第七届德和衡法律实务学术年会
优秀论文集

第七届德和衡律师实务学术年会
优秀论文集

评审委员会

主　　任：焦洪昌教授

委　　员：白耀华、常海梅、陈其刚、陈少毅、陈燕红、戴　月、杜和浩、范　倜、房立棠、高鸿雁、韩　静、韩云龙、郝　宁、黄贤文、黄政燏、贾明君、姜松炎、李　刚、李　洁、林　倩、刘桂敏、马丽红、马先年、强永梅、任　力、孙　晶、孙喜峰、王同刚、辛小天、邢丽丽、徐红亮、杨光明、易　燕、于皓宇、张美萍、张明阳、张天圆、张　忠、赵新辰、周金才、朱伟琳

第七届德和衡律师实务学术年会
优秀论文集

编辑委员会

主　　任：胡　明

副 主 任：刘克江

委　　员：李旭修、张　文、张　兵、杨培银、季　成、
金　耀、刘　健、温贵和

主　　编：江　波

副 主 编：周艾琳

序 言

在算法的浪潮中，守护法的灯塔

当人形机器人精准地拿起桌上的红苹果，一辆全自动无人驾驶汽车已悄然穿越两千英里；当AI耳机在跨国旅人耳畔无缝传译，几张静态的图片正被转化为流动的动画……技术如潮，席卷而来。从对信息准确性的质疑，到近乎真人般的关怀问候，不过短短数月。我们惊叹，我们张望，我们也在思考。

这里是2026年。

分化，周期，重构，开局……

我们站在一个智能技术与人文价值深度交织的十字路口。

在这股洪流中，法律人正展开一场静默而深刻的思辨。AI究竟是法庭上的对手，还是书案前的助手？答案日渐清晰，但更深一层的叩问随之浮现：法律人如何在和机器的对话中，持守人之为人的判断、温度与良知？未来已来，那些善于驾驭科技的律师，必将更稳地握住时代的螺旋。

技术驱动变革，经济重塑社会，而法律始终是那条既划定底线，也点燃引擎的轨道。从算法公平、数据权属到AI生成内容的合规，新兴领域呼唤法律智慧的深耕；低空经济纳入国家蓝图，无人机在便利背后的空域管理、安全与侵权问题，亟待边界厘清；不良资产处置中执行与破产的壁垒，仍是待解的制度难题；企业出海，法律护航，域外规则的深入研究已成为涉外律师的必备素养。

我们始终相信，法治信仰，根植于实践，生长于创新。2025年秋，大明湖畔，青年律师们在法律AI应用大赛中激荡思维，探索科技赋能法律的无限可能；每年一度的法律服务产品大赛，则依托律所一体化平台，持续回应经济社会与法治进程中的新需求——于传统中创新，在未知处开路。

这一切的积淀与尝试，在第七届德和衡律师实务学术年会中绽放为思想的果实。我们欣慰地看到，本届论文集所收录的文章，既有来自实务深处的厚重沉淀，亦闪烁着理论前沿的灼见光华。从选题的前瞻到论证的严谨，从经验的提炼到问题的前瞻，每一处推进，都彰显着我们对于专业极致的追求，以及对法治初心的坚守。

点滴思考，汇聚成河；微小光芒，终成星海。在此，谨向所有支持我们的专家学者、业界同仁、各界朋友及默默付出的家人，致以最诚挚的感谢。是你们的托举与陪伴，让我们在法治长路上行稳致远。

“九万里风鹏正举，风休住，蓬舟吹取三山去。”在这瞬息万变的大时代，愿我们始终以理性

为舟，以温度作帆，在算法的浪潮中守护法的灯塔。用人类独有的智慧、经验与感性，持续学习，不断进化，构筑坚实的职业护城河，穿越每一次周期，奔赴下一程锦绣。

骐骥驰远，法焰长明。是为序。

胡 明

德和衡研究院院长

目 录

一等奖

003 强制执行数据财产权的法理基础与程序实现 / 姜松炎、陶筱雨

011 从“纸面禁令”到“现实盾牌”
——我国人身安全保护令执行的现实困境与完善进路 / 丁潇潇

024 在美国投资设立航空公司的法律政策分析
——以美国境外投资者视角 / 黄振达、张 馨、黄 澄

040 中国“漏裁”裁决撤销制度的建构 / 谢小松

067 证券虚假陈述部分连带责任的四个逻辑问题 / 潘克三

087 财产保险免赔条款实质性认定规则研究 / 范永强、李姿姣

097 服装设计行业知识产权保护–保护路径与维权痛点解析 / 周艾琳

113 先锋探索与司法管辖界限：生成式人工智能在
刑事证据领域地方政策的法律反思与构建 / 白耀华

123 合作投资型受贿犯罪的实务认定与辩护策略 / 相 敏、徐 林、任怡霄

134 虚开增值税专用发票罪疑难问题探究
——兼论“国家税款损失”的准确认定 / 朱刚灵

二等奖

147 夫妻间给予房产的裁判规则探析
——以民法典婚姻家庭编《解释（二）》为依据 / 王旭坤

157 动态系统论在民事司法解释中的文本阐释及其适用规则
——以 328 篇民事判决书及典型案例为分析样本 / 郭超群，李 琛

168 催缴失权制度的问题与研究 / 姜松炎

177 意定监护中被监护人意思自治与限制的平衡机制研究 / 施 燕

189 财产保全在执行程序中的实务机制探究 / 李 娜

198 新《公司法》下法定代表人涤除登记的四大实务困局及破局要点 / 高　颖　姚耘杰

207 论出资未届期股权转让出让人的责任
——以新《公司法》第八十八条第一款为中心 / 王亓艳

220 新时代坚持与发展法治化营商环境
——以泰山区商事调解机制建设为视角 / 王延凯

228 论强制管理制度对接遴选适格个人破产主体的实现进路 / 陈　锴、李炫桦

238 新公司法下审计委员会的思考与探讨 / 赵　颖

246 债券虚假陈述案件中投资者损失认定规则的冲突与解决措施探讨 / 张　磊　陈怡任

258 俄罗斯排他管辖权在对抗债务人消极应诉情形下的适用 / 李璐萍、科尔多巴·阿列克谢

267 如何应对涉俄跨境支付困境与国际贸易制裁风险 / 罗　兰

282 欧盟首个涉华 IPI 措施对中国企业参与欧盟公共采购市场的影响解读 / 陈　宇

289 SPAC 模式的境内适用研究
——以找钢集团为例 / 张　霞、王圣然

297 生成式人工智能的刑事风险识别及分级治理 / 李冬峰、张　茜

307 网络暴力的刑事规制困境及应对策略 / 李冬峰、张　茜

315 专利法中先用权制度研究
——完善我国先用权制度的建议 / 左殿勇

327 DeepSeek 数据出境欧盟合规困境及解决路径研究 / 陈　锴、缪一笑

334 合规与创新：解构 RWA 中无形资产代币化的
法律框架与监管趋势 / 张　莹、张昊东、殷文超

347 新司法解释视角下掩隐罪、洗钱罪、帮信罪的区分与辩护 / 邢丽丽、武晓雨

356 诈骗罪“案发前归还”规则的解释与辩护路径
——以 431 份裁判文书为基础 / 周金才，柴逸凡

369 标识体系下生成式人工智能处理信息的刑事风险治理
——基于网络信息服务提供者的分析 / 宋行健

382 商业秘密犯罪预警机制的法律风险：
反思知识产权犯罪预防性治理路径的合法性边界 / 段卓臻

394 民刑交叉视角下假冒注册商标罪中“相同商标”的认定规则研究 / 王亓艳

三等奖

407 共益债务认定规则的适用困境与反思重构
——基于规则检视与实务分析的二元视角 / 汪　晶

407 农民工执行异议之诉滥用的应对与规制 / 战　明、刘玉丽

408 第二顺位抵押权的设立及执行问题研究
——基于后顺位抵押权人权益保护的视角 / 姚耘杰、高　颖

408 论替代交易下违约方的损害赔偿 / 施蕴涵、韩　晓

409 PPP 项目提前终止的争议焦点与解决方案
——基于政府方视角下的协议解除、责任认定与资产移交 / 文永康、戴　静

409 论抢夺、藏匿未成年子女行为的规制 / 张芳芷

410 关于自动驾驶下交通事故的民事责任问题研究 / 杨光明、邵婉仪

410 智能合约在工程结算中的法律效力及保障实现路径研究 / 郑均喜

411 国内商事仲裁因程序违法导致撤裁的实证分析与理论探讨 / 杨光明、许惠茹

411 破产重整中有第三方担保的债权人实现利益最大化路径的研究
——以债转股清偿方式为例 / 李建蓉

412 新《公司法》下董事与法定代表人辞任涤除登记的制度冲突与体系重构 / 范俊文

412 从价值权衡角度分析股东出资加速到期制度的法律适用
——以新《公司法》第 54 条为中心 / 王　娟

413 公司人格否认制度的特殊司法实践与法理辨析 / 杨　茂

413 股权转让中潜伏债务的法律定性与责任承担研究
——以合同约定不明为视角 / 贾明君、刘邬敏

414 17 号文背景下国有企业在对赌中约定股权回购条款的实务适用研究 / 张　霞、王圣然

414 东南亚投融资以及退出
——以中国与东南亚投融资条款比较为视角 / 张　阳

415 中华人民共和国证券法框架下先行赔付机制的制度逻辑与实践检视 / 丁　伟

415 《双重身份下夫妻共同财产执行的权利冲突与路径选择
——以配偶共有权保护为视角》 / 毛慕华、陈健威、林清婷

416 “一带一路”争议解决中临时仲裁制度构建研究 / 蔡　纯

416 “分类监管”下的保理合规进阶：基于多地评级政策的比较与应对策略 / 李　艳、胡瑞龙

417 私募基金投资者提前退出权之行使路径及现实困境探析 / 甘永辉、陈小文

417 房地产企业破产重整中共益债投融资制度探析 / 徐宇辉

418 跨境家族信托的司法困境与效力认定
——宗庆后家族遗产纠纷案的法律分析 / 魏屹威

418 不动产信托登记制度对资产管理与财富传承的影响
——以京沪地区试点为例 / 任颜松

419 环境保护税征收的法律困境与优化路径研究
——基于生态文明建设与法治协同视角 / 王海军、刘　创

419 低空经济发展中的法律困境与协同治理路径研究
——以无人机、通航产业为视角 / 姜　晖

420 数字经济视野下，人工智能合规安全目标精准化解决之道
——基于 SMART 原则构建动态 AI 合规目标体系 / 袁　屹、辛小天、史　蕾

420 数字经济下平台用工的财税合规与劳动法风险协同治理研究 / 曾　敏

421 “窜货”行为模式及其法律风险 / 周艾琳

421 著作权犯罪中网络服务提供者帮助行为的
归责模式与主观故意认定标准探析 / 向　平、王韵淇

422 低空经济标准建设的现状与完善路径 / 曹惠良、蔡美娟

422 论无人船舶碰撞面临的困境与出路 / 李　刚、刘璐瑶

423 从企业权益保护角度出发解析趋利性司法涉案财物处置问题 / 姜保良、王　晶

423 非法经营同类营业罪中“高级管理人员”的认定规则研究 / 王亓艳

424 类型化视野下正向刷单炒信行为的刑法规制 / 孟　珊、张　茜

424 操纵证券市场罪的法律认定及辩护要点 / 朱伟琳、谢　婧

425 论行政机关移送案件中行政认定的性质、作用与救济 / 刘桂敏、徐成昊

425 规范竞合视域下“一事不再罚”原则精细化适用与制度完善
——以行政处罚裁量的困境与三阶段框架为中心 / 范俊文

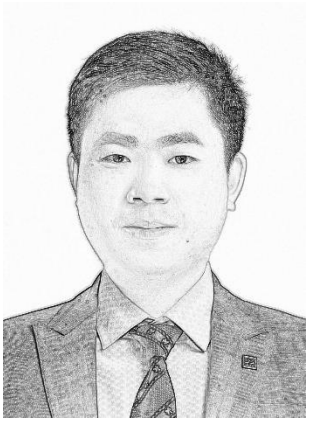
426 《隔空猥亵儿童罪的入罪难点与辩护路径体系化研究》 / 段志刚、周文轩

426 银行作为债权人的刑民交叉困境：借款人骗取贷款罪下
担保合同效力认定与诉讼策略研究 / 李　琛

一等奖

强制执行数据财产权的法理基础与程序实现

姜松炎、陶筱雨



姜松炎律师，北京德和衡律师事务所高级合伙人、争议解决业务中心副总监、战略与发展委员会秘书长，并购交易师。主要业务领域为公司法诉讼、股东争议解决及上市公司、国企争议解决，代理的多个案件入选人民法院案例库。

陶筱雨，执业律师，毕业于山东大学法学院，执业以来，深耕民商事争议解决领域，成功代理建设工程合同纠纷、商品房预售合同纠纷、买卖合同纠纷等多类型民事案件，有效维护当事人合法权益；同时长期为央国企、事业单位、民营企业等不同类型主体提供常年法律顾问服务，涵盖合规体系搭建、商事谈判支持、法律风险防控等核心业务。

摘　要：随着数字经济时代的深入发展，数据财产权作为一种新型民事权利已逐渐获得法律确认，并对传统民事强制执行制度中执行标的的财产权范围形成结构性冲击。当前，实体法层面对数据财产的确权与保护仍存在规范空白，导致其在强制执行程序中面临适格性不明、执行路径缺失以及案外人权益保障不足等多重困境。本文立足于实体法与程序法相衔接的视角，系统论证数据财产作为民事权利客体及执行标的的适格性，指出其在价值性、支配可能性与独立性方面面临的法理要求。并在“三权分置”的产权登记框架下，通过构建类型化的执行程序路径，包括针对金钱债权的财产型执行、针对物之交付请求权的准动产执行，以及针对作为与不作为义务的行为型执行。同时，为应对执行中可能出现的权利冲突，有必要建立形式审查与实质审查相结合的执行异议双轨审查机制，以平衡债权人实现债权与保护案外人数据权益之间的关系。数据财产强制执行体系的有效构建，亟需实体权属登记与程序规则创新之间的协同推进，从而为数字时代下民事执行制度的完善提供理论支撑与路径参考。

关键词：数据财产；三权分置；权属界定；执行路径；执行异议

一、问题的提出

在数字经济背景下，数据作为新型生产要素已全面渗透至生产、分配、流通、消费以及社会服务管理等经济社会运行的全链条与各环节。在此背景下，数据已超越单纯的信息载体属性，成为继有体物与智力成果之后可供支配与利用的新型财富，基于此衍生出一种新型民事权利——数据财产权。一般而言，数据财产权是指民事主体对其持有的数据进行使用、收益以及依法占有、处分的对世性财产权利，任何组织和个人负有不作为的义务，没有法定的权利，不得限制、干预、侵害他人数据财产权[①]。

在现行法律规范体系下，对于数据财产权益的保护缺乏系统性的专门规定，未能形成清晰的权义结构与救济路径，相关规则多为原则性宣示。《中华人民共和国民法典》以下简称《民法典》）第一百二十七条规定，法律对数据、网络虚拟财产的保护有规定的，依照其规定。2022 年 12 月 2 日，中共中央、国务院于发布了《关于构建数据基础制度更好发挥数据要素作用的意见》（以下简称“数据二十条”），并提出要建立保障权益、合规使用的数据产权制度，推动数据产权结构性分置和有序流通，推进数据分类分级确权授权使用和市场化流通交易，健全数据要素权益保护制度，逐步形成具有中国特色的数据产权制度体系。

但是，当前对于数据产权应如何确权、实践中对数据产权如何进行保护尚未进行明确规定，并且，数据产权作为新型财产权能否被强制执行以及如何强制执行、如何排除强制执行等均未进行规定，这也导致数据财产权在强制执行程序中被侵害时，合法权益人缺乏有效的维权路径与权益保障程序。此种规范保障的空白，不仅使实体权利有沦为“纸面权利”之虞，也为司法实践中的执行乱象埋下隐患。为顺应数据财产权在实体法上的制度构建，程序法也必须提供相应的强制执行保障。对此，本文的研究将根植于数据确权的实体法基础，首先厘清数据财产作为执行标的适格性这一前提性问题；进而系统探索其执行模式的类型化构建以及排除强制执行的审查要件，以夯实该权利实现的程序法路径。

二、数据财产强制执行的适格性

（一）数据财产作为民事权利客体的适格性

民事强制执行的核心在于通过对债务人之责任财产的处置，以满足债权人之债权，其中，执行标的的适格性是程序启动与推进的先决条件。数据财产是否能够作为执行标的被强制执行，首先应明确数据财产能否作为民事权利客体。民事权利客体的确立，传统上以有体物为核心，后逐步扩及智力成果等无体物。其适格性的核心要件在于：第一，具有满足人类需要的客观效用，即价值性；第二，可被人类支配与控制，即支配可能性；第三，能够与主体相分离而成为独立的交易对象，即独立性。数据作为一种新型财富，其呈现出独特的辩证统一特征，这些特征非但不构成其成为权利客体的根本障碍，反而恰恰证成了其适格性。

首先，数据具有价值性。数据作为信息的载体，其首要价值在于其蕴含的信息内容能够减少决策的不确定性、优化资源配置、提升生产效率。这种效用价值是客观存在的，不依赖于特定物理

① 参见张新宝：《论作为新型财产权的数据财产权》，载《中国社会科学》2023 年第 4 期，第 145 页。

载体，这构成了其得以成为民事权利客体的理论基础。在此基础上，数据可以通过市场交易直接变现以实现其交换价值，实践中，以社交、电商平台为代表的数据交易已形成新兴业态，企业藉由数据交换与销售获利，是其财产价值的外在彰显。

其次，数据具有支配可能性。数据可被无限复制、共享而无需剥夺他人的持有，此即其非排他性，这一特性曾是其被纳入物权客体范畴的障碍。然而，通过加密处理、访问控制或数据权限合约等技术手段与法律设计，民事主体能够对特定的、经聚合处理的数据集合实现事实上的控制与法律上的处分，并通过使用、转让与法律保护等方式行使其权能，从而在事实上与法律上均满足了财产权的核心要件。这种控制虽不同于对有体物的物理占有，但同样能实现排他性的支配效果，满足了“支配可能性”的要件。

另外，数据具有独立性。数据的可复制性使其似乎难以“独立”。然而，作为权利客体所要求的独立性，并非指物理上的独一无二，而是指在法律观念上能够被特定化，并能与主体相分离而成为交易或支配的独立对象。经过聚合、脱敏、结构化处理而形成的特定数据集合，完全可以被界定为独立的利益单元，从而具备法律意义上的“独立性”。

（二）数据财产的权属登记

实体法是执行法的基础，执行法是实体法的保障，数据财产权的强制执行须以实体法层面的权属明晰为前提要件，此乃实现执行标的适格性的基础条件。理论界对于数据确权主要存在用益物权说、行为规制说、知识产权说和新型财产说，但是，随着“数据二十条”对“研究数据产权登记新方式”“建立健全数据要素登记及披露机制”的提出，新型财产说更符合当前的理论及实务需要。

1. 登记公示对象

在“三权分置”框架下，数据资源持有权的确权机制需通过登记制度实现权利外观的法定化。数据本体登记模式通过记载数据来源、规模、行业属性等客观要素，构建起数据资源持有权的“事实权利外观”。这种登记逻辑源于“数据二十条”对数据资源持有权"初始确权"的功能定位，其制度价值在于通过标准化登记要素建立数据资源的可识别性基准。从既有实践来看，当前对登记公示对象的确认主要存在两种模式：其一，登记公示对象为数据本身，主要包括数据来源、数据规模、所属行业或领域、覆盖地区、时间跨度等基本概况；其二，登记公示对象为数据权利，即对数据之上所存在的权属状况进行登记确认，主要包括数据持有人、初始权利人以及权利流转等情况。笔者认为，从制度建构的长远视角出发，将数据登记的本质界定为对数据权利的登记，而非对数据本身的简单描述，更契合数据确权与流转体系的根本目标。以权利为登记客体，能够清晰公示权利的归属、内容及变动状态，为数据要素的市场化配置提供稳定、可靠的法律基础。

2. 登记主体

数据从原始资源经加工处理最终成为可交易产品的过程，是一个价值不断凝练与升华的线性序列，该过程汇集了来自数据收集、存储、传输、加工、分析及使用等各个环节的参与者，他们的劳动与资本投入使得数据承载着多方的复合利益。在“数据二十条”确立的“三权分置”框架指引下，基于数据价值实现过程中各参与者的职能，享有数据财产权的主体包括数据资源持有者、数据加工使用者和数据产品经营者。数据资源持有

者指合法获取并持有数据资源的主体，包括政府、企业或个人。数据加工使用者是指在授权范围内对数据进行加工、处理和使用的主体，其享有的权利内容包括但不限于数据的收集、整理、分析和应用等，聚焦于对数据价值的创造性转换。数据产品经营者是指对经过加工处理形成的数据产品进行商业化运营的主体，其权能主要体现为对数据产品的市场化运营与收益分配。

3. 权利登记类型

（1）数据资源持有权的登记

在我国司法实践的相关案例中所确立的数据资源权属认定标准，着重强调数据采集的合法性、数据的经济价值以及数据内容的可识别性，实际上与数据本体登记的核心要素形成了对应关系。这意味着数据资源持有权的登记并非仅仅是对事实的记录，而是借助法定登记程序，将数据资源持有权转化为具有公示公信效力的法律事实。但需要注意的是，这种数据权利登记存在一定的局限性。当数据资源出现聚合、清洗等形态变化时，仅依靠初始登记要素难以持续体现权利状态。笔者认为，此时需要引入动态更新机制，建立数据资源持有权的变更登记规则，通过设定数据规模变化阈值、行业属性转换标准等触发条件，以确保登记状态与客观事实始终保持对应。

（2）数据加工使用权的登记

数据加工使用权的流转特性要求登记制度突破静态确权功能，转而向动态权利变动公示转变。权利登记模式通过记录权利持有人、初始权利人以及流转路径，构建起加工使用权的权利基础。这种登记逻辑与“数据二十条”对数据加工使用权“有限排他”的定位相契合，其制度优势在于通过完整记载权利链条，明确不同主体之间的权限边界。具体来说，初始权利人登记能够解决权利来源的合法性验证问题，避免在权利真空状态下出现无序使用的情况；权利流转路径登记则通过记录授权方式（如独占许可、普通许可等）、使用限制条款等要素，为后续可能出现的权利冲突提供具有溯源性的判断依据。

（3）数据产品经营权的登记

数据财产经营权主要指的是数据财产权利人能够通过许可使用、整体转让等方式对数据财产进行经营，从而处分其数据财产权益，其体现了权利人对数据财产的自主管理能力和以经营为核心的处分权能[①]。

数据产品经营权内含的收益分配结构，要求登记制度必须兼具权利确认与状态公示的双重法律功能。其一，通过对数据产品形态、经营主体资质及收益方案的登记，能够清晰界定并公示数据资源持有权、经营权等派生性权利的权利层级与内容，实现“权利束”的规范化分解。其二，借助区块链存证技术实现的“登记即确权”机制，可以满足数据产品高频交易场景下的确权效率要求，为动态的权利流转提供了标准化的法律技术接口。

在当前实践中，依据深圳交易所数据产权登记服务中心出具的《数据产权登记证书》，目前的登记公示信息主要涵盖登记主体、数据名称、数据来源、数据形态、数据规模、数据范围、所属行业以及有效期限等内容。其中，在数据产权信息部分，分别明确列出了数据持有权、数据使用权及数据经营权的权益方。同时，还提供转移登记、变更登记以及异议登记等登记服务。由此可见，当前的数据登记制度正逐步完善，这也为数据财产的强制执行奠定了坚实基础。

① 参见熊丙万、何娟：《数据确权：理路、方法与经济意义》，载《法学研究》2023 年第 3 期，第 65 页。

（三）数据财产的执行标的

若要将数据财产作为执行标的，应将其实体法上的稳定性、价值性、有限排他性、可转让性等转化为程序法上的可查控性、可评估性、可变价性、可移转性[①]。

1. 可查控性的实现路径

数据载体本身所具有的可识别性特征，可满足执行标的可查控性要求。即通过借助如数据来源、格式、规模、生成时间等元数据、唯一标识符以及如存储位置、API 接口等系统路径及其他描述方式，可以精确地勾勒出特定数据集合的边界，使其在法律上和技术上足以被识别和区分。在执行程序中，执行依据和执行裁定可以借助上述技术参数对拟执行的数据财产进行清晰界定，使之满足执行标的明确性的形式要件，从而确保执行行为的范围是确定的，并能有效对抗第三人。进而通过“合法持有+技术控制”的模式构建新型查控体系，数据控制者采用区块链隐私计算、多重加密等技术形成事实排他性控制，执行机关可借助 API 接口对接、数字孪生技术实现非侵入式查控。

2. 可评估性的实现路径

数据财产具备可评估的财产价值，符合责任财产的本质属性。如前所述，数据的财产价值已在数字经济中得到充分彰显，其可以通过市场交易定价、资产评估等方式予以货币化衡量，因此，在执行程序中，其价值可通过当事人议价、第三方评估、网络询价或司法拍卖等方式确定，满足执行变现的核心需求。参照当前深圳数据交易所的相关试点经验，价值评估可建立“成本—收益—市场”协同模型，执行程序中还可引入数据交易所的实时报价系统，对标准化数据产品采用市场法评估；对非标数据资产则采用成本法与收益法相结合的方式，重点考量数据获取成本、应用价值及预期收益周期等因素。当前上海数据交易所的“动态估值指数”已在执行评估中取得良好实践效果。

3. 可变价性的实现路径

在强制执行程序中，传统财产的变价方式一般为拍卖，然而，数据财产不同于传统财产具有价值普适性，其价值主要面向对该数据财产有特定需求的部分受众群体。由于此类受众规模较小，若流拍后采用以物抵债的方式，对于债权人而言，其变现价值相对较低。因此，与传统动产拍卖不同，数据财产执行可探索分时租赁、收益权证券化等新型处置方式，例如采用“数据使用权分拆拍卖”模式，即按时间段对数据访问权限进行竞价处置等模式。

4. 可转移性的实现路径

企业对数据的事实上的控制力，构成了处分权的基础。通过技术接口的移交、访问权限的变更或载体的交付，可以实现对数据控制权的事实上的转移。在遵守相关数据法规的前提下，数据财产的控制权可以被转让、许可或质押。这种法律上的处分权能，使得法院可以通过司法拍卖、强制管理、许可执行等变价措施，将数据财产的控制权或其产生的收益强制性地移转给债权人或第三方，从而最终实现债权的清偿。

三、类型化执行模式的程序适配路径

从强制执行法理角度切入，数据财产权的执行标的可作类型化区分：财产型执行与行为型执行。其中财产型执行主要适用于金钱债权执行及物之交付请求权执行两种情形。具体而言，在金

① 陈爱飞：《数据财产权强制执行论》，载《当代法学》2024 年第 3 期.第 73 页。

钱债权执行程序中，具有可计量属性的数据产品应当被纳入责任财产范畴；而在物之交付请求权执行中，则需着重考量数据财产的可移转性与价值确定性特征。就行为型执行而言，其规范构造体现为对数据财产相关作为义务与不作为义务的强制实现。对于积极作为请求权的执行，需建立数据接口开放、算法参数共享等新型执行措施；对于消极不作为请求权的执行，则需构建数据访问阻断、算法运行中止等数字化执行手段。

（一）数据财产金钱债权的执行

通常情况下，当强制执行所指向的对象主要是债务人的责任财产时，则不仅包括物及债权，还包括其他财产性权利[①]。在司法实践领域，《民事强制执行法（草案）》第一百条已将“网络虚拟财产以及其他财产权利和利益”纳入执行财产范围。并且，在此前的草案审议过程中，网络虚拟财产、数据资产等新型权益亦被纳入可执行财产范畴，认为对于具有独立经济价值且具备可转让性的数据产品，可参照动产执行规则实施查控措施。这一变革不仅彰显了执行理念从实物中心主义向价值中心主义的转变，更反映出在数字时代，责任财产范围正借助司法解释、技术手段等途径持续拓展，旨在达成法律逻辑与数字经济治理需求的动态契合。

在执行实践中，数据财产的查控方式以及通过变价手段实现数据财产货币化，是数据财产强制执行的关键问题。本研究认为，在查控环节，可依托区块链查控系统，通过 API 接口直接对接上海数据交易所、深圳数据交易所等主流数据交易平台，以查控被执行人名下已登记的数据财产；在变价环节，可优先于主流数据交易平台发布拍卖等相关信息，并向数据交易所会员单位定向推送，进而提升数据财产变价的效率与针对性。

（二）数据财产物之交付请求权的执行

在缺乏专门性法律法规的情形下，基于物之交付请求权的视角审视，对数据财产权实施强制执行时准用动产执行的相关规定具备一定的可行性。具体而言，对于动产执行中的部分原则与操作模式，诸如查封、扣押的程序规范等，经适当调整后可应用于数据财产的强制执行。例如，在查封阶段，可借鉴动产查封中对标的物实施实际控制的理念，通过技术手段对数据财产进行隔离、加密或限制访问，确保数据财产处于法院可控状态，以防止被执行人擅自处置。

数据财产的交付方式取决于其存储方式，当前主要存在物理存储和云端存储的方式。由此，数据财产的交付主要包括物理存储介质的交付和云端数据的交付这两类情形。在采用物理存储介质进行交付的情形下，可适用动产交付的相关规则，并结合数据财产的特性同步开展严格的数据验证程序，以确保存储介质内数据的完整性和安全性；在云端数据的交付情境下，应注意确保数据持有对完备访问权限验证信息的交付，包括但不限于账号、密码、密钥等登录或验证信息，以实现云端数据从数据所有者至接收方的完整权限转移。同时，可通过区块链技术实现数据交付的安全性和便利性。

但是，若拟交付的数据财产出现毁损或灭失情形，那么针对该数据财产的物之交付请求权的执行将转变为金钱债权的执行。在执行实践中，应运用评估规则对毁损灭失的数据财产进行评估，进而通过向债权人折价赔偿的方式落实执行措施。

① 同前注[3]。

（三）数据财产行为请求权的执行

针对数据财产行为请求权的强制执行举措，涵盖作为请求权的强制执行与不作为请求权的强制执行两类。

首先，就作为请求权的强制执行而言，行为的类型比金钱财物的种类更加多样化，特定行为的实现方式多样，法官需要结合具体的技术语境与技术特点，确定相应的行为执行方式[①]。当数据财产的持有主体未依照判决规定履行特定行为义务时，针对数据删除、数据迁移等具有可替代性的执行行为，执行机构可采用代履行方式，即由执行机构委托第三方机构代为完成特定行为，相关费用由被执行人承担。

其次，针对不作为请求权的强制执行问题，当被执行人拒不履行生效判决中明确规定的禁止性行为义务时，执行机关有权依法采取相应的强制执行措施。具体而言，执行机关可以责令被执行人立即停止其实施的行为，同时要求其采取必要的补救措施来消除已经造成的不良影响。此外，执行机关还可根据案件具体情况，要求被执行人履行其他相关的法律义务，以确保判决内容得到全面有效地执行，维护司法权威和当事人的合法权益。

四、执行异议之诉的双重要件审查

在多主体数据共治场景下，数据权属配置的多元化依旧是实施强制执行措施所面临的核心阻碍，执行机关在强制执行进程中需谨慎判定数据财产的权利界限。当数据财产的部分权利主体作为被执行人进入强制执行程序时，其他权利主体的权益可能遭受侵害。在数据确权过程中，需要坚持尊重和保护数据来源者的在先权益，确认和保护数据处理者财产权益的理念[②]。因此，构建数据财产执行异议审查机制具有重要意义。数据财产执行异议审查机制的构建需要建立形式审查与实质审查并重、相互补充的双轨制模式。

在形式审查层面，根据《中华人民共和国民事诉讼法》第 238 条的规定，在执行过程中，若案外人提出异议，对执行标的主张实体权益并请求排除强制执行，执行法院应先行适用物权公示原则与权利外观主义对执行标的的实体权属进行形式审查，以认定执行标的是否属于债务人的责任财产[③]。具体执行过程中，执行机关可以充分运用区块链分布式账本存证技术、权威机构出具的数据权利登记信息等新型数字化权利表征形式对数据所有权归属进行初步推定与确认。与此同时，还需要结合传统的权属证明文件、合同协议等书面材料进行交叉验证和综合研判。具体而言，形式审查过程应当着重考察三个核心要素：首先是权利表征形式本身的真实可靠性，需要通过技术手段验证区块链存证的不可篡改性；其次要确保权利证明材料的完整性，包括时间戳、数字签名等关键信息；最后要严格审核各类权利证明的合法性，确认其符合现行法律法规的要求。这种多维度、多层次的审查方式能够为后续的实质性审查工作提供坚实的证据基础和规范的审查框架。

在实质审查层面，基于异议主体所享有的法定权利类型及其权利属性的差异性，可以将数据财产异议案件系统性地划分为数据持有权异议、数据使用权异议以及数据经营权异议三大基本类别。这种分类方式有利于针对不同类型异议案件的特殊性采取精准化、差异化的审查策略。为构

① 参见胡思博：《论对行为请求权的强制执行》，载《法学杂志》2020 年第 11 期，第 32 页。
② 王利明:《数据何以确权》,载《法学研究》2023 年第 4 期，第 56 页。
③ 参见黄忠顺：《案外人排除强制执行请求的司法审查模式选择》，载《法学》2020 年第 10 期，第 122 页。

建科学完善的审查机制，建议从以下三重审查标准切入：首先需要进行基础性审查，即对涉案数据的匿名化处理状态进行技术性评估，重点核查其是否达到行业技术规范要求并符合相关法律法规的合规性标准；其次应当开展程序性审查，对数据采集、使用全流程中的知情同意文件进行系统性查验，包括但不限于审查授权文件的签署主体适格性、授权内容的完整性以及授权行为的法律效力等要素；最后必须实施价值性审查，着重分析数据使用场景的社会属性，在充分考量个人数据权益保护必要性的同时，也要审慎评估数据开发利用所涉及的公共安全、经济发展等社会公共利益因素，通过利益衡量方法实现个人权益保护与社会公共价值之间的动态平衡。

五、结语

数据财产权作为一类新型财产权，构建其强制执行制度是数字时代民事执行体系演进的必然趋势。数据财产具备作为民事权利客体的适格条件，其价值属性、可支配性与独立性为将其纳入执行标的提供了坚实的法理支撑。在“三权分置”的产权架构下，借助登记制度达成数据财产权的明确化与公示化，是保障执行程序正当性的关键前提。在程序路径方面，数据财产的强制执行应遵循类型化原则，区分财产型执行与行为型执行。针对金钱债权的执行，需充分运用技术手段，实现数据财产的可查控、可评估与可变价；对于物之交付请求权的执行，应在动产执行规则的基础上，结合数据特性进行适应性调适；对于行为请求权的执行，则需创新代履行等执行举措，以落实作为或不作为义务。此外，为平衡多方权益，构建形式审查与实质审查相结合的执行异议之诉双轨审查机制十分必要，这有助于在保护债权人利益的同时，防范对案外人数据权益的不当损害。

综上所述，数据财产强制执行制度的发展，不仅需要实体法进一步厘清数据权属，更依赖于程序法在查控、评估、变价等环节作出系统性、精细化的规则响应。唯有实体法与程序法协同推进，方能有效化解数据财产执行中的理论与实践难题，推动执行制度与数字经济发展需求相契合，最终实现数据要素价值释放与当事人权益保障的有机整合。

参考文献

[1] 参见张新宝：《论作为新型财产权的数据财产权》，载《中国社会科学》2023 年第 4 期，第 145 页。

[2] 参见熊丙万、何娟：《数据确权：理路、方法与经济意义》，载《法学研究》2023 年第 3 期，第 65 页。

[3] 陈爱飞：《数据财产权强制执行论》，载《当代法学》2024 年第 3 期。第 73 页。

[4] 同前注[3]。

[5] 参见胡思博：《论对行为请求权的强制执行》，载《法学杂志》2020 年第 11 期，第 32 页。

[6] 王利明：《数据何以确权》，载《法学研究》2023 年第 4 期，第 56 页。

[7] 参见黄忠顺：《案外人排除强制执行请求的司法审查模式选择》，载《法学》2020 年第 10 期，第 122 页。

从“纸面禁令”到“现实盾牌”

——我国人身安全保护令执行的现实困境与完善进路

丁潇潇

丁潇潇律师，北京德和衡（上海）律师事务所合伙人、婚姻家事部主任，业务领域为民商事诉讼（家事为主）、私人法律顾问，同时担任国际争议解决及风险管理协会、内地—香港联合调解中心国际认可专业调解员和调解导师、华东政法大学国际调解研究中心研究员、上海浦东新区非诉讼争议解决中心特邀调解员、浦东新区中泰金融商事调解中心特邀调解员、上海市张江公证处遗产管理人专家库成员、上海市长宁公证处遗产管理人专家库成员、上海市预防未成年人犯罪宣讲团成员、上海市浦东女律联公益律师团成员等社会职务。

摘　要：《中华人民共和国反家庭暴力法》自正式实施至今已满九周年。作为该法的一大突出亮点，人身安全保护令制度以专章规定形式确立，成为了预防与制止家庭暴力的重要法律措施。然而，执行强制力的系统性缺失、人性化需求回应的僵化与滞后、跨部门联动机制的形式化，使得这一纸裁定在具体执行过程中面临着现实困窘，难以真正实现完满的“禁止”与“保护”之立法初衷。为应对人身安全保护令执行的现实难题，应秉持刚性约束与柔性处理统合并进的价值理念：一方面，从明确执行主体架构，构建阶梯式法律责任体系，优化保护令内容的分级与拓展等方面夯实人身安全保护令的“刚性”基石，增强制度的威慑力与强制力；另一方面，探索未成年人利益最大化下的探望权执行模式，建立心理矫治常态化机制，激活社会支持资源的功能发挥，以灌注执行的“柔性”智慧，提升保护的活性与温度。最终打通人身安全保护令执行的跨部门协同脉络，实现该制度在婚姻家事领域的刚性威慑与柔性关怀的有机统一。

关键词：反家庭暴力；人身安全保护令；执行；跨部门联动机制

一、问题的提出：一纸人身安全保护令裁定的“最后一公里”难题

杨女士和丁先生于2017年登记结婚，婚后育有一女一子。然而自2019年起，丁先生便多次对杨女士实施家暴。今年4月10日，杨女士再次遭受丁先生殴打，连同其母亲也一并被打伤，该次家暴事件发生后不久，丁先生强行带走二人年仅三岁的儿子，拒绝告知孩子下落并阻挠杨女士探望。身心俱创的杨女士于4月14日被迫携女儿搬离共同住所分居，并随后向法院提起离婚诉讼。

笔者在办理这起案件过程中，根据当事人杨女士的实际情况，通过对家暴时间线及照片、报警记录与回执、验伤通知书、家庭暴力告诫书、行政立案告知书等一系列有力证据的细致梳理，成功为杨女士申请到人身安全保护令。该裁定明确禁止丁先生对杨女士实施家暴，并禁止其藏匿婚生子，同时责令丁先生如实告知儿子具体地址并协助配合杨女士行使探望权（每周可探望一次，每次不得低于三个小时）。

然而，这一纸裁定在执行中却屡遭阻碍。裁定生效后，丁先生仍持续阻挠探望，不仅将探望时间严格限制于裁定所书的最低三个小时，更仅允许杨女士在他租住的郊区附近派出所内进行探望，此外，丁先生及其父母多次在探望过程中、在孩子们目睹下，辱骂杨女士、激化争执，严重破坏母子相处环境，致使杨女士与孩子均承受了二次心理创伤。目前该案仍处于一审诉讼过程中，且人身安全保护令的六个月有效期即将届满，鉴于当事人杨女士仍面临受家暴的现实危险，笔者将依法协助其申请保护令的延长或变更，以维护其合法权益。

无论是裁定书作出后申请人仍面临家暴的现实风险，抑或探望权行使过程中受到的种种阻滞，均投射出人身安全保护令在个案执行中所遇的深层次困境。人身安全保护令制度的有效运行是一个系统工程，不止于文书作出，也不仅是执行完毕，唯有切实解决“最后一公里”的实际问题，才能使人身安全保护令不沦为“法律白条”，真正彰显其所蕴含的威慑力与保护力。有鉴于此，本文将系统梳理我国人身安全保护令的制度演进与性质厘定，统计总结我国相关司法实践数据，深入剖析人身安全保护令在执行阶段面临的现实挑战。在此基础上，借鉴美国、我国台湾地区的司法经验以及我国内地部分地区的有益探索，围绕人身安全保护令执行，提出刚性约束与柔性处理统合并进的完善价值理念，从夯实“刚性”基石、灌注“柔性”智慧、打通协同脉络等维度提出建议，以期为提升人身安全保护令的实际执行效果提供参考。

二、我国人身安全保护令的制度演进与性质厘定

（一）我国人身安全保护令制度的规范脉络

我国人身安全保护令制度最早可追溯至2008年最高人民法院中国应用法学研究所发布的《涉及家庭暴力婚姻案件审理指南》[①]（以下简称《指南》）。作为中国大陆地区首部针对家庭暴力婚姻案件的司法指导文件，《指南》在“第三章 人身安全保护措施”中首次界定了“人身安全保护裁定”这一民事强制措施的含义，明确其作为离婚诉讼附属程序的定位，并列举了裁定的主要内

① 参见《涉及家庭暴力婚姻案件审理指南》，最高人民法院2018年3月发布。

容等，虽然《指南》并未明确人身安全保护裁定的执行机关，但规定了辖区公安机关的保护义务以及人民法院的监督义务。[①]尽管《指南》仅可作法官裁判书中论证说理的素材，但其事实上创设了我国人身安全保护令制度的初步构造。

2012年修改的《中华人民共和国民事诉讼法》规定了“责令其作出一定行为或者禁止其作出一定行为”的行为保全制度，这为人身安全保护令后续写入专门法律奠定了重要立法基础。2016年1月最高法发布《关于确定人身安全保护令案件及其类型代字的通知》[②]，至此人身安全保护令案件作为独立程序拥有其专门代字。同年3月，《中华人民共和国反家庭暴力法》（以下简称《反家暴法》）正式实施，宣告人身安全保护令制度正式入法。6月最高法又发布《关于人身安全保护令案件相关程序问题的批复》[③]，明确人身安全保护令案件不收取诉讼费用、不需要提供担保、可以比照特别程序进行审理、审理与复议组织等问题，2022年《最高人民法院关于办理人身安全保护令案件适用法律若干问题的规定》（以下简称《人身安全保护令司法解释》)这一司法解释的出台，明确了人身安全保护令案件的程序独立性，界定了家暴的具体形式和证据种类，加大了对违反保护令行为的司法惩治力度等等。此外，《中华人民共和国民法典》第九百九十七条规定了人格权侵害禁令制度，作为一项适用范围覆盖受人格权侵害的所有民事主体的普适性救济制度，其效力也当然及于专门针对家庭成员人格权侵害的人身安全保护令。

在中央立法框架指引下，人身安全保护令制度的推行也在地方层面全面铺开。截至2025年9月，全国大陆31个省市地域范围内均有发布涉人身安全保护令相关的地方司法文件或地方其他文件，而重庆早在2019年便率先制定了人身安全保护令制度的专门性规范。[④]

（二）人身安全保护令的定义与性质

我国《反家暴法》《人身安全保护令司法解释》等法律规范均未对人身安全保护令作明文释义，但结合人身安全保护令的制度目的、保护范围、行权方式、法律效果等相关条文，我们可将人身安全保护令定义为：为保护遭受家庭暴力或者面临家庭暴力现实危险的家庭成员或其他共同生活的人的合法权益，法院依据申请作出的禁止加害人在一定时期内为一定行为或责令加害人在一定时期内为一定行为的民事裁定。

人身安全保护令集强制性、救济性、预防性、非讼性、独立性等特性于一身，这些特性共同塑造了其独特的法律属性，具体从实体法与程序法两个维度展开阐述：

1．实体法属性：家事领域中的特殊人格权禁令

尽管人身安全保护令制度在我国立法上早于人格权禁令而确立，但从制度内涵与法理逻辑上看，人格权禁令实则是对人身安全保护令的抽象化与一般化：在保护主体上，人格权禁令突破了家庭成员或与之共同生活的人的特定范围，涵盖所有民事主体(包括自然人、法人、非法人组织)；在保护对象上，虽然人身安全保护令保障的也是申请人人格权，[⑤]但人格权禁令将人身安全保护令

① 参见《涉及家庭暴力婚姻案件审理指南》第36条。
② 参见《最高人民法院关于确定人身安全保护令案件及其类型代字的通知》（法〔2016〕37号），自2016年3月1日起施行。
③ 参见《最高人民法院关于人身安全保护令案件相关程序问题的批复》（法释〔2016〕15号），自2016年7月13日起施行。
④ 参见《重庆市高级人民法院人身安全保护令工作指引》，自2019年11月25日起施行。
⑤ 参见林建军：《人身安全保护令的性质与内容》，载《法律适用》2022年第7期，第35–36页。

的禁止施暴、禁止接触、责令迁出等具体行为禁令扩张为针对一切侵犯生命权、身体权、健康权行为的普遍性救济。人身安全保护令在实体法属性上可被视为人格权禁令在家事领域的具体化与特殊化适用，[①]其制约范围涵盖已然发生的及未来可能实施的、具有现实发生危险的不法家庭暴力侵害行为，是区别于事后惩罚的具有预防性的司法救济措施。

2. 程序法定位：带有对抗色彩的独立非讼程序

人身安全保护令具有典型非讼性特征，其制度初衷并非旨在最终裁断对立两方之间的实体权益讼争（如婚姻关系是否解除、子女抚养权归属、夫妻共同财产分割等），也并不影响离婚诉讼中对于家暴的审查认定，而侧重于为正处于家暴现实危险的受害人提供一道及时、有力的防护屏障。然而，作为保护家暴受害人的一项具有国家强制力的特殊制度安排，人身安全保护令在核发过程中也不可避免地存在一定的类实质的对抗色彩，这种类实质对抗表现在人身安全保护令的裁定仍需要初步考量家暴危险的存在可能，申请人须就“遭受家庭暴力或者面临家庭暴力的现实危险”这一事实承担达到“较大可能性”标准的举证责任。

此外，与必须依附于诉讼程序的保全制度不同，人身安全保护令在程序上具有独立性，其申请、裁定与签发均构成自足法律程序，均无需以提起离婚诉讼或其他民事诉讼为前置条件，人身安全保护令的独立性根本彰显了该制度优先干预、快速保护的核心立法价值追求。

三、我国人身安全保护令的执行困窘

（一）我国人身安全保护令相关司法实践数据检视

人身安全保护令自 2016 年正式入法以来，至今已施行超过九周年。九年间，该制度在预防和制止家庭暴力，依法保护家庭成员特别是妇女、未成年人、老年人、残疾人合法权益方面发挥了不可替代的作用。然而，从司法实践的统计数据来看，人身安全保护令的实际适用效果似乎与其立法预期存在一定差距。

图 1[②③]：2016 年 3 月至 2024 年全国法院审理家事案件与签发人身安全保护令数量

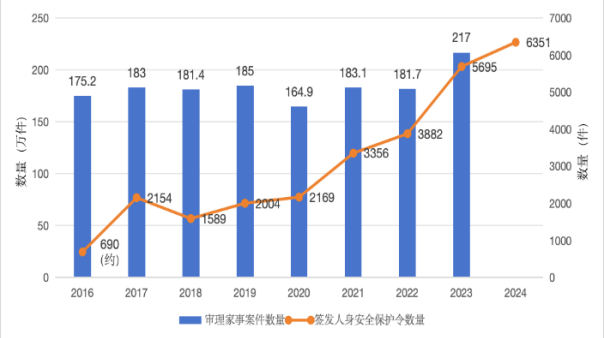


表 1[④]：2016 年至 2024 年全国法院人身安全保护令签发增长率及签发量占家事案件数量比例

年份	人身安全保护令签发增长率	签发量占家事案件数量的比例
2016	/	0.04%
2017	212.17%	0.12%
2018	−26.23%	0.09%
2019	26.12%	0.11%
2020	8.23%	0.13%
2021	54.73%	0.18%
2022	15.67%	0.21%
2023	46.70%	0.26%
2024	11.52%	/

① 参见安琪：《人身安全保护令制度运行的实证考察与优化路径》，载《前沿》2024 年第 3 期，第 96 页；参见葛媛媛：《人格权侵害禁令的实务要点与裁判规则》，载《人民法院报》2024 年 8 月 8 日第 7 版。

② 数据来源：相关年份《最高人民法院工作报告》，载最高人民法院官网。

③ 注：《最高人民法院工作报告——2025 年 3 月 8 日在第十四届全国人民代表大会第三次会议上》未公布 2024 年全国法院审理家事案件数。

④ 数据来源：相关年份《最高人民法院工作报告》，载最高人民法院官网。

从全国法院审理家事案件与签发人身安全保护令的相关实际情况来看，全国法院人身安全保护令的签发数量总体呈现稳步增长趋势，反映出该制度在我国家事领域权益保障的法治实践中正不断向前推进。然而，若将其置于全国家事案件审理总量观察，则可见其实际适用比例仍显著偏低。我国家事案件年审理量基本保持在 180 万件左右，并已于 2023 年突破 200 万件，尽管家事案件并非均存在家庭暴力问题，且包含与婚姻纠纷无关的赡养、继承案件等，但人身安全保护令年签发数量仍不足家事案件审理总量的千分之三。这一比例深刻揭示出，在家暴仍具有一定隐蔽性的现实背景下，人身安全保护令制度的实际发挥仍远未达到其应然目标。

图 2[①②]：2016 年 3 月至 2024 年上海法院人身安全保护令受理与核发情况

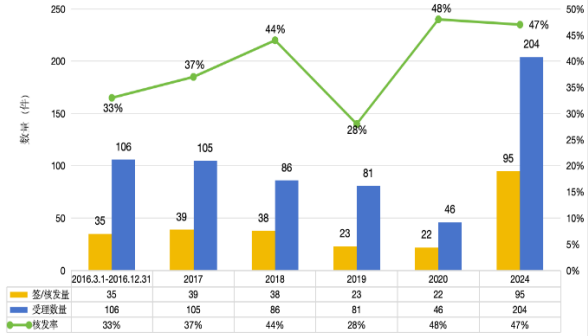
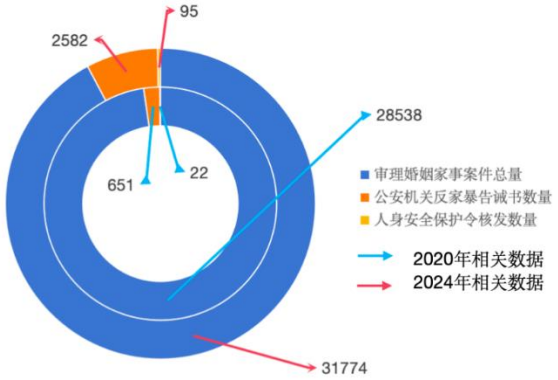


图 3[③]：2020 年与 2024 年上海反家暴相关数据情况



据 2023 年《国务院关于反家庭暴力工作情况的报告》，全国各级法院人身安全保护令总体签发率已从 2016 年的 52.0%显著提升至 2022 年的 77.6%。[④]然而，地区间签发率不均衡问题突出。聚焦上海，上海法院人身安全保护令签发率未达到 50%，与全国整体水平存在明显差距。尽管 2024 年上海法院人身安全保护令受理量较之 2020 年增长 92.5%，核发量更是大幅增长 331.8%，但其受理量仍仅占当年家事案件总量的 0.64%，核发量占比更是低至 0.3%。若进一步对比公安机关出具的反家暴告诫书数量，人身安全保护令核发量仅占反家暴告诫书出具数量的 3.7%。[⑤]作为常住人口达 2480.26 万人[⑥]、年均 2.8 万件家事案件审

① 数据来源：相关年份《上海市高级人民法院工作报告》，载上海市高级人民法院官网；《上海市妇女儿童权益司法保护工作白皮书》，载微信公众号“上海女性”，“重要发布！5 年，脚步自有回声”，2025 年 3 月 28 日上传；《家暴非家事，〈反家暴法〉实施一周年，上海已发出人身安全保护令 35 件》，载上观新闻，2025 年 9 月 30 日访问，https://www.jfdaily.com/staticsg/res/html/web/newsDetail.html?id=46024；《为平发布 | 反家暴法施行 8 周年，北京为平妇女权益机构发布最新监测报告》之系列检测报告—地方篇《上海反家暴实施状况考察》，载北京为平文化有限公司官网，2025 年 9 月 30 日访问，http://www.equality-beijing.org/editor/attached/file/20240307/20240307210433_2678.pdf；《高校女教师遭博士丈夫家暴，保护令如何助她脱困？》，载微信公众号“上海杨浦法院”，2019 年 3 月 8 日上传；《上海市妇女儿童权益司法保护工作白皮书（2019 年度）发布》，载人民网，2025 年 9 月 30 日访问，http://sh.people.com.cn/n2/2020/0408/c134768-33935027.html。

② 注：仅 2018 年至 2022 年，上海市高级人民法院在每年的工作报告中均会发布上一年上海各级法院人身安全保护令核发的数量，但受理数量仅发布了 2018 年至 2020 年的数据，因此结合可查询到的官方数据，本文对 2021-2023 年上海法院人身安全保护令受理和核发情况不作统计分析。

③ 参见《上海市妇女儿童权益司法保护工作白皮书》，载微信公众号“上海女性”，“重要发布！5 年，脚步自有回声”，2025 年 3 月 28 日上传。

④ 参见《国务院关于反家庭暴力工作情况的报告》，载中国人大网，2025 年 9 月 30 日访问，http://www.npc.gov.cn/npc/c2/c30834/202309/t20230901_431398.html。

⑤ 同上注 13。

⑥ 参见《2024 年上海市国民经济和社会发展统计公报》，载微信公众号“上海统计”，2025 年 3 月 25 日上传。

理总量[①]的特大城市，上海人身安全保护令的实践数据充分显示出该制度在立法预设与实际适用之间存在的显著落差。

（二）我国人身安全保护令执行的现实挑战

人身安全保护令的低受理数与低签发数，仅是其在实践层面遇阻的直接表征，而裁定作出后的具体执行，才是一项司法制度效能接受现实检验的真正开始。人身安全保护令到底是否能为受害人带去切实保护，更直白讲，人身安全保护令是否值得去申请？人身安全保护令毕竟不是“保镖”。这一关乎制度生命力的根本之问，答案最终取决于其执行环节的质量。当我们将目光从纸面流转至具体执行，却发现这份本应充满司法权威与人文关怀的裁定，在具体落实过程中却表现得功能不彰：一方面，执行主体架构模糊与职能虚化、违反保护令的法律责任畸轻、保护令内容的结构性缺陷，导致执行强制力“刚性”不足；另一方面，人身安全保护令执行实践对于受害人人性化需求的回应僵化且滞后，在探望权执行、心理矫治机制、配套措施运作方面关注不足且机制缺位，致使执行过程难显“柔性”智慧。正是这些存在于末端执行的现实梗阻，不仅直接影响人身安全保护令个案执行的效果，更于宏观层面在一定程度上反向侵蚀前端潜在申请人寻求保护令救济的意愿与信心，是制约人身安全保护令制度功能的根本障碍之一。

1.“刚性”不足：执行强制力的系统性缺失

（1）执行主体架构模糊与职能虚化

《反家暴法》第三十二条确立了我国人身安全保护令由人民法院执行，公安机关及村（居）民委员会协助执行的执行主体体系，但该种模式在实际执行中已暴露出主体架构模糊及职能虚化的问题。

人民法院作为人身安全保护令的受理与签发机关，还被法律赋予了执行主责。根据全国人大常委会法工委社会法室的观点，《反家暴法》第二十九条第（一）、（二）项禁令系在其他法律规定之外增设的行为禁止，对被申请人违反该两项禁令的行为由法院依照本法第三十四条予以处罚即可，而第（三）项纯行为作为的迁出令，则由法院强制执行。[②]该种观点事实上存在两个问题：首先，在制度价值上偏离了人身安全保护令以事前预防为核心的初衷，过度依赖事后惩罚；其次，由法院作为所有保护令内容（包括但不限于所列举三项）的主要执行机关，忽视了司法资源与职能的局限性，在审执分立原则的影响下，基层法院本就案多人少，而执行法官或司法警察的职责定位与值休制度也难以匹配人身安全保护令的具体执行。这些因素共同导致由法院主导的事实上的单一执行模式在实践中面临左支右绌的困境。

虽然《最高人民法院、全国妇联、教育部、公安部、民政部、司法部、卫生健康委关于加强人身安全保护令制度贯彻实施的意见》[③]（以下简称《人身安全保护令实施意见》）中已就公安机关、村（居）委及其他有关部门在协助执行中的职责作出原则性指导，但在具体实践中，由于缺乏刚性的程序约束、明确的法律依据以及有效的监督问责，致使相关单位的协助往往流于表面甚至根本搁置。

（2）违反保护令的法律责任畸轻

《反家暴法》第三十四条虽为违反人身安全

① 同上注 13。

② 参见全国人大常委会法制工作委员会社会法室：《中华人民共和国反家庭暴力法解读》，中国法制出版社 2016 年版，第 123 页。

③ 参见《最高人民法院、全国妇联、教育部、公安部、民政部、司法部、卫生健康委关于加强人身安全保护令制度贯彻实施的意见》（法发〔2022〕10 号），自 2022 年 3 月 3 日起施行。

保护令的法律责任予以规定，但该款在实践中存在责任畸轻与适用谨慎的困难，具体而言：其一，训诫对于有家暴事实的被申请人而言不痛不痒，难以形成有效心理威慑；其二，一千元以下罚款在当今人均收入水平下惩戒效果微弱，且将间接损害到作为夫妻共同财产所有者之一的申请人的利益；其三，拘留最长十五日的威慑力也并不足够；最后，虽然《人身安全保护令司法解释》第十二条明确了对于符合条件的违令行为可依据《中华人民共和国刑法》第三百一十三条按拒不执行判决、裁定罪定罪处罚，但“情节严重”这一入罪要件缺乏清晰标准，法官在具体裁量时普遍趋于保守，使该款在保护令追责实践中适用率极低。[①]

（3）保护令内容的结构性局限

我国《反家暴法》[②]及《人身安全保护令司法解释》[③]仅明文列举五种具体措施，可概括为禁止施暴令、禁止接触令、迁出令、禁止信息骚扰令、禁止接近特定场所令。虽有“保护申请人人身安全的其他措施”这一兜底条款，且实践中也存在将诸如子女探望等内容纳入保护令的个案，但显见我国人身安全保护令在法律依据层面的主要保护措施仍仅聚焦于人身安全展开，这使得缺乏明确法律依据的当事人乃至部分法官容易忽视家暴背景下同样紧迫的经济给付、子女探望、行为矫治等衍生现实需求。

此外，人身安全保护令单次最长有效期为六个月，这与我国离婚纠纷的时间周期存在显著错位。我国针对单方主张的离婚诉讼基本倾向于首次不判离，实践中当事人往往需历经两次一审及二审程序（第一次起诉至判决离婚可能长达两年，含两次起诉间隔的 6 个月）。而理论上受害人面临家暴的风险并不会因为诉讼程序的推进而自动消弭，甚至会因财产分割、子女抚养等核心问题的争议而持续升级。尽管受害人可依法申请延长人身安全保护令，但当下立法思维将申请延长的责任完全置于受害人一方，而未能实现向施暴者申请撤销、变更，受害人无需主动续期的转变，这无形中为确存延长需求的当事人增加了程序负担及对结果不确定性的担忧。

2.“柔性”缺位：人性化需求回应的僵化与滞后

（1）涉子女探望权执行的特别困境

在当前人身安全保护令制度规范下，其保护范围往往仅聚焦于家庭成员的人身安全，却未能充分关注到子女探望权实现的问题。首先，法律上未将探望权保障明确列为人身安全保护令的保护措施，实践中仅能依托“保护申请人人身安全的其他措施”这一兜底条款予以间接容纳，这与亲子探望在涉家暴情景下的现实紧迫性与复杂性不相匹配。其次，即便在司法实践中部分裁定对此作出了安排，也往往因缺乏细化规定（事实上在裁定中也不适宜作出细化安排）以及强制的机构协作机制，而严重影响探望权执行的实际效果。正如文章开篇所引介的笔者亲办案件所示，丁先生在人身安全保护令作出后，仍屡屡阻挠杨女士探望儿子，不仅在时间上“机械”遵守裁定下限，更仅允许将探望地点限定在氛围严肃、不适合亲子交流的公安机关内，且在杨女士提出想带儿子前往更符合儿童心理需求的场所一起共度仅有的

① 笔者暂仅查询到三起案例：（1）谭某拒不执行判决、裁定案，参见（2024）新 4002 刑初 72 号判决书；（2）王某辉拒不执行裁定案，参见（2024）粤 0402 刑初 223 号判决书；（3）2025 年被告人王某洲拒不执行裁定案，载微信公众号“豫法阳光”，“河南高院：保护妇女儿童合法权益典型案例”，2025 年 1 月 3 日上传。

② 参见《中华人民共和国反家庭暴力法》第 29 条。

③ 参见《最高人民法院关于办理人身安全保护令案件适用法律若干问题的规定》第 10 条。

相处时光时，也均遭到其坚决拒绝，还让孩子目睹与杨女士争执、对其辱骂的暴力场景。缺乏人性化的探望权执行安排，不仅无法实现其维系亲情的立法本意，反而可能使其沦为控制与伤害的手段，最终使得未成年子女成为家暴纠纷中最无辜的牺牲品。

（2）心理矫治机制的普遍忽视

司法是保障的最后武器，而转变施暴者扭曲心理，使其建立正确认知，才是从源头上真正阻断暴力、化解矛盾，甚至修复情感的关键。在司法威慑的基础上，辅以心理辅导等机制，能够在一定程度上让施暴者停止施暴，让受害者敢于呼救，让孩子树立反家暴意识。然而，虽然《人身安全保护令实施意见》提出村（居）委、妇联、学校等可进行法治教育、社会工作、心理疏导等，但“可以”往往在实践中会演变为“不用”，非强制的规定使具有相关专业优势的部门拥有了推诿、逃避的理由，起码其功能并未充分体现在人身安全保护令个案执行之中。

（3）临时庇护等配套措施的形同虚设

临时庇护所、区域救助管理中心等配套措施本应成为受害人逃离危险家暴环境后寻求安全港湾的资源支撑，然而实践中相关设施几近形同虚设。以上海为例，上海市、区均已建立了反家暴庇护中心等救助场所，然而 2020 年至 2024 年全市救助管理站救助庇护受家暴妇女仅 16 人。[①]形式上完整体系与实际上庇护成效割裂的背后，暴露出相关措施运行的结构性障碍：庇护申请程序较为繁琐，通常须由受家暴侵害的妇女持当地派出所出具的报警证明等向居住地妇联提出书面申请，申请同意后持签发庇护申请书才能至中心入住；且最长入住不超过 10 天的限制，也往往难以满足受害人恢复身心状态、寻找稳定安全住所的时间需要。

3. 协同梗阻：跨部门联动机制的形式化

从规范层面看，立法对于人身安全保护令执行主体架构的模糊与具体职能的虚化导致各部门职责边界不清，协作内容空泛。从实践层面看，信息共享不畅影响对受害者权益的及时干预与持续保障，协助执行标准缺失造成各部门对“协助”内涵有着各自理解，监督考核机制的缺位更使得协作过程缺乏有效约束与内在动力。

现实中人身安全保护令执行的跨部门联动往往停留在文件流转、电话了解、机构挂牌等表面工作，而未能形成真正切入个案要点，产生有效合力，发挥刚性与柔性功能的协同机制。当法条中的主动“应当”在实践中退化为被动“可以”，积极实现“将家庭暴力防控纳入社会治安综合治理体系”[②]的目标就变得愈发道阻且长。

四、刚柔并济：我国人身安全保护令执行的完善进路

“徒法不足以自行”，法律的实施依赖人的执行及配套机制的运转。完善人身安全保护令执行制度，直接关系到家暴受害者切身权益的真实维护与国家公权力救济的公信力。当前，欲破解执行现实困窘，应当在借鉴域外先进经验与我国司法有益探索的基础上，确立刚性约束与柔性处理统合并进的价值理念与完善进路：一方面，通过明确执行主体架构，构建阶梯式法律责任体系，优化保护令内容分级与拓展，以强化制度威慑力与执行力，确保实现真正的“令行禁止”；另一

① 同上注 13。
② 同上注 19。

方面，通过探索合适探望权执行模式，建立心理矫治常态化机制，激活社会支持资源功能，以深入回应家暴受害者的现实多元需求，促进关系修复，实现长远安宁。唯有刚柔并济，方能打通人身安全保护令执行的协同脉络，真正弥合该制度应然价值与实然价值在立法初衷与司法实践中的鸿沟，使人身安全保护令从“纸面裁定”真正成为“现实盾牌”。

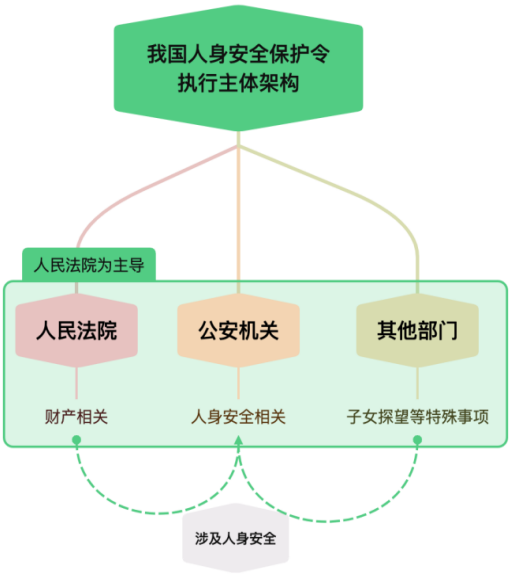
（一）夯实人身安全保护令执行的“刚性”基石

1. 明确执行主体架构

明确人民法院为主、公安机关及其他有责部门为辅的执行主体体系，并依据人身安全保护令具体内容予以分类执行。

对于不同保护令所涉权益内容的划分执行，具体可借鉴我国台湾地区的司法经验进行完善：人民法院对于财产查封、扣押、冻结等权限优势决定其适于执行财产类保护令，因而关于不动产的用益物权处分及金钱给付等，由法院负责强制执行；[①]公安机关的职能定位与工作机制能够为申请人人身安全提供较为及时的保护，鉴于部分动产给付可能需当事人当面交接，有引发冲突的现实风险，可借鉴台湾地区经验由公安机关负责此项执行，[②]或者统一划归到法院职责范围并由公安机关从旁协助；涉及子女探望、临时照料等特殊保护令的执行，则由民政、妇联等相应主管部门具体落实；[③]其他部门负责执行的保护令措施如在执行中可能涉及人身安全的，必要时得请求公安机关协助。[④]为有效落实分类执行，法院在向有关组织送达保护令裁定的同时，应一并送达载明具体协助执行内容的协助执行通知书，将原则性的协助义务转化为有切实根据的工作指引，确保各执行主体的主动性与联动性。

图 4：我国人身安全保护令执行主体架构建议框架图



2. 构建阶梯式法律责任体系

完善多层次惩戒措施，构建阶梯式法律责任体系，增加刑事追责标准适用空间。

一是应当提高财产罚力度并明确责任主体，建议提高罚金上限，参照各地城镇居民人均可支配收入设定比例区间，同时应明确罚金须以违令者个人财产承担。二是可借鉴贵州、[⑤]江苏、[⑥]上

① 参见我国台湾地区《家庭暴力防治法》第 21 条第 1 款第 1 项：不动产之禁止使用、收益或处分行为及金钱给付之保护令，得为强制执行名义，由被害人依强制执行法声请法院强制执行，并暂免征收执行费。

② 参见我国台湾地区《家庭暴力防治法》第 22 条第 1 款：警察机关应依保护令，保护被害人至被害人或相对人之住居所，确保其安全占有住居所、汽车、机车或其他个人生活上、职业上或教育上必需品。

③ 参见我国台湾地区《家庭暴力防治法》第 21 条第 1 款第 2、3、4 项：二、于直辖市、县（市）主管机关所设处所为未成年子女会面交往，及由直辖市、县（市）主管机关或其所属人员监督未成年子女会面交往之保护令，由相对人向直辖市、县（市）主管机关申请执行。三、完成加害人处遇计划之保护令，由直辖市、县（市）主管机关执行之。四、禁止查阅相关信息之保护令，由被害人向相关机关申请执行。

④ 参见我国台湾地区《家庭暴力防治法》第 21 条第 2 款：前项第二款及第三款之执行，必要时得请求警察机关协助之。

⑤ 参见《贵州省反家庭暴力条例》第 34 条。

⑥ 参见《江苏省反家庭暴力条例（2025 修正）》第 50 条。

海[①]等地的先行立法或司法经验，引入信用惩戒机制，对违令者形成多维度威慑。三是明确违反人身安全保护令适用拒不执行判决、裁定罪的适用标准。美国通过判例法将非法接触、[②]通讯骚扰、[③]隐匿儿童、[④]破坏财产、[⑤]殴打攻击[⑥]等具体行为明确为藐视法庭罪以惩戒违令行为，我国台湾地区则专门设置违反保护令罪但同样将具体情形予以罗列，[⑦]我国法律可通过司法解释以“列举+兜底”的形式将典型违令行为及程度明确为符合拒执罪“情节严重”之客观标准，为法官提供相对清晰的界定尺度，以真正激活该罪在违反人身安全保护令追责中的参照适用。法院在具体适用惩戒措施时，应当构建并遵循阶梯式责任体系，根据违令行为的性质、频率及程度，从训诫、罚款等初步教育警示手段，逐步升级至信用惩戒、司法拘留等强制制裁，并以刑事追责作为对严重违令行为的终极惩处。

3. 优化保护令内容的分级与拓展

建议依据家暴的恶性程度及申请人权益因此遭受或面临危险的紧迫程度，构建分层分类的保护令体系。

在保护令层级设置上，建议将其划分为紧急保护令（临时保护令）与一般保护令。无论是美国抑或我国台湾地区，都设置有不同时效的保护令分层机制，[⑧]也相应存在紧急情况下的特殊程序安排，[⑨]且一般性保护令的有效期均可达一年。[⑩]借鉴比较法经验，考虑我国现实家事纠纷的审判程序，以及司法实践中有意扩大有效期的部分尝试，[11]应当完善更为科学合理的保护令分级制度及相应程序。

在保护令具体内容层面，建议通过立法解释明确扩充法院可裁决的保护令具体措施类型。我国台湾地区关于保护令措施的立法设计较为成熟，不仅包括禁止施暴、禁止联络、强制迁出、禁止

① 参见王超、张硕洋：《寻女记》，载微信公众号“上海高院”，2025 年 10 月 10 日上传。

② See Siggelkow v. State, 731 P.2d 57 (Alaska 1987)；See People v. Allen, 787 P.2d 174 (Colo. App. 1989);See Ascencio v. Virgin Islands, No. 2007/0013, 2010 WL 9532347 (D.V.I. Nov. 10, 2010).

③ See People v. Lucas, 170 Ill. App. 3d 164, 524 N.E.2d 246 (1988).

④ See Sheppard v. Fairman, No. 93 C 1839, 1993 WL 427451 (N.D. Ill. Oct. 21, 1993).

⑤ See Ascencio v. Virgin Islands, No. 2007/0013, 2010 WL 9532347 (D.V.I. Nov. 10, 2010).

⑥ See United States v. Dixon, 509 U.S. 688, 113 S. Ct. 2849, 125 L. Ed. 2d 556 (1993).

⑦ 参见我国台湾地区《家庭暴力防治法》第 61 条：违反法院依第十四条第一项、第十六条第三项或依第六十三条之一第一项准用第十四条第一项第一款、第二款、第四款、第十款、第十三款至第十五款及第十六条第三项所为之下列裁定者，为违反保护令罪，处三年以下有期徒刑、拘役或科或并科新台币十万元以下罚金：

一、禁止实施家庭暴力。

二、禁止骚扰、接触、跟踪、通话、通信或其他非必要之联络行为。

三、迁出住居所。

四、远离住居所、工作场所、学校或其他特定场所。

五、完成加害人处遇计划。

六、禁止未经被害人同意，重制、散布、播送、交付、公然陈列，或以他法供人观览被害人之性图像。

七、交付或删除所持有之被害人性图像。

八、删除或向网际网络平台提供者、网际网络应用服务提供者或网际网络接取服务提供者申请移除已上传之被害人性图像。

⑧ 美国将民事保护令分为最长 14 天的暂时保护令和一年的通常保护令；我国台湾地区将民事保护令分为暂时保护令与通常保护令，其中将暂时保护令进一步细分为紧急保护令与一般保护令。

⑨ 如我国台湾地区紧急保护令的核发时间不得超过四小时，且证明受家暴急迫危险的证明要求与形式较为宽松，参见我国台湾地区《家庭暴力防治法》第 16 条第 4 款：法院于受理紧急保护令之声请后，依声请人到庭或电话陈述家庭暴力之事实，足认被害人有受家庭暴力之急迫危险者，应于四小时内以书面核发紧急保护令，并得以电信传真或其他科技设备传送紧急保护令予警察机关。

⑩ 如美国加利福尼亚州 DVRO（Domestic Violence Restraining Order）的最长时效期为五年，参见 Cal. Fam. Code § 3044 (West)；参见我国台湾地区《家庭暴力防治法》第 15 条第 1 款：通常保护令之有效期间为二年以下，自核发时起生效。

11 笔者查询到司法实践中存在将人身安全保护令有效期设定为 12 个月的案例，参见（2018）黔 0628 民保令 1 号裁决书、（2020）浙 0225 民保令 2 号裁决书、（2021）甘 0602 民保令 1 号裁决书、

出入特定场所等一般人身安全保护内容，还涵盖禁止行使不动产用益物权，保障必需品使用权，给付租金、抚养费，赔付医疗费等必要经济措施，以及暂时监护权、暂时探望权等涉未成年子女相关措施，同时还考虑到了心理矫治相关的加害人处遇计划，和申请人性隐私保护有关的禁止传播或强制交付、删除性影像措施，等等。结合我国实践现实需求与法律进程，建议至少增加财产处分禁止令及临时生活费、抚养费、教育费支付令，必要费用赔偿则可留待后续诉讼解决，也应将实践中子女探望权等现实需求纳入条文明确，回应申请人经济、情感层面的现实需求。

（二）灌注人身安全保护令执行的“柔性”智慧

1. 探索未成年人利益最大化下的探望权执行模式

以温暖陪伴驱散创伤阴霾，探索未成年人利益最大化下的探望权执行模式。可借鉴温州龙港市“易探帮”儿童探视权志愿服务机制，建立由社工、心理咨询师、家庭教育指导师、律师、教师等组成的“助探员”和“陪护员”队伍，由“助探员”负责直接联系双方当事人并确定探望安排明细清单，“陪护员”作为探望监督人在探望时全程陪护，志愿人员在“浮动期”“观察期”“巡察期”三个阶段持续跟踪介入、引导帮扶，形成无障碍、促沟通的探望服务机制。[①]同时亦可参考佛山市顺德区人民法院的做法，[②]通过对探望全程的云记录留痕，为后续可能的保护令延长、抚养权变更等诉求固定有力证据。

2. 建立心理矫治的法定地位与常态化运行机制

将心理矫治作为人身安全保护令执行的法定措施，并建立常态化运行机制。

人身安全保护令只是以国家强制力为受害者阻隔现实风险的临时防护屏障，其有效期终会届满，但深植于施暴者内心的暴力倾向与歧视观念却难以随之转变，唯有从认知上真正教化，才能从根本上遏止暴力的发生。因此建议学习域外经验，将具有积极辅导教育和治疗疏解色彩的加害人处遇计划[③]或认知行为矫治（Cognitive Behavior Treatment）[④]纳入人身安全保护令制度中，纠偏施暴者的暴力倾向与控制欲，帮助受害人摆脱受虐妇女综合征的心理困境，增强其依法维权的意识与勇气，引导目睹暴力未成年的心理成长。具体实施可以法院签发人身安全保护令时，同步发出家庭教育指导令的配合机制，实现两令功能的有效衔接，真正发挥家事司法制度的愈疗与修复功能。

3. 激活社会支持资源的功能发挥

强化资源整合与配置，在执行人身安全保护令内容之外激活社会支持机制的功能发挥。

建议各地组建涵盖公安、妇联、社工、心理咨询、法律援助等人员构成的24小时家暴求助一站式咨询服务平台，确保受害者第一时间获得相应专业指导。优化临时庇护所申请流程，合理延长庇护期限，并引入医疗康复、社会救助、就业援助等必要社会资源，为当事人提供临时生活安置与过渡性经济援助，并助其融入社会与生活重

① 参见《喜报！龙港省级“金奖”+1！》，载微信公众号“龙港发布”，2024年12月6日上传。
② 参见《顺德法院这一招，让离婚后探望子女不再“扯皮”！》，载微信公众号“佛山市顺德区人民法院“，2024年5月22日上传。
③ 参见我国台湾地区《家庭暴力加害人处遇计划规范》第三条：前点第一款至第三款之处遇计划执行机关（构），得依其专业人力与执行能力，施行下列各款处遇计划项目，并得合并数项目为之：（一）认知教育辅导。（二）亲职教育辅导。（三）心理辅导。（四）精神治疗。（五）戒瘾治疗。（六）其他辅导、治疗。
④ See 18 U.S.C.A. § 3635 (West).

建。持续推进反家庭暴力法治宣传，加强公众普法并重点面向基层执法人员开展相应培训，以提升应对家庭暴力事件的处置能力。

（三）打通人身安全保护令执行的协同脉络

除了在规范层面明确相关单位的职能内容与协作标准外，完善信息共享与监督回访，方能系统打通人身安全保护令执行的协同脉络，实质性推动“全链条防治家庭暴力”社会综合治理目标的实现。

在信息共享层面，建议充分运用大数据模型等人工智能技术，构建高效的信息联动平台。吸收上海“涉家暴信息沟通共享机制”应用场景、[①]合肥“一案三推”机制[②]等有益经验，由法院对每一起人身安全保护令核发案件建立电子专档，并将案件信息通过平台安全加密及时推送至同级公安机关、妇联组织、综治中心及当事人属地村（居）委会等单位。同时还可通过模型交叉分析历史报警记录、社区调解档案、法援中心咨询信息等数据，主动筛查尚未申请人身安全保护令但具有受家暴较高风险的当事人，并由首接单位及时联系，按需依法进行受理与转介，实现家暴行为的早期干预。

在跟进回访与监督考核层面，应当明确由妇联、村（居）委、社工等部门具体承担跟进与回访的职能，且应就受害人人身安全、心理状态、未成年人探望及成长环境、暂时经济情况、加害者违令行为等作实质了解。同时应当明确申请人有权对人身安全保护令具体执行部门的履职情况进行评价并反馈至上级主管部门或法院，进而形成外部监督与内部问责的监管合力。

五、结语

家事执行从来不是“胜负之争”，执行完毕也绝非终极目标。在人身安全保护令案件的执行中，我们既要以法律威慑之“刚”作为和平对话的保障，也需要以人性执行之“柔”促进情感认同的形成，禁止有力度、执行有温度才是家事执行的价值导向。今年正值联合国 95 世妇会在北京召开三十周年，我国人身安全保护令制度入法也已然迈进第十年，为落实《行动纲领》中“采取综合措施预防和消除对妇女的暴力行为”之战略目标，我国应当就人身安全保护令执行所凸显的刚性不足与柔性缺位的现实问题作出更多积极改变，以实现人身安全保护令执行乃至预防和制止家庭暴力整体工作的协同，为营造和睦、文明、平等的家庭与社会氛围，“加速妇女全面发展新进程，共同创造人类更加美好未来”贡献出中国智慧。

参考文献

[1] 季凤建:《刍议人身安全保护令的执行》，载《人民司法（应用）》2016 年第 10 期。

[2] 李瀚琰:《论人身安全保护令执行体系与中国立法的完善》，载《妇女研究论丛》2017 年第 6 期。

[3] 慎先进、王海琴、陈月：《我国〈反家庭暴力法〉中人身安全保护令制度的困境与出路研究》，载《三峡大学学报（人文社会科学版）》2019 年第 5 期。

[4] 吴景丽、王丹：《〈关于办理人身安全保

① 参见胡蝶飞：《儿子长期辱骂并精神暴力母亲，上海法院签发保护令外，还做了这件事》，载微信公众号“上海法治报”，2025 年 9 月 28 日上传。

② 参见《【一线传真】人民公安报头版点赞安徽这个派出所！》，载微信公众号“警苑心语”，2025 年 8 月 12 日上传。

护令案件适用法律若干问题的规定〉的理解与适用》，载《人民司法》2022 年第 22 期。

[5] 苏名远:《人身安全保护令对青少年群体的救济分析——以上海司法实践为视角》,载《北京青年研究》2022 年第 4 期。

[6] 林建军:《人身安全保护令的性质与内容》,载《法律适用》2022 年第 7 期。

[7] 王丹:《人身安全保护令制度若干实践问题探析》，载《法律适用》2022 年第 7 期。

[8] 吴宇、柯汝、李秋瑜:《人身安全保护令的立法缺陷及完善建议——兼议人身安全保护令的首部司法解释》，载《萍乡学院学报》2023 年第 1 期。

[9] 安琪:《人身安全保护令制度运行的实证考察与优化路径》，载《前沿》2024 年第 3 期。

[10] 杜启顺:《我国〈反家庭暴力法〉的实施困境与法律纾解》，载《北京行政学院学报》2024 年第 5 期。

[11] 杨惠琪、胡宇童:《人身安全保护令的实施困境与完善》，载《社会科学论坛》2025 年第 1 期。

[12] 王育红:《人身安全保护令制度司法适用困境与破解——以中国裁判文书网 195 份裁定书为分析样本》,载《河北法学》2025 年第 2 期。

在美国投资设立航空公司的法律政策分析

——以美国境外投资者视角

黄振达、张　馨、黄　澄

黄振达 法学硕士、经济学博士，北京市律师协会涉外律师人才库律师、第十二届交通运输法律专业委员会委员。在航空产业投资和航空运营业务、“一带一路”国际贸易及跨境服务、境内民商事争议解决及企业重组与破产等多领域具有丰富经验。黄律师连续 4 年荣膺英国《钱伯斯全球指南》《钱伯斯大中华区法律指南》航空：金融领域领先律师；荣获《商法》The A-List 法律精英 2024-25：律界精锐（中国）；入选英国权威法律媒体 Corporate INTL 杂志年度评奖《2023 年度名人录》；牵头律所航空法律服务专业，荣膺 2022 年度、2025 年度《商法》卓越律所大奖。

张　馨 律师具备法律财务复合专业背景，曾于某国际会计师事务所从事审计业务工作。自 2021 年参加律师工作以来，张馨律师主要执业领域为航空航天、跨境投资并购及境内外民商事仲裁。在航空领域，张馨律师广泛参与了各类飞机、发动机和航材的租赁、融资及买卖交易，熟悉飞机行业的境内或跨境融资、飞机退租、维修、拆解、机场建设及管理等各类法律问题。近些年，张律师陆续担任了上海飞机客户服务有限公司、中国商用飞机有限责任、内蒙古航空旅游投资（集团）有限公司、天骄航空有限公司等航空业国有企业、民营企业的常年/专项法律顾问。

黄　澄 美国华盛顿大学政治经济学系国际关系学院本科大三在读学生，华盛顿大学连续两年校长奖学金提名奖获得者，北京德和衡律师事务所优秀实习生。

摘　要：对于寻求在美国航空业投资的外国实体而言，理解其独特的双重监管格局至关重要。本论文的核心论点是：美国为航空领域的外国投资者设立了一个双元制监管体系。一方面，州一级的公司法，尤其是在特拉华州、加利福尼亚州等商业友好的司法管辖区，对外国资本持高度开放和鼓励的态度，通常允许外国投资者100%拥有在美国注册的公司实体[①]。另一方面，联邦航空法律则极为严格苛刻，进而构成了外国投资者进入美国航空运营市场的主要且复杂的障碍[②]。

美国联邦政府层面的航空投资限制主要通过两个核心要素来实施强制性监管，其共同构成了审查外国投资的基准：

可量化的“公民身份”测试 (The Quantitative "Citizenship" Test)：该测试明确规定，一家美国航空公司的投票权股份中，外国所有权不得超过25%[③]。此外，对公司的管理层组成也有严格要求，例如公司总裁等必须是美国公民[④]。

可定性的“实际控制权”测试 (The Qualitative "Actual Control" Test)：即使满足了股权比例要求，美国运输部（DOT）仍会进行一项可自由裁量且深入穿透性的审查，以确保航空公司的最终决策权和“实际控制权”掌握在美国公民手中[⑤]。

这种行政监管结构揭示了一个根本性的貌似“政策悖论”，犹如经济学中的“囚徒困境”理论：美国既希望吸引外国资本进入其航空市场，但又坚决拒绝让渡对这一战略性国家资产经营的控制权。州法律的开放姿态传递出“欢迎商业”（Open for Business）的信号，而联邦航空法的严格限制则明确了“禁止指挥”（but Not for Command）的底线。事实上，这一框架并非自相矛盾，而是一个经过精心设计的复杂系统，旨在同时实现吸引国际资本和维护国家安全两个目标。联邦法律的上述根基可追溯至20世纪20年代，其核心驱动力是对国家安全的考量，特别是确保民用航空公司能够服务于国防需求，例如通过“民用后备航空队”（Civil Reserve Air Fleet, CRAF）计划[⑥]。因此，整个监管体系的意图是将外国投资引导至被动或基于资产投资者的角色——例如作为债权人、少数股权股东或飞机资产出租方——同时将“运营控制”的核心权力牢牢地掌握在美国公民手中。

鉴于直接由外国实体控制运营一家美国航空公司在法律上是被禁止的，本论文将重点分析美国联邦法律认可的合规投资结构。这些结构通过将资产所有权与运营控制权相分离，为外国投资者开辟了投资参与美国航空市场的可行路径。主要探讨的两种模式：非公民所有者信托（Non-Citizen Owner Trust, NCT）和飞机干租赁（Aircraft Dry Leasing）。然而理解这些结构则是外国投资者制定成功市场准入战略的关键。

关键词：跨境投资、航空公司、飞机租赁、法规政策

① Active Filings, *FAQs for Non US Residents Incorporating in the USA,* at https://www.activefilings.com/incorporation-services/international-plan/faqs (Last visited on August 30, 2025).

② Fed. Aviation Admin., *Information to Aid in the Registration of U.S. Civil Aircraft,* at https://www.faa.gov/licenses_certificates/aircraft_certification/aircraft_registry/media/Reg-AR-94.pdf (Last visited on August 30, 2025).

③ U.S. Gov't Accountability Office, *U.S. Airlines: Information on DOT's Oversight of and Stakeholders' Perspectives on Foreign Ownership,* at https://www.gao.gov/products/gao-19-540r (Last visited on August 30, 2025).

④ Fed. Aviation Admin., *Information to Aid in the Registration of U.S. Civil Aircraft,* at https://www.faa.gov/licenses_certificates/aircraft_certification/aircraft_registry/media/Reg-AR-94.pdf (Last visited on August 30, 2025).

⑤ *Actual Control of U.S. Air Carriers – Federal Register,* at https://www.federalregister.gov/documents/2006/05/05/06-4227/actual-control-of-us-air-carriers (last visited:on 30, August 2025) .

⑥ GAO-19-540R, *U.S. AIRLINES: Information on DOT's Oversight of and Stakeholders' Perspectives on Foreign Ownership,* at https://www.gao.gov/assets/gao-19-540r.pdf (last visited:on 30, August 2025) .

跨境投资是投资国综合实力的具体体现，也是投资企业文化自信、制度自信的具体实践。近些年伴随国家“一带一路”战略国策的具体实施，中国企业走出国门，出海跨境投资行动计划日渐频繁。从国际贸易到国际服务和国际投资的逐步推广，中国政府与中国企业的实力和信心日渐声隆。本文源自北京商务航空协会的法律咨询课题，中国航空投资企业基于自身业务发展需要，希望能够在美国等发达国家设立自己航空公司，用于建立、对接全球化的服务运营网络，为高端核心客户提供便利一体化的专业品质服务保障。中国企业希望能够以中国企业法人或者中国籍自然人名义在美国设立航空类运输服务企业。基于此，我们团队进行了必要研究，并针对美国航空市场的投资发表如下基本意见和建议，仅供参考。

一、美国联邦法律在法律冲突中的优先原则

美国法律属于英美法系的核心组成部分之一，在美国的法律体系中，州法律与联邦法律之间的关系由宪法中的“至高条款”（Supremacy Clause）所规定，该条款确立了联邦法律是“国家的最高法律”[①]。这一原则催生了“联邦优先权”（Federal Preemption）理论，即当联邦法律在一个特定领域制定了全面且深入的规定时，州法律在该领域将不再适用。对于航空业而言，“联邦优先权”原则具有决定性的影响。

在航空安全领域，美国联邦法律尤其联邦航空法充分体现了“领域占领”优先适用原则。美国国会 1958 年通过的《联邦航空法》（Federal Aviation Act）授予了美国联邦航空管理局（FAA）在航空安全领域极其广泛和深入的权力，从而“占领了该领域”（Occupied the Field）[②]。这意味着各州被明确而含蓄地禁止制定自己单独的或与联邦标准相冲突的航空安全法规。FAA 的监管体系渗透到航空安全的方方面面，从飞机设计、制造的型号认证，到持续的适航要求，形成了一个统一的国家标准[③]。这种统一性对于一个本质上跨州和跨国的航空行业来说至关重要，避免了因各州法规不一而导致的混乱和安全风险。

在美国经济监管领域，例如交通运输部同样体现了“法律冲突”下联邦法律的优先适用原则。联邦优先权同样适用于运输部（DOT）对航空公司的经济监管。当州法律的实施会成为实现联邦目标的障碍时，“冲突优先适用”（Conflict Preemption）原则就会启动[④]。航空公司的运营许可、航线授权以及所有权和控制权的资格审查，均属于联邦政府的专属管辖范围。州政府无权授予一家公司从事商业航空运输的权利，也无权修改或豁免联邦层面的“美国公民”身份要求。

二、美国法律对于航空投资的双元制监管体系

对于外国投资者而言，理解联邦优先权原则的实际意义至关重要。在加利福尼亚州、特拉华州或任何其他州注册成立一家公司，仅仅是完成了一个行政管理上的初始步骤，赋予了该实体法律上的存在资格。这一行为本身，绝对不授予该

① Cong. Rsch. Serv., R45825, *Federal Preemption: A Legal Primer,* at https://www.congress.gov/crs-product/R45825 (Last visited on August 30, 2025).

② David T. Norton, *"Airplane!": Does the Federal Aviation Act Preempt State Law Claims for Personal Injury?,* at https://scholar.smu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4272&context=jalc (Last visited on August 30, 2025).

③ David T. Norton, *"Airplane!": Does the Federal Aviation Act Preempt State Law Claims for Personal Injury?,* at https://scholar.smu.edu/ cgi/viewcontent.cgi?article=4272&context=jalc (Last visited on August 30, 2025).

④ Cong. Rsch. Serv., R45825, *Federal Preemption: A Legal Primer,* at https://www.congress.gov/crs-product/R45825 (Last visited on August 30, 2025).

公司作为航空公司运营的任何权力[①]。运营航空公司的权利则只能由美国 FAA 和 DOT 授予，而正是在联邦政府审批阶段，所有关于外国所有权和控制权的严格限制才会被全面启动审查。

因此，境外投资者不应将过多的战略资源投入到：重点比较不同州公司法的细微差异上，并误认为某个州可能提供进入航空运营市场的“后门”以及优惠税收或者福利政策偏好上来。美国各州注册的公司实体，其真正的角色是一个法律上的“容器”或“载体”（Vessel），用于承载未来可能获得的联邦运营许可（即“航空承运人合格证”）。战略性地选择在哪个州注册公司（例如，特拉华州因其成熟的公司法体系、灵活的公司治理规则和可预测的司法环境而备受青睐[②]），应基于公司治理、税务筹划和法律先例等因素，而非航空运营许可。但是，除此之外的关键核心：航空监管挑战，始终存在于美国联邦政府层面。投资者应当充分认识到上述的双元监管体系，分类进行尽职调查和投资决策。

三、美国法律对于投资人限制的核心：联邦公民身份与实际控制权要求

在美国，关于设立航空公司（包括私人商务包机和医疗专用目的通航类业务）对于投资人国籍要求，是联邦法律的明确规定，而非各州法律。具体而言，美国联邦航空法（Federal Aviation Act）及相关法规对美国航空公司的所有权和控制权做出了严格的限制，旨在确保美国航空运输业由美国公民主导。美国各州法律无权豁免美国联邦政府的法律规定。各州在公司注册和运营方面拥有一定的管辖权，但无权凌驾于联邦法律之上，特别是在航空运输这一受到高度联邦管制的领域。因此，没有任何一个州有法律规定允许外籍投资人超越联邦法律所设定的持股和控制权上限。换言之，即使投资者在对外国投资相对友好的州（如特拉华州）注册公司，该公司若要作为一家美国航空公司运营，仍必须严格遵守联邦层面的国籍要求。无论公司类型（包括但不限于常规航空公司、私人商务包机公司、医疗专用包机公司等），只要是在美国注册、拥有美国登记编号（N 号牌）的航空公司，均适用上述联邦法律限制。

根据美国《联邦航空法》49 U.S.C. § 40102(a)(15)[③]，只有符合美国公民身份或特定永久居民资格的人或企业才能拥有和注册美国国内航空公司的飞机，并且对公司管理层和股权比例有详细限制。具体包括：

总裁及三分之二以上的董事会成员和管理人员必须是美国公民。

至少 75%的投票股权（股份或成员权益）必须由美国公民持有或控制。

航空公司必须处于美国公民的“实际控制”之下。

---

①Fed. Aviation Admin., *Do I need to be a U.S. citizen to get an air carrier license (certificate)?*, at https://www.faa.gov/faq/do-i-need-be-us-citizen-get-air-carrier-license-certificate (Last visited on August 30, 2025).

②IncNow, *Can a Foreign Person or Corporation form a Delaware LLC?*, at https://www.incnow.com/faq/can-foreign-person-corporation-form-delaware-corporation-llc/ (Last visited on August 30, 2025).

③Federal Aviation Act (49 USC 40102: Definitions, sec. a 15, citizen of the United States" means)-

an individual who is a citizen of the United States;

a partnership each of whose partners is an individual who is a citizen of the United States; or

a corporation or association organized under the laws of the United States or a State, the District of Columbia, or a territory or possession of the United States, of which the president and at least two-thirds of the board of directors and other managing officers are citizens of the United States, which is under the actual control of citizens of the United States, and in which at least 75 percent of the voting interest is owned or controlled by persons that are citizens of the United States. (49 U.S.C. § 40102(a)(15))”

外籍人士最多只能持有不超过25%的投票股权，并且不得实际控制公司运营。

这些规定适用于所有类型的美国航空公司，无论是大型商业客运公司，还是专门从事包机、货运或医疗运输的航空公司。其立法目的在于维护国家安全、保障在国家紧急状态下对民用航空的调动能力，以及在国际航空谈判中保持对等的竞争地位。

尽管存在严格的限制，外国资本仍有有限的途径可以投资美国航空公司：

非投票权股份：外国投资者可以持有超过25%的非投票权股份，但在实际操作中，美国运输部（DOT）会严格审查这类投资，以确保外国投资者不会通过其他方式对航空公司施加“实际控制”。

有限合伙企业结构：在某些复杂的股权结构安排下，外国投资者可以作为有限合伙人持有更高比例的经济利益，但同样不能拥有控制权。

（一）美国联邦政府监管航空业投资的重点

美国联邦法律对航空公司的所有权和控制权施加了严格的限制，这是外国投资者必须面对的核心监管障碍。这些限制分为两个层面：明确的成文法规和运输部（DOT）更为宽泛的自由裁量审查。例如针对航空（私人商务包机/空中医疗救援包机）运营业务，美国联邦监管要点集中于：

1. 美国承运人“公民性/控制”

（1）49 U.S.C. § 40102(a)(15) 定义“美国公民”公司（2/3董事与管理层为公民、≥75%投票权为公民、实际运营控制在美国公民手中）。

（2）DOT/FAA在Part 119[①]部/204[②]的适航/资质审查会核对股权与控制结构（含穿透性“实质控制”与10%“重大权益”申报）。

2. 运营/经济许可

做对外收费的包机（Part 135部）或定期航班（Part 121部），除FAA运营合格证外，还要有DOT经济许可[③]，且119.33明确“非美国公民不得作为直接承运人运营[④]”。

3. 空中医疗（Air Ambulance）=Part 135部 + 医疗侧许可

飞行运营层面仍属于Part 135部美国承运人；医疗层面，多数州要求紧急医疗救援EMS机构许可/医疗主任/质量体系等，但这些州许可通常不设国籍限制，例如：

(1)德州：州卫健署（DSHS）EMS机构许可与检查清单（适用于含空中医疗的提供者）[⑤]。

(2)纽约州：NYSDOH“Ambulance Service Operating Certificate”覆盖地面与直升机/固定翼。

(3)加州：州Title 22（第9分册）[⑥]与各县EMS机构政策（例如橙县）要求空中救护遵守联邦/州/地方法规与医疗配置[⑦⑧]。

(4)华盛顿特区：法律要求EMS机构许可；股权变动≥25%需重新许可[⑨]。

① EMS机构需设立医疗主任，负责对机构运

① 14 C.F.R. § 119.33 (2024).
② 14 CFR Part 204 （2024）
③ U.S. Department of Transportation
④ 14 CFR § 119.33（2024）
⑤ Imperial County Public Health Department, *Requirements for Air Ambulance Service Providers*, at https://www.imperialcounty.org/PublicHealth/EMS (Last visited on September 9, 2025).
⑥ Cal. Code Regs. tit. 22, § 100166.03 (2024).
⑦ Imperial County Public Health Department, *Requirements for Air Ambulance Service Providers*, at https://www.imperialcounty.org/PublicHealth/EMS (Last visited on August 30, 2025).
⑧ Orange County Emergency Medical Services Agency, *EMS SYSTEM PLAN*, at https://ochems.org (Last visited on August 30, 2025).
⑨ D.C. Code § 7－2341.03 (2024).

营的医疗监督，医疗主任须为 D.C.执业医师[①]。

② 机构人员必须在医疗主任授权下执业[②]，遵守 D.C.医疗监控体系。

③ EMS 许可申请流程包括提交符合要求的支持文件及缴纳相关费用，申请人可通过 D.C.卫生部门官网获取详尽流程说明[③]。

4. 航空沿岸运输（cabotage）禁令

外国承运人不得在美国境内两点间载客/载货收费（有限紧急豁免申请除外[④]）。

5. 飞机注册（N 号）与非公民信托（NCT）

(1)FAA 要求飞机登记在“美国公民”所有名下[⑤]；

(2)非公民可用非公民信托登记，但这只解决登记问题，不赋予运营为“美国承运人”的资格；FAA 2013 年明确了 NCT 的合规要件/信息披露[⑥]。

① 受托人必须是美国公民；

② 信托文件必须详细披露受益人权益及其限制，确保非公民不直接或间接控制超过 25%受托人权力；

③ 受托人需按 FAA 要求及时提供运营、维护、合规等相关信息；

④ 该政策澄清支持 FAA 监管和安全审查职责，防范非公民规避登记及监控。

（二）美国公民的法律定义

具体而言，美国法律框架下如何定义“美国公民”身份与资格。《美国法典》第 49 篇 40102(a)(15)条对有资格运营美国航空公司的“美国公民”实体进行了精确的法律定义[⑦]。该定义构成了公司实体所有权审查的基石，包含以下几个关键的量化指标：

投票权股份限制：联邦法律明确规定，一家美国航空公司的投票权股份中，外国公民或实体的所有权总和不得超过 25%[⑧]。虽然有的资料提及通过设计架构，公司总股本中外国所有权上限可达 49.9%[⑨]，但在公司治理和控制权问题上，25%的投票权股份上限是决定性的、不可逾越的红线。

管理层构成：美国法律强制要求，公司的总裁/总经理/CEO 必须是美国公民。此外，董事会成员和“其他管理人员”中至少三分之二必须是美国公民[⑩]。这是一个清晰的、没有协商余地的硬性规定。

实体类型：对于合伙企业，法律要求每一位合伙人都必须是美国个人公民。这意味着，任何包含公司或其他商业实体作为合伙人的合伙企业，或任何一位合伙人是非美国公民的合伙企业，都

① D.C. Code § 7–2341.03 (2024).
② D.C. Code § 7–2341.03 (2024).
③ D.C. Department of Health, *EMS Agency Application Process,* at https://dchealth.dc.gov/service/ems-agency-application-process (Last visited on August 30, 2025).
④19 C.F.R. § 122.165 (2024).
⑤ Federal Aviation Administration, *Aircraft Registry*, at https://www.faa.gov/licenses_certificates/aircraft_certification/aircraft_registry (Last visited on August 30, 2025).
⑥ Federal Aviation Administration, *Notice of Policy Clarification for the Registration of Aircraft to U.S. Citizen Trustees in Situations Involving Non-U.S. Citizen Trustors and Beneficiaries*, 72 Fed. Reg. 54203 (September 24, 2007), at https://www.federalregister.gov/documents/2007/09/24/E7-18754/notice-of-policy-clarification-for-the-registration-of-aircraft-to-us-citizen-trustees-in (Last visited on August 30,2025).
⑦49 U.S.C. § 40102 (2018).
⑧ U.S. Gov't Accountability Office, *U.S. Airlines: Information on DOT's Oversight of and Stakeholders' Perspectives on Foreign Ownership,* at https://www.gao.gov/products/gao-19-540r (Last visited on August 30, 2025).
⑨ U.S. Dep't of State, *MEMORANDUM OF CONSULTATIONS (U.S.-Australia Air Transport Agreement),* at https://2009-2017.state.gov/documents/organization/ 114817.pdf (Last visited on August 30, 2025).
⑩Fed. Aviation Admin., *Information to Aid in the Registration of U.S. Civil Aircraft,* at https://www.faa.gov/licenses_certificates/ aircraft_certification/aircraft_registry/media/Reg-AR-94.pdf (Last visited on August 30, 2025).

无法满足公民身份的要求。这使得合伙企业在复杂的航空投资结构中极为罕见的出现且不切实际[①]。

（三）美国航空企业的“实际控制权”原则

仅仅满足上述关于股权和管理层构成的量化标准，并不足以确保获得运营许可。美国交通运输部（DOT）会在此基础上进行更深层次的、定性的审查，以判断公司的“实际控制权”（Actual Control）是否真正掌握在美国公民手中[②]。DOT的“实际控制权”审查是基于个案的具体情况进行的，没有固定的公式。审查人员会深入研究公司的所有相关文件和商业安排，包括但不限于：公司章程、股东协议、商业关系、融资协议以及品牌授权合同等，以评估外国投资者是否能够对公司的商业决策施加不当的、决定性的影响[③]。这种审查的根本目的在于防止外国投资者通过复杂的法律结构，在形式上遵守法规的同时，实质上掌控航空公司的运营。

“实际控制权”原则与国家安全紧密相连。DOT的严格审查确保了美国航空公司能够随时响应国家号召，参与“民用后备航空队”（CRAF）计划。CRAF计划在国家紧急状态下，征用民用飞机以增强军事空运能力，是美国国防战略的重要组成部分[④]。因此，对航空公司的安全、安保以及参与CRAF计划的决策权，被视为不可转让的核心控制权，必须完全且排他性地由美国公民行使[⑤]。这才是美国联邦公法强制性监管的核心诉求所在，投资者不清楚这一根本逻辑，试图通过复杂认为设计或者代持绕开监管，将面临无效、违规的严厉惩罚法律后果。

（四）“实际控制权”案例研究：维珍美国航空的初次申请被拒案

2006年维珍美国航空（Virgin America）的初始运营申请被DOT初步否决的案例，为理解“实际控制权”原则的实际应用提供了一个经典的教科书式范例[⑥]。该案例清晰地展示了DOT如何穿透表面法律结构，探究控制权的实质。

所有权穿透：维珍美国航空的股权结构表面上由一家名为VAI Partners的特拉华州投资公司持有75%的股份，似乎满足了法规要求。然而，DOT的审查发现，VAI Partners的资金主要来源于与维珍集团（Virgin Group）关联的开曼群岛实体，并且维珍集团在其中的角色是积极主动的，而非被动的财务投资者。因此，DOT认定VAI Partners本身并非一个真正的“美国公民”实体，从而判定维珍美国航空的所有权结构不合规[⑦]。

控制权要素：即使所有权问题可以解决，DOT仍然指出了多个显示外国控制权的因素：

①Soar Aviation Law, *Qualifying for U.S. Aircraft Ownership: Not as Simple as it Seems,* at https://soaraviationlaw.com/qualifying-for-u-s-aircraft-ownership-not-as-simple-as-it-seems/ (Last visited on August 30, 2025).

②U.S. Airlines: *Information on DOT's Oversight of and Stakeholders' Perspectives on Foreign Ownership – GAO,* at https://www.gao.gov/products/gao-19-540r (last visited:on 30, August 2025) .

③*Actual Control of U.S. Air Carriers – Federal Register*, at https://www.federalregister.gov/documents/2006/05/05/06-4227/actual-control-of-us-air-carriers (last visited:on 30, August 2025) .

④*Civil Reserve Air Fleet (CRAF)* – EveryCRSReport.com, at https://www.everycrsreport.com/reports/RL33692.html (last visited:on 30, August 2025) .

⑤Dep't of Transp., *Actual Control of U.S. Air Carriers,* 71 Fed. Reg. 26482 (May 5, 2006), at https://www.federalregister.gov/documents/2006/05/05/06-4227/actual-control-of-us-air-carriers (Last visited on August 30, 2025).

⑥David Armstrong, *Virgin America gets the no-go / Government cites foreign ownership; airline plans appeal,* at https://www.sfgate.com/bayarea/article/Virgin-America-gets-the-no-go-Government-cites-2464659.php (Last visited on August 30, 2025).

⑦Danny King, *DOT ruling says Virgin America is a faux American,* at https://www.travelweekly.com/Travel-News/Airline-News/DOT-ruling-says-Virgin-America-is-a-faux-American (Last visited on August 30, 2025).

管理层任命：公司首席执行官（CEO）虽是美国公民，但其任命与职业生涯与维珍集团创始人理查德·布兰森（Richard Branson）有深厚渊源。

创始过程：维珍集团深度参与了维珍美国航空的创建过程，包括制定商业计划、招募高管团队、采购飞机等。

品牌授权：与维珍集团签订的品牌授权协议中包含了过多限制性条款，实质上削弱了维珍美国航空作为独立承运人的商业决策自主权。

融资结构：公司的债务融资主要由维珍集团提供，而美国投资者承担的风险极小，这表明公司的生存和发展在财务上依赖于外国实体，构成了事实上的控制[①]。

维珍美国航空的案例揭示了一个深刻的道理：DOT 的“实际控制权”测试是围绕公民身份法规的一道深邃且具有自由裁量权的“护城河”。它授权监管机构可以超越法律形式，深入探究投资的经济逻辑和运营实质。对于投资者而言，这意味着任何试图通过巧妙的法律工程来“规避”控制权限制的结构，都极有可能被识破并否决。唯一可行的策略，不是挑战或绕开控制权禁令，而是完全接受它，并在此前提下设计合规投资结构，例如将资产所有权与运营控制权进行彻底分离。

四、美国各州法律关于公司注册的基本介绍

尽管联邦法律在航空运营领域占据主导地位，但任何希望在美国运营的航空公司都必须首先在某个州或华盛顿特区注册成立为一个合法的公司实体。这一过程通常被称为“外国实体资格认证”（Foreign Qualification），其主要适用于在美国境外成立的公司主体[②]。本节将重点介绍分析在加利福尼亚州、德克萨斯州、纽约州、特拉华州和华盛顿特区进行公司注册的一般程序和要求。

（一）美国各州注册公司的通用要求

对于一个在美国境外成立的公司，要在上述任何一个司法管辖区获得经营资格，通常需要遵循一套标准程序。这些程序主要由各州的州务卿（Secretary of State）办公室管理，核心要求包括：

指定注册代理人(Registered Agent)：公司必须在计划运营的州内指定一个拥有实体地址的注册代理人。该代理人负责接收法律文书和官方通知[③]。

提交资格申请：公司需要向州务卿办公室提交一份授权申请书或注册声明 39。

提供存续证明：申请时通常需要附上一份由公司原始注册地的政府机构出具的“信誉良好证明”（Certificate of Good Standing）或“存续证明”（Certificate of Existence），以证明该公司在其母国合法存在且状态正常[④]。

名称注册与核准：公司必须确保其名称在该州是唯一的，并且可能需要提前预留该名称[⑤]。

（二）对外国所有权的宽容态度

与联邦航空法严格监管制度形成鲜明对比的

①David Armstrong, *Virgin America gets the no-go / Government cites foreign ownership; airline plans appeal,* at https://www.sfgate.com/bayarea/ article/Virgin-America-gets-the-no-go-Government-cites-2464659.php (Last visited on August 30, 2025).

②IncParadise, *Forming California company as a Non-Resident or Foreigner,* at https://incparadise.net/california/forming-california-company-non-resident-foreigner/ (Last visited on August 30, 2025).

③A Registered Agent Inc., *Delaware LLC for Non-U.S. Residents,* at https://www.delawareregisteredagent.com/delaware-registered-agent/how-to/non-us-delaware-llc-corporation (Last visited on August 30, 2025).

④Cal. Sec'y of State, *Business Entities Frequently Asked Questions,* at https://www.sos.ca.gov/business-programs/business-entities/faqs (Last visited on August 30, 2025).

⑤IncParadise, *Forming California company as a Non-Resident or Foreigner,* at https://incparadise.net/california/forming-california-company-non-resident-foreigner/ (Last visited on August 30, 2025).

是，这些州的《公司法》在股东、董事或高管的国籍问题上普遍持非常友好、开放的态度。通常情况下，州法律不要求公司的股东、董事会成员或高级管理人员必须是美国公民或居民[①]。这意味着，一个100%由外国公民拥有和管理的公司，完全可以在这些州合法注册并获得从事一般商业活动的资格。

美国加州、德克萨斯州、纽约州、华盛顿特区和特拉华州的公司法对于外国人在本地注册并运营航空公司，主要受联邦航空法的限制，而非州公司法单独设限。联邦法律对航空相关企业的外资持股和控制设有严格要求，各州的公司法主要作用于一般公司治理和“业务登记”等领域。特定州（如德州）在不涉及航空运营时，可能会对涉外企业其他类型财产持有采取限制(Texas Senate Bill 17)，但航空运营主体资格权归联邦管理[②]。其主要共性：这些法域的普通公司/LLC一般不要求股东/董事/高管是美国公民或本州居民；通常只要求有本州注册代理人并按需办理“外州公司登记（foreign qualification”。（S公司(Subchapter S)有单独的联邦税收股东公民/居民限制，不适用于C-Corp/LLC）[③]

在加州、纽约州、特拉华州、华盛顿特区等地只要符合法定注册程序，外国人可以注册普通公司（如LLC、C-Corp），但若公司要作为美国籍航空公司获得FAA证照，必须满足联邦关于“美国公民实际控制+国籍比例”的规定。州法不单独对航空企业增加额外国籍或控制权的障碍。值得注意的是德克萨斯州2025最新法案(SB17)或将带来影响。

特拉华州（Delaware）：董事无需股东身份或本州居民；任何人都可设立，但必须有州内注册代理。DGCL § 141(b) + 州公司司FAQ[④]。

加利福尼亚州：法条未设董事居民/国籍硬性要求；章程/细则可自定董事资格；外州/外国公司在加州经营须向州务卿登记。加州公司法§212、州务卿外州实体登记说明[⑤]。

德克萨斯州（含休斯顿）：州法明示“董事不要求本州居民”；谁都可作为发起人/所有人Section 21.403.[⑥]；外州实体在德州经营须注册。[⑦]州务卿FAQ、外州实体登记指引。[⑧]2025年该州新法案主要是针对“指定国家”人士或机构收购地产的限制（如中、俄、伊、朝），这不等同于直接限制航空公司运营权，但影响地产投资和部分固定资产持有[⑨]。

纽约州：公司法对董事的硬性条件主要是“至少18岁”，无居民/国籍要求§102[⑩]。

华盛顿哥伦比亚特区（D.C.）：公司/非营利公司法都写明“董事不必为本区居民，除非章程

①Active Filings, *FAQs for Non US Residents Incorporating in the USA,* at https://www.activefilings.com/incorporation-services/international-plan/faqs (Last visited on August 30, 2025).
②Tex. S.B. 17, 89(R) Leg. (2025).
③Internal Revenue Code § 1361, 26 U.S.C. § 1361 (2018).
④Del. Code Ann. tit. 8, § 141 (2024).
⑤Cal. Corp. Code § 1 (Deering 2024).
⑥Tex. Bus. Orgs. Code Ann. § 1.001 (West 2024).
⑦Tex. Bus. Orgs. Code Ann. § 22.203 (West 2024).
⑧Tex. Bus. Orgs. Code Ann. § 22.203 (West 2024).
⑨Office of the Tex. Governor, *Texas Prohibits Property Ownership from Designated Countries*, at https://gov.texas.gov/news/post/governor-abbott-signs-law-prohibiting-dangerous-foreign-adversaries-from-texas-land (Last visited on August 30, 2025).
⑩N.Y. State Senate, NYS Open Legislation, at https://www.nysenate.gov/legislation (Last visited on August 30, 2025).

另定”[①]。

下表总结了在五个特定司法管辖区为外国（非美国）公司办理资格认证的关键要求。

表 1　外国实体在各州进行公司注册的要求对比

司法管辖区	关键申请文件	是否需要注册代理人?	是否需要母国存续证明?	相关法规（示例）
加利福尼亚州 (CA)	外国公司声明与指定书 (Statement and Designation by Foreign Corporation)	是	是	CA Corp Code § 2102, 2106, 2111 38
德克萨斯州 (TX)	外国营利性公司注册申请表 (Application for Registration of a Foreign For-Profit Corporation)	是	是	TX Bus Orgs § 5.201, 9.001, 9.004 40
纽约州 (NY)	授权申请书 (Application for Authority)	是	是	NY Business Corporation Law § 1301, 1304 42
特拉华州 (DE)	外国公司证书 (Foreign Corporation Certificate)	是	是	Delaware General Corporation Law
华盛顿特区 (DC)	外国实体注册声明 (Foreign Registration Statement)	是	是	D.C. Code Title 29

五、外国投资者在美国投资航空业务的的合规投资路径

鉴于直接控制一家美国航空公司在法律上行不通，外国投资者必须采用更具创造性且完全合规的结构来参与美国航空市场竞争。联邦航空局（FAA）和运输部（DOT）认可的两种主要路径是“非公民所有者信托”（NCT）和飞机租赁，这两种方式都巧妙地将资产的所有权与运营的控制权分离开来。在美国航空监管体系中，对“物”（即飞机本身）的认证和对“人”（即运营公司）的认证是两个独立且性质不同的监管认证流程。清晰地理解这一区别，是外国投资者设计合规投资结构的基础。

（一）认证飞机：物理资产的合格证明

飞机的认证主要涉及两个关键文件，均由美国联邦航空管理局（FAA）颁发，旨在确保航空器本身的合法性和安全性。

飞机注册证书(Aircraft Registration)：根据《联邦航空条例》（FAR）第 47 部分的规定，飞机注册是为一架飞机确立合法所有权并授予其美国国籍识别标志（即“N”号码）的过程。它在功能上类似于不动产的产权契据。注册证书上列明的“所有者”必须满足特定的公民身份要求。然而，这一要求对于外国投资者而言可以通过设立‘非公民所有者信托“（NCT）结构来满足，即由一个符合 FAA 公民定义的”美国信托人“作为飞机资产法定所有者进行注册登记认证[②]。

适航证书(Airworthiness Certificate)：适航证书（例如 FAA 表格 8100-2）是 FAA 为单架飞机颁发的、证明该飞机符合其批准的型号设计并且处于安全运营状态的文件[③]。这是一个纯粹的技术性安全评估，关注的是飞机这台机器本身的物理状况和设计合规性。适航证书随飞机一同转让，当飞机被出售时，证书也转移给新的所有者[④]。

（二）认证公司：运营实体的法律许可。

与认证飞机不同，对航空公司的认证是授予一个商业实体从事商业航空运输的法律权力。

①D.C. Code § 29 - 301.01 (2024).

②Fed. Aviation Admin., *Information to Aid in the Registration of U.S. Civil Aircraft,* at https://www.faa.gov/licenses_certificates/aircraft_certification/aircraft_registry/media/Reg-AR-94.pdf (Last visited on August 30, 2025).

③Metalphoto of Cincinnati, *Airworthiness Certificate Guide: Everything to Know,* at https://www.mpofcinci.com/blog/airworthiness-certificate-guide/ (Last visited on August 30, 2025).

④US Legal Forms,*Airworthiness Certificate: Understanding Its Legal Definition*,at https://legal-resources.uslegalforms.com/a/airworthiness-certificate (last visited:on 30, August 2025) .

航空承运人合格证(Air Carrier Certificate)：根据 FAR 第 119 部分的规定，航空承运人合格证是 FAA 授予一家公司从事“为获取报酬或出租而进行的”商业航空运输的法律许可[①]。获得此证书是一个极其严格和全面的过程。

全面的“适格性”审查：在颁发合格证之前，FAA 和运输部（DOT）会对申请人进行全面的“适格性”（Fitness）审查。审查内容包括：管理团队的能力和经验、财务资源的充足性、维修计划的可靠性、飞行员培训方案的质量以及遵守所有适用法规的能力[②]。

公民身份的前置条件：至关重要的是，任何实体在申请航空承运人合格证时，必须首先证明其满足第三部分中详述的严格的美国公民身份和实际控制权要求[③]。这是获得运营许可不可或缺的“入门券”。

将飞机资产认证与公司运营商资格认证区分开来，揭示了美国监管框架中一个内在的、为外国资本设计的合规路径。外国投资者在为他们所控制的实体获取“航空承运人合格证”方面会遇到不可逾越的法律障碍。然而，关于“飞机注册”的法规明确允许通过信托等结构由非公民持有，或在特定条件下（如飞机主要在美国境内基地和使用）由非公民公司直接注册[④]。这种法律上的二分法，实际上允许投资者多种战略性的安排。外国实体可以合法地拥有一架在美国注册并具备适航证书的飞机，而无需成为该飞机的认证运营商。这使得投资策略的重心可以从寻求直接控制航空公司运营，转向通过资产所有权和融资租赁等方式间接参与市场竞争。

（三）关于“非公民所有者信托”(Non-Citizen Owner Trust - NCT)

NCT 是一种被 FAA 广泛认可的法律结构，旨在解决非美国公民无法直接在美国注册飞机的问题。

我们对于其结构解析如下。在此类结构中，一个非美国公民或实体（称为“受益人”或“信托设立人”）将飞机的法定所有权（Legal Title）转让给一个符合FAA严格公民身份定义的美国公民或实体（称为“受托人”）[⑤]。随后，该美国受托人以自己的名义向FAA申请并持有飞机的注册证书[⑥]。运营安排：虽然法定所有权归受托人，但受益人通过与受托人签订的租赁协议或运营协议，保留了对飞机的实际使用权和经济利益。受益人负责飞机的日常运营，包括提供机组人员、支付所有运营费用和承担维修保养责任[⑦]。

FAA 的监管与透明度要求：为防止 NCT 被滥用以掩盖其可能非法的为外国实体或势力控制，

① Nat'l Bus. Aviation Ass'n, *Certification of Commercial Aircraft Operations – Which Rules Apply?,* at https://nbaa.org/aircraft-operations/part-135/certification-commercial-aircraft-operations-rules-apply/ (Last visited on August 30, 2025).

②Fed. Aviation Admin., *General Requirements for Certification,* at https://www.faa.gov/licenses_certificates/airline_certification/135_certification/general_req (Last visited on August 30, 2025).

③ Fed. Aviation Admin., *General Requirements for Certification,* at https://www.faa.gov/licenses_certificates/airline_certification/ 135_certification/general_req (Last visited on August 30, 2025).

④Soar Aviation Law, *Qualifying for U.S. Aircraft Ownership: Not as Simple as it Seems,* at https://soaraviationlaw.com/qualifying-for-u-s-aircraft-ownership-not-as-simple-as-it-seems/ (Last visited on August 30, 2025).

⑤Bank of Utah, *Aircraft Owner Trusts | Frequently Asked Questions,* at https://www.bankofutah.com/corporate/trust/aircraft-owner-trust-frequently-asked-questions (Last visited on August 30, 2025).

⑥Fed. Aviation Admin., *Information to Aid in the Registration of U.S. Civil Aircraft,* at https://www.faa.gov/licenses_certificates/aircraft_certification/aircraft_registry/media/Reg-AR-94.pdf (Last visited on August 30, 2025).

⑦McAfee & Taft, *An introduction to aircraft registration in the US,* at https://www.mcafeetaft.com/an-introduction-to-aircraft-registration-in-the-us/ (Last visited on August 30, 2025).

FAA 近年来加强了对此类信托的监管。信托协议本身以及所有相关的运营或租赁协议都必须提交给 FAA 备案。此外，FAA 要求受托人有能力在极短的时间内（通常是 2 至 5 个工作日）向其提供关于飞机实际运营商、机组人员、飞机基地、维修记录和具体飞行任务的详细信息[①]。这些要求确保了监管机构对飞机运营情况的完全透明度和监督能力。

（四）飞机租赁架构设计

飞机租赁，特别是“干租赁”（Dry Lease），为外国投资者提供了另一种强大的投资工具。“干租赁”与“湿租赁”的关键区别：“干租赁”指的是仅出租飞机本身，不附带任何机组成员。而“湿租赁”（Wet Lease）则指出租飞机并至少提供一名机组成员[②]。根据 FAA 的规定，提供湿租赁通常被视为商业航空运输行为，因此出租方（Lessor）需要持有航空承运人合格证。

合规的租赁结构模型：一个外国投资者可以成立一家公司（例如在特拉华州），购买一架在美国注册的飞机（该飞机本身很可能通过 NCT 结构持有），然后与一家独立的、完全符合美国公民身份和控制权要求的、持有有效航空承运人合格证的美国航空公司签订“干租赁”协议。在此模式下，外国实体扮演的是出租方（即资产所有者和融资方）的角色，而美国航空公司则是承租方（Lessee），即经过认证的合法运营商。其模型核心要素：“运营控制权”的归属：这种干租赁结构的合规性完全取决于“运营控制权”（Operational Control）的归属。根据 FAR 第 1.1 条的定义，“运营控制权”是指“对发起、执行或终止一次飞行的权力的行使”[③]。为了使干租赁合法有效，运营控制权必须毫无疑问地、完全地归属于承租方——即那家美国航空公司。这意味着，从机组人员的雇佣和管理、飞机的签派、航线的规划到维修的监督，所有与飞行运营相关的决策都必须由该美国航空公司独立做出[④]。外国出租方的角色必须严格限定在资产提供者，不得以任何方式干预飞行的具体执行。

（五）其他合作模式

与美国公民股东结构合作：将投票权控制设置为美方≥75%，董事/管理层满足“2/3 美国公民”，并确保经营“实际控制”在美方手中；部分非投票股可由外资持有，但须通过 DOT 的“实际控制”审查。

采取“外国承运人”模式：以境外航空公司身份申请 DOT 外国承运人许可+ FAA Part 129 部运行规章。但是者只能执行进出美国的国际航段；禁止美国境内点到点的“客/货有偿运输”（cabotage），除极少数紧急申请豁免情形。

六、三种适合境外投资者在美国投资航空业的投资结构对比分析

为了帮助境外投资者做出战略决策，下表对三种主要的外国投资者投资美国航空业方式进行了比较分析：直接少数股权投资、非公民所有者信托和干租赁。

①McAfee & Taft, *An introduction to aircraft registration in the US,* at https://www.mcafeetaft.com/an-introduction-to-aircraft-registration-in-the-us/ (Last visited on August 30, 2025).

②Essex Aviation, *Aircraft Lease Agreements, Explained,* at https://essexaviation.com/blog/aircraft-lease-agreement/ (Last visited on August 30, 2025)

③Fed. Aviation Admin., *Advisory Circular 91-37B, Truth in Leasing,* at https://www.faa.gov/documentLibrary/media/Advisory_Circular/AC_91-37B.pdf (Last visited on August 30, 2025).

④Jetstream Aviation Law, *How Does the FAA Define a Dry Lease?,* at https://jetstreamlaw.com/how-does-the-faa-define-a-dry-lease/ (Last visited on August 30, 2025).

表 2　外国投资结构对比分析

特征	直接少数股权投资（<25%投票权）	非公民所有者信托（NCT）	向美国承运人提供干租赁
最高外国股权比例	投票权股份 < 25%；总股本可达 49.9%	受益权可达 100%	资产所有权可达 100%
允许的外国影响/控制程度	被动财务投资；无“实际控制权”	仅限于受益人权利；无运营控制权	仅限于出租人权利；无运营控制权
主要监管机构	DOT,FAA	FAA(注册处)	FAA,DOT(监管承租方)
关键合规文件	股东协议，公司章程	信托协议，运营协议	干租赁协议
典型应用场景	对现有美国航空公司的战略财务投资	外国个人或公司希望拥有并运营私人飞机；或作为租赁结构的基础	外国实体作为飞机融资方和出租方，参与商业航空市场
主要风险因素	未通过 DOT 的“实际控制权”测试；投资回报依赖于美国管理层	受托人责任；被认定为“虚假信托”；监管透明度要求	租赁协议被认定为“虚假干租”（事实上的湿租）；承租方违约

七、结论与战略性建议

综上所述，通过对外国投资者在美国投资注册和运营航空公司的法律框架进行的专业分析。我们应当充分理解美国整个监管体系呈现出明显的双重性：即美国州一级的公司法对外国资本普遍持友好开放态度，而联邦航空法，特别是关于“美国公民身份”和“实际控制权”的规定，则构成了实质性的、严格的限制。这就是美国公法和人私法的交叉与冲突规范模型。

（一）研究结论

1．联邦法律至上：联邦优先权原则确立了 FAA 和 DOT 在航空安全和经济监管方面的绝对权威。在任何州注册公司仅是法律实体化的第一步，绝不代表获得了运营航空公司的许可。

2. 直接控制不可行：美国法律明确禁止外国公民或实体对美国航空公司行使“实际控制权”。任何试图通过复杂的股权结构或合同安排来规避这一核心原则的尝试，都将面临 DOT 的严格审查并大概率失败，维珍美国航空的初次申请被拒便是最有力的证明。

3. 资产与运营分离是关键：合规的投资路径在于清晰地分离资产所有权和航空公司运营权。外国投资者可以合法地拥有在美国注册的飞机资产，但必须将这些资产的运营控制权完全交由一个独立的、符合所有联邦公民身份要求的美国认证航空承运人。

（二）战略性投资建议

基于以上分析，为寻求进入美国航空市场的外国投资者，我们推荐以下分步战略路径：

1．隔离资产所有权：外国投资者应避免在单一实体中同时持有飞机资产和运营许可。首要步骤是成立一个独立的法律实体（特拉华州的公司或有限责任公司是常见的优选），其唯一目的就是持有飞机资产。

2. 采用合规的持有结构：将上一步实体所拥有的飞机，置于一个符合 FAA 法规的非公民所有者信托（NCT）中。选择一个信誉良好、经验丰富的美国公民担任受托人，以满足 FAA 对飞机注册的公民身份要求。

3. 接洽美国适格航空运营伙伴：识别或协助建立一个完全独立的美国航空承运人实体。该实体必须在股权、管理层和实际控制等所有方面，都无可争议地满足 FAA 和 DOT 的美国公民身份要求。

4. 执行规范的干租赁协议：由作为出租方的 NCT，与作为承租方的美国认证航空承运人签订一份严谨的“干租赁”协议。该协议的核心条款必须明确且毫不含糊地将所有“运营控制权”赋予承租方。协议内容应能经受住 FAA 和 DOT 最

严格的审查，以避免被认定为非法的“湿租赁”或“虚假干租”。

最后，作为专业律师我们必须强调，美国航空法是一个高度专业化且不断演变的法律领域。上述战略的成功实施，高度依赖于对复杂法规的精确理解和应用。因此，强烈建议外国投资者在项目规划的最初阶段，就聘请对于美国具有深厚航空金融和监管合规经验的专业法律顾问。专业的法律支持对于构建稳健的合规结构、起草无懈可击的法律文件以及成功应对 DOT 和 FAA 的审查流程，包括可能的处罚听证与申辩等都是不可或缺的。

参考文献

[1]《中华人民共和国公司法》

[2]《关于进一步引导和规范境外投资方向的指导意见》(国办发(2017)74 号)

[3]《企业境外投资管理办法》(国家发展改革委令第 11 号)，2018 年 3 月 1 日施行

[4]《境外投资敏感行业目录(2018 年版)》(发改外资(2018)251 号)

[5]《企业境外经营合规管理指引》(发改外资(2018)1916 号)

[6]《境外投资管理办法》(商务部令 2014 年第 3 号)

[7] 陈辉萍.美国外资并购国家安全审查制度对中国企业海外并购的影响以及中国的对策[J].国际经济法学刊,2013(3):22.

[8] 盛斌.国际投资协议中国民待遇原则与清单管理模式的比较研究及对中国的启示[J].国际商务研究,2015(1):5-17.

[9] 杰里·A.艾肯伯格,艾肯伯格,陈静娴.美国通用航空法:法规解析与应用[M].航空工业出版社,2014.

[10] 商务部国际贸易经济合作研究院.美国对外投资合作指南[R].北京:2024.

[11] Federal Aviation Administration. (2021). The Economic Impact of Commercial Space Transportation.

[12] Morgan Stanley. (2023). Space: Investing in the Final Frontier.

[13] 14 C.F.R. § 119.33 (2024).

[14] 14 C.F.R. pt. 119 (2024).

[15] 14 C.F.R. pt. 204 (2024).

[16] 19 C.F.R. § 122.165 (2024).

[17] Internal Revenue Code § 1361, 26 U.S.C. § 1361 (2018).

[18] 49 U.S.C. § 40102 (2018).

[19] Cal. Corp. Code § 212 (Deering 2024).

[20] Tex. Bus. Orgs. Code Ann. § 22.203 (West 2024).

[21] Cal. Code Regs. tit. 22, § 100166.03 (2024).

[22] Active Filings, *FAQs for Non US Residents Incorporating in the USA,* at https://www.activefilings.com/incorporation-services/international-plan/faqs (Last visited on August 30, 2025).

[23] U.S. Gov't Accountability Office, *U.S. Airlines: Information on DOT's Oversight of and Stakeholders' Perspectives on Foreign Ownership,* at https://www.gao.gov/products/gao-19-540r (Last visited on August 30, 2025).

[24] Fed. Aviation Admin., *Information to Aid in the Registration of U.S. Civil Aircraft,* at https://www.faa.gov/licenses_certificates/aircraft_certification/aircraft_registry/media/Reg-AR-94.pdf (Last visited on August 30, 2025).

[25] Dep't of Transp., *Actual Control of U.S. Air Carriers,* 71 Fed. Reg. 26482 (May 5, 2006), at https://www.federalregister.gov/documents/2006/05/05/06-4227/actual-control-of-us-air-carriers (Last visited on August 30, 2025).

[26] Cong. Rsch. Serv., R45825, *Federal Preemption: A Legal Primer,* at https://www.congress.gov/crs-product/R45825 (Last visited on August 30, 2025).

[27] David T. Norton, *"Airplane!": Does the Federal Aviation Act Preempt State Law Claims for Personal Injury?,* at https://scholar.smu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4272&context=jalc (Last visited on August 30, 2025).

[28] Fed. Aviation Admin., *Do I need to be a U.S. citizen to get an air carrier license (certificate)?,* at https://www.faa.gov/faq/do-i-need-be-us-citizen-get-air-carrier-license-certificate (Last visited on August 30, 2025).

[29] IncNow, *Can a Foreign Person or Corporation form a Delaware LLC?,* at https://www.incnow.com/faq/can-foreign-person-corporation-form-delaware-corporation-llc/ (Last visited on August 30, 2025).

[30] U.S. Dep't of State, *MEMORANDUM OF CONSULTATIONS (U.S.-Australia Air Transport Agreement),* at https://2009-2017.state.gov/documents/organization/114817.pdf (Last visited on August 30, 2025).

[31] Soar Aviation Law, *Qualifying for U.S. Aircraft Ownership: Not as Simple as it Seems,* at https://soaraviationlaw.com/qualifying-for-u-s-aircraft-ownership-not-as-simple-as-it-seems/ (Last visited on August 30, 2025).

[32] David Armstrong, *Virgin America gets the no-go / Government cites foreign ownership; airline plans appeal,* at https://www.sfgate.com/bayarea/article/Virgin-America-gets-the-no-go-Government - cites-2464659.php (Last visited on August 30, 2025).

[33] Danny King, *DOT ruling says Virgin America is a faux American,* at https://www.travelweekly.com/Travel-News/Airline-News/DOT-ruling-says-Virgin-America-is-a-faux-American (Last visited on August 30, 2025).

[34] IncParadise, *Forming California company as a Non-Resident or Foreigner,* at https://incparadise.net/california/forming-california-company-non-resident-foreigner/ (Last visited on August 30, 2025).

[35] A Registered Agent Inc., *Delaware LLC for Non-U.S. Residents,* at https://www.delawareregisteredagent.com/delaware-registered-agent/how-to/non-us-delaware -llc-corporation (Last visited on August 30, 2025).

[36] Cal. Sec'y of State, *Business Entities Frequently Asked Questions,* at https://www.sos.ca.gov/business-programs/business-entities/faqs (Last visited on August 30, 2025).

[37] Metalphoto of Cincinnati, *Airworthiness Certificate Guide: Everything to Know,* at https://www.mpofcinci.com/blog/airworthiness-certificate-guide/ (Last visited on August 30, 2025).

[38] Nat'l Bus. Aviation Ass'n, *Certification of Commercial Aircraft Operations - Which Rules Apply?,* at https://nbaa.org/aircraft-operations/part-135/certification-commercial-aircraft-operations-rules-apply/ (Last visited on August 30, 2025).

[39] Fed. Aviation Admin., *General Requirements*

for Certification, at https://www.faa.gov/licenses_certificates/airline_certification/135_certification/general_req (Last visited on August 30, 2025).

[40] Bank of Utah, *Aircraft Owner Trusts / Frequently Asked Questions,* at https://www.bankofutah.com/corporate/trust/aircraft-owner-trust-frequently-asked-questions (Last visited on August 30, 2025).

[41] McAfee & Taft, *An introduction to aircraft registration in the US,* at https://www.mcafeetaft.com/an-introduction-to-aircraft-registration-in-the-us/ (Last visited on August 30, 2025).

[42] Essex Aviation, *Aircraft Lease Agreements, Explained,* at https://essexaviation.com/blog/aircraft-lease-agreement/ (Last visited on August 30, 2025).

[43] Fed. Aviation Admin., *Advisory Circular 91-37B, Truth in Leasing,* at https://www.faa.gov/documentLibrary/media/Advisory_Circular/AC_91-37B.pdf (Last visited on August 30, 2025).

[44] Jetstream Aviation Law, *How Does the FAA Define a Dry Lease?,* at https://jetstreamlaw.com/how-does-the-faa-define-a-dry-lease/ (Last visited on August 30, 2025

中国“漏裁”裁决撤销制度的建构

谢小松*

谢小松律师，北京德和衡（深圳）律师事务所高级联席合伙人，主要执业领域为金融与企业投融资、公司股权、国际贸易、能源与建筑工程等领域的争议解决（含涉外和国际仲裁）及非诉讼法律服务，现为北京市律师协会涉外律师人才库成员、国际商事仲裁理事会青年组织（Young ICCA）成员、北京大学国际法学院职业导师、中山大学法学院国际仲裁硕士班兼职导师。

Abstract: The current arbitration legislation in China [①] fails to make any reference to *infra petita* award. As a code of law which is widely recommended and influential in the legislation of international arbitration, the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (“Model Law”) does not include any explicit provision as to *infra petita* ground either. This paper aims to formulate a set of reasonable and practicable rules for setting aside *infra petita* award in China, with an attempt to seek inspiration by probing how the same issue is approached in Hong Kong and Singapore, both of which are common law jurisdictions and widely accepted as Model Law jurisdictions.

To start with, this paper defines the scope of *infra petita* award by distinguishing it from an award to be corrected and an unreasoned award, followed by a systematic examination on the national arbitration legislation and abundance of case law in Hong Kong and Singapore as to the approaches to deal with *infra petita* award in these two Model Law jurisdictions and the factors taken into account when their courts consider setting aside such an award.

Based on the similarities and differences between Chinese arbitration legislation and Model Law (including the national legislation in Hong Kong and Singapore), this paper concludes that *infra petita* shall be stipulated in Mainland China as a ground for setting aside an award and justify such setting aside on arbitral procedure ground where there may be substantial injustice to the applicant; that the request for additional award shall be included as a new rule without being a prerequisite to setting aside; and that the current rules for remission shall be reformed for better serving the purpose of minimal curial intervention.

Key words: *infra petita* Award; Chinese Arbitration Law; Model Law; Hong Kong Arbitration Ordinance; Singapore International Arbitration Act

* Xiaosong Xie is a partner at Beijing DHH Law Firm, and holds L.L.M in International Arbitration at Stockholm University. （作者简介：谢小松，北京德和衡（深圳）律师事务所高级联席合伙人，瑞典斯德哥尔摩大学国际仲裁 L.L.M，手机号码：18811782779，通讯地址：深圳市福田区益田路 5033 号平安金融中心 100 层，邮编：518046，电子邮箱地址：xiexiaosong@deheheng.com）

① For the purpose of this paper, the term “China” excludes Hong Kong Special Administrative Region, Macao Special Administrative Region, and Taiwan Region. In other words, it is interchangeable with the term “Chinese Mainland”, except as otherwise specified.

List of abbreviations

Art.	Article
CAL	Chinese Arbitration Law
CPLC	Civil Procedural Law of China
CIETAC	China International Economic and Trade Arbitration Commission
EAA	English Arbitration Act 1996
e.g.	for example (*exempli gratia*)
New CAL	The new version of CAL which was released on 12 September 2025 and will take into force on 1 March 2026
HKIAC	Hong Kong International Arbitration Center
IAA	Singapore International Arbitration Act 1994
ibid	ibidem
i.e.	that is (*id est*)
Interpretation on CAL	Interpretation on Several Issues Concerning the Application of the Arbitration Law of the People’s Republic of China issued by the Supreme People’s Court of China (implemented on 16 December 2008)
Model Law	UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 (with amendments as adopted in 2006)
n.	note
Ordinance	Hong Kong Arbitration Ordinance
para.	paragraph
SCIA	Shenzhen Court of International Arbitration
Sec.	Section
SIAC	Singapore International Arbitration Center

I. INTRODUCTION

When the tribunal renders an award where it rules on the issues beyond the parties’ submissions, it is widely accepted that such an award, the so-called *ultra petita* or *extra petita* award [①], can be set aside on the ground that the tribunal exceeds its mandate under Model Law [②]. However, when it comes to the opposite, namely, the tribunal fails to address all the claims or issues presented by the parties, it has always been of controversy whether this type of award, the award *infra petita*[③], can be annulled as per Model Law.

Similarly, under the current arbitration legislation in China, including the Chinese Arbitration Law (“CAL”), the Civil Procedure Law of China (“CPLC”), and some arbitration-related judicial interpretations, the courts in China may set aside an *ultra petita* award on the ground that the issues addressed in the award fall outside the scope of the arbitration agreement or the submissions of the parties. In terms of *infra petita* award, since there is no explicit provision as to its annulment, the courts may render different opinions as to whether an award can be set aside on *infra petita* ground.

Enacted in 1994, CAL was substantially amended into a new version (“New CAL”) on 12 September 2025 and will take into force on 1 March 2026. However, one can find that the New CAL still fails to include any provisions as to the annulment of *infra petita* award. Considering that China is a civil law jurisdiction, with statutory law taking the role of formal legal sources (by contrast, court opinions can rarely act as formal legal sources), it is more necessary for China to address this issue at the legislative level than common law jurisdictions.

As such, this paper aims to formulate a set of reasonable and practicable rules for setting aside *infra*

① See Gary B. Born, *International Arbitration: Law and Practice*, 3rd edition, Kluwer Law International 2021, p379.

② Article 34(2)(a)(iii) of Model Law provides: “(2) An arbitral award may be set aside by the court specified in article 6 only if:(a) the party making the application furnishes proof that:…(iii) the award deals with a dispute not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration, or contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration, provided that, if the decisions on matters submitted to arbitration can be separated from those not so submitted, only that part of the award which contains decisions on matters not submitted to arbitration may be set aside.…”

③ See Gary B. Born, *International Arbitration: Law and Practice*, 3rd edition, Kluwer Law International 2021, p380.

petita awards in China[①], particularly under the background of the reform of CAL. That said, the court opinions concerning the issue of *infra petita* award are so inadequate that it could be tough to go deeper and arrive at a solid conclusion without taking a look at how the same issue is dealt with in other jurisdictions, particularly in common law jurisdictions where case law acts as the primary legal source.

Hong Kong and Singapore, both of which are common law jurisdictions and widely accepted as Model Law jurisdictions, with abundance of case law to be examined, stand right in such a position that China may obtain in-depth inspiration from the approaches taken by their courts to deal with *infra petita* award when considering the formulation of a set of reasonable and practicable rules about the annulment of *infra petita* award in the future, since they are faced, as mentioned above, with the same problem when it comes to the issue of *infra petita* award.

II. DEFINITION AND SCOPE OF INFRA PETITA AWARD

1. Definition of infra petita Award

As the Latin phrase "*infra petita*" indicates, an award *infra petita* typically means that the tribunal awards less than requested by the parties. Sec.68(2)(d) of the English Arbitration Act 1996 ("EAA") defines an *infra petita* award as the award where there is a failure by the tribunal to deal with all the issues that were put to it. Some learned scholars also describe *infra petita* as the situation where an arbitral tribunal fails to deal with all of the issues referred to it for determination[②].

That said, Art.33(3) of Model Law adopts the wording "claims", instead of "issues", stipulating that where there is an *infra petita* award, the disadvantaged party may request an additional award as to *claims* presented in the arbitral proceedings but omitted from the award. [③]In terms of the correlation between claim(s) and issue(s), as some scholars have observed, the determination of a single "claim" will require the tribunal to resolve a range of "issues", which make up claimant's claim and respondent's defence. [④]In a word, an issue can be described as part of a claim.

From my point of view, it would be safe to define an *infra petita* award as the award where the tribunal fails or omits to deal with all the matters, either claims or issues, presented by the parties. However, as some commentators have observed, the difference between claim(s) and issue(s) lies in that the power of an arbitral tribunal to render an additional award is limited to cases where the award rendered by the tribunal omits any claim, rather than an issue. [⑤]This position is also

① It is worth noting that this paper will mainly focus on international arbitration, rather than domestic arbitration. However, most of the analysis and conclusion in terms of international arbitration can also be applicable to domestic arbitration.

② See Nigel Blackaby, Constantine Partasides, etal., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 7th edition Oxford University Press 2023, p540.

③ Art.33(3) of Model Law provides: "Unless otherwise agreed by the parties, a party, with notice to the other party, may request, within thirty days of receipt of the award, the arbitral tribunal to make an additional award as to claims presented in the arbitral proceedings but omitted from the award. If the arbitral tribunal considers the request to be justified, it shall make the additional award within sixty days."

④ Jonathan Hill, *Claims that an arbitral tribunal failed to deal with an issue: the setting aside of awards under the Arbitration Act 1996 and the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, Arbitration International, 34(3), p21.

⑤ *Ibid*, p8.

supported by some case law in Model Law jurisdictions.[①]

2. Scope of infra petita Award

In light of the aforesaid definition, considering that the content of an award can be typically divided into two separate sections, namely, the reasoning section and the dispositive section[②], the scope of *infra petita* award, from my perspective, can be described as the situation where the tribunal fails to consider and decide on specific claim(s) and/or issue(s) in the reasoning section, and also omits to render the decision(s) as to such claim(s) and/or issue(s) in the dispositive section. Such scope of *infra petita* award may differentiate itself from other similar types of award, such as an award to be corrected, or an award without reasons.

(1) Difference between award to be corrected and *infra petita* award

Where the tribunal has considered and decided on specific claim(s) and/or issue(s) in the reasoning section, but fails to record such a decision in the dispositive section, there arises an award that needs to be corrected, instead of an *infra petita* award. For instance, the tribunal may have discussed the claimant's claim for the termination of the contract in the reasoning section of the award and reached a decision, but failed or omitted to render such a decision in the dispositive section with unintended error.

In this case, the disadvantaged party can be remedied by requesting the tribunal to correct such error as per Art. 33(1)(a) of Model Law[③], rather than seeking an additional award under Art. 33(3) of Model Law, since there exists no omission or failure by the tribunal to deal with any claims or issues that will warrant an additional award. Although such an error may not fall within the scope of the typical types of errors in computation, clerical, or typographical errors, it could be reasonable to state that it can be treated as an error of similar nature.

In fact, some national legislation, for example, CAL also entitles the disadvantaged party to seek correction by the tribunal on any omissions which have been addressed in the reasoning section of the award.[④]

(2)Distinction between award without reasons and *infra petita* award

Where the tribunal has rendered the decision(s) on the specific claim(s) and/or issue(s), or on the remedy as to such claim(s) or issue(s) in the dispositive section, but fails to give the reasons for such decision(s) in the reasoning section, there will be an award without reasons (in whole or partially), or unreasoned award.

The significant distinction between an award without reasons and *infra petita* award lies in that, in the former situation, the tribunal has actually dealt with all the claims or issues either in an explicit manner or

① See [2014] SGCA 40, para.108.

② See Nigel Blackaby, Constantine Partasides, etal., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 7th edition Oxford University Press 2023, p513.

③ Art. 33(1)(a) of Model Law provides: “Within thirty days of receipt of the award, unless another period of time has been agreed upon by the parties: (a) a party, with notice to the other party, may request the arbitral tribunal to correct in the award any errors in computation, any clerical or typographical errors or any errors of similar nature;…”

④ Art. 56 of CAL provides: “Any computational or typographical errors, or any omissions of dispositive items which have been addressed in the reasoning section of the award, shall be corrected by the tribunal; a party may, within thirty days of the receipt of the award, request the tribunal to correct such errors or omissions.”

sometimes in an implied way. As Gary B. Born correctly pointed out, "The mere fact that a tribunal has not expressly addressed a particular claim does not automatically require issuance of an additional award: a tribunal may be taken to have impliedly rejected claims as to which it does not grant relief" ①.

As such, in the context of an unreasoned award, there is no room and need for a party to request an additional award since no claims or issues are left unaddressed. Some latest case laws in Model Law jurisdictions have indicated that the supervisory courts did distinguish *infra petita* and lack of reason as two separate grounds when considering the setting-aside of the award at issue.②

3. Conclusion

The distinction between an award to be corrected, *infra petita* award and the unreasoned award can be briefly illustrated in the table below: award to be corrected in Scenario 1, where the tribunal has considered and decided on the specific claim(s) or issue(s) in the reasoning section but fails to record such a decision in the dispositive section; *infra petita* award in Scenario 2, where the tribunal fails to consider and decide on the specific claim(s) and/or issue(s) in the reasoning section, and also omits to render the decision(s) as to such claim(s) and/or issue(s) in the dispositive section; and unreasoned award in Scenario 3, where the tribunal has rendered the decision(s) on the specific claim(s) and/or issue(s), or on the remedy as to such claim(s) and/or issue(s) in the dispositive section, but fails to give the reasons for such decision(s) in the reasoning section.

Scenario	Type of Award	Omission in Reasoning Section	Omission in Dispositive Section
1	Award to be corrected	No	Yes
2	Award *infra petita*	Yes	Yes
3	Unreasoned Award	Yes	No

III. APPROACHES TO DEAL WITH INFRA PETITA AWARD IN HONG KONG AND SINGAPORE

1. Statutory provisions

(1)Hong Kong

Unlike Mainland China, Hong Kong, which has its independent legal system, is widely considered one of the typical Model Law jurisdictions. The Hong Kong Arbitration Ordinance (the "Ordinance") incorporated the most majority of the corresponding provisions under Model Law and adopted some minor adjustments in line with specific circumstances in Hong Kong. Sec.81(1) of the Ordinance mirrors Art. 34 of Model Law *verbatim*.

That said, when it comes to the grounds for annulment, the Ordinance is rather a combination between Model Law and EAA. It can be exemplified by Section 4 of Schedule 2 of the Ordinance which is closely modeled on Section 68 of EAA providing for the ground of "serious irregularity". Some cases in Hong Kong do indicate that the disadvantaged party may seek to set aside an award on the ground of such serious irregularity under Sec. 4(2)(d) of Schedule 2 as to cause

① See Gary B. Born, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 7th edition Oxford University Press 2023, p418.

② See [2024] HKCFI 699.

or have caused substantial injustice, when, *inter alia*, the tribunal failed to deal with all the issues that were put to it.

(2)Singapore

One point which may characterize the Singaporean arbitration regime is that there are dual legal systems separately targeting domestic arbitration and international arbitration in Singapore. Domestic arbitration is to be regulated by the Arbitration Act 2001, whilst international arbitration by the International Arbitration Act 1994 (“IAA”). However, in terms of grounds for setting aside awards in international arbitration, the arbitration regimes in both Hong Kong and Singapore share a lot in common. As another Model Law jurisdiction, Singapore promulgated IAA by incorporating the substantial parts of Model Law and also adopted some adaptations to the specific circumstances in Singapore.

In light of Art.24 of IAA, despite Article 34(1) of Model Law, the General Division of the High Court may, in addition to the grounds set out in Article 34(2) of Model Law, set aside the award of the arbitral tribunal if (a) the making of the award was induced or affected by fraud or corruption; or (b) a breach of the rules of natural justice occurred in connection with the making of the award by which the rights of any party have been prejudiced. As some case law shows, where the tribunal rendered an *infra petita* award, a party may seek to set it aside on the ground of breach of natural justice (sometimes together with other grounds).

2. Case law

(1)No ground for setting aside under Model Law

As stated above, there is no explicit reference to *infra petita* award under Ar.34(2) of Model Law. Some commentators thus take the position that *infra petita* itself can not be a ground to annul an award under Model Law. Van Den Berg believes that Article V of New York Convention, which was mirrored by Art. 34(2) of Model Law, lists the grounds for refusal exhaustively, an award i*nfra petita* does not qualify for refusal of enforcement, and Article 33(3) of Model Law[①] has provided for the possibility of obtaining an additional award as to claims presented in the arbitral proceedings but omitted from the arbitral award.[②]Some other scholars also agree that no right of recourse against the entire award is available under Model Law, since the disadvantaged party would be amply remedied by requesting an additional award.[③]

There are some case laws in Model Law jurisdictions in support of this position.

In *Brunswick Bowling & Billiards Corporation v Shanghai Zhonglu Industrial Co Ltd* [2009] HKCFI 94, the Hong Kong High Court refused to regard *infra petita* as a legal ground to set aside an award, by ruling as follows:

Failure to consider an issue is a matter that goes to the substantive decision rather than a failure to

① Article 33(3) of Model Law provides: “Unless otherwise agreed by the parties, a party, with notice to the other party, may request, within thirty days of receipt of the award, the arbitral tribunal to make an additional award as to claims presented in the arbitral proceedings but omitted from the award. If the arbitral tribunal considers the request to be justified, it shall make the additional award within sixty days.”

② Albert Jan van den Berg, *The New York Convention of 1958: An Overview*, available at https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/media012125884227980new_york_convention_of_1958_overview.pdf, accessed on 9 April 2024.

③ See Nigel Blackaby, Constantine Partasides, etal., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 7th edition Oxford University Press 2023, p540.

follow the arbitral procedure agreed by the parties. Thus, the fact that the Tribunal failed to consider the Respondent's case properly is at most an error of law which cannot be a basis for this court to set aside the award.[①]

In the Singapore case of *BLC and others v BLB and another* [2014] SGCA 40, the Singapore Court of Appeal overruled the ruling by the Singapore High Court in *BLB and anor v BLC and ors* [2013] SGHC 196, where the award in question was set aside on *infra petita* grounds in that the tribunal omitted to decide on a counterclaim, holding as a final finding that even if the tribunal failed to deal with the counterclaim, this error went merely to the merits of the tribunal's decision, and thus can not justify a ground for the setting-aside.[②]

(2)Ground under Sec.4(2)(d) of Schedule 2 of the Ordinance: serious irregularity

As noted above, apart from Sec.81 of the Ordinance (the equivalent to Art.34 of Model Law), Sec.4(2)(d) of Schedule 2 of the Ordinance can be additionally invoked by the disadvantaged party to seek the setting aside of *infra petita* award before the courts in Hong Kong.

In the Hong Kong case of *N v C* [2019] HKCFI 2292, the applicant complained that the tribunal did not deal with the time-bar defence at all, and thus applied for setting aside the award on the ground of serious irregularity under Sec.4(2)(d) of Schedule 2 and grounds under Sec.81 of the Ordinance. Mimmie Chan J dismissed the applicant's application for setting aside, ruling that the tribunal had addressed the time-bar issue but merely failed to give adequate reason for its decision, and thus there was no matter of consideration in an application to set aside for serious irregularity, or under Sec.81 of the Ordinance[③].

(3)Ground under Art. 34(2) (a)(iii) of Model Law: excess of mandate

As stated above, Gary B. Born maintains that an *infra petita* award "in fact amounts to an excess of authority, even if it appears only to be the reverse, because it effectively rewrites the tribunal mandate, which is an act beyond the arbitrators' competence."[④] This point of view is endorsed by some cases in Model Law jurisdictions.

In *CRW Joint Operation v PT Perusahaan Gas Negara (Persero) TBK* [2011] SGCA 33, Singapore Court of Appeal opined that Art.34(2)(a)(iii) of Model Law "applies where the arbitral tribunal improperly decided matters that had not been submitted to it or failed to decide matters that had been submitted to it"[⑤].

This view was subsequently accepted by the Singapore High Court in *TMM Division Maritima SA de CV v Pacific Richfield Marine Pte Ltd* [2013] SGHC 186, where Chan Seng Onn J pointed out that:

…arbitral awards that fail to deal with issues that should have been dealt with, or dealt with more issues than ought have been dealt with are *infra petita* and

① See [2009] HKCFI 94, para.56.
② See [2014] SGCA 40, para.102.
③ See [2019] HKCFI 229, para.38.
④ See Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, 3rd edition, Kluwer Law International 2021, p3583.
⑤ See [2011] SGCA 33, para.31.

ultra petita respectively…. Although there is no Singapore decision that explicitly states that awards *infra petita* may be challenged under Art.34(2)(a)(iii), it would appear from the Court of Appeal's decision in *CRW Joint Operation v PT Perusahaan Gas Negara (Persero) TBK* [2011] 4 SLR 305 ("*CRW*") at [31] and [33] that Art.34(2)(a)(iii) covers such awards.①

It thus can be seen that the courts in Singapore, in some cases, have accepted the position that *infra petita* may justify the setting aside on the ground of excess of mandate or authority under Art.34(2)(a)(iii) of Model Law, just as an award *ultra petita* does.

(4)Ground under Art. 34(2)(a)(ii) of Model Law: contravention of due process

Some commentators believe that the ground under Article 34(2)(a)(ii)of Model Law may be more appropriate when it comes to setting aside an *infra petita* award, as when a party submits an issue or an entire head of claim and an arbitrator fails to rule on it, then this supports the allegation that the party's right to present his case is contravened.② Some cases in Model Law jurisdictions follow this approach.

For example, in *AKN and another v ALC and others and other appeals* [2015] SGCA 18, the Singapore Court of Appeal upheld a ruling by Singapore High Court that the tribunal in the arbitration failed to address his mind to the arguments and submissions presented by a party on a material issue as to a particular claim and affirmed the party's appeal on this issue by setting aside the portion of the award pertaining to that specific claim, on the ground, *inter alia*, of contravention of due process under Art. 34(2)(a)(ii) of Model Law.③

(5)Ground under Sec.24(b) of IAA: breach of natural justice

As mentioned above, Sec.24(b) of IAA entitles the aggrieved party to apply for setting aside an *infra petita* award before the Singapore courts on the ground of breaching natural justice in addition to those under Art.34(2) of Model Law.

Two pillars of natural justice were explained by the Singapore Court of Appeal in *Soh Beng Tee & Co Pte Ltd v Fairmount Development Pte Ltd* [2007] SGCA 28, namely: first, an adjudicator must be disinterested and unbiased; and second, the parties must be given adequate notice and opportunity to be heard.④ It thus indicates that the essence of natural justice in Singapore highly overlaps with that of due process⑤, since it is widely accepted that due process requires equal treatment and adequate opportunity given to the parties to present their respective cases.⑥

In *BLB and anor v BLC and ors* [2013] SGHC 196, Belinda Ang Saw Ean J set aside an award where the tribunal failed to consider and address one of the counterclaims on the ground of, *inter alia*, breaching natural justice⑦, by ruling that natural justice can be

① See [2013] SGHC 186, para. 41.
② See Paul Tan and Jawad Ahmad, "The UNCITRAL Model Law and Awards *infra petita*", (2014) 31(3) Journal of International Arbitration 413, p419.
③ See [2015] SGCA 18, para.139.
④ See [2007] SGCA 28, para.43.
⑤ See Chan Leng Sun S.C., *Singapore Laws on Arbitral Awards*, Academy Publishing 2011, para. 6.198.
⑥ See Nigel Blackaby, Constantine Partasides, etal., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 7th edition Oxford University Press 2023, p541.
⑦ See [2013] SGHC 196, para.93.

construed as including the tribunal's duty to deal with all essential issues.[①]

(6)Ground under Art. 34(2) (b)(ii) of Model Law: violation of public policy

Some take the view that an award *infra petita* may violate the public policy, which is endorsed by the *travaux preparatoires* where it was stated in the report on the draft of Model Law that the reasons set forth in Article V of New York Convention provided sufficient safeguards, and that some of the grounds suggested as additions to the list were likely to fall under the public policy reason.[②]

A purview of the case laws in Hong Kong and Singapore has indicated that there are quite rare cases where the supervisory court decided to set aside an *infra petita* award on the ground of violating public policy. In the exceptional Hong Kong case of *A v B* [2015] HKCFI 1077, Mimmie Chan J held that the tribunal's failure to address the limitation defence submitted by the respondent resulted in sufficient injustice which cannot be overlooked by the court's conscience, and it would offend the notions of justice to enforce the award, she thus remitted the award to the original tribunal for reconsideration on the ground of violation of public policy.[③]

(7)Ground under Art. 34(2)(a)(iv) of Model Law: violation of arbitral procedure

An *infra petita* award may be perceived as violating the arbitral procedure agreed by the parties. It is noticeable that the disadvantaged party may sometimes seek the setting aside on the ground of violation of arbitral procedure under Art. 34(2)(a)(iv) of Model Law together with other grounds.

For instance, in *LY v HW* [2022] HKCFI 2267, the applicant applied to set aside an *infra petita* award on the grounds both under Art.34(2)(a)(iv) (arbitral procedure) and Art.34(2)(b)(ii) (public policy) of Model Law, and seemingly attempted to link them together by arguing that "once *infra petita* is made out, it would be a valid ground of challenge, as an arbitral procedure which is in contravention of principles of natural justice and basic standards of fairness would not be a procedure to which parties to an arbitration agreement would have agreed". [④]

Mimmie Chan J agreed that a tribunal's failure to consider an issue would normally be a matter that goes to the substantive decision and may amount only to an error of law, which is not a ground for challenging the award; however:

[I]t remains to be seen whether the tribunal has failed to actually decide or deal with an issue, … and whether such failure can constitute a failure to follow the parties' agreed arbitral procedure, to become a ground under section 81 of the Ordinance for setting aside.[⑤] (emphasis added)

It thus can be inferred that the judge regarded *infra petita* as the ground of violation of arbitral procedure under Art.34(2)(a)(iv) of Model Law,

① See [2013] SGHC 196, para.74 and 75.

② See *Report of the Working Group on international contract practices on the work of its fifth session* (A/CN.9/233), para. 187, available at https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V83/538/60/PDF/V8353860.pdf?OpenElement, accessed on 10 April 2024.

③ See [2015] HKCFI 1077, para.35 and 41.

④ See [2022] HKCFI 2267, para.3.

⑤ See [2022] HKCFI 2267, para.5.

although she dismissed the applicant’s application on both grounds, as she considered that there was no such serious and egregious error as to violate arbitral procedure or public policy.①

3. Conclusion

The analysis above shows that, due to the lack of express reference to *infra petita* ground under Art.34(2) of Model Law, the court opinions both in Hong Kong and Singapore take different approaches to deal with an *infra petita* award. First, there is no unified answer to the question whether an award can be set aside on *infra petita* ground; second, where the courts view *infra petita* as a ground for setting aside, such a ground may be excess of mandate, breach of due process, violation of arbitral procedure, or violation of public policy under Art.34(2) of Model Law. In addition, the disadvantaged party may also invoke the serious irregularity ground under Sec.4(2)(d) of Schedule 2 of the Ordinance before Hong Kong courts, or natural justice ground under Sec.24(b) of IAA before Singapore courts, either of which has fallen outside the ambit of Model Law itself.

IV.THE FACTORS TAKEN INTO ACCOUNT WHEN THE COURTS IN HONG KONG AND SINGAPORE CONSIDER SETTING ASIDE AN INFRA PETITA AWARD

1. Intrinsic requirements for a successful application for the annulment

As defined in the previous section, an *infra petita* award refers to the award where the tribunal fails to address all the matters presented to it. In such Model Law jurisdictions as Singapore or Hong Kong, there are indeed some intrinsic requirements for the application for setting aside an *infra petita* award to succeed.

(1)The matters shall be claim(s) or at least issue(s)

As discussed above, in the context of *infra petita* award, the matters with which the tribunal omits to deal shall be claim(s) or at least issue(s), but it will not extend itself to the situation where the tribunal fails to address an argument or point presented by the parties.

There is a significant distinction between “issues” and “arguments”. It will be very difficult, if not impossible, for the losing party to succeed in applying for setting aside an award by merely arguing that the tribunal fails to consider some arguments presented before it.

In *TMM Division Maritima SA de CV v Pacific Richfield Marine Pte Ltd* [2013] SGHC 186, the judge explicitly drew a line between issues and arguments or points when considering the application for setting-aside by ruling as follows:

All that is required of the arbitral tribunal is to ensure that the essential issues are dealt with. The arbitral tribunal need not deal with each point made by a party in an arbitration: *Hussman (Europe) Ltd v Al Ameen Development and Trade Co* [2000] 2 Lloyd’s Rep 83 (“Hussman”) at [56]. In determining the essential issues, the arbitral tribunal also should not have to deal with every argument canvassed under each of the essential issues.②(emphasis added)

① See [2022] HKCFI 2267, para.68.

② See [2013] SGHC 186, para.73.

A similar position was taken in *N v C* [2019] HKCFI 229, where Mimmie Chan J emphasized that a failure to deal with an issue is not equivalent to failure to deal with an argument that had been advanced at the hearing.[①]

(2)The matters have been presented to the tribunal by the parties

If the matters have not been clearly presented before the tribunal, there is no chance for the tribunal to omit to address them. In *BLC v BLB* [2014] SGCA 40, the Singapore Court of Appeal observed that:

… it is important not to underestimate the ingenuity of counsel who seek to launch backdoor appeals or, worse still, completely reinvent their client's cases with the benefit of hindsight in the guise of a challenge based on an alleged breach of natural justice. The latter is a simple – yet profoundly important – point in so far as the present appeal is concerned. The courts must be wary of a party who accuses an arbitrator of failing to consider and deal with an issue that was never before him in the first place.[②](emphasis added)

In practice, there are various written materials at different stages where the parties may submit to the tribunal their respective claims or issues to be addressed in the arbitration proceedings. In *CDM v CDP* [2021] SGCA 45, the Singapore Court of Appeal ruled that the question of what matters were within the scope of the parties' submission to arbitration was answerable by reference to five sources: the parties' pleadings, agreed list of issues, opening statements, evidence adduced, and closing submissions at the arbitration.[③]

However, it may sometimes happen that some of the aforesaid written sources which embody the claims can not be used to determine the scope of the parties' submission to arbitration. Some institutional arbitration rules provide that the parties are not allowed to amend their claims or counter-claims when the tribunal considers that such amendment is too late and may delay the arbitral proceedings[④], or that it is inappropriate to allow such amendment having regard to the circumstances of the case[⑤]. In this case, those supplementary documents attempting to revise the claims or counter-claims which the tribunal has refused to consider can not be taken into account when determining the scope of the parties' submissions.

(3) The tribunal fails to address the matters

A purview of case laws in Singapore and Hong Kong shows that the issue of whether the tribunal fails to address the matters has been tackled by a narrow approach. As the Hong Kong Court ruled in *LY v HW* [2022] HKCFI 2267:

…an award should be read in a reasonable and commercial way, without a meticulous legal eye endeavoring to pick holes, inconsistencies, and faults, but generously, and only to remedy serious breaches of rules of natural justice which cause injustice.[⑥]

① See [2019] HKCFI 229, para.36.
② See [2014] SGCA 40, para.4.
③ See [2021] SGCA 45, para.18.
④ See, *e.g.*, Art.17 of 2024 CIETAC Rules.
⑤ See, *e.g.*, Art.18.1 of 2018 HKIAC Rules, Art.20.5 of 2016 SIAC Rules.
⑥ See [2022] HKCFI 2267, para.58.

This approach was followed in the latest case of *CNG v G* [2024] HKCFI 575, where Mimmie Chan J reiterated that:

…it is essential to bear in mind the policy of minimal curial intervention, and the approach of the Courts to read an award generously, remedying only meaningful and readily apparent breaches of the rules of natural justice which can cause actual prejudice, rather than to comb an award in order to assign blame or to find fault in the process. Any inference, that an arbitrator had missed one or more important pleaded issues, can only be drawn if it is shown that the inference is “clear and virtually inescapable”.[①]

As such, in the context of an application for setting aside an *infra petita* award, the tribunal’s failure to address the matters put to it is only based on a clear and virtually inescapable inference that “the arbitrator did not apply his mind at all to that aspect of the plaintiff’s submissions”[②]. Such an inference should not be drawn “if the facts are also consistent with the arbitrator simply having misunderstood the aggrieved party’s case, or having been mistaken as to the law, or having chosen not to deal with a point pleaded by the aggrieved party because he thought it unnecessary (notwithstanding that this view may have been formed based on a misunderstanding of the aggrieved party’s case)”[③]. There is an important distinction between an arbitral tribunal’s decision to reject an argument (whether implicitly or otherwise, whether rightly or wrongly, and whether or not as a result of its failure to comprehend the argument and so to appreciate its merits) and the arbitral tribunal’s failure to even consider that argument. Only the latter amounts to a breach of natural justice; the former is an error of law, not a breach of natural justice.[④]

In addition, there is no tribunal’s omission of addressing an issue if such an issue has been impliedly dealt with. As the Singapore court ruled in *TMM Division Maritima SA de CV v Pacific Richfield Marine Pte Ltd* [2013] SGHC 186:

It should be emphasized that an issue need not be addressed expressly in an award; it may be implicitly resolved. Resolving an issue does not have to entail navigating through all the arguments and evidence. If the outcome of certain issues flows from the conclusion of a specific logically prior issue, the arbitral tribunal may dispense with delving into the merits of the arguments and evidence for the former.[⑤]

(4)Substantial injustice: implied requirement?

Sec.68 of EAA provides that an award can be set aside on the ground of serious irregularity, including the situation where the tribunal fails to deal with all the issues that were put to it, only when the court considers that such irregularity has caused or will cause substantial injustice to the applicant. In its purely textual terms, there is no such requirement in Art.34 of Model Law. Nevertheless, some commentators believe that the difference between the EAA and the Model

① See [2024] HKCFI 575, para.27; see also *AKN v ALC* [2015] SGCA 18, para.46.
② See *ASG v ASH* [2016] SGHC 130, para. 62.
③ See also *AKN v ALC* [2015] SGCA 18, para.46.
④ See also *AKN v ALC* [2015] SGCA 18, para.47.
⑤ See [2013] SGHC 186, para.77.

Law on this point exists more at the level of form than substance.[①] As Gary B. Born observed, an award should be set aside on *infra petita* grounds only where it resulted in material prejudice to the award-debtor.[②]However, in the case laws in Singapore and Hong Kong, it seems that the supervisory courts may follow two different approaches in this regard.

In *CRW Joint Operation v PT Perusahaan Gas Negara (Persero) TBK* [2011] SGCA 33, the Singapore Court of Appeal regarded the occurrence of real or actual prejudice as the requirement[③] for setting aside an *infra petita* award by ruling as follows:

…it must be noted that a failure by an arbitral tribunal to deal with every issue referred to it will not ordinarily render its arbitral award liable to be set aside. The crucial question in every case is whether there has been real or actual prejudice to either (or both) of the parties to the dispute..[④]

By contrast, In *Triulzi Cesare SRL v Xinyi Group (Glass) Co Ltd* [2014] SGHC 220, the Singpapore High Court did not view substantial injustice or prejudice as a legal requirement for the application of Art.34 of Model Law, but instead as one of the relevant factors or elements that will be taken into account when the court exercises its discretionary power conferred by the phrase "may be set aside" in Art.34(2) of Model Law to set aside an *infra petita* award, which indicated that the court will choose to set aside such an award even though a ground for setting aside is established, in the event the applicant is unable to show that it had been or might have been substantially prejudiced.[⑤]

2. Request for additional award: a precondition or not?

As analyzed above, it would be difficult to accept that Art.33(3) of Model Law is the only remedy after an award *infra petita* is rendered. The next issue to be explored is whether the request for additional award under Art.33(3) of Model Law is a prerequisite to seeking the annulment of such an award.

In some jurisdictions, a positive answer to this question has been given by relevant legal instruments, of which EAA is a seminal example. Sec.70(2) of EAA provides as follows:

"An application or appeal may not be brought if the applicant or appellant has not first exhausted—

(a) any available arbitral process of appeal or review, and

(b) any available recourse under section 57 (correction of award or additional award)."

Further, Sec.57(3)(b) of EAA states that the tribunal may, on its own initiative or on the application of a party, make an additional award in respect of any claim (including a claim for interest or costs) which was presented to the tribunal but was not dealt with in the award.

Some scholars take the view that Sec.57(3)(b) of

① See Jonathan Hill, *Claims that an arbitral tribunal failed to deal with an issue: the setting aside of awards under the Arbitration Act 1996 and the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, Arbitration International, 34(3), p32.

② See Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, 3rd edition, Kluwer Law International 2021, p3583.

③ The test for this requirement is whether the arbitral tribunal could reasonably have reached a different decision were there no such irregularity. See *LW Infrastructure Pte Ltd v Lim Chin San Contractors Pte Ltd* [2012] SGCA 57, para.54.

④ See [2011] SGCA 33, para.32.

⑤ See [2014] SGHC 220, para.64; see also *Grand Pacific Holdings Ltd v Pacific China Holdings Ltd* [2012] HKCA 200.

EAA is analogous to Art.3(3) of Art.Model Law[①], which means that, since the request for additional award under Sec.57(3)(b) of EAA is a precondition to setting aside *infra petita* award, so does such a request under Art.3(3) of Model Law. Other commentators believe that Art.34(3) of Model Law, which provides that the three-month time limit for commencing setting-aside proceedings does not start until the tribunal disposes of an Art.33(3) request, supports the position that a party should seek recourse under Art.33(3) before making an application for annulment under Art.34(2), and this is especially so where an Art.33(3) request would be a cheaper and more efficient remedy (an example of this might be where the arbitral tribunal has simply failed to award interest).[②]

In Singapore, some cases have indicated that, even though an award *infra petita* may justify a ground for annulment under Article 34(2) of Model Law, the court will, as per the policy of minimal curial intervention, take into account whether the applicant has requested an additional award and the reasons if it failed to do so before commencing the setting-aside proceedings, although neither Model Law nor Singapore International Arbitration Act (“IAA”) has any such explicit provisions as Sect.70(2)(b) of EAA that a request under Article 33(3) of Model Law shall be the prerequisite to the annulment.

In *BLC and others v BLB and another* [2014] SGCA 40, the Singapore Court of Appeal observed that even though there is no equivalent of Sec.70(2) of EAA in Model Law, the premise behind Sec.70(2) of EAA is consistent with the principle of minimal curial intervention which has been endorsed by Singaporean courts[③], thus “whilst a party is not obliged to invoke Art 33(3), he takes the risk that the court would not, in a setting aside application, exercise its discretion to set aside any part of the award or invoke the powers of remission under Art 34(4) of the Model Law”[④], which means “the applicant’s reasons for failing to resort to Art 33(3) (where applicable) might have an impact upon whether the courts will exercise its discretion to set aside an award under Art 34 of the Model Law”[⑤]. A similar view was adopted in *CEB v CEC and another matter* [2020] SGHC(I) 11, where Singapore High Court dismissed the applicant’s application for setting aside the award on the ground, *inter alia*, that it failed, without any reasonable explanations, to request an additional award as per Article 33(3) of Model Law before commencing the setting-aside proceedings.[⑥]It can be discerned that in the aforesaid cases, the Art.33(3) request has in fact at least “partially”, if not completely, taken the role of prerequisite to setting aside *infra petita* award.

3.The Correlation between annulment and remission in terms of an infra petita award

In terms of the correlation between annulment and remission, there are typically two different legal

① See Robert Merkin, *Arbitration Law*, (informa, Service Issue No. 54, 2010), para.18.34.
② See Paul Tan and Jawad Ahmad, “The UNCITRAL Model Law and Awards *infra petita*”, (2014) 31(3) Journal of International Arbitration 413, p422.
③ See [2014] SGCA 40, para.113.
④ *Ibid*, para.116.
⑤ *Ibid*, para.117.
⑥ See [2020] SGHC(I) 11, para.62-63.

frameworks established respectively by EAA and Model Law.

In accordance with Sec.68(3) of EAA, if there is any serious irregularity under Sec.68(2) of EAA, including the situation where the tribunal fails to address all the issues put to it (Sec.68(2)(d)), that affects the tribunal, the proceedings, or the award, the court has three options to consider: first, remit the award to the tribunal, in whole or in part, for reconsideration; second, set the award aside in whole or in part; or third, declare the award to be of no effect, in whole or in part. Furthermore, the supervisory court shall not exercise its power to set aside or to declare an award to be of no effect, in whole or in part, unless it is satisfied that it would be inappropriate to remit the matters in question to the tribunal for reconsideration. This indicates that remission shall be the option with first priority for the court to consider, even when the applicant requests to set aside an *infra petita* award, rather than remitting it to the tribunal.

In contrast, Model Law has adopted a different approach when it comes to the correlation between these two remedies to a defective award, including an *infra petita* award. As per Art.34(4) of Model Law, when asked to set aside an award, the supervisory court may, where appropriate *and* so requested by a party, suspend the setting aside proceedings for a period of time determined by it in order to give the arbitral tribunal an opportunity to resume the arbitral proceedings[①] or to take such other actions as in the arbitral tribunal's opinion will eliminate the grounds for setting aside. The language of this provision indicates that the court can suspend the setting aside proceedings for the purpose of remitting the award to the tribunal only when a party requests remission and the court considers it appropriate to do so, in other words, if no party requests remission, the court does not have discretionary power to order such remission on its own initiative.

That said, it does not mean that a party may directly seek remedy by means of remission out of the setting aside proceedings, as the remission is actually affiliated to the setting aside. As some scholars pointed out, under Art.34(4) of Model Law, remission is linked to the setting aside proceedings and thereby the scope of grounds for remission is limited to the narrow grounds available for setting aside[②]. When it comes to an *infra petita* award, if the court finds that there is no ground to set it aside, it can not remit such an award to the tribunal either. As Mimmie Chan J held in *LY v HW* [2022] HKCFI 2267:

> In view of the policy of minimal curial intervention, Article 34(4) only applies if the grounds for setting aside an award have been made out. … There is no basis to invoke Article 34 (4) for an award to be clarified, or to be simply improved in any way.[③]

4. Conclusion

The discussion above indicates that there are

① The wording "resume" indicates that a defective award shall be remitted to the original tribunal, rather than a new tribunal, this interpretation has also been accepted by some case law in Model Law jurisdictions, see *BLC v BLB* [2014] SGCA 40, para.119. Nevertheless, some domestic arbitration legislation do allow such an award to be remitted to a newly constituted tribunal under specific circumstances.

② See Nigel Blackaby, Constantine Partasides, etal., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 7th edition Oxford University Press 2023, p532.

③ See [2022] HKCFI 2267, para.70.

some requirements for the aggrieved party to meet if it intends its application for setting aside *infra petita* award to be granted by the courts in Hong Kong and Singapore. Apart from those intrinsic requirements, it may be also required explicitly or impliedly, *inter alia*, that the applicant is substantially prejudiced by such an award, and further, has requested an additional award before commencing the setting aside proceedings. In addition, where the courts in Hong Kong and Singapore find that an award can be set aside on *infra petita* ground, it may choose to remit the award to the original tribunal for reconsideration, having regard to the policy of minimal curial intervention.

V. FORMULATION OF RULES FOR SETTING ASIDE INFRA PETITA AWARD IN CHINA

1. Current approach

(1)Statutory provisions

Promulgated in 1994, CAL was amended respectively in 2009 and 2017 within quite limited scope before leading to the New CAL which still fails to introduce any rules of setting aside *infra petita* award and has not officially taken into force. Art.58 of CAL (amended in 2017) sets out the grounds for setting aside arbitral awards in domestic arbitration, which reads as follows:

“A party may apply for setting aside an arbitration award to the intermediate people's court in the place where the arbitration commission is located if he can produce evidence which proves that the arbitration award involves one of the following circumstances:

(1)There is no arbitration agreement;

(2)The matters decided in the award exceed the scope of the arbitration agreement or are beyond the arbitral authority of the arbitration commission;

(3)The formation of the arbitration tribunal or the arbitration procedure was not in conformity with the statutory procedure;

(4)The evidence on which the award is based was forged;

(5)The other party has withheld the evidence which is sufficient to affect the impartiality of the arbitration; or

(6)The arbitrators have committed embezzlement, accepted bribes or done malpractices for personal benefits or perverted the law in the arbitration of the case.

The people's court shall rule to set aside the arbitration award if a collegial panel formed by the people's court verifies upon examination that the award involves one of the circumstances set forth in the preceding paragraph.

If the people's court determines that the arbitration award violates the public interest, it shall rule to set aside the award.” ①

When it comes to setting aside an award in international arbitration, or rather so-called foreign-related arbitration in China, a different regime is established. In accordance with Art.70 of CAL and Art.291 of CPLC, an international arbitration award

① The English version here was translated by the author, as the official English version of CAL (available at https://english.www.gov.cn/archive/laws_regulations/2014/08/23/content_281474983043668.htm,) is a bit inaccurate and confusing.

may be set aside on the following grounds[①]:

"(1) The parties have not stipulated an arbitration clause in the contract or have not subsequently reached a written arbitration agreement;

(2) The respondent has not been notified of the appointment of an arbitrator or the commencement of the arbitration proceedings, or fails to state its views due to other reasons for which the respondent is not responsible;

(3) The composition of the arbitration tribunal or the procedure of the arbitration does not conform to the arbitration rules;

(4) The matters awarded do not fall within the scope of the arbitration agreement or the arbitration institution has no authority to arbitrate.

If the people's court finds that the execution of the award is contrary to the public interest, it shall rule to annul it" [②]

It can be seen that Art.58 of CAL has empowered the court to exercise its intervention on the merits of disputes in domestic arbitration under circumstance 4 (when the evidence on which the ruling is based are forged) and circumstance 5 (when it is discovered that the facts having an impact on the impartiality of ruling have been concealed by the opposing party), which is quite differing from the provisions under Art.281 of CPLC as well as Art.34(2) of Model Law. Nevertheless, there does exist something in common: first, the grounds for setting aside under CPLC are almost equivalent to those under Model Law, although listed in different sequences; second, like Model Law, neither CAL nor CPLC makes any reference to *infra petita* award. Furthermore, the judicial interpretations issued by the Supreme People's Court of China, which serves as a formal legal source in China, do not include any provisions involving *infra petita* award. It would be safe to state that the current arbitration regime in China keeps silent as to the *infra petita* ground for setting aside arbitral award. Some renowned scholars in China also believe that *infra petita* is not a ground for setting aside an award under CAL or CPLC.[③] As stated above, the New CAL itself does not include *infra petita* as one of the grounds for annulment either.[④]

(2)Court practice

Due to the lack of explicit provision as to *infra petita* ground for the setting aside, there are few cases of judicial review that involve the issue of *infra petita* award. Within the scope of cases that are publicly available, it has demonstrated the divergence among different court opinions in this regard.

For instance, in the case of (2022) Jing 04 Min Te No.447, the applicant sought to annul the award by arguing, *inter alia*, that the tribunal failed to deal with its counter-claim against the opposing party, the Beijing No.4 Intermediate People's Court, which is renowned for its judicial review on arbitral awards in foreign-related arbitration in China, opined that such argument amounted to challenging the tribunal's

① Pursuant to Art.70 of CAL, where a party produces evidence to establish that a foreign-related award has defects specified under Art. 281(1) of CPLC, the court may set aside such award.

② The English version here was translated by the author, as the official English version of CPLC (available at https://english.court.gov.cn/2015-09/11/c_761547_10.htm,) is a bit inaccurate and confusing.

③ See Lianbin Song, *Research on Tribunal's Jurisdiction in International Commercial Arbitration*, Law Press 2000, p228.

④ See Art. 83 of the New CAL.

decision on the merits of the dispute, which does not fall within the grounds under Art.58 of CAL and thus shall be disregarded when considering the setting-aside of arbitral award.①

However, there do exist some exceptional cases where the application for annulment on *infra petita* ground has been granted by the court, which deserves more attention for the purpose of probing the discrepancy between different courts in China when dealing with the same issue.

In the case of (2016) Liao 01 Min Te No.198, the Shenyang Intermediate People's Court of Liaoning Province decided to set aside the award in question on the ground, *inter alia*, that the tribunal failed to address the applicant's claim for liquidated damages resulting from late payment, which violated the legal proceedings so severely as to unduly influence the correct decision on the dispute between the parties②, and thus fell within the ground that "*the composition of the arbitration tribunal or the arbitration proceedings violate the legal proceedings*" under Art.58(1)(iii) of CAL.

Subsequently, in the case of (2018) Nei 04 Min Te No.4, the Chifeng Intermediate People's Court of Inner Mongolia Autonomous Region annulled the award by holding that the tribunal failed to address the applicant's claim for returning the houses in question which was clearly presented to it, the legal proceedings were violated and thus fell within the ground under 58(1)(iii) of CAL.③ In the case of (2018) Ji 03 Min Te No.1, the Siping Intermediate People's Court of Jilin Province held that the tribunal did not deal with the applicant's claim to terminate the sales contract between the parties, and then granted the applicant's application for setting aside the award without explicitly mentioning which specific ground under Art.58(1) of CAL has been invoked. ④

It should be noted that China is not a common law jurisdiction, which means, except for those guiding cases released by the Chinese Supreme Court, other decisions rendered by the Chinese courts are not deemed as legal sources and are not binding on the

① For the purpose of reference, I translated the relevant ruling in this judgment into English by myself as follows: "In the present case, Colombia Company argued that the tribunal's failure to address its counterclaim for damages against Bus Company constitutes an arbitral omission. In this regard, the Court held that the aforesaid argument made by Columbia Company amounted to challenging the merits of the tribunal's decision, which fell outside the scope of judicial review by the people's courts on the arbitration case under Article 58 of the Arbitration Law, the Court thus will not consider this argument made by Columbia Company in accordance with the law."

② In accordance with Art.20 of the Interpretation on Issues Relating to the Application of Arbitration Law of the People's Republic of China released by Supreme People's Court, "the composition of the arbitration tribunal or the arbitration proceedings violate the legal proceedings" under Art.58 of Arbitration Law refers to those circumstances where the arbitration proceedings under Arbitration Law and the arbitration rules agreed by the parties have been violated so as to adversely affect the correct decision on the dispute.

③ For the purpose of reference, I translated the relevant ruling in this judgment into English by myself as follows: "During the hearing in arbitration, the Claimant, Chifeng Military and Civil Construction Engineering Co., Ltd., explicitly claimed that after the termination of the contract between the two parties, the Respondent Chifeng Yuhao Building Curtain Wall Decoration Co., Ltd. should return the four business halls in question. The tribunal failed to consider and address this claim but instead awarded that the Respondent shall return the payment in amount of RMB 3,870,300 to the Claimant, which has been in violation of legal procedures. Therefore, the Court finds that the application for setting aside the award submitted by the Claimant falls within the grounds under Article 58 of the Arbitration Law, and the award shall be set aside."

④ For the purpose of reference, I translated the relevant ruling in this judgment into English by myself as follows: "This Court opines that the arbitral institution upheld the claim of Liu Yunfeng, the Claimant, for returning the payment for purchasing house without dealing with the Claimant's claim for terminating the contract for purchasing house between Henghui Company and Liu Yunfeng, which constituted omission of the Claimant's claim, the award in question thus shall be set aside."

lower courts. As such, compared with Hong Kong and Singapore (both are common law jurisdictions where case law is one of and actually the primary legal sources), China is in more need of explicit and systematic rules for *infra petita* awards to uniform the court practice.

2. Analysis and recommendation

The discussion above has clearly showcased the similarities between Chinese arbitration legislation and Model Law in that both of them fail to include any express provision as to *infra petita* award and there are different or even contradictory court opinions (whether acting as formal legal sources or not) both in China and such Model Law jurisdictions as Hong Kong and Singapore. However, the differences between national arbitration legislation in China and Model Law jurisdictions, and even between different Model Law jurisdictions (like Hong Kong and Singapore) deserve equal and even more attention when considering the formulation of rules for setting aside award *infra petita* in China.

In addition, it is actually an "art of balance" in the context of curial challenge to arbitral decisions. As Belinda Ang Saw Ean J observed in *BLB and another v BLC and others* [2013] SGHC 196:

On one hand, the supervisory function of the court requires it to step in to provide relief in cases of genuine challenges. On the other hand, the linked principles of minimal curial intervention and finality in proceedings demand that this power of intervention be exercised warily and only in meritorious cases where statutorily prescribed grounds for setting aside have been established.[①]

The analysis and proposals below are rooted in the aforesaid similarities as well as differences, also having regard to the "art of balance" mentioned above.

(1)*infra petita* shall be a ground for setting aside an award

As discussed above, since Art.34(2) of Model Law makes no reference to *infra petita* award, the courts in Model Law jurisdictions, such as Hong Kong and Singapore, may take different approaches to deal with an *infra petita* award. The analysis in the first part of this chapter indicates that the situation in Mainland China is exactly the same.

Should an award be set aside on *infra petita* award? this is a question equally important to Model Law jurisdictions and Mainland China, and may have the same answer to it. Apart from the lack of explicit provision, one of the leading arguments to support the view that *infra petita* is not a ground for the setting-aside is that the disadvantaged party can get sufficiently remedied by seeking an additional award and thus there is no need to set aside an award on *infra petita* ground. However, this argument, from my point of view, is not persuasive and easy to criticize:

Firstly, as some commentators have correctly pointed out, the remedy by means of additional award is subject to the otherwise agreement of the parties, which means the parties can not invoke Article 33(3) of Model Law when they agree that they will not seek an additional award where there is an *infra petita*

① See [2013] SGHC 196, para.2.

award[①].

More importantly, “a situation might be envisaged in which the issues that were overlooked were of such importance that, if they had been dealt with, the whole balance of the award would have been altered and its effect would have been different”[②], since the additional award can only address the omitted claims, it would be meaningless and undesirable for the parties to request an additional award when the omitted claims are highly interdependent with those being addressed. For instance, if the tribunal upholds the claimant's claim for returning the payment without addressing its claim for terminating the contract, since these two claims are logically correlated and can not be separated from each other, there is no possibility for the tribunal to cure the defective award by rendering an additional award which only targets the omitted claim.

In addition, as pointed out above, where the omitted matter is an issue, rather than a claim, the remedy by means of the additional award is not available to the disadvantaged party, as there exists no claim that is left unaddressed and thus does not meet the criteria “as to *claims* presented in the arbitral proceedings but omitted from the award” under Art.33(3) of Model Law. For example, if the tribunal upholds all of the claimant's claims but fails to address the limitation issue raised by the respondent, even though the respondent has been substantially and unfairly prejudiced, since all the claims have been dealt with by the tribunal, it will still be stopped from outside the door of the remedy of an additional award.

Therefore, the only plausible approach is to view *infra petita* as one of the grounds for setting aside an award, so that the undesirable result aforementioned can be reasonably avoided. This conclusion shall apply both in Model Law jurisdiction and Mainland China.

(2)*infra petita* justifies the setting aside on the arbitration procedure ground

If *infra petita* can be a ground for the setting aside, then on what specific ground should an *infra petita* award be set aside? The discussion above has demonstrated the great divergence on this issue among different court opinions both in such Model Law jurisdictions as Hong Kong and Singapore, and Mainland China.

From my perspective, compared with the other grounds, violation of arbitral procedure may be a more plausible ground upon which an *infra petita* award can be annulled in China. The reasons will be elaborated as follows:

Firstly, Sec.4(2)(d) of Schedule 2 of the Ordinance expressly stipulates a ground of serious irregularities for annulling an award *infra petita* independent of those under Art.34(2) of Model Law, it may be the most straightforward approach to insert such provision in Chinese arbitration legislation. That said, given that the concept of serious irregularities is totally alien to the courts in China, it would be not necessary and appropriate to introduce an additional ground were there some existing ground that may have embodied the circumstance of *infra petita* award.

Secondly, although award *infra petita* may

① See Paul Tan and Jawad Ahmad, “The UNCITRAL Model Law and Awards *infra petita*”, (2014) 31(3) Journal of International Arbitration 413, p416.
② See Nigel Blackaby, Constantine Partasides, etal., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 7th edition Oxford University Press 2023, p540.

theoretically fall within the ambit of the concept of excess of mandate, the phrase "matters beyond the scope of the submission to arbitration" under Art.34(34)(a)(iii) of Model Law is too clear to contemplate an *infra petita* award where the situation is in the very opposite.

Thirdly, the crucial point about award *infra petita* does not typically lie in that a party is unfairly deprived of the chance to amply present his case which is required by due process, but rather to what extent the tribunal, having fully heard the case, may exercise its mandate when dealing with the claims or issues as to such claims submitted by the parties. Although it has been suggested that there are two dimensions to the ability to present a case: a party's opportunity to "speak" and the tribunal's obligation to "listen", such interpretation as to the wording of Art.34(2)(a)(ii) of Model Law may be regarded as unorthodox. [①]As such, it could be not so solidly persuasive for a party to invoke Article 34(34)(a)(ii) when seeking annulment.

Fourthly, as discussed above, the essence of natural justice in Singapore highly overlaps with the requirement of due process, based on the aforesaid analysis on the due process ground, and considering that there is not any formal concept of natural justice in China either in theory or practice, it would be more acceptable to avoid adding an independent ground of natural justice were there some existing ground that may have covered the situation of *infra petita* award.

Moreover, the "public policy" ground must not be seen as a catch-all provision to be used wherever convenient, it is limited in scope and shall be sparingly applied.[②]In Singapore and Hong Kong, the violation of public policy similarly entails that there must be a substantial injustice arising out of an award which is so shocking to the court's conscience as to render enforcement repugnant.[③]In China, violation of public policy, or rather the so-called public interest of society, has been more strictly construed as referring to the situation where the recognition and enforcement of foreign arbitral awards will lead to a "breach of the fundamental principles enshrined in Chinese legal system, violation of the national sovereignty of China, harm to social public security, violation of good customs and other circumstances that are sufficient to endanger the fundamental social public interests in China." [④]With public policy ground narrowly defined and applied in Mainland China, the award annulled by the Hong Kong court in *A v B*[2015] HKCFI 1077 may not be successfully set aside on the public policy ground by the courts in Mainland China. As such, it could be difficult and unreasonable to argue that an *infra petita* award has satisfied this high-threshold test, especially in China.

Lastly, it could be reasonably inferred that there is an implied agreement between the parties that all the claims or issues submitted by them shall be dealt with by the tribunal. Such an agreement, including the

① See Jonathan Hill, *Claims that an arbitral tribunal failed to deal with an issue: the setting aside of awards under the Arbitration Act 1996 and the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, Arbitration International, 34(3), p395.

② See *Qinhuangdao Tongda Enterprise Development Co v Million Basic Co Ltd* [1993] HKCFI 229, para.19.

③ See *A v R (Arbitration: Enforcement)* [2009] 3 HKLRD 389; see also *PT Asuransi Jasa Indonesia (Persero) v Dexia Bank SA* [2006] SGCA 41, para.59.

④ See the Reply Letter of the Supreme People's Court concerning the Applicant Castel Electronics Pty Ltd.'s Application for Recognition and Enforcement of a Foreign arbitral Award.

arbitration rules that are incorporated into the parties' agreement, is thus violated when the tribunal rendered an *infra petita* award.

It should also be noted that not any violation of arbitral procedure will justify the setting aside, as the court ruled in some Singapore cases, which has been discussed in Chapter 4, an award can be set aside on *infra petita* award only when a party is substantially prejudiced. Some judicial interpretations by the Chinese Supreme Court take a similar position. Art.20 of Interpretation on Several Issues Concerning the Application of the Arbitration Law of the People's Republic of China (implemented on 16 December 2008, "Interpretation on CAL") provides that the phrase "violates legal procedure" under Art.58 of CAL refers to the violation of the arbitration procedure under CAL and the arbitration rules chosen by the parties which may affect the correct decision on the dispute. In practice, this provision is also applicable to the interpretation on Art.291.1(3) of CPLC which adopts a similar language. When it comes to the enforcement of the arbitral award, it is stipulated in another judicial interpretation that only the violation of legal procedure which may affect the justice in the decision of the dispute can justify the setting aside of an arbitral award.[①] The requirement of substantial injustice or prejudice is also in line with the principle of minimal curial intervention.

(3)Rules for the additional award shall be established without being the prerequisite to the setting-aside

Unlike Model Law, there is no provision for additional awards in the current arbitration legislation in China, although some arbitral institutions in China adopt the provision for additional awards in their respective arbitration rules[②]. As one of the important steps to formulate the rules for *infra petita* award, it is of necessity to introduce such provision in Chinese arbitration legislation, rather than merely leave it in the institutional rules.

Furthermore, another issue which is more worthy to discuss is whether the request for an additional award should be a prerequisite to setting aside an *infra petita* award. The detailed analysis of case laws in Hong Kong and Singapore in Chapter 4 has indicated that the request for an additional award under Art.33(3) of Model Law has actually taken the role of precondition, in whole or partially, when the supervisory court considers setting aside *infra petita* award. That said, from my point of view, there is no strongly persuasive ground to conceive the request for an additional award as a prerequisite, whether completely or partially, to the annulment of *infra petita* award:

First of all, a plain reading of Art.34 of Model Law supports the view that no precondition is needed for a setting-aside application[③], for there are no explicit provisions in this regard under Model Law, which is apparently different from that under EAA. In *BLC and others v BLB and another* [2014] SGCA 40, it was also

① Art.14 of Provisions of the Supreme People's Court on Certain Issues Concerning the Handling of Cases Involving the Enforcement of Arbitral Awards by the People's Courts (implemented on 1 March 2018).

② For example, Art.57(1) of CIETAC Rules and Art.54(2) of SCIA Rules (effective as of 21 February 2022).

③ See Paul Tan and Jawad Ahmad, "The UNCITRAL Model Law and Awards *infra petita*", (2014) 31(3) Journal of International Arbitration 413, p422.

pointed out by the Singapore Court of Appeal that Ar.33(3) of Model Law merely states that a party "may request" the tribunal to make an additional award for claims presented to it but which were omitted from the award. In other words, based on the literal language of Art 33(3) itself, it could be argued that a party is not obliged to invoke it.[①]

More importantly, as discussed above, it would be undesirable for the applicant to request an additional award under Art.33(3) of Model Law before initiating the application for annulment where the omitted claims or issues cannot be separated from those being addressed. It would also be unfair for the applicant to determine whether the claims omitted by the tribunal can be separated from the addressed ones prior to the setting-aside proceedings since this is an issue that shall be decided by the court after the commencement of such proceedings. It will be also the same case when the omitted matter is an issue, instead of a claim, the disadvantaged party can not be remedied by simply seeking an additional award, since there is no unaddressed claim that warrants such an additional award. In other words, it could be better and more reasonable to impose the duty of distinguishing different scenarios (this may also include whether a request under Art.33(3) of Model Law would be a cheaper and more efficient remedy having regard to the circumstances of the case) on the court, rather than the parties.

As such, the applicant shall be allowed to request additional award before commencing the setting-aside proceedings, or straightly seek to set aside the *infra petita* award. It is not appropriate for the court to dismiss the applicant's application for setting-aside merely because it fails to request an additional award, or take into account the issue of whether it has requested an additional award when dealing with such application for setting-aside, or sanction the applicant when it fails to do so. This conclusion shall also apply to the context of both Model Law and the reformed arbitration legislation in China in the future.

(4)The current rules for remission need to be reformed

Art.61 of CAL allows the supervisory court in China to remit the award to the tribunal for reconsideration in the setting aside proceedings when it deems appropriate. [②] Art.79 of Minutes of the Second National Conference on the Trials of Foreign-related Commercial and Maritime Disputes (Fa Fa[2005]No.26) (released by Chinese Supreme Court on 26 December 2005) empowers the Chinese court to remit international arbitration award to the tribunal for reconsideration in the setting-aside proceedings where appropriate.[③]

As such, where the Chinese court finds that an *infra petita* award can be set aside on the ground of

① See [2014] SGCA 40, para.114.

② Art.61 of CAL provides: "Upon receipt of the application for setting aside the award if the people's court considers that the tribunal can re-arbitrate, it shall notify the tribunal of re-arbitrating within the specified time limit and order the stay of the set-aside proceedings. If the tribunal refuses to re-arbitrate, the people's court shall rule to resume the set-aside proceedings." (translated by the author)

③ Art.79 of Minutes of the Second National Conference on the Trials of Foreign-related Commercial and Maritime Disputes provides: "In case of a foreign-related arbitration award under the circumstances specified in Article 260 of Civil Procedure Law, the people's court may notify the tribunal to re-arbitrate within a certain period of time." (translated by the author)

breach of legal procedure, it may also choose to remit the award to the tribunal for reconsideration if it considers appropriate. However, in view of the principle of minimal curial intervention, the current rules for remission in China need to be reformed as follows:

First, when it comes to setting aside an *infra petita* award, the court should be allowed to only remit the omitted claims to the tribunal for reconsideration, since there is no need for the tribunal to reconsider all of the claims in the award where the omitted claims can be easily separated from those having been addressed. In such case, the partial remission is quite similar to the remedy by means of additional award.

Second, the annulment shall be set as the last resort to remedy the disadvantaged party, which means that remission shall be offered to the court as the option with first priority to take unless it deems that it would be inappropriate to remit the award to the tribunal.

3. Conclusion

Based on the analysis above, the rules for setting aside awards *infra petita* in China can be formulated as follows:

First, *infra petita* shall be stipulated as a ground for setting aside an award and justify such setting aside on the specific ground of violation of arbitral procedure when such violation may cause substantial injustice to the applicant. One plausible option is to introduce this rule under one of the judicial interpretations relating to arbitration (e.g., Interpretation on CAL) by adding that the phrase “violates legal procedure” under Art.58 of CAL (also applicable to Art.291.1(3) of CPLC) includes the circumstance where the tribunal fails to deal with all the claims or issues presented by the parties and such failure may substantially affect the justice in the decision on the dispute.

Second, the request for additional award shall be inserted as a new rule, but such request shall not be considered as a prerequisite to setting aside, which means that the applicant is entitled to request an additional award before commencing the setting-aside proceedings or straightly seeking to set aside the *infra petita* award.

Third, by virtue of the principle of minimal curial intervention, the court should be allowed to merely remit the omitted claims to the tribunal for reconsideration where they can be separated from the addressed claims, and remission shall be offered to the court as the first-priority option to take unless it considers that it would be inappropriate to remit the award to the tribunal.

VI. FINAL CONCLUSIONS

The previous discussion in this paper can be finally concluded below:

First, an *infra petita* award can be defined as the award where the tribunal fails to consider and decide on specific claim(s) and/or issue(s) in the reasoning section and also omits to render the decision(s) as to such claim(s) and/or issue(s) in the dispositive section, which differentiates it from an award to be merely corrected or an award in lack of reasoning.

Second, due to the lack of express provision as to *infra petita* ground under Art.34(2) of Model Law, the court opinions both in such Model Law jurisdictions as Hong Kong and Singapore take different approaches to

deal with the issue whether an award can be set aside on *infra petita* ground, and if so, on which specific ground under Art.34(2) of Model Law. In addition, the disadvantaged party may also invoke some additional grounds (serious irregularities or breach of natural justice) which fall outside the ambit of Model Law.

Third, The courts in Hong Kong and Singapore may take some factors into account before setting aside an *infra petita* award. Apart from those intrinsic requirements for defining such an award, it may be also required explicitly or impliedly, *inter alia*, that the applicant is substantially prejudiced by the award, and further, has requested an additional award before commencing the setting aside proceedings. In addition, the court may, in view of the policy of minimal curial intervention, opt to remit the award when it considers that an award can be set aside on *infra petita* ground.

Last, having regard to both the similarities and differences between current arbitration legislation in China and Model Law (including the national arbitration legislation in such Model Law jurisdictions as Hong Kong and Singapore), it is proposed that China needs to include a set of rules for setting aside an award *infra petita* in that: (1) *infra petita* shall be stipulated as a ground for setting aside an award and justify such setting aside on the specific ground of violation of arbitral procedure when the violation may cause substantial injustice to the applicant; (2) the request for additional award shall be included as a new rule without being a prerequisite to setting aside, the applicant is thus entitled to requesting an additional award before commencing the setting-aside proceedings, or directly applying for setting aside the *infra petita* award; and (3) the court should be allowed to merely remit the omitted claims to tribunal where they can be separated from the addressed claims, and remission shall be offered to the court as the first-priority option to take unless it considers that it would be inappropriate to remit the award.

Bibliography

Books and Articles

[1] Albert Jan van den Berg, *The New York Convention of 1958: An Overview*

[2] Peter Binder, *International Commercial Arbitration and Mediation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*, 4th Edition, Kluwer Law International 2019

[3] Nigel Blackaby, Constantine Partasides, etal., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 7th edition Oxford University Press 2023

[4] Gary B. Born, *International Arbitration: Law and Practice*, 3rd edition, Kluwer Law International 2021

[5] Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, 3rd edition, Kluwer Law International 2021

[6] Borris & Hennecke in *New York Convention – A Commentary* Edited by Reinmar Wolff (CH. Beck, Hart Nomos, 2012)

[7] Chan Leng Sun S.C., *Singapore Laws on Arbitral Awards*, Academy Publishing 2011

[8] John Choong and Romesh Weeramantry, *The Hong Kong Arbitration Ordinance: Commentary and Annotations* (Sweet & Maxwell 2011)

[9] Emmanuel Gaillard and John Savage eds, *Fouchard, Gaillard and Goldman on International*

Commercial Arbitration, Kluwer Law International 1999

[10] Jonathan Hill, *Claims that an arbitral tribunal failed to deal with an issue: the setting aside of awards under the Arbitration Act 1996 and the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, Arbitration International, 34(3)

[11] Howard M. Holtzmann and Joseph E. Neuhaus, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*, Kluwer Law International 1995

[12] Geoffrey Ma Tao-Li &Denis Brock, *Arbitration in Hong Kong: A Practical Guide*, 5th edition, Sweet & Maxwell 2022

[13] Julian Lew, Loukas A. Mistelis, Stefan Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International 2003

[14] Gerard J. Meijer, “Concluding Remarks”, Sophie Goldman and (eds), *Annulment and Enforcement of Arbitral Awards from a Comparative Law Perspective*, Wolters Kluwer 2018, pp. 107 – 131

[15] Robert Merkin, *Arbitration Law*, (informa, Service Issue No. 54, 2010)

[16] Lianbin Song, *Research on Tribunal’s Jurisdiction in International Commercial Arbitration*, Law Press 2000

[17] Paul Tan and Jawad Ahmad, “*The UNCITRAL Model Law and Awards infra petita*”, (2014) 31(3) Journal of International Arbitration 413

[18] Jeffrey Waincymer, *Procedure and Evidence in International Arbitration*, Kluwer Law International 2012

[19] Piotr Wilinski, *Excess of Powers in International Commercial Arbitration*, Eleven International Publishing 2020

Legislation, International Conventions

[20] Chinese Arbitration Law (amended in 2017)

[21] Civil Procedure Law of China (amended in 2023)

[22] Interpretation on Issues Relating to the Application of Arbitration Law of People’s Republic of China released by Supreme People’s Court

[23] Provisions of the Supreme People’s Court on Certain Issues Concerning the Handling of Cases Involving the Enforcement of Arbitral Awards by the People’s Courts (implemented on 1 March 2018)

[24] Hong Kong Arbitration Ordinance

[25] Singapore the Arbitration Act 2001

[26] Singapore International Arbitration Act 1994

[27] United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 10 June 1958)

Institutional Rules and Soft Law

[28] Arbitration Rules of China International Economic and Trade Arbitration Commission (effective as of 1 January 2024)

[29] Arbitration Rules of Shenzhen Court of International Arbitration (effective as of 21 February 2022)

[30] UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 (with amendments as adopted in 2006)

Court Decisions

[31] *CNG v G* [2024] HKCFI 575

[32] *AAB v BBA and BBC* [2024] HKCFI 699

[33] *LY v. HW* [2022] HKCFI 2267

[34] *CDM v CDP* [2021] SGCA 45

[35] *CEB v CEC and another matter* [2020] SGHC(I) 11

[36] *N v C* [2019] HKCFI 229

[37] *ASG v ASH* [2016] SGHC 130

[38] *AKN and another v ALC and others and other appeals* [2015] SGCA 18;

[39] *A v B* [2015] 3 HKLRD 586

[40] *PT Perusahaan Gas Negara (Persero) TBK v CRW Joint Operation* [2015] SGCA 30

[41] *BLC and others v BLB and another* [2014] SGCA 40

[42] *Triulzi Cesare SRL v Xinyi Group (Glass) Co Ltd* [2014] SGHC 220

[43] *BLB and another v BLC and others* [2013] SGHC 196

[44] *TMM Division Maritima SA de CV v Pacific Richfield Marine Pte Ltd* [2013] SGHC 186

[45] *LW Infrastructure Pte Ltd v Lim Chin San Contractors Pte Ltd* [2012] SGCA 57

[46] *Grand Pacific Holdings Ltd v Pacific China Holdings Ltd* [2012] HKCA 200

[47] *CRW Joint Operation v PT Perusahaan Gas Negara (Persero) TBK* [2011] SGCA 33

[48] *Brunswick Bowling & Billiards Corporation v Shanghai Zhonglu Industrial Co Ltd* [2009] HKCFI 94

[49] *A v R (Arbitration: Enforcement)* [2009] 3 HKLRD 389

[50] *Soh Beng Tee & Co Pte Ltd v Fairmount Development Pte Ltd* [2007] SGCA 28

[51] *PT Asuransi Jasa Indonesia (Persero) v Dexia Bank SA* [2006] SGCA 41

[52] *Qinhuangdao Tongda Enterprise Development Co v Million Basic Co Ltd* [1993] HKCFI 229

[53] (2022) Jing 04 Min Te No.447

[54] (2022) Lu 16 Min Te No.44

[55] (2022) Lu 16 Min Te No.45

[56] (2022) Lu 16 Min Te No.46

[57] (2021) Jing 04 Min Te No.938

[58] (2021) Jing 04 Min Te No.347

[59] (2018) Nei 04 Min Te No.4

[60] (2018) Ji 03 Min Te No.1

[61] (2016) Liao 01 Min Te No.198

Internet Resources

[62] The official English version of CAL, available at https://english.www.gov.cn/archive/laws_regulations/2014/08/23/content_281474983043668.htm

[63] The official English version of CPLC, available at https://english.court.gov.cn/2015-09/11/c_761547_10.htm

[64] Sanjeyvignesh Jeyasekar, "Types of Legal Research needed for Law Reform" (2014)1, available at http://www.academia.edu/7146989/TYPES_OF_LEGAL_RESEARCH_NEEDED_FOR_LAW_REFORM>,

[65]Report of the Working Group on international contract practices on the work of its fifth session (A/CN.9/233), available at https://documents.un.org/doc/undoc/gen/v83/538/60/pdf/v8353860.pdf?token=ZklpcF9uKAiYdgHh3S&fe=true

证券虚假陈述部分连带责任的四个逻辑问题

潘克三

潘克三律师，北京德和衡律师事务所联席合伙人，中国政法大学民商法学硕士，北京市注册会计师协会个人非执业会员。主要从事证券法律业务、公司常年顾问，以及民商事诉讼与仲裁代理，曾于商业银行及投资银行工作。近年来，围绕法人本质理论持续开展公司法律制度研究，系列论文在德和衡第三至七届律师实务学术年会连续获奖。其中，《董事会中心主义的法人本质理论检视》、《董事对发行人虚假陈述连带责任的法理探析》、《〈民法典〉与 2023 年〈公司法〉对法人本质规定性的贯通阐释刍议》、《〈公司法〉新理念与规则的法人本质逻辑解读》，分别发表于《多层次资本市场研究》（北交所主办）、《投资者》（中证中小投资者服务中心主办）和《北大法宝大数据分析报告（2023-2024）》。

摘　要：针对证券虚假陈述部分连带责任有待厘清的法理问题，本文从法人本质的修正拟制说切入，对发行人与其控股股东、实际控制人、董监高以及证券中介机构之间的连带责任基础进行了重新审视与解析。进而论证，证券虚假陈述连带责任之责任形态，应属不真正连带责任，而实践中出现的部分连带责任，则是不真正连带责任的具体演化形态。依循这一逻辑框架，部分连带责任在适用中的两大核心问题可获得如下定见：其一，“部分连带”之“部分”的切分，应引入“机会丧失理论”作为客观基准与量化标尺；其二，承担了赔偿责任的中间责任人，其追偿权应仅限于向终局责任人（即造假首恶）行使。

关键词：证券虚假陈述、修正拟制说、部分连带责任、机会丧失理论

随着 2019 年修订的《中华人民共和国证券法》（以下简称“《证券法》”）、2022 年《最高人民法院关于审理证券市场虚假陈述侵权民事赔偿案件的若干规定》（以下简称“《新虚假陈述解释》”）的实施，以及 2023 年全面注册制的落地，我国对证券虚假陈述侵权责任[①]的追责力度不断加大，威慑效能显著提升。与此同时，通过中安科、五洋债、康美药业、乐视网等系列典型案例，逐步确立了对未参与造假但存在履职过失的董事、监事、高级管理人员（以下简称“董监高”）、保荐承销机构及证券服务机构（以下合称“证券中介机构”）适用“部分连带责任”[②]的裁判规则。这一裁判规则的创新体现了过责相当原则，标志着司法理念从“重拳出击”向“精准追责”转型，展现出一种成熟与理性。

然而，上述部分连带责任的实践创新已走在学理的前头，亟待从法理上对以下四个环环相扣的逻辑“倒挂”问题作出体系性回应：其一，发行人[③]作为独立人格的法人，为何须与其控股股东、实际控制人（以下合称“两控人”）及董监高等对外承担连带责任？传统法人理论并不支持连带责任。《民法典》第 62 条、第 1191 条相关法人责任规则，强调公司对外独立担责、内部追偿的原则。这与《证券法》第 85 条以及 2023 年《公司法》第 191 条直接规定董事、高管对第三人承担连带责任形成强烈反差。因此，有必要从法理上澄清此种立法安排究竟构成对民法责任体系的突破抑或属于特别法范畴的补充。[④]唯有如此，方能构建协调统一的解释框架。其二，证券中介机构仅因过失即须承担连带责任的法理基础何在？《新虚假陈述司法解释》出台前，旧司法解释[⑤]与司法裁判[⑥]均在共同侵权的框架下解释其责任。然而，新解释不再采用共同侵权的表述，并区分故意与过失，这就要求对过失性连带责任的基础作出新的回答，而该问题也直接决定着部分连带责任的逻辑构建。其三，包括“两控人”、董监高及证券中介机构在内的各类主体与发行人之间的连带责任形态为何？学界对此存在不真正连带责任[⑦]抑或兼具连带与按份属性的混合责任[⑧]等不同观点，亦需厘定。其四，“部分连带责任”应系属于何种责任形态？其结论直接关系着“部分”如何切分及追偿权怎样配置的问题。上述问题层层递进、紧密相连，对民法、公司法与证券法的体系融贯提出了深刻挑战。本文尝试从民法法人本质解析入手，沿解释论路径探寻体系贯通的逻辑，以期为相关讨论提供一得之见，并求教于大家。

---

①《新虚假陈述解释》明确将《证券法》第 85 条和第 163 条规定的民事责任统一界定为侵权责任，即便发行阶段的欺诈行为也不例外。参见林文学、付金联、周伦军：《〈关于审理证券市场虚假陈述侵权民事赔偿案件的若干规定〉的理解与适用》，载《人民司法》2022 年第 7 期，第 44 页。

② 尽管实务中多称“比例连带”，但“比例”的提法容易与“按份”混淆，且包容不了限额赔偿的理念，故本文使用部分连带，以与纯正连带责任的全部连带对称。

③ 随着 2019 年《证券法》调整证券范围的扩大，发行人泛指在我国境内发行证券的股份公司或有限公司，包括但不限于首次公开发行股票并上市的股份公司、已上市公司、新三板公司以及公司债券上市交易的股份公司或有限公司。本文即在该广义下使用发行人概念。参见程合红主编《〈证券法〉修订要义》，人民出版社 2020 年版，第 162 页。

④ 参见蒋大兴：《董事对第三人责任的“法体系一致性”——追问各法域董事责任的“差异化配置”之法理》，载《财经法学》2025 年第 3 期，第 27 页。

⑤ 2003 年实施《最高人民法院关于审理证券市场因虚假陈述引发的民事赔偿案件的若干规定》第 27 条规定，“证券承销商、证券上市推荐人或者专业中介服务机构，知道或者应当知道发行人或者上市公司虚假陈述，而不予纠正或者不出具保留意见的，构成共同侵权，对投资人的损失承担连带责任”。

⑥ 参见四川省高级人民法院民事判决书，（2020）川民终 738 号。

⑦ 参见陈洁：《证券虚假陈述中审验机构连带责任的厘清与修正》，载《中国法学》2021 年第 6 期，第 211 页。

⑧ 参见邹学庚：《虚假陈述比例连带责任的认定模式与体系展开》，载《法学研究》2023 年第 4 期，第 151 页。

一、发行人与其“两控人”“董监高”责任连带关系的法理辨正

《证券法》第 85 条明确规定，发行人因虚假陈述致投资者损失的，应承担赔偿责任；其“两控人”、“董监高”及其他直接责任人员，除能够证明自身没有过错外，应当与发行人承担连带赔偿责任。该规定将承担连带责任的主体范围扩展至发行人背后的“关键少数”。然而，传统法人理论难以为此种“穿透式”追责提供充分的法理依据。因此，有必要首先厘清《证券法》第 85 条突破法人独立人格原则、确立相关主体连带责任的内在逻辑。

（一）传统法人本质理论的解释困境与当代检视

民法以自由意志为法律人格圭臬[①]，当承认自然人以外的团体亦可具有法律人格者时，一个根本性的“意志原点”问题便无从回避：法人是否具有自然人般的固有意志？对此，传统法人本质理论形成了“拟制说”与“有机体说”的二元对立，其在 19 世纪德国民法典制定时期达至争论高峰。[②]此两种传统学说对于《证券法》第 85 条所构建的发行人与其“两控人”、“董监高”之间的连带责任，均呈现出明显的解释困境。

依拟制说，法人无固有意志，故仅是法律为特定目的（如财产归属）拟制的人造主体。[③]其天生无行为能力，行为需由符合章程之代理人加以补充。[④]这后一点便是拟制说对法人如何为“人”的特征诠释。循此逻辑，法人不具备侵权能力，发生侵权时责任应归于实际实施行为的代理人。[⑤]若发行人发生证券虚假陈述，则应归责于实施欺诈行为的董事长、财务总监等自然人。

而依有机体说，法人之实体乃为具备团体意思之社会有机体[⑥]，其意志和行为能力如同个人一样先于法律而存在[⑦]。该说特别以法人机关理论作补充，将依照法人章程来表示意志并行使活动能力的个人或个人集团称为法人机关，又视法人机关为法人不可分割的“法律肉体”[⑧]，一如口、眼等器官之于人的行为，并非是一个人代理另一个人，而是仅存在法人一个人格[⑨]。也就是说，机关行为即为法人自身行为，侵权时应由法人独立承担责任。[⑩]据此，虚假陈述是发行人的独立侵权行为，应由发行人一力承担，董监高作为“器官”无需直接对外负责。

以上不论拟制说还是有机体说，均将责任主体单一化，难以对《证券法》第 85 条所规定的连带责任提供充分的法理支撑，正是传统法人理论需要修正的一种缩影。

纵观各国立法与司法实践，对法人本质认识从未偏执于“拟制”与“实在”的某一端，而呈现

① 参见潘克三：《〈民法典〉与 2023 年〈公司法〉对法人本质规定性的贯通阐释刍议》，载《北大法宝大数据分析报告（2023–2024）》，2024 年年刊，第 328~332 页。
② 参见谢鸿飞：《论民法典法人性质的定位》，载《中外法学》2015 年第 6 期，第 1509 页。
③ 参见[德]弗里德里希•卡尔•冯•萨维尼：《萨维尼论法人的概念》，田士永译，王洪亮校，载《中德私法研究》2013 年总第 9 卷，第 38~40 页。
④ 参见[德]罗尔夫•克尼佩尔：《法律与历史：论<德国民法典>的形成与变迁》，朱岩译，法律出版社 2003 年版，第 67~68 页。
⑤ 参见谢鸿飞：《论民法典法人性质的定位——法律历史社会学与法教义学分析》，载《中外法学》2015 年第 6 期，第 1514~1515 页。
⑥ 史尚宽：《民法总论》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 140 页。
⑦ 参见[法]莱翁•狄冀：《宪法论》，钱克新译，商务印书馆 1959 年版，第 348 页。
⑧ [德]罗尔夫•克尼佩尔：《法律与历史：论<德国民法典>的形成与变迁》，朱岩译，法律出版社 2003 年版，第 70 页。
⑨ 参见[法]莱翁•狄冀：《宪法论》，钱克新译，商务印书馆 1959 年版，第 348 页。
⑩ 参见谢鸿飞：《论民法典法人性质的定位——法律历史社会学与法教义学分析》，载《中外法学》2015 年第 6 期，第 1519 页。

出明显的功能调和取向。德国民法典历经其制定前夜的激烈过后，即采取了调和立场，其立法理由书虽言法人系“人为创造之、缺乏意思的权利载体”，然其第 31 条又规定法人对其董事会及其成员等执行职务引起的侵权后果承担责任，在责任承担上实际采纳了机关与法人构成一体的有机体说立场。[①]英国枢密院虽认为公司乃拟制实体，却发展了归属理论，将符合公司章程和公司法相关规定的董事和股东意志归属于公司，使其意志实质化。[②]我国学界通说虽倾向于法人实在说，亦主张应吸收拟制说的合理成分以补正其不足。[③]

然而，若严格从意志原点的逻辑出发，拟制说与有机体说关于“法人有无固有意志”的对立是不可调和的。这一本体论问题无法“模棱两可”或“亦此亦彼”，而必须在两种立场之间作出根本性的抉择，进而对所择理论的缺陷进行体系化的修正与完善。循此思路辨析，各国实践所呈现的功能趋近立场，实质上正折射出一种可称之为“修正拟制说”的理论自觉：法人虽无先天意志，却可借助法律技术的系统运用，后天建构起能够归属于它的行为意志，从而在功能与效果上无限趋近于一个“实在”的人。这一论点，可通过历史积淀的实证经验对传统学说重新检视予以进一步辨明。

有机体说主张法人有固有意志，虽较容易引起对法人能动性表现的共鸣，但其将法人机关视为法人血肉之躯，不免陷入集体意志和集体自觉的幻觉，不仅在解释机构、基金会和一人公司时会产生困难，还使法人宿命于难以自圆其说的“超人”。[④]事实上，一种超越成员个体的“总的精神”和“集体心理”的存在无法在经验上被探知，团体意志即实体意志的观点，已为哲学、社会学和法学的主流学说所拒绝。[⑤]就此而言，有机体说的立论已确定地落败。

与之相对，拟制说的法人无固有意志的论断虽未被根本动摇，但其传统版将“拟制”简化处理为“虚构”与“无能”，则严重忽视了社团结构于法人意志建构的意义，对法人一经拟制所具有的社会实在性与精神实在性看得很不够[⑥]。尤其是现代公司，像长于变形的“物种”，不仅不会衰老死亡，还能不断创造“后代”[⑦]，其强大的组织延续与适应能力显然无法用“法律残疾”去诠释。说明拟制应包含“建构”与“赋能”，这其中必然包含了法人可建构归属它的行为意志的意义。不然，“石头+代理人”也可拟制为人，显属悖论，并可能滑向法律专断主义[⑧]。

（二）组织体说的理论别解及呼之欲出的修正拟制说自洽逻辑

沿上述分析脉络，由法国学者于 20 世纪初系统化[⑨]的组织体说，似乎为拟制说突破其理论困境提供了现成的“修正版”。

组织体说因其承认法人社会实在性，常被归

① 参见龙卫球：《民法总论》，中国法制出版社 2001 年版，第 367 页。
② 参见[英]保罗•戴维斯：《英国公司法精要》，樊云慧译，法律出版社 2007 年版，第 43~48 页；黄辉：《现代公司法比较研究：国际经验及对中国的启示》，清华大学出版社 2020 年第 2 版，第 129~130 页。
③ 参见王利明：《民法总则新论》，法律出版社 2023 年版，第 271 页。
④ 参见[德]贡塔·托伊布纳：《企业社团主义：新工业政策与法人的“本质”》，仲崇玉译，载《南京大学法律评论》2006 年春季号，第 26 页。
⑤ 参见[德]马蒂亚斯•波恩：《团体决议的社会学性质》，关华鹏译，载王洪亮、张双根、张谷、朱庆育、田士永主编：《中德私法研究（21）：私法上的决议》，北京大学出版社 2022 年版，第 45 页。
⑥ 参见[德]托马斯•莱赛尔：《德国民法中的法人制度》，张双根译，载《中外法学》2001 年第 1 期，第 29~30 页。
⑦ 参见[英]约翰·米克尔思韦特、阿德里安·伍尔德里奇：《公司简史》，朱元庆译，北京大学出版社 2021 年版，第 4 页。
⑧ 参见[法]莱翁•狄冀：《宪法论》，钱克新译，商务印书馆 1959 年版，第 346 页。
⑨ 仲崇玉：《法人组织体说的内涵、旨趣及其启示》，载梁慧星主编《民商法论丛》（第 63 卷），法律出版社 2017 年版，第 9 页。

为实在说的一个分支[①]。然而，其所谓“实在性”的逻辑前设并非是“意志原点”，而是其所定义的权利主体该当具有的两种构成要素——“利益”与“代表并捍卫该利益的意志”；且关键在于，此两种要素不必共存于同一实体，可立足于不同执掌者之上，其著例即无行为能力的自然人和法人。[②]故而，在组织体说看来，法人如同受监护的自然人，通过要素分开执掌但完整的配置，完全具备权利主体资格。具体到公司，其利益执掌者是那些对于特定目的事业有共同目的追求的股东集合体——实以公司本体为利益执掌者的化身，以保障股东人人受益；而其意志执掌者，则是依法选举产生的董事会，实赖董事会中按照一定意志生成规则发挥作用的董事个人——这显然不可能是全体股东，否则就滑向了有机体说先验的“集体意志”或“共同意志”。[③]组织体说还特别强调，纵然代表利益的那个意志在形而上学的意义上不属于法人，只要在社会上和实践上能把这种意志归属于法人，则该种意志即是法人自己的意志。[④]

分析组织体说，其理论框架虽自成一体，却如“旁观者”超越了传统二元对立，为拟制说的修正提供了一条可行的自洽路径：

其一，它揭示法人可通过代表机关的运作，后天建构起一种能归属于自身、并能产生实在法律效果的行为意志。剖析组织体说，其对法人意识的认识，实与拟制说立场相同，即只承认个人意志的真实性，拒斥超个人的集体心灵或先验团体意志。[⑤]但它在这一点上又如同使拟制说接纳了有机体说的批评，不再陌生地对待社团结构，而令代表机关中的个人和其集体按一定生成规则决定的意志获得法人意志的资格，从而弥补了传统拟制说完全抹杀法人行为意志的缺陷。而同时，在对待社团结构上，组织体说也与有机体说划清了界限：它所称的代表机关显然不包含法人成员集体，外延限于公司的董事会；更重要的是，它不将代表机关视作法人的“法律肉体”，而是将其理解为——通过法律与实践均认可的“代表关系”[⑥]——与法人的“利益之躯”相连接的“意志头颅”。这一界定在承认法人可拥有归属于它的行为意志的同时，也清醒地揭示了意志执掌者可能背离公司利益的外部性问题——此际下的“意志”便丧失被正当归属于法人的基础。这不仅使“意志非法人固有”的立场一以贯之，也避免了“同一人格说”在归责上的僵化。例如，当意志执掌者恶意妄为损害第三人时，据此逻辑，不会认为是法人“肉体在动”而令法人顶责，而可认为全然无法人行为，由妄为者承担侵权责任；或当法律基于政策考量令法人承担严格责任时，亦让妄为者承担终局责任。这显然更契合法人的实际运作图景与法律实然状态。

其二，它将法人“实在性”的根基立于其可建构的利益与意志的独立性之上，恰好补足了拟制说未予深刻回答的“法人凭何拟制与怎样拟制”的理论缺失。组织体说通过“利益——意志”的构成要素揭示：公司得以拟制为“人”，前提是存在一种应受法律保护的利益，容易理解，这即股

① 参见史尚宽：《民法总论》，中国政法大学出版社 2000 版，第 140 页。
② 参见[法]莱翁·狄冀：《宪法论》，钱克新译，商务印书馆 1959 年版，第 351~352 页。
③ 参见[法]莱翁•狄冀：《宪法论》，钱克新译，商务印书馆 1959 年版，第 351~352 页；仲崇玉：《法人组织体说的内涵、旨趣及其启示》，载梁慧星主编《民商法论丛》（第 63 卷），法律出版社 2017 年版，第 20 页。
④ 参见[法]莱翁·狄冀：《宪法论》，钱克新译，商务印书馆 1959 年版，第 352 页。
⑤ 参见仲崇玉：《法人组织体说的内涵、旨趣及其启示》，载梁慧星主编《民商法论丛》（第 63 卷），法律出版社 2017 年版，第 17 页。
⑥ [法]莱翁•狄冀：《宪法论》，钱克新译，商务印书馆 1959 年版，第 353 页。

东旨在通过共同出资创建基业长青的特定目的事业所谋求获得的相互一致的利益，并该等利益一俟公司成立便以公司本体的利益为其存在形式；同时，法律与实践亦承认代表和捍卫该等利益的意志可由股东选举的董事及其组成的董事会执掌。不难想见，这两个方面于公司设立之际，便通过股东将出资交付或承诺交付公司并将公司经营管理权交予推举的董事及董事会而获致实现。由此表明：利益独立性是公司拟制为“人”的必要性——或称人格化的实质前提与必要基础[①]；而意志独立性则是民法上的“人”始终如一的内在规定性，二者共同构成了公司不可或缺的法律人格要素。这还可以进一步引申认识，公司治理的核心使命即在于持续捍卫公司利益与意志的独立性，以拱卫其作为“人”的独立“利益图谱”与“行为轨迹”。

综上，组织体说就像从传统拟制说为法人明确有监护意义的代理人，到借鉴有机体说为法人建构社会上和实践上均认可的“意志头颅”，这一阐释，使法人由被动的财产容器，趋近于能动的、可为其行为负责的法律人格。但行文至此必须指出，组织体说所描述的法人意志，绝非先验或固有的，实是“藉着法来授与其组织法上的实在”，本质上“接近于在法以前唯有承认自然人的实在之拟制说的主张”[②]。因此，若严格以法人有无固有意志的逻辑基点审视，组织体说在本质上应归为拟制说，不该归属于实在说，毋宁以拟制说为体、以组织体说为用，将之重新阐释为修正拟制说。

（三）发行人与其“两控人”“董监高”责任连带关系的修正拟制说新解

依修正拟制说，可对《证券法》第 85 条所涉发行人与其“两控人”、董监高等的连带责任作出如下新解：

与传统理论下公司或独立担责、或仅为被代理的躯壳不同，修正拟制说视野之下的公司，犹如现代科技已创造呈现的“AI 人形机器人”：其意志由代表机关的董事成员依治理规则和公司利益的最大化原则持续“投喂”而生成，使公司行为无限趋近于一个具有自主行为能力的“实在之人”；然而，公司终非是一个有深邃内心的真实的人，其法律人格的存续及其行为的法律归属，必然应以意志执掌者之行为不悖离法人根本利益——此必然涵摄不可逾越之法律及公共秩序边界——为实质边界[③]。因此，当发生虚假陈述等严重背离发行人利益的行为，即构成代表关系的滥用，触发“制度性熔断”，于法律评价上，该行为遂不再归属于发行人，而系操纵、策划或具体实施虚假陈述的“两控人”、董监高等的个人行为。但为充分保护投资者，并考虑公司利益执掌者于选任、监督意志执掌者方面难谓不存在组织缺陷与制度失灵，法律仍可基于特别政策考量，令发行人承担严格责任——修正拟制说下的法人利益与意志的独立性建构也使该严格责任承担具有独立人格基础；此外，基于公司治理上的法定监督职责，亦不应免除那些虽未参与造假却在勤勉尽责上存在重大过失的董监高的责任。如此，便形成了“造假者侵权责任—发行人严格责任—失职者过错责

① 参见[奥]弗朗茨·比德林斯基：《私法的体系与原则》，曾见等译，中国人民大学出版社 2023 年版，第 114 页。
② 刘得宽：《民法诸问题与新展望》，中国政法大学出版社 2002 年版，第 500 页。
③ 将“背离公司利益”作为代表关系熔断的实质标准，具备司法实践的参照基础。正如违法合同效力认定，司法实践已从形式性审查转向对“损害公共利益”的实质审查逻辑，其认定可聚焦于职权范围、程序正当性、公司实际获益等具体要素，从而具备现实可操作性，并非抽象空洞之准则。

任”的责任并存。

这里不妨再对公司组织体基本关系作一扩展补充。依循修正拟制说“股东执掌公司利益、董事执掌公司意志”的建构逻辑，股东会并非传统认知中的“最高权力”“最高意思”机关，董事会也非完全受命于股东会。实则当股东选择了董事，便主要由董事就公司一切事务为公司形成意思和表达意志，董事会因此是董事集体行动以集中代表、捍卫公司利益和主宰公司经营的场所，是名副其实的意思机关、代表机关和执行机关。其机理至少可从两个维度审视：

其一，从静态权力配置来看，股东作为公司的“缔造者”与“最终受益人”，唯有掌控公司目的范围[①]及重大结构性事项方具有制度的合理性——此乃股东利益的多元性、难以克服的信息不对称以及股东集体行动必然采行的“资本多数决”的表决机制共同作用使然。设若股东会过度介入经营，则会因股东不可避免的利益多元性、信息不对称及风险偏好差异，没有可能去明智地表决[②]，加之资本多数决易使股东会权力事实为大股东的权力[③]，不免冲击公司意志的独立性。相比之下，董事是由股东从最能领导公司业务的人选中选举产生，依法对公司负有忠实勤勉义务，无股东那样的利益多元性和信息不对称问题，最适合担任公司如何行为的意思担当人。再则，董事虽被要求以董事会集体行动，但董事会决议机制并未消解董事的个人责任，体现在：董事会一人一票的表决机制并非利益博弈，而是服从真理的责任理性，董事须基于适当信息获得为公司利益而行为的合理确信，否则即使站在了多数人一边也不能免责；董事会决议过程非是被误解的对董事个人意见的“化合”，实是对事先确定的议案进行表决，核心是运用思想交流与说服机制[④]——现代公司还存在独立董事的监督机制，以期收到“克服有限理性及消减个人偏见”[⑤]等集体决策功效；若对议案再追根溯源，每位董事都可能是提案人，当然最主要的提案者通常是董事长、总经理或实际控制人等公司关键人物，这与日常观察到的“谁在牵着公司意志走”的现象相符。因此，尽管支配公司行为的意志会以董事会决议的形式作出，或当涉及目的控制事项时还需经过股东会决议的批准，但董事个人意志并没有被过程扼杀，决议结果可追溯至每位董事独立地为公司作出的思考、判断和决断，体现“每个董事都是独立的受托人……应当首先独立承担个人责任”[⑥]。

其二，从动态意志执掌过程来看，股东除了在公司设立时通过制定章程和选举董事会成员等就公司目的控制事项给出第一推动力外，公司实际行为意志主要源出于董事和董事会。此可通过公司决议机制中一常被忽略却至为重要的基本事实揭明：不论是董事会还是股东会决议，都是针对事先确定的议案作出的。此议案牵引决议之达成，正是董事和董事会执掌公司意志的实际体现，从而议案也实质构成了决议不可或缺的一方面独立意思表示，而公司决议应理解是两方面平行意思表示的合致：一个方面是公司意志执掌者（以

① 公司目的范围，在德国法中亦被称为“公司宗旨”其被早期公司法视为限定公司权利能力的关键要素，具有约束公司行为效力的法律功能。然而，目前绝大多数法域已摒弃该规制模式，将其规制向股东自治本位回归。

② 参见[美]罗伯特•C •克拉克：《公司法则》，胡平、林长远、徐庆恒、陈亮译，工商出版社 1999 年版，第 70~71 页。

③ 参见潘林：《论公司机关决策权力的配置》，载《中国法学》2022 年第 1 期，第 207 页。

④ 参见仲崇玉：《法人组织体说的内涵、旨趣及其启示》，载梁慧星主编：《民商法论丛》（第 63 卷），法律出版社 2017 年版，第 19 页。

⑤ 参见林少伟：《董事义务研究》，法律出版社 2023 年版，第 29~31 页。

⑥ 叶林：《公司治理制度：理念、规则与实践》，中国人民大学出版社 2021 年版，第 153~154 页。

作为法定召集权人的董事长或董事会为代表）以议案表达的意思表示，决议明确的效果意思完全包含在议案当中；另一个方面是董事或股东分别作为公司意志与利益的执掌者成员，通过表决行为表达的意思表示。正因为决议的效果意思已由议案明确给出，表决行为才得以格式化为无需言语的投票行为。[①]由此进一步可见，公司意志并非由股东会“总意”或“总成”，实际以董事和董事会为“策源地”和“发动机”，后者充当公司的“大脑”持续思考与行为，所以也必然拥有除股东目的控制事项以外的广泛职权。

基于上述扩展认识，再审视发行人与其“两控人”、董监高等的连带责任关系，便更为清晰：发行人发生虚假陈述，归根结底系其代表机关即董事会出现了“外部性”问题，因之，作为意志执掌者的董事，其责任首当其冲；而对“两控人”与高级管理人员的责任认定，亦应围绕这一“外部性”问题的形成与作用展开。具体而言，“两控人”若仅于股东会层面行使控制权，未介入公司意志执掌，则原则上不存在为虚假陈述担责的可能；然若其行为超出股东会层面，通过架空或操纵董事会实施造假，则应承担与董事一样的信义义务和责任——此正契合《公司法》新增“事实董事”和“影子董事”制度（第 180 条第 3 款与第 192 条）的立法意旨。此际，对其追责与其“两控人”身份无关，是源于其僭越董事角色、实施积极操纵行为。[②]而经理等高级管理人员，结合前述分析并依据《公司法》将经理职权界定为根据章程和董事会授权行使（第 74 条、第 126 条）理解，应定位为董事会业务执行的辅助人，因此其责任地位应等同于董事。由此，进一步审视各责任主体之间的连带责任基础，则不宜简单归为共同侵权范畴，实还内嵌了法律应对公司治理机制失灵的特别政策，从而在责任结构上形成三重耦合：发行人对投资者承担严格责任，与实际操纵、实施欺诈的“两控人”等造假者的直接侵权责任相重叠，并延伸至对虽未参与造假但因重大过失未尽勤勉尽责者的过错责任追究。这既在法理上证成了法人人格独立，又清晰划定了责任穿透的例外标准，从而为《证券法》第 85 条的连带责任规则提供了逻辑自洽的正当性基础。

二、证券中介机构过失陈述的侵权责任基础再审视

承接前文，当将连带责任考察视野扩展至证券中介机构时，便面临第二个法理诘问：证券中介机构仅因执业过失，何以须对并无合同关系的投资者的纯经济损失承担侵权责任？此虽旧问，然于体系融贯层面，仍有审视之必要。

（一）证券中介机构对第三人侵权责任的比较法演进与启示

比较法上，受“过失不对无契约关系之陌生第三人的纯粹经济损失负责”的传统原则制约，两大法系就证券中介机构过失陈述的责任认定，均经历了从初始拒斥到有限承认的演进。

英美法系早期恪守“合同相对性”原则，将过失虚假陈述责任严格限定于合同当事人之间。这一立场于 1964 年英国 Hedley Byrne 案中方被突破。该案确立：若专业人士与第三人之间存在“特殊关系”，且没有免责声明在先，则应对第三人

① 参见潘克三：《民法典视域下的公司决议性质辨析》，载北大法律信息网 2024 年 7 月 29 日 https://article.chinalawinfo.com/ArticleFullText.aspx?ArticleId=128281&listType=0 。

② 参见汤欣等著：《控股股东法律规制比较研究》，法律出版社 2006 年版，第 20 页。

负有注意义务。[①]其中“特殊关系”被界定为：第三人合理信赖专业人士依其专业知识所发表的意见，且专业人士在陈述时知道或应当知道其陈述将被用于该种信赖。[②]英美法系对过失侵权的认定，素来奉行以注意义务为分析工具的个案判断模式。[③]Hedley Byrne 案借“特殊关系”建构，确立了专业人士对第三人负有注意义务的可能，从而为追究其过失侵权责任开启了“闸门”。此后，20 世纪 80 年代兴起的“看门人理论”进一步从经济功能视角深化了注意义务的理据，提出，证券中介机构通过向发行人“抵押”其长期积累的声誉资本，使得投资者或市场能够据此信赖发行人的信息披露和证券品质，是其运行机制的根基所在。[④]这一理论提升了证券中介机构对投资者的注意义务标准，影响深远。

大陆法系则通过其他规范路径审慎引入类似责任。德国法因其侵权法“三个小一般条款”的限制（第 823 条第 1 款保护绝对权，第 823 条第 2 款要求违反保护性法律，第 826 条要求故意背俗），难以直接为过失导致的纯粹经济损失提供救济。为实现投资者保护，其司法实践遂转向扩张合同责任，发展出“附保护第三人效力的合同”制度，使特定范围内的第三人可根据合同请求过失陈述的专业人士赔偿损失。[⑤]这被认为是在合同责任形式下，开辟了实现侵权法功能的另一条“轨道”，等于在“三个小一般条款”之外，隐性补充了“特别关系”标准。[⑥]同属大陆法系的法国，虽采用开放的侵权一般条款，未明文排除纯经济损失，但其司法实践通过灵活解释“过错”、限缩“可赔偿损害”范围以及坚持合同法优先侵权法适用的“非竞合责任原则”，有效避免了第三人纯经济损失赔偿的泛化。[⑦]

综观两大法系的演进，可得出如下启示：专业人士对第三人的责任，并非源于一般法律原则所当然推导出的注意义务，而是法政策基于“特殊信赖关系”这一特殊纽带建构的结果，旨在审慎平衡投资者保护与职业风险控制。从民法权利理论视角观之，一个人形诸于外的权利既为其自由活动空间又为将责任加诸于他人之根据；而纯经济利益并不自动构成限制他人行为的界线，且其价值与他人行为自由难分高下。正因如此，比较法上的共识始终贯穿着一种审慎的法政策逻辑：完全排除过失责任对纯粹经济损失适用是不切实际的，但应当保持有限的保护力度克制。[⑧]

（二）我国法下的证券中介机构过失陈述侵权责任的规范基础

我国《民法典》第 1164 条对侵权法保护范围作了“民事权益”的宽泛界定，因而第 1165 条第 1 款过失侵权的一般条款，在形式上为证券中介机构过失陈述的侵权责任提供了一般法层面的规范依据。[⑨]然而，我国司法实践倾向认为，证券中介机构对投资者纯经济利益损失承担侵权责任的法理依据，并非源于一般侵权规则，而是基于法

① Basil S. Markesinis & Hannes Unberath,The German Law of Torts: A Comparative Treatise，Hart Publishing,4th ed.,2002,p.299.
② Michael A. Jones,Textbook on Torts,Blackstone Press Limited 7th ed.,2000,p.98.
③ 参见[法]勒内·达维：《英国法与法国法：一种实质性比较》，潘华仿、高鸿钧、贺卫方译，清华大学出版社 2002 年版，第 183 页。
④ 参见[美]约翰.C.科菲：《看门人机制：市场中介与公司治理》，黄辉、王长河译，北京大学出版社 2011 年版，第 3 页。
⑤ 参见[德]格哈特·瓦格纳：《当代侵权法比较研究》，载《法学家》2010 年第 2 期，第 113 页。
⑥ 参见[德]克劳斯•威廉•卡纳里斯：《德国侵权法基本结构》，徐博翰译，载王洪亮、张双根、张谷、朱庆育、田士永主编：《中德私法研究（21）：私法上的决议》，北京大学出版社 2022 年版，第 135~136 页。
⑦ 参见[德]格哈特·瓦格纳：《当代侵权法比较研究》，载《法学家》2010 年第 2 期，第 111~112 页。
⑧ 参见[德]格哈特·瓦格纳：《当代侵权法比较研究》，载《法学家》2010 年第 2 期，第 114 页。
⑨ 参见郭雳、吴韵凯：《虚假陈述案件中证券服务机构民事责任承担再审视》，载《法律适用》2022 年第 8 期，第 50 页。

律的特别规定。[①]该规范基础即《证券法》及其配套规则，其制度渊源可追溯至 1993 年的《股票发行与交易管理暂行条例》，并随着监管实践与资本市场的发展而不断强化与细化。[②]目前核心规范是《证券法》第 85 条（规制保荐承销机构）与第 163 条（规制证券服务机构），二者均确立了过错推定与连带责任原则。

从规范逻辑看，《证券法》作为特别法直接创设证券中介机构虚假陈述的责任规范，实质是以成文法的形式，确认证券中介机构与投资者之间存在的“特殊信赖关系”，并基于该关系课以其对投资者的法定注意义务。其法理内核，仍植根于民法中基于特别信赖关系所产生的注意义务理论。而且，结合我国证券法所采行的保荐制度，其还充分吸纳了“看门人”理论，并堪称该理论的强化版。表现在：与比较法上通常限于上市保荐不同，我国建立了覆盖发行与上市的全流程保荐制度。保荐人对发行人承担从辅导、推荐注册、上市到持续督导的全流程职责，对信息披露负有全面审查与保证义务[③]，还实际承担对各证券服务机构的总协调职能，与之形成系统协同的“同心圆”式认证机制。这意味着，在我国资本市场生态中，证券中介机构的专业服务已被提升至市场基础设施的层级，其信息验证行为具有准公共产品属性，所负注意义务标准也相应提高。此种制度安排，深刻反映了立法者基于我国资本市场发展阶段与信用体系建设的现实需求，在责任配置上适度向投资者保护倾斜。在全面推行注册制后，这一取向更为凸显。然而，必须强调的是，即便在法律责任法定化与义务标准提升的背景下，对证券中介机构注意义务的设定必须恪守审慎原则。法律的意图绝非绝非简单地强化保护，而是在投资者保护、中介机构的合理责任空间以及市场整体活力之间，寻求一种制度平衡。任何一方的过度倾斜，都可能损害资本市场长期健康的根基。

（三）小结与递进：特别法上的义务创设及体系整合需求

承前所述，证券中介机构过失陈述的侵权责任，本质上是一项由特别法完成的“制度建构”。其虽在法理上植根于特殊信赖关系，但已非一般侵权规则的直接适用，而是立法者为保护投资者、矫正信息不对称，并借助“看门人”机制予以功能强化的特殊法政策安排。此等安排亦直接决定了证券中介机构与发行人承担连带责任的特殊逻辑：证券中介机构除非与发行人的“两控人”“董监高”共谋或放任后者造假，其责任可相对明确地归入《民法典》第 1168 条的共同侵权或第 1169 条的教唆帮助侵权外，在更为典型与复杂的执业过失情形下，其与发行人连带责任的基础，便并非源于共同侵权的意思联络，而在于法律将中介机构作为“看门人”所负有的核查、验证义务与发行人的信息披露责任进行结构性捆绑，从而在规范层面创设了一种多数人责任形态——其核心机制在于扩展债务人范围，将虽非损害直接引发者、却基于特殊信赖关系而负有一定注意义务的中介机构纳入责任主体，以强化对投资者的保护和市场信用。

循此分析，本文引言部分所提出的第二个逻

① 参见入库编号 2023-10-2-504-001“富某公司诉德国某会计所侵权责任纠纷案——审计侵权赔偿责任的归责原则以及“利害关系人”的范围确定”案例。

② 参见陈洁：《证券虚假陈述中审验机构连带责任的厘清与修正》，载《中国法学》2021 年第 6 期，第 211 页。

③ 参见程合红主编：《〈证券法〉修订要义》，人民出版社 2020 年版，第 29、181 页；郭锋：《证券法信息披露导论》，法律出版社 2024 年版，第 691~693 页。

辑诘问得到初步回应。也因之，一个更关键的教义学问题随之凸显：此种由特别法创设、非以共同侵权为基础的连带责任，在《民法典》所构建的多数人侵权体系中，究竟应如何定位、解释并与既有规范相协调？此一问题的厘定不仅关乎法律体系的融贯，更直接决定了各主体责任的内部分担与追偿逻辑，因而构成衔接特别法与一般法、贯通责任成立与承担的关键枢纽，亦为下文解析之焦点。

三、证券虚假陈述连带责任形态为不真正连带责任的逻辑展开

当发行人与其“两控人”、董监高以及证券中介机构之间的连带责任基础得以澄清后，逻辑的下一步便自然指向对其责任形态的界定：此种由《证券法》特别规定的连带责任，在《民法典》的多数人侵权体系中究竟居于何种地位？这不仅是一个教义学上的定性问题，更构成了贯通《民法典》与《证券法》制度衔接的关键枢纽，并直接关乎后文“部分连带责任”之构建的体系化证成。

《民法典》侵权编所规定的典型多数人侵权连带责任，主要包括第 1168 条（共同侵权）、第 1169 条（教唆帮助侵权）、第 1170 条（共同危险行为）及第 1171 条（分别侵权且均足以造成全部损害）。乍看，《证券法》上的连带责任难以纳入上述任一类型的规范要件之中。首先，就发行人与其“两控人”“董监高”之间的连带关系而言，将因被操控而承担严格责任的发行人与故意造假的“两控人”及董监高，一概纳入以意思联络为核心的共同侵权（第 1168 条），显与法理不符；而过失履职的董监高与其他主体之间，亦缺乏成立共同侵权或其他典型连带之债的逻辑基础。其次，就证券中介机构而言，其基于执业过失的责任，显然不符合共同侵权的主观要件，也难以归入后两种客观关联的侵权形态。可见，《证券法》上复杂的责任聚合，难以被既有典型连带责任形态所容纳。

然而，值得关注的是，《民法典》除前述典型的多数人侵权连带责任外，还在特殊侵权领域规定了不真正连带责任形态，例如第 1203 条（产品责任中生产者与销售者的责任）、第 1223 条（医疗产品缺陷责任）以及第 1233 条（第三人过错导致的环境污染和生态破坏责任）等。[①]此不真正连带责任的共同特征在于：受害者可基于不同法律关系就同一事实向多个责任主体主张赔偿，但最终责任只能归属于应当承担责任的那一个责任人[②]。这表明《民法典》中的连带责任体系具备一定的弹性，能够容纳包含不真正连带责任在内的多元责任形态。[③]这恰为证券法上的连带责任提供了体系衔接点和法理支持。

（一）不真正连带责任的发生机理：对风险遏阻义务者的合理“株连”

不真正连带责任的概念最早由德国学者提出。早期的“原因同一说”主张，唯有数个债务的发生基于同一原因（如共同契约或共同侵权），方构成连带责任；而因不同原因（如保管人失职与第三人盗窃）导致的偶然责任聚合，则属不真正连带。后来，随着德国民法典明确承认基于不同请求权基础亦可成立连带债务（如其第 769 条保

① 参见谢鸿飞等著：《债法总则：历史、体系与功能》，社会科学文献出版社 2021 年版，第 255~257 页；崔建远：《〈民法典〉所设连带债务规则的解释论》，载《当代法学》2022 年第 2 期，第 8 页；张平华、石文静：《〈民法典〉不真正连带债务追偿权体系释论》，载《北方法学》2023 年第 3 期，第 6 页。

② 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国民法典总则编理解与适用》，人民法院出版社 2020 年版，第 891 页。

③ 张平华：《连带责任的弹性不足及克服》，载《中国法学》2016 年第 5 期，第 121 页。

证连带、第 840 条雇主与雇员连带），“原因同一说”局限性凸显。之后出现的“共同目的说”试图加以弥补，却又因无法协调法定之债而衰落。[①]现今德国通说是拉伦茨等学者提出的“同一层次说”。根据该说，当数债务人的义务是“同级别的”或“同顺序的”[②]，即没有一个债务人一开始就处于第一债务人的地位[③]，则成立真正连带；反之，若其义务不在同一层次，存在责任位阶分化，例如存在发生损害的“终局责任人”（如产品缺陷的制造商）与仅因未履行风险遏阻或监督义务而需负责的“中间责任人”（如失职的销售者），则构成不真正连带责任。由此，不真正连带责任是以债务人内部是否有人承担最终责任为断[④]，并且由于中间责任人对损害的发生并没有直接的过错和因果关系，仅是没有起到遏阻作用，故其在债务人内部应分担的责任是零，若其承担了赔偿可向终局责任人追偿，从而，“对外连带、对内单向追偿”成为不真正连带责任的典型特征[⑤]，并以“单向追偿”为其最明显标签。

以上发生机理揭示，不真正连带责任本应是由终局责任人承担的单一责任。然而，基于风险分配和救济效率的法政策考量，法律将虽未直接引发损害、但对损害发生起着遏阻作用的特殊关系人“连坐”了进来。从而，相较于在连带责任，不真正连带责任更加体现了扩展债务人范围的思想，凸显对权利人的保障，但这无疑也限制了他人的自由。因此，此种责任扩张必须严格遵循法定主义，只能基于法律特别规定，防止不受控制地以非直接责任的创设不当扩大责任人的范围。[⑥]据此审视，若证券虚假陈述连带责任符合不真正连带责任的特征，则《证券法》第 85 条及第 163 条所规定的“连带责任”，正可解释为此种责任形态在证券法领域的特别立法体现。

（二）发行人与其“两控人”、董监高的不真正连带关系分析

证券虚假陈述中，发行人与其“两控人”、董监高之间的责任位阶明显不同一，符合不真正连带责任中终局责任人与中间责任人的区分特征。

首先，从虚假陈述行为的成因看，其极少源于纯粹过失，而通常表现为有组织的故意造假。实践中，绝大多数具有重大性的虚假陈述均源于“两控人”组织、策划或指使，以及部分关键董监高（如董事长、总经理、财务负责人）的受命实施。此类主体具有欺诈的直接故意或间接故意，其行为是造成投资者损失的直接且决定性原因，同时，他们之间因意思联络构成共同侵权，无疑应对全部损失承担最终责任，是责任链条中的终局责任人。比较法实践中亦存在仅由高级管理人员作为“内部人”独立策划并实施造假的案例，该“内部人”作为损害源头，其终局责任人地位亦同样成立。

其次，根据《证券法》第 82 条，董监高负有信息披露保真及签署书面确认意见的义务；更重要的，董事和董事会作为公司意志执掌者，本于履行代表和捍卫公司利益的职责，亦应建立行之有效的内部控制制度，并投入一定时间和精力对

① 参见张定军：《论不真正连带债务》，载《中外法学》2010 年第 4 期，第 505~509 页。
② [德]迪特尔•梅迪库斯：《德国债法总论》，杜景林、卢湛译，法律出版社 2004 年版，第 609 页。
③ 张定军：《论不真正连带债务》，载《中外法学》2010 年第 4 期，第 511 页。
④ 卜元石：《中国法学对外交流与研究中心的概念对接——以多数人之债实体与程序的中德比较研究为例》，载《法学研究》2024 年第 3 期，第 39 页。
⑤ 张平华、石文静：《〈民法典〉不真正连带债务追偿权体系释论》，载《北方法学》2023 年第 3 期，第 5 页。
⑥ 参见谢鸿飞等著：《债法总则：历史、体系与功能》，社会科学文献出版社 2021 年版，第 265 页。

内控运行进行“警察巡视”[①]，发挥预防职能。监事会的职责亦在于此。因此，虽未参与造假的董监高，若存在履职过失，则如同身在“监控室”的“值守者”打了瞌睡，违反了法定的系统监控义务[②]，依法应承担过错责任。但显然，其过失行为与直接实施造假存在本质区别，故其责任应定性应为中间责任，其责任地位属于中间责任人。

需进一步澄清的是，以修正拟制说视角观察，虽然法律规定发行人对虚假陈述承担严格责任，但虚假陈述的发生本身即表明其意志已被造假者操控或蒙蔽，此时造假行为实质上已不属于法人的真实意思，不属于发行人行为。在此意义上，发行人虽依法对外承担赔偿责任，却非侵权行为人，亦非终局责任人。基于不真正连带责任的立法目的在于引入中间责任人的责任，使其即使对损害的发生无过错也仍须对外担责[③]，应认为，发行人虽依法负严格责任，其责任地位同样属于中间责任人。

可见，发行人虚假陈述必有故意造假的始作俑者作为终局责任人，同时也伴有因未勤勉尽责而依法应当担责的中间责任人，发行人虚假陈述责任形态应当是有终局责任的不真正连带责任形态[④]。

（三）证券中介机构的不真正连带责任分析

证券中介机构作为资本市场的“看门人”，其过失陈述者，并非信息的原始生产者，亦非虚假陈述的“共同制造者”，仅是未对已存在虚假信息有效查验和“拦截”。这一角色定位，从根本上决定了其承担的责任具有附属性[⑤]，其中间责任人的地位至为明显。

还应认识到，受限于“事后复盘”的成本、专业认知能力与技术工具等的客观局限，证券中介机构对发行人披露信息的核查验证难以做到逐笔查验，更无法保证必然发现一切真实。对于一些发行人极力隐藏的问题，更是没有无所不知、无所不能的能力去挖掘所有真相。[⑥]其核心职能在于通过专业监督起到风险遏阻作用，从而降低虚假陈述发生的概率，而非提供绝对真实的保证。《中国注册会计师审计准则第 1101 号》第 25 条明确规定，审计目标是就财务报表整体不存在舞弊或错误导致的重大错报获得合理保证，即对此职能边界提出了最好注脚。同样，《证券法》第 85 条将保荐承销机构的责任与发行人、“两控人”及董监高等主体的责任并列规定，固然体现了立法对其作为首要“看门人”的倚重与更高要求，但必须厘清的是，保荐之“保”绝非民法意义上的保证担保，其也不可能以担保机构的模式运作[⑦]。无论其信息验证作用如何被强调，其本质仍是监督与风险遏阻主体，不能被视为杜绝虚假陈述的充分条件。因此，其责任始终具有附属性，其所承担的连带责任在法理上应定性为不真正连带责任。

此外，应正确理解《证券法》中“与发行人承担连带赔偿责任”的规范内涵。此处的“发行人”应作体系解释，并非仅指发行人这一主体，而是

① 参见邢会强：《上市公司虚假陈述行政处罚内部责任人认定逻辑之改进》，载《中国法学》2022 年第 1 期，第 254 页。
② 参见邢会强：《上市公司虚假陈述行政处罚内部责任人认定逻辑之改进》，载《中国法学》2022 年第 1 期，第 253 页。
③ 张平华、石文静：《〈民法典〉不真正连带债务追偿权体系释论》，载《北方法学》2023 年第 3 期，第 9~10 页。
④ 孙培贤：《虚假陈述侵权责任形态评析及完善》，载《证券法苑》2010 年第 2 期，第 493 页。
⑤ 参见陈洁：《证券虚假陈述中审验机构连带责任的厘清与修正》，载《中国法学》2021 年第 6 期，第 214 页。
⑥ 参见刘琬乔：《证券虚假陈述案件中会计师过失审计的侵权责任》，载《湖湘法学评论》2024 年第 4 期，第 86 页。
⑦ 参见邢会强：《证券中介机构法律责任配置》，载《中国社会科学》2022 年第 5 期，第 90 页。

指代包括发行人、其“两控人”、董监高及其他直接责任人员在内的全部责任主体。证券中介机构实质上是与这一责任主体集合构成总体连带责任关系。在此责任结构中，除直接实施虚假陈述行为的终局责任人外，其他过失责任主体，均属于中间责任人。

小结本部分以上分析，关于证券虚假陈述连带责任的形态应界定为不真正连带责任，其结论已臻明确。基于我国《民法典》中的连带债务规则在解释上可以涵盖不真正连带债务关系[①]，将此种定性纳入既存民法体系并无规范障碍。若坚持不真正连带责任须严格遵循法定主义，则《证券法》中关于连带责任的规定，恰为这一责任形态在证券领域的适用提供了特别法上的规范基础。很显然，不真正连带责任的解释路径，能够有效贯彻“追首恶”的政策目标，精准打击“两控人”等终局责任人，使其承担最终责任；同时，也巧妙兼顾了投资者保护与市场效率的平衡——通过将发行人、中介机构等具备偿付能力的“深口袋”主体纳入责任范围，先行保障投资者受偿。而这些中间责任人承担责任后，可依据追偿权向终局责任人清算，避免对非终局责任人的过度惩罚，防止挫伤中间责任人的履职积极性，以维护健康的市场生态。更具理论价值的是，不真正连带责任的法理构造，为实践中探索“部分连带责任”提供了体系融贯的解释基础。如下文将进一步阐述，这一路径有助于实现更精细化的责任配置，避免因过度连带而导致的责任失当与“寒蝉效应”，为构建层次分明、权责对应的证券虚假陈述责任体系开辟了理论通路。

四、从不真正连带责任到部分连带责任的贯通逻辑

（一）部分连带责任的合乎逻辑推演

根据不真正连带责任的发生机理，中间责任人并非损害发生的直接实施者，其责任源于法律基于风险遏阻的政策考量而将其纳入责任范围。此种法律拟制，意味着在责任配置上，中间责任人的连带赔偿责任既可采全部连带亦可限定为部分连带，恰如既有司法裁决明确表达的不必然等同于全额连带[②]，以避免因相对轻微的履职过失而承担全部连带的不公后果，使其责任范围与其可能控制和预见的风险相匹配。

上述解释论上的推演并非空穴来风。首先，《民法典》侵权责任篇中“相应责任”规范为此提供了重要参照。该法第 1169 条第 2 款、第 1189 条、第 1191 条第 2 款、第 1193 条以及第 1256 条分别规定，监护人、监护受托人、劳务派遣单位、定作人及公共道路管理人因未尽到相应职责，需对实际侵权人给第三人造成的损害承担相应责任。这些相应责任主体均非直接侵权人，其过失与损害之间缺乏直接因果关系，更接近于为损害发生提供了条件，契合不真正连带责任的责任位阶分化的特征。结合其责任界限明确区别于全部责任，以及该责任形态的对外效力上，允许受害人将相应责任人与实际侵权人一并作为被告起诉，其最为合理的定性解释应如《侵权责任编解释征求意见稿》界定的“部分连带责任”[③]。正式颁行的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉侵权责任编的解释（一）》虽未直接采用“部分连

① 参见崔建远：《〈民法典〉所设连带债务规则的解释论》，载《当代法学》2022 年第 2 期，第 6 页。
② 参见上海市高级人民法院（2020）沪民终 666 号民事判决书。
③ 参见程啸：《我国侵权法上”相应的责任“的体系解释》，载《环球法律评论》2024 年第 3 期，第 109 页。

带责任”的表述，但已明确相应责任人应在其“未尽职责”或“过错范围内”与实际侵权人“共同承担”责任，实质上确立了部分连带责任的核心内涵。

其次，《民法典》侵权责任编中“相应的补充责任”规范，亦为部分连带责任提供了体系印证。《民法典》第1176条第2款、第1198条第2款和第1201条规定，群体活动组织者、公共场所的经营与管理者、教育机构等（以下合简称“补充责任人”），在未尽安全保障义务或管理职责时，应对第三人侵权造成的损失承担相应的补充责任。此种责任形态亦清晰呈现责任位阶的分层：第三人实施的侵害行为是损害发生的直接和全部原因，而补充责任人的过失仅为损害发生或扩大的间接诱因。二者在原因力上不具横向可比性，故立法技术上安排由第三人承担第一顺位的全额赔偿责任，补充责任人仅在其相应责任范围内承担第二顺位的补充责任。[①]可见，补充责任亦系属于广义的不真正连带责任[②]，并较之于相应责任，其特殊的演进是又增设了“顺位”限制。这反映了立法者认为，补充责任人作为安全保障义务人，其因“开启了交往过程”而负有的避免或减少交往风险义务[③]，在强度上轻于监护人、公共设施管理人等相应责任人，故通过顺位规则调适，合理安排债务人清偿次序，不至于过分偏袒债权人利益。[④]这一通过增设“顺位”进行责任调适的范例，印证了从不真正连带责任中衍生部分连带责任的体系合理性。还应认识，“相应责任”与“补充责任”并非有着不可逾越的鸿沟。前述《民法典》第1191条第2款对劳务派遣单位承担相应责任的规定，即是对原《侵权责任法》第34条第2款承担相应的补充责任的修订，这正表明立法政策根据社会需求发生了变化：立法者认为劳务派遣单位的责任不再是补充的、处于第二位的，所以加重了其责任。[⑤]由此揭示，二者区分本质上是一种法政策选择，可随时代与司法理念的发展调整或转化。

综上体系分析，部分连带责任可作为不真正连带责任的一种演进形态得以合乎逻辑地推导而出。该责任形态在严格程度上介于相应责任与全额连带责任之间。若能在解释论上确认《证券法》等特别法中的连带责任条款可容纳不真正连带责任，则为部分连带责任的法理植入提供了规范接口。这不仅能够消解其难以通过解释论导出的理论疑虑[⑥]，更可实现解释论上的贯通自洽。

（二）部分连带责任的内在规定性

沿循前述解释路径，可将部分连带责任界定为：在不真正连带责任的基本结构之下，基于特定的法政策考量，并不必然要求中间责任人对全部损害承担连带责任，而仅就其未履行其风险监控遏阻义务的过失的可责性程度范围内，与终局责任人共同向被侵权人承担责任的一种责任形态。[⑦]由此可见，部分连带责任不仅以成立不真正连带责任为前提，更是在该框架之下进一步贯彻权责匹配原则，藉由对中间责任人承担范围的合理限

① 参见张新宝：《论相应补充责任的担》，载《清华法学》2025年第1期，第51页。
② 参见卜元石：《中国法学对外交流与研究中心的概念对接——以多数人之债实体与程序的中德比较研究为例》，载《法学研究》2024年第3期，第39~43页。
③ [德]欧根·克伦钦格：《德国民法导论：第十七版.债法》，安晋城译，中国法制出版社2024年版，第397页。
④ 税兵：《不真正连带之债的实定法塑》，载《清华法学》2015年第5期，第138页。
⑤ 参见程啸：《我国侵权法上”相应的责任“的体系解释》，载《环球法律评论》2024年第3期，第106页。
⑥ 参见汤欣、李卓卓：《新修虚假陈述民事赔偿司法解释评析》，载《法律适用》2022年第3期，第71页。
⑦ 参见程啸：《我国侵权法上”相应的责任“的体系解释》，载《环球法律评论》2024年第3期，第109页。

缩，体现避免其责任泛化的政策取向。

需进一步辨析的是，有观点将《最高人民法院关于审理生态环境侵权责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2023〕5号，以下简称《环境侵权司法解释》）第3条第3款规定的情形，即两个以上侵权人分别污染环境，部分侵权人足以造成全部损害、部分仅造成部分损害，后者仅就其造成损害的部分承担连带责任的情形，视为部分连带责任的类型。这依不真正连带责任的发生机理却值得商榷。此类情形实属“半叠加的分别侵权行为”[①]，其要害在于，行为人均为侵害行为的直接实施者，仅在损害后果上出现原因力部分重合，例如一种污染行为覆盖了整个流域，而另一种仅影响某条支流，则解释涉及的部分连带实质是就支流损害的范围内成立纯正连带责任。这对于共同造成污染的大型公司其污染排放行为足以导致全部损害、而另外的小企业污染排放量在全部违规排放中占比较小且可作“量”的局部测算情形也一样。同理，《民法典》第1195条第2款就网络服务提供者对“损害的扩大部分”承担连带责任的规定，亦不能误解是部分连带责任。网络服务者在接到侵权发生的通知后，其义务性质已由一般性的风险遏阻转为具体的危险排除，其此时的不作为已具备与积极作为同等的可责性[②]，其对被通知的危险信号的放任构成了故意，法律要求其对扩大损害部分承担连带责任，完全符合《民法典》第1168条共同侵权或第1169条第1款的教唆帮助侵权的连带责任法理。以上辨析可进一步辨明：部分连带中“部分”的认定依据，并非源于“物理原因力”的局部重叠，实质上是在垂直责任链条上，对中间责任人未能起到遏阻作用的间接原因予以延伸追责，其本质是法政策权衡的结果。它是一种基于风险分配与责任限制的法律拟制与裁量，无法在损害结果的物理原因力上进行精确和可验算的切分。

基于上述部分连带责任的法理内核，将其运用于证券虚假陈述以解决现实困境，便具有了解释论上的充分合理性。其法政策目标在于：避免仅具过失的中间责任人（如独立董事、证券中介机构）因过度责任退出市场，同时保障受害人获得有效救济。比较法上，美国1995年私人证券诉讼改革法案，将证券中介机构的连带责任限缩于明知，非明知情形下则承担与其责任百分比相适应的比例责任（为保障救济充分，各被告仍可能对原告未获清偿部分承担连带责任）[③]，此种责任配置与我国司法裁判中的部分连带任在功能上颇具相似性。2008年欧盟委员会呼吁建立审计责任上限或者按比例承担责任，使处罚幅度与其违法过错程度相匹配。[④]这些例证表明，侵权责任规则需随社会经济发展而不断调适。大陆法系民法典固有的连带责任类型往往弹性不足，特别法与司法实践基于学说对责任形态进行创新实属必然。[⑤]循此逻辑，证券虚假陈述部分连带责任的逻辑脉落在于，将《证券法》中的连带责任合理解释为包含不真正连带责任，进而借助《民法典》“相应责任”条款的法理，推导出对中间责任人责任范围予以限定的部分连带责任。其实，《新虚假陈述司法解释》第13条区分故意与重大过失的规定，

① 参见杨立新：《环境侵权司法解释对分别侵权行为规则的创造性发挥——〈最高人民法院关于审理环境侵权责任纠纷案件适用法律若干问题的解释〉第3条解读》，载《法律适用》2015年第10期，第32页。
② 参见[德]欧根·克伦钦格：《德国民法导论：第十七版.债法》，安晋城译，中国法制出版社2024年版，第397页。
③ 参见邹学庚：《虚假陈述比例连带责任的认定模式与体系展开》，载《法学研究》2023年第4期，第133页。
④ 参见邢会强：《证券中介机构法律责任配置》，载《中国社会科学》2022年第5期，第93页。
⑤ 参见张平华：《连带责任的弹性不足及其克服》，载《中国法学》2015年第5期，第119页。

恰恰从侧面为部分连带责任的适用提供了解释空间——若一概适用全额连带责任，则故意与重大过失也就没有区分的必要了。[①]

五、证券虚假陈述部分连带责任具体适用的两个核心问题

（一）部分连带之“部分”责任范围的切分

证券虚假陈述部分连带责任的核心价值与适用难点，皆在于对部分连带之“部分”的理性切分。当前司法实践虽以过错与原因力综合比较说[②]进行说理，但未能深入触及该责任形态的特殊法理基础，导致裁判标准模糊、类案异判现象突出。为构建更具可预期性和公正性的裁判标准，有必要回归法理本源进行审视。

1. 切分逻辑的正名与范式归位

基于部分连带责任系属不真正连带责任，中间责任人的过错与损害之间只能满足纵向上独立的责任构成，并不能证明其在横向上与终局责任人存在过错和因果关系的整体性。[③]因此，如果囿于传统的整体性视角，在横向上寻求论证过错与原因力，实难得出合乎逻辑的结论。应认识到，中间责任人的核心功能在于遏阻虚假陈述行为，其未勤勉尽责的过失，本质上与导致投资者避免损害的机会丧失等值[④]。基于此，不妨反弹琵琶，将分析视角转换为机会丧失问题。经此转换，原先在纵向维度上被分别审视的直接与间接原因，得以作为一系列可比较的“机会丧失致因”置于同一层面，实现横向比较与量化评估。这不仅使过错与原因力的综合分析重拾用武之地，更关键的是，使各中间责任人的失职行为得以被统一界定为遏阻损害发生的“充分条件组中的必要性”[⑤]，从而为部分连带之“部分”的切分奠定逻辑基础。在此基础上，可引入高度契合的“机会丧失理论”作为分析工具，为解决中间责任人部分连带责任中的“部分”切分，提供更合乎逻辑的路径和方法。

2. 机会丧失理论的应用

机会丧失理论源于医疗损害案件中的生存机会丧失学说。其核心要义在于：当被告的侵权行为导致原告丧失了获得更有利结果的实质性机会，且此种机会的实现概率通常低于 50%，以致难以适用“若无则不”的因果法则时，司法实践逐步将所丧失的机会本身视为一种独立的可赔偿损害，并依据该机会的比例来确定赔偿数额，以使原告获得公平的救济。[⑥]显然，将证券虚假陈述的中间责任人丧失的遏阻机会概率作为确定其责任范围的裁判依据，便为“部分”的切分提供了关键的分析工具与量化指向。

（1）设定差异化的基准责任区间

为类案趋同切分，首先可考虑依据一种基本判断，为各类中间责任人的失职行为设定一个合理的可能避免机会丧失概率的基准区间。此基准区间应符合机会丧失理论中的机会实现概率必然低于 50%，亦须与《民法典》中的“相应责任”“相应补充责任”保持梯度衔接。观察既有判例，券商比例连带区间为 10% ~ 40%，会计师为 0.5% ~ 40%；律师为 5% ~ 10%。新近乐视网案一审判决进一步呈现责任比例调降趋势，仅有过失

① 参见郭雳、吴韵凯：《虚假陈述案件中证券服务机构民事责任承担再审视》，载《法律适用》2022 年第 8 期，第 50 页。
② 参见陈洁：《证券虚假陈述中审验机构连带责任的厘清与修正》，载《中国法学》2021 年第 6 期，第 216 页。
③ 参见张平华、石文静：《〈民法典〉不真正连带债务追偿权体系释论》，载《北方法学》2023 年第 3 期，第 9 页。
④ 参见刘琬乔：《证券虚假陈述案件中会计师过失审计的侵权责任》，载《湖湘法学评论》2024 年第 4 期，第 94 页。
⑤ 参见[德]英格博格·普珀：《德国刑法总论：以判例为鉴（第四版）》，徐凌波、喻浩东译，北京大学出版社，2023 年版，第 17 页。
⑥ 参见王浩然：《侵权法生存机会丧失理论的重构》，载《财经法学》2023 年第 2 期，第 164 页。

的董监高、独立董事、保荐人与会计师则分别承担 0.5%～2%、0.05%、10%与 1.5%的比例连带责任。[①]综合考量我国公司治理现状、中介机构收费水平与责任保险覆盖程度，将中间责任人的整体机会丧失概率上限设定为 40%，符合当前司法共识。在此基础上，应依据职责轻重与功能距离，作差异化区间安排：一线中间责任人，包括《证券法》第 85 条所列主体（独立董事除外）及对财务报表进行法定审计的会计师，其勤勉尽责本可产生较强的虚假陈述遏阻效果，建议将其机会丧失概率基准设定于 15%～40%区间，相当于侵权法则中“次要原因”所对应的责任幅度。而其他服务机构与独立董事，如律师事务所、评估机构等，其职能相对远离财务信息生成核心，阻却作用较为间接，其概率基准可参照“诱发因素”的责任水平，设定在 15%以下。此类基准区间的划定，在精确量化模型缺位的现阶段，可为司法裁判提供相对稳定的锚点，既防范将中间责任人异化为证券质量的“实质担保人”，亦有助于维护专业服务市场的稳定预期，实现震慑违法与保障行业健康发展之间的妥善平衡。

（2）构建系统化的概率评定框架

为确保“部分连带责任”的裁量具有可预期性与统一性，在设定基准区间后，需进一步构建系统化的概率评定框架，以实现对个案中具体责任主体所致“机会丧失概率”的客观量化。借鉴既有司法经验与理论共识，该框架可沿以下两条主线展开：

一是“义务射程—过错程度—因果贡献”的履职分析主线。此主线旨在依据各主体的法定职责与执业规范，评估其失职行为在规范层面应对应的责任程度。具体应围绕董监高及证券中介机构的岗位职责、工作范围与专业领域，结合已审理查明的虚假陈述事实，逐项对照其是否履行了“谨慎管理人”或“看门人”所应尽的注意义务，并判断其失职行为导致丧失遏阻虚假陈述机会的几率。核心在于紧扣义务范围和虚假陈述事实，严格依据职责边界认定过错程度及对机会丧失的原因力。这也契合《新虚假陈述司法解释》第 18 条所明确的“证券服务机构的责任限于其工作范围和专业领域”之精神。借用义务范围理论的观点：义务均有其意图预防的具体风险，只有落入义务预防之风险所生的损害，义务违反者才需负责。[②]

二是“重大造假事件复盘验证”的分析主线。即个案中的重大造假事件为切入点，通过重构审验流程、推演“一连串事态发展”及“假设替代情形”[③]等，模拟各责任人若已勤勉尽责，事件链可能如何演变，虚假陈述在何种环节、以何概率可能被发现或制止。通过识别出机会状态中的客观条件因素，核算不同中间责任人阻却虚假陈述发生的几率，从而为其责任认定提供相对客观化的根据。该方法具有事后“解剖”的意义。可考虑引入专家鉴定意见，以提升判断的专业性与合理性。待司法实践经验积累，可进一步推动建立更精细化的量化模型，如将影响概率评价的关键因素类型化并赋予权重，优化盖然性评价的具体操作路径，以促进裁判尺度统一与规范。

通过上述主线评定的机会丧失概率，与相应基准责任区间值相乘，即可确定具体责任人应承担的部分连带责任比例。例如，若某保荐机构失职行为覆盖全部遏阻机会（评价为 100%），其所

① 参见黄江东、李子为：《乐视网虚假陈述案一审判决要点述评》，载《投资者》第 133~135 页。
② 洪国盛：《义务范围理念下证券服务机构过失虚假陈述赔偿责任》，载《法学研究》2022 年第 5 期，第 122 页。
③ 参见杨良宜：《损失赔偿与救济》，法律出版社 2013 年版，第 409 页。

属基准责任区间为 40%，则其“部分”的切分比例即为 40%。

以上系统化的分析框架，旨在使部分连带责任的认定更趋于客观化与精细化，有效弥补当前裁判说理不足的问题。以辽宁某虚假陈述案为例：该公司为掩盖应收账款金额过高问题，由实际控制人与财务负责人共谋，通过借款、自有资金或伪造银行回单等方式制造期末资金回流，人为冲减应收款项，以达到少提坏账准备、虚增利润和现金流的目的。在该案中，监管部门认定律师未勤勉尽责，具体事实包括有些客户询证函及访谈记录取自保荐人、未编制查验计划、工作底稿不规范（未加盖律所公章、大部分未编制目录索引、部分访谈笔录无签字）等。[①]这些被监管部门查实的问题，确实反映出律师查验工作存在疏漏，甚至看上去颇粗枝大叶，予以行政处罚并无不当。但该等失职行为是否必然导致丧失遏阻造假的机会却不无疑问。具体来看，律师被认定的失职行为中，仅对应收账款相关客户的访谈核实环节与造假事件有关联。但依据律师的工作范围与专业领域，其查验重点应在于期末应收账款的合法有效性及潜在法律风险，而不必深入核查款项的实际收付是否真实、支付金额是否与合同一致等本质上属于审计范围的事项[②]。然而，审理法院却认定律师对应收账款收回未履行特别注意义务。[③]此类裁判未能严格遵循“义务射程”的界定，亦缺乏对“事件复盘”下实际阻却几率的深入分析，存在“过错即担责”的推理倾向。正是此种倾向，使得当前证券中介机构的尽职调查出现了一定的异化：各类机构为避免“沾边即担责”的风险，趋向于“全覆盖、同质化”和事无巨细的形式主义“内卷”操作，将大量精力投入于程序性“留痕”，反而分散和弱化了“实质重于形式”的专业判断。这不仅造成职责泛化、重复劳动、边界不清问题，也未产生“双保险”效果。[④]中介机构的核心价值在于发挥专业优势，其职责的范围也应以专业领域为界。[⑤]有必要回归各中介机构明确的分工，避免叠床架屋和资源浪费，引导其在本职范围和专业领域内作实质性精力投入。这非但不会削弱风控效果，反而能够夯实主体责任，提升发现真实的能力。具体而言，保荐人应聚焦于发行人业务模式、技术与市场地位核查，强化相应的调查手段，对发行人在行业、技术和市场中的真实状况作出较为确切判断；会计师应专注于财务信息真实性的核查验证，突出“实质重于形式”的审计原则，把可能存在财务造假的风险努力降低在设定的控制风险之下；律师则应以合法性审查为主线，对业务、技术、资产、负债的合法性及潜在法律风险进行核查评估。这样既各司其职，又能在重大问题上形成实质性的交叉验证，更有助于提高验证效果，切实防止重大造假问题流入市场。

（二）部分连带责任人的追偿权

基于部分连带责任系属于不真正连带责任的本质属性，部分连带责任人实为中间责任人，其承担了赔偿责任后应享有向终局责任人的追偿权。否则，无异于令其实际承担了部分终局责任，而使真正的侵权行为人得以逃避最终赔偿责任，这既违背自己责任的现代法治原则，亦有违侵权法

① 参见北京市第二中级人民法院（2017）京 02 民初 266 号民事判决书。
② 参见邢会强：《证券律师注意义务边界》，载《商业经济与管理》2021 年第 9 期，第 96 页。
③ 参见北京市第二中级人民法院（2017）京 02 民初 266 号民事判决书。
④ 参见郭锋：《证券法信息披露导论》，法律出版社 2024 年版，第 689 页。
⑤ 郭雳、李逸斯：《IPO 中各中介机构的职责分配探析——从欣泰电气案议起》，载《证券法苑》2017 年第 4 期，第 9 页。

的基本伦理。[①]

部分连带责任人对终局责任人的追偿权，与《民法典》第 178 条第 2 款关于“实际承担责任超过自己责任份额的连带责任人有权向其他连带责任人追偿”的规定并不存在矛盾冲突。在解释论上，将该规则适用于不真正连带责任场景，可理解是“应承担份额为零的中间责任人向终局责任人全额追偿”；并具体行使追偿权时，可适用合同编中具有合同法总则功能的《民法典》第 519 条规定的法定的债权让与及不得损害债权人利益等具体规则。[②]当存在多个终局责任人时，多方终局责任人对内也应连带赔偿中间责任人的损失，中间责任人可以任意选择某一方或全部终局责任人追偿。[③]而多个中间责任人之间，基于不真正连带责任的法理，并不存在相互的追偿权，对此，可类推适用《民法典担保制度解释》的相关规定，除非中间责任人之间存在相互追偿或承担连带责任的约定，否则只能向终局责任人追偿。[④]

以上确立部分连带责任人对终局责任人的追偿权，不仅符合不真正连带责任的内在逻辑与自己责任原则，更有助于实现多重规范目标：一是通过追偿机制将终局责任落实于造假者，可对其孤立打击、实质震慑，遏制终局责任人的不法行为。二是对中间责任人的责任威慑恰到好处。中间责任人虽因追偿权可能免于终极负担，但仍需面对预付支付、声誉损失、行政问责及诉讼成本，故其勤勉尽责义务并未减弱，何况还存在追偿不能的风险。三是有利于对投资者保护。投资者可优先从具有偿付能力的中间责任人处获得赔偿，避免因终局责任人资力不足而无法受偿的风险。[⑤]

当前司法实践所强调的“追首恶”原则，已精准指向“两控人”。《新虚假陈述解释》第 20 条明确规定，投资者可直接对组织、指使造假的“两控人”提起诉讼，且发行人承担赔偿责任后，有权向其追偿赔偿款及合理费用，体现出与不真正连带责任法理的趋近。最高人民法院与中国证监会联合发布的《关于严格公正执法司法服务保障资本市场高质量发展的指导意见》进一步明确，支持发行人向负有责任的“两控人”、董监高等主体追偿，实质将“首恶”及其协从实施者均纳入可追偿范围，与不真正连带责任的追偿制度近乎接近。

六、结语

证券虚假陈述民事责任正经历从“全有全无”的刚性连带责任向部分连带责任转型，这一转型既是注册制改革背景下实现“追首恶”与“精准追责”的必然要求，也是民事责任体系走向精细化、理性化的制度回应。本文引入修正拟制说重构法人本质认知，以此为逻辑基点，对发行人与其控股股东、实际控制人、董监高以及证券中介机构之间的责任连带关系作出新解，论证其责任形态在本质上属于不真正连带责任，而部分连带责任则为法政策考量下不真正连带责任的具体变体形态。通过这一逻辑建构，期望为化解当前司法实践中的法理“倒挂”困境提供思路，并为部分连带责任的司法适用提供一种合乎逻辑的分析框架。分析还表明，证券虚假陈述民事责任的法理澄清与制度完善，对推动民法、公司法与证券法三大部门法在责任制度层面的规范协调与体系融合，亦展现出值得期待的可能前景。

① 参见王国庆：《民法典多数人之债实体与程序融贯研究——以不真正连带责任为对象》，载《法律适用》2022 年第 8 期，第 108 页。
② 参见张平华、石文静：《〈民法典〉不真正连带债务追偿权体系释论》，载《北方法学》2023 年第 3 期，第 11~12 页。
③ 张平华、石文静：《〈民法典〉不真正连带债务追偿权体系释论》，载《北方法学》2023 年第 3 期，第 16 页。
④ 参见张平华、石文静：《〈民法典〉不真正连带债务追偿权体系释论》，载《北方法学》2023 年第 3 期，第 15 页。
⑤ 参见程啸：《我国侵权法上“相应的责任”的体系解释》，载《环球法律评论》2024 年第 3 期，第 116 页。

财产保险免赔条款实质性认定规则研究

范永强、李姿姣

范永强律师，山东德衡(烟台)律师事务所执行主任，医学学士，法学学士，中国政法大学经济法硕士。范律师具有执业医师资格、保险公估人、价格评估资格，现任山东省律师协会医药卫生法律专业委员会副主任、山东省医师协会器官捐献与移植多学科联合专业委员会委员、烟台市律师协会理事、烟台市律师协会医药卫生法律专业委员会主任等社会职务。

李姿姣 山东德衡(烟台)律师事务所律师助理，山东科技大学法学硕士，擅长民商事诉讼案件，包括各类合同纠纷、保险类法律事务、侵权类法律、知识产权。

摘　要：本文以财产保险合同纠纷实务中争议频发的免赔条款为研究对象，旨在厘清其与《保险法》第十七条规定的“免除保险人责任的条款”间的本质区别。当前司法实践中，有将二者简单混淆的倾向，导致架空合同实质约定的不公后果。本文首先从意思自治角度出发，论证此类条款系保险合同对价平衡的基础性条款，是双方真实的意思表示；继而梳理法律和司法解释及判例，明确认定免责条款的前提是该条款属于格式条款；最后，从经济法与社会效果层面，剖析简单混淆二者区别对保险市场与投保人、被保险人利益的长期损害，以期维护健康的保险金融秩序，为金融保险业高质量发展提供助力。

关键词：保险合同纠纷；免赔条款；免责条款；格式条款

引　言

2009 年修订的《保险法》以“免除保险人责任的条款”替代了旧法中的“责任免除条款”，措辞的转换释放出拓宽认定范畴的信号，其立法意图在于突破形式主义的桎梏，将一切可能产生免责效果的内容纳入规范范畴。不可否认，此举精准地回应了当时保险实务中因信息不对称、地位不平等所产生的问题，为矫正保险缔约中的结构性不公提供了法律利器，是对旧法体系漏洞的一次针对性修复，具有积极的时代意义。2013 年起实施的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国保险法〉若干问题的解释（二）》第九条第一款继续延续倾斜保护被保险人的初衷，明确了“免赔额、免赔率、比例赔付或者给付等免除或者减轻保险人责任的条款，可以认定为保险法第十七条第二款规定的免除保险人责任的条款”，又以“等”字作为兜底，这实际上赋予了法院极大的自由裁量权，也在一定程度上造成适用范围的泛化，[①]导致了认定混乱，尤其对免赔额、免赔率条款的司法认定，分歧一直颇大。第一种持肯定态度，认为免赔率（额）属于“免除保险人责任的条款”，如吉林省辽源市中级人民法院作出的(2017)吉 04 民终 550 号判决书中认为：依照《最高人民法院关于适用＜中华人民共和国保险法＞若干问题的解释（二）》第九条第一款规定，关于保险限额及免赔额/免赔率计算方法的条款，属于免除保险人责任的条款。[1]第二种持否定态度，认为部分免赔额、免赔率条款是双方当事人约定的一般基础性条款，并非免除保险人责任的条款，保险公司对此条款不负有向投保人特别提示说明的义务，如山东省泰安市人民法院作出（2022）鲁 09 民终 3682 号判决书[②]、山东省高院（2023）鲁民申 4207 号判决书[③]。最高人民法院（2019）最高法民申 5841 号民事裁定书中认为：因“单次火灾赔偿限额 200 万”不属于格式条款，不适用《保险法》第十七条第二款、第十九条规定，故该纸业公司主张保险公司负有且未尽到提示和明确说明义务。[④]从以上判例可以看出，对于免赔额、免赔率条款的认定，不同法院存在不一致的意见，造成司法混乱。

“如何确保免责条款的公正性与合理性，平衡保险人与投保人之间的利益等，需要进行深入的探讨与研究。”[⑤]现有司法实践多聚焦于格式条款的形式审查，缺乏对免赔条款实质性认定的系统性标准。本文认为：第一，免赔条款应当以保险合同双方对保险责任的约定为边界，如果该条款是此类保险存在的基础性条款，保险人就没有义务对此进行提示说明。第二，认定免责条款的前提是该条款属于格式条款，这一点在最高人民法院的回复及判例中均予以明确。[⑥]第三，保单正本中的免赔约定是为了预防道德风险而设定，具有正当性，系保险惯例，且投保人有义务针对保险单正面中尤其是数字部分进行核实，对记载在保单正面的赔偿范围尤其是数字部分如免赔率、免赔额等内容，不应认定为无效。第四，投保背景和投保目的应当作为判断条款性质的重要依据。在财产保险合同中，免赔额和免赔率的设定往往与道德风险的预防、双方对风险分担的预期密切

① 参见温世扬、刘景琪：《<保险法>第 17 条修订：必要性与实现路径》，载《保险研究》2023 年第 12 期，第 114 页。
② 山东省泰安市人民法院（2022）鲁 09 民终 3682 号民事判决书。
③ 山东省高院（2023）鲁民申 4207 号民事判决书。
④ 最高人民法院（2019）最高法民申 5841 号民事裁定书。
⑤ 史正保、邵利亚：《保险合同中免责条款的理论与实务问题探析及解决路径》，载《保险理论与实践》2025 年第 8 辑，第 151 页。
⑥ 《最高人民法院关于“<保险法解释二>第九条适用”问题的答复》；最高人民法院（2019）最高法民申 5841 号民事裁定书。

相关，仅凭条款表面文字进行无效认定，可能导致司法裁判脱离实际，难以实现个案公正。本文主张，司法裁判应秉持实质审查原则，尊重保险行业惯例与当事人的意思自治，以维护公平合理的保险交易秩序，这不仅是实现个案公正的内在要求，更是助力我国金融保险业实现高质量、可持续发展的法治保障。

一、问题提出——一起“超赔险”保险合同纠纷

在财产保险合同纠纷司法实践中，免责格式条款的认定已成为核心争议焦点，其范围的宽严界定直接关系着条款的最终效力。笔者近期代理的一起案件，深刻揭示了当前部分地区法院对此问题认识的可探讨之处。

该案中，投保人与被保险人为货运公司，旗下拥有百余辆大型货物运输车辆，于 2021 年 6 月在甲保险公司投保交强险，保险期间为 2021 年 6 月 8 日至 2022 年 6 月 7 日；同期，在乙公司投保机动车第三者责任统筹，保额 100 万元，保费 7849.79 元。之后，因为货运公司的运输风险与损失金额高于一般车辆，该货运公司又于 2021 年 8 月又在丙保险公司处补充购买了“道路危险货物承运人责任保险”，累计赔偿限额 1000 万元，保费为 1200 元。该类型保险系机动车交强险和机动车第三者统筹[①]之外的补充保险，即“超赔险”，其特殊性在于投保人通过缴纳较少的保费，在相应损失超出免赔额后仍不足的部分损失予以赔付。该超赔险合同在保单正本正中间用黑体字标注的“免赔约定”一栏中明确载明了免赔数额，该数额恰好等于交强险与第三者统筹的赔偿限额之和。同一省份的一部分法院认为，该免赔约定是超赔险的基础性条款，保险人不负有提示和明确说明义务；另外一部分法院认为该“免赔约定”属于责任免除，未尽提示和明确说明义务，条款无效。

如果排除此内容，相当于投保人可以用 1200 元直接购买一份保额为 1000 万的与机动车第三者责任险同样保障范围的保险，这显然违反了保险费率厘定原则和公平原则，那么投保人也根本不需要在之前购买一份机动车第三者统筹。因此，这一设计完全符合超赔险“填补基础保障之上超额部分损失”的商业模式。正因承保的是高门槛的超额风险，其保费仅为基础险种的七分之一，充分体现了“高免赔、低保费”的保险精算对价平衡原则。故该条款属于确定保险责任和保险费义务的核心给付条款，即基础性条款，是超赔险存在的基础。“交纳保险费既是投保人的主给付义务，也是保险人承担风险的对价。确定保险责任与保险费义务的核心给付条款是合同的要素，应由当事人自己确定，而不能由法律规定，除非其因内容违反公平原则而无效。”[②]部分法院的认定，破坏了保险合同的对价平衡关系，在法律逻辑上与商业逻辑上均难以自洽，不具有正当性。它不仅在实质上否定了超赔险这一特殊险种的合同目的，使其丧失了存在的商业价值，更违背了保险合同双方在缔约时基于保费与风险预防的真实意思表示。此类案绝非孤例，它折射出一个普遍性的司法倾向：即简单化、形式化地将保险合同中的免赔额、免赔率条款一概打入“免责格式条款”的范畴，并辅以严苛的程序审查，最终导致保险人在许多案件中陷入“有理难辩”的窘境。本文旨在正本清源，从法理与实践层面，厘清上

① 机动车第三者统筹：是指车主或车辆管理人通过购买保险加入统筹计划来管理和分散因机动车交通事故导致第三者遭受人身伤亡或财产损失时所需承担的经济赔偿责任。

② 沈小军：《从明确说明义务到信息提供义务——保险消费者自主决定权保障制度再造》，载《法商研究》2021 年第 2 期，第 147 页。

述条款的法律属性，为构建更为公平、理性的司法认定标准提供镜鉴。

二、规范之维：法律与司法解释的体系化解读

（一）《保险法》第十七条的历史演进

1995 年颁布的《保险法》第十七条规定："保险合同中规定有关于保险人责任免除条款的，保险人在订立保险合同时应当向投保人明确说明，未明确说明的，该条款不产生效力。"2002 年修正时，《保险法》沿袭该规定，只是条文顺序规定在第 18 条。旧法的漏洞使得保险人可以利用其专业优势和合同设计优势，将不公平的免责条款"隐藏"起来，损害了处于弱势地位的投保人利益。2009 年修订时，条文顺序变为第 17 条，并对保险人说明义务的规定从形式到内容均进行了修改。从形式上，分两条规定，将一般保险条款的说明义务与责任免除条款的明确说明义务统一为一个条文分为两款进行规定。从内容上，第 1 款将保险人负有一般说明义务的对象由修改前的所有保险条款变更为格式条款；第 2 款对保险人负有明确说明义务的说明对象，由修改前的"保险人责任免除条款"的表述变更为"免除保险人责任的条款"。

对免责条款短短几个字措辞上的转变却导致司法实践中免责条款认定范畴的无限扩大。该条款为了弥补旧法的漏洞倾斜保护被保险人的初衷是好的，但从目前的司法实践来看有些矫枉过正。《保险法解释（二）》第 9 条规定："保险人提供的格式合同文本中的责任免除条款、免赔额、免赔率、比例赔付或者给付等免除或者减轻保险人责任的条款，可以认定为保险法第十七条第二款规定的'免除保险人责任的条款'。"[①]《保险法解释（二）》将实践中争议较大的免赔率、免赔额条款明确列为应当明确说明的对象，以至于部分法院对此仅作简单形式判断。但需要注意的是，所谓免责，以当事人应承担责任为前提，如保险人无须承担保险责任，则不存在免除一说，故保险合同中双方基于意思自治确定保险责任范围的非格式条款以及保险人提供的格式条款中用于确定保险责任范围的条款不属于免除保险人责任的条款。

（二）目的论解释视角厘清立法目的

"目的解释作为实质解释方法之一，在审理疑难复杂案件的司法实践中发挥着不可替代的作用。"[②]该法律解释方法最大的优势在于能够破除法律的机械适用，在解释法律实质内涵的基础上实现个案正义。在司法实践中，法院将免赔额、免赔率条款认定为"免除保险人责任的条款"所依据的法条为《保险法》第十七条、《最高人民法院关于适用<中华人民共和国保险法>若干问题的解释（二）》第九条。要厘清免赔率、免赔额条款的司法认定问题，应当从其所适用法条的立法目的、法律的结果出发，考虑该法条为什么制定，如何解释才能与其立法目的保持一致。

《保险法》第十七条制定的背景在于保险合同多以保险人提供的格式条款订立，投保人对保险合同条款内容的理解可能存在偏差、误解，导致被保险人、受益人在保险事故发生后得不到预期的保险保障。为了让投保人充分了解其所购买的保险能否提供其所需要的保险保障，就要赋予其充分的知情权。基于公平原则和最大诚信原则，拥有专业技术优势的保险人应当对涉及对方重大

① 《最高人民法院关于适用<中华人民共和国保险法>若干问题的解释（二）》第九条。

② 陈姿燕、史凤林：《目的解释的司法适用困境检视与破解思路》，载《太原师范学院学报（社会科学版）》2025 年第 2 期，第 52 页。

利益的条款进行说明，以使最终成立的保险合同建立在双方充分理解合同条款含义的基础之上。[①]可见，《保险法》第十七条的制定是为了避免因格式条款导致的投保人与保险人信息不对称、地位不平等问题损害投保人与被保险人的利益，该条款规制的对象为格式条款，而非格式条款并不是该条法律规定所规制的内容。

（三）最高院的回复及判例明确司法适用标准

根据《最高人民法院关于“<保险法解释二>第九条适用”问题的答复》规定：《保险法解释二》第九条是对《保险法》第十七条中‘免除保险人责任的条款’的解释。《保险法》第十七条分为两款：第一款是对保险人提供的格式条款的一般说明义务，第二款是保险合同中免除保险人责任的条款的提示和明确说明义务。第二款的理解应以第一款的规定为前提，故第二款中的“免责条款”应指保险人提供的格式条款中的“免责条款”，不包括非格式条款中的“免责条款”。因此，保险合同中的比例赔付条款如不是格式条款，则不属于《保险法解释二》第九条规定的“免除保险人责任的条款”，因为非格式条款往往是当事人双方协商的结果，根据《保险法》第十七条的立法本意，保险人对非格式条款不具有提示和说明义务。[②]

最高院曾在一起判例中对“免除保险人责任的条款”认定的裁判思路以及《保险法》第十七条的解释和适用问题作出进一步的明确和厘清。该案例中，再审申请人某纸业公司认为投保单中“单次火灾赔偿限额 200 万”构成重复使用而预先拟定的格式条款，且保险公司无证据证明尽到提示和明确说明义务，故主张案涉免责条款无效。最高院经审查认为，本案再审审查的重点是，“单次火灾赔偿限额 200 万”是否属于格式条款。综合全案证据，原审判决认定双方已就案涉免责条款进行了事先沟通协商、“单次火灾赔偿限额 200 万”不属于格式条款，并无不当。因“单次火灾赔偿限额 200 万”不属于格式条款，不适用《保险法》第十七条第二款、第十九条规定，故该纸业公司主张保险公司负有且未尽到提示和明确说明义务、该条款因免除保险人义务而无效，缺乏法律依据，本院不予支持。[③]

从该份再审判决中可以看出，最高院对于“免除保险人责任的条款”的认定问题的裁判思路为首先应判断争议条款是否属于格式条款，如果不属于格式条款，就不适用《保险法》第十七条第二款的规定，保险公司不负有提示和明确说明的义务。故判断争议条款是否属于格式条款是法院适用《保险法》第十七条认定为“免除保险人责任的条款”的前提和基础。

根据《民法典》第四百九十六条第一款：格式条款是当事人为了重复使用而预先拟定，并在订立合同时未与对方协商的条款。可见，“从法定定义分析，格式条款内容控制的对象须满足三项要件：‘预先拟定’‘重复使用’及‘未与对方协商’。”[④]人民法院出版社的《最高人民法院民法典合同编通则司法解释理解与适用》第 124 页对格式条款的认定做出解释，认为《民法典》第四百九十六条第一款规定的“为了重复使用”，

① 法律出版社法规中心编：《中华人民共和国保险法注释本》，法律出版社 2025 年版，第 30 页。
② 《最高人民法院关于“<保险法解释二>第九条适用”问题的答复》。
③ 最高人民法院（2019）最高法民申 5841 号民事裁定书。
④ 孟强：《合同格式条款效力的法律控制——以<民法典>合同编及其司法解释为中心》,载《广东社会科学》2024 年第 1 期，第 245 页。

是指当事人拟定格式条款系为了重复使用之目的，并非要求实际被重复使用。因此，格式条款应当同时具备“预先拟定”和“未经协商”两项要素。而文首提到的“超赔险”案件中免赔约定的内容具有针对性，其免赔约定的金额与货运公司投保交强险及统筹的保险限额之和相衔接，该免赔约定明显是保险合同双方专门约定的，其无法适用于投保人之外的其他公司，并非是为了重复使用而预先拟定的条款，不具有格式条款先决性的特征，故不应认定为格式条款。

三、法理之维：意思自治与对价平衡是保险合同的基础

（一）核心给付条款的定性

《保险法解释（二）》中第 9 条第 1 款列举的免责条款种类既可能存在于格式条款中，也可能存在于非格式条款之中。笔者认为，机械的用司法解释中的界定方法可能存在错误。在文首“超赔险”保险合同纠纷中，投保人在保险单正本中书面记载免赔率，在该保单较明显的位置，黑体标注“免赔约定”处载明了免赔内容，该位置较为醒目、内容明确具体且不存在歧义。该“免赔约定”中的免赔额设置完全与投保人投保的交强险、第三者责任统筹的限额之和相衔接，并按照较低保险费率收取了保费，属于保险合同的核心给付条款，“保险人正是基于对承保范围的描述而始得计算保险费率的。”[①]从购买的顺序、目的、价格、保额来看，该条款是意思自治的结果。部分法院认定条款无效与合同法意思自治原则之法理以及保险法费率厘定原则之理论之间存在冲突。

2009 年修订的《保险法》中重申诚实信用原则，诚实信用原则不仅针对保险人，也会限制主张无效的主体。[②]如果双方在订立保险合同时，保险人对于相应条款已进行充分披露，且保险费与风险系数挂钩，将免赔约定明确载明投保单或保险单正本醒目位置，投保人不可能不知情，或者不知情是由于投保人的原因造成。法院若机械的基于未履行提示和明确说明义务而认定保险条款无效，显然违背当事人订立合同时真实的意思表示，破坏民法意思自治的基本原则，对于保险人来说显然有失公正。这不仅忽视了合同双方的自由选择权，也容易导致对保险产品设计逻辑的破坏。

（二）实质审查原则的适用

在司法实践中，判断免赔条款是否属于《保险法》第十七条规定的“免除保险人责任的条款”，应建立综合性的实质判断标准，避免机械适用法律。

1. 审查投保背景与投保目的

应当综合考察缔约过程中的客观背景与双方真实的意思表示。若投保人已先行购买基础险种，而后基于风险分层管理的考虑，自愿选择以高免赔额换取低保费的方式补充投保，则此时的免赔约定构成双方构建超额保障保险合同的商业基础，体现的是“高免赔、低保费”的精算对价，而非保险人单方免除自身责任。另外，投保人的专业背景（如运输公司）及其分阶段投保的行为逻辑，均是探究其真实意思表示的重要参考。

2. 审查是否属于格式条款

《最高人民法院关于“<保险法解释二>第九条适用”问题的答复》与最高人民法院（2019）最高法民申 5841 号民事裁定书中均予以明确，若争

① 李伟群：《保险人说明义务制度新论——基于保险合同构造和缔约过程的思考》，载《保险研究》2022 年第 1 期，第 117 页。
② 参见殷秋实：《基于类型区分的免责条款效力判断》，载《中外法学》2025 年第 4 期，第 1040 页。

议条款不属于格式条款，则不应适用《保险法》第十七条第二款关于保险人对免责格式条款负有提示说明义务的相关规定，故是否属于格式条款应当作为认定免责条款的前置性判断标准。

根据《民法典》第四百九十六条第一款以及《最高人民法院民法典合同编通则司法解释理解与适用》第 124 页对格式条款的认定做出的解释，格式条款应当同时具备“预先拟定”和“未经协商”两项要素。

3. 审查条款设置的位置

若免赔约定以加粗、黑体等醒目方式标注于保单正面、与保险金额紧邻等醒目位置，尤其是数字金额部分，而非隐藏在冗长的格式条款中，且内容明确无歧义，应当认定该条款属于确定保险责任范围的核心给付条款，投保人对保单正面核心位置尤其是数字部分内容进行了解的义务。如唐山市中级人民法院(2024)冀 02 民终 2852 号判决书中载明“根据上诉人在一审审理期间提交的公路货物运输定额保险的保险单内容看，在该保单较明显的位置黑体标注的“免赔额（率）”处载明了免赔内容，该位置较为醒目、内容明确具体且不存在歧义……上诉人主张该免赔条款不产生效力，理据不足，本院不予支持。”[①]

4. 审查条款内容与体系理解

广东省高级人民法院(2019)粤民终 198 号判决书中载明：双方当事人争议的上述条款记载于保险单中的“承保险别”一栏。从该条款的完整内容来看，其约定承保险别为一切险，并对免赔额的问题作出约定，从保险类别、免责情形和免赔额等多方面对保险责任范围作出的界定，与常见保险合同中的免责条款仅就免责情形予以列举而一般并不涉及保险类别、免赔额等其他事项的规定方式存在明显区别。系保险公司在核保时提出的承保条件，并非预先拟定的一般性免责条款。[②]该条款对保险责任范围作出了系统性、一体化的界定，在结构上构成了一个完整的保险责任描述单元，是构建案涉险种特定承保范围的内在要素和前提条件，不应被等同于免责条款。另外，免赔额和免赔率的设定具有适度性，是否是为了预防道德风险或特殊保险目的而设定，也可以作为审查的一个方面。

5. 审查是否系保险合同的基础性条款

保险合同的基础性条款是指那些构成合同核心内容、决定合同本质的条款，是双方当事人订立合同的根本目的所在。如果该条款直接关系到保险产品的险种、定价逻辑、风险分担机制以及合同履行的核心内容，则应认定为基础性条款。例如，在某些财产保险中，特定比例的免赔额或免赔率往往是基于精算模型和风险评估而设定的，其目的在于实现合理的风险分担和保费定价，这类条款则属于界定保险责任和保险费义务的基础性条款，是决定保险种类、保险人评估风险、厘定费率的根本依据，也是投保人选择不同保障层级、支付相应保费的决定因素。否定此类条款的效力，将从根本上动摇保险合同的对价平衡，导致当事人缔约时的目的无法实现。

以上五种实质审查方式可避免将保险合同中尤其是保险单中的免赔额、免赔率条款简单认定为免责格式条款。避免使保险合同中的核心条款失效，维护保险双方的利益平衡，预防道德风险的发生，维护司法正义。

① 唐山市中级人民法院（2024）冀 02 民终 2852 号民事判决书。
② 广东省高级人民法院（2019）粤民终 198 号民事判决书。

四、效果之维：经济法视域下的公平正义

司法裁判不仅是解决个案争议的工具，更承担着引导市场行为、优化资源配置的重要功能。将免赔额、免赔率等本属于保险责任范围界定的条款，机械地认定为免赔条款并施以严苛的程序惩罚，将从经济法层面产生一系列深远的负面效应，最终损害社会整体福利。

（一）成本-收益分析

经济法追求社会总成本的最小化与整体效益的最大化。在保险市场中，一份健康的保险合同是保险人与投保人之间精密的成本-收益平衡体。保险费率的厘定严格遵循精算原理，其核心在于“对价平衡”，即保费收入与预期赔付及运营成本相匹配。免赔额的设置，直接降低了保险人的预期赔付成本，因此保险人才能提供与之对应的优惠保费。这是一种清晰、公平的商业对价。司法判决否定免赔额条款的效力，实质上是强制保险人以“低保费”的成本，提供“零免赔”的保障。这首先构成对保险人的不公，使其承担了未收取对价的风险，经营成本激增。更为严重的后果是，由此产生的超额赔付成本，必然会通过提高整体保费水平的方式，转嫁给全体投保人。这就形成了一种“逆向补贴”机制：即大多数选择了高免赔、低保费产品的谨慎投保人，被迫为少数通过司法途径突破合同约定、获取超额保障的投保人买单。长期以往，理性投保人将发现选择高免赔产品不再划算，从而退出该市场，导致此类个性化、高性价比的保险产品（如超赔险）因无法盈利而消失，保险市场供给趋于同质化和昂贵化。

此外，从社会成本的角度来看，过度保护个别投保人的利益可能导致整体市场的效率下降。一方面，为应对不可预知的司法风险，保险人在产品设计、营销、核保、理赔等所有环节都需投入更多资源以“自证清白”，例如对几乎所有责任限定条款都进行繁琐的、重复的提示和说明，并使用录音录像等成本高昂的方式固定证据，这些成本最终仍将计入保费。很多类型的财产保险，有期险短、保费低的特点，与人寿保险不同，实际也不可行。另一方面，当前裁判标准实际上鼓励了投保人在出险后，无论合同约定如何，都倾向于诉诸司法来寻求额外赔偿，导致保险合同纠纷诉讼激增，大量司法资源被耗费在对本应清晰的商业条款的争议上，造成了社会司法资源的巨大浪费。因此，在处理类似纠纷时，法院应更加注重平衡各方利益，既要保障投保人的知情权和公平交易权，也要尊重保险行业的专业特性和市场化运作规律。

总之，只有在法律适用中充分考虑经济法视野下的成本与收益关系，才能实现保险市场的良性发展，促进社会资源的优化配置。这不仅是对司法裁判者智慧的考验，也是对法律制度完善方向的重要指引。

（二）效率与公平分析

在法经济学视域下，公正的另一种解释就是效率。法经济学更倾向于运用“卡尔多-希克斯”效率，就是在进行社会资源重新配置的过程中，利者所增加的利益能够覆盖受损人减少的利益，那么这种资源配置就是有效率的。[①]经济法以维护市场整体效率和社会公平为目标，司法实践中对

① 史晋川、吴晓露、朱慧、叶斌编：《法经济学》（第三版），北京大学出版社 2024 年版，第 49 页。

免赔条款的误读，恰恰可能引致“市场失灵”和资源错配。

在保险合同的语境下，效率与公平的平衡显得尤为重要。若司法裁判过于倾向于保护投保人的个别利益，而忽视保险市场的整体运行逻辑，将可能导致资源配置的低效和社会成本的增加。例如，当免赔条款被简单地归类为免责条款并施加严苛的程序要求时，保险公司不得不调整其产品设计和定价策略，以应对潜在的法律风险。这种调整往往伴随着保费的上涨和个性化产品的减少，最终损害的是广大投保人的利益。因此，从效率的角度看，合理的司法解释和裁判标准能够有效避免资源错配，促进保险市场的健康发展。

与此同时，公平原则也需要在具体的司法实践中得到体现。当前的裁判理念，表面上是为了追求保护弱势投保人的“实质公平”，但其结果却造成了更大的不公。它保护了少数违反合同约定的投保人，却损害了大多数遵守合同、按约定享受低保费的投保人的利益；它保护了当下的个别被保险人，却损害了整个保险市场长期的健康发展与产品供给。经济法所追求的公平，是规则公平和机会公平，而非结果上的平均主义。司法应维护行业惯例的公正与稳定，确保合同能够被忠实履行，而不是在个案中充当“重新分配利益”的角色。公平并不意味着对所有投保人采取一刀切的保护措施，而是要在合同双方的真实意思表示和市场实际情况之间找到平衡点。如果司法机关能够在个案中充分考虑格式条款与非格式条款的区别，并结合保险产品的专业特性进行判断，就能更好地维护合同双方的合法权益。对于一个明确约定且对价充分的免赔额条款，维护其效力才是对诚实信用原则的坚守，也是对全体市场参与者最大的公平。这种做法不仅符合法经济学中的效率原则，也有助于实现社会公平的目标。通过这种方式，司法裁判可以在保障个体权益的同时，推动保险市场的长期稳定与可持续发展。

五、结语：迈向公平合理的保险司法秩序

通过对免赔条款法律属性的多维度辨析，可以清晰地看到，当前司法实践中将其简单等同于“免除保险人责任的条款”的认定模式，在法理逻辑、规范适用及社会经济效果层面均存在值得商榷之处。司法实践中的误区，根源在于对《保险法》第十七条及其司法解释的机械理解与适用，未能准确把握该条款旨在规制格式条款中的责任免除这一立法本意。对于明确载于保单醒目位置且与保费水平直接挂钩的免赔约定，因其不具备格式条款的特征，不应被纳入《保险法》第十七条第二款的规制范围，进而也无须适用严苛的提示与明确说明义务。最高人民法院的相关答复与判例亦为此提供了明确的司法指引。因此，我们呼吁司法裁判能够回归契约精神的本源，在个案审理中秉持实质审查原则，严格区分“责任范围条款”与“责任免除条款”，充分尊重保险合同的商事特性与精算逻辑，避免陷入形式主义的窠臼。唯有如此，才能有效改变当前对免责条款的泛化误读，在保障投保人知情权与维护行业惯例之间找到最佳平衡点，从而为构建一个公平、高效、健康的保险金融秩序提供坚实的司法保障。这不仅是对法律正当适用的要求，更是对市场经济规律的必要尊重，这对于服务金融高质量发展具有重要意义。

参考文献

[1] 温世扬、刘景琪：《<保险法>第 17 条修订：必要性与实现路径》，载《保险研究》2023 年

第 12 期，第 114 页。

[2] 史正保：《保险合同中免责条款的理论与实务问题探析及解决路径》，载《保险理论与实践》2025 年第 8 期，第 151 页。

[3] 沈小军：《从明确说明义务到信息提供义务——保险消费者自主决定权保障制度再造》，载《法商研究》2021 年第 2 期，第 147 页。

[4] 陈姿燕、史凤林：《目的解释的司法适用困境检视与破解思路》，载《太原师范学院学报（社会科学版）》2025 年第 2 期，第 52 页。

[5] 法律出版社法规中心编：《中华人民共和国保险法注释本》，法律出版社 2025 年版，第 30 页。

[6] 孟强：《合同格式条款效力的法律控制——以<民法典>合同编及其司法解释为中心》，载《广东社会科学》2024 年第 1 期，第 245 页。

[7] 李伟群：《保险人说明义务制度新论——基于保险合同构造和缔约过程的思考》，载《保险研究》2022 年第 1 期，第 117 页。

[8] 殷秋实：《基于类型区分的免责条款效力判断》，载《中外法学》2025 年第 4 期，第 1040 页。

[9] 史晋川、吴晓露、朱慧、叶斌编：《法经济学》（第三版），北京大学出版社 2024 年版，第 49 页。

服装设计行业知识产权保护–保护路径与维权痛点解析

周艾琳

周艾琳律师，北京德和衡律师事务所联席合伙人，北京知识产权法研究会竞争法专业委员会委员，第四届北京市朝阳区律师协会知识产权业务研究会副秘书长，北京市专利代理师协会知识产权保护服务专家库维权志愿者专家。周律师专注于知识产权与娱乐法领域，为多家国内外著名生物医药公司、科技型企业、服装与美妆品牌、传媒机构、网络公司、文化出版单位以及知名艺人提供著作权、商标权、反不正当竞争等合规及相应的诉讼仲裁法律服务。

摘　要：本文系统解析了服装设计行业知识产权的保护路径与维权实践中的核心痛点。文章指出，服装设计企业应通过商标、著作权、外观设计专利及《反不正当竞争法》四大路径构建知识产权保护体系。商标是品牌保护的基础，著作权适用于设计图、图案及符合条件的成衣，外观设计专利适用于具备美感与实用性的新产品设计，而《反不正当竞争法》则作为补充手段应对市场混淆与抄袭行为。维权过程中，著作权保护面临“艺术与功能可分离性”与“独创性认定”等难点；商标与专利侵权则需重点解决权利基础稳定性、侵权认定与赔偿计算等问题。文章还指出，随着侵权行为日益隐蔽与跨平台化，维权应注重全链条取证、数据调取与惩罚性赔偿的适用，以提升维权效果并形成有效震慑，助力“国潮”品牌发展与行业创新生态建设。

关键词：不正当竞争；商标侵权；著作权侵权；外观设计专利侵权；服装

引　言

服装设计行业是一个全球性的生产大规模创新产品的行业，其市场规模超过了电影、书籍、音乐甚至绝大多数科学创新行业[①]。根据《2024–2025 中国服装消费市场发展报告》，2024 年我国服装消费市场实现平稳增长，居民衣着支出持续增长（同比增长 5.1%），衣着支出占居民全部支持比重稳定在 5.4%[②]。就服装行业而言，2024 年，在国内外市场需求恢复和产品结构调整等因素的带动下，我国服装生产平稳回升，据国家统计局数据，2024 年 1–12 月，服装行业规模以上企业工业增加值同比增长 0.8%，比 2023 年同期提升 8.4 个百分点[③]。服装行业的平稳发展以及人均衣着消费的持续增长，一方面有利于服装设计企业的创新，另一方面也加剧了服装的“山寨”、“盗版”等乱象，衍生出不同类型的侵权案件。当一项设计被复制到廉价的衍生产品上的时候，购买人群增大，设计的传播就开始腐蚀它自身的价值，这一时尚产品对于那些时尚敏感人士来说就成为诅咒，从而促进了该产品的淘汰[④]。因此，服装设计企业也不得不对市场进行必要的清理，以维持其市场竞争的活力。

据《2023 时尚产业知识产权保护年度报告》统计，2021 年服装领域著作权维权诉讼裁判文书有 2272 件，不正当竞争维权诉讼裁判文书有 356 件[⑤]。伴随着越来越多的案件结果被披露，服装设计企业通过何种路径进行知识产权布局（即保护模式的优缺点）、通过何种方式进行维权（即维权路径选择及痛点解析）越来越清晰。

本文中，笔者将结合在先研究、裁判文书以及多年来服务于时尚品牌、服装企业的经验，对该行业企业知识产权保护路径及维权痛点进行拆解、剖析，以期帮助相关企业进一步完善其知识产权的保护，助力“国潮”“国货之光”的发展与突围。

一、服装设计行业的知识产权布局

对于服装设计行业中的企业或独立设计师，至少应完成基础的知识产权布局，才能有效防止“被侵权”。整体来说，商标的注册，即首先完成品牌的建立；其次，对某一具体设计可以进行著作权登记或外观设计专利申请（下文将详述利弊）的选择，如果没有主动布局，则最后考虑能否基于《反不正当竞争法》获得保护。

（一）商标作为权利基础

无论在哪一个行业，品牌的创立都是企业“品牌化”的第一步与根基。在服装设计领域更是如此，为了长久的发展，企业会建立主品牌，随之建立副牌和联名品牌，设计师则常以自己的名字命名。从公开的裁判文书中发现，服装品牌的维权绝大多数以侵害商标权为案由，足可见将商标作为权利基础的必要性。

注册服饰服装商标的主要核心类别为第 25 类（服装）、第 18 类（皮具、皮包）、第 35 类（销售服务）、第 9 类（如涉及功能性服饰，如防水衣等）以及第 10 类（塑身衣等）。此外，重

① 参见卡尔·劳斯迪亚（Kal Raustiala）、克里斯托夫·斯布里格曼（Christopher Sprigman）：《Copy Right！模仿如何激发创新》（The Knockoff Economy: How Imitation Sparks Innovation），老卡、蒋漫、连琏译，电子工业出版社 2015 年 4 月版。
② 参见中国服装协会编著《2024–2025 中国服装消费市场发展报告》，中国纺织出版社有限公司 2005 年出版。
③ 同上。
④ 参见钟鸣：《时装设计、法外空间与知识产权模式》，https://mp.weixin.qq.com/s/HTaGQ3xiTFxDFF33ctGSAg，最后访问日期：2025 年 8 月 2 日。
⑤ 参见李文洁、史腾：《服装设计知识产权保护路径探讨 ——以著作权和不正当竞争角度》，https://mp.weixin.qq.com/s/0_x1bnvjMAPtcj6ggA9aDA，最后访问日期：2025 年 8 月 2 日。

要的类别则应考虑第 16 类（杂志、量具）、第 26 类（服装花边等）、第 28 类（运动防护器具及冰鞋等）、第 37 类（服装修补、翻新、清洗服务等）、第 40 类（服装加工）、第 42 类（服装设计）以及第 45 类（服装出租）。

根据《商标法》第八条，我国允许将文字、图形、字母、数字、三维标志、颜色组合和声音等，以及上述要素的组合，作为商标申请注册。实践中，以文字、字母以及图形注册为服装品牌商标的情形最为常见。

对于一些以“花色”著称的服装品牌，如 Marimekko，则更加注重对图形商标的注册。

图 1: Marimekko 品牌注册的部分图形商标

（二）著作权作为权利基础

1. 设计、打版、制衣流程

对作品进行登记是服装设计本身主流的保护手段，贯穿初始至制成成衣始终。服装设计的流程一般包括造型设计、结构设计、工艺设计和样品制作[①]四个阶段。

服装造型设计是创造服装美学的关键手段，而服装结构设计则是实现这些美学构想不可或缺的基础[②]，主要是指设计师对服装的整体样式进行初步设想，通过设计图的方式进行展现，有彩色的也有黑白的，通过线条进行展现，有时也会有立体设计图。设计师为指导制作服装绘制的服装设计图案，由点、线、面和各种几何图形组合而成，包含服装针线走向、轮廓比例、尺寸大小、角度等。在这一阶段，设计师的主要成果为设计稿和效果图，即服装设计图[③]。

服装结构设计是服装设计的重要组成部分，其实质内容是把三维的服装分解转换成为二维的衣片结构图，即是要完成服装立体结构与平面结构的转换。服装结构设计，要能够充分体现款式设计的艺术构思，还要根据结构设计的要求，对效果图中不可分解的部分进行修正；同时，又要考虑到工艺制作的要求，提供合理的、优化的系列样板。因此，结构设计在服装设计的三部分内容中起着承上启下的作用。在这一阶段，主要的成果为服装上的图案和服装样板图。

服装工艺设计阶段主要是依据样衣进行缝制，这个步骤是将服装设计从平面变立体的重要环节[④]。

服装样品制作主要是根据设计效果图、结构设计图和工艺设计等来实现最终的服装设计效果，最终的体现形式为成衣（样衣），然后根据市场需求和服装的效果等因素，决定对服装是否进行批量性生产[⑤]。

上述四个环节在不同服装企业可能流程及称呼略有不同，但无论其将具体步骤细化后如何命名，实际上在这四个流程对应的不同阶段，涉及到了几种可能被《著作权法》所保护的作品。

2. 设计、打版、制衣流程中可能产生的作品

（1）服装上的图案

① 参见余强：《服装设计概论》，西南师范大学出版社 2002 年版。

② 参见《服装造型设计》，载“服装数字图书馆”微信公众号，https://mp.weixin.qq.com/s/P9phNZA8M9eSYCkcTRKe8g，最后访问日期：2025 年 8 月 2 日。

③ 参见李文洁、史腾：《服装设计知识产权保护路径探讨 ——以著作权和不正当竞争角度》，https://mp.weixin.qq.com/s/0_x1bnvjMAPtcj6ggA9aDA，最后访问日期：2025 年 8 月 2 日。

④ 同上。

⑤ 同上

服装上的图案可以分为单个图案和服装布料上的印花图案，但无论是哪一种，一般可认定为著作权法所保护的美术作品，通常服装设计企业或设计师会对上述图案进行著作权登记。

Marimekko 品牌美术作品

Liberty 品牌美术作品

图 2：服装图案作为美术作品

需要注意的是，我国的著作权登记制度只进行形式审查而非实质审查，因此当事人并不因作品登记而当然享有著作权，换言之，如主张著作权作为权利基础，在提交著作权登记证书之外，还需要进一步举证，例如创作过程、各阶段的底稿等。

（2）服装设计图和样板图

服装设计图和样板图在司法实践中可能存在三种认定：其一，作为图形作品予以保护；其二，作为美术作品予以保护；其三，作为生产服装的必要工具，不具有艺术美感，不能作为作品受到著作权法的保护[①]。

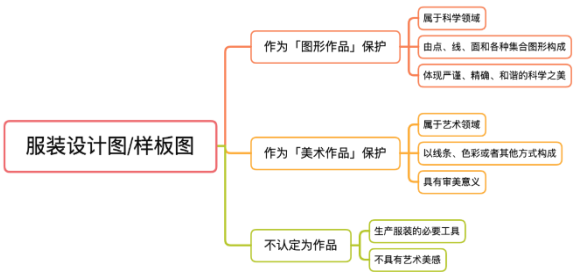


图 3：服装设计图、样板图的著作权保护

图形作品与美术作品的核心区别在于其领域与功能：图形作品服务于科学领域，旨在指导生产或建造具有实用功能的工程或产品；而美术作品则属于艺术领域，主要功能是提供艺术美感享受。图形作品的著作权保护范围仅限于“平面到平面”的复制行为；只有美术作品才能主张“平面到立体”的复制构成侵权。在服装设计侵权案例中，常见的情形是抄袭者不接触设计图纸或样板，跳过“平面到立体”的复制过程，直接模仿成衣。因此，对于具有独创性但缺乏艺术美感的设计图，只能作为图形作品保护。依据现行法律，按照服装设计图制作成衣的行为，不构成著作权法意义上的复制，通常不被认定为侵犯著作权。

（3）服装成衣

成衣并非是我国著作权法中规定的作品类型之一，但在司法实践中，成衣在满足特定条件的情况下被认定为美术作品予以保护。

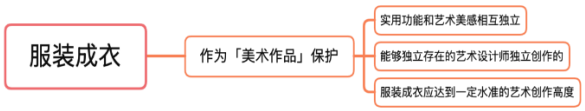


图 4：服装成衣的著作权保护

如上图所示，服装成衣要作为美术作品受到著作权法保护，其由造型、结构和色彩组合而成的整体外形必须体现作者个性化的独创性选择和安排，同时需要具备审美意义，并且其蕴含的艺术美感能够在物理上或观念上与实用性相分离。反之，如果缺乏独创性，或者艺术美感无法与实用性隔离，则该成衣无法作为美术作品获得著作权保护。

（三）外观设计专利作为权利基础

服装行业的专利布局主要在于：（1）服装新纤维材料的开发；（2）服装加工及制作方法的技

① 参见上海市卢湾区人民法院作出的（2010）卢民三(知)初字第 118 号民事判决书。

术创新；以及（3）外观设计。因本文主要探讨的是服装设计行业，对服装材料和加工制作方法相关的专利暂不展开讨论，将聚焦于该领域外观设计专利。

申请服装外观设计专利必须是应用在产品上的，该产品还必须是有一定的形状、图案、色彩三要素的设计，而且该设计应是具有美感及工业实用性的新的设计。具体来说：（1）申请外观设计专利的服装产品必须具有工业实用性，可以用工业方法重复再现，批量生产。（2）同时还应当是富有美感的设计，富有美感是对服装产品的形状、图案、色彩等设计使用的视觉产生美感，从而产生审美价值；（3）服装产品外观设计必须是对服装产品的形状、图案和色彩这三要素的设计，如果不是针对该三要素的设计就不能成为外观设计；（4）服装产品外观设计必须具有新颖性，也即是新设计，在此之前没有相同的设计[①]。目前，更多的服装企业采用申请外观设计专利作为保护自身知识产权的手段。据报道，绍兴柯桥区出台《关于进一步加强全区纺织品知识产权保护工作的实施意见》，提出目标：每年新增纺织品外观专利 1000 件以上，到 2025 年实现万人高价值专利拥有量 17 件[②]。但是，相较于著作权登记，外观设计专利的申请到获得授权所需要的流程时间较长，而服装行业具有“季节性”“风向性”，往往需要快节奏的上市当季新品，以抢占市场。因此，将外观设计专利作为权利基础，多发生在某些品类服饰上（如内衣、塑身衣，特定套装等），并非服装设计行业最核心的知识产权保护路径。

（四）竞争法意义上的“权利基础”

以反不正当竞争法作为维权法律依据经常出现的两种情形是：（1）企业或设计师个人并未对其设计成果采取任何形式的知识产权保护措施，但产品上市以后，该成果突然成为“爆款”，引起诸多模仿；（2）品牌的系列设计受众稳定，某些主体持续关注，并对品牌所出的大部分热销产品进行“模仿”。此时，相关主体往往基于《反不正当竞争法》相关规定进行维权。但是，《反不正当竞争法》规制的竞争行为是对市场秩序的破坏，其保护的是竞争而不是竞争者，也并不能够赋予某一主体某一特定“权利基础”，因此基于《反不正当竞争法》进行“权利保护”，实际应立足于竞争者行为的不正当性。且相关的举证繁重和困难，通常是在其他权利无法主张的情况下的尝试。

二、服装设计行业的维权路径

当服装行业的相关主体进行知识产权布局后，根据其权利基础和发现的侵权线索，进行初步维权（市场清理）相对容易，但随着市场清理工作的展开，侵权行为从一种形式变成另一种更为隐蔽的形式，从一个平台换成另一个平台或者私域。在此，我们首先来看基础的维权路径。

（一）商标权保护

1. 商标侵权的构成要件

（1）权利基础合法性

维权主体需持有有效注册商标，包括商标注册证或许可备案文件。法院重点审查商标核定使用范围是否包含服装类别（第 25 类），是否与侵

① 参见李淑娟、马云涛：《服装行业的知识产权保护–专利篇》，https://mp.weixin.qq.com/s/–9AyNXGr48LM6LeAbI–dGg，最后访问日期：2025 年 8 月 2 日。

② 参见裘一倩：《绍兴柯桥出台纺织品知识产权保护新政》，http://ttt.tibet.cn/cn/Instant/local/202210/t20221031_7298156.html，最后访问日期：2025 年 8 月 2 日。

权商品类别一致。对于跨类保护主张[①]，法院严格以核定使用商品类别为限，一般未核准使用在服装类别的商标不得主张侵权。

（2）商标性使用

《商标法》第 57 条明确了商标侵权的的行为类型（即商标性使用的类型），包括：（1）未经商标注册人的许可，在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标的；（2）未经商标注册人的许可，在同一种商品上使用与其注册商标近似的商标，或者在类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的商标，容易导致混淆的；（3）销售侵犯注册商标专用权的商品的；（4）伪造、擅自制造他人注册商标标识或者销售伪造、擅自制造的注册商标标识的；（5）未经商标注册人同意，更换其注册商标并将该更换商标的商品又投入市场的；（6）故意为侵犯他人商标专用权行为提供便利条件，帮助他人实施侵犯商标专用权行为的；（7）给他人的注册商标专用权造成其他损害的。

实践中，前 3 类为常见的侵权行为类型。特别是在电子商务环境中，将他人注册商标或近似商标设置为商品链接名称中的显著识别部分，或者在商品详情页面使用他人注册商标，售卖的商品（吊牌、领标、水洗标、包装盒、袖口等处）印有他人注册商标。

（3）混淆的可能性

通常被告会以“不致混淆”作为抗辩理由。此时维权主体应强调采用“相关公众一般注意力”标准，综合商标显著性和知名度进行论述。在(2021)沪 0115 民初 103081 号案中，即使侵权标识存在细微差异（如“Colubmai”与“Columbia”），仍因字母排列高度近似导致混淆[②]。知名品牌一般可获得更宽保护范围，因此对于知名度和影响力的举证也是重点之一。

2. 侵权责任的认定规则

（1）生产商责任

审理法院一般通过吊牌信息、工商登记关联性、原料采购与贴标行为等综合认定生产责任。即便原料来自第三方，贴标行为仍构成生产侵权。

（2）销售商责任

我国司法实践中一般采取严格责任原则，仅“合法来源”抗辩可免除赔偿责任。销售商作为被告时，往往主张“不知情”“从别人处进货”来主张来源合法，进而试图摆脱己方责任。被告虽主张从市场采购，但因无法提供生产者信息，抗辩则不会获支持[③]。根据《商标法》第 64 条第 2 款，合法来源需同时满足“不知情”与“说明提供者”两项要件。销售商的行为如不能同时满足上述两要件，则仍应承担相应民事责任。

（3）平台责任边界

电商平台在尽到必要注意义务时可免责。但平台对重复侵权应提高审查标准。对于某些平台是否构成共同侵权或者帮助侵权，笔者认为还应结合《电子商务法》第 27 条第 1 款和第 45 条进行判断。首先，电子商务平台经营者应当要求申请进入平台销售商品或者提供服务的经营者提交其身份、地址、联系方式、行政许可等真实信息，对上述信息进行核验、登记，建立登记档案，并定期核验更新（即平台核验义务应在相关主体注册时、经营中和发生侵权行为后，贯穿始终）。此外，电子商务平台经营者知道或者应当知道平台内经营者侵犯知识产权的，应当采取删除、屏蔽、断开链接、终止交易和服务等必要措施；未采取

① 参见广东省东莞市第二人民法院作出的(2023)粤 1972 民初 19425 号民事判决书。
② 参见上海市浦东新区人民法院作出的(2021)沪 0115 民初 103081 号民事判决书。
③ 参见广东省广州市海珠区人民法院作出的(2019)粤 0105 民初 15655 号民事判决书。

必要措施的，与侵权人承担连带责任。

3. 损害赔偿计算要点

（1）举证责任分配

权利人可提供侵权商品销量、单价、正品售价等作为计算依据。同时，如果涉及在电子商务平台上进行销售，应积极调取或申请法院调取平台销量数据。实际损失难以证明时，法院普遍采用法定赔偿。

鉴于被告通常会主张“获利极低”等，在维权时，建议准备行业利润率及“知假售假”类产业的普遍利润率。根据笔者初步检索，知假售假“傍大牌”后利润在 100%以上，甚至可能超过500%[①]。即使按照服装生产型企业的偏低的利润率，根据广发证券发展研究中心公布的《纺织服装行业 21 及 22Q1 财报总结》，女装行业 2020 年毛利率为 50%，根据广发证券《纺织服饰行业2022 年半年报总结》，服装家纺板块 2022 第一季度毛利率为 46.3%。

（2）裁量因素体系

对于大多数案件，原告损失和被告侵权获利往往难以查明，故常适用法定赔偿，即综合考量商标（品牌）知名度，被告的侵权恶意、侵权的具体行为方式、侵权持续时间、销售地域、销售渠道等情节以及原告的维权合理支出（公证费、购买费、律师费等）。

（二）著作权保护

1. 权利基础的完整证据链

我国的著作权登记为形式审查，因此获得登记证书并不等于著作权权利基础稳固无瑕疵。根据《最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第 7 条，权利人还应提供完整的证据链，如设计底稿、备案证书、合法出版物等原始证据。

2. 明确作品类型

（1）设计图、样板图与成品服装的权利分离原则

在本文第一部分，笔者已详述设计图、样板图可能被认定为图形作品、美术作品或无法被认定为作品，而成衣如满足特定条件，可能被认定为美术作品。因此，在维权过程中，权利人应明确其所主张的作品类型。作品类型的确定是后续侵权行为判定的基础。需要特别强调的是，服装设计图作为图形作品受著作权法保护，但将设计图转化为成衣的行为不构成著作权法意义上的复制。（2013）深宝法知民初字第 1040 号案中[②]，审理法院明确指出按照设计图制作成衣属于工业生产，不涉及艺术表达的复制。

（2）美术作品认定的双重标准

如主张设计图、样板图或成衣构成美术作品，则应需要满足：（1）艺术与功能的物理/观念可分离性以及（2）独创性高度要求。这也是服装行业企业通过著作权进行维权的主要痛点，笔者将在第三部分中详细说明。

3. 认定侵权的核心

与其他著作权侵权案件一样，“接触+实质性相似”是认定侵权的核心。最高人民法院于 2017 年 3 月 6 日发布的指导案例 81 号归纳的裁判要点指出：判断作品是否构成侵权，应当从被诉侵权作品作者是否接触过权利人作品、被诉侵权作品与权利人作品之间是否构成实质相似等方面进行。故，所谓的接触应当是指已经接触过，比如

① 参见《一件成本不足 30 元，“傍大牌”后利润超 500%，上海警方捣毁制售假冒运动服饰窝点》，https://mp.weixin.qq.com/s/HFEslkH3O-ByvJfPQd5uqQ，最后访问日期：2025 年 8 月 2 日。

② 参见广东省深圳市宝安区人民法院作出的（2013）深宝法知民初字第 1040 号民事判决书。

曾经阅读过、见过或使用过他人作品。基于民事诉讼高度盖然性的证明标准，对于接触的事实，只要当事人能够证明被诉侵权人有“接触的合理可能性”，即完成其证明责任，可以证明被诉侵权人接触过其作品。因此，所谓“接触”，既指实际阅读等，也包括依社会通常情况，被诉侵权人有“合理的机会”或“合理的可能性”阅读过或者听闻、使用过他人的作品[①]。

《著作权法》对实质性相似的标准没有明确规定，在长期的司法实践中，主要形成了：（1）整体比对法；（2）抽象分离法。就服装设计领域的著作权侵权案件而言，法院审理时更多使用的是整体对比法，即不区分思想与表达，以一般理性第三人的视角判断作品整体在主要特征、核心内容等方面是否构成实质性相似。在比较时将双方作品并列、整体分析，而非对各创作元素拆解分析，且比较的是二者的相似度，而非对不同的部分进行比较[②]。

4. 赔偿金额的裁量因素

根据《著作权法》第 54 条，赔偿金额可依据权利人的损失金额，侵权人的获利金额，参照该著作权授权使用费确定，当上述三项均难以计算的，则由法院根据侵权行为情节进行酌定（法定赔偿）。适用法定赔偿时，应着重说明：作品独创性程度、侵权商品销量与价格、侵权人的恶意、侵权的具体行为方式、侵权持续时间、销售地域、销售渠道等情节以及合理维权费用。

（三）外观设计专利权保护

1. 权利基础的稳定性

外观设计专利的审查仅为形式审查，因此该权利的稳定性是关键。一旦基于外观设计专利提起诉讼，可以预见的是，被诉侵权人极可能对该外观设计专利提起无效宣告请求，或者抗辩其为现有设计等。因此，在启动维权前，应对权利基础的稳定性作出评估，比如申请专利评价报告。

2. 侵权行为的认定标准

（1）确定外观设计专利的保护范围

外观设计专利的保护范围以图片或照片中的设计为准，采用“整体观察、综合判断”原则，一般消费者的视角下，若整体视觉效果无实质性差异，则构成侵权。例如，在何春系列案件[③]中，法院认定被诉产品与专利设计在拼接比例、颜色等细节上的差异不影响整体视觉效果。

（2）产品类别与设计比对

根据《最高人民法院关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释》第 8 条，外观设计专利权的保护范围以“相同或相近产品类别+相同或近似设计”为判断标准。

首先，需要确定被诉产品与专利产品的用途一致，即属于相同或相近产品类别。在此基础上，法院重点考察设计特征的整体组合（即设计相似性），例如在浙江印象实业案[④]中，羽绒服的毛领、扣子排布等核心设计特征相同即构成侵权。

（3）明确侵权行为类型

根据《专利法》第 11 条第 2 款，侵害外观设计专利权的行为包括为生产经营目的制造、许诺销售、销售、进口该外观设计专利产品。就制造行为而言，可通过被诉侵权人的经营范围、生产

① 参见陈锦川：《对接触加实质性相似规则中“接触”要件的几点认识》，https://www.ipeconomy.cn/index/news/magazine_details/id/7661.html，最后访问时间：2025 年 8 月 2 日。

② 参见吴大成、王茜：《著作权侵权案件的审理思路》，https://mp.weixin.qq.com/s/qzsiJ0g0gOjQYRMfBRIy2w，最后访问时间：2025 年 8 月 2 日。

③ 参见广州知识产权法院作出的(2019)粤 73 民初 1233 号民事判决书、(2019)粤 73 民初 1241 号民事判决书。

④ 参见浙江省杭州市中级人民法院作出的(2014)浙杭知初字第 360 号民事判决书、(2014)浙杭知初字第 361 号民事判决书。

资质、产品标识（如商标、吊牌）等证据推定制造行为。例如，深圳市依达璐服饰厂因具备制造能力且未提供反证，被认定实施了制造行为[①]。对于销售与许诺销售行为，网店展示、公证购买记录、物流单据等均可作为销售行为的直接证据。

3. 赔偿金额的裁量因素

根据《专利法》第 71 条，赔偿金额可依据权利人的损失金额，侵权人的获利金额，参照该专利授权使用费确定，当上述三项均难以计算的，则适用法定赔偿，即由法院根据侵权行为情节进行酌定。适用法定赔偿时，应着重说明：专利类型、侵权商品销量与价格、侵权人的恶意、侵权的具体行为方式、侵权持续时间、销售地域、销售渠道等情节以及合理维权费用。

（四）竞争法保护

当无法通过《商标法》、《著作权法》和《专利法》进行保护的情况下，服装设计领域的相关企业和个人还可考虑基于《反不正当竞争法》进行维权。通过对服装设计、服装成衣的不正当竞争案例检索，相关主体一般通过反不正当竞争法的第 2 条和第 6 条第（4）项进行保护。对是基于“混淆行为”还是基于原则条款（兜底条款）的选择，可以如下图所示，依据实际情况进行选择。《反不正当竞争法》第 6 条规制的是混淆行为，适用该条的难度在于证明权利人的服装款式或款号属于有一定影响的商业标识，同时需要证明权利人的服装款式或款号与权利人之间已经产生稳定的联系。但是服装行业款式的迭代很快，具有季节性，往往难以证明在某一季的销售中，其就获得“一定影响”，因此更多的主体在面对相对大规模的模仿、抄袭成衣款式、款号的情况下，更倾向于依据《反不正当竞争法》第 2 条兜底条款。司法实践中，法院通常会认定服装的款式、款号构成权利人的核心竞争力，且该权益会因为他人的模仿、抄袭而受到实际损害，模仿、抄袭服装款式和款号的行为违反诚实信用原则和公认的商业道德[②]。

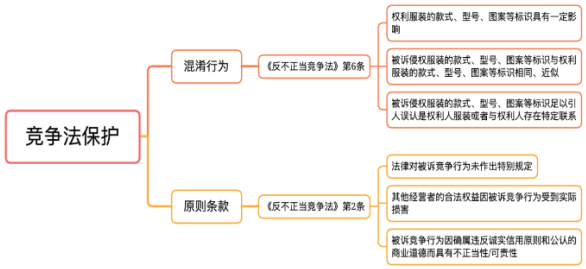


图 5：服装设计的竞争法保护[③]

三、服装设计行业的维权痛点解析

（一）著作权维权中的痛点

在本文第二部分中笔者提到，著作权维权的痛点在于如主张设计图、样板图或成衣构成美术作品，则应证明（1）艺术与功能的物理/观念可分离性以及（2）独创性的高度。这也是司法实践中的难点问题。

1. 实用性与艺术性分离的判定

最高人民法院在指导性案例第 157 号“左尚明舍家居用品（上海）有限公司诉北京中融恒盛木业有限公司等侵害著作权纠纷案”再审裁定书中指出，“作为美术作品受著作权法保护的实用艺术作品，除同时满足关于作品的一般构成要件及其美术作品的特殊构成条件外，还应满足其实

① 参见广东省深圳市中级人民法院作出的(2018)粤 03 民初 1229 号民事判决书。

② 参见李文洁、史腾：《服装设计知识产权保护路径探讨 ——以著作权和不正当竞争角度》，https://mp.weixin.qq.com/s/0_x1bnvjMAPtcj6ggA9aDA，最后访问日期：2025 年 8 月 2 日。

③ 该图的制作部分内容参考姜广瑞、庄雨晴：《如何保护“服装设计”》，https://mp.weixin.qq.com/s/cgozrxRN6ppdsPZoRUiRGg，最后访问时间：2025 年 8 月 2 日。

用性与艺术性可以相互分离的条件：两者物理上可以相互分离，即具备实用功能的实用性与体现艺术美感的艺术性可以物理上相互拆分并单独存在；两者观念上可以相互分离，即改动实用艺术品中的艺术性，不会导致其实用功能的实质丧失。在实用艺术品的实用性与艺术性不能分离的情况下，不能成为受著作权法保护的美术作品。”在COMME MOI与OBBLIGATO案件[①]中，审理法院指出涉案权利服装的剪裁、腰间撞色装饰扣、对辑线等设计而言，即使改变或去除相关的具有美感的艺术性设计，亦不会影响其穿着在人身上御寒蔽体等实用功能的实现，因而在观念上具有可分离性。但涉案权利服装的艺术性部分附着于功能性部分之上，无法进行物理上的区分，并由此认定涉案权利服装不构成著作权法意义上的美术作品。

2. 独创性的判定

根据我国《著作权法实施条例》第2条的规定，受著作权法保护的作品应当具有独创性。但目前我国的相关法律规定中并没有明确独创性的具体内涵。主流观点认为独创性是指“由作者独立完成并体现作者特有的选择、判断、取舍、安排、设计、组合等等”。

如主张服装设计或服装成衣系美术作品，则其独创性的要求应为服装在其可分离的艺术性部分的线条、色彩或者其他方面展现了作者特有的选择、判断、取舍、安排、设计、组合等具有审美意义的独特设计。普通服装大多是为了满足人们的日常穿着、审美风格的需求而进行设计和生产的，其中大量的款式设计均是服装产业中众多企业均已采用的流行设计。基于此，为保护服装产业中一些线条、色彩、图案的常规设计不被个别主体所垄断，妥善平衡服装行业其他经营者利益及社会公共利益，促进服装设计产业的高质量健康发展，司法实践中一般对服装设计的独创性判断标准从严把握，即应当做艺术性考量[②]。在前述COMME MOI与OBBLIGATO案件[③]中，审理法院强调，对涉案服装作为美术作品的独创性判断应放在审美意义即艺术性是否超越了实用性进而使得公众认为其系“艺术品”的前提下进行考量。

陈锦川法官亦曾指出，“普通服装均是为了满足人们的日常穿着、审美风格的需求而进行设计和生产，如果将普通服装成品均纳入著作权法保护的范围，则既不利于服装设计发展，又不利于社会公共利益[④]”。由此可见，在服装设计领域的著作权维权案件中，如主张设计图、成衣等构成美术作品，对其独创性、艺术性的举证与论证必须严谨、充足，解决这一痛点、难点问题，才得以确保维权的根基稳固，才得以进入后续的侵权判断中。

（二）维权“博弈”中的痛点

无论是何种侵权，当进行了部分市场清理后，会发现这是一场“道高一尺，魔高一丈”的博弈，侵权人往往会转移平台，变换方式，“优化”手段。以侵权为业的主体往往同时在多个主流平台运营，注册的账号可能利用多个主体（亲戚朋友或者农村老人），制止了一个平台、一个账号的

① 参见上海市浦东新区人民法院作出的（2019）沪0115民初55976号民事判决书、上海知识产权法院作出的(2021)沪73民终880号民事判决书。

② 参见姜广瑞、庄雨晴：《如何保护“服装设计”》，https://mp.weixin.qq.com/s/cgozrxRN6ppdsPZoRUiRGg，最后访问时间：2025年8月2日。

③ 参见上海市浦东新区人民法院作出的（2019）沪0115民初55976号民事判决书、上海知识产权法院作出的(2021)沪73民终880号民事判决书。

④ 参见陈锦川：《著作权法审判—原理解读与实务指导》，法律出版社2014年出版。

侵权行为对于这些主体来说“不痛不痒”，更换个“马甲”继续侵权。如何有效制止这些以侵权为业的侵权者，给予其警示，是维权“博弈”中的痛点。笔者结合代理的多个服装行业惩罚性赔偿案件剖析几个解决上述痛点的方法与细节。

1．对主流平台、销售渠道进行全方位检索，根据检索内容复查是否可能某些主体相互关联

以侵权为业的主体往往经营多个关联店铺，为了相互引流，可能采取：

（1）店铺名称设置具有关联性，比如 XX 老店、XX 新店、XX1 号店、XX2 号店、XXVIP 店等等。通过名称可以将可能存在关联的店铺汇总，进行下一步判断。

（2）在店铺（电商平台店铺）中以公告、客服私信或者在商品详情页面的说明中进行说明，特别是加了店铺微信后，也可以看到其通过私信、朋友圈对多个店铺的宣传广告。此时，可以将多个平台、多个店铺关联起来。

对于，多平台、多店铺的情况应予以重点关注，取证后申请披露时，可通过披露信息进一步确认。在一案件中，侵权人分别以农村父母的名义注册网店，根据名称可以看出关联，获取披露后，经营者地址相同，进一步锁定其关联性。

对于关联店铺的一并打击，不仅有利于证明侵权者的侵权恶意、侵权严重程度等情节，更有利于击破其为侵权布置的关联店铺布局，令其付出相对严重的侵权代价，有利于根源上制止其再次实施相关侵权行为。

2．取证工作不止于公证购买

大多数权利人认为的证据固定就是对侵权产品的公证购买。这往往给予了侵权人很多逃避责任的机会。有的电商平台在依平台规则申请披露或起诉要求披露时，会给相关店铺主体发送站内信等内容，告知其核查是否售卖 XX 品牌侵权商品，及时下架。此类行为也许出发点是履行平台义务，及时制止侵权行为。但由于获取披露信息后到真正立案，根据不同地区案件量的不同，期间会有一个月到几个月的“时间差”，这给了侵权主体更多的时间进行“逃避行为”。因此，经常复查，特别是在获取披露后、知晓调解员或法院已向被诉侵权人送达法律文书/传票后进行复查，是重点工作之一。

对于被诉侵权人通过微信朋友圈进行宣传、引流的情况，建议取证人员用多个账号进行关注。在笔者代理的 2 个惩罚性赔偿案件中，均出现以下情况：被诉侵权人在知晓涉诉后，随即屏蔽权利人取证账号，而为协助取证，律师团队也添加了该被诉侵权人微信，此时发现，被诉侵权人一方面屏蔽权利人方取证账号，另一方面持续发布侵权内容，引流至新设店铺。此外，其中一个案件的被诉侵权人在获悉被诉后，在店铺内设置多个跳转链接，将客源引流至新设店铺。

上述被诉侵权人之所以采取此类行为，就是基于一般的侵权诉讼案件中，权利人或代理人往往将取证工作停止于公证购买阶段，而非贯穿案件办理始终，或者没有重视补充取证的必要性。因此给予了侵权人带着客源“转移阵地”继续实施侵权行为的便利条件。

3．积极调取销售数据

根据《商标法》《著作权法》《专利法》《反不正当竞争法》，对于经济赔偿金额的计算主要围绕权利人损失，被诉侵权人获利以及法定赔偿。在商标侵权案件、著作权侵权案件和外观设计专利侵权案件中还涉及相关权利的授权使用费，如果无法有效举证，则适用法定赔偿。在这些案件中，被诉侵权人基本都会主张“收入微薄”，而往

往根据网店页面显示的销量难以匹配真实情况。此时，应积极调取涉案店铺自开店以来的全部销售记录，并由权利人一方进行筛选。通过调取数据，往往能够查明被诉侵权人从何时开始侵权行为，侵权体量（售卖的侵权款式数量、交易数量、有效成交金额总数等）以及侵权持续时间。这些对于被诉侵权人侵权恶意的认定、侵权行为后果的认定以及赔偿金额（侵权获利）的认定至关重要。

在笔者代理的一起案件中，被诉侵权人以年仅 20 岁，不清楚法律，盈利微薄作为抗辩理由。但调取全店销售数据后发现，被诉侵权人年满 18 岁后开设涉案店铺，从设立之初便销售侵害权利商标权的商品，全店铺以侵权为业，销售的商品至少侵害了 200 多个国内外知名品牌。短短 2 年内，剔除刷单和退款，仅某平台一个店铺的有效成交金额就超过 550 万元。鉴于调取的数据所反映的客观情况以及该被诉侵权人在收到传票后依然采取屏蔽权利人继续售卖侵权产品的行为，权利人提出适用惩罚性赔偿的请求。在另一案件中，调取全店数据所反映的情况类似，被诉侵权人以侵权为业，自 2019 年开始实施侵权行为，全店铺有效成交金额超过 2700 万元。而在该案件中，当未调取全店销售数据时，被诉侵权人举证店铺注册微信转让协议（发生在两个亲姐妹之间）欲证明 2023 年 11 月其已关闭店铺，原注册微信用于受让人新设店铺。而调取数据后，客观数据显示直至 2024 年 4 月被诉侵权人收到法院传票后涉案店铺仍有销售记录。由此可证明其关于 2023 年 11 月关闭店铺以及转让注册微信为虚假陈述。同样，基于其持续侵权行为本身及销售数据反应的客观情况，权利人提出适用惩罚性赔偿的请求。故，调取数据对于类似案件侵权时间、侵权规模等的认定极为重要，同时亦可攻破被诉侵权人为逃避责任所作出的虚假陈述和提交的虚假证据。

4. 综合全案考量，主张适用惩罚性赔偿

近年来，多件涉及服装行业企业维权的案件最终适用惩罚性赔偿。例如地素品牌案件[①]、Hugo Boss 品牌案件[②]、EVISU 品牌案件[③]、斐乐品牌案件[④]、鄂尔多斯品牌案件[⑤]、ADLV 品牌案件[⑥]等。

上述案件中，除了 EVISU 品牌案件系基于在先刑事案件判决认定的违法所得金额和主观过错程度、侵权行为的情节严重程度酌情确定惩罚性赔偿金额（以违法所得为计算基数的 1 倍）外，其他各案件均以侵权获利为计算基数，而该基数的计算则适用公式“单品销售金额 × 销售数量 × 利润率”。总销售金额的计算则依靠向电商平台方调取的销售数据。可以说，这些需要后续计算惩罚性赔偿基数的案件，基本不可能在立案当下就提出惩罚性赔偿主张，系随着案件办理和数据调取而提出请求。故，痛点、难点问题是何时提出惩罚性赔偿请求，以及何种情况下适用惩罚性赔偿。

（1）程序侧，何时提出惩罚性赔偿请求

① 参见《浦东法院近年适用惩罚性赔偿金额最高的案例，地素时尚一知识产权案获赔近千万元》，http://www.shzfzz.net/node2/zzb/ n4484/n4486/u1ai1677385.html，最后访问时间：2025 年 8 月 2 日。

② 参见厦门市中级人民法院作出的（2023）闽 02 民初 900 号民事判决书。

参见王思思：《商标侵权惩罚性赔偿中“其他青叶严重情形”的认定--评德国雨果博斯商标管理有限公司诉艾某等侵害商标权纠纷案》，载《中华商标》2024 年第 12 期，第 61-65 页。

③ 参见广东省中山市第一人民法院作出的（2024）粤 2071 民初 5808 号民事判决书

④ 参见北京市高级人民法院作出的（2018）京民申 4666 号民事判决书，北京知识产权法院作出的（2017）京 73 民终 1991 号民事判决书，北京市西城区人民法院作出的（2017）京 0102 民初 2431 号民事判决书

⑤ 参见北京知识产权法院作出的（2015）京知民初字第 1677 号民事判决书。

⑥ 参见福建省厦门市中级人民法院作出的（2021）闽 02 民初 2257 号民事判决书、福建省高级人民法院作出的（2023）闽民终 171 号民事判决书。

《最高人民法院关于审理侵害知识产权民事案件适用惩罚性赔偿的解释》（以下简称《惩罚性赔偿解释》）第 1 条第 1 款规定，原告主张被告故意侵害其依法享有的知识产权且情节严重，请求判令被告承担惩罚性赔偿责任的，人民法院应当依法审查处理。第 2 条第 2 款则明确，原告在一审法庭辩论终结前增加惩罚性赔偿请求的，人民法院应当准许。因此，权利人应在一审法庭辩论终结前完成补证和数据调取，并依据客观证据反映的情况决定是否提出惩罚性赔偿请求。

（2）惩罚性赔偿适用条件：故意+情节严重

根据《惩罚性赔偿解释》第 2 条，对于侵害知识产权的故意的认定，人民法院应当综合考虑被侵害知识产权客体类型、权利状态和相关产品知名度、被告与原告或者利害关系人之间的关系等因素。对于下列情形，人民法院可以初步认定被告具有侵害知识产权的故意：（1）被告经原告或者利害关系人通知、警告后，仍继续实施侵权行为的；（2）被告或其法定代表人、管理人是原告或者利害关系人的法定代表人、管理人、实际控制人的；（3）被告与原告或者利害关系人之间存在劳动、劳务、合作、许可、经销、代理、代表等关系，且接触过被侵害的知识产权的；（4）被告与原告或者利害关系人之间有业务往来或者为达成合同等进行过磋商，且接触过被侵害的知识产权的；（5）被告实施盗版、假冒注册商标行为的；（6）其他可以认定为故意的情形。

根据《惩罚性赔偿解释》第 4 条，对于侵害知识产权情节严重的认定，人民法院应当综合考虑侵权手段、次数，侵权行为的持续时间、地域范围、规模、后果，侵权人在诉讼中的行为等因素。被告有下列情形的，人民法院可以认定为情节严重：（1）因侵权被行政处罚或者法院裁判承担责任后，再次实施相同或者类似侵权行为；（2）以侵害知识产权为业；（3）伪造、毁坏或者隐匿侵权证据；（4）拒不履行保全裁定；（5）侵权获利或者权利人受损巨大；（6）侵权行为可能危害国家安全、公共利益或者人身健康；（7）其他可以认定为情节严重的情形。

就目前检索到的服装设计行业设计知识产权惩罚性赔偿的案件而言，对“故意”的认定多因“被告经原告或者利害关系人通知、警告后，仍继续实施侵权行为”。例如在 Hugo Boss 品牌案件中，被告收到诉讼材料后，仍然经营涉案店铺销售侵权商品。在 ADLV 品牌案件中，原告曾向电商平台对被告进行投诉 20 余次，被告向平台提供虚假材料并作出虚假陈述，依然售卖侵权商品。

对于“情节严重”的认定，多集中在“以侵权为业”、“侵权获利或者权利人受损巨大”及“其他可以认定为情节严重的情形”。“以侵权为业”和“侵权获利或者权利人受损巨大”相对容易证明（特别是对于经营网络店铺的被告），通过向平台方调取销售数据及对涉案店铺内商品的公证，可以体现其以销售多品牌侵权商品为盈利手段，也可体现出其侵权事件、侵权（款式）数量及销售金额。而“其他可以认定为情节严重的情形”，根据目前检索的案例主要指的是重复侵权，例如（2022）最高法知民终 2907 号案[①]以及（2023）闽 02 民终 4827 号案[②]。

（3）适用惩罚性赔偿的难度及意义

根据 2024 年 3 月 8 日在第十四届全国人民代表大会第二次会议上最高人民法院院长张军做

① 参见最高人民法院作出的（2022）最高法知民终 2907 号民事判决书。

② 参见福建省厦门市中级人民法院作出的（2023）闽 02 民终 4827 号民事判决书。

出的《最高人民法院工作报告》，2023 年全国审结知识产权案件 49 万件，适用惩罚性赔偿的案件数量为 319 件，占比约为万分之 6.5。这一比例在 2024 年有所提升，根据今年的《最高人民法院工作报告》，2024 年全国审结知识产权案件 49.4 万件，适用惩罚性赔偿的案件数量为 460 件，占比约为万分之 9.3。

这一极低的占比表明，在知识产权侵权案件中，尽管惩罚性赔偿制度旨在严惩恶意侵权并形成有效威慑，但其实际适用面临显著困难。其主要原因在于证明门槛高、赔偿基数确定难、以及司法惯性偏保守。首先，法律通常要求证明侵权人具有“故意”或“恶意”，且情节“严重”，这远高于一般侵权责任中“过错”的认定标准，权利人需要搜集并呈现足够有力的主观意图证据，例如明知侵权警告仍继续实施等直接证据，难度极大。其次，惩罚性赔偿以实际损失、侵权获利或许可费倍数为计算基数，而知识产权无形财产的特性使得这些基础数额的精确计算本身就充满争议和不确定性，基数难以确定自然制约了惩罚性倍数的适用。再者，相较于传统的“填平原则”，惩罚性赔偿仍属相对较新的制度，部分法院在裁判时可能趋于谨慎，更倾向于适用法定赔偿或仅在证据极其确凿的极端个案中适用惩罚性赔偿，以避免过度惩罚或引发新的不公。因此，高证明标准、基数计算困境以及潜在的司法保守倾向，共同构成了适用惩罚性赔偿的“三座大山”，但在此情形下，对身处“快时尚”与“高仿”重灾区的服装设计权利人而言，若能通过细致研判、妥善取证、积极争取打造出惩罚性赔偿典型案例，具有多层面的积极意义。首先，它显著提升了侵权成本，形成强力震慑。服装设计周期短、易复制，传统补偿性赔偿往往难以覆盖权利人的实际损失（如设计投入、市场机会丧失、品牌声誉受损）和维权成本（调查取证、诉讼费用）。惩罚性赔偿通过数倍于实际损失或侵权获利的赔偿额，使侵权者付出远高于侵权收益的代价，从根本上遏制“侵权成本低、维权成本高”的恶性循环，迫使潜在侵权者三思而行。其次，它为权利人提供了实质性的补偿与激励。服装设计的价值在于创意与市场吸引力，但极易被抄袭。惩罚性赔偿不仅能更全面地弥补权利人因侵权行为遭受的直接和间接经济损失，更能为其持续投入创新提供正向激励。当权利人明确知道恶意侵权行为将面临严厉的经济惩罚时，会更积极地投入设计创新并勇于维权，而非因“得不偿失”而放弃。此外，它有助于净化市场环境，维护公平竞争秩序。服装行业竞争激烈，恶意抄袭行为严重扰乱市场。惩罚性赔偿精准打击“故意侵权”和“情节严重”的行为，淘汰靠剽窃生存的劣质经营者，为真正致力于原创设计的品牌和设计师腾出发展空间，推动整个行业向尊重创新、注重品质的健康方向发展。因此，惩罚性赔偿的适用，不仅是对权利人个体权益的强有力救济，更是维护服装设计领域创新生态、促进行业高质量发展的关键法律武器。

五、结语

本文系统梳理了服装设计行业知识产权保护的四大核心路径——以商标构筑品牌根基、以著作权守护创意表达、以外观设计专利锁定产品外观、以及借助《反不正当竞争法》规制市场混淆与抄袭行为，并对各路径下的维权策略与实务痛点进行了深入剖析。服装设计的生命周期短暂、市场迭代迅速、侵权形式隐蔽多变，决定了其知识产权保护与维权工作具有高度的复杂性与挑战性。无论是商标侵权判定中的混淆可能性认定、

著作权保护中“实用艺术分离”与“独创性高度”的司法难点、外观设计专利的权利稳定性与侵权比对困境，还是竞争法保护中对“一定影响”和“行为不正当性”的证明要求，都要求权利人和法律工作者具备精准的策略选择和扎实的证据支撑。实践中，具体的维权思路、证据链构建、平台责任边界、赔偿计算乃至惩罚性赔偿的适用条件，每一个环节都值得更精细化的研究与操作。面对侵权行为的“道魔相长”，持续、动态、全方位的维权布局与手段优化至关重要。笔者也将持续关注行业动态与司法实践，对不同维权路径进行更深入的细化研究与案例分析，以期帮助服装设计权利人更有效地运用法律武器，破解维权痛点，切实守护创新智力成果，为中国“国潮”崛起与服装设计产业的健康高质量发展保驾护航。知识产权保护之路任重道远，唯精研路径、洞察痛点、方能有效捍卫创意价值。

参考文献

[1]《服装造型设计》，载“服装数字图书馆”微信公众号，https://mp.weixin.qq.com/s/P9phNZA8M9eSYCkcTRKe8g，最后访问日期：2025 年 8 月 2 日。

[2]《浦东法院近年适用惩罚性赔偿金额最高的案例，地素时尚—知识产权案获赔近千万元》，http://www.shzfzz.net/node2/zzb/n4484/n4486/u1ai1677385.html，最后访问时间：2025 年 8 月 2 日。

[3]《一件成本不足 30 元，“傍大牌”后利润超 500%，上海警方捣毁制售假冒运动服饰窝点》，https://mp.weixin.qq.com/s/HFEslkH3O–ByvJfPQd5uqQ，最后访问日期：2025 年 8 月 2 日。

[4] 北京市高级人民法院作出的（2018）京民申 4666 号民事判决书。

[5] 北京市西城区人民法院作出的（2017）京 0102 民初 2431 号民事判决书。

[6] 北京知识产权法院作出的（2015）京知民初字第 1677 号民事判决书。

[7] 北京知识产权法院作出的（2017）京 73 民终 1991 号民事判决书。

[8] 陈锦川：《对接触加实质性相似规则中“接触”要件的几点认识》，https://www.ipeconomy.cn/index/news/magazine_details/id/7661.html，最后访问时间：2025 年 8 月 2 日。

[9] 陈锦川：《著作权法审判—原理解读与实务指导》，法律出版社 2014 年出版。

[10] 福建省高级人民法院作出的（2023）闽民终 171 号民事判决书。

[11] 福建省厦门市中级人民法院作出的（2021）闽 02 民初 2257 号民事判决书。

[12] 福建省厦门市中级人民法院作出的（2023）闽 02 民终 4827 号民事判决书。

13. 广东省广州市海珠区人民法院作出的(2019)粤 0105 民初 15655 号民事判决书。

[14] 广东省深圳市宝安区人民法院作出的（2013）深宝法知民初字第 1040 号民事判决书。

[15] 广东省深圳市中级人民法院作出的(2018)粤 03 民初 1229 号民事判决书。

[16] 广东省中山市第一人民法院作出的（2024）粤 2071 民初 5808 号民事判决书。

[17] 广州知识产权法院作出的(2019)粤 73 民初 1233 号民事判决书。

[18] 广州知识产权法院作出的(2019)粤 73 民初 1241 号民事判决书。

[19] 姜广瑞、庄雨晴：《如何保护“服装设计”》，https://mp.weixin.qq.com/s/cgozrxRN6ppdsPZoRUiRGg，最后访问时间：2025 年 8 月 2 日。

[20] 卡尔·劳斯迪亚（Kal Raustiala）、克里斯托夫·斯布里格曼（Christopher Sprigman）：《Copy Right！模仿如何激发创新》（The Knockoff Economy: How Imitation Sparks Innovation），老卡、蒋漫、连琏译，电子工业出版社 2015 年 4 月版。

[21] 李淑娟、马云涛：《服装行业的知识产权保护–专利篇》，https://mp.weixin.qq.com/s/–9AyNXGr48LM6LeAbI–dGg，最后访问日期：2025 年 8 月 2 日。

[22] 李文洁、史腾：《服装设计知识产权保护路径探讨 ——以著作权和不正当竞争角度》，https://mp.weixin.qq.com/s/0_x1bnvjMAPtcj6ggA9aDA，最后访问日期：2025 年 8 月 2 日。

[23] 裘一倩：《绍兴柯桥出台纺织品知识产权保护新政》，http://ttt.tibet.cn/cn/Instant/local/202210/ t20221031_7298156.html，最后访问日期：2025 年 8 月 2 日。

[24] 厦门市中级人民法院作出的（2023）闽 02 民初 900 号民事判决书。

[25] 上海市卢湾区人民法院作出的（2010）卢民三(知)初字第 118 号民事判决书。

[26] 上海市浦东新区人民法院作出的(2021)沪 0115 民初 103081 号民事判决书。

[27] 上海市浦东新区人民法院作出的（2019）沪 0115 民初 55976 号民事判决书。

[28] 上海知识产权法院作出的(2021)沪 73 民终 880 号民事判决书。

[29] 王思思：《商标侵权惩罚性赔偿中“其他青叶严重情形”的认定--评德国雨果博斯商标管理有限公司诉艾某等侵害商标权纠纷案》，载《中华商标》2024 年第 12 期，第 61–65 页。

[30] 吴大成、王茜：《著作权侵权案件的审理思路》，https://mp.weixin.qq.com/s/qzsiJ0g0gOjQYRMfBRIy2w，最后访问时间：2025 年 8 月 2 日。

[31] 余强：《服装设计概论》，西南师范大学出版社 2002 年版。

[32] 浙江省杭州市中级人民法院作出的(2014)浙杭知初字第 360 号民事判决书、

[33] 浙江省杭州市中级人民法院作出的(2014)浙杭知初字第 361 号民事判决书。

[34] 中国服装协会编著《2024–2025 中国服装消费市场发展报告》，中国纺织出版社有限公司 2005 年出版。

[35] 钟鸣：《时装设计、法外空间与知识产权模式》，https://mp.weixin.qq.com/s/HTaGQ3xiTFxDFF33ctGSAg，最后访问日期：2025 年 8 月 2 日。

[36] 最高人民法院作出的（2022）最高法知民终 2907 号民事判决书。

先锋探索与司法管辖界限：生成式人工智能在刑事证据领域地方政策的法律反思与构建

白耀华

白耀华律师现任北京德和衡（上海）律师事务所高级合伙人、德和衡研究院上海分院院长，同济大学人工智能博士，中国浦东—剑桥大学涉外法治合作班访问学者，上海市律师协会业务委员会委员。近年来，白耀华律师深耕人工智能、新科技等新型法律业务，办理了一大批金额标的大、社会影响广泛的“首起”或重大疑难案件，具有扎实的法学理论功底，为众多知名企业和高净值财富人群提供全方位的法律服务解决方案。白耀华律师近年来连续当选《商法》（CBLJ）The A-List 法律精英：中国业务律界精锐，并被评选为汤森路透《亚洲法律杂志》（ALB）客户首选律师，LegalOne 实务精英 100 强（公司商事），GRCD 中国年度优秀律师，Benchmark Litigation 上海地区商业争议业务领域榜单—德和衡牵头合伙人、法制日报社和中国政法大学评选的“推进立法与法治政府建设提名案例”—德和衡牵头合伙人。

摘　要：本文旨在对近来地方检察机关与公安机关联合发布的《生成式人工智能刑事案件电子数据取证与审查指引》进行深度法律剖析。本文首先肯定该《指引》是应对人工智能驱动的新型犯罪所带来的证据挑战，特别是“算法黑箱”难题的一次值得称赞且极具必要的基层探索。然而，本文的核心论点在于，尽管此类地方性探索提供了宝贵的实践经验，但其不应在缺乏国家法律坚实基础的情况下被任意扩大或复制。通过对《中华人民共和国立法法》、《中华人民共和国刑事诉讼法》以及刑事证据基本原则的分析，本文主张，涉及公民基本权利的刑事证据规则的制定，属于国家立法与最高司法机关的专属权限。地方性规则的无序扩张可能导致法律适用的碎片化，并潜在地违背程序正义。据此，本文结论性地提出，应借鉴 2016 年《关于办理刑事案件收集提取和审查判断电子数据若干问题的规定》的成功先例，通过由最高人民法院、最高人民检察院、公安部等联合出台全国统一的司法解释，来构建一个统一的国家级规制框架。此路径既能将地方的创新智慧融入国家法治体系，又能确保人工智能在刑事司法领域的治理安全、可靠、可控，并与宪法所确立的法制统一原则保持一致。

关键词：生成式人工智能；刑事证据；地方政策；统一立法

引　言

生成式人工智能技术的飞速发展，无疑是这个时代最引人注目的技术革命。以大语言模型、图像生成与音频合成为代表的技术，正以前所未有的深度和广度赋能社会经济生活的方方面面。然而，技术本身具有价值中立性，这柄“双刃剑”在创造巨大社会价值的同时，也为不法分子提供了实施诈骗、伪造、侵犯知识产权等新型犯罪的温床与工具。这些新型犯罪活动中的电子数据，贯穿了从模型开发、服务提供到技术使用的全链条，呈现出“取证难、专业性强、逻辑复杂”等前所未有的特征。

在此背景下，一个严峻的监管真空地带已然形成。我国现行的法律框架，特别是《中华人民共和国刑事诉讼法》以及 2016 年由“两高一部”联合发布的《关于办理刑事案件收集提取和审查判断电子数据若干问题的规定》，其制定时尚未预见到生成式人工智能所带来的独特挑战，例如算法的不透明性（即“算法黑箱”）和模型的频繁迭代特性。这给刑事司法实践中的证据收集、真实性审查乃至因果关系的构建带来了巨大障碍。正如一线检察官所指出的，生成式人工智能的“黑箱”运行机制，使得其算法逻辑难以溯源，严重挑战了证据链的完整性。

面对这一紧迫的现实需求，部分基层司法机关率先行动，出台了《生成式人工智能刑事案件电子数据取证与审查指引》（以下简称《指引》）。作为我国首个针对该领域系统构建的规范性文件，《指引》无疑是一次开创性的尝试，旨在为一线办案人员提供一套标准化、体系化的操作规程。公安与检察机关的负责同志均对其针对性与可操作性给予了高度评价，认为它是在实操经验与实务案例中提炼总结的智慧结晶。

然而，本文的核心论点在于，尽管《指引》是源于实践需求的值得赞扬的创新，但其作为地方规范性文件的法律地位限制了其权威性。刑事证据与刑事诉讼程序的规则制定，因其直接关涉公民的基本权利与刑事司法体系的统一性，必须在国家最高立法与司法层面进行。任何地方性的探索，若缺乏上位法的明确授权与规制，都可能引发对《立法法》基本原则的挑战，并最终损害法制的统一与尊严。因此，本文旨在论证，应对生成式人工智能带来的证据难题，最佳路径应是在充分吸收地方实践经验的基础上，由最高司法机关牵头，制定全国统一的司法解释，从而确保法律适用的确定性与公正性。

一、《指引》的实践必要性与创新价值

在深入探讨其法律地位的局限性之前，必须充分肯定《指引》作为应对技术挑战的产物，其所展现出的实践价值与方法论创新。它是司法实践直面技术难题、主动寻求解决方案的典范。

（一）解构生成式人工智能的证据困境

生成式人工智能犯罪之所以对传统刑事证据体系构成严峻挑战，其根源在于技术本身的颠覆性特征。

1、核心障碍在于“算法黑箱”问题。与传统的计算机程序不同，深度学习模型的决策过程并非基于明确、可读的逻辑代码，而是在一个人类难以直接理解的“隐层”中进行的复杂运算[1]。模型的输出结果与输入数据之间，存在着一个非透明、非线性的转换过程。正如某地检察院人工智能综合履职团队成员所言，这种算法逻辑的不透明性和模型频繁的迭代更新，使得在司法实践中精确回溯某一特定输出（如一段诈骗录音或一张

伪造图片）的生成路径变得异常困难，从而给构建犯罪行为与结果之间的因果关系带来了巨大挑战[4]。

2、证据链呈现出高度复杂与分散的特点。一起利用生成式人工智能实施的犯罪，其相关电子数据可能散布于模型开发者、云服务提供商、API接口调用者乃至最终用户的各个环节。这些数据不仅地理位置分散，而且存储格式、访问权限各异，给侦查机关一体化取证、固定和拼接完整的证据链条设置了重重障碍。

3、技术壁垒极高。侦查人员和检察官不仅需要理解犯罪构成要件，还必须具备相当水平的计算机科学知识，才能有效识别、提取和审查与人工智能模型相关的证据。这种专业性要求远超传统电子数据取证的范畴。正因如此，《指引》致力于创建一套具有高度可操作性的标准化清单，以降低一线办案人员的技术门槛，这一点也得到了某市公安局法制总队领导的肯定。

（二）对《指引》贡献的积极评估

面对上述困境，《指引》提供了一套系统化、可操作的解决方案，其贡献主要体现在以下几个方面：

1、实现了体系化与标准化。《指引》共设4章42条，从总则的基础规范，到针对技术开发者、服务提供者、技术使用者等不同主体的取证指引，再到检察机关的审查标准和公检协作机制，形成了一个逻辑清晰、内容完整的闭环体系。这种体系化的构建，为司法人员提供了一份清晰的“办案地图”，有效避免了在面对新型案件时无章可循的窘境，推动人工智能犯罪治理迈向了标准化新阶段。

2、强化了一线实践的可操作性。司法文件的生命力在于应用。《指引》深刻理解一线办案人员的实际需求，将复杂的取证审查工作分解细化，制作了详尽的审核要点清单，明确了证据采信和不采信的具体情形。这种“清单式”的指引，极大地增强了文件的可操作性，为公安机关的内部审核工作提供了标准化工具，确保了取证工作的规范性与效率[5]。

3、提出了方法论上的创新路径。针对“算法黑箱”这一核心难题，《指引》并未回避，而是创新性地提出了通过“变量对比”、“环境模拟”、“同一性校验”等实验方法来还原数据生成路径。这些方法借鉴了科学实验的逻辑，试图通过控制变量和重现环境的方式，间接推断出黑箱内部的运行机制与因果关联，为司法实践提供了一条具有可操作性的取证新路径。这体现了司法工作者在面对技术壁垒时，积极运用交叉学科思维解决问题的智慧。

从更深层次看，《指引》的诞生过程本身就揭示了一种法律发展的新模式。它并非源自顶层设计的宏大叙事，而是典型的“自下而上”、由问题驱动的制度创新。这一过程始于基层司法机关在办理具体、新型案件时所遭遇的现实困境。当现有的国家级法律框架，如2016年的《电子数据规定》，已不足以应对生成式人工智能带来的新挑战时，实践的压力便倒逼着地方层面进行探索和创新。这种“实践出真知”的模式，其最大的优势在于其方案与现实需求的紧密贴合度和极强的实用性。然而，这种模式也内在地包含着其局限性，即其法律权威的先天不足，这一点将在下文详述。因此，我们应当将《指引》视为一个宝贵的“政策试验田”或“规则孵化器”。它在地方层面进行的先行先试，其成功经验与暴露出的问题，都将为未来国家层面的立法或司法解释提供坚实的实证基础和重要的参考蓝本。这或许是探索科

技时代法律规制变革的一种有效路径：由地方进行小范围、低风险的创新试验，待模式成熟、条件具备后，再由中央权威机构将其吸收、提炼并上升为全国统一的法律规范。

二、法定原则与地方规范性文件的管辖权限制

尽管《指引》在实践层面具有诸多优点，但从法理层面审视，其法律地位和适用范围必须受到严格的限制。这源于我国宪法和《立法法》所确立的法制统一原则和立法权限划分的基本要求。

（一）《立法法》下的立法权限与法律位阶

《中华人民共和国立法法》明确构建了一个等级分明、权限清晰的法律规范体系，其核心在于维护国家法制的统一和尊严[7]。

1、国家专属立法权不容侵犯。《立法法》规定，有关犯罪和刑罚、对公民政治权利的剥夺和限制人身自由的强制措施和处罚、诉讼和仲裁制度等事项，只能由全国人民代表大会及其常务委员会制定法律[8]。刑事证据的收集、审查和采纳规则，直接关系到犯罪嫌疑人、被告人的人身自由、财产权利乃至生命权，是刑事诉讼制度的核心组成部分，因此，对其进行根本性的创设或修改，无疑属于国家专属立法权的范畴。

2、司法解释的权限有严格限定。《立法法》授权最高人民法院和最高人民检察院就审判、检察工作中具体应用法律的问题作出解释[7]。这些司法解释具有普遍的法律约束力，但其本质是对现有法律的阐释和细化，不能脱离法律原文创设新的权利义务，更不能设定新的罪名或诉讼程序。至关重要的是，《立法法》第一百零四条明确规定：“最高人民法院、最高人民检察院以外的审判机关和检察机关，不得作出具体应用法律的解释。”[7]这条规定为司法解释权划定了一条不可逾越的红线。

3、地方规范性文件的法律地位。《指引》由基层检察机关和公安机关联合发布，其性质属于地方司法机关和行政机关制定的“规范性文件”。根据我国的法律体系，此类文件主要用于指导本机关及其下级单位的内部工作，对外部不具有普遍的法律约束力，更不能作为人民法院裁判案件的直接法律依据。任何规范性文件都必须严格遵守“下位法不得与上位法相抵触”的原则[7]。

（二）刑事证据与程序规则为何必须全国统一

之所以对刑事证据与诉讼程序的立法权限作出如此严格的规定，是因为其背后蕴含着法治国家的基本价值追求。

1、保障公民基本权利。刑事诉讼是国家公权力与公民个人权利碰撞最为激烈的领域。证据规则的设定，直接决定了国家在何种条件下、通过何种方式可以剥夺一个公民的自由。如果允许各地自行制定证据规则，无异于将公民的基本权利置于一种不确定的状态，这与《立法法》将限制人身自由等重大事项保留给国家法律的初衷背道而驰。

2、确保法律的统一性与可预测性。法治的一个核心要义在于，相同的行为在国家的不同地方应当受到相同的法律评价和处理。如果一个涉及生成式人工智能的案件，在北京、上海、深圳会因为地方性《指引》的不同而导致证据采纳标准迥异，最终影响判决结果，这将形成一种“司法彩票”效应。这不仅严重损害了法律的严肃性和权威性，也破坏了公民对法治的稳定预期，违背了《立法法》第四条“维护社会主义法制的统一和尊严”的基本原则[7]。

（三）法律碎片化的现实风险

某市人民检察院的领导同志希望《指引》能

成为一个根据新问题不断更新迭代的“开放式体系”，这种与时俱进的精神值得肯定。然而，这种良好愿望恰恰凸显了其潜在的风险。如果各大城市的司法机关都效仿此举，纷纷建立自己的“开放式”证据规则体系，那么我国的刑事证据制度将不可避免地走向碎片化。届时，我们将面对一个由各种地方标准构成的、彼此可能冲突的“规则丛林”，这将给跨地域的司法协作、律师辩护以及上级法院的司法审查带来巨大的混乱和障碍。

为了更直观地展示《指引》在我国法律体系中的位置，下表清晰地对比了不同规范的法律层级与效力：

中华人民共和国刑事司法体系中的法律规范层级与权限

规范类型	制定机关	法律效力	范例
基本法律	全国人民代表大会	最高约束力（宪法之下）	《刑法》、《刑事诉讼法》
法律	全国人民代表大会常务委员会	全国范围内的约束力	《立法法》
司法解释	最高人民法院/最高人民检察院	对全国各级法院/检察院具有约束力	2016 年《电子数据规定》
行政法规	国务院	在其权限范围内全国有约束力	不适用于本议题
地方规范性文件	地方检察院/公安机关	内部指导性质；对法院及外部无法律约束力	《指引》

这张表格清晰地揭示了一个结构性的法律事实：将《指引》置于我国法律规范的宏观框架中，其法律位阶和权限范围是明确且有限的。试图将其效力扩大到其管辖范围之外，或将其视为具有普遍约束力的法律依据，都将构成对国家立法体制的根本性挑战。

三、《指引》与刑事证据基本原则的潜在冲突

除了管辖权限的宏观问题，《指引》中提出的具体方法论，在微观层面也可能与我国《刑事诉讼法》确立的证据基本原则产生紧张关系。对证据的审查判断，必须围绕其合法性、真实性（客观性）和关联性这“三性”展开，其中合法性是其具备“证据能力”的首要前提[12]。

（一）证据收集合法性的首要地位

刑事证据的“三性”中，合法性具有无可置疑的优先地位。它要求证据的收集主体、程序和形式都必须符合法律规定[14]。一项证据，无论其内容多么真实、与案件事实的关联多么紧密，只要其收集程序违法，就可能丧失作为定案根据的资格，即不具备“证据能力”[14]。我国《刑事诉讼法》第五十四条确立的非法证据排除规则，正是这一原则的集中体现，其目的在于遏制非法取证行为，保障人权，维护司法公正[16]。

由此引申出一个关键问题：《指引》中创设的“变量对比”、“环境模拟”等实验方法，在现行《刑事诉讼法》中是否具有明确的法律依据？《刑事诉讼法》严格列举了勘验、检查、搜查、扣押等侦查措施，并对每一种措施的适用条件和程序作出了规定[16]。如果将《指引》中的这些新方法视为一种新型的侦查措施，那么它们就面临着缺乏明确法律授权的窘境。基于这些方法所获取的材料，其合法性在法庭质证环节将极易受到辩护方的有力挑战。

（二）比较分析：《指引》的“实验”与法定的“侦查实验”

从性质上看，《指引》提出的方法与《刑事诉讼法》第一百三十五条规定的“侦查实验”最为

接近。然而，两者在法律要求上存在显著差异。法定的“侦查实验”是一项严肃的侦查活动，必须满足一系列严格的程序要件[19]：

1、必要性前提：必须是为了查明案情，在必要的时候进行。

2、严格的审批程序：必须经过县级以上公安机关负责人（或检察长）的批准[19]。

3、明确的行为禁区：禁止一切足以造成危险、侮辱人格或者有伤风化的行为。

4、规范的文书记录：实验情况必须写入笔录，并由参加实验的人签名或盖章。

5、条件的一致性要求：实验的时间、环境等条件应尽可能与案发时保持一致。

将《指引》的实验方法与上述法定要求进行比对，一个法律上的悖论便浮现出来。《指引》本身作为一个不具有法律约束力的文件，无法为一项法定的侦查措施提供授权或设定程序。如果办案人员依据《指引》进行“变量对比”实验，这个实验究竟是法定的“侦查实验”还是非正式的内部测试？如果将其定性为前者，则其启动和执行缺乏《指引》这一层级文件所不能提供的法定审批程序；如果将其定性为后者，那么通过这种非正式测试得出的结论，其证据资格和证明力将大打折扣，很难作为定案的根据。这种法律地位的模糊性，为证据的合法性埋下了重大隐患。

（三）对证据真实性的挑战与审慎审查的必要性

我们可以从司法实践对 DNA 证据态度的演变中获得深刻启示。DNA 鉴定技术问世之初，曾被誉为“证据之王”，被认为是科学、客观、不容置疑的“铁证”[24]。然而，随着实践的深入和一系列错案的曝光，司法界逐渐认识到 DNA 证据也存在其局限性，可能因样本污染、提取程序不当、甚至鉴定人的认知偏见而导致错误结论[25]。为此，我国司法解释已将“鉴定结论”的表述修正为“鉴定意见”，强调其并非终局性的事实认定，而是一种需要经过严格质证和审查的专家意见[24]。

将这一经验教训应用于生成式人工智能，我们必须采取更为审慎的态度。鉴于“算法黑箱”的存在，由人工智能生成或分析的证据，其内在的可靠性验证难度远高于DNA。一个全国统一的、科学严谨的验证标准对于确保此类证据的真实性至关重要。如果任由各地发展出不同的、未经充分论证的实验方法来“破解”黑箱，司法实践中就可能充斥着大量看似科学、实则可靠性存疑的证据，这将严重威胁到刑事审判的根基。

这种状况揭示了司法实践中一个经典的法治困境：实质真实与程序合法的冲突。从实质真实的角度看，《指引》提出的“变量对比”等方法，无疑是探究人工智能输出结果真相的理性尝试。它试图通过技术手段，回答“这个 AI 究竟做了什么”这一核心事实问题。然而，刑事诉讼的价值追求并不仅仅是发现真相，而是要“通过合法的手段”发现真相。《刑事诉讼法》及其证据规则体系，其设计的首要目标之一就是通过规范程序来约束国家公权力，防止其滥用，从而保障公民权利[16]。非法证据排除规则正是这一理念的极致体现，它宁可放弃一部分可能真实的证据，也要捍卫程序的合法性。

《指引》的制定，在某种程度上优先考虑了技术目标（破解黑箱）的实现，而将程序合法性的问题（该方法是否于法有据）置于次要位置。这便制造了一个巨大的诉讼风险：控方可能运用这些创新方法获取了看似“铁证如山”的证据，但在法庭上，辩护律师却可以依据《刑事诉讼法》的程序规定，成功地将其作为非法证据予以排除。

这不仅是一个技术性的法律操作问题，更触及了刑事司法系统中权力平衡的核心。它可能导致两种极端后果：一是基于未经法定程序保障的证据作出错误的有罪判决，二是因程序瑕疵导致有罪的被告人被无罪释放。这种不确定性，正是“罪刑法定”原则和法制统一精神所极力避免的。

四、建设性的前进道路：将规制提升至国家层面

对《指引》进行法理层面的审视，其目的并非扼杀地方的创新活力，而是为了将其引导至一条更合法、更稳健、更具权威性的轨道上。部分地方的探索应被视为一份宝贵的“政策建议草案”，其蕴含的实践智慧应当被国家最高司法机关充分吸收和提炼。

（一）融合地方创新与国家权威

未来的规制路径，应当是地方经验与中央权威的有机结合。地方司法机关作为接触新型犯罪的第一线，其探索出的有效方法和遇到的现实难题，是国家层面制定法律或司法解释最鲜活、最可靠的素材来源。因此，应当建立一种机制，鼓励地方进行小范围的创新试点，并及时总结经验，向上级机关报告，为顶层设计提供支持。

（二）核心建议：制定关于人工智能刑事证据的联合司法解释

当前最可行、最有效的路径，是借鉴 2016 年“两高一部”联合发布《关于办理刑事案件收集提取和审查判断电子数据若干问题的规定》的成功模式[28]。该规定之所以成为典范，原因在于：

1、权威性：由最高人民法院、最高人民检察院和公安部联合发布，确保了其在全国司法、检察、侦查系统内的最高指令性和普遍约束力。

2、系统性：全面系统地规定了电子数据从收集、提取、移送到审查判断的全流程规则，形成了一个完整的证据规范链条。

3、平衡性：成功地在技术操作标准与法律基本原则之间找到了平衡点，既满足了办案的技术需求，又坚守了诉讼法的精神。

基于此，建议最高人民法院、最高人民检察院、公安部（甚至可以联合司法部）启动新一轮的合作，针对生成式人工智能相关证据问题，制定一部专门的联合司法解释，可称之为《关于办理涉生成式人工智能刑事案件证据若干问题的规定》。这部新的司法解释应至少包含以下核心内容：

1. 定义与分类：在法律上明确界定“生成式人工智能相关电子数据”的内涵与外延，将其作为《刑事诉讼法》中“电子数据”的一个特殊子类，并对其常见形态（如训练数据、模型参数、生成内容、操作日志等）进行详细列举和说明。

2. 标准化的收集协议：制定全国统一的、标准化的取证操作规程，明确规定从人工智能系统中收集不同类型数据的技术方法、步骤和注意事项，确保取证过程的规范性和数据的原始完整性。

3. 验证方法的合法化与程序化：将《指引》中提出的“变量对比”、“环境模拟”等有效方法，通过司法解释的形式予以确认和吸收，将其正式规定为一种“技术性侦查辅助手段”或一种特殊的“侦查实验”。同时，必须为其设定严格的适用前提、审批权限、操作人员资质要求和详细的记录规范，使其完全纳入法治轨道。

4. 采纳与审查标准：为法官和检察官提供清晰的指引，明确如何审查判断人工智能证据的真实性、可靠性与关联性。例如，可以要求控方在一定程度上披露涉案人工智能模型的基本工作原

理、训练数据集的概况以及可能存在的偏见，以保障被告方的知情权和质证权。

5. 专家辅助人与鉴定制度的完善：明确在涉及复杂人工智能证据的案件中，如何启动鉴定程序，以及如何运用专家辅助人制度，帮助法官、检察官、律师等诉讼参与方理解艰深的技术问题，确保法庭能够在充分知情的基础上作出公正裁决。

（三）长期愿景：《刑事诉讼法》的修订

从长远来看，随着人工智能等新兴技术日益深度地融入社会生活，其在刑事司法中的角色也将愈发重要。当司法解释的“打补丁”方式不足以应对系统性变革时，最终的解决方案将是指向《刑事诉讼法》本身的修订。未来，可以在《刑事诉讼法》的证据章节中，增设专门针对由复杂或自主技术系统（如人工智能）所产生证据的原则性规定，为未来的司法解释和司法实践提供更高级别的法律指引和更稳固的法理基础。

结　论

本文的分析导向一个双重结论：一方面，地方公检法机关的《指引》是一次应对技术前沿挑战的、富有洞见和实践勇气的基层创新，其为解决生成式人工智能的证据难题提供了宝贵的思路和经验，值得高度肯定。另一方面，法治的基石在于法律的统一性、确定性和对公民权利的程序性保障。根据《立法法》所确立的原则，刑事证据规则的制定权专属于国家最高立法与司法机关。地方性规范文件在这一领域的探索，必须被严格限定在其管辖范围内，并最终服务于国家统一立法。

在人工智能时代，我们面临的挑战是如何在一个坚实的法治框架内驾驭强大的新兴技术。这要求我们在拥抱技术带来的便利与效率的同时，对刑事司法的核心价值——程序正义、权利保障、法律确定性——保持前所未有的警惕和坚守。前进的道路并非在技术实用主义与法律原则主义之间作非此即彼的选择，而在于实现二者的审慎融合。通过将某地《指引》等地方探索的实践智慧，升华为一部由最高司法机关制定的、全国统一的司法解释，我们才能确保人工智能真正成为促进司法公正的有力工具，而非侵蚀法治根基的潜在威胁。这既是回应技术变革的时代要求，也是对法治精神的忠诚守护。

引　注：

[1] 人工智能司法的可解释性困境及其纾解，访问时间为 10 月 19 日，2025，https://cjfx.cufe.edu.cn/__local/E/B6/24/1A557D4A21F4347A74434580EFA_336B8B89_118D50.pdf

[2] 马国洋：论刑事诉讼中人工智能证据的审查–法学专家网，访问时间为 10 月 15 日，2025，http://www.ilawchina.com/html/detail/441.html

[3] 挑战与应对:论人工智能在刑事证据判断中的运用,访问时间为 10 月 25 日,2025，https://pdf.hanspub.org/ds2024108_51081340.pdf

[4] 刑事司法人工智能的包容性规制–中国社会科学网,访问时间为 10 月 29 日,2025，https://www.cssn.cn/dkzgxp/zgxp_zgshkx/2021nd2q/202208/t20220822_5479767.shtml

[5] 陈永生：计算机网络犯罪对刑事诉讼的挑战与制度应对,访问时间为 10 月 14 日,2025，https://www.spp.gov.cn/llyj/201505/t20150515_97392.shtml

[6] 胡铭：论数字时代刑事证据的三元结构–中国政法大学诉讼法学研究院,访问时间为 10 月 15 日,2025，http://www.procedurallaw.cn/info/1005/

6886.htm

[7] 中华人民共和国立法法-Yale Law School,访问时间为 10 月 15 日,2025，https://law.yale.edu/sites/default/files/area/center/china/2015-3_rev_ch_legislation_law.pdf

[8] 立法法和全国人大常委会的立法工作,访问时间为 10 月 30 日,2025，http://www.npc.gov.cn/WZWSREL3pncmR3L25wYy94aW53ZW4vMjAwOC0wNS8zMC9jb250ZW50XzE0NjYzODIuaHRt

[9] 关于立法权限划分的理论与实践-法学研究,访问时间为 10 月 29 日,2025,https://faxueyanjiu.ajcass.com/Admin/UploadFile/publish_article/1998/5/19980503.pdf

[10] 中华人民共和国立法法_最高人民检察院门户网,访问时间为 11 月 5 日,2025,https://www.spp.gov.cn/spp/fl/202303/t20230314_608394.shtml

[11] 中华人民共和国立法法-中国法律检索系统-北大法宝,访问时间为 10 月 15 日,2025，https://law.pkulaw.com/chinalaw/372fe44a455afd03bdfb.html

[12] 公正司法的前提在于把握好证据“三性”,访问时间为 10 月 28 日,2025，https://www.spp.gov.cn/llyj/201506/t20150624_99990.shtml

13.恪守刑事证据“法定化”确保事实认定正确,访问时间为 10 月 25 日,2025，https://www.spp.gov.cn/spp/llyj/202306/t20230606_616540.shtml

[14] 为什么刑事案件中证据的“三性”与民事案件中的“三性”不一致？刑事案件中的“三性”和“两力”是什么关系？-广东梦海律师事务所,访问时间为 10 月 5 日,2025，http://www.menghailaw.com/newsinfo/8015105.html

[15] 论证据的基本范畴-智库建设-中国刑事法律网,访问时间为 10 月 5 日,2025，https://www.criminallaw.com.cn/article/?id=3241

[16] 中华人民共和国刑事诉讼法-CECC.gov,访问时间为 10 月 9 日,2025，https://www.cecc.gov/sites/evo-subsites/cecc.house.gov/files/documents/PRC%20Criminal%20Procedure%20Law%20Chinese.pdf

[17] 中华人民共和国刑事诉讼法,访问时间为 10 月 6 日,2025，http://gongbao.court.gov.cn/Details/f6e84bb5459d64c7c773d0400a832f.html

[18] 中华人民共和国刑事诉讼法,访问时间为 10 月 8 日,2025，http://gongbao.court.gov.cn/Details/11aaa996a59f5824912be62d3dfa0d.html

[19] 刑事诉讼法第一百三十五条【侦查实验】-刑法理论-合肥律师,访问时间为 10 月 5 日,2025，https://m.055110.com/xs/6/19554.html

[20] 全国人民代表大会关于修改《中华人民共和国刑事诉讼法》的决定(2012)-北大法宝,访问时间为 10 月 15 日,2025，https://law.pkulaw.com/chinalaw/e2a1759e436edd66bdfb.html

[21] 中华人民共和国刑事诉讼法-中国法律检索系统-北大法宝,访问时间为 10 月 15 日,2025，https://law.pkulaw.com/falv/6e173190d824228dbdfb.html

[22] 刑事诉讼法第一百六十四条【人民检察院自行侦查案件的法律适用】-合肥律师,访问时间为 10 月 15 日,2025，https://m.055110.com/xs/6/19608.html

[23] 最高法关于适用《中华人民共和国刑事诉讼法》的解释,访问时间为 10 月 5 日,2025，https://www.spp.gov.cn/sscx/201502/t20150217_91462.shtml

[24] 上海市人民检察院第二分院-检察调研,

访问时间为 10 月 4 日,2025,https://www.sh.jcy.gov.cn/efjc/jcyw/jcdy/46209.jhtml

[25] 破除 DNA 证据的神话_中华人民共和国最高人民检察院,访问时间为 10 月 13 日,2025,https://www.spp.gov.cn/spp/llyj/201805/t20180515_378654.shtml

[26] 陈永生l论刑事司法对鉴定的迷信与制度防范–北京大学法学院,访问时间为十月15,2025,https://www.law.pku.edu.cn/gdpx/xwzx/pxdt/136642.htm

[27] DNA 鉴定人出庭作证现状、问题及对策,访问时间为 10 月 16 日,2025,https://zjkxyjy.cupl.edu.cn/info/2154/5134.htm

[28] 关于办理刑事案件收集提取和审查判断电子数据若干问题的规定,访问时间为 10 月 15 日,2025,https://www.spp.gov.cn/zdgz/201609/ t20160921_167425.shtml

[29] “两高一部”出台《关于办理刑事案件收集提取和审查判断电子数据若干问题的规定》,访问时间为 10 月 18 日,2025,https://www.spp.gov.cn/xwfbh/wsfbt/201609/t20160920_167380_1.shtml

[30] 《关于办理刑事案件收集提取和审查判断电子数据若干问题的规定》理解与适用,访问时间为 10 月 23 日,2025,http://xzpx.jsjc.gov.cn/wenhua/201808/t20180817_592964.shtml

[31] 公安部印发《关于办理刑事案件收集提取和审查判断电子数据若干问题的规定》的通知–法信,访问时间为 10 月 14 日,2025,https://www.faxin.cn/lib/ftsy/content.aspx?gid=A241231&libid=&type=%E6%9C%80%E9%AB%98%E4%BA%BA%E6%B0%91%E6%B3%95%E9%99%A2%2F%E5%8F%B8%E6%B3%95%E8%A7%A3%E9%87%8A%E7%90%86%E8%A7%A3%E4%B8%8E%E9%80%82%E7%94%A8%E5%85%A8%E9%9B%86.%E5%88%91%E4%BA%8B%E8%AF%89%E8%AE%BC%E5%8D%B73%2F%E4%BA%BA%E6%B0%91%E6%B3%95%E9%99%A2%E5%87%BA%E7%89%88%E7%A4%BE

[32] 《关于办理刑事案件收集提取和审查判断电子数据若干问题的规定》理解与适用–人民检察,访问时间为 10 月 15 日,2025,http://www.rmjczz.cn/index.php?m=content&c=index&a=show&catid=213&id=4999

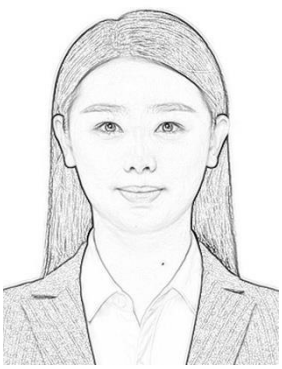
合作投资型受贿犯罪的实务认定与辩护策略

相　敏、徐　林、任怡霄

相敏，北京德和衡律师事务所合伙人，刑民交叉业务中心执行总监，德和衡研究院上市公司法律政策研究分院副院长，兼任北京理工大学法学院法律硕士专业学位校外导师。

相敏律师曾在法院从事刑事审判工作16年，办理了一大批广受关注的重大疑难复杂刑事案件。入职律所以来，参与代理的数十起刑事案件均取得有效辩护结果，并参与为多家单位提供企业合规、刑事控告、常年法律顾问等非诉法律服务工作。作为执笔人之一，参与起草了北京律协《律师办理刑民交叉法律业务操作指引》。

徐林律师，北京德和衡律师事务所合伙人，刑民交叉业务中心副总监。国防大学政治学院管理学学士，北京理工大学法学院法律硕士。原任职于国防大学，正团职，上校军衔。现为北京律协刑事诉讼法专业委员会委员，北京理工大学法学院研究生校外导师。擅长刑事辩护、刑民交叉争议解决。先后参与几十起刑事案件的辩护，取得七起无罪案例和多起有效辩护案例，所承办的诉讼案件，连续多年荣获北京德和衡律师事务所年度优秀诉讼案例。



任怡霄，北京德和衡律师事务所执业律师，刑法学硕士。参与办理多起职务犯罪案件、经济犯罪案件。擅长领域为刑民交叉争议解决、刑事辩护。

摘　要：合作投资型受贿作为一种新型受贿犯罪形态，近年来在实践中屡见不鲜，并呈现出隐蔽性强、法律关系复杂、罪与非罪界限模糊等特点。本文立足刑事辩护实务，结合相关法律规定和司法解释、司法判例及笔者亲自办理的此类案件，分析探讨合作投资型受贿的常见行为模式、犯罪认定标准、出罪理由，并提出律师辩护的重点考察方向与突破路径，旨在为实务操作提供参考思路。

关键词：合作投资型；受贿；司法认定；辩护策略

合作投资型受贿是近年来比较常见的一种新　　型受贿犯罪形态。2007年，最高人民法院、最高

人民检察院《关于办理受贿刑事案件适用法律若干问题的意见》（以下简称《意见》）第三条规定了以合作投资方式收受贿赂的两种情形：一是国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益，由请托人出资，双方“合作”开办公司或者进行其他“合作”投资，此时的受贿数额是请托人为国家工作人员的出资额，国家工作人员据此而获得的收益则作为犯罪所得孳息；二是国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益，以合作投资的名义获取“利润”，且没有实际出资和参与管理、经营，此时的受贿数额为国家工作人员获取的“利润”数额。

根据上述规定，可以从行为结果上将合作投资型受贿分为收受出资型和收受利润型两种类型，但根据其所描述的行为方式，实际上包含了两个考量因素，即是否实际出资和是否实际参与经营管理，据此，又可以将合作投资进一步细分为国家工作人员“有出资有参与”“有出资未参与”“无出资有参与”和“无出资未参与”四种情形。对于第四种情形，根据《意见》认定为受贿并无争议，但对于前两种情形是否必然不认定为受贿、对于第三种情形是否一律认定为受贿，《意见》的上述规定却未能明确，司法实践中也存在一定争议。本文将对此作具体分析探讨。

一、合作投资型受贿的认定标准

如前所述，合作投资型受贿认定的主要考量因素为是否实际出资和是否实际参与经营管理。但在具体适用这一标准认定是否构成受贿犯罪时，两个因素又非简单的“二选一”或同时具备/不具备关系。根据最高人民法院刑二庭法官编写的《〈关于办理受贿刑事案件适用法律若干问题的意见〉的理解与适用》（以下简称《理解与适用》），“以合作开办公司或者进行其他合作投资，是否构成受贿的认定，关键在于国家工作人员本人有无实际出资。《意见》之所以强调这一点，主要是因为该问题在现实生活中较为复杂，对于具有真实投资成分的情形不易细分和作出具体认定。”“规定不参与管理、经营，是以确认名义投资而非真实投资为前提的，不参与管理、经营是判断是否名义投资诸多可资判断因素的一个方面，同时，管理、经营行为在一定情况下也可能成为出资方式的一种。所以，《意见》关于此种情形是否成立受贿的认定，坚持的标准仍然是名义投资抑或实际投资。”①

最高人民法院在关于“潘玉梅、陈宁受贿案”裁判要点的解释与说明以及人民法院案例库“须某受贿案”的裁判要旨中也都反复指出，如果国家工作人员具有真实的投资，即使未实际参与管理、经营活动，也不能认定为受贿罪。规定“不参与经营管理”是以确认名义出资而非真实出资为前提的；是否实际出资与是否参与经营管理是相互关联的，可以相互印证，“不参与经营管理”是判断是否名义出资的一个方面。②

由此可见，对于国家工作人员以本人或者亲属及其他关系人员名义，与他人合作开办公司或者进行其他合作投资，是否认定为受贿，核心标准是名义、虚假出资还是实际、真实出资，是否实际参与了经营管理是判断依据之一，同时辅之以获取收益与职权的关联性、获取收益数额的合理性等因素综合分析认定。

① 刘为波：《〈关于办理受贿刑事案件适用法律若干问题的意见〉的理解与适用》，载《人民司法（应用）》2007 年第 15 期，第 17 页。
② 吴光侠：《<潘玉梅、陈宁受贿案>的理解与参照》，载《人民司法》2014 年第 6 期，第 14–15 页；人民法院案例库：须某受贿案 2023–03–1–404–005。

二、合作投资型受贿不同情形下的具体认定问题

综合上文的梳理和分析，合作投资型受贿在司法实践中的认定难点实际上集中在三个方面：国家工作人员有实际出资是否一律不认定为受贿、国家工作人员无出资但参与了实际经营管理是否一律认定为受贿，以及请托人为国家工作人员垫付出资时的认定问题。

（一）国家工作人员有出资时获取分红的认定

实践中，国家工作人员实际出资并获取分红的形式复杂多样，涉及到刑民交叉问题，认定行为性质的争议较大。笔者注意到，《意见》中关于国家工作人员的出资表述为“实际出资”，而《理解与适用》和参考案例中则强调的是“真实出资”，与之相对应的是“虚假出资”“名义出资”。由此可见，在国家工作人员确有实际出资的情况下，认定受贿也并非毫无空间，该出资的真实性仍然是需要考察的首要问题。

通过检索司法裁判案例，笔者发现，在国家工作人员有实际出资的情况下仍然认定为受贿罪，主要有以下几种类型：

1.“旱涝保收”型

该类型是指国家工作人员表面参与投资，有实际出资，但与他人约定了固定收益，不承担投资亏损风险。只享受收益、不承担风险，不符合现代企业制度的基本特征，故不能视为《公司法》意义上的股东，此种情形下的出资也不能视为真实出资。

例如“张某受贿案”。曾任某区东北塘镇镇长、党委书记、某区住建局局长等职务的被告人张某，利用职务便利，为 A 房地产公司、B 房地产公司及冯某某等单位和个人在企业转制、工程款支付、企业购地及生产经营等方面提供帮助，收受上述单位和个人财物。其中，2003 年 6 月，张某以投资入股 B 公司为名交给该公司实际控制人章某某 30 万元，后其于 2004 年至 2020 年，先后 17 次收受章某某以“B 公司分红款”名义贿赂的现金 500 万元，扣除其给章某某的 30 万元，张某实际收受章某某贿赂 470 万元。一审法院认定该笔构成受贿的理由之一就是章某某给予张某的“分红款”全部来自章某某的个人备用金，与 B 公司的盈利情况及张某的出资额无任何关联；B 公司从 2003 年设立至今，总体经营上是亏损的，具体到每年，仅有 2008 年至 2010 年三年盈利，其余年份均亏损，从未进行过正常分红，且 2011 年之后，B 公司没有再进行过房地产开发业务，处于停业状态。此种情况下，章某某仍每年给予张某所谓的“分红款”，张某亦明知其“投资”只是个名头，与公司的实际经营无关。[①]因此，张某的行为即构成“旱涝保收”型受贿。

2. 超额获利型

根据公司法的规定，股东一般按照出资比例获取红利，但全体股东另有约定的除外。因此，国家工作人员虽有实际出资，但所获分红明显高于其出资比例，且利用职务便利为其他合作人谋取利益，则不论全体股东是否明确约定可不按出资比例分红，超出出资比例的部分都可能被认定为受贿数额。

例如某市人民法院法官顾某涉嫌受贿案。2003 年至 2020 年，顾某接受杜某某请托，先后在杜某某所涉的多个案件中提供帮助。2005 年初，顾某欲从事海参养殖经营，因资金不足找到杜某某提出合伙经营海参养殖场。顾某投资 195 万元，

① 张某受贿案，《刑事审判参考》第 1490 号。

与杜某某协议约定：全部投资本金收回后，按照顾某 40%、杜某某 60%的比例分配股份价值与每年分红。2012 年 4 月，双方投资本金全部收回后，顾某按 40%比例陆续获得分红 200 万元。2018 年 9 月，该海参养殖场因动迁获得动迁补偿款。同年 11 月，杜某某按照 40%比例支付顾某动迁补偿款 2360 万元。经鉴定，该养殖场总投资 1646 万余元，按照顾某实际投资额 195 万元计算，应占有 11.84%股份。2012 年 4 月，海参养殖场的市场价值为 2600 万元。最终，顾某因获取超出实际投资比例的分红被认定为受贿罪，该笔受贿金额为所获取的超出其出资比例的 28.16%部分对应的利润额 732.16 万元。[①]

3. 名不符实型

此类型是指合作方（即请托人）资金状况良好，根本不需要国家工作人员杯水车薪的“投资”，或者国家工作人员的投资款在企业运营中根本没有发挥作用，与其后续获得的“分红”数额严重不匹配。实际上，此种情形下国家工作人员的所谓出资，只是其掩盖公权力变现的一种手段。

在中央纪委国家监委网站发布的一则典型案例中，甲系某市主管城建工作的副市长，乙系某私营房地产企业老板。为开发东风房地产项目，甲乙二人商议，共同成立东风房地产公司，注册资本金 1000 万元，甲出资 200 万元，占股 20%，乙出资 800 万元，占股 80%。后公司成立，甲乙双方均按约定注资。项目运营过程中，甲多次在提高容积率、加快审批许可证、通过项目验收等事项上，为东风公司项目提供帮助。后东风公司项目结束，纯盈利 4000 万元，甲依据二人约定享有的 20%股份获得“分红”800 万元被认定为受贿。该认定的理由中有两个值得关注：一是乙在开发东风房地产项目时并不缺资金，并无找他人入股合作的需求和必要，即使其希望与他人合作，考虑到房地产行业的特点，也应与资金实力雄厚或具备房地产开发、运营、销售等专业经验知识的企业或个人合作，而不是一名身份特殊的公职人员。二是按照国家规定，东风项目资本金应不低于 4000 万元，而该项目实际总投入资金 2 亿元，除甲出资 200 万元外，剩余资金均为乙以东风公司名义，从本人其他公司“拆借”而来，且甲也未参与到公司的其他经营事项中。据此，甲投入 200 万元资本金在整个项目中实际发挥的作用微乎其微，显然与其所获的 800 万元“分红”不具有匹配性，所谓的投资合作也并非正常的民商事行为，而是以投资之名行贿赂之实。[②]

4. 稳赚不赔型

此种类型往往与国家工作人员的职权密切相关，即，国家工作人员能够保证通过自己的职务行为，使合作投资项目没有经营风险，只要运营则必然盈利，在此前提下，国家工作人员投入一定的资金作为将来分红的依据。此时，所谓的合作投资实质变成了行受贿的幌子，也就是通常所说的“真出资假合作”。

例如秦某受贿案。2004 年 11 月至 2010 年 12 月，秦某担任绍兴市商贸办商贸处处长。期间，绍兴市机动车流通同业公会（以下简称同业公会）成立，受市商贸办业务指导和监督管理，秦某兼任秘书长。2006 年 12 月，经市商贸办和同业公会协调，同业公会的三家会员单位达成统一管理的协议，根据该协议设定的利润分配体系，加入同业公会会员单位的利润与其本身的经营收入不

① 方弈霏：《所获收益明显高于出资应得是否构成受贿》，载《中国纪检监察报》2023 年 9 月 27 日，第 008 版。

② 《以出资为幌子获得“分红”可认定为受贿》，载中央纪委国家监委网站，https://www.ccdi.gov.cn/hdjln/ywtt/202307/t20230714_275447.html，2025 年 11 月 10 日访问。

挂钩，而是与其在分配体系中的分配比例挂钩，只要加入该利润分配体系，同业公会会员单位都能获得较为丰厚的利润。2006 年下半年，秦某与陈某 3、孙某商定合作设立一家公司并以公司名义开办一家二手车交易市场，由秦某负责协调市场开办过程中遇到的问题，协调市场加入同业公会会员单位的利润分配体系并配合争取较高分配比例。2006 年 10 月，“永通公司”成立，注册资本 20 万元，秦某出资 6 万元、陈某 3 出资 6 万元、孙某出资 8 万元。之后，秦某利用其职务便利和影响，多次为“永通公司”在申领“元通二手车交易市场”名称登记证、加入“同业公会”参与利润分配等事项上提供帮助。2007 年 6 月，元通二手车交易市场加入“同业公会”会员单位的利润分配体系，获得了远远超出其自营收入的利润。2007 年 7 月至 2010 年 2 月，元通二手车交易市场的净利润为 2960596.74 元，秦某按出资比例分得 888179.02 元。一二审法院认为，相关证言与秦某的供述相印证，均证明，在“永通公司”成立之时，孙某、陈某 3 让秦某入股 6 万元的目的就是为了利用秦某的职务便利谋取利益，所谓成立公司入股分红，均系为了掩盖权钱交易的真相。嗣后，秦某利用职权为陈某 3、孙某二人谋取利益，并收取二人以“永通公司”分红名义所输送的利益，符合权钱交易的本质特征，秦某所收受的“分红款”即为受贿款项。①

需要注意的是，在上述四种情形下，案例中对受贿数额的认定标准并不相同，有的扣减了国家工作人员实际出资的数额，有的扣减了国家工作人员出资数额实际对应的收益，还有的将国家工作人员获得的全部收益均认定为受贿数额。关于此问题，笔者认为不能一概而论，确实应当区分不同情形。如果国家工作人员以实际出资为幌子，只享受利润不承担风险，则该出资就不再是具有风险属性的资本，而是异化为权钱交易的工具，不能认定为真实出资，所以出资人也就不能再享受相应的收益，故对应的利润不应从受贿数额中扣除。如果国家工作人员虽有出资，但其获利并非来自所投资的公司、企业的正常利润，此时，其投资与获利毫无关联，故也不存在扣减的理由。如果国家工作人员确系真实出资，但获取了与出资比例不符的利润，由于该出资既具有增值属性又承担一定的经营风险，按照“谁出资、谁受益”的原则，对应收益的获取具有资本依据，应从实际获取的利润中扣除，不计入受贿数额。

（二）无出资但参与实际经营管理情形下获取收益的认定

首先需要明确的是，本节讨论的问题是指国家工作人员未按照合作协议或公司章程中记载的出资数额实际出资，但又实际参与企业经营管理并以股东身份获取利润的情形。笔者认为，该种情形下能否认定受贿，应当区分不同情况分析判断。

首先，要判断经营管理是否真实。主要考察以下两个方面：一是国家工作人员是否在公司等营利性组织中实际履行组织、领导、监督、管理等职责，是否实际承担投资风险。二是国家工作人员参与管理、经营是否独立于其职务，系其额外的体力、智力的付出。如果在合作投资中行为人利用职务上的便利为合作投资者及投资项目获得便利条件、解决纠纷，则所谓的“参与管理、经营”实际是利用职务便利为他人谋取利益，“参与管理、经营”不再具有独立性，也就不被法律

① 王伟良、陈立：《投资入股型受贿的认定》，载《人民司法》2019 年第 20 期，第 30–32 页。

认可。[①]

其次，要看合作投资的企业性质。关于出资形式，《公司法》规定，有限责任公司和股份有限公司的股东可以用货币、实物、知识产权、土地使用权、股权、债权等出资，劳务则不在出资形式之列；《合伙企业法》规定，普通合伙人除可以货币、实物、知识产权、土地使用权或者其他财产权利出资以外，也可以以劳务出资，但有限合伙人除外。因此，如果国家工作人员与请托人合作开办的是有限责任公司、股份有限公司或国家工作人员系合伙企业的有限合伙人，即使国家工作人员参与了管理、经营，也不能成为其获取利润的依据，仅能成为其获得相应工资报酬的依据；如果开办的是合伙企业且国家工作人员系普通合伙人身份，那么国家工作人员的管理、经营行为就可能成为出资形式并据此获取利润，从而排除受贿罪的成立。

再次，还应当判断国家工作人员获取的收益是否超出了正常工资报酬的范围。国家工作人员未实际出资但参与经营管理并获取的“股东分红”未明显超过参与经营管理应获得的正常报酬的，通常不应认定受贿，明显超过的才应以受贿论处。例如“刘某祥受贿案”中，二审法院经审理认为：刘某祥向下属业务员赵某青索要的款项属于正当合伙承包经营所得的分成。第一，刘某祥参与了赵某青的具体业务活动，包括联系业务、制定价格、签订合同、供货直到货款回收等全过程，而非仅是宏观的业务对接、协调等象征性活动。第二，刘某祥参与赵某青的业务活动，得到了公司领导与公司职工认可，亦不违反本公司开展承包活动的相关规定。第三，刘某祥参与了业务活动，付出了劳动，应当取得相应的报酬。因此，刘某祥参与赵某青承包经营，向赵索要 11.9 万元，不是索贿，不构成受贿罪。[②]

（三）请托人垫资情形下的认定

此处所说的垫资，与《意见》第三条所说的“请托人出资”具有不同内涵。所谓“垫资”，从其本意理解，实质为借款，按照正常民事行为的要求，一般是需要归还的；而《意见》中的“由请托人出资”，则不存在归还情形，所谓出资款实际上是权钱交易的对价。那么，在国家工作人员为请托人谋取利益后，由请托人为其垫付出资而合作投资公司，国家工作人员未实际参与经营、管理但获取经营利润的，是否一律构成受贿，实践中有不同意见。第一种意见认为，此种情形下，无论行为人是否归还了请托人的垫付款，均应当认定为受贿，原因在于行为人后续归还请托人出资，是为了掩盖受贿的本质，其所获取的利润仍然是受贿的结果。第二种意见认为，按照“谁出资，谁收益”的原则，即便是请托人代为出资，也不会对实际权益人产生影响，享有收益权的仍应是实际投资方，即国家工作人员，此时，国家工作人员按照其出资的比例获取收益的，不构成受贿。第三种意见认为，虽然由请托人代为出资，但国家工作人员与其签署了借款协议，并且在案发前偿还了借款的，是正常的借款行为，不影响对行为人实际出资的认定，不构成受贿。对此，最高人民法院认为，该问题争议较大，需要统筹法律与现实等多方面关系，处理上须持谨慎态度，故《意见》对该问题未作专门规定，而是留待司法实践结合实际情况，根据是否真实投资这一判

① 人民法院案例库：须某受贿案 2023-03-1-404-005。
② 刘某祥受贿案，《刑事审判参考》第 15 号。

断标准，进行具体认定。[①]

笔者认为，既然垫资属于借款，那么，要认定垫资是否属于以借为名的受贿，可参考《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》（以下简称《纪要》）提出的判定标准：（1）有无正当、合理的借款事由；（2）款项的去向；（3）双方平时关系如何、有无经济往来；（4）出借方是否要求国家工作人员利用职务上的便利为其谋取利益；（5）借款后是否有归还的意思表示及行为；（6）是否有归还的能力；（7）未归还的原因；等等。如果双方关系并不密切，也没有太多正常经济往来，无合理垫资理由，垫资时双方未约定是否归还或归还期限，国家工作人员有能力归还而未归还等，结合国家工作人员利用职权为垫资人谋利的事实，则可能认定构成受贿，受贿数额为垫资款，对应的分红为受贿孳息；如果国家工作人员接受垫资系真实垫资，与权钱交易无关，接受垫资后承担经营风险，则获取的相应分红可以排除受贿认定。

另外，在垫资款有归还的情况下，还需要考察归还资金的来源。如果国家工作人员使用自有资金归还垫资，那么已归还的部分一般不认定受贿；如果国家工作人员使用自身获得的经营分红归还垫资，则仍可能认定为受贿。[②]

例如严某全受贿案。2007 年 7 月至 2012 年 5 月，严某全担任某市海洋与渔业局外经外事处处长，主管远洋渔船船网指标的初审以及远洋渔船造船补贴、柴油补贴的初核与发放等远洋渔业相关事务。2009 年至 2012 年，被告人严某全为王某某、徐某某、陈某某、乐某某 4 人在建造、运营远洋鱿钓船时提供帮助，并由上述四人替其出资人民币 58 万元，以其侄子严某名义合作投资，占 10%股份，并约定以经营利润冲抵出资款，案发时已经冲抵人民币 9 万元。2011 年至 2013 年，被告人严某全与孙某明合作投资开办海大远洋渔业公司，严某全占公司 49%股份，其应当出资的人民币 392 万元由孙某明垫付，约定以经营利润冲抵出资款，案发时公司尚未盈利。综合分析以上事实可以看出，严某全与王某某、孙某明等人之间并非正常的借款垫资的民事法律关系，而是典型的“借鸡生蛋”甚至“空手套白狼”的受贿行为。[③]

三、合作投资型受贿的辩护策略

如前所述，合作投资型受贿在具体认定中存在诸多复杂和模糊问题，这也为律师辩护提供了一定空间。对于党员干部而言，通过合作投资获取收益是违纪还是犯罪，是罪与非罪的根本性问题，也往往是律师在辩护中与控方争夺的重要“阵地”。

近期，笔者代理了一起涉及合作投资的非国家工作人员受贿案。被告人 C 某、国家工作人员 W 某及其他人员 G 某共同投资了一家物流运输公司 F 公司，三人均实际出资，共计 100 万元。其中，C 某与 G 某各出资 25 万元，W 某出资 50 万元，三人按照出资比例持有相应股份。随后，F 公司以 W 某所在国企的名义承接了 C 某所在 D 公司的物流配送服务，服务协议签订时，C 某是 D 公司（国资小部分参股）物流业务负责人。F 公司在实际运营该业务的十余年里，盈利巨大。根据公司盈利情况，每年 C 某、W 某和 G 某都会按照股份比例进行分红。C 某共计获得分红 1900 余万

① 胡云腾主编：《最高人民法院指导性案例的参照与适用》，人民法院出版社，2012 年版。
② 李怀胜：《合作投资型受贿若干问题探析》，载《人民检察》2016 年第 14 期，第 61 页。
③ 师法起：《正确界定以合作投资名义受贿行为的本质》，载《中国检察官》2015 年第 6 期，第 71 页。

元，被指控涉嫌非国家工作人员受贿罪。笔者接受委托，作为 C 某的辩护人。虽然 C 某并非国家工作人员，但其所涉问题与《意见》第三条所规范的情形相同，考虑到受贿罪与非国家工作人员受贿罪最主要的区别在于行为人的主体身份不同，其他构成要件方面并无二致，故辩护人参照《意见》关于合作投资型受贿的认定标准对本案进行了无罪辩护。辩护人抓住权钱交易这个根本，围绕出资真实性这个核心，从出资的必要性和足额性、出资资金的来源和用途、公司经营的风险性与巨额盈利的市场性、C 某所获分红的合法性与合理性等方面，分析阐述了 C 某系真实出资，F 公司盈利及 C 某个人获得分红与 C 某职权并无关联性。法院最终采纳了辩护人绝大部分意见，将 C 某调离物流部门负责人后的获利 1500 余万元认定为正常的合作投资分红。根据合作投资型受贿的司法认定标准，结合对本案的代理经验，笔者梳理了此类案件的辩护思路。

（一）阻却受贿主观故意

权钱交易的主观故意是该类案件的法定构成要件，考察行为人有没有主观故意，主要看以下几个方面：一是外观形式，即行为人与他人共同投资开办公司，是否经过签署投资协议、进行工商登记等流程。二是合作投资过程，需要凭借行为人在办案机关的供述与辩解、合作方在办案机关的证言、合伙开办公司的沟通记录等。三是资金往来及公司决策情况，需要梳理行为人与他人、公司的资金往来情况，以及参与公司的投资决策情况。通过考察以上三个方面，如果能够证明行为人投资公司主观上是正常合作投资，其目的是追求商业回报，而非权力变现，则不具有受贿的故意。

前述 C 某非国家工作人员受贿案中，辩护人从以上三个方面考察了合作投资的缘起、背景、过程。D 公司因新设工厂需要物流服务商，但之前为其服务的公司均因利润微薄而不愿继续为新工厂服务。此时，W 所在的国企意欲接下此业务，便派人与 D 公司领导洽谈，达成合作意向后，D 公司领导派 C 某前去考察。在此期间，国企发现承接此业务需异地营业，涉及到人员招聘、税收等诸多问题，会增加国企成本，便决定采用 4PL 模式，由 G 某个人承包，成立第四方物流公司，以国企名义承接后实际运营，国企提供技术支持并派驻部分人员。W 某与 G 某商量后，决定拉 C 某入股。C 某正苦于国企的犹豫，一时又找不到合适的物流公司承接，为不影响新工厂正常开业，也为了履行好自己物流业务负责人的职责，同时考虑到投资额不大，损失在自己可承受范围内，遂同意入股。三人签订了合作协议，C 某通过为其代持股份的亲属账户转入 F 公司账户出资款 25 万元，并以其代持股份的亲属名义办理了股东工商登记。从上述过程可以看出，F 公司能够承接 D 公司的物流业务，与 C 某的职权并无直接关联，C 某投资入股已做好了利益共享、风险共担的心理准备，并没有通过其职权换取利益的想法。

（二）证明行为人有真实出资

是否真实出资是判断是否构成受贿的一个重要因素，直接影响到对行为人的评价。而行为人是否真实出资，可以从三个方面进行综合判断。

一是以自有资金投资。行为人以个人的合法财产进行投资的，属于真实出资。该点可以通过调取银行流水、资产证明等证据证明。

二是非货币出资的合规化。根据《公司法》第四十八条规定，股东可以用货币出资，也可以用实物、知识产权、土地使用权、股权、债权等可以用货币估价并可以依法转让的非货币财产作价

出资；但是，法律、行政法规规定不得作为出资的财产除外。对作为出资的非货币财产应当评估作价，核实财产，不得高估或者低估作价。法律、行政法规对评估作价有规定的，从其规定。行为人以非货币形式出资的，可以从行为人向公司提交的评估报告入手，核查其出资金额与章程及工商登记的情况是否一致，是否完成了财产权转移的手续。以技术入股为例，可以通过核查专利技术的估价报告、专利实施许可合同等文件，证明其技术出资有效。

三是行为人的出资与约定相符。行为人与其他投资人签订的合作投资协议，一般明确约定各个投资人需要出资的金额及其所占股份比例。通过比对行为人实际出资金额与约定出资情况，判断行为人是否已经足额缴纳出资。如行为人已经足额缴纳出资的，能够认定其出资义务已经履行完毕。

C 某案件中，除了上述常规证据，辩护人还根据 F 公司法定代表人 G 某证言和案发后侦查机关委托会计师事务所做出的审计报告，证明 F 公司成立时，100 万元的出资款足以覆盖初期成本，且公司成立第二年就有了盈利，并用部分盈利扩大了固定资产投资，余额仍然远超当年三人实际所得的分红数额。由此可以证明 C 某出资 25 万元的必要性和真实性。

（三）证明共同承担经营风险

分担公司生产经营成本和经营风险是股东是否参与公司管理经营，是否履行公司股东义务的一项重要证据。如行为人出资没有保本约定并且出资后是根据公司每年的盈亏情况决定是否获取利润或承担亏损，则属于股东正常行使股东权利、履行股东义务。

C 某案件中，辩护人一方面用审计报告中的结论证明 F 公司历年分红均来自于该公司的利润，另一方面通过分析审计报告中 F 公司的历年利润和各股东分红数据，并结合分红记录、证人证言等，证明 C 某入股时并无保本约定，每年分红的次数和数额总体上与公司的盈利情况密切相关。因公司利润逐年上涨，股东获得的分红也是逐年增加，但二者的增幅并不一致。除 2019 年退股一次性清算时分红数额明显较高外，其他年份分红的增长幅度均远小于利润的增长幅度，特别是在 2013 年年底时的待分配利润累计已达 868 万余元的情况下，2014 年三股东仅分红一次共计 200 万元。而 C 某每次和最终获得分红款的数额不仅未超过 25%的比例，也未超过 W 某或 G 某所分数额。上述事实证明，虽然 C 某获得的分红逐年增加，但并不是仅享收益不担风险的“旱涝保收”情形，而是在其占有的 25%股比范围内，基于企业经营状况确定的。

此外，还可以收集行为人投资合作的行业领域的发展状况、同行业其他企业的盈亏状况、合作企业成立时面临的经营风险等证据，证明行为人与他人投资合作开办企业并非稳赚不赔，而是取决于市场经济规律，具有现实的经营风险。结合行为人没有利用职权的客观情况，进一步证明行为人投资时已充分考虑了此等风险，并愿意与合作伙伴共同承担，以排除行为人通过象征性出资的方式掩盖其利用职权确保企业盈利的可能。

（四）证明出资与收益比例相当

行为人有实际出资，且按照比例分红的，正常情况下不能认定为受贿犯罪。如在上述 C 某案件中，C 某于 2014 年调离 D 公司物流部，对物流业务不再有任何职权，法院对于此后 C 某从 F 公司所获得的分红，均未认定为受贿，而是以 C 某有真实出资为由认定为其合法收益。

如行为人所获分红与其出资比例具有一定差额的，也不意味着超出部分一定属于受贿。如果行为人作为股东，在公司的经营活动中承担了较多的经营管理活动，经其他股东同意，可允许收益分配比例适当高于股份比例，但应有一个合理限度。或者在公司章程中明确记载有股份收益分配比例，则要查明国家工作人员股东的股份收益情况是否与书面记载相符，不相符的情况下是否有合理说明及其它证据的印证。[①]对于此种情况，可以通过查明公司的股东结构和股本结构、公司中其他股东的投资与收益比例情况、行为人股东的投资与收益的比例是否处于公司股份收益的正常范围内，以确定行为人获取超出其出资比例的部分的收益，是否具有合理性，进而排除受贿的可能。

（五）证明参与公司经营、管理

行为人是否参与经营、管理是印证是否真实出资进而影响认定受贿的一个重要因素，但又不是单独的具有决定性的因素。辩护中，如能证明行为人实际参与了公司经营、管理，在行为人有真实出资的前提下，可强化出罪的理由；即使无法证明行为人有真实出资，参与公司经营管理的程度也影响着对行为人获取收益合理性的判断进而影响受贿的认定，特别是在行为人以普通合伙人身份与请托人合作开办合伙企业的情况下，结合各合伙人约定的出资方式，行为人实际参与公司经营管理可能成为其劳务出资的证明，进而可能排除受贿的认定。

行为人参与公司经营、管理的事实，可以通过收集相关的公司文件或者工作记录加以证明。相关公司文件包括行为人在公司参与项目决策的会议记录、股东决议文件等；工作记录包括行为人就项目经营提出的建议、方案，工作群的工作安排、对接记录，还包括其他能够证明行为人为其公司的管理经营付出时间、精力的证据。通过以上证据证明行为人实际参与了公司的经营、管理活动，而非单纯挂名获取收益。

（六）证明收益与职权并无关联性

合作投资型受贿的本质是权钱交易，即，行为人所获收益实际上是其权力的对价。如果在案证据不能证明行为人利用职务便利为请托人谋取利益，亦不能证明合作开办的公司能够盈利、行为人能从中获得分红与其职权有关联，则难以认定权钱交易的存在。

在 C 某案件中，辩护人一方面通过列举证人证言，证明 F 公司承接业务后，C 某虽作为 D 公司物流业务负责人，但从未对 F 公司的业务开展给予任何关照，反而全部按照业务规定进行考核和评查。另一方面，辩护人从该业务的流程和盈利模式入手，分析 C 某对 F 公司的盈利不可能有职权作用。D 公司的新工厂是汽车制造厂，F 公司承接的是厂内物流业务，即，将 D 公司采购的各个汽车零部件运送到相应的生产工位上，暂时用不上的进行有序存放，其运营方式是 D 公司与零部件供应商签订采购合同，零部件供应商与 F 公司签订物流服务合同，由零部件供应商支付物流服务费，D 公司则向 F 公司收取仓库和设备租赁费，F 公司收到供应商支付的物流费后，扣除应交 D 公司的相关费用后，剩余的即为营业收入。而在此过程中，C 某的职权均不涉及合同签订及费用支付。与此同时，此种运营模式下，物流公司的盈利与下线的车辆数量密切相关，D 公司的车

① 李晓红、蒋涤非：《国家工作人员“投资入实股”类案件证据审查要点》，载《中国检察官》2011 年第 1 期，第 53 页。

辆产量越大，F 公司获得的服务费越多，相应的利润额就越高，而 F 公司承接 D 公司业务的几年间，恰逢 D 公司几款车型销量激增，因此才带来 F 公司的高额盈利，这本质上是市场机遇的结果，是消费者的选择，与 C 某是否入股、是否有职权没有必然联系。法官最终认可了上述意见，只是认为 F 公司能承接到 C 某直接负责的物流业务，此环节不好说与 C 某的职权无关，故仅将 C 某负责物流业务期间获得的分红款 400 万元认定为受贿。

除以上六个方面外，对于指控为受贿罪的，辩护人还可以从行为人的主体资格入手，审查行为人是否具有国家工作人员身份。通过行为人的任职文件、任免程序、岗位职责等材料，审查行为人在案中是代表国家机关、国有单位履行公共管理、监督、决策、执行等职责，还是仅从事一般性事务工作，是否履行诸如项目审批、资金调配等具有公务性质的工作。如行为人的涉案行为属于非公务，则其不具备受贿罪的主体资格。

四、结语

合作投资型受贿虽然表现形式多样，但其本质仍然是权钱交易。在为此类犯罪辩护时，辩护人应当重点围绕投资的真实性、收益的合理性以及职权与收益的关联性，根据全案的事实证据进行综合分析判断，厘清行为人获得收益的实质是“资本回报”还是“权力寻租”，在当前对职务犯罪高压打击的态势下，寻求案件合理合法的突破口，切实维护当事人的合法权益。

参考文献

[1] 胡云腾主编：最高人民法院指导性案例的参照与适用[M].人民法院出版社,2012

[2] 李晓红,蒋涤非.国家工作人员“投资入实股”类案件证据审查要点[J].中国检察官,2011,(02):52-54.

[3] 李怀胜.合作投资型受贿若干问题探析[J].人民检察,2016,(14):60-63.

[4] 刘为波.《关于办理受贿刑事案件适用法律若干问题的意见》的理解与适用[J].人民司法,2007,(15):17-24.

[5] 师法起.正确界定以合作投资名义受贿行为的本质[J].中国检察官,2015,(12):70-71.

[6] 王伟良,陈立.投资入股型受贿的认定[J].人民司法,2019,(20):30-32+48.

[7] 吴光侠.《潘玉梅、陈宁受贿案》的理解与参照[J].人民司法,2014,(06):13-17.

虚开增值税专用发票罪疑难问题探究

——兼论“国家税款损失”的准确认定

朱刚灵

朱刚灵，北京德和衡(上海)律师事务所专职律师，华东政法大学刑法学本硕，现任上海市人民检察院监督员、上海市浦东新区法律援助中心刑事组志愿律师、德和衡研究院上市公司法律政策研究分院秘书等。执业以来，主要从事刑民行交叉疑难案件争议解决、刑事辩护业务，擅长经济犯罪辩护。执业期间里办理的多起重大复杂疑难案件取得过有效辩护的成果，例如不起诉、撤销案件、部分无罪、大幅度减轻处罚以及重罪变更为轻罪等。同时，与两位好友共同运营微信公众号《刑事法譚》，已有千余篇与刑事业务相关的原创文章。

摘　要：本文以2024年《关于办理危害税收征管刑事案件适用法律若干问题的解释》为背景，深入探究虚开增值税专用发票罪的不法本质应属“目的犯”以及“国家税款损失”的准确理解。结合主观“骗抵税款目的”与客观“国家税款损失”两个要素，对“利用富余票虚开”“为虚增业绩环开”等典型争议情形进行剖析。同时，还明确了对于主观上不以骗抵税款为目的、客观上未造成国家税款损失的行为，既不应认定为虚开增值税专用发票罪，也不宜“降格”认定为虚开发票罪，强调应严格遵循罪刑法定原则，以实现精准打击犯罪与优化营商环境的平衡。

关键词：虚开增值税专用发票罪；出罪条款；骗抵税款；国家税款损失

一、前言

2024 年 3 月 18 日，最高人民法院联合最高人民检察院、公安部、国家税务总局共同举行新闻发布会，发布《最高人民法院、最高人民检察院关于办理危害税收征管刑事案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《解释》）。其中，《解释》对虚开增值税专用发票罪的定罪量刑标准进行了重要调整，在一定程度上解决了近年来理论界及司法实践对虚开增值税专用发票罪构成要件的分歧以及部分司法适用问题。当然，不可否认，司法实践中仍有一些与虚开增值税专用发票罪相关的争议问题亟需通过刑法及税法理论予以准确讨论与定性，例如“国家税款损失”的认定、“利用富余票虚开”的准确定性、“环开”或者“对开”的行为认定以及虚开增值税专用发票罪与虚开发票罪之间的关系等。本文将结合刑法理论及实际案例讨论虚开增值税专用发票罪中的疑难问题。

二、虚开增值税专用发票罪的不法性质应为目的犯

由于《刑法》第二百零五条没有规定“以骗取国家税款为目的”，所以导致司法实践对于虚开增值税专用发票罪的不法性质一直存在争议，包括但不限于“实害犯说”“目的犯说”以及“抽象危险犯说”等。其中，“实害犯说”认为，虚开增值税专用发票罪是实害犯，要求行为人客观上必须有使国家增值税款遭受损失的行为与实害结果，主观上必须具有相应的故意，即行为人明知自己通过虚开增值税专用发票实施骗抵增值税款的行为，会使国家税收利益遭受损失，并且希望或者放任这种结果的发生。[①]“目的犯说”则认为，以骗取国家税款为目的的虚开增值税专用发票行为才是虚开增值税专用发票罪的构成要件行为。[②]而“抽象危险犯说”则认为，虚开增值税专用发票的行为应当具备造成国家税收损失的危险，对这种危险仅需作一般性、类型性的判断。[③]

结合《解释》第十条第二款的具体规定，即“为虚增业绩、融资、贷款等不以骗抵税款为目的，没有因抵扣造成税款被骗损失的，不以本罪论处，构成其他犯罪的，依法以其他犯罪追究刑事责任”，我们能看到“目的犯说”更加符合虚开增值税专用发票罪的不法本质：一方面，虚开增值税专用发票罪的保护法益不仅包括国家增值税专用发票的管理制度，还包括国家税款的安全，要求行为人主观上具有“以骗取国家税款为目的”，更贴近该罪的主观构成要件；另一方面，将与骗抵国家税款无关且无国家税款损失的行为排除在虚开增值税专用发票罪之外，一定程度上可以限缩该罪的规制范围。

而且，司法实践已有部分典型案例的裁判要旨指出“以骗取国家税款为目的”是认定虚开增值税专用发票罪的关键，比如最高人民法院在答复湖北省高级人民法院请示的“湖北汽车商场虚开增值税专用发票案”、答复福建省高级人民法院请示的“泉州市松苑锦涤实业有限公司等虚开增值税专用发票案”以及 2018 年发布的“张某强虚开增值税专用发票案”等。因此，虚开增值税专用发票罪的不法性质应当属于目的犯。

① 参见张明楷：《论虚开增值税专用发票罪的构造》，载《清华法学》2024 年第 4 期。
② 陈兴良：《虚开增值税专用发票罪：性质与界定》，载《政法论坛》2021 年第 4 期。
③ 参见周铭川：《论新司法解释下虚开增值税专用发票罪的不法性质》，载《法治社会》2024 年第 5 期。

三、对“国家税款损失”的准确理解

根据《解释》第十条第二款规定的虚开增值税专用发票罪的出罪条款，在判断行为人的涉增值税专用发票犯罪行为是否构成虚开增值税专用发票罪时，必须重点审查行为人主观有无“骗抵税款目的”以及客观是否因抵扣造成“税款被骗损失”两个层面。而最难的便是如何认定虚开增值税专用发票罪中的“国家税款损失”。而关于“国家税款损失”的认定又不能脱离增值税的计税原理及计税方法。

（一）增值税的计税原理及计税方法

增值税系指以单位和个人生产经营过程中取得的增值额为课税对象征收的一种税。增值税实行价外征税，经营者出售商品或者服务时，税款会附加在价格之上转嫁给购买者。税款随着货物或者劳务的销售逐环节转移，最终环节的消费者是全部税款的承担者。但是，税务机关并不向消费者直接征收增值税税款，而是在生产经营的各个环节分段征收，各个环节的经营者作为纳税义务人将从买方收取的销项税款抵扣自己支付给买方的进项税款后的余额（即应纳税款）依法向税务机关予以缴纳，避免重复征税。

在我国，增值税纳税人分为两类：一般纳税人与小规模纳税人。以一般纳税人为例，一般纳税人发生应纳销售行为，除适用简易计税方法的，均应采用一般计税方法计算应纳增值税税额，即当期应纳增值税税额=当期销项税额–当期进项税额。

试举一例以便更清晰地理解增值税的计税原理及计税方法。例如，生产商甲公司向批发商乙公司出售一批货物并开具了增值税专用发票（假定该货物的增值税税率为 13%），销售额（不含税）为 100 万元，对应的增值税税额为 13 万元，价税合计 113 万元。其中的 13 万元，对于甲公司来说，系其收取的销项税额；对于乙公司来说，系其支付的进项税额。甲公司在收取乙公司的 113 万元之后需要向国家缴纳 13 万元的增值税。

之后，乙公司将该批货物加工后又加价出售给了零售商丙公司并开具了增值税专用发票，销售额（不含税）为 200 万元，对应的增值税税额为 26 万元，价税合计 226 万元。其中的 26 万元税款，对于乙公司来说，系其收取的销项税额；对于丙公司来说，系其支付的进项税额。基于增值税避免重复征税的计税原理，甲公司在上一环节已经向国家缴纳了乙公司支付的 13 万元增值税，所以乙公司在收取丙公司的 226 万元之后可以将该环节销项税额 26 万元与其进项税额 13 万元进行认证抵扣，仅需向国家缴纳 13 万元的增值税即可。而对于国家来说，在上述两个环节一共收取了 26 万元的增值税，即甲公司缴纳 13 万元与乙公司缴纳 13 万元。

（二）“国家税款损失”的准确理解

根据《解释》第十条第二款关于虚开增值税专用发票罪的出罪条款，其要求行为人必须满足两个要件：主观上不具有骗抵税款的目的且客观上没有因抵扣造成税款被骗损失的后果。而如何准确认定“国家税款损失”在实务中存在一定争议：有的观点认为，行为人向国家认证抵扣的进项税额为“国家税款损失”；有的观点则认为，行为人虚开的增值税专用发票所载明的税额为“国家税款损失”；还有的观点认为，“国家税款损失”应当是行为人向国家认证抵扣的进项税额扣除上游开票方针对该部分虚开税额已经实际缴纳税款之后的数额。透过第一部分所举的例子，我

们能够看到增值税的缴纳是环环相扣、上下影响的，国家税款是否遭到损失应当将开票方与受票方作为一个整体进行看待。换言之，不能将受票方向国家认证抵扣的进项税额或者虚开的增值税专用发票所载明的税额直接作为“国家税款损失”，还要审查上游开票方是否针对该部分虚开税额向国家缴纳税额。若上游开票方针对该部分虚开税额已经足额向国家缴纳税额，则从整体上来看是不存在“国家税款损失”的。若上游开票方针对该部分虚开税额没有或者未足额向国家缴纳税额，则从整体上来看是存在“国家税款损失”的。在厘清何为“国家税款损失”之后，司法实践中存在争议的有关问题也会有所解答。

三、“利用富余票虚开专票”的具体认定

在司法实践中，存在较多争议的情形是利用富余票虚开增值税专用发票是否必然构成虚开增值税专用发票罪。部分行业下的企业相关商品或者服务的销售对象通常是自然人或者小规模纳税人，而自然人与小规模纳税人不需要增值税专用发票。因此，在销售商品、服务的过程中，开票方产生了很多富余的销项增值税专用发票，即“富余票”。而存在进项不足的企业亟需进项增值税专用发票，进而以开票费、税点等形式从开票企业处购买“富余票”用以抵扣进项税款。而在上述环节中是否会造成国家税款损失存在一定争议。

（一）观点分歧

司法实践中，绝大部分“利用富余票进行虚开增值税专用发票”的相关判例均认定行为人构成虚开增值税专用发票罪。主流观点认为，增值税专用发票的抵扣权是商品、服务购买者的法定权利，依法不能转让给其他主体，故转让抵扣权系违法行为，进而利用富余票进行虚开增值税专用发票属于“对依法不能抵扣税款的业务，通过虚构交易主体开具增值税专用发票”的情形，会造成国家税款损失，构成虚开增值税专用发票罪。[①]另一种观点则是利用富余票进行虚开增值税专用发票的行为不构成虚开增值税专用发票罪。该观点认为，受票方或者买票方主要是为了弥补进项不足，其主观上不具有骗抵税款的目的，其向开票方支付了一定的开票费，与其向税务机关申报抵扣的进项税额相抵消，没有造成国家税款损失的危害后果，进而不构成虚开增值税专用发票罪。[②]

从上述两种观点能够看到，在判断行为人利用富余票进行虚开增值税专用发票是否构成虚开增值税专用发票罪仍不能脱离行为人主观上是否具有骗抵税款的目的以及是否造成国家税款损失。

（二）利用富余票虚开增值税专用发票中“国家税款损失”的判断

我们认为，对于“利用富余票进行虚开增值税专用发票”行为的定性不应一刀切，不应直接将开票方在第一个销售环节应履行而未履行的缴税义务所造成的税款损失等同于虚开增值税专用发票罪所要求的“国家税款损失”，仍应具体情节具体分析，重点审查行为人是否存在骗抵行为并造成增值税税款损失，具体分述如下：

1. 开票方在销售环节未依法缴纳的税款不属于虚开增值税专用发票罪的“国家税款损失”

我们认为，虚开增值税专用发票罪中的“国家税款损失”应当定性为增值税税款损失。在第一个销售环节中，购买商品或者服务的消费者（自

① 金懿：《虚开增值税专用发票罪“税款损失”要素探析》，载《人民检察》2024年第11期。
② 孟红艳：《虚开增值税专用发票罪与逃税罪的界限》，载《政法论丛》2025年第1期。

然人或者小规模纳税人）本身没有增值税发票或者增值税专用发票的需求。由于消费者没有要求开具相应的增值税发票，导致本来应当流转至消费者手中的增值税发票抵扣中断在开票方的环节，这样就使开票方的进项税额增加，但销项并未按照要求开具销项发票，是销项税额减少了。换言之，开票方是通过减少销项税额的方式，达到逃税的目的，符合《刑法》第二百零一条第一款“纳税人采取欺骗、隐瞒手段进行虚假纳税申报或者不申报”，从而逃避缴纳税款的规定。因此，开票方的上述行为属于逃税行为，并非虚开增值税专用发票骗抵税款的行为，故不应当将该环节偷逃的税款认定为骗抵行为造成的增值税损失并直接转嫁到第二个虚开增值税专用发票环节之上。

2. 第二个虚开增值税专用发票环节是否造成“国家税款损失”的认定

对于第二个虚开增值税专用发票环节是否造成国家税款损失，应当重点审查开票方在利用“富余票”虚开增值税专用发票后针对该部分虚开税额是否足额向国家缴纳税额：如果开票方在虚开增值税专用发票后能够针对该部分虚开税额已经足额向国家缴纳税额的，则从整体上来看是不存在“国家税款损失”的；若上游开票方针对该部分虚开税额没有或者未足额向国家缴纳税额，则从整体上来看是存在“国家税款损失”的。

（三）开票方与受票方的行为定性

对于开票方与受票方的行为定性，既要审查第一个销售环节开票方是否构成逃税罪，又要审查第二个虚开增值税专用发票环节开票方针对该部分虚开税额是否足额向国家缴纳税额，具体分述如下：

1. 当开票方足额缴纳税款，没有国家税款损失时

当开票方就其出售的增值税专用发票所载的税款足额向国家缴纳税额时，即便受票方抵扣了增值税专用发票，也不会造成国家税款损失，而且，受票方只是为了弥补进项不足，主观上不具有骗抵税款的故意，故不宜认定开票方与受票方构成虚开增值税专用发票罪。但是，由于受票方系从拥有“富余票”的开票方处购买增值税专用发票，该行为已经侵犯了国家对领购增值税专用发票的管理制度，故可以认定开票方构成非法出售增值税专用发票罪以及受票方构成非法购买增值税专用发票罪。

以智某虚开增值税专用发票案（案号：(2018)冀 0705 刑初 128 号）为例，被告人智某辗转多人认识了张某某，由张某某联系了张家口旭东矿业有限公司的老板郑某，在没有业务往来的情况下为赤城县非凡矿业有限公司开具了张家口旭东矿业有限公司的增值税专用发票。智某按票面金额的百分之八点多至十点多不等的价格支付开票费。从 2013 年 10 月至 11 月，智某分五次购买张家口旭东矿业有限公司开具的货物名称为铁精粉的增值税专用发票 133 份，金额 12947746.15 元，税额 2201116.59 元，价税合计 15148862.74 元。以上发票赤城县非凡矿业有限公司全部在赤城县国税局申报抵扣。法院认为，在不能证明智某有骗取抵扣税款或帮助他人骗取抵扣税款故意的情况下，仅凭找其他公司代开发票的行为就认定构成此类犯罪不符合立法本意，也不符合主客观相一致原则和罪责刑相适应原则。至于公诉机关认为被告人少交税款，可能造成税款流失的问题，该可能流失的税款并非指本案涉及的应抵扣税款，也没有证据证实税款流失的具体数额。故法院认为，公诉机关指控被告人智某犯虚开增值税专用发票罪，证据不足，不予支持，一审判决被告人智某无罪。

2. 当开票方没有或者未足额缴纳税款，存在国家税款损失时

当开票方就其出售的增值税专用发票所载的税款没有或者未足额向国家缴纳税额时，受票方的抵扣行为造成了国家税款损失，故可以认定开票方与受票方构成虚开增值税专用发票罪。同时，双方之间又同时形成非法出售与非法购买增值税专用发票的关系。因此，可以按照《刑法》第二百零八条第二款的规定定罪处罚，即开票方构成虚开增值税专用发票罪与非法出售增值税专用发票罪的牵连犯，按照从一重处原则定罪处罚；受票方构成虚开增值税专用发票罪与非法购买增值税专用发票罪的牵连犯，按照从一重处原则定罪处罚[①]。

当然，对于开票方来说，若其在第一个销售环节偷逃税款的行为构成逃税罪的话，则还要与第二个虚开增值税专用发票环节构成的涉税犯罪数罪并罚。若其在第一个销售环节偷逃税款的行为尚不构成逃税罪的话，则仅需处理第二个虚开增值税专用发票环节构成的涉税犯罪即可。

四、“为虚增业绩环开专票”的具体认定

司法实践中，部分企业为了应付上级单位对公司的年度审计，在没有真实贸易的情况下选择与其他企业一同循环开票以便虚增交易流水量，上述现象并不鲜见。同时，受票方利用虚开的增值税专用发票完成了抵扣行为。那么，多家公司“为虚增业绩环开增值税专用发票”应否认定为虚开增值税专用发票罪？

我们认为，多家公司之间为虚增业绩在没有真实交易的背景下循环开具增值税专用发票，各个环节的受票方均完成了抵扣行为，而开票方也等额缴纳了增值税，因其主观上没有骗抵税款的目的，客观上其抵扣行为没有造成国家税款损失的危害后果，则不宜认定相关行为构成虚开增值税专用发票罪，主要依据如下：

（一）仅凭抵扣行为径直认定造成国家税款损失的误区

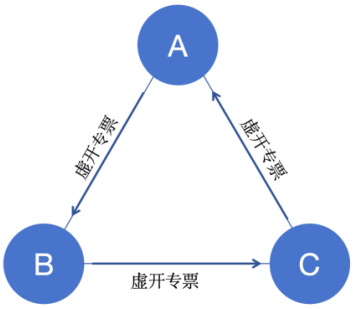
很多案件中，仅以某一环节中受票方是否实施了抵扣行为，便当然地推定虚开增值税专用发票行为造成了相应抵扣金额的国家税款损失。以入库案例“王某某虚开增值税专用发票案”为例，该案原一审、二审两级法院均持有上述观点。两级法院均经审理查明：王某某系济南某能源公司的实际控制人，其为应付上级单位年度审计，要求某煤炭贸易公司、济南某能源公司、山东某冶金科技公司签订没有货物来源，亦无具体使用单位的煤炭买卖合同，在没有真实贸易的情况下，三家公司仅进行了银行资金流转，形成了 1.0888 亿元的银行流水账，三家公司之间循环开具增值税专用发票，即济南某能源公司为某煤炭贸易公司、某煤炭贸易公司为山东某冶金科技公司、山东某冶金科技公司为济南某能源公司虚开增值税专用发票。但是，在审查三家公司的环开行为是否造成国家损失损失时，两级法院均以山东某冶金科技公司为济南某能源公司虚开增值税专用发票 11 份（税款 15820635.86 元）并在税务机关全部予以抵扣这一节事实直接认定被告人王某某构成虚开增值税专用发票罪，即王某某作为济南某能源公司实际负责的主管人员，违反国家增值税专用发票管理规定，在没有真实货物购销的情况下，让他人为自己虚开增值税专用发票，虚开的

① 《刑法》第二百零八条第二款 非法购买增值税专用发票或者购买伪造的增值税专用发票又虚开或者出售的，分别依照本法第二百零五条、第二百零六条、第二百零七条的规定定罪处罚。

税款数额巨大，且已抵扣税款，其行为已构成虚开增值税专用发票罪。[①]而上述观点没有从整体角度出发仅以交易链条中的某一环节是否同时具备虚开增值税专用发票行为及抵扣税款行为认定虚开增值税专用发票罪，导致“国家税款损失”的认定错误。因此，认定造成“国家税款损失”应当从整体的角度予以综合考量，不仅要审查每个环节的受票方是否完成了相应的抵扣行为，还要看每个环节的开票方针对虚开税额部分如实、等额地向国家缴纳增值税。

（二）“环开”专票案件中“国家税款损失”的认定

在“环开”专票案件中，通常为三家公司（A、B、C 公司）之间循环虚假开具增值税专用发票，如图例所示，A 公司给 B 公司虚开增值税专用发票、B 公司给 C 公司虚开增值税专用发票、C 公司再给 A 公司虚开增值税专用发票，形成一个虚开增值税专用发票的闭环链条。在这个情形下，A、B、C 公司都同时扮演两种角色，既有开票方，又有受票方。以 A 公司与 B 公司的虚开链条为例，A 公司系开票方，B 公司系受票方，不仅要看 B 公司是否认证抵扣了虚开增值税专用发票的进项税额，还要看 A 公司是否如实、等额地向国家缴纳增值税。若 B 公司抵扣的进项数额与 A 公司缴纳的增值税数额一致，则不宜认定该环节存在国家增值税税款损失。若 B 公司抵扣的进项数额与 A 公司缴纳的增值税数额不一致，则应当认定该环节存在国家增值税税款损失。同样地，也应当以整体的角度考察 B 公司与 C 公司的虚开链条以及 C 公司与 A 公司的虚开链条是否存在国家增值税税款损失。最后，将三个虚开链条整体地组合在一起，若每个环节受票方抵扣的税额与开票方缴纳的税额一致，则形成了一种闭环抵扣的虚开链条，没有造成国家税款的损失，不应认定行为人构成虚开增值税专用发票罪。



（三）“为虚增业绩环开专票”不宜认定虚开增值税专用发票罪

再以“王某某虚开专票案”为例，该案再审程序中，另查明：三方环开增值税专用发票，济南某能源公司给某煤炭贸易公司开具增值税专用发票 93 份，税额 1579.591601 万元；某煤炭贸易公司给山东某冶金科技公司开具增值税专用发票 95 份，税额 1582.063586 万元；山东某冶金科技公司给济南某能源公司开具增值税专用发票 11 份，税额 1582.063586 万元，三家公司均已在税务机关认证抵扣。而且，三家公司也按规定向主管税务机关进行了纳税申报。再审法院认为，原审被告人王某某在无真实交易的情况下，安排策划济南某能源公司、某煤炭贸易公司、山东某冶金科技公司三方进行银行资金流转，循环开具增值税专用发票，主观上是为了将旧账转为新账、应对上级单位的年度审计，不具有骗取国家税款的目的；客观上，三家公司在无真实货物购销交易的情况下，循环开具增值税专用发票并均已进行进项税额抵扣，按规定向主管税务机关进行了纳

① “王某某虚开专票案”（入库编号：2023-16-1-146-001；一审：山东省济南市中级人民法院（2015）济刑二初字第 23 号刑事判决；二审：山东省高级人民法院（2016）鲁刑终 84 号刑事裁定；再审：河北省高级人民法院（2021）冀刑再 7 号刑事判决）

税申报，整个流程环开环抵、闭环抵扣，并未造成国家税款的流失，其行为不符合虚开增值税专用发票罪的构成要件，不宜以虚开增值税专用发票罪定罪处罚。另外，由于三家公司之间不存在非法买卖增值税专用发票的关系，没有侵犯国家对领购增值税专用发票的管理制度，故也不宜认定其构成非法购买增值税专用发票罪或者非法出售增值税专用发票罪。

五、不以骗抵税款为目的不构成虚开专票罪的，亦不构成虚开发票罪

仅从《解释》第十条第二款的条文表述来看，虚开增值税专用发票罪的出罪条款通过行为人的主观目的以及国家增值税税款损失两个方面以达到限缩虚开增值税专用发票罪的司法适用。但是，不认定为虚开增值税专用发票罪，并不意味着行为人无罪，行为人构成其他犯罪的，仍有可能被追究其他犯罪的刑事责任。由于《解释》以及两高对《解释》的理解与适用均未对条款中的“其他犯罪”作更多的解释，故也导致了司法实践对哪些犯罪可以被包含在“其他犯罪”中存在一定争议。以“魏杰、褚孝美逃税罪一案”（原审一审：(2019)皖 12 刑初 4 号、原审二审：(2020)皖终 178 号、重审一审：(2021)皖 12 刑初 10 号、重审二审(2022)皖刑终 204 号）为例，重审二审法院认为，若行为人虚开增值税专用发票后，未利用增值税专用发票的抵扣功能，而是利用了增值税专用发票所具有的一般发票也具有的经济活动证明功能，则应当认定为虚开发票罪，从罪责刑相一致原则考虑，同时构成虚开发票罪与逃税罪的，按照牵连犯从一重处罚原则，一般定逃税罪。这里也引发了一个争议问题便是行为人不构成虚开增值税专用发票罪的，能否“退而求其次”被评价为虚开发票罪？

（一）观点分歧

1. 肯定说

陈兴良教授在《虚开增值税专用发票罪之出罪条款的刑法教义学分析》一文中提到，在不以骗取国家税款为目的的虚开增值税专用发票行为不构成虚开增值税专用发票罪的背景下，若该虚开行为不能定其他罪，则可以认定为虚开发票罪。陈教授认为，根据《刑法》第一百五十一条第二款的规定，走私国家禁止出口的黄金、白银和其他贵重金属构成走私贵重金属罪。但是，该条并非将走私黄金进口规定为走私贵重金属罪。因此，可以将《刑法》第一百五十三条“走私普通货物、物品罪”所规定的“走私本法第一百五十一条、第一百五十二条、第三百四十七条规定以外的货物、物品”理解为“走私本法第一百五十一条、第一百五十二条、第三百四十七条规定为犯罪以外的货物、物品”，进而将“走私黄金进口”的情形解释为“走私本法第一百五十一条、第一百五十二条、第三百四十七条规定以外的货物、物品”，构成走私普通货物、物品罪。放到虚开发票犯罪的场景下，可以参照走私犯罪的上述处理，将《刑法》第二百零五条之一“虚开发票罪”所规定的“本法第二百零五条规定以外的其他发票”理解为“本法第二百零五条规定为犯罪以外的其他发票”，进而不以欺骗国家税款为目的的虚开增值税专用发票行为若没有被《刑法》第二百零五条规定为虚开增值税专用发票罪，则可以认定为虚开发票罪。[①]

张明楷教授同样持肯定说观点，《刑法》第

① 陈兴良：《虚开增值税专用发票罪之出罪条款的刑法教义学分析》，载《法学家》2025 年第 3 期。

二百零五条之一“虚开发票罪”所规定的“本法第二百零五条规定以外的其他发票”属于界限要素或者界定要素，不属于真正的构成要件要素。凡是虚开发票的行为，均符合虚开发票罪的构成要件(数额或面额除外),因而可能构成虚开发票罪。因为虚开发票罪是虚开发票犯罪的普通法条，虚开增值税专用发票罪是虚开发票犯罪的特别法条。特别法条规定的行为当然符合普通法条规定的构成要件。例如，行为人虚开增值税专用发票，但并未用于骗取、抵扣税款的，也应认定为虚开发票罪。[①]

2. 否定说

周铭川教授则对张明楷教授的观点进行商榷：虚开增值税专用发票罪与虚开发票罪之间的区别仅在于发票种类的不同，两者之间不是真包含与包含于关系，故虚开发票罪中“本法第二百零五条规定以外的其他发票”并不包含增值税专用发票，也不应当将不以骗取国家税款为目的的虚开增值税专用发票行为认定为虚开发票罪。[②]

（二）不以骗抵税款为目的不构成虚开专票罪的，亦不构成虚开发票罪

我们认为，为虚增业绩、融资、贷款等不以骗抵税款为目的，没有因抵扣造成税款被骗损失的虚开增值税专用发票行为，不以虚开增值税专用发票罪论处，也不应当认定为虚开发票罪，具体理由如下：

第一，增值税专用发票与普通发票是两种性质截然不同的增值税发票,不应将两者进行混同。换言之，既不能将增值税专用发票等同于具有抵扣功能的普通发票，也不能将没有使用抵扣功能的增值税专用发票等同于普通发票。增值税专用发票与普通发票之间属于并列关系，而非包含与被包含的关系，或者特殊与普通的关系。两者在定义、用途、开具对象以及管理政策等方面均存在不同。增值税专用发票系指增值税纳税人销售货物或者提供应税劳务开具的发票，是购买方支付增值税额并可按照增值税有关规定据以抵扣增值税进项税额的凭证。而普通发票系指增值税纳税人销售货物或者提供应税劳务、服务时，通过增值税税控系统开具的普通发票。可以看到，能否抵扣进项税是增值税专用发票与普通发票最主要的区别：增值税专用发票不仅可以作为购销双方收付款的凭证，而且还可以用作购买方（增值税一般纳税人）扣除增值税的凭证，而普通发票除税法规定的经营项目外都不能抵扣进项税。除此之外，增值税专用发票的开具对象为一般纳税人，而普通发票的开具对象为小规模纳税人与一般纳税人。在管理政策上，没有使用抵扣功能的增值税专用发票不宜直接作为普通发票处理，而是应当遵循相关规定，先经税务机关认证，再作进项税额转出。因此，不应当认为增值税专用发票系特殊的普通发票。《刑法》第二百零五条所规定的增值税专用发票不应被包含在《刑法》第二百零五条之一规定的“本法第二百零五条规定以外的其他发票”之内。

第二，两罪所保护的法益存在不同。虚开增值税专用发票罪所保护的法益系增值税专用发票管理秩序以及国家增值税税收安全，更侧重对国家增值税税款被骗损失的惩治，进而设置了较重的法定刑。而虚开发票罪所保护的法益系增值税普通发票管理秩序，更侧重对国家增值税普通发

① 参见张明楷：《刑法学（第六版）》，北京大学出版社 2025 年版。第 1062 页。

② 周铭川：《论虚开增值税专用发票罪的抽象危险犯本质——兼与陈兴良教授和张明楷教授商榷》，载《上海政法学院学报》第 2020 年第 1 期。

票开具、使用、入账失当行为的惩治，进而设置了较轻的法定刑。再结合前述要点的分析，增值税专用发票与普通发票之间属于性质截然不同的发票，增值税专用发票管理秩序与增值税普通发票管理秩序也就并不相同。遵循罪刑法定原则，不以欺骗国家税款为目的的虚开增值税专用发票行为本身没有侵犯到增值税普通发票管理秩序，不宜将该行为改认定为虚开发票罪。

综上，不以骗取国家税款为目的的虚开增值税专用发票行为不构成虚开增值税专用发票罪，也不应认定为虚开发票罪。

六、结语

2024 年涉税司法解释的出台，为虚开增值税专用发票罪的司法认定提供了明确指引，强调应“主观不以骗抵国家税款目的”和“客观不具有国家税款损失”作为出罪的核心依据，确立该罪属于目的犯的规范标准。司法实践中，依旧很多诸如“利用富余票虚开”“为虚增业绩环开”等典型情形，但无论是何种虚开增值税专用发票的情形，均需结合增值税计税原理整体判断国家税款损失，避免片面依据抵扣行为定罪，防止不当扩大刑事打击范围。唯有这样，才能兼顾税收安全与营商环境优化，实现刑法谦抑性与税法规制效果的平衡。

参考文献：

[1] 张明楷：《论虚开增值税专用发票罪的构造》，《清华法学》2024 年第 4 期。

[2] 陈兴良：《虚开增值税专用发票罪：性质与界定》，《政法论坛》2021 年第 4 期。

[3] 周铭川：《论新司法解释下虚开增值税专用发票罪的不法性质》，《法治社会》2024 年第 5 期。

[4] 金　懿：《虚开增值税专用发票罪“税款损失”要素探析》，《人民检察》2024 年第 11 期。

[5] 孟红艳：《虚开增值税专用发票罪与逃税罪的界限》，《政法论丛》2025 年第 1 期。

[6] 陈兴良：《虚开增值税专用发票罪之出罪条款的刑法教义学分析》，《法学家》2025 年第 3 期。

[7] 张明楷：《刑法学（第六版）》，北京大学出版社 2025 年版。

[8] 周铭川：《论虚开增值税专用发票罪的抽象危险犯本质——兼与陈兴良教授和张明楷教授商榷》，《上海政法学院学报》第 2020 年第 1 期。

二等奖

夫妻间给予房产的裁判规则探析

——以民法典婚姻家庭编《解释（二）》为依据

王旭坤

王旭坤，北京德和衡律师事务所高级联席合伙人，法学博士。曾就职法律出版社，正高职称。现兼任北京工业大学法学院校外导师。

业务领域为行政争议解决（含行民刑交叉）、合同之诉、个人法律服务。本人曾作为原告诉北京市某区城管委路侧停车费罚款一案，推动了《北京市机动车停车条例》等相关立法的修改。擅长合同纠纷的解决，处理近百起民商事争议。在婚姻家事领域，精准的法律剖析之上，善于运用心理分析及系统思维解题，迄今维持了较高的调解结案率，客户认可度较高。

曾公开发表专业文章三十余篇，出版专著两部，其中《中国地方政府举债权研究》为国家社会科学基金后期资助项目。最新主编出版《行政复议法一本通》《行政诉讼法一本通》《治安管理处罚法一本通》。

摘　要：《解释（二）》新提出“给予”一说，试图构建家事领域的价值平衡。夫妻财产约定是婚姻家庭法项下的概念，具有明显的家事法属性，而赠与则是民事合同法项下的概念，具有更普遍的民事属性。夫妻财产约定的给予内容中，一般含有夫妻间赠与的意思表示，具备赠与的精神内核。《解释（二）》中采“给予”一词颇具深意，应与“赠与”有别，在具体裁判中应区分离婚诉讼时房屋所有权尚未转移登记和已经完成转移登记两种情况。其中第 1 款中对被给予方的信赖利益予以保护，限制了给予人的任意撤销权，实际上也是否定了民法典赠与中的任意撤销权在家事法领域的适用，强调了夫妻间给予房产的相关约定对双方具有法律约束力；第 2 款中针对已经完成产权转移登记的情况，法院仍然可以根据给予方诉请，结合案情将房产裁断判归给予方所有，与此同时，可综合考虑后判决给另一方适当补偿，从而在个案中实现价值平衡及利益平衡。且“出资来源”成为离婚析产裁判中最重要的考量因素。《解释（二）》首先界定“原产权归属”，再综合考虑给予目的、共同生活及孕育共同子女情况、离婚过错、对家庭的贡献大小以及离婚时房屋市场价格等五大因素，力图平衡保护出资方利益（父母权益）以及配偶方利益。这也意味着，未来家事案件办理中，承办法官的自由自由裁量空间将会更大。

关键词：赠予；给予；夫妻财产约定；撤销权；房产登记；出资来源

据统计，“近三年来，全国法院审结一审婚姻家庭继承纠纷案件每年大约 200 万件，占全部一审民事案件的 12%左右。其中，离婚纠纷案件每年大约 150 万件，占所有家事案件的近 80%。离婚纠纷中，财产分割成为焦点，涉案标的额增大、财产类型多样化，婚姻家庭与财产领域问题交织，疑难复杂案件增多。”[①]从 2018 年 1 月 18 日施行的《最高院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》，到 2021 年 1 月 1 日起正式实施的《民法典》（婚姻家庭篇）及《最高人民法院关于适用《中华人民共和国民法典》婚姻家庭编的解释（一）》（（法释〔2020〕22 号，如下简称“解释（一）”），再到 2025 年 2 月 1 日起正式施行的《最高人民法院关于适用《中华人民共和国民法典》婚姻家庭编的解释（二）》》（法释〔2025〕1 号，如下简称“解释（二）”），处理婚姻家庭领域相关纠纷的法律依据愈发系统与完善。

《解释（二）》的正式出台，主要解决如下几个方面的问题：明确重婚绝对无效的基本原则，规制通过离婚损害债权人利益的行为、细化同居析产的相关规则、明确父母为子女婚后购房出资的财产分割原则、调整夫妻间给予房产行为、规范夫妻一方对外赠与行为以维护公序良俗、明确离婚协议约定财产给予子女的裁判规则、对抢夺、藏匿未成年子女行为予以否定性评价等。尤其是调整夫妻间给予房产行为的第五条及规范父母为子女婚后购房出资问题的第八条，体现出典型的家事审判思维，迥异于商事审判思维，值得重视。

针对父母为子女婚后购房出资这一“疑难杂症”，《解释（二）》指出了新的裁判方向，将“出资来源”提到第一顺位的考量因素，并综合考虑共同生活及孕育共同子女情况、离婚过错、对家庭的贡献大小以及离婚时房屋市场价格这四大因素，尽力实现出资方利益（包括父母权益）及配偶方利益在个案中的平衡保护。这也意味着，在婚姻家事纠纷的裁判中，承办法官的自由裁量权将会进一步加强。

针对夫妻间给予房产的规制，《解释（二）》采用“给予”一词颇具深意，在裁判价值观上也倚重“出资来源”，这与我国婚姻法中区分婚前个人财产与婚后共同财产的立法价值观一脉相承。

本文主要探讨依据《解释（二）》如何处理夫妻间给予房产的相关法律问题，如案涉房产应定性为个人财产还是夫妻共同财产、离婚析产中如何具体处置等实务问题，探析中也会涉及权属登记现状、夫妻间加名减名、父母为子女出资、赠与意思表示的确认等问题。

一、《解释（二）》的出台，会逆转夫妻间给予房产纠纷的裁判结果

笔者曾作为男方代理人，参与办理过一个确权纠纷，牵连着离婚纠纷、民间借贷纠纷，该案历经一审、二审与再审，迄今仍未终局，又遇新法出台，存在极大的变局可能。

基本案情为：婚前，男方父母全款为其在北京买下一套房产，只登记在男方一人名下。婚后第三年，女方生育一子，皆大欢喜。孩子出生半年后，男方将房产证加上女方姓名，半个月之后，两人又去做了一次减名的变更登记，房本上只留女方一人姓名。整个加名减名，男方均未告知父母。半年后（即婚后第四年），女方起诉要求离

① 参见最高法举行《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民法典>婚姻家庭编的解释（二）》新闻发布会，最高人民法院公众号于 2025 年 1 月 15 日发布。

婚，法院第一次判决不离。一年后（即婚后第五年），女方再次起诉离婚，法院判决离婚，将财产问题另案处理。

案涉房产现价值高达千万，双方在离婚诉讼之外又进行了确权之诉、民间借贷之诉。确权之诉中，一审法院认定案涉房产为夫妻共同财产，女方不服上诉，二审法院予以改判，改判的重要依据是“不动产登记薄的登记现状”及双方在某区不动产登记事务中心签署的《夫妻间不动产归属约定》。于此同时，在民间借贷之诉中，一审法院认定“最开始案涉房产仅登记在男方一人名下，故买房时男方父母支付的房价全款应为男方婚前个人债务。婚后男方进行的加名与减名行为，均为男方对自己财产的处置”，二审维持原判。整个案件包含父母全款出资为子女婚前购房、婚后变更登记、婚内财产约定、婚后借贷等多个家事领域高发、疑难点。

通过对该案的复盘可见：一、二审法院就案涉房屋定性问题出现不同判决，根源是不同法官之间、代理人之间、当事人之间就“夫妻财产约定与夫妻间赠与”这样一个学理问题的认知不一致——按照夫妻财产约定，确已明确约定为女方一方所有，按照登记现状，确已完成转移登记；而按照赠与的法律要件，男方没有明确的完全赠与房产的意思表示，且从税收角度，也未完成赠与。表面上看，无论判决案涉房产属于女方个人财产还是判决仍属于夫妻共同财产，都有法律依据。

随着《解释（二）》出台，依据其第 5 条第 2 款的规定：婚前或者婚姻关系存续期间，一方将其所有的房屋转移登记至另一方或者双方名下，离婚诉讼中，双方对房屋归属或者分割有争议且协商不成的，如果婚姻关系存续时间较短且给予方无重大过错，人民法院可以根据当事人诉讼请求，判决该房屋归给予方所有，并结合给予目的，综合考虑共同生活及孕育共同子女情况、离婚过错、对家庭的贡献大小以及离婚时房屋市场价格等因素，确定是否由获得房屋一方对另一方予以补偿以及补偿的具体数额。本案可直接一锤定音：男方可诉求获得案涉房产，法院可将案涉房产判归男方所有，并结合案情给予女方一定补偿。

由此可见，根据《解释（二）》确立的裁判准则，将会逆转一部分正在审理或未尚未生效的夫妻间给予房产纠纷的裁判结果。

二、现行夫妻间给予房产争议的裁判规则探析

实践中，男女双方在婚前或婚姻关系存续期间约定将一方所有的房产明确赠与另一方或者为另一方“加名”的情况比较普遍。先前《解释（一）》第 32 条延续了《婚姻法解释（三）》第 6 条的规定，将该种情形引入合同编/后来民法典中有关赠与合同的规定，实际上承认了在赠与的房产未实际转移登记前，赠与方享有任意撤销权。[①]

最高人民法院民一庭陈宜芳、吴景丽、王丹三位法官新近撰文指出，《解释（一）》第 32 条在实践中出现两种倾向，一种虽曾约定将一方房产给予另一方或者为另一方“加名”，但因各种原因未办理不动产转移登记，有违信赖与诚信；还有一种是房产转移登记后，接受方短时间内即提出离婚，借短婚以牟利。“为此，《解释（二）》第 5 条贯彻落实民法典第 1065 条规定，根据诚实信用原则，综合考虑婚姻家庭的特殊情况，区分

① 《解释（一）》第三十二条：婚前或者婚姻关系存续期间，当事人约定将一方所有的房产赠与另一方或者共有，赠与方在赠与房产变更登记之前撤销赠与，另一方请求判令继续履行的，人民法院可以按照民法典第六百五十八条的规定处理。

尚未办理转移登记和已经办理转移登记两种情况分别予以规定：

（1）尚未办理转移登记的。首先，《解释（二）》第5条第1款明确，双方对房屋归属或者分割有争议且协商不成的，人民法院可以根据当事人诉讼请求，结合给予目的，综合考虑婚姻关系存续时间、共同生活及孕育共同子女情况、离婚过错、对家庭的贡献大小以及离婚时房屋市场价格等因素，判决房屋归其中一方所有，并确定是否由获得房屋一方对另一方予以补偿以及补偿的具体数额。该条规定实际上否定了给予方的任意撤销权，强调了约定对双方具有法律约束力。对于是继续履行该协议，还是基于行为基础的丧失，变更或者解除该协议，需要综合考虑婚姻家庭关系的特殊情况。

（2）已经办理转移登记的。《解释（二）》第5条第2款规定，如果婚姻关系存续时间较短且给予方无重大过错，人民法院可以根据当事人诉讼请求，判决该房屋归给予方所有，并结合给予目的，综合考虑共同生活及孕育共同子女情况、离婚过错、对家庭的贡献大小以及离婚时房屋市场价格等因素，确定是否由获得房屋一方对另一方予以补偿以及补偿的具体数额。这也就意味着，如果婚姻关系存续时间较长或者给予方有重大过错的，可以由接受方保有该房产，以维护财产秩序的相对稳定，保护接受方合理预期，弘扬诚信价值。当然，在认定接受方保有房产的情况下，也还要综合考虑共同生活及孕育共同子女情况、对家庭的贡献大小以及离婚时房屋市场价格等因素，确定获得房屋一方对另一方是否予以补偿以及补偿的具体数额。上述规定有助于实现个案中双方当事人利益的平衡。”①

如上是三位最高院法官在新闻发布会及相关撰文中提出的，这意味着《解释（二）》区分“尚未办理转移登记”和“已经办理转移登记”两种情况裁断，在前者，限制给予方的任意撤销权，裁判中可能把房子判归任何一方；在后者，考虑到对给予方财产权益的保护，即便已经完成转移登记，也可能仍将房子判归给予方。

一言以概，在“双方离婚时，一方要房另一方要钱”这个问题上，《解释（二）》试图作个案中的平衡，而这种平衡在某种程度上突破了《民法典》有关“夫妻财产约定”及“赠与合同”的相关规定，体现了家事领域的特殊性。

《解释（二）》第5条第3款则进一步规定：给予方有证据证明另一方存在欺诈、胁迫、严重侵害给予方或者其近亲属合法权益、对给予方有扶养义务而不履行等情形，请求撤销前两款规定的民事法律行为的，人民法院依法予以支持。

对此款的解读，要注意如下四点：（1）该条款使用的是“给予”而非“赠予”，“给予”显然比“赠予”更为宽泛，试图不突破民法学界关于赠与通论的相关规则及通论；（2）举证责任由给予房产一方承担，其要证明接受一方存在欺诈、胁迫或者严重侵害给予方或其近亲属的合法权益、有扶养义务而不履行等情况；（3）基于第3款的规定撤销赠与后，无须给予对方补偿；（4）撤销权应在法定期间内行使。②

① 陈宜芳、吴景丽、王丹（作者单位：最高人民法院）：《《关于适用民法典婚姻家庭编的解释（二）》的理解与适用》，载《人民司法》2025年第3期。

② 参见《民法典》第一百五十二条　有下列情形之一的，撤销权消灭：（一）当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内、重大误解的当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起九十日内没有行使撤销权；（二）当事人受胁迫，自胁迫行为终止之日起一年内没有行使撤销权；（三）当事人知道撤销事由后明确表示或者以自己的行为表明放弃撤销权。当事人自民事法律行为发生之日起五年内没有行使撤销权的，撤销权消灭。

笔者认为，无论作为给予房产的一方，还是接受房产一方，都要具备强有力的“证据意识”。即便在婚姻这个保护伞下，产权登记上的减名、加名行为仍然具有显著的法律意义，即便有了《解释（二）》对给予人强有力的基于“出资来源”的财产权保护，但个人产权一旦完全转移到另一方名下，就意味着赠与/给予的完成，即便法院最终裁决上可基于“给予人”的身份最终获得房产产权，但对另一方的补偿及补偿数额仍然是离婚析产时的不确定因素，也必然是双方争夺的核心地带。加名、减名过程中，宜要求对方签署书面协议，留取协商记录、明确产权共有的性质、明确全部或者部分赠与、明确双方分成比例、明确给予/赠与目的、明确附带义务等，一旦日后纠纷出现，才有抓手。

三、商事审判思维与家事审判思维的差异

夫妻间不动产转移登记属于婚姻法与物权法交织领域，如果“写谁的名字就是谁的所有权”这样简单，就不存在疑难复杂案例了。在婚姻的外壳下，不动产登记簿的登记现状与实际权属不一致是常有的现象，为此探究真实权属，探究登记原始状态及登记变更/未变更的原因所在，以确认权属，定分止争，是家事审判的思维。

《解释（二）》体现出典型的家事审判思维。

在笔者开篇提到的既往案例中，二审法官显然更偏向商事思维，“对方有产权登记，还有协议，这就是我们的判案依据。”作为代理人，我方认为“男方是否有赠与全部房产的意思表示，应是本案的一个争议焦点”。但二审法官显然并不关心这一点，其认为男方签署的《夫妻间不动产归属约定》中有“产权归女方单独所有”的字眼，已包含了“夫妻间赠与”的意思表示。一审法官的态度则是“一夫妻之间婚内更名，登记原因仍是夫妻间不动产转移登记的，都是按照这个规则来判。除非有其他的证据证明男方确实自愿把全部房产赠给女方。”

由此可见，基层院接触大量家事纠纷，其天然的会运用家事思维，而二审法院则更多运用商事思维，把举证责任压给原告，证据规则会让其感觉裁判起来更有安全保障。

一审基层法院判决“属于夫妻共同财产”显然更符合法理情理，二审断然改判为“一方个人财产”看似依法裁判，实则难言公正，在既有《民法典》夫妻财产约定和赠与是完全不同的两个制度上难以做到逻辑自洽，现行《解释（二）》显然采取了更具“家事思维”的立法宗旨及裁判方向。

四、夫妻财产约定与夫妻间赠与的区别

清晰界分夫妻财产约定跟夫妻间赠与需要法理上的逻辑自洽。

在我国，把一方婚前财产变更为另一方的个人财产，从法律上而言，无法仅仅通过夫妻财产约定来变更，必须通过赠与合同才能完成。而一个真正的赠与，首先要有明确赠与的意思表示，其次是完成赠与物的产权变更登记。夫妻之间如果一方真心给予房产，建议用《赠与合同》来替代《夫妻间不动产归属约定》，这样更为严谨。

从原《婚姻法》第 19 条开始，我国婚姻立法均规定了三种夫妻财产约定的模式，即分别所有、共同所有和部分各自所有、部分共同所有，其中并不包括将原来属于一方婚前房产约定为另一方单独所有的情形，也就是不包括把“我的婚前财产”变成“婚后你的个人财产”，这种权属改变

本质上是赠与，而非夫妻财产约定。[①]

最高人民法院民一庭负责人在 2011 年 8 月 13 日《人民法院报》答记者问的《总结审判实践经验凝聚社会各界智慧，正确合法及时审理婚姻家庭纠纷案件》，做了如下表述："经反复研究论证后，我们认为，我国婚姻法规定了三种夫妻财产约定的模式，即分别所有、共同共有和部分共同共有，并不包括将一方所有财产约定为另一方所有的情形。将一方个人财产约定为另一方完全所有，只能是夫妻之间的赠与行为。虽然双方达成了有效的协议，但因未办理房屋变更登记手续，依照物权法的规定，房屋所有权尚未转移，而依照合同法关于赠与一节的规定，赠与房产的一方可以撤销赠与。"

现行《民法典》第 1065 条规定：男女双方可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或者部分各自所有，部分共同所有。这一规定与原《婚姻法》第 19 条的行文基本一致，其中立法用语是"各自所有"，而非"一人所有"。

由此可见，无论是原来的《婚姻法》还是现行的《民法典》，按照夫妻财产约定的相关法律规定，笔者认为：任何一份夫妻财产约定，在法律上都无法实现将一个人的婚前财产变为另一方的个人财产，除非当事人有明确的赠与表示，并实际进行了一次性产权转移登记。常见的夫妻婚后房产加名，可以将其理解为原产权一方通过夫妻财产约定赠与部分份额，这个财产约定类似于里面嵌套了"部分赠与条款"。而把一方婚前个人财产变为另一方婚后个人财产的极端情况下，法律性质实为完全赠与。因为夫妻关系的存在，婚内通过先加名再减名的方式，表面上实现房屋产权在夫妻之间的转移，实则仍存在权利瑕疵，不如《赠与协议》更为自洽。[②]

笔者认为，各基层不动产登记中心应该把格式版本的《夫妻间不动产归属约定》修改为《赠与协议》，至少也要在相关的文本中做一着重提示，提醒/警示做减名登记的原产权人。因为婚姻之内，很多夫妻只单纯认为，写在谁名下都是夫妻共同财产，实际上并无把房子完全赠与对方的真实意思表示。明示其需要签订《赠与协议》，或者增加【赠与条款】，而不是冠以《夫妻间不动产归属约定》以一概之，将之用于夫妻间产权变更事项，一方面方可与现行有关夫妻财产约定相关法律规定的内在精神保持一致性，另一方面也有利于提示当事人房屋更名的法律风险。

需知因婚姻关系的存在，夫妻间可以非常方便的加名/减名，这是国家对家庭作为财产共同体的政策认可与支持。但如经过婚内【夫妻间不动产转移登记】或经【赠与】之名目直接实现权利人从 A 到 B 的变化，其中还会涉及税收的不同——如婚前赠与，按照"偶然所得"项目计算缴纳个人所得税，并且会产生契税、增值税、印花税；如婚内无偿赠与，免交个人所得税与增值税，但仍有契税与印花税；离婚时赠与，免交个人所得

① 这种情况下，其实就是全部赠与。《最高人民法院关于适用中华人民共和国婚姻法若干问题的解释（三）》第六条明确规定：婚前或者婚姻关系存续期间，当事人约定将一方所有的房产赠与另一方，赠与方在赠与房产变更登记之前撤销赠与，另一方请求判令继续履行的，人民法院可以按照合同法第一百八十六条的规定处理。

② 现实中，作为夫妻共同财产的房产进行加名或者减名，如果没有其他约定作证，这种仅仅在登记簿上的表现，一般不改变夫妻共同财产的属性。反而作为婚前个人财产的房产，加名跟减名的后果要更严重。

税与增值税，但需交纳契税与印花税。[①]

综上，“夫妻财产约定”与“夫妻间赠与”是两个不同的法律术语，侧重点不一。夫妻间房产加名的登记行为，存在夫妻财产约定与夫妻间赠与的叠加，因为两种方式都可以解释通，而涉及一方婚前房产婚后变更登记为另一方个人财产的法律性质，只能是“夫妻间赠与”。赠与发生法律效力，必须有明确的赠与意思表示以及赠与物的产权变更。

《解释（二）》第 5 条的出台，专门调整“夫妻间给予房产”的问题，相当于给《解释（一）》第 32 条的规定打了一个补丁，限制了给予方赠与完成前任意撤销权的行使。笔者认为，在夫妻财产约定和夫妻赠与这个问题上，仍应恪守《民法典》中有关夫妻财产约定及赠与合同的相关规定，通晓其中的法理基础，才不至于混淆两者。

而这也可能是《解释（二）》采用“给予”一词的深意所在，给予不等于赠与，给予不一定是赠与，给予的内涵大与赠与，“给予”一词有着家事思维的烙印，体现了家事领域的特殊性。

五、给予方如何运用撤销权保护自己的财产权益

根据《民法典》第 658 条的规定：赠与人在产权变更登记之前可以行使任意撤销权，[②]但依据最新的《解释（二）》第 5 条第 1 款，夫妻双方存在给予房产约定的，任意撤销权将被限制。但在给予完成后，给予方依法仍享有法定撤销权——这个依据即可以适用《民法典》第 663 条的规定，[③]也可以适用《解释（二）》第 5 条第 3 款的规定。

《解释（二）》第 5 条第 1 款中处于对被给予一方的信赖利益的保护，对给予方的任意撤销权予以了限制，实际上否定了给予方的任意撤销权，强调了夫妻之间给予房产的约定对双方具有法律约束力。在司法实践中，是继续履行相关协议（或《夫妻财产约定》或《赠与协议》），还是基于行为基础的丧失，变更或者解除相关协议，有赖于承办法官综合考虑具体个案予以裁断。

笔者认为，疑难案例之所以出现，就是在两种权益保护或者说两种价值观之间出现争议，比如“当事人意思自治”与“以诚信、公平、公序良俗等名义的适当干预”。家事是在民事大框架之内，家事也确有特殊性，须在一般准则跟特殊规则之间予以平衡。家事应遵循民法中关于夫妻财产约定及赠与制度的精神内核，以保持法律体系的严谨与自洽；现在婚姻家庭篇司法解释中明确提出“给予”一说，以试图构建家事领域的价值平衡。

一旦发生完成给予/赠与或者任意撤销权被否认，给予方唯一的后悔药或者救心丸，就是行使法定撤销权。

---

① 具体参见财政部 税务总局公告 2019 年第 74 号《关于个人取得有关收入适用个人所得税应税所得项目的公告》，房屋产权所有人将房屋产权无偿赠与他人的，受赠人因无偿受赠房屋取得的受赠收入，按照“偶然所得”项目计算缴纳个人所得税。按照《财政部 国家税务总局关于个人无偿受赠房屋有关个人所得税问题的通知》（财税〔2009〕78 号）第一条规定，符合以下情形的，对当事双方不征收个人所得税：

（一）房屋产权所有人将房屋产权无偿赠与配偶、父母、子女、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女、兄弟姐妹；

（二）房屋产权所有人将房屋产权无偿赠与对其承担直接抚养或者赡养义务的抚养人或者赡养人；

（三）房屋产权所有人死亡，依法取得房屋产权的法定继承人、遗嘱继承人或者受遗赠人。

前款所称受赠收入的应纳税所得额按照《财政部 国家税务总局关于个人无偿受赠房屋有关个人所得税问题的通知》（财税〔2009〕78 号）第四条规定计算。

② 《民法典》第 658 条规定：赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与。经过公证的赠与合同或者依法不得撤销的具有救灾、扶贫、助残等公益、道德义务性质的赠与合同，不适用前款规定。

③ 《民法典》第 663 条规定：受赠人有下列情形之一的，赠与人可以撤销赠与：（一）严重侵害赠与人或者赠与人近亲属的合法权益；（2）对赠与人有抚养义务而不履行；（3）不履行赠与合同约定的义务。赠与人的撤销权，自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内行使。

任意撤销权与法定撤销权，是两种不同的权利，两者的法律依据和适用条件不同，法定撤销权是基于法定事由，由赠与人行使的撤销赠与的权利，其适用的条件必须是法律明确规定的事由，而任意撤销权是产权未完成转移登记前当事人可以随时行使的财产权益。

行使任意撤销权的依据是《民法典》第六百五十八条，条件是赠与房产的产权未发生转移，不适用经过公证的赠与合同或者依法不得撤销的具有救灾、扶贫、助残等公益、道德义务性质的赠与合同。《民法典》第六百六十三条规定的是法定撤销权："受赠人有下列情形之一的，赠与人可以撤销赠与（一）严重侵害赠与人或者赠与人近亲属的合法权益；（二）对赠与人有抚养义务而不履行;(三)不履行赠与合同约定的义务。"由此可见，具备前述三项事由，给予方可行使法定撤销权。

前文已一再强调，现行《解释（二）》第 1 款的规定，实质上是否定了给予方的任意撤销权，但仍在第 3 款中支持给予方的法定撤销权，该款规定:给予方有证据证明另一方存在欺诈、胁迫、严重侵害给予方或者其近亲属合法权益、对给予方有扶养义务而不履行等情形，请求撤销前两款规定的民事法律行为的，人民法院依法予以支持。就法定撤销权而言，民法典的相关规定跟司法解释是一脉相承。

最高人民法院在《民法典婚姻家庭编司法解释（一）理解与适用、问答》一书中认为赠与人自愿放弃自己的民事权利应受到法律保护，行使任意撤销权应受到一定限制，故应认定夫妻房产赠与合同中放弃任意撤销权的约定有效。受赠人据此请求继续履行赠与合同的，即使赠与房产未经公证，人民法院也应予支持。

有的夫妻会在给予房产时约定了受赠人应当履行一定的义务，受赠人不履行赠与合同约定的义务的，赠与人也可以援引法定撤销权予以撤销。但需提请注意，基于双方作为夫妻的特定身份关系，所附义务如果存在限制人身自由或者有违公序良俗的，则不能得到法院支持，比如要求不能离婚，或者要求必须生儿子等。

六、家事纠纷中，承办法官的自由裁量权将进一步增强

最高人民法院民一庭陈宜芳、吴景丽、王丹三位法官撰文指出：[①]有人认为，《解释（二）》的规定赋予法官自由裁量权过大，不利于司法裁判统一。我们研究认为，在市场交易中，大家按照一定的规则行事就能保持相对可预期的秩序，但婚姻家庭与之不同，婚姻家庭涉及伦理、情感、心理等因素，每个家庭也各有自己的相处模式。家事案件中的"个案"情况较多：有的给予方存在过错，有的接受方存在过错；有的双方已经长久共同生活，而有的则"闪离"；有的已生育共同子女，有的无子女。不同因素叠加更会出现各种不同的"组合"。如果一律适用同样的规则，看似整齐划一，但是，案件处理结果反倒可能损害一方当事人的合法权益。赋予法官一定程度自由裁量权，实现个案中的平衡保护，是实现司法裁判公平正义的要求。[②]

① 陈宜芳、吴景丽、王丹（作者单位：最高人民法院）：《《关于适用民法典婚姻家庭编的解释（二）》的理解与适用》，载《人民司法》2025 年第 3 期。

② 2025 年 1 月 15 日，在《解释（二）》发布时，最高院同时配发了四个典型案例。在案例一中，夫妻一方在结婚后将其婚前房产为另一方"加名"，离婚分割夫妻共同财产时，人民法院综合考虑双方婚姻存续已十余年，但给予方承担更多家庭开销，结合双方对家庭贡献等因素，判决房屋仍归给予方所有，同时酌定对另一方合理补偿。在案例二中，一方父母将自己名下房产转移登记至夫妻双方名下，离婚时，人民法院在认定该房产是夫妻共同财产的基础上，综合考虑房款由一方父母出资、赠与目的及婚姻关系存续时间较短、未孕育共同子女等因素，判决房屋归出资方子女所有，但酌定对另一方合理补偿。这两个案例既符合婚姻关系中夫妻财产制度，又保护了给予方的财产权益。

笔者结合这些年实际经办过及参与、了解到的婚家案例，也认为给予家事法官必要的自由裁量权是必要的。《解释（二）》将“出资来源”提到第一重要的考量因素，再综合考虑共同生活及孕育共同子女情况、离婚过错、对家庭的贡献大小以及离婚时房屋市场价格这四大因素，努力将保护出资方利益（父母权益）以及配偶方利益在个案中予以平衡保护。如上几大因素中，只“出资来源”跟“房产市场价格”两点是客观数据，而“给予目的”、“情况”、“过错”、“贡献”这三点不可避免有自由心证的成分。这即意味着法官的自由裁量空间更大，也意味着家事律师的工作需要做地更为扎实与细致。

综上，《解释（二）》新提出“给予”一说，试图构建家事领域的价值平衡。笔者的观点可以概括如下：

（1）夫妻财产约定制度跟赠与制度是两个不同的制度。夫妻财产约定是婚姻家庭法项下的概念，具有明显的家事法属性，而赠与则是民事合同法项下的概念，具有更普遍的民事属性。夫妻财产约定的给予内容中，一般含有夫妻间赠与的意思表示，具备赠与的精神内核。

（2）我国《民法典》婚姻家庭编规定了夫妻财产约定的三种模式，即“分别所有、共同共有和部分各自所有、部分共同共有”，不存在“把一方婚前个人财产变更为婚后另一方个人财产”的夫妻财产约定，后者等同于所有权的彻底改变，只能是夫妻间赠与，须按照赠与的相关法律规定处理；

（3）《解释（二）》中采“给予”一词颇具深意，应与“赠与”有别，在具体裁判中应区分离婚诉讼时房屋所有权尚未转移登记和已经完成转移登记两种情况。其中第 1 款中对被给予方的信赖利益予以保护，限制了给予人的任意撤销权，实际上也是否定了民法典赠与中的任意撤销权在家事法领域的适用，强调了夫妻间给予房产的相关约定对双方具有法律约束力；第 2 款中针对已经完成产权转移登记的情况，法院仍然可以根据给予方诉请，结合案情将房产裁断判归给予方所有，与此同时，可综合考虑后判决给另一方适当补偿，从而在个案中实现价值平衡及利益平衡。

（4）“出资来源”成为离婚析产裁判中最重要的考量因素。《解释（二）》首先界定“原产权归属”，再综合考虑给予目的、共同生活及孕育共同子女情况、离婚过错、对家庭的贡献大小以及离婚时房屋市场价格等五大因素，力图平衡保护出资方利益（父母权益）以及配偶方利益。如上几大因素中，只有出资来源、产权登记跟“房产市场价格”这几点是客观数据，而“目的”、“情况”、“过错”、“贡献”这几点不可避免有自由心证的成分。这即意味着法官的自由裁量空间更大，也意味着家事律师的工作需要做的更为扎实与细致。

（5）《解释（二）》第 5 条第 3 款中明确规定了法定撤销权，前两款法定事由与《民法典》第 663 条的规定基本一致，对第 663 条第 3 项“不履行赠与合同约定的义务”的规定是《解释（二）》中没有的，赠与方仍然可以据此以争取权益。如上规定也意味着，在房屋转移登记完成后，给予房产一方仍然可行使法定撤销权，但须承担相应的举证责任，并在法定除斥期间内及时行权。《解释（二）》的正式实施，与《民法典》婚姻家庭编的相关规定及既往司法解释相结合，凸显了家事领域的特殊性，整个立法的底层逻辑更为清晰明

确，可以据此分析解决实践中发生的绝大多数纠纷，但未来也不可避免会就“何为约定”、给予与赠与的区分、贡献大小、如何适当的确定补偿款、撤销权的行使等产生一系列疑难复杂案例。这势必对承办法官的自由裁量权，也对家事律师的举证及协调、谈判能力提出更高要求。

动态系统论在民事司法解释中的文本阐释及其适用规则

——以328篇民事判决书及典型案例为分析样本

郭超群[①]，李　琛[②]

郭超群，法学博士，北京德和衡（长沙）律师事务所名誉主任，德和衡研究院湖南分院名誉院长，某基层法院原党组书记、院长、三级高级法官，湖南省审判业务专家，湖南省法学法律专家库专家，湖南人文科技学院特聘教授、法律实务教学中心主任，中南大学、中南财经政法大学法律硕士研究生导师。主持省(部)级重大课题八项，作为主要研究人员参与国家重大课题五项，在《改革内参》《法商研究》等权威学术期刊上发表法学论文二十余篇，主编法律实务教材四部，参编法学教材八部，合著或独著法学专著十余部。

摘　要：动态系统论诞生于传统僵化的概念法学与宽泛不确定的自由法学对立之时，因其弹性、动态而系统的规范模式，在二者之间开辟了一条“中间道路”，在全世界范围内产生重要影响。《民法典》人格权编及部分民事司法解释中均采纳了动态系统论的立法思想和解释方法。通过对运用动态系统论的民事司法解释条文的文本情况及民事司法实践中该理论的适用现状分析，动态系统论在以弹性解决方法替代传统“全有全无”原则、满足时代变迁需求、填补法律漏洞等方面具有正当性，但亦存在对传统民事裁判方法的冲击、司法裁判不稳定性的质疑。探寻动态系统论民事裁判适用规范进路，可从判前、判中、判后三大阶段推进。判前建立健全动态系统论民事裁判适用的教育培训机制，提升法官的内心认同感和自觉性；判中规范要素中的兜底条款适用规则，个案审理中首先应当按司法解释条文中列明的要素查明相关事实，而不得随意增加要素；明确要素间“重要性”的动态确定规则，对条文要素进行梳理，必要时进行主—子要素分类，再根据要素体现的价值进行权重排序；构建要素间“关联性”的评价规则，明确要素之间属于同质关系抑或互斥关系，对要素充足度划定，明确评价基线，综合个案中要素的数量、强度及相互作用，动态灵活确定裁判结论，实现良好法律效果；重视案例类型化整理，强化文书说理；判后建立完善相关考评反馈机制，以强化适用。

关键词：动态系统论；民事司法解释；适用规范

① 郭超群：法学博士、教授、德和衡研究院湖南分院名誉院长、北京德和衡（长沙）律师事务所名誉主任、湖南省人文科技学院特聘教授兼法律实务教学中心主任、湖南省审判业务专家、湖南省法学法律专家库专家、湖南省法官遴选委员会专家委员。

② 李琛：湖南省娄底市中级人民法院民一庭庭长、四级高级法官。

引　言

我国《民法典》第 998 条第一次在立法层面上规定了动态系统论，《民法典》配套司法解释及相关具体民事领域司法解释中亦有不少条文引入动态系统论，该理论是指在一定的法律领域，规定若干可能发挥作用的考量因素，在个案适用中通过对这些要素的综合考量，说明法律规范或确定法律效果。[①]然而，动态系统论在司法解释中能否发挥其作用，相关条文在民事案件裁判中的适用现状如何？本文拟从实证研究视角出发，探讨动态系统论在民事司法解释中的适用规则构建。

一、检视：动态系统论在民事司法解释中的适用现状考察

2021 年 1 月 1 日，《中华人民共和国民法典》施行后，最高人民法院修改制定了与民法典配套的司法解释，同时对相关民事司法解释进行了全面清理。本文逐条查阅民法典实施后的民事司法解释，选取运用动态系统论的相关条文进行文本分析。[②]同时，为全面审视动态系统论相关司法解释条文在民事案件裁判中的实践样态，截至 2024 年 6 月 20 日，通过选择人民法院案例库和法信数据库，将相关条文设为检索词，并将检索结果限制在“裁判理由”部分，剔除无效样本和重复、说理过于简单的案例，筛选出有效样本 328 件。

（一）动态系统论在民事司法解释中的适用文本分析

1. 动态系统论条文的类型分析

经统计，在前述进行文本分析的民事司法解释中，共有 18 个司法解释中存在引用动态系统论的条文共计 47 条，其类型可以分为事实推定类、酌定赔偿类、条文解释类、酌情裁判类、真意探求类（见表 1）。[③]

表 1　民事司法解释中引用动态系统论的条文类型表

类型	条文	占比
事实推定类 22 条	《民法典总则编解释》第五条、第六条、第三十一条第一款、第三十三条第一款、《民法典合同编通则解释》第七条第二款、第十七条第二款、第二十三条第二款、《婚姻家庭编解释（一）》第六十四条、《继承编解释（一）》第六条第一款、《生态环境侵权纠纷案件适用惩罚性赔偿解释》第六条、第八条第一款、《银行卡民事纠纷案件解释》第六条、《审理网络消费纠纷案件规定（一）》第七条、第十二条第二款、《建设工程施工合同解释（一）》第八条、《审理医疗损害责任纠纷案件解释》第十六条、《审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件规定》第六条、第七条、《审理民间借贷案件的规定》第十五条第二款、第十八条、第二十四条第二款、《彩礼纠纷案件规定》第三条	46.8%
酌定赔偿类 13 条	《民法典总则编解释》第三十四条、《民法典合同编通则解释》第八条、第二十四条第二款、第六十一条第一款、第六十二条、第六十三条第一款、第六十五条第一款、《生态环境侵权纠纷案件适用惩罚性赔偿解释》第十条第一款、《银行卡民事纠纷案件解释》第二条第二款、《建设工程施工合同解释（一）》第六条第二款、《民事侵权精神损害赔偿解释》第五条、《彩礼纠纷案件规定》第五条、第六条	27.7%
条文解释类 5 条	《民法典总则编解释》第三条、《物权编解释（一）》第十条、第十八条、《民法典合同编通则解释》第十一条、《审理买卖合同纠纷案件解释》第十二条	10.6%
酌情裁判类 5 条	《民法典总则编解释》第九条第一款、《民法典合同编通则解释》第三十二条第三款、《生态环境侵权案件适用禁止令保全措施的规定》第五条、《审理使用人脸识别技术处理个人信息相关民事案件的规定》第三条、《审理生态环境侵权责任纠纷案件解释》第二十五条	10.6%
真意探求类 2 条	《民法典合同编通则解释》第一条、第十五条	4.3%

前述引用动态系统论的司法解释条文，既有作为事实认定依据的条文，也有作为裁判依据的条文。（见图 1）

（1）作为事实认定依据

其一，事实推定类条文。民事审判中，某个法律事实如何认定常常存在争议，司法解释对此规定若干考量因素，综合认定法律事实。如《民法典总则编解释》第五条系对《民法典》第 19 条、第 22 条中认定限制民事行为能力人实施的民事法律行为是否与其年龄、智力、精神健康状况相

① 参见[奥]维尔伯格：《私法领域内动态系统体系的发展》，李昊译，载《苏州大学学报（法学版）》2015 年第 4 期；[奥]库齐奥：《动态系统导论》，张玉东译，载《甘肃政法学院学报》2013 年第 4 期。

② 此次文本分析的范围为民法典施行后至 2024 年 6 月 20 日止最高人民法院发布的民法典配套司法解释、民法典具体领域司法解释、民事类司法解释，不包括商事类司法解释、知识产权类司法解释、民事诉讼法及司法解释、执行类司法解释。

③ 为使文章精练，表格中司法解释名称均进行了简称。

适应作出的规定。

其二，条文解释类条文。对立案仅作出原则性的规定时，司法解释予以进一步细化，以统一认定标准。如《民法典总则编解释》第三条是关于滥用民事权利的认定，采用动态系统论的模式，将权利行使的对象、目的、时间、方式、造成当事人之间利益失衡的程度等因素作为参考因素，指引法官在具体判断是否构成权利滥用时从不同的维度进行综合考量。

其三，真意探求类条文。对于当事人之间的法律行为尤其是合同关系，可能存在名实不符的情形。如《民法典合同编通则解释》第十五条在当事人主张的法律关系与合同约定的权利义务不一致时，涉及到当事人以虚假意思隐藏真实意思表示的问题，基于法官判断时存在较大难度，该条运用动态系统论，引导法官综合缔约背景、交易目的、交易结构等事实探寻当事人真实的意思表示，认定当事人之间真实的民事法律关系。

（2）作为裁判依据

其一，酌定赔偿类条文。民事审判实践中，常常存在对损失金额或赔偿金额举证难、认定难的问题，引用动态系统论对损失或赔偿金的认定规定相应的参考因素，约束法官自由裁量权，同时统一裁判尺度和标准。如《民法典合同编通则解释》第六十五条确定了违约金司法酌减的包括实际损失、合同的履行情况、当事人的过错程度等参考因素，指引法官综合衡量并作出裁判。

其二，酌情裁判类条文。在人民法院裁判某些事项时，列举了相关重要因素供法官参考。如《民法典总则编解释》第九条第一款系在人民法院指定监护人时列举了相关因素，如与被监护人的生活情感联系、具有监护资格的人的品行、身体状况、经济条件以及能够为被监护人提供的教育水平或者生活照料措施等，为法官综合判断指定监护人提供参考。

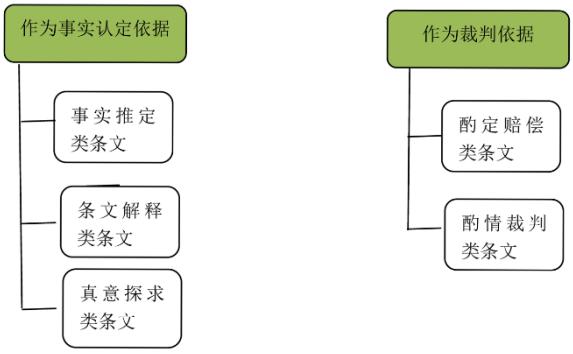


图 1　引用动态系统论的民事司法解释条文的作用样态

2.动态系统论条文的要素分析

（1）要素的范围。经统计，前述 47 个运用动态系统论的司法解释条文中 45 条均有“等”或“其他因素”的兜底条款规定，占比约 96%，这样的条文设置，一方面通过列举的方式将考量因素予以确定，另一方面又开放了考量因素的范围，体现了动态系统论力求法的安定性与实践的开放性相互平衡的特点。

（2）要素的数量。在 47 个样本条文中，一个条文列举 3 个以下要素的为 4 个，占比 9%；条文列举 3–5 个要素的为 26 个，占比 55%；列举 5 个以上要素的条文 17 个，占比 36%，即 91%的条文中均列举了 3 个及 3 个以上的要素，条文中要素的数量较多。（图 2）

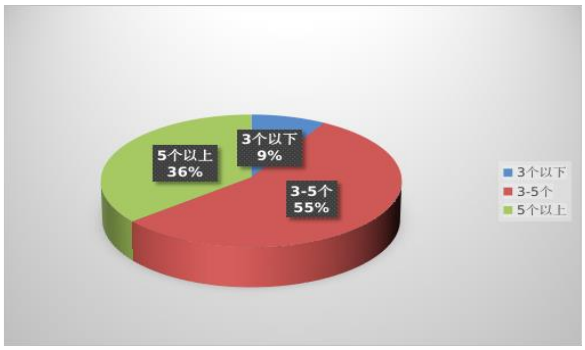


图 2　动态系统论条文要素数量

（二）动态系统论在民事司法实践中的适用困境

动态系统论在我国学术界广为熟知，在世界范围内影响亦十分重大，成为法律发展的新趋势。我国民法典的编纂、相关民事司法解释的制定中均进行了吸收与借鉴。[①]那么，动态系统论在民事裁判的适用现状如何？笔者对此展开实证分析。

1.要素选择缺失。以《民事侵权精神损害赔偿解释》第五条关于确定精神损害赔偿数额的动态适用为例，部分裁判文书仅载明相关法条，对条文中列举的侵权人的过错程度、侵权行为的目的、方式、场合等六大要素在适用时存在缺失，甚至未对要素选择进行明确具体的阐释。如案例1 中，裁判文书仅提及受害人因侵权行为造成的后果这一因素，其他因素均存在缺失；案例 2 中，裁判文书仅模糊表述为“考虑本案的实际情况”，未根据法条规定对要素选择进行任何阐释，致使当事人对裁判结果的妥当性产生质疑；案例 3，仅对侵权行为的方式这一要素进行阐释，对其他要素选择缺失，说理强度、论证力度较薄弱。（见表 2）

表 2　动态系统论条文要素选择缺失例举

案例 1：杨某某与某公司 1 等提供劳务者受害责任纠纷案 裁判：根据《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第五条规定，结合上诉人杨某某左髌关节功能丧失 42%构成十级伤残的情况，酌情支持杨某某精神损害抚慰金 3000 元。
案例 2：王某某与赵某某离婚纠纷案 裁判：根据《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第五条的规定，考虑本案的实际情况，本院酌情认定被告赵某某支付原告王某某精神损害赔偿金 30000 元。
案例 3：李某某、杨某某财产损害赔偿纠纷案 裁判：自然人死亡后，其人格利益仍存在，安葬死者遗体的坟墓是死者近亲属等生者寄托哀思、悼念死者的特定载体，对于近亲属存在重大的精神寄托和精神利益。本案中，被告破坏、污损原告父母坟墓的行为，侵犯了死者的人格利益，导致原告遭受了一定程度的精神痛苦，为此，本院酌定被告赔偿原告精神损害抚慰金 2000 元。

2.要素选择顺序随意。以《民法典合同编通则解释》第六十五条第一款为例，该条是关于违约金数额司法酌减的规定，规定以民法典第五百八十四条的损失为基础，列举了合同主体、交易类型、合同的履行情况、当事人的过错程度、履约背景等参考因素。而案例 4 中在前述条文的要素选择顺序上存在随意性，先选择了合同主体、交易类型（即行业特性）要素进行分析，再分析实际损失要素，再分析当事过错程度要素，最后分析履约背景等要素，未按条文要素顺序进行阐释。

表 3　动态系统论条文要素选择顺序随意例举

案例 4：某公司与陈某某合同纠纷案 裁判（概括）：针对本案如何准确认定陈某某所须承担的违约责任，本院作分析如下：第一，本案所涉及的网络直播行业属于新兴行业，在处理该类演艺合同纠纷中不但要遵循违约金调整的基本原则，即填补守约方的损失，并适度发挥违约金的惩罚功能，而且需结合行业特性综合考量；第二，确定违约金金额应以补偿守约方实际损失为原则……第三，陈某某主观恶意较低，应谨慎适用违约金的惩罚功能……；第四，应综合考量主播知名度、个人情况及合同履行背景……综上，本院依据公平和诚实信用原则，对陈某某所需支付的违约金金额酌情再进行调整，确定陈某某向某公司赔偿违约金 100000 元。

3.要素间关系考虑不充分。仍以《民法典合同编通则解释》第六十五条第一款的适用为例，案例 5 和案例 6 均仅仅模糊阐释称“综合考虑合同履行情况、当事人过错等因素”，对两要素之间关系未充分阐述，继而出现案例 5 按一年期贷款市场报价利率（LPR）上浮 50%计算违约金、案例 6 则按 LPR 上浮 30%计算违约金的不同裁判结果，容易引发公众对裁判标准不统一的质疑。

表 4　动态系统论条文要素间关系考虑不充分例举

案例 5：某公司 1 与某公司 2、云南某集团公司买卖合同纠纷案 裁判：根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》第六十五条第一款规定，《物资采购合同》约定的违约金为货款总额的 5%/天，在某公司 1 未能提交证据证实其因某公司 2 的违约行为所受实际损失数额的情况下，合同约定的违约金过高，综合考虑合同履行情况、当事人的过错等因素，本院判决某公司 2 向某公司 1 支付以 101,000 元为基数，自 2022 年 10 月 26 日起至款项付清之日止按同期全国银行间同业拆借中心公布的一年期贷款市场报价利率（LPR）上浮 50%计算的违约金，对于某公司 1 主张的资金占用利息，因违约金已足以弥补该损失，本院不予支持。
案例 6：天津 A 公司与天津 C 公司商品房委托代理销售合同纠纷案 裁判：关于违约金标准，根据《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民法典>合同编通则若干问题的解释》第六十五条规定，B 公司主张按照案涉合同约定的标准即日 0.2%支付自 2021 年 10 月 8 日起的违约金，A 公司主张该约定标准过高。B 公司未提交证据证明其实际损失情况，故其实际损失应为佣金服务费的利息损失，结合本案合同履行情况及双方的过错程度，本院依据公平原则对违约金标准予以酌减，酌定 A 公司按照合同签订时一年期贷款市场报价利率上浮 30%的标准向 B 公司支付自 2021 年 10 月 8 日至实际付清之日止的违约金，C 公司作为 A 公司的一人股东应就未付服务费及违约金承担连带清偿责任。

4.兜底条款适用难把握。前述文本分析显示，在 47 个运用动态系统论司法解释条文样本中，96%

① 王利明：《民法典人格权编中动态系统论的采纳与运用》，载《法学家》2020 年第 4 期。

以上的条文均采取了“等因素”或者“其他因素”的兜底条款，司法实践中对此类兜底条款适用难以把握，访谈中法官们对此亦看法不一。部分接受访谈的法官认为虽有兜底条款的规定，考虑到条文中已列举相关要素，裁判中只结合列举要素考量。以《民法典合同编通则解释》第六十五条第一款的适用为例，笔者随机抽取的 25 个案例中有 23 个只结合条文列举要素裁判，未考虑其他要素，占比 92%。也有法官认为可结合个案具体情况加入其他要素作为裁判考量依据，但具体哪些因素可纳入考量范围难以准确把握。案例 7 和案例 8 同为适用《民法典合同编通则解释》第六十五条第一款的兜底条款，案例 7 将双方关于授信额度的约定纳入考量因素，案例 8 将本地类案标准纳入考量因素。

表 5　动态系统论条文兜底条款适用难把握例举

案例 7：某建材经营部与某公司等买卖合同纠纷案 裁判：本院综合考虑案涉合同的履行情况、某公司的过错程度、某建材经营部的实际损失以及双方关于授信额度的约定，根据公平原则，酌定某建筑公司应当向某建材经营部支付违约金 11,634.25 元。
案例 8：金某与某公司 1 等商品房销售合同纠纷 裁判：本院经审查认为，原审法院依据结合案涉商品房买卖合同的性质，逾期交房对金某所购房屋占有、使用等权益的影响，某公司的违约过错程度，结合本地区类案裁判标准等综合因素，原审法院将逾期交房违约金酌情调减为按日支付已付房款的万分之一，并据此对案涉逾期交房违约金的数额予以认定，并无不当。

5.冷热不均，部分条文处于休眠状态。经统计，18个民事司法解释中运用动态系统论的条文共计 47 条，经法信系统和人民法院案例库查询，11 个条文无相关适用的裁判文书或案例，基本处于休眠状态，占比约 23.4%。在其余 36 个条文中，以《民法典合同编通则解释》第六十五条第一款、《民事侵权精神损害赔偿解释》第五条、《审理民间借贷案件的规定》第十五条第二款等条文适用率最高。从案由适用上看，除民法典总则编相关文书及案例外，余下 282 篇民事裁判文书及典型案例中，25 件为婚姻家庭纠纷、10 件为物权纠纷、191 件为合同纠纷、56 件为侵权责任纠纷。（图 3）适用情形与学界普遍认为动态系统论可广泛应用于侵权责任法、合同法、不当得利制度等相关民事法律制度的论断基本相符。①

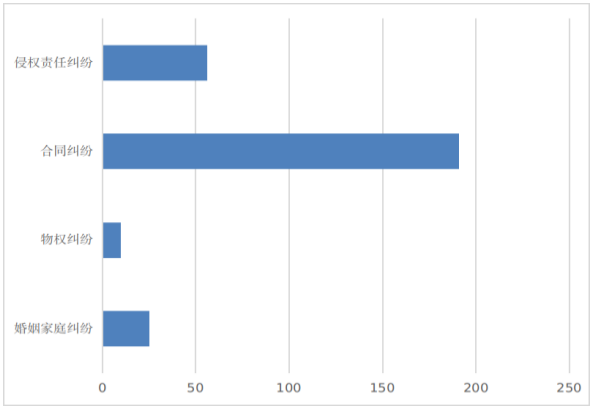


图 3　样本案由类型情况

二、争议：民事裁判中动态系统论适用的正当与质疑

动态系统论介绍到我国时间并不太久，其秉承的非定式思维模式②及动态化合理解决方案的思路在理论界及实务界均获广泛关注与尝试。但亦有学者认为动态系统论存在先天缺陷，司法实践中的理解和把握并不一致。其作用是否被高估或误解，仍值得评估。

（一）民事裁判中动态系统论适用的正当性

1.灵活性：弹性解决方法替代“全有全无”原则。面对纷繁复杂的社会生活，私法的发展面临两难困境：一方面，概念法学以固定、细致的概念和规定构建的体系过于僵化，难以回应千变万化的现实；另一方面，自由法学即自由法律发现潮流主张概括、弹性的规定，由法院确定如何具体适用③，存在恣意裁判的风险，危害法律的安定

① 参见[奥]库齐奥：《动态系统导论》，张玉东译，载《甘肃政法学院学报》2013 年第 4 期。

② 参见[日]山本敬三:《民法中的动态系统论———有关法评价及方法的绪论性考察》，解亘译，载梁慧星主编:《民商法论丛》(第 23 卷)，法律出版社 2002 年版，第 180–181 页。

③ H.Koziol,*Begrenzte Gestaltungskraft von Kodifikationen*?Am Beispiel des Schadenersatzrechts von ABGB,Code civil und BGB,in:Festschrift 200 Jahre

性。传统的构成要件论秉持“全有全无”原则，各构成要件全部满足时，法律后果一定发生；而要件中任一个不满足时，法律后果则不发生。动态系统论具有司法适用上的灵活性，其强调各要素的相互作用，呈现一种动态互补的关系，并通过要素与强度的结合，实现填充“全有”与“全无”之间巨大鸿沟的目的。相比僵化的构成要件系统，动态系统论更为灵活和开放，可以提供更为弹性而合理的解决方案。

2.发展性：满足时代变迁的需求。“现今生活和问题的多样性已经使通过明确而详细的条文来使所有的个案得到公正的审判成为天方夜谭。”[①]司法解释的制定者不可能完全了解未来所涉领域的全部形态。动态系统论强调多元价值要素判断法律效果，其内在的系统思维与当前时代发展下对不同利益主体价值的平衡原则不谋而合。体现在立法过程中，动态系统论打破单一利益考量格局，通过多个判断要素的协同互动作用，促成稳定、完整、有序的多元价值评价体系，以适应时代发展的需要。

3.弥合性：填补法律漏洞的需要。法律的制定往往滞后于社会经济生活的发展，且作为概念逻辑产物的法律无法达至绝对“圆满”的状态，法律漏洞必然存在。[②]基于“禁止拒绝裁判”原则，填补法律漏洞成为法官们的必然选择。对于法律没有规定或规定模糊的情形，漏洞的填补依赖于法官对法律的理解与续造，不同法官面对同一类型的法律漏洞，往往选择自己认为适合的填补方法，可能因个人专业素养和能力的不同而出现类案不同判的情形，有损司法的权威，影响当事人对法律效果的可预测性。动态系统论为法官提供相对固定的考量因素，限制法官的自由裁量权，促使法官的裁判结果在当事人可预期的范围内，防止司法裁判的过度恣意。

（二）民事裁判中动态系统论适用的质疑

动态系统论作为一种立法方法和法律解释方法，自诞生之时即被赋予同时克服概念法学之僵化与自由法学之恣意和非合理性的重任，力图开辟规范形态的“中间道路”。[③]然而，其在民事裁判适用中仍存在质疑。

1.对传统民事裁判方法的冲击。自民法上潘德克吞体系形成后，大陆法系的民事裁判方法已基本形成“司法三段论”的固定、统一的体系性裁判方法。司法实务界亦基本形成了以“要件审判九步法”为代表的审判方法。而在动态系统论下，实体法规范由相对独立的构成要件变成相互关联的多个要素，司法者须从法律规范的要件分解向法律价值的综合考量转变。同时，与传统裁判结果上的“要么全有，要么全无”的二值判断模式相比，动态系统论下更趋于符合个案具体情况的“或多或少”的裁判结果，更加注重追求裁判的妥当性和可接受性，对传统民事裁判方法可能带来多方面的冲击。

2.司法裁判的不稳定性。动态系统论承认司法者的裁量权，通过立法对一般条款或模糊概念进行考量因素的确定，为法官裁判提供指引，使裁判充分考虑到个案的不同情况，适应社会的发展。同时，具体化的要素对法官形成限制，要求法官在限定的要素范围内进行思考、论证和说明

ABGB I(2011) 469 ff; *The reforms of tort law in Europe* I,in Beihang Law Review 2011,43ff.

①［奥］赫尔穆特·柯启尔:《论法典化对法的塑造力——以〈奥地利民法典〉、〈法国民法典〉和〈德国民法典〉中的损害赔偿法为例》，史梦宵、邸楠译，载邵建东等主编:《中德法学论坛》(第 10 辑)，法律出版社 2013 年版，第 26 页。

② 黄泽敏：《法律漏洞填补的司法论证》，载《法学研究》2020 年第 6 期。

③ 参见王磊：《动态体系论：迈向规范形态的“中间道路”》，载《法制与社会发展（双月刊）》2021 年第 4 期。

裁判理由。这样，法秩序安定性由立法和司法携手，通过司法者在立法者所划定的考量因素基础上进行论证所取得的共识而予以实现。[①]然而，立法及司法解释的良好愿景在司法实践中并未得到充分实现。前述实证分析表明法官在适用这些动态系统论司法解释条文时，存在要素选择缺失、选择顺序随意、要素间关系考虑不充分等诸多问题。不同法官对同一条文的理解有时存在较大差异，导致同案不同判，有损民事裁判的稳定性和可预见性。

（三）权衡与考量

动态系统论的法律适用虽对我国民事传统裁判方法可能造成多方面的冲击，且目前司法实践中对其理解和把握尚不一致，裁判稳定性尚且不足。现有的大部分法律应当被视为记载了民主程序下的价值选择，经历了智慧和利益的交锋。[②]然而，纷繁复杂的社会生活需要法律的调整，立法者不可能预见所有情形，亦难以对不同主体的利益作出截然分明的选择，不得已需要给予法官自由裁量权，然如果缺乏统一规范性指导，司法者的裁量过于依赖个人专业素养和主观性将导致裁判难以统一且易流于司法恣意，动态系统论为此提供了一种更优化的选项。因此，既不高估动态系统论的运用，亦不低估其对司法的影响，探寻当前动态系统论在民事裁判适用中的问题，分析其背后的原因，构建合理的动态系统论规范构造，发挥法官在裁判过程中的能动性，不失为一条有效的进路。

三、剖析：动态系统论在民事裁判中适用不一的成因透视

在前述分析中，法院在民事案件审判过程中，对动态系统论下的司法解释条文存在要素选择缺失、选择顺序随意、要素间关系考虑不充分等诸多问题。究其成因，主要包括以下几个方面。

（一）理论因素：动态系统论的局限

1.要素体系的不确定性。动态系统论的规范结构为“弹性规范+动态构造”，弹性规范将传统构成要件理论的“要件—效果”中的“要件”置换为“要素”，这些要素内含程度评价思维。同时，与传统的构成要件向法律效果的单一条件程式不同，动态系统论强调要素之间的协动作用得出妥当的法律效果。然而，在动态系统论的要素体系中，要素的权重和限定性均存在不确定性。就某一问题领域，哪些要素是重要的、应当纳入的，这些要素之间有没有位阶顺序，权重比例划分是否必要及如何划分，这些问题在法律共同体内并未形成稳定的共识。[③]故而在以动态系统论进行立法设计或司法解释时，常常难以保证要素的限定性和权重的确定。

2.基础评价和原则性示例不足。动态系统论系评价法学的一个版本[④]，其规范中不存在固定的要件，只存在相互动态协作的诸多要素。但仅有要素的协动作用，难以推导出确定的法律效果，需要基础评价乃至原则性示例。基础评价是指某一命题仅考虑一个要素 A，当满足度达到数值 T 时，法律效果为 R。而原则性示例基于法律效果

① 参见朱虎:《侵权法中的法益区分保护: 思想与技术》，载《比较法研究》2015 年第 5 期。
② 黄卉：《法学通说与法学方法论》，中国法制出版社 2015 年版，第 4 页。
③ 维尔伯格对要素赋予不同权重表示过反对，但其亦认为要素有优先次序之分。参见 Wilburg,*Zusammenspiel der krafte im Aufbau des Schuldrechts*,Acp 162(1963),S.36f.
④ 关于动态系统论带有的评价法学基因，可参考叶金强：《论侵权损害赔偿范围范围的确定》，载《中外法学》2012 年第 1 期，第 165 页。

一般由多个要素协动作用决定，故其范式为：要素 A × 充足度 a1+要素 B × 充足度 b1+.....=法律效果 R。基础评价和原则性示例由立法和判例提供，但目前，虽有司法解释和指导性案例在一定程度上弥补了立法中基础评价不足的问题，但仍远远不够。[①]

（二）主体因素：司法惯习与法官压力

1.不良司法惯习的路径依赖。在司法场域[②]中，个体有其倾向性的惯习。一方面，在要素的采纳上，基于动态系统论自身的不足、司法解释类型化处理的缺失以及具体适用规范指引的缺失，法官们常从自身的审判经验和本地司法实践长期以来形成的惯常做法出发决定要素的采纳与否以及如何衡量不同要素，继而做出裁判，体现了对法官个体审判能力水平的依赖以及对本地惯常做法的路径依赖。另一方面，在裁判文书说理上，实证表明同一司法解释条文的说理具有一定的相似性，法官们会结合案件情况罗列相应要素，但对要素之间的协动作用通常缺乏必要的阐释，要素之间存在割裂，让人无法了解法官裁判形成的过程。

2.当前制度下对法官审判带来的压力。个体决策的时候，“在他所知的可能选择方案中，总是会作出他所认为最佳的选择”[③]。运用动态系统论的司法解释条文，通常是针对法律规定不明确或争议颇大的一般条款的解释，比如“滥用民事权利”的认定、精神损害赔偿金额的确定、违约金数额司法酌减问题等，法官对此类案件的裁判文书说理时本应进行全面具体深入的论证和说理，以回应当事人。然而，面临案件数量激增与内部管理加强的双重压力的法官，需花费法官大量时间和精力的文书说理，容易在有意无意间被搁置。

（三）机制因素：适用规范的缺失

1.司法解释类型化处理缺失。目前司法解释条文本身的设置仅限于各项要素的陈列，要素之间的关系及协动作用均缺乏必要的阐释。要素数量过多且没有明确位阶顺序，更无相应权重区分，对同一条文的适用缺乏类型化分析和处理，民事审判中对条文的法律适用仍过度依赖法官个体的综合衡量，导致司法裁判的恣意和裁判尺度的不统一，动态系统论的价值未得到有效发挥。

2.适用操作规范缺失。司法实践中，对已经列举确定的要素之间如何权重排序，如何确定各要素的不同强度，继而通过类似原则性示例的公式推导出相对稳定的法律效果，尚无可供法官参考的明确路径。另外，大部分条文中存在的“等”的规定，法官在实际适用时应当如何理解和把握亦模糊不清，“等”规定里的因素还包括哪些，其权重强度如何，与其他已列举的因素之间的关系如何确定，亦无明确规范。

四、探寻：动态系统论民事裁判适用规范进路优化

动态系统论与司法裁判是理想法探索和现实法适用的关系，二者目标一致，在个案正义的实现中达到彼此的契合无间。如何在民事裁判中构建恰当机制，实现动态系统论与司法裁判的有机融合，本文将从判前、判中、判后三大阶段予以

① 已有学者指出，《欧洲侵权法原则》中就存在基础评价不足的问题。参见解亘、班天可：《被误解和被高估的动态体系论》，载《法学研究》2017 年第 2 期。

② 场域是指由各种位置构成的系列客观关系所形成的社会空间,不同位置为了强化或改变既有的客观关系(如支配与等级关系),会利用各种资本或策略进行争夺。参见[法习布迪厄:《法律的力量——迈向司法场域的社会学》,强世功译,载《北大法律评论》1999 年第 2 期。

③ 参见林毅夫：《论经济学方法》，北京大学出版社 2005 年版，第 39 页。

探析。

（一）判前：“由内向外，主动适用”

建议在判前阶段，建立健全动态系统论民事裁判适用的教育培训机制。一方面，通过定期开展“民事裁判中如何适用动态系统论”专题业务讲座，向审判人员强调动态系统论的内涵意义、功能定位，让审判人员明晰动态系统论民事裁判适用的正当性基础与预期效果，并有针对性地就动态系统论在民事裁判中适用的重点领域，比如人格权、合同等领域，加大教育培训力度，强化审判人员认同意识。另一方面，因动态系统论中的要素采纳来源于纷繁复杂的社会现实，虽在条文中予以大部分要素的确定，但亦开放了考量因素的范围。故裁判者应当加强储备丰富的阅历经验，鼓励法官更多参与社会实践，使其准确理解和把握动态系统论中的各要素及要素之间的协动作用，以提升法官对动态系统论民事裁判适用的内心认同感和自觉性，同时亦有利于提高法官在民事裁判中运用动态系统论的准确性，实现法的安定性与个案的实质正义之间的平衡。由内而外增强法官“主动适用”意识。

（二）判中：“自上而下，准确适用”

1.规范要素中的兜底条款适用规则。第一，动态系统论提供的是一个评价框架，一个论辩平台。[①]故应当具有确定性，纳入考量范围的因素内容和数量应当确定，否则容易造成评价框架之偏差。样本条文中已经明确列举的要素绝大多数在 3 个或 3 个以上，是多年来立法和司法实践丰富经验的总结，个案审理中首先应当按司法解释条文中列明的要素查明相关事实，而不得随意追加要素。第二，动态系统论倡导非封闭性、动态性理念，相关条文适用时若需增加新的要素，应当以指导性案例或人民法院案例库入选参考案例的形式予以明确，以供法官裁判参考。

2.明确要素间“重要性”的动态确定规则。其一，梳理要素，必要时分主—子要素予以明确。前述司法解释动态系统论条文中的要素数量大多在 3 个或 3 个以上，有的要素达 13 个之多，法官适用存在选择随意或选择困难，故需要对条文中的要素进行全面梳理，有必要时确定主要素及项下的子要素，区分主次，更好地导引法官探查个案事实与要素之间的照应关系。其二，根据要素“重要性”程度进行动态排序。动态系统论并非对各要素的简单罗列，在要素范围明确的前提下，应对不同要素背后的价值进行排序，位阶高的权利应优先实现，而位阶较低的权利排序在后。要素排名越前则其权重越大、作用力越大，越应在裁判时重点考虑。比如人格权与财产权相比较，人格权处于优越地位，应优先于财产权实现。不同条文因其利益考量、欲实现的功能目的、价值目标不同，要素重要性排序亦各不同。既有司法解释条文对要素进行了排序，法官在个案中应按条文中规定的顺序进行衡量。

3.构建要素间“关联性”的评价规则。要素间的关联性，法条一般未进行明确规定，需要结合相关法律规定及司法实践进行总结归纳。第一，明确要素之间属于同质关系抑或互斥关系。要素的同质关系是指有相近功能的两个要素之间具有可替换性，一个要素空缺时可能用其他同质要素替代。而互斥关系指的是要素之间相互制约、对冲相抵的关系，如果相互制约的两个要素充足度均高于平均水平时，需要法官衡量各方价值，作出取舍。第二，要素充足度划定。立法不可能对

① 解亘、班天可：《被误解和被高估的动态体系论》，载《法学研究》2017 年第 2 期。

要素间的协动关系作出一一列举，为防止自由裁量权的滥用，有必要对各要素划定充足度，作为评价基线。不同法条的不同要素可结合要素特征作出从高到低的划分，如果仅考虑一个因素时，充足度达到最高值，则其作用应得以实现，这就是评价基线。第三，要素之间的动态考察。动态系统论下的条文要素并非必须数量齐备或充足度完全满足，应综合要素的数量、强度及相互作用，动态灵活确定裁判结论。比如某个要素虽然缺失，但有其他若干同质要素且程度较高，综合衡量下仍可能实现实定法的法律效果，反之亦然。

4. 重视案例类型化整理，强化文书说理。当前，运用动态系统论立法或解释的国家大多采用“范例法”或“学者法”的形式对相关条文进行解读。最高人民法院正在大力建设人民法院案例库，收录对类案审判具有参考示范价值的案例。[①] 建议充分利用人民法院案例库平台，有针对性地收录对运用动态系统论条文审判案件的示范案例，案例应具有典型性、规范性、广泛性等特点，为统一裁判标准提供有力参考。二是强化文书说理。动态系统论的适用意味着法官将承担更重的论证义务，法官运用动态系统论进行裁判的过程是法官自由心证的过程，更是法官释法说理、充分论证的过程。法官在个案尤其是复杂案件的裁判文书中应当强化说理，将个案中的要素范围、是否齐备，要素充足度如何、要素之间如何协动作用等问题予以充分论证。一方面有利于形成法官的内心确信，确保裁判的妥当性；另一方面有利于防止司法恣意，提升裁判的可接受度。

（三）判后：“从高到低，强化适用”

在判后阶段，四级法院可从高到低建立完善相关考评反馈机制，以推动动态系统论在民事裁判中的适用。第一，建立健全动态系统论民事裁判适用的考评激励机制。一方面，结合司法责任制改革要求，探索建立民事裁判释法说理的考核评价标准，其中应包括动态系统论在民事裁判中适用情况的评价标准；另一方面，依托优秀裁判文书、典型案例等评比活动，将动态系统论在民事裁判中适用情况纳入优秀文书案例评选中，激励法官主动在民事裁判中运用动态系统论。第二，建立健全动态系统论民事裁判适用的反馈与监督机制。动态系统论的价值在于其开放性，故有必要通过大数据等方式对动态系统论适用民事裁判的质效情况进行实时研判督导，科学评估动态系统论民事裁判的适用情况，为进一步完善动态系统论民事裁判适用提供决策参考。

结　语

习近平总书记曾深刻指出：“事物是普遍联系的，事物及事物各要素相互影响、相互制约，整个世界是相互联系的整体，也是相互作用的系统。”动态系统论的司法适用中蕴含着系统思维和动态开放理念，相较于立法上对动态要素的列举，强调司法实践中法官对各种冲突利益的动态平衡和系统把握才是动态系统论真正的精髓。[②]后《民法典》时代下，司法应当采取开放的姿态，积极探索动态系统论下司法裁判方法的转变，确保法律的正确适用，努力实现裁判尺度统一，满足人民群众对公平正义的期待和要求。

参考文献

[1][德]伯恩·魏德士：《法理学》，丁小春等译，法律出版社 2003 年版。

① 参见法[2024]92 号《人民法院案例库建设运行工作规程》。

② 参见王桂玲：《侵权责任法保护的民事权益的表达模式与完善路径》，载《政法论丛》2016 年第 2 期。

[2] 黄卉：《法学通说与法学方法论》，中国法制出版社 2015 年版。

[3] 林毅夫：《论经济学方法》，北京大学出版社 2005 年版。

[4] [日]山本敬三:《民法中的动态系统论——有关法评价及方法的绪论性考察》，解亘译，载梁慧星主编:《民商法论丛》(第 23 卷)，法律出版社 2002 年版。

[5] [德] 卡尔•拉伦茨：《法学方法论》（第 6 版），黄家镇译，商务印书馆 2020 年版。

[6] [奥]维尔伯格:《私法领域内动态系统体系的发展》, 李昊译, 载《苏州大学学报（法学版）》2015 年第 4 期。

[7] [奥]库齐奥:《动态系统导论》, 张玉东译，载《甘肃政法学院学报》2013 年第 4 期。

[8] 王利明:《民法典人格权编中动态系统论的采纳与运用》，载《法学家》2020 年第 4 期。

[9] [奥] 赫尔穆特·柯启尔:《论法典化对法的塑造力——以〈奥地利民法典〉、〈法国民法典〉和〈德国民法典〉中的损害赔偿法为例》，史梦宵、邸楠译，载邵建东等主编:《中德法学论坛》(第 10 辑)，法律出版社 2013 年版。

[10] 黄泽敏:《法律漏洞填补的司法论证》，载《法学研究》2020 年第 6 期。

[11] 王磊：《动态体系论：迈向规范形态的“中间道路”》, 载《法制与社会发展（双月刊）》2021 年第 4 期。

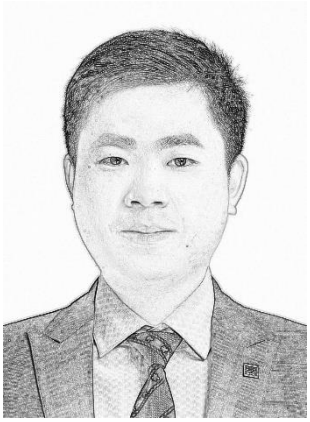
[12] 朱虎:《侵权法中的法益区分保护:思想与技术》，载《比较法研究》2015 年第 5 期。

[13] 叶金强：《论侵权损害赔偿范围范围的确定》，载《中外法学》2012 年第 1 期。

[14] 解亘、班天可：《被误解和被高估的动态体系论》，载《法学研究》2017 年第 2 期。

催缴失权制度的问题与研究

姜松炎



姜松炎律师，北京德和衡律师事务所高级合伙人、争议解决业务中心副总监、战略与发展委员会秘书长，并购交易师。主要业务领域为公司法诉讼、股东争议解决及上市公司、国企争议解决，代理的多个案件入选人民法院案例库。

摘　要：新《公司法》第五十二条的催缴失权制度是完善资本制度的关键一环，但其在程序公正与适用范围上存在解释争议。本文聚焦两大核心问题：其一，通过体系与目的解释，论证了在失权决议中构建关联董事回避规则的必要性，以防止大股东滥用权利，并提出司法类推与立法补充的解决路径。其二，深入探讨了该制度与出资加速到期制度的衔接，主张法定加速到期应被视为对章程出资日期的“法定修改”，未履行加速到期义务的股东同样应被纳入失权制度的规制范围。厘清上述问题旨在确保制度公正运行，有效维护中小股东与债权人利益，夯实公司资本信用。

关键词：催缴失权；股东失权；关联董事回避；加速到期

前　言

2023 年出台的《中华人民共和国公司法》对资本制度进行了一系列的改革和完善，其中在第 52 条规定的催缴失权制度，该制度是对《公司法司法解释（三）》第 17 条规定的股东除名制度的改良，相较于股东除名制度，其扩展了适用范围，将失权股东的范围从未履行出资义务扩展至包括未完全履行出资义务，即从全部失权扩展至部分失权。催缴失权制度旨在遵循公司资本充实原则，及时督促未履行或未完全履行出资义务的股东履行出资义务，在确保公司资本真实、保障公司正常经营、维护债权人利益等方面具有重要意义。但随着司法实践的深入，新《公司法》所规定的催缴失权制度的不足逐渐显现：如董事会作出失权决议时关联董事是否应当回避表决等等。本文将围绕催缴失权制度本身展开研究，探讨其背后的法理基础、与相关制度的区分以及目前存在的问题。

一、制度解析

在认缴资本制下，股东按期足额缴纳其认缴的出资，是公司得以稳定运营和对外承担责任的基石。为了有效应对股东怠于履行出资义务的情形，我国《公司法》第五十二条规定了催缴失权制度。该制度赋予了公司在特定条件下，经由法定程序剥夺未履行出资义务股东相应股权的权利。

（一）法理基础

《公司法》第五十二条催缴失权制度的法理基础，核心在于维护资本充实原则与保障交易安全。

首先，该制度是资本充实原则在认缴制下的重要保障。资本是公司信用的根本，是其对外承担债务责任的物质基础。虽然认缴制允许股东在章程规定的期限内分期缴纳出资，但这并不意味着可以无限期拖延或拒绝缴纳。股东的出资承诺构成了公司的“期待资本”，对公司的债权人形成了一种信用背书。如果允许股东长期欠缴出资，将导致公司注册资本与实有资本严重不符，将直接损害公司、其他已履约股东以及公司债权人的利益。催缴失权制度通过赋予公司主动清理“僵尸出资”的权利，确保了公司资本最终能够得到有效填充，维护了资本的真实性与充实性。

其次，该制度服务于交易安全的维护。市场主体在与公司进行交易时，往往会将其注册资本作为判断其履约能力和信用的重要参考。催缴失权制度的存在，向市场传递了一个明确信号：公司的资本结构是有保障的，对于恶意欠缴出资的股东，公司有权依法将其清除，从而恢复资本的完整性。这增强了外部交易伙伴对公司的信心，降低了交易风险，维护了整个市场的稳定与秩序。

（二）决策主体

根据《公司法》的规定，催缴失权制度的决策主体是公司本身，具体由公司董事会执行。

法律将这一权力赋予公司董事会，是基于董事会对公司负有的忠实与勤勉义务。董事会作为公司的核心经营决策机构，其根本职责之一就是确保公司的资产完整和运营稳健。股东的出资是公司最重要的资产来源，保障出资按时到位，是董事会管理公司资产的应有之义。

由董事会作为决策主体，体现了公司内部治理的自主性。它使得公司能够高效、主动地解决内部的出资违约问题，而无需凡事都诉诸于司法程序，这不仅节约了司法资源，也提高了解决问题的效率，能够更快地弥补公司资本的缺口。

（三）程序要求

董事催缴出资包括失权催缴和非失权催缴，只有公司选择失权催缴才能进入股东失权程序[①]。为了防止公司滥用这项严厉的权利，损害股东的合法权益，《公司法》对催缴失权设定了严格且明确的程序要求，体现了对程序正义的尊重。

1. 发出书面催缴书：程序的第一步，是公司董事会必须向未按期足额缴纳出资的股东发出书面形式的催缴书。口头催告不具备法律效力。

2. 明确催缴事项与宽限期：催缴书中必须明确载明本次催缴的出资额和缴纳期限。法律特别规定，这个缴纳期限（即宽限期）不得少于六十日。设立一个不短于六十日的宽限期，是为了给予股东一个充分的、最后的补正机会，防止因暂时的资金困难或信息不畅而导致股东权利的丧失。

3. 明确告知失权后果：催缴书中必须明确告知股东，若逾期仍未缴纳，其将丧失所持有的未缴纳出资部分的股权。这一要求保障了股东的知情权，使其能够清楚地预见到不履行义务将面临的严重后果，从而审慎决策。

4. 作出失权处理：公司在催缴出资的宽限期届至后，并不一定会选择使股东丧失未缴纳出资部分的股权，此时存在两种选择，其一是选择以董事会决议失权，发出失权通知;其二是董事会决议要求股东继续履行出资义务，发出非失权催缴通知[②]。

这一系列严格的程序环环相扣，确保了失权决定的作出是审慎且公正的，充分平衡了公司利益与股东权利的保护。

（四）法律后果

股东一旦被依法催缴失权，将产生直接且确定的法律后果，即永久丧失其未缴纳出资部分所对应的股权。

这一后果是根本性的。所谓“丧失股权”，意味着该股东不再是这部分股权的所有人，从而丧失了基于这部分股权所享有的一切股东权利，包括但不限于资产收益权（如分红）、参与重大决策权（如表决权）和选择管理者权等。该股东与公司之间基于这部分股权的法律关系彻底终结。

对于公司而言，在对该部分股权作出失权处理后，可以采取进一步措施来弥补资本。公司可以将这部分已被收回的股权进行转让，引入新的投资者缴纳相应的出资；或者，如果暂时无法转让，也可以依法进行减资，将该部分股权予以注销，使公司的注册资本与实缴资本相匹配。无论采取何种方式，其最终目的都是为了修复公司的资本结构，使其恢复健康状态。

二、与股东除名制度的区分

股东除名制度最早由《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(三)》（以下简称“《公司法解释三》”）第 17 条确立，性质上属于司法解释对既有法律漏洞的填补，其适用须以公司章程或股东会决议未作相反约定为前提，具有补充性与任意性规范色彩。而催缴失权制度则直接由 2023 年修订的《公司法》第 52 条确立，属于法律层面的强制性规范，其适用不以公司章程另有约定为转移，具有优先适用的效力。二者的主要区别如下：

1. 制度功能不同。股东除名制度的核心功能

① 赵磊：《股东优先购买权的性质与效力——兼评〈公司法司法解释四〉第 20 条》，《法学家》2021 年第 1 期，第 142–155 页。
② 曾祥生：《股东失权制度研究》，《法学杂志》2024 年第 6 期，第 72–85 页。

在于涤除股东资格，以维护公司资本真实与股东间的人合性[①]，股东除名具有身份性，针对股东资格而非出资额[②]；催缴失权制度则聚焦于出资债权的实现，通过程序性催缴与宽限期设置，以“失权”而非“除名”的方式剥夺股东未缴部分的股权，其制度重心在于资本充实。

2. 适用情形不同。根据《公司法解释三》的规定，股东除名制度适用于股东未履行出资义务或者抽逃全部出资的“完全未出资”的情形；而催缴失权制度适用于股东部分或完全未履行出资的情形，有利于。

3. 适用对象不同。股东除名制度仅适用于有限公司，目的在于维护有限公司的人合性；而根据新《公司法》第 52 条以及第 107 条，催缴失权制度适用于有限公司及股份有限公司，这有利于维护公司资本充实，保障公司资本制度的一致性。

4. 决策主体不同。股东除名程序的决策权归属于股东会，且被除名股东必须回避表决。但是催缴失权的决策权归属于董事会，对于关联董事是否需要回避表决，《公司法》并未作出明确规定。

5. 法律后果不同。股东除名制度剥夺的是股东的资格，而催缴失权制度仅使瑕疵出资股东丧失其未出资部分对应的股权。在股权后续处理上，二者也有明显差别。股东除名制度中在相应股权被转让或者公司依法减资以前，被除名股东并不免除出资义务；而催缴失权程序中，失权股东所享有的股权应当在 6 个月内依法转让或减资注销，股东失权后对于该部分股权不再享有出资义务。

三、“宽限期”存在立法空白

（一）问题的提出

新《公司法》第 52 条通过创设“催缴失权”程序，为解决股东出资不实问题提供了高效的手段和工具。其中，条文明确要求催缴通知书须“载明不少于六十日的宽限期”，宽限期的规定存在相当的合理性。首先，它保障股东在面临失权前有充分的决策与筹资时间，为瑕疵出资股东争取合理期限[③]。其次，它彰显了失权作为“最后手段”的审慎性，防止被滥用。最后，它是在公司资本充实效率与保护股东投资权益之间寻求的立法平衡点，确保制度公平。

然而，法律仅规定了合规通知的要件，却对公司发出的催缴通知书宽限期不足六十日或未载明宽限期此等瑕疵情形的法律效力未置一词，此一规范上的留白，构成了实践中极易引发争议的法律风险点。

（二）瑕疵通知的效力辨析

新《公司法》第 52 条以“不少于六十日的宽限期”为股东失权程序划定了明确的程序性底线。然而，当公司发出的催缴通知书未能完全遵循此规定时，其法律效力应如何认定，法律并未明示，从而形成了亟待解释的规范空白。

对此，有观点认为，不少于六十日的宽限期为公司发出失权通知的必要生效条件，只要催缴通知书未载明宽限期，公司不能向出资不实的股东发出失权通知[④]。有观点认为此时应当以六十日为准，即使催缴书未载明宽限期或者宽限期少于

① 于莹、申玮：《股东失权制度的法律构造》，《吉林大学社会科学学报》2023 年第 6 期，第 32–44、230–231 页。
② 刘炳荣：《论有限责任公司股东除名》，《厦门大学法律评论》（第 8 辑），厦门大学出版社 2004 年版。
③ 赵旭东、邹学庚：《催缴失权制度的法理基础与体系展开》，《中国应用法学》2024 年第 3 期，第 29–38 页。
④ 王东光：《股东失权制度研究》，《法治研究》2023 年第 4 期，第 33–45 页。

六十日，只要自公司发出催缴通知之日超过六十日，董事会就有权作出失权决议，使瑕疵出资股东丧失其未缴出资部分的股东资格[①]。

本文认为，不宜采取“一刀切”的无效认定，而应基于通知书所承载的“意思表示”之差异，对“未载明宽限期”与“载明了不足法定期间的宽限期”两种情形作区分化处理，此种二分法解释路径更符合效率与公平的平衡。

1．未载明宽限期

若催缴通知书仅要求股东缴纳出资，而完全未提及任何宽限期，则该通知的法律性质应被界定为新《公司法》第 51 条下的“常规催缴”。其法理依据在于意思表示的核心要素欠缺。

第 52 条的失权程序，其本质是在履行催告之外，附加了一项极其严厉的法律后果——“若逾期不缴，将丧失股权”。因此，一份能够触发失权程序的催缴书，其意思表示必须包含两个层面：一是“催缴”本身，二是“失权之后果警告”。未载明宽限期的通知书，仅完成了第一个层面的意思表示，即要求履行出资义务，而完全没有向股东传达出“这是一个附带失权后果的最后通牒”这一关键信息。股东在收到此类通知时，其合理预期是公司在进行一次普通的债务催收，后续可能面临诉讼等常规救济，而无法预见到其股权本身正处于即刻被剥夺的风险之中。因此，由于缺少启动失权程序所必备的“警告”及“期限”要件，该通知在法律上无法构成第 52 条项下的失权前置程序，公司不得依据该通知在任何时间点后作出失权决议。

2．宽限期不足法定期间

与前述情形不同，若催缴通知书载明了一个宽限期（例如三十日），则情况发生了质的变化。尽管该期限在形式上不符合“不少于六十日”的法定要求，但其法律效力不应被简单否定。本文认为，只要公司在事实上给予了股东足额的六十日等待期，该通知的形式瑕疵即可被视为得到了实质性补正。

其核心法理在于，此种通知已经完成了失权警告的关键意思表示。当股东看到通知载明“限期三十日内缴纳，否则将予以失权”时，其已经明确知晓：这并非一次普通催缴，抗辩的后果将直接触及其股权本身。该通知的“警告效力”已经产生，成功地将程序从第 51 条的轨道切换到了第 52 条的轨道。

此时，三十日的期限设定是一个形式上的程序瑕疵。该瑕疵的根源在于侵犯了股东法定的“最低思考与筹备期”。然而，这种对程序利益的侵犯是可以被治愈的。如果董事会在发出该瑕疵通知后，并未在三十日期满后立即作出失权决议，而是保持了耐心，在实际经过了自通知发出之日起的六十日之后，才召开董事会决议失权，那么，法律保护股东的“六十日宽限期”之立法目的已经在客观上得以实现。股东事实上并未因通知书上的笔误或公司的错误认知而损失任何一天法定的准备时间。在此情形下，若仍以最初通知的形式瑕疵为由，全盘否定公司启动失权程序的权利，将导致“为程序而程序”的僵化后果，不仅有违公司治理的效率原则，也过度保护了本已违约在先的股东，使其得以利用公司的微小形式失误逃避应承担的法律后果。

综上所述，对于催缴通知宽限期的瑕疵问题，应采纳一种更具弹性和实质正义的二分法解释：未载明宽限期的通知，因欠缺失权警告的意思表示，应被视为常规催缴；而载明了不足额宽限期

① 邹海林：《股东失权制度的解释及其展开》，《法律适用》2025 年第 4 期，第 3–22 页。

的通知，因已具备失权警告的核心功能，其形式瑕疵可以通过公司董事会“实际等待满六十日”这一后续行为予以补正，从而为启动失权决议扫清程序障碍。此种解释路径既维护了第 52 条的立法精神，又兼顾了公司治理的实际需求，是实现法律确定性与个案公平性的优选方案。

四、关联董事回避表决问题

在《公司法解释三》规定的股东除名制度中，除名权力授予了股东会，被失权股东不得参与股东会决议。在实践中，存在持有公司 1%股份的股东将持有公司 99%股东除名的情形。新《公司法》第 52 条将股东失权的启动权与决定权赋予董事会，体现了“董事会中心主义”的立法趋势，旨在提升公司治理效率。然而，该条文在授予董事会强大权力的同时，却对一个核心程序正义问题保持了沉默——当决议所涉的未出资股东为公司董事或与某位董事存在关联关系时，该关联董事是否应当回避表决？此一立法上的漏洞，不仅可能动摇失权制度的公平根基，更有使其异化为大股东清除异己、巩固控制权的工具之虞，亟待从解释论与立法论上予以补正。

（一）立法空白产生的制度风险

失权制度的立法本意在于维护公司资本充实，保障已履行义务股东的平等权益。但董事会决策机制的内在属性决定了其易受控制权影响。在我国股权高度集中的公司实践中，大股东往往通过提名或委派控制董事会多数席位。若不设回避规则，大股东完全可以操控董事会，对同样未履行出资义务的股东进行“选择性执法”：对自身或其关联方的违约行为予以豁免或拖延，而对持有异议的小股东则迅速、严厉地启动失权程序。如此一来，第 52 条将从一项旨在矫正出资瑕疵的财产法工具，蜕变为一项服务于控制权斗争的人合性工具，彻底背离其制度初衷。这不仅直接违反了新《公司法》第 20 条所确立的股东平等原则，也构成了对第 180 条董事忠实义务的根本违背，因为关联董事参与表决的行为，本质上是将其个人利益或其关联方利益凌驾于公司整体利益之上。

（二）解释路径

在法律未作明文规定的情况下，应通过体系解释与目的解释，推导出关联董事当然回避的法理依据。

首先，从体系解释上看，新《公司法》第 185 条在规定关联交易时，明确要求“关联董事不得对该项决议行使表决权”，并设计了董事会人数不足时提交股东会审议的衔接方案。失权事项对股东权益的影响，其严重性与直接性丝毫不亚于关联交易，二者在防范利益冲突、保障决策公允性上的内在法理逻辑是完全一致的。根据“同一法律体系内类似事务应作相同处理”的原则，第 185 条的回避规则理应类推适用于第 52 条的失权决议场景。

其次，从目的解释上看，第 52 条失权制度与《公司法司法解释（三）》第 17 条的股东除名制度功能相似，司法实践中早已形成“被除名股东在股东会表决时应予回避”的共识。新法将部分决策权由股东会下沉至董事会，其目的在于提升效率，而非削弱程序公正。若允许关联董事参与表决，将导致比原有除名制度更为宽松的程序标准，形成法律评价的内在矛盾，显然不符合立法者意图。

（三）补正建议

为填补此一立法漏洞，确保失权制度的公正运行，应构建如下双层回避机制：

第一，解释论层面：司法机关在审理“失权异议之诉”时，应主动审查董事会决议程序。若发现关联董事未回避表决，可将其作为认定董事会决议存在程序瑕疵、进而支持股东异议的重要考量因素。同时，应明确类推适用第 185 条，认定关联董事有主动申报并回避的义务。

第二，立法论层面：未来的《公司法》司法解释或修正案，应当对第 52 条进行补充，增设一款：“董事会就股东失权事项作出决议时，与该股东存在关联关系的董事不得参与表决，也不得代理其他董事行使表决权。因关联董事回避表决导致董事会无法作出有效决议的，应当将该事项提交股东会审议，关联股东不得参与表决。”

综上，为失权决议增设关联董事回避规则，不仅是防范大股东滥用权利、保护中小股东利益的必要屏障，也是维护董事忠实义务、贯彻股东平等原则、保持公司法规范体系逻辑自洽的必然要求。

五、与股东加速到期制度的衔接

新《公司法》以强化股东出资责任、夯实公司资本信用为核心目标，其中第五十二条的催缴失权制度与第五十四条的出资加速到期制度共同构成了追索股东出资的重要法律武器。然而，当这两个制度发生交叠时，一个关键的解释学难题随之产生：对于因公司不能清偿到期债务而被要求提前缴纳出资的股东，在其未履行该加速到期的缴纳义务时，公司是否有权依据第五十二条启动催缴程序并最终使其丧失股权？本文认为，对此问题的肯定性回答不仅具有法理上的正当性，更是实现新《公司法》立法精神的必然要求。

（一）问题的提出

新《公司法》的制度设计清晰地划分了两个场景。第五十二条的催缴失权制度，针对的是“股东未按照公司章程规定的出资日期缴纳出资”的情形，它是一个由公司董事会主动发起的、旨在维护资本充实的内部治理工具。而第五十四条的出资加速到期制度，其触发条件是“公司不能清偿到期债务”，是为保护外部债权人而设的特殊救济措施，它将股东在章程中约定的远期出资义务，通过法律的强制力提前至当下。

解释上的困境源于第五十二条的文本表述。从严格的文义解释出发，“公司章程规定的出资日期”似乎仅指章程中白纸黑字写明的那个原始日期。据此，因法律规定而产生的“加速到期日”，并非“章程规定”的日期，从而导致股东即使在加速到期后仍不缴资，也无法适用失权制度。这种观点将加速到期视为一种法定的例外，而非对章程出资安排的变更。然而，另一种观点则认为，出资义务的加速到期，本质上构成了对原章程出资日期的“法定修改”，经法律修正后的“到期日”即为股东当下必须履行的义务时点，若不履行，自然应落入失权制度的规制范围[①]。

（二）法定修改说的合理性与目的性

本文倾向于并支持后一种观点，即出资加速到期构成对出资日期的法定修改，未按期缴纳的股东可以适用催缴失权制度。其理由如下：

首先，从立法目的解释，这是充实公司资本、救济公司危困的根本要求。第五十四条的立法本意是应对注册资本认缴制下股东拖延出资的流弊，

① 李建伟、何健：《股东催缴失权制度的规范完善与功能调适》，《国家检察官学院学报》2025 年第 1 期，第 88–101 页。

增加公司责任财产，提高公司的偿债能力[①]。如果股东在被要求提前缴资后，仅产生一笔对公司的普通金钱债务，而公司无法采取更有效的措施，那么这项制度的效力将被大打折扣。此时的公司往往已诉讼缠身、执行能力受限，通过漫长的诉讼程序追索一笔金钱债务，对于身处危机的公司而言可能远水解不了近渴。相反，若能适用失权制度，公司便获得了主动权，可以通过将失权股权进行转让的方式，引入愿意立即缴纳出资的新投资者，从而最直接、最快速地为公司注入“救命钱”，实现资本的实质性回血。这与“有利于公司资本之充实”的立法价值取向完全契合。

其次，从体系解释的角度，这有助于维护法律责任体系的内在协调性。如果一个股东在正常经营状态下未按期出资，公司可以剥夺其股权；而在公司已陷入危困、其出资义务更为紧迫的“加速到期”状态下，其违约责任反而从面临“失权”的风险降格为仅承担“债务”，这在逻辑上是矛盾的。法律对更严重情境下的违约行为，理应配置不轻于、甚至重于一般情形的法律后果。将加速到期后的违约行为纳入失权制度的调整范畴，确保了责任阶梯的合理性，避免了法律适用上的“价值倒挂”。股东的出资义务，无论其履行期限是源于章程约定还是法律规定，其性质和重要性是相同的，对该义务的违反所应承担的责任后果也应保持一致。

（三）程序上的衔接路径

在确认实体法适用性的基础上，程序上的衔接路径也随之清晰。当第五十四条的条件成就，公司或债权人要求股东提前缴纳出资后，该股东即负有了在指定合理期限内缴纳出资的法定义务。若股东逾期未缴，公司董事会便获得了启动第五十二条程序的法律依据。此时，董事会应向该股东发出书面催缴书，催缴已被法律加速到期的出资，并给予其不少于六十日的宽限期，同时明确告知逾期不缴将丧失股权的后果。若在该宽限期后，股东仍未履行，公司便可依法作出失权处理，并进行后续的股权转让或减资注销。

综上所述，将新《公司法》第五十四条规定的出资加速到期解释为对章程出资日期的“法定修改”，进而为第五十二条催缴失权制度的适用扫清障碍，是符合立法目的、契合法理逻辑的正确路径。这种解释不仅赋予了公司在危困时期实现自救的有力工具，也确保了法律责任体系的内在和谐与统一，最终将股东的认缴承诺更有效地转化为公司实有的责任财产，为维护交易安全和市场信用提供了坚实的制度保障。

六、结语

新《公司法》第五十二条确立的催缴失权制度，是强化资本充实原则的核心工具。然而，其在程序公正与适用范围上存在关键的解释空白，亟待填补。本文聚焦于两大核心争议：失权决议中的关联董事回避问题，以及该制度与出资加速到期制度的衔接问题，并提出以下解释与完善路径。

其一，针对失权决策权下移至董事会所引致的程序风险，本文主张，必须通过体系解释与目的解释，确立关联董事的回避规则。允许利益相关方参与表决，不仅违背董事忠实义务，更可能使该制度异化为大股东排挤异己的工具，动摇其公平根基。为此，应在司法上类推适用关联交易

① 李建伟：《公司法评注》，法律出版社 2024 年版，第 232–233 页。

的回避规定，并在立法上通过司法解释等方式明确增补，确保程序正义。

其二，对于因公司不能清偿到期债务而被要求加速出资的股东，本文基于“法定修改说”力主，其同样应被纳入催缴失权制度的规制范围。若将法定加速到期义务排除在外，将严重削弱法律对债权人的保护力度，并造成责任体系的逻辑断裂。将加速到期后的缴资义务视为对章程出资安排的法定更新，是维护新法立法目的的必然要求。

综上所述，为催缴失权制度配置“程序上的防火墙”（关联董事回避）与“实体上的全覆盖”（适用于加速到期），是确保其公正、有效运行的关键。此种解释与完善路径，不仅是对股东平等原则与董事忠实义务的重申，更是将股东的认缴承诺有效转化为公司责任财产，从而夯实资本信用、维护交易安全的制度保障。唯有通过此种精细化的制度构建，方能使新《公司法》的立法善意，真正落地为促进市场健康发展的法治力量。

参考文献

[1] 赵磊：《股东优先购买权的性质与效力——兼评〈公司法司法解释四〉第 20 条》，《法学家》2021 年第 1 期，第 142–155 页。

[2] 曾祥生：《股东失权制度研究》，《法学杂志》2024 年第 6 期，第 72–85 页。

[3] 于莹、申玮：《股东失权制度的法律构造》，《吉林大学社会科学学报》2023 年第 6 期，第 32–44、230–231 页。

[4] 刘炳荣：《论有限责任公司股东除名》，《厦门大学法律评论》（第 8 辑），厦门大学出版社 2004 年版。

[5] 赵旭东、邹学庚：《催缴失权制度的法理基础与体系展开》，《中国应用法学》2024 年第 3 期，第 29–38 页。

[6] 王东光：《股东失权制度研究》，《法治研究》2023 年第 4 期，第 33–45 页。

[7] 邹海林：《股东失权制度的解释及其展开》，《法律适用》2025 年第 4 期，第 3–22 页。

[8] 李建伟、何健：《股东催缴失权制度的规范完善与功能调适》，《国家检察官学院学报》2025 年第 1 期，第 88–101 页。

[9] 李建伟：《公司法评注》，法律出版社 2024 年版，第 232–233 页。

意定监护中被监护人意思自治与限制的平衡机制研究

施　燕

施燕律师具有扎实的法学理论功底、严谨的逻辑思维能力、丰富的实践经验，努力践行法学理论与实践相结合。在律师从业经历中以当事人利益为最高利益，以法律为最高准绳，以“专业、专心”为最高原则，为委托人提供优质的法律服。主要从事疑难复杂婚姻家事纠纷解决（尤其是涉及财产种类、性质及数量较多的婚姻继承纠纷）、公司法律顾问、财富传承等，具备一专多能的业务能力。

摘　要：我国《民法典》所确立的意定监护制度，因与“全有或全无”的行为能力宣告制度刚性绑定，在实践中面临启动困难与功能异化的困境，导致其从“协助决策”的立法初衷滑向“替代决策”的现实结局，致使被监护人意思自治空间受到不当压缩。为解决此问题，本文以意定监护的有效启动为切入点，审视现行规范抽象化与行为能力宣告机制所带来的制度瓶颈。研究主张，应在解释论上构建意定监护与行为能力宣告的“软脱钩”理论，将监护权限的启动与运行从僵化的类型化宣告，转向以被监护人“剩余意思能力”为核心的个案化评估。在此基础上，应通过确立“预先指示”的法律效力、引入动态意思能力评估机制及构建“支持者”制度来保障意思自治；同时，通过适用“最小限制”与“最佳利益”原则，明确监护人超越被监护人意愿的例外情形，从而形成意思自治与必要限制的平衡机制，以期推动我国意定监护制度回归其尊重自我决定权的根本价值。

关键词：意定监护；意思自治；成年监护

一、研究背景和问题提出

当前中国人口老龄化问题加剧，“失独家庭”“空巢老人”“独居老人”等特殊群体的养老问题日益凸显，社会对成年监护制度的需求急剧增长。主要涉及老年人权益保障问题的制度设计越来越被重视并早早在法学研究和社会学研究层面介入并提上日程，在其中意定监护制度作为全世界大范围内正在研究的制度之一，较早确立了人权保障、老年人权益保护等更能适应社会需求的现代监护制度，尤其是确立了在效力和适用上优先于法定监护的意定监护制度。意定监护制度在中国早早便落地开花，在很多法律文件中都有所体现，2012 年修订的《老年人权益保障法》首次在我国立法中确立了意定监护制度，标志着我国成年监护制度从单一的法定监护模式向多元化监护体系的重要转变。2017 年，意定监护相关内容纳入《民法总则》，2021 年 1 月 1 日《民法典》正式施行，进一步完善了意定监护制度的法律框架，但现在仍有些许不完善，需要在立法论和解释论上做出实施细则的精分和法理上的明晰解释。虽然我国民法已经确立了意定监护制度，但是相关的规范内容较为粗疏，缺失意定监护的重要部分及其配套规则，使得这项制度在实践运行中存在一定隐忧。一方面民法典 33 条规定的是原则性和系统性的规定，并未说明具体实施理论基础和实施细则，在实践中鲜为人所熟知和使用意定监护相关规则，实践便是如此证明的，在报道的意定监护比例和案例数量较少，意定监护很难被启动造成意定监护制度的闲置，另一方面在是实施过程中难以对被监护人的意思表示做出限定和说明，尤其是在被监护人丧失一定的行为能力之后，该如何限定或允许其意思的扩张，其在认定标准上存在模糊地带进而加剧在人口老龄化越发严重的背景下，此项制度却被长期搁置亦或是启动成本巨大。

意定监护制度的核心价值在于尊重被监护人的意思自治，允许具有完全民事行为能力的成年人根据自己的意愿预先选择监护人，安排自己丧失或部分丧失民事行为能力后的生活照料和财产管理等事务。这一制度突破了传统法定监护的限制，体现了现代监护理念从“替代决策”向“协助决策”的转变。[①]

然而，意定监护制度在实践运行中面临着诸多挑战。其中最突出的问题是如何在充分尊重被监护人意思自治的同时，确保其合法权益得到有效保护。特别是在行为能力认定与监护权行使的关系问题上，现行法律规定过于机械和僵化，难以适应复杂多样的社会需求。我国现行制度仍然将简单类型化的欠缺民事行为能力宣告作为设立成年监护的前置条件，这种做法不足以应对老龄化带来的社会冲击，也不符合国际社会关于成年监护制度改革的发展趋势。

在这一背景下，关于意定监护的相关解释论需要不断跟进，需要实现意定监护与行为能力欠缺认定之间的适度分离，使意定监护的启动并不完全依赖于严格的行为能力认定程序，从而为被监护人保留更多的自主决定权。

意定监护的根本理念是从“替代决定”转向“协助决定”，其核心价值在于最大限度地尊重并保障成年人在意思能力健全时的自我决定权，也即其当时的意思自治。[②]但现实的《民法典》第

①参见迟颖：《成年法定监护中被监护人的真实意愿——〈民法典〉第 35 条第 3 款解释论》，载《清华法学》2023 年第 2 期。
②参见李霞：《成年监护制度的现代转向》，载《中国法学》2015 年第 2 期。

33 条规定，意定监护制度在成年人“丧失或部分丧失民事行为能力”时启动。这一规定虽然体现了对被监护人意愿的尊重，但这实际上将意定监护的生效与《民法典》第 24 条的“行为能力宣告”制度强行绑定。这种绑定导致了三重悖论。

首先，能力推定僵化。《民法典》第 33 条规定意定监护“在被监护人丧失或部分丧失行为能力时”，虽然未直接规定意定监护的启动条件，但该条将“履行监护责任”和“行为能力认定”进行了绑定，实际上据此可以认为意定监护合同的生效条件是“被监护人丧失或者部分丧失民事行为能力”，履行监护职责规定这种绑定本身的行为能力宣告就有些许问题，行为能力的认定标准过于僵化，现行制度将成年人简单划分为完全民事行为能力人、限制民事行为能力人和无民事行为能力人三类，忽视了个体差异以及行为能力的渐进或恢复的特征。特别是在老龄化社会中，许多老年人的认知能力呈现出逐步衰退的过程，很难用简单的类型化标准进行界定。并且成年人一旦被宣告为限制或无行为能力人，法律上即推定其意思能力的残缺或丧失，实质忽视了被宣告者在其他特定事务领域仍可能保有有效意思表示能力的客观事实，构成对其意思自治的不当限缩。

其次，绑定导致制度启动的滞后性。根据《民法典》第 24 条的规定的确认民事行为能力事项，要启动确认程序需要提供医学诊断证明、司法鉴定等大量证明事项和材料，在当下法院审判负担沉重的背景下，确认民事行为能力的过程冗长且成本高。

最后，意定监护制度启动原因和后果与法定监护别无二致。在意定监护中，意定监护设置的意图是为了给被监护人一定空间的选择监护人的权利和方式，以辅助自己在行为能力不足时协助自己处理事项，基于意定监护选定的监护人基于该意思表示产生并享有特殊代理权，也当然不会享有与法定监护人相同的大范围的代理权限。并且基于一般身份关系而产生的法定监护人，其监护职责涉及“监护领域”和“侵权领域”既包括协助或完全代被监护人实施民事法律行为，也包括为监护人的行为负责而承担监督其行为和代其承担侵权后果的责任，以保护被监护人的合法权益并防止被监护人实施侵害他人的行为。简言之，法定监护职责是法定的、全面的（人身、财产、侵权监管）；意定监护职责是约定的、有限的（主要是法律行为代理）。与法定监护不同的是，对意定监护的限制和启动条件应当宽松，如前所述，意定监护设置的初衷是为了协助被监护人处理事务并且在被监护人能力不足时作为其辅助登场，并且被监护人的行为能力此时不必然受到限制和剥夺。综上，意定监护与法定监护在监护职责、权限以及对行为能力的影响均有所不同。但《民法典》第 33 条关于意定监护的启动条件却与行为能力的认定相挂钩，该条款设计使得意定监护与法定监护在功能呈现一致性——仅在选任监护人的程序上有差异，在监护启动时点、法律效果等核心要素上未有区别，现如今此种意定监护的启动方式似乎忽略了该项制度的“自我决定权延伸”的立法初衷，并且个人意思表示和行为能力认定的强行绑定，使得意思表示收到限制，并且使意定监护在司法实践中面临被法定监护体系消解的现实困境。

由此可知，现行意定监护中的启动所涉及的“全有或全无”的行为能力宣告制度，是导致意定监护中意思自治与限制失衡的制度瓶颈。

二、困境审视

（一）法律规范的原则性的局限抽象化

《民法典》第 33 条虽以立法形式确立意定监护制度，但其规范内容仅停留在“书面协商确定监护人”的原则性层面，缺乏实体与程序层面的细化规则，导致制度在实践中难以充分承载“尊重被监护人意思自治”的核心价值，形成“规范供给不足—实践操作混乱—意思自治落空”的连锁反应。

从实体规则看，该条未明确意定监护的核心要素，导致被监护人的自主意愿缺乏规范载体。《民法典》第 33 条未界定“监护职责范围”“代理权边界”“监护人报酬请求权”等关键内容——被监护人无法通过协议明确“哪些事务自主决定、哪些事务需监护人协助”，只能被动接受法定监护的概括性权限框架，导致其意思自治被压缩至“仅能选择监护人”的狭窄范围。[①]该条未区分意定监护与法定监护的职责差异，实践中常出现“意定监护人照搬法定监护权限，全面替代被监护人决策”的现象，违背意定监护“尊重自主意愿”的立法初衷。[②]由于缺乏代理权范围的细化规则被监护人的意思自治恐沦为形式。

从程序规则看，该条未规定意定监护的生效要件、公示方式与监督机制，导致被监护人的意愿缺乏程序保障。《民法典》第 33 条未要求意定监护协议经过公证或登记，仅以“书面形式”为成立要件，既无法确保协议是被监护人真实意愿的体现（如防范欺诈、胁迫），也无法向交易相对人公示监护关系，导致被监护人的自主安排难以对抗第三人；同时，该条未设立监护监督人制度，被监护人丧失或部分丧失行为能力后，无法对监护人的行为进行监督，其预先设定的意愿易被监护人篡改或忽视。[③]《总则编解释》第 11 条虽补充了意定监护协议的解除规则，但仍未触及“协议生效的意思能力审查”“监护事务的执行监督”等核心程序问题，规范抽象化的现状未得到根本改变。[④]

从制度衔接看，该条未明确意定监护与行为能力认定的关系，导致被监护人的意愿受限于行为能力宣告制度。《民法典》第 33 条将意定监护的生效条件与“被监护人丧失或部分丧失民事行为能力”绑定，但未说明“行为能力欠缺的认定主体”“认定标准”与“意定监护启动的衔接程序”，实践中常出现“法院以未作行为能力宣告为由驳回意定监护申请”的情况，使被监护人的预先意愿因程序障碍无法实现。这种“规范留白”导致意定监护制度难以脱离传统行为能力制度的束缚，被监护人的意思自治被局限于“行为能力宣告后的替代决定”框架内，无法实现“协助决策”的现代监护理念。[⑤]

（二）行为能力宣告压缩被监护人的法律人格空间

传统行为能力制度以“宣告”为核心构建启动机制，将自然人的行为能力状态简单划分为“完全”和“欠缺”两类，这种“全有全无”的“开关效应”在意定监护中表现为：一旦被监护人被宣告“民事行为能力欠缺”，其法律人格空间即被

①参见王丽萍：《社会老龄化背景下老年人监护、辅助制度的思考》，载《人权》2019 年第 4 期。
②参见李国强：《成年意定监护法律关系的解释——以〈民法总则〉第 33 条为解释对象》，载《现代法学》2018 年第 5 期。
③参见郑晓剑：《后民法典时代意定监护制度的体系化建构》，载《法学》2024 年第 5 期。
④参见刘婷：《意定监护的法律适用——兼析〈总则编解释〉第 11 条的理解与适用》，载《人民司法》2023 年第 1 期。
⑤参见李霞：《协助决定取代成年监护替代决定——兼论民法典婚姻家庭编监护与协助的增设》，载《法学研究》2019 年第 1 期。

大幅压缩，丧失事务自主决定权，可能会被排除在社会参与之外，与意定监护“尊重残存意愿、促进社会融入”的理念背离。

从权利限制层面看，行为能力宣告一旦触发，被监护人的自主决定权被全面剥夺。根据《民法典》第 21 条、第 22 条，被宣告无民事行为能力者“需由法定代理人代理实施全部民事法律行为”，[①]被宣告限制民事行为能力者“仅能独立实施纯获利益或与其能力相适应的行为”——这种限制不仅覆盖财产事务（如储蓄支取、合同订立），更延伸至人身事务（如医疗决策、居住安排）。例如，某轻度认知障碍老人虽能自主决定日常生活作息，却因被宣告限制行为能力而无法独立签订养老机构入住协议，需由监护人代为决定，其“选择熟悉养老机构”的意愿被否定。行为能力宣告的“开关效应”忽视了老年人意思能力的渐进性与领域差异性，将“部分事务能力不足”扩大为“全部事务能力丧失”，导致被监护人的意思自治被彻底架空。

从制度衔接层面看，行为能力宣告会使意定监护沦为法定监护的附庸。被监护人一旦被作出行为能力宣告，即默认意定监护人享有与法定监护人相同的概括性权限，不再审查被监护人在协议中约定的“自主事项”，如被监护人约定“小额医疗支出自主决定”，但监护人仍需代为签字确认，导致协议约定的意愿无法落地。[②]这种“宣告即全面限制”的机制，使意定监护无法实现“根据残存意思能力灵活调整权限”的功能，最终沦为“换汤不换药”的法定监护变种。

意定监护启动要和“全有全无”模式链接的话会使意定监护的初始和《民法典》第 33 条的原则性规定难以细化——由于行为能力被简化为“完整”“欠缺”两类，立法者无法针对“部分残存意思能力”设计差异化规则，只能沿用法定监护的概括性权限，导致意定监护的实体与程序规则长期留白。从司法实践看，该模式固化了法院的“保守倾向”，法官将会以行为能力宣告为唯一判断标准，无需也不愿审查被监护人的残存意愿，优先采纳监护人的“利益判断”，使司法程序成为“限制自主”的工具而非“保障意愿”的屏障。从制度效果看，该模式的“开关效应”将会彻底压缩被监护人的法律人格空间，一旦触发行为能力宣告，被监护人的自主意愿无论是否合理，均被排除在事务决策之外，意定监护沦为“形式上自主、实质上替代”的制度空壳。

因此，要实现意定监护中意思自治的回归，必须突破“全有全无”行为能力模式的束缚，构建以“剩余意思能力”为核心的柔性脱钩的调适机制，这也构成后续“行为能力与意思自治软脱钩”理论的现实起点。

三、行为能力与意思自治“软脱钩”的法理基础

（一）传统行为能力二元模式的困境

传统民事行为能力以“完全或欠缺（无+限制）”的二元划分构建核心框架，将抽象的行为能力宣告作为自然人事务处置资格的绝对标准，这一模式在老龄化社会与现代监护理念下，已呈现规范逻辑与实践需求的双重脱节，难以适配意定监护制度的本质诉求。

从规范逻辑看，该模式存在标准僵化与功能错位两大缺陷。一方面，其以年龄、精神健康状

①参见鲁晓明：《〈民法典〉实施背景下意定监护功能异化之矫正》，载《浙江工商大学学报》2023 年第 1 期。
②同前注[4]，李国强：《成年意定监护法律关系的解释》。

况为定型化判断依据，忽视意思能力的渐进性与领域差异性——传统模式仅将“不能辨认或不能完全辨认自己行为”的成年人纳入保护，却排除了因年龄增长导致判断能力自然减退（如记忆力衰退、复杂事务处理能力下降）但未达“欠缺行为能力”标准的高龄老人，使其无法获得必要的监护支援；[①]意思能力本应针对“具体人、具体行为”进行个别判断，而二元模式的类型化划分遮蔽了“5岁儿童可能在简单事务上有意思能力、25岁成年人可能因突发疾病暂时无意思能力”的现实，导致规范与事实严重脱节。[②]另一方面，该模式的功能被局限于“维护交易安全”，将被监护人视为需被动保护的“弱者”，这种定位使监护制度从“关爱保护”异化为“权利限制”——完全民事行为能力人即便因身体残障、高龄行动不便亟需事务协助，也因未被宣告行为能力欠缺而无法纳入意定监护；[③]被宣告欠缺行为能力者则被全面剥夺自主决定权，全然无视其可能残存的意思能力，与现代监护“尊重自我决定权”的理念背道而驰。

从实践需求看，该模式制约意定监护的制度功能发挥。传统模式要求意定监护的启动必须以法院的行为能力欠缺宣告为前提，而该程序耗时长、条件严苛，且具有公示性，可能侵犯被监护人隐私，导致许多有实际需求的自然人（如失独老人、轻度认知障碍者）因不愿或难以完成宣告程序而无法利用意定监护；[④]上海、南京等地的公证实践已突破这一限制，依据医疗机构诊断报告即可启动意定监护，侧面印证了传统模式与实践需求的脱节。[⑤]呈现出实践与当初学术研究、制度设计初衷背道而驰此外，并且在代理事项上传统模式下行为能力一旦被宣告欠缺，即全面剥夺本人事务决定权，[⑥]与意定监护“根据剩余意思能力灵活设定代理权范围”的核心特征不相兼容，导致制度无法实现“协助而非替代”的功能定位。

（二）行为能力与意思自治的“软脱钩”的内涵界定

行为能力与意思自治的“软脱钩”，并非否定行为能力制度的基础价值，而是对传统模式的功能性修正——在意定监护的设立、运行及终止全流程中，弱化抽象的行为能力宣告的决定性作用，将制度重心从“是否具备完全行为能力”的类型化判断，转向“具体事务中是否具备剩余意思能力”的个案评估，实现行为能力与意定监护的柔性衔接。

在意定监护中，脱钩的核心逻辑是从“抽象宣告”到“具体能力”的重心转移。意定监护中，法院的行为能力欠缺认定应当仅具有“宣示性效力”，而非“形成性效力”——即宣告仅确认本人意思能力衰退的客观状态，而非创设事务处置的资格限制。[⑦]意定监护人的权限范围、事务处置方式，应基于对本人剩余意思能力的个案评估确定，而非由抽象的行为能力等级决定。例如，本人可能在日常生活事务（如选择饮食、安排作息）

①同前注[3]，王丽萍：《社会老龄化背景下老年人监护、辅助制度的思考》。
②参见常鹏翱：《意思能力、行为能力与意思自治》，载《法学》2019年第3期。
③同前注[8]，鲁晓明：《〈民法典〉实施背景下意定监护功能异化之矫正》。
④同前注[4]，李国强：《成年意定监护法律关系的解释》。
⑤参见李辰阳:《老年人意定监护的中国公证实践》，载《中国公证》2017年第6期，第26页；陈璐瑶:《发展中的上海意定监护公证》，载《中国公证》2020年第12期，第19页。
⑥参见李敏：《意定监护产生的代理权范围厘定》，载《中国政法大学学报》2024年第3期。
⑦同前注[5]郑晓剑：《后民法典时代意定监护制度的体系化建构》。

上保有完全意思能力，却在复杂财产交易（如不动产处分、金融投资）中需要监护人协助，“软脱钩”模式允许这种差异化安排，通过意定监护协议约定“日常生活自主决定、复杂事务需监护人协助确认”，而非一概由监护人替代决定。其制度边界是保留行为能力的基础保障功能。“软脱钩”并非完全脱离行为能力制度，而是在其基础上延展功能：行为能力仍为意定监护提供基础性前提——具有完全民事行为能力的成年人才能预先订立意定监护协议，这一前提未因“软脱钩”改变。“软脱钩”的调整领域仅限于意定监护的运行阶段：当本人意思能力发生变化时，不再以行为能力宣告为唯一依据启动或调整监护关系，而是结合医学诊断、日常行为表现、特定事务的判断能力等多元证据综合评估。根据《民法典总则编解释》第 11 条，司法解释允许意定监护协议约定“根据本人实际意思能力调整监护职责”，正是“软脱钩”理念的规范体现，为个案评估提供了司法适用空间。①

其实践指向是尊重本人意愿的差异化监护安排。有学者提出的“协助决定”理论为此提供了核心指引：“软脱钩”模式下，意定监护协议可明确“自主决定事项、协助决定事项、替代决定事项”的划分，划分依据正是本人的剩余意思能力。②例如，本人可约定“医疗决策优先遵循预先指示（如生前预嘱）、财产管理中小额支出自主决定、大额支出需监护人与监督人共同确认”，这种安排既通过监护人的协助弥补意思能力不足，又保留本人在力所能及范围内的自主决定权，同时也契合将传统文化中“家庭关怀”与现代“自我决定”理念融合”的实践需求。③

四、路径构建：“软脱钩”视角下意思自治的保障与限制机制

（一）保障机制：如何支持意思自治

“软脱钩”模式的核心目标是激活意定监护中被监护人的意思自治，通过“事先固化意愿—事中评估能力—全程协助决策”的三阶机制，将抽象的“尊重自主”理念转化为可操作的法律规则，确保被监护人的残存意愿在各个阶段均能得到充分体现与保护。

1. 完善事先意愿在法律协议中的地位和效力

被监护人在意思能力健全时预先表达的意愿，是“软脱钩”模式下意思自治的核心载体。需通过立法或司法解释明确“预先医疗指示”“意愿清单”的法律地位，将其纳入意定监护协议的必备内容，避免被监护人意愿因后续能力衰退而被架空。

从“预先医疗指示”的效力界定看，其应优先于监护人的医疗决策，成为处理被监护人医疗事务的首要依据。医疗预先指示是协助决定制度的关键组成部分，应赋予其“优先于监护人判断”的效力——当被监护人预先约定“拒绝过度医疗”“优先保守治疗”时，监护人不得擅自变更，除非存在“医疗技术重大进步”“指示内容明显违背当前医学共识”等例外情形。④有学者指出可参照德国《预先指示法》，规定预先医疗指示需经公证生效，且应明确“生效条件”（如经医疗机构诊断为认知障碍）与“内容范围”（如是否包含维持生命治疗的拒绝权），确保其真实性与可

①同前注[6]，刘婷：《意定监护的法律适用——兼析〈总则编解释〉第 11 条的理解与适用》。
②同前注[7]，李霞：《协助决定取代成年监护替代决定——兼论民法典婚姻家庭编监护与协助的增设》。
③参见孙颖：《成年人意定监护制度背后的家庭与个人：法律与文化之间》，载《华东政法大学学报》2024 年第 3 期。
④同前注[7]，李霞《协助决定取代成年监护替代决定——兼论民法典婚姻家庭编监护与协助的增设》。

执行性。[①]

从“意愿清单”的规范设计看，其应作为意定监护协议的附件，细化被监护人在日常生活、财产管理等领域的自主意愿。意愿清单可涵盖“居住安排”（如优先选择社区养老而非机构养老）、“财产处置限制”（如禁止处分唯一住房）、“社交权”（如定期探望亲友）等内容，成为监护人履行职责的“行为指南”。同时在立法条件成熟时，或可规定“意愿清单未明确的事项，推定为被监护人可自主决定”，进而倒逼监护人尊重被监护人的残存意愿，避免以“协议未约定”为由全面替代决策。并且根据《民法典总则编解释》第 11 条，提出意愿清单的变更需经被监护人书面同意（或意思能力评估确认其仍能表达意愿），监护人不得单方修改，确保被监护人的事先意愿持续有效。

2. 意思能力的事中评估

在“软脱钩”模式下，意思能力评估应摆脱传统“全有全无”的僵化模式，转向“具体事项灵活评估”的个案评估，通过多学科主体参与，确保评估结果贴合被监护人的实际能力，为意思自治提供精准支持。

从评估的“具体事项导向”看，应针对不同事务类型设定差异化评估标准，避免“一评定终身”。意思能力具有“领域差异性”——被监护人可能在日常生活事务（如选择饮食、安排作息）上保有完全能力，却在复杂财产交易（如不动产处分、金融投资）上能力不足，评估应“一事一评”，而非笼统认定“完全欠缺”或“完全具备”。有学者将评估事项分为“日常事务评估”（如能否独立购物、沟通）、“医疗事务评估”（如能否理解治疗方案风险）、“财产事务评估”（如能否识别投资风险）三类，分别对应不同的评估指标（如日常事务侧重生活自理能力，医疗事务侧重风险认知能力）。[②]以此来针对传统较为刚性和机械传统评估仅以“精神健康状况”为唯一标准，忽视被监护人在特定领域的残存能力，引入动态评估的实施能有效填补这一空白。

在评估体系方面，应当引入多方位的评估主体体系，构建医疗—社工组织—法律专业评估的多体系的评估标准，确保评估的客观与全面。在评估实践中可以参考德国辅助人评估制度，强调评估需要结合“医学检查、行为观察、访谈记录”等立体证据体系，如通过被监护人能否讲述解释协议条款来判断其法律事务能力。[③]并且社区组织可作为评估的日常参与主体，定期记录被监护人的行为表现，为动态评估提供持续数据支持。从评估的“动态调整”看，应设定定期评估机制，根据被监护人能力变化调整支持方式。有学者认为在某些事项的评估周期可设定为“每 6 个月一次”，若被监护人能力发生重大变化（如突发疾病、认知障碍加重），监护人或监督人可申请临时评估。[④]并且在代理权范围的认定上，可以借鉴和根据上述多项的评估结果，——若评估发现被监护人财产事务能力恢复，可缩小监护人的财产管理权；若医疗事务能力下降，可扩大监护人的医疗协助权，实现“能力与权限”的精准匹配。

3. 支持决策的引入：明确“支持者”的角色、选任及其法律责任

“软脱钩”模式下的“支持决策”不同于传

①同前注[8]，鲁晓明：《〈民法典〉实施背景下意定监护功能异化之矫正》。
②同前注[4]，李国强：《成年意定监护法律关系的解释》。
③同前注[7]，李霞：《协助决定取代成年监护替代决定——兼论民法典婚姻家庭编监护与协助的增设》。
④同前注[6]，刘婷：《意定监护的法律适用——兼析〈总则编解释〉第 11 条的理解与适用》。

统“替代决策”，其核心便是通过“支持者”的协助，帮助被监护人自主表达意愿，而非由支持者替代决策。在此中的意定监护人是支持者的角色，需从角色定位、选任机制、法律责任三方面构建支持者制度，为意思自治提供实操支持。

从“支持者”的角色定位看，其核心功能是“协助而非替代”，区别于监护人的“替代决策”职能。“支持者”的职责包括“帮助被监护人获取信息”（如解释医疗方案、合同条款）、“协助沟通表达”（如为听力障碍者提供翻译）、“记录被监护人意愿”（如整理口头意愿为书面形式），但不得直接作出决定。在此有必要区分意定监护的“支持者”角色和意定监护的监护人角色：支持者无代理权，仅提供辅助行为；监护人在被监护人无法自主决定时才行使代理权，避免支持者越权替代。并且从传统家庭伦理与协助及时性的双重考量出发，意定监护支持者的选任可倾向于被监护人信任的近亲属或社区工作者。这种选任思路契合我国以家文化为底蕴的社会环境，能够有效保障意定监护制度的实践效能。

从“支持者”的选任机制看，应采用“被监护人优先选择+法院/民政部门兜底指定”的双重路径。被监护人可在意定监护协议中预先指定支持者（如子女、亲友）；若未指定或指定的支持者无法履职，由民政部门或社区组织推荐符合条件的主体（如专业社工、养老机构工作人员）。[①]并且选任应审查支持者的“无利益冲突”要件，如排除与被监护人有债权债务纠纷的主体，避免支持者利用协助之便损害被监护人利益。[②]

从“支持者”的法律责任看，应明确“忠实义务”与“勤勉义务”，防范协助过程中的过错行为。若支持者因故意或重大过失未如实传达被监护人意愿（如篡改医疗选择），导致被监护人利益受损的，应承担损害赔偿责任；因轻微过失（如遗漏部分意愿），则应承担补正义务（如重新记录并提交）。同时，监护监督人应当对支持者的行为进行监督，一旦发现支持者越权或失职，可申请法院更换，并追究其责任。此外，支持者的责任范围应与其协助行为紧密挂钩，例如仅负责沟通协助的支持者，不应要求其对被监护人的决策后果承担责任，防止因过度苛责致使无人愿意担任支持者这一情况发生。

（二）对意定监护的意思表示限制

“软脱钩”模式并非无限制尊重被监护人意思自治，当被监护人的意愿可能导致自身重大损害或危及公共利益时，需通过合理干预实现“自主”与“保护”的平衡。限制机制需围绕“原则—边界—程序”构建，确保干预的合法性与适度性。

1. 限制的原则

“最小限制原则”与“最佳利益原则”是限制机制的核心准则，前者强调干预的“必要性”，后者强调干预的“正当性”，二者需协同适用，避免过度限制或不当放任。从“最小限制原则”的适用看，干预应限于“必要最小范围”，即仅在被监护人意愿可能导致重大损害时才介入，且干预方式应选择对自主权利限制最小的手段。例如被监护人拒绝必要医疗时，应先协助其理解风险，而非直接强制决定；若被监护人计划投资高风险产品，应先协助其评估风险，仅在被监护人仍坚持且可能导致全部财产损失时，才行使干预权，避免直接禁止所有投资行为。需摒弃传统模式下“一旦宣告行为能力欠缺即全面限制”的做

①同前注[8]，鲁晓明：《〈民法典〉实施背景下意定监护功能异化之矫正》。
②同前注[3]，王丽萍：《社会老龄化背景下老年人监护、辅助制度的思考》。

法，以具体事项干预替代“全面限制”。

从“最佳利益原则”的适用看，干预需以“被监护人的真实利益”为核心，而非主观判断。“最佳利益”应结合被监护人的预先意愿、生活习惯、价值观念综合判断，而非单纯以“客观利益”为唯一标准。例如被监护人坚持居住在老旧房屋（虽存在安全隐患，但有情感价值），应优先采取“加装防护设施”而非“强制搬离”，以符合被监护人的情感利益。同时，“最佳利益”的判断可引入“合理第三人标准”，避免滥用“最佳利益”之名行主观干预之实。

从两原则的平衡看，应优先适用“最小限制原则”，仅在该原则无法实现保护目的时，才适用“最佳利益原则”。审查干预行为时，应先判断“是否存在更轻的限制方式”，若存在则认定干预过度；若不存在，则进一步审查干预是否符合“最佳利益”。主张适用“最佳利益原则”干预时，需举证证明“无更小限制方式”且“干预符合被监护人长期利益”，确保两原则的平衡适用。

2. 限制的边界

限制并非无边界，需通过立法明确监护人可超越被监护人意愿的具体情形，避免“例外情形泛化”导致意思自治被过度压缩。结合实践需求，例外情形应限定为“严重自伤风险”“重大财产风险”“公共利益损害”三类，且需满足严格的构成要件。

从“严重自伤风险”情形看，仅当被监护人的意愿直接导致生命健康重大损害时，才可干预。此类情形需满足“紧迫性”与“必要性”，[①]例如被监护人因认知障碍拒绝服用救命药物，可强制喂食，但需提供“不服用将危及生命”的诊断证明。若风险不紧急，不得干预，仅可通过协助其理解重要性，避免将“潜在风险”扩大为“紧急情形”。同时，此类干预需事后提交“风险评估报告”，证明干预的必要性，防止滥用强制权。从“重大财产风险”情形看，仅当被监护人的意愿导致“基本生活保障受损”的财产处分时，才可干预。此类情形的核心是“财产处分将导致被监护人无生活来源或居无定所”，例如被监护人计划赠与唯一住房，可进行干预；若处分的是非必要财产，则不得干预。干预时需提供“财产评估报告”，证明处分行为将影响被监护人的基本生活，且应优先采取“替代方案”，减少对自主意愿的限制。从“公共利益损害”情形看，仅当被监护人的意愿可能危害他人生命健康或公共安全时，才可干预。例如被监护人因认知障碍拒绝隔离治疗（传染病），可强制配合，避免疫情扩散；但被监护人仅拒绝参与社区公共活动，则不得干预。此类情形需以“行政机关的强制决定”为前提，避免借“公共利益”之名限制被监护人的私人领域意愿。

结　语

我国意定监护制度的实践困境虽尚未完全消解，但“行为能力与意思自治软脱钩”理论已为破解传统制度僵化提供了关键突破。该理论以“剩余意思能力”为核心，跳出“全有或全无”的行为能力宣告框架，为意思自治与必要限制的平衡奠定了法理基础，契合现代监护“协助决策”的核心理念，在意定监护中既要尊重并保障被监护人的意思自治，又要对其意愿做出必要限制。然而，理论转化为实操仍面临多重挑战。法律规范的细化完善、多元主体参与的意思能力评估体系构建、支持者与监督制度的落地执行，均需跨越

①同前注[7]，李霞：《协助决定取代成年监护替代决定——兼论民法典婚姻家庭编监护与协助的增设》。

规范衔接、流程设计与实践适配的多重障碍。如何将预先指示效力、最小限制原则等理论要点转化为可操作的规则，仍是制度落地的关键命题。

意定监护制度的完善注定是一个理论与实践持续互动的过程。唯有在坚守尊重自我决定权核心价值的基础上，持续破解实操中的具体难题，结合司法实践中出现的具体问题，逐步在理论突破的基础上构建起实操指引，才能让制度真正回应老龄化社会的现实需求，实现从“纸面规则”到“实践保障”的跨越。

注　释

[1] 参见迟颖：《成年法定监护中被监护人的真实意愿——〈民法典〉第 35 条第 3 款解释论》，载《清华法学》2023 年第 2 期。

[2] 参见李霞：《成年监护制度的现代转向》，载《中国法学》2015 年第 2 期。

[3] 参见王丽萍：《社会老龄化背景下老年人监护、辅助制度的思考》，载《人权》2019 年第 4 期。

[4] 参见李国强：《成年意定监护法律关系的解释——以〈民法总则〉第 33 条为解释对象》，载《现代法学》2018 年第 5 期。

[5] 参见郑晓剑：《后民法典时代意定监护制度的体系化建构》，载《法学》2024 年第 5 期。

[6] 参见刘婷：《意定监护的法律适用——兼析〈总则编解释〉第 11 条的理解与适用》，载《人民司法》2023 年第 1 期。

[7] 参见李霞：《协助决定取代成年监护替代决定——兼论民法典婚姻家庭编监护与协助的增设》，载《法学研究》2019 年第 1 期。

[8] 参见鲁晓明：《〈民法典〉实施背景下意定监护功能异化之矫正》，载《浙江工商大学学报》2023 年第 1 期。

[9] 同前注[4]，李国强：《成年意定监护法律关系的解释》。

[10] 同前注[3]，王丽萍：《社会老龄化背景下老年人监护、辅助制度的思考》。

[11] 参见常鹏翱：《意思能力、行为能力与意思自治》，载《法学》2019 年第 3 期。

[12] 同前注[8]，鲁晓明：《〈民法典〉实施背景下意定监护功能异化之矫正》。

[13] 同前注[4]，李国强：《成年意定监护法律关系的解释》。

[14] 参见李辰阳：《老年人意定监护的中国公证实践》，载《中国公证》2017 年第 6 期，第 26 页；陈璐瑶：《发展中的上海意定监护公证》，载《中国公证》2020 年第 12 期，第 19 页。

[15] 参见李敏：《意定监护产生的代理权范围厘定》，载《中国政法大学学报》2024 年第 3 期。

[16] 同前注[5]郑晓剑：《后民法典时代意定监护制度的体系化建构》。

[17] 同前注[6]，刘婷：《意定监护的法律适用——兼析〈总则编解释〉第 11 条的理解与适用》。

[18] 同前注[7]，李霞：《协助决定取代成年监护替代决定——兼论民法典婚姻家庭编监护与协助的增设》。

[19] 参见孙颖：《成年人意定监护制度背后的家庭与个人：法律与文化之间》，载《华东政法大学学报》2024 年第 3 期。

[20] 同前注[7]，李霞《协助决定取代成年监护替代决定——兼论民法典婚姻家庭编监护与协助的增设》。

[21] 同前注[8]，鲁晓明：《〈民法典〉实施

背景下意定监护功能异化之矫正》。

[22] 同前注[4]，李国强：《成年意定监护法律关系的解释》。

[23] 同前注[7]，李霞：《协助决定取代成年监护替代决定——兼论民法典婚姻家庭编监护与协助的增设》。

[24] 同前注[6]，刘婷：《意定监护的法律适用——兼析〈总则编解释〉第 11 条的理解与适用》。

[25] 同前注[8]，鲁晓明：《〈民法典〉实施背景下意定监护功能异化之矫正》。

[26] 同前注[3]，王丽萍：《社会老龄化背景下老年人监护、辅助制度的思考》。

[27] 同前注[7]，李霞：《协助决定取代成年监护替代决定——兼论民法典婚姻家庭编监护与协助的增设》。

参考文献

[1] 孙颖.成年人意定监护制度背后的家庭与个人：法律与文化之间[J].华东政法大学学报,2024,27(03):149–157.

[2] 郑晓剑.后民法典时代意定监护制度的体系化建构[J].法学,2024,(05):113–128.

[3] 李敏.意定监护产生的代理权范围厘定[J].中国政法大学学报,2024,(03):142–153.

[4] 迟颖.成年法定监护中被监护人的真实意愿——《民法典》第 35 条第 3 款解释论[J].清华法学,2023,17(02):92–104.

[5] 鲁晓明.《民法典》实施背景下意定监护功能异化之矫正[J].浙江工商大学学报,2023,(01):69–80.

[6] 刘婷.意定监护的法律适用——兼析《总则编解释》第 11 条的理解与适用[J].人民司法,2023,(01):26–31.

[7] 陈璐瑶.发展中的上海意定监护公证[J].中国公证,2020,(12):17–22.

[8] 王丽萍.社会老龄化背景下老年人监护、辅助制度的思考[J].人权,2019,(04):40–52.

[9] 常鹏翱.意思能力、行为能力与意思自治[J].法学,2019,(03):106–117.

[10] 李霞.协助决定取代成年监护替代决定——兼论民法典婚姻家庭编监护与协助的增设[J].法学研究,2019,41(01):100–118.

[11] 李国强.成年意定监护法律关系的解释——以《民法总则》第 33 条为解释对象[J].现代法学,2018,40(05):182–193.

[12] 李辰阳.老年人意定监护的中国公证实践[J].中国公证,2017,(06):25–27.

财产保全在执行程序中的实务机制探究

李　娜

李娜律师，德衡（济南）律师事务所合伙人

主要业务领域：专注于构建「诉讼+执行+合规」三位一体的企业法律风险防控体系，擅长商事合同纠纷、涉公司类纠纷、家族财富与传承等业务，尤其擅长疑难执行案件的处理。

主要服务的客户：山东省融资担保集团有限公司、招商银行、山东高速物流集团有限公司、山东高速生态工程有限公司、山东烟草投资管理有限公司、山东省新动能基金管理公司、石横特钢集团有限公司。

摘　要：财产保全制度在保障债权实现的同时，其产生的"阻断效应"已成为影响执行程序的重要实务问题。本文从诉讼策略视角出发，系统分析财产保全在执行程序中表现出的双重效应：既是通过锁定责任财产保障本案执行的基础，又因程序性障碍可以客观阻却他案执行进程。通过深入剖析对到期债权保全、首封处置权博弈、参与分配优势及行为保全等典型场景中的阻断机制，揭示出现实中存在的权利滥用、协调梗阻、救济乏力及监管缺位等困境。在此基础上，通过细化恶意保全审查标准、优化处置权移送规则、完善案外人救济体系及推动智慧保全建设等路径，规范和完善保全阻断效应，以期在保障债权人权益与维护交易安全、促进经济发展之间实现平衡，为优化营商环境提供司法保障。

关键词：财产保全制度；保障债权；执行程序

引　言

在民事诉讼领域，财产保全作为一项重要的临时性救济措施，其制度价值在于防止债务人转移、隐匿财产，确保生效裁判得以顺利执行。然而，随着司法实践的深入发展，财产保全的功能已超越其初始的保障属性，展现出更为复杂的程序效应。实践中，精妙的保全策略不仅能够有效控制债务人责任财产，更可在多债权人背景下创造性地阻断或迟滞其他执行程序的推进，这种"阻断效应"使其成为诉讼攻防中不可或缺的利器。

当前，我国正处于深化供给侧结构性改革、持续优化营商环境的关键时期，司法活动对经济运行的保障作用日益凸显。财产保全措施的正确适用，既关系到单个债权人的合法权益保护，更直接影响市场主体对法治环境的预期和信心。由于立法规定的原则性与司法实践的复杂性之间存在张力，保全措施在发挥积极作用的同时，也面临着被异化为不正当竞争工具、影响企业正常经营、阻碍执行效率提升等现实困境。因此，深入探究财产保全阻断执行的实务机制，系统分析其双重效应、运作场景及完善路径，不仅具有理论价值，更对统一司法尺度、规范保全行为、平衡各方利益，最终服务经济高质量发展具有重要的现实意义。本文旨在通过梳理实务问题、总结实践经验，为财产保全制度的完善与规范适用提供智识参考。

一、财产保全在执行程序中的双重效应：保障与阻断

（一）保障本案执行之基，锁定责任财产的核心功能

从制度设计的初衷来看，财产保全的首要功能和核心价值在于保障本案债权的最终实现，防止执行落空。在诉讼伊始，债权人往往面临着一个严峻的现实风险：债务人可能在其意识到诉讼威胁后，迅速转移、隐匿或变卖其名下可供执行的财产，导致债权人即便最终获得胜诉判决，也面临“无财产可供执行”的困境。财产保全程序正是为了化解这一风险而生。通过向法院申请查封、扣押、冻结债务人的特定财产或相应价值的财产，债权人能够有效地在诉讼阶段即“锁定”责任财产，使其维持在当前的状态，债务人无法对其进行处分。然而，这种“锁定”功能在实务中展现出强大的对世效力。一旦保全措施生效，其效力不仅及于债务人，也及于其他所有债权人。例如，对债务人银行账户的冻结，意味着账户内资金只进不出，不仅债务人无法使用，其他持有生效判决的债权人也无法对该账户内的资金进行扣划。对不动产的查封，则意味着该房产无法办理过户、抵押等任何处分手续，即使其他债权人首先启动了针对该房产的执行程序，也无法完成最终的权属变更。因此，保全在保障本案执行的同时，客观上为他案执行程序的推进设置了障碍。

（二）阻断执行程序之实，程序性障碍的客观形成

财产保全的“阻断”效应，并非指其能够实体上否定其他债权人的权利，而是指其在程序上制造了难以逾越的障碍，显著迟滞、甚至暂时中止了其他执行程序的推进。这种程序性阻断在实务中主要体现在两个层面：

其一，是对到期债权保全产生的直接阻却。根据相关司法解释，当保全标的为债务人对第三人的到期债权时，法院可向该第三人（次债务人）送达协助执行通知书，要求其停止向债务人支付，而且此处的到期债权甚至可以做扩大理解（在民

商法领域债可以覆盖所有的法律关系）。譬如股东在强制退出诉讼程序结束后对其获得支持的股权分红及利润进入执行程序时，公司此时为该股东的债务人，而对于其他股东和公司此时亦可以根据前期约束机制，启动股东侵害公司权益之诉，此时公司在诉讼中亦可以启动保全行为保全自身对股东应付的分红或利润，从而保障了自己在执行案件中的主动性。这意味着，债权人通过保全措施，提前“拦截”了本应流向债务人的一笔现金流。其他债权人若意图执行债务人对该次债务人享有的这笔到期债权，将因次债务人已负有不得向债务人支付的司法义务而无法执行。因此对于到期应收账款的保全行为，直接、彻底地阻断了其他债权人对该笔特定债权的执行路径，并且有时还可以直接阻却执行人对被执行人的执行行为（股东与公司互负有义务的情况下）。

其二，是因优先处置权规则导致的程序性迟滞，这在不动产执行中尤为典型。根据“首封法院优先处置”的规则，首先采取查封（包括保全查封）措施的法院，通常享有对该财产的优先处置权。在执行阶段，若首封法院是基于诉讼保全进行的查封，而并非执行法院，那么享有到期债权的执行法院若要拍卖该财产，必须启动复杂的“商请移送处置权”程序。这一协调过程涉及不同法院之间的公文往来、案情沟通与责任划分，在实践中往往耗时良久，充满不确定性。执行法院的拍卖程序因此被长时间“搁置”，债权实现的周期被显著拉长。

（三）双重效应的平衡，效率与公平的司法权衡

财产保全制度所内蕴的保障与阻断双重效应，本质上反映了民事诉讼中效率与公平两大价值目标的冲突与权衡。一方面，法律需要通过保全制度为债权人提供高效、及时的救济，以效率价值鼓励权利人积极通过司法途径维权，防止债务人不当减损责任财产，这体现了对个案债权实现的“公平”。另一方面，当多个债权并存时，过度强化保全的效力，允许个别债权人通过“诉讼快慢”而非“权利优劣”来垄断执行机会，则可能损害其他债权人的公平受偿权，并降低社会整体的资产流转效率。

因此，司法实践必须在双重效应之间寻求精妙的平衡。这种平衡并非简单地取舍，而是通过一系列精细的程序规则来实现。例如，禁止超额保全的原则，要求保全的价值须与诉讼请求相当，防止债权人滥用权利过度冻结债务人资产，影响其正常经营和其他债权人的受偿机会。“活封”措施的倡导，允许被查封的厂房、设备等继续由债务人使用，但不准处分，旨在兼顾债权保障与债务人的生产经营，维护社会经济效益。对于恶意保全的识别与救济，则为遭受不法侵害的债务人或其他债权人提供了索赔通道，以事后追责的方式矫正失衡的利益格局。最终，对这一平衡途径的把握，其落脚点在于营造稳定、公平、透明、可预期的营商环境。一个既能有效保护合法债权，又能防止权利滥用、保障市场主体正常经营秩序的司法体系，才是滋养企业健康发展、促进经济和谐稳定的沃土。

二、财产保全阻断执行的典型实务场景剖析

（一）债权实现的阻断，对到期应收账款保全的效力冲突

应收账款作为一种重要的财产性权利，已成为财产保全的重要标的。其阻断效应主要体现在“协助执行通知”所产生的绝对效力上。当 A 法院根据甲债权人的申请，向次债务人（即应收账

款的付款方）送达冻结到期债权的协助执行通知书后，便产生了两重法律效果：其一，次债务人必须停止向原始债务人（即被执行企业）支付款项，否则自行承担法律责任；其二，该笔应收账款的支付路径被司法程序强行“冻结”。

此时，若乙债权人持生效法律文书申请执行该笔已被保全的应收账款，将面临无法逾越的程序障碍。执行法院向次债务人发出的履行到期债务通知，将直接与在先的保全措施相冲突。次债务人完全可以，也必须以已收到 A 法院的冻结通知为由，向乙债权人的执行法院提出异议。根据司法实践，保全债权具有优先效力，乙债权人的执行请求将无法得到支持。甲债权人通过此操作，成功地将一笔流动的资金“固化”为仅供其本案执行的特定财产，直接阻断了乙债权人通过执行该笔债权受偿的路径。这种阻断是排他的、直接的，充分体现了保全措施在争夺特定财产资源上的强大威力。

（二）处置权行使的阻却，优先首封法院与执行法院的权限博弈

这是财产保全阻断执行最常见、也最复杂的场景，核心在于处置权与优先受偿权的分离。根据《最高人民法院关于首先查封法院与优先债权执行法院处分查封财产有关问题的批复》等规定，当首封法院是保全法院而非执行法院时，享有抵押权等优先受偿权的执行法院若要处置该财产，必须商请首封法院移送处置权。

这一“商请移送”规则在实践中构成了巨大的程序壁垒。首先，协调成本高昂。商请程序涉及不同地区、不同层级的法院之间的公文往来、案情沟通，整个过程短则数月，长则逾年，执行程序被无限期搁置。其次，首封法院具有主动权。首封法院可能因本案尚未审结、需要以该财产作为谈判筹码或地方保护主义等原因，不愿或拖延移送处置权。最后，实体权利与程序权力错位。享有实体法上优先受偿权的债权人，其权利的实现反而受制于一个仅享有程序性优先权的保全债权人。保全债权人可以利用处置权移送的空窗期，迫使享有优先权的债权人与其进行谈判，例如要求其让渡部分利益以换取其配合移送处置权，从而实现对优先受偿权的实质性“阻断”与“稀释”。

（三）参与分配资格的排除，保全在先所创设的分配优势

在企业法人作为被执行人的情况下，法律原则上实行“优先主义”，而非公民或其他组织执行中的“平等主义”。但这并不意味着保全在法人债务执行中无足轻重。恰恰相反，通过精准的保全，债权人可以在参与分配中建立起事实上的优势地位。

当被执行企业资产不足以清偿全部债务，且其财产已被一个法院查封时，其他债权人申请参与分配通常有严格的时间限制。抢先保全主要财产的债权人，不仅控制了财产处置的起点，更重要的是，其保全行为往往被视为其积极行使权利、发现财产线索的标志。在实务操作中，后续的债权人若未能及时申请参与分配，其受偿顺序将受到影响。更为关键的是，如上一场景所述，首封保全债权人通过控制处置权，事实上获得了与优先权债权人乃至所有后续债权人进行谈判的资本。他可以利用程序延迟带来的压力，在分配方案协商中为自己争取更有利的条件。这种优势并非源于法律的明文规定，而是通过活用程序规则所创设的“事实上的优先地位”，从而对其他债权人的公平受偿资格构成了实质性的排除与限制。

（四）行为保全的扩张适用，对特定执行行为的直接禁止

行为保全是财产保全制度的延伸与扩张，其禁止对象从财产的处分延伸至特定的行为。在阻击执行的策略中，行为保全堪称“精确制导武器”。例如，针对有限责任公司股权的执行，申请执行人可依据生效判决申请法院强制变更股权登记。而此时，被执行的股东（债务人）或其利益关联方，可以另案起诉，以该股权转让存在争议（如侵害其他股东优先购买权等）为由，向法院申请行为保全，请求“禁止对方办理目标公司的股权变更登记手续”。

一旦法院裁定支持该行为保全，工商登记机关将依据协助执行通知书，暂停办理涉案股权的任何变更登记。这意味着，执行法院发出的要求过户的协助执行通知将暂时失效，整个股权执行程序被直接“叫停”。执行法院必须等待另案的审理结果，或者由申请执行人提供反担保来解除该行为保全，程序陷入僵局。这种行为保全的运用，直接将执行标的物“锁死”，实现了对执行程序最直接、最彻底的阻断。它展示了在现代诉讼中，阻断策略已不再局限于对有形财产的控制，更延伸至对特定法律行为本身的禁止，其威力与精准度远超传统的查封、冻结。

以上四种典型场景清晰地表明，财产保全已从单纯的“执行保障”工具，演变为诉讼策略家手中攻防一体的“程序利器”。无论是直接截取现金流、利用处置权博弈制造延迟、在分配中建立事实优势，还是直接禁止执行行为，其核心逻辑都是通过激活程序性规则，在时间、权利和机会上为对手设置障碍，从而为本方争取最有利的局面。理解并掌握这些实务场景，是运用保全策略阻断执行、服务诉讼全局的前提。

三、财产保全阻断执行机制在实践中面临的困境

（一）权利滥用的风险，恶意保全沦为不正当竞争工具

财产保全制度设计的初衷是保障债权实现，但其强大的阻断效应使其极易被异化为商业竞争或恶意拖延债务履行的工具。部分当事人并非为实现正当债权，而是出于拖垮竞争对手、破坏交易机会、或迫使对方接受不利和解条件等不正当目的，提起恶意诉讼并申请财产保全。其典型表现包括：在事实与法律依据明显不足的情况下，通过提供足额担保而获得保全裁定；或者明知自身债权数额有限，却申请查封对方企业核心资产、冻结基本账户，明显超出合理范围，意图制造对方的经营困境。由于现行法律对“恶意保全”的认定标准较为原则，缺乏清晰、可操作的司法判断细则，法院在审查时往往持谨慎态度，倾向于以申请人已提供担保为由作出保全裁定，这便在程序入口处埋下了权利滥用的隐患。此种滥用行为，不仅直接侵害了被保全企业的正常经营权，严重时甚至会导致其商誉受损、资金链断裂，实质性地破坏了市场经济的公平竞争秩序，与保全制度保障交易安全、维护经济稳定的本意背道而驰。

（二）协调机制的梗阻，法院间“商请移送”的效率瓶颈

如前文所述，“商请移送处置权”规则在实践中构成了显著的执行迟滞，其核心困境在于协调机制的低效与不确定性。首先，程序启动被动且缺乏刚性约束。执行法院的商请行为对首封法院（尤其是作为保全法院的首封法院）缺乏强制力。首封法院可能因自身案件审理进度、地方保

护主义考量或单纯的事务优先级排序，而对商请函件响应迟缓甚至置之不理，导致程序无限期拖延。其次，信息壁垒与沟通成本高昂。不同地区、不同层级的法院之间缺乏高效、统一的协调平台与信息共享机制，商请过程依赖传统的公文流转，环节繁多、耗时漫长。最后，责任主体不明晰。当商请程序陷入僵局时，应由哪一方上级法院进行协调督办、协调不成的责任归属等问题，规定尚不明确。这种协调机制的梗阻，使得享有实体优先权的债权人其合法权利的实现，受制于一个充满偶然性和地方性的程序博弈，严重损害了司法效率与权威，也使得保全措施的阻断效应被不当放大，超出了合理必要的限度。

（三）案外人救济的乏力，利害关系人权利保障渠道不畅

财产保全的效力具有对世性，其影响范围常常超出申请人与被申请人，波及至对保全标的享有合法权益的案外人，如其他债权人、财产共有人、承租人等。然而，现行法律为案外人提供的救济渠道却相对薄弱且效果有限。根据《民事诉讼法》，案外人对保全裁定不服的，可以申请复议，但复议审查通常限于程序事项，难以对保全的必要性与适当性进行实质审查。虽然案外人可依据执行异议制度寻求救济，但其程序复杂、周期较长，且在保全阶段，法院对案外人权利的关注度往往低于执行阶段。例如，当保全措施超标的查封，或查封了案外人享有所有权的财产时，案外人要通过执行异议之诉来解封，需要经历漫长的审理过程，在此期间其财产权利一直处于被冻结状态，可能蒙受难以弥补的损失。这种救济乏力的现状，使得保全程序中对案外人利益的保护明显滞后，未能形成对保全申请人权利滥用的有效制衡，导致保全的负面外部效应被不当转嫁给了无辜的利害关系人。

（四）“活封”监管的缺位，平衡各方利益的实践难题

“活封”作为一种旨在平衡债权保障与债务人经营的创新措施，允许被查封的财产（如机器设备、厂房）由被保全人继续使用，但不得进行抵押、转让等处分行为。然而，这一制度的良好初衷在实践中因监管缺位而面临严峻挑战。首先，监管责任主体不明。法院作为查封机关，缺乏足够的人力和专业能力对每一处“活封”财产进行持续动态的现场监管。其次，财产价值监控手段缺失。对于被“活封”的财产，其在使用过程中的折旧、损耗乃至因管理不善导致的价值减损，缺乏有效的评估与监控机制。债权人难以掌握财产价值的真实变动情况，存在保全落空的风险。最后，被保全人道德风险突出。部分被保全人可能利用监管漏洞，对“活封”财产进行超负荷使用、隐匿或非正常磨损，实质上损害了财产的价值，侵害了全体债权人的共同担保利益。“活封”监管的缺位，使得这一旨在实现“双赢”的制度设计，在实践中可能演变为“双输”的局面：债权人面临担保物价值贬损的风险，而被保全人也因财产被“活封”而在融资、商业信誉等方面受到限制，却未能真正实现经营的正常化。

四、规范与完善保全阻断效应的实务路径

（一）细化恶意保全的审查与反赔标准，强化司法引导

当前司法实践中，对恶意保全的认定和规制仍存在标准模糊、操作性不强的问题。为此，首先需要建立多维度的审查标准。法院在审查保全申请时，不应仅局限于担保是否足额，而应建立包括“请求权基础初步审查标准”、“保全必要

性判断标准”和“担保充分性评估标准”在内的综合审查体系。特别是对于涉及企业核心资产、基本账户的冻结，应当要求申请人提供更具说服力的证据证明其权利存在及保全必要，并审慎判断保全范围是否适当。其次，亟需明确恶意保全的侵权责任构成要件及赔偿范围。建议通过司法解释或指导性案例，明确恶意保全的主观过错、违法行为、损害后果及因果关系等要件，并将直接损失（如额外融资成本、交易机会丧失）与间接损失（如商誉损害）均纳入赔偿范围，提高违法成本，形成有效威慑。在程序保障方面，应当强化听证程序在保全审查中的运用。对于可能对企业经营产生重大影响的保全措施，应引入听证程序，给予被申请人申辩的机会，这既是对其程序参与权的保障，也是法院查明事实、避免错误保全的重要机制。同时，应完善担保机制创新，在坚持要求提供担保以防范滥用风险的同时，鼓励和支持保险公司开发更多元的保全责任险产品，并探索根据案件具体情况、申请人资信状况等实行浮动担保比例，减轻诚信申请人的负担，实现保护与防范的平衡。

（二）优化处置权移送规则，构建“绿色通道”

为解决首封法院与优先债权执行法院之间的处置权移送僵局，提升执行效率，必须对现有的“商请移送”规则进行系统性优化。核心在于确立处置权移送的优先与时效原则。应当通过司法解释明确，当优先债权执行法院商请移送处置权时，首封法院（尤其是保全法院）原则上应予配合，并规定其作出决定的合理期限，如一个月内。逾期未移送的，可赋予执行法院报请共同上级法院指定执行的权利，从而为程序推进装上“强制引擎”。此外，应着力构建法院间的协同执行网络。充分利用现代信息技术，建立全国统一的执行指挥中心综合管理平台，将处置权的商请、回复、移送等环节全部线上化、标准化，实现全程留痕和实时监督，大幅降低沟通与协调成本。同时，探索建立“首封法院与优先债权执行法院共享处置收益”的激励机制，例如在分配拍卖款时对积极移送处置权的首封债权人在一定比例内给予适当补偿，以调动其配合积极性，从根本上疏通梗阻。

（三）完善案外人权利保障体系，实现利益平衡

健全的案外人权利救济渠道是制约保全权滥用、维护交易安全的关键。首先，应确立案外人针对保全裁定的异议程序。允许案外人在其合法权益因保全措施受到侵害时，向作出裁定的法院提出书面异议，法院应当进行实质审查而非仅限于形式审查，并在必要时组织听证，确保案外人的声音能被充分听取。其次，需要拓宽并理顺案外人的事后救济途径。明确案外人不仅可以在执行阶段依据《民事诉讼法》第 234 条提出执行标的异议及异议之诉，其权利因恶意或错误保全受到损害的，同样有权依据侵权责任法向申请人主张损害赔偿。建议探索建立“案外人提供反担保解除保全”的机制，即在案外人能够提供充分担保的情况下，可申请解除对其享有合法权益财产的保全，从而快速化解对其生产经营的冲击，实现各方利益的快速平衡。

（四）推动“智慧保全”系统升级，实施动态化监管

面对“活封”监管等实践难题，向科技借力是必然选择。应全面建设并推广“智慧保全”管理系统。该系统应具备财产标签化、价值动态评估和风险预警等功能。例如，对“活封”的大型

设备、库存货物等，可探索运用物联网传感器、电子封条、视频监控等技术手段，实时监控财产的状态、位置和移动情况，一旦出现异常即可自动报警。同时，应建立保全财产信息共享与价值监控平台。将全国法院的保全信息，特别是“活封”财产信息进行统一登记和公示，并与市场监管、不动产登记、车辆管理等部门实现数据互通。例如，系统可对接相关价格数据库，对查封的原材料、产成品等进行价值跟踪，一旦发现价值显著贬损的风险，及时提示法院和债权人采取应对措施，将静态的保全升级为动态的、智能的财产监管，真正实现保全目的，同时最大限度减少对社会资源和经济活动的负面影响。

五、结论

财产保全制度作为连接审判与执行的关键桥梁，其在诉讼策略与执行程序中所展现出的“阻断”效应，是一把兼具攻防策略价值的“双刃剑”。本文通过剖析其双重效应、典型实务场景、现实困境与完善路径，揭示出核心问题在于如何平衡债权实现的效率与保障、个体权利保护与整体经济利益之间的关系。

本研究认为，对财产保全阻断执行机制的探究，其最终归宿并非鼓励程序投机，而是为了通过深刻理解其内在逻辑与外部效应，引导该制度回归其保障债权实现的正当本源，并有效抑制其权利滥用与负面外溢。一个规范、透明、可预期的财产保全制度，是法治化营商环境的“压舱石”之一。它既能让守信债权人对权利实现充满信心，敢于交易，乐于投资；也能让债务企业免受不当保全的致命冲击，保有东山再起的生机；更能让所有市场主体在清晰的规则下，公平竞争，有序发展。

因此，完善与司法实践应始终秉持依法、审慎、善意的理念，在坚守程序正义的同时，关注保全措施对实体经济运行的实质影响。通过持续细化规则、优化流程、强化监管、智慧赋能，我们能够将财产保全塑造为维护交易安全、促进诚信履约、优化资源配置的利器，为构建稳定、公平、透明、可预期的营商环境，最终促进经济社会的和谐与可持续发展，提供坚实而有力的司法保障。

参考文献

[1] 王亚美.民事诉讼行为保全制度的相关研究[J].楚天法治,2023(13):0112–0114.

[2] 傅郁林.知识产权禁令中双方当事人权益保护[J].现代法学,2023(3):17–18.

[3] 熊利娟."诉责险"费用承担问题研究[J].争议解决,2024,10(2):676–681.

[4] 周艳波.论反担保解除财产保全的内涵,性质及路径[J].山东科技大学学报:社会科学版, 2023, 25(1):54–62.

[5] 刘冬凯."诉讼保全责任保险"的反思与完善——以"审判前财产扣押令可用性"指标看隐性诉讼成本控制[J].公民与法(审判版),2024(5):10–11.

[6] 潘宇.审执视角下债权人撤销权诉讼的功能定位[J].经贸法律评论,2024(6):15–29.

[7] 张倩倩.程序法视野下代位债权人的受偿规则——以《民法典》第 537 条"但书"部分为中心[J].中南财经政法大学研究生论丛,2023(5):110–116.

[8] 张栋.刑事诉讼涉案财物制度的问题与完善[J].法学杂志,2024(5):12.

[9] 唐力.《民法典》上代位权实现的程序规制[J].政法论丛,2023(1):27.

[10] 蒋家棣.债权人撤销权的法律效果及债权的实现路径[J].中国应用法学,2024(1):170–185.

[11] 简玲玲,李燕.胜诉后无法实现债权怎么办[J].致富天地,2024(6):67–67.

[12] 任静远.信托专项账户的认定及保全异议审查[J].人民司法,2024(22):105–108.

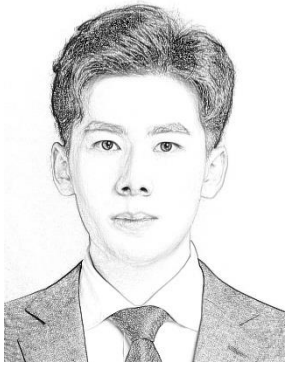
[13] 钱家乐.责任财产保全与债权实现:债权人撤销权制度的两种构造模式[J].法大法律评论,2024,39(1):161–174.

[14] 胡志超,谢绯晖.财产保全案件中如何平衡双方当事人利益[J].人民司法,2023(32):7–10.

[15] 尚晓茜,刘衍.债权人撤销权诉讼的审执衔接[J].人民司法,2023(22):49–57.

新《公司法》下法定代表人涤除登记的四大实务困局及破局要点

高　颖　姚耘杰



高颖律师毕业于英国杜伦大学，具备法律、金融和会计复合背景，主要执业领域为商事争议解决、公司治理、投融资以及政府与企业常年法律顾问等，为多个上市公司、大型国企、民营企业、企业家和政府部门提供投融资项目架构搭建与制度设计、复杂债权债务重组、股东间争议解决等法律服务，擅长运用商业思维为客户提供“法商融合”的专业支持。

姚耘杰律师，北京德和衡（上海）律师事务所联席合伙人，自执业以来，姚耘杰律师长期为众多上市公司、大型企业及政府部门提供综合争议解决法律服务、企业合规法律服务等。姚耘杰律师擅长商事争议解决、企业合规、刑事辩护、不正当竞争纠纷等领域，对于民刑交叉案件、企业危机处理案件，善于运用多样化的执行方式为客户提供综合法律服务。

摘　要：新《公司法》明确了法定代表人的辞任权，为司法介入法定代表人涤除登记提供了依据，但权利人从启动诉讼到恢复个人信用仍面临阻碍，存在多重困局。诉讼阶段，法院在审查涤除登记请求时的证明标准不一，需要权利人证明已向公司作出明确的辞任意思表示、已与公司无实质关联且无法通过公司内部自治程序获得救济。执行阶段，存在部分法院不予立案，或即便法院立案并发出协助执行函后，部分市场监督管理局仍以法律依据缺失或技术操作障碍为由不予配合的困境。权利人需要依据《公司登记管理实施办法》中的规定与登记机关进行沟通。涤除登记之诉胜诉后，限制消费令措施并不会当然解除，需要权利人向执行目标公司债务的法院提出限高纠正申请，部分法院甚至要求权利人通过执行异议途径处理，进一步增加了权利人的诉讼成本。即便解除“限高”，法院系统与铁路、民航系统数据的不同步仍有较小可能导致权利人仍长时间无法正常购买高铁票、飞机票，需要权利人推动执行法院通过其内部系统向上级法院乃至最高人民法院进行层层报备或由当事人自行向上级法院申诉。

关键词：法定代表人涤除登记；行政登记；限制高消费

引　言

在现代公司治理结构中，法定代表人作为公司意志的代表，依照公司章程规定和法律规定，对外享有法定代表权，同时也承担着相应的法律责任与商业风险。由此可见，无论是公司还是法定代表人，共同维护法定代表人制度的稳定与规范化运作对公司治理至关重要。然而，实践中，由于公司自治的失灵，离职或意欲退出公司的法定代表人常面临“卸任容易，变更难”的难题，进而衍生出了法定代表人涤除登记难的现实困境。这一困境的滋生，根源在于相关登记规范的原则性、司法裁判观点的历史沿革以及直接法律依据的缺失等多重因素交织，导致公司的法定代表人陷入名实分离的尴尬境地。

由于法定代表人与公司之间存在极强的人格依附与责任关联，一旦公司陷入经营异常或债务纠纷，法定代表人可能一并面临限制高消费、被纳入失信被执行人名单等直接冲击，责任与权利显著失衡。这种紧密绑定关系，使得涤除登记不仅是形式上的工商变更，更关乎退出者的权益保障与风险隔离。因此，深入研究法定代表人涤除登记的司法路径与裁判标准，对于破解实务困境具有积极作用。

2024 年 7 月 1 日，新《公司法》的施行在一定程度上完善了法定代表人的离职与变更登记制度，尤其是新《公司法》第 10 条[①]的规定，为法定代表人涤除登记之诉提供了直接的法律依据。然而，实务中仍面临诸多挑战，如缺乏细化的法律规定导致法院在审查是否应当涤除登记时的自由裁量空间较大，以及胜诉后工商登记机关可能因缺乏明确操作指引而执行不畅等。更为复杂的是，涤除登记前因公司债务被“限高”的法定代表人，在胜诉后解除相关限制措施时，往往需向另一执行法院另行申请，面临法律衔接、证据组织与沟通协调等新难题。本文将围绕上述困局与最新司法动态，结合笔者自身的办案经验，为陷入此类纠纷的公司和个人提供明晰的、完整的处理策略，并为进一步完善相关制度贡献实务思考。

一、法定代表人涤除登记诉讼中的困局

新《公司法》施行后，法院处理法定代表人涤除登记纠纷的裁判思路逐渐打破“公司自治优先”的保守观点，之前存在的“不属于法院受案范围”“涤除登记的诉讼请求因无法执行或因法定代表人属于法定登记事项不得空缺而被驳回”等阻碍涤除登记的障碍正在逐步消失，陷入辞而不别僵局的法定代表人们有了直接的法律依据请求司法介入救济，但依然面临着较大的司法审查的不确定性。

（一）产生法定代表人涤除登记纠纷的背景

实务中，引发法定代表人涤除登记纠纷的情形复杂多样，法院通常将该类纠纷中的法定代表人主要分为四种类型[②]：

1. 控制权变动型

此类情形常与公司内部权力博弈密切相关，又可称“实际控制人型”。该类型的法定代表人是实际控制公司的法定代表人，其通常实际参与控制、经营、管理公司，大多数情况下同时也是公司股东。当公司经营前景良好时，法定代表人

① 第十条：公司的法定代表人按照公司章程的规定，由代表公司执行公司事务的董事或者经理担任。担任法定代表人的董事或者经理辞任的，视为同时辞去法定代表人。法定代表人辞任的，公司应当在法定代表人辞任之日起三十日内确定新的法定代表人。

② 参见林梦婷：《新公司法下法定代表人涤除登记之诉 | 至正研究》，载微信公众号“至正研究”，2025 年 3 月 27 日上传

的身份意味着对公司重要事务的决定权和对外代表权，往往成为控制权争夺的焦点。然而，当公司经营陷入困境，尤其是出现了大量无法履行的执行案件时，法定代表人的身份就变成了责任的枷锁，因其需对外承担如被采取限制消费令措施等后果，导致原法定代表人往往急于卸任脱身。但此时一般伴随着公司内部治理机制失灵或其他股东的刻意阻挠，拒绝选任新的法定代表人，使其不能通过公司内部程序完成变更登记，只能通过诉讼请求涤除登记。

2. 挂名型

挂名型的法定代表人通常基于熟人社会的情谊行为，当事人出于帮助朋友、亲属等目的，应允担任法定代表人，但其本人并不参与公司的日常经营管理，甚至不掌控公司的证照、印章，其作用仅限于应公司要求在各类公司文件上签字。

3. 离职退出型

第 3 类与第 2 类的核心特征均为法定代表人并非公司的实际控制人与管理者，故可统称为“非实际控制人型”。离职退出型的法定代表人多见于劳动关系语境，当事人原系公司员工，受雇主委托或工作安排担任公司或集团子公司的法定代表人，其本身不享有股东权益，亦不掌握公司实际控制权。一旦劳动关系终止，退出成为了题中之义。但第 2、3 类法定代表人在意欲退出时，常因公司失联、证照印章遗失或掌控方不配合等原因，陷入退出无门的困境。

4. 冒名型

冒名型的法定代表人因身份信息被不法分子盗用，在完全不知情的情况下被登记为公司的法定代表人，其通常直至被限高才得知名下存在公司的情况。

（二）法定代表人涤除登记纠纷的破局要点

法院在审理法定代表人涤除登记诉讼时，为避免不当干预公司自治，并防止当事人恶意逃避债务，通常会围绕部分核心要件进行审慎审查，而围绕此类诉讼的司法审查的基本框架，就可归纳出处理此类纠纷的破局要点。

1. 证明已向公司作出明确的辞任的意思表示

法定代表人向公司作出明确的辞任的意思表示是启动司法救济的前置程序。法定代表人不能以默示或消极不作为的方式退出，而必须通过书面函件（如《辞职通知书》《律师函》）等可留存证据的形式，明确向公司（或有权接收的机构，如董事会、执行事务的董事）表达其不再担任法定代表人的意思。此举旨在证明当事人已主动寻求内部解决，为后续进一步证明无法通过公司内部自治手段获得救济埋下伏笔。

而关于法定代表人的辞任是否须经公司批准才能生效，现行法律规定并未明确法定代表人与公司的法律关系性质，但司法实践中通常认为二者之间形成委任关系，该法律关系源自于委托合同关系[①]，故法定代表人有权参照《民法典》第 933 条[②]行使任意解除权，单方向公司提出辞职，无需经公司批准。还有观点认为，法定代表人的产生是以其担任公司执行董事或经理职位为基础，法定代表人身份根源于其所担任的执行董事或经理职位，而《公司法》第七十条第三款规定：“董事辞任的，应当以书面形式通知公司，公司收到通知之日辞任生效”，既然作为本源的董事的辞任是单方法律行为，那么作为附属性的法定代表人辞任当然也无需其他主体同意。除此之外，《最

① 参见（2024）沪 02 民终 1343 号民事判决书

② 第九百三十三条：委托人或者受托人可以随时解除委托合同。

高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的解释（征求意见稿）》第一条第二款规定：“人民法院依据前款规定判令公司办理变更登记或者涤除登记信息的，应当同时确认法定代表人从公司收到书面辞任通知之日起辞任”。虽然该司法解释尚未正式发布，但可以从中看出司法制度正在进一步确认与完善法定代表人辞任的法律性质。

2. 证明诉讼时已与公司无实质关联

司法实践中，法院均将法定代表人与公司无实质关联作为判断涤除登记是否具备事实基础的关键[①]。同时，由于实践中的案情复杂多样，且不存在法律规定明确“无实质关联”的认定标准，导致证明标准在司法实践中高度不统一。

小部分法院采取严格立场，要求权利人证明其完全不参与经营管理、不持有任何股权、与公司无劳动关系、不掌控公司任何资产、证照或印章，任何一项的缺失都可能被认定为“不能认定原告与公司无实质关联”。在笔者于上海地区某法院办理过的法定代表人涤除登记案件中，法院在审查完毕前述条件后仍无法确信当事人与公司之间不存在实质关联。即便在本案中原告提交了公司曾经作出过变更法定代表人的股东会决议，法院仍进一步依职权向公司其他股东征询情况，最后由其他股东向法院提交了一份《情况说明》，说明了公司的执行董事及实际控制人身份另有其人。最终，法院综合各项证据方才认定本案原告确为挂名法定代表人，判决支持涤除登记的诉讼请求。

而更多法院则采取相对宽松的立场，重点审查权利人是否为公司实际控制人或主要责任人员。只要权利人能证明自己已离职（可提交离职证明、新单位的劳动合同或社保缴纳记录）、非股东或仅是挂名小股东（可提交代持股协议）、不掌控公司核心经营管理权，即便与公司存在历史或形式上的联系，也可能被认定为法律意义上的“无实质关联”。

3. 证明已无法通过公司内部自治程序获得救济

根据《公司法》第 10 条第 3 款规定，法定代表人辞任后，公司有义务在 30 日内通过内部程序形成解任原法定代表人并任命新法定代表人的决议，从而完成变更登记。但当辞任已经发生，而权利人穷尽内部救济措施仍无法推进解任程序，二者的矛盾才构成了司法权力介入、判决支持涤除登记的正当性理由。

结合笔者自身的实务经验，法院一方面会审查权利人是否积极请求公司办理，比如催告公司办理变更登记、尝试依据公司章程规定通过董事、监事、股东召集股东会会议或董事会会议；另一方面，法院会审查公司内部的反馈与状态，而公司的反馈一般分为三种：

（1）明确拒绝型：公司或控股股东以书面或实际行动拒绝变更，此为内部救济不能的最理想情形。

（2）陷入僵局型：公司内部存在矛盾，无法就新任法定代表人形成合法有效的决议，法院通常倾向于认为此类情形已经存在内部救济障碍。

（3）无人应答型：公司已停止经营、人去楼空或处于失联状态，此时，权利人的请求客观上已无应答对象。大部分法院认为构成内部救济不能，但仍有少数法院会苛求必须证明已经穷尽所

① 参见（2025）沪 0105 民初 4107 号民事判决书、（2023）粤 0204 民初 861 号民事判决书、（2023）苏 0106 民初 15545 号（2021）京 0105 民初 75922 号民事判决书、（2020）粤 01 民终 9854 号民事判决书

有可能方式联系股东。

法院在此审查要点上的自由裁量，本质上是在公司自治原则与保护个人权益之间寻求平衡。权利人需要在诉讼中围绕以上两个方面，构建一个符合受案法院主流裁判尺度的、充分且连贯的证据链，说服法院通过“内部自治”解决问题已不具现实可能性，从而启动司法干预。

（三）特殊情形下法定代表人涤除登记纠纷的障碍

需要注意的是，即便原告的诉求能够围绕上述要点充分证明，在以下特殊情形中，部分法院出于保护外部交易秩序、维护执行程序或恪守行政与司法权限分工的考量，仍可能驳回其涤除登记的请求，形成更为复杂的救济障碍。

1. 公司已成为失信被执行人

在此情形下，法院的审查重心会平衡公司自治原则与保护个人权益，进一步转向平衡个人退出权利与保护外部债权人利益。法院会审慎探究原告是否具有利用涤除登记来逃避债务、规避执行（尤其是“限高”措施）的主观恶意。即便原告确已辞任且非实际控制人，但极少部分法院认为只要其登记身份仍在，对债权人而言就保留了一道潜在的追责路径，从而导致诉讼请求被驳回或在执行阶段解除“限高”措施时面临来自另一执行法院的严格审查。

2. 公司已被吊销营业执照

此情形下面临双重障碍：第一，技术操作障碍。法院在诉讼中通常会征询工商登记机关的意见，而工商登记机关普遍反馈称，公司一旦被吊销，其登记系统即被锁定，无法办理任何变更登记。部分法院会以此为由，认为判决事实上无法执行，从而驳回诉请。第二，法律义务障碍。根据《公司法》第 232 条第 1 款[①]规定，公司被吊销营业执照后应进入清算程序，由董事作为清算义务人。若董事兼任法定代表人（此常见于只设置一人董事的公司），部分法院会认为其负有法定的清算义务[②]，此时其登记身份与清算职责相关联，涤除登记将导致清算责任主体虚化，故不予支持。然而，一个名实分离的法定代表人，不掌握任何公司资料，是无法完成清算义务的，这使得被吊销营业执照的公司的法定代表人陷入“欲退无门，欲清不能”的僵局。但部分法院对此持相反观点[③]，认为正是因为公司已经被吊销，当事人通过公司内部自治途径解决法定代表人身份涤除问题已不具有现实可行性，给当事人的生活造成了实际影响，侵害了其合法权益，故而支持涤除登记的诉讼请求，可见部分法院在此情形下更注重保护个人权益。

二、法定代表人涤除登记强制执行程序中的困局

在取得涤除登记的胜诉判决后，权利人旋即面临“执行难”的严峻挑战。判决的确认并未自动导向登记的变更，此阶段的主要障碍体现在司法与行政两个层面。

（一）司法执行环节的立案与实施障碍

部分法院认为，判决所确定的涤除登记义务首先依赖于公司主动提交申请，属于具有人身依附性的“不可替代履行行为”。根据《民事诉讼法》关于执行的规定，对于此类行为，法院无法

① 第二百三十二条第一款：公司因本法第二百二十九条第一款第一项、第二项、第四项、第五项规定而解散的，应当清算。董事为公司清算义务人，应当在解散事由出现之日起十五日内组成清算组进行清算。

② 参见（2024）沪 0115 民初 66964 号民事判决书

③ 参见（2025）京民再 18 号民事判决书、

像划拨存款一样直接强制执行。因此，在公司在判决生效后不作为的情况下，部分法院会以“执行标的”不明确或无法强制执行为由，拒绝受理执行申请。

即便执行立案成功，法院在具体实施中也面临现实阻碍。法院通常需向市场监督管理局发出《协助执行通知书》，由市场监督管理局最终操作完成涤除登记。然而，在此关键环节，行政机关常以“法无明文授权”、“登记系统无‘涤除’功能操作”或“公司已被吊销，登记系统锁定无法操作”等理由不予配合。这种司法权与行政权衔接的断层，使得涤除登记的胜诉判决在“最后一公里”陷入僵局。

（二）行政登记环节的操作性障碍

如前所述，新《公司法》对法院判决执行与工商登记之间的衔接未提供直接的法律依据，行政登记机关过去亦常以《中华人民共和国市场主体登记管理条例》中对市场主体登记的规定仅包括设立登记、变更登记和注销登记，不包括涤除登记为由，不予办理涤除登记。笔者在办理该类案件过程中，曾咨询过上海市市场监督管理局，工作人员表示市监局早已遇到过许多次需要办理涤除登记的情况，但苦于技术性障碍以及法律依据的缺失，确无法完成此项操作，为此市监局已将相关建议递交上海高院并多次进行讨论。

2025 年 2 月 10 日，这一困局随着国家市场监督管理总局颁布的《公司登记管理实施办法》的实施迎来破解。《公司登记管理实施办法》第二十三条作出了突破性规定，“因公司未按期依法履行生效法律文书明确的登记备案事项相关法定义务，人民法院向公司登记机关送达协助执行通知书，要求协助涤除法定代表人、董事、监事、高级管理人员、股东、分公司负责人等信息的，公司登记机关依法通过国家企业信用信息公示系统向社会公示涤除信息。”此举首次在规章层面确立了涤除登记的程序，为登记机关提供了操作依据。

但即便如此，仍有部分登记机关由于较少办理此类事务，不熟悉最新的法律规定及操作系统，导致了执行不畅的局面。对此，权利人可以依据前述规定及提供其他成功操作的案例，积极与登记机关沟通，必要时可以向上级机关反映情况，要求协调处理。

三、解除法定代表人限制消费令措施中的困局

对多数权利人而言，其往往是在被采取限消令措施后才得知自己名下存在公司或开始采取维权措施。因此，涤除登记诉讼仅是手段，其最终目的在于解除因公司债务而对其个人采取的限消令措施，以修复征信、回归正常生活。然而，即便成功涤除登记，解除“限高”仍是一条布满荆棘的独立维权之路。

（一）申请解除限消令的障碍

1．程序跨域与协调之难

作出限消令措施的法院通常是执行公司债务的案件管辖法院，与审理涤除登记的法院往往不同一。权利人需要向一个对涤除登记诉讼背景完全不熟悉的法院及其执行法官提出申请，产生了巨大的组织协调与沟通成本：权利人需重新提交全套证据、重新陈述事实，并面临不同法院、不同法官对证据标准和法律理解不一致的风险。实务中，执行法官对于非其本院作出的且可能涉及复杂公司内部关系的判决，其审查意愿和审查细致度常存在不确定性，简单以“需内部合议”或“需调卷审查”为由拖延处理的情况时有发生。

2. 审查程序的独立性与严苛性

部分执行法院认为“限高”措施的纠正是一个独立的审查程序，涤除登记的生效判决仅是其中一项关键证据，不能据此当然解除“限高”措施。根据《最高人民法院关于在执行工作中进一步强化善意文明执行理念的意见》第 17 条第（2）项规定：“单位被执行人被限制消费后，其法定代表人、主要负责人确因经营管理需要发生变更，原法定代表人、主要负责人申请解除对其本人的限制消费措施的，应举证证明其并非单位的实际控制人、影响债务履行的直接责任人员。人民法院经审查属实的，应予准许，并对变更后的法定代表人、主要负责人依法采取限制消费措施。”因此，执行法院需要对“申请人是否仍为单位的实际控制人、影响债务履行的直接责任人员”这一实体问题进行独立判断。更为严峻的是，部分法院采取极为保守的立场，明确告知当事人涤除登记判决不能直接作为解除“限高”的依据，要求权利人必须另行提起执行异议申请，乃至后续的执行异议之诉。这无异于要求当事人发起一场全新的、耗时数年的诉讼，极大地增加了维权成本与不确定性，使涤除登记判决的终局性价值大打折扣。

（二）解除限消令的破局要点

1. 提出纠正限高申请

依据《最高人民法院关于在执行工作中进一步强化善意文明执行理念的意见》第 18 条[①]，向执行法院作出限消令的承办法官提交“关于纠正限制消费措施的申请”。若执行案件已经终结本次执行或作出限消令的原承办人员已经调离、离职的，应先联系执行法院执行实施部门，确认新的审查人员。若执行法院要求当事人以执行异议的方式提出申请，由于执行异议案件所需耗费的时间和诉讼成本、诉讼结果均不利于当事人，应当极力避免进行执行异议，建议依照《最高人民法院关于在执行工作中进一步强化善意文明执行理念的意见》的规定及提交裁判案例的方式与执行法院沟通。实际上，根据笔者自身的实务经验，法院对限制消费行为的观点已发生变化，认为其不再属于执行行为，不应属于执行异议审查范围，实践中如（2024）粤 0304 执异 1163 号、（2024）桂 0881 执异 161 号、（2024）吉 01 执复 184 号等裁定书均持此观点。

2. 构建严密的证据体系证明非单位的实际控制人、影响债务履行的直接责任人员

依据《最高人民法院关于在执行工作中进一步强化善意文明执行理念的意见》第 17 条第（2）项规定，证明“非单位的实际控制人、影响债务履行的直接责任人员”是决定成败的关键。实践中，执行法院并无统一的审查标准，并且证明消极法律事实本就困难，这就要求当事人必须以达到高度盖然性的标准组织证据，形成完整可信的证据链条，取得执行法官的内心确信。

（1）证明非“实际控制人”

“实际控制人”常指虽非公司名义股东，但通过投资关系、协议或其他安排，能够实际支配公司行为的个人或组织。证明非实际控制人，核心在于举证其与公司在人格、财产及经营决策上完全独立，不具备任何支配性影响力。比如提交身份与劳动关系的证据、无控制权的证据、财产独立的证据等。

在笔者曾经办理过的一起涤除登记案件中，

① 18.畅通惩戒措施救济渠道。自然人、法人或其他组织对被纳入失信名单申请纠正的，人民法院应当依照失信名单规定第十二条规定的程序和时限及时审查并作出处理决定。对被采取限制消费措施申请纠正的，参照失信名单规定第十二条规定办理。

当事人除了是公司的挂名法定代表人之外，还是公司的挂名股东，笔者在考量诉讼策略时已经预见到给后续解除“限高”措施带来的障碍。在没有相关代持股证据的情况下，执行法院通常难以认定当事人非“实际控制人”或“影响债务履行的直接责任人员”。在此情形下，笔者进行了两手准备，一是在涤除登记案件的判决书中确认代持股的相关事实，二是在涤除登记案件胜诉后另外提起股东资格确认纠纷。前者的好处在于当事人无需另行提起诉讼，节省诉讼成本，但执行法院有可能坚持要求提供生效判决确认当事人的名义股东身份。在笔者代理的该案件中，最终在第一种路径下，成功让执行法院认可当事人非“实际控制人”。

（2）证明非“影响债务履行的直接责任人员”

此点的证明目标在于阐明其个人与案涉债务的产生及未能履行之间不存在法律上的因果关系，且当前已无任何能力影响债务履行。

①提交在任时间与职责关联性的证据

证明案涉债务发生或持续于其离职或辞任法定代表人之后；或其原有岗位职责（如普通员工）与引发债务的业务决策、合同签署、资金调度等关键环节毫无关联。

②提交体现公司客观状态的证据

提交公司已停止经营、办公地人去楼空、已被市场监管部门吊销营业执照等证据，描绘出公司已呈“植物人”状态，从而主张其作为已卸任的挂名人员，客观上已无任何法律途径和现实能力去督促、组织或推动债务的履行。通过将“非实际控制人”与“非直接责任人员”的证据相互印证、形成闭环。

四、解除限制消费令措施导致的其他限制措施中的困局

根据《关于落实在一定期限内适当限制特定严重失信人乘坐火车、民用航空器有关工作的通知》第2条第1款[①]规定，被采取限制消费令措施的当事人同时会被限制购买高铁票、机票，这也是对被“限高”的当事人的社会生活造成的最大困扰。

实务中，依据《关于落实在一定期限内适当限制特定严重失信人乘坐火车、民用航空器有关工作的通知》第3条[②]规定，人民法院作出解除限制消费令的决定后，中国执行信息公开网上的相关记录通常在24小时内得以更新。理论上，信息更新后当事人即可恢复正常购票。然而，系统衔接并非万无一失。在笔者承办过的案件中，曾出现法院解除“限高”措施且信息公开网已无法查询到记录后，当事人仍长时间无法购票的情形。经与执行法官沟通，获悉根源在于法院内部办案系统与铁路、民航售票系统为独立运行的平台，数据同步存在技术延迟或系统故障的可能。法官亦坦言，一旦出现此情况，法院端已无进一步的操作权限，只能通过内部渠道向上反馈协调。

该问题的破局要点，在于推动执行法院通过其内部系统向上级法院乃至最高人民法院进行层

① 二、根据《最高人民法院关于公布失信被执行人名单信息的若干规定》（法释〔2017〕7号）和《最高人民法院关于限制被执行人高消费及有关消费的若干规定》（法释〔2015〕17号）规定，人民法院制作的纳入失信被执行人名单决定书和限制消费令，由人民法院院长签发，自作出之日起生效。生效后，最高人民法院将失信被执行人名单和限制消费措施名单推送给民航局和铁路总公司，民航局和铁路总公司收到失信被执行人名单和限制消费措施名单后，即按名单执行惩戒措施。

② 三、执行法院根据《最高人民法院关于公布失信被执行人名单信息的若干规定》（法释〔2017〕7号）《最高人民法院关于限制被执行人高消费及有关消费的若干规定》（法释〔2015〕17号），确定何时删除失信信息和限制消费信息。最高人民法院将删除失信信息和限制消费信息的名单推送给民航局和铁路总公司，民航局和铁路总公司收到删除失信信息和限制消费信息的名单后，即按名单解除惩戒措施。

层报备或由当事人自行向上级法院申诉，再由最高人民法院与铁路局、民航局进行数据核对并手动同步。但由于这一过程并无明确的法律程序与时限保障，全赖于承办法官的责任心与内部沟通效率。由于法律并未规定在此情形下当事人享有直接的、可启动的救济请求权，一旦遭遇此极端情况，权利人便陷入“判决已生效，权利难恢复”的尴尬境地，最终还是需要通过反复与执行法院、上级法院沟通申诉这一非制度化途径寻求解决。

参考文献

[1] 赵旭东：《新公司法诉讼实务指南》，法律出版社 2024 年版，第 132–134 页。

[2] 史小峰：《对失信被执行单位四类人员限高有关问题的思考》，载《人民法院报》2021 年 6 月 22 日，第 7 版。

[3] 朱文峰：《对公司监事或股东进行高消费限制的条件》，载《人民法院报》2021 年 7 月 29 日，第 7 版。

[4] 林梦婷：《新公司法下法定代表人涤除登记之诉丨至正研究》,载微信公众号“至正研究”，2025 年 3 月 27 日上传。

[5] 刘立：《法定代表人去职制度的适用剖析——以新〈公司法〉第 10 条为中心》，载《徐州工程学院学报（社会科学版）》2025 年第 40 期，第 32–37 页。

[6] 周倩儿：《新〈公司法〉视域下法定代表人制度的省思与革新》，载《东北农业大学学报（社会科学版）》2024 年第 22 期，第 32–38 页。

论出资未届期股权转让出让人的责任

——以新《公司法》第八十八条第一款为中心

王亓艳

王亓艳律师拥有扎实的法学理论功底，具有丰富的诉讼实践经验。执业以来，为多家政府部门、大中型企业提供法律服务，包括但不限于中德生态园管委、海信视像科技股份有限公司、聚好看科技股份有限公司、中国石油集团海洋工程（青岛）有限公司、中电科仪器仪表有限公司、大唐山东电力检修运营有限公司、中铁西海岸投资发展有限公司、青岛多元建设集团有限公司、青岛润德生物科技有限公司、山东深海冷水团海洋开发有限公司等。

摘　要：关于出资未届期股权转让出让人的责任问题，基于对新《公司法》第八十八条第一款制度基因的分析，结合相关裁判规则，将出让人责任形态分为两种，一种是对公司或其他股东的与出资有关的责任，涉及股东与公司以及股东与股东之间的内部关系；另一种是对债权人的与侵权之债有关的赔偿责任，涉及股东出资责任的溢出效应。对不同性质的责任追究应当适用不同的法律规则，前者适用新《公司法》第八十八条第一款的规定；而后者则区别出让人的主观状态适用不同的规则，在出让人恶意转让股权的情况下，新《公司法》第八十八条第一款没有适用余地。鉴于《公司法司法解释三》《九民会议纪要》与新《公司法》的相关规定既有重复又有不同，易造成适用困境，建议最高人民法院对相关规定进行梳理，出台适用指引，以做好法条衔接工作，保障体系适用的科学性、逻辑性。

关键词：认缴制；出资未届期；股权转让；出让人

一、引言

2013 年《公司法》确立的完全认缴资本制在降低创业门槛、激发市场活力的同时，也催生了股东利用未届期股权转让逃避出资义务的问题。在认缴制框架下，股东享有期限利益本为原则，却异化为部分股东“金蝉脱壳”的工具——原股东通过将未届出资期限的股权转让给缺乏清偿能力的受让人，使得公司注册资本沦为“空洞承诺”，严重损害债权人利益与市场交易安全。在欠缺立法规制的情况下，司法裁判标准长期呈现“同案不同判”的混乱局面。在这一背景下，2023 年修订通过的《公司法》第八十八条第一款首次以立法形式明确股东转让未届出资期限的股权的，出让人对受让人未按期缴纳的出资承担补充责任。然而，该条款出台以来，引起理论界的激烈讨论，溯及力问题更是引起实务界不小的波动，随着法工委备案审查工作报告以及最高院相关批复的发布，该条款确定不溯及既往，相关溯及力争议随之落下帷幕，事实上，根据法不溯及既往原则，该条款本就不应当具有溯及力，溯及力问题也并非是该条款理解与适用中的重点难点问题，该条款涉及的法理基础复杂、权利主体不明、责任形态模糊等挑战才是业界争论的焦点问题。

本文通过梳理新《公司法》第八十八条第一款的制定背景与法理基础，分析其出台前后的司法裁判演进，在此基础上提出该条款的适用建议，以期为构建平衡股东期限利益与债权人保护的股权转让责任规则提供智识贡献。

二、新《公司法》第八十八条第一款的制度基因

（一）认缴资本制改革与制度漏洞

我国公司资本制度经历了从严格实缴制到有限认缴制再到完全认缴制的演进历程。2013 年修法取消最低注册资本与验资程序，确立完全的认缴资本制，股东可自由约定出资期限。这一变革降低了创业成本，鼓励投资、促进交易并带动了市场经济的繁荣。然而，认缴制内在缺陷也逐步显现：一方面，期限利益绝对化使得股东误以为未届期出资可无条件豁免；另一方面，责任衔接机制缺失使得原股东通过向无资力受让人转让股权逃避出资义务，损害公司和债权人利益。2024 年 7 月 1 日施行的新《公司法》第四十七条规定有限责任公司股东认缴的出资额由股东按照公司章程的规定自公司成立之日起五年内缴足，国务院关于实施《中华人民共和国公司法》注册资本登记管理制度的规定第二条给与 2024 年 6 月 30 日前登记设立的公司以 3 年的过渡期。虽然新《公司法》规定对出资额限期缴足，但本质上还是认缴制，股东利用期限利益转让股权恶意逃避出资义务的问题有待解决。

（二）学界争议及评析

《公司法》第八十八条第一款规定转让未届出资期限股权的，出让人对受让人未按期缴纳的出资承担补充责任。在完成股权转让，出让人不再具有股东身份的情况下，还需要承担与出资有关的责任。正如学者所言，出让人的补充责任不是因违反出资义务而为自身承担的责任，而是属

于为他人承担的“与出资相关的责任”。[①]对于股东出资责任的承担问题，学者们意见不一，讨论激烈。

第一种观点认为股东出资义务系法定义务，该义务不因股权转让而发生转移，股权转让后，原股东还需履行出资义务，承担出资责任。[②]该观点肯定了出资义务的法定性，但是忽视了商事外观主义，股权转让完成后，受让人成为工商登记的股东并予以公示，出让人已经不具有股东身份，不应当承担出资责任，《公司法》第八十八条第一款规定的是出让人的与出资有关的责任，而以股东身份为基础的出资责任系由受让人承担。

第二种观点将出资义务设定为相应股权上的负担，即股权的“物的负担”，根据“债随物走”的规则，出资义务随着股权的转让而转让，出资未届期股权转让后，受让人承担出资义务，转让人出资责任免除。[③]该观点一刀切地认为股权转让后，出让人不承担任何与出资有关的责任，与将股权转让理解为债权债务概括转移具有相同的法律效果，在鼓励投资，维护股权自由流转方面大有裨益。然而，第八十八条第一款位于《公司法》第四章有限责任公司的股权转让，有限责任公司具有人合性和资合性特点，其中人合性系有限责任公司与股份有限公司的根本区别，人合性决定了有限责任公司股权本就不能毫无限制的随意转让。基于股权的财产属性，新《公司法》第八十四条删除原《公司法》规定的对外转让股权须经其他股东过半数同意的条款，鼓励股权流通，在这样的立法背景下，更要加强对公司资本充实原则和债权人利益保护原则的贯彻执行。同属大陆法系，德国对股权转让采取严格限制措施，首先，根据《德国有限责任公司法》第十五条的规定[④]，虽然在一般情况下，股权是可以自由转让的，但是所有股权转让以及转让合同都必须经过公证，手续繁琐，所以，德国有限责任公司的股权不适宜作为可以随时变现的投资。另外，第十五条第五款还规定公司章程可就股权转让规定其他条件，尤其是可以规定转让应经过公司批准。在实践中，上述限制措施经常被用于控制公司股东。[⑤]有学者对日本公司法进行了比较研究，但是日本公司法融合了两大法系的公司类型，彻底颠覆了大陆法传统上的公司分类，废止有限公司法，引进美国非公司类型的有限公司责任法作为新的公司类型，连同原商法典中的无限公司、两合公司，形成与股份有限公司相对应的份额公司。[⑥]所以，就我国《公司法》有限责任公司股权转让事宜，不宜与日本法关于公司的规定进行比较，公司类型不同，不具有比较的客体基础。

第三种观点基于民法上的意思自治原则以及免责的债务承担的债法原理，认为应当尊重出让人和受让人关于出资责任承担的约定，但是，免除出让人出资责任的约定应当经作为债权主体的公司的同意，具体参照有限责任公司对特别事项的表决规定，需经代表三分之二以上表决权的股

① 王东光.论股权转让人对公司债权人的补充责任[J].法律科学(西北政法大学学报),2020,38(02):181-189.
② 邹海林.《公司法》修订的制度创新：回顾与展望——以《公司法》修订草案二次审议稿为蓝本[J].法律适用,2023,(08):3-18.
③ 陈甦.股权受让人出资责任的规则建构分析[J].环球法律评论,2023,45(03):59-77.
④ 第十五条〔股份转让〕（一）股份可转让并可继承。（二）股东在其原有股份之外另行取得的股份，视为独立的股份。（三）股东转让其股份时，应依公证形式订立合同。（四）股东与他人约定，承担转让股份的义务时，此项约定也要求公证形式。此项约定如未按公证形式订立，但依前款规定订立转让合同时，约定仍为有效。（五）章程可就股份转让规定其他条件，尤可规定转让应由公司批准。详见【法宝引证码】CLI.FL.224《德国有限责任公司法》
⑤ [德]托马斯·莱塞尔 吕迪格·法伊尔:《德国资合公司法》（第6版）下，高旭军等译,上海人民出版社，2019年11月第1版，第616-617页。
⑥ 吴建斌编译:《日本公司法 附经典判例》，法律出版社，2017年6月第1版，编译者前言第2页。

东通过，转让股东应回避表决。如果出让人和受让人对出资责任的承担没有约定，则由双方向公司承担连带责任。对公司债权人的责任，出让人应当对股权转让前的债权承担补充责任。[①]该观点将出让人的责任分为对公司的责任和对债权人的责任，内外有别，有其可取之处，然而，对债权人的责任并未区分出让人在转让股权时的主观状态，若转让人在恶意转让股权的情况下仅承担补充责任，则减轻了转让人的责任，降低了恶意转让股权的成本，不利于债权人利益的保护。事实上，转让人恶意转让股权的动机就是侵害债权人的利益，此时，出让人应当在公司不能清偿的范围内对债权人的债权承担赔偿责任，而不是在受让人不能清偿的范围内承担补充责任。

第四种观点认为应当以债务形成时间来划分股权转让后的出资责任，出让人仅对发生在其持股期间的公司债务承担补充出资责任。[②]首先，该观点形式上是为了保护出让人的利益，但实质上是站在债权人立场寻求债权人利益保护与出让人责任承担的一种平衡。而《公司法》第八十八条第一款不仅体现对债权人的保护，更多的是直接体现对公司资本充实原则的遵守。该观点认为债权人只有在出让人持股期间才对出让人产生信赖利益，但是忽视了出让人对受让人的选择所产生的后果，股权转让后形成的债务与出让人对受让人的选择不无关系。正如学者所言，出让人在持股期间享有公司经营管理表决权等人身权利的同时，却未对公司承担最主要的义务—出资义务，而且转让股权时亦无须为公司利益考察受让人的出资能力，出让人与公司之间的权利义务明显不对等。[③]所以，本文认为只有在考察出让人是否恶意的情况下才有必要考察债务形成的时间，因为出让人恶意转让股权并不适用《公司法》第八十八条第一款的规定，而是适用出资瑕疵即转让股权时出让人对债务人的赔偿责任。

（三）新《公司法》第八十八条第一款的法理基础

《公司法》第八十八条第一款的确立并非立法者的任意抉择，而是蕴含着深厚的理论基础和法律逻辑。首先，股东出资义务源于公司法强制性规范[④]，具有组织法上的特殊性，系法定义务。不同于一般债权债务关系，股东出资义务依附于股东身份但又不完全随身份转移而消灭。股东的出资承诺构成公司法人财产权的基石，股权转让不得损害公司资本的完整性，所以该条款并未考虑出让人的主观意志，未区分恶意逃避债务的转让与正常的商业转让，一律要求出让人承担补充责任；其次，传统资本三原则[⑤]在认缴制下经历功能更新，但资本信用底线仍需坚守。第八十八条第一款通过“受让人主责+出让人补充”的责任结构，确保认缴资本最终转化为实缴资本，避免公司沦为“无资产空壳”，这是资本充实原则的体现。公司资本是公司开展经营活动的物质基础，也是公司对外承担债务的担保。确保公司资本的充实，对于保护债权人利益、维护市场交易安全至关重要。在出资未届期股权转让的情况下，如果不明确出让人的责任，可能会导致公司资本的减少，削弱公司的偿债能力。因此，通过规定出

① 罗昆,刘伟.未届期股权转让后的股东出资责任研究[J].南大法学,2023,(04):18-29.
② 魏丹,唐荣娜.论未届期股权转让后的出资责任归属——以新《公司法》第 88 条第 1 款为研究对象[J].经贸法律评论,2024,(05):18-35.
③ 赵旭东,陈萱.论未出资股权转让后的出资责任——新《公司法》第 88 条的正当性与适用解读[J].交大法学,2024,(05):26-46.
④ 股东出资义务源于《中华人民共和国公司法》中的多个强制性规范条款，主要包括第四十九条至第五十四条、第八十八条等。
⑤ 关于资本三原则，即公司的资本确定原则、资本维持（充实）原则和资本不变原则，参见[日]前田庸：《公司法入门》（第 12 版），王作全译，北京大学出版社 2012 年版，第 19—21 页。

让人的补充责任，可以在一定程度上保障公司资本的充实，防止股东通过股权转让逃避出资义务。需要特别说明的是，资本充实原则在认缴制下并未消亡，而是转化为对出资承诺效力的坚守。未届期出资虽非即期债务，但已构成公司责任财产的一部分，股东不得通过股权转让随意免除其出资义务。即使股权转让后，原股东仍需对资本充实承担责任；最后，股东有限责任以出资义务全面履行为前提，股东滥用期限利益随意转让股权将损害其他股东、公司以及债权人的合法权益，严重影响交易安全，违背股东有限责任与公司人格独立的制度初衷。

结合上述法理分析，《公司法》第八十八条第一款的核心立法目的是堵塞制度漏洞，防止股东利用股权转让规则恶意逃避出资义务，保障公司资本充实原则在认缴制下的实质落实，强化债权人保护。其制度功能定位是在尊重股东“期限利益”与保障公司“资本信用”之间寻求新的平衡点。（见表 1）

表 1：第八十八条第一款的立法目的与功能定位

维度	核心问题	条款回应	理论依据
股东关系	期限利益滥用	出让人补充责任	权利不得滥用原则
债权人保护	资本空心化风险	出让人补充责任	资本充实原则
交易安全	责任主体不确定性	受让人主责+出让人补充	外观主义原则
公司治理	出资承诺约束弱化	法定责任不可约定免除	组织法强制性规范

三、司法裁判的演进：从分歧到统一的裁判规则

（一）旧法时代的裁判迷局

在新《公司法》第八十八条第一款施行前，法院处理未届期股权转让纠纷主要依据法理以及类推适用《最高人民法院关于适用若干问题的规定(三)》（以下简称：《公司法司法解释三》）第十三条、第十八条关于“瑕疵出资股权转让”的规定以及《九民会议纪要》第六条关于股东出资加速到期的规定，但法律适用存在根本困境：未届期出资是否等同于“瑕疵出资”，对此形成三种截然不同的裁判路径：

1. 绝对免责论，坚守“期限利益绝对保护”立场。认为在公司注册资本认缴制下，股东享有出资的期限利益，《公司法司法解释三》第十三条第二款规定的“未履行或者未全面履行出资义务”应当理解为“未缴纳或未足额缴纳出资”，出资期限未届满的股东尚未完全缴纳其出资份额不应认定为“未履行或者未全面履行出资义务”，股东在其依法享有认缴期限利益的期间转让股权系合法自由处分自身权利，不应予以苛责，否则就有悖于资本认缴制设立初衷和相关法律规定。[①]即：该裁判规则认为期限利益具有法定性，转让后风险转移，出让人不承担责任，即使债权债务产生于股权转让之前，对于尚未届出资期限的股东而言，难以将尚未到出资期限的实缴义务认定为担任股东期间的义务。[②]

2. 连带责任论，认为股东出资义务是法定的股东对公司的强制性责任，出让人的认缴义务不因股权转让而消灭。认缴制下，公司股东虽然享有出资期限利益，但当公司财产不足以清偿债务时，认缴出资的股东应当履行出资义务。公司股东将股权进行转让的，公司或债权人可以请求股

① 广东省深圳市中级人民法院(2021)粤 03 民终 7253 号民事判决书
② 广东省深圳市中级人民法院（2019）粤 03 民终 30818 号民事判决书

东与受让人在未出资范围内承担连带责任。[①]上述认定来自江阴市人民法院的一审判决，二审被江苏省无锡市中级人民法院否定。

3. 折中论，认为在确定股权出让人对公司的出资责任或对债权人的补充责任时应当将债权债务发生的时间点、出让人是否善意以及在股权转让时是否存在出资加速到期情形作为考量因素。若债权债务在股权转让时并不存在，由于股权转让已在工商部门进行了登记备案，并办理了工商变更登记，债权债务发生时，债权人应当知晓出让人已经将股权转让与受让人，其对出让人不存在期待利益或信赖利益。因此，出让人在认缴出资期限届满前转让股权，其出资义务一并转移，出让人对公司债务不承担责任。[②]即：债权债务发生在股权转让之后，除非债权人能举证证明其系基于股权出让人的意思表示或实际行为并对其特定出资期限产生确认或信赖，又基于上述确认或信赖而与公司产生债权债务关系，否则出让人不承担对公司债权人的清偿责任。[③]对此，无锡市中级人民法院认为在注册资本认缴制背景下，股东对认缴的出资享有期限利益，在出资期限届满前并无实缴出资义务。股东在认缴出资期限届满前转让股权，除存在逃避债务情形外，不能认定为未履行或未全面履行出资义务。债权人若无证据证明股权转让时，债务人公司已经具备破产原因和解散事由，出让人存在逃避债务的情形，出现了股东出资加速提前到期的法定事由，那么出让人在注册资本认缴制下，依法享有期限利益，其认缴的出资在股权转让时并未加速到期。因此，债权人要求出让人对转让股权后受让人的补缴出资义务承担连带责任，缺乏事实和法律依据。[④]若出让人系在债权人申请强制执行后将股权转让给受让人，其作为公司的股东，对公司的资产、负债情况以及偿债能力应属明知，该转让难谓善意，不能免除出让人在未缴纳出资的范围内对公司所负债务承担补充赔偿责任的义务。[⑤]

上述裁判分歧暴露了旧法体系对认缴制下股权转让规制的结构性缺失，亟待立法回应和司法裁判统一。

（二）新法过渡期的溯及力争议

2024 年 6 月 29 日，最高人民法院发布《关于适用〈中华人民共和国公司法〉时间效力的若干规定》（法释〔2024〕7 号），其第四条第（一）项规定新公司法第八十八条第一款可溯及适用于施行前的股权转让行为。这一规定引发实务界剧烈震荡，大量多年前转让股权的原股东被追加为被告。全国人大常委会法工委于 2024 年 12 月 22 日发布备案审查工作情况的报告，明确指出该司法解释违反“法不溯及既往”原则，指出公司法第八十八条系新增规定，不存在“有利溯及”情形，不应适用于施行前的法律事实。最高人民法院旋即发布法释〔2024〕15 号批复，纠正此前立场：“第八十八条第一款仅适用于 2024 年 7 月 1 日之后发生的未届出资期限的股权转让行为，对之前的行为，应当根据原公司法等有关法律的规定精神公平公正处理。这一立法与司法互动过程具有三重法治意义：一是确认了信赖利益保护作为商法基本原则的地位；二是彰显了备案审查制度在维护法制统一中的关键作用；三是为处理新旧法衔接提供了“从新兼从公平”的范例。

① 江阴市人民法院(2021)苏 0281 民初 12989 号民事判决书
② 最高人民法院(2020)最高法民申 5769 号民事裁定书
③ 广东省深圳市中级人民法院(2020)粤 03 民终 6623 号民事判决书
④ 江苏省无锡市中级人民法院(2022)苏 02 民终 4872 号民事判决书
⑤ 北京市第二中级人民法院(2022)京 02 民终 13972 号民事判决书

（三）新法时代的裁判共识构建

随着溯及力争议的解决，法院开始聚焦于2024年7月1日之后的股权转让纠纷，围绕第八十八条第一款构建精细化裁判规则。2024年12月27日人民法院案例库新增的四个参考案例，确立了“恶意转让担责，善意转让免责”的裁判导向，虽说该参考案例相关事实均发生在新《公司法》施行之前，表面上看来，该参考案例发布的目的是为新法施行之前发生的争议纠纷提供案例参考，但本文认为上述案例确立的裁判规则也应当适用于新法之后发生的相关法律纠纷。理由有三：一是该四个案例的原告或执行申请人主体均为债权人，而新《公司法》第八十八条第一款规定的出让人承担补充责任的对象是公司，并非债权人。所以，新法之后发生的相关纠纷，若债权人提起诉讼，应当参考该四个参考案例；二是新《公司法》施行后，公司法司法解释继续有效，即：《公司法司法解释三》第十三条、第十八条对于债权人向出让人追责的规定继续适用，而该四个参考案例实质上都是依据《公司法司法解释三》的规定作出的裁判，所以该四个案例也为新法实施之后的相关纠纷提供参考；三、基于公司财产独立、股东有限责任的原则，一般情况下，债权人不能绕过公司向股东追究责任，第八十八条第一款规定的出让人的补充责任是对受让人出资义务的补充责任，直接责任对象是公司，而非债权人。债权人主要依据侵权损害赔偿的相关法律规定对股东追责，所以新公司法实施之后涉及债权人向股东追责的纠纷，尤其是在出让人恶意转让股权时，不能适用新《公司法》第八十八条第一款，应当参考上述四个案例的裁判规则。

四个参考案例的具体裁判规则如下：

在韩某娥诉姚某案中，姚某在公司面临重大交通事故赔偿诉讼时，将股权零对价转让给身患癌症的低保户吴某平。法院查明吴某平“无房产、车辆、公积金等任何财产”，根本无力履行出资义务，进而认定姚某转让行为构成恶意逃避出资责任。[①]该案确立“公司危机期转让+受让人明显无资力”作为恶意认定的核心标准。陆某刚与沈某案亦是如此，转让股东在公司已经被诉的情况下转让股权，转让价格近乎无偿，转让给明显不具备实缴出资能力的欠国家助学贷款的在校学生，并且没有进行公司公章、营业执照等的交付事宜，出让人属于以股权出让人式逃避出资义务的情形，出让人依法应当承当责任。[②]

汤某建与陈某祥案则呈现另一面，法院认为本案股东转让未届出资期限股权时，公司处于正常经营状态，没有证据证明股权转让时公司存在不能清偿到期债务的情形，且受让人也不存在明显缺乏缴纳出资能力的情形，该股权转让属于正常的商业行为，转让股东不具有逃避出资义务的恶意，其就公司债务不承担责任。[③]该判决厘清了正常商业行为与股东期限利益滥用的边界。

更为复杂的是某租赁公司诉张某传案，涉及同一股权的两次转让。第一次转让时，公司虽有小额债务，但是股权转让后，在较短期限内，公司债务已清偿完毕，出让人不担责；第二次转让时公司有大额债务未清偿而被诉，股东转让股权具有逃避出资义务的恶意，出让人被追责。[④]此案确立“债务形成时点与清偿状态”作为判断转让

① 一审：北京市顺义区人民法院（2020）京0113民初6238号民事判决； 二审：北京市第三中级人民法院（2021）京03民终6207号民事判决。
② 一审：北京市密云区人民法院（2019）京0118民初11434号民事判决；二审：北京市第三中级人民法院（2020）京03民终3634号民事判决。
③ 一审：广东省东莞市第二人民法院（2023）粤1972民初3915号民事判决；二审：广东省东莞市中级人民法院(2024)粤19民终853号民事判决。
④ 一审：河南省郑州市中原区人民法院（2023）豫0102民初5556号民事判决；二审：河南省郑州市中级人民法院（2023）豫01民终12110号民事判决。

正当性的关键要素。

上述四个参考案例分析了出让人恶意转让股权或者转让正当性的问题，适用《公司法司法解释三》第十三条、第十八条作出裁判，但是相关裁判逻辑并不清晰。在当时的立法背景下，应当首先适用《九民会议纪要》第六条的规定，公司作为被执行人的案件，人民法院穷尽执行措施无财产可供执行，已具备破产原因，但不申请破产的，股东出资应当加速到期，据此判定：若在执行之前转让股权，则受让人未届期出资加速到期，受让人在未出资范围内对公司不能清偿的债务承担补充赔偿责任。又因为出让人系恶意转让，侵害债权人利益，出让人亦应当对公司债务基于侵权向债权人承担补充赔偿责任。即在强制执行阶段（执行终本或确定公司无财产可供执行），符合出资加速到期的情况下，先确定受让人对公司债务的补充赔偿责任，然后考察出让人是否恶意，以确定出让人对公司债务的补充赔偿责任。若在执行过程中或执行终本之后转让股权，则在查实公司无财产可供执行的情况下，出让人在转让时已经具备了出资加速到期的情形，出让人系出资瑕疵，基于《九民会议纪要》第六条的规定，出让人应当首先对债权人承担补充赔偿责任，又结合《公司法司法解释三》第十三条、第十八条的规定，出让人未履行或未全面履行出资义务即转让股权，公司债权人可对出让人提起诉讼，要求出让人对公司债务不能清偿的部分承担补充赔偿责任，受让人有条件的承担连带责任。

表 2：新法背景下“恶意转让”的司法认定要素

认定要素	恶意表现	免责抗辩
转让时公司财务状况	已资不抵债或面临重大诉讼	公司净资产远高于负债
受让人资信	无固定收入、无财产登记	提供资信证明或担保
转让对价合理性	零对价或明显低价	市场评估价证明公允
债务形成时点	债务发生于转让前且未清偿	债务形成于转让之后
交易程序正当性	未进行公司公章、营业执照、财务账簿等的交接	全面履行股权转让的相关义务

四、新《公司法》第八十八条第一款的适用困境与解释

理论界普遍认为新《公司法》第八十八条第一款在实施中将面临三大适用困境：

（一）原告主体范围模糊

关于有权追究受让人和出让人责任的原告主体范围问题。首先，根据文义解释，该条款规定的是受让人的出资义务和出让人对受让人出资的补充责任，既然是“出资”，那必然直接涉及股东和公司之间的关系，或者说本条款仅涉及股东和公司之间的法律关系，公司作为原告主体追究受让人和出让人的责任系应有之义。另外，《公司法司法解释三》第十三条第一款的规定，公司或其他股东有权请求未履行或未全面履行出资义务的股东依法履行出资义务，据此，公司其他股东也有权依据《公司法》第八十八条第一款和上述司法解释的规定追究受让人和出让人的责任。当追究责任的主体是公司、公司其他股东时，基于股东出资义务法定以及资本充实原则，无需考虑出让人转让股权时的主观意志或动机。

债权人是否有权依据新《公司法》第八十八条第一款的规定追究出让人和受让人的责任。本文认为，仅仅依据该条款，债权人不具有原告主体地位，如上所述，该条款规定的是股东对公司的出资义务，而非股东对公司债权人债权的清偿义务，即：第八十八条第一款规制的是公司与股东、股东与股东之间的内部关系，不直接调整债权人与公司或公司股东之间的法律关系。但是债

权人有权依据《公司法司法解释三》以及《九民会议纪要》等相关规定而具备原告主体资格。

债权人作为原告（申请执行人）主体向受让人和出让人追究责任时，应当依据下列逻辑进行：

1. 在出让人善意转让股权的情况下，即出让人转让股权时公司处于正常经营状态，不存在资不抵债情形，股权转让后，公司出现财务危机，债权人依据《公司法》第五十四条以及《九民会议纪要》第六条出资加速到期的规定，要求受让人在未出资范围内对公司不能清偿的债务承担补充赔偿责任，此时，受让人的出资届期，债权人同时依据第八十八条第一款的规定，要求出让人在受让人未按期缴纳的出资承担补充责任，该补充责任以受让人对公司不能清偿的债务承担补充赔偿责任后不能清偿的部分为限。

需要特别说明的是，有学者认为《九民会议纪要》第六条已经被新《公司法》第五十四条完全取代，[①]本文并不赞同该观点。与《九民会议纪要》第六条相比较，新《公司法》背景下，出资加速到期提前。《公司法》第五十四条规定，公司不能清偿到期债务时，股东应提前缴纳出资，但是该条没有明确规定债权人可以直接向股东追责，只是规定债权人可要求出资未届期股东提前缴纳出资，有学者认为这体现出资入库规则，确保债务清偿的公平合规，并未要求股东直接向债权人承担责任。[②]但是，债权人可将《九民会议纪要》第六条和《公司法》第五十四条结合起来作为追究股东责任的依据，即在公司不能清偿到期债务时，债权人可要求未届出资期限股东对公司债务承担补充赔偿责任。

2. 在出让人恶意转让股权的情况下，即出让人转让股权时公司已经不能清偿到期债务，出让人为逃避债务，恶意转让股权，债权人可依据《九民会议纪要》第六条以及《公司法》第五十四条关于出资加速到期的规定，认定出让人转让股权时其出资已经到期，此时出让人转让股权，实质上即是在未履行或者未全面履行出资义务的情况下转让股权，然后适用《公司法司法解释三》第十三条第二款、第十八条规定的债权人向出资瑕疵出让人追究责任的路径，要求出让人在未出资本息范围内对公司债务不能清偿的部分承担补充赔偿责任，受让人有条件的承担连带责任。

需要特别说明的是，若出让人为了逃避出资义务而恶意转让股权，那么其法律责任并非是对受让人出资义务的补充责任，而应当是对公司债务的补充赔偿责任，因为出让人恶意转让股权形式上是对出资义务的逃避，而实际上是对公司债务的逃避，是对公司债权人利益的侵害，此时，公司债权人可以绕过公司，直接向股东追究赔偿责任，这里的赔偿责任是损害赔偿责任，因为出让人的行为实质上是对债权人利益的侵害。法律规定出让人的补充赔偿责任，系对股东转让股权意思自治以及债权人利益的平衡。

（二）出让人责任触发标准模糊

该问题即出让人承担补充责任的前提条件如何。第八十八条第一款的规定比较简单，“受让人未按期足额缴纳出资”的情况下，出让人承担补充责任。然而，“未按期缴纳”的认定缺乏统一标准，是否需公司催告？宽限期多长？本文认为，“补充责任”的定性足以回应上述问题。出让人承担补充责任说明出让人享有先诉抗辩权，

① 李宇.股东对债权人直接承担出资赔偿责任:司法解释之误区与新《公司法》之否弃[J].西南政法大学学报,2024,26(05):97-116.
② 陈希.股东出资加速到期解释论之展开[J].河南大学学报(社会科学版),2025,65(02):54-58+153.

补充责任类似于民法典规定的一般保证责任。[①]所以，公司催告以及宽限期并不是出让人责任触发的导火线，只有当原告主体起诉受让人，经强制执行受让人仍不能履行的出资范围内，出让人方才承担补充责任，依据最高人民法院《关于适用<中华人民共和国民法典>有关担保制度的解释》第二十六条的规定，原告主体可以同时起诉受让人和出让人。但是，需要特别说明的是，当出让人恶意转让股权时，债权人要求出让人承担的是基于侵权行为而对公司债务不能清偿部分的补充赔偿责任，而非基于出资义务法定而对受让人出资义务的补充责任。即，当出让人恶意转让股权时，债权人并非基于《公司法》第八十八条第一款的规定追究出让人的责任，而是基于《九民会议纪要》《公司法司法解释三》等相关规定实施维权，对此，前文已有论述，不再赘述。

（三）追究责任的期限限制空白

对于受让人和出让人责任的追究是否有期限限制？如前文所述，追究受让人和出让人责任的主体有公司、公司其他股东以及债权人。对于公司、公司其他股东作为原告主体的案件，依据《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》第一条第（三）项[②]以及《公司法司法解释三》第十九条[③]的规定，不适用诉讼时效。据此，公司或其他股东追究受让人的出资责任不适用诉讼失效，那么对于追究出让人的补充责任是否有期限限制呢？有学者建议将法律规定或章程规定的受让人在股权转让时的剩余出资期限作为出让人承担补充责任的期限。[④]这一观点显然是错误的，出让人承担补充责任的期间起点一定是在出资期限届满之后。此处可参考《民法典》第六百九十二条对于保证期间的规定。[⑤]对于债权人作为原告主体的案件，要考虑债权人对公司的债权是否超过诉讼时效，若已过诉讼时效，则债权人丧失了对公司债权的胜诉权利，也便丧失了对出让人和受让人追究责任的胜诉权。若债权人债权未超过诉讼时效，那么对于受让人的追责适用侵权诉讼时效，对于出让人的追责可参考一般保证期间的规定。另外，在出让人恶意转让股权侵害债权人利益的情况下，对出让人和受让人的追责应当适用侵权诉讼时效的规定。也就是说，除非出让人恶意转让股权，应当规定出让人承担补充责任的除斥期间，避免打击股东的投资积极性，影响股权自由流转。

综上，公司、公司其他股东以及债权人均可以作为原告主体追究受让人的出资责任以及出让人与出资有关的责任。当出让人恶意转让股权时，债权人有权追究出让人和受让人的责任，但并非基于出资义务而是基于侵权法律关系，出让人的责任也并非是对受让人出资的补充责任，而是对公司债务的补充赔偿责任。承担责任的顺位也有所不同，出让人恶意转让股权的情况下，首先由出让人对公司债务承担补充赔偿责任，然后才来

① 薛波.论出资未届期股权转让出让人的补充责任——新《公司法》第八十八条第一款的解释论[J].学术论坛,2024,47(02):32-46.

② 《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》第一条第（三）项规定“基于投资关系产生的缴付出资请求权”不适用诉讼时效抗辩。

③ 《公司法司法解释三》第十九条规定：公司股东未履行或者未全面履行出资义务或者抽逃出资，公司或者其他股东请求其向公司全面履行出资义务或者返还出资，被告股东以诉讼时效为由进行抗辩的，人民法院不予支持。公司债权人的债权未过诉讼时效期间，其依照本规定第十三条第二款、第十四条第二款的规定请求未履行或者未全面履行出资义务或者抽逃出资的股东承担赔偿责任，被告股东以出资义务或者返还出资义务超过诉讼时效期间为由进行抗辩的，人民法院不予支持。

④ 蒋薇薇,王浩.论未届期股权转让人的出资责任——兼评新《公司法》第 88 条第 1 款[J].天津法学,2024,40(02):53-59.

⑤ 谢鸿飞.股权转让后届期出资责任的配置——《公司法》第 88 条第 1 款的整体私法解释[J].清华法学,2025,19(03):50-73.

认定受让人的连带责任，而《公司法》第八十八条第一款规定的责任顺位是首先由受让人承担出资义务，受让人未足额履行出资义务的情况下，由出让人对受让人的出资承担补充责任。

五、结论

新《公司法》第八十八条第一款的确立，标志着我国公司法对认缴制下股东责任制度的重大创新。通过构建“受让人主责+出让人补充”的责任链条，有效遏制了恶意逃避出资义务的行为，重塑了公司资本信用基础。然而，在新《公司法》施行以后，公司法司法解释尤其是与本文有关的《公司法司法解释三》并未失效，《九民会议纪要》亦在司法实务中发挥着重要的指导作用，上述规定与新《公司法》的相关规定既有重复又有不同，造成适用困境。比如：新《公司法》第五十四条与《九民会议纪要》第六条均是就出资加速到期作出的规定，依据新法优于旧法的原则，对于出资加速到期的情形应当适用新《公司法》第五十四条的规定，但是第五十四条并没有如《九民会议纪要》第六条那般直接规定债权人有权要求股东向其承担责任，第五十四条规定的是债权人有权要求股东提前缴纳出资的入库规则。另外，新《公司法》第八十八条第二款规定了出资瑕疵股东转让股权时出让人和受让人的责任分配，但是该条款将出资瑕疵限于“未按照公司章程的规定缴纳出资”和“非货币财产的实际价额显著低于所认缴的出资额”，与之相比较，《公司法司法解释三》第十八条的规定更为合理，该条款将出资瑕疵定义为“未履行或未全面履行出资义务”，该规定可以股权加速到期的规定为桥梁，将转让股东恶意转让股权纳入到适用条件当中，全面规制未届期股权转让出让人和受让人的责任问题。建议最高人民法院对相关法律规定进行梳理，出台相关规则的适用指引，以做好法条衔接工作，保障法律规定体系适用的科学性、逻辑性，以统一裁判规则。本文结合上述法律规定将未届期股权转让出让人的责任分为对公司（或其他股东）的责任和对债权人的责任。对公司的责任，适用新《公司法》第八十八条第一款的规定。对债权人的责任分为两种情况，若出让人善意转让股权，则适用《九民会议纪要》第六条以及新《公司法》第五十四条的规定首先认定受让人出资加速到期，再根据新《公司法》第八十八条第一款的规定认定出让人的责任，此时出让人的责任系与出资有关的责任；若出让人系恶意转让，则首先适用《九民会议纪要》第六条和新《公司法》第五十四条认定出让人在转让股权时出资已经加速到期，再依据《公司法司法解释三》第十三条第二款、第十八条的规定认定出让人对公司债务的补充赔偿责任，此时，出让人的责任系直接对债权人的赔偿责任，新《公司法》第八十八条第一款没有适用余地。

参考文献

[1] 王东光.论股权转让人对公司债权人的补充责任[J].法律科学(西北政法大学学报),2020,38(02):181-189.

[2] 邹海林.《公司法》修订的制度创新：回顾与展望——以《公司法》修订草案二次审议稿为蓝本[J].法律适用,2023,(08):3-18.

[3] 陈甦.股权受让人出资责任的规则建构分析[J].环球法律评论,2023,45(03):59-77.

[4] 第十五条〔股份转让〕（一）股份可转让并可继承。（二）股东在其原有股份之外另行取得的股份，视为独立的股份。（三）股东转让其

股份时，应依公证形式订立合同。（四）股东与他人约定，承担转让股份的义务时，此项约定也要求公证形式。此项约定如未按公证形式订立，但依前款规定订立转让合同时，约定仍为有效。（五）章程可就股份转让规定其他条件，尤可规定转让应由公司批准。详见【法宝引证码】CLI.FL.224《德国有限责任公司法》

[5][德]托马斯·莱塞尔 吕迪格·法伊尔:《德国资合公司法》（第 6 版）下 ,高旭军等译,上海人民出版社，2019 年 11 月第 1 版，第 616–617 页。

[6] 吴建斌编译:《日本公司法 附经典判例》，法律出版社，2017 年 6 月第 1 版，编译者前言第 2 页。

[7] 罗昆,刘伟.未届期股权转让后的股东出资责任研究[J].南大法学,2023,(04):18–29.

[8] 魏丹,唐荣娜.论未届期股权转让后的出资责任归属——以新《公司法》第 88 条第 1 款为研究对象[J].经贸法律评论,2024,(05):18–35.

[9] 赵旭东,陈萱.论未出资股权转让后的出资责任——新《公司法》第 88 条的正当性与适用解读[J].交大法学,2024,(05):26–46.

[10] 股东出资义务源于《中华人民共和国公司法》中的多个强制性规范条款，主要包括第四十九条至第五十四条、第八十八条等。

[11] 关于资本三原则，即公司的资本确定原则、资本维持（充实）原则和资本不变原则，参见[日]前田庸：《公司法入门》（第 12 版），王作全译，北京大学出版社 2012 年版，第 19—21 页。

[12] 广东省深圳市中级人民法院(2021)粤 03 民终 7253 号民事判决书

[13] 广东省深圳市中级人民法院（2019）粤 03 民终 30818 号民事判决书

[14] 江阴市人民法院(2021)苏 0281 民初 12989 号民事判决书

[15] 最高人民法院(2020)最高法民申 5769 号民事裁定书

[16] 广东省深圳市中级人民法院(2020)粤 03 民终 6623 号民事判决书

[17] 江苏省无锡市中级人民法院(2022)苏 02 民终 4872 号民事判决书

[18] 北京市第二中级人民法院(2022)京 02 民终 13972 号民事判决书

[19] 一审：北京市顺义区人民法院（2020）京 0113 民初 6238 号民事判决； 二审：北京市第三中级人民法院（2021）京 03 民终 6207 号民事判决。

[20] 一审：北京市密云区人民法院（2019）京 0118 民初 11434 号民事判决；二审：北京市第三中级人民法院（2020）京 03 民终 3634 号民事判决。

[21] 一审:广东省东莞市第二人民法院(2023)粤 1972 民初 3915 号民事判决；二审：广东省东莞市中级人民法院(2024)粤 19 民终 853 号民事判决。

[22] 一审：河南省郑州市中原区人民法院（2023）豫 0102 民初 5556 号民事判决；二审：河南省郑州市中级人民法院（2023）豫 01 民终 12110 号民事判决。

[23] 李宇.股东对债权人直接承担出资赔偿责任:司法解释之误区与新《公司法》之否弃[J].西南政法大学学报,2024,26(05):97–116.

[24] 陈希.股东出资加速到期解释论之展开[J].河南大学学报(社会科学版),2025,65(02):54–58+153.

[25] 薛波.论出资未届期股权转让出让人的补充责任——新《公司法》第八十八条第一款的解释论[J].学术论坛,2024,47(02):32–46.

[26] 《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》第一条第（三）项规定“基于投资关系产生的缴付出资请求权”不适用诉讼时效抗辩。

[27] 《公司法司法解释三》第十九条规定：公司股东未履行或者未全面履行出资义务或者抽逃出资，公司或者其他股东请求其向公司全面履行出资义务或者返还出资，被告股东以诉讼时效为由进行抗辩的，人民法院不予支持。公司债权人的债权未过诉讼时效期间，其依照本规定第十三条第二款、第十四条第二款的规定请求未履行或者未全面履行出资义务或者抽逃出资的股东承担赔偿责任，被告股东以出资义务或者返还出资义务超过诉讼时效期间为由进行抗辩的，人民法院不予支持。

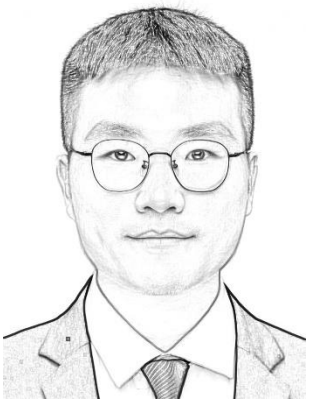
[28] 蒋薇薇,王浩.论未届期股权转让人的出资责任——兼评新《公司法》第 88 条第 1 款[J].天津法学,2024,40(02):53–59.

[29] 谢鸿飞.股权转让后届期出资责任的配置——《公司法》第 88 条第 1 款的整体私法解释[J].清华法学,2025,19(03):50–73.

新时代坚持与发展法治化营商环境

——以泰山区商事调解机制建设为视角

王延凯



王延凯，中国共产党党员，法学硕士，山东德衡（泰安）律师事务所兼职律师，中国法学会会员，泰山区检察院听证员，专注于婚姻家事、合同纠纷、企业合规及中小企业法律服务，擅长为企业搭建合规风控体系，深谙地方司法实践与民情。常年开展公益普法讲座，撰写多篇通俗易懂的法律科普文章。执业以来，始终坚守“专业立身、诚信待人”的初心，以缜密的逻辑与专业的素养，最大限度维护当事人的诉讼权利。

摘　要：新时代坚持与发展法治化营商环境，需要将法治理念深度融入营商环境建设的各个环节。尤以企业间纠纷解决多元化为其重要内容，自古“无讼”观念便深植于中国社会，诉讼被视为不得已的最后选择。从陕甘宁边区的“马锡五审判方式”，到上世纪六十年代浙江诸暨形成的“枫桥经验”，再到最高人民法院陆续发布的多元化纠纷解决机制文件，直至党的二十大再次强调完善社会治理体系，商事调解制度因其灵活、高效的特质，已成为企业间多元解纷机制中的重要选项之一[①]。本文以“泰山区商会商事调解中心”为视角，在厘清商事调解基本内涵、回顾我国商事调解制度演进脉络的基础上，列举典型案例，探寻“泰山区商会商事调解中心”机制建设，并结合当前立法与实践现状，在商业纠纷解决领域，为持续优化法治化营商环境，提出路径探索建议。

关键词：商事调解；法治化营商环境；泰山区商会商事调解中心

① 江苏省高级人民法院民二庭课题组：“新时代坚持和发展“枫桥经验”企业版的实践探索——以江苏法院深化商会商事调解机制建设为视角”，载 2024 年 11 月《人民司法》

一、理论意义：商事调解制度的丰富内涵

（一）商事调解制度的发展历程

我国商事调解制度的发展历程，可以划分为四个阶段，呈现出从萌芽到规范、从民间到官方、从国内到国际的演进轨迹：

1. 清末民初：制度萌芽与商会主导

近代中国被迫卷入世界市场，传统农业经济瓦解，商事纠纷激增，官府衙门却视商事诉讼为“钱债细故”，审理拖沓、判决不公。为自救，各地商人自发组织商会，以行业惯例为依据调处纠纷。1902 年上海商业会议公所率先在章程中赋予商会调解职能，1904 年清政府颁布《商会简明章程》，首次以国家法令承认各地商会对商事纠纷的调处权，奠定了近代商事调解的制度雏形。

2. 改革开放初期：官方设点与涉外商事先行

1978 年后，对外贸易迅速扩张，涉外经贸纠纷大量涌现。1987 年中国国际贸易促进委员会设立“调解中心”，专责处理涉外商事争议，标志着商事调解首次得到官方背书并走向专业化。此后三十年，贸促会系统在全国编织起覆盖省、市、自治区的商事调解网络，为中外企业提供“调解+仲裁”的一站式服务。

3. 21 世纪以来：多元布局与规范提速

2002 年以后，最高人民法院陆续提出“调解优先、调判结合”，2009 年创设诉讼外调解协议的司法确认程序，2012 年《民事诉讼法》修正案正式确立“先行调解”原则，调解被赋予案件分流功能[①]。与此同时，行业调解蓬勃兴起：证券、保险、建筑等行业协会相继建立调解规则与平台；北京、上海、深圳等地涌现出多家市场化商事调解组织，形成“官办—行业—社会”三元并立的格局。

4. 新时代：国际接轨与立法破题

2018 年，最高人民法院设立国际商事法庭，遴选七家商事调解机构纳入“一站式”国际纠纷解决平台，首次实现调解、仲裁、诉讼的有机衔接。2019 年我国签署《新加坡调解公约》，商事调解协议有望获得跨境直接执行力，倒逼国内立法升级。2022—2023 年，全国人大及其常委会、最高人民法院、各地方密集出台或起草商事调解条例、办法、指引，立法层级由部门规章向行政法规、法律迈进，标志着商事调解制度正从政策倡导迈向系统立法的新阶段。

（二）商事调解制度的基本内涵

商事调解作为一种专注于化解商事主体在商业往来中产生纠纷的机制，在学术领域尚未形成统一的定义表述。部分学者倾向于从广义与狭义两个层面来解读这一概念，而本文所探讨的商事调解，实则是调解这一总概念下的分支范畴。具体而言，它指的是在商事法律关系框架内，涉及商事争议的各方主体，主动将彼此间的纠纷交由中立的第三方调解机构，在该机构的主导下开展调解的一系列行为与全过程。尽管学界对商事调解的定义方式各有不同，但核心都是围绕“申请主体”“调解客体”“调解主体”等关键要素展开限定。具体来说，提出调解申请的必须是商事主体，调解所针对的是由商事活动引发的各类纠纷，而实际负责调解工作的则是独立的第三方调解机构或组织。在调解过程中，相关行为涵盖多个方面，比如引导当事人开展谈判、协助双方进行协商、结合实际情况给出中立客观的评价、支持双

① 赵华莹、胡辉：“广西农村地区人民调解制度的现状考察——基于《人民调解法》实施以来的实践”，载 2013 年 6 月《法制与经济》（上旬）

方自主调整利益分配方案，以及制定具体的纠纷解决办法等[①]。商事调解主要有以下四个特点：第一，调解目的具有逐利性。商事调解与普通民事调解的核心差异，在于前者以追求利益最大化为导向。参与商事调解的均为市场交易主体，逐利是其天然属性。与诉讼、仲裁侧重“明辨是非”的裁判性质不同，商事调解更着眼长远利益，在权衡时间、机会与金钱成本后，力求快速修复受损商业关系，通过最优方案降低纠纷损失，其更高目标是维护当事人合作关系，助力未来长期协作[②]。第二，调解机制灵活且高效。商事调解在解决商业争端时呈现温和特性，这源于自愿原则与逐利目标的共同作用，使其方法更具灵活性。调解过程不受固有规则束缚，不像诉讼中起诉、中止、终止等环节受法律严格约束。由于调解由当事人自愿申请，协议内容完全基于其意思自治拟定，因此执行率较高，能更高效地化解纠纷。第三，调解内容彰显专业性。商事纠纷的主体与内容特性，决定了专业性是商事调解的核心生命力。其解决的纠纷涵盖领域广泛，不仅包括一般民商事纠纷，还涉及公司贸易、海商、证券交易、期货买卖等，在“一带一路”背景下，国际商事纠纷也日渐增多。相较于人民调解处理的买卖、借贷等合同纠纷，商事调解内容更具复杂、多样与专业的特点。第四，调解运行顺应市场规律。商事调解是市场经济的产物，由专业化、市场化的独立第三方处理商事争端。因调解内容专业性强，对调解员要求更高，需具备专业调解技能及法律、商事知识，这使其有别于公益性质的人民调解员、司法调解员和行政调解员，成为以专业知识提供服务的职业群体。商事调解机构也需采用市场化运营模式，通过收费与市场竞争保障服务质量，而非沿用传统人民调解的运行方式。

二、实践需求：从典型案例探寻商事调解制度机制建设

泰安市泰山区商会商事调解中心是由泰安市工商联主持搭建的商事纠纷化解新平台，其核心目标是通过法治化举措持续优化区域营商环境。作为泰安市首家由县级商会主导的商事调解组织，该中心既是对党的二十届三中全会精神及习近平总书记“把非诉讼纠纷解决机制挺在前面”指示的积极回应，也是对新时代“枫桥经验”的创新发展，力图构建市场化、专业化、高效率的商事争端处理体系。自泰山区调解中心成立以来，已为上百家企业提供了商事调解服务，据统计，自2024年8月成立以来，累计收到案件316件，受理案件103件，调解成功90件，调解成功率87%。其中不乏优秀典型案例，这也充分彰显了泰山区调解中心在商业纠纷解决方面迅捷、省心、机动、低成本的独特优势，为市场主体解决商事纠纷提供了更多选择。

案例一：

某劳务输出服务公司(以下简称“劳务公司”)是一家经营承接建筑工程高等级施工业务、具有劳务派遣资质的经营主体。某园林工程有限公司（以下简称“园林公司”）是一家建筑施工企业。2017年劳务公司施工了园林公司承接的某建筑项目，但双方未及时结清工程款。2021年初，劳务公司起诉园林公司支付欠付工程款三百余万元，一审法院保留了劳务公司对部分工程款待证据完备后再诉的权利，支持了部分工程款诉求，2021

① 申婷婷：“ADR中的国际商事调解制度及其对中国的启示”，载2009年7月《时代法学》
② 张晓玉：“论中国国际商事调解制度的建构与完善”，载《法学前沿》集刊2024年第2卷

年下半年园林公司上诉至中院，二审法院调整了支持的工程款金额。2022 年 12 月，劳务公司再次就剩余部分工程款诉至泰山区法院。

经过两年多的谈判，双方仍未能达成一致，劳务公司于 2025 年初向泰山区商会商事调解中心申请调解。接受调解委托后，调解中心向双方送达了《信用惩戒告知书》《信用承诺书》《信用调解明白纸》等文书资料，交双方签字确认，了解并认可调解程序后，调解员会同泰山区法院主审法官全面分析案情、制定调解方案，对双方当事人开展调解工作。首先从司法角度对双方进行释法，使双方对相关法律规定的理解达成一致，同时对双方的现有证据进行分析说明，使双方当事人对己方的诉讼风险及诉讼成本有一个充分认识。与此同时，调解员从企业合规经营、诚信经营和劳动者权益保护等角度对双方产生本案纠纷进行原因分析，并对园林公司及劳务公司采取的直接诉讼解决问题的纠纷处理方式进行利弊分析，在充分释法、说理后，调解中心给出调解建议，并明确告知双方对于调解结果，既可以通过区法院进行司法确认赋予强制执行力，也可以通过提报信用中心对失信方进行信用公示、惩戒督促履行调解协议。经各方友好沟通，园林公司将调解确认的工程款一次性支付给劳务公司，双方握手言和，劳务公司向泰山区法院撤回起诉并表示今后将与园林公司继续保持友好合作。

本案争议之所以发生，是因为争议双方相互失去信任，双方均存在信用危机。通过调解对双方进行说理、讲法，达成和解，并付诸履行，才能真正消除分歧、化解纠纷。在调解过程中，法院与调解中心联合调解，利用“信用＋调解”机制的未来保障作用，使争议双方对调解的公正性、执行力更加确信，也进一步促成了调解，通过这种联合调解方式源头化解纠纷，真正达到了当事人不结怨、法院不积案的双赢效果。

案例二：

2019 年 6 月，A 公司与 B 建筑公司达成合作，签订了《建筑设备租赁合同》，约定由 A 公司向 B 建筑公司提供脚手架等物品租赁服务，合同暂定总价为 564 万元，实际费用将根据双方现场最终签字确认的租赁数量和时长进行核算。同日，双方另行签署《脚手架租赁合同》，B 建筑公司向 A 公司租赁钢管、扣件等物资，合同暂定总价 226 万元，实际结算同样以现场双方确认的租赁数量和时间为准。在合同履行期间，因业务需求调整，双方先后签订两份补充协议：一份新增立杆租赁业务，合同金额相应增 1 万元；另一份针对扣件租赁进行补充约定，合同金额增加 79 万元。合同义务履行完毕后，双方通过两份《结算协议书》确认，上述两项合同项下 B 建筑公司总计应支付租赁费 686 万元。但截至目前，B 建筑公司仅支付 300 万元，尚欠 386 万元未结清。由于欠款问题长期未得到解决，A 公司于 2021 年 7 月委托律师事务所发送《律师函》进行催款，却未收到回应。随后，A 公司依据合同中的仲裁条款向仲裁委员会申请仲裁，经双方协商一致，案件进入立案前调解程序。

鉴于 B 建筑公司是泰山区工商联企业家协会成员单位，仲裁委员会特邀泰山区商会商事调解中心介入本案调解。调解中心主任作为本案调解员，在接到邀请后第一时间联系 B 建筑公司总经理，并即刻前往该公司实地走访座谈，深入了解欠款缘由。在得知 B 建筑公司因地产市场波动导致其他工地停工、陷入资金周转困境这一实际情况后，调解员随即与 A 公司沟通，提议给予 B 建筑公司两周时间筹备资金，并约定两周后组织双

方进行共同调解，该提议获得双方一致认可。2024年底，在调解员与仲裁委工作人员的共同协调下，双方当事人进行当面协商，调解员提出分期支付欠款的解决方案。经过近两个小时的耐心沟通与细致协调，双方秉持互谅互让的原则最终达成和解：B建筑公司承诺在三个月内结清全部欠款，A公司则放弃追究其他经济损失的权利。2025年3月，调解员对B建筑公司进行回访时确认，该公司已按和解协议约定足额支付欠款，并表示将继续维系与A公司的合作关系。

在这起纠纷调解中，该调解中心主任作为熟悉政策法规且深知企业经营难处的专业调解人士，在当地有着颇高的威望和扎实的群众基础，堪称企业信赖的“贴心人”。此次由主任亲自牵头调解，凭借其专业素养和公信力，迅速赢得了双方当事人的信任。调解过程中，主任耐心倾听双方诉求，充分发挥“桥梁纽带”作用，既通过合理方案为B建筑公司减轻了即时资金压力，又成功促成双方达成和解、化解了矛盾，为同类商事纠纷的高效解决树立了良好范例。

案例三：

2022年，甲电气公司（外省企业）与乙电气公司（本地企业）签订了《产品购销合同》，约定乙公司向甲公司采购电气装置，合同总价29万元，并约定逾期付款违约金的计算方式。合同签订后，甲公司如约履行了供货义务，乙公司仅支付了9万元货款，未按约履行全部付款义务。甲公司在多次催收未果的情况下，向法院提起诉讼，主张乙公司支付20万元货款及48000元违约金。法院与乙公司联系后，认为双方对所欠货款金额无争议，但对违约金存在较大争议。考虑到原告为外地企业，案情清晰，适于调解，法院遂在征得当事人同意后，通过人民法院调解平台将此案件委派至泰山区商会商事调解中心开展诉前调解工作。调解员本着既尊重约定又遵守法律的原则，向甲公司释明约定违约金的主要目的在于填补守约方因违约方的违约行为所造成的损失，而非使合同一方当事人因合同违约而获利。甲公司主张的违约金为欠付货款的24%，在没有证据证明存在除利息以外的其它损失的情况下，其主张的违约金明显高于法律保护的最高限额，应当结合实际损失适当降低违约金数额。同时也劝诫乙公司，企业经营以诚为本，守信重诺才是企业生存之道。最终，在调解员的耐心释法明理下，甲公司同意下调违约金金额为2万元，乙公司也愿履行付款义务，双方当事人三日内便达成了调解协议，向法院申请司法确认。甲公司在未出家门且未花费一分钱的情况下，短时间内便解决了纠纷，对法院和调委会的工作十分满意和感谢。

本起涉企买卖合同纠纷由“法院+工商联”共同调解解决。法院与调解中心充分发挥“总对总”在线诉调对接机制作用，依托人民法院调解平台的在线调解功能，突破线下调解的地域限制，为群众提供了更为便捷高效的矛盾纠纷解决平台，实现了纠纷化解“零”支出，极大地节省了企业维权的时间成本和金钱成本，更好地实质性化解了矛盾。在调解过程中调解员和法院法官还对双方企业进行普法教育宣传，进一步助推企业规范经营，为当地的营商环境建设和民营经济发展贡献了司法力量。

三、路径探索：深化商会商事调解机制赋能法治化营商环境

（一）加强商事调解制度法治化保障

目前，我国商会商事调解制度的立法工作正逐步推进。国家层面虽尚未出台专门规范商

事调解的法律法规或制度文件，但相关规定已在一些与调解相关的地方性法规及指导性文件中有所体现。2025 年 5 月 20 日施行的《中华人民共和国民营经济促进法》第五十五条，以法律形式对商事调解予以认可和推行，旨在为民营企业提供更高效、快捷、低成本的维权途径。2024 年 12 月底，上海、海南等地分别出台了商事调解地方立法。如《上海市促进浦东新区商事调解规定》于 2024 年 12 月 1 日起施行，这是全国首部省级人大常委会专门规范商事调解的地方性法规，对商事调解的组织设立、程序规范、促进保障、监督管理等方面作了创新规定。《横琴粤澳深度合作区商事调解条例》作为全国首部规范商事调解活动的地方性法规，自 2025 年 1 月 1 日起施行，填补了此前法律法规中对商事调解概念界定的空白等。此外，深圳市、天津市、安徽省、河南省等地的相关条例，也以立法形式明确提出了商事调解参与纠纷化解的多元化纠纷解决机制。同时，《中华人民共和国商事调解条例（公开征求意见稿）》已发布，明确了条例的调整范围、有关方面的职责、商事调解组织和商事调解员要求、规范商事调解活动以及支持涉外商事调解发展等内容，推动建立既有中国特色又与国际接轨的商事调解法规制度。因此，我国商会商事调解制度立法处于不断完善的进程中，从国家政策导向到地方积极探索实践，逐步构建更健全的商事调解法律体系，以适应经济发展需求[①]。为推动民营经济领域纠纷化解工作提质增效，省高级人民法院与省工商行政管理部门可发挥带头作用，率先联合制定关于纠纷诉讼与调解对接的工作意见及实施办法，为调解工作的规范化开展提供制度支撑。在此基础上，地方各级人民法院应加强与同级工商业联合会、司法行政部门的协同配合，通过多方联动共同构建并完善商会商事调解的制度机制体系。具体而言，首先要健全专业调解机制，秉持“行业内纠纷由行业内专业力量解决”的原则，积极引导和鼓励当事人在纠纷发生后，优先选择专业的商会商事调解组织进行调解；其次要完善示范调解机制，针对事实情况相似、涉及当事人众多的商事纠纷，由调解组织选取具有典型性的案例先行开展调解工作，通过明确具体处理规则，实现“调解一个案例、化解一类纠纷”的辐射效应；最后要建立协调衔接机制，着力推动商会商事调解与人民调解、行政调解、商事仲裁、诉讼等多种纠纷解决方式的有机融合与顺畅对接，为当事人提供更加高效、优质、多元的程序选择，从而凝聚起化解纠纷的强大合力[②]。

（二）提升商事调解协议效力稳定性

根据我国法律规定，调解协议具有民事合同的性质[③]，只有经司法确认程序，方具有强制执行力[④]。因此，有必要在推进我国调解制度发展以及《调解公约》落地的背景下，对现行调解协议的司法确认程序进行制度和实践层面的探析[⑤]。一是强化协议司法确认机制的规范化衔接，建立商事调解协议与法院司法确认程序的无缝

① 孙巍：“中国商事调解立法问题研究”，载《仲裁与法律》2024 年 02 期

② 江苏省高级人民法院民二庭课题组：“新时代坚持和发展“枫桥经验”企业版的实践探索——以江苏法院深化商会商事调解机制建设为视角”，载 2024 年 11 月《人民司法》

③ 调解协议的民事合同性质已被 2009 年《意见》、2016 年《意见》等多份最高院司法文件所明确。

④ 参见《人民调解法》第 33 条第 2 款规定。

⑤ 成阳：“管辖与执行：多元解纷体系中商事调解制度疑难问题研究”，载《全面推进依法治国的地方实践（2022 卷）》

对接通道，明确司法确认的申请条件、审查标准和办理流程，简化当事人申请确认的手续（如推行线上申请、材料容缺受理等）。通过法院对调解协议的合法性、自愿性进行实质性审查并出具确认裁定，赋予协议强制执行力，避免因协议效力缺乏司法背书导致的履行风险，从司法层面筑牢协议效力的“保障墙”。二是完善调解协议公证与赋强执行机制，推动商事调解协议与公证程序的协同衔接，引导当事人在调解达成后及时办理协议公证，由公证机构对协议的真实性、合法性进行证明。同时，针对符合法定条件的调解协议，通过公证赋予其“强制执行效力”，当一方当事人不履行协议时，另一方可直接凭公证文书向法院申请强制执行，无需再经过诉讼程序，以公证的公信力强化协议的约束力与履行刚性。三是建立调解协议履行监督与信用联动机制，构建调解组织跟踪监督履行制度，对协议履行情况进行动态回访，及时督促当事人按约履行；同时将调解协议履行情况纳入商事主体信用评价体系，与企业信用档案、行业诚信记录挂钩，对拒不履行已生效调解协议的主体依法依规实施信用惩戒（如限制市场准入、公示失信信息等），通过信用约束倒逼当事人重视协议效力，提升自觉履行意愿，从源头上保障协议效力的稳定性。

（三）规范商事调解市场化收费制度

商事调解机构依法享有收取调解服务费的权利，此类费用的定价与调整主要通过市场机制实现。2023 年，深圳市司法局发布《关于推进商事纠纷调解市场化收费的实施办法（征求意见稿）》，其核心目标在于优化调解资源的市场化配置，激活商事调解领域的市场活力，进而增强市场主体的发展信心、提升经营风险防范能力，构建起具有深圳地方特色的商事调解配套制度体系。该文件的出台对于全国范围内商事调解市场化的探索与发展具有重要的借鉴价值[①]。为规范商事调解市场化收费制度，可从定价机制、透明监管、权益保障三方面入手，确保收费合理合规且兼顾效率与公平：一是建立分类分级的市场化定价机制，结合商事纠纷的标的额、复杂程度、争议类型等因素，制定差异化收费标准：对标的额较小、事实清楚的简单纠纷设定低额收费区间；对涉及复杂法律关系、跨领域的商事纠纷，允许调解组织在成本核算基础上合理定价，但需明确收费上限并向行业主管部门备案。同时建立收费标准动态调整机制，定期根据地区经济水平、调解成本变化进行评估修订，避免定价脱离实际。二是强化收费全流程透明化监管，推行商事调解收费“阳光公示”制度，要求调解组织在服务场所、官方网站等显著位置，全面公示收费项目（如案件受理费、服务费、额外服务费等）、计费方式、收费标准及优惠政策，确保当事人在选择调解前充分知情。建立收费书面告知义务，在受理案件时向当事人出具明确的收费清单，注明费用构成及依据，未经告知的费用不得收取。此外，鼓励行业协会制定收费行为规范指引，对模糊收费、捆绑收费等乱象进行行业自律约束。三是完善收费争议解决与违规惩戒机制，明确司法行政部门、行业主管部门对商事调解收费的监管职责，建立常态化检查与随机抽查制度，重点核查收费标准执行、公示情况及当事人投诉集中的问题。设立专门的收费争议投诉举报渠道，对当事人提出的收

① 蔡伟：“从《新加坡调解公约》看我国商事调解的改革”，载 2021 年 4 月《安徽大学学报》（哲社版）

费异议，由监管部门或行业协会牵头调查核实，督促调解组织及时整改[①]。对存在乱收费、价格欺诈、超标准收费等违规行为的调解组织，依法采取警告、罚款、暂停执业资格等惩戒措施，并将违规信息纳入信用档案，形成“规范收费有引导、违规收费有约束”的监管闭环。

商事调解制度作为优化法治化营商环境的重要支撑，其发展始终与我国经济社会变迁同频共振。从泰山区商会商事调解中心的实践来看，通过“法院＋工商联＋调解组织”的协同模式，以专业调解化解行业纠纷、以示范案例辐射同类争议、以信用机制强化履行约束，实现了 87%的高调解成功率，生动诠释了商事调解灵活高效、成本低廉的独特优势，为企业纠纷解决提供了多元路径选择。当前，我国商事调解制度正迈向规范化、法治化的新阶段。国家层面《民营经济促进法》的施行与《商事调解条例（公开征求意见稿）》的推进，地方层面上海、海南等地专门立法的探索，共同构建起“国家引导+地方实践”的制度框架。泰山区的“信用+调解”“线上诉调对接”等创新做法，为全国商事调解机制建设提供了鲜活经验。未来，需持续深化制度保障，完善司法确认与公证赋强执行衔接机制，筑牢协议效力根基；规范市场化收费，通过分类定价、透明监管平衡效率与公平；强化多方协同，推动调解与诉讼、仲裁等解纷方式有机融合。唯有如此，才能让商事调解在优化资源配置、激发市场活力中发挥更大作用，为新时代法治化营商环境建设注入持久动力，助力民营经济高质量发展。

参考文献：

[1] 苏省高级人民法院民二庭课题组：“新时代坚持和发展“枫桥经验”企业版的实践探索——以江苏法院深化商会商事调解机制建设为视角”，载 2024 年 11 月《人民司法》

[2] 赵华莹、胡辉：“广西农村地区人民调解制度的现状考察——基于《人民调解法》实施以来的实践”，载 2013 年 6 月《法制与经济》（上旬）

[3] 申婷婷：“ADR 中的国际商事调解制度及其对中国的启示”，载 2009 年 7 月《时代法学》

[4] 张晓玉：“论中国国际商事调解制度的建构与完善”，载《法学前沿》集刊 2024 年第 2 卷

[5] 孙巍：“中国商事调解立法问题研究”，载《仲裁与法律》2024 年 02 期

[6] 江苏省高级人民法院民二庭课题组：“新时代坚持和发展“枫桥经验”企业版的实践探索——以江苏法院深化商会商事调解机制建设为视角”，载 2024 年 11 月《人民司法》

[7] 成阳：“管辖与执行：多元解纷体系中商事调解制度疑难问题研究”，载《全面推进依法治国的地方实践（2022 卷）》

[8] 蔡伟：“从《新加坡调解公约》看我国商事调解的改革”，载 2021 年 4 月《安徽大学学报》（哲社版）

[9] 许皓、张肖铮：“商事调解赋能营商环境优化：价值功能与完善进路”，载《商事仲裁与调解》2025 年 02 期

① 许皓、张肖铮：“商事调解赋能营商环境优化：价值功能与完善进路”，载《商事仲裁与调解》2025 年 02 期

论强制管理制度对接遴选适格个人破产主体的实现进路

陈　锴、李炫桦

陈锴，厦门大学民商法硕士，系福州分所首席联席合伙人。担任北京德和衡律师事务所特殊资产业务中心副总监，2017–2018 年获福州市优秀律师（民商诉讼类）、福建省优秀律师，2019 年作为主撰稿人起草《福州市执转破管理人工作指引（试行）》。执业以来累计办理各类案件逾 5000 件，擅长金融、公司、国际贸易、房地产、经济犯罪控告及辩护等法律业务。

李炫桦，法学硕士学历，持有证券投资分析、证券交易、证券发行与承销、基金从业等资格证书。擅长金融借款、不良资产处置、公司治理领域。执业以来，持续为中国建设银行、兴业银行、中信银行、中国邮政储蓄银行等金融机构提供专业的法律服务。

摘　要：强制管理制度与个人破产制度的有效衔接是破解个人债务“执转破”难题的关键路径。当前实践中存在适格主体遴选标准缺失、司法操作规范不统一、诚信债务人识别机制不完善、技术支撑体系滞后等四大制度问题，严重制约了个人破产制度的推进效能。基于深圳等地方试点数据分析和港台、域外经验比较，强制管理制度具备作为个人破产制度构建“前置实验室”的独特优势，能够通过实际财产管理行为更准确识别适格破产主体。为此，应当构建以资产状况评估、诚信评价体系、债务形成合理性判断、重生可能性预判、资产处置效益决策为核心的多维度遴选标准体系，并提出针对性的制度建议：完善未来立法明确遴选标准，制定统一的司法实践操作指引，构建动态诚信识别与重生保障机制，运用大数据技术建立智能化执转破机制。这一系统性制度创新方案旨在实现强制管理与个人破产程序的无缝衔接，为“诚实而不幸”的债务人提供重生通道，推动个人破产制度从债务清理工具向社会经济关系修复机制转型升级。

关键词：强制管理制度；个人破产制度；多维度遴选标准；执转破机制；诚信债务人

随着市场经济深化发展，我国亟需构建个人破产制度以完善法治体系。在企业领域，“执转破”机制已打通执行与破产程序的壁垒，成功化解执行积案困局、出清僵尸企业、盘活困境企业资源，在提升资产价值、遏制债权人恶性竞争方面成效显著。然而，当前个人债务纠纷呈现激增态势，债务人面临的困境也日益复杂。在缺乏现金偿债能力的情况下，债务人往往需要依赖其他资产的处置来履行债务，而房产作为相对易于处置和变现的资产，成为其获取资金的重要途径。仅 2025 年上半年，全国法拍房挂牌量就已达到 57.66 万套，但成交量仅为 8.36 万套，成交率仅为 14.49%。这意味着尚有超过七成的法拍房未能成功交易，大量无法处置的不动产亟需强制管理人进行有效管理，而法拍房产的高流拍率导致执行效能下降，大量债务人的债务问题未能得到有效解决，法拍房产流拍率攀升导致执行效能下降，致使债务人无法合法清理债务重启生活，同时，司法机关陷入执行僵局。

基于上述现状，本文提出构建“强制管理——个人破产”衔接机制的必要性与价值。在理论层面，通过强制管理制度对接遴选适格个人破产主体，可填补执行程序与个人破产制度衔接的空白，促进执行法与破产法的跨域融合。在实践层面，通过建立“强制管理——个人破产”的衔接机制，当债务人的不动产无法被处置时，由执行法院遴选适格破产主体并指定管理人对无法成交的不动产进行强制管理。这不仅能够实现债务盘活、帮助债务人重启生活，还能提高司法资源利用率与案件执结率，最终推动社会资源的优化配置与经济的高质量发展。此外，律师在这一过程中可以发挥重要作用，提供从代理债权人提出启动强制管理程序，到代理债务人或债权人提出破产申请，再到接受法院遴选作为强制管理人或个人破产管理人，以及代理债权人提出债权申报的全流程法律服务，市场前景广阔。

一、立法进程回顾

（一）强制管理的发展演进

1992 年，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第 302 条首次规定了类似于强制管理的内容，虽未明确使用“强制管理”一词，但为后续立法奠定了基础。1998 年，《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》第 43 条规定了“司法托管”，虽无“强制管理”之名，却有其实质内容。2015 年，《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>的解释》第 492 条正式确立了我国民事执行中的强制管理制度，规定了在被执行人财产无法拍卖或变卖时，法院可将财产交付申请执行人管理或抵偿债务，但该规定仅规定由申请人进行管理，并未引入管理人。2022 年，《中华人民共和国民事强制执行法（草案）》向社会公开征求意见，其中详细规定了管理人制度和收益使用等内容，标志着强制管理制度在我国立法层面的进一步细化和完善。

（二）“执转破”机制的制度建构

“执转破”制度的立法进程始于 1998 年，《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》首次提及执破衔接。2015 年 2 月，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第 513 条至第 516 条正式确立“执转破”制度。2017 年 1 月 20 日，最高人民法院出台《关于执行案件移送破产审查若干问题的指导意见》，系统规定了执行转破产操作流程，

初步建立基本框架。2018 年 3 月 4 日，最高人民法院印发《全国法院破产审判工作会议纪要》，进一步细化“执转破”程序。

（三）个人破产制度的探索实践

2019 年《市场主体退出制度改革方案》提出建立自然人退出制度，2021 年深圳率先颁布《深圳经济特区个人破产条例》，成为全国首个个人破产地方立法的先行者。2022 年 6 月，《民事强制执行法（草案）》增设了强制管理章节。2023 年 9 月，十四届全国人大常委会立法规划发布，其中《企业破产法》被列入第一类项目，而个人破产制度曾被纳入《企业破产法》修改的草案之中。2023 年 3 月，《最高人民法院工作报告》提出“探索个人破产制度，让诚实而不幸的债务人能有重归市场打拼的机会”。2025 年 3 月，厦门发布《个人破产保护条例（草案）》，成为继深圳之后又一个尝试建立个人破产制度的城市。

（四）立法进程的特点与启示

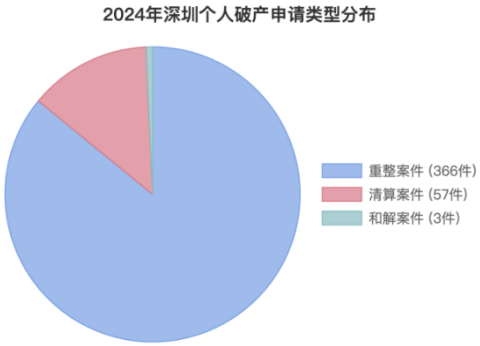
综观上述立法进程，呈现出三个鲜明特点：“渐进式发展”，各项制度均经历了从试点到推广的过程；“协同式推进”，强制管理、执转破、个人破产三项制度相互促进、协同发展；“问题导向”，立法均针对执行难、债务清理难等现实问题。

二、地方试点实践中凸显的制度问题

通过对全国破产处置现状和地方个人破产试点实践的深入分析，可以发现强制管理制度与个人破产制度衔接中存在的核心问题，这些问题直接影响了个人债务“执转破”机制的有效运行，以下就围绕较为成熟的深圳数据为切入点，进行展开分析。

（一）深圳个人破产试点的相关数据

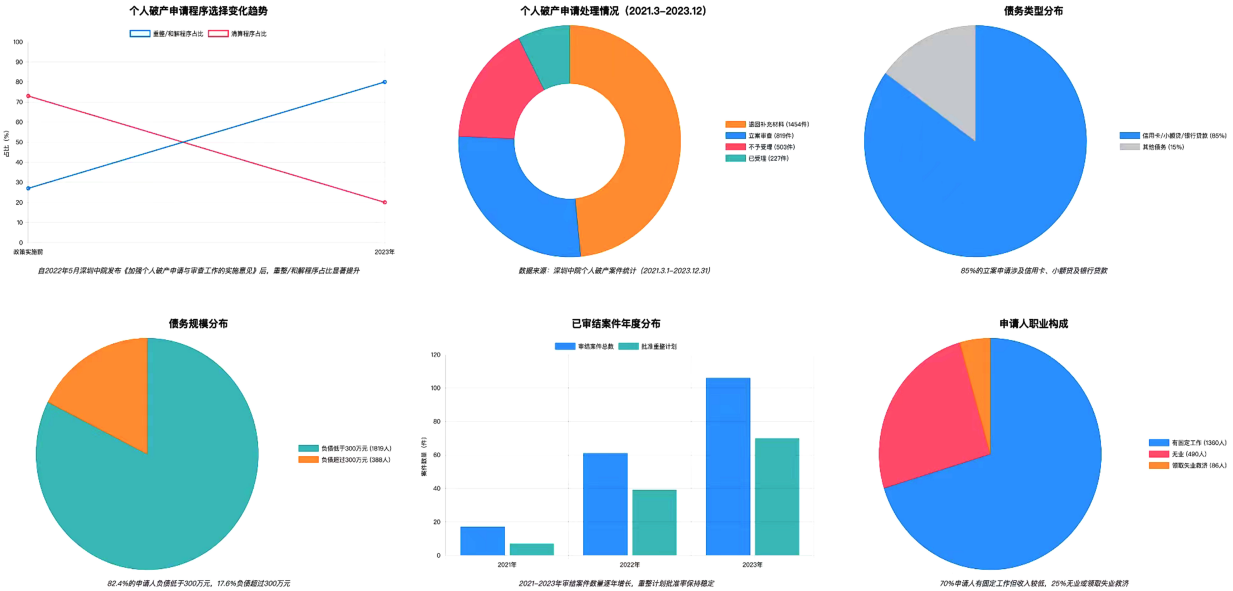
自 2021 年 3 月 1 日《深圳经济特区个人破产条例》实施以来，2024 年深圳新收个人破产申请 426 件（清算 57 件、重整 366 件、和解 3 件），案件总量呈年度波动，结构从初期清算主导转向重整为主。数据显示，申请人更理性选择对信用影响小、灵活性高的重整程序，清算次之，和解最少。法院受理态度审慎，2024 年受理个人破产案件 147 件，其中重整占比 86%，较 2023 年的 99.32%略有下降。



深圳个人破产申请自 2021 年 3 月 1 日至 2023 年 12 月 31 日呈现以下特点：在受理的 2273 件申请中，64%（1454 件）因不符合条件或材料不全被退回，其中债务人自行申请 2207 件（97%选择清算程序），债权人申请仅 66 件；债务规模分层明显，自行申请者中 82.4%（1819 人）负债低于 300 万元（总额 25.7 亿元，债务成因中生产经营与生活消费各占一半），17.6%（388 人）负债超 300 万元（总额 117.2 亿元，主因经营投资失败或连带担保）；65%申请人（2207 件中 1435 人）负债源于生产经营，已受理的 227 件案件中 75%（170 人）为小微企业主或个体户，债务多关联企业融资困境；金融债务集中度高，已立案的 819 件申请中 85%涉及信用卡、小额贷及银行贷款，债务人普遍背负数十家金融机构债务；偿债能力与意愿分化显著，70%（1360 人/1943 人）申请人有

固定工作但收入较低（财产多分布于 0.5 万–30 万元区间），490 人无业、86 人领取失业救济，多数希望债务减免或延期但难以与债权人达成协议。

自 2022 年 5 月深圳中院发布《加强个人破产申请与审查工作的实施意见》后，债务人选择重整或和解程序的比例从政策实施前的 27%大幅升至 2023 年的 80%，清算程序占比则从 73%降至 20%，常态化面谈辅导机制有效引导公众认知转变。2021 年 3 月 1 日至 2023 年 12 月 31 日，深圳中院共收到个人破产申请 2273 件，其中立案审查 819 件，退回补充材料 1454 件；已受理 227 件（重整 217 件、和解 4 件、清算 6 件），不予受理 503 件。同期审结案件 184 件（2021 年 17 件、2022 年 61 件、2023 年 106 件），含批准重整计划 116 件（2021 年 7 件、2022 年 39 件、2023 年 70 件）、终结破产程序 56 件（2021 年 7 件、2022 年 21 件、2023 年 28 件）、认可和解协议 2 件、宣告破产免责 1 件、驳回申请 9 件。



此外，2025 年 11 月 1 日，《厦门经济特区个人破产保护条例》正式施行。日前，厦门市委编委批复同意厦门市司法局增设“破产事务管理处”，对外可使用“厦门市破产事务管理局”牌子开展工作，这标志着厦门市个人破产事务行政管理机构正式成立。与此同时，厦门市破产信息平台也将于 11 月 1 日上线试运行，为债务人提供便捷的线上线下一体化服务。厦门市破产事务管理局和破产信息平台的成立与运行，为个人破产制度的落地提供了有力保障，进一步优化了营商环境，推动了社会信用体系的建设。

（二）试点实践中凸显的问题

1. 适格主体遴选标准缺失导致的程序转换困境

在 2021 年 3 月 1 日至 2023 年 12 月 31 日期间，深圳中院收到的 2273 件个人破产申请中，64%（1454 件）因不符合条件或材料不全被退回，受理率仅为 36%。这一现象表明，现行制度在适格主体认定方面存在明显缺陷。

从债务结构看，自行申请者中 82.4%（1819 人）负债低于 300 万元，债务成因中生产经营与生活消费各占一半；17.6%（388 人）负债超 300

万元，主因经营投资失败或连带担保。这种债务成因的多样性与现行单一化的审查标准形成冲突，导致许多"诚实而不幸"的债务人被错误筛选。

更为关键的是，70%的申请人有固定工作但收入较低，财产多分布于 0.5 万–30 万元区间，这类债务人既不符合传统意义上的"无产可执"标准，也难以通过严格的破产门槛审查。强制管理制度本应为这类债务人提供缓冲评估机制，但由于缺乏科学的遴选标准，无法有效识别和转化适格的破产主体。

2. 司法实践操作规范不统一引发的程序衔接障碍

深圳试点中程序选择的变化反映了操作规范问题的严重性。自 2022 年 5 月深圳中院发布实施意见后，债务人选择重整或和解程序的比例从 27% 大幅升至 80%，清算程序占比从 73%降至 20%。这一剧烈变化表明，缺乏统一的操作指引导致实践中标准摇摆不定。

在案件处理流程中，深圳中院立案审查 819 件，最终受理 227 件，不予受理 503 件，操作标准的不一致性导致大量案件在审查环节被淘汰。强制管理作为执行程序，与破产程序之间缺乏规范化的衔接机制，执行法官和破产法官在案件评估、程序转换等关键环节缺乏统一标准。

此外，管理人在强制管理期间的职责界定模糊，既要管理财产又要评估债务人破产可能性，但缺乏明确的权责边界和操作规范，导致程序转换的时机把握困难。

3. 诚信债务人识别机制不完善造成的制度效能缺失

深圳试点数据显示，已立案的 819 件申请中 85%涉及信用卡、小额贷及银行贷款，债务人普遍背负数十家金融机构债务，金融债务集中度高。然而，现行制度缺乏有效的诚信债务人识别机制，无法区分主观恶意逃债与客观不幸陷入困境的债务人。

在已受理的 227 件案件中，75%（170 人）为小微企业主或个体户，债务多关联企业融资困境，这类债务人的诚信状况需要通过长期观察和综合评估才能准确判断。强制管理期间本应成为诚信评估的重要窗口，但由于缺乏动态评价机制和量化标准，管理人难以对债务人的真实诚信状况作出科学判断。

490 人无业、86 人领取失业救济的现实情况表明，部分债务人确实面临客观困难，但现行制度无法有效识别其重生可能性，导致制度的救济功能无法充分发挥。

4. 技术支撑体系滞后限制了机制创新效能

瑞联数科发布的《2025 年上半年全国法拍市场大数据分析报告》显示，2025 年上半年，全国法拍房挂牌量达 57.66 万套，成交量达 8.36 万套，成交率为 14.49%的现状，反映出传统执行方式在处置不动产方面的局限性。大量未能及时处置的不动产积压，为强制管理制度的应用提供了广阔空间，但技术支撑体系的滞后限制了制度创新的实现。

现有的财产查控系统、信用信息系统、破产审理系统之间缺乏有效整合，执行法官和破产法官无法实现信息共享和协同评估。债务人的消费行为、资产状况、诚信记录等关键信息散落在不同系统中，难以形成全面的评估基础。

同时，大数据分析技术在个人破产案件中的应用尚处于起步阶段，无法通过债务人的网络购物、金融理财、支付等数据科学预测其资产和消费状况，制约了精准识别和分类处置的实现。

综上所述，地方试点实践虽然积累了宝贵经

验，但也凸显了强制管理制度与个人破产制度衔接中的四大制度问题：适格主体遴选标准缺失、操作规范不统一、诚信识别机制不完善、技术支撑体系滞后。这些问题的存在严重影响了个人债务“执转破”机制的有效运行，亟需通过制度创新加以解决。

三、域外以及港台经验

（一）域外经验

1. 在德国，德国强制管理制度起源于普鲁士时期，1897 年《德国强制拍卖与强制管理法》首次以专门立法形式系统化确立该制度。该法历经 1997 年与 2007 年两次修订，现行版本包含三章 186 条，详细规定了强制管理的启动条件、管理人职责、收益分配及效力范围。德国模式的特点在于将强制管理定位为独立执行措施而非补充手段，明确赋予债权人自主选择强制拍卖、强制管理或登记保全抵押的权利。在管理人制度设计中，德国允许农业、林业及园艺业土地的债务人直接担任管理人，既节约成本又兼顾执行效率，体现出对"诚实而不幸"债务人权益的平衡考量。在与个人破产的衔接方面，德国通过《支付不能法》确立了个人债务免除机制，要求债务人履行 6 年诚实行为期间义务，将扣除生活必要开支后的收入用于偿债。这一机制与强制管理制度形成互补，使强制管理成为评估债务人偿债行为的观察窗口。

2. 在美国，美国破产制度的特点是通过严格的免责条件与行为监督机制，防范债务人不诚信行为。联邦《破产法》第 707 条确立了"能力测试"与"行为测试"双重审查标准，既评估债务人的经济能力，也审查债务形成的道德性。第 727 条进一步列举了破产犯罪、隐匿财产等不诚信行为，并规定两次破产免责申请间隔不得少于八年。针对消费型债务人，2005 年《破产滥用预防与消费者保护法案》强化了规制力度，扩大了不可免责债务范围，同时强制要求债务人完成信用咨询与理财教育。美国模式没有直接采用强制管理制度，但其管理人制度与债务人财务行为监督机制在功能上与强制管理相似，为识别适格破产主体提供了重要参考。

3. 在日本，日本强制管理制度始于 1890 年《日本民事诉讼法》第六编"强制执行"，1979 年《民事执行法》将其纳入独立体系，强调管理人的中立独立地位。在管理人选任方面，日本学界普遍主张排除与案件有利害关系的债权人或债务人，由中立第三方担任，以避免管理失当或恶意处置资产的风险。日本《破产法》通过第 252 条列举隐匿财产、欺诈交易等十一类不诚信行为，规定存在此类行为的债务人原则上不得免责，但允许法官对情节轻微者行使裁量权。日本的经验表明，强制管理与破产程序之间应建立灵活的转换机制，管理人在评估债务人行为方面发挥关键作用。

（二）香港、台湾经验

1. 在香港，个人破产制度以英国破产法为蓝本，采用一般破产主义，适用对象包括所有个人和合伙主体。自 1932 年颁布《破产条例》以来，历经多次修订。破产程序分为申请破产、法院作出破产令和破产期满后解除破产令三个阶段。申请主体可以是债权人或债务人，申请原因在《破产条例》中明确列举。破产财产范围广泛，采用膨胀主义，但设有例外情形，如必要的生活用品和工作工具。香港设有官方破产管理机构——破产管理署，负责管理和监督破产程序。该制度不仅保护债权人利益，还通过自由财产制度和复权制度，给予破产人重新开始的机会，对内地构建

个人破产制度具有重要借鉴意义。

2. 在台湾，于 2008 年施行的《消费者债务清理条例》旨在应对借贷风险引发的民众债务危机，沿袭了破产法中“破产财团管理”制度，规定由破产管理人负责清算财团的管理与债务清偿，管理人优先选任公职人员，必要时允许个人担任，报酬由法院确定并由债务人预缴，既保障债权人利益，又通过自由财产与复权机制为债务人提供重生机会，其制度设计对内地个人破产立法具有参考价值。台湾地区强制管理制度以 1940 年南京国民政府颁布的“强制执行法”为基础，历经多次修正以适应工商业发展及执行案件激增的现实需求，其中第五次修正删除了“不动产经二次拍卖流拍后强制管理”的刚性规定，转而赋予法院灵活裁量空间。在管理人制度上，台湾地区突破德国限定自然人、日本限定法人的传统模式，对管理人主体资格不作严格限制（仅原则上排除债务人），同时强调通过强化法院监管规避管理人履职风险，而非完全禁止债权人或债务人参与管理。对于管理人身份是否限于自然人还是允许法人及非法人组织担任，台湾地区未作统一限制，以追求执行财产收益最大化为核心目标，体现出制度设计的实用性与灵活性。

（三）比较与借鉴

域外及我国港台地区个人破产制度各有特色，对内地构建该制度有参考价值。德国强制管理定位独特，尊重债权人自治兼顾效率，但考察期长；美国审查机制严格，但程序复杂有局限；日本程序衔接好，但管理人资格限制影响效率；香港、台湾部分制度与内地实践匹配度高。内地构建时需结合实际情况调整，从强制管理视角看，要建立遴选标准、评估标准、诚信评分模型、程序转换机制等，借鉴德美日及港台经验，重点建破产信息平台、完善财产登记制度、推动信用修复与社会再生协同发展，构建科学高效公正的个人破产制度体系。

四、强制管理视角下个人破产主体的遴选标准建议

在强制管理制度与个人破产制度的对接中，科学遴选适格的个人破产主体是核心环节。为此，需从强制管理视角出发，构建多维度的遴选标准体系，涵盖资产状况、诚信评价、债务合理性、配合度、重生可能性及资产处置效益等方面，以确保遴选过程的科学性和公正性。

（一）资产状况评估是遴选的首要指标。

资产状况评估是遴选适格个人破产主体的首要指标。强制管理人需全面清查债务人的各类资产，包括不动产、动产、金融资产及预期收入，并进行专业评估。评估应遵循谨慎性和客观性原则，采用差异化方法，兼顾变现难度，确保评估结果真实反映资产的可清偿价值。特别是在当前市场环境下，2025 年上半年全国 85.51%的法拍房未能成功交易现象凸显了不动产在处置过程中面临的诸多挑战，如市场价值波动、地理位置限制、产权纠纷以及潜在的法律问题等。因此，评估不动产时，需特别关注其市场价值、产权状况及潜在法律纠纷，结合市场行情，采用多种评估方法，如市场比较法、收益法等，以确保评估结果的准确性和可靠性。通过资产负债比率评估债务人的财务状况，结合债务压力和清偿能力的动态评估，预测其未来的偿债能力，识别潜在的破产风险，为后续的破产程序提供科学依据。

（二）诚信评价体系对债务人的诚信状况进行全面衡量。

核心指标包括财产申报的真实性、债务形成

的合理性、信用历史记录、财务记录的完整性以及在强制管理期间的配合度。通过构建量化评分模型，对不同维度的诚信表现赋予权重分值，并引入专家判断机制，确保评价结果的准确性和公正性。诚信评价应具有动态性，根据债务人的表现进行定期调整，激励其诚实配合。

（三）债务形成过程的合理性判断是评估债务人是否值得破产救济的关键。

债务应按形成原因分类，如生产经营型、消费型、互助型和意外型等，不同类型适用不同的合理性标准。同时，评估债务人在债务形成过程中是否履行了注意义务，如风险评估、信息收集和专业咨询等。通过时间线分析，识别债务人是否存在恶意举债或逃债行为。

（四）重生可能性预判体现个人破产制度的核心价值。

从职业技能、就业前景、年龄、健康状况、教育背景、社会支持网络和心理韧性等方面评估债务人的重生能力。同时，评估其重生意愿和外部环境，判断其是否能有效利用破产制度实现“重新开始”。

（五）资产处置效益决策模型是决定债务人是否转入破产程序的核心。

采用双轨比较法，预测继续强制管理和转入破产程序的处置效益，选择最大化债权人受偿率的路径。同时，建立多方利益平衡模型，考虑债权人、债务人和社会利益，寻求最优平衡点。此外，采用风险–收益评估框架，纳入风险因素，计算风险调整后的期望收益，确保决策的科学性和稳健性。

通过上述多维度的遴选标准体系，可以科学、公正地遴选适格的个人破产主体，确保强制管理制度与个人破产制度的有效衔接，实现债务清理与经济秩序维护的双重目标。

五、推进强制管理遴选机制的制度建议。

基于前文分析的问题，特别大量法拍房未能成功交易这一现状，凸显了当前制度在资产处置和债务清理方面的不足。本文提出针对性的制度建议：针对适格主体遴选标准缺失问题，通过完善立法明确遴选标准；针对司法实践操作规范不统一问题，制定统一的操作指引；针对诚信债务人识别机制不完善问题，构建动态诚信识别与重生保障机制；针对技术支撑体系滞后问题，运用大数据技术建立智能化的执转破机制。这些措施旨在提高资产处置效率，优化债务清理流程，解决法拍房流拍率高这一突出问题，从而推动个人破产制度的有效实施。

（一）完善未来类《民事强制执行法》立法明确遴选标准

首先，明确强制管理的启动标准，综合考虑财产收益性和债务人配合度等积极因素，而不仅限于“不宜拍卖”或“拍卖不成”的消极条件。其次，细化管理人职责权限，赋予管理人对债务人整体财务状况进行评估的权力，并增加提出破产转换建议的职责。最后，建立强制管理的期限机制，防止监管疲软或期限过短。建议将现有草案第一百三十四条规定的管理人职责扩展为“对被执行人的特定财产及其收益进行管理，并对债务人的整体清偿能力进行评估”，并在第一百三十五条中增设破产转换触发条款，明确管理人可向执行法院提出启动破产评估的建议。

（二）制定统一的司法实践操作指引

强制管理对接个人破产的遴选机制涉及执行、

破产两大领域的程序转换，实践中易出现操作不一致、标准不统一等问题。为此，最高人民法院应出台专门的司法解释或审判指引，统一规范相关实践。指引内容应包括适格主体认定标准、财产评估方法、诚信评价指标、程序转换流程、管理人职责界定等核心问题。地方层面，各高级法院可结合本地实际，制定更为具体的实施细则。对于一线执行法官和破产法官，应提供简明实用的办案指南，将抽象的法律规定转化为具体的操作流程，确保制度落地不走样。

（三）构建动态诚信识别与重生保障机制

在强制管理与个人破产制度的衔接中，构建动态诚信识别与分类重生保障机制是实现制度效能的核心。通过强制管理阶段的持续性行为观察，如财产申报透明度、收入提升主动性、多元评价模型，如融合债权人意见、管理人评估及第三方及诚信激励规则，精准筛选“诚实而不幸”的债务人，典型表现为主动披露资产、最大化偿债努力等积极行为。在此基础上，根据债务成因与债务人特质实施差异化处置：对具备市场潜力的经营型债务人优先适用重整程序，对合理负债的消费型债务人匹配和解或清算路径，对因不可抗力陷入困境者衔接社会救助资源，形成分层分类的债务清理逻辑。同时，通过职业赋能，如就业培训、创业扶持、社会救助如医疗住房保障与信用修复如设定 3–5 年信用恢复期的协同支持体系，破解债务人再社会化障碍，将强制管理期转化为重生资源积累期。这一机制以风险防控与社会修复的双重目标为导向，既通过动态监管遏制逃债行为，又为债务人创造缓冲空间和资源支持，推动个人破产制度从债务清理工具向社会经济关系修复机制转型升级。

（四）运用大数据技术建立智能化执转破机制

大数据技术在个人破产案件中的应用，通过分析债务人的网络购物、金融理财、支付等数据，科学预测其资产和消费状况，为司法机关判断债务履行能力提供依据。基于此，构建以强制管理为核心的执转破遴选机制，从法律制度、组织机构、运行机制和技术支持四个维度进行系统设计。具体创新包括执行法官与破产法官联合评估债务人破产可能性，根据资产和债务情况分类管理案件，设立客观评估指标，整合信息平台，引入大数据分析技术。配套措施涵盖专业培训、资质认证、信用信息系统建设、社会救助与就业支持网络完善及社会宣传教育。实施路径上，采取“试点先行、分步推进”策略，根据不同区域情况差异化设计实施方案，定期评估调整。这一机制有效解决个人破产制度推进中的适格主体识别难题，为解决执行难问题提供新思路，推动我国民事司法体系完善，实现债务人、债权人及社会公共利益的最优平衡。

六、结语

综上所述，本文以强制管理制度与个人破产制度的衔接为切入点，探索个人债务“执转破”的可行路径，旨在破解当前司法实践中因不动产处置难、个人破产制度缺位导致的执行僵局。通过立法进程梳理、地方试点数据分析及域外经验比较，论证了强制管理作为遴选适格破产主体的制度优势——既能提升财产处置效率，又能为“诚实而不幸”的债务人提供重生通道。多维遴选标准体系与大数据技术的结合，进一步强化了制度落地的科学性与可操作性。本文的理论意义在于开辟了执行法与破产法交叉研究的新领域——强

制管理不仅是一种执行措施，更是个人破产制度构建的“前置实验室”。未来可进一步探索其与数字经济、社会治理的深度融合，例如利用区块链技术实现财产追溯、通过社会信用体系完善联合惩戒等。这一领域的拓展研究，将为我国个人破产立法提供更丰富的理论支撑与实践样本，最终推动债务清理从司法程序升维为社会治理的创新工具。

参考文献

[1] 全国人民代表大会.《中华人民共和国民法典》。

[2] 全国人民代表大会常务委员会.《中华人民共和国民事强制执行法(草案)》。

[3] 深圳市人民代表大会常务委员会.《深圳经济特区个人破产条例》。

[4] 厦门市人民代表大会常务委员会.《厦门经济特区个人破产保护条例(草案)》。

[5] 国家发展和改革委员会，最高人民法院，工业和信息化部，民政部，司法部，财政部，人力资源和社会保障部，中国人民银行，国务院国有资产监督管理委员会，国家税务总局，国家市场监督管理总局，中国银行保险监督管理委员会(已撤销)，中国证券监督管理委员会.《加快完善市场主体退出制度改革方案》。

[6] 夏梦雅.个人破产管理人制度研究——公职和私营双轨制管理人制度[J].法律与经济,2023(4)。

[7] 梁伟.个人破产界限与虚假破产罪的重构研究[J].中国法学,2022(6)。

[8] 白田甜.个人破产立法中的争议与抉择——以《深圳经济特区个人破产条例》为例[J].人民司法,2023(18)。

[9] 代策.个人破产制度的构建——以中国香港个人破产制度为例[J].法学评论,2022(3)。

[10] 汤维建.个人破产制度构建中的理论分析——基于 571 份调查问卷的实证研究[J].中国法律评论,2023(2)。

[11] 王欣新.构建个人破产制度的若干思考[J].中国应用法学,2024(1)。

[12] 黄茂醌.利益衡平视角下终本执行与个人破产制度的衔接[J].法学论坛,2023(6)。

[13] 孙伟峰.民事执行强制管理制度研究[D].西南政法大学,2015。

[14] 朱绚凌.破产强制接管制度的构建与路径——以强化管理人履职保障为视角[J].现代法学,2022(5)。

[15] 深圳市破产事务管理署课题组.破产事务行政管理的实践与展望——以深圳破产改革为视角[J].深圳法治评论,2024(1)。

[16] 史沛尧.强制管理制度的历史演进[J].法制与社会,2022(12)。

[17] 温叶宸.债务人保护视角下不动产强制管理的启动[J].法商研究,2023(4)。

[18] 张丽琴.债务人不诚信的认定与规制：个人破产试点地区的规则比较与反思[J].法学家,2023(5)。

新公司法下审计委员会的思考与探讨

赵　颖

赵颖律师，北京德和衡律师事务所高级合伙人、常务副主任，现任北京市律协公司法专业委员会主任，中国人民大学、中国政法大学法学硕士研究生导师，北京市律师协会律师执业面试考核考官，《钱伯斯全球法律指南 2025》《钱伯斯大中华区法律指南 2025》公司\并购业务推荐领先律师，获评 2023 年度 LEGALBAND 国资国企律师十五强。执业以来，赵律师长期在国资国企领域深耕，具有扎实的法学功底，熟练掌握应用公司法、民商法、金融法的基本理论，实践中能胜任不同环境的法律应用工作，并能独立地运用所学法律知识对各种复杂疑难案件进行逻辑分析与判断，提出正确的法律适用意见。赵律师有近 20 年的诉讼仲裁法律实务经验，擅长民商讼裁、公司治理与合规、国企混改业务、投资并购与重组、基金证券类业务。赵律师为中国光大集团、中国光大银行总行、中国节能环保集团、中国有色集团矿业集团、中铁股份公司、中车集团、中国建筑集团公司、中国核工业集团公司、中国华能集团有限公司、中国金币总公司、中国农业机械化科学研究院集团有限公司、中节能资本控股有限公司等几十家央企集团公司提供公司治理、投资并购、合规、复杂商事争议解决等法律服务，获得社会和客户的广泛认可和赞誉。

摘　要：新公司法的修订在公司治理结构上做出了重大调整，审计委员会的法定地位与核心监督职能的确立是其中最具突破性的改革之一。新公司法的第六十九条、第一百二十一条及第一百七十六条等条款明确规定了公司可以在董事会中设审计委员会，行使原监事会的职权，不再设监事会或者监事。审计委员会制度的设立标志着我国公司治理模式从传统“双层治理结构”向“单层治理结构”的转型，也为我国资本市场的健康发展注入了新的制度活力。审计委员会的监督职权涵盖财务监督、高管履职监督、会议召集与提案权及内部追责权。目前司法实践中审计委员会面临自我监督、专业能力有待提升、履职保障机制缺失、与董事会及管理层权责交叉等困境。通过细化审计委员会的权责划分，明确审计委员会的独立履职空间；加强提升审计委员会成员素养，优化审计委员会组成的专业构成；完善审计委员会监督机制，推行“事前事中事后”全流程监督；加强监管协同，推动审计委员会制度从“纸面上的制度”转变为“实践中的监督效能”，为构建中国特色现代企业制度、促进资本市场高质量发展提供坚实保障。

关键词：新公司法；审计委员会；公司治理

引 言

新修订的《中华人民共和国公司法》自 2024 年 7 月 1 日正式实施迄今已经超过一年，本次公司法的修订在公司治理结构上做出了重大调整，审计委员会的法定地位与核心监督职能的确立是其中最具突破性的改革之一。引入审计委员会制度有三个方面的重要动因，即满足国企改革要求、便利我国企业域外运行、外国企业来我国投资。参考域外单层制的改革经验，在法律允许单层制之后，90%以上的公司可能将转向单层制架构。除了前述实践需求之外，监事会制度的运行效果不理想也是制度改革的重要动因[①]。新公司法的第六十九条、第一百二十一条及第一百七十六条等条款明确规定了公司可以在董事会中设审计委员会，行使原监事会的职权，不再设监事会或者监事。审计委员会制度的设立标志着我国公司治理模式从传统“双层治理结构”向“单层治理结构”的转型，也为我国资本市场的健康发展注入了新的制度活力。

2024 年 12 月 27 日，证监会发布《关于新〈公司法〉配套制度规则实施相关过渡期安排》，进一步明确上市公司必须在 2026 年 1 月 1 日前完成审计委员会设置取消监事会，由审计委员会全面承接监事会职权。随后，《上市公司章程指引（2025 修订）》《上市公司审计委员会工作指引》等配套规则相继落地，构建起较为完整的审计委员会制度框架。2025 年 9 月 30 日，最高人民法院关于适用《中华人民共和国公司法》若干问题的解释（征求意见稿）也面向社会公众公开征求意见。然而，制度设计的完善并不必然带来实践运行的顺畅。审计委员会作为承接监事会职权的“新角色”，在履职边界、责任认定、运行机制等方面仍面临诸多挑战。

从关联交易损害股东利益纠纷案，到监管部门对审计委员会成员作出的行政处罚，司法实践案例充分暴露出审计委员会在履职过程中存在的程序瑕疵、专业缺失、独立性不足等现实问题，也为审计委员会制度的落地提供了重要的经验教训。本文通过探讨审计委员会的制度设立、法律定位、履职困境，来思考新公司法下审计委员会制度的完善、发展和适用，为中国公司治理机制的进一步完善提供参考。

一、新公司法下审计委员会的制度设立

（一）法律地位的提升

在 2023 年修订的新公司法实施前，审计委员会仅为上市公司董事会下设的专门委员会，对董事会负责，仅承担财务审计相关职能。新公司法下的由董事组成的审计委员会已经被纳入公司治理结构体系，新公司法的第六十九条、第一百二十一条等条款明确规定了公司可以在董事会中设置审计委员会，行使原监事会的职能，法律地位等同于原监事会，不再是董事会的下级附属机构。审计委员会具有独立的监督地位，董事会不得干预其正常履职，更不能推翻其作出的合法决议。

在《上市公司章程指引》（2025 修订）中，进一步明确审计委员会行使监事会的职权，包括检查公司财务、监督董事及高级管理人员履职行为、提议召开临时股东会、向股东会提出提案等核心权力。新公司法第一百七十六条明确规定了国有独资公司必须设置审计委员会的义务，有限责任公司与股份有限公司可以通过公司章程自主选择是否设立审计委员会，《上市公司章程指引》

① 刘斌主编 《公司法实施精要：难点问答与实务应对》中国政法大学出版社 2025 年 6 月第 1 版 269 页

（2025 修订）以及证监会《关于新〈公司法〉配套制度规则实施相关过渡期安排》均明确要求上市公司必须设立审计委员会。其中上市公司应当在 2026 年 1 月 1 日前，按照《公司法》《实施规定》及证监会配套制度规则等规定，在公司章程中规定在董事会中设审计委员会，行使《公司法》规定的监事会的职权，不设监事会或者监事。上市公司调整公司内部监督机构设置前，监事会或者监事应当继续遵守证监会原有制度规则中关于监事会或者监事的规定。国家和资本市场监管体系对不同企业设立审计委员的要求差异化，既适应了不同类型企业的治理需求，也体现了对上市公司等公众公司强化监督的立法导向。

新公司法设立了全新的审计委员会制度，为审计委员会发挥监督作用奠定了制度基础。

（二）职权范围的扩大

新公司法将原属于监事会的职权赋予审计委员会，但与原监事会职权相比，审计委员会更强调专业性与操作性。并且在商业判断中，有无表决权的效果差异是实质性的。由于审计委员会成员具有董事身份，其实际参与了董事会的表决，涉及决策的商事裁量，必然涉及合理性判断[①]。监事的监督仅审查合法性，而不审查合理性，这是审计委员会与监事会的监督权之间的重大差异。审计委员会制度设计将内部监督权的传统双层监督机制（董事会与监事会并行）转型为单层监督架构。这一调整旨在提升监督的专业性、穿透性与响应效能，同时强化公司治理层面“公司自治”原则的实践深度，并确保问责链条的完整性与一致性。

根据新公司法第七十八条、第一百二十三条及中国上市公司协会 2025 年 6 月 6 日制定发布的《上市公司审计委员会工作指引》相关规定，审计委员会的职权主要分为财务监督权，即检查公司财务，审核财务会计报告及其他财务信息披露文件，监督外部审计机构的聘用、续聘与解聘，评估外部审计工作的独立性与有效性，监督内部审计制度的建立与执行等，这一职权就是原来上市公司董事会下设专门委员会审计委员会的传统职能，新公司法在此基础上进一步强化了其对财务信息真实性、完整性的把关责任。高管行使监督职权，即对董事、经理层的勤勉尽责履职行为进行监督，发现损害公司利益行为时，有权代表公司提起诉讼。会议召集和提案权，即审计委员会可以提议召开临时股东会会议和临时董事会会议，在董事会不履行召集和主持股东会会议职责时，召集和主持临时股东会；审计委员会也可以向股东会会议提出提案。内部追责权，即审计委员会可以监督公司内部控制制度的建立与有效执行，组织开展内部控制监督检查，并对监督过程中发现的问题督促整改，推动内部追责。

职权范围的扩大使得审计委员会既能够充分发挥财务监督的专业性，又方便参与公司实际决策，提升了监督的实效性，还为中小股东利益保护提供了重要渠道。

（三）运行规则的规范

新公司法及相继出台的《上市公司审计委员会工作指引》等配套制度和指引，对审计委员会运行机制作出了明确规范，以保障其有效履职。

首先，新公司法规定审计委员会由董事组成，职工董事应当作为审计委员会成员。《上市公司审计委员会工作指引》进一步细化要求，明确审

① 刘斌：《公司治理中监督力量的再造与展开》，载《国家检察官学院学报》2022 年第 2 期。

计委员会成员应具备相应的专业能力，其中至少应有一名成员具备财务、会计等相关专业背景；召集人需由独立董事担任，确保委员会的独立性。这一要求回应了实践中审计委员会成员专业资质不足的痛点，为履职专业性提供了人员保障。

其次，新公司法明确规定审计委员会作出决议应当经成员过半数通过，表决实行一人一票制；审计委员会的议事方式和表决程序除法律规定外，需由公司章程明确。而《上市公司审计委员会工作指引》则进一步明确要求审计委员会每季度至少召开一次会议，重大事项需及时召开临时会议；会议应有过半数成员出席方可举行，关联董事需回避表决；会议记录应详实记录成员的发言要点、表决意见及异议理由，归档保存期限不少于十年。这些规定均规范和完善了审计委员会履职的规则。

最后，现行制度和监管机构对审计委员会的信息披露义务进行强监管，《上市公司审计委员会工作指引》中要求审计委员会每年向上市公司股东会提交履职报告，披露职权行使情况、监督中发现的主要问题及整改情况、外部审计机构履职评估等内容。上市公司还需要在年度报告中专项披露本公司审计委员会的年度运行情况，公开接受市场监督。

从人员到议事规则，再到信息披露，国家制度和监管层面对审计委员会的运行机制进行了严格规范，以确保审计委员会的有效履职，不流于形式。

二、审计委员会相关诉讼案例解析及启示

（一）某某有限公司、某某全球创造力等损害股东利益责任纠纷案（〔2022〕最高法商初6号案）

案情简介：原告某1公司持有被告某2公司0.39%股份。被告某2公司系开曼群岛注册并在纳斯达克上市公司，马某风为某2公司董事长兼CEO。原告诉讼主张某2公司董事会未经股东会批准，以2亿美元低价转让某某在线全部股权的决议无效，且该受让方为马某风实际控制的企业，该转让系关联交易。被告答辩称根据开曼群岛法律及公司章程规定案涉交易属董事会职权范围，本次交易已经过特别委员会评估，且2亿美元价格较公司市值溢价87.4%。根据某2公司章程第121条及开曼群岛法律规定，审计委员会是公司治理结构中的关键监督机构，其其他核心职责是对涉及董事、高级管理人员或控股股东的关联交易进行审查，以确保交易公允性，以及监督公司重大资产处置的评估流程、信息披露及表决程序，防范利益冲突。本次交易某2公司董事会于2017年8月成立由独立董事组成的特别委员会，委托财务顾问某5公司及摩根律所对案涉转让某某在线100%股权的交易进行评估。特别委员会经过与买方进行三轮谈判将交易对价从1.5亿美元提升至2亿美元，并经某5公司出具《公允性分析报告》确认较某2公司市值溢价87.4%。2018年2月6日，审计委员会审议通过案涉交易及《股份购买协议》认定交易程序合法、价格公允。马某在董事会及审计委员会表决时已回避，不存在滥用控制权的情形。

最高法经审理认为，某2公司章程第99条明确赋予董事会管理公司业务的权限，审计委员会是董事会下设机构，其审批权限来源于章程第121条即“对关联方交易进行适当审查并批准”。开曼群岛法律确认公司章程对股东会与董事会职权的划分具有优先效力。特别委员会由两名无关联关系的独立董事组成，全程主导交易评估，与马某风（某2公司董事长，关联方）并无利益往来。

某 5 公司采用现金流折现法、可比交易分析法等多种模型，验证 2 亿美元对价的公允性；审计委员会未受马某风干预，且某 2 公司通过纳斯达克公告披露了交易细节，原告主张“未向股东披露评估过程”缺乏依据，因开曼群岛法律未强制要求向个别股东单独披露。审计委员会委托的某 5 公司评估显示 2 亿美元交易价格较某 2 公司市值溢价 87.4%，且经市场询价无更高报价，符合商业合理性。原告未能举证证明审计委员会决策存在“明显不合理”或“恶意损害股东利益”的情形，应承担举证不能的后果。法院尊重审计委员会基于专业评估作出的商业决策，认为司法不宜干预公司正常经营中的价格判断，除非存在欺诈或滥用职权。法院最终驳回了原告的全部诉讼请求。

案件启示：新公司法下审计委员会是公司交易的核心监督主体，尤其在跨境股权交易中具有“防火墙”功能。审计委员会委员的独立性与专业性是其履职的基础。审计委员会可以通过独立审查与第三方评估降低关联交易中的利益输送风险，但审计委员会对关联交易的审查不能仅停留在“形式合规”更要关注“实质公允”，审计委员会需要独立核实交易对价的合理性，并完整记录决策过程。合规的审计委员会决议可成为公司抵御股东诉讼的核心抗辩理由。

（二）H 公司四位审计委员会成员被行政处罚案（中国证券监督管理委员会湖南监管局行政处罚决定书〔2025〕13 号）

案情简介：2024 年 4 月 30 日，H 公司因 2023 年经审计的净利润为负值且营业收入低于 1 亿元，被深圳证券交易所实施退市风险警示。2025 年 1 月 16 日，H 公司与 X 会计师事务所订 2024 年度财务报表审计业务约定书。4 月 15 日，X 会计师事务所向 H 公司发送 H 公司收入调整事项说明，调整后的营业收入为 1.96 亿元。H 公司不认可旭泰所上述意见，双方出现重大分歧。4 月 16 日，H 公司董事长在审计委员会会议上表示，如 X 会计师事务所出具了营业收入低于 3 亿元的审计报告，公司就会直接退市，为避免此结果，如与 X 会计师事务所在营业收入确认方面仍有分歧，就选择换所，申请延期披露年度报告 H 公司 4 名审计委员会成员均未勤勉尽责履行审计委员会成员职责，在 2025 年 3 月 28 日未召开审计委员会会议讨论与旭泰所沟通事项的情况下，伪造了审计委员会会议记录并签字，或对会议记录未提出异议。

湖南证监局调查后认定，H 公司存在财务信息披露虚假记载，审计委员会成员未履行勤勉尽责义务，对公司违法行为负有责任，于 2025 年 9 月 16 日对 H 公司作出行政处罚，其中对四名审计委员会成员分别处以 120 万至 60 万元不等的罚款。

本案中的争议焦点是审计委员会在财务信息披露中的监督责任边界；审计委员会成员“沉默”或“形式签字”是否构成未勤勉尽责。本案中监管部门认为审计委员会作为财务信息披露的监督核心，负有审核财务报告真实性、完整性的法定职责。本案中审计委员会未履行基本议事程序，伪造会议记录的行为已构成严重失职，属于形式化履职；审计委员会未采取任何异议或救济措施应对管理层阻拦审计的行为，纵容了财务造假；部分成员知晓违规事实没有签字但却保持沉默也属于未履行监督义务。

本案中可以看到监管部门认为计委员会成员的勤勉尽责义务不仅要求积极作为，还包括在发现违规行为时及时提出异议并记录在案。审计委

员会形式履职或不发声保持沉默都属于未勤勉尽责，也需承担相应法律责任。

案件启示：本案是新公司法实施后监管部门严惩审计委员会履职不力的典型案例，体现了监管机构对审计委员会的履职要求是积极履职，任何形式化履职、配合造假的行为都将面临严厉追责；审计委员会履职程序的合规性是责任认定的重要依据，会议记录作为履职痕迹，必须真实、详实，伪造记录将面临加重处罚；审计委员会成员应树立“独立监督”意识，面对管理层的不当干预，需敢于提出异议并保留证据，不能因担心得罪管理层而放弃监督职责。

三、新公司法下审计委员会的履职困境

（一）法律定位的逻辑冲突

本次新公司法修订下审计委员会属于董事会内设机构，负责监督董事会及董事行使职权，在实践中面临天然的履职障碍，因为审计委员会成员本身就是由董事组成，面临自我监督的困境。而且审计委员会的设立与成员任命仍需通过董事会或股东会决议，审计委员会成员的薪酬也是由董事会决定，人事上和经济上的依赖可能影响其监督的客观性。

（二）成员资质与履职能力不匹配

本次新公司法修订对审计委员会履职的专业性提出了更高的要求，新《公司法》规定股份有限公司审计委员会成员为三名以上董事，其中独立董事占多数；上市公司进一步要求至少包含一名会计专业人士。审计委员会履职质量高度依赖成员的专业能力与履职投入，但实践中仍存在诸多问题：一是专业能力不足，人才缺乏，审计委员会承担的监督职责涉及财务、法律、内部控制等多个领域，部分公司审计委员会成员虽具备财务背景，但缺乏法律、合规、行业运营等方面的专业知识不能应对复杂的监督场景，甚至有些中小企业难以找到合适的能够担任审计委员会成员的董事人选；二是部分独立董事同时担任多家公司的董事及审计委员会成员，难以投入足够时间和精力了解公司情况；三是随着商业模式的创新和监管要求的变化审计委员会成员需要不断更新知识结构，否则难以应对复杂的监督任务；而且不同行业的公司具有不同的经营特点和风险特征，缺乏相关行业知识可能影响审计委员会对公司业务的理解和风险的判断。在新公司法要求审计委员会对公司财务进行监督并承接监事会全部职权的背景下，成员资质与履职能力的不匹配已成为制约其发挥作用的核心瓶颈。

（三）履职保障机制不完善

目前，审计委员会的履职保障机制并不完善，一是信息获取受限，公司管理层掌握着公司经营管理的核心信息。若管理层故意隐瞒或拖延提供信息，审计委员会将难以开展有效监督。而且如果缺乏信息是因为失职导致的，那么缺乏信息也不是有效的抗辩，因为缺乏信息本身就违反了注意义务[①]。二是开展监督工作的经费未获充分保障，如聘请外部顾问、开展专项调查等均需经费支持，需要具体落实在公司章程或制度里面。三是新公司法未明确审计委员会成员的免责机制，审计委员会成员面临专业要求越来越高，而监管趋严、履职担责重的高压环境，不敢大胆履职。

（四）与其他治理机构的权责划分

新公司法实施后，审计委员会需要与董事会、

① [美]理查德·D.弗里尔 著崔焕鹏 施汉博 译《美国公司法》(第七版) 法律出版社 2021 年 12 月第 1 版 145 页

管理层、内部审计部门等其他治理主体的权责边界重新界定，一是与董事会的冲突，审计委员会作为董事会的内设机构，被赋予临时股东会召集权、董事罢免建议权等职权时，可能与董事会自身的决策权产生冲突；二是与管理层的冲突，审计委员会行使监督职能要避免过度干预公司的日常经营。三是与内部审计部门的协调，内部审计部门是审计委员会履行监督职责的重要支撑，审计委员会要建立与内部审计机构的有效沟通协调机制；四是与监事会同时并存的过渡期冲突，特殊情况下监管机构在过渡期内允许审计委员会与监事会同时存在，但两者在财务监督、履职监督等方面的职权重叠，可能出现重复监督。

四、新公司法下审计委员会的制度设计思考

（一）细化审计委员会与董事会的权责划分，明确审计委员会的独立履职空间。

通过细化议事规则明确审计委员会的监督职权不受董事会干预，包括董事会不得推翻审计委员会作出的合法决议，审计委员会可以经过前置通知程序召集临时股东会等。

建立审计委员会成员的任职保障机制。比如审计委员会成员的罢免需经股东会特别决议（三分之二以上多数）通过，董事会无权罢免审计委员会及其成员；审计委员会成员在任期内提出辞任的，在新成员就任前需要继续履职以确保监督的连续性。

完善责任划分与免责机制。在责任追究时，要区分审计委员会成员的故意、重大过失与一般过失，审计委员会成员仅对故意或重大过失导致的损失承担责任；对于审计委员会履行必要合规程序基于合理信息作出的判断，即使结果存在偏差也应免除责任。

（二）提高审计委员会成员的专业素养。

首先是在选任审计委员会成员时，注意财务、会计、法律、合规等专业背景人才的比例，保障审计委员会的履职能力；同时严格限制独立董事的兼职数量确保其履职时间的投入，如规定同一独立董事最多担任不超过 3–5 家公司的审计委员会成员。

其次要建立审计委员会的履职培训机制，进行常态化培训，培训范围应涉及财务、法律和行业知识的培训，并将培训考核结果与成员任职资格挂钩，未通过考核的不得担任审计委员会成员。

（三）提升审计委员会的监督实效与规范化水平。

提升审计委员会的监督履职的实效性，在事前监督方面，对关联交易、重大投资、财务报告等事项实行审计委员会前置审议；在事中监督方面，对重大事项的执行过程进行跟踪监督，定期听取进展报告；在事后监督方面，对执行结果进行评估，对存在的问题督促整改。

强化审计委员会会议合规流程及会议纪要的完整性、真实性。开会时要确保审计委员会成员充分讨论，会议记录应详细记录每个成员的发言内容、表决意见及异议理由。

完善信息披露与沟通机制。审计委员会履职报告应详细披露监督中发现的问题、整改情况及责任追究结果，增强透明度；审计委员会应建立与中小股东的沟通机制，在重大事项监督时要充分听取中小股东意见。

（四）加强审计委员会与司法、行政、行业协会等的监管协同。

监管机构对审计委员会履职情况进行定期、常态化专项检查，对未履职、乱履职的行为及时

作出行政处罚；司法机关应明确审计委员会相关诉讼的裁判标准，统一责任认定尺度，为审计委员会履职提供明确的司法指引。上市公司协会等行业组织应制定审计委员会履职指引和实践参考案例，作为审计委员会履职参考。

五、结论

新公司法下审计委员会制度的设立标志着我国公司内部监督机制从"分权制衡"向"专业协同"转型，是我国公司治理体系的一次重大变革。传统监事会具有专业性不足、效率低下、独立性不强的天然缺陷，而审计委员会通过更专业化、常态化的监督有效弥补了这些缺陷，但同时也面临独立性不足、专业能力匹配、权责边界模糊等困境急待解决。我国现行制度对不同类型的公司设立审计委员会的要求比较灵活，上市公司、国有独资公司被强制要求设立审计委员会，非上市公司可以选择设立审计委员会或监事会，小型公司可以监事会和审计委员会都不设，这符合我国企业差异化发展的实际需求。

如果要充分发挥审计委员会的有效监督作用，就要在立法层面上进一步完善审计委员会的规则体系，厘清审计委员会的权责边界；在公司层面上进一步调整优化审计委员会人员结构与运行机制，提升审计委员会的监督实效；在监管层面上强化对审计委员会的监管协同与执法力度，倒逼审计委员会规范履职；在社会层面上充分发挥行业协会的自律作用，为审计委员会履职提供专业支持。唯有多方合力，才能推动审计委员会制度从“纸面上的制度”转变为“实践中的监督效能”，为构建中国特色现代企业制度、促进资本市场高质量发展提供坚实保障。

参考文献：

[1]《公司法的逻辑》 [美]弗兰克·H.伊斯特布鲁克等著 黄辉编译 法律出版社 2019 年 2 月第 2 次印刷

[2]《美国公司法》(第七版) [美]理查德·D.弗里尔 著崔焕鹏 施汉博 译法律出版社 2021 年 12 月第 1 版

[3] 刘斌主编《公司法实施精要：难点问答与实务应对》中国政法大学出版社 2025 年 6 月第 1 版

[4]《关于新<公司法>配套制度规则实施相关过渡期安排》中国证券监督管理委员会 2024 年 12 月 27 日发布

[5]《上市公司章程指引（2025 修订）》中国证券监督管理委员会公告〔2025〕6 号 2025 年 03 月 28 日

[6]《2025 国企、上市公司等不设监事会，董事会审计委员会，哪些必须变》作者：知本咨询治理管控研究院 2025-01-07 深改风云 https://www.toutiao.com/article/7457046479019065893/?&source=m_redirect

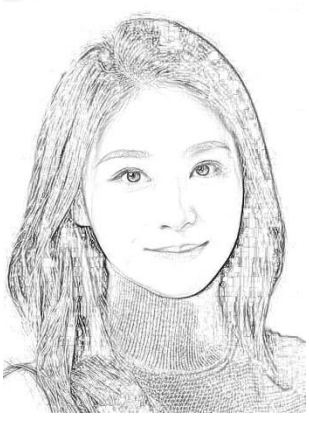
[7]《上市公司审计委员会工作指引》中国上市公司协会 2025 年 6 月 6 日发布

[8] 中国裁判文书网【（2022）最高法商初 6 号】某某有限公司与某某全球创造、马某风及某 1（北京）科技股份有限公司损害股东利益责任纠纷案民事判决书

[9] 中国证券监督管理委员会湖南监管局行政处罚决定书〔2025〕13 号（恒立实业及相关责任人）

债券虚假陈述案件中投资者损失认定规则的冲突与解决措施探讨

张　磊　陈怡任



张磊律师，北京德和衡律师事务所高级合伙人。本科和研究生均毕业于中国政法大学。张磊律师在证券金融类争议解决领域有丰富的业绩，代理过多起有代表性的证券虚假陈述责任纠纷案件，撰写的多篇研究文章曾入选中国证券业协会年度重点课题、发表于《中国证券》杂志等。张磊律师的客户包括国家开发银行、中信建投、中金公司、中国人保、民生银行、国海证券、粤开证券、西藏信托、东风汽金等金融机构、央企、国企及大型民营企业。

陈怡任律师，北京德和衡律师事务所执业律师，英国爱丁堡大学法学硕士，曾供职于某跨国公司大中华区总部。陈怡任律师在证券金融类争议解决领域有丰富的业绩，已经代理过多起证券虚假陈述责任纠纷案件。在专业研究方面，撰写的课题曾入选中国证券业协会年度重点课题。陈怡任律师的客户包括国家开发银行、中信建投、国海证券、粤开证券、长城证券、东风汽金、顺丰集团等金融机构、央企、国企及大型民营企业。

前　言：在我国资本市场的投资者诉讼维权活动中，投资者以股票存在虚假陈述为由起诉上市公司及中介机构，从而获得赔偿的案例近年来已不鲜见。但债券投资者的维权诉讼，在2020年《债券会议纪要》发布以前则主要以债券违约纠纷为主，债券虚假陈述纠纷案件较为少见。

从债券这一证券品种的特点来看，除宏观经济、行业状况、政策变化、融资环境、系统风险等外部因素引发的债券违约情形外，债券违约事件与发行人虚假陈述行为通常具有高度关联性；具体表现为，发行人的虚假陈述行为往往会因债券违约事件的发生而被揭露。相较于股票市场的诱多型、诱空型两种虚假陈述行为而言，债券市场中的虚假陈述通常表现为粉饰发行人资信状况及偿债能力的虚假陈述，如虚增利润、隐瞒对外担保情况等。如发行人尚能按期兑付债券本息以及其他有息债务，其上述虚假陈述行为很难被揭露或更正；一旦发行人发生违约，针对其财务状况的关注度将会迅速上升，导致其虚假陈述行为被揭露或更正。另一方面，如发行人资信状况处于正常水平，具有与其拟发行的债券规模相适应的良好的偿债能力，则通常并无强烈动力去实施虚假陈述行为。随着债券市场违约的增加，《债券会议纪要》出台，以及证券虚假陈述领域司法案例的发展，债券领域投资者发起证券虚假陈述诉讼的案例日益增多。

就债券投资者损失计算的问题，《债券会议纪要》提出针对以未偿债券本息为基础计算持续持有债券的投资者损失金额的方式。该种损失计算方式导致债券承销机构等债券服务机构的实际赔偿责任畸重的问题。债券虚假陈述行为通常伴随发行人违约而被揭露，而发行人违约后又大概率进入破产程序，并不会像上市公司虚假陈述行为被揭露后通常还可以继续经营，这就导致高达“未偿本息”的赔偿责任最终实际将由各债券服务机构承担。2022年，新《虚假陈述若干规定》将实际损失确立为投资者损害赔偿的认定标准，但《债券会议纪要》并未废止，由此引发了关于“债券虚假陈述损失计算标准”的巨大争议。

关键词：债券市场；虚假陈述；损失计算；损害填平

一、投资者损失认定规则的制度沿革

（一）原《虚假陈述若干规定》中的投资者损失认定规则

《债券会议纪要》发布前，关于虚假陈述侵权案件的损失认定主要以实际损失为计算基础，包括投资差额损失以及资金占用损失。根据2003年《关于审理证券市场因虚假陈述引发的民事赔偿案件的若干规定》（“原《虚假陈述若干规定》”）第六条第二款的规定，投资者对其因虚假陈述行为而遭受的损失负有举证责任。

原《虚假陈述若干规定》为投资者提供了两种损失的计算方式，具体如下：

（1）买入证券又卖出（或基准日后仍持有）的，损失为投资差额损失、对应部分的佣金与印花税，以及按银行同期活期存款利率计算的资金占用损失（原《虚假陈述若干规定》第三十条）；

（2）虚假陈述行为导致证券被停止发行的，损失为投资人有权要求返还和赔偿所缴股款及银行同期活期存款利率的利息（原《虚假陈述若干规定》第二十九条后半段）。

针对上述第（1）类投资差额损失，原《虚假陈述若干规定》又分别针对“在基准日及以前卖出证券的”，和“在基准日之后卖出或者仍持有证券的”这两种情况分别规定了计算方式（原《虚假陈述若干规定》第三十一条、三十二条）。

根据上述规定，由于在股票投资活动中，虚假陈述侵权导致的损失为投资差额损失，故在虚假陈述行为被揭露或更正后，投资者可以很快根据其主张的揭露日确定实际损失的具体金额或计算方式，并以此为依据提起诉讼。

原《虚假陈述若干规定》颁布于2003年，当时证券市场还没有债券这一品种，上述规定实际上仅针对股票市场而言。部分早期债券领域证券虚假陈述案件，例如“超日债”虚假陈述案件参考上述规定，按照投资者投资差额为损失计算的基础。

（二）《债券会议纪要》对损失计算方式的规定及争议

1.《债券会议纪要》规定的损失计算方式

2020年7月15日，最高人民法院印发《全国法院审理债券纠纷案件座谈会纪要》（“《债券会议纪要》”）。《债券会议纪要》第22条区分两种不同情形，分别对债券虚假陈述损失计算作出不同的规定，具体如下：

“22.债券欺诈发行和虚假陈述的损失计算。债券信息披露文件中就发行人财务业务信息等与其偿付能力相关的重要内容存在虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏的，欺诈发行的债券认购人或者欺诈发行、虚假陈述行为实施日及之后、揭露日之前在交易市场上买入该债券的投资者，其损失按照如下方式计算：

（1）在起诉日之前已经卖出债券，或者在起诉时虽然持有债券，但在一审判决作出前已经卖出的，本金损失按投资人购买该债券所支付的加权平均价格扣减持有该债券期间收取的本金偿付（如有），与卖出该债券的加权平均价格的差额计算，并可加计实际损失确定之日至实际清偿之日止的利息。利息分段计算，在2019年8月19日之前，按照中国人民银行确定的同期同类贷款基准利率计算；在2019年8月20日之后，按照中国人民银行授权全国银行间同业拆借中心公布的贷款市场报价利率（LPR）标准计算。

（2）在一审判决作出前仍然持有该债券的，债券持有人请求按照本纪要第21条第一款的规定计算损失赔偿数额的，人民法院应当予以支持；

债券持有人请求赔偿虚假陈述行为所导致的利息损失的，人民法院应当在综合考量欺诈发行、虚假陈述等因素的基础上，根据相关虚假陈述内容被揭露后的发行人真实信用状况所对应的债券发行利率或者债券估值，确定合理的利率赔偿标准。”

《债券会议纪要》上述规定旨在对债券投资差额损失的计算方式进行明确，其中第（1）款对原《虚假陈述若干规定》第三十条至第三十二条关于先买入后卖出情况下损失计算方式的调整细化。与原《虚假陈述若干规定》相比，《债券会议纪要》取消了基准日这一参数。根据《最高人民法院关于审理证券市场虚假陈述案件司法解释的理解与适用》，原《虚假陈述若干规定》的投资差额计算方式系借鉴美国“真实价值不变法”的计算方式，通过代入基准日这一日期，可以计算出股票刨除虚假陈述影响因素后的真实价值。然而，实践中，由于债券虚假陈述行为揭露后，债券交易价格通过不断交易而逐渐回归真实价值的情况极少，多数情况则是会直接违约。因此，基准日规则这一因素适用于债券可能存在一定困难。

为避免上述缺陷，《债券会议纪要》规定在计算债券投资差额损失时，一律直接按照实际的平均买卖价差计算投资差额损失，但实际买卖价差的损失计算方式同时也可能削弱损失与虚假陈述行为之间的因果关系。

针对因果关系被削弱的问题，《债券会议纪要》在其第 24 条第 3 款中作出了补充：“人民法院在认定债券信息披露文件中的虚假陈述内容对债券投资人交易损失的影响时，发行人及其他责任主体能够证明投资者通过内幕交易、操纵市场等方式卖出债券，导致交易价格明显低于卖出时的债券市场公允价值的，人民法院可以参考欺诈发行、虚假陈述行为揭露日之后的十个交易日的加权平均交易价格或前三十个交易日的市场估值确定该债券的市场公允价格，并以此计算债券投资者的交易损失。”该规定试图解决卖出价格被他人故意扭曲情况下，按买卖差价计算投资差额损失可能对发行人不公平的问题。但该条款未明确在揭露日之前卖出债券是否可以索赔。

上述《债券会议纪要》第 22 条第（2）款对于在一审判决作出前仍然持有该债券时的损失计算也进行了明确，规定该种情况下债券持有人可以按照《债券会议纪要》第 21 条第一款的规定计算损失赔偿数额；利息损失属于附带性损失，本文暂不作为重点讨论。《债券会议纪要》第 21 条的规定为：“发行人的违约责任范围。债券发行人未能如约偿付债券当期利息或者到期本息的，债券持有人请求发行人支付当期利息或者到期本息，并支付逾期利息、违约金、实现债权的合理费用的，人民法院应当予以支持。”

2.《债券会议纪要》第 22 条第 2 款在适用方面存在的争议

《债券会议纪要》中关于损失计算的上述条款引发了较大的争议，各界尤其是对《债券会议纪要》第 22 条第 2 款的理解存在明显不同的观点。

第一种观点认为，从文义上看，《债券会议纪要》第 22 条第（2）款中损失计算规则基于债券本息以及逾期利息、违约金和实现债权的合理费用等，与债券违约责任的范围一致。实践中“五洋债”和“大连机床”等案件中均采纳了该种观点。如采纳该种观点，《债券会议纪要》对于债券类虚假陈述案件中的损失认定规则显然违反了作为其上位法的《民法典》《证券法》和原《虚假陈述若干规定》遵循的“损害填平”原则。

第二种观点认为，结合《债券会议纪要》的

上下文以及体系解释，该条投资损失计算的规则规范于《债券会议纪要》第五章“关于发行人的民事责任”的部分，与第六章“关于其他责任主体的责任”分立于不同的篇章，故第 22 条第 2 款的计算规则应仅限于债券发行人在债券虚假陈述案件中应当承担的赔偿责任范围，中介机构和其他责任主体并不适用。该种观点认为仍然应当遵循“损害填平”的基本原则，对该条款进行解读。青岛中院曾就“胜通债”部分案件做出一审判决，持该种观点，也是目前唯一认为应当按照投资差额损失的方式计算投资者损失的案例。

对于持有债券的投资者，如其损失按照债券票面本息加算债券募集文件约定的逾期利息、违约金及实现债权的合理费用确定，则赔偿范围扩大到了债券在正常兑付情况下所能获得的最高收益，包括了债券投资者在债券合同关系中的可得利益，明显超过了实际损失的范畴。对于侵权责任纠纷而言，要求责任主体按照合同法律关系支付债券投资者的可得利益，与侵权责任赔偿范围以“损害填平”为原则不符，缺少法律依据。

（三）新《虚假陈述若干规定》重申投资者损失应以实际损失为限

2022 年 1 月 22 日，最高人民法院发布《关于审理证券市场虚假陈述侵权民事赔偿案件的若干规定》（“新《虚假陈述若干规定》”），原《虚假陈述若干规定》相应废止。关于证券虚假陈述侵权责任损失的计算，新《虚假陈述若干规定》第二十五条规定：“信息披露义务人在证券交易市场承担民事赔偿责任的范围，以原告因虚假陈述而实际发生的损失为限。原告实际损失包括投资差额损失、投资差额损失部分的佣金和印花税。”该条款重申了虚假陈述侵权责任这一特殊侵权责任损失计算的基本原理，即应当以“投资差额损失”为基础。

需要注意的是，“投资差额损失”并非为投资者因虚假陈述导致的买卖实际价差损失。根据《最高人民法院关于审理证券市场虚假陈述案件司法解释的理解与适用》，投资差额损失的计算方法系借鉴美国的“真实价值不变法”而来，其计算的原理基础应当是投资者因通过虚假的信息，对证券的价格进行错误的计算并且进行买卖的价格，与证券刨除虚假信息影响后真实的价值之差额。在原《虚假陈述若干规定》第三十一条、第三十二条等条款，以及新《虚假陈述若干规定》第二十七条、第二十八条等关于股票的投资差额损失计算中，均体现了上述计算原理。

（四）新《虚假陈述若干规定》与《债券会议纪要》关于投资者损失认定规则的潜在冲突及其成因

如前所述，在关于投资者损失认定的问题上，新《虚假陈述若干规定》和《债券会议纪要》在司法实践中存在潜在冲突和适用争议。

我们理解《债券会议纪要》本质上是基于发行人与投资者之间合同关系，将债券票面本息均作为投资者的买入成本。结合《债券会议纪要》开篇和第一章“关于案件审理的基本原则”强调的内容：基于“部分债券发行人不能按期还本付息，以及欺诈发行、虚假陈述等违法违规事件，严重损害投资者合法权益”出台该《债券会议纪要》，“要正确处理好保护投资者的合法权益、强化对发行人的信用约束”。可以看出，《债券会议纪要》的制定更加侧重于债券市场发行人的责任。

新《虚假陈述若干规定》则基于侵权法律关系，认为债券投资者系要求各中介机构承担侵权责任，其损失按照购入成本计算。新《虚假陈述

若干规定》是对证券市场虚假陈述侵权民事赔偿案件中各主体责任的全面规定，在损失认定的适用规范上也未明确排除证券类型和责任主体，本质上应统一适用新《虚假陈述若干规定》第二十五条之规定，即以“投资差额损失”为基础，符合侵权责任项下“损害填平”的基本法律原则，亦符合《民法典》的明确规定。

二、以投资者实际损失为损害赔偿认定标准的正当性与合理性

（一）以实际损失为投资者损害赔偿的认定标准符合我国侵权法的法理

新《虚假陈述若干规定》已明确将证券虚假陈述责任纠纷案件定性为侵权民事赔偿案件，即在符合责任构成要件的情况下，被告所需承担的是侵权责任。即便是在与新《虚假陈述若干规定》关于损失计算存在一定分歧的《债券会议纪要》中，也明确表述为“虚假陈述侵权民事案件”。

《民法典》第一千一百八十四条规定：“侵害他人财产的，财产损失按照损失发生时的市场价格或者其他合理方式计算。”新《虚假陈述若干规定》第二十五条进一步明确：“信息披露义务人在证券交易市场承担民事赔偿责任的范围，以原告因虚假陈述而实际发生的损失为限。”

根据上述规定，侵权责任中的损害赔偿，以恢复至损害发生之前的水平为限，即须遵守“损害填平”原则，这是侵权责任法中的基本法理，在大陆法系和英美法系国家中也得到广泛认可和适用。具体至证券虚假陈述责任纠纷案件中，则是要将投资者的损害填平至买入债券之时，至于买入债券与债券票面价格之间的差额，正如青岛中院在“胜通债”相关判决书中所言，属于债券投资属性的体现，并不属于必然实现的可得利益，因此也不属于“损害填平”的范围内。

同理，债券利息也不属于“损害填平”的范围内。债券利息是投资者基于债券票面金额以及与发行人约定的利率所能够期待的预期收益，在投资者购买债券之时，并不属于其支出的成本，自然也不属于投资者的“实际损失”。在发行人存在虚假陈述行为且丧失偿债能力的情形下，对于发行人而言即产生了违约责任与侵权责任的竞合，投资者对于债券利息的请求权系基于发行人与投资者关于还本付息的合同约定，投资者的利息损失应向发行人进行主张。

此外，“实际损失”还应考虑投资者卖出债券的情况以及在发行人破产情况下投资者所获得的破产清偿情况。具体而言，按照新《虚假陈述若干规定》，投资者的实际损失为投资差额损失及相关佣金和印花税，投资差额损失为买入（买回）价格与卖出价格之间的差额或者买入（卖出）价格与基准价格之间的差额，即“实际损失”应扣减投资者“已回收”的部分，在发行人破产的情境下，投资者“已回收”的部分则体现为投资者获得的破产清偿金额。

（二）《债券会议纪要》第 22 条的规定仍存在以实际损失为损害赔偿认定标准的解释空间

1. 从体系解释看，“票面本息”并不适用于除发行人外的其他责任主体

债券投资者一般依据《债券会议纪要》第 21 条和第 22 条之规定诉请作为被告的各中介机构就案涉债券的票面本息承担虚假陈述赔偿责任。但结合上下文以及体系解释，我们认为该规定形式上是对发行人责任的规定，主要理由如下：

上述《债券会议纪要》第 22 条规定位于第五章“关于发行人的民事责任”中，与第六章“关于其他责任主体的责任”分立于不同的篇章。该

条规定仅对发行人适用的原因是发行人始终要承担债券还本付息的终局性责任。债券关系中，投资者既可以向发行人主张还本付息的违约责任，也可以主张虚假陈述的侵权责任。

因此，《债券会议纪要》第 22 条第 2 款系基于“发行人会发生责任竞合”这一特殊情况而对发行人责任的特别规定，不应适用于包括债券发行中介机构在内的其他责任主体，对其他主体仍应坚持“实际损失”这一基本原则。

此外，新《虚假陈述若干规定》在征求意见稿中曾经采纳《债券会议纪要》第 21、22 条关于债券虚假陈述的责任承担应以债券票面本息为限的观点，该条款在征求意见过程中再次引发巨大争议，并在最终发布实施的正式稿中删除了相关表述，通过第二十五条之规定明确将证券虚假陈述责任主体承担赔偿责任的范围限定为“实际损失”，而非债券票面本息。

2. 从法律适用看，债券虚假陈述责任纠纷仍应优先适用新《虚假陈述若干规定》

新《虚假陈述若干规定》毫无疑问应统一适用于《证券法》规定的全部证券种类，公司债券也应与股票同样公平适用。

从效力层级上看，新《虚假陈述若干规定》是由最高院发布的正式的司法解释，《债券会议纪要》仅为司法解释性质的文件，新《虚假陈述若干规定》效力高于《债券会议纪要》。同时，根据“新法优于旧法”的原则，应以实施在后的新《虚假陈述若干规定》为准。

在投资者损失认定上，新《虚假陈述若干规定》着重强调了损害填平原则，明确以原告因虚假陈述而实际发生的损失为限。即便债券虚假陈述案件中往往交织债券违约、发行人破产清偿等其他因素，也能基于上述原则依法认定原告实际损失，不存在适用上的障碍。

然而，由于在新《虚假陈述若干规定》发布后，《债券会议纪要》仍未失效，“大连机床”等后续多个判决中仍以债券本息作为投资者损失认定的基础。

（三）从计算的角度分析“票面本息”和“投资差额”的合理性

1.“票面本息”并非合理保护投资者的隐藏追偿权

目前主张按照“票面本息”认定投资者损失的落脚点在于，票面价格 100 元的债券因为风险波动被市场重新赋予低于票面的价格，但是无论低于票面价格多少，债券持有人都对应享有 100 元的追索权。如果只能按照实际买入价格来索赔，投资者则丧失了中间差价的预期收益和隐含求偿权。

有观点认为：“假如风险事件发生，市场对该债券的定价为票面的 30%，那 100 元票面的债券实际成交价为 30 元。但 30 元买到手之后忽然发现债券票面只剩下 30 元了，而非预期中的 100 元，而此时的风险定价依然为票面的 30%，于是该债券价值仅剩 9 元，以此类推，最终该只债券将毫无价值，垃圾债市场没有一丝流动性。举个极端的例子，假如投资者 A 和 B 均以 100 元持有一只债券，此时风险事件发生，A 持有债券不动，而 B 选择止损 30 元卖出，卖出后感觉不妥，跟买方谈妥之后，当日又以 30 元把债券买回来，若按胜通案的逻辑，A 投资者可以以 100 元面值全额追索，而 B 投资者的追索权只剩下了 30 元。[①]”

上述论述看似不无道理，保护了投资者对于中间差价的隐藏追偿权。但事实上无论是新《虚

① https://mp.weixin.qq.com/s/ZCelmQftzUOErNHZZGESpg。

假陈述若干规定》还是《债券会议纪要》对于揭露日后、基准日前已卖出和基准日后仍持有的两种情形均赋予了主张损害赔偿的权利和规定了相应的损失计算方法。换言之，30 元卖出的投资者和 30 元买入的投资者均有权主张权利，如果同一个投资者因实施了两笔交易，就能够按照债券本息主张两次损害赔偿，明显不合常理。

2.“票面本息”将会造成投资者获取超额收益，中介机构承担远超“填平”的侵权责任，“投资差额”更为合理

如果不加区分地套用《债券会议纪要》第 22 条，持有债券的投资者可以主张数额为“票面本息”的虚假陈述赔偿，而在一审判决前已经卖出债券的上述主体的前手，仍享有主张数额为“买入卖出差价”的虚假陈述赔偿的权利，这就将导致就同一债券虚假陈述侵权人所要承担的赔偿金额等于“票面本息”加上“历次买入卖出差价”，其最终数额显然会超过债券票面本息，甚至理论上可以达到债券票面本息的 2 倍，甚至数倍，结果明显不合理。

例如，投资者 A 以 100 元的票面价格买入债券，以 75 元卖出给 B，B 再以 50 元卖出给 C，C 持券至今。A 可以向各责任主体主张差价 25 元的虚假陈述赔偿，B 可以向各责任主体主张差价 25 元的虚假陈述赔偿，C 可以向各责任主体主张票面价值 100 元的虚假陈述赔偿，各责任主体最终承担的虚假陈述赔偿额为 150 元，上述赔偿还未计算利息损失等，但金额已经达到票面价值的 150%，明显不合理。

相反，如果按照投资者的“实际损失”确定赔偿范围：首先，最终的持券主体，应仅能主张“实际损失”，亦即其买入债券的实际成本。其次，在一审判决前已经卖出债券的主体，仍可以主张数额为“买入卖出差价”的虚假陈述赔偿。在此情况下，就同一债券引发的虚假陈述赔偿总额，是“最终持券人的买入价格”加上“历次买入卖出差价”，事实上等于或接近债券票面本息，才是更加合理的。

（四）发行人、中介机构与投资者之间分别成立的是合同法律关系和侵权法律关系，法律后果应予区分

债券发行人基于《募集说明书》与投资者之间达成由发行人承担债券还本付息责任的合同约定。在债券无法兑付的情形下，投资者可以起诉要求发行人承担还本付息的违约责任，法院此时应当以“合同纠纷”为案由立案。

部分投资者认为其持有的债券属于可以“刚性”全额兑付的权利凭证，基于债券可以享有无风险的固定收益，也就是说 100 元面值的债券相当于 100 元的现金。但该种观点没有意识到“债券”也仅仅是一份标准化的借款合同，每张债券对应发行人应当承担 100 元以及相应利息的合同还款义务，债券自身并不附带债券发行中介机构承担还款责任的承诺。并且，债券到期能否全额兑付本息，本身亦存在风险，法律法规也要求《募集说明书》中对于债券风险进行提示。因此债券不具有“刚兑”的必然性，出现兑付风险但不存在侵权行为的情况下，投资者应自担损失。

因发行人始终都对投资者负有还本付息的终局责任，在证券虚假陈述侵权成立时，则会构成违约责任与侵权责任的竞合。正是因为这种竞合，《债券会议纪要》第 22 条直接参照发行人违约责任的计算方法，确定其就虚假陈述应承担的侵权责任，并不会加重发行人的责任，也没有超过发行人的预期，是合理的。

但各中介机构并不存在前述责任竞合情况，

如果直接套用《债券会议纪要》第 22 条确定中介机构的责任范围，等同于要求中介机构为投资者的证券投资收益提供担保，有违债券投资风险自担的市场原理，也违背了侵权责任“损害填平”的基本法理。按照投资差额损失计算投资者损失系侵权责任法律框架下的应有之义，应当避免与债券合同法律关系相互混淆。

（五）交易因果关系和社会效果：“票面本息”认定规则与交易因果关系认定相矛盾，还可能对垃圾债投资进行过度激励，造成债券领域投资偏离“价值投资”的理念，破坏市场对于高风险债券价值发现的有效性

从债券交易市场来看，债券市场上存在大量的低价买入债券的投资者。例如以投机为目的的专业垃圾债投资者常常以较低，甚至极低的价格买入债券，在其投资债券时明知债券的信用已经出现问题，本身存在不能兑付的风险，其买入时并不期待发行人能够通过正常经营实现还本付息，而是希望通过发行人破产分配博取价值高于其买入成本的超额收益，或是抱有发行人侥幸可以偿付该支债券的心理，其购入债券并非基于对《募集说明书》的信赖，而是属于一种高度的投机行为，交易因果关系并不存在。

此外，假设该类型投资者以票面价格的一半，甚至是十分之一的价格买入的债券均可以向中介机构进行全额主张并获得实际赔付，则是变相鼓励了市场上垃圾债投资的高度投机行为，导致投资者均偏好投资垃圾债，以此获得超额收益。不排除债券市场投资会演变成各投资者竞相追捧垃圾债，真正优质、有价值的债券无人问津，劣币驱逐良币。因此，如垃圾债投资者均可因垃圾债可能存在虚假陈述而获得全额赔偿，那么对于债券的估值与定价定会出现扭曲。

例如，“永煤债”在 2020 年一度下跌至净价 10 元以下，大量垃圾债投资者低价买入，并在“永煤债”实际全额兑付本息后获得巨额超额收益。可以试想，如“永煤债”存在虚假陈述，则这些垃圾债投资者也将会按照票面本息向中介机构主张投资损失。又如，某投资者认购高风险债券的同时买入了对应债券的风险缓释工具，那么一旦债券发生违约事件，如同时存在虚假陈述的，极端情况下，投资者无论行权还是继续持有债券，均可有望获得债券票面本息的回报，此时，债券的风险缓释工具就可能丧失存在的意义，而买入该工具的成本也将成为沉没成本。这种现象必然是与我国债券市场的高质量发展方向背道而驰的。

法律对于垃圾债投资并非不予保护，但不应当予以过度保护。垃圾债投资者损失认定亦应当遵循“损害填平”的原则，按照新《虚假陈述若干规定》第二十五条的规定，准确计算其投资差额损失。

此外，按照“票面本息”判决中介机构对于债券投资者承担赔偿责任，相当于间接要求中介机构为债券投资者实现“刚兑”，不但不利于培育健康的投资理念，也有可能到导致中介机构“厌恶”债券市场业务，甚至可能导致金融风险的进一步传导。

三、债券虚假陈述案件投资者损失认定统一规则重建和损失计算方式的解决思路

（一）明确《债券会议纪要》第 22 条第 2 款的责任类型与适用范围

1．区分债券的交易属性与还本付息属性

《债券会议纪要》在第一章“关于案件审理的基本原则”中提到“人民法院在审理此类案件中，要根据法律和行政法规规定的基本原理，对

具有还本付息这一共同属性的公司债券、企业债券、非金融企业债务融资工具适用相同的法律标准。”旨在强调债券还本付息的属性应在审判中适用《债券会议纪要》时予以重点把握。

我们认为《债券会议纪要》第 22 条第 2 款是基于债券还本付息属性，在发行人责任竞合的情况下，区别于原、新《虚假陈述若干规定》，对仅适用于发行人的损失计算方式进行的特别调整和规范。除此之外，债券还存在能够在二级市场上被买卖、转让的交易属性。而在债券市场交易中，不乏从二级市场折价买入债券的情况，在该情形下投资者支出的成本、遭受的损失远远低于债券票面价值，在债券虚假陈述责任纠纷这一类侵权案件中，显然不能将《债券会议纪要》第 22 条第第 2 款规定的“票面本息”扩大适用于发行人之外的其他责任主体。

2.《债券会议纪要》第 22 条第 2 款的责任类型应明确为违约责任

投资者的请求权基础分为两种，其一为依据债券《募集说明书》向发行人主张的“还本付息”的违约责任，其二为在存在虚假陈述行为时要求发行人和其他民事责任主体承担的侵权损害赔偿责任，以“损害填平”为原则。《债券会议纪要》第 22 条第 2 款确立的“还本付息”损失计算方式，显然对应的是上述第一种请求权基础，即投资者在合同法律关系项下要求发行人承担的违约责任。

3.《债券会议纪要》第 22 条第 2 款应仅适用于发行人

《债券会议纪要》第 22 条规定于第五章“关于发行人的民事责任”中，与第六章“关于其他责任主体的责任”分立于不同的篇章，第 22 条第 2 款所规定的损失计算方式应当仅适用于发行人，才符合对《债券会议纪要》的体系解释，并且该条规定仅对发行人适用也符合发行人始终要承担债券还本付息终局性责任的原则。

在债券关系中，投资者既可以向发行人主张还本付息的违约责任，也可以主张虚假陈述的侵权责任，《债券会议纪要》第 22 条第 2 款系基于“发行人会发生责任竞合”这一特殊情况而对发行人责任的特别规定，应当明确该条规定不应适用于包括与投资者之间不存在合同法律关系的债券发行中介机构在内的其他责任主体，为新《虚假陈述若干规定》第二十五条腾出适用空间，坚持民事赔偿责任范围以“实际损失为限”这一基本原则。

（二）坚持以实际损失作为侵权损失的计算基础

1．应以投资者买入成本金额为基础计算实际损失

如上文所述，在《债券会议纪要》颁布后，关于第 22 条第 2 款的具体适用一直存在争议，其中最主要的争议即为发行人以外的虚假陈述侵权赔偿责任人的赔偿金额范围是否亦应参照债券未偿本息，相关观点包括有违“责任竞合”原理、有违侵权责任“损害填平”功能以及容易间接助长债券市场套利行为等。如果以虚假陈述侵权“投资差额损失”的角度来看，该条款最大的问题即损失计算得到的金额并非投资者因虚假信息误导而遭受的“投资差额损失”。

根据《债券会议纪要》的相关规定，债券虚假陈述行为具体表现为“影响投资者对发行人偿债能力的判断”。按照债券估值的一般理论，债券的内在价值为未来各期利息、本金的现值之和，其中债券的折现率包含了无风险利率和风险溢价。因此，如风险溢价越高，则计算所得的债券价值

则相对越低。换言之，在有效市场的前提下，投资者买入债券的价格，其本身即包含投资者对于债券风险溢价的判断（包括因虚假陈述导致投资者对债券风险溢价的错误判断）。因此，只有按照债券买入价格为基础计算损失金额，才能确保该等损失金额符合“投资差额损失”的内在逻辑，才能确保该等损失金额与虚假陈述行为存在因果关系。

尽管考虑到《债券会议纪要》第 22 条第 2 款本身带有加强对投资者的保护力度这一实际目的，而且亦不能否认发行人不能如期兑付的本息损失与其虚假陈述行为可能存在一定的原因力。然而，如果在新《虚假陈述若干规定》已生效的前提下，仍将第 22 条第 2 款规定的未偿本息损失计算方式机械应用至发行人以外的虚假陈述侵权赔偿责任人，不论其合法性还是合理性都是存在疑问的。

《债券会议纪要》第 22 条属于第五节“关于发行人的民事责任”的范围，亦未明文规定该条款适用于“其他主体的民事责任”。因此，如按照投资者买入价格为基础计算发行人以外的虚假陈述侵权赔偿责任人的赔偿金额范围，不但符合新《虚假陈述若干规定》第二十五条的规定，亦不构成对《债券会议纪要》相关规定的违反。

2. 以实际损失作为计算基础，还应当考虑到投资者持有债券本身的价值

为了避免重复受偿问题，《债券会议纪要》第 22 条第 2 款规定了债券持有人交回债券的义务，然而前述规定并不能避免所有重复受偿的可能性。例如，从理论上讲，原告持有的债券本身并非毫无价值，除极端情况外，该等债券无论是否已经违约，都能通过一定的计算方法计算出债券的真实价值，并非一律为 0。参照上文关于“投资差额损失”的论述，既然债券仍然存在价值，则至少对于发行人以外的虚假陈述侵权赔偿责任人而言，其赔偿金额至少应当以买入成本价格为基数，扣除债券的真实价值，才能符合“投资差额损失”的要求。又如，对发行人自身而言，《债券会议纪要》第 22 条第 2 款没有考虑到发行人进入破产和解或破产重整程序时的实际情况。发行人进入破产和解或破产重整程序，持有人持有的债券债权进行债权申报后，将转化为生效的和解协议或重整计划所确定的债权。在这一情况下，如果不扣除和解协议或重整计划所确定的受偿率的部分，发行人则仍将面临重复受偿的问题。此外，重整计划执行完毕后，可能还会包含二次分配，该部分金额也应当在计算损失金额时一并考虑。

因此，希望未来尽快以司法解释或司法政策文件的形式对于《债券会议纪要》中有关损失计算的规则进行澄清或予以废止，严格按照《民法典》和新《虚假陈述若干规定》的有关规定，明确债券领域虚假陈述案件中，以投资者实际损失作为损失计算的规则，以便最大程度上厘清司法审判中存在的争议。

参考文献

[1] 王利明. 我国证券法中民事责任制度的完善[J]. 法学研究，2001，4：55–69.

[2] 周友苏、罗华兰. 论证券民事责任[J]. 中国法学，2000，4：57–68.

[3] 张捷. 证券市场虚假陈述案件投资差额损失计算方法的最优选择[J]. 人民司法，2008，22：88–92.

[4] 杨旭、何积华. 证券虚假陈述民事案件裁判规则研究[M]. 北京：北京大学出版社，2018：189.

[5]林 晓镍. 金融类案诉讼争点与裁判指引：证券虚假陈述责任纠纷[M]. 北京：法律出版社，2023：98.

[6] 全月、王娟娟. 最新财新周刊丨债券虚假陈述判罚之辩[J]. 财新周刊，2023，12：32-37.

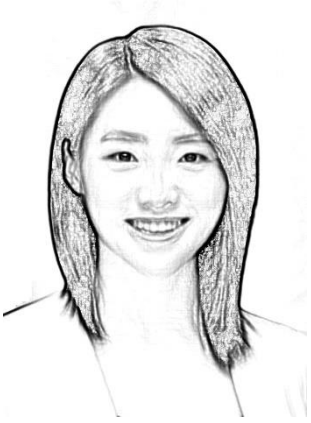
[7] 李姝晨、樊健. 债券虚假陈述民事责任皇冠上的明珠：投资损失计算[J]. 投资者，2023，24：160.

[8] 托马斯·李·哈森（张学安等译）. 美国证券法[M]. 北京：中国政法大学出版社，2003：704.

[9] 程啸. 证券市场虚假陈述侵权损害赔偿责任[M]. 北京：人民法院出版社，2004：320.

俄罗斯排他管辖权在对抗债务人消极应诉情形下的适用

李璐萍、科尔多巴·阿列克谢



李璐萍律师，北京德和衡（上海）律师事务所高级合伙人，俄罗斯独联体业务部主任。持有中国律师执照和俄罗斯联邦司法部外国律师执照，首届《法治日报》律师专家库成员、中国驻俄罗斯大使馆法律顾问团队成员、北海仲裁委员会仲裁员、上海政法大学兼职教师、沈阳师范大学法学院客座教授，毕业于华东政法大学和莫斯科国立大学法律系。擅长领域海外直接投资、跨境贸易及融资、与贸易相关的争议解决。

阿列克谢律师毕业于俄罗斯司法部学院法学院，获优秀毕业生称号，后并于中国政法大学取得了法学硕士学位。阿列克谢律师专注于公司业务领域的法律实务，具备较强的综合业务能力和复杂案件的综合处理能力，擅长的服务领域包括公司治理结构设置、重组并购、尽职调查、企业改制、股权纠纷与股东争议解决，在房地产投资开发与项目并购、争议解决的诉讼与仲裁等领域业绩突出。

摘　要：俄罗斯排他管辖权引入立法的目的，是在于救济俄罗斯本国国民在约定的境外管辖下无法实现诉权的情形。然而，通过本案的尝试，证明了排他管辖权作为一项诉讼法律制度，对消极不履约的俄罗斯债务人，也可据此获得平等救济的可能性。然而，对于任何一个涉外案件的当事人，放弃原有第三国的争议解决约定，选择在被告所在国法院起诉，不仅仅是经济上权衡利弊的取舍，更需要摈弃对当地可能存在的司法环境质疑的勇气。而本案尝试的成功，也给我们律师团队一个启发：一个看起来具有争议的制度，可能蕴藏着帮助我们意外取胜的机遇。

关键词：涉外案件管辖权；制裁与反制裁；排他管辖权

在近年，尤其是2022年众多欧美厂牌撤出俄罗斯市场后，俄罗斯作为重度依赖进口产品的国家逐渐将采购市场转向中国。在实践当中，俄罗斯采购方向中国的采购，部分是用于市场供应和企业的继续经营，但对于小部分企业，可能存在采购目的是拉高企业本身的财务数据，以获得持续融资，进行产品研发等目的。而对于后者，无法实现从终端市场回收货款的俄罗斯采购方，就会无法对中国供货商进行货款的支付。在这种情况下，中国供货方就不得不走上漫长且艰难的司法救济之路。

本文将结合笔者团队在俄罗斯仲裁法院[①]获得生效判决的的案例，对在欧美制裁和俄罗斯债务人消极应诉的背景下，主张适用俄罗斯仲裁法典[②]（下称“仲裁程序法典”）第248.1条排他管辖权对突破争议管辖约定，对保护我国供应商俄罗斯应收货款权利过程中的积极意义和可能存在的问题进行讨论。

一、案情简述

2018年，俄罗斯一家设备生产商（买方）向中国一家设备生产商（卖方）签订供应多台组装设备的买卖合同。约定买方在付款至一定比例后，卖方进行设备发货，且在到货后由买方支付剩余款项。然而，在收到首付款，且完成供货后，剩余大比例货款迟迟未予支付。同时，买方对于卖方的催告由前期简单应付，到后期完全断联。在迫于大额应收款压力下，买方委托律师团队进行司法追索的探讨。

通过案件分析和债务人调查，律师团队发现司法追索的几个困难点：其一，债务人虽处于某集团公司体系，原本应拥有较强的经济实力和履约能力，但在当时已多次被不同债务人向法院提起破产申请，但后又被很快驳回破产案件，故债务人的破产可能随处即发；其二，买卖双方在合同中未约定适用法律，约定了争议解决机构为伦敦国际仲裁庭（LCIA）。

在2022年起诉前的背景条件下，如果按照约定的争议解决方式在LCIA提起仲裁，存在多方面的风险：其一，如在仲裁过程中，债务人在俄罗斯被宣布破产，则先前成本较高的LCIA仲裁将可能在时间上和结果上无法获得应有的救济；其二，LCIA依据英国法设立，考虑到欧盟和美国自2014年起对俄罗斯实施的制裁，俄罗斯可能存在基于受制裁影响，不能承认和执行不友好国家名单[③]中国家作出的裁决；其三，基于2022年美国基于全球金融领域影响力，对全球支付信息交换系统SWIFT的控制，存在俄罗斯仲裁参与方无法支付仲裁管理费、聘任律师而导致在LCIA获得生效裁决存在较多阻碍。

基于此，笔者团队尝试根据俄罗斯仲裁程序法关于涉外案件管辖权的相关规定，在被告住所地提起诉讼。然而，一审提交起诉状后的第三天，一审法院即以双方存在有效的仲裁条款予以拒绝管辖，驳回起诉。后笔者团队以法院剥夺被告同意变更管辖的程序性权利[④]向上诉法院提起上诉。与此同时，随着欧美对俄罗斯制裁加剧以及由制裁引发的俄罗斯与俄罗斯境外实体的争议的激增，

① 根据俄罗斯法律相关规定，经济争议应提交俄罗斯仲裁法院审理。仲裁法院对应我国人民法院，是法院体系的一部分。

② 2002年7月24日联邦法律第95号《俄罗斯联邦仲裁程序法典》2025年4月1日版"Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации" от 24.07.2002 N 95-ФЗ (ред. от 01.04.2025)

③ 2022年2月28日俄罗斯联邦总统令第79号

④ 《仲裁程序法典》第37条，249条，以及2015年12月29日联邦法律《关于仲裁》第382号第8条

俄罗斯仲裁程序法典第 248.1 条排他管辖权逐渐在俄罗斯司法实践的适用，对这个看起来有些“霸道“的规定，成为中国卖方作为原告，通过获得程序救济而最终取得实体救济的有力工具，而最终于 2025 年 10 月 27 日获得本金与利息全数支持的生效判决[①]。

二、248.1 条排他管辖权[②]的内容和背景

2020 年 5 月 27 日，俄罗斯杜马通过仲裁程序法典修正案，正式引入在被制裁背景下，对于在域外审理案件而可能对俄罗斯实体/个人产生限制性措施的案件，俄罗斯仲裁法院有排他管辖权的制度。该制度作为仲裁程序法典第 248.1 条纳入管辖权制度的一部分。具体而言，俄罗斯仲裁法院具有排他管辖权的情形有：

1）涉及外国（俄罗斯联邦之外的）国家或外国机构实施限制性措施的争议的；（248.1 条第 1 款）

2）涉及俄罗斯主体与外国主体之间的争议，若该争议基于外国国家或外国机构对俄罗斯主体实施限制性措施的；（248.1 条第 1 款）

3）当事人先协议将争议提交俄罗斯境外法院或仲裁机构，但因争议一方受到外国国家或外国组织实施的限制性措施而无法履行（争议解决）协议，而无法获得司法救济的。（248.1 条第 4 款）

对于该特殊管辖权制度的引入，是俄罗斯受美国、欧盟及其他国家制裁背景下的产物。根据 2020 年该法定修正案公布的相关解释说明[③]，该新制度的立法目的为“保护俄罗斯法人实体与美利坚合众国和其他外国不友好行动有关的权利，以建立保障、确保俄罗斯联邦和俄罗斯实体的合法权益。”由此，俄罗斯排他管辖权的立法目的似乎是用于直接保护因受制裁而可能遭受实施制裁国家可能存在的政治偏见和物理上救济困难而引入的法律制度。

就立法目的，在排他管辖权制度实践前期也较大程度获得了相应的积极效果。例如，2021 年 4 月 20 日“Tsargrad”诉谷歌案[④]（№ A40-155367/2020），又如乌拉尔区仲裁法院 2021 年 3 月 10 日关于№A60-36897/2020 案[⑤]，再如，BM 银行诉 Riccanti 案[⑥]（№ A 40-50169/22-10-306），都以立法目的设定对俄罗斯主体可能在海外司法的困难予以救济。但纵观早期案例，发起诉讼一方似乎都为俄罗斯本国主体，也就是说，鲜有争议方的非俄罗斯一方主动放弃争议解决条款中约定的非俄罗斯司法或仲裁机构的管辖，而直接转向俄罗斯司法救济的情况。早期主张适用《俄罗斯联邦仲裁诉讼法典》第 248.1 条的当事人，均系俄罗斯居民。在此情况下，尚无外国公司援引《俄罗斯联邦仲裁诉讼法典》第 248.1 条，并根据其申请将案件审理移交至俄罗斯的先例。

然而在实践中，结合案件的特点本着选择最有利于原告的方案和策略，是诉讼律师综合分析，甚至突破固有思维和成见而敢于尝试的要求。在本案中，笔者团队经过对债务人的全面调查，综合分析其破产指数、资金来源，评估债务人在可

① https://kad.arbitr.ru/Card/44cf5049-1aad-4855-a8f1-c3d9db7b62d5

② 《仲裁程序法典》第 248.1 条 https://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_37800/d0eb4aae3b2b8b34c31b47c5902cca3cc1e1eb70/

③ 关于联邦法律草案的说明性备忘录 " 关于修改俄罗斯联邦部分立法文件以保护特定类别自然人和法人权利免受美国及其他外国政府的敌对行为“，请参见 https://online-prom.consultant.ru/riv/cgi/online.cgi?req=doc&base=PRJ&n=185649&dst=100059&field=134&rnd=OM88Ng#qY1oy0Vuqigq8Rdp1

④ 请参见 https://kad.arbitr.ru/Card/29ad7bf5-7c56-4145-aff0-1f30d2856832

⑤ 该案虽在一审由于原告未证明具体受限制事实而被拒绝使用排他管辖权，但在后续二审中被改判。

⑥ 请参见 https://kad.arbitr.ru/Card/1c74fa54-944a-4ae0-94eb-3753b9dd47d0

能出现的仲裁、司法案件和后续执行因素，对比分析适用不同实体法而获得结果的最优解，最终确定了俄罗斯仲裁法院起诉，适用中国法审理的方案。

三、排他管辖权在本案中的证明和适用

纵观本案的胜诉，一方面是律师团队综合分析，深入研究、据理力争的结果，另一方面，也是在于基于俄罗斯被西方国家制裁下自我防御制度在短时间内积累的司法实践中而形成的“水到渠成”的自然结果。接下来，笔者将结合本案具体管辖权争议问题和 248.1 的司法实践发展历程进行详细分析。

（一）约定管辖条款的效力

首先，是本案中关于双方协议约定管辖条款的效力。双方的买卖合同第 10.2 条约定：

In case Parties fail to achieve any consensus, in order to resolve the dispute, they are to address the London Court International Arbitration which takes the final decision. Parties agree to use the rules of the International Commercial Arbitrary Court at London for arbitrary Court at London for arbitrary procedure. The place of sitting of the arbitrary court is the city of London. The language of arbitration is English.

仲裁条款的约定，如未能通过协商达成一致的，应提交 LCIA 获得最终裁决。仲裁规则为 LCIA 规则和程序规则，仲裁地为伦敦市，仲裁语言为英语。就此约定，无论是适用中国法律还是俄罗斯法律，对于仲裁的约定都是清晰、确定的，且在合同签署之时，即 2018 年，是可执行的。

（二）约定管辖条款的效力变化

2022 年 2 月，俄乌冲突爆发，且基于俄罗斯对乌克兰发起军事行动的条件下，欧美西方国家开始对俄罗斯从各个方面实施了制裁。本案法院文书中记录“2023 年 6 月 30 日，英国政府网站公开一篇新闻稿，其中提到“该（制裁）措施基于过去一年针对俄罗斯实施的制裁，这些制裁限制了俄罗斯企业获取英国律师提供的法律咨询和专业经验。”因此，本案法院得出俄罗斯企业在获取英国律师提供的法律服务方面面临重大限制的结论。进一步而言，法院认为以英国法设立的 LCIA 为遵守所在国的法律和政策，可能无法就法律咨询事务，为俄罗斯主体提供有效的法律帮助。一方面，这将导致本案俄罗斯主体落入 248.1 条所规定的受到“限制性措施”的行列；另一方面，这也是仲裁条款效力因情势变更[①]而导致不可执行的原因。因为在双方 2018 年签订合同（仲裁条款）之时，双方并不能预见欧美与俄罗斯冲突与制裁和反制裁的加剧，也无法预测到在争议出现的 2022 年之后，于 LCIA 进行争议解决，对于俄罗斯债务人可能存在的，至少物理上的障碍。而当事人双方获得有效的、不具有程序或实体法律瑕疵的最终判决或裁决，是双方争议能够得以解决的核心，故无论是对作为原告的中国企业，还是作为被告的债务人来说，选择最低成本获得最大可预期性结果的争议解决机构是符合逻辑的。

然而，消极拖延态度贯穿整个过程的本案俄罗斯债务人，并未作出符合逻辑的的判断和表现，而是自始至终坚持有效协议管辖的约定。具体而言，被告明知存在由实施对俄罗斯制裁国家所在地的外国仲裁机构作出的裁决，极有可能被认定

① 1994 年 11 月 30 日第 51 号联邦法律《俄罗斯联邦民法典第》451 条第 1 款。https://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_5142/60585aaf3ec9b9a385118b4dbdb6f45bf26fd524/

在俄罗斯境内不可执行，而仍坚持仲裁条款具有可执行性，明显表现出其不诚信行为，而这一不诚信的行为也被主审法院所确认。然而，虽有不诚信的，约定管辖条款的不可执行性的证明仍是一个适用排他管辖权的要件，是否能清楚证明不可执行性就成为了案件走向的关键。

（三）排他管辖权适用的证明标准

拆解 248.1 条的文意来看，不论是三种情形的哪一种，都需要满足两个条件：其一，争议方受到限制性措施；其二，争议方在俄罗斯境外诉诸法院或仲裁存在障碍。

首先，对“争议方受到限制性措施”的证明。证明标准上，逻辑上天然会考虑到，是否只有典型受制裁的主体才有权主张专属管辖权？如在美国 SDN 清单中的主体是否才为受限制措施的对象？基于制裁 50%规则（实体控股股东连坐制裁制度）是否也能成为当然得受限制措施对象？抑或是只要在制裁影响下，导致最终无法获得约定途径的救济，即可主张？这个问题在部分早期被拒绝适用排他管辖的法院审理中，要求原告证明的问题。然而，随着西方国家对俄罗斯制裁的深入，以及俄罗斯域外诉诸仲裁或司法途径的事实层面的受阻，俄罗斯法院似乎对于这一事实的证明采取了”推定“的标准。

在皇家城媒体诉谷歌案[①]（A 40–155367/2020）中，法院提出了实施“限制性措施”的公共政策基础和受到限制性措施的对象为个人和实体的悬殊之处，从而得出作为个人和实体在面对在他国领土上就对其实施得限制性措施而进行举证的困难之处，并且从司法实践的角度否定了这种似乎过于繁重的举证责任。故从此开始，受到“限制性措施”的证明标准，在实践中似乎就成为了可以推定即予认定的问题。

司法实践对“受限制措施影响”的结论的合理性，也印证在本案代理和证据组织的过程中。我们假设，受限制措施影响的举证仍为一个严格责任的条件下，在俄罗斯主体作为申请人的情况下，如果提供向 LCIA 支付仲裁管理费而因银行无法接收而被退回的凭证，即可被认定受制裁影响的话，那么对于中国企业作为申请人，可以无限制地在 LCIA 提起仲裁案件，那么俄罗斯主体作为受制裁影响的被申请人，只有在完成了仲裁庭送达之后才可能暴露出来受限制的情形。故，如果按照管辖约定向 LCIA 提起仲裁，只能是不合理地加重了中国企业的证明和维权成本。

在此后的许多案例中，法院也都予沿用了皇家城媒体诉谷歌对于主体受限相关的推定标准。例如，在俄天然气工业诉乌克兰国家天然气案（A 56–124094/2023）[②]中，法院在援引谷歌案中关于私人面对公权力措施的不平等举证的基础上，认为“仅凭对俄罗斯主体实施制裁的事实，即足以认定俄罗斯国家法院在涉及制裁因素的争议中具有专属管辖权”。

其次，争议方在俄罗斯境外诉诸法院或仲裁存在障碍的证明标准。在早期阶段，虽然 248.1 条的表述为争议方“被施予限制性特点的措施”，但是该条实践前期，法院似乎对于此标准的证明要求较高。例如，在欧亚生物诉 Cabinplant 案件（№ A 55–24707/2022）[③]中，萨马拉州仲裁法院的裁定认为，原告未能提供证据证明无法支付斯德哥尔摩商会仲裁院的案件受理费，其关于仲裁员

① 请参见 https://kad.arbitr.ru/Card/29ad7bf5–7c56–4145–aff0–1f30d2856832
② 请参见 https://kad.arbitr.ru/Card/63980f9b–e8b6–43c4–96cc–5f73d320e227
③ 请参见 https://kad.arbitr.ru/Card/fbdb649a–7e9b–4c05–942a–f844de624391

对原告存在偏见的主张仅属推测，故而驳回原告以适用排他管辖而提起的诉讼。又如，在 VMT 诉 Ocean Network Express 案（A 56–68487/2023）[①]中，法院认为，原告主张适用俄罗斯排他管辖权的依据过为宽泛，未提供在原约定的新加坡法院审理存在限制的具体证明；再如，在乌拉尔地区法院 2020 年作出的一项判决[②]中，认为如果有证据表明，为了适用第 248.1 条的目的，不存在代理律师的聘任，仲裁费用支付等方面的障碍，那么当事方在向国家法院申请相应的管辖（变更）时，有义务证明仲裁法院受理的基础。

然而，随着排他管辖权实践的丰富，俄罗斯法院对于争议方受限制性措施证明标准做出更宽泛的解释和适用。例如，在早期实践中，法庭会关注原告是否能提供被采取限制性措施的事实证据，如上述萨马拉法院强调的仲裁管理费缴纳失败的证据。而在后期案件中，例如 Gazprom Export 诉 Gasunie Transport Services（№ A 56–12077/2024）案[③]中，法院认为“第 248.2 条第 2 款第 4 项的措辞表明，当事人无须强制证明无法履行仲裁条款的条件，该证明具有酌情性质（可选择性）。”此外，在 2024 年 7 月 26 日对 N A45–19015/ 2023 号案件的裁定中，最高法院指出，鉴于外国对俄罗斯联邦实施了限制性措施，且俄方极可能面临寻找代表参与外国诉讼程序并向其支付报酬的困难。基于此，法院确认：要认定俄罗斯当事方在诉讼中的权利因外国制裁而受限，无需针对俄罗斯诉讼参与人实施直接制裁，仅需对所有俄罗斯法人和自然人实施限制即可。

时间推移到本案，正是在争议一方因受他国公权力限制性措施，而遇到救济困难推定证明的主流观念下，中国原告即无需就该标准就“被申请人无法聘用适格律师，无法缴纳仲裁费用等问题进行举证。”

（四）排他管辖权适用的主张主体

在早期的实践中，排他管辖权的主要的应用场景多为俄罗斯主体作为原告方，尝试突破与外国交易方的协议管辖，向俄罗斯仲裁法院提起诉讼的情形。接下来的问题，对于不属受限制性措施影响的一方，是否有权主张适用 248.1 条的规定？目前司法实践的答案是肯定的。然而笔者认为这也是在 248.1 条近年来频繁适用该规定的多宗案件的实践中找到的平衡和逻辑。在大多数适用 248.1 条的案例中，俄罗斯主体作为主动提出索赔（提起诉讼）的一方，大多是基于制裁原因，在原有约定的争议解决方式下处理纠纷遇到困难而试图改变管辖。由此，在俄罗斯相关实践的主流观点，甚至认为对于 248.1 条的证明标准是，证明俄罗斯境外司法或仲裁机构对原告产生限制性措施的影响。[④]

然而事实是，作为立法者，对于权利的保护应是普遍的，而不是单薄地对某一特殊政策下，或应对某一特殊时期政策设定的特殊临时性制度，或是具有偏向性，甚至是仅偏向自己国民的权利保护。而 248.1 条的行文和最新的实践表明，该制度的实践正是在践行立法和司法对不同主体平等保护的例子。在本案中，受到或可能受到限制措施的俄罗斯主体一方，是消极不履行合同义务的一方，不论 248.1 条立法目的是否周全考虑到平等保护他国国民在俄罗斯境违约方的救济问题，

① 请参见 https://kad.arbitr.ru/Card/3f8dd65e–2ea9–428c–a6be–c415a9d73af3
② 请参见 https://kad.arbitr.ru/Card/99ce7aa2–7f06–4615–baa5–94473b980771
③ 请参见 https://kad.arbitr.ru/Card/4d8f3fb6–6c03–434a–b3a9–bb3bd422d017
④ 请参见 https://birchlegal.ru/upload/iblock/a8c/1oroeh310xygjmcfxvt57b0jxyayhlu4.pdf?ysclid=mh0a3v2ojl532476670

或但从客观上，对于恶意不履行合同义务条件下的受损一方，确实在客观上形成了获得救济的结果。

五、排他管辖权的可能存在的危险与机遇

（一）政治性制裁与法律制度引入之间的不适配

如前文所论述，248.1 条的引入，是基于受西方国家制裁背景下，俄罗斯对于其国民在境外寻求司法救济受阻而予以保护的一种制度。然而，我们可以从俄罗斯的司法实践可以看出，虽然整体趋势上，俄罗斯司法实践似乎逐渐形成了较为统一的标准，即采用类似推定的/可选择性的证明标准，作为适用排他管辖权的标准。然而我们同样从早期的判决中可以看出，法官们曾一度在以法律语言的标准，迟疑于当事人意思自治的黄金原则和对类似长臂管辖的国民域外保护。笔者认为，这种困境是基于制裁的政治性质和法律，尤其是程序法的严谨性的天然性质不同而导致的。以美国制裁中一个“重大交易”的标准表述为例，在其公布的标准上，仅对评估的角度进行描述，比如交易性质、交易频次、交易数额以及执法人员的自由裁量等，然而对于具体数量标准没有公布相应的信息。而我们在 248.1 条的表述上，似乎也能解读出类似的意味：适用排他管辖的条件是，争议一方在他国被施予具有限制性特征的措施。那么“限制性特征“的内涵和外延如何定义？从实践来看，没有给出明确的答案，能解读出来的，是一位位平衡法益和实施国民诉权保护案件下纠结的法官。

（二）排他管辖权滥用的危险

如前文所述，由于专属管辖权作为法律制度被引入，是源于对抗西方的政治制裁，且就专属管辖权的文意和实践来看，以政治模糊语言为标准，如何形成一个既符合法理、恰当保护当事人意思自治，又能实现立法目的所保护的利益，且具有普遍认可性的标准，仍有很长的路要走。由此，如果缺失一个从法律技术上能得到大多数参与者认同的标准，而完全热衷基于对西方制裁的自卫甚至愤慨，那么排他管辖权就存在被滥用的风险。对于寻求权利救济的一方，往往是希望获得司法判决或裁决得以执行的结果的，滥用排他管辖而获得的结果，是否能获得被执行人所在国家或地区的承认，也应是该制度是否适用是应该考量的因素之一。

（三）排他管辖权的意外之功——对俄罗斯消极债务人的强制作用

如本文关于 248.1 主张主体部分的论述，排他管辖权的立法目的，是在于救济俄罗斯本国国民在约定的境外管辖下无法实现诉权的情形。然而，通过本案的尝试，证明了 248.1 作为一项诉讼法律制度，在面对消极不履约的俄罗斯债务人处，也可据此获得平等救济的可能性。然而，对于任何一个涉外案件的当事人，放弃原有第三国的争议解决约定，选择在被告所在国法院起诉，不仅仅是经济上权衡利弊的取舍，更需要摈弃对当地可能存在的司法环境质疑的勇气。而本案尝试的成功，也给笔者团队一个启发：一个看起来具有争议的制度，可能蕴藏着帮助我们意外取胜的机遇。本案首次在实践中证明，仲裁程序法第 248.1 条不仅可供俄罗斯主体用于维护其在司法管辖权受到救济的权利，外国公司亦可依据该条款确保案件在俄罗斯仲裁法院审理并获得判决。于俄罗斯法院获得的判决在俄罗斯境内的执行不存在因生效裁判文书由俄罗斯不友好国家作出而被认定无效的风险。

六、结语

中国制造已遍布世界各国的大背景下，交易方商业信用、目的国市场环境等方面可能是交易搭建时期企业产品出海、技术出海、服务出海时交易律师需要考量的因素。然而，对于境外买方履约追踪、债权追索，以及以合适的方式寻求最有效的司法保护，尤其是在当今复杂的国际政治背景下的争议解决和权利保护，是争议解决领域的律师的重要课题。近年来，中国律师在境外不同司法管辖下的深入实践，使中国律师主导在他国司法管辖权下获得成功的案例不断涌现，这是一方面律师深入护航企业出海的商业市场需求，同时也是国家法治建设对涉外律师的要求的结果。

参考文献：

[1]《关于俄罗斯法院依据<俄罗斯联邦仲裁程序法>第248.1条对争议解决地存在协议时行使专属管辖权规范适用实践的综述》，作者：叶夫根尼·奥列申，阿尔捷姆·基尔普，«Обзор практики применения норм об исключительной компетенции российских судов по ст. 248.1. АПК РФ при наличии между сторонами соглашения о месте разрешения спора» Евгений Орешин，Артем Кирпу https://birchlegal.ru/upload/iblock/a8c/1oroeh310xygjmcfxvt57b0jxyayhlu4.pdf?ysclid=mhpm3x71bw942160013

[2]《一只燕子不代表春天：俄罗斯联邦仲裁法院《仲裁程序法》第248.1条、第248.2条的实际适用实践》玛丽亚·柳比莫娃 2022年9月21日«Одна ласточка не делает весны: актуальная практика применения статей 248.1, 248.2 АПК РФ» Мария Любимова https://fcongress.forbes.ru/assets/images/files/j87yis.pdf?ysclid=mhpnhunwjl728218054

[3]《谷歌案在最高法院：制裁争议为何可能成为先例?》 阿图尔·祖拉比扬 2021年4月28日《俄罗斯法律》电子期刊«Дело Google в АСГМ: почему спор о санкциях может стать прецедентом АРТУР ЗУРАБЯН 28 АПРЕЛЯ 2021 https://pravo.ru/opinion/231291/?ysclid=mhpnw0g9yc783058724

[4]《当“卢戈沃法律”失效时：法院未适用<仲裁程序法>第248.1条和第248.2条的案件》斯坦尼斯拉夫·多布舍维奇，2025年5月20日«Когда <закон Лугового>не сработает: дела, где суды не применяли ст. 248.1 и 248.2» АПКСТАНИСЛАВ ДОБШЕВИЧ, 20 МАЯ 2025 https://pravo.ru/opinion/258475/?ysclid=mhpo3oq9o1134591633

[5]《对中立司法管辖区的反噬效应：为何不能对《卢戈沃法律》作扩大解释 国际实践 2025年4月22日《俄罗斯法律》电子期刊 «Рикошет по нейтральным юрисдикциям: почему нельзя трактовать «закон Лугового» расширительно» МЕЖДУНАРОДНАЯ ПРАКТИКА 22 АПРЕЛЯ 2025 https://pravo.ru/story/ 258392/?ysclid=mhppoasi15873477937

[6]《最高法院就俄罗斯公民间纠纷明确《俄罗斯联邦仲裁程序法》第248.1条和第248.2条的解释》安德烈·帕诺夫 玛丽亚·维诺库罗娃 2024年12月16日 «Верховный суд уточнил толкование ст. 248.1 и 248.2 АПК РФ для споров между российскими лицами» Андрей Панов Мария Винокурова 16 .12 .2024 https://denuo.legal/ru/insights/posts/DR13/

[7]《受攻击的仲裁协议：当仲裁条款根据第248.1条不可执行时》纳里曼·胡赛诺夫，2025年10月22日 «Арбитражное соглашение под ударом: когда третейская оговорка неисполнима по ст. 248.1 АПК» https://pravo.ru/opinion/260873/?ysclid= mhppqgnb33622837710

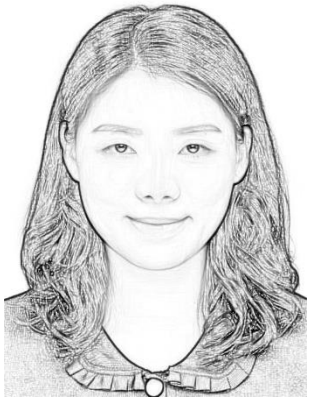
[8]《俄罗斯联邦反制裁新规实施三年的成果：

橡胶行业的适用范围及外国企业面临的当前风险》2024 年 1 月 22 日

«Итоги трехлетнего применения контрсанкционных новелл АПК РФ: каучуковая сфера применения и актуальные риски для иностранного бизнеса» 22 января 2024 https://alrud.ru/publications/65a7cfc0af8bfc7027098dd3/?ysclid=mhpoyoi8d946524342

如何应对涉俄跨境支付困境与国际贸易制裁风险

罗　兰



罗兰律师是俄罗斯人民友谊大学法学博士，拥有中国和俄罗斯联邦律师执照，俄罗斯联邦仲裁员，俄语和英语均可作为工作语言，在国际核心期刊以及知名法学杂志上发表多篇专业文章。在“一带一路”沿线国家从事法律合规工作十五年，专注于跨境投资并购、劳动合规与企业治理、出口管制与经济制裁、网路安全与数据合规、商事调解与仲裁等领域，涉及无线通信、物流运输、能源矿产、汽车、半导体、医疗、高新科技等行业。

摘　要：自俄乌冲突爆发以来，美国与欧盟不断升级对俄制裁，制裁范围已从武器与技术出口限制扩展至能源、金融服务及第三方机构，导致中俄跨境支付体系受到严重冲击。随着俄罗斯外贸银行上海与香港分行被列入制裁清单，中国企业在涉俄业务中面临更高的支付风险与合规压力。边境口岸银行虽可承接部分结算，但受限于技术系统落后、国际业务能力不足及头寸紧张，难以保障渠道的稳定与可持续性；第三方支付平台与虚拟货币虽然在实践中被尝试，但其司法管辖与合规风险突出，易受到不同国家政策限制；易货贸易虽提供替代性路径，却存在资金池不平衡、交易架构复杂与潜在税务风险等问题。在此背景下，如何在支付受阻与合规高压的双重困境下寻求有效解决方案，成为企业能否稳健开展对俄业务的关键。本文将结合典型案例，分析制裁措施对跨境支付的深层影响，并探讨企业在金融合规与风险管理方面的应对思路。

关键词：俄乌冲突；国际贸易；跨境支付；经济制裁；VTB；支付系统；口岸银行；以货易货

一、背景介绍

自 2022 年俄乌冲突[①]爆发以来，以美国和欧盟为主导的西方国家不断扩大对俄罗斯的经济制裁力度，制裁措施从初期的武器禁运、金融资产冻结、技术出口管制，逐步演变为针对能源、航运、金融服务、对第三国企业及金融机构的次级制裁体系，影响范围已延伸至全球。2023 年 12 月，美国进一步修订相关行政令，授权财政部外国资产控制办公室（以下简称“OFAC”）对“为俄罗斯特定行业提供重大交易服务”的外国金融机构实施制裁。这一措施大幅提升了美国制裁的域外适用性和威慑力。

在此背景下，全球多国商业银行、边境金融机构、自贸区内结算中介平台出于合规与风险管控考量，主动限制与俄罗斯主体及支付路径相关的交易活动。中国、哈萨克斯坦、乌兹别克斯坦、土耳其、阿联酋等多国金融机构暂停、延迟或拒绝处理涉俄跨境支付请求，导致双边支付渠道显著收缩，严重影响了人民币与卢布双边清算机制的正常运行。

一方面，部分中资银行因技术、系统及合规限制，已收紧俄罗斯资金汇入业务。以浙江某商业银行为例，该行自 2024 年起暂停为俄罗斯账户提供入账清算服务，并对部分客户实施交易频率及额度限制；吉林某农村商业银行因国际结算系统功能受限，于 2024 年 5 月暂停跨境汇入汇款业务。这类措施凸显边境地区银行在人员配置、国际业务能力及跨境支付系统方面难以匹配日益增长的跨境支付需求，同时反映出俄乌冲突与国际制裁叠加下的支付风险上升。尽管如此，中国主要银行在保障合规的前提下，仍积极探索新的跨境支付合作模式与渠道。

另一方面，原作为替代路径的中亚结算通道亦逐渐受到限制。哈萨克斯坦、乌兹别克斯坦、吉尔吉斯斯坦等国银行纷纷加强对涉俄业务的审查，导致支付周期延长、转账受阻。自 2024 年 1 月起，哈萨克斯坦部分银行处理俄方支付的周期延长至 2–3 周；同年 6 月，多家银行停止自俄罗斯向中国的转账业务。2024 年 2 月，乌兹别克斯坦部分银行宣布暂停通过 Contact 系统（俄罗斯主要汇款系统之一）提供汇款业务。2024 年 4 月起，吉尔吉斯斯坦国家支付卡系统运营商停止受理俄罗斯 MIR 卡业务，作为回应，俄罗斯国家支付卡系统 NSPK 也停止受理吉尔吉斯斯坦 Elcard 卡业务。

综上所述，随着美欧对俄制裁体系不断升级，全球银行业对俄罗斯相关的跨境资金流动展现出前所未有的谨慎态度。无论是中国境内银行主动收紧涉俄入账审核，还是中亚第三国金融机构提高合规门槛，均体现出国际支付网络对涉俄交易的实质性收缩。对于中俄企业而言，原有的贸易结算路径正逐步失效，资金通道不畅已成为制约履约能力与交易安全的核心问题。因此，系统梳理支付风险类型，探索替代性结算方案，强化合规应对机制，已成为企业稳健开展对俄业务的必要前提。

二、美国针对俄罗斯制裁升级

从宏观视角看，经济制裁已成为国际政治博弈中的重要工具。特别是大国间在能源、技术、

① 根据俄罗斯新闻办公室的要求，在准备有关乌克兰东部特别行动的材料时，所有俄罗斯媒体必须只能使用俄罗斯联邦官方来源的信息，不得发布将正在进行的特别行动称为“攻击”、“入侵”或“宣战”的材料（《联邦大众传媒法》第 57 条）。如违反规定，媒体可被处以 500 万卢布的罚款，并且出版物将被封锁。

金融等领域形成深度依赖格局下，经济制裁逐渐成为军事对抗的替代性手段，以实现地缘战略目标。当前美国主导的对俄制裁体系不仅针对俄境内的核心产业，也通过次级制裁机制延伸至第三国相关企业，进一步提升了涉俄贸易的风险和复杂度。

2024 年 5 月 1 日，美国国务院与财政部联合宣布对超过 280 个实体和个人实施制裁措施。[①]本轮制裁中，涉及 22 家中国境内及香港地区企业（美国国务院制裁 6 家，美国财政部制裁 16 家）。相关企业被制裁原因主要包括：

1）规避或协助规避制裁；

2）向俄罗斯出口或转运硝化纤维素等受控化学原料；

3）为俄罗斯国防工业供应集成电路、微芯片等敏感零部件；

4）向俄罗斯销售机床和先进制造设备；

5）参与支持俄罗斯北极液化天然气 2 号（Arctic LNG 2）能源项目等。[②]

2024 年 6 月 12 日，美国国务院宣布制裁 100 多个俄罗斯实体和个人，美国财政部亦宣布制裁 200 多个实体和个人，[③]包括将俄罗斯外贸银行上海分行（VTB 上海）和香港分行（VTB 香港）列入制裁清单。[④]本轮制裁将俄罗斯莫斯科证券交易所及其下设的国家结算存管公司、国家清算中心以及部分金融机构的在境外设立的分支机构等列入制裁清单。[⑤]此举进一步加剧了俄罗斯企业在全球金融体系中的孤立程度，严重制约了与俄相关的跨境支付与结算路径。作为反制，俄罗斯莫斯科证券交易所发布公告，宣布 2024 年 6 月 13 日起停止美元和欧元的外汇、贵金属交易，并在股票、货币及衍生品市场中不再使用美元和欧元进行结算。[⑥]在本轮制裁原因为：

1）参与俄罗斯能源开发；

2）参与俄罗斯金属和矿产的加工与出口；

3）参与逃避和规避制裁；

4）参与生产支持俄罗斯战争所需材料；

5）参与协助支持俄罗斯军事工业；

6）参与提供美国软件和信息技术以支持俄罗斯军工；

7）参与强制转移、再教育和驱逐乌克兰儿童。

2024 年 7 月 3 日，美国 OFAC 更新了《特别指定国民清单》（SDN 清单）和《行业制裁识别清单》（SSI 清单），为此前因涉俄而被列入清单的实体新增次级制裁标识，旨在进一步警示全球金融机构与第三国企业与这些主体开展交易可能引发的间接制裁后果。[⑦]2024 年 7 月 19 日，在美国科罗拉多州举行的阿斯彭安全论坛（Aspen

① U.S. Department of State, *Imposing New Measures on Russia for its Full-Scale War and Use of Chemical Weapons Against Ukraine*, at https://2021-2025.state.gov/imposing-new-measures-on-russia-for-its-full-scale-war-and-use-of-chemical-weapons-against-ukraine-2/ (Last visited on Aug. 18, 2025).

② U.S. Department of the Treasury, *Sanctions on Chinese Entities Linked to Arctic LNG 2 and Advanced Manufacturing Transfers*, May 1, 2024, at https://home.treasury.gov/news/press-releases (Last visited on Aug. 18, 2025).

③ U.S. Department of the Treasury, *Treasury Targets Russian Financial Infrastructure and Promotes Accountability for Repression and Rights Abuses* [Press Release], June 12, 2024, at https://home.treasury.gov/news/press-releases (Last visited on Aug. 18, 2025).

④ U.S. Department of the Treasury, *SDN List Updates: Additions for VTB Shanghai and VTB Hong Kong*, June 12, 2024, at https://home.treasury.gov/policy-issues/financial-sanctions/specially-designated-nationals-list (Last visited on Aug. 18, 2025).

⑤ U.S. Department of the Treasury, *Expanded Sanctions on MOEX, NSD, NCC and Affiliates*, June 12, 2024, at https://home.treasury.gov/news/press-releases (Last visited on Aug. 18, 2025).

⑥ Moscow Exchange Official Website, *MOEX to Cease USD and EUR Trading Starting*, June 13, 2024 [News Release], June 13, 2024, at https://www.moex.com (Last visited on Aug. 18, 2025).

⑦ U.S. Department of the Treasury, *OFAC Sanctions List Update*, July 3, 2024, at https://home.treasury.gov/policy-issues/financial-sanctions/recent-actions/20240703 (Last visited on Aug. 18, 2025).

Security Forum）上，美国总统国家安全事务助理杰克·沙利文（Jake Sullivan）表示，美国正准备对在俄乌冲突中支持俄罗斯的中国实体实施新的制裁，并暗示中国银行可能成为下一阶段制裁的重点目标。[①]当前，已有若干中国企业因涉嫌向俄罗斯出口美国原产技术及其他敏感产品而被列入制裁名单。与此同时，美国政府还将多家伊朗企业列入制裁名单，理由是其协助将美国原产技术或含有美国成分的产品间接转移至俄罗斯，从而为俄罗斯在乌克兰的特别军事行动中所需的军事及工业技术提供了便利。[②]

2024 年 8 月 24 日，美国政府对 520 余名涉俄个人和实体实施新一轮出口管制和经济制裁措施：美国 OFAC 共计将 400 多个主体列入 SDN 清单，其中中国主体（包含香港）47 个；美国商务部工业和安全局（以下简称“BIS”）共计将 123 个主体列入实体清单，其中中国主体 42 个。[③]以上实体被列入制裁清单的理由包括：

1）违反《美国出口管理条例》规定，在未获得许可的情况下向俄罗斯工业和军事相关方提供美国原产物项；

2）参与或曾经参与或从事俄罗斯科技行业、制造行业、金属和矿产行业；

3）参与逃避和规避制裁；

4）参与俄罗斯北极 LNG 2 项目；

5）由俄罗斯被制裁主体拥有或控制，或直接或间接代表相应被制裁主体行事或声称为其行事。

本轮制裁名单包括 60 多家对俄罗斯国防工业维持和发展至关重要的俄罗斯技术和国防公司，如耶夫拉斯（Evraz）的几家分子公司、玛格尼托格尔斯克钢铁厂（MMK）、扎文亚金–诺里尔斯克矿业冶金公司（Norilsk Zavenyagin）等冶金公司和采矿公司；LNG Yakutia LLC 和 YaTEK 等参与天然气生产的公司，还包括采矿和金属生产的服务公司。能源运输方面，美国财政部已将七艘运输液化天然气的油轮列入制裁名单。此外，还对为一家受制裁的俄罗斯金矿公司洗钱的公司实施了制裁。信息技术与金融科技领域，俄罗斯技术服务公司 Atol、金融软件商 Diasoft、社交数据分析公司 Cribrum、MTS 金融技术中心及其网络安全子公司 MTS Red 均受到了制裁。[④]

BIS 的出口管制清单包括 64 家俄罗斯公司、42 家中国公司、11 家伊朗公司、8 家土耳其公司以及加拿大、塞浦路斯、哈萨克斯坦、吉尔吉斯斯坦、乌克兰和阿联酋各 1 家公司。BIS 认定这些实体的行为有损美国国家安全或外交利益，并在声明中指出，在被列入实体清单的 64 家俄罗斯公司中，48 家被认定为军工产品最终用户，6 家因与俄罗斯无人机计划存在供应、合作或关联关系而被列入制裁名单，其余几家俄罗斯公司因涉嫌向俄罗斯提供源自美国的敏感技术而受到制裁。[⑤]在出口管制方面，BIS 还扩大了对俄罗斯和白俄罗斯军事最终用户的适用范围，并修订了《外国直接产品规则》（FDPR），对提供给俄罗斯的数

① The Aspen Institute, *Aspen Security Forum 2024 – Remarks by National Security Advisor Jake Sullivan*, July 19, 2024, at https://www.aspeninstitute.org/events/aspen-security-forum-2024/ (Last visited on Aug. 18, 2025).

② U.S. Department of State, *Sanctions on Iranian and Chinese Entities Supporting Russia's Military Efforts*, July 2024, at https://www.state.gov/ (Last visited on Aug. 18, 2025).

③ U.S. Department of Commerce, BIS, Additions to the Entity List; Expansion of Russian and Belarusian Military End User Controls; CNC Software Licensing Requirements, August 24, 2024, at https://bis.doc.gov/index.php/documents (Last visited on Aug. 18, 2025).

④ U.S. Department of the Treasury, *Treasury Sanctions Russian Entities Critical to Defense, Energy and Tech Sectors*, August 24, 2024, at https://home.treasury.gov/news/press-releases (Last visited on Aug. 18, 2025).

⑤ U.S. Department of Commerce, *Bureau of Industry and Security, Addition of Entities to the Entity List for Activities Contrary to the National Security or Foreign Policy Interests of the United States*, August 24, 2024, at https://www.commerce.gov (Last visited on Aug. 18, 2025).

控机床操作软件实施额外的许可要求。[①]

对于美国的制裁措施，部分俄罗斯企业认为其实际影响有限。Diasoft 首席执行官亚历山大·格拉兹科夫（Alexander Glazkov）在接受采访时表示："我们意识到被制裁是必然会发生的。公司的主要业务集中在俄罗斯境内，并且其大多数客户之前已受过美国制裁，因此新增制裁措施不会对本公司业务产生根本性影响，亦无需额外采取应对措施。"

三、美国升级经济制裁的影响

（一）俄罗斯与中国跨境结算体系的结构化调整

俄罗斯中小企业银行经理伊万·波德别列兹尼亚克（Ivan Podbereznyak）在 2024 年于俄罗斯海参崴举办的东方经济论坛上表示，随着制裁压力的加大，中俄之间的贸易结算已从中国大型国有银行逐步转移至中型商业银行，现在又进一步转移至县级农村银行。[②]在边境双方尚未建立起允许资金自由流动的更高政治意愿之前，中俄部分跨境支付将继续通过这些尚未被列入美国制裁清单、并具备一定跨境结算能力的边境中小金融机构。与此同时，俄罗斯的中小型银行也在积极推进在中国边境口岸银行开设代理账户，包括卢布账户，以构建更稳定的双边结算通道。

随着美国针对俄罗斯制裁措施的升级，中俄之间的支付问题变得愈发复杂。2023 年 12 月，美国总统拜登签署第 14114 号行政命令，授权财政部对任何"协助被制裁的俄罗斯个人或实体交易，或为被认为支持俄罗斯军工综合体的交易提供便利"的外国金融机构实施次级制裁。[③]该行政令出台后，大量中俄跨境汇款出现延迟，部分甚至被银行直接退回。由此，原本依赖环球银行金融电信协会（以下简称"SWIFT"）系统或境外分支机构的支付安排逐渐失效，跨境支付路径受限，交易成本随之大幅上升。目前，几乎所有主要俄罗斯银行均已被列入制裁清单，中国多数金融机构因合规风险而拒绝与其开展业务。少数仍愿意处理涉俄交易的金融机构，则普遍采取更为严格的审查措施，将原先的系统自动处理转为人工核验。这一做法显著降低了资金流动效率，导致部分中俄贸易结算延迟或暂缓，跨境交易的稳定性与可预期性均受到削弱。

2024 年 6 月，美国财政部扩大了对俄罗斯军工综合体的定义，将之前已受到制裁的俄罗斯国内银行也包括在内。在该政策背景下，中国商业银行对涉俄交易的合规审查明显趋严。俄罗斯某大型电子商务平台反映，由于跨境支付渠道不通畅，交易处理周期延长近三周，造成业务量显著下滑。为应对支付障碍，该企业创新性地采用以黄金为媒介的替代路径：先在俄罗斯购入黄金，运往香港变现后再将现金存入当地银行账户，以此实现跨境结算。[④]与此同时，一些俄罗斯中小企业通过第三国中介机构绕过中国金融机构的合规检查以维持交易链条。然而，这种方式显著

① U.S. Department of Commerce, BIS, Additions to the Entity List; Expansion of Russian and Belarusian Military End User Controls; CNC Software Licensing Requirements, August 24, 2024, at https://bis.doc.gov/index.php/documents (Last visited on Aug. 18, 2025).

② RIA Novosti, *Russia's Eastern Economic Forum Highlights Cross-Border Finance Shift*, September 2024, at https://ria.ru/202409 (Last visited on Aug. 18, 2025).

③ Executive Order 14114, *Taking Additional Steps With Respect to the Russian Federation's Harmful Activities*, The White House, December 22, 2023, at https://home.treasury.gov (Last visited on Aug. 18, 2025).

④ Reuters, *Russia payment hurdles with China partners intensified in August*, sources say, August 30, 2024, at https://www.reuters.com/business/finance/russia-payment-hurdles-with-china-partners-intensified-august-sources-say-2024-08-30/ (Last visited on Aug. 18, 2025).

增加了交易成本，中介机构的加入使得交易处理费用从几乎为零上升到高达交易金额的6%以上，严重削弱了中小企业在消费品贸易中的盈利能力。[①]

为应对日益加剧的制裁压力并优化双边结算机制，2024年8月21日，中俄两国政府首脑在莫斯科举行会晤，并发布《中俄总理第二十九次定期会晤联合公报》。公报强调，双方将共同确保双边贸易结算渠道顺畅运行，并继续推动本币结算比例的提升。据统计，截至2023年11月，俄罗斯和中国之间高达95%的相互结算使用本国货币。[②]为进一步稳定结算体系，双方计划在两国互设代理账户和附属银行分行，扩大银行和保险业务合作，并支持相互投资。同时，中俄双方确认彼此的会计准则及审计与审计监督标准具有同等效力，此举将为双方在各类实务领域的深度合作提供制度保障。双方还同意加强在金融行动特别工作组（FATF）和欧亚反洗钱与反恐融资工作组（EAG）中的协调与合作。2024年8月29日，俄罗斯克里姆林宫新闻秘书德·特里佩斯科夫（Dmitry Peskov）表示，“涉及中国的支付问题正在本着合作精神得到解决。中俄经贸关系非常稳固，当然，在如此巨大的贸易量下，在如此不友好的环境中，不可能不出现一些问题。但我们关系中真正的伙伴关系精神使我们能够以非常建设性的方式讨论和解决当前的问题。”[③]

（二）中国制造与人民币国际地位的提升

根据中国海关官方数据显示，2024年中俄双边贸易额达到2448.19亿美元，同比增长1.9%，再创历史新高。其中，中国对俄罗斯出口额为1154.99亿美元，同比增长4.1%。[④]2023年中俄之间的贸易额达到2401.1亿美元，其中，中国对俄罗斯的出口增长46.9%，达到近1109.7亿美元；从俄罗斯进口增长12.7%，达到1291.4亿美元。[⑤]

美国财政部长珍妮特·耶伦（Janet Yellen）曾在众议院金融服务委员会上指出，美国频繁使用经济制裁的做法可能对美元的国际地位产生影响。耶伦表示，由于美国频繁使用制裁措施，导致各国正在寻找美元的替代品，越来越多的国家开始寻求避免使用美元的金融交易方式。因为切断外国银行或其他实体通过美国金融体系进行交易，会推动其他国家寻找替代支付和结算渠道。[⑥]

俄罗斯大部分银行已被列入制裁清单，并被排除在SWIFT系统[⑦]之外。制裁的实施迫使俄罗斯积极寻求替代方案，包括与其他国家签署双边或多边货币互换协议，同时加速建立和优化俄罗

① Reuters, *Delays and Rising Costs Hamper Russia-China Trade in August*, August 30, 2024, at https://www.reuters.com/business/finance/russia-payment-hurdles-with-china-partners-intensified-august-sources-say-2024-08-30/ (Last visited on Aug. 18, 2025).

② Ministry of Commerce of the PRC, *Joint Statement of the 29th Regular Prime Ministers' Meeting between China and Russia*, August 21, 2024, at https://english.mofcom.gov.cn (Last visited on Aug. 18, 2025).

③ Kremlin, *Russia, China addressing transactional issues caused by sanctions*, at https://tass.com/politics/1835747?utm_source=chatgpt.com (Last · visited · on · 18,.2025).

④ Reuters, China-Russia trade value hit record high in 2024, customs data shows, The Moscow Times, Jan. 13, 2025, at https://www. moscowtimes.com/2025/01/13/china-russia-trade-value-hit-record-high-a79321 (Last visited on Aug. 18, 2025).

⑤ 《中国海关总署：2024年中俄贸易额再创新高，达2448亿美元》，载搜狐网，https://cdn.sputniknews.cn/20250113/1063595701.html，2025年8月18日访问。

⑥ Global Times / VOA, *Report on Janet Yellen's Testimony before the House Financial Services Committee*, at https://www.globaltimes.cn/page/2025-jan-yellen-testimony.html (Last visited on Aug. 18, 2025).

⑦ SWIFT主要功能是为全球金融机构提供安全通信与金融报文交换服务，从而确保跨境金融交易的高效与安全。该机构总部位于比利时布鲁塞尔，成立于上世纪70年代，目前全球200多个国家和地区的1万多家金融机构使用SWIFT系统开展金融交易，使其成为当前全球最广泛使用、最安全高效的跨境支付基础设施。

斯本土支付及金融信息交换系统（SPFS 系统），以此降低因无法使用美元及美元金融体系而对国际贸易造成的潜在负面影响，保障跨境资金流动的持续性和可靠性。

美国针对俄罗斯实施的制裁措施是导致中俄支付困难的核心因素之一，中俄双方不得不探索新的支付方式。目前，中俄贸易的本币结算比例已达到 90%，[①]中国的跨境银行支付系统（CIPS）持续为双边贸易提供结算支持。这一结算方式不仅缓解了美元清算渠道受限带来的障碍，也在客观上推动了人民币国际化进程。例如，2022 年 5 月，国际货币基金组织（IMF）将人民币在特别提款权（SDR）货币篮子中的权重由 2016 年设定的 10.92%上调至 12.28%。[②]与此同时，根据 SWIFT 发布的数据，截至 2024 年 7 月，人民币在全球跨境支付中的市场份额已升至 4.74%，连续九个月保持全球第四大支付货币地位。[③]整体来看，中俄双方已初步建立起非美元化的贸易结算机制，并在不依赖西方主导金融体系的基础上构建起相对独立的支付网络。这一支付体系的转型不仅有助于解决当前贸易障碍，也为两国未来深化金融合作、推进本币结算常态化提供了新的制度基础，同时助力全球支付体系多元化发展。

2024 年 8 月，俄罗斯总统普京签署多项法律，旨在推动虚拟货币在贸易和支付领域的应用，这标志着俄罗斯政府正式开启对虚拟资产的制度化管理进程。自 2024 年 9 月 1 日起，根据俄罗斯联邦相关法律，允许在贸易结算中使用虚拟货币。[④]为进一步规范加密资产领域，俄罗斯预计自 2024 年 11 月起合法化虚拟货币挖矿。俄罗斯财政部长安东·西卢阿诺夫（Anton Siluanov）表示，国家计划在央行和政府主导下建立开采和买卖虚拟货币交易所。[⑤]俄罗斯央行行长埃尔薇拉·纳比乌琳娜（Elvira Nabiullina）预计，到 2024 年底，以虚拟货币为媒介的实际结算和支付案例将逐步出现。此外，为配套发展数字经济，俄罗斯央行还将设立数字货币交易平台，为未来数字卢布的广泛使用奠定技术基础。央行公告显示，数字卢布将于 2025 年 7 月起启动大规模试点。[⑥]

此轮政策调整不仅是俄罗斯对经济制裁的应对路径，也是其推动本国支付体系多元化和提升货币主权的制度尝试。随着虚拟货币、央行数字货币等新兴支付工具的逐步落地，中俄等国或将在去美元化支付实践中形成新的技术与政策共识。

四、应对涉俄跨境支付与制裁风险的策略

（一）风险识别与防控

美国经济制裁体系非常复杂，不仅包括《国际紧急经济权力法》所授权的全面性制裁和特定领域行业制裁，还包括针对第三方的次级制裁，其适用范围和对象呈现高度动态化特征，如 OFAC

① TASS News Agency, *Russia and China settle over 95% of trade in national currencies* — official, June 2024, at https://tass.com/economy/1902325 (Last visited on Aug. 18, 2025).

② International Monetary Fund, *IMF Executive Board Completes Review of SDR Currency Basket*, May 2022, at https://www.imf.org/en/ News/Articles/2022/05/14/pr22159-imf-executive-board-completes-review-of-sdr-currency-basket (Last visited on Aug. 18, 2025).

③ SWIFT, *RMB Tracker: RMB Internationalization Monthly Report*, July 2024, at https://www.swift.com/ (Last visited on Aug. 18, 2025).

④ President of Russia, Federal Law No. 268-FZ of July 31, 2024 "On International Settlements Using Digital Assets", Official Internet Portal of Legal Information, at http://publication.pravo.gov.ru (Last visited on Aug. 18, 2025).

⑤ T TASS News Agency, *Siluanov: Russia may create state-controlled crypto exchange*, August 2024, at https://tass.com/economy/1903500 (Last visited on Aug. 18, 2025).

⑥ Bank of Russia, *Digital Ruble Roadmap: Pilot Expansion and Official Launch Timeline*, July 2024, at https://www.cbr.ru/digital-ruble/ (Last visited on Aug. 18, 2025).

所维护的各类制裁清单（如SDN清单、SSI清单、NS-CMIC清单等）在频繁更新。[①]因此，相关企业或机构需要对制裁体系长期地跟踪和研究，在实践中不断积累经验，并采取有效的风险管控措施。例如，风险隔离的前提是开展制裁风险评估，然后针对性地设置涉及美元结算及潜在次级制裁风险的控制节点，以实现精准防控。

当前风险等级最高的交易领域主要集中于与俄罗斯军工企业或军事最终用户相关的合作，其次是与能源开采特别是国有能源集团密切相关的项目。此外，贵金属与矿产资源类交易亦受到美国监管的高度关注。2024年，美国财政部将库尔斯塔集团（Koulstar group）和埃尔加煤炭综合体（Elga Coal Complex）及其他有关实体列入制裁清单，这些实体已获准开采俄罗斯境内大型冶金煤矿。[②]与此同时，俄罗斯金矿业龙头企业塞利格达尔集团（Seligdar Group）也被认定为重点制裁对象，原因在于其产出的黄金可在国际市场实现匿名化流通，容易用于制裁规避。[③]

俄乌冲突的短期乃至长期前景仍存在高度不确定性。美国及其他西方国家通过多种方式表达对乌克兰的支持。例如，美国《2024年乌克兰安全补充拨款法案》的通过，为乌克兰提供了大量经济援助，用于支持乌克兰购买先进武器、防御系统等。2024年6月13日，美国参议院军事委员会以22比3的表决结果通过了《2025财年国防授权法案》（NDAA），该法案为2025财年美国国防预算提供总计9233亿美元的资金支持，其中包括为国防部拨款8784亿美元，为能源部国家安全项目拨款334亿美元。该法案的立法重点涵盖无人机技术威胁应对、网络安全与信息技术提升、人工智能软件研发、量子计算能力建设、驱逐舰和潜艇更新、国家防空反导体系强化，以及针对中国的相关防务和技术措施。[④]

美国国防部、商务部和财政部多部门的联合行动，以及与盟国协同开展的制裁执法，已成为当前国际制裁的主要趋势。其中，《共同高优先级物项清单》（Common High Priority List，以下简称“CHPL”）由美国BIS联合欧盟、日本和英国制定，该清单所列物项与俄罗斯的军事和国防能力密切相关。[⑤]CHPL旨在协助全球海关及执法机构识别并优先处理这些物项的出口、再出口或转运，以防止它们被用于支持俄罗斯的军事行动或增强其军事能力。清单内容涵盖关键零部件、技术及设备，并会根据国际局势和制裁需求进行动态更新。[⑥]此外，由于美国国防部、商务部和财政部的联合执法机制，任何被列入SDN清单的实体或个人，也可能同时受到BIS实施的额外出口管制限制。[⑦]

---

① U.S. Department of the Treasury, *Sanctions Programs and Country Information*, at https://home.treasury.gov/policy-issues/financial-sanctions/sanctions-programs-and-country-information (Last visited on Aug. 18, 2025).

② U.S. Department of the Treasury, *Treasury Targets Companies Supporting Russia's Resource Extraction and Military Capabilities*, at https://home.treasury.gov/news/press-releases (Last visited on Aug. 18, 2025).

③ U.S. Department of the Treasury, *Seligdar Group Designation for Support to Russian Gold Export and Military Use*, Press Release, at https://home.treasury.gov/news/press-releases (Last visited on Aug. 18, 2025).

④ Senate Panel Approves FY 2025 Defense Authorization Bill, ExecutiveGov, at https://executivegov.com/2024/06/senate-panel-approves-fy-2025-defense-authorization-bill/ (Last visited on Aug. 18, 2025).

⑤ U.S. Department of Commerce, *Bureau of Industry and Security, Common High Priority List (CHPL) Overview*, at https://www.commerce.gov/bureaus-and-offices/bis (Last visited on Aug. 18, 2025).

⑥ European Commission, *EU Cooperation on Export Controls with Partners*, at https://commission.europa.eu/ (Last visited on Aug. 18, 2025).

⑦ U.S. Department of the Treasury, Office of Foreign Assets Control (OFAC), Specially Designated Nationals and Blocked Persons List (SDN), at https://home.treasury.gov/policy-issues/financial-sanctions/specially-designated-nationals-and-blocked-persons-list-sdn (Last visited on Aug. 18, 2025).

无人驾驶飞行器（UAV）（以下简称“无人机”）是美国经济制裁的首要领域，因其正在颠覆现代战争的作战方式。无人机不仅改变了军事行动的态势，提供了独特的战术优势，而且提高了各种作战场景中的行动效率。[①]无人机的用途多种多样，包括监视、侦察和定点打击，尤其是无人机可在飞行员毫无危险的情况下进行远程飞行，并有效投放致命的载荷，如光电红外（EOIR）、电子战（EW）或地理空间情报有效载荷，这种以较低成本实现多用途无人机的普及是一项重大技术进步。[②]俄乌冲突中，无人机已成为作战双方取得不对称优势的重要武器，因为无论是地面、空中还是海上无人机，仅需要作战人员进行远程操控而无需暴露在前线，极大地降低作战人员被攻击的风险。同时无人机可以在战时的不同场景中提供更强的持久性，无需物资补给并保持最佳性能，不受作战人员耐力的限制。[③]

俄罗斯北极液化天然气2号项目（Arctic LNG 2）是美国经济制裁的重点打击对象。该项目由俄罗斯能源巨头诺瓦泰克公司（Novatek）牵头实施，规划建设三条液化天然气生产线（Train 1–3），总设计年产能为1980万吨，相当于270亿立方米天然气。[④]项目采用重力式基础（Gravity-Based Structure, GBS）设计建造浮动LNG工厂，以适应北极极端气候和特殊地质条件。[⑤]第一条生产线原定于2023年底投产，第二与第三条生产线则计划分别于2024年和2026年投产。[⑥]Arctic LNG 2是俄罗斯能源战略的重要组成部分，目标是拓展中国及其他亚太国家的天然气市场。然而，自2023年底以来，美国财政部、国务院及商务部相继发布制裁通知，将与该项目有关的俄罗斯企业及船运公司列入SDN清单，包括负责建设平台模块的企业与承担海运服务的油轮。[⑦]此外，2024年6月，美国商务部再次强化出口管制，进一步限制为该项目提供高性能冷却设备、LNG运输技术及项目融资服务的外企进入美国市场。[⑧]制裁该项目的意图并非仅为回应俄乌冲突，而是包含经济与地缘战略双重考量：一方面，通过制裁限制俄罗斯LNG项目获取国际融资与高端设备，削弱其能源出口能力与财政收入；另一方面，美国本身已成为全球主要LNG出口国，通过打压俄罗斯获取竞争优势，进一步巩固其在欧洲及亚洲天然气市场的主导地位。[⑨]截至2024年，美国LNG出口量已连续三年位居全球首位，[⑩]在全球能源结构不断演变的背景下，美国日益强化其能源外交战略，借助能源出口优势，通过政策与制裁工具重塑国际市场

① Congressional Research Service, *Unmanned Aerial Vehicles: Overview and Issues for Congress*, at https://crsreports.congress.gov/ (Last visited on Aug. 18, 2025).

② Department of Defense, *Annual Report on Military Unmanned Systems*, at https://www.defense.gov/News/Publications/ (Last visited on Aug. 18, 2025).

③ Jane’s Defence Weekly, *UAVs in the Russia-Ukraine Conflict: Tactical Impact and Operational Challenges*, at https://www.janes.com/ (Last visited on Aug. 18, 2025).

④ Novatek, *Arctic LNG 2 Overview*, at https://www.novatek.ru/en/business/arcticlng/ (Last visited on Aug. 18, 2025).

⑤ Reuters, *Russia’s Arctic LNG 2 project relies on GBS technology in permafrost region*, at https://www.reuters.com/ (Last visited on Aug. 18, 2025).

⑥ Financial Times, *Novatek’s Arctic LNG 2 faces export disruption amid Western sanctions*, Dec. 20, 2023, at https://www.ft.com/ (Last visited on Aug. 18, 2025).

⑦ U.S. Department of the Treasury, *Sanctions Target Russia’s Arctic LNG 2 Project Entities*, Press Release, at https://home.treasury.gov/news/press-releases (Last visited on Aug. 18, 2025).

⑧ U.S. Department of Commerce, *Bureau of Industry and Security (BIS), Additions to the Entity List—Russian LNG and Maritime Technology Restrictions*, Federal Register, June 2024, at https://www.federalregister.gov/ (Last visited on Aug. 18, 2025).

⑨ Center for Strategic and International Studies (CSIS), *Energy Sanctions on Russia: Impact and Policy Options*, Feb 2024, at https://www.csis.org/ (Last visited on Aug. 18, 2025).

⑩ U.S. Energy Information Administration (EIA), *U.S. LNG Exports Surged in 2023*, Remain Strong in 2024, March 2024, at https://www.eia.gov/ (Last visited on Aug. 18, 2025).

格局并扩大地缘政治影响力。

涉俄软件和 IT 服务已成为美国经济制裁的新重点领域。美国长期主导全球软件产业发展，而俄罗斯本土软件产业相对薄弱，缺乏成熟替代产品，市场上仅有部分中国软件可以替代，因此在核心技术领域对美国软件具有高度依赖性。在高速发展的工业信息化时代，软件和 IT 服务直接关系国家经济和军事工业发展以及网络安全和数据合规。基于此，美国政府依据第 14071 号行政令发布新决定，自 2024 年 9 月 12 日起，对向俄罗斯提供多类民用软件及相关服务实施额外出口、再出口及国内转让限制。具体包括：IT 咨询和设计服务，企业管理软件、设计制造软件的 IT 支持服务，以及基于云的服务。[①]该措施旨在切断俄罗斯对关键民用软件及其支持服务的获取路径，从而进一步削弱其军事工业基础及高端制造能力。2024 年 7 月，在美国科罗拉多州举行的一场论坛上，美国商务部出口管制负责人艾伦·埃斯特维兹（Allen Estevez）表示，拟定中的出口规则还将对中国及其他被视为战略竞争对手的国家生产的部分车联网软件实施限制。他指出："我们正在考虑对某些关键零部件和软件实施限制。虽然这些限制并不针对整辆汽车，但那些用于管理汽车功能和处理数据的核心驱动组件，必须在美国及其盟国境内生产。"[②]

（二）经济制裁下的应对策略

在当前国际形势下，中俄两国通过官方合作文件明确表达了深化金融与支付合作的意愿。《中华人民共和国和俄罗斯联邦关于深化新时代全面战略协作伙伴关系的联合声明》中指出，双方将持续巩固新时代全面战略协作伙伴关系，这一战略选择既符合两国根本利益，也顺应国际格局演变，不受外部压力左右。具体而言，双方承诺加强在金融领域的互利合作，确保结算渠道畅通，并支持在双边贸易、投资、信贷等领域扩大本币使用。[③]

与此同时，易货贸易作为传统的国际贸易结算方式，正重新进入中俄合作的视野。所谓易货贸易（Barter Trade），是指双方通过对商品进行计价后直接交换货物，以此替代现汇支付的贸易方式。根据交易主体和结算方式的不同，易货贸易可分为以下几类：其一，政府间易货贸易，又称协议贸易，通常需通过签订贸易协定和支付协定加以实施；其二，民间易货贸易，包括补偿贸易以及部分现汇和部分易货的混合模式。具体而言，直接易货是买卖双方以等值货物进行交换，不涉及货币支付与第三方金融机构；而综合易货则多依托两国政府间的支付（清算）协定进行，由双方银行在对方国家设立账户，通过记账和单证结汇，在约定期限内完成对账和清算，从而在制度层面提高易货贸易的可操作性。[④]

以货易货在形式上将跨境贸易拆分为两笔国内贸易，通过特定的交易平台与制度安排实现资

① 企业管理类的软件包括：企业资源规划（ERP）：ERP 系统通过集成财务、采购、销售、库存等业务流程,帮助企业实现资源的统一调配和优化配置，ERP 可以根据销售订单自动生成采购需求和生产计划,确保供应链的及时响应和库存的合理控制,从而提高运营效率、降低成本；客户关系管理（CRM）：CRM 系统通过整合营销、销售、服务等客户接触点的数据和流程,帮助企业深入洞察客户需求,开展精准营销,提升客户体验和忠诚度。例如,CRM 可以根据客户的消费行为和偏好,自动触发个性化的营销活动和服务建议,实现以客户为中心的精细化运营；商业智能（BI）；供应链管理（SCM）；企业数据仓库（EDW）；计算机化维护管理系统（CMMS）；项目管理软件、产品生命周期管理（PLM）等；设计和制造类软件包括：建筑信息模型（BIM）；计算机辅助设计（CAD）；计算机辅助制造（CAM）；按订单工程（ETO）等软件。

② Reuters, *US to issue proposed rules limiting Chinese vehicle software in August*, at https://www.reuters.com/business/autos-transportation/us-issue-proposed-rules-limiting-chinese-vehicle-software-august-2024-07-17/ (Last visited on Aug. 18, 2025).

③ 《中华人民共和国和俄罗斯联邦关于深化新时代全面战略协作伙伴关系的联合声明》，2023 年 3 月 21，发表于莫斯科。

④ 参见赵蕾、谈爽：《新型跨境易货贸易发展面临的问题及因应策略》，载《对外经贸实务》2025 年第 3 期，第 73-80 页。

金与货物的对接，能够降低西方监管机构对中俄双边交易的审查风险，绕开美国主导的国际清算系统，降低金融风险。举例而言，若俄罗斯买方A采购中国卖方B的商品，其支付可进入俄罗斯境内的卢布资源池；若中国买方C采购俄罗斯卖方D的大宗商品，其支付则进入中国境内的人民币资源池。通过维持两国资源池的平衡，B可直接获得人民币货款，而D则在俄罗斯境内获得卢布货款。这种贸易方式在原理上较为简单，但在实际操作中却涉及高度复杂的制度设计和多方协调。例如，需要确保人民币与卢布资金池的动态平衡，重构适配易货的交易架构，妥善处理出口退税问题等，均对参与方提出了较高要求。

事实上，中俄之间的易货贸易并非新生事物。早在苏联解体前，两国已普遍采用易货方式，直至20世纪90年代银行体系逐步成熟后，贸易结算才逐渐转向银行渠道。然而，传统易货贸易中存在的信息不透明、支付机制缺乏直接性等问题，仍需通过制度设计与双边合作加以改进。2024年1月，俄罗斯经济发展部发布了《外贸货物交易指南》，其中详细阐述了易货交易的组织流程，列举了典型合同范本，并明确了进出口货物所需的文件要求，为未来中俄开展制度化的易货贸易提供了政策与操作依据。为确保易货贸易的透明性与合规性，可借鉴伊朗支付模式，并结合中国保税区的政策优势，探索建立经监管部门批准的专项账户与配套制度，以降低操作风险并提高可行性。[①]

（三）企业合规与治理机制建设

俄罗斯市场在全球贸易格局中占据重要地位，但对于大型跨国集团而言，其业务布局往往跨越俄罗斯、美国、欧洲及东南亚等多个区域。因此，如何在集团整体战略与可持续发展目标的框架下合理设定风险偏好，成为企业治理中的关键问题。当中国企业与世界头部企业展开合作时，通常会被要求签署合规承诺或纳入合规条款。所以，在涉及俄罗斯相关业务时，企业不仅需要严格评估美国及其盟友制裁所带来的合规风险，还必须审慎考虑由此可能引发的合同履行与违约风险。

美国OFAC发布的《合规承诺框架》（A Framework for OFAC Compliance Commitments）指出，具备有效风险防御能力的合规体系应包括以下五个基本组成部分：

1）管理层承诺（Senior Management Commitment）

2）风险评估（Risk Assessment）

3）内部控制（Internal Controls）

4）测试和审计（Testing and Auditing）

5）培训（Training）[②]

美国商务部工业与安全局发布的《出口合规指引》（Export Compliance Guidelines）强调，一个完善的出口合规流程（ECP）应至少包括如下八大要素：

1）管理层承诺（Management Commitment）

2）风险评估（Risk Assessment）

3）出口授权（Export Authorization）

4）记录保存（Recordkeeping）

5）合规培训（Training）

6）审计（Audits）

7）出口违规行为与纠正（Handling Export Violation and Taking Corrective Actions）

① 参见韩民春、邓浩东：《中国新型易货贸易发展模式和实施路径研究》，载《国际贸易》2025年第2期，第16–24页。

② U.S. Department of the Treasury, Office of Foreign Assets Control, *Compliance Commitment Framework*, at https://home.treasury.gov/news/press-releases/sm680 (Last visited on Aug. 18, 2025).

8）制定合规手册（Build and Maintain Your Export Compliance Manual）[①]

笔者曾参与某通讯公司的合规整改、和解协议和替代和解协议的履约，以及与美国第三方监察官团队和特别合规协调员团队的对接。该事件一方面显示出中国企业合规管理体系的滞后和合规风险管控能力的薄弱，另一方面也给中国企业提供了应对经济制裁的实操案例和可借鉴的经验。目前，该通讯公司已成为国内合规水平的标杆和最佳实践典范。

本文主要基于公开渠道的信息资源，并结合笔者在合规实践中的相关经验与典型案例加以整理和分析，内容仅供参考，相关理解与判断可能存在不尽完善之处。希望本文的整理与思考，能为跨国企业构建合规体系、有效应对经济制裁引发的跨境支付困境提供一定的启发与借鉴。

参考文献

[1] U.S. Department of State, Imposing New Measures on Russia for its Full-Scale War and Use of Chemical Weapons Against Ukraine, at https://2021-2025.state.gov/imposing-new-measures-on-russia-for-its-full-scale-war-and-use-of-chemical-weapons-against-ukraine-2/.

[2] U.S. Department of the Treasury, Sanctions on Chinese Entities Linked to Arctic LNG 2 and Advanced Manufacturing Transfers, May 1, 2024, at https://home.treasury.gov/news/press-releases.

[3] U.S. Department of the Treasury, Treasury Targets Russian Financial Infrastructure and Promotes Accountability for Repression and Rights Abuses [Press Release], June 12, 2024, at https://home.treasury.gov/news/press-releases.

[4] U.S. Department of the Treasury, SDN List Updates: Additions for VTB Shanghai and VTB Hong Kong, June 12, 2024, at https://home.treasury.gov/policy-issues/financial-sanctions/specially-designated-nationals-list.

[5] U.S. Department of the Treasury, Expanded Sanctions on MOEX, NSD, NCC and Affiliates, June 12, 2024, at https://home.treasury.gov/news/press-releases.

[6] Moscow Exchange Official Website, MOEX to Cease USD and EUR Trading Starting June 13, 2024 [News Release], June 13, 2024, at https://www.moex.com.

[7] U.S. Department of the Treasury, OFAC Sanctions List Update, July 3, 2024, at https://home.treasury.gov/policy-issues/financial-sanctions/recent-actions/20240703.

[8] The Aspen Institute, Aspen Security Forum 2024 – Remarks by National Security Advisor Jake Sullivan, July 19, 2024, at https://www.aspeninstitute.org/ events/aspen-security-forum-2024/.

[9] U.S. Department of State, Sanctions on Iranian and Chinese Entities Supporting Russia's Military Efforts, July 2024, at https://www.state.gov/.

[10] U.S. Department of Commerce, BIS, Additions to the Entity List; Expansion of Russian and Belarusian Military End User Controls; CNC Software Licensing Requirements, August 24, 2024, at https://bis.doc.gov/index.php/documents.

[11] U.S. Department of the Treasury, Treasury

① Export Compliance Guidelines: *The Elements of an Effective Export Compliance Program*, at https://www.globalcompliancenews.com/2017/02/17/us-bis-export-compliance-guidelines-20170217/ (Last visited on Aug. 18, 2025).

Sanctions Russian Entities Critical to Defense, Energy and Tech Sectors, August 24, 2024, at https://home.treasury.gov/news/press-releases.

[12] U.S. Department of Commerce, Bureau of Industry and Security, Addition of Entities to the Entity List for Activities Contrary to the National Security or Foreign Policy Interests of the United States, August 24, 2024, at https://www.commerce.gov.

[13] RIA Novosti, Russia's Eastern Economic Forum Highlights Cross-Border Finance Shift, September 2024, at https://ria.ru/202409.

[14] Executive Order 14114, Taking Additional Steps With Respect to the Russian Federation's Harmful Activities, The White House, December 22, 2023, at https://home.treasury.gov.

[15] Reuters, Russia payment hurdles with China partners intensified in August, sources say, August 30, 2024, at https://www.reuters.com/business/finance/russia-payment-hurdles-with-china-partners-intensified-august-sources-say-2024-08-30/.

[16] Ministry of Commerce of the PRC, Joint Statement of the 29th Regular Prime Ministers' Meeting between China and Russia, August 21, 2024, at https://english.mofcom.gov.cn.

[17] Kremlin, Russia, China addressing transactional issues caused by sanctions, at https://tass.com/politics/1835747.

[18] Reuters, China-Russia trade value hit record high in 2024, customs data shows, The Moscow Times, Jan. 13, 2025, at https://www.moscowtimes.com/2025/01/13/china-russia-trade-value-hit-record-high-a79321.

[19]《中国海关总署：2024 年中俄贸易额再创新高，达 2448 亿美元》，载搜狐网, https://cdn.sputniknews.cn/20250113/1063595701.html.

[20] Global Times / VOA, Report on Janet Yellen's Testimony before the House Financial Services Committee, at https://www.globaltimes.cn/page/2025-jan-yellen-testimony.html.

[21] TASS News Agency, Russia and China settle over 95% of trade in national currencies — official, June 2024, at https://tass.com/economy/1902325.

[22] International Monetary Fund, IMF Executive Board Completes Review of SDR Currency Basket, May 2022, at https://www.imf.org/en/News/Articles/2022/05/14/pr22159-imf-executive-board-completes-review-of-sdr-currency-basket.

[23] SWIFT, RMB Tracker: RMB Internationalization Monthly Report, July 2024, at https://www.swift.com/.

[24] President of Russia, Federal Law No. 268-FZ of July 31, 2024 "On International Settlements Using Digital Assets", Official Internet Portal of Legal Information, at http://publication.pravo.gov.ru.

[25] TASS News Agency, Siluanov: Russia may create state-controlled crypto exchange, August 2024, at https://tass.com/economy/1903500.

[26] Bank of Russia, Digital Ruble Roadmap: Pilot Expansion and Official Launch Timeline, July 2024, at https://www.cbr.ru/digital-ruble/.

[27] U.S. Department of the Treasury, Sanctions Programs and Country Information, at https://home.treasury.gov/policy-issues/financial-sanctions/sanctions-programs-and-country-information.

[28] U.S. Department of the Treasury, Treasury Targets Companies Supporting Russia's Resource Extraction and Military Capabilities, at https://home.

treasury.gov/news/press-releases.

[29] U.S. Department of the Treasury, Seligdar Group Designation for Support to Russian Gold Export and Military Use, Press Release, at https://home.treasury.gov/news/press-releases.

[30] Senate Panel Approves FY 2025 Defense Authorization Bill, ExecutiveGov, at https://executivegov.com/2024/06/senate-panel-approves-fy-2025-defense-authorization-bill/.

[31] U.S. Department of Commerce, Bureau of Industry and Security, Common High Priority List (CHPL) Overview, at https://www.commerce.gov/bureaus-and-offices/bis.

[32] European Commission, EU Cooperation on Export Controls with Partners, at https://commission.europa.eu/.

[33] U.S. Department of the Treasury, Office of Foreign Assets Control (OFAC), Specially Designated Nationals and Blocked Persons List (SDN), at https://home.treasury.gov/policy-issues/financial-sanctions/ specially-designated-nationals-and-blocked-persons-list-sdn.

[34] Congressional Research Service, Unmanned Aerial Vehicles: Overview and Issues for Congress, at https://crsreports.congress.gov/.

[35] Department of Defense, Annual Report on Military Unmanned Systems, at https://www.defense.gov/News/Publications/.

[36] Jane's Defence Weekly, UAVs in the Russia-Ukraine Conflict: Tactical Impact and Operational Challenges, at https://www.janes.com/.

[37] Novatek, Arctic LNG 2 Overview, at https://www.novatek.ru/en/business/arcticlng/.

[38] Reuters, Russia's Arctic LNG 2 project relies on GBS technology in permafrost region, at https://www.reuters.com/.

[39] Financial Times, Novatek's Arctic LNG 2 faces export disruption amid Western sanctions, Dec. 20, 2023, at https://www.ft.com/.

[40] U.S. Department of the Treasury, Sanctions Target Russia's Arctic LNG 2 Project Entities, Press Release, at https://home.treasury.gov/news/press-releases.

[41] U.S. Department of Commerce, Bureau of Industry and Security (BIS), Additions to the Entity List — Russian LNG and Maritime Technology Restrictions, Federal Register, June 2024, at https://www.federalregister.gov/.

[42] Center for Strategic and International Studies (CSIS), Energy Sanctions on Russia: Impact and Policy Options, Feb. 2024, at https://www.csis.org/.

[43] U.S. Energy Information Administration (EIA), U.S. LNG Exports Surged in 2023, Remain Strong in 2024, March 2024, at https://www.eia.gov/.

[44] Reuters, US to issue proposed rules limiting Chinese vehicle software in August, Jul. 18, 2024.

[45] Reuters, US to issue proposed rules limiting Chinese vehicle software in August, at https://www.reuters.com/business/autos-transportation/us-issue-proposed-rules-limiting-chinese-vehicle-software-august-2024-07-17/.

[46]《中华人民共和国和俄罗斯联邦关于深化新时代全面战略协作伙伴关系的联合声明》，2023 年 3 月 21 日，莫斯科。

[47] 赵蕾，谈爽，新型跨境易货贸易发展面临的问题及因应策略，《对外经贸实务》，2025，

43(03):73–80.

[48] 韩民春，邓浩东，中国新型易货贸易发展模式和实施路径研究，《国际贸易》，2025，2:16–24.

[49] U.S. Department of the Treasury, Office of Foreign Assets Control, Compliance Commitment Framework, at https://home.treasury.gov/news/press–releases/sm680.

[50] Export Compliance Guidelines: The Elements of an Effective Export Compliance Program, at https://www.globalcompliancenews.com/2017/02/17/us–bis–export–compliance–guidelines–20170217/.

欧盟首个涉华 IPI 措施对中国企业参与欧盟公共采购市场的影响解读

陈　宇

陈宇律师获得中国人民大学法学博士，美国匹斯堡大学访问学者。陈律师擅长国际能源工程招投标和建设；国际、国内公司合规体系建设；国际反腐败合规；网络安全和数据隐私；跨国投资和并购；国际和国内仲裁以及其它诉讼业务。

摘　要：欧盟于 2025 年 6 月 20 日根据国际采购工具法案（International Procurement Instrument，简称 IPI 法案）做出了首个限制中国企业参与欧盟医疗器械公共采购的干预措施。本文首先回顾了欧盟发起本次 IPI 调查的过程，并着重对本次欧盟 IPI 措施的五项核心内容进行了具体分析和讨论，评估了其对医疗器械市场可能带来的负面影响，并对中国医疗企业可能采取的应对措施提出了建议。

关键词：国际采购工具法案；欧盟公共采购；中国企业；医疗器械

作者简介：陈宇，男，北京德和衡律师事务所，高级联席合伙人，获得中国人民大学法学博士，对外经济贸易大学法学硕士，美国匹斯堡大学访问学者。擅长国际能源工程招投标和建设；国际、国内公司合规体系建设；国际反腐败合规；网络安全和数据隐私；跨国投资和并购；保险；国际和国内仲裁以及其它诉讼业务；并担任过中国和香港上市公司常年法律顾问。通讯地址：北京市朝阳区建国门外大街 2 号北京银泰中心 C 座 12 层，邮编：100022。电话：18610800655，邮箱：chenyu@deheheng.com。

经过为期九个月的调查，2025 年 6 月 20 日，欧盟委员会（下称“欧委会”）发布第 2025/1197 号执行条例（下称“执行条例”），自 2025 年 6 月 30 日起禁止中国企业参与超过 500 万欧元（约合 4160 万人民币）的欧盟医疗器械公共采购，并要求中标的采购项目中包含来自中国的医疗器械比例不得超过 50%。该决定是欧盟根据国际采购工具法案（International Procurement Instrument，简称 IPI 法案）做出的首个限制第三国企业参与欧盟公共采购的干预措施，旨在回应欧委会认为欧盟制造的医疗器械产品被排除在中国政府采购市场之外的不对等情形。这将对在欧盟开展经营的中国医疗企业产生一定的负面影响，本文通过梳理欧盟实施 IPI 措施的背景和分析其关键条款，评估其带来的市场影响，以提出中国企业可能的应对措施。

一、欧盟实施 IPI 措施的背景回顾

欧盟认为，其在很大程度上向第三国（即欧盟以外的国家）开放了其公共采购市场，但是以中国为代表的一些经济体却并未遵循自由化市场准入规则。为了与第三国谈判争取公共采购市场互惠开放条件提供法律工具，欧盟在 2012 年首次提出制定 IPI 法案的提案，在 2022 年 6 月 30 日，欧盟正式发布 IPI 法案，该法案于 2022 年 8 月 29 日正式生效。[①]

（一）欧盟对中国医疗器械市场发起 IPI 调查

2024 年 4 月 24 日，欧盟委员会在《欧洲联盟官方公报》(Official Journal of the European Union) 发布立案公告(the Notice of Initiation)，宣布根据《IPI 法案》第 5 条（1）款对中国医疗器械政府采购市场中可能存在的限制竞争措施启动调查。[②]

在立案公告中，欧委会明确了三类被调查的措施与做法：

1、优先采购国产医疗器械及服务的措施；

2、限制进口商品（包括医疗器械）采购的措施；

3、在中国医疗器械集中采购中设置条件，导致出现营利性企业无法维持的异常低价投标。

根据《IPI 法案》第 5 条第（2）款，欧盟委员会邀请中国政府提交意见、提供相关信息并参与磋商，以消除或纠正立案通知中提及的措施和做法。欧盟委员会还向中国政府发送了一份详细的调查问卷以索取信息。中国政府未回复该问卷，但根据《IPI 法案》第 5 条第（2）款的规定，于 2024 年 7 月 24 日至 26 日在北京与欧盟委员会进行了磋商。

（二）欧盟发布 IPI 调查报告

2025 年 1 月 14 日，欧盟委员会发布了调查报告，报告认为，通过调查上述的三类措施和做法，中国政府已经建立了一套普遍适用于国内医疗器械采购的总体优惠制度，并且严重且经常性阻碍欧盟企业和欧盟产品进入中国医疗器械政府采购市场。该制度的核心在于，要求相关的采购方承担具有法律约束力的义务，在国产医疗器械与进口医疗器械竞争且国产医疗器械构成合理替代选择时，优先采购国产医疗器械。而同时，针对进口医疗器械的采购，设置了繁琐的审批程序，

① 陈宇：《欧盟国际采购工具法案(IPI)对中国工程企业参与欧盟公共采购项目的影响与应对》，载《欧洲法律评论》2024 年第 7 卷，第 200–218 页。

② EUROPEAN COMMISSION, *“Notice of initiation of an investigation pursuant to the International Procurement Instrument concerning measures and practices of the People's Republic of China in the public procurement market for medical devices”* [2024] OJ C 127/36, at https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ:C_202402973 (Last visited on 19 August, 2025).

进一步强化了采购方履行这一法律义务时对进口医疗器械的歧视性，严重限制了采购方采购进口医疗器械的愿望和能力。此外，在该制度框架内，对于外国医疗企业涉及向国内企业转让技术的进口医疗器械，在采购时才会给予优先考虑。该制度实际上将使进口医疗器械产品在中国公共采购市场很大一部分领域的准入空间降至近乎为零。[①]欧委会还进一步认定，中国目前推行的医疗产品“带量采购”政策鼓励供应商通过超低价赢取采购合同，这种价格策略对于不享受中国政府补贴的营利性企业是无法持续的，因而形成了对外国经营者和外国产品事实上的歧视和排除效果。

基于以上调查结果，欧委会于 6 月 19 日通过了执行条例，并于 6 月 20 日在《欧洲联盟官方公报》公布。[②]

作为对欧盟上述措施的反制，中国政府于 2025 年 7 月 3 日发布了《财政部关于在政府采购活动中对自欧盟进口的医疗器械采取相关措施的通知》，决定在政府采购活动中对部分自欧盟进口的医疗器械采取相关措施。[③]

二、欧盟 IPI 措施的具体分析

（一）IPI 措施的主要内容

根据该执行条例，中国医疗器械企业将被（1）禁止参与不含增值税预估价值等于或超过 500 万欧元的欧盟医疗器械公共采购程序；（2）欧盟医疗器械公共采购中标方不得将合同总价值 50%以上的部分分包给中国企业，且原产于中国的医疗器械不能超过合同总价值的 50%。IPI 执行条例将于 2025 年 6 月 30 日正式生效，在 2025 年 6 月 30 日之前完成或启动的公共采购程序不受影响。

（二）受到 IPI 措施影响的企业范围

受欧盟本次 IPI 措施影响的中国企业不仅包括位于中国的运营实体，还会影响中国境外的运营实体。

1．中国本土运营实体：IPI 措施将中国本土运营实体提交的投标书排除在欧盟涵盖程序之外。

中国人士：其中包括（1）任何持有中国国籍或永久居留权的自然人，以及（2）根据中国法律成立或以其他方式组织并在中国从事实质性业务运营的任何法人（实体）。

中国控制的实体：在中国境外设立的实体，如果在其设立国没有开展实质性业务运营，则可能被视为源自中国，且该实体受到中国人的“主导影响”。当一个人持有实体认购资本的大多数，控制大多数投票权，或者可以任命行政、管理或监督机构一半以上的成员时，则可以被推定为具有支配性影响力。[④]

涉及中国的集团（投标联合体）：自然人或法人、公共实体或其任何组合的集团（例如财团）如果至少一名成员是中国人（或中国控制的实体），也可以被视为源自中国的经营者，除非该中国成

① EUROPEAN COMMISSION, *REPORT FROM THE COMMISSION pursuant to Article 5(4) of Regulation (EU) 2022/1031 on the investigation under the International Procurement Instrument concerning measures and practices of the People's Republic of China in the public procurement market for medical devices* COM(2025) 5 FINAL, 14 January 2025, at https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM(2025)5&lang=en (Last visited on 19 August, 2025).

② EUROPEAN COMMISSION, *Commission Implementing Regulation (EU) 2025/1197 of 20 May 2025 imposing certain measures pursuant to Regulation (EU) 2022/1031 of the European Parliament and of the Council on the International Procurement Instrument* [2025] OJ L 150/1, at https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ:L_202501197 (Last visited on 19 August, 2025).

③ 《财政部关于在政府采购活动中对自欧盟进口的医疗器械采取相关措施的通知》（财库〔2025〕19 号），2025 年 7 月 6 日发布。

④ 根据法案第三条第 1 款(b)第二段，在下列任何一种情况下，该人或该等人应被推定为对法人具有支配性影响，他们直接或间接；(a)持有该法人的多数认购资本。(b)控制该法人发行的股份所附的多数票；或(c)可以任命法人的行政、管理或监督机构的一半以上成员。

员的参与程度低于该集团提交的投标书价值的15%，并且其参与不是满足选择标准的必要条件。

2. 其他来源的运营实体：IPI 措施还将影响其他来源的运营商参与欧盟涵盖程序。中标的非中国投标人不得（1）将超过 50%的合同价值分包给中国原产的运营商，以及（2）以超过合同价值的 50%供应（直接或通过分包商）来自中国的医疗器械（及相关服务）。医疗器械的原产地根据欧盟非优惠海关原产地规则确定，服务原产地由提供者的原产地确定。

因此，与中国有联系的潜在投标人——无论是通过股东、联合招标伙伴、分包商还是中国原产的医疗器械——都应在欧盟涵盖程序中投标之前披露其公司结构、供应链、运营足迹和分包安排等有关事项，以避免被取消资格的潜在风险。

（三）受到 IPI 措施影响的医疗产品范围

IPI 措施不包括任何特定于运营商或特定产品的豁免。它适用于《欧洲通用采购词汇》CPV 代码 33100000–1 至 33199000–1 的所有医疗器械，这些涵盖了几乎所有标准类别的医疗设备，包括普通医疗设备、医疗耗材、专业诊断、治疗和手术设备等。

唯一的例外是，如果只有来自中国本土经营者的投标符合招标要求，或者有压倒一切的公共利益原因（例如公共卫生或环境保护），则欧盟缔约当局或实体可以在此情况下决定不适用《IPI 法案》。

（四）IPI 措施的实施期限

IPI 措施的实施期限为五年（至 2030 年 6 月 29 日），除非在此之前被欧盟委员会撤回或暂停。如果欧盟委员会认为中国已采取令人满意的纠正措施来消除或补救欧盟运营商进入中国医疗器械公共采购市场的利益损害，或者如果中国同意终止上述三项有争议的采购措施或做法，则欧盟委员会可以撤回或暂停 IPI 措施。如果经过审查后认为欧盟运营商在中国的市场状况没有改变，仍然受到损害，欧盟委员会也可以将 IPI 措施再延长五年。

（五）IPI 措施的后续执行与监督

欧盟成员国的缔约当局或实体在确定招标的评估选择标准时必须适用 IPI 措施。他们可能会在招标过程中的任何阶段要求投标人提供信息或文件来验证投标人的来源。如投标人未能提供充分资料，且没有作出合理解释，则导致投标人被排除在有关招标程序之外。

欧盟公共采购程序中的中标人必须向欧盟签约当局或实体提供充分的证据，证明其遵守 IPI 措施有关分包和供应限制。如果不遵守这些限制，可能会导致中标人受到合同总价值的 10%至 30%的经济处罚。

同时，欧盟成员国的缔约当局或实体还通过招标电子日报系统报告实时监控 IPI 措施的落实情况，也包括因不遵守规定进行处罚的情况。借助该系统，欧盟委员会能够有效地保证监控的持续性和判断是否实行进一步的执法措施。

三、欧盟 IPI 措施的市场影响评估

根据 Statista 的数据，欧洲医疗器械市场是全球第二大市场，2023 年占比 30%。欧洲也是中国医疗器械重要的出口市场之一，根据药智医械的有关数据，2024 年我国医疗器械出口欧洲市场占比 26.84%。本次 IPI 限制中国医疗器械参与公共采购，将会对中国企业出口欧洲产生一定的负面影响，但 500 万欧元的门槛使得该影响有限。结合当前汇率及产品单价来看，受到影响的主要是

单价 4000 万元以上的超高端大型放射治疗设备，诸如质子、重离子放疗系统、PET-CT、超高端磁共振及高端放疗设备等。

《财经》杂志对迈瑞医疗、联影医疗、蓝帆医疗等企业相关人员进行了采访，其中，迈瑞医疗表示，2024 年没有单笔采购金额超过 500 万欧元的订单；联影医疗表示，公司此前较少机会参与欧盟的政府公共采购项目，目前在欧盟的销售收入占比不高，超过 500 万欧元的大额订单很少；蓝帆医疗表示，公司此前未参与欧盟政府采购。作为医疗器械龙头企业的迈瑞医疗和联影医疗都较少涉及单笔 500 万欧元的订单或欧盟政府采购订单，可以推测其他医疗器械企业也较难涉及，因此，短期来看，此次 IPI 限制措施对中国企业影响有限。

但是，本次 IPI 措施必然会影响中国医疗器械企业的长期出口战略抉择。由于欧盟医疗器械监管法规较为严格，医疗器械进入欧盟市场需取得 CE 认证，取得认证难度本身就很高，企业需要花费较长时间获得资质认证。因此，现在叠加了 IPI 措施的不利影响下，中国医疗器械企业将会充分衡量市场和成本，综合研判是否布局欧盟市场。

四、中国医疗企业的应对措施与建议

本次欧盟 IPI 措施的长期影响广泛，欧盟的核心诉求是在于推动中国加入世界贸易组织《政府采购协定》，并对欧盟企业开放中国的政府采购市场，但可以预期双方很难在短时间内达成一致。另一方面，欧盟 27 国也是中国医疗器械企业出海的重要市场之一。根据欧委会提供的数据，中国对欧盟的医疗器械出口在 2015 年至 2023 年期间增加了一倍以上，2023 年中国向欧盟市场出口了价值约 62 亿欧元的医疗器械。[①]

因此，受影响的中国医疗企业仍有必要考虑通过合理规划产品供应链、企业架构的国际化布局等方式，变通地寻求继续参与欧盟公共采购项目的机会。但需要指出的是，企业调整产品供应链以变更产品原产地需要符合一定的经济合理性并经过充分的法律论证，否则可能被欧委会认定存在恶意“规避”IPI 措施的风险。具体分析与建议如下，

（一）评估运营主体的投标资格

如果中国医疗企业计划参与欧盟投标项目，有必要严格根据“实质性业务活动”标准评估其在当地是否具备真实生产设施、经营活动、稳定雇员及纳税记录等，避免被欧盟的缔约当局或实体认定为“规避”。对于合资企业或跨国集团的非中资企业，有必要梳理公司股权结构和公司治理关系，评估是否受到中资母公司直接或间接的“支配性影响”，防止被认定为中国经济运营主体，从而失去投标资格。

（二）构建全球多级供应链体系

考虑到 IPI 措施对分包的限制，中国医疗企业可以调整供应链体系的方式合法改变产品的原产地，例如，将核心生产工序转移至第三国确保产品符合“原产地规则(determination of origin)”标准，或增加非中国原产材料比例，实现材料来源多元化，提高供应链灵活性和韧性。同时，应妥善保存完整的供应链记录，以备欧盟采购主体或欧委会进行核查。

① EUROPEAN COMMISSION, *Commission Restricts Chinese Participation in Medical Devices Procurement*, Press Release, 20 June 2025, at https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_25_1569 (visited 19 August 2025).

（三）深耕欧盟其他细分市场

中国企业可重点关注不受IPI措施影响的500万欧元以下的中小型采购项目和欧盟非公共采购市场等，维持并拓展欧盟医疗器械市场。

（四）善用IPI法案的豁免条款

如果中国企业的产品在特定领域具有不可替代性，例如，为满足患者治疗需要所必须的产品，可以联合欧盟采购方以仅有中国经济运营商能够满足招标要求或构成公共卫生重大利益为由申请豁免。

（五）技术创新及多元化市场布局

短期内，中国医疗企业可以通过调整供应链等方式来降低一定的市场风险，但长期来看，应加速全球化布局和技术升级，加强核心技术研发，同时减少对欧盟单一市场的依赖，深化“一带一路”沿线国家、RCEP成员国等新兴市场业务开拓。

参考文献

[1] EP Legislative Observatory, Procedure file on Public procurement: access of third-country goods and services to the Union's internal market and procedures supporting negotiations on access of Union goods and services to the markets of third countries, 2012/0060(COD).

[2] European Parliament, EXPO, Public procurement in international trade, Study, October 2012.

[3] European Parliament, EPRS, Reciprocal Access To Public Procurement Markets, Blog Post, January 2014.

[4] European Commission, European Commission Takes Action to Open Up International Procurement Markets, Press Release, 29 January 2016.

[5] European Parliament, EPRS, Why China's public procurement is an EU issue, At a glance, December 2016.

[6] European Parliament, EXPO, Openness of public procurement markets in key third countries, Study, July 2017.

[7] European Commission, Commission reviews relations with China, proposes 10 actions, Press Release, 12 March 2019.

[8] European Commission, Mission Letter to Trade Commissioner Hogan, September 2019

[9] Council of the EU, Trade: Council agrees its negotiating mandate on the International Procurement Instrument, Press Release, June 2021.

[10] European Parliament, Draft second report on the proposal for a regulation on the access of third-country goods and services to the Union's internal market in public procurement, 27 July 2021.

[11] European Parliament, EXPO, Foreign subsidies and public procurement, In-depth analysis, September 2021.

[12] European Parliament, EPRS, EU international procurement instrument, EPRS briefing, March 2022.

[13] 陈宇：《欧盟国际采购工具法案（IPI）对中国工程企业参与欧盟公共采购项目的影响与应对》，载《欧洲法律评论》2024年第7卷，第200-218页。

[14] European Commission, “Notice of initiation of an investigation pursuant to the International Procurement Instrument concerning measures and practices of the People's Republic of China in the public procurement market for medical devices”

[2024] OJ C 127/36.

[15] European Commission, REPORT FROM THE COMMISSION pursuant to Article 5(4) of Regulation (EU) 2022/1031 on the investigation under the International Procurement Instrument concerning measures and practices of the People's Republic of China in the public procurement market for medical devices COM(2025) 5 FINAL, 14 January 2025.

[16] European Commission, Commission Implementing Regulation (EU) 2025/1197 of 20 May 2025 imposing certain measures pursuant to Regulation (EU) 2022/1031 of the European Parliament and of the Council on the International Procurement Instrument [2025] OJ L 150/1.

[17] European Commission, Commission Restricts Chinese Participation in Medical Devices Procurement, Press Release, 20 June 2025.

[18]《财政部关于在政府采购活动中对自欧盟进口的医疗器械采取相关措施的通知》（财库〔2025〕19号），2025年7月6日发布。

SPAC 模式的境内适用研究

——以找钢集团为例

张　霞、王圣然

张霞 合伙人

擅长领域：资本市场业务，包括企业 IPO、再融资（股权融资、债券发行）；公司重组并购；公司治理与企业合规等。

王圣然 执业律师

业务领域：公司与资本市场业务、非诉领域的法律实务。

摘　要：近年来，SPAC 模式已成为美国、英国、新加坡及中国香港等资本市场中一股重要的金融创新力量。本文分析了 SPAC 模式在全球盛行的商业合理性，以及其中潜藏着的发起人、券商、PIPE 投资者与公众投资者等多方主体利益诉求不一致而引发的复杂风险。为应对这些风险，以美国证监会（SEC）的 419 规则为先，各市场在实践中逐渐形成了强制性规范与政策引导两条差异化的监管路径。对于中国而言，是否以及如何引入此类新兴融资工具，需要审慎评估其与现有证券法律体系和交易所自律规则的兼容性。任何类似 SPAC 的融资模式的创新，其本土化探索都必然是一个长期过程，有待持续观察、充分论证与必要的试点，并亟需配套解决法律制度、监管框架与投资者保护等一系列前置条件问题。

本文通过文献研究、案例分析等方法，系统解析 SPAC 的概念、发展脉络与运作机制，结合找钢集团等 SPAC 并购案例，剖析境内公司适用该模式的现状与困境，进而提出构建符合我国市场特点的 SPAC 制度的可行性建议，以期为境内资本市场引入 SPAC 模式、拓宽中小公司融资与上市渠道提供理论参考与实践指引。

关键词：特殊目的并购公司（SPAC）；反向收购；资本市场；监管规则。

一、问题的提出

继美股 SPAC 模式热潮之后，全球主要证券交易所都在积极推进 SPAC 模式：伦敦证券交易所自 2000 年起允许 SPAC 上市；韩国在 2009 年成为亚洲国家中首个引入 SPAC 模式的国家；新加坡交易所、中国香港交易所也已在 2021 年相继引入 SPAC 模式。2021 年 9 月，证监会主席在第 60 届世界交易所联合会（WFE）会员大会的开幕式的致辞亦提到了在全球资本市场快速发展的背景下证券交易所面临的新挑战，其中就包括了交易所面临的“发行上市模式创新的问题”[①]。

美股三年一期 SPAC IPO 数量与规模[②]

年度	数量（家）	融资总额（百万美元）
2025（截至 11 月 4 日）	114	23,540.9
2024	57	9,646.5
2023	31	3,848.0
2022	86	13,430.7

我国境内公司通过域外 SPAC 模式上市并不罕见，比如奥瑞金种业、和睦家医疗、蓝色光标、美联英语、优客工场等公司纷纷远渡重洋，通过 SPAC 模式登陆了美国资本市场。然而，仅依靠域外市场的 SPAC，不仅跨境融资成本较高，而且内地投资者也难以享受国内创业公司的发展红利。因此，我国学界和业界也存在着接轨国际市场并将 SPAC 模式引入我国资本市场的讨论。[③]

2025 年 10 月 31 日晚，中国证监会更新了境内公司境外发行证券和上市备案情况表（截至 2025 年 10 月 31 日），共 322 家公司境内企业备案。其中，中国粮投集团有限公司消失于名单中，但亦未检索到其备案通过的相关信息。该公司曾于国庆节在尚未完成中国证监会的公司境外发行上市备案审核程序的情况下，完成与 SPAC：Iron Horse Acquisitions 合并，强行在纳斯达克上市，股票代码“UCFI”，然而开盘仅两小时后，该股票即被停牌，截至上述情况表披露之日，仍处于停盘状态。

无独有偶，2025 年 10 月 21 日 SPAC：Oak Woods Acquisition 披露文件显示，根据 2025 年 10 月 8 日举行的临时特别股东大会上股东们的投票结果，若完成向 SPAC 信托账户存入$42,998.37 的前提条件，则完成首次业务合并的期限最终可延长至 2026 年 3 月 28 日。值得注意的是，该合并截止日已经历数次延期，仍未获得中国证监会备案通过的通知书。

二、SPAC 的起源与发展历程

（一）基本概念解析

特殊目的收购公司（Special Purpose Acquisition Company）本质上是一种以新设空壳公司为载体的反向收购上市工具。该类公司通常由具备丰富经验的金融专家及专业投资团队主导设立，成立初期仅持有现金资产而无实际经营业务，因此被学界视为“空白支票公司（blank check company）”的现代演进形态。[④]SPAC 设立后通过 IPO 在证券市场挂牌交易，其核心使命是在约定期间内寻找具有发展潜力的未上市公司完成并购，最终帮助目标公司实现证券交易所上市，同时为原始投资

① 《深化资本市场开放合作促进后疫情时代全球经济复苏发展》，载中国证监会官网 2021 年 9 月 6 日，http://www.csrc.gov.cn/csrc/c100028/c97e4a72d94284345b7e2093eabe8e70f/content.shtml

② 数据来源：https://www.spacinsider.com/data/stats

③ 参见许荷东、卢一宣：《美股 SPAC 上市、并购及并购后发展情况》，载《清华金融评论》2021 年第 7 期，第 29–32 页。

④ 参见李正全：《SPAC：制度创新还是资本泡沫》，载《清华金融评论》2021 年第 7 期，第 24–28 页

者创造资本增值收益。

（二）发展脉络梳理

空白支票公司的雏形最早出现在 20 世纪 80 年代的美国场外交易市场，但由于这类公司在募资时尚未确定具体并购标的，且当时低价股市场缺乏有效监管，导致市场欺诈行为频发。1990 年美国《证券执法救济和小额股票改革法》（The Securities Enforcement Remedies and Penny Stock Reform Act）出台，对“低价股（penny stock）”的诸多方面进行了规范，如参与主体、信息披露、中介机构责任。在当时的政策制定者看来[①]，SEC 的首要目标是打击证券的违法行为，在于惩罚和威慑违法行为人，而非保护受害的投资者。因此，SEC 随之制定 419 号规则，对空白支票公司设立严格约束：即要求募集资金及相应收益应当全程托管且不得随意分配、限定 18 个月内完成并购、股东批准并购方案的程序要求并且赋予异议股东退出权。

在此监管框架下，传统空白支票公司逐渐转型为符合现代监管要求的 SPAC。早期 SPAC 为了与空白支票公司划清界限，通常选择较高的注册资本并选择在场外交易系统（Over the Counter Bulletin Board，OTCBB）上市，并主动采纳比监管要求更为严格的投资者保护措施，包括引入知名专业人士主导项目、延长并购期限至 24 个月（18 个月公布交易方案、6 个月内完成交易行为）、预先明确目标公司行业范围等。

2008 年，SEC 允许此类公司在纽交所和纳斯达克上市，成为 SPAC 模式发展的重要转折点，这一突破使得 SPAC 模式被正式纳入证券交易所规则体系，形成了包含资金托管及使用比例、期限管理、股东救济等要素的现代 SPAC 模式框架，体现了证券监管理念从“买者自负”向“卖者尽责”的重大转变。[②]

三、SPAC 模式的理论基础

（一）主要参与方分析

发起团队：SPAC 的发起团队多由资深资产管理人、知名企业家及社会公众人物构成。其主要职责包括组建管理团队、设立 SPAC 架构以及寻找合适并购标的。发起团队需要提供初始资金承担设立成本，相应的其亦享有通过业绩提成机制获得激励的权利，即在成功完成并购并达成预设目标后获得额外股份奖励，当然此部分股份奖励亦需遵守锁定期的规定。

IPO 认购者：IPO 认购者主要包括专业机构投资者与合格个人投资者。值得注意的是，或许是基于 SPAC 在并购完成前缺乏实质业务的特殊性考虑，联交所明确限制散户参与 SPAC 投资，仅允许专业投资者认购相关证券。

PIPE 投资者：在 SPAC 完成 IPO 后，通常需要引入 PIPE 融资作为补充资金保障，以防公众投资者大量赎回影响并购交易。各交易所对 PIPE 投资要求存在差异，联交所特别设置了与并购目标规模挂钩的投资门槛标准。PIPE 融资的成功与否，往往成为衡量市场对 SPAC 交易信心的重要指标。

服务机构：券商、律师事务所及会计师事务所等中介机构在 SPAC 上市过程中亦承担重要角

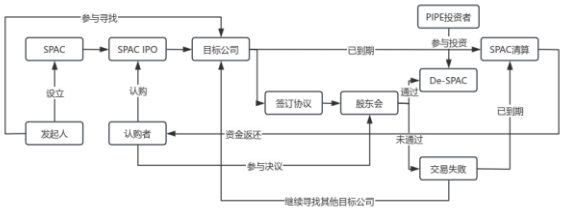
① Ari Berman，Bruce Ericson，Lee Brand，Stephen Amdur & Pillsbury，The SPAC Explosion: Beware the Litigation and Enforcement Risk，at https://corpgov.law.harvard.edu/2021/01/14/the-spac-explosion-beware-the-litigation-andenforcement-risk，Jan. 6. 2024.

② 参见蔡奕：《SPAC 业务模式分析与法律规制路径研究———兼议金融创新的审慎性问题》，载《国际经济法学刊》2025 年第 1 期，第 97-112 页。

色。费用主要包括承销费、法律、审计费、尽职调查费、PIPE 融资成本等，支付节奏与交易阶段紧密挂钩，通常在 IPO 时收取一定比例的募资额作为前期费用，待并购交易完成后再收取剩余一定比例的尾款。

（二）运作流程解析

学术界普遍将 SPAC 模式的运作流程归纳为四个关键阶段：设立 SPAC、完成融资与挂牌、筛选并洽商目标公司、实施并购实现上市。首先，由专业团队设立无实际经营业务的 SPAC;随后通过 IPO 募集资金并存入托管账户；接着在约定时限（通常为 18-24 个月）内寻找具备高成长潜力的未上市公司；最后通过并购交易实现目标公司的上市。相较于传统 IPO，SPAC 模式具有信息披露要求相对简化、尽职调查程序更为聚焦的特点。具体流程如下：



（三）联交所 SPAC 模式规则

《香港聯合交易所有限公司證券上市規則》第十八B章对SPAC进行了诸多规制,具体如下：

發起人	至少一名特殊目的收購公司發起人是持有證監會所發出的第 6 類（就機構融資提供意見）及／或第 9 類（提供資產管理）牌照的公司 至少須有一名發起人實益持有特殊目的收購公司發行的發起人股份的至少 10%
董事	董事會必須有至少兩人持有證監會發出的牌照，可在證監會持牌法團進行第 6 類（就機構融資提供意見）及/或第 9 類（提供資產管理）受規管活動
集資額	至少為 10 億港元
發行價	至少為 10 港元
投資者	禁止向公眾人士營銷及容許其買賣
公開市場規定	至少有 75 名專業投資者，當中至少 20 名須為機構專業投資者，而此等機構專業投資者必須持有至少 75%的待上市證券
期限	在上市之日起計 24 個月內刊發的公告 在上市之日起計 36 個月內完成併購交易（延長期限最多為 6 個月）
股東表決	有重大利益股東及其緊密聯繫人必須就相關決議案放棄表決權
禁售期	發起人在併購交易完成日期起計 12 個月內不得出售上市文件所示中其實益擁有的任何繼承公司證券，就該等證券訂立任何協議出售有關證券，或設立任何選擇權、權利、利益或產權負擔

（四）相比其他融资模式的优劣势分析

1. SPAC 模式的优势分析

（1）相较于传统 IPO 的优越性

SPAC 模式在国际资本市场中已成为重要的上市路径，诸多境内公司通过该方式成功登陆海外市场，这在一定程度上反映出当前境内上市渠道尚不能充分满足公司的多元化融资需求。与传统 IPO 相比，SPAC 模式具有以下几方面显著优势：

首先，上市周期显著缩短。传统 IPO 流程繁琐，包含材料申报、多轮问询及路演等环节，自辅导期始整个流程或将长达几年。而 SPAC 模式下，发起人先行设立空壳公司并完成融资，继而在约定期限内并购目标公司即可实现上市，流程大大缩短。

其次，交易确定性与估值预期更为明确。传统 IPO 系基于簿记建档和市场询价确定发行价，上市当日的股价不确定性较大，易受短期市场波动影响；SPAC 模式下，目标公司的估值由合并双方提前协商确定，定价机制更为透明可控。

再次，综合成本相对较低。传统 IPO 中，保荐及承销费用通常占募资总额的 3-5%，而 SPAC 模式下此费用基本由发起人承担，目标公司无需

直接支付。虽然 SPAC 模式可能会导致发起人股份稀释，但综合来看，其仍具备较强的经济性与灵活性。

综上，SPAC 模式在效率、确定性和费用考量方面展现出明显竞争力。SPAC 模式是积极响应我国持续推进资本市场制度开放政策的新型上市路径，能够有效增强资本市场活力与服务实体经济的能力。

（2）相较于借壳上市的优越性

尽管 SPAC 模式与借壳上市有诸多相似之处，比如监管程度较低、资本营收较高，但二者在操作流程与实质目的上存在差异。借壳上市通常需要公司获取一家已上市公司（即“壳公司”）的控制权，从而实现资产与业务的整合。这类壳公司通常经营状况不佳、面临退市风险，除“壳”外没有其他有价值资产，还可能存在未决法律纠纷、负债等问题，清壳及整合难度较大。

相比之下，SPAC 可视为一种更为简洁的“净壳”，无经营历史且有现金的净壳公司直接与目标公司合并实现上市。SPAC 主体本身无负债、无业务纠纷，避免了传统借壳中对问题壳资源的筛选与清理环节，显著降低了操作难度与潜在风险，为拟 IPO 公司提供了一条高效、可控的资本化通道。

2. SPAC 模式的法律风险剖析

（1）投资者权益保障缺失风险

发起人与投资者的利益冲突是 SPAC 模式最显著问题。发起人可通过较低价格优先认购部分股份，受限于并购时限，发起人通常倾向于推动任何并购交易而非最优交易以获得收益，甚至投资者亏损但发起人依旧盈利的情况时有发生。

另外，股权稀释导致公司控制权不明亦不利于公司的发展，出现公众投资者基于对发起团队的认可，为发起团队买单，发起团队却丧失控制权的情况。某公司在 SPAC 并购完成后，原股东持股比例从 11.87%稀释至 4%，实际控制权大幅削弱，运营陷入混乱，但由于已完成并购交易，后续的持续运营并非发起人的首要关注目标，进而导致购买该公司股票的投资者利益受损，目前已完成退市。

（2）前瞻性信息失实风险

1995 年，美国国会通过《私人证券诉讼改革法案》（PSLRA），其创设的安全港规则为上市公司前瞻性陈述提供免责保护，但该规则在 SPAC 模式的适用性存在一定争议。与传统 IPO 禁止披露业绩预测不同，SPAC 模式在并购阶段可充分利用安全港规则披露估值预测，这就给资本套利留下了监管空间。这种制度差异导致 SPAC 发起人为促成股东会通过交易，可能发布过度乐观的财务预测。某公司其 SPAC 公司上市时披露的三年盈利预测与实际业绩严重偏离，导致股价自初始阶段的 10 美元跌至 2-3 美元甚至更低，但因其援引安全港规则而免于承担责任，致使投资者遭受重大损失。

（3）中介机构职责弱化风险

虽然美国证券法已明文规定中介机构责任涵盖所有参与证券销售活动的主体。但在 SPAC 并购过程中，券商常以顾问身份规避中介机构责任，未能完全勤勉尽责。相较于传统 IPO 中中介机构需对信息披露承担连带责任，SPAC 模式下券商仅受反欺诈条款约束，责任标准显著降低，亦削弱了中介机构的“看门人”职能。

同时，中介机构的递延报酬机制（即较少部分于 IPO 时支付，剩余费用的支付取决于并购完成），使得中介机构亦渴望促成交易的达成，而非寻找优质的目标公司。某公司在缺乏中介机构

把关的情况下，由于对美国会计准则缺乏认知，其上市后股价迅速跳水。

（4）市场操纵与套利风险

部分学者将 SPAC 模式誉为公众投资者参与 pre-IPO 投资的一扇门，而对冲基金群体被誉为“SPAC 黑手党”[①]，其通过大量认购 IPO 股权并在并购前赎回的策略获利，宽松的宣传规则助长了信息操纵行为，使得市场上充满了不实信息，本质上构成无风险套利。2010 至 2020 年间，中概股因做空事件引发了美国资本市场的系列诉讼，而后赴美上市的境内公司均遭此质疑。

（5）跨境法律合规挑战

因证监会的诸多合规要求，境内公司通过 SPAC 模式上市则需搭建红筹架构，其中 VIE 架构（Variable Interest Entities）利用合同的签订规避了外资准入的限制性规定，面临较高的合规风险。[②]近年来，中美监管机构均加强了对 VIE 架构的审查，要求披露更多关联关系细节。在税务领域，VIE 架构通常涉及英属维尔京群岛、开曼群岛等众多低税管辖区，使得境外税务信息的获取更加困难，容易引起税务机关的格外关注。

四、境内首家 De-SPAC 在港上市公司——找钢集团

2025 年 3 月 10 日，找钢产业互联集团（ZGGROUP，以下简称“找钢集团”）成功借壳 SPAC 公司 Aquila（07836.HK）在联交所主板挂牌上市，股票代码“06676.HK”。找钢集团是中国境内第一家通过 De-SPAC 模式在港上市的公司，估值超百亿。[③]

同时找钢集团在二次赴港上市过程中分别尝试了传统 IPO 和 SPAC 两种不同的融资模式，通过对其两次 IPO 筹备流程的剖析，我们可以清晰地揭示出 SPAC 模式相较于传统 IPO 所展现出的独特优势。这一实践对于深入探讨和理解中小公司在选择赴港上市路径时所面临的考量与决策，具有重要的启示和参考价值。

（一）找钢集团的历史沿革

找钢集团成立于 2012 年，曾开创大宗商品领域 B2B 交易平台的先河。2018 年，找钢集团就曾向联交所递交招股书，于 2018 年 12 月通过聆讯，但在 2019 年 5 月主动中止上市事宜，该公司当时称，此举综合考量了中外资本市场变化，以及自身发展战略等因素。

本次上市时，找钢集团已完成六轮融资，投资机构包括经纬中国、IDG 资本、华晟资本、雄牛资本、红杉资本、险峰长青、真格基金、首钢基金等多家知名基金机构，累计融资金额超过 20 亿元。同时根据协议，找钢集团向 PIPE 投资者发行 PIPE 投资股份，来自 PIPE 投资的所得款项总额为 6.053 亿港元。

（二）具体上市流程

2022 年 3 月 18 日，Aquila 成为首家成功在联交所主板上市的 SPAC 公司，募资 10 亿港元，成立的目的为与一家或多家公司进行业务合并，重点关注为亚洲（特别是中国）新经济领域的技术赋能公司。

2023 年 8 月 31 日，Aquila 发布公告，宣布将与找钢集团签署业务合并协议，找钢集团计划以

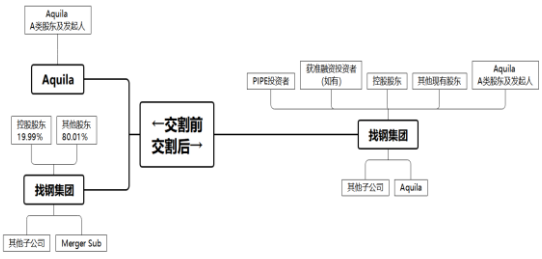
① 参见朱翔宇：《从空白支票公司到 SPAC：美国的市场演进、监管变革及启示》，载《北方金融》2021 年第 11 期，第 56–62 页。
② 参见姜立文，杨克慧：《中概股跨国监管的法律冲突与协调》，载《南方金融》2020 年第 11 期，第 38–45 页。
③ https://www1.hkexnews.hk/listedco/listconews/sehk/2025/0310/sehk25020502113_c.pdf

De-SPAC 模式提交上市申请，由此找钢集团再次启动联交所上市进程，具体流程如下：

首先，每股 AquilaA 类股份以换取权利收取一点零五（1.05）股新发行的继承公司 A 类股份及就 AquilaB 类股份转换而发行的每股 AquilaA 类股份以换取权利收取一股新发行的继承公司 A 类股份。AquilaA 类股东有权获发额外零点零五（0.05）股新发行的继承公司 A 类股份，旨在激励 Aquila 股东不行使其与特殊目的收购公司并购交易有关的赎回权及请求权，并在特殊目的收购公司并购交易完成后成为继承公司的股东。

其次，找钢集团在开曼群岛出资设立一家全资子公司 Merger Sub。该公司仅为实施合并而注册成立，除与合并有关的事宜外不开展其他业务活动。Aquila 成为 Merger Sub 的全资子公司。

Aquila 与 Merger Sub 将进行合并。此后，Merger Sub 将不再单独存在，Aquila 将继续作为合并后的存续实体存在并成为找钢集团的全资子公司，Aquila 股东成为找钢集团的股东，同时完成修订公司的公司章程及规章制度。



五、SPAC 模式境内适用的可行性建议

在当前市场环境下，香港与新加坡已相继开放 SPAC 模式上市机制，为区域资本市场注入新的发展动力。与此同时，中美贸易摩擦加剧，双方在监管政策方面尚未达成一致，境内资本市场应把握这一机遇，充分运用其在 A 股发行承销方面的经验，积极构建 SPAC 金融服务体系，拓展新的业务领域。

以找钢集团为例，其公司虽符合北交所上市标准，却选择通过 SPAC 模式在香港上市，这一决策反映出公司对境内上市可行性的审慎评估，也揭示了当前我国资本市场对中小公司提供融资支持方面保有保守态度。相较而言，SPAC 模式具有快速融资、专业投资者主导、风险可控等优势，与目前资本市场当前面临的困境形成互补，系中小公司提供更高效的资本化选择。

构建符合我国市场特点的 SPAC 制度，需从以下方面进行规则设计：

一是明确 SPAC 模式的法律定义与运作机制。SPAC 是由专业机构发起设立，通过首次公开发行募集资金，并在约定期间（通常为 2 年）内完成对未上市公司并购的创新融资工具，旨在帮助目标公司快速登陆资本市场。

二是设立严格的准入与运营标准。在设立阶段，应对发起人资质、募资规模及信息披露提出明确要求；在运营过程中，需规范管理团队职责、决策程序和信息披露义务，确保运作规范透明。明确目标公司的行业属性、市值标准等要求，并通过尽职调查、股东表决及信息披露等程序保障并购决策的合法性与合理性。

三是优化信息披露体系。要优化这一体系，可从以下几个方面入手：首先，打造覆盖全流程的披露框架，明确 SPAC 及目标公司在发行、治理、财务、交易架构以及风险等各个环节需要公开的信息内容与时间节点。在信息披露的范围与深度上，仍需坚持与传统 IPO 相同的标准，真实反映当前经营现状与潜在投资风险，帮助投资者理性判断，同时减少未来可能产生的法律纠纷。其次，强化主体责任落实，保证 SPAC 及其管理

团队对所披露信息的真实性、准确性、完整性与时效性承担责任。此外，注重提高透明度，推行定期公告与临时公告相结合的机制，激励公司主动披露，并改进信息发布途径，方便投资者快速获取。由于 SPAC 交易结构相对复杂，公众投资者可能难以全面理解披露内容，公司应对核心信息进行详细解读与充分说明。最后，完善惩戒制度，对信息披露违规行为采取严格的行政与司法惩处，以形成有力威慑。

四是强化投资者保护机制。境内外资本市场的较大不同在于投资者结构，中小投资者的权益保护一直系境内资本市场的重中之重。通过公平对待投资者、防范利益冲突等措施保障中小投资者的合法权益，同时加强投资者教育，提升市场认知度。

五是健全监管机制。除了传统证监会、交易所等官方机构地监管外，亦可参考境外做空机构地做法。官方机构通常需要明确职责权限，在权限内监管，同时手段较为单一，通常为定期审查、现场检查的方式。而做空机构由于其依靠做空交易牟利，有较大的市场自驱力。但做空交易目前与我国现行法律体系存在冲突，或可设置专门“安全港”规则予以豁免，促进市场主体与官方机构相结合监管机制，保障市场健康运行。

六是与 A 股市场的协同发展。目前我国资本市场对于 IPO 公司要求较为明确，即具有持续经营能力并需提供经审计的财务报告予以证明。明确 SPAC 与现有市场各板块的差异，实现优势互补与基金、公司、合伙公司相关规定相衔接，构建多层次资本市场体系。

通过税收优惠、融资便利等措施鼓励公司通过 SPAC 模式在 A 股上市，与证监会已于 2021 年在北京开展的金融科技创新试点相结合，促进资本市场创新发展。

参考文献

[1] 参见许荷东、卢一宣:《美股 SPAC 上市、并购及并购后发展情况》，载《清华金融评论》2021 年第 7 期，第 29-32 页。

[2] 参见李正全:《SPAC：制度创新还是资本泡沫》，载《清华金融评论》2021 年第 7 期，第 24-28 页

[3] Ari Berman，Bruce Ericson，Lee Brand，Stephen Amdur & Pillsbury，The SPAC Explosion: Beware the Litigation and Enforcement Risk， at https: / /corpgov . law . harvard . edu /2021/01/14/the-spac-explosion-beware-the-litigation-andenforcement-risk，Jan．6．2024.

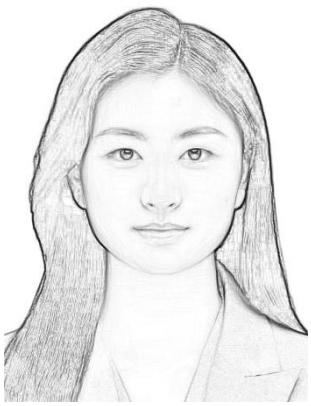
[4] 参见蔡奕：《SPAC 业务模式分析与法律规制路径研究———兼议金融创新的审慎性问题》，载《国际经济法学刊》2025 年第 1 期，第 97-112 页。

[5] 参见朱翔宇:《从空白支票公司到 SPAC：美国的市场演进、监管变革及启示》，载《北方金融》2021 年第 11 期，第 56-62 页。

[6] 参见姜立文，杨克慧：《中概股跨国监管的法律冲突与协调》，载《南方金融》2020 年第 11 期，第 38-45 页。

生成式人工智能的刑事风险识别及分级治理

李冬峰、张　茜



李冬峰律师，吉林大学法律硕士，山东德衡律师事务所权高级合伙人、青岛大区副主任、山东大区刑事业务中心管理总监，青岛市优秀律师，专注刑事辩护与法律风险防控，擅长无罪、量刑辩护，对于电信诈骗犯罪、涉税犯罪、虚假诉讼犯罪、非法集资犯罪、金融诈骗犯罪、职务犯罪、走私犯罪、毒品犯罪、涉黑犯罪以及各类传统犯罪案件的辩护具有丰富的经验。执业以来办理案件400余件，无罪案件20余件，专业能力得到客户及法律各界人士的高度认可。

张茜，山东德衡律师事务所经济犯罪辩护部实习生，本科毕业于西北政法大学，现为吉林大学刑法学专业在读研究生，在校期间曾获吉林大学学业奖学金等多项奖励，实习期间曾发表《刷单炒信类型化视野下正向刷单炒信行为的刑法规制》等文章。

摘　要：生成式人工智能的全面爆发在给社会带来显著发展红利的同时，不可避免地会引发与数据安全、算法安全、知识产权有关的刑事风险。鉴于生成式人工智能技术的复杂性和应用的广泛性，所涉刑事风险的识别与治理面临更多挑战。充分识别生成式人工智能的刑事风险需要搭建协同互补的认知框架，以系统视域对生成式人工智能潜在刑事风险进行全流程审查，借助类型化思维方法对生成式人工智能主要刑事风险进行重点剖析。在此基础上构建生成式人工智能的分级治理机制，通过企业自治、行政监管、刑事规制实现风险防控与技术发展的动态平衡。

关键词：生成式人工智能；刑事风险；数据安全；分级治理

一、问题的提出

随着深度学习技术的发展，人工智能实现由“判别”到“生成”的重大突破。2023 年《生成式人工智能服务管理暂行办法》（以下简称《办法》）将生成式人工智能技术定义为“具有文本、图片、音频、视频等内容生成能力的模型及相关技术”。相较于分析式人工智能，生成式人工智能具备智能化创作能力和跨模态融合特征，不仅能对数据样本进行提取、分析，而且能创造出超越样本的新内容，实现文本、图像、视频等多模态交互转换。这意味着，生成式人工智能将会对以脑力劳动为核心的生产领域产生颠覆性影响。毫无疑问，生成式人工智能正推动人类社会加速迈入智能经济时代。

近三年，生成式人工智能全面爆发，全球 AI 大模型百花竞放。无论是开创多模态交互新纪元的 ChatGPT-4，还是以开源模式推动全球参与创新的 DeepSeek，都向我们展示了生成式人工智能在提升工作效率、创新知识生产等方面的巨大潜力。但科技终究是一把双刃剑，生成式人工智能在带来显著社会发展红利的同时，不可避免地会引发数据安全、知识产权等方面法律风险。用户成功诱导 ChatGPT “越狱” 的实例表明，如果使用者有意通过设置命令和禁止要求，可能诱导人工智能输出不良、虚假或违法信息，最终突破研发者对其设置的道德伦理及法律底线。[①]在此背景下，分析生成式人工智能的潜在风险并提出法律治理路径就绝非科幻意义上的感性空想，而是建构在现实基础之上的理性思考。[②]掌握智能经济时代的发展主动权需要研判和控制生成式人工智能的潜在破坏力，其中对潜在刑事风险的识别、治理显然不可或缺。

当前理论界与实务界已经对人工智能发展可能带来的刑事法律变革产生警觉，但对生成式人工智能可能引发的刑事风险缺乏系统性关注和重点性研判。因生成式人工智能具有较强的智能性，其潜在刑事风险涉及技术、伦理等多个层面，治理难度大幅提升。而明晰所涉风险的具体内容与特征是有效治理生成式人工智能刑事风险的前提，[③]刑事风险的全面研判应以了解其运作流程为基础。因此，本文坚持两点论与重点论相统一的辩证分析法，主张搭建协同互补的认知框架，首先在系统化的视域下，以生成式人工智能的工作流程为线索，全面筛查生成式人工智能的刑事风险；之后采用类型化思维方法，着重剖析生成式人工智能发展面临的主要刑事风险。最终，以刑法谦抑性原则为指导，构建生成式人工智能刑事风险的分级治理机制。

二、生成式人工智能潜在刑事风险的全流程审查

运用扎根理论对我国 18 份生成式人工智能的法律政策文本进行编码分析，研究揭示生成式人工智能法律风险的复杂来源涵盖数据、算法、系统和人为多个层次的关系。[④]面对如此复杂的风险来源，选择正确的切入视角对全面研判生成式人工智能潜在刑事风险尤为重要。事实上，生成式人工智能运作流程衔接紧密，各个环节都可能

① 参见邓建鹏，朱怿成：《ChatGPT 模型的法律风险及应对》，载《新疆师范大学学报（哲学社会科学版）》2023 年第 5 期，第 94 页。
② 刘艳红：《生成式人工智能的三大安全风险及法律规制——以 ChatGPT 为例》，载《东方法学》2023 年第 4 期，第 30 页。
③ 房慧颖：《生成型人工智能的刑事风险与防治策略——以 ChatGPT 为例》，载《南昌大学学报（人文社会科学版）》2023 年第 4 期，第 53 页。
④ 徐伟，李文敏：《生成式人工智能法律风险的源头治理》，载《行政与法》2025 年第 2 期，第 93 页。

潜藏一定的刑事风险。因此，在强调整体性、关联性、动态性的系统论视域下，以运作流程为线索考察生成式人工智能的刑事风险，有利于后续全方位防控的实现。而作为基于 Transformer 的人工智能应用，生成式人工智能的主体架构遵从“语料体系+预训练+微调”的基本模式，[①]可以划分为预训练阶段、微调优化阶段和推理生成阶段三个阶段进行考察。

（一）预训练阶段的潜在刑事风险

预训练阶段是生成式人工智能构建通用能力的基础阶段，包含数据处理和自监督训练两项基本内容：首先需要收集海量原始数据，在清洗低质内容、过滤有害信息后形成高质量训练数据集；之后借助 Transformer 模型，根据信息的相关程度对神经网络提取的信息进行自监督学习[②]；最终产出能够理解、生成自然语言的基座模型。预训练阶段所用语料是无标注的文本数据，获取海量数据是进行后续训练的关键。因此，预训练阶段的刑事风险可能集中发生于数据处理工程。

1. 数据收集环节涉及的刑事风险

生成式人工智能预训练所需要的数据可能来源于百科、书籍、期刊、社交网站等各类渠道，或以接入数据平台、使用网络爬虫工具的方式直接获取，或通过达成数据交易合同间接获取。其中，网络爬虫并不区分网络数据的种类与形态，网站、社交媒体等各类网络载体中的数据都可以成为获取对象，个人数据、政务数据等也会被一并收集。[③]此时很有可能发生未经许可、授权或超出许可、授权获取信息的情况。依据非法获取数据所涉信息的不同，该类获取行为可能触犯侵犯公民个人信息罪、侵犯商业秘密罪、侵犯著作权罪、非法获取军事秘密罪、非法获取国家秘密罪、非法获取计算机信息系统数据罪等罪名。

2. 数据清洗环节涉及的刑事风险

为形成高质量训练数据集，研发人员通常会采取一定的安全过滤措施以排除有害信息。但当研发方不履行信息安全保障义务，在数据清洗阶段未对数据进行实质性筛查，纵容混入或积极添加涉嫌恐怖主义、淫秽色情等违法信息的数据，若该类信息经后续交互问答环节输出、传播，研发方经责令采取改正措施但拒不改正的，可能构成拒不履行信息网络安全管理义务罪。而当研发方因疏忽大意或过于自信而造成程序漏洞使大量违法信息成为生成式人工智能训练、输出的素材时，则可能需要承担一定的过失责任。

3. 数据储存环节涉及的刑事风险

在数据存储阶段，企业负有根据数据分级分类采取相应安全保护措施的义务，主要包括物理安全措施、技术安全措施、行政安全措施等。[④]若企业对所获数据中的敏感信息没有采取相应的安全、保密措施或安全、保密管理不到位，致使某些敏感数据被公开发布、恶意使用，甚至违反国家规定，故意将需要保密的数据泄露、提供给其他个人或单位，根据所涉信息内容不同，可能会触犯故意或过失泄露国家秘密罪、泄露内幕信息罪、侵犯商业秘密罪、侵犯公民个人信息罪等罪名。

（二）微调优化阶段的潜在刑事风险

微调优化阶段是塑造生成式人工智能智能化创作能力的核心阶段，旨在为生成更加真实自然、

① 钱力等：《ChatGPT 的技术基础分析》，载《数据分析与知识发现》2023 年第 3 期，第 8 页。
② 杨善林等：《人工智能与管理变革》，载《中国管理科学》2023 年第 6 期，第 3 页。
③ 黄明儒，刘方可：《生成式人工智能的刑事犯罪风险与刑法应对》，载《河南财经政法大学学报》2024 年第 3 期，第 70 页。
④ 程啸:《论数据安全保护义务》，载《比较法研究》2023 年第 2 期，第 66 页。

符合人类价值偏好的内容提供支持。具体而言，该阶段包括以下子环节：首先进行监督微调，利用人工标注数据初步引入人类价值偏好；接着根据人工输入数据，建立打分制的奖励模型，进一步校对、学习人类价值偏好；[①]之后继续强化学习，不再仅依赖数据标注，而是通过与人类互动学习，根据奖励信号调整行为，生成更高质量的回答[②]。对人类价值偏好的学习是此阶段的核心任务，而其引入主要由研发者的指令操控，加之模型参数运行较为复杂、封闭，故而可能引发算法偏见、算法黑箱等问题并由此衍生出相应刑事风险。

1．算法偏见衍生的刑事风险

算法偏见也被称作算法歧视，是指因算法自身因素或突发性错误等瑕疵造成不公平、不合理结果的系统性的、可重复出现的现象。[③]其成因主要包括数据偏见，即用于预训练或优化的数据本身具有偏见，以及算法模型开发者在构建算法模型选择特征变量时引入了偏见。[④]在引入、学习人类价值偏好时，若研发者偏离主流价值观，选择反对政府、煽动暴力、宣传仇恨或恐怖主义的内容，则有可能触犯包括煽动分裂国家罪、煽动颠覆国家政权罪、煽动实施恐怖活动罪、煽动民族仇恨、民族歧视罪等煽动类罪名。

2. 算法黑箱衍生的刑事风险

算法黑箱是基于黑箱理论的一种隐喻，是指在算法运行的某个阶段所涉及的技术繁杂且部分无法了解或得到解释的情况。[⑤]生成式人工智能采用深度神经网络语言模型进行训练，通过数百万至数十亿参数的复杂交互实现内容生成，往往难以追溯具体决策路径，相较于前代人工智能具有更强的隐匿性和不可预测性。且生成式人工智能因具备推理学习能力而具有一定的自主成长性，研发者不能完全预设其所实施的所有处理行为。因此，生成式人工智能可能存在“自主犯罪”的风险。

（三）推理生成阶段的潜在刑事风险

推理生成阶段是生成式人工智能由语言训练转向实际应用的最终阶段，通过将用户指令拆解为结构化的生成任务，利用经过强化训练的模型识别任务、生成内容，最终实现用户交互。该阶段的刑事风险主要源于具体生成内容。

1．侵犯著作权的刑事风险

当用户输入正常指令时，可能因生成式人工智能输出内容的不完全可控引发相应刑事法律风险。其中，比较突出的是生成创作性内容侵犯他人著作权引发的刑事风险。现代语言学之父诺姆·乔姆斯基曾批判生成式人工智能是一种高科技的剽窃技术。事实上，生成式人工智能所创作的作品是对在先数据进行汇编、改编的产物。可能因生成内容与原作品构成实质性相似或在保留原作品核心内容基础上进行改编而侵犯他人著作权，严重时则可能升级为犯罪。

2.作为犯罪工具的刑事风险

当用户输入不当指令时，生成式人工智能可能因输出非法内容而沦为行为人实施犯罪的工具。具体而言，行为人可能利用生成式人工智能生成某些不实信息，如虚构险情、疫情、灾情、警情

① 侯跃伟：《生成式人工智能的刑事风险与前瞻治理》，载《河北法学》2024 年第 2 期，第 160 页。
② 刘霜，祁敏：《生成式人工智能的刑事法律风险及其合规治理》，载《河南社会科学》2024 年第 8 期，第 48 页。
③ 参见刘友华：《算法偏见及其规制路径研究》，载《法学杂志》2019 年第 6 期，第 75 页。
④ 李立丰，张鑫蕾：《平台大数据权益的刑法平衡保护——兼论生成式人工智能大数据风险的刑法治理》，载《南通大学学报（社会科学版）》2025 年第 2 期，第 86 页。
⑤ 参见谭九生,范晓韵：《算法“黑箱”的成因、风险及其治理》，载《湖南科技大学学报（社会科学版）》2020 年第 6 期，第 93 页。

或编造针对特定个人或群体的侮辱、诽谤性言论，从而触犯编造、故意传播虚假信息罪、侮辱罪、诽谤罪以及扰乱公共秩序类的罪名。同时，行为人也可能诱导生成式人工智能输出某些非法信息，如宣扬恐怖主义、极端主义的信息或包含制毒、诈骗等犯罪方法的信息，触发相关犯罪风险。

三、生成式人工智能主要刑事风险的深度剖析

在认识复杂事物时，既要系统地、全面地看待问题和处理问题，又要认识和把握系统或整体中的主要矛盾和矛盾的主要方面。[①]以系统视域对生成式人工智能的潜在刑事风险进行全流程分析，有助于从整体上实现潜在刑事风险的全方位防控；借助类型化思维方法聚焦存在规制难题的主要刑事风险，则有助于重点解决生成式人工智能发展给现行刑法规制带来的挑战。因此，在对生成式人工智能潜在刑事风险进行全流程分析的基础上，需要借助类型化思维方法，进一步提炼其中的主要风险类型并对相关治理难题展开分析。

（一）数据衍生型刑事风险

未来世界经济的竞争很大程度上是数字经济的竞争[②]，数据已为至关重要的经济资源和生产要素。而毋庸置疑，生成式人工智能已经革新了以往人工智能获取、利用数据的方式。[③]其日常训练以从各领域收集的海量数据为依托，对数据利用的广度、深度均大幅提升。显然，在生成式人工智能的迭代发展中，生成式人工智能的研发者具有不容推辞的数据安全保障义务[④]，需要保障数据获取、清洗、储存符合法律法规和行业准则的要求，包括伦理和价值观方面。

如前所述，研发人员在数据处理过程中不仅可能实施故意危害数据安全的行为，也可能由于疏忽大意或过于自信造成数据安全事故。目前我国刑法中未专门设置过失数据犯罪的罪名。鉴于此种情况下研发方的罪责与拒不履行信息网络安全管理义务罪较为相似，在将生成式人工智能理解为一种网络数据服务产品的前提下，可以适用拒不履行信息网络安全管理义务罪予以规制。在过失责任范围的认定上，新过失论相较旧过失论和超新过失论，既能避免具体预见难以适用人工智能领域的尴尬局面，也不会因抽象的预见过度扩大过失犯的成立范围。[⑤]因此，采用新过失论，在预见可能性的基础上，通过结果回避义务的履行保留出罪空间，更符合鼓励生成式人工智能发展的现实情况。

（二）算法衍生型刑事风险

算法是实现数据价值转换的引擎。生成式人工智能发展的底层逻辑在于算法的设计和创新，其不仅具有工具形态的赋能作用，也承载了社会结构中的权力关系。[⑥]因而，算法偏见、算法黑箱等衍生出的刑事风险是生成式人工智能刑事风险治理需要面对的新型挑战。这些挑战集中表现为技术权力膨胀对人类主体性的威胁。“技术鸿沟”的存在往往使得信息主体无法意识到自己的信息正在被分析和利用，数据主体与算法主体的地位差距愈发悬殊，数字弱势群体的权利无法得到有

① 杜雨来，杨玉成：《论习近平的辩证思维》，载《社会主义理论与实践》2023 年第 3 期，第 120 页。
② 王利明：《数据何以确权》，载《法学研究》2023 年第 4 期，第 56 页。
③ 刘宪权：《涉生成式人工智能数据犯罪刑法规制新路径》，载《当代法学》2024 年第 6 期，第 3 页。
④ 参见孙道萃：《人工智能犯罪的知识解构与刑法应对》，载《青少年犯罪问题》2023 年第 2 期，第 15 页。
⑤ 袁彬，薛力铭：《生成式人工智能的刑法规制问题研究》，载《河北法学》2024 年第 2 期，第 151 页。
⑥ 藏雷振，陈浩：《生成式人工智能算法风险及社会治理挑战》，载《中共中央党校（国家行政学院）学报》2025 年第 1 期，第 43 页。

效保障。[①]加强技术监管是防控算法衍生型刑事风险的必要手段。

另一有关算法运行的显著担忧是生成式人工智能“自主犯罪”的风险。事实上，在人工智能尚不具备自主意志的背景下，所谓的“自主犯罪”只是技术缺陷或人为诱导造成的假象。生成式人工智能具有运算参数庞杂、决策机制不够透明等内生缺陷。当使用者输入某些模糊性指令诱导生成式人工智能输出有害内容时，可能由于运算机制的不可解释性难以追溯错误的源头，既无法证明输入指令与生成有害内容之间的因果关系，也难以认定研发方存在主观过失，最终导致责任在技术迷宫中蒸发。此时，生成式人工智能本质上仍是智能化的辅助工具，不能成为承担刑事责任的主体。

（三）交互衍生型刑事风险

生成式人工智能在外部以聊天机器人的形式存在，用户的指令是其内容输出的依据。实质上，推理生成阶段面临的主要刑事风险具有明显的机器—用户交互特征。如前所述，生成式人工智能尚不具有刑事责任主体资格。因此，在依据用户指令生成非法内容为犯罪提供帮助的情况下，生成式人工智能仅作为犯罪工具而存在，只能追究真正对犯罪进程及结果起支配作用的自然人的刑事责任。

而交互因素的存在也提升了判断生成式人工智能生成某些创造性内容是否侵犯他人著作权的难度。鉴于生成式人工智能输出的内容是依据用户指令、利用先在数据形成的，因此在内容生成阶段，即使研发人员获取相关作品数据已经著作权人许可，若生成式人工智能输出内容与原作品构成实质性相似，仍会因侵犯他人著作权而可能涉嫌侵犯著作权罪。按照判断逻辑顺序，对生成内容独创性的认定属于侵权判断的重要一环。

思想与表达二分法是证成读者中心主义合理性的逻辑基础，也是证成人工智能生成内容具有独创性的有力依据。[②]事实上，使生成式人工智能生成完全相同内容的难度甚至大于其生成具有差异性内容的难度。[③]生成式人工智能生成内容完全可能具有独创性，具体可通过比较生成内容与先在作品内容是否具有显著差异以及生成内容是否具有可解释性来判断。

四、生成式人工智能刑事风险的分级治理机制

当代社会的风险性质使得刑法变成管理不安全性的控制工具。[④]刑法积极参与社会治理是刑法工具价值的凸显，也是刑法打击犯罪、防卫社会的规范目的的应有之义。[⑤]刑法介入规制生成式人工智能引发的刑事风险具有正当性和必要性。但为最大限度地释放技术创新的价值，刑法宜在治理中扮演护航者的角色。《办法》第三条也明确了我国对生成式人工智能坚持“安全与发展并重”的治理原则及“包容审慎”的监管态度。结合《办法》的精神，可尝试构建分级治理机制应对生成式人工智能刑事风险，即先通过企业自治构筑预防屏障，再以行政手段加强前置管控，最后严格坚守“形式入罪、实质出罪”的立场动用刑法进行规制。

① 宋建华:《反思与重塑：个人信息算法自动化决策的规制逻辑》，载《西北民族大学学报（哲学社会科学版）》2021 年第 6 期，第 103 页。
② 房颖慧：《人工智能生成内容的熟悉认定与刑法保护限度》，载《苏州大学学报（法学版）》2025 年第 2 期，第 66 页。
③ 刘宪权：《人工智能时代著作权的刑法保护》，载《中国刑事法杂志》2024 年第 5 期，第 98 页。
④ 劳东燕：《公共政策与风险社会的刑法》，载《中国社会科学》2007 年第 3 期，第 129 页。
⑤ 徐岱，王沛然：《中国轻罪体系规范检视与路径选择》，载《社会科学战线》2022 年第 10 期，第 268 页。

（一）企业自治：内生性风险的预防屏障

生成式人工智能引发的刑事风险中技术类占比较大，这使得具有绝对技术优势的研发企业既是风险的制造者，也是风险的有效治理者。加强生成式人工智能研发企业的内部管理，有助于从源头上更便捷、更彻底地预防刑事风险的发生。

1. 建立风险分级处理机制

企业首先应当建立具有法律、科技等复合知识背景的专业化风险管理团队，全方位审查数据安全、算法运行等领域存在的潜在风险，并对不同等级的风险采取针对性处理措施。依据系统对社会、群体、个体安全和权利造成不利影响的程度不同，可以将生成式人工智能自身风险划分为不可接受风险、高风险、有限风险、低风险。[①]评估风险等级时应以保障用户权利为原则，采用抽样统计、模型交叉验证等方法，保障测评的持续性。针对评估结果，采取专家复核、数据修正、程序冻结等差异化管控措施，及时响应处理。

2. 完善数据合规治理机制

海量数据是生成式人工智能运行的基础，防范数据安全问题是生成式人工智能研发企业的重要任务。研发企业应建立系统化的数据合规治理机制，将数据合规贯穿全生命周期。首先，应加强对隐私、敏感数据的保护，采用加密等技术措施防范来自外部的数据侵犯风险，建立严格监督制度防范来自内部的数据泄漏风险。其次，应提高数据处理的透明度，对数据的来源、处理流程、择取规则适当公开，保障公众知情权，防止非法获取数据、恶意注入数据等现象发生。

3. 健全企业文化培育机制

除源于技术处理的风险，对人类价值偏好的学习是生成式人工智能训练的重要部分，价值引入不当可能引发一定的伦理危机。因此，研发企业也需要加强伦理道德建设，树立绿色、健康的企业文化，以完备的科技伦理规则规范技术研发环境，通过开展定期培训等途径增强员工对法律问题、伦理问题的敏感度。其中，数字正义是需要重点强调的范畴。研发企业应肩负起消除数字鸿沟、拒绝数字垄断的责任，以避免技术权力膨胀引发的操纵、霸权风险。

（二）行政监管：风险现实化的有力阻遏

生成式人工智能企业可能为维护自身利益而怠于履行、虚假履行相关安全保障义务。此时需要行政手段介入来弥补行业自律的不足。在前置法层面，行政法的优势在于，不仅可以从技术角度对生成式人工智能进行针对性和灵活性的规范供给，还可以从行政违法层面对生成式人工智能进行更加全面的法律治理。[②]

1. 健全生成式人工智能行政规范体系

目前我国生成式人工智能治理的基本法律框架已经形成，但相关条款散见于不同规范，缺乏对生成式人工智能专门化、系统性的规制方案。虽然《办法》对生成式人工智能的技术发展与治理、服务规范、监督检查和法律责任等方面作出了规定，但依然存在规范不完备、笼统抽象、效力有限等问题。[③]在生成式人工智能行政治理规则短缺未获根本缓解的情况下，制定专门规制生成式人工智能的行政法规符合现实需求。结合我国

① 参见李晓东：《功能主义视角下生成式人工智能的刑事风险检视与治理路径优化》，载《海南大学学报(人文社会科学版)》2025 年 4 月 14 日网络首发，第 5 页。

② 刘宪权，董凯文：《行刑二元：生成式人工智能治理的新范式》，载《探索与争鸣》2024 年第 7 期，第 128 页。

③高志宏：《回应与超越：生成式人工智能法律规制——以《生成式人工智能服务管理暂行办法》为视角》，载《社会科学辑刊》2024 年第 5 期，第 124 页。

生成式人工智能发展现实情况，可适当借鉴欧盟《人工智能法案》的风险分级监管思路，通过构建本土化分级管控机制推动有关制度的成熟完善。

2. 调整生成式人工智能技术监管模式

生成式人工智能的风险监管需要专业技术或知识，这给传统行政监管模式带来了变革的挑战与机遇。从监管方式来看，采取以行政监督为主，适当吸收社会力量的协同监管方式更有利于提升监管的覆盖面和专业度，如借助行业协会或专家智库制定数据处理、算法训练方面的监管规则。从监管技术来看，对生成式人工智能的监管也应充分利用智能化手段，建立动态实时监管机制，以“科技”监管“科技”，打破与被监管对象技术不匹配、信息不对称的局面。

（三）刑事规制：法益侵害的终极保障

作为生成式人工智能刑事风险分级治理的最后一环，刑法只应在相关行为已达刑事违法标准时介入。但生成式人工智能的技术性、交互性显然为刑法介入规制带来了一定的挑战。前述全流程刑事风险审查及重点刑事风险剖析的部分已对相关危害行为及规制罪名进行了初步探讨，但生成式人工智能刑事治理的基本原则及各主体责任分配规则值得进一步阐明。

1. 恪守刑法谦抑性原则

根据刑法谦抑性原则，对于某一具有社会危害性的行为，只有穷尽民事手段、行政手段等其他规制方法或措施仍无法实现有效惩处时，该行为才应被刑法规定为犯罪行为并通过刑罚方式加以惩处。[①]面对数字经济时代的新需求，刑法保持谦抑不仅是对公民自由的保护，也应体现为对科技创新的保护。对于生成式人工智能可能引发的诸多刑事风险，肩负法益保护的使命的刑法显然不应保持缄默，在出现值得规制的新兴犯罪时，考虑增设新罪无可厚非。但是否增设新罪、增设何种新罪需要采取审慎态度进行判断，刑法以过于积极的角色介入生成式人工智能的治理，反而可能给新兴技术发展带来阻力。

2. 合理搭建责任分配规则

生成式人工智能在尚不具备自主意志的情况下不能成为刑事责任承担主体，因此，生成式人工智能的刑事责任分配主要在研发方（包括运营维护人员）和使用者之间进行。对于使用者而言，利用人工智能生成内容进行犯罪并不会改变其行为本身性质，应当按照其主观意图和具体行为予以定罪。而研发方的责任界定则相对复杂，需要合理设置其义务的范围。对此，可以借鉴容许风险理论，通过缓和结果回避义务避免过失犯罪的认定扩大化。[②]当前科学技术水平难以发现的缺陷属于可容许的风险，只要研发人员的行为符合法律法规要求，一般不应追究刑事责任。

五、结语

作为历史性的重大技术革新，生成式人工智能的发展不可避免地伴随着相应的风险。与传统刑事犯罪相比，人工智能既可能使得部分传统犯罪的危害发生量变，也可能导致新的犯罪形式产生。[③]全面识别潜在风险、重点剖析主要风险，是科学治理生成式人工智能刑事风险的基础。在此基础上，结合技术发展的现实需求，通过分级治理机制，全面激发企业自治和行政监管在预防和控制方面的作用，使刑法扮演好科技发展的护航

① 参见陈兴良：《刑法哲学》，中国政法大学出版社 2017 年版，第 7–10 页。
② 吴宗宪，张进帅：《生成式人工智能:风险、挑战与刑事规制——以 ChatGPT 为例》，载《中国特色社会主义研究》2024 年第 3 期，第 69 页。
③ 刘宪权：《人工智能时代的刑法观》，上海人民出版社 2019 年版，第 16 页。

者角色，既能防范法益侵害风险，又不至于阻碍科技进步。未来人工智能技术仍会不断革新，平衡社会治理与科技发展的需求是刑法需要持续关注的课题。

参考文献

[1] 刘宪权：《人工智能时代的刑法观》，上海人民出版社，2019 年版。

[2] 陈兴良：《刑法哲学》，北京法律出版社，2017 年版。

[3] 房慧颖：《人工智能生成内容的属性认定与刑法保护限度》，载《苏州大学学报（法学版）》2025 年第 2 期。

[4] 李晓东：《功能主义视角下生成式人工智能的刑事风险检视与治理路径优化》，载《海南大学学报（人文社会科学版）》2025 年 4 月 14 日网络首发。

[5] 李立丰，张鑫蕾：《平台大数据权益的刑法平衡保护——兼论生成式人工智能大数据风险的刑法治理》，载《南通大学学报（社会科学版）》2025 年第 2 期。

[6] 臧雷振，陈浩：《生成式人工智能算法风险及社会治理挑战》，载《中共中央党校（国家行政学院）学报》，2025 年第 1 期。

[7] 徐伟，李文敏：《生成式人工智能法律风险的源头治理》，载《行政与法》2025 年第 2 期。

[8] 刘宪权：《涉生成式人工智能数据犯罪刑法规制新路径》，载《当代法学》2024 年第 6 期。

[9] 刘宪权：《人工智能时代著作权的刑法保护》，载《中国刑事法杂志》2024 年第 5 期。

[10] 高志宏：《回应与超越：生成式人工智能法律规制——以〈生成式人工智能服务管理暂行办法〉为视角》，载《社会科学辑刊》2024 年第 5 期。

[11] 刘霜，祁敏：《生成式人工智能的刑事法律风险及其合规治理》，载《河南社会科学》2024 年第 8 期。

[12] 刘宪权，董文凯：《行刑二元：生成式人工智能治理的新范式》，载《探索与争鸣》2024 年第 7 期。

[13] 吴宗宪，张进帅：《生成式人工智能：风险、挑战与刑事规制——以 ChatGPT 为例》，载《中国特色社会主义研究》2024 年第 3 期。

[14] 黄明儒，刘方可：《生成式人工智能的刑事犯罪风险与刑法应对》，载《河南财经政法大学学报》2024 年第 3 期。

[15] 袁彬，薛力铭：《生成式人工智能的刑法规制问题研究》，载《河北法学》2024 年第 2 期。

[16] 侯跃伟：《生成式人工智能的刑事风险与前瞻治理》，载《河北法学》2024 年第 2 期。

[17] 房慧颖：《生成型人工智能的刑事风险与防治策略——以 ChatGPT 为例》，载《南昌大学学报（人文社会科学版）》2023 年第 4 期。

[18] 王利明：《数据何以确权》，载《法学研究》2023 年第 4 期。

[19] 杨善林，李霄剑，张强，等：《人工智能与管理变革》，载《中国管理科学》2023 年第 6 期。

[20] 刘艳红：《生成式人工智能的三大安全风险及法律规制——以 ChatGPT 为例》，载《东方法学》2023 年第 4 期。

[21] 杜雨来，杨玉成：《论习近平的辩证思维》，载《理论探讨》2023 年第 3 期。

[22] 钱力，刘熠，张智雄，等：《ChatGPT 的技术基础分析》，载《数据分析与知识发现》2023

年第 3 期。

[23] 孙道萃：《人工智能犯罪的知识解构与刑法应对》，载《青少年犯罪问题》2023 年第 2 期。

[24] 程啸：《论数据安全保护义务》，载《比较法研究》2023 年第 2 期。

[25] 邓建鹏，朱怿成：《ChatGPT 模型的法律风险及应对之策》，载《新疆师范大学学报（哲学社会科学版）》2023 年第 5 期。

[26] 徐岱，王沛然：《中国轻罪治理体系规范检视与路径选择》，载《社会科学战线》2022 年第 10 期。

[27] 宋华健：《反思与重塑：个人信息算法自动化决策的规制逻辑》，载《西北民族大学学报（哲学社会科学版）》2021 年第 6 期。

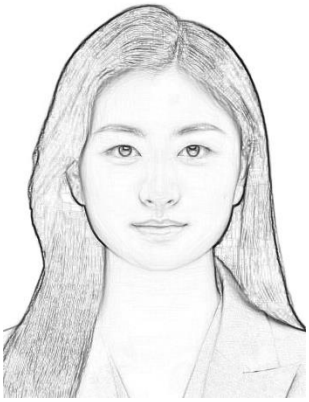
[28] 谭九生，范晓韵：《算法“黑箱”的成因、风险及其治理》，载《湖南科技大学学报（社会科学版）》2020 年第 6 期。

[29] 刘友华：《算法偏见及其规制路径研究》，载《法学杂志》2019 年第 6 期。

[30] 劳东燕：《公共政策与风险社会的刑法》，载《中国社会科学》2007 年第 3 期。

网络暴力的刑事规制困境及应对策略

李冬峰、张　茜



李冬峰律师，吉林大学法律硕士，山东德衡律师事务所权高级合伙人、青岛大区副主任、山东大区刑事业务中心管理总监，青岛市优秀律师，专注刑事辩护与法律风险防控，擅长无罪、量刑辩护，对于电信诈骗犯罪、涉税犯罪、虚假诉讼犯罪、非法集资犯罪、金融诈骗犯罪、职务犯罪、走私犯罪、毒品犯罪、涉黑犯罪以及各类传统犯罪案件的辩护具有丰富的经验。执业以来办理案件 400 余件，无罪案件 20 余件，专业能力得到客户及法律各界人士的高度认可。

张茜，山东德衡律师事务所经济犯罪辩护部实习生，本科毕业于西北政法大学，现为吉林大学刑法学专业在读研究生，在校期间曾获吉林大学学业奖学金等多项奖励，实习期间曾发表《刷单炒信类型化视野下正向刷单炒信行为的刑法规制》等文章。

摘　要：恶性网络暴力事件频发需要刑法介入规制。网络暴力的虚拟性、无形性、积聚性给传统刑法理论带来挑战。明确网络暴力的内涵有助于明确刑法介入规制的范围。为避免讨论的失焦，聚焦刑事规制重点，宜从狭义角度理解网络暴力，重点关注侮辱谩骂、造谣诽谤、泄露隐私型网络暴力行为。为解决网络暴力刑事规制难题，宜采用缓和的结果归属理论理解将被害人自残、自杀等严重后果规定为“情节严重”标准的归责逻辑，对侮辱、诽谤罪、侵犯公民个人信息罪中的“情节严重”标准进行一定的填补和修订，激活平台的义务责任。

关键词：网络暴力；侮辱；诽谤；泄露隐私

一、网络暴力刑事规制范围的澄清

（一）网络暴力的内涵界定

明确规制对象是开展法律规制的基本前提。在规制范围及重点不明的情形下，难以实现有效的法律规制。不可否认，由于网络技术的迭代升级及应用场景的拓展，网络暴力行为可能持续演变，网络暴力的内涵也会随之发展，但准确描述网络暴力行为并非没有意义及可能。相关司法解释、规范性文件及学术观点能够为明确界定网络暴力的内涵提供可行资料。在网络暴力治理初期，明确网络暴力的内涵，有助于为刑法划定规制范围及规制重点，为实现有效治理奠定基础。界定网络暴力的内涵并非旨在获取高度抽象的定义，而在于确定值得刑法关注、介入的网络暴力范围。

当前“网络暴力”不仅并非规范的法律术语，即使在相对宽泛的人文社科领域也没有清晰的定义，其概念处于失焦状态。[①]作为一种网络时代特有的复杂社会现象，网络暴力的内涵历经了丰富的流变，起先代指网络系统攻击，接着在不良文化视域下被使用，随着人肉搜索、网络侮辱诽谤等行为的增多，又被赋予了新的时代内涵。

在规范层面，《关于依法惩治网络暴力违法犯罪的指导意见》（以下简称《意见》）虽然对网络暴力行为进行了一定的列举和描述，但并未给出明确定义。《网络暴力信息治理规定》认为网络暴力信息包括“侮辱谩骂、造谣诽谤、煽动仇恨、威逼胁迫、侵犯隐私，以及影响身心健康的指责嘲讽、贬低歧视等内容的违法和不良信息”，该规定将网络暴力信息针对的对象限定于个人，但对不良信息的界定又过于宽泛，难以被准确理解和把握。

以“网络暴力”为关键词在中国知网进行学术检索可以清晰地看到，关于网络暴力的学术文献从 2006 年开始显著增加。

[②]当前，学界对于网络暴力内涵的界定可以分为狭义论、广义论、最广义论三大类。其中，狭义论者认为网络暴力仅限于利用语言信息手段实施的行为[③]；广义论者则认为网络暴力行为包括以煽动滋事等方式危害网络空间秩序的行为[④]；最广义论者将持续利用信息技术恐吓、欺凌、骚扰被害者的行为都纳入网络暴力的范围。[⑤]之所以出现如此繁杂多样的定义，本质上还是因为不同学者所持的出发点存在差异，所欲解决的具体问题各不相同。因此，界定网络暴力的内涵需要坚持问题导向，依据行为的危害程度、危害特点，确立值得动用刑法规制的“网络暴力”范围，以期在有效惩治网络暴力犯罪与防止过度干扰言论自由之间寻求平衡。

网络暴力之所以受到广泛瞩目并引发研究热潮，根源在于网络暴力事件爆发频率急剧上升，且大概率会导致被网暴者自杀、精神失常等严重后果。在情形下，“言辞杀人”却“法不责众”的局面难以为社会正义观念所接受。鉴于此，确保网络暴力犯罪惩治的罪责刑适应成为刑法亟待解决的难题。为聚焦解决这一难题，在刑法视野下，从狭义角度界定网络暴力的内涵更为适宜，即将网络暴力限定为不特定主体在网络空间利用语言

①王华伟：《网络暴力治理：平台责任与守门人角色》，载《交大法学》2024 年第 3 期，第 52 页。
②李本灿：《网络暴力犯罪处罚范围的教义学构建》，载《环球法律评论》2025 年第 1 期，第 8 页。
③参见周立波：《网络暴力犯罪的刑事法治理》，载《法治研究》2023 年第 5 期，第 40 页。
④参见刘艳红：《理念、逻辑与路径:网络暴力法治化治理研究》,《江淮论坛》2022 年第 6 期,第 21 页。
⑤参见肖宸彰：《网络暴力刑事治理的归责逻辑重构与规范迭代》，载《华东政法大学学报》第 4 期，第 179 页。

信息针对个人集中实施的，以侮辱、诽谤、侵犯隐私等方式严重危害他人合法权益的行为。

（二）网络暴力的属性澄清

事实上，在网络暴力一词被创设时，“暴力”更像是被当作一种修辞手法来使用，因此从语言学的角度来看，对网络暴力中“暴力”属性的理解具有天然的困难。鉴于网络暴力并非是刑法明确规定的概念，能否将网络暴力中的“暴力”理解为刑法中所规定的“暴力”是首先需要回答的疑问。刑法中的“暴力”包括四种情况：最广义的暴力是不法行使有形力的一切情况，包括对人暴力和对物暴力；广义的暴力是指对人行使有形力的行为，但不要求直接对人的身体行使；狭义的暴力是指对人的身体不法行使有形力，但不要求达到压制对方反抗的程度；最狭义的暴力是指对人的身体行使有形力，并达到足以压制被害人反抗的程度。[①]如前所述，在刑法视野下，值得刑法关注的网络暴力应被限定为行为人在网络空间利用语言信息手段实施的行为。鉴于网络空间的虚拟性及语言信息手段的特殊性，网络暴力实际上作用于人类精神、心理的一种无形力，而非刑法中所规定的有形力。参照刑法所规定的暴力概念来理解网络暴力中的“暴力”显然有失偏颇。因此，在社交媒体平台发布侵害他人人格权、名誉权的信息的行为，并不符合侮辱罪中规定的“暴力”方法，但可能符合“其他方法”。

另一个富有争议的问题是，网络暴力中的“暴力”是否包括线下暴力。应当肯定的是，实践中网络暴力和网下暴力往往交织出现，线上暴力行为很可能衍生出对被网暴者及其亲友拦截辱骂等线下暴力行为。但所谓的线下暴力，终究是网络暴力的衍生行为，而非网络暴力行为本身。不同于网络暴力的影响范围和危害后果均处于不可控状态，线下暴力行为能够被现有刑事规制方案有效处理，没有必要将其在尚处于探索阶段的网络暴力规制议题中探讨。以线上、线下交织的侮辱行为规制为例，刑法适用的过程是线下暴力和线上暴力共同涵摄于侮辱罪的构成要件，而不是将线下暴力涵摄于网络暴力之后，再将网络暴力涵摄于侮辱罪的构成要件。[②]

（三）网络暴力的典型形态

如前所述，网络暴力并非规范意义上的刑法概念，而是具有浓厚犯罪学色彩的概念。其涵盖了数种性质不同的行为，需要转化为类型化的刑法行为才能被具体规制。鉴于我国网络暴力治理聚焦于利用语言信息手段对特定个人实施的侵害行为，刑法需要重点关注的网络暴力可分为以下三类。

1. 侮辱谩骂型

侮辱谩骂型网络暴力是指行为人在网络空间发布针对他人进行羞辱、谩骂、诋毁的语言、文字、图片、音频、视频等内容，严重损害他人人格权、名誉权的行为。此类网络暴力行为重点攻击被害人的人格尊严和社会评价，容易吸引网络水军或普通网民的跟风参与，能够给被害人带来更为强烈的心理压力和精神折磨，更可能引发被害人自杀、精神失常等严重后果。

2. 造谣诽谤型

造谣诽谤型网络暴力是指行为人故意捏造有损他人名誉的虚假信息，通过网络平台予以散布、传播，严重损害他人名誉的行为。虚假信息的爆发式传播也极易引发大众围观、参与，该行为重

① 张明楷：《袭警罪的基本问题》，载《比较法研究》2021 年第 6 期，第 9 页。
② 欧阳本祺：《被害人保护视野下网络暴力的刑法规制》，载《江西社会科学》2024 年第 1 期，第 69 页。

点影响被害人的社会信用评价，容易导致被害人社会性死亡或身心健康严重受损的危害后果。同时，有损人身权益的虚假信息在网络空间中大量传播也会增强普通民众的不安全感。

3. 泄露信息型

泄露信息型网络暴力是指行为人通过互联网渠道自行或发动网民挖掘他人的隐私信息并在网络空间擅自披露、传播的行为，通常被称为“人肉搜索”。隐私信息的曝光也会给被害人造成极大的心理、精神压力，甚至造成被害人的社会性死亡等严重后果。此外，泄露信息型网络暴力更有可能衍生出线下侵害行为，若受害人的个人信息被公开传播，本人及其亲友可能会遭受线下的骚扰、恐吓或暴力。

二、网络暴力刑事规制困境的剖析

（一）因果关系链条断裂危机

对于网络暴力这一作用于被害人心理、精神层面的无形暴力，刑法传统理论的关注较少。在虚实交织的数字化暴力场景中，传统因果关系理论正遭遇“行为—损害”链条的断裂危机。[①]相较于传统犯罪，网络暴力行为利用语言信息手段在虚拟空间实施，需要面对行为危害结果的现实性的质疑。发生空间的虚拟性以及损害的无形性导致网络暴力案件中的因果关系难以被直观呈现。在不特定主体参加信息传播媒介多元化等因素的共同作用下，舆论发展很可能偏离最初议题，致使信息发布行为与最终危害结果之间的因果关系的认定更加复杂。

在发生被害人或其近亲属精神失常、自残、自杀等严重后果的场景中网络暴力规制的因果之困显得尤为棘手。尽管传统的客观归责理论与司法实践普遍倾向于否定网络暴力行为与被害人自杀等严重后果之间的因果关系，认为自杀作为一种异常的介入因素，切断了网络暴力与被害人受伤、死亡结果之间的因果链条，但精神异常是否同样能作为阻断因果链条的异常介入因素，以及是否所有被害人自杀的情况都能绝对排除因果关系，这些问题仍需进一步探讨。

精神损害行为具有无形性、延续性的特点，尤其是网络精神损害行为，行为是否终了殊难判断，对精神的作用仍可能持续，以至于在特定的条件下，行为的性质也可能发生变化。[②]在特殊情况下，行为人可能对持续精神损害行为所造成的一些超出前罪构成要件的结果存在主观故意或过失心态。如行为人已知被害人存在严重心理或精神问题，利用被害人该状态对其形成支配，希望利用网络暴力行为造成他人精神失常、自杀等严重后果，最终也确实造成相应严重后果的情况下，此时因果关系的认定存在变化可能，需要审慎判断是否存在因果关系。即当行为人的自杀可能已非自由意志控制下的选择时，不能简单地认定自杀是一种异常的介入因素，需要慎重思考能否在网络暴力行为与被害人自杀结果之间建立可归责的因果关系。在此类案件中，司法实践中亟须建立更加科学、合理的因果关系认定标准。

（二）罪量界分标准失衡

我国刑法采用定性加定量的模式确定犯罪的成立标准。其中，定性是对行为基本类型的规定，定量是对社会危害性严重程度的规格要求。“情节严重”作为重要的定量要素，是区分网络暴力违法行为与犯罪行为的关键指标。相关网络暴力

① 肖宸彰：《网络暴力刑事治理的归责逻辑重构与规范迭代》，载《华东政法大学学报》2025 年第 4 期，第 180 页。
② 徐颖：《论“网络暴力”致人自杀死亡的刑事责任》，载《政法论坛》2020 年 1 月第 1 期，第 135 页。

行为满足“情节严重”标准，也就实际符合了严重的社会危害性、刑事违法性、应受刑罚惩罚性三个基本的犯罪特征。由于网络暴力行为主要利用语言信息手段实施，影响范围具有不可控性，给被害人造成的伤害具有无形性，因此在网络暴力犯罪的认定中“情节严重”标准难以被量化规定和把握。加之相关司法解释目前尚未对利用信息网络实行侮辱行为“情节严重”标准进行详细规定，对利用信息网络实施诽谤行为及侵犯个人信息的行为也存在一定的缺陷，导致网络暴力违法与犯罪的界分困难。

对于利用信息网络实施的诽谤行为，两高发布的《关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《网络诽谤解释》）第二条将“同一诽谤信息实际被点击、浏览次数达到五千次以上，或者被转发次数达到五百次以上的”作为构成诽谤罪“情节严重”的标准。然而在信息传播迅速、广泛的网络环境中，数量化的形式标准忽视了诽谤信息的实际内容及传播平台的影响，难以准确反映网络诽谤行为的整体危害性。且利用点击量、浏览量、转发量确定违法与犯罪的界限，容易面临“他人助罪”的质疑，他人可能会借此条款恶意刷提高点击量、浏览量或转发量，以达到追究行为人刑事责任的目的。

《关于办理侵犯公民个人信息刑事案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《个人信息解释》）对于“情节严重”的罪量规定主要强调了个人信息的敏感程度及非法获取、出售、提供信息的数量标准，不能完全适应以“人肉搜索”为代表的泄露隐私型网络暴力行为。认定人肉搜索行为的不法程度需要考虑信息被公开散布的方式、范围、场景，即使是少量的、并非特别敏感的信息也可能给被害人的生活带来极大的困扰和伤害。因此，现有“情节严重”认定标准难以充分保护被害人的合法权益。

（三）责任主体识别困难

网络暴力的本质属性是社会系统性的力量对个体的压制，属于一种新型的支配关系形式。[①]参与主体的不特定性和多数性导致网络暴力刑事规制面临“法不责众”的困局，给传统责任认定模式带来挑战。由于最终后果是由数量庞大的网民共同造成，行为主体的不特定性导致责任归属难以明确。加之，各主体间的行为及其所产生结果相互交叉影响，导致参与主体在整个行为中的地位与作用难以认定。现代刑法坚持罪责自负原则，但网络暴力的危害后果是由众多单个行为叠加产生。因参与主体之间缺乏必要的意思联络，故无法适用共同犯罪“部分实行，全部负责”的规则。

为解决上述难题，有学者提议引入德国学者库伦提出的累积犯理论作为明确网络暴力结果归属的依据，但缺乏一定的合理性。累积犯理论最初是为解决环境污染犯罪的归责难题而提出。所谓的累积犯，是指单个行为基于事实上的原因，对于所保护的法益不能产生损害，但如果类似行为大量实施最终会导致法益侵害，就有必要对该行为予以禁止。[②]

深入分析理论提出背景和内容可知，累积犯理论虽然能够为处罚那些孤立来看并未侵害法益的行为提供理论依据，但难以适用于网络暴力的具体归责场景。首先，累积犯与法益侵害的距离相对于抽象危险犯更为遥远，只适用于集体法益

① 劳东燕：《网络暴力刑法治理的基本立场》，载《政法论坛》2024 年第 3 期，第 43 页。
② 张志钢：《论累积犯的法理——以污染环境罪为中心》，载《环球法律评论》2017 年第 2 期，第 162 页。

受到侵犯的场景。而网络犯罪所侵犯的主要名誉权、隐私权等个人法益而非集体法益。适用累积犯理论对其进行规制可能会过度限制公民的言论自由。其次，累积犯中的单次行为，虽然与网络暴力相似，都是通过总量叠加对法益造成侵害，但累积犯中的单次行为之间不存在引发与被引发的关系，网络暴力中的行为会形成彼此交叉影响的连锁反应链条，实质上不同于累积犯理论所预设行为模式。因此，累积犯理论并不能够妥善解决网络暴力的刑事归责难题。

三、网络暴力刑事规制难题的应对

（一）革新因果关系归责逻辑

刑法中的因果关系理论最终要解决的并非事实问题，而是归责问题。由于“情节严重”是对不法程度的判断，而《网络诽谤解释》将“造成被害人或其近亲属精神失常、自残、自杀等严重后果”规定为诽谤罪“情节严重”的充分条件，这实际上从侧面肯定了行为人利用网络实施的诽谤行为与被害人或其近亲属精神失常、自残、自杀等严重后果之间具有法律意义上的因果关系。

将被害人及其近亲属精神异常规定为“情节严重”的认定条件不存在疑问，而将自残、自杀行为作为“情节严重”后果却面临一定的质疑。因为广义的客观归责理论要求满足行为对法益创设了法律禁止的危险，且该危险已在结果中现实化以及结果没有超出构成要件的保护范围的条件，才能将结果归属于行为人。根据广义的客观归责理论，虽然网络暴力行为与被害人自杀之间存在一定的条件关系，但由于自杀属于被害人自我答责的范畴，该结果不能被归属于网络暴力的实施者。

对此，缓和的结果归属理论能够为《网络诽谤解释》将自残、自杀行为规定为“情节严重”条件提供合理支持。缓和的结果也被称为缓和的客观归责，主要表现为对归属条件的缓和及对结果归属后刑事责任追究的缓和，即只要具备一定的条件关系即可将结果归属于行为人的行为，而行为人仅因此承担轻于通常结果归属的刑事责任。[①]利用言语信息手段的网络暴力行为难以对被害人的人身安全造成直接危害。在被害人自残、自杀行为的严重后果的产生会受众多因素影响的情况下，将网络暴力引发的极端结果作为情节严重的认定条件，而非独立构成重罪，有利于缓解司法认定压力，也为处理特殊极端情形预留了一定的空间。

（二）修订罪量因素认定标准

在网络暴力犯罪的认定与刑法规则的适用中，“情节严重”是区分罪与非罪的重要标准，需要基于具体犯罪成立评价体系中的全面要件要素作出评价。如前所述，当前我国并没有司法解释针对利用网络实施侮辱罪“情节严重”的入罪标准作出规定，《网络诽谤解释》和《个人信息解释》所设置的“情节严重”标准与当前网络暴力行为样态契合度不足，需要填补空缺、做出调整。

当前，网络诽谤罪的“情节严重”标准未能充分考虑不同诽谤信息在内容等方面的实质影响，过于强调数量标准可能导致传播范围广但实质危害性小的行为被过度归罪。虽然《中华人民共和国刑法》第十三条但书条款可以为相应行为的出罪提供一定的依据，但频繁依赖作为例外的但书条款难免会给刑法体系的稳定性带来一定的威胁。因此应当结合信息内容的虚假程度、传播平台、对被害人名誉的实际影响设立更为合理的标准。

①参见 张明楷：《论缓和的结果过归属》，载《中国法学》2019 年第 3 期，第 264–265 页。

在现有的刑法体系之下适用非法侵犯公民个人信息罪规制人肉搜索行为更为适宜，但《个人信息解释》的规定并未充分考虑到人肉搜索行为样态的独特性，可以考虑吸收相关司法经验，设立相对独立的“情节严重”认定标准。如最高人民法院 2023 年发布的刘某某侵犯公民个人信息一案的裁判意见认为刘某的行为已严重滋扰了被害人的工作和生活构成情节严重。

网络侮辱行为“情节严重”的认定标准可以参考《网络诽谤解释》中的有关规定，结合其行为自身的特点，可以考虑行为手段、信息发布平台、信息传播范围及时长、造成的影响等因素设立综合性的认定标准。

（三）审慎界定责任主体范围

网络暴力中“法不责众”的问题之所以难以解决，不仅是因为参与主体众多，更是由于参与主体的不特定性。而对所有参与网络暴力行为的人进行处罚既无可能也无必要。破除“法不责众”的困境的关键在于精准识别值得动用刑法规制的“众”的范围。如前所述，网络暴力虽不属于累积犯，但具有积聚性特征，最终危害后果由众多单行为叠加产生。虽然适用于网络暴力行为的侮辱、诽谤罪、侵犯公民个人信息罪并非法定的聚众型犯罪，但基于结构上的相似性，可以考虑参照聚众型犯罪责任主体的认定规则，划定网络暴力犯罪的处罚范围。

绝大部分聚众类犯罪同时处罚首要分子和积极参加者，对于网络暴力犯罪而言，发起者、组织者、煽动者、教唆者等起主要作用的行为人相对固定且明确，是毋庸置疑的处罚重点。处罚范围确定的难点在于如何确定积极参加者。在网络暴力治理中采用积量构罪的方案具有一定的合理性。[①]具体而言，可以综合考量参与次数、持续时间、传播范围来判断行为人是否积极参加，有无预防必要。对于习惯性参与网络暴力的网络水军以及影响力较大的网络大 V 重点进行规制；对于主观恶意并不明显，仅因不明真相或道德标准跟风评价的一般用户不宜进行刑事处罚。

（四）激活网络平台防控义务

网络时代中个人责任的模糊不仅给刑法个人责任的认定规则带来挑战，也突出了科学设置平台责任的重要性。各大网络平台是成千上万的分散网民得以聚合的关键节点。网络平台的“热搜”“超话”等机制往往在社会热点事件的形成过程中发挥着重要作用。[②]因此，网络平台在网络暴力犯罪的防控与治理中扮演着关键作用，在合理确定首要分子和积极参加者责任的同时，不能忽视对平台的科学规制。刑法对网络平台违反安全管理义务的情况适用拒不履行安全管理义务罪进行规制，合理确定“安全管理义务”需要平衡对公民言论自由的保障。

从网络平台用户规模及信息传播速度来看，难以赋予网络平台负担较重的全面信息审查义务，设置有限度的防控义务更为合理。面对类型复杂的网络信息，网络平台应当建立起信息内容的分级管理机制，针对违法信息和不良信息采取不同的监管措施，针对可能引起网络暴力的违法信息，承担起积极防控义务，在网络暴力萌芽与发展阶段提供充分的安全保护和救济途径。具体而言，网络平台应当设置实时监管机制，通过敏感词识别等方式对可能引发网络暴力的传播信息及时进行报告和阻断，并向相关用户提示潜在风险。

① 刘期湘：《人工智能时代网络诽谤“积量构罪”的教义学分析》，载《东方法学》2019 年第 5 期，第 128 页。
②田宏杰：《网络暴力刑法治理中“法不责众困境”及其化解》，载《法学杂志》2024 年第 1 期，第 41 页。

四、结语

网络暴力是伴随着互联网的快速发展和全媒体时代的到来而产生的一种新型法律问题与社会问题，具有群体性、匿名性、欺凌性、微暴力等特征。[①]民事规制与行政规制的不力显示了刑法介入网络暴力的治理的必要。网络暴力的有效治理，不仅需严厉制裁犯罪行为，还需妥善平衡对言论自由的保障。为避免讨论的失焦，有必要采用狭义观点来理解刑事规制视野下的网络暴力的内涵。在网络暴力治理初期，盲目增设新罪不利于刑法体系的稳定，采用解释修订的方法解决有关罪与非罪的判断问题更为合理。刑法对网络暴力的注意力应集中于责任主体范围认定、因果关系判断等归责难题，合理界定网络暴力违法与犯罪的边界，把握好网络平台这一治理的关键。当然，网络暴力不仅是法律难题，更是社会难题。避免网络暴力造成的惨剧不断重演，需要法律与社会协同治理，在社会治理的大框架内去思考刑法应当承担的角色。

参考文献

[1] 李本灿：《网络暴力犯罪处罚范围的教义学构建》，载《环球法律评论》2025 年第 1 期。

[2] 李明鲁:《网络暴力刑事治理的困境纾解：本质、理念与路径》，载《中国海商法研究》2025 年第 2 期。

[3] 肖宸彰：《网络暴力刑事治理的归责逻辑重构与规范迭代》，载《华东政法大学学报》2025 年第 4 期。

[4] 王华伟：《网络暴力治理：平台责任与守门人角色》，载《交大法学》2024 年第 3 期。

[5] 田宏杰：《网络暴力刑法治理中“法不责众困境”及其化解》，载《法学杂志》2024 年第 1 期。

[6] 欧阳本祺：《被害人保护视野下网络暴力的刑法规制》，载《江西社会科学》2024 年第 1 期。

[7] 劳东燕:《网络暴力刑法治理的基本立场》，载《政法论坛》2024 年第 3 期。

[8] 周立波:《网络暴力犯罪的刑事法治理》，载《法治研究》2023 年第 5 期。

[9] 刘艳红：《理念、逻辑与路径:网络暴力法治化治理研究》，《江淮论坛》2022 年第 6 期。

[10] 张明楷：《袭警罪的基本问题》，载《比较法研究》2021 年第 6 期。

[11] 徐颖：《论“网络暴力”致人自杀死亡的刑事责任》，载《政法论坛》2020 年 1 月第 1 期。

[12] 张明楷：《论缓和的结果过归属》，载《中国法学》2019 年第 3 期。

[13] 刘期湘：《人工智能时代网络诽谤“积量构罪”的教义学分析》，载《东方法学》2019 年第 5 期。

[14] 张志钢：《论累积犯的法理——以污染环境罪为中心》，载《环球法律评论》2017 年第 2 期。

① 李明鲁:《网络暴力刑事治理的困境纾解：本质、理念与路径》，载《中国海商法研究》2025 年第 2 期，第 101 页。

专利法中先用权制度研究

——完善我国先用权制度的建议

左殿勇

左殿勇律师专注于专利侵权诉讼及专利无效宣告领域，自2006年起从事专利实务工作，已代理数百件相关案件。代理的案件曾多次荣获深圳律师知识产权领域十大典型案例，并入选中国法院年度典型知识产权案例；荣登2025年“中国50位50岁以下知识产权精英律师（U50）”榜单，入围2025年ALB“年度华南华中地区知识产权律师大奖–非本地”。现任德和衡律师事务所合伙人、深圳办公室知识产权业务部主任。拥有工学学士及法学硕士学位，持有律师及专利代理师双重资格。

擅长领域：专利侵权诉讼、专利无效宣告等

摘　要：本文认为，由于我国处于产业快速升级阶段，建议强化技术公开导向，以适应中国的国情；制定单独的先用权法律条款，为完善先用权制度打开空间。同时，进一步完善关于技术来源、必要准备、原有范围的法律规则，以明确先用权成立的标准，界定先用权成立后先用权人的行为边界。其中，先用权技术来源不得来源于专利权人，除非专利权人曾明确放弃。考虑到专利类型的多样性，用“实施”二字代替原条文中的“制造”、“使用”。本文还认为，判断先用权人在后实施的技术方案是否超范围时，应当采用单独对比的原则。

关键词：专利法；先用权；专利权；利益平衡；原有范围

鉴于我国《专利法》关于先用权制度的规定过于原则，相关司法解释虽然作了一定程度的弥补，但依然具有原则性规定的特点。这使得我国先用权制度在司法实践中的适用存在较大分歧，不利于有效解决专利纠纷，也不利于通过实施我国专利制度实现提升创新能力的目的。比较而言，国外关于先用权制度的规定具有值得借鉴之处。本文将提出适合我国国情的先用权制度完善的具体建议。

一、先用权立法的总体建议

先用权制度的完善应当立足于我国国情，以更有利于促进我国技术进步与创新的方式进行。我国是一个技术追赶型的国家，目前正处于产业升级的关键阶段。我国在很多技术领域取得了重大进步，但仍然属于发展中国家，并且在很多关键领域面临发达国家的技术封锁。因此，引导技术所有人公开自己技术方案、促进产业升级更加合理。先用权制度是我国专利法中一种特有的法律制度。我国要实现技术追赶，大幅度提高创新能力，充分发挥先用权制度的作用也值得重视。本节笔者将提出完善我国专利法中先用权立法的总体建议。

（一）强化“以公开换保护”导向

专利保护和技术秘密保护是发达国家维持技术优势的两种制度安排，从属于专利制度的先用权制度又实现了两者之间的协调。对于一项发明创造，发明人既可以采用向国务院专利行政部门申请专利的方式保护，也可以采用不公开技术方案而以技术秘密的方式进行保护。

以公开换保护是我国《专利法》的重要原则。技术所有人公开自己的技术方案获取一定时期的独占权，能增加技术储备，促进发明人之间的沟通和启迪，避免重复研究，十分有利于当下我国的产业升级和技术进步与创新。我国专利制度建立以来，鼓励专利申请的倾向也非常明显。

高技术壁垒的科研成果，技术所有人一般不倾向于立即公开，而通常是以技术秘密的方式进行长期保护，保持技术领先代差，以便获取超额利润。即便竞争对手经过漫长的技术攻关掌握了部分技术，技术所有人的技术又在之前的基础上实现了进一步的技术跨越。先用权制度则能够确保之前的技术能够继续实施。在芯片、医药、生物等领域这种现象非常常见。技术公开缓慢对我国的产业升级以及技术追赶不利。因此，先用权制度各个环节的设置都要考虑技术公开和转化的效率问题。

我国《专利法》在先用权制度所涉及的技术来源、必要准备、原有范围等各个方面都存在一定的立法空白。进一步完善先用权制度涉及这些方面的解释以及司法实践环节，都要引导技术所有人公开自己的技术方案。虽然有观点认为我国在一些领域已经取得了显著进步并处于国际领先水平，我国应当按照发达国家的标准构建先用权制度[①]。但即使从技术领域观察，也能发现我国处于领先水平的技术领域都存在保密性差的特点，如重装设备、新能源等。发达经济体在芯片设计制造、生物医药等方面具有明显技术优势，而这些领域的技术成果很容易采取保密措施。也就是说，我国领先的技术领域，产品一旦上市技术方案便也随之公开。发达经济体却可以通过尖端技术轻易实现技术封锁。因此，强化上述“以公开换保护”导向，有利于更好地运用包括先用权制

① [日]西村洋:《中日先用权的比较研究》，载《网络法律评论》2019 年第 1 期。

度在内的我国专利制度。

（二）制定单独的先用权制度的条款

如前所述，我国先用权制度是按照 TRIPS 协议制定的[①]，采用的立法方式是将先用权制度条款嵌入到不视为侵犯专利权的条款之中。并且，该条款位置和内容早在二十世纪八十年代就已经被确定下来，具有长期的稳定性。经过四十余年的专利法实践，我国经济社会有和我们利用国际规则的能力都有了显著变化，专利立法也应当与时俱进。

首先，对比域外立法情况，美国、德国、日本这些发达国家的专利法中，都有独立的法律条款用以规范先用权制度。如前所述，美国虽然是在 2012 年才确定下专利先用权制度，但《美国专利法》法的规定非常详尽。其中文译文[②]的详细程度远超我国《审理侵犯专利权案件司法解释》对先用权制度的规定。针对先用权问题，日本涉及先用权制度有三个独立法律条款，分布在《日本专利法》、《日本实用新型法》、《日本外观设计法》中。并且，在《日本专利法》先用权条款是与“专用实施权”、“通用实施权”并列设置的。

其次，对先用权制度采用独立条款立法并不是发达国家的“专利”。如前述，俄罗斯、巴西也都采用独立条款立法。甚至韩国也采用先用权独立条款立法，并且《韩国专利法》也存在类似于我国《专利法》第七十五条的不视为专利侵权的例外条款，区别在于前者不涉及先用权条款。韩国与我国存在激烈的产业竞争态势，其知识产权法律体系运行良好。《俄罗斯联邦专利法》也一样，也存在不视为专利侵权的例外条款，但同样不涉及先用权问题。可见，国际上存在将不视为专利侵权的例外条款与先用权条款相分离的成功案例。

第三，从《专利法》规定的其他抗辩理由也基本采用单独条款的情形来看，先用权问题复杂程度并不低，也可以采用单独条款。例如，在我国《专利法》第二十二、第二十三条已经分别就现有技术和现有设计给出了明确定义的情况下，我国《专利法》第六十七条又采用了单独条款规定现有技术抗辩和现有设计抗辩问题。又如，就合法来源问题《专利法》专门采用第七十七条加以规范。先用权法律问题相对于合法来源、现有技术或者现有设计问题虽然性质不同，但法理基础及社会影响都非常复杂，采用独立条款将这些抗辩理由从形式上摆在同一高度位置也是非常合理的。

最后，从立法技术层面而言，将先用权问题从《专利法》第七十五条所列举的五条不视为侵犯专利权情形脱离出来，立法者可以不受《专利法》第七十五条所设置大前提的制约，也不必考虑与其他四种情形相互协调的问题。这将为先用权制度的调整开辟道路，也为先用权制度的成立要件和实施要件的清晰化开拓表达空间。

总之，单独的先用权法律条款能够更有利于引起社会关注，更好发挥指引作用，为我国整个先用权制度的重构起到提纲挈领的作用。如果设置单独的先用权条款，建议仍然放在《专利法》第七章“专利权保护部分”，具体位置可以放在第六十七和第七十七条之间，第七十五条之后。

二、先用权成立方面的立法建议

如笔者所主张的，先用权属于抗辩权，判断

① TRIPS 协议第三十条。

② 国家知识产权局条法司组织翻译：《外国专利法选译（下）》，知识产权出版社 2015 年版，第 1652–1654 页。

先用权抗辩是否成立的首先就是判断先用权是否成立，而这至少包括技术来源、在先行为性质、在先制造相同产品和使用相同方法的认定、必要准备的认定等问题。现行《专利法》关于这些问题的规定过于原则，在法律适用时存在较大模糊空间，非常容易产生争议，因此需要进一步予以明确。

（一）先用权技术来源的立法建议

《专利法》第七十五条完全没有提及技术来源问题，《审理侵犯专利权案件司法解释》仅否定了非法获取的技术主张先用权的资格。实际上，即便是通过合法方式获得或者获知的技术，也包括多种情况，包括先用人通过公开途径获取的已经进入公有领域的在先技术、通过公开途径获取的尚未进入公有领域的在先技术（如他人尚未失效的专利）、先用人从专利权人处获知的处于保密状态的技术信息、先用人通过公开途径从专利权人处获知的技术信息等。因此，从增加法律的预见性角度考虑，仅排除非法获取的技术不足以给公众提供清晰的法律预期，就先用权的技术来源问题需要制定更加详细的规定。

首先，规范先用权技术来源问题是域外国家的普遍做法。《美国专利法》规定先用权技术不仅不能来源不能是专利权人，也不能来源于与专利权人有利益关系的人。《德国专利法》为权利人设置了声明保留的义务，即当权利人声明保留权利时，先用权的技术方案不能直接或者间接来源于专利权人。当权利人未声明保留权利时，先用权可以来源于专利权人。《日本专利法》规定先用权的技术方案不能来自于专利权人，虽然是为了与其新颖性的宽限期相适应，但表明了先用权需是独立研发的态度。可见，规定先用权不得来自于专利权人是知识产权制度成熟国家的共同选择。这些发达国家的有益经验对我国的科技立法具有参考价值。

其次，从司法实践来看，来源于专利权人的先用权纠纷较为多发[①]，完善立法具有现实需要。先用权制度本质固然上是为了克服先申请制的缺陷，平衡专利权人和先用权人的利益。但从诉讼诉讼实践来，看不谋而合地作出同样的发明创造的情况并不多见。偶尔发生的情况是，不同的申请人可能针对同一个产品，碰巧提出了一个相同或者类似的发明点技术特征，而该产品的其他方面并不相同，即便是这种情况，也很难发生先用权纠纷，因为可以通过修改权利要求避免构成同样的发明创造。反而先用技术直接或者间接来源于专利权人的情形更加普遍。因此，明确先用权的技术来源要件，特别是排除直接或者间接来自于专利权人的技术方案主张先用权的资格，对指导社会公众的法律预期、规范市场秩序非常有帮助。

第三，规定先用权技术不能来源于专利权人，有利于鼓励交易。技术所有人在完成一项技术开发寻找合作伙伴时，不必担心技术方案被潜在合作伙伴用以主张先用权。这有利于保护技术所有人对外技术合作的顺利进行。否则，申请日之前每次的对外技术交流与合作，都可能变为预设的专利许可。技术所有人对其技术的推广应用必然顾虑重重，最终有损全社会的福祉。

还值得指出的是，虽然德国专利法对先用权技术来源的要求不如美国专利法严格，但德国专利法的声明保留制度非常值得借鉴，当权利人声明保留权利时，先用权的技术方案不能直接或者

① 广东省高级人民法院（2016）粤民终 1789–1790 号民事判决书；广东省深圳市中级人民法院(2021)粤 03 民初 2888 号民事判决书。

间接来源于专利权人，这一声明要求使得因技术来源问题而发生的先用权争议大大较少。考虑到我国社会公众专利意识和运用专利规则的能力还比较弱。因此，将德国先用权制度中的“声明保留权利”，变为“声明放弃权利”更合适。即只有当专利申请人事先明确放弃权利时，先用人的先用权才能够成立。专利申请人未声明保留权利，也未声明放弃权利时，先用人不得以来自于专利权人的技术方案主张先用权。

总的来说，明确规定主张先用权的技术方案不得来自于专利权人，不仅是域外发达国家的成熟做法，而且也有利于更好地指导司法裁判，给社会公众提出明确的法律预期。考虑到我国的实际情况，在借鉴德国的做法时，需要做适当有利于专利权人的技术调整。基于上述，笔者建议在单独设置的先用权条款中规定，“主张先用权的技术方案不得来自于专利权人，除非专利权人事先明确放弃”。

（二）先用权行为要件的立法建议

按照现行《专利法》第七十五条规定，先用权成立的在先行为要件包括制造相同产品、使用相同方法，或者为制造、使用做好必要准备，这里仅提及制造、使用两个行为，而没有提及《专利法》第十一条规制的销售、许诺销售、使用以及进口这些行为。由此造成现实之中的很多误解，如是否只有在先制造相同产品、使用相同方法的人才可以主张先用权，而在先销售、许诺销售等行为人不得主张先用权？

首先，对比域外立法情况，无论是美国、德国还是日本的先用权制度立法，成立先用权的在先行为均是概括规定。例如，《美国专利法》采用“商业使用”进行概括，《德国专利法》采用“使用”进行概括。这样具有合法来源的销售商，使用方提出先用权抗辩便有了法律依据。

其次，随着专利保护客体的丰富，专利申请量的极速增加，我国专利类型越来越丰富，专利纠纷越来越多，侵权样式也多种多样。实施专利的行为已经很难用“制造”和“使用”所概括。如果仅仅将先用权的行为要件限定为“制造”和“使用”行为，将产生先用权的行为方式与专利权的实施方式严重不协调的局面。

第三，从我国司法实践看，也有必要对先用权行为要件予以明确。以产品专利为例，出于各种原因，原告有时并没有把真正的制造商列为被告。销售商、或者产品用户单独成为被告的案件大量存在。虽然按照常理，具有合法来源的销售方和使用方其使用和购买行为发生在专利申请日之前，该产品的制造行为也必然发生在专利申请日之前，当然可以主张先用权。但由于法律只规定了产品制造方的抗辩权，很容易给公众造成误会。司法实践中，销售方和使用方是否具有权主张先用权抗辩，经常会变成一个争议点，浪费了司法资源。以前述沉锡装置案[①]为例，制造商并没没有成为被告，反而是设备的使用方单独成为了被告。这种情况下，法院只能在个案中行使自由裁量权，支持设备使用方的先用权抗辩。

另一方面，虽然应当合理放宽主张先用权的主体范围，但也应当看到，《专利法》第十一条列举的一些实施行为不并不适宜用来主张先用权抗辩。如进口行为，由于产品的制造发生在中国域外，而专利权具有地域性，对于域外的实施行为，不存在需要克服专利先申请制缺陷的问题。

总而言之，合理概括构成先用权的在先行为

① 广东省深圳市中级人民法院(2022)粤 03 民初 5435 号民事判决书。

类型，是域外国家的普遍做法，而且也有利于明确法律规则，给社会公众提出明确的法律预期。笔者建议，在先用权条款中用“实施”二字代替原条文中的“制造”、“使用”。

（三）关于“必要准备”的立法建议

按照现行《专利法》第七十五条规定，先用权成立的在先行为要件包括制造相同产品、使用相同方法，或者为制造、使用做好必要准备。《审理侵犯专利权案件司法解释》规定，必要准备均包括“技术准备”和“生产准备”两个方面，并且这两个方面满足任何一种情形即可，但将“技术准备”和“生产准备”，并在判断是否超范围时采用量化标准，在逻辑上似乎存在不周延之处。

首次，对比域外立法情况，大多数国家“必要准备”要件都涉及“技术准备”和“生产准备”两个方面，并且非常重视实施意图。《美国专利法》还对这种准备设置了更为严格的时间要件，即要求先用权的人必须在专利有效申请日之前至少一年实际上已经善意地将该标的物付诸实施。《日本专利法》规定必要准备包括技术要件、生产要件以及实施意图。《德国专利法》的必要准备需要考虑有立即实施的意图。并且这些国家在判断先用权实施是否超范围时，采用的是“事业目的”标准，而不是量化标准。

《审理侵犯专利权案件司法解释》规定第二款中列举的两种情形被认为分别属于“技术准备”和“生产准备”。如前所述，从逻辑上讲，两者属于递进关系，而不是并列关系。因为只有先准备好了技术方案，才能在技术方案基础上配备专用设备、采购原材料。但这两种情形被以平行的方式列举，从逻辑上来看似乎不够严谨。

另一方面，这也为实施先用权是否超范围的判断造成困扰，因为我国现行先用权制度判断否超范围主要基于“生产规模”、“生产设备”这些指标。既然这两个方面满足任何一种情形即可满足先用权关于必要准备的要件，对于第一种情形，先用人仅完成主要技术图纸或者工艺文件的，其客观上还没有生产准备，其生产设备还没有到位，对其生产规模的界定也就没有基础。如何界定仅做好了技术准备的先用人的原有范围就存在较大的不确定性。

基于上述，笔者建议在界定“必要准备”时，应当以“技术准备”为准，将生产准备作为技术准备的从属条件，因为生产设备也是技术性的。即只要完成了技术准备，就能够认定先用权成立。生产设备属于技术方案的一部分，而生产规模可以不予考虑。

三、先用权实施方面的立法建议

如果先用人的技术来源合法，并且在专利申请日之前已经完成了必要的技术准备和生产准备，其先用权就应当是成立的。在此基础上，先用权人在何种范围内采用何种行为方式行使其先用权，也是先用权制度必须明确的重要问题。

（一）关于先用权实施行为

与前面已经讨论过的先用权行为要件存在的问题类似，按照现行《专利法》第七十五条规定，在先用权成立的情况下，先用权人仅在原有范围内继续制造、使用的，不视为侵犯专利权。这里允许先用权人实施的行为也与《专利法》第十一条规制的行为不一致。公众的疑惑在于，如先用权成立之后，先用权人在专利授权之后有权实施的行为包括制造相同产品、使用相同方法，但其他诸如销售、许诺销售甚至进口等行为是否应当允许。

借鉴域外做法，不具体列举先用权人能够具

体实施的行为，而是采用“商业使用”“使用”“经营”等进行概括，在域外国家中有很多先例。如美国、日本、德国都是如此。

按照常理享有先用权的专利产品其后续的使用、许诺销售、销售也应当是允许的，否则先用权便失去了价值，但由于没有法律的明确规定，还很容易给公众造成误会。法律规定的模糊性在一定程度上妨害了基于先用权产品的正常流通，不利于交易安全和市场秩序。现行《专利法》仅列举的制造、使用行为，难以将这些类型专利的实施行为全部概括。因此，也有必要对先用权成立之后先用人可实施的行为方式范围进行更合理地概括。

如前所述类似，进口行为属于一个例外，进口行为对专利权的影响而言相当于制造。如果对允许先用权人进口专利产品，相当于市场上多了一个制造商，或者相当于先用人将其先用权许可给了专利权人的竞争对手，这显然违背先用权的立法本意。

基于上述，笔者建议，在先用权条款中用“实施”二字代替原条文中的“制造”、“使用”。还应当明确该实施行为不包括进口。也不能扩大实施方式，例如在先销售和使用者，其后续的使用行为不能扩展至制造行为。

（二）关于先用权的原有范围

先用权成立之后，先用权实施是否超范围的问题变得突出，是否超范围的问题需要从两个方面进行考察，一是生产范围，这可以从先用权人在专利申请日之后继续实施先用权的目的、范围、规模等商业要素进行衡量，另一个是技术范围，即先用权人实施先用权的技术方案范围是否允许变化，以及可以在多大程度上变化的问题。

1. 关于先用权的生产范围

关于商业范围按照现行《专利法》第七十五条规定，先用权成立的情况下，先用人仅在原有范围内继续制造、使用的，不视为侵犯专利权。《审理侵犯专利权案件司法解释》对原有范围做了从生产规模方面做出了进一步界定。可见，我国先用权的“原有范围”关注生产规模，限制的是产量，即采用的是量化标准，而不是事业目的标准。对比前述域外立法情况，大多数国家规定的“原有范围”规定仅限于“事业目的”，并没有生产数量以及生产规模限制，这与我国的做法明显不同。

《审理侵犯专利权案件司法解释》中的生产规模、生产设备这些量化的指标很难证明，导致在诉讼实践中这些限制形同虚设，法院也可以轻易通过举证责任分配的方式予以回避。如前述潜水泵电机壳案[①]中，原告认为被告华盛公司的实施行为超出了原有范围时，最高人民法院将举证责任分配给专利权人，认为没有证据证明华盛公司超出了申请日前的生产用途及生产规模，故华盛公司的先用权抗辩成立。

采用量化指标确定原有范围还存在另外一个困难。如前所述，做好必要准备包括技术准备和生产准备，按照《审理侵犯专利权案件司法解释》规定，只要具备其一就可以被认为满足了必要准备的条件。但对于其中仅做好“技术准备”的先用权人，他们尚未做好“生产准备”，不存在生产规模的问题，采用量化指标确定他们的“原有范围”，便没有参照基础。

先用权制度是旨在平衡专利权人和先用权人的利益的制度。笔者认为，原有范围采用“事业

① 最高人民法院(2019)最高法知民终 89 号民事判决书。

目的”标准相较于量化标准的更具合理性。专利权与商业利益切相关，先用权制度在保证专利权人对相关技术垄断的同时，也能够使先用权人在一定范围内实施该项技术，通过事业目的限制将先用权人的行为限制在其原有的商业领域范围之内，即便先用权的生产规模有所扩大，也不至于过分侵蚀专利权人的市场份额，这就已经达到了先用权制度设计的目的。例如，一项专利权的权利人是一家汽车公司，其拥有一项专利权，该专利权有两项并列的独立权利要求，独立权利保护一种轮胎，并列独立权利要求保护一种具有该轮胎的汽车。先用权人是一家轮胎生产企业，在专利申请之前已经独立开发了相同的轮胎技术方案，并做好了生产的准备，年产量十万个。此时，由于先用权人轮胎生产企业的经营范围是轮胎，而不是汽车，当其将年产量扩大到二十万个时，对作为汽车制造商的专利权人并不会产生太大影响。但当先用权人将其经营范围从轮胎加工扩大到汽车生产时，专利权人的市场份额才会受到直接影响。如果先用权制度将先用权人的生产范围限制在轮胎技术领域，就能够既保证先用权人的利益，也不会严重影响作为专利权人的汽车公司的利益。

另外，先用权制度其他方面的制约，也能大大限制先用权对专利权人的影响。如先用权人不得转让其先用权技术，也不能许可其先用权技术。仅在特定情况下如该技术或者设计连同原企业一并转让或者继承时才能发生技术流转。

基于上述，笔者建议在放弃《审理侵犯专利权案件司法解释》规定的量化标准，采用“经营范围”标准。

2. 关于先用权的技术范围

先用权的技术范围是指，先用权人可以继续实施的先用权技术方案所覆盖的范围。从字面上理解《专利法》第七十五条的规定，先用人需要证明其在专利申请日之后继续实施的技术方案或者设计方案与在先实施的技术方案具有高度的一致性，并且需要达到“相同”的程度。在先用权成立的情况下，先用权人是否可以改变其技术方案？如果可以，先用权人能够在多大范围内改变其技术方案？对于发明和实用新型专利而言，是采用专利侵权判定的等同标准，还是采用专利审查制度中的新颖性或者创造性标准。对于外观设计专利而言，是采用专利侵权判定的相近似标准，还是采用专利审查制度中的实质相同或者明显区别标准，前述司法实践中所提出的这些问题都值得研究。

《专利法》第七十五条关于“相同产品、相同方法”的规定实际上就是从技术角度限定先用权的原有范围，即要求被诉的产品和方法必须与在专利申请日之前实施的产品和方法相同，才能成立先用权。但随着《审理侵犯专利权案件司法解释》的出台，先用权的技术范围问题反而变得模糊，因为该解司法释规定专利法第七十五条第(二)项规定的原有范围仅涉及生产规模、生产设备方面，而不涉及技术方案。这会使人以为原有范围仅需考虑原有的商业范围，而不需要考虑原有的技术范围，更没有明确以等同方式改进先用权方案是否超范围的问题。实际上，《审理侵犯专利权案件司法解释》在说明第七十五条第(二)项规定的原有范围的含义的同时，如果能一并对“相同产品、相同方法”的含义也作出相应说明，将能大大消除公众对先用权技术范围的种种疑惑。

笔者认为，虽然《审理侵犯专利权案件司法解释》没有对第七十五条第(二)项中“相同产品、相同方法”作出进一步的规定，但对“相同产品、相同方法”的解释应当采取严格标准，防止先用

权过度侵蚀专利权的保护范围，这也是仅在原有范围内实施先用权的应有之义。即对于发明或者实用新型专利而言，应当采用新颖性标准，而对于外观设计而言，应当采用相同或者实质相同的标准。

首先，《专利法》第七十五条第(二)项中规定的“相同产品、相同方法”指的是先用权技术方案与被诉的技术方案属于相同产品或者相同方法。对发明和实用新型专利而言，如果允许先用权人修改其技术方案而形成新的技术方案，新的技术方案就应当与先用权技术方案应当属于相同的方案。两者之间的技术特征相比应当符合新颖性的标准，而不是专利侵权判定中的等同标准，否则将会使得先用权的范围与专利权的范围相等，这不符合专利法保护专利权人合法权益的立法目的，也不符合鼓励申请人公开技术方案而获得专利保护的导向。

其次，基于同样的原因，对外观设计专利而言，如果允许先用权人修改其设计案而形成新的设计方案，新的设计方案就应当与先用权设计方案应当属于相同或者实质相同的方案。两者之间的对比结论应当符合专利审查指南规定的相同或者实质相同的标准，而不是专利侵权判定中的相近似的标准，否则将会造成先用权的范围与专利权的范围完全一致的局面。

再次，与现有技术抗辩或者现有设计抗辩类似，判断先用权人在后实施的技术方案或者设计方案是否超范围时，应当采用单独对比的原则，即只能采用一个在先技术方案或者设计方案与被诉方案进行对比。当先用权人就同类产品可能有多个在先技术或者设计方案的时候，其内部存在大量的设计图纸，不同设计图纸分别表达产品的不同技术特征或者设计特征，应当确保用以证明先用权的技术图纸共同表达的是同一个技术方案或者设计方案。否则，如果允许先用权人参照专利权利要求限定的方案任意组合其技术特征或者设计特征，将会出现被告采用专利申请日之前并不存在的技术方案或者设计方案主张先用权的情形。这显然对于专利权人不公平，有损于专利权人的合法权益，也不符合专利权先用权制度的立法本意。

最后，严格限制先用权的技术范围并不会阻碍先用权人的技术创新，上述限制是在先用权人原有技术方案覆盖范围之内所做的限制。当先用权人有一个更大改进的技术方案出现时，其完全可以主张不侵权抗辩。甚至如果新的技术方案具备创造性的时候，还能形成一项新的专利权。

总的来说，先用权制度应当限制实施先用权技术方案的范围，并且这种限制要达到相同或者实质相同的标准。

四、结论

单独的先用权法律条款能够为我国整个先用权制度的重构起到提纲挈领的作用，从而不必考虑与其他四种专利侵权例外情形相互协调的问题，可以为先用权制度的成立要件和实施要件的清晰化开拓表达空间，更好发挥指引作用。设置单独的先用权法律条款也是世界上发达国家甚至多数发展中国家的通常做法。

我国专利司法实践中，先用权的争议主要发生在先用人和专利权人之间，明确规定主张先用权的技术方案不得来自于专利权人，不仅是域外发达国家的成熟做法，而且也有利于更好地指导司法裁判，给社会公众提出明确的法律预期，减少争议发生。具体在制度构建上，可以规定先用权的技术方案不得来自于专利权人，除非专利权

人事先明确放弃。

合理概括构成先用权的在先行为类型以及先用权成立之后先用人可以实施的行为也是域外国家的普遍做法，而且也有利于明确法律规则，给社会公众提出明确的法律预期。考虑到专利类型的多样性，我国现行先用权制度中，可以将“制造”、“使用”以“实施”二字代替，从而可以更好地规范在先行为类型，适应司法实践中合理认定先用权的需要。

在完善我国先用权制度方面，“原有范围”如何界定，也是一个关键问题。先用权成立之后，参照必要准备包括技术和生产两个方面，是否超范围的判断也需要从这两个方面进行考察。关于是生产范围，域外国家大都采用的是“事业目的”标准，而不是量化标准，司法实践也表现出回避量化标准而采用了“事业目的”标准的倾向。关于技术范围，即先用权人实施先用权的技术方案范围是否超范围的问题。我国先用权制度的完善，也需要从上述生产范围和技术范围界定既定先用权是否超范围的问题。对发明和实用新型专利而言，先用权人新的技术方案与先用权技术方案应当属于相同的方案才不超范围。两者之间的技术特征相比应当符合专利审查的新颖性的标准，而不是专利侵权判定中的等同标准。对外观设计专利而言，先用权人新的设计方案与先用权设计方案也应当属于相同的方案。两者之间的对比结论应当符合专利审查指南规定的相同或者实质相同的标准，而不是专利侵权判定中的相近似的标准。与现有技术抗辩或者现有设计抗辩类似，判断先用权人在后实施的技术方案或者设计方案是否超范围时，应当采用单独对比的原则，即只能采用一个在先技术方案或者设计方案与被诉方案进行对比。

参考文献

（一）著作类

[1] 冯晓青：《知识产权法利益平衡理论》，中国政法大学出版社 2006 年版。

[2] 冯晓青主编：《知识产权法（第四版）》，中国政法大学出版社 2024 年版。

[3] 冯晓青、刘友华：《专利法（第二版）》，法律出版社 2022 年版。

[4] 冯晓青主编：《专利侵权专题判解与学理研究》，中国大百科全书出版社 2010 年版。

[5] 尹新天：《中国专利法详解（缩编版）》，知识产权出版社 2012 年版。

[6] 张晓都：《专利民事诉讼法律问题与审判实践》，法律出版社 2014 年版。

[7] 最高人民法院知识产权审判庭编：《最高人民法院知识产权司法解释理解与适用（最新增订版）》，中国法制出版社 2016 年版。

[8] 北京市高级人民法院知识产权审判庭编：《专利侵权判定指南(2017)》理解与适用，知识产权出版社 2020 年版。

[9] 最高人民法院民事审判审判第三庭编：《最高人民法院知识产权审判案例指导》(2012–15)，中国法制出版社 2021–2023 年版。

[10] 广东省高级人民法院主编：《广东知识产权典型案例》，知识产权出版社 2020 年版。

[11] 冯晓青主编：《中国知识产权审判实务与案例评析》，人民法院出版社，2017 年版。

[12] 国家知识产权局条法司编：《专利法及专利法实施细则修改导读(2023)》，知识产权出版社 2024 年版。

[13] 国家知识产权局制定：《专利审查指南·2023》，知识产权出版社 2024 年版。

[14] 国家知识产权局条法司组织翻译：《外国专利法选译（上中下）》，知识产权出版社 2015 版。

[15] 吴观乐主编:《专利代理实务（第 3 版）》，知识产权出版社是 2015 年版。

[16] 宋建宝:《专利司法政策与案件裁判》，法律出版社 2018 年版。

[17] 曹阳：《专利实务指南与司法审查》，法律出版社 2019 年版。

[18] 刘庆辉：《中国专利侵权诉讼指引》，中国法制出版社 2019 年版。

[19] 张晓：《先用权研究》，知识产权出版社 2017 年版。

[20] 陈维国：《美国专利诉讼：规则、判例与实务》，知识产权出版社 2014 年版。

（二）论文期刊类

[21] 冯晓青：《试析“先用权”及其在专利侵权诉讼中的适用》，载《发明与革新》1997 年第 6 期。

[22] 管育鹰：《利侵权先用权抗辩的政策考虑与法律适用》，载《知识产权》2023 年第 6 期。

[23] [日]西村洋:《中日先用权的比较研究》，载《网络法律评论》2019 年第 1 期。

[24] 于若平：《论新时代我国专利先用权制度》,载《东南大学学报(哲学社会科学版)》,2019，21(S1)：97–100。

[25] 张晓：《构建我国专利先用权证制度初探》，载《知识产权》2016(09)：92–95.

[26] 宁立志：《先用权之学理展开与制度完善》，载《法学评论》，2014，32（05）：131–138。

[27] 王保民，张晓：《我国专利先用权制度实施的困境与立法完善》，载《知识产权》，2013（08）：59–64。

[28] 王凌红：《先用权制度探析》，载《电子知识产权》，2010(11)：92–94+96。

[29] 徐红妮,练天成，《从衡平原则反思先用权的制度价值》，载《人民司法》，2010(11)：46–49。

[30] 韦晓云：《专利侵权中先用权抗辩问题研究》，载《电子知识产权》，2005（02）：35–39。

[31] 陈子龙：《关于先用权“原有范围”的再思考》，载《法学》，1998(07)：39–41。

（三）外文资料

[32] USPTO： Report on Prior User Rights, USPTO(15 January2023)，https://www.uspto.gov/ sites/default/files/ip/global/prior_user_rights.pdf.

[33] USPTO：Report on the Prior User Rights Defense(January 2012)，https://www.uspto.gov/sites/default/files/aia_implementation/20120113–pur_report.pdf.

[34] State Street Bank & Trust Co. V. Signature Financial Group，Inc.，149 F. 3D 1368，47 USPQ 2nd 1569（1998）.

（四）案例

[35] 最高人民法院(2023)最高法知民终 2228 号民事裁定书。

[36] 最高人民法院(2023)最高法知民终 8 号民事裁定书。

[37] 最高人民法院(2022)最高法知行终 839 号行政判决书。

[38] 最高人民法院(2021)最高法知民终 1524 号民事判决书。

[39] 最高人民法院(2019)最高法知民终 392 号民事判决书。

[40] 最高人民法院(2015)民申字第 1541 号民事裁定书。

[41] 最高人民法院(2021)最高法知民终 508 号民事判决书。

[42] 最高人民法院(2019)最高法知民终 89 号民事判决书。

[43] 最高人民法院(2015)民申字第 1255 号民事裁定书。

[44] 最高人民法院(2015)民申字第 1255 号民事裁定书。

[45] 最高人民法院(2011)民申字第 1490 号民事裁定书。

[46] 最高人民法院(2011)民申字第 630 号民事裁定书。

[47] 广东省高级人民法院(2016)粤民终 1789 号民事判决书。

[48] 广东省高级人民法院(2016)粤民终 1790 号民事判决书。

[49] 北京知识产权法院(2015)京知民初字第 1848 号民事判决书。

[50] 广东省深圳市中级人民法院(2014)深中法知民初字第 499 号民事判决书。

[51] 广东省深圳市中级人民法院(2014)深中法知民初字第 500 号民事判决书。

[52] 广东省深圳市中级人民法院(2014)深中法知民初字第 501 号民事判决书。

[53] 广东省深圳市中级人民法院(2022)粤 03 民初 5435 号民事判决书。

[54] 广东省深圳市中级人民法院(2021)粤 03 民初 2888 号民事判决书。

[55] 广东省高级人民法院(2016)粤民终 1788 号民事判决书。

[56] 广西壮族自治区南宁市中级人民法院(2008)南市民三初字第 2 号民事判决书。

DeepSeek 数据出境欧盟合规困境及解决路径研究

陈 锴、缪一笑

陈锴，厦门大学民商法硕士，系福州分所首席联席合伙人。担任北京德和衡律师事务所特殊资产业务中心副总监，2017-2018 年获福州市优秀律师（民商诉讼类）、福建省优秀律师，2019 年作为主撰稿人起草《福州市执转破管理人工作指引（试行）》。执业以来累计办理各类案件逾 5000 件，擅长金融、公司、国际贸易、房地产、经济犯罪控告及辩护等法律业务。

缪一笑，福建师范大学法律硕士，执业过程中代理各类民商事诉讼与执行案件，为中国建设银行股份有限公司福州各支行诉讼与执行回款清收工作提供法律服务，为建信住房服务有限责任公司福建分公司、华电（福建）风电有限公司、福建海峡银行股份有限公司等多家国有企事业单位、上市公司提供法律顾问服务，具备较强的处理诉讼及非诉业务能力。

摘 要：随着人工智能技术的飞速发展，DeepSeek 作为一款具有广泛影响力的人工智能产品，在数据合规方面面临着诸多挑战。本文深入分析了 DeepSeek 在数据收集与使用、跨境数据传输、数据安全与隐私保护以及算法透明度等方面的合规困境，并提出了相应的解决路径，旨在为 DeepSeek 及其他类似企业在全球化发展过程中提供合规参考，促进人工智能行业的健康可持续发展。

关键词：DeepSeek；数据出境；数据合规；欧盟；解决路径

一、背景介绍

随着人工智能技术的广泛应用，数据合规问题日益凸显。自美国 OpenAI 公司发布 ChatGPT 引发生成式 AI 技术革命后，全球人工智能领域迎来深刻变革。2025 年 1 月，我国科技企业突破性推出深度推理模型 DeepSeek-R1，该模型在多项国际权威评测中，不仅达到甚至超越国际顶尖水平，更在逻辑推理能力和多场景适配性方面创造了行业新高度。该突破性成果源于其采取的数据蒸馏技术。所谓数据蒸馏技术，即通过构建“教师-学生”模型体系，采取去重、过滤以及重新混合三阶段策略，提取出数据特征并进行数据降维以减少复杂度，最后将大型教师模型的知识精华及推理能力高效传递至轻量化学生模型。这种技术路径使得学生模型既能显著降低计算资源消耗，又能有效保持模型的泛化能力和推理精度。相较传统训练范式，数据蒸馏技术展现出三大核心优势：训练周期大幅缩短、模型推理质量显著提升、计算资源利用率成倍提高，为人工智能技术的产业化应用开辟了新路径。

但数据蒸馏技术不仅面临与 ChatGPT 类似的治理难题——包括未经授权的数据爬取引发的知识产权争议、数据采集中的隐私与安全风险以及网络犯罪问题，还因其技术特性衍生出新的挑战。例如，数据存储于中国境内引发的跨境传输问题，可能导致数据安全与隐私保护的合规性争议；模型训练中涉及的数据复制和反向工程，易引发软件著作权侵权风险；算法优化过程中若使用未公开的商业数据，则可能构成侵犯商业秘密的不正当竞争行为。此类问题已成为部分国家限制 DeepSeek 等人工智能产品应用的重要动因。当前争议的核心在于，人工智能全生命周期数据处理缺乏国际统一的监管标准。各国既有的法律体系普遍滞后于技术迭代速度，且存在监管管辖权难以覆盖技术应用范围的困境，导致跨国协作与执法效能不足。

欧盟作为数据保护领域的先锋，多个成员国的监管机构纷纷向 DeepSeek 发函询问。比利时已宣称正在调查，法国根据最新新闻报道正在分析相关问题并即将发函问询，爱尔兰则早已发函。而意大利的行动最为直接，因对 DeepSeek 的回复不满，迅速在应用商店下架了该软件并禁止访问。这背后的根源在于欧盟的数据保护法《通用数据保护条例》(GDPR）将“非设立于欧盟境内的数据控制者或者处理者，若对位于欧盟境内的数据主体的个人数据进行处理行为，包括为欧盟内的数据主体提供货物和服务，或对数据主体在欧盟境内的行为进行监控”纳入其监管范围。DeepSeek 向欧洲消费者提供服务，且支持多种语言，包括荷兰语、意大利语等小众语言，这表明其服务对象明确包含欧盟境内的数据主体，因此必然受到 GDPR 的约束。倘若 DeepSeek 对欧盟监管机构的调查置之不理，除了软件被强制下架、访问被封锁外，还有可能面临高达全球营业额 4%或 2000 万欧元（以较高者为准）的罚款。

为应对上述挑战，亟需构建多维度治理体系，本文旨在探讨 DeepSeek 数据出境欧盟合规问题，并提出相应的解决路径，以期为相关企业提供借鉴。

二、中欧数据跨境流动治理路径比较

就目前的立法进程而言，2024-2025 年，全球生成式人工智能（GenAI）监管进入密集落地期。欧盟率先通过《人工智能法案》（AI Act），将 AI 系统按风险分级，要求高风险系统建立全生命周

期风险管理机制，包括数据治理、算法透明度及人类监督义务。2024 年 6 月，欧盟数据保护监管局（EDPS）发布《生成式人工智能数据合规指南》，明确要求处理个人信息时必须满足合法性基础（如用户同意或法定职责），并强调数据爬取行为的合规边界。中国紧随其后，《生成式人工智能服务管理暂行办法》第七条要求训练数据需取得合法授权，且服务提供者需承担内容安全主体责任。

在规制理念上，我国强调主权安全优先，重要数据原则上禁止出境，经安全评估后方可传输。2022 年网信办出台《数据出境安全评估办法》，构建了“风险自评估+网信部门评估”双轨制，强调对敏感信息和国民经济关键数据的保护。而欧盟强调人权保护优先，要求数据接收国达到欧盟同等保护水平。《通用数据保护条例》特别强调数据主体权利，采取“内松外严”的双层治理框架，即在区域内建立数据自由流通区，禁止成员国设置数据流动壁垒；但对外实施以“充分性原则”为核心的数据出境审查机制，该原则要求第三国数据保护水平必须达到欧盟标准，具体体现在 GDPR 第 45 条，要求数据接收国需建立与欧盟等效的个人信息保护体系，包括敏感信息处理规范和数据主体权利保障机制。尽管设立严格出境标准，欧盟仍保留六类特殊豁免情形，包括数据主体明确同意、跨境合同履行需要等。值得注意的是，GDPR 将数据管辖原则从属地主义转向“属人+属地”混合模式，通过“长臂管辖”强化对非欧盟企业的约束。

在制度设计上，就评估触发机制而言，中国采取阈值化管理，仅当涉及重要数据或处理超 100 万人个人信息时启动强制安全评估；而欧盟根据 GDPR 实行普遍性审查，要求所有跨境数据传输均需进行保护水平评估，除非接收国已通过欧盟充分性认定（如日本、韩国等白名单国家）或采用标准合同条款（SCC）、约束性企业规则（BCR）等合规工具。在评估主体层面，中国建立由国家网信办主导，联合行业主管部门、安全机构的多部门会审机制，实施行政审查；欧盟则强调企业主体责任，要求数据控制者依据《数据保护影响评估指南》（DPIA）开展自评估，监管机构主要进行事后核查。从合规路径选择看，中国构建“安全评估+认证+标准合同”三级递进体系，企业根据数据类型、规模及所属行业选择适用路径；欧盟则提供四维解决方案：优先适用充分性认定国家清单，次选经欧盟委员会批准的标准合同条款（SCC），跨国公司可申请具有法律效力的 BCR，特定场景还可采用行为准则认证等补充机制。在监管侧重点上，中国通过《数据安全法》《网络安全法》强化数据本地化存储要求，并建立出境后动态监测机制；欧盟则以接收国数据保护水平审查为核心，重点确保数据主体享有访问权、更正权、被遗忘权等 GDPR 法定权利，通过“一站式监管”机制协调各成员国监管尺度。以下系中欧两国的制度设计对比：

维度	中国方案	欧盟方案
评估触发	涉及重要数据或 100 万人以上个人信息需强制评估	所有跨境传输均需评估，除非符合充分性认定或采用 SCC 等替代机制
评估主体	国家网信部门主导多部门联合评估	数据控制者自评估为主，监管机构事前审查
合规路径	安全评估/认证/标准合同三选一	充分性认定/SCC/BCR/约束性企业规则四选一
监管重点	数据本地化存储+出境后持续监督	接收国保护水平审查+数据主体权利保障

三、DeepSeek 数据合规困境分析

（一）数据采集的隐私安全风险

DeepSeek 基于数据蒸馏的大语言模型训练虽不依赖海量数据学习，但其多阶段数据流转仍面临隐私安全风险。数据合规所规制的“个人信息”亦或“personal data”，以信息可识别性作为基础特征。而该模型训练数据的方式导致了作为数据价值核心的个人身份信息要素在支撑模型语义理解能力的同时，也将成为攻击者实施逆向工程的突破口。具体而言，一是匿名化处理难以完全消除数据元特征关联性，结构化数据中的邮政编码、职业属性等非敏感字段仍可通过组合推断指向特定个人以进行身份识别。二是教师模型向学生模型传递参数时，可能通过注意力机制、特征嵌入等途径携带原始训练数据的语义残留。三是多轮蒸馏过程中，不同批次的脱敏数据经模型聚合后可能重建原完整信息图谱。

数据蒸馏引发的隐私风险将会贯穿数据处理全生命周期。在数据预处理阶段，原始数据清洗时的字段保留规则若设计不当，可能意外保留可识别特征；在数据训练阶段，分布式计算节点间的中间参数传输，可能因加密强度不足遭中间人攻击；在数据部署阶段，模型服务接口若未配置差分隐私机制，推理请求可能成为数据渗透载体。在上述环节中，如果数据存储不当，存在未加密、访问权限控制不严格等问题，将会导致未经授权的访问或数据泄露。攻击者可利用以下技术路径实施隐私推理：比如通过分析学生模型的预测置信度分布，构建马尔可夫链蒙特卡罗（MCMC）采样模型，逆向推导训练数据特征。或是在联邦学习场景下，截取模型更新时的梯度信息，运用生成对抗网络（GAN）重构用户敏感属性。亦或是基于输出概率分布的微小差异，判断特定数据是否参与过训练过程。

为符合 GDPR 有关处理个人数据的规定，隐私声明系实现数据主体知情权并确保数据控制者处理数透明性的必要前提，但 DeepSeek 的嵌套式同意设计——同意数据收集即视为同意参与模型训练——未以显著方式提示。测试显示，在移动端默认勾选状态下，用户需滑动至页面底部才能发现该关联条款，违反 GDPR 的“清晰同意”要求。2025 年 1 月，调查机构 Wiz 发现 DeepSeek 的 ClickHouse 数据库未设置访问权限，泄露的数据包含完整的用户交互日志，包括输入内容（平均长度 127 字符）、响应生成时间戳（精确到毫秒）、设备指纹信息（IMEI、MAC 地址等）、技术分析显示等大量数据信息，这些数据与模型训练的直接关联性不足，但被用于构建用户行为画像且数据过度留存，违反了 GDPR 要求的“不超过个人数据处理处理目的之必要的”数据最小化原则以及限期存储原则，加之 DeepSeek 隐私政策规定用户数据存储于中国服务器之上，故其在服务过程中采集并跨国传输外国用户数据将产生另一重国家安全与隐私保护风险。

（二）算法透明度与合规性问题

数据蒸馏在保留传统 AI“黑箱”特性基础上，其特有的技术架构与责任传导机制，无法直接套用传统 AI “开发者–运营方” 的二元责任框架，进一步加剧了责任主体的模糊化。具体而言，教师模型的知识迁移使得单个教师模型贡献度难以量化，形成责任稀释效应；且学生模型具备自主演化功能，其强化学习的持续微调将会产生不可控输出偏移，可能突破教师模型的预设边界；在模型训练过程中，初始训练集的偏见经多轮蒸馏被非线性放大，导致了数据污染追溯困境。传统的

过错责任原则难以应对无意识偏差传导（如教师模型隐含的文化偏见被学生模型继承），如何界定“学生模型”的责任边界，并明确“教师模型”开发者在错误传播中的责任，成为人工智能归责的新课题。

为进行 AI 监管，避免 AI 生成的虚假信息、深度伪造内容引发法律责任争议，欧盟强调企业对其输出内容的实质性人工干预，高风险 AI 系统必须提供“可解释性报告”。但 DeepSeek 多模态大模型采用动态神经网络架构（DynaNet），其推荐系统包含超过 800 层的参数矩阵，模型参数更新包经量子加密后无法被第三方解密。其动态神经网络参数不可逆的技术特性与欧盟所要求的必须提供特征重要性排序形成矛盾，若其未披露核心参数对决策的影响权重，根据欧盟《数字服务法》要求，将会面临高额罚款并重构算法的处罚。

此外，欧盟 2025 年实施的的 CE–IV 级 AI 认证要求企业需建立覆盖“设计–开发–部署–退役”全周期的溯源报告，包括风险识别（如数据泄露、算法歧视）、影响评估（DPIA/PIA 报告）、应急预案（如模型回滚机制），而国内数据标注产业普遍存在的版权瑕疵与这一要求形成矛盾。

四、DeepSeek 数据合规的解决路径

（一）完善数据收集与使用政策

在国家治理结构维度，应在平衡人工智能发展需求与国家安全保障的框架下，构建兼顾数据高效供给与主权安全的双轨机制，面对人工智能服务全球化带来的数据跨境流动挑战，通过建立国际协同治理范式满足监管差异。针对欧盟侧重隐私保护与我国侧重主权安全的规制分歧，可采取“核心共识+弹性例外”的协商策略，优先在尊重数据主权、风险评估框架等基础原则上形成多边共识，同时允许各国基于国家安全清单设置差异化豁免条款。具体实践中需强化数据分级管控体系，依据《数据安全法》对涉及关键基础设施、生物特征等敏感领域的数据资产实施出口管制，建立动态监测数据要素流动的预警机制。我国可依托“一带一路”数字合作网络，主导构建跨境数据流动的“安全走廊”标准，通过输出包含数据主权标识、可信计算验证等技术的治理方案，实现从国际规则参与者向主导者的角色升级，为 DeepSeek 创造合规发展空间。

具体而言，为更好与国际接轨以满足域外国家的监管要求，应当构建“合规认证–司法保障–技术防控”三位一体的国际接轨体系。将我国《个人信息保护法》中的正当必要原则细化为可操作的认证标准，要求人工智能企业建立覆盖数据采集、传输、分析的全程合规审计制度，并引入具备国际互认资质的第三方机构开展隐私影响评估。司法层面应落实多元共治的要求，通过多方参与的监管平台对出现的法律风险进行分析研判，并健全配套的例行抽查、社会举报及约谈制度，由国家网信办和工信部等部门进行监管。创新适应算法特性的救济模式，探索检察机关针对系统性隐私侵权发起公益诉讼的可行性，同时完善跨境数据纠纷的仲裁规则。技术治理方面可联合微软等跨国企业进行合作，对涉及意大利等严格监管地区的用户信息实施本地化处理，实现“数据可用不可见”的防护目标。

在企业合规维度，在数据收集阶段，其应制定清晰、易懂的数据收集政策，在用户注册或使用服务时，以显著方式告知用户数据收集的目的、范围、使用方式及存储期限等信息，确保用户充分了解，并采用明确、具体且易于理解的方式获取用户同意，确保用户在充分知情的前提下自愿

同意其数据被收集和使用，同时提供方便的撤回同意的途径。在数据存储阶段，其应定期对数据收集情况进行评估，删除或匿名化处理不再需要的数据，并采用先进的数据加密技术，对存储和传输中的数据进行加密处理，防止数据泄露。同时，实施严格的访问控制机制，限制对敏感数据的访问权限，确保只有授权人员能够访问数据。在数据输出阶段，加强对生成内容的监管，避免其泄露个人信息及敏感信息。对于涉及个人隐私的敏感数据，如医疗数据、金融数据等，采用数据脱敏和匿名化处理技术，去除或替换数据中的敏感信息，降低数据泄露后对用户隐私的影响。此外，制定完善的数据安全管理制度，包括数据分类分级管理、安全审计、应急响应等机制，定期对数据安全状况进行自评估和检查，及时发现并解决数据安全问题。

以下是上述内容的总结性表格：

维度	政策方向	具体措施
国家治理结构维度	双轨机制建设	• 构建兼顾数据高效供给与主权安全的双轨机制 • 建立国际协同治理范式应对数据跨境流动挑战
	国际协商策略	• 采取“核心共识+弹性例外”策略： – 优先形成数据主权、风险评估等基础共识 – 允许各国基于国家安全清单设置豁免条款
	数据分级管控	• 依据《数据安全法》对关键基础设施、生物特征等数据实施出口管制 • 建立动态数据流动监测预警机制
	跨境数据治理	• 依托“一带一路”构建“安全走廊”标准： – 嵌入数据主权标识、可信计算验证技术 – 推动我国从规则参与者向主导者转型
企业合规维度	数据收集阶段	• 制定清晰的数据政策，显著告知收集目的、范围等 • 采用明确方式获取用户知情同意，提供撤回途径
	数据存储阶段	• 定期评估数据需求，删除/匿名化冗余数据 • 应用数据加密技术，实施严格访问控制
	数据输出阶段	• 加强生成内容监管，防范信息泄露 • 对医疗、金融等敏感数据实施脱敏处理 • 建立数据分类分级、安全审计等管理制度

（二）提高算法透明度与合规性

鉴于数据蒸馏技术链条的复杂性，传统单一责任认定机制已显现出结构性缺陷，需引入产品责任法中的比例责任划分框架构建多维归责体系。具体可参照产品制造链条的多级责任分配模式，将数据供应商、教师模型开发者、学生模型运营方纳入协同责任网络。数据供应商应对训练数据集存在的系统性偏差承担基础性责任；教师模型开发者须对知识迁移过程中的误导性信息输出承担相应责任；学生模型运营方则应对未有效过滤不当内容导致的衍生错误承担过程控制责任。这种基于技术流程的梯度责任配置，能够精准匹配数据蒸馏各环节参与主体的风险控制能力，实现权责关系的动态平衡。

与此同时，需同步构建生成式人工智能的透明化治理范式以破解算法黑箱困境。针对数据蒸馏过程中因信息损耗导致的决策不可溯难题，应建立涵盖数据溯源、参数变更、知识迁移路径的全流程存证系统，强制要求开发主体完整记录训练数据指纹与蒸馏工艺参数。在算法可解释性层面，需研发适应深度神经网络特性的解释工具集，通过决策路径可视化与置信度标注技术，使模型输出结果具备可验证的逻辑链条。对于涉及个人生物特征、金融征信等敏感领域的应用场景，应实施双轨制监管策略，在保留算法高效运算优势的同时嵌入人工复核节点与实时预警系统，并建立用户风险警示机制，通过事前风险披露、事中决策干预、事后溯源追责的三维保障体系，全面提升技术应用的合规性与可控性，使其决策过程能够被用户和监管机构理解和监督。

以下是上述内容的总结性表格：

治理方向	责任/技术体系	具体实施方案
多维归责体系	责任主体划分	• 数据供应商：承担训练数据集系统性偏差责任 • 教师模型开发者：对知识迁移误导信息负责 • 学生模型运营方：承担未过滤不当内容的过程控制责任
透明化治理范式	全流程存证系统	• 强制记录数据指纹、蒸馏工艺参数等关键信息 • 建立数据溯源、参数变更、知识迁移路径的完整存证
	算法可解释性建设	• 研发深度神经网络解释工具集： – 实现决策路径可视化 – 添加置信度标注形成可验证逻辑链 • 对生物特征、金融征信等场景： – 保留算法效率同时嵌入人工复核节点
	双轨制监管策略	– 建立实时预警系统 • 构建三维保障体系： – 事前风险披露 – 事中决策干预 – 事后溯源追责

五、结论

数据合规是 DeepSeek 在全球化发展过程中必须面对的重要问题。通过完善数据收集与使用政策、加强跨境数据传输合规管理、强化数据安全与隐私保护措施以及提高算法透明度与合规性，DeepSeek 可以有效应对数据合规困境，提升企业的竞争力和可持续发展能力。同时，这也为其他人工智能企业提供了有益的借鉴，推动整个行业在合规的轨道上健康发展。

参考文献

[1] 王炜炫. 场景理论视野下个人信息跨境流动单独同意规则的省思与优化[J]. 河南财经政法大学学报, 1–15.

[2] 孟添, 陆岷峰. 基于 DeepSeek 的科技金融数智化探索：技术优势、行业赋能与未来挑战[J]. 企业科技与发展, 1–9.

[3] 吴静. DeepSeek 应用下的技术可及性与社会治理挑战——基于生成式人工智能的大规模部署[J]. 苏州大学学报(哲学社会科学版), 1–9.

[4] 郭壬癸, 谢佳眉. 论 Deepseek 类人工智能模型训练的著作权侵权责任认定[J]. 电子科技大学学报(社科版), 1–8.

[5] 张亮, 陈希聪. 生成式人工智能背景下的跨境数据安全规制——基于 DeepSeek、ChatGPT 等主流 AI 的思考[J]. 湖北大学学报(哲学社会科学版), 2025, 52 (02): 120–128+199.

[6] 顾男飞. 从 ChatGPT 到 DeepSeek：人工智能蒸馏数据的风险治理[J]. 图书馆论坛, 1–10.

[7] 白佳宁. “数据出境豁免”规则下数据出境安全评估的演变与完善[J]. 网络安全与数据治理, 2025, 44 (03): 54–58+76.

[8] 马煜凯, 许俊伟. 知识蒸馏模式的风险与纾解——以 DeepSeek 为例[J]. 湖北经济学院学报(人文社会科学版), 1–7.

[9] 郑恩, 刘沫潇. 全球传播秩序的算法重构：DeepSeek 挑战西方中心主义的 AI 认知霸权[J]. 学术探索, 1–13.

[10] 黄清新. 论企业数据出境之合规困境与优化路径[J]. 武大国际法评论, 2025, 9 (01): 36–52.

[11] 倪佳玉. 中欧数据出境安全评估办法比较研究[A] 《法律研究》集刊 2024 年第 2 卷——制度型开放的实现路径研究文集[C]. 上海市法学会, 2024: 11.

[12] 黄震华, 杨顺志, 林威, 倪娟, 孙圣力, 陈运文, 汤庸. 知识蒸馏研究综述[J]. 计算机学报, 2022, 45 (03): 624–653.

合规与创新：解构 RWA 中无形资产代币化的法律框架与监管趋势

张　莹、张昊东、殷文超

张莹，高级合伙人，北京大学法学学士、江苏大学法学硕士、美国法务会计师。有十五年投行及产业律师经验，深耕于上市公司投并购全流程法律服务。在政府法律服务、大型国企治理合规风控等领域具有丰富经验，同时擅长办理重大疑难的投资争议解决案件。近年来深度参与数据要素市场化领域法律实践，能为企业提供数据资产入表、跨境数据流动合规方案等专项服务。

张昊东律师，参与多起民商事诉讼案件，擅长投资纠纷、建设工程合同纠纷等，具有丰富的争议解决经验。同时为多家政府单位、大型国企及上市公司提供顾问服务，熟悉政务与商业合规需求。国际领域专注涉澳投资相关法律实务，为企业跨境合规与项目落地提供专项法律服务。投融资领域，多次办理股权架构设计、尽职调查等项目，为公司治理与商业决策提供切实支持。

殷文超律师，专注于为政府机构、企事业单位提供全方位的法律支持。凭借扎实的法学功底和系统的管理知识，在常年法律顾问、专项法律服务、公司合规风控、股权结构搭建、投资争议解决、建设工程等领域积累了丰富经验，同时擅长提供数据合规与数据资产化法律服务。专业服务涵盖合同审核、各类法律文书起草、法律尽职调查等非诉业务，并全程参与多起民商事诉讼案件。

摘　要：随着区块链技术的成熟，真实世界资产（RWA）代币化正从有形资产扩展至知识产权、数据资产等无形资产，标志着“RWA 2.0”时代的到来。无形资产这一类型的 RWA 代币化不仅是技术实现问题，更是一场涉及法律结构、合规安排与监管适应的系统性工程。本文围绕无形资产代币化的法律定性、全球监管比较及典型资产类别的实务结构设计展开研究，重点探讨了所有权与收益权代币化的法律界分、链上权益与法律逻辑的衔接，以及“实质重于形式”原则下的监管穿透问题。通过对比欧盟、美国、新加坡、中国香港及中国内地的监管制度，提出在跨境架构中实现合规落地的路径，并以知识产权与数据资产为例，深入剖析了 SPV 架构、真实出售等关键法律机制。笔者认为，律师在 RWA 项目中的身份需从被动的、传统的合规顾问向架构设计师转变，发展跨法域协调与科技融合能力。最后，本文提出坚持合规优先、发挥香港桥梁作用等建议，旨在为法律实务界与监管机构提供参考，推动 RWA 代币化向无形资产领域创新发展。

关键词：无形资产，真实世界资产（RWA），方案设计，监管比较，跨境合规

一、引言

随着区块链技术的发展，真实世界资产（Real World Assets, RWA）代币化已逐步成为连接传统金融与数字市场的重要桥梁。近年来，RWA 的底层资产正从不动产、大宗商品等有形资产拓展至知识产权、数据资产等无形资产，仿佛“RWA 2.0”时代已经到来。无形资产上链蕴含着巨大的潜力，可盘活沉淀的价值，提高资产流动性。

但机遇往往伴随着挑战，相较于传统资产，无形资产代币化的核心不在于技术突破，更是一项极其复杂的法律结构与合规安排。对法律从业者而言，这意味着角色的根本转变——从被动的纠纷解决和文件审核，前移为顶层架构的设计者、风险隔离工程师和主动拥抱合规的规划者。RWA 中无形资产代币化能否成功，很大程度上取决于法律层面的基石是否稳固及能否经得起多重监管审视。

本论文旨在聚焦 RWA 中无形资产代币化过程所涉及的核心法律实务问题，通过理论与实践相结合的方法，以期为其代币化提供法律合规指引。理论方面，本文深刻分析了无形资产代币化的法律定性问题，并对中国法律体系与欧美、新加坡等主要法域的监管制度展开比较法研究；实践方面，本文通过探讨、借鉴典型资产代币化的实务经验，为无形资产代币化的架构设计提供可行建议。一方面助力盘活知识产权、数据资产等新兴要素的价值，实现融资创新；另一方面保障该过程中法律关系清晰、风险可控、符合监管要求，促进区块链技术与现实无形资产的融合发展。

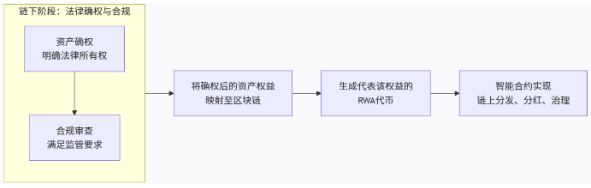
二、RWA 中无形资产代币化的法律定性

（一）所有权与收益权代币化的法律选择

无形资产所有权的代币化进程面临诸多挑战。就知识产权而言，多数国家的知识产权法都设有严格的登记公告制度，现有司法实践难以承认链上 Token 可以当然作为无形财产所有权的合法凭证。而数据资产的确权原则及执行路径更是具有不小争议。因此，在无形资产代币化进程尚处开篇的当下，实务操作者可以选择避开论证所有权的“锋芒”，采取更具可行性的路径——无形资产的“收益权代币化”模式，即不直接转移相应资产在法律意义上的所有权，而是将该资产所产生的收益权进行份额化、证券化。简言之，这类似于传统的资产证券化操作：发起人将无形资产本身或其收益权通过“真实出售”（True Sale）转让给一个特殊目的载体（Special Purpose Vehicle, SPV），再由 SPV 面向投资者发行代表收益份额的通证。通过这一架构设计，投资标的从难以界定的无形资产所有权，转换为清晰可见的 SPV 的收益索取，实现与现有监管体系的对接。该模式可以避免直接在链上确权带来的法律障碍，将关注点集中于收益分配，从而降低合规难度。

（二）链上权益结构设计与法律衔接

无形资产的代币化过程还向实务从业者提出了一个核心问题——如何通过链上权益结构设计来确保通证所代表的权利具有法律效力和可执行性？回顾完整的 RWA 代币化流程：先在链下通过法律程序完成资产确权和合规审查，再将确权后的资产权益映射至区块链生成代币，并最终通过智能合约实现链上治理。



若要保证整个流程合法合规，现实、法律与技术三重逻辑的统一至关重要，具体而言，就是

要确保各参与方的实际权利义务、各参与方所签署法律文件中的权利义务、智能合约代码的执行结果三者相一致，否则将产生智能合约与实际效果不符，从而导致合约无效的法律风险。此外，法律层面还可通过筛选投资人资质、规制权利流转界限等方式，采用专为合规设计的通证标准，在代币生成时嵌入投资者白名单、转让限制等规则，进一步保障代币持有和流转的合规性。链上智能合约中也可嵌入自动执行收益分配、抵押清算等操作，大幅提升交易效率及运行透明度。为此，律师和技术开发人员需要密切合作，在通证发行方案及配套法律文书设计过程中保持高效沟通，确保前述逻辑的统一性及相关规则嵌入的可行性。

（三）“实质重于形式”原则下的监管穿透

放眼国际，金融监管领域普遍奉行“实质重于形式”（Substance Over Form）原则，对于新型代币化产品理应也尤为如此。这意味着监管者关注的是交易背后所体现的经济实质，而非其技术外衣。例如，美国证券交易委员会（United States Securities and Exchange Commission, SEC）沿用的“豪威测试”（Howey Test）规定，如果某项交易涉及资金投资于共同事业，或投资者对他人管理行为的预期利益依赖明显，则无论进行何种技术包装，均应被认定为证券，并纳入证券法监管。香港证券监管机构也坚持“相同行为、相同风险、相同监管”的准则，对代币化证券予以等同传统证券甚至更高的监管待遇。

因此，发行人在设计无形资产代币化项目时，必须预先进行“监管穿透”分析——即从根本上剖析代币的利益安排和法律实质，判断其在目标市场是否触发证券法或金融监管要求。一旦代币被界定为证券，发行人就需履行相应的注册或豁免义务，并满足信息披露、投资者适当性等一切合规要求。值得注意的是，除证券法体系外，不少国家或地区还制定了针对加密货币或虚拟资产的专门规定，这些规定也大概率适用于 RWA 代币的发行与流通。综上，“实质重于形式”的原则提醒从业者：任何试图以技术名义规避监管的做法终将徒劳，唯有正视代币背后的法律属性，才能确保项目在各法域合规落地。

三、全球监管比较分析

（一）欧盟：加密资产监管立法

欧盟于 2023 年率先通过了统一的加密资产监管立法《加密资产市场监管法案》（The Markets in Crypto Assets regulation bill, MiCA），并于 2024 年起开始分阶段生效。这是全球首部全面规范加密资产市场的法规，其覆盖范围包括大多数不受其金融法规约束的加密资产类型，为 27 个欧盟成员国及挪威、冰岛等国提供统一的合规标准。MiCA 对加密资产发行、公开销售和服务设置了透明度和信息披露要求，并引入许可制和行为监管制度，以更好保护投资者的信赖和市场诚信。

MiCA 将加密资产分为若干类别，其中与 RWA 相关的资产参考代币（ART）和电子货币代币（EMT）是监管重点，要求发行人必须发布详尽的白皮书，并在某些情况下取得监管授权。同时，法案对此类代币设定了资本金储备、投资限制等严格标准，以防范系统性风险。需要注意的是，MiCA 并不覆盖已被认定为金融工具的代币化资产，此类资产仍受欧盟既有证券法监管。总体而言，MiCA 的实施为欧盟范围内的 RWA 代币发行提供了清晰的合规路径，消除了地理位置相近各国法规不一致导致的监管套利空间，并可能对其

他国家的数字资产立法起到示范作用。[①]

（二）美国：证券法主导的监管路径

相较于欧盟，美国目前尚未有专门的联邦数字资产法案，监管模式以证券法律框架为主。SEC 通过功能测试（即前述豪威测试）来判断 RWA 代币是否属于证券。一旦被界定为证券，发行人必须遵守联邦证券法的注册登记或豁免要求，并履行相应的信息披露义务。实践中，大部分涉及投资回报权利的 RWA 代币都会被认定为证券，因而发行者通常采用私募发行或仅限境外投资者的发行方式以规避公开发行注册义务，同时引入严格的投资资质审查和反洗钱程序。

值得一提的是，由于美国缺乏有关数字资产的统一立法，各州关于虚拟资产的规定亦不尽相同，导致合规路径复杂。目前监管边界主要依赖于 SEC 的执法行动和法院判例逐步形成，这在一定程度上加剧了法律的不确定性。[②]不过，美监管层也在尝试提供更明确的指引：例如 SEC 于 2025 年 4 月发布了针对代币化证券发行的合规路线图，指导发行人如何满足证券法要求。整体而言，在美国进行无形资产代币化，需要优先评估其证券属性，并通过证券法规框架来实现合规落地。

（三）新加坡：PSA 与“监管沙盒”体系下的开放引导

新加坡对待加密资产和 RWA 持相对开放和务实的态度。2016 年 11 月，新加坡金融管理局（Monetary Authority of Singapore, MAS）公布了《FinTech 监管沙盒指南》，设定了“监管沙盒”的目标和原则，并向申请人提供有关申请过程的指导，以鼓励和驱动金融技术创新试验。[③]2020 年，MAS 公布并实施的《支付服务法案》（Payment Services Act, PSA）将包括数字代币支付服务在内的七类支付服务纳入许可监管。该法案对从事代币经纪、交易所运营、托管等业务的机构提出了牌照分级制度，根据交易规模和风险水平分为标准支付机构和重大支付机构，并要求持牌机构遵守严格的反洗钱与消费者保护规范。与此同时，如果代币涉及证券性质，则适用新加坡《证券与期货法》（Securities and Futures Act, SFA）等现行金融法规，需要取得相应资本市场服务牌照并履行严格的说明义务。

这种根据代币性质区分监管路径的做法，既避免了一刀切，也确保了金融监管的足够覆盖范围，为当地提供了一个有利于金融技术创新的监管环境。2023 年，MAS 启动了“Project Guardian”项目，与业界合作探索公链环境下资产代币化的技术标准和监管方案，迄今已在跨境交易、债券代币化等领域取得试点成果。[④]整体而言，新加坡以灵活开放的监管框架、平衡创新与风险的监管思路，为无形资产代币化提供了友好的发展土壤。

（四）香港：虚拟资产服务提供商制度与证券监管

香港对 RWA 代币化采取“双轨”监管模式：一方面将代币按其资产属性纳入现行法律框架，另一方面针对技术特性发展新规。根据香港证券及期货事务监察委员会（Securities and Futures Commission, SFC）的监管原则，凡代币体现出证

① 参见《欧盟 MiCA 对加密资产发行商的监管要求》，https://zhuanlan.zhihu.com/p/1920788353302913458，2025 年 10 月 15 日访问。
② 参见田小皖：《一览美国加密货币监管现状》，载《德和衡第六届律师实务学术年会优秀论文集》第 180–182 页，转引自：SEC 针对加密货币的执法与诉讼案件汇总 https://www.sec.gov/spolighilcybersecurity–enforcement–actions
③ 参见于文菊：《新加坡“监管沙盒”对我国启示》，载《青海金融》，2017 年第 11 期，第 44–47 页。
④ 参见秦晋：《新加坡 MAS 与金融业合作扩大资产代币化计划正式发布（附原文）》，载金色财经网，https://www.jinse.cn/blockchain/3666572.html，2025 年 10 月 15 日访问。

券特征，无论形式如何，均视同证券纳入《证券及期货条例》(Securities and Futures Ordinance, SFO) 监管范围。因此，在港发行和销售 RWA 代币，发行人须取得相应金融从业牌照，并遵守与传统证券类似的要求，包括编制符合规定的发行章程、充分的信息披露义务，以及仅向专业投资者推介的宣传规则。香港监管层面对零售投资者的参与持审慎态度，除非是获得监管批准的个案，一般情况下 RWA 代币不会向大众销售。

香港于 2023 年 6 月起实施了虚拟资产服务提供商 (Virtual Asset Service Provider, VASP) 发牌制度，由 SFC 对虚拟资产交易平台进行监管，要求从事代币交易、中介、托管等业务的机构或平台取得牌照并符合反洗钱、投资者保护规范。此举为非证券类的数字资产交易提供了明确框架。[①]另一方面，香港金融管理局 (Hong Kong Monetary Authority, HKMA) 也积极推动金融创新，于 2024 年推出“Ensemble 监管沙盒”，为相应机构在固定收益、绿色金融、贸易融资等领域探索 RWA 应用及代币化提供了安全环境。[②]综合来看，香港通过传统证券法与创新监管并行的方式，既确保了 RWA 代币化活动不偏离金融安全底线，又为技术创新预留了一定空间。

（五）中国内地：严格禁止下的观望态势

相较于上述地区，中国内地目前对代币发行及相关活动采取近乎零容忍的监管立场。2017 年，中国人民银行等七部委发布《关于防范代币发行融资风险的公告》，明确将“首次代币发行”定性为非法公开融资行为，此后所有涉及代币公开发行募资的模式均被禁止。这一禁令适用于包括无形资产代币化在内的各类变相融资活动。[③]

近年内地的探索更多集中于“区块链+”的应用，[④]例如供应链金融、应收账款证券化、数据要素确权交易等，但并不涉及可自由流通的公开代币。这种做法在一定程度上实现了对实体资产数字化的管理和流转，规避了代币公开发行所引发的法律风险。总体而言，中国内地监管部门在 RWA 代币化领域持谨慎观望态度，短期内以防范金融风险为首要目标，更不必说针对无形资产代币化的相关指引。在此背景下，不少中国企业选择通过离岸架构开展 RWA 代币化试点，以求在全球合规框架内参与这一新兴领域的发展。

四、核心资产类别的实务结构设计

（一）合规发行框架设计方案：以内地资产 RWA 落地香港为例

将内地传统资产作为底层资产，在香港发行 RWA 代币化产品，是目前可借鉴的合规路径。其流程需兼顾两地法规，涉及跨境法律结构搭建、资产权益剥离、监管合规对接及持续风险管理等多个层面。尽管 RWA 代币化方案需因“资”制宜，但其中的底层逻辑与标准化组件仍有迹可循。基于对过往落地香港案例[⑤]的梳理与解构，我们尝试在本节中，抽象出一套兼具普适性与可操作性

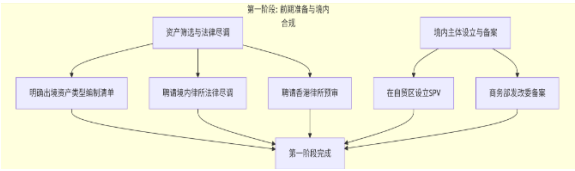
① 参见《深入解读香港虚拟资产 VASP 发牌制度（2023 年 6 月 1 日）》，https://zhuanlan.zhihu.com/p/633488471，2025 年 10 月 15 日访问。
②参见香港金融管理局：《 金管局推出 Ensemble 项目沙盒促进代币化应用 2024 年 8 月 28 日》，载香港金融管理局官网，https://www.hkma.gov.hk/gb_chi/news-and-media/press-releases/2024/08/20240828-3/，2025 年 10 月 15 日访问。
③ 参见中国人民银行、中共中央网络安全和信息化领导小组办公室（已变更）、工业和信息化部、国家工商行政管理总局（已撤销）、中国银行业监督管理委员会（已撤销）、中国证券监督管理委员会、中国保险监督管理委员会（已撤销）：《关于防范代币发行融资风险的公告》，2017 年 9 月 4 日联合发布。
④ 参见《区块链信息服务管理规定》（国家互联网信息办公室令第 3 号），2019 年 1 月 10 日发布。
⑤ 参见星球日报：《中资银行系券商 RWA 首秀，招银国际首发 Solana 链上基金》，载 Foresight News，https://foresightnews.pro/article/detail/88985，2025 年 10 月 15 日访问。

的核心框架，以期为市场参与者厘清思路、识别风险、优化设计提供一份具有实务参考价值的搭建方案。

1. 第一阶段：前期准备与境内合规

（1）资产筛选与法律尽调

发行者明确出境资产类型，编制详细清单。聘请境内律师事务所进行法律尽调，重点审查资产担保状态、是否存在司法冻结，以及跨境转移限制（如涉及敏感行业需符合《外商投资准入特别管理措施》）。另外还需要聘请香港律师事务所进行预审，评估资产在港被认定为“集体投资计划”（《证券及期货条例》第 571 章）的合规性。



（2）境内主体设立与备案

内地资产出境通常可在自贸区设立 SPV，以享受外汇便利政策，并隔离母公司及关联实体的经营风险。根据商务部《境外投资备案表》及发改委备案（《企业境外投资管理办法》第十三条）相关要求，需提交项目可行性报告、境内主体营业执照、香港公司注册文件等。

2. 第二阶段：跨境转移与资产证券化

（1）资金出境路径选择

①QDII/QDLP 通道：需与持牌机构，如基金公司/券商/商业银行等合作，向国家外汇管理局申请额度。

②内保外贷：由境内银行开立融资性保函（《跨境担保外汇管理规定》第八条），境外银行据此向香港 SPV 放款。关键点在于担保金额不得超过境内主体净资产的 50%。

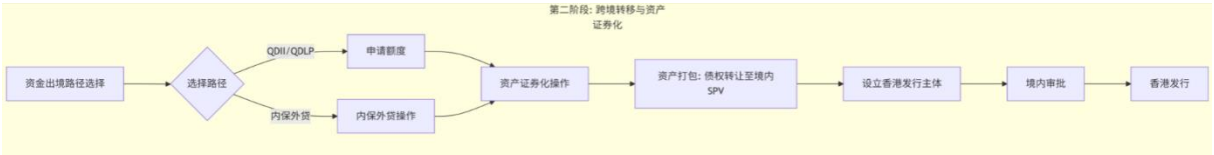
（2）资产证券化操作（以应收账款为例）

①资产打包：将应收账款债权转让至境内 SPV，签署《债权转让协议》并通知债务人（《中华人民共和国民法典》第五百四十六条）。

②设立香港发行主体：在香港设立 SPV 作为发行主体，并委托香港持牌机构担任安排人。

③境内审批：必要时向证监会提交《资产证券化计划说明书》，以取得无异议函。

④香港发行：向 SFC 提交招股书，需披露底层资产细节及内地法律意见书。



3. 第三阶段：香港落地与持续运营

（1）牌照申请与监管沟通

若香港 SPV 主动管理资产，需向 SFC 申请第 9 类（资产管理）牌照，提交股东及高管履历、合规手册等材料。审批通常需 4–6 个月，建议通过律师与 SFC 进行预沟通。若涉及向投资者推荐产品，可能需额外申请第 4 类（证券咨询）牌照。

（2）税务优化

通过境内 SPV 与香港 SPV 签署《服务协议》明确管理费比例，需符合转让定价的“独立交易原则”。香港 SPV 需提交《利得税报表》，证明收入源自境外以享受税务优惠。

（3）持续合规义务

内地要求每年 1 月底前向外汇局报送《境外直接投资存量权益登记表》；境内 SPV 需就境外

收益缴纳企业所得税（可抵扣在港已纳税额）。而香港则要求持牌机构每季度向 SFC 提交《财务资源规则》合规证明，并在每年度提交经专业机构审计的报表（《公司条例》第三百七十九条）。

（二）知识产权类无形资产的代币化架构

知识产权的代币化同样应采用 SPV 架构来实现法律与商业目标的平衡。实践中，发行人可选择在离岸法域或香港等地设立 SPV，利用其成熟稳定的法律体系来实现破产隔离。关键在于确保原始权益人与 SPV 之间完成“真实出售”：即将相关 IP 资产或其未来收益权依法转让给 SPV，使该资产完全脱离原权利人的信用风险。随后，由 SPV 以该知识产权未来产生的许可使用费、特许权使用费等现金流为支撑发行代币，赋予投资者对这些收益的索取权。针对不同类型的知识产权，还需进行有针对性的架构安排。例如，对于专利权和著作权，不仅要确保 SPV 的持有方式满足专利权属地的公示制度，还需明确授权链条完整，保证 SPV 取得充分的权利许可；对于商标权，要警惕权利滥用可能引发商标价值减损的风险。总之，架构设计不仅要满足代币持有人的经济利益直接绑定于底层 IP 资产的收益能力，更要避免权利流转无效的法定情形，否则将导致整个结构崩溃。

知识产权收益权类代币通常被认定为证券型产品，自然需遵守相应证券法要求。具体而言，律师需要根据目标投资者所在法域量身设计发行方案：如面向美国市场，通常需通过私募方式仅向合格投资者发行，并遵循《美国联邦证券法》Reg D 条例的披露和投资者验证要求。[①]在项目推进过程中，律师需对底层资产开展全面的法律尽职调查和全生命周期管理，这是知识产权代币化成功的基石。尽职调查的标准应远超传统交易深度，重点核验权利归属是否清晰且无争议；是否存在独占许可、质押等限制或他项权利；剩余法定保护期限及是否存在不可续展因素；过往是否涉及侵权或有潜在法律风险。此外，律师应协助建立底层 IP 资产的持续管理机制，包括侵权监测、许可合同履行、专利年费或商标续展费缴纳等，以维持资产价值稳定。在跨境架构中，还需逐一审视 SPV 设立地法域与 IP 注册地法域之间，在产权登记、转让效力及判决执行上的司法差异，并采取相应措施加以协调。

综上所述，知识产权收益权代币化的结构设计充分借鉴了传统资产以 SPV 为核心实现风险隔离、通过跨境法律结构衔接两地监管的已有范式。针对知识产权的根本特征，结构进行了关键性的补充与发展：其一，将“真实出售”的概念推向极致，它不仅是一个财务隔离步骤，更是确保 IP 法定权益在 SPV 内完整、无瑕疵存续的核心法律动作；其二，引入“全生命周期法律尽调与管理”的概念，这超越了对传统静态权属和担保状态的审查，转而动态、前瞻地关注 IP 的剩余保护期限、侵权风险以及续展费用等，将法律合规从发行门槛延伸为价值维护的持续过程。

（三）数据资产类无形资产的代币化架构

2020 年 4 月 9 日，《关于构建更加完善的要素市场化配置体制机制的意见》首次将“数据”列为第五大生产要素。2022 年 12 月 2 日，中共中央、国务院下发《关于构建数据基础制度更好发挥数据要素作用的意见》（“数据二十条”），确立了数据确权应遵循“数据资源持有权、数据

① 参见《美国证券注册豁免法规：Reg CF、Reg D、RegA+、Reg s》，载搜狐网，https://www.sohu.com/a/766146864_121873871，2025 年 10 月 15 日访问。

加工使用权、数据产品经营权”的三权分置制度。鉴于数据资产权属关系的复杂性和监管的高敏感度，数据资产代币化的第一步“真实出售”可进行相应变体：即不直接流转数据本身，而是将数据资源经过合法合规处理后的持有、使用、收益等权利，或基于数据分析生成的数字化产品经营权进行“出售”。换言之，此种情形下的“真实出售”不再转移数据的“归属”，而是抽象出蕴含价值的财产性权利或产品进行流转，由 SPV 持有，并据此发行代币。[①]因此，SPV 内部需制定严格的数据治理章程，明确数据来源的合法性、处理流程的合规性，以及数据使用范围的限制条款，确保底层资产的运作始终符合任何相关法域关于数据安全和隐私保护的所有强制性要求。

数据资产代币化过程中的合规要点体现在三个方面：首先，数据权属与来源合法性审查。律师必须进行极为审慎的调查，确认拟纳入代币化的数据权益或数据产品，其原始数据均来源清晰且符合法律要求。例如，需要确保已取得足够的用户授权，或利用的是依法可交易的公共数据、企业匿名化处理后的数据，并杜绝任何涉及窃取数据、滥用数据或侵犯个人隐私的情形。其次，需关注跨境数据流动的合规性。如果项目涉及跨国投资者或数据跨境存储、处理，则必须遵守数据出境管理规定。实践中可采取的措施包括：实施数据出境安全评估、签署跨境数据传输的标准合同、向相关监管部门进行备案等，以满足不同国家或地区关于数据本地化和跨境传输的监管要求。最后，应关注“证监”与“数监”双重监管下的严格审视。[②]数据资产相关代币可能同时触发证券监管和数据合规监管，因此，一方面要分析其是否构成证券并履行相应证券法义务；另一方面也要确保代币的发行与流转不踏入非法交易的界限。稳妥起见，建议发行人将发行方案向证券监管部门和数据监管部门同时备案，建立双重合规保障机制。

此架构同样继承了第(一)部分的基本逻辑，但其最大的发展在于直面数据资产所独有的“合规主权”问题。架构的核心从“风险隔离”演进为“合规构建”，将“真是出售”进行变体以满足监管要求；SPV 的首要功能也不再是持有资产，而是作为一个专业化的数据治理平台，确保数据来源、处理与流转的全流程符合日益复杂的数据法规。这催生了上述“双重备案”原则，要求项目必须同时在证券监管和数据监管两条轨道上寻求合规，其复杂程度远高于传统资产。本架构代表了对基础 RWA 框架的“范式拓展”，它不再仅仅是一个金融工具，更是一个在数据要素化时代下，平衡资本创新与数据安全、个人隐私等基本权利的制度性解决方案。

五、当前法律服务的挑战与应对

（一）智能合约与法律逻辑的衔接

区块链智能合约通过代码自动在规则内执行交易，提高效率的同时，也带来了合规方面的挑战。一方面，智能合约的执行具有不可逆和去中心化的特点，与传统法律体系中的合同履行、违约救济机制存在制度性差异。[③]例如，链上投票决策的法律效力如何认定、代币持有人的权利如何通过法律途径得到保障，以及当智能合约运行出

① 张莹、张昊东、殷文超：《在数字化转型和金融创新背景下，数字藏品“四权分置”确权体系与数字藏品交易监管困境》，载微信公众号“德和衡律师”，2025 年 3 月 13 日上传。

② 《促进和规范数据跨境流动规定》（国家互联网信息办公室令第 16 号），2024 年 3 月 22 日发布。

③ 参见梁喜、张海菠：《去中心化金融在投融资领域的应用探析》，载《会计之友》，2025 年第 22 期，第 85–90 页。

现错误或争议时应如何救济，都是亟待解决的新兴问题。这些问题要求发行人在技术与法律两个端点间寻求平衡点。一种解题思路是，在代码层面加入必要的合规控制，同时在法律文件中约定当链上操作与法律要求不一致时的特殊处理原则，以确保代码执行结果能够被司法承认或纠正。这一过程中，律师应发挥主动作用：参与智能合约的设计审核，确保其逻辑与实际交易和真实意思表示一致，并预先设计好纠纷解决机制，以弥合技术自动执行与法律规制之间的鸿沟。

（二）律师角色的转换与专业能力提升

无形资产的代币化浪潮对法律从业者提出了前所未有的专业要求。律师的角色正从传统的合规顾问、文件起草者，转变为创新项目的架构设计师和风险控制者。结构设计层面，律师需要掌握 SPV 架构设计及跨境法律协调能力，根据客户需求选择最优法域，并搭建兼顾效率、隐私与合规保障的法律结构。与监管部门对话层面，律师必须深刻理解监管层面关注的风险点，善于将技术驱动的商业模式“翻译”为监管听得懂、信得过的法律语言，并代表或作为发行人，进行专业、高效的沟通。最后，文书起草层面，律师须具备起草代币发行方案的能力，并能以纵观交易结构的视角撰写配套法律文件，确保其中的条款满足多重身份需要和多重监管要求。尤其重要的是，要核查并确保实际法律关系与智能合约代码的逻辑、法律文件载明的权利义务三者一致，不出现现实与法律不符、法律与代码脱节的情况。

此外，RWA 项目往往处于法律演进的前沿，律师须具备动态合规意识，在项目推进过程中持续审查法规变化与合规状况，及时为客户提供调整建议。[①]在监管沙盒等创新试点中，律师还应参与制定投资人退出机制和风险缓释预案，向监管机构提交全面的风控报告。可以说，法律服务者能否满足上述多领域的复合要求，决定了其法律服务在 RWA 项目中能否有效提供保障。

（三）跨境协同中的难点与对策

无形资产代币化天然具有跨境属性，底层资产可能在一国，SPV 设立在离岸辖区，投资者则来自全球各地。这种跨境要素的组合给法律服务带来了额外的复杂性，其中一大难点在于各法域监管规则的不一致甚至互相冲突。例如，对于同一种代币，可能美国视其为证券，而欧盟将其归类为加密资产；又如数据资产跨境流通时，不同国家对个人信息出境、安全评估有不同要求。不仅如此，不同国家的监管节奏、语言文化差异都可能影响项目推进。[②]实践中，律师须逐一梳理各司法管辖区的法律，归纳各监管的交集和集合外的不同要求，分别制定针对不同地区的合规方案。这不仅要求从业律师具备比较法视野，还应有通过协议安排、法律意见书等方式解决法律冲突的能力。总之，在 RWA 的全球化业务环境下，律师要扮演“地球村调解员”的角色，平衡、满足不同司法管辖区的监管要求，为跨境 RWA 代币化项目保驾护航。

六、结论与建议

无形资产代币化的浪潮正席卷而来，其波澜壮阔之处在于将人类抽象的财富形态转化为可以全球流动的资本。这一进程并非由技术单独驱动；相反，它的本质是一场监管驱动与合规安排主导的深刻变革。区块链技术的无限可能性只有落地

① 高歌：《数据跨境监管升级，中企“出海”如何应对》，载《中国会计报》2025 年 7 月 18 日，第 12 版。
② 任博、董晓颖、林佟哲：《中企出海应对数据安全与隐私合规风险策略分析》，载《数字经济》2021 年第 11 期，第 94–99 页。

于坚实的法律跑道才能真正发挥作用，而法律合规是开拓这条航道的先决条件。

各国监管制度也在这一浪潮中不断演进：欧盟率先通过 MiCA 立法以统一数字资产的监管标准；香港实行虚拟资产服务机构授牌制度，并通过监管沙盒为 RWA 创新预留空间；而中国内地则在严格禁止公开代币发行的同时保持观望态度。展望未来，无形资产代币化有望成为提升全球资本市场生命力的契机，成功与否有赖于各法域能否建立稳健的法律基础。法律从业者也需随之转变角色——从被动的合规顾问转变为主动拥抱合规的结构设计师与风险控制者，对构建可信、合规、高效的无形资产金融生态肩负核心使命。有价值的创新并非游离于法律之外的野蛮生长，而是遵循法律边界所孕育出的严谨且富有想象力的解决方案。

基于上述分析，为推动无形资产代币化在合规轨道上实现创新发展，本文提出以下合规建议以供法律实务界和监管决策参考：

（一）坚持合规优先，稳步探索创新

面对无形资产代币化这一新生事物，监管机构自然应坚守保护金融安全与投资者的红线，亦不宜因噎废食。在确保风险可控的前提下，可借鉴域外经验，运用监管沙盒等工具，允许适度创新试点。譬如选择数据要素、碳排放权等特定类型的无形资产，在沙盒环境中开展 RWA 代币化项目测试，由监管部门提供指导并给予适当的监管豁免，待积累一定经验后再完善相关立法和监管规则。通过“先试点、后规范”的路径，平衡金融创新与风险防范，为未来建立规范化的、有我国特色的 RWA 监管框架奠定基础。

（二）利用香港桥梁，畅通跨境合规路径

在内地对公开代币发行仍持严格禁止态度的背景下，充分发挥香港地区法律环境和市场机制相对开放的桥梁作用，允许内地合法无形资产通过跨境架构转移至香港 SPV，进而发行 RWA 产品。这一路径虽操作复杂，但在兼顾内地与香港两地法规要求的前提下已走向大众视野，成为当前条件下盘活资产价值的有效手段。建议监管部门和行业组织总结 RWA 跨境项目的实践经验，制定相关标准或操作指引，降低法律不确定性并减少企业合规试点的成本，在不触碰国内监管红线的前提下，借助香港市场，进一步释放金融创新的无限潜力。

（三）加强国际协作，推进监管协调

RWA 中无形资产代币化项目往往跨越多个法域，不同司法管辖下定性标准和监管规则不统一，易天然形成合规障碍。各国、各地监管机构应加强国际对话与合作，通过多边机制推动监管标准逐步完善。不仅如此，各国可探索建立跨境监管协作机制，在信息共享、执法互助、沙盒试点互认等方面深化合作，为跨境 RWA 创新营造更友好的政策环境。对于市场参与者和法律服务者而言，需要具备比较法研究精神，根据不同法域分别制定合规方案，并通过法律工具化解跨境司法冲突。在监管层面的协同配合与实务层面的通力合作下，金融市场能够逐步减小甚至适应跨境合规壁垒，促进无形资产在全球范围内的合规流通。

（四）培养复合人才，融合法律与科技

RWA 的兴起既对技术人员提出了合规意识要求，也对法律从业者提出了前沿技术之问——掌握区块链技术、智能合约原理，精通国际法律规则和跨境合规技能，或许将成为高校培养下一代法学人才的风向标。律师事务所也应当加强相关领域服务产品的研发，着力培养兼具法律思维

与科技素养、熟悉全球监管规则的复合型人才。同时，法律服务工作需积极引入合规科技工具，在智能合约和信息系统的设计开发中核验监管要求，实现对代币化业务的实时合规监控。长远来看，法律与科技的深度融合将成为提升监管效能和法律服务质量的关键所在，也是数字经济时代保持法律职业竞争力的必由之路。

无形资产代币化为金融市场带来了前所未有的机遇，同时也伴生复杂的法律挑战。中国应当在借鉴域外成熟经验的基础上，逐步探索符合自身国情的监管模式。在这一过程中，法律人应坚持合规底线思维，与监管者和技术开发者紧密合作，寻求创新发展与监管安全的最佳结合点。唯有如此，才能真正释放资产的潜在价值，推动数字经济与实体经济的深度融合，实现监管导向下的高质量金融创新。

参考文献

[1] 陈爱飞：《“数据控制者标准”取证模式及中国因应》，载《法商研究》2024 年第 3 期。

[2] 时建中：《数据分层确权的法理构造——基于流通效率与利益平衡的视角》，载《环球法律评论》2025 年第 4 期。

[3] 刘品新：《论数据刑事合规》，载《法学家》2023 第 2 期。

[4] 武东方：《数据刑事保护的检视与重塑——以刑事合规为切入点》，载《上海法学研究》集刊 2022 年第 1 卷——智慧法治学术共同体文集。

[5]《中国人民银行关于印发〈金融科技发展规划（2022—2025 年）〉的通知》，载中国人民银行官网，http://www.pbc.gov.cn/zhengwugongkai/4081330/4406346/4693549/4470403/index.html ，2025 年 10 月 15 日访问。

[6] Thematic Review Assessing the Implementation of IOSCO’s CDA & DeFi Recommendations, IOSCO, Oct. 16, 2025.

[7] Regulation (EU) No. 2023/1114 on Markets in Crypto-Assets (MiCA), Official Journal of the European Union, May 31, 2023.

[8] Supreme Court of the United States. SEC v. W. J. Howey Co., 328 U.S. 293 (1946). Washington, D.C.: U.S. Reports, 1946.

[9] Licensing Handbook for Virtual Asset Trading Platform Operators (VATPs), Securities and Futures Commission (Hong Kong), May 31, 2023.

[10] Guidelines on Provision of Digital Payment Token (DPT) Services to the Public (PS-G02), Monetary Authority of Singapore, Jan. 17, 2022.

[11] Virtual Assets and VASPs: Targeted Update on Implementation of Recommendation 15 and the Travel Rule, Financial Action Task Force, Jul. 9, 2024.

[12] 国家互联网信息办公室发布的《促进和规范数据跨境流动规定》（国家互联网信息办公室令第 16 号）。

[13]《中华人民共和国个人信息保护法》。

[14]《中华人民共和国数据安全法》。

[15] 国家互联网信息办公室发布的《数据出境安全评估办法》（国家互联网信息办公室令第 11 号）。

[16] 国家互联网信息办公室发布的《个人信息出境标准合同办法》（国家互联网信息办公室令第 13 号）。

[17] 国家互联网信息办公室：《促进和规范数据跨境流动规定》答记者问，载中国网信网，https://www.cac.gov.cn/2024-

03/22/c_1712776611649184.htm，2025 年 10 月 15 日访问。

[18] 中国人民银行、中共中央网络安全和信息化委员会办公室、最高人民法院、最高人民检察院、工业和信息化部、公安部、国家市场监督管理总局、中国银行保险监督管理委员会（已撤销）、中国证券监督管理委员会、国家外汇管理局联合发布：《关于进一步防范和处置虚拟货币交易炒作风险的通知》（银发〔2021〕237 号）。

[19] 中国人民银行、中共中央网络安全和信息化领导小组办公室（已变更）、工业和信息化部、国家工商行政管理总局（已撤销）、中国银行业监督管理委员会（已撤销）、中国证券监督管理委员会、中国保险监督管理委员会（已撤销）：《关于防范代币发行融资风险的公告》，2017 年 9 月 4 日联合发布。

[20] 国家互联网信息办公室发布的《区块链信息服务管理规定》（国家互联网信息办公室令第 3 号）。

[21] 智汇咨询：《欧盟 MiCA 对加密资产发行商的监管要求》，载知乎专栏，https://zhuanlan.zhihu.com/p/1920788353302913458，2025 年 10 月 15 日访问。

[22] 田小皖：《一览美国加密货币监管现状》，载《德和衡第六届律师实务学术年会优秀论文集》，第 180–182 页。

[23] 于文菊：《新加坡“监管沙盒”对我国启示》，载《青海金融》，2017 年第 11 期，第 44–47 页。

[24] 秦晋：《新加坡 MAS 与金融业合作扩大资产代币化计划正式发布（附原文）》，载金色财经网，https://www.jinse.cn/blockchain/ 3666572.html，2025 年 10 月 15 日访问。

[25] 参见区块链研究员：《深入解读香港虚拟资产 VASP 发牌制度（2023 年 6 月 1 日）》，载知乎专栏，https://zhuanlan.zhihu.com/p/633488471，2025 年 10 月 15 日访问。

[26] 参见香港金融管理局：《金管局推出 Ensemble 项目沙盒促进代币化应用 2024 年 8 月 28 日》，载香港金融管理局官网，https://www.hkma.gov.hk/gb_chi/news-and-media/press-releases/2024/08/20240828-3/，2025 年 10 月 15 日访问。

[27] 参见星球日报：《中资银行系券商 RWA 首秀，招银国际首发 Solana 链上基金》，载 Foresight News，https://foresightnews.pro/article/detail/88985，2025 年 10 月 15 日访问。

[28] 参见清和资本：《美国证券注册豁免法规：Reg CF、Reg D、RegA+、Reg s》，载搜狐网，https://www.sohu.com/a/766146864_121873871 ，2025 年 10 月 15 日访问。

[29] 张莹、张昊东、殷文超：《在数字化转型和金融创新背景下，数字藏品“四权分置”确权体系与数字藏品交易监管困境》，载微信公众号“德和衡律师”，2025 年 3 月 13 日上传。

[30] 梁喜、张海菠：《去中心化金融在投融资领域的应用探析》，载《会计之友》，2025 年第 22 期，第 85–90 页。

[31] 高歌：《数据跨境监管升级，中企“出海”如何应对》，载《中国会计报》2025 年 7 月 18 日，第 12 版。

[32] 任博、董晓颖、林佟哲：《中企出海应对数据安全与隐私合规风险策略分析》，载《数字经济》2021 年第 11 期，第 94–99 页。

新司法解释视角下掩隐罪、洗钱罪、帮信罪的区分与辩护

邢丽丽、武晓雨

邢丽丽，北京德和衡律师事务所高级合伙人，西南政法大学刑事诉讼法专业硕士，具有 6 年检察院工作经历，执业 18 年来专注刑事辩护，擅长经济犯罪、职务犯罪与金融犯罪案件的辩护工作。曾成功办理“亿元骗贷案”不起诉、某银行五亿违法发放贷款等多起具有重大影响的金融犯罪案件，同时作为副主编与知名刑辩律师钱列阳合著《银行业务犯罪十二讲》一书，并在全国多家银行讲授银行人员刑事风险防范课程。

武晓雨，北京德和衡律师事务所实习律师，上海海事大学刑法学硕士，曾实习于检察院、公司及律师事务所，具备多维度法律实务经验，目前主要参与刑民交叉案件、金融经济犯罪及刑事辩护等业务并致力于在刑事领域、刑民交叉领域持续深耕，不断提升专业素养与业务能力。

摘　要：随着信息网络技术与金融业务的深度融合，掩饰、隐瞒犯罪所得罪、洗钱罪与帮助信息网络犯罪活动罪在司法实践中的认定难题日益凸显。2025 年最高人民法院、最高人民检察院联合发布的新司法解释，围绕认定掩隐罪的入罪标准、量刑规则进行修订调整，为解决长期存在的法律适用争议提供了重要依据。本文结合掩隐罪、洗钱罪、帮信罪三罪的最新司法解释，在此视角下系统梳理三罪在主观明知、行为方式、上游犯罪范围等核心要素上的差异。“涉两卡”犯罪中结合典型司法案例，深入探讨帮信罪与掩隐罪的界限划分问题，旨在为司法实践提供清晰的理论指引，促进对三罪的准确认定与公正裁判。

关键词：掩隐罪；洗钱罪；帮信罪；新司法解释；罪名认定与区分

一、问题的提出

2020 年至 2024 年，检察机关起诉掩饰、隐瞒犯罪所得罪 23.02 万件，人民法院审结一审案件 22.09 万件，有效震慑和遏制了电信网络诈骗、网络赌博等上游犯罪，有力推进了反洗钱工作。[①] 掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪（以下简称“掩隐罪”）是当前司法实践中发案量最高的洗钱类犯罪，也是与电信网络诈骗、网络赌博等上游犯罪紧密关联的下游环节。当前，掩隐罪的适用主要面临两大新问题：一是上游犯罪类型发生根本性转变，从盗窃罪为主变为以电信网络诈骗罪为主；二是在惩治涉银行卡帮助行为时，对其应认定为“掩隐罪”还是帮助信息网络犯罪活动罪（以下简称“帮信罪”）存在较大认定分歧。

最高人民检察院工作报告揭示，掩隐罪以 129,074 人的起诉量跃居全国刑事犯罪第四位，同比增幅显著（见图 1–1）。[②]这一数据背后，既反映出当前电信诈骗等上游犯罪激增带来的连锁效应，也暴露出银行卡、支付软件等新型资金转移工具被滥用的现实。2025 年 8 月 26 日，《关于办理掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益刑事案件适用法律问题的解释》（以下简称“2025 新解释”）应运而生，2025 新解释并非对旧有规则的简单修补，而是对掩隐罪司法认定理念的一次重要革新，回应了司法实践中长期存在的争议，更通过细化明知认定标准、明确入罪门槛及量刑情节，构建起更为科学的三罪区分体系。本文立足于新司法解释的规范内涵，结合司法案例，对三罪的界分逻辑进行系统性阐释，以期为相关理论研究与实务操作提供参考。

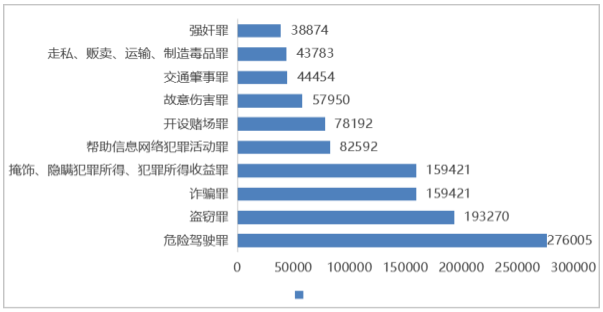


图 1–1 起诉刑事犯罪前十的罪名情况

二、掩隐罪、洗钱罪与帮信罪的司法认定规范：基于新司法解释

（一）新司法解释下掩隐罪司法认定的理念革新

第一，严格对明知的认定。2025 新解释第二条对《刑法》第三百一十二条规定的掩隐罪中“明知”的认定进行了限缩详细的规定，涵盖在“知道”“应当知道”两种形态。根据张明楷教授的观点，“可能明知”表明行为人同时可能不明知[③]，新解释排除了行为人可能知道这一概率极低的情况，更不包括行为人模糊知道所经手的财物可能来路不明。相反，2025 新解释强调通过外部行为反推主观认知，应结合行为人接触的信息、经手赃物的情况、交易异常性、职业背景等要素进行综合判断。新解释解决了旧解释对“明知”的推定存在扩大化倾向的问题。实践中，一些下游帮助行为人员，如单纯提供银行卡的“卡农”，可能与上游犯罪关联较低、对过手的资金数额和流向无法操控，新解释的实施有助于避免对这些人员的不当入罪，增强了司法实践的可操作性。

① 《精准打击掩隐犯罪 维护经济社会发展秩序》，载最高人民法院官网，https://www.court.gov.cn/zixun/xiangqing/476701.html，2025 年 10 月 9 日访问。

② 《“数”点看法！2023 年审判执行工作怎么看？》，载中国法院网，https://www.chinacourt.cn/article/detail/2024/03/id/7838918.shtml，2025 年 10 月 9 日访问。

③ 张明楷：《犯罪故意中的“明知”》，载《上海政法学院学报（法治论丛）》2023 年第 1 期，第 38–54 页。

第二，扩大可不起诉的范围。掩隐罪侵犯的法益即司法机关对上游犯罪的正常追查活动，本质是对司法秩序的维护。2025 新解释融入宽严相济的刑事办案精神，在原有司法解释的基础上增加了可以不起诉或者免予刑事处罚的情形，即“配合司法机关追查上游犯罪起较大作用的”。该条解释标志着立法和司法理念的深刻转变从“惩治理念”到“合作激励”的范式，对于不慎实施了掩隐行为的人来说提供了一个在犯罪后可以“弥补出罪”的机会，鼓励行为人积极配合追赃挽损，将掩隐罪的行为人从单纯的被追诉者，在一定程度上转化为“司法合作者”，同时提升司法工作效率实现以最小司法成本获取最大社会治理效益的目标。

第三，强化量刑的均衡性。2025 新解释第五条明确要求在掩隐罪量刑时注意与上游犯罪保持量刑均衡，告别出现下游掩隐罪刑罚重于上游犯罪的倒挂情形。新解释用“数额+情节”的双重标准进行判断，摒弃了唯数额论的单一入罪标准，并依据上游犯罪类型设定不同标准。以职务侵占为例，以往的司法解释规定掩饰、隐瞒职务侵占所得数额达到 10 万元即构成情节严重，对应的法定刑是 3–7 年以下有期徒刑，明显违反罪责刑相适应原则；而在 2025 新解释生效后，升档法定刑的门槛提升至 500 万元，且需满足特定情节才能适用，为部分犯罪情节较轻的被告人提供了出罪空间。

（二）三罪界分的教义学审视

首先，保护法益与上游犯罪范围的边界层面。掩隐罪的核心法益是司法机关追究上游犯罪的正常活动。该罪立足于对犯罪所得及其收益的后续处置行为进行惩罚，旨在斩断上游犯罪的经济动力，恢复被犯罪行为破坏的司法秩序。因此，其上游犯罪范围具有极大的包容性，几乎涵盖刑法分则规定的所有能够产生犯罪所得及其收益的犯罪类型；洗钱罪作为专门的反洗钱工具，其保护的是国家金融管理秩序和司法秩序双重法益。该罪打击的重点并非简单的“窝藏”行为，而是通过复杂的金融操作改变犯罪所得的非法性质使其融入合法经济流通领域，从而破坏金融秩序的纯洁性与稳定性。[①] 为此，刑法第 191 条将其上游犯罪严格限定为七类特定重大犯罪，包括毒品犯罪、黑社会性质组织犯罪、恐怖活动犯罪、走私犯罪、贪污贿赂犯罪、破坏金融管理秩序犯罪、金融诈骗犯罪等；帮信罪作为《刑法修正案(九)》增设的新型犯罪，其旨在惩治为信息网络犯罪提供技术支持帮助的行为，保护法益是信息网络空间的管理秩序。其上游犯罪需是“他人利用信息网络实施的犯罪”，如网络诈骗、网络赌博等，其规制的焦点在于网络犯罪链条中的“帮助行为”本身，而非直接针对犯罪所得。

其次，行为方式的本质区别。行为方式是区分三罪最为直观的要素。掩隐罪的行为表现为窝藏、转移、收购、代为销售等，其本质是对犯罪所得及其收益的物理性控制、转移或变现。如将盗窃的赃物藏匿或低价出售，或将诈骗所得的资金通过多次转账进行物理上的转移。其行为不改变赃物的法律外观或性质；洗钱罪的行为则具有鲜明的金融性、交易性特征，如提供资金账户、将财产转换为现金或金融票据、通过转账或其他支付结算方式转移资金、跨境转移资产等。[②]其核心在于通过一系列交易切断资金与上游犯罪的联

① 何荣功：《洗钱罪司法适用的观察、探讨与反思》，载《法学评论》2023 年第 3 期，第 129–137 页。
② 杨方泉：《洗钱犯罪“提供资金账户”的适用偏差及纠正》，载《法治社会》2023 年第 5 期，第 106–116 页。

系，掩饰其非法来源和性质使之“合法化”，如将贪污款通过虚假交易转化为合法收入；帮信罪发生在信息网络空间其行为作用于上游犯罪的实施环节，特点是不直接处理犯罪所得，而是辅助上游犯罪的实施。通过为上游犯罪提供互联网接入、服务器托管、网络存储、通讯传输等技术支持，或者提供广告推广、支付结算等帮助。

最后，主观明知的梯度性差异。根据上文对2025新解释的分析，实施掩隐罪的行为人必须明知所处理的财物是犯罪所得及其收益，包括确切知道和应当知道两种情况。对于洗钱罪而言，其“明知”要求最为严苛，不仅要求行为人明知资金系特定七类上游犯罪所得，还要求其认识到其行为是在掩饰、隐瞒资金的来源与性质。对于帮信罪则仅需行为人概括性地知道他人可能利用信息网络实施犯罪，无需了解具体犯罪内容。掩隐罪的主观认知标准，通常被视为高于帮信罪但低于洗钱罪。

三、案例研析：掩隐罪与洗钱罪界分与主要辩点

（一）姜某转移受贿款案：物理隐匿与金融“漂白”的行为本质区分

2012年2月，姜某明知其丈夫黄某乙（已判刑）交予其保管的现金40万元人民币及银行卡等物品系受贿所得，仍将其藏匿于青岛市城阳区某社区别墅的家中。同年3月8日黄某乙案发后，姜某随即从家中取走上述财物并转移给黄某甲（另案处理）。经查，姜某此次转移的赃款总额达人民币100万元。[①]

本案的上游犯罪为贪污贿赂犯罪，洗钱罪的特列上游犯罪范围也包含贪污贿赂犯罪，那么本案的焦点问题在于姜某的行为应如何定罪，是否应因其上游犯罪的特殊性而必然升格认定为洗钱罪？根据张明楷教授的观点洗钱罪的保护法益是双重的，包括金融管理秩序（主要客体），还包括上游犯罪的保护法益。[②] 对于掩隐罪的保护法益，主流观点一直认为掩隐罪的保护法益主要是司法机关对上游犯罪的追诉活动及被害人的财产追偿权。故区分两罪并不仅仅以上游犯罪的范围为准，也可明晰每个罪名保护的法益来进行区分。

姜某的行为仅仅是改变了赃款的物理存放地点，从别墅家中移至他处。该行为并未改变100万元现金作为“受贿款”的物理形态与法律属性，未进行任何形式的转换如存银行、投资、购物等。其目的仅仅是让司法机关难以发现和查扣该笔赃款，属于典型的对赃物存在的“物理性隐匿”。因此，其行为的落脚点完全符合《刑法》第三百一十二条规定的“转移”行为，应定性为掩隐罪。此案的裁判要旨启示我们，上游犯罪的特殊性只是适用洗钱罪的必要非充分条件，行为的“金融交易性”和“漂白目的性”才是区分的关键。

（二）袁某等人洗钱案：主观明知的具体程度

徐某与章某等人共谋，以非法占有为目的虚构购车事实，通过支付首付款并申请贷款的方式，先后购入43辆汽车，骗取多家汽车金融公司及银行贷款共计人民币248万余元。得手后，徐某等人不再偿还贷款，并将涉案车辆转售牟利。袁某、龚某、杜某在明知车辆系犯罪所得的情况下，仍参与转移、收购或代为销售。其中，龚某与袁某清楚知晓所涉车辆系徐某等人通过贷款诈骗所得，

① 《审判案例参考》总第104集［第1103号］姜某掩饰、隐瞒犯罪所得案，山东省利津县人民法院(2013)利刑初字第91号刑事判决。
② 张明楷：《洗钱罪的保护法益》，载《法学》2022年第5期，第69–83页。

对上游犯罪的行为类型与性质具有明确认知。而杜某与徐某、章某等人并不熟悉，虽对车辆来源存疑但也不清楚其具体来源，仅因车价低廉、有利可图仍决定收购。[①]

本案的争议焦点在于下游犯罪行为人龚某、杜某、袁某的行为应当构成掩饰、隐瞒犯罪所得罪还是洗钱罪。对此，一审法院认定 3 人均为掩饰、隐瞒犯罪所得罪，二审公诉机关认为 3 人均应改判为洗钱罪。[②] 最终二审法院经审理认为，洗钱罪与掩饰、隐瞒所得罪是特殊与一般的关系，对杜某应当认定为掩饰、隐瞒犯罪所得罪，龚某和袁某应依法改判为洗钱罪。[③] 该案判决与《2025 年解释》旨在倡导的实质判断精神高度契合。它要求法官不能仅看到转移、销售等行为表象，而应深入探究行为是否创设了新的、看似合法的权利外观，是否切断了犯罪所得与上游犯罪的直接关联。当处置行为具有此种“交易性”和“转换性”特征时，即便对象是实物也可能构成洗钱罪，有效避免了将洗钱罪狭隘地理解为仅针对货币资金的误区。

学界对于掩隐罪和洗钱罪之间的关联，目前存在较大的争议。通说认为，洗钱罪与掩饰、隐瞒犯罪所得罪之间系法条竞合关系。[④] 不同于传统主流观点，部分研究学者提出，这两项罪名之间仅呈现出交叉重叠的特性，并不构成法条之间的竞合现象。[⑤] 此争议点不仅在学术研究领域激起了广泛的讨论与分歧，而且在司法实务操作中，关于这两项罪名的具体适用情形，也存在着界定不清晰的问题。

直到最高人民检察院在马某益受贿、洗钱案[⑥]中明确强调“刑法第一百九十一条规定的洗钱罪与刑法第三百一十二条规定的掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪是刑法特别规定与一般规定的关系，掩饰、隐瞒犯罪所得及其产生的收益，构成刑法第一百九十一条规定的洗钱罪，同时又构成刑法第三百一十二条规定的掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪的，依照刑法第一百九十一条洗钱罪的规定追究刑事责任。”[⑦]随着最高人民检察院的指示进一步确定了掩隐罪与洗钱罪区分的方向，司法机关在实践中的观点才逐渐趋同，即洗钱罪与掩隐罪之间存在法条竞合的关系。

四、涉“两卡”犯罪中掩隐罪与帮信罪区分与辩护

（一）界分标准的综合判断

普通掩隐犯罪与涉“两卡”[⑧]情境下的掩隐犯罪在行为模式、社会危害性、行为人在犯罪链条中的地位以及刑事追诉的司法成本等方面均存在本质差异，若机械地适用同一入罪与量刑标准，将导致刑罚适用不公，难以实现最佳的法律效果与社会效果，因此对于涉“两卡”掩隐犯罪应确立区别于普通掩隐犯罪的适用标准。在打击“两卡”类犯罪的司法实践中，帮信罪与掩隐罪均属于上游犯罪的“帮助行为”，两罪之间的界限模

① 参见兴化市人民法院（2021）苏 1281 刑初 253 号刑事判决书。
② 吴晓蓉、赵铖柯：《洗钱罪与掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪的区分》，载《人民司法》2022 年第 20 期，第 36–39 页。
③ 参见泰州市中级人民法院（2021）苏 12 刑终 120 号刑事判决书。
④ 王新：《洗钱罪的基础问题辨析——兼与张明楷教授商榷》，载《法学评论》2023 年第 3 期，第 26 页。
⑤ 吴晓蓉、赵铖柯：《洗钱罪与掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪的区分》，载《人民司法》2022 年第 20 期。
⑥ 参见最高人民检察院《检察机关惩治洗钱犯罪典型案例》（2022 年 11 月 03 日发布），马某益受贿、洗钱案。
⑦ 《检察机关惩治洗钱犯罪典型案例》，载最高人民检察院官网，https://www.spp.gov.cn/xwfbh/dxal/202211/t20221103_591657.shtml，2025 年 10 月 10 日访问。
⑧ 涉“两卡”类案件是指为电信网络诈骗非法提供银行卡和手机卡后，利用银行卡和手机卡帮助转账、提现、套现的违法犯罪案件，一般涉及到的罪名有帮助信息网络犯罪活动罪、掩饰、隐瞒犯罪所得罪等。

糊很容易产生混淆，司法实务中办理涉“两卡”类犯罪也出现了不少问题和争议。

对于两罪的界分关键要立足犯罪构成，准确把握立法增设帮信罪的初衷以及帮信罪被应用于“两卡”犯罪治理后对原有上下游犯罪结构带来的深刻影响。[①] 帮信罪是《刑法修正案（九）》为了应对网络犯罪的新特点与新形势而增设的新罪名，其核心是针对意思联络较弱、具有一定中立色彩的技术帮助行为，通过设立轻罪来划定犯罪边界。该罪在设置较高的“情节严重”入罪门槛的同时，配置了三年以下有期徒刑的相对较为轻缓的刑罚。相较于帮信罪，掩隐罪在数额方面的入罪门槛更低，但其所配置的刑罚却明显更重，最高可判处七年有期徒刑。

2025 年新解释的出台特别是其第二条对“明知”的精细化界定，为厘清掩隐罪与帮信罪的模糊界限提供了至关重要的规范依据。

本文认为，区分两罪应严格遵循罪刑法定原则和罪责刑相适应原则，摒弃单一标准而采用主客观相统一的、动态的、层级化的综合判断标准，避免存在认定偏差导致轻罪重判。最高院刑三庭汪斌、王鲁等指出界分“帮信罪”与“掩隐罪”的关键在于把握以下几点[②]：

1. 主观明知方面。帮信罪主观上只需行为人知道他人利用信息网络实施犯罪，无需明确知道卡内资金的具体性质来源；而掩隐罪则要求行为人对流转到卡内的资金属于犯罪所得有清晰认知。[③]

2. 犯罪地位方面。涉“两卡”犯罪中帮信行为人为实施信息网络犯罪的他人提供“两卡”具有从属地位，若帮信行为人向洗钱团伙提供“两卡”，系帮助他人实施掩隐行为，依然具有辅助性；掩隐行为人为了掩饰、隐瞒上游犯罪所得直接处理犯罪收益，独立实施他掩隐行为，具有独立性。

3. 行为手段方面。帮信罪多涉及网络技术支持或线上结算；若出现实体取款、现金兑换等线下操作，宜归为掩隐罪。

4. 客观行为方面。帮信通常限于简单实施供卡、转账等行为；一旦扩展至购置贵金属、进行虚拟币交易或参与网络“跑分”，则往往属于掩隐行为。

5. 获利模式方面。帮信行为人常按卡片数量或时间获取固定收益；如依据流水金额比例收款或是获取高额报酬，则需审视是否构成掩隐罪。

典型案例[④]：2023 年 3 月 9 日至 10 日，被告人黄某某、林某某受他人雇用、指挥，在浙江省嘉兴市南湖区接应上线人员从外地联系的提供银行卡人员，后使用上线人员提前租赁并配备驾驶员的车辆，载供卡人员在嘉兴市区周边兜转。其间黄某某、林某某根据上线的指示、共同配合，操作供卡人员提供的中国建设银行、中国银行账户手机银行接收、转移资金，并要求供卡人员配合刷脸验证将资金转入指定银行账户。经查，林某某、黄某某以上述方式帮助接收、转移的资金共计 450 余万元，其中 165 余万元查实系电信网

① 罗国良、司明灯、汪雷等：《〈关于办理掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益刑事案件适用法律若干问题的解释〉的理解与适用》，载《中国应用法学》2025 年第 5 期，第 32–49 页。

② 汪斌、王鲁、陈攀、王肃之：《〈关于办理帮助信息网络犯罪活动等刑事案件有关问题的意见〉的理解与适用》，载《中国应用法学》2025 年第 4 期，第 13–25 页。

③ 谢文翼、高叶、向柯翰：《“两卡”网络诈骗案件中帮助行为主观明知的级层化证明思路》，载《中国检察官》2024 年第 8 期，第 14–19 页。

④ 参见最高法、最高检《依法惩治掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益犯罪典型案例》（2025 年 8 月 25 日发布），案例六“黄某某、林某某掩饰、隐瞒犯罪所得案”。

络诈骗资金。

人民法院经审理认为，被告人黄某某、林某某明知是犯罪所得而帮助转移，其行为均已构成掩饰、隐瞒犯罪所得罪，并且已达到“情节严重”标准，应判处三年以上七年以下有期徒刑。二人虽然对行为的洗钱性质可认定明知，但对涉案银行账户的进出资金数额及去向无法掌控，并且受人雇用、指使，在共同犯罪中明显起次要作用系从犯，应当依法从轻或减轻处罚。本案的典型意义在于全面、准确评判行为人在犯罪链条中的地位作用，不能机械地直接按照行为人参与转账的犯罪所得金额甚至经手银行卡内的犯罪所得金额来量刑，同时区分主从犯做到突出重点、精准打击犯罪。

（二）“跑分”行为在司法实践的罪名定性

随着互联网技术的广泛应用，许多传统犯罪形态为逃避监管审查在网络空间中以更为隐蔽的形式出现。其中，利用网络平台为他人实施“刷单跑分”的行为，便是近年来涌现的新型犯罪模式之一。“跑分”平台在初期主要借助参与者个人的微信、支付宝收款码来接收违法犯罪资金，随着技术演进现已逐渐发展为结合比特币、泰达币等虚拟货币及数字货币，实现匿名买入与卖出的交易流程。“刷单跑分”凭借其资金分散化、交易匿名化的特点，已沦为黑灰产业资金转移的重要工具，与电信诈骗、网络赌博等犯罪活动紧密关联。参与此类行为不仅可能因协助资金转移而构成非法经营、帮信、洗钱及掩隐等罪名，更可能成为上游诈骗、赌博等犯罪的共犯。“跑分”行为在司法实践中如何定性还需结合具体案例进行分析判断。

案例 1：2021 年 2 月，李某在微信群看到刷单广告后，通过“刷单跑分”方式牟利。其按平台指示向指定账户转账换取积分，平台随后返还本金并支付佣金。李某在银行明确提示风险、明知可能涉及违法犯罪的情况下，仍使用本人银行卡并指使刘某办理的 7 张银行卡、陈某的 10 张银行卡，共为犯罪分子转移资金 1046.72 万元。案发后，李某主动退缴违法所得 6000 元。法院认定：李某构成掩饰、隐瞒犯罪所得罪；刘某构成帮助信息网络犯罪活动罪。①

本案的核心在于准确界定被告人李某“刷单跑分”行为的法律性质，特别是厘清帮信罪与掩隐罪的适用界限。严格遵循了区别对待的原则对于仅提供支付工具、未深度参与资金转移流程、与犯罪链条关系更为疏远的行为人（如仅提供银行卡的刘某）仍应坚持以帮信罪论处，避免不当扩大掩隐罪的适用范围，确保罚当其罪。

首先，李某的行为在客观上为信息网络犯罪提供了支付结算帮助，且根据其认知能力、行为性质（使用国家禁止的虚拟币平台参与非正常的“刷单跑分”）及相关风险提示，可推定其主观上是明知他人利用信息网络实施犯罪，其行为符合帮信罪的构成要件。其次，李某的行为本质已超越了对犯罪实施过程的帮助，并非简单的提供支付通道，而是积极协助资金转移、转换，刻意制造资金追踪障碍。其客观行为“跑分”，其行为直接妨害了司法机关对犯罪所得的追查与收缴，侵害的法益更深，社会危害性更大，符合掩隐罪的构成要件。综上，李某的行为同时触犯了帮信罪与掩隐罪构成想象竞合，应择一重罪论处。

案例 2：2021 年 6 月，沈某某伙同他人在上

① 参见《刑事审判参考》总第 138 集［第 1575 号］，李某俊掩饰、隐瞒犯罪所得及刘某通帮助信息网络犯罪活动案。

海市青浦区设立窝点从事“跑分”业务，明知是犯罪所得，仍通过本人及招募的“卡农”的银行账户、支付宝等，为上家收取、转移被骗资金 130 余万元。同年 8 月至 9 月，沈某某在取保候审期间再次伙同杨某某等人，以同样方式转移被骗资金 86 万余元，杨某某负责对接“卡头”、管理“卡农”。“卡头”高某、陈某某（后者还介绍了“卡农”马某）在明知银行卡将用于信息网络犯罪的情况下，仍提供银行卡并牟利。上海市青浦区人民法院判决沈某某、杨某某犯掩饰、隐瞒犯罪所得罪；高某、陈某某、马某犯帮助信息网络犯罪活动罪。[①]

在本案中应从主客观方面综合分析犯罪事实，准确认定“跑分”行为的性质。沈某某明知他人涉嫌犯罪，其所经手的资金应系他人犯罪所得及其收益，仍用本人或收集来的银行卡为他人“跑分”，依法构成掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪。高某等人明知他人涉嫌利用信息网络实施犯罪，仅向他人出租、出售银行卡用于“跑分”的，达到情节严重标准，构成帮助信息网络犯罪活动罪。并且在量刑时应结合各行为人具体作用大小，依法认定主从犯。“跑分”团伙领导者、主要管理者、操盘手等能够起到决定作用的人应认定为主犯，对于租赁场地、对接“卡农”、维持秩序、买水买饭等，并未参与到“跑分”关键环节或核心领域，仅起到次要辅助作用的，应认定为从犯。

案例 3：2020 年 9 月至 2021 年 3 月，被告人王甲、汪某 1、汪某 2、王乙等人在湖南省宁远县组织“跑分”团伙，通过收购大量他人银行卡套件，并利用“飞机”等聊天软件接收上家指令，为网络赌博平台提供支付结算服务，转移巨额资金。期间，王甲等人另设工作室，雇用人员按班次轮流转账，非法获利并按比例分成。其中，王甲团伙转移资金达 3.56 亿余元，非法获利 89 万余元；王乙等人转移资金累计达 4500 余万元。法院判决王甲、汪某 1、汪某 2、王乙均犯妨害信用卡管理罪。[②]

行为人为实施某一犯罪，其手段行为又触犯其他罪名的，属于牵连犯，应择一重罪处罚。本案中被告人王甲、王乙分别伙同被告人汪某鸿、汪某强设立工作室，在明知他人利用信息网络实施犯罪的情况下，仍收购并持有银行卡、雇佣人员为其提供支付结算帮助，其行为同时触犯妨害信用卡管理罪和帮助信息网络犯罪活动罪，应以处罚较重的妨害信用卡管理罪对被告人王甲、王乙及共同犯罪人汪某 1、汪某 2 定罪处罚。

“跑分”行为作为网络黑灰产业资金转移的关键环节，在司法定性上需结合行为人的主观明知程度、客观参与深度及资金流转特征进行综合判断。从案例可见，对于仅提供支付结算工具（如银行卡）、未直接介入资金转移流程的行为，多认定为帮助信息网络犯罪活动罪[③]；而积极协助资金收取、转移或转换，刻意阻碍司法追查的行为，则可能构成掩饰、隐瞒犯罪所得罪。此外，若行为同时触犯多罪（如妨害信用卡管理罪），需根据想象竞合或牵连犯原则择一重处。司法实践强调区别对待，确保罪名认定与行为危害性相匹配，以精准打击犯罪并维护法治秩序。

五、结语

掩饰、隐瞒犯罪所得罪、洗钱罪与帮助信息

① 参见最高院入库案例 2023-05-1-300-001，沈某某等人掩饰、隐瞒犯罪所得、帮助信息网络犯罪活动案。
② 参见最高院入库案例 2023-03-1-115-002，王甲等人妨害信用卡管理案。
③ 曹翊群：《“两卡”案件中掩饰、隐瞒犯罪所得罪的兜底倾向与合理限缩》，载《西部法学评论》2024 年第 4 期，第 90-103 页。

网络犯罪活动罪的界分难题，是传统刑法理论应对网络化、金融化犯罪形态挑战的一个缩影。2025新解释的出台，不仅是对掩隐罪具体规则的修订，更标志着司法理念从事后惩处向事前预防与事后恢复相结合、从简单归责向精细区分的重要转向。研究表明，对三罪的准确区分必须摒弃形式化、单一化的标准，转而坚持一种主客观相统一的、动态的、层级化的实质判断立场。2025新解释为司法实践提供了一套更为科学、精细的裁判工具，但其有效运用最终有赖于司法者深刻把握各类帮助行为的不法本质，在个案中进行充分的说理与论证。唯有如此，方能实现刑罚的精准化，在严厉打击犯罪的同时，贯彻罪刑法定与罪责刑相适应原则，推动刑事司法治理体系与治理能力的现代化。

参考文献

[1] 张明楷.犯罪故意中的“明知”[J].上海政法学院学报（法治论丛）,2023（1）.

[2] 何荣功.洗钱罪司法适用的观察、探讨与反思[J].法学评论,2023(3).

[3] 杨方泉.洗钱犯罪“提供资金账户”的适用偏差及纠正[J].法治社会,2023(5).

[4] 张明楷.洗钱罪的保护法益[J].法学,2022(5).

[5] 吴晓蓉,赵铖柯.洗钱罪与掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪的区分[J].人民司法,2022(20).

[6] 王新.洗钱罪的基础问题辨析——兼与张明楷教授商榷[J].法学评论,2023(3).

[7] 吴晓蓉,赵铖柯.洗钱罪与掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪的区分[J].人民司法，2022（20）.

[8] 罗国良,司明灯,汪雷等.《关于办理掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益刑事案件适用法律若干问题的解释》的理解与适用[J].中国应用法学,2025(5).

[9] 汪斌,王鲁,陈攀,王肃之.《关于办理帮助信息网络犯罪活动等刑事案件有关问题的意见》的理解与适用[J].中国应用法学，2025(4).

[10] 谢文翼,高叶,向柯翰.“两卡”网络诈骗案件中帮助行为主观明知的级层化证明思路[J].中国检察官：2024(08).

[11] 曹翊群.“两卡”案件中掩饰、隐瞒犯罪所得罪的兜底倾向与合理限缩[J].西部法学评论,2024(04).

诈骗罪“案发前归还”规则的解释与辩护路径

——以 431 份裁判文书为基础

周金才，柴逸凡

周金才，北京德和衡律师事务所高级合伙人，常务副主任、商事犯罪辩护与预防业务中心总监。周金才律师现任北京市律师协会刑事诉讼法专业委员会副主任、北京市律师协会第十一届商事犯罪预防与辩护专业委员会副主任、北京企业法治与发展研究会商事犯罪中心副主任、法治日报社律师专家库成员、中国人民大学法律硕士实务导师。

柴逸凡，北京德和衡律师事务所执业律师，中国政法大学法学学士、刑法学硕士。

摘　要：将行为人于立案前归还的财物从其诈骗数额中扣除的“案发前归还”规则对诈骗犯罪准确定罪量刑具有关键意义。由于缺乏对该规则的统一解释，理论、实务界围绕该规则的存废长期存在争议，导致司法实践适用情况不一致。将“案发前归还”规则的理论解释为行为人对案发前归还财物不具有非法占有目的的推定规则，能够消解其与既遂理论存在的冲突，实现刑法理论、刑事政策、司法证明与实务可操作性的统一。辩护人在此类案件中应围绕非法占有目的争取司法机关对该规则的适用。

关键词：诈骗犯罪；案发前归还；推定规则；辩护策略

一、问题的提出

“案发前归还”规则，是指在诈骗犯罪中，对于行为人在公安机关立案前归还给受害人的财物，不计入其犯罪数额的扣除规则。具体表述时，司法机关可能使用“归还”、“退还”、“追回”、“挽回”等措辞，为方便行文，以下统称为“案发前归还”规则。“案发前归还”规则最早在1991年最高人民法院研究室《关于申付强诈骗案如何认定诈骗数额问题的电话答复》（以下简称《电话答复》）中提出，其是指“具体认定诈骗犯罪数额时，应把案发前已被追回的被骗款额扣除，按最后实际诈骗所得数额计算”。到目前为止，经历各项司法解释、规范性文件的规定，基本确立了行为人在案发前向被害人归还财物的，归还部分从其诈骗罪犯罪数额中扣除的规则。理论和实务对相关问题的讨论中，通常还认为“案发前归还”规则与以下司法解释、规范性文件相关：

1996年《最高人民法院关于审理诈骗案件具体应用法律的若干问题的解释》（以下简称1996年《解释》）第二条规定，经济合同诈骗中，应以行为人实际骗取的数额认定诈骗数额。其第九条规定，多次诈骗，以后骗财物归还前骗财物的，诈骗数额应扣除案发前已归还的数额，按实际未归还的数额认定。值得留意的是，1996年《解释》和《电话答复》都提及，对扣除部分可作为量刑从重情节考虑。

2011年《最高人民法院、最高人民检察院关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（以下简称2011年《解释》）并未延续前述扣除规定，但在其第三条规定，诈骗数额虽达“数额较大”标准，但行为人一审判决前全部退赃退赔，且认罪悔罪的，根据刑法第三十七条、刑事诉讼法第一百四十二条[①]的规定不起诉或免予刑事处罚。实务界对此的解读并不一致，一种观点认为，2011年《解释》在实质上排除了[②]，或至少并未延续“案发前归还”规则[③]。另一种观点认为，2011年《解释》延续了《电话答复》、1996年《解释》对案发前归还情形从轻处罚的精神。

此外，2001年《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》、2018年《最高人民法院、最高人民检察院关于办理妨害信用卡管理刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第九条、2022年《最高人民法院关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第八条，分别就金融诈骗犯罪、信用卡诈骗罪和集资诈骗罪中的“案发前归还”规则做出了规定。

当前，涉及“案发前归还”规则的规范众多，缺乏统一、完贯的解释，理论、实务界对该规则的理解存在分歧，且不乏反对其存在的观点，导致司法实践中对是否适用该规则、如何适用该规则存在争议。由于在诈骗犯罪案件中，司法机关是否适用该规则，直接影响到案件能否正确定罪量刑。从辩护人的立场出发，当司法机关未主动适用“案发前归还”规则时，能否争取到该规则的适用，对于实现无罪或罪轻的有效辩护结果是不容放弃的分水岭。因此，本文尝试通过对司法机关适用该规则判例情况进行分析，在厘清“案发前归还”规则解释路径的基础上，消解实务中对该规则存在的质疑，以期为辩护人在诈骗犯罪案件中把握该规则提供参考。

① 现应为刑事诉讼法第一百七十七条。
② 参见杨柳：《案发前归还的诈骗款不应从犯罪数额中扣除》，载《人民检察》2019年第16期，第80页。
③ 参见王元峰：《案发前退款不宜一律在诈骗数额中扣除》，载《检察日报》2020年4月10日，第3版。

二、“案发前归还”规则的司法适用现状

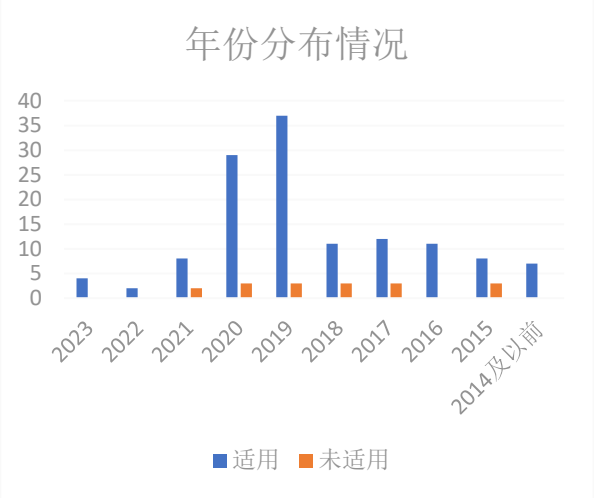
以上对“案发前归还”规则进行了系统梳理和定性，但理论的运用不应脱离司法实践，笔者拟对该规则的司法适用现状进行整理与分析。由于《电话答复》系“案发前归还”规则的主要依据，笔者在检索时的将相关案例区分为两类：（1）明确引用《电话答复》的案例适用情况；（2）未明确引用《电话答复》，但涉及“案发前归还”规则适用情况的案例。

（一）“案发前归还”规则适用特征归纳

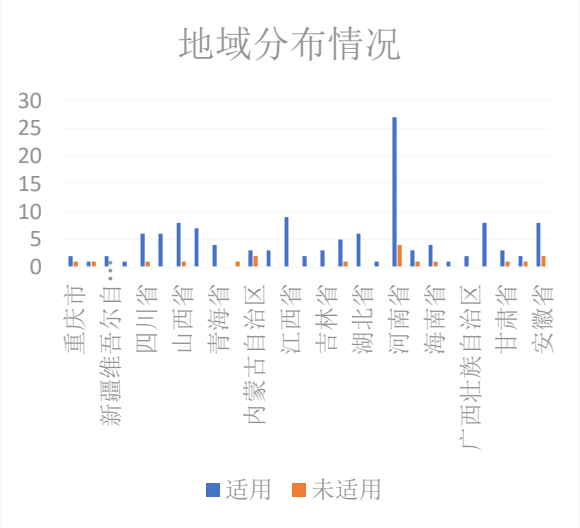
1. 明确引用《电话答复》的案例情况

笔者在威科先行数据库中以“关于申付强诈骗案如何认定诈骗数额问题的电话答复”为全文关键词，限定案由为“诈骗罪”，得到 151 项案例，除去明显不相关和重复的案例，共得到有效案例 148 项。其中，黎伟容诈骗案[①]、王恩菲诈骗案[②]两例，均属于辩护人援引了《电话答复》，而主审法院以事实不清、证据不足为由对相关数额予以扣除，但未对《电话答复》应否适用做出回应，因此将该两例也排除在外。以下对该 146 项案例的适用情况、适用结果和未适用理由展开分析。

上述 146 项案例可以大致被分为三类：第一类为，主审法院援引或认可了辩护人援引的《电话答复》，扣减了案发前归还的数额；[③]第二类为，主审法院以归还的时间不符合“案发前”为由，未扣减相应数额；第三类为，主审法院不认可辩护人援引的《电话答复》，未扣减相应数额。其中，第二类情形中，既然主审法院以《电话答复》所规定的时间节点来判断被告人所归还财物应否被扣除，可以合逻辑地推断其认可《电话答复》在此类案件中的适用。因此，第一类、第二类可合并计入《电话答复》得到适用的情况，其中第一类 118 项[④]，第二类 11 项，共计 129 项。第三类为《电话答复》未得到适用的情况，计 17 项。



从年份分布情况看，《电话答复》在法院审理中的适用情况并未随时间不同而存在明显差异，未适用答复的案例在整体样本数较多的年份维持相同的数量。

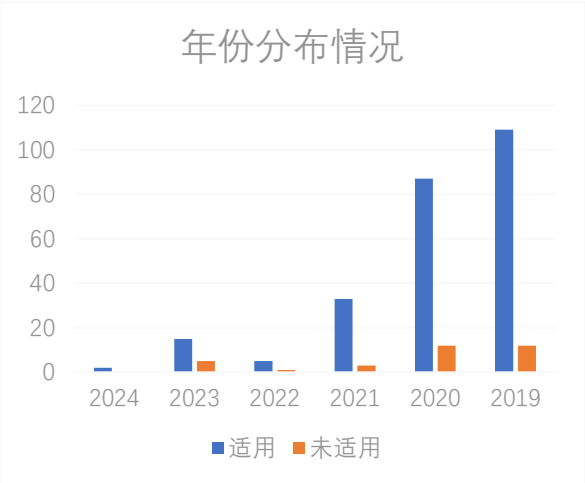


① 案号为（2019）粤 1302 刑初 1237 号。
② 案号为（2018）云 2523 刑初 1 号。
③ 此类中也包括一审未予扣除，二审、再审改判扣除的情形。
④ 其中二审改判案件共 8 例。

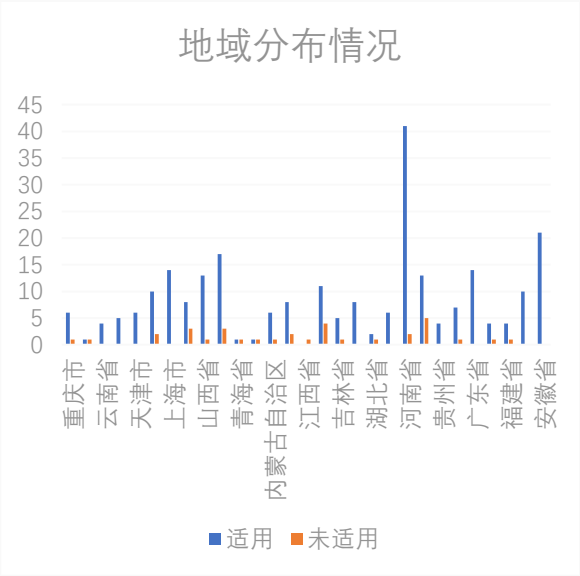
从地域分布情况看，在涉及 27 个省级行政区划中，首先，河南省相关案例分布数量明显较多，可能是由于《电话答复》本身系最高人民法院针对河南高级人民法院请示所做出的，因而该答复在河南省的相关案件中被援引较多。但即使如此，在河南省同样存在不适用《电话答复》的案例。其次，有 14 个省级行政区不存在不适用《电话答复》的案例。最后，有 1 个省级行政区不存在适用《电话答复》的案例。

2. 未明确援引《电话答复》的相关案例情况

实践中，存在司法机关虽然未明确援引《电话答复》，但实际进行了是否扣除被告人案发前归还数额的判断的情况。笔者在威科先行数据库中以“案发前归还”“案发前退还”“案发前追回”“案发前挽回”为全文或然关键词，“扣除”为本院认为部分关键词，排除“关于申付强诈骗案如何认定诈骗数额问题的电话答复”为全文关键词，限定案由为“诈骗罪”，限定时间为近 5 年，得到 327 项案例，除去明显不相关和重复的结果，共得到有效案例 283 项。对判决结果以上文相同的方法进行分类，其中法院适用“案发前归还”规则的案例有 250 项，未适用的案例有 33 项。



在年份上，同上部分一样，没有明显规律变动。



在地域分布上，在涉及到的 29 个省级行政区划中，整体情况与上一部分相似。有 9 个省级行政区不存在不适用《电话答复》的案例，有 1 个省级行政区不存在适用《电话答复》的案例。

结合两部分情况，全国共有 31 个省级行政区划在判决中涉及了“案发前归还”规则的适用问题，其中云南、新疆、西藏、黑龙江、贵州、广东、北京、天津、上海等地的判例全部支持适用该规则，其他地方的判例也均以大比例支持适用该规则，仅浙江、宁夏两地支持适用率相对较低，分别为 50%和 33%。

（二）对“案发前归还”规则适用情况的分析

1. 法院对“案发前归还”规则的适用比例

在明确援引《电话答复》的案件中，法院支持适用该规则的比例为 88%；在未明确援引《电话答复》的案件中，法院支持适用该规则的比例也为 88%。因此，在全部涉及到该规则适用的案件中，法院支持的概率大致即为 88%。

2. 适用“案发前归还”规则后的全案结果

本文所涉案例中，绝大多数在扣除案发前归还部分后，其数额依然满足诈骗罪入罪数额标准，

仅有个别案例可实现以下效果。

（1）无罪结果

在明确援引《电话答复》的案例中，实现全案无罪结果的仅有一例，但并非因援引《电话答复》扣除全部诈骗数额实现出罪。在河南省修武县法院审理的陈立影、王希京诈骗案[①]中，辩护人提交了《电话答复》，作为证明被告人在案发前全额归还涉案财物后不构成犯罪的依据。审理法院在裁判文书说理中仅表述“二被告人于取得资金半年后的自查自纠时，即全额退还了525万元，如按诈骗犯罪处理，有违规定精神”，全案系以事实不清、证据不足为由做出无罪判决。

（2）定罪免罚结果

在明确援引《电话答复》的案例中，实现定罪免罚结果的共两例，包括海南省高级人民法院二审改判的伍运东诈骗案[②]、河南省泌阳县人民法院审理的王xx诈骗案[③]。虽然将全部犯罪数额扣除，应得出全案不符合入罪数额标准的结论。但实践中法院考虑到《电话答复》本身针对未扣除全部数额的案件，且规定虽扣除但从重处罚，定罪免罚可能是其在权衡之下能够采取的一种折中方法。

此外，有异曲同工之处的是河南省郑州市中原区人民法院审理的秦志民诈骗、受贿案[④]，该案中法院依据《电话答复》扣除了全部诈骗数额，未认定诈骗罪，仅认定行贿罪。

（3）涉及《电话答复》的不起诉决定书

在判例外，还存在审查起诉阶段检察机关适用“案发前归还“规则做出不起诉决定的情况。笔者在威科先行数据库中以“关于申付强诈骗案如何认定诈骗数额问题的电话答复”为全文关键词，限定案由为“诈骗罪”，得到18项不起诉决定书，除去明显不相关和重复的结果，共得到有效结果16项。

文书名	案号	检察院	理由	备注
不起诉决定书（杨某乙诈骗案）	环检刑不诉〔2021〕30号	甘肃省环县人民检察院	扣除后数额较大，自首+审查起诉阶段全退，相对不诉	同案：不起诉决定书（杨某甲诈骗，非法持有枪支案）
不起诉决定书（王某某诈骗案）	右检刑不诉〔2021〕21号	内蒙古自治区赤峰市巴林右旗人民检察院	全部扣除，法定不诉	同案：不起诉决定书（齐某某诈骗案）
不起诉决定书（赛某某诈骗案）	右检刑不诉〔2021〕5号	内蒙古自治区赤峰市巴林右旗人民检察院	全部扣除，法定不诉	敖某某、巴某某、斯某某、布某某、额某某、李某某诈骗案为同一办案机关不起诉的类案
不起诉决定书（卢某甲诈骗案）	右检一部刑不诉〔2020〕Z21号	内蒙古自治区赤峰市巴林右旗人民检察院	全部扣除，自首，法定不诉	
不起诉决定书（陈某某诈骗案）	集检刑不诉〔2020〕18号	内蒙古自治区乌兰察布市集宁区人民检察院	扣除后数额较大，认罪认罚+谅解，相对不诉	
不起诉决定书（李某某诈骗案）	忻府检公诉刑不诉(2019)12号	山西省忻州市忻府区人民检察院	全部扣除，法定不诉	
不起诉决定书（林某诈骗案）	平检公诉刑不诉(2019)89号	浙江省平湖市人民检察院	扣除后未达数额较大，法定不诉	
不起诉决定书（黄某某诈骗案）	三淮检公诉刑不诉(2018)38号	河南省淮滨县人民检察院	扣除后未达数额较大，法定不诉	
不起诉决定书（何某某诈骗案）	凉检公诉刑不诉(2018)30号	甘肃省武威市凉州区人民检察院	扣除后未达数额较大，法定不诉	
不起诉决定书（管某某诈骗案）	喀市检公诉刑不诉(2015)67号	新疆维吾尔自治区喀什市人民检察院	全部扣除，法定不诉	

从表中可见，在不起诉决定书中援引《电话答复》进行扣除的案例绝大多数因未达到数额较大标准而适用法定不起诉；扣除后仍达到数额较大标准的，具备其他从轻或减轻处罚的情节，也存在适用相对不起诉的空间。

3. 未采纳“案发前归还”规则案例理由归纳

考察、了解实务中法院不适用《电话答复》的原因，对辩护人有针对性地展开沟通、说服工作具有意义。经归纳，主要理由包括：

其一，《电话答复》不属于司法解释，不具有普遍适用效力。该理由反映出，本文第一部分所述“案发前归还”规则在规范基础上存在的缺陷，此处不再赘述。即使在适用《电话答复》的案例中，也有法院特别指出《电话答复》不是司法解释，但因其精神与后续法律、司法解释不冲突，故应当参照适用；其二，取得财物后诈骗既遂，归还的性质是退赃，仅能作为量刑情节考虑。该理由反映出，本文第一部分所述“案发前归还”规则在刑法理论上存在的缺陷，此处不再赘述；

① （2017）豫0821刑初138号，该案为发回重审案件，判决无罪后检察院提起抗诉，二审维持原判。
② （2017）琼刑终28号。
③ （2014）泌刑重初字第00009号。
④ （2017）豫0102刑初587号。

其三，被告人非法占有目的明显该理由在未适用的案例中计 6 例，比例约为 35%，占比较高。此外，在适用《电话答复》的案例中，也有法院补充说明强调被告人不具有非法占有目的。值得注意的是，该理由出现在两组由同一法院作出的结果不同的判例中。山西省柳林县人民法院法院审理的（2021）晋 1125 刑初 55 号、（2018）晋 1125 刑初 118 号两起案例认定结果不同，前者认定不予扣除的理由是：《电话答复》能否适用需综合全案情况判断，本案中被告人非主动归还的部分金额，其非法占有目的明显，不予扣除。海南省三亚市中级人民法院审理的（2019）琼 02 刑终 77 号、（2019）琼 02 刑终 127 号两起案例认定结果不同，后者认定不予扣除的理由是：相关款项并非被告人主动返还，不予扣除。由此也可看出，行为人归还财物的主动性，经由非法占有目要件的判断，影响到法院适用扣除规则的态度。

（三）结论

根据案例检索的结果，可以初步得出以下结论：

第一，辩护人在办案时援引“案发前归还”规则具有必要性，理由具体包括：（1）该规则得到法院的支持率较高；（2）检察院采纳该规则的案例不在少数，说明在该规则在审查起诉阶段也能发挥较好的效果；（3）二审、再审法院采纳该规则改判的案例不在少数，说明该规则在上诉、申诉案件中也能发挥较好的效果；（4）若辩护人不明确提出该规则，法院直接适用的可能性较低。

第二，辩护人援引该规则实现扣除部分犯罪数额的可能性较大，但实现全案无罪或定罪免刑难度较大，需要辩护人向办案机关做大量沟通、说服工作。就检索案例数量对比情况而言，在审查起诉阶段争取不起诉决定比在法院阶段争取无罪判决或定罪免罚成功概率更大。

第三，辩护人援引该规则，应当有针对性地考虑办案机关拒绝适用的典型理由开展辩护。具体包括：（1）说明案发前归还行为的性质并非退赃，而是推定行为人在行为时不具有非法占有目的，因而其行为在彼时并未既遂；（2）结合在案其他主客观证据，强化对于行为人不具有非法占有目的的论证。需要强调的是，根据案例检索结果，涉及相关情况的案件对于法律法规援引做模糊化处理的情况显然多于明确引用的情况，所以对于《电话答复》效力的争论相对而言可能并非关键争议。

第四，辩护人援引该规则进行辩护时，也应当关注本规则中“案发”这一时间节点的判断。在案例检索过程中，笔者发现司法机关大体上对此存在两种意见：一种认为“案发”是指被害人报案，一种认为“案发”是指公安机关立案。不同的标准可能会导致被告人退还的部分数额被认定为系于案发后退还而不予扣除，应引起辩护人的注意。对此，当前通说的观点是应以公安机关立案时作为“案发”的标准。

三、“案发前归还”规则的解释与定性

（一）对“案发前归还”规则的批判观点

根据上述案例呈现出的情况，结合理论、实务界对该规则的争论，认为“案发前归还”规则无效的观点可做如下概括：

1.《电话答复》不具有普遍适用效力

反对观点认为，《电话答复》在形式上和实质上均不具有普遍适用效力。在形式上，有论者指出，最高人民法院在关于“最高人民法院公开各类司法依据文件”的答复中明确提到，“答复属于具体个案的请示答复，其法律约束力仅限于个案本身，不具有普遍的法律效力，在其他案件

中法官不能将上述答复直接作为裁判依据。[①]因此，《电话答复》同样不具有普遍适用的效力。在实质上，有论者提出，《电话答复》所答复的具体案件有较为明显的特征，即经济合同类诈骗，彼时刑法上对诈骗罪未予精细区分，因此，《电话答复》系在特定时期对某此类诈骗犯罪做出的特殊处理，其精神延续至1996年《解释》的相关规定中。[②]

2. 2011年《解释》未延续相关规定

反对观点认为，根据《最高人民法院关于废止1980年1月1日至1997年6月30日期间发布的部分司法解释和司法解释性质文件（第九批）的决定》，1996年《解释》已失效，而2011年《解释》并未做出类似规定。并且，2011年《解释》第三条的规定采取了定罪免刑、相对不起诉的处理方法，显然与直接扣除犯罪数额的方式不同，表明最高司法机关在处理此类问题上的态度发生了转变。

3.《电话答复》规定与其他司法解释规定存在冲突

反对观点认为，《电话答复》的规定与司法解释中关于强调处罚诈骗未遂的规定相冲突。例如，2011年《解释》第五条规定，对以数额巨大财物为目标的诈骗未遂应追究刑事责任。[③]既然司法解释规定诈骗数额巨大财物未遂，需要追究刑事责任，没有理由认为，性质更严重的诈骗数额巨大财物既遂但退还的行为可以不受刑事处罚。

4.“案发前归还”规则与刑法理论存在抵牾

“案发前归还”规则诞生较早，彼时刑法理论与立法技术不似今日完善，前文已述及其在规范上存在的问题，但更深层次矛盾源于其与刑法理论间的冲突。由于理论对实践的衡量标准，只能是诈骗罪的逻辑结构及在此基础上塑造的犯罪构成。[④]简言之，无论案发与否，行为人实现非法占有他人财产后，已具备诈骗罪全部构成要件，既遂后犯罪数额固化，不可能发生逆转。[⑤]虽有刑事政策上的正当目的，但“宽严相济刑事政策对刑事司法解释的指导作用应当以‘刑法是刑事政策的边界’为底线，宽与严的区别对待以刑法规定或构成犯罪为前提。”[⑥]

值得注意的是，2007年《最高人民法院、最高人民检察院关于办理受贿刑事案件适用法律若干问题的意见》第九条规定的“国家工作人员收受请托人财物后及时退还或者上交的，不是受贿”（以下简称为“及时退还”规则）也存在同样的问题。对此，《刑事审判参考》第1017号案例“周标受贿案”裁判理由中提出：行为人未及时退还或者上交，但在收受财物后至案发前的期间内主动给退还或者上交的，可称为“主动退还”。在法理上，行为人在行为时同时具备受贿的行为和故意，犯罪过程已经完成，成立受贿罪既遂。后续退还行为应视为犯罪后的“退赃”，可作为量刑情节，但不改变已然犯罪的性质。这一观点可供帮助理解。综上可见，由于现行法律法规未对“案发前归还”规则做出明确规定，，有必要对该规则进行深入解释和论证，以刑事政策与构成要件为核心，对其的存在与适用做出合理说明。

① 同前注3。
② 参见潘丙林：《案发前归还诈骗款不影响犯罪既遂》，载《人民司法·案例》2014年第14期。
③ 参见李德胜：《案发前退还诈骗款物的规制考量》，载《中国检察官》2022年9月第18期，第37页。
④ 付立庆：《财产损失要件在诈骗认定中的功能及其判断》，载《中国法学》2019年第4期，第268页。
⑤ 参见杨柳：《案发前归还的诈骗款不应从犯罪数额中扣除》，载《人民检察》2019年第16期，第80页。
⑥ 孙道萃：《“收受财物后及时退还”的刑法教义分析》，载《江汉学术》2017年2月第1期，第20页。

（二）“案发前归还”规则解释路径的选择

针对“案发前归还”规则存在的问题，大体上存在两种解决路径：其一，案发前归还数额不予扣除，仅作为量刑情节考虑；其二，案发前归还数额可以扣除，但限缩其适用范围。本质上，前者排除“案发前归还”规则的适用，仅通过量刑规则实现政策目标，后者将其完善解释为出罪规则。两者的关系即有论者提出的“需罚性”与“可罚性”的区别。[①]

1. 刑事政策上宽宥“案发前归还”行为的依据

“案发前归还”规则的产生基于刑事政策调控诈骗罪法网严密程度的需要，在这一意义上，刑事政策是该规则的渊源。从刑事政策的角度，宽宥“案发前归还”行为主要有以下原因：

（1）符合罪刑均衡原则。从行为的社会危害性看，诈骗罪属于财产犯罪，行为人于案发前返还被害人财产，被害人财产整体状况已恢复，受损的法益得到了弥补；从行为人的人身危险性看，行为人在办案机关立案前主动将被害人的财产返还，其主观恶性明显降低。

（2）具有良好引导作用。财产犯罪中追回被害人财产损失是实现案件良好司法效果的重要因素，正所谓“刑事司法裁判之目的不仅在于规制与惩罚不法行为，更应在乎实际诉讼当事人对裁判结论的可接受性”[②]。“案发前退还”规则的适用能够刺激和引导行为人返还犯罪所得，修复被害人财产损失。

2.“案发前归还”规则与诈骗罪构成要件的关联选择

至此可以发现，前述对于“案发前归还”规则的两种处理路径是当前该规则无法作为出罪规则问题的对立解决方向。或是完全放弃其作为出罪规则，或是为其成立出罪规则寻找新的解释路径。笔者认为，应当证成“案发前归还”规则为出罪规则，理由是：

（1）量刑规则与出罪规则实质有别

应当承认，量刑规则相较于“案发前归还”规则具备更清晰的规范基础，但同样应当注意，量刑规则与出罪规则具有实质不同。前者在最好的情况下，可根据 2011 年《解释》第 3 条的规定，获得定罪免罚或相对不诉的结果，但与后者无罪或法定不诉的结果相比，依然是罪与非罪的云泥之别。在我国现实情况下，即使免受刑罚，犯罪造成的附随性惩罚后果也会对当事人造成非常不利的影响，为落实宽严相济的刑事政策目的，应当将“案发前归还”定位在出罪规则中，此举也符合 1996 年《解释》和《电话答复》规定的“扣除+剩余从重”，而非“不扣除+整体从轻”的精神。

（2）2011 年《解释》第 3 条存在不足

同时，作为量刑规则规范基础的 2011 年《解释》第 3 条存在三点问题：

其一，该条规定因表达模糊存在司法适用不一致的情形。中“达到‘数额较大’标准”，应理解为为严格限制条件，还是理解为犯罪数额达到入罪标准的提示，存在争议。部分实务文章观点支持前者，认为只有犯罪数额处于“较大”档才可以适用本条规定，处于“巨大”及以上则不能适用本条规定。[③]但从反面来说，法条采取的表述“虽然达到”在语言上更强调“虽然”之外的内

① 参见李德胜：《案发前退还诈骗款物的规制考量》，载《中国检察官》2022 年 9 月第 18 期，第 37 页

② 杨玲、李梦成：《案发前已退还的金额应否从诈骗金额中扣除？》，载《人民司法·案例》2023 年第 29 期。

③ 参见杜邈：《诈骗罪“案发前归还”规则研究》，载《法律适用》2023 年第 9 期，第 88 页；参见王元峰：《案发前退款不宜一律在诈骗数额中扣除》，载《检察日报》2020 年 4 月 10 日，第 3 版。

容，将其理解为犯罪数额符合标准的提示性规定似乎也未尝不可。并且，从案例检索的结果来看，不乏行为人诈骗数额达到“数额巨大”标准，法院判决免予刑事处罚的情形。[①]

其二，该条规定形式上不必然否定“案发前归还”规则，实质上未突出“案发前归还”行为与退赃退赔行为的区别。不考虑该条规定在前述适用上的困惑，首先，其在适用条件上需满足：a.全部退赃退赔；b.认罪、悔罪，而“案发前归还”规则不具有以上限制，若认为该条规定否定了“案发前归还”规则的存在，则对于案发前部分退还财物的情形，存在适用空白，使该情形下的行为人无法得到宽缓处理。其次，“案发前归还”行为与退赃退赔行为具有明显区别。行为人在案发前就归还财物的，一方面，在司法机关介入之前就已弥补了被害人的损失，修复了受损的法益，此时司法机关实质上已无介入必要，大幅节约了为实现案件良好社会效果所需付出的司法资源。另一方面，行为人在未受司法机关震慑的情况下主动归还财物，其主观恶性明显小于在刑事程序启动后才退赃退赔的情形。

综合上述分析，仍应保留“案发前归还”作为出罪规则，不应将其排除，仅适用量刑规则。

（三）“案发前归还”规则应定性为事实推定规则

前文已述，若要“案发前归还”规则继续发挥出罪的效果，必须对其进行解释，使其克服当前困境。由此产生两个选择：a.通过刑法第三十七条但书条款实现出罪目的；b.通过关联构成要件出罪实现出罪目的。

1.“案发前归还”规则不宜通过“但书条款”出罪

“案发前归还”规则确实可以通过“但书条款”实现出罪目的，然而，任何刑事政策上的宽缓处理，在理论上都可以据此出罪，问题恰恰在于此。由于“但书条款”过于模糊、抽象，司法机关适用与否的自由裁量空间过大，以致于其长期处于“沉睡”的状态。在有规范将“案发前归还”规则与“但书条款”明确关联前，希冀司法机关在实践中援引“但书条款”实现“案发前归还”的出罪几乎不具有可能性。遑论“但书条款”并不能为在部分退赃的情况下实现数额扣减提供理论支持。

2.“案发前归还”规则应关联“非法占有目的”要件出罪

在现行法规范和学理通说的框架内，从犯罪构成要件不齐备的角度出罪能够有效消解该规则与刑法理论存在的形式冲突具有合理性。当前，理论和实务中存在两种通过论证“案发前归还”不满足诈骗罪构成要件实现出罪的观点。其一，认为行为人对案发前归还的财物不具有非法占有目的；[②]其二，认为案发前归还的部分不属于被害人（处分人）错误处分的财物。[③]

对于观点二，入库案例未进行较为详细充分的说理，仅指出“被害人基于行为人的欺诈行为陷入错误认识，但后因达不到所期望的结果，故拟作出财产处分也有所减少”。需要强调，该入库案例属于“请托型诈骗”，其特殊性在于被害人处分财产时，确为实现一定的目的，但诈骗行为的构成要件本身并不要求被害人处分财产基于

① 笔者在威科先行数据库中以“本院认为”中包含“数额巨大”，“裁判结果”中包含“免予刑事处罚”（经观察，结果中同样包括包含“免于刑事处罚”的案例），限定近 5 年内的诈骗罪一审案件，共得到 84 起案例。

② 参见杜邈：《诈骗罪“案发前归还”规则研究》，载《法律适用》2023 年第 9 期，第 88 页。

③ 参见“谢某桥诈骗案”，人民法院案例库入库案例，编号 2023-05-1-222-001。

一定的对价，对于不存在可期待对价的诈骗行为，无法通过处分意思的欠缺来进行解释，例如在诉讼诈骗的情形中就难以说明法院是如何欠缺了处分意思。就“请托型诈骗”本身而言，构成要件中对于处分人基于错误认识处分财物的判断是在当时进行的，财物一经交付，处分行为完成。处分时目的的未实现，并不能回溯性地否定当时处分行为的无效，而是赋予处分人返还请求权。因此，认为“案发前归还”的部分不属于被处分的财物的观点本身值得商榷，也无法有效涵盖全部诈骗行为类型的解释。

笔者认为，以行为人对案发前归还的财物不具有非法占有目的为排除路径更具有合理性、实操性，具体理由如下：

其一，行为人对案发前归还的财物可能缺乏排除意思。刑法理论通说认为作为诈骗罪构成要件的非法占有目的包括“排除+利用”意思，排除意思指对涉案财物的非法处分，利用意思指对涉案财物的非法支配控制。[①]在实务中，行为人通过欺诈手段取得财物后，通常即可认定其具有利用意思，但不一定能够证明其具有排除意思。行为人在案发前归还财物，说明其可能在行为时并不具备排除意思，因而不具有非法占有的目的。

其二，实务中证明对案发前归还的财物具有非法占有目的难度较大。理论上，并不能一概排除行为人对于案发前归还的财物具有排除意思，当然可能存在行为人在行为时具备排除意思，但事后因担心被追究刑事责任而归还财物的情形。只不过，对于行为人的内心主观活动，如果没有客观证据予以证明，其司法认定存在困难。因此，从司法实践的可操作性出发，兼顾存疑有利于行为人原则和引导诈骗行为人及时返还财物的考量，原则上认为行为人对案发前归还的财物不具有非法占有目的，并当然地允许反证。

其三，其他罪名的类似规定同样采取了关联主观要件出罪的路径。前文述及，受贿罪“及时退还”规则面临与“案发前归还”规则在出罪上的相似困境。有学者指出，“缺乏受贿罪的故意是判断‘及时退还’的本质内容和标准”[②]，由此才能实现“及时退还不是受贿”的规定。这也是“及时退还”与积极退赃的本质区别。

其四，采取此种路径，司法机关的接受度高。一方面，“非法占有目的”是司法实践中认定诈骗罪的焦点，从“非法占有目的”的考察出发，更符合司法实践中倚重该要件进行判断的习惯。另一方面，以不具备“非法占有目的”出罪，可以解决部分不支持适用该规则的司法实务人员的担忧。例如，有论者提出，《电话答复》的适用情形是扣除案发前退还的数额后，依然能够保证追究被告人刑事责任，而对于案发前全部退还，或退还后数额未达到诈骗罪入罪数额标准的情形，应当排除其绝对适用。[③]可是，按照该论者支持的“需罚性”观点，案发前全部退还或退还后数额未达入罪标准的行为人，其需罚性明显不高于仅部分退还或退还后数额仍在入罪标准之上的行为人。论者的上述观点基于打击犯罪不周全的隐忧，但规则采取的上述解释允许反证行为人确实具有非法占有目的的情形，确保有效处理实务中令办案人左右为难的情形。

3.“案发前归还”是允许反证的推定规则

“案发前归还”规则是允许反证的推定规则。“推定，是指司法人员运用逻辑、日常经验法则

① 参见张明楷：《论财产罪的非法占有目的》，载《法商研究》2005 年第 5 期，第 74 页。
② 孙道萃：《“收受财物后及时退还”的刑法教义分析》，载《江汉学术》2017 年 2 月第 1 期，第 23 页。
③ 参见李德胜：《案发前退还诈骗款物的规制考量》，载《中国检察官》2022 年 9 月第 18 期，第 38 页。

从已知的基础事实推断出待证事实，并允许反证推翻的一种证明方法。”[①]具体而言，行为人案发前归还财物的，推定其不具有非法占有的目的。这种推定既是司法人员长期办案积累的实践经验的结论，也是前文所述刑事政策目的的体现。但推定规则的性质决定其必然允许反证，在有确实、充分的证据可以证明行为人实际上具有非法占有目的的，应对相应的数额不予扣除，仅作为量刑情节考虑。

综上所述，推定案发前归还财物的行为人对该部分财物不具有非法占有目的，能够在实现宽严相济的刑事政策目的[②]，又接触了与刑法理论间存在冲突的误解，同时有利于司法机关办案人员的实操。就辩护人的角度来说，为理解和消除司法机关在个案中适用“案发前归还”规则的主要疑虑提供了思路，同时也为更好地把握“非法占有目的”这一辩点提供了思路。

四、“案发前归还”规则在辩护中的具体运用

前文对于辩护人如何在理论上理解该规则提供了一些思路，也展示了该规则的司法适用的情况，涉及到了部分辩护人应如何在实务中运用该规则的建议。在此基础上，为尽可能实现有效辩护目的，笔者认为还应当重点关注以下问题。

1.向司法机关提交相关入库案例

2024 年 5 月 8 日施行的《人民法院案例库建设运行工作规程》第十九条规定：“各级人民法院审理案件时，应当检索人民法院案例库，严格依照法律和司法解释、规范性文件，并参考入库类似案例作出裁判。”第二十一条第二款规定：“公诉机关、当事人及其辩护人、诉讼代理人等提交入库案例作为控（诉）辩理由的，人民法院应当在裁判文书说理中予以回应。”第二十二条规定：“各级人民法院应当将参考入库案例作出裁判的情况作为案件质量评查内容。”

上述规定的确立，使得人民法院入库案例对于办案机关具有“必要”的参考价值。更重要的是，在辩护人提交入库案例作为辩护意见的情况下，即使主审法院认为不应当参考，也需要说明不予参考的理由。因此，辩护人应当检索并提交裁判要旨中适用“案发前扣除”规则的入库案例。人民法院案例库中关于“案发前扣除”的案例包括：

案例一 丁某功诈骗案 入库编号：2024–03–1–222–001

丁某功诈骗案裁判要旨指出，诈骗罪犯罪数额按照被害人案发前的实际损失计算。被害人在案发前从被告人处挽回的损失金额，不计入诈骗数额。对扣除理由未进行详细说明。

案例二 谢某桥诈骗案 入库编号：2023–05–1–222–001

谢某桥诈骗案裁判要旨指出，行为人在被侦查机关立案前已归还的部分钱款不应计入诈骗总金额，并具体说明了两点理由：（1）被害人所做出的财产处分与其实际期望结果相关联，被害人基于行为人的欺诈行为陷入错误认识，但后因达不到所期望的结果，故拟作出财产处分也有所减少，行为人归还钱款的部分则不应认定为被害人错误处分的钱款部分；（2）行为人在被侦查机关立案前，归还给被害人的款项，可以视为一个退赔情节，故不应算在实施诈骗犯罪行为的诈骗总金额中。

① 杜邈：《刑事推定规则的类型、特征与司法适用》，载《法律适用》2022 年第 2 期，第 56 页。
② 参见罗开卷：《论诈骗数额认定与成本扣除》，载《人民法院报》2024 年 3 月 21 日，第 5 版。

案例三 陈某元合同诈骗案 入库编号：2023-03-1-167-016

陈某元合同诈骗案裁判要旨指出，合同诈骗罪犯罪数额的认定，应把案发前已追回的被骗款额扣除，按最后实际诈骗所得数额计算。其裁判理由中援引《电话答复》，并指出答复有利于鼓励被告人在案发前积极退赃，及时为被害人挽回损失，因此遵循答复精神，将被告人陈某元在案发前退还唐某国的款项从其犯罪数额中扣减。

此外，辩护人还可以检索并提交《刑事审判参参考》、《人民司法·案例》及其他同样具有参考价值的类案加强论证，在此不做赘述。

2.围绕“不具有非法占有目的”展开论证

前文已经陈述了此举的意义和目的，由于“不具有非法占有目的”本就是诈骗类案件中最重要的辩护内容之一，其与“案发前归还”规则的配合应用能使案件辩护事半功倍。

3. 案发前未实际归还，但已签欠条的情况如何处理

在（2020）豫02刑终370号案例中，法院认为，虽然被告人在案发前已经签署了欠条，但其实际还款是在案发后，因此不能扣除相关数额。但有观点认为：对于此类情况，不能一概而论。“对于案发前虽未归还财物，但在案证据无法排除行为人欺诈取财时具有归还能力和意愿，案发后即予以归还的，仍可存疑扣除相应数额。”[①]笔者认为，此种情况不应被认定为“案发前归还”，但依然可以结合其他证据考察行为人是否具备非法占有目的。

4. 在借贷型诈骗中，被告人支付的利息如何处理

在（2020）川1781刑初43号案例中，法院认为，公诉机关在查明被告人已归还的本金和利息的基础上，将已付本息折抵本金后认定诈骗数额的意见正确，予以采纳。

5. 案发前归还的主动性是否影响认定

在（2020）川0116刑初53号案例中，法院认为案发前被害人从被告人处索回的数额，应从诈骗数额中扣除。在（2020）冀0108刑初659号案例中，法院认为案发前被害人追回的车辆并非被告人主动归还，故不予扣除相关数额。实务界对此存在两种观点，一种认为应对“归还”作狭义解释，限制在主动归还的范围内，另一种认为作广义解释，涵盖所有主动或被动归还的情形。笔者认为，遵循本文第一部分的立场，归还财物系出于主动或被动，确会影响对于行为人是否具有非法占有目的的判断，但具体被动到何种程度才能认为其具备了非法占有目的，仍应个案判断。例如近是由于被害人多次索要而归还的，仍应从诈骗数额种扣除。有观点提出的如下情形，可作为程度判断的参考：a.被害人以向公安机关报案相威胁，行为人被迫归还的；b.被害人通过殴打、拘禁、抢夺、窃骗等方式追回财物的。[②]

6. 扣除后量刑酌情从重的幅度不应超过扣除前

在（2020）冀02刑终20号案例中，二审法院认为原审法院在扣除案发前退还数额后，酌情从重的幅度高于按扣除前数额计算的量刑幅度，其量刑不当，应予纠正。

7. 存疑有利于被告人原则与该规则的结合运用

在（2023）沪0115刑初422号、（2020）川0108刑初361号、（2020）鲁0781刑初309号、

① 参见杜邈：《诈骗罪“案发前归还”规则研究》，载《法律适用》2023年第9期，第93页。
② 参见杜邈：《诈骗罪“案发前归还”规则研究》，载《法律适用》2023年第9期，第92页。

（2018）苏 1012 刑初 929 号、（2019）粤 0307 刑初 2321 号案例中，法院判决均体现出，当被告人与被害人存在其他经济往来，案发前被告人向被害人支付的款项无法确定性质时，按照存疑有利于被告人的原则，认定其性质为归还诈骗款项，相应的数额应从诈骗数额中扣除。

参考文献：

[1] 杨柳：《案发前归还的诈骗款不应从犯罪数额中扣除》，载《人民检察》2019 年第 16 期。

[2] 王元峰：《案发前退款不宜一律在诈骗数额中扣除》，载《检察日报》2020 年 4 月 10 日，第 3 版。

[3] 潘丙林：《案发前归还诈骗款不影响犯罪既遂》，载《人民司法·案例》2014 年第 14 期。

[4] 李德胜：《案发前退还诈骗款物的规制考量》，载《中国检察官》2022 年 9 月第 18 期。

[5] 付立庆：《财产损失要件在诈骗认定中的功能及其判断》，载《中国法学》2019 年第 4 期。

[6] 孙道萃：《“收受财物后及时退还”的刑法教义分析》，载《江汉学术》2017 年 2 月第 1 期。

[7] 杨玲、李梦成：《案发前已退还的金额应否从诈骗金额中扣除？》，载《人民司法·案例》2023 年第 29 期。

[8] 杜邈：《诈骗罪“案发前归还”规则研究》，载《法律适用》2023 年第 9 期。

[9] 张明楷：《论财产罪的非法占有目的》，载《法商研究》2005 年第 5 期。

[10] 杜邈：《刑事推定规则的类型、特征与司法适用》，载《法律适用》2022 年第 2 期。

[11] 罗开卷：《论诈骗数额认定与成本扣除》，载《人民法院报》2024 年 3 月 21 日，第 5 版。

标识体系下生成式人工智能处理信息的刑事风险治理

——基于网络信息服务提供者的分析

宋行健

宋行健，北京德和衡（长沙）律师事务所兼职律师，具有丰富的刑事辩护经验，擅长经济犯罪、职务犯罪、有组织犯罪等业务领域。湖南师范大学法学院专任教师、硕士生导师，湖南省行政检察研究基地研究员，中国政法大学刑法学博士。主持省部级科研项目多项，在各类刊物发表论文近 20 篇，获湖南省法学会刑法学研究会年会征文一等奖等荣誉。

摘　要：随着涉及人工智能生成合成内容的标识体系初步形成，与标识义务相关的法律问题逐渐引发了我国司法实践的关注。生成式人工智能在处理信息的过程中，面临着编造与传播虚假信息、侵犯个人信息的刑事风险。在标识体系下，显式标识难以为刑事风险辨识提供有效参考，隐式标识难以反映个人信息授权情况，网络信息服务提供者承担刑事责任的情形亟待明确。为应对这些问题，首先，网络信息服务提供者需要根据信息来源与用户要求，在现有标识内容的基础上，提升显式标识的真伪判断、危害评估功能。其次，网络信息服务提供者应在隐式标识中反映个人信息授权情况，对未获得授权的个人信息作匿名化处理。最后，《网络安全法》规定了维护网络安全、监测网络运行状态、配合网信部门监督检查等义务，标识义务是对前述义务的具体化。如果网络信息服务提供者违反标识义务，经监管部门责令改正而拒不改正，情节严重的，应以拒不履行信息网络安全管理义务罪追究刑事责任。

关键词：生成式人工智能，生成合成内容，标识办法，网络信息服务提供者，刑事风险

一、问题的提出

生成式人工智能通过对信息的收集与分析，能够创作文本、图片、视频等生成合成内容。我国于 2021 年起，不断以部门规章的形式规定了各类主体对生成合成内容的标识义务，[①]2025 年 9 月 1 日，随着国家互联网信息办公室、工业和信息化部、公安部、国家广播电视总局联合发布的《人工智能生成合成内容标识办法》（以下简称《标识办法》）正式施行，涉及生成合成内容的标识体系已初步形成。负有标识义务的主体为网络信息服务提供者，标识的类型包括显式标识、隐式标识。在《标识办法》之外，与标识义务相关的法律问题也引起了我国司法实践的关注，例如在 2024 年我国“生成式人工智能平台侵权第一案”中，广州互联网法院以“涉案图片是否标注是人工智能生成合成内容”作为认定被告是否充分履行标识义务的标准。[②]

在标识体系下，生成式人工智能处理信息的刑事风险治理问题也成为了学界的研究热点，现有研究多是围绕标识方式展开。第一种观点认为，应根据生成合成内容的类型，采取不同的标识方式。对具有公共安全隐患、危及国家利益的生成合成内容，采取强制标识；[1]对涉及新闻报道、公共卫生等领域的生成合成内容，采取特殊领域标识；对涉及商用或侵犯个人权益的生成合成内容，可根据权利人的申请予以标识。[2]第二种观点认为，应根据生成式人工智能对生成合成内容的贡献程度，采取不同的标识方式。可按照“完全由 AI 生成、由 AI 实质贡献、部分由 AI 生成、不是 AI 生成”这几种不同的情形，分别用不同颜色的文字体现内容的风险程度。[3]

然而，学界的现有研究未能结合《标识办法》的具体内容，从刑法角度提出刑事风险的治理对策。具体而言，有以下问题亟待解决：第一，生成式人工智能处理信息引发了哪些刑事风险？第二，针对这些刑事风险，现有的标识体系发挥了怎样的作用，还面临着哪些尚未解决的问题？第三，如何立足于现有的标识体系，通过刑法解释明确刑法的适用，从而加强生成式人工智能处理信息的刑事风险治理？后文将基于前述三个问题进行研究。

二、生成式人工智能处理信息的刑事风险

生成式人工智能作为一种全新的信息内容生产和传播工具，其所具备的生成性、集成性、通用性、智能交互性等特征，使其在信息的创作和传递过程中成为了重要的载体。[4]其在高效收集信息的基础上，能够自主对信息进行分析与整合，但同时也将导致编造与传播虚假信息、侵犯公民个人信息的刑事风险。

（一）编造与传播虚假信息的刑事风险

生成式人工智能编造与传播虚假信息的刑事风险，主要体现在两个方面。其一，从生成式人工智能自身而言，算法与信息共同保障了生成式人工智能运行，二者呈现为相互叠加的效应，信息的价值挖掘需要通过算法来实现，而算法可以通过处理信息来验证自身的可靠性。[5]当前，生成式人工智能已具备了模拟人脑神经网络运行方式的算法模型构造，其中的参数具有随机初始化的

① 参见 2021 年发布的《互联网信息服务算法推荐管理规定》第 9 条、2022 年发布的《互联网信息服务深度合成管理规定》第 16 至 18 条、2023 年发布的《生成式人工智能服务管理暂行办法》第 12 条。

② 参见广州互联网法院（2024）粤 0192 民初 113 号民事判决书。

特点。在创作过程中，生成式人工智能会先产生多个备选结论，再从中随机选择一个反馈给用户。在前述算法模型的影响下，这些结论呈现出一定的随机性和难以预测性。[6]此外，这些结论所依据的信息来源真伪难辨，这导致生成式人工智能作出的结论往往缺乏可靠的依据。其二，这些虚假信息与用户的行为具有紧密的联系，用户提出的不当请求在虚假信息的编造、传播过程中，往往起到了重要作用。如果用户以真实发生的社会新闻为素材，要求生成式人工智能编造内容相似但地点不同的虚假新闻，进而通过网络平台发布，则这些虚假信息一旦被社会公众所知悉，将扰乱正常的社会秩序。即使用户自身未掌握相关的技术能力和信息资源，在生成式人工智能日益普及的背景下，用户通过输入简单的指令，就能够批量创作以假乱真的虚假信息，例如要求生成式人工智能一次性创作数篇虚假的交通事故新闻，用户再将它们复制并通过不同的网络平台发布。在虚假信息泛滥的情况下，公众将本能地对各类信息产生不信任感，引发“信任衰退效应”，造成信息环境的侵蚀与社会共识的破坏。[7]

例如2025年1月，上海市宝山区人民法院审理了一起“AI洗稿”案，被告人徐某等三人先从网络上搜集热点新闻，再以这些新闻为素材，利用生成式人工智能进行自动洗稿，并且要求与原文的重复率不高于25%，从而通过自媒体平台的原创性审核。在此基础上，徐某等三人创作“上海某地惊现骨灰房”等虚假新闻，在未添加显式标识的情况下，招募网民通过多个自媒体平台账号发布，进而赚取平台支付的流量提成，非法获利5万余元。法院认为，被告人徐某等三人为了非法获利，违反国家规定，编造虚假信息并通过网络安排他人发布，符合非法经营罪的构成要件。[8]该案表明，生成式人工智能虽然能够高效收集信息、生成结论，但如果遭到用户的不当使用，将会使编造虚假信息的成本大幅降低，提高虚假信息的传播速度。

（二）侵犯个人信息的刑事风险

在生成式人工智能处理个人信息的过程中，刑事风险可以从两个角度分析。其一，生成式人工智能在收集与分析个人信息时，更关注个人信息的内容与数量是否足以用于创作生成合成内容，而不是相关信息主体的权利是否有效实现。[9]生成式人工智能可能在信息主体未授权的情况下，擅自过度收集个人信息，即使只需要根据少量的个人信息即可得出结论，其仍然会继续挖掘更深层次的个人信息，从而引发信息滥用的风险。[10]这违背了《个人信息保护法》的知情同意、最小必要原则，信息的处理方式和范围不符合信息主体的预期，而且在对信息主体权益的影响上，违反了最小化、相关性和合比例性的要求。其二，用户在确定了个人信息的使用方式之后，生成式人工智能再按照要求处理个人信息。例如在创作文本时，可通过文字呈现信息主体的姓名、住址、联系方式等个人信息，在生成视频时，可将信息主体的人脸识别信息以动态形式呈现在视频之中。如果用户传播这些生成合成内容导致个人信息泄露，而且未添加标识，则相关的个人信息难以得到准确溯源。此外，一些用户非法获取个人信息之后，要求生成式人工智能将多项个人信息加以组合或对比分析，以供后续实施诈骗等犯罪活动。在数字技术融合发展的时代背景下，个人信息往往与人身、财产安全深度绑定，不同类型的个人信息一旦组合在一起，能够从整体上反映信息主体的社会地位、人际关系与经济实力。[11]因此，个人信息一旦泄露，会使信息主体的人身、财产安

全陷入风险，并在组合之后对信息主体的合法权益造成更深层次的侵害。

例如在广州市南沙区人民法院 2024 年审理的“AI 换脸”刑事案件中，被告人李某某等人先非法获取他人的照片，再使用生成式人工智能，将这些照片制作成包含眨眼、摇头动作的动态视频，用于破解人脸认证登录系统，进而登录某服务平台系统个人账户，篡改系统内的人员信息，警方从该犯罪团伙成员的手机、电脑中分别查获个人信息 7 千至 6 万余条不等。法院认为，李某某等人通过非法技术手段侵入计算机信息系统，非法获取其中存储的人员信息，情节特别严重，均构成非法获取计算机信息系统数据罪。[12]该案表明，在生成式人工智能处理个人信息的过程中，有必要通过隐式标识进一步加强个人信息的保护，降低个人信息所面临的刑事风险。

三、标识体系下涉信息刑事风险的治理困境

《标识办法》第 3 条规定了显式、隐式两种标识形式，旨在揭示信息来源、提醒用户注意辨别信息真伪。但在现有的标识体系下，刑事风险的治理仍面临着一些困境。首先，显式标识难以为虚假信息的刑事风险辨识提供有效参考；其次，隐式标识难以反映个人信息授权情况；最后，网络信息服务提供者承担刑事责任的情形亟待明确。

（一）显式标识难以充分辨识虚假信息的刑事风险

《标识办法》第 3 条对显式标识的添加方式作出了界定，它存在于生成合成内容、交互场景界面之中，包括文字、图形、声音等多样化的形式。当用户下载、复制、导出生成合成内容时，网络信息服务提供者需要在这些内容中添加显式标识。这有利于实现对相关内容的有效辨识，提高信息筛选效率，减少用户误认的可能性。[13]但显式标识仅能发挥形式上的判断功能，虽然有助于厘清 AI 生成与人工生成的界限，却难以从危害判断的角度为刑事风险辨识提供有效参考。

一方面，显式标识未能根据不同的犯罪类型，对生成合成内容涉及的刑事风险予以提示，难以协助生成合成内容的受众进行真伪判断与危害评估。针对不同类型的信息，生成式人工智能会使用不同的 AI 模型予以处理，这些 AI 模型形成了多个高度专业化的子领域，例如大型语言模型可以生成新闻、邮件、合同，扩散模型可以生成照片、绘画、图表，在行为人滥用这些 AI 模型的情况下，虚假信息也将以不同的内容呈现。例如行为人利用生成式人工智能编造虚假的文字信息，既有可能捏造具体、虚假的事实，针对特定的自然人实施诽谤罪，又有可能以虚假的灾情、警情为编造的内容，意图影响正常的社会秩序。前述虚假信息的内容存在很大的差别，侵犯的法益也不一致，但用户只能通过显式标识了解到该信息是人工智能生成合成的产物，但无法进一步了解该信息所涉及的刑事风险。

另一方面，网络信息服务提供者对虚假信息的审核范围、审核方式有待明确。显式标识以生成来源为单一标识内容，如何在此基础上加强对虚假信息的真伪判断与危害评估，面临着三个方面的难点。首先，需要明确网络信息服务提供者对训练数据集的筛选方式。《生成式人工智能服务管理暂行办法》（以下简称《人工智能办法》）第 7 条规定，在训练过程中使用的数据应以来源合法为必要条件，需要从真实性、客观性、多样性等角度，不断提高训练数据的质量。这有利于从根源上减少虚假信息的产生。其次，虚假信息的审核标准亟待完善。生成式人工智能既可以自

行收集信息，又可以将用户提供的信息用于运算并生成结果。因此，需要根据信息的不同来源，确定不同的审核方式。如果用户所提出的要求以文本的形式呈现，网络信息服务提供者需要根据文本中的关键词，通过显式标识加强对虚假信息的防范，从而提高对虚假信息甄别与处置的效率。最后，虚假信息的审核范围有待限定。综合考虑技术难度与审核成本，不宜要求网络信息服务提供者对生成合成内容是否真实、准确进行全面考察，需要限定审核范围，并将主动审核与被动处理这两种途径相结合，既要对主动发现的虚假信息采取停止生成、停止传输等措施，又要对用户关于生成合成内容所涉虚假信息的投诉、举报及时反馈。

（二）隐式标识难以反映个人信息授权情况

根据《标识办法》第 3 条、第 5 条，隐式标识位于生成合成内容的文件元数据之中，能够反映生成合成内容的属性、网络信息服务提供者的名称等信息。[14] 相较于显式标识，隐式标识呈现出了两个鲜明的特点。第一，添加的方式不易被直观感知。隐式标识呈现为数据的形式，而显式标识呈现为文字、声音、图形等易于直观感知的形式。第二，面向的对象具有特定性。隐式标识面向的是网络信息服务提供者，在传播网络信息内容的过程中，网络信息服务提供者能够借助隐式标识，有效识别生成合成内容。而显式标识面向的对象更为广泛，网络信息服务提供者、社会公众均能够通过显式标识来确定信息的生成合成性质，从而防止混淆误认。

隐式标识的不足之处，体现为难以反映个人信息的授权情况，使得侵犯公民个人信息罪的认定面临困境。首先，隐式标识虽然能够从整体上反映生成合成内容的属性，但无法证明其中的个人信息是否取得了信息主体的授权。例如行为人使用生成式人工智能创作一份租房合同，其中包含了真实房东的姓名、身份证号码、联系方式等个人信息。即使这份租房合同中添加了隐式标识，也无法证明该房东是否对个人信息的使用作出了有效的授权。在未作出授权的情况下，该租房合同的传播将导致个人信息泄露，进而使信息主体的人身、财产权利面临威胁。因此，需要根据《个人信息保护法》针对个人信息所规定的一系列处理原则，在隐式标识中反映个人信息的合法处理的状态，以及信息主体对个人信息处理所持的态度。如果信息主体未作出同意，则其个人信息需要以匿名化的方式处理，但不同的个人信息如果相互组合或对比分析，则匿名化有可能随之失效。其次，在信息主体将自身的个人信息公开的情况下，能够提高个人的影响力，但也需要在合理范围内承担风险。《个人信息保护法》第 27 条对这些个人信息的处理作出了限制，要求不得超出合理范围，若未经信息主体同意，则不得对信息主体的权益产生重大影响。该规定有利于限制风险范围、避免损害扩大，体现了对信息主体自主性的尊重。因此，处理个人信息的限度以及添加隐式标识的方式，都需要根据个人信息公开时的范围、目的和用途来进一步明确。

（三）网络信息服务提供者承担刑事责任的条件尚不明确

《标识办法》第 2 条将网络信息服务提供者确定为标识义务的主体之一，并在第 13 条规定，如果网络信息服务提供者违反《标识办法》的规定，则由相关主管部门按照法律、行政法规、部门规章的规定予以处理。但网络信息服务提供者在何种情形下应承担刑事责任，仍有待根据相关的刑法条文进一步明确。刑法作为具有保障功能

的部门法，是网络安全治理的有机组成部分，需要对网络信息服务提供者承担刑事责任的情形予以明确，从而保障标识义务的履行，防范违法信息传播等后果的发生。

《刑法》第 286 条之一规定了拒不履行信息网络安全管理义务罪，该罪包含了双重义务，即“履行信息网络安全管理义务”与“责令改正后的改正义务”，履行特定的作为义务是避免法益侵害的逻辑前提。但网络信息服务提供者如果拒不按照《标识办法》有效履行标识义务，经监管部门责令改正而拒不改正，在情节严重时，难以直接适用该罪。首先，从犯罪主体的角度而言，“网络信息服务提供者”与“网络服务提供者”的关系有待明确，需要根据《最高人民法院、最高人民检察院关于办理非法利用信息网络、帮助信息网络犯罪活动等刑事案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《非法利用信息网络刑案解释》）对网络服务提供者的类型划分，确定二者之间的关系。其次，从行为方式的角度而言，该罪以拒不履行法律、行政法规规定的义务为必要条件，而《标识办法》仅属于规范性文件，若将《标识办法》中的标识义务直接解释为刑法意义上的信息网络安全管理义务，则不符合本罪构成要件的限制性要求。因此，需要结合本罪的法益，确定标识义务与信息网络安全管理秩序之间的逻辑关联，并且从《网络安全法》中寻找标识义务的规范依据，从而准确地判断网络信息服务提供者违反了哪些义务，进而准确地追究其刑事责任。

四、标识体系下涉信息刑事风险的治理对策

由于标识体系难以有效应对前述诸多刑事风险，因此，首先应根据标识体系的功能，提高显式标识对虚假信息刑事风险的辨识能力，并通过隐式标识充分反映个人信息授权情况。此外，还应明确网络信息服务提供者承担刑事责任的条件。

（一）提高显式标识对虚假信息刑事风险的辨识能力

1. 综合考察信息来源与用户提问内容

显式标识虽然能够反映图片、视频等作品是否由人工智能生成，但难以对刑事风险充分发挥辨识功能。用户即使注意到了显式标识，也难以参考该标识对生成合成内容的刑事风险进行有效判断。因此，应在现有的以生成来源为单一标识内容的基础上，提升显式标识的真伪判断、危害评估功能，对生成合成内容进行实质界定，从而增强显式标识辨识刑事风险的能力。

具体而言，显式标识的完善，应考虑网络信息服务提供者的现实能力，在合理范围内要求其对生成合成内容所依据的信息来源进行真伪核验，不宜对其施加普遍性的审核义务。[15]《人工智能办法》第 14 条规定，网络信息服务提供者在识别违法内容之后，应及时采取停止生成或传输的应对方式，《人工智能办法》第 15 条则要求网络信息服务提供者认真对待用户的反馈，建立健全与投诉、举报相关的制度，确保用户的投诉、举报具有简便可行的实现方式，并向公众及时反馈结果。[16]因此，网络信息服务提供者可以采取机器过滤、人工审查相结合的信息筛选机制，并及时处理用户对虚假信息提出的投诉、举报。对于信息的真伪，可以从两个角度进行综合考察。

第一，根据信息来源进行判断。网络信息服务提供者通过提高信息来源的可信度，不断优化处理信息的算法，能够从根源上减少虚假信息的生成。[17]例如在训练阶段，生成式人工智能通过频繁处理信息，能够提高算法的运算效率，这些信息以训练数据集的形式呈现，其中往往存在一些

未经验证真伪的内容。因此，网络信息服务提供者可以对训练数据集进行筛选，通过数据清洗、数据归一化和数据转换等措施，减少数据内容的误差，剔除其中的虚假内容，保障数据的质量与准确性。如果生成式人工智能在回答用户提问的过程中，自主选择可信度较高的信息用于创作生成合成内容，例如选用官方网站、社会媒体发布的信息，则网络信息服务提供者可以确认生成合成内容的真实性，并将判断的结论体现在显式标识中。

第二，根据用户要求进行判断。如果用户提供了真实的信息来源，例如关于交通事故的真实新闻报道，但在生成式人工智能创作文字内容的过程中，用户明确要求替换新闻中的事件发生的时间、地点，从而批量创作虚假新闻，则网络信息服务提供者针对用户以文字形式提出的问题，可以事先设置关键词，采取关键词自动识别的方式，判断用户提出的问题是否有不当之处。如果有生成虚假信息的风险，则可以在显式标识中予以提示。同时，网络信息服务提供者还可以针对用户提问当中出现次数较多的关键词，建立用于识别虚假信息的特征库，提高对虚假信息甄别与处置的效率，及时采取停止与用户进行信息交互、停止创作生成合成内容等措施，并提示用户修改提问内容。对多次要求生成虚假内容的用户，网络信息服务提供者可以对其发出警告，暂停或终止提供服务。

2. 准确衡量虚假信息所体现的社会危害性

在进行真伪判断的基础上，显式标识还可协助受众对虚假的生成合成内容进行危害评估。根据《最高人民法院、最高人民检察院关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》第 9 条，如果行为人先编造虚假信息，再通过网络传播这些信息，首先会涉嫌诽谤、寻衅滋事、敲诈勒索、非法经营等罪名，如果同时又构成编造、故意传播虚假信息罪等罪名，则依据处罚较重的规定定罪处罚。因此，网络信息服务提供者可以根据生成合成内容所涉犯罪类型与危害程度，在显式标识中对刑事风险予以提示。例如生成合成内容涉及自然人的名誉、隐私并且情节严重，则涉嫌侮辱罪、诽谤罪，如果生成合成内容涉及虚假的险情、疫情、灾情、警情，行为人先创作这些虚假信息，再故意通过网络传播，严重扰乱社会秩序，则涉嫌编造、故意传播虚假信息罪。

例如在人民法院案例库参考案例“张某伟、陈某宇编造、故意传播虚假信息案”中，行为人复制真实新闻的标题和关键词，先将这些文本素材提供给生成式人工智能，要求其生成文案，再利用这些文案自动生成 1 万余条虚假视频、图文集，通过某网络平台予以发布，其中虚假视频 20 余条，涉及多地，累计阅读观看量超过 167 万次，造成恶劣的社会影响，相关职能部门在多个网络平台进行了辟谣。法院认为，张某伟、陈某宇利用 AI 技术编造虚假的险情、灾情、警情，通过互联网予以传播，严重扰乱社会秩序，符合编造、故意传播虚假信息罪的构成要件。[①]法院在认定该罪中的“严重扰乱社会秩序”时，综合考察了虚假信息的发布数量、点击转发量、对社会公共秩序的影响及相关职能部门采取的应对措施等因素。

此外，由于刑法和相关司法解释未对编造、故意传播虚假信息罪“严重扰乱社会秩序”的认定标准作出明确规定，该罪位于《刑法》第 291 条之一第 2 款，保护的法益是社会公众现实生活的

① 参见浙江省绍兴市上虞区人民法院（2023）浙 0604 刑初 735 号刑事判决书。

稳定安宁状态，因此可参照《刑法》第 291 条之一第 1 款的编造、故意传播虚假恐怖信息罪的认定标准。在人民法院案例库的参考案例“卫某臣编造虚假恐怖信息案”以及“王某东编造虚假恐怖信息案”中，法院的裁判要旨均指出，“严重扰乱社会秩序”是指引发了社会恐慌，严重影响生产、工作、生活秩序，具体包括三个判断标准，第一，行为人编造的虚假恐怖信息对正常社会秩序的影响程度；第二，判断社会公众是否对虚假恐怖信息信以为真，并因此陷入恐慌，预期的日常生活成本也因此提高；第三，判断公安、武警、消防、卫生检疫等职能部门是否已经知晓虚假恐怖信息，并投入人力、物力处理这些信息所造成的负面影响。①

（二）通过隐式标识充分反映个人信息授权情况

1．网络信息服务提供者在隐式标识中添加授权情况的依据

显式标识有效区分了 AI 生成与人工生成，二者的独创性来源具有明显的差异，AI 生成主要依靠算法和程序，而人工生成主要依靠人的智力创造。[18]隐式标识则以不可视的形式，在生成合成内容的数据中表明了与制作要素相关的信息，包括属性信息、网络信息服务提供者的名称等。这表明，隐式标识更侧重于解决由谁生成、如何追溯等信息管理问题，与显式标识形成了表里互补的协同关系。[19]

当生成合成内容中包含了个人信息时，通过隐式标识反映信息主体的授权情况，能够有效增强隐式标识对个人信息犯罪的溯源能力。根据《人工智能办法》第 9 条，如果网络信息服务提供者涉及到对个人信息的处理，则应视为个人信息处理者，履行与个人信息的保护相关的一系列义务，如果违反了《个人信息保护法》涉及个人信息的处理原则，并且符合侵犯公民个人信息罪的构成要件，则应承担刑事责任。构成该罪，首先要求违反国家有关规定，在此基础上非法获取或提供个人信息。《非法利用信息网络刑案解释》第 2 条对“国家有关规定”的范围作出了限定，具体包括法律、行政法规、部门规章有关个人信息保护的规定。例如《个人信息保护法》第 14 条提出了知情同意的要求，个人信息的处理者应事先向信息主体告知收集个人信息的类型与范围、具体用途、潜在风险等，信息主体需要在充分知情的基础上，作出真实、自主的同意。[20]这是为了充分反映信息主体同意使用个人信息的真实意愿，在个人信息的保护与利用之间实现有效平衡，也体现了侵犯公民个人信息罪的法益是个人信息自决权以及人身、财产、隐私安全等社会交往利益。[21]

因此，在涉及个人信息的生成合成内容中，需要以隐式标识的方式添加具体授权信息。网络信息服务提供者如果发现个人信息未获得信息主体的授权，则应及时采取停止传输的措施，并将这些个人信息予以匿名化，使它们与信息主体的身份之间不再产生关联。此外，经过匿名化处理后的单一的个人信息虽然不能恢复原状，但生成式人工智能如果将不同个人信息加以组合并对比分析，仍然有可能根据这些个人信息判断信息主体的身份，从而导致个人信息的匿名化难以实现。为应对这一问题，可以将不同个人信息分组提供给生成式人工智能处理，通过穷举法开展预训练，观察这些个人信息是否会被重新识别。如果能够

① 参见辽宁省大连市井子区人民法院（2010）甘刑初字第 506 号刑事判决书、山东省青岛市李沧区人民法院（2024）鲁 0213 刑初 281 号刑事判决书。

重新识别，则应当记录相应的个人信息分组情况，不得将它们放在同一分组中用于生成结果，以防止个人信息泄露。

2. 根据个人信息的来源与性质判断授权有效性

网络信息服务提供者可以根据个人信息的不同来源，在隐式标识中对授权的有效性采取不同的判断方式。首先，如果个人信息是直接从信息主体处取得的，应考察信息主体是否已知晓这些个人信息的具体处理情况，并在此基础上作出明确授权，不应仅根据信息主体在用户协议或隐私声明中的概括性同意来判断。因为用户协议或隐私声明往往仅通过一种抽象列举的方式，告知信息主体将要收集的个人信息的类型、预期的使用目的，却没有说明个人信息的具体处理场景和去向。这将导致《个人信息保护法》中的“知情同意”原则降格为授权级别更低的“同意授权”，处于弱势地位的信息主体为了获得生成式人工智能的相关服务，除了同意别无选择。[22]其次，如果个人信息是由第三方转让而获得的，网络信息服务提供者应通过第三方，确认这些个人信息已经取得了信息主体的转让授权。在是否获得授权尚不明确的情况下，网络信息服务提供者应采取加密、去标识化等技术措施，将这些个人信息匿名化处理。

同时，对于信息主体已经公开的个人信息，应考察这些个人信息公开时的范围、目的与用途，并将这些要素在隐式标识中体现出来。如果对个人信息的处理方式符合这些要素，则应据此否定刑事违法性。例如在人民法院案例库的指导性案例“熊昌恒等侵犯公民个人信息案”中，法院的裁判要旨认为，对于已经公开的个人信息，如果行为人未经信息主体的同意、未获得法律授权，通过购买、收受、交换等方式，非法利用这些个人信息，不再符合这些个人信息公开时的范围、目的和用途，则可以认定为侵犯公民个人信息罪的“非法获取”这一行为方式。[23]在生成式人工智能的使用过程中，具体可以根据生成合成内容的类型、提供的对象进行考察。例如某公司销售人员公开了自己的姓名、照片与联系电话，只用于生成合成个人简介等文本并提供给特定的客户群体，以供他们了解销售人员的基本情况，则网络信息服务提供者以及用户了解到个人信息公开时的范围、目的与用途之后，不得擅自将该销售人员的照片用于生成视频类型的内容，同时还应遵守《个人信息保护法》第 27 条关于处理已公开个人信息的规定，如果信息主体明确提出了拒绝，或者处理该个人信息对个人权益产生了重大影响，则不得擅自处理。

（三）明确网络信息服务提供者承担刑事责任的条件

1. 网络信息服务提供者标识义务的内容

在网络信息服务提供者拒不履行标识义务，经监管部门责令改正而拒不改正，情节严重的情况下，可以考虑对其适用拒不履行信息网络安全管理义务罪，但仍需要从犯罪主体、行为方式的角度展开进一步探讨。

第一，构成拒不履行信息网络安全管理义务罪的主体，是网络服务提供者，那么，如何界定其与“网络信息服务提供者”的关系？根据《非法利用信息网络刑案解释》第 1 条，网络服务提供者具有三种不同的功能，第一种是技术支持类，提供信息网络的接入、计算、存储、传输服务。第二种是信息网络应用服务类，提供信息发布、搜索引擎、即时通讯等服务。第三种是公共服务类。前述分类表明，网络信息服务提供者与第二

种类型具有密切的关联，因为生成式人工智能的功能具有多样性，综合了搜索引擎、知识平台、社交媒体的特点，有效整合了信息的搜索、分析、输出等多个环节。相应的，依托生成式人工智能提供网络信息服务的主体，也属于《非法利用信息网络刑案解释》中的网络服务提供者。

第二，拒不履行信息网络安全管理义务罪相关的刑法条文采用了空白罪状的表述方式，刑法对“信息网络安全管理义务”的内容未采取明确列举的方式，需要根据其他法律、行政法规，界定该构成要件的具体范围。[24]《标识办法》属于规范性文件，虽然不能将其中规定的标识义务直接解释为刑法意义上的信息网络安全管理义务，但《标识办法》在第 1 条将《网络安全法》作为其制定依据，因此需要总结《标识办法》关于标识义务的要点，与《网络安全法》规定的义务内容进行比较，研究二者之间的关联性，再将《网络安全法》中的义务解释为本罪中的信息网络安全管理义务。

《标识办法》第 4、5、6、8、12 条主要从五个方面规定了网络信息服务提供者应履行的标识义务。第一，对于允许用户下载、复制、导出的生成合成内容，网络信息服务提供者应在这些生成合成内容中添加显式标识，例如文本一般是在起始、末尾或中间位置添加，视频一般是在起始画面和视频周边的适当位置添加；第二，在生成合成内容所对应的文件元数据中体现隐式标识；第三，在传播生成合成内容的过程中，核验、补充其中缺失的标识，规范生成合成内容传播活动；第四，通过用户服务协议的方式，向用户明确说明生成合成内容的标识方式，向用户提供标识功能，并提示用户注意标识的具体内容；第五，加强标识信息共享，为违法犯罪活动的有效惩治提供支持。

以上五项义务相互关联，构建了一套覆盖生成、传播、使用等阶段，包含标识添加、核验补充、义务分配、监管协同等多项内容的全链条标识义务体系。前两项义务集中在生成阶段，对显式标识、隐式标识的标注方式作出了明确规定，有助于实现显式标识与隐式标识的功能互补。第三项义务体现在传播阶段，涉及生成合成内容传播秩序的维护，网络信息服务提供者由于参与到了生成合成内容的传播过程中，因此具备一定的公共职能，承担着类似于“替代式监管”的职责，[25]需要按照国家网络监管部门的要求，采取技术措施对标识进行核验、补充。第四项义务体现在使用阶段，相当于在用户服务协议中预先约定义务的分配方式，从而将标识义务延伸至用户，保障生成阶段、传播阶段的标识义务在使用阶段继续得到充分落实。第五项义务实现了标识义务与监管活动的有效协同。

2. 刑法意义上的义务范围与情节认定

《标识办法》规定的前述义务，是对《网络安全法》相关义务的进一步细化。《网络安全法》第 76 条规定，网络运营者既包括网络的所有者、管理者，又包括网络服务提供者。如前所述，《标识办法》中的“网络信息服务提供者”属于“网络服务提供者”中的一种类型，因此，网络信息服务提供者也需要充分履行《网络安全法》针对网络运营者规定的义务。

《网络安全法》中的相关义务，可以根据技术措施的类型展开。第一，《网络安全法》第 21 条第 2 款要求网络运营者通过技术措施，对危害网络安全的行为予以有效防范，而《标识办法》所规定的显式、隐式标识义务的具体落实，有利于应对传播虚假信息、侵犯个人信息等刑事风险，

进而维护网络安全。第二，《网络安全法》在第21条第3款要求网络运营者采取监测网络运行状态的技术措施。网络运行安全、网络信息安全都是网络安全的重要组成部分，网络的运行往往伴随着信息的传输，因此，维护信息的真实与完整，也是维护网络运行状态的一项重要内容。《标识办法》在传播阶段规定了核验、补充标识的义务，这有利于使缺失标识内容的信息得到准确标注，进而弥补生成阶段未按要求标注的疏漏，从而及时发现并处理网络运行状态中的异常情况。第三，《网络安全法》第28条要求网络运营者为有关部门维护国家安全、公共安全的活动提供技术支持，第49条要求网络运营者有效配合相关的监督检查，这与《标识办法》第12条形成了对应关系，网络信息服务提供者需要通过标识信息共享的方式，为有关部门打击违法犯罪活动提供技术支持。

从《标识办法》与《网络安全法》之间的前述密切关联可以得知，网络信息服务提供者如果拒不履行《标识办法》规定的义务，同时也将违反《网络安全法》中的相关义务。在认定本罪时，“信息网络安全管理义务”是基本前提，还需要在此基础上进一步判断是否符合其他入罪条件，即监管部门责令改正而拒不改正，情节严重。《刑法》第286条之一第2款对“情节严重”的表现形式作了明确列举，值得探讨的是其中的前两种类型。

其一，导致违法信息大量传播。《网络安全法》第12条第2款明确禁止通过编造、传播虚假信息的方式，扰乱经济秩序和社会秩序，因此，使用生成式人工智能创作的虚假信息，可将内容的危害性作为核心，结合传播目的、社会影响来认定是否属于违法信息。如果属于违法信息，而且网络信息服务提供者在生成阶段故意不添加显式标识，或者在传播阶段故意不对虚假信息缺失显式标识的情况进行核验、补充，经监管部门责令改正而拒不改正，并且导致这些违法信息大量传播，则应根据《非法利用信息网络刑案解释》第3条的标准来判断，例如传播违法视频2百个以上、传播其他类型的违法信息2千条以上、向2千个以上的用户账号传播违法信息等，这些标准是基于违法信息的不同类型、不同传播方式而作出的差异化规定。

其二，导致用户信息泄露，造成严重后果。“用户信息”具有广泛的外延，既包括用户在网络上留下的活动轨迹、信息痕迹，又包括用户的个人信息。在生成阶段，如果网络信息服务提供者擅自将用户的个人信息作为素材，未通过隐式标识标明个人信息的来源，以及是否得到了信息主体的授权，经监管部门责令改正而拒不改正，而且向不同用户提供的生成合成内容中均包含这些个人信息，导致个人信息泄露，则应根据《非法利用信息网络刑案解释》中的数量标准，来判断网络信息服务提供者是否需要承担刑事责任。《非法利用信息网络刑案解释》第4条根据用户信息的具体类型，对情节严重设置了三种判断标准。其一，致使行踪轨迹信息等高度敏感信息泄露，以5百条以上为标准，其二，导致住宿信息、通信记录等敏感程度较高的用户信息泄露，以5千条以上为标准，其三，致使其他用户信息泄露，以5万条以上为标准。这些标准体现了用户信息的重要程度与保护强度之间的紧密联系。

五、结语

在我国数字经济的发展过程中，标识体系发挥着日益重要的刑事风险预防作用，有利于实现对生成式人工智能的包容审慎监管，在鼓励创新

的基础上实现依法治理。应通过显式标识为刑事风险辨识提供有效参考，通过隐式标识充分反映个人信息授权情况，明确网络信息服务提供者承担刑事责任的条件，从而促进信息在网络空间中的有序利用，明确标识义务与《网络安全法》相关义务之间的关联，在数字时代保障技术的实质正义性，有效应对生成式人工智能处理信息的刑事风险。

参考文献

[1] 参见杨利华：《生成式人工智能服务提供者注意义务研究》，载《比较法研究》2025 年第 3 期，第 54 页。

[2] 参见张凌寒、贾斯瑶：《人工智能生成内容标识制度的逻辑更新与制度优化》，载《求是学刊》2024 年第 1 期，第 112 页。

[3] 参见马子斌：《生成式人工智能内容标识制度的审视与优化》，载《电子知识产权》2024 年第 10 期，第 66 页。

[4] 参见支振锋：《生成式人工智能大模型的信息内容治理》，载《政法论坛》2023 年第 4 期，第 34 页。

[5] 参见叶雄彪：《生成式人工智能背景下的个人信息保护：范式转换与规则完善》，载《法学家》2025 年第 4 期，第 61 页。

[6] 参见张欣：《生成式人工智能的算法治理挑战与治理型监管》，载《现代法学》2023 年第 3 期，第 108 页。

[7] 参见沈芳君：《生成式人工智能的风险与治理——兼论如何打破“科林格里奇困境”》，载《浙江大学学报（人文社会科学版）》2024 年第 6 期，第 73 页。

[8] 参见王葳然：《谣言“没完没了”背后竟是 AI“洗稿”》，载《上海法治报》2025 年 2 月 7 日，第 A2 版。

[9] 参见李川：《生成式人工智能场域下个人信息规范保护的模式与路径》，载《江西社会科学》2024 年第 8 期，第 68 页。

[10] 参见陈禹衡：《生成式人工智能中个人信息保护的全流程合规体系构建》，载《华东政法大学学报》2024 年第 2 期，第 37 页。

[11] 参见马长山：《数字公民的身份确认及权利保障》，载《法学研究》2023 年第 4 期，第 21 页。

[12] 参见谢馨：《“AI 换脸”技术破解平台认证，篡改数据牟利，五人被判刑》，载广州市南沙区人民法院网站，https://nsfy.gzcourt.gov.cn/index.php?s=/Show/index/cid/293/id/5011500.html。引用日期：2025 年 9 月 15 日。

[13] 参见张凌寒：《深度合成治理的逻辑更新与体系迭代——ChatGPT 等生成型人工智能治理的中国路径》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2023 年第 3 期，第 38 页。

[14] 参见《人工智能生成合成内容标识办法》第 5 条第 3 款，文件元数据是指按照特定编码格式嵌入到文件头部的描述性信息，用于记录文件来源、属性、用途等信息内容。

[15] 参见李彤：《通用人工智能技术提供者义务的审视与优化》，载《东方法学》2023 年第 5 期，第 70 页。

[16] 参见毕文轩：《论生成式人工智能服务提供者的注意义务》，载《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2025 年第 2 期，第 90 页。

[17] 参见斜晓东：《风险与控制：论生成式人工智能应用的个人信息保护》，载《政法论丛》2023 年第 4 期，第 59 页。

[18] 参见张继红：《生成式人工智能生成内容标识义务研究》，载《法商研究》2024 年第 4 期，第 187 页。

[19] 参见卢怡、苏宇：《人工智能生成内容标识制度的实践挑战与制度回应》，载《人工智能》2025 年第 1 期，第 87 页。

[20] 参见吕炳斌:《个人信息保护的“同意”困境及其出路》,载《法商研究》2021 年第 2 期，第 87 页。

[21] 参见马永强：《侵犯公民个人信息罪的法益属性确证》，载《环球法律评论》2021 年第 2 期，第 102 页。

[22] 参见邹开亮、刘祖兵：《生成式人工智能个人信息安全挑战及敏捷治理》，载《征信》2024 年第 1 期，第 41 页。

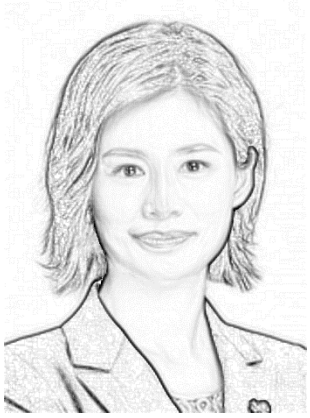
[23] 参见蒋玲玲、王跃华、张华锋：《<熊昌恒等侵犯公民个人信息案>的理解与参照——社交媒体账号中已公开个人信息的刑法保护限度》，载《人民司法》2024 年第 2 期，第 12 页。

[24] 参见杜小丽：《社会治理视角下拒不履行信息网络安全管理义务罪再审视》，载《中国法律评论》2024 年第 3 期，第 86 页。

[25] 参见周光权：《拒不履行信息网络安全管理义务罪的司法适用》，载《人民检察》2018 年第 9 期，第 16 页。

商业秘密犯罪预警机制的法律风险：反思知识产权犯罪预防性治理路径的合法性边界

段卓臻*



段卓臻，现任北京德和衡（宁波）律师事务所实习律师。英国赫尔大学法学博士，中国人民大学法学硕士，南开大学法学学士。主要从事比较刑事司法(中英)、知识产权犯罪、未成年人犯罪学术研究，在中英文学术期刊发表多篇学术作品，并多次在国际学术会议做学术报告，致力于将学术研究与法律实务紧密结合。工作语言：中文和英文。

摘　要：本文探讨了商业秘密犯罪预防性治理路径的法律边界问题。商业秘密一旦泄露，其后果具有不可逆性，传统的事后救济手段往往难以弥补。人工智能等新技术发展、知识产权刑事保护的强化以及预测性警务的普遍实施，推动了商业秘密犯罪预防性治理路径的兴起，包括利用人工智能技术分析识别潜在的商业秘密泄露风险，以期实现早期预警和干预。此外，政府部门积极推动企业建立完善的商业秘密保护内部管理规范，作为预防性治理的重要组成部分。然而，预防性治理路径也可能引发隐私权侵犯、公私边界模糊等问题。本文通过探讨预防性治理路径可能存在的问题以及如何明确这一路径的法律边界，以实现商业秘密保护与法治原则的协调统一。

关键词：商业秘密；知识产权犯罪；人工智能；预测性警务

* 德和衡（宁波）律师事务所实习律师，法学博士。

引　言

近年来，以新能源汽车行业为代表的高新技术产业迅速发展，围绕核心技术和经营信息等商业秘密展开的不正当竞争行为和知识产权犯罪成为影响技术创新保护的显著问题之一。作为知识产权保护体系的重要组成部分，商业秘密的刑事保护不仅关乎企业利益，也可能影响地区科技创新能力和产业结构升级。治理犯罪的传统方式是在犯罪发生后进行刑事制裁，知识产权犯罪的传统应对方式也是如此。但是，目前已出现利用人工智能等新技术进行事先预防的治理趋势。为了有效治理商业秘密犯罪，已有部分地区探索建立以人工智能技术支撑的商业秘密犯罪预警平台，通过数据分析、分级预警等方式对潜在的商业秘密泄露风险进行实时检测和提前干预。例如，作为以制造业为支柱产业的城市，尤其是新能源汽车产业重镇，宁波市已在新能源汽车等重点行业探索建立商业秘密犯罪预警机制。波市公安机关建立了“新能源汽车知识产权刑事保护系统”和“宁波市商业秘密刑事风险预警感知平台”，探索商业秘密犯罪的预测性治理路径。[①]同时，一些地区也在探索由地方政府主导推动企业建立健全商业秘密保护的内部治理制度，提升企业的保护商业秘密的能力。

然而，这一治理知识产权犯罪的创新机制也可能存在法律风险。首先，人工智能技术支撑的商业秘密犯罪预警机制依赖大规模的数据采集与分析，其中可能涉及企业经营数据、员工行为信息、通信数据、员工出入研发场所的生物识别信息等，而这些数据中相当一部分可能属于个人信息甚至敏感信息。这些数据的收集、处理行为是否符合《个人信息保护法》等相关的规定可能会引发争议。其次，在缺乏法律明确授权的情况下，公安机关通过人工智能等新技术手段开展预测性警务的合法性本身也可能引发争议。这背后更根本的问题是：当知识产权犯罪治理路径出现由事后打击向事前预防转化的趋势时，如何能够明确这一路径的合法边界，让知识产权犯罪的预测性治理在符合刑法谦抑性与法治精神的框架下开展，在保护知识产权的同时避免造成对公民权利的侵犯以及刑事手段的泛化。这个问题也是本文的研究问题。

本文通过研究借助人工智能技术等新技术手段预防、治理商业秘密犯罪的创新经验，分析人工智能介入知识产权犯罪治理需要应对的法律风险，从刑法的谦抑性和个人信息保护法等多个角度探讨知识产权犯罪预测性治理路径的合法边界。具体而言，本文将围绕以下两个方面展开探讨本文的核心研究问题：第一，目前商业秘密犯罪预警机制中的数据采集、处理行为是否属于对个人信息的合法使用，以及如何将这些数据采集和处理行为限制在合法边界内；第二，面对人工智能技术推动下的知识产权犯罪预防性治理趋势，如何防止知识产权刑事保护出现公私边界模糊并继而造成刑事保护泛化。

本文首先结合目前数字经济时代商业秘密犯罪的特点、知识产权刑事保护强化的时代背景、以及智能化预测性警务的兴起介绍目前商业秘密犯罪治理路径向智能化、预防化转向的背景；其次，本文将具体分析商业秘密犯罪预警机制中数据的收集和处理与个人信息保护法可能存在的潜

① 黄素珍、王西泽：《公安新质战斗力保护企业新质生产力：守护新能源汽车创新核心“共富”密码》，载《浙江法治报》，2025 年 2 月 19 日，第 6 版。

在冲突以及预测性治理路径在边界不清的情况下可能造成的公私边界模糊和刑事手段泛化的风险；在此基础上，本文将以商业秘密犯罪治理为例探讨知识产权犯罪预测性治理路径的合法边界，为人工智能驱动下的知识产权犯罪预防性治理路径法治化提出建议。

一、商业秘密犯罪治理路径的转向及其背景

（一）数字经济时代商业秘密犯罪的新特点与趋势

商业秘密是企业保持核心竞争力的重要战略资源。在数字经济时代，商业秘密的侵权和犯罪行为呈现出手段更具技术性、隐蔽性并且泄密结果极易扩散的特点和趋势。这些新变化也给商业秘密保护带来了新挑战。尤其是新能源汽车、智能制造等高技术产业因技术密集度高、数据互联性强，商业秘密犯罪的这些特点尤为突出。

在数字经济时代，商业秘密的载体已从传统纸质文件转向数字化形态，导致窃取商业秘密更依赖技术手段。不同以往商业秘密主要以纸质图纸、生产工艺文件等纸质文件为载体，当前企业所依赖的核心技术与经营信息普遍以电子数据形式保存，例如自动驾驶算法、测试数据、供应链信息、客户数据库等。而这些信息通常储存在数字化信息系统中，使得窃取商业秘密的行为常通过技术手段进行，并且窃取行为常伴随数据隐匿、权限滥用等隐蔽技术操作，增加了事后收集证据和认定事实的难度，并且收集证据和认定事实也极为依赖技术手段，对公安、司法机关处理商业秘密犯罪案件也提出了极大挑战。这也导致商业秘密侵权和犯罪案件通常办理难度大、时间长。例如，在最高人民检察院 2025 年 4 月发布的知识产权保护典型案例中，其中北京君某科技有限公司、孙某明、胡某伟等四人侵犯商业秘密案因技术事实认定难度较高，检察机关在审查证据过程中引入“技术调查官”查明复杂的技术事实，检察技术人员也使用了技术手段收集关键证据，最终检察机关完成审查工作并提起公诉。[①]

企业内部员工滥用数据访问权限窃取商业秘密，已成为侵犯商业秘密犯罪的常见手段。由于窃取商业秘密的数字化工具的匿名性特征，以及泄密行为可能在员工职务权限掩盖下实施，导致侵犯商业秘密的行为还极具隐蔽性。企业内部管理漏洞与保密制度缺失，客观上也为侵犯商业秘密犯罪创造了便利条件。例如，宁波市绝大部分的侵犯商业秘密案件都是由企业内部员工利用权限或公司系统漏洞实施。[②]侵犯商业秘密犯罪手段的技术化与隐蔽性的新趋势，传统的治理路径已难以有效应对，亟需探索以新技术为重要手段的新路径。

（二）知识产权刑事保护的强化

随着知识产权强国战略的推进，完善知识产权保护体系和强化知识产权的刑事保护力度日益受到重视。2019 年，《中共中央、国务院关于强化知识产权保护的意见》中明确提出，要“加强刑事司法保护”，并“加大刑事打击力度，研究降低侵犯知识产权犯罪入罪标准，提高量刑处罚力度，修改罪状表述”。《知识产权强国建设纲要（2021–2035 年）》再次明确要求“加大刑事打击力度”。在此政策背景下，刑事司法机关对侵

① 最高人民检察院：《检察机关知识产权保护典型案例》，载最高人民检察院官网，https://www.spp.gov.cn/xwfbh/wsfbh/202504/t20250423_693691.shtml，2025 年 6 月 2 日访问。

② 《浙江宁波：严惩侵犯商业秘密犯罪，护航企业创新发展》，载《检察日报》，2025 年 3 月 23 日，第 3 版。

犯知识产权犯罪的打击力度明显上升。在 2013 年至 2024 年间，全国检察院就 6.91 万件知识产权刑事案件提起公诉，全国法院审结一审侵犯知识产权刑事案件 6.46 万件。[①]

在这一背景下，相关法律和司法解释也在不断完善，为知识产权刑事保护的制度化和常态化提供法律依据。为了有效打击新型知识产权犯罪，2021 年起施行的《刑法修正案（十一）》增加了侵犯知识产权犯罪行为的类型，降低了入罪标准，加大了刑罚惩罚力度。2025 年 4 月 24 日，最高人民法院、最高人民检察院联合发布了《关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的解释》，系统地明确和降低了入罪标准，增加了入罪情形，提高了罚金刑上限，并规定了从重处罚的情形，以提升打击知识产权犯罪的力度和效果。[②]

商业秘密的刑事保护也在此轮趋势中得到显著强化。商业秘密是知识产权体系中唯一以保密性为核心要件的权利类型，其刑事保护充分考虑了这一独特属性。在立法层面，《刑法修正案（十一）》新增了“为境外窃取、刺探、收买、非法提供商业秘密罪”这一新罪名，并且该罪名为行为犯，只要实施便构成该罪，并将责任主体扩大至“经营者以外的其他组织”，以有效打击跨境侵犯商业秘密的犯罪，保护我国企业的利益和经济安全。在刑事司法实践中，强化商业秘密刑事保护的政策导向也得到落实。例如，宁波市孙某、罗某向境外泄露新能源电池研发和未来产业布局的经营信息，在 2024 年被以该罪名定罪和判处刑罚。[③]为了有效打击侵犯商业秘密犯罪和预防再犯，除了判处刑罚外，法院还会禁止侵犯商业秘密的罪犯在一定时期内从事特定行业的工作。[④]

此外，各地方也结合地方实际情况出台了不同的打击知识产权犯罪的政策，并探索符合地方实际的刑事保护方式。其中尤其显著的趋势之一是许多地方探索建立跨部门协同治理并且注重预防的模式。例如，西安市建立了跨部门的知识产权刑事案件“快速联动办理机制”。[⑤]因商业秘密的保密性和泄密后果的不可逆性，对商业秘密的刑事保护也出现了从事后打击向预防与打击并重的趋势。例如，江苏省高级人民法院制定出台了全国首个《侵犯商业秘密民事纠纷案件审理指南》和《办理侵犯商业秘密刑事案件的指引》，针对侵犯商业秘密案件审理周期较长、权利人举证难度大等的问题，并提出要构建“覆盖事前预防、事中保护、事后维权”的全链条保护模式。”[⑥]如前文所述的数字经济时代商业秘密犯罪的特点，有效预防商业秘密犯罪需要借助新兴技术手段，尤其是日益成熟的人工智能和大数据技术。目前，人工智能技术驱动的预测性警务正在国内广泛应用于犯罪预防和治理，这也为治理商业秘密犯罪提供了新路径。

（三）从事后打击到事前预防的犯罪治理路径转向

随着人工智能、大数据等数据技术的发展，

① 最高人民检察院：《“两高”发布<关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的解释>》，载最高人民检察院官网，https://www.spp.gov.cn/xwfbh/wsfbt/202504/t20250424_693977.shtml#1，2025 年 6 月 2 日访问。

② 最高人民检察院：《“两高”发布<关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的解释>》，载最高人民检察院官网，https://www.spp.gov.cn/xwfbh/wsfbt/202504/t20250424_693977.shtml#3，2025 年 6 月 2 日访问。

③《浙江宁波：严惩侵犯商业秘密犯罪，护航企业创新发展》，载《检察日报》，2025 年 3 月 23 日，第 3 版。

④《积极弘扬社会主义核心价值观，彰显司法裁判的规则引领和价值导向——南通法院 2024 年度十大典型案例揭晓》，载《南通日报》，2025 年 1 月 13 日，第 20–21 版。

⑤ 王梁、黄业晞：《西安市检察院建立知识产权刑事案件快速联动办理机制》，载《检察日报》，2025 年 2 月 7 日，第 2 版。

⑥《我省三部门联合推进商业秘密保护工作：“行政+司法”，关口前移事半功倍》，载新华日报，https://xh.xhby.net/pc/con/202503/22/content_1432031.html，2025 年 6 月 2 日访问。

以数据技术驱动的预测性警务（predictive policing）逐渐在国内犯罪治理中得到广泛应用。刑事司法的传统路径是在犯罪发生后进行打击，而预测性警务则强调对高风险行为、区域和人员提前识别和干预，以有效预防犯罪发生。预测性警务在人工智能技术兴起之前就已存在，但是在人工智能等技术兴起后得到了更为广泛和有效的实践。尤其是公安机关在广泛建设大数据平台，为针对犯罪风险的预测性分析提供了大量的数据来源，犯罪预警在国内已较为普遍实践。[①]而且，中国目前并没有采取欧盟在《人工智能法》中将人工智能驱动的预测性警务规定为高风险应用并严格限制的做法，人工智能驱动的预测性警务目前在中国仍有较大的实践空间。这些使得预测性警务能够广泛应用于预防犯罪。

在此背景下，人工智能驱动的预测性警务也被引入知识产权保护领域，因为其技术优势和预防性保护的特点恰恰针对性回应了传统事后打击模式的局限性，其潜力商业秘密犯罪治理中尤其突出。一方面，如前文所述，窃取商业秘密的手段技术性较强且企业内部员工作案会导致隐蔽性强、事后取证难度高，传统的事后打击模式难度高。商业秘密侵权案件中权利人胜诉率低以及商业秘密犯罪案件立案率和审查起诉率都很低都反映出这个问题。[②]信息时代侵犯商业秘密案件涉及的技术问题和证据都比较复杂，导致办案和审理难度大，周期也长。[③]这就导致企业事后维权周期较长，维权成本高；再加上商业秘密案的技术性和复杂性对企业收集和固定证据的能力要求很高而中小企业维权能力相对薄弱，这些因素都会带来保护效果上极大的不确定性。而且，即使企业克服上述困难，损害赔偿也未必足以弥补企业损失。[④]由此看出，无论是企业事后寻求救济还是执法、司法机关事后进行打击，传统的泄密后再处理的模式对于保护商业秘密存在极大的局限性。另一方面，相比其他知识产权侵权和犯罪，商业秘密依赖其保密性也导致泄露后果具有不可逆性。商业秘密一旦泄漏，就可能迅速传播到竞争企业甚至境外产业链，会严重影响企业的市场竞争力甚至生存。因此，比起事后维权和打击，企业对事前预防泄密的需求更为强烈，事前预防也对保护国内新技术产业的竞争力极为重要。因此，利用人工智能驱动的预测性警务来预防商业秘密犯罪也推动了治理商业秘密犯罪路径从事后打击向事前防范转型。

而人工智能驱动的预测性警务在预防商业秘密犯罪中应用的关键在于数据来源，而数据的数量和质量会极大影响预测准确度。因此，商业秘密犯罪预防性路径的实现依赖于企业于公安机关的合作。公安部在部署公安机关开展防范、打击侵犯商业秘密犯罪的“安芯”专项工作时，要求要考虑高新技术企业的需求，建立“常态化警企联系服务机制”。[⑤]目前，大部分地区预防商业秘密犯罪的预测性警务机制一般是由公安机关主导，

① 胡铭、严敏姬：《大数据视野下犯罪预测的机遇、风险与规制———以英美德“预测警务”为例》，载《西南民族大学学报》，2021 年第 12 期。

② 浙江省商业秘密保护联合调研组，《侵犯商业秘密犯罪打防研究——基于浙江相关罪案的调研》，《公安学刊——浙江警察学院学报》，2021 年第 1 期，第 29 页。

③ 浙江省商业秘密保护联合调研组，《侵犯商业秘密犯罪打防研究——基于浙江相关罪案的调研》，《公安学刊——浙江警察学院学报》，2021 年第 1 期，第 29 页。

④ 浙江省商业秘密保护联合调研组，《侵犯商业秘密犯罪打防研究——基于浙江相关罪案的调研》，《公安学刊——浙江警察学院学报》，2021 年第 1 期，第 30 页。

⑤ 张晨：《公安机关跨前一步主动作为精准对接企业需求 商业秘密刑事保护直达重点企业》，载《法治日报》，2024 年 10 月 24 日，第 5 版。

执法部门共享数据，同时企业也会提供一部分数据。例如，2024 年成立并运行的宁波市新能源汽车产业知识产权刑事保护中心自主研发了“新能源汽车知识产权刑事保护系统”和“宁波市商业秘密刑事风险预警感知平台”，利用政府部门和企业提供的数据，对企业涉密岗位人员进行画像，通过算法预警泄密风险。[①]如果对特定人员或群体进行犯罪风险画像，必然会收集行为轨迹等个人信息，如果不加限制，甚至可能还会收集敏感信息，侵犯公民个人隐私和尊严，与程序公正这一法治的核心价值产生冲突。[②]而且，如果企业担心泄露商业信息，在向预警平台提供数据时仅提供有限数据，这也会影响预测的准确度。此外，算法偏见这一人工智能技术常见的问题既可能导致对特定人员群体产生歧视性的、带有偏差的预测结果，同时也可能会影响犯罪风险预测的准确度。

更值得注意的是，中国目前尚未建立起对预测性警务进行系统规制的法律框架。不同于欧盟严格限制人工智能驱动的预测性警务的原则，中国现阶段倾向于先应用新技术进行实践探索然后根据情况再进行立法规制。虽然这种做法有利于新技术快速应用于犯罪治理，也符合治理商业秘密犯罪的特殊需求；但是，如果缺乏法律明确规范人工智能预测性警务在商业秘密犯罪治理中的应用边界，可能会因数据来源合法性与个人信息保护法等其他法律发生冲突而引发法律风险。数据既是商业秘密犯罪预测性治理路径的核心资源，也是影响公民隐私权的重要影响因素。如何尽快在法律中设定商业秘密犯罪预警机制收集和处理信息的明确且合理的边界，是规范化这一治理路径并使其持续发挥治理犯罪潜力的关键。而且，当企业作为权利主体通过提供数据转变为政府协同治理商业秘密犯罪的合作方后，如何规范公私边界也是规范化这一治理路径的重要议题。

二、商业秘密犯罪预警机制的数据收集、处理及其法律风险

在知识产权刑事保护强化和人工智能技术深度介入知识产权犯罪治理的背景下，商业秘密犯罪的治理路径出现向人工智能技术驱动的预防型路径转型的趋势。公安机关和企业通过合作建立商业秘密犯罪预警平台，试图及时发现异常高风险行为，在泄密发生前进行干预。虽然这种转型呼应了商业秘密保护的特殊需求并存在提升商业秘密保护水平的潜力，但是这种预防型路径也存在大量潜在的法律风险。一方面，企业对员工行为数据的收集与处理，可能与《个人信息保护法》发生冲突，不当侵犯员工隐私权并伴随算法偏见引起的风险；另一方面，如果刑事司法对预警数据的过度依赖，并且刑事程序中的商业秘密认定泛化，不加规制可能会导致公私边界模糊并进而导致刑事手段泛化。本部分将聚焦分析商业秘密犯罪预警机制这两方面的法律风险。

（一）预警机制中数据收集与处理的法律风险

人工智能是数据驱动的技术，商业秘密犯罪风险预警机制的运作依赖于收集大量数据并进行实时分析。为了尽量准确预测犯罪风险，预警机制就需要通过收集企业员工的系统操作记录、通信记录、出入企业研发部门等涉密场所的信息等数据供预警平台实施监测和分析。然而，预警机制收集、处理数据的范围等尚未有法律和政策规

① 《浙江宁波构建新能源汽车知识产权“防护网” 十个月为 1174 家企业生成风险体检报告 1547 份，助力新能源汽车产值突破 3381 亿元》，载中华人民共和国公安部官网，https://www.mps.gov.cn/n2255079/n4242954/n4841045/n4841074/c9981897/content.html，2025 年 6 月 3 日访问。

② 王禄生：《论预测性司法》，载《中国社会科学》，2024 年第 6 期，第 90 页。

制，可能与《个人信息保护法》等法律相冲突。

首先，如果要提高预测准确度，商业秘密犯罪预警机制收集的数据可能会或者需要包含敏感的个人信息，如生物识别信息、通信记录、行为数据等。例如，企业是否会在研发场所安装收集指纹、人脸识别等生物信息的门禁系统收集研发人员出入的生物信息并且上传至预警系统，或者企业是否为识别异常操作行为而收集员工日常在系统中的操作数据，企业是否会通过无线网络定位、工卡感应等方式记录员工活动轨迹，或分析员工收发邮件的时间和频率等通讯数据构建行为画像等。这些敏感个人信息的收集和处理应当符合《个人信息保护法》的规定，应当有“特定目的和充分必要性”，并采取严格的保护措施。[①]但是，目前公开资料中尚未明确说明此类预警系统是否收集敏感个人信息以及处理过程。如果在未明确告知员工的情况下收集其敏感信息，则可能违反《个人信息保护法》的相关规定。

第二，商业秘密犯罪预警平台在收集数据时，应当遵循最小必要原则，避免过度收集与目的无关的个人信息。《个人信息保护法》明确规定，处理个人信息应当限于实现处理目的的最小范围。然而，如果在没有明确界定数据收集、处理范围的情况下，预警系统广泛收集员工的各类信息，可能导致对员工过度监控，侵害其隐私权。

第三，商业秘密犯罪风险预警系统会给涉密岗位员工做画像，通过算法进行风险分级和预测。[②]而标记高风险员工画像和预警数据的处理是否存在算法歧视的问题并进而是否可能对员工的正常工作和择业造成不当影响等目前缺乏公开资料佐证。然而，算法可能因训练数据的问题导致对特定群体的歧视是个人工智能技术应用于各类犯罪风险预测时都要普遍注意的问题。如果算法可能根据员工的年龄、学历、工作年限等特定数据预测其泄密风险，就可能在预测犯罪风险时对某些群体造成偏见并产生不利影响，并可能导致员工在岗位安排、职业发展等方面受到不公平对待。

（二）公私边界模糊的风险

当前商业秘密犯罪预防性治理主要依托政府推动的政企协作机制展开，例如通过警企合作平台运行犯罪预警系统。推行预防性治理路径的双重背景在于：一方面，大量企业缺乏商业秘密保护的意识，以及由此缺乏内部商业秘密管理机制；另一方面，政府基于促进企业内部管理能力建设及推动地区产业结构升级的考虑，积极引导企业完善内部管理制度。企业普遍缺乏保护意识和内部管理机制已在调研中得到印证。例如，宁波市政府在修订《宁波市企业技术秘密保护条例》前的调研发现，近半数受访高新技术企业尚未建立内部商业秘密保护制度，并普遍存在以下六个问题：企业缺乏保护意识、以及因此存在保密措施亟待完善、技术秘密的登记和保存有待规范、缺乏员工离职审计制度、缺乏保密协议与竞业限制协议、以及企业法务缺乏保护商业秘密相关的专业经验。[③]正是基于企业自身保护能力欠缺与政府强化产业保护的双重因素，政府开始采取主动干预措施。

在此背景下，国家市场监督管理总局在《商业秘密保护规定（征求意见稿）》中明确提出，“市场监督管理部门应会同相关部门，为经营者

① 《中华人民共和国个人信息保护法》第 28 条。

② 《浙江宁波构建新能源汽车知识产权“防护网” 十个月为 1174 家企业生成风险体检报告 1547 份，助力新能源汽车产值突破 3381 亿元》，载中华人民共和国公安部官网，https://www.mps.gov.cn/n2255079/n4242954/n4841045/n4841074/c9981897/content.html，2025 年 6 月 3 日访问。

③ 王岚、唐小衡：《加码企业秘密技术保护 为宁波高质量发展保驾护航》，载《宁波日报》，2023 年 4 月 26 日，第 4 版。

提供法律咨询、政策指导、风险预警及维权支持等服务”，进一步明确了政府在强化商业秘密保护中的主导地位。[①]这一政策导向已在经济发达地区率先落地。例如，上海自贸区临港新片区管委会 2024 年发布的《企业商业秘密保护工作指南（征求意见稿）》，不仅将“预防为主”确立为核心原则，还对企业构建商业秘密管理机制以及维权途径、方法提供了非常具体详细的指引和建议。[②]在这样的背景下，为了保护地方产业发展，尤其是地方支柱产业的核心竞争力，地方政府正积极介入商业秘密保护并发挥引领作用。例如，宁波市政府便将其商业秘密保护模式总结为“政府推动、部门协同、企业参与、社会联动”。[③]政府推动的保护模式也在实践中得到落实和推进。以宁波重要支柱产业——高度依赖商业秘密的新能源汽车制造业为例，宁波市北仑区检察院联合公安机关、法院共同签署了《关于加强知识产权刑事保护合作框架协议》，并创新成立了新能源汽车知识产权刑事保护中心。[④]更值得关注的是，地方司法机关也在处理案件基础上延伸职能，检察机关和法院在案件审结后向宁波市外贸协会送达法检联合司法建议，对外贸企业进一步完善保护商业秘密措施提出建议；检察机关还专门制定了《企业经营类商业秘密刑事报案证据指引》，为企业维权提供清晰的收集证据方面的建议。[⑤]

这种“政府推动、预防为主”的商业秘密保护模式在提升区域商业秘密保护水平上成效显著。以宁波为例，宁波市商业秘密刑事风险预警感知平台在 2024 年投入运行当年，就通过精准预警风险从而成功阻止新能源汽车企业核心涉密文件外泄，涉密资产估值超亿元，体现了事前防范的有效性。[⑥]同样，这种政府推动的模式也提升了事后打击的效率和效果。2024 年，依托宁波市新能源汽车产业知识产权刑事保护中心，政府相关部门和司法机关协作，在泄密发生后迅速协助企业成功追回核心技术资料并挽回高达三千万元经济损失。[⑦]这种政府推动、预防为主的保护模式在治理商业秘密犯罪方面展现出了巨大潜力，其预防犯罪与处理高效的优势尤为突出。然而，这一模式目前还在探索和完善阶段，也需防止可能模糊政府监管权与市场边界的风险。这种风险的实质在于，如果政府在权力行使边界不够清晰的情况下介入企业内部商业秘密管理流程，可能导致公权力过度延伸至本应属于企业自治范畴的领域。因此，信息获取与执法介入边界的明确对预防风险并稳定发挥这种治理模式的潜能十分重要。

首先，行政机关需警惕行政指导、合规激励等手段变相成为“建议式强制”，将本应属于企业自主经营权范畴的事项纳入行政评价体系。例如，辽宁省市场监督局在 2022 年出台了《商业秘密保护管理规范》，其中明确指出商业秘密保护领导机构应“对企业商业秘密保护管理制度落实情况开展监督检查，并形成监督检查结论”，以及“企业应根据监督检查结论评价商业秘密保护

① 《商业秘密保护规定（征求意见稿）》，载国家市场监督总局官网，https://www.samr.gov.cn/cms_files/filemanager/1647978232/attach/20254/2a3d95637b4842b8a1a361dee4ce7854.pdf，2025 年 6 月 3 日访问。

② https://www.lingang.gov.cn/upload/1/cms/content/editor/1729220111366.pdf

③ 王岚、唐小衡：《加码企业秘密技术保护 为宁波高质量发展保驾护航》，载《宁波日报》，2023 年 4 月 26 日，第 4 版。

④ 《浙江宁波：严惩侵犯商业秘密犯罪，护航企业创新发展》，载《检察日报》，2025 年 3 月 23 日，第 3 版。

⑤ 《浙江宁波：严惩侵犯商业秘密犯罪，护航企业创新发展》，载《检察日报》，2025 年 3 月 23 日，第 3 版。

⑥ 《浙江宁波构建新能源汽车知识产权“防护网” 十个月为 1174 家企业生成风险体检报告 1547 份，助力新能源汽车产值突破 3381 亿元》，载中华人民共和国公安部官网，https://www.mps.gov.cn/n2255079/n4242954/n4841045/n4841074/c9981897/content.html，2025 年 6 月 3 日访问。

⑦ 浙江宁波构建新能源汽车知识产权“防护网” 十个月为 1174 家企业生成风险体检报告 1547 份，助力新能源汽车产值突破 3381 亿元》，载中华人民共和国公安部官网，https://www.mps.gov.cn/n2255079/n4242954/n4841045/n4841074/c9981897/content.html，2025 年 6 月 3 日访问。

管理制度的有效性，并形成评价报告”[①]随后，辽宁省市场监督局在2024年9月出台了《企业商业秘密保护体系评价指南（征求建议稿）》，虽然这份报告将评估流程概括为由“申请”开始，但是报告明确提出对企业的要求是“企业依据相关法律、法规、政策及标准等建立企业商业秘密保护体系并有效运行”；而且，评估报告模板还包含了在企业自愿申请第三方评估并用于企业改善内部管理中一般不包含的内容，例如“整改要求”、“整改时限”、“整改验证材料和形式”，尤其是企业的异议处理形式例如申诉等。[②]这就可能让政府指导在实践中异化成行政机关主导的标准化评估和强制化整改模式，使行政权力实质性介入企业内部治理，突破了公私领域的基本界限。这可能导致以行政标准化挤压企业根据自身和行业特点自主设计内部管理的空间。而且，这一评估过程本身也可能增加泄密风险。尤其是，如果行政机关将评估结果与企业政策补贴、优惠政策等挂钩，会导致更加严重的后果。而深圳市知识产权保护中心提供的《企业商业秘密保护实务指引》，[③]则以提供管理和救济方面的实操建议，在避免干预企业自主经营权的基础上发挥了促进提升商业秘密保护水平、降低泄密风险的作用。

其次，如果利用人工智能技术进行预警，作为数据驱动的技术，为实现精准预警和高效打击，预警平台需要收集企业的大量内部数据例如涉密员工的浏览记录、下载记录、进出涉密区域的记录等才可以做到。如果缺乏关于数据收集范围、使用目的、保密义务方面的明确规定，过度或不当的信息收集本身也可能侵犯商业秘密或经营自由。目前，企业在多大范围内应当/可以向公安机关提供数据供预警系统分析目前仍缺乏统一明确的标准。如果刑事司法中的专门机关介入的条件缺乏明确规定，这种模式可能会模糊企业内部管理与刑事司法之间的边界。尤其是预防型的商业秘密犯罪治理模式会促使公安机关对尚未发生的犯罪进行干预，如果数据来源的合法性本身存在问题，并且算法未充分考虑可能对特定群体造成的歧视，那公安机关的介入不仅无法准确预防犯罪，还可能为刑事司法制度运作的正当性带来争议。

这背后更为根本的问题是：商业秘密本质上是商业利益，传统上属于私权范畴，一般通过民事程序而非刑事司法保护；如果刑事司法要介入到商业秘密的保护中，需要明确的关键问题是在何种情况或条件下，商业秘密会成为需要刑事法介入保护的公共利益。否则，可能会导致刑事手段会过度介入市场竞争从而扭曲市场秩序。英国的立法则提供了一个独特的视角。英国没有专门针对商业秘密侵权的刑事立法，但在特定情形下，相关行为可能构成刑事犯罪。根据《计算机滥用法案1990》（Computer Misuse Act 1990）第1条，未经授权访问计算机资料的行为构成犯罪。如果行为人故意通过技术手段（如黑客攻击）获取作为企业内部数据的商业秘密，则可能构成此款规定的犯罪。此外，根据《数据保护法2018》（Data Protection Act 2018）第170条规定，未经数据控制者同意，故意或过失获取、披露或保留个人数

①《商业秘密保护管理规范（报批稿）》，载辽宁省市场监督管理局官网，https://scjg.ln.gov.cn/scjdglj/hd/zjdc/2023010410445120114/2023010410425212615.pdf（第9页），2025年6月3日访问。

②《企业商业秘密保护体系评价指南（征求意见稿）》，载辽宁省市场监督管理局官网，https://scjg.ln.gov.cn/scjdglj/hd/zjdc/2024092019254876245/2024092019105231535.pdf，2025年6月3日访问。

③《企业商业秘密保护实务指引》，载中国（深圳）知识产权保护中心，http://www.sziprs.org.cn/attachment/0/72/72386/1151614.pdf，2025年6月3日访问。

据的行为可能构成犯罪。如果被窃取或披露的商业秘密中包含个人数据，未经授权的获取或披露可能构成犯罪。而这两种罪名本质上都不是专门针对商业秘密的保护，而是分别保护计算机系统安全和个人数据及隐私权。窃取披露商业秘密的行为是因为侵犯了其他公共利益而需要刑事手段介入。而《2023 年国家安全法》（National Security Act 2023）则新增了与商业秘密直接相关的新罪名，第一部分第二条将行为人“明知”是在协助外国情报机构获得商业秘密的行为规定为是犯罪，最高法定刑为 14 年监禁或/并处罚金。[①]这一规定旨在应对外国通过间谍手段获取英国关键技术和商业信息而给经济安全和国家安全带来的威胁。这一立法认为只有在侵犯商业秘密的行为对国家安全构成威胁的情况下，刑事手段的介入才是正当的。换句话说，即刑事手段不应当介入一般的商业纠纷，从而防止过度将商业秘密侵权行为纳入刑事范畴而导致刑事手段泛化。在预防商业秘密犯罪这个具体问题上，商业秘密犯罪风险预警平台也应当考虑，预警的是普通侵权行为还是需要刑事手段介入的、可能侵犯公共利益的犯罪行为。

在治理商业秘密犯罪问题上，还需要统筹考虑治理的系统性成本。如果因公私边界模糊导致刑事手段泛化，还可能引发的另一个问题是过分挤占刑事司法系统原本可以分配在治理其他危害性更高的犯罪上的资源，包括用于打击已经发生的犯罪的资源。尤其是考虑到商业秘密案件办理难度大、时间长，消耗的刑事司法资源明显会更多，刑事制裁在商业秘密侵权治理上泛化后对其他犯罪治理资源的挤占效果会更严重。而且，刑事制裁泛化后，那些原本不应当受到刑事制裁的人会因此有犯罪记录，犯罪记录产生的标签效应会对这些人的就业和重返社会带来阻力，从而增加政府的社会治理成本。本文并不反对在必要情况下通过刑事手段对商业秘密进行保护，但是，应警惕刑事手段超越公私边界的介入。所以，明确公私边界，确保商业秘密犯罪治理是在促进企业治理水平提升而非替企业承担责任的框架内运行，是这一模式持续发展必须解决的议题。

三、商业秘密犯罪预警机制的合法边界

在前文对商业秘密预警机制因数据收集可能产生的法律风险和公私边界模糊的风险等问题分析的基础上，本节旨在回应前文识别和分析的风险，探讨构建这一预防性治理机制的合法边界，并明确何种情形下刑事手段（预测性警务）介入商业秘密保护是合法、必要且正当的。

（一）企业收集和提供数据的合法边界

在商业秘密犯罪预警机制中，企业通常需要收集和提供员工的相关数据，以识别潜在的风险行为。企业收集和处理企业员工数据的范围、方式应符合《个人信息保护法》等相关法律法规的要求。针对前述风险，应从以下方面构建企业收集数据行为的合法性边界。首先，企业内部收集、提供员工个人信息的范围和方式不能仅由企业自行设定，而应遵循《个人信息保护法》规定的“合法、正当、必要”的原则以及“目的限制”原则。数据的收集和使用应限于预防商业秘密泄露和预警商业秘密犯罪风险所必需的信息，避免过度收集与预警无关的个人信息例如员工的私人通信。员工的生物识别信息等敏感信息尤其应当保持非必要不收集的原则。并且，应明确禁止企业将为商业秘密犯罪风险预警平台收集的数据用于绩效

① 英国《2023 年国家安全法》（National Security Act 2023）。

评估、职称晋升等超出商业秘密保护范围的人力资源管理等目的，防止预警机制异化为对员工的非法电子监控。通过目的限制，可以明确区分企业合规收集数据和侵犯个人信息之间的界限。

其次，企业应确保员工对商业秘密犯罪预警平台收集数据的范围和处理方式有充分的知情权和选择权。根据《个人信息保护法》的规定，企业在收集个人信息前，应明确告知员工数据的收集目的、方式、范围、保存期限等，并取得员工的明确同意。换言之，企业在与员工签订劳动合同时，应避免使用概括同意类条款，而应在劳动合同中明确约定预警系统收集员工个人信息的范围、方式、目的与存储期限等内容。并且，鉴于劳动关系中权力结构的不对等性，企业不得后期通过任意单方面修改企业内部规定、政策而要求员工提供超出劳动合同约定范围的个人信息，而是应当遵守《劳动合同法》第四条关于涉及劳动者切身利益的重大事项应当经职工代表大会或全体职工讨论以提出方案和意见的规定，让员工个人数据的收集从企业的单向管控转化为劳资共治下的合规管理，以此确保企业的数据收集行为在合法边界内。员工也应有权拒绝提供非必要的个人信息，且不应当因此受到不利影响。企业也应建立机制，允许员工对数据采集和预警提示提出异议，并进行人工复核，充分保障员工的权益。

第三，企业向预警平台（特别是涉及与执法部门共享部分数据的平台）提供数据时，还可以通过技术手段来确保数据传递和处理在合法边界内。企业在提供数据给平台时，应确保数据的脱敏处理，平台接收到的应当是经过处理后的异常行为统计数据，而非直接关联特定自然人的原始身份信息尤其是敏感个人信息。数据的传输和存储应采取加密技术、访问权限限制等安全措施，防止数据在传输或存储过程中被非法获取或篡改。

（二）刑事手段介入的法律边界

在商业秘密犯罪的预测性治理中，明确刑事手段介入的法律边界至关重要。当前，预警系统通过数据分析识别“高风险行为”并进行犯罪风险提示，但这些行为是否构成刑法上的犯罪预备存在争议。如果公安机关仅依据风险预警报告介入，可能导致对预备犯的认定过于宽泛并进而导致刑事手段的泛化，从而引发一系列问题。将预警系统提供的犯罪风险提示作为立案依据，也可能会挑战刑事司法的立案程序和证据规则。

首先，应当严格限制公安机关将犯罪风险预警认定为犯罪预备并介入。算法标记的高风险行为仅反映统计概率，不能直接等同于“为了犯罪准备工具、制造条件”。预警平台仅能识别行为，难以识别员工实施这样的行为是否具备实施商业秘密犯罪的主观故意。因此，预警系统识别到的异常操作也可能出现错误，例如员工出于合法目的加班备份文件被识别为高风险异常操作。刑事手段介入的前提，必须是该行为已具备侵害法益的现实紧迫性。换言之，该行为必须是专门为实施侵犯商业秘密犯罪目的实施的行为，例如为窃取商业秘密专门购买技术工具破解数据防火墙但尚未下载数据。在介入时，公安机关必须进一步收集证据来判断行为人是否具有窃取商业秘密的主观故意，防止将因工作或管理失误引发的误操作纳入刑事手段处理的范畴。。

其次，在预警机制运作中，应当建立企业内部调查前置程序，并以此严格限定公安机关介入。当预警平台发出风险提示时，企业应利用其内部管理权限，先行调取办公系统日志、进行企业内部的合规调查等非强制性的核实工作，以便排除因系统误差、员工误操作或员工合理履职的行为

引发的预警。如果企业经过内部调查和初步收集的证据可以判断很可能存在侵犯商业秘密犯罪的事实，可以向公安机关报案并提供线索和证据。如果公安机关根据企业提供的线索和证据认为可能存在犯罪事实，符合刑事诉讼法规定的立案标准，方可立案启动侦查程序。这样既可以避免刑事司法资源的浪费，也可以确保刑事手段的介入符合刑事诉讼法的规定而在合法边界内。

第三，应当建立独立的监督机制对预测性治理的实施进行监督，确保其合法、公正、透明。这包括设立独立的监管机构，对预警机制的运行进行审查；建立申诉和救济机制，保障被错误识别为高风险个体的合法权益。

总之，在商业秘密犯罪的预测性治理中，应谨慎处理预警机制识别的高风险行为，避免将其简单等同于预备犯，防止刑事手段适用的泛化，保障公民的合法权益。通过严格限定公安机关的介入条件、加强对预测性治理的法律规制、建立独立的监督机制等措施，明确预测性治理的法律边界，实现商业秘密保护与法治原则的协调统一。

结　论

在数字经济时代，商业秘密的载体从传统的纸质文件转向电子数据，不仅增加了窃取商业秘密技术手段的多样性，也提高了侵权行为的隐蔽性和取证难度。商业秘密的保护也面临新挑战。同时，侵犯商业秘密的不可逆性以及知识产权刑事保护强化、预测性警务普遍实践，使得预防性治理路径成为商业秘密刑法保护的重要方向。然而，商业秘密犯罪的预防性治理路径也需要明确边界以防止可能出现的与法治原则冲突的问题。首先，犯罪风险预警系统可能涉及对企业员工个人信息的收集和处理，若未经员工同意，可能违反《中华人民共和国个人信息保护法》的相关规定，侵犯员工的隐私权。其次，政府通过商业秘密保护的“强制性建议或评估”介入企业内部管理，可能模糊公私边界，侵蚀企业的自主权。

为明确商业秘密犯罪预防性治理路径的合法边界，人工智能驱动的犯罪预警机制应严格遵守《个人信息保护法》的规定，确保数据收集在员工知情且同意的情况下进行并且仅在必要限度内，避免对员工隐私的侵犯。政府在推动商业秘密保护时，可以提供商业秘密保护管理的建议，但应避免通过“强制性建议或评估”过度干预企业内部管理。如果预测性治理持续发挥治理潜力，也应明确刑事手段介入的合法边界，通过明确高风险行为与犯罪预备行为的界限，防止刑事手段泛化；严格限定公安机关的介入条件，确保其在有明确犯罪线索的情况下方可立案启动侦查，避免仅依据风险提示报告介入。更为根本的是，商业秘密本质上是商业利益，刑事司法的介入应以侵犯商业秘密的行为同时危害刑法所保护的公共利益为前提，否则可能导致刑事手段泛化，违背刑法的谦抑性原则，并进而引发更多治理问题。只有在明确法律边界、保障公民权利、坚持法治原则的前提下，预测性治理机制才能真正发挥其应有的作用，实现商业秘密保护与法治原则的协调统一。

民刑交叉视角下假冒注册商标罪中“相同商标”的认定规则研究

王亓艳

王亓艳律师拥有扎实的法学理论功底，具有丰富的诉讼实践经验。执业以来，为多家政府部门、大中型企业提供法律服务，包括但不限于中德生态园管委、海信视像科技股份有限公司、聚好看科技股份有限公司、中国石油集团海洋工程（青岛）有限公司、中电科仪器仪表有限公司、大唐山东电力检修运营有限公司、中铁西海岸投资发展有限公司、青岛多元建设集团有限公司、青岛润德生物科技有限公司、山东深海冷水团海洋开发有限公司等。

摘　要：“相同商标”认定是假冒注册商标罪定罪的核心问题，直接影响罪与非罪的界定。司法解释将“相同商标”定义为“完全相同的商标”和“基本无差别、足以误导公众的商标”，并对后者情形作了详细列举，但未如商标侵权民事领域般细化认定规则。基于刑事法律规范的附属性和独立性，本文提出构建“基础标准—类型化标准—例外规则”的分层认定体系，以实现刑事保护与权利保障的平衡。

关键词：假冒注册商标罪；相同商标；认定规则

我国商标刑事保护经历了从“形式保护”到“实质保护”的演进历程。1997 年《刑法》第 213 条首次明确假冒注册商标罪的构成要件，将“相同的商标”作为核心构成要素，但未界定其内涵。2004 年“两高”《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第八条规定：“相同的商标是指与被假冒的注册商标完全相同，或者与被假冒的注册商标在视觉上基本无差别、足以对公众产生误导的商标”。首次提出“视觉上基本无差别、足以对公众产生误导”的认定标准，突破了“完全相同”的形式化要求。2020 年“两高”《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》进一步细化了“相同的商标”的认定标准，将“视觉上基本无差别”修改为“基本无差别”、并详细规定“改变颜色或增加要素但不影响体现注册商标显著特征的以及其他与注册商标基本无差别、足以对公众产生误导的商标均视为与注册商标相同的商标。2025 年 4 月“两高”发布的《关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《2025 年司法解释》），针对“相同商标”的认定作出系统性规定，确立了二元认定标准，第 2 条明确“相同商标”包括两种情形：一是“与被假冒的注册商标完全相同”；二是“与被假冒的注册商标基本无差别、足以对相关公众产生误导”。该条规定既吸收了 2004 年司法解释的规定，将刑法规定的“相同商标”区分为“完全相同商标”和“基本无差别商标”，又吸收了 2020 年司法解释的规定，将 2004 年“视觉上基本无差别”修改为“基本无差别”，毕竟声音也可以作为商标进行注册，声音商标是否相同只能通过听觉来判别。需要特别注意的是，对于刑法中“相同商标”的解释，从 2004 年，经过 2020 年，到 2025 年，发生了重大变化，该变化在于：2004 年司法解释明确将“相同商标”解释为两类，一类是“完全相同商标”，另一类是“基本无差别商标”；2020 年司法解释却是彻底修改了该种解释，直接将“基本无差别”或“改变颜色、增加要素但不影响体现注册商标显著特征的商标均视为”“相同商标”。事实上，早在两高一部 2011 年《关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的意见》中，就将“基本无差别”商标视为“相同商标”。而《2025 年司法解释》虽然吸收了 2020 年司法解释的规定，通过列举式规定对六种“基本无差别”的情形予以细化，但是该解释系将该六种情形视为“基本无差别”或者是“基本相同”商标，而非视为完全相同商标。即：《2025 年司法解释》的规定系扩大了“相同商标”的范围。2011 年和 2020 年的解释系在相同商标的框架内或者前提下解释“基本无差别”，而《2025 年司法解释》系在知识产权强保护的国家政策导向下在完全相同商标之外扩大解释相同商标包含“基本无差别商标”，起码在解释“相同商标”时会给人此种扩大解释的心理状态。

“完全相同”的认定相对明确，即假冒商标与注册商标在文字、图形、字母、数字、三维标志、颜色组合等要素上完全一致，通常不存在争议。司法实践中的难点在于“基本无差别商标”的解读。法律适用的前提是法律解释。对“基本无差别”、“足以对相关公众产生误导”的解释往往受到主观因素的影响，难以形成统一的判定标准。有学者甚至认为“基本无差别”标准模糊，不符合“罪刑法定”原则。[①]本文通过界分商标侵权与商标犯罪中的“相同商标”，结合司法实践，

① 魏晓东.司法解释扩张“假冒注册商标罪”的正当性思考[J].盛京法律评论,2021,11(02):86-99.

从民刑交叉的视角对假冒注册商标罪中“相同商标”的认定规则进行研究，提出较为科学的认定规则，以期为该领域的理论研究和法律实践提供有益参考。

一、商标侵权与商标犯罪中的“相同商标”

研究商标相关刑事规范与民事规范的前提是要准确理解刑法的附属性与独立评价性。知识产权刑事法律规范相对于知识产权部门法而言具有相对附属性，对刑法相关概念的解读应当与知识产权部门法的规定相一致，这也是体系思维的体现，以保障法律制度和法律体系的统一。即：只有构成商标侵权才有可能涉嫌商标类犯罪，商标类犯罪以构成商标侵权为前提和基础，对刑法上规定的商标类犯罪条款的理解与适用要依附于商标法等相关法律规定对相关概念的界定，确保刑事法律规范与知识产权部门法规定的重要概念的一致性，以及民事、刑事案件适用法律之间的协调性。[①]

（一）商标侵权与商标犯罪中“相同商标”的基本内涵

商标侵权的民事规制与刑事规制存在本质差异，这种差异在“相同商标”认定标准上已初现端倪。《商标法》第 57 条第 1 项规定：“未经商标注册人的许可，在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标”构成侵权；第 2 项规定：“未经商标注册人的许可，在同一种商品上使用与其注册商标近似的商标，或者在类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的商标，容易导致混淆的”构成侵权。《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第 9 条规定，商标法第五十七条第（一）（二）项规定的商标相同，是指被控侵权的商标与原告的注册商标相比较，二者在视觉上基本无差别。商标法第五十七条第（二）项规定的商标近似，是指被控侵权的商标与原告的注册商标相比较，其文字的字形、读音、含义或者图形的构图及颜色，或者其各要素组合后的整体结构相似，或者其立体形状、颜色组合近似，易使相关公众对商品的来源产生误认或者认为其来源与原告注册商标的商品有特定的联系。可见《商标法》将商标侵权的情形分为两种：一种是侵权人使用的商标与注册商标相同（包含基本无差别），另一种是侵权人使用的商标与注册商标近似。即：在“相同商标”之外还有“不相同但近似商标”的情形。而刑法第 213 条假冒注册商标罪规定：未经注册商标所有人许可，在同一种商品、服务上使用与其注册商标相同的商标，情节严重的构成犯罪。而《2025 年司法解释》第二条规定“与其注册商标相同的商标”包含与被假冒的注册商标完全相同，或者与被假冒的注册商标基本无差别、足以对相关公众产生误导的商标。即：在刑法规范下，系在“相同商标”的前提下或框架内，分为”完全相同“和”基本无差别、足以对相关公众产生误导“两种情形。

区别商标侵权和商标犯罪中的“相同商标”还需要理解两个概念，一个是“注册商标专用权”，另一个是“注册商标专用权的保护范围”。《商标法》第 56 条规定：“注册商标的专用权，以核准注册的商标和核定使用的商品为限”。《商标法》第 57 条规定了注册商标专用权的保护范围，即注册商标专用权人的禁止权行使的范围。对比上述两条款可得出以下两个结论：一是注册商标专用权的保护范围明显大于注册商标专用权的范

① 郑志.民刑交叉视角下的假冒注册商标罪客观要件研究[J].知识产权,2020,(05):74–80.

围；二是注册商标专用权的保护范围具有不确定性。因为判断商标是否近似，是否容易导致混淆，与该商标的显著性和知名度有关。显著性越强，保护范围越大；知名度越高，保护范围越广。禁止权包含专用权的内容，且比专用权的范围更广。刑法仅保护注册商标的专用权，并不保护禁止权的全部内容，禁止权中涉及的近似商标情形，只能交由民事侵权案件中进行个案认定。[①]

与民事规范相比，刑事规范的特殊性体现在：一是客观要件范围更窄，民事侵权包括商标相同和商标近似两种情形；而假冒注册商标罪仅涉及商标相同，只不过扩大了相同商标的概念范围，包含基本无差别情形。所以，在认定商标犯罪中的“相同商标”时应当采用科学的认定标准和认定规则，避免将商标侵权中的“近似商标”认定为商标犯罪中的“基本无差别商标”；二是证明标准更高，刑事诉讼中需证明商标“基本无差别”且“足以误导”，达到排除合理怀疑的程度，民事诉讼中证明商标“基本相同”或“近似”且“可能混淆”即可，采用高度盖然性标准，如同有学者所言：民事侵权中的“容易导致混淆”体现的是混淆的可能性，而刑事假冒中的“足以对公众产生误导”则更多体现混淆的必然性，这是民事侵权与刑事假冒之间最本质的区别；[②]三是考量因素更单一，刑事认定主要关注商标本身的视觉特征，民事诉讼还需考虑商标知名度、使用历史、市场格局等因素；四是救济目的不同，刑事处罚侧重惩戒和威慑，故认定标准严格；民事侵权侧重权利救济，故认定标准相对宽松。

综上，刑事与民事对“相同商标”的认定存在本质差异，应从立法和司法层面明确两者的边界，避免标准混同。虽然早期就有学者主张按照Trips协议的要求，全面审视中国的知识产权法律制度，[③]提出使用“近似商标”假冒注册商标的危害后果不会逊色于“相同商标”，主张扩大刑法规制范围。[④]但是，本文认为刑法谦抑性原则是商标刑事保护的重要准则，在“相同商标”认定中应予以充分体现，更不应当将民事侵权中的近似商标引入到刑法规范当中，避免刑事处罚的过度扩张。

（二）商标侵权与商标犯罪中“相同商标”的判定方法

《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第10条规定：人民法院依据商标法第五十七条第（一）（二）项的规定，认定商标相同或者近似按照以下原则进行：（一）以相关公众的一般注意力为标准；（二）既要进行对商标的整体比对，又要进行对商标主要部分的比对，比对应当在比对对象隔离的状态下分别进行；（三）判断商标是否近似，应当考虑请求保护注册商标的显著性和知名度。在商标犯罪领域，《2025年司法解释》仅对“相同商标”下定义，并列举了“基本无差别、足以对相关公众产生误导”的情形，并未规定比对方法。关于比对方法，本文认为可以借鉴商标法司法解释的规定，在隔离状态下，既要进行整体比对，又要进行主要部分（显著部分）比对，毕竟商标识别商品来源的功能主要由其显著部分来体现。

① 张耕,黄国赛.对假冒注册商标罪中相同商标的判定[J].人民司法,2021,(07):74-79.
② 王小莉,沙晓晨.假冒注册商标罪中相同商标的认定[J].人民司法,2022,(35):28-32.
③ 罗开卷.TRIPS协议下我国假冒注册商标罪的立法完善[J].法学论坛,2006,(03):83-87.
④ 马长生,罗开卷.假冒注册商标罪客观特征比较研究——兼论 WTO 框架下我国假冒注册商标罪的立法完善[J].河南省政法管理干部学院学报,2005,(01):80-83.

二、“相同商标”认定的刑事司法实践

（一）司法案例分析

本文以“相同商标”为关键词，通过北大法宝进行检索，选取2021–2025年间41件涉及“相同商标”认定争议的假冒注册商标罪案件，梳理司法实践中涉及文字商标的“相同商标”的认定思路。

文字商标是司法实践中最常见的商标类型，其“相同性”认定的核心在于文字构成的一致性，但是亦存在诸多例外。在黄某假冒注册商标案[①]中，黄某在“DIOR”注册商标后添加“FASHIONSHOW”英文单词，或者在“DIOR”注册商标右上角添加了花纹装饰形成涉案文字商标。法院经审理认为，“FASHIONSHOW”的意思是时装表演，是为了说明其提供的服务，并不是展现可以将之与其他品牌相区分的内容，亦缺乏可识别的显著特征；其仅在“DIOR”注册商标右上角添加了花纹装饰，与注册商标基本无差别，足以导致相关公众将假冒商标与注册服务商标相混淆。根据《2025年司法解释》第2条第4项、第6项规定，属于“在注册商标上仅增加通用名称、型号等缺乏显著特征要素”、“其他与注册商标基本无差别、足以对相关公众产生误导的”情形，应当认定为与注册商标相同的商标。

吴骏、朱志强、朱堂寅等非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪案件[②]中，抗诉机关(原公诉机关)浙江省义乌市人民检察院抗诉提出：义乌市检察院起诉书指控袜钩数量(247万余个)，而原判以第31453144号“浪莎”注册商标的有效期是从2019年3月28日开始为由，认为本案袜钩的数量以2019年3月28日以后生产的袜钩数量(57万余个)来认定被告人吴骏、朱志强、朱堂寅非法制造带有“浪莎”注册商标的袜钩数量有误，系认定事实错误，导致对被告人朱堂寅量刑畸轻。浪莎针织有限公司于1996年12月14日就注册了第913474号“浪莎LANGSHA”商标，其中汉字“浪莎”是商标的主体部分，拼音“LANGSHA”是商标的次要部分，且该商标系驰名商标，为大众所熟知。被告人吴骏、朱志强、朱堂寅在袜钩上所直接使用的汉字“浪莎”标识，与该注册商标主体部分完全相同，足以对公众产生误导，使公众理所当然认为是浪莎针织有限公司出产的产品，故应认定为相同商标。金华市人民检察院出庭检察员支持抗诉机关的上述抗诉意见，还提出朱堂寅等人非法制造的袜钩，除了要和第31453144号“浪莎”注册商标对比外，还应和第3059143号“浪莎LangSha加椭圆图形”商标进行对比。朱堂寅等人非法制造的袜钩中“浪莎”商标，与第3059143号注册商标系相同商标。该注册商标有效期从2003年4月14日注册公告，该注册商标中汉字“浪莎”是商标的主体部分，且该商标为驰名商标，为大众所熟知。朱堂寅等人在袜钩上使用“浪莎”商标，与该注册商标基本无差别，足以对公众产生误导，使公众理所当然认为是浪莎针织有限公司生产的商品，“浪莎”拼音的有无不影响该商标的显著特征，故应认定为相同商标。一审判决仅以2019年3月28日以后生产的商标标识数量来认定朱堂寅等人生产的商标标识数量错误。

法院认为：抗诉书中涉及的第913474号注册商标在起诉书中未列入比对对象。对涉案的第

① 上海市第三中级人民法院(2025)沪03刑终52号刑事裁定书.
② 浙江省金华市中级人民法院(2020)浙07刑终596号刑事判决书.

3059143 号商标中文字部分“浪莎”两字占了主要部分，在商标中所占比例较大，而涉案袜钩中的标识为“浪莎”两字，两者相比视觉上基本无差别，足以对公众产生误导，故朱堂寅制作的袜钩中浪莎标识除与一审法院认定的第 31453144 号注册商标相同外，还与第 3059143 号注册商标相同，朱堂寅制造的涉案袜钩有 240 余万个，故抗诉机关抗诉认为认定原审被告人吴骏、朱志强、朱堂寅非法制造注册商标标识的数量错误的意见成立。

该案为实务领域认定“相同商标”裁判规则提供了有益参考，即：识别商标的主要部分，并将主要部分与被控商标进行比对，以认定是否为“相同商标”。

另一类典型情形是字体或排列方式的变更。在江某某、张某某、刘某等假冒注册商标案[①]中，法院认为：涉案生产、销售的服装上的商标标识，从外观上看与权利人在中国实际使用的注册商标基本无差别，虽然个别商标对字母、图形的排列顺序、大小、颜色、间距进行了调整，甚至删减部分非显著组成要素，但均不影响商标识别商品来源的功能，能够体现涉案注册商标的显著特征，足以对公众产生误导，应当认定为与权利人注册商标相同的商标。涉案侵权注册商标标识直接绣制或印制在服装上，构成商标性使用，且已超出民事侵权范围。

以上案例均涉及被控商标与注册商标显著部分（主要部分）进行比对，构成“相同商标”的情形，或者仅对注册商标的字体、字母、大小、颜色、间距进行基本无差别的调整，不影响“相同商标”的认定。若对商标文字进行部分的实质性修改，应否认定为“相同商标”，曾有以下案例：徐定辉、顾友弟等假冒注册商标罪、销售假冒注册商标的商品罪案件[②]，被告人当庭提交标注“PHLOIPS”标识剃须刀实物，证明其销售的剃须刀的标识与原告注册商标“PHILIPS”不相同，该部分剃须刀的销售数额应当从认定的销售总额中扣减。法院认为：首先，被告人提交的剃须刀来源存疑，其称是客户邮寄给其返修或退换，但没有证据佐证。其次，公安机关在其住处现场扣押的剃须刀均标注“PHILIPS”，扣押的物证中无标注“PHLOIPS”的剃须刀，且在侦查阶段及审查起诉阶段，被告人的供述中均未提及销售的是标注“PHLOIPS”剃须刀。第三，关于相同商标的认定，与注册商标基本无差别、足以对公众产生误导的商标，也应认定为与注册商标相同的商标。本案中即使被告人销售了标注“PHLOIPS”剃须刀相关事实成立，该标识与“PHILIPS”商标进行比对，整体造型、字母排列基本无差别，仅存在个别字母差异，结合“PHILIPS”商标的知名度，足以对相关公众产生误导。综上，被告人黄勤东及其辩护人关于销售金额的辩护意见不能成立，本院不予采信。对于该院的第三条认定意见，本文不予赞同。实务中，我们要严格区分商标法规定的“近似商标”和刑法规定的“基本无差别”“相同商标”，要避免扩大化解释刑法上的“相同商标”，将民法上“近似商标”认定为刑法意义上的“相同商标”，将违背了刑法谦抑原则。该案中，“PHLOIPS”与“PHILIPS”存在明显字母差异，不应当认定为“相同商标”，若查实被告人销售的商品中使用了“PHLOIPS”商标，那么应当将相应的销售额从犯罪数额中扣除。

① 北京市通州区人民法院(2024)京 0112 刑初 464 号刑事判决书.
② 江苏省泰州市中级人民法院(2021)苏 12 刑初 14 号刑事判决书.

综合上述司法实践，形成的共识是：文字商标的“相同性”以文字构成完全一致为前提，仅字体、大小写、排列方式等非核心要素的变更，视觉上基本无差别的，不影响相同性认定；但文字本身发生增减、替换的，原则上不认定为相同商标，除非符合《2025 年司法解释》第 2 条第 4 项的规定。另外，有学者主张除了该项列举的“仅增加商品通用名称、型号等缺乏显著特征要素”外，可以参考《商标法》第 10 条、第 11 条“不得作为商标使用”和“不得作为商标注册”的标志的规定，当被控商标增加上述要素且满足“不影响体现注册商标显著特征”要件时，被控商标应认定为与权利商标“基本无差别”。①

对于图形商标、组合商标、立体商标的认定，同样可以参考文字商标的认定规则。图形商标的认定侧重整体视觉效果，因图形具有直观性特征，细微差异更难被察觉，若仅在花纹细节上存在微小差异，核心显著特征未发生变化，细微差异不足以影响整体识别，整体结构和视觉效果高度一致，应当认定为“相同商标”。即：若差异仅存在于非显著部分，且不影响整体视觉效果，应认定为“基本无差别”；若差异发生在核心图形要素上，则不构成相同商标。

组合商标因包含文字、图形等多种要素，其认定需采用“显著部分优先”原则。如：文字部分是该组合商标的显著识别部分，若存在图形差异属于非实质性变更，故认定为相同商标；若图形部分基本一致，文字部分作为显著特征发生实质性变更，即使图形相同，也不构成相同商标。所以，组合商标的相同性认定以显著部分的一致性为核心，若显著部分完全相同，非显著部分的细微差异不影响认定；若显著部分存在差异，则无论其他部分是否相同，均不构成相同商标。

对于立体商标的认定需兼顾三维标志与平面要素。法院依据《2025 年司法解释》第 2 条第 5 项规定，认定两者的三维标志及平面要素基本无差别，构成相同商标。

（二）司法经验总结

通过对大量案例的分析，司法机关在“相同商标”认定中已形成相对成熟的方法体系，主要包括以下三个层面：

1. 比对方法：整体观察与显著部分结合

“整体观察”要求将商标作为一个整体进行比对，考察其整体视觉效果是否基本无差别；“显著部分比对”则聚焦商标的核心识别要素，如文字商标的文字构成、图形商标的核心图形、组合商标的显著部分。既关注整体视觉效果，又聚焦文字和图形的显著特征，最终认定构成相同商标。

这种双重比对方法的合理性在于：商标作为识别标志，其功能实现依赖整体视觉效果，但显著部分是消费者识别的核心依据。两者结合既能避免因细微差异否定相同性，又能防止对非显著部分的过度关注导致认定扩大化。

2. 判断标准：客观基本无差别与主观误导性统一

司法实践普遍采用“客观基本无差别+主观误导性”的双重判断标准。客观基本无差别即商标要素的基本无差别，主观误导性即足以使相关公众产生误认。法院首先认定侵权商标与注册商标在文字构成、排列方式上基本无差别（客观基本无差别），再结合商品的原材料、功能、消费群体、销售渠道等因素，认定足以误导相关公众（主观误导性），最终作出相同性认定。需要注意的

①贺晨霞.论假冒注册商标罪中“基本无差别”商标的认定[J].知识产权,2022,(02):86-107.

是，主观误导性是客观基本无差别的自然延伸，若商标要素基本无差别，通常可以推定具有误导性；但在特殊情况下，如注册商标知名度极低，即使商标要素相似，也可能不具有误导性，此时需结合具体案情综合判断。

3. 辅助手段：司法鉴定与权利人意见参考

对于复杂商标的相同性认定，司法机关通常借助司法鉴定手段。[①]司法鉴定机构采用专业方法进行比对，出具的鉴定意见可作为重要证据。司法鉴定机构可通过图像比对技术，量化分析两者的相似度，为法院认定提供了技术支持。同时，权利人的意见也具有参考价值。在涉外商标案件中，检察机关通常会听取外国权利人的意见，获取商标布局、使用情况等信息，辅助相同性认定。但需注意，权利人作为利害关系方，其意见不能单独作为认定依据，需结合其他证据综合判断。

三、“相同商标”认定规则的完善建议

（一）构建层次化的认定规则体系

结合《2025 年司法解释》的规定和司法实践经验，建议构建“基础标准—类型化标准—例外规则”的层次化认定体系，明确不同情形下的判断规则。

1. 确立核心认定要素

将“显著特征一致性”作为“相同商标”认定的基础标准，即被控商标与注册商标的核心显著特征必须完全一致。显著特征是商标的识别核心，若显著特征发生变更，无论其他要素是否相同，均不构成相同商标。例如，文字商标的文字构成、图形商标的核心图形、组合商标的显著部分，均属于核心显著特征。同时，将“基本无差别”作为形式判断标准，要求在隔离观察下，相关公众以一般注意力无法区分两者差异。坚持形式标准与实质标准的统一，形式基本无差别与实质误导性相结合的认定标准，既关注商标要素的客观无差别程度，又重视对相关公众识别功能的影响。我国《2025 年司法解释》确立的“基本无差别+足以误导”标准与国际通例一致，但需进一步明确两者的逻辑关系，将实质误导性作为形式基本无差别的检验标准，避免形式化判断。

关于“相同商标”的比对方法，有实务工作者认为刑事案件的商标比对要采用更严格的方法，不宜采用民事商标侵权案件中使用的隔离观察方法，应当使用比对观察方法，将商标放在一起进行观察，只要存在细微差别，就能被辨识出来，防止罪名的扩大和滥用。[②]本文对上述观点持保留意见，比对方法应当符合实际场景，相关公众对商品来源的识别，一般是在隔离的场景下进行观察，那么在办案过程中也应当如实还原相关公众的认知场景，[③]而不是人为地采用一种不符合客观实际的比对方法，不恰当地调整刑事规范的规制范围。

2. 制定类型化认定规则

针对文字、图形、组合、立体、服务等不同类型的商标，应制定差异化的认定规则，对于文字商标，以文字构成完全相同为核心，字体、大小写、排列方式、颜色的变更，若不影响文字识别的，认定为基本无差别；文字增减、替换的，一般不认定为相同商标，除非不影响体现注册商标显著特征的；对于图形商标，采用“整体视觉效

①宁夏回族自治区银川市兴庆区人民法院(2023)宁 0104 刑初 825 号刑事判决书；河南省清丰县人民法院(2023)豫 0922 刑初 472 号刑事判决书；陕西省神木市人民法院(2023)陕 0881 刑初 122 号刑事判决书.

② 郑晔,林璐瑶.刑法上相同商标的认定标准及比对方法[J].人民司法,2019,(29):23-26.

③ 袁博.论假冒注册商标罪中相同商标的刑法含义[J].人民司法,2015,(09):67-70.

果+核心图形”比对方法，核心图形相同且整体视觉效果无差别的，认定为相同商标，核心图形不同的，即使整体相似，也不予认定；对于组合商标，先确定显著部分，显著部分相同且非显著部分差异不影响整体识别的，认定为相同商标，显著部分不同的，不予认定。对于颜色组合商标而言，若改变注册商标的颜色，一般不宜认定为相同商标，因为对识别商品来源起到显著作用的颜色发生了改变也就改变了商标的显著特征；[①]对于立体商标，兼顾三维标志与平面要素，三维标志的形状、比例等核心特征相同，且平面要素（如文字、图形）基本无差别的，认定为相同商标。我国可在司法解释或指导性案例中进一步细化，解决实践中的争议问题。

需特别说明的是，实务中不仅要准确把握“相同商标”的认定规则，还要明确刑法保护的注册商标不仅包含商品商标、服务商标，亦涵盖集体商标和地理商标。[②]

3. 设立例外认定规则

明确以下情形不认定为“相同商标”：商标要素的变更导致显著特征发生实质性改变的；注册商标知名度极低，即使商标要素基本无差别，也不足以产生误导的；相关公众为专业群体，其识别能力较强，能够区分细微差异的；有证据证明相关公众不会产生误认的，如通过价格、销售渠道等可明确区分正品与假冒品的。

除此之外，还需明确注册商标无正当理由连续三年不使用，应当予以撤销，即使尚未被撤销，他人使用该商标也不宜以犯罪论处，但涉及联合商标的除外。注册联合商标的目的并非为使用，而是为在主商标周围建起一道防火墙，防止他人注册和使用近似商标。主商标的使用应当被看作是联合商标的使用。即使联合商标未被实际使用，未经许可使用该联合商标，同样可能构成假冒注册商标罪。[③]

4.“相关公众”的范围界定

《刑法》以及《2025 年司法解释》并未对“相关公众”作出界定，《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第八条规定：“商标法所称相关公众，是指与商标所标识的某类商品或者服务有关的消费者和与前述商品或者服务的营销有密切关系的其他经营者。”根据法律体系统一性原则以及刑法的附属性，刑法领域对“相关公众”的理解应当以该解释的规定为准。“相关公众”是误导性判断的核心主体，不同商品或者不同行业内的“相关公众”不同，认知水平也不一样，例如，在假冒医疗器械商标案件中，相关公众包括医疗机构的专业人员，其识别能力较强，故对误导性的认定更为严格；而在假冒普通消费品商标案件中，采用普通消费者标准。若对“相关公众”的选定错误，则会直接影响对“相同商标”的认定结果，将直接影响罪与非罪的判定。

另外，此处涉及“相同商标”的判断主体问题，商标基本无差别，误导的是相关公众，那么“商标基本无差别”的判断主体是法官还是司法鉴定人员还是相关公众呢？事实上，产生误认的“相关公众”之所以误认是因为其认为两商标为“相同商标”，所以“基本无差别”不可能是相关公众的认识，而应当是法官或司法鉴定人员来判断，即法官或司法鉴定人员认为两商标“基本无差别”且足以导致“相关公众”误认为系“相

① 李国泉,黄文旭.相同商标的认定标准[J].人民司法,2013,(06):7-10+1.
② 林蓉,孔伟键.假冒注册商标罪的刑事保护对象[J].中国检察官,2018,(02):22-24.
③ 周玮,陈文全.未经许可使用联合商标可构成假冒注册商标罪[J].人民司法,2015,(08):29-32.

同商标”的情形下才可以认定两商标相同。[①]

5. 将商标知名度作为重要考量要素

商标知名度直接影响相关公众的识别能力，对相同性认定具有重要影响。我国司法实践应加强对商标知名度的考量，对于知名商标，细微差异可能被忽略，被控商标的细微差异不足以影响整体识别，可适当放宽“基本无差别”的认定标准；对于非知名商标，则应严格把握，避免刑事处罚范围不当扩大。

（二）完善辅助认定机制

为确保“相同商标”认定的准确性和统一性，建议完善司法鉴定、案例指导等辅助机制。

1. 规范司法鉴定程序

制定商标相同性认定的司法鉴定规范，明确鉴定机构的资质要求、鉴定方法、意见出具标准等。司法鉴定应采用“客观比对+主观判断”相结合的方法，既进行商标要素的客观比对，又结合相关公众的一般注意力作出主观判断。同时，明确司法鉴定意见的审查标准，法院应对鉴定方法的科学性、结论的合理性进行实质审查，避免盲目采信。

2. 加强案例指导工作

最高人民法院、最高人民检察院应及时发布涉及“相同商标”认定的指导性案例，针对实践中的争议问题，明确裁判规则。例如，发布知名商标、立体商标、服务商标相同性认定的典型案例，为下级法院提供参考，实现“同案同判”。

四、小结

“相同商标”的认定是假冒注册商标罪司法适用的核心环节，其规则的明确性直接关系知识产权刑事保护的效果。基于我国司法实践，建议构建基础标准—类型化标准—例外规则之层次化认定体系，明确刑事与民事标准的差异边界，完善司法鉴定、案例指导等辅助机制，同时坚守刑法谦抑性原则。这一完善路径既符合我国知识产权保护的现实需求，又与国际通例相衔接，有助于实现商标刑事保护的精准性与合理性，为创新型国家建设提供有力司法保障。

参考文献

[1] 魏晓东.司法解释扩张“假冒注册商标罪”的正当性思考[J].盛京法律评论,2021,11(02):86–99.

[2] 郑志.民刑交叉视角下的假冒注册商标罪客观要件研究[J].知识产权,2020,(05):74–80.

[3] 张耕,黄国赛.对假冒注册商标罪中相同商标的判定[J].人民司法,2021,(07):74–79.

[4] 王小莉,沙晓晨.假冒注册商标罪中相同商标的认定[J].人民司法,2022,(35):28–32.

[5] 罗开卷.TRIPS 协议下我国假冒注册商标罪的立法完善[J].法学论坛,2006,(03):83–87.

[6] 马长生,罗开卷.假冒注册商标罪客观特征比较研究——兼论 WTO 框架下我国假冒注册商标罪的立法完善[J].河南省政法管理干部学院学报,2005,(01):80–83.

[7] 上海市第三中级人民法院(2025)沪 03 刑终 52 号刑事裁定书.

[8] 浙江省金华市中级人民法院(2020)浙 07 刑终 596 号刑事判决书.

[9] 北京市通州区人民法院(2024)京 0112 刑初 464 号刑事判决书.

[10] 江苏省泰州市中级人民法院(2021)苏 12 刑初 14 号刑事判决书.

① 涂龙科.假冒注册商标罪的司法疑难与理论解答[J].政治与法律,2014,(10):55–61.

[11] 贺晨霞.论假冒注册商标罪中“基本无差别”商标的认定[J].知识产权,2022,(02):86-107.

[12] 宁夏回族自治区银川市兴庆区人民法院(2023)宁 0104 刑初 825 号刑事判决书；河南省清丰县人民法院(2023)豫 0922 刑初 472 号刑事判决书;陕西省神木市人民法院(2023)陕 0881 刑初 122 号刑事判决书.

[13] 郑晔,林璐瑶.刑法上相同商标的认定标准及比对方法[J].人民司法,2019,(29):23-26.

[14] 袁博.论假冒注册商标罪中相同商标的刑法含义[J].人民司法,2015,(09):67-70.

[15] 李国泉,黄文旭.相同商标的认定标准[J].人民司法,2013,(06):7-10+1.

[16] 林蓉,孔伟键.假冒注册商标罪的刑事保护对象[J].中国检察官,2018,(02):22-24.

[17] 周玮,陈文全.未经许可使用联合商标可构成假冒注册商标罪[J].人民司法,2015,(08):29-32.

[18] 涂龙科.假冒注册商标罪的司法疑难与理论解答[J].政治与法律,2014,(10):55-61.

三等奖

共益债务认定规则的适用困境与反思重构

——基于规则检视与实务分析的二元视角

汪　晶

摘　要：现行《企业破产法》第四十二条采用封闭式列举模式，存在概念模糊、程序规制缺失、重整融资保护不足等问题，导致司法实践中对“共益标准”的认定依赖实质判断，亟需明确化与体系化。通过对上市公司重整案例与司法裁判的梳理，发现实务中倾向于以“债务人财产价值最大化”作为实质共益标准，并广泛运用共益债融资。结合《企业破产法修订草案》的修改，本文建议以“维护或提升债务人财产价值”重构共益标准，扩大程序规制适用范围，强化对重整融资的保护，并增设异议与听证救济机制，以促进破产法的市场化与法治化发展。

农民工执行异议之诉滥用的应对与规制

战　明、刘玉丽

摘　要：在执行程序中，部分农民工以其对被执行人享有未支付的劳动报酬恶意提起执行异议之诉阻碍申请执行人实现债权。此类滥用行为通过虚构劳动关系、伪造债权证据及利用关联关系等方式恶意提起异议，为被执行人转移财产，逃避执行提供可乘之机。其成因在于农民工优先保护政策的司法泛化、劳动关系认定困难等司法识别困境及违法成本低廉形成的负向激励。对此，应严格审查执行异议之诉的程序要件、强化证据审查标准，并通过确立“先确权后分配”原则、完善损害赔偿机制、强化信用惩戒等多元路径进行规制，实现保障真实农民工权益与维护申请执行人合法权益的有机平衡。

第二顺位抵押权的设立及执行问题研究

——基于后顺位抵押权人权益保护的视角

姚耘杰、高　颖

摘　要：第二顺位抵押权是对已设立过抵押权的财产另行设立的新抵押权，其担保金额一般以抵押财产的余额为限，原则上可以由抵押人与债权人直接合意设立，实践中在先抵押权设立时的限制约定对后顺位抵押权的设立可能构成障碍。财产权利人违反限制条款设立顺位抵押权的，抵押人和顺位抵押权人可能面临赔偿责任，但并不必然导致顺位抵押权的设立无效化。第二顺位抵押权人可采取事先审查资料、咨询行政机关口径、取得在先抵押权人书面同意等方式控制风险。抵押权实现时，第二顺位抵押权应劣后在先顺位抵押权后受偿。在抵押财产的处置与执行层面，在先抵押权人先行行权的情况下，对在先抵押权人与抵押人径行协议处置的情况，在后抵押权人可采取提起撤销权之诉的方式进行救济；对于在先抵押权人诉讼处置的情况，在后抵押权人可向法院申请参与分配，并对分配方案提出异议。在后抵押权人先行行权的情况下，应注意事前订立配套条款，在主债权诉讼时效内选择合适的行权方式，并为第一顺位抵押权人预留优先受偿范围。

论替代交易下违约方的损害赔偿

施蕴涵、韩　晓

摘　要：合同一方当事人违约的损害赔偿责任，包括对实际损失和可得利益损失的赔偿，但是可得利益损失依照利润计算的方法过于抽象，因此《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民法典>合同编通则若干问题的解释》（以下简称《合同编通则解释》）第 60 条规定了替代交易下预期利益的具体计算方式。替代交易仅要求交易具有替代性，合同解除并非替代交易的构成要件而是交易替代性的客观标准，合理性亦非替代交易的构成要件，不具有合理性的替代交易仍然可以适用替代交易的具体计算方式，替代交易的不合理性导致违约方主张市场交易价格计算方式的抗辩权产生。替代交易不仅是可得利益的计算方式，还是减损义务的一个类型，非违约方有义务实施替代交易以减轻损失，同时也有权在违约方故意且违约方因违约获利和非违约方损失极不相当情形下，根据《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第 985 条，主张违约方因此而减少的损失赔偿数额，从而去除违约方获得的不当利益。

PPP 项目提前终止的争议焦点与解决方案

——基于政府方视角下的协议解除、责任认定与资产移交

文永康、戴　静

摘　要：政府与社会资本合作（PPP）项目的非正常终止，是涉及合法性控制、公共利益保障与补偿金博弈的高风险法律难题，任何环节的疏漏均可能引发诉讼、国有资产流失及公共服务中断。在此背景下，以湖南省湘潭市某产业新城 PPP 项目提前终止案为样本，深度剖析政府方在项目“烂尾”后遭遇的三大核心困境：其一，协议定性模糊与仲裁条款并存下的司法管辖之争；其二，社会资本方根本违约下，行使行政优益权单方解除的法定程序与证据固定难题；其三，补偿范围界定与资产移交中临时接管权的合法行使。针对上述困境，构建了一套以“程序无瑕疵、补偿有依据、接管保稳定”为目标的政府方应对体系，通过“协商确认+行政决定”的双重路径锁定解除合法性，引入第三方审计与过错抵扣相结合的公平补偿机制，以及规范临时接管与资产移交流程的应对方案。以上解决方案旨在为政府法律顾问在处理同类项目时，提供一套可复制的、风险可控的实务操作指南，最大限度降低各方损失，旨在维护公共利益与私权保障之间找到平衡。

论抢夺、藏匿未成年子女行为的规制

张芳芷

摘　要：处理抚养纠纷案件的重点是落实最有利于未成年人原则，有效规制抢夺、藏匿未成年子女行为更是重中之重。因为抢夺、藏匿未成年子女作为一种侵权行为，侵犯了他人依法享有的监护权、抚养权、探望权，也侵犯了未成年子女获得父母双方共同关爱的权利，对未成年子女造成了身体和心理上的双重伤害。为了有效规制这种行为，应根据最有利于未成年人原则，在规范制定层面，进一步细化司法解释的有关规定，完善人格权侵害禁令、人身安全保护令的适用条件与适用方式。在权利维护层面，首先应明确监护权纠纷具有独立的救济意义，不断拓展监护权的救济渠道。其次应通过临时抚养安排，保障抚养权的行使。最后应不断化解矛盾、创新制度，为探望权的实现提供充分保障。以上措施的协同并进，有利于实现最有利于未成年人原则下亲子关系冲突的司法衡平。

关于自动驾驶下交通事故的民事责任问题研究

杨光明、邵婉仪

摘　要：随着自动驾驶技术的快速发展，其交通事故责任认定已成为亟需解决的法律难题。本文系统分析了不同级别自动驾驶汽车的责任认定规则。对于当前主流的L2级（辅助驾驶），其责任认定仍遵循传统框架，驾驶人作为控制主体承担核心责任，使用辅助驾驶系统不能成为其减轻或免除责任的抗辩理由。对于L3级及以上的自动驾驶，当驾驶主导权从“人”转向“系统”时，法律责任分配必须随之调整。为此，文章主张对《道路交通安全法》第七十六条中的“机动车一方”作扩大解释，赋予事故受害者直接起诉生产者的选择权，以突破现有“先车主、后车企”的追偿模式，更公平地保护消费者权益并倒逼车企重视安全。同时，文章强调，行驶数据是厘清责任的关键。面对车企掌控数据带来的举证困境，应建立强制性的数据提供机制，为高阶自动驾驶时代的司法裁判奠定事实基础。

智能合约在工程结算中的法律效力及保障实现路径研究

郑均喜

摘　要：工程结算的法律效力直接关系建筑市场主体权益与行业秩序，智能合约凭借去中心化、不可篡改的技术特性为其提供数字化解决方案。本文以《民法典》《区块链信息服务管理规定》等法律法规为依据，系统分析智能合约在工程结算中的法律效力认定基础，剖析数据真实性、代码合规性等核心争议与风险，提出“三重验证+司法对接”存证保障、“条款数字化+全周期审核”合规管控、“自动执行+救济衔接”司法协同的三维保障路径，为推动工程结算数字化转型与法律效力升级提供理论与实践支撑。

国内商事仲裁因程序违法导致撤裁的实证分析与理论探讨

杨光明、许惠茹

摘　要：本文聚焦国内商事仲裁领域，以近5年最高人民法院及北京、上海、湖北、广东等头部仲裁机构对应地法院作出的程序违法撤裁生效裁定为实证样本，结合程序正义理论、当事人意思自治原则、司法监督谦抑性理论等核心法理，系统剖析程序违法型撤裁的构成要件、司法审查边界及学术争议。通过案例类型化分析，揭示仲裁庭组成违法、程序突袭、送达失范等典型问题的实践表现，并回应学术界关于“实质性影响”认定标准、司法干预仲裁强度的核心争议。研究旨在为仲裁机构程序规范化提供实践参照，为司法机关精准适用撤裁制度提供理论支撑，同时丰富国内商事仲裁司法监督的理论体系。

破产重整中有第三方担保的债权人实现利益最大化路径的研究

——以债转股清偿方式为例

李建蓉

摘　要：破产重整制度是使面临困境但有挽救希望的企业避免破产清算，恢复生机。但同时破产重整制度也是以保护债权人利益为核心。有第三方担保的债权人，在债务人被裁定进入破产重整后，由于重整制度更多是为了让债务人重生，债权人的债权不可能得到实际上的100%清偿，因而债权人如何在破产重整程序中使得自身利益能够实现最大化？债权人在按照《重整计划》的债转股方式受偿后，是否属于全额清偿，是否还可以继续向连带保证人追偿？笔者曾代理某上市公司破产重整后，债权人因其认为债转股清偿方式并未得到全额清偿，故起诉连带保证人承担担保责任。在办理案件过程中，笔者在梳理法律规定和类案时，发现由于法律法规的不完善导致司法实践中关于债转股清偿方式是否属于全额清偿存在争议，以及债权人在不同阶段的不同行权动作，可能会被视为其全部债权已经通过重整计划全额清偿，导致其不能再向连带保证人主张保证责任。由于司法实践中未能统一裁判标准，本文旨在为有担保权的债权人，在面对债务人进入破产重整时，应当采用哪些动作才能实现自己债权利益的最大化提供指引。

新《公司法》下董事与法定代表人辞任涤除登记的制度冲突与体系重构

范俊文

摘　要：2023 年修订的《中华人民共和国公司法》（以下简称新《公司法》）确立了董事单方辞任权与涤除登记制度，标志着立法价值取向从“公司组织中心主义”向“个人权利保障”的转变。然而，登记制度作为公司组织法的刚性构造与个人私法救济权利之间的底层逻辑冲突并未解决：一方面，行政登记规范要求维持公司组织架构的完整性，而司法涤除判决可能导致治理结构出现缺位而不符合法定要求，二者存在规范冲突。另一方面，即便登记机关协助执行涤除操作，现行做法仅在公示系统公示涤除信息，却不变更营业执照的登记事项，导致证照记载与公示系统信息分离（以下简称"证息分离"）。这一现象与商事交易中依赖营业执照的习惯形成冲突，严重挑战商事外观主义，可能加剧交易安全风险。本文基于组织法、行政法与商事外观主义视角，探讨涤除登记的法律性质及责任机制，论证治理真空的监管路径、留守义务的期限限制及涤除登记对法律关系的影响等问题。主张明确登记机关协助执行标准和审查边界、构建"司法涤除—系统公示—异常名录—强制退出"的监管闭环，并统一电子公示与纸质证照信息差异，以实现私权保障、公司治理稳定与交易安全的平衡。

从价值权衡角度分析股东出资加速到期制度的法律适用

——以新《公司法》第 54 条为中心

王　娟

摘　要：认缴资本制下股东滥用出资期限利益损害债权人权益的现实困境，催生了新《公司法》股东出资加速到期制度的立法突破。新《公司法》第 54 条对于股东出资加速到期制度的规定旨在平衡股东期限利益与债权人保护之间的冲突。该制度在我国法律规定中的演进过程，折射出法律在股东自治与债权人保障间的动态调适。在新《公司法》该条的适用中，核心争议集中于“公司不能清偿到期债务”的认定及加速到期资金清偿路径的判定，在对法律适用进行解释时，不仅要对比其他法律的相关规定，更重要的是需要在法律规定背后价值权衡的角度展开分析，该制度并非独立适用，其适用需协调与认缴资本制、公司人格否认等制度的关系，其价值权衡本质在于通过严格适用条件与清偿规则，既防范股东滥用期限利益，又维护认缴制的稳定性，最终实现股东自治、公司存续与债权人保护的多维平衡。

公司人格否认制度的特殊司法实践与法理辨析

杨　茂

摘　要：《中华人民共和国公司法》（下文简称为《公司法》第23条规定了两种一般公司人格否认的类型，即纵向公司人格否认（对应第23条第1款）与横向公司人格否认（对应第23条第2款）。纵向公司人格否认表现为股东与公司间的财产、业务及人员的深度混同，突破法人的独立性；横向公司人格否认体现为关联企业集群通过交叉持股、统一管理形成“多法人单主体”的运作形态。此外，《公司法》第23条第3款规定了一人公司人格否认情形下的举证责任倒置规则。除去《公司法》第23条规定的公司人格否认制度外，实践中还存在着逆向公司人格否认、实际控制人适用公司人格否认制度、实质一人公司等特殊的公司人格否认规则。本文将从特殊的法人人格否认的裁判案例出发，讨论司法实践及相关法理，以供参考。

股权转让中潜伏债务的法律定性与责任承担研究

——以合同约定不明为视角

贾明君、刘邬敏

摘　要：股权并购交易中，潜伏债务因其隐蔽性、滞后性及合同约定不明的特点，常引发转让方与受让方的责任争议。在笔者近期承办的股权争议纠纷案件中，多次处理因潜伏债务引发的类似争议，此类案件在司法实践中呈现高发态势，凸显出相关法律问题研究的紧迫性与实践价值。本文以合同约定不明为核心视角，通过案例分析法、法教义学方法，系统探讨潜伏债务的法律定性标准与责任分配规则。研究发现：当前司法实践对潜伏债务的认定存在“时间节点说”与“因果关系说”的裁判分歧，合同条款的模糊性加剧了责任分配的不确定性。本文提出“动态信息披露义务”理论，主张结合诚实信用原则与商业合理性标准，构建“债务成因识别—合同条款解释—过错程度划分”的三阶责任分配框架，并提出建议通过完善尽职调查指引与示范合同条款，降低商事交易风险。

17 号文背景下国有企业在对赌中约定股权回购条款的实务适用研究

张　霞、王圣然

摘　要：在资本市场多元化发展的大环境下，股权投资已然成为企业融资与资源整合的关键方式。为应对投资周期漫长、市场波动大等风险，回购条款作为一种重要的风险防控手段被广泛运用，其重点在于通过约定特定条件下的股权回购安排，以保障投资人本金的安全与合理收益。此机制不仅适用于民营企业，在国有企业股权投资中也普遍存在——虽然国有企业具备资源优势，但市场竞争、产业转型等风险仍需借助回购条款来实现投资退出与权益保护。

2025 年 2 月 18 日，国务院国资委发布《企业国有资产交易操作规则》（国资发产权规〔2025〕17 号），在原有规则的基础上，进一步优化了企业国有资产交易的规范性操作指引，在产权转让、企业增资、资产转让、风险防控与监管责任等方面，17 号文均作出了补充，为国有企业的资产交易提供了明确指导。

本文以 17 号文为研究背景，剖析国有企业股权投资中回购条款所面临的法律合规难题。根据 17 号文的要求，产权转让与增资协议中不得设置股权回购条款，这一新规对以往长期依靠回购机制确保投资退出的市场操作带来了显著影响。本文整理国有企业回购条款法律效力的演变过程，讨论新规下回购条款的合规界限，并结合司法案例提出国有企业在投资协议中风险分担的新视角与合规管理对策，为国有企业在新规环境下协调投资风险与合规需求提供法律支持。

东南亚投融资以及退出

——以中国与东南亚投融资条款比较为视角

张　阳

摘　要：东南亚的风险投资（“VC”）环境正逐渐成熟，并有望达到新的高度。众多地区性 VC 基金现已将东南亚的初创企业作为投资目标，而该地区有潜力的公司也吸引了海外或行业投资者的关注。为最大化程度方便投资项目推进，2022 年，新加坡风险投资与私募股权协会（SCVA）在 2022 年修订了风险投资模板文件（Venture Capital Investment Model Agreements，以下简称“VIMA 文件”），VIMA 文件包括了认购协议、股东协议、可转换股权协议、股权激励协议、创始人之间协议等一系列在投融资过程中的协议。本文就 VIMA 协议中的重点内容，与中国 VC 协议常见约定进行对比分析，结合境内外项目经验，对东南亚投融资过程中的关键问题，与中国投融资环节与中国境内投资协议关键条款的对比角度进行分析。

中华人民共和国证券法框架下先行赔付机制的制度逻辑与实践检视

丁　伟

摘　要：随着我国资本市场改革持续深化，投资者权益保护已成为衡量市场成熟度的重要标尺。在欺诈发行、虚假陈述等证券违法行为屡禁不止的背景下，先行赔付机制作为连接行政监管与民事救济的重要桥梁，其制度价值与实践效果备受关注。本文立足于《证券法》制度框架，从法理基础、适用边界与操作流程三个维度系统解析先行赔付机制的内在逻辑，结合近年来具有代表性的实践案例，深入剖析该制度在主体认定、标准统一与权利救济等方面面临的现实困境。研究发现，先行赔付在提升投资者获得感、优化市场生态方面成效显著，但其可持续发展仍面临法律规则细化不足、配套机制不健全等挑战。基于此，本文从立法完善、标准构建与生态培育等角度提出具有可操作性的优化建议，以期为我国资本市场投资者保护体系的健全提供智识支持。

《双重身份下夫妻共同财产执行的权利冲突与路径选择

——以配偶共有权保护为视角》

毛慕华、陈健威、林清婷

摘　要：司法实践中，配偶共有权保护的执行异议问题具有重要研究价值。本文旨在深入探讨此类案件中涉及的法律问题，包括双重身份登记对婚姻关系与财产关系的法律影响，特别是婚后房产的权属认定，以及物权登记外观的推定力与真实权利之间的冲突。同时，本文还将聚焦于执行异议的核心争议焦点，如执行标的范围的界定和配偶共有权的保护，以期为解决此类纠纷提供参考。

“一带一路”争议解决中临时仲裁制度构建研究

蔡　纯

摘　要：仲裁是“一带一路”商事纠纷解决的重要方式。临时仲裁的历史悠久，相较于机构仲裁更具有灵活高效等优势。新《仲裁法》将临时仲裁制度纳入我国仲裁体系是契合“一带一路”发展趋势、顺应国际仲裁发展规律的体现。构建临时仲裁制度是满足“一带一路”复杂纠纷解决的需要，也是提升我国在国际仲裁领域影响力与公信力的需要。引入临时仲裁所需要的仲裁员队伍等条件都已具备，“一带一路”倡议为临时仲裁提供了实践土壤。构建临时仲裁制度首先要制定全国性、高级别的临时仲裁立法以明确临时仲裁的适用主体范围；其次是改革创新仲裁员的任职条件规定，适当放宽选任要求；最后要注重临时仲裁与机构仲裁协同发展，统一于仲裁体系以实现临时仲裁与诉讼的有效衔接。

“分类监管”下的保理合规进阶：基于多地评级政策的比较与应对策略

李　艳、胡瑞龙

摘　要：商业保理行业自2019年正式确进入“强监管时代”，但当前全国商业保理监管评级政策覆盖不均，且监管标准伴随行业风险演变、区域经济战略调整呈现动态调整，对企业合规适应性提出了更高要求。

同时，当前商业保理监管评级领域实务研究存在部分短板：其一，现有研究并未聚焦各地区监管评级具体构成、地区政策差异、动态调整规律进行深度整合；其二，监管评级为业务周期后的总结性评价，现有研究多侧重“政策是什么”的理论梳理，对“企业怎么做”的实操路径覆盖不足，难以满足企业应对需求。

本文旨在结合已落地政策中“合规经营、风险控制、公司治理、业务开展”的四大核心评价框架，全流程针对性应对，规避“政策落地后仓促整改”导致的合规风险与成本浪费。更可由此在本地评级启动时快速抢占先机，凭借成熟的合规体系与业务布局获取高评级优势，进而赢得银行授信、核心企业合作、政府帮扶等关键市场资源，在行业洗牌中实现稳健发展。

私募基金投资者提前退出权之行使路径及现实困境探析

甘永辉、陈小文

摘　要：私募基金“募、投、管、退”流程中，退出环节是投资者关注的重中之重，尤其是在当前私募股权、创投基金数量持续增长的背景下，投资者提前退出权的行使路径及现实困境凸显。根据《合伙企业法》规定，出现法定或者约定事由时，投资者可以通过解除合同或其他方式实现退出，然而，按照《私募投资基金登记备案办法》第三十五条规定，基金备案完成后，基于基金封闭运作的要求，除了分红、份额转让、减少未实缴出资等少数例外情况，原则上禁止投资者提前赎回或减资退出，由此面临既有规范之间的冲突。特别是对于特殊类型的政府投资基金而言，尽管《政府投资基金暂行管理办法》明确赋予了政府投资基金在特定情形下的强制退出权，但在封闭运作框架下，实践中依然可能面临政府投资基金的强制退出能否突破协会对于基金封闭运作要求的监管限制问题。本文拟结合司法裁判案例，梳理基金投资者主张提前退出的主要路径，包括基于合同目的无法实现而行使法定解除权、依据协议约定主张退出，以及政府投资基金的强制退出等情形，并分析过程中存在的法律适用冲突、退出条件认定标准不一、损失赔偿范围难以确定以及基金未清算状态下退伙结算可行性等问题，以期对推动形成更加透明、可预期的私募基金退出制度，完善私募基金投资者退出机制有所裨益。

房企破产重整中共益债投融资制度探析

徐宇辉

摘　要：在“保交楼、稳民生”政策背景下，共益债投融资已成为盘活房地产企业烂尾项目，推动破产重整的关键工具。立足于我国现行《企业破产法》及相关司法解释，结合《企业破产法（修订草案）》对重整程序的实质性调整和破产法理念的根本性转变，系统梳理房企破产重整中共益债的法律属性、融资功能与清偿顺位规则，分析当前制度在激励投资、保障安全与维护既有担保秩序之间的张力。最后通过分析保交楼专项借款的政策实践与司法案例，进一步探讨共益债“超级优先权”的生成逻辑与合法性边界，并从立法完善、府院协同与程序规制等维度提出优化共益债投融资制度的建议，以期构建兼顾效率与公平的房企重整投融资支持体系。

跨境家族信托的司法困境与效力认定

——宗庆后家族遗产纠纷案的法律分析

魏屹威

摘　要：本文以宗庆后家族跨境遗产纠纷案为切入点，剖析了跨境家族信托面临的区际司法协助与管辖冲突、普通法下信托有效性认定标准以及平行诉讼中的准据法适用争议等核心法律困境。文章围绕香港汇丰银行账户资产的信托设立与处置展开，原告方与被告方在实体和程序层面均存在争议。香港法院依据本地法确立的"两阶段分析法"成为区际保全协助的核心审查标准，法院通过对信托文件条款、资产转移路径及相关证据的审查，认定原告的所有权主张构成"严重问题"，并基于资产所在地法院的属地优势及保全措施的紧迫性，认定协助具有必要性。文章结合 Knight v. Knight 判例确立的三项标准，对信托有效性进行了深入分析，认为宗庆后手写指示及《委托书》已构成设立信托的明确意图，即使资产价值与约定存在差额，只要信托财产可识别且能通过交易记录追溯，即满足标的确定性要求，只要能确定某人为类别成员，即使部分成员暂时无法找到，仍不影响信托效力。在平行诉讼及保全执行的诉讼策略方面，尽管《协议》约定由杭州法院管辖，但香港法仍可能成为本案准据法，内地与香港在信托法律体系中的结构性差异对跨境家族信托的效力认定及执行产生深远影响，建议在信托文件中明示选择准据法和管辖法院，并确保信托文件符合普通法系下的信托设立标准。这一案例为跨境家族信托的设立与纠纷解决提供了重要的法律参考，也凸显了区际司法协助机制完善的紧迫性。

不动产信托登记制度对资产管理与财富传承的影响

——以京沪地区试点为例

任颜松

摘　要：不动产信托作为连接资产管理与财富传承的重要法律制度，其登记机制的完善程度直接关系到信托财产的法律效力与社会公信力。本文在系统梳理信托制度法律基础的基础上，聚焦我国不动产信托登记制度的现实缺失与京沪试点的创新实践，结合典型案例，深入剖析了当前登记制度在法律适用、权属公示、程序规范与市场流通等方面存在的关键问题，并提出了包括立法补强、制度衔接、流程标准化与配套机制完善等在内的系统性对策建议。研究认为，不动产信托登记制度不仅是实现信托财产独立性、公示性与可执行性的制度抓手，更是推动信托制度回归本源、服务国家财富治理体系建设的关键一环。

环境保护税征收的法律困境与优化路径研究

——基于生态文明建设与法治协同视角

王海军、刘　创

摘　要：2018 年《中华人民共和国环境保护税法》的实施标志着我国“费改税”改革在环境治理领域的重大突破，构建了“多排多征、少排少征、不排不征”的绿色税收激励机制。本文以生态文明建设与税收法治协同为视角，通过梳理环保税的理论基础与历史演进，结合我国环保税征收实践数据与典型案例，系统剖析当前制度运行中存在的法律依据不完善、征管协作机制失序、特定污染物规制缺失、税收优惠执行乱象等困境。从立法完善、征管机制优化、特定领域规制强化、配套制度建设四个维度，提出相应法律优化路径，为推动环保税制度提质增效、助力美丽中国建设提供法律支撑与实践参考。

低空经济发展中的法律困境与协同治理路径研究

——以无人机、通航产业为视角

姜　晖

摘　要：低空经济作为战略性新兴产业，在快速发展中面临传统监管体系不适配的挑战，突出表现为“黑飞”扰航、适航标准滞后、新兴技术引发法律空白及协同治理不足。本文聚焦无人机与通航产业，系统剖析其在空域资源市场化配置、飞行器高风险监管、个人信息保护、乘客权益保障及自动驾驶与新能源航空器责任认定等方面的法律困境。研究提出，应通过立法构建《低空经济发展促进法》与修订《民用航空法》的系统性框架；在监管层面建立“空域管理+行业监管+技术防控”三位一体体系，推行“负面清单+信用惩戒”模式；在技术层面制定无人机反制、电子围栏等标准并鼓励“沙盒监管”；在国际层面推动跨境飞行协议与联合调查机制。通过法律创新与技术融合的协同治理，可有效平衡安全与创新，为低空经济高质量发展提供法治保障。

数字经济视野下，人工智能合规安全目标精准化解决之道

——基于 SMART 原则构建动态 AI 合规目标体系

袁　屹、辛小天、史　蕾

摘　要：当 2025 年的技术演进突破奇点时刻，人工智能已从技术概念转化为重塑社会的基础性力量。算力、算法、数据的三元融合催生出指数级进化能力。人工智能作为一种全新的社会生产组织方式，正在迅速整合人力、知识、资本、能源等各类资源，成为继芒福德与马克思所论述的“巨型机器”之后的又一重要力量。

数字经济下平台用工的财税合规与劳动法风险协同治理研究

曾　敏

摘　要：数字经济下平台用工模式的兴起，对传统以“从属性”为核心的劳动法律关系认定及现行税收征管体系构成了双重挑战。本文系统剖析了平台用工中因法律关系模糊导致的劳动法风险与财税合规难题相互交织、放大的系统性风险，指出单一维度的治理模式已难以应对这一复杂议题。

本文的核心观点是：平台用工合规治理本质上是一项系统工程，必须实现法律定性、财税处理与社会保障的协同。研究创新性地提出“法律定性引领财税处理”的治理原则，并以 2025 年最新实施的《互联网平台企业涉税信息报送规定》等监管新政为基石，构建了一个“法律–财税–社保”三维联动的协同治理框架。该框架具体包括：

1. 精准定性：提出“平台用工法律关系三分法评估模型”，为企业厘清“明确劳动关系”、“类劳动关系”与“民事合作关系”提供可操作的判断工具。

2. 适配方案：针对处于灰色地带的“类劳动关系”，设计以“委托代征+特定职业伤害保险”为核心的过渡性合规方案，平衡各方权益。

3. 全程风控：贯穿业务模式设计、合同订立、算法规则审查、信息报送及争议应对的全流程合规风控体系。

本文旨在为平台企业、从业者及监管机构提供一套兼具理论洞见与实践指引的解决方案，推动平台经济在商业效率、劳动者权益保障与国家税收安全之间实现有机平衡，走向规范有序的高质量发展。

“窜货”行为模式及其法律风险

周艾琳

摘　要：本文系统分析了商业流通领域中常见的“窜货”行为，即经销商违反经销协议，将产品销售至约定区域或渠道之外，破坏品牌方价格体系与经营策略的行为。文章归纳了窜货的四种常见模式(跨区域、跨渠道、刮码、低价销售)，并指出其在美妆、快消品、茶叶与保健品等行业高发。从法律纠纷类型来看，窜货主要引发合同纠纷与知识产权及不正当竞争纠纷。司法实践中，对“刮码销售”行为的认定存在分歧，部分认定为商标侵权，部分认定为不正当竞争，亦有同时构成两者的情况。文章进一步提出，品牌方应通过完善合同、建立溯源系统、优化渠道政策等方式构建防窜体系；经销商则应遵守契约、规范经营、保留凭证，以规避法律风险。最后强调，窜货行为具有明确法律后果，各方应加强合规意识，共建健康市场秩序。

著作权犯罪中网络服务提供者帮助行为的归责模式与主观故意认定标准探析

向　平、王韵淇

摘　要：在信息技术驱动的数字经济背景下，网络著作权犯罪呈现规模化、链条化、技术化膨胀态势，网络服务提供者的帮助行为因“一对多”模式、意思联络弱化、危害性“蝴蝶效应”等异化特征，对传统刑法归责理论构成挑战。本文以网络服务提供者在著作权犯罪中的帮助行为为研究对象，系统剖析现行刑法框架下的两种归责模式：其一为刑法总则规定的共同犯罪归责路径，需应对网络环境下意思联络异化、证明难题，司法实践中通过服务用途专门化、持续协作模式、异常获利等客观事实推定概括性意思联络；其二为帮助信息网络犯罪活动罪（帮信罪）的正犯归责路径，核心争议聚焦“明知”认定——批判将“应当知道”（过失范畴）、“可能知道”（范畴模糊）类推纳入“明知”的做法，分析“通知–删除”原则的刑事适配缺陷与“红旗原则”的适用逻辑，并提出以“排除合理怀疑”为抗辩标准，区分技术中立行为与犯罪帮助行为。本文认为，应坚守“明知”的狭义解释立场，规范归责模式适用边界，在打击网络著作权犯罪、保护著作权法益的同时，避免刑事责任过度扩张，为数字产业创新预留合理空间。

低空经济标准建设的现状与完善路径

曹惠良、蔡美娟

摘　要：低空经济作为融合空域管理、航空制造、运营服务等多领域的新型经济形态，已成为全球新一轮科技革命和产业变革的重要赛道。在行业初始发展阶段，法律法规的制修订相对行业发展实践存在一定的滞后性，标准往往是界定权利边界、分配监管职责、化解法律风险的重要依据。

目前，低空经济正处于“技术爆发期”与“规则完善期”叠加阶段，随着无人机、电动垂直起降飞行器（eVTOL）等新技术快速迭代，新型应用场景不断涌现，但标准建设滞后于产业发展的矛盾凸显，基础设施建设标准缺失、空域使用规则模糊、数据安全隐患、侵权责任认定困难等问题日益显现。

因此，系统梳理低空经济标准建设现状，剖析法律层面的深层次障碍，探索标准建设的完善路径，对于防范产业发展风险、保障低空经济高质量发展具有重要的理论价值和实践意义。

论无人船舶碰撞面临的困境与出路

李　刚、刘璐瑶

摘　要：随着人工智能与无人驾驶技术的深度融合，无人船舶已经走进现实，对传统海事海商法律制度提出全面挑战。无人船舶碰撞法律责任在责任主体认定、归责原则选择、避碰规则适应和海事赔偿责任限制适用等方面面临困境，有待构建兼顾技术特性与法律价值的责任体系，并通过国内立法修订与国际规则协调，为智能航运时代提供法治保障。

从企业权益保护角度出发解析趋利性司法涉案财物处置问题

姜保良、王　晶

摘　要：本文聚焦趋利性司法中涉案财物处置乱象，从企业权益保护视角展开分析。该现象是以谋取经济利益为核心驱动力的司法乱象，本质是司法权与经济利益的不当绑定，偏离了法治轨道。趋利性涉案财物处置在实践中呈现多方面失范：程序上存在超范围、超时限查扣冻、未审先执等权利越界与流程倒置问题；实体上常出现违法所得与合法财产、企业财产与个人财产、涉案人财产与案外人财产的混同，还存在孳息追缴无限扩张等情况。其产生根源与罚没利益和地方财政、办案绩效的绑定相关，同时法律对涉案财物界定、管辖规则的规定不够细化，救济制度存在缺陷，加之权力内部监督虚化、外部监督不足，为该乱象提供了生存空间。此类行为会阻碍企业发展、破坏营商环境，还可能动摇法治根基、损害司法公信力。对此，涉案企业可通过程序抗辩、实体证明、多元救济等路径维权，而制度层面需从切断利益链条、规范处置程序、强化监督与救济等方面进行系统性完善，以推动司法回归公正，保障市场主体活力。

非法经营同类营业罪中“高级管理人员”的认定规则研究

王亓艳

摘　要：《刑法修正案（十二）》不仅将非法经营同类营业罪的适用领域由国有公司、企业拓展至民营公司、企业，还将犯罪主体从“董事、经理”扩充至“董事、监事、高级管理人员”。然而，民营公司、企业在组织架构层面普遍存在设置简单、体系不健全、运行不规范等特征，导致司法实践中对“高级管理人员”的认定缺乏明确统一的标准。本文通过对立法目的的分析，结合非法经营同类营业行为的具体表现以及司法实践经验，提炼出对“高级管理人员”的具体认定规则：其一为基于实际权力行使的认定规则，重点审查行为人对企业重大经营决策的实质影响力；其二为信息掌控与资源调配能力的考量规则，聚焦行为人接触、利用企业核心商业信息与关键经营资源的可能性；其三为公司内部层级与管理架构的综合判断规则，结合企业组织体系与岗位职责定位界定主体资格，以期为优化民营经济发展的法治环境提供理论支撑与实务参考。

类型化视野下正向刷单炒信行为的刑法规制

孟　珊、张　茜

摘　要：刷单炒信产业呈规模化发展，需要刑法介入治理。当前针对刷单炒信行为的司法裁判存在对同质行为适用不同罪名，对相似行为盲目适用同一罪名的混乱现象。究其根源，该状况是因对刷单炒信行为样态认识不足所致，需要引入类型化思维方法予以缓解。借助类型化方法，可以将刷单炒信行为的基本样态作正向和反向区分。在正向刷单炒信模式下，商家主导的刷单炒信行为一般没有刑法介入规制的必要，第三方主导的刷单炒信行为应是刑法规制的重点。依据罪刑法定原则和同类解释规则，不宜对刷单炒信行为适用非法经营罪，对组织刷单炒信的行为应适用虚假广告罪，对设立刷单平台的行为宜适用非法利用信息网络罪。

操纵证券市场罪的法律认定及辩护要点

朱伟琳、谢　婧

摘　要：本文系统探讨了操纵证券市场罪的法律认定及辩护要点。首先，从规范考察与类型提炼出发，梳理了刑法介入的正当性及立法沿革，将操纵行为划分为“交易型操纵”与“信息型操纵”两大类型，涵盖连续交易、虚假申报、蛊惑交易等八种具体模式。其次，围绕客观与主观构成要件展开法律界定，强调行为需具备“优势滥用”特征，结果需影响证券价量并达到“情节严重”，主观故意则通过违法性认知与目的因素综合推定。在实务焦点部分，分析了行刑衔接中的证据转化与处罚协调问题，区分了“罪与非罪”“此罪彼罪”“罪轻罪重”的认定难点，结合典型案例阐明操纵行为与合法操作、内幕交易等罪的区别。最后，提出辩护要点，包括利用行政前置程序救济、关注行刑认定差异、依托客观证据否定因果关系或主观故意，以及通过违法所得计算争取轻判。本文旨在为司法实践提供理论支持，平衡证券市场监管与市场创新，强化对操纵行为的精准打击与有效辩护。

论行政机关移送案件中行政认定的性质、作用与救济

刘桂敏、徐成昊

摘　要：实践中，针对案涉主体、行为、对象等在先作出综合性意见与判断的行政认定，在由执法机关移送而形成的刑事案件中愈发常见。此类行政认定在行政案件办理程序中形成，形式上，由具有行政职权的行政执法机关作出，通过“认定”、“报告”、“意见”等正式执法文书体现；实质上，其内容涵盖了行政调查结果与法律评价，承载着行政机关作出定性的意志。在两法交叉作用下，行政认定具有行政行为与刑事证据的双重属性，起到违法性确认和危害程度判断的双重作用。在刑事诉讼外，另存单独对行政认定提起行政诉讼的司法审查路径。行政认定因案件移送而具备成熟性并完成外化，具备源于刑事庭审局限的司法救济必要性、基于行政诉讼受案范围的司法救济正当性，以及依靠现行立法与法理基础得以证成的司法救济可行性。

规范竞合视域下“一事不再罚”原则精细化适用与制度完善

——以行政处罚裁量的困境与三阶段框架为中心

范俊文

摘　要：“一事不再罚”原则是行政处罚的核心基石，旨在通过禁止对同一违法行为的重复处罚，保障行政相对人合法权益，确保行政裁量的公正与谦抑。随着数字经济兴起与市场监管场景的复杂化，违法行为呈现出跨领域、多环节交织的新特征，该原则在实践中面临“一事”认定标准冲突、规范竞合边界模糊、裁量结果结构性失衡等多重困境。本文以《中华人民共和国行政处罚法》第二十九条为基础，结合司法案例，系统剖析原则适用中的三大核心难题，并提出“立法拟制优先审查—法律行为单复数认定—竞合类型判断—法律适用选择及修正”的四阶分析框架。通过明确“法益同一性”认定基准、区分想象竞合与法条竞合规则、构建跨部门执法协同机制，为统一执法尺度、规范裁量权行使提供理论支撑；同时从立法完善、执法规范、司法指引三个维度提出具体路径，以期实现“处罚规范化”与“营商环境优化”的双重目标，推动该原则在数字时代的精细化适用与制度完善。

作者简介：刘桂敏，北京德和衡律师事务所；徐成昊，北京德和衡律师事务所。

《隔空猥亵儿童罪的入罪难点与辩护路径体系化研究》

段志刚、周文轩

摘　要：随着信息技术的飞速发展与互联网的全面普及，未成年人网络活动日益频繁，与之相伴的网络空间犯罪形态亦不断翻新。其中，利用电信网络实施的“隔空猥亵儿童”行为，作为一种非接触性的新型性侵犯罪模式，近年来呈现快速上升趋势，引起了社会与司法实践的高度关注。数据显示，2024 年，全国检察机关共批准逮捕侵害未成年人犯罪 57156 人，提起公诉 74476 人，其中性侵类犯罪尤为突出。此类犯罪不仅严重侵害儿童的身心健康与人格权益，更因其发生在虚拟空间，具有隔空性、延时性与隐匿性等特征，对传统的犯罪构成理论、证据审查标准及刑事辩护策略均构成了严峻挑战。目前，我国《刑法》并未将“隔空猥亵”单独设罪，而是将其作为猥亵儿童罪的一种行为方式予以规制，这导致在具体案件的司法认定与法律适用上存在诸多模糊地带与争议焦点。鉴于此，本文旨在以辩护人的视角为切入，系统分析隔空猥亵儿童罪的构成要件特性，剖析其在入罪证明过程中的核心难点，并围绕证据审查、主观故意认定、犯罪情节衡量以及程序性权利保障等关键环节，探索构建一套层次分明、切实有效的辩护路径体系，以期在严厉打击犯罪的同时，坚守罪刑法定与证据裁判原则，实现保障未成年人权益与维护被告人合法权利的平衡。

银行作为债权人的刑民交叉困境：借款人骗取贷款罪下担保合同效力认定与诉讼策略研究

李　琛

摘　要：近年来，在金融借贷领域，借款人通过虚构交易、伪造资料或骗取授信等方式实施的贷款诈骗案件高发，随之引发的刑民交叉问题日益凸显。司法实践中，银行债权实现频遭阻滞，刑民交叉案件中“刑事追赃优先”原则与“民事债权独立保护”理念之间的冲突日益突出。不同法院在同类案件中裁判尺度差异显著，既影响金融交易安全，也削弱了担保制度的稳定预期。本文从银行作为债权人的视角出发，围绕借款人构成骗取贷款罪背景下的刑民交叉案件，系统梳理刑事追赃与民事追偿并行适用的法律结构与冲突根源，重点分析担保合同效力在司法实践中的三种主要裁判路径。在此基础上，结合多起入选最高人民法院案例库的典型裁判，深入剖析法院在认定银行是否属于善意相对人、是否履行审慎审查义务、担保人是否存在过错以及担保物权能否对抗刑事退赔程序等关键问题上的裁判逻辑与分歧原因。并进一步从制度、程序等层面，总结银行与担保人应对刑民交叉案件的实务策略，以期为金融纠纷裁判尺度统一及律师实务操作提供可行参考。