



总第 106 期

106

2024 年 | 第 4 期 |

深圳市律师协会主办

(粤 B) L0240153

SHENZHEN LAWYERS

深圳律师

—— 非常视线 专业见解 ——

深圳首届法博会 书写法律服务新篇章

低空经济产业中无人机的法律规制与保险分析

商业银行就未来应收账款叙作保理业务的法律风险防范

财务造假典型案例剖析与启示

阿勒泰的雪



序号	律所名称	所属行政区域	律所成立时间
1	广东蛇口律师事务所	南山区	1983年7月15日
2	广东广深律师事务所	罗湖区	1988年1月19日
3	广东信达律师事务所	福田区	1993年8月13日
4	广东华商律师事务所	福田区	1993年12月22日
5	广东金地律师事务所	福田区	1993年12月22日
6	广东瑞特律师事务所	福田区	1993年12月22日
7	广东同仁律师事务所	罗湖区	1993年12月22日
8	广东星辰律师事务所	福田区	1993年12月22日
9	广东圣天平律师事务所	南山区	1994年1月6日
10	广东深大地律师事务所	罗湖区	1994年1月24日
11	广东深君联律师事务所	福田区	1994年1月26日
12	广东深天成律师事务所	福田区	1994年1月26日
13	广东众诚律师事务所	福田区	1994年1月26日
14	广东诚公律师事务所	福田区	1994年2月24日
15	广东鹏城阳光律师事务所	福田区	1994年2月24日
16	国浩律师(深圳)事务所	福田区	1994年2月24日
17	广东经天律师事务所	福田区	1994年7月1日
18	广东世纪华人律师事务所	罗湖区	1994年9月1日
19	广东中安律师事务所	福田区	1995年4月19日
20	广东广和律师事务所	福田区	1995年10月16日
21	广东国欣律师事务所	罗湖区	1996年5月24日
22	广东仁人律师事务所	福田区	1996年5月24日
23	广东宝城律师事务所	南山区	1996年12月24日
24	广东盛唐律师事务所	福田区	1999年5月11日
25	广东创基律师事务所	福田区	1999年6月7日
26	广东知明律师事务所	福田区	2000年3月21日
27	广东融关律师事务所	福田区	2000年11月15日
28	广东鹏翔律师事务所	龙岗区	2000年12月18日
29	广东深港律师事务所	南山区	2001年4月19日
30	广东深宝律师事务所	宝安区	2001年5月10日
31	广东普罗米修斯律师事务所	罗湖区	2002年3月27日
32	广东海派律师事务所	南山区	2002年7月12日
33	广东竞德律师事务所	福田区	2002年7月12日
34	广东淳锋律师事务所	宝安区	2002年8月22日
35	广东晟典律师事务所	福田区	2002年11月11日
36	广东君言律师事务所	南山区	2003年5月15日
37	广东生龙律师事务所	龙岗区	2003年6月25日
38	广东恒和律师事务所	罗湖区	2004年2月28日
39	广东金唐律师事务所	南山区	2004年8月21日
40	广东深万鸿律师事务所	罗湖区	2004年9月29日

首批『深圳市律师协会 老字号律所』认定名单

为推进我市律师事务所老字号品牌保护和振兴，促进和鼓励支持律所健康稳定及规范化发展，深圳市律师协会开展了“老字号律师事务所”认定与评选工作，经评定，首批“深圳市律师协会老字号律师事务所”共40家（按律所成立时间排序，排名不分先后顺序）。

2025 新年献词

过去的2024年，是极不平凡的一年。面对复杂多变的国内外形势和严峻的挑战，深圳市律师协会在深圳市司法局的监督指导下，在深圳市律师行业党委的领导下，坚信上下同欲者胜，风雨同舟者兴，锚定高质量发展目标，探索创新提质增效、凝心聚力促发展、全员行动抓落实，确保完成全年工作目标任务。

这一年，我们乘风破浪，勇毅前行。我们深入学习贯彻党的二十届三中全会及习近平总书记关于律师工作的指示批示精神，在习近平法治思想指引下，与深圳市司法局、深圳律师行业党委联合举办“与法同行·重走长征路”活动，携手香港、澳门、深圳都市圈城市和江西赣州七地百名律师重走长征路，开展国情研修，推动东中西部法律服务交流合作。我们持续推进“鲲鹏计划”，联合东莞、惠州、中山三地律协，举办第三期深圳都市圈律所领导力培训班暨第三届深圳都市圈律所管理与发展论坛，并启动深圳都市圈四地律协云培训共享平台，促进四地律所协同、融合发展壮大。

这一年，我们把握机遇，因势而谋。我们迎来市委、市政府印发的《深圳市关于推动法律服务高质量发展的实施方案》，标志着深圳市法律服务行业开启新篇章，大力推进深圳市律师行业高质量发展步伐，为更好地服务经济社会发展打造政策支撑。我们与市中院、市检察院、市公安局、市司法局共同印发《深圳市保障律师执业权利十条举措》，并在推动律师执业权益保障联络站覆盖全市各级法院的基础上，新增与罗湖、宝安检察院共建律师执业权益保障联络站和律师参与信访化解工作室，在盐田、龙岗检察院的12309检察服务中心设立“律师志愿服务岗”，多形式推动司法服务水平提升。

这一年，我们开拓创新，聚势而强。我们举办了深圳法律服务博览会(2024)，作为国内首个专注于法律服务的博览会，现场吸引了近100家法律服务机构参展及近万名各界人士到场参观，为法律服务提供者、需求者及相关产业链搭建了全方位的展示与交流平台。我们承办了2024华语律师大会(华语律师深圳行)，共同发布全球性涉外法律服务供需平台—法律服务全球通，促进全球法律服务资源整合与共享。

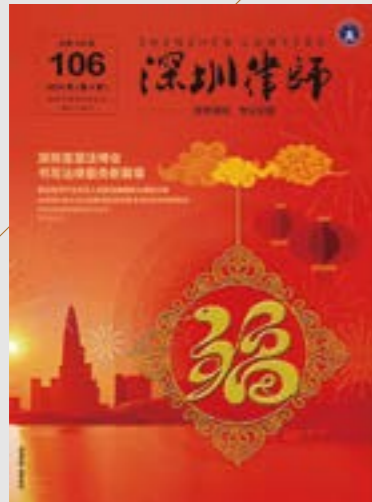
这一年，我们勇于担当，善作善为。我们持续扩充涉外

律师人才库，截至2024年已开展第七批涉外律师领军人才、新锐人才选拔，现有入库涉外律师645名，不断加大涉外法律服务人才培养力度；认定17家涉外法律服务示范律所，进一步提高我市涉外法律服务的质量和水平。我们举办第十八、十九期青年律师研修班，推进“雏鹰振飞计划”的稳步落实，评定24家青年律师工作示范律师事务所，推动青年律师成长培育系统化、精细化。我们聚焦中小所发展，积极开展专精特新律所认定与培育工作，将30家律所认定为“专精特新”律所；同时，促进和鼓励支持律所健康稳定及规范化发展，评定了首批40家“深圳市律师协会老字号律师事务所”。

这一年，我们立足专业，服务大局。我们新组建了19个产业法律服务团，实现了“20+8”产业法律服务团全覆盖，聚焦法律服务供给，精准对接产业发展需求，以实际行动助力区域高质量发展；举办了第五届业务创新大赛，涌现124件创新法律服务产品，彰显深圳律师的创新思维与实践能力；组织出版9部律师实务专著，为行业提供理论和实践指导；组织编写了13份律师业务操作指引，为规范执业行为、提升服务质量提供坚实支持；开展了60个专业领域、255个律师业务典型案例，汇编专业委优秀论文62篇、优秀办案经验18篇，推动深圳市律师业专业化发展。

2025年是深圳经济特区成立45周年。深圳律师业的发展与深圳经济特区改革开放的脚步同步，曾创下多个“全国第一”。站在新的历史节点上，我们将坚守人民律师的初心与使命，坚持“回归专业 服务大局”的发展理念，努力为深圳打造中国特色社会主义法治的“窗口”和“名片”贡献深圳律师的智慧与力量。

2025年是深圳律师行业“十四五”发展规划收官之年，也是深圳市律师业高质量发展三年行动计划(2023-2025年)冲刺阶段。集众智事无不成，聚合力业无不兴。我们要坚持高质量发展理念的总基调，把2025年确定为“深圳律师业高质量发展落地攻坚年”，盯紧发展目标，盯住工作任务，盯牢风险底线，秉持实干在前，努力做到迎难而上、克难而成，我们坚信，深圳律师事业蓬勃发展的的大好时代，不在过去，仍在将来!



印刷日期 2025年2月6日

编印单位 深圳市律师协会
 编委会主任 张斌
 编委会成员 杨道章 成赵东川
 王伟 罗振辉 曾迈
 胡宁可 黄远兵
 主编 杨道
 执行主编 周敏 黄红珍
 栏目编辑 陈伟 杨新发 颜宇丹
 杨银笛 胡聪 屈文静
 刘伟健
 责任编辑 伍春红
 编辑 王颖 王诗韵
 美术编辑 蔡永军
 电话 0755-83025789
 地址 深圳市福田区深南大道
 4001号时代金融中心20楼
 邮政编码 518048
 电子信箱 shenzhenlawyers@163.com
 印刷单位 深圳市彩霸美印刷有限公司
 发送对象 各地司法行政机关、律协，深
 圳市司法行政机关、各律所等
 印制册数 2000册

特别说明：《深圳律师》发表的文稿所表达的观点，
 纯系作者见解，不代表编辑部的意见和立场。



欢迎扫码
 关注“深圳律协”公众号

目录 CONTENTS

卷首语 | FOREWORDP1

01 2025 新年献词

特别报道 | SPECIAL REPORTSP4-17

04 深圳首届法博会书写法律服务新篇章
 08 深圳法律服务博览会（2024）精彩主题演讲

热点 | HOTSPOT.....P18-25

18 低空经济产业中无人机的法律规制与保险分析
 / 陆俊辉
 22 香港居民继承内地遗产的法律实务分析 / 杨彤彤

论道 | DISCOVERY P26-35

26 青年律师还需要学请求权理论吗？ / 刘悉琳 刘志威
 29 论对预收款商家“跑路”刑事犯罪的强化打击
 / 钟胜荣
 32 互不雇佣条款适用探析 / 徐培园



P04



P40

实务 | PRACTICE P36-52

36 专利授权前获得的产品在专利授权后如何进行侵权判定的思考 / 孙大勇 周蓉
 40 商业银行就未来应收账款叙作保理业务的法律风险防范 / 张弛 杨燕
 44 夫妻公司如何避免被认定为实质性一人公司并对公司债务承担连带责任 / 李红 李旭聪
 48 关联方资金占用情形下的上市公司董监高行政责任分析 / 方艳 郑珠玲 赵蔚恺



P36

涉外观察 | TRANSNATIONAL LAW REVIEW.... P53-59

53 欧盟对俄实施经济制裁背景下基于反制措施向欧盟在华关联企业索赔的可诉性分析 / 王碧宇
 57 国际投资仲裁中的“公正与公平待遇” / 彭杨姗

拍案 | CASE AND EXAMPLES P60-63

60 财务造假典型案例剖析与启示 / 林国齐



P60

生活 | LIFE..... P64-68

64 那些形形色色的当事人 / 李帆
 66 阿勒泰的雪 / 钟俊瑾

SHENZHEN LEGAL SERVICES EXPOSITION

2024

深圳首届法博会 书写法律服务新篇章



在深圳，创新和法治始终相伴而行。作为中国特色社会主义法治工作者的深圳律师，始终心怀“国之大者”，敢闯敢试、勇于创新、担当作为，开创了许多全国律师业内的“全国第一”：改革开放后的第一家律师事务所、全国第一家专项从事涉外业务的律师事务所、第一家自收自支的律师事务所……日前，在深圳市司法局的指导下，深圳市律师协会再次先行先试，在深圳会展中心成功开办了全国首个专注于法律服务领域的博览会。本次法博会以“高质量法律服务护航新质生产力发展”为主题，包含深圳律师创新合作论坛、法律服务展览区和首届法律服务人才交流会三大主题活动，为法律服务提供者、需求者及相关产业链搭建全方位一站式展示与交流的法律服务平台。

总展览区域 2000+ 平方米，聚焦 11 大法律服务板块，近 100 家法律服务全链条组成机构、60 余家招聘需求单位、100 余人律师义务咨询服务团参展，吸引了近万名法律人士及市民到场。

开幕式上，省律协、省司法厅、市司法局有关负责同志先后致辞，表示深圳举办首届法律服务博览会，集中展示法律服务全链条行业生态与创新成果，组织行业内外共同探讨以高质量法律服务护航新质生产力发展，探索研究法律服务行业的最新态势和深刻变革，既是贯彻落实中央和省委、省政府关于进一步全面深化改革的战略部署，也是推动法律服务业高质量发展的重要举措和有益探索。

2024 年 10 月 26-27 日，为期 2 天的首届深圳法律服务博览会，作为全国首个以法律服务展览为媒介的专业博览会，充分展示了法律服务的专业价值和实力，是一场成果展示会、业务对接会、思想分享会、资源共享会和人才交流会，是深圳律师迈入新发展阶段、履行新时代新使命、推动法律服务高质量发展的重要展会，对于助力深圳法治先行示范城市建设具有里程碑式重要意义，也为中国式现代化提供更高水平的法治保障。

更多元：“数智”科技探索法律服务新前沿

在法律服务主展览区，律师专利著作、业务指引、法律服务产品琳琅满目，多名粤港澳大湾区律师、广东首家中外律师事务所联营办公室、2 家外国律所驻华代表处、40 余家律师事务所、14 家法律科技公司亮出了“十八般武艺”，集中展示各自在律师服务、公共法律服务、公证、仲裁、鉴定、调解、企业、涉外等法律服务领域的创新成果和优质服务。



展会现场，各类法律服务“黑科技”随处可见，展现了深圳律师行业与法律科技深度融合，比如熊猫 AI 法律数智平台、“联合信任”时间戳服务中心、“安盾网”知识产权服务产业互联网平台让人目不暇接。在熊猫 AI 展位，法律数智平台演示和智法助理的互动体验，吸引了众多法律从业者、企业代表和法律科技爱好者的驻足。

“帮我起草一份房屋租赁合同。”“数智律师”电子屏幕前，一位市民的话音刚落，虚拟律师立即给出了详细的合同条款。针对 AI 数智律师平台，深圳市罗湖区司法局与广东微众律师事务所签署战略合作协议，双方将在打造无讼社区、研发 AI 行政复议辅助系统、探索数字孪生城区等方面开展深度合作，共同打造罗湖“数智枫桥经验”。

在两天展期里，深圳市律师协会派出了“百人律师天团”进驻场馆，凭借专业的法律知识和丰富的实践经验，提供全天候、不限流的义务法律咨询，耐心解答市民关于房产纠纷、婚姻家庭、劳动权益、消费维权等 20 个领域的法律问题，共为 300 余名市民提供义务

法律咨询，解答法律问题 400 余件。

更全面：人才 + 产业助力法律服务新发展

首届法律服务人才交流会是法博会的一大亮点。法博会开幕式上，深圳市律师协会与西南政法大学、吉林大学法学院、中南财经政法大学法学院、西北政法大学、厦门大学法学院、北京大学国际法学院、暨南大学法学院、西南财经大学、大连海事大学法学院、延边大学法学院、深圳大学法学院、广州大学法学院、上海政法学院、广东财经大学法学院、深圳职业技术大学经济学院 15 所高校的代表签署了《人才培养战略合作备忘录》，通过法治人才培养论坛、交流会、法律人才招聘会，为莘莘学子搭建实践与就业的平台。这是一次法学教育与法律实践的深度融合，更是一次法治人才培养的战略协作，双方将构建法学教育与法律实践的无缝对接机制，共同探索法学教育的新模式，对推进中国法治建设和法学教育意义重大。



此外，在首届深圳法律服务人才交流会上，西南政法大学民商法学院、吉林大学法学院、中南财经政法大学法学院、西北政法大学、延边大学法学院、上海政法学院、广东财经大学法学院共七家高校代表与深圳、重庆、浙江、沈阳、济南、成都、西安七地律协就新时代法治人才培养的目标、路径和策略进行深度研讨，探索法学教育新模式，推动法律服务领域人才培养的创新研究。据不完全统计，展会期间招聘单位共收到简历近 600 份，为法律服务行业的人才梯队建设注入新鲜血液。

法律服务业既是生产服务业重要组成部分，更是促进其他产业循环升级的重要力量。为精准服务产业发

展需求，深圳市律师协会自 2023 年 11 月起，先后成立 10 个产业法律服务团，积极开展产业调研、普法宣传、法治体检等公益法律服务活动，以实际行动护航产业发展。借法博会契机，深圳市律师协会与 19 家“20+8”产业协会代表共同签署《战略合作协议》，将为产业集群提供全链条、全过程、全方位的法律服务，促进深圳经济社会高质量发展。这 19 家产业协会包括深圳市半导体与集成电路产业联盟、深圳市人工智能行业协会、深圳市软件行业协会、深圳全球海洋中心城市建设促进会、深圳市标准化协会、深圳市数字创意与多媒体行业协会、深圳市新材料行业协会、深圳市无人机行业协会、深圳市生物医药产业联盟、深圳市合成生物学协会、深圳市汽车产业联合会、深圳市数字创意产业协会、深圳新型储能产业协会、深圳市生物医药促进会、深圳市文化产业园区协会、深圳市大健康产业联盟、深圳市医疗器械行业协会、深圳市 8K 超高清视频产业协作联盟与深圳市机械行业协会。



为深度赋能“20+8”产业集群，搭建法企互动“直通车”，推动产业在法治轨道上稳健发展，深圳市律师协会在首批组建 10 个产业法律服务团的基础上，又成立了 19 个产业法律服务团，活动当天举行了 29 个产业法律服务团成团仪式。深圳市律师协会产业法律服务团的成立，标志着深圳律师将以更加专业、更加全面、更加便捷的法律服务，为深圳市“20+8”产业集群高质量发展提供强有力的法律服务支撑。

“深圳律师要走出一条与众不同的发展之路，与产业发展深度融合，在新兴产业和未来产业的法律服务上走在前列。”深圳市律师协会会长张斌认为，新兴产业

和未来产业在孵化和发展过程中，不可避免会遇到法律风险，深圳律师产业服务团紧跟时代步伐，不断提升自身的专业能力和服务水平，不仅能够帮助产业企业少走弯路、少掉陷阱，而且可以形成与新质生产力发展相适应的法律服务体系。



更深入：思维碰撞护航法律服务新业态

深圳律师创新合作论坛是此次法博会的又一大亮点，汇聚全国各地法律专家、学者及行业精英 120 余名，是全国法律智慧与前沿思想的交汇点，聚焦企业法律风险管理、大湾区企业出海、仲裁、企业重整、婚姻家庭、电商法律、法律科技、数字经济与人工智能、知识产权等热点议题展开交流研讨，共同探讨法律服务行业的创新路径与发展趋势。

论坛上，中国社会科学院工业经济研究所研究员、新兴产业研究室副主任、中国社会科学院大学教授渠慎宁以“新质生产力培育的产业化支撑路径”为主题，解析新质生产力培育的产业化支撑路径，为深圳经济社会发展特别是科技创新与产业升级提供了理论指导与实践路径。华为技术有限公司监事、首席法务官宋柳平分享新质生产力企业在法律服务领域的需求与挑战，不仅聚焦企业法务核心议题，更触及新质生产力企业在快速发展过程中面临的法律障碍及应对策略。深圳国际仲裁院副院长董连和介绍商事仲裁如何适应并促进新质生产力的发展，揭示商事仲裁在解决新质生产力企业争议中的独特优势，并就如何最大化这些优势以支持创新型企业成长提供独到见解。张斌会长作“以高品质法律服务助力新质生产力发展”主题演讲，探讨新质生产力发展为法律服务带来的机遇与挑战，分析新质生产力法律服务的基本特点，提出深圳律师业应积极拥抱新质生产力，

鼓励专业律师融合发展，创新法律服务模式，应用法律科技，发展法律服务业的新质生产力。（详见本栏目《深圳法律服务博览会（2024）精彩主题演讲》）

在深圳律师创新合作论坛的圆桌沙龙环节，中兴通讯股份有限公司副总裁、首席法务官黎文，腾讯计算机系统有限公司法务部副总经理胡迎春，深圳华大基因股份有限公司副总经理、总法律顾问、董事会秘书徐茜，广东华商律师事务所主任高树，上海市建纬（深圳）律师事务所主任贺倩明，深圳市律师协会理事、业务创新与发展工作委员会主任李军强等围绕新质生产力对深圳法律服务行业的机遇与挑战开展圆桌对话，提出了行业高质量发展法律服务的需求和思考。



“深圳法博会将法律服务从原来的单兵作战，升级为集团作战服务新质生产力，效果更好，更接地气。”深圳市司法局律师工作管理处处长刘伟东认为，深圳法律服务业始终坚持围绕建设好新时代经济特区新征程中中国特色社会主义法治先行示范城市和粤港澳大湾区的中心大局，持续推动高质量发展、创新融合、齐头并进，希望深圳法博会继续办下去，越办越好，在将来成为广东省品牌甚至国家品牌。

“深圳律师行业将以此次法博会为契机，在服务立法、执法、司法、守法，服务经济、服务社会等方面贡献更多力量，探索法律服务的新路径，展现新时代背景下法律服务转型升级的新方向，为全国法律服务行业的发展提供经验和示范。”张斌表示，未来深圳市律师协会将持续提升法博会的影响力，吸引更多法律服务产业上下游企业参与，将深圳法博会打造成为继高交会、文博会后又一在全国叫得响的深圳博览会品牌。

SHENZHEN LEGAL SERVICES EXPOSITION 2024

深圳法律服务博览会(2024)精彩主题演讲

法律服务作为法治建设的重要支柱，正不断探索与创新，以发展新质生产力为核心，深圳律师行业致力于推动法律服务行业的转型升级。由此，深圳法律服务博览会(2024)特邀了几位重量级嘉宾就发展新质生产力为主题，进行了精彩的演讲(下文即根据主题演讲实录整理而成)。



新质生产力培育的产业化支撑路径

○渠慎宁 中国社会科学院工业经济研究所研究员
新兴产业研究室副主任
中国社会科学院大学教授

“新质生产力”这一重要理念，有着非常深刻的时代背景。我们国家进入了从高速增长转向高质量发展的新阶段，面对着以国内大循环为主及国内国际双循环并进这样的发展格局，我们需要对生产力提出新的要求。2023年12月举行的中央经济工作会议明确提出：“要以科技创新推动产业创新，特别是以颠覆性技术和前沿技术催生新产业、新模式、新动能，发展新质生产力。”中央的这一判断意味着产业是新质生产力的主要载体。

一、新质生产力的内涵特征

新质生产力具有五大特征。首先，生产要素新，数据成为了新的生产要素，它作为生产要素进入了生产和交易过程中，从而大大丰富了劳动对象和劳动资料的类型，推动了社会生产方式的变革。第二，发展动能新，科技创新是新质生产力发展的最强动力和本质特征。第三，产业载体新，产业无疑是新质生产力最重要的发展

载体，就当前的产业体系而言，新兴产业和未来产业的性质和特征与新质生产力高度相关，能够成为助推新质生产力的产业化支撑路径。第四，生产关系新，新质生产力推出必然对生产关系有新的要求。最后，推进机制新，二十届三中全会提出了“健全因地制宜发展新质生产力体制机制”，要进一步全面深化改革、推进中国式现代化，这是要为新质生产力提供更好的体制机制的基础。

我们再回顾一下总书记提出的“新质生产力”的概念，它代表先进生产力的演进方向，是由技术革命性突破、生产要素创新性配置、产业深度转型升级而催生的先进生产力质态。它以劳动者、劳动资料、劳动对象及其优化组合的跃升为基本内涵，以全要素生产率大幅提升为核心标志。从具体的发展路径来看，即通过产业来支撑新质生产力的发展，可分为三大部分：一是改造升级传统产业，二是培育壮大新兴产业，三是发展布局建设未来产业。

二、新质生产力的技术演进脉络

“新质生产力”这个理念必然是划时代的理念，从古到今，每个时期都有新质生产力，并不是现在才具有新质生产力。我们可以看到，美国的工业革命时期，纺织机的广泛应用，实现了从手工作坊到现代工厂的转变，产业工人便登上历史舞台；到二十世纪，美国的“福特制”，流水线生产，实现了现代的雇佣制度和大规模生产方式的结合。再到全球化时代，全球化分工和全球生产网络的结合，又创造了新的生产力。现在，我们又迎来了新一轮技术革命和产业变革，订制生产与消费端的参与也会创造新质生产力。总的来说，技术革命推动生产组织方式的变革，最后推动生活方式的变革和社会发展。

我们对历史上的工业革命进行了梳理，每一轮工业革命都有自己相应的标志，特别是在通用技术方面。第一轮工业革命，蒸汽机是它的主要技术、工具，制造范式以小批量、机械制造为主。第二轮工业革命，电机走上了历史舞台，大规模的流水制造开始出现。第三轮工业革命，计算机进入了信息时代，小批量的定制、个性化定制开始实现。如今，新一轮科技革命以后，人工智能、新一代数字技术出现了，多样化与个性化并行，智能制造和服务型制造这两种制造范式成为了现在主流的生产范式。

新质生产力不能简单地理解为人工智能、数字制造、机器人这些新技术所带来的制造技术的系统变革，实际上它具有更为丰富的内涵。它是基于技术的突破来实现对实体经济的变革，不仅包括底层的大数据、云计算、人工智能这些新的技术，还包括了像绿色制造系统以及柔性制造、激光制造、纳米制造等新的生产范式，从而引起整个商业模式及社会组织方式的变革。通过技术革命，我们可以看到无人经济、共享经济以及低空经济、海洋经济、生物经济等等这些新的商业模式，因此，技术创新必然会带来商业模式的变革。

此外，企业也必要要在时代的浪潮下进行相应的调整。总结起来，可以这样概括：一是无中生有；二是软硬兼施；三是赢者通吃。像亚马逊、Google 以及 Meta，都是从软件企业慢慢走向硬件企业。Google 这几年在云计算，尤其是智能手机有了很大的突破；Meta 在一些新的计算领域也进行了投资；亚马逊更是成为了全球最大的云计算公司之一。另外，传统的一些企业，

比如 IBM、索尼都在慢慢转型；一些服务型企业，像高盛、摩根，其金融科技业务布局有目共睹，这对我们法律行业也有相应的借鉴意义，目前，法律行业也开始使用人工智能，法律科技未来可期。

三、新质生产力的规模壮大需要新兴产业支撑

新兴产业，自 2010 年成为了国家发展战略，重点选择节能环保、新一代信息技术、生物、高端装备制造、新能源、新材料和新能源汽车等七个产业；2015 年国务院发布《中国制造 2025》，出台实施制造强国战略的第一个十年行动纲领，国家对新兴产业的重视又更上一层楼。经过多年发展，当前我国新兴产业已具有一定规模，是现代产业体系的重要组成部分。我们可以把新兴产业分成三个梯队，第一梯队是人工智能，从经济增长的角度看，它是拉动效应最大的一个行业；第二梯队是数据、绿色低碳、新能源汽车；第三梯队是新一代通信技术、生命科学和新材料。我们调研过几千家企业，下面就此分享一些有代表性行业。

人工智能正逐步成长为新质生产力的通用技术，是新一轮科技革命和产业变革的重要驱动力。人工智能产业不仅包括基础层面的芯片设计与算法模型，技术层面的语音识别与计算机视觉处理，还包括应用层面的智慧交通、智慧金融、智慧医疗等。尤其是 2023 年开始爆发的以 ChatGPT 为代表的语言大模型技术浪潮，推动人工智能生成内容（AIGC）产业快速崛起，应用场景可以覆盖传媒、电商、影视、娱乐、教育、制造业等诸多领域。以制造业领域为例，目前人工智能技术已应用于从设计、生产、销售到售后的一整条产业链。通过借助 AIGC 改进产品设计、数字孪生赋能智能制造、数据挖掘实现精准营销和售后，人工智能不仅提高了制造业生产率，也使其在智能制造领域的市场价值开始凸显。

新能源汽车产业产值高、增长快，是能够在短期内迅速形成新质生产力的主导产业之一。通过嵌入智能化、数字化、娱乐化等技术载体，我国新能源汽车相比传统燃油车不仅使用成本更低，而且行驶体验更佳，使其逐步成为消费者的新选择，产品竞争力不断提高。除了终端产品表现亮眼之外，我国新能源汽车产业链也迅速壮大，宁德时代、比亚迪等企业已成为全球最大的动力电池制造商之一，世界主要的阴极、阳极、电解液生产商

都在中国。随着全球汽车产业绿色转型步伐加快，我国新能源汽车产业将有望进一步释放增长潜力，壮大新质生产力。

数据产业，将是中国经济重要的增长点之一，包括算力、大数据以及工业互联网等。算力作为数字经济时代的新生产力，同样需要通过基础设施化，从而广泛服务于我国数字社会转型中的方方面面，加速提升我国数字经济在国民经济中的占比。2022 年，国家正式全面启动“东数西算”工程，助力我国全面推进算力基础设施化。工业互联网，作为新一代信息通信技术与工业经济深度融合的新型基础设施、应用模式，也是推动新质生产力培育形成的强大力量。工信部数据显示，当前我国工业互联网核心产业规模突破 1.35 万亿元，工业互联网全面融入 49 个国民经济大类，实现 41 个工业大类全覆盖，在设施体系、技术体系、应用体系、生态体系、政策体系等方面取得显著成效。

四、新质生产力的开拓创新需要未来产业引领

新质生产力的培育还需解决开拓创新的问题，尤其是如何不断创造出颠覆性和前沿性技术，保障新质生产力永续“新动能”。加快发展未来产业是解决这一问题的关键。2021 年，《中华人民共和国国民经济和社会发展第十四个五年规划和 2035 年远景目标纲要》中明确提出要前瞻谋划未来产业，“在类脑智能、量子信息、基因技术、未来网络、深海空天开发、氢能与储能等前沿科技和产业变革领域，组织实施未来产业孵化与加速计划，谋划布局一批未来产业”，这是我国国民经济和社会发展五年规划中第一次出现“未来产业”的概念。与新兴产业相比，未来产业当前尚处于孵化阶段，但代表着科技和产业长期发展方向，一旦在未来实现产业转化并发展成熟，将对国民经济产生巨大带动作用。

未来产业有五大特征。首先是颠覆性，未来产业代表最前沿的技术，它对未来的社会、生活有颠覆性。第二是战略性，具有非常大的发展潜力，因此具有很强的战略意义，各国都将它作为一个新的产业培育点。第三是幼小性，未来产业处于产业化的前端，目前有很多不成熟的地方，也注定了它需要国家的政策支持。第四是偶然性，未来产业的发展路径和发展方向都有很大的不确定性，最典型的就是多模态、大模型。第五是不确定性，

其发展方向、发展路径、发展范式都不成熟，也有可能失败。下面简单列举几个未来产业。

量子计算，可以给新质生产力中数据要素的处理速度带来质的飞跃。量子计算技术近年来取得巨大进步，已从 2016 年的 5 比特计算量跃升至 2023 年的千比特规模，并开始分子制药、高能物理等领域进行实际应用。对于一些传统行业，尤其是生物制药、化工能源、数字安全等算力要求较大的行业而言，其在研发环节面临的计算压力正不断加大。现有算力所消耗的时间和投入成本越大，就越能凸显量子计算未来的战略价值。

量子通信，这也是近几年我国投入比较多且成果较显著的产业。即我们的首颗量子卫星墨子号上天了，领跑世界量子通信。在一些商业领域，量子通信也已经崭露头角。

元宇宙，通过创造全新的商业业态赋能新质生产力。凭借综合运用虚拟现实、云计算、区块链等数字技术，元宇宙可构建起一个既映射于又独立于现实世界的虚拟世界。现实世界中的所有业态都可以投射到元宇宙之中，商业机会能在元宇宙中再次实现，甚至其边界和市场规模比现实世界更大。2021 年后，元宇宙在 Meta 和苹果等商业巨头的大力投入下开始“脱离虚火”，混合现实（MR）技术现已成为市面主流头显设备的核心，并推动了空间计算这一新技术领域的崛起。特别是在使用非同质化通证（NFT）技术后，元宇宙可以将虚拟世界中的各种资产数字产权化，从而创造出数字绘画、虚拟角色、虚拟房地产等数字商品，大大扩大了其商业化潜力。

6G，这是深圳较强的领域，其主要利用价值，一是全息通信，即实现身临其境的通信现场，双方可以实现影像化的传输，甚至实现触觉、听觉和嗅觉的同步传输。二是数字孪生，在未来的工厂、城市管理、工程建设、智慧医疗等领域都有可能形成数字孪生的场景。

低空经济，最具有代表性之一即卫星互联网，马斯克的 Space X 在俄乌战争就显出了它的战略意义，它的通信效率更高。因此，我们近两年很重视卫星互联网，它不仅具有商业价值，而且还有国防和军事的应用价值。其次，太空资源开发，包括太空采矿，像我国嫦娥 5 号、长征 6 号，都使得太空资源开采利用再次成为热门话题。

以上都是未来待开发的行业领域，在科技日新月异的今天，每一个转角都可能孕育着颠覆性的变革。



新质生产力企业的 法律服务需求

○宋柳平 华为技术有限公司监事、首席法务官

当前，全球化进入新的阶段，这个重要阶段最关键的是产业与行业的全球化，我们需要与之相配套和协同的法律服务的支撑。经过四十多年的改革开放，中国在世界贸易上已经取得了长足的进步，我们已成为150多个国家和地区的主要贸易伙伴，而且，对外直接投资连续七年排名全球前三。可以说，我们各个领域的产业已经在世界市场上占据了非常重要的位置。在这样的背景下，需要具备全球化视野、全球化能力、全球化解决方案的法律服务的配套协同。比如，当前在全球范围内，在个人数据保护、人工智能等立法普遍展开。

理解各个国家立法的基本逻辑和产业的需要，对于中国产业参与全球化是非常重要的。我们的人工智能已经进入大规模的应用阶段，也将会取得长足的产业进步，但如果我们只是简单地学习欧洲，过早地出台约束性的立法，可能会对产业发展有影响，我们应该更多地鼓励产业往前走。

当然，不仅仅是数据领域、人工智能领域等产业需要相应的法律服务的支撑；上文提到，中国已经长

时间是直接对外投资重要的国家，因此，我们在世界各地的投资，对法律服务也有非常大的需求，比如知识产权保护领域。

全球化跨领域、跨法域的工作，需要我们的律师、法律团队去研读不同国家法域的法律法规，尤其是符合中国产业实践的合规体系建设，这种需求与日俱增，中国企业要全球化发展最关键就是解决好这个问题，才能在这个世界上赢得市场和尊重。这包括各种细分领域的法律法规以及域外适配的问题。比如，当前中国大陆包括香港和台湾地区，已经有1400多家公司进入美国的制裁清单，相对应地，出口管制法、制裁法等等，就需要法律团队认真研读，此外贸易制裁、金融制裁都有非常深刻的法律需求。总而言之，现阶段，我们要具备全球化视野，走出我们原来这种农耕文化一亩三分地的局限，努力使我们的法律服务适配我们的贸易同步增长，在未来才具有强大的竞争力。

未来可期，期望我们的法律服务能够与产业协同，构建一个有全球竞争力的生态环境和体系。



商事仲裁与新质生产力发展

○董连和 深圳国际仲裁院副院长

近年来，随着新一轮科技革命和产业变革加速推进，新技术、新模式、新业态等新质生产力成为企业经营和发展的新动能。仲裁，作为一种服务境内外市场主体的争议解决方式，在企业发展新质生产力中扮演怎样的角色？又如何促进新质生产力的发展呢？我将从深圳国际仲裁院机构仲裁的角度来分享商事仲裁与新质生产力发展的一些浅解。

一、新质生产力的内涵

这里主要强调新质生产力具有高科技、高效能、高质量的特征，符合新发展理念的先进生产力质态，特点是创新，关键在质优，本质是先进生产力，内容是生产力要素及其优化组合的跃升。

关于新质生产力的要素，第一要素，是大家熟知的新型劳动力，主要体现在产业工人、科技、科研人员、企业管理者等；第二要素是新型劳动资料，包括知识、技术、资本等；第三要素是劳动对象，一般是指我们生产经营过程中的一些物质资源，包括土地、能源、数据等，随着科技的发展，更加丰富的劳动对象将满

足我们现在更加多元化、个性化的物质需求。

二、商事仲裁的内涵

仲裁作为一种国际通行的争议解决方式，在处理国际商事纠纷、优化国际营商环境方面发挥着重要的作用，它起源于商事，服务于商事。仲裁，其特点是充分尊重当事人意见，维护交易稳定，尊重行业惯例和习惯，鼓励创新。根据《纽约公约》，它所提供的专业、保密和灵活的争议解决结论，也即深圳国际仲裁院和各地的仲裁机构的仲裁裁决，在全球172个国家得到承认与执行。

三、商事仲裁和新质生产力之间的关系

第一，理论关系。争议解决方式，作为我国法律制度的重要组成部分，属于上层建筑的内容，上层建筑通过对生产关系的反作用，以及生产关系对生产力的能动作用，就发挥着对生产力尤其对新质生产力的促进和保护作用。第二，实践关系。首先，从整体而言，市场主体在生产经营过程中发生争议，争议可通过诉

讼或仲裁方式解决，而在诉讼和仲裁等方式解决大量争议的过程中，尤其是对一些在市场上有典型代表意义的案件的解决过程当中，会为市场主体营造一个整体上公平、稳定、安全、可预期的创业和营商环境，这样的环境是促进生产和保护创新的基本前提与保障。其次，从具体而言，仲裁通过对每一个具体争议及时有效的处理，也是对每个交易所涉及的劳动者（如企业、企业家）、劳动对象（如技术等）和财产权利等的保障，使企业家从纷争中解脱出来，使技术因被保护而更有效地发挥作用，使产权权利因被保护而发挥最大的效能，从而充分释放新质生产力的三要素的最大能量，推动新质生产力的提升。比如知识产权争议的解决，在方式的选择上，仲裁已越来越多成为市场关注的方式，这种对专利技术、版权等知识产权的保护，就是对创新的保护，就是对新质生产力的保护。

四、商事仲裁应当如何更好地为新质生产力发展服务？

深圳国际仲裁院作为法定机构，按照国家的要求，承载着建设国际一流商事仲裁中心的任务。同时，深圳被定位为国家创新型城市，在这样的背景下，我们的仲裁如何服务好新质生产力呢？我们认为可以从以下三个方面着手。

第一，以国际化创新发挥商事仲裁服务优势。

一是规则衔接的国际化。在规则创新方面，深圳国际仲裁院率先对投资仲裁作规则安排，率先以香港作为默认仲裁地，制定关于适用联合国国际贸易法委员会仲裁规则的程序指引，同时推动华南（香港）国际仲裁院制定了兼具联合国国际贸易法委员会仲裁规则和具有境内仲裁实践特色的《华南（香港）国际仲裁院仲裁规则》，设计了“深圳+香港”国际仲裁模式，深港双城，深圳国际仲裁和华南（香港）国际仲裁院双院，以双法域、双法系、双规则、双名册的差异化优势，在与粤港澳大湾区包括澳门法律机构建立合作机制的基础上，为境内外市场主体尤其是维护“走出去”企业的合法权益提供了更多的选择和保障。

二是仲裁员结构的国际化。1984年，我们开创聘请境外仲裁员的先河，首批15名仲裁员有8名来自港澳地区。目前，我们有1541名仲裁员覆盖114个国

家和地区，其中境外569名，占比36.92%，这对境外市场主体解决争议的需求及稳定国际市场环境发挥了较好的作用。

三是机制对接的国际化。在机制创新方面，我们依托首座国际仲裁大厦，目前已合作引进了包括国际商会国际仲裁院、俄罗斯仲裁中心、新加坡国际调解中心等在内的13家国际组织和境外知名仲裁机构。在美国洛杉矶设立了海外庭审中心，与世界银行国际投资争端解决中心、联合国贸法会等展开合作，并在今年出访了美国、欧洲、非洲、东南亚等地，进一步加强机制对接，拓宽中国仲裁的国际圈。

第二，以科技赋能提升智慧仲裁服务质效。我们自2001年就启动了仲裁信息化的建设，到2022年基本建成了功能完备、安全高效的智慧仲裁系统。该系统实现了全程的网上仲裁，包括立案、答辩、送达、组庭、会议，并能对接四级执行系统（VCR播放）。

第三，以高质量仲裁服务护航新质生产力发展。一是，深圳国际仲裁院走专业化服务路线，根据专业领域设立了证券、知识产权、海事仲裁中心以及建设工程、文化、体育、借贷、国际贸易等专业机构，依托这些专业服务平台提供专业的仲裁服务。二是，依托这些专业机构制定专业仲裁程序规则和指引，为不同领域市场主体提供精细的专业仲裁服务和专家服务。比如，我们制定了金融仲裁规则、海事仲裁规则、证券类案件裁判指引等，并正在制定专利仲裁程序指引。三是，制作出版证券、建设工程、知识产权等建设领域的案例集及不可抗力等典型案件的案例集，增强裁判的透明度，从而增强市场主体对争议解决结果的预期，指导市场主体在生产经营中防范风险、堵塞漏洞。

基于以上的做法，深圳国际仲裁院近年来受案数大幅增加，也受到境内外市场主体的关注，信赖度也在不断提升。2023年，深圳国际仲裁院共受理1.2万余宗案件，同比上涨45%，总争议金额达1383亿元，国际商事仲裁个案最高金额超过250亿元，这是中国迄今最大的仲裁案件，当事人涉及142个国家和地区，国际化程度稳步提升。2024年1-10月，受案1.1万余宗，同比上涨了24.7%。

深圳国际仲裁院将继续秉持以市场主体为中心的理念，不断创新机制、创新规则、创新服务、创新平台，

加快人工智能技术与业务流程相结合的应用进程，催生仲裁服务支撑新质生产力，更好地满足市场主体对

更高质量和更高效率争议解决服务的需求，促进社会、经济新质生产力的发展。



以高品质法律服务 助力新质生产力发展

○张斌 深圳市律师协会会长

一、新质生产力发展对律师业高质量发展的机遇与挑战

习总书记强调，发展新质生产力是推动高质量发展的内在要求和重要着力点。新质生产力的发展对于高质量的法律服务保障提供了迫切的需求，不仅催生了法律服务的创新和发展机遇，而且同时也为律师业带来了新的挑战。

（一）新质生产力发展对法律服务业的机遇

一是促进业务开拓。新质生产力发展伴随着新兴产业的崛起，不仅能为我们法律服务业开辟新的广阔

的市场空间，还能促进法律服务向更加专业、精准和高效的方向发展。律师可以针对新兴产业的特点需求，研发新的法律服务产品，制定定制化的解决方案，促进法律服务与新兴产业的融合发展。二是带动人才引育。新质生产力发展带动产业结构的升级和优化，同时也促使法律服务人才向多元化、复合型转变。这不仅要求法律从业者要具有深厚的法学功底，还需要掌握信息技术、数据科学等跨学科的技能，越来越多的具有科技背景和交叉学科知识的专家也会参与到行业发展中来，特别是新质生产力的企业法务就是这方面

的专家，法律服务业将迎来人才培养和职业转型的机遇。三是促进作用发挥。新质生产力的发展推动了法律服务模式的创新与变革，为法律服务业带来更多的机会。例如，参与政策制定与行业的规范，律师可以参与新兴产业的政策咨询、立法调研甚至立法起草等活动，为新领域的政策制定提供专业意见，还可以参与法律科技的研究和运用，推动行业和产业朝着更加高效、合规的方向发展。

（二）新质生产力对发展服务业带来挑战

一是增强法律服务的复杂性。新质生产力的发展催生了新的产业形态和商业模式，同时也带来了更为复杂的法律问题和需求。例如，新技术带来了新的知识产权服务，有很多新型的业务需要我们去研究。数据安全、隐私保护的要求不仅需要我们的律师具有法律专业知识，还需要具备数据处理相关的知识背景，因此新质生产力的律师需要“三懂”：懂技术、懂市场、懂产业。二是法律服务的环境动态多变。新质生产力发展促进了全球化进程的加速，加上新兴技术、新兴领域的涌现，相关的法律问题、法律法规的环境也在迅速变化，比如外脑智能、量子信息、基因技术、未来网络等未来产业将带来动力的变革和质效的变革，伴随而来可能会产生各种各样的法律风险，甚至伦理风险、国际地理政治风险。这些都需要我们律师去关注，需要我们既要掌握传统的法律知识，还需要迅速掌握新领域的法律框架、政策导向和实际需求，特别对国际环境的变化，并且能够在新产业和新技术与法律体系间找到平衡，确保服务的合规性和有效性，特别是在我国，我们肯定促进产业发展优先，在这样的背景之下如何保持产业发展和合规的平衡是一门艺术。三是法律服务模式创新的转型。科技发展促进了人工智能、大数据、区块链在法律服务业应用场景的不断拓展，智能合同审查、法律文书自动生成、法律技术分析等大技术更加广泛地应用，法律的数字化与AI大模型的结合成为了必然趋势，这些技术一定程度上提高了法律服务的效率、降低了服务成本，但对我们传统的律师和律师事务所也带来了一定的冲击，这就需要我们主动学习，并掌握新的技术、工具，律师事务所要加大科技的应用和投入，以科技赋能发展。

（三）新质生产力法律服务的基本特点

我概括了五个特点：

第一，生产性法律服务。律师的法律服务是生产性法律服务的重要组成部分，主要提供与生产活动相关的法律支持，确保企业在生产过程中合法合规，保证生产能够顺利进行，这就要求律师具有高度的专业性和实用性，以提供精准的法律解决方案。

第二，前沿性的法律服务。新质生产力涉及新兴领域、新技术、新商业模式等前沿问题，这就需要我们律师具有敏锐的洞察力和创新能力，能够提供具有前瞻性的法律建议和解决方案。比如智能驾驶，将给社会带来哪些新问题，现在研究得还不够透彻，在智能驾驶的背景下会有哪些法律责任，能产生什么样的法律服务，这些都需要前沿性的思考。

第三，前置性的法律服务，强调在问询发生前提供法律知识，通过预防性的法律措施降低风险，提供预防性和主动性的服务，这就需要我们律师具有高度的风险意识和预见能力。

第四，全过程服务，强调从企业或者项目设立、运营到终止，整个生命周期内都能够提供全方位的法律服务，需要具有全面性的特点。

第五，行业律师服务或者产业律师服务。这需要律师对特定行业的法律法规、市场规则、产业结构、行业标准有深入的了解和把握，需要一定的专业性，不仅仅是法律专业，还包括了行业知识背景，这要求律师具备深厚的行业知识和实践经验，能够提供定制化的法律服务解决方案。

二、深圳律师业服务新质生产力的现实回应

新质生产力的发展离不开高水平的法律服务的保障，深圳律师业将服务前置，将自身发展融入时代大局，在为发展新质生产力提供高品质的法律服务过程中实现自身的高质量发展，力争为新质生产力提供更加精准有力的法律服务和保障。

（一）回归专业

面对新质生产力发展的挑战和机遇，我们要坚持回归专业、服务大局的总基调，以专业引领行业发展，服务新质生产力发展。深圳市律师协会设置了80个专业委员会，其中数字经济、数据合规、区块链等专业委员会均为全国首设，我们形成了以精细化、特色化

为专业，以小切口带动业务深耕的专业建设体系，已经实现了与战略性新兴产业法律服务研究和服务全覆盖、全支撑，能给行业发展带来新的机遇。

（二）业务创新

我们坚持以创新驱动业务发展，通过举办深圳律师业务创新大赛，不断激发行业的创新活力，为深圳律师行业高质量发展增添创新的动能，目前共举办了五届业务创新大赛，激活法律服务产品350个，众多的新产品均属于新质生产力的服务产品。

（三）成果输出

我们鼓励律师深入钻研业务，拓宽知识视野，不断地提升专业素养和服务水平，引导深圳律师向服务新质生产力的方向迈进。我们编写了法律服务产品清单970项，出版实物专著16本，编写典型案例389件、业务操作指引32份、法律文书模板66份，起草和发布了高质量发展的具体行动计划6份，发挥律师在科技创新、产业升级、绿色发展、知识产权领域的专业作用，为发展新质生产力提供实用的法律服务。

（四）服务产业

我们紧紧围绕着深圳战略性新兴产业和“20+8”产业集群，助力新质生产力发展，建立了与深圳产业布局相匹配、与产业体制相融合、与产业发展同频共振的专业建设体系，增强了服务实体经济的实效。我们推出了深圳律师业与区域产业链融合发展的调研报告，成立了29个产业法律服务团，精准策应“20+8”的产业集群，下一步我们将要把法律服务业建在产业链上。

三、深圳律师业高质量发展未来的展望

一是鼓励专业律师融合发展，大力发展行业律师

或者产业律师。鼓励专业律师构建合作机制，打破领域壁垒，促进人才、知识、技能、资源的跨界合作；共同提升综合服务能力，围绕重点产业集群，大力发展行业律师，培养具有深厚行业背景知识的专业律师团队，把法律服务建在产业链上；构建产业链法律服务的新生态，实现法律服务与产业发展的深度融合，这将是深圳律师业未来杀出一条与众不同的有特色的创新之路。

二是创新法律服务模式，精准服务新质生产力。建立与相关行业协会、科研机构、大企业等合作机制，整合外部的智慧和资源，不断地探索新技术、新业态相适应的法律服务模式。

三是应用法律科技，发展法律服务业的新质生产力。鼓励律师积极学习，掌握新技术，将新技术融入到法律服务的全过程中；鼓励律师事务所构建智能化、自动化的法律服务平台，深化科技运用，提升管理运作水平，加强法律服务与科技创新的结合，促进跨境合作和研发创新，孵化更多的前瞻性、实用性的法律科技的服务产品，推动法律服务业向更高层次迈进。

发展新质生产力是战略性、全局性、关键性的重大命题，服务发展新质生产力是深圳律师事业的发展路径，也是深圳律师行业的职责使命，更是深圳律师的政治责任。服务新质生产力没有先例可循，深圳律师必须要紧跟时代步伐，发扬创新精神，不断地提升自身的专业能力和服务水平，形成与新质生产力发展相适应的法律服务体系，以优质高效的法律服务，为发展新质生产力蓄势赋能。

SHENZHEN LEGAL
SERVICES EXPOSITION
2024





低空经济与无人驾驶航空器（UAV，无人机）技术的迅速发展，推动了物流、城市交通、农业和应急救援等多个领域的变革。然而，随着无人机在这些领域的广泛应用，空域管理、数据隐私保护、法律责任认定等问题也随之显现。本文主要探讨低空经济领域无人机的法律责任、保险条款的创新与未来立法需求，并提出相应的建议，希望能为低空经济特别是无人机产业的发展提供参考。

一、低空经济产业概述

（一）低空经济的定义与应用场景

低空经济是指利用无人机和轻型航空器，在海拔1000米以下空域内开展的各类经济活动。近年来，无人机技术的飞速发展使低空经济快速扩展，广泛应用于物流配送、农业植保、城市管理、应急救援等领域。无人机的灵活性、便捷性和高效性，使其逐渐成为低空经济发展的主力工具。

深圳作为中国低空经济发展的前沿城市，汇聚了超过1500家无人机相关企业，并在2023年完成了60多万次物流配送任务，显著提升了城市管理效率和

物流配送速度。^①

（二）无人机的发展现状

无人机的应用已从军用拓展至民用领域，尤其是在中国，深圳和广州等城市已成为无人机技术研发和生产的重要基地。大疆创新（DJI）作为全球民用无人机市场的龙头企业，占据了全球市场70%的份额。无人机在物流、农业、公共安全等领域的广泛应用，为低空经济的蓬勃发展提供了技术支持。^②根据中国民航总局（CAAC）数据，2023年中国低空经济的市场规模已达5000亿元人民币，预计到2030年将突破2万亿元。^③

二、低空经济的主要法律框架

（一）中国无人机法律规制的现状

2024年1月1日，《无人驾驶航空器飞行管理暂行条例》正式实施，为该领域的规制，提供了系统的法律法规依据，该条例涵盖无人机的空域管理、飞行许可、数据隐私及责任保险等。该条例要求所有商用无人机飞行须获得空域管理部门的批准，并且操作员需具备相应的资质。

在中国，无人机空域管理是法律框架中的核心问题。特别是军民两用空域，未经许可的飞行行为将被视为违法操作，会受到相应处罚。此外，数据隐私保护和责任认定也是无人机操作中亟待解决的法律问题。

（二）《深圳经济特区低空经济产业促进条例》的创新

深圳市在全国率先颁布了首部低空经济产业促进专项法规——《深圳经济特区低空经济产业促进条例》，该条例明确了低空经济的产业规划、空域管理、技术研发及应用等各个方面，并鼓励无人机企业通过技术创新推动产业的快速发展。该条例还规定了政府的政策支持，尤其在无人机产业链的搭建和国际合作上，政府将通过各类措施推动深圳成为全球低空经济的中心城市。该条例的实施，为无人机产业的合规性、空域使用、技术创新等提供了法律法规依据，也为全国其他地区的低空经济立法提供了借鉴。

三、无人机保险产品创新与分析

（一）无人机保险市场现状

无人机保险是无人机运营中重要的风险保障工具。《深圳经济特区低空经济产业促进条例》规定，所有商业飞行的无人机必须购买责任保险。该政策的推出，保障了无人机在飞行过程中对第三方的损害赔偿，同时推动了无人机保险市场的繁荣。

目前，各大保险公司提供的无人机主要险种包括机身险和第三者责任险，覆盖了无人机在飞行事故中造成的设备损坏和责任赔偿。

（二）无人机保险条款的免责问题分析

尽管无人机保险市场在快速发展，但在实际操作中仍存在一些条款争议和理赔难题，特别是在责任范围和赔偿条件上。例如：

1. 失联不在承保范围：无人机失联是常见问题，但部分保险条款明确将失联排除在赔偿范围之外。投保人需特别留意此类条款，确保飞行操作和设备维护符合规定。

2. 操作人员资质要求：无人机保险条款通常规定，操作人员必须具备合法资质，若操作人员资质不符，保险公司将不承担赔偿责任。因此，确保操作人员资质

合规对于投保人至关重要。

3. 电池管理规定：若无人机操作时未对电池电量报警采取及时措施，保险公司可拒绝赔偿。投保人需确保操作员在飞行过程中严格遵守电池管理规定。

（三）保险产品的创新方向

未来无人机保险产品应进一步创新，设计出更加定制化和灵活的保险方案，以适应多样化的无人机应用场景，以下是几个方向的创新建议：

1. 场景化保险产品：根据不同无人机应用场景（如农业、物流、应急救援等）设计定制化保险产品。例如，农业无人机的保险可以覆盖设备损坏和作业责任，而物流无人机则更侧重于第三方责任险。

2. 动态保费模式：基于无人机的实时飞行数据、飞行区域和操作时长，动态调整保费，这一创新将使无人机保险更加灵活、经济。

3. 数据安全与网络攻击保险：随着无人机的联网功能增强，数据泄露和网络攻击的风险增加。保险公司应开发针对数据安全的保险产品，保障无人机在数据传输和存储过程中受到网络攻击时的经济损失。

四、典型案例分析

（一）无人机坠毁与保险免责未获支持案^④

1. 案例背景

2019年2月27日，辽宁某科技公司为一台价值130万元的无人机投保，保险合同明确规定无人机型号需与保险标的相符，且操作员必须具备合规资质。在一次合法飞行任务中，无人机失联并坠海。保险公司以无人机型号无法确认和操作员资质不符为由拒绝赔付。法院认为保险公司未能提供足够证据证明免责条款的适用条件，判决保险公司支付89.7万元保险金。

2. 法律分析与启示

审理法院认为，“……免责条款对‘国家关于民用无人机管理相关规定使用、操控无人机’的具体内容未作出明确规定，无证据证明上诉人对该免责条款作出过明确解释，不能由此得出操控案涉无人机的驾驶员必须具备垂直起降固定翼IV超视距驾驶员或教员资质，否则保险公司不予赔付的内容。且《民用无人机驾驶员管理规定》并非法律或行政法规，仅为咨询通告，

* 陆俊辉，广东智阔律师事务所律师，主要从事涉外移民法律、地产金融、物流保险等领域民商事诉讼与仲裁法律业务。

①数据来源：CHINA DRONE EXPO SHINES SPOTLIGHT ON THE ‘LOW-ALTITUDE ECONOMY’，网址：https://dronexl.co/2024/05/25/china-drone-expo-low-altitude-economy/#google_vignette。

②参考来源：International Airport Review：China’s low-altitude economy is expanding with drones and eVTOL，网址：<https://www.internationalairportreview.com/news/227450/chinas-low-altitude-economy-is-expanding-with-drones-and-evtol/>；新华社：Low-altitude economy takes off in China’s Shenzhen，网址：<https://english.news.cn/20240112/b00025d1b5944f63b30c5cfa4a65af12/c.html>。

③参考来源：China’s low-altitude economy is expanding with drones and eVTOL，网址：<https://www.internationalairportreview.com/news/227450/chinas-low-altitude-economy-is-expanding-with-drones-and-evtol/>。

④案例来源：裁判文书网：（2022）辽02民终2273号民事判决书。

在厂家已出具证明证实操作团队人员经过固定翼无人机操作培训具备操作能力的情况下，不能仅据此通告就认定案涉无人机操作人员不具备相应操作资质。故上诉人的此项上诉主张不能成立，依法不予采纳。”

因此，保险免责条款应具有明确的适用范围，保险公司在未对条款做出充分解释的情况下，不得拒绝赔付。这为保险公司制定免责条款提供了重要法律参考，保险人确保免责条款的合理性与透明度。

（二）无人机与车辆碰撞案^⑤

1. 案例背景

2012年9月，某无人机公司在公路上操作无人机时与陈某驾驶的车辆发生碰撞，造成双方设备和车辆的损坏。无人机公司要求陈某承担赔偿责任。然而，法院认为无人机公司未按《通用航空飞行管制条例》的规定申请空域使用许可，且未采取必要的安全措施，最终判定无人机公司应承担事故的主要责任。

2. 法律分析与启示

该案件表明，操作无人机时必须遵守国家空域管理规定，无人机操作者不仅需要取得飞行许可，还应采取足够的安全措施，避免危及其他交通工具或行人。如果因未遵守法律法规而导致事故发生，操作员可能需承担大部分责任。无人机的责任认定主要依赖于是否遵守了操作规定和安全要求。

（三）无人机黑飞治安管理处罚案^⑥

1. 案例背景

2024年1月中旬，余姚市公安局巡特警大队民警谢铨创在日常巡查中发现，有人在某短视频平台利用无人机进行航拍直播。通过直播画面，他一眼认出这是在余姚主城区，而通过直播画面中的操作界面显示，该无人机的飞行高度已经远超120米，属于未经审批在管制空域飞行，涉嫌“黑飞”操作，当晚7时30分许，通过综合技术研判，警方很快锁定了该无人机操作人员的具体位置，谢铨创在中山北路附近发现了“黑飞”嫌疑人周某，最终，余姚公安根据《无人驾驶航空器

飞行管理暂行条例》第十九条和五十一条规定，依法对周某的“黑飞”行为处以罚款200元。

2. 法律分析与启示

各单位和个人飞行无人机应依法合规飞行，应严格遵守《无人驾驶航空器飞行管理暂行条例》等规定，安全有序飞行是每一个飞手应当的责任与义务。对于违法违规飞行，公安机关将依据相关法律法规予以处罚，构成犯罪的，将依法追究刑事责任。

（四）无人机偷拍涉及侵犯他人隐私案^⑦

1. 案例背景

2024年8月17日2时许，漳州市公安局指挥中心接群众举报漳州市区某广场附近有一架无人机频繁出现怀疑有异常，漳州警方迅速到场核查，据举报人提供的视频线索，该无人机多次深夜出现对着楼层房间长时间悬停，警方初步判断该无人机可能涉嫌侵犯他人隐私，鉴于无人机操作手位置不明，警方立即请求警航执勤组技术支援，并在周边展开搜索，警航执勤组通过反制设备拦截无人机信号，使其迫降，警方搜索发现并控制一名无人机飞手，经查该无人机内存有多段涉及他人隐私的视频。

2. 法律分析与启示

此案例揭示了无人机在个人隐私保护方面的潜在法律风险，尽管无人机技术的广泛应用为城市管理和监控提供了新的技术手段，但无人机在未经许可的情况下对私人住宅或其他隐私区域进行拍摄，可能构成隐私权的侵犯。未来的法律应对无人机数据采集做出更明确的规定，尤其是在航拍过程中涉及个人隐私信息时，必须获得事先许可或遵守特定的数据保护规定。

（五）无人机非法飞行与国防安全案件^⑧

1. 案例背景

2022年11月28日10时许，河北某测绘院公司未经空域管理部门批准，擅自安排操作员在军事空域进行无人机飞行，严重影响了军事空域的安全。军方发现该飞行任务后采取了紧急应对措施，造成了国防

资源的损耗。法院最终判定该公司和操作员共同承担国防资源的赔偿责任。

2. 法律分析与启示

无人机在军事空域飞行时需要格外谨慎，尤其在涉及国家安全的敏感空域，任何未经许可的飞行行为均可能导致严重后果。该案例凸显了在无人机管理中空域分配的重要性。操作人员必须严格遵守飞行空域的审批程序，否则不仅会对国防安全造成威胁，还可能面临严厉的法律制裁。

（六）利用无人机骗保案件^⑨

1. 案例背景

2021年12月，蔡某通过伪造无人机飞行事故，骗取无人机售后赔偿，他购入二手无人机，伪造飞行数据，累计骗得24台新无人机，涉案金额达到25万元。法院最终以诈骗罪判处蔡某有期徒刑，并处罚金。

2. 法律分析与启示

该案例揭示了无人机售后理赔过程中的漏洞。尽管无人机的飞行数据记录可作为事故赔偿的依据，但数据篡改和伪造仍是保险公司面临的风险。保险公司应加强对飞行数据的真实性审查，使用更加精密的技术手段确保数据安全，避免出现伪造数据的情况。这一案件提醒无人机制造商和保险公司在提供售后服务时，需加强风险防控机制，确保理赔流程的公平性和合法性。

五、法律优化与立法建议

（一）空域管理的优化与立法建议

现有的空域管理系统较为复杂，审批时间过长，限制了无人机的灵活应用，尤其是在长距离物流和空中出租车等新兴领域。未来的立法应进一步简化空域管理的审批流程，推动建立数字化空域管理平台，实现在线申请和审批的快速化处理。此举将有助于降低无人机商业运营中的行政负担，提高其运营效率。

此外，立法应推动军民空域的共享机制，特别是在城市区域的低空飞行中，军用空域和民用空域的有效协调将提高无人机运营的灵活性。同时，为保障安全，行政监管单位应加强无人机空域管理与安全监督的技术手段，利用无人机识别技术和实时监控系统进行智能化管理也是必要的。

^⑨深圳市人民检察院《伪造飞行事故，骗赔无人机20多台！》，网址：http://www.shenzhen.jcy.gov.cn/Garden/result/Copy_84/Copy_88/6846.html。

^⑤案例来源：裁判文书网：（2014）厦民终字第3864号民事判决书。

^⑥案例来源：宁波公安：《宁波首例！无人机“黑飞”还敢开播，余姚公安开具首张罚单》，网址：http://gaj.ningbo.gov.cn/art/2024/1/22/art_1229027036_58926548.html。

^⑦案例来源：光明网：《无人机偷拍！漳州一男子被查处！》，网址：<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1808589019946847383&wfr=spider&for=pc>。

^⑧案例来源：最高人民检察院：《最高检发布检察机关依法维护国防利益、军人军属合法权益典型案例（事）例以检察能动履职为强军事业提供司法保障》案例五，网址：https://www.spp.gov.cn/xwfbh/wsfbt/202407/t20240731_662012.shtml#2。

随着内地与香港在经济、文化及社会等领域的深度融合，两地居民的跨境投资与资产配置日益普遍，与之相伴的跨境继承问题也日益复杂化。本文拟从香港居民拟继承内地遗产的法律适用、继承人范围、继承顺序和份额、程序性要求及其法律协作等方面进行探析，旨在为内地律师与香港律师通力合作，共同帮助香港居民顺利完成内地遗产继承提供建议和参考。

一、继承无遗嘱者的内地遗产

（一）法律适用

法律适用是跨境继承案件的核心问题。《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第三十一条规定，“法定继承，适用被继承人死亡时经常居所地法律，但不动产法定继承，适用不动产所在地法律。”第三十六条规定，“不动产物权，适用不动产所在地法律。”

根据前述法律规定，在无遗嘱的情况下，香港居民继承内地的不动产的，适用《中华人民共和国民法典》（以下简称“民法典”）的相关规定；若继承的是动产（包括但不限于现金、存款、公司股票或个人财物等），则适用无遗嘱者在去世当日的户籍地之法例，即适用《香港法例》第73章《无遗嘱者遗产条例》中的相关规定。

（二）受益人范围及顺序

若继承的是不动产，则适用民法典的相关规定，第一继承顺位为配偶、子女及父母，第二顺位则为兄弟姐妹、祖父母及外祖父母。

若继承的是动产，则根据《无遗嘱者遗产条例》第4条的规定，香港地区的继承人范围包括配偶、子女、父母、全血亲兄弟姐妹、全血亲兄弟姐妹的子女（甥侄）、半血亲兄弟姐妹、（外）祖父母、伯叔舅姨。

（三）继承人份额

在无遗嘱继承的情况下，若继承的是不动产，根据民法典第一千一百三十条的规定，同一顺序继承人继承遗产的份额，一般应当均等；对生活有特殊困难又缺乏劳动能力的继承人应当予以照顾；对被继承人尽了主要扶养义务或者与被继承人共同生活的继承人可以多分；有扶养能力和有扶养条件的继承人，不尽扶养义务的，应当不分或者少分；继承人协商同意的，也可以不均等。

在无遗嘱继承的情况下，若继承的是动产，则继承分配份额颇为复杂。根据《无遗嘱者遗产条例》第4条，主要包括以下几个类型：

1. 只遗有配偶，未遗有子女 / 父母或全血亲兄弟姐妹（或其后嗣）

在无遗嘱者只遗有配偶，而未遗有子女、父母或全血亲兄弟姐妹（或其后嗣）的情况下，其配偶可以继承无遗嘱者的全部剩余遗产，但应先从中适当支付丧葬费、遗产管理费、债项及其他法律责任中须履行的金钱给付义务。

值得注意的是，若已经香港法院作出有效分居裁决且两人仍在分居期间的配偶，无权就无遗嘱者的遗产提出要求。

2. 遗有配偶及子女

在无遗嘱者遗有配偶和子女的情况下，按照如下方案进行继承：

（1）无遗嘱者配偶先取得无遗嘱者的非土地实产的绝对权益，包括家具、衣服、装饰品、各类消费品、汽车等（不包括专用于商业或业务的资产）；

（2）无遗嘱者配偶自无遗嘱者的剩余遗产（不包括非土地实产）中，取得50万港元的净款额，连同利息（无遗嘱者去世之日起算）记在配偶名下；

（3）在作出上述两项的款项安排后，剩余遗产（不包括非土地实产）再分成两半，一半分发给无遗嘱者配偶，另一半分发给无遗嘱者子女。婚生子女和非婚生子女享有同等继承权；按照香港法律规定，办理了领养（收养）程序的，养子女和养父母之间对对方享有继承权。

（4）无论无遗嘱者是否遗有父母或全血亲兄弟姐妹或其后嗣，这些人员均不享有继承权。

3. 遗有配偶和父母或全血亲兄弟姐妹（或其后嗣），未遗有子女

在无遗嘱者遗有配偶和父母或全血亲兄弟姐妹（或其后嗣），而无遗有子女的情况下，按照如下方案进行继承：

（1）无遗嘱者配偶可先取得无遗嘱者的非土地实产的绝对权益；

（2）无遗嘱者配偶自无遗嘱者的剩余遗产（不包括非土地实产）中，取得100万港元的净款额，连同利息（无遗嘱者去世之日起算）记在配偶名下；

（3）若还有剩余遗产，则再分成两半，一半分发给无遗嘱者配偶，另一半分发给无遗嘱者父母。若留有父母二人，则父母平分；若只有父母其中一人，父或母单独享有该份额。若父母皆不在世时，则父母的部分留给无遗嘱者全血亲兄弟姐妹。若父母及全血亲兄弟姐妹皆不在世时，则留给无遗嘱者全血亲兄弟姐妹的后嗣。

4. 遗有子女及父母，未遗有配偶

在无遗嘱者遗有子女和父母，而无遗有配偶的情况下，由无遗嘱者的子女继承全部遗产。无遗嘱者的父母不享有继承权。

5. 只遗父母，未遗有配偶或子女

在无遗嘱者只遗有父母，而无遗有配偶或子女的情况下，则父母可以继承无遗嘱者的全部剩余遗产。若留

有父母二人，则父母平分；若只有父母其中一人，父或母单独享有该份额。

6. 无配偶、无子女、无父母

若无遗嘱者未遗有配偶、子女、父母，则继承遗产的优先顺序依次为无遗嘱者的全血亲兄弟姐妹、半血亲兄弟姐妹、（外）祖父母、伯叔舅姨。

综上，根据《无遗嘱者遗产条例》的相关规定，无遗嘱者的遗产继承优先保护无遗嘱者配偶和子女的权利，而并不特别惠及无遗嘱者的父母。

（四）遗产管理人

无遗嘱者死亡后，需由申请人向香港高等法院申请遗产管理授予书（letters of administration），之后申请人才能以遗产管理人的身份将遗产依法分配给受益人。

如遗产涉及未成年人权益及或终身权益，则遗产管理授予书必须发给不少于两名申请人。遗产管理授予书不得发给未满21岁的申请人，且遗产管理人不能超过四人。

拟向法院申请遗产管理授予书的申请人优先次序为：无遗嘱者的配偶、无遗嘱者的子女、无遗嘱者的父母、无遗嘱者的兄弟姐妹（依次为全血亲或半血亲）。遗产管理书的申请应该由享有较高优先权的人士提出，如果享有较高优先权的人士已去世或放弃获得遗产管理书的权利，享有较低优先权的人士必须向遗产承办处提交有关享有较高优先权的人士已死亡或放弃权利的证据，便可获得遗产管理书。

二、继承无遗嘱者的内地遗产之案例分析

（一）基本案情

香港居民张先生在香港去世，未留下遗嘱。张先生的配偶李女士及儿子发现张先生在深圳留有银行存款和一处不动产，李女士想要继承内地的全部财产，张先生的儿子拟放弃继承。

（二）法律分析

根据《已婚者地位条例》，香港的夫妻以个人财产制为常态。鉴于张先生系香港身份且在香港去世，首先应适用香港法律来判断张先生名下在深圳的银行存款和不动产是否系张先生的个人财产。若属于张先生个人的财产，才发生无遗嘱下的继承。

其次，因为张先生的遗产涉及动产和不动产，就银行存款部分的继承应适用香港法律，而不动产继承则适

香港居民继承内地遗产的法律实务分析

○杨彤彤* 上海市锦天城（深圳）律师事务所

* 杨彤彤，上海市锦天城（深圳）律师事务所律师，擅长处理私人财富管理、民商事重大争议解决、企业合规等业务，系第十一届深圳市律师协会家族财富管理专业委员会委员、广东省涉外律师新锐人才、深圳市遗产管理人律师。

用民法典的相关规定。

（三）具体继承流程

1. 李女士向香港高等法院遗产承办处提交相关亲属关系证明，申请遗产管理书。
2. 遗产承办处核查是否有关于无遗嘱者的遗产承办申请及《知会备忘》纪录。
3. 李女士委托具有中国委托公证人资格的香港律师向香港律师公会发出通告，查询无遗嘱者有否在香港律师会会员处立下遗嘱。
4. 李女士获得香港高等法院遗产承办处发出的《letters of administration》，成为遗产管理人。
5. 由具有中国委托公证人资格的香港律师根据遗产管理书，为李女士出具《亲属关系及遗嘱状况声明书》，为李女士的儿子办理《放弃继承遗产声明书》，并办理张先生的死亡证明公证。
6. 第五项的相关公证文件递交中国法律服务（香港）有限公司加签认证。
7. 上述文件经公证和认证转递后，李女士向深圳公证机构申请办理继承权公证手续。内地公证处会提供查册证明给继承人，对无遗嘱者的遗产进行查册。
8. 李女士持继承权公证书提取银行存款、办理房产过户手续。

三、以遗嘱方式继承内地遗产

（一）适用法律

《涉外民事关系法律适用法》第三十二条规定，“遗嘱方式，符合遗嘱人立遗嘱时或者死亡时经常居所地法律、国籍国法律或者遗嘱行为地法律的，遗嘱均为成立。”第三十三条规定，“遗嘱效力，适用遗嘱人立遗嘱时或者死亡时经常居所地法律或者国籍国法律。”

香港条例第 30 章《遗嘱条例》第 24 条规定：“遗嘱的订立如符合该遗嘱订立之地的领域所施行的本土法律，或符合在该遗嘱订立时或立遗嘱人去世时该立遗嘱人以其为居籍或惯常居住的领域的本土法律，或符合在上述订立时或立遗嘱人去世时立遗嘱人是其国民的国家所施行的本土法律，即视为正式订立”。

根据前述法律规定，继承动产会受无遗嘱者在去世当日的居籍地之法例所规管。如果确定的准据法是内地法律，则按内地法律进行审查，办理遗嘱继承手续；如

果确定的准据法是香港法律，则需要由香港高等法院进行检定。

香港条例第 30 章《遗嘱条例》第 25 条规定：“……(b) 处置不动产的遗嘱，而该项订立须符合财产所在领域的本土法律”，因此，若以遗嘱方式继承内地不动产，则继承事项上适用民法典的相关规定。

（二）香港地区有效遗嘱的认定条件

相对于内地较为严苛的遗嘱形式要求，香港地区法律就遗嘱形式要求相对宽松，并未严格区分遗嘱类型。据香港《遗嘱条例》第 4 条、第 5 条可知，订立有效遗嘱的要件包括：

- （1）满 18 周岁的成年人，或已婚（≥ 16 周岁）或服役于海军、陆军或空军的人员及海上的船员或海员；
- （2）书面订立；
- （3）立遗嘱人有订立遗嘱意愿；
- （4）由立遗嘱人签署遗嘱，或由其他人在立遗嘱人面前并依其指示签署；
- （5）2 名或 2 名以上同时在场的见证人见证立遗嘱人签署遗嘱，但无须符合任何见证的格式。

值得注意的是，香港地区立遗嘱人所立遗嘱效力与其婚姻状况有直接关系，遗嘱可随立遗嘱人婚姻状况的变化而被撤销。根据《遗嘱条例》第 14 条规定，除非遗嘱人订立遗嘱时明确写明其所立遗嘱不因后续结婚而撤销等约定，否则立遗嘱人于订立遗嘱后缔结婚姻，该婚前所订立的遗嘱即予撤销。另外，立遗嘱人的财产属于个人财产还是夫妻共同财产的问题，也需先适用香港法律予以判断。

（三）遗嘱执行人

在立遗嘱人死亡以后，先由在遗嘱中指定的遗嘱执行人向香港高等法院申请“遗嘱认证”。获得遗嘱认证后，由遗嘱执行人根据遗嘱的指示，收集、管理和占有遗产中的资产，及根据遗嘱要求分配遗产和收益。如遗产涉及未成年的受益人及或享有终身权益的人，则遗嘱认证必须发给不少于两名人士。

建议立遗嘱人在遗嘱中指定遗嘱执行人时，应最大程度地明确遗产管理人的具体职责及遗产管理人处理的财产范围和原则。比如，明确约定“遗嘱执行人有权处理香港及香港域外其他地区的财产”或“遗嘱执行人仅处理香港境内的财产而不涉及香港域外的财产”。

四、遗嘱继承内地遗产之案例分析

（一）基本案情

香港居民黄先生去世了，黄先生曾在香港立有一份遗嘱，遗嘱写明内地的一处不动产由其儿子小黄先生继承。

（二）具体继承流程

1. 遗嘱执行人持遗嘱向香港高等法院遗产承办处申请“遗嘱认证”，遗嘱认证会载明遗嘱执行人。
2. 将香港高等法院遗产承办处出具的“遗嘱认证”转交中国委托公证人进行公证，并出具《亲属关系及遗嘱状况声明书》、确认内地不动产为立遗嘱者个人财产的《声明书》，以确定小黄先生继承人的身份。
3. 上述文件由中国法律服务（香港）有限公司进行转递。
4. 持继承权公证书将不动产过户登记至小黄先生名下。

五、注意事项

（一）内地公证机关对“遗嘱有无取消缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人的继承权”有特殊要求

根据司法部公证律师司《关于如何确认香港高等法院遗嘱检定书事的复函》的要求，在当事人申办遗嘱继承公证时，公证机关应对遗嘱进行检验，包括遗嘱有无取消缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人的继承权等。

对于“遗嘱有无取消缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人的继承权”这部分内容，不会体现在香港转递过来的任何法律文件里。这需要内地律师配合内地公证员在笔录中重点问询，并结合法定继承人的年龄、生活来源等情况进行综合判断。

（二）对于在内地的遗产，香港居民尽量不要订立遗嘱信托类的文件，而是在遗嘱中直接表述“由何人继承”

有部分香港居民在香港订立遗嘱时，偏向选择用信托的方式来传承财产。然而，在内地银行提取立遗嘱者的存款时，银行会要求持继承权公证书，以继承人身份才能提取立遗嘱者名下银行存款。在进行不动产过户时，内地不动产登记部门也会要求持继承权公证书或法院有关判决书才能办理过户。然而，在当事人申请办理继承公证时，内地公证处无法将信托关系中的受托人直接认定为继承人，也无法将遗嘱执行人直接认定为继承人。

因此，建议香港居民在香港订立遗嘱处分内地财产时，尽量不要订立为遗嘱信托类的文件，而是在遗嘱中直接表述“某某财产由何人继承”，以便日后在内地公证机构顺利办理继承公证手续。

（三）向香港高等法院申请“遗产承办程序”是香港居民继承遗产的必经程序

根据香港法律，在无遗嘱的情况下，除非遗产价值不超过港币 15 万，且由现金、银行存款或强积金组成，则可根据简易程序申请由遗产管理官对遗产进行管理，否则都应向香港高等法院申请获得《遗产管理书》。而订立有遗嘱的情况下，都要先进行“遗嘱认证”。

（四）除非系唯一继承人，否则不建议香港居民在内地订立遗嘱处分内地遗产

如果香港居民在内地公证处订立遗嘱，在立遗嘱者死亡后，继承人办理继承权公证时，内地公证处会向有继承权的家庭成员逐一确认该遗嘱是否为立遗嘱者最后一份生效的遗嘱。而关于遗嘱是否有效的认定，适用的是立遗嘱者所在地的法律，即香港法律。内地公证处需要查明涉外法律，同样也需要香港律师出具《亲属关系及遗嘱状况声明书》等相关公证文件。而香港与内地在夫妻共同财产的界定、继承人的范围、继承顺序和遗产的分配规则、遗产代理人制度上存在很大的差异。所以，除非继承人是唯一的且无争议的，否则笔者不建议香港居民在内地公证处订立遗嘱。

（五）关于内地公证处的选择和管辖要求

在办理继承权公证时，对于不动产继承公证，由不动产所在地的公证处办理。当存在多个不动产且不在同一城市时，需要在各个不动产所在地（城市）的公证处分别办理。办理动产的继承公证，可以经过同银行等动产所在的管理或登记机构沟通后，再选择方便办理的公证处办理。

（六）内地律师在办理两地继承案件时应具有全局思维

跨境继承案件常常需要内地与香港律师通力合作。两地律师应充分考虑法系冲突和实践障碍，结合两地法律规定和当事人的实际情况，在现行法律制度框架下，提出最有利于委托人且切实可行的解决方案，最大程度上避免遗产继承的不确定性，使被继承人的真正意愿得以实现。

青年律师还需要学请求权理论吗

○刘悉琳* 马克思普朗克公法研究所

刘志威* 北京观韬(深圳)律师事务所

请求权是一个所有法律人都不陌生的概念。王泽鉴先生的“天龙八部”中，绝大多数人也是从《请求权思维》一书选择入手，当然大多数人也是止步于这本书。民总课上，教授夹杂着零零碎碎的德语讲着温德莎伊德的请求权观点是什么，穆特的观点又是什么，大脑经过复杂的德语和中文术语冲击过后，脑子里只依稀记得古董花瓶。九民纪要让请求权不再是民法爱好者的自娱自乐，从学界到实务界纷纷兴起一番请求权学习热。一时间法庭辩论上频频能听到“你有请求权基础吗？”颇有嘻哈歌手问“你有Freestyle吗？”的感觉。正如Freestyle和正式的音乐专辑相比犹如花拳绣腿一样，请求权基

础也被众多实务界人士认为是摆在精密民法殿堂中的花瓶。“请求权理论”听起来高大上，但鲜有中国律师用这一理论做案子。本文探讨请求权理论在中国司法实践中的应用价值，将从为什么会对请求权理论质疑及请求权理论和类案分析的区别展开讨论，分析其在法律教育和诉讼策略中的实际意义。

一、请求权理论的法学教育现状

请求权热潮看似引发了重大的变革，助推中国司法朝着专业主义大幅度前进。但是这一理论存在着表面革新，实质上并没有对我国的诉讼实践产生较大的影响。首

先，司法裁判界还停留在请求权概念混淆的层面。^①更为关键的是我国的民法教育仍存在着严重与实务脱节的问题。就请求权理论而言，我国大部分学校未将请求权理论作为授课重点，只是对这一个概念进行引入，甚至有部分法学授课水平较低的学校没有将请求权理论作为授课内容。即使部分法学强校将请求权理论作为重点进行授课，也只是以民法授课中重点讲解或者开设案例分析导向的专门请求权课程，这一过程中请求权方法更多是作为一种民法分析方式来教授，缺少与程序法的衔接，也未与具体的法律文书写作对齐。请求权的纸面狂欢没有实际地对法学教育产生影响，大部分法学生对请求权的理论是模糊的，小部分理解的学生也缺乏实际应用能力，名词解释、简答题中概念默写得得心应手无法转化为在起诉状、答辩书等真正法律文书中的运用自如。

二、类案检索对请求权理论的替代效果

那么法学生刚踏出校门是如何起草法律文书的呢？——模仿。因法学院相应教育的缺失，法学生的法律文书学习往往是在律师、法院等实务机构完成的。但是模仿的范围不仅仅是文书的写作内容，这一过程中模仿学习的还有案件处理的思路。相较于利用物债体系去分析一个案件，直接看同类纠纷是如何裁判更为方便。抖音、小红书等社交媒体会有律师分享案件思路，各大律所、法院的公众号文章为类型案件的处理提供了指引。最关键的是裁判文书网上公开了绝大多数的文书，通过检索更容易找到与案件几乎没有差别的案件。较为常见的案件类型可以找到同一法院甚至同一位法官此前作出的裁判。这些相似的判决不仅仅可以为律师提供案件的诉讼思路，类似的判决对法官独立作出判断有巨大影响。在司法系统内部推广同案同判、要求法官做到“类案检索”，扩大了这一影响。类案成为了律师的制胜法宝，律师无须在庭审过程中辩论，只需要说“有类案，那个案子和这个案子某某法院就是这样判的。”“审判长，您也不想最高院知道您同案异判吧。”

和依照请求权次序检索相比，和精妙绝伦但逻辑犹如迷宫般复杂的潘德克顿体系相比，找不同可太轻松了。

律师无须懂太多法，只要有足够的耐心，总能找到类似的判决，秘塔检索等法律AI起到简化这一流程的作用。充分发挥拿来主义精神，换一下主体，调整一下金额，一个起诉状就完成了。正是类案参考的广泛应用，成为最高院想要关停裁判文书网之时，受到律师群体的强烈谴责的重要原因。依赖这一网站的律师不能失去他们的“导盲犬”，没有了类案作参考，在民法迷宫之中撞得头破血流。案多人少及行政事务等因素也使得法官缺少精力仔细地审理案件，既然律师提供了判决，又何必劳神费力地进行分析。同案谈判和类案提供的工作压力的减轻也在助推法官直接地参考现有判决，即使后续被推翻问责，参考类案也可以成为减轻被改判责任的防火墙，就此形成了一个极具特色的粗糙的遵循先例的模式。

三、请求权理论的实践意义

既然如此，法学生还需要学习请求权理论吗？笔者认为，如果目的只是从事民间借贷、容易的交通事故纠纷、简单的家事纠纷等，确实缺少学习请求权理论的必要。如果目的是想要成为一个优秀的争议解决律师，请求权理论的运用是必不可少的。

首先，现有判例不足以类似判例法国家遵循先例的模式进行参考。绝大多数法学生阅读我国的判决，就会产生一个感觉：太简洁了。除非社会重点关注案件或者法官想要利用这个文书参与评比的案件之外，鲜有法官在判决书内进行详细说理，因而存在大量对判决的说理不详细进行批评的声音。^②笔者认为，我国判决本就无须进行详细说理，判决的说理也没有法律效力。从我国的诉讼制度来看，判决的既判力仅限于判决的主文，说理部分不具备裁判效力。^③在没有引入争点效理论之前，说理部分更显得缺少意义。从程序法角度看，说理部分甚至可以不用写。说理部分为数不多的意义更多是止诉息讼，让缺少法律智识的当事人更好地接受判决。面对没有像英美判例一样详细，显得中国司法文书观点简洁。笔者认为，我国裁判界对说理部分长度的要求，更多是指标考核习惯的延伸，简单地将长度和专业性挂钩。

相反，判例法体系下，判决说理部分具备既判力。

①金晶：《请求权基础思维：案例研习的法教义学“引擎”》，载《政治与法律》，2021年第3期。

②庄绪龙：《裁判文书“说理难”的现实语境与制度理性》，载《法律适用》2015年第11期。

③李龙：《论民事判决的既判力》，载《法律科学》1999年第4期。

*刘悉琳，马克思普朗克公法研究所助理研究员，德国海德堡大学法学博士。

*刘志威，北京观韬(深圳)律师事务所实习人员，主要业务领域：民商事争议解决、城市更新。

因为具备既判力裁判生效后作为先例被参考，才会在说理部分非常详细地论述，以便后者判断是否构成类案。也正是前者的说理部分足够精细，才可以被当作先例来被参考。既判力范围的区别成为判例法和成文法的生殖隔离。^④我国简略的说理会出现在正确判决（假设）下的同案异判的现象，粗略地说理让第三者视角看上去两个案子是同案。但是具备一种可能性是，前案存在部分没有在说理部分体现的细节，而后案也会存在其他未在说理部分体现的细节，影响法官在合理合法的自由裁量权范围内判断。因此会出现两个正确的在判决书上看似是类案但大相径庭的判决。^⑤笔者认为，正因不同法系的判决说理部分颗粒度不同，颗粒度过高导致判决内传达的严谨的经过验证的信息不足使得无法被参考。

正是我国的既判力仅限主文的诉讼制度，使得请求权理论格外重要。正如前文所述，唯一具备既判力的是判决的主文。显然判决的主文是以当事人的诉讼请求及反诉请求（下文简称“诉讼请求”）为基础制作，主文的形成是面对诉讼请求投票，有支持、不支持、部分支持三个选项供法官选择。^⑥这是一个等额选举，除却一些法律规定的例外情形，法官只能在诉讼请求的范围内进行判断。法官的职责就是根据诉讼请求逐一判断是否成立。如果因起诉方的疏忽，缺少部分请求、诉讼请求错误或者在竞合的情形下选择了较为不利的诉讼请求，受制于处分原则法官即使在审理过程中发现上述问题，无法作出超越诉讼请求范围的裁判。我们可以作出一个武断的判断，一起诉讼案件中最为关键的就是确定精准的诉讼请求。诉讼请求的不准确就像是扣错了第一颗扣子，后续工作再完美也是错的。即便是在起诉状的事实与理由部分有提到正确诉讼请求抑或是在法庭辩论、答辩状中有所补充也无济于事，参照类案难以帮助确立准确的诉讼请求。以合同纠纷为例，公布的判决中未披露案涉合同的具体内容，单看判决我们无法了解合同中赋予双方的权利义务是什么，无法了解这一案件是基于什么考量制定这样的诉讼请求。简单地参照其他案件的判

决极容易遗漏其代理纠纷中涉及合同所赋予的权利，从而制定错误的诉讼请求。

诉讼请求（标的）是原告在诉讼上所为一定具体实体法之权利主张。先抛开确认之诉，请求权理论可以帮助律师更精准地制定形成之诉和给付之诉的诉讼请求。在给付之诉上，首先，请求权理论帮助权利人明确诉讼请求的法律依据，通过分析请求权的来源和内容，使诉讼请求更加清晰和有力。其次，请求权基础理论可以细化诉讼请求的具体内容，确保其可操作性和可实现性。此外，该理论帮助权利人区分不同类型的请求权，以制定有针对性的诉讼请求，并明确各项请求的优先次序和逻辑关系，从而增强诉讼的合理性和说服力。请求权基础理论还帮助识别附随请求，使诉讼请求更为全面，避免二次诉讼，提高诉讼效率。^⑦简单地参照类案难以达到精确且不遗漏诉讼请求的效果。请求权理论虽然叫请求权理论，但是这种思维方式也可以帮助精准判断形成权，尤其是在合同中约定的解除权和法定解除权之间的适用判断。制定正确的形成之诉的诉讼请求可以实现绕过除斥期间限制的效果。

四、结语

请求权理论不应如 17 世纪的菠萝一样被视为装点门面的工具，而是构建精准诉讼请求和保障司法公正的关键基石。尽管类案参考的便捷性使其在诉讼策略中备受青睐，然而，类案分析所依赖的裁判文书简洁性、类案条件的复杂性，以及我国程序法既判力仅限于主文的特性，决定了类案方法难以独立支撑精细的诉讼请求构建。请求权理论不仅能够帮助法律人在诉讼请求的确立上更为精确，避免因诉讼请求缺失、选择不当或模糊而导致的败诉风险，还可深化律师对民法体系的理解，以物债关系的内在逻辑作为诉讼结构的指导原则。因此，在追求高水平的诉讼效果和推动司法精细化进程中，请求权理论的系统学习与运用具有不可替代的价值，是法学生和律师人应掌握的核心思维，亦是法律人迈向专业化、精细化的必经之路。

一、关于预收款消费的法律规定

预付款消费模式在零售、住宿、餐饮、健身、理发、美容、教育培训等生活消费领域广为流行，商家以折扣、送优惠等方式宣传推广，许多消费者乐于接受。对此模式，《消费者权益保护法》《广东省实施〈中华人民共和国消费者权益保护法〉办法》没有作出规定，目

前在国家和深圳市层面，作出规定的有以下法律法规：一是国务院《消费者权益保护法实施条例》第二十二条，二是《深圳经济特区消费者权益保护条例》第三十六条、第三十七条规定。根据这些规定，目前我国并未禁止预付款消费模式，只是规定应当订立保存书面合同，经营者应按约定提供商品或者服务、不得降低商品或者服务

论对预收款商家“跑路”刑事犯罪的强化打击

◎钟胜荣* 广东中安律师事务所

④ Xilin Liu, Why is China unable to move towards case law? The Wisconsin International Law Journal, forthcoming.

⑤ 周少华：《同案谈判：一个虚构的法治神话》，载《法学》2015 年第 11 期。

⑥ 本文采用的任重教授提出的诉讼请求修正一元说，因文章并非严谨的诉讼请求与诉讼标的之间关系研究，故为理解方便以诉讼请求代指诉讼标的。参见任重：《论我国民事诉讼标的与诉讼请求的关系》，载《中国法学》2021 年第 2 期。

⑦ 吴香香：《请求权基础思维及其对手》，载《南京大学学报》2020 年第 2 期。

* 钟胜荣，广东中安律师事务所律师，系中国法学会会员，最高人民检察院民事行政检察专家咨询网专家，深圳市政协立法协商咨询专家，深圳市人民检察院人民监督员、听证员、公益诉讼观察员，第十一届深圳市律师协会房地产法律专业委员会委员，在各级报刊上发表论文 40 多篇。

质量或任意加价，出现重大经营风险有可能影响经营者正常提供商品或者服务时应停止收取预付款，经营者决定停业或者迁移服务场所时应提前告知消费者，消费者有权要求经营者继续履行提供商品或者服务义务或要求退还未消费的预付款余额等。同时，《深圳经济特区消费者权益保护条例》规定，鼓励通过预收款资金监管、数字人民币、第三方担保、商业保险等方式为预收款的存储、消费、使用提供保障。

二、预收款商家“跑路”现象的存在及危害

预付款消费模式的常见问题有重收款、轻服务、货不对板等，危害最大的莫过于商家“跑路”现象，深究此现象的根本原因，在于经营者提前收取了大量预收款，其可置合同约定和诚信于不顾直接提前占用、挪用甚至侵吞款项。在巨大利益驱使下，法律倡导的第三方监管、担保等措施实际上几乎无法适用，这是因为经营者推出预收款模式的本来就是为了直接掌控、提前使用预收款，故其出于利益最大化需要，一般不愿意将预收款交第三方监管；同时，股东、实际控制人等经营者出于与商事主体切割风险关联及自身经济实力考虑，也不会为预收款提供担保。

“跑路”现象还衍生出“职业闭店人”介入帮助操作现象。据新华社报道，中国消费者协会于2024年9月9日发布提示提醒广大消费者警惕侵害消费者权益，介绍了“职业闭店人”的一般操作套路，即在明知经营不善即将关门的情况下，他们联合经营者开展低价促销充值，吸收更多预付款并挪用转移，同时将原股东、法定代表人变更为没有实际偿债能力的人、脱离原法律关系，最后关门歇业，原经营者失联，再由他们应对消费者投诉和诉讼。

预收款商家“跑路”带来的危害是巨大的。一是直接导致绝大多数消费者未消费部分的预付款无法追回，个人和家庭遭受财产损失；二是导致广大消费者信心受损，放心消费环境和地区城市形象被破坏，进而影响地区经济社会发展；三是大量矛盾纠纷涌向基层部门和司法机关，增加了社会不稳定因素，加重了公共资源负担。网上流传的“生意的尽头是套路，开店的尽头是跑路”的说法或许有些夸张，但切实反映出此类现象对社会和

公众造成的巨大伤害和心理阴影。可以说，预收款商家“跑路”问题频出，已经成为危害人民群众财产安全和社会和谐稳定的“毒瘤”，严重损害了消费信心和消费环境，阻碍了社会经济的健康发展，亟需重视并整治。

三、当前预收款商家“跑路”问题的处理现状及加强打击“跑路”刑事犯罪的必要性和重要性

面对预收款商家“跑路”的问题，消费者的反应及处理方式一般包括以下几种：

一是消费者向政府部门投诉反映，市场监管、教育等主管部门和街道办、社区工作站等基层部门及消费者委员会介入，协调商家分流、转让未消费部分的服务。此处理方式对商家为品牌连锁店、仅是某个店倒闭的情形可以运用，但对于“跑路”商家为单体店、无连锁店的情形无法适用。

二是消费者向法院起诉。大多数消费者在协调无果的情况下，最终只能选择向法院起诉要求退还未消费部分的款项，但法院作出生效判决后，由于商家无财产可供处置，绝大多数无法成功执行，一些消费者就此长期信访。应当强调的是，许多消费者因为损失金额小、只有几百元或几千元，出于维权成本和精力考虑，最后也未向法院起诉，忍气吞声。

三是部分消费者向公安机关报案要求追究经营者刑事责任，但目前鲜有经营者被立案追究刑事责任的案例。

我们认为，为遏制预收款商家“跑路”现象，首先应从源头上采取措施预防，如考虑立法规定强制商家对预收款采取第三方监管、第三方担保等措施。其次应强化对商家“跑路”刑事犯罪的打击，这是因为对于“跑路”商家为单体店、无连锁店、无法分流或转让服务的情形，采取民事诉讼方式对经营者无关痛痒，根本无法取得效果，这种方式只是让受害者到法院走一趟审判、执行的程序，获得某种心理安慰，最终仍然是“竹篮打水一场空”，徒增消费者个人负担和社会负担。在此形势下，应当充分认识到刑罚在社会治理体系中的不可替代的功能，如威慑、安抚补偿、教育感化功能，是法治保障的重要组成部分。因此，要重视加强对预收款商家“跑路”刑事犯罪的打击，对于“跑路”商家符合犯罪构成要件的，应坚决立案侦查、起诉和判决，以充分发挥刑法保护公

民财产、维护社会经济秩序的功能，发挥刑罚的威慑力和警示教育作用，为净化社会风气、助力营造放心消费环境提供法治保障。

四、预收款商家“跑路”常见犯罪分析

预收款商家“跑路”常见的犯罪类型有以下几种：

（一）合同诈骗罪（《刑法》第二百二十四条）

对于符合以下情形之一的，应认定构成此罪：一是以虚构的单位或者冒用他人名义（如私刻他人印章）与消费者签订合同的。二是在没有实际履行能力的情况下（如已经长期拖欠场地租金、拖欠材料供应商货款、拖欠员工工资，已经出现经营亏损）仍然收取大量预付款的。三是在收取预付款后逃匿的。

（二）诈骗罪（《刑法》第二百六十六条）

对于符合以下情形之一的，应认定构成此罪：一是在店铺租期即将届满或准备歇业关门的情况下仍然收取大量预付款的。二是虚构服务产品名称收取预付款的。三是负责人或实际控制人用其个人银行账户或微信账户收取大量预付款，已用于个人用途无法归还的。

（三）职务侵占罪（《刑法》第二百七十一条）

对于符合以下情形之一的，应认定构成此罪：公司、企业或其他单位的工作人员或实际控制人利用职务之便，将本单位资金非法占为己有的。

（四）挪用资金罪（《刑法》第二百七十二条）

对于符合以下情形之一的，应认定构成此罪：公司、企业或其他单位的工作人员或实际控制人利用职务之便，挪用本单位资金归个人使用或借贷给他人，数额较大且超过三个月未归还的，或虽未超过三个月但数额较大且进行营利活动的，或进行非法活动的。

五、坚决打击预收款商家“跑路”刑事犯罪的具体建议

公安机关、检察院、法院应当根据《刑事诉讼法》规定，分工负责、互相配合、互相制约，各自履行立案侦查、审查起诉、审判职责，不枉不纵，确保严厉、精准打击预收款商家“跑路”刑事犯罪。具体建议如下：

（一）公安机关方面

最重要的是要落实立案侦查职责。对于消费者报案

的，不应以“公安机关不介入经济纠纷”为由一推了之、普遍地要求消费者向法院提起民事诉讼，而应每个案件都认真收集线索材料，同时依法开展调查取证，如对经营者及“职业闭店人”进行询问并制作笔录，调取经营者手机中与预收款、谋划“跑路”有关的微信短信沟通记录，向商家调取消费合同、场地租赁合同等资料，向商家员工调查拖欠劳动报酬情况，向银行调取商家银行账户交易明细清单，向财付通支付科技有限公司调取经营者收款微信支付宝等账户交易明细清单，通过查明资金流向及“跑路”前后的事实等综合判断经营者有无犯罪故意和犯罪事实。“深圳大件事”公众号报道了龙岗区龙城街道“品轩护肤造型”美容美发店卷款跑路事件，辖区派出所已于2024年7月23日作出《立案决定书》以涉嫌诈骗罪立案侦查，可继续跟进研究。

（二）检察院方面

一是对消费者的立案监督申请进行认真审查，切实履行法律监督职责。认为公安机关不予立案决定书欠妥的，应要求公安机关重新审查，并可指导公安机关开展调查取证工作。二是与公安机关就此问题加强沟通、召开联席会议，研讨如何精准侦查、如何收集证据、如何把好立案关等问题。

（三）法院方面

对于检察院移送起诉的案件依法审理判决。对于判决前经营者能全部或部分归还消费者预付款、减轻社会危害后果的，可从轻处理。

（四）立法方面

建议最高人民法院、最高人民检察院、公安部就打击预收款商家“跑路”刑事犯罪进行调研，尽快联合出台指导意见，对构成犯罪的情形、要件和定罪量刑等作出规范，以便司法机关掌握实施。

（五）法治宣传方面

法院作出有罪生效判决后，公安局、检察院、法院、司法局、市场监管局等机关的公众号进行大力宣传，同时将案例送交电视台、电台、报社等媒体进行广泛宣传。同时，市场监管部门向预收款商家经营者手机推送刑事案例信息、在预收款商家店铺大门及所在商场的显著位置张贴刑事案例通报书，警示教育经营者不得作出违法犯罪行为，督促经营者守法合规经营。

互不雇佣条款 适用探析

○徐培园* 万商天勤(深圳)律师事务所

2020年8月26日,福建省高级人民法院对一宗技术委托开发合同纠纷案作出了终审判决,本案的争议焦点是围绕双方在合同中约定的非主要条款“互不雇佣条款”进行讨论。而面对这宗诉讼标的高达数百万的案件,一审法院与二审法院,却先后作出了完全不同的判决。本案的“互不雇佣条款”究竟约定了什么内容?裁判机关是如何认定其效力的?本案的判决结果对经营者们约定“互不雇佣条款”又将带来哪些变化?笔者将深入剖析本案的判决结果,对“互不雇佣条款”的适用问题作进一步探析。

一、基本案情

2016年3月15日,拙雅公司和智童公司签订了一份《工业设计委托协议》(以下简称“协议”),约定智童公司委托拙雅公司作为特约设计机构进行机器人产

品工业设计并提供相应的设计咨询、设计策划等服务。该协议第11条“雇佣约定”的内容为:在本合同生效日起叁年内,双方不得直接或间接聘用对方技术人员,并且也不得劝说诱使他们终止与对方的雇佣关系,双方任何一方作为股东、或者任何一方公司股东之一成立的公司,都不得聘用对方技术人员,如有违反本条限制,应向对方赔偿相当于此雇员在违反此规定上一年薪资的十倍。上述项目完成后,拙雅公司员工曾庆利于2018年5月离职,同年8月入职智童公司。

拙雅公司认为,智童公司聘用曾庆利的行为违反了双方在《工业设计委托协议》中关于“互不雇佣”的约定,给拙雅公司造成巨大损失及不良影响,故诉诸法院,要求智童公司赔偿经济损失179万余元。

本案的一审法院认为,包含“互不雇佣”条款在内的《工业设计委托协议》是双方当事人真实意思表示,

内容未违反法律规定,应认定为有效,对合同双方均有约束力。故支持了拙雅公司关于支付经济损失的诉讼请求。

而二审法院认为,从合同使用的词句、语法习惯及该条款整体来看,本条的整体含义应指不能通过聘用在职人员兼职或劝说诱使其离职的方式挖走对方技术人员。从合同目的看,该条款的目的是防止因交易对方的行为而导致自己公司的技术人员流失。

拙雅公司未能提供证据证明曾庆利的辞职系因智童公司劝说或诱使所致,即曾庆利的辞职与智童公司是否聘用曾庆利无关,故驳回了拙雅公司的诉讼请求。

二、互不雇佣条款的构成要件

互不雇佣条款,又称“互不挖人条款”,是指合作的双方约定在合作过程中及/或合作项目结束后的一段时间内,双方及各自的关联公司均不得直接或间接聘用对方的技术人员、核心员工,或采取游说、劝说、引诱等方式劝说对方的技术人员、核心员工与原单位终止劳动关系。

互不雇佣既可以以单独条款的形式出现在合同中,也可单独作为一份协议出现。

以上述定义为基础,互不雇佣条款的构成要件可以分为以下几个部分:

(一) 主体

互不雇佣的主体均为经营者,常见于双方在开展合作过程中,为避免公司人力资源的不正常流失而作出的约定,意在维护本公司人员架构稳定、降低人力资源成本。

承担“不雇佣”义务的可以是双方,也可以是其中一方,后者多见于在合作中话语权较强、处于强势地位的一方对话语权较弱、处于弱势地位的另一方提出的要求。这里的双方既可以是具有竞争关系的同行,也可以是处于同一产业链的上下游企业。

同时,互不雇佣协议还可进一步约定雇佣主体的限制,例如,不仅约定签约的双方不得聘用对方员工,签约方的关联公司也不得聘用对方员工。

(二) 适用范围

互不雇佣条款系以公司员工为着力点所设,所以其适用范围主要是围绕员工展开约定的。

例如,根据员工是否属于项目,可以将适用范围分

为参与本次合作项目的员工和公司的全体员工,无论是否参与本项目。

根据员工岗位的不同,可以将适用范围分为主要核心技术人员和所有岗位的工作人员,包括但不限于行政、人事、财务等。

根据员工就职状态的不同,可以将适用范围分为在职员工和离职员工。

(三) 雇佣方式

在本案中,拙雅公司与智童公司约定不得雇佣的方式是一方主动聘用对方员工或劝说诱使对方员工离职,即一方主动实施聘用、劝说诱使的行为。

与之相对的是被动接受的雇佣方式,即一方在对方公司员工投递简历、主动求职时选择接受该员工加入本公司。

(四) 履行时间

履行时间由双方经营者自行约定,既可以约定具体的时间,也可以约定“无限期”,即双方或一方永不得雇佣对方员工,在目前的互不雇佣约定中较为少见。本案中,拙雅公司与智童公司约定互不雇佣条款的履行时间为协议生效后的三年内。

(五) 违约金的约定

拙雅公司与智童公司约定,一方违反互不雇佣条款的,需向对方支付违反时该雇员上一年薪资十倍的违约金。在案件审理过程中,智童公司也曾就该违约金的标准提出过异议,认为该违约金过高。一审法院因认定智童公司已经违反互不雇佣条款,故对智童公司的异议没有采纳,而是按照曾庆利年薪十倍的标准支持了拙雅公司的赔偿请求。

关于违约金的制定标准,目前并没有强制性规定,以双方当事人的约定为准。在约定违约金的计算标准时,经营者往往会将本次合作项目的标的金额、人力培养成本、员工薪酬、市场价等因素作为制定违约金的依据。

本案中,曾庆利的月均薪资不过1万元,而双方在《协议》中约定的违约金却高达179万元。关于违约金标准过高的异议,智童公司在签订和履行协议的过程中都没有提出过,直到庭审中才因抗辩而提出。私以为,在签订协议时,智童公司可能并没有注意到该互不雇佣条款或自信该条款所约定的情形未来并不会发生,才没有理会该条款及其约定的高额违约金。

*徐培园,万商天勤(深圳)律师事务所律师,中国法学会会员,专注于公司与资本市场、房地产、建筑工程与基础设施、争议解决等业务领域。

三、互不雇佣条款的影响

在前文中，我们提到，互不雇佣条款虽然由经营者约定，但其条款内容不仅仅约束着经营者双方，更对经营者的劳动者产生了影响。

（一）对经营者的影响

主要体现在对单方作出互不雇佣承诺的经营者造成的影响。单方互不雇佣承诺往往出现在合同一方处于强势地位、话语权较大，而接受企业处于弱势地位、竞争力小，只能被动接受。与此同时，该接受企业面临的是，在选择和聘用劳动者时受限，不能雇佣有过大公司工作经历的高水平人才，否则将构成违约并且需支付违约金。长此以往，人才市场上的高水平劳动者只能在部分企业流动，出现断层的局面，劳动者“新陈代谢”的速度变慢。成长型公司高水平人才的数量、质量不够、供给不足，不利于企业的快速成长和发展。

（二）对劳动者的影响

受互不雇佣条款影响最大的，还是处于弱势地位的劳动者。对于签订了互不雇佣条款的经营者员工而言，面临着离职后不能到对方公司求职、或因双方经营者之间的约定而导致求职失败，在一定程度上失去就业选择权的局面。

劳动者面对求职市场和经营者面对人才市场的境遇是不同的，经营者在人才市场的主动地位和选择优势是普通劳动者不可企及的。仅仅因为经营者之间出于互相保护人力资源的约定而导致对互不雇佣条款并不知情的劳动者失去就业选择权，对劳动者而言是极不公平的。

鉴于目前立法层面对互不雇佣条款并没有强制性的规定，一些经营者会将互不雇佣条款的履行期间设置为“无限期”，会将适用范围扩张到“所有岗位、所有员工”，会肆意拔高违约金的标准，这样的做法，会使得从一家公司离职后的员工几乎面临“被迫换行”的局面，即使被录取后，当新的公司面对原公司起诉索要高额赔偿的情况下，也会选择辞退员工，免于诉累，而劳动者则被迫再次失业。相较于经济实力、承受能力都更加雄

厚的经营者来说，劳动者受到该条款的影响更大。

四、互不雇佣条款的效力

（一）互不雇佣条款是否违反《反垄断法》的规定

设立互不雇佣条款的目的在于防止人力资源的不正常流动，造成自身人力资源的流失和人力成本的增加，采用的方式是通过条款或协议的方式禁止对方挖人，从客观上看，确实一定程度上限制了人才的流动和人力资源的竞争。

参照《中华人民共和国反垄断法》第十七条的规定^①，具有竞争关系的企业限制生产、销售，限制新技术、新产品开发等行为被认定构成垄断，那么限制人力资源流动在符合其他条件的情况下，也有可能构成了排除、限制竞争的垄断行为。

国家市场监督管理总局发布 2023 年民生领域反垄断执法专项行动典型案例时，就牧原食品股份有限公司等四家企业签署的《互不挖人公约》，约谈了上述四家生猪养殖企业，认为该《公约》有违《反垄断法》精神，不利于构建全国统一大市场，要求其排查反垄断合规风险，全面自查自纠。^②这是我国反垄断执法机构首次针对人力资源领域限制竞争行为采取措施，意味着在人力资源领域达成的排除、限制竞争的协议，同样会受到我国《反垄断法》的规制。

（二）互不雇佣条款是否违反《民法典》的规定

参照《中华人民共和国民法典》第一百五十四条的规定^③，在约定互不雇佣时，因双方当事人均为经营者，故劳动者对双方的互不雇佣约定是并不知情的，而该条款作用于劳动者，限制了劳动者的就业选择权，在一定程度上损害了劳动者的合法权益，在符合其他条件的情况下，约定互不雇佣的行为有可能被认定无效。

在本案中，智童公司也就该条款的有效性提出过异议，其主张该条款约定的是一种惩罚性的赔偿责任，以拙雅公司并未就该等格式条款向智童公司作出过说明为由，要求认定该条款无效。一审法院认为互不雇佣约定

系针对双方设立，由于不存在免除一方责任或者加重一方责任、排除一方权利的内容，不属于《中华人民共和国合同法》第四十条规定的情形，故对智童公司的主张不予采纳。二审法院虽然驳回了拙雅公司的诉讼请求，但并未对互不雇佣条款是否违反《民法典》作出认定。

（三）互不雇佣条款是否违反《劳动法》的规定

依拙雅公司的主张，虽然曾庆利已经从拙雅公司离职，但他仍然不可以同与拙雅公司签订有“互不雇佣”条款的合作公司建立劳动关系，这就意味着，即使双方劳动关系已经解除，但只要他有在拙雅公司的工作经历，则其仍需遵守拙雅公司与其合作公司之间的约定。参照《中华人民共和国劳动法》第三条的规定^④，约定“互不雇佣”的经营者双方互负义务，基本平等，但对另一受该条款影响的主体劳动者来说，是让在人力资源市场本就不占优势的劳动者更加被动。让本就不充裕的就业选择更受限制。客观上限制了《劳动法》规定的劳动者选择职业的自主权。

五、互不雇佣条款在国内外的发展现状

早在 2010 年以前，美国苹果、谷歌、英特尔等高科技企业间签订互不挖角协议（no-poach agreements），大量工程师、高级技术人员因为上述协议而失去重新就业和增加薪酬的机会，后引发了集体诉讼。2011 年，谷歌、英特尔以及 Adobe 的 6.4 万名员工发起联合诉讼，指控其非法密谋，达成互相之间不挖对方墙角协议，以此压制员工薪水，阻止员工在高科技公司之间合法流动，并索赔高达 30 亿美元。最终该项诉讼以和解告终，苹果、谷歌、英特尔及 Adobe 公司同意支付 4.15 亿美元作为赔偿。

2016 年，美国司法部反托拉斯司和联邦贸易委员会（FTC）联合发布《人力资源领域反垄断指南》（Antitrust Guidance For Human Resources Professionals）。该指南认为，互不挖角协议是反竞争的，并以减少工作流动性的形式对员工合法权益造成损害，使其议价能力下降，降低其应有报酬。该指南不仅规定互不挖角协议是违法的，甚至企业向竞争对手打探员工薪资收入也是违法的。

相关法律责任可能涵盖惩罚性赔偿乃至刑事责任。^⑤

2022 年 8 月 31 日，美国上诉法院裁定快餐巨头汉堡王（Burger King）与其特许经营门店之前签订的“互不挖角”协议将使汉堡王旗下子公司面临反垄断诉讼后，雇主（尤其是食品服务行业的雇主）近年来也已经开始避免达成此类相关协议。

由此可见，互不雇佣条款被认为是争夺员工资源、限制行业竞争的手段之一，故裁判机关予以否定评价。

互不雇佣条款在我国国内兴起已经是十年前的事情，最初在大型互联网企业、高新技术企业之间适用，条款设置也十分谨慎，例如约定受限制的经营者主体范围更窄，不包括关联公司；受限制时间更短、员工范围更窄等等。

随着创新科技企业规模的不断发展、技术人才在企业竞争中的比重不断增加，互不雇佣条款早已不是某一些头部企业的专属约定，而是越来越多的出现在中小企业的合作约定中，成为企业防止人力资源不正当流失的重要举措。但截至目前，我国对该类条款的适用仍然缺乏司法判决先例和操作细则。

实践中，一些中小企业更倾向于与员工签署竞业限制协议，来保护企业的商业秘密，为确保该协议的履行，企业需要向劳动者支付一定的补偿。

六、建议

互不雇佣协议的签署作为经营者限制人才市场竞争、降低人力资源成本的手段，限制了劳动者自由择业、平等就业和正常流动，间接限制了劳动者的创新和创造能力，阻碍企业和行业发展。

企业在面对人力资源流动和人力市场竞争，应当完善人才培养机制、晋升机制，为企业员工提供更好的工作环境，营造良好的企业氛围，维护劳动者在自主就业和平等待遇的正当权利，提升企业在人力资源领域的竞争力。

同样，相关部门的监管也应成为维护人才市场正常运营的重要举措，抵制反垄断行为，有利于营造良好的就业市场环境。

^①《中华人民共和国反垄断法》（2022 修改）第十七条：禁止具有竞争关系的经营者达成下列垄断协议：（一）固定或者变更商品价格；（二）限制商品的生产数量或者销售数量；（三）分割销售市场或者原材料采购市场；（四）限制购买新技术、新设备或者限制开发新技术、新产品；（五）联合抵制交易；（六）国务院反垄断执法机构认定的其他垄断协议。

^②国家市场监督管理总局发布 2023 年民生领域反垄断执法专项行动第二批典型案例之一：市场监管总局依法约谈四家生猪养殖企业防范垄断风险。

^③《中华人民共和国民法典》第一百五十四条：行为人与相对人恶意串通，损害他人合法权益的民事法律行为无效。

^④《中华人民共和国劳动法》第三条：劳动者享有平等就业和选择职业的权利、取得劳动报酬的权利、休息休假的权利、获得劳动安全卫生保护的权利、接受职业技能培训的权利、享受社会保险和福利的权利、提请劳动争议处理的权利以及法律规定的其他劳动权利。

^⑤新浪看点：猪企“互不挖人公约”，HR 领域也需反垄断？

一、问题的提出

根据《中华人民共和国专利法》(2020 修正)(简称“专利法”)第十一条之规定,专利(发明、实用新型和外观设计三种专利)被授权之后才开始受法律

保护,任何单位或者个人未经专利权人许可,都不得实施其专利。

然而,发明专利从申请到授权需要经过三个关键时间点:申请日、公布日以及授权公告日,这三个时间点

专利授权前获得的产品在专利授权后如何进行侵权判定的思考

○孙大勇* 周蓉* 北京大成(深圳)律师事务所



*孙大勇,北京大成(深圳)律师事务所高级律师、合伙人,广东省律师协会专利法律专业委员会副主任、深圳市律师协会专利法律专业委员会主任、深圳市市场监督管理局知识产权专家、广州知识产权仲裁院仲裁员,擅长知识产权等业务领域。
*周蓉,北京大成(深圳)律师事务所律师,第十一届深圳市律师协会专利法律专业委员会委员。

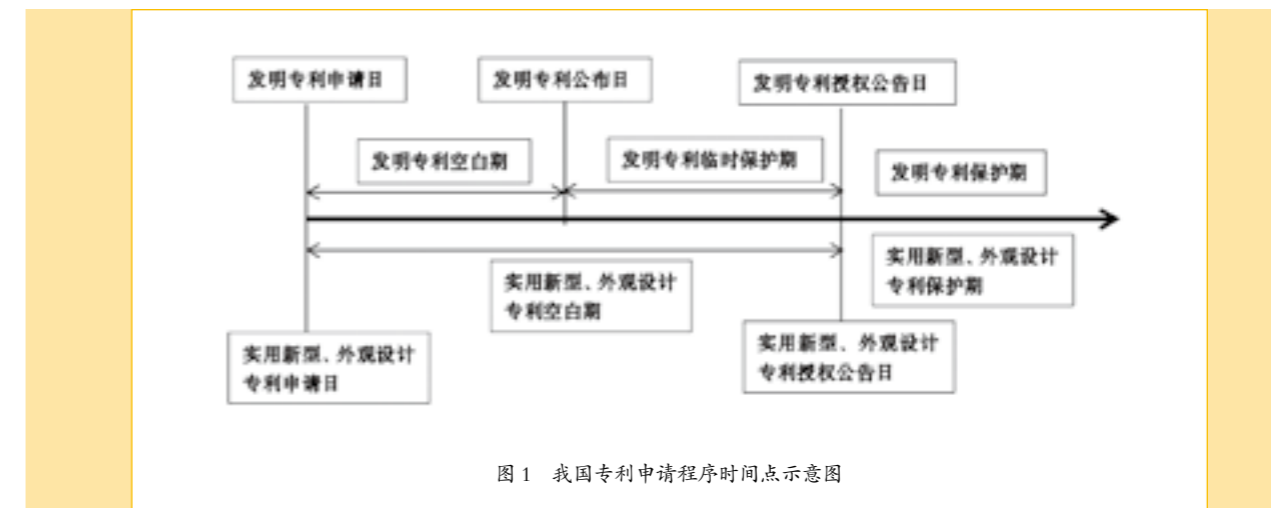


图1 我国专利申请程序时间点示意图

形成了三个时间段,即发明专利空白期、发明专利临时保护期以及发明专利保护期;实用新型和外观设计专利不需要经过实质审查,所以从申请到授权只需要经过两个关键时间点:申请日及授权公告日,这两个时间点形成了两个时间段,即实用新型、外观设计专利空白期以及实用新型、外观设计专利保护期,具体详见图1。

鉴于此,导致司法实践中会出现以下问题:专利申请日之后授权公告日之前(空白期、临时保护期)制造、销售、进口的产品在授权公告日之后的后续销售、许诺销售以及使用行为是否构成侵权?

针对上述问题,最高人民法院发布的指导性案例20(以下简称“指导性案例20号”)的裁判要旨:在发明专利申请公布后至专利权授予前的临时保护期内制造、销售、进口的被诉专利侵权产品不为专利法禁止的情况下,其后续的使用、许诺销售、销售,即使未经专利权人许可,也不视为侵害专利权。

在指导性案例20号的裁判思想的影响下,(2019)最高法民申1435、1439、1442号珠海格力电器股份有限公司、宁波奥胜贸易有限公司(原宁波奥克斯空调有限公司)侵害实用新型专利权纠纷再审案中,最高人民法院引用该指导性案例,进一步延伸出如下裁判规则:他人在实用新型专利公告日前实施该发明创造,包括制造、使用、销售、许诺销售和进口实用新型专利产品,并不为专利法所禁止,相关实用新型专利产品不构成侵权产品。在此情况下,对于实用新型专利公告日前已经

制造、销售的产品后续行为,包括使用、许诺销售和销售,也应得到允许。

根据上述最高人民法院的判例可以得出,发明、实用新型、外观设计专利在申请日之后、授权公告日之前(空白期、临时保护期)制造、销售、进口的产品在授权公告日之后的后续销售、许诺销售以及使用行为均不构成侵权。

然而,2020年12月29日,最高人民法院发布了法[2020]343号(以下简称“343号文件”)通知:“为保证国家法律统一正确适用,根据《中华人民共和国民法典》等有关法律规定和审判实际,经最高人民法院审判委员会讨论决定,9号、20号指导性案例不再参照。但该指导性案例的裁判以及参照该指导性案例作出的裁判仍然有效。本通知自2021年1月1日起施行。”

那么自343号文件(2021年1月1日)之后,不再参照最高院上述指导性案例的话,关于专利申请日之后、授权公告日之前(空白期、临时保护期)制造、销售、进口的产品在授权公告日之后的后续销售、许诺销售以及使用行为是否构成侵权?

二、相关最新规定

专利法第十三条规定:“发明专利申请公布后,申请人可以要求实施其发明的单位或者个人支付适当的费用”。

《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（二）（2020 修正）》（简称《专利司法解释二》，2021 年 1 月 1 日实施）第十八条规定：

“权利人依据专利法第十三条诉请在发明专利申请公布日至授权公告日期间实施该发明的单位或者个人支付适当费用的，人民法院可以参照有关专利许可使用费合理确定。

……

发明专利公告授权后，未经专利权人许可，为生产经营目的使用、许诺销售、销售在本条第一款所称期间内已由他人制造、销售、进口的产品，且该他人已支付或者书面承诺支付专利法第十三条规定的适当费用的，对于权利人关于上述使用、许诺销售、销售行为侵犯专利权的主张，人民法院不予支持。”

根据最高院上述司法解释并结合专利法第十一条、十三条规定可知，对于在发明专利临时保护期制造、销售、进口的产品在授权公告日之后的后续销售、许诺销售以及使用行为，在支付或书面承诺支付适当费用的前提下，不构成侵权。

对于发明、实用新型、外观设计专利空白期制造、销售、进口的产品在授权公告日之后的后续销售、许诺销售以及使用行为是否构成侵权呢？目前并没有相关法律、司法解释对此进行说明，笔者也没有找到自 343 号文件之后的相关案例予以参考。

三、观点探讨

结合以上理解与分析，不同的法律从业者基于不同的考虑得出了完全相反的结论，下面分别探讨：

（一）不构成侵权的观点

有法律从业者将临时保护期与空白期行为认定作如下对比表：

在先行为发生时间段	情节	在先行为是否侵权？	专利授权后的后续行为是否侵权？
空白期	轻	不侵权	法律无规定
临时保护期	重	不侵权	已支付或者书面承诺支付适当费用的前提下，不构成侵权

根据我国专利法第十一条规定可知，发明、实用新型以及外观设计专利需要授权之后才开始受法律保护，因此在专利授权之前（空白期、临时保护期）实施的行为（制造、销售、进口）本身不构成侵权。对于专利授权后的后续销售、许诺销售、使用行为，则需要根据在先行为发生时间段进行分开讨论。

空白期内专利内容并未公开（如果从其他途径中获得不在本次讨论范围内，可以适用商业秘密法律范畴），临时保护期内专利内容已公开，那么，在先行为发生在空白期的情节对比在先行为发生在临时保护期的情节相对较轻，根据专利公开换取保护的原则，专利法对于专利权人的保护力度在专利公开后应该是呈加强趋势的。

该观点认为，根据举重明轻原则，对于情节相对比较重的“发明专利临时保护期间内制造、销售、进口的产品在授权公告日之后的后续销售、许诺销售以及使用行为”，在已支付或者书面承诺支付适当费用的前提下，尚且认定为不构成侵权，那么对于情节相对比较轻的“专利空白期间内制造、销售、进口的产品在授权公告日之后的后续销售、许诺销售以及使用行为”，认定不构成侵权更合理。

该观点进一步认为，我国专利制度需要平衡专利权人和公众之间的利益，如果在专利未公开的空白期实施的行为（制造、销售、进口）因后续的销售、许诺销售以及使用行为受到处罚，那无疑会加重公众生产经营活动的负担，影响公众的生产经营的积极性，不利于我国市场经济的发展。当然，空白期实施的后续行为对于专利权利影响较大，则可以参照临时保护期规定，以低于临时保护期的适当费用支付标准支付专利权人适当的经济补偿，这也符合专利公开换取保护的原则、举重明轻原则以及平衡原则。

（二）构成侵权的观点

持有该观点的法律从业者认为，对于发明、实用新型、外观设计专利空白期制造、销售、进口的产品在授权公告日之后的后续销售、许诺销售以及使用行为按照现行的法律规定应认定构成侵权。笔者也认同该观点，理由如下：

1. 专利权权利法定，认定不构成侵权没有法律依据

专利权本质上属于一种法定权利，其权利的创设、侵权行为的认定，乃至赔偿数额的认定方法都基于法律的规定。例如，专利法第 11 条规定了认定侵权的具体情形，第 67 条规定了现有技术或者现有设计不构成侵权，第 75 条规定了不视为侵权的五种情形，最高院司法判例确定了抵触申请抗辩不侵权的情形等。因此，本文讨论的情形是否应认定为专利侵权，应当寻找法律或者司法解释依据，乃至最高院司法指导判例，而不应简单地类比推定。既然法律或者司法解释，甚至最高院的司法指导判例没有规定或指出发明、实用新型、外观设计专利空白期制造、销售、进口的产品在授权公告日之后的后续销售、许诺销售以及使用行为不构成侵权，那就应当按照现行专利法的规定认定为构成专利侵权。

2. 类比发明专利的临时保护将陷专利权人于两难境地

专利法第十三条规定了临时保护期内实施他人发明创造应当支付适当费用，《专利司法解释二》第十八条则规定：“已支付或者书面承诺支付专利法第十三条规定的适当费用的，对于权利人关于上述使用、许诺销售、销售行为侵犯专利权的主张，人民法院不予支持”，前后规定形成了完美的逻辑自洽。试想，临时保护期内实施专利而获得的产品，在实施者已经支付或者书面承诺支付适当费用的情形下，在专利授权后仍属侵权并予以惩罚，对实施者而言显然极为不公。

而专利实施者在发明、实用新型、外观设计专利空白期制造、销售、进口的产品在授权公告日之后的后续销售、许诺销售以及使用行为同临时保护期的情形则有很大的不同。如前述不侵权观点的分析，在专利授权后，空白期实施的后续行为对于专利权利影响较大，若相关后续销售、许诺销售以及使用行为不视为侵权却参照发明专利临时保护期规定，要求实施者支付专利权人适当经济补偿，该处理方法将陷专利权人于两难境地。因为不视为侵权，故专利权人不能对实施者采取诉讼或者行政查处，从而丧失赖以仰仗的法律保护后盾；而要求实施者支付空白期实施发明创造的适当费用，则又不能像专利权人要求实施者支付临时保护期的适当费用那样有明确的法律依据，没有

法律依据而获取相关利益就是不当得利。因此，若认定相关后续销售、许诺销售以及使用行为不构成侵权，专利权人的利益将因此受损，却得不到任何救济，从而对专利权人极为不公。

3. 专利法所禁止的几种行为具有相对独立性，容许分别评价

专利法规定了未经专利权人许可不得实施制造、使用、许诺销售、销售、进口的行为。例如，一件产品若侵犯了专利权，即使制造者承担了制造侵权的法律责任，销售者仍要为因销售该侵权产品而承担相应的销售侵权的法律责任。法律对附着在同一件产品上的不同专利侵权行为进行了拆分并分别进行了单独评价。基于该考量，专利实施者在发明、实用新型、外观设计专利空白期制造、销售、进口的产品在授权公告日之后的后续销售、许诺销售以及使用行为亦应单独评价，不能因为某件产品其在先的制造、销售、进口行为不构成侵权，从而导致其后续的销售、许诺销售以及使用行为当然不侵权。

4. 空白期实施发明创造的后续行为对于专利权利的影响不容小觑

大多数的专利申请人在提交专利申请后就会将专利产品进行市场化推广销售，此时相关市场竞争者就会模仿跟进。因此，在空白期会出现大量的专利产品的仿品。专利申请人在专利授权前显然对前述仿品无能为力，只能任由竞争者模仿、抄袭。若专利授权后，相应的专利权人对相关后续的销售、许诺销售以及使用行为仍然无能为力，则势必鼓励了竞争者加大模仿、抄袭的力度，或者，变相提醒了专利申请人在专利授权前不要公开销售、许诺销售自己的专利产品。显然，无论哪种引导都不能体现现行专利法保护创新的司法理念。

在此，笔者呼吁有权机关尽快出台相关规定或意见，让专利保护的规则更加清晰、明确。同时，笔者建议确立以下裁判规则，即对发明、实用新型、外观设计专利空白期制造、销售、进口的产品在授权公告日之后的后续销售、许诺销售以及使用行为宜参照发明专利临时保护的相关规定，即通过支付适当的经济补偿予以免责，同时该经济补偿可参照发明专利临时保护期费用的支付标准，并可适当减少。



商业银行就未来应收账款 叙作保理业务的 法律风险防范

○张弛* 杨燕* 北京市隆安（深圳）律师事务所

《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）出台前，《商业银行保理业务管理暂行办法》从监管角度限制了商业银行就未来应收账款开展保理融资业务；

《民法典》颁布后，“将有的应收账款”首次被归入保理合同的客体范畴，为商业银行就未来应收账款叙作保理融资提供了上位法依据。

*张弛，中国人民大学经济学博士、美国波士顿大学 Questrom 商学院博士后，北京市隆安（深圳）律师事务所荣誉主任、管理合伙人，系第十一届深圳市律师协会银行法律专业委员会委员，专注于公司、金融法律业务，出版有《银行不良资产处置法律规制研究》等专著。

*杨燕，北京市隆安（深圳）律师事务所律师，专注于民商事诉讼、不良资产管理、公司治理法律服务领域。

一、未来应收账款的法律性质

《民法典》第七百六十一条将未来应收账款表述为“将有的应收账款”，但何为“将有的应收账款”，《民法典》未作进一步解释，现行法也未予以明确清晰的定义。而《商业银行保理业务管理暂行办法》将未来应收账款界定为“合同项下卖方义务未履行完毕的预期应收账款”。可见，该规定下未来应收账款为存在基础法律关系，需经一定事实发生（如卖方履行义务）而产生的应收账款。

参考《全国法院金融审判工作会议纪要（征求意见稿）》以及司法实践通识，一般将未来应收账款区分为基础法律关系的未来应收账款和无基础法律关系的未来应收账款两类。^①前者是指在保理合同订立时，基础交易关系已经存在，但应收账款债权需根据某一事实的发生而才能产生的债权。《商业银行保理业务管理暂行办法》所界定的未来应收账款即属于此类；后者是指保理合同订立时，基础交易关系尚不存在（可能基于尚无明确的交易对象、标的等），但可能于将来成立之预期付款请求权。预期付款请求权的产生可能基于两种原因：一是基于行政许可、特许经营、公共服务等产生未来预期付款请求权，譬如《动产和权利担保统一登记办法》所列举的“能源、交通运输、水利、环境保护、市政工程等基础设施和公用事业项目收益权”；二是基于交易习惯或稳定的业务关系产生的未来预期付款请求权，例如大型超市的 POS 机收入。^②

二、未来应收账款作为保理关系客体的司法审查标准

《民法典》第七百六十一条明确“应收账款转让”及“保理人提供坏账担保、应收账款管理、融资服务等”系保理合同的必备要素，且应收账款转让应与保理商融资服务之间具有给付牵连性。^③未来应收账款保理合同是否有效，司法实践主要围绕未来应收账款可转让性审

查，进而审查未来应收账款转让的真实性、相对确定性、合理期待性、关联性。

（一）真实性

虽然我国保理业务蓬勃发展，但如《保理行业风险分析报告（第 4 期）》指出，国内保理商在对关键风险缺乏有效的识别和管控，欺诈风险尤为显著。保理融资中，基础交易合同系成立保理关系的前提，而应收账款转让则系保理关系的核心，^④《商业银行保理业务管理暂行办法》等部门规范对保理银行就基础交易的真实合法性课以审查义务；而司法审判层面，法院通常也会要求保理银行就基础交易的真实性核实，以达到对应收账款债权真实存在的合理信赖，排除当事人之间通谋虚伪表示的可能。

（二）相对确定性

相对确定性是指当事人对未来应收账款的描述明确、具体，使其能在实际产生时即可被识别为保理合同约定转让的应收账款。司法实践通常以债的各要素的确定性作为认定未来应收账款的确定性的标准，通过审查基础交易的交易对手、交易标的、债权性质、付款期限及金额等基本要素，判断其是否已特定化。《上海法院类案办案要件指南》指出，未来应收账款的确定性应根据基础交易的相关特征进行审查：（1）审查基础交易所涉行业、交易标的、交易对手，如以高速公路通行费等特许经营收入为交易标的的，其业务性质相对稳定，交易对手虽涉及不特定的多数人，但结合交易标的、交易内容，其整体的交易频次和营业收入是相对稳定的，因此这类应收账款具有较高的确定性；（2）审查交易的时间跨度、交易频次及交易稳定性，如有的应收账款产生于债权人与债务人间的长期固定业务合作收入，时间跨度较长且交易金额、频次均相对稳定，已形成了稳定的交易关系，则该类应收账款的确定性较高；而若交易时间跨度较短且交易金额波动较大的，则应收账款的确定性程度较低。司法审判实践同样延续了这种思路，

①盖娟娟. 未来应收账款叙做保理业务的司法审判研究 [J]. 法制博览, 2023(06):148-150.

②胡莹璇. 商业银行开展未来应收账款保理业务的风险及应对措施 [J]. 中国银行业, 2023(08):79-82.

③王洪亮: 《论合同的必要之点》, 《清华法学》2019 年第 6 期, 第 122-134 页.

④包晓丽. 保理项下应收账款转让纠纷的裁判分歧与应然路径 [J]. 当代法学, 2020, 34(03):44-53.

具体可参见（2020）沪0115民初22104号案件。^⑤

（三）合理期待性

合理期待性是指未来应收账款具有实际发生的高度盖然性，保理人得以对其经济价值产生合理信赖。保理银行在受让未来应收账款后，通过债权人履行基础交易合同义务，使未来应收账款转化为现实应收账款，保理银行可合理期待兑付。^⑥对于有基础法律关系的未来应收账款，期待其能转化为现实应收账款的合理性，无非是基于债权人提供产品或服务的能力、债务人的经营情况、债权人与债务人的信用、买卖双方是否存在稳定的交易关系等要素；而无基础法律关系的未来应收账款，如上海市金融法院在（2021）沪74民终451号案件中的观点，^⑦在历史交易数据基础之上，结合过往交易发票、过往资金流水、交易合同或交易习惯等，判断债权的主要内容（产生原因、金额、期限等）是否已经确定，收益是否相对稳定可预期。

（四）密切关联性

保理合同是以债权转让为核心的综合金融服务合同，故保理银行开展融资性业务应当与应收账款相关联。如保理合同的融资金额、期限、资金回款方式与未来应收账款的要素不相匹配，或所载明的未来应收账款信息没有具体额度、到期日、对应的基础交易、还款形式等，则法院可能认定保理合同的约定与履行应与未来应收账款转让不具有关联性，穿透审查认定其不符合保理合同的基本构造。

综上，相较于现实应收账款，未来应收账款保理确定性更低，但其本质上均适用《民法典》关于合同效力审查的规则，从未来应收账款的真实性、合理期待性、相对确定性等方面审查当事人是否有开展保理业务的真实意思表示。如难以满足前述条件，虽融资安排的效力不受影响，但可能被法院穿透认定为借贷法律关系。例如，上海金融法院在（2023）沪74民终22号案件中认为，保理公司与借款人在《单笔融资合同》

中直接明确了借款人的还款期数、还款金额，并没有明确该基础债权债务关系的标的物，该应收账款债权也不具有特定性和明确性，并不符合债权转让的条件。保理公司收回款项并不依赖于应收账款的清收，而是借款人按月等额本息的还款，与真正保理业务要求的首位还款义务人应为应收账款债务人不符。双方之间不具有保理合同的法律特征。

一旦被法院认定为“名保实贷”，于保理银行而言，将丧失向债务人追偿的机会，且收取的服务费及管理费均可能被认定为“砍头息”而无法得到法院支持。

三、未来应收账款保理银行的优先顺位

保理合同签订时，未来应收账款尚未实际产生，这也导致了未来应收账款转让行为与转让法律效果实际相分离，则保理银行何时取得未来应收账款的所有权？保理银行何时享有对抗第三人的效力？

（一）应收账款多重处分的优先顺位

《民法典》第七百六十八条明确应收账款保理以登记为公示手段，经登记具有对抗效力，但如应收账款涉及多种权利竞存，则不同权利人的优先顺位该如何确定？《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》第六十六条第1款对同一应收账款上权利竞存的优先顺位给出了解决指引——参照适用《民法典》第七百六十八条关于“登记优先，通知次优，比例清偿”的优先顺位原则。

（二）破产管理人对未来应收账款的权利

根据前述，《民法典》明确了应收账款保理登记的对抗效力。但鉴于未来应收账款的价值实现的主观性，当债权人进入破产程序时，将削弱未来应收账款转让的破产保护效果。

根据学界通说，在满足基础交易合同有效、债权具有可转让性且未来应收账款保理已登记公示的前提下，应收账款实际产生的瞬间系未来应收账款转让的实际权

利之变动时点，即由债权人取得再转移至保理银行。^⑧基于未来应收账款转让的即时取得效果，债权人进入破产程序前已经产生的应收账款，根据保理合同已经转让给保理银行；债权人进入破产程序后，未来应收账款的实现依赖于破产管理人的继续维持合同关系，而破产管理人选择继续履行需是基于全体债权人的利益。如保理银行能够正常取得实际产生的应收账款，则破产管理人因继续履行合同义务所获债权并不会增加破产财产，则也会因此丧失继续履行合同义务的激励。参考《民法典》第四百一十一条第2项，抵押财产在抵押人被宣告破产时确定，浮动抵押由此转为固定抵押，抵押人在破产后取得的动产非属抵押财产，现行法并不承认预先处分具有破产保护效果。^⑨故债权人进入破产程序后产生的应收账款，应归属于债权人的破产财产。重庆市第五中级人民法院在（2021）渝05民终1665号案例中观点即与前述观点一致。^⑩

四、商业银行就未来应收账款叙作保理业务的法律风险防范

在现有法律规范严重滞后于保理业务实践发展的前提下，商业银行就未来应收账款从事保理业务的，必须在开展未来应收账款的保理业务阶段即进行风险控制，通过对基础交易及客户等全面审查并依法完成登记，降低未来应收账款的不确定性，以减少应收账款坏账的缺口。具体可以从以下几个方面着手：

首先，严格审查基础交易合同的真实性、合法性。保理银行可从基础交易合同入手，并由此追查至采购单、发票、出库单、交付凭证、验收凭证等确定交易关系成立或涉及收入确认的原始凭证，通过交叉对比交易信息，确保未来应收账款的真实性。

其次，围绕债权人与债务人的资信、经营及财务情况尽职调查。相较于现实应收账款保理业务，未来应收

账款保理业务需额外承担债权人无法及时全面履行基础交易合同义务的风险，保理银行应对债权人履约能力、债权人历史财务数据、债权人与债务人的信用、债务人的付款能力等进行核查。特别是对于无基础法律关系的未来应收账款，应对债权人日常经营情况、过往现金流、合同台账等进行核查，合理判断未来经营收入的规模。

再次，注意在保理合同及债权转让通知中对未来应收账款进行精确描述，包括但不限于交易对手、标的、价格及报酬条款、结算方式、履行期限、未来应收款回款账户等具体内容。在中登网进行保理登记时注意细化应收账款信息，以便锁定未来应收账款。

最后，做好融资后管理，持续关注基础交易、应收账款账期及回款、买卖双方状态等情况（可通过现场及非现场核查的方式），以便在应收账款出现风险时（如债务人存在违约付款的情形或经营状况出现恶化等），及时采取行动。

五、结语

保理融资服务内容综合，法律关系繁杂，业务类型也日趋复杂。在我国保理业务市场规模持续保持增长、市场需求量不断增大的背景下，未来应收账款保理的业务类型纠纷数量也明显增多。商业银行在以未来应收账款叙作保理业务时，也必须不断提升自身法律风险防范能力，精准把控风险防控要点，规范前期调查、融资发放及后续管理等环节，有效防范保理业务风险。



^⑤上海市浦东新区人民法院在（2020）沪0115民初22104号案件认为，系争保理协议仅就所涉将来债权作了期间上的界定，而具体的交易对手、交易标的及所生债权性质等债之要素并未明确提及，亦无其他可对该将来债权予以确定的约定，所涉将来债权难以被认定为相对确定。

^⑥陈丹，谢飞. 未来应收账款叙做保理法律风险及其应对[J]. 兰州财经大学学报, 2022, 38(02): 117-124.

^⑦上海市金融法院在（2021）沪74民终451号案件中认为，基础交易合同虽未约定确定的履行金额，但快递公司提供快递服务，每月按照实际发单数以既定的收费标准与服务相对人进行，故可根据收费标准、过往业务量等要素预判其经济价值，快递公司亦提供相对人过往合同的履行情况证明，故保理合同标的具有可预期性。

^⑧张素华，李鸣捷. 保理合同中“将来应收账款”释论[J]. 华东政法大学学报, 2023, 26(02): 91-107.

^⑨赵中豪. 《民法典》将来债权转让的规范基础与解释论构造[J]. 政法论坛, 2023, 41(01): 145-155.

^⑩重庆市第五中级人民法院在（2021）渝05民终1665号案例中认为，案涉保理办理了登记，已经完成财产权利变动的公示，保理人对应收账款享有优先受偿权。根据《民法典》第761条的规定，保理合同需要将“应收账款转让给保理人”，这种转让是实质转让，而非形式上转让。船务公司进入破产程序前已经产生的应收账款，根据保理合同已经转让给保理公司；但应收账款债权人进入破产程序后，其所有财产应该用于清偿全体破产债权人的债权，管理人继续履行合同取得的应收账款属于全体债权人共有，不能认为根据破产申请受理前签订的保理合同当然转让给保理人。

夫妻公司

如何避免被认定为实质一人公司

并对公司债务承担连带责任

○李红* 李旭聪* 广东星辰律师事务所

*李红，广东星辰律师事务所合伙人/律师，兼任深圳市福田区人民法院特邀调解员、“一带一路国际商事调解中心”调解员、深圳市劳动人事争议仲裁委员会仲裁员，主要执业领域为公司法、合同法和劳动法。

*李旭聪，广东星辰律师事务所律师助理，专注于商事仲裁与诉讼及企业合规、劳动人事争议、房屋买卖与租赁等业务领域。

一、一人公司股东责任的特殊规定

一人有限公司，简称“一人公司”，在2018年修订的《公司法》中，专指只有一个自然人或者法人股东的有限责任公司。^①2023年修订的《公司法》虽然不再严格使用这个概念，改用“只有一个股东的公司”的描述性文字，但责任规定并无区别。为行文方便，本文中仍然沿用“一人公司”这个简称。

根据我国现行《公司法》规定，有限责任公司的股东对公司债务仅以出资为限承担有限责任，但在以下两种情形下，公司股东需要对公司债务承担连带责任：

情形一，如公司股东“滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害公司债权人利益”，则应“对公司债务承担连带责任”。^②该情形下，债权人要对“公司滥用公司法人独立地位和股东有限责任”相关事实承担举证责任。这就是我们常说的“揭开公司法人的面纱”制度。

情形二，对只有一个股东的公司，如“股东不能证明公司财产独立于股东自己的财产”，则股东要对公司债务承担连带责任”。^③

允许设立一个股东的公司，是为了促进经济发展，鼓励投资；而同时由于一人公司在公司治理内部机制上缺少外部人包括其他股东方的监督制衡，很容易导致使股东财产与公司财产不独立，损害债权人利益。在该情形下，要求债权人承担证明股东财产和公司财产混同。据此，法律规定将举证责任倒置给股东承担。该情形下，一人公司股东如不能举证证明其财产与公司财产之间的独立性，则要对公司债务承担连带责任。

二、夫妻公司被认定为实质性一人公司的重要判决及法律后果

(一) 夫妻公司倾向于被债权人主张认定为实质

性一人公司并对公司债务承担连带责任

本文中的“夫妻公司”，是指公司是夫妻双方在婚姻存续期间投资设立，股权登记在夫妻二人名下的有限责任公司。

基于通常情况下夫妻间的财产共有以及夫妻意志一致性等原因，在夫妻公司对外产生债务无力偿还时，债权人通常会认为夫妻公司中的股东虽是“二人”但“形同一人”，进而主张夫妻公司为实质上的“一人公司”，要求夫妻二人均对公司债务承担连带责任。

最高人民法院（2019）最高法民再372号判决（下称“最高法民再372号判决”）中，对于该类主张，给出了支持性的判决。从笔者收集到的后来地方法院的做出类似判决时的说理来看，最高法民再372号判决中的说理经常被援用。

(二) 最高法民再372号判决认定夫妻公司实质性一人公司的主要理由及结果

最高法民再372号判决，是一起执行异议之诉案件二审之后的再审案件。涉及主要案情为，熊某与沈某为夫妻关系，婚内投资设立夫妻公司青曼瑞公司，青曼瑞公司因合同纠纷被猫人公司起诉并达成调解，调解书生效后青曼瑞公司未主动履行调解书，猫人公司申请强制执行后仅执行到部分款项，后被终结本次执行，青曼瑞公司列为失信被执行人。猫人公司申请追加熊某和沈某为被执行人对青曼瑞公司所欠债务承担连带责任，被驳回；后猫人公司提起执行异议之诉，一审法院判决驳回猫人公司的诉讼请求；猫人公司上诉，二审法院撤销一审判决，改判熊某和沈某为被执行人，对青曼瑞公司债务承担连带责任。熊某和沈某不服生效判决，申请再审，再审案件被最高院提审。

(2019)民再372号判决中认定该案中夫妻公司为一人的主要理由与认定结果如下：

理由一：公司是夫妻在婚姻存续期间设立，但无备案财产分割证明或协议，故认定青曼瑞公司的注册资本来自于熊某和沈某的夫妻共同财产，归双方共有。因此，

①《公司法》（2018年）第57条。

②《公司法》（2023年12月修订）第二十三条第1款。

③《公司法》（（2023年12月修订）第二十三条第3款。

青曼瑞公司的全部股权实质来源于同一财产权，并为一个所有权共同享有和支配，该股权主体具有利益的一致性和实质的单一性。

理由二：青曼瑞公司资产归熊某和沈某共同共有，双方利益具有高度一致性，难以形成有效的内部监督。

理由三：熊某和沈某均实际参与公司的管理经营，夫妻其他共同财产与青曼瑞公司财产亦容易混同，从而损害债权人利益。

认定结果一：青曼瑞公司与一人有限公司在主体构成和规范适用上有高度相似性，认定其系实质意义上的一人有限公司并无不当。

认定结果二：熊某和沈某未举证证明其自身财产独立于青曼瑞公司财产，应承担举证不能的后果，支持追加该两人为青曼瑞公司被执行案件的被执行人。也就是说，要求夫妻二人对青曼瑞公司的债务承担连带责任。

三、夫妻公司如何避免被认定为实质一人公司并判令对公司债务承担连带责任？

参照以最高法再 372 号判决书为代表的法院判决中的说理，以及其他案件中法院对一人公司股东证明股东与公司财产独立的认定情况，本文整理了有助于夫妻公司避免被认定为一人公司进而被要求对公司债务承担连带责任的思路，整体来说，需要分两步走。

（一）第一步：如何避免被认定为实质性一人公司？

1. 出资来源管理

2006 年 6 月被废止的《公司登记管理若干问题的规定》第二十三条曾规定，“家庭成员共同出资设立有限责任公司，必须以各自拥有的财产作为注册资本，并各自承担相应的责任，登记时需提交财产分割的书面证明或者协议。”^④

该规定被废止后，家庭成员在投资设立公司时很少有人主动提交相关证明。这也是为什么最高法再 372 号判决提及“无备案财产分割证明或协议”的原因之一。

结合我国《民法典》“除非夫妻双方另有约定，否则夫妻双方在婚姻存续期间的所得均为夫妻共同财产”^⑤的原则，以及“谁投资谁受益”的判断标准，可以得出夫妻婚内共同财产投资形成的权益为夫妻共有。

因此，如果夫妻二人出资并非夫妻共同财产，则在公司注册登记环节，备案相关证明，例如出资来源系一方婚前财产或者夫妻双方约定财产各自所有的证据，从源头证明夫妻二人权利义务的独立性。

2. 规范公司内部治理，彰显股东各自意思独立

按照公司章程规定，股东会议正常运作，股东意见独立表达，是证明公司股东意志独立的重要和有效途径；因此股东会议能否按照公司章程要求运行就是股东意志是否独立表达的重要证明。另外，为了满足公司治理结构的要求，夫妻公司往往是夫妻一方担任公司总经理、法定代表人，另一方担任监事，在公司运行过程中，“监事”往往并不实际履行监事的职责要求。一旦夫妻公司的治理机制形同虚设，必然也会成为债权人主张夫妻二人作为股东意志一致的攻击点。

3. 夫妻之间共同管理公司的，明确各自职责

许多夫妻公司是夫妻二人均管理公司，典型表现是一方管业务，一方管财务；一方主外，一方主内。对于没有第三方参与管理的夫妻企业，“瓜田李下”，更加容易被认为是“夫妻档”“家庭企业”。因此，在确有必要由夫妻共同管理公司的情况下，需要规范管理，明确职责。

4. 完善关联交易管理

夫妻公司没有其他股东相互监督与制约，对交易管理往往比较随意。尤其是股东名下还有其他经营主体时，夫妻公司与其他经营主体之间的交易就容易成为利益转移或输送的重要渠道。因此，相关主体之间的关联交易应当能够经得住审查，按照市场规则定价，以避免日后成为被债权人主张其他经营主体以及股东无限责任的突破口。

5. 严格管理公司与股东间资金往来

实践中有些夫妻企业，公司有需要时就将个人或者家庭财产代付公司货款，或者用个人账号收取公司应收款项；另外在个人或家庭有资金需要时，随意从公司账户上提取款项或者报销，这必然也会成为认定公司和股东财产不独立的重要证据。因此，财务规范、账目清晰、严格区分股东个人资金和公司资金，管理好公司的报销流程等，就成为夫妻公司规范管理的重要内容。

（二）第二步：一旦被认定为实质性一人公司，如何证明股东财产和公司财产独立？

从目前判决来看，夫妻公司如果被认定为实质性一人公司，法院会类推适用一人公司股东的举证责任倒置原则。在这种情况下，公司股东要有证据证明股东财产与公司财产独立。

我国《公司法》第二百零八条规定，“公司应当在每一会计年度终了时编制财务会计报告，并依法经会计师事务所审计。”基于会计师事务所审计报告的公信力，一人公司股东大多是尝试通过财务审计资料来证明股东财产和公司财产独立。但从笔者查阅到的案例来看，能被法院作为有效证据采信并支持股东主张的判决书极少。

在民事诉讼中审计报告属于证据材料，对其效力和证明力，在司法实践中法院通常要根据具体情况具体判断。一般来说，法院通常要求审计报告经过质证，并结合其他证据进行综合判断。单方委托的审计报告若未经质证或缺乏补强证据，通常难以单独作为认定案件事实的依据。另外审计报告的内容需与其他证据相印证，且审计程序合法、形式完备，方能被法院采信。梳理类案判决，笔者认为需要特别重视如下几点：

首先，审计报告审计目的和程序要符合规定，明确将股东与财产独立状况作为审计目的，且能得出肯定性结论。

财务审计可以大致分为年度审计与专项审计。年度审计涉及的业务种类广泛，审计量大；而专项审计针对某一项业务或某一方面工作开展。由于年度审计范围广和工作量大，实践中年审较少能做到十分详尽的审查，只能针对某些重要环节进行审计，部分会计师对于一人

公司并未考虑到其特殊的法律框架，未将财产独立状况作为重点进行审计。这是大量案件中，一人公司提交年度审计报告用以证明股东财产和公司财产独立得不到支持的重要原因。^⑥因此，无论是年度审计还是专项审计，需明确审计的目的是或包含股东与公司财产独立，具备该审计目的且能够得出无保留的肯定性意见的审计报告，将会提高被采信的概率。

其次，审计报告在时间上应当连续，覆盖到公司争议事项涉及期间。

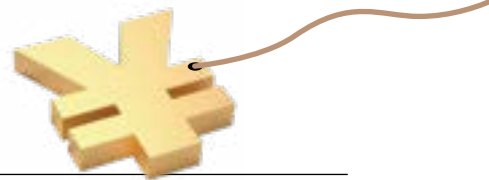
审计报告应当在每一会计年度终了时编制，并经会计师事务所审计。如果审计报告的出具时间不符合规定，或者审计报告的时间不连续，法院也会因此认为不符合《公司法》的规定，而不予采信。^⑦因此，公司规范运作并按时连续进行审计，非常必要。

第三，审计报告内容完整真实，经得住债权人质疑。

审计报告应附有相关会计凭证、会计账簿及财务会计报告等会计资料，以证明公司财务上独立核算，与股东之间财产相互独立。因此，公司向审计单位提供真实、完整的财务报表（含附注）、财务内控制度、相关凭证付合同、关联交易资料等，并得到审计单位的重点核查。如果审计报告缺乏这些资料，或者审计报告的真实性存在问题，法院通常不予采信。^⑧

四、结语

“二人同心，其利断金”。婚姻让二个本来财产和意志各自独立的自然人，如同一个人，从而实现“力出一孔，利出一孔”，让企业在起步阶段得以快速成长，实现社会效益。与此同时，夫妻公司绝不应因此误以为可以“家企一体”，而是应当更加注意提高法律意识，规范公司经营，这样才能做到隔离风险，真正实现“有限责任”。



^④国家工商行政管理局（已变更）1998.01.07 发布的《公司登记管理若干问题的规定》（国家工商行政管理局令第 83 号，已被《国家工商行政管理总局关于废止有关工商行政管理规章、规范性文件的规定》（2006 年 6 月 23 日发布；2006 年 6 月 23 日实施）废止。

^⑤我国《民法典》第一千零六十二条 夫妻在婚姻关系存续期间所得的下列财产，为夫妻的共同财产，归夫妻共同所有：（一）工资、奖金、劳务报酬；（二）生产、经营、投资的收益；（三）知识产权的收益；（四）继承或者受赠的财产，但是本法第一千零六十三条第三项规定的除外；（五）其他应当归共同所有的财产。夫妻对共同财产，有平等的处理权。

^⑥例如（2023）京民再 8 号、（2023）沪 01 民终 3366 号、（2022）苏 06 民终 2081 号等案件判决书。

^⑦如（2020）粤 0304 民初 54245 号、（2020）粤 0304 民初 52913 号、（2020）粤 0304 民初 54240 号、（2019）京 03 民终 7594 号、（2019）京 03 民终 7588 号等案件判决书。

^⑧如（2020）粤 0304 民初 54245 号、（2020）粤 0304 民初 52913 号、（2020）粤 0304 民初 54240 号、（2019）京 03 民终 7594 号等案件判决书。

关联方资金占用情形下的上市公司董监高行政责任分析

○方艳* 郑珠玲* 赵蔚恺* 北京德恒(深圳)律师事务所



关联方占用上市公司资金，损害上市公司和公众投资者的利益，对上市公司的正常经营构成不利影响，历来被列入重点监管领域。2024年4月4日，《国务院关于加强监管防范风险推动资本市场高质量发展的若干意见》重申“严肃整治财务造假、资金占用等重点领域违

法违规行为”的态度。因上市公司董事、监事及高级管理人员（以下统称“董监高”）对上市公司负有勤勉尽责等职责义务，当其未能勤勉尽责时，监管部门也将追究其行政责任，在2023年涉及资金占用的80个案件中，有近200位董事因未勤勉尽责被追究行政责任。^①

*方艳，北京德恒（深圳）律师事务所律师，主要执业领域为公司改制上市、公募REITs及资产证券化、证券争议解决等。
*郑珠玲，北京德恒（深圳）律师事务所律师，主要执业领域为公司境内外上市、并购重组、投融资、证券争议解决等。
*赵蔚恺，北京德恒（深圳）律师事务所实习人员，专注于公司境内外上市、证券争议解决、并购重组、投融资等业务。
①资金占用违法案件中亦涉及民事赔偿责任、刑事责任等其他责任，囿于篇幅，本文未予讨论。

鉴于监管部门对资金占用的高度关注，本文拟结合资金占用的最新规定及监管实践，对资金占用的常见形式予以梳理，并探讨上市公司董监高在事前及事后应如何履行勤勉尽责义务，以避免及有效应对关联方资金占用问题。

一、董监高因关联方资金占用被追究行政责任的现状

（一）资金占用有哪些常见的表现形式？

对于资金占用的方式，在《上市公司监管指引第8号——上市公司资金往来、对外担保的监管要求》（简称《8号指引》）以及各个交易所的规定已作出了明确的列举式+兜底式规定，而《会计监管风险提示第9号——上市公司控股股东资金占用及其审计》（简称《9号提示》）更是详细列举了常见的资金占用方式，包括余额模式和发生额模式。

以2023年度的违规案例为例，上市公司关联方主要采取了如下资金占用方式：

（1）最为常见的资金占用类型（共计34件）为：在没有商品和劳务对价情况下或者有明显悖商业逻辑情况下以采购款、资产转让款、预付款等方式提供资金，或为控股股东、实际控制人及其他关联方开具没有真实交易背景的商业承兑汇票。

（2）其次（共计21件）：上市公司有偿或者无偿、直接或者间接地拆借公司的资金（含委托贷款）给控股股东、实际控制人及其他关联方使用，但上市公司参股公司的其他股东同比例提供资金的除外。前述所称“参股公司”，不包括由控股股东、实际控制人控制的公司。

（3）再次（共计8件）：上市公司为关联方垫付、承担工资、福利、保险、广告等费用、承担成本和其他支出。

（4）还包括（共计2件）：要求上市公司代为偿还债务，常见方式包括不及时偿还公司承担对其的担保责任而形成的债务。

（5）以及（共计1件）：委托控股股东、实际控制人及其他关联方进行投资活动。

（6）在2023年度的监管实践中还包括中国证监

会及证券交易所认定的其他方式，例如迟延退还保证金、侵占上市公司政府补贴款、提供质押担保等形式。^②

结合前述规定及违法案例可知，常见的资金占用方式可以参考前述法律规定列举的情形，但由于资金占用事实表现得多样性及复杂性，当董监高觉察到上市公司可能存在一些疑似但无法确认该等情形是否构成资金占用时，建议董监高咨询专业机构。董监高对相关疑似情形是否构成资金占用予以确认，也是其勤勉尽责履职的一部分。

（二）董监高承担行政责任的情形^③

1. 协助关联方实施资金占用

如《中国证券监督管理委员会浙江监管局行政处罚决定书》（〔2023〕39号）《市场禁入决定书》（〔2023〕4号）：公司财务总监组织安排以投资形式进行资金占用及账务处理，协调上市公司人员协助公司办理违规担保，在相关交易用印及付款流程上进行审批；知悉资金占用及违规担保事项，仍保证相关定期报告的真实、准确、完整，因而被给予警告并处以150万元罚款、市场禁入三年。

2. 应进行审议但未审议相关资金占用事项

如《深圳证券交易所通报批评的决定》（〔2023〕1018号）：公司董事长、总经理、财务总监在未履行相应审议程序的情况下，即支付装修改造款项，实质构成控股股东及其关联方资金占用，未能恪尽职守、履行诚信勤勉义务，因而被给予通报批评。

3. 仅履行形式审批流程

如《中国证监会行政处罚决定书》（〔2023〕148号）：公司董秘李某虽发现异常迹象，但未进一步关注、核查异常情况，签署2019年年度报告并表示赞成，未尽勤勉尽责义务。监管部门指出：“董秘的履职行为不应只停留于履行一般职责，应当进一步质疑分析、开展调查、督促纠正等积极履职行为予以审慎核查”，中国证监会对李某给予警告并处以60万元罚款。

4. 未进行信息披露或信息披露不完整、不准确

如《中国证券监督管理委员会行政处罚决定书》（〔2023〕149号）：公司与关联方的资金往来且无商业实质，

②注：因部分案件处罚文书中并未披露资金占用的具体方式，上述统计旨在提供资金占用类型分布比例的大致评估。

③此处的分类仅为方便行文讨论而设，实际承担行政责任的情形可能还涉及其他原因，在分类归纳时未完整列举。

涉嫌非经营性资金占用，未按规定及时披露关联交易，时任董监高按过错程度承担不同金额（20-100万元）的处罚。

5. 审议时未提出异议

如《中国证券监督管理委员会重庆监管局行政处罚决定书》（〔2020〕1号）：监管部门认定公司未及时披露关联方非经营性资金占用的关联交易情况以及定期报告存在虚假记载和重大遗漏的行为，但在审议定期报告的会议，全体董监高均签字声明，保证公司定期报告全文内容真实、准确、完整，因而将时任董监高按照各自职责及在信息披露过程中所起的作用认定相应责任，给予警告并处以3-10万元罚款。

6. 上市公司未建立有效的内控制度

如《中国证监会行政处罚决定书》（〔2023〕91号）：公司未能发现并防止资金实际用途流向控股股东及其关联方，也未如实披露，反映出公司未能建立健全相关内部控制制度，未能对资金实施有效管理。夏某作为时任总经理兼主管会计工作负责人，应确保公司内部控制制度得到有效实施，因而监管部门对夏某进行通报批评。

7. 上市公司财务专业人士的特别注意义务

资金占用行为往往与财务内控相关，因而对于具有财务人员、会计专业人士的独立董事、审计委员会委员，监管部门更会重点核查该等人员是否履行其专业背景相关的职责。财务专业人士未尽职被处罚的案例，例如中国证监会《行政处罚决定书》〔2024〕64号，钱某作为公司资金管理中心负责人，主管上市公司资金统一调拨业务，具体负责实施资金占用和违规担保事项，在其中发挥了主要作用，其行为与上市公司信息披露违法行为具有直接因果关系，因而对钱某给予警告处以罚款300万元及三年市场禁入。

（三）董监高在关联方资金占用违法案件中的减责或免责事由

董监高在违规事项中所起到的地位（组织者、指使者、协助者）、作用与违规事项的因果关系（职务、权限等的关联性）以及采取的措施等均可能影响最终责任的承担。

1. 采取补救措施

如《中国证券监督管理委员会黑龙江监管局行政处

罚决定书》（〔2020〕002号）：时任董事会秘书、副总经理在信息披露违法行为发生过程中不是起决定、策划、组织实施作用的主要人员。在公司收到交易所问询函后，能够积极督促、组织公司整理发布，履行信息披露义务，在案件调查过程中能够积极配合监管机构的调查，查清案件情况。综合考虑上述情形，监管部门对其从轻或减轻处罚的请求予以采纳。

2. 履职时间的关联性

如《关于对***股份有限公司及相关当事人给予纪律处分的决定》（深证上〔2023〕845号）：时任财务总监的申辩理由包括相关违法行为系“履职前业务的延续”，其履职后已经积极督促公司予以整改，“由于大量业务和会计事项都是之前年度延续和滚动结转形成，当事人难以在一年内的任职期限内纠正公司的所有违规行为，但不能否认当事人为此作出的努力和成效”。行政处罚由公开谴责改为通报批评，且撤销了公开认定五年不适合担任上市公司董事、监事、高级管理人员的处分。

3. 履职权限的关联性

根据《信息披露违法行为行政责任认定规则》第十六条、第十九条的规定，信息披露违法行为的责任人员的责任大小，可以从职务、具体职责及履行职责情况等方面综合认定。因此，在面临监管调查过程中，可以提供履职岗位与违法内容不存在因果关系的证明材料，如依据法律规定、公司制度、合同文件等证明与资金占用违法的审批、管理、监督等无关，职责与违法无直接关联，无审批权限等。

如《上海证券交易所纪律处分的决定》（〔2023〕116号），公司时任董事会秘书兼副总裁作为公司信息披露事务具体负责人，未能保证相关信息披露的真实、准确、完整，主要职责不涉及资金审批、会计处理等经营事项，对此予以酌情考虑。上海证券交易所予以采纳。

二、董监高避免及有效应对关联方资金占用的建议

（一）董监高在预防关联方资金占用方面应尽的勤勉尽责义务

从易董数据库收录的自2020年1月1日至2024年8月15日共计854例资金占用违法案件可知，资金占用的难度比较大，提出申辩的398个案件，其中

申辩被采纳（含部分被采纳）的案件仅108个。^④因此，事先预防尤为重要。董监高除却一般性的勤勉尽责义务外，还负有特别的注意义务。根据各个证券交易所的规定，董监高具有维护公司资金和财产安全，预防、发现、报告、制止控股股东、实际控制人及其关联方占用公司资金等法定义务要求，主要概括如下：

1. 一般义务

上市公司董监高应当履行勤勉义务，勤勉尽责不仅是形式履职，而是要对公司生产经营情况、财务状况、重大事件及其影响予以了解并持续关注，采取合理措施，积极预防、发现并制止资金占用行为，需采取实质措施，包括但不限于如下方式：

（1）在审议过程中存在疑问的，应当主动调查（要求提供审议事项的材料等），获取充分、全面的决策依据信息，督促公司就重大不确定事项及时履行信息披露义务，充分提示风险。对于自己参与但不能决定最终结果的决策或审批有异议的，应表达不同意见并保留记录。

（2）特别是存在退市风险时，更应当对定期报告编制及披露事项予以高度重视和持续关注，深入了解公司的生产经营和资本运作情况，重点关注公司财务数据是否存在异常迹象、上期非标准审计意见涉及事项在本期的进展情况和公司是否存在资金占用、违规担保、不当关联交易等违法违规事项。

（3）董监高应当促进上市公司建立有效的内部控制制度，与资金使用相关的决策、审批流程等细则均

已明确且能够被实际执行。董监高在任期内发现与资金占用相关的细则存在不完善、错漏之处，需要完善严格的资金授权、批准、审验等相关管理制度，加强资金活动的集中归口管理，明确筹资、投资、营运等各环节的职责权限和岗位分离要求，定期或不定期检查 and 评价资金活动情况，落实责任追究制度，确保资金安全和有效运行。

2. 关联方存在债务风险情况下的特别注意义务

董监高获悉上市公司控股股东、实际控制人及其关联人出现质押平仓风险、债务逾期或者其他资信恶化情形（科创板规定为“控股股东及其一致行动人质押股份占其所持股份的比例达到80%以上的”），应当重点关注相关主体与上市公司之间的关联交易、资金往来、担保、共同投资，以及控股股东、实际控制人是否存在占用公司资金、或利用/指使公司为其自身或其关联方违法违规提供担保、或主导的交易或提案损害上市公司利益的情况。

该义务中特别提及的“关联交易、资金往来、担保、共同投资”等涉及上市公司资金流动的行为，应当严格按照上市公司的内部控制制度及相关的法律规定履行相应程序。需要对前述行为必要性进行判断或表决的董监高，更应审慎核查交易对手、投资对象、担保对象等是否具备相应的偿付能力，董监高判断或表决前后及过程中，对上市公司相应行为的合理性提出合理怀疑、积极获取资料、表达意见等都是其勤勉尽责履职的表现。

3. 财务负责人的特别义务

（1）应当加强对公司财务流程的控制，定期检查公司货币资金、资产受限情况，监控公司资金进出与余额变动情况，关注公司与关联人之间的交易和资金往来情况，发生异常时积极采取措施，并及时向董事会报告。

（2）保证公司的财务独立，不受关联方的影响，若收到关联方



^④ <https://th0565.easy-board.com.cn/index>，截止2024年8月15日的检索结果，以“违规类型”之“资金占用”为依据，相关数据的整理仅供本文讨论使用，对该等数据的完整性等不做出任何承诺或保证。

发出的占用、转移资产的指令，应予以拒绝并及时向董事会报告。

(二) 上市公司资金占用已经发生，董监高应该怎么做？

在上市公司已经发生资金占用的情况下，董监高仍需履行勤勉尽责义务，根据相关规定要求，董监高应履行的义务主要集中在“信息披露”“督促整改”“采取止损措施”三个方面。

1. 及时履行信息披露的要求

(1) 资金占用多涉及关联交易，应当履行关联交易相关的披露和审议程序。

(2) 公司发生关联方非经营性占用资金情况的，应当在定期报告中充分披露相关的决策程序，以及占用的期初金额、发生额、期末余额、占用原因、预计偿还方式及清偿时间。董监高如果无法保证定期报告内容的真实性、准确性、完整性的，应当发表书面意见并陈述理由予以披露。

(3) 公司在披露定期报告时，应当同时披露会计师事务所对资金占用的专项审核意见。若公司年度报告披露的控股股东及其他关联方非经营性占用资金情况与专项审核意见不一致，应当说明原因。

(4) 上市公司存在资金占用且情形严重，交易所对其股票交易实施其他风险警示，在风险警示期间，应当至少每月披露一次进展公告，披露资金占用的解决进展情况，直至相应情形消除。公司没有采取措施或者相关工作没有进展的，也应当披露并说明具体原因。

(5) 董监高发现关联方存在涉嫌违法违规或者其他损害公司利益的行为时，应当要求相关方立即纠正，并及时向董事会报告、提请核查，必要时应当向交易所报告。

2. 采取止损措施

资金占用常规的整改措施包括从内控制度建设、人员管理、内控执行等方面开展自查整改，强化内部审计工作，加强培训。当然，资金占用一旦形成，将直接损害公司的利益，因此，在资金占用的补救措施中，最为积极的措施为归还已占用的资金，为此董监高应当及时采取诉讼、财产保全等救济措施避免或者减少损失，该等有效举措能够减轻董监高的一定责任。

三、总结及建议

综合实践中的资金占用案件，董监高如何免除、减轻其可能面临的责任，除去董监高自身不应存在资金占用的行为这一大前提外，还应在事前、事中、事后三个阶段充分履职。

(一) 事前防范

董监高应当重视事前防范，在入职时做好相应的工作交接，了解公司是否存在资金占用等违法违规行为，保留工作交接记录；了解法律规定及公司治理制度规定的职责要求；检查公司内部控制制度是否完善、有效执行。

(二) 事中履职

在日常履职过程中，应注意留痕，特别是其履职的证据、明确发表异议意见的会议记录，督促资金占用方整改的记录等。在审批流程中，董监高在签署相关文件前，应确认所涉及的资金使用事项前置审批程序已完成且该审批环节所需资料已经完备，以确保不存在协助关联方进行资金占用的行为。建议在审议可能涉嫌资金占用相关事项时，谨慎投赞成票及签署相关会议文件或者财务报表。如关联方确实提供其他证明材料或说辞打消构成资金占用的事实，也建议对相关材料进行仔细研究、提出疑问、提示风险并在会议记录中予以记载。

(三) 事后应对

监管部门在量罚时会充分考虑“整改和配合情节”。如发现公司资金存在异常情况，不应只停留于一般职责，应当进一步质疑分析、开展调查、采取补救措施或要求关联方采取改正措施，减轻违法行为给上市公司造成的不利影响；主动进行披露、向董事会/交易所报告，且应谨慎签署定期报告中不符合实际的内容；积极配合监管部门采取相关措施，不得掩饰、隐瞒事实或者干扰、阻碍调查。

通过上述措施，董监高可以通过申辩其已经勤勉尽责地履职，在一定程度上减轻或避免因资金占用问题而产生的个人责任。当然，正如监管部门所指出的“因个案情形存在差异，不能简单类推适用”，勤勉尽责的判断存在裁量空间，具体在个案中勤勉尽责行为是否得到认可，仍需结合具体的情形分析判断。

欧盟对俄实施经济制裁背景下 基于反制措施向欧盟在华关联企业索赔 的可诉性分析

◎王碧宇* 北京市君泽君（深圳）律师事务所

2024年6月24日欧盟修订《欧盟理事会条例（EU）第833/2014号》（Council Regulation (EU) No 833/2014，以下简称“第833/2014号条例”），宣布对俄罗斯进行新一轮经济制裁。新制禁止第三国将货物再出口到俄罗斯‘No re-export to Russia Clause’，^①要求所有欧盟实体尽最大努力确保在第三国设立的非欧盟子公司遵守欧盟制裁要求，^②使得欧盟投资者在华设立的民间实体陷入境外制裁规则与中国反制裁措施（“反制措施”）对立冲突带来的两难困境。鉴于当下司法裁判观点对企业适用反制裁法否认制裁条款合法性的主张持谨慎态度，本文将引用案例解析我国反制体系设计，分别在实务层面、法律层面、案例分析层面多维探索在华关联企业基于反制措施被诉或被索赔的可能性，并尝试制定应对方案。

一、案情介绍

A公司系2010年在欧盟成员国B国注册成立的电子商务公司，该公司于2020年在中国境内设立全资子公司C公司，具有独立法人资格。受制于欧盟发布的第833/2014号条例，A公司有义务“尽最大努力”确保其拥有或控制的非欧盟子公司C公司不会参与任何破坏欧盟对俄实施经济制裁措施的活动，且在出口、销售、供应或转让特定范畴^③的敏感货物时，C公司应在合同中强制加入“禁止将货物直接或间接转口到俄罗斯”条款，或强制要求供应链下游企业及终端用户签署出口管制合规承诺。

C公司为达母公司的合规要求，降低被制裁风险，继而要求与其发生直接或间接交易往来的所有供应链下游企业或终端用户建立内部监督管理体系，承诺禁止将

货物再出口至俄罗斯，否则须承担赔偿责任。C公司遂陆续接到下游企业通知，多笔订单被取消，经济利益严重受损。C公司遂询问A公司前述监管要求的合法性，请求评估C公司供应链下游企业及终端用户依据中国反制裁措施向其索赔的可能性，并对合同相对方依据阻断办法索赔的可诉性进行分析。

二、中国反制体系制度设计

国际经济制裁根据制裁对象和管辖权来源的不同分为三类：初级制裁（Primary Sanction，又称一级制裁）、次级制裁（Secondary Sanction）和三级制裁（Tertiary Sanction）。^④其中，次级制裁则是指制裁发起国对制裁对象进行制裁的同时，限制第三国的组织或个人与目

*王碧宇，北京市君泽君（深圳）律师事务所合伙人，专注于公司法律事务、金融、国际贸易及跨境电商领域，执业期间曾为多家金融机构、资产管理公司、通信设备及技术服务商、进出口贸易商、服务贸易商、跨境电商、高净值人士等提供多种类商事争议解决服务。

①理事会第833/2014号条例第12条 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ:L_202401745>

②理事会第833/2014号条例第8a条，第(30)款 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ:L_202401745>.

③航空领域产品、喷气燃料（依据条例833/2014附件XI、XX）、枪支（条例833/2014附件XXXV及（EU）No 258/2012附件I）、共同认定的高优先级物品（参见条例附件XL）。

④贾辉、鞠光：《识别美初级制裁和次级制裁》，载《中国外汇》2019年第18期。

标方进行金融和贸易往来，并对违反规定的第三国组织或个人施加处罚的制裁行为。

本案中，A 公司要求 C 公司在交易合同中加入出口管制合规义务条款，迫使其在中国境内设立的子公司与子公司下游客户或终端用户采取同样制裁措施，转而实现对俄罗斯的经济制裁的行为，初步认定符合“次级制裁”的标准。

然，我国对境外层出不穷的出口管制措施并未采取

放任的态度，自 2020 年起陆续颁布相关法律法规，初步搭建了具有中国特色的反外国制裁法体系（“反制体系”），以应对他国禁止本国实体或第三国实体与中国实体交易，或禁止中国实体同第三国实体交易的行为。中国反制体系的代表包括：商务部《不可靠实体清单规定》、商务部《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》（以下简称“阻断法”）、全国人大常委会《反外国制裁法》。笔者列表归纳如下：

序号	反制措施	生效时间与法律地位	实施对象	具体反制措施
1	《不可靠实体清单规定》	中国商务部于 2020 年 9 月颁布实施的法规，其上位法是《中华人民共和国对外贸易法》《中华人民共和国国家安全法》	第二条 国家建立不可靠实体清单制度，对外国实体在国际经贸及相关活动中的下列行为采取相应措施： (一) 危害中国国家主权、安全、发展利益； (二) 违反正常的市场交易原则，中断与中国企业、其他组织或者个人的正常交易，或者对中国企业、其他组织或者个人采取歧视性措施，严重损害中国企业、其他组织或者个人合法权益。 本规定所称外国实体，包括外国企业、其他组织或者个人。	第十条 对列入不可靠实体清单的外国实体，工作机制根据实际情况，可以决定采取下列一项或者多项措施（以下称处理措施），并予以公告： (一) 限制或者禁止其从事与中国有关的进出口活动； (二) 限制或者禁止其在中国境内投资； (三) 限制或者禁止其相关人员、交通运输工具等入境； (四) 限制或者取消其相关人员在中国境内工作许可、停留或者居留资格； (五) 根据情节轻重给予相应数额的罚款； (六) 其他必要的措施。 前款规定的处理措施，由有关部门按照职责分工依法实施，其他有关单位和个人应当配合实施。
2	《中华人民共和国反外国制裁法》	全国人大常委会于 2021 年 6 月 10 日公布并施行的法律，是中国反制外国单边制裁和限制措施的核心法律。该法不针对外国国家本身，而是适用于“直接或者间接参与制定、决定、实施”的“个人或组织”	1) 直接或间接参与制定、决定、实施歧视性限制中国公民、组织的外国组织和组织； 2) 被列入反制清单之外国个人的配偶和直系亲属； 3) 被列入反制清单之外国组织的高级管理人员或者实际控制人； 4) 由被列入反制清单之外国个人担任高级管理人员的组织； 5) 由被列入反制清单之外国个人和组织实际控制或者参与设立、运营的组织。	第六条 国务院有关部门可以按照各自职责和任务分工，对本法第四条、第五条规定的个人、组织，根据实际情况决定采取下列一种或者几种措施： (一) 不予签发签证、不准入境、注销签证或者驱逐出境； (二) 查封、扣押、冻结在我国境内的动产、不动产和其他各类财产； (三) 禁止或限制我国境内的组织、个人与其进行有关交易、合作等活动； (四) 其他必要措施。 第十二条 任何组织和个人均不得执行或者协助执行外国国家对我国公民、组织采取的歧视性限制措施。组织和组织违反前款规定，侵害我国公民、组织合法权益的，我国公民、组织可以依法向人民法院提起诉讼，要求其停止侵害、赔偿损失。
3	《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》	中国商务部于 2021 年 1 月 9 日发布并实施的商务部分令 2021 年第 1 号，其上位法是《中华人民共和国国家安全法》	适用于外国法律或措施不当限制或禁止第三国与中国主体之间进行正常经贸活动的情形（即阻断对象为次级经济制裁）	主要救济方式为行政处罚 ^⑤ 、民事违约之诉、侵权之诉。主管部门为多部门联动，包括外交部、海关总署、国安部、公安部、国家市场监督管理总局等部门。适用条件下，《阻断法》搭建了一套由报告、禁令、救济及行政支持构成的阻断机制。 1) 报告：根据《阻断法》第 5 条规定，中国主体负有报告的法定义务。未履行或未完全履行将承担第 13 条所规定的整改、支付罚款的法律责任，报告内容包括外国法律和外国行使的不当限制或禁止措施，报告的对象为商务部。 2) 发布禁令：根据《阻断法》第 7 条规定，“工作机制经评估发布不得承认、不得执行、不得遵守有关外国法律与措施的禁令” 3) 司法救济：根据《阻断法》第 9 条依法提起违约之诉或侵权之诉，当事人可按照《中华人民共和国民法典》第 186 条之规定自选一种方式主张司法救济。 4) 《阻断法》第 6 条规定了衡量是否触发反制的考虑因素，以判断是否存在“不当域外适用情形”，相关实体基于的正常商业决策所采取的行为不属于“不当域外适用”的定义范围，因此在个案中，“动机”判断极为重要。

^⑤阻断法体系的行政、刑事处罚主要规定见《反外国制裁法》第 6 条、《不可靠实体清单》第 10 条、《阻断法》第 13 条。

规则项下的立法。

然而，阻断法并不是我国的国内法，它的本质是商务部发布并实施的商务部令，其上位法是《中华人民共和国国家安全法》，而上位法并未规定反制措施下民营企业的索赔制度。因此，关于特殊时期对某类民营企业的特殊保护往往被归类为“政策考量”或“公共政策”，不能作为裁判依据。

（三）案例分析

截至撰稿之时，笔者检索到中国境内 2 个有关联案例^⑥（见下表）。司法裁判未就《反外国制裁法》《阻断法》的适用问题作出直接解释，亦未给出推理过程。现有裁判观点表明法院在审判过程中对反制措施的适用范围持谨慎态度，更强调《阻断法》作为政策保护措施，不能有效对抗以当事人意思自治为核心的商业自由。

综上，笔者认为 C 公司的下游企业理论上可以依据阻断法挑战 C 公司监管政策的有效性，并据此解除合同，要求赔偿损失，但目前尚无成功案例。

四、应对措施

本案 C 公司陷入两难困境：其一是遵守母公司制裁内控要求带来的义务负担，其二是下游义务方主张权利的诉讼风险。对此，企业客户面临域外制裁及域内反制措施带来的冲击，可以考虑以下应对措施：

（一）核查是否属于被制裁对象

欧盟实体在华设立的关联企业（分支机构除外），如具有独立法人地位且能够独立运行的，则一般不受欧盟制裁措施影响。欧盟对俄罗斯的制裁措施错综复杂，大体分为：(1) 制裁某些个人和实体；(2) 限制某些受管控货物的进出口；(3) 金融制裁和资本市场限制；(4)

三、可诉性分析

面对下游企业客户多笔订单因禁令被取消，直接经济利益受损的情况，与 C 公司发生交易往来的下游企业能否依据反制措施向其索赔成为风险控制的首要事项，评估案件的可诉性也成为了诉讼律师纠纷前端化解的必要流程之一。

（一）请求权基础

根据《阻断法》第九条规定：当事人遵守禁令范围内的外国法律与措施，侵害中国公民、法人或者其他组织合法权益的，中国公民、法人或者其他组织可以依法向人民法院提起诉讼，要求该当事人赔偿损失。

本案 A 公司遵守欧盟第 833/2014 号条例，要求中国 C 公司与供应链下游企业或终端用户强制性签署承诺函或免责条款，要求各下游企业或终端用户均应建立内部监督管理体系，均应作出禁止再出口到俄罗斯的承诺。碍于严苛的合同条款，及 C 公司对下游企业及终端用户设限，导致下游企业多笔订单被取消，直接经济利益严重受损。另因 A 公司或 C 公司未向国务院商务主管部门申请豁免遵守禁令，与 C 公司发生交易往来的下游企业或终端用户认为其合法权益受到侵害的，可以向人民法院提起诉讼，并要求 C 公司赔偿损失。据此，与 C 公司发生交易往来的下游企业将争议提交给法院，具备请求权基础。

（二）阻断法的法律地位分析

因阻断法适用于外国法律或措施不当限制或禁止第三国与中国主体之间进行正常经贸活动的情形，阻断对象为次级经济制裁，阻断法往往被理解为是一种阻断不当行为的“防御性”机制，系基于《联合国宪章》主权平等和不干涉内政原则，以及国际法属地、属人管辖权

序号	名称	案号	适用结果	裁判观点
1	青岛金海链国际贸易有限公司、广州发展碧辟油品有限公司买卖合同纠纷民事一审判决书	广东省广州市中级人民法院 (2021) 粤 01 民初 1365 号	承诺书不属于《阻断法》规制范畴	1. 广州中院依据当事人意思自治原则认定了国际货物买卖合同制裁条款的效力。 2. 承诺书加盖了公司公章，属于双方真实意思表示。不构成对《反外国制裁法》《阻断法》的违反。
2	麦格理银行有限公司 (Macquarie Bank Limited) 与万达控股集团有限公司申请承认和执行外国仲裁裁决承认与执行外国法院裁判审查案件民事裁定书	上海金融法院 (2021) 沪 74 协外认 1 号	不适用《阻断法》	1. 仲裁系当事人意思自治结果。 2. 《阻断法》适用应当以外国法律不当适用为前提，本案不涉及外国法的域外适用问题，《阻断法》不能作为拒绝外国仲裁裁决承认执行的依据

^⑥检索工具：威科先行，关键词“阻断法”“裁判文书”。

其他类型对俄制裁措施。

需要强调的是，如果曾经直接服务俄罗斯和白俄罗斯市场的欧盟实体一改其以往的分销渠道，转为通过其中国子公司向相应市场间接供货，则该行为将会被视为被欧盟制裁条例所禁止的规避行为。因此，欧盟实体在中国境内设立的关联企业遇到相类似情况时，应当先聘请专业机构排除企业或产品被制裁的可能性，或通过行政路径积极排除障碍。

（二）核查是否属于反制措施对象

如前所述，我国自 2020 年起搭建反制体系，以应对他国禁止本国实体或第三国实体与中国实体交易，禁止中国实体与第三国实体交易的行为。然，并非所有交易主体都会卷入反制风暴中。以《中华人民共和国反外国制裁法》为例，反制实施对象仅限于：（1）直接或间接参与制定、决定、实施歧视性限制中国公民、组织的外国组织和个人；（2）被列入反制清单之外国个人的配偶和直系亲属；（3）被列入反制清单之外国组织的高级管理人员或者实际控制人；（4）由被列入反制清单之外国个人担任高级管理人员的组织；（5）由被列入反制清单之外国个人和组织实际控制或者参与设立、运营的组织。因此，C 企业可以聘请专业机构咨询其是否被归类为反制措施对象。

（三）设置免责条款或责任豁免条款

基于私法领域当事人意思自治原则，企业可以在合同中明示风险分配，以对抗制裁风险。笔者认为 C 公司可以谨慎遵循 A 公司制裁条款，再通过合同管理来规避下游合同的诉讼风险。例如在交易合同中明确加入“禁止再出口到俄罗斯”条款；建立完善内部合规体系，定期审核是否有新客户、供应商或交易涉及制裁物品，及时更新相关政策，确保其业务活动符合欧盟法律要求；深入审核供应链，对下游客户进行尽职调查，确保其供应商和合作伙伴不涉及俄罗斯相关交易；关注履行报告义务的重要性，及时、准确地向上游供应商报告相关的信息。

（四）明确约定解除权

当下游企业与被制裁国家的企业或个人发生交易往来时，仅凭制裁条款难以解除合同，企业可以在合同条

款中约定可能触发制裁措施或涉及敏感政策的单方解除权。例如：任意合同方因所在国或第三国的制裁措施使得合同无法履行或履约受阻的，双方均有权解除合同。企业还应明确单方解除权的触发条件和履行程序，避免不必要的纷争。

（五）扩大不可抗力条款的适用范围

经济制裁对履行国际贸易合同的风险点，除限制出口外，还包括冻结制裁对象账户等金融措施风险。此类经济制裁措施具有政治性和强制性，通常由政府发起，具有突发性且不可归责于当事人。因此，有学者主张经济制裁引发的合同履行障碍属于不可归责于双方当事人的风险。^①为预防下游企业追偿，企业可以主张经济制裁属于不可抗力因素，并将经济制裁纳入合同的不可抗力条款中。

（六）增加合同风险分配条款

风险分配条款包括：（1）合同履行义务免除条款：当出现合同规定的制裁风险时（如支付行为导致一方账号冻结等），免除其支付义务，且不因此承担任何违约责任；（2）背靠背条款：将中国企业从上游供应商合同中承担的义务复制到下游合同中，使得下游企业（中国本土企业或第三国企业）也承担相同的责任和义务，包括复制上游合同中的制裁条款并约定解除权与赔偿条款。

五、结语

在中国反制措施体系建设尚未完善的情况下，欧盟实体在华设立的关联企业基于反制措施被诉或被索赔的风险然存在。企业可以通过灵活设置合同条款，签署谅解备忘录等方式，降低因制裁导致的法律纠纷和商业风险，持续关注国际制裁和反制措施动态，确保遵守国际法和国内法的同时，最大限度地保障自身权益。

（注：本文谨供参考阅读，请勿当作法律意见使用）



①霍夫鲍尔《反思经济制裁》，杜涛译，上海人民出版社 2011 年版，第 3-4 页。



国际投资仲裁中的 “公正与公平待遇”

○彭杨珊* 北京浩天（深圳）律师事务所

公正与公平待遇 (Fair and Equitable Treatment, 简称 FET) 是“投资条约中规定的缔约一方的投资者及其投资在缔约另一方的境内应享受的一种待遇标准。……如果一国的行为明显不正当地损害了外国投资者的投资利益，其行为对公平公正法律理念的偏离达到令人震惊的程度，那么可以认定该国行为违反了公平公正待遇条款。”^①

有的双边投资协定 (Bilateral Investment Treaty, 简称 BIT) 直接规定了公平公正待遇条款的具体内涵，如 2004 版《荷兰双边投资示范条例》Netherlands Model BIT (2004)，其第 3 条第 1 款规定，“各缔约方应确保对另一缔约方国民的投资给予公正和公平的待遇，并不得通过不合理或歧视性措施损害这些国民对上述投资的运营、管理、维护、使用、享有或处置，各缔约方应给予这些投资充分的实体安全保障和保护”；有的只涉及公平公正待遇条款，但不明确公平公正待遇的具体内容，也不与国际习惯法关联，如 2008 版《德国双方投资示范条例》Germany Model BIT (2008)，其第 2 条第 2 款约定“各缔约国应在其领土内，根据本条约，在任何情况下给予另一缔约国投资者的投资以公平和公正的待遇以及充分的保护”；有的规定缔约国应依据国际习惯法给予外国投资者公平公正待遇，将投资者公平公正待遇

纳入“最低待遇标准”项下，如《北美自由贸易协定》North American Free Trade Agreement (NAFTA) 第 1105 条标题为“最低待遇标准”，其第 1 款规定：“任何一方应当依据国际法为另一缔约方投资者的投资提供包括公平公正待遇及全面保护与安全在内的投资保护。”

鉴于 NAFTA 将“最低待遇标准”这样一个综合概念 (umbrella concept) 与“公平公正待遇”绑定，因此先简述“最低待遇标准”。20 世纪之前，并没有“最低待遇标准”的概念，原因在于彼时西方处于对广大亚非拉国家的殖民时期，很多西方国家的公民在亚非拉地区享有“治外法权”，无需国际法的额外保护。在西方资本输出国看来，接受其投资的国家往往缺乏保护外国人及其财产的必要措施。特别是经历了 1917 年俄国革命以及 20 世纪 30 年代墨西哥的动荡之后，大量的西方“投资资产”在类似事件中遭到没收，而未能获得合理的赔偿。加之随后亚非拉国家纷纷崛起，他们强烈要求从曾经的殖民者那里收回对自然资源的全面控制权。不过，西方语境下的“投资”是否真正意义上的投资，还是殖民时期掠夺行为的产物，以及东道国是“没收投资资产”还是正当的“物归原主”，这些都需要我们根据具体情况进行深入分析和理解。值得注意的是，“最低

*彭杨珊，北京浩天（深圳）律师事务所律师，深圳市涉外领军人才，深圳市律师协会国际交流与合作工作委员会副秘书长、商事仲裁专业委员会副秘书长，主要从事民商事诉讼和仲裁，对涉外商事仲裁有深入研究并致力于该方向的发展和实践。

①引自《中国大百科全书》，作者梁丹妮，网络版链接为：<https://www.zgbk.com/ecph/words?SiteID=1&ID=157674&SubID=48425>。

待遇标准”原则自始至终都贯穿在西方国家与亚非拉国家的复杂博弈之中。

当时，最低标准的解释非常严格，几乎只关注于外国人待遇的非歧视性方面和防止司法不公。1926年尼尔诉墨西哥案 (Neer v. United Mexican States), 该案涉及美国公民保罗·尼尔先生的死亡赔偿索赔，申请人称“墨西哥当局表现出不合理的态度。在起诉犯罪方面，没有尽到勤勉义务，缺乏明智的调查。委员会在裁决中提供了“最低标准待遇”的解释，即“达到令每一个理性和公正的人均认为是不充分的政府行为，严重的暴行，恶意，玩忽职守，才构成国际法上触犯的最低标准待遇”。因为暴行并非墨西哥政府的官方行为，而是私人暴力行为，墨西哥政府的行为并没有达到理性人认为的前述标准，因此委员会驳回了申请人的索赔诉求。

在实践案例中，“最低待遇标准”至少包括以下内容：在司法行政中，东道国有义务防止司法不公；除非根据法律规定是出于公共目的，否则不得征收外国投资者的投资，如果征收，需以非歧视的方式进行，并且需给予补偿；防止任意行为的义务；给投资者提供充足保护和安全的义务。

鉴于“最低标准待遇”蕴含西方国家与亚非拉国家巨大的政治冲突及博弈，一个更为中性化的名词，“公平公正待遇”在国际投资仲裁中开始出现。关于“公平公正待遇”的具体内涵，一方面是投资国与东道国在BIT中博弈的结果，一方面在国际投资仲裁实践中不断拓展和丰富。

在1989年Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) 诉意大利的判决中，^②美国就意大利政府征用美国100%控股的ELSI的工厂对意大利政府提起控诉，尽管法院驳回了美国方面的申请，但法院就其中“公平公正待遇”的内涵进一步明确为“任意性与其说是与法治相违背，不如说是与法治相违背的‘法律’。这一观点在Asylum 案件中表达过这一想法，^③当时它谈到‘任意行动’是‘取代了法治’。这是一种故意漠视正当的法律程序，一种使人感到震惊，或至少使人感到意外的法律行为”。

在1999年美国东方信贷公司诉爱沙尼亚仲裁案中

(Alex Genin v Estonia)，^④爱沙尼亚创新银行 (EIB) 低价收购已经资不抵债的爱沙尼亚社会银行的分支——Koidu 分行引起，Koidu 分行的股东是美国东方信贷公司，申请人美国东方信贷公司认为爱沙尼亚央行的行为违反了《爱沙尼亚 - 美利坚合众国双边投资条约》(BIT) (1994)，申请人主张爱沙尼亚央行一再要求申请人就其在 EIB 的股份申请持股许可，以及毫无法律依据地要求 EIB 提供资料等行为，明显侵犯了申请人依据 BIT 所享有的投资权利，违反了 BIT 第 2 条第 3 款第 a 项 (公平公正投资待遇)、第 2 条第 3 款第 b 项 (禁止以专断或歧视性措施损害投资) 等规定。被申请人认为，爱沙尼亚央行要求 EIB 及申请人申请持股许可并提供相关信息，是根据《信贷机构法案》等银行法的授权的正当监管行为。然而 EIB 及申请人拒不配合，甚至提供虚假或误导性信息，且经爱沙尼亚央行调查发现，EIB 的总资本低于最低资本要求，进行了若干可疑交易，这些事实均能证明 EIB 的许可证被吊销是有充分理由支持的。仲裁庭认为爱沙尼亚央行要求申请人提供相关信息等一系列的行为是正当的监管行为，爱沙尼亚央行吊销 EIB 许可证，不属于违反 BIT 第 2 条第 3 款第 a 项规定的“公平公正投资待遇”的行为。这一标准需东道国政府“违反这一最低标准的行为包括故意玩忽职守，行动不足，远低于国际标准，甚至主观恶意。”仲裁庭最终支持了东道国，驳回了美国东方信贷公司的索赔诉求。

在2006年梅林林业有限合伙诉加拿大仲裁案^⑤ (Merrill & Ring Forestry L. P. v. Canada) 中，总部位于华盛顿州的梅林林业有限合伙在加拿大大量投资木材种植、采伐和销售，并涉足林地买卖。他们主张，加拿大和不列颠哥伦比亚省的原木出口规章违反了《北美自由贸易协定》多项条款，特别是第1105条的公平公正待遇。申请人认为，加拿大的出口管制制度造成了不公平、歧视和不稳定的商业环境，这不仅违背了他们的合理期待，还构成了对其权利的滥用。然而，被申请人加拿大则持不同观点。他们提出，首先，公平公正待遇或充分保护与保障并未超出习惯国际法中的最低待遇标准；其次，他们否认善意与合理期待是习惯国际法中的规则，认为

^② Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (U.S. v. Italy), 1989 I.C.J. 15 (July 20), General List No. 76.

^③ Asylum, Judgment, I.C.J. Reports 1950, p. 284.

^④ Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. The Republic of Estonia, ICSID Case No. ARB/99/2.

^⑤ Merrill & Ring Forestry L.P. v. The Government of Canada, ICSID Case No. UNCT/07/1.

善意、禁止任意性、透明度和提供安全的法律环境等非其义务来源。

仲裁庭在审理后表示，即使接受加拿大的观点，认为善意、禁止任意性、歧视等问题并非第1105条第1款或国际法上的特定义务，也不属于习惯法的一部分，但这些概念确实体现了一般法律原则，因此它们同样是国际法的一部分。仲裁庭强调，善意和禁止任意性是这种一般原则的重要表达，任何法庭都不能忽视这些国际法的基本义务。同时，安全的法律环境与这些原则紧密相连，而透明度也似乎正在迅速成为这一标准的一部分。此外，仲裁庭还指出，习惯国际法上的最低待遇标准是一个不断进化的概念。除了安全和正当程序，现今的最低待遇标准已比过去更为广泛，包括在合理范围内给予外国申请人公平公正待遇。这种保护既未超出也未低于习惯国际法的要求。最终，在裁决结果方面，仲裁庭认为申请人未能充分证明其因争议措施而遭受损害。因此，仲裁庭驳回了申请人关于第1105条的索赔请求。仲裁庭明确表示，损害和违反第1105条第1项规定的公平公正待遇标准是紧密相关的，只有在被申请人违反国际法义务并造成实际损害时，才会构成国际投资法中的国际不法行为。

在中山富城诉尼日利亚案件中，中山富城在尼日利亚有大笔投资，2016年，尼日利亚警方将中山富城公司的管理人员（其中包括赵先生）予以逮捕拘留，中山富城随后向联邦政府申诉，并向尼日利亚政府提出诉讼，但均被当地政府搁置，随后，中山富城根据中尼双边投资协定（以下简称“中尼BIT”），对尼日利亚政府提起仲裁。关于本案中涉及到的“公平公正待遇”，仲裁庭认为，尼日利亚国内法中并没有明显的正当理由剥夺中山富城的合法权利，并且国家机构为达到这一目的作出的不正当行为和威胁构成了“不合理的措施”。此外，没有任何迹象表明其他经营者受到了同样的对待，这表明这些措施也是歧视性的。尼日利亚的拘留逮捕行为违反了司法正当程序，尼日利亚政府对赵先生的行为被认为是不符合给予国际投资公平公正待遇的一种胁迫。尼日利亚当地的法院的司法程序具有任意性，同样违反了公平公正待遇。最终，仲裁机构认为尼日利亚违约。

^⑥ Pantechniki S.A. Contractors & Engineers v. Albania, ICSID CASE NO.ARB/07/21.

^⑦任清，《中国企业境外投资保护蓝皮书（2022-2023）》，P89。

在Pantechniki公司诉阿尔巴尼亚仲裁案^⑥中，1994年，希腊上市公司Pantechniki S.A. Contractors & Engineers (申请人) 中标阿尔巴尼亚 (被申请人) 境内道路桥梁建设工程，合同签订后，申请人立即着手施工建设，但相关工程于1997年3月被阿尔巴尼亚境内持续数日的暴乱所打断，申请人被迫放弃其工作场所，并开始撤离其工作人员。关于本案中的公平公正待遇，申请人认为，作为待遇标准的充分保护与安全义务，要求被申请人在投资保护方面应尽到审慎义务；而在暴乱事件中，被申请人不仅没有积极保护申请人财产，也未能采取有效预防措施来阻止事件发生。仲裁庭认为，即使东道国被要求尽到最低客观标准的审慎义务，这一审慎义务的标准也与东道国所处情势和国力紧密相连。审慎义务是经修正的客观标准，即东道国必须在特定情况下尽到相应水平的审慎义务。首先，申请人在投投标本项目时，对于阿尔巴尼亚的政治环境已经有预期，不能要求当地政府给予其更高标准的保护，这一点从双方订立合同中的第11条关于对民众暴乱风险承担的约定也能有所体现。其次，当时的阿尔巴尼亚政府和警察没有能力干涉暴乱，这与“有能力而不干涉”暴乱有本质区别，所以仲裁庭驳回申请人关于确认被申请人未尽到充分保护与安全义务的仲裁请求。

综上，根据近几十年来的国际仲裁案例，关于“公平公正待遇”的内涵，除了在“最低待遇标准”中已经提到的四项，还包括以下内容：不得违反程序正当原则；满足投资者的合理期待；拥有稳定的、可预期的法治环境；透明；不具有任意性；不具有恶意；不存在威胁或恐吓。

在中国企业出海的实践中，往往遭遇到的非公平公正待遇包括：东道国政府取消税收优惠或补贴、宣布中标结果无效、修改法律、政策或标准等，导致企业开展投资时的合理期待落空；东道国政府针对企业的行政许可、行政执法明显不符合正当程序；东道国政府对其采取的措施具有明显歧视性或明显不符合比例原则（例如采取的处罚措施明显超出违法行为的严重程度）；东道国法院在审理与其有关的案件中存在明显的司法不公。^⑦总之，中国企业出海面临诸多困难的挑战，当遭遇重大经济损失时，在BIT协议下，需要尽快寻求救济。

2024年6月27日，最高人民法院发布五个财务造假典型案例。本文从典型案例的涉案主体、违法行为表现、侵害客体、违法动机和主观过错、刑事风险防范等多角度进行分析，以便吸取案例中的失败教训，并对如何加强财会监管，保证财会信息质量，筑牢诚信基石提出治理建议，以供社会各界参考。

财务信息的质量直接影响到国家、投资者、债权人等各类主体的决策。财务舞弊、财务造假情形大量存在，愈演愈烈，已经严重损害到会计信息使用者的利益，甚至影响到了国家信息安全。加强财会监督，提升财会信息质量，刻不容缓。“财务造假”不是一个正式的法律术语，财务舞弊是指企业在财务报告、会计处理、资金

使用、内部控制等方面故意违反法律法规、企业会计准则和职业道德，采取虚假记载、误导性陈述、隐瞒事实等手段，以达到误导投资者、债权人、社会公众等利益相关者，获取非法利益的行为。

《中共中央关于深化改革，推进中国式现代化的决定》强调“完善发展服务业体制机制，完善中介服务机构法规制度体系，促进中介服务机构诚实守信、依法履责。”《关于进一步加强财会监督工作的意见》明确将财政监督、财务监督和会计监督三者有机融合和凝练升华，财会监督涉及与国家财经政策执行和资金运行相关的各类单位和个人的经济活动，意见明确要求打造财会监督体系。2024年6月28日，第十四届全国人民代表

大会常务委员会第十次会议通过《关于修改〈中华人民共和国会计法〉的决定》，最高人民法院经济犯罪检察厅于近日印发《关于办理财务造假犯罪案件有关问题的解答》，一系列文件明确财务造假犯罪案件事实认定、法律适用重点问题。最高人民法院适时发布财务造假典型案例指导司法实践，将对专业机构起到指导作用。

一、最高人民法院发布的财务造假典型案例的基本情况

案例一：（民事）投资者诉昌某股份公司、东某证券公司、大某会计师事务所证券虚假陈述责任纠纷案。法院判决：证券服务机构严重违反注意义务，发布不实信息披露文件存在过失，应承担过错赔偿责任。昌某股份公司赔偿投资者全部损失，大某会计师事务所、东某证券分别在10%和5%的范围内承担连带赔偿责任。

案例二：（民事）投资者诉中某某股份公司、招某证券公司、瑞某会计师事务所等证券虚假陈述民事责任纠纷案。法院判决：招某证券公司并无充分证据表明其对案涉项目的实际进展情况予以审慎核查，且其在知悉该项目的真实情况后，未及时采取有效行为予以更正。瑞某会计师事务所在案涉项目中，未提供证据证明其实施了必要审计程序，对项目的实际开工情况、施工进度、完工进度等缺乏应有的关注以及必要的复核。招某证券公司、瑞某会计师事务所虽未受行政处罚，但在案涉重大资产重组中，均存在未勤勉尽责的情形，导致资产定价严重虚增，相关信息披露存在虚假记载。综合考量其行为性质、过错程度、与投资者损失之间的原因力等因素，分别确定招某证券公司在25%的范围内、瑞某会计师事务所在15%的范围内对中某某股份公司的证券虚假陈述民事责任承担连带赔偿责任。

案例三：（刑事）厦门某会计师事务所、陈某亮等提供虚假证明文件案，单位实施提供虚假证明文件。法院判决：以提供虚假证明文件罪判处被告单位厦门某会计师事务所罚金人民币四十万元；判处被告人陈某亮有期徒刑二年六个月，并处罚金人民币十万元；判处被告人徐某有期徒刑一年十个月，缓刑二年，并处罚金人

人民币八万元；判处被告人何某正有期徒刑一年八个月，缓刑二年，并处罚金人民币七万元。

案例四：（刑事）林某国提供虚假证明文件案，资产评估中介组织提供虚假证明文件。法院判决：被告人林某国作为承担资产评估职责的中介组织的人员，明知实际勘察评估的价格，仍伙同他人编造数据、参考虚假实例等，故意提供虚假证明文件，情节严重，其行为已构成提供虚假证明文件罪。以提供虚假证明文件罪判处被告人林某国有期徒刑二年，并处罚金人民币三万元。

案例五：（刑事）丁某禄提供虚假证明文件案，释放企业刑事风险防范效能助推诉源治理。法院判决：被告人丁某禄作为承担资产评估职责中介组织的人员，故意提供虚假证明文件，情节严重，其行为构成提供虚假证明文件罪。丁某禄有自首情节，认罪认罚，所在单位退缴违法所得，丁某禄积极参与所在企业合规整改，完成整改任务，可依法从轻处罚。以提供虚假证明文件罪判处被告人丁某禄有期徒刑一年六个月，缓刑二年，并处罚金人民币一万元。

二、财务造假典型案例的分析

（一）涉案主体

财务造假典型案例中的主体机构和个人有以下特点：

1. 涉案主体众多。案例一中的大某会计师事务所，案例二中瑞某会计师事务所，案例三中的厦门某会计师事务所；资产评估机构及其评估师：案例四、案例五中的资产评估服务的机构和评估师；财务造假涉案公司；案例一中的控股股东及实际控制人昌某股份公司的实际控制人余某、陈某及其控制的公司；财务造假的主要涉案人员还是涉案公司的职工为主；涉案证券公司等各种主体类型。
2. 涉案主体身份特殊。五个案例中的主体均涉及专业服务机构和专业人士，具有岗位的特殊职业要求，属于“看门人”角色，承担了重要的第三方鉴证服务职能。
3. 涉案主体多数不是财务造假的共犯，而是第三方鉴证服务机构。

财务造假 典型案例剖析与启示

○林国齐* 广东华商律师事务所

*林国齐，广东华商律师事务所执业律师，高级会计师、税务师，深圳市律师协会企业合规管理法律专业委员会副主任，参与的税务稽查代理案件被评选为广东省律师协会税务典型案例。

（二）动机和手段

五个财务造假典型案例中，造假动机主要有以下几种：

1. 控股股东侵占公司资金：案例一中的实际控制人财务造假是为了虚构贷款占用公司资金。
2. 骗取贷款：部分公司为了满足银行贷款或其他信贷要求，通过财务造假来虚增资产，使公司看起来具有更强的偿债能力和盈利能力。
3. 满足个人私利：会计师事务所、资产评估公司内部人员参与财务造假行为，收取不法费用。
4. 隐瞒关联关系：通过与关联方或隐性关联方进行不正常的交易，将利润或资金转移给关联方或从关联方转移亏损，从而达到掩盖财务状况和关联资金占用等目的。

财务造假典型案例中的违法手段包括：

1. 虚增资产：案例一中，虚构业务中标，达到虚增拟收购公司价值的目的。
2. 虚增营业收入：案例二中的中某某技术公司在2013年度营业收入虚增5000万元，提升公司的估值。
3. 隐瞒交易：案例一中的昌某股份公司虚构信贷业务，最终资金流向实际控制人的公司。
4. 中介机构提供虚假的证明文件：案例三中厦门某会计师事务所出具虚假的审计报告，帮助企业骗取银行贷款；福建某资产评估公司出具的评估报告严重虚增了被评估资产的价值。
5. 未尽到勤勉尽责义务：中介机构未尽到审查义务，参与或配合财务造假。

（三）当事人违反的法律法规

1. 法律类：《中华人民共和国证券法》《中华人民共和国会计法》《中华人民共和国公司法》；
2. 法规、部门规章类：《企业会计准则》《证券市场禁入规定》《首次公开发行股票并上市管理办法》《上市公司证券发行管理办法》《会计工作基础规范》等。

（四）侵犯的客体

从财务造假典型案例侵犯的主要客体来看，危害极大。财务造假产生错误的信息已经影响到国家高层的决策；财务信息资料不能得到合理、公开、透明，扰乱了

资本市场的正常秩序；错误、不完整的财会信息，影响到投资者决策，损害投资者的合法权益；财务造假，使得国家的财政收入受到严重影响，计税基础错误，影响国家税收征收；财务造假，虚假审计报告和评估报告，导致国有资产的大量流失；财务造假破坏了公司的正常治理结构，导致内部控制失效；财务造假，虚构信贷业务，破坏了国家金融安全和稳定，导致大量信贷资产难以收回，形成巨量的不良资产；财务造假违反国家法律法规，对市场经济的基石——诚信，产生了巨大的冲击，影响我国诚信体系的建设。财务造假、舞弊行为，严重破坏我国的市场经济秩序，损害大量小股东的合法权益。

财务造假典型案例危害严重，五个典型案例中，坚持刑事、行政、民事立体化、多维度追责。

（五）当事人的主观过错

从财务造假典型案例的主观过错类型分析看，既有主观故意造假，也有因为疏忽大意造成。主观过错是判断罪与非罪的重要标准，是判断承担民事责任还是刑事责任的重要依据。会计师事务所、评估公司因为故意出具虚假审计报告和评估报告，承担刑事责任；招某证券公司会计师事务所因为疏忽大意，未能尽到应尽的审慎注意义务，承担民事赔偿责任；招某证券公司已经发现盈利预测报告的基础已经发生了变化，未及时修改调整业务报告，放任后果继续扩大、未能采取措施防止事态扩大而承担民事赔偿责任；部分会计师事务所、评估师事务所职员利用职务便利，指使、授予他人利用自己的资质证书，伪造审计报告；案例中存在专业机构虚假陈述，未报公司对外担保事项，导致披露的报告存在重大遗漏，虽然未受到行政、刑事处罚，但因为过失而承担民事赔偿责任。

（六）对合规整改的激励

财务造假典型案例五中，涉案机构经过申请，检察院批准，经过有效合规整改，对单位免于刑事处罚，对涉案个人从轻处罚，体现法律刚柔并济、恩威并施的原则。该案例具有以下特点：

1. 案例五涉案提供虚假文件罪，涉案金额不大，罪行相对较轻，三年以下有期徒刑；

2. 整改主体是涉案机构，涉案当事人主动配合调查；
3. 主动申请合规整改，案例五中评估机构认罪认罚，主动向检察院提出整改申请，主观上愿意积极改正；
4. 检察院同意全面合规整改：2022年12月23日，唐河县人民检察院对南阳某某资产评估事务所启动涉案企业合规整改程序，确定三个月的合规考察期。该案例中，检察院经过审查，认为该评估机构符合合规整改的基本条件；
5. 第三方审查、评估认定，该机构进行了有效的合规整改：案例中该机构退缴违法所得1.5万元，主动到案交代违法行为，按照节点完成了合规整改，经过验收，完成了合规整改任务。

案例五中，评估公司按照最高人民法院、司法部、财政部、生态环境部、国务院国资委、税务总局、市场监管总局、全国工商联、中国贸促会《关于建立涉案企业合规第三方监督评估机制的指导意见（试行）》及其实施细则，进行合规整改建设、第三方合规评估、检察院合规整改审查等程序后，检察院按照企业合规与适用认罪认罚从宽制度相结合，对评估公司免于刑事起诉，并对评估师作出缓刑的量刑建议，让评估公司“活下来”，取得了良好的司法办案效果。

目前，对于刑事风险防范，是否在刑事诉讼法层面上得到全面支持，有待观察，但从全国合规试点来看，各地对案小、罪轻、初犯的当事人提请合规整改，已经初见成效，以后是否会继续落实抓前端、治未病，继续推行刑事风险防范，有待总结前期的试点经验和教训后再定。

三、财务造假典型案例给专业机构和专业人员的启示

财务造假典型案例对专业机构和专业人员的启示和教训，主要有以下几点：

1. 保持独立性是根本。目前，中介机构受公司单方面委托开展业务，费用由公司支付，但真正的报告使用者是广大的投资者、监管机构，报告的真正使用者并未支付费用。这种委托法律关系的设计很难保证中介机

构的独立性。改变委托关系是解决独立性的根本出路。

2. 加强内部控制和风险管理是保障。专业机构需要建立健全内部控制体系，加强对业务流程的监控和审查，确保各项业务符合法律法规和职业道德标准。

3. 保持应有的职业怀疑精神。从案例中发现，在提供服务过程中，专业机构应保持高度的职业怀疑，对客户的财务数据和业务活动进行严格审查，不放过任何可能的异常信号。

4. 强化合规意识和培训。专业机构应定期对员工包括机构合伙人、投资人、高级管理人员、从业人员进行合规培训，强化合规意识，确保员工了解并遵守相关法律法规和行业规范。

5. 建立有效的监督和问责机制。新公司法、新会计法及最高检公布的《关于办理财务造假犯罪案件有关问题的解答》，按照罪责相当的原则，督促建立有效的监督机制，对违规行为进行及时纠正，并追究相关人员的责任。康美药业案件当事人会计师事务所承担高达24.5亿元的连带民事赔偿责任，注册会计师承担高达5130万元的连带民事赔偿责任，恐怕事与愿违，最后倾家荡产而不了了之，并不能达到中介机构执业监督的预期效果。

6. 合理界定造假公司的会计责任与中介机构的审计、鉴证、服务责任。目前存在一种误区，将公司财务造假与中介机构未能发现舞弊混为一谈，模糊了责任边界，舆论过度解读，不利于追究当事人的责任。

四、结语

从以上财务造假典型案例可以看出，财务造假是一个由多种因素综合作用的结果，涉及人群特殊，专业性强、危害大、后果严重，影响时间长、承担责任重，涉及行政、民事和刑事多重责任。提高财会信息质量，筑牢诚信基石，需要财政部门主责监督、有关部门依责监督、各单位内部监督、中介机构执业监督、行业协会自律监督分工合作、齐头并进、刚柔相济，共同努力，保障看门人能够恪尽职守，维护良好的营商环境，保障我国经济高质量发展。



那些形形色色的当事人

○李帆* 广东联建律师事务所

那天早上不到八点，就接到当事人的电话，说已经和对方和解，协议还在草拟，到时需要我把把关。我说，“当然没问题。”此案我方是被告，一开始分析案情时，我即建议调解。对方提出的报价并不离谱，低于预期判决数额，但当事人无论如何都要审判结案。提醒尽到，但他心意已决，只能奉陪到底。

收到判决那天，果然比调解的报价多出十来万，当事人赶紧给我留言，问是否还有回旋余地。“不好说，此时对方胜券在握。上诉没有新证据，意义不大。看能否诉后调一次，争取价格上的优惠。”当事人愿赌服输，和对方谈判了结，非但没有给我推责任，还积极询问如何支付律师费。事后他这样复盘，首先是要穷尽一切救济手段，也就是他所说的尽力而为。其二，出份正式的判决书，他才好给股东交代，不然，别人还以为和对方私下交易。

确实，我只考虑到法律层面的问题，对于当事人要处理的复杂人际关系，没有考虑周到。这也是律师这一行的特点，擅长解决复杂的法律问题，但实际上更多是在和人打交道。执业愈久，见过形形色色的人，

各式各样的事，对人性的见解，也就愈发深刻。

比方说，一些年长的当事人，会在开庭时穿件红衣服，出庭时宛如一根点燃的蜡烛，视觉效果拉满。老一辈的小迷信，看作是某种习惯，也很有趣。更多时候面对的当事人，还是年轻人居多。

有次，一个女孩闯进我办公室，说是想给我送面锦旗，感谢前几次的咨询，又补充道，要是太贵，就不送了。回想半天，才想有这么一桩人身侵权纠纷，帮她做过咨询。出于矜持，我不置可否。然后，她就真出去询价了，没过一会儿，又风风火火回来，特地通知我，最便宜的锦旗要180元一面，她觉得贵，就不送了。其实心意我已经收到，没想到她还真的郑重其事地再来通知一趟。

和当事人接触，不免触碰到各种隐私，于真相浮出水面时，再次感叹世间的无奈。曾经有位老伯，坐绿皮车从吉林千里迢迢赶到深圳，要起诉儿子付赡养费。他衣裳褴褛，一副窘迫的样子，黑瘦的胳膊上，刺着两条黯淡的龙纹身，表现出昔日的叱咤风云。

在一个以敬老为美德的国度，放任家里老人不管，

是会社会性死亡的，所以，总觉得有点隐情。问他：“你以前是不是打你儿子了？”“没有啊，我连重话都没说过。”想了想，他又补充到“当时坐牢，也没时间管这王八犊子。”古惑仔的暮年，大抵如此。这个案子后来也是调解结案的，儿子同意每个月按时支付生活费，但两人自始至终，一直隔空交流，没有见面。儿子的怨念，估计还要持续下去。

我还遇到“无厘头”的当事人。在法援值班时，遇见一位求助大叔，说借钱出去，对方不还。我问，“借了多少钱？”答曰：“不记得，可能一万多。”我再问：“有借条吗？”回答：“没有，用微信转的。”“那聊天记录呢？”他用小胡萝卜般粗细的手指，在小小的手机上挖呀挖呀，挖了十多分钟，得出结论，对方趁他喝醉，偷偷地把借钱的聊天记录都删除了。当时我就决定，晚上必须得吃点好的，才能抚平我心灵的创伤。

曾经陪同当事人考察投资项目，聊着聊着，发现对方忽悠的嫌疑很重，回去做了尽调，果然是失信被执行对象。不知道怎么开口挑明，感觉怎么说，都会让当事人不爽。对方讲PPT时，他听得津津有味，已

然上头。而我要打碎在他心中已经建立的美好愿景，让他失望。虽然是现实，还是难以接受。这个时候，就觉得自己是令人生厌的花刺子模信使。幸好得知真相后，客户还是坚强地挺了过来。对他而言，“虽然没赚钱，但至少没有赔钱”这个逻辑还是很有说服力的。

当然，更多是在和当事人的相处中，感受到职业尊严感。有特别热情的当事人，完全没有甲方乙方的界限。有次去无锡出差，当事人觉得，让我感受江南的美，和维护他的权益同样重要，遂带我吃淮扬菜一小时，逛太湖一个半小时，夜游京杭大运河两小时，最后庭审仅20分钟。这让我深深感受到当事人对律师的信任和尊重，对家园的热爱以及对正当权益的维护与执着。

某日凌晨，睡得正酣，突然有当事人要跟我视频，背景明显不在国内。睡眠惺忪中，听了个大概情况，他到莫斯科做生意，在中餐馆吃饭捡到了钱包，里面差不多有几万卢布。丢钱包的人刚走，他赶紧追出餐厅，要还钱给人家，一想不对，于是先跟我联系，希望能视频见证他还钱的过程，以防失主说少了钱，抑或事后有第三方跳出来主张权利。听得我心潮澎湃，人品如斯，以后有案子肯定跟他打折。

这事的后续更有意思，丢钱的哥们是山东人，也是非常实在，一定要请我当事人搓一顿，一桌子下来，花的钱比丢的还多。异国他乡，感受到本国人的善意，结下这如此上品缘分，我一个旁观者都要说声善哉！

还有个硕士小朋友，毕业那年遭遇网诈，直到目前，案件还在推进处理中，但她并没有分心，一边走各种程序，一边备考，写这篇小文的时候，她已经是浙大的博士了。这份专注力，很值得钦佩。

诚然，律师职业有其压力和挑战，高压案件、客户期望过高，以及各种不确定因素等等，但能与这些向上而生的当事人结伴而行，帮他们争取权益，带给我深刻的成就感，也是我继续走下去的动力。

* 李帆，广东联建律师事务所律师，本所涉外法律专业委员会主任，长期从事民商事、企业跨境法律业务。

没有在新疆阿勒泰市冬季生活过的人，也许对“雪都”没有太直观的印象。很幸运，2024年度我以司法部“1+1”中国法律援助行动志愿律师的身份在阿勒泰市提供为期一年的法律援助服务，有机会和阿勒泰的雪亲密接触。

（一）初雪

2023年10月19日周六。

前一日下班时，恰逢下雨。忽然察觉雨水降落在伞面的声音较平时重，抬头一望，呀，还真是天气预报预告的雨夹雪。心中一喜，不由祈望夜里温度能再降一些，这样没准就能与初雪来一场美丽的邂逅了。

晨起，窗帘还未拉开，已感觉光线较之平日更亮。推开窗户一看，期待成真，一夜之间，窗外已是银装素裹。

乐呵呵洗漱、就餐，带着伞计划出门赏雪。

出门的时间不算太早，小区的地面积雪早有路人行走留下的痕迹。这样的雪地行走还好，只要自己踩稳，不必担心会摔跤，还能体验到鞋底与雪摩擦发出的咯吱声。但等雪不再下且太阳出来后，地面就会结冰，在滑溜溜的地面走路就得小心翼翼了。

此时的阿勒泰，松树杨树的树叶尚绿，桦树的叶子也呈金黄，花圃中的串串红依然露出红扑扑的笑脸。初

雪的降落，让秋与冬的美瞬间凝结，却又让你意识到，原来冬季也不是绝对的万物萧杀。

我兴致勃勃的登上公交车，特意坐在上车后的第一个位置，这样就可以饱览沿途风光。

一开始，我的目光聚焦在两旁雪团锦簇的树木。雪落在树枝上，略积了一个指节那么厚，衬得原本已现凋零状态的树木，又好似焕发了生机般耀眼。越往目的地桦林公园走，越能感受到雪景之美。尤其是临近山脚的那一段路，行人车辆稀少，车辆拐弯的刹那，视觉更宽广，映入眼帘的整个世界都被白雪覆盖着，这美直击心灵。

走入桦林公园，发现如我一般前来赏雪的游客还不少。甫进门，惊起一群鸽子。它们洁白的身躯急速飞翔，显得雪后的公园愈发岁月静好。

早闻桦林公园其名，原本，是想抓住深秋的尾巴，近距离欣赏桦树被秋意轻抚后的绚烂；没料到，白雪也这么迫不及待，还不待桦树金叶掉落，就用强悍的姿态占据整片天地。这不，月季的红、矢车菊的橙、桦树的黄、灌木的绿、野果子的艳、枝干的褐，一旦被白雪笼罩，愣是在对比中多了惊艳，让游客们目不暇接、连连赞美。

行走其中，时有雪花会直接扑簌簌从树上跳落，撑着伞的时候还好，不过就是觉得伞面的重量增加了一些。当我与朋友视频时，伞稍微倾斜了一些，不知是我的声

音唤醒了积雪，还是树枝再也承受不住积雪的热情，我突然就被砸了一身，冷意沁人，却又忍不住哈哈大笑。

桦林公园不愧是阿勒泰市的地标之一，瞧瞧它在小径两旁摆设的标语设计——无论是说到我心坎的“去爱去生活”“我想好了，我过自己想过的生活就好了”“别让正事耽误玩”，还是契合主题的“一树年轮，一园风景”“那些散落在桦林里的时光，日复一日寂静喜欢”，每一处的美都那么刚刚好，让人没法不驻足停留。

还有那潜出来在雪地找果实的松鼠，它也不怕人，兀自跑在雪地上，滴溜溜的大眼睛时不时瞅瞅游客，一会又不知道跑哪里去了。小朋友更是乐坏了，按照大人的指示快速拍了合影后，急不可待拉着父母要去打雪仗了。更多的，则是如我一般，或与亲朋好友视频分享喜悦，或静静行走品味初雪之美的游客。

阿勒泰的冬季，据说要持续半年，初雪的到来，昭示着冬季正式来临，未来，想必还会迎来无数次的雪。而初雪，之所以是最美好的纪念，大概是因为它承载着期待成真的快乐，也寄托着未来精彩的期盼吧。

（二）重逢

初雪来临时，阿勒泰市的桦树，有些时光走的快些已叶落归根，徒留光秃秃的树枝静候白雪的覆盖；也有些仍

眷恋人间繁华，倔强地攀在枝头，哪怕初雪的来临也没有让它们失却华美，甚至还多了秋与冬集合的冻感美。

那时候的初雪，更像是凛冬来临前的预兆，虽然那几日早晚会有些许冷意，可没两天，气温就回升至最高零上11度。于是，秋阳一晒，好似再也找不出下过雪的痕迹。

但果真如此吗？答案当然是否定的。这不，如果南方的天气是一场秋雨一场寒，那阿勒泰市的天气应当就是一场秋雪一场寒。

10月底，雪天再次来临。有过初雪的惊艳，第二次降雪，我的心情已趋平静，只是走在大街上看到雪漫大地依然会觉得欣喜。

阿勒泰市的环卫工人真是辛苦呀。不管是周末还是工作日，都少不了他们在街道忙碌的身影。对我这个在阿勒泰市第一次过冬的人来说，雪天的到来，是水墨山水的美，可以找个好地方静静感受大自然的恩赐；对环卫工人而言，或许更多的是工作的增加，不知是否会有一些无奈和烦恼。

雪天出行不易，体现在积雪过多阻碍前行，积雪少则可能湿滑难行。这个时候，环卫工人祭出了他们应对雪天的大杀器——扫雪机。他们驾驶着扫雪机将积雪清至花圃边。扫雪机的外形类似挖掘机，只不过探出去的机械不是齿状而是由塑料组成的轮状。每当机器运行，轮状的扫雪器就飞速转动，可以将积雪和雪化后的积水轻易的撵至花圃边缘，还车辆和行人们一条平整的街道。

积雪稍浅的路段，人们拿着一种木制推具，将积雪铲至路边或花圃内，再用扫把清扫路面。木制推具的模样很简单，就是木棍与塑料斗的结合，塑料斗被设计成开口向外、一端与地面平行的形状，方便人们使用。这个时候，除了环卫工人的尽职尽责，人们还发挥利己利他的精神，将单位门口、商铺门前、停车场、小区等公共路段目之所及步之所往的积雪路面，齐心协力清雪。这个时候，你会惊讶地发现，早上出门时尚需要小心翼翼行走，等中午下班回家已可以大步前行。“各人自扫门前雪”，听起来是贬义词，可当众人有志一同做着这件事时，居然产生了所有人都能够安全出行的默契结果。

不觉已是11月中旬，阿勒泰市已降5场雪，中华大地也正式进入冬季。

这个时候的阿勒泰市，除了常绿乔木，再难看到其

阿勒泰的雪

○钟俊瑾* 北京市盈科（深圳）律师事务所

*钟俊瑾，北京市盈科（深圳）律师事务所高级合伙人律师，系深圳市律师协会教育与未成年人保护专业委员会干事、广东省律师协会未成年人保护法律专业委员会委员。近年来专注于法律援助、未成年人保护领域。参与“1+1”中国法律援助志愿者行动3次，先后为西藏朗县、青海省乌兰县提供全年全取法律援助服务，目前在新疆阿勒泰市提供法律援助服务，著有《援藏那一年》。



他树木的叶子。桦树恋恋不舍的与所剩无几、被秋阳熏得金黄的树叶挥手告别。树叶有的被东风无情刮至路面，更多的则是主动贴在了树枝表面的雪丛中，一旦有机会掉落，就顺势奔向大地。

不同于秋季浅尝辄止般的落雪，冬季的雪天持续的时间更长。10月份的雪天，通常是夜晚气温低的时候降落，且多为雨夹雪开始，白天随着气温升高就不再落雪，基本2-3天就化了。入冬后的雪天则不一样，不分白天黑夜，只要气温足够低便雪花飞舞。

当下的天气，最高温度尚在零上3度左右徘徊，白天屋檐上的积雪还会融化些许，化成雪水慢慢滴落。据本地的同事介绍，阿勒泰市最负盛名的是“粉雪”，等到白天最高温度都是持续的零下温度，那么积雪就不会再融化，届时，积雪外表都将是晶莹剔透蓬松绵软，不似如今这般属于冰与雪湿哒哒的融合体。

阿勒泰市的冬天，室内的体感比在西藏和青海还更暖。西藏没有供暖系统，在最冷的季节白日光照足不太冷，夜晚室内只要打开取暖器也足够了；青海大概11月左右开始管道供暖，每天早六点晚六点都能听到管道的水声，室内的温度不算特别高也足够抵御寒冷。而阿勒泰市，国庆之后就已供暖，且属于无声无息的地暖，让你一进室内就迫不及待脱了外套才舒适。

阿勒泰雪季最著名的景点是禾木喀纳斯，最引人瞩目的运动项目是滑雪。然而，本地同事却说，眼下不论是滑雪还是美景，都需要再耐心等待，当冰雪落下被冻住不再融化，成为了名副其实的“雪包”，那才是不容错过的美景盛事。

如此，阿勒泰的雪，还能带给我多少惊喜，且拭目以待吧。

(三) 铲雪

11月中旬某日，下班的时候，发现又下雪了。

这回的雪，与以往不太一样。不知道是灯光的效果，还是阿勒泰市的粉雪正式降世，当我走在大街上时，惊讶的发现天空洋洋洒洒飘落的雪花竟是银光闪闪的。它看起来颗粒感十足，个头则不大，不管是覆在身上还是落在地面，总能看到波灵波灵的光芒。即便是灯光没有直接照射的地方，也能看出星星点点的光亮，实在让我大为好奇——莫不是，这里的雪还沾上了银子的气息？

要不然，为何显得如此贵气呢。

早晨推门上班，我顿足在门口一会才起步。无他，雪停后粉妆玉砌的世界太美了。

一夜过去，整个世界都被白雪占据。这时候的路面，几乎看不到原本的模样，要么是厚达小腿部分未经处理的雪被，要么则是被路人践踏后略显硬邦邦的雪面。让我安心的是，不需要担心摔跤的问题，因为没人走的积雪是松软的，有人走的雪面则是实心的。

往办公地点走的时候，已经有不少路面被早起的人们清扫好。想到即将前往办公室体验第一次铲雪，我不由加快脚步。

矛调中心的同事正拿着推雪铲在铲雪，我迅速到办公室拿上手套，随意拿了一把推雪铲也加入其中。

刚开始，我拿的是一把白色的塑料推雪铲，它的开口是正方形的。这铲子拿着轻便，可推雪的时候却不太顺手，一是推的雪量小，二是时不时被地面的缝隙硌住。于是，我换了一把红色的大推雪铲。大推雪铲的铲口是长方形的，一端与地面平行，效果就不一样，你可以拿着它肆意行走，直接将雪地推出一条雪道来。

真正铲雪的时候才发现，原来看起来厚重的雪非常轻盈。只是，当你用铲子将直径五十米左右的雪往一个方向推时，原本停留在不同方位的雪不断叠加，累计的重量却让我一时推不动，于是不得不在接近终点时分步进行。或者，也可以采取一个更讨巧的方式——跟在同事后头，当同事铲出一条雪道时，把推雪铲两侧遗留的较小雪道推干净。

一个方向的积雪铲完，我又去另外一个位置继续。半个小时后，矛调中心前院的雪被统一推至铁栏杆边，这才大功告成。

第一次铲雪运动圆满结束，原本还觉得受冻的腿部，一番不间断的动作后，也不再觉得寒冷，背后更是微微沁出了汗。冬季寒冷，有了这项运动，无形中反而增加了锻炼的机会。

地域和环境的差异，引发了人们前往不同地区生活的兴趣。而不管是在古代被认为属于蛮荒之地的广东，还是时至今日仍有着极端气候的北疆之北阿勒泰，人类都能克服重重困难，选择合适的生存之道，不由让我生出感慨：

大自然多么神奇，生命又是多么奇妙呀！



迎春接福 笔墨传情

二〇二五年一月十三日上午，深圳市律师协会第四届迎春接福春联活动成功举办。

李星和 / 广东卓建律师事务所

任重 / 广东广和律师事务所





蛇年吉祥

深圳市律师协会

向全市律师、实习人员与律所工作人员，
向长期关心支持深圳律师事业发展的社会各界人士，
致以衷心感谢和新年祝福！