

京都律师

KING & CAPITAL LAWYER

WWW.KING-CAPITAL.COM

2021/01

季刊 总第135期



京都律师事务所
King & Capital Law Firm



P37 解读民法典热点法律问题

P33 特稿 / “团队化机制的治所理念与方略”思考

P38 封面主题 / 以民法典解读公司框架下夫妻共同债务的认定

P54 封面主题 / 《民法典》时代下员工个人信息的保护

P90 京都实务 / 重大责任事故罪的刑事责任主体范围



依法合规是企业经营发展的“疫苗”

杨斌

北京、上海、广州、深圳、武汉、南京、大连……人们漫步在2021年的春天里，有一种特殊的欣喜，这是经历庚子年新冠疫情之后的春天，蓝天白云，自由呼吸，从城市到乡村，生活回归正常。

我让编辑从这一期开始，将卷首语的照片替换成一张新照片——不戴口罩的照片，寓意我们回到正常的生活。

法律人回归正常生活的标志就是继续研究法律问题，关注法治事件，对与法律有关的人与事展开理性的分析和人性的思考。

近日，阿里巴巴集团滥用市场支配地位实施垄断行为，被有关部门罚款182亿元，扬子江药业也因实施垄断协议行为被国家市场监督管理总局依法作出行政处罚，罚款7.64亿元。巨额罚款的对象是企业法人，罚款的原因是企业的经营行为违法违规。这两笔巨额罚单，一次又一次的提醒我们，企业法人的经营行为要依法合规，反之，就会面临违规风险，承担相应的法律责任。

依法合规，已经不再是过去的一句简单的套话，四个普通的汉字，而是企业经营发展的方向、原则、基础和未来。从计划经济到市场经济，法治一刻都不曾离开。市场的活跃依赖供需关系，市场的保障需要政策和法律。经营者在市场中诞生成长，市场也在经营者们一轮又一轮成长中规范，形成市场秩序。管理者亦然，对于市场监管从计划经济的打击投机倒把到市场经济的依法合规，这是经营者成长的规律，也是市场发展的必然，更是法治进步的要求。

合规问题，尤其是研究企业依法合规，为企业提供依法合规的法律筹划已经成为法律服务的一个细分市场。事实上，京都律师早在十几年前就已经在研究这一问题，只不过在那时，我们称之为企业法律风险防控。对企业法律风险的防控，其实，就是要求经营者在经营发展的过程中要依法合规。

法律风险包括民事法律风险、行政法律风险和刑事法律风险。预防好这三大法律风险，就是依法合规。这就要求律



师了解所服务的企业或行业的经营模式、经营规律和经营活动，熟悉该企业或行业与经营活动相关的法律、规则、准则和标准。根据企业经营活动的特征、模式和规律，按照法律法规的要求以及监管部门的要求提出符合规定的经营方案，从而帮助企业规避法律风险，健康有序发展。

律师为企业提供合规服务，首先要让企业的核心团队增强合规意识，没有规矩不能成方圆，没有合规经营有风险。其次，要在企业的管理层成立合规部门，研究本企业的相关合规问题。第三、合规部门的意见是企业经营中的重要意见，没有合规部门的意见，任何决策本身就不合规。第四、针对具体的决策事项、具体的经营活动或具体的交易行为是否合规，需要律师和合规部门出具详细的合规分析意见，该意见要有法律依据、有数据支持、有证据支撑、有风险评估。

依法合规是个大命题，也是所有律师都在研究的课题，目的只有一个，为企业保驾护航。方法却很具体，用微观的视角，从三大法律风险的角度入手，结合企业的经营活动和市场特征给出专业的律师意见，构筑一道预防法律风险的防火墙。目标就是让企业健康有序经营发展，避免民事赔偿、行政处罚、和刑事指控。

新冠疫情，让我们每一个人都感受到生命的脆弱性和健康的重要性。新冠疫苗接种工作目前在全国陆续展开，不就是为了让每一个人预防病毒、预防病毒侵害的风险吗？如果从这个角度看，预防法律风险对于企业经营者来说，就是在接种“合规疫苗”。

阿里巴巴的身体再好，为了健康发展，也需要打疫苗；扬子江药业生产生物制药，更应该给自己打打“合规疫苗”。

世间万物，生生灭灭。既然来到了人间，就要遵循人间的规律，遵守世间的规则，或许，我们都会活得长久一点。

2021年1月1日正式实施的《民法典》就是一部规范人从生到死，在生活方方面面的人生指南，本期封面文章《解读民法典热点法律问题》值得一读。



专业化、团队化、国际化、综合化的大型律师事务所

主 办 京都律师事务所
承 办 京都律师事务所品牌建设部
编辑委员会

主 任 田文昌

编 委

曹树昌	蔡景丽	杨照东
金 杰	朱勇辉	秦庆芳
王九川	公丕国	杨大民
郭 庆	肖树伟	刘 铭
陈 宇	吕志轩	金 燕
张雁峰	梁雅丽	刘敬霞
陈东利	赵岐龙	牛支元
柳 波	黄雅君	孙艳辉
徐 莹	张启明	王春军
刘 玲	汤建彬	彭吉岳
牛星丽	宇文鸿雁	

主 编 杨大民

编 辑 张 怡 霍文培 张纪宇

美 编 北京龙之月文化

地 址 北京市朝阳区景华南街 5 号
远洋光华国际 C 座 22-23 层

邮 编 100020

北京总所电话 010-57096000

全国免费咨询电话 400 700 3900

业务咨询电话 010-85253900

传 真 010-85251268

上海分所电话 021-52341066-1099

深圳分所电话 0755-33226588

大连分所电话 0411-85866299

南京分所电话 025-85231119

天津分所电话 022-58963439

海口分所电话 0898-36388787

网 址 www.king-capital.com

邮 箱 info@king-capital.com

目 录

卷首语

依法合规是企业经营发展的“疫苗” 杨大民 / 01

京都资讯 品牌建设部 / 04

特稿

“团队化机制的治所理念与方略”思考 田文昌 / 33

封面主题

解读民法典热点法律问题 / 37

以民法典解读公司框架下夫妻共同债务的认定 宇文鸿雁 张迪 / 38

浅析合同解除权及行使方式——结合北京法院首次适用民法典

认定合同解除时间的案例分析 赵岐龙 张小溪 / 41

“保理合同”的前世今生 马若飞 / 44

民法典人格权编与娱乐法领域的肖像权保护 常莎 张瑜 / 47

《民法典》中建设工程施工合同无效的法律后果 吕岩 / 51

《民法典》时代下员工个人信息的保护 贾宝军 赵毓 / 54

职场性骚扰中用人单位的法律风险及实操指引 贾宝军 赵毓 / 57



追求卓越 不负重托

京都论法

- 民法典颁布前后保理合同研究 吕志轩 张朋 / 59
 新《刑事诉讼法解释》对保护涉罪民营企业财产权“动了真格” 彭吉岳 封旺 / 63
 解读《专利审查指南》最新修改 陈长会 / 66
 刑修十一“重典惩污”有新招 李波 李润泽 / 69

京都实务

- LG化学在美诉SK创新商业秘密侵权案揭晓，SK面临10年禁令 金燕 金风华 / 72
 吸脂成植物人！涉事主体是否构成犯罪？ 贾志恒 / 76
 游戏好玩，也要“防沉迷”
 ——未成年人沉迷数字游戏的预防和干预（一） 陈宇 胡慧敏 李亚飞 / 79
 新精神活性物质类毒品案件的辩护问题 汤建彬 / 83
 重大责任事故罪的刑事责任主体范围 梁雅丽 / 90

律师·生活

- 禅茶一味 安然度日 刘铭 / 94

律·诗

- 少了一只鸟 杨大民 / 96

京都律师

封面题字 江平



2020年第4期
 总第134期 季刊

业绩

梁雅丽律师成功辩护：民营企业家王某被控三罪，两罪不予起诉

近日，京都律师事务所高级合伙人、京都刑辩研究中心主任梁雅丽律师办理的新疆某民营企业法定代表人王某涉嫌职务侵占罪、合同诈骗罪、诈骗罪一案，经有效辩护，原侦查机关认定的合同诈骗8000余万元、职务侵占1000余万元、诈骗近600万元三起事实、三个罪名中，合同诈骗罪与职务侵占罪均不予起诉，目前公诉机关仅以诈骗罪一起事实提起公诉。

梁律师获得本案证据材料后，首先对王某的犯罪事实进行了整体把握，判断出三起事实均发生于该民营企业与当地一国有企业的股权收购前后，初步认为认定三个罪名存在法定性的问题。通过认真阅卷，确实发现证据体系和法律适用上存在诸多问题。

从总体来看，本案中该民营企业与国有企业从事的交易名为“股权收购”，实为“项目收购”，尽管双方约定以民企51%净资产1:1比例作为51%的股权收购价，但有证据证明国企明确表示看中了民企已获得当地“备案”的重点项目，且明知该民企的资金实力不足，仍主动推进股权收购，多次会议讨论股权收购价如何确定。故不能证明该



梁雅丽律师

国企基于错误认识投入资金，更不能证明王某具有非法占有目的，对于王某虚构企业资金实力致使国企对其出借大量资金构成合同诈骗罪的指控难以成立。

侦查机关还认定王某通过修改设备合同价格的方式骗取更高的股权价款，并向设备购买方索要虚假收据用于公司平账，导致国企对其进行资产评估时抵消了民企对王某的上千万债权，故认为其同时构成诈骗罪和职务侵占罪。但是，从证据上看，涉案设备的购买合同原件和设备交易公司的往来账均无法收集，在案证明涉案设备的资产评估虚增价差的证据之间存在矛盾。从定性上看，国企主导专业机构在资产评估时做出债权债务抵消，这并不在王某的主观认识范围内，王某不具备侵占公司财产

的故意。此外，本案职务侵占的事实与诈骗事实是基于同一主观目的且具有高度关联性的行为，故以数罪论则存在重复评价的问题。

基于细致的证据梳理和严谨的法律分析，梁律师认为本案远没有达到事实清楚、证据确实充分的定罪标准。辩护律师将上述意见与承办检察官进行了多次沟通，成功引起了检察官对律师意见和本案定性的高度重视，为此本案在审查起诉阶段退回补充侦查两次，延长审查起诉期限三次。

经过辩护律师的不懈努力与办案机关的实事求是，最终在审查起诉阶段，检察院采纳了律师的辩护意见，对职务侵占罪（最高可判十五年有期徒刑）、合同诈骗罪（最高可判无期徒刑）均不予起诉，仅以诈骗罪提起公诉。尽管本案尚未尘埃落定，但在审判之前就取得了阶段性的胜利，当事人以及家属对梁律师的专业水准和认真负责的工作态度表示高度认可和感谢，梁律师也将以“专心、专注、专业”的执业理念，至善至诚的法律服务水准继续履行职责，全力维护当事人的合法权益。

张雁峰律师成功辩护：5大罪名的涉恶案判决2年5个月

山西某县李某系某村委会主任、党支部书记、某房产公司法定代表人，被抓获后即聘请了京都律师所高级合伙人张雁峰律师提供法律服务。检察机关起

诉5个罪名，其中合同诈骗金额60余万元（按照规定50万元以上量刑为10年以上），最终法院认定3个罪名，判处李某有期徒刑2年5个月。

一、临危受命

2018年10月，李某家人来京委托了张雁峰律师，当时李某因涉黑涉恶已被警方悬赏通缉，《悬赏通告》声明对举



业绩

报人奖励5000元，对直接抓获并扭送公安机关的奖励1万元。

情况紧急。张律师接受委托后立即前往会见李某，了解案情，讲解法律，尤其告知自首可以减轻基准刑40%以下，建议尽快去自首。其同意自首，只是一位亲属正被行政拘留，想在亲属出来后见上一面再去自首，但未等亲属出来李某便被公安抓获。同时，妻子、女儿、儿子等以窝藏罪被拘留。

二、据理力争

李某被拘留后看守所称办案单位有交代，因涉黑涉恶且案件重大必须经批准才能会见。张律师提出涉黑涉恶并不属于需要批准才能会见的案件，于是跟看守所和公安局依法交涉，据理力争，很快得以会见。然后多次与办案机关沟通，最终公安机关认定本案不构成黑社会性质组织犯罪，只构成恶势力犯罪团伙。检察机关以合同诈骗罪、强迫交易罪、寻衅滋事罪、故意毁坏财物罪、恶势力犯罪团伙提起公诉。开庭3个月以后检察机关又追加了逃税罪。

三、充分取证

好多刑辩律师不主张取证，主要原因有二：一是风险太大，有的律师因调取证据最后把自己送进了看守所；二是律师的证据常常不被司法机关采信。但是张雁峰律师认为只要有百分之一的希望就应该尽百分之百的努力，所以他办理刑事案件，如有必要就一定要取证。本案也不例外，张律师调取了30多份证据，其中光调查笔录就多达10余份。



张雁峰律师

四、庭审激辩

（一）关于合同诈骗罪

控方指控李某的房产公司将开发的三套商品房分别卖给杨某等三人，后三人发现所购房产被李某用以房抵债的形式抵顶给某中介公司，并办理了房屋预告登记。

张雁峰律师提出，其一，李某的公司不存在法律规定的虚构主体、虚构担保、钓鱼式合同、携款逃匿等五种情形。其二，该公司并没有骗取三名购房者的购房款，因为房屋已经交付。作为购房者，只是暂时不能办理过户手续，并非购房款被骗走，而不能办理过户手续现实中很常见，属于典型的民事纠纷。其三，本案且不说属于一房二卖，即使一房二卖，作为开发商，在司法实践中一般也不认定为是合同诈骗，而是经济纠纷。张律师提供了多个案例，并指出《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》对一房二卖或故意隐瞒所售房屋已经抵押的事实明确规定属于民事纠纷。

（二）关于强迫交易罪

控方指控，李某在开发某小区时伙同他人垄断住户上料工程，私自

抬高天然气接口安装费用和电费收费标准。张律师指出，控方没有证据证明李某使用了暴力或威胁手段；私自抬高价格或收费标准完全属于民事行为，至多构成行政违法，可以提起民事诉讼或到物价管理部门投诉，跟“暴力、威胁”毫不相干。

（三）关于寻衅滋事罪

控方指控，某村民儿子结婚时使用管乐队，李某以违反村规民约为由，指使他人使用铲车在迎亲队伍必经之路上堆放建筑垃圾将道路堵死，并将该村民所在的南半个村庄的电路断开。张律师指出，堵路、断电行为事出有因，由该村民违反村规民约引发，且村里红白理事会事前已经进行多次沟通和协商，属于村委会在基层自治过程中履行职务、执行村规民约之举，并非个人无事生非，追求精神刺激。即便行为不当，至多属于基层组织文化素养不高、执法不够文明规范，且并未达到情节恶劣、情节严重的程度。

（四）关于故意毁坏财物罪

控方指控，李某因怀疑两户村民院墙出界，指使他人将院墙和盖了半截的房屋推到，并殴打村民。

张律师指出，拆除其中一户村民房屋的原因是该村民拖欠承包费，村集体合法权益受到侵犯，且诉权未得到合理救济的情况下实施的，涉案行为的目的在于收回承包经营的土地，维护村集体的合法权益，与故意毁坏财物罪中的为报复、泄愤等为目的的主观故意并不相同。而且村民的行为属于违法占用耕地，围墙和房屋均属于违法建筑。因此，推倒围墙和房屋，属于法所要求的

业绩

恢复耕地、拆除违法建筑，即使手段有瑕疵也不构成故意毁坏财物罪。

另一户属于越界垒墙，侵犯了村集体利益，且属于违法建设；而且没有损失数额，也没有其他严重情节，所以不能认定犯罪。

张律师同时指出，李某的行为功大于过。村民多年不交承包费的行为严重侵犯了集体利益，李某作为村委会主任，积极为村集体服务，敢于同违法行为做斗争，这恰是作为干部的可贵之处。

（五）关于逃税罪

控方指控，李某的公司未按照税法规定设置帐簿，给购房人开具收据，销售收入不入公户；不如实提供营业额，进行虚假纳税申报；在税务部门进行税务检查时，未提供凭证等涉税资料；税务部门下达税务处理决定书和税务行政处罚决定书后的15日内仍未补缴应纳税款、滞纳金及罚款。从2011年7月19日至

2018年12月31日逃税共计2469万余元。

张律师指出，其一，指控内容不属实，比如不是虚假申报，而是零申报，原因是两个，一是除了开具发票的几户之外，其余均为预收款，不等于最终的收入，将来办理房产证时一定会如实缴税；二是政府违约给公司造成数千万元损失，相关领导一直在协调这一问题。不提供涉税资料的原因是相关资料被公安扣押。

其二，没有逃税的主观故意。公司在收到税务处理决定书和税务行政处罚决定书后没有补交税款，是因为公司认为税务部门对公司的应缴税费计算不合理，于是一方面对市税务局稽查局提出行政诉讼，另一方面也向省税务稽查局提出了缓交税款的申请。

其三，没有逃税的客观行为。《税收征管法》对偷税的概念予以明确，强调只有符合“四种手段，一个结果”才属于偷税，也即构成偷税的客观手段和

行为后果。四种手段包括：（1）伪造、变造、隐匿、擅自销毁账簿、记账凭证；（2）在账簿上多列支出或者不列、少列收入；（3）经税务机关通知申报而拒不申报；（4）进行虚假的纳税申报。

“一个结果”是指通过以上手段，必须要实际造成不缴或者少缴税款。显然本案只存在一个结果，不存在四种手段。

其四，按照刑法规定，行政处罚是追究刑事责任的前置程序，公诉机关在没有经过这一前置程序的情况下指控犯罪与法不符。

五、一审判决

判决认定强迫交易罪、逃税罪不成立，其他三个罪名成立，数罪并罚判处有期徒刑2年零5个月。

张雁峰律师指出，李某和律师对其他三个罪名的认定也持有异议，好在量刑较轻，也许是“疑罪从轻”吧（应当“疑罪从无”）。✎

京都汤建彬律师辩护重大涉毒死刑复核案，最高院裁定不核准死刑

近日，京都律师事务所高级合伙人汤建彬律师办理的制造毒品死刑复核案，收到了最高人民法院作出的不核准被告人蒋某某死刑的裁定书。该案中，被告人蒋某某涉嫌制造495公斤毒品（甲卡西酮），一、二审均被判处死刑立即执行。



汤建彬律师

一、程序辩护是死刑复核案件的重要突破口

该案二审的合议庭组成人员中，有一名助理审判员，按照新修订《法官法》的规定，助理审判员不再具有法官资格，也不符合刑法要求的二审案件应当由审判员组成合议庭的规



业绩

定，基于此，汤建彬律师提出了二审合议庭组成违法的辩护意见。

对此问题，最高人民法院在该案死刑复核裁定书中说：“第二审合议庭的组成违反了刑事诉讼法第183条第4款的规定，可能影响公正审判”，采纳了汤建彬律师的辩护意见。

在死刑复核案件中，法官非常重视程序违法问题，辩护人善于发现程序违法，做好程序辩护，尤为重要也非常有效，该案已是汤建彬办理的第

二起因程序违法不核准死刑的死刑复核案件。

二、即使现场查获了毒品甲卡西酮，也无法排除生产麻黄碱（制毒物品）的可能性

甲卡西酮与甲胺基苯丙酮实质为同一物质，既可以作为毒品，也可以进一步生产出麻黄碱。该案查获的甲卡西酮（甲胺基苯丙酮）具有进一步生产出麻黄碱的可能性，结合两名被

告人供述生产目的为麻黄碱不是甲卡西酮，且没有证据证明被告人出售过或意图出售生产出的甲卡西酮，在此情况下，不能排除被告人生产出甲卡西酮（甲胺基苯丙酮）的目的是为了进一步生产麻黄碱，其犯罪目的为非法生产制毒物品（麻黄碱），而不是制造毒品（甲卡西酮）。

目前，最高人民法院已将该案发回某省高级人民法院重新审理。

京都宇文鸿雁律师团队代理的定作合同纠纷再审案 省高院裁定提审

近日，京都律师事务所高级合伙人宇文鸿雁和张迪律师代理的西安某公司定作合同纠纷再审申请案件，省高级人民法院裁定提审。

2018年，当事人西安公司作为供应商与生产商河南公司共同向某油田公司招标项目投标并中标。后因终端用户油田公司认为设备存在安全隐患且不符合合同约定的多项技术标准，作出退货处理。

2019年，西安公司向被告所在地人民法院起诉解除合同并要求河南公司承担违约责任，一审法院判决驳回诉讼请求，上诉后二审法院维持原判。

一、二审均败诉后，2020年初，



宇文鸿雁律师



张迪律师

西安公司委托京都律师事务所宇文鸿雁律师团队承办此案，在调取、查阅一二审全部案卷材料后，经团队律师反复研究案件并组织模拟法庭充分论证，发现案件新线索；在多次取证后，以新证据足以推翻原判决和法律适用不当为申请理由，向省高院递交了《再审申请书》及新证据材料，同时争取再审审查阶段听证。

最终，省高级人民法院裁定提审该案。再审提审将对案件的法律适用及事实认定产生重要影响，这不仅对委托人而言意义重大，亦是对律师再审代理工作的直接肯定。

业绩

京都为“币圈交易平台”标杆企业提供合规管理法律服务



| 王九川律师



| 田文昌律师



| 张启明律师



| 徐莹律师

近日，京都接受“币圈交易平台”标杆企业委托，由田文昌律师牵头，带领陈宇、王九川、徐莹、张启明、任视宇、梁卓卿、杨荣、王琛、胡慧敏、白绪玲、赵小雨等多名律师及律师助理组成项目组，为企业提供合规管理专项法律服务。

接受委托后，京都首先委派几位律

师在第一时间进驻该企业开展尽职调查工作。根据第一轮调查情况，京都成立包括高级合伙人、合伙人、主办律师、律师助理等在内20余人的项目组，确定了目标计划、调查方式和进度表，并分块拟定调查范围，形成调查提纲。其后，项目组通过与高管、部门负责人、员工访谈，整理、审查公司的重要合同

和资料文件，多地实地走访等形式，明晰了公司的股权架构、组织机构和业务模式，据此出具了可视化的公司境内境外的股权架构图、组织机构图及业务架构图等。最后，通过进一步搜集相关素材底稿和境内外法律法规，类比境内外的类似平台案例，项目组最终形成了系列合规管理专业法律分析文件。

为“云游戏”护航，京都交出合规服务新成绩



| 陈宇律师



| 王琛律师

技术迭代，总会驱动产业升级，5G时代的到来，帮玩家降低硬件支出、提升体验的“云游戏”成为了各大游戏企业纷纷布局的重点赛道。然而，新的产业生态在创造发展机遇的同时，亦会带来法律风险防控的新问题，在技术产业全面布局之前先行进行合规管理便显得尤为关键。近日，京都陈宇、任视宇、林琳、王琛、胡慧敏等律师组成的项目组即为湖北盛天网络技术股份有限公司（以下简称盛天网络）云游戏平台提供了专项合规法律服务。



业绩

盛天网络系创业板上市企业，是国内领先的场景化互联网运营平台，游戏运营系其主营业务之一，基于游戏平台运营和云计算技术基础，围绕云PC和云手机游戏场景搭建云游戏服务平台，是盛天网络的重大业务部署。

由于游戏同时具备文化产品、电子出版物、音像制品的三重特征及互联网属性，因此针对游戏的监管体系也涵盖了法律、行政法规、各职能部门的部门规章及一系列规范性文件，长期以来均为多头监管的状态。云游戏作为新兴业务领域，在法律监管、司法实践方面均尚待探索及完善，也为云游戏的合规管理提出了更多挑战。为提供更加专业、全面、深度的合规服务，项目组全面梳

理游戏监管架构及体系、整理既有判例、分析游戏专著，并结合对主管部门的咨询等，最终根据客户的业务模式，对云游戏业务中客户所处的不同法律地位进行界定，并以此为基础全面分析了不同定位之下的民事、行政甚至刑事责任风险。同时，对客户业务提出了整改意见。

京都致力于企业的合规管理服务，已为汽车、区块链、云游戏等不同行业领域内的多家头部企业提供合规管理服务，并受到客户的高度认可。未来，京都将继续保持专业水准，秉持敬业精神，为各类企业的合规经营保驾护航。



林琳律师



胡慧敏律师

从专项到法律顾问，京都为区块链企业提供专业支持

近日，京都接受某区块链头部企业委托，重点就境外虚拟货币交易等事项风险提供了合规法律服务，得到客户肯定。该项目由陈宇、任视宇、梁卓卿、胡慧敏等律师组成项目组，全程提供法律服务。

尽职调查是本次法律服务的重点，在为期两个多星期的驻场期间，承办律师之间协同合作，紧锣密鼓地与各个部门的负责人进行沟通，了解公司情况，整理公司的重大合同，梳理公司架构，厘清法律关系。在了解公司主要情况之后，检索了国内所有与虚拟货币相关的法律法规和政策，统计了涉及虚拟货币的民事和刑事案例，比较了不同国家对虚拟货币的做法，同时与业内人士进行



梁卓卿律师



任视宇律师

座谈咨询。项目组在做了前述必要工作之后，根据相关司法实践和律师经验，为公司出具了贴合实际、务实可用的法律合规文件，并向公司相关负责人进行访谈。

客户对本次工作成果非常满意，在该专项法律服务的基础上又与京都建立了常年法律顾问服务委托关系，表达了对京都的认可。

本次京都服务的企业为区块链企业，其算力业务遥遥领先。算力，即设备的计算能力，手机、PC、超级计算机等各种硬件设备都有算力。网络、存储、计算能力是决定算力的三个主要因素，在虚拟货币领域，算力越高，挖到虚拟货币的几率越大。

业绩

P2P投资人成功收回第一笔款——律师促成调解，覆水不再难收

近日，京都陈宇、任视宇、林琳、梁卓卿律师在代理的两起P2P平台借贷纠纷仲裁案中，成功促成借款人接受委托人提出的还款方案并达成和解，现委托人已收到借款人归还的第一笔款项。

近年来，P2P平台频频爆雷，投资人深受其苦，也无奈接受了往往血本无归的结局。本案中，所涉P2P平台聚焦于农业融资领域，自2018年起，便大面积出现借款企业无法归还借款的情况，众多投资人历经要求平台追偿，线下接触借款企业要求还款，向金融办投诉、举报，向公安机关控告等多种维权途径后，仍未能收回任何

款项。

数位投资人经一年多维权未果后，决定委托京都律师代理上述两案仲裁。为了尽可能维护投资人利益，收集足以证实借贷关系存在的相关证据，承办律师将该P2P平台与借款企业、保证人一并列为被申请人。两案中，借款企业最初全面否认案涉债权及双方通过平台签订的电子协议的真实性，但经过承办律师充分的举证、辩论，历时近9小时的庭审后，借款企业主动承认上述债权并提出和解，并最终认可了委托人提出的分期还款方案，由仲裁委下达了调解书。

平台是否涉嫌刑事犯罪、借款企

业是否真实存在、借款企业是否有还款能力及还款意向、相应案件中投资人所能提供的证据情况等决定了P2P平台借贷纠纷案件中，投资人能否收回款项，但是因为投资人举证能力较弱，投资人收回借款的案例寥寥无几。上述两起案件中，承办律师对于案件走向做出准确判断，从最有利于投资人尽快收回债权的角度出发，最终促成了两起案件以调解方式结案，且至今投资人已成功收回借款企业支付的第一笔款项。

最后还是需要提醒广大投资者，投资有风险，务必慎之又慎，否则覆水难收，血本无归。

京都所彭吉岳律师为360公司高管涉嫌犯罪有效辩护

近日，京都律师事务所高级合伙人彭吉岳律师代理的360公司知识产权总监黄某涉嫌非国家工作人员受贿罪一案二审宣判，较最初被侦查机关指控的犯罪数额，法院最终认定的数额减半，量刑相应减轻。

借才而辩，在审查起诉阶段据理力争让指控金额减半

本案当事人原任360公司知识产权部总监，高中毕业保送北大，北大高材生，是我国知识产权领域一位不可多得的人才。2011年至2012年，他连续两次

获得北京市科学技术奖；2013年，参与起草我国《企业知识产权管理规范》，这是我国首部企业知识产权管理国家标准；2014年，被国家知识产权局评为“全国知识产权领军人才”。

就是这样一位知识产权专家，被控涉嫌非国家工作人员受贿犯罪。与大家脑海中想象的犯罪金额动辄成百上千万、案情错综复杂、重大利益攸关的经济犯罪并不一样，本案其实只和几笔借款有关。

根据指控，当事人分别从几个同事和朋友处进行过借款，而这些人要么与

当事人有职务上的隶属关系，要么具有业务上的合作关系。因瓜田李下之嫌，当事人被控非国家工作人员受贿罪。案件移送到检察院，指控犯罪事实共四起，犯罪金额不到一百万元。

正是出于爱惜和保护人才的考虑，彭吉岳律师接受委托成为本案辩护人。通过细致阅卷和会见，辩护人细细梳理了每起资金往来的方式、对象、数额、借款原因、实际用途、是否偿还、为什么没有偿还的原因、中间是否有过偿还的沟通、偿还的保障等细节性问题，最终发现其中至少半



业绩

数指控的金额是经不起推敲的。经过辩护人多次向检察机关提交书面意见和口头沟通，最终本案在起诉至法院时，公诉机关指控的犯罪事实剩下只有两起，犯罪金额减半。

一审精细化辩护，首次开庭后致使法院退回补侦

减少犯罪数额并不是最终目的，辩护人的目标是全案无罪。本案中，当事人与相关人员发生过经济往来的事实没有疑问，争议核心在于经济往来的性质——是借款还是贿赂款？围绕这一争议焦点，彭吉岳律师在庭审中围绕证据的证明力、证明能力，结合法律的规定集中发表了大量辩护意见：

首先，从客观角度讲，当事人与所谓“行贿人”的银行流水明确备注为“借款”，这是本案关于借款性质的唯一客观、直接证据，具有最高证明力。

其次，被告人所陈述的借款用途，时间，与实际消费票据、炒股账户记录等完全匹配，被告人关于借款的供述能够得到客观证据的印证；

再次，从主观角度讲，只有所谓“行贿人”证言表示自己“觉得”被告人借款后长时间不归还，便“认为就是变相索贿”。根据《刑事诉讼法》及相关司法解释，这种推测性、评论性证言，根本不能作为证据采纳。如果仅凭证人一句话就能够给他人定罪，那么我们每个人都将陷入巨大的不安全之中，这一句话，彭吉岳



彭吉岳律师

律师无数次提请法庭注意。

除了对款项性质的剖析，彭吉岳律师还从非国家工作人员受贿罪构成要件入手，进一步表达了如下意见：

首先，当事人不具有职务上的便利。彭吉岳律师将公司与合作商合同签约审批流程以及合同款支付流程采用表格方式列具，清晰呈现出审批过程有多道流程，当事人的权限只是其中并不具有决定性的一环。

其次，当事人也没有为所谓行贿人谋取利益的行为或故意。两个所谓行贿人所在的单位，有入职360公司之前就已经成为360公司合作机构，多年来合作业务量一直比较稳定，在当事人入职以来，以及涉案经济往来发生前后，其合作业务量没有明显增加也没有明显减少。况且，将合作业务金额与所谓“行贿款”数额相对比，会发现如此行贿也并不“划算”。

随着诸多疑点被当庭揭示，法庭的气氛愈加凝重。一审第一次开庭完毕，法院没有作出判决，而是将案件退回检察院补侦。最终令人遗憾的是，经过补充侦查和再次开庭，被告

人仍被以非国家工作人员受贿罪定罪量刑。

针对一审判决逻辑，二审再次积极取证，案子最终判决前，律师不敢丝毫懈怠，全力以赴

被告人及辩护人均不服一审判决，被告人提起上诉。一审判决的逻辑非常简单，既然是借款，为何久拖不还？一审认定被告人在有较高收入的情况下有能力偿还借款而较长时间不予偿还，认定有索贿的主观想法。对此，被告人一审已经作出解释，因其之前购买公司股票尚未解禁，解禁之后获得资金就会偿还借款。被告人还向多名其他朋友有借款，同样约定股票解禁后偿还。

为此，辩护人二审期间联系到相关借款人，请其出具了书面证言，证明被告人的辩解成立，相关证人也同意出庭作证，同时也调取了被告人购买几百万元股票的凭据，证明被告人有偿还借款的条件，因股票未解禁暂时未予偿还事出有因，不能得出“较长时间没有偿还就是索贿”的结论。另一方面，辩护人也持续跟二审法院沟通，提交证据材料并申请二审开庭审理。遗憾的是，二审没有开庭审理便维持原判。

虽然最终判决结果是建议量刑幅度最轻量刑、案件结果获得了当事人的好评，但刑辩道路依然任重道远

本案虽然经过辩护指控金额减半，获得了建议量刑幅度中最轻量

业绩

刑，但这只是“打折的正义”。家属来信：“彭律师，我们真的是特别暖心特别感动，因为有您一路相护才有今天，都是您在一路上据理力争，寸步不让，幸亏有您，这已经比最初知道的结果好多了”、“彭律师，在我们最难的时候是您一次次鼓励给我们信心，您的话语充满的是正义的力量，中间的过程各方面都很艰难，彭律师，真的发自内心的感谢，感谢您

做出的所有努力，锦上添花容易，雪中送炭难，您的这份恩情我们会一直记住的。”虽然当事人给与了诸多的理解和认可，然而，彭吉岳律师自身也出身于世界五百强公司职业经理人，对企业高管的职业环境，可谓念兹在兹，每闻有职业经理人涉嫌刑事犯罪，痛之于心。

2019年至2020年，彭吉岳律师接连代理了富力地产、百度公司等多名

高管被控犯罪的案件，罪名多为职务侵占罪、非国家工作人员受贿罪。这些案件，不乏取得发回重审、不予批捕等辩护成效的范例。

京都律师，办理的每一个案件，除了是当事人的人生，也是我们辩护律师的人生。永远，我们不会忘记启程时的初心！

夏俊律师成功辩护：合同诈骗案不予起诉，企业家重获自由

近日，京都律师事务所合伙人夏俊律师代理的所某（A企业法定代表人）合同诈骗案被检察机关决定不予起诉，当事人重获自由，企业家的合法权益得到有效维护。

当事人家属委托夏俊律师为该案辩护时，距离该案审查起诉截止日期仅剩最后二十天的时间，由于该案涉案金额400万元，属于数额特别巨大，如果起诉到法院，按照法律规定可能会判处十年以上有期徒刑，案件“诉与不诉”正处于非常关键的时刻，此时委托夏俊律师，无疑对京都律师的专业水平寄予了深厚的期望和信任。

反复研读，抽丝剥茧，找准辩护方向

由于该案卷宗材料较多，存在大量需要深入研究的复杂书证材料，阅



夏俊律师

卷工作任务繁重。接受委托后，夏俊律师连续多日加班加点，仔细研读卷宗材料，形成了一百多页阅卷笔录，另外进行了大量的证据对比工作，做出证据对比表、人物关系图、事实流程图，以及根据时间、种类等各种维度做出的多份思维导图。通过对案卷材料进行大量的分析研究和反复对

比，律师的辩护方向和辩护思路豁然开朗。夏俊律师认为该案事实不清、证据不足，当事人所某的A企业与B企业在签订、履行合同的过程中所产生的纠纷属于民事纠纷，不应当构成合同诈骗罪。夏俊律师决定向检察机关申请对该案不予起诉。

全面客观，有理有据，完善辩护意见

在充分阅卷的基础上，结合会见了解到的相关情况，当务之急就是撰写一份有理有据、客观全面的申请不予起诉律师意见向检察机关递交。

夏俊律师从四个方面详细阐述了当事人不构成合同诈骗罪的理由。首先，从客观要件来看，该案不符合构成合同诈骗罪的五种情形，当事人所在的A企业与B企业在签订、履行合



业绩

同的过程中，没有实施虚构事实、隐瞒真相的行为，没有骗取对方财物、数额较大的行为。其次，当事人主观上没有非法占有他人财物的故意。结合具体案情，律师依次从行为人签订合同时的履约能力和担保真伪，履行合同中有无实际履约行为、对财物的处置情况、未履行合同的原因以及违约后的表现等等各方面详细阐述，认为当事人所某不具有非法占有他人财物的主观故意。再次，律师认为，该案中A企业与B企业之间的纠纷属于民事纠纷，应当由民法予以调整，不应作为刑事案件处理。根据相关法律规定，在实践中，国家一直强调要依法保护企业家的人身自由和财产权利，在处理合同纠纷等案件时，要严格区分合同诈骗罪与合同违约、债务纠纷的界限，防止利用刑事手段干预经济纠纷，该案正好符合这种情况。最

后，该案现有证据明显不足，关键证据缺失，无法形成完整的证据链条，几个涉案关键人物的证言相互矛盾，本案证据未达到确实、充分的证明标准。因此，夏俊律师认为，当事人既没有非法占有他人财物的主观故意，也没有在签订、履行合同的过程中虚构事实、隐瞒真相，实施骗取对方财物、数额较大的行为，且未获取非法利益，认定其构成合同诈骗罪明显事实不清、证据不足。夏俊律师撰写完成了一份近30页的全面客观、有理有据的辩护意见。

时间紧，任务重，京都律师不负重托

律师将申请不予起诉律师意见递交给检察机关，经过沟通，检察机关最终采纳了律师的辩护意见，认为该案确实存在事实不清、证据不足的

情况，最后决定对当事人所某不予起诉。从接受委托到检察机关做出不予起诉决定，前后二十天的时间，尽管时间紧、任务重，但夏俊律师顶着压力、竭尽所能，依法维护当事人的合法权益，力求将辩护工作做到“专业化、精准化、全面化”，最终为当事人争取到了不予起诉的良好辩护结果。

国家一直提倡依法保护企业家的人身自由和财产权利，防止利用刑事手段干预经济纠纷，最令律师感到欣慰的是，由于该案不予起诉，使身陷囹圄的企业家恢复了自由，其相关合法权益得到了有效维护，企业也可以继续运营下去。

该案是夏俊律师代理合同诈骗类案件的又一成功案例，京都律师“专业、高效、负责”的辩护风格和工作态度获得了当事人的高度认可，京都律师再次不负重托！

京都所柳波、李志广、叶静律师成功辩护，两案件当事人成功取保

业绩一：除夕当天，非法吸收公众存款案当事人成功取保

某非法吸收公众存款案件，涉案人员过百，当事人系产品经理被刑事拘留，侦查期间柳波、李志广、叶静律师接受家属委托，在疫情影响之下克服会见难等问题，第一时间会见犯罪嫌疑人，了解全部案情

经过，并积极与承办警官沟通案件，及时了解案件及进展。辩护律师以当事人无犯罪的主观故意突破口，搜集有利证据，积极与承办检察官沟通，提交不予批捕的法律意见，当事人成功在除夕当天取保候审，得以与家人团聚，过一个团圆年。京都律师的工作得到当事人

及其家属的高度肯定。

业绩二：一波三折，某大额诈骗案当事人成功取保

2020年年末，某当事人因伪造国家机关公文被刑事拘留，柳波、李志广、叶静律师接受家属委托，快速了解有关情况，并克服疫情以及其

业绩



| 柳波律师



| 李志广律师



| 叶静律师

他因素导致的会见难等问题，及时会见当事人了解全部案件事实，制订了详细的辩护方案，并就案件事实积极与办案警官沟通。后办案机关改变侦

查思路，案件以诈骗罪报送检察院批捕。三位律师立即与承办检察官取得联系，详细阐释所指控犯罪存在的疑点，强调当事人无社会危害性，取保

不会发生社会危险，并第一时间提交详细的不予逮捕法律意见，当事人最终取保候审。

京都所苏鹏、江宁律师助私募基金挽回亿元损失



| 苏鹏律师

近日，京都律师事务所合伙人苏鹏律师，江宁律师承办的某合伙企业申请某新三板摘牌公司实际控制人股份回购纠纷仲裁一案，仲裁请求获得支持，为客户挽回损失1.2亿余元。

本案委托人系国内知名资产管理机构旗下的合伙企业（简称“H合伙企业”），该合伙企业代表投资人向标的公司C公司投资数亿元，因C公司计划在A股市场进行IPO，决定在全国中小企业股份转让系统终止挂牌，H合伙企业作为异议股东与C公司六位实际控制人签署《股份回购协议》，而后C公司六位实际控制人未按协议约定履行回购义务，H合伙企业多次

尝试沟通无果后，决定委托本所处理案件。

接受委托后，承办律师经全面分析认为本案重点有三：第一，因C公司拟申请IPO，存在强烈的维护目标公司形象的意愿，故《股份回购协议》中约定对其提起仲裁属于不利于企业形象的情况，回购义务方有权单方无责解除协议；第二，该争议产生于疫情全面爆发时期，为防止目标公司陷入财务危机导致实际控制人偿付能力下降，需尽快启动并迅速完成财产保全程序；第三，协议中虽然对股份回购的期限、价格等关键因素进行了约定，但约定的是区间范围，存在约定



业绩

不明确的风险。

承办律师针对案件重点制定详细的代理方案，立即着手准备仲裁申请材料，并向六位实际控制人发送整改通知函，排除损害公司形象的故意；申请财产保全的同时向仲裁庭提交暂缓送达申请，最终成功保全与仲裁请求标的一致的财产；经过数次与仲裁庭沟通、庭审，两次提交共计14页书

面代理意见，针对合同性质、效力、回购价款确定、违约金及利息主张等焦点进行了详细的阐述。

最终，仲裁庭采纳了我方的代理意见，并裁决基本支持了我方全部申请。本案作为投资人因无法顺利退出而引发纠纷的典型案列，对机构投资者设计投资条款、退出机制具有重要的参考意义。



江宁律师

徐伟、江宁律师二次“救援”成功，夫妻二人终被取保

取保申请刚被拒，有无继续申请的可行性？近日，京都律师事务所徐伟、江宁律师接受委托担任涉嫌盗窃罪当事人的辩护人。介入案件后，在已经被公安机关拒绝取保的情况下，两位律师积极准备，再次提出取保申请，最终夫妻二人重获自由。

接受委托后，辩护人对案情进行了全面了解。两名当事人因涉嫌盗窃罪被刑事拘留，家属申请取保候审，但未获公安机关批准。家属认为取保无望，辗转找到京都，希望为当事人争取不起诉的结果。本案中，嫌疑人涉嫌多次盗窃，但无前科、涉案金额较小。北京的司法实践中，检察院对大部分该类案件的嫌疑人都提起了公



徐伟律师

诉，加上公安机关刚拒绝了取保候审申请，本案的前景并不乐观。

为了争取不起诉，辩护人竭尽全力收集相关材料，并协助家属争取到了被害单位的谅解。辩护人认为此时已具备再次申请取保候审的条件，果断向公安机关递交了申请书。很快，公安机关批准了辩护人的申请，当事人重获自由，也为以后的不起诉打下了良好的基础。

律师提示，即使数额未达到入刑标准，多次实施盗窃行为符合法律规定的，也构成盗窃罪。网络信息时代，任何违法犯罪行为都很容易被监控或掌握，切勿抱侥幸心理，因小失大。

业绩

京都所朱娅琳律师代理的羁押三年3770万的合同诈骗案 不予起诉



朱娅琳律师

2018年初，京都律师事务所合伙人朱娅琳律师接受犯罪嫌疑家属的委托担任辩护人。该案随时案移送132本卷宗，涉案金额高过3770万。一旦

被认定犯罪，被告人将面临十年以上有期徒刑甚至是无期徒刑。朱律师经过详细阅卷，反复会见被告人，发现案件中不仅实体证据存在诸多问题，程序上也存在违法情况。在朱律师的一再申请下，法院先后召开了三次庭前会议，最终控、辩、审三方对程序违法问题达成共识。后该案经过三次庭审，案件存在的实体问题陆续呈现出来，最终法院建议检察院做撤诉处理。

2021年3月16日，朱娅琳律师收到邯郸市中级人民法院裁定书，准许检察院撤回起诉。朱律师随即与检察

院沟通，要求检察院在法定期限内做出处理决定，以保护当事人的合法权益！三天后，朱律师接到检察院通知，检察院经过讨论最终决定对被告人做出不起诉决定，并立即前往看守所办理释放手续！而此时被告人已被关押了三年多。一场耗时三年的“战役”终于落下帷幕，被告人当天便与家人团聚。

历经三年，该份不起诉决定来之不易。律师经过坚持和努力，最大限度的维护了当事人的合法权益，同时也应了美国大法官休尼特的名言”正义也许会迟到，但绝不会缺席”。

前夫婚内向第三者赠与，承办人为原配挽回损失

近期，京都南京分所程秋语律师、林雪艳律师代理了一起赠与合同纠纷案，代理原配向其前夫及第三者起诉，最终人民法院认定前夫向第三者赠与婚内财产的合同无效，第三者应当向原配返还赠与款项。

本案中，委托人与前夫相识于微末，在男方一穷二白时嫁与其为妻，经过百般扶持和打拼，使得男方的事业蒸蒸日上，后男方以感情不和为由与委托人离婚，委托人并未获得任何财产。离婚后，委托人才从他人处得知，男方于婚内出轨，并向第三者赠与了多笔巨额款项，为此



程秋语律师

求助于京都，以追回其婚内财产。

承办律师认为，本案的关键在于三点：一是，原配与前夫之间有无财产协议，是否约定婚内财产归各自所有；二是，原配与前夫的结婚、离婚时间，以确定赠与行为是否发生在其婚姻关系存续期间；三是，前夫与第三者之间有无其他债权债务关系，第三者是否会以此进行抗辩。在接受委托后，承办律师即按照上述思路与委托人进行了沟通，并通过访谈、电话等方式进行调查取证，了解到委托人与男方之间并未签订财产协议，赠与行为的发生时间在婚姻



业绩

关系存续期间，男方与第三者之间并无其他债权债务关系。其后，承办律师对男方动之以情晓之以理，取得了其后悔向第三者赠与的书面材料，并连同其他证据向人民法院提交。承办律师向法院阐明：我国实行夫妻财产共同共有制，夫妻在婚姻关系存续期间所得的工资、奖金等财产，原则上归夫妻共同所有，男方擅自将婚内共同财产赠与第三者，违反了我国婚姻法的有关规定，超出了一般家事代理权的范围，更有违公序良



林雪艳律师

俗原则，赠与合同无效，第三者应当返还赠与款项。人民法院采纳了我方的意见，并作出了相应判决。

至近至远东西，至亲至疏夫妻。爱情虽然易逝，但良知应当永存。承办律师认为，每一个案件对于客户而言都至关重要，关乎着其切身的利益，故在案件代理过程中应当积极、主动地争取，综合运用合法手段，争取法官及合议庭的支持。

会计挪用公款，二审主犯变从犯，律师为其成功争取减刑

近日，京都南京分所的朱赫律师代理了一起国有商场会计挪用公款案，通过不懈努力，成功说服二审法院将委托人在案件中的作用由主犯认定为从犯，最终为委托人减少了两年的刑期。本案由合伙人朱赫、助理赵小雨承办。

委托人黎某系某国有商场的会计，2014年至2015年，在该商场财务主任李某的指使下，利用职务便利，将该商场近300万元款项，挪用给他人私用或用于公司验资，并收取利息近3万元。一审法院认为，黎某与李某的行为，均已构成挪用公款罪，且系共同犯罪，因此判处李某有期徒刑五年，黎某有期徒刑五年，并没收违法所得上缴国库。

当承办律师接受本案委托时，案件已经进入二审阶段。在无法提供新事实、新证据的情况下，请求二审法院改判绝非易事。承办律师认为，本案的关键点有三：第一，李某是黎某的直系领



朱赫律师

导，李某率先提出挪用公款的犯意并主导了犯罪的进程，黎某只是在领导指示下行事，并未参与挪用款项的策划、商讨；第二，黎某虽然是挪用行为的实行人，但是挪用行为具有被动性，在挪用公款过程中不具有决定性作用，同时，黎某并不知道李某挪用款项的实际用途；第三，黎某自愿接受监委调查，如实供述罪行，应被认定为自首。综上，黎某应被认定为从犯。

一审判决中不仅未认定黎某的自首情

节，还未进行主从犯的区分，判决明显不当。为了纠正一审判决的不当之处，承办律师一方面向二审法院出具了有理有据、内容翔实的代理词，力证黎某符合自首、从犯等从轻情节；另一方面主动与本案的二审检察官、法官多次沟通案件情况，向其提供多份类案的不起诉决定书，促使检察院在二审过程中出具了“应认定黎某为从犯，建议二审法院依法改判”的书面意见。最终，二审法院认定了黎某的从犯地位，改判对其处以有期徒刑三年。

承办律师认为，刑当其罪、罚合其责是属于每一个刑事被告人应得的公平正义。每个案件都存在不同的难点和疑点，律师要灵活运用各种合法手段，将这些难点疑点逐个击破，从当事人利益最大化的角度出发，积极主动地为当事人争取更好的结果，不负信赖，不负期待！

荣 誉

京都律师事务所荣登《2021钱伯斯全球法律指南》，郭庆律师蝉联登榜全球榜单



2021年2月18日晚，全球著名法律评级机构钱伯斯（Chambers and Partners）发布了《钱伯斯全球法律指南2021》（Chambers Global 2021），京都律师事务所首次上榜全球榜单-争议解决领域（Dispute Resolution）。

据钱伯斯调研员收集到的客户反馈，京都拥有较大规模的争议解决律师团队，代理了诸多备受瞩目的民商事纠纷案件和刑事诉讼，受到客户和业内人

士的高度评价。此次上榜的中国律所共23家，京都律师事务所凭借卓越能力荣登《钱伯斯全球法律指南2021》榜单，这也是对京都所长久努力的肯定与激励。

京都律师事务所将继续稳步发展，不断精进业务能力，秉承“追求卓越，不负重托”的精神为客户提供优质的法律服务。

京都律师事务所高级合伙人郭庆律师凭借出色的工作成果和优质的客户服务，在“争议解决-诉讼领域”（Dispute Resolution: Litigation）蝉联上榜全球榜单。钱伯斯在去年的亚太和全球律师排名中，均将郭庆律师作为受认可律师在该领域向全球客户推荐。

郭庆律师曾就职于新华社和中央电视台新闻中心，2003年通过国家司法考试并成为专职律师。2010年，郭

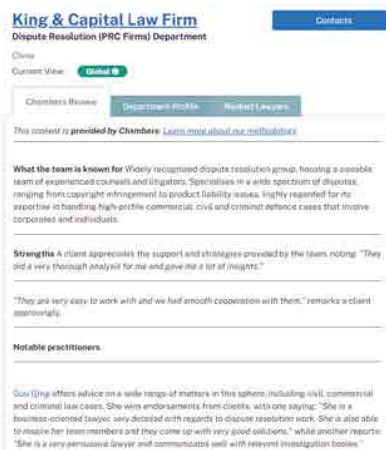


郭庆律师

律师经全国律师协会推荐及英国律师公会选拔，前往英国参加了为期十个月的“英国大法官办公室-中国青年律师培训项目”（LCTS）。在多位英国皇家御用大律师的指导下，郭庆律师对英美法律体系、国际客户需求进行了较深入的了解。迄今，郭庆律师担任政府间国际组织、多家全球500强跨国公司法律顾问，承办了大量涉外民商事纠纷解决案件，是一位不可多得的涉外领域资深律师。

郭庆律师执业17年来，凭借亲和、果敢的执业风格和精湛的专业技巧，在日常工作中发挥着非凡的影响力，深耕涉外领域多年，广受客户赞誉。

钱伯斯总部位于英国伦敦，是最权威的国际法律评级机构之一。《钱伯斯全球法律指南》（Chambers Global）通过严谨的调研和评价体系，评选出各个法律领域的知名律师事务所和顶级律师，受到众多法律专业人士及客户的信赖肯定，是全球客户寻求高端法律服务最值得信赖的权威参考之一。



京都律师事务所荣登《2021钱伯斯全球法律指南》



郭庆律师在“争议解决-诉讼领域”蝉联上榜全球榜单



荣誉

京都上海分所黄鹏律师被聘为上海企业发展志愿团专家导师



黄鹏律师

2020年6月起，上海企业发展专家志愿服务总队启动新一批志愿专家和园区工作站招募，面向全市招募具备公益精神、服务水平的专家和园区，担当全市企业服务体系的重要支撑。经过材料审核、电话面试、线下面试等严格流

程，北京京都（上海）律师事务所黄鹏律师和其他共计92位专家、35家园区一道通过遴选，受聘为上海企业发展志愿团专家导师。

上海企业发展专家志愿团由上海市经济和信息化委、共青团上海市委共同发起倡导，上海市中小企业发展服务中心负责具体组织与实施推进。

2020年，上海企业发展专家志愿服务总队锐意进取，开拓创新，深入推进“1（总队）+4（分团）+Z（志愿专家）+Y（园区工作站）”服务模式，累计举办各类服务活动近550场，覆盖企业18000余家。

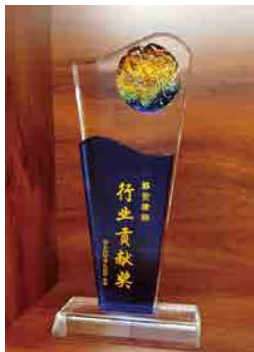
上海企业发展专家志愿团依托社会资源，以志愿者的专业知识和工作经



聘书

验等优势，采取面对面、电话、即时通讯、上海市企业服务平台等咨询方式，为广大民营企业、中小企业提供各项志愿辅导和咨询服务，助力企业排解在日常经营管理中遇到的困难，促进和引导企业按照本市产业发展导向，不断提高市场竞争力和持续发展能力。

京都上海分所荣获“静安律师2020年度行业贡献奖”



京都上海分所获得
“静安律师2020年度行业贡献奖”

2021年1月21日，由静安区司法局主办的“融入·提升——法律服务行业发展与区域经济建设座谈会”顺利举行，中共静安区委副书记、区长王华，中共静安区委常委、副区长刘燮，静安区副区长张军，上海市律师协会会长季诺，上海市律师协会副会长潘书鸿，区司法局、区律工委相关人员，以及静安涉外业务前20强律师事务所主任出席了本次会议。

会议由静安区司法局党委书记、局长吕忆农主持，参会人员围绕静安区招商引资情况展开讨论。上海市律师协会会长季诺，中共静安区委副书记、区长王华均发表讲话。

本次会议颁发了“静安律师2020年度行业贡献奖”，北京京都（上海）律师事务所荣获该奖项，并被授予奖杯和光荣册。

2020年，京都上海分所攻坚克

荣誉

难、锐意进取，取得了可喜成绩，为静安区律师行业发展贡献了力量。未来，京都上海分所将继续积极参与法治建设，为推动律师行业发展而不懈努力，争取来年再创佳绩！



光荣册

京都所王春军律师被聘为中国建筑业协会法律服务工作委员会调解员



王春军律师

日前，中国建筑业协会法律服务工作委员会公布新聘任的调解员名单，京都律师事务所高级合伙人王春军律师被

聘为中国建筑业协会法律服务工作委员会调解员，聘期两年，自2020年11月11日起，至2022年11月10日止。

“中国建筑业协会法律服务工作委员会”定位于“为行业提供法律支撑，助推行业健康发展”，深耕行业，紧密围绕会员法律服务需求，具体在工程建设领域开展纠纷调解、仲裁咨询、法律咨询、业务培训以及法治宣传等方面工作，以专业引领发展，服务会员，以成果获得信任。



王春军律师被聘为中国建筑业协会法律服务工作委员会调解员



动态

京都律所管理层选举，体现专业硬实力



田文昌



朱勇辉



褚长志



陈宇



郭庆



李波



王九川



徐莹



赵岐龙

近日，京都律师事务所经合伙人大会无记名投票，确定2021年度京都律师事务所管委会9名成员。

朱勇辉律师连任京都律师事务所主任。同时，田文昌（名誉主任）、朱勇辉（主任）、褚长志（管理合伙人）、陈宇、郭庆、李波、王九川、徐莹、赵岐龙当选新一届管委会成员。管委会成员中两位80后律师当选，为京都所注入新鲜血液，助力京都所蓬勃发展。

与此同时，13个业务部门也均完成主管合伙人的换届选举，新任主管合伙人将带领各自团队以京都所的专业态度，极力体现京都所的专业水准，持续为客户提供优质的法律服务。

京都律所也将继续秉承“追求卓越，不负重托”的宗旨，持续提升自身素质，不断超越自我，最大限度地展现京都所极高的专业水平。

京都律所合伙人晋升，综合发展凝结新力量

2021年京都律所合伙人晋升工作如期进行，新年之初便迎来20位律师晋升的喜讯。

有5位律师晋升为一级合伙人，他们是刑事诉讼部的刘玲律师、汤建彬

律师、彭吉岳律师；民商诉讼部的牛星丽律师、宇文鸿雁律师。这5位律师的晋升为京都所增添坚实力量，是京都所律师团队能力提升的重要体现。

有15位律师晋升为二级合伙人，

他们分别来自房地产与建设工程部、金融部、刑事诉讼部、劳动与雇佣部、环境资源与能源部、政府与公共服务部、公司与合规部、知识产权部。非诉领域与诉讼领域同步发展，

动态

综合实力稳步提升，最大化发挥专业化分工与团队化协作优势，着实展现出京都所卓越、优质、不断自我完善的特点。

今后，京都律师事务所兼顾综合发展的同时继续蓄能，力求汇集更多新兴力量与合作，期待京都所在新的一年更创辉煌。



刘玲



汤建彬



彭吉岳



牛星丽



宇文鸿雁

京都所金杰律师担任法律总顾问的电视剧《巡回检察组》获总书记肯定



近日，由京都金杰律师担任法律总顾问的电视剧《巡回检察组》（别名，人民的正义）播出后，引起社会强烈反响，习近平总书记先后两次对

该剧给予充分肯定和鼓励。

电视剧《巡回检察组》由最高人民法院影视中心、中共山东省委宣传部等联合出品，反映了最高检的巡回检察

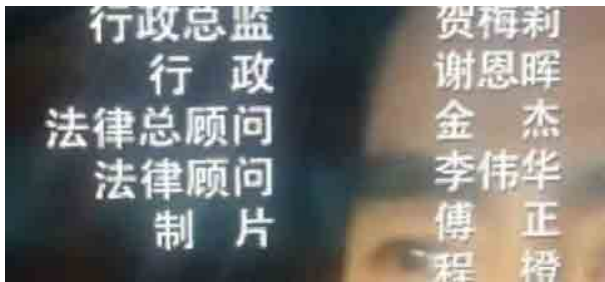
制度，体现了人民的正义。京都律师金杰应邀作为该剧的法律总顾问，在该剧的拍摄、制作和发行等方面提供法律咨询和法律审查，对可能涉及的法律风险



动态



左一为总制片人之一金盾影视中心主任李学政，右一为总出品人之一
最高人民检察院影视中心专职副主任范子文，中间为金杰律师



金杰律师担任该片法律总顾问

等问题，及时提出法律建议，对该剧的顺利完成提供了全程法律保障，受到了发行制作单位的高度评价。

《巡回检查组》（别名，人民的正义）堪称电视剧《人民的名义》的姊妹篇。此前，金杰律师曾经代理著名作家编剧周梅森的经典小说和电视剧《人民的名义》被诉侵犯著作权案，历时三年均以胜诉告终，维护了作家的原创力及合法权益，受到社会广泛关注。《民主与法制》以“从《人民的名义》到法律的正义”做了专刊介绍，成为保护知识产权的经典案例。



金杰律师与《巡回检查组》（别名《人民的正义》）导演
及主创人员合影（右二为金杰律师）

最高人民检察院给京都律师事务所发来感谢信

近日，京都律师事务所收到最高人民检察院发来的感谢信。京都指派的13名律师在高检院群众来访接待工作中，专业精湛、经验丰富、责任感强，认真接待每一名群众，受到来访群众的一致好评和最高检的高度评价。

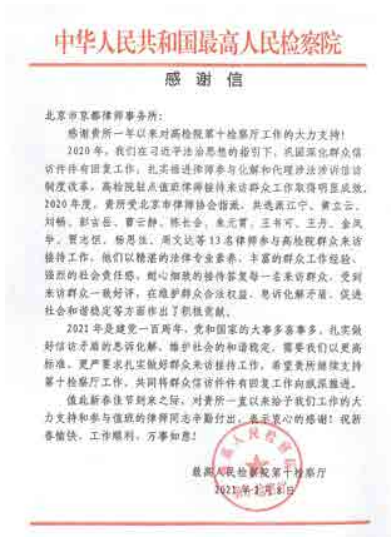
京都律所自成立以来，始终自觉承担社会责任，高度重视、积极参与各类公益性法律服务工作。2020年，京都所收到北京市律师协会通知，高检院第十检察厅需要专业律师团队驻点值班支持，遂第一时间响应并在全所发通知征集志愿律师。数十位律师踊跃报名，最终指派了江宁、黄立云、刘

畅、彭吉岳、曹云静、陈长会、朱元霄、王书可、王丹、金凤华、贾志恒、杨思佳、周文达等13名优秀律师参加了此次驻点值班工作。

最高检第十检察厅的信访案件具有长期顽固矛盾多、当事人情绪激动、事实及法律关系较复杂等特点，13位律师在值班工作中，通过精湛的法律专业素养、优秀的群众工作能力及强烈的社会责任感，耐心细致地履行职责，认真对待每一位来访群众，圆满地完成了工作任务。

公益法律服务是全社会公共法律服务体系建设的重要组

动态



最高人民检察院感谢信

成部分。京都律所作为一家成立26年的大型综合化律师事务所，不断创新工作举措，丰富服务形式，推动全所律师积极参与公益性法律服务。如发挥党员律师的带头作用，将党建活动与公益法律服务相结合；加大事务所的投入力度，由事务所承担律师参与公益服务的部分成本；激发律师的积极性，鼓励优秀律师、资深律师积极参与公益服务；积极拓展公益服务的形式，开展了法律援助案件、公益值班、普法宣传、特殊群体帮扶等各类活动。

今后，京都律师事务所将继续自觉承担社会责任，积极参与社会公共法律服务，以更高标准、更严要求扎实履行工作职责，为维护群众合法权益、社会矛盾化解、维护社会和谐稳定作出积极贡献。

杨大民律师担任京都律师事务所南京分所负责人

2021年1月28日，经京都律师事务所合伙人大会讨论研究，自2021年2月1日起，任命杨大民律师为南京分所负责人。

杨大民，京都律师事务所高级合伙人。出生于内蒙古锡林郭勒盟原解放军总后勤部白银库伦军马场。1985年随父母迁居塞外山城张家口。1993年入中国政法大学学习法律，1998起从事律师职业，现为中国法学会案例法学研究会理事，中国廉政法制研究会理事。西北政法大学硕士研究生实务导师。2012年被最高检方圆律政评选为中国十大精英律师。

执业23年来，先后在刑事和民商事领域办理了大量的有一定影响的案件。积累了丰富的法律实践经验，形成了自己独特缜密的法律思维和为客户解决具体问题的综合能力。

杨大民律师的专业素养、敬业精神和执业能力受到客户和朋友的认可与信赖。先后受聘唐国强任会长的中国广播电

视协会演员委员会，赵本山先生的辽宁民间艺术团有限公司（本山传媒）、好莱坞著名导演吴宇森先生、中国美术家协会主席中央美术学院院长范迪安、中国硬笔书法第一人庞中华先生和喜剧表演艺术家潘长江先生的法律顾问。

杨大民律师长期担任《京都律师》杂志主编。办案之余，著有律政实录《明星维权》（法律出版社）《时光牧马》（作家出版社）编有：《田文昌谈律师》（法律出版社）《父亲的草原母亲的河》—白银库伦回忆文集（人民日报出版社）。

京都南京

京都南京分所于2018年1月11日正式设立，是京都所在全国设立的第五家分所。京都南京采取京都总所直营、直管、直投的方式运营，推行独特的律师池、业务归集、薪资律师分成三项管理制度，现已成立刑事业务部、民商事



动态

部、家事业务部、法律服务中心等多个业务部门。

此外，京都南京积极参与法治建设工作，与南京师范大学法学院、京都总所共同发起设立“刑民一体化司法研究中心”，构建刑民一体化司法研究的学术高地和研究成果转化平台，致力于为国家机关、企事业单位、科研教育机构、社会组织以及个人等提供智力支持、培养专业人才、探索改革路径、承担课题研究、解决纠纷矛盾等，以整体性、一体化思维有效促进刑民交叉社会问题的治理与化解。

京都南京分所目前拥有律师和工作

人员四十余人。所内律师均毕业于国内著名政法院校，并拥有硕士以上学历，专业理论功底深厚。在从业经历上，多名合伙人及工薪律师曾在公、检、法、企业任职，具有丰富的法律实践经验，多在国内外金融机构、国家部委及各级地方政府、国内 外企事业单位担任常年法律顾问，并在银行、保险、期货、资产证券化与结构融资、企业重组、破产与清算、公司兼并与收购、证券与上市、外商投资、国际贸易、房地产与基础设施建设、劳动关系、境内外诉讼与仲裁等业务领域为客户提供专业的法律服务。



杨大民律师

北京基金小镇授予京都律所王法超律师团队感谢信和荣誉奖牌



王法超律师



魏天颖律师



荣誉奖牌

2021年1月，北京基金小镇授予京都律师事务所王法超律师团队感谢信和荣誉奖牌，感谢信提到，王法超律师为北京基金小镇入驻机构在基金业务服务、咨询、交流培训等方面提供

了专业、优质的服务，在助力基金机构高效发展，共同搭建基金业务服务平台、基金业交流平等等方面付出了诸多努力。



动态

梁雅丽律师受邀出席清华大学法学院商辩“大家谈”法律沙龙并发言

2021年3月27日，由清华大学法学院商业犯罪研究中心等机构发起设立的常设公益性学术沙龙商辩“大家谈”在北京正式成立，作为商辩“大家谈”法律沙龙五位负责人之一的京都律师事务所高级合伙人、京都刑事辩护研究中心主任梁雅丽律师受邀在沙龙上以“重大责任事故案件中刑事责任主体的范围”为题做主题演讲。



梁雅丽律师

在沙龙上，梁雅丽律师结合其本人办理的矿企涉刑案件，针对商事犯罪主体问题做了主题报告。梁雅丽表示，矿类生产企业涉刑案件最常见的罪名就是非法采矿罪和重大责任事故罪，而重大责任事故罪在矿企涉刑案件中的刑事责任主体判断，则涉及到多个层次的复杂问题。

在具体阐述中，梁雅丽表示，首先重大责任事故罪虽然一般不以单位犯罪论处，但在实务中往往是以单位为实际调查对象，由单位主要负责人和安全相关的部门负责人来承担刑事责任。当前较为成熟的矿类企业通常呈现母子分公司分立经营的模式，也就是由子公司负责矿产开采，由母公司进行资源整合、统一销售以及制度管理。当这样一个成熟的矿类企业出现重大责任事故时，在判断刑事责任主体范围的问题上就分化出了三个不同的层次。其一，从事生产作业的子公司发生事故，直接负责的主管人员和直

接责任人员如何承担刑责；其二，作为控股股东的母公司的人员是否对子公司的矿难事故承担刑责；其三，如果母公司的人员也要承担刑责，那么直接负责的主管人员和直接责任人员如何确定。至于第一层是最基础的重大责任事故类案件中生产作业企业的刑事责任主体判断，通常不会有太大障碍。但作为生产作业企业的母公司是否承担刑事责任、母公司的哪一级管理人员需要承担刑事责任，在实务和理论上则都有较大争议。

这类案件引发我们的思考：控股股东公司对下级公司的注意（监督）义务范围边界到底在哪里？行政条例能否成为扩大刑事责任主体范围的依据？调查报告确认的事故间接原因是否等同于刑法意义上的直接因果关系？在认定上级公司是否存在监督过失时，是否应当考虑信赖原则对注意（监督）义务的限定？……

随后，梁雅丽以其代理的一起典型案件为背景，就重大责任事故罪的刑事责任主体范围做了分享：

一、负责生产作业的子公司是独立的公司法人，作为控股股东的上级公司及管理人员不属于对生产、作业负有管理职责的实际控制人。

二、基于监督过失理论的可预见性原则和合理信赖原则，母公司的管理人员与事故发生的危害结果不具有刑法上的因果关系。

三、根据国务院有关规范性文件的规定及刑法谦抑性原则，不当追究本案母公司管理人员的刑事责任。

根据刑法谦抑性原则，当民法、行政法等其他部门法对行为主体的责任追究已经完全覆盖其违法性和危害性时，不应再追究其刑事责任，对其不再处以刑罚这一最为严厉的法律制裁手段。这个案件中，从侵权责任和社会保险法的角度来看，母公司上不存在侵权行为，无需承担民事责任；行政责任也已经在事故调查报告中有了认定。即便出于案件社会影响的考虑从严，也不代表可以超越基本刑法原则，漫无边界地将所有主体都纳入刑法评价范围，不能为了追责而追责。



动态



会议现场

当天的成立仪式上，清华大学博士生导师、清华大学法学院商业犯罪研究中心主任黎宏教授，作为沙龙牵头人在致辞中介绍了清华大学法学院商业犯罪研究中心及系列沙龙整体计划。该沙龙将以探索研究商事犯罪基本理论、商事犯罪罪名的犯罪构成及认定、商事犯罪预防及辩护等问题为主要活动内容，以“多出法治思想，出好法治思想”为活动目标，以贯彻落实习近平法治思想、推动中国法治进步为活动宗旨，通过努力，力争为中国的法治建设贡献一份法律人应尽的力量。

京都瞿凯俊律师承办案件获不起诉决定，当事人及家属送锦旗表示感谢

2021年3月17日下午，京都律师事务所瞿凯俊律师此前代理的史某涉嫌非国家工作人员受贿案获不起诉决定，当事人史某及家人一道来到京都律师事务所，将一面写着“京都律师，律师精英”的锦旗赠与瞿凯俊律师，对其专业素养和敬业精神表达了感谢。

瞿凯俊律师认为，对史某的不起诉决定体现了司法机关在案件处理中贯彻的“宽严相济”的刑事政策，情节轻微可能不构成犯罪，没有羁押的必要，应当得到宽大处理。

当事人对京都律师的专业能力予以了充分肯定，对京都律师事务所表示高度认可。京都律师今后也会继续全力以赴、不负重托地处理好每一个案件。

案件概述：

犯罪嫌疑人史某系北京某高档酒店前厅接待部负责人，被指控和酒店销售部负责人共同接多家旅游公司的贿赂，因涉嫌非国家工作人员受贿罪被北京市公安局某分局于2020年7月16日予以刑事拘留。

京都律师事务所的瞿凯俊律师接受嫌疑人史某亲属委托后，前后多次到看守所会见嫌疑人，并就涉嫌的罪名等到侦查机关了解有关情况，提出了自己的意见，并提交了《取保



当事人及家属将“京都律师，律师精英”的锦旗赠与瞿凯俊律师

候审申请书》。

在侦查机关案件将案件向检察机关提请批准逮捕后，瞿凯俊律师根据案件事实、情节等因素，认为犯罪嫌疑人涉案情节轻微，不应以涉嫌非国家工作人员受贿罪追究刑事。为此，瞿凯俊律师与检察机关进行深入沟通，并向检察机关提交了应不予批准逮捕的《法律意见书》等书面材料。

2020年8月21日，检察机关对犯罪嫌疑人史某作出了不予批准逮捕决定，侦查机关关于同日对犯罪嫌疑人史某作出取保候审决定。犯罪嫌疑人史某于当晚回到家中。

动态

后该案件被侦查机关于2020年10月移送至检察机关审查起诉。瞿凯俊律师在查阅该案的全部卷宗材料后，和主办检察官多次沟通，并提交了涉案情节轻微，不应以涉嫌非国家工作人员受贿罪追究刑事的辩护意见。辩护意见围绕事实与法律，结合涉案情节，剥丝抽茧、层层渗透，终获检察机关的认可，后检察院于2020年12月30日对该案作出不起

决定。

瞿凯俊，京都律师事务所律师，1998年通过全国律师资格考试，2002年从事专职律师工作；曾办理过多起重大的刑事、商事案件，并担任多家国有企业常年法律顾问。从事法律服务工作近二十年来，在刑事辩护及重大疑难商事诉讼中积累了丰富的办案经验。



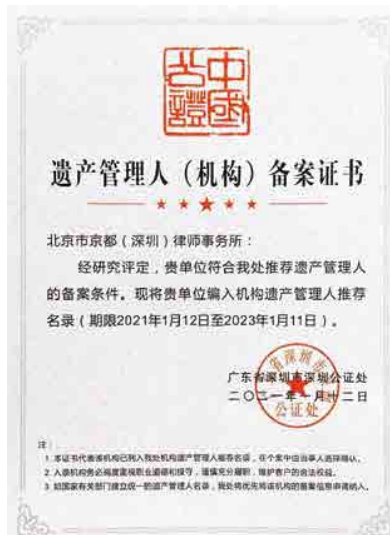
瞿凯俊律师

京都深圳入选深圳公证处首批遗产管理人（机构）推荐名录

2021年1月12日，京都（深圳）律师事务所入选深圳公证处首批遗产管理人（机构）合作名单及推荐目录。

2021年1月1日，《中华人民共和国民法典》正式实施。继承编第四章第1145条至第1149条，从遗产管理人的选任、指定、职责、民事责任和报酬五个方面，制定了遗产管理人制度的框架，为遗产管理人制度的推行提供了立法层面的法律保障。

针对《民法典》继承编中关于遗嘱执行人及遗产管理人制度的重大变革，为满足人民群众在遗产处置方面的多维



遗产管理人（机构）备案证书

度法律服务需求，深圳公证处秉承“对标示范合作创新”的理念，示范开展“公证+律师”双法律服务模式，引入专业机构及专业人士担任遗产管理人，建立优势互补、合作双赢的遗产管理人制度模式。

京都深圳律所在婚姻家庭和财产传承业务领域拥有丰富的实践经验，擅长处理该领域的复杂、疑难案件。京都深圳将秉持“追求卓越，不负重托”的执业理念，积极探索、推动遗产管理人制度的建立与完善，为社会提供专业、优质的遗产管理法律服务。



动态

张启明律师受邀担任北京工商大学法学院法律硕士研究生校外实践导师



张启明律师

近日，京都律师事务所高级合伙人张启明律师受邀担任北京工商大学法学院法律硕士研究生校外实践导师，聘期三年。

法律硕士作为应用型专业硕士，培养实践经验比深耕理论研究还要重要，美国著名法学家霍姆斯就曾说：“法律

的生命不在于逻辑，而在于经验。”因此，对法律硕士进行实践培训与锻炼是教育的重中之重。律所具有天然的实务优势，让法律硕士在学习理论的基础上走出课堂，在实践导师的带领下，参与到具体的办案中，从实践中来，到实践中去，为以后毕业到法律实务单位打下坚实的基础。



聘书

京都所高伙吕志轩律师为国有企业进行合规培训



吕志轩律师

近日，京都律师事务所高级合伙人吕志轩律师受邀为北京住总实业股份有限公司及北京东岳物业管理有限公司的部分员工做了主题为《房屋土地经营合同法律风险防范》的专



培训现场

项培训，通过《民法典》及配套法律关于房屋土地出租经营方面的法律解读及案例分析，提高国有企业依法治企的能力及法律意识。

动 态

本次企业培训旨在为了落实北京市国资委的号召，落实北京市人民政府国有资产监督管理委员会关于市管企业“八五”普法的精神及《北京市进一步加强企业国有资产监

督防止国有资产流失的实施意见》，高度重视国有企业资产保值增值及法律风险防范，看好国有资产，防范风险，实现保值增值。

京都律师事务所与四川遂宜律师事务所开展行业交流会

2021年3月11日下午，京都律师事务所（以下简称“京都所”）与四川遂宜律师事务所在京都所23层会议室开展行业交流会。京都所高级合伙人徐莹律师、高级合伙人梁雅丽律师、管理合伙人褚长志先生，四川遂宜律师事务所主任张坤、四川遂宜律师事务所管理合伙人李洁和北京隼格律师事务所律师黄文涛就律所管理和合作发展等问题进行交流。徐莹律师主持此次会议。



徐莹律师

会议开始前，徐莹律师首先感谢和欢迎各位嘉宾的到来，并介绍双方与会嘉宾，希望大家在此次交流会上就律所管理和专业发展畅所欲言，充分交流。随后邀请各位嘉宾参观京都律师事务所，并一同观看了京都所宣传片。

京都所管理合伙人褚长志对各位嘉宾示热烈欢迎，并向大家介绍了京都所概况以及核心价值观，且强调京都所正不断为综合化发展努力奋进，注重专业发展的同时不忘理论研究，出版多部著作，对外合作与知识管理同步发展。他表示，京都所公司制和合伙制结合的混合制管理模式，是京都所不断摸索的体现，制度改革带来了更大信心和希望。



褚长志先生

京都所高级合伙人梁雅丽律师就京都刑辩研究中心和对青年律师的培养方案进行简单介绍。她讲道，京都刑辩研究中心以促进刑事辩护行业发展为己任，去年通过31场公益“名家讲座”，获得了业内好评。同时，京都刑辩研究中心通过多年的思考和总结，理论与实务相结合，已经形成了成熟的课程体系，为所有热爱刑辩的律师搭建共同学习的平台。梁雅丽律师期待后续与多家律所进行走访交流活动，进



梁雅丽律师



动态

一步拓展提升京都所律师整体的专业水平。

四川遂宜律师事务所张坤主任对此次走访京都所表示感谢，并向大家介绍了四川遂宜律师事务所成立概况。张坤主任提到地域对行业建设和相关领域的发展有诸多影响，同时她表示律师行业的行业间距小，服务对象高度集中，适宜人才培养与拓宽发展空间。希望将来与京都有更多的合作机会。



张坤律师

四川遂宜律师事务所管理合伙人李洁表示，在了解京都所26年来经历的改革和发展后，她认为京都所的发展和管理模式值得学习和借鉴，并表示此次交流不虚此行，收获颇丰。



李洁女士

北京隽格律师事务所黄文涛律师对京都的管理模式和在专业发展方面所做的工作高度肯定。黄文涛律师学习刑

法出身，出国深造合规相关领域，先后获得法国巴黎第九大学博士、美国波士顿大学博士后。与会人员就刑事业务与合规问题进行了探讨。同时黄文涛律师对京都所公益类的课程较为感兴趣，希望在今后的交流合作中保持联系。



黄文涛律师

会议最后，徐莹律师将准备的礼物赠与来宾并合影留念，此次交流会圆满结束。

京都律师事务所今后也将秉承“专业·立身，诚信·天下，理性·智慧，执着·敬业”的企业文化核心价值观，同步稳固专业化、团队化、综合化和国际化的发展目标，不断提升专业水平，坚决履行社会职责，理论与务实相结合，鼓励年轻律师磨砺自身本领，为广大客户提供高质量和全方位的法律服务。



会议合影

动态

京都律师事务所入驻中国整形美容协会

2021年3月24日，京都律师事务所入驻中国整形美容协会，成为该协会的会员单位。

近年来，医美行业迎来发展热潮，在中国一直保持高速增长态势，医疗美容行业的相关法律、法规以及政策也日益完善。尽管行业监管力度不断加强，但随着行业快速发展，医美机构大量涌现，其面临风险种类繁多、涵盖面广。因此，医疗美容机构的法律风险防范显得尤为重要。

京都律师事务所医疗法律事务团队，密切关注医疗美容行业的法律动态，在医疗产业投资与合规管理、医疗纠纷等民商事诉讼和仲裁领域具有丰富的办案经验。此次入驻中国整形美容协会，旨在加强行业法律专业意见输出，为广大客户提供专业、高效、精准的法律帮助，竭力保障消费者的合法权益。京都所后续将继续加强与各行业间的交流合作，以前瞻性聚焦行业涉及的法律问题，为各行各业提供综合全面的法律服务。

京都律师事务所成立于1995年，经过26年的稳健发展，已经从以优秀刑事诉讼为主导的律师事务所，发展成为中国甚至亚洲领先的大型综合化律师事务所，也是“客户最信赖的律所”之一。

中国整形美容协会是经中华人民共和国卫生部审核批准、民政部登记成立的国家一级民间社会团体。2009年5月16日在中共卫生部党校召开了成立大会，2009年7月27日在民政部民间组织管理局正式登记成立。由数百家从事整形美容临床、教学、科研管理等相关单位和个人自愿结成的行业性的全国性的非营利性的社会组织。下设整形与重建外科分会、微创与皮肤整形美容分会、口腔整形美容分会、民营医疗美容机构分会等三十九个二级分会。协助政府主管部门加强对本行业的自律建设，建立规范有序的美



中国整形美容协会会员单位



京都律师事务所入驻中国整形美容协会

形美容市场秩序，促进中国整形美容技术和服务水平不断提高，维护整形美容工作者的合法权益，积极为中国整形美容事业发展做出贡献。



“团队化机制的治所理念与方略”思考

（在2020年合伙人年终会议上的讲话）



田文昌律师

律师所团队化机制的设计是个难题，在中国，更是一个没有前人经验可以借鉴的课题。但我们如果坚持团队化治所理念的方向，就必须解决这个难题。结合京都所和其他一些律师所多年的经验和教训，

我对这个问题做了一些思考，与大家分享。

我的思考主要涉及以下几个方面的内容：

一、治所理念：一个需要共识的前提

理念，是“上升到理性高度的观念”，指理性化的想法。治所理念，就是治所的想法、目标。

合伙做事，就应理念相同，即“道同者相与谋”，合伙人要有共同的治所之道。但办所理念既无统一标准，也无对错之分。如：分账制，团队化，各有千秋，全在个人选择。

分账制：各自为政，人自为战。易于管理，但缺乏合力。

团队化：具有团队合作优势，但管理成本高。

我们摒弃分账制而选择团队化，这一点已经形成共识。但是，对于团队化的价值目标却是见仁见智。例如，团队化机制的内涵是什么？团队化的分配机制是利益均沾还是按效益计酬？团队合作过程中是无私奉献还是有偿服务？团队内部要不要坚持公平原则？如何理解和体现团队内部的公平原则？等等。这一系列问题都需要达成共识。否则，团队化机制就会名存实亡，甚至会走向反面。

团队化机制主要有三种不同模式：（1）公司化管理；（2）公司与合伙制混合管理；（3）绩点制管理……

此三种模式，虽方式不同（术不同），但价值目标一致：发展共赢，共同受益，而非简单的同甘共苦。

为实现目标，就要有奋斗过程，而过程中就会有得失。如：为应对困局而艰苦奋斗；为长期利益而牺牲眼前利益；为共度难关而相互帮扶……

但必须明确，这一切均是手段而非目的。为了宏伟的目标才会有过程中的努力奉献，不存在“为奉献而奉献”的理由。市场环境下，没有纯粹的无私奉献。雷锋精神是

一种境界，一种榜样，值得提倡和学习，但不能强加于所有人，更不能制度化。因为，没有公平原则和等价交换，就不会有市场经济。

历史证明，为了一个宏伟的目标，可以无私奉献，舍生忘死，但目标实现后，就不会永远奉献。例如：革命成功后，为何官员腐败难以遏制？自然灾害时为何饿死的多是劳苦大众，官员们为何不能高风亮节将生存的机会留给他人？可见，提倡长期的无私奉献和长期的单方扶持而忽视公平性，不具有可持续性，且一定会走向反面。

所以，团队化的价值目标，必须是发展共赢，共同受益，这一点是没有争议的。但实现共赢的路径是有条件的：团队机制的根本优势是通过协作与互助来实现共赢，但这种协作与互助的动力是建立在可期待利益基础之上的，即发展过程中的相互支持和利益让渡一定是具有利益期待的，是要有回报的，不能定位于无私奉献式的单方帮扶。而且，发展改革的红利必须是共享的，不能厚此薄彼。只有如此，才能吸引大家同心同德，同舟共济，才能真正实现团队化的发展目标。

二、公平原则：团队成员共存的基础

团队化实现的路径：没有唯一，只有更好

公司化；公司与合伙混合化；绩点制……各有千秋。正如“条条大路通罗马”，不排除会“殊途同归”。但有一个不可或缺的共同原则，就是必有公平原则。这是团队成员共存的基础和共赢的条件，符合该原则，即可成功，否则即失败。

公平原则的底线，是利益共享的差别在合理限度之内。

对合伙制律所而言，衡量利益差别的依据，不是看每个人获得多少利益，而是要看每个人承担多少成本。这是由合伙制机制所决定的，因为律所成本是由合伙人分担的。

合伙制为何要考量分担成本比例？因为合伙制不同于公司制。公司制是资合结构，股权结构是固定的，利润是资本升值，利润按股权分配。合伙制是人和结构，成本分担是动态的，利润不是靠资本升值。

成本消耗也是动态的，不核算成本就无法体现公正。所以，如果在合伙制中成本模糊，就会挫伤部分人的积极性。

人民公社的平均主义大锅饭就是沉痛教训，每人每户

将土地和其他生产资料全部上缴，不计成本，取消家庭锅灶统统到大食堂吃饭（供给制），男女老少一律平等。

人民公社平均主义大锅饭的结果是：因失去公平丧失了积极性，终于导致产能下降而难以为继。

从管理学的一般规律而言，合伙制中这种成本分担差别的合理限度应当在一倍之内（即承担最高者的贡献不超过承担最低者的一倍）。根据不同律所的具体情况也会有所差异，但这种差异不会过大。这个问题如同价值规律一样，虽无明确标准，却在每个人心中都有一杆秤，一旦超出底线就会出问题。例如：因积极性受挫而消极怠工；因心理失衡而使利益外流；或用脚投票而人才流失；直至矛盾激化而导致分裂。最终必然会导致：团队化流产，倒退到分账制或者小山头式的联盟制。

三、平台建设：团队成员共赢的条件

共赢的基础，是团队中每个成员的主观能动性都得到充分发挥，而实现这个目标的前提是：平台协作机制的合理化和平台作用的最优化。协作机制合理化体现为：每个成员在合作中都能公平受益，从而愿意合作，主动配合。平台作用最优化体现为：每个成员都能借助平台优势而受益，为平台建设所付出物有所值。

每个成员对于其对律所贡献度（成本分担）和所获利益必有全面考量。所以，律所平台的作用也与成本分担差别的合理限度相关联。律所平台作用越大，律所成员对平台依赖度越强，律所凝聚力就越强，这种合理限度的幅度也会越大。反之亦然，平台作用越小，律所凝聚力越弱，如果平台作用接近于零，必然会走向分账制。没有人愿意为与己无关的成本多做贡献。

所以，无论何种方式，只要能达到“发展共赢，共同受益”的目标，就是成功。而平台建设是实现这个目标的前提条件。至于如何选择，要看哪种方式更接近于这个目标。可见，概念并不重要，内容才是根本。

四、对机制作用需要正确解读

在人治理念的支配下，人的作用重于机制作用；在法治理念支配下，机制的作用重于人的作用。如何理解：坏



的机制可以使好人变坏，好的机制可以使坏人变好？

这种解释不能浮浅于字面，而应当弄清其中含义。人性中善恶并存。好机制：可以惩恶扬善；坏机制：可以纵恶欺善。所以，机制的作用并非改变了人的本性，并非：好的机制下，人人都会大公无私，舍己为人。而是：因制度限制而失去了损公肥私和损人利己的条件。也并非：坏的机制下，人人都变成了利欲熏心的势力小人。而是：因制度缺陷而释放了谋取私利的机会。

所以，对人的评价，既不能以“大公无私，高风亮节”为标杆（那是典范—如雷锋）；也不能以“追求私利，斤斤计较”为耻辱（那是趋利避害的本性）。事实上，每个人都有权利追求个人利益的最大化，对此无可非议。只是有个前提，不能损人利己。但，如何做到利己而不损人，并不能光靠自觉，更重要的，是靠机制约束——这就是机制的作用。如果人人都在追求个人利益时都能做到自觉和有度地不损害他人利益，那就都是圣人，规则和法律就没有意义了。

可见，在不同机制下，人的本性并未改变，而是其思维方式和行为方式因机制不同而不同。

五、何为公平？一个绕不开的话题

人人都讲公平，但却争执不休。原因之一，是对公平的不同解读。有人强调形式平等，有人强调实质平等。

关于形式平等（公平）与实质平等（公平）的关系，既是个哲学命题，也是个法学命题。形式平等：分配平等原则，指权利享有的平等，统一标准的平等。“法律面前人人平等”，即是形式平等原则。实质平等：结果平等原则，指实际利益享有的平等，是以不同个体情况的差异衡量公平标准的平等。

简言之：形式平等是低境界的平等，各尽所能，按劳分配，就是形式平等。实质平等才是高境界的平等，各尽所能，按需分配，就是实质平等。但，实质平等离现实较远，标准难以界定，容易陷入更加不平等的误区。所以，现行立法还不能超越形式平等的原则。例如：同罪同罚、责任年龄界定、罚金刑标准、主观责任认定等等，都是形式平等原则。可见，实质平等原则属于共产主义目标的原则，美好却遥远。

关于形式平等与实质平等的争论：由来已久且从未间断。如：我国关于赔偿金标准的设定，采用对城乡人员的差别化标准，在国际社会上就备受争议，因此在人权对话中对这种差别化标准提出了同命不同价的质疑。而就在几天前，全国人大刚刚公布了一个决定，将这个标准统一化了。实际上，由我国城乡差别的现状所决定，城乡居民的生活标准确实存在差别。同样数额的生活费，对于农村人而言可以比较富裕，而城里人就可能比较拮据。如按着实质平等原则实行差别化标准，更具有现实性。但这种差别化标准却违背了同命同价的理念，所以还是回到了形式平等的原则。

在非诉业务与诉讼业务的成本消耗和成本分担问题上，其实也存在对实质平等与形式平等的理解和选择之争。但是，在实质平等还只能是一种理想的当下，我们只能选择形式平等。

所以，在律所分配机制设计上，只能以形式平等原则为标准，以实质平等原则为补充。

六、部门化管理是团队化大型律所的唯一选择

分配机制是律所生存的基础；管理模式是律所发展的保障。综合化大型律所，人员多，部门多，业务类型多，分支机构多。所以，必须实行部门化管理。部门化管理具体体现为：集权与分权相结合的管理模式。这种管理模式的优势和运行机制主要体现在以下诸方面：

（一）部门化管理可以消除过分集权的弊端

在规模化大型律所中，统一集权管理有如下诸多弊端：

1. 体量过大，集中统一管理会力不从心。
2. 各专业团队之间责、权、利难以平衡。
3. 矛盾上缴，各种矛盾会集中于律所管理层。
4. 不利于充分发挥各专业团队的主观能动性。
5. 因部门自身积极性不足，易形成管理漏洞。

实现以专业类型划分的部门化管理，则是消除这些弊端的有效途径。

（二）部门管理是控制成本的有效手段

1.成本核算是节约资源的前提

无论是人力资源、空间资源，还是其他任何物质资源，都不可能凭借个人的主观意志去自觉控制。浪费是人的天性，只有在部门管理中实行精细化的成本核算，才能节约成本，控制浪费。

2.成本消耗与部门利益挂钩，是控制成本的调节器

在成本混同计算情况下，各部门会缺乏节约成本的自律性，成本消耗与部门利益挂钩，才会促使部门内部对成本精打细算。

（三）部门自主权与律所整体机制应保持一致性

自主权是部门化管理的基础和动力，部门在分配机制和业务操作方式上可以各有特色，充分发挥主动性和创造性。但部门管理应在律所的统筹安排和大框架之内运行，避免形成各自为政的小山头模式。

（四）平等、包容是部门化管理的生命力所在

以专业类型划分的部门化管理，有利于提升律师的专业化水平和律所创收能力，但同时在合伙人层面却容易发生一山难容二虎的人才冲突，导致内部分裂和人才流失。部门内部的平等、包容机制是阻止这种冲突的平衡点，也是部门化管理的生命力所在。简言之，部门主管合伙人的责权利必须合理清晰，在地位和利益上不能一人独大，在律所对内与对外各项活动中，都要充分体现出与其他合伙人的平等性，使部门内部的所有合伙人都能在同一个平台上不分主次地各显其能。只有这种机制，才能形成一山容多虎的和谐氛围，吸引和包容高水平人才在同一个部门内共同发展，不断壮大部门实力。

（五）部门之间合作机制应当以经济杠杆调节为主

部门之间相互合作与支持是团队化律所基本特征和优势所在，为此，律所应设计出切实可行的部门合作的管理办法和协调机制。这种合作与支持应以利益共享、公平公正为基础，以互帮互助为补充，否则难以保证团队之间合作的可持续性。

七、团队化律所管理层的主要任务是宏观调控和打造律所平台

团队化律所的管理层主要任务包括以下几个方面：

- 1.制定和贯彻分配机制；
- 2.制定和贯彻律所整体发展目标和规划；
- 3.制定部门管理机制；
- 4.支持、协调各部门工作；
- 5.平衡、协调各部门利益关系；
- 6.打造律所平台，拓展总体业务。

团队化机制的优势主要体现于律所平台的聚合力 and 支撑力，也就是律所平台具有综合性、高效益的利用价值，可以使每一个律师和每一个专业团队都能充分有效地借助平台优势来发展业务并从中受益。这正是团队化机制的生命力所在，也是其区别于松散型管理模式的主要标志。

所以，在制定和完善律所的各项管理机制，对律所整体运行实现宏观调控的同时，调动全所力量，倾心打造律所平台，借助律所平台优势拓展总体业务，是团队化律所管理团队的重要任务。高成本，高效益，向管理要效益，成本与效益相辅相成，是团队化管理机制的主要特征。首先，要发展就必须有投入，高成本运作是团队化管理模式的必然需求。同时，高成本管理的目的是追求高效益，管理成本的投入必须物有所值。

律所的发展成本应当主要投放于平台建设，平台建设包含宣传、拓展、人力资源、业务协调等各项综合因素。而管理出效益的最终结果，则体现于律所整体业务量和收益率的增长。


所以，律所总体效益的增长率以及成本与效益的比例关系，是考核评价律所管理团队的主要标准。

任何一种改革，都是充满艰辛与痛苦的尝试，

任何一种超越，都是以勇于舍弃为前提，

理念的更新，必须彻底冲破传统观念的桎梏，而决不能满足于空洞的口号，

理论的作用，来自于其内在的生命力，而决不在于其抽象的概念本身。

深刻体味中国40年改革的历程，则更能领悟京都改革之困境与前景，坚定京都改革的信心与决心。



解读民法典热点法律问题



以民法典解读 公司框架下夫妻共同债务的认定

■ 宇文鸿雁 张迪 / 文

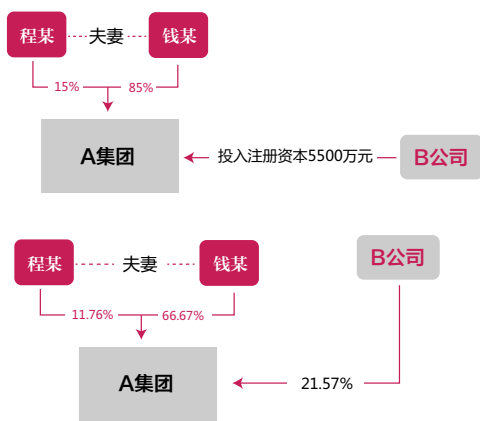
前言

随着近年来社会的不断发展，国民家庭财产的结构、数量以及形态等都发生着巨大变化，社会公众的婚姻家庭观念也日益多元化。随着家庭财富的不断增长，因投资或设立公司而产生大额债务的风险也不断加剧。

在此背景下，民法典婚姻家庭编与时俱进，明确了夫妻共同债务“共债共签”的原则，对于夫妻共同债务的理解及认定作出了明确的规定。

我们以案说法对公司背景下夫妻共同债务的认定问题进行解读：

一、以案释法



案件事实关系图

①A集团增资扩股前的注册资本为2亿元，股东钱某、程某夫妻二人，持股占比分别为85%和15%；

②2012年4月，B公司与钱、程夫妻二人签订《增资扩

股框架协议》约定，B公司以增资扩股的方式向A集团投资注册资本5500万元；

③2013年9月，在B公司投入约定的资金后，A集团完成公司工商变更登记，注册资本增加到2.55亿元，其中B公司持股21.57%、钱某持股66.67%、程某持股11.76%；

④A集团此后并未完成协议中约定的资产增发；

⑤2016年8月，B公司与钱某签订《股权转让协议》，双方同意B公司将所持有的A集团21.57%的股权以1.2亿元转让给钱某，B公司随即退出A集团；

⑥B公司向一审法院起诉主张被告钱某应给付5500万元注册资本对应的股权转让对价1.2亿元同时支付相应的逾期违约金，并请求判令程某就上述款项承担连带清偿责任；

宇文鸿雁律师简介



京都律师事务所高级合伙人，办理数百件大额民商事诉讼案件；在民商事争端处理中引入谈判机制大量案件以调解、和解方式解决，减少当事人诉累的同时最大限度的维护其合法权益。专业领域为公司类诉讼案件，股权纠纷、刑民交叉案件、合同纠纷等诉讼领域；在高净值人士家事法律风险控制及纠纷解决、家族企业股权结构设置领域有丰富的办案经验。



⑦一审法院驳回B公司的诉讼请求；二审法院撤销原判，支持B公司全部诉讼请求。

案件争议焦点：

争议焦点一，钱某应否承担给付案涉股权对价款本金及违约金的责任；

争议焦点二，程某应否承担案涉连带给付责任（即案涉债务是否为夫妻共同债务）。

法院裁判要旨：

本案中程某与钱某系夫妻关系，且程某始终是A集团的股东，至B公司退出后，A集团的股东为其夫妻二人，其中钱某持股85%，程某持股15%。虽然程某未在《股权转让协议》上签字，但其在2016年8月的A集团《股东会决议》上进行了签字，该决议涵盖了《股权转让协议》中的股权转让主体、标的和转让价格，足以证明程某充分知晓钱某与B公司之间关于股权转让的具体内容，其对股权转让知情并同意。案涉股权转让发生于二人婚姻关系存续期间，钱某取得的案涉股权应属于夫妻共同财产。

B公司提交的证据能够证明本案钱某获得股权并支付相应股权转让的对价，系基于钱某、程某夫妻二人共同意思表示的经营行为，故本案债务应认定为夫妻共同债务，程某应当承担连带清偿责任。

律师实务解读：

1、如何认定夫妻共同经营行为负债？

以上案例可见，公司经营过程中，公司股东或高级管理人员常常因为公司经营对外负担债务，对于该债务是否为基于共同经营产生的夫妻共同债务，应注意以下几点：

一方面，应判断该经营债务是否为夫妻共同意思表示，若夫妻共同签字或事后对该债务进行了追认的，不论追认的形式如何，应认定为夫妻共同债务。

另一方面，应判断该债务是否用于夫妻共同生活和共同生产经营，若债权人能够证明公司经营已经纳入家庭意志，经营收益用于家庭生活或者公司，即为夫妻共同经营的，可以认定为夫妻共同债务。

2、夫妻因经营形成共同债务的举证责任由谁承担？

对外债权文书上有双方签字的，债权人自然无须另行

举证。但在实务中经常为债权文书仅有夫妻一方签字，没有夫妻双方签字的，证明该债务为夫妻共同债务的举证责任由债权人承担。

对于夫妻共同债务的法律认定及举证责任，是随着社会发展而逐渐调整的，认清夫妻共同债务的历史沿革，便于我们更加了解夫妻共同债务应如何认定的问题。

张迪律师简介



中国政法大学法律硕士，武汉大学法学学士双学位。专业领域为合同类、公司类、刑民交叉等民商事诉讼，在合同纠纷处理、争议解决方案等方面积累了丰富的经验。

二、夫妻共同债务的历史沿革



1、1980年颁布、2001年修订《婚姻法》的原则性规定

新婚姻法出台时，对于离婚案件处理感情问题主要遵循以下几方面：

- (1) 夫妻共同生活所负债务共同偿还；
- (2) 债权人知道债务人夫妻财产各自所有，认定为个人债务；
- (3) 财产各自所有或者不足清偿的，双方协议清偿，协议不成，法院判决。

2、2004年《婚姻法司法解释（二）》第24条的出台背景

因大量假离婚案件的出现，导致财产归夫妻一方所

有，债务却归了另一方承担，使债权人的利益难以得到保护，严重侵害了债权人的权益。故《婚姻法解释（二）》第24条把夫妻关系存续期间的债务首先推定为夫妻共同债务。而此时的举证责任归夫妻一方承担，夫妻一方须举证证明债务非夫妻共债。

（1）一方个人所负债务的，应当认定为夫妻共同债务；

（2）一方能证明债权债务经双方约定为个人债务的，认定为个人债务；

（3）债权人知道债务人夫妻财产各自所有的，认定为个人债务。

3、《婚姻法司法解释（二）》第24条补丁（增加两款内容）

不久之后，又出现了新的问题，因《婚姻法解释（二）》第24条首先将债务推定为夫妻共同债务，于是就出现了夫妻一方在离婚时或者离婚后制造虚假债务，让另一方负债的情形。民间甚至产生了“反24条联盟”。所以产生了第一个补丁，顺便还把赌债和赌资进行了规定。

（1）一方与第三人串通虚构债务，不予支持；

（2）一方在从事赌博吸毒等违法犯罪活动中所负债务，不予支持。

4、《关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》

2018年1月18日，最高人民法院出台《关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》，该《解释》坚持了平等保护的原则，即债权人的债权和夫妻一方的财产所有权均属于法律保护的范畴。

（1）双方共同签字或者另一方事后追认等共同意思表示所负的债务，为共同债务；

（2）一方以个人名义为家庭日常生活需要所负的债务，债权人主张共同债务的，应予支持；

（3）一方以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务，债权人主张共同债务的，不予支持，但债权人能够证明该债务用于债务人夫妻共同生活、共同生产经营或者基于双方共同意思表示的除外。

5、2021年1月1日实施《民法典》1064条

根据《民法典》第1064条规定，“夫妻双方共同签

字或者夫妻一方事后追认等（共债共签）共同意思表示所负的债务，以及夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义为家庭日常生活需要所负（“家事代理权”）的债务，属于夫妻共同债务。夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务，不属于夫妻共同债务；但是，债权人能够证明该债务用于（“共同受益”）夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示的除外。”

三、如何理解和认定夫妻共同债务？

第一、“共债共签”夫妻共同在借条上签字的或者未签字的一方事后追认的，认定是共同债务。

第二、“家事代理权”即夫妻一方虽然以个人名义借款，但是借款用于家庭日常生活的，应认定是共同债务，由双方共同偿还。

第三、“共同收益”即夫妻一方以个人名义借钱，但该借款明显超出了家庭日常生活所需（比如借了一个亿），那么债权人需证明钱是用于夫妻共同生活、共同生产经营，或基于双方共同意思表示的，即为夫妻共同债务。

简单归纳：若要确定债务为夫妻共同债务，要么是夫妻双方共同借取的（包括追认及其他共同意思表示），要么是用于夫妻共同生活；再简单点，这钱要么是共同借的，要么是共同花的。

四、夫妻共债入民法典的意义

《民法典》第1064条将最高院司法解释《关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》中的规定吸纳到立法中，提高了立法层级，强化了夫妻共债的区分意识，其价值主要体现在以下几个方面：

- 1、此规定明确了夫妻共同债务的范围；
- 2、强化了债权人的举证责任；
- 3、对家庭中弱势一方实施适当倾斜性保护；
- 4、积极推动夫妻关系朝着更加平等的方向发展；
- 5、充分体现了民法典的人文关怀。

可以看到，在从“夫妻捆绑主义”到夫妻平等独立“个人主义”的发展过程中，婚姻关系中个体意志与独立人格以及独立财产权均得到了逐步尊重。同时，更加注重了交易安全，强化了市场风险意识，平衡的保护了债权人和非举债一方的利益。



浅析合同解除权及行使方式

——结合北京法院首次适用民法典认定合同解除时间的案例分析

■ 赵岐龙 张小溪 / 文

《中华人民共和国民法典》（以下简称“《民法典》”）颁布之前，我国现有法律规范中涉及合同解除制度的大致有四类：一是，原《中华人民共和国合同法》（以下简称“《合同法》”）总则关于合同解除的一般规则，即《合同法》第九十三条至第九十七条。二是，原《合同法》分则中有关各个典型合同解除的具体规则，包括买卖合同、租赁合同、承揽合同、技术开发与技术转让合同、委托合同、保管合同、仓储合同、运输合同等主要类型的有名合同，均有其合同解除的具体规则，散见于《合同法》分则的各个部分，共同构成重要的合同解除规则。三是，最高人民法院有关的合同法司法解释，具体包括《合同法司法解释（二）》第二十四条关于解除权异议期间及其效力的规定；最高人民法院《关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第三条关于解除权行使期间的规定；最高人民法院《全国民事审判工作会议纪要》（即《九民纪要》）第四十六条至第四十九条，分别就通知解除的条件、约定解除条件、违约方起诉解除和合同解除的法律后果进行了较为详细的规定（《九民纪要》第四十六条就“通知解除的条件”作出了具体、详尽的解释，纠正了司法

赵岐龙律师简介



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

实践中对于《合同法司法解释（二）》第二十四条的理解运用偏差，提出“只有享有法定或约定解除权的当事人才能以通知方式解除合同”；第四十七条至四十九条对“约定解除条件”、“违约方起诉解除”、“合同解除的法律后果”三项内容提出了权威、统一的司法观点）；以及最高人民法院《关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第二十五条关于从给付义务违反与合同解除的关系。四是，其他民商事法律法规中涉及合同解除的规则，包括《海商法》《保险法》《消费者权益保护法》等法律法规中的相关规定。上述有关合同解除制度的法律规范确立了我国合同解除制度的基本框架，而司法实践中对于合同解除尤其是通知解除的成立、后果、行使期限等问题一直存在争议，各地法院的裁判观点也存在很大差异。

随着完善统一法律适用机制等司法体制改革意见的出台，以及《民法典》的颁布施行，合同解除之诉领域的司法观点愈发清晰、法律适用标准渐趋统

一。详见于《民法典》第五百六十二条至五百六十六条、五百八十条，其中对于合同解除的规定较之原《合同法》及司法解释等，主要有如下变化：一是规定了不定期继续性

合同的随时解除权制度（第五百六十三条）；二是明确了解除权行使的除斥期间为知道或应当知道后一年或对方催告后的合理期限（第五百六十四条）；三是增加附期限自动解除的合同解除情形（第五百六十五条第一款）；四是增加直接通过诉讼、仲裁解除合同的情形（第五百六十五条第二款）；五是明确法律文书副本的送达之日即为合同解除时点（第五百六十五条第二款），该规定与《九民纪要》中关于解除时间确定部分的实务观点一致；六是明确了违约解除情况下解除合同可与违约责任并存，即违约方仍应承担违约责任（第五百六十六条）；七是变相确立了违约方的合同解除权（第五百八十条第二款）。

下面结合北京法院适用《民法典》裁判的首例关于认定合同解除时间的案件，试对合同解除权及其行使方式作简要分析。

合同解除权为形成权，依权利人的单方意思表示产生法律关系变动的效果，既无需征得对方的同意，也不必向人民法院或者仲裁机构以公力救济的方式诉请，就此，原《合同法》第九十六条也已明确规定：“当事人一方依照本法第九十三条第二款、第九十四条的规定主张解除合同的，应当通知对方。合同自通知到达对方时解除。”《民法典》第五百六十五条承继了这一规则。

实务中，对于如何理解我国原《合同法》第九十六条的规定，存在不同的解释，尚需在理论上更有清晰的说明。例如：解除通知能不能产生解除合同的效力？异议权是否意味着解除通知并不能直接产生解除合同的效力？通知解除的效力是否还需要司法机关的确认？是否需要先履行通知义务，再诉请法院解除，亦即将通知作为前置程序？当事人能不能不经通知而径直向法院或者仲裁机构诉请解除？“应当通知对方”是否意味着只能以通知的方式解除合同，而不能诉请解除？等等。对上述疑问与争议，结合合同解除的法律规定体系分析认为，根据原《合同法》第九十六条表述的“合同自通知到达对方时解除”的明确含义，通知即可产生

张小溪律师简介



曾任职于市高级人民法院，四年再审判业务经验，协助审理大量涉金融、公司、合同、担保等领域民商事案件。参与全市法院调研课题起草及指导工作，加入京都律所后主要办理商事诉讼及仲裁法律事务。

解除合同的效果，这符合解除权作为形成权的性质，才能够通过私力方式解除合同，避免增加当事人的诉累。如果对方没有异议，或者没有在法定的除斥期间行使异议权，便能通过私力救济的方式达到解除合同的效果。公力救济不是必然要经过的程序。但是，不能由此推导出解除权只能通过私力的方式进行，只能向对方发通知才能解除合同，或者以通知作为公力救济方式的前置程序，相反，解除权应当解释为既可以私力为之，即由当事人发出解除通知而解除，也可以公力的方式进行，即由当事人直接向法院或仲裁机构诉请解除。

有鉴于存在的争议和不明之处，此次《民法典》对相关问题予以了澄清。

《民法典》第五百六十五条第二款规定：“当事人一方未通知对方，直接以提起诉讼或者申请仲裁的方式依法主张

解除合同，人民法院或者仲裁机构确认该主张的，合同自起诉状副本或者仲裁申请书副本送达对方时解除”。依此规定，首先，解除权的行使既可以通过向对方发出解除通知的方式进行，也可以直接通过公力救济的途径进行，即直接向法院或者仲裁机构诉请解除，发出解除通知不是公力救济的前置程序；其次，如果法院或者仲裁机构支持了当事人解除合同的诉请，则合同解除的时间为起诉状副本或者仲裁申请书副本送达对方的时间。该条规定不仅明确了解除合同的私力救济与公力救济方式之间的关系，而且更明确了公力救济时合同解除的时间节点，赋予送达起诉状副本或者仲裁申请书副本以解除通知到达的效力，使得合同解除规则得到了细化。概言之，合同解除权之行使，应向他方当事人以意思表示为之，行使解除权的意思表示，得以诉讼上书面表示，或以诉讼外之书信言辞为之^①。

近期，北京一中院首次适用《民法典》第五百六十五条第二款及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉时间效力的若干规定》中关于合同解除时间的相关规定，依法审理了一起房屋租赁合同二审案件。该案明晰了房屋租赁合同履行中，因承租人拒交租金并拒绝返还房屋，出租人未



通知承租人解除合同而直接起诉要求解除租赁合同、支付租金的情况下，合同解除时间的确立的规则。

该案在守约方行使约定解除权方式这一争议焦点的认定部分，明确引用了《民法典》第五百六十五条之规定：“当事人一方依法主张解除合同的，应当通知对方。合同自通知到达对方时解除”。由此，如果一方违约，守约方可以采取向违约方发出合同解除通知书的形式来行使合同解除权，合同自解除通知书到达对方时解除。守约方也可以依据《民法典》第五百六十五条第二款的规定，直接以提起诉讼或者申请仲裁的方式依法主张解除合同，此时，合同的解除时间为起诉状副本或仲裁申请书副本送达对方之时。

同时，该案依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉时间效力的若干规定》第一条第二款及第十条之规定，根据案涉租赁合同中的相关争议的发生时间，分别就租赁合同解除的法律后果、合同解除时间的法律适用问题予以释明。法院认为，本案争议发生在《民法典》实施前，属于《民法典》实施前的法律事实引起的民事纠纷，故租赁合同解除后的法律后果仍应当依照《合同法》等《民法典》实施前的法律规定进行裁判。关于合同解除时间的认定，案涉公司在未通知对方的情况下直接起诉要求解除租赁合同，起诉行为虽发生在《民法典》实施前，但由于《民法典》对该问题进行了专门规定，故应当按照《民法典》的规定进行处理。

附：案情简介及裁判内容

【案情简介】

东山公司因自身业务发展需要，承租了银石公司位于郊区的一套水库房屋。双方在《租赁合同》中明确约定：租赁期限自2009年6月1日至2029年5月31日，租金前五年为每年60万元，每五年增加10万元，最后五年为90万元。此外，双方还约定了违约责任，即承租方逾期60天仍未交纳当年租赁费及违约金的，出租方有权追究承租方违约造成的各项经济损失。

合同签订后，银石公司依约交付了水库房屋，东山公司按照约定支付房屋租金。然而自2013年开始，东山公司因

为自身业务经营等原因开始拖欠租金，直到2017年6月才补交了部分租金。根据银行流水显示，东山公司欠付租金达到280万元。

银石公司将东山公司诉至法院，主张东山公司长期拖欠租金，已经违反《租赁合同》的约定，银石公司有权解除合同，并要求东山公司支付租金、违约金和占有使用费，同时将涉诉场地房屋腾退返还给原告。

东山公司则辩称，根据《租赁合同》中约定，若东山公司逾期60天仍未交纳当年租赁费及违约金，本合同立即终止。东山公司逾期未交付租金达60天，按照合同相关约定，本租赁合同已经终止，因此双方权利义务关系已经消灭。另外，东山公司此前已交纳了100万元保证金，应当折抵相关费用。

【裁判内容】

一审法院认为，东山公司欠付租金已构成违约，银石公司有权解除《租赁合同》，东山公司亦应当向银石公司支付欠付租金。一审法院判决解除银石公司和东山公司签订的《租赁合同》，东山公司向银石公司支付租金280万元，并另行支付占有使用费。东山公司向银石公司支付违约金4万元。

东山公司不服一审判决，向北京一中院提出上诉。北京一中院二审审理后认为，当事人一方依法主张解除合同的，应当通知对方。根据《民法典》的规定，当事人一方未通知对方，直接以提起诉讼的方式依法主张解除合同，人民法院确认该主张的，合同自起诉状副本送达对方时解除。东山公司违反《租赁合同》的约定，长期拖欠租金，银石公司在未通知东山公司解除合同的情况下，直接起诉要求解除其与东山公司之间的《租赁合同》，东山公司于2020年7月15日收到起诉状副本，《租赁合同》应于2020年7月15日解除。一审法院未明确合同解除的时间有误，北京一中院予以纠正。此外，关于东山公司所述的100万元保证金已实际用于折抵前期欠付的租金，其应当支付尚未支付的租金。同时，因北京市新冠肺炎的发生对经营活动造成了影响，对北京市采取一级、二级疫情防控措施期间的租金予以酌情降低，故二审法院最终改判东山公司向银石公司支付租金276万元，对支付占有使用费和违约金的判项予以维持。^①

备注：① 王泽鉴著《民法概要》第275页，中国政法大学出版社，2003年4月第1版。

“保理合同”的前世今生

■ 马若飞 / 文

2021年1月1日起正式生效的《中华人民共和国民法典》（以下简称“民法典”）宣告我国正式进入了“民法典”时代。其中第三编合同部分特别增加了关于“保理合同”的定义及相关规则，这也是民法典中合同部分增加的最具影响力的，也是最新颖的部分。相比于新增加的其他三类合同，即保证合同、物业服务合同、合伙合同，保理合同虽然在此前的《中华人民共和国合同法》及相关民事法律规则中也能找到适用的基本规则，但是本次民法典予以特别规定，不仅是对此前相应规则在保理活动中的适用予以总结，更是体现了我国对金融市场秩序的重视以及进一步完善的目标。

一、“保理合同”的前世

“保理合同”，顾名思义就是从保理业务中衍生而来，在民法典中的定义是：保理合同是应收账款债权人将现有的或者将有的应收账款转让给保理人，保理人提供资金融通、应收账款管理或者催收、应收账款债务人付款担保等服务的合同。

而关于保理业务，实际是从出口代理交易方式演变而来的。在14世纪的英国，毛纺织品的出口销售受到当时交

马若飞律师简介



主要工作领域为金融类、涉税类犯罪的辩护工作及为较为复杂的民刑交叉案件提供专项法律服务等。参与了多项国有企业、大型上市公司的债权债务梳理、刑事法律风险防控的专项工作，曾参与某集团公司金融法律风险防控项目、某国有企业投资模式法律分析及争议解决专项等项目。

通的限制，很多毛纺织品商人无法在保证效率的同时将商品销售到海外，所以他们需要通过委托专业代理商代销其所生产的商品。到了18世纪，这些专业的代理商不仅积累了雄厚的资金，同时也掌握了夯实的代理渠道及资源，他们也就逐步通过代理销售活动给商人们提供信贷和信用管理服务，从而演变成了保理商。随着保理商不断发展，现代保理业务已经不局限于为商业企业提供资金融通的传统金融服务，同时也囊括了应收账款管理或催收、应收账款债务人担保等衍生的金融服务。

而我国的商业保理业务诞生并兴起于2012年，这也极大地扩充了中小企业的融资渠道。2012年10月9日，商务部向天津市、上海市商务委员会发出了《商务部关于商业保理试点实施方案的复函》，同意了天津市、上海市分别在滨海新区、浦东新区开展

商业保理业务，并要求：（1）商业保理公司的设立条件是：注册资本应不低于5000万元人民币；拥有2名以上具有金融领域管理经验且无不良信用记录的高级管理人员，境外投资者或其关联实体具有从事保理业务的业绩和经验。（2）商业保理公司的设立及变更审批原则上由天津市、上海市商务委按现行审批权限负责。行业分类



暂定为“租赁及商务服务业”项下的“其他商务服务”(749)。(3)商业保理公司名称中应标明“商业保理”字样。(4)商业保理公司开展业务时风险资产不得超过公司净资产的10倍。(5)商业保理公司应在人民银行征信中心的应收账款质押登记公示系统办理应收账款转让登记,将应收账款权属状态予以公示。2015年10月28日商务部又删除了“注册资本应不低于5000万元人民币”的限制。2014年4月3日,中国银行业监督管理委员会(现“中国银行保险监督管理委员会”)公布并实施了《商业银行保理业务管理暂行办法》,对商业银行开展保理业务的经营行为进行了规范。而自此之后,保理业务中保理合同的纠纷虽然在司法实践中屡见不鲜,但始终没有在《民事案件案由管理规定》中予以明确,在选择当事人选择案由时一般适用“合同纠纷”。而关于保理合同的相关裁判规则除了依据上述文件外,也参照适用债权转让、担保等合同的性质及规定。

二、“保理合同”的今生

随着民法典将保理合同单独列明(民法典第十六章第761条至769条),展现了我国对促进保理业务更加合法、规范方向发展的决心,未来也预示着将充分发挥保理业务在经济金融活动中的重要作用。这尤为重要的9条规定,主要规定了关于保理合同的下列规则:

1、根据保理合同的定义(保理合同是应收账款债权人将现有的或者将有的应收账款转让给保理人,保理人提供资金融通、应收账款管理或者催收、应收账款债务人付款担保等服务的合同),保理合同的当事人是债权人(供应商)和保理人(一般指银行或其他商业保理机构)。

但是,在司法实践中,也有部分债权人与保理人通过虚假表示设立名为保理实为借贷的合同关系,那么针对此类合同,就不能够适用保理合同的相关规则,而要透过现象看本质。同时,针对保理业务,也不仅仅局限于债权人应收账款的转让。根据《商业银行保理业务管理暂行办法》的规定,保理人应向债权人提供下列服务中的至少一项,才被视为保理业务:

(1)应收账款催收:商业银行根据应收账款账期,主动或应债权人要求,采取电话、函件、上门等方式或运

用法律手段等对债务人进行催收。

(2)应收账款管理:商业银行根据债权人的要求,定期或不定期向其提供关于应收账款的回收情况、逾期账款情况、对账单等财务和统计报表,协助其进行应收账款管理。

(3)坏账担保:商业银行与债权人签订保理协议后,为债务人核定信用额度,并在核准额度内,对债权人无商业纠纷的应收账款,提供约定的付款担保。

(4)保理融资:以应收账款合法、有效转让为前提的银行融资服务。

因此,以应收账款为质押的贷款,也就自然不属于保理业务的范畴,签订的贷款合同也不属于保理合同的法律关系。另外也需要特别注意的是,自然人作为债权人转让其全部的将来债权(例如将来的劳动报酬债权),可能导致其实质上丧失经济自由的,那么这种转让行为也会因为违背公序良俗而无效。

2、保理合同应当是书面的要式合同,一般包括业务类型、服务范围、服务期限、基础交易合同情况、应收账款信息、保理融资款或者服务报酬及其支付方式等条款。

3、保理人向应收账款债务人发出应收账款转让通知的,应当表明保理人身份并附有必要凭证。此条是对债务人知情权的保护,同时促进了保理业务的高效有序推进。

这里面所说的需要附有必要凭证,主要是指债权人与保理人之间签订的债权转让合同、保理合同,以及对债务人的转让通知等。但是由于在实践中,保理人单独向债务人发出债权转让通知,如其出现欺诈、虚拟债权转让的行为,有可能损害债务人的重大合法利益。所以建议上述债权转让合同、保理合同需经公证后提供给债务人,以保证债务人在收到债权转让通知时产生合理的信赖效果。

基于此,应收账款债权人与债务人如虚构应收账款作为转让标的,与保理人订立保理合同的,应收账款债务人不得以应收账款不存在为由对抗保理人,但是保理人明知虚构的除外。也就是说,如保理人向债务人提供了债权转让的前述必要凭证后,债权人与债务人均不能以基础债权债务虚构为由拒绝保理人债权的实现。

4、应收账款债务人接到应收账款转让通知后,应收账款债权人与债务人无正当理由协商变更或者终止基础交易合同,对保理人产生不利影响的,对保理人不发生效力。

根据债的相对性，债权人与债务人双方变更合同，不应该对保理人产生拘束力。另外，债务人已经接到保理人应收账款转让通知，再变更或终止合同，将损害到保理人的利益，因此，对保理人不发生效力的规定是对保理人权益的保护。本规则适用的前提如下：

(1) 应收账款债权人和债务人协商作出了有关转让债权的民事法律行为。

(2) 该民事法律行为对保理人产生不利影响。

(3) 该民事法律行为发生在债务人接到债权转让通知后。

(4) 对保理人产生不利影响的民事法律行为无正当理由。

其中，关于上述四点还有两个核心问题：第一，对保理人产生不利影响应该如何界定。简单来看，造成保理人应收债权价值的减损即可视为产生了不利影响。但是在实践中，如果增加了债权利息却同时要求账期展期，那么保理人是否享有选择权，即是否可以选择追认债权人与债务人的上述变更行为对其是否产生不利影响。第二，就是要对债权人与债务人做出的该民事法律行为发生于债务人接到债权转让通知之后做出解释，因为只能在此时，才视为债务人与债权人的合意存在一定的恶意。但是，该民事法律行为如发生在债权转让通知到达债务人之前，那么保理人应该有权向债权人主张因债权贬损所带来的损失。

5、在司法实践中，当事人可以在保理合同中约定有追索权（保理人可以向应收账款债权人主张返还保理融资款本息或者回购应收账款债权，也可以向应收账款债务人主张应收账款债权），也可以约定无追索权（保理人应当向应收账款债务人主张应收账款债权）。但是二者更为核心的区别在于，有追索权的保理合同，保理人向应收账款债务人主张应收账款债权，在扣除保理融资款本息和相关费用后有剩余的，剩余部分应当返还给应收账款债权人。而无追索权的保理合同，保理人取得超过保理融资款本息和相关费用的部分，无需向应收账款债权人返还。

6、应收账款债权人就同一应收账款订立多个保理合同，致使多个保理人主张权利的，已经登记的先于未登记

的取得应收账款；均已经登记的，按照登记时间的先后顺序取得应收账款；均未登记的，由最先到达应收账款债务人的转让通知中载明的保理人取得应收账款；既未登记也未通知的，按照保理融资款或者服务报酬的比例取得应收账款。

根据上述条文可以看到，取得应收账款的顺序是按照公示优先于通知的原则处理，如果均为登记或者均未通知时，多个债权人按照比例受偿。对登记与未登记的不同受偿后果给予明文确定，是对保理业务中登记的后果进行明确，这必然会有效督促保理人完善业务登记实务操作，也坚守了我国司法活动中的公示主义原则，有利于相关从业人员的统一规范、适用。

三、“保理合同”的来世

说是关于保理合同的“来世”，其实是夸张的说法，因为该种类合同的面试必然伴随着一系列规定及解释的完善。可以预见的是：首先，在《民事案件案由管理规定》中将会增加“保理合同纠纷”，同时也会对该类纠纷的适用情况进行释义。其次，针对保理合同的裁判规则将会做出明确的司法解释或者进行裁判要旨归纳，例如当债权人与债务人变更基础合同，对保理人产生不利影响，保理人在何种情况下享有选择权等均需要明确。再次，最高人民法院可能会对此前关于保理合同类型的纠纷中归纳总结部分典型案例，以供日后的司法活动予以借鉴。

总之，保理合同伴随着民法典而产生，但是其内核和类型实际上早已在市场中孕育并成长。保理合同的明确也标志着我国金融领域的专业问题在民商事案件中日渐明显的地位提升，这也与北京市继上海市、深圳市后成为我国第三个设立金融法院的背景相契合。相信在未来的司法实践中，不仅仅是“保理合同”，还会有更多金融实践问题被重视，并且被广泛适用。



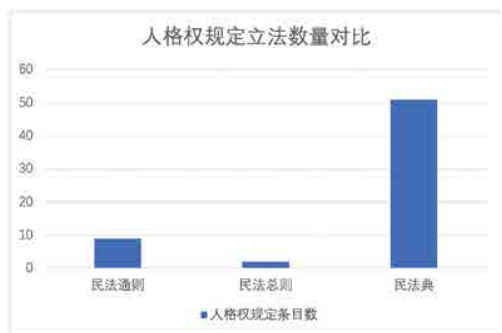
民法典人格权编与娱乐法领域的肖像权保护

■ 常莎 张瑜 / 文

《中华人民共和国民法典》是我国民事领域立法方面的里程碑,《民法典》在对于民事领域立法成就的汇总基础上,也根据经济社会发展的状况对立法进行了较为全面的调整,在此背景下,就各领域立法的调整进行研究和探讨,对于法律从业者的工作有着重要的意义。在此,本文将就《民法典》人格权编的肖像权专章规定与娱乐法实务的关联问题进行简要讨论。

一、我国人格权立法发展状况

1986年,《中华人民共和国民法通则》颁布,第五章第四节对人身权进行规定,共有九个条款对人格权进行具体规定。《中华人民共和国民法总则》对于人格权的规定则稍显单薄,仅在第五章民事权利的第一零九条、第一百一十条对人格权进行了规定。到《中华人民共和国民法典》最终颁布,人格权最终独立成编,《民法典》第四编分六个章节共五十一条对人格权的一般规定和特别规定进行了明确。



在《民法典》颁布之前,我国民事法律体系中的人格权相关规定分散在《民法通则》《民法总则》《中华人民共和国侵权责任法》等法律中,《民法典》颁布后基本上实现了对人格权相关规定的化零为整。并且,人格权编数量达到

五十一条的法律条文也没有止步于对零散法规的整合,《民法典》的人格权编增加了不少足以称之为亮点的规定,肖像权正是其中重要的一项。

二、《民法典》中的肖像权专章规定

(一) 民法典对肖像权的内涵的明确

1、《民法典》颁布前我国肖像权及肖像权侵权认定的立法及司法实践状况

在《民法典》对肖像权的定义进行解读之前,对于肖像权的理解多参照《民法通则》和《侵权责任法》的相关规定来确定,而《民法通则》有关肖像权的规定仅第一百条、第一百二十条两条,其中第一百条仅规定“公民享有肖像权,未经本人同意,不得以营利为目的使用公民的肖像”¹,实际上未对肖像权进行定义,而仅确定不经本人同意的、盈利型的使用行为定义为侵权行为,而第一百二十条则在规定了侵权行为人应当承担的民事责任²。《侵权责任法》则仅在第二条对该法的适用范围的规定中,对民事权益中的肖像权属于该法的保护保障范围一点进行了明确³。

通过对最高人民法院发布的肖像权纠纷相关的公报案例进行理解,不难发现,尽管在法律层面,并没有对肖像权进行内涵的定义,在司法实践中,实际上形成了对于肖像权侵权行为的一定判断标准,即是否具有可识别性、是否盈利、是否有通过丑化毁损肖像降低社会评价等判别方式。而不同的法院的判决显示,不同的法官对肖像权侵权的判别方式中的要素的认定有显著的不同,譬如是否用于营利一条是否是判断侵权的必要因素一点就能够找到完全相悖的判例。

2、《民法典》中的肖像与肖像权

《民法典》颁布后,人格权编中的第四章对肖像权进行了专章规定。肖像权一章共有六条法律规定,章节的第一条暨《民法典》的第一千零一十八条,在第一款对肖像权进行

了定义，肖像权是自然人享有的依法制作、使用、公开或者许可他人使用自己的肖像的权利⁴。该条第二款则对于“肖像”的定义进行了解释，“肖像是通过影像、雕塑、绘画等方式在一定载体上所反映的特定自然人可以被识别的外部形象”⁵。

至此，肖像、肖像权在我国有了法律层面的准确定义，肖像是无限方式但能够附着在一定表现形式上的、具有可识别性的、自然人的外部形象，肖像权则是自然人针对此种外部形象的支配权。

在人格权的一般规定部分，《民法典》第四编第一章人格权编的一般规定中，第九百九十三条明确了民事主体对名字、名称、肖像等人格权客体的许可他人使用的权利⁶，第九百九十四条明确了死者的肖像权受到侵害的维权主体问题⁷，第九百九十七条则提出了人格权禁令这一新概念⁸，第九百九十九条明确肖像权的合理使用的一般情况⁹。

（二）《民法典》中的肖像权侵权和合理使用

《民法典》对肖像权的单章规定中，除了第一千零一十八条、第一千零一十九条是在过往立法中的条款基础上进行实质性修订之外，《民法典》关于肖像权的专章规定中剩下的四条均属新增规定。在第一千零一十八条明确肖像、肖像权的定义后，剩下的五条规定的重心在于侵权的界定和许可使用的问题：

（1）第一千零一十九条对侵害肖像权的行为进行了定义，丑化、污损、利用信息技术伪造他人肖像构成侵权，未经许可制作、使用、公开他人肖像均构成侵权，肖像作品著作权人未经肖像权人同意以发表、复制、发行、出租、展览等方式使用或者公开肖像的构成侵权¹⁰。

（2）第一千零二十条对不需经肖像权人同意的合理使用的情况进行了规定，艺术欣赏、新闻报道、展示特定公共环

境等情况均被列入¹¹。

（3）第一千零二十一条¹²、第一千零二十二条¹³则对肖像权许可使用合同的期限、解释的情况进行了规定，单独提出了肖像许可使用合同的解除问题。

（4）第一千零二十三条明确，姓名、名称等的许可使用，对声音的保护，参照适用肖像权的相关规定¹⁴。

除了对于侵权行为的类型进行明确以外，结合第一千零一十八条理解，肖像权的侵权不再以“营利”作为标准之一，非营利的不当使用也将侵犯他人肖像权，肖像权的保护范围得到了扩张，也更符合相当地境下受害人的维权需求。

三、娱乐法领域的肖像权保护

（一）《民法典》与我国的娱乐法

娱乐法在我国并没有形成专门的整合性的部门法，根据学界的一般定义，娱乐法是适用于整个娱乐行业的不同领域法律的集合体，娱乐法主要由著作权法、合同法及侵权行为法等诸门类单行

法拼凑而成，并且适用于大量的、与众不同的娱乐业务领域¹⁵。这里的娱乐业务领域，从传播媒介划分，包括电影、电视、戏剧、音乐、体育和出版等业务，游戏、电子竞技等新兴业务也被纳入娱乐业务的范畴。

《民法典》在对我国此前适用的《民法通则》《民法总则》《合同法》《侵权责任法》等法律进行整合的同时也进行了相当比例的改动，其中的实质性改动、增删对我国民法的法律适用产生了相当的影响。我国的娱乐法在没有特别法的情况下，条款的选择和适用需要从《民法典》《著作权法》等法律法规中进行，《民法典》对旧法的修订势必会引起娱乐法领域的诸多震动。

常莎律师简介



京都律师事务所合伙人，师从民法学专家孙宪忠教授。担任多家公司和机构的法律顾问，为其提供处理制度建设、合同审核、知识产权保护、股权转让、资产并购、劳动及民商事争议解决等法律问题的服务，专业领域为公司业务、知识产权、娱乐与传媒、民商事诉讼仲裁。

张瑜简介

实习生，中国政法大学民商经济法学院2016级毕业生。



（二）公众人物肖像权的商业化利用与权利保护

1、肖像权的精神利益和财产利益

传统民法上，肖像权表现为被动型的消极权利，禁止他人非法制作肖像以及将已制作的肖像进行公开。¹⁶1907年德国《关于肖像艺术和摄影作品著作权法》（KUG）首次创设肖像权，在性质上，肖像权是一种人格上的精神性权利，原则上只有在当事人同意的情况下，其形象才允许被传播或公开展示。¹⁷

肖像权的概念出现之初，并没有因肖像权的商业化利用出现讼争的情况，公众人物的肖像权在一段时期内被视为公共财产，其肖像权在未经授权的情况下为社会所利用。但随着经济社会的发展及权利意识的进步，肖像权作为绝对权的积极权利受到了重视，尽管肖像权的客体是肖像利益，是人对于自己的形象、肖像的人格尊严、精神利益，但肖像权的人身性并不影响肖像权发展到兼具财产利益性和精神利益性。可以说，肖像权的财产利益是在社会发展过程中产生的精神利益的派生利益，肖像权的保护最终的立足点在于维护人的人格尊严。

2、公众人物与一般公众的肖像权保护存在差异

自然人享有自身肖像权的精神利益和财产利益，有权许可他人使用自己的肖像进行营利或非营利活动，有权使用自己的肖像进行商标注册等活动，公众的肖像权存在潜在的财产价值。而相较于一般公众，娱乐法更关注的是公众人物的肖像权保护问题。

公众人物是指在社会生活中有一定知名度的、在一定范围内具有影响并被公众广泛关注的人物。由于公众人物的受关注、被知晓的范围远远大于一般人，其肖像以各类形式的传播也更为常见。从公众人物的起源来看，公众人物在提出之初，就是一个为了保护言论自由、限制名誉权和隐私权而创设的概念¹⁸，因其言行、活动或多或少关系到公众的知情权，为言论自由考虑，需要对其人格权的一部分加以限制。

在娱乐法领域，明星艺人等公众人物则是法律规范中的重要主体，明星艺人的肖像权、隐私权在社会生活中是受到合理限制的，如应当允许公众对于其艺术作品进行评价等情况。排除开此类限制的不同，在明星艺人的语境下，肖像权使用许可、肖像权侵权维权问题十分常见。在当下，公众人物的肖像权因其影响力常常被商家作为广告形象、剧作宣

传之用，所涉及的经济利益与一般公众的肖像权财产利益有着较大的差距。由于公众人物的肖像权的重大财产利益的存在，涉及到的肖像权纠纷的标的额、影响范围也与一般自然人有所差距。

（三）民法典变动对娱乐法中的公众人物肖像权保护的意義

立法变动对于司法实践将产生什么影响？《民法典》对于肖像权相关规定的改动、增删对于自然人的肖像权保护的意義何在？这应该是《民法典》颁布后针对肖像权立法的新规定之后，实务领域最为关注的问题。

1、肖像权的扩张

《民法典》对于肖像权进行了扩张解释，首先就没有将肖像限制在人的面部形象之列，这意味着公众人物对于自己的肖像权的主张不仅仅停留在面部的形象的照片、影响的范围，而可以针对自己的绘画形象、有可识别性的动态形象等具有弹性的“肖像”进行权利的主张。

2、肖像权侵权要件的变化

“以营利为目的”一条的删除，为实务中的肖像权侵权要件的构成定下了最终基调，这意味着没有营利将不能再作为肖像权侵权案件中侵权人的抗辩点，明星艺人对于自身肖像未经许可的非法使用行为的维权难度进一步降低。

3、肖像权合理使用的情况的明确

对公众人物人格权的限制，应当是控制在一定范围内的合理限制。《民法典》对于肖像权的合理使用的类型的明确，实际上能够辅助司法实践对于公众人物的肖像权的限制的范围的认定。权利范围和权利限制的明确对于维权有着不同角度但相当的意义。

四、结语

《民法典》是人民生活的百科全书。《民法典》对于人格权法律规定的重新整合带来了我国乃至世界人格权法立法的新面貌，立法方面的变动对于实践的影响，应当在《民法典》实施后的相当一段时间内得到关注。肖像权等人格权维权问题是娱乐法领域的重要课题，人格权的范围和边界扩大，维权的方式创新，承担责任形式的增加等变化，有待通

过司法裁判规则和判例进行检验。从业者应从立法中发现对法律实践的启示，以理论结合实践，不断探索，积累经验，才能更好地展开相关领域的法律工作，促进相关行业的蓬勃、健康发展。

1 参见《中华人民共和国民法通则》第100条：公民享有肖像权，未经本人同意，不得以营利为目的使用公民的肖像。

2 参见《中华人民共和国民法通则》第120条：公民的姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权受到侵害的，有权要求停止侵害，恢复名誉，消除影响，赔礼道歉，并可以要求赔偿损失。法人的名称权、名誉权、荣誉权受到侵害的，适用前款规定。

3 参见《中华人民共和国侵权责任法》第2条：侵害民事权益，应当依照本法承担侵权责任。本法所称民事权益，包括生命权、健康权、姓名权、名誉权、荣誉权、肖像权、隐私权、婚姻自主权、监护权、所有权、用益物权、担保物权、著作权、专利权、商标专用权、发现权、股权、继承权等人身、财产权益。

4 参见《中华人民共和国民法典》第1018条：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。肖像是通过影像、雕塑、绘画等方式在一定载体上所反映的特定自然人可以被识别的外部形象。

5 参见《中华人民共和国民法典》第1018条，同上。

6 参见《中华人民共和国民法典》第993条：民事主体可以将自己的姓名、名称、肖像等许可他人使用，但是依照法律规定或者根据其性质不得许可的除外。

7 参见《中华人民共和国民法典》第994条：死者的姓名、肖像、名誉、荣誉、隐私、遗体等受到侵害的，其配偶、子女、父母有权依法请求行为人承担民事责任；死者没有配偶、子女且父母已经死亡的，其他近亲属有权依法请求行为人承担民事责任。

8 参见《中华人民共和国民法典》第997条：民事主体有证据证明行为人正在实施或者即将实施侵害其人格权的违法行为，不及时制止将使其合法权益受到难以弥补的损害的，有权依法向人民法院申请采取责令行为人停止有关行为的措施。

9 参见《中华人民共和国民法典》第999条：为公共利益实施新闻报道、舆论监督等行为的，可以合理使用民事主体的姓名、名称、肖像、个人信息等；使用不合理侵害民事主体人格权的，应当依照本法承担民事责任。

10 参见《中华人民共和国民法典》第1019条：任何组织或者个人不得以丑化、污损，或者利用信息技术手段伪造等方式侵害他人的肖像权。未经肖像权人同意，不得制作、使用、公开肖像权人的肖像，但是法律另有规定的除外。未经肖像权人同意，肖像作品权利人不得以发表、复制、发行、出租、展览等方式使用或者公开肖像权人的肖像。

11 参见《中华人民共和国民法典》第1020条：合理实施下列行为的，可以不经肖像权人同意：

- (一) 为个人学习、艺术欣赏、课堂教学或者科学研究，在必要范围内使用肖像权人已经公开的肖像；
- (二) 为实施新闻报道，不可避免地制作、使用、公开肖像权人的肖像；
- (三) 为依法履行职责，国家机关在必要范围内制作、使用、公开肖像权人的肖像；
- (四) 为展示特定公共环境，不可避免地制作、使用、公开肖像权人的肖像；
- (五) 为维护公共利益或者肖像权人合法权益，制作、使用、公开肖像权人的肖像的其他行为。

12 参见《中华人民共和国民法典》第1021条：当事人对肖像许可使用合同中关于肖像使用条款的理解有争议的，应当作出有利于肖像权人的解释。

13 参见《中华人民共和国民法典》第1022条：当事人对肖像许可使用期限没有约定或者约定不明确的，任何一方当事人可以随时解除肖像许可使用合同，但是应当在合理期限之前通知对方。

当事人对肖像许可使用期限有明确约定，肖像权人有正当理由的，可以解除肖像许可使用合同，但是应当在合理期限之前通知对方。因解除合同造成对方损失的，除不可归责于肖像权人的事由外，应当赔偿损失。

14 参见《中华人民共和国民法典》第1023条：对姓名等的许可使用，参照适用肖像许可使用的有关规定。对自然人声音的保护，参照适用肖像权保护的有关规定。

15 参见[英]安尼·雅克·莱夫：《英美两国娱乐法概况——有关演员声望和名次的法律的产生》，载《环球法律评论》1990年第1期。

16 参见[日]五十岚清：《人格权法》，[日]铃木贤、葛敏译，北京大学出版社2009年版，第130页。

17 RGvom 28.10.1910, RGZ74, 308—Graf Zeppelin.

18 参见王利明：《公众人物人格权的限制和保护》，载《中州学刊》2005年第2期。



《民法典》中建设工程施工合同无效的法律后果

■ 吕岩/文

《民法典》编纂的首要目标在于实现立法的科学化和体系化，鉴于司法解释在指导司法适用中的重要地位，《民法典》在编纂过程中调整、采纳并吸收了大量黄金司法解释条文。《民法典》中关于“建设工程施工合同无效的法律后果”充分吸收了原《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》法释〔2004〕14号第二条和第三条中总结的司法实践经验¹。

《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》（下文简称《建设工程施工合同司法解释一》）自2005年1月1日起实施，至《民法典》正式实施之日起《建设工程施工合同司法解释一》已被广泛适用长达16年之久。在建设工程施工合同领域，《建设工程施工合同司法解释一》不仅回应了实务中的难点，更在某种意义上建构了一套建设工程施工合同无效时的司法标准和权利秩序。《建设工程施工合同司法

吕岩律师简介



京都律师事务所合伙人，原北京天恒建设工程集团有限公司法务总监，通晓建设工程领域全过程法律实务，擅长该领域从发包人、承包人等多角度的诉讼、非诉业务。加入京都律所后，主要从事建设工程、民商事纠纷案、公司事务争议解决、商事仲裁方面的律师业务，参与办理了多起重大民商事、仲裁案件。

解释一》第2条、第3条入典意味着将来的建设工程施工合同司法适用将继续贯彻“质量优先”原则，推动工程领域的“行业清源”。

一、《民法典》第793条的基本解读

《民法典》第793条规定：“建设工程施工合同无效，但是建设工程经验收合格的，可以参照合同关于工程价款的约定折价补偿承包人。”

建设工程施工合同无效，且建设工程经验收不合格的，按照以下情形处理：

（一）修复后的建设工程经验收合格的，发包人请求承包人承担修复费用；

（二）修复后的建设工程经验收不合格的，承包人无权请求参照合同关于工程价款的约定折价补偿。

发包人对因建设工程不合格造成的损失有过错的，应当承担相应的责任。”

¹由于该司法解释的重要条文已被《民法典》吸收，最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释 法释〔2004〕14号已于2020年12月23日被《最高人民法院关于废止部分司法解释及相关规范性文件的规定》法释〔2020〕16号 废止

《民法典》第793条是《建设工程施工合同司法解释一》第2条、第3条法律精神的延续，《民法典》第793条不仅在最大程度上保留了《建设工程施工合同司法解释一》第2条、第3条的原貌，而且在条文细节上根据司法实践经验和民法理论作出了进一步的完善。

《民法典》793条延续了《建设工程施工合同司法解释一》发布以来的一贯司法态度，对建设工程领域未依法依规进行招投标、未取得法定资质、超越资质、订立黑白合同的零容忍态度，和对无效合同经质量验收合格后的有限认可。一言以蔽之，即使建设工程施工合同确认无效，凡是通过验收确认合格的工程，承包人仍然有权向发包人主张支付工程价款；如果建筑工程经过第一次验收不合格，承包人在修复后还有一次申请验收的机会，仍然验收不合格的，法律不再保护承包人取得工程款的权利了。

二、《民法典》第793条的评析

1. 《民法典》第793条的法律精神和基本原则

《民法典》第793条填补了合同法律关系宣告无效之后双方当事人之间的权利义务关系空白。由于纠纷发生时承包人一方的主合同义务已经履行完毕，且无法简单“恢复原状”，当事人在纠纷前订立的合同中实质性的权利义务条款被认为是当事人之间利益的平衡点。建设工程施工合同宣告无效但竣工验收合格的，承包人可以要求“参照合同约定”折价补偿。

《民法典》第793条回应了民生对豆腐渣工程的普遍关注。与建筑工程领域的中国速度相互映照的是农民工讨不到薪、部分重大工程交付后质量达不了标的尴尬处境。针对建筑工程领域的大量合同无效纠纷，“质量优先规则”确实存在现实合理性，能够有效化解纠纷、解决工程款结算的实际问题。

《民法典》第793条扩大建设工程施工合同无效纠纷“质量优先规则”的适用范围，法律适用范围从“工程竣工验收合格”扩大至“工程验收合格”

《民法典》第793条将原《建设工程施工合同司法解释一》的“竣工验收合格”修改为“验收合格”，可以预见未来《民法典》第793条的适用范围可以从已完工工程扩大至在建工程，“质量优先规则”将扩大至所有建设工

程施工合同无效纠纷。承包人将来因合同无效主张折价补偿时，除已经过竣工验收或发包人擅自使用的，均需申请法院对建设工程质量进行鉴定。

2. 建设工程施工合同确认无效后，《民法典》第793条的适用

(1) 建设工程施工合同订立后实际履行前确认无效的，按缔约过失处理。

建设工程施工合同一旦确认无效，即为自始无效。合同确认无效且一方有证据另一方当事人在合同订立过程中存在过错的，可以请求对方承担缔约过失责任，补偿无过错方善意信赖合同有效为准备签订、履行合同发生的支出。

(2) 工程实际开工后，对于在建工程或已完工程，区分情形讨论工程是否需要拆除，需要拆除的追究过错方的赔偿责任；无需拆除的组织工程验收，根据工程验收的结果按照《民法典》第793条处理。

第一，如果建设工程违反《土地管理法》、《城市房地产管理法》超出土地利用总体规划、城市规划、建设用地计划建设工程项目，或建设项目未取得建设项目规划许可等审批手续，导致被认定为违法、违章建筑需要拆除的，并非引起建设工程施工合同无效的法定事由，工程施工合同仍然有效，此时应当厘清责任方的过错并依据法律和合同约定追究过错方责任。

第二，如果建设工程取得各项审批手续合法有效，但由于违背《建筑法》等法律法规强制性规定导致工程施工合同被宣告无效，此时应当按照《民法典》第793条的规定组织验收：(1) 建设工程经验收合格的，发包人参照合同关于工程价款的约定折价补偿承包人；(2) 首次验收不合格的，承包人修复后再次组织验收并验收合格的，发包人参照合同关于工程价款的约定折价补偿承包人，工程修复费用由承包人承担；(3) 首次验收不合格，承包人修复后再次验收仍不合格的，承包人无权请求发包人补偿工程施工的支出。

(3) “折价补偿”条款的理解与适用

“参照合同约定支付工程价款”的民法原理可以追溯到《合同法》58条“合同无效或者被撤销后，因该合同取得的财产，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因此所



受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任”。一旦合同解除，合同法律关系归于消灭，双方当事人之间的法律关系应当回复到未订立合同时的状态。但由于建设工程施工合同履行造成物的添附，建筑材料、劳动不可逆转地转移“物化”为建筑工程无法恢复到原来的状态时，只能变通地通过折价补偿的方式“恢复原状”。“折价补偿”的基础不是“赔偿损失”，其目的不是对过错方的谴责、对合同履行利益的再分配，仅仅是将合同履行形成的利益互相返还至原来的状态。

“可以参照合同关于工程价款的约定折价补偿承包人”扩大法院确定发包人折价补偿承包人工程施工实际支出的自由裁量权。法院“可以参照”却不参照合同工程价款约定的，需要有足够的理由并在裁判说理部分加以阐述。不参照合同工程价款约定确定工程款，只能适用于一些极端例外情况下。例如存在几份无效合同且无法确定实际履行的建设工程施工合同、合同约定采用固定总价结算工程价款，但嗣后合同履行中出现超出合同约定工程范围

的设计变更、工程变更或双方当事人在合同中约定的结算条款过高或过低，合同价款违反市场规律可能严重损害一方当事人利益的等情形。

如果法院决定不再参照合同约定的工程价款，法院在确定工程价款时往往会委托工程造价机构对工程价款进行鉴定。由于建设工程造价已经从过去的政府定价、政府指导价阶段转换为“工程量”与“单价”均由市场竞争的市场价阶段，建设主管部门确定的定额标准滞后于建设工程施工工业的发展，法院可能倾向于采用市场价格而非建设主管部门确定的定额标准计算工程造价总额。以市场价格计算的工程总价虽非承包人实际投入的“实报实销”，但也能在一定程度上照顾到承包人应当获取的合理利润。

简而言之，《民法典》中建设工程施工合同无效的法律后果是发包方与承包方不再受到工程施工合同的约束，发包方与承包方互负义务使合同恢复至履行前的原状。经验收合格的工程，应优先参照合同关于工程价款的约定折价补偿承包人。



《民法典》时代下员工个人信息的保护

■ 贾宝军 赵毓 / 文

贾宝军律师简介



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

对《民法典》中隐私权及个人信息权作出分析，进而对企业在收集、处理员工入职信息资料方面需要注意哪些要点作出讨论。

虽然对于员工隐私权和个人信息保护的讨论由来已久，但是在《民法典》颁布之前我国法律并未对于此类人格权的概念和保护范围作出明确具体的详细规定，随着《民法典》时代的到来，员工针对自身人格权的维权将“有据可依”。由此，员工针对隐私权及个人信息的维权欲望、维权意识也将会有一定的幅度上涨。而对于企业而言意味着需要更加注意员工信息收集与员工人格权之间的边界，避免因侵犯员工人格权引发纠纷。本文

一、《民法典》针对隐私权及个人信息权的相应规定

《民法典》第6编第6章隐私权和个人信息保护列明了隐私权和个人信息的定义，以及禁止侵害他人隐私权的行为，明确了处理个人信息应遵循的原则和条件，构建了自然人与信息处理者之间的基本权利义务框架，明确处理个人信息不承担责任的情形。

1. 隐私权及个人信息权的定义

《民法典》第1032条规定“隐私”是指自然人的私人生活安宁和不愿为他人知晓的私密空间、私密活动、私密信息，1034条规定“个人信息”是指以电子或者其他方式记录的能够单独或者与其他信息结合识别特定自然人的各种信息。实践中，隐私与个人信息的内容有重叠也存在差异：内容重叠表现为有些个人信息属于隐私，很多隐私也通过个人信息的形式表现出来。而差异是指一些合法公开的个人信息不是隐私，但却属于个人信息。因此，存在个人信息中涉及隐私的情况，此时个人信息处理人违法处理个人信息同时会侵犯了隐私权和个人信息权，此时根据《民法典》第1034第2款规定，个人信息中的私密信息，适用有关隐私权的规定；没有规定的，适用有关个人信息保护的规定。

2. 隐私权及个人信息权侵权的认定

侵犯隐私权和个人信息权的认定都必须遵守一般侵权



行为的构成要件，即行为人过错、侵权行为、损害结果、侵权行为和损害结果之间的因果关系。区别在于侵犯隐私权及个人信息权的行为表现形式存在不同，根据《民法典》第1033条、第1035条及第1038条规定具体有：侵犯隐私权的行为主要表现在以电话、短信等各种方式侵扰他人的私人生活安宁；对住宅、宾馆房间等私密空间的侵犯；对他人的私密活动的侵害；对他人身体的私密部位的侵害以及处理他人的私密信息和其他侵害他人隐私的行为。侵犯个人信息的行为主要表现在未依法收集和处理个人信息，以及信息处理者违反安全保障义务，导致个人信息被泄露、篡改、丢失等。

3. 侵犯隐私权和个人信息权的民事责任

隐私权和个人信息权属于人格权范畴，因此侵犯隐私权和个人信息权的民事责任应当按照侵害人格权的一般规定进行处理，即侵权行为人需承担停止侵害、排除妨碍、消除危险、消除影响、恢复名誉、赔礼道歉等责任，对权利人造成精神损害的，还需要承担精神损害赔偿金，造成损失的，还应赔偿经济损失。根据《民法典》第997条规定权利人还可依法向人民法院申请责令行为人停止侵害人格权禁令。还需要注意根据《民法典》第995条规定，受害人的停止侵害、排除妨碍、消除危险、消除影响、恢复名誉、赔礼道歉请求权，不适用诉讼时效的规定，也就是说企业作为员工个人信息处理者的身份并不随着员工的离职而消失，企业侵权的风险随时有可能转化为实际的诉讼成本以及损失。

二、员工个人信息资料中的员工隐私权和个人信息权保护

根据《劳动合同法》第八条规定，企业招聘用工、新人入职往往需要劳动者提供，或由企业主动获取员工信息资料。在实践中，大多数企业会采取信息表格填写的方式进行入职信息收集，此类表格信息资料中往往既有与劳动者本人与劳动合同直接相关的基本情况，如其个人身份信息、专业技术水平、教育背景、过往工作经验等；同时也会有与劳动者本人之外的人相关的或与劳动合同并不直接相关的信息，如劳动者婚姻状况、家庭成员信息、政治面貌等，即便企业事后会向员工解释婚姻状况等与劳动合同

并不直接相关的信息“并非必填项目”，但其实也已经违反了《民法典》相关规定。

企业在管理员工过程中，从入职信息表开始会主动、被动的收集和各类企业员工信息，《民法典》对企业收集、处理员工个人信息提出了更高的要求。因此，在员工入职信息资料的收集和方面，为了避免企业陷入侵害员工个人信息权及隐私权，建议做好以下几点：

1. 员工个人信息的收集

首先，建立关于员工个人信息处理的相关规章制度。《民法典》要求个人信息处理者应当公开处理信息的规则，并明示处理信息的目的、方式和范围，在劳动用工领域，这一义务可以理解为企业应建立员工个人信息管理制度。通过管理制度明确规定对员工个人信息收集、存储、使用、传输、公开、删除等处理行为的原则、方式和范围，同时明确不同职能部门（如信息安全部门、人力资源部门、法务部门、审计部门等）的管理职责和权限。管理制度的制定和发布应履行必要的民主程序，并及时做好培训宣传工作。

其次，收集信息应当征得相关个人的同意。“知情同意”是企业收集员工个人信息时应遵循的基本准则，企业可以与员工签署个人信息收集及使用的确认书，由员工确认本人提交企业或者企业通过合法渠道获取的个人信息中隐私信息的范围，以及授权企业使用个人信息及隐私信息

赵毓律师简介



主要从事民商事争议和劳动法律纠纷，协办了大量的诉讼及非诉业务案件，包括各类劳动争议、商事纠纷、离婚纠纷等，均取得了良好的效果。参与多家企业法律顾问服务，擅长法律问题专题研究及解决、法律研究报告撰写。

的目的、方式、范围等。为确保员工信息更新导致的超范围收集，建议该确认书每年或者每一事项单独分别签署。

2. 员工个人信息的保存

首先，企业应当建立员工个人信息台账。企业应当对收集、使用、提供、公开员工信息的具体场景进行梳理并建立台账。对企业收录的员工入职信息资料进行整理筛查，着重核查是否存在信息的缺失、外流。

其次，企业必须加强信息安全保密工作。通过去标识化处理、加密存储、权限设置等技术手段，提高企业数据信息安全管理水平。就个人信息存储安全、个人信息泄露应急处理的相关管理工作应单独管理，确保个人信息受到严格保护。

3. 员工个人信息的使用

首先，个人信息应按与员工约定的使用用途使用。企业收集的个人信息应只用于企业管理所需，不得违反有关规定委托他人处理、共享、提供或公开员工个人信息。

其次，加强相关岗位人员在员工个人信息处理原则方面的培训。相关岗位的管理和技术人员应严格遵守对员工入职信息的正确、合规使用，确保其对隐私的内容以及个人信息处理的操作标准流程有相当的理解。企业在使用员

工个人信息时还需认真分辨是否涉及隐私信息，个人信息使用目的、方式和范围是否违反法律禁止性规定或者超越员工授权范围，避免因此引发争议。

第三，对员工个人信息的脱敏处理。如果企业确因业务需要须对外提供员工个人信息的，为防止不必要的纠纷，应尽量采取一些技术措施（如删除关键信息、对重要信息进行马赛克处理等）对相关信息进行脱敏处理。

4. 离职员工信息管理

根据《劳动合同法》第五十条规定，企业对已经解除或者终止的劳动合同的文本，至少保存二年备查。引申到员工个人信息，两年之后除非法律规定另有保管期限的要求，企业需要对离职员工的个人信息进行规范，包括是否单独存储、去标识化或依法予以删除。

随着我国经济社会的发展和数字时代的到来，个人信息保护不力履遭垢病，加强对个人信息违法行为的监管已成为全民的呼声，劳动者求职简历的明码标价、人脸数据滥用在今年的央视3·15晚会上曝光，这些现象让个人信息保护再一次成为热点，用人单位作为其中一个节点，应该立刻行动起来，提前审查自身在个人信息保护方面的合规性，并进行整改完善，以使自己在保护个人信息的同时，避免遭受侵权追诉。





职场性骚扰中用人单位的法律风险 及实操指引

■ 贾宝军 赵毓 / 文

一、职场性骚扰相关规定

职场性骚扰一直都是受社会各界关注和讨论的敏感问题，但在《民法典》出台之前，中国关于性骚扰的法律规定并不完善。2005年颁布的《妇女权益保障法》首次将性骚扰纳入法律之中，明确指出禁止对妇女实施性骚扰，同时还规定用人单位有受理职场性骚扰的申诉、控告、检举等义务，如果怠于处理或者打击报复，单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员还将受到行政处罚。此后，性骚扰又分别在《女职工劳动保护特别规定》、《国务院关于印发中国妇女发展纲要和中国儿童发展纲要的通知》等法律文件中作出规定。再看地方规范层面，上海、江苏、浙江等地区也在地方法规中纳入了防止性骚扰的相关条款，2019年实施的《最高人民法院关于增加民事案件案由的通知》中又明确在第九部分“侵权责任纠纷”的“348、教育机构责任纠纷”之后增加一个第三级案由“性骚扰损害责任纠纷”。

2021年实施的《民法典》首次对性骚扰行为的构成要件与法律后果作出规定，其第1010条规定：“违背他人意愿，以言语、文字、图像、肢体行为等方式对他人实施性骚扰的，受害人有权依法请求行为人承担民事责任。机关、企业、学校等单位应当采取合理的预防、受理投诉、调查处置等措施，防止和制止利用职权、从属关系等实施性骚扰。”采用列举+开放式规定对性骚扰的情形和范围做出了界定，明确了其构成要件为“违背意愿+他人+语言、文字、图片、肢体行为等方式”，并拓宽了职场性骚扰被侵权人的主体范围，不同与以往未限定职场性骚扰受害者主体的性别，而是采用了“他人”的描述。此外，《民法典》还从法律层面规定了用人单位在防止和处置职

场性骚扰中的义务和责任，拓宽了性骚扰受害人的救济途径，也提醒用人单位必须积极防治职场性骚扰。

二、职场性骚扰事件中用人单位的法律风险

职场性骚扰不仅关系到被侵权人的人格尊严和劳动安全，对用人单位也会造成声誉受损害及劳动人力成本的损失。根据以往实务情况，用人单位在处理职场性骚扰事件时候往往很被动。一方面，如果用人单位对职场性骚扰侵权员工不进行处理或者处理力度不够，往往会面临被侵权员工以用人单位未提供劳动保护和劳动条件引发的单方解除劳动合同纠纷案件。或者由于用人单位处理不及时，被侵权员工会因为回避性骚扰而长期不到岗，但此时用人单位如果基于被侵权员工旷工解除与其的劳动合同也会涉诉。另一方面，对职场性骚扰侵权员工的处理也会引发劳动争议，比如以“开除”处理引发的员工主张用人单位违法解除劳动合同纠纷案件。

1. 企业直接开除“性骚扰实施者”，证据不足易构成违法解除

大部分企业处理性骚扰的方式是以严重违纪等为由，解除性骚扰侵权员工的劳动合同，这一类案件占据了涉性骚扰劳动争议的很大比例，并且此类案件在实务中用人单位败诉风险很高，究其原因是因为用人单位一方证据薄弱。首先，性骚扰事实证明难。由于性骚扰具有一定的私密性与突发性，此类案件通常缺少直接证据，用人单位只能通过间接证据形成证据链进行证明，但是用人单位能掌握的证据其实很有限，最有力的证据仅有受害者或单位

职工的证人证言，还很可能因为存在利害关系而被排除。其次，用人单位对性骚扰侵权员工作出处理的制度依据不足。用人单位虽然在《员工手册》等规章制度中对性骚扰行为的实施后果作出规定，但是对于性骚扰的定义和范围往往不够明确，这也会造成对于职场性骚扰的认定存在困难，再者由于《民法典》之前我国法律和司法实务对性骚扰也没有统一口径的认定规定，只能依赖于具体案件中的自由裁量也为用人单位带来诸多不确定因素。例如一些案件中，劳动者虽存在不恰当的肢体动作或令人不快的言语表现，但法官认为所述举动不构成性骚扰或尚未达到性骚扰的程度。

2. 企业未依法履行性骚扰防治义务，受害员工向企业索赔或者因为其长期旷工发生解除劳动合同劳动争议。

员工会根据《劳动合同法》用人单位未按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件的条款为由提出辞职并主张经济补偿金，还会存在直接将用人单位也作为性骚扰损害责任纠纷的侵权主体诉至法院的情形，以上两类案件虽然员工胜诉判例很少，但是涉诉本身对于用人单位已经产生成本和声誉上的损失。再者还有员工遭遇职场性骚扰后为避开侵害长期不到岗旷工的情形，用人单位可能会根据公司规章制度与其解除劳动合同，此时员工就会提起违法解除劳动合同争议诉讼，此类案件如果员工能举证证明其确实遭遇职场性骚扰，用人单位处理不及时，无一例外都是用人单位败诉。再看《民法典》规定用人单位若怠于采取“事前”措施导致劳动者受侵害的，劳动者亦有权要求其承担民事责任，这意味着以后职场性骚扰事件中，用人单位面临的不再只是劳动争议，还有民事责任。

三、用人单位预防、处理职场性骚扰的实操建议

如前文所述，在《民法典》生效以后，用人单位若未能依法履行预防与制止性骚扰的义务，面临法律风险的概率将大大提升。因此，用人单位应当积极应对，为预防和处置职场性骚扰行为设置合理有效的举措。

1. 将性骚扰防治制度化，建立全方位治理体系

明确将禁止性骚扰写入规章制度，并进行民主公示程序。规章制度的内容按照《民法典》相应规定尽量做到细致和具体，至少包括：性骚扰的定义和范围、制裁方式、投诉程序，设立受理投诉、调查和解决性骚扰的机构。明确写明相应惩戒措施（如警告、调岗降薪、停职停薪或解除劳动合同等）及相应考量依据。考虑到《民法典》中对于个人信息及隐私的保护，用人单位必须注意调查过程的尺度，建议同时规定任何员工在企业进行职场性骚扰调查时，都有配合调查的义务；对于公司的财物，如电脑、公司手机聊天记录、录像等等均有权进行查验。当然，相关内容建议在个人信息保护相关文件中写明，须提前得到书面同意。

2. 明确处理程序，对投诉或举报事件及时进行调查核实，注意保存证据

建立受理投诉的专门机构，可以采取设置热线电话、专用电子邮箱、专用信箱的方式受理员工的投诉、举报，对于每一起投诉、举报都应保留原始记录。因为此类案件容易产生争议涉诉，企业在接到投诉后的调查过程中应当有意识地搜集证据，为案件的后续处理做准备。对于此类案件的处理也应当建立相对完善和固定的处理程序，必要时还可以寻求第三方介入，比如在收到投诉、举报后寻求律师的帮助，在征得投诉人或受害人同意后可以由律师一同参与面谈，指导企业挖掘、搜集证据，律师可以在案件处理的全程中提供法律建议，确保企业的每一步操作合法合规，不会侵犯案件处理过程中涉及的各方的名誉、隐私等。

3. 在用工过程中采取措施预防性骚扰，同时进行反性骚扰的相关培训

性骚扰实施者通常会借助隐蔽的空间开展骚扰行为，用人单位可以尽量提供开放式的办公环境，同时，建议用人单位在不侵犯劳动者个人隐私的前提下在公共空间安装监控设备，方便及时阻止骚扰行为、留存直接证据，对可能的性骚扰实施者产生威慑。此外，用人单位可以将“反性骚扰”培训作为劳动者入职培训的必要部分，同时妥善保存劳动者的培训记录。在日常管理中，用人单位也可以通过宣传栏张贴、短信邮件提示等方式对反性骚扰作持续性的宣传。



民法典颁布前后保理合同研究

■ 吕志轩 张朋 / 文

吕志轩律师简介

京都律师事务所高级合伙人，朝阳区民商事专业研究会会员。业务领域为政府日常法律事务、刑事辩护、非法集资、私募股权基金、金融及金融衍生品、金融机构不良资产处置。公司企业日常民事法律风险控制、房地产基础设施、公司上市、并购、重组、股权转让、企业清算等综合性法律服务。



张朋简介

实习生，中国传媒大学法律硕士。

是，在此后保理业务发展的相当长的一段时间内，国内相关法律法规对于保理并没有明确的定义。¹

至2010年，中国银行业协会发布《中国银行业保理业务规范》²，该协会作为社会团体制定的此项保理业务规范为银行开展保理业务提供了内部管理以及信息披露方面的基本遵循，为保理业务的合规经营提供规范指引。该规范中，保理的定义为以债权人转让其应收账款为前提，集融资、应收账款催收、管理及坏账担保于一体的综合性金融服务。在银行开展保理业务的前提下，保理的定位是集应收账款的转让、催收、管理以及坏账担保等功能于一体的金融服务，银行作为保理商其关注的主要问题是债务人拥有的请求权以及债务人的还款能力，并通过授信管理以及企业征信信息披露的方式对保理交易的整个流程进行风险管理。

2012年，商务部开展在天津、上海等地进行商业保理试点工作，旨在发挥保理业务在扩大出口、促进流通等方面的积极作用。商业保理属于与银行保理并列的分支，商业保理提供的服务范围包括贸易融资、销售分户账管理、客户资信调查与评估、应收账款管理与催收、信用风险担保等服务。³商业保理在准入层面应当满足符合规模的注册资本以及健全的业务流程规范，鼓励商业保理公司面向中小微企业开展保理业务。

2014年原银监会发布《商业银行保理业务管理暂行办法》，将保理业务的开展和风险管理的规范性文件提高到部门规章的层级，是保理业务监管法治化的一次明显提升。该办法对商业银行提供保理服务的内容进行详细介绍，在保理融资业务的管理方面，为商业银行设定了审核卖方以及买方的资信及财务状况，应收账款的真实性和权属状况等信息，从而合理确

一、保理的法律属性

（一）前民法典时代的保理界定

1. 保理在立法中的演变

保理业务在我国的引入源于1993年中国银行加入国际保理商联合会，此后交通银行、光大银行等多家商业银行相继开设保理业务，将保理作为应收账款融资的主要手段。但

1 中国人民银行关于出口保理业务范围的认定和法律适用问题的答复 银条法[1997]23号 “我国法律、行政法规和规章没有对保理作出明确定义，在保理业务中可以适用国际惯例。”

2 中国银行业协会于2010年4月7日发布

3 商务部关于商业保理试点有关工作的通知 商资函[2012]419号 试点内容

定保理融资期限。在保理业务的风险管理方面，通过健全的决策机制和激励机制，使用授信管理的方式对卖方以及买方的风险分别进行评估，从而最大程度降低融资风险。

因此，保理在行业发展中逐渐形成了银行保理以及商业保理等业务类型，相应的规范性文件效力层级不断提高，从行业协会的规定再到部门规章，对保理业务规范的核心始终围绕着保理业务的顺利开展以及合规经营，以应收账款为着眼点并通过债权人、债务人等资信状况的审查，实现对保理这一金融服务的监管目标。

2. 司法裁判中保理纠纷的案由

2015年12月颁布的《最高人民法院关于当前商事审判工作中的若干具体问题》，曾专门讨论保理合同纠纷案件的审理问题，彼时民法典尚未颁布，由于保理合同无专门的案由，因此司法实务中的做法包括将其视为“借款合同”，或者“其他合同纠纷”。⁴

保理法律关系将应收账款债权转让作为核心，涉及债权人、债务人以及保理商等三方主体，与纯粹的债权人与债务人之间的借款合同存在一定的区别，因此借款合同的案由无法包括保理合同所涉及的全部主体和其对应的权利义务关系。“其他合同纠纷”的案由肯定了保理法律关系的合同属性，但对于保理可以具体参照的合同类型缺乏明确的指引，不利于确定保理法律关系中三方主体各自的权利义务，进而无法根据保理的交易所设定具体适用的裁判规则。

（二）民法典中的保理法律关系

1. 保理合同的定义

民法典中的保理合同以专章的形式呈现，保理合同的定义规定在民法典第761条，⁵该定义肯定了未来应收账款从事保理业务的适格性，对前述商业银行从事保理业务的规范第13条⁶进行实质性修改，根据新法优于旧法、上位法优于下

位法的法律适用规则，无论是商业保理还是银行保理业务，未来应收账款都可以成为保理合同的标的。由于原银监会的规章是银行审慎经营的角度进行规定，因此对于未来应收账款的确定还需要后续司法解释进行进一步明确，从而为保理商与债权人或债务人之间的保理合同纠纷提供确切的裁判规则。此外，民法典对保理合同的定义肯定了上文关于保理的规章、行业协会规范中保理的金融服务属性，对保理商提供的融资服务及其他金融服务进行具体列举，从而有助于判断实务中的借款合同是否可以作为保理合同处理。保理合同与借款合同之间的区别，很大程度上在于保理人为债权人提供的以应收账款管理为核心的金融服务，通过催收、财务状况统计以及后续流程监控等一系列手段确保债权人的债权得以实现，也使得保理人的融资款得以收回。

2. 基础交易与保理的关联性

基础交易合同状况是保理合同的一部分⁷，但是这并不意味着基础交易与保理合同之间是整体和部分的关系，也不能认为基础交易合同与保理合同之间是主从合同的关系，保理合同是独立于基础交易合同的以债权人与保理人为当事人的合同，基础合同的不当变更以及基础交易不真实⁸，不能对保理人发生不利影响。承认保理合同对基础交易的独立性为了保障保理商对债务人进行追索的权利，对于债务人与债权人虚构基础交易从而获得融资款的情况，民法典否认了债务人以基础交易不存在为由对抗保理人的权利，仅在保理人明知基础交易为虚构的情况下赋予债务人对抗保理人的权利，即民法典肯定了保理人尽到对基础交易的审查义务而未能发现基础交易为虚构的情况下，保理人对债务人所拥有的请求权，从而将保理人提供融资服务的风险降至最低。

3. 保理法律关系的实质

无论是民法典颁布之前关于保理的规章和规范性文件，还是民法典中关于保理的专章规定，都将应收账款的转让作

4 2015.12 《最高人民法院关于当前商事审判工作中的若干具体问题》

5 保理合同是应收账款债权人将现有的或者将有的应收账款转让给保理人，保理人提供资金融通、应收账款管理或者催收、应收账款债务人付款担保等服务的合同。

6 第十三条 商业银行应当根据自身内部控制水平和风险管理能力，制定适合叙做保理融资业务的应收账款标准，规范应收账款范围。商业银行不得基于不合法基础交易合同、寄售合同、未来应收账款、权属不清的应收账款、因票据或其他有价证券而产生的付款请求权等开展保理融资业务。

7 民法典 第672条

8 民法典 第673条和675条



为保理的核心要件。应收账款属于会计学中的术语，对应到法律中为债权人基于提供货物或服务而拥有的请求债务人付款的金钱债权，债权人将债权转让至保理人处，从而获得保理人提供的融资、应收账款管理、债务担保等一系列金融服务，民法典第769条将保理合同没有规定的事项指引至债权转让的规则。该规定将债权转让视作保理的兜底条款，肯定了保理法律关系所具有的债权让与的属性，对于保理人而言，其获得了债权人转让的债权才得以向债务人主张权利，而债务人对原债权人的抗辩也可以向保理人主张。

二、保理纠纷的裁判要点

（一）基础交易合同的债权

1.基础交易合同债权的真实性

基础交易的真实性，是保证保理人实现债权的重要途径，法院对真实性的审查判断不仅考察基础交易中债权人和债务人的意思表示，而且结合后续债务人对债权让与效力的认可证明，以及基础交易的合同文本、发货凭证以及发票等内容，综合考量基础交易的真实性，从而确保保理商基于保理合同获得的请求债务人付款的权利。

在鑫晟保理有限公司诉上海特创实业发展有限公司、上海禾祺贸易有限公司案中，⁹保理合同尚未成为独立的案由，法院以促进应收账款流通的理念在审查基础交易合同真实性的基础上确定保理商作为原告的诉讼请求范围。该案中，鑫晟保理公司与债权人禾祺公司签订了债权转让通知书，债务人特创公司在收悉回执中确认债权让与的效力，并承诺履行基础交易合同下的付款义务。在诉讼中，被告主张基础交易合同系虚构的并提供结算业务书予以证明。法院认为，主张基础交易合同系虚构的证明责任在被告方，在特创公司对债权转让通知书的效力表示认可的情况下，其应当履行基础交易下的付款义务，而且结合基础交易的合同、发票、发货证明以及履约证明等内容，能够证明基础交易的真实性，因此特创公司不能对抗鑫晟保理公司基于保理合同而获得的债权。

2.基础交易债权让与对债务人的效力

保理人是保理合同的当事人，其与债务人之间无直接的

合同关系，其之所以能够向债务人主张权利，是因为其基于保理合同获得了应收账款债权，替代了原债权人的地位。保理人能够要求债务人履行还款义务，该请求权的实现以债权让与的事实通知债务人为生效要件，在民法典颁布之前，保理合同纠纷的处理适用债权让与的规则，债权让与的事实债权人未通知债务人的，对债务人不发生效力；民法典颁布之后，保理合同专章的规定并未限制通知债务人债权转让事实的主体，债权人或保理人均可，但依然延续了债权转让的事实需通知到债务人的规则。民法典第764条规定了保理人向债务人发出应收账款转让通知时表明身份的义务，该规定肯定了保理中的债权转让需通知债务人的义务，这是因为保理合同与基础合同是两个独立的合同，保理合同一方当事人的保理商要想向合同当事人之外的第三人主张权利，需要第三人知悉应收账款债权让与的事实，否则将突破合同相对性的基本原理。

在中国工商银行股份有限公司上海市青浦支行与上海康虹纺织品有限公司等保理债权转让纠纷案中，¹⁰一审法院和二审法院均将争议焦点概括为债权转让的通知是否对债务人润发公司发生法律效力。一审法院认为，债权人康虹公司未将应收账款债权转让的事实通知债务人，因此对债务人不发生法律效力；二审法院认为保理合同项下的债权转让登记于央行登记系统的行为不能免除保理合同当事人通知债务人债权转让事实的义务，债权转让的登记无法获得债权质押登记的对抗效力，其仅具有公示服务的性质，因此保理人不能以受让的债权要求债务人履行还款义务。

（二）保理商的追索权

1.追索权的效力

对于保理商而言，其签订保理合同向基础交易的债权人提供融资款的目的不仅是获得融资利息从而实现盈利，还在于按期收回保理融资款，因此为了将保理融资的风险尽可能降低，保理商通常会与基础交易债权人约定追索权条款，从而在基础交易债务人不能履行到期债务的情况下，要求债权人承担返还保理本息或进行债权回购的责任。

在交通银行股份有限公司上海市分行诉上海上体产业发

9 (2014)浦民六(商)初字第7430号

10 (2012)青民二(商)初字第331号；(2012)沪二中民六(商)终字第147号

展有限公司、上海约宁实业发展有限公司等合同纠纷案中，¹¹上体公司与约宁公司签订购买基础油的买卖合同，约宁公司与交通银行签订有追索权的保理合同，保理融资期限截至上体公司未支付基础交易中的应收账款。一审法院和二审法院均认为，在保理合同约定了追索权的情况下，保理申请人约宁公司应当对债务人上体公司不能偿还的到期应收账款，在未清偿保理融资本金的范围内承担回购责任。

2. 追索权的属性

在中国银行股份有限公司福建省分行与福州飞皇贸易有限公司等金融借款合同纠纷案中，¹²法院对福州飞皇公司与中国银行签订的保理合同中的追索权法律属性进行阐释。有追索权的保理包括主从两个法律关系，主法律关系为保理申请人与保理商之间的金融借贷关系，从法律关系为债权让与担保。在保理申请人尚未清偿保理融资款之前，保理商有权向债务人要求给付应收账款，若保理商从债务人处获得的清偿超过保理融资本息，超过的部分需要返还保理申请人。从债权让与担保的角度理解有追索权的保理，强调了保理的债权让与属性，为了担保所转让的债权能够实现，赋予保理商要求保理申请回购债权的权利，若保理商从债务人处获得的清偿超过保理融资款本息，保理商也不能从中获得不当利益，因此应当将超过的部分返还保理申请人。

三、保理案由类型化对保理行业发展的影响

（一）当下保理行业发展的挑战

根据《2019中国保理产业发展报告》的数据显示，截至2019年12月底，全国已注册商业保理法人企业及分公司存量共计10724家，相较2018年年底的11541家减少了7.08%，是自商业保理试点以来的首次下降。^[1]商业保理企业数量的减少，固然与企业信用风险的增加，实务中数量众多的保理融资款收回难度高相关。此外，自保理行业发展以来，规范保理行业发展的规范性文件效力较低、保理纠纷裁判规则不统一，也制约了保理投资人开展保理业务的信心，因此保理行业的发展需要立法的规范和指引。

（二）民法典的颁布给保理发展带来的共识

1. 保理合同的客体

民法典第761条将应收账款定义为现有或将有的应收账款，从法律层面上将未来应收账款纳入了可保理范畴，形成了各方对保理的普世化认知即保理是基于应收账款转让的金融服务。^[2]保理申请人签订保理合同的目的是获得融资款，而获得此项服务的对价是转让其所拥有的债权，在保理业务有助于解决中小企业融资难、融资贵的情况下，债权作为传统意义上的抵押物如不动产的替代物，帮助企业获得融资款，事实上有助于中小企业的资金融通。因此民法典将可转让债权的范围扩大，实质上鼓励保理业务的开展并降低保理申请人获得融资款的难度，只要债权是可以获得并实现的，指向将来的债权也可以作为保理合同的客体。后续的民法典解释还需要对未来债权的构成进一步明确，从而增强以未来债权为客体的保理业务的可操作性。

2. 基础交易与保理合同的独立性

基础交易与保理合同的独立性主要表现在民法典第763条，虚构的应收账款不能使债务人获得对抗保理人的权利，此外，民法典第545条第2款规定的禁止债权转让条款不得对抗善意受让人的规定，肯定了合同相对性原则下，应收账款的受让人即保理人独立于基础交易合同的地位。^[3]承认保理合同相对基础交易的独立性，是为了保障保理人收回融资款的权利，从而减少实务中债务人以基础交易虚构为由对抗保理人的情形。保理合同的独立性有助于增加保理人开展保理业务并按期收回保理融资款的信心，是对保理行业规范发展的指引。^[4]

参考文献

- [1] 闫洛军，程博. 中小银行与商业保理公司业务协同发展的思考[J]. 中国银行业, 2020(11):74-76.
- [2] 邓莎莎. 《民法典》下我国保理业务的机遇与挑战[J]. 中国外汇, 2020(18):56-59.
- [3] 周军. 基础合同对保理合同效力影响辨析[J]. 贵州社会科学, 2020(09):82-87.

11 一审：（2015）浦民六（商）初字第1618号 二审：（2016）沪01民终1759号

12 （2015）榕民初字第1287号



新《刑诉法解释》对保护涉罪民营企业 财产权“动了真格”

■ 彭吉岳 封旺 / 文

彭吉岳律师简介

京都律师事务所高级合伙人，西北政法大学刑事辩护高级研究院研究员，毕业于对外经济贸易大学，硕士研究生学历。曾经在世界500强跨国公司担任企业高管近十年，期间外派德国、西班牙、马来西亚等国学习与工作。彭吉



岳律师曾办理过影响中国法治建设的“雷洋案”、原铁道部装备部主任、北京铁路局局长杨某职务犯罪案、原北京市公安局某区分局副局长田某职务犯罪案、原湖南省政协副主席童某玩忽职守案，也代理过多起在最高人民法院、中国国际贸易仲裁委员会、部分省份高级人民法院审理的商事纠纷案件，彭吉岳律师办理过的部分案件曾被CCTV、《财新网》等媒体关注、报道。彭律师还多次受邀到中国人民大学、中国社会科学院、北京师范大学、对外经济贸易大学等高校发表演讲。

有数据显示，民营企业用近40%的资源，缴纳了50%以上的税收，创造了60%以上的GDP，贡献了70%以上的技术创新和新产品开发，提供了80%以上的城镇就业岗位和90%以上的新增就业岗位。[1]但近年来，民营企业家涉嫌犯罪频见报端，民营企业家作为一个特殊的群体，除了本人需要承担刑事责任，往往伴随着大量财产的收缴、罚没。而这，不仅关系到企业家个人，也关系到一个企业的生死存亡、员工就业及相关合作者的安全，甚至是国家经济结

构的稳定。如何有效保护民营企业创造的巨大财富，如何保护民营企业家的创业热情，是全社会共同关注的问题之一。从2016年中共中央、国务院《关于完善产权保护制度依法保护产权的意见》，到2017年最高法、最高检先后发布的保护司法产权、营造良好环境的司法政策，以及陆续平反的民营企业家案件，无不昭示着国家政策及司法对于民营企业合法财产权的保护。

近日，最高人民法院颁布的《关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》（以下简称2021年《解释》）第279条，首次将“涉案财物的调查举证”写入“法庭调查”程序，首次明确了公诉机关对涉案财物是否属于违法所得、是否应当追缴负有举证责任，而不能“胡子眉毛一把抓”，在司法程序中“稀里糊涂、说不清道不明”地予以收缴、罚没，新《刑诉法解释》关于财产权的保护的规定，对于保护民营企业家、公民的财产权将有里程碑的意义。

一、民营企业家涉案财产处置的困惑

民营企业家刑事风险一旦爆发，泥沙俱下，风暴来袭致人财两空也是可能的。笔者2019年办理的河北某知名企业涉嫌传销犯罪一案，该企业市值数百亿，业务领域涉及医疗保健、汽车制造、锅炉生产等多个领域，该企业旗下一分公司因销售某款保健产品涉嫌传销犯罪被立案调查，随即办案机关追缴涉案财物的“天罗地网”迅速铺开，扣押冻结的财物不仅包括分公司财产，总公司大量财产也被控制，连公司相关负责人个人、家庭的财产也均被查封、扣押，处置的财产范围也远远超出保健品业务的范畴。更让人不可思议的是，案件刚移送法院还没有开庭，因临近年底就直接划走了8000万涉案款项进入了当地的财政账户……

更有“传奇”案例[2]，一犯罪团伙抢劫银行营业款208万元，后将赃款作为启动资金投身商海，奋斗多年后首犯成为身价上亿的企业老总，但终归东窗事发。试问：百亿财产是否均为“毒树之果”？应一并查封？又如何证明查封、扣押、冻结的财物与犯罪行为的关联？确实需要更明确的操作规范。

二、新《刑诉法解释》让保护私有产权有了更强的“抓手”，从程序上保障涉案财产合法处置落到了“实处”

通过办理刑事案件浑水摸鱼，违法查扣公民和企业财产，对于这个问题，其实最高人民法院在2012年颁布的《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（以下简称2012年《解释》）即有所考虑。在2012年《解释》的第十六章【查封、扣押、冻结财物及其处理】第364条规定：

法庭审理过程中，对查封、扣押、冻结的财物及其孳息，应当调查其权属情况，是否属于违法所得或者依法应当追缴的其他涉案财物。

案外人对查封、扣押、冻结的财物及其孳息提出权属异议的，人民法院应当审查并依法处理。

经审查，不能确认查封、扣押、冻结的财物及其孳息属于违法所得或者依法应当追缴的其他涉案财物的，不得没收。

可见，当时司法解释即明确了对涉案财物权属的调查责任。2012年12月24日最高人民法院有关负责人就该《解释》答记者问时指出：在2012年刑诉法及其司法解释出台之前，无论是我国刑事实体法还是程序法，对于法院审查处理刑事涉案财物的规制都处于相对缺失的状态，即便有规定也是过于原则且相对分散。为此，考虑到涉案财物的判决与处理事关当事人及有关社会公众的切身利益，2012年刑诉法及其司法解释结合审判工作实际，对相关问题作出规定并进一步明确：……二是强调对涉案财物处理的法庭调查。规定在法庭审理过程中，对查封、扣押、冻结的财物及其孳息，应当调查其权属情况，对于不能确认系违法所得或者依法应当追缴的其他涉案财物的，不得没收，以保护财物所有人的合法权益。三是重视案外人提出的权属异议。规定案外人对查封、扣押、冻结的财物及其孳息

封旺律师简介

曾担任中国政法大学刑事辩护研究会会长，并受邀到香港律师事务所学习、工作。参与办理了多起重大经济犯罪、职务犯罪等刑事案件，以及多起重大合同纠纷、股权纠纷等商事案件。



提出权属异议的，人民法院应当审查并依法处理……

只不过现在看来，当时的规定还是过于粗疏，对涉案财物的性质及权属具体应该如何展开法庭调查，如何举证质证，是否需要单独的诉讼程序等等，很多问题没有明确答案，因而司法实践中通过庭审程序对涉案财物的审查认定还十分薄弱，司法实践中还是停留在重定罪量刑，轻财产保护状态中。

与2012年《解释》对相关内容在“查封、扣押、冻结财物及其处理”的章节中进行规定不同。2021年《解释》则明确将涉案财物的调查程序写入“宣布开庭与法庭调查”一节，强调其与定罪量刑一样，作为独立的法庭调查内容。从结构设置上讲，2021年《解释》对涉案财物调查程序的重视便可见一斑。

从具体内容上讲，2021年《解释》新增第279条：

法庭审理过程中，应当对查封、扣押、冻结财物及其孳息的权属、来源等情况，是否属于违法所得或者依法应当追缴的其他涉案财物进行调查，由公诉人说明情况、出示证据、提出处理建议，并听取被告人、辩护人等诉讼参与人的意见。

案外人对查封、扣押、冻结的财物及其孳息提出权属异议的，人民法院应当听取案外人的意见；必要时，可以通知案外人出庭。

经审查，不能确认查封、扣押、冻结的财物及其孳息属于违法所得或者依法应当追缴的其他涉案财物的，不得



没收。

上述规定，明确了公诉机关对涉案财物性质权属等情况的三项具体且必须的义务，即：说明情况、出示证据、提出处理建议，亦即是说，如果控方举证不能，则应根据存疑有利于被告人等原则对涉案财物作出处理。同时，对于案外人而言，2021年《解释》赋予了其依法参与庭审的权利。将涉案财产问题解决在法庭，也是以审判为中心的诉讼体制改革的应有之义。

此外，最高人民法院起草小组在对2021年《解释》的解读中强调：为强化产权司法保护，《解释》的多个条文对涉案财物的审查处理执行问题作了充实和完善。例如，在立案审查阶段，要审查涉案财物是否随案移送并列明权属情况，以及是否有证明相关财物系涉案财物的证据材料；在庭前会议中，可以就涉案财物的权属情况和处理建议听取意见；要强化对涉案财物的当庭调查，规范涉案财物的判决处理和执行。审判实践中，要适应时代发展，树立对定罪量刑和涉案财物处理并重的理念，重视做好涉案财物审查处理执行工作。可见，2021年《解释》对涉案财物的保护是全流程、全方位的。

三、如何把握2021年《解释》并进行专业的财产权辩护

法条是辩护律师最重要的武器，对法条的理解与运用取决于律师的智慧和经验。从2021年《解释》第279条出发，笔者认为可以从以下五个方面在民营企业犯罪案件中开展财产权辩护：

1、涉案财物的来源。重点核实财产的来源、获得主体、获得的时间、取得方式、是否与其他财产混同等问题。

2、涉案财物的性质。如，财物的类型，是货币还是其

他有形财产，动产还是不动产，是否进行过处分、转移，是否属于易变质、易贬值等物品。

3、涉案财物的权属情况。注意区分财物的所有权人，权属登记及实际占有情况，区分个人财产与家庭财产、个人财产与公司财产、个人财产与夫妻共同财产，区分经营所得与违法所得、犯罪所得，涉及第三人权属的，要通过第三人提出法律意见并让第三人进入法庭调查程序中。

4、涉案财物的用途。财物用途对于认定财物性质也具有重要作用，例如财物是否用于犯罪活动、对犯罪活动的作用大小、是否以实施犯罪活动为主要用途、发挥作用的时间段等。

5、涉案财物的价值。价值关乎量刑以及是否超额查封等问题，因此要重点关注对财物是否进行了价值鉴定，鉴定机构、鉴定人是否符合法定资质，是否包含孳息价值，是否有损耗、折旧，控制的财产数额是否超过了整个犯罪金额等等。

以上便是笔者的一些领悟，部分建议也是笔者在办案中的一些坚守，2021年《解释》的出台，必将引起刑事司法深远的联动反应。因为法条的寥寥数语，背后隐藏着世间纷繁百态，而刑辩律师，以经验与智慧作为破译密码的钥匙，以法律和勇气作为拼搏的武器，见微知著，竭尽全力，给所有需要的人以帮助。

引用及注释

[1]2019年3月6日，十三届全国人大二次会议新闻中心举行记者会，国家发展和改革委员会主任何立峰在回答记者提问时，提到了民营经济的“56789”。

[2]《郑州16年前劫匪成富豪专家：财产不算非法所得》，央广网，http://news.cnr.cn/native/gd/20151029/t20151029_520315785.shtml

解读《专利审查指南》最新修改

■ 陈长会 / 文

陈长会律师简介

京都律师事务所合伙人，具有近20年的知识产权从业经验和多年的刑事、行政及民商事案件处理经验，善于从客户需求和实际出发，从纷杂的案情中迅速切中要害并提出创造性的应对方案。



为强化医药领域知识产权保护，国家知识产权局近日对现行《专利审查指南》（以下称“旧指南”）与化学和生物相关的实质审查部分作了堪称史上幅度最大的修订。修订后的指南（以下称“新指南”）自2021年1月15日起施行。

一、修改主要内容

本次指南修改主要涉及《中美第一阶段贸易协议》（下称“协议”）中特别关注的与药品相关的药用化合物、组合物和生物技术发明，在说明书公开是否充分、新颖性和创造性判断标准方面均修改甚多。可以认为，这部分修改内容是对协议的积极、直接和快速响应。下面，笔者分别介绍各部分具体修改内容。

（一）第二部分第十章第3.5节的修改

为了约束申请人盲目补交实验数据的行为，新指南在

旧指南第二部分第十章第3.5节增加了前提条件“为满足专利法第二十二条第三款、第二十六条第三款等要求补交”。但是，新指南并未改变判断说明书是否充分公开的基本原则，补交实验数据所证明的技术效果仍应当是所属技术领域的技术人员能够从专利申请公开的内容中得到的。

对于药品专利申请，新指南增加了专门规定并给出了两个允许补交实验数据的例子。【例1】涉及具体化合物，说明书记载了化合物制备、效果及测定效果的方法，但是没有提供具体效果数据。【例2】涉及通式化合物，说明书记载了通式化合物制备、效果、测定效果的方法和以范围描述的通式化合物实验效果数据，还记载了多个具体化合物的制备，但是没有针对具体化合物给出具体效果数据。

申请人只要分别恰当地参照【例1】和【例2】撰写说明书，依照新指南补交实验数据就基本上不会遇到障碍。但是，对于是否必须如【例1】和【例2】那样提供测定效果的方法和【例2】那样提供以范围描述的通式化合物实验效果数据，仍需在实践中依据审查原则进一步探讨。笔者认为，【例1】中测定降血压作用的方法和【例2】中测定抗肿瘤活性作用的方法在多数情况下均属于已知方法，即便不提供也能满足充分公开的要求，【例2】中以范围描述的通式化合物实验数据也并非不可或缺。除了少数故意“捂核心数据”情况外，申请人在申请文件中不记载实施例任何具体化合物的具体实验数据的原因大多是根本就没有此类数据。如果硬性要求，不仅不能起到鼓励申请人尽早公开实验数据的作用，反而会促使个别申请人在撰写申请文件时故弄玄虚或弄虚作假。

（二）第二部分第十章第4.2.3节的修改

对于组合物发明的说明书仅公开了组合物的一种性能或者用途的情况，原指南硬性规定“应写成性能限定型或



者用途限定型”，新指南则放宽为“通常需要写成性能限定型或者用途限定型”，另外淡化了合金组合物发明的特殊性，将“通常应当写明发明合金所固有的性质和/或用途。”修改为“通常应当写明发明合金所固有的性能和/或用途。”

无论是性能限定还是用途限定，都可能会在一定程度上限制权利要求保护范围。因此，申请人在撰写组合物权利要求时，尽量不要写明性能和/或用途，可以待审查员要求时再视情况而定。

（三）第二部分第十章第5.1节的修改

新指南放宽了引用对比文件否定化合物发明新颖性的适用标准，从而显著提高了化合物满足新颖性的难度。首先，不再要求对比文件公开“理化参数或制备方法”，只公开“化学名称、分子式（或结构式）等结构信息”即可。其次，用公开相同结构的对比文件评价新颖性时不再是“推定”没有新颖性，而是“应”认定没有新颖性。另外，将结构信息不足的推定情况修改为“如果依据一份对比文件中记载的结构信息不足以认定要求保护的化合物与对比文件公开的化合物之间的结构异同，但在结合该对比文件记载的其他信息，包括物理化学参数、制备方法和效果实验数据等进行综合考量后，所属技术领域的技术人员有理由推定二者实质相同，则要求保护的化合物不具备新颖性，除非申请人能提供证据证明结构确有差异。”

新指南实施后，对比文件中公开的大量化学名称和分子式（或结构式），尤其是那些表格化合物，更容易成为否定化合物发明新颖性的利器。对于志在必得但被对比文件点到的化合物，申请人则需要投入大量资源来证明该化合物无法根据对比文件获得，并且成功难度很大。因此，除非申请人能提供证据证明在申请日之前无法获得对比文件公开的某化合物，否则就应在撰写或修改权利要求时尽可能予以排除。

（四）第二部分第十章第6.1节的修改

原指南将化合物创造性分为“与已知化合物不接近”和“与已知化合物接近”两种情形，对于“是否接近”的判断则视所在领域而定。对于不接近情形，原指南规定，在有一定用途或效果情况下可以认定创造性，并不要求其

具有“预料不到的用途或者效果”。对于接近情形，原指南则规定必须要有“预料不到的用途或者效果”，并且规定了在该情形下否定创造性的两个标准：（1）需要进一步说明其用途或效果是可以预料的，或者（2）说明本领域的技术人员在现有技术的基础上通过合乎逻辑的分析、推理或者有限的试验就能制造或使用此化合物。

新指南完全改变了原指南的上述划分方式，回归到创造性判断三步法主线上。即，首先确定是否有结构差异，其次依据用途或效果确定技术问题，然后依据现有技术整体判断是否有技术启示。在三步法判断基础上，对于具备预料不到的用途或效果的情形，新指南明确规定应当认定创造性。

新指南规定的化合物创造性判断的总体要求为：判断化合物发明的创造性，需要确定要求保护的化合物与最接近现有技术化合物之间的结构差异，并基于进行这种结构改造所获得的用途和/或效果确定发明实际解决的技术问题，在此基础上，判断现有技术整体上是否给出了通过这种结构改造以解决所述技术问题的技术启示。

虽然结构差异越大越不容易有技术启示，但是，依照新指南，结构不接近的化合物依然要按照三步法判断创造性。新指南还特别指出“如果所属技术领域的技术人员在现有技术的基础上仅仅通过合乎逻辑的分析、推理或者有限的试验就可以进行这种结构改造以解决所述技术问题，得到要求保护的化合物，则认为现有技术存在技术启示。”换言之，与旧指南相比，新指南将“在现有技术的基础上仅仅通过合乎逻辑的分析、推理或者有限的试验就可以进行这种结构改造”为由否定化合物创造性的情形扩大到了“结构不接近”的化合物。

此外，为了更好说明如何适用三步法，新指南替换了旧指南中化合物创造性判断的多数例子。本文对其概述如下：

【例1】申请化合物和现有技术化合物母核结构不同，但用途相同，因不存在改变基本结构而用途不变的技术启示而具备创造性。

【例2】申请化合物与现有技术化合物用途不同，但是区别仅在于前者将后者结构片段中“R1改造为CONHR1”，因技术人员没有动机将抗菌素中的R1改造为CONHR1以获得抗糖尿病药，故认定申请化合物具有创造性。

【例3】申请化合物和现有技术化合物用途相同且效果

相当，二者结构差异仅在于前者将后者的较复杂结构中一个端基“NH₂”替换为“CH₃”，由于NH₂与CH₃是经典一价电子等排体，所属技术领域的技术人员为获得相同或相当的抗糖尿活性有动机进行这种电子等排体置换，故认定申请化合物无创造性。

【例4】申请化合物与现有技术化合物用途相同，二者区别虽仅在于嘌呤6-位上以-O-替换了-NH-并且-O-与-NH-为所属技术领域公知的经典电子等排体，但因活性提高很多倍，取得了预料不到的技术效果，应认定非显而易见，具备创造性。

【例5】申请通式化合物与现有技术化合物用途相同，结构相似，区别仅在于将三臂复杂结构中某臂主链的连接原子“O”替换为“S”，但前者某具体化合物的抗乙肝病活性明显优于后者。如果要求保护通式化合物，则技术问题为提供另一种同样具有抗乙肝病活性的其他药物，由于-S-与-O-性质接近，所属技术领域的技术人员有动机进行这种替换并获得通式化合物，故通式化合物无创造性。但是，对于公开了显著更优抗乙肝病活性的具体化合物，其技术问题应确定为提升现有技术化合物的抗乙肝病活性，由于其区别不仅在于上述连接原子不同，而且R₃位取代基亦不相同，并且现有技术中不存在通过所述结构改造以提升抗乙肝病活性的技术启示，故该具体化合物具备创造性。

（五）第二部分第十章第9.2.1节的修改

本次修订完善了微生物菌种保藏中心布局，增加位于广州的广东省微生物菌种保藏中心（GDMCC），从而在华北、华中和华南均有布局，极大方便了经济和创新活跃的华南地区申请人。

（六）第二部分第十章第9.3.1.7节的修改

新指南在《专利审查指南》第二部分第十章第9.3.1.7节

“单克隆抗体”部分，增加了单克隆抗体权利要求的限定方式，明确了其可以用结构特征限定，并给出了用氨基酸序列为结构特征限定单克隆抗体的例子。

（七）第二部分第十章第9.4.2节的修改

与化合物创造性判断一样，对于生物技术领域发明创造性的判断，新指南同样弱化了“预料不到的技术效果”的权重，回归到三步法主线。为了贯彻三步法主线，新指南新增了按照三步法判断创造性的总体要求，并针对基因、多肽或蛋白质、重组载体、转化体和单克隆抗体，分别作了相应规定。此外，新指南调整了针对基因发明适用“预料不到的技术效果”的具体规定。

就总体要求而言，新指南明确了“生物技术领域发明创造性的判断，同样要判断发明是否具备突出的实质性特点和显著的进步”并规定了确定区别特征-确定技术问题-判断技术启示的三步法判断原则。此外，新指南还规定，生物技术领域的发明创造性判断需要考虑发明与现有技术的结构差异、亲缘关系远近和技术效果的可预期性等。

三、结语和展望

本次修订是在《专利审查指南修改草案（第一批征求意见稿）》基础上形成的，涉及到协议重要章节和新专利法的主要修订内容，对于与药品相关的专利申请的行政审批和医药行业创新发展影响深远。

除本次修订外，已发布的《专利审查指南修改草案（第二批征求意见稿）》对本次修订未涉及部分也作了大幅度修改并根据国情需要增加了新章节。尤其是增加了第二部分第十一章《关于中药领域发明专利申请审查的若干规定》。

预计，新指南将很快迎来再次修订以适应新专利法的要求，但是本次修订已经涉及的部分基本上不会发生变动。



刑修十一“重典惩污”有新招

■ 李波 李润泽 / 文

李波律师简介

京都律师事务所环境能源与资源法律研究中心主任，民革北京市委社会与法制委员会委员、北京律协环境与资源委员会委员、中国矿业国际仲裁调解中心调解员。主要从事私人律师、政府法律顾问、环境资源能源领域争议解决和法律顾问事务。在私人律师领域尤其注重安全的隐私保护、系统的解决方案、快速的律师介入；在政府法律顾问领域先后担任北京市通州区生态环境局法律顾问、北京市老干部局法律顾问、北京市某公安消防法律顾问、中国老年协会法律顾问、北京市金融局打击非法集资讲师；在环境资源能源犯罪领域先后多次取得缓刑判决等刑事辩护效果。



第三百三十八条修改为：“违反国家规定，排放、倾倒或者处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质或者其他有害物质，严重污染环境的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；情节严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金；有下列情形之一的，处七年以上有期徒刑，并处罚金：

（一）在饮用水水源保护区、自然保护区核心保护区等依法确定的重点保护区域排放、倾倒、处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质，情节特别严重的；

（二）向国家确定的重要江河、湖泊水域排放、倾倒、处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质，情节特别严重的；

（三）致使大量永久基本农田基本功能丧失或者遭受永久性破坏的；

（四）致使多人重伤、严重疾病，或者致人严重残疾、死亡的。

有前款行为，同时构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。”

解读刑法修正案（十一） 关于污染环境罪的新变化

（一）上调法定最高刑期，两档刑变为三档刑

《刑法》第三百三十八条对污染环境罪的原有规定为“违反国家规定，排放、倾倒或者处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质或者其他有害物质，严重污染环境的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；后果特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。”对比上文《刑法修正案（十一）》的新

2020年12月26日，中华人民共和国第十三届全国人民代表大会常务委员会第二十四次会议通过《中华人民共和国刑法修正案（十一）》（以下简称《刑法修正案（十一）》），自2021年3月1日起施行。对于《中华人民共和国刑法》（以下简称《刑法》）第三百三十八条污染环境罪而言，该修正案第四十条进一步细化了刑法条文规定，列举了法定刑升格的具体情形，补充规定了想象竞合及从重处罚规则。

《刑法修正案（十一）》第四十条：将刑法第

规定清晰可知，污染环境罪已由“严重污染环境”“后果特别严重”的两档刑，变更为“严重污染环境”“情节严重”和“适用7年以上刑期四项重罪情形”的三档刑，法定最高刑也从7年变更为15年，体现了国家“重典惩污”的决心。上述变化无疑会产生法律适用的新困惑，一是条文表述从“后果特别严重”变为“情节严重”应作何理解？二是如何认定构成“情节严重”？

针对第一个问题，笔者认为“情节严重”与“后果特别严重”存在本质上的区别。“情节”意为“事情的变化和经过”，其着重点在于事物的发展。对于污染环境罪来说，污染行为产生的变化与经过是立法者颁布《刑法修正案（十一）》的核心考量因素。此前《刑法》第三百三十八条中规定为“后果特别严重”，强调的是污染环境造成的“后果”，即污染行为实施后带来的不利损害结果。这种结果体现在已经造成了实质损害，而情节严重是更趋向于行为过程的危害性。所以污染环境罪既遂形态中结果犯与行为犯的争议随着《刑法修正案（十一）》的实施便有所弱化。

针对第二个问题，虽然现有规定未对如何认定“情节严重”作出解释，但《最高人民法院、最高人民检察院关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《2016年解释》）也并未因《刑法修正案（十一）》的出台而失效，笔者认为仍应适用《2016年解释》中关于“后果特别严重”的十三项认定情形，使法律的适用衔接更加连贯。

（二）规定四种适用加重法定刑的具体情形

对比《刑法修正案（十一）》第四十条的规定，其增加了四种适用加重法定刑的具体情形。笔者对这四种情形的法律概念做简要注解：

第一项重罪情形，限定地点关键词为“饮用水水源保护区”与“自然保护区核心区”。（1）“饮用水水源保护区”分为地表水饮用水源保护区和地下水饮用水源保护区。地表水饮用水源保护区包括一定面积的水域和陆域，地下水饮用水源保护区指地下水饮用水源地的地表区域。以供水人口数为分界线，通过管网输水且供水人口数小于1000人的为分散式饮用水源地，大于1000人的为集中式饮用水源地。（2）自然保护区可分为核心区、缓冲区和

李润泽简介

京都律师事务所实习律师，主要从事土地、民事、商事法律领域的研究工作，曾参与土地承包经营权继承、土地承包经营权征收与补偿、民营企业的司法保护、山东无线电管理条例等立法科研项目，协助办理过大量合同纠纷、股权纠纷、侵权纠纷及环境刑事案件。



实验区。依据《中华人民共和国自然保护区条例》第十八条规定，自然保护区核心区禁止任何单位和个人进入，因科学研究的需要，必须进入核心区需经批准，且只能从事“科学研究观测与调查活动”，而对缓冲区、实验区不受此条约束。

第二项重罪情形，限定地点关键词为“国家确定的重要江河、湖泊水域”。其中“江河”包括长江、黄河、淮河、黑龙江、松花江、珠江；“湖泊”包括青海湖、鄱阳湖、洞庭湖、太湖、巢湖、洪泽湖、滇池、洱海、千岛湖、日月潭。

第三项重罪情形中，“基本农田”是指中国按照一定时期人口和社会经济发展对农产品的需求，依据土地利用总体规划确定的不得占用的耕地。

第四项重罪情形，因实施了污染环境的行为“致多人重伤、严重疾病，或致人严重残疾、死亡的”并不难理解，其为损害后果具体化。

（三）补充规定想象竞合及从重处罚规则

《刑法修正案（十一）》第四十条第二款新增污染环境罪想象竞合犯的相关规定，明确“同时构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚”。该条文对竞合情形的处理在表述上更为严密和准确，同时为司法实践的法律适用提供了较为准确的指引。



在数罪理论当中，想象竞合犯占据了重要的地位，其是指行为人实施了一个犯罪行为同时触犯了多个没有对应重合关系的罪名。对于污染环境罪而言，实施排放、倾倒、处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质的行为，造成严重后果的，应当构成犯罪，同时因其行为方式或者结果触犯刑法其他相关法条，又构成其他犯罪。例如，行为人在饮用水水源保护区排放危险物质，或者向国家确定的重要江河、湖泊水域排放危险物质，可能构成污染环境罪，而其行为之结果可能触犯刑法第一百一十四、一百一十五条关于因“投毒”而危害公共安全的规定，构成“投放危险物质罪”，其刑罚最重为死刑。又如，行为人因实施排放危险物质行为，致使大量永久基本农田基本功能丧失或者遭受永久性破坏，其行为可能构成污染环境罪，而其行为之结果还可能因造成农用地大量毁坏，因而触犯刑法第三百四十二条的规定，构成“非法占用农用地罪”，其刑罚最重为5年以下有期徒刑。

聚焦刑法修正案（十一） 之 污染环境的罪与罚

刑法修正案（十一）是新时代我国对刑法做出的又一次重要修改，其对人民群众特别关注的生态环境保护问题给予了积极回应。该修正案一方面将环境影响评价、环境监测机构“弄虚作假”首次纳入刑法定罪量刑，另一方面对刑法原有的“污染环境罪”的适用情形提高了处罚档次，同时补充了在自然保护区非法建设、非法引入外来物种两类新的犯罪。这些重要修改值得各级生态环境部门高度关注，而笔者更加关心刑事司法保护生态环境的实践效果。

《刑法》关于污染环境罪的量刑有拘役、三年以下有期徒刑、三年以上七年以下有期徒刑三个区间。四川省成

都市中级人民法院在《刑事法律文件解读》中刊载的《污染环境罪的司法适用研究——以C市污染环境罪案件为样本》一文中指出“虽然污染环境罪属于非暴力犯罪，其最高刑罚等级为三年以上七年以下有期徒刑，但是通过研究样本可以发现，一年以下有期徒刑的占比高达81.40%，一年以上两年以下有期徒刑的占比18.60%，且适用缓刑的占比48.84%。在罚金刑中，罚金金额在五千至一万的占比高达39.22%，一万至两万的占比25.49%，虽然三万至七万的有8人，占比达15.69%，但是包含6人单处罚金并且其中有1人是单处罚金由行政处罚款相抵。”可见从整体而言，污染环境罪惩罚力度仍然过低，已经出现了犯罪成本与犯罪收益失衡的情形。

虽然《刑法修正案（十一）》增加“7年以上”刑期档次，且明确适用“想象竞合犯”规则，在一定程度上加大了惩罚力度，但笔者认为其仍然存在两点缺陷。其一，依据当前的司法判例来看，实施污染环境罪与其他犯罪构成实质上数罪的案件较少，即有期徒刑因数罪并罚超过十五年的案件寥寥无几，所以“7年以上”量刑的适用仍然较少，以该档刑期达到刑法惩治的目的较为困难；其二，污染环境罪的刑法规定仍较为开放，《刑法修正案（十一）》并未对各情形相应的主刑刑期、罚金刑幅度作出规定，导致法官自由裁量权较大，且整体呈现刑罚适用较为谨慎、保守的情形。司法实践中，更是难以把握标准、裁判尺度不一，易造成重定罪轻刑罚的现象。

笔者认为《刑法修正案（十一）》虽然反映了司法的现实需求，体现了司法的人文关怀，为今后相关犯罪情形的有效惩治提供了依据，但是其并不能满足当前保护生态环境资源对刑事司法的高需求。日后在实践中，可多加关注适用罚金刑的限度与幅度、重用恢复性司法理念等问题，使罪刑相当、罚当其罪。

LG化学在美诉SK创新商业秘密侵权案揭晓，SK面临10年禁令

■金燕 金凤华 / 文

美国当地时间2021年2月10日，美国国际贸易委员会（ITC）[1]针对韩国两家电动汽车电池生产制造商LG化学（LG Chem）和SK创新（SK innovation）之间的商业秘密纠纷案作出最终裁决。虽然当天是中国和韩国的春节假期的第一天（北京时间2月11日），但该消息仍然引起了不少关注，在当今世界各主要经济体大力发展新能源产业的背景下，ITC终裁结果将对新能源汽车的电池行业以及整个电动汽车产业产生影响。在此，我们想通过本文了解本案的争议焦点以及ITC的终裁内容，以便高新企业能够在招募技术人员在内的高级人才时提高风险防控意思。

一、案件经过

2019年4月30日，LG化学及其美国分公司向ITC对SK创新提起申请，指控SK创新通过雇用其前员工以盗用其商业秘密。LG化学向ITC提交的起诉书中提及，SK创新在过去的两年内，共挖走76名动力电池行业的研发核心人才，并要求这些人员在入职SK创新过程中提交核心工程及技术文件，并指控这些人员离职前从LG系统上对核心文件进行多次下载。

LG化学请求ITC禁止侵犯其商业机密的SK创新所生产的电动汽车电池和基础设施技术进入美国市场。

作为韩国动力电池行业的两大巨头，LG化学与SK创新的专利纠纷由来已久。

金燕律师简介

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



2011年，SK化学在韩国起诉SK创新侵犯其专利，但一审法院和二审法院均败诉，到大法院审理阶段双方达成和解协议。协议书中约定，双方终结电池分离膜相关的专利有关的所有诉讼及纠纷，此后十年，在韩国内以及韩国外互不提起专利权以及损害赔偿的任何诉讼。即便如此，双方在动力电池领域的技术和市场的争夺战从未停止过，2017年，LG化学就5名离职后转入SK创新的前员工以“泄露商业秘密”为由向法院提出禁止转职处分诉讼，2018年1月取得了胜诉。

据韩媒报道，此次LG化学在ITC起诉的起因因为SK创新取得了美国福特和大众电动车的电池供应订单，SK创新为此还在美国乔治亚州投资建立动力电池工厂，投资额将达到17亿美元（约118.8亿元人民币），拟在2022年投产。但LG化学主张SK创新通过发送公司内部E-mail等方式要求



前LG化学的员工提供LG化学相关产品成本等资料，以不正当竞争的方式取得了订单。LG化学除了向ITC提起申请外，还向美国特拉华州地方法院提起了诉讼。此案中双方的争议焦点如下图。

双方争议焦点

	LG主张	SK主张
技术人员移动	3年内挖走76名核心技术人员	这些人员经正常招聘程序自主应聘
招聘过程	面试中要求提交所从事的项目、核心技术等	普通的招聘方式，招聘时提交的资料会被销毁，不会留存或存档
窃取技术	离职人员下载相关核心技术1900余次	双方电池生产技术和生产方式不同，无需相关技术
销毁证据	诉讼开始后一直恶意及广泛地销毁相关证据	一些证据没能保存，但并无恶意

来源：韩国相关媒体资料

对于LG化学的指控，SK创新否认其侵犯商业秘密，并在韩国法院对LG化学提起了禁止其在美国诉讼以及损害赔偿的诉讼，但一审法院驳回了SK创新的起诉。有关本案，双方诉讼日志如下图。

ITC 诉讼日志

2019年4月	LG化学以SK创新侵害其商业秘密为由向ITC提起诉讼
2019年5月	LG化学在韩国国内刑事告发SK创新违反产业技术保护法
2019年6月	SK创新对LG化学向首尔中央地方法院提起根据双方协议内容禁止LG化学在美国提起诉讼以及对LG化学的损坏名誉行为请求赔偿的诉讼
2019年9月	SK创新向ITC提起LG化学专利侵权诉讼 LG化学向ITC提起SK创新专利侵权反诉
2020年2月	ITC做出SK创新侵害商业秘密初裁
2020年4月	ITC根据SK创新提出的异议申请决定做终裁审理
2020年8月	首尔中央地方法院一审驳回SK创新提起的赔偿诉讼
2020年9月	ITC决定延期发表终裁裁决
2020年10月	ITC决定延期发表终裁裁决
2020年12月	ITC再一次决定延期发表终裁裁决
2021年2月	ITC对侵犯商业秘密做出终裁

来源：韩国相关媒体资料

二、ITC裁决及法律依据

裁定内容：

美国当地时间2月10日，ITC在延期3次后，终于对LG化学与SK创新的商业秘密侵权案做出了终裁裁决，认定SK创新侵犯了LG化学的商业秘密，未来十年，SK创新将

在美国被禁止进口、销售、生产电动汽车电池、模块、电池包和相关零部件。

但是在ITC裁决中，对于SK创新已经与福特和大众签约，为其电动汽车提供动力电池的情况作出了提供宽限期的决定，允许SK创新继续为福特电动F-150车型供货4年，继续为大众MEB平台的北美电动车型供货2年，为两家车企寻找新的动力电池生产商留出了时间窗口。另外，ITC还表示，SK创新可以继续为在美国销售的起亚汽车更换或维修电池。

法律依据：

根据LG化学的起诉，ITC对本案发动了337调查[2]。在裁定中ITC称，经审查了调查记录，包括当事方提交给行政法官（ALJ）的文件-第34号命令[3]，以及当事方和非当事方向ITC提交的文件，最终决定确认初步裁定中的违约裁定。即ITC在此次终审裁决之前，于2020年2月就本案作出过初步裁决，认为SK创新在LG化学提出商业秘密诉讼之后，故意销毁证据记录，存在恶意妨碍法院调查的行为，对SK创新作出了违约裁决，而本次最终裁定仍然以SK创新故意销毁证据记录为根据，确认了对SK创新的初步违约裁定。

在终裁裁决中，ITC对决定的理由作了修改，阐明了制裁的不同依据（i）19 USC § 1337（h）和委员会规则210.33、19 CFR 210.33，以及（ii）Micron Technology, Inc.诉Rambus Inc.案，第645 F.3d 1311条（联邦法院，2011年），ITC认为这两个依据都适用。因此，ITC确认了初步裁定，认定其违反了美国《1930年关税法》337条。

上述（i）337条款（h）及ITC规则210.33均规定了对滥用证据开示和滥用程序的制裁，而作为判例的（ii）Micron Technology, Inc.诉Rambus Inc.案，即“鉴

于Rambus公司在诉讼中的行为（毁灭证据），诉讼过程的诚实性受到了质疑。……为了对Rambus处理证据的行为予以适当惩罚，法庭宣布，诉讼中涉及的专利对Micron Technology, Inc.不具有强制执行效力。”

从上述内容中可以看出，ITC作出裁决的主要依据是有关证据程序的规定，可以说ITC对于SK创新销毁证据和处理证据过程中的不配合行为进行了制裁，继而认定其违反了侵犯商业秘密的相关规定。

后续程序：

根据ITC程序，ITC终裁公告发出后，应立即将其终裁裁决、救济措施意见以及作出终裁的依据一并呈交美国总统或者美国总统授权的人员（美国贸易代表）。贸易代表将向总统建议应采取哪种措施。总统应在收到终裁后60日内决定是否批准；若60日内没有作出否决终裁的决定，视为已批准终裁。SK创新以其投资的美国佐治亚州工厂给美国提供就业机会等理由，希望美国总统拜登能否决此次终裁，但业界普遍认为可能性不大。历史上只有2次总统否决案例，最近一次为2013年奥巴马总统以公共利益为由，否决了ITC对苹果采取的禁令。

正如其他国家一样，相关当事人以及受到不利影响的第三人仍然可以在ITC最终裁决生效之日起60日内向美国联邦巡回上诉法院（CAFC）上诉。CAFC的裁决包括决定是否维持ITC的原判或改判，或者发回ITC重审。

三、ITC有关商业秘密的规则

那么，两家韩国企业为何要到美国去打这场官司呢？LG化学选择到ITC起诉有两个原因，一个是ITC的337调查有证据开示制

金凤华律师简介

执业律师，专利代理人，曾为多家知名企业、外资企业、民营企业、政府机关等提供过法律服务，承办诉讼以及非诉事务，擅长专利维权、专利申请、专利无效宣告、商标维权、著作权维权、商业秘密保护、企业知识产权顾问等各类知识产权案件。



度，可以要求对方提供相关的证据、另一个就是美国对知识产权的惩罚性损害赔偿制度要比韩国法律更为严苛。而且选择337调查申请禁令相比法院审判程序更为快捷[4]，且有助于对外国公司的调查。

如果ITC经调查认定进口产品侵犯了美国的知识产权，ITC有权采取救济措施：

（一）有限排除令，即禁止申请书中被列名的外国侵权企业的侵权产品进入美国市场；

（二）普遍排除令，即不分来源地禁止所有同类侵权产品进入美国市场；

（三）停止令：要求侵权企业停止侵权行为，包括停止侵权产品在美国市场上的销售、库存、宣传、广告等行为。任何违反停止令的企业将会被处以每天十万美元的罚款，或等同所涉商品当日销售额两倍的罚款，两者中取高者。

（四）没收令：如果ITC曾就某一产品发布过排除令，而有关企业试图再次将该产品出口到美国市场，则ITC可发布没收令。根据该没收令，美国海关可以没收所有试图出口到美国的侵权产品。

就商业秘密案件，具体保护商业秘密的规则详见于ITC的程序规则，其中，ITC规则第201.6条界定了商业秘密的概念。第201.6（a）条规定的商业秘密基本要素如下：1）没有公开；2）具有商业价值；3）与以下任何因



素有关；行业秘密、工艺、运营、工作方式、设备或者生产、销售、装运、购买、转让、客户身份、存货目录或任何人、商号、合伙、公司或其他经济组织的收入、利润、亏损或花费的数额以及来源，以及其他类似信息；4）未依法律规定披露该信息将导致损害ITC对实现法定职能所需信息的获取能力或者对提供信息的人、商号、合伙、公司或其他组织的竞争力造成严重损害。

而在美国联邦法中，对于商业秘密的保护法律主要有主管盗窃商业秘密刑事案件的《经济间谍法》（Economic Espionage Act，下称“EEA”）与主管盗窃商业秘密民事案件的《捍卫商业秘密法》（Defend Trade Secrets Act，下称“DTSA”）。

DTSA对商业秘密的认定条件比较宽松。只需要满足以下三个条件：（1）该信息的所有者采取合理的措施以保护此信息的秘密性（“保密性”），（2）该信息可以为其所有者带来实际或者潜在的独立经济价值（“经济价值”），以及（3）该信息并不为其他人所知或被其他人轻易得到（“秘密性”）。

再看我国《反不正当竞争法》第九条规定，“本法所称的商业秘密，是指不为公众所知悉、具有商业价值并经权利人采取相应保密措施的技术信息、经营信息等商业信息”。

比较DTSA与我国的《反不正当竞争法》对商业秘密的规定，可以看出DTSA的规定更为宽松，不为公众所知悉或被其他人轻易得到、实际或者潜在的独立经济价值、合理的措施以保护此信息的秘密性，而且“337调查”的申请人也不需要证明确实存在损害结果。因此，在产品进入美国市场时，一方面要注意自身对商业秘密的保护，另一方面应当适时的通过向机构提起调查申请或起诉等方式保护商业秘密，即使商业秘密的侵害行为不是在美国发生。

四、本案对高新技术企业的启示

目前对于SK创新来说，大概率只能选择与LG化学和解来平息本次的败诉风波带来的商业风险。根据韩媒披露，目前在和解金额上LG化学的3万亿韩元（约175亿人民币）和SK创新的5000亿韩元（约29亿人民币）相差悬殊，但如果SK创新选择不和解，其在美国销售以及生产相关产品及零部件都将无法实施，就福特和大众的订单即使有了

一定的宽限期，但也是无法弥补无法生产、销售的巨大损失。LG化学对媒体称将在欧盟和其他国家继续提起对SK创新的此类诉讼，如若实施等于对SK创新的未来发展蒙上厚厚的灰尘。

对于本案，我国的相关产业也不能只抱着隔岸观火的态度。近几年，美国屡次对中国企业发动337调查，在知识产权问题上对中国企业设置种种限制。而本案裁决中，并未明确指出SK创新有何种侵犯商业秘密的行为，而是根据其销毁证据等行为，推断其存在违反行为并实施制裁。上面提到美国对商业秘密的认定比较宽泛，再则美国是判例法国家，通过本案，在美国进行相关贸易及投资的高新企业应该密切关注相关的侵犯商业秘密的认定标准和案例，在行业内招募技术人才以及通过猎头聘用高级人员时，要防范商业秘密侵犯风险，做到不仅要保护本身的知识产权，也要做到合规运营，不侵犯和不涉嫌侵犯他人的专利及商业秘密等信息。

引用及注释：

[1]简称ITC，是一个独立的，非党派性质的、准司法联邦机构，其前身为1916年创建的美国关税委员会。职责包括，判定美国国内行业是否因外国产品的倾销或补贴受到损害；判定进口对美国国内行业部门的影响；对某些不公平贸易措施，如专利、商标或版权的侵权行为采取对应措施；对贸易和关税问题进行研究；就贸易与关税问题向总统、国会和其他政府机构提供技术性信息和建议。

[2]337调查是指美国国际贸易委员会（ITC）根据美国《1930年关税法》（Tariff Act of 1930）第337节（简称“337条款”），对不公平的进口行为进行调查，并采取制裁措施的做法。实践中，337调查主要针对进口产品侵犯美国知识产权的行为。

[3]为本案的初步裁定，https://www.usitc.gov/secretary/fed_reg_notices/337/337_1159_notice_04172020sgl_0.pdf

[4]“337调查”的期限一般为12个月，疑难的为18个月。

吸脂成植物人！涉事主体是否构成犯罪？

■ 贾志恒 / 文

近日我在总结过去一年中所承办的案件时，有两个医疗美容案件让我感触颇深！

这两个案件中的求美者（以下或称为“患者”）都是90后的年轻未婚女孩，吸脂前体态匀称，并没有常人看起来的体态臃肿或肥胖，但为达到自己所追求的完美身材而选择了直接到美容机构进行局部吸脂，二位求美者在去吸脂前均没有跟家里人打招呼，都是自己去的美容机构，在吸脂过程中突发呼吸困难、心率下降而昏迷，之后被送往附近医院抢救，最终因大脑长时间缺血缺氧而成植物人状态。家属在二三天之后才得知此情况，之后均报警处理，但经公安机关调查取证后均认为不构成刑事案件。无奈之下，家属只能向美容机构请求民事赔偿，其中一名患者家属为了能及时得到民事赔偿以便给患者进行治疗，作了各种妥协；而另一个案件中的美容机构因无力赔偿只能将美容机构抵偿给了患者。

在以上两个案件中因患者家属认为最终所得的赔偿款数额远远不够弥补患者所受到的损失，因此，都希望能追究美容机构及其相关人员的刑事责任，以警示后人！

笔者处理医疗纠纷百余件，下文分析吸脂手术致使患者成为植物人，涉事美容医疗机构及相关人员是否构成犯罪及可能涉嫌构成的罪名。

首先，根据《医疗美容服务管理办

贾志恒律师简介

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



法》规定：美容医疗机构必须经卫生行政部门登记注册并获得《医疗机构执业许可证》后方可开展执业活动。

负责实施医疗美容项目的主诊医师必须同时具备下列条件：

- （一）具有执业医师资格，经执业医师注册机关注册；
- （二）具有从事相关临床学科工作经历。其中，负责实施美容外科项目的应具有6年以上从事美容外科或整形外科等相关专业临床工作经历；

同时在《医疗美容项目分级管理目录》规定了美容外科项目的分级管理：

1.可开展一级项目的机构：

（1）设有医疗美容科或整形外科的一级综合医院和门诊部。

（2）设有医疗美容科的诊所。



2.可开展一级、二级项目的机构:

(1) 设有医疗美容科或整形外科的二级综合医院。

(2) 设有麻醉科及医疗美容科或整形外科的门诊部。

3.可开展一级、二级、三级项目的机构:美容医院。

4.可开展一级、二级、三级、四级项目的机构:

(1) 三级整形外科医院。

(2) 设有医疗美容科或整形外科的三级综合医院。

乳房、躯干:脂肪抽吸术(吸脂量 $<1000\text{ml}$)为一级手术项目;乳房、躯干:脂肪抽吸术($1000\text{ml}\leq\text{吸脂量}<2000\text{ml}$)为二级手术项目;乳房及躯干:脂肪抽吸术($2000\text{ml}\leq\text{吸脂量}<5000\text{ml}$)为三级手术项目。

根据以上规定,笔者认为:美容医疗机构只要具备《医疗机构执业许可证》、经营范围包括美容外科、并具有6年以上从事美容外科或整形外科等相关专业临床工作经历的医师,就可以开展吸脂手术,其在主体上就不构成非法经营罪。但根据美容机构的级别,如果其开展的吸脂手术超过其获准可以进行的美容外科手术级别,就应当受到相应的行政处罚。

其次,在吸脂手术中的相关操作人员是否构成犯罪呢?

笔者认为:根据我国《刑法》及相关司法解释的规定,在吸脂手术中的相关操作人员根据不同的案件情况可能会涉嫌构成非法行医罪或者医疗事故罪。

可以确定的是:吸脂手术中的相关操作人员如果是未取得麻醉师和医生执业资格的人,具有《最高人民法院关于审理非法行医刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第二条所规定的“情节严重”的情形时,构成非法行医罪。

但如果是相关操作人员是麻醉师和具备医生执业资格的人,那么,由于其严重不负责任,造成就诊人死亡或者严重损害就诊人身体健康的,则可能构成医疗事故罪。

我国对医疗事故和医疗事故罪的具体相关法律规定如下:

《医疗事故处理条例》(2002年9月1日起实施)第2条规定:本条例所称医疗事故,是指医疗机构及其医务人员在医疗活动中,违反医疗卫生管理法律、行政法规、部门规章和诊疗护理规范、常规,过失造成患者人

身损害的事故。

《刑法》第335条规定:医务人员由于严重不负责任,造成就诊人死亡或者严重损害就诊人身体健康的,处三年以下有期徒刑或者拘役。

《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(一)》(以下简称《立案标准》,2008年6月25日起实施)第56条规定:医务人员由于严重不负责任,造成就诊人死亡或者严重损害就诊人身体健康的,应予立案追诉。

具有下列情形之一的,属于本条规定的“严重不负责任”:

(一)擅离职守的;

(二)无正当理由拒绝或拖延对危急就诊人实行必要的医疗救治的;

(三)未经批准擅自开展试验性医疗的;

(四)严重违反查对、复核制度的;

(五)使用未经批准使用的药品、消毒药剂、医疗器械的;

(六)严重违反国家法律法规及有明确规定的诊疗技术规范、常规的;

(七)其他严重不负责任的情形。

根据现行相关法律规定,笔者认为:构成医疗事故罪一定构成医疗事故,但是被鉴定为医疗事故却不一定构成医疗事故罪!医疗事故与医疗事故罪最易引起混淆的地方在于二者均规定了违反了诊疗规范、常规因医疗事故与医疗事故罪存在重叠的部分,但在区分时,由于涉及对“严重违反”这种主观性词语的理解以及对何为“明确规定的诊疗技术规范、常规”在法律上没有明确规定,造成二者在司法实践中的很难准确适用!

笔者在可公开的司法判例中查询到:在美容吸脂案件中的鉴定依据为:人民军医出版社出版的作者为中华医学会《临床

技术规范-美容医学分册》，其中关于负压吸脂术的适应症、术前检查、麻醉选择等均有明确的规定。那么，该依据是否为以上《立案标准》中的“明确规定的诊疗技术规范、常规”呢？我想站在不同立场的人会有不同的解读。

综上，笔者认为：以上两个吸脂手术成植物人的案件均已构成医疗事故，

但由于患者家属没能在第一时间赶往涉事现场并取得相应的证据，以及司法实践中对“严重违反”这种主观性词语的不同理解和对“诊疗规范”的不同适用等因素，导致对案件能否构成医疗事故罪无法给以定论！

值得特别提示大家的是：如果在医疗美容过程中发生意外，应第一时间报警并收集、保存相关的证据，这对于今后进行维权是至关重要的！





游戏好玩，也要“防沉迷”

——未成年人沉迷数字游戏的预防和干预（一）

■ 陈宇 胡慧敏 李亚飞 / 文

陈宇律师简介

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



数字游戏引发的雨和风

近年来，数字游戏市场规模越来越大，根据最新数据显示2020年中国数字游戏市场规模超2786亿元。国内近几年涌现一批火爆的精品游戏，例如《王者荣耀》《刺激战场》《梦幻西游》《阴阳师》等等。随着这些游戏的火爆，游戏用户量及收益量均创历史新高。但是，未成年人沉迷各类数字游戏、无限制充值等随之而生的社会问题开始引发社会广泛关注。有些人认为这些问题不关游戏厂商的事儿，未成年人沉迷数字游戏是家长没管好，但大多数社会公众和媒体都认为游戏厂商应当为此负责。

人们普遍担心未成年人沉迷游戏将给他们自身、家

庭和社会带来一些不良后果，而各大游戏厂商又是造成此种担忧的导火线，其首先冲地成为各方口诛笔伐的对象。为了解决社会对未成年人沉迷游戏的普遍担忧，同时也是为了承担起作为企业的社会责任，我们注意到部分游戏厂商采取了一系列未成年人防沉迷的措施。但针对未成年人防沉迷的系列措施出台以后，舆论依然褒贬不一，有赞游戏厂商反映迅速、社会责任感强，也有负面评论认为相应措施不过是应付舆论，根本起不到任何效果。网上、媒体吵得沸沸扬扬，游戏厂商的心情此起彼伏。游戏因为不好玩被“骂”还好理解，没想到游戏太好玩，结果反而骂的人更多，游戏厂商想必也很无奈。

法律制定相对经济发展是滞后的，但未成年人沉迷数字游戏引发的争议却逐渐引起了行政管理机构和立法机构的关注。2019年10月25日，国家新闻出版署发布《关于防止未成年人沉迷网络游戏的通知》（本文简称《通知》），《通知》就账号实名制、游戏时长、付费等方面作出了详细规定，同时也规定了企业不执行《通知》的相应法律后果。2020年10月17日，新修订《未成年人保护法》创设“网络保护”专章，对未成年人网络沉迷防治等提出明确要求，将未成年人防沉迷上升到法律层面，给游戏公司的合规经营提出了更高的要求。

除了行政管理和立法机构，社会团体

也为解决未成年人沉迷游戏问题积极献策。2020年12月16日“2020中国游戏产业年会未成年人守护论坛暨未成年人守护生态共建大会”在广州召开。会上发布了《网络游戏适龄提示》团体标准。中国音数协第一副理事长张毅君表示“该标准不仅丰富了未成年人使用网络游戏时进行有效保护的方式和手段；对游戏企业而言，也意味着尽可以将相关风险化解在造成危害之前。”

基于数字游戏产业发展的状况，我们结合国内相关法律规定及政策，在分析现有游戏公司已采取的防沉迷措施基础上，对游戏公司就未成年人防沉迷问题提出些许合规建议。

游戏厂商祭出的矛与盾

最近热播的腾讯自制综艺《令人心动的offer》第二季第三期中就有一个关于未成年人过分充值数字游戏的谈判案例。案例简介如下，未成年人小星未经家长同意，通过家长银行卡给游戏账号充值了6万余元，被父母发现以后，父母批评教育了小星，小星不堪压力跳河自杀，因发现及时被送到医院救助。现小星父母委托律师要求游戏厂商退还小星充值的6万余元。游戏厂商不希望此事件公布于众，担心造成声誉受损，因此希望签订保密协议。而未成年人小星的父母则利用游戏厂商的心理，将不签保密协议作为谈判的筹码。

未成年人过分充值游戏业频繁出现在热门节目中，说明该问题的普遍性，也足以提醒游戏厂商应适时积极采取预防措施。不少游戏厂商已经积极响应社会需求，纷纷出台了一系列未成年人防沉迷措施。例如，腾讯就《王者荣耀》游戏时长、游戏消费、游客模式三方面设置了防

胡慧敏律师简介

京都南京分所律师。
自执业以来，凭借扎实的理论功底和高效的工作效率办理了上百件民商事案件，为数家企业提供法律服务。代理软件建设工程纠纷、金融借款纠纷、婚姻家庭纠纷等类型案件，拥有丰富的诉讼实践经验。拥有良好的职业道德与习惯，能够帮助客户准确迅速解决法律疑难问题，是一名值得信赖的专业律师。



李亚飞简介

京都南京分所律师助理。

沉迷措施；网易则将防沉迷系统覆盖了包括《阴阳师》《梦幻西游手游》《大话西游手游》旗下十几款游戏，实施了游戏时间限制、全面宵禁、强制实名登记等防沉迷措施。归纳当前游戏厂商普遍会采取的防沉迷措施有：

1. 实名认证：认证包括用户实名身份信息如姓名、身份证号、照片等。
2. 限时禁玩：
 - (1) 12周岁（含12周岁）及以下未成年用户：游戏账号累计登录时长达1个小时后，在对局结束后，将被强制下线，且当日不能再登录游戏。
 - (2) 13周岁（含13周岁）以上未成年用户：游戏账号累计登录时长达2个小时后，在对局结束后，将被强制下线，且当日不能再登录游戏。
 - (3) 12周岁及以下的未成年召唤师，在每日21:00-次日8:00时间段，将无法登录游戏；21:00后仍在线的12周岁及以下的未成年召唤师，系统将进行提示并进行下线操作；届时正在对局中的12周岁及以下的未成年召唤



师将在对局结束后，进行提示并进行下线操作。

3.绑定家长监管账户：

建立家长关爱平台，平台能够协助家长了解孩子游戏情况及消费信息，远程管理孩子的游戏时间和时间消费。

虽然游戏厂商开始关注并建立未成年防沉迷系统，但社会舆论对防沉迷系统的评价却并不高。归其缘由有两点：首先，未成年人普遍对自己玩游戏受限制颇多怨言，来自未成年人的恶评如潮；其次，成年人普遍担忧未成年人防沉迷系统达不到良好的效果，主要有以下几个原因：

(1) 大量的技术贴解析突破防沉迷系统，在各网站搜索防沉迷，排名靠前的是防沉迷系统的破解教程。

(2) 贩卖、租借账号的交易应运而生，检索游戏租号，就能搜到各种专门经营此业务的网站。

(3) 防沉迷系统形同虚设，没有起到实际作用。

“防沉迷”并不是近几年才提出的概念，而是经历了长达十几年的发展过程才走到今天。早在2007年防沉迷系统首次上线，随着游戏产业的更新迭代，防沉迷措施也在不断变迁。游戏厂商不管是为了承担社会责任，还是为了所谓的“求生欲”，如今的防沉迷措施已是历史上最为严格的。防沉迷效果如何，有待实践检验。

我国游戏防沉迷政策的变迁

通过整理我国有关未成年人防沉迷的法律法规（见下图），可以发现2020年之前防沉迷措施都是以部门规章的形式出现，直到2020年未成年人保护法修订，才将未成年人防沉迷上升到法律位阶，体现了未成年人防沉迷问题的严重性和紧迫性。



我们归纳总结了以上规章及法律的要求，对于游戏厂商而言，主要需要遵守以下一些规范：

第一，建立网络游戏用户账号实名认证制度。

网络游戏厂商应建立并实施用户实名认证系统，不得以任何形式为未实名认证的新增用户提供游戏服务。另外，网络游戏厂商可以对其游戏服务设置不超过1小时的游客体验模式。在游客体验模式下，用户无须实名认证，但是游客不能充值和付费消费。对使用同一硬件设备的用户，网络游戏企业在15天内不得重复提供游客体验模式。

第二，严格控制未成年人使用网络游戏时段、时长。

每日22时至次日8时（宵禁），网络游戏厂商不得以任何形式为未成年人提供游戏服务。网络游戏厂商向未成年人提供游戏服务的时长，法定节假日每日累计不得超过3小时，其他时间每日累计不得超过1.5小时。

第三，规范向未成年人提供付费服务。

网络游戏厂商，不得为未满8周岁的用户提供游戏付费服务，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。

第四，探索适龄提示制度。

游戏厂商应从游戏内容和功能的心理接受程度、对抗激烈程度、可能引起认知

混淆程度、可能导致危险模仿程度、付费消费程度等多维度综合衡量，探索对上网出版运营的网络游戏作出适合不同年龄段用户的提示，并在用户下载、注册、登录页面等位置显著标明。

我们给出的立法与合规建议

结合游戏公司防沉迷的现状和法律规章的相关规定，除上述已经实施的防沉迷措施外，我们建议国家立法、行政管理方面，以及游戏厂商可以积极采取以下措施。游戏厂商对于合规运营的具体实施手段、制度建立，应根据其实际需求和现状予以设定。

第一，国家层面实名认证系统建设。

《未成年人保护法》第七十五条第二款规定：“国家建立统一的未成年人网络游戏电子身份认证系统。网络游戏服务提供者应当要求未成年人以真实身份信息注册并登录网络游戏。”该条规定预示着，国家层面的实名认证系统即将建立，游戏公司需要将本公司服务器内实名认证的数据接入，打通不同游戏公司数据不连通的问题。同样预示着，实名认证也是未来行政监管的重点方向。游戏公司应当健全自己公司旗下的实名认证系统，预防被处罚。

然而，实名认证意味着游戏公司掌握大量的用户信息，预防侵犯公民的个人信息是游戏公司应当关注的问题。2020年7月28日，工信部发布《关于开展纵深推进APP侵害用户权益专项整治行动的通知》集中整治APP服务提供者、软件工具开发包（SDK）提供者和应用分发平台等主体有关四个方面违规问题。在多次整治活动中，有多家游戏APP被通报整改。因此，游戏公司在搜集用户信息的同时，应当避

免侵害用户权益的行为。

第二，游戏厂商明确标注游戏适龄范围。

2019年6月26日，人民网发布《游戏适龄提示草案》。草案划分了‘18+’‘16+’‘12+’‘6+’这四种游戏适龄范围。对于每款产品的适龄划分，人民网会针对产品的游戏品类、主要玩法、画面内容以及付费与社交系统等，给出划分依据。

2020年12月16日，《网络游戏适龄提示》团体标准发布。该标准在国家新闻出版署指导下，由中国音像与数字出版协会游戏工委组织协调，联合腾讯、网易、人民网等53家企事业单位共同编制而成。

标准试行稿中规定了适龄提示标识符，提供了绿色的8+、蓝色的12+和黄色的16+三个不同年龄段标识；明确规定了标识符的下载渠道、展现时长、尺寸比例和更新频率，对有可能刻意模糊、弱化标识使用和提示用语的行为做了必要防范；明确了适龄提示标识必须放在游戏产品界面的显著位置，以突出标识在游戏产品中的能见度和可视性。

该团体标准发布不久，至于该标准是否可能对游戏申请版号过程中的内容审查具有影响，需要实践加以检验。既然多达53家企事业单位参与编制，说明该标准具有一定的权威性，有可能成为行政监督的重要参照依据。

结语

人民网曾于2018年9月发表过一篇名为《防的是沉迷而不是网游》的文章。文章指出“在电子竞技已经纳入杭州亚运会比赛项目的今天，妖魔化网游是不理性的，呼吁取消网游也是不现实的。要知道，沉迷游戏的危害不在于‘游戏’，而来自于‘沉迷’。我们要防的是沉迷，而不是网游。家长和学校站在应对第一线，理应陪伴和帮助孩子形成良好的习惯，或者建立新的意义领域，或者帮孩子加强自制力。消除网络游戏的负外部性，才能让玩家、产业、社会达成共赢”。随着我国对于未成年人的保护更加深入细致，游戏厂商必须重视未成年人防沉迷工作，以合规运营帮助游戏产品行稳致远，也为未成年人提供一个健康的数字游戏环境。



新精神活性物质类毒品案件的 辩护问题

■ 汤建彬 / 文

新精神活性物质，作为逃避打击的策划药物，相比传统毒品和合成毒品，具有更强的精神活性作用和成瘾性，造成了严重的社会危害。近年来，国内的新精神活性物质犯罪案件也处于高发状态。本文结合大量新精神活性物质案件的经验，详细介绍什么是新精神活性物质，以及新精神活性物质辩护的常见问题和独特辩点，以期为新精神活性物质类毒品案件的辩护提供一些思路和方法。

一、什么是新精神活性物质

（一）新精神活性物质的定义

2013年，联合国毒品和犯罪事务办公室（UNODC）对新精神活性物质（New Psychoactive Substances, NPS）定义为：新出现的、存在药物滥用可能性但国际上尚未列管的物质。结合这一概念，可以从以下几个角度理解对新精神活性物质的定义。

1、新精神活性物质属于精神活性物质。精神活性物质是指摄入人体后影响思维、情感、意志行为等心理过程的物质。这些物质通常都具有成瘾性，但并不是都属于毒品，比如烟草、药品等，当达到毒品成瘾性，被国家管制的时候，才属于毒品。新精神活性物质，就是新发现的具有毒品成瘾性的精神活性物质。

2、新近被滥用。19世纪90年代，当

汤建彬律师简介

京都律师事务所高级合伙人，北京律协刑事诉讼专业委员会委员。毕业于中国政法大学，特长于毒品犯罪辩护和死刑复核辩护，承办的毒品犯罪案件先后入选2018年度最高人民法院八大毒品犯罪典型案例及2019年度最高人民法院十大毒品犯罪典型案例，受美国国务院邀请作为“IVLP”项目参访者，荣获《法制晚报》2017年度“公益普法奖”。



时美国化学家和药理学家舒尔金夫妇出版的书中详细介绍了179种苯乙胺类物质和55种色胺类物质的化学结构、合成方法、服用剂量及临床表现。在当时没有将以上物质定义为新精神活性物质，是由于当时还未出现滥用形势。

3、未被国际公约列管。不在《一九六一年麻醉药品单一公约》《一九七一年精神药品公约》《一九八八年禁止非法贩运麻醉药品和精神药品公约》列管的物质之中，不属于国际法意义上的毒品。

4、新精神活性物质属于策划药物。一些毒品犯罪分子，为了逃避监管，对管制的毒品，在化学方程式上进行修饰，进而形成一些不能被认定为原有物质的新精神活性物质，这类新精神活性物质同样具有成瘾性，甚至成瘾性更强。

5、已有被滥用风险。已有部分滥用记录，存在大范围被滥用的风险。联合国对新精神活性物质进行定义的目的是让各国对这类新的物质进行关注、评估，并在其产生严重滥用危害的时候，作为毒品进行列管。

现阶段，新精神活性物质品种不断增多，联合国毒品和犯罪事务办公室（UNODC）公布，2009年至2018年，119个国家和地区新增的新精神活性物质多达892种。已有部分新精神活性物质开始被国际公约和各国列管，比如，《一九六一年麻醉药品单一公约》2020年5月7日列管了巴豆酰芬太尼、戊酰芬太尼，《一九七一年精神药品公约》2020年11月3日列管了4-CMC、DOC等10种新精神活性物质。我国已列管了170种新精神活性物质及对芬太尼类物质整类列管。由于各国列管情况不一致，也就导致有的新精神活性物质在A国被作为毒品管制，在B国不属于毒品的情况。

（二）我国法律意义上的新精神活性物质

我国法律意义上的新精神活性物质，是指已作为毒品列管的新精神活性物质，即新精神活性物质类毒品（以下所述的新精神活性物质，均是指我国列管的新精神活性物质类毒品）。截至目前，已列管170个品种，并对芬太尼类物质进行了整类列管，列管的先后顺序如下表：

列管文件名称	列管品种数量	主要品种
《精神药品品种目录（2013年版）》	14	氯胺酮、恰特草、4-MMC等
《非药用麻醉药品和精神药品增补目录》（2015年10月1日）	116	4-CMC、5F-AMB等
《非药用麻醉药品和精神药品增补目录》（2017年3月1日）	4	卡芬太尼等
《非药用麻醉药品和精神药品增补目录》（2017年7月1日）	4	UC-47700等
《非药用麻醉药品和精神药品增补目录》（2018年9月1日）	32	4-CEC、5F-ADB等
《非药用麻醉药品和精神药品增补目录》（2019年5月1日）	芬太尼类物质整类	

（三）管制的新精神活性物质分类

我国管制的新精神活性物质主要分为十类：合成大麻素类、合成卡西酮类、苯乙胺类、色胺类、氨基茛菪类、哌嗪类、氯胺酮及苯环利啶类、植物类、芬太尼类、其他类。

1、合成大麻素类，已列管53种，能起到兴奋、致幻的作用，替代大麻使用。但因为合成大麻素纯度高，危害要远远高于大麻，比如5F-AMB，依赖性上与海洛因的折算标准为1:1.44，明显高于海洛因。

2、合成卡西酮类，已列管50种，如 α -PVP、4-CMC，该类物质能起到类似甲卡西酮及冰毒的兴奋作用。

3、苯乙胺类，已列管26种，如2C-1，其作用类似于传统毒品中的麦角二乙胺，起到致幻、兴奋的作用。

4、色胺类，已列管5种，国内比较常见的有犀牛G点液、零号胶囊等，能起到类似死藤水、裸盖菇素的致幻作用。死藤水、裸盖菇素中有效成份为二甲基色胺，二甲基色胺早已在《精神药品品种目录》中列管，不属于新精神活性物质。

5、氨基茛菪类，已列管2种，为2-AI、MDAI，属于兴奋类毒品。

6、哌嗪类，已列管5种，如BZP等，能够促进多巴胺和肾上腺素释放，属于兴奋类毒品。

7、氯胺酮及苯环利啶类，已列管4种，主要作用是致幻、兴奋。其中氯胺酮滥用情况比较严重，由于吸食氯胺酮会对膀胱产生很大的伤害，长期吸食会出现尿失禁的情况。

8、植物类，列管了恰特草，恰特草起到的是类冰毒的兴奋作用。

9、芬太尼类，已列管12种，如卡芬太尼、呋喃芬太尼，作为新精神活性物质的



芬太尼类物质，是为了逃避对芬太尼的监管，策划生产出的，化学分子式不同于芬太尼，但和芬太尼一样能够起到海洛因、吗啡类似毒品作用的新物质，芬太尼类新精神活性物质已在美国形成严重的社会危害。

10、其他类，是指无法归为以上几类的新精神活性物质，目前共列管了12种，比较常见的是U-47700。

（四）我国新精神活性物质犯罪形势

我国新精神活性物质犯罪的主要形态为：接受国外订单，在国内生产，走私销售到国外。在国内也有一些新精神活性物质出现了少量的滥用情况，比如小树枝、娜塔莎、0号胶囊、犀牛G点液等，但还没有达到很严重的程度，其后续滥用的风险比较大，应当引起关注。

小树枝、娜塔莎，主要成分是AMB-FUBINACA，属于合成大麻素类。0号胶囊、犀牛G点液，主要成份是5-MeO-DALT、5-MeO-DiPT，属于色胺类。

（五）新精神活性物质的非药用属性

新精神活性物质大多数属于策划药物，我国对麻醉药品和精神药品按照药用类和非药用类分类列管，2013年前，我国将14种新精神活性物质列入到《精神药品品种目录（2013年版）》进行管制，2015年10月1日起，陆续将156种新精神活性物质（芬太尼类物质整类列管）列入到《非药用麻醉药品和精神药品增补目录》中进行管制。

2015年10月1日起，我国实施的《非药用麻醉药品和精神药品列管办法》，将麻醉药品和精神药品按照药用和非药用进行分类管理，将2015年10月1日后列管的非药用麻醉药品和精神药品，放入到《非药用

麻醉药品和精神药品增补目录》中进行管制。

《麻醉药品品种目录（2013年版）》和《精神药品品种目录（2013年版）》最后的注释中显示“有*的品种为我国生产及使用的药品”，即《麻醉药品品种目录（2013年版）》和《精神药品品种目录（2013年版）》中不带*号的品种是不作为药品生产和使用的品种，属于非药用麻醉药品和精神药品。

156种新精神活性物质及芬太尼类物质在《非药用麻醉药品和精神药品增补目录》列管，说明国家已明确认定这些新精神活性物质为非药用类，不具有药用属性。在《精神药品品种目录（2013年版）》中的14种新精神活性物质，除氯胺酮外，均不具有药用属性，即170种新精神活性物质中，除氯胺酮外，其他169种均为非药用类属性。

（六）芬太尼类物质的管制

“芬太尼类物质”是指化学结构与芬太尼（N-[1-(2-苯乙基)-4-哌啶基]-N-苯基丙酰胺）相比，符合以下一个或多个条件的物质：

一、使用其他酰基替代丙酰基；

二、使用任何取代或未取代的单环芳香基团替代与氮原子直接相连的苯基；

三、哌啶环上存在烷基、烯基、烷氧基、酯基、醚基、羟基、卤素、卤代烷基、氨基及硝基等取代基；

四、使用其他任意基团（氢原子除外）替代苯乙基。

目前我国列管了25种芬太尼，分别在《麻醉药品品种目录（2013年版）》与《非药用类麻醉药品和精神药品管制品种增补目录》中，其中《麻醉药品品种目录（2013年版）》中列管的13种芬太尼类物质都不属于新精神活性物质，其中芬太尼、瑞芬太尼、舒芬太尼还具有药品属性。《非药用类麻醉药品和精神药品管制品种增补目录》中列管的12种芬太尼类物质均属于新精神活性物质，均没有药品属性。

在芬太尼类物质整类列管之前，已管制的具有独立名称的芬太尼类物质，如：卡芬太尼、咪唑芬太尼，仍沿用原毒品名称；在整类列管后新出现的物质，无论化学名称是什么，均被称为芬太尼类物质。

(七) 常见的不属于非新精神活性物质的新毒品

名称	成分	列管文件	毒效
邮票	麦角二乙胺(简称“LSD”)	《精神药品品种目录(2013年版)》	致幻
蓝精灵	氯硝西洋*	《精神药品品种目录(2013年版)》	快速入眠(约会强暴药)
聪明药	利他林	《精神药品品种目录(2013年版)》	有兴奋作用
	哌醋甲酯*		
	莫达非尼		
咪哇潮饮	γ -羟丁酸*(简称GHB)	《精神药品品种目录(2013年版)》	神经抑制剂(迷奸药)

二、新精神活性物质类毒品案件辩护的常见问题

(一) 能否适用《武汉会议纪要》关于非法经营罪的定罪规定?

《武汉会议纪要》中规定：“行为人出于医疗目的，违反有管药品管理的国家规定，非法贩卖上述麻醉药品或精神药品，扰乱市场秩序，情节严重的，以非法经营罪定罪处罚。《武汉会议纪要》绝大部分内容中使用‘毒品’一词，此处表述为‘麻醉药品和精神药品’，此处的‘麻醉药品和精神药品’，是指药用类的麻醉药品和精神药品，即具有药品和毒品双重属性，所以，此处非法经营罪的适用对象为具有药品和毒品的双重属性的麻精药品。”

《〈毒品犯罪武汉会议纪要〉的理解与适用》中规定：“麻精药品具有双重属性，无论通过合法销售渠道还是非法销售渠道流通，只要被患者正常使用发挥疗效作用的，就属于药品；只有脱离管制被吸毒人员滥用的，才属于毒品。对于处于医疗目的，违反药品管理法的相关规定，向无资质的药品经营人员、私立医院、诊所、药店或者病人非法贩卖的，侵犯的是国家对药品的正常经营管理秩序，故不应认定为贩卖毒品罪。符合非法经营罪的定罪标准的，依法定罪处罚。实践中有的被告人向不特定对象贩卖麻精药品，如果没有证据证明其故意向走私、贩卖毒品的犯罪分子或者吸食、注射毒

品的人员进行贩卖的，根据有利于被告人的原则，一般不宜认定为贩卖毒品罪。”

属于非药用类麻醉药品和精神药品的非新精神活性物质，不具有药品属性，只具有毒品属性，不属于《武汉会议纪要》非法经营罪的适用对象，所以不能适用《武汉会议纪要》关于非法经营罪的定罪规定。

最高人民法院刑五庭马岩、方文军法官著的《新精神活性物质办案实用手册》一书中也明确提出“由于这些新精神活性物质目前绝大多数没有合法医疗用途，故对走私、贩卖、运输、制造这些新精神活性物质的行为，一般应当认定为毒品犯罪”，所以新精神活性物质类案件，不能适用《武汉会议纪要》关于非法经营罪的定罪规定。

(二) 能否参照“吴名强、黄桂荣等非法经营曲马多案”定罪?

吴名强、黄桂荣等非法经营案为《刑事审判参考》[第1057号]指导案例，该案中的曲马多为二类精神药品，药用类精神药品，具有药品和毒品双重属性。该案中吴名强、黄桂荣非法生产、销售曲马多最终流入到药店，因二人将曲马多作为药品进行生产、销售，该案中的曲马多发挥的是药用属性，所以，按照非法经营罪定罪处罚。

该案裁判要旨：“对非法生产、销售国家管制的麻醉药品、精神药品的行为以制造、贩卖毒品罪定罪，必须同时符合以下条件：①被告人明知所制造、贩卖的是麻醉药品、精神药品，并且制造、贩卖的目的是将其作为毒品的替代品，而不是作为治疗所用的药品。②麻醉药品、精神药品的去向明确，即毒品市场或者吸食毒品群体。③获得了远远超出正常药品经营所能获得的利润。”

同样，新精神活性物质不属于具有药



品和毒品双重属性的精麻药品，不能参照“吴名强、黄桂荣等非法经营曲马多案”认定为非法经营罪。

（三）认定制造、贩卖毒品罪，是否需要证明流入了毒品市场或者吸食毒品群体？

基于吴名强、黄桂荣等非法经营曲马多案的裁判要旨，因为涉案物质为具有毒品和药用双重属性的精麻药品，需要证明最终是作为毒品用途还是医药用途，如果认定为毒品犯罪，则需要证明涉案物质流入毒品市场或者吸食毒品群体。新精神活性物质中除氯胺酮外，均不具有药品属性，不属于具有毒品和药用双重属性的精麻药品，所以，认定制造、贩卖毒品罪，亦不需要证明新精神活性物质流入了毒品市场或者吸食毒品群体。

（四）明知涉案物品种类，但不知该物品被列管或不知列管后属于毒品，是否可以推定为主观明知？

法律公开后，就推定为社会公众已经知晓了。在法律实施后，社会公众就应当对法律进行遵守。不知法律不免责是司法裁判的原则之一。

最高人民法院刑五庭马岩、方文军法官著的《新精神活性物质办案实用手册》书中的观点是可以推定主观明知：“走私、贩卖、运输、制造新精神活性物质属于一个特殊领域，作为特殊领域的从业人员，应当需要更加谨慎行事，了解这类物质被国家管制属于其应注意的义务”。所以，此情况下，以“不知该物品被列管或不知列管后属于毒品”进行不构成毒品犯罪辩护，很难被法院采纳。但也有例外情形，比如，列管后公开渠道无法查询到，尽到了注意义务，误认为没有列管，可以

不适用主观明知的推定。

（五）涉案新精神活性物质含量极低的，能否进行纯度折算？

我国《刑法》第357条第2款规定：“毒品的数量以查证属实的走私、贩卖、运输、制造、非法持有毒品的数量计算，不以纯度折算。”《武汉会议纪要》中也规定：“办理毒品案件，无论毒品纯度高低，一般均应将查证属实的毒品数量认定为毒品犯罪的数量，并据此确定适用的法定刑幅度。”

但也存在例外情况，《关于审理毒品犯罪案件适用法律若干问题的解释》第1条第2款规定：“国家定点生产企业按照标准规格生产的麻醉药品或者精神药品被用于毒品犯罪的，根据药品中毒品成份的含量认定涉案毒品数量。”即，只有是正规厂家生产的，具有合法医药用途的，才可以根据含量认定毒品数量。

新精神活性物质不属于“国家定点生产企业按照标准规格生产的麻醉药品或者精神药品”，不能按照鉴定出的毒品纯度（含量）进行折算。

（六）能否参照《依赖性折算表》折算毒品数量量刑？

国家禁毒委办公室发布的《依赖性折算表》一共有三个：《104种非药用类麻醉药品和精神药品管制品种依赖性折算表》《100种麻醉药品和精神药品管制品种依赖性折算表》《3种合成大麻素依赖性折算表》。

这三个《依赖性折算表》存在的问题是：1、都不属于《大连会议纪要》、《武汉会议纪要》规定的折算标准，会议纪要中的折算标准是《非法药物折算表》；2、未对社会公开，仅发给各省级禁毒委办公室在执法中参照；3、仅是针对依赖性指定的折算标准。

最高人民法院刑五庭马岩、方文军法官著的《新精神活性物质办案实用手册》书中的观点是可以参照《依赖性折算表》折算毒品数量进行量刑。

《大连会议纪要》、《武汉会议纪要》规定：“在没有明确量刑标准，也无法依照《非法药物折算表》进行折算时，应由有关专业部门确定涉案毒品毒效的大小、有毒成分的多少、吸毒者对该毒品的依赖程度，法

官综合考虑其成瘾性、戒断性、社会危害性、数量、纯度等因素依法量刑。”基于会议纪要的规定，此种情况下把裁量权交给法官，但法官也不是这个领域的专家，也只能结合其他专业部门的判断进行裁量，显然这三个《依赖性折算表》，也是有关部门的一种判断，所以，法官实际还是会参照《依赖性折算表》进行量刑，只是有的法官会将《依赖性折算表》写入判决书，有的法官不写入判决书。

三、新精神活性物质类毒品案件的独特辩点

新精神活性物质案件虽有不同于普通毒品案件之处，在普通毒品案件中的一些辩护观点和角度，如事实认定辩护、法律适用辩护、证据辩护、程序辩护，也同样适用于新精神活性物质案件，这些辩护角度不在此文中赘述。结合新精神活性物质类案件的特殊情况，将其中的一些独特辩护观点进行整理如下：

（一）除氯胺酮外，不判处死刑（立即执行）

《武汉会议纪要》中规定：“涉案毒品为其他滥用范围和危害性相对较小的新类型、混合型毒品的，一般不宜判处被告人死刑”。新精神活性物质中，除氯胺酮外，均为滥用范围和危害性相对较小的新类型毒品的，所以，一般不宜判处被告人死刑。”

《武汉会议纪要》还规定：“但对于司法解释、规范性文件明确规定了定罪量刑数量标准，且涉案毒品数量特别巨大，社会危害大，不判处死刑难以体现罚当其罪的，必要时可以判处被告人死刑。”

新精神活性物质犯罪中，多数是向国外走私，其社会危害性，尤其对国内的社会危害性，达不到《武汉会议纪要》中规定新型毒品判处死刑（立即执行）必须具备的“社会危害大”标准，所以，目前还没有新精神活性物质类毒品犯罪被判处死刑的案例。例如最高人民法院发布2019年十大毒品（涉毒）犯罪典型案例——杨有昌、赵有增贩卖毒品案，该案新精神活性物质5F-AMB达170余千克，折合海洛因240余千克，虽然数量巨大，但并未判处死刑立即执行。

（二）没有含量鉴定，不能判处7年以上有期徒刑

《办理毒品犯罪案件毒品提取、扣押、称量、取样和送检程序若干问题的规定》第33条规定：“具有下列情形之一的，公安机关应当委托鉴定机构对查获的毒品进行含量鉴定：（四）查获的毒品系成分复杂的新类型毒品，且犯罪嫌疑人、被告人可能被判处七年以上有期徒刑的。”

新精神活性物质一般为成分复杂的新类型毒品，如未作含量鉴定，属于缺失判处7年以上有期徒刑的关键证据，量刑证据不足，不能判处7年以上有期徒刑。

（三）没有量刑数量及折算标准，应在第一档法定刑幅度内量刑

新精神活性物质的量刑数量及折算标准，主要规定在《最高人民法院关于审理毒品犯罪案件适用法律若干问题的解释》、《104种非药用类麻醉药品和精神药品管制品种依赖性折算表》、《100种麻醉药品和精神药品管制品种依赖性折算表》、《3种合成大麻素依赖性折算表》中。

我国新精神活性物质数量多达170种，现阶段仍有46种还没有量刑数量及折算标准，比如呋喃芬太尼、UC-47700等，在没有量刑数量及折算标准的新精神活性物质犯罪中，应由有关专业部门确定涉案新精神活性物质的毒性大小、成瘾癖性、戒断性，综合考虑滥用和犯罪形势、社会危害性等因素依法量刑，而且一般宜在第一档法定刑幅度内确定刑罚，不能轻易升格法定刑幅度。

制造、贩卖、走私、运输毒品（新精神活性物质）犯罪，第一档刑期为3年以下有期徒刑，最高档刑期为15年以上有期徒刑、无期、死刑。制造、贩卖、走私、运输没有量刑数量及折算标准的新精神活性



物质，一般应在按照3年以下有期徒刑的刑档确定刑期。

（四）“新型毒品的滥用范围小、列管时间短”，相较于常见毒品从轻处罚

2018年度最高院典型案例——孙小芳走私、贩卖毒品案，确立了新型毒品的滥用范围小、列管时间短，相较于常见毒品从轻处罚的裁判精神。孙小芳案为全国较早判决的新精神活性物质案件，最高人民法院及江苏省高级人民法院均将该案作为年度典型案例，意在指导其他新精神活性物质案件，对其他新精神活性案件量刑有重要参考意义。

江苏高院在该案的案例评析中表述：本案中的“4-氯甲卡西酮”（4-CMC）属于新精神活性物质，于2015年10月被国家列管，被告人孙小芳明知“4-氯甲卡西酮”已被国家列管，仍购进大量“4-氯甲卡西酮”向境外贩卖，构成走私、贩卖毒品罪，虽然根据有关折算标准，近16千克“4-氯甲卡西酮”相当于2千2百余克甲基苯丙胺，但综合考虑该新型毒品的滥用范围小、列管时间短、孙小芳具有坦白情节等因素，人民法院依法对其判处有期徒刑十五年，充分贯彻了宽严相济刑事政策。

（五）有证据显示，在新精神活性物质列管前，已开始采用虚假的身份、地址或者物品名称办理托运、寄递该类物质的，不应适用推定明知

新精神活性物质犯罪形态中，大部分通过快递、货代等将毒品运输到国外，在托运时通常不会使用自己的真名和地址，不会如实填写物品名称。比较容易被作为《大连会议纪要》关于“以虚假身份或者地址办理托运手续，在其托运的物品中查获毒品的”，被推定明知为国家管制的毒品。

适用明知推定有一个前提条件，即不能作出合理解释，很多向国外走私新精神活性物质的人员，其经营的新精神活性物质的品种在国家列管前已开始向国外销售，在国家列管前，为了逃避监管和便利通关，已经开始采用虚假的身份、地址或者物品名称办理托运、寄递化学品，在列管后，并不宜基于有上述虚假行为直接推定为明知毒品而进行犯罪。

特别是案件中起辅助作用的被告人，在涉案的新精神活性物质被列管前，“老板”未告知其化学品的实际名称，只是告知其不是毒品，其基于不是毒品的认识，实施了采用虚假的身份、地址或者物品名称办理托运、寄递化学品等运输行为。在涉案的新精神活性物质被列管后，因其不知道具体的化学品名称，所以，也无法获知其运输的化学品已被列管为毒品，其在列管后，仍按照以往的方式，采用虚假的身份、地址或者物品名称办理托运、寄递化学品的，应当属于能够做出“合理解释”的情形，对其做的“合理解释”应当充分考虑。

（六）将新精神活性物质贩卖到国外的行为，对国内社会的危害相对较低

将新精神活性物质贩卖到国外的行为，虽然违反了国内毒品管制规定，但在国内也未造成实质的毒品危害，对国内社会危害性明显较低。

（七）新精神活性物质流入国未作为毒品管制，犯罪行为社会危害性低

前文中提到，新精神活性物质存在在一国被作为毒品管制，在另一国未被作为毒品管制的情况，流入国未将该类新精神活性物质作为毒品管制，则在流入国不属于毒品犯罪，所以，在流入国也不会造成毒品危害，基于此，被告人的主观恶性及社会危害性明显较低。

（八）主观上为间接故意，量刑上应酌定从轻

被告人对新精神活性物质被列管的法律意义认识不足，主观上不确定新精神活性物质属于毒品，但对可能构成的毒品犯罪持放任态度，此情况下，被告人主观恶性及社会危害性轻于直接故意的毒品犯罪，在量刑上也应当有所体现。

重大责任事故罪的刑事责任主体范围

■ 梁雅丽 / 文

梁雅丽律师简介

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



实践中，矿类生产企业涉刑案件最常见的罪名就是非法采矿罪和重大责任事故罪，而重大责任事故罪在矿企涉刑案件中的刑事责任主体判断则是涉及多个层次的复杂问题。接下来，我想主要结合本人办理的多起矿企涉刑案件来谈谈商事犯罪的主体范围。

首先重大责任事故罪虽然一般不以单位犯罪论处，但在实务中往往是以单位为实际调查对象，由单位主要负责人和安全相关的部门负责人来承担刑事责任。当前较为成熟的矿类企业通常呈现母子公司分立经营的模式，也就是由子公司负责矿产开采，由母公司进行资源

整合、统一销售以及制度管理。当这样一个成熟的矿类企业出现重大责任事故时，在判断刑事责任主体范围的问题上就分化出了三个不同的层次。其一，从事生产作业的子公司发生事故，直接负责的主管人员和直接责任人员如何承担刑责；其二，作为控股股东的母公司的人员是否对子公司的矿难事故承担刑责；其三，如果母公司的人员也要承担刑责，那么直接负责的主管人员和直接责任人员如何确定。至于第一层是最基础的重大责任事故类案件中生产作业企业的刑事责任主体判断，通常不会有太大障碍。但作为生产作业企业的母公司是否承担刑事责任、母公司的哪一级管理人员需要承担刑事责任，在实务和理论上则都有较大争议。

这类案件引发我们的思考：控股公司对下级公司的注意（监督）义务范围边界到底在哪里？行政条例能否成为扩大刑事责任主体范围的依据？调查报告确认的事故间接原因是否等同于刑法意义上的直接因果关系？在认定上级公司是否存在监督过失时，是否应当考虑信赖原则对注意（监督）义务的限定等等。

下面，以我代理的案件为背景，就重大责任事故罪的刑事责任主体范围发表一些实务浅见。

案例：X股份公司高管人员被控重大责任事故一案



案情简介：事故矿所有人——Y矿业有限责任公司（以下简称“Y公司”）由上市公司X股份公司100%控股。事故直接责任方——某建设集团矿山工程有限公司某分公司（非独立法人，以下简称“W分公司”）是Y公司矿产采掘业务的承揽方。W公司通过挂靠于某建设集团矿山工程有限公司（以下简称“W公司”）而取得了相关矿业生产所需资质。

【事故发生】W分公司的司机向井下运送工人时，车辆失控，造成22人死亡、28人受伤的重大责任事故。事故发生8个月后，某省应急管理厅发布了“事故调查报告”，认定该事故为重大生产安全责任事故。事故直接原因系承包方W分公司造成，事故间接原因包括X股份公司对下级安全生产监督管理不到位等。相关行政管理机关对X股份公司的董事长、总经理、副总经理、安全管理部门负责人作出了行政处罚，此后，侦查机关又以重大责任事故罪对X股份公司的上述四名管理人员进行刑事立案。

经过辩护人的努力，保住了X股份公的高管人身自由，作为辩护律师我们坚持做了无罪辩护：该控股母公司不是对生产作业负直接管理责任的单位主体，母公司的四名管理人员不属于重大责任事故罪的犯罪主体。

一、负责生产作业的子公司是独立的公司法人，作为控股股东的上级公司及管理人员不属于对生产、作业负有管理职责的实际控制人

本案起诉书指控母公司管理人员对事故承担刑事责任的法律依据在于《最高人民法院、最高人民关于办理危害生产安全刑事案件适用法律若干问题的解释》（以下简称“《司法解释》”）第一条有关重大责任事故罪犯罪主体的规定，以母公司作为子公司的控股股东为由，进一步将四名高管人员认定为实际控制人，进而将四人划入本案追究刑责的主体范围。

但我们认为：

一方面，母公司并不直接组织、指挥或参与子公司的生产作业，而根据刑法第134条第一款以及司法解释第

一条，都对重大责任事故罪的主体做了明确限定，也就是对“生产、作业负有组织、指挥或者管理职责”。显然，本案母公司对子公司的管理和内控都不是生产作业方面的直接组织、指挥。不能苛求母公司的监管内容要覆盖对子公司外包工程井下运送矿工车辆是否符合安全标准、驾驶人员是否具有合格资质等子公司的生产活动细节。

另一方面，发生事故的子公司是独立的公司法人，应当独立对外承担责任，尽管本案起诉书指控认为母公司对子公司的人员、财务、资金均有全面控制，故实质上否认了子公司的独立法人地位，从而将对生产、作业的直接管理职责追溯到了母公司。但是，我们通过整理母子公司的管理制度和实际执行的文件资料，结合民商事的相关规定，如九民纪要，及相关指导案例，证明了母公司对子公司的人事任免、财务管理都没有超出合法权限。

我们提出起诉指控的逻辑无视了现代公司制度的合理性，将母公司对子公司的资金集中管理认定为法律责任甚至刑事责任的连带，实际是与现代公司治理制度设计理念背道而驰。

进一步，既然母公司不是对子公司的生产、作业负有组织、指挥或者管理职责的实际控制人，那么母公司的管理人员自然也应当排除在这一主体范围之外。而我们通过组织证据，包括在案的证据以及在母公司驻场调查收集的证据，证明了尤其在母公司是上市公司的情况下，其一切行为都受到了监管机构和中小股东的严格监管，内控、外控制度严密，几名管理人员没有超出职责范围、或滥用股东、高管权限的行为。

虽然从法律规定和职责履行上，母公司的管理人员都不属于本案的犯罪主体，但母公司必然对子公司有一定的管理职责，子公

司发生重大责任事故，母公司是否存在监督过失，是否据此承担刑事责任，则成为我们必须论证的辩护要点。换句话说，在符合公司制度和法律规定的情况下，仍然发生了重大事故，母公司管理人员要如何承担责任。

二、基于监督过失理论的可预见性原则和合理信赖原则，母公司的管理人员与事故发生的危害结果不具有刑法上的因果关系

生产安全事故通常由多重原因综合导致，确实可能存在多个个人、单位的共同承担过失责任的情形。现代社会中生产经营单位内部，以及承担安全生产监管职责的政府部门中，一般实行科层制管理模式。在一起生产安全责任事故发生后，因为存在监督过失而被追究刑事责任的范围应当到哪个层级是一个十分重要的问题，如果把握不当，极有可能导致刑事处罚范围的不当扩大化。

前面我们是从母公司的管理人员在民事法律地位上与子公司的实际生产作业的管理职责切断了联系，而接下来，我们还需要从刑法实质判断的角度，判断母公司的管理人员是否尽职也不可能预见事故发生。

我们找到一篇刊载在《人民司法》的最高人民法院法官撰写的论文以及相关案例，证明我国司法实务已经接受了监督过失理论的可预见性原则和合理信赖原则，用以确定安全责任事故类案件的刑事处罚范围。在监督过失的场合，则要求监督者应当能够预见被监督者可能实施过失行为，才能追究监督者的过失责任。

所谓合理信赖原则，是指如果监督者对被监督者存在真实的、符合客观实际的信赖，就可以阻却监督者的过失责任，即使被监督者实施了过失行为并造成了危害结果，也不应追究监督者的责任。信赖是有组织分工的社会活动存在的基础，没有信赖就没有正常的社会秩序，社会分工就没有意义。因为如果不承认合理信赖原则，就等于要求监督者对每一项具体的业务活动，都必须付出与被监督者同样的努力、承担同样的注意义务，这显然是无效率且不合理的。

在这一理论的指导下：

首先，我们组织了相关证据，聘请了矿山安全生产领域的权威专家，对事故调查报告和母子公司的内控制度文件进行了细致的梳理，证明了母公司关于安全管理机构、人员的设置符合《安全生产法》及《XX自治区安全生产条例》的规定，母公司作为子公司控股股东，并未违反有关安全管理的规定。

其次，我们提出，根据公司的安全生产管理制度，母公司并非对子公司的安全生产进行监督、检查和管理，而是对子公司的“安全生产管理工作”进行监督、检查和制度指导。而安全生产与“安全生产管理工作”显然不是同一概念。也就是区别了制度监管和直接的生产作业监管。基于此，我们组织了大量证据证明，在制度监管这一维度，母公司作为控股公司已经在安全生产的各个方面都尽可能履行了监督义务。

最后，回到案件事实，对事故矿井的生产作业活动具有安全责任的主体层级有三，其一是生产组织、指挥者也就是本案的工程外包（分）公司，其二是对井下生产的安全负有管理责任的外包公司挂靠的总公司，其三是依照合同对井下作业进行监管的事故矿所有公司，也就是本案的子公司。而我们代理的母公司仅仅对子公司的安全管理工作进行检查监督。从这样的安全责任层级来看，对控股股东公司的管理人员进行刑事责任追究，至少进行了四次穿透。而这种多层的穿透虽然并不被刑法实质判断的逻辑所排除，但基于信赖原则和因果关系理论，母公司管理人员对子公司的外包分公司的通勤车进行监管责任已经微弱到不足以用刑事责任来评价。



三、根据国务院有关规范性文件的规定及刑法谦抑性原则，不应当追究本案母公司管理人员的刑事责任

重大责任事故往往有严重的死伤后果，而国务院根据此类事故的严重等级有明确的分类标准。从国务院的相关条例和行政规范，造成30人以上死亡，或者100人以上重伤，或者1亿元以上直接经济损失的，属于特别重大事故；造成10人以上30人以下死亡，或者50人以上100人以下重伤，或者5000万元以上1亿元以下直接经济损失的，属于重大事故。而除追究企业主要负责人和实际控制人责任外，还要追究上级企业主要负责人的责任的限于“特别重大事故”。本案事故调查报告结论显示，事故造成22人死亡、28人受伤，直接经济损失不足4000万元，属于重大事故。

从国务院的文件来看，也不具有直接追究上级企业主要负责人责任的依据。

最后，根据刑法谦抑性原则，当民法、行政法等其他部门法对行为主体的责任追究已经完全覆盖其违法性和危害性时，不应再追究其刑事责任，对其不再处以刑罚这一最为严厉的法律制裁手段。这个案件中，从侵权责任和社会保险法的角度来看，母公司尚不存在侵权行为，无需承担民事责任；行政责任也已经在事故调查报告有了认定。即便出于案件社会影响的从严考虑，也不代表可以超越基本刑法原则，漫无边界地将所有主体都纳入刑法评价范围，不能为了追责而追责。

总之，上市公司根据财政部、证监会、审计署、银监会、保监会等五部委指定的《企业内部控制基本规范》，建立的母公司与下级子公司或出资公司在财务、预算、资金、人事任免报备等制度，往往成为判断上下级注意（监督）义务的困扰，也使得相关部门在评价上级公司是否承担行政责任，亦或民事责任，乃至刑事责任的过程中，产生诸多困惑。期待进一步厘清！



禅茶一味 安然度日

■ 刘 铭 / 文

年前和家人去三亚度假，度假对我来说，更多是换个地方看书，每次行走，行李中最沉的也是书。

江畔读书社寄书中有一本《禅与饮茶的艺术——安然度日的哲学》，信手翻翻，只言片语，心有契合，便放置背包。旅途中竟读了多遍，还在住处用毛笔在热带的植物叶茎上认真抄录书中的“一行物”。



书中主要收录和阐述了日语中被称为“一行物”的百余句。

“一行物”是日本能阿弥开创，在很小的房间进行茶事活动，壁龛内只挂一幅卷轴，伴以香炉或插花。卷轴上的字通常是禅语或中国古文经典的选句，被称为“一行物”。相对无名的禅僧村田珠光有所发扬，割了芒草，盖了一间小屋，在师父一休建议下在壁龛上挂了一幅字，期待这些字指引自己开悟，并建立标准，真正体悟发扬了“禅茶一味”。

在日本这个文学素养极高的社会里，“一行物”是不可或缺的精神食粮。有文化的日本人一读就懂，且了解其典故，就像西方人一看到“耶和华是我的牧者”就能接上下句。《南方录》称“茶道之中，重中之重，除却挂轴，别无他物”。

19年深秋，长江商学院石榴队一行去日本箱根，造访了白云洞茶苑，亲历日本的芒草茶室和“一行物”。茶室和静清寂，其“一行物”为“开门落叶多”，取自无可“听雨

寒更彻，开门落叶深”。回京后抄录钝翁先生《对字斋》笔意，并记录在白云洞茶苑一期一会的情境心历。

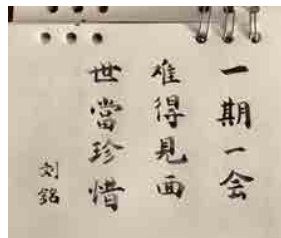


一期一会

书中很多“一行物”多有感触教益。比如“一期一会”，喻意人的一生可能与对方相遇一次，因而要以最好的方式真诚对待，一片心意铭记心中。

书中写道，一期一会不仅仅是与他人交往的原则，而且是对待每一件事物应有的小心谨慎姿态，真正理解并接受一期一会，言谈举止思考问题时会更负责任、更慎重，会成为一个更有深度的人。

一期一会，世当珍惜！水、饭、谈、茶，静心清志，深以为同！但也有寂寥之感。





照顾脚下

比如“看脚下”，不要对显而易见的事物视而不见。“且坐吃茶”，把注意力集中在正在做的事，在眼前，在全神贯注的瞬间。再宏大思为，也无非眼前的一茶一念，见闻觉知，起居动静。照顾脚下，用心感受日常的触摸可闻，敬人惜物，言行郑重节制，对生活会有真实感知和领悟，也会有尘世烟火的清高远望。



真味只是淡



比如简单生活，“寒来添衣，饥来吃饭”，如此简单，却是禅的最高境界，但认识到此点也并非容易。对生活的理解还需要生活本身告诉我们。生活即是生活，如时间流逝，并无意义。人生众相、名誉财富都为平常，无非简单生活。真味只是淡，至人也只是平常。理解了生活和人本身，平常了自己，放之自然，也才会安然度日。

理事不二

如“性相一如，理事不二”。理即事，性即相，理无事不显，事无理不立，修行正果无不在事上见理，相上见性，不染“六尘”，也不会有“六尘”清净。事理具备，才现真性！如禅中彻悟，山还是山，水还是水。



还有很多“一行物”，会有让人深感有想。像“平常心是道”、“一味真”、“不断行”、“流露无碍”、“时止则止，时行则行”、“不知何处寺，风送钟声来”、“如云无心，似水无想”都欣于所遇，不求甚解，略有会意。

日本禅茶文化源于中国，中国的书法、禅、茶一味。经过道家儒家共同演化，形成了中国人日常的礼教。仪式化的饮茶慢慢发展为禅寺的社交活动。书中也略记录了日本茶道的传入发展，空海、荣西、能阿弥和珠光在日本禅茶文化中的思想修为。

茶确实具有灵性，汤动泉音，淡香轻浮，时光散漫，心会静下来，茶、包括书法，会能使人从容安静，明心见性，而静能通向智慧、平淡、真实和善。众多“一行物”，归根无非一“静”字。

另外，书的作者威廉斯科特威尔逊是位美国人，理解记录了东方人深博又微妙的文字。

少了一只鸟

■ 杨大民文

机场里的你
似一只鸟
在天空上飞来飞去

职场里的你
像一只鸟
在大地上四处觅食

一个小孩
拿着弹弓
玩耍着把鸟击落

天空中少了一只鸟
大地上少了一只鸟
鸟窝里少了一只鸟

天空依旧
大地依旧
鸟巢里传来哭声

京都女神节，女神与花使生活熠熠生辉

2021年3月8日中午，为庆祝三八国际妇女节的到来，京都律师事务所为各位女神们组织了专属的花艺沙龙活动。



活动现场

活动邀请了资深花艺老师为大家讲解插花过程，介绍各类鲜花的特点和含义，着重讲解了裁剪花枝的方法与插花的技巧。大家认真倾听，仔细修剪手中的花，全神贯注地制作自己的专属花篮。



场内盈满温暖氛围，律师们挑选出喜爱的花朵，精心装饰着自己的节日礼物，享受鲜花带来的清新与芬芳，脸上洋溢着幸福的笑容。

在女神们专属的节日里，律师们放下平日的重担，投入到花篮制作的世界里，愿花团锦簇，青春永驻。



京都律师事务所祝愿女神们节日快乐，幸福相依，每天都有灿烂的心情。



活动合影



国画作品：《尔牛未思》 作者：刘铭律师



北京总所

地址：北京市朝阳区景华南街5号
远洋光华国际C座22-23层
邮编：100020
全国免费咨询电话：400 700 3900
办公电话：(86-10) 57096000
传真：(86-10) 85251268
邮箱：info@king-capital.com

深圳分所

地址：深圳市福田区民田路171号
新华保险大厦17楼
邮编：518048
电话：0755-33226588
传真：0755-33226566
邮箱：shenzhen@king-capital.com

上海分所

地址：上海市南京西路580号
(仲益大厦)3903A室
邮编：200041
电话：021-52341066 52341099
传真：021-52341011
邮箱：shanghai@king-capital.com

大连分所

地址：大连市沙河口区体坛路22号
诺德大厦19层01-02室
邮编：116021
电话：0411-85866299
传真：0411-84801650
邮箱：dalian@king-capital.com

天津分所

地址：天津市河西区南京路39号
凯德国贸C座1009室
邮编：300200
电话：022-58963439
传真：022-28131519
邮箱：tianjin@king-capital.com

南京分所

地址：南京市建邺区庐山路188号
(新地中心)4004室
邮编：210019
电话：025-8523 1119
邮箱：nanjing@king-capital.com

海口分所

地址：海口市美兰区国兴大道13号全球贸易之窗
邮编：570000
咨询电话：898-36388787
办公电话：898-36389693
邮箱：haikou@king-capital.com