

浙江律师  
ZHEJIANG LAWYER



弘扬浙江律师忠于法律、勇于担当、诚信务实、勤勉尽责的精神；宣传浙江律师服务经济社会发展、维护公平正义感人事迹；评析法治热点；讲述律师故事；挖掘人物背后的心路历程；记录行业发展足迹……



扫描二维码 关注浙江律协微信公众号

# 浙江律师

5 浙江省律师协会主办  
2023 总第98期

# 法治 护航 亚运



北京炜衡(杭州)律师事务所  
W&H LAW FIRM, HANGZHOU OFFICE

## 北京炜衡(杭州)律师事务所

北京炜衡(杭州)律师事务所位于杭州黄龙国际中心CBD核心区域,由杭州若干大中型律师事务所的主要负责人、合伙人以及部分资深律师团队组成。近年来,炜衡杭州所办理了大量成功案例,赢得社会广泛关注。

目前全所已达200余人规模,其中160余名执业律师,汇集一批在法律实践领域具有较高造诣的专家,执业范围涵盖刑事辩护、行政诉讼、诉讼仲裁、法律顾问、金融证券、不良资产管理处置、房地产与建筑工程、知识产权、婚姻家庭等多领域的专业性、综合性、深层次的律师事务所。

律所先后与中石化、中化、中海油、华润、中国银行、阿里巴巴、百度等数百家中外大型企业、金融机构及上市公司建立了稳固的法律服务关系。行之有效的办案质量管理监控制度、优秀的律师团队、良好的知识结构、丰富的执业经验、高度的责任心,使炜衡(杭州)律师事务所信心、有能力为广大客户提供专业性、多元化、深层次的专业法律服务。

高  
声  
呼  
号

**陈文清:**

## 充分发挥调解基础性作用 为中国式现代化营造和谐稳定社会环境

10月8日,最高人民法院、司法部在京联合召开全国调解工作会议。中共中央政治局委员、中央政法委书记陈文清在会上强调,要坚持以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导,学习贯彻习近平总书记关于调解工作的重要指示精神,坚持和发展新时代“枫桥经验”,在更高层次、更广领域发挥好调解的基础性作用,为中国式现代化营造和谐稳定社会环境。

陈文清向辛勤工作在矛盾纠纷排查化解第一线的广大调解员、基层法官和司法行政工作者表示慰问。他指出,调解工作具有鲜明的民族特色和制度优势,是促进新征程社会长期稳定的重要保障。随着经济社会快速发展,社会矛盾纠纷规模较大,不能都进入诉讼,要充分发挥调解作用,切实把矛盾纠纷化解在基层、化解在萌芽状态,依法保障人民群众合法权益。

陈文清要求,要进一步推动调解工作创新发展,强化预防在前、调解优先、依法调解、实质调解的理念。要进一步完善调解工作格局,做好人民调解,做实行政调解,做强司法调解,做优行业专业性调解,促进各类调解协调联动。要进一步加强党对调解工作的领导,强化工作指导,压实相关部门责任,关心关爱广大调解员队伍。



2023年10月8日晚，随着飘扬在杭州奥体中心体育场“大莲花”上空的亚奥理事会会旗徐徐降下，杭州第19届亚运会圆满闭幕。中国以出色的组织服务，赢得了亚奥理事会大家庭和国际社会的广泛好评，这其中，就有法律人的默默付出。作为东道主的浙江律师，用专业的法律知识和严谨的履职精神，为护航亚运交出了高分答卷。

### 图片新闻

详见第4~5页

### 特别关注

- 06 王中毅厅长专题调研律师工作
- 09 省律师行业党委召开全省律师行业学习贯彻习近平新时代中国特色社会主义思想主题教育动员部署会
- 12 2023年度“1+1”中国法律援助志愿者行动启动
- 14 省看守所律师特约监督员聘任仪式暨座谈交流会在省公安厅举办
- 16 省律协专职副会长陈三联一行赴绍兴调研纪律惩戒工作
- 18 省律协召开第十一届青年律师工作委员会第一次（扩大）会议暨青年律师工作交流会

### 专题·法治护航亚运

- 22 共享亚运 法治护航  
——炜衡所亚运纪实
- 25 与亚运同行  
——盈科所护航亚运的三年之旅
- 29 季龙明：在护航亚运中争做党和人民满意的好律师
- 32 谢已晴：网络律师的亚运法律服务之旅
- 35 张凯杰：做好亚运法律护卫
- 38 徐亦丹：驻场亚组委的600个日夜

### 红色律师

- 40 曾营救中共创始人的章士钊律师

### 办案手记

- 44 九年错案终获改判无罪  
——律师团队成功辩护虚开增值税专用发票申诉再审案
- 46 个保法施行后全国首例平台尽职免责案胜诉

### 热点直击

- 48 医药反腐风暴下谈医药行业涉刑问题
- 51 揭秘电信诈骗

### 新法速递

- 54 美国对中国核两用物项及核物项的出口管制解读
- 57 《昆明会议纪要》中十个“意想不到”的规定

### 行业速览

详见第60~61页

### 理论探索

- 62 破产法视角下的“表见代理”裁判规则研究
- 66 《著作权法》与《反不正当竞争法》双重保护的类型化及适用规则研究  
——以125件案例为基础的实证研究

### 律师沙龙

- 70 关于担保不生效之赔偿责任执行的思考
- 72 助力无律师县：一场奔赴山海的约定

### 好书荐读

- 74 民事诉讼证据规则编注
- 75 我国碳市场法律治理研究

### 微关注

详见第76~77页



### 编委会

- 顾问 王兰青
- 主任 沈田丰
- 副主任 陈三联 王健
- 编委 吴引引 于梅
  
- 主编 吴引引
- 执行主编 王娜
- 编辑 雷雪飞 陈晓慧 梅馨怡

主办单位 浙江省律师协会

出版日期 2023年10月31日

邮编 310011

地址 杭州市拱墅区大关路  
100号绿地运河商务中  
心11幢19楼

电话 0571-87755609

传真 0571-87755608

网址 www.zjbar.com

投稿邮箱 zjbar@163.com

准印证 浙内准字O 054号





- ① 9月20日，宁波国际法律服务中心揭牌仪式暨国际法律服务论坛举办。该中心致力于打造宁波涉外法律服务品牌和“一站式”涉外法律服务平台，集结了多个涉外实务经验丰富的律所服务团队，提供优质专业服务，也邀请了资深涉外律师、学者、国际仲裁员作为专家顾问。宁波国际法律服务中心的设立，获得了省委常委、宁波市委书记彭佳学批示肯定：这是主动服务对外开放新格局的务实创新之举。
- ② 10月13日下午，由浙江省律师协会承办的全省政法系统协会工作第三次座谈会在省律协召开，省委政法委、省法官协会、省检察学会、省警察协会、省律师协会、省保安协会、省反邪教协会、浙法传媒集团等单位相关人员参加会议。
- ③ 10月14日，温州律师足球队赴金华、义乌开展足球友谊赛。绿茵球场上，队员们你来我往、奋力拼搏，上演了精彩纷呈、扣人心弦的对决。本次比赛展现了浙江律师拼搏向上、自强不息、超越自我的精神风貌，也加深了律师间的互动交流和深厚友谊。

1 | 2  
3



## 王中毅厅长 专题调研律师工作

9月21日上午，省司法厅党委书记、厅长王中毅在杭州专题调研律师工作。其间，王中毅实地走访了省律师协会和浙江京衡律师事务所、浙江阳光时代律师事务所，并与省律师行业党委、省律师协会班子成员等进行座谈交流。

王中毅指出，近年来，我省律师行业坚持以习近平新时代中国特色社会主义思想为指引，笃学践行习近平法治思想，在坚持党建引领上巩固先行胜势、服务中心大局上紧跟发展形势、践行社会公益上发挥独特优势、加强队伍建设上展现良好态势，成绩值得充分肯定。

王中毅强调，律师队伍是推进全面依法治国、推进中国式现代化建设的一支高素质重要力量，律师制度是国家法治文明进步的重要标志。律师工作在法治建设中具有重要地位、发挥重要作用。一要在对标看齐中提高站位。必须以政治上的先进性保证业务上的先进性，以高质量党建引领律师行业高质量发展。要坚持党的领导不动摇，确保律师工作始终沿着正确方向前进。要坚持理论武装不懈怠，认真谋划开展第二批主题教育，持续增进对党的创新理论的政治认同、思想认同、理论认同、情感认同。要坚持走在前列不止步，持续巩固提升行





## 省律师行业党委召开全省律师行业 学习贯彻习近平新时代中国特色社会主义思想 主题教育动员部署会

9月27日，省律师行业学习贯彻习近平新时代中国特色社会主义思想主题教育动员部署会在杭州召开，省司法厅党委委员、副厅长，省律师行业党委书记王兰青出席会议并讲话。

业党建走在全国前列的优势，以“勇敢立潮头，永远立潮头”的价值追求，打造律师行业党建工作浙江样板。二要在对照分析中找准方位。要坚持差异化发展方向，瞄准涉外法律服务发展，以外经贸争议、知识产权、海事海商等我省企业需求较大或与“一带一路”建设紧密关联的涉外法律服务为发展重心，建设精准引才、培训成才、合作育才的全生命周期涉外法律人才引育用支撑体系，加快补齐短板弱项。三要在服务大局中彰显地位。要积极发挥律师队伍的生力军作用，组织引导全省广大律师围绕中华民族伟大复兴，围绕党委政府中心大局，做深做实法治研究，积极服务基层社会治理现代化，为奋力谱写共同富裕和中国式现

代化浙江华章建好言、献好策、出好力。四要在深化认识中把握定位。新一届律协班子和秘书处工作人员要牢牢把准“律师娘家人”这一根本定位，牢固树立“严管就是最大的厚爱”的工作导向，寓服务于指导管理之中，在加强协会的自我教育、自我管理、自我服务功能上加压奋进，提高服务保障准度，加大律所改革力度，严格教育惩戒尺度，不断提升行业美誉度和社会公信力。

省司法厅党委委员、副厅长、省律师行业党委书记王兰青，省司法厅副厅长亓述伟陪同调研。省司法厅办公室、律工处负责人，省律师协会班子成员，我省涉外律师代表参加座谈会。



王兰青指出，开展学习贯彻习近平新时代中国特色社会主义思想主题教育，是党中央从党和国家事业发展全局的战略高度作出的重大决策，全省律师行业各级党组织要按照党中央、省委和全国律师行业党委的工作部署，深入学习贯彻习近平总书记关于主题教育的重要指示精神，组织广大律师认真开展学习，牢记嘱托、感恩奋进，在服务保障浙江“两个先行”上发挥更大作用。

王兰青强调，要深刻认识开展主题教育的重大意义，凝心铸魂、强本固基，教育引导广大律师站稳政治立场，坚定捍卫“两个确立”、坚决做到“两个维护”；积极践行习近平总书记“努力做党和人民满意的好律师”和司法部党组“五点希望”，坚定政治方向，坚持执业为民，优化队伍行风，推进律师事业健康发展。要全面准确把握主题教育的目标任务和要求，把握“五个更加注重”“五个具体目标”，坚持学思用贯通、知信行统一，以学铸魂、以学增智、以学正风、以学促干，确保理论学习入脑入心，调查研究做深做细，推进发展有力有效，检视整改从严从实，推动主题教育取得实效。要切实加强主题教育的组织领导，在地方党委统一领导和主管司法局党委（党组）统筹部署下，上下联动、条块结合、有序推进；要注重统筹兼顾，把主题教育开展与学习宣传贯彻习近平总书记考察浙江时重要讲话精神结合起来，与深化“做党和人民满意的好律师”主题

活动结合起来，深刻感悟习近平总书记对浙江大地和浙江人民的深情大爱、对浙江工作和浙江发展的殷切厚望，增强真信笃行、感恩奋进、对标看齐、续写新篇的政治自觉，进一步强化使命担当，充分发挥律师职能作用，以高水平法律服务助力高质量发展，为持续推动“八八战略”走深走实、谱写中国式现代化浙江新篇章贡献智慧和力量。

会议还表彰了2023年全省律师行业先进党组织、优秀共产党员和优秀党务工作者。省律师行业党委委员、省律师协会会长班子成员，各市律师行业党委书记、各市司法局律师工作处处长以及律师事务所代表等130余人参加会议。



# “1+1”中国法律援助志愿者行动2023年度启动仪式暨第五届理事会首次签约仪式

2023年9月8日 北京

主办单位：司法部公共法律服务管理局 司法部律师工作局 司法部法律援助中心  
中国律师协会 中国法律援助基金会 团中央青年志愿者工作部



## 2023年度

## “1+1”中国法律援助志愿者行动启动

9月8日，“1+1”中国法律援助志愿者行动2023年度启动仪式暨第五届理事会首次签约仪式在北京人民大会堂举行。浙江省司法厅党委委员、副厅长，省律师行业党委书记王兰青，我省8名志愿律师，以及中国法律援助基金会合作单位浙

江天册律师事务所主任章靖忠参加会议。2022年7月，根据司法部部署，经律师自主申报，我省派出浙江裕义律师事务所张建、浙江鑫湖律师事务所葛春良和浙江天卓律师事务所曾正荣等3位律师，分赴广西合山市、内蒙古呼伦贝尔市和四川

广元市开展为期一年的法律援助志愿服务，为当地困难群众提供法律援助服务。2023年6月，台州市司法局赴呼伦贝尔市慰问援助律师葛春良时，与呼伦贝尔市司法局签署了共建合作框架协议，并向呼伦贝尔市根河市司法局进行物品捐赠，葛春良律师的援助事迹同时被2022年度“1+1”行动工作总结宣传片收录。

今年，我省共有16名律师报名参与“1+1”中国法律援助志愿行动，最终浙江裕义律师事务所张建、浙江六和（湖州）律师事务所许相如、浙江端平律师事务所冯涛、浙江百工律师事务所律师楼燕燕、浙江护龙律师事务所陈磊、浙江利群律师事务所顾奇誌等6人被选定为志愿服务律师，分别到广西合山市、贵州安顺市、青海海西州、新疆铁门关市、西藏那曲市、内蒙古呼伦贝尔市提供法律援助志愿服务。派遣仪式上，司法部党组成员、副部长赵昌华向2023年度

“1+1”行动志愿者代表、我省律师许相如授法律援助志愿者旗帜。

在第五届理事会捐赠仪式和签约仪式上，浙江天册律师事务所主任章靖忠代表律师事务所与中国法律援助基金会签署合作协议，并向基金会捐赠500万元。

“1+1”中国法律援助志愿者行动自2009年启动以来，我省先后派出志愿律师59人次，在西藏和贵州、甘肃、内蒙古、陕西、广西、湖南、海南、四川、新疆、山西等省（自治区）律师资源不足的贫困县，为困难群众撑起法治蓝天、送去法治温暖，展现了浙江律师积极投身公益、履行社会责任的良好形象与时代风采。





## 省看守所律师特约监督员聘任仪式 暨座谈交流会在省公安厅举办

9月7日，浙江省看守所举行律师特约监督员聘任仪式暨座谈交流会。浙江省公安厅党委委员、副厅长俞流江、省公安厅监管总队政委江永志、省看守所所长叶建军、副所长何翔，浙江省律师协会会长沈田丰、秘书长吴引引、副秘书长曹悦以及胡东迁等10名受聘律师参会。

江永志介绍了浙江省82家看守所保障律师执业权利的整体情况以及近年来相继出台的若干项积极举措，真诚地回应了律师朋友们反映的存在改进空间的几方面问题。受聘的十名全省看守所特约监督员围绕如何提升看守所保障律师执业权利水平、特约监督员如何正确履职等问题发表了意见和建议。

沈田丰提出，公安机关肩负打击犯罪的神圣职责，而律师的重要工作之一则是为犯罪嫌疑人辩护，虽然双方立场不同，出发点不同，但是目标一致，双方都应当维护法律的正确实施、维护社会的公平正义。同时，沈会长强调特约监督员不是职位，而是职责，这个身份不能作为律师承揽业务的手段，律师

担任特约监督员时要客观理性分析问题和收集的意见，要对事实进行必要核实甄别，还要定期提出一些有质量的合理化建议和意见，帮助监所部门创新管理方式、改进管理措施、提升管理水平。

俞流江指出，聘任优秀律师担任看守所特约监督员制度十分重要，看守所主动接受律师特约监督员的监督，体现了法治文明程度的极大进步。俞厅长对落实好律师特约监督员制度提出了三点意见，一是充分认识开展律师特约监督员工作的重要意义，由律师来担任看守所的监督员，对看守所保障律师会

见和在押人员合法权益方面的问题进行专门监督，对于进一步扩大看守所对社会的开放程度，促进看守所依法保障律师执业权利和在押人员合法权益，更具有其针对性和现实意义；二是充分发挥律师特约监督员的作用，律师特约监督员不仅是监督员，更是联络员、宣传员和示范员，律师担任特约监督员并勤勉履职对提升看守所的工作十分有帮助；三是充分保障特约监督员履行职责的权利，对律师特约监督员提出的问题，除法律规定保密以外，要实事求是地予以解答，不得推诿搪塞；要定期组织律师特约监

督员参加有关会议和活动，通报看守所执法管理和在押人员权益保障工作情况，征求律师特约监督员的意见和建议，并及时将办理、落实情况向律师特约监督员反馈。

看守所聘任律师担任特约监督员制度是警律良性互动机制的重要组成部分，律师特约监督员依法依规对看守所的执法行为进行监督，提升了看守所工作的公开化水平，也体现了公安机关勇于接受监督的气魄和做好监管工作的决心。同时，刑辩律师也虚心要接受看守所的监督，杜绝违法违规会见行为，提升执业水平。



## 省律协专职副会长陈三联一行 赴绍兴调研纪律惩戒工作



9月15日，省律协专职副会长陈三联、道德与纪律委员会主任叶连友、副秘书长曹悦一行到绍兴，调研绍兴市律师行业纪律惩戒工作及律师行业突出问题专项治理活动相关工作。

调研组实地走访了浙江德凡律师事务所、浙江金柯桥律师事务所，开展律师行业行风监督工作，检查和监督律师职业道德与执业纪律规范的实施情况，并提出完善律师行业职业道德与执业纪律规范的建议。

调研组在绍兴市律协召开座谈会，绍兴市律协副会长、道纪委主任陈国仁介绍了道纪委的组织架构、制度建设及律师违规违纪投诉查处工作开展情况，绍兴市司法局二级调研员、市律师行业党委书记周朔东就全市律师行业突出问题专项治理前期工作情况及下一步的工作安排作了通报。座谈会上，省、

市律协道纪委同志还围绕利益冲突认定、投诉案件转办等进行了深入的研讨和交流。

在听取汇报和大家的发言后，陈三联肯定了绍兴市律协道纪委的工作。他强调律师行业突出问题专项治理永远在路上，纪律惩戒工作要常抓不懈，进一步加大违法违规违纪惩处力度，确保律师行业依法诚信规范执业。

省律协顾问项坚民、道德与纪律委员会副主任沈宇锋、复查委员会主任虞伟庆、行风监督委员会主任吴晓洁，绍兴市司法局律师工作管理副处长茅一萍等陪同调研。



## 省律协召开 第十一届青年律师工作委员会第一次 (扩大)会议暨青年律师工作交流会

文 | 陈晓慧



9月27日，省律协第十一届青年律师工作委员会第一次（扩大）会议暨青年律师工作交流会在杭州召开。省律协会长沈田丰，省律协副会长、青年律师工作委员会主任张震宇，省律协副秘书长于梅出席会议。省律协监事马宏利参加会议并发表监事意见。

会议邀请了全国律协青年律师委员会主任、广州律协会会长黄山，全国律协青年律师委员会副主任、上海律协副会长、青年律师工作委员会主任陆胤，全国律协青年律师委员会委员、北京律协青年律师工作委员会主任黄云艳，杭州律协副会长、青工委主任李道演作经验分享。

省律协青工委负责人分别就青工委 2023-2024 年度工作计划、实习律师最低工资保障制度青训精细化调研计划、“之江青年律师讲师 2.0” 选拔、青年律师区域联动发展的建议、青工委秘书处工作计划进行了汇报发言，青工委委员、各市律协分管青年律师工作负责人就各市青年律师工作经验、困难等进行了充分交流。


沈田丰对下一阶段青年律师工作提出四点要求：一是要强化对青年律师科学的培训方法，创新案例教学、推广沉浸式培训，将律师业务的培训与律师执业能力的提升充分结合；二是要培养青年律师的

团队精神，切实增强团队荣誉感和凝聚力；三是要做好人才培养工作，培养理论和实务相结合的工匠型律师；四是要分专业、分层次培养青年律师，以执业前、执业五年内、执业 5-10 年和执业 10 年以上的四个不同阶段开展培训；五是要强化律所对青年律师的主体责任，肩负起培养具有高素质、高水平和高担当青年律师人才的责任；六是要注重发掘青年律师中的“好苗子”，多方位、多形式为优秀青年律师搭建展示平台。

省律协青工委委员、各市律协分管青年律师工作负责人共 40 余人参加会议。



# 法治 护航 亚运



2023年10月8日晚，  
随着飘扬在杭州奥体中心体育场  
“大莲花”上空的亚奥理事会会旗徐徐降下，  
杭州第19届亚运会圆满闭幕。

中国以出色的组织服务，赢得了亚奥理事会大家庭  
和国际社会的广泛好评，此中，就有法律人的默默付出。

作为东道主的浙江律师，用专业的法律知识和  
严谨的履职精神，为护航亚运交出了高分答卷。



# 共享亚运 法治护航

## ——炜衡所亚运纪实

2021年10月9日，杭州市萧山区人民法院公开审理了一起体育赛事领域保护知识产权权益案——杭州亚组委诉某房地产公司侵权案，庭审实况全程线上直播，观看人数高达1.5万人次。

该案由北京市炜衡律师事务所周明律师作为特别授权代理人全程参与案件审理，并最终以法院判决侵权方向杭州亚组委赔偿90万元胜诉。

自2021年1月起，炜衡所正式受聘为杭州第19届亚运会组委会官方法律服务供应商，成为三家供应商之一。



### 特色服务模式

炜衡所总部在北京，全国有40多家分所。在此次与杭州亚组委的合作中，炜衡杭州所承担大

部分服务与沟通工作，并形成了一套符合实际且具有特色的服务模式。

首先，在炜衡所管委会主席张小伟的领导下，由炜衡杭州所

底世清执行主任直接负责统筹协调，减少了层级沟通过程的耗时，形成高效的联络和反馈体系，以保证及时地完成委派任务。同时，专门从北京选拔一名专职律师到杭州亚组委法务部驻场工作，全方位参与各项法律事务。

其次，由底世清主任统筹领导，组建了以炜衡杭州所为主导的10人核心服务团队。同时，又安排核心服务团队成员领衔，各自组成服务小组，形成除核心服务团队之外的辅助性服务力量，共有40余名律师投入到法律服务工作中来。

工作小组还进行了专业化划分，主要分为日常合同审查方向、知识产权方向和涉外（英语）方向，并调动全集团上下各领域、各层级的专业律师参与到对杭州亚运会法律问题的研究与讨论中来。一件委派任务最后呈现的，可能是十余名律师共同分析得出的结果，充分保障服务的质量。

自服务以来，炜衡所累计完成亚组委法务部派单任务91件，审查、修改及翻译合同近百份，



协助亚组委处置侵权事件8起，出具法律意见书约73份，制发律师函约10份，参与主题研讨与培训约9次，代理亚组委、亚残组委案件3起。

### 典型法律案件

服务期间，知识产权保护案时有发生，其中，首例侵犯2022年杭州亚运会特殊标志及不正当竞争案尤为典型。

2021年3月，某房地产企业与某网络公司未经杭州亚组委授权，蹭亚运热度，擅自将“杭州亚运会”作为该楼盘在某知名搜索引擎的搜索关键词，侵犯了杭州亚组委特殊标志专

权，杭州亚组委果断决策提起诉讼。

周明律师代理该案，辩护过程中他强调，被告侵犯了原告的特殊标志专用权，亚组委有义务对亚运会所有权利进行切实保护和登记。被告一（某房地产企业）对财产的专属性应该有明确认知，并曾经被亚组委约谈，明确表示对体育赛事知识产权有明确理解。杭州亚运会不是地理概念，而是蹭热度，不存在无知导致侵权的可能。被告二（某网络公司）作为广告经营者，有必要的审查义务，发布侵犯原告合法权益的广告，应当承担连带责任。二被告损害了原告的财产

权，构成不正当竞争和隐形营销。打击隐形营销是履行亚运会与其他赞助商签订赞助合同的义务。

最终，经庭后合议做出被告一赔偿亚组委90万元，被告二在上述60万元范围内负连带责任的判决。

炜衡所还曾协助杭州亚组委法务部处理过一起某传媒发行歌曲擅自以“2022杭州亚运会主题曲”虚假宣传及侵权案，法务部在采纳炜衡所出具的法律意见基础上，迅速决策委托律所向发布该歌曲的各大平台发送律师函，

要求删除侵权歌曲，并提供视频发布者信息，各大平台收函后第一时间进行了下架、删除的处置，将侵权影响降到最低。在某艺术大赛涉嫌侵权事宜上，炜衡所也出具了相应的法律意见、律师函，均取得了较好的处理效果。

### 丰富主题活动

炜衡所在提供法律服务过程中，注重法律与社会、民生结合。2022年，在国际消费者权益日来临之际，炜衡所协助杭州亚组委，举办“法治护航亚运3·15

送法主题活动”，形成良好的社会效应。

同时，炜衡所还承办了首届杭州亚运会知识产权保护高峰论坛，积极参与《保护亚运会知识产权 助推城市高质量发展高峰论坛》。与杭州亚组委法务部共同举办学习研讨会、协助举办月度学习会，安排律所高级合伙人、资深律师前往亚组委授课，就杭州亚运会相关的广为关注的法律问题进行分析、交流。

通过丰富多样的主题活动，切实服务亚运，宣传亚运。

# 与亚运同行

## ——盈科所护航亚运的三年之旅

白墙黑瓦在清晨薄雾中轮廓模糊，青石板上留下千年古迹，岸边有年老的妇人洗衣，孩童在屋檐下嬉戏，在纵横交错的河道上船夫戴着斗笠徐徐前行，呀呀的乌篷船维系着古老的回忆……

这里，是浙江绍兴。9月11日，绍兴一改往日的宁静，亚运火炬给这古城带来了不一样的声音。

2023年9月21日，第19届杭州亚运会火炬传递至绍兴站。整个传递活动按照“简约、安全、精彩”的要求，以“名城绍兴越来越好”为主题，全方位展示绍兴的文化底蕴、人文特色和城市风貌。

绍兴站第六十二棒火炬手，是来自北京市盈科律师事务所深圳分所的谭劲松律师。21日一早，他跟随亚运会工作人员的指引早早来到



第六十二棒等候区。火炬传递个人距离仅仅只有五十米，为了跑好这五十米，谭律师已经练习了多遍。跑得太快，总体时间不足；跑得太慢，摄像跟不上。如何把速度、姿态、交接棒过程展现到最佳状态，需要谭律师反复考虑。“火炬传递

的前一天，我们和交接棒的火炬手一起在外面练习，我们都希望把火炬交接的最好状态在21日那天呈现出来，跑之前已经在脑子里面预演来无数遍，包括动作和表情，但真正跑起来的时候，发现脑子里什么都没有了，什么都没想”。每每回



忆起那天的情形，谭律师总是忍不住微笑。

在谭律传递火炬手的前一天，9月20日，亚运会火炬传递嘉兴站，盈科律师事务所杭州分所的吕婷律师作为嘉兴站火炬手之一，手持亚运的圣火奔跑在嘉兴的路上。吕婷律师作为盈科律所赴亚组委法律事务部的驻场人员，连续三年和亚组委法律事务部的伙伴们奋战在护航亚运的第一线，多次以严谨专业的工作表现获得部门“季度之星”称号，并光荣地被推选为亚运火炬手。

谭劲松律师和吕婷律师作为盈科亚运会法律服务团队的代表，光荣完成了火炬手的使命和任务，向大家展示了盈科律师神采奕奕的精神风貌，展示了盈科律师为亚运会提供完美服务的坚毅决心。

台上一分钟，台下十年功。正如亚运会火炬传递短短50米的背后是火炬手日日夜夜的练习与磨合，杭州亚运会的成功举办也离不开盈科亚运法律服务团队的辛勤付出。

### 2020年·签约亚组委

2020年，杭州亚运会官方法律服务供应商征集工作启动，谭劲松



律师带领盈科律师团队脱颖而出，充分利用盈科一站式商务法律服务优势，在体育赛事、知识产权、政府采购、工程建设、涉外法律服务等方面启动全国专业领域人才选拔，组织了一批政治素养好、具有政府法律顾问经验、重大民商事、知识产权案件代理经验、双语能力和涉外法律服务经验的骨干律师，成功组建盈科亚运法律服务专项团队，为亚运赛事法律服务开展了充分地筹备工作，并成功作为第一候选律所当选亚运会官方法律服务供应商。

随后，盈科亚运专项法律服务团队进驻杭州亚组委法律事务部，

协助各项工作，先后参与了官方合作伙伴、官方赞助商、官方供应商征集文件的审查、合同修订和磋商谈判等工作；参与了浙江省知识产权保护规定的制定讨论；为亚组委各部门和工作人员讲授《民法典》和相关法律问题；积极联合亚组委法律事务部共同筹划亚运会相关法律活动，为亚运法律宣传出力献策。

服务团队由盈科深圳分所谭劲松律师负责，杭州分所倪智敏、钱航、杨茜、程良荣、张锋平、丁梦丹、赵农坤、张涛、张颖（指定联系人）、吕婷（派驻亚组委）、杨淑瑛（派驻亚组委），北京总所国庆

如、吴丽莉、王良钢等律师共同参与。

### 2021~2022年·以专业护航亚运

2021年1月，盈科律师事务所被正式授予杭州2022年第19届亚运会官方法律服务供应商称号，谭劲松律师作为代表参加了杭州2022年第19届赞助企业大会，并接收亚组委市场开发部授牌。自签约以来，盈科亚运法律服务团队合计承办亚组委法律事务部指派专项法律任务上百余件，审查各类法律文件与合同数百份、出具书面法律意见超过百份，参加各类重大谈判、研讨、座谈几十余次，累计服务时间近上千小时。盈科律所以高度的社会责任感和使命感，为亚运会提供了专业、优质、高效的法律服务，为实现“办好一个会，提升一座城”的目标贡献智慧和力量。

2021年是亚运会筹办“决胜”之年打基础的重要一年，这一年中为更好地服务亚运，盈科亚运法律服务团队的负责人谭律师在盈科体系内筹建了全国体育产业法律中心，通过汇集人才，不断提升专业能力建设，组织体育产业相关课

题研究并编撰体育产业专业书籍与报告，与各地区体育局、体育产业办、体育行业协会、体育俱乐部、司法机构、政府机关、律协、学术机构、企事业单位等开展各类活动，在中心内外、所内外积极开展讲座、培训、研讨、论坛等专业交流。既进一步提高服务团队为亚运提供保障的专业能力，也通过中心活动推进亚运法律知识的宣传与研究。

2022年4月，在第22个世界知识产权日到来之时，盈科律师协助亚组委法律事务部举办了“世界知产日·法治护航亚运”——杭

州亚运会知识产权保护系列成果发布会及杭州亚运会知识产权保护实务研讨会。在成果发布会上，杭州亚组委正式发布了《杭州亚运会标志保护指南》《2022年第19届亚运会组委会知识产权保护典型案例（2021年度）》。会上杭州亚组委提及对171起涉嫌侵犯亚运知识产权的行为开展调查处置工作，妥善处置102起亚运知识产权侵权及隐性营销案件，这一个一个数字背后离不开盈科律师的幕后身影，离不开亚运服务法律团队的默默付出。

2022年5月，杭州亚运会宣布



延期举行后，盈科律师以“亚运会延期法律风险与应对”为题及时组织召开研讨会，与亚组委法律事务部专家，及多家杭州亚运会赞助企业共同商议亚运会延期所带来的各项实务工作的处理，及时为杭州亚运会的众多赞助企业提供帮助，化解亚运延期带来的各项法律疑问。

### 2023年·保障赛事总结成果

2023年是亚运盛会的召开之年，盈科亚运法律服务团队不断提高法律服务能力，总结亚运法律成果，在各地组织召开亚运法律宣传的研讨交流，同时做好各项赛事预案，以保障赛事圆满举办。

4月26日，第23个世界知识产权日，杭州亚运会倒计时150天。杭州亚组委成功举办“保护亚运知识产权，助推经济高质量发展”主题论坛，盈科律师事务所参与协办。本次论坛，通过发布典型案例，启动短视频征集，百家争鸣产谈知识产权保护，力求最终达到引导社会公众规范使用亚运会标志、营造良好亚运会知产保护氛围的社会效果。盈科亚运法律服务团队负责人谭劲松律师代表全体盈科人表

示坚定参与亚运会知识产权维权行动，打击侵犯知识产权行为，维护亚运会美誉和权益，为亚运会顺利召开保驾护航。

2023年5月起，盈科亚运法律服务团队负责人谭劲松律师当选盈科文化传媒与体育法律专业委员会主任，并带领团队赴温州、广州、杭州等多地召集组织/参与文化传媒与体育专业交流学习活动。如2023年9月2日，在杭州市司法局、杭州亚组委法律事务部、市场开发部的指导下，杭州市律师协会主办了“杭州亚运会赞助商权益保护及反隐性营销法律研讨会”，谭劲松律师带领盈科律师团队协办本次会议，并组织亚组委各层级赞助企业代表与律师行业代表共同围绕议题进行实务交流。2023年9月4日，在广州市律师协会指导召开了“大型体育赛事法律实务研讨会——体育法律实务巡回讲座（广州站）”，谭劲松律师带领盈科亚运法律服务团队积极参加，并在会上担任“大型体育赛事风险管理”圆桌讨论主持人，深入交流和探讨体育赛事潜在的法律风险。

盈科亚运法律服务团队在做好亚运法律保障工作外，也不断总结

实务经验，并撰写课题报告，为亚运法律人、为法律行业提供有价值的法律成果。2023年8月15日，在亚组委法律事务部组织召开的课题研讨会上，盈科亚运法律服务团队谭劲松律师课题团队汇报了课题《比较法路径下对体育赛事特殊标志的保护——以杭州亚运会为视角》，从五个部分围绕体育赛事标志保护的主旨分别阐述，从体育赛事标志概念的内涵界定、现状及保护不足分析，提出完善建议等方面展开论述。丁梦丹律师课题团队汇报了《亚运数字人民币的应用及法律问题》，论述了数字人民币在亚运会应用中赞助商权利冲突边界、套现以及其他法律问题，提出了三个维度进行完善的方案。两篇课题均获得了在场受邀嘉宾的一致好评。

回顾往昔，一幕幕一帧帧都是珍贵的回忆。亚运会的钟声敲响，盈科亚运法律服务团队在“大莲花”一起为亚运的召开欢呼喝彩！谭劲松律师带领盈科全体律师承诺：“盈科亚运会法律服务团队将秉持初心，继续为亚运会提供最优质的法律服务，最后，祝亚运会举办圆满成功！”

## 季龙明：

# 在护航亚运中争做党和人民满意的好律师

季龙明，浙江鼎亚律师事务所律师，2020年9月经选调进入杭州亚组委，先后服务于杭州亚组委法律事务部、杭州奥体中心体育场团队，截至目前，已在亚组委服务超1000天。

伴随着亚运主题曲《同爱同在》在空中回响，杭州第十九届亚运会开幕式落下帷幕。作为亚运法律服务团成员之一，此刻的我心情既激动又不舍，在亚组委的点点滴滴注定会成为这一生最弥足珍贵的财富。

### 初来乍到，迅速融入新领域

亚运法律事务具体做什么？说实话一开始心里也没底，也曾担心能否快速进入状态。对我而言，体育法治是全新领域，亚运法律事务是工作更是难得的学习机会。面对新领域如何快速入手？到法务部报到后，前辈们毫无保留地分享法务工作经验——“法



务审核大礼包”，这些包括了从立项到结项全流程经验的汇总，满满干货、全是实招。这是法务部的传统做法，也是“法治、专业、温暖、同行”部门价值的生动诠释，新同事都是在使用“大礼包”中迅速提升业务技能，在团队协作中获得事半功倍的亚运法务初



体验。在同事们同学们的关心帮助下，我也很快从对亚运法务工作略知一二到承担亚运赞助等具体项目。肯学肯干是我在加入亚组委法务大家庭时的要求，也是从那一刻开始我就时刻提醒自己牢记律师身份、维护律师形象。

当时正处在亚运市场开发的黄金期，赞助项目、特许项目说来就来。我记得参与的第一个项目是特许经营企业征集，包括特许生产企业和特许零售企业。一方面是对《征集书》《应征文件》等底稿进行案头审核，另一方面需参加书面评审和现场考评，尤其是评审环节程序要求非常严格；征集程序结束后便是一批合同文本的审核。

边学边干边总结，完成审核任务后我撰写了《亚运特许经营与商业特许经营研究》，该文先后被杭州体育、杭州律协等公众号转载。从这个项目中，我意识到亚运法务工作的压力和挑战，当然更多的是成长和收获。每每与其他业务领域老师们说起曾经参与的项目，大家都乐在其中，这确实是一段充实而欢乐的时光，也许这就是服务亚运的魅力。

### 场馆集结，大莲花法务到岗

杭州奥体中心体育场，又称大莲花，杭州亚运会的开幕式和闭幕式及田径比赛等将在大莲花举办。杭州奥体中心体育场运行团队组建后，法务部指派我作为法律事务、权益保护两个业务领域的联系人并参与团队工作。

场馆法务工作与组委会法务工作有所不同，比方说采购项目，在场馆侧需要从采购需求审查开始，全流程参与到采购文件编审、合同文本审核以及项目验收等环节，且审改同步、一体推进；也只有这样才能最大限度地压缩时限、提高效率，适应场馆工作的快节奏。作为首位派至场馆团队的律师，服从安排听指挥，但对如何当好大莲花法务起初心里也发怵。

在团队的支持下，我一方面积极配合场馆二十余个业务领域工作，另一方面寻求法务大本营（法律事务部）技术支持，为此亚组委出台了场馆团队合同管理办法等专门文件。这些为后续顺利开展大莲花法务工作提供了有力支撑，也成为其他场馆法律事务工作的重要参考。

大莲花涉及的项目数额不等、

几乎涵盖全部业务领域，既要合法合规，又要高效执行，尤其是时效、质效方面要求更高。在场馆承办的一个重大项目记忆犹新、印象深刻，该项目要求必须做到“设备零故障、客户零闪动、工作零差错、服务零投诉”，更关键是对采购需求审查等没有先例可循，工作难度可想而知。大莲花团队不惧新、不畏难，领受任务后需求业务领域、财务、法务和监督组各司其职、限时保质交上了高分答卷。通过这个项目让我对财政部《政府采购需求管理办法》有了更完整的理解，后续整理了《采购需求十问十答》广受团队同事好评。

2022年5月，亚运会宣布延期，法律事务工作人员有了新的任务，妥善做好延期合同风险处置成为当务之急。在场馆团队也有新的收获，如我讲授了《体育赛事法律事务的理论与实务》专题，通过考试取得田径三级裁判员资格。我在场馆的这些工作和积累得到指挥长等领导的充分肯定，大莲花团队还以喜报的方式通报表扬。

### 谋定思动，多维度专业储备

律师是需长期学习、持续提升



的职业，不管在哪里、从事何种工作都应提醒自己万万不可放松学习。亚运会有闭幕之日，服务亚运也有结束之时，若在选调期间没有坚持学习、没有持续储备，那么能否在律师执业时快速转换角色就可能存疑了。我在想，既然身在亚运筹办一线，那就从体育法治入手夯实基础。经过学习和提高，我已经在《中国律师》杂志及杭州司法等公众号刊发多篇文章，开展了赞助内容变更等法律问题的研究并取得一定成果。参与亚运筹办也促使自己更加关注体育法领域，如2022年6月新修订的《中华人民共和国体育法》法律案通过。这是体育法时

隔27年进行的首次全面系统的修订，随即我对体育法进行了学习，进一步加深体育仲裁制度等内容的理解。若在以往，对于体育法的这次修订很可能是一带而过、权当是新闻听听，更别说专门进行学习。

法律事务已经融入赛事筹办全领域、全周期，在钻研业务延伸了法律服务范围，这些经历对今后学习工作大有裨益。博观约取，持续地储备也有了一定的积累。比如，我通过了高级职称评审取得二级律师职称，被认定为杭州市高层次人才、高新专业人才等。有机会学习是幸运的、能够学有所获更是幸运加倍，在这个过程中既增长见识、

拓宽知识界面，还能提升能力、夯实专业基础。回头想想、当下看看，不管是在法律事务部还是来到大莲花团队，我都感谢这些机会、感恩这些历练，让自己更加自信地继续律师执业、更专业地提供法律服务。

中国新时代，杭州新亚运。赛场上，运动员们挑战极限，用汗水将一个又一个“不可能”变为“可能”；筹办中，我们还得追求“更快、更高、更强、更团结”的精神，在各自业务领域不断突破、跨越不可能，书写一个又一个的“不可能到可能”。

在亚组委有一句话：这是一所大学，是同事也是同学。作为筹办战线上的一名律师，若没有就读“大学”，很可能对体育赛会还是“一知半解”，也谈不上对体育和法律融合的研究，更不可能发表体育法治的学术论文、取得研究成果。

回想初入体育赛事的情景，感慨颇多也受益良多，这有赖于亚组委的实践平台，也得益于律师主管部门、律师协会的创新实践。感恩新时代，奋进新征程，我们立足新时代律师职责定位，在奉献亚运中争做党和人民满意的好律师。

**谢已晴：**

## 网络律师的亚运法律服务之旅

谢已晴，浙江垦丁律师事务所律师，2022年9月经选调至杭州亚组委法律事务部，目前为法务部二组成员，主要负责合同法律事务审核、各类会议跟进及法律咨询工作。截至目前，已在亚组委法务部服务近500天。

谢已晴所在的律师事务所是一所专注于提供“网络法”法律服务的律师机构，由一群热爱互联网的青年律师组成，也正是这份对网络法的热爱才让她在无意间推开了亚运会法律服务的“大门”。

在律所，谢已晴主要从事网络知识产权及数据个人信息合规方面的业务，在看到亚组委引入电竞项目后，她第一时间想到自己的专业领域或许能派上用场，这也是她选择来亚组委服务的初衷之一。

### 从网络到“现实”

随着我国数字经济的不断发展，互联网对社会面的影响愈发强大，亚运会也不例外。作为法

务团队中唯一一名相关领域的律师，谢已晴在进入亚组委法务部后接到的第一份工作，就是审查亚运会境外门票售票代理协议中的个人信息保护条款。由于涉及境外多国观赛人员个人信息安全问题，确保个人信息在收集、传输阶段的合法合规是本次合同审查的重中之重，为此谢已晴和法务部合同组的同事们在集中研究多国个人信息保护法的基础上，将协议条款作了多次修改，最终交出了一份满意的“答卷”。



随着“打造智能亚运”理念的深化，谢已晴也有机会参与越来越多相关事务，包括“亚运元

宇宙”“亚运碳捐赠”项目审核；“亚运行”App与志愿者官网的隐私政策审查；抵离系统搭建中数据风险防控等等。此外，在工作之余，谢已晴还负责撰写大型体育赛事数据跨境流通方面的课题，希望能在本届亚运会中留下一些个人的思考与总结。谢已晴说，她很庆幸能在自己所在的城市为举办大型国际体育赛事提供法律服务，“作为专业领域律师，组委会这里几乎每天都能接触到相关领域内的法律事务”，在这个过程中，虽然时刻充满着挑战，但她始终坚持认为，能在自己擅长的领域用自己专业的知识去解决问题是身为一名法律人最大的荣誉。

### 从杭州到国际

在亚组委法务部除了日常的法务工作以外，还会有大量英文合同的审查，部内几乎每一位律师都起码精通两种语言，与此同时，各项目跟进律师还会被邀请参加各种不同的涉外谈判讨论会，谢已晴也不例外。

在她跟进参与的各项涉外会议中，最令她印象深刻的还是与英国H公司进行的羽毛球、网球即时回放系统采购谈判磋商会。



即时回放系统也称鹰眼系统，是球类比赛中的重要裁判依据，由于鹰眼系统对仪器精密度要求极高，目前国内外掌握这项技术的公司屈指可数，这也给本次谈判带了很大难度。由于合同相对方明显处于强势地位，在正式会议前，律师们已经开展多次内部会议，同时也通过不同方式与对方进行了多轮磋商。正式会议在亚运会总指挥中心（MOC）举行，参会人员由法务部、竞赛部、外联部等多部门人员组成，“人多的乌泱泱坐满一个大会议室”。在谈判过程中，双方针对合同各条款都进行了不同程度的“拉锯战”，其中法务人员与口译专家更是需

要实时跟进合同并对条款进行逐字逐句的现场翻译，经过4个多小时的不懈努力，直至合同最终条款的敲定，整个会议室爆发一片欢呼声。

这次参会使她深刻地意识到成为“外语+”复合型涉外法律人才的重要性，心至苍穹外，目尽星河远，一名优秀的青年律师不仅应具有扎实的专业功底，还应具有国际化视野，才能让我们的法律服务能更好地走出国门、走向世界。

### 从现在到未来

在距离亚运会开幕不到30天的时间里，谢已晴已完成合同审

核近千份，参加大小会议上百次。回想起进入亚组委法务部的这300多天时光，让她感触颇深。从刚进入组委会的懵懂无知，到现在能独立承担业务工作，谢已晴坦言，全靠法务部前辈们的倾力相助和领导们的信任有加。记得刚进入法务部时接到的第一个重大政府采购项目，由于涉及金额庞大，赛事阶段人员变动较多，光是项目结算模式的确定几个部门就开了不下五次会议，这对于第一次接触此类项目的她来说算是一个及其艰巨的任务。在整个过程中，从项目立项到采购需求逐项审查再到最后采购合同的确定

立，靠着前辈手把手地带教和自己一字一句地审查，历时三个月，直到项目合同正式签订落地的那一刻，她才完全松了一口气，“有了自己第一次取得律师证时的那种喜悦”。不问收获，但问耕耘，直到现在，对于已能独立承担组内重大采购项目审查任务的她来说，还是很感谢那段艰辛的时光。

而在亚运会这所“大学”里，还会继续接触到各式各样“新颖”的法律事务。就在前几日，谢已晴跟队与中国音乐著作权协会开展了亚运体育音乐版权授权的相关协商会议。临近赛

事，法务部将要为开闭幕式、竞赛场馆、亚运村等场地中成千上万首歌曲的知识产权合理使用保驾护航。“一刻也不能停，一点也不能错”，这是亚运临近时带给每个法务人的挑战，而这些挑战，对于一名法律人来说，也将成为自己执业过程中的宝贵财富。

栉风沐雨，方知玉汝于成；筚路蓝缕，但求功不唐捐。从网络律师到为亚运会法律保障服务的这趟旅程，有挑战也有机遇，有辛苦也有收获，而这些都将为贡献出一场成功、精彩、圆满的亚运而助力。



## 张凯杰：

# 做好亚运法律护卫

张凯杰，浙江京衡律师事务所律师，2022年11月经选调进入杭州亚组委，服务于杭州亚组委法律事务部，在权益保护和法律事务领域轮岗工作，截至目前，已在亚组委服务超过360天。

我曾任公司法务、后转为幼学壮行的律师，相信繁星纵变、真理永恒，此次为护航亚运奉献莹莹微光，亲历微茫成阳。

### 扬帆前进服务亚运

京华照物，衡平天理，京衡律师事务所一向支持青年律师投身公共事业法治历程。因亚运延期产生的实际需求，杭州司法局、市律协和亚组委组织选拔选调律师，经过多轮面试，我有幸获得服务亚运的宝贵机会。

来组委会前，陈有西主任和师父程刚律师殷切嘱咐道：“好好干”！我满心期待加入了亚组委这座大学，能为洲际盛会提供法律服务，令人心潮涌动。一开始我就下定决心，要在实干担当中锤炼技

能，在法治护航上勇做精兵。

尽管法务部人员来源不同，有从政府部门专门选派的公职人员、社会招聘的专业人员、赞助律所的派驻人员、选调律师、特聘顾问。但彼此之间仿佛默契天成，领导的关爱指引、同事的悉心帮助，让我很容易就融入到法务部集体中，齐心协力为举办大型体育赛事奉献智慧力量。

我自始以高度的责任意识要求自己、以服务窗口的态度对人做事，虚心请教，积极工作。希望自己的亚运经历可以慎终如始，只留汗水、不留遗憾。



### 权益保护毫不懈怠

刚进入组委会，领导安排我从权益保护领域入手，协助前辈处理

非商业使用的审核把关工作。许多主体为了支持亚运、营造氛围，误以为可以直接使用亚运标志，但亚奥理事会（OCA）才是亚运知识产权人，除了赞助企业和特许经营外，未经授权许可任何组织和个人不得擅自使用亚运标志。因此，规范非商业授权使用，就是保护好亚运知识产权。

决定是否授权的不二法门，需从主体性质入手，再判断使用是否适当。辨别主体是否适格相对容易，但考虑亚运形象与拟办活动的结合是否适当则殊为不易。

集体婚礼、支付清算、艺术展览、人文交流、亚运美食、知识问答等等活动，不一而足都希望使用

亚运标志。党政机关、事业单位、行业协会筹办的活动形式五花八门，这就非常考验审核人员的想象力和判断力。

亚运标志和非赞助企业商标是否会同时出现、吉祥物人偶出现的点位是否会体现商业含义、拟办活动能否和亚运形象相得益彰等方面，都需要详加考量。譬如，在某亚运知识闯关活动中，其中一处装饰门牌并不显眼的下端区域露出了广告公司名称，也要予以指正删除。借用前辈的感慨：“我们的眼睛就是尺”，厘定规范使用和反隐形营销义务的边界。

我们必须通盘考虑各种因素、全面衡量之后才能作出最终的决

定。审慎，是管理非商业使用最重要最突出的特质。经常原则同意授权后，还要求承办方将活动方案、落地效果呈报组委会相关部室进行前中后期的多轮审核把控，确保亚运知产非商业使用的规范有序。

### 日拱一卒履践致远

在处理非商业使用一段时间后，为了全面掌握部门业务以备赛时之需，我被安排处理法律事务领域的工作。“请加急！”“怎么改？”，催促和讨论的声音此起彼伏，倏忽进入高度安静的工作阶段，只剩键盘的敲击声铿锵清脆。这是法律事务又忙且急的常态，合同审查是我在亚组委做得最多的事情。

高效有序的审查工作得益于制度先行和规范引导。亚组委制定了《合同履行和监督管理办法》，并在2018年开始四次迭代合同模板文库，最终形成24个合同模板文库，有效防范了合同法律风险，显著提升了审查质效。

亚运背后，是60余个竞赛大项落地、是170余家赞助企业的权益回报、是开幕式核心装置等各项采购需求、是成千上万人的衣食住行、是社会各界的广泛参与。而这

一切，都要以合同作为权利义务的载体。

不到一年光景，500余份合同、数十次会议，我都兢兢业业逐一处理；40余份外文合同，我参与审查了一半。其中不乏面向工行、博南等大型企业，以及标的过亿的重大项目。关乎上百万观众的持票须知等票务合同，我也出具了相应法律意见。

为了做好合同审核，我也总是与相关部门反复沟通，明确业务架构和细节后，再对合同进行字斟句酌的修改，把好法律风险关，确保各方合意被精准传达。为妥善处置合同纠纷，还参与创建课题组，就赛事赞助合同纠纷解决路径开展有针对性的前瞻研究，最终成果收录于《亚运法务印记》。

此外，为了营造亚运氛围和普及亚运法律知识，我还在“迎亚运向未来 杭州大型诗歌朗诵会”扮演琼琚；参与了亚运普法漫画的情节底稿创作；在亚组委联合市司法局、杭州日报开展的知识竞赛中，我头一回为市民群众出题，都感觉特别新鲜有趣。赛时阶段，我还积极承担开幕式网格员职责，协助落实赞助企业款待权益，服务受邀观众团进团出，和远来的外国友人相谈甚欢。



在亚组委，我大概是能将服务保障的岗位都参与了一遍，充分发扬砖头精神，哪里需要往哪搬。也因此获得部门季度之星、赛时每周之星的荣誉，并和许多伙伴们建立了“同呼吸同感受同梦想”的奋斗情谊，充分感受到“同爱同在同分享”的人文精神。

### 八方宾客爱达未来

“相知无远近，万里尚为邻”。杭州亚运把方方面面都调动起来了，身临其境也可以感受到各个系统、多个部门盘根错节、环环相扣又徐徐展开的秩序美感。全亚洲一万多名运动员、五千余位技术官员、以及数百万观众参加亚运盛会，服

务保障的难度可想而知。但好在，八年磨一剑，我们做到了“办一届有史以来最成功”的亚运会。

当过亿人凝聚的“弄潮儿”共同燃亮火炬的画面定格时，当辛格主席在闭幕式憧憬：“愿亚洲青年永怀手足之情，为人类共同的未来，共襄亚运盛会”时，我仿佛看见这片古老悠远的土地，重新生发出和睦共居、心灵共通的美好与盼望。

亚运是杭州走向亚洲、走向世界的重大机遇，可以让世界透过亚运看到杭州的优雅与奋进。我很开心，可以用法律服务为杭州的美增添一抹笔画。我更是胸怀激荡，亲眼见证亚运美景精彩亮相、在世界绽放时的璀璨闪耀！



## 徐亦丹：

# 驻场亚组委的600个日夜

徐亦丹，北京观韬中茂（杭州）律师事务所律师，2021年10月经律所选派进入杭州亚组委，先后服务于杭州亚组委法律事务部、开闭幕式指挥中心仪式演出专班，截至目前，已在亚组委服务超750余天。

杭州亚组委大楼的9层，是组委会法律事务部办公的地点。亚组委的数千份合同都要在这里经过审核与修订，才能完成最终的签署。这也意味着，法律事务部的每个律师们，都肩负着沉甸甸的责任。

在这个精干而重要的团队里，徐亦丹的身份又与大部分同事有所不同，她来自杭州亚运会官方法律服务供应商北京观韬中茂律师事务所。换句话说，她的工作，既为杭州亚运会各项工作提供法律保障，也代表了事务所对亚运会提供赞助服务的质量，“所以我给自己的要求是工作中不允许有差错。”

### 事虽难，做必成

按照原定计划，2021年已经是杭州亚运会倒计时一周年的时间了，相伴而来的，是赛事筹办工作量增加的法务需求。反映在徐亦丹身上，也意味着她的工作没有所谓

的缓冲和适应，必须尽快上手，成为一名合格的亚运法律人。“一开始精神上的压力是不小的，我没有任何体育行业的背景和经验，甚至连体育迷都算不上，我只能从头学起。”法律工作从来不是一套孤立的体系，任何法律问题都必然要回归到本行业的底层逻辑。于是徐亦丹下定决心，要以足够专业的态度，尽快把亚运会法律事务的知识结构搞懂、弄精。“这件事对我来说很难，但是，是正确的、值得的。”

从研读《主办城市合同》的字斟句酌，到跟进亚运市场开发项目的全流程，到依法处理各类重大项目的得心应手。600多个日夜，徐亦丹感觉每一天都有新的收获与成长：“亚运会这样级别的赛事，涉及的项目动辄千万，有一些还需要考虑法律事务以外的部



分。差之毫厘或谬以千里。同时亚运会又是规定时间的‘命题作文’，问题不能搁置、必须想办法解决。这两年我觉得自己在加速度成长。”承办的项目越多，自然也会遇到各种“千奇百怪”的问题，徐亦丹渐

渐可以从繁杂的事务中梳理出大型体育赛事法律服务的本质，“其实和整个赛事筹办工作一样，我们都要在保持战略大局观和全局感的同时，敏锐而审慎地对待每一个细节。”也正是因为坚守在坚守法务底线的前提下，她总能提出合适法务建议、对工作项目尽可能地推动，徐亦丹连续两季度获得法律事务部“季度之星”的殊荣，同时，她的付出也得到了来自律所的肯定。

### “挑战”不息，“挑战”不止

“只要亚运会一天没闭幕，工作上的挑战就会层出不穷。”徐亦丹为此做好了心理准备。2022年5月赛事宣布延期，各种因延期产生的谈判磋商一时间大量增加。某些协商中，涉及方方面面的实际利益，谈判历经多个回合依然收效甚微，个别会场甚至发生谈判中断的情况。“这就要求我们去了解双方的深层需求。”不同业务、不同行业、不同对手、不同诉求，看待问题的思路和解决方法自然天差地别，徐亦丹始终把功课做在前面，主动沟通了解项目背景和企业经营情况，力求在风险可控的状态下平衡双方需求，给出合理研判，推动谈判进展。“光是这一年的案例，就够我写一篇论文的了。”事实上，由她主笔的亚运延期法律实务课题论文正在撰写中，记载下了她在处理赛事延期法务案例时的困境与思考，也希望在实操层面能留下一份“遗产”。

延期一年后，杭州亚运正式进入冲刺阶段，如何在合同的法务审查中做好背调，将有损于亚运商业形象的企业拒之门外，成了徐亦丹的新挑战。哪怕企业公开信息显示资信情况滴水不漏，她总会凭借多年养成的职业敏感度“多留一个心眼儿”，她通过努力，将可能出现的法律风险扼杀在摇篮中。

### “八小时”背后，不止“八小时”

徐亦丹曾收到一份会议通知，上面写着“时间：9:30-17:00”。“当时看了好几遍，才确认自己没看错会议时间。”就在这场预计时长七个半小时的评审会前一个下午，她收到了自己的工作任务：在第二天会议前，完成数十家相关企业的资信背调。这就是亚运筹办的冲刺阶段，每分每秒都无比珍贵，一刻也不能停，一点都不能错。第二天，包括她在内的评审会成员，连续作业完成了全部企业审查，为后续工作争取宝贵时间。

### “十个手指协作才能弹出美妙的旋律”

徐亦丹还是个多才多艺的杭州姑娘，弹得一手好琴。在她看来，弹琴靠的是十个手指的精细配合，“某种程度和亚运会的筹办很像，要完成这样一个浩大的系统工程，需要每个环节紧密配合、严丝合缝。”她能感觉到，倒计时最后的日子，每个人都在全心全意地运转着，来保证亚运会这个系统工程的良好运行。而能成为其中的一员，是她倍感骄傲的经历。“到今天我来亚组委600多天，审的协议已近1000份了。我想，我们所有筹办人员都是弹琴时十个手指的某一个关节，我们的工作就是这段亚运乐章中的一个音符。我们每个人都把自己的音符弹到完美，亚运的旋律也会完美的。所以我期待9月23日开幕式那天，这段亚运交响乐最终的精彩呈现。”





## 曾营救中共创始人的章士钊律师

文 | 童洪锡 浙江嘉瑞成律师事务所

曾营救中共创始人的章士钊律师，中共党史上“南陈北李，相约建党”的典故流传广泛，影响深远，陈独秀、李大钊不仅是中国共产党的主要创始人，而且是我们党早期声誉卓著的两大领袖。而陈独秀、李大钊先后遭到反动政府的逮捕、迫害时，有位律师却不畏风险，挺身而出，积极营救，慰问遗属，他就是民国大律师章士钊。

### 章士钊其人

章士钊（1881—1973年），字行严，笔名黄中黄、青桐、秋桐，1881年3月20日生于湖南省善化县（今长沙市）。其父章锦，曾在乡里为里正，后业中医。章士钊幼读私塾，非常勤奋，16岁在亲戚家为童子师。1901年离家赴武昌，寄读于武昌两湖书

院，在此结识黄兴，成为莫逆之交。后执教于朱启钤（朱曾任北洋政府代总理）家塾。

1902年3月，入南京陆师学堂学军事，与其弟章士戛一起闹学潮，率四十位同学退学离开南京到上海，并入上海爱国学社，与从日本回国的邹容、张继同学，章太炎为国文老师。1903年5月，任上海《苏报》主笔，《苏报》因连续登载章太炎等人的反清文章被查封，章太炎、邹容等六人被捕，章士钊因得主办此案的江苏候補道、陆师学堂总办俞明震徇情，未予追究，侥幸得脱。1903年8月，他与陈独秀、张继等人创办《国民日报》。1903年冬，章士钊协助黄兴创立华兴会，华兴会决定当年11月6日在长沙举行起义。章士钊在上海余庆里密设机关，暗中接济。因行事不

密，起义未经发动即遭失败，张继和章士钊等十余人被捕。章士钊等人经蔡锷托人营救，被关押四十余天后保释。为安全计，章士钊出狱后急忙东渡日本。

流亡日本期间，章士钊回顾过去，认真反思，认为自己“才短力脆”，连累同志，深感内疚惭愧，一改革命救国为求学救国，发愤力学，他坚决不加入同盟会和其他政党。1907年赴英留学，1908年入阿伯丁大学学法律、政治，兼攻逻辑学。1909年4月，他与同盟会员吴弱男在伦敦结婚。留英期间，他常为国内报刊撰稿，介绍西欧的各种政治学说，尤其推崇立宪政治，对当时中国政坛产生了影响力。

1911年10月，武昌起义胜利，12月，章士钊携家眷从英国回国，对

孙中山和辛亥革命给予了由衷肯定和热情支持。1913年7月，二次革命爆发时，孙中山任命章士钊为讨袁军秘书长，草拟讨袁宣言。9月，“二次革命”失败后，章士钊再度亡命日本。

1915年冬，袁世凯公开称帝，护国战争爆发。1916年5月8日，滇、黔、桂、粤四省联合的护国军军政府在广东肇庆成立，章士钊任秘书长。6月袁世凯病死，黎元洪就任总统，章士钊留居北京，任国会议员，并应蔡元培之邀请，受聘为北京大学研究所伦理教授。

1917年11月，应陈独秀之邀任北京大学文科研究院教授，讲授逻辑学，兼图书馆主任，并当选为国会议员。章士钊推荐李大钊、杨昌济到北大任教，又推荐李大钊继任图书馆长。1918年5月，任护法军政府秘书长。次年在上海举行南北和平会议，担任南方代表。

1920年夏，毛泽东、蔡和森为赴法勤工俭学运动筹募经费，持杨昌济手书到上海拜见章士钊，请求资助，章士钊当即以二万元巨款相赠，毛泽东以一部分作赴法学生的费用，一部分用于湖南革命活动。1921年春，章士钊赴欧洲游历，考察政治，寻找治国道路。

中国共产党诞生后，章士钊看到了国家的前途和民族的希望，政治倾向发生了深刻的变化，成为中共的朋友。1922年，受周恩来之托，章士钊将一部印刷机由法国运至德国，支持周恩来在欧洲的革命活动。

1923年10月，曹锟贿选为总统，章士钊时任上海《新闻报》主笔，撰文痛斥。1924年，段祺瑞上台，章士钊曾任教育总长、司法总长。1926年，“三一八”惨案发生，段祺瑞政

府彻底丧失民心而下台，章士钊也由此结束了政治舞台上的生涯。

“九一八”事变后，章士钊辞去原受张学良之聘任沈阳东北大学文学院教授、院长职务，回到上海，杜月笙延之为宾客，不久正式挂牌当律师。抗日战争爆发后，章士钊留居上海租界，后在杜月笙派人迎护下，经香港转赴重庆，国民政府给以“参政员”名义。1938年6月起，历任第一、二、三、四届国民参政会参政员。

1945年抗战胜利后，国共和谈，“双十”协定签字后，毛泽东因事滞留重庆，章士钊为其安全担心，劝毛泽东尽快脱离险境，在手心写一“走”字，耳语“三十六计，走为上”。

1946年回上海，在同济大学法学院任教，并续任律师；同年11月当选为制宪国民大会代表。1948年行宪后，当选为立法院立法委员。解放战争后期，他作为“上海和平代表团”成员为国共和谈奔走，1949年3月25日，李宗仁决定成立和谈代表团，邵力子、张治中及章士钊等五人为和谈代表到北平，与中共举行和平谈判。4月22日和谈破裂，章士钊与邵、张等乃留居北平，嗣后去香港。留港期间，劝说程潜、陈明仁和平起义。9月，他应中共之邀参加开国大典，出席中国人民政治协商会议第一届全体会议。此后定居北京。

中华人民共和国成立后，任政务院政治法律委员会委员，并被推选为政治协商会议第一届全国委员会委员和第二、三届全国委员会常委。1951年7月，被聘任为中央文史研究馆副馆长。1955、1958、1960年，三次奉命赴香港，与台湾方面联络，会商

两岸统一问题。1959年10月，任中央文史研究馆馆长，晚年以大部分时间从事文史研究工作。1961年，国家困难时期，毛泽东用稿费以“还钱还利”为名，每年正月初二送二千元给章士钊，送满十年。

章士钊晚年一如既往地地为海峡两岸的和平统一而奔走，1973年，章士钊不顾92岁高龄，自请第四次赴港，想与台湾方面会谈两岸统一事业，不幸在香港病故。在北京举行追悼会时，邓小平、叶剑英、李先念等到会行礼致哀。

### 努力营救李大钊

李大钊不仅是中国共产党的创始人，而是中共在北方的重要领导人。

奉系军阀占据北京后，实行恐怖统治，把镇压国民革命、捕杀共产党人当作头等大事，四处告示：“宣传赤化，主张共产，不分首从，一律死刑。”1926年4月、8月，就以“宣传共产赤化”的罪名，先后杀害知名报人邵飘萍、林白水。面对直奉军阀的残暴统治，为了保存和发展革命的力量，1926年3月底，李大钊领导中共北方区委机关及国民党北京特别市党部迁入东交民巷苏联大使馆西院的旧兵营，从此没有公开露面，李大钊的妻子和两个女儿也住在苏联使馆内。不久，国共两党许多领导人相继调离北京，北方革命重任全都落在李大钊一个人身上。环境异常险恶、艰苦，但李大钊毫不畏惧，始终保持着革命乐观主义精神，充满着革命必胜的坚定信念。这期间，党团组织稳定发展、不断壮大；开创了农村革命工作的新局面，建立了农民协会和农民武装；派遣与输送了大批班干部与优秀青年去南方，为北伐战争增添新生力量，

**作者简介：**童洪锡，国家一级律师。现任浙江嘉瑞成律师事务所主任，温州市第十届至第十三届人大代表，市人大常委会法制委员会委员，温州市人民政府立法专家，市委建设法治温州专家咨询委员会委员、市委法律顾问。曾获得温州市“十佳”律师、优秀仲裁员、司法部全国律师行业优秀党员等荣誉称号。

赵世炎、罗章龙、陈乔年、陈毅就是这个时候南下的。在李大钊同志领导下，沉寂多年的兵营，一时成了北方革命运动活跃的指挥中心。

1926年9月，考虑到北方局势日益恶化，为了李大钊的安全，中共中央写信给北方区委，要求他南下武汉工作，后又再次催促。但李大钊考虑到北伐军即将北上进京，北方区委应做好接应工作，他不能离开，要求留下。此后虽多次得到确切情报获知敌人即将逮捕自己的阴谋，李大钊仍坚守不退，只是让许多同志化装转移。

按照张作霖的密令，1927年4月6日上午11时半，奉系军阀当局、京师警察厅出动300多名军队、警察、宪兵、侦探，全副武装，在吴郁文带领下，进入东交民巷使馆区，冲进苏联大使馆及旧俄兵营内。苏联使馆工作人员甘布克见状，上前阻止，并拔出手枪朝空鸣枪警告，被众军警制服。这天正是清明节，天气温和，赵纫兰带着小女儿炎华在院内散步，大女儿星华坐在外间的长木椅上看报，李大钊在里间伏案办公，宪兵、侦探和警察破门而入，逮捕了李大钊，同时被捕的还有共产党员、国民党左派谭祖尧、路友于等和赵纫兰母女共33人，以及苏联使馆工作人员16人，当天还从苏联使馆里拉走了7车文件。

李大钊的被捕，激起社会各阶层爱国人士愤怒，抗议奉系军阀当局反苏反共的暴行，纷纷进行营救工作。

章士钊夫妇与李大钊及其家属关系，非同一般，自然是更为关切。早在奉系军阀动手前，章士钊就让夫人吴弱男去苏联驻华使馆劝李大钊出国躲避风头，李大钊被捕后，章为营救

李大钊，四处奔走呼号。章士钊找到杨宇霆时，称李大钊名闻中外，深得人心，言辞恳切地奉劝杨宇霆切勿为以一时之意气，杀戮国士，而遗千载恶名。杨宇霆闻之悚然，乃向张作霖进言，认为李大钊为著名学者，建议保李大钊性命，不如判个终身监禁，让他在监狱里继续研究《资本论》。由此，张作霖对杀害李大钊也曾一度动摇迟疑，最终决定组成特别法庭，派参议何丰林就任审判长，进行审理。其实，特别法庭由军方一手控制，是一个法西斯军事法庭。4月28日，特别法庭在警察厅南院大客厅开庭，判处李大钊等20人绞决，立即执行。紧接着，将李大钊等同志秘密押送到西交民巷京师看守所，执行死刑。至此，章士钊与杨度以及社会各界的努力营救，都未能成功。

噩耗传来，中国共产党和革命人民以及各界进步人士无不悲愤和痛心！章士钊更加悲痛不已，曾作诗悼念，哀伤之情跃然纸上。诗云：



隙尘何微微，朝夕通其辉。  
人生各有托，君去独不归。  
青林有蝉响，赤日无鸟飞。  
裴回东南望，双泪空沾衣。

李大钊牺牲后，章士钊与其夫人吴弱男还去慰问其家属。1927年5月6日《申报》载：“李妻回寓（府右街朝阳里三号）后，首先某前总长夫人赶至慰问，目睹惨状，为之泪下。”这位前总长夫人便是吴弱男。后来章士钊夫妇与亲友商拟筹款三千元赡养李大钊遗属，实际募捐到了二千余元。除购买棺木改殓丧葬等费用外，尚存一千余元，由李大钊的同学白眉初等管理，以利息维持赵纫兰与子女的生活。

#### 义务为陈独秀辩护

陈独秀，原名陈庆同、陈乾生，字仲甫，号实庵，安徽怀宁人，新文化运动的倡导者、发起者和主要旗手，“五四运动的总司令”，中国共产

党的主要创始人之一和党早期主要领导人。1921年7月在中国共产党第一次全国代表大会上被选为中央局书记，后任中央局执行委员会委员长、中央总书记等职务。在第一次国内革命战争后期，陈独秀犯了右倾机会主义错误，以致大革命失败。

1932年10月15日，陈独秀及其托派成员彭述之、宋逢春、罗世凡等，所谓“托陈反对派”的中央常委全部在上海法租界被捕，旋即被引渡到国民党上海市公安局，转押赴南京，后由江宁地方法院看守。

陈独秀被捕的消息，震惊全国。蔡元培、胡适、丁文江、傅斯年、翁文灏、罗文干等他早年的同事和好友都致电蒋介石，要求将陈案交付司法审判，反对由军法处置。蒋介石考虑到民众呼声与舆论压力，复电“照办”。

章士钊与陈独秀渊源久远，交情匪浅。后来，陈、章二人，因政见不同，早已各行其是了，但对陈独秀几次被捕，章士钊都是很关心的，这次也不例外。他自告奋勇站出来，义务为陈独秀担任辩护律师，完全是出于正义感与律师的天职。章士钊不计前嫌，挺身而出，甘担风险，当时在社会上引起轰动，被称之为“有古义士之风”。

1933年4月14日上午，江宁地方法院刑二庭就陈独秀等被指控“危害民国案”第一次开审，陈独秀被带上法庭时，审判长问他何以要打倒国民政府？他回答：

这是事实，理由有三：（一）国民党实行刺刀政治，人民无发言权，即使国民党党员亦无发言权，不合民主政治原则；（二）人民贫穷至极，军阀官僚只知集中金钱，存放于帝国主义银行，人民则衣食不保，此为高丽亡国时的现象；（三）全国人民主张抗

日，政府则步步退让。十九路军在上海抵抗，政府不接济。所谓长期抵抗，仅长期抵抗四个字而已，始终还是不抵抗。据此，人民即有反抗此违背民主主义与无民权实质政府之义务。

4月20日上午，陈独秀等“危害民国案”第三次开庭，旁听者众，有些是从上海、无锡、镇江各地赶来的，法庭内外人头攒动。检察官的控告长篇累牍，至下午一点四十五分才结束，陈独秀当庭抗辩：

检察官论告，谓我危害民国，因为我要推翻国民党和国民政府。但是我只承认反对国民党和国民政府，不承认危害民国。因为政府并非国家，反对政府，并非危害国家。

他的书面辩诉状指出，本国某一党派推翻某一党派的政权而代之，不能说是“亡国”，所以，所谓的“危害民国”罪不成立。民国之所以叫民国，就是民主共和国，以别于专制君主国。何谓“叛国”？《刑法》上有具体说明，即平时外患罪、战时外患罪、泄露机密罪。如果把国家和政府混为一谈，那又何必摒弃法国路易十六的“朕即国家”说。如果说在野党反抗不忠于国家或侵害民权的执政党，而主张推翻其政权，就是“叛国”，则古今中外的革命政党无不曾经“叛国”，国民党也曾“叛国”矣。

他当庭指斥国民党政府，以党部代替议会；以训政代理民权；以《危害民国紧急治罪法》及《出版法》等特别法代替《刑法》；以军法逮捕、审判、枪杀普通人民；以刺刀削去了人民的自由权利，高居人民之上；视自己为诸葛亮与伊尹，斥人民为阿斗与太甲。日本帝国主义挟“武力征服”政策对待吾国，国民党政府亦挟同样

态度以临吾民。

他表示，自己力争的是人民自由权利、实现普选的国民立宪会议、民主制扩大到历史的最高阶段。无论现在还是将来，他本人从来没有篡夺民国为“党国”的企图，试问谁为“危害民国”？

他进一步反驳，如果认为宣传共产主义就是“宣传与三民主义不相容之主义”，就是“危害民国”，欧洲中世纪专横黑暗的宗教法庭迫害异教徒、科学家，以阻塞思想信仰自由的故事，岂不是重见于今日的民国，那不是正好证明日本人所谓的“中国非近代国家”之说不是污蔑吗？

接着，章士钊起立为陈独秀辩护，雄辩滔滔，长达五十三分钟。通过新闻媒体广为流传，影响巨大。章士钊的辩护词洋洋洒洒、旁征博引，文采斐然，堪称经典之作，上海沪东大学、苏州大学选编为法学系教材。

尽管辩护有力，但经过十二天审理后，法庭仍以文字为叛国之宣传，判处陈独秀有期徒刑十三年，上诉后改为八年，押赴南京第一监狱服刑。

章士钊曾多次去狱中看望陈独秀，写下《念故人陈独秀》诗，抒发胸臆：

龙潭血战高天下，  
一代功名奕代存；  
王气只今收六代，  
世家无碍贯三孙。  
廿载浪迹伤重到，  
此辈清流哪足论？  
独有故人陈仲子，  
聊将糟李款牢门。

参考文献：参考文献：白吉庵《章士钊传》，郭德宏、张明林《李大钊传》，傅国涌编《追求律师的传统》

# 九年错案终获改判无罪

## ——律师团队成功辩护虚开增值税专用发票申诉再审案

文 | 杨文斌 任聪玲 北京炜衡(杭州)律师事务所

从有期徒刑十五年到当庭无罪释放，一起成功的无罪辩护背后是北京炜衡（杭州）律师事务所主任杨文斌律师及其团队8年来不懈的努力，是相信司法公正虽迟但到的坚持，更是数十年如一日深耕专业的沉淀。

### 案情回顾

王某作为某煤炭贸易有限公司的法定代表人、总经理，为应对公司的上级单位年度审计，安排某煤炭贸易有限公司、某能源有限公司、某科技有限公司在没有真实货物购销的情况下，循环闭环开具增值税专用发票。2014年11月21日，王某因涉嫌虚开增值税专用发票罪被刑事拘留。2015年12月4日，济南市中级人民法院以虚开增值税专用发票罪判处王某有期徒刑15年。王某上诉后，山东省高级人民法院于2016年6月2日维持原判。二审维持原判后，王某近亲属委托杨文斌律师团队作为辩护人，提出申诉，山东省高级人民法院于2017年12月12日驳回申诉。之后，王某近亲属继续委托杨文斌律师团队作为辩护人向最高人民法院提出申诉。

2021年6月22日，最高人民法院作出（2020）最高法刑申237号再审决定书，该决定书指出：“原判决（2016）鲁刑终84号刑事裁定认定王某犯虚开增值税专用发票罪属于适用法律错误，指令河北省高级人民法院对该案进行再审”。2023年6月14日，河北省高级人民法院对本案开庭审理。2023年9月20日，河北省高级人民法院采纳辩护意见，认定王某主观上不具有骗取国家税款的目的，客观上未给国家税收造成损失，依法判决被告人王某无罪。

### 八年申诉辩护路

杨文斌及其团队任聪玲、马澜倩从2016年代理申诉，到2021年正式启动审判监督程序，再到2023年王某被宣判无罪，历时近八年，自始至终坚持为王某做无罪辩护，坚持不懈地与

山东省高级人民法院、河北省高级人民法院、最高人民法院密切沟通，即使在最为困难的疫情停滞期间，也没有放弃无罪辩护的信念与努力。

2017年2月，辩护团队向山东省高级人民法院递交申诉材料，山东省高级人民法院于2017年12月12日作出驳回申诉裁定，本案陷入艰难困境，但辩护团队始终没有放弃信念，一方面积极鼓励王某及其近亲属继续向最高人民法院申诉，另一方面反复查阅案件卷宗、整理阅卷笔录、全面检索涉案相关法律法规、全面检索类案案例，以期通过以上方式夯实办案基础，切中立法本意，为下一步向最高人民法院申诉做好充分的准备，打下坚实的基础。

2018年2月，最高人民法院受理了辩护团队递交的申诉材料，时值寒冬腊月，辩护团队将此消息告知了王

某及其近亲属，共同期盼着本案的寒冬尽快散去。此后，辩护团队多次辗转于北京、山东两地，屡至最高人民法院申诉立案大厅，与承办法官沟通申诉意见、询问办案进展。

功夫不负有心人，2021年6月22日，最高人民法院作出了指令再审决定，辩护人和王某第一次看到了本案无罪的希望，迎来了前所未有的光明，甚至期待、预判2021年会成为王某无罪释放的时间标志。但是，由于新冠疫情反复，我国各省市随时都有被封控的风险，王某所在的济南市、河北高院所在的石家庄市都有被封控的经历。王某在山东省监狱服刑，本案在河北高院再审，跨省办案、跨省开庭、跨省人员流动因新冠疫情影响变得十分艰难。在这个过程中，辩护人反复多次坚持不懈与法官电话沟通开庭事宜，多次致信法官申请对王某申请取保候审，多次致信法官申请尽快开庭，多次致信河北高院请求再审监督，多次致信最高人民法院请求监督下级人民法院并催促尽快开庭。

终于在2023年6月14日，河北高院对本案开庭审理。2021年6月22日至2023年6月14日，从最高院发布再审决定书到再审开庭，经历了近两年时间，这两年内，王某原判刑罚并未中止同时不得减刑，这其中的艰辛困苦只有辩护人、王某及其亲属最为清楚，本案无罪之路的不易也只有亲历此过程的人才懂。

本案开庭后，辩护人依旧没有松懈，在充分掌握案情、梳理证据的情况下，三位律师一遍遍分析证据，还原案件事实，研读法律规定，理解立法本意，打磨辩护意见，充分而有力地阐述了无罪的事实和法律依据。与此同时，密切与主审法官沟通，实时解答合议庭对本案所涉事实的疑惑，

为合议庭提供其所需的案外信息和背景信息，积极催促本案尽快判决。

与此同时，辩护团队与王某及其亲属保持密切沟通，建立以上人员与河北高院之间的桥梁，将王某父母身体情况（因其父已达99岁高龄，其母已达91岁高龄，并患有阿尔兹海默症）实时反馈给主审法官，希望河北高院可以从法理和情理双角度出发加快本案尽快判决。

守得云开见月明。2023年9月20日——宣告无罪的这一天，王某及其家人等到了，辩护人等到了。王某99岁的父亲和91岁的母亲也终于盼到了团圆的一天！历时近九年，纵使阻碍重重，纵使千难万险，王某也终于踏上了回家的路。

### 辩护要点

主观方面之辩：王某主观上不具有偷逃、骗取国家税款的目的，不能构成虚开增值税专用发票罪。涉案三家公司之间开具增值税专用发票属于封闭式环开，开具的主观目的是将旧账转为新账、应对上级单位的年度审计，不具有骗取国家税款的目的，不能认定构成犯罪。

客观方面之辩：首先，原判决、裁定仅截取了本案三家公司环开模式中的一环作为认定构成犯罪的依据，没有对案件作出综合分析和整体评价，未考虑案件环开全貌，导致认定事实错误，适用法律错误，应当依法改判。

其次，成为增值税纳税义务人的前提是发生真实交易，换言之，如果没有发生真实的货物交易，商品购买和销售都是虚构的，即使虚开了增值税专用发票，也没有义务缴纳增值税，因为发票背后没有真实交易做支撑，不可能有增值。因此，在没有真实交易、没有纳税义务的前提下，只有在

下游受票方已进行抵扣，但上游销售方未缴或者少缴税款的情况下，才会造成国家税收损失。

而本案系封闭式环开，环开线上的每一个公司都会先后成为纳税的主体和抵扣的主体，即任何一方都既是出票方又是受票方。若三家公司中的任一公司没有全额进行纳税申报，则本案的循环开票、循环抵扣根本无法完成。通俗来讲就是，如果任一公司作为出票方时未全额纳税，那该公司作为受票方时也无法实现全额抵扣。基于此前提，本案各开票方必定全额申报纳税。且从本案的客观事实看，各公司均如实全额缴纳税款，没有给国家税收带来损失。

最后，虚开增值税专用发票罪的本质在于滥用抵扣权，本案三家公司之间实现了抵扣权的平衡，没有增值税专用发票外流，没有导致国家税收利益损失。相反，通过数据比对，本案环开模式下还为国家多缴纳了税款。

客体之辩：虚开增值税专用发票罪侵害的客体一是增值税专用发票管理秩序，二是国家税收征管制度，二者缺一不可，国家税收征管制度应当属于主要客体。因此，如果仅仅破坏了增值税专用发票管理秩序，但未实际危及国家正常的税收活动，只能属于一般的行政违法行为，不能认定构成犯罪。涉案的三家公司之间闭环开票的行为虽然对增值税专用发票管理秩序有一定的干扰，但并未造成国家税收损失，并未实际危及国家正常的税收活动，不能认定构成犯罪。

真理不败，法治永存。这份无罪判决书，是对当事人与其家人的慰藉，也是对三位辩护律师多年来坚持无罪辩护、奔走付出最好的回馈，更是杨文斌律师团队专业化水平的充分体现。



# 个保法施行后 全国首例平台尽职免责案胜诉

文 | 褚霞 浙江天册律师事务所



自《个人信息保护法》就处理个人信息侵害个人信息权益的民事责任确立了“过错推定”的归责原则以来，个人信息处理者（尤其是日常经营中涉及大量数据处理的平台）如何证明自己“没有过错”，在个人信息安全保障方面应该做到什么程度才能避免法律风险，成为行业关注的焦点问题。

近日，浙江天册律师事务所詹巍、吴旭华、褚霞律师代理某大型网络平台涉个人信息处理者安全保障义务案件，在杭州互联网法院获得胜诉判决并生效。该案系个保法

施行后全国首例平台尽职免责案。

该案判决首次通过“行为规制”加“安全保障义务”的方式，对个人信息处理者的处理行为是否存在过错进行判定，解决了处理行为期待可能问题以及个人信息权益中承载的人格尊严保护问题。本案是《个人信息保护法》生效后，首次在司法裁判中明确侵害个人信息权益案件归责的分析框架及过错推定原则下平台免责的证明标准的案件，为今后同类案件的举证框架和责任认定标准提供了参考借鉴，体现了个人信息保护法第一条阐明的

个人信息权益保护与合理利用的平衡理念：保护个人信息权益是数字经济健康发展的信赖基础；不能超越法律规定对个人数据的处理提出过于严苛的要求，以免阻碍数字经济健康发展。

## 案情简介

原告薛某诉称，其通过某网络购物平台购买零食，按要求填写了个人收件信息。两日后，原告便接到境外诈骗团伙电话，对方知道原告收货昵称、购买物品、快递单号、支付宝账号等，且与原告在平

台填写信息完全相同。原告认为，被告平台经营者泄漏了其个人信息，侵害其个人信息权益和隐私权，遂诉至法院，请求判令平台经营者赔礼道歉，并赔偿精神抚慰金等。

被告答辩称，涉案交易流程分为用户在平台购买涉案商品达成交易的线上成交环节及商品成交后的线下履约环节，不同环节生成及展示的信息不同。被告平台依法处理用户个人信息，并已采取多项安全管理措施防止用户个人信息泄露，履行了必要的用户信息安全保护义务。同时，结合涉案订单的线上交易流程，证明被告不存在违规处理原告个人信息的行为。被告主张，涉用户个人信息的侵权证明应立足争议事实，合理把握证明标准，以实现个人信息保护与数据流动、合理利用之间的平衡。

法院审理后认为，个人信息处理者侵权责任是一种新的特殊侵权责任类型。一般认为，个人信息处理者因信息处理行为侵害个人信息权益造成损害的侵权责任构成要件为：第一，个人信息处理者实施了个人信息处理活动；第二，存在个人信息权益受侵害的事实；第三，个人信息处理者不能证明自己没有过错；第四，个人信息处理行为与损害事实之间存在因果关系。对于“个人信息处理者不能证明自己没

有过错”的要件，法院认为，无过错属于一种消极事实，个人信息处理者要证明一种消极事实的存在状态，需要更为明确的司法证明责任标准进行指引。

根据《个人信息保护法》第一条确立的立法目的，可从宏观和微观层面对个人信息处理者应尽的安全保障义务进行认定：宏观层面，个人信息处理者应采取必要合规措施，尽到保障个人信息安全的一般性保护义务；微观层面，个人信息处理者应尽到与具体处理行为直接相关的必要、可行、合理的安全技术措施和其他措施，包括采取了与案涉处理行为相关联的个人信息保护必要合规措施、尽到了与其专业能力相匹配的合理谨慎的人所应尽到的安全保障注意义务。

结合本案信息泄露可能发生的环节，以及平台已采取的符合相关法规及行业要求的保障用户个人信息的安全保护措施，足以证明平台对于薛某诉称的信息泄露不存在任何过错。平台经营者已举证证明其在案涉个人信息处理活动中没有过错，且薛某不能举证证明被告平台经营者的个人信息处理行为与其主张的损害事实之间存在因果关系。

最终，法院依法作出判决，驳回薛某基于被告构成个人信息处理者侵权责任所主张的全部诉讼请求。

## 裁判要旨

《个人信息保护法》第六十九条侵权责任的适用主体，是指在个人信息处理活动中自主决定处理目的、处理方式的组织、个人，同时限于其在个人信息处理活动中的行为，该等处理活动既包括作为的处理活动，也包括不作为如没有依法采取必要措施保护个人信息安全等。

若个人已经举证证明个人信息处理者实施了个人信息处理活动，其存在个人信息权益受侵害的事实，以及个人信息处理行为与损失事实之间存在因果关系，则推定个人信息处理者具有过错。若个人信息处理者不能证明自己没有过错，或其举证仅能达到有无过错这一事实的真伪不明状态时，仍应由个人信息处理者承担不利后果即败诉的风险。

对个人信息处理者侵权责任构成要件中的过错，应采用客观过错标准。个人信息处理者提交以下证据，证明其个人信息处理行为没有过错的，人民法院应予支持：处理行为没有违反个人信息处理规则的法律规范；采取了与案涉处理行为相关联的个人信息保护必要合规措施；尽到了与其专业能力相匹配的合理谨慎的“善良管理人”所应尽到的安全保障注意义务。

# 医药反腐风暴下 谈医药行业涉刑问题

文 | 吕继雷 庄翰林 浙江六和律师事务所



2023年7月21日，国家卫健委官网发布：国家卫健委会同教育部、公安部等十部门联合召开视频会议，部署开展为期一年的全国医药领域腐败问题集中整治工作。

7月25日《刑法修正案（十二）草案》提请审议，草案拟加大对行贿犯罪的惩治力度，将“在食品药品等重点领域行贿”列入六类从重处罚的情形之一。

7月28日，纪检监察机关配合开展全国医药领域腐败问题集中整治工作动员部署视频会议在北京召开，决定深入开展医药行业全领域、全链条、全覆盖的系统治理。

近年来的医疗改革以及近期的多个政策、会议和执法活动，表明了国家对于整治医药行业腐败的决心，而惩治医药领域的职务犯罪则是切入点。由于医药行业高技术、高风险、高收益、政策与技术壁垒并存、相对垄断等特点，医药领域犯罪区别于其他领域犯罪。本文将从医药领域犯罪的特点出发，结合相关辩护要点，给出提示和建议。

## 一、医药领域犯罪的特点

（一）多发、广发，形式隐蔽，涉案金额往往巨大

医药领域的犯罪呈现出多发、广发的态势，主要原因在于医药产业链长、产业结构复杂，资金流动频繁且方式多种多样。

8月15日，国家卫生健康委就全国医药领域腐败问题集中整治工作会议有关问答，就指出此次整治涵盖了医药行业生产、流通、销售、使用、报销的全链条，以及医药领域行政管理部门、行业学（协）会、医疗卫生机构、医药生产经营企业、医保基金等全领域，实现医药领域全覆盖。

前述特征同时导致了医药领域犯罪具有天然的隐蔽性。以医药销售与流通环节为例，犯罪的形式不仅仅局限于直接的回扣、佣金，近年来更多地是以学术会议赞助为名，或者嵌套在医疗设备投放和药品耗材的特殊捆绑销售关系之中。

同时，医药领域犯罪的涉案标的资金往往是巨大的，特别是在医院的

工程建设、药品采购等环节中。以“医药”为关键词，在威科先行法律信息库中检索近5年的“贪污贿赂罪”刑事犯罪，共检索到1019件，其中涉案金额巨大的有486件（约占47.7%），涉案金额特别巨大的有158件（约占15.6%）。近期中纪委披露的真实案例，曝出云南普洱市人民医院，一台进价3520万的医疗器械直线加速器，院长拿回扣1600万。犯罪金额特别巨大的涉案人员可能将面临十年以上有期徒刑、无期徒刑甚至死刑的处罚。

（二）刑、民、行问题“交叉”现象常见

国家医保基金是医药领域犯罪的“重灾区”。2021年底，某知名药企被查出17名员工通过篡改肿瘤患者基因检测结果骗取医保基金，现已全部批捕，企业则面临《社保法》《医疗保障基金使用监督管理条例》的行政处罚。2022年1月，北京某骨科医院因以欺诈、伪造证明材料等手段骗取社会保险基金支出，被处行政处罚款1.4亿余元，相关个人则面临刑事处罚。从上述两个案例来看，国家治理医保基金

骗保行为“行政与刑事并罚”的执法方向已经明确——国家医保局、公安部于2021年12月发布了《关于加强查处骗取医保基金案件行刑衔接工作的通知》——往后骗取医保基金相关案件的处理，会基本遵循“先追回医保损失（并处行政处罚），再追究刑事责任”的步骤。

另外，以刑事手段解决民商事纠纷的案件在资本市场也不少见。某资方与被投企业之间因业绩对赌引发股东控制权纠纷，资方在发现相关人员可能涉嫌犯罪后选择刑事报案。最终，某上市公司原副总裁兼某三甲医院院长因犯职务侵占罪、背信损害上市公司利益罪等罪名被处刑罚。

（三）常见多罪名牵连犯罪

由于医药产业上下游结构复杂，涉及医药企业、医院、CXO（医药外包服务行业，主要分为CRO、CMO/CDMO、CSO三个环节）等多方主体，一个违法犯罪行为同时涉及多个罪名的牵连现象十分普遍。以医药企业为例，研发阶段可能牵连的其他刑事罪名有提供虚假证明文件罪、侵犯商业秘密罪等；生产销售阶段有生产、销售假药、劣药罪、妨害药品管理罪、虚开增值税专用发票罪等；经营管理阶段有虚假广告罪、串通投标罪、非法经营罪等。

其中，行贿与虚开增值税专用发票（虚开发票）及后续引发的偷逃税行为的牵连现象尤为常见。2020年5月15日，国家卫健委、公安部等九部委联合发布《关于印发2020年纠正医药购销领域和医疗服务中不正之风工作要点的通知》，形成“一案多查”机制，连同纪检监察部门，集中整治医药行业“带金销售”“上下游回扣”中存在的行贿、虚开和涉税问题。上述虚开、行贿双风险也导致医药领域犯罪往往是行刑交叉案件。

## 二、医药领域常见犯罪辩护要点

（一）受贿罪、非国家工作人员受贿罪

受贿罪、非国家工作人员受贿罪是医疗领域职务犯罪最常见的罪名之一，集中发生在药品、器械、耗材的采购过程中，形式包括但不限于接受直接支付、回扣、赞助以及其他财产性利益。

实务中，本罪的辩护要点常常集中在：嫌疑人（或被告人，下同）不具有国家工作人员身份；嫌疑人接受的财产性利益在性质上并非为回扣，而是基于其他合法原因；嫌疑人并未参与采购决策，或者客观上不存在影响采购决策的可能性；嫌疑人没有利用职务之便为他人谋取利益等。

（二）行贿罪、对非国家工作人员行贿罪

行贿罪、对非国家工作人员行贿罪也是医药领域的高发罪。值得注意的是，根据《监察法》第二十二条之规定，监察机关可以对行贿犯罪或者共同职务犯罪的涉案人员采取留置措施，而此处的“涉案人员”并不限于公职人员，因此医药企业高管以及员工也可能成为留置措施的对象。

7月28日，纪检监察机关配合开展全国医药领域腐败问题集中整治工作会议也提到“紧盯领导干部和关键岗位人员，坚持受贿行贿一起查”。

实务中，本罪的辩护要点常常集中在：嫌疑人给付财产性利益系基于其他合法原因，而非行贿；嫌疑人并未期望或要求接受方为其提供任何不正当利益，或者客观上接收方不存在提供不正当利益的可能；嫌疑人的行为并未对采购决策产生实际影响，或者客观上不存在影响采购决策的可能

性；行贿金额异议等。

（三）涉医保基金诈骗罪

最高法公布的《人民法院依法惩处医保骗保犯罪典型案例》明确，诈骗罪是基本医疗保险欺诈行为的主导罪名。值得注意的是，医保基金诈骗是典型的存在下游犯罪的上游犯罪行为，我国在打击医保基金诈骗的同时，也重点打击医保药品被药贩收购后的流转行为（可能构成非法经营罪、掩饰隐瞒犯罪所得罪）。8月15日，国家卫健委在全国医药领域腐败问题集中整治工作会议的问答中指出，“涉及医保基金使用的有关问题”是此次集中整治行动六大重点之一。

实务中，本罪的辩护要点主要集中在：嫌疑人不具有欺诈的主观故意，而是由于管理疏忽或误会导致；嫌疑人已主动纠正，退还了过多领取的医保基金；嫌疑人的行为并未给医保基金造成实际损失等。

（四）贪污罪、职务侵占罪

贪污罪、职务侵占罪常见于卫健系统、医药企业、医院的高层和财务人员非法占有本单位财物，用于赠与或者消费。

实务中，本罪的辩护要点在于：嫌疑人没有非法占有公私财物的主观故意，系基于误会或受上级指示；涉案资金或财物的来源合法；嫌疑人已主动纠正，归还了公私财物；嫌疑人的行为并未给公私财物造成实际的损失等。

当然，医药领域产业链长、产业结构复杂，有可能涉及的罪名远不止以上几类，以上仅为司法实践中较为常见的罪名。

## 三、对涉案企业、人员和家属的建议

（一）关于辩护人的委托

医药领域的犯罪案件如不涉及公

职人员犯罪的，如非国家工作人员受贿罪等，自嫌疑人被采取强制措施之日起可以委托辩护律师。如涉及公职人员犯罪适用《监察法》程序的，《监察法》中没有规定被留置人及其家属在留置期间委托律师作为辩护人的权利。因此，对于监察委办理的职务犯罪案件，被留置人及其家属委托律师作为辩护人只能等到案件向人民检察院移送以后；留置期间，律师无权会见被留置人，但是可以接受委托，提供法律咨询服务。

### （二）关于证据留存与提交

刑事案件，证据是重中之重，关乎审查起诉、定罪量刑等诸多方面。因此医药企业和个人应当格外重视证据留存。特别是在医商交往过程中，在合法合规的前提下，可以健全“事前公示、事中监管、事后备案”的全流程监管制度。对于医药领域反腐工作重点审查的购销费用以及相关的营销和推介费用，应当从费用发生的“三性”入手，对相关费用的流向、数额等要素进行全方位的审查。

涉案嫌疑人及其家属掌握对嫌疑人有利的证据的或证据线索的，可以向办案机关提供、要求调取，或者咨询律师后由律师以辩护人身份向办案机关提出。

### （三）关于医药企业高管责任

医药企业高管作为医药领域反腐高压下的监管重点，应当明确自身所面临的风险和责任。如前所述，医药领域犯罪呈现出刑、民、行交叉且数罪牵连的特点。医药企业高管在进行自身合规的过程中，不仅需要关注职务犯罪罪名，还需要重点关注涉医保基金诈骗罪、串通投标罪、虚开增值税专用发票罪、逃税罪等罪名——重视刑事风控的同时，也要注重《社保法》《医疗保障基金使用监督管理条例》《招标投标法》《反不正当竞争法》等法律法规带来的行政处罚风险。

除此之外，根据《出境入境管理法》的规定，医药企业高管即使不是被留置的对象，在监察机关调查阶段和进入司法程序后，也可能被采取限制出境的措施。

根据《药品管理法》的规定，药品上市许可持有人、药品生产企业、药品经营企业在药品研制、生产、经营中向国家工作人员行贿的，法定代表人等将面临终身行业禁入的处罚。

### （四）医药领域反腐工作下的企业合规整改与反舞弊

在当前形势下，医药领域反腐工作与企业合规监督考察制度的结合会更加紧密。

某公司及其法定代表人认罪认罚，主动配合调查，经综合考量，检察院对该公司启动了刑事合规监督考察。该公司积极制定并落实合规整改计划，检察院在召开听证会对该公司的合规整改情况核查后，最终做出了不起诉的决定。

随着最高检第一批、第二批《企业合规典型案例》的发布，与上述案例类似的“合规换取刑事空间”的案例会越来越多。刑事层面，合规监督考察制度有助于涉案人员免于被逮捕，有助于涉案人员变更强制措施，也有助于缩短结案周期；企业合规与社会层面，合规监督考察制度有助于国家企业合规整体工作的推进，也有助于企稳，保护企业发展和市场经济。上述合规监督考察制度的红利很好地回应了当前高强度医药领域反腐工作的需求，因此，涉案企业可以积极委托律师、会计师开展合规整改工作与反舞弊制度建设、调查等工作。

未来的一年，将会是医药行业反腐工作紧锣密鼓开展的一年，相信也是医药领域犯罪辩护、医药企业合规建设、反舞弊调查工作重点年。医药行业反腐需要“标本兼治”，辩护与反舞弊调查利于“治标”，企业合规建设与整改利于“治本”——相信我国医药行业定会在法治轨道下渡风雨、现彩虹。



文 | 陶宁 浙江泽大律师事务所

近期，电影《孤注一掷》持续火热，将“电信诈骗”再次带回人们的视野中心。影片中最为虐心的一幕莫过于：骗局两端，一端是失声痛哭的受害人家属，一端是举杯欢庆的诈骗集团，两相交织，极尽讽刺。

影片中顾天之的遭遇不仅仅是虚构的电影情节，更是现实生活中众多电信诈骗受害者的缩影。电影带给我们的，除了即时的触动，更有深远的思考。为此，本文对电信诈骗相关内容进行了梳理、总结，以期帮助社会公众更好地识别、防范、应对电信诈骗。

### “电信诈骗”进化史

电信诈骗起源于上世纪90年代我国台湾地区，随着电话在岛内的普及，

诈骗分子开始借助通信手段实施线上非接触式诈骗，并逐渐演化成为一种新型犯罪类型。当时最普遍的套路就是声称受害人中奖，以缴纳税金的名目骗取财物。

2003年前后，随着台湾当局趋严的打击态势，台湾电信诈骗犯罪集团开始“产业转移”，经由福建省传入我国大陆地区，并在全国范围内蔓延。

在台湾“经验”与大陆“智慧”的双重加持之下，电信诈骗蓬勃发展，甚至形成了颇具地区特色的“诈骗版图”：河北省丰宁县的冒充黑社会诈骗法、福建省龙岩市新罗区的网络购物诈骗法、江西省余干县的重金求子诈骗法、湖南省双峰县的PS裸照诈骗法、广东省茂名市电白区的冒充领导诈骗

法、广西壮族自治区宾阳县的冒充QQ好友诈骗法和海南省儋州市的机票退改签诈骗法，多足鼎立，令人应接不暇。

2009年，《海峡两岸共同打击犯罪及司法互助协议》的签署以及公安部打击电信诈骗犯罪专项行动的开展，迫使诈骗团伙远走境外。与中国接壤、政府治理能力薄弱的东南亚各国成为电信诈骗最好的发展沃土。诈骗团伙逐渐呈现出高度组织化、上下游产业链条化、多种诈骗手段融合化的特征。

2015年之后，借着大数据技术的东风，电信诈骗更是进入“个性化定制”的阶段。互联网时代，个人信息的泄露已然成为一种普遍风险。人们的姓名、家庭住址、消费习惯乃至婚



恋状态、经济情况等个人信息，在骗子眼中一览无余。有了这些“素材”，骗子就可以制定专属“剧本”，引导“猎物”一步一步落入圈套。

当人们对电信诈骗的印象还停留在“我，秦始皇，打钱”的段子时，电信诈骗早已进入“3.0”版本。不断翻新、无孔不入的诈骗套路，让人防不胜防。

### “电信诈骗”套路全解

正所谓“知己知彼，百战不殆”，只有摸清骗子们的套路，才能帮助人们更好地识别骗局。在研究大量资料的基础上，本文将电信诈骗常见手段归纳为以下几类，以供参考：

#### 1. 电商网购类

依托电商网购各个环节开展诈骗，具体可包括：冒充代购或微商，以收取定金、商品被海关扣下需要缴纳税款等理由骗取钱款，或在接收货款后直接将受害人拉黑；冒充网店客服，编造商品缺货、商品质量问题等退款理由，要求受害人提供银行卡密码信息或验证码，实现转账目的；冒充电商平台客服，以参加优惠活动、系统故障需要重新激活等理由，向受害人发送虚假网址，套取个人信息进而实施诈骗；冒充卖家，以在其他平台交易或私下交易更方便为由，绕过正规第三方交易平台，要求受害人添加微信等社交平台账号并诱导转账；冒充物流客服，以快递丢失为由要求受害人点击不良网站链接或扫描二维码，套取银行卡号、交易验证码。

#### 2. 日常生活缴费类

依托日常生活中常见的缴费场景开展诈骗，名目五花八门，难以穷尽，试举几例：

冒充房东群发短信，声称原有账号无法接收转账，要求将租金打入其他账户；冒充有关工作人员，声称受害人欠缴水费、电费或燃气费，要求向特定账户补缴；冒充老师，向家长收取资料费、班费。

#### 3. 提供特定服务类

声称能够提供某项服务，向受害人收取服务费、手续费等各种费用，试举几例：谎称可以提供论文代写、预测考试原题、监听他人通话信息、跟踪定位、消除违章记录等特殊服务；谎称可以提供大额免息贷款或代办信用卡。

#### 4. 仿冒熟人类

通过仿冒领导、亲友对受害人进行诈骗。需要特别提醒的是，此类诈骗手段与AI技术相结合的案例在国内已有零星散发，具体表现为：骗子利用AI技术打造领导或亲友的AI形象，给受害人拨打视频电话，通话时长只有几秒钟，受害人只能依稀看到画面中被仿冒者的样子。随后骗子会声称信号不好，转而与受害人进行文字沟通，进而要求转账。

#### 5. 虚构险情类

通过捏造各类突发状况，使受害人陷入不安，进而骗取财物，试举几例：谎称受害人的亲友突发疾病住院，需要缴纳治疗费；冒充公检法机关工作人员，谎称受害人的身份信息被盗

用或涉嫌违法犯罪，要求受害人配合调查或接收监管，将名下账户中的资金转到所谓“安全账户”；谎称受害人的信用支付类工具存在不良记录，可能影响其征信，要求受害人下载远程控制软件，开启手机屏幕共享，随后操纵转账。

#### 6. 利益诱惑类

利用当事人想要获利的心态进行诱骗，试举几例：通过点赞有奖、积分兑换等手段进行引流，随后诱导受害人点击不良链接，套取个人信息；谎称可以获取刷单佣金、购物返利，诱导受害人投入资金购买高额物品；谎称掌握了某投资理财产品的“内幕消息”或某投资理财平台漏洞，骗取“投资款”；向受害人谎称凭借某课程“学习证明”即可入职高薪岗位，骗取“培训费”。

#### 7. 利用感情类

以恋爱交友或爱心捐款等借口，取得受害人信任，随后骗取资金。

#### 8. 钓鱼链接类

向受害人发送植入木马病毒的钓鱼链接或设置免费WiFi引诱受害人连接，暴力窃取受害人的个人信息。

### “电信诈骗”的防范建议

#### 1. 保护好个人信息

根据中国银联公布相关数据显示，超过90%的电信诈骗是由于个人信息泄露引致的。增强个人信息保护意识，不随意填写、分享个人信息，可以从源头上降低被骗风险。

#### 2. 筑牢心理防线，不轻信、不贪

#### 利、不盲目

收到陌生来电、不明短信、不明链接、陌生人的好友验证请求，一概不要理会，不给骗子设局的机会。遇到“好事”要警惕，“天上不会掉馅饼”这句话务必要牢记。无论遇到什么情况，都不要透露自己的银行卡密码、短信验证码，涉及转账时尤其需要谨慎，遇到突发情况要先进行核实。

#### 3. 利用好官方反诈利器

当前，公安部、工信部、中国人民银行等部门联合推出了国家反诈中心APP、96110预警劝阻专线、12381涉诈预警劝阻短信系统、全国移动电话卡“一证通查”、云闪付APP“一键查卡”、反诈名片、全国互联网账号“一证通查2.0”等七大反诈利器，能够有效防范电信诈骗。

### 遭遇“电信诈骗”的补救措施

如果不幸遭遇电信诈骗，最正确、最有效的补救措施就是银行卡的冻结止付和报警。

#### 1. 冻结止付

在已向骗子转账的情形下：

(1) 电话银行冻结止付：拨打诈骗账号归属银行的客服电话，根据语音提示输入骗子的卡号，重复输错5次密码，就能使该账号冻结，时限24小时，通过这种方式可以限制诈骗账号的电话银行转账功能。

(2) 网上银行冻结止付：登陆诈骗账号归属银行的网上银行，输入骗子的卡号，然后重复输错5次密码，就

能使该账号冻结，时限24小时，通过这种方式可以限制诈骗账号的网上银行转账功能。

如果被骗的钱较多，一定要在次日凌晨重复上述操作，则可继续冻结24小时。在已向骗子透露自己的银行卡账号、密码的情形下：第一时间到对应银行冻结自己的银行卡，阻止骗子继续转账、提款。除此之外，也可以及时拨打95516银联专线，说明自己遭遇电信诈骗，寻求帮助。

#### 2. 报警

注意保存好和骗子的聊天记录、转账记录等电子证据材料，及时拨打110报警或向派出所报案，向警方讲明案情并提供对方账户的姓名、账号、转账时间等信息。同时，要警惕“二次诈骗”，务必通过正规报警渠道报案，不要相信自称能够帮助追查犯罪分子、拦截资金的“网警”、自称能够帮助追回损失的“黑客”。

### 避免成为“电信诈骗”的帮凶

最后，需要提醒大家的是，在谨防被诈骗的同时，也要避免成为电信诈骗的帮凶，这里就帮大家盘点一下常见的几种情形。

#### 1. 帮助引流

不知大家是否见过这样一类兼职广告：“引流推广、操作简单、工资日结”，只需将自己的微信好友拉入指定的微信群内或者按照对方提供的“客户”名单拨打电话，让其添加指定微信、QQ，即可完成。这类兼职看似操作简单，实际上却很可能是在为

骗子输送潜在受害人。

#### 2. 出租、出借、买卖电话卡、银行卡或帮助转账、取现

当前，电信诈骗背后已经形成了一条完整的“黑灰产业链”，包括跨境人员输送环节、个人信息买卖环节、网络技术供应环节以及涉案资金洗钱环节。其中，社会大众最有可能涉及的环节就是“洗钱”。如果随意出租、出借、买卖电话卡、银行卡或帮助他

#### 3. 协助架设GOIP、VOIP

“GOIP”和“VOIP”均属于虚拟拨号集成通信设备，具有将境外号码转换成国内号码的功能，身处境外的诈骗分子往往会使用这种技术，降低受害人的防范心理。如果遇到招募人员架设GOIP、VOIP设备的情形，很有可能是在为诈骗分子提供便利。遇到以上这些“低付出、高回报”的陷阱，可千万要擦亮眼睛，一旦行差踏错，则可能构成帮助信息网络犯罪活动罪甚至诈骗罪的共犯，招来牢狱之灾。遇到以上这些“低付出、高回报”的陷阱，可千万要擦亮眼睛，一旦行差踏错，则可能构成帮助信息网络犯罪活动罪甚至诈骗罪的共犯，招来牢狱之灾。

想要打赢反诈攻坚战，光靠公安机关的努力是远远不够的，更需要我们每个人的参与。提高防范意识，谨防沦为帮凶。全民反诈，一起行动起来吧！



## 美国对中国核两用物项及核物项的出口管制解读

文 | 乔骄 胡芳芳 浙江阳光时代律师事务所

### 一、新规内容解读

#### (一) 核两用物项新规

为抑制中国军事现代化、军民融合策略及核力量发展，2023年8月14日，美国商务部下设工业安全局（Bureau of Industry and Security, “BIS”）修订《美国出口管制条例》（Export Administration Regulations, “EAR”），增加对中国内地及澳门地区的核不扩散管控措施（以下简称“《新规》”），新增将因核不扩散第2栏管制原因（NP Column 2, “NP2”）而受EAR管制的核两用物项（以下简称“NP2核两用物项”）向中国内地及澳门地区的出口、再出口和境内转移行为需要申请许可证。中国

企业应协助美国出口商在BIS系统上申请出口许可证，并提供相关信息及文件，如提供准确无误的最终用户和最终用途声明。美国政府意图通过该措施加强对NP2核两用物项出口至中国内地和澳门地区的监管，并确保NP2核两用物项仅用于和平活动，如商业核能发电、医疗开发、药品生产或使用以及非军事工业。《新规》自2023年8月11日起生效。

NP2核两用物项包括EAR商业管制清单（Commerce Control List, “CCL”）中出口管制分类编码（Export Control Classification Numbers, “ECCN 编码”）为1A290、1C298、2A290、2A291、2D290、2E001、2E002、2E290的管制物项。NP2核两

用物项包括用于非核最终用途的贫铀、石墨和氘，以及用于核电厂的发电机和其他设备。

综上，根据对《新规》的文义解释，新规适用于将八类NP2核两用物项转移（包括出口、再出口和境内转移行为）至中国内地和澳门地区的行为。在美国对中国核两用物项的原有监管上，中国企业在核查新规是否会对企业即将履行或正在履行中的合同设备、材料、技术的供应产生影响时，可以对于相关设备、材料、技术进行ECCN编码的产品溯源予以明确。但是，根据对《新规》的文义解释，《新规》虽增加了申请许可的管制措施，但并不是针对上述物项出口中国内地及澳门地区的直接禁止。

#### (二) 核物项新令

美国核能管理委员会（Nuclear Regulatory Commission, “NRC”）于2023年8月8日发布即时生效命令（以下简称“《新令》”），暂停向中国出口核最终用途特殊核材料、原材料、氘的通用许可（在性质上可理解为自动许可），使得今后向中国出口美国联邦法规汇编第十篇110章项下110.21的特殊核材料、110.22的源材料以及110.24的氘不再适用不需要进行特殊申请、不针对特定个人或实体颁发的通用许可，而是适用需要针对特定个人或实体、特定出口行为的特殊许可。申请特殊许可，需填写并提交NRC第七号表格（NRC Form 7）。根据新令，暂停通用许可期限不定。

至此，中国成为除古巴、伊朗、朝鲜、叙利亚、伊拉克、苏丹之外又一需要就从美国出口特殊核材料、源材料需要申请特殊许可的国家，成为古巴、伊朗、朝鲜、叙利亚、伊拉克、苏丹、阿富汗、印度、安道尔、以色列、安哥拉、利比亚、巴基斯坦、南苏丹、缅甸、吉布提之外又一需要就从美国出口氘需要申请特殊许可的国家。美国对中国核物项出口的管控力度进一步加强。

综上，根据对新令的文义解释，其虽增加了申请特殊许可的要求，但并不是针对上述核物项出口中国的直接禁止。中国企业在2023年8月8日后，从美国进口前述特殊核材料、源材料、氘时，需要协助美国出口商向NRC申请特殊许可，提供美国出口商填写NRC第七号表格所需要的相关信息及文件。

### 二、美国对中国核相关物项的出口管制要求

核相关物项包括非核最终用途的核两用物项以及核最终用途的核物项，

美国对核两用物项和核物项的监管适用不同的出口管制要求及多种主管机关。美国出口管制体系主要分为两用物项、纯军用物项及核物项出口管制。核两用物项属于两用物项的一种类型，又进一步细分为因核不扩散第1栏管制原因（NP Column 1, “NP1”）而受EAR管制的核两用物项（以下简称“NP1核两用物项”）及《新规》提及的NP2核两用物项。核物项出口管制进一步细分为核材料、核设施出口管制与核技术出口管制。核物项以及NP1核两用物项是美国作为多边核供应集团（Nuclear Suppliers Group, “NSG”）成员国履行核不扩散义务的体现，NP2核两用物项是美国对NSG核相关物项之外的其他核两用物项实施的单边出口管制。《新规》发布之前，向中国内地和澳门地区出口NP1核两用物项需要申请许可，《新规》发布之后，除NP1核两用物项外，向中国内地和澳门地区出口NP2核两用物项也需要申请许可。

美国两用物项出口管制由BIS主要根据EAR进行监管与授权，核材料、核设施出口管制由NRC主要根据美国联邦法规汇编第十篇110章（简称“110条例”）进行监管与授权，核技术出口管制由美国能源部（Department of Energy, “DOE”）主要根据美国联邦法规汇编第十篇810章（简称“810条例”）进行监管与授权。美国DOE于2018年10月11日发布《美国与中国民用核能合作框架》（简称“《合作框架》”），作为110条例、810条例的补充，对中国相关核材料、核设备及核技术的出口许可授权政策发生了变化。

#### (一) 核两用物项出口管制——EAR

1. 许可授权及主管机关  
BIS是EAR的执法主体，负责受

理并核查美国出口商提交的出口许可申请。向BIS申请出口许可，除BIS明确要求提交纸质文件外，需美国出口商在BIS的简化网络处理申请系统（SNAP-R系统）上填写申请表格及文件，中国企业应协助美国出口商在BIS系统上申请出口许可，并提供相关信息及文件，如提供准确无误的最终用户和最终用途声明。

#### 2. EAR对中国的核不扩散管控

在《新规》前，EAR对中国核不扩散管控主要体现在（1）将NP1核两用物项转移至中国内地和澳门地区需要申请许可证；（2）将部分美国认为不利于核不扩散管控的中国企业加入实体清单中，对其出口许可采取推定拒绝的审查政策；以及（3）将部分美国认为不利于核不扩散管控的中国企业加入MEU清单中，对其出口许可采取推定拒绝的审查政策。《新规》新增将NP2核两用物项转移至中国内地和澳门地区需要申请许可证。至此，美国对中国的核不扩散管控在物项角度、最终用户角度以及最终用途管控角度得到进一步加强。

#### (二) 美国核技术出口管制——810条例

##### 1. 许可授权及主管机关

美国DOE负有对向美国境内外转移非机密核技术和协助进行授权的法定责任，是810条例的执法主体。810条例针对不同类型的技术和国家，适用不同类型的许可授权，分为通用许可授权和特别许可授权，由美国DOE负责810条例项下授权事宜。根据通用许可授权和特别许可授权进行被授权活动的实体或个人，负有报告义务。

##### 2. 《合作框架》下美国对中国核技术出口许可授权政策的变化

《合作框架》规定美国对向中国出口特定核技术采取推定批准和推定拒绝的许可授权申请审核政策。采取推

定批准的核技术包括：

1) 2018年1月前转移技术的现有授权修订或延期。这一推定不适用于轻水小堆（SMR）和非轻水先进反应堆；

2) 操作安全方面的新技术转移，取决于对能够提高核电操作安全的技术分析以及合适的最终用户评估；

3) 支持可商业销售获取的物项所必需的新技术转移。

采取推定拒绝的核技术包括：

1) 与轻水小堆相关的出口；

2) 非轻水先进反应堆；

3) 2018年1月1日之后的新技术转移；

4) 对中广核或下属企业的任何技术转移。

### （三）美国核材料、核设施出口管制——110条例

#### 1. 许可授权及主管机关

美国NRC是110条例的执法主体，110条例针对不同类型的核材料、核设备以及国家，适用不同类型的许可证，分为通用许可证和特殊许可证。

#### 2. 《合作框架》下美国对中国核材料、核设施出口许可授权政策的变化

美国对向中国出口特定核设备部件，采取推定批准和推定拒绝的许可授权申请审核政策。美国对向中国出口1) 支持AP1000、CAP1000建设的设备部件，和CAP1400主要的相同部件（例如同样类型，相同技术水平）以及2) 安装和运行后的加压轻水小堆或非轻水先进反应堆（不存在技术转让）的设备部件采取推定批准的政策，但取决于非贬损性的最终用户审查。对1) 与美国有直接的经济竞争，例如华龙一号，以及CAP1400的美国专有设备以及2) 向中广核及其所属单位和相关实体的出口的情形，采取推定拒绝的政策。

美国对向中国出口核材料，采取推定批准和推定拒绝的许可授权申请审核政策。美国对出口至中国的核材料的新申请、现有许可的修订和延期采取推定批准的政策，对于向中广核及其所属单位和相关实体出口采取推定拒绝的政策。

### 三、新规下针对我国企业的初步合规建议

#### （一）进一步核实并明确相关进口物项的溯源

在核查新规是否会对企业即将履行或现有正在履行中合同设备、材料、技术的供应产生影响，前提是判断相关设备、材料、技术是否属于非核最终用途的贫铀、石墨和氦，用于核电厂的发电机和其他设备等管制物项，并具有本文前述相应的ECCN编码；或是否属于NRC新命令中所提及的特殊核材料、原材料和氦。因此，我们初步建议我国企业与美国进口商、相关合作方进行产品溯源沟通，核实企业拟进口的美国物项（产品、技术和软件）的ECCN编码情况（若有）或是否已有出口许可，以进一步确认拟进口的美国物项是否属于BIS新规所提及的NP2核两用物项及或NRC所提及的特殊核材料、原材料和氦，从而根据相关新的管制要求需要向BIS申请出口许可或向NRC申请特殊许可。

#### （二）加强与美国出口商的积极沟通

鉴于EAR中部分ECCN编码项下对管制物项的描述存在过于笼统、宽泛的情况，即便中国企业当下经核实拟进口美国物项暂时不属于NP2核两用物项，不排除美国在将来加强对相关物项的监管并将其涵盖在NP2核两用物项的ECCN编码范围内。因此，

建议我国企业加强与美国出口商的积极有效沟通，对美国监管进行实时跟进与监测。

同时，若我国企业已长期开展的项目并多次已从美国进口美国物项，而这些物项属于NP2核两用物项及或前述的特殊核材料、原材料、氦，那么根据新规要求则需要申请许可后方能满足最新的美国管制措施。因此，我们建议企业与美国出口商保持积极沟通，并通过美国出口商与BIS和NRC对长期项目且多次进口的客观情况进行有效释明，力求在项目长期稳定、最终用途最终用户固定的情形下，向BIS或NRC申请简化相应许可申请文件提交类型及内容、加快并获得审查通过，避免因许可审查周期过长影响项目进度。

#### （三）重审与美国出口商之间签订的书面文件

鉴于前述新规增加对相关进口美国物项的出口许可要求存在对项目进度或合同履行影响的可能性，我们建议企业应当重新审查就拟进口美国物项所签订的相关合同。一方面，核实美国出口商作为合同相对方是否负有及时告知美国出口管制监管体系的新政策、执法新动向的义务，避免因美国出口商的告知义务不履行或履行不完全，导致我国企业对拟进口美国物项的美国出口管制新监管要求欠缺了解，从而因协助美国出口商准备相关申请资料、申请许可等拖延项目进度，给企业造成损失。另一方面，核查合同相关条款设置中是否具有因美国出口商未履行告知义务或履行不完全时，我国企业可向美国出口商主张违约责任或索赔的情形，从而更大程度上地确保我国企业的相关合同权利的主张。



## 《昆明会议纪要》中

# 十个“意想不到”的规定

文 | 应李敏 浙江靖霖律师事务所

2023年6月26日，最高人民法院印发《全国法院毒品案件审判工作会议纪要》（法〔2023〕108号，又称《昆明会议纪要》），将对我国毒品案件的审判工作发挥重要指导作用，并成为新时期毒品案件刑事审判规则与司法政策的重要组成部分。笔者参加杭州市律师协会、靖霖律师事务所组织的多次学习活动，根据学习所得，整理了《昆明会议纪要》中十个与一般认识有所差异的规定，供同行参考。

### 一、上诉可以增加罪名

《昆明会议纪要》：检察机关已指控了相关犯罪事实，但未适用相应选择性罪名的，在充分听取控辩双方意见的基础上，可以根据审理认定的事实，增加或者变更为相应选择性罪名，但上诉案件不得加重刑罚或者对刑罚执行产生不利于被告人的影响。

不论是一审公诉案件还是二审上诉案件，只要检察机关指控了相

关事实，法院均可以根据审理认定的事实，减少罪名、变更罪名与增加罪名，但是二审法院重新作出判处，数罪并罚后总的刑期不能加重。即上诉可以增加罪名，不可以加重刑罚。

### 二、互换毒品吸食也有可能构成犯罪

《昆明会议纪要》：双方以吸食为目的互换毒品，构成非法持有毒品罪等其他犯罪的，依法定罪处罚。

以吸食为目的的互换毒品，不论是互换前还是互换后的毒品数量达到刑法第三百四十八条最低数量标准的，构成非法持有毒品罪，或者一方构成非法容留他人吸毒罪。

### 三、未在购买、存储、运输毒品过程中查获不影响定罪

《昆明会议纪要》：吸毒者因购买、存储毒品被查获，没有证据证明其有实施贩卖毒品等其他犯罪的

故意，毒品数量达到刑法第384条规定的最低数量标准的，以非法持有毒品定罪处罚。吸毒者因运输毒品被查获，没有证据证明其有实施贩卖毒品等其他犯罪的故意，毒品数量达到上述最低数量标准的，以运输毒品定罪处罚。

从《全国法院毒品犯罪审判工作座谈会纪要》（法〔2015〕129号，又称《武汉会议纪要》）规定的“吸毒者在购买、存储毒品过程中被查获”到《昆明会议纪要》规定的“因购买、存储毒品被查获”，意味着并非只能追究在购买或者存储的过程中被查获的行为人责任，只要有证据证实行为人实施过购买、存储毒品的行为，即便上述行为已经实施完毕，毒品没有被查获，也可构成非法持有毒品罪。

同理，《武汉会议纪要》规定“吸毒者在运输毒品过程中被查获”，通常理解为正在运输过程中。《昆明会议纪要》修改为“因运输毒品被查获”，意味着只要有证据

证实吸毒者实施了运输毒品的行为，即便运输行为已经实施完毕，毒品没有被查获，也可构成运输毒品罪。

上述两种情况从逻辑关系来说，是递进关系。首先，吸毒者只要购买过、存储过毒品的，是否查获毒品并不重要，只要数量达到刑法第三百四十八条最低数量标准的，定非法持有毒品罪；其次，如果吸毒者在购买毒品后又实施了运输行为，不论是否查获毒品，一般定运输毒品罪。当然，如果吸毒者具有实施贩卖毒品的主观故意，则要考虑是否构成贩卖毒品罪。

#### 四、接收物流寄递毒品不一定构成运输毒品罪

《昆明会议纪要》：购毒者接收贩毒者通过物流寄递方式交付的毒品，没有证据证明其有实施贩卖毒品等其他犯罪的故意，毒品数量达到刑法第三百四十八条规定的最低数量标准的，一般以非法持有毒品罪定罪处罚。代收者明知是物流寄递的毒品而代购者接收，没有证据证明其与购毒者有实施贩卖毒品等其他犯罪的共同故意，毒品数量达到刑法第三百四十八条规定的最低数量标准的，对代收者以非法持有毒品罪定罪处罚。

该规定主要解决贩毒者通过物流寄递交付毒品，对购毒者是否以运输毒品罪定罪处罚的问题。《昆明会议纪要》明确，在这种情况下，对购毒者一般以非法持有毒品罪定罪处罚，说明在特定情形下也可以定运输毒品罪的共犯。

#### 五、从贩毒人员住所等处查获的毒品不一定认定为其贩卖的毒品

《昆明会议纪要》：对于从贩毒人员的住所、车辆等处查获的毒品，一般应认定为其贩卖的毒品。确有证据证明查获的毒品并非贩毒人员用于贩卖，其行为另构成非法持有毒品罪、窝藏毒品罪等其他犯罪的，依法定罪处罚。

该部分沿用了《武汉会议纪要》的原规定，并未进行修改。上述认定为法律推定，如果有相反证据可以推翻。

#### 六、除了化学加工、配制外，物理加工、配制也可能构成制造毒品罪

《昆明会议纪要》：制造毒品，除传统、典型的非法利用原植物直接提炼毒品和用化学方法加工、配制毒品的行为以外，还包括以改变毒品的成分和效用为目的用物理方法加工、配制毒品的行为。

只要行为人以使毒品能够为吸毒人员直接吸食为目的，采用改变毒品形态或者将毒品掺入其他非毒品物质的物理方法，无论其是否同时具有逃避缉查、欺骗购毒者等目的，均可认定为制造毒品行为。包括但不限于：（1）将效果较强、但无法以纯品形态吸食的毒品（如LSD、合成大麻素、γ-羟丁酸等）用水稀释后，添加甜味剂、香精等制成饮料；（2）向毒品中添加非毒品物质作为辅料制成片剂或胶囊；（3）将毒品溶于丙二醇、丙三醇中制成电子烟油；（4）将毒品制成液

体后喷涂于邮票、烟丝、花瓣等物体表面等行为。

#### 七、代购毒品有可能不构成犯罪

《昆明会议纪要》：代购者收取、私自截留部分购毒款、毒品，或者通过在交通、食宿等必要开销之外，收取“介绍费”“劳务费”等方式从中牟利的，属于变相加价贩卖毒品。代购者从托购者事先联系的贩毒者处，为托购者购买仅用于吸食的毒品，并收取、私自截留少量毒品供自身吸食的，一般不以贩卖毒品罪论处。

第一，代购者仅收取交通、食宿等必要开销之外，未从中牟利的，不定贩卖毒品罪。但是如果数量超过刑法第三百四十八条规定的最低数量标准的，对双方定非法持有毒品罪，或者运输毒品罪。

第二，“跑腿型”代购毒品，“代购蹭吸”的，不构成贩卖毒品罪。

#### 八、走私、贩卖、运输、制造麻精药品不一定构罪

《昆明会议纪要》：确有证据证明出于治疗疾病等相关目的，违反有关药品管理的国家规定，未经许可经营国家规定管制的、具有医疗等合法用途的麻醉药品、精神药品，不以毒品犯罪论处。情节严重，构成其他犯罪的，依法处理。实施带有自救、互助性质的上述行为，一般可不作为犯罪处理；确需追究刑事责任的，应依法充分体现从宽。因治疗疾病需要，在自用、合理数量范围内携带、寄递国家规

定管制的，具有医疗等合法用途的麻醉药品、精神药品进出境的，不构成犯罪。

（1）出于治疗疾病等目的，非法贩卖麻精药品的，不以毒品犯罪论处；情节严重，构成其他犯罪的，依法处理。无证贩卖正规厂家合格生产的麻精药品的，足以严重危害人体健康的才构成妨害药品管理罪；如果未足以造成危害人体健康的，也不构成妨害药品管理罪。

（2）出于治疗疾病等相关目的，未经批准进口在境外合法上市的麻精药品的，则不构成妨害药品管理罪，也不构成走私罪。

（3）实施带有自救、互助性质的上述行为，一般可不作为犯罪处理；确需追究刑事责任的，应依法充分体现从宽。一般是指出于治疗疾病需要，相互之间调剂买卖麻精药品等特殊情形。

（4）为自用而走私麻精药品的，不定罪。因治疗疾病需要，在自用、合理数量范围内携带、寄递国家规定管制的、具有医疗用途的麻醉药品、精神药品进出境的，可不作为犯罪处理。

#### 九、居间介绍不一定构成贩卖毒品罪

《昆明会议纪要》：受以吸食为目的的购毒者委托，为其提供购毒信息或者介绍认识贩毒者，毒品数量达到刑法第三百四十八条规定的最低数量标准的，一般与购毒者构成非法持有毒品罪的共同犯罪；但同时与贩毒者、购毒者共谋，联络促成双方交易的，通常认定与贩毒者构成贩卖毒品罪的共同犯罪。

首先，居间介绍者与居中倒卖者在毒品交易环节中起的作用存在较大差异。

其次，根据《昆明会议纪要》的规定，如果仅向购毒者提供贩毒者信息，或者介绍购毒者与贩毒者认识，随即退出毒品交易环节，让贩毒、购毒双方自己对接毒品交易，毒品数量达到刑法第三百四十八条规定的最低数量标准的，居间介绍者与购毒者构成非法持有毒品罪的共同犯罪。但如果超越上述行为界限，即与贩毒者联系，询问价格，帮助双方交易的，定贩卖毒品罪。

#### 十、数量达到死刑标准不一定适用死刑

《昆明会议纪要》：要毫不动摇地坚持依法严惩毒品犯罪的方针，突出打击重点，依法严惩走私、制造毒品和大宗贩卖毒品等源头性犯罪，依法严惩毒品犯罪集团首要分子、职业毒犯、累犯、毒品再犯等毒品犯罪分子，依法严惩具有武装掩护毒品犯罪、暴力抗拒查缉情节严重、参与有组织的国际贩毒活动等严重情节的毒品犯罪分子。

审理毒品死刑案件，应当严格贯彻证据裁判标准，始终坚持证据审查判断认定的最高标准和最严要求，确保办案质量。全案未查获毒品的，一般不判处被告人死刑。主要犯罪事实中未查获毒品的，判处被告人死刑应当特别慎重。

对于买卖同宗毒品的上下家，涉案毒品数量超过实际掌握的死刑适用数量标准，但未达到巨大以上的，一般不能同时判处死刑；上家持毒待售或者已掌握毒品来源，主

动联络销售毒品，积极促成毒品交易的，通常可以判处上家死刑；下家积极筹资，主动向上家约购毒品，对促成毒品交易起更大作用的，可以考虑判处下家死刑。

（1）关于依法严惩的对象。从《全国部分法院审理毒品犯罪案件工作座谈会纪要》（法〔2008〕324号，又称《大连会议纪要》）规定的“毒枭、惯犯、主犯、走私入境，多次、大量或者向多人贩卖，诱使多人吸毒”到《昆明会议纪要》规定的“毒品犯罪集团首要分子、职业毒犯、累犯、毒品再犯”，其一，“主犯”应当按照其所参与的或者组织、指挥的全部犯罪处罚，并不是从重打击的对象；其二，“毒枭”、“惯犯”的概念并不规范，带有行话色彩；其三，“多次”、“多人”、“大量”或者“诱使”本身已被刑法或者司法解释纳入情节严重等范围。故上述人员与情节不再作为严惩的对象。

（2）关于毒品犯罪的量刑原则。根据《昆明会议纪要》的规定，第一，毒品数量是毒品案件量刑的重要情节，但不是唯一情节。在对被告人决定死刑适用时，特别是在决定是否适用死刑时，必须坚持“毒品数量+其他情节”的标准；第二，全案未查获毒品的，一般要从轻处罚，一般不判处被告人死刑。主要犯罪事实中未查获毒品的，判处被告人死刑也应当特别慎重。

（3）关于毒品上下家的量刑原则。对于买卖同宗毒品的上下家，涉案毒品数量超过实际掌握的死刑适用数量标准，但未达到巨大以上的，一般不能同时判处死刑。

省内(2023年9月~10月)

杭州律协与浙大法学院青年法律英才项目正式签约

9月28日上午,“浙江大学-杭州律协·青年法律英才项目”签约仪式在浙江大学光华法学院举行。浙江大学光华法学院院长胡铭、杭州市律师协会会长沈海强出席仪式并致辞,杭州市律协副会长王建军、金迎春、杨高波、李道演,秘书长沈海鸥、副秘书长刘晴晴等参加会议。

浙大光华法学院党委委员郑磊、杭州市律协副会长杨高波共同签订《浙江大学-杭州律协·青年法律英才项目合作协议》,明确了双方人才培养、合作培训等相关内容。

“浙江大学-杭州律协·青年法律英才项目”首期学习班将于10月中旬面向全市青年律师公开招生,课程为期12个月,每月安排两天周末授课。师资队伍将邀请著名学者、高校教授、资深律师、法官、检察官、一线实务专家和专业咨询机构专家等组成,由浙大光华法学院和杭律学院共同打造课程体系。同时,全程提供教务组织、活动策划、学员宣传等培训服务。(来源:杭州律协)



宁波市律协飞盘赛精彩落幕

9月23日,“中行杯”“甬律迎亚运”系列活动之飞盘比赛正式拉开帷幕,本次比赛由宁波市律师协会主办,宁波市律协海曙分会承办。

飞盘赛作为宁波市律协“甬律迎亚运”系列比赛之一,与第十九届杭州亚运会同步开幕。10支队伍150名

选手齐聚宁波赫德实验学校,以盘会友,开展为期2天的比赛。飞盘既是一项竞技运动,也是一项充满趣味的友谊碰撞,以其独特的魅力吸引了无数爱好者的目光。

本次比赛分为分组积分再交叉淘汰的模式,采用五人制男女混合赛制。运动员在绿茵场上激烈追逐,专注投入,飞盘在空中划出优美的弧线,队员间相互配合,挥洒汗水,展现了出色的技巧和协作能力,充分诠释了“盘不落地,永不放弃”的飞盘精神,赛场欢呼喝彩不断,“氛围感”拉满。

经过两天激烈的角逐,决出了8支获奖队伍、男女最有价值运动员MVP及飞盘精神奖。

(来源:宁波律协)

温州市律师行业党委成功举办“做党和人民满意的好律师”主题微型党课比赛

9月22日,温州市律师行业党委成功举办“做党和人民满意的好律师”主题微型党课比赛。本次微型党课比赛共有17名律师参加,围绕“以学筑魂、以学增智、以学正风、以学促干”“新时代、新征程、新使命、新担当”“饮水思源、感恩奋进、实干争先”等主题,依次登台畅谈党员律师的奋斗与理想、初心与使命、责任与担当。

《守心如磐,使命在肩》《新时代新征程:律师的崇高使命与担当》《践行法治为民,传递法律温度》《勇于担当,不负韶华——浅谈新时代青年律师的社会责任》《但行耕耘,追寻平芜处的春山》等一堂堂视角独特的微党课呈现在大家面前。选手们结合自身实践,用生动鲜活的语言,辅以背景音乐、PPT展示、视频分享等展示形式,展现了新时代律师勇于担当、守正创新、积极向上的精神面貌。

颁奖仪式上,温州市司法局党委委员、副局长,市律师行业党委书记林向光表示,在全市上下深入开展学习贯彻习近平新时代中国特色社会主义思想主题教育之际举行本次比赛,是希望全体律师行业党员能够将担当意识和圆梦精神落实在具体工作中,立足岗位、敬业奉献,将守初心、担使命内化于心、外化于行。

(来源:温州律协)

国内(2023年9月~10月)

最高人民法院、司法部联合召开全国调解工作会议

10月8日,最高人民法院、司法部在北京联合召开全国调解工作会议,深入学习贯彻习近平法治思想特别是习近平总书记关于调解工作的重要指示精神,总结交流近年来调解工作取得的成效经验,表彰全国模范人民调解委员会和模范人民调解员,研究部署推进新时代新征程调解工作的任务措施,推动建设更高水平的平安中国、法治中国。中共中央政治局委员、中央政法委书记陈文清出席会议,为受表彰代表颁奖并讲话。最高人民法院党组书记、院长张军,司法部党组书记、部长贺荣出席会议并讲话。

会上,司法部党组成员、副部长左力宣读了《司法部关于表彰全国模范人民调解委员会模范人民调解员的决定》,对299个全国模范人民调解委员会和999名全国模范人民调解员进行了表彰。10个单位和个人作了大会交流发言。

会议在人民大会堂设主会场,在各省(区、市)和新疆生产建设兵团设分会场。受表彰的全国模范人民调解委员会和模范人民调解员代表,各省(区、市)高级人民法院、司法厅(局)和调解协会、律师协会相关负责同志,最高人民法院、司法部有关部门负责同志等参加会议。(来源:中国长安网)

56家律所公证仲裁等参展机构亮相服贸会

9月2日至6日,2023年服贸会在国家会议中心和首钢园区举办。作为全球唯一专门针对服务贸易的国家级、国际性综合交易会,服贸会涵盖了世界贸易组织



(WTO)界定的服务业12大领域,是当前世界服务贸易领域最大规模的展会。

法律服务是在国际服务贸易中商务服务项下的专业服务。为服务好本届服贸会,司法部在供应链与商务服务专区举办的第三届法律服务专题展上,派出了比以往更加强大的“实力团队”——组织来自22个省、区、市的共计36家内地律师事务所、11家涉外仲裁案件数量和标的额均居国内前列的仲裁机构、7家涉外公证业务具有较强品牌影响力的公证机构,以及“一带一路”律师联盟、香港律师事务所驻内地代表机构,向全世界展现了代表中国最高专业水准涉外法律服务力量的风采。

据了解,此次法律服务专题展的参展机构,不仅有能在融资并购、诉讼仲裁、知识产权、企业合规等领域为企业提供一站式法律服务的综合性律师事务所,也有深耕国际贸易、海商海事、电子商务、医药卫生等领域的专业性律师事务所,能够为“走出去”的中国企业和“迎进来”的外商提供全方位高水准的涉外法律服务。比如,首次参展的广西万益律师事务所,获益于多年与东盟国家涉外法律事务的经验,已经拥有约260名律师及专业人员,组建涉外法律事务部、海商海事部等12个专业领域部门,为客户提供高效优质的法律服务。(来源:法治日报)

全国已有首席法律咨询专家2.3万余名

近日,中国法学会在广西南宁召开全国首席法律咨询专家工作会议。会议透露,自2019年11月首席法律咨询专家制度在广西梧州试点以来,全国已有2160个县市级法学会开展首席法律咨询专家工作,建立903个首席法律咨询专家库,共有首席法律咨询专家2.3万余名,已为6600余起案件提供法律咨询意见,取得了良好的法律效果、政治效果、社会效果。

首席法律咨询专家工作是法学会发挥职能作用的重要途径。近年来,中国法学会充分发挥全面依法治国的“智囊团”“思想库”“人才库”作用,大力推进省、市、县三级首席法律咨询专家工作全覆盖,组织广大法学法律工作者积极参与党委和政府重大决策论证、重大风险防控、重大矛盾纠纷调处、重大信访积案化解等工作,成为破解县级法学会履职难题的重要突破口。

(来源:人民网)



# 破产法视角下的 “表见代理”裁判规则研究

文 | 姜亦捷 翁非凡 浙江联英律师事务所

**摘要：**破产管理人根据《破产法》规定所享有的特殊地位，决定破产管理人在履行职责过程中，可能出现破产管理人与债务人企业原经营团队在破产程序中就企业对外意志表达代表权的冲突。目前司法实践对于相关争议的认定规则尚不明确。《民法典》的施行，从总则编的高度对“表见代理”作了规定，使得表见代理制度能够直接适用于其他可以通过代理实施民法法律行为的领域。而在破产法视角下适用表见代理，应围绕《民法典》总则编司法解释第二十八条，并主要聚焦于“代理权外观”与债务人企业、破产管理人是否具有可归责性，以及相对人“善意”的判断。

**关键词：**表见代理；破产视角；可归责性；举证责任

## 一、破产法视角中的表见代理现状概述

### （一）我国《破产法》有关公司破产期间法人意志表达的管理规定

我国《破产法》二十五条对管理人职责进行了列举式的规定。我国现行破产制度，在企业破产受理后，从公司对外经营到对内管理，均由管理人决定破产公司的一切意志与行动，

并掌握公司印章等对外表达意思的载体。且破产法对于公司破产前的意思表示进行了一定时间的限制与追溯，防止公司恶意转移财产，损害债权人利益。若严格按照破产法的规则执行，公司一般不会出现超出管理人控制以外的意思表示。但现实世界是复杂的，在破产法的执行过程中，很多变量的出现，导致企业破产进程并未按照破产法所预先构建的规则去运行。

### （二）破产法视角中的表见代理情形概述

如前所述，公司破产情况下，出现破产管理人以外的主体作出法人意思表示，属于例外情况。相关代理行为，本质上应属于无权代理，亦有违破产法之规定。

司法实践中，较为常见的状况是，公司在人民法院受理破产以后，公司法定代表人、财务管理人员和其他经

营管理人员不履行《企业破产法》第15条规定的配合清算义务。而前述情形下，债务人的有关人员是否仍能代表企业意志，相关第三方与债务人的有关人员发生交易时如何判断其为“善意”、以及管理人是否充分履职对交易成立的影响等问题，仍然值得思考与辨析。

### （三）我国司法裁判规则之窥探

从笔者代理的一起案件中，可以看到人民法院对于前述争议问题的认定标准，虽是个案判决，但不妨以此为切入点，对司法实践对于相关问题的处理规则进行分析和探讨。基本案情简述如下：

A公司经人民法院裁定受理破产清算后，指定了某会计师事务所担任破产管理人。人民法院、管理人均要求A公司实控人张某移交印章、账簿等事项并制作谈话笔录。张某拒不配合，并持有公章另行开设公司账户，并与B公司签署融资合同，实际收受融资款并转移至关联方。B公司在得知A公司系破产企业后，向A公司破产管理人申报债权，A公司对相应债权不予确认遂成诉讼。

人民法院经审理认为，张某以该公司的名义与B公司签订协议进行融资（名为投资实为借款），其融资行为虽未被管理人追认，但其持有公司印章及银行账户，且系A公司的原法定代表人，在客观上、外表上具有足以使相对人即B公司相信其行为系代表公司的行为，构成表见代理。且B公司损失属共益债务，由A公司负责返还。

对于法院以上裁判观点，笔者持保留态度，但从中我们也可以看到，对于破产企业的法定代表人或有关人员，拒不配合破产清算程序，擅自对公司所进行的“代理行为”之认定，

司法实践中确实存在较大争议，本文便试从该问题入手，对破产法视角下的表见代理问题进行评析。

### （四）分析表见代理与民法典170条职务代理适用上的区别

《民法典》第61条第3款与170条第2款具有相似结构，上述规范可概括为“职务代理的约定限制不得对抗第三人规则”。我国现行法律规定虽然没有明确引述“表见代表”的法律概念，但是前述规定内容即可理解为是对“表见代表”内涵的体现。商事组织职务代理行为约定不得对抗第三人规则，旨在区分公司内外部争议。而表见代表主要是基于职务代理产生的对外行为，本质上适用“授权无因性”原理，对相对人“善意”的要求与表见代理制度明显不同。

通过比较，我们不难发现，表见代理制度与民法典170条所述的职务代理相比的重要优势在于，考虑外部第三人进行交易时是否对权利外观进行了合理的甄别。通过制度的横向比较，更提醒我们注意，在适用表见代理制度时，应充分发挥其制度优势，而破产法下可能存在“表见代理”的情形，其重点和难点也在交易相对人过失的判断。

## 二、表见代理的构成要件分析

### （一）“权利外观”是表见代理制度的基石

通过横向制度比较可知，授权行为无因性的核心在于将代理行为与基础关系进行独立，即相对人无需关注本人与代理人之间内部关系情况，相对人仅需要着眼“代理权”本身。在公司与第三人之间的交易中，授权行为无因性原理仅要求第三人关注所发生交易的对象是否存在有效代理权，

以此为前提产生有权代理的法律效果转移。而表见代理制度则表现为对“代理权外观”的信赖，无需存在代理权即可产生法律后果的转移，表见代理系在无权代理的基础上，对于意思自治与交易安全价值衡量下的选择。

### （二）代理权外观之形成与本人的可归责性关联

对于表见代理意见的构成，学界越来越多的人倾向于“双重要件说”，即要求存在“代理权的外观”，同时要求被代理人对这种“代理权外观”的形成具有“可归责性”，以此更好的平衡被代理人与相对人之间的权利。此处的“可归责性”在以往的学说中被定义为“过错”。但笔者认为，“可归责性”相较于“过错”之概念，有更广泛的外延，以此为基础提出的“新双重要件说”也更加缓和，也就是无过错并不能代替不可归责。实践中，被代理人也更能对可归责性的构成进行证明，具有更大的可操作性，也可以打破权利外观与被代理人之间不存在任何关联的时候，仍要求被代理人承担责任的不公平局面。

## 三、破产情形下的无权代理行为分析

根据前文分析，破产管理人根据破产法之规定，在破产程序中享有独立的法律地位，且同时负责“监管”破产企业的相应行为，使得破产企业的意志表达应在一定程度上受到“限制”，按照破产法之规定，相应权利应统一收缴由管理人负责行使，以保护全体破产债权人利益。因此，法定代表人作为正常情况下公司意志表达机关，也理应受到“限制”及破产管理人的“监管”。

在破产程序中除管理人以外的商事代理行为，本身不具有“职务”性质，更不能简单地根据授权无因性原理，仅区分公司内部、外部行为，来判断商事职务代理行为产生的法律后果。否则，便会造成对交易相对人的过度保护。因此，对于破产情形下的商事职务代理行为，司法实践中适用表见代理制度予以评价并无问题，但在表见代理的适用上，更应注重相对人善意的及被代理人可归责性的判断。

#### （一）破产法下相对人善意之分析

法定代表人作为企业的法定意思表示机构，我国《民法典》第61条第3款虽然规定了意定代理权的限制，不能对抗善意第三人。但是从比较法视角，《德国民法典》第26条第1款第3句和第64条，根据该两条规定，董事会代理权的范围可以通过具有对抗第三人效力的章程加以限制，该限制应当在社团登记簿上予以登记。商业登记的效力是，应登记事项登记后，可以对抗任何第三人。即“代理权的意定限制应当予以登记”。可见，公示行为对代理权的限缩，可以对抗善意的交易相对人。而企业破产受理，是通过经人民法院裁定受理，并向社会登报公告。而这种登报公告之效果，即向社会公众告知破产受理的法律后果，并要求债权人申报债权，且债权人在破产程序中未申报债权的，将导致无法在破产程序中受偿的法律后果。

但是，通过司法实践办案的总结，实务中通过“破产受理”这一情节，可以作为排除令法定代表人之行为适用“授权无因性”等职权性理论，即需要进一步考察相对人“善意”，进入表见代理的判断范畴。但在表见代理

中，司法实践又不认同破产受理公告的效果直接及于破产企业的交易相对人，形成推定“相对人具有过失”的后果。其主要理由在于，被代理人已作合理通知的情形中，通过管理人登报不是充分的通知方式，而要以其他证据辅助证明。笔者认为，比照破产债权申报的有关规定，破产程序中的破产受理公告其公示作用应高于普通“代理权终止公告”，否则将对管理人苛责以过高的通知义务。而从法经济学角度考量，要求相对人对交易对手是否已进入破产进行审查，比较破产管理人防范不配合破产程序的债务人擅自对外进行交易，显然相对人的成本更低，获取信息的途径更广泛、便捷（如启信宝、企查查等第三方信息平台、全国企业破产重整案件信息网、人民法院网公告平台）。表面来看，司法要求相对人应严格审查相对人是否已涉及破产似更具可操作性。但通过对实务裁判规则的总结，司法推定相对人具有过失的标准还是比较高的。

#### （二）相对人应知企业破产下“善意”的判断标准

相对人如果对破产法对破产企业的权利限缩是明知的，则不能就相关交易主张信赖保护。法定代表人单方面的越权行为原则上效果也不能归属法人，而在此种情形下对于越权行为的效力判断，可以横向参照《民法典》中对于法定代表人越权担保效力判断的法律规定。

根据《民法典担保制度解释》第7条第3款规定：“善意是指相对人在订立担保合同时不知道且不应当知道法定代表人超越权限。相对人有证据证明已对公司决议进行了合理审查，人民法院应当认定其构成善意，但公司

有证据证明证明相对人知道或者应当知道决议系伪造、变造的除外”。以上规定可知，我国现行规定，是将交易相对人进行“合理审查”义务作为构成“善意”之前提。而在企业破产情况下，在交易相对人应知企业破产情形下，相对人应当对法定代表人的行为，具有破产管理人及债权人会议决议的相关内容进行“形式审查”，在没有明显理由怀疑相关“债权人决议”为伪造或变造前提下，相应的法律后果则由公司承担。

#### （三）破产情形下被代理人可归责性分析

按照《破产法》第二十五条、第二十七条之规定，破产管理人应当勤勉尽责，接管破产债务人企业的公章、财务账册，履行管理人职责。鉴于破产情形下，管理人负有“监管”破产企业行为之职责，破产企业本身意志受限，故因为管理人履职不到位产生的企业无权代理行为，则应认定“被代理人”与“代理外观的形成”之间具有可归责性。具体可表现为，管理人未及时要求企业上缴公司公章、未及时刊登破产公告或者对破产管理人章管理不善等情形，导致的无权代理行为。

而实践中，破产管理人通过破产受理公告、要求移交财务章册、公章等常规性操作，很难构成对“可归责性”的排除。企业破产情形下，破产管理人需要勤勉尽责至什么程度，才能为司法所认定，管理人已经穷尽所有手段，无权代理行为的发生管理人无法控制，属于可以推定相对人存在过失非善意，进而认定表见代理不成立。

这需要将“可归责性”的定义进一步进行细化，人大法学博士

王忠老师的观点应用于破产法下可表述为：1、管理人是否对实控人代理权外观的形成制造了新风险；2、管理人与相对人比较谁更容易控制风险；3、债权人与相对人谁承担实控人越权代理风险更为公平。这要求我们进一步结合新的法律规定，对破产法下的表见代理行为进行分析，并通过法经济学原理平衡各方利益。这对督促管理人勤勉履职和破产债务人积极配合履行破产义务均具有重要作用。

#### 四、从民总司法解释二十八条出发谈表见代理举证责任

民法典总则编司法解释第二十八条对表见代理的举证责任主要分为两个要件，即相对人对无权代理符合“存在代理权外观”进行举证，而被代理人对相对人不符合“不知道行为人为人行为时没有代理权且无过失”进行举证。且通过对律师实务的总结，表见代理的举证通常是递进式的，在上一个举证环节充分的情况下，才进入到下一个环节的举证。

就破产法下的表见代理而言，管理人证明行为存在越权通常较为容易，如前所述，因为存在“破产受理公告”“要求移交章册、公章的谈话笔录”等操作，且因为企业破产的客观现实，行为人的行为无疑是一种无权代理行为。相较而言，相对人举证“存在代理权外观”也并不困难，因为在企业破产的情况下，破产企业“被表见代理”风险行为，通常由企业原实际控制人或法定代表人进行，其掌控企业原来的经营工具：营业执照、公章等，就相对人而言通常具备一定的代理权外观。举证与审理的难点，通常在于被代理人通过管理人对“有

理由相信”要件进行反驳性举证，以及被代理人对民总司法解释二十八条第二款的举证。既然管理人刊登破产公告、制作谈话笔录，不能作为“可归责性”排除、进而认定相对人具有过失的充分证据，则管理人要勤勉尽责至什么程度，才能防止“被表见代理”情形出现。

通过总结，我们发现司法实践在审理中主要关注以下方面：1、管理人在移交过程中发现债务人拒不移交公章、营业执照等，是否继续刊登了作废公告；2、管理人有无对破产企业现场进行了接管或派遣安保人员驻点；3、管理人有无在破产企业现场张贴书面受理破产公告；4、相对人进行交易时有无对企业现场进行检查、查看的时点；5、司法机关在原执行或破产清算程序中，有无进行公示性的司法行为措施；6、相对人与行为人之间的交易是否涉及相关现场标的交割等。通过对以上方面的举证，管理人通过对自身履职充分性的证明和“可归责性”的排除，可对相对人的合理信赖进行驳斥，司法也可进一步关注到相对人在交易中存在的“过失性”。

#### 五、司法裁判规则中体现的利益平衡

我们从表见代理制度的构成要件，分析破产法下表见代理所应关注的重点及举证责任分配，通过对民总司法解释第二十八条的理解，我们可以更明确司法实践对破产法视角下表见代理的裁判标准和逻辑。除了以上因素外，影响司法裁判的更重要要件，是企业破产情况下司法对各方利益的平衡。

经济学中著名的“科斯定律”告诉我们：在交易费用为零或足够低的

情况下，不管产权归谁，资源都会落到最有价值的用途上。科斯同时指出，现实生活中的交易费用又不可能为零，有时候交易费用可能会高到影响交易的成立。就破产法下的表见代理，司法最终需要在债权人利益和相对人利益之间取得一个平衡，这是解决问题的基本方向。而破产债权人的利益主要通过管理人的合规履职进行体现，则如果管理人已经进行了非常充分的勤勉履职行为，代理权外观的风险的防范，相对人可以轻易做到而未做到，则司法就应当将这个风险判令由相对人进行承担。但是从司法保护交易和合理信赖的更大视角来看，目前司法实践对于管理人充分履职的评价标准是比较严格的。也可能正是基于这样背后利益平衡的原因，本文前面提到的案例最终二审法院作出维持判决。就个案来说，当然还涉及管理人自身无法充分举证的问题。通过对裁判内容的分析，印证司法实践是以民总司法解释二十八条的举证责任为基石，对管理人“可归责性”、相对人过失等要件进行评价与把握，在相对人无明显恶意的情况下，而更倾向于对相对人的保护。

#### 六、结语

《民法典》总则编对表见代理制度的规定，科学有效的扩张了表见代理制度的适用范围。在破产法视角中适用表见制度，更应注意对“代理权外观”形成的可归责性及对相对人“善意”的考察，破产法上的“可归责性”主要体现于管理人勤勉尽责程度的考量。正确把握破产情形下的表见代理制度，对督促管理人正确履职、合理维护债权人利益均具有重要作用。

# 《著作权法》与《反不正当竞争法》 双重保护的类型化及适用规则研究

——以125件案例为基础的实证研究

文 | 汪文琦 徐文婷 浙江利群律师事务所

**摘要：**司法实践中针对《著作权法》和《反不正当竞争法》双重保护情况下适用何种规则裁判有不同的处理，适用规则的不统一导致了实务上的混乱。解决这个问题的关键在于厘清《著作权法》和《反不正当竞争法》之间的关系。学说上，针对这一问题也有不同的观点，从法律历史的发展看，《反不正当竞争法》的独立价值日益彰显，其与知识产权专门之间保护目的和保护法益的差异也日益明显，两者有平行适用的法理基础。实践中，最高人民法院支持了有限保护说，但有限保护之外还留有平行保护的适用空间，在与《著作权法》立法政策相兼容的范围内仍有适用《反不正当竞争法》平行保护的空間。

**关键词：**《著作权法》、《反不正当竞争法》、平行保护、补充保护

## 引言

知识产权侵权诉讼中存在大量《著作权法》与《反不正当竞争法》双重保护的情形。当原告对同一个侵权行为同时请求《著作权法》和《反不正当竞争法》保护时，法院该如何处理两部法律的适用问题。不同法院对两项诉讼请求有着不同的处理方式，或以请求权竞合要求择一适用，或分别认定共同确定赔偿金额。不同的处理方式无疑对原告

的诉讼策略的选择提出了考验。针对这一现象，笔者将采用实证分析与理论分析结合的方法，对两部法律双重保护情形下的类型和适用规则进行分析。

### 一、基于司法判决的类型化分析

通过“北大法宝”“威科先行”数据库检索，对案由同时包括“不正当竞争纠纷”和“著作权权属、侵权纠纷”的判决书进行筛选，总共得到了125件案例。大致可以将这

些案例归为以下几类：

#### （一）著作权与知名商品特有的名称、包装及装潢的双重保护

原告同时主张同时著作权和知名商品的名称、包装及装潢保护的案例为所有类型中最多的种类。其中又可以细分为知名商品的名称和知名商品的包装、装潢两类。前者通常是两个不同的行为分别构成著作权侵权和擅自使用他人有一定影响力的商品名称。如法院就在认定著作权侵权之外，分别认定了

“使命召唤”和“海绵宝宝”构成有一定影响力的商品名称；后者则表现为同一行为同时构成了著作权侵权和擅自使用知名商品特有的包装装潢。权利人既享有美术作品的著作权，又通过宣传和使用享有了特有的商品包装、装潢的权益，行为人未经许可擅自在自己的产品上使用就构成了对上述两项权益的侵害。

对于同一行为同时构成著作权侵权和不正当竞争行为的处理方式，各个法院存在理解和适用上的不同，多数法院对两者同时成立分别进行了判断，之后考虑了同时构成两者的主观恶意共同确定赔偿金额，而少数法院直接适用请求权竞合规则要求当事人择一主张。

#### （二）著作权侵权与虚假宣传

原告同时主张著作权侵权与虚假宣传的案件可以大致分为两类：一是由不同的行为分别构成著作权侵权和虚假宣传，因为当事人相同

且行为存在关联性而放在同一案件中审理；二是同一行为既构成著作权侵权又构成虚假宣传，这就要求权利人享有著作权的作品不仅具有《著作权法》上的独创性更要求其本身的内容在功能上具有宣传推广的作用或者反映了商品或服务的某些优势，诸如广告文字或视频、产品图片等。比如将权利人的广告视频更改开头名称和形象后用于宣传，冒用了其中权利人的宣传内容和荣誉，使公众产生了误导，非法获取了属于权利人的商业交易机会。因此只有在著作权有识别来源的功能时才构成虚假宣传，而著作权侵权的判定不需要这些标准，两者的评价方式和保护法益都有明显的区别。

#### （三）《著作权法》与《反不正当竞争法》一般条款的双重保护

原告同时主张构成著作权侵权和违反《反不正当竞争法》一般条款案件中，在某些行为在著作权侵

权的认定上存在不确定性时，如对于他人享有权利的体育赛事或游戏直播的进行转播，原告通常会选择附加上《反不正当竞争法》一般条款的兜底保护。

通过分析法院说理部分可知，法院通常持《反不正当竞争法》对《著作权法》起补充、兜底或附加保护的作用，在已经适用《著作权法》对行为进行评价或保护的情况下，不宜再适用《反不正当竞争法》对同一行为重复保护。对于一般条款的适用规则，许多法院认为应当符合以下构成要件：一是法律对该种行为没有特别作出规定；二是竞争行为实际损害其他经营者的合法权益；三是行为违反公认的商业道德和诚实信用原则而具有不正当性。

#### （四）著作权与商业秘密

原告同时主张构成著作权侵权和侵害商业秘密的案件中，侵犯商业秘密的认定难度远远高于侵犯著作权。绝大多数认定不构成侵犯商业秘密的案件都是因为原告无法证明作品不为公众所熟知，即不具有秘密性。对于两者的请求权选择和责任问题，既有认为两者平行适用，但责任只能择一承担；也有认为两者平行适用但并在确定赔偿金额和适用法律依据时同时适用了两部法律。

综上，在《著作权法》和《反不正当竞争法》双重保护领域存在的最主要问题就是在同一行为既构成著作权侵权又构成不正当竞争行为时，究竟如何适用法律的问题，

平行适用还是择一选择哪一个更合适。解决这个问题的关键，无疑需要厘清《反不正当竞争法》和《著作权法》之间的关系。

## 二、学理对《著作权法》与《反不正当竞争法》关系的论争

### （一）不同学说的论争

关于《著作权法》与《反不正当竞争法》的关系，有学者主张补充保护说：对于《著作权法》没有规制的行为，可以适用《反不正当竞争法》予以规制，两者类似于冰山与海水的关系，许多法院都认可《反不正当竞争法》对《著作权法》未做规定的领域的补充作用，如未登记著作权的包装装潢作品；有学者主张有限保护说：《反不正当竞争法》应在不抵触知识产权立法政策的前提下进行扩展保护，《著作权法》明确排除在外的对象就不再受《反不正当竞争法》保护，典型的如已经超过著作权保护期限的作品不再受《反不正当竞争法》保护；也有学者认可平行保护说，该学说主张两者是独立而平行的两个请求权，不存在谁优先适用、也不存在补充关系，也不存在规范的竞合。

### （二）从历史发展看两者关系

不正当竞争法律诞生之初的功能之一就是填补工业产权保护早期的立法空白，为工业产权提供外围保护，主要规制的是商标法和专利法等工业产权。然而随着《反不正当竞争法》保护范围的不断扩展，

一些无关知识产权的行为也被涵盖在内，对应到我国《反不正当竞争法》体系中，第六条的混淆行为对于工业产权的保护具有补充作用，但是其他行为，如第七条的商业贿赂、第八条的虚假宣传、第九条的侵犯商业秘密、第十一条的互联网不正当竞争行为，都与保护知识产权的关系不大。可以看到随着知识产权专门法的进一步发展，《反不正当竞争法》的辅助保护功能在弱化，竞争功能在强化。著作权虽然不属于工业产权的范围，但是著作权也可以通过使用和宣传具有标识来源、彰显品质的含义，也能具有工业产权的特征。因此，知识产权法与《反不正当竞争法》虽有交叉，但只是一小部分，《反不正当竞争法》有独立保护的范畴。并且针对交叉部分而言，功能上的补充辅助作用，并不影响法律适用上的独立。

从《反不正当竞争法》的发展历程看，《反不正当竞争法》已经与著作权等知识产权专门法确立了不同的保护路径和保护目标，这也是《著作权法》和《反不正当竞争法》分别评价同一行为进行平行保护的法理基础。

## 三、现行法律对《反不正当竞争法》与《著作权法》关系的界定

### （一）评析《反不正当竞争法》新司法解释

1. 第一条——《反不正当竞争法》一般条款的补充保护作用

对于《反不正当竞争法》与著作权等知识产权专门法的关系，现行法律中并没有直接说明，《反不正当竞争法》新司法解释第一条对《反不正当竞争法》一般条款的使用条件进行了说明，在专门法和《反不正当竞争法》第二章没有规定之外情形下可以适用一般条款，但是却并没有说明有规定的情况下能否适用一般条款。最高法民三庭负责人在答记者问中就表示：“既厘清了一般条款与具体行为条款、知识产权专门法规定之间的适用关系，也明确了 general 条款对《反不正当竞争法》及商标法等其他知识产权专门法的兜底适用地位。”《反不正当竞争法》的一般条款对其他特别规定具有兜底保护的作用。如在观战模式下游戏画面不受《著作权法》保护时、在作品的要素如人物名称不受《著作权法》保护时，一般条款都起到补充或兜底保护的作用。

2. 第二十四条——否认平行保护说的合理性

新司法解释的第二十四条，“针对同一侵权人针对同一主体在同一时间和地域范围内实施的侵权行为，法院已经认定过侵害著作权并判令承担民事责任的，当事人又以构成不正当竞争要求承担民事责任的，不予支持。”该条显然是对平行保护说的否认，那么已经被《著作权法》评价过的行为就不能再被《反不正当竞争法》评价了吗？

当《著作权法》和《反不正当

竞争法》保护的目的是和法益存在差别时，择一选择某个请求权可能出现无法填补受害人损失的情况。如在侵害著作权和虚假宣传竞合时，仅依据作品的知名度、独创性确定赔偿金额，因其作品缺乏知名度或独创性较低法定赔偿确定的损失较低，此时如果不对虚假宣传的成立与否进行判断，受害人因行为人为虚假宣传的不正当竞争行为导致的交易机会较少的损失就无法得到填补。实践中，虽然法院在适用法定赔偿时会考虑到同时构成著作权侵权和不正当竞争影响赔偿金额，但在没有对行为构成要件进行充分审查的情况下，对该行为的性质和影响难免有失偏颇。在择一选择达不到当事人弥补损失的目的时，显然著作权侵权和不正当竞争行为需要被分别认定，在此情况下不构成重复评价。

### （二）最高人民法院的意见——平行保护说的适用余地

1. 最高人民法院意见的三层内涵

在最高人民法院《关于当前经济形势下知识产权审判服务大局若干问题的意见》和《关于充分发挥知识产权审判职能作用推动社会主义文化大发展大繁荣和促进经济自主协调发展若干问题的意见》中更为详细地阐述了处理知识产权专门法和《反不正当竞争法》的关系。该部分有以下三层含义：一是《反不正当竞争法》的补充保护作用不

得抵触知识产权专门法的立法政策；二是专门法已作穷尽性规定的，《反不正当竞争法》原则上不再提供补充或附加保护，但是在与专门法立法政策的相兼容的范围内，仍可以从制止不正当竞争的角度给予保护；三是《反不正当竞争法》原则规定与特别规定的关系。

最高人民法院的意见肯定了《反不正当竞争法》对知识产权专门法的补充作用，因此有人认为最高法院采纳了补充保护说，并且认为知识产权专门法与《反不正当竞争法》在利益衡量时所需考虑的因素高度重合，因此两者在立法目的和调整对象上不存在明显的差异。对于上述观点笔者并不赞同，《反不正当竞争法》只有在不与专门立法政策相抵触的情况下才能使用，最高院更准确地说采用的是有限保护说。而且《反不正当竞争法》调整对象和保护法益上虽与知识产权专门法有部分重合但更多的是独立成分。从立法的目的上来，《著作权法》的目的是鼓励作品的创作与传播，规制的是作者、传播者与受众之间的权利义务关系；而《反不正当竞争法》维护的是经营者和消费者的合法权益，市场的公平竞争秩序。此外，两者在调整对象和保护法益上也有明显的差异。

2. 平行保护的空間——评“与立法政策相兼容”

最高法院在有限保护说之外还

创设了例外，它认为即使专门法已有规定，但在与专门法立法政策相兼容的范围内，仍可以为了维护公平竞争秩序的角度对不正当竞争行为进行规制。然而何为“立法政策相兼容”？笔者认为，如果拟保护的合法权益与知识产权专门法保护的權利不等同或者说《反不正当竞争法》有独立于知识产权专门法保护的法益时，则与专门法立法政策相兼容。以同时构成作品和有一定影响力的包装装潢为例，前者保护的是权利人对于作品享有的专有权利，实质上保护的是一种智力成果，后者脱离了对作品构成要件的认定而聚焦于显著性和识别性，因为随着包装装潢的运用，作品已经因其具有的知名度而具有了标识功能，实质上保护的是经营成果，两种成果带来的利益不能相互覆盖，因此需要平行对立保护。

我国的法律和司法实践中明确认定了《反不正当竞争法》对《著作权法》的补充保护作用。但是随着《反不正当竞争法》独立价值的日益彰显，《著作权法》与《反不正当竞争法》之间的关系并不再是纯粹的补充保护的关系。“与立法政策相兼容”的判断方式的引入，为两者的平行适用留下了余地。平行保护规则的优势在于既关注到了《著作权法》与《反不正当竞争法》有各自独立的保护目的和法益，也更好地保护了权益享有者的利益。

# 关于担保不生效之 赔偿责任执行的思考

文 | 何文琪 浙江康恒律师事务所

## 一、法院执行程序的问题

某地法院在一起金融借款纠纷案件中，判决：抵押人承担抵押责任，自然人保证人承担连带保证责任，第三人公司因担保合同无效（按《担保制度司法解释》的规定实际应为不发生效力）承担赔偿责任。法院在执行过程中首先执行了赔偿责任，扣划第三人账户存款（全部未清偿债权的1/2）后再启动抵押责任的执行，未有对其他人的执行结果。

笔者认为该执行程序违背赔偿责任补充性特征，变相地改变了法院的判决结果。该法院的执行程序造成的结果是把担保不发生效力的赔偿责任变成了限定比例的连带保证责任。担保合同不生效，公司还得承担连带担保责任，只不过减少一部分而已。这显然违背立法本意。

## 二、担保合同不生效的赔偿责任的补充性特征

梳理一下担保中的责任承担形式，连带责任的担保人对债务人所负之债承担连带的清偿责任，即，债权人有权选择权。一般保证的保证人是对债务人和连带责任的担保人承担清偿责任后的补充责任，且，一般保证人享有先诉抗辩权。赔偿责任不属于担保范畴，赔偿责任人不是担保人。根据司法解释第七条和第十七条的规定，在相对人请求公司承担赔偿责任的前提下，参照担保合同无效情形下担保人过错责任认定赔偿责任，不生效产生的赔偿责任是一种法律拟定的债权人损失的补充偿付责任。赔偿责任的承担必须符合债权人有过错，第三人公司有过错的前提。而对照一般保证，债权人是没有过错的，债权人无过错的情形下，一般保证的保证人尚且仅

承担补充责任，并有先诉抗辩权，那么债权人有过错的情形下，担保不生效的赔偿责任人承担的更是劣后的补充责任。按照民事法律关系意思自治的原则，当事人约定优先，无论是连带责任，还是一般保证，都是合同有效的结果，合同有效即为约定有效，担保人是合同义务人，且法律没有对一般保证的保证人有限额的规定。而赔偿责任是法律规制出来的，且是依据侵权行为理论拟制的限定比例的损害赔偿。在处理民事法律关系上，约定优先。从这个角度讲，赔偿责任人的清偿顺序应当排在一般保证人之后。如果一般保证的保证人完成了对债务人全部债务的清偿，那赔偿责任人就不需要承担赔偿责任。因为保证人的约定担保义务，是同一战壕内的债务人造成的，作为同盟军，债务人所负之债，由保证人按约定承担责任，

是直接考察债务人还有多少债没还，而不是考察债权人有多少损失！但是赔偿责任则不然，赔偿责任人的赔偿义务是法律拟定出来的，是由债务人对债权人所负未清偿之债延伸出来的，不是约定之债，而是法定之债。这个法定之债的判定是有前述诸多前提条件和偿付限额的，是对债权人损失的一种赔偿责任。债权人损失怎么评判，必须穷尽债务人自己和担保人的财产的执行后才能确定债权人的损失。如果债权人没有损失，就没有权利要求赔偿责任人履行赔偿义务，有了损失，还要限定损失比例赔偿。

概言之，担保合同不生效产生的赔偿责任是一种有条件的限比例的损失补充偿付责任。

## 三、厘清担保之债各方清偿顺序的必要性

法院在执行程序中没有对赔偿责任进行正确归位，会导致违法的、不可逆的危害结果。违反法律和司法解释的规定，违反法理的基本认知，相当于“踢开党委闹革命”，是任意无序的执法行为，等于说法律规定的责任承担形式和司法审判确认的法律责任被执行程序全盘否定，造成“执行造法”的局面，造成了新的争议和纠纷。诸如前述案例中抵押物拍卖价款不够偿付剩余债权的可能会掩盖了问题，但是如果偿付债权后有多余，该如何处理？退给抵押人就违背了抵押担保的责任承担形式，退给赔偿责任人，没有法律依据。赔偿责任人还得

另行起诉，实践中存在消息不对等，对赔偿责任人可能造成无法挽回的损失。因此，对于债务人、物保的担保人、人保的担保人、赔偿责任人之间的清偿顺序厘清、明确赔偿责任的劣后补充性质，是规范执行程序的前提和关键。

关于清偿顺序，债务人毫无疑问的应当第一个被执行，是直接义务人。债务人自己提供物保的，债务人作为物保担保人不管担保合同有效无效，由于主体合一，债务人的财产都应第一个被执行。第二顺位是第三人物保的担保人和连带责任的保证人，可选择执行。第三顺位是一般保证的保证人。第四顺位是赔偿责任人。在已经执行前三顺位的义务人后才能计算出债权人的损失，进而根据赔偿责任被判令承担的损失比例计算其应承担金额。

## 四、完善和规范担保之债的执行程序

担保之债普遍存在，产生争议的担保案件往往金额较大，赔偿责任人尤其是民营企业通常在银行等债权人面前处于绝对的劣势。实践中，一般金钱之债存在利息约定十分普遍，尤其是金融借款纠纷，存在高额的利息、罚息、法院判决迟延履行期间的利息以及执行费用等，如果法院执行的程序是错误的，赔偿责任人将承担远超其应当承担的数额，而本该承担担保责任的担保人却因此获得不该逃脱的利益。因此在执行程序上进一步

规范和完善法院的执行程序十分必要。

鉴于一般保证的保证人尚且有先诉抗辩权，对于劣后于一般保证的保证人的赔偿责任人，法院应履行案件进展和执行结果通知义务，举证证明执行结果，列明债权人损失的计算依据、过程和结果，告知赔偿责任人应承担的金额，并应当给予赔偿责任人合理的自动履行期限，否则不得对赔偿责任人采取执行措施，并不得执行迟延履行期间的债务利息。赔偿责任人是依据法院判决履行债权人损失的部分赔偿责任，不是依据自己的承诺。因此，赔偿责任人在未受法律明确规制前，自行履行赔偿义务不具有期待可能性！如法院未履行上述全面的通知、举证和告知义务的，赔偿责任人有先执行抗辩权，有权拒绝履行义务。

关于担保合同不生效的理由说明和结果的判定司法实务中存在诸多争议，尚未形成统一的裁判尺度，但是确定担保合同不生效后判令承担赔偿责任的，该赔偿责任属于因存在过错行为而对债权人损失的补充性质，不是连带责任，这一认识应当统一。否则，在执行过程中也会各行其道，无限放大了执行法官的自由处置权，会产生极大的社会不公，违背立法的本意。笔者注意到浙江地区法院的实际操作和本文的观点一样，执行过程中兼行法、理、情的做法也被当事人理解和接受，有利于促进社会和谐，浙江经验值得肯定和推广。

## 助力无律师县：

# 一场奔赴山海的约定

文 | 张文娟 浙江泰杭(囊谦)律师事务所

我的援青缘由得从电视剧《山海情》说起，剧中福建“援宁”的故事一度深深打动了我。机缘巧合，2022年夏天，泰杭所积极响应司法部推动基本解决“无律师县”的号召，选派派驻律师时，我第一时间报了名。那一刻，我内心已经在奔赴青海的路上。

对于一个从未到过高原的人而言，忽然要赶往青海藏区工作，憧憬、担忧、牵挂，各种情绪都涌上心头，百感交集，除了当年离开重庆到武汉上大学，已经很久都没有这么激动了。在各级领导的鼓励下，在亲友团的嘱托下，在奔赴山海的召唤下，我迫不及待踏上新征程。

湛蓝的天空、洁白的云朵、巍峨的群山、漫山的羊群、透彻的湖水、黝黑而淳朴的笑脸，一

切都是新奇而美好。尽管随之而来的高原反应给我下马威，让我有些不适，但内心依旧振奋，尤其是那辽阔的草原和壮美的高山映入眼帘时，使命感直抵灵魂深处。

习惯了气候宜人江南杭州的生活，不远万里跋涉来到青海担任一名援青律师，高原的缺氧、刺眼的阳光、翻山越岭的艰辛，高海拔气候让我放缓步伐，放慢生活，唯独没有放弃思考。为什么援青？在这里做什么？如何施展拳脚？这些问号始终萦绕在我心头。

刚刚安顿好，第一起法律援助案件悄然而至。原告桑某是一名乡村女性，经人介绍认识了邻村的被告扎某，二人未领取结婚证就开始同居，并生育了一个男孩。同居后，扎某暴躁的脾气慢慢

显露，经常因为琐事对桑某大打出手。其间，桑某多次想要回娘家，男方扎某都以死相威胁。扎某再一次实施家暴后，桑某独自回到娘家，并据此向县法律援助中心申请援助律师，为儿子的抚养权抗争。最终，双方在法院的调解下，就孩子的抚养权及同居期间的财产分割达成了和解协议。桑某不惧怕威胁，勇敢地向家庭暴力说不，她理性的反抗，是一种法治的力量，更是法治的进步。

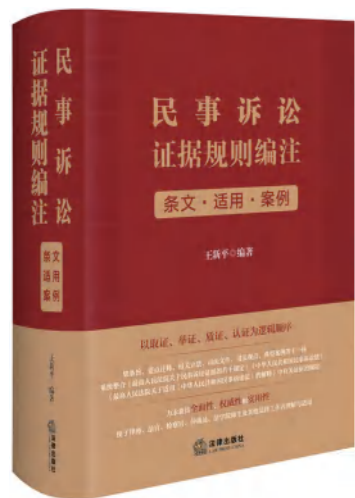
熬过了高原反应后，工作局面也慢慢打开了。那是2022年下半年，在一次县检察院组织的听证会上，嫌疑人谢某某所涉罪名为帮助信息网络犯罪活动罪，公安机关与检察院对具体涉案金额存在分歧，我作为律师代表参加了本次听证会并发表了意见。没想到几天之后，谢某某联系到我，坚决要求我代理他的案件。这位皮肤黝黑的小伙子用不太标准的普通话说：“张律师，你那天讲出了我的冤屈，无论如何请你帮帮我。”犯罪嫌疑人自费委托律师，表达了基本的诉求，标志着囊谦县刑事辩护市场化迈出第一步。在我们的据理力争下，案子取得不错的辩护效果，谢某某被宣告缓刑。而以往，当地犯罪嫌疑人的辩护律师都是由囊谦县法律援助中心指派，可以选择的余地不多，辩护效果有时候不是特别的理想。

接下来，我开始接受百姓委托的婚姻家事、合同纠纷等普通民事诉讼案件。在案件办理过程中，通过与当地百姓的交流，朴实、坦诚、执着是我对他们的第一印象，在对与错、是与非、黑与白之间，他们往往抱有朴素的正义观，无外乎向法律讨要一个“说法”，这与我们法律人的价值追求一致。

囊谦县地处青藏高原、康巴腹地，是青海省的南大门，约10万人口，贸易往来较为频繁，因此也不乏合同、工伤、交通事故、婚姻家事等案件，从司法部门的数据来看，案件数量呈逐年递增的态势。但是受传统观念的影响，这里对法律服务的理解与东部省份还有一定的差距，还是存在信访不信法现象，百姓遇到法律问题，习惯于找政府、习惯于上访、习惯于托人找关系而不是通过法律服务市场寻找律师。得不到律师的帮助，其合法权益也就无法得到及时的维护。正因为如此，我尽力把每个案件都作为法治宣传的阵地，带领当地百姓和律师转变理念、转换思维，手把手教百姓如何打官司，如何找一名靠谱的专业律师解决法律纠纷，培育法律服务市场。

如同大漠里的胡杨，先扎根，再慢慢融入水土，在青海无律师县设立的分所执业，是我奔赴山海的一场约定。

## 民事诉讼证据规则编注



作者：王新平 编著  
出版社：法律出版社  
出版时间：2023年4月

### ■ 内容简介

编写思路独具匠心：本书对现有的民事诉讼证据规则进行全面梳理，以《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》为主干，以取证、举证、质证、认证为逻辑顺序，融合《中华人民共和国民事诉讼法》及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》中有关证据的规定，采取“法典化”的方法进行系统整合。整合后的民事诉讼证据规则，共8章、138条。

兼具实用性和体系性：本书特设条旨和要点注释，并择选相关立法、司法文件、司法观点、典型案例等于一体，在方便读者找法、用法的同时，有助于读者系统地掌握民事诉讼证据的规范体系。

### ■ 目录节选

#### 第一章 总则

- 第一条 【宗旨】
- 第二条 【证据种类】
- 第三条 【证据裁判主义】
- 第四条 【证据采信的要求】

#### 第二章 取证

- 第五条 【诉讼代理人调查取证】
- 第六条 【法院依申请调查取证】
- 第七条 【调查取证申请时限及内容】
- 第八条 【申请调查取证的审查】
- 第九条 【法院依职权调查取证】
- 第十条 【调查取证配合义务】
- 第十一条 【法院调查取证的程序】

## 我国碳市场法律治理研究



作者：陈波 著  
出版社：法律出版社  
出版时间：2023年3月

### ■ 内容简介

面对我国碳市场法律治理现状与问题，《我国碳市场法律治理研究》一书从私法、公法、社会法角度，全面梳理了碳市场法律基本关系，明确了我国碳市场的私法自治——信义义务为特征的私力协调，碳市场的公法规制——公共性和金融性为主的监管路径完善，碳市场的社会法治理——碳排放权交易所为中心的自律管理，明确了我国碳市场法律治理的内在逻辑并提出制度完善的建议。

### ■ 目录节选

#### 绪论

#### 第一章 我国碳市场法律治理现状与问题

##### 第一节 碳市场法律治理现状

- 一、碳市场基本业务内容
- 二、碳市场业务的特点
- 三、碳市场的定位与功能
- 四、碳市场的法律治理特点

##### 第二节 我国碳市场法律治理问题

- 一、碳市场运行中存在的问题
- 二、碳市场法律治理中存在的困境

##### 第三节 本章小结

#### 第二章 我国碳市场的私法自治——信义义务为特征的私力协调

##### 第一节 碳市场业务的法律关系分析

- 一、碳市场业务法律关系的基础——委托代理

## ■ 数字

## ● 10万元

近日，一份来自DT研究院《2023年轻人存钱调研报告》（以下简称报告）的数据显示，存款不多是大多数年轻人的现状，其中53.7%的年轻人存款不足10万元。对此，山东财经大学国际经贸学院国际发展合作系主任、教授王磊表示，年轻人存款不多在情理之中，结合其他数据来看，近几年，年轻群体整体储蓄率呈上升趋势。

报告显示，约占比例五分之一的年轻人存款在1万元以内，最多比例的人存款区间是1万-10万，10万块是一个“间点”，存款超过10万，就会超过53.7%的人。另外，存钱的难度并不会随着工作年限的增加而下降。暂未工作的人认为存钱“非常容易和比较容易”的比例最高。人们大多还处于学生时代，有固定的生活费且日常开销小，还可以通过做兼职或奖学金获得收入，存钱反而是容易的。

近几年受大环境影响，不少年轻人产生了危机感，随之而来的是储蓄观念的转变。6月8日起，工商银行、农业银行、中国银行、建设银行、交通银行、邮储银行等银行宣布，下调人民币活期存款利率以及部分定期存款利率。利率的下降，降低了年轻人对于银行储蓄的吸引力。甚至出现了“跨省存款”的现象，一些对于存款利率变化比较敏感的客户，将现金从原来的银行取出，选择周边地区甚至是跨省选择利率更高的银行存款。（来源：经济观察报）

## ● 2317名

公安部10月10日举行新闻发布会通报，“夏季行动”以来，公安部共抓获电信诈骗犯罪嫌疑人1.7万名。

公安部“夏季行动”办公室副主任、刑事侦查局副局长郑翔表示，各地公安机关深入组织开展“断卡”“断流”“拔钉”等专项行动，全力推进电信网络诈骗犯罪打防管控各项工作，坚决遏制电信网络诈骗案件高发态势。

针对群众反映强烈的缅北涉我电信网络诈骗犯罪，公安部部署云南等地公安机关持续推进专项打击行动，与缅甸相关地方执法部门开展边境警务合作，目前已有2317名涉诈犯罪嫌疑人移交我方，形成了有力的震慑，挤压了境外诈骗活动的空间，近期，全国电信网络诈骗案件发案呈明显下降趋势。（来源：人民网）

## ■ 视野

## ● 国务院办公厅印发修订后的《香港法律执业者和澳门执业律师在粤港澳大湾区内地九市取得内地执业资质和从事律师职业试点办法》

近日，国务院办公厅印发修订后的《香港法律执业者和澳门执业律师在粤港澳大湾区内地九市取得内地执业资质和从事律师职业试点办法》（以下简称《试点办法》），就继续做好香港法律执业者和澳门执业律师（以下简称港澳律师）在粤港澳大湾区内地九市取得内地执业资质和从事律师职业试点工作提出明确要求。

《试点办法》明确继续在广东省广

州市、深圳市、珠海市、佛山市、惠州市、东莞市、中山市、江门市、肇庆市开展试点工作，延长试点期限为2023年10月5日至2026年10月4日。同时，为扩大试点工作的覆盖面，吸引更多优秀港澳律师参加考试和来内地执业，增进对祖国内地的了解，在充分调研论证、广泛征求意见基础上，调整关于粤港澳大湾区律师执业考试报名条件中律师执业经历的规定，《试点办法》明确具有累计三年以上律师执业经历并符合其他有关条件的港澳律师通过粤港澳大湾区律师执业考试，取得内地执业资质的，可以从事一定范围内的内地法律事务。此外，延续了关于考试、申请执业、业务范围、执业管理等规定。

《试点办法》要求，司法部负责组织实施粤港澳大湾区律师执业考试，做好命题、评卷等工作，加强对考试工作的监督，确保考试公平公正和组织严密；指导广东省司法厅认真做好组织实施报名、报名资格初审、培训、考务等具体工作。

《试点办法》自2023年10月5日起施行。2020年10月5日经国务院同意、由国务院办公厅印发的《香港法律执业者和澳门执业律师在粤港澳大湾区内地九市取得内地执业资质和从事律师职业试点办法》同时废止。

（来源：新华社）

## ● 最高法发布《关于优化法治环境 促进民营经济发展壮大的指导意见》

最高人民法院10月10日发布《最高人民法院关于优化法治环境 促进民营经济发展壮大的指导意见》，对相

关审判执行工作提出了明确要求，旨在依法保护民营企业产权和企业家合法权益、维护统一公平诚信的市场竞争环境。

《指导意见》结合当前民营经济发展需要，提出了10条司法举措，其中包括：强调依法保障市场准入的统一，遏制滥用行政权力排除、限制竞争行为。加强对平台企业垄断的司法规制，依法打击虚假宣传、商业诋毁等不正当竞争行为。进一步加大知识产权保护力度，激发民营企业企业家原始创新活力和创造潜能。针对恶意“维权”侵犯民营企业合法权益、扰乱正常市场秩序行为，以及利用虚假、恶意诉讼侵害企业和企业家合法权益的行为，要依法予以严厉打击。强调既要司法手段推动政府机关、国有企业和事业单位诚信履约以维护民营企业合法权益；也要推动民营企业依法诚信经营，引导企业家遵纪守法，积极履行社会责任，弘扬企业家精神。针对陷入困境的民营企业，要求完善相关重整机制和配套制度，加大挽救力度，推动有效化解民营企业债务链条。

《指导意见》依法确认民营企业为吸引人才在劳动合同中约定股权激励、年薪制等条款的法律效力，依法保障灵活就业和新就业形态劳动者权益，引导民营企业与劳动者构建和谐劳动关系。强调规范股东行为，依法追究控股股东、实际控制人实施关联交易“掏空”企业、非经营性占用企业资金、违规担保向企业转嫁风险等滥用支配地位行为的法律责任，以法治手段破解“代理成本”问题，提高“内部人控制”的违法犯罪成本，维护股东所有权与企业经营权分离的现代企

业管理制度。

《指导意见》强调促进民营企业绿色低碳发展，引导企业有序开展节能降碳技术改造、积极参与推进碳达峰碳中和目标任务等。强调通过健全国际商事纠纷多元化解决机制，推动最高法国际商事法庭高质量发展等举措，为民营企业“走出去”提供强有力的司法保障。（来源：法治日报）

## ■ 热词

## ● 普惠金融体系

国务院日前印发《关于推进普惠金融高质量发展的实施意见》（以下简称《实施意见》），明确了未来五年推进普惠金融高质量发展的指导思想、基本原则和主要目标，提出了一系列政策举措。

《实施意见》提出，要优化普惠金融重点领域产品服务，支持小微经营主体可持续发展，助力乡村振兴国家战略有效实施，提升民生领域金融服务质量，发挥普惠金融支持绿色低碳发展作用。要持续深化金融供给侧结构性改革，健全多层次普惠金融机构组织体系，引导各类银行机构坚守定位、良性竞争，完善高质量普惠保险体系，提升资本市场服务普惠金融效能，有序推进数字普惠金融发展。要着力防范化解重点领域金融风险，聚焦加快中小银行改革化险、完善中小银行治理机制、坚决打击非法金融活动等工作，守住不发生系统性金融风险底线。要提升社会公众金融素养和金融能力，健全金融消费者权益保护体系，提升普惠金融法治水平，加强政策引导和治理协同，健全重点领域

信用信息共享、风险分担补偿等机制，为普惠金融高质量发展营造良好生态。

《实施意见》明确，要坚持和加强党的全面领导，把党的领导有效落实到推进普惠金融高质量发展的各领域各方面各环节。要强化监测评估，建立健全评价体系。要推进试点示范，积极稳妥推广成熟经验。要加强组织协调，优化推进普惠金融发展工作协调机制，强化中央与地方联动，因地制宜、协同推进普惠金融高质量发展。

（来源：腾讯网）

## ● “北极鲑鱼事件”

10月10日，深圳市纪委监委发布的一则通报，引起网友关注。

通报称，深圳市原交通局货运管理分局局长钟庚赐严重违反党的政治纪律、廉洁纪律，并构成严重职务违法；决定给予钟庚赐开除党籍处分，按二级科员确定其退休待遇；收缴其违纪违法所得。

钟庚赐案之所以冲上热搜，是因为他与近7个月前引发网友热议的“北极鲑鱼”事件有着直接联系。

今年3月，网名为“北极鲑鱼”的女子在网上发布“我只知道我家有9位数”“（爷爷）脸上写了四个大字：‘感觉贫了’”等荒谬炫富言论，引发社会舆论高度关注。而“北极鲑鱼”的爷爷正是钟庚赐。相关部门当月就发布声明，表示要对相关信息进行核查，并及时向公众通报。

有案必查、有腐必反！“北极鲑鱼”事件发生半年多后，深圳市纪检监察机关最终揭开了事件的真相。钟庚赐虽然2007年11月就已退休，16年后依然受到党纪国法的严惩。

（来源：潮新闻）