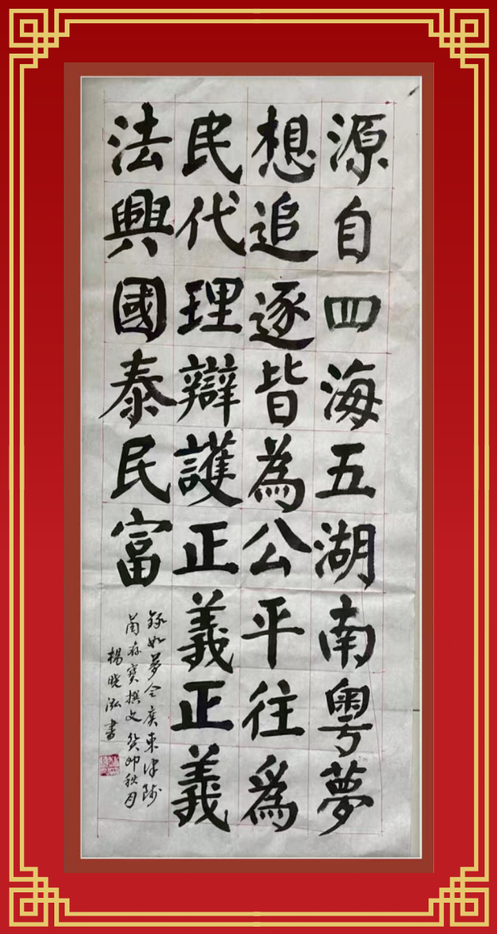


如梦令·广东律师

【创作者】蔺存宝 广东宝慧律师事务所

【书写者】杨晓泓 广东敏翔律师事务所

GUANGDONG LAWYER

广东律师

全国律师行业优秀读物

广东律师辩论联赛决出冠亚季军精彩现场直击

有组织犯罪涉案财产辩护的逻辑展开——以《反有组织犯罪法》相关规定为背景

浅析不正当竞争背景下的用人单位之名誉权侵权责任

高水平实务交流促进行业高质量发展

内部资料·免费交流

2023·肆

广东律师第四季度 总第239期

准印证号：(粤O) L0150168

广东律师辩论联赛获奖名单

冠军

广州市律师协会第2代表队

李甜甜　陈少校　凌永山

亚军

深圳市律师协会第1代表队

李锐杰　田谓辰　梅树玮

季军

广州市律师协会第1代表队

邓坤　胥洲道　姜先杰

广州市律师协会第1代表队

徐筠　郑晓波　邢况

最佳组织奖

广州市律师协会
深圳市律师协会
珠海市律师协会

优秀组织奖

汕头市律师协会
佛山市律师协会
韶关市律师协会
河源市律师协会
梅州市律师协会
惠州市律师协会
汕尾市律师协会
东莞市律师协会
中山市律师协会
江门市律师协会
阳江市律师协会
湛江市律师协会
茂名市律师协会
肇庆市律师协会
清远市律师协会
潮州市律师协会
揭阳市律师协会
云浮市律师协会

最佳辩手

广州市律师协会
第2代表队
一辩 李甜甜

深圳市律师协会
第1代表队
二辩 田谓辰

最佳风采

广州市律师协会
第2代表队
二辩 陈少校

深圳市律师协会
第1代表队
一辩 梅树玮

深圳市律师协会
第1代表队
三辩 李锐杰

珠海市律师协会
代表队
二辩 郑晓波

优秀辩手

广州市律师协会
第2代表队
三辩 凌永山

珠海市律师协会
代表队
一辩 徐 筠

珠海市律师协会
代表队
三辩 邢 况

广州市律师协会
第1代表队
二辩 胥洲道

广州市律师协会
第1代表队
一辩 邓 坤

广州市律师协会
第1代表队
三辩 姜先杰

突出表现奖

广州市律师协会
第2代表队
三辩 凌永山

广州市律师协会
第2代表队
吴金旅

深圳市律师协会
第2代表队
张博彦

特别贡献奖

广州市律师协会第
1代表队
补辩 周妍蕾

广州市律师协会
第2代表队
补辩 朱文平

深圳市律师协会
第1代表队
补辩 石景东

珠海市律师协会代表队
补辩 解迎祥

卷首语
PREFACE

AAAAA！广东省律师协会再度获评5A级社会组织并荣居榜首

9月15日，广东省社会组织总会发布《2022年度广东省全省性社会组织评估等级公告》，公告了2022年度全省性社会组织评估等级（第一批次）。

根据公告，有136家社会组织荣获等级评定，其中，19家社会团体荣获5A级（最高等级），广东省律师协会荣居榜首！

本次是省律协第二次参加全省性社会组织等级评估。2017年，在肖胜方会长的积极推动下，省律协首次申报参与社会组织等级评估，以高分获评5A级社会组织。社会组织等级评估通过依法办会、党建工作、内部治理、工作绩效、社会评价等5个一级指标、26个二级指标、128个三级指标，以评促建，对社会组织规范管理和高质量发展起着重要推动作用。

2022年度评估工作启动后，省律协积极响应申报参评。省司法厅党委委员、副厅长，省律师行业党委书记林楚明，省律师行业党委专职副书记金世章高度重视，多次指导，要求以通过认真准备评估材料为契机，推动律师行业各项工作全面提质增效。在省民政厅和省社会组织总会的关怀指导下，省律协严格对照依法办会、党建工作、内部治理、工作绩效、社会评价各项指标，准备材料，推动工作查漏补缺。

近五年来，省律协扎实开展“我为群众办实事·十百千万惠民生”实践活动，党组织和党员律师示范带头，积极参与一所惠十企、百所兴百村、千所联千会、万场法治宣传、十万公益法律服务，党建引领作用有效发挥。累计为30万家民营企业提供公益法律服务，100家律师所党组织与100个农村党支部完成结对，为村（社区）开展法治宣传活动2.8万场，办理公益法律服务案件10.8万件。培树党建工作示范点，推荐确定全省两新组织党建工作示范点6个，选树省级律师行业党建工作示范点3个、市级示范点54个，打造党建品牌项目和党建品牌所。

发挥专业优势参与近170余部法律法规征求意见工作，提供立法意见建议1400多条。开展民法典宣讲超过10万场，受众约上亿人次。积极建言献策，各级律师“两代表一委员”提交议案、建议、提案近万份。编印《企业复工复产复市法律实务研究汇编》《复工复产复市法律热点700问》等，向全省1000多家有关党政部门、省级商协会免费赠送，受到司法部有关领导充分肯定。2021年1月，广东省律师协会被司法部授予“全国司法行政系统抗击新冠肺炎疫情先进集体”荣誉。

深入推进一村（社区）一法律顾问工作，全省7万多名律师以法治助力乡村振兴，以专业知识和高度的责任感投身公共法律服务和公益法律服务。8700余名村（社区）法律顾问深入全省2.6万个村（社区）开展法律服务。全省村（社区）法律顾问律师累计提供各类法律服务分别超过70万次和10万次，提供法律咨询超过160万人次，直接参与调处矛盾纠纷3万多宗。深入参与法律援助工作。选派志愿者律师147名226人次参与“1+1”中国法律援助志愿者行动、“援藏律师服务团”活动。组织广东胜伦律师事务所等4家律师事务所分别到日喀则市聂拉木县等西藏无律师县设立分所。

强化执业权利保障，切实当好律师的“娘家人”。近五年来，省市两级律协成功解决维权案件612件。组织开展我省律师会见、律师参与诉讼活动现状等专题调研活动，积极向有关部门反映律师需求意见，推动出台多份保障律师执业权利相关文件，不断优化完善执业环境。抓好福利保障，多措并举为会员办实事。每年为全省律师行业从业人员统保执业责任保险、团体意外险及附加险、重大疾病保险。在保险的种类、保障金额、覆盖面等方面走在全国前列。

省律协积极参加社会组织等级评估，还倡导各市律协积极参加本市的社会组织等级评估。目前也有不少市律协已经获评市级的5A级社会组织，对于有效发挥行业协会作用、树立律师行业形象、形成矩阵效应有重要意义。

筚路蓝缕启山林，栉风沐雨砥砺行。广东省律师协会肖胜方会长表示：“能够再度获此殊荣，是对省律协近年来工作的充分肯定。取得成绩，离不开省司法厅和律师行业党委以及省民政厅、省社会组织管理局、省社会组织总会等相关方面的正确领导和关怀指导，离不开广大会员的信任与支持。既是鼓励，更是鞭策。省律协将以5A等级评估各项指标严格自律，持续自我加压，笃行不怠，团结引领广大律师坚定拥护中国共产党领导、拥护我国社会主义法治、热爱国家，努力做党和人民满意的好律师。”

广东省律师协会将更加紧密地团结在以习近平同志为核心的党中央周围，坚持和加强党对律师工作的全面领导，坚持以习近平法治思想指导推进律师行业工作，贯彻落实省委“1310”具体部署，响应落实司法部党组“五点希望”，继续开拓创新、埋头苦干、勇毅前行，擦亮5A级社会组织品牌，奋力推进律师事业高质量发展，引导广大律师发挥专业优势和职能作用，为助力推进中国式现代化建设作出应有贡献。

《广东律师》荣获全国律师协会
最佳策划奖
最佳创意奖



上期封面

《广东律师》
主管：广东省司法厅
主办/编印：广东省律师协会
http://www.gdlawyer.org.cn/

主　编：徐敏彪
副主编：史璞松

编辑部主任：何晶
本期编辑：陈广鹏　周　敏　董丽娜
　　徐楚雯　胡乐然　徐春梅
地　址：广州市珠江新城华夏路49号
　　津滨腾越大厦北塔12楼

邮　编：510623
电　话：020-66826940
邮　箱：xuanchuanbu@gdla.org.cn

准印证号：(粤O)L0150168
2023年9月28日印刷
承印单位：广州市人民印刷厂股份有限公司
发送对象：全省律师行业
印数：10000本

目录 CONTENTS

卷首语

01 AAAAA ！广东省律师协会再度获评5A级社会组织并荣居榜首

要闻

04 2023 年广东“两代表一委员”律师培训班开班陈旭东作专题辅导

06 全省律师参与立法工作能力提升培训班暨经验交流会在江门举办

08 广东律师行业在全国率先实现省市律协监事会设置全覆盖

党建在行动

10 省律师行业党委召开会议 认真传达学习习近平总书记对宣传思想文化工作的重要指示精神

本期主题

12 广东律师辩论联赛决出冠亚季军精彩现场直击

15 全国律协金融专业委员会2023年律师金融业务交流会在广州举办

16 中华全国律师协会海商海事专业委员会业务交流会在广州举办

17 2023年粤港澳大湾区律师执业考试合格人员培训班开班

19 首届广东省涉外法律服务产品大赛在广州举行

20 服务发展大局助力数字中国建设2023广东数据法律服务学术会议在深圳举办

22 首期“珠港澳律师训练营”隆重开营

特别报道

23 粤港澳三地法律部门共同举办香港法律周2023 “湾区机遇·互惠共赢”主题论坛系列活动

25 省律协受邀参加 2023 “一带一路”和粤港澳大湾区涉侨法律服务交流会并被聘为广东为侨志愿服务专家团合作单位

27 广东律师代表队在第十二届“京津沪渝粤琼”六省律师羽毛球赛喜获季军

实务交流

31 有组织犯罪涉案财产辩护的逻辑展开——以《反有组织犯罪法》相关规定为背景 ◎ 杨晨 黄海强

34 对劳动碰瓷定义的分析及其应对的思考 ◎ 冯勃

40 建设工程“黑白合同”相关问题的思考 ◎ 李季 彭佳妮

44 生态环境惩罚性赔偿在司法实践中的适用分析 ◎ 蔡晓文 乐清月

49 浅谈破产程序中待履行合同选择权司法审查标准的建构 ◎ 肖文 李哲

律师之家

52 广东律师挥毫书写宪法条款

案例分享

57 浅析不正当竞争背景下的用人单位之名誉权侵权责任 ◎ 汪洋

59 合法经营与非法集资的界线——商品销售型非法吸收公众存款罪裁判研究 ◎ 刘思瑶 刘慧妍

63 被告人认罪认罚，辩护律师独立辩护，获降档从轻判刑——广州市首例伪造、买卖电动自行车牌证案 ◎ 孟旭

65 运输毒品罪慎用死刑之量刑情节考量——以任某某运输毒品罪死刑复核未核准案为例 ◎ 罗小柏

律师文化

69 律师在优化营商环境法治保障共同体中的定位 ◎ 许志华

律协动态

76



Preface

01 AAAAA ! Guangdong Lawyers Association was once again rated as a 5A-level social organization and topped the list.

Important News

04 In 2023, the Guangdong "Two Representatives and One Member" lawyer training class started, and Chen Xudong gave special counseling.

06 The training course and experience exchange meeting of lawyers' ability to participate in legislative work in the whole province was held in Jiangmen

08 Guangdong lawyer industry takes the lead in realizing the full coverage of the board of supervisors of provincial and municipal lawyers associations in China.

Party Building In Action

10 The Party Committee of the Provincial Lawyers Industry held a meeting to seriously convey the important guiding spirit of studying General Secretary Xi Jinping on propaganda and ideological and cultural work.

Theme of This Issue

12 Guangdong lawyers' debate league decided the First/Second/Third Place Live Excellent Scene

15 The Financial Professional Committee of the National Lawyers Association held the 2023 Lawyers' Financial Business Exchange Meeting in Guangzhou.

16 The business exchange meeting of all china lawyers association Maritime Professional Committee was held in Guangzhou.

17 In 2023, the training course for qualified lawyers in Guangdong-Hong Kong-Macao Greater Bay Area started.

19 The first Guangdong Foreign Legal Service Product Competition was held in Guangzhou.

20 Serving the overall situation of development and helping the construction of digital China ---2023 Guangdong Academic Conference on Data Legal Services was held in Shenzhen

22 The first "Zhuhai, Hong Kong and Macao Lawyers Training Camp" was grandly opened.

Special Report

23 The legal departments of Guangdong, Hong Kong and Macao jointly held a series of activities of the Hong Kong Law Week 2023 "Mutual Benefit and Win-Win Opportunities in the Bay Area"

25 The Provincial Lawyers Association was invited to participate in the 2023 "the belt and road initiative" and Guangdong-Hong Kong-Macao Greater Bay Area Overseas Chinese Legal Service Exchange Conference and was hired as the cooperation unit of Guangdong Overseas Chinese Volunteer Service Expert Group.

27 Guangdong lawyers' team won the third place in the 12th "Beijing-Tianjin-Shanghai-Chongqing-Guangdong-Hainan" Six-province Lawyers Badminton Competition.

Practical Communication

31 The logical development of the defense of property involved in organized crime -- Based on the relevant provisions of the Anti-Organized Crime Law ◎ Yang Chen Huang Haiqiang

34 Analysis of the definition of labor touching porcelain and its countermeasures ◎ Feng Bo

40 Reflections on the "black and white contract" of construction projects ◎ Li Ji Peng Jiani

44 Analysis on the application of punitive damages for ecological environment in judicial practice ◎ Cai Xiaowen Yue Qingyue.

49 On the Construction of Judicial Review Standard for Option of Pending Contract in Bankruptcy Procedure ◎ Xiao Wen Li Zhe

Lawyer's Home

52 Guangdong lawyers write constitutional provisions with great enthusiasm

Case Sharing

57 On the Tort Liability of the Employer's Reputation Right under the Background of Unfair Competition ◎ Wang Yang

59 The boundary between legal operation and illegal fund-raising —— A study on the judgment of the crime of illegally absorbing public deposits by commodity sales ◎ Liu Siyao Liu Huiyan

63 Defendant pleaded guilty, defense lawyer defended independently, and was given a lighter sentence -- the first case of forging, buying and selling electric bicycle license plate in Guangzhou ◎ Meng Xu

65 Consideration on the Sentencing Circumstances of Cautious Use of the Death Penalty for the Crime of Transporting Drugs --From the perspective of the unapproved case of the death penalty review of Ren XX for the crime of Transporting Drugs ◎ Luo Xiaobo

Lawyer Culture

69 The lawyer's position in optimizing the business environment and ensuring the community by law ◎ Xu Zhihua

76 **Law Society Dynamics**



2023年广东“两代表一委员”律师培训班开班 陈旭东作专题辅导



11月17日上午，2023年广东“两代表一委员”律师培训班开班，第十四届全国人大代表，省司法厅党委书记、厅长陈旭东出席开班式并作专题辅导。省律师行业党委专职副书记金世章主持开班式。





省司法厅有关处室负责同志，省律师协会会长及相关负责人，全省110多名“两代表一委员”律师参加培训班开班式。

陈旭东强调，深入学习贯彻习近平法治思想和习近平总书记关于“努力做党和人民满意的好律师”重要指示精神，响应和落实司法部党组对广大律师提出的“五点希望”，努力提升“两代表一委员”律师履职能力，发挥好律师专业优势和职能作用，助力广东经济社会高质量发展和法治建设。要提高政治站位，增强“两代表一委员”荣誉感使命感。律师担任“两代表一委员”，必须从讲政治的高度深刻认识党的领导制度、人民代表大会制度、人民政协制度的重大意义，深刻认识律师担任“两代表一委员”的职责使命，充分认识律师作为“两代表一委员”的独特优势，切实履职尽责发挥作用，不辜负党和人民对我们的信任和重托。要强化政治引领，夯实作为“两代表一委员”的履职基础，坚持中国共产党的领导，铸牢对党忠诚的政治品格，忠诚拥护“两个确立”、坚决做到“两个维护”；坚持弘扬爱国主义精神，把国家利益放在首位；坚持走中国特色社会主义道路。要坚持以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，不断用马克思主义中国化时代化最新成果武装头脑、指导实践，着重把握好总书记教给我们的世界观和方法论，坚持守正创新、坚持问题导向、坚持系统观念、坚持调查研究，不断提升作为“两代表一委员”的履职能力。要胸怀“国之大者”，聚焦社会民生，发挥专业优势，积极履职尽责，建言献策，努力为广东高质量发展贡献智慧和力量，更好助力广东在推进中国式现代化建设中走在前列。全省各级司法行政机关、律师协会要高度重视担任“两代表一委员”的律师队伍，支持更多律师担任代表委员，引导代表委员律师发挥作用，激发代表委员律师履职热情，提供代表委员律师履职便利，积极为其履行代表委员职责提供服务、做好保障。

全省律师参与立法工作能力提升培训班暨经验交流会在江门举办

11月4日，全省律师参与立法工作能力提升培训班暨经验交流会在全国人大常委会法制工作委员会江海基层立法联系点举办。培训班坚持以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，深入学习贯彻习近平法治思想特别是习近平总书记关于立法工作的重要论述精神、习近平总书记对律师工作的重要指示精神，积极响应和落实司法部党组对广大律师提出的“五点希望”，围绕落实省委“1310”具体部署，充分发挥我省律师对促进地方立法的积极作用，推进以高水平立法保障广东高质量发展。

省人大法制委员会主任委员王波出席会议并作专题辅导报告，省司法厅党委副书记、副厅长梁震出席会议并讲话，江门市江海区人大常委会主任余志坚出席会议并致辞，省律师协会副会长刘涛主持会议。



省人大法制委员会主任委员 / 王波▲

王波以“深入学习贯彻习近平法治思想、推动新时代地方立法高质量发展”为主题，围绕“认真学习领会习近平总书记关于立法工作特别是提高立法质量的重要论述，深入学习贯彻习近平法治思想特别是习近平总书记关于立法工作的重要论述，地方立法高质量发展的具体目标措施，地方立法的保障支撑”等四方面内容作了全面细致、深入浅出的授课讲解。同时还结合地方立法工作实践、个人经历和独到见解，就如何开展“小切口”“小快灵”立法，为与会人员讲授了一堂内涵丰富、精彩生动的理论辅导课、实践指导课，促进律师认识和把握新时代广东地方立法工作。



省司法厅党委副书记、副厅长 / 梁震▲

梁震表示，省司法厅一直以来高度重视律师对法治广东建设的重要作用。特别是近年来，积极鼓励广大律师参与立法工作，发挥专业优势提升立法成效。他强调，要深刻认识律师参与立法工作的重要意义，律师作为法治队伍的重要力量，让律师充分参与到立法工作中来，对于提高立法质量、推动“良法善治”，具有非常重要的促进意义。要积极拓展律师参与立法工作的有效途径，律师协会要切实发挥好对律师参与立法的引导作用，要以贯彻实施新修改的《立法法》为契机，健全工作机制并提供有效激励，不断提高律师参与立法工作的荣誉感和使命感。要切实增强律师参与立法工作的能力水平，切实提高律师参与立法工作的政治能力、服务中心大局的专业能力、开展调查研究的实践能力，为新时代广东立法工作高质量发展提供更加优质高效的法律服务。



江门市江海区人大常委会主任 / 余志坚 ▲

余志坚在致辞中代表江门市江海区人大常委会向前来参会的各位领导和律师表示欢迎。他表示，江海区人大常委会作为全省唯一的“国字号”基层立法联系点，成立3年以来，积极践行和发展全过程人民民主重大理念，各项工作获得稳步有序提升，多次得到全国人大法工委和各级党委、人大领导的批示肯定。接下来，将携手省律师协会建立直接听取全省律师群体立法意见的工作机制和工作平台，联合开展立法意见征集工作专题培训、普法宣传、立法调研和课题研究等，为基层立法联系点建设与地方立法工作注入专业力量。



全国人大常委会法制工作委员会国家法室四级调研员 / 黄琴凌 ▲



省司法厅立法二处处长 / 朱志明 ▲



培训班还邀请全国人大常委会法制工作委员会国家法室四级调研员黄琴凌和省司法厅立法二处处长朱志明作专题辅导授课。黄琴凌以《<中华人民共和国立法法>的理解与适用》为题，从立法法修改背景、指导思想、遵循的原则和修改的主要内容，作了系统全面的讲解，对大家准确把握立法法，更好适应立法法修改的新要求，提供了有益指导。朱志明以《浅谈立法技术规范》为题，介绍了立法工作，阐述了律师在立法中的重要作用，对律师如何参与立法提出了建议，详细、生动地讲解了立法技术规范中的突出问题和关键点、易错点，给大家提供了有益启示。

经验交流会上，深圳市司法局立法二处副处长覃保珍以及周磊、李军强、张鹏、何万龙、李才锐、谭社芬等6名律师围绕“律师如何更好地参与政府立法工作、律师办理地方立法业务、律师参与立法的内容和要求、律师参与立法审查、律师参与立法论证和听证、律师参与全国人大立法联系点工作”等方面分享经验和做法。

会议期间，与会人员还参观了江海基层立法联系点，省律师协会与江海人大常委会正式签订《加强基层立法联系点建设合作框架协议》。



签约仪式 ▲

省人大常委会法制工作委员会办公室主任李琼，全国人大常委会法制工作委员会刑法室二处处长黄星，省律师协会秘书长徐敏彪，立法工作委员会成员，21个市律师协会分管律师参与立法工作的会领导和参与立法工作的资深律师代表，以及江门市江海区人大常委会、江海基层立法联系点、广州市天河区人大常委会、天河区天河南街道、猎德街道基层立法联络站的有关负责同志、人大代表、联络员等共约100人参会。

广东律师行业在全国率先实现省市律协监事会设置全覆盖



今年8月，第五届潮州市律师代表大会选举产生第一届潮州市律协监事会团队。至此，广东21个市律师协会已全部设置监事会，广东律师行业在全国率先实现省市律协监事会设置全覆盖。

监事会是律师协会自律管理架构中非常重要的一环。监督是否有力、是否到位，事关律师协会议事、决策、执行能否高效开展，事关协会内部治理结构是否科学，对提升行业自律管理水平具有重要意义。广东省律师行业高度重视监事会工作，于2006年设置广东省律师协会监事会，是全国最早设置监事会的省份之一。

自成立以来，省、市律协监事会围绕行业中心工作，认真履行监督职责，为推动我省律师行业高质量发展作出了应有的贡献。

一、聚焦监事自身建设。**旗帜鲜明讲政治**。严格落实“第一议题”制度，把学习贯彻习近平新时代中国特色社会主义思想摆在监事会各类培训会议的首课、主课、必修课，坚持用党的创新理论凝心铸魂，忠诚拥护“两个确立”，坚决做到“两个维护”，监事的政治素质水平不断增强。**完善制度强机制**。持续完善监事会工作规则，细化监事会工作职权，完善监事会监督工作指引，优化监事会监督工作流程，监事会工作机制不断健全完善。**上下联动促提升**。召开全省律协监督工作会议，定期组织省市律协监事会工作交流，相互交流借鉴工作经验。

二、聚焦协会规范发展。**严把活动关**。对律师协会组织的各类会议活动，是否体现了律师协会作为“娘家人”的定位，是否公平公正，是否关心扶持青年律师和关爱老年律师，是否兼顾地区平衡等进行监督，确保会议活动见实效。**严把财务关**。依据律师协会规定对会费或其他费用收入与支出的合法、合规和合理性予以检查监督，对重大财产的购置、处分以及对涉及会员切身利益的财务资金运作予以检查监督，确保用足预算干大事，为广大会员谋福利。**严把纪律关**。对律师协会、乃至行业内违反法律法规、行业规范或违背职业道德的行为加强监督，及时发出监督函或及时提醒律协有关机构作出相应处理，塑造风清气正的行业发展环境。

三、聚焦律师作用发挥。**体现“政治性”**。着力在律师行业是否坚持党的领导，是否坚持正确的政治方向，是否落实全面加强党的建设的要求等方面加强监督，确保行业发展正确政治方向。**体现“专业性”**。着力在律协各机构谋划部署的工作是否聚焦高质量发展、“双区”和横琴、前海、南沙、河套四大平台建设、“百千万工程”等党委政府中心工作，是否认真贯彻落实厅党委决策部署进行监督。**体现“人民性”**。对协会各项工作部署，是否符合“人民律师”定位和要求进行监督，引导广大律师争当“党和人民满意的好律师”。

各市律协设置监事会时间

深圳市律师协会于2005年12月设置监事会	湛江市律师协会于2015年9月设置监事会
茂名市律师协会于2008年7月设置监事会	中山市律师协会于2016年12月设置监事会
珠海市律师协会于2009年3月设置监事会	江门市律师协会于2017年12月设置监事会
汕头市律师协会于2010年3月设置监事会	河源市律师协会于2018年6月设置监事会
韶关市律师协会于2011年6月设置监事会	梅州市律师协会于2018年8月设置监事会
广州市律师协会于2012年5月设置监事会	阳江市律师协会于2018年8月设置监事会
惠州市律师协会于2012年12月设置监事会	云浮市律师协会于2019年5月设置监事会
肇庆市律师协会于2013年9月设置监事会	汕尾市律师协会于2020年6月设置监事会
清远市律师协会于2014年10月设置监事会	揭阳市律师协会于2022年5月设置监事会
佛山市律师协会于2014年12月设置监事会	潮州市律师协会于2023年8月设置监事会
东莞市律师协会于2015年1月设置监事会	

省律师行业党委召开会议 认真传达学习习近平总书记对宣传思想文化工作的重要指示精神



会议现场 ▲

12月11日，省律师行业党委召开会议，传达学习习近平总书记对宣传思想文化工作作出的重要指示和全国宣传思想文化工作会议精神及全省宣传思想文化工作会议精神，传达学习司法部办公厅有关通知精神，研究贯彻落实意见。厅党委委员、副厅长，省律师行业党委书记林楚明主持会议。

会议指出，习近平文化思想是习近平新时代中国特色社会主义思想的文化篇，为做好新时代新征程宣传思想文化工作提供了强大思想武器和科学行动指南。全省律师行业各级党组织要全面深入学习贯彻习近平文化思想，自觉将习近平文化思想贯彻落实到律师工作各方面全过程，积极改革创新，努力打造一批具有律师行业特色的文化品牌，不断提升我省律师行业宣传思想文化工作效能。要将学习贯彻习近平文化思想同贯彻落实习近平法治思想和省委1310具体部署结合起来，学深悟透做实，深刻认识依法治国和以德治国等重大关系的基本原理，正确理解法安天下、德润人心内涵，实现法治和德治相辅相成，相得益彰。要加强律所文化氛围建设，坚持依法治国与以德治国相结合，指导律所将习近平法治思想和习近平文化思想相关内容上墙，进一步激发律所创新力，提升律所品牌力。要着眼促进我省文化事业和文化产业繁荣发展，引导带动广大律师自觉当好维护政治安全的“卫兵”、服务高质量发展的“标兵”、落实急难险重任务的“尖兵”，努力为社会主义文化繁荣发展提供有力法律服务。

会议要求，要强化律师队伍政治引领，切实把律师队伍引导好，做到政治上是“一面旗”。坚持把习近平新时代中国特色社会主义思想作为律师行业各级各类培训的首课、主课和必修课，要持续抓好主题教育，教育引导广大律师把坚定拥护“两个确立”、坚决做到“两个维护”落到实际行动上，把“两个拥护”要求落实到执业各环节全过程。要强化律师队伍执业监督管理，切实把律师队伍管理好，做到工作上是“一团火”。各级党组织要切实履行好行业自律管理责任，以制度建设加强日常执业监管，全面排查风险隐患和薄弱环节，指导律所完善内部管理水平，加大律师职业道德培训力度，指导律师规范执业，切实纠治不正之风。要强化律师会员服务保障，切实把律师队伍服务好，做到生活上是“一个家”。持续强化律师执业权利保障，优化律师执业环境，加大对青年律师的培养和扶持力度，关心关爱女律师、老律师和生活困难律师，持续深入推进行业高质量发展区域共建机制，完善律师行业税收、律师职业责任保险等政策，律师协会秘书处要认真对照上级部署要求，详细梳理服务好广大律师会员的清单，一项一项落实，切实抓实抓细抓深福利保障工作。

会议强调，临近年末岁尾，各项重点工作进入收官盘点阶段，全省律师行业各级党组织要进一步增强紧迫感，坚定信心，锚定目标，以最高的标准、最严格的要求，最好的精神状态，全力做好年终收尾总结工作，打好年底收官战。要科学谋划明年工作，认真分析研判，始终把行业党建工作作为全局工作的“头版头条”，为明年工作起好步开好局奠定良好基础。

会议审议了全省律师行业开展主题教育工作情况报告、省律师协会监事会工作规则等有关事项。

广东律师辩论联赛决出冠亚季军
精彩现场直击



为全面贯彻落实党的二十大精神，深入贯彻落实习近平法治思想和习近平总书记关于律师工作的重要指示精神，响应和落实司法部党组提出的“五点希望”，12月9日，在宪法宣传周之际，广东律师辩论联赛总决赛在广州顺利举行。

作为我省律师人才培养的重要抓手，省律协着力于把广东律师辩论联赛打造成为集业务交流、技能提升的行业品牌标杆，通过举办辩论赛等竞赛活动，实现以赛促学、以赛促训，以赛促干，促进我省律师专业素养和业务能力进一步提升，展示新时代广东律师良好风采，激励广大律师努力做党和人民满意的好律师，推动我省律师事业高质量发展。

此次广东律师辩论联赛，全省21个市律协共组建23支代表队92名选手，且首次有大湾区律师参赛。整个比赛历时两个半月，分初赛、复赛、决赛三个环节，共21场。经过紧张激烈的角逐，最终广州（2支队伍）、深圳、珠海市律师协会共四支队伍晋级决赛。决赛由广东省律师协会主办，广东广播电视台广播融媒中心协办，广东省律师协会青年律师工作委员会、文化与宣传表彰工作委员会承办。辩论赛通过央视频、新华社现场云、触电新闻APP广东新闻广播官方号、粤听APP广东新闻广播官方号、广东新闻广播微信视频号、广东律师之家微信视频号多个平台同步线上直播，吸引线上超过65万人次观看。



广东省司法厅党委委员、副厅长、省律师行业党委书记 **林楚明** 致辞 ▲

广东省司法厅党委委员、副厅长、省律师行业党委书记林楚明，广东广播电视台党委委员、副台长周炜出席活动并讲话，广东省律师行业党委专职副书记金世章作大赛总点评，广东省律师行业党委副书记、广东省律师协会会长肖胜方致辞。广东省律师协会监事长黄振辉、秘书长徐敏彪、副会长毕亚林、陈建华等参加活动。

林楚明在致辞中表示，本次辩论赛在宪法宣传周期间举办，是普及法律知识、弘扬法治精神、彰显行业形象，贯彻落实习近平总书记重要指示精神的一项具体举措。辩论联赛启动以来，省律协精心组织、各市律协认真筹备落实，广大律师特别是青年律师踊跃参赛，为大家奉献了一场场精彩的视听盛宴，充分展现了广东律师风采。他对广大律师提出四点期望：一是坚持党的领导，坚守从业基本要求。坚持以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，响应和落实司法部党组提出的“五点希望”，坚持和弘扬爱国主义精神，坚定不移走中国特色社会主义法治道路，遵守“拥护中国共产党领导、拥护我国社会主义法治”等基本从业要求，努力做党和人民满意的好律师。二是坚持围绕中心服务大局，彰显担当作为。胸怀“国之大者”，聚焦省委“1310”具体部署，充分发挥法律专业优势和职能作用，找准服务中心大局的切入点和着力点，积极投身法治建设，以“宪法宣传周”为契机，在习近平法治思想宣传、宪法宣传等工作中发挥主力军作用。三是坚持执业为民，厚植人民情怀。站稳人民律师立场，不断满足广大人民群众的法律服务需求，提升公益法律服务水平。四是坚持依法依规诚信执业，树立良好形象。树立正确的执业观，模范遵守宪法和法律，恪守律师职业道德和执业纪律，履职尽责、坚守底线，做受人尊崇的法律之师、诚信之师。



广东广播电视台党委委员、副台长**周炜** 致辞 ▲

周炜在致辞中表示，广东广播电视台坚持守正创新，积极发挥主流媒体的宣传优势，履行媒体的普法职责，致力于打造新媒体平台的创新法治节目，以“优质内容+优质平台+优质传播”的思路，实现内容生产和传播的迭代升级。希望继续加强与律师行业的交流合作，进一步打造律媒共同体，为贯彻习近平法治思想，普及法律常识，创造风清气正的社会风气，推动法治中国建设共同努力。



广东省律师行业党委专职副书记 **金世章** 对赛事进行点评 ▲



广东省律师行业党委副书记、广东省律师协会会长**肖胜方** 致辞 ▲



第一轮第一场比赛陈某工伤案▲



第一轮第二场比赛余某敲诈勒索案▲



第二轮比赛赵某过失致人死亡案▲

本次比赛针对当下社会热点现象和法律热点共设计3个辩题，4支队伍同台竞技。各代表队以思辨为矛，以论说为术，引经据典，用最快的速度立论，点燃战场的火花；辩手们或慷慨陈词、步步为营，或稳如泰山、兵来将挡，充分调动知识储备应对对手盘问；自由答辩环节破釜沉舟，专注一分一秒，剖析、分解对手的观点，从错误处反击；陈词环节辩手们以行云流水之势，直截了当地阐述观点，让观众不禁赞叹于辩手的敏捷才思。

经过激烈角逐，最终广州市律师协会第二代表队斩获联赛冠军，深圳市律师协会第一代表队斩获联赛亚军，广州市律师协会第一代表队和珠海市律师协会代表队获得联赛季军。李甜甜、田谓辰两名选手荣获联赛最佳辩手。

全国律协金融专业委员会2023年律师金融业务交流会在广州举办

11月25日，中华全国律师协会金融专业委员会主办的2023年律师金融业务交流会在广州召开，会议由广东省律师协会银行与金融法律专业委员会、证券与资本市场法律专业委员会、跨境金融与资本市场法律专业委员会和广州市律师协会金融法律专业委员会协办。



全国律协副会长、省律协会长 **肖胜方** 致辞▲

会议认为，中央金融工作会议提出建设金融强国的宏伟目标，给律师业带来了机遇和挑战。广大从事金融业务的律师要有高站位、大局观，要深入学习贯彻习近平经济思想和习近平法治思想，将个人发展融入中央关于金融强国建设的宏伟蓝图中，助力党委政府在市场化法治化轨道上推进金融创新发展。

会议围绕证券与资本市场、信托、基金、资产管理、银行与金融等专题进行了深入交流和研讨，并学习了《律师事务所从事证券法律业务管理办法》和《境内企业境外发行证券和上市管理试行办法》。

中华全国律师协会副会长、广东省律师协会会长肖胜方、广东省律师协会副会长周璇出席会议并致辞。全国律协金融专业委员会委员、省律协金融相关专业委员会委员、来自全国各地的金融专业律师近200人参加会议。



中华全国律师协会海商海事专业委员会业务交流会在广州举办

2023年12月8日，“一带一路”海上保险法交流会在广州举办，会议由中华全国律师协会海商海事专业委员会主办，广东省律师协会海事海商法律专业委员会承办，天津市律师协会、广东省律师协会保险法律专业委员会协办。



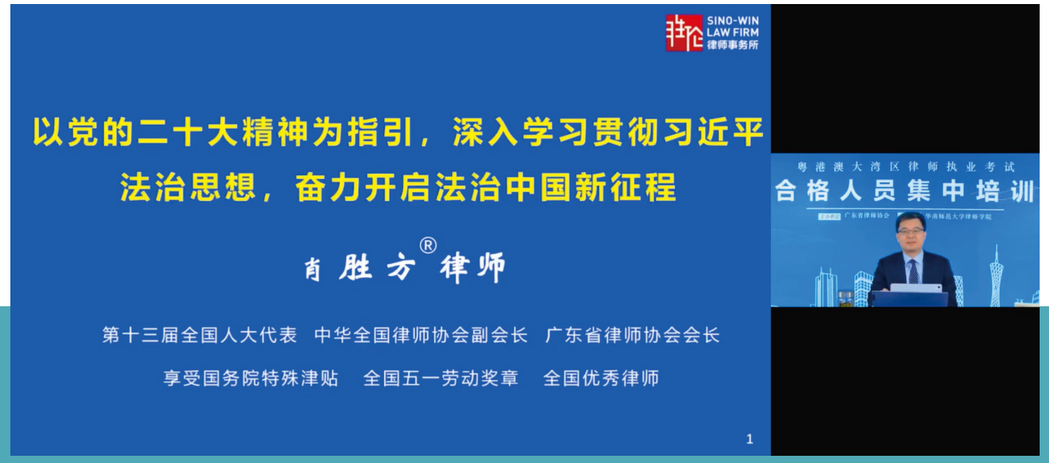
本次会议以海上保险法业务为交流主题，聚焦“一带一路”背景下国际贸易中保险法理论和实务，围绕海上保险的热点难点问题进行讨论。大连海事大学副校长、“海商法”修改课题组组长初北平教授，广州海事法院研究室主任倪学伟，全国律协海商海事专业委员会主任杨运福，礼德齐伯礼律师行高级合伙人李连君律师，上海海事大学法学院海商法系主任郑睿副教授分别以《北极航运安全与保险的法律展望》《海上保险合同纠纷案件的若干司法观点》《船舶险保险责任分析》《海事保险的最新发展与实践》《中国海上保险司法判决观察》为题作主旨演讲。



中华全国律师协会副会长肖胜方、中国海商法协会副会长李玉泉、广州海事法院副院长肖志雄出席会议并致辞。全国律协海商海事专业委员会委员、海商海事专业律师、高校专家学者、部分企业代表等200余人参加会议。

2023年粤港澳大湾区律师执业考试合格人员培训班开班

12月2日，由广东省司法厅指导、广东省律师协会主办、华南师范大学律师学院承办的2023年粤港澳大湾区律师执业考试合格人员集中培训班开班仪式在广州举行。第三批粤港澳大湾区律师执业考试合格人员参加培训。广东省律师协会会长肖胜方出席并致辞。华南师范大学法学院党委书记、律师学院院务管理委员会副主任杨晓生，省律协秘书长徐敏彪、副会长陈方等参加开班仪式。开班仪式由陈方主持。



开班仪式现场▲

肖胜方会长在开班仪式致辞中表示，粤港澳大湾区律师执业试点工作是内地对港澳法律服务开放政策的重大突破，是建设粤港澳大湾区的具体举措，是“一国两制”生动实践。自2020 年全国人大授权国务院在粤港澳大湾区内地九市开展粤港澳大湾区律师执业试点工作以来，目前已有 370多名粤港澳大湾区律师获准执业。通过三年试点，大湾区律师执业制度得到港澳律师的高度关注。随着越来越多的港澳律师加入内地九市律所执业，有效促进了三地律师的专业交流、业务合作以及法律文化的融合发展，推动了三地规则衔接与机制对接。为推进落实大湾区执业试点工作，广东省律师协会在广东省司法厅的有力指导下，精心部署了2021年、2022年通过考试人员（第一批、第二批通过考试人员）的集中培训、考核、申请执业指引等工作，还为港澳律师举办两场执业推介会，其中2023年8月首次采取线下推介的形式进行举办了推介会，两批共推介了超100家律师事务所，通过多种形式让港澳律师近距离了解内地律所。

此次培训班是落实全国人大决定和国务院《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》的要求，是香港法律执业者和澳门执业律师进入内地执业的必经环节。培训坚持需求导向，结合上一年度培训开展情况调整优化课程结构，提高了培训针对性实效性，有助于通过考试的香港法律执业者和澳门执业律师在现有基础上，进一步熟悉掌握内地法律制度、内地律师执业基本技能和内地执业规范等，为港澳律师顺利在内地执业打好基础。



肖胜方会长在开班仪式上致辞 ▲

肖胜方会长对参加培训的香港法律执业者和澳门执业律师提出四点建议：一是要认真参加集中培训，尽快熟悉掌握内地法律制度和法律实务技能。二是要遵守培训纪律、认真准备面试考核。三是要加强交流、积极申请在粤港澳大湾区内地九市执业。四是要珍惜机遇，共同推动粤港澳大湾区律师服务业高质量发展。

肖胜方会长呼吁各位参加培训的香港法律执业者和澳门执业律师积极投身粤港澳大湾区建设、融入国家发展大局，充分发挥专业所长，实现与大湾区内地九市律师的优势互补、合作共赢，共同为“双区”和横琴、前海、南沙、河套四大平台建设提供多元化的高端法律服务，共同为大湾区企业和大湾区当事人“走出去”保驾护航为推进粤港澳大湾区法律服务业高质量发展、推动粤港澳大湾区法治建设迈上新台阶开启新征程贡献律师力量。

华南师范大学法学院党委书记杨晓生在开班仪式致辞。开班仪式后，肖胜方会长以《以党的二十大精神为指引，深入学习贯彻习近平法治思想，奋力开启法治中国新征程》为题进行授课，陈方副会长讲授《新时代中国律师的定位和作用》，两位授课老师的分享获得广泛好评。

首届广东省涉外法律服务产品大赛在广州举行

为贯彻落实党的二十大精神，推动涉外法律服务高质量发展，不断提升我省涉外法律服务的竞争力，省律协开展了首届广东省涉外法律服务产品大赛。2023年11月2日，决赛在广州举行。本次比赛由省司法厅、省商务厅指导，省律师协会主办，省涉外法治促进中心、省“一带一路”法律服务研究中心协办。省司法厅律师工作管理处处长黄婷，省商务厅政策法规处处长熊海涛，省律师协会副会长周璇，中山大学法学院院长张亮，广东小鹏汇天总法律顾问林森才等领导嘉宾出席大赛。现场还有决赛产品律师事务所代表、涉外律师、有关外经贸商协会、企业代表等约150人。



黄婷处长在开场致辞中表示，法律服务产品化，是律师行业专业化发展的新趋势，是法律服务需求与市场、服务的全面融合。希望广大律所和律师要以法律服务产品大赛为契机，始终坚持服务大局，把自身业务发展与服务高水平对外开放、提升科技自立自强能力、助力建设现代化产业体系等广东的全局性工作紧密融合，以高质量法律服务助力经济社会高质量发展。同时，要找准自身专业方向，打磨法律服务产品，不断提升专业技能，沉淀专业本领，努力成为既懂法律、又懂企业、懂产业的“复合型”人才，更好地服务于党委政府、服务于社会、服务于当事人。

周璇副会长表示，本次比赛的举办适逢其时，是贯彻落实党的二十大精神和习近平总书记对广东系列重要讲话、重要指示精神，推动涉外法律服务高质量发展的重要举措。比赛旨在通过服务产品创新方式，以市场需求为主导，打造一系列优质的涉外法律服务产品，积极推动涉外法律服务从“普适、均码”变为“度身、特码”，实现市场需求与法律服务产品精准对接，更好服务广东省的更高水平对外开放。

经过律所申报、初赛评委会评审，从74个涉外法律服务产品共选出19个入围本次决赛参与现场角逐。19个产品围绕“一带一路”和粤港澳大湾区建设主题，涵盖了涉外服务多个专业领域，包括涉外知识产权、涉外刑事合规、跨境数据合规、跨境投资贸易、跨境金融与资本市场、跨境电商、跨境婚姻家事等。各入围律所指派律师代表通过现场宣讲对产品进行详细讲解，评委结合产品书面申报材料和现场讲解情况，围绕产品创新性、专业性、可行性、市场性、可推广性等要素进行综合评分，选出一等奖3名、二等奖5名、三等奖7名、优胜奖4名。此外，初赛评委会已评出12名优胜奖。

宣讲环节后，邀请了张亮院长、林森才先生、周璇副会长代表作评委点评。

服务发展大局助力数字中国建设 2023广东数据法律服务学术会议在深圳举办



为更好服务国家发展大局，实现数据赋能经济增长，2023年11月11日，“强化数据法律服务前瞻性研究 助力高质量数字中国建设”——2023广东数据法律服务学术会议在深圳举行。本次会议由广东省律协、深圳市福田区司法局、深圳市律协、深圳数据交易所有限公司主办，邀请了中国人民大学法学院教授张新宝，清华大学智能法治研究院院长、教授申卫星，北京大学法学院教授张平，中国人民大学交叉科学研究院院长杨东等重要嘉宾作主旨演讲，旨在引领全省律师关注数据领域业务发展，加强法治人才储备，让广大律师为数字中国建设扮好角色、发挥作用。

广东省政协常委、广东省律协副会长毕亚林，广东省律协监事长黄振辉、副监事长汪腾锋，深圳交易集团总经理梁敏华，深圳市福田区司法局局长王显军，深圳市律协会长张斌，深圳数据交易所有限公司董事长李红光等出席会议。我省数据领域律师、行业专家、知名教授、知名企业代表、企业法务代表等近两百人参加。

律师行业的新业务与新机遇：日常数据合规业务的咨询和指导、担任监督委员会外部委员、增加常年法律顾问服务的内容、处理个人信息保护和相关纠纷的行政处理和诉讼代理。



广东省政协常委、广东省律师协会副会长**毕亚林** 致辞 ▲

毕亚林副会长表示，本次会议是深入贯彻党的二十大精神“以数字中国建设助力中国式现代化”的一项具体举措。接下来，广东省律协要加强数据法律服务的人才培养，要加强数据法律服务的研究和创新，要加强与政、商、学各界的协作，共同推动数据法律服务的法治化建设，为数字中国建设提供有力的法律保障。



深圳市福田区司法局局长**王显军** 致辞 ▲

王显军局长表示，2023年以来，福田区司法局立足服务辖区重点产业，依托丰富法律资源，联合深圳数据交易所先行先试在深科技城正式揭牌全国首个“数据要素全生态产业园公共法律服务中心”。接下来，福田区司法局也将继续发挥公共法律服务中心的作用，多措并举推动数据交易市场健康有序发展，共同打造深圳数据交易生态圈，为助力深圳打造全球数字先锋城市做出贡献。



深圳市律师协会会长**张斌** 致辞 ▲

张斌会长表示，数字科技的快速发展为推动经济社会进步带来了新的动力，同时也给法律服务带来了全新的需求。面对日益增加的数据应用场景和相关争议类型，不仅需要加强专业人才培养和素质提升，还需要通过案例分享、信息交流等方式，加深与技术、伦理等其他领域专家的互动与合作，实现数据行业和法律行业的良性互动，共同探索前瞻性数据法律服务的新思路，推动数据法律服务的发展。



深圳数据交易所有限公司董事长**李红光** 致辞 ▲

李红光董事长表示，深圳数据交易所一直从合规保障、流通支撑、供需衔接、生态发展四方面，打造覆盖数据交易全链条的服务能力，释放数据的价值，推动数据产业乃至数字经济的发展，未来希望发挥各方在各区域及领域优势，共同致力于推动公共数据资源的开发利用，加强数据要素流通技术开源社区的合作，参与相关行业标准制定等，实现生态共建，资源共享，共同加快释放数据要素创新动能。

本次会议聚焦数据法律服务行业前沿和法律热点问题，分别以“‘三权分置’框架下的数据法治保障路径”“中国计算机学会 YOCSEF 数据法治特别会议”为主题召开，设置了主题演讲和思辨两个环节。

来自清华大学、中国人民大学、北京大学、深圳数据交易所和广东省律协的6名专家学者担任主讲人，分别就大型互联网企业个人信息保护监督、数据产权三权分置、数据合规实践创新、知识产权保护及数据合规、数据权益法治保障、国企数据交易合规与风险防控等作了主题演讲，为释放数据要素价值，助力企业数据合规、安全、顺畅流通，推动数据要素市场发展提供了极具参考价值的方向和思路。

思辨环节以“数据资产入表面面观”“从《规范和促进数据跨境流动规定（征求意见稿）》看监管思路重构”“企业如何合法合规进行数据交易”为主题展开讨论，通过数据领域专家、学者与律师“零距离”交流探讨，深入剖析数据领域潜在的法律风险和热点问题，梳理出关于数据资产入表、数据跨境、数据交易等环节涉及法律风险及解决办法，为数据法律服务赋能数字经济，助力高质量的数字中国建设提供了前瞻性的理论支撑和实务价值。

数字中国建设是紧密围绕国家数字经济高质量发展战略需求、推进数字化转型的重要举措，我国具有海量数据规模和丰富应用场景优势，近年来，《数字中国建设整体布局规划》等一系列重大政策文件紧锣密鼓出台，推动数据要素市场化改革，促进数据要素合法合规流通，并为经济发展、社会进步、科技创新赋能。在这一过程中，数据法律服务的重要性不断凸显，对数据法律服务的讨论不仅包括知识产权、个人信息保护、数据产权与数据资产入表，还包括数据跨境合规与部门监管等方面，以确保数据的合法合规使用、数据要素合法合规流通。

本次会议所探讨的前瞻性数据法律服务为数字化转型提供法律支持，确保数据的合法性、安全性和可持续性，并为推动广东省数据流通共享、数据价值释放、推动数字经济健康可持续发展输出了智力成果。

广东省律师协会表示，将以此次会议为契机，锚定省委“1310”具体部署，服务国家发展大局和数字中国建设，抢抓数据要素市场发展机遇，引领全省律师关注数据领域业务发展，重点培养一批懂数据、懂交易、懂合规的律师，加强法治人才储备，培育数据经济市场，挖掘数据资产价值，让广大律师为数字中国建设发挥主动作用，加速实现法律服务与企业需求的精准匹配、有效对接，推进经济社会高质量发展。

扫码查看
2023广东数据法律服务
学术会议更多内容

首期“珠港澳律师训练营”隆重开营



12月8日，珠海市司法局、珠海市律师协会在珠海市涉外公共法律服务中心举行“珠港澳律师训练营”开营仪式。

这是继去年成功举办“珠澳律师训练营”后，首次迎来的内地与港澳律师参与的“珠港澳律师训练营”活动，来自香港、澳门、珠海、茂名、阳江、遵义的30名青年律师作为首批学员参加本次训练营活动。活动采取“4+2”全脱产学习模式，即4天集中学习培训、2天赴港澳参访交流。举办本次训练营活动，是贯彻落实习近平总书记关于涉外法治建设重要指示精神的具体举措，也是加强新时代律师人才队伍建设、推动珠港澳律师合作的实际行动，为创新和丰富涉外律师培养模式进行了有益的探索。训练营活动得到了中央人民政府驻澳门特别行政区联络办公室法律工作部、省律师协会、珠海市委统战部、珠海市法官协会、珠海市法学会的悉心指导，得到了香港律师会、澳门律师公会的大力支持和积极参与。



开营仪式上，为八名大湾区律师颁发了珠海市律师协会粤港澳大湾区工作特别顾问聘书。



启动仪式结束后，来自香港的大湾区律师何君尧以《内地与香港特区法院的婚姻、民商事司法互助安排》为主题作经验分享

粤港澳三地法律部门共同举办香港法律周2023“湾区机遇·互惠共赢”主题论坛系列活动

11月9日，由香港特区政府律政司、广东省司法厅和澳门特区政府行政法务司共同举办的香港法律周2023“湾区机遇 互惠共赢”主题论坛在香港顺利举行，近千名粤港澳大湾区和境内外法律界人士通过线上和线下方式参加论坛。司法部律师工作局局长田昕作主题演讲，香港律政司副司长张国钧、广东省司法厅厅长陈旭东及澳门法务局局长梁颖妍在论坛上致辞。

陈旭东在致辞中表示，随着粤港澳大湾区基础设施“硬联通”加速推进，粤港澳三地规则机制“软联通”也在不断拓展和深化。三地政府法律部门坚持携手同行，一步一个脚印，以法律服务领域的“小切口”做好三地法治合作的“大文章”，取得了一系列丰硕成果，先后建立粤港澳大湾区法律部门联席会议、粤港澳大湾区调解工作委员会、粤港澳大湾区律师行业协会联席会议等工作机制，每年定期召开会议，推动律师、调解、仲裁合作持续走深走实；出台实施一系列扶持政策举措，吸引一批又一批港澳法律服务人员和机构来广东展业；加强三地法治人才交流和联合培养，积极营造粤港澳三地法律服务“你中有我”、“我中有你”的生动局面。今年以来，粤港澳三地政府法律部门、律师协会等积极开展线下走访互动达成多项共识，大湾区法治合作不断焕发新活力。

陈旭东强调，要贯彻落实习近平总书记赋予粤港澳大湾区“一点两地”新定位，进一步深化粤港澳规则机制“软联通”。要全面准确贯彻“一国两制”方针，在湾区合作中同向而行，推动香港、澳门更好融入国家发展大局。要坚守“一国”之本、善用“两制”之利，在求同存异中互惠共赢，充分运用粤港澳三地法律人员的智慧力量，推动粤港澳大湾区法治建设局面更加精彩纷呈。要在重大战略中把握先机，聚焦共建“一带一路”，推动涉外法治建设。聚焦法治服务保障横琴、前海、南沙、河套等重大合作平台建设，进一步深化粤港澳三地法律服务规则衔接、机制对接，建立粤港澳三地法律人才协同培养常态化工作机制。推动粤港澳三地法治合作从法律服务领域逐步向多维领域拓展，争取更多“一事三地”、“一策三地”、“一规三地”的多样化实现形式，以高水平法治助力大湾区建设高质量发展。

陈旭东表示，广东省司法厅将一如既往坚持“中央要求、湾区所向、港澳所需、广东所能”，与香港律政司、澳门行政法务司齐心协力，以合作增进互信、以合作共促发展、以合作同享成果，不断凝聚粤港澳法律服务融合发展新共识，开创大湾区法治领域交流合作新篇章。









主题论坛上，来自三地的法律执业者和学者分别从不同角度探讨三地加强法律合作与制度衔接、做好湾区法治人才培养等内容。

论坛还创新性地以模拟庭审的方式——粤港澳三地律师代表分别就一起跨境货物买卖及贷款协议案例开展模拟庭审，向与会嘉宾形象地展示了内地与港澳在处理跨境商事争议时运用法律的差别，解构了大湾区三法域诉讼制度的异同。

广东省司法厅副厅长林楚明、省律师协会会长肖胜方、厅机关相关处室负责人以及部分地级以上市司法局、市律师协会代表和21个地级以上市律师代表参加主题论坛活动。

9日下午，香港律政司与香港律师会举办以“湾区机遇 共建未来”为主题的大湾区青年律师论坛，深圳市司法局局长、广东省律协副会长出席论坛并作演讲。

同时，论坛会场外首次设置了“法律服务专题展”，从11月6日至10日连续5天对香港、澳门及大湾区内地九市“9+2”城市群的律师行业进行了整体展示和推介。参展的粤港澳大湾区内地九市律师协会、律师代表向与会者介绍了大湾区法律服务的发展情况以及合作机遇，并现场提供咨询解答。专题展体现了粤港澳三地律师行业携手打造湾区的优质法律服务品牌的诚意和决心，为向世界展示内地法律服务市场和粤港澳大湾区法律服务成果，讲好中国法治故事提供了平台。

此次活动是粤港澳三地法律部门首次合作举办论坛活动的创新性尝试，是广东围绕高质量推进粤港澳大湾区建设，充分发挥大湾区“一国两制三法域”的独特优势，积极参与促进粤港澳大湾区法治合作，发挥三地法治人才聚合优势，持续建设粤港澳大湾区法律服务国际品牌，努力打造法律服务最优湾区的生动实践与具体演绎。广东省司法厅、广东省律师协会统筹组织全省21个地级以上市选派了近100名律师参加了本次香港法律周论坛主题演讲、模拟法庭演示和“法律服务专题展”等系列活动。广东律师在法律周活动中充分展示了良好的专业形象，得到司法部、香港律政司等部门高度肯定和论坛与会者的广泛好评。

省律协受邀参加2023“一带一路”和粤港澳大湾区涉侨法律服务交流会并被聘为广东为侨志愿服务专家团合作单位



会议现场 ▲

11月15日，2023“一带一路”和粤港澳大湾区涉侨法律服务交流会在广州举行。会议由广东省人民政府侨务办公室、广东省司法厅、广东省归国华侨联合会主办，广东省法学会、暨南大学、广州市人民政府侨务办公室协办，广东省华侨华人港澳同胞服务中心、暨南大学法学院、广东省律师协会承办。会议围绕“全面提升为侨法律服务水平、服务做好新时代‘侨’的文章”主题，研商新时代涉侨涉外法治及法律服务工作。会议吸引了来自30多个国家和地区的侨领和法律专业人士，港澳代表人士，涉侨涉法相关部门、高校、涉侨服务机构负责人近200人出席会议。

“华侨权益保护是侨务工作的一项重要工作，涉侨法律服务则是其中极为重要的一环。”广东省侨办主任庞国梅表示，会议集中了省内涉侨涉法部门及有关法律服务机构和高校力量，联同海内外律师行业和侨团侨界代表人士共同研究涉侨法律服务的重要问题，对进一步加强侨务法治建设、依法维护侨胞合法权益，助推粤港澳大湾区高质量发展具有积极作用。

作为侨务大省，广东通过一系列举措，为解决侨胞急难愁盼问题提供了切实有效的方案。广东省侨联副主席谢惠蓉介绍，近年来，广东积极完善为侨服务体系、健全维护侨益工作机制，成立广东为侨志愿服务专家团，

为海外侨胞、港澳同胞和归侨侨眷提供志愿公益性质的帮助和支持。

全体大会上，发布了《关于做好新时代涉侨法律服务的倡议》，举行了广东为侨志愿服务专家团新入选法律合作单位、法律专家颁牌和聘任仪式。广东省律师协会被聘为广东为侨志愿服务专家团的合作单位。



省司法厅党委委员、副厅长
林楚明 参加大会并宣读倡议



聘任仪式



省律协秘书长 **徐敏彪** 主持“守正创新中的涉侨法律服务”平行分会并作情况通报

全体大会后，海内外法学法律界专家学者还就“开放创新中的涉侨法治建设”“守正创新中的涉侨法律服务”两大主题召开平行分会，围绕涉侨仲裁、公证、跨境多元解纷等议题进行互动交流。省律协陈方副会长、邓捷副秘书长参加交流会及专题分会。

广东律师代表队在第十二届“京津沪渝粤琼”六省律师羽毛球赛喜获季军



金秋十月 挥动激情

10月28-29日

第十二届“京津沪渝粤琼”六省律师羽毛球赛

在天津火热开赛

本次比赛由天津市律师协会主办，北京市律师协会、上海市律师协会、重庆市律师协会、广东省律师协会、海南省律师协会协办。来自北京、天津、上海、重庆、广东、海南六省市约120名律师同仁汇聚一堂，以球会友，“羽”球促交流，进一步加深广东律师与“京津沪渝琼”五省律师的友谊。



广东律师代表队获得季军 ▲



省律师协会**陈国翔**副会长（左二）代表广东律师代表队领奖 ▲

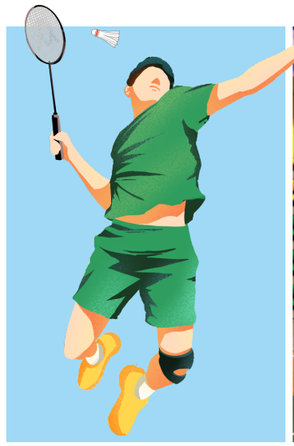
由省律师协会副会长陈国翔挂帅的广东律师代表队团结拼搏、奋勇争先，比赛中展现自信、阳光、积极向上、团结协作的广东律师精神风貌，在第十二届“京津沪渝粤琼”六省律师羽毛球赛荣获得了团体季军。



省律师协会会员福利与文体工作委员会副主任赵晓飞（左一）作为参与了十二届比赛的“元老”，获组委会颁发“芳华奖”。

“京津沪渝粤琼”律师羽毛球赛自07年由天津律协发起，已走过16载历程，见证了中国律师行业的蓬勃发展与生生不息，更见证了六省律师的友谊长存。本届赛事采取混合团体赛的方式进行，由男单、女单、男双、女双、混双、男子百岁双打、女子百岁双打共七个单项组成，经过五轮酣战，最终由北京律师代表队夺得冠军，上海律师代表队获得亚军，广东律师代表队获得季军。

让我们一起来回顾广东律师代表队健儿们的精彩瞬间！

















交旗仪式 ▲



季军奖杯 ▲



民俗文化节目大头娃娃表演 ▲



律优优艺术团舞蹈队表演《万疆》▲



非遗传承人高军老师表演节目《阴把枪》▲

有组织犯罪涉案财产辩护的逻辑展开
——以《反有组织犯罪法》相关规定为背景

文 / 广东国智律师事务所 • 杨晨 黄海强


杨晨


黄海强

自2018年1月党中央、国务院印发《关于开展扫黑除恶专项斗争的通知》以来，为期三年的扫黑除恶专项斗争已取得明显成效。数据显示，2018年至2020年期间，全国打掉资产亿元以上的涉黑组织653个，依法处置生效涉黑涉恶案件资产1462亿元，托管代管涉案企业887家。足以说明“打财断血”涉及的资金数额之大、牵连之广。“制定反有组织犯罪法是总结扫黑除恶专项斗争经验，加强制度建设，保障在法治轨道上常态化、机制化开展扫黑除恶工作的重要举措。”自2022年5月1日起施行的《中华人民共和国反有组织犯罪法》（以下简称“反有组织犯罪法”）设置“涉案财产认定和处置”专章规定了对有组织犯罪涉案财产的强制性措施、全面调查、审查甄别、实体性处置以及权利保障等内容，在法律规范层面初步构建和完善了有组织犯罪涉案财产处置的规则框架，同时也为有组织犯罪 涉案财产辩护提供了指引。有组织犯罪涉案财产处置呈现出“财产主体多元化、资产状况多样化”特征 ，有组织犯罪涉案财产辩护的重要性堪比定罪量刑之辩，且其对其他刑事案件涉案财产处置和辩护具有借鉴意义，本文拟结合办理相关案件的经验，以及《反有组织犯罪法》相关规定，探讨有组织犯罪涉案财产的辩护逻辑。

一、贯穿刑事诉讼全流程的涉案财产辩护

（一）针对涉案财产强制性措施的辩护逻辑

因证据尚未固定，考虑到保障执行可行性、全面收集证据等客观原因，公安机关往往会根据办案需要全面查封、扣押、冻结涉案财产。易言之，在实践中遵循的是保障性原则，以保障诉讼进行与退赔能力为理由，概括粗放地一揽子强制并怠于依法解除者并不少见。

《反有组织犯罪法》规定：“办理有组织犯罪案件中发现的可用以证明犯罪嫌疑人、被告人有罪或者无罪的各种财物、文件，应当依法查封、扣押。”公安机关在侦查阶段往往因无法准确甄别而一概查封、扣押、冻结，不可避免地会出现处置范围过大、牵连过广的现象。同时，《反有组织犯罪法》规定在侦查起诉阶段，应当全面调查涉案财产状况，金融机构等有关单位应当在法定时限内协助配合。以上措施进一步增强了“打财断血”的力度，强化了对涉案财产采取查封、扣押、冻结等强制性措施的范围和刚性。

《反有组织犯罪法》第四十一条规定了查封、扣押、冻结、处置涉案财产应当严格依照法定条件和程序进行，依法保护公民和组织的合法财产权益，严格区分违法所得与合法财产、本人财产及其家属的财产，减少对企业正常经营活动的不利影响。……经查明与案件无关的财物，应当在三日以内解除查封、扣押、冻结，予以退还。……

上述规定为针对涉案财产强制性措施的辩护指明了方向。具体而言，可从以下六方面展开针对涉案财产强制性措施的辩护：第一，辩护律师可针对公安机关查封、扣押、冻结财产的程序问题进行有效的程序辩护，指出查封、扣押、冻结程序中违反法定条件和程序的问题。第二，根据《反有组织犯罪法》第四十一条第一款规定，提出合理理由申请允许有关人员继续合理使用有关涉案财产，并采取必要的保值保管措施，减少对企业正常经营活动的不利影响。第三，在家属的配合下，积极收集证据材料说服公安机关、检察院“剥离”与有组织犯罪无关的财产，严格区分违法所得与合法财产、本人财产与其家属的财产，与案件无关的财物应当及时解除查封、扣押、冻结。第四，根据《反有组织犯罪法》第四十三条的规定，对不宜长期保存的物品、可能贬值的债券、股票、基金等，申请办案机关依法先行出售、变现或者变卖、拍卖，尽可能实现涉案财产的保值功能。第五，根据《反有组织犯罪法》第四十一条第二款规定，向公安机关、检察院申请为犯罪嫌疑人、被告人及其所扶养的亲属保留必需的生活费用和物品。第六，依据有组织犯罪涉案财产处置的比例原则 ，提出查封、扣押、冻结的涉案财产不能远超过可能最终追缴、没收财产范围。

（二）在专门的涉案财物处置程序中展开辩护

审判阶段是有组织犯罪涉案财产辩护的核心场域，而能够争取全面充分辩护的前提则是申请法院在针对定罪量刑的庭审程序之外设置专门的涉案财产处置程序，以便进行充分的法庭调查和法庭辩论来查明涉案财产是否与黑恶势力组织及其违法犯罪活动相关、犯罪嫌疑人、被告人是否应适用财产刑、应适用何种类型、何种程度的财产刑、案外人财产是否应当被罚没、追缴等重要问题。

一段时间以来，是否设置专门的涉案财产处置程序并无清晰明确的法律规定，在一定程度上由法院自行决定，为有组织犯罪涉案财产辩护设置了制度障碍。

《反有组织犯罪法》第四十四条第二款规定，在审理有组织犯罪案件过程中，应当对与涉案财产的性质、权属有关的事实、证据进行法庭调查、辩论。为涉案财产辩护提供了制度供给。

但关于该条款存在两种解释路径：检察院在全案（特别是证明经济特征和与财产相关的具体个罪）举证质证时应包括涉案财产情况，由于打包举证质证，该解释对于保障被告人、案外人的诉讼权利不甚有利；应设置单独的涉案财产处置程序由人民检察院针对有组织犯罪涉案财产情况进行全面举证质证，辩护律师可以对相关人员发问、发表举证意见和辩护意见，举示新的证据。在司法实践中，因庭审时间有限而不设置专门的涉案财产处置程序的情况时有发生。辩护律师应以《反有组织犯罪法》第四十四条第二款规定为依托，充分阐释涉案财产处置对于被告人诉讼权利和实体权利的重要影响，争取在专门的程序中表达意见。

（三）执行阶段的涉案财产辩护

因刑事裁判文书对于有组织犯罪涉案财产处置着墨不多，判决内容较为概括，概括式的裁判主文表述必然导致涉案财物执行程序缺乏可操作性，直接影响涉案财产的最终实质处理。辩护律师仍可在执行阶段就权属问题、保留必要生活所需等问题进行持续辩护。《最高人民法院关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定》（以下简称“规定”）为辩护律师在执行阶段进行辩护提供了规范依据，辩护律师可以继续与法院执行机构进行沟通，或转向民事执行程序维护相关权益。

具体而言，可从以下方面展开执行阶段辩护：首先，根据《规定》第十四条规定，当事人、利害关系人认为执行行为违反法律规定，或者案外人对执行标的主张足以阻止执行的实体权利可按照民事执行异议程序进行处置；其次，根据《规定》第十五条规定，案外人认为刑事裁判中对涉案财物是否属于赃款赃物认定错误或者应予认定而未认定，向执行法院提出书面异议之后可回溯至刑事审判部分处理或转至审判监督程序处理。再次，最高人民法院法官刘贵详、闫燕撰文指出，“没收财产，应当执行被执行人个人所有的合法财产，不得没收属于被执行人家属所有或者应有的财产。被执行人在共有财产中的应有份额，应当依据有关民事法律的规定确定”。辩护律师可以据此申请法院执行部门充分保障家属所有或应有的财产。最后，因有组织犯罪案件被告人大多被判处较重的财产刑，被没收全部财产或罚没巨额财产，很可能已超出被执行人的支付能力，辩护律师应基于“生道执行”司法理念、《刑法》第五十九条规定的“没收全部财产的，应当对被执行人及其扶养的家属保留必要的生活费用”以及《反有组织犯罪法》第四十一条第二款的规定积极申请为被告人及其扶养的家属保留必要的生活费用。

二、以关联性为中心的没收、追缴涉案财产辩护

（一）以关联性为中心：没收、追缴涉案财产

1.《反有组织犯罪法》对关联性的规定

《反有组织犯罪法》第四十六条规定，为支持或者资助有组织犯罪活动而提供给有组织犯罪组织及其成员的财产；有组织犯罪组织成员的家庭财产中实际用于支持有组织犯罪活动的部分；利用有组织犯罪组织及其成员的违法犯罪活动获得的财产及其孳息、收益应当依法予以追缴、没收。

分析上述规定，笔者认为应追缴、没收的财产主要包括两类，第一类是“来源非法”的财产，即通过违法犯罪活动或其他不正当手段获取的财产；第二类是“用途非法”的财产，即用于支持有组织犯罪的财产。即从资金来源与用途两个端口厘定与有组织犯罪的实质关联。

来源、用途端口的关联性是判断涉案财产是否应被追缴、没收的核心标准，公安机关、人民检察院、人民法院在查封、扣

押、冻结、出具处置意见时，应综合财产来源、性质、用途等方面的犯罪嫌疑人、被告人供述与辩解、被害人、证人陈述、相关书证、价格鉴定意见等证据审慎判断是否应当依法追缴、没收。

2.“高度可能性”证明标准

《中华人民共和国反有组织犯罪法》第四十五条第三款规定，被告人实施黑社会性质组织犯罪的定罪量刑事实已经查清，有证据证明其在犯罪期间获得的财产高度可能属于黑社会性质组织犯罪的违法所得及其孳息、收益，被告人不能说明财产合法来源的，应当依法予以追缴、没收。

第一，该条款的关键词是有证据证明……高度可能……，其实质是控方要承担证明责任，且应达到“高度可能性”证明标准 。

第二，财产来源仅限于被告人实施黑社会性质组织犯罪的违法所得及其孳息、收益，不能扩张适用于被告人实施黑社会性质组织犯罪之外的其他犯罪和有组织犯罪中的恶势力犯罪。

第三，被告人及案外人不负有举证涉案财产高度可能属于合法来源的证明责任，被告人及案外人举证证明财产来源合法是行使异议权的表现，不受“高度可能性”证明标准的约束。

（二）以证明责任和证明标准为依托进行辩护

在审判阶段，控方则应基于承担证明责任的前提充分举证证明拟处置的财产与有组织犯罪存在来源、用途端口的关联性。

关联性的内涵包括“有无”和“程度”两个层次的问题。一方面是有无关联性的前提问题，内在包含指控的黑社会性质组织、恶势力是否成立，具体个罪是否成立、具体个罪是否属于有组织犯罪、案涉财产是否是关联犯罪的违法所得、违禁品、供犯罪所用的本人财物以及其他等值财产等问题。举例而言，司法实践中认识不一的主要问题是以合法公司为载体的有组织犯罪案件中成员获得的工资薪酬是否应认定为违法所得。另一方面则是关联性强弱的核心问题，按照事物是普遍联系的马克思主义原理，涉案财产或多或少都与黑恶势力犯罪组织、组织成员、指控的违法犯罪活动存在某种关联，但是不能简单地可能存在的某种间接关联性就没收、追缴涉案财产，控方必须证明涉案财产与黑社会性质组织犯罪活动存在高度可能性。

第一，辩护的前提在于有组织犯罪是否成立。此部分涉案财产辩护可能与针对定罪量刑问题的辩护深度结合。

第二，应围绕涉案财产与有组织犯罪之间的关联性展开辩护。一方面，针对黑社会性质组织犯罪相关的涉案财产，不管是来源相关还是用途相关，均需举证证明涉案财产与黑社会性质组织犯罪的关联性达到高度可能性的证明标准。“关于黑社会性质组织成员合法财产中用于支持黑社会性质组织生存、发展的财产部分，不能将合法财产源头的所有资金或合法企业的所有经济利益都视为对犯罪组织活动的支持，认定为‘涉黑财产’，否则会产生‘一黑俱黑’范围扩大化问题”。另一方面，围绕恶势力犯罪相关的涉案财产，仍应按照“事实清楚、证据确实充分”的证明标准评估关联性。

第三，辩护律师应该充分调查涉案财产的来源、被告人及利害关系人的收入来源和经济能力等证据等证明涉案财产与有组织犯罪无关、被告人及案外人有能力通过合法手段赚取涉案财产。但需要注意的是，被告人及案外人的异议仅需起到动摇“高度可能性”证明标准即可。

三、以权属关系为中心的财产刑辩护

（一）财产系犯罪人本人所有

针对组织、领导、参加黑社会性质组织的犯罪人适用的财产刑主要为没收个人（全部或部分）财产、罚金，财产刑罚没的对象还包括犯罪人个人的合法财产，财产刑的边界在于犯罪人个人所有的财产，罪责刑相适应原则限定了刑罚措施只能针对犯罪人本人，不能波及、牵连其他人。《反有组织犯罪法》第四十一条也对此作出强调。

财产是否为犯罪人本人所有是判断涉案财物是否应当被罚没的核心标准。在刑法抽象的概念语境内，针对犯罪人个人的财产刑适用似乎清晰明确无需争论，但在“打财断血”的司法适用领域，由于存在夫妻、家庭等共有权属关系、代持关系、债权债务关系、赠予关系等民事权属认定不清的问题，控辩双方往往存在较大的分歧。相较而言，在涉案财产权属争议之中，辩护律师有较大的施展空间，不仅可以攻击控方未尽到证明责任，还可主动出击积极查明相关涉案财产的权属关系以保障案外人的合法权益，破立之间，攻守易位。

“基于瓦解黑色经济链条与基础的强烈诉愿和司法便利，法院往往以关联方法处置复杂问题，倾向于适用财产刑以替代追缴没收不法所得或犯罪工具。”追缴没收犯罪物品与财产刑界限模糊是有组织犯罪涉案财产处置的“痛点”，在进行有组织犯罪涉案财产辩护时，需首先要求控方明确涉案财产提出处理意见建议及清单中哪些涉案财产是基于没收、追缴与有组织犯罪相关的涉案财产，哪些涉案财产是基于适用财产刑拟罚没的被告人个人财产，在此基础上围绕相关性和权属关系进行有针对性的辩护。如果现有证据不能确认权属和性质的财产，因为不能证明该财产属于被告人或与本案的违法犯罪活动有关，人民法院没有权利予以实体处置。

（二）以民事法律关系为依托厘清财产权属

在“打财断血”铲除黑恶势力经济基础的背景下，公安机关查封、扣押、冻结、人民法院“照单全收”的涉案财产范围涉及夫妻、家庭成员共同所有、被告人实际出资、他人代被告人持有或被告代他人持有、债权债务或其他权利负担等，需要辩护律师在被告人家属等案外人的参与下积极查找证据证明涉案财产的权属问题。

针对财产刑适用的辩护更强调辩护律师建构事实与法律关系，核心在于辩护律师应使用解决民事纠纷的思维自觉承担举证责任，通过资金来源、登记外观主义、实际用途、夫妻/家庭共有财产分割等民事诉讼思维论证财产权属。在此过程中，笔者认为在证据认证环节民事思维与刑事思维存在的一点显著差异是对于言词证据的证明力认证不同。在刑事案件中，受口供中心主义等习惯影响，被告人口供、被害人陈述在证明体系中的权重明显较之于民事诉讼中更重，辩护律师应提示法庭充分注意民事审判中相关权属的认定，可以向法庭提交民事诉讼中的类案检索报告。

具体而言，辩护律师可从以下方面展开辩护：第一，根据《民法典》等法律规定分离夫妻/家庭共有财产，司法实践中存在因涉案被告人个人能力突出而认定夫妻财产或家庭共有财产大部分应归属于被告人个人财产的情形，辩护律师应充分研习婚姻继承方面的法律知识进行充分辩护；第二，根据案外人的经济情况、涉案财产的权属登记情况、涉案财产购买资金的来源与性质否定“替被告人代持”的控诉逻辑，司法实践中不乏因涉案被告人个人能力突出、经济实力强而认定部分关系亲密人名下的财产系代被告人持有而予以查扣进而没收，辩护律师应充分了解代持关系认定的法律要点；第三，根据《规定》第九条第一款规定：“判处没收财产的，应当执行刑事裁判生效时被执行人合法所有的财产。”即应当甄别刑事裁判生效前被告人已合法处置、转让自己出资购买的财物，特别是赠予子女的财产不应作为没收对象，只有当公安司法机关有确实充分的证据证明已处置的财产受让人“非善意”的情形下才能予以追缴没收。第四，应剥离出涉案财产中来源于银行贷款或他人借贷的债务，积极与债权人沟通督促债权人向执行机构提出异议，防止相关应归还债务的资产被没收之后还要自行负担相关债务。

此外，辩护律师仍应结合案情，特别是被告人实施犯罪行为的危害性、获利情况、家庭负担、经济能力等因素，运用比例原则积极向合议庭争取判处“部分”没收个人财产以及降低没收财产和罚金的幅度，真正做到罪责刑相适应。

四、利害关系人的异议权

不管是前文提到的全流程场域，还是以关联性为中心涉案财产追缴的异议权，抑或是针对财产刑的财产权属争议，都与利害关系人紧密相关。在有组织犯罪涉案财产辩护中，利害关系人的权利保障存在若干困境：不能及时获悉案件诉讼进展情况、没有当事人的诉讼地位无法充分行使异议权、能否参加庭审依赖于法官的自由裁量权、难以通过申诉维护权利等 。

《反有组织犯罪法》第四十九条规定，利害关系人对查封、扣押、冻结、处置涉案财物提出异议的，公安机关、人民检察院、人民法院应当及时予以核实，听取其意见，依法作出处理。公安机关、人民检察院、人民法院对涉案财物作出处理后，利害关系人对处理不服的，可以提出申诉或者控告。当然，该条款并未明确利害关系人的当事人地位，但在法律层面确立了利害关系人的异议权，为利害关系人的涉案财产辩护提供了权利基础。

第一，辩护律师应以《反有组织犯罪法》第四十九条为中心，在要求办案机关保障利害关系人诉讼权利的前提下，积极向办案机关表达实体性异议意见。

第二，针对利害关系人参加诉讼、表达意见的问题，可以结合《中共中央办公厅、国务院办公厅印发〈关于进一步规范刑事诉讼涉案财物处置工作的意见〉的通知》第十二条有关保障案外人诉讼权利的相关规定——“人民法院应当通知其参加诉讼并听取其意见”争取在专门的涉案财产处置程序中发表意见。

第三，无救济则无权利，《反有组织犯罪法》第四十九条第二款规定利害关系人异议权的救济措施，即对已作出的财产处理有权提起申诉或控告，其内含了利害关系人的上诉权、申诉权等救济权利。

对劳动碰瓷定义的分析及其应对的思考

文 / 佛山市顺德区法律援助处 • 冯勃

摘要：劳动碰瓷是一种发生在劳动力市场上违背诚实信用原则、滥用权利的社会现象，个别劳动者恶意利用企业用工管理上的漏洞和劳动法对劳动者的倾斜保护规定，通过法律途径获得利益。现行法律法规对劳动碰瓷没有规定，直接关联的司法判例相对较少，学术界有关的论文也不多。根据典型案例和有关论文的研究，笔者分析认为劳动碰瓷在本质上是一种类似欺诈、诈骗的行为，完善对劳动碰瓷案件的裁判方式和理论相对而言是一种较好的处理路径。因此，笔者建议劳动碰瓷案件的处理方式可以参考民事或者刑事上有关欺诈、诈骗的相关规定，根据劳动法律法规，按个案的具体法律事实处理。

关键词：劳动碰瓷；定义；典型案例；处理路径

正文：近年来，劳动碰瓷的现象在劳动力市场上时有发生，常见于一些司法机关、劳动仲裁机构发布的典型案例或者法治宣传报道上。劳动碰瓷现象谈不上泛滥，但却危害不小，它首先直接损害了用人单位的权益，间接破坏了所在地劳动者整体的良好形象，浪费当地司法资源，进而不利于和谐劳动关系与优良营商环境的构建。为解决处理劳动碰瓷，一些专家学者提出了各种对策建议，如完善劳动领域的立法，如改进法官的裁判方式，如企业应做好自身防护降低被碰瓷的风险等等。劳动碰瓷是一种复杂的社会现象，在具体案例中涉及一种或多种法律行为。笔者尝试分析总结劳动碰瓷的定义，并结合典型案例，研究讨论解决劳动碰瓷问题的对策。

一、何谓劳动碰瓷

（一）劳动碰瓷不是法律词汇

劳动碰瓷（类似的用语还有“职场碰瓷”“劳动争议碰瓷”等）在我国是否一个法学概念尚存疑问，但它绝对不是严格意义上的法律词汇。法律词汇即法律法规有明确定义并作出有关规定的词汇。现行法律体系内没有关于劳动碰瓷的规定，辽宁省人力资源和社会保障厅在2016年发布的一份对《规制企业用工中劳动碰瓷》的答复中认为劳动碰瓷是一种网络叫法。



冯勃

（二）劳动碰瓷的词语结构

从词语结构上看，劳动碰瓷是一个组合词汇，分为“劳动”和“碰瓷”两个名词，其中“劳动”作定语修饰“碰瓷”，这表明劳动碰瓷是“碰瓷”中的一种。百度百科也是从文义解释的角度去概括劳动碰瓷的含义，认为它属于社会学术语，是“劳动市场上出现的‘碰瓷’现象。”因此，劳动碰瓷的关键重点应落在“碰瓷”上。“碰瓷”是北京方言，原意指旧时一些混混、无赖之辈手拿易碎的瓷器故意撞人，瓷器应声落地而碎，以此敲诈行人，现泛指一些投机取巧，敲诈勒索的行为。在我国法律体系中，有关“碰瓷”的规定，笔者仅搜索到一部最高院、最高检与公安部联合出台的司法解释《关于依法办理“碰瓷”违法犯罪案件的指导意见》，其对“碰瓷”的定义系“是指行为人通过故意制造或者编造其被害假象，采取诈骗、敲诈勒索等方式非法索取财物的行为”。此处的“碰瓷”已属违法、甚至是犯罪的行为，与劳动碰瓷不尽相同。劳动碰瓷一般是放在劳动法领域内讨论的行为，司法实践中很少会进入到刑法范围；但两者确有相通之处，如隐瞒事实、制造假象、谋取利益等。

（三）有关论文中劳动碰瓷的定义

学术界有关劳动碰瓷的论文并不多，在笔者所能查阅到的学术论文中，对劳动碰瓷的定义主要有两种，一种是仅涉及劳动者故意不签订劳动合同的行为，如“劳动碰瓷是指劳动者明知应当签订劳动合同却借故不与用人单位签订，而后在短期内采取如迟到、怠工、寻衅、斗殴等手段，达到被用人单位辞退的目的，以伺机向用人单位主张二倍工资赔偿或经济补偿金”。此种定义在笔者查阅到的论文中占主要部分；另一种是不限制于故意不签订劳动合同的行为，如“一些不良劳动者以诉讼为目的，专门选取管理不规范的中小企业就业，利用用人单位管理的疏漏与制度的缺失，主动要求不签劳动合同、不缴纳社会保险等，工作短暂时间后离职，不断变更工作单位，频繁提起碰瓷式劳动争议，谋取不当利益”。在一些新闻报道或者典型案例中，劳动碰瓷的案情更为丰富，还包括故意迟到早退、泡病假等行为。

（四）笔者对劳动碰瓷定义的看法

笔者认为劳动碰瓷难以准确、严格地定义，其本身有较大的灵活性，虽然借鉴了“碰瓷”的含义，但在违法严重程度上不如“碰瓷”，更接近于民事上的欺诈；它作为社会用语，其内涵会随着经济社会的发展而不断发生变化的，且不同地域对其具体内容的范围可能会有不同认定标准，仅凭概念式词句在逻辑上是难以涵盖其所有，难以周延。实际上也没有必要对其进行准确、严格地定义，我们可以通过总结其特点和行为模式把握它。劳动碰瓷具有以下几个特点，一、劳动碰瓷者并非真心实意与用人单位建立劳动关系，违背了诚实信用原则；二、劳动碰瓷者利用了用人单位管理上的漏洞和劳动法律法规对劳动者的倾斜性保护；三、劳动碰瓷者一般通过合法的法定程序谋取利益。

从有关论文的定义中可见，劳动碰瓷不是单一的某种行为，而是一种行为集合，有着相对固定结构组合，最开始是以虚假意愿与用人单位建立劳动关系，然后借故或者利用单位管理制度的缺失不签劳动合同或者不缴社保等，接着以此单方解除劳动关系或者引诱用人单位解雇自己，最后利用法定程序谋取利益，如劳动仲裁、劳动监察投诉、调解、诉讼等。

二、实践中对劳动碰瓷的处理

这里的处理是法学上的，包括司法层面和立法层面；前者是指对劳动碰瓷案件的裁决，由劳动碰瓷引起的案件主要是民事案件（劳动争议），极少数是刑事案件（诈骗罪），尚未查找到有关的行政案件；后者是指个别地方制定规范性文件或者出台政策对劳动碰瓷进行规制，试图确立法律渊源，填补无明文规定的漏洞。

（一）民事案件

从对劳动碰瓷定义的分析可知，涉劳动碰瓷案件在民事诉讼中往往表现为劳动争议。而我国对劳动争议案件的规定系劳动仲裁前置程序，即未经劳动仲裁，人民法院不得受理。广东省一直是外来务工人员比较集中的地区，劳动争议多发。所以笔者决定选取广东省审判阶段的涉劳动碰瓷案件作为研究对象。在中国裁判文书网以劳动碰瓷为关键词对广东省所有的裁判文书进行全文搜索，共检索到 61 篇文书（2023年8月8日晚检索结果），经核对排除四篇（两篇重复、一篇系移送管辖裁定、一篇实际案情无关劳动碰瓷），现对这57份样本进行统计分析 。



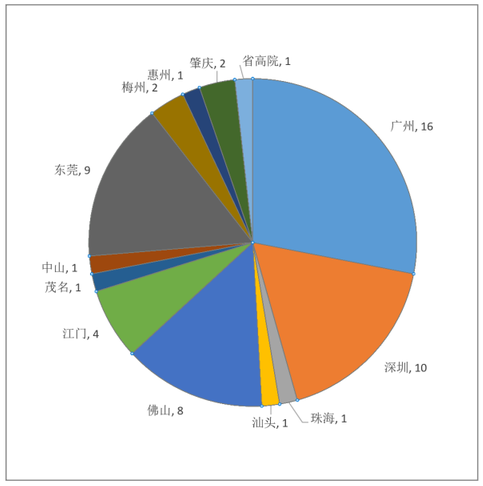
图一 ▲

1.涉劳动碰瓷案件的裁判时间

如图1所示，从2018年起，涉劳动碰瓷案件的数量开始连续攀升，直到2021年19件，随后2022年回落到7件，2023年暂统计到3件。

2.涉劳动碰瓷案件的发生地区

如图2所示，广东省范围的涉劳动碰瓷案件绝大部分发生在珠三角地区，如广州、深圳、珠海、佛山、江门、中山、肇庆、东莞、惠州等，共53件，占比约92.98%。因为珠三角地区聚集了众多大小不一的民营企业，用工需求大，吸引了省内外众多务工人员。



图二 ▲

3.劳动碰瓷用语在文书中的使用情况

因为劳动碰瓷不是法律词汇，法官在说理论证时很少用到，57份裁判文书中，劳动碰瓷多出现在用人单位的主张或抗辩中，出现在法院说理论证部分的仅有9份。在这9份中，法院认为用人单位主张劳动碰瓷没有证据支持的有7份，认为劳动者对不签劳动合同存在过失或者故意的有1份，剩余一份则认为劳动者构成劳动碰瓷，案号为（2022）粤14民终1005号。

在（2022）粤14民终1005号案中，法院认为“当事人的行为系明知不签订劳动合同、未购买社保等能够获得工资之外的经济利益，还屡屡实施上述行为，是典型的劳动“碰瓷”行为，有悖劳动立法之初衷，其诉讼请求不应得到支持。其次，当事人在短时间内屡次起诉多家企业，要求企业向其支付赔偿金、经济补偿金等，违背了劳动合同法通过明确劳动合同双方当事人的权利和义务，保护劳动者的合法权益，构建和谐稳定的劳动关系的立法目的，违反诚实信用原则，同时损害了用人单位利益，不利于构建和谐、健康的劳动关系，其诉求亦不应得到支持。”

4.涉劳动碰瓷案件中劳动者的诉求情况

诉求中包含未签订劳动合同双倍工资的裁判文书有41份，包含经济补偿金、赔偿金的各有24份，包含加班工资的有17份，其他诉求还有高温津贴、病假工资、医疗费、社保费用、代通知金等等。由此可见，涉嫌劳动碰瓷者的主要诉求是未签订劳动合同双倍工资 ，其次是经济补偿金和赔偿金。

未签订劳动合同双倍工资规定的立法原意是通过惩罚性规定督促用人单位在法定期限内与劳动者签订书面劳动合同，从而规范双方的权利义务，保护劳动者的合法权益，建立和谐劳动关系。但其惩罚性往往被劳动碰瓷者利用，因该规定涉及赔偿较多，在操作上较为容易实现，举证责任在用人单位，实践中就是找各种理由或借口不签书面劳动合同。

5.其他涉劳动碰瓷的典型案例

考虑到裁判文书网的滞后性，以及劳动碰瓷非法律词汇等因素，笔者也以劳动碰瓷为关键词在百度和微信上进行搜索，排除个人账号或小网站发布的文章，检索到微信公众号深圳市中级人民法院发布的《劳动碰瓷使不得！》，对刘某与某餐厅劳动争议一案，法院经审理认为，“刘某在某餐厅工作仅两天，尚未办理入职手续，即称自己被餐厅以吃员工餐饭量大为由解雇，明显不合常理。从其涉及的大量劳动纠纷案件分析，多数是以消极怠工、主动找茬等方式，诱导用人单位对其作出辞退处理，然后向用人单位主张违法解除劳动合同赔偿金。诚实信用原则是我国公民从事民事活动和进行民事诉讼的基本原则。刘某通过劳动碰瓷的方式请求赔偿金，违反了民事主体应当遵循的诚实信用原则，法院不予支持。综上，法院驳回了刘某要求赔偿违法解除劳动合同赔偿金的诉讼请求。”

（二）刑事案件

目前只检索到两起涉及劳动碰瓷的刑事案件，



其中一起还没搜到审判结果。两起案件均以诈骗罪为案由追究劳动碰瓷行为人的刑事责任，均发生在温州市瓯海区。

第一起案件的案号为（2017）浙0304刑初481号，两名被告人（系夫妻关系）在劳动合同上伪造本人签名，工作一段时间后引诱用人单位解除劳动关系，然后申请劳动仲裁，请求未签劳动合同的二倍工资，当用人单位举证劳动合同时，被告人主张非其本人签名，反咬公司伪造合同，最终成功骗取二倍工资共约18000元。法院认为，“两被告人结伙在劳动合同上伪造不是其所写的签名，再以被害单位未与其订立劳动合同为由，通过劳动仲裁等途径获取二倍工资；两被告人的上述行为是结伙以非法占有被害单位财物为目的，采取欺诈手段，致使劳动仲裁委等机关基于错误认识而运用法律强制措施将被害单位的财物交付给被告人，数额较大，依法应以诈骗罪定罪处罚。”

第二起案件由检察机关在检查监督中发现，劳动碰瓷行为人自2009年以来与39家用人单位发生过劳动争议，诉求是未签劳动合同的二倍工资、违法解除或终止劳动合同的赔偿金、未为其缴纳社会保险费的经济补偿金，共计30余万元。其中实际获得17家企业支付的金额7万余元；其余的未获法院支持。检察机关认为，“该行为人以非法占有为目的，利用用人单位欠缺法律意识，明知应当签订劳动合同而借故不与用人单位签订，而后在短时间内故意制造事由被辞退，通过诉讼途径恶意牟利，既遂数额较大，未遂数额巨大，其行为已涉嫌诈骗犯罪，应当追究其刑事责任。”2019年7月10日，公安机关依法将行为人刑事拘留。

笔者查找不到第二起案件的后续。上述两起案件的共同点一是诉求未签劳动合同的二倍工资，二是故意制造事端被解雇，三是利用合法途径谋取利益；这些共同点在民事案例中也常见，之所以发展到需要追究刑事责任，第一起案件是因为行为人伪造了签名，第二起案件是因为行为人在某段时间内超乎异常的劳动争议次数。

（三）制定规范性文件

出台专门的规范性文件对劳动碰瓷进行规制，笔者目前只查找到一例，即“劳动者维权异常名录”，根据公开报道，目前已有两地出台了该类型文件，分别是浙江湖州和浙江嘉兴。浙江湖州出台的时间较早，嘉兴的规定与其大同小异，因此下文将拣湖州的作详细介绍。2020年4月28日，湖州南太湖新区人民法院联合湖州市劳动人事争议仲裁院、湖州市劳动保障监察支队共同制定并印发《关于建立“劳动者维权异常名录”的实施意见》（以下简称《意见》）。

《意见》认定构成维权异常的主要标准是一定周期内劳动者向有权部门主张权利的次数，具体如下：“（一）连续三年内，在同一劳动保障监察部

门投诉10次以上或者在全市劳动保障监察部门投诉20次以上；（二）连续三年内，在同一劳动人事争议仲裁院申请仲裁5件以上或者在全市范围内申请仲裁7件以上；（三）连续三年内，在同一人民法院提起劳动争议诉讼3件以上或者在全市范围内提起劳动争议诉讼5件以上；（四）一年内，在同一劳动保障监察部门或（信访部门）以拖欠农民工工资名义讨要工程款3次以上或者在全市动保障监察部门或（信访部门）讨要工程款5次以上的；对于情节恶劣，造成严重社会不良影响的，即使未达到前款要求，当经湖州南太湖新区人民法院、湖州市劳动人事争议仲裁院、湖州市劳动保障监察支队会商一致同意，也可纳入“劳动者维权异常名录”。

《意见》对“劳动者维权异常名录”内的劳动者采取了很严厉的针对措施，（一）对外曝光。通过南太湖法院官方网站、官方微信公众号等平台向社会发布“劳动者维权异常名录”，及时通报到辖区内各劳动中介、人才市场、行业协会等相关单位。（二）从严审查。“劳动者维权异常名录”中的劳动者名单将嵌入相关业务系统，在劳动监察、仲裁、审判等环节自动弹出提示信息，提醒办案人员从严审查。（三）从严惩处。通过关联案件检索，强化法律关系甄别，一旦发现不诚信诉讼、恶意诉讼行为，从严惩处，涉嫌刑事犯罪的，移送公安处理。目前笔者在有关单位的官网查询不到该名录的公布信息。

三、关于应对劳动碰瓷的思考

（一）有关论文中的对策建议

如在本文开头所述，有关劳动碰瓷的论文都提出了处理劳动碰瓷问题的对策和建议，笔者将它们分为以下三类。

一是完善劳动法领域的立法，例如建议将《劳动合同法》第八十二条进行适当修改，将不签订书面劳动合同的法律后果由支付二倍工资修改为支付一倍以上、二倍以下的工资，以便裁判者能综合考虑各种因素，行使自由裁量权，在一定幅度限额内，对用人单位此类法律责任作出公正地裁决 。

二是改进司法裁判方式和完善有关理论，具体如在裁判过程中运用目的解释准确适用《劳动合同法》第八十二条，避免机械性、形式化套用法条的问题 ；如建议司法机关在做出裁判时应当对劳动纪律做出合理的扩大解释，除了要遵守一般的劳动规则及劳动秩序外，还应遵守行业规则、职业道德、甚至包括公序良俗的准则 。

三是建议企业做好自身防护降低被碰瓷的风险，具体措施如合理合法地对违纪员工进行处罚、按照劳动法律法规的要求处理劳动人员的冲突、完善企业内部应对劳动争议的机制、提升企业应对劳动仲裁的能力等 。

（二）对有关论文中对策建议的分析

笔者认为用立法方式对劳动碰瓷进行规制需要特别慎重，这关乎劳动者的权利，要综合考虑各方面因素，广泛听取多方意见，特别是劳动群众的意见，还要考虑到可操作性，评估实际能发挥的效果。浙江的“劳动者维权异常名录”在出台之初就引起了很大争议，有学者认为它“限制维权次数可能侵犯劳动者提起争议处理的权利，公布名录不利于劳动者的个人信息保护录，并且可能会侵害劳动者就业权；对企业来讲，可能会降低其自律合规的内在动力” 。甚至有人提出为了公平起见也应建立“企业违法用工名录”，将有多次违法用工记录的企业列入失信名单，并公布于社会。劳动碰瓷案件只占全部劳动争议的很小一部分，非要改动某条法规或者制定相应规范，有杀鸡用牛刀的嫌疑。

建议企业加强规章制度建设，规范劳动用工管理，这当然是正确。但是考虑到我国小微企业在企业总数中占绝大多数的现实，而小微企业往往对劳动用工管理不够重视，没有完善的劳动用工管理制度。因此，这一建议的实施需要长期坚持不懈的努力。

在司法层面完善对劳动碰瓷案件的裁判方式和理论是一个相对较好的路径。它相对灵活，可以充分运用现有的法律法规而无需制定新规；让裁判者更好地运用自由裁量权根据案件具体实际应对劳动碰瓷个案，及时公平地处理劳动碰瓷类型的劳动争议，能更好地打击劳动碰瓷者滥用权利的行为，促进和谐劳动关系的构建。除了有关论文中“运用目的解释准确适用《劳动合同法》第八十二条”“对劳动纪律做出合理的扩大解释”等建议外，笔者认为对劳动碰瓷案件可以考虑采用的裁判思路如下。

（三）本文对处理劳动碰瓷案件的建议

1.民事案件范畴的劳动碰瓷

结合上文对劳动碰瓷定义的讨论，参考民事欺诈的法律规定和法学理论，笔者认为民事案件中的劳动碰瓷构成要件可作如下设置：

一是存在引诱或假意配合用人单位违反劳动法律法规的行为。上文已提出“劳动碰瓷是一种行为集合，有较为固定组合结构，其核心行为系劳动碰瓷者引诱或者假意配合用人单位违反劳动法律法规的行为，常见的有借故不签劳动合同、假意同意单位不缴纳社保、利用单位管理制度缺失引诱单位违法解雇自己等等。凭借这些行为中，劳动碰瓷者恶意利用对劳动者具有倾斜保护性质的劳动法律法规，意图通过法律途径获得相较于诚实劳动更多的利益，如未签书面劳动合同的二倍工资、违法解除劳动合同的赔偿金、《劳动合同法》第三十八条规定情形下的经济补偿金以及社保费等。

二是引诱或假意配合用人单位违反劳动法律法规的行为与劳动争议之间存在因果关系。引诱或假意配合用人单位违反劳动法律法规的行为须导致用人单位作出了违反劳动法律法规的行为，进而由劳动碰瓷者引发与此相关的劳动争议。劳动碰瓷者虽有此行为，但用人单位没有上当受骗。劳动碰瓷者与用人单位因其他缘由发生劳动争议的，用人单位不得以被劳动碰瓷为由撤销其与劳动者的劳动合同关系或者否认其他合法权益的主张。

三是存在劳动碰瓷的故意。实施劳动碰瓷的当事人必须明知并追求通过自己的行为引起与用人单位劳动争议，进而牟利。劳动碰瓷的故意难以认定，因为在劳动碰瓷案件中，劳动碰瓷者与用人单位建立劳动关系、为单位提供劳动属于事实，用人单位与劳动者没有签订劳动合同、没有缴纳社保或者违法解雇等行为也是事实。目前只能通过劳动碰瓷者发生劳动争议的次数以及频率，再结合具体案情来综合判断。短时间内多次与不同用人单位发生劳动争议，且诉求基本上一样，此种情况大致可判定行为人具有劳动碰瓷的故意。

劳动碰瓷的法律后果。劳动碰瓷导致劳动合同可以撤销，因受欺诈而签订劳动合同的用人单位享有撤销权。用人单位行驶撤销权后，劳动合同自始无效，有过错方应当赔偿损失。若劳动碰瓷者付出一定劳动，笔者认为用人单位应当支付相应劳动报酬。

2.刑事案件范畴的劳动碰瓷

笔者认为进入到刑事范围的劳动碰瓷属于诉讼诈骗，如上文提到的第一起涉及劳动碰瓷的刑事案例。诉讼诈骗是三角诈骗的典型形式。诉讼诈骗，是指制造、提供虚伪事实或者证据，向司法机关提起诉讼，使法院作有利于自己的判决，从而获取财物或者财产上利益的行为。因此，对劳动碰瓷刑事案件，按照诈骗罪的相关法律规定处理。



建设工程“黑白合同”相关问题的思考

文 / 沈阳市大东区人民法院 • 李季 彭佳妮



李季



彭佳妮

建设工程施工合同的内容主要包括工程范围、工期、工程质量、工程价款、质量保修范围、违约责任、争议解决方法等。司法实务中，“黑白合同”区别在于必须在合同实质性内容约定不一致。那么，何为合同实质性内容呢。按照学界通说，合同实质性内容一般是指对当事人的基本权利义务产生重大影响的内容，如合同约定的工程价款、工程质量和工程期限。当然，如果在合同实际履行过程中，因设计变更、建设工程规划指标调整等客观原因导致工程量发生变化，建设单位与施工单位经协商对合同进行补充、细化的，属于正常的合同变更情形。众所周知，建设工程施工合同的履行具有周期长、变化大的特点，合同实际履行过程中，合同约定的内容往往会发生一定变化。另外，建设工程具有复杂性、系统性等特点，进行招投标时往往不可能完全预判到合同履行的每一个具体细节，也不可能完全预估到合同履行过程中的所有主客观变化。因此，履行内容的变化一般被视为合理的、必要的。在“变化中”区分哪些变化是不合理的，是否构成了实质性变更，成了对法官审理案件的重大考验。“黑白合同”主要是针对同一工程的两份合同在实质性内容方面不一致而言，与两份合同的签订时间无必然联系，故合同签订时间并不是判断“黑白合同”的唯一标准。

一、“黑白合同”实质性内容的认定问题

（一）“白合同”实质性内容的认定

我国《招标投标法》第四十六条第一款规定：招标人和中标人应当自中标通知书发出之日起三十日内，按照招标文件和中标人的投标文件订立书面合同。招标人和中标人不得再行订立背离合同实质性内容的其他协议。其立法目的在于，公平保护招标投标活动中除招标人与中标人之外的其他投标人参与公平竞争的合法权益，维护公平竞争秩序，进而保护国家利益、社会公共利益，并提高经济效益，保证项目质量。因此，可以从两方面角度来分别考察中标合同的“合同实质性内容”的范围，进而通过综合归纳，对个案中“合同实质性内容”做出合理、客观的认定。按照合同法的学理通说，一般情形下，在建设工程施工合同招投标程序中，招标文件为要约邀请，投标文件为要约，中标通知书为承诺。在法律没有特别规定或要约人与承诺人之间未特别约定成立条件的情形下，承诺到达要约人时，合同成立。然而，仅以要约、承诺作为合同成立的理论来证明中标通知书送达中标人，建设施工合同的本约即成立，存在逻辑漏洞，因为，要约与承诺的合同基本理论不仅适用于本约的成立，也适用于预约的成立，因此，真正需要探究的是，招标文件、投标文件、中标通知书三者间的内容是属于双方成立预约的意思表示还是成立本约的意思表示。如当事人书面协议的意思表示不够明晰，应当综合审查相关协议的内容以及当事人为达成订立合同的磋商甚至具体的履行行为等事实，进而确定当事人的真实意思，并据此对当事人之间法律关系的性质作出准确的判定。但在建设工程承施工合同订立实践中，招投标文件和中标通知书通常已明确约定了工程施工本约应包含的主要条款甚至全部条款，双方并不要订立一个新的合同约定相应内容以最终确定双方之间的工程承发包法律关系，或者约定再行订立一份新的书面合同，作为双方正式的施工本约成立的条件。因此，为更好地指导裁判，当事人之间排除本约的特别约定不能作为裁判依据，而应以确认中标后认定双方之间成立施工本约为基本原则。

（二）“黑合同”实质性内容的认定

现行招标投标法及其实施条例未规定背离中标合同实质性内容另行订立的协议效力。因此，有必要根据实务中的多种情形，对比我国《民法典》中关于合同无效部分的规定，对该等协议的效力进行分析。在项目的客观情况发生了实质性变化的情形下，对于依法必须招标的项目而言，当事人“背离”中标合同实质性内容另行订立的协议，规避了依法应当实施的重新招标程序；在项目的客观情况未发生实质性变化的情形下，无论对于依法必须招标的项目，还是依法非必须招标项目而言，新合同本质上均推翻了依法已经实施的招标程序订立的合同，上述情形均属于招标人与中标人恶意串通，损害国家、集体或者第三人（主要是未中标的其他投标人）利益，应当依法认定为无效。

（三）“黑合同”合理认定问题

第一，关于“背离”中标合同实质性内容的界定问题。实践中，经常存在招标人与中标人另行订立的协议与中标合同实质性内容之间的偏差，但偏差性质和偏差程度差别很大。如果认为任何偏差均构成前者对后者的“背离”，尽管认定方法简单明了，但未免过于严苛。因此，有必要讨论上述偏差达到何种性质、程度才构成前者对后者的“背离”。对“背离”的界定应从招标人与中标人另行订立的协议与中标合同实质性内容之间的偏差是否构成对未中标的其他投标人的公平竞争权利的实质性不利影响考量。对未中标的其他投标人的公平竞争权利的影响更具体地体现在新合同的偏差是否影响原先的评标结果（特别是中标结果），如果上述偏差不足以实质性改变原先的中标结果，则应当认为该等偏差的性质或程度不构成“背离”，或者应作为“背离”的例外情形。从另一方面考虑，上述情形的偏差应属于合同当事人之间真实意思表示的合理范畴，应以确认。

就具体争议而言，如果上述偏差的性质、程度对原先评标结果的影响程度难以定论，应首先推定此等偏差构成对中标合同实质性内容的“背离”，主张否定上述推定的争议一方应当举证证明该等偏差不会改变原先的评标结果。审判实践中，另行订立协议“背离”中标合同实质性内容的受益方是招标人，招标人具有提供招标文件、评标办法、包括中标人在内的所有投标人的投标文件、评标过程文件、评标结果的举证能力。

第二，关于“背离”中标合同实质性内容的例外情形的认定问题。是否“背离”中标合同实质性内容的例外情形的前提是中标合同实质性内容确已发生显著变更，但基于正当理由，此等变更不属于招标投标法规制的“背离”中标合同实质性内容的情形。实质性内容被显著变更的原因及程序是否正当合理。根据招标投标法的规定，以及《民法典》关于合同成立的要约承诺规定，当中标项目的客观情况发生实质性变化时，原要约承诺的内容基础已经改变甚至不复存在。在项目工程依法应强制招标的情形下，如上述客观情况实质性变化发生在合同成立之前，发包人应当通过终止原招标程序重新招标，或者修正原招标条件、延长投标时限等方式将变化后的项目客观情况纳入原招标投标程序中加以完善，而无权通过与原中标人另行订立背离原中标合同实质性内容的协议的方式规避重新招标或修正原招标程序，如上述客观情况实质性变化发生在中标合同成立之后，发包人依法应当解除原中标合同，重新通过招标方式选择中标承包人。只有在符合《招投标法实施条例》第九条第一款第（四）项规定（即：需要向原中标人采购工程、货物或者服务，否则将影响施工或者功能配套要求）的特殊情形下，发包人按照实施条例第七条的规定，报经项目审批、核准的有权机关审批、核准后，项目可不再重新招标，而以与原中标人补充订立合同的方式，变更原中标合同的实质性内容。

对于依法并非必须招标的项目，即发包人自愿采用招标的项目，法律是否应当禁止招标人与中标人另行订立背离原中标合同实质性内容的协议，实践中存在不同观点。第一种观点认为，招标投标法及其实施条例应当适用于在我国实施的所有招标投标活动。第二种观点认为，无论上述客观情况实质性变化发生在中标合同成立之前或者之后，发包人都有权重新确定选择承包人的方式（包括不再选择招标方式而直接订立合同方式），当然也有权与原中标人另行订立不同于原中标合同实质性内容的协议。然而，考察招标人另行订立背离中标合同实质性内容的协议的目的，就会发现，基于第一种观点解决问题的结果与基于第二种观点解决问题的结果相一致。因此，对于依法并非必须招标的项目，项目客观情况实质性变化时，法律如对招标人与中标人另行订立背离原中标合同实质性内容的协议的行为予以禁止，就当事人民事法律关系的调整并无实际意义 “背离”中标合同实质性内容的例外情形的认定亦无必要。

二、“黑白合同”效力问题

当事人就同一建设工程另行订立的建设工程施工合同与经过备案的中标合同实质性内容不一致的，应当以备案的中标合同作为结算工程价款的根据。有一部分人认为“白合同”效力一定高于“黑合同”效力，并且认为，无论何种情况下均应以“白合同”作为工程款结算依据。笔者对此不予赞同。如上文所述，现实中“黑白合同”现象突出，产生的原因、表现形式也

多种多样，对“黑白合同”效力不应一概而论，理由如下：

（一）“白合同”限定于中标合同

“备案的中标合同”是指履行招投标程序后，承发包双方按《中标通知书》记载的实质性内容，在法定签约期限内签订并备案的施工合同。“备案的中标合同”应具备以下条件：一是应当招标的工程项目。《招标投标法》第3条对哪些工程项目应当招标作出了明确规定；二是履行了招投标法定程序，依《中标通知书》记载的实质性内容签订的正式的施工合同；三是《中标通知书》为认定合同效力的实质性条件。《招标投标法》第45条第二款规定：“中标通知书对招标人和中标人具有法律效力。”故此处备案的中标合同应限定于进行了合法招投标并根据招投标中标结果签订的合同。

（二）现行法律、法规并未明确“黑白合同”的效力

在司法实践中，普遍现象为承包人只是按照“黑白合同”的“白合同”或者“黑合同”起诉拖欠工程款，其提起诉讼的本质出发点为要求发包方支付工程款，一般情况下并不诉请认定合同无效，双方可能对合同效力并不持异议（即便存在合同无效的情况）。按照不告不理原则，人民法院不必主动认定招投标合同的效力，对涉及的合同效力问题均不涉及，可只确定哪一份合同作为双方结算工程价款的依据，故无法认定“白合同”当然有效的结论。

（三）合同效力属于法院主动审查范围

虽然我国现行法律、法规对“黑白合同”的效力未明确定论，但笔者认为，法院审理该类合同纠纷案件时，应当主动审查“黑白合同”的效力。合同效力是影响合同双方当事人权利义务的重要依据，也是法院审理合同纠纷案件中依法裁判的依据。司法实践中，承包人在请求工程价款时往往请求支付逾期付款违约金，此时必定涉及合同效力问题，如果合同无效，承包人仅能请求参照合同约定支付工程价款，而不能请求参照合同约定的工程款支付时间和逾期付款违约金内容主张有关权利。可见，合同效力是法院在审理案件过程中难以回避的问题。在司法实务中，建设工程合同纠纷案件进行裁判的基础事实，就是区分确认哪些工程施工合同有效，哪些工程施工合同无效。

我国《民法典》第一编第六章第三节规定了合同无效的具体情形，这是衡量合同无效的一般意义上的规定，对所有种类的合同均适用。建设工程施工合同是否无效同样适用上述标准。建设工程合同属于合同法规定的有名合同，建设工程施工领域的“黑白合同”的效力问题自然应遵照合同法的规定进行审查，而不能以是否公开签订作为认定标准。

综上，对于“黑白合同”的效力不应一刀切，亦不宜直接认定所有的工程均以“白合同”作为工程价款结算的依据，否则将导致当事人利益失衡，并间接支持以合法形式掩盖非法目的的行为。

三、“黑白合同”结算依据

（一）依法须进行招投标的工程

我国《招标投标法》第3条规定，大型基础设施、公用事业等关系社会公共利益、公众安全的项目，全部或者部分使用国有资金投资或者国家融资的项目，使用国际组织或者外国政府贷款、援助资金的项目必须进行招标。《工程建设项目招标范围和规模标准规定》又对上述规定范围内的各类工程建设项目的具体范围和规模标准作了详细、明确的规定。实践中，有些建设单位、施工单位严格按照规定进行操作，而有些建设单位、施工单位却违法不招投标或是搞明招暗定、虚假招投标。故针对不同情形下订立的“黑白合同”的效力及结算依据亦应有所区分。

1.进行了合法招投标并依据中标结果订立了合同后，又另行订立实质内容不一致的合同。双方当事人进行了合法招投标，依据中标结果订立了“白合同”，若“白合同”未违反其他法律、行政法规强制性规定，也未损害国家和社会公共利益，应认定为合法有效。《招标投标法》第46条规定：“招标人和中标人应当自中标通知书发出之日起三十日内，按照招标文件和中标人的投标文件订立书面合同。招标人和中标人不得再行订立背离合同实质性内容的其他协议。”中标合同签订后，在无客观变更原因的情形下，双方又对合同的实质性内容进行了更改，未到有关部门备案，违反了招标投标法的强制性规定，另行订立的“黑合同”，应当认定为无效合同。双方应按照“白合同”约定内容进行结算。

2.违法不招投标或违法招投标导致中标无效，并另行订立与“中标合同”实质性内容不一致的合同。根据《招标投标法》的规定，共有以下六种情形导致中标无效：（1）根据《招标投标法》第50条规定，招标代理机构违反招标投标法规定，泄露应当保密的与招标投标活动有关的情况和资料的，或者与招标人、投标人串通损害国家利益、社会公共利益或者他人合法权益，影响中标结果的；（2）根据《招标投标法》第52条规定，依法必须进行招标的项目，招标人向他人透漏已获取招标文件的潜在投标人的名称、数量或者可能影响公平竞争的有关招标投标的其他情况，或者泄露标底，影响中标结果的；（3）根据《招标投标法》第53条规定，投标人相互串通投标或者与招标人串通投标的，投标人以向招标人或者评标委员会成员行贿的手段谋取中标的；（4）根据《招标投标法》第54条规定，投标人以他人名义投标或者以其他方式弄虚作假，骗取中标的；（5）根据招标投标法第55条规定，依法必须进行招标的项目，招标人违反该法规定，与投标人就投标价格、投标方案等实质性内容进行谈判，影响中标结果的；（6）根据《招标投标法》第57条规定，招标人在评标委员会依法推荐的中标候选人以外确定中标人的，依法必须进行招标的项目在所有投标被评标委员会否决后自行确定中标人的。司法实践中较为常见的情形是：进行了徒具形式的招投标活动并签订了“白合同”，或者连徒具形式的招投标活动都没有搞，而直接签订了“白合同”，并编造了与之相应的招投标文件用以备案。此类招标一般表现为邀请招标。建设单位在招标前与施工单位已进行了实质性谈判，但为了应付政府监管，建设单位通过邀请招标的方式进行招标，除邀请已进行过磋商的施工单位外，另外邀请两个熟悉的单位陪标。甚至有的招标材料等全套方案均是施工单位代办，搞虚假招标，明招暗定。违法不招投标或违法招投标导致中标无效的，根据“中标结果”订立的“白合同”无效。但发包人与承包人就同一建设工程签订的多份施工合同均被认定无效后，依据诚实信用及诉讼经济原则，应参照双方当事人达成合意并实际履行的合同结算工程价款。对于符合双方当事人的真实意思表示，并在施工中具体实际履行的合同应作为工程价款的结算依据。发包方认为承包方按合同约定付款节点支付逾期付款违约金及可得利益损失的主张因合同无效的主张，缺乏事实及法律依据，不应得到支持。

（二）依法不须进行招投标的工程

1.进行了招投标活动，但另行订立与“中标合同”实质性内容不一致的合同。依法不属于必须招投标的工程项目，建设单位应地方政府或者具体行政主管部门要求进行招投标，但订立了两份以上实质性内容不一致的合同；或是依法不属于必须招投标的工程项目，地方政府或行政主管部门也未要求招投标，建设单位自愿进行了招投标，并订立了两份以上实质性内容不一致的合同。针对这种情况，有的观点认为既然不是法律规定必须进行招投标项目，那么当事人签订“白合同”的行为均合法。笔者认为，《招标投标法》第2条规定：“在中华人民共和国境内进行招投标活动，适用本法。”因此，无论是法定必须招投标还是自主招投标，只要在中国境内进行招投标活动，都应接受招标投标法的规制。招标投标法所保护的不仅是当事人自身的利益，更是对社会投标市场的规范，事关不特定投标人利益的保护，涉及市场竞争秩序的维护。对于法律未规定必须进行招投标的项目，双方当事人进行了合法招投标，依据中标结果订立了“白合同”后，又另行订立了“黑合同”，则合同效力及结算依据与上文所分析的依法必须进行招投标且当事人进行了合法招投标的认定一致，即“白合同”有效，“黑合同”无效，“白合同”作为工程价款结算依据。若当事人违法招投标导致中标结果无效，则依据“中标结果”订立的“白合同”无效,因涉案项目不是法定必须招投标的项目，“黑合同”如未违反其他法律、行政法规的强制性规定，应认定为有效合同，作为结算工程款的依据。

2.未进行招投标活动，但订立了两份以上实质性内容不一致的合同，并将其中一份用于备案。对于此类合同是否属于“黑白合同”范畴，实务认识不一。笔者认为，建设工程施工领域中存在“黑白合同”问题，房屋买卖领域亦存在“黑白合同”问题。“黑白合同”系针对对内与对外、私下与公开而言，与是否经过招投标程序无必然关系。备案的合同具有公开性、对外性，与备案合同不一致的合同具有私下性、对内性，此类现象应认定为“黑白合同”。但在认定上述“黑白合同”的效力问题上，应从当事人双方的真实意思表示考虑，备案系方便政府部门的统一管理，属于行政管理范畴，对合同进行备案的规定属于管理性强制性规范，不影响合同效力。此类情形下，两份合同均未违反招标投标法等法律、行政法规强制性规定，故两份合同均应认定为合法有效的合同（若因其他原因认定无效的除外）。备案往往是建设单位须履行的单方行为，有些建设单位故意在备案合同中载明较低的工程价款，以少缴税费。如果不探究当事人的真实意思，一律以备案合同作为结算工程款的依据，则会使建设单位从中获利并损害施工单位的利益。

笔者认为，两份合同系就同一建设工程所订立的实质性内容不一致的合同，依据诚实信用原则，应以双方实际履行的合同作为工程价款结算依据。

上述情况属于发包方与承包方因结算问题发生争议导致不能正常结算的情形。如果双方在结算书上签字确认结算完毕，视为双方自愿处分自己的民事权利。在无撤销、变更结算书的法定理由下，一方以“黑白合同”适用问题为由，再行提起诉讼主张多付或少付工程款的，依据诚实信用原则及权利义务相一致原则，一般不予支持。

生态环境惩罚性赔偿在司法实践中的适用分析

文 / 北京市第二中级人民法院 • 蔡晓文
广东国鼎律师事务所 • 乐清月



蔡晓文



乐清月

自民法典施行以来，在生态环境侵权领域适用惩罚性赔偿有了明确的法律依据，对于用法治思维和法治方式解决“环境违法成本低”的老大难问题具有重要意义。但在近三年的司法实践中，惩罚性赔偿制度在生态环境侵权案件中的适用尚不普遍。本文以公开渠道检索到的生态环境侵权案例为基础，对惩罚性赔偿制度在生态环境侵权领域的适用范围、构成要件、赔偿金计算、履行方式等进行梳理分析，以期对司法实践中的审理原则和思路进行凝练总结，为生态环境侵权惩罚性赔偿制度的完善提供参考。

一、生态环境领域适用惩罚性赔偿的法律依据

惩罚性赔偿，是指行为人恶意实施某种行为，或者对该行为有重大过失时，以对行为人实施惩罚和追求一般抑制效果为目的，法院在判令行为人支付通常赔偿金的同时，还可以判令行为人支付受害人高于实际损失的赔偿金。除了与通常意义上的损害赔偿同样具有损害填补功能外，惩罚性赔偿还具有惩罚和遏制不法行为的多重功能，对预防同类型损害的发生也具有十分重要的意义。由于生态环境损害的累积性、潜伏性、缓发性、公害性等特点，现实中存在对环境侵权适用惩罚性赔偿的客观需求。

2021年1月1日起施行的《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）专门在第1232条增加规定了环境侵权惩罚性赔偿制度，规定“侵权人违反法律规定故意污染环境、破坏生态造成严重后果的，被侵权人有权请求相应的惩罚性赔偿。”这是我国第一次将惩罚性赔偿制度引入生态环境侵权领域的法律条款，我国也是世界上第一个将惩罚性赔偿制度写入《民法典》的国家。

2022年1月20日，《最高人民法院关于审理生态环境侵权纠纷案件适用惩罚性赔偿的解释》（法释〔2022〕1号，以下简称《解释》）正式施行，对于生态环境侵权惩罚性赔偿问题作出了细化规定，进一步明确了人民法院在生态环境领域适用惩罚性赔偿所应遵循的原则、范围、构成要件等事项。

综合《民法典》和《解释》的规定，在生态环境侵权领域适用惩罚性赔偿，主要应当满足以下要件：

一是行为要件，要求侵权人实施了不法行为。惩罚性赔偿不同于普通环境侵权，其赔偿数额更高，具有普通环境侵权不具备的惩罚功能。因此，判断侵权人行为“违法性”的标准也应当更加严格。按照《解释》第五条的规定，认定侵权人行为是否具有“违法性”，必须以法律法规为依据，可以参照规章的规定。

二是主观要件，要求侵权人存在污染环境、破坏生态的故意。与生态环境侵权案件中通行的无过错责任归责原则不同，惩罚性赔偿主要是针对恶意的、在道德上具有可非难性的行为而实施的特殊法律救济措施，属于损害补偿原则的例外，必须以侵权人的过错形态为故意时方可适用。认定侵权人是否具有主观故意，可以结合侵权人的经历背景、经营范围、污染物的种类，行为方式等因素综合判断。《解释》第七条亦详细列举了10类应当认定为侵权人具有故意的情形。

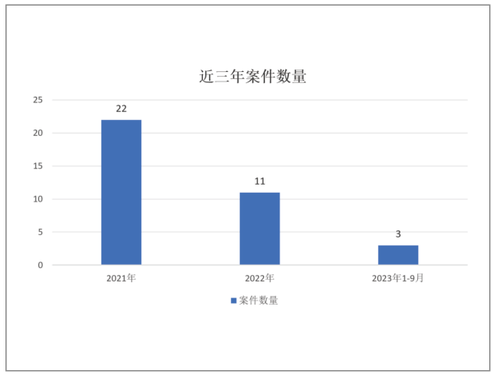
三是结果要件，要求造成严重后果。以造成严重后果为要件，是为了防止惩罚性赔偿制度被滥用而对其适用条件作出的限制。其既要求结果上的“严重性”，也要求结果必须是已经发生的，而不能仅是一种风险或可能性。根据《解释》第八条的规定，认定是否造成严重后果，一般根据污染环境、破坏生态行为的持续时间、地域范围，造成环境污染、生态破坏的范围和程度，以及造成的社会影响等因素综合判断。

二、生态环境惩罚性赔偿司法适用的现状与特点

为全面了解生态环境侵权纠纷案件中适用惩罚性赔偿的司法观点，笔者在中国裁判文书网、威科先行、北大法宝等数据库上以环境侵权、惩罚性赔偿为关键词进行搜索，检索到裁判文书及公开的部分典型案例共37个。以此为样本，通过数据和图表分析发现，在生态环境侵权纠纷案件中适用惩罚性赔偿的司法现状呈现如下特点：

（一）从案件数量来看，惩罚性赔偿的适用比例不足1%，符合审慎谦抑原则要求

此次检索到适用惩罚性赔偿的生态环境侵权纠纷案件中，2021年的案件有22个，2022年11个，2023年1至9月只有3个。

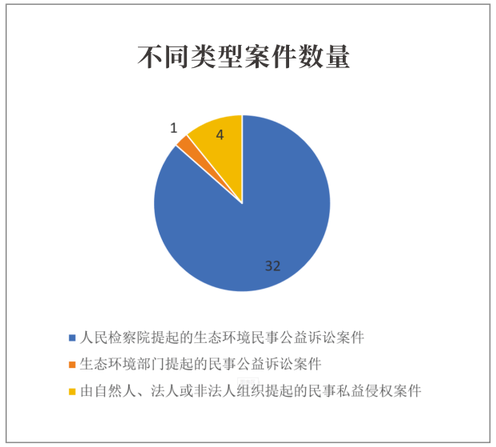


相比之下，同类数据库检索到的生态环境侵权案件在2021年约369个，2022年约150个，2023年1至9月约53个 。即便是排除部分裁判文书可能尚未公开的影响 ，在生态环境侵权纠纷案件中适用惩罚性赔偿的案件数量亦不足1%。

这种较低的适用比例与惩罚性赔偿的性质定位是相符合的。惩罚性赔偿是通过让侵权人承担惩罚性赔偿责任，增加其违法成本以防止其再次违法，同时威慑潜在的违法者，是一种特殊的惩戒措施。如果其适用过于泛滥，反而无法达到威慑的作用。尤其是在生态环境领域，企业通过生产经营活动为社会创造财富、提供就业，其在法律容许限度内造成的环境污染和生态破坏，是经济社会发展所必须付出的成本。因此，生态环境惩罚性赔偿的适用应遵循谦抑原则，避免侵权人动辄得咎。如上所述，为了防止生态环境惩罚性赔偿制度被滥用，《民法典》和《解释》也都对其适用条件作出了严格限制。

（二）从案件类型来看，惩罚性赔偿在司法实践中主要适用于生态环境公益诉讼

本次检索到的案例显示，在生态环境侵权领域适用惩罚性赔偿的案件绝大部分都是由人民检察院提起的生态环境民事公益诉讼案件，共有32个，占案例总数的86%以上；另有1个案件是由生态环境部门提起的民事公益诉讼案件；仅有4个案件是由自然人、法人或非法人组织提起的民事私益侵权案件。

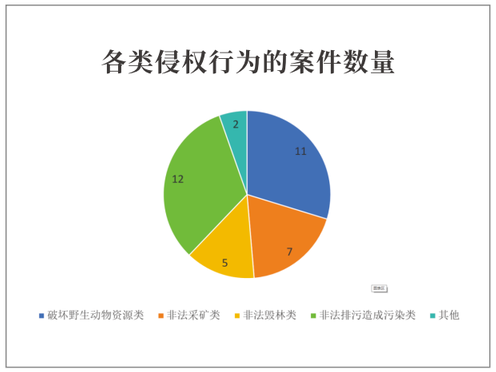


对于生态环境惩罚性赔偿的适用范围问题，理论界曾有观点认为生态环境惩罚性赔偿仅适用于环境私益诉讼，理由是《民法典》调整的是平等民事主体之间的法律关系，其第一千二百三十二条规定的有权请求惩罚性赔偿的主体也是被侵权人，从文义解释和体系解释来看，惩罚性赔偿原则上不适用于公益诉讼，而主要适用于私益遭受侵害的情形。

而在《解释》出台后，其第十二条明确了惩罚性赔偿不仅适用于环境私益侵权诉讼，也适用于生态环境公益侵权诉讼。2021年7月1日起施行的《人民检察院公益诉讼办案规则》第九十八条也规定，针对破坏生态环境和资源保护领域案件，人民检察院可以向人民法院提出惩罚性赔偿等诉讼请求。上述文件为在生态环境民事公益诉讼案件中适用惩罚性赔偿提供了依据。本次分析的案例数据亦显示，将惩罚性赔偿纳入环境公益诉讼，对于保障检察机关环境公益诉讼在生态环境保护中发挥更大功效起到了重要作用。

（三）从案涉侵权行为来看，生态环境领域适用惩罚性赔偿的范围不断拓展

案例显示，在适用惩罚性赔偿的生态环境侵权案件中，被告的侵权行为主要存在于破坏自然资源领域，此类案件共有23个，约占62%。其中破坏野生动物资源类案件11个，非法采矿类案件7个，非法毁林类案件5个。此外，还有非法大气污染物、水污染物或固废危废造成环境污染的案件12个，擅自放生破坏生态环境的案件1个，故意损毁文物的案件1个。



参照我国环境保护法第二条的定义，环境是指影响人类生存和发展的各种天然的和经过人工改造的自然因素的总体，包括大气、水、海洋、土地、矿藏、森林、草原、湿地、野生生物、自然遗迹、人文遗迹、自然保护区、风景名胜区、城市和乡村等，生态环境保护的范围非常广泛。

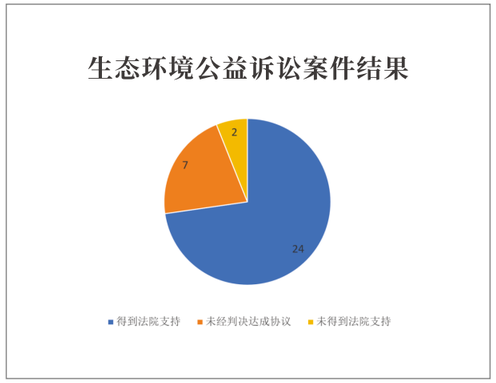
以上案例显示，在生态环境侵权领域适用惩罚性赔偿的范围也在不断拓展，从最为常见的污染自然环境、破坏资源，也开始拓展到人文遗迹保护等相对少见的领域。例如在最高人民法院依法保护文物和文化遗产典型案例“贵州省江口县人民检察院诉陈某平生态破坏民事公益诉讼案”中，行为人故意损毁文物，造成文物遗迹不可逆的损害，除承担文物修复等费用外，还被判处承担惩罚性赔偿金。

（四）从案件结果来看，环境民事私益诉讼中的惩罚性赔偿诉讼请求较难得到法院支持

在此次检索到的33个民事公益诉讼案件中，有24个案件的惩罚性赔偿诉请都得到了法院支持，约占76%。另有7个案件未经法院判决，达成调解协议。仅有2个案件的惩罚性赔偿诉请没有得到法院支持，其理由分别为：（1）海洋生态环境侵权纠纷案件不适用《解释》中的惩罚性赔偿规定 ；（2）请求被告人承担惩罚性赔偿金的证据不足 。

但在由自然人、法人或非法人组织提起的4个民事私益侵权案件中，其惩罚性赔偿诉请全都没有得到法院支持。法院不予支持的理由主要有：（1）不符合时间效力规定。民法典对污染环境、破坏生态行为进行惩罚性赔偿的规定突破了当事人原有的合理预期，并不具有溯及力 ；（2）不属于污染环境、破坏生态造成严重后果的情形；（3）不属于生态环境侵权纠纷 。

以上数据反映出，相对于人民检察院或生态环境部门提起的生态环境民事公益诉讼，环境民事私益诉讼中的惩罚性赔偿诉讼请求较难得到法院支持。除了案例检索可能不够全面的原因之外，出现在这一现象可能是因为，相对于民事私益诉讼的原告，环境公益诉讼的原告以人民检察院为主，人员法律专业水平更高，在调查取证、鉴定评估等方面也更有优势。尤其是人民检察院提起的案件很多都是刑事附带民事公益诉讼案件，即便无法达成调解或和解，其诉讼请求所依据的证据确凿，也更能得到法院支持。



（五）从赔偿金的计算方式来看，惩罚性赔偿金数额的认定具有一定裁量空间

在本次检索到的案件中，有30个明确了惩罚性赔偿金的数额，从其金额计算的方式来看，其基数主要根据查明的环境污染、生态破坏造成的财产损失、生态环境服务功能损失认定，计算的倍数则存在较大差异，最高5倍，最低5%。其中计算倍数在二倍以上（不含二倍）的案例有5个，判决时间均在2021年。

这种倍数差异与《解释》出台之前，对于倍数确定没有具体规定有关。在《解释》第十条明确惩罚性赔偿金数额一般不超过人身损害赔偿金、财产数额的两倍之后，相关的12个案例中，惩罚性赔偿金的计算倍数均未超过两倍。其中计算倍数在一倍及以上的案例有7个，一倍以下（不含一倍）的案例有5个，没有明显差异。

按照《解释》第十条的规定，人民法院确定惩罚性赔偿金数额，应当综合考虑侵权人的恶意程度、侵权后果的严重程度、侵权人因污染环境、破坏生态行为所获得的利益或者侵权人所采取的修复措施及其效果等因素，并可以综合考虑侵权人因同一污染环境、破坏生态行为已经被行政机关给予罚款或者被人民法院判处罚金的情况。据此，法院可以在《解释》确定的不超过两倍的范围内，综合案件情况，确定赔偿金的计算倍数，具有一定裁量空间。

例如贵州省江口县人民检察院诉陈某平生态破坏民事公益诉讼案——依法保护文物和文化遗产典型案例之九，法院综合考虑专家意见、陈某平对自己的行为当庭道歉、已经受到行政处罚、不存在因破坏生态环境获利等情形，酌情对检察院诉请的惩罚性赔偿金额50000元进行了调减，确定其承担惩罚性赔偿金25000元。

三、生态环境惩罚性赔偿司法适用的难点与建议

通过对案例的梳理和分析，司法实践中生态环境侵权纠纷案件适用惩罚性赔偿的难点问题主要有以下三个：

（一）认定“造成严重后果”的标准有待细化

“造成严重后果”是适用惩罚性赔偿的要件之一。不同于行为违法性、主观故意等具有明确判断标准的要件，人民法院认定侵权人污染环境、破坏生态行为是否造成严重后果，只能根据污染环境、破坏生态行为的持续时间、地域范围，造成环境污染、生态破坏的范围和程度，以及造成的社会影响等因素综合判断，具有较大裁量空间，在实践中也存在标准不明确、不统一的问题。

一方面，在部分生态环境公益诉讼案件中，没有对生态环境受到损害的严重程度进行区分或论证。例如在北京法院首例判处惩罚性赔偿的环境资源刑事附带民事公益诉讼中，被告非法捕获野生动物雉鸡6只，整体价值为1800元，即被认定对生态环境造成严重损害，判处承担惩罚性赔偿金3600元；又如新疆生产建设兵团阿拉尔垦区人民法院（2023）兵0103刑初36号案件中，被告盗伐44棵杨树，价值7943.07元，亦被认定造成严重后果，判处林木价值二倍的惩罚性赔偿。根据《民法典》的规定，只有造成“严重后果”的侵权行为才可以要求惩罚性赔偿。但在上述案例中，生态环境受到的损害能否达到“严重”程度，仍是值得商榷并应当进行论证的，而不能简单等同。

另一方面，在环境污染侵权行为造成人身损害的情况下，则较难认定造成严重后果。例如，在湖南省怀化市鹤城区人民法院（2021）湘1202民初530号张某1、怀化盛世广告传媒有限公司环境污染责任纠纷民事一审民事判决书中，法院认定原告患有全血细胞减少症、再生障碍性贫血，且该疾病与被告环境侵权行为存在关联性，原告已因此支出医疗费61160.04元，但同时认为该案“不属于污染环境、破坏生态造成严重后果的情形”，并未支持其惩罚性诉请。

《解释》第八条第二款的规定，“侵权人污染环境、破坏生态行为造成他人死亡、健康严重损害，重大财产损失，生态环境严重损害或者重大不良社会影响的，人民法院应当认定为造成严重后果。”但对于其中的具体情形，如“健康严重损害”“重大财产损失”“生态环境严重损害”或者“重大不良社会影响”，均没有作出细化说明。为严格把握惩罚性赔偿的适用范围，统一裁判尺度要求，发挥惩罚性赔偿作用，建议可以参考《解释》第七条中对认定主观故意的规定，通过列举方式，对“造成严重后果”的判断标准作出进一步的细化规定。

（二）替代性赔偿方式在惩罚性赔偿中的适用有待规范

在惩罚性赔偿的履行方式方面，有部分案例创新性地采用了替代性修复的方式，抵扣侵权人应当承担的惩罚性赔偿金。例如，在“山东省青岛市人民检察院诉青岛市崂山区某空间艺术鉴赏中心非法收购、出售珍贵、濒危野生动物及制品民事公益诉讼案”中，法院判决被告某中心承担惩罚性赔偿99050元，其中24 924元以被告指定二人每人提供六十日生态环境公益劳动的方式承担，由法院指定协执单位青岛市崂山区司法局管理和指导，最迟于2022年1月28日前完成。又如江苏省苏州市江某子、盛某宾滥伐林木刑事附带民事公益诉讼案，该案在法院主持下另行调解，由二被告通过认购碳汇、补植复绿、劳务代偿等方式替代履行生态环境损害费用及惩罚性赔偿费用共计18万余元。

在受损生态环境无法修复的情况下，运用替代性方式填平环境损害，促进实现生态服务功能的总量平衡，是恢复性司法理念在生态环境保护领域的体现。最高人民法院《关于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》第二十条第一款 和《关于审理森林资源民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第二十条 都规定可以准许采用替代性方式履行生态环境损害赔偿责任，为替代性修复方式在生态环境民事公益诉讼的适用提供了依据和指引。但是，与一般生态环境民事公益诉讼中的修复责任和补偿性赔偿不同，惩罚性赔偿带有对侵权行为主观恶性的惩戒色彩，是课以侵权人承担补偿性

赔偿之外的、超出实际损害数额的赔偿责任。对于惩罚性赔偿能否适用替代性方式履行，现行法律法规中并无明确规定。

从上述案例的探索来看，在惩罚性赔偿中适用替代性赔偿方式具有积极作用。一方面，其有助于提升侵权人履行赔偿责任的积极性，在侵权人确有悔改表现但无力缴纳赔偿金的情况下，能够适当减轻侵权人资金方面的负担，确保惩罚性赔偿执行到位。另一方面，替代性赔偿方式通常有认购碳汇、植树造林、救助动物、生态环境公益宣传等多种方式，可以通过实际行动对社会公众进行普法教育，也有利于充分发挥惩罚性赔偿预防同类型损害发生的重要功效。但是，相比于直接缴纳惩罚性赔偿金，替代性赔偿也具有履行方式复杂、履行周期长等特点，其适用需要严格审查，需对其过程及效果进行全程监督和确认。

为此，建议以制度规定的方式，对替代性赔偿方式在惩罚性赔偿中的适用予以规范，明确在哪些条件下可以适用替代性赔偿，适用替代性赔偿的比例，替代性赔偿可以采取的方式、工时、期限，协助执行单位的选定要求，以及对侵权人履行情况进行监督管理的程序等，确保惩罚性赔偿替代性履行的目的得以充分实现。

（三）生态环境公益诉讼中惩罚性赔偿金的管理使用制度有待优化

支付赔偿金仍然是目前最为通行的惩罚性赔偿方式。现有法律法规中对于惩罚性损害赔偿金的使用并没有作出特别规定。基于《民法典》第一千二百三十二条的规定，惩罚性赔偿有权由被侵权人提起。因此，对于生态环境私益侵权诉讼中的惩罚性赔偿金，应首先支付给受侵害的被侵权人；对于生态环境公益诉讼中的惩罚性赔偿金，则应当用于生态环境保护的公益目的。

在司法实践中，仅有少部分案件在判决中对惩罚性赔偿金的去向和使用方式进行了明确。例如，在广东省首例适用惩罚性赔偿的案件，深圳市生态环境局诉某公司高浓度含铜废液污染环境案中，法院判决侵权人支付污染环境惩罚性赔偿金116.0095万元，并明确“以上赔偿款支付至深圳经济特区生态环境公益基金账户，用于生态环境保护”。其他大部分法院裁判文书中仅判决侵权人承担相应的惩罚性赔偿金，但对于惩罚性赔偿金的去向和使用方式并没有明确的规定。

2020年3月，财政部等九部委联合出台了《生态环境损害赔偿资金管理办法（试行）》，对生态环境损害赔偿资金管理进行规范，要求将生态环境损害赔偿资金统筹用于在损害结果发生地开展的生态环境修复相关工作，并明确“环境民事公益诉讼中，经人民法院生效法律文书确定的生态环境无法修复或者无法完全修复的损害赔偿资金，以及赔偿义务人未履行义务或者未完全履行义务时应当支付的生态环境修复费用，可参照本办法规定管理”。基于以上规定，生态环境损害公益诉讼中的惩罚性赔偿金，其使用和管理应与补偿性的损害赔偿资金一样，可以参照生态环境损害赔偿资金进行管理和使用。

在实践中，生态环境损害赔偿资金管理使用也遇到了一些新问题，导致赔偿资金“该用不敢用”“能用不愿意用”，例如存在财政、法院、检察机关、行政机关委托社会组织管理和混合管理等多种模式；资金统筹管理使用缺乏统一规范，存在“易进难出”，支出方向难以对应到案件的修复项目；资金管理使用中评估、监管、验收缺少标准，生态修复成效难以充分保证。对此，有关部委也表示将进一步细化完善相关配套制度。

相比于补偿性的损害赔偿资金需优先用于案件对应的修复项目，生态环境损害公益诉讼中的惩罚性赔偿金属于填平损害基础之上，另外要求侵权人承担的费用。其管理使用无需囿于特定修复项目，而只需遵循“用之于公益原则”。为此，建议将惩罚性赔偿金和应当用于对应案件修复项目的补偿性损害赔偿资金分类管理，对于惩罚性赔偿资金可以直接作为政府非税收入，实行国库集中收缴，纳入一般公共预算管理，统筹用于在损害结果发生地开展的生态环境修复相关工作。

四、结语

绿水青山就是金山银山，保护生态环境必须依靠最严格的制度、最严密的法治。作为损害赔偿填平原则的补充，生态环境惩罚性赔偿制度具有惩罚、震慑和预防等多重功能，为惩治生态环境侵权行为，推动生态文明建设，满足人民日益增长的对优美生态环境新期待提供了制度保障。经过近三年的实践，生态环境惩罚性赔偿在司法实践中的适用取得了良好成效，也仍然存在完善空间。本文通过对司法实践案例的梳理和分析，提出问题和建议，以期为生态环境惩罚性赔偿制度的进一步完善提供管见。

浅谈破产程序中待履行合同选择权司法审查标准的建构

文/广东国邦律师事务所·肖文
北京市隆安（广州）律师事务所·李哲



肖文



李哲

企业在破产程序中往往面临大量在破产前签订且其法律效力延续到破产后的合同处理问题。在这些合同当中，双方均没有履行完毕的待履行合同不仅涉及破产管理人对该些合同的继续履行或者拒绝履行的问题，还涉及到对破产财产成本和收益的复杂计算、合同相对人利益乃至公共利益的保护问题。可以说，对待履行合同的处理，是破产法律实务的棘手问题之一。面对待履行合同的处理问题，我国目前立法仅做了简单的规定，《企业破产法》第18条虽然赋予了破产管理人对待履行合同是否履行的选择权，但没有对该权利的行使作出相关规定，导致发生纠纷时缺乏统一的司法审查标准。有鉴于此，笔者归纳了域外关于管理人待履行合同选择权在三种不同视角下的司法审查标准，从中提炼出待履行合同选择权制度的核心逻辑，以求构建适用于我国破产法实践的待履行合同选择权审查标准，进一步完善管理人行使待履行合同选择权制度。

一、建构待履行合同选择权司法审查标准的必要性

（一）标准缺位下的司法实践困境

《企业破产法》第18条仅规定破产管理人享有待履行合同选择权，但未规定该权利的行使规则以及司法审查标准。这导致在司法实践中管理人在处理大量待履行合同时，应当遵循什么样的标准来决定继续履行还是拒绝履行，在没有具体规则的指引。一方面，由此容易造成管理人选择权的误用乃至滥用。另一方面，在大量关于《企业破产法》第18条的破产衍生诉讼案件中，合同相对人请求法院判令待履行合同继续履行的理由往往是“管理人不享有选择权”而不是“管理人行使选择权不符合相关法律的规定”亦或是“管理人行使选择权的行为不符合相关的标准”。这也导致了只要法院认为“管理人享有选择权”则管理人行使选择权的行为就是成立的。“管理人享有选择权”到“管理人行使选择权是成立的”的推论中间，明显缺少了“选择权行使是否适宜”这一步。

由此可见，司法审查标准的缺失不仅导致管理人在履职中缺乏明确的指引，法官在审理案件的过程中也难以把握统一的尺度。另外，相关的当事人也无法依据确定的标准请求司法救济。这就是当前我国待履行合同选择权司法审查标准缺位情形下所导致的司法实践困境，待履行合同选择权制度亟待完善。

（二）破产管理人的选择权应受司法审查的监督

《企业破产法》第69条规定了破产债务人和合同相对人均未履行完毕的合同履行属于破产管理人应向债权人委员会报告的事项。《企业破产法司法解释（三）》第15条规定了管理人在处理

涉及债务人的重大财产事宜时，应当事先制作财产管理或者变价方案并提交债权人会议进行表决，债权人会议表决未通过的，管理人不得处分。在上述规定的基础上，再结合《企业破产法》第61条与第65条的规定，可得出涉及债务人重大财产的待履行合同，其处理应作为财产管理或变价方案的一部分提交债权人会议表决，同时应向债权人委员会报告，若债权人会议表决未通过，则由人民法院进行裁定。至于对未涉及重大财产的待履行合同应履行的程序，尚无明确的规定。上述现行法律规定了管理人在处理一些对破产财产影响较大的待履行合同时所要遵循的法律程序与步骤，但该些规定并不足以让破产管理人对待履行合同的选择权置于司法的监督之下。上述关于管理人对待履行合同选择权行使是否具有适当性，仍然处于缺乏评判标准的状态。

二、待履行合同选择权司法审查标准的争议

人民法院应当采取什么样的审查标准来准确地评判管理人行使待履行合同选择权的恰当性?这是当前我国完善待履行合同选择权制度亟需解决的问题。美国破产法在长期的实践中形成了对待履行合同选择权司法审查的三种不同的标准。

1. 商业判断标准

商业判断标准是美国破产法实践中影响力最大，也是在美国破产法典出台前最为广泛被采用的一种待履行合同选择权审查标准 ，其内涵为：只要董事在作决策时的主观为善意且该决策是基于一定的合理信息作出的，即可认为该董事已经尽到了勤勉尽责的义务，从而在该决策对公司利益造成损失时，董事可因此获得免责，因此，管理人行使待履行合同选择权，本身就是在做一种商业判断，因此，商业判断标准作为审查管理人是否恰当行使待履行合同选择权，具有一定的合理性。

2. 负担标准

负担标准采用了一种更加直接了当的方式判断管理人选择权的恰当性，只要债务人继续履行合同不会导致财产的减损（负担），则该待履行合同就应当继续履行。负担标准与商业判断标准最大的差异就在于，倘若管理人要拒绝履行合同，则管理人必须证明继续履行该合同会给债务人财产造成负担，但在商业判断标准下，即使继续履行合同可以使得债务人财产受益，管理人出于更优的考虑，仍可以拒绝履行该合同。

3. 利益衡平标准

利益衡平标准则更加注重债务人与合同相对人之间的利益衡平，管理人在行使待履行合同选择权时，如果合同相对人因管理人拒绝履行合同所遭受的损失与债务人所获得的利益严重不成比例，则法院可以判定管理人拒绝履行该合同是不恰当的。

三、待履行合同选择权制度的双赢逻辑

公平价值是破产法最基本的价值。在破产程序中，待履行合同的相对人与破产债权人的地位是平等的。所以，合同相对人与破产债权人应得到管理人的同等对待。但是管理人在行使待履行合同选择权时，一定程度上会打破这种公平的价值导向。这是因为待履行合同是在企业破产前订立的合同，债务人与合同相对人之间的法律关系产生于破产前，延续至破产后，一旦管理人选择继续履行该合同，合同相对人与债务人原来的交易安排将会被继续执行，合同相对人的预期利益也会继续兑现。反观普通债权人，其仅仅是因为与债务人的法律关系不是源自于一份待履行合同，而是一份已经单方面履行完毕的合同，由于债权按比例清偿的制度安排，最终导致了他们的预期利益受损，而继续履行合同的相对人却几乎不受破产程序的影响，安然躲过了破产风暴。从这一层面上看，待履行合同选择权制度的确会在某种程度上违背破产法的公平价值。

根据上述分析，破产法显然不会允许“单赢”的局面出现在待履行合同选择权制度之中。所以，破产法赋予了管理人对待履行合同进行承继或者拒绝的权利，是为了达到双赢的目的。换言之，待履行合同选择权制度本身就有追求“双赢”的逻辑导向，以符合破产法的基本价值。而这种“双赢”的逻辑在于：那些具有潜在经济价值的待履行合同，继续履行这些合同虽然优待了合同相对人，但该合同继续履行的同时也提升了债务人财产价值或者避免了债务人财产继续遭受损失，由此导致的结果就是债权人能够获得更多用于分配的破产财产，债权人也从管理人继续履行合同的决策中受益，从而达到合同相对人与债权人双赢的结果。

四、待履行合同选择权司法审查标准的建构

从待履行合同选择权制度的双赢逻辑中可以知道，该制度本身的内在逻辑就体现着对管理人选择权行使的约束，只有以破产企业财产价值的增值作为目标导向的待履行合同处理决策才是具备正当性与合理性的。故此，待履行合同选择权司法审查标准应当紧紧围绕着“待履行合同是否对破产企业的财产增值有利”这一核心逻辑进行建构，上述众多的司法审查标准不应成为限制管理人亦或是法院判断力的枷锁。

虽然说商业判断标准在处理待履行合同时具有一定合理性，但该标准的着重点还是落在了“决策者是否承担责任”这一问题上，而非“决策者的行为本身是否恰当”。由于破产法更加追求管理人的履职行为是否能够为全体债权人带来实质性的利益，其关注点显然与公司法不同。因此，在对待履行合同选择权进行司法审查的判断中，着重点更应该为管理人的决策行为本身是否能够为破产企业带来利益从而使全体债权人受益。

构建待履行合同选择权司法审查标准的意义不仅仅在于指导管理人进行待履行合同的处理，其对法院在审理相关案件的过程中同样有重要意义：人民法院对管理人行使待履行合同选择权的实质审查有了一定依据的同时，更重要的是其铺设了一条利害关系人对管理人不当行使待履行合同选择权的救济渠道。针对管理人待履行合同选择权提出诉讼的主体可能来自于债权人或者合同相对人，此类诉讼中也主要围绕着两个争议焦点展开：管理人是否享有选择权以及管理人行使选择权是否恰当。正如前文所述，我国的《企业破产法》及相关司法解释对上述两个争点几乎没有规定，这也直接导致了利害关系人缺乏相应的渠道对管理人对待履行合同的决策进行救济。

综上所述，笔者认为待履行合同选择权的司法审查标准落实到司法实践当中，应有如下体现：首先，法院在审查时必须紧紧围绕着“待履行合同是否对破产企业的财产增值有利”这一核心进行实质性审理，而不能仅做形式审查；其次，法院在审理时应当遵循两个步骤来判断管理人选择行为的恰当性，即管理人是否享有这项权利以及其行使权利是否符合标准，不可跳过其中的某一步骤。

五、结语

构建待履行合同选择权的司法审查标准，能够有效避免管理人不当行使权利从而导致债务人遭受损失进而导致全体债权人无法得到公平的受偿，其根本目的是实现破产法的基本价值，只有确立了完善明确的标准体系，待履行合同制度的价值才能充分发挥，从而推动破产制度整体向着更加公平高效的方向发展。限于篇幅，本文仅提出了构建待履行合同选择权司法审查标准所要遵循的基础逻辑，至于更加具体的司法审查标准，有待实务界与学术界进一步的研究探讨。



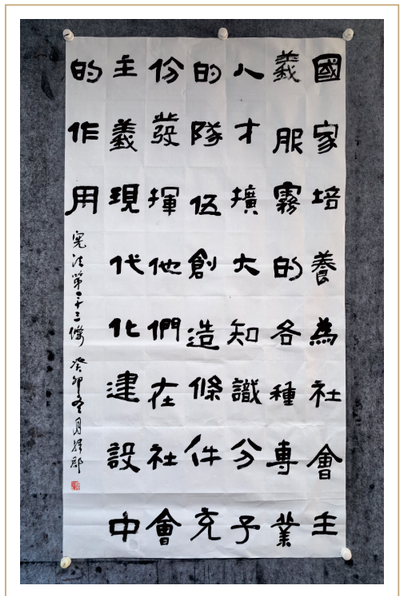
广东律师挥毫书写宪法条款

今年是现行宪法颁布实施41周年，我们迎来了第十个国家宪法日、第六个“宪法宣传周”。“宪法宣传周”期间，广州、深圳、珠海等21个地市一多种形式开展宪法宣传活动，弘扬宪法精神。广东省律师协会组织全省村（社区）法律顾问开展“送法进乡村·法治入人心”系列普法活动，上千名村（社区）法律顾问走进田间地头、村民委员会、乡村学堂、村史馆、监狱监管区等开展丰富多彩的普法活动。广东律师书法爱好者发起以宪法条款为创作内容的线上笔会活动。

【第二十三条】

【书写者】杨择郡·广东省律师协会副会长

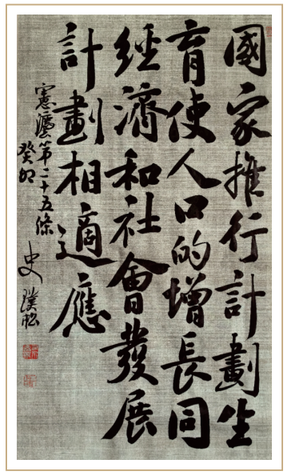
国家培养为社会主义服务的各种专业人才，扩大知识分子的队伍，创造条件，充分发挥他们在社会主义现代化建设中的作用。



【第二十五条】

【书写者】史璞松·广东省律师协会副秘书长

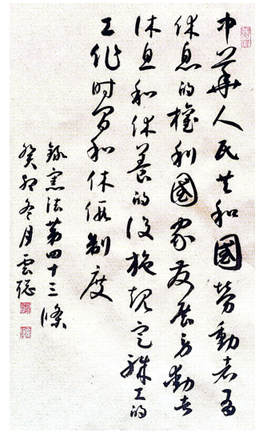
国家推行计划生育，使人口的增长同经济和社会发展计划相适应。



【第四十三条】

【书写者】李云聪·广东智顺律师事务所

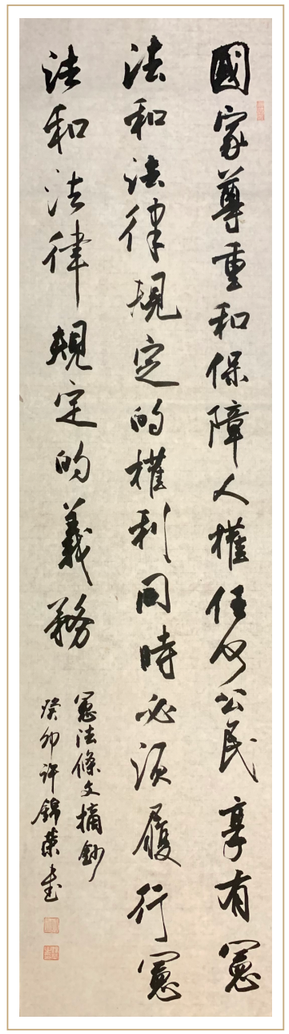
中华人民共和国劳动者有休息的权利。国家发展劳动者休息和休养的设施，规定职工的工作时间和休假制度。



【第三十三条】

【书写者】许锦荣·广东广伦律师事务所

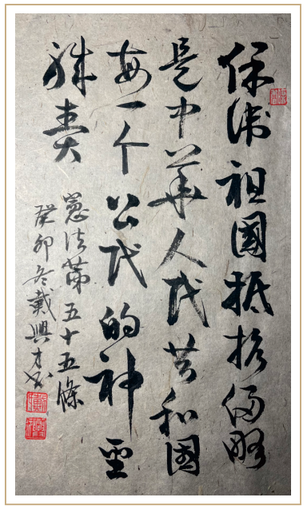
国家尊重和保障人权。任何公民享有宪法和法律规定的权利，同时必须履行宪法和法律规定的义务。



【第五十五条（第一款）】

【书写者】戴兴才・北京市天元（广州）律师事务所

保卫祖国、抵抗侵略是中华人民共和国每一个公民的神圣职责。



【第四十二条（第三款）】

【书写者】黄文雄・北京德和衡（广州）律师事务所

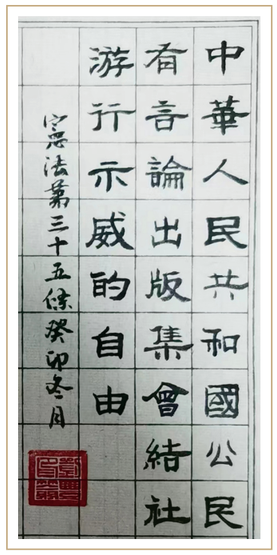
劳动是一切有劳动能力的公民的光荣职责。国有企业和城乡集体经济组织的劳动者都应当以国家主人翁的态度对待自己的劳动。国家提倡社会主义劳动竞赛，奖励劳动模范和先进工作者。国家提倡公民从事义务劳动。



【第三十五条】

【书写者】刘丰・广东卓建（光明）律师事务所

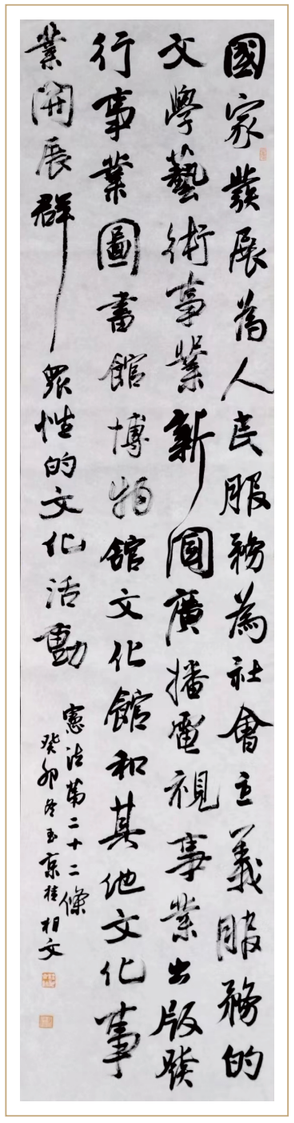
中华人民共和国公民有言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由。



【第二十二条】

【特邀书写者】桂相文・第五届兰亭奖佳作奖获得者，九江书法家协会主席

国家发展为人民服务、为社会主义服务的文学艺术事业、新闻广播电视事业、出版发行事业、图书馆博物馆文化馆和其他文化事业，开展群众性的文化活动。



【第一百三十条】

【书写者】施奕盛・广东森正律师事务所

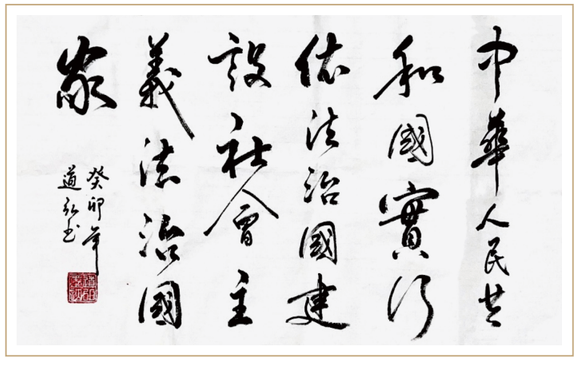
人民法院审理案件，除法律规定的特别情况外，一律公开进行。被告人有权获得辩护。



【第五条（第一款）】

【书写者】张道弘・北京市盈科（茂名）律师事务所

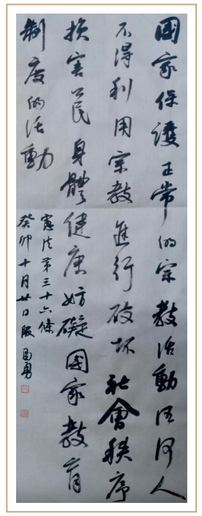
中华人民共和国实行依法治国，建设社会主义法治国家。



【第三十六条】

【书写者】殷昌勇 • 广东四方三和律师事务所

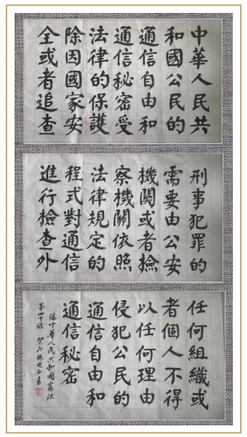
国家保护正常的宗教活动。任何人不得利用宗教进行破坏社会秩序、损害公民身体健康、妨碍国家教育制度的活动。



【第四十条】

【书写者】杨晓泓 • 广东敏翔律师事务所

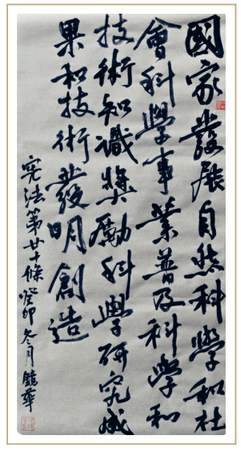
中华人民共和国公民的通信自由和通信秘密受法律的保护。除因国家安全或者追查刑事犯罪的需要，由公安机关或者检察机关依照法律规定的程序对通信进行检查外，任何组织或者个人不得以任何理由侵犯公民的通信自由和通信秘密。



【第二十条】

【书写者】吴镜华 • 广东天行健律师事务所

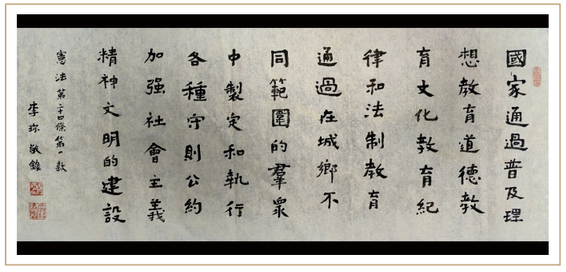
国家发展自然科学和社会科学事业，普及科学和技术知识，奖励科学研究成果和技术发明创造。



【第二十四条（第一款）】

【书写者】李珍 • 广东卓凡律师事务所

国家通过普及理想教育、道德教育、文化教育、纪律和法制教育，通过在城乡不同范围的群众中制定和执行各种守则、公约，加强社会主义精神文明的建设。



浅析不正当竞争背景下的用人单位之名誉权侵权责任

文 / 广东厚弘律师事务所 • 汪洋



汪洋

一、现实背景

近年，社区团购销售模式悄然兴起。经销商利用微信社交平台的属性，聚集大量用户以分享及推广其生产或经销的产品或者企业品牌，并将这些用户逐步发展成为目标客户和潜在客户。这类社区团购模式主要以满足消费群体日常生活需要为目的，经营生鲜农产品，具有相同或相似的供应链，覆盖相同的社会资源，目标客户群体相同。为争夺更多的市场份额，社区团购同行业竞争性非常大。

鉴于社区团购具有微信社交平台属性，经销商往往通过门店微信群、工作人员的微信朋友圈宣传推广其生产或经销的产品。社区团购同行业的竞争性也体现在这些宣传推广产品的员工个人微信朋友圈中。

二、案情介绍

A公司是一家主营销售农副产品、冷冻食品的食品类有限公司。十几年来，A公司通过联营方式在当地二十余家连锁式门店，在当地市场具有一定影响力。A公司由股东B和C筹备建立，股东B和股东C是A公司的发起人股东。因扩大经营需要，A公司股东内部决定打造管理激励机制，将员工D吸纳为股东，并给予一定比例的“干股”，也即股东D无需实缴出资，直接按持股比例进行分红。股东D一直深得其他股东信任，并于一年后经A公司股东会决定，将公司法定代表人也变更为D。前述股权变更、法定代表人变更先后经市场监管部门核准登记。

股东D成为A公司法定代表人2年后，决定退出A公司，并以其表妹的名义注册公司E。在未办理A公司法定代表人和股东变更手续的情况下，股东D实际经营并控制E公司，通过E公司经营与A公司同类型业务，使用与A公司相同的社区团购销售模式，甚至在A公司各联营门店的隔壁或者附近50米建立门店，甚至联系A公司原有供应商，试图使用A公司一样的供应链，两家公司具有高度竞争关系。

三、案情分析

本案中，关于E公司员工F、G的行为认定为侵权行为并无争议，争议焦点主要有以下两方面：

（一）A公司是否有权提起本案诉讼

1.A公司提起本案诉讼时，A公司的法定代表人还是股东D，由于手续问题，A公司一直未完成变更手续。在本案庭审中，E公司提交股东D出具的声明，内容为：“本人尚为A公司法定代表人、执行董事、股东，A公司以单独盖章形式提起本案诉讼，未取得本人同意。”股东D企图以A公司未经其同意而否定A公司提起诉讼的权利。因股东D滥用A公司法定代表人身份，明显恶意损害A公司利益。因此，法院最终并未采纳该抗辩意见。

2.A公司与其各联营门店属于联营合作关系，E公司员工F、G发布的侵权言论中标注的是A公司某三家联营门店的名称，而非A公司的名称，且该三家联营门店均具有独立的营业执照。因此，E公司及其员工F、G以此抗辩A公司并非本案适格主体。关于该抗辩，A公司在诉讼中向法院补充提交了联营合同以及各联营门店出具的情况说明、营业执照等，以证实A公司是各联营门店的实际经营主体，各联营门店仅提供开店投资资金，服从A公司统一调配和管理，不参与店铺日常运营工作，双方按约定实施利润分配。各联营门店也出具情况说明表示，其微信号由A公司负责统一运营，对由A公司在本案中统一主张权利并无异议，且其保

证不再另行主张相关的权益及追究侵权方的侵权责任。根据《最高人民法院关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定(2020修正)》第八条之规定，“网络用户或者网络服务提供者采取诽谤、诋毁等手段，损害公众对经营主体的信赖，降低其产品或者服务的社会评价，经营主体请求网络用户或者网络服务提供者承担侵权责任的，人民法院应依法予以支持。”因此，A公司作为实际经营管理主体提起诉讼，原告主体资格适格。

（二）E公司是否应承担侵权责任

《中华人民共和国民法典》第一千一百九十一条规定：“用人单位的工作人员因执行工作任务造成他人损害的，由用人单位承担侵权责任。用人单位承担侵权责任后，可以向有故意或者重大过失的工作人员追偿。”虽然本案没有直接证据反映E公司指示员工F、G发布涉案言论，但员工F、G行为的表现形式与履行职务存在内在联系，且是为了用人单位E公司之利益所实施的行为。因此，法院认定员工F、G实施的侵权行为属职务行为，相关的侵权责任应由其用人单位E公司承担。员工F、G在本案中不承担侵权责任，E公司在承担责任后可另行向该二人追偿。

在这个争议焦点上，A公司作为维权方，承担的举证责任较重。因为在实际生活中，难以收集到证明作为用人单位的E公司指示员工F、G发布涉案侵权言论的直接证据。为充分证明E公司的侵权行为，A公司不仅通过公证方式将员工F、G微信朋友圈侵权言论内容进行固定，还将该二人侵权言论前后的朋友圈内容一并固定下来，以证明该二人微信主要承担宣传推广E公司产品的职能，与其是何岗位并无直接关系。

首先，员工F、G发表涉案朋友圈的微信号虽然均为个人微信，但微信名称均是在本人姓名前添加了E公司的品牌名称，该标注的目的显然是显示其与E公司的职务关联性，故该微信号也因此不能再视为单纯的个人微信号，应认定已赋予一定的工作属性。

其次，员工F作为门店店长，在E公司客户微信群中多次以其涉案微信号发布E公司产品推广信息，并声明可以向其该微信号下单，说明员工F已经将该微信号作为宣传、销售E公司的重要载体和工具，故其发布涉案朋友圈的行为与其工作范围具备关联性，足以让公众认为是代表E公司，应认定属于职务行为。

再次，员工G是E公司的人事工作人员，并非直接进行销售的人员，却在E公司某员工与供应商微信沟通后未到十分钟即发布涉案朋友圈，对涉及公司产品的市场竞争问题发表意见，其关于仅是个人行为的诉讼意见不符常理，而且该朋友圈的文字内容与员工F所发布的朋友圈一致，发布时间前后紧密，说明两者的朋友圈存在意思联络而非孤立的个人行为。结合E公司在一审仍与该二人一起主张A公司盗用产品照片的情况，涉案朋友圈内容实际是代表了E公司的真实意见，虽然无证据证明该公司有直接指示二人发布涉案朋友圈，但依据上述情况足以认定员工F、G涉案行为与工作范围紧密相关而属于职务行为，故法院判决其涉案行为所导致的相应法律责任应由E公司承担。

根据民事诉讼中“高度盖然性”证明标准的相关裁判规则，结合二人内容和格式高度相似的侵权言论，员工F、G行为的表现形式与履行职务存在内在联系，应当属于职务行为。

四、结语

由于本案比较复杂，除了上述提及两方面，还有其他争议焦点，本文不再赘述。关于第二个争议焦点，现行法律对于职务行为的认定标准并未有具体规定。在目前司法实践中，法院倾向于重点审查四方面因素，一是涉案朋友圈是否具备经营属性；二是发布的信息与员工本职工作的关联程度；三是涉案信息的受益对象；四是涉案信息是否出于公司的意志。根据《中华人民共和国民法典》第一千零二十四条之规定，民事主体享有名誉权。任何组织或者个人不得以侮辱、诽谤等方式侵害他人的名誉权。任何自然人、法人或非法人组织均不能故意捏造事实、恶意侮辱、诽谤其他市场经营者名誉和商誉，否则涉嫌构成不正当竞争和侵权违法行为，应当被追究法律责任。天网恢恢疏而不漏，市场经营主体在对外发表有关竞争单位言论时，必须秉持客观和审慎的态度，切忌捏造事实，不得使用侮辱、诽谤的方式肆意宣泄，也不得妄图通过员工个人社交账号发布侵权言论以规避自身责任。

参考文献：
1.叶菊芬（2020.12.24）《员工在微信朋友圈诋毁公司竞争对手的责任承担》。

合法经营与非法集资的界线
——商品销售型非法吸收公众存款罪裁判研究

文 / 北京市盈科（深圳）律师事务所 • 刘思瑶　刘慧妍


刘思瑶


刘慧妍

摘要

在万众创新的年代，市场经营形式日益多元，为了在激烈的竞争环境中脱颖而出，市场经营主体在发展初期，往往通过秒杀、拼团、积分、返现、返利等新颖的促销手段和营销方式吸引消费者流量，不断扩大市场规模。然而一旦企业资金跟不上承诺给消费者的回报，便容易被认定为披着合法经营的外衣进行非法集资。

《最高人民法院关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（2022修正）第二条第（四）项规定，不具有销售商品、提供服务的真实内容或者不以销售商品、提供服务为主要目的，以商品回购、寄存代售等方式非法吸收资金，同时符合公开性、利诱性、社会性特征的，以非法吸收公众存款罪定罪处罚。

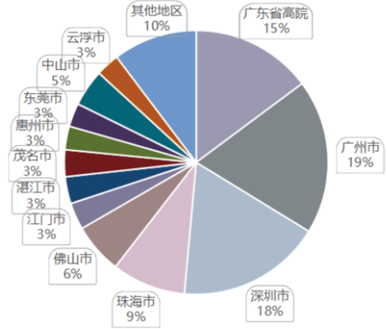
在司法实践中，将“不具有销售商品、提供服务的真实内容”的行为认定为是非法集资问题不大，存在较大争议的是，如何评价“不以销售商品、提供服务为主要目的”这一构成要件要素？为更好地了解商品销售型非法吸收公众存款罪的司法现状及裁判规则，笔者通过裁判文书网以“商品、非法吸收公众存款罪”为关键词，检索出广东省内243份裁判文书进行研究，以期探讨合法经营与非法集资的界线。

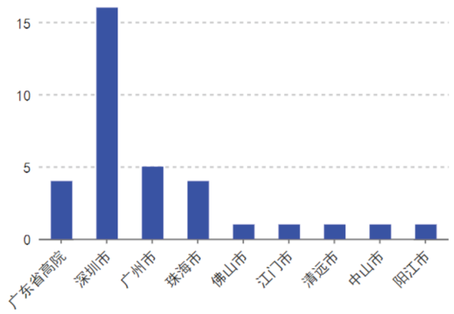
一、裁判文书概况

在243份裁判文书中，广州市的判例数量最多，共有46件，其次是深圳市有43件，其余珠海市、佛山市、中山市等城市的案件数量在2-22件不等。

笔者对243份裁判文书进行浏览阅读后，筛选出34份与销售商品相关的具有较高参考价值的判例进一步分析研究，下图为34份裁判文书的城市分布情况：

地区分布图





从图表可以直观地看出商品销售型非法吸收公众存款罪案件在深圳市的案件数量较为突出且可参考性的判例也最多。

下文笔者将以34份裁判文书为文本，从案件的类型、定性以及主从犯认定、涉案金额认定等维度对裁判规则进行分析研究。

二、商品销售的行为模式

经研究分析，笔者将涉非法集资的商品销售行为模式总结为三类，分别是积分购物型、虚假购物型和真实购物型。

（一）积分购物型

积分购物型是指消费者直接将钱充值在平台内兑换成高额的积分后通过积分购买商品的模式。如【(2019）粤0305刑初1720号】案中，涉案平台的主要运营模式是会员在商城充值钱款以100%、130%的比例兑换积分，之后平台每天按比例持续不断将积分转化为另一种可提现的积分。法院认为被告人变相吸收公众存款，该行为构成非法吸收公众存款罪。

（二）虚假购物型

与积分购物型相反的是消费者直接按商品标价等价支付，支付款可以在一定期限内全额返现或兑换成积分在一定期限内提现出来，等价支付购买商品又可分为虚假购物型和真实购物型。其中虚假购物是指客户虽具有真实的购买行为但其所购买的是虚拟的或还未生产出来的商品，购买商品实际是为了获得高额返利。

如【(2019）粤0605刑初4502号】案中，涉案平台运营规则为不特定客户购买预售商品后，可以选择商家不发货，待30天或60天的预售期结束后，商家将返还客户本金，且向客户发还本金比例12%-40%的分红，为取得高额回报，绝大部分客户均选择不发货。法院认为被告人的行为构成非法吸收公众存款罪。

又如【(2021)粤0303刑初126号】案中，被告人通过设计一个数字货币系统进行产品宣传和募集资金，吸引投资人投资购买数字积分，承诺该数字积分日后可用于购买芯片产品、销售代理权、置换股权等，后再投资芯片生产线进行实体运营。法院认为被告人是未经许可的融资行为，而不是真实的以销售芯片为目的的销售行为。

再如【(2013)珠中法刑终字第235号】案中，被告人以高额回报为诱饵，向中老年人群体推销广告位，宣称客户投资购买商机地带广告位只赚不赔，除了获得商机地带广告投放权外，每月可以获得投资额10%的返利，共返利十五个月，十个月能回本，十五个月能赚取投资额50%的利润。法院认为被告人向社会公众尤其是中老年人群体出售一年期限的商机地带广告投放权，双方之间其实并不存在真实的买卖关系，所谓的买卖广告投放权完全成为被告人吸收公众资金的一个幌子。

（三）真实购物型

真实型购物是指消费者与商家存在真实的买卖关系，商家亦会将商品提供给消费者，但商家会通过返利、返现等方式吸引消费者。

如【(2020）粤04刑终57号】案中，涉案公司销售一定的产品，客户购买公司的产品后可以根据其购买产品的金额获得公司的消费返利，按照购买产品金额的0.5%每个工作日返还，直至购买额的1.5倍截止。法院认为会员购买涉案公司的产品，并非仅为获取该产品，更主要的是为获取公司1.5倍的销售返利，其实质是以销售产品为名，行非法吸收公众存款之实。

又如【(2018）粤03刑终2658号】案中，会员通过涉案公司网上购物平台以高出同种商品市场价的价格购买商品后，公司根据不同商品的销售价格，分别在20日至400日不等的期限内将会员购物金额全额返还。法院认为被告人利用销售产品高额返利的手段，吸收了远高于市场价的资金到自己账户，虽然对该资金并无滥用，但仍属于非法吸收公众存款的性质。

再如【(2019)粤01刑终523号】案中，涉案公司会员申请入会时每人至少一次性缴纳一定数额的资金，其中部分资金可以申购对应价格优惠的酒品，另一部分资金则用于获取经纪人资格。法院认为会员投资的目的除了获得与支付资金对应酒类交易的酒品外，更在于获得一统酒类交易中心公司的经纪人资格，因为只有获得该资格，才能投资该公司的酒类仓单交易，还可以介绍朋友投资酒品交易，赚取交易手续费和介绍费。这种通过仓单交易及“拉人头”的方式赚取收益的经营模式实质就是以酒类交易的名义吸收公众存款，涉案公司先行给付部分价位优惠的酒品，并期约投资者取得相应经营资格可以取得高额收益的手段吸引客户投资，变相吸收公众存款，该行为符合非法吸收公众存款罪的构成要件。

三、合法经营与非法集资的界线

单纯以平台是否直接吸收资金以及平台是否承诺回报为标准，并不能准确判断行为的性质。对于商品销售型平台而言，吸收资金、承诺回报是每个平台发展运营过程中难以避免的因素，只要有销售就会有资金吸收，只要有宣传必然也会伴随返利、返现、让利等回报性承诺。不同于借贷、理财类集资，笔者认为对商品销售型平台的行为定性应把落脚点放在是否“以销售商品、提供服务为主要目的”。

在上述积分购物型和虚假购物型的行为模式中，涉事平台明显不以销售商品、提供服务为主要目的，其表面上虽销售商品，但实际并没有交付，在此情况下对这两种模式认定为是非法集资争议不大。存在较大争议的是真实购物型的行为模式，司法机关容易因为平台资金链断裂或者基于涉众矛盾纠纷的压力而以结果论行为，即使平台有提供真实商品也直接认定为是非法集资，此种做法将不当扩大非法集资类犯罪的适用范围，有以刑事手段解决矛盾纠纷之嫌。

随着市场经济形态不断变化，笔者认为判断商品销售型平台到底是属于合法经营还是非法集资应结合以下几个因素进行综合审查、实质判断：

第一、平台的成立初衷以及盈利模式

正常的商品销售型企业应以产品为经营对象，如拼多多以电商产品为推广目标、滴滴出行以汽车为服务载体，通过审查平台的成立初衷有助于判断行为人是否以销售商品、提供服务为己任。在盈利模式方面，任何一个市场经营主体都是以利润为发展为导向，虽然有的平台承诺消费者购物可以获得高额返利，但如果平台通过盈利模式的设计仍然可以从商品本身获取利润，则不能断论平台具有利诱性。反之，现实生活中存在不少平台打着“公益”的旗号宣传购物返利，平台本身不经营商品而实质是靠资金运作来获取收益，则可考虑认定是借用合法经营形式进行非法集资。

第二、平台对商品经营的投入力度

商品经营是平台持续发展的根基，从平台对商品经营的投入力度可直观看出平台是否以销售商品为主要目的。如果平台仅将少量资金投入商品经营，而将绝大多数资金用于宣传吸纳公众存款，则是本末倒置，有以商品销售之名行集资之嫌。

第三、平台资金链断裂的原因

有的平台运营多年不受行政监管，也有平台投入了上亿资金成为当地招商模范，然而一旦平台资金链断裂立马从楷模沦为阶下囚。平台资金链断裂的原因有多种，对于平台缺乏可持续运营能力，只能借新还旧最终导致资金无力而关停的，可以考虑认定为非法集资行为，司法部门应及时介入遏制。而有的平台本身具有经营能力，之所以资金链断裂是由于外力因素，如消费者薅羊毛恶意刷单、商品价格受行情影响波动等，对于这种情况笔者认为要谨慎将实际控制人一关了事。如【(2019)粤01刑终523号】案中，涉案公司投资了10亿元人民币成立广东一统国际酒类交易中心，获得当地政府的大力扶持，后平台资金链断裂，实际控制人被羁押，在审判阶段控辩双方就涉案公司是合法经营还是非法集资展开了激烈辩论，辩方提出涉案公司所销售的酒品真实存在，客户随时都可以提取使用和售卖，由于经济市场大环境变化，酒品市场价格下调，某些报案客户要求退还酒品和款项等不合理要求而导致案件发生。虽然法院最后还是认定被告人构成非法集资，但从法院实报实销的审判结果看，该案还是存在定性争议的。笔者认为任何平台都有经营风险，不能因为资金链断裂就认为平台本身不具有经营能力，从资金链断裂的原因进行分析才可以客观地审查平台的实际性质。

第四、平台继续运营的可行性

如前所述，平台资金链断裂的原因有多种，对于欠缺经营能力、依靠资本高风险运作、唯有继续依靠吸纳资金才能继续运营的平台应及时介入止损，而对于因外力因素导致的资金链断裂，本身具有较强经营基础和背景的平台则要分析其是否具有继续运营的可行性，可行性分析一方面有助于判断平台的经营能力和行为性质，另一方面对矛盾纠纷处理能给予较好的参考指示。

综上，笔者认为对于平台“是否借用合法经营的形式吸收资金”应进行综合实质判断，如果仅因平台资金链断裂而将合法经营的企业一律刑事处罚将会导致打击面过宽，最终影响我国实体经济的发展。

四、与非法集资定罪量刑有关的其他因素

（一）主从犯的认定

一旦平台被认定为是非法集资，那么主从犯的认定将直接影响被告人的量刑结果，对此笔者结合判例总结出以下主从犯的认定规则：

第一、虽然被告人在公司担任高管职务，但对财物无掌控权的，可认定为从犯。

如【(2020)粤0305刑初232号】案中，法院认为被告人赵万智在吉粮公司虽无具体职务、头衔，但在人事、财务等方面拥有最高管理权、决策权，被告人赵万智在共同犯罪中起主要作用，系主犯。被告人刘湘锋虽为吉粮公司总经理，但受聘于被告人赵万智，其并非本案犯罪行为的发起者、主导者，对涉案财物亦无掌控权，故其在共同犯罪中起次要作用，属从犯。

又如【(2019)粤0305刑初1720号】案中，法院认为被告人吴国荣是挂名总裁，对涉案款项无处分权，故其共同犯罪中起次要作用，属从犯。

第二、虽然被告人是股东，但作用较小的，可认定为从犯。

如【(2018)粤03刑终2658号】案中，涉案四被告人均是公

司股东，但法院认为王某春、王某诏二人作用相对较小，可认定为从犯。

第三、虽然被告人是骨干成员，但作用较小的，可认定为从犯。

如【(2019)粤0306刑初3434号】案中，法院认为被告人李清华作为WEPY平台这一变相吸收公众存款非法组织的骨干成员，其在该平台中起次要作用，系从犯。

第四、虽然被告人是受雇者，但有直接、具体吸收存款行为的，可认定为主犯。

如【(2020)粤07刑终83号】案中，法院认为陈雅肖为涉案广州公司的副总经理，其受刘青松、刘青云二人指使和领导，管理公司日常事务，未有证据显示其有直接、具体向社会公众实施吸收存款的情形，系从犯；张梅芳为涉案江门分公司的总经理，实际受刘青松、刘青云雇佣和领导，具体负责公司业务的开展和相关人员的管理，且有证据证实其有直接、具体向社会公众实施吸收存款的行为，系主犯。

（二）涉案金额的认定

《最高人民法院关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释（2022修正）》第六条规定："非法吸收或者变相吸收公众存款的数额，以行为人所吸收的资金全额计算"，但以什么标准认定行为人所吸收的资金，实践中出现不同的方式。

第一、依据存疑有利于被告人原则，以投资额中较低的数额为准进行统计。如【(2021)粤0303刑初126号】案中，法院认为认定非法吸收公众存款的犯罪数额，应以报案数额和有转账记录、相关书证为证的投资额中较低的数额为准进行统计；认定投资人的损失金额，应以投资人报案的提现额与有转账记录为证的投资款转回金额中较高的数额为准进行扣减后统计。

第二、涉案金额应扣除已返还各集资参与人的金额。如【(2019)粤0114刑初786号】案和【(2019)粤0605刑初4501号】案中，法院均认为认定本案件中的涉案金额应当扣除已返还各集资参与人的金额。

第三、投资人并未直接转至控制账户的，控方应证明款项关联性。如【(2019)粤0306刑初3434号】案中，法院认为报案的17名投资人中，仅有2名直接将钱款交付给被告人，其他15名投资人与被告人没有直接的款项往来，因此公诉机关指控非吸数额缺乏依据。

第四、审计或司法会计鉴定并非认定涉案金额的必经程序。在司法实践中，法院可以结合已收集的集资参与人的言词证据和依法收集并查证属实的书面合同、银行账户交易记录、会计凭证及会计账簿、资金收付凭证、审计报告、互联网电子数据等证据，综合认定非法集资对象人数和吸收资金数额等犯罪事实。如【(2020)粤04刑终57号】案中，法院认为是否经审计并非认定涉案犯罪金额的必经程序。

（三）单位犯罪的认定

单位犯罪是指公司、企业、事业单位、机关、团体等法定单位，经单位集体研究决定或由有关负责人员代表单位决定，为本单位谋取利益而故意实施的行为。在司法实践中，即使商品销售型平台确实存在有销售行为且与客户形成合法的买卖关系，但只要平台被认定为是以实施非法集资犯罪活动为主要活动，则会被认定为自然人犯罪。当然，认定平台是自然人犯罪的举证责任在控方，若证据存疑的应依据有利于被告人的原则作出平台属于单位犯罪的认定，如【(2019)粤0605刑初4501号】案中，法院认为根据现有证据无法查证涉案公司及其商城平台是否系为进行非法集资犯罪活动而设立或者设立后是否以实施非法集资犯罪活动为主要活动，该商城平台亦存在招募商家进驻进行真实商品交易、提供电商平台服务的正常经营活动，故根据疑点利益归于被告人的原则，以单位非法吸收公众存款论。

五、结语

非法吸收公众存款罪的设立旨在维护国家金融秩序的稳定和保证国民经济的发展和社会的稳定，但司法机关对非法吸收公众存款罪进行解释时不断扩大该罪的适用范围，特别是对于商品销售型平台的定性争议方面，合法经营还是非法集资界线模糊，而只要出现资金链断裂及涉众矛盾纠纷，司法机关往往倾向于一刀切式地予以刑事打击。在司法的适用没有明确标准而需法官解释时，笔者认为司法应保持谦抑性，对行为定性应进行综合审查、实质判断，这样才能使被告人获得较为合法、合理的判决。

被告人认罪认罚，辩护律师独立辩护，获降档从轻判刑
——广州市首例伪造、买卖电动自行车牌证案

文 / 广东法制盛邦律师事务所律师 • 孟旭

公诉机关：广州市白云区人民检察院

审理机关：广州市白云区人民法院、广州市中级人民法院

罪名：伪造、买卖国家机关证件罪

被告人：甲

辩护律师：孟旭律师（广东法制盛邦律师事务所执业律师）

【人民检察院指控的犯罪事实及罪名】

2021年12月份起，被告人甲为非法牟利，在广州市番禺区等地伪造广州电动自行车号牌和广东省电动自行车行驶证，并于2022年1月份以人民币（下同）30元一套的价格在广州市白云区棠景街向A兜售未果，后以50元一套的价格销售给同案人B（另案处理）100余套。后B将上述伪造的电动自行车号牌和行驶证交由同案人C（另案处理）代为销售，共同牟利。同年2月份，C分别以150元至300元不等的价格将上述牌证销售给位于白云区的同案人D、E（均另案处理）各20套，D、E再将上述牌证以330元至800元不等的价格销售给顾客以牟利。

2022年3月4日，公安机关在位于广州市越秀区某处抓获B；在位于广州市越秀区某处抓获C，并缴获伪造的电动自行车号牌50个及行驶证108本；在位于广州市白云区某处抓获E，并缴获电动自行车号牌7个；在位于广州市白云区某处抓获D，并缴获电动自行车号牌13个。3月5日，公安机关在位于广州市海珠区某处抓获甲。

经鉴定，上述缴获的号牌号码为"广州××××××"等108本《广东省电动自行车行驶证》、"广州××××××"等72块（包括顾客提交的2块）电动自行车号牌均系伪造。

公诉机关认为，被告人甲伪造、买卖国家机关证件，情节严重，其行为触犯了《中华人民共和国刑法》第二百八十条第一款，应当以伪造、买卖国家机关证件罪，追究其刑事责任。

【要点提示】

1. 据悉，本案是广州市首例伪造、买卖电动自行车牌证案。

2. 本案中涉案的伪造的电动自行车牌证达一百多套。

【人民检察院的量刑建议】

人民检察院建议：判处被告人甲有期徒刑三年六个月，并处罚金。

【要点提示】

根据《中华人民共和国刑法》第二百八十条第一款的规定，伪造、买卖国家机关证件罪，其量刑有两档，第一档是"处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利，并处罚金"，第二档是"情节严重的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金"。

按照《最高人民法院、最高人民检察院关于办理与盗窃、抢劫、诈骗、抢夺机动车相关刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第二条的规定："伪造、



孟旭

变造、买卖机动车行驶证、登记证书，累计三本以上的，依照刑法第二百八十条第一款的规定，以伪造、变造、买卖国家机关证件罪定罪，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。伪造、变造、买卖机动车行驶证、登记证书，累计达到第一款规定数量标准五倍以上的，属于刑法第二百八十条第一款规定中的"情节严重"，处三年以上十年以下有期徒刑。"

本案中，人民检察院认为，伪造、买卖车牌证达到15本以上，即属于"情节严重。"而本案被告人甲伪造、买卖电动自行车牌证达一百多套，显然属于"情节严重"。因此，应"提档处罚"，即按照《中华人民共和国刑法》第二百八十条第一款中第二档的规定"处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金。"

【被告人的认罪认罚情况】

被告人甲愿意认罪认罚，签署了认罪认罚《具结书》，认可"三年六个月"的量刑建议。

【要点提示】

被告人愿意认罪认罚，即被告人自愿

如实供述了自己的罪行，承认了指控的犯罪事实，愿意认可人民检察院量刑建议，即“有期徒刑三年六个月，并处罚金”。

在此情况下，作为甲的辩护律师如何辩护：是顺水推舟，既然被告人甲已认罪认罚，辩护律师也正好顺势而为，不提实质异议，波澜不惊，结果各方均可接受；还是逆水行舟，独立辩护，勇于挑战，为委托人争取最大的利益？这是对辩护律师职业操守、专业水平、诉讼策略的重要而现实的考量。

【辩护律师的辩护意见】

（一）关于定罪：1.关于假车牌，电动自行车假车牌的伪造、买卖的行为不构成犯罪，不应受刑事处罚。理由：（1）根据司法观点，最高人民法院研究室《关于伪造、变造、买卖民用机动车号牌行为能否以伪造、变造、买卖国家机关证件罪定罪处罚问题的请示》的答复认为，伪造、变造、买卖民用机动车号牌行为不能以伪造、变造、买卖国家机关证件罪定罪处罚。（2）根据学理观点，张明楷教授在《伪造变造买卖国家机关公文证件印章罪的认定》中也认为，对于伪造、变造、买卖民用机动车号牌的行为，不能认定为本罪。2.关于假行驶证，首先，需要指出的是，本案中现在没有证据证明被告人甲有涉嫌伪造电动自行车假行驶证的行为，因此，对于此部分的指控罪名应更正为涉嫌买卖国家机关证件罪。再者，对于电动自行车假行驶证的伪造、买卖的行为，现行刑法并未明确规定，本着罪刑法定和刑法谦抑原则，不宜予以定罪刑罚。理由：（1）对于非机动车假行驶证，没有入罪标准，也不应适用有关机动车的司法解释。（2）不应将非机动车等同于机动车，扩大刑法打击面。（3）对于非机动车假行驶证，可用行政法予以规制和处罚。（4）考量本案的行政规范文件的背景，不宜适用刑法。广州市电动自行车登记取得号牌和行驶证的政策，源于《广州市公安局交通警察支队关于实施电动自行车登记管理的通告》（详见附件五），该通告“自2021年11月2日起施行”，且“有效期5年”。可见，广州市电动自行车登记是一个刚刚开始施行、且是短期的行政政策。自该政策施行到本案案发，不过半年时间。在此背景下，更应优先适用行政法，不宜刑法激进，以避免司法失衡。

（二）关于量刑：即使被告人甲构成本罪，也应予较轻刑罚，希望处三年以下有期徒刑、拘役、管制，并适用缓刑。理由：1.在现行刑法并未明确规定非机动车假行驶证的刑罚标准的情况下，不应适用较重刑罚。2.电动自行车不属于机动车，社会危害性相对较小，不应以机动车的司法解释的标准来量刑。3.本案中，被告人甲获利较少，交易金额尚不足一万元。4.本案中，电动自行车假行驶证并未到达最终用户手中，没有在社会上流通使用，未造成严重后果。5.被告人甲没有前科，是初犯。6.被告人甲愿意认罪认罚，有悔罪表现。

【要点提示】

辩护律师坚持独立辩护，坚持真辩护，在定罪、量刑两方面，均提出实质异议，以期获得更好的辩护效果。

【人民法院判决结果】

人民法院判决认为，被告人甲伪造、买卖国家机关证件，其行为已构成伪造、买卖国家机关证件罪。公诉机关指控被告人甲伪造、买卖国家机关证件罪事实清楚，证据确实、充分，罪名成立，唯指控“情节严重”不当，人民法院予以纠正。经人民法院审判委员会讨论决定，判决被告人甲犯伪造、买卖国家机关证件罪，判处有期徒刑一年六个月，并处罚金一万元；没收缴获的证牌、工具。

本案判决现已生效。

【要点提示】

1.人民法院采纳了辩护律师的部分辩护意见。

2.人民法院没有采用人民检察院三年半的量刑建议，即不认为本案行为属于《中华人民共和国刑法》第二百八十条第一款中的第二档的量刑范围（三年以上十年以下有期徒刑），而是降档适用第一档的量刑范围（三年以下有期徒刑），并在第一档中适用了较低刑期（一年六个月）。

3.本案判决是经人民法院审判委员会讨论决定，即“上会”案件，可见人民法院对本案的重视。

【办案手记】

1.本案初步确立了对广州市伪造、买卖电动自行车牌证行为的定罪量刑规则，即：在定罪方面，按照《中华人民共和国刑法》第二百八十条的规定，以伪造、买卖国家机关证件罪定罪；在量刑方面，不以相关司法解释中伪造、买卖机动车牌证的数量标准，确定伪造、买卖电动自行车牌证行为的情节。

2.辩护律师的作用：即使被告人已经认罪认罚，辩护律师并不当然同意，并不当然做无实质内容的辩护。辩护律师应在认真分析案情细节，检索考量法律适用的情况下，主动拓展辩护空间，发现辩护要点，做真辩护，做独立辩护，做实质辩护，做有效辩护，为当事人争取最大的辩护利益。本案，即为一个典型案例，通过律师的独立辩护，获得了较好的辩护效果。要让所有的刑事案件的委托人切实感受到：聘请律师和不聘请律师，效果不一样！要让所有的刑事案件的辩护律师切实认识到：认真辩护和不认真辩护，效果不一样！

3.一个案件，获得好的辩护效果，是多方面因素交互作用的结果。一个好的辩护律师，要遇到一个好的检察官、一个好的法官，才能取得好的辩护效果。因此，在此还要真心感谢本案的检察官和法官们！

运输毒品罪慎用死刑之量刑情节考量
——以任某某运输毒品罪死刑复核未核准案为例

文 / 泰和泰（深圳）律师事务所 • 罗小柏



罗小柏

摘要

死刑只适用于罪行极其严重的犯罪分子。运输毒品犯罪的死刑适用刑事司法政策规定了对受人指使、雇用运输毒品的被告人适用死刑的总体原则，即要以区别对待、慎重适用死刑为原则。决定是否适用死刑时，应当综合考虑毒品数量、被告人的犯罪次数、犯罪的主动性和独立性、在共同犯罪中的地位作用、获利程度和方式及其主观恶性、人身危险性等因素。要准确把握运输毒品犯罪慎用死刑相关量刑情节的考量。

关键词

运输毒品罪;死刑、死刑复核、主观明知、坦白、量刑情节

近年来在刑法修正案的变动中，死刑的罪名逐步减少，类型更加单一，集中在毒品犯罪、故意杀人罪、贪污贿赂罪等罪名中，其中运输毒品犯罪等死刑案件的总体数量也在下降，这就给部分案件的被告人带来了更多求生的机会。生命只有一次，被告人是否该适用死刑，这是死刑案件辩护律师必须面对的灵魂拷问。有专家学者呼吁，中国的刑辩律师要有为中国司法严格控制、慎重适用死刑，最终适当条件下废止死刑而努力的使命担当。

死刑只适用于罪行极其严重的犯罪分子。以任某某运输毒品犯罪死刑复核未核准案件为例，笔者认为，尽管2008年《全国部分法院审理毒品犯罪案件工作座谈会纪要》（以下简称《大连会议纪要》）规定了可以不判处被告人死刑立即执行的九种情形，2015年《全国法院毒品犯罪审判工作座谈会纪要》（以下简称《武汉会议纪要》）也对运输毒品罪等毒品犯罪死刑适用问题作了补充规定，2023年《全国法院毒品案件审判工作会议纪要》（以下简称《昆明会议纪要》）再次规定了对运输毒品犯罪可不判处死刑的几种具体情形。但司法实务中，对运输毒品犯罪是否该适用死刑及慎用死刑的量刑情节如何考量，常有争议，仍有待明确。

一、运输毒品犯罪死刑适用的现行刑事司法政策

运输毒品犯罪的死刑适用政策散见于刑法及相关司法解释、会议纪要等。其中，《武汉会议纪要》规定的死刑适用政策是对《大连会议纪要》相关规定的补充和完善，重申了《大连会议纪要》规定的运输毒品犯罪的严惩重点，并对受人指使、雇用运输毒品犯罪的死刑适用作了一些新规定，主要包括以下几方面内容：

首先，《武汉会议纪要》新增了对受人指使、雇用运输毒品的被告人适用死刑的总体原则——以区别对待、慎重适用死刑为原则，规定决定是否适用死刑时，应当综合考虑毒品数量、被告人的犯罪次数、犯罪的主动性和独立性、在共同犯罪中的地位作用、获利程度和方式及其主观恶性、人身危险性等因素。

其次，《武汉会议纪要》对于确属受人指使、雇用运输毒品并系初犯、偶犯的被告人，在《大连会议纪要》的基础上进一步明确了不判处死刑的情形。《大连会议纪要》规定，对于这部分被告人，即使毒品数量超过实际掌握的死刑数量标准，也可以不判处死刑。《武汉会议纪要》则进一步提出，对于其中被动参与犯罪，从属性、辅助性较强，获利程度较低的被告人，一般不

应当判处死刑。这是新增加的内容，目的是进一步严格限制受雇运输毒品犯罪的死刑适用，以突出对运输毒品犯罪的打击重点。

再次，《武汉会议纪要》明确规定了对“不能排除”受人指使、雇用运输毒品的被告人不判处死刑的条件。这是对《大连会议纪要》规定的“有证据证明确属”受雇的突破。主要考虑毒品犯罪隐蔽性强，部分案件难以达到“有证据证明确属”受雇的证明标准，如果在量刑时完全不予考虑，又有悖罪责刑相适应原则。故近年来各地在审理此类案件时，包括最高人民法院在复核此类死刑案件时，也将“不能排除”受雇运输毒品的被告人作为慎用死刑的对象。《武汉会议纪要》明确规定，“不能排除”受人指使、雇用运输毒品的被告人同时具备以下两个条件的，可以不判处死刑：一是不排除初次参与运输毒品，二是毒品数量不属巨大。

最后，《武汉会议纪要》规定了多人受雇运输毒品犯罪的死刑适用。对不同受雇者应结合其运输毒品数量、具体犯罪情节、参与犯罪程度、与雇用者关系的紧密性及其主观恶性、人身危险性等量刑因素作进一步区分，同时判处二人以上死刑时要特别慎重。

当然，今年6月26日印发的《昆明会议纪要》再次总结概括规定了慎用死刑的五种情形：对于确属受人指使、雇用运输毒品的被告人，具有不排除系初次运输毒品；被雇用者严密指挥或同行人员监视，从属性、辅助性明显；与雇用者同行运输毒品，处于被支配地位；或者确因急迫生活困难而运输毒品等情形之一的，即使毒品数量超过实际掌握的死刑适用数量标准，也可以不判处死刑。对于不能排除受人指使、雇用运输毒品的被告人，符合上述条件的，也可以考虑不判处死刑。

二、运输毒品犯罪中，被告人主观明知的证据要求及慎用死刑量刑情节的界定

为具体论述问题，笔者选取亲办的任某某运输毒品犯罪一案：2017年9月29日至10月25日间，被告人任某某（香港人）根据“张三”（另案处理）的指使在网上租用深圳的民宿后，从香港前往深圳，将他人放置在上述出租房内的装有毒品的背包取出、交给邝某某（同案被告人，已判刑）。邝某某根据“李四”（另案处理）的指使从香港到深圳，从任某某处接收装有毒品的背包后带到另一出租房内。2017年11月6日18时许，任某某按“张三”指使从香港入境，到网租房内拿到装有毒品的背包后，与邝某某约定在“张三”指定的深圳市罗湖区某酒店门口交接，当晚被抓获，从背包内当场查获毒品可卡因10051克，含量为72.6g/100g至79.8g/100g不等。

一审法院作出（2018）粤03刑初341号刑事判决：被告人任某某犯运输毒品罪，判处死刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产；被告人邝某某犯运输毒品罪，判处死刑，缓期二年执行（其他略）。二审法院作出（2019）粤刑终502号刑事裁定：驳回上诉，维持原判，并依法报请最高人民法院核准。最高人民法院复核认为：任某某运输毒品数量特别巨大，本应依法惩处，鉴于其与同案被告人邝某某均系受人雇用、指使运输毒品，二人地位、作用相当，对其判处死刑，亦可不立即执行。并作出（2020）最高法刑核96475128号刑事裁定：不核准并撤销（2019）粤刑终502号刑事裁定，发回重新审判。二审法院重审后，作出（2021）粤刑终770号刑事判决：被告人任某某犯运输毒品罪，判处死刑，缓期二年执行（其他略）。

本案中，一、二审法院认定上述相关犯罪事实的证据，有当场查获的毒品可卡因、手机、背包等物证照片、通话记录清单、房屋登记信息、手机微信、出入境信息、香港居民身份证等书证，毒品鉴定意见，现场勘验、检查、提取、扣押、毒品称量、辨认等笔录及照片，酒店监控视频，同案被告人邝某某和被告人任某某的供述等。控辩双方对法院认定被告人任某某构成运输毒品罪的定性没有异议，但对被告人任某某推定主观明知的证据是否确实充分及是否认罪悔罪存在争议，辩方对控方给出的适用死刑量刑意见有异议。被告人任某某仅认可怀疑背包内的东西是违禁品而否认主观明知是毒品，认为自己坦白认罪且“罪不至死”。综上，本案的争议焦点为：1.如何把握关于被告人主观明知的证据要求?2.对行为如实供述而辩解主观不明知是否可认定为坦白?3.对被告人任某某是否该适用死刑?

三、运输毒品犯罪慎用死刑量刑情节的考量

（一）被告人主观明知的证据要求

运输毒品罪要求被告人客观上有运输毒品的行为，主观上有明知是毒品并运输的故意。对当场查获毒品的案件，要重点审查被告人的主观明知，包括对是否是毒品的明知和运输对象的明知两个方面，不能仅凭现场查获毒品就客观归罪，当然地认定被告人具有运输毒品的故意。对此，最高人民法院《昆明会议纪要》规定：“被告人到案后否认明知是毒品，又缺乏其他证据证明其明知的，可以根据其实施毒品犯罪方式、过程及毒品被查获时的情形，结合其年龄、文化程度、生活状况、职业背景、是否有毒品违法犯罪经历及与共同犯罪人之间的关系等情况，综合分析判断。”

对于运输毒品罪而言，即使被告人否认自己对毒品的明知，但如果根据上述规定中的情形能够推定其主观上是明知的，也不影响定罪。其实质就是要确定犯罪人与毒品之间的一种主客观统一的对应关系，也就是人与毒的对应关系，达到真正的“人毒俱获”。对于可能判处死刑的运输毒品犯罪而言，自然也要遵循一般的死刑案件证据标准，主要体现在所有的犯罪事实必须均有证据证实，证据之间不能出现无法排除的矛盾，最终得出唯一确定的结论。

本案中，虽然公安机关在被告人背包内发现了毒品，但被告人始终否认自己明知背包内装有毒品。要准确认定主观明知，还必须有其他具有排他性的客观性证据。但是，本案中这种客观性证据并不充分。首先，被查获的背包有密码锁且未打开，毒品上没有被告人任某某的指纹，无法证实其直接接触过毒品。其次，对于同案犯为什么会指使任某某运输毒品，毒品来自何处，任某某有无获利等也均无证据证实。最后，任某某辩称自己不吸毒，对毒品没有认知，其在香港经营酒吧有收入来源，来深圳的主要目的是为采购酒吧用品，以为背包内是违法的“黑钱”而非毒品，递送背包并非为牟利等。而这些辩解如成立，则不能排除被其他人蒙骗的可能性。

而根据本案被告人任某某的供述，当时是接受一个叫“张三”的人指使安排，案发后其有指认辨认，但公安机关根据其提供的线索又未能抓获“张三”，也未调取二人的通话记录及技侦材料，故不能完全排除“张三”向其隐瞒背包内藏匿毒品而安排其进行运输的可能。

综上，本案在案证据不能充分证实被告人任某某明知其行为系运输毒品，无法排除被告人任某某认为其运输其他违禁物品的合理辩解，故在决定对其是否适用死刑时更要特别慎重。

（二）如实供述行为但辩解主观不明知可认定为坦白

2011年《刑法修正案(八)》通过在《刑法》第六十七条增加第三款将“坦白”由酌定情节提升为法定情节，旨在通过坦白从宽的法定量刑情节为犯罪嫌疑人到案后主动认罪悔罪起到正向指引，也为节约司法资源、提高司法效率创造条件。

根据上述规定，《刑法》所指坦白，是指犯罪嫌疑人除构成自首以外的如实供述自己罪行的行为。实务中，对是否犯罪和犯何罪的辩解不影响对自己主要犯罪事实的客观陈述，认事不认“罪”的应当认定为坦白。理由如下：

其一，《刑法》用语采用“罪行”一词，应理解为“犯罪行为”“行为事实”等客观事实，而不是犯罪构成要件。所谓犯罪构成要件，是指构成犯罪所必需的主客观等一系列的要件，这些要件表明犯罪的主体方面、主观心态、客体方面和客观行为，外化为具体犯罪中由刑法规定、选择，足以说明该犯罪行为内在特征的事实特征。可以看出，犯罪构成要件不同于犯罪客观事实，而是对犯罪事实的取舍、抽象、概括和判断，属于法律的规范评价。犯罪嫌疑人是否构成犯罪，是构成此罪还是构成彼罪，并不是事实认定问题，而是查明事实后的法律适用问题，依靠侦查人员、检察官、法官的主观判断。

其二，犯罪嫌疑人对自己行为性质、责任大小的辩解是主观认识问题，属犯罪嫌疑人依法行使辩护权的范畴。“辩解”是指“对受人指责的某种见解或行为加以解释”，犯罪嫌疑人对自己行为性质的认识、判定和辩护不能否认其如实供述的成立。要求犯罪嫌疑人放弃对自己行为性质和责任大小的辩解权利也与刑事立法本意及犯罪嫌疑人的人权保障背道而驰。

其三，定罪量刑是司法机关的专业性工作，若要求犯罪嫌疑人或被告人对罪名和责任进行准确无误地判断实属强人所难。《刑法》是规定犯罪与刑罚的法律，直接对犯罪人的人身自由和生命进行限制和剥夺，需要司法机关审慎适用，因此规定“罪刑法定原则”为基本原则。

因此，本案中，对被告人任某某如实供述的行为应认定为坦白，其在一审、二审庭审中如实供述了交接背包的时间、地点、次数、同案犯等具体案情，均应认定有认罪悔罪情节。

（三）正确理解“受指使、雇用运输毒品”并慎用死刑

《武汉会议纪要》规定，对于受人指使、雇用参与运输毒品的被告人，应当综合考虑毒品数量、犯罪次数、犯罪的主动性和独立性、在共同犯罪中的地位作用、获利程度和方式及其主观恶性、人身危险性等因

素，予以区别对待，慎重适用死刑。本案中，一审法院和二审法院认定同案被告人邝某某和被告人任某某均系受人指使、雇用参与运输毒品，均符合慎用死刑的规定。

需要说明的是，“受指使、雇用运输毒品”的表述源自《大连会议纪要》。在《武汉会议纪要》起草过程中，有意见提出，受指使为他人运输毒品的被告人在共同犯罪中通常处于明显的被动、从属地位，与以牟利为目的受雇运输毒品的被告人有所不同，在决定死刑适用时应当进一步加以区分。经研究，该意见确有合理性，但鉴于实践中个案差异较大，对受指使与受雇用运输毒品的被告人如何体现区别对待，尚需进一步总结经验，故《武汉会议纪要》没有对此作出明确规定 。但《武汉会议纪要》中也体现了根据具体犯罪情节进一步加以区分的精神，如规定对于有证据证明确属受人指使、雇用初次运输毒品的案件，被告人被动参与犯罪，从属性、辅助性较强，获利程度较低的，一般不应当判处死刑。

《昆明会议纪要》规定，对于受人指使、雇用参与运输毒品的被告人，应当充分考虑其在毒品犯罪链条中所处的地位和实际发挥的作用，体现区别对待，不能单纯根据涉案毒品数量大小或者所获报酬多少决定死刑适用。

四、运输毒品犯罪的死刑适用政策有待进一步规范完善

《昆明会议纪要》在运输毒品犯罪的死刑适用方面，仍有以下几个问题没有明确规定：其一，受指使为他人运输毒品的被告人，与以牟利为目的受雇运输毒品的被告人，在决定适用死刑时如何区分？笔者认为，前者的地位比较弱，是被动的角色，而后者在利益的驱使下积极主动受雇参与运输毒品，两者的危害结果显然不同，但是在决定死刑适用的时候还需要结合具体犯罪情节、参与方式等因素综合评判；其二，运输毒品既遂、未遂形态如何认定？《昆明会议纪要》首次规定了“要综合考虑其运输毒品的次数和距离”，但距离的认定这个问题在实务中个案差异很大，有待统一认定标准；其三，死刑适用数量标准是多少？《武汉会议纪要》中出现了数量巨大、数量特别巨大的表述，但是《昆明会议纪要》也没有进一步明确全国统一的标准到底是多少。一般认为可参照近年来最高人民法院复核毒品犯罪死刑案件的情况在实务中进行认定。例如，任某某运输毒品犯罪案件中的毒品数量，在最高人民法院死刑复核的裁定中用的就是“数量特别巨大”。

运输毒品犯罪死刑案件的被告人，历经一审、二审，最终在死刑复核程序中不被核准的，少之又少。法律中设置死刑复核程序，刑事政策中规定慎用死刑，最高法院收回死刑核准权，其目的不在多杀，而是要借助这样的程序、制度来保证死刑适用质量，同时尽可能地减少死刑适用的数量。因此，介于走私、贩卖、制造毒品中间环节的运输毒品犯罪，死刑适用时更应从严审慎把握。

当然，运输毒品犯罪死刑适用量刑情节考量因素较多，比如是否具有从犯、自首、立功、初犯等法定、酌定从宽处罚情节，但上述情节的认定不在本文中阐述。对非源头性的运输毒品犯罪案件的死刑适用，不能唯数量论，要全面、准确贯彻宽严相济刑事政策，突出打击重点、体现区别对待，慎重适用死刑，做到罚当其罪，确保死刑只适用于极少数罪行极其严重的犯罪分子。



律师在优化营商环境法治保障共同体中的定位

文 / 北京市天元（广州）律师事务所 • 许志华



许志华

摘要

优化营商环境法治保障共同体是由人大和政协机关、政府部门、司法机关、法学院校、研究机构以及相关企业代表等组成的一种联合组织，有必要将其纳入行政法视野的考察当中。在实践中，其被定位为一种优化营商环境的法治智库，通过联席会议的方式运行；而在理论上，则是一种协调型机构，应被视为一种区域法治协同治理的新范式。而律师作为依法治国的重要力量，应是智库成员和区域法治协同治理新范式的重要参与者。优化营商环境法治保障共同体制度本身的不完善，导致了律师参与其中存在困境。因此，有必要制定和完善优化营商环境法治保障共同体的法律规范，以弥补其规范供给不足的问题；并从建立常设工作机构、明确成员的构成规则、明晰职责范围、优化运行程序和开展实施效果评估等方面完善其运行机制。当然，与律师相关的内容也是前述规范供给和运行机制完善的重要组成部分。

关键词:优化营商环境；法治保障；共同体；律师

引言

2019年，国务院制定了《优化营商环境条例》，标志着我国将优化营商环境上升到行政法规的高度。2021年3月11日，第十三届全国人大四次会议批准通过的《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》第二十二章专设“构建一流营商环境”一节，其中提及“深化简政放权…持续优化市场化法治化国际化营商环境”，这更是将优化营商环境上升到国家战略的高度，而且是一个长期的战略目标。

习近平总书记指出，“法治是最好的营商环境”[1]。近年来，各地在通过法治方式优化营商环境方面作出了不少有益探索，优化营商环境法治保障共同体的出现就是亮点之一。其中，上海于2019年4月22日成立了全国第一个优化营商环境法治保障共同体[2]，此后，有一些省市也相继成立了类似的共同体。比如，作为粤港澳大湾区第一部营商环境的地方性法规——《广州市优化营商环境条例》第七十八条规定了“本市成立由机关单位、专业院校、社会组织等共同参与的优化营商环境法治联合体…”。但这种共同体或者联合体并未普及，各地也在不断探索包括制定优化营商环境条例、成立优化营商环境法治保障共同体优化营商环境等在内的优化营商环境的有益路径。

然而，这种由人大和政协机关、政府部门、司法机关、法学院校、研究机构以及相关企业代表等组成的一种联合组织，其在行政法学理论中能否找到相应的理论资源呢？其性质定位如何？律师在其中的定位如何？这个制度发展存在哪些困境？如何建构和完善律师参与其中的制度呢？

从中国知网等途径检索的文献来看，鲜有与优化营商环境法治保障联合体或法治联合体等相关的理论研究成果。但是，“行政法学的任务即在于：注意新关系领域之发展，以及将其整合于行政法学体系中”[3]，此外，习近平总书记指出：“律师队伍是依法治国的一支重要力量…”，因此，对于这种新兴的联合组织，有必要将其纳入行政法视野的考察当中，而且，有必要考察律师在其中的定位以及研究如何更好地发挥律师在其中的作用。有鉴于此，本文将对前述问题进行探讨。

一、优化营商环境法治保障共同体的实践

（一）地方立法或者政策实践

从北大法宝、威科先行等法律法规检索系统的检索结果来看，目前明确提及“优化营商环境法治保障

共同体”或“法治联合体”等类似表述的规范不多，散见于一些地方立法规范和地方政策规范之中。

1. 地方立法规范

如前所述，上海是首个成立优化营商环境法治保障共同体的地区，与此同时，上海也是首个且目前唯一在地方立法规范中明确提及该词的地区。2020年4月实施的《上海市优化营商环境条例》（地方性法规）的第七十五条明确规定：“本市建立由机关单位、专业院校、社会组织等共同参与的优化营商环境法治保障共同体，畅通政策和制度的设计、执行、反馈沟通渠道，重点疏通协调营商环境建设中存在的制度性瓶颈和体制机制问题，为各区、各部门提供依法推进营商环境建设的智力支持”。

此外，《广州市优化营商环境条例》和《苏州市优化营商环境条例》这两部地方性法规明确提及了“优化营商环境法治联合体”。

2. 地方政策规范

（1）明确提及“优化营商环境法治保障共同体”的地方政策规范有15个 。首先，从地域分布来看，上海市6个 ，江苏省2个 ，安徽省1个 ，浙江省1个 ，甘肃省1个 ，陕西省2个 ，山西省2个 ，由此可见，长三角经济带几个省份占了多数。其次，从发布主体来看，大部分是以市级或省级一级政府的名义对外发布的，当然，也有以省级党委（或全面依法治省委员会）名义对外的，比如上海市和甘肃省。再次，从发布的时间节点来看，绝大多数都是2020年至2021年之间发布的，2019年和2022年各1个。

（2）明确提及“优化营商环境法治联合体”的规范一个有三个，分别是《广州市人民政府关于印发〈广州市用绣花功夫建设更具国际竞争力营商环境若干措施〉的通知》《广州市人民政府关于印发〈广州市建设国家营商环境创新试点城市实施方案〉的通知》《伊春市人民政府关于印发〈伊春市“十四五”优化营商环境规划》的通知。

从总体上看，优化营商环境法治保障共同体仍是一个新事物，各地仍在逐步探索当中。除了上海有针对优化营商环境法治保障共同体制定整体的规范啊，其他省市的基本是一句话带过。

（二）地方实践模式

从目前各地的时间来看，主要存在两种实践模式，第一种模式是单区域模式，即只在本行政区域内成立优化营商环境法治保障共同体，该共同体也只是在本行政区域运行；第二种模式是跨区域模式，即几个行政区域联合成立跨区域的共同体，该共同体在多个区域内运行。

1. 单区域模式

上海成立优化营商环境法治保障共同体后，多个地区相继成立了本地区的共同体。比如，2020年9月7日，西安市召开了优化营商环境法治保障共同体第一次联席会议[4]；2021年5月18日，广州市黄埔区成立了广东省首个区县级优化营商环境法治保障共同体[5]。当然，有些地方也在公开报道中明确提出要建立本地区的优化营商环境法治保障共同体，比如四川省绵阳市[6]，吉林省长春市[7]，福建省[8]。

2. 跨区域模式

跨区域模式主要存在于一些跨区域的经济带中。其中，典型的是著名的长三角经济带，该经济带是根据《国务院关于长江三角洲城市群发展规划的批复》（国函(2016)87号）而设立，而2020年9月22日，沪、苏、浙、皖司法厅（局）共同签署了《关于建立长三角优化营商环境法治保障共同体的工作方案》，成立了该经济带相应的跨区域优化营商环境法治保障共同体[9]；与此类似的还有淮海经济区：2020年12月30日，苏、鲁、豫、皖的徐州、淮北等十市联合成立了淮海经济区的共同体[10]。

从总体上看，无论是单区域模式还是跨区域模式，他们主要都是分布在经济比较发达的城市或者经济带，由此可以看出，优化营商环境法治保障共同体与经济发展程度休戚相关。

二、优化营商环境法治保障共同体的性质及律师在其中的定位

（一）基本概念厘清

1. 优化营商环境

《优化营商环境条例》第二条对“营商环境”进行了明确界定，从该定义来看，(1)营商环境是一种体制机制性因素和条件；(2) 营商环境涉及的主体有不只是企业等市场主体，还有与体制机制性因素和条件直接相关的公权力主体。因此，有学者认为，“公共机构和市场主体合法运行是优化营商环境的关键”[11]。

2. 法治保障

“法治”既是一种目标，也是一种手段。2020年7月21日，习近平总书记在企业家座谈会上指出，“打造市场化、法治化、国际化营商环境”[12]，据此，法治化的营商环境是一种目标。而从法规范的角度来看，《优化营商环境条例》独辟“法治保障”一章，有十一个条文之多，涉及立法、执法、纠纷解决法治化、普法、公共法律服务、责任追究等领域，与之相关的主体也非常多。由此可见，“法治”是营商环境的一种保障和优化手段。

3. 共同体

目前几乎没有法律法规对“共同体”的概念作出界定。而在理论上，德国著名学者马克思•韦伯认为，共同体化是一种社会关系，且这种社会关系是建立在一定的共同属性之上的；同时，其认为共同体化绝大多数都与经济存在一定关系，一方面表现为满足自己的各种可能设想的目的、需求，另一方面表现为赢利经济，即利用、支配特有的短缺的紧俏货物，从中赢得利润[13]。

前述观点能为我们理解“共同体”这个概念提供一些思路，但又不能生搬硬套。因为，尽管优化营商环境法治保障共同体也是一种社会关系——多个主体联合成立一个实体处理特定问题，建立在一定的共同属性之上——法治保障，且与经济存在一定关系——优化营商环境，但我国的优化营商环境法治保障共同体并非为自己获利，而且，其虽有管理职能，但更多的是为市场主体服务的职能，归根到底是为社会主义经济服务。因此，优化营商环境法治保障共同体在本质上是“公益的”。

综上，“优化营商环境法治保障共同体”可理解为，一种为通过立法、执法、纠纷解决法治化、普法、公共法律服务、责任追究等法治方式，使得市场经济活动中所涉的体制机制性因素和条件能不断得到优化，从而更好地为市场主体服务而成立的组织。

（二）优化营商环境法治保障共同体的特点

1. 成员范围覆盖面广：联合多个主体，形成合力

首先，从牵头单位来看，“单区域模式”和“跨地区模式”存在一定区别，前者是由当地的依法治市（区）办 牵头设立的，而后者是由某一地区的司法厅（局）牵头设立的。其次，从成员范围来看，“单区域模式”的大体一致，均包括人大、市政协、相关政府部门、司法机关、法学院校等主体。而“跨地区模式”虽由各地政府的司法行政部门共同签约成立，但其实质上包含两个层次的共同体，第一个层次是全部由政府的司法行政部门组成的共同体，负责地区与地区之间的协调；第二个层次是由各地区内的相关单位组成的共同体，其成员范围与“单区域模式”一致。

2. 职能范围宏观

首先，在“单区域模式”中，各地职能范围总体上是针对“制度瓶颈和体制机制问题”等宏观问题，只是有些地区在内容方面显得比较具体。比如，上海市和广州黄埔区都列举了八个方面的内容；而从公开报道来看，西安市只是简单列举了立、执、司和守法等各领域。其次，在“跨区域模式”中，淮海经济区10市列举了六个方面，与上海市的内容大体相似；而长三角区域的职能范围主要包括社会治理、法治环境、法律服务和人才培养四个方面。

3. 运作方式——联席会议

从目前的公开报道来看，不管是“单区域模式”还是“跨区域模式”，都是采取召开联席会议的方式来运作，即由共同体成员通过联合召开会议的形式，对其职能范围的事项进行研究、审议、通过。

（三）优化营商环境法治保障共同体的理论定位

1.区域法治协同治理的新范式

如前所述，优化营商环境法治保障共同体采用联席会议的运作模式。在行政法理论上，联席会议的研究主要出现在区域法治的相关研究当中，在这方面，叶必丰教授是典型代表之一。叶必丰教授认为，联席会议一般被认为协调性机构，与“具有独立执法地位的管理机构”[15]相区别，也与跨行政区政府间持续运行的管理型合作机构相区别[16]，而且，联席会议一般由有关机关商量决定，往往有牵头的单位，属于行政机关之间直接的横向沟通机制 [17]，这些理论阐述与目前优化营商环境法治保障共同体的实践运行是基本一致的，因而可以作为其行政法理论资源。而这些理论主要出现在区域法治理论当中，基于这种理论视角，笔者认为，优化营商环境法治保障共同体可定位为一种区域法治协同治理的新范式。

2. 对一些可能出现的争议的回应

首先，这是否适用于单区域模式？笔者认为是适用的。因为单区域模式里面也是由多个机关组成的，这本质上也涉及各个部门的协调，而区域法治协调不应仅狭义地理解为多个地区之间的协调，还应包括同一个区域内不同机关之间的协调。而且，即使是单区域模式，其在同一个行政区域内，出现多个二级区域

组成的共同体，这也是区域协调发展的趋势。其次，优化营商环境法治保障共同体是出现在一些国际化行动方案，比如前文“绍政办发〔2020〕15号”文件，是否意味着其不属于区域法治的范畴？笔者认为，答案是否定的，在那些国际化行动方案中，“国际化”只是目的，不是手段，而通过区域协调治理优化营商环境，其目的是吸引外资或者更好地服务外资。再次，实践中，有些是由党委牵头，那这是否就不属于行政法调整了？笔者认为答案也是否定的，因为目前党政合署是一个新趋势，而党政合署的行政法研究成果也颇丰。

（四）律师在优化营商环境法治保障共同体中的定位

从前述规范的梳理来看，目前仅有《关于建立上海市优化营商环境法治保障共同体的意见》（沪委依法治市办〔2019〕17号），明确规定了律师协会和律师事务所是法治保障共同体的一员。

此外，仍有一些关于优化营商环境的规范有提及律师。比如（1）《优化营商环境条例》第六十八条规定：“政府及其有关部门应当整合律师、公证、司法鉴定、调解、仲裁等公共法律服务资源，加快推进公共法律服务体系建设，全面提升公共法律服务能力和水平，为优化营商环境提供全方位法律服务。”（2）《国务院关于开展营商环境创新试点工作的意见》（国发〔2021〕24号）“二、健全更加开放透明、规范高效的市场主体准入和退出机制”部分提到“优化律师事务所核名管理”。（3）《司法部关于印发<全国公共法律服务体系建设规划（2021-2025年）>的通知》“（二十五）营造法治化营商环境”部分提出了律师专业意见的重要性。（4）《广东省优化营商环境条例》第五十七条第二款规定：“县级以上人民政府司法行政部门应当完善涉外法律服务工作机制，加强涉外法律服务机构建设和涉外法律服务人才的培养引进工作，搭建涉外法律服务供需对接平台，支持律师等法律服务人才在服务市场主体境外投资决策、项目评估和风险防范等方面发挥作用。”（5）《广州市优化营商环境条例》第七十七条第二款规定：“各级人民政府及其有关部门应当聘请人大代表、政协委员、民主党派成员、专家学者、行业协会负责人、商会负责人、企业代表、执业律师、媒体记者和群众代表等担任社会监督员，及时对营商环境问题提出意见和建议。”（6）《深圳市优化法治化营商环境工作方案（2023—2025年）》中提到“律师”字眼的有8处，主要是涉及“强化律师执业权利保障”和“深化法律服务供需对接”两个制度建设。

由前述关于优化营商环境法治保障共同体规范、概念、定位以及涉及律师规范的梳理和分析不难看出，律师是优化营商环境法治保障共同体这种区域法治协同治理新范式的重要成员、智库之一，参与推断立法、依法行政、司法、公共法律服务等法治保障工作，为优化营商环境的法治保障制度保驾护航。

三、优化营商环境法治保障共同体制度存在的不足及律师参与其中的困境

（一）当前优化营商环境法治保障共同体制度存在的不足

不管是作为实践定位的法治智库，还是作为理论应然定位的区域法治协同治理新范式，优化营商环境法治保障共同体的设立和运行都必须法定框架内进行，否则，“法治保障”将无从说起。然而，其目前在规范供给和运行法治化仍存在短板。

1. 规范供给不足

（1）地方立法规范供给不足

首先，从前文的分析来看，与共同体相关的地方立法规范方面还是供给不足。目前针对优化营商环境的地方性法规近30部，地方政府规章近10部，但提到“优化营商环境法治保障共同体”或有类似表述的仅有上海市、广州市、苏州市的三部地方性法规，仅有一个条文。

其次，通过比对《优化营商环境条例》第六章“法治保障”的内容来看，前述共同体职能范围的事项基本上都是该章规定的内容。由此可知，目前共同体的职能范围并没有在《优化营商环境条例》基础上进一步细化。

（2）政策规范供给不足，且科学性、民主性等还有待加强

由前文可知：第一，提及“优化营商环境法治保障共同体”的政策规范大多只是简单的一句话，将其作为一个主题详细展开的政策规范很少，且仍略显笼统。第二，目前在公开报道中看到一些地方已经制定了共同体的实施方案，但是在互联网上却暂时无法检索到相关规范文本。从科学性和民主性的角度来看，这也有“闭门造车”之嫌。

2. 运行机制仍有待进一步完善

首先，从上海2019年4月成立共同体至今已逾三年，但从公开报道来看，成立类似共同体的地区还是不多。其次，有些地方虽提出要建立共同体，但是否有真正成立，暂未能从公开报道可获知。再次，共同体建设虽有跨区域发展的趋势，但其他经济带比如珠三角经济带等还没有建立类似的共同体。

（二）律师参与优化营商环境法治保障共同体制度的困境

与优化营商环境法治保障共同体制度本身存在的不足密切相关，律师参与优化营商环境法治保障共同体制度在规范供给和运行机制方面更是欠缺。正如前所述，目前仅有《关于建立上海市优化营商环境法治保障共同体的意见》（沪委依法治市办〔2019〕17号），明确规定了律师协会和律师事务所是法治保障共同体的一员。此外，在运行机制方面，这个制度本身就存在欠缺，涉及律师参与的，更是难觅其踪迹。

（三）原因分析

出现前述问题，可能有以下几个原因：第一，各地对共同体建设的目标定位不是很清晰，所以不少地区仍处于观望的状态。尽管目前共同体建设的总体目标定位可归纳为优化营商环境的法治智库，但从各地表述可以看出其在认知上还有不同见解或者是不够清晰。而且，其成员范围、职能范围、运行方式等方面的内容不够细化，导致对目标定位的理解不够明晰。第二，由于共同体建设属于“新事物”，可参照、借鉴的东西尚少，而且大多没有上升到地方立法的高度，因此，各地开展共同体建设的积极性也不强。

而律师参与其中的困境，根本原因在于优化营商环境法治保障共同体的制度本身就不完善。因此，不管是完善这个制度本身，还是完善律师参与其中的机制，都必须同步进行，或者说，律师参与机制的完善，有赖于这个制度本身的完善，律师参与机制的完善，是这个制度完善的一部分。

四、优化营商环境法治保障共同体制度的建构与完善

如前所述，律师参与机制的完善是建立在优化营商环境法治保障共同体制度完善的基础之上的，因此，笔者在此着重探讨这个制度本身的完善，并同时探讨律师参与机制的完善。

李克强总理指出，“法治化就要营造公开透明、公平公正的法治环境，给市场主体以稳定的预期”[18]。因此，优化营商环境法治保障共同体制度本身也应法治化，给人以稳定的预期。

（一）优化营商环境法治保障共同体制度本身的完善

1. 制定和完善优化营商环境法治保障共同体的组织法规范

（1）将相关内容融入优化营商环境的地方立法规范

目前关于优化营商环境法治保障共同体制度的很多共性，仍需各地不断探索、总结，故在国家层面立法的时机可能并未成熟。而且，共同体的成员包括人大、政府部门、司法机关等多个部门，如果没有法律规范的约束，在其运行的积极性、实效性方面可能会大打折扣。因此，在地方层面进行立法较为适宜。

当然，根据不同情形有不同的处理方式：第一，已针对优化营商环境立法，且有条文提及共同体的，可修改该地方立法规范，细化共同体制度的相关规范，明确其目标定位、主体范围、职能范围、运行程序、评估等内容。第二，已针对优化营商环境立法，但未提及共同体的，而又已开展共同体实践的，可及时修改法规或规章，增加共同体制度的规范内容。第三，未针对优化营商环境立法的，不管是否已开展共同体实践，都可制定相关法规或规章，并融入共同体制度的相关内容。毕竟国务院的《优化营商环境条例》仍需要各地根据实际进一步细化，此外，共同体制度是具有现实意义的，因为优化营商环境涉及各方面的问题，需要不同主体合力解决。

（2）制定和完善相关地方政策规范

基于法规范稳定性的考虑，且由于优化营商环境法治保障共同体制度目前仍处于初步探索阶段，因此，在地方立法规范层面不宜做过细的规定。进一步细化的任务可由特定主体制定政策规范来完成。

笔者认为，上海模式即由各地区的全面依法治省、市委员会审议通过，并由依法治省、市办公室（设在各地的司法厅、局）印发相关的实施方案比较适合。因为，根据《深化党和国家机构改革方案》的规定，“中央全面依法治国委员会，负责全面依法治国的顶层设计、总体布局、统筹协调、整体推进、督促落实，作为党中央决策议事协调机构…中央全面依法治国委员会办公室设在司法部”；《法治中国建设规划（2020－2025年）》也有类似规定，且在其基础上加入了地方党委法治工作的内容——“地方各级党委法治建设议事协调机构要加强对本地区法治建设的牵头抓总、运筹谋划、督促落实等工作”，而共同体建设涉及多个主体之间的协调，这与前述委员会和办公室的职责不谋而合。

当然，前述模式主要是适用于“单区域模式”，在“跨地区模式”中，需要由各地委员会采取联合审议、并由办公室联合印发的模式。

此外，值得注意的是，为了提高地方立法规范和政策规范的科学性、民主性、可接受性，这些规范在制定过程中都应向社会公众征求意见，同时规范文本也应向社会公布，以接受社会公众的监督，从而提高相关规范执行的实效性。

2. 细化优化营商环境法治保障共同体制度的运行机制

（1）建立常设工作机构

从公开报道来看，未见有建立常设工作机构的共同体，都是采用召开联席会议的临时运作模式。然而，笔者认为，有必要设立一个常设工作机构，配置一定数量的、比较稳定的工作人员负责梳理、汇总、传达各种信息，并协调好各个成员，从而真正发挥联席会议的真正的“决策机构”的作用，确保共同体的高效运转，更好实现共同体建设的目标定位。

这主要是因为：第一，优化营商环境是一项长期的战略目标，需要稳定的、可预期的制度去配套支撑，而且市场经济活动中所涉的体制机制性因素、条件的交叉性和复杂性是持续存在的，因此，优化营商环境法治保障共同体制度的运行也是长期性的。第二，能召开联席会议的次数应该不会太多，这就需要把联席会议用到“刀刃”上，充分发挥其“决策机构”的作用，避免联席会议用于搜集、汇总信息等方面的时间过多，导致不能及时处理、表决有关事项，最终导致联席会议的形式化。

当然，目前优化营商环境法治保障共同体是一种协调性机构，今后可以考虑将其纳入《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》第80条规定的“区域协同发展工作机制”，如此一来，优化营商环境法治保障共同体特别是跨区域模式的共同体，其顶层设计就有了高效力位阶的统一组织法规范，这也为后续在地方法规范层面进一步细化运行相关机制打下了坚实基础。

（2）明确成员的构成规则

笔者认为，可适当借鉴广州市黄埔区模式，即采取开放制，成员分固定、邀请和申请三种，但需要在其基础上进一步细化和完善。

在地方立法规范上，可分别作如下规定：第一，直接规定一些比较固定的成员，比如政府部门、司法机关等行使公权力的主体。第二，规定邀请参加制，这类主体主要是高等院校、人民团体、协会等专业人员，同时可考虑规定给予其一定的经费补贴，以提高其积极性。第三，规定申请制，对于社会公众、市场主体等申请加入的，相关机构应在指定的时间内作出是否准许的回复，不予准许的，应说明理由。除涉及国家秘密和商业秘密的，应当准许其参加。

（3）明晰职责范围

如前所述，共同体的职责范围应在《优化营商环境条例》的基础上进一步细化，但是不一定要面面俱到，毕竟该条例法治保障一章的条文是有各自对应的主体的。笔者认为，共同体的职责范围可限于这几种情形：第一，法规范对某一事项没有规定由哪个主体进行处理的；第二，法规范对某一事项规定的权责存在两个或两个以上主体当中的，这种情形下，又可分为权责交叉和不交叉等情形；第三，其他需要各主体合力研究、讨论的其他问题。总体的判断标准是：非一个主体可妥善解决，需多主体协商、协调以及专业人员提供研究意见才能妥善解决的。

对于法规范规定由某一特定主体负责的事项，应由特定的主体去独立完成即可，不需要共同体去开会解决，除非在特定主体行使职权时需要其他主体配合才能更好的完成相应的管理或服务目标。

（4）优化运行程序

笔者认为，共同体运行的程序至少应包括这几个层面的内容：第一，联席会议前的准备工作。这项工作由常设工作机构在会前，收集、汇总需要有关问题，分发到各个主体，并搜集、汇总相关主体的回复意见，同时确定参与会议的人员以及需共同体讨论、解决的事项等。第二，联席会议的表决程序。对于共同体职责范围内的事项，明确表决程序有利于避免有关事项被相互推诿而久拖不决。但是需要注意的是，不得借用表决机制突破。第三，联席会议的决策的报备和执行。联席会议的决策一方面要向依法治省、市办公室报备，另一方面可考虑由共同体成员联合发文的形式来印发相关决策。因为联合发文可避免部分主体“利己化”和“分割化”，增加决策执行的透明性、协调性，降低决策执行成本[19]。

（5）开展实施效果评估

共同体建设的成效如何，需要实践的检验，同时需要实践过后的“回头看”，从而巩固已有的建设成果，更好地推进共同体的建设工作。评估工作可由组织成立共同体的依法治省、市办自己实施或者组织法学院校等专业人员来具体实施。

（二）律师参与优化营商环境法治保障共同体制度的完善

通俗地说，律师参与优化营商环境制度的完善可以考虑从以下几个方面入手：第一，明确规定律师作为成员，给机会给律师参加；第二，保障律师执业的基本权利；第三，提供律师参与的具体路径；第四，尊重律师的专业意见；第五，律师提升自身的专业水平。

1.在前述制定和完善相关组织法规范当中融入律师的相关规范。也就是说，需要在相关规范中明确规定律师协会、律师事务所、律师是共同体的成员，这样律师的参与才能“师出有名”，确保参与的法治化。

2.充分保障律师执业的基本权利。在这方面，《深圳市优化法治化营商环境工作方案（2023—2025年）》比较有代表性，其专设了“14.强化律师执业权利保障”一部分的内容。只有充分保障律师行使基本的执业权利，才能树立起律师参与优化营商环境法治保障工作的信心。如果律师的基本权利都得不到保障，那人民群众对法治能否保障到自己权利或者能否通过聘请律师维护自己权利，可能会有疑惑或失去信心。

3.在细化优化营商环境法治保障共同体制度运行机制中明确律师参与的具体路径。首先，结合前述开放制的模式，可将律师协会、律所和律师列为邀请和申请的成员，并明确遴选标准。其次，明确律师协会、律师事务所、律师在这个机制中的权利、义务范围。

4.在优化营商环境法治保障制度的设立和改革中，充分尊重律师的专业意见。不管是国务院的《优化营商环境条例》，还是各地的优化营商环境法规、规章或者工作方案，优化营商环境的法治保障制度，宏观上涉及立法、执法、司法、公共法律服务等方面，微观上更是涉及很多的制度群。以广州市《广州市优化营商环境条例》，其中涉及“制度”字眼的次数高达27次，每一个“制度”基本上都不存在重复，对于涉及公民、法人、其他组织权利、义务的优化营商法治保障制度，应充分尊重律师的专业意见，将律师的专业意见作为相关决策的必要性文件。

5.律师提升自身参与优化营商环境法治保障的水平。“打铁还需自身硬”，律师的地位和作用能否得到重视，一方面需要国家机关重视并通过制度固化，另一方面，还需要律师提升自身的水平。近年来，律师参与优化营商环境评估等获得不断提升了自身的影响力，比如，广州市律政营商环境研究院法治化营商环境评价指标体系课题组在今年就通过中国民主法制出版社出版了《法治化营商环境优化：原则.路径.措施.评价》一书，这也反映了律师在这方面水平的提高。笔者近段时间也有幸参与了《广州法治化营商环境2023》，深感法治化营商环境这方面知识的专业性以及自己在这方面的不足。因此，律师参与优化营商环境法治保障共同体制度的完善，需要越来越多律师、特别是专业律师逐渐参与到优化营商环境法治保障的工作当中。

参考文献

[1] 习近平.论坚持全面依法治国[M].北京：中央文献出版社，2020：254,29.
[2] 法制网.上海成立全国首个优化营商环境法治保障共同体. http://www.legaldaily.com.cn/index/content/2019-04/22/content_7837755.htm?from=groupmessage&isappinstalled=0，2023-08-01.
[3] [德] 施密特•阿斯曼著.秩序理念下的行政法体系建构[M]林明锵译.北京：北京大学出版社，2012：10.
[4] 西安市人民政府官网.西安市优化营商环境法治保障共同体召开第一次联席会议. http://www.xa.gov.cn/xw/zwzx/bmdt/5f55953f65cbd82d5b7d34e6.html，2023-08-01.
[5] 广州市人民政府官网. 黄埔成立广东首个区县级优化营商环境法治保障共同体. http://www.gz.gov.cn/qx/hpqrmzf/zwlb/content/post_7281215.html，2023-08-01.
[6] 绵阳新闻网.绵阳综合施策提升法治化营商环境. http://www.myrb.net/html/2020/news/9/258486.html，2023-08-01.
[7] 中国吉林网.长春市召开发布会解读《关于大力加强法治化营商环境建设的意见》. http://news.cnjiwang.com/jwyc/202007/3185264.html，2023-08-01.
[8] 福建省司法厅官网.忠诚履行职责，主动担当作为，为持续优化我省营商环境提供有力法治保障. http://sft.fujian.gov.cn/gzcy/zxft/wqhg/202011/t20201124_5456501.htm，2023-08-01.
[9] 法治安徽网.建立长三角优化营商环境法治保障共同体.http://www.fzahw.com/index.php?m=content&c=index&a=show&catid=303&id=79502，2023-08-01.
[10] 江苏政府法制网.淮海经济区10市建立优化营商环境法治保障共同体. http://doj.jiangsu.gov.cn/art/2020/12/30/art_48513_9619209.html，2023-08-01.
[11] 李本灿.法治化营商环境建设的合规机制——以刑事合规为中心[J].法学研究，2021 (01)
[13] [德]马克思•韦伯.经济与社会（上卷）[M].林荣远译.北京：商务印书馆，1997.
[14] [16]叶必丰.论我国的法定机构[J].中外法学，2022(03)
[15] 叶必丰.地方政府的跨行政区共设机关[J].环球法律评论，2020 (06)
[17] 叶必丰.行政组织法功能的行为法机制[J].中国社会科学. 2017 (07)
[18] 李克强.在全国深化“放管服”改革优化营商环境电视电话会议上的讲话[N].人民日报，2019-07-29.
[19] 许中缘，范沁宁.法治化营商环境的区域特征、差距缘由与优化对策[J].武汉大学学报(哲学社会科学版)，2021 (04).

律协动态

RECENT CONDITIONS

10月12日下午，澳门律师公会理事会主席黄显辉率澳门律师公会参访团一行31人到我会交流座谈。

10月19日下午，省律协监事会与珠三角地区市律协监事会座谈交流会在广州召开，传达学习习近平总书记重要文章《推进中国式现代化需要处理好若干重大关系》，研究推进监事会有关工作。

10月19日至21日，广东省律师协会受邀参加第十四届东盟法律协会年度大会在马来西亚吉隆坡举办。

10月21日至22日，中华全国律师协会知识产权专业委员会2023年业务交流会在深圳举办，本次会议由广东省律师协会、广州市律师协会以及深圳市律师协会协办。

10月21日，全省律协财委工作联席会议暨律师事务所财务合规管理和风险应对培训会在东莞召开。

10月21日，第十二次粤港澳大湾区律师协会联席会议在澳门召开，本次会议为疫情后首次线下召开的大湾区律师协会联席会议。

10月23日，广东省律师协会关爱老律师工作委员会开展“崇德尚法 敬老吟怀”健步行活动暨“律心相连 薪火相传”广东律师行业传承交流座谈会。

10月24日上午，省律协在东莞召开第七届广东律师运动会复盘总结暨第八届广东律师运动会筹划会议，进一步总结第七届广东律师运动会经验做法，并筹划第八届广东律师运动会。

11月，为加强省市律协监事会工作联动，促进监事会守正创新、高效精准运行，以高质量监督推动全省律师行业高质量发展，省律协监事会分别与粤东、粤西、粤北地区市律协监事会召开座谈交流会。

11月3日，央视《法律讲堂》栏目制片人陈德鸿、主编郝燕飞、执行主编刘念一行三人到省律协召开《法律讲堂》广东律师主讲人选题策划会。

11月6日，省律协在广州召开“讲好广东律师故事”媒体座谈会，集体学习习近平总书记对宣传思想文化工作作出的重要指示和全国宣传思想文化工作会议精神，研究贯彻落实措施。

11月7日，广东省涉外法治促进中心召开工作推进会。传达学习习近平总书记关于律师工作重要指示精神、省涉外法治建设工作会议精神和省委依法治省办对中心有关工作要求，进一步明确中心职责定位，部署中心重点工作，讨论提出具体落实举措。

11月13-14日，由广东省商务厅和广东省司法厅联合主办，广东省律师协会协办，惠州市商务局、惠州市司法局承办的“涉外法律服务走进中韩（惠州）产业园专题活动”在惠州市举办。

11月17日至19日，由广东省律师协会、上海仲裁委员会主办，广东省律师协会跨境争议解决法律专业委员会承办的国际仲裁程序全景研习会在上海国际仲裁会客厅成功举办。

11月18日，香港法律界人士一行24人到访广东省律师协会，并围绕“香港与内地法律实务”与省律协相关委员会、中心机构代表进行交流座谈。省律协副会长陈方、副秘书长邓捷等出席座谈会。

11月18日，由广东省律师协会指导，广东省律师协会粤港澳大湾区工作委员会、广东省律师协会横琴粤澳深度合作区法律研究中心、广东省律师协会前海深港现代服务业合作区法律研究中心联合举办的“粤港澳大湾区律师业协同与发展研讨会”在广州举行。

11月20日，省律师协会召开会长办公会会议，学习贯彻习近平总书记在中央全面深化改革委员会第三次会议上的重要讲话精神，传达学习司法部有关部门文件精神，研究省律师协会有关重点工作。

11月25日，由中华全国律师协会金融专业委员会主办、省律协协办的2023年律师金融业务交流会在广州召开。

11月28日，香港律师会与广东省律师协会采用线上形式联合举办第二次圆桌会议，会议主题为“经验分享：国家「十四五」规划背景之下的跨境交易”。

11月30日上午，省律协监事会在湛江召开第十二届广东省律师协会第七次监事长办公会会议，传达学习习近平总书记在中共中央政治局第十次集体学习时的重要讲话精神，研究部署监事会近期重点工作。

12月，中山、潮州两地律协签订区域共建协议，共商律师行业高质量发展区域共建工作。

12月6至8日，2023粤港澳大湾区服务贸易大会在珠海国际会展中心举办，广东涉外法律服务机构首次组团进驻粤港澳大湾区服务贸易大会。

12月7日至8日，第十三届亚洲知识产权营商论坛在香港盛大召开，省律协受邀参加。

2023年12月9日，粤港澳大湾区机制对接与规则衔接港澳视角研讨会在珠海成功举办，省律协受邀参加。

12月17日，为深入贯彻落实司法部东中西部律师行业对口帮扶工作部署要求，推动粤、藏、青、黔律师行业协同发展，广东律师行业落实东中西部对口帮扶工作推进会在广州举行