （六）人工智能本身所具有的黑箱特质可能会导致法律风险

黑箱效应是指，由于算法的不公开与算法的复杂性，使得给予人工智能指令与人工智能做出的决策之间缺乏依据与可解释性。黑箱效应使得人工智能缺乏中间疾病推断的依据与过程，这会对医疗活动造成极大风险。

首先，传统的医疗诊断活动对于疾病诊断过程是重视的，人工智能直接给出判断却不给出依据与过程，这难免会增加医生对人工智能的不信任。

其次，在传统观念中，“医者最晓”是向来观念。人们放心将自身疾病交于医生治疗很大程度是对医生医疗知识与医疗水平的信赖，而人工智能黑箱效应的不可解释性则破坏了这一点。不可解释性会导致患者对于医生做出的判断产生怀疑，从而影响医患关系，甚至是增加医闹的风险。

再者，人工智能的黑箱效应也一定程度上影响着医生判断。如果人工智能做出的判断与医生认知中对该疾病的判断有很大出入，或者人工智能开出的药方中有医生认知中明显错误的药物搭配与剂量，这时候医生该怎么办？此时会出现三种可能：一是人工智能出现了故障；二是医生水平不足，判断错误；三是人工智能由于极强的学习能力，

其能掌握最新的医疗知识，而医生则难以达到医疗知识时刻更新。这三种可能，过错方都显而易见，但不论过错方是谁，人工智能判断与医生判断出现分歧，则极大可能造成医生困扰与医疗资源浪费。因为判断不同甚至是完全相反，医生必定会质疑人工智能，而验证人工智能观点则需要大量时间，但这样就违背了一开始使用医疗人工智能节约时间与减少医生工作量的初心。如果是医学前沿知识，超出了医生能力范畴，则可能出现无法验证的局面。以及人工智能黑箱效应会增加出现医疗事故时医生的风险。如人工智能的判断是正确的但医生没有采纳、人工智能判断是错误的而医生采纳了这两种情况，最终都需归责于医生，这会极大影响医生使用人工智能的积极性。

### （七）互联网医院的法律风险

#### 1. 接诊注意事项。

医生仅能通过互联网进行一般普通疾病的诊断或者对常见慢性病的复诊，不能通过互联网开展首诊活动。如《上海市互联网医院管理办法》要求患者提供2个月内的病历资料。能在互联网医院开具处方的医生应与线下医院开具处方的医生一样，要根据《执业医师法》《医疗机构处方审核规范》《处方管理办法》进行处方开具。

2. 诊疗行为干预型人工智能产品可能属于医疗器械，未经注册/备案而生产、销售、临床应用面临较高风险。

根据《医疗器械监督管理条例》，医疗器械的界定标准主要是预期用途是否具有诊疗目的。我国医疗器械实行目录管理的《医疗器械分类目录》规定：“医疗信息管理软件属性界定原则，如果医疗信息管理软件仅仅是医院管理工具，管理内容是患者信息等非医疗诊断和/或治疗内容，不按照医疗器械管理。如果医疗信息管理软件包含患者诊断、治疗数据和影像，则按照软件处理对象（影像、数据）的不同，将软件产品规范到‘21-2 影像处理软件’或者‘21-3 数据处理软件’。”<sup>[7]</sup>

3. 人工智能技术在问诊、开方和审方环节的应用应适度，不得替代医师、药师的职能。

根据互联网诊疗规范与处方管理规范，严禁以人工智能完全替代医师。

### （八）算法合规

#### 1. 要告知用户算法推荐服务情况。

在诊疗人工智能使用场景下，人工智能的判断会很大程度上影响着病人对病情的看法与治疗方案的选择。对于此类应用算法技术进行分析与自动化决策，且决策结果可能对相关个人权益产生影响的情况，我国对相关数据处理者及算法服务提供者提出了披露义务。我国《个人信息保护法》第24条规定，利用个人信息进行自动化决策的个人信息处理者应当保证决策的透明度，且通过自动化决策方式做出对个人权益有重大影响的决定，个人有权要求处理者予以说明。<sup>[8]</sup>《互联网信息服务算法推荐管理规定》也规定了算法推荐服务提供者应当以显著方式告知用户其提供算法推荐服务的情况，并以适当方式公示算法推荐服务的基本原理、目的意图和主要运行机制等。<sup>[9]</sup>

2. 除了算法透明性以外，如仅通过自动化决策的方式做出对个人权益有重大影响的决定，个人有权拒绝。

若人工智能植入进app，应该要明确告知用户该app使用了人工智能技术进行自动化决策或定向化推送，并提供显眼的关闭按钮来给予用户充分选择是否使用人工智能的权利。

### （九）企业应用人工智能风险

#### 1. 数据收集环节

人工智能要发挥其巨大的功效，要有前期数据的大量输入，这样才能提高其判断的准确性。数据采集的方式可以分为自行采集与第三方采购数据。自行采集的数据要注意征得当事人的同意，第三方采购数据也要注意第三方在获取数据时的合法性。

#### 2. 数据使用环节

当事人授权信息的使用是有使用范围与时间限制的，作为数据的使用者不能够超过授权范围与授权时间违规使用数据。

#### 3. 数据传输与储存环节

数据进入企业的数据库，企业便要确保数据传输与储存的安全，要加强数据安全保护，防止外来网络入侵与攻击。

#### 4. 要注意算法风险

人工智能自身的黑箱特质，会对日后其作出的许多决

策产生不可解释性，且最近也越来越多对生成式人工智能编造的质疑。因此企业在人工智能算法的设计开始，便要注意增加人工智能的可解释性。

5. 要注意伦理风险

人工智能在医疗实验的环节，同时涉及科学伦理与医学伦理的风险，此时就需通过科技伦理委员会等伦理委员会的审查，同时要注意遵守《涉及人的生命科学和医学研究伦理审查办法》。

参考文献：

[1] 杜少雄,姚轶薪,于云海等. 医疗行业数据安全风险分析及思考 [J]. 中国信息安全,2022(07):48-51.

[2] 高志民. 医疗人工智能的四个法律问题 .[N]. 人民政协报 .2021-05-11

[3] 王轶晗,王竹. 医疗人工智能侵权责任法律问题研究 [J]. 云南师范大学学报(哲学社会科学版),2020,52(03):102-110.

[4] 国家卫生计生委. 人工智能辅助诊断技术管理规范 (2017年版) [Z].2017-12-31

[5] 全国人民代表大会常务委员会. 中华人民共和国产品质量法 [Z].2018-12-29

[6] 王轶晗,王竹. 医疗人工智能侵权责任法律问题研究 [J]. 云南师范大学学报(哲学社会科学版),2020,52(03):102-110.

[7] 国家药品监督管理局. 医疗器械分类目录 [Z].2017-09-04

[8] 全国人民代表大会常务委员会. 中华人民共和国个人信息保护法 [Z].2021-08-20

[9] 国家互联网信息办公室. 《互联网信息服务算法推荐管理规定》 [Z].2022-3-1

【作者简介】



李红梅 合伙人 ■  
执业证号 14401201711605964

**专注领域** 企业治理, 投融资并购, 生命科学及医疗健康, 家族财富保护及传承

专注于生命科学和医药健康、互联网科技、高端制造、财富管理领域，主要为境内及跨国药械企业、医疗机构包括三甲医院及民营医院、医疗集团、互联网医疗健康企业、投资医疗药械项目的私募基金公司等提供常年法律顾问服务、合规专项、境内外投融资并购、争议解决等法律服务。在互联网科技、高端制造、财富管理领域，现或曾为多家国有企业、大型民营企业、外资企业提供专项或常年法律顾问服务，为多家保险机构、私人银行、信托机构提供私人财富管理专项法律服务。



符赞深 实习人员 ■

**业务领域：** 生命科学和医药健康领域广州大学实习生。

# 《消费者权益保护法》在医疗美容类纠纷中的适用初探——基于求美者及其代理人视角

文 / 成禹潭 旷瑾婷

医疗美容，是指运用药物、手术、医疗器械以及其他具有创伤性或不可逆性的医学技术方法对人的容貌和人体各部位形态进行修复与再塑的美容方式。在物质和精神生活逐渐丰富的今天，人们对自己的外形也有了更高的追求，越来越多的求美者选择通过高效快捷的整形手术或医疗美容使外形得到进一步提升。随着医美市场的扩大和下沉，医美乱象也愈加频繁被曝光，求美者维权艰难，引发了大量的纠纷，转而求助和委托律师。如何确定原被告之间的法律关系、选择适用法律、取得理想的判决结果成为求美者及其代理律师最为关注的焦点，笔者浅见如下：

## 一、目前医疗美容类纠纷诉讼过程中存在的瓶颈

随着求美者们对美的追求呈现多样化，越来越多的医疗美容项目涌入市场，我国根据医疗美容项目的技术难度、可能发生医疗风险的程度，对医疗美容项目进行了较为严格的分级准入管理。现行有效的部门规章中，国家卫生和计划生育委员会发布的《医疗美容服务管理办法》、卫生部发布的《美容医疗机构、医疗美容科（室）基本标准（试行）》和《医疗美容项目分级管理目录》均对美容医疗机构或科室设置、主治医师、护理人员、执业规则等事项作出了相应的监管规定。发生纠纷时，代理人应当首先对照上述文件比对审查案涉医疗机构或医务人员的相关资质，根据求美者提供的证据，探查案涉医疗美容机构或操作人员是否存在隐瞒、欺诈的情节，从而确定后续原被告间的法律关系。

在过去的维权或诉讼思路中，常见的代理思路分为向有关行政部门进行行政投诉以期求得相关部门对案涉医疗机构进行监管和处罚，以及民事诉讼中的医疗服务合同

纠纷、医疗损害侵权纠纷。这三个思路多年来成为代理医疗美容类纠纷的主流处理模式，且大多适用《中华人民共和国民法典》（简称民法典）进行调整。笔者查阅广东地区近年多起案例，在最终取得二审胜诉判决的案例中，能够判决医疗美容机构返还求美者所支付的全部费用已是较为理想的结果，判赔金额能够覆盖求美者后续修复整形部位的手术费及误工费、交通费、精神损失费的少之又少。据笔者不完全统计，部分胜诉或败诉案例的诉讼瓶颈如下：

### （一）我国司法鉴定机构目前关于求美者对于整形美容后效果的争议及医疗过错鉴定普遍态度消极

截至目前，我国在医疗损害纠纷领域尚未设立统一权威的鉴定机构，发生争议时，多数由当事人协定是否申请法院委托相关司法鉴定机构进行鉴定。

在（2021）粤\*\*03民初\*\*71号《刘某诉广州市荔某医疗美容门诊部有限公司医疗服务合同纠纷案》判决书原文载道：“法院先后委托十余家司法鉴定机构进行司法鉴定，只有位于上海市的司法鉴定科学研究院回复称，经初审，本案较为复杂、疑难，全面审查材料所需时间较长，特函请同意延长鉴定材料审查期。其余司法鉴定机构均对此案不予受理。”类似这样鉴定无门的案例十分常见，在

（2023）粤\*1民终2\*\*29号《刘某泽诉广州翊某医疗美容门诊部有限公司医疗损害责任纠纷案》中，判决书原文载道：“关于鉴定问题。刘某泽与翊某公司医疗损害责任纠纷一案，刘某泽于2021年已取得一审法院的诉前联调号（2021）粤0\*\*6民诉前调4\*\*0号，后在诉前调解阶段，刘某泽依法向一审法院申请鉴定，但是三次摇号中，三家鉴定机构均以‘无相关鉴定能力为由不予受理’，说明医疗美容行业的鉴定存在较大的司法鉴定障碍。”

无法得以鉴定的直接后果往往是医疗损害事实证据不足，无法被认定，进而影响判决结果。在（2021）粤

0\*\*6民初3\*\*92号《聂某云诉广州市唯某医疗美容门诊部有限公司医疗损害责任纠纷案》中，法院对于是否存在医疗损害的事实部分载道：“本院就原告申请委托医疗损害鉴定，依次委托肇庆市医学会医疗事故技术鉴定工作办公室、南京医科大学司法鉴定所、中山大学法医鉴定中心、广东恒鑫司法鉴定所、西南政法大学司法鉴定中心进行医疗损害鉴定，均不予受理。”，在“本院认为”部分中对于被告是否存在医疗损害的认定结果为：“本案经医疗损害鉴定委托，无法证实被告在诊疗行为过程中存在过错”，最终驳回了原告的所有诉讼请求。

可见，在过去的诉讼代理思路中，尤其对适用医疗损害责任案由的案件而言，鉴定往往是不可避免但又难以成功的环节，给事实认定造成了较大阻碍，最终影响判决结果不够理想。

## （二）求美者及代理人大多非医学类专业人士，对于术后出现的症状导致纠纷无法准确评估求美者与医疗机构之间的法律问题

由于人体复杂性和个体差异性，同样的医疗美容项目或手术操作过程应用在不同两个人身上，可能会收获相差甚异的效果。但大多数求美者及其代理人并非医学类专业人士，对于术后出现的各类症状并不能准确地进行责任划分。到底是术中操作不当造成的医疗损害还是求美者自身本来有基础病或特殊体质导致的术后效果不佳，有时候难以准确评估。

在（2023）粤0\*民终2\*\*29号《刘某泽诉广州翊某医疗美容门诊部有限公司医疗损害责任纠纷案》中，二审判决书原文载道：“二审中，翊某公司没有提交新证据。刘某泽补充提交以下证据：[1.大腿内侧彩色照片；2.开眼角后留下的眼角疤痕照片；3.手术后鼻梁歪斜不对称、露骨的照片，以上分别拟证明刘某泽腿部、眼角、鼻子的损害结果；4.光盘，拟证明刘某泽的损害后果。]翊某公司质称：1.对证据1的真实性、合法性、关联性不予确认，认为该照片已在一审阶段提交，暂且不论是否系刘某泽腿部，不同姿态下（站姿、坐姿、躺姿等）腿部肌肉、脂肪等均有不同的呈现方式，且双腿都不可能完全一致；2.对证据2的真实性、合法性确认，关联性不确认，所

有的手术切口都会留下痕迹，疤痕的增生与年龄、个人体质、手术部位、术后护理等因素有关，且术前翊某公司已明确告知刘某泽，刘某泽也亲自签署《手术术前告知暨知情同意书》，该照片为刚手术后的照片，痕迹对比术前肯定是明显的，属于正常术后状况，且通过证据3的照片可以看到刘某泽所述的眼角疤痕几乎不存在；3.对证据3的真实性确认，合法性与关联性不确认，该照片无法看出其所述的鼻梁歪斜不对称、露骨等情况，其也没有通过医院就诊或拍摄影像光片予以证实；4.对证据4中的乳房结节问题，刘某泽在术前已向翊美公司提供2020年8月5日广州某医院出具的《彩超诊断报告单》，其所述乳房结节，在术前早已存在，刘某泽术后去其他医院检查，影像科医生无法判断乳房结节的形成原因，系其自身原因还是手术所致，需鉴定机构作出判断。经审核，本院对上述证据的证明内容不予认可。”由此可见，由于求美者及其代理人并非医学类专业人士，在面对术后的不适症状也能够提供一定的证明，但对于术后出现的症状与手术本身的关联却很难进行准确的评估与判断，最终影响法院对于是否存在医疗损害的事实认定结果，诉求被驳回。

综上，可见过去传统的代理思路受阻因素较多，尤其是司法鉴定难度大，且即便胜诉或部分胜诉，判赔金额也鲜少能覆盖求美者后续治疗费用，为了尽可能争取委托人利益最大化，笔者认为不妨转变诉讼中适用民法典的思路，重新确定求美者与医疗机构间的法律关系。

## 二、医疗美容纠纷诉讼新思路——引用《消费者权益保护法》

据笔者不完全统计，广州市中级人民法院2023年下半年公布的二审判决书中，将求美者与医疗美容机构之间的法律关系认定为消费者与经营者，由《中华人民共和国消费者权益保护法》（简称“消费者权益保护法”）进行调整的案件较高比例地取得了理想的判决结果和判赔金额，不失为新的诉讼代理思路。

在（2023）粤\*1民终1\*\*33号《陈某某诉广州奢某医疗美容门诊部有限公司等医疗服务合同纠纷案》中，一

审法院认为消费关系是纯粹的经济关系，追求结果的确定性，在价值取向上强调对消费者权益给予侧重保护，医疗服务合同关系不同于消费关系，不能强调确定的结果，也不同于经营者和消费者一对一的关系，还包括社会整体的医疗利益，故不应适用消费者权益保护法；但二审法院（广州市中级人民法院）认为医疗美容可分为治疗型医疗美容和消费型医疗美容。本案中，伊某曼公司、秀某公司、奢某公司以营利为目的，提供有偿医疗美容服务进而获取利润，符合经营者的特征；而陈某利购买案涉医疗美容服务，并非基于治疗和矫正的目的进行疾病诊断与治疗，而是为了满足个人对美的追求的生活需要，具有消费者的特征，因此应认定陈某利购买的案涉医疗美容服务的行为属于其个人消费行为，则双方之间属于消费服务合同关系，应当受消费者权益保护法调整。故二审法院认为一审法院适用法律错误，这体现了目前广州地区对于医疗美容类纠纷中求美者与医疗美容机构之间的法律关系调整风向，并且对于适用消费者权益保护法予以认可。

在（2023）粤\*1民终9\*\*4号《石某诉安某维（广州）医疗美容门诊部有限责任公司医疗服务合同纠纷案》中，一审法院和二审法院均认为，因石某为健康人士，为满足对美的追求而接受美容整形服务，具有消费者特征，而安某维公司的经营目的是获取利润，具有经营者特征，因此，石某与安某维公司之间的法律关系应由消费者权益保护法调整。二审法院判决该案中石某在安某维公司消费的全部金额予以返还，涉及欺诈部分的消费金额进行三倍赔偿，最终取得了委托人利益最大化的判决结果。

在（2023）粤\*1民终2\*\*70号《许某露诉亚某美容（广州）有限公司医疗服务合同纠纷案》中，一审判决书原文载道：根据《中华人民共和国消费者权益保护法》第五十五条关于“经营者提供商品或者服务有欺诈行为的，应当按照消费者的要求增加赔偿其受到的损失，增加赔偿的金额为消费者购买商品的价款或者接受服务的费用的三倍”的规定，亚某公司在提供服务过程中存在欺诈行为，许某露要求亚某公司退还服务费1\*\*00元并支付服务价款三倍的赔偿5\*\*00元合理有据，一审法院予以支持。二审法院也同样适用消费者权益保护法进行审理，维持原判。

笔者观察上述取得理想赔偿金额的案例得出，将求美者与医疗美容机构之间认定为消费者与经营者的法律关系，由消费者权益保护法进行调整更为精确适宜。案件的事实部分涉及提供医疗美容服务的美容医疗机构或主治医师、护理人员未取得相关执业资质的，存在应当告知却未尽到告知义务的，对提供医疗美容服务项目效果进行夸大的，或存在其他欺诈行为的，即可适用消费者权益保护法第五十五条第一款规定：“经营者提供商品或者服务有欺诈行为的，应当按照消费者的要求增加其受到的损失，增加赔偿的金额为消费者购买商品的价款或者接受服务的费用的三倍；增加赔偿的金额不足五百元的，为五百元。法律另有规定的，依照其规定。”案件的事实部分涉及美容医疗机构或其工作人员、操作人员明知其采购的医疗耗材存在缺陷或向求美者提供假冒伪劣产品，使用非正规途径采购的医疗器械或医疗产品向求美者提供医疗美容服务的，依照消费者权益保护法第五十五条第二款规定：“经营者明知商品或者服务存在缺陷，仍然向消费者提供，造成消费者或者其他受害人死亡或者健康严重损害的，受害人有权要求经营者依照本法第四十九条、第五十一条等法律规定赔偿损失，并有权要求所受损失二倍以下的惩罚性赔偿。”并且对于求美者提出的赔偿误工费、后续修复医疗费、护理费等诉求，也有相应明确的法条予以支持，即消费者权益保护法第四十九条：“经营者提供商品或者服务，造成消费者或者其他受害人人身伤害的，应当赔偿医疗费、护理费、交通费等为治疗和康复支出的合理费用，以及因误工减少的收入。造成残疾的，还应当赔偿残疾生活辅助费和残疾赔偿金。造成死亡的，还应当赔偿丧葬费和死亡赔偿金。”

上述情形虽无法涵盖所有医疗美容类纠纷中出现的情形，但最常见的纠纷事由和诉讼请求均已覆盖在内，大多医疗美容类纠纷案件可参考适用。医疗美容市场的规范和整顿需要多方努力，任重而道远。作为求美者的代理人，应仔细甄别审查案涉医疗美容机构和项目操作人员的相关资质，谨慎制定诉讼策略，明确原被告之间的法律关系，引用与案件事实最匹配的法条，以争取委托人利益最大化。希望在各方的共同努力下，医美市场在规范的基础上焕发

活力，求美者们在理性的基础上安全求美。■

【作者简介】



成禹谭 专职律师 ■

执业证号 14401201710300632

**专注领域：**刑事辩护，民事诉讼，民刑交叉的疑难案件  
先后毕业于中山大学法学本科与广东外语外贸大学商务英语本科。曾为中央政法委督办、中央电视台《焦点访谈》报道的 307 专案（20\*\*）银刑初字第 \* 号案的被告人无罪辩护，助推刑法修正案（七）之组织、领导传销活动罪的增

设，二审时该案以组织领导、传销活动罪判决，被告人免于刑事处罚。曾为（20\*\*）穗天法刑重字第 \* 号案被告人无罪辩护，被告人的刑罚从一审的十三年有期徒刑改判为缓刑。（2017）粤 71 行终 1\*\*4 案中，以律师自己的名义诉广州市住房和城乡建设委员会拒绝为律师以房查人的取证，推动了相关规定出台。



旷瑾婷 实习人员 ■

2023 年毕业于广州医科大学法学专业，协助团队参与刑事案件、民商事诉讼活动。

# 关于《民法典》抵押财产转让的法律评析

文 / 黄绮明

## 摘要

《中华人民共和国民法典》（下称“民法典”）第四百零六条改变了之前《中华人民共和国物权法》（下称“物权法”）第一百九十一条关于禁止抵押财产转让的规定，允许抵押期间，抵押人可以转让抵押财产。无论从法理考虑还是从实践看，允许抵押财产转让更符合抵押权仅为优先权、期待权而非排他物权的特质，对盘活不动产一、二级市场，促进市场经济多元化发展均有积极作用。各级立法机关、金融机构为落实民法典对不动产抵押权的规定，出台了相应的配套措施。各级人民法院的判决也遵循民法典第四百零六条抵押期间，抵押人可以转让抵押财产的审判思路。

## 一、转让抵押财产规定变更的意义

### （一）法条沿革

无论是之前的物权法还是当今的民法典，均规定建筑物和其他土地附着物应当办理抵押登记。抵押权自登记时设立。但关于抵押财产的转让原则，从物权法第一百九十一条规定“抵押期间，抵押人未经抵押权人同意，不得转让抵押财产”变更为民法典第四百零六条规定：“抵押期间，抵押人可以转让抵押财产。当事人另有约定的，按照其约定。抵押财产转让的，抵押权不受影响。”

### （二）物权法立场上禁止抵押财产转让

清华大学法学院副院长教授程啸认为，物权法之所以采取禁止抵押财产转让的做法，一是因为符合抵押权的价值权属性，既然财产上已设定抵押权，就意味着该财产的交流价值交给了抵押权人控制，而抵押人不能再享有抵押财产的交流价值。二是有利于保护抵押权人，就保护抵押权人而言，禁止抵押人自由转让抵押财产是“防患于未然”。允许抵押人自由转让抵押财产，同时承认抵押权的追及效力，对抵押人来说，只是事后救济。三是就交易安全和秩序的维护而言，只要抵押权在转让后能够继续存在于被

转让的财产之上，就会出现因抵押权人行使抵押权而破坏一系列已经形成的新的财产秩序的情形。<sup>[1]</sup>

### （三）民法典允许转让抵押财产的理由

其一，从法理上说，设定抵押权，仅是在物上设定了权利负担，抵押人作为抵押财产的所有权人，仍然享有对抵押财产的支配权，其中就包括了转让抵押财产的权利，对抵押财产转让进行限制法理依据不足。其二，在抵押权已经进行登记的情况下，买受人自愿买受的，根据抵押权的追及效力，允许抵押权人向买受人主张抵押权，对买受人并无不公。其三，抵押财产所得的价款可用于清偿债务，既有利于抵押权人实现权利，也减少了抵押权实现的成本。至于转让所得价款不足以清偿债务的，抵押权人既可以通过行使追及效力的方式向受让人主张抵押权，也可以通过让抵押人补足差价的方式实现债权清偿，并不当然会损害抵押权。<sup>[2]</sup> 据此，无论从法理上考虑还是从实践上看，抵押权作为担保物权，是一种期待优先权，设定抵押权目的在于当债务人不能按约定清偿到期债务时，可将抵押财产拍卖、变卖后获得优先受偿，而非在抵押期间即对抵押财产拥有排他、独占的权利。

## 二、民法典对抵押权人利益的保护措施

民法典第三百九十四条将抵押权定义为：“为担保债务的履行，债务人或者第三人不转移财产的占有，将该财产抵押给债权人的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，债权人有权就该财产优先受偿。”民法典规定的抵押期间可转让抵押财产并非无条件、无限制的。就转让不动产而言，在促进抵押不动产交易的同时，民法典及配套的法律法规设定了相关条款，可约束抵押不动产任意转让的立法弊端，兼顾抵押权人的合法权益不受侵害。

### （一）当事人另有约定的，按照其约定

根据民法典第四百条规定：“设立抵押权，当事人应当采用书面形式订立抵押合同。抵押合同一般包括下列条

款：（一）被担保债权的种类和数额；（二）债务人履行债务的期限；（三）抵押财产的名称、数量等情况；（四）担保的范围。”若抵押权人限制抵押不动产的转让，应当在抵押合同中添加限制或禁止抵押不动产转让的条款，办理抵押登记，否则抵押权不成立。

且根据2021年4月6日自然资源部发布的《自然资源部关于做好不动产抵押权登记工作的通知》第三条规定“当事人申请办理不动产抵押权首次登记或抵押预告登记的，不动产登记机构应当根据申请在不动产登记簿“是否存在禁止或限制转让抵押不动产的约定”栏记载转让抵押不动产的约定情况。有约定的填写“是”，抵押期间依法转让的，应当由受让人、抵押人（转让人）和抵押权人共同申请转移登记。”由此可见，抵押不动产在申请办理抵押权时已设立禁止或者限制转让约定的，未经抵押权人同意，不予办理转移登记。

若抵押合同约定禁止或者限制不动产转让但未将该约定办理登记，记载于不动产登记簿中，根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》（简称“《解释》”）第四十三条规定：“当事人约定禁止或者限制转让抵押财产但未将约定登记，抵押人违反约定转让抵押财产，抵押权人请求确认转让合同无效的，人民法院不予支持；抵押财产已经交付或者登记，抵押权人请求确认转让不生物权效力的，人民法院不予支持。抵押权人请求抵押人承担违约责任的，人民法院依法予以支持。”抵押人违反约定转让抵押财产，但因约定未记载于不动产登记簿中，抵押不动产转让的禁止或者限制约定与抵押权同样以登记对抗为原则，推定受让人为善意第三人，抵押权人只能请求抵押人承担违约责任，并不能请求确认转让合同无效或不生物权效力，但是抵押权人有证据证明受让人知道的除外。

若抵押合同约定禁止或者限制不动产转让且已经将约定登记，抵押人违反约定转让抵押财产，根据上述《解释》第四十三条第二款，虽抵押权人请求确认转让合同无效的，人民法院不予支持，但即使抵押财产已经交付或者登记，抵押权人主张转让不生物权效力的，人民法院应予支持，除非受让人代替债务人清偿债务导致抵押权消灭。由于禁止或者限制不动产转让的约定已登记

于不动产登记簿中，应推定受让人在知悉禁止或者限制转让的情况下仍履行转让合同，需承担转让抵押财产行为不生物权效力的法律后果。

### （二）抵押财产转让的，抵押权不受影响

民法典在允许抵押人转让抵押财产的同时，也承认了抵押权的追溯力，抵押与转让可同时存在，且在一定条件下互不影响，从而保护抵押权人的合法权益。所谓抵押权的追溯力，即使抵押财产转让后，当债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形时，债权人仍有权处分该财产并获得优先受偿。

例如，抵押不动产转让后，产权人发生改变，而新产权人知悉并愿意作为原债务的担保人，以自有的不动产为原债务承担保证责任。原债权的担保物不变，理论上抵押不动产转让并不会损害抵押权。

### （三）抵押人转让抵押财产，应当及时通知抵押权人

虽然此处的通知仅为附随义务，不通知并不影响抵押财产的转让，但抵押人未履行通知义务可能违反抵押合同的约定，在抵押合同中构成违约，抵押人可以根据抵押合同约定或《解释》第四十三条的规定请求抵押人承担违约责任。

### （四）抵押权人能够证明抵押财产转让可能损害抵押权的，可请求抵押人将转让所得的价款向抵押权人提前清偿债务或者提存

王利明教授认为，在判断是否构成“可能损害抵押权”时，首先是指违反了禁止转让的特约，构成对抵押权的损害；其次应当结合转让抵押物是否可能导致抵押物的交换价值有明显的减损，或抵押权实现是否具有明显的困难等情形予以判断，而不能仅仅认为转让即构成“造成损害”。<sup>[3]</sup>由于抵押权在性质上属于支配交换价值的权利，因此，抵押物所有权的变动或占有的移转并不当然会影响抵押权的实现。<sup>[4]</sup>所以抵押物转让行为实质并不当然导致“可能损害抵押权”的发生。对于是否构成“可能损害抵押权”仍然需要通过其他客观不利因素叠加才可以判断。

## 三、转让抵押不动产的实践现状

为落实民法典对不动产抵押权的规定，自然资源部发

布了《自然资源部关于做好不动产抵押权登记工作的通知》，保障抵押不动产依法转让。各地方政府更结合地方实际情况，出台地区性办法，陆续开放将抵押合同中约定的禁止或限制抵押不动产转让条款进行登记的服务。其中广州市于2022年3月1日实施的《广州市不动产登记办法》第二十九条更详细规范了当事人申请办理不动产抵押权首次登记，应当根据申请在不动产登记簿记载当事人关于转让抵押不动产的约定情况，并规定若抵押权人和抵押人关于转让抵押不动产有约定的，受让人、抵押人和抵押权人应当按照约定申请办理转移登记；抵押权人和抵押人关于转让抵押不动产没有约定的，受让人和抵押人应当共同申请办理转移登记，并及时通知抵押权人。

为此，笔者归纳了带押过户在二手市场的应用模式及司法判例。

### （一）中国人民银行推广的“带押过户”模式

2022年9月22日，广州不动产登记中心微信公众号发布二手房“带押过户”登记模式文章，介绍了二手房“带押过户”模式的核心是免去提前还贷以注销抵押登记的“过桥”环节，实现贷款资金到账与产权过户登记、抵押权注销和设立登记同步办理。

推广的“带押过户”有两种表现形式。一是买卖双方与同一贷款机构签订相关协议后，可在不涂销原抵押登记的情况下直接申请办理抵押权变更。二是二手房买卖双方各自对应不同的抵押权人（即两个不同贷款机构），在买卖双方与抵押权人签订相关协议后，可在不涂销原抵押登记即可直接申请办理抵押权变更抵押权转移登记业务。<sup>[5]</sup>

笔者认为，上述两种所谓的“带押过户”从程序上看，只是免去了卖方提前还贷以注销抵押登记的“过桥”手续，虽然抵押物不变，但实质上债务已转移至买方名下，买方也成了抵押人，相反卖方的债务因转移至买方名下则自此消灭。该“带押过户”实质为买、卖双方在贷款系统中以“贷新还旧”方式转移抵押登记形成无缝衔接，抵押权已发生变更，买方作为新债务人，以其新登记的不动产为贷款承担保证责任，卖方的旧贷款已抵消，卖方亦无需再为买方的新贷款承担保证责任。据此，上述两种带押过户模式并非适用民法典第四百零六条中规定在抵押期间转让抵押财产，抵押权不变的情形。

### （二）司法判例中有追溯力的“带押过户”

抵押财产转让，抵押权不受影响，其核心体现在抵押权具有追溯力，在抵押人将抵押物转让他人的情况下，抵押权人可以向受让人主张抵押权，即受让人取得的是有抵押权负担的财产

#### 案例一：浙江德某县房屋买卖合同纠纷案<sup>[6]</sup>

法院认为根据民法典第四百零六条规定，抵押期间抵押人可以转让抵押财产，抵押财产转让的，抵押权不受影响。该规定明确了抵押权具有追溯力，抵押与转让可以并存，且在一定条件下互不影响。该案中，经法院释明，原告认可银行就涉案房地享有抵押权的现状，且承诺不妨碍第三人对该抵押权的正常行使，故涉案争议房地具备过户的法定条件。

综上，原告已付清合同约定全部转让款，且涉案争议房地不存在办理过户登记手续的法律障碍，被告理应协助原告办理相关房地产权过户登记手续。最终判决被告于本判决生效之日起十五日内协助原告办理房屋及土地的不动产权变更登记手续（所需费用由被告承担，第三人某银行对上述不动产的抵押权不受影响）。

#### 案例二：广州某房屋买卖合同纠纷案<sup>[7]</sup>

案中第三人银行主张若法院判决涉案商铺过户至被告名下，银行同意在不影响抵押权实现的前提下办理带押办理过户手续。若原债务未按时还款或违反其他合同约定，银行有权处置抵押物，并就处置款项优先受偿。法院在论述《商铺认购书》约定的办证义务可否履行的庭审焦点时认为，根据民法典第四百零六条第一款规定：“抵押期间，抵押人可以转让抵押财产。当事人另有约定的，按照其约定。抵押财产转让的，抵押权不受影响。”因此，涉案商铺上设定的抵押权不构成判决履行办证义务的障碍。同时，《商铺认购书》约定的协助办证义务转让已成立、生效，故被告二应当承担协助办证的义务。另外，被告一作为《商铺认购书》的合同相对方，亦应为双方履行办证义务提供必要的协助。

本案法院判决：一、确认原告与被告一于2003年2月12日订立的《商铺认购书》合法、有效；二、被告二于本判决生效之日起三十日内协助原告按照广州市规划和自然资源局关于办理不动产权属登记的规定，将涉案

不动产登记至原告名下；被告一对于上述办证义务的履行予以协助。

### 案例三：重庆某房屋买卖合同纠纷一案<sup>[8]</sup>

本案中法院认为，原、被告签订的《房屋买卖合同》系双方真实意思表示，合法有效，双方均应按合同约定履行各自的义务。虽被告在销售房屋时，已告知原告11号停车位已设抵押，但被告未在11号停车位销售后解除该车位的抵押和为原告办理产权过户登记手续，属违约行为。原告请求确认其与被告签订的《房屋买卖合同》合法有效，本院予以支持。11号停车位已设定抵押，尚未注销，依据物权法第一百九十一条第二款和《城市房地产管理法》第三十八条规定，原告请求将11号停车位过户至其名下，原则上不应支持。根据民法典第四百零六条和《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉时间效力的若干规定》第二条规定，抵押期间，抵押财产可以转让，抵押权不受影响，故被告应配合办理11号停车位产权过户登记手续。据此判决一是原、被告于2019年10月30日签订的《房屋买卖合同》有效；二是被告在本判决生效后三十日内协助原告办理位于11号停车位的产权过户登记手续。

据上述三个司法实践案例可看出，在民法典实施后引起的或者民法典施行前的法律事实持续至民法典施行后，该法律事实引起的民事纠纷案件，法院已采用民法典第四百零六条的规定（抵押期间，抵押不动产可转让）的裁判思路办理相关案件，特别是确认抵押权人的抵押权不受影响，买受人应作为新保证人，以新登记在其名下的不动产为之前的债务承担保证责任。

## 四、结语

因离婚导致夫妻共同或一方单独所有的不动产需要办理转名时，因不动产仍有贷款未还清，以往往往无法办理转名手续。现根据民法典第四百零六条的精神，抵押财产可以转让，抵押权不受影响，即使不动产的产权人发生改变，被除名一方不再是产权人，仍可以保证人的身份对债务承担保证责任。其次，抵押权不变，新产权人同意以新登记在其名下的不动产作为抵押物，为之前的债务承担保证责任，从而保障抵押权人的抵押权，或直接除名除贷或

转名转贷，都提供了法律依据。如发生在如皋市的离婚后财产纠纷<sup>[9]</sup>等同类案件，因不动产有抵押而无法过户，法院驳回原告要求被告配合办理不动产转移登记的案件就有了更多可操作的空间。■

### 参考文献：

- [1]程啸，《我国民法典中的抵押财产转让》，2020年11月16日，《检察日报》。
- [2]最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国民法典物权编理解与适用〔下〕》，人民法院出版社2020年版，第1092页。
- [3]王利明，《〈民法典〉抵押物转让规则新解——兼评〈民法典〉第406条》，西北政法大学学报，2021年1期。
- [4]谢在全，《民法物权论》中，中国政法大学出版社2011年版，第703页。
- [5]《广州二手房“带押过户”来了！一文详解办理全流程》，大洋网，2022年9月22日
- [6]浙江省德清县人民法院(2022)浙0521民初100号判决书。
- [7]广州市白云区人民法院(2020)粤0111民初17118号判决书。
- [8]重庆市涪陵区人民法院(2022)渝0102民初2167号判决书。
- [9]江苏省如皋市人民法院(2022)苏0682民初58号判决书。

### 【作者简介】



黄绮明 专职律师 ■  
执业证号 14401201211024309

**专注领域：**民商事诉讼，刑事訴訟，政府及企业法律顾问等

中山大学民商法学硕士，从事法律工作十余年，参与办理多起诉讼和非诉讼法律事务，具有扎实的法理基础和积累了丰富的实务经验，为政府、企业提供各类法律服务工作，积极参与公益活动。

# 未成年人网络服务消费法律问题探析

文 / 胡诗蕙

## 一、案例导入

近期，笔者接到一当事人咨询，当事人称其未成年孩子前段时间玩网络游戏消费了十几万元，其中一部分用亲人的支付账号直接充值，另一部分通过“代充服务”进行充值。当事人发现后，根据平台提供的未成年退费渠道申请退款，经过多轮协商交流，最终平台仅同意对其中直接充值的部分按一定比例退款，当事人不满意该退款比例，向笔者咨询能否全额退款或争取更多权益。笔者就该案开展的研究及实务经验进行分享。

## 二、未成年人网络服务消费问题概说

现代社会网络娱乐服务消费的形式日新月异，网络娱乐服务平台（下称“服务平台”）常见娱乐服务消费形式有直播打赏、游戏充值、网络阅读充值等，服务平台通过提供娱乐服务获取收益，消费者通常通过直接向服务平台支付钱款解锁相关娱乐服务，或是通过向服务平台账户充值取得虚拟币，继而使用虚拟币消费。随着网络实名制逐渐完善，国家对未成年人的保护不断加强，部分未成年人另辟蹊径，寻求其他途径进行网络消费，最常见的有未经允许绑定监护人实名信息、支取监护人支付账户款项等，这一行为与我国法律规定、管理政策相悖，同时也可能导致未成年消费者监护人要求平台退还消费款项的实务问题。本文主要论述未成年消费者监护人在通过民事诉讼追款时可能涉及的法律问题，明确问题解决路径，以期为实务提供操作指引。

## 三、未成年人网络服务消费诉讼涉及的主要问题

未成年监护人追款提起的诉讼案由通常为网络服务合同纠纷，诉讼请求一般包含确认消费行为无效及要求服务

平台退还充值款，服务平台往往会提出相应抗辩，主要争议焦点集中在合同效力、涉案金额认定、责任承担三项，因实务中个案差异，该三个大项可能存在零碎小项影响结果认定，笔者根据研究情况从法律与实务层面分别阐述。

### （一）合同效力

1. 法律层面关键问题：消费者消费年龄、消费金额及监护人是否追认

《中华人民共和国民法典》（简称“民法典”）规定八周岁以下未成年人为无民事行为能力人，其实施的民事法律行为无效，八周岁以上（含）的未成年人为限制民事行为能力人，实施民事法律行为由其法定代理人代理或者经其法定代理人同意、追认，但可独立实施纯获利益的民事法律行为或者与其年龄、智力相适应的民事法律行为。

对于八周岁以下未成年人，合同均将被认定为无效，对于八周岁以上（含）未成年人，就未成年人网络消费行为而言，该行为并非纯获利益，因此合同效力的认定取决于该消费金额是否与其年龄、智力相适应，以及其监护人是否追认，如金额较大且监护人拒绝追认，未成年消费者与服务平台之间的网络服务合同无效，法律效果按照民法典无效的规定处理。

2. 实务层面关键问题：如何证明实际使用人是未成年人本人

服务平台注册、登录及充值消费方式大同小异，根据我国保护未成年人的相关法律规定、政策，大部分服务平台在注册和使用时已对未成年人进行限制，或限制使用时长或限制服务内容或限制款项支付，总之，未成年消费者难以通过本人的账号进行大额消费。未成年人往往会绑定监护人的登录或支付账号，服务平台也据此抗辩是绑定的实名信息本人进行的消费，对监护人追款造成阻碍。存在上述情况时，监护人如想通过诉讼途径追款，在举证时可参考如下内容，针对不同情形提供相应的证据及说明。为方便理解，涉及举证主体时，对未成年消费者与监护人方以“原告”指代。

**情形一：**未成年消费者用本人信息实名时，实名信息可以证明消费者身份

未成年消费者直接从服务平台注册的，原告可查询该账号绑定的实名信息，证明为未成年消费者本人（包含身份证号、手机号），向法院提供；

未成年消费者通过其他平台（如微信、QQ等）注册并跳转登录的，原告查询该账号绑定其他平台的实名信息，证明为未成年消费者本人，或查询绑定该登录账号的支付账号（如微信财付通、支付宝等）实名信息，证明为未成年消费者本人，向法院提供。

因大部分平台都无法实现未成年人通过绑定本人实名信息进行大额消费，因此实务中主要参考第二种情形举证。

**情形二：**无实名信息或借用其监护人实名账号登录平台时，综合其他证据认定未成年消费者身份

首先，对于无实名信息时如何证明平台账号与原告相关，原告可提供其使用的监护人支付账号（如微信财付通、支付宝等）向服务平台付款的记录，与服务平台显示的涉案平台账号的充值、消费记录进行对比，通过证明两个记录时间轨迹、金额、购买类型一致，从而确认涉案平台账号充值款来源为监护人支付账号，证明该平台账号使用者系未成年消费者或其监护人。另外，部分平台可通过苹果账号（iCloud）进行充值消费，在举证时可提供 iCloud 消费记录与监护人支付账号付款记录、服务平台消费记录进行比对，达到证明目的。

其次，确认涉案平台账号系原告方使用后，如何确定系未成年消费者本人而非其监护人使用该账号，证明标准采用的是高度盖然性，建议从如下角度进行举证或说理：

(1) 查询涉案平台账号充值情况，观察充值发生的时间是否符合未成年人作息时间表，如寒暑假、法定节假日、周末或工作日的晚上等。

(2) 查询登录平台账号的电子设备，如该电子设备为未成年消费者专门使用，可向法院展示设备通讯录、相册等内容，确认设备使用人为未成年消费者本人。

电子设备同一在举证中的作用还可体现在其他方面，比如未成年消费者注册、使用多个平台账号进行消费，其中部分实名、部分未实名的，或部分能确定实际使用人系未成年消费者、部分无法确定的，对于其他未实名或未确

定实际使用人的账号，可以登录设备同一，主张均系该实名人或未成年消费者实际使用。

(3) 如该支付账户系监护人专门为未成年消费者日常支出所开设，可提供支出流水，说明日常消费支出的金额和类型符合未成年人消费特点。

(4) 如监护人在发现后采取冻结账户、修改支付密码、取绑支付账户、向平台投诉等补救措施减损，可提供相关证据。

(5) 如未成年消费者在其他平台发布过使用服务平台的相关录屏，体现未成年消费者本人身份（如游戏录屏出现未成年消费者声音等），可提供相关证据。

(6) 如涉案服务平台账号 ID 名符合未成年人命名偏好，或与未成年消费者其他平台 ID 一致，也可将此作为说理要点。

3. 实务层面关键问题：消费金额是否与其年龄、智力相适应

对于何为“大额消费”，可参考《国家新闻出版署关于防止未成年人沉迷网络游戏的通知》（2019年11月1日实施）（下称“防沉迷通知”）对未成年人提供付费服务相关规定，通知第三条载明，网络游戏企业不得为未满8周岁的用户提供游戏付费服务；同一网络游戏企业所提供的游戏付费服务，8周岁以上未满16周岁的用户，单次充值金额不得超过50元人民币，每月充值金额累计不得超过200元人民币；16周岁以上未满18周岁的用户，单次充值金额不得超过100元人民币，每月充值金额累计不得超过400元人民币。

笔者在案例检索中未查询到法院直接引用该通知对“大额消费”的认定进行说理，绝大部分认定为“大额消费”，仅有个别案例未认定为“大额消费”。笔者认为，法院在认定未成年消费者是否构成“大额消费”时，可能结合消费总额、持续时长、当地消费水平、未成年消费者年龄等因素综合考量，具有一定自由裁量幅度，而在原告方主张时，可以援引防沉迷通知相关规定作为说明构成“大额消费”的法律依据支撑。

#### 案例参考：

1. 【北京互联网法院(2021)京0491民初16731号唐某1与广州安悦网络科技有限公司网络侵权责任纠纷一

审民事判决书】说明：消费总额为 1466 元。

2.【广州互联网法院(2019)粤 0192 民初 1726 号张某 1 与广州爱九游信息技术有限公司网络服务合同纠纷一审民事判决书】说明：该判决作出时防沉迷通知尚未发布。

## （二）涉案金额的认定

在未成年消费者通过监护人支付账户充值消费时，只要流水记录与服务平台账户充值消费记录一一对应，法院一般可以全额认定为涉案金额。然而实践中部分未成年消费者还会通过“代充服务”进行充值消费，即通过他人支付账号为消费者使用的平台账号充值消费，“代充服务”提供者往往是第三方商家、陌生人。从法律关系的角度而言，在没有第三方介入时，仅存在未成年消费者与服务平台之间的权利义务关系，支持退款的依据是未成年消费者实施的非纯获利益法律行为在监护人拒绝追认后无效；而第三方代未成年消费者向服务平台充值属于第三方与服务平台的权利义务关系。如无证据证明未成年消费者与第三方之间存在委托充值关系，即便钱款充值在未成年消费者平台账户供其使用，第三方是否知晓并确认未成年消费者的使用权并不清楚（比如可能是误充），未成年消费者是否纯获利益也不清楚（比如可能是赠与），法院可能无法认定该部分金额属于因未成年消费者实施的大额消费行为而当然无效。

综上，可以理解为使用监护人支付账户时监护人是否赠与、是否知晓并确认未成年消费者大额消费的举证责任由服务平台承担，使用第三方支付账户时第三方是否赠与、是否知晓并确认未成年消费者大额消费的举证责任由原告承担，原告应证明未成年消费者为该充值款项的所有人，第三方系受未成年消费者的委托进行充值，从而主张该部分充值行为无效，要求退回充值款。

案例参考：【深圳中院(2020)粤 03 民终 22507 号深圳有咖互动科技有限公司、孙某确认合同效力纠纷民事二审民事判决书】

## （三）责任承担

1. 法律层面关键问题：各方是否存在过错及过错程度

民法典第一百五十七条：“民事法律行为无效、被撤销或者确定不发生效力后，行为人因该行为取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价

补偿。有过错的一方应当赔偿对方由此所受到的损失；各方都有过错的，应当各自承担相应的责任。法律另有规定的，依照其规定。”根据上述规定，在认定返还金额时，应综合考虑原告与服务平台过错，根据过错程度确定各自承担的责任。

在对各方过错认定时，应与各方应尽而未尽的义务相结合，法律规制上主要包含以下内容：民法典规定父母是未成年人的监护人，父母对未成年子女负有抚养、教育和保护的义务；2019 年防沉迷通知对未成年人的游戏时间、消费充值金额等进行了明确的规定，2020 年修订的《未成年人保护法》对该问题进行了重申，在未成年人游戏时间达到文件所规定的时间范围时，服务平台应当对其进入游戏进行限制，防止未成年人过度游戏。

2. 实务层面关键问题：如何认定各方过错及责任分配比例（服务平台退款比例）

八周岁以上未成年消费者进行的大额网络娱乐消费行为，在监护人拒绝追认后确认无效，未成年消费者与服务平台互负返还义务。在司法实践中，对于充值后未消耗的虚拟货币对应价款，判决全额退还无争议；对于已消耗的虚拟货币对应价款是否应返还，法院态度也基本一致，认为服务平台应当返还，但对于返还比例存在较大争议，支持返还的区间在 30% 至 100%，该比例受监护人注意义务的履行情况、发现后是否采取有效止损措施、服务平台提供消费服务内容、服务平台对未成年人冒用他人身份消费采取的预防措施等因素影响，且对于相似案情各地司法习惯亦具有较大差异，因此本部分内容旨在通过列明法院在判决返还比例时考量过错程度的因素，提示各主体如何采取措施预防风险。

司法实践中法院审判中认定的原告过错通常体现在如下方面：

（1）未成年消费者未将主要精力放在学习上，反而沉迷网络，且故意向服务平台提供虚假情况；

（2）监护人对未成年消费者长时间的消费行为毫不知情，未对未成年消费者进行必要的教育、监管；

（3）监护人未能保管好自己的身份证件信息和服务平台、支付平台、银行卡账户的账号密码，使未成年消费者得以使用监护人实名认证的服务平台账户和监护人的

银行卡、支付工具，在服务平台进行充值、消费；

(4) 监护人在发现未成年消费者大额消费后仍未对其充值消费采取有效制止措施。

服务平台过错通常体现在如下方面：

(1) 未尽可能在技术和流程方面采取充分措施保证账号人提供的信息与本人身份的一致性，预防未成年人使用他人身份进行充值消费；

(2) 在接到监护人通知后，未能对涉案账号采取一定的监控、限制措施阻止虚拟财产的消耗；

(3) 未证明其于未成年消费者使用平台期间尽到了合理提示义务。

3. 实务层面其他重要问题：充值后是否消耗对返还金额的影响

部分服务平台在充值后以虚拟货币形式存储在平台账号中，账号使用人可在自由支配使用于后续的消费，未消耗的部分法院通常认为具有返还可能性，支持全额返还，个别判决甚至支持该部分款项利息的返还（案例参考【深圳中院(2020)粤03民终22507号深圳有咖互动科技有限公司、孙某确认合同效力纠纷民事二审民事判决书】），已消耗的部分法院通常认为相关道具、装备具有财产属性，原告已享受服务平台提供的智力成果，认定无返还可能，需对服务平台进行折价补偿。

对于各方应承担的价款之性质、折价补偿义务主体、各方损失，司法实践中尚有不同意见，具体如下：

**观点一：**部分判决认为服务平台应返还充值价款，原告应返还虚拟财产，在原告已对虚拟财产消耗、返还不能时对服务平台进行折价补偿，综合考虑各方过错和损失情况确定服务平台退还充值价款的金额（案例参考【广州互联网法院(2023)粤0192民初8730号樊晟恺、广州爱九游信息技术有限公司网络服务合同纠纷民事一审民事判决书】【广州互联网法院(2019)粤0192民初30976号余某与广州虎牙信息科技有限公司网络服务合同纠纷一审民事判决书】）；

**观点二：**部分判决认为已消耗而无法返还的虚拟财产属于原告因涉案合同产生的损失，应根据各方过错情况由服务平台按照一定的比例返还（案例参考【广东清远中院(2021)粤18民终640号上海巨人网络科技有限公司与钟

庆丰、熊荷妹、上海巨人统平网络科技有限公司网络服务合同纠纷一案民事二审判决书】【广东省高院(2021)粤民申592号刘某1、广州爱九游信息技术有限公司网络服务合同纠纷民事申请再审审查民事裁定书】）；

**观点三：**部分判决未区分损失和折价补偿款，仅按照各方过错情况确定比例，判决由服务平台向原告退款（案例参考【杭州互联网法院(2021)浙0192民初8200号李某某诉杭州某网络公司网络服务合同纠纷案】【广州互联网法院(2020)粤0192民初44354号宋昭昭与火烈鸟网络(广州)股份有限公司网络服务合同纠纷一审民事判决书】）；

笔者同意第一种观点，从民法典规定，及原告与平台间成立的合同内容来看，服务平台应返还的是充值价款，理论上不存在无法返还的情况，原告应返还的是虚拟财产，在原告已对虚拟财产消耗时，存在无法返还需要折价补偿的情况，因此折价补偿义务人应为原告，在不考虑过错的情况下应按照无法返还部分价款向服务平台进行补偿。然而考虑到服务平台与原告均具有过错，且服务平台产生了提供智力成果后无法获取相对应收入的损失，原告存在钱款损失，服务平台无需全额返还充值价款、原告也无需全额进行折价补偿，故而可以根据双方过错程度酌定互相需要退还的款项，体现在判项中为直接确定服务平台向原告应退还的金额。

前述内容属于法理上的分析，对于处理实务纠纷而言，法院判决说理及判项似乎只需要具有明确可执行内容足矣，相关概念的区分几乎不影响实际操作中退款义务的履行，但笔者认为，判决书的作用不仅仅在于为个案定纷止争，还应考虑其本身的理论研究价值和社会指引意义，笔者诚切期望能在往后的判决中见到相关说理以供学习。

## 四、律师维权建议

未成年消费者监护人遇到本文描述的类似情况时，通常可以按照如下顺序维权：

1. 发现此类情况后应立即修改服务平台登录账号、绑定登录账号、绑定支付账号的密码，一方面防止未成年子女继续使用监护人账号进行网络消费，另一方面防止平台账号内剩余虚拟货币被消耗，从而导致损失扩大；

2. 通过询问未成年消费者，梳理其绑定的支付账号与涉案平台相关流水，登录平台账号查看充值记录等，清点未成年消费者已消费的金额，并截图保留相关证据，必要时可委托公证；

3. 联系服务平台客服人员，了解该平台针对未成年充值设置的退费渠道，根据提示填写、上传资料，与平台协商沟通；

4. 如出现平台拒绝退款、恶意拖延或其他无法协商一致的情况，可以向当地或服务平台所在地消费者协会反映，申请消费者协会介入沟通；

5. 通过以上途径仍未能解决纠纷的，建议咨询专业律师，通过发送律师函、委托律师与服务平台协商、委托律师起诉等途径，借助法律的强制力量维护权益；

6. 特别提示，根据《中华人民共和国未成年人保护法》规定，检察机关可以通过督促、支持起诉的方式，维护未成年人合法权益，实践中已确有检察机关支持起诉的案例，因此，寻求检察机关支持起诉也成为了未成年消费者与其监护人可以考虑的维权重要渠道。但同时应注意，由于检察机关针对未成年设立的相关司法保护制度实践时间较短，存在宣传欠缺，群众及基层办案人员对该项职权了解不够，具体实现路径有待完善和统一。

因此，不论未成年消费者监护人采用何种途径维权，建议第一时间咨询信任的专业律师，委托律师针对个案实际情况出具专业的维权意见，从固定证据到与服务平台协商，到向有关部门寻求帮助，再到起诉，均可以委托律师持续提供协助，尽可能减少维权中的沟通成本与法律风险，提高纠纷解决效率。

#### 案例参考：

【未成年人网络民事权益综合司法保护案——最高人民法院第四十三批指导性案例之四〔检例第174号〕】。

## 五、结语

网络娱乐服务消费对未成年人具有较强的吸引力，对未成年人的身心健康有很大影响，未成年人沉迷网络娱乐服务消费的现象已经引起社会关注。如何正确引导未成年人理性使用网络是全社会应当予以重视的问题，更是直接

涉案主体服务平台、未成年消费者监护人应持续努力的课题。为践行社会责任及履行注意义务、避免涉诉，笔者建议服务平台与未成年消费者监护人积极采取如下措施：

对于服务平台，应完善《用户协议》《充值协议》，并在用户使用过程中强调对未成年进行了使用限制的内容；专门针对未成年用户设置时间管理、权限管理、消费管理等功能，有能力的，建议采用人脸识别系统、语音识别系统等提升实名认证体系以加强防范冒名注册行为；在发现存在未成年消费者大额消费后立即采取冻结账号等措施。

对于未成年消费者监护人，应履行监护职责，加强对未成年人的照护和教育，防范未成年人进行与其年龄不相适应的消费活动，并保管好身份证件和相关平台账号密码；在发现未成年消费者大额消费后及时制止并收回证件、账号，防止损失扩大。

只有家庭、企业和社会等多方面共同努力，加强对未成年人使用网络行为的引导和监督，才能有效防范未成年人网络沉迷问题，为未成年人营造安全、健康的网络环境。

#### 【作者简介】



胡诗蕙 专职律师

执业证号 14401202011172619

**专注领域：**债权债务纠纷，房地产，劳动仲裁，民商事争议解决，常年法律顾问

西南政法大学经济法学士。先后服务广东省广州女子监狱、广州市荔湾区信访局、中国国际贸易促进委员会广州市南沙区委员会、广东省农垦集团公司、广州番禺贝达电子有限公司、广州丽晖塑胶有限公司、广州宝辉电子科技有限公司等多个政府部门、国内外企业、事业单位。在民商事诉讼领域，处理多起民商事诉讼纠纷案件，所涉案件类型包括建设工程纠纷、劳动仲裁等公司相关纠纷、债权债务等合同纠纷，取得良好诉讼结果或通过调解方式成功化解纠纷，尤其在劳动仲裁领域，充分维护当事人合法权益。

# 法拍房的十大风险

文 / 李龙龙

在房地产市场中，法拍房以其独特的价格优势，吸引着无数购房者、投资者的目光。这些房产因合同纠纷、民间借贷纠纷、金融机构借款纠纷等多种原因被法院强制拍卖，往往以低于市场价的价格成交，为购房者提供了“捡漏”的机会。有时这一价格优势甚至能高达数十万乃至上百万，使得法拍房市场成为追求高性价比购房者和投资者的热门选择。然而，法拍房市场同样布满着不容忽视的风险与陷阱。这些风险不仅源自房屋背后复杂的法律背景，如产权归属不清、法律纠纷未解等，还可能涉及潜在的产权争议、未知的房屋状况（如装修老化、设备损坏等），以及可能存在高额税费负担等情形。

以 2024 年 7 月 10 日深圳市南山区华侨城纯水岸别墅的法拍为例，该房产在经过激烈竞拍后，以 2.32 亿元的高价成交，每平方米单价超过 50 万元，不仅刷新了深圳法拍房的成交纪录，也再次将法拍房市场的热度推向了新高度。这一事件不仅彰显了法拍房市场的巨大吸引力，也提醒我们，在高回报的背后，往往伴随着不容忽视的高风险。

本文将对法拍房之法律风险予以详解并提出对策。

## 一、房屋瑕疵风险

房屋本身存在的质量问题不仅关乎居住的舒适度与安全性，还可能直接影响到房产价值与未来的维护成本。例如，墙面开裂可能预示着房屋存在结构不稳定问题，长期忽视可能导致更严重的损坏；而漏水问题则可能引发墙面霉变、电路短路等连锁反应，对居住者的健康构成一定威胁；电路老化不仅影响日常用电的便捷性，还可能带来火灾等安全隐患；管道堵塞则直接关系到生活用水的顺畅，给日常生活带来不便；噪音污染则会影响居住者的休息与睡眠质量；采光不足则可能导致室内环境阴暗潮湿，影响居住体验。但部分购房者在面对法拍房时，往往被其低于市场价的吸引力所蒙蔽，忽视了房屋本身可能存在的质量

问题。为急于抓住市场差价的机会，购房者也未能充分意识到潜在的风险与维护成本。实际上，法拍房源由于其特殊性，其质量状况往往更加复杂多变，需要购房者具备更高的警惕性和鉴别能力。

在实践中，法院往往认为购房者参与竞拍并成功竞得房屋，支付房屋价款后，其行为即被视为对房屋现状的全面认可，并自愿承担拍卖标的物可能存在的所有瑕疵风险。这意味着，如果房屋在后续使用过程中暴露出质量问题，购房者将难以通过法律途径追究责任或要求赔偿。

购买法拍房之前进行详尽的全方位调查显得尤为重要。购房者应当积极寻求专业人士帮助，如房屋鉴定师、律师等，对房产的结构安全、水电系统、周边环境等进行全面评估。只有这样，才能保障购房者因市场差价获得的利益，有效规避潜在的风险与损失，避免因小失大。

## 二、过户风险

在购买房产时，特别是涉及村集体用地建筑（俗称“小产权房”）时，需格外注意过户风险。此类房产只能在村集体成员内部流通。此外，市场上还存在一系列特殊性质的房屋，如单位集资房、受保护的历史建筑、经济适用房、安置房等，它们的过户往往附带特定条件或需经相关部门严格审批，流程复杂且不确定性高。个人购房者的资格也是影响过户的关键因素之一。若购房者受当地购房政策限制，如限购政策等，即便房产本身允许过户，也可能因个人条件不符而受阻。

针对未办理初始登记的房产，即“无证房屋”，最高人民法院在关于转发住房和城乡建设部《关于无证房产依据协助执行文书办理产权登记有关问题的函》的通知【法（2012）151号】中提供了明确的指导原则。在执行程序中，若房产具备初始登记条件，执行法院可依法向房屋登记机构发出《协助执行通知书》以完成过户。若条件暂未成熟，则需待买受人完善相关手续并符合初始登记要求后，

再由登记机构依据通知书进行登记。而对于完全不具备初始登记条件的房产，则采取“现状处置”方式，即买受人在充分了解房产现状的基础上，按现状取得房屋，后续产权登记事宜需自行解决。

对于有意向竞拍法拍房且发现该房产未办理初始登记的买家而言，建议先调查房屋背景，明确该房产的过户可能性及具体条件。若确认无法过户或仅能接受“现状处置”，则需慎重评估自身接受度及后续可能面临的风险，再作出是否参与竞拍的决策，避免不必要的经济损失和法律纠纷。

### 三、户口入户、学位占用风险

在法拍房交易过程中，法院的角色主要聚焦于协助办理房屋产权过户手续，而对于户口迁移这一涉及户籍管理的问题，则并不在其直接管辖范畴之内。若原业主已落户且拒绝迁出，买受人需转而依赖辖区公安机关的协助来解决此难题。值得注意的是，尽管部分房源在竞买公告中可能会注明户口状况，但从法院调查到实际过户成功之间往往存在时间差，这段时间内原业主仍有可能进行户口迁入操作，妨碍买受人落户。在现有法律体系下，少数省市如江苏、上海等，已通过《江苏省常住户口登记管理规定》及《上海市常住户口管理规定》等地方性法规，为居民提供了通过公安部门寻求户口迁移救济的途径，其中包括“强制迁移”制度等。然而，就全国范围而言，司法程序在直接解决户口迁移纠纷上仍显乏力，法院通常不会直接判决强制迁户，主要是基于司法权不宜干涉行政权的考量。

此外，对于学区房而言，若学位已被占用，更可能直接影响到买受人子女入学，使其购房初衷落空。

### 四、房屋腾退风险

根据《最高人民法院关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定》（2020修订）第二十七条，人民法院在民事执行过程中承担着清场和移交拍卖财产的责任。然而现实中，不少法拍房仍被被执行人或其亲属占用，尤其是涉及老幼病残等特殊状况时，法院的腾房工作面临较大压力。此外，被执行人可能已与其他债权人达成以物

抵债协议，导致法拍房长期被非法控制，进一步增加腾退难度。更复杂的是，部分法拍房在查封、抵押前已出租，若租约未到期，承租人可能提出执行异议，阻碍腾房进程。

随着《人民法院办理执行案件规范(第二版)》(2022年)及《最高人民法院关于进一步完善执行权制约机制加强执行监督的意见》(法〔2021〕322号)等文件出台，明确强调人民法院对不动产拍卖后的腾退责任，禁止在公示信息中标注“不负责腾退交付”。这意味着，若执行法院在腾房问题上推诿，竞买人有权依据上述文件提起执行异议或复议。但是，实际上仍然存在着法院不交吉的法拍房。

**如在拍卖前没有腾房，后期可能会存在房屋的实际占有人不配合腾房等问题，此种情况可分情形应对：**

1. 通过执行法院腾房：在竞拍前，务必确认房屋是否已腾空，并与执行法院及承办法官保持密切沟通，了解腾房计划及时间表。部分执行法院会负责腾房工作，确保买受人顺利接收房产。

2. 做好自行腾房准备：若地方政策允许买受人自行腾房，需提前制定详细方案，通过沟通、协调等方式解决占有问题。此过程可能涉及一定的谈判技巧和法律知识，建议寻求专业律师的帮助。

3. 通过诉讼程序保障：若自力救济无效，买受人可通过起诉侵犯物权的诉讼（物权保护纠纷）程序，借助法律手段强制腾房。尽管此途径可能带来经济和时间成本，但能有效保障自身权益。

4. 正确应对执行异议：当法拍房涉及共有人、承租人等复杂权益关系时，他们可能会利用执行异议申请或执行异议之诉等正当法律程序来试图阻止执行。面对这一日益增多的司法实践现象，买受人需秉持法律原则，遵循法定程序处理此类申请或诉讼。同时，买受人应积极行动，严格审查异议的真实性，必要时主动请求法院介入调查核实，以确保自身权益不受侵害。在此过程中，买受人也可考虑在法律程序允许的范围内，与相关方进行协商，寻求双赢的解决方案，以促进执行程序的顺利进行。

### 五、买卖不破租赁风险

依据《中华人民共和国民法典》第七百二十五条（原

《合同法》第二百二十九条之延续并细化），确立了“买卖不破租赁”原则，即物业在租赁期间内发生所有权变动，不影响租赁合同的效力。民法典进一步明确了“在承租人按照租赁合同占有期限内”，租赁权优先于新所有权人的权利，这一变化体现了法律对承租人权益的更强保护，同时也反映了司法实践中对虚假诉讼、执行异议增多的应对。值得注意的是，部分房产拍卖中，若法院未充分保障承租人的优先购买权，可能导致拍卖结果存在法律瑕疵，买受人面临被撤销交易的风险。此外，长期租约的存在可能严重限制买受人对房屋的使用权，增加后续处理的复杂性和不确定性。

竞买人在参与竞拍前，应全面了解目标房产租赁及使用情况。一旦发现房产存在长期租赁，尤其是真实性存疑的租约，建议谨慎评估购买风险，考虑更换房源。若发现虚假租赁等妨碍执行的行为，可通过协商、诉讼或请求司法机关介入等方式，揭露并制止此类行为，保护自身权益。

## 六、居住权风险

“居住权”作为一种新兴的用益物权形态，赋予权利人对他人所拥有的住房及其配套设施进行占有与使用的法定权利。依据民法典的规定，居住权的设立路径主要为：一是基于合同关系取得，二是通过遗嘱等法律行为确立。居住权的正式确立始于登记之时，且此权利不具备转让性与继承性；同时，设定了居住权的住宅原则上不得出租，除非另有双方约定的特殊情形。当居住权期限届满或居住权人离世时，该居住权即告终止。由于居住权的法律规定，以及在司法拍卖的实践中，有部分房产已事先设立居住权的情况。居住权风险已经成为法拍房的关键风险之一，若竞拍者在成交后没有及时发现房产上存在居住权情况，法院将按常规流程出具执行裁定书，并完成过户手续。但是即便产权变更完成，新产权人也会面临无法实际享有房屋使用权的困境，既不能要求居住权人搬离，也不能擅自出租该房产。

民法典第三百六十八条规定，居住权的设立原则上为无偿，但允许当事人通过协商作出不同约定。为确立

居住权，权利人必须向法定登记机构提交居住权登记申请，且居住权自完成登记之时起正式生效。根据此规定，购房者在参与竞拍房产之前，至关重要的一步是向居住权登记机构进行查询，核实该房产是否已设立居住权，以及居住权设立时间、具体期限、居住权人的详细信息等。此举旨在帮助购房者全面评估潜在风险，从而做出更加明智的购房决策。此外，为确保交易安全与自身权益，购房者还可积极寻求专业律师的协助，通过法律咨询和法律途径来有效应对和解决可能出现的争议问题，为房产交易保驾护航。

## 七、税费金承担风险

法拍房的交易税费，乍一看与普通房屋买卖相差无几，但实际上，许多竞买者在竞拍前因未深入了解房屋产权性质、被执行主体身份等细节，加之部分拍卖公告明确税费全部由买受人承担，往往导致买受人在成交后需额外支付大笔税费，突如其来的大额成本，让原本看似诱人的“捡漏”机会瞬间变成“陷阱”。

### 税费风险的具体情形：

1. 划拨土地情形：政策性房屋如安置房、经济适用房等，其土地多为划拨性质。这意味着交易前可能需补交不菲的土地出让金费用。

2. 双重过户情形：若原业主仅完成预告登记而未获正式产权证，买受人可能需经历两次过户，支付两次税费。尽管部分地方允许直接过户，但具体情况以当地规定为准。

3. 赠与情形：若原业主通过赠与等方式无偿取得房产，买受人在过户时可能面临高额的个人所得税和土地增值税等相关税费。

4. 长期空置的费用累积情形：长期无人管理的“法拍房”可能累积大量水电费、物业费 etc 公用物业费用，尤其是大面积或空置时间长的房产。

在交易前，应做好税务筹划和税费预算，确保对交易过程中涉及的税种、税率及大致税费金额有清晰认知。同时，需仔细研读竞买公告、竞买须知等文件，特别是税费负担相关条款。一旦发现税费负担超出预算，应理性参拍。

## 八、悔拍违约风险

**主动毁拍情形：**常会看到同一套法拍房在已成交的情况下，再一次被网拍，这种情况属于竞买人主动毁拍情形。毁拍原因可能包括：事后发现税费过高、竞拍出价过于激进事后反悔、被执行人相关人员参拍恶意抬价后毁拍等。

**被动毁拍情形：**由于部分法拍房可申请贷款，但司法拍卖公告中对于成交尾款的支付时间通常约定非常紧张，常见的有拍卖成交 10 天内付清等。如无提前充分做好贷款申请准备，竞拍成交后无法通过贷款申请或者尾款的发放时间超出法院拍卖公告的时间，可能会构成被动毁拍。

根据《最高人民法院关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定》，其在司法拍卖中，竞买人因事先未详尽掌握税收政策或对房产信息缺乏充分认知，而最终悔拍，将不可避免地面临系列法律后果。第一，竞买保证金将被依法没收，作为对违约行为的直接经济制裁。第二，竞买人还需承担本次拍卖过程中产生的全部费用，包括但不限于拍卖佣金，该费用将作为对拍卖过程损失的补偿。更为严重的是，若重新拍卖的成交价格低于原拍卖价格，竞买人还需赔偿由此产生的差价损失，即承担法拍房再次拍卖所造成的经济损失。第三，若悔拍行为被认定为无正当理由，还将对个人征信记录造成负面影响，可能影响到未来的金融信贷、购房置业等，并有可能以后都不能参与司法拍卖。

由于法拍房悔拍将不可避免地面临系列法律后果，因此在参与竞买法拍房时，竞买人应做好全面而周密的准备。例如确认自身购房资格、深入了解法拍房信息、准备充足资金。对于需要贷款购房的竞买人，更要提前与金融机构沟通，确认贷款政策、流程及时间，确保资金链的顺畅。

## 九、法院撤拍风险及执行慢风险

参与法院拍卖房产时，撤拍风险可能会让购房者已投入的资源化为泡影，还可能引发一系列连锁反应。一方面，撤拍意味着交易的不确定性骤增，购房者原本规划好的购房路径被突然打断，可能导致其财务安排和居住计划被打乱。同时，撤拍后的房产可能重新定价，市场波动使得购

房者再次参与竞拍的成本难以预测，增加了投资风险。另一方面，撤拍背后的原因往往复杂多样，可能涉及法律文书的撤销、申请执行人的撤回请求、被执行人的履行情况等多种因素。这些信息的不透明性使得购房者难以准确判断撤拍对自身权益的影响，进而可能陷入被动局面。

在某些情况下，如果房产存在复杂的法律问题或所有权争议，执行过程可能会更加漫长。部分地区法院系统本身可能存在积压案件的情况，这会导致处理法拍房相关事务的时间延长。如果涉及复杂的法律问题，法院可能需要更多的时间来做出裁决。另如房产拍卖所得不足以支付所有债权人的债务，法院还可能更需要更多时间来协调各方利益，这也会影响执行的整体速度。某些法拍房的所在地与处置法院的所在地还会存在异地执行的情况，这些因素也可能也会导致过户手续慢、交房慢等情况。

## 结语

购房者在参与法拍房竞买前，应进行充分的尽职调查，包括但不限于核实法律文书的有效性、了解拍卖财产的真实状况、评估潜在风险等。同时，购房者还应密切关注拍卖过程中的各种信息，以便在出现不利情况时及时采取应对措施。此外，也可及时咨询专业律师获取其法律意见从而降低法律风险。

### 【作者简介】



**李龙龙** 专职律师  
执业证号 14401201610733030

**专注领域：**重大民商事诉讼与仲裁，重大经济刑事辩护及风控，公司及高净值人士常年法律顾问，法拍房专项服务等

拥有深交所上市公司独立董事资格，为吉安仲裁委员会仲裁员、广州涉外律师领军人才库律师，荣获广信君达“公益之星”“文艺之星”“团队优秀律师”等。

# 让法治的种子扎根生长在雪域高原

文 / 广信君达（工布江达）律师事务所

广信君达律师事务所深入学习宣传贯彻习近平新时代中国特色社会主义思想，贯彻落实习近平总书记关于“努力做党和人民满意的好律师”重要指示精神，做实司法部党组对广大律师提出的“五点希望”，积极响应司法部推动基本解决全国“无律师县”问题的号召，在广东省司法厅、广州市司法局、广东省律协的精心组织和指导下，以及西藏自治区司法厅、林芝市司法局、工布江达县司法局等的大力支持下，广信君达律师事务所于2022年6月申请设立广信君达（工布江达）律师事务所，并持续高度重视工布江达分所的建设与发展。

## 积极探索“无律师县”分所可持续发展路径

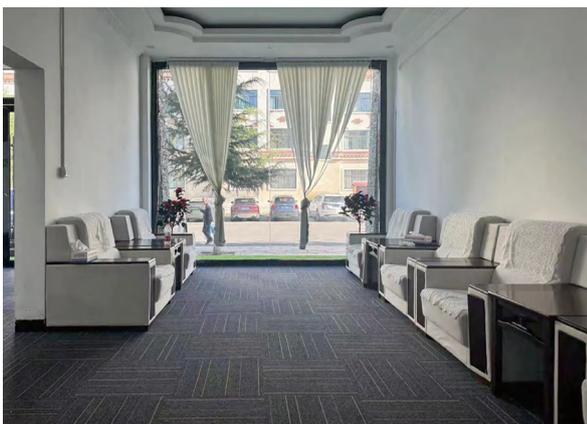
广信君达举全所之力支持工布江达分所的本土化、可持续、高质量发展。

**扎根西藏，一体化管理助力分所可持续发展。**总所把工布江达分所建设列入广信君达五年发展规划（2023-2028年），致力于从“服务西藏”向“扎根西藏”转变。结合林芝市及工布江达县的地域文化与民族特色，制定了《工布江达分所规范管理实施细则》，通过风险控制、品牌赋能、资源整合等多措并举，落实总分所一体化管理与发展，为分所提供全面而有力的支持与指导。

**“输血”与“造血”并举，筑牢法律服务基石。**总所每年开展派驻律师选拔工作，翁乔中、马彦臻、黄金祥、周芬、黄钰5名律师分为三批先后赴藏。同时，分所吸纳了两名具有法学背景的藏族青年法律工作者，在广州律师“传帮带”下，培养其独立办案、解决实务问题的能力。总所安排两名藏族助理到广州跟班学习，帮助她们了解沿海地区法律服务市场、掌握更多业务技能，努力实现由“输血”向“造血”的功能性转变。



**运营经费支持，探索市场化运营新路径。**总所每年为分所运营提供经费支持。在总所支持下，分所于2024年9月从县司法局提供的办公场地搬至贴近群众日常活动的独立办公室，并全面升级装修与办公设备。同时，购置了公务越野车，可以更便捷地穿梭于乡镇之间，解决群众的燃眉之急，一年累计行驶里程已超过2万公里。



全方位后台支撑，助力援藏律师安心执业。总所高度重视援藏律师及其家属的人文关怀，管理合伙人每年赴藏进行 1-2 次现场慰问关怀，定期召开会议了解律师员工情况，做到工作上支持、生活上照顾、精神上激励。

搬迁进驻可持续发展基地，投入购置车辆，聘请藏族青年法学毕业学子，探索市场化发展路子……是广信君达响应党和国家号召扎根西藏的意愿表达，是从根本上助力“无律师县”解决法律援助、基层治理、社会稳定、法治建设的具体举措。

### 着力服务西藏法治建设与经济社会高质量发展

在广信君达党委及总所的领导下，工布江达分所立足长远发展，发挥专业优势和职能作用，持续为西藏群众提供高质量的法律服务。

**深耕法律咨询服务，助力法治政府建设。**分所担任了工布江达县政府及财政局常年法律顾问，积极服务法治政府建设。累计为当地政府部门审查规范性文件、合同文件 299 份；参与政府部门、企事业单位等重大项目、决策论证会 51 场次；协助处理多起群体性敏感性案件，为政府部门依法行政、依法决策提供坚实法律保障。分所还深入县委县政府及多个关键部门，举办法律培训 35 场，并应邀前往偏远乡镇，如娘浦乡、江达镇等六地，开展人民调解员及“法律明白人”培训，普法足迹遍布城乡。





**践行公益初心，传递法治温暖。**分所始终坚守“人民律师为人民”的初心，积极为弱势群体提供法律援助，举办法治宣传讲座，在雪域高原传递法治温暖。代理了法律援助案件 32 件，助力挽回经济损失 2556 万元。担任 82 个村落的法律顾问，开展了 72 场普法宣传活动，覆盖单位、社区、军营、学校及牧区，惠及群众 8041 人次。分所律师还在县司法局公共法律服务中心定期值班，为群众提供免费法律咨询达 175 次，代写法律文书 248 份。2024 年 1 月 9 日，在县人民法院的大力支持下，工布江达分所律师调解工作室正式成立，成为林芝市首家县级驻法院律师调解工作室，已参与调解基层纠纷 62 起，进一步拓宽了法律服务渠道。



**强化法治宣传培训，提升企业群众法治素养。**分所定期深入企业，开展法治宣传与培训，助力企业提升依法维权意识与能力。尽责办理各类案件，有效满足群众法律需求，增强了人民群众的法治获得感、幸福感与安全感。此外，分所律师主动下沉法律服务，走进县城及多个乡村，如达巴萨村、阿沛村等，努力让法治的种子在雪域高原生根发芽，茁壮成长，绽放出璀璨的法治之花。



广信君达的援藏事迹如同雪域高原上的一抹亮色，受到了社会各界的关注与好评，这进一步坚定了其在高原地区持续接力、砥砺前行的决心与信念。《广信君达赴工布江达县设立分所 助力国家基本解决“无律师县”问题》

入选法制日报社举办的第二届中国律师公益（社会责任）典型案例宣传活动“服务国家和地方重点工作提名案例”。援藏律师马彦臻获林芝市律师行业党委授予 2022-2023 年度“优秀援藏律师”荣誉称号；援藏律师翁乔中获林芝市律师行业党委授予 2022-2023 年度“优秀援藏律师”荣誉称号、获广州市司法局“优秀共青团员”表彰；律师助理达珍和律师翁乔中，在林芝市司法局、林芝市律师行业党委举办的“迎七一 颂党恩”主题党日活动暨爱国爱党诗歌朗诵比赛中，分别获一等奖和三等奖……彰显了广信君达人的风采与担当。

## 努力构建发展新格局，让法治种子扎根于雪域高原

律师是建设社会主义法治国家和构建社会主义和谐社会的重要力量，律师事务所具有政治属性、社会属性、专业属性和经济属性，本质要求可持续发展，“无律师县”律所更是如此。推动构建律、政、司、企、民的合作发展新格局，共同助推社会经济高质量发展，需要各方配合与支持。



2024 年 9 月，总所在工布江达分所举行援藏律所可持续高质量发展座谈会，邀请主管部门领导、企业代表、律师同行代表参加，围绕服务法治政府、经济项目和重大工程，优化法治营商环境，促进律企合作发展，助推东西

部资源流动与整合等积极讨论，与会各方达成支持援藏律所本地化、可持续、高质量发展的共识，并形成了一些初步措施成果，进一步坚定了广信君达扎根西藏、服务西藏的决心。



下一步，广信君达将持续增强当地政府部门、企业单位、人民群众对我们的信赖，着力培养一支精通专业技能、善于当地语言、熟悉民族宗教政策、团队成员稳定的本土律师队伍，尽可能消除当事人的心理顾虑，为其提供可持续、不打烊的优质法律服务。同时，我们将主动开拓法律服务市场，大力宣讲律师的专业优势和职能作用；紧紧围绕当地党委政府中心工作，助力优化法治化营商环境；针对地域经济特点，提供定制化法律服务；上门为企业开展“法治体检”活动，保障企业合规经营发展；创新服务模式，开展线上法律咨询、普法等，主动走近群众。始终牢记执业为民的宗旨，用专业知识或慈善捐助等方式回馈社会，为藏族同胞办实事做好事；加大宣传推广力度，讲好援藏律所和律师故事，不断提高援藏律所在藏族同胞心中的公信力和影响力。

广信君达工布江达分所将在党的二十届三中全会精神指引下，发扬“缺氧不缺精神，艰苦不怕吃苦”的援藏精神，将法治精神、法治信仰、法治理念注入雪域高原，将援藏公益与社会律师特性相结合，做到扎根西藏，用实际行动为律师事业高质量发展写下生动注脚，诠释新时代人民律师的使命与荣光。

# 回望两年援藏路——豁然开朗

文 / 翁乔中

随着十一月的到来，羊城终于迎来秋天的气息，秋风飒爽，这是高原特有的温度。睡不醒的早晨，晨光炽烈而耀眼，伴随着轻微醉氧带来的困乏，恍惚间仿佛梦回援藏的那两年。

## 一、缘起：善意点燃的援藏热情

2016年，我以旅者身份踏上西藏这片神秘的土地，沿着青藏线骑行，尽管路线已事先规划，沿着109国道出发，但实际到访的地方不多。我从南到北纵穿了孕育吐蕃、象雄文明的唐古拉山脉和念青唐古拉山，到达喜马拉雅山脉脚下。那一年，气候极为异常，年初广东遭遇极寒，甚至下起小冰粒，而夏季的雨水又异常丰沛。在旅途中，我与众骑友几次遇到毫无预兆的恶劣天气，炎炎夏日气温骤降，冰雹风雨雷电交加，幸运的是，沿途素不相识的老百姓伸出援助之手，帮助我们平安度过这些难关。

2022年7月，广信君达律师事务所积极响应司法部 and 全国律师行业党委的号召，决定在西藏自治区林芝市工布江达县设立分所，号召律所有志青年律师积极参加援藏工作。林芝市工布江达县，我翻开地图稍作背调，发现与我当年骑行的路线相距不远。藏区人民的善意曾守护了那个富有浪漫主义色彩的穷游少年，而当时空有一腔热血的我，除了空洞的谢谢却无以为报。这次或许是个天赐机缘，让我有机会用专业技能回报他们。然而，我后来才发现工布江达县与我第一次进藏的路线截然不同，加之山峦险阻，尽管直线距离不远，但实际路途曲折蜿蜒。带着以法律服务回报藏地人民的热忱，我再次踏上了“世界屋脊”，与这片壮阔、神秘的大地产生了新的羁绊，与藏地人民结下了更为深厚的情谊。对我而言，对西藏之憾一未了，二又生，或许未来的我还会再度踏上这片让人流连忘返的土地。

## 二、开荒：开启法律服务新篇章

2022年7月底，我抵达分所所在地——工布江达县。更准确地说，正因我们律师的到来，工布江达县才真正有了第一家律师事务所。这并非强调律师个体的英雄色彩，作为唯物主义的拥趸者，我坚信“时势造英雄”。事实上，我们背井离乡来远赴人口仅有3万余人的高原小县城，旨在从根本上解决“无律师县”问题。“无律师县”并非一位律师都没有，在我们到来之前有“1+1”法律援助志愿律师、公职律师、公司律师，还有因案件委托从外地赶来的社会律师（最近的也需从一百多公里外的林芝市区赶来）。但因没有律所，没有一位社会律师在此处扎根，这一万二千多平方公里的县城风光旖旎，法律服务却犹如荒漠。既然社会律师都不愿在此驻足，就更别提有一家现成的、完备建制的律所来承接我们律师执业身份，为我们开展法律服务专业工作提供辅助。

作为分所首任负责人，在拉萨领取律所的执业许可证后，我便随林芝市司法局律师工作科领导同志驱车前往分所。当时办公地点由当地县司法局提供，与公共法律服务中心一体。除着手满足眼下当地日益增长的法律服务需求，挑过前任“1+1”法律援助志愿律师重担外，当务之急是如何将名义上的分所实质上落地。进藏前，受广东各级主管部门和律所管委会一致嘱托，要确保任何有意在此开展法律服务的律师都有一个长期可依托的执业机构，可持续、便宜地为这片广阔土地上的“少数人”提供可靠的法律服务，实质上结束当地无律师事务所、“无律师”的历史。对我而言，身兼行政、财务等多职，实质参与分所的财务、制度、管理等建设和完善工作也是一个难得的历练和挑战。历经大半年，分所在总所的支持下，建立了适应当地发展的管理制度、独立的财务、税务制度。

2022年12月17日，分所正式挂牌并对外营业，受到了当地政府、干部群众的一致欢迎。揭牌仪式上，众多领导和干部群众的出席，使我深受鼓舞，又因他们的期许无形中平添一份不可辜负的责任感。

### 三、耕耘：探索新时代援藏模式

内地优秀律所设立分所的援藏模式，不同于律师个人以志愿者身份援藏，律所群策群力更能降低律师个体差异对援藏法律事务连贯性的影响，协助政府在法治建设、“保基础”之余，更好探索可持续发展路径。

到岗后，承接前一任援藏律师的工作：政府规范性文件论证、群众上门咨询、调解纠纷、普法宣传等一件不落。在此之外，还要考虑如何为后继的律师奠定好基础，不能赚得功与名便草率交棒。法律援助、普法宣传这些必不可少，但市场化的道路探索也刻不容缓。“保基础”意味着保障百姓的基础法律需求，从源头化解矛盾纠纷，协助司法机关下乡普法等等。发展则意味着要为更广泛的市场主体提供定制化、精品化的法律服务，也要为“保基础”探索更多不一样的新路径。更关键的是，发展要可持续化，将“输血式”援藏转变为“造血式”援藏。内部而言，管理制度能吸引更多优秀律师加入，特别是林芝市区和拉萨已有的本土优秀律师，本地藏族法学后备人才才能得以培养，留得下来。外部而言，律所专业、高效的好口碑要传得出，已有客源要维护好，在维护律师行业市场秩序的同时做品质上的“鲶鱼”；推动市场化运营，在前期接受法律援助基金会和总所帮扶发展的基础上，早日靠分所自身力量承担起“保基础”的社会责任，稳定输出高质量法律服务。

“保基础”上，既要听指挥，满足当地干部群众咨询、代书的基础需求，协助司法局做好规范性文件审查、行政执法监督，贯彻落实刑事全覆盖等工作；把村居法律顾问落到实处，走遍全县各乡镇村落，但又不局限于被动地等着司法行政主管部门安排、指派。借鉴广东经验，分所和法院成立了全市首家县级驻法院“律师调解工作室”；联动各单位，包括检察、妇联、共青团开展常态化普法，进企业开展法治体检。

在市场化运营探索中，我凭借更为成熟、周全的法律服务方案赢得当地政府第一个诉讼委托代理，打破此前由西藏本土律所一家独大、援藏律师无偿协助的市场局面，为当地政府、市场主体提供了更多可能性。这个案件经过二审，成功为当地政府挽回三百多万经济损失。借由这个诉讼案件的成功，在新一轮的遴选比价中又成功竞得县财

政局的法律顾问。而后再是县政府的法律顾问，还代理了全县第一件行政诉讼……

援藏两年间，借助疫情防控青年志愿者活动、律所招聘、群众推介等途径，我和本地有法学教育背景的有志青年都保持着良好关系。哪怕他们目前没有进入律师行业的想法，但我相信广信君达的分所设在这儿，便能发挥出平台的影响力，向他们展示广东大所的风采，从不一样的角度了解律师行业。在我派驻西藏的第二年，两位藏族应届大学生加入了分所，其中一位成功拿证实习。在法律实务上，我也尽可能地给她们分享经验，提供意见。基于前述业务的发展，引领她们参与到不同法律实务中去锻炼、学习，尽快成长能独当一面，撑起分所大梁而又能比肩内地青年律师。令我欣慰的是，在客户接待方面，两位年轻的藏族姑娘已能发挥其语言文化优势，渐显职业律师风采；在实务上，能力也日渐增长，能够为群众提供基础的法律咨询和代书服务。

### 四、心境：艰路不言苦，以诚换真心

虽说不是初次进藏，但却是头一回在高寒地带工作，身体和心里的感受都与以往不同。倘若还像在广州那样熬夜工作，能不能扛得住？为了和当地老百姓打好交道，这央波（用藏式传统木碗装满酒，行酒令过后一饮而尽，分量较大）喝下去受不受得了，是不是非喝不可？

别人都说青藏高原是个慢节奏的地方，我是未曾体会过。为及时帮助政府、老百姓解决法律问题，硬是把内地的快节奏工作习惯带到了工布江达县，早出晚归已是常态。即便中间发生了疫情，依然能够通过线上为群众提供法律服务。同时，我还是首批参加疫情防控的志愿者，奔走于环境消杀、物资配送、储备粮运输、方舱搭建等多个志愿队伍中。在高原历经的近半年疫情期，就像一段小插曲，给我一个慢慢熟悉工布江达县的契机，感受当地干部群众的坚韧、乐观。交上了朋友，融入了小城。在与同事的共同努力下，分所抗疫志愿工作也获得中共西藏自治区律师行业委员会、西藏自治区律师协会的充分肯定，获得了“全区律师行业抗击新冠肺炎疫情先进集体”荣誉。后疫情时代，我更是主动加入西藏自治区复工复产法律服务团，为当地市场、经济复苏不遗余力。

两年多的时间里，急人所急。医生提醒我，在高原地

区需要有充足的睡眠，但在撰写文书中不知不觉便把夜给熬透了。一年撰写近百份法律意见书，一如在广东一样的工作状态。穿行于干部群众间，参与他们的民俗节日，认真践行着“从群众中来到群众中去”。青稞酒确实美味，但又没有像传闻那般不醉不归，藏族同胞们善解人意地用水替换了木碗里的酒。即使是水，也是醉人。在藏族同胞的善意里沉醉，在受援群众常来的问候信息中迷离。

## 五、冀望：星火燎原，继往开来

对我而言，援藏工作是一场个人修行，从民情调研、国情考察，到对藏区社会及“全国一盘棋”的感触和体会，绝不是一场旅行能够顿悟的。在藏区工作生活近两年时间里，我有着与第一次进藏时截然不同的感悟。第一次进藏，只是个游客，尽管记录壮丽山河、秀丽风景，以及淳朴民风、古朴建筑，但西藏还是神秘的。因为不懂也未曾置身其中去感受藏区久远而深厚的地区文化、民族品德，而这些都是非深入、融入到群众中去而不能感受的。

在高原，身体是缺氧，可精神却在源源不断地汲取营养。藏区的法治环境因其独特的地理位置、宗教、文化和习俗等因素，具有复杂性和多样性。与藏族同胞的交流，我也深刻理解到文化是推动社会进步和法治进程的重要力量。藏区拥有独特的文化传统和价值观念，援藏过程中尊重并借鉴这些传统，对法律服务最终的成功落地极其重要。同时，通过介绍内地的法治经验和法律理念，也向藏区人民传递了对法治的信仰和法律发展的动力。这种文化融合和互相学习，促进了当地法治建设和司法体系进步的良性循环。

林芝市，旧时称作工布地区。林芝市区有一条旅游文化街，一条河涌穿过牌坊、吊桥，两岸一排排公主柳，像极了广州改造后的东濠涌。这条街名为“工布印象”，但对于生活在岭南水乡的我而言，却宛若回到广东。援藏近两年时间里，在乡镇、乡村里，穿梭于家长里短的纠纷解决和上山下乡的普法旅程中，那才是我最难以忘却、最真的“工布印象”。每当内地的朋友、同事想了解这里的民风、社会状况，我总带着真挚的情感，就像在讲述我的家乡。工布江达是一个生动有趣、有吸引力的地方，那里蕴藏着丰富的苦与乐的故事。有待改进之处，我恨不能尽微薄之

力建一日之功；又有许多闪光之处，使我流连忘返，急切盼望自己能多尽一份心多出一份力，为这片土地多奉献、建新功。但我明白工布江达的法治建设不是靠一两个援藏律师就能够完成的使命，这是一件需要无数有志之士前赴后继的千秋功业。所以，在此处扎根一家律所的意义非凡。

卧室窗外似乎还是那山顶积雪终年不化，山脚是四季缤纷五彩的崇山峻岭；案头上是不是还有政府文件没有审核；渐强的铃声是不是哪个群众的咨询电话……窗外高楼耸立，玻璃幕墙是如此刺眼；因缺了高原猛烈的紫外线，气温 16 度的广州比 6 度的高原甚是冷冽，这一切都在提醒我，我的修行已结束了。两年里，我办理了当地第一件民事法律援助案件、第一件行政诉讼案件，与法院合作挂牌成立了林芝市第一家县级律所调解工作室……太多首开先河，但我深知这并不是什么值得炫耀的壮举。法律人担道天下，我希望有更多的法律人、律师同仁能够加入这一行列，延续法治星星之火，燎原之势定不多时。祝福每一位同道者能留下独属于自己的“工布印象”，如同每年桃花一般鲜艳活力。■

### 【作者简介】



翁乔中 专职律师 ■  
执业证号 14401202110396851

**专注领域：**刑事辩护，民商事争议解决，政府法律顾问，劳动纠纷

曾获全国律协“援藏三十年 律师在行动”表彰、林芝市律师行业 2022-2023 年度优秀援藏律师、广州市律师行业 2022-2023 年度优秀共青团员。曾 / 现任广东省人力资源和社会保障厅、广东省计算机网络安全协会、广州粤港澳大湾区研究院等单位法律顾问团队成员；曾任工布江达县行政复议咨询委员会委员、县人民法院特邀调解员。参与《广东省文明行为促进条例》起草及《广东省预防未成年人犯罪条例》《广东省未成年人保护条例》等法规清理工作。



# 坚定法治信仰 践行初心使命 ——让法律援助之花在“雪域高原”绽放

文 / 马彦臻

## 前言

2022年7月，广信君达律所事务所积极响应司法部 and 全国律师行业党委号召，在全国“无律师县”——西藏林芝市工布江达县设立分所，我有幸受总所委派成为分所首批援藏派驻律师。作为一名党员律师，我常常会想起自己面向党旗许下的庄严承诺，前往无律师县提供法律服务，正是用实际行动践行自己曾经的承诺，也是我一直以来的夙愿，既实现了自己的人生价值，也为支援边疆做出了自己的一份贡献。怀揣这份初心和使命，

我踏上了前往西藏的路。

“工布江达”藏语意为“凹地大谷口”，县域遍布高山峡谷，平均海拔3600米，部分村庄海拔甚至高达4800米，是林芝市海拔最高的县。在我驻扎于此的一年里，高原反应一直伴随着我，失眠、头痛是家常便饭，严重时甚至无法坚持工作，每当回想起我来西藏的初心和使命，便更加坚信这些困难都是可以克服的，我决心要用自己的坚持让法律援助之花在“雪域高原”绽放。

如今，我回到广州已经一年有余，时常还会接到来

自西藏的法律咨询电话，这些电话常常唤起我那段在高原工作的美好时光。

## 为农民工追索劳务报酬

2022年8月4日，是我在工布江达县司法局值班的第四天。那天，四位农民工从200多公里外的拉萨来到司法局，情绪激动地说：“我们之前在工地干活，公司一直拖欠我们的工资，我们多次讨要，但公司根本不理我们，请您帮帮我们。”考虑到他们可提供的证据不充分，自行起诉难度较大，我便与工布江达县司法局联系，为这几位农民工兄弟申请办理法律援助。在接受了法律援助中心的指派后，几位农民工再次打电话说：“请您务必帮我们讨回工资。”为了让他们安心，我告诉他们：“虽然我没有收取你们的律师费，但我一定会尽全力帮你们要回工资，请你们放心。”因为证据意识差，几位农民工手中留存的证据较少，给诉讼带来了很大的困难。在经过多方了解和搜集证据，并多次与法院和被告积极沟通后，该案终于成功立案，并于2023年3月10日以调解的方式结案。但被告并未按照调解协议约定的时间付款，我又多次与被告联系沟通，2023年5月11日，被告终于将工资全额支付给了这些农民工，其中一位远在拉萨的农民工发来信息：“谢谢您的帮助，改天我过来当面感谢您。”我欣慰的同时婉拒了他，我深知这是一名援藏律师应尽的责任和义务。

## 为贫困群众争取最低额度的赔偿

“我们全家都感谢您，会去寺庙里为您祈福。”娘蒲乡贫困户扎西（化名）一边作揖一边感激向我说道。那是在2022年10月，农牧民贫困户扎西向我求助，称在一起机动车交通事故中，原告起诉要求他赔偿80余万元。扎西是脱贫户，只有小学文化，妻子无业，育有两孩，家里的开支全靠他一人微薄的工资维持，实在无力承担律师费。由于这起案件标的较大，证据材

料多，当事人自己出庭应诉难度大，但本案又不符合法律援助的条件，鉴于此，我便与扎西所在村驻村工作队协调，由驻村工作队承担本案的律师费，我按照法律援助的收费标准代理了扎西的案子。办理案件过程中，我克服了语言沟通障碍，充分考虑扎西的实际困难和经济条件，反复与原告、被告和法院沟通，引导双方转变传统思维，最终经法院审理后将赔偿金额降到了40余万元。

## 在普法与调解中走进群众

走进群众，针对群众经常遇到的法律问题进行普法宣传是提高人民群众法律意识的重要途径，每次普法前，我都会向司法局领导了解前往普法的单位具体情况，针对他们经常发生的纠纷讲解相关法律知识，让他们在实践中理解并应用法律。

越偏僻的乡村越亟需普法，由于交通不便，下乡普法也充满挑战，有时要经过两个多小时颠簸的山路，才能到达海拔近4000米的乡镇，但藏区群众一张张淳朴的脸庞，让我看到了这个世界上独一无二的美好，孩子们脸上那一抹抹高原红，就如同一朵朵盛开的格桑花，绽放着最纯真的心灵，我怀揣着这一幅幅令人动容的画面，顾不上高反和晕车叠加的不适，很快投入到普法讲座中。

作为县法院和县司法局的人民调解员，援藏期间参与调解也是一项重要的工作内容，当地群众的质朴和对信仰的虔诚，很快让我意识到将法律与宗教信仰和民风民俗相结合是提高调解成功率的关键，但语言障碍导致沟通的成本增大，给平时的工作增加了额外的挑战。

第一宗调解成功的案子是一个继承析产的案件，双方都是从偏远的乡村来县城参加调解的，刚开始，双方都依照各自意愿提出了自己的主张，互不相让，我便耐心讲解相关法律法规和依法处理的结果，希望他们各退一步，他们也很信任我，达成了初步的和解方案，但在土地和房屋划分上仍存在较大分歧，由于案件涉及当地

的土地政策和土地登记情况，我又主动联系村委和自然资源局，了解土地的登记情况。调解过程中，县司法局的干部在一旁实时翻译。为了不让群众翻山越岭多跑路，我都没顾得上吃午饭，从上午十点一直调解到下午三点，最终让双方成功签订了调解协议。

## 法律服务没有因疫情而停止

2022年8月，我到工布江达县后不久，当地就爆发了新冠疫情，我主动报名成为了一名抗疫志愿者。我一边开展抗疫工作，一边通过线上和线下结合的方式为群众提供法律服务。疫情期间，我的志愿服务时长超过200小时，身体的疲惫并没有让我忘记自己跨越千里来到西藏的初心和使命，因此，每一次穿上防护服，我都会在背后醒目地写上“马彦臻 广信君达”，并在每一次完成抗疫任务时有意识地向群众亮明自己的律师身份，为有需要的群众提供法律咨询的同时也让大家知道县里成立了律师事务所，这也成为了这座西部边远小县城中的一道特殊的风景。解封后，果然有当地群众慕名而来寻求法律服务，有群众亲切地将广信君达工布江达分所称为“家门口的律所”。

## 让更多群众受益于法律服务

作为援藏律师，我积极参与了各项法律援助工作。通过法律咨询给他们答疑解惑，通过代写文书协助他们诉讼；通过办理法律援助案件为他们争取最大的权益；通过普法进校园让当地学生知法懂法；通过审查合同保障他们的合法权益；为当地政府部门依法行政提供法律支持；协助信访部门化解信访矛盾；参与司法局和法院的调解案件等。一年来，共计代写文书百余份，提供咨询百余人次，审查合同和规范性文件40余份，代理法律援助案件13件，开展普法宣传活动9次，参与重大决策会议7次，参与调解7次，担任30余个村的法律顾问。

这一年的所见所闻和感悟给我平凡又渺小的人生增

添了一段特殊的经历，更能让我保持初心，在做公益法律事务时，思考如何帮助更多的人，发现并成为更好的自己，这也是我今后在从事法律服务工作时需要不断探索的课题。

## 后记

我在西藏工作的顺利开展离不开全国律协、中国法律援助基金会、广东省司法厅、广东省律协、广州市司法局、广州市律协、总所的关心和组织保障，让我有了在那里战胜困难的勇气和解决问题的底气。

“无律师县”不是不需要律师，而是因为没律师，这极大地限制了当地的经济社会发展和文明进步。因此，在“无律师县”设立分所，将内地优质的法律服务引入到当地，促进当地法律服务由“输血”向“造血”转变，意义重大、影响深远。“骐骥一跃不能十步，弩马十驾功在不舍”，我相信，在党和国家的支持下，随着我们持续不断地援助投入，当地群众的法律意识一定会更强，法治环境一定会更好。

未来，我将继续响应党的号召，努力做党和人民满意的好律师，坚定用公平安抚人心的法治信仰，践行初心使命，为国家的法治建设贡献力量。

### 【作者简介】



马彦臻 专职律师  
执业证号 14401202211436318

**专注领域：**民事纠纷，刑事辩护，婚姻继承纠纷  
毕业于广东财经大学，取得法律硕士学位，英语、行政管理双学士学位，高级合规师，具有上市公司法务背景。执业期间，参与办理的案件类型主要包括房地产纠纷、合同纠纷、婚姻继承纠纷、重大疑难的刑事案件等，并为多家不同类型的企业和单位提供法律服务。

# 接力援藏 不负韶华

文 / 黄金祥

2023年7月3日，我在庄严的党旗下宣誓。

那一刻起，我便下定决心做一件意义非凡的事情，用实际行动来表达我对党和人民的一片赤诚。恰逢广信君达律师事务所招募第二批援藏派驻律师，我毫不犹豫地报名前往西藏林芝市的工布江达分所，这便是我从思想上、行动上向党组织靠拢的最好例证。

怀着憧憬，我搭乘五十五个小时的火车，从广州出发，一路跨过长江、黄河，翻越海拔五千多米的唐古拉山脉，紧贴着青海湖、错那湖行进，抵达了被誉为“日光之城”的拉萨市。远远地眺望布达拉宫，我不禁为它的雄壮和威武所折服。但我并未选择过久停留，而是径直前往我的服务地——工布江达县。

三个多小时的车程，我并未感到不适。我未曾想到，竟然有高速路直通县城，更没想到的是，高速路还铺设在山谷之间，宽阔且平坦。这让我对未来的“边疆异域”生活又减少了几分担忧。事实上也正如我所料，县城的物资供给一应俱全，日常供水供电、通信上网完全正常。

对于那些投身西藏基础建设的前辈们，每当我想起他们的牺牲和奉献，又不禁热泪盈眶。正是他们挥洒自己的青春和热血，才得以在这片人迹罕至的雪域高原上铺设一条条通往新时代的铁轨，点起一盏盏照亮现代文明的灯。

邓小平同志曾深刻指出：“青年应当有远大的理想，又要十分重视任何细小的工作。”

以律师的身份进藏，通过自身掌握的法律知识和技能去帮助有需要的人，这便是我当下能做到，并且很有信心做好的事情。

律师业务对我来说早已驾轻就熟，工作范围涵盖法律援助案件的代理、刑事案件指定辩护和认罪认罚、律师见证、现场或者电话法律咨询、合同审查和起草等公共法律服务。娴熟的律师执业技能，也为我的援藏工作得以顺利开展增益不少。

从我到县司法局值班的第一天起，领导就与我推心置

腹地谈话：“我们这边与你们广东不一样，不单单要讲法律，还要讲民族政策，你们提供法律服务也要审时度势，一定要有大局观。”

因此，在2023年11月发生的一起群体性纠纷中，我以律师的身份，参与处理近30名某中学学生家长集体上访事件。我主动、多次与学生家长代表，分别在市区、县城进行座谈、磋商，并协助学生家长与案涉公司进行商务谈判，最终使得各方矛盾得以消除，并撤销相关信访投诉。事后，学生家长代表们特地从市区驱车到访县城向我和信访局的同志表示感谢。这件事不仅得到县领导对我们援藏律师工作能力的充分肯定，也为后续签约常年法律顾问也起到关键作用。

自2023年9月起，我便持续为藏区困难群众提供免费法律咨询，深入牧区、村落，为当地居民解答法律疑问，处理各类法律纠纷，成功帮助解决土地纠纷、劳动争议等问题，赢得当地居民的广泛赞誉。尽管如此，我始终认为法律援助只是治标，法治教育才是治本。因此，我利用业余时间，在当地学校、社区开展法律知识讲座，普及《宪法》《民法》《劳动法》等法律法规，培训累计惠及上千人次，希望能借此机会提高当地群众的法律意识。我特别注重对青少年的法治教育，与多所中小学合作，积极响应和参加2024年3月开展“法治进校园”活动，为孩子们播下法治的种子。

让我印象最深刻的是2024年3月份在娘蒲乡开展“开学第一课”法治课宣讲，我结合自己的成长经历和办案经验生动地为同学们讲解了校园暴力、性侵、盗窃、抢劫等常见犯罪预防方面的法律知识。临别时，同学们对我依依不舍，甚至在我上厕所时为我引路，还有同学热情地帮我背书包，我深切地感受到他们对我的喜爱。我同样希望他们都能够健康成长，学好文化知识，走出大山。

我们的律师工作远不止于此，以我所擅长的刑事指定辩护为例。在处理某盗窃案中，经过阅卷和律师会见后，

我认为本案证据确凿、程序正当。除向受援人释明认罪认罚的宽大政策外，我还多方奔走，积极、主动地工作，联系和说服受援人家属代为向被害单位经济赔偿并获得后者谅解。如此，不仅能使受援人获得法院轻判，还修复了社会裂痕，从根源上减少社会矛盾。该案实现了法律效果和社会效果的有机统一，获得了当事人及其家属和办案机关的一致好评。同样是某盗窃案，由于我对该案的证据提出有效质证，并获得合议庭的采纳。不仅使受援人获得较轻判决，最终刑期为量刑建议的一半，还通过该案来警醒办案人员更加重视刑事侦查程序的正当性，共同促进法律正确实施、实现公平正义、促进社会和谐稳定！

除开展日常业务工作外，我深知自己作为广信君达第二批援藏派驻律师，还肩负着为律师事务所在“无律师县”探索市场化和本土化之路的重任，进而为当地的司法行政系统培养出一支自己的律师队伍略尽绵薄之力。

一方面，我们坚定走人才战略。2023年11月和2024年3月，我作为分所负责人，积极联络招聘当地法律人才，努力实现“输血”向“造血”功能的转变，这一过程充满挑战，一是当地法律人才本身比较匮乏；二是很多律师会选择在拉萨执业，县城吸引力不高；三是“无律师县”律所的发展还处在探索阶段，大多数持观望的态度。经过一段时间的努力，我们成功招聘到两位法学专业毕业的藏族姑娘，其中一位是实习人员，一位是律师助理。我为她们进行全方位律师技能指导和培训，经过接近一年的磨合与锻炼，她们已能独立处理一些法律事务，比如参与法律咨询、人民调解、简单的文书起草等等，获得了当地政府部门、群众的认可。

另一方面，我们相信市场、相信群众的力量。起初，我们律所在县司法局办公楼内，但因办公楼距离居住区和街道较远，且随着团队逐渐壮大，对办公条件的需求日益增加，我们考虑自行租赁办公室。于是，我牵头办理租赁、装修当地办公室事宜，在这里租赁商用办公室，没有内地那么简单，手续繁琐，但在主管部门的支持下，我们租到了比较合适的地方，因此我们从最初由县司法局提供的办公场地，转为到更便于为当地老百姓和当事人服务的临街铺面办公，2024年9月，广信君达工布江达分所举办了

一场简单而庄重的仪式，邀请了各级主管部门领导、律师同仁、广东援藏队代表一同参加。援藏律所可持续高质量发展座谈会的会议效果出乎意料。让我们更加欣喜的是，有时走在路上，群众会主动问道“你们是不是新来的那家律师事务所？”越来越多群众上门咨询，说明广信君达工布江达分所在市场化探索中有了一定的成效，此前，这里的群众甚至还不知道什么是“律师事务所”。对政府部门而言，依法治县有了可随时上门服务的机构，为他们因时制宜的建言献策。对老百姓而言，也有了便捷的优质法律服务资源。

回顾过去一年，我从未感到艰苦，尽管高原缺氧，但并非不可克服。我也从不感到寂寞，虽思念亲人，但有好友相伴。我们来自五湖四海，在主旋律的号召下汇聚于此，稳定、发展、生态、强边是我们共同的追求。我更不会对未来感到悲观，因为在司法部强有力的指导下，我们全体援藏律师将为法治西藏贡献力量。

## 【作者简介】



黄金祥 专职律师

执业证号 14401201610291297

**专注领域：**政府 / 企业常年法律顾问，民商事争议（诉讼 / 仲裁）解决，刑事辩护

曾经或现在为清远市人民政府、清远市生态环境局、连南瑶族自治县人民政府、连南瑶族自治县司法局、连南瑶族自治县应急管理局、工布江达县人民政府、连南瑶族自治县瑶山特农发展有限公司、广东英德农村商业银行股份有限公司、清远中石油昆仑燃气有限公司、中国移动通信集团广东有限公司清远分公司提供常年法律顾问或专项顾问法律服务或诉讼仲裁代理服务；曾代理的杨某诉广州某单位行政纠纷一案被评选为2019年年度广东省优秀案例；2023年9月至2024年9月援藏期间工作表现突出，于2024年11月获全国律协表彰。



# 援藏是一种信仰

文 / 周芬

## 援藏的决心

2024年8月29日，带着对未知的憧憬和满腔热忱，我与亲朋好友和熟悉的环境道别，第一次踏上西藏这片神秘的雪域高原。此前，西藏，对我而言，是一个遥远而纯净的地方。我渴望有机会去援藏，去了解西藏的风土人情、探索其宗教信仰，了解那些前仆后继援藏的医生、老师、公职人员，甚至去追求作为一名律师的社会价值、也试图寻求自己的人生价值和圆满。无论出于哪种追求，我援藏的决心坚如磐石不可转。

## 援藏的时光

抵达林芝，置身工布江达县，很荣幸成为了2024年度“援藏律师服务团”的一名志愿律师，开启了在广信君达（工布江达）律师事务所执业新篇章。



初来乍到，我便投入到紧张而充实的工作中，接继筹办分所的乔迁仪式及援藏律所可持续高质量发展座谈会。2024年9月13日，援藏律所可持续高质量发展座谈会在工布江达分所成功举办。借此，我们希望能让援藏律所在工布江达县深深扎根，让法治的种子在雪域高原生根发芽、茁壮成长。

随着分所的乔迁和座谈会的结束，我开始逐步适应当地的风土人情、工作习惯、语言习惯，也不断开展普法、调解、代写文书、提供法律咨询、承办法律援助及认罪认罚案等各项工作，致力于在这片土地上播撒法治的种子。

#### 普法：为朱拉司法所开展法律知识专题讲座



此次“送法进机关”活动的成功举办，深入贯彻学习了习近平法治思想，提升了工布江达县朱拉乡干部职工的法治思维和素养，也为推动工布江达县法治化建设进程注入了新活力。未来，我将继续发挥专业优势，为当地法治建设贡献更多智慧与力量。

#### 普法：送法进企业



此次“送法进企业”活动，赢得了与会企业员工的广泛赞誉。活动不仅为企业送来了实用的法律知识及应对策略，也为专业律师与企业之间搭建起沟通交流的桥梁。我也将以此次活动为契机，持续以更优质、高效的法律服务，

精准护航企业稳健前行，帮助企业有效降低经营风险，努力推动企业实现高质量发展。

#### 普法：知法守法 共建平安社区



我们招聘藏族的实习人员、律师助理各一名，耐心培养当地法律人才，实现从“输血”到“造血”的过程。

我们驻法院律师调解工作室，担任工布江达县人民法院特邀调解员，努力将矛盾纠纷化解于诉前。

我们代写文书、提供法律咨询、承办法律援助及认罪认罚案件，为有需要的群众提供法律服务。

循大道，至万里。

在来到西藏自治区林芝市工布江达县近三个月的时间里，尽管面临高原缺氧和语音障碍，我仍将坚定不移地履行职责，并行发展输血与造血举措，实现援藏律所的可持续发展，助力地方政府根本解决“无律师县”难题，做实司法部党组对广大律师提出的“五点希望”。

#### 【作者简介】



周芬 专职律师  
执业证号 15404201711697238

**专注领域：**建设工程，城市更新，知识产权，政府及企业顾问

自2017年开始执业，曾担任建设集团、房企法务，熟悉建设工程、房地产、城市更新、土地整备内部运作及流程政策，曾经办五十多件建设工程案件、一百多件知识产权案件、担任十多家企业顾问律师。

# 但行好事 莫问前程

文 / 黄钰

抓住幸运的橄榄枝，我来到了这里——西藏自治区林芝市工布江达县。2022年，广信君达律师事务所积极响应解决全国“无律师县”问题的号召，在司法部、西藏和广东各级主管部门支持和指导下，设立广信君达（工布江达）律师事务所，结束工布江达“无律师县”的历史，助力打通法律援助的“最后一公里”。我很幸运地被选派到工布江达分所，成为广信君达第三批援藏律师。

自2024年8月21日落地林芝，三个月的时光悄然流逝，虽显漫长，但更多是满足和值得，每一天、每一步都显得格外充实。

这三个月里，我好像被问及无数次“还适应吗？高反严重吗？环境好吗？忙吗？是不是工作量较少？苦不苦？轻松不轻松……”我的回答是：适应、充实、无高反、相对广州而言轻松些、条件不错、自然风光旖旎，期待更多人来这片土地。

三个月里的每一天，于我而言都是充实的。工作内容充实，所涉工作板块比预想的多，既要深挖专业知识，处理或简单或复杂的法律问题，也需完成琐碎且重要的行政事务；既要处理诉讼纠纷，又要应对一系列非诉事宜；既要处理社会性案件，又要承办法律援助案件；工作场所不限于律所办公室，时常也需在司法局担任值班律师或是到人民法院做特邀调解员。假期生活也丰富，我尽可能抓住机会去探索这片神秘而美丽的土地，西藏很大，探索无尽。

在这段充实工作的生活中，有许多值得我铭记的时刻。当法援案件当事人含泪向我求助时，表达感谢之言时，我心中涌动着复杂的情绪，有初次经历的喜悦与新奇感，更有深深的责任感和使命感，以及深切的同情……千思万绪汇成一句话：那一刻或者那一天，我真真切切感受到了法律服务与援藏结合的力量。某次去下乡普法途中，我看到一句充满力量的标语——“幸福都是奋斗出来的！”在我心中激起了强烈的共鸣，援藏三个月，不论是反思、复盘自己的工作与生活，还是观察当地民

众的生活，似乎都与这句标语相印证。在此，我向那些不畏艰难在高原上默默耕耘、守护自己家园的西藏人民致敬，向勇敢的援藏前辈们致敬！

这样充实的日子赋予我力量，面对挑战，磨炼了我的意志。如此这般的工作与生活，增强了我的职业厚度，丰富了我的职业生涯，增加了我的工作阅历，也增长了我的生活经验。我的人生说它深深地感激这段经历。

在林芝市的三个月，每一天都充满了新鲜感，为我带来许多人生新体验。工作上，我经历了许多“第一次”：第一次独立办理刑事案件，第一次独立到市区看守所会见，第一次独立准备辩护词，第一次以我为主进行庭审辩护。这些“第一次”丰富了我的执业经验，也为我的人生经历增添新的色彩，我为此感到欣喜。第一次独立开展普法宣讲活动，于我这个新手律师来说，也是充满紧张和新鲜，在准备过程中，我很忐忑，我既担心自己表现不够专业，又担心我的宣讲内容不够丰富、课件不够生动有趣。我宣讲的对象是县小学全体师生，忧心现场是否会说错内容、是否会无人与我互动……但最终宣讲反响良好，尤其让我感到意外的是五六年级的学生们对此次宣讲都表现出了极大的热情，对宣讲活动参与度极高，自然地流露出他们的纯真热情；事后我想了想，好像这些又是“理所当然”，这是情理之中呀，这儿是藏区，这儿的人民以其淳朴和真诚闻名。生活上，第一次自驾驾驶汽车上高速，第一次自驾318国道等体验，感受到速度与自由结合的吸引力，也在蜿蜒山路上领略了祖国大好河山的壮美；第一次看到神山“南迦巴瓦”版日照金山的体验，感受到了神圣与庄严，更是对大自然的力量、大自然的鬼斧神工充满了敬畏；第一次与藏族同胞亲密接触，与她们成为好友的体验，进一步了解了藏族文化与生活，更是让我清晰地看到西藏人民群众五彩斑斓梦想早已被怦然点亮。诸如此类的“第一次”，还有很多，我爱这“新鲜”，我想我会用一生来记得这些新鲜感。

来工布江达之前，我没有过多犹豫，只是觉得机会



来了，我应该抓住，至于将来如何，那留给未来去回答。来了以后，我更加坚定认为：我来对了。一切都是最好的安排，这就是我二次进藏最好的时机，无需怀疑。甚至偶尔我会与人感慨“我早该再来的”。我热爱拍照、享受记录，六年前未能尽情拍摄，现在三个月了远觉不够，西藏的山川湖泊、冰川沙漠，每一处都是一幅绝美画卷，还有各式历史遗迹，毫不夸张地说西藏的美景是无法完全捕捉的。我自小热衷体验和探索不同的传统文化与生活方式，藏区有着丰富的少数民族文化，这边的文化交流与融合让我深感愉悦。

展望未来，我期待更多新人新事新体验，同样，我也深知有很多新阶段、新机遇、新目标出现在我的援藏期间。我对援藏工作、援藏生活始终充满热情与期待，也始终珍视援藏机会。我有信心不辜负援藏使命，不辜负自己。在接下来的日子，我也将不忘初心，努力做好内地与高原之间的纽带，成为连接法律与民众的沟通桥梁，为法律援助在“世界屋脊”高原上开花结果献上一份力量，为广信君达扎根雪域高原出一份力。■

#### 【作者简介】



黄钰 专职律师

执业证号 15404202311538903

**专注领域：**民商事合同纠纷解决，劳动争议解决，政府及企业常年法律顾问等

法学学士。自2022年起执业，专注于民商事纠纷、劳动争议、刑事辩护等诉讼法律服务，也提供常年法律顾问、法律风险防范策略等非诉服务。曾为工布江达县人民政府、全南县总工会、全南县卫生健康委员会、广东宏科建设股份有限公司、广州市建筑科学研究院集团有限公司等政府部门、企事业单位提供法律服务。致力为客户提供全方位、多层次的法律服务，帮助客户解决各类法律难题，防范法律风险，助力客户稳健发展。

# 我与梦想一同前行

文 / 赤列措姆

我于2024年3月18日入职，有幸成为广信君达（工布江达）律师事务所的一名实习人员，在这片神圣而纯洁的高原上，我见证了律所从装修到投入使用的全过程、个人也从开庭前胆战心惊到现在的略显稳重、从懵懂无知到一点一点的进步，更在实践中获得了许多宝贵的人生经验。

在入职不到一年的时间里，我始终坚持以人民为中心，坚持全心全意为人民服务，面对群众各类法律咨询、代写法律文书、进行调解、在指导律师的带领下办理各类法律援助案件及社会委托案件、见证认罪认罚等各种法律服务，同时面对多元化的法律服务需求，我必须不断加强自身的专业能力，不断的加强学习，努力夯实自身业务能力。

2024年7月22日，工布江达县司法局将扎西盗窃罪案指派给黄金祥律师，也就是我的指导律师，在黄律师的带领下，我俩展开了律师会见、卷宗查阅等辩护工作，并对案情积极进行研判、分析。最终确定，除了认可审查起诉阶段检察院确定的认罪认罚结果之外，下一步还应当说服被告人家属向受害人退赔，以期获得谅解，争取在一审程序中获得更轻的量刑结果。

经过对家属的说服教育，主动向被害人赔礼道歉，积极赔偿经济损失，最终获得被害人的谅解书。

庭审中，黄金祥律师依法提出辩护观点，扎西已取得受害人谅解、并对盗窃物项链的证据三性均提出了不予认可等主要辩护观点被法庭采纳，这也是他援藏生涯结束之前的最后一个法援案件，也是第一退回补充侦察的法援案件。他每办一个法援案件，他永远都非常重视、细致，从不会因为法援案件而敷衍了事，可他总会说可惜时间有限，所以能教的东西有限，以后要靠自己及接下来的派驻律师指导，我想说很感谢黄律师在这有限

的时间里，教会了我们很多，我们受益匪浅。第二次开庭，黄律师线上参加开庭，我看着他质证时滔滔不绝犹如连绵江水，这一刻他发着光，那一瞬间他把当律师的意义展现得淋漓尽致。最终，县人民法院判处扎西有期徒刑一年五个月。与检察院原来的量刑建议判处有期徒刑三年（实刑）相比，刑期得到了很大的减轻，让其有机会能够回归家庭，服务社会。

在共同努力下，本案取得了法律效果、政治效果、社会效果有机统一。不仅获得了被告人家属的感谢，还得到家属赠送的锦旗以表感激之情，同时，还得到了办案单位的称赞。

在藏区，法律环境复杂性和多变性，要求我们在极端的条件下依然坚守岗位，坚定信念，坚持原则，为当地人民争取法律权益。在这个过程中，我们要经常面对各种挑战和困难，只要我们心怀信念，就能战胜一切困难。

藏区的法律问题往往与当地的宗教、文化、习俗有着密切的联系，我们需要有深厚的法律知识，还需要我们了解当地的特殊情况。在这个过程中，我们需要不断学习，不断积累经验，以应对各种复杂的法律问题。

总之，在广信君达工布江达分所工作，是人生一段难忘的经历。在这段意义非凡的旅程中，我不仅经历了种种挑战与磨炼，更在心灵深处收获了难能可贵的成长、纯真无价的友谊。每一次的困境与突破，都让我更加坚韧不拔，明白了坚持与努力的价值所在。与此同时，我结识了一群志同道合的朋友，我们共同面对困难，彼此支持，这份深厚的情谊成为了我人生旅途中宝贵的财富。在未来的工作中，我将时刻铭记这段经历，继续发扬援藏精神中无私奉献、勇于担当的优秀品质，以更加饱满的热情和坚定的信念，为实现法治中国而不懈拼搏、努力奋斗。■

【作者简介】



赤列措姆 实习人员

共青团员，西藏大学法学学士，获得法律职业资格证书（C证）。在指导律师的指导下，为西藏自治区工布江达县人民政府、财政局及多家企业提供法律支持，包括但不限于合同审查、风险评估等，有效助力客户规避法律风险；能协助办理刑事、民事等类型案件，参与处理纠纷调解，以及提供法律建议。

## 以“旁观”角度谈援藏感悟

文 / 达珍

作为一名西藏本地的藏族法学生，我的职业生涯起步于广信君达（工布江达）律师事务所，迄今已逾一年。在这里，我不仅是援藏律师们辛勤工作的见证者，更是沿海律师援藏工作的受益者，通过日常工作，我不仅接触到了律师业务，学习到了很多法律知识和技能，而且学会了认真对待每一项工作任务，也深刻认识到团队协作的重要性。

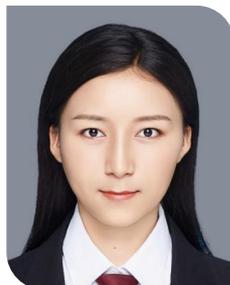
在过去的一年中，工布江达分所圆满完成了两批派驻任务，人员虽有更替，但他们所做的工作成果显而易见、有目共睹。记得初次来到工布江达时，正值寒冬，总所为了鼓励支持分所律师们的援藏工作，特地配备了一辆公务用车，两位律师亲自驾车来迎接我，也是从那一刻起，我们便无数次共同乘车前往无数个乡镇普法工作。

2023年11月的西藏，天气已转冷，但是两位律师的援藏热情并未因寒冷的天气而减退。自加入分所以来，我跟随两位援藏律师的脚步，足迹踏遍了县城以及各个偏远乡镇，共计为群众进行普法72场次，惠及8041人次，免费代书248份，提供免费法律咨询175次。两位律师为西藏地区的群众提供大量的法律援助服务，帮助他们解决法律问题，维护合法权益，增强当地群众的法治意识，

推动了法治西藏的建设。

我深感敬佩并铭记于心的是援藏律师们的不懈努力和卓越贡献。他们以高尚的职业操守、出色的专业技能和无私的奉献精神，为西藏地区的法治建设添砖加瓦，稳步推动了当地法治进程。面对重重困难和挑战，他们毅然决然地投身于这片神秘而又充满挑战的土地，用实际行动诠释了法律人的责任与担当。我满怀敬意与感激，感谢他们的辛勤付出。

【作者简介】



达珍 律师助理

共青团员，毕业于黑龙江大学法学专业，籍贯西藏山南，2023年加入工布江达分所，担任律师助理，主要负责事务所的行政、财务工作。

# 论增设性骚扰罪

文/胡莎

## 内容摘要

司法机关通过适用强制猥亵罪、寻衅滋事罪等罪名，将严重的性骚扰行为予以司法犯罪化，弊端较多。笔者认为我国应增设《中华人民共和国刑法》第237条之一性骚扰罪。增设该微罪，具有立法必要与正当性。性骚扰罪的构成要件是未得同意接触他人性敏感部位，具有明确性与类型性。应将性骚扰罪设置为亲告罪，并适用刑事和解。微罪、罚金易科、自诉、刑事和解等司法配套制度，彰显增设性骚扰罪具有可行性。最后，性骚扰罪与强制猥亵罪具有协调性，二者容易区分。

## 一、问题的提出

性骚扰的概念有广义和狭义之分，本文采最狭义的定义，即违背他人意志，接触他人性敏感部位，这是最严重的性骚扰。近年来，我国因性骚扰引发的社会事件频繁发生，引发了广泛关注，已经有人大代表呼吁性骚扰入刑。在我国立法机关尚未增设性骚扰罪的当前，性骚扰行为通常以强制猥亵罪、寻衅滋事罪等罪名处理，这属于司法犯罪化的做法。例如，2008年成都某人事经理因“性骚扰”，被以强制猥亵妇女罪判刑；2019年上海首例地铁“咸猪手”案中，司法机关也将强制猥亵罪构成要件之危害行为要件“其他方法”予以扩宽，将在地铁车厢座位上多次用手持续触摸女性胸部之行为，定性为强制猥亵罪。该案获得了一些学者的认同，认为将“咸猪手”行为予以司法犯罪化，填补了我国刑事打击的空白，充分保护了被害人在性方面的安宁、平和状态。笔者难以赞同该做法，因为司法犯罪化存在较明显的弊端。

首先，强制猥亵罪的“强制”要件易被虚化。性骚扰是未得同意接触他人性敏感部位，是瞬间发生的，其强制性程度明显低于强制猥亵罪中的“强制”，不应将性骚扰与“强制猥亵”划等号。详言之，“强制”通常伴随压制他人自由意志的过程，而瞬间发生的性骚扰并

不需要压制他人自由意志即可实现。如果将在拥挤的地铁上摸他人胸部的行为解释为对强制猥亵罪中“其他方法”之“强制”的填充与具体化，会导致“强制”的内涵被无限挖空而严重虚化，其外延也会被不断延展而泛化，直至“强制”手段这一要件被消解。“暴力、胁迫或其他强制方法”要件，在解释论上也将趋于虚化，对是否成立强制猥亵罪的限制判断作用将越来越弱，这与成立强制猥亵罪采用“强制手段不必要说”无异。鉴于此，有学者建议我国立法机关将“强制猥亵罪”修改为“猥亵罪”，性骚扰构成猥亵罪也变得顺理成章。至于行为人使用暴力、胁迫或其他方法的强制手段，则可以作为“猥亵罪”的情节加重犯，以升格法定刑罚。该立法建议的初衷值得肯定，但该观点让“强制猥亵罪”沦为性犯罪“口袋罪”的事实彻底坐实，实不可取。

其次，寻衅滋事罪“追逐拦截”要件可能被不当扩张。2012年9至10月，邵某先后4次驾驶摩托车，在城区马路上尾随骑电动车的妇女，待行至两车并排时，乘妇女不备，先后抓摸了4名不同被害妇女胸部。有学者认为此案中的行为人应构成追逐拦截型的寻衅滋事罪。笔者对此难以苟同，寻衅滋事罪中的“追逐拦截”通常是指，行为人以索要财产、限制人身自由等为目的，对他人实施持续性跟随或者堵截，他人通常能觉察到自己正在被追逐拦截。而该案是在他人未觉察时，性骚扰者悄悄尾随他人，突然触碰他人性敏感部位，然后快速逃离，这不符合“追逐拦截”的通常形象。若将该行为认定为寻衅滋事罪，则可能导致该罪的适用范围无限泛化，使得犯罪认定走向恣意，违反罪刑法定原则。

再次，负有照护职责人员性侵罪不能提供周延的保护。《中华人民共和国刑法修正案（十一）》增设第236条之一负有照护职责人员性侵罪，在理论上该罪有预备形态：特殊职责人员性骚扰已满14周岁不满16周岁的未成年女性，可以被解释为负有照护职责人员性侵罪的预备形态，但司法实践中一般不处罚该罪的预备形态。以负有照护职责人员性侵罪将性骚扰司法犯罪化，

明显与该罪所规制的行为要素“发生性关系”的文义不符，而且该罪的保护对象限于已满 14 周岁不满 16 周岁的未成年女性，对被性骚扰者的保护范围缺乏周延性。

最后，以较严重的性犯罪打击性骚扰，属微罪重罚。以强制猥亵罪、强奸罪（预备）、强奸罪（未遂）等规制性骚扰，将性骚扰定性为严重的性犯罪，对性骚扰者判处相对较重的刑罚，有“杀鸡用牛刀”之嫌。对于被害人来说，强制猥亵罪、强奸罪是较严重的性犯罪，其形态多样，持续时间较长，一般来说，被害人案发当时处在不能反抗、不敢反抗、不知反抗的境地。而性骚扰对被害人来说，不具有此种观念形象，性骚扰是接触他人性敏感部位的举止动作，事发突然，持续时间短，其对被害人造成的伤害不如前者。为实现罪责刑相适应原则，应将性骚扰设置为微罪，对性骚扰者施以“微罚”。根据罪刑阶梯理论，短暂的未得同意接触性敏感部位之行为，不应被拔高为强制猥亵，更不能定强奸，否则为微罪重罚。

总之，性骚扰司法犯罪化并不可取，应当考虑立法犯罪化。尽管性骚扰入刑问题尚未取得刑法学界的全面关注，但其重要性不言而喻。性骚扰是否入刑，刑法学界既有人反对，也有人赞同，有必要从刑法理论的角度加以审视。增设新罪，需要满足必要性、正当性、明确性、类型性、可行性与协调性等条件，下文拟从这几个方面出发，分别论述性骚扰罪的增设问题。

## 二、增设性骚扰罪的必要性与正当性

增设性骚扰罪的必要性，主要体现在性骚扰具有严重的社会危害性、性骚扰前置法威慑力不够、一些国家或地区设有性骚扰罪，以及我国存在将罪名予以精细化的立法浪潮。而增设性骚扰罪的正当性，主要是性骚扰罪存在需国家予以保护的法益。

### （一）增设性骚扰罪的必要性

#### 1. 性骚扰具有严重的社会危害性

众所周知，“尊重与保障人权”早已被写入我国宪法。无论性骚扰的被害人是男性还是女性，性骚扰都会严重伤害被害人的尊严，侵犯被害人在性方面的自主权益，给被害人带来严重的心理创伤。性骚扰也会导致男女在

社会人际交往之中严重缺乏安全感。我国对性骚扰的立法规制漏洞，还会纵容婚闹性骚扰、泼水节性骚扰、户外演唱会性骚扰等大规模集体性骚扰事件。同时，性骚扰的猖獗也会导致极端的私人复仇事件与防卫过当。特别是在当前的网络视频时代，性骚扰的恶劣危害会被网络放大，易引发舆论事件。

#### 2. 多个前置法威慑力不够

第一，《中华人民共和国民法典》（下称“民法典”）要求行为人所承担的侵权责任，无法弥补被害人所遭受的损害。该法第 1010 条第 1 款规定：违背他人意愿，以语言、文字、图像、肢体行为等方式对他人实施性骚扰的，受害人有权依法请求行为人承担民事责任，民事责任主要包括精神损害赔偿、医疗费用、误工费等。性骚扰损害责任纠纷案件中，被性骚扰者能够获得的赔偿数额非常有限，维权难度也大。即使赔钱了事，经济条件较好的行为人再犯概率也较高，民事赔偿无法起到良好的预防效果。

第二，我国 2022 年修改的《中华人民共和国妇女权益保障法》（下称“妇女权益保障法”）虽然将性骚扰与猥亵予以区分，但对性骚扰者的威慑力较轻。该法第 23 条规定，禁止违背妇女意愿，以言语、文字、图像、肢体行为等方式对其实施性骚扰；第 27 条规定，禁止对妇女进行猥亵活动；第 80 条规定，对妇女实施性骚扰的，由公安机关给予批评教育或者出具告诫书，由所在单位依法给予处分。批评教育或者出具告诫书的威慑力度明显不够，由所在单位依法给予性骚扰者处分，也不具有现实可行性，因为单位为减少性骚扰事件对单位的声誉或相关考核指标的影响，难以认定性骚扰，更难以处分性骚扰者。

第三，《中华人民共和国治安管理处罚法》（下称“治安管理处罚法”）对性骚扰的打击力度不够，执法的社会效果不佳。除了该法第 44 条规定“猥亵他人”外，并无“性骚扰”的规定，公安机关在处理性骚扰案件时存在法律依据不够精确的问题。另外，治安警察倾向于将性骚扰作为民事纠纷予以调解，这会间接放纵性骚扰者。即使将性骚扰作为治安案件处理，也会因治安警察侦查权限与证据收集固定技术有限，而导致性骚扰者逃避其应得的处罚。

#### 3. 一些国家或地区有独立的性骚扰罪

1982年《葡萄牙刑法典》第170条规定强迫他人进行性方面的接触行为、骚扰他人构成犯罪；新加坡也有性骚扰罪，将肢体型性骚扰入罪；1991年12月法国通过《刑法修正案》，增设刑法第222—33条性骚扰罪，规定反复强行对他人施加带有性含义……行为，因这些可耻或侮辱性的……行为伤害他人自尊，或者为他人制造一种恐吓、敌对或者令人不适的氛围的行为，构成性骚扰罪；我国澳门地区1996年《澳门刑法典》删除了非礼罪，并在第164-A条规定了独立的性骚扰罪；我国台湾地区的性骚扰罪，被规定在2006年2月5日施行的“性骚扰防治法”第25条中；2016年德国性犯罪处罚更加精细化，其增设第184i条性骚扰罪，规定以与性相关的特定方式，碰触他人身体，并因此骚扰他人，如果其他条款未规定更重的刑罚，处2年以下自由刑或罚金刑，该条是其他性犯罪的兜底条款。从全球性犯罪改革的趋势来看，各国刑法对性侵犯的规制，必定会更精细严密。

#### 4. 我国存在众多罪名越来越精细化的立法例

如前所述，我国司法机关虽然可以以扩张解释其他罪名的方式解决性骚扰的刑法规制问题，但是在刑法规制越来越精细严密的刑法罪名增设浪潮下，最好用不同的罪分别处理。首先，我国从非法经营罪中析出较多新罪名。我国增设第134条之一危险作业罪、第142条之一妨害药品管理罪、第284条之一非法出售、提供试题、答案罪之前，未经依法批准涉及安全生产的事项，擅自从事危险物品生产、经营、储存等高度危险的生产作业活动的，销售国务院药品监督管理部门禁止使用的药品，非法出售、提供试题、答案，都属于“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”，构成非法经营罪。其次，我国已从以危险方法危害公共安全罪中析出众多新罪名。我国增设第133条之二妨害安全驾驶罪、第291条之二高空抛物罪之前，对于乘客抢控公交车司机的方向盘或高空抛物的行为，都直接以“兜底罪”以危险方法危害公共安全罪定罪处罚。再次，我国从强奸罪中分离出负有照护职责人员性侵罪。2013年10月23日“两高一部”颁布的《关于依法惩治性侵害未成年人犯罪的意见》第21条规定，对已满14周岁的未成年女性负有特殊职责的人员，利用其优势地位或者被害人孤立无援的境地，迫使未成年人就范，而与其

发生性关系的，以强奸罪定罪处罚。如今，此种情况应定负有照护职责人员性侵罪。最后，还有其他类似的立法例。例如，虽然我国已有保护所有公民名誉的侮辱罪、诽谤罪，但为了专门保护英雄烈士的名誉，增设第299条之一侵害英雄烈士名誉、荣誉罪；我国已有保护家庭成员免遭虐待的虐待罪，但还是增设了第266条之一虐待被监护、看护人罪；我国已有第336条非法行医罪，但还是增设第336条之一非法植入基因编辑、克隆胚胎罪，禁止从事植入基因编辑、克隆胚胎的行医行为；我国已有第291条之一编造、故意传播虚假信息罪，但还是增设编造、故意传播虚假恐怖信息罪。

### （二）增设性骚扰罪的正当性

1. 性骚扰罪所保护的法益应是“与性相关的、宁静平和的身体状态”

通过对现有相关性骚扰文献的总结，笔者提炼出关于性骚扰罪所保护的法益的学说主要是“性自主权说”“性羞耻感说”“人格尊严说”和“与性相关的、宁静平和的身体状态说”。笔者认为前三种学说从常识层面来看皆正确，而第四种学说在刑法上最为准确，也可以令前三种学说相互融合。未得同意接触他人性敏感部位，是一种严重的冒犯行为，破坏了他人与性相关的、宁静平和的身体状态，使他人突然陷入愤恨、羞耻、恐惧、恶心、错愕等强烈的负面情绪中。性骚扰罪保护的法益，是“与性相关的、宁静平和的身体状态”。

“性自主权说”主要有四点不足之处：一是性自主权过于宏大，其为所有性侵犯罪的同类法益，所涵盖的内容也甚广，无助于指导性骚扰罪适用范围之明确；二是提倡性自主权在我国容易被误会为提倡性自由，与我国讲求洁身自好、矜持含蓄的社会文化不符；三是性骚扰罪的本质特征是违背他人意志，直接或间接接触他人的身体性隐私部位，这是一种广义地针对他人身体的轻微暴力行为，会使他人陷入愤怒、羞愧、恶心、错愕、不悦等强烈负面情绪中，而“性自主权说”只是从被害人的角度，强调自由或自主权，未从行为人的角度，反映性骚扰的轻微性暴力本质；四是性自主权突出强调公民个人权利与个人意志，无视刑法对性的社会秩序这一集体利益之维护。

“性羞耻感说”，是指性骚扰除了令被害人感到强烈的羞耻外，还会令被害人及其近亲属，以及观者产生暴怒愤恨、羞愧可耻、恶心恐惧等强烈持久负面情绪。如果依照被害人及其家属、社会一般人是否感到羞耻的主观感受，来决定行为人是否可以成立性骚扰罪，会纵容被害人及其家属、社会一般人对行为人予以诬告陷害。

“人格尊重说”的法律依据，是宪法第 38 条“中华人民共和国公民的人格尊严不受侵犯”。如前所述，宪法为我国根本大法，其规定的“人格尊严”在思想理念上，对性骚扰入刑的必要性具有重大指导意义，但在性骚扰罪司法适用层面，“人格尊严”作为法益过于抽象，无法指导性骚扰罪构成要件要素之认定。

我国应提倡“与性相关的、宁静平和的身体状态说”。性骚扰罪，必须是行为人以特定的身体部位，直接或间接地接触被害人身体的性敏感部位。性骚扰，是民众讳忌的恶行，其触犯了我国社会中的双重禁忌：一是性禁忌，不得在未经他人同意的情况下，对他人实施性相关的行为；二是贴身禁忌，陌生人不得随意触碰他人的身体，不得打扰或破坏他人宁静平和的身体状态。如果侵犯了被害人“与性相关的、宁静平和的身体状态”，就意味着被害人涉及性方面的身体随意移动、接触或置于何种情形下的自由也被侵犯。这是一项与性相关的新型权利，我国应增加保护此项新型权利的性骚扰罪。增设该罪，可以最大程度地保护所有公民“与性相关的、宁静平和的身体状态”。例如，被告人于 2022 年某时在台北地铁见自诉人 A 女站立在其前方有机可乘，徒手触摸 A 女下体而进行性骚扰。该行为侵害了 A 女的身体处于宁静平和状态的自主权，对其身心造成影响，后被告人被处拘役 40 日。

2. 构成性骚扰罪有法益侵害程度的要求，必须是“情节恶劣”

是否构成性骚扰罪，应根据法益侵害程度判断是否属于“情节恶劣”。非情节恶劣的性骚扰，不应作为犯罪论处。“情节恶劣”主要有以下六种情形。

(1) 在公共场所或公共交通工具上性骚扰他人，造成恶劣的社会影响。公共场所，是指校园、车站、码头、机场、医院、商场、公园、影剧院、展览会、田径场、游泳馆、汗蒸店公共区域、菜市场、集体宿舍等等。公共交

通工具，是指供不特定或大多数人搭乘的交通工具，例如公交车、火车、高铁、大巴车、轮船等等。在公共场所或公共交通工具上性骚扰他人，违背了“民众实施性相关的行为，不得公开，应保持私密性”的原则。调查显示，公交车、地铁是性骚扰多发的场所，比例多达 44%、38%。公交车、地铁、办公营业厅等公共交通工具上或公共场所，一般有监控摄像头，证人较多，事件容易曝光，舆论容易发酵，社会影响恶劣。从法益角度来说，与在非公开场合相比，在公共场所性骚扰他人，对被骚扰者的冒犯程度更重，被骚扰者承受的负面情绪也更持久强烈。严惩性骚扰者，可以向社会明确地传达如下行为指引：禁止在公共场所或公共交通工具上，违背他人意志，接触他人的性敏感部位，否则构成犯罪。此种禁止规范，并不会引发社会过度反应，也不会不当压缩公民的社交空间。因为一般来说，在公共场所或公共交通工具上，普通公民不故意接触他人隐私部位是轻而易举的。

(2) 性骚扰已满 14 周岁不满 18 周岁的未成年人。性骚扰 14-18 周岁的未成年人，违背了“性相关的行为，发生在成年人之间”的原则。为突出我国刑法对未成年人的重点保护，当性骚扰已满 14-18 周岁的未成年人时，行为人应构成性骚扰罪，此规定不仅可以填补我国刑法对 14-18 周岁未成年男性性权益缺乏平等保护的社会治理漏洞，还可以降低港澳台地区将男女未成年人性权益的特殊保护年龄提至 18 岁后与我国内地形成的反差。此外，将性骚扰未成年人予以犯罪化，还有以下两点理由：一是符合我国对未成年人予以特殊、优先保护的基本原则。2021 年 6 月 1 日生效实施的《中华人民共和国未成年人保护法》第 4 条规定，我国应给予未成年人特殊、优先保护，坚持最有利于未成年人的原则。2022 年 1 月 1 日生效实施的《中华人民共和国家庭教育促进法》第 16 条规定，未成年人的父母或者其他监护人，应以“对其进行防性侵方面的安全知识教育，帮助其掌握安全知识和技能，增强其自我保护的意识和能力”为指引，开展家庭教育。为保障未成年人合法权益，应将作为性侵犯未成年人萌芽状态的性骚扰，直接定性为犯罪，将性侵犯未成年人犯罪，直接扼杀在“摇篮”里。二是相对于成年人，未成年人识别、应对、制止、防范性骚扰的意识、

能力与经验更弱，值得刑法予以额外的保护。一般来说，相较于成年人，未成年人有更强烈的贞操观，其要求保持自身物理纯洁性的性羞耻心更强烈，其被性骚扰后，恐惧、焦虑、耻辱感、羞愤等负面情绪也更强烈，未成年人在性方面的健全发展权会遭受严重打击。反观成年男女，其对性骚扰的容忍度相对更大，对性骚扰的焦虑恐惧感也相对较低，而且成年男女更懂得如何以正当防卫反击性骚扰者。

(3) 负有特殊职责的人员，利用职业、职位、职权等形成的优势地位性骚扰他人。该种情形违背了“不得以滥用优势地位或公权力换取私利”的社会基本规则。对被害人来说，性骚扰者很大程度上拥有职业、职位、职权等形成的优势地位。例如，高校教师对在校生成、企业高管对员工、编剧对年轻演员、领导对下属、医生对患者……一般来说，前者相较于后者而言处于优势地位，在某种程度上甚至决定了后者的前途命运。在这类难以保持对等的身份地位关系中，性骚扰案发率较高，容易引发舆论的广泛关注，我国刑法应将这类利用优势地位性骚扰他人之行为，以性骚扰罪论处。反观我国民法典第 1010 条第 2 款之规定：我国防止和制止利用职权、从属关系等实施性骚扰，该条“没有长出牙齿”，对优势地位者，难言有威慑力。

(4) 造成他人精神失常、自残自杀、辍学等严重后果。性骚扰者未遵循“在实施性相关的行为时，参与人之间彼此有真实的合意”原则。当被害人被性骚扰后，内心无法调适，出现精神失常、自残自杀、辍学逃学、罹患抑郁症等严重后果时，应将性骚扰者以性骚扰罪绳之以法。

(5) 行为人两年内曾因性骚扰受过行政处罚，又性骚扰他人的。性骚扰罪，是现代文明社会才出现的行政犯，可以将其设置为多次犯。我国刑法及其司法解释，将大量的行政犯设置为多次犯，一是有利于区分行政违法行为与犯罪行为；二是有利于限制刑法适用范围过大。《德国刑法典》第 184i 条性骚扰罪也规定，犯本罪情节严重，处 3 个月以上 5 年以下有期徒刑，其中的情节严重，包括多次实施。

(6) “其他情节恶劣”的情形。这是一个兜底项，可以避免性骚扰罪的入罪范围被限制得过窄，例如，同

一时间段，性骚扰同一被害人三次以上，应按接续犯论处。我国台湾地区有相关司法案例：2021 年某时王某在酒吧饮酒后醉躺在马路旁，A 女先上前搀扶，王某清醒后，见 A 女背对其发短信，徒手自 A 女身后以身体碰触其臀部及胸部，对 A 女性骚扰。碰触 A 女臀部及胸部等行为，系发生于密切接近之时间地点，且系侵害同一法益，各行为独立性极为薄弱，依一般社会健全观念难以强行分开，显系基于单一犯意而为，应作为一行为予以评价，论以接续犯一罪。

### 三、性骚扰罪犯罪构成要件的确切性与类型性

增设性骚扰罪，除了要论证立法机关增设性骚扰罪具有必要性与正当性外，还要深入阐明性骚扰罪具有确切性与类型性。我国性骚扰罪的类型化行为是：未得同意接触他人性敏感部位。该类型化的行为不仅具有确切性，而且可以将非性骚扰行为都排除出刑法。

#### (一) 性骚扰罪犯罪构成要件的确切性

##### 1. 性骚扰罪的实行行为是“接触”

刑法中的性骚扰，是指以手、生殖器、臀部等身体部位，直接或间接接触他人性敏感部位。其中“接触”包括触摸、抠摸、抚摸、抓取、抓握、揉捏、磨蹭、吸吮等行为。“接触”既包括直接接触，也包括间接接触。直接接触，是指双方肉体接触，较易理解。间接接触相对难以理解，其除了借用工具或媒介实施性骚扰外，还应包括引发社会轩然大波的性敏感行为。例如，行为人将精液倾倒、泼洒或涂抹在被害人的性敏感部位。再例如，被害人在元宇宙被摸胸就曾引发较大的争论：没有摸着，算性骚扰吗？将一个元宇宙虚拟世界中的虚拟角色，对另一个虚拟角色实施触碰“揩油”的行为，完全等同于物理现实世界中真实个体所实施的性器官接触型的性骚扰，仿似标新立异的无稽之谈。但在认识到元宇宙是一个能使人的触觉、嗅觉、视觉、听觉、知觉等神经感知与真实世界无限接近的虚拟新世界时，会逐渐理解元宇宙存在性骚扰的可能。被害人被性骚扰后，会感到自己正被迫处于敌对的、被威吓、被贬低、被羞辱、被冒犯

的环境、空间或区域。在元宇宙被摸胸，被冒犯程度、心理伤害与人格尊严受侮辱程度，与现实物理世界相差不多，其属于间接强行接触型的性骚扰。

刑法中的性骚扰不包括语言骚扰、文字骚扰、图像骚扰、裸体骚扰等等。原因有二：一是语言骚扰、文字骚扰、图像骚扰、裸体骚扰等其他类型的性骚扰之社会危害性相对轻微，刑法只应规制社会危害性最严重的涉及性敏感部位的接触型性骚扰。与此同理，我国危害珍贵、濒危野生动物罪所规制的行为，只有猎捕、杀害、收购、运输、出售等社会危害性最严重的行为，而不包括虐待、加工、收藏、囚禁等相对较轻微的行为；冒充顶替罪只包括顶替高等教育入学资格、公务员资格、军人资格等具有严重社会危害性的行为，并不包括顶替所有身份。二是刑法中其他罪名足以规制其他类型的性骚扰行为。以语言、文字、图片或视频等方式实施性骚扰，如果造成恶劣社会影响，可以构成侮辱罪。我国台湾地区有类似案例：2021年某时，被告人在某超市趁店员A女背对其协助处理自动提款故障来不及反应时，徒手触摸A女臀部1次，A女受到惊吓而感到不适。数十分钟后，被告人在同一地点因不满A女指称其性骚扰，竟基于公然侮辱之犯意，对A女骂脏话，足以贬损A女之人格尊严。被告人的上述行为，系“性骚扰防治法”第25条第1项所规定的不当触摸他人臀部之性骚扰罪与刑法第309条第1项的公然侮辱罪。

另外，刑法中的性骚扰行为，不应包括单纯的强吻、“熊抱”、舔脚、暴露生殖器等违法行为，应该依据治安管理处罚法对这些违法行为予以处理，但如果触碰到被害人的性隐私部位，也可以以性骚扰罪论处。

2. 未得同意接触他人性敏感部位中的“他人”之判断标准应采用“被害人标准”

成立性骚扰罪，必须出现违背他人意志的性骚扰他人之结果。“违背他人意志”与“骚扰他人”中的“他人”之判断标准较多，主要有主观与客观两个标准。一是“主观标准”，又分为男性、女性、被害人、社会一般人等标准。男性与女性对“是否出现骚扰他人之结果”，有主观解读差异；被害人与社会一般人对“是否出现骚扰他人的结果”，也有主观认知差异。二是“客观标准”，

主要是法律评价标准，而男性、女性、被害人或社会一般人，对“是否出现骚扰他人之结果”的主观认知，有时会与法律评价不一致。笔者赞同“主观标准”中的“被害人标准”。例如，2021年9月西安地铁保安“扒光”女乘客事件中，女乘客不认为其衣服被地铁保安扒得露出胸衣是被保安猥亵了。社会一般男性也不认为女乘客的胸衣被保安扒得露出是猥亵，因为是女乘客先在地铁上撒泼打滚，保安遂执行公务，强行将女乘客拉扯拖拽出地铁车厢，在该过程中女乘客的胸衣露出。然而，社会一般女性认为保安的行为是猥亵。最终，由于“被害人”女乘客不认为自己被猥亵，该事件得到和平解决。

3. 性骚扰罪的行为主体与行为对象可以固定

首先，性骚扰罪的行为主体应已满16周岁。未满16周岁者不能成为性骚扰罪的犯罪主体，同时，16-18周岁者性骚扰与其年龄相仿者时，由于不存在明显的性剥削，情节轻微，没有造成严重后果的，也难以成为性骚扰罪的主体。之所以如此，一是对未成年人性权益的司法保护，坚持双向保护原则，在依法保护未成年被害人的合法权益时，也要依法保护未成年行为人；二是强奸罪也有“两小无猜”的司法解释：14-16周岁的人，偶尔与幼女发生性关系，情节轻微，未造成严重后果的，不认为是犯罪。

其次，性骚扰罪的行为对象不分性别，既包括女性，也包括男性。有学者认为，性骚扰的行为对象不包括男性，因为调查表明，女性是遭遇性骚扰最主要群体。该观点既与我国宪法男女平等保护的规定不符，也与社会现实不符。现实生活中，也有男性被男性、男性被女性性骚扰。例如，男子被宿舍下铺的室友偷摸下体、男子被陌生女子触摸下体。当然，如果被害人中并未觉察到自己被性骚扰，或者事中同意或事后追认同意，则行为人不构罪。性骚扰罪保护男性，我国台湾地区已有经验：林某于2022年某时，在寝室内趁室友甲男入睡，以手触摸甲男下体。后林某被判处拘役10日。我国内地也有同性性骚扰事件：2022年某日，男代驾司机控诉被坐在副驾驶座的男车主摸了下体。各方对该事件的解读中，充斥着被害人有错论，甚至指责被害人敲诈勒索。在笔者看来，被性骚扰者接受一定的赔偿款，是值得刑法认可的正当行为，因为对性骚扰者是否提起自诉的决定权归于被害

人，被害人有权决定是否接受赔偿以及协商赔偿具体数额，难言成立敲诈勒索。

最后，性骚扰罪保护的客体对象是他人性敏感部位，假体或有填充物，也受保护。“性敏感部位”是指承载生育系统的性器官，主要包括女性阴部、胸部、臀部与男性阴部。当前整形手术、变性手术并不少见，有时女性胸部、臀部、阴部或男性阴部会有假体或填充物。如果接触他人性敏感部位，即使是假体或填充物，行为人也应构成性骚扰罪。因为无论是填充物，还是假体，都属于他人性敏感部位不可分割的一部分。

## （二）反证性骚扰罪犯罪构成要件的类型性

如前所述，刑法中的性骚扰类型性行为，是指侵犯与性相关的、宁静平和的身体状态之未得同意接触他人性敏感部位。该接触行为，也侵犯了被害人的性自主权、性羞耻感与人格尊严。如果未侵犯这些法益，或是已得同意接触他人性敏感部位，则不构成性骚扰罪。

### 1. 性骚扰罪的构成要件阻却事由之一：亲密关系

性骚扰罪中的亲密关系，可以阻却入罪。处在亲密关系的恋人、夫妻等双方，彼此渴望身体接触，必然会有性隐私部位的亲密接触。该身体亲密接触是有益的，并未侵犯性骚扰罪所保护的法益。对此，刑法中的性骚扰，应排除恋人、夫妻之间正常的示好、挑逗、求欢、求爱、暧昧、浪漫等行为。如果不排除，则性骚扰罪会不断弥散，过度干预正常的两性交往。

### 2. 性骚扰罪的构成要件阻却事由之二：被害人未觉察

成立性骚扰罪，要求被害人觉察到性敏感部位被他人以性的方式接触。例如，老年男性突然走至在菜摊前购菜的陌生老太身后，用下体快速轻微地顶了一下老太臀部，老太感觉到了，茫然转身查看，但并未看到已若无其事走开的老年男性，老太继续购菜。该老年男性不构成性骚扰罪，因为老太事发当时未觉察到性敏感部位被他人以性的方式接触。再例如，事发当时，醉酒、昏迷、昏睡、麻醉等知觉减退或丧失之人，无法觉察被性骚扰，其并未因“与性相关的、宁静平和的身体状态”被侵犯而产生愤怒、恐惧、恶心、羞耻、不悦等强烈的负面情绪，对此，也不存在性骚扰罪。

### 3. 性骚扰罪的违法阻却事由之一：被害人同意

如果存在被害人同意，则行为人不构成性骚扰罪。有些利益可以凌驾于“与性相关的、宁静平和的身体状态”法益之上而阻却违法。例如，在医疗情境下，生殖科、妇科、皮肤科、性传染病科、男科、体检科等医生直接或间接接触到他人的性敏感部位，不构成性骚扰罪，因为“被害人”同意医生的各种医学检查或医疗行为。

### 4. 性骚扰罪的违法阻却事由之二：推定的被害人同意

为防止刑法对被骚扰者过度保护，在特定情景下可以推定性隐私部位的接触符合“被害人”的意志。例如，责任人对丧失自理能力者的看护照管、卖淫女在公共场所主动要求他人触摸自己的性敏感部位、女子在按摩店选择男技师为其提供按摩服务等等，即使“被害人”事后表示不同意敏感的接触行为，也可以在刑法上推定“被害人”事中默许或同意。但是当被害人是未成年人时，则是例外：不论行为人的性骚扰行为是否违背其意愿，在法律上均应当视为违背其意愿，也即法律拟制未成年人对性骚扰不同意，此时推定的被害人同意事由不成立。

### 5. 性骚扰罪的责任阻却事由：无罪过事件或过失行为

构成性骚扰罪，必须是行为人故意接触被害人的生殖器、乳房、臀部等性敏感部位，如果是无罪过事件或过失，则不构成性骚扰罪。例如，清华学姐让学弟“社死”事件中，学弟用书包无意中触碰了学姐的臀部，学弟的行为是意外事件，难言性骚扰；再例如，健身房男子用长毛巾擦完汗后甩放毛巾时，毛巾无意中碰到刚好经过的女子臀部，女子误以为男子是故意用手触摸，此种情况下，也属于意外事件或过失情形，不存在性骚扰；再例如，日常交谈中，由于行为人无意中与被害人挨得较近，行为人的肢体幅度较大，手无意中碰到了他人胸部，此种情况下，也为过失而非性骚扰。

## 四、增设性骚扰罪的可行性与协调性

应将性骚扰罪设置为微罪，推行不告不理与刑事和解制度，同时还应增设相应的自由刑易科罚金制度，这样该罪名在司法适用中更具有可行性。同时，性骚扰罪易与强制猥亵罪相混淆而不协调，下文将澄清这两个近

似罪名的界限。

### （一）配套司法制度才能使增设性骚扰罪具有可行性

#### 1. 性骚扰罪应适用“微罪微罚”制度

刑法中的性骚扰，严重侵犯他人与性相关的、宁静平和的身体状态，使他人遭受严重精神创伤，但对他人物理肉体上的伤害较小。从罪名法定刑配置的合比例性原则来说，性骚扰罪应属于微罪，应对其配置轻微的刑罚：处拘役。适用微罪性骚扰罪时，也应适用禁止令，例如，对于因性骚扰罪宣告缓刑的罪犯，宣告禁止罪犯在缓刑考验期限内进入地铁站。从刑罚幅度来看，域外主要国家和地区为避免短期自由刑的弊端，还推行短期自由刑易科罚金制度。对此，我国性骚扰罪法定刑中的拘役，还应该可以折算为罚金。另外，增设微罪性骚扰罪后，我国可以通过为微罪构建前科消灭制度，将性骚扰罪的前科予以消灭，避免性骚扰入刑导致社会出现大量被贴上性罪犯污名标签的公民，应让这些公民尽快复归社会。此外，性骚扰罪的追诉时效期限不应超过1年。

#### 2. 作为微罪的性骚扰罪应是亲告罪

一是性骚扰的社会危害性并未达到需要公诉的严重程度，将其设置为自诉罪名与其微罪的性质相匹配，而且可以充分尊重被骚扰者的文化心理与个人隐私。我国有“耻于谈性”“厌讼”等文化心理。为尊重该文化心理，并充分保护被性骚扰者的隐私，被骚扰者应有权决定不追究性骚扰者的刑事责任。即使性骚扰入刑反对者也会假设如果我国增设性骚扰罪，该罪应是亲告罪。我国《未成年人保护法》第24条第3款规定，对遭受性骚扰的女学生，学校、公安机关、教育行政部门等相关单位和人员应当保护其隐私和个人信息，并提供必要的保护措施。二是域外国家或地区的性骚扰罪是亲告罪。《德国刑法典》第184i条性骚扰罪规定，行为告诉乃论，但刑事追诉机关因特殊的公共利益依职权进行刑事追诉的除外。《澳门刑法典》第172条规定，行为人若触犯性骚扰罪，非经告诉，不得进行刑事程序，但因该犯罪引致被害人自杀或死亡者，不在此限。当然，为全面地保护被性骚扰者，当性骚扰严重危害社会秩序和国家利益，或者未成年人没有能力告诉，或者因受到强制、威吓无法告诉的，性骚扰罪可以“自诉转公诉”。另外，为减轻被骚扰者

的举证负担，在被害人提取、收集、固定性骚扰的证据确有困难时，人民法院可以要求公安机关提供协助，例如协助指纹鉴定。三是将性骚扰罪设置为亲告罪，符合谦抑性精神。有学者认为，从坚守刑法谦抑性原则的角度来看，我国应避免将性骚扰入刑。笔者认为，根据谦抑性原则的内涵，其并不反对立法机关增设新罪，而是提倡在司法机关适用刑法时，将刑法置于最具威慑力的后盾保障法地位，尽量不用或少用刑法。将性骚扰罪设置为亲告罪，可体现谦抑精神。

#### 3. 作为微罪的性骚扰罪，可以适用刑事和解

其一，适用刑事和解的性骚扰罪，不会过度限制公民的自由。从性别角度来看，刑法禁止性骚扰后，男女两性多了一种应对性骚扰的选项，如果行为人只是在开玩笑，或是正常挑逗，或不希望自己因为一个耍流氓动作而“吃牢饭”，则可以选择与被害人刑事和解，被害人也可以主动选择刑事和解。有了刑事和解制度的加持，性骚扰罪不会过度限制公民的自由。其二，性骚扰罪适用刑事和解，有利于刑法实现男女平等保护。创设“性骚扰”一词的目的，是向世人展现被害人被性骚扰后所遭受的痛苦心理体验，疾呼社会不断提升两性平等。增设性骚扰罪，适用刑事和解，有利于不断提升两性共识，减少社会中男女两性的性别对立。社交互动中，男女双方都应主动有意识地避免自己的肢体动作触碰到他人的性敏感部位，这是轻而易举的。其三，刑事和解可以充分尊重公民自治。行为人是否被定为性骚扰罪，应尊重被害人的意愿。在判决之前，被害人可以撤回告诉，撤回后，不得再提起诉讼。赋予被害人自诉权与撤回告诉权，可以激励被告人与被害人和解，间接强制要求被告积极赔偿被害人，对被害人赔礼道歉，向被害人寻求刑事和解。如果告诉人不接受被告的赔偿，则被告仍然会被定罪。我国台湾地区已有被害人不接受和解的司法案例。2022年某时，陈某1到A女任职的银行办理业务，趁A女经过其左侧不及防备之际，伸出左手抚摸A女左侧臀部一下，A女受到惊吓而转头并生不舒服之感，于是A女报警处理。陈某1后坦承犯行，态度良好，并愿赔偿告诉人金额若干，A女不接受。后被告人性骚扰罪成立，处拘役10日。

### （二）性骚扰罪与强制猥亵罪具有协调性

性骚扰罪容易与强制猥亵罪相混淆而产生不必要的争论，有必要将二者区分。笔者认为性骚扰罪与强制猥亵罪可以被明确区分，司法适用也可以相互协调。

#### 1. 二者的正当根据理论不同

强制猥亵罪正当化的正当根据理论是伤害原则，伤害原则本质上是客观上可识别的利益受挫。性骚扰罪的正当根据理论是冒犯原则，冒犯原则本质上是主观上精神、心理所遭受的强烈负面情绪。强制猥亵者侵犯了被害人的性自主决定权，性骚扰者故意接触被害人的臀部、胸部、阴部等性隐私部位，使被害人感到被严重冒犯，内心充满屈辱、厌恶、不适等持久的强烈负面情绪，侵犯了被害人“与性相关的、宁静平和的身体状态”。例如，2021年某时，陈某2趁A女不及抗拒之际，徒手朝A女胸前推碰一下。其辩称其以手推碰A女胸部上方，是为了阻止A女“开发客人”而赶走A女。法院从A女被冒犯的主观感受出发，以A女诉称“徒手推我胸部一把，当下感觉乳沟的部位有被揉到”“感觉很不舒服，很恶心想吐”等语，认为陈某2仅需先以语言沟通即可以达到赶走A女的目的，却第一时间冲出来，立即用力推碰触摸A女经衣服覆盖之胸部上缘，造成A女感受到不被尊重，破坏A女所享有关于性、性别等性有关的不受干扰的平和状态。

#### 2. 强制猥亵罪的强制程度更重，刑罚也更重

强制猥亵罪的手段行为对肢体的暴力程度要求更高，行为危害程度更重。是否成立该罪，需要判断是否存在被害人不能反抗、不知反抗、不敢反抗或反抗显著困难。例如，被告人将被害人推倒在地，用手抚摸其胸部；或者一手捂被害人的嘴，一手抚摸被害人的胸部，这属于强制猥亵。而成立性骚扰罪，不需要有推倒被害人、捂被害人的嘴等额外暴力。对此，强制猥亵罪的刑罚设置，相较于性骚扰罪来说更重。性骚扰罪是典型的“微罪微罚”，法定刑应为拘役。同时，性骚扰罪是亲告罪，性骚扰刑事案件是自诉案件，还可以适用刑事和解，涉事双方可以因刑事和解而“冰释前嫌”。强制猥亵案是公诉案件，不能刑事和解。

#### 3. 成立性骚扰罪要求事发当时被害人觉察被性骚扰

即使被害人处在沉睡、醉酒、昏迷、麻醉、毒瘾发作等无意识状态，也可以成立强制猥亵罪。而成立性骚

扰罪，要求事发当时被害人觉察到自己的身体敏感部位被触摸，如果被害人处在沉睡、严重醉酒、昏迷、麻醉、毒瘾发作等失去意识的状态，可以推定被害人无法觉察到自己被性骚扰，行为人据此不应构成性骚扰罪，除非有证据证明被害人觉察到了。例如，医生多次抓摸、吸吮麻醉患者的胸部，可以认定医生违背被害人意志，构成强制猥亵罪。如果医生抓摸了一下患者的胸部，事发当时没有任何证据证明被害人觉察到自己被性骚扰，或者被害人对接触感到满足、好奇、搞笑、愉悦等等，则医生不构成性骚扰罪。

#### 4. 刑法中“猥亵”定义模糊，“性骚扰”定义更明确

“猥亵”在我国刑法中的行为类型无限多样，猥亵犯罪是倾向犯，包括男女性交行为以外、满足自己性欲或足以挑逗他人引起性欲的一切强制色欲行为，既包括对他人身体敏感部位的触摸、强迫他人裸聊等轻微行为，也包括强迫他人观看淫秽视频、自慰、强迫他人在自己面前性交等众多复杂多样的严重行为。强制猥亵罪，是未经允许或无法律依据，进入他人的性私密领域，持续时间较长。性骚扰罪，只包括对被害人胸部、阴部、臀部等性隐私部位的接触，持续时间短，行为类型明确。■

#### 【作者简介】



胡 莎 兼职律师 ■  
执业证号 14401202021253445

**专注领域：**性犯罪，毒品犯罪，企业犯罪，网络犯罪  
湖北仙桃人，现为广东外语外贸大学在站博士后，广州大学法学院讲师。系中国人民大学刑法学博士，曾为英国伦敦大学玛丽女王学院访问博士生，中山大学刑法学硕士，毕业于广州大学法学本科。其曾在《中国刑事法杂志》《中国性科学》《医学与法学》等杂志上发表论文20多篇，其中有3篇被人大复印报刊资料《刑事法学》全文转载。

# 《碳排放权交易管理暂行条例》重点解读

文/闪涛

2024年2月4日，国务院发布《碳排放权交易管理暂行条例》（简称“《条例》”），自2024年5月1日起施行。可谓千呼万唤始出来。为什么这么说？碳排放权交易市场试点工作从2011年开始在两省五市启动，距今已有12年时间，全国碳排放权交易市场自2017年启动，距今也已有6年时间。在此期间，始终没有一部行政法规予以支撑。现在《条例》终于出台，所以总是“有法可依”了。下面作者将以问答的方式对《条例》进行解读。

## 一、《条例》适用哪个市场、哪些主体？

《条例》第二条规定：“本条例适用于全国碳排放权交易市场的碳排放权交易及相关活动。”即明确适用于全国碳排放权交易市场。

对于地方性碳排放权交易市场，第二十九条规定：“对本条例施行前建立的地方碳排放权交易市场，应当参照本条例的规定健全完善有关管理制度，加强监督管理。本条例施行后，不再新建地方碳排放权交易市场，重点排放单位不再参与相同温室气体种类和相同行业的地方碳排放权交易市场的碳排放权交易。”

《条例》适用的对象是“重点排放单位”，其第八条规定：“国务院生态环境主管部门会同国务院有关部门，根据国家温室气体排放控制目标，制定重点排放单位的确定条件。省、自治区、直辖市人民政府（以下统称“省级人民政府”）生态环境主管部门会同同级有关部门，按照重点排放单位的确定条件制定本行政区域年度重点排放单位名录。重点排放单位的确定条件和年度重点排放单位名录应当向社会公布。”简言之，纳入重点排放单位的条件主要由生态环境部制定，重点排放单位以名录的形式对外公布，名录由省级人民政府制定。

## 二、《条例》覆盖哪些温室气体种类与行业范围？

《条例》第六条规定：“碳排放权交易覆盖的温室气体种类和行业范围，由国务院生态环境主管部门会同国务院发展改革等有关部门根据国家温室气体排放控制目标研究提出，报国务院批准后实施。”

《条例》第三十条规定：“温室气体，是指大气中吸收和重新放出红外辐射的自然和人为的气态成分，包括二氧化碳、甲烷、氧化亚氮、氢氟碳化物、全氟化碳、六氟化硫和三氟化氮。”从目前现有政策来看，覆盖的主要是二氧化碳，行业主要是电力行业。但《条例》第三十二条给航空业留下一个特殊规定，可以预见，未来航空业将可能成为下一步重点覆盖的行业。

## 三、《条例》规制哪些碳排放权交易产品？

《条例》第六条第二款规定：“碳排放权交易产品包括碳排放配额和经国务院批准的其他现货交易产品。”说明，碳排放权交易产品主要指的是“碳排放配额”，以及“现货”，从另一个角度看，“期货”目前是被排除在外的。当然，从用语上看，这一条是带有一点歧义的。

## 四、哪些主体可以参与碳排放权交易市场？

《条例》第七条规定：“纳入全国碳排放权交易市场的温室气体重点排放单位以及符合国家有关规定的其他主体，可以参与碳排放权交易。”这里关键是“其他主体”包括哪些？个人是否能够参与？仍有待明确。

## 五、《条例》规定的监督管理部门是哪些？

《条例》第四条规定，对于“碳排放权交易及相关活动的监督管理工作”，在中央主要是国务院生态环境主管部门负责，在地方主要是地方人民政府生态环境主管部门负责。

此外，对于全国碳排放权注册登记机构和全国碳排放权交易机构的监管，主要由国务院生态环境主管部门、国务院市场监督管理部门、中国人民银行和国务院银行业监督管理机构四个部门进行监管。

## 六、年度碳排放配额总量和分配方案是如何确定的？

《条例》第九条规定，年度碳排放配额总量和分配方案主要由“国务院生态环境主管部门会同国务院有关部门，根据国家温室气体排放控制目标，综合考虑经济社会发展、产业结构调整、行业发展阶段、历史排放情况、市场调节需要等因素”确定。同时，第十条规定：“应当征求省级人民政府、有关行业协会、企业事业单位、专家和公众等方面的意见”。

## 七、碳排放配额如何确定与分配的？

《条例》第九条第二款规定，主要由省级人民政府生态环境主管部门会同同级有关部门“向本行政区域内的重点排放单位发放碳排放配额”，且“不得违反年度碳排放配额总量和分配方案发放或者调剂碳排放配额”。

## 八、重点排放单位主要有哪些法定义务？

根据《条例》第十一条规定：

1. 采取有效措施控制温室气体排放——控排义务；
2. 制定并严格执行温室气体排放数据质量控制方案——方案制定与执行义务；
3. 使用依法经计量检定合格或者校准的计量器具开展温室气体排放相关检验检测——合规检测义务；

4. 如实准确统计核算本单位温室气体排放量——统计核算义务；

5. 编制上一年度温室气体排放报告——编制报告义务；

6. 按照规定将排放统计核算数据、年度排放报告报送其生产经营场所所在地省级人民政府生态环境主管部门——报告报送义务；

7. 应当对其排放统计核算数据、年度排放报告的真实性、完整性、准确性负责——主体性责任；

8. 向社会公开其年度排放报告中的排放量、排放设施、统计核算方法等信息——信息披露义务；

9. 年度排放报告所涉数据的原始记录和管理台账应当至少保存5年——数据保存义务；

10. 配合技术服务机构开展技术审核工作，如实提供有关数据和资料——配合技术审核义务；

根据《条例》第十四条规定：

11. 按照国务院生态环境主管部门规定的时限，足额清缴其碳排放配额——足额清缴义务；

根据《条例》第十七条规定：

12. 配合现场检查、进行说明，被检查者应当如实反映情况、提供资料，不得拒绝、阻碍——配合调查义务；

综上，一共是十二项法定义务。

## 九、重点排放单位违反法定义务会承担哪些法律责任？

《条例》第二十一条、第二十二条、第二十四条、第二十五条、第二十六条、第二十八条规定了“责令改正”“责令停产整治”“没收违法所得”“核减配额”“罚款”“治安管理处罚”等行政法律责任，以及民事法律责任与刑事法律责任。

## 十、技术服务机构在《条例》中可以开展什么业务？

《条例》第十二条与第十三条规定了技术服务机构，

既可以接受省级人民政府生态环境主管部门的委托，对重点排放单位提交的年度排放报告进行技术审核；也可以接受重点排放单位的委托编制年度排放报告，对年度排放报告进行技术审核。同时，为了避免利益冲突与保持独立性，规定了“技术服务机构在同一省、自治区、直辖市范围内不得同时从事年度排放报告编制业务和技术审核业务”。换言之，技术服务机构可以在某一地域范围从事排放报告编制业务，在另一地域范围从事技术审核业务。

### 十一、技术服务机构的资质与要求有哪些？

《条例》第十三条规定，技术服务机构“应当按照国家有关规定，具备相应的设施设备、技术能力和技术人员，建立业务质量管理体系，独立、客观、公正开展相关业务”。

### 十二、技术服务机构的责任有哪些？

《条例》第十三条规定，当技术服务机构接受政府部门委托时，“应当遵守国家有关技术规程和技术规范要求，对其出具的检验检测报告承担相应责任，不得出具不实或者虚假的检验检测报告”。当技术服务机构接受重点排放单位的委托时，应当“对其出具的年度排放报告和技术审核意见承担相应责任，不得篡改、伪造数据资料，不得使用虚假的数据资料或者实施其他弄虚作假行为”。

### 十三、碳排放权的交易方式有哪些？

《条例》第十五条规定：“碳排放权交易可以采取协议转让、单向竞价或者符合国家规定的其他现货交易方式”，协议转让可以理解为是一对一的方式转让，单向竞价可以理解为是一对多的方式进行转让。至于其他转让方式，留待未来国家出台有关规定。

### 十四、注册登记机构与交易机构的法律地位与职责是什么？

《条例》第五条规定，全国碳排放权注册登记机构主要负责“登记”以及“交易结算服务”。全国碳排放权交易机构负责“组织开展碳排放权集中统一交易”。两者都要“完善相关业务规则，建立风险防控和信息披露制度”。

### 十五、碳排放权交易登记与交易是否要收费？

《条例》第五条规定：“登记和交易的收费应当合理，收费项目、收费标准和管理办法应当向社会公开”。

### 十六、生态环境主管部门的职权有哪些？

综合《条例》的相关规定，生态环境主管部门的职权主要有：

1. 对碳排放权交易及相关活动进行监督管理；
2. 对全国碳排放权注册登记机构和全国碳排放权交易机构进行监督管理；
3. 确定碳排放权交易覆盖的温室气体种类和行业范围；
4. 制定重点排放单位的确定条件；
5. 制定本行政区域年度重点排放单位名录；
6. 制定年度碳排放配额总量和分配方案，并组织实施；
7. 向本行政区域内的重点排放单位发放碳排放配额；
8. 制定相关技术规范；
9. 对重点排放单位报送的年度排放报告进行核查；
10. 委托依法设立的技术服务机构对年度排放报告进行技术审核；
11. 建立全国碳排放权交易市场管理平台；
12. 对交易主体、技术服务机构进行现场检查（可以采取查阅、复制相关资料，查询、检查相关信息系统等措

施，并可以要求有关单位和个人就相关事项作出说明)；

13. 对违反本《条例》的行为进行行政处罚。

## 十七、生态环境主管部门的义务有哪些？

1. 向社会公布重点排放单位的确定条件和年度重点排放单位名录；

2. 省级生态环境主管部门不得违反年度碳排放配额总量和分配方案发放或者调剂碳排放配额；

3. 应当征求省级人民政府、有关行业协会、企事业单位、专家和公众等方面的意见；

4. 核查工作应当在规定的时限内完成，并自核查完成之日起7个工作日内向重点排放单位反馈核查结果。核查结果应当向社会公开；

5. 进行现场检查，检查人员不得少于2人，并应当出示执法证件。检查人员对检查中知悉的国家秘密、商业秘密，依法负有保密义务；

6. 滥用职权、玩忽职守、徇私舞弊的，应当依法给予处分。

### 《条例》留白部分

《条例》总体上是框架性的立法，将碳排放权交易制度所涉及的总量确定、配额分配、登记、交易、排放报告、核查、清缴均进行了原则性的安排，对于诸多制度中的程序性环节将由国家在未来通过出台实施细则以及相关指引进一步明确。目前亟待解决的是碳排放权配额的属性问题。我们看到，可能是因为行政法规的立法层级问题，国务院本次并未从法律层面确认碳排放权配额的属性，或许未来可能在司法实践中或者上位法中作进一步明确。

### 【相关阅读】

闪涛律师撰写的《碳中和背景下的碳排放权交易法律原

理与实务》由法律出版社出版发行。该书谋篇布局上包括宏观、中观和微观三个层面。宏观层面上，该书讨论了应对气候变化催生全球气候治理、相关国际实践以及碳排放权的生成背景、理论及实践等问题；中观层面上，该书切入碳排放权交易问题，就碳排放权交易的法律原理、机制与制度构建进行了研究，提出了目前存在的问题，并提供了分析和解决问题的思路；微观层面上，该书研究了企业和政府在碳排放权交易及监管中所涉及的具体法律事务，提出了保障碳排放权交易制度有序运行的对策。

### 【作者简介】



闪涛 高级合伙人

执业证号 14401200810597414

**专注领域：**“一带一路”与海外投资、碳交易/ESG、跨境争议解决、跨境电商、新兴科技（人工智能、区块链、数据安全与信息保护）等

法学博士，广州碳排放权交易中心常年法律顾问，出版专著《碳中和背景下的碳排放权交易法律原理与实务》（法律出版社），代理全国首宗碳排放权交易纠纷案件，该案例入选最高人民法院司法积极稳妥推进碳达峰碳中和典型案例。司法部“全国千名涉外律师人才名录”成员，中华全国律师协会涉外法律事务领军人才，广东省涉外法治人才库成员（省依法治省办），中山大学/广东外语外贸大学法学院兼职教授/硕士研究生导师，广州仲裁委仲裁员，2023年12月获评“广州涉外大律师”。

# 处理日常房地产法律事务的十三条核心建议

文 / 蒋修贤

## 一、面对房屋官司，事先签好合同是关键

当事人在房地产诉讼中普遍期望获得胜诉，其前提一是依据合同和法律，二是依据事实等，需要落实两件事：

第一，要预先设计和草拟房屋合同，在依法、公平的基础上，清晰、明确约定双方的权利义务，请专业律师把关相关条款；

第二，履行合同要合规，除了全面、诚信的履约之外，还要谨慎、合理履行通知、保密、防止损失扩大等义务。

## 二、买房、租房，请勿触碰违章房，面临合同无效、房屋被拆风险

租房、买房时要看房地产权证，千万别碰违章房。

第一，买房，要看房地产权证、预销证、建设规划手续等，登录房管局官方网站查询有无抵押、查封情况；

第二，租房，要看房地产权证，并进行实地查看，不租无证且违章的房屋，同时要了解房屋设备、设施及周边等情况。

## 三、房屋租赁、买卖或建设必须合法，不打擦边球、不存侥幸心理

买房、租房、建房，要先查清楚对应的法律规定，切忌存在侥幸心理。关于房屋租赁、买卖或建设方面的法律法规，《中华人民共和国民法典》（下称“民法典”）及相关法律法规均有明确规定，一旦涉及违法行为，相关合同可能被判定无效，双方将可能面临承担法律责任的风险，以及受到处罚。所以，买房租房前一定要确认手续齐全、合同内容和建房手续均要合法，竣工需办理验收、办理产权证书等，避免日后产生法律纠纷。保护自己的合法权益，从合法、合规开始。

## 四、想买宅基地？得是同村人，否则合同一般无效

宅基地是农村集体为保障农民生活需求而提供的土地，专门用于建设自用居住的房屋。农户可以使用这块土地，但土地的所有权始终属于村集体，农户不能随便买卖、出租或者转让。

非本村的人员能否购买宅基地呢？答案是不能。因为宅基地的使用权跟村集体的成员身份挂钩，非本村集体成员不具有资格购买。即使和村民达成了买卖协议，该协议一般也是无效的。

## 五、农村、国有的土地房屋交易，须谨慎，确保程序合法

购买农村、国有的土地房屋时，千万别贪图便宜，必须谨慎交易。这种交易有严格的法律程序和规定，稍有不慎就可能产生法律纠纷。比如，农村资产交易必须通过三资公开交易平台，确保每一步都合法合规。而国有企业的资产交易，程序上不仅要经过国资管理机关的审批，还需要进行公开交易，确保程序合法，尤其划拨国有土地是不能进行商品房建设和交易的，即便租赁也要取得审批手续。

## 六、租赁厂房要注意建设竣工手续完整，规划用途、环保审批、消防验收要合格

厂房租赁其中大有学问，不仅要看权属、规划功能、位置、价格，还需注意厂房是否符合合法建设要求、规划用途、环保标准和消防验收等硬性指标。如果不符合条件，租赁合同则可能被视为无效，可能导致严重违约情形，引起纠纷，使得合同难履行。

笔者在此提示，在签订合同前，务必确认厂房是否符合相关硬性标准，建议聘请专业律师作调查和审核，确保合规性。

## 七、买房子签合同，要谨慎，条款仔细看，“霸王”条款要删改，特殊约定要注明

霸王条款不仅存在于合同之中，也可能存在于补充合同、承诺函等文件中，这些不公平的条款都要修改，尽量主张权利、要求公平合法。同时，要注意考察开发商和销售商之间的关联性，要与开发商或者开发商直接下属的销售公司签约，避免与中介公司或无关公司签约付款，对房屋建设进度、开发商能否如期交楼要有基本的判断，避免出现房屋不能交付的问题。

## 八、房屋质量有问题？书面发函至开发商，并保全证据、协商谈判三步走

买房后发现房屋质量有问题？别着急。

第一步，书面发函至开发商，明确写清楚存在哪些房屋质量问题，并且要求与开发商、物管公司现场查看，协商解决方案；

第二步，收集和保留好所有证据，比如照片、视频、维修记录等，为后期维权提供保障；

第三步，与开发商协商解决，如果协商无果，尽早采取法律手段，通过诉讼或仲裁解决问题。

## 九、房屋、土地租赁，超过二十年的合同，超期部分无效，双合同、自动续租、赠送期限等规避二十年期限的方式均无效

房屋和土地租赁，尤其是大规模的房屋和土地租赁经营，租赁者往往希望租赁合同期限越长越好。但是民法典对租赁合同期限是有明确规定的：租赁期限不得超过 20 年，超过 20 年的部分均为无效。此外，很多人采取签订双合同、签订自动续期的条款、赠送期限等方式来规避 20 年最长期限的规定，但这些方式基本是无效

的，建议租赁合同期限不超过 20 年，如需延长时间，可在合同中提前约定较长的时间协商，并且按合法、合理的条件享有优先续租权，以达到长租目标。

## 十、买房、租房莫急签，尽职调查防止掉入“便宜”陷阱

如果遇到特别便宜的房子、土地或其他物业资产，千万不要仅仅看价格，便宜背后可能隐藏着不少问题，比如产权不清、违建、环境糟糕，或是违法项目等。因此，一定要做全面的背景调查，查清楚“便宜”的真正原因，确认房屋和土地是否合法、是否符合规划用途，查清有无抵押、查封、债务纠纷等，保护自身投资安全，别让便宜的价格成为未来履约的隐患。

## 十一、大宗楼房土地等资产的买卖、租赁及承包经营，调查要深入、合同要签好、成立有限公司进行经营，防范法律风险意识要加强

做大宗楼房资产租赁、买卖及承包经营的，合同风险管理是重中之重。首先，必须彻底调查资产背景，看看房地产是否合法、具备相关的规划功能，有无合规的相关设备、设施，查清有无抵押、查封等权属纠纷，避免踩雷，不能相信口头承诺。其次，合同签订要谨慎，确保合同的各项条款清晰、双方权利义务明确，违约责任清晰并公平，大额合同最好有担保方，避免出现后期纠纷。此外，建议通过成立项目公司的方式进行签约和经营，避免个人签订合同，影响家庭资产。打好三招的组合拳，尽可能防范履约风险，推动项目顺利执行。

## 十二、“二房东”是夹心饼，一面为房东、二面为商户。两线作战、两头难，律师建议两手抓

做“二房东”就像是夹心饼干，夹在房东和租户之间。

一方面，要抓房东守约工作，房东守约是取得租赁物业的前提，因此承租人要签订好合同，并且在履约中尽量保障合同顺利履行，不给房东解约的借口；另一方面，还得防止下游的租户、商户违约，防止他们违约或者租后违约、占铺、滋事等行为，要采取有效的措施，如明确约定商户违约成本、清理分租户的责任、占用物业的成本责任等。“二房东”要保护自己的权益，合同条款一定要专业、细致，尤其是明确责任。

### 十三、打房地产官司，要选择专业的律师

房地产官司（房屋、土地、建筑工程等）具有专业性和复杂性的特点，打房屋、土地官司，要选择专业的律师，需“四看”：

一看律师所属律所。找律师，要去正规律所，并且最好选择专注房地产业务的律师；

二看律师资历。执业时间较长的律师具有丰富实务经验，对案件疑难程度有比较准确的判断；

三看律师代理的案例和撰写的理论著作。经验丰富的律师，一般都代理过大量的同类案件或疑难案件，对案件会有一定独到见解，有些专业律师还会总结办案成果，形成论文和著作；

四看律师在行业的口碑。一名好律师不仅要具有较强办案能力，还有较高的职业素养和信誉。■

#### 【作者简介】



蒋修贤 合伙人 ■

执业证号 14401200510397529

**专注领域：**城市更新，房地产与建筑工程，公司法，诉讼仲裁等争议解决

执业逾 18 年，二级律师（副高级职称），中国并购交易师、广州 / 肇庆仲裁委员会仲裁员、广州市国土资源和规划委员会入库法学专家、广东省工业和信息化厅法学入库专家、广东省律师协会房地产法律专业委员会委员、广州市律师协会房地产与城市更新委员会副组长 / 委员，担任广东工业大学经济与贸易学院客座教授、暨南大学校外研究生导师。在《中国律师》《广东律师》《广州律师》《仲裁研究》《司法警官职业教育研究》等专业刊物上发表学术研究论文 30 余篇，2020 年 12 月出版专业著作《律师业务技能与实务研究》一书，获得 2020 年度广州市律师协会“理论成果”一等奖；2024 年总结实务办案经验，归纳不动产争议法律审判焦点及实务操作，出版专著《不动产争议解决法律实务——律师实战案例详解与实务操作指引》。

# 操纵证券市场罪与市值管理的认定

文 / 张凯维

## 一、案情简介

某上市公司实控人持有的公司股票大量处于质押状态且面临跌破平仓线风险，以及因股价“倒挂”使得定向增发的股份减持，造成严重亏损的情况，因此某上市公司实控人意图通过拉升公司股票缓解其质押股票被强制平仓的情况，以及确保定向增发的股份安全退出。随后，某上市公司实控人委托专业团队对公司股权进行市值管理，约定团队进行操盘、配资、基金和媒体等多方面一条龙服务，负责推动公司股价上涨，最终目的是恢复到定增前的股价。

法院经审理认定，上述人员犯操纵证券市场罪被判处有期徒刑 3 至 8 年不等，并处罚金。

## 二、定义区分

### （一）操纵证券市场罪

根据《中华人民共和国刑法》第一百八十二条的规定，“有下列情形之一，操纵证券、期货市场，影响证券、期货交易价格或者证券、期货交易量，情节严重的，处五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，处五年以上十年以下有期徒刑，并处罚金：

（一）单独或者合谋，集中资金优势、持股或者持仓优势或者利用信息优势联合或者连续买卖的；（二）与他人串通，以事先约定的时间、价格和方式相互进行证券、期货交易的；（三）在自己实际控制的帐户之间进行证券交易，或者以自己为交易对象，自买自卖期货合约的；（四）不以成交为目的，频繁或者大量申报买入、卖出证券、期货合约并撤销申报的；（五）利用虚假或者不确定的重大信息，诱导投资者进行证券、期货交易的；（六）对证券、证券发行人、期货交易标的公开作出评价、预测或者投资建议，同时进行反向证券交易或者相关期货交易的；（七）以其他方法操纵证券、期货市场的。”

### （二）市值管理

根据《上市公司监管指引第 10 号——市值管理》第二条的规定，“本指引所称市值管理，是指上市公司以提高公司质量为基础，为提升公司投资价值和股东回报能力而实施的战略管理行为。上市公司应当牢固树立回报股东意识，采取措施保护投资者尤其是中小投资者利益，诚实守信、规范运作、专注主业、稳健经营，以新质生产力的培育和运用，推动经营水平和发展质量提升，并在此基础上做好投资者关系管理，增强信息披露质量和透明度，必要时积极采取措施提振投资者信心，推动上市公司投资价值合理反映上市公司质量。上市公司质量是公司投资价值的基础和市值管理的重要抓手。上市公司应当立足提升公司质量，依法依规运用各类方式提升上市公司投资价值。”

## 三、入罪标准

根据《最高人民法院、公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）》第三十四条的规定，符合操纵证券等情形的，应予以立案追诉。

本案中，法院关于操纵证券市场犯罪行为的认定如下：

（一）以操纵证券市场行为在连续十个交易日期间最低持有流通股份数量达到实际流通股份总量 10% 以上，并且累计成交股份数量在扣除累计“对倒”股份数量后占同期市场总成交量 20% 或 50% 以上为标准。

（二）操纵证券市场行为是一个自然渐进的过程，行为人在操纵证券市场犯罪故意支配下，从着手实施到实行终了，整个行为具有连贯性，应整体评价，不以某个区间段（连续十个交易日）未达到入罪标准而否定该行为的刑事违法性。

（三）本案被告人共同操纵股票期间，持有或控制的流通股份数量达到该证券的实际流通股份总量 10% 以上，利用资金优势和持股优势，通过连续交易、反向交易、

对倒、拉抬，连续十个交易日的累计成交量达到同期该证券总成交量 50% 以上的共计 52 次，累计盈利 1 亿 7 千万余元，该行为已构成操纵证券市场罪。

## 四、定罪核心

(一) 中国证券监督管理委员会作为证券监督管理机构，根据公安机关的商请及其前期调查，对被告人利用资金优势、持股优势，通过连续交易、在自己实际控制的账户之间进行证券交易的方式操纵公司股票的行为，出具了专业认定意见。该意见符合法律和行政法规的规定，可以作为本案事实的参考。

(二) 本案侦查机关依法委托某会计师事务所对被告人操纵公司股票的资金来源与去向、买卖股票盈利、保证金投入和支付利息等事项进行鉴定，鉴定过程和鉴定方法符合相关专业的规范要求，鉴定结果客观真实，可以作为定案的依据。

## 五、实务心得

### (一) 操纵证券市场罪与市值管理的界限模糊

在《上市公司监管指引第 10 号——市值管理》出台前，相关文件没有对市值管理有明确的定义。市值管理一般从市场环境分析、公司基本面规划、资金面分析及规划、公司股价规划等方面考量。随着上述文件的出台，为提升公司投资价值和股东回报能力而实施的战略管理行为可称为市值管理。但市值管理的过程可能涉及股票的交易以及持有量等问题，只要符合操纵证券市场犯罪行为的认定标准，仍然可能会涉及刑事责任。

### (二) 是否存在主观操纵证券市场的故意难以自证

办案过程中发现，尽管被告人对某些股票不存在拉抬以及推动等行为动作，但由于集合持有较多的证券账户，或者委托的专业团队存在操纵证券市场的行为，同时符合《最高人民法院、最高人民检察院关于办理操纵证券、期货市场刑事案件适用法律若干问题的解释》规定的持有流通股数量以及成交量的标准，即可以共同犯罪的形式构成操纵证券市场罪。

### (三) 持有证券账户的交易情况是案件的重要定案依据

无论是中国证券监督管理委员会出具的分析报告或者是会计师事务所出具的鉴定报告，均离不开所持有的账户以及账户组的数量。即便是两个不同团队使用不同的账户，或者是存在账户使用的前后顺序，仍然可能会认定前使用的账户人并未彻底消除其行为对后续危害结果的影响力，而后使用账户的人属于加入尚未实行终了的犯罪行为，构成承继的共同犯罪，共同对全部的操纵行为承担刑事责任。

## 六、结语

虽然，案发乃至庭审时《上市公司监管指引第 10 号——市值管理》并未出台，但市值管理的行为一直在资本市场上存在。根据规定，上市公司应围绕提升公司质量、依法合规运用多种市值管理工具、加强信息披露和投资者关系管理等方面，合法合规地提升公司投资价值 and 股东回报能力，有效推动上市公司投资价值合理反映上市公司质量。企业如何采取合法合规的市值管理行为，达到提升公司投资价值等预期目标，将是一个不断探索的过程。

### 【作者简介】



张凯维 合伙人

执业证号 14401201810048297

**专注领域：**商事仲裁，执行重组，证券金融刑事辩护  
执业期间办理了数百件诉讼案件，曾为多家国企及上市公司提供法律服务，其中包括代理某国有集团公司诉某地产集团公司（涉诉金额 1.8 亿元），某国有集团公司仲裁某投资公司（涉诉金额 2000 余万元）等胜诉案件。在涉及股票证券配资、证券虚假陈述、强制执行、破产重整、操纵证券市场罪辩护方面，具有丰富的实践经验。

# 浅析律师事务所的风险管理与防控

文 / 孙俊杰 左 薇

风险管理对于律师事务所的重要性不容忽视。它不仅关系到事务所的日常运营和客户关系，还直接影响到事务所的声誉、合规性和经济利益。通过科学有效的风险管理，律师事务所才能够在复杂多变的法律环境中，保持稳健运营并实现长远发展。

首先，律师事务所必须通过有效的风险管理来识别、评估和应对可能对客户产生负面影响的风险，确保客户的利益得到最大程度的保护。其次，律师事务所的声誉是其在法律行业中立足的基石。风险管理对于维护和提升律师事务所的行业声誉具有重要作用。再次，有效的风险管理可以帮助事务所识别潜在的合规风险，并及时采取措施避免违反法律或法规，确保事务所在提供服务时始终处于合规状态，不会因违规而遭受处罚或法律制裁。最后，通过风险管理，对未来潜在风险的前瞻性分析，事务所可以制定更具战略性的发展计划，确保在激烈的市场竞争中保持领先地位。

## 一、律师事务所管理风险构成

笔者认为，律师事务所在管理中较为常见的六大风险，分别是品牌舆情风险、律师违规风险、财务管理风险、税务风险、人才流失风险、分所管理风险。

### （一）品牌舆情风险

随着互联网的飞速发展和信息传播方式的变革，律师事务所的品牌管理正面临前所未有的挑战，负面信息被快速传播、谣言与虚假信息不断扩散、品牌形象不可控、客户隐私可能被泄露、危机应对具有时效性压力，长期声誉管理是一项极大挑战。

### （二）律师违规风险

律师违规行为主要分为以下九类：违规收案、收费；代理不尽责；泄露秘密或隐私；律师执业利益冲突；不

正当竞争；妨碍司法公正；以不正当方式影响依法办理案件；违反司法行政管理或行业管理；其他违规行为<sup>[1]</sup>。对律师本人来说，其违规行为会使自己承担相应的行政责任、民事赔偿责任、刑事责任以及律师协会的行业处分<sup>[2]</sup>，但对律所而言，律师的违规行为不仅有可能导致律所承担巨额罚款或者赔偿，甚至，一旦受到行业处分，律所在招投标时无法提供律师事务所“无行业处分证明”，对律所业务会产生较大影响。

### （三）财务管理风险

律所在财务管理中面临的风险是多方面的，有以下几种：（1）管理层挪用账目款项。财务监管机制不健全，管理层利用职务之便将律所的资金挪用于个人用途或其他不相关的业务。（2）财务系统不更新，技术上滞后，导致账目混乱。（3）律所应收账款未及时收回，影响律所的现金流，增加财务压力。（4）律所未控制好利润核算。律所未控制好成本或在报价时低估了案件的复杂性和所需资源，可能会导致实际利润率低于预期，甚至出现了案子，收了代理费，但是未盈利的情况。

### （四）人才流失风险

律师事务所的核心竞争力在于其人才。在法律服务行业中，部分律所之间会进行人才争夺。高素质律师的离职会直接影响律所的业务运作和客户服务质量。律所不仅需要花费额外的时间和成本来招聘和培训新员工，还可能遭遇客户关系的流失和业务的中断，更为致命的是，大规模的人才流失会削弱律所在行业中的竞争力。

### （五）分所管理风险

不少律师事务所在扩展分所时，往往只关注分所的成立和布局，而忽视了对分所健康持续运营的有效管理和制度建设。律所的分所管理风险主要体现在没有制定明确的质量标准和评估体系，未形成系统化的财务管理、人力资源管理、业务流程规范等制度。

## 二、风险带来的后果分析

### （一）品牌贬值

信息传播的速度和广度在互联网时代得到了极大提升，这使得律所多年来积淀的品牌形象更容易受到外部舆论的影响。

当前，客户不满、案件处理中的争议、对律师事务所服务质量的质疑等负面信息可以在短时间内广泛传播，并迅速形成舆论风暴。对律所而言，任何未经证实的负面消息、夸大的事实或恶意的攻击性言论，都可能通过网络迅速传播，甚至可能被公众误认为真实信息。这些信息一旦扩散，将对律所品牌形象造成严重打击，且难以在短期内消除影响。律所处理的案件通常涉及大量客户的敏感信息，一旦这些信息在互联网平台上被泄露，将对客户和事务所本身造成严重后果。律师事务所的品牌形象不仅由律所自身控制，客户、竞争对手、媒体等外部主体都可能通过网络对事务所的品牌形象产生影响，这就存在一种潜在的品牌危机。律所一旦发生舆情危机，必须在极短时间内做出回应，时效性成为危机公关的关键因素，处理不当或反应迟缓都可能加剧舆情危机，导致品牌贬值。互联网时代的品牌舆情具有持续性和累积效应。一次负面舆情事件可能在短时间内被公众遗忘，但其可能在未来的其他事件中再次被提及，形成对事务所长期声誉的负面影响。

### （二）行业处罚

律师违规行为责任类型主要有四种，第一种为行政处罚措施，对律师采取警告、停止执业、没收违法所得、吊销律师执业证书四类行政处罚措施；对律师事务所采取责令改正、没收违法所得、可并处罚款、停业整顿、吊销律师事务所执业许可证五类行政处罚措施。第二种为民事赔偿责任，依据《律师和律师事务所违法行为处罚办法》第四十六条，“律师、律师事务所因违法执业受到行政处罚，其违法行为对当事人或者第三人造成损害的，应当依法承担相应的民事责任。因律师违法行为造成律师事务所承担赔偿责任的，律师事务所赔偿后可以向有故意或者重大过失行为的律师追偿。”第三种是

刑事责任，依据《中华人民共和国律师法》第四十九条，“律师的行为构成犯罪的，依法追究刑事责任。”第四种是行业处分，主要依据《律师协会会员违规行为处分规则（试行）》第十五条，“对律师采取训诫、警告、通报批评、公开谴责、中止会员权利一个月以上一年以下，以及取消会员资格六类行业处分。”《律师和律师事务所违法行为处罚办法》中包含了对律所的行政处罚，第三十三条规定，“律师事务所有《律师法》第五十条以及本办法第二十三条至第三十条规定的违法行为的，由司法行政机关视其情节给予警告、停业整顿一个月以上六个月以下的处罚，可以处10万元以下的罚款；有违法所得的，没收违法所得；情节特别严重的，吊销律师事务所执业证书。”律师或律所被行业处分会冲击事务所的招投标业务，律所在招投标时无法提供律协出具的“无行业处分证明”，将会失去参与重大项目竞争的机会。

政府信息公开	
政 策	■ 处罚/强制
政务信息公开指南	律所因不按规范规定办理律师事务所合伙人变更被处罚警告 2021-05-19
政务信息公开制度	因违法违规代理、私自收费被处罚停止执业三个月 2021-05-19
法定主动公开内容	因伪造驾驶证被处罚吊销律师执业证书 2021-05-19
<ul style="list-style-type: none"> <li>领导致辞</li> <li>机构设置</li> <li>规章制度</li> <li>通知公告</li> <li>招考录用</li> <li>财政资金</li> <li>统计信息</li> <li>建议提案</li> <li>行政许可</li> <li>处罚/强制</li> <li>新闻回应</li> </ul>	因以不正当手段承揽业务被处罚警告和没收违法所得125... 2021-05-19
	因提供虚假材料被处罚停止执业六个月并处罚款一万元 2021-05-19
	因私自收费被处罚警告 2021-05-19
	因可诉讼代理人期限被处罚停止执业六个月 2021-05-19
	因故意犯罪被处罚吊销律师执业证书 2021-05-19
	因私自收费被处罚停止执业六个月、没收违法所得130... 2021-05-19
	因违规收费被处罚停止执业三个月 2021-05-19
	因违反法定程序办理合伙人事项被处罚吊销律师事务所... 2021-05-19
	因违反规定被处罚停止执业三个月 2021-05-19
	因违反法定程序办理变更任所被处罚停业整顿一个月 2021-05-19
	因违法违规代理、违规收费被处罚警告 2021-05-19

律师、律所被通报处分信息<sup>[3]</sup>

### （三）现金流困境

在律师事务所中，管理层通常掌握着财务的关键决策权。如果管理层将律所资金挪用，导致律所账目不清、现金缺失，这将影响律所正常的运现金流困境营和发展。

一些律师事务所也可能因成本或管理疏忽，未能及时更新财务系统，继续使用过时的软件或手动记账。这种做法容易导致数据错误、财务信息滞后<sup>[4]</sup>。在律所的日常运营中，应收账款是其重要的收入来源。然而，如果律所未能建立有效的应收账款管理机制，可能会导致款项长期拖欠甚至无法收回，这对律所现金流造成了极大影响，增加了财务压力，还可能损害与客户的关系，长时间未收回的应收账款也容易在账目中形成坏账，进一步恶化律所的财务状况。

#### （四）丧失核心竞争力

律师作为事务所的主要生产工具和核心要素，对事务所的经营和发展起着至关重要的作用。律师人才的流失不仅意味着事务所失去了一部分业务能力，还会削弱其在行业中的竞争力。律师转所、业务停止、带走客户资源等都对事务所的当前发展、未来规划，以及新旧交替的顺利进行、长期持续都产生了不利影响。人才上的恶性竞争加剧了行业的人才流动，还可能导致律师事务所的内部资源和管理成本上升。在竞争中，一些律所也可能利用虚假承诺或误导性宣传来吸引人才，进一步加剧了行业的不良风气和信任危机。

#### （五）分所设立可能带来的风险

分所的设立只是一个开始，后续的管理和运营才是确保分所成功的关键。首先，如果律所在设立分所时没有制定明确的质量标准和评估体系，分所的服务质量可能难以保证，这种情况不仅会影响律所的整体品牌形象，还可能导致客户投诉和产生法律纠纷。其次，如果系统化的管理制度，包括财务管理、人力资源管理、业务流程规范等在分所没得到有效落实，那分所的运营将面临许多困难，如财务不透明、人员流动频繁、业务操作混乱、盖章混乱等，这不仅会影响分所的正常运作，还可能影响到总所的整体业务协调和资源整合。例如，分所随意盖公章，导致总所对外承担债务连带赔偿责任，甚至被迫停业关门及律师转所等。有时候，分所的管理疏忽对总所品牌及经营影响是致命的。

### 三、律所管理风险防范与应对

#### （一）做好舆情监控、处置

为有效应对律师事务所的品牌舆情风险，必须采取多层次的预防和应对措施。首先，事务所应当建立一套全面的舆情监控机制，通过技术手段和人工监控相结合，实时关注事务所在各类网络平台上的声誉状况。每日应指定专人负责检索和分析事务所及其律师在网上的各类信息，特别关注是否存在负面消息、客户在线投诉或与事务所声誉相关的潜在风险。

除了日常监控，事务所还应特别关注律师在社交平台上的言论。事务所应制定相关的社交媒体使用指南，明确规定律师在公共平台上应遵守的行为规范，确保律师在社交媒体上发布的内容符合行业要求和事务所的品牌形象。

为有效应对突发的舆情危机，律师事务所应成立专门的舆情应对小组。这个小组应由具有公关、法律和危机管理经验的人员组成，具备快速反应和高效协同的能力。舆情应对小组的职责包括对突发事件进行迅速评估，制定应对策略，并通过专业的沟通手段向公众和媒体传递事务所的立场和解决方案。对于严重的舆情危机，应通过新闻发布会、媒体声明等方式进行积极回应，以最大限度地维护事务所的声誉。

#### （二）纪律风控全面覆盖

为应对律师及律师事务所可能面临的纪律风险，建立纪律风控委员会是一项至关重要的举措。成立纪律风控委员会能够有效预防、控制因职业纪律问题而引发的法律风险和声誉损害。近年来，一些律师事务所将纪律风控委员会与监事会合并，共同行使监督管理职能。这种做法不仅简化了机构设置，还增强了监督力度，是一种值得借鉴和推广的创新探索。

事务所还应加大对律师的纪律培训力度，以预防违纪违规行为的发生。许多律师在执业过程中出现违规行为，并非出于故意，而是因为缺乏对相关规定的充分了解。例如，有律师穿着律师袍拍摄抖音视频并发布，违反了

中华全国律师协会关于律师出庭着装管理的规定。通过定期培训提高律师对职业纪律和相关规定的认识，是防范此类风险的重要手段。

不仅如此，纪律风控委员会还应当发挥其主动性，通过常规审查和专项检查，及时发现和纠正可能存在的纪律问题。对于已发生的违规行为，委员会应依法依规进行处理，既要坚持原则，也要注重教育和警示作用，防止类似问题的再次发生。同时，事务所应建立健全举报和投诉机制，鼓励内部人员和客户监督律师的执业行为，确保纪律风控的全面覆盖。

### （三）财税管理合法合规

财税管理风险的防范和有效处置是确保事务所健康发展的重要一环。首先，事务所的负责人必须高度重视财税合规问题。领导者以身作则，严格遵守国家和地方的财税法规，明确各级人员的职责与权限，把好财务管理责任关，做好表率，杜绝违法违规行为的发生。

其次，事务所应配备一支高素质的财务团队。这支团队的成员不仅需要在财务管理、税务筹划等专业领域具备深厚的知识储备，还应具备良好的职业道德和操守。事务所还应定期对财务团队进行培训，确保其能够紧跟最新的财税法规和政策变化，不断提升其专业能力。

第三，事务所应建立健全的财务制度，根据自身业务特点，制定详细的财务管理规范，防止任何可能因疏漏导致财务风险发生。同时，定期的内部审计和外部审计相结合，可以有效发现潜在问题并及时加以整改，进一步巩固财务制度的严密性。

最后，事务所应积极引进先进的财务税务软件系统。现代化的软件系统能实时监控事务所的财务状况，提供准确的数据支持，帮助管理层做出科学的决策。

### （四）制定科学的人才战略

为有效防范和应对人才流失这一重大风险，事务所需从多个方面着手。首先，事务所应当树立以人才为核心的企业文化，推崇并尊重每一位律师的价值和贡献<sup>[5]</sup>。营造一个尊重人才、激励创新的工作环境，

增强员工的归属感和忠诚度，从根本上减少人才流失的风险。

其次，建立完善的人才引进和保留激励机制至关重要。事务所应制定针对不同层次和类型人才的奖励措施，以吸引并留住优秀律师。这些激励措施不仅可以包括薪酬和福利，还应涵盖职业发展机会、培训支持和晋升通道。

最后，事务所应对人才流失进行定期的分析与研判，以便及时发现潜在的风险和问题<sup>[6]</sup>。通过对人才流失原因的深入分析，事务所可以识别出可能导致大规模流失的因素，并采取针对性的防范措施，还应根据分析结果，不断完善内部制度，建立预警机制，防止大规模人才流失事件的发生。

### （五）总分所一体化发展

为有效防范与应对分所风险，律师事务所必须采取一系列系统化、制度化的措施。首先，建立健全一套规范详细且可操作性强的分所管理制度至关重要。该制度应涵盖分所的日常运营管理、财务制度、业务流程以及人员管理等各个方面，确保分所的运作能够与总所保持高度一致。

其次，应成立专门的分所管理团队。该团队应由经验丰富、专业素质过硬的人员组成，负责监督分所的运营，确保分所遵守总所的各项规定和要求。管理团队应定期向总所汇报分所运营状况，提供数据支持和分析，以便总所能够及时调整策略，防范潜在风险。

此外，总所应定期派人到分所进行现场巡视、线下监督。通过实地考察，管理团队能够更直观地了解分所的实际运营情况，发现潜在问题，并及时采取纠正措施。

在专业发展方面，总所与分所之间应推进一体化的专业协同。通过建立统一的专业标准和流程，确保分所的业务能力与总所保持一致。同时，在财务税务以及业务系统管理上，总所与分所也应实行一体化管理，总所可对分所的运营进行实时监控<sup>[7]</sup>，发现并纠正可能存在的问题，确保总所与分所共同发展，实现事务所整体

的稳健运营和可持续发展。

综上，律师事务所设立不难，难的是长期有效的健康发展，这离不开科学的运营，而律所风险管理与防范是科学运营的核心问题之一，笔者作为广信君达纪律风控（维权）工作委员会主任，在履职工作中积累了大量实务经验，愿意与读者就律所管理做更多交流。■

**注释：**

- [1] 任文岱. 从《无所畏惧》看刑辩律师执业法律风险 [N]. 民主与法制时报, 2023-12-21(008).
- [2] 郭松, 杜宇. 律师执业风险及其控制 [J]. 中南民族大学学报 (人文社会科学版), 2018, 38(02): 132-135.
- [3] 中华人民共和国司法部 (moj.gov.cn) - 政府信息公开, 查询时间为 2024 年 8 月 20 日
- [4] 钟红梅. 基于风险控制的律师事务所财务管理信息化分析 [J]. 中国市场, 2020, (30): 174+176.
- [5] 任强. 律所文化建设: 价值、现状与路径 [J]. 中国律师, 2024, (01): 52-54.
- [6] 黎建玲. 基于律师分级管理的律师人才培养战略研究 [J]. 企业改革与管理, 2023, (19): 88-90.
- [7] 孙之越. 总分所一体化管理 [J]. 经营管理者, 2023, (04): 74-75.

**【作者简介】**



孙俊杰 合伙人 ■

执业证号 14401200410541055

**专注领域：**公司法、房产争议解决、经济犯罪辩护

担任中华全国律协第九届公司法专业委员会委员、广东省农业律师联盟副理事长、广州市律协第十届公司法专业委员会委员及广州仲裁委员会、潍坊仲裁委员会、日照仲裁委员会等多家仲裁机构仲裁员、湖南农业大学校外导师及山东潍坊学院法学院客座教授、广州诗尼曼家居股份有限公司第一、二届独立董事。



左薇 实习人员 ■

法律硕士，广州应用科技学院法学专任教师。

## 荣耀属于昨天 历史照亮未来



- 1996年，荣获司法部授予的“全国法律服务行业文明服务窗口”称号；
- 1998年，荣获司法部授予的全国首批“部级文明律师事务所”；
- 2005年，被中华全国律师协会评定为“全国优秀律师事务所”；
- 2017年，被广东省司法厅党委认定为“广东省律师行业党的建设 工作省级示范点”；
- 2018年，被广东省律师协会评为“广东省涉外律师事务所库”；
- 2018年，被全国律师行业党委评选为“全国律师行业先进党组织”；
- 2019年，荣获广州市律师协会“2016-2019年度 广州市优秀律师事务所”；
- 2020年，法治日报社“一带一路·健康之路”十佳律师事务所；
- 2021年，被德本咨询、eNet研究院、互联网周刊、投研电讯 四家智库机构联袂评为“中国律所品牌价值100强”第七名；
- 2021年，荣获广州市人民政府授予的“推进法治政府建设、 服务保障全市经济社会发展作出突出贡献单位”；
- 2021年，中共广东省委“广东省先进基层党组织”；
- 2022年，被广东省律师行业党委评为“2022年度全省党建工作 示范化律师事务所党组织”称号；
- 2022年，入选ALB 2022“年度中国南部律师事务所大奖” “年度华南华中地区合规律师事务所大奖-本地”；
- 2022年，获2022《商法》“政府与公共事务”“航空”“教育行业” 卓越律所大奖，卓越综合实力律所（广东）大奖；
- 2022年，入选The Legal 500“广州地区：最值得推荐的 律师事务所”榜单；
- 2023年，入选《钱伯斯大中华区指南2023》 “公司/商事：广东（本地）”榜单；
- 2023年，设立博士后创新实践基地，填补了广东省律所无 “博士后创新实践基地”的空白；
- 2023年，被广州市律协评为广州市律师事务所规范管理示范单位；
- 2023年，获2023《商法》卓越综合实力律所（广州）大奖；
- 2023年，被律新社评为“2023年度劳动法专业领域品牌影响力 律所15佳”；
- 2023年，获ALB 2023年度华南华中地区合规、争议解决律所大奖；
- 2024年，获评司法部“全国公共法律服务工作先进集体”；
- 2024年，获ALB香港法律大奖“年度大湾区律师事务所”；
- 2024年，全国律协通报表扬广信君达援藏工作；
- ……

**E**效率 · **T**信任 · **R**责任  
fficiency rust esponsibility

广州 · 北京 · 上海 · 武汉 · 深圳 · 海南 · 重庆 · 西安 · 赣州 · 珠海 · 中山 · 东莞 · 佛山 · 西藏工布江达  
新疆乌鲁木齐 · 江门 · 惠州 · 汕头 · 清远 · 梅州 · 平远 · 珠海横琴 · 广州南沙 · 广州花都 · 广州黄埔 · 广州白云  
日本东京 · 巴基斯坦伊斯兰堡 · 美国洛杉矶 · 澳大利亚悉尼 · 马来西亚吉隆坡 · 泰国曼谷 · 柬埔寨金边

**广州总部 Headquarters**

广州市天河区珠江东路6号  
周大福金融中心29、11、10层 (510623)  
29&11&10F, Chow Tai Fook Finance Centre NO.6 Zhujiang Dong Road,  
Tianhe District Guangzhou, China (510623)