



七方法研

2025年

5期

总第35期

罪与罚 | 辩护律师对公安机关讯问笔录的审查与质证要点 ——纪冲
公司治理 | 法人人格“反向否认”实务分析 ——王年俊
聚焦劳动法 | 离职后奖金支付法律问题实务分析 ——原悦

LAW

民商纵横

建设工程施工合同无效情形下可参照适用的条款范围 -----	01
以执行思维提升股权投资退出成功率 -----	06

罪与罚

非法经营罪的“变”与“辩” ——从传统专营到虚拟时代的司法挑战 -----	10
醉酒型强奸罪“违背妇女意志”的认定与反思 -----	21
辩护律师对公安机关讯问笔录的审查与质证要点 -----	29
走私案件中“主观明知”的认定与辩护要点 -----	35

公司治理

浅析关联交易的合规边界 -----	40
法人人格“反向否认”实务分析 -----	44

聚焦劳动法

《劳动争议司法解释（二）》与竞业限制条款效力认定纠纷探究 --	49
《劳动争议司法解释二》对劳动合同期满继续用工的影响分析 ----	52
《劳动争议司法解释（二）》背景下 转包、分包及挂靠中的用工主体责任认定 -----	57
离职后奖金支付法律问题实务分析 -----	62



建设工程施工合同无效情形下可参照适用的条款范围

作者：甘雯雯

建设工程领域，转包合同、违法分包合同以及借用资质合同因违反法律的强制性规定，属于无效合同。在上述合同被法院认定为无效的情形下，原来签订的建设工程施工合同还有参考价值吗？施工单位是否还能依据原合同主张全部的工程款项？合同一方是否还能依据原合同的违约条款向另一方主张违约责任？本文将就建设工程施工合同无效情形下仍可参照适用的合同条款范围进行分析和梳理。

一、建设工程施工合同无效的法律后果

《中华人民共和国民法典》（以下简称：“民法典”）第一百五十七条规定：“民事法律行为无效、被撤销或者确定不发生效力后，行为人因该行为取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方由此所受到的损失；各方都有过错的，应当各自承担相应的责任。法律另有规定的，依照其规定”，该条对民事法律行为无效的法律后果进行了总括性规定，民事法律行为无效的法律后果包括返还财产、折价补偿和损失赔偿。

民法典第七百九十三条第一款规定：“建设工程施工合同无效，但是建设工程经验收合格的，可以参照合同关于工程价款的约定折价补偿承包人”。该条款具体规定了建设工程施工合同无效的处理规则是“参照合同关于工程价款的约定折价补偿”。司法实践中，合同哪些条款能参照适用？哪些条款不能参照适用？如何确定“参照合同关于工程价款的约定”的范围就成了影响案件裁判结果的关键问题。

二、参照适用范围仅限于工程价款条款

民法典第七百九十三条对参照无效合同约定条款的范围进行了限缩性规定，明确了参照适用的范围仅限于“工程价款”，不包括其他条款。这里的“工程价款约定”一般是指工程价款的计价办法、计价标准，是发包人、承包人在施工合同

中约定的关于工程价款总额、工程价款组成明细、价格形式、价格调整方法等内容。如果建设工程施工合同是经招标投标程序签订，招投标文件、中标通知书中关于工程价款的内容，也属于工程价款条款。

三、付款条件、付款方式、付款时间节点的条款不能参照适用

合同约定的付款条件、付款方式、付款时间节点等内容，在建设工程施工合同

被认定无效后，不属于参照适用的范围。这是因为合同无效情形下，参照合同约定

的条款进行处理，是对民法典第一百五十七条规定的折价补偿数额确定的一种法律推定，主要针对的是折价补偿的数额，其他无效合同约定的内容不再具有适用效力。

《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释

（一）理解与适用》一书第 73-74 页也曾专项论述：“参照合同约定”是确定折价标准的一种方式，不等同于“按照合同约定”，不是按有效合同处理。对“参照合

同约定”应进行限制性的理解，仅限于合同中对计价标准的约定，对于合同约定的付款条件、付款时间、付款方式及工程款的扣减事由以及质保金的扣留及返还等事项，不属于参照范围。

关于建设工程施工合同无效情形下，如何确认工程款支付时间的问题，司法实践中也有不少案例支持：建设工程施工合同无效，工程已竣工验收合格实际交付的，以工程交付之日作为应付款时间的起算日。

四、违约金条款不能参照适用，但损失无法确定时可参照合同约定的质量标准、建设工期、工程价款支付时间等内容确定损失

建设工程施工合同无效情形下，违约金条款是否可以参照适用的问题，最高人民法院曾有三个经典案例释明：建设工程施工合同无效，违约金条款也应认定为无效。

最高人民法院(2019)最高法民再 231 号指出：“违约金条款并非合同中独立存在的有关解决争议方法的条款，案涉合同因无效自始不具有法律约束力，则违约金条款亦应认定无效。一审判决认定案涉违

约金条款仍然有效，属于适用法律错误，二审法院予以纠正，并无不当。根据《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》的规定，在建设工程施工合同被认定无效的情况下，当事人有权请求参照合同约定支付的是工程价款，并不包括违约金。二审法院未查明顺宝公司具体损失情况，简单参照案涉合同关于 3000 万元违约金的约定判决瑞华公司、李某 2 连带赔偿顺宝公司经



济损失 3000 万元，亦系适用法律错误，本院予以纠正。”

最高人民法院（2019）最高法民申 1810 号指出：“由于案涉建设工程施工合同无效，故相应的违约金条款亦无效，博雅公司依据合同主张违约金，其主张缺乏法律依据，不能成立。”

最高人民法院（2023）最高法民申 775 号指出：“根据上文分析，某甲公司和某乙公司签订的案涉《建设工程施工合同》及其《补充条款》无效，在此前提下，某甲公司依据合同约定主张违约金缺乏法律依据，因此其无权主张以违约金抵销工程款。”

虽然建设工程施工合同无效情形下，合同一方不能依据原合同约定的违约金条款直接主张违约金，但是仍可以参照合同约定的质量标准、建设工期、工程价款支付时间等内容确定损失大小，向另一方主张损失赔偿责任。

《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》第六条规定：“建设工程施工合

同无效，一方当事人请求对方赔偿损失的，应当就对方过错、损失大小、过错与损失之间的因果关系承担举证责任。损失大小无法确定，一方当事人请求参照合同约定的质量标准、建设工期、工程价款支付时间等内容确定损失大小的，人民法院可以结合双方过错程度、过错与损失之间的因果关系等因素作出裁判”。据此，在当事人不能通过举证确定损失数额，并且合同中对损失赔偿标准有明确约定的情况下，根据公平原则，从平衡合同双方当事人的利益角度出发，一方当事人请求参照合同约定的质量标准、建设工期、工程价款支付时间等内容确定损失大小的，可以合同约定作为参照适用的依据，但裁判时需要考量双方当事人的过错程度，以及过错与损失大小之间的因果关系等因素。

故在建设工程施工合同无效的情形下，虽然不能直接适用合同中的违约金条款，但遭受损失的一方，仍可向另一方主张赔偿损失，且在损失数额无法举证时，可以主张参照合同约定的相关质量、工期、付款条件等条款确定损失金额，主张质量

索赔、工期索赔或者工程款逾期支付利息。参照合同中的相关约定，用以计算实际损失但需要注意的是，这里损失金额的确定，失及相关责任划分。即损失金额的确定并非直接适用合同中的违约金条款，而是用的是填平原则，以实际损失为限。

五、律师建议

当下的建设工程领域，转包、违法分包、借用资质（挂靠）等现象仍然是很多施工单位不得不面对的行业生态。即使是不得已而为之，在签署施工合同的时候合同各方也需要认真对待，切不可因为合同违反强制性法律规定、会被认定为无效就草率，对于合同计价标准、合同金额构成、质量标准、工期、付款时间、停工损失的计算方式等应尽量明确。在产生工程纠纷后，如果不能直接通过合同约定确认工程价款，也能在后续案件审理过程中给司法鉴定机构留下充分的鉴定依据，尽可能保护自身权益。



甘雯雯 律师

上海七方律师事务所 合伙人

上海城建职业学院 外聘教师

专业领域：房地产与建设工程、公司法、民商事争议解决、企业合规管理

联系方式：13564750281



以执行思维提升股权投资退出成功率

作者：袁凤翔

近年来，随着一级市场退出难度增加，投资机构尝试通过创始股东股权回购退出的情形日渐增多。但现实情况却是，即使投资机构冒着“撕破脸”的风险对创始股东和目标公司提起股权回购诉讼或仲裁，胜诉后实际回款的比例却很低。本文尝试从执行思维出发，为此类案件的诉讼/仲裁和执行提供一些建议。

一、股权回购退出占比日益提升

随着 IPO 退出渠道收紧，通过创始股东回购及要求目标公司支付现金补偿退出已成为私募股权基金的重要退出方式。据不完全统计，2024 年中国股权投资市场退出端延续下滑趋势，回购和股权转让交易数量增长明显，合计同比增长 33.0%。公开渠道查询的文书数据显示，涉及“股权回购”的案件数量激增，其中 2024 年回购退出案例高达一千多笔，占比 28%，已成为除 IPO 外的主要退出方式之一。考虑到文书公开的比例较低，以及仲裁案件文

书并不公开，实际比例很可能还要高于上述比例。

对赌回购作为私募投资协议的核心条款一直备受关注，近几年来由于经济下行，对赌回购诉讼与仲裁层出不穷。此前深圳某国资创投公司对多家被投资企业发起一系列回购诉讼，引起行业震动，也凸显出回购争议的加剧及投资人退出的困境。



二、股权回购案件的总体执行情况

执行难是当前的普遍共识。具体到回购案件判决/裁决的执行，尽管投资机构在回购诉讼或仲裁中往往能够获得胜诉，但真正实现回款的比例却极低。据不完全统计，超过 60%的股权回购案件因被执行人缺乏可供执行的财产，导致执行程序无

法继续推进而被迫中止。相比之下，能够完全且顺利执行到位的股权回购案件仅占约 10%。显然，即使投资机构获得胜诉判决，也常常面临“打赢官司却拿不到钱”的困境。

三、提升股权回购案件执行到位率的建议

与多数人的认知不同，裁判文书的执行本质上是一个系统性工作。要提高执行回款率，尤其是回购案件判决/裁决的回款率，大量的工作要做在诉讼前，甚至从投资前就要为可能的争议及执行进行系统的预防和准备。笔者结合自身疑难案件执行经验，将上述准备工作总结为“三个阶段，九项关注”。

（一）阶段一：投资前

1、关注目标公司的出资情况

投资人不只要关注创始股东对公司的出资是否到位，即是否进行了验资，更要关注出资是否抽逃，以及是否存在虚假出资、出资不足（如知识产权等出资财产价值是否远低于真实价值）等情形。投资

机构应高度重视尽职调查工作，委托律师事务所、会计师事务所等专业机构进行尽职调查并应在开展尽职调查过程中注意穿透核查投资项目的底层资产（如有），包括该资产的真实性等。

2、关注创始股东的个人情况

投资人不只要关注创始股东的个人学习和工作履历，同时要关注创始股东的个人消费习惯、生活区域、道德品质、家庭成员情况等各个方面。这些信息对于后续可能发生的执行程序至关重要。

3、关注目标公司主要员工信息

这是识别隐藏的目标公司/创始股东关联公司的重要途径。了解这些信息有助于在后续执行过程中发现隐藏的关联公

司，以及回购和补偿义务人可能的隐藏财产甚至是现金流。

（二）阶段二：投资后

1、持续关注目标公司财务状况

目标公司定期报送的财务报表只是表象，投资人需要更多关注表象下的本质。投资人在投后管理过程中，应对目标公司财务报表中的重要财产，尤其是关联公司往来、应收单位、应收账款、其他应收款等可能暗藏猫腻的资产类别予以重点关注。

应跟踪回购条件触发情形，如被投资企业业绩承诺完成情况、上市进展等，一旦回购条件成就，立即启动内部决策流程，避免因决策滞后导致行权逾期。

2、持续关注目标公司的现金流及其来源

投资人需要真正关注和了解目标公司的现金流及其来源。一方面，现金流的紧张往往是企业陷入困境的开始；另一方面，现金流的来源，如企业应收账款等往往是判决/裁决执行所需的重要线索。

3、关注创始人对老股转让款、目标公司分红款的使用

投资人需持续关注创始人对于其股权转让款、分红款等大额现金资产的使用，如用于境内还是境外、用途如何等。一方面可通过此类信息了解创始人对公司的投入程度，进而更加准确地判断目标公司的真实经营状况；另一方面，一旦回购争议发生，此类信息很可能为财产保全和执行提供重要线索。

（三）阶段三：起诉/仲裁前

1、关注目标公司的最新变化

投资人需要及时关注目标公司是否有新的债务、是否有其他投资人发起诉讼或仲裁、是否可能有新的融资等重要信息。此类信息有助于帮助投资人判断是否应及时行权甚至发起诉讼/仲裁，同时也为投资人判断目标公司的履约能力提供重要依据。

2、关注创始人的最新动态

投资人需要及时关注创始人是否被债权人或公司其他投资人起诉、创始人是

否仍全力经营目标公司、创始人是否有转移资产行为。

3、关注回购义务人的实际资产状况

投资人在发起诉讼/仲裁前，应有的放矢，根据投资前和投资后掌握的各项信息，全面搜集回购义务人及担保人财产线索

，甚至委托专业执行律师对回购义务人和担保人的财产进行尽职调查，尽可能多地掌握回购义务人的实际财产状况和具体财产信息，以尽可能多地、更有效率地做好财产保全工作，为判决/裁决的执行打下坚实基础。

四、结语

投资人应从投资前、投资前及起诉/仲裁前三个阶段，构建全流程风险防控和事前调查体系，通过将执行思维前置到投

资金流程，才能切实提升基金股权回购退出的成功率，保障投资回报的实现。



袁凤翔 律师

上海七方律师事务所 高级合伙人

上海复旦大学校友会法律界同学会副会长

律英国际商事调解中心调解员

天津仲裁委员会仲裁员

专业领域：疑难案件执行 商事诉讼和仲裁 投融资法律服务

联系方式：021-56782789

非法经营罪的“变”与“辩” ——从传统专营到虚拟时代的司法挑战

作者：符天山

近日，内蒙古巴彦淖尔市中级人民法院再审宣判王力军买卖玉米无罪案引起社会热议。王力军于2014年11月至2015年1月期间，没有办理粮食收购许可证及工商营业执照买卖玉米的事实清楚，其行为违反了当时的国家粮食流通管理有关规定，但尚未达到严重扰乱市场秩序的危害程度，不具备与刑法第二百二十五条规定的非法经营罪相当的社会危害性、刑事违法性和刑事处罚必要性，不构成非法经营罪。在非法经营罪案件的辩护中，主要可以围绕“是否违反国家规定”、“是否属于法定的四种非法经营行为”、“是否达到情节严重的要求”等方面展开辩护。

一、从投机倒把到精准打击：非法经营罪的历史蜕变

（一）非法经营罪的产生

立，这种“大口袋”罪名已不适应经济发展需要。

非法经营罪在我国刑法体系中经历了一场“浴火重生”的演变。在1979年颁布的新中国第一部刑法中，所有扰乱市场秩序的行为几乎都被装进了一个巨大的“口袋”——投机倒把罪。

1997年刑法修订时，立法者以“分解罪名、精准打击”为思路，将投机倒把罪拆解为多个具体罪名，非法经营罪由此诞生，成为维护市场秩序的新利器。

那个年代，个人长途贩运商品、转手买卖获利都可能构成犯罪，体现了计划经济时代对市场活动的严格管控。随着1992年社会主义市场经济体制的确

（二）现行刑法的规定

根据《刑法》第225条规定，非法经营罪包含四种类型：

1. 未经许可经营专营专卖物品或其他限制买卖物品；
2. 买卖进出口许可证等批准文件；
3. 非法经营证券、期货、保险业；
4. 其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为。

其中第四项的兜底条款为后续应对新型经济犯罪预留了空间，但也埋下了“口袋化”的隐患，目前非法经营罪的认定，从刑法、司法解释（文件）到行政许可，已有 70 种入罪情形。

从 1998 年至今，全国人大常委会通过单行刑法、最高人民法院和最高人民

检察院通过司法解释，先后将非法买卖外汇、非法出版物、非法经营电信业务等十余类行为纳入非法经营罪的规制范围。这种立法扩张既反映了国家维护市场秩序的迫切需求，也引发了法律界对“罪刑法定”原则的深切关注。

值得深思的是，非法经营罪的演变史折射出我国市场经济法治化的艰难历程。从“投机倒把”的笼统禁止到对特定经营行为的精准规制，体现了法律对经济自由与秩序平衡的探索。然而，当 2023 年某大学生因代购限量版球鞋被立案侦查时，公众再次质疑：这把“市场秩序保护伞”是否张得太开了？

二、传统非法经营罪的典型形态与司法认定

传统非法经营罪案件主要围绕“特许经营”和“专营专卖”两大核心领域展开。通过对近年典型案例的分析，可以清晰看到司法机关的认定逻辑和裁判尺度。

（一）专营专卖物品类案件

此类案件中，烟草、成品油、液化气等涉及国计民生或危险物品的经营是查处重点。

2023 年云南昭通市首例非法经营成品油案中，李某林等三人在未取得《成品油零售经营批准证书》和《危险化学品经营许可证》的情况下，擅自设立加

油站点长达六年。法院审理发现，该黑加油点不仅无证经营，而且未配备消防安全设施，储存条件简陋，如同一颗“流动炸弹”威胁周边居民安全。尽管非法经营额仅6万余元，法院仍认定其行为侵害消费者权益、扰乱市场秩序，构成非法经营罪。但考虑到情节轻微，最终判决免于刑事处罚，没收经营工具。更复杂的情形出现在“形式上挂靠、实质上独立”的经营模式中。在浙江某市一起液化气经营案中，杨某某以当地A公司甲部名义销售瓶装液化气，

甲部虽持有燃气经营许可证，但杨某某与甲部负责人存在隐性“合伙”关系：杨某某负责大客户销售并垫付资金，甲部负责小客户；双方各自获取所负责客户的收益。检察院最初以非法经营罪起诉，但辩护律师叶斌提出关键辩点：瓶装液化气不属于刑法规定的“专营专卖物品”，仅是需行政许可的普通商品；杨某某以甲部名义经营，非独立经营行为；其销售的气源来自正规公司，无社会危害性。检察院最终采纳辩护意见作出不起訴决定。

非法经营罪中常见专营专卖物品的法律属性对比表

物品类型	法律依据	是否专营专卖	典型案例
烟草	《烟草专卖法》	是	张某无证卖烟案
食盐	《食盐专营办法》	是	-
成品油	《成品油市场管理办法》	否（需许可）	昭通非法加油案
液化气	《城镇燃气管理条例》	否（需许可）	杨某某挂靠经营案



（二）许可证与批准文件类案件

此类案件主要涉及伪造、倒卖许可证等行为。2023 年广东一起非法经营烟花爆竹案中，陈某团伙伪造《烟花爆竹经营许可证》向多家超市供货，涉案金额达 120 万元。法院认为，烟花爆竹虽非专营物品，但属于“限制买卖物品”，未经许可经营即符合非法经营罪第一项规定。该案的特殊性在于，陈某通过 PS 技术伪造电子许可证，突破了传统造假手段，反映出非法经营犯罪手段的“技术升级”。

（三）出版、电信等特许领域案件

在出版领域，最高人民法院《关于审理非法出版物刑事案件具体应用法律若干问题的解释》明确规定，非法从事出版物的出版、印刷、复制、发行，严重扰乱市场秩序的，以非法经营罪定罪处罚。2024 年江苏查处的“墨香阁”非法出版案中，犯罪团伙通过网络平台承接自费出版业务，未经审批出版图书 380 余种，非法经营额达 2000 余万元。法院认为该行为逃避内容监管，可能传播有害信息，扰乱文化市场秩序，构成非法经营罪。在电信领域，擅自经营国际电信业务仍是打击重点。这类行为因绕过国家监管，造成外汇流失和信息安全风险，近年虽数量减少但仍时有发生。

三、新型非法经营罪的扩张与争议

随着数字经济蓬勃发展，非法经营犯罪开始向虚拟经济、网络空间延伸，催生了诸多新型案件类型，也带来法律适用的全新挑战。

（一）虚拟货币相关案件

虚拟货币的匿名性、跨境性使其成为非法经营犯罪的新工具。2023 年广东高院发布的典型案例中，陈某等人通过买卖泰达币 (USDT) 变相从事外汇兑换。该案中，陈某在互联网交易平台向散户收购泰达币，再按实时汇率加价出售给需要外汇的

客户，单笔交易额就达 510 万元。法院的裁判逻辑非常清晰：泰达币与美元 1:1 挂钩，实质是外汇的数字化载体；在境内场外交易实质是变相买卖外汇，违反《外汇管理条例》；交易额巨大，扰乱金融秩序，应依非法经营罪处罚。更具争议的是虚拟货币期货交易平台案件。2023 年上海警方破获的张某案中，当事人搭建虚拟货币期货交易平台，允许用户交易比特币、以太坊期货合约，涉案金额上亿元。辩护律师提出：我国未明确虚拟货币期货属性，法无明文禁止；张某无主观违法故意；平台曾建立资金托管制度，有合规努力。但检察机关认为，期货交易属特许业务，未经批准即符合非法经营罪第三项规定。此类案件反映了法律滞后性与新型金融创新的冲突。

（二）金融属性礼品卡案件

2025 年武汉经开区法院审结的韩某案揭示了一种新型犯罪手法：以礼品卡为媒介非法买卖外汇。韩某成立工作室，通过境外通讯工具低价收购国际通用礼品卡，再向下游卡商高价售出，利用汇率差

价获利。表面是礼品卡倒卖，实则是规避外汇管制的资金跨境转移。该工作室涉金融属性礼品卡营业额达 1100 余万元，被认定为“情节严重”，以非法经营罪判处有期徒刑。

此类案件的隐蔽性在于：礼品卡本身合法，但成为外汇交易的工具。法官在判决中明确指出，当礼品卡具备资金汇兑功能时，其交易行为就应纳入金融监管范畴，未经许可的大规模经营必然冲击国家外汇管理秩序。

（三）网络刷单炒信案件

2025 年广州天河法院判决的廖某建案揭开了“刷单江湖”的犯罪面纱。廖某等人搭建“淘宝派单系统”，组织刷手为 47 家网店制造虚假交易 13289 笔，收取佣金 10.6 万元。

法院依据两高《关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》第七条，认定其组织刷单炒信行为属于非法经营罪第四项的“其他严重扰乱市场秩序行为”。该案创新性地将

“正向刷单”（虚假好评）和“反向刷单”（恶意差评）均纳入规制范围。该案主审法官罗成指出：“刷单炒信”本质是数据造假，其危害呈三重扩散：消费者被虚假信息误导；诚信商家被逆向淘汰；平台数据生态遭破坏。当刷单从个体行为发展为规模化、产业化运作时，仅靠平台处罚已不足以遏制此行为，刑法介入具有必要性。

（四）传销活动的新面孔

早在 2001 年海南琼山市法院就以非法经营罪判决传销组织头目蒙超东有期

徒刑 4 年，这是全国首例对传销适用该罪的案例。近年来传销活动更多以“区块链”、“共享经济”等面目出现。

2024 年查处的“智创未来”案中，传销组织以教育机器人租赁为名，要求参与者缴纳 3 万元加盟费获取“代理权”，通过发展下线获取提成。司法机关认为，此类无实质经营、靠拉人头获利的模式本质上仍是传销，但因组织者确实提供少量机器人设备，区别于纯粹诈骗，故选择适用非法经营罪而非组织、领导传销活动罪。

新型非法经营犯罪类型与法律适用逻辑表

案件类型	代表性案例	法律适用依据	争议焦点
虚拟货币外汇	陈某买卖 USDT 案	刑法 225 条(四)	虚拟货币法律属性
金融礼品卡	韩某倒卖礼品卡案	刑法 225 条(四)	合法商品异化为金融工具
刷单炒信	廖某建刷单平台案	《网络犯罪解释》 第 7 条	虚假交易是否属于“经营行为”
变相传销	“智创未来” 机器人案	刑法 225 条(四)	与传销活动罪界限

四、司法实践中的争议焦点与困境

（一）“口袋化”倾向的忧虑

中国政法大学研究团队指出：非法经营罪正呈现“新口袋罪”趋势。其缺陷在于：第四项兜底条款的开放性与司法解释的扩张性结合，使诸多新型经营行为可能被装入其中。

典型表现是：某类行为被禁止→出台司法解释将其纳入非法经营罪→司法实践扩大适用。这种扩张引发三重隐忧：

1. 市场主体预期不明：当“其他严重扰乱市场秩序行为”边界模糊时，经营者难以预测行为后果。如 2024 年某大学生因代购限量球鞋被立案，后虽撤案但已造成心理创伤。

2. 司法裁量权过大：基层法院对“情节严重”标准把握不一，同类行为在不同地区可能面临罪与非罪的截然不同评价。

3. 行政违法与刑事犯罪界线模糊：浙江某地个体户因未取得许可销售烟花爆竹被刑事立案，而其销售额仅 8000 元，远低于类似案件的入罪标准。

张明楷教授对此提出严格限制：“成立非法经营罪的前提是违反国家规定，即全国人大及其常委会制定的法律和决定，国务院制定的行政法规。没有违反国家规定的，即使在某种意义上属于非法经营，也不得认定为本罪。”

（二）主观故意的证明难题

新型经济形态中，违法性认识的判断成为司法难点。在上海虚拟货币期货平台案中，辩护律师提出：张某搭建平台时咨询过法律人士，认为虚拟货币期货不属于特许业务，故缺乏违法性认识。

司法机关通常采取“推定知晓”原则：只要行为人知道自身未获主管部门批准，即可认定具有非法经营故意。但这一推定在两种情形下受到挑战：

1. 监管政策模糊领域：如数字藏品(NFT)交易、AI 生成内容销售等前沿业态；

2. 政策突然转向行业：如教培行业“双减”政策后，部分继续经营的机构被指控非法经营。

这种困境在 2025 年某直播平台案中尤为突出：平台允许用户交易“虚拟礼物”并兑换现金，被控非法经营支付结算业务。平台负责人抗辩称行业长期存在此类模式，从未有监管部门警示，对行为违法性完全不知情。

（三）危害后果的认定分歧

非法经营罪要求“扰乱市场秩序，情节严重”，但对“扰乱”和“严重”的判断常存分歧。在刷单炒信案中，辩护人主张：刷单仅影响电商平台内部排名，未扰乱广义市场秩序；公诉人则反驳：破坏公平竞争机制即是对市场秩序的实质损害。

“情节严重”的量化标准亦存争议：

1. 以非法经营数额还是违法所得为准？
2. 是否需证明实际损害？如倒卖礼品卡案中，韩某虽交易额巨大，但未造成用户损失，是否仍属“情节严重”？
3. 危险犯还是结果犯？如非法经营液化气案中，未发生事故是否影响定罪？

在昭通成品油案中，法院以“存在安全隐患”作为扰乱秩序的认定依据，突破了传统的实害结果标准，体现了对公共安全法益的重视。

五、规范适用与权利平衡：非法经营罪的未来走向

面对传统与新型非法经营行为的复杂样态，司法机关需在秩序维护与自由保障间寻找平衡点，通过规则完善实现精准司法。

（一）明确入罪边界，遏制“口袋化”

破解“口袋罪”困境需多管齐下：1. 严格“国家规定”层级：排除部门规章、

地方性法规作为定罪依据的可能性。如某地方法院曾依据商务厅文件认定二手车中介行为构成非法经营罪，该判决后被上级法院撤销。2. 激活“违法性认识”抗辩：对政策敏感行业（如虚拟货币、教培等），行为人确因合理信赖专业意见而不知违法时，应阻却犯罪故意。3. 构建案例指导

制度：最高人民法院应定期发布典型案例，明确“其他严重扰乱市场秩序行为”的认定标准。如 2025 年广东高院发布虚拟货币非法经营案，为全国同类案件提供参照。

（二）量化损失标准，统一裁判尺度
针对“情节严重”认定乱象，建议构建“主客观相结合”的量化体系。

考量维度	具体指标	参考案例
经营数额	普通商品超 50 万；金融类超 20 万	刷单案中 10.6 万即定罪
违法获利	普通领域超 10 万；特许领域超 5 万	传销头目获利 1 万被定罪
经营时长	持续经营超 6 个月	成品油案持续 6 年
社会危害	造成人身伤害/重大财产损失	假农药致农作物绝收

同时引入“比例原则”：对小微企业、初次违法、主观恶性小的案件，即使达到数额标准也可适用《刑法》第 13 条“情节显著轻微”出罪。如昭通成品油案中，虽然经营额达标，但因后果轻微判处免于刑事处罚。

（三）推行“行政前置”过滤机制
对行政违法与刑事犯罪界线模糊的案件，可建立“行政处罚前置”程序：

1. 对首次违法且无危害后果的行为，由

行政机关先行处罚；2. 若再次违法则推定具有刑事可罚性；3. 涉危化品、食品等重大公共安全领域除外。如个体户无证卖烟案，初犯且销售额较小时，由烟草专卖局没收违法所得并处罚款即可；若屡罚不改或销售假烟，则启动刑事程序。这种“先行政后司法”的梯度治理模式，既能避免刑罚过度扩张，又能给市场主体自我纠错空间。刑罚与行政处罚的衔接更需制度保障。某地曾发生尴尬

一幕：某企业因非法经营被行政处罚缴纳罚款后，又被检察机关以同一事实提起公诉，面临双重处罚风险。应确立

“一事不二罚”原则：行政罚款可折抵罚金，避免双重惩罚。

非法经营罪规范适用建议与预期效果

现存问题	完善建议	预期效果
口袋化倾向	限定“国家规定”层级；明确兜底条款	防止任意入罪
情节认定不一	构建量化指标体系；发布典型案例	统一裁判尺度
行刑衔接不畅	建立行政处罚前置；建设信息共享平台	实现梯度化治理
新型案件管辖不清	设立金融、互联网法院专业审判	提升裁判专业性

六、结语：在秩序与自由的天平上

从 1979 年投机倒把罪的废除到今日新型网络非法经营行为的涌现，非法经营罪的演变史正是中国经济市场化、法治化的缩影。这把“达摩克利斯之剑”既震慑了扰乱市场秩序者，也时刻提醒立法司法者：刑罚的触角不应伸得过长。

当街头小贩因售卖几包无证香烟面临刑事指控，而虚拟货币交易平台老板

以“创新”之名逃避制裁时，法律的天平需要更多的智慧来平衡。

未来非法经营罪的完善，既需明确边界严防“口袋化”，又要与时俱进应对数字经济挑战；既需刑罚威慑守护市场秩序，又要为市场创新保留试错空间。

普通经营者在市场大潮中航行时，最需要的不仅是对法律的敬畏，更是一

张清晰的“法律航海图”——哪些领域是禁区，哪些行为需许可，哪些模式有风险。只有当非法经营罪的边界足够明

晰，刑罚的发动足够审慎，市场主体才能释放最大活力，市场经济才能在法治轨道上行稳致远。



符天山 律师

上海七方律所刑事业务部 副主任

上海市律协反舞弊与刑事辩护风控委员会 委员

同济大学法学院 实务导师

国家二级心理咨询师

业务方向：刑事辩护、企业反舞弊、谈判心理

联系方式：133 8628 0211



醉酒型强奸罪“违背妇女意志”的认定与反思

作者：傅建平、童一峰

依据《中华人民共和国刑法》第二百三十六条，强奸罪指的是“以暴力、胁迫或者其他手段强奸妇女”的行为。强奸罪的客体法益为“妇女的性自决权”，因而奸淫行为是否违背妇女意志，是实践中司法机关审查的核心要件。区别于传统的暴力型、胁迫型强奸，酒醉型强奸案件中的案发背景、具体案情往往更为复杂，因而如何审查“违背妇女意志”这一核心要件也成了司法实践中的难点、痛点。本文笔者将结合办案经验就这一问题浅抒己见，提出一些思考，供大家探

一、案例引入——薛某某强奸案

（一）基本案情

薛某与吴某两人系好友，两人某晚在酒吧喝酒期间，吴某叫来被害人孙某一起喝酒，并对薛某说：“这个女的经常在酒吧玩，很好睡，你要不要带走”薛某表示同意。孙某对薛某时有暧昧举动，包括给薛某喂酒、坐在薛某腿上跳舞等。几人喝酒至凌晨时分，孙某呈现醉态，走路摇摇晃晃，说话含糊不清，说想要吃夜宵去，几人便起身离开。

在酒吧门口时，薛某问吴某：“你确定没问题吧？跟人家小姑娘说好了没？”吴某表示：“没事，到时候我会发个红包解决的，之前我也和她睡过”薛某听罢，便对孙某说：“你不是想吃夜宵吗，要不要去酒店开房点外卖？”孙某表示同意，于是薛某便带着孙某去酒店。在酒店内，薛某与孙某发生了性关系。

被害人孙某醒来后找不到手机，于是前往大堂向酒店工作人员借电话找手机，未果后打电话给她男朋友单某寻求

帮助。其男友根据手机定位驱车前往薛某、吴某所在的烧烤店，取得手机后回到酒店交给孙某，并在酒店门口殴打孙某、将孙某拖进车内。一小时后，孙某报警。

在侦查阶段，行为人薛某与被害人孙某的笔录大相径庭，双方各执一词。根据薛某本人的供述，在发生性行为期间孙某很配合，并无挣扎、反抗的行为。而孙某则坚称不愿意与薛某发生性关系，在性行为期间大声呼救，用力反抗。

（二）裁判观点

本案一审、二审法院均认为薛某构成强奸罪，理由主要有：第一，被害人孙某确实处于醉酒状态，走路摇晃、说话含糊不清，走路需人搀扶，在反抗能力上有所欠缺；第二，被害人孙某的供述稳定，描述了众多非亲历不可知的细节，具有可信性；第三，被害人孙某与薛某两人并不相识，案发当晚系初识；第四，全案并无任何证据表明被害人孙

某向薛某表达了愿意与其发生性关系，薛某明知被害人处于醉酒状态，在未获得同意的情况下与其发生性关系，具有主观故意；第五，被害人孙某在其男友

到达酒店后即告知被强奸，随后报警，案发自然。基于上述理由，法院最终认定薛某构成强奸罪。

二、司法实践中对“违背妇女意志”的一般认定规则

在上述案例中，核心争议点在于性行为的发生是否违背了被害人孙某的意志。在本案中，被害人孙某虽无明确向薛某表示愿意与之发生性行为的意思表示，但除事后被害人的陈述之外，也无其他无证据证明其明确表示拒绝，这正是此类案件的难点所在。司法实践中，法官往往会结合案件事实进行自由心证，归纳本案及其他类案的裁判观点，不难发现，对于醉酒型强奸行为的认定，实务部门倾向于从以下角度论证是否违背妇女意志。

第一，被害人的醉酒状态。被害人是否陷入醉酒状态是实务部门推定性行为是否违背妇女意志的首要因素。实务观点认为，醉酒型强奸对于妇女法益的侵害性正是在于利用妇女“不知反抗、

难以反抗”的状态侵害妇女的性自决权。由于醉酒，妇女的意识陷入模糊不清的状态，其作出性同意的有效性以及对于自身性法益的保护能力也自然下降甚至完全丧失。如若根据各种客观证据，例如监控录像等，能显示被害人完全处于醉酒以至于丧失意志的，实践中一般都会推定为发生性关系违背了妇女意志；如处于半醉半醒，也不能简单认定妇女系“默示的同意”，仍需要结合其他因素进行考察。

第二，被害人供述是否真实、稳定。在强奸类案件的证据中，被害人陈述往往占据举足轻重的地位，这是由该类案件的“私密性”“隐秘性”特征所决定的。由于性行为往往发生在私密场合，对于性行为过程也难有客观记载，



还原案件事实往往过于依赖于被害人、犯罪嫌疑人的陈述。因此，对被害人陈述的客观性审查在认定案件事实中起到至关重要的作用。实践中，对被害人陈述的客观性往往从真实性、稳定性等方面进行审查。如被害人能够描述出众多“非亲历不可知”的细节，且能够与在案的其他证据形成对应（例如现场勘验、检查笔录、行为人的供述等），一般可以认定被害人陈述真实；如被害人在多次供述中保持稳定陈述，并未就一些关键事实含糊其词或者出现前后不一的矛盾，一般可以认定被害人陈述具有稳定性。在被害人陈述真实、稳定的前提下，如其认为性行为的发生违背了其个人意志的，一般予以采信。

第三，案发前后的其他客观事实。这一角度主要基于社会实践中所形成的通识、观念，去推知被害人是否愿意与行为人发生性关系。例如，在案发前行为人与被害人是否相识，如果两人系陌生人的，那么一般认定被害人不愿意与之发生性关系；又如，被害人事后报警

的时间，如果在性行为发生短时间内报警的，一般会认定为性行为系违背其意志；再如，被害人事后的精神状态，如被害人事后反应剧烈，情绪低迷，甚至有自毁倾向等重大精神伤害后的状态，也可以认定发生性行为违背了其主观意志。

第四，行为人是否具有强奸的主观故意。主客观一致是刑法的基本定罪原则，审查行为人是否具有罪过，是认定构成犯罪不可或缺的环节。在醉酒型强奸中，司法机关的审查要点有：例如，行为人是否清楚被害人处于醉酒状态，如清楚地认知到被害人已经醉酒的，又未获得被害人明确同意，与被害人发生性关系可以推定其在主观上具有强奸的故意；又如，行为人是否将妇女带至私密场所的行为，如在公共场所喝酒的，行为人在妇女醉酒后主动将其带离公众场所、孤立被害人使其难以逃脱的，可以被推定为具有强奸的故意；再如，行为人是否事后有控制被害人的行为，例如，将被害人反锁在案发场所、拿走手

机不与其报案等行为，也可以推定行为人在主观上具有强奸的故意。



三、对既定司法认定规则的反思与思考

可见，司法实践中对醉酒性强奸案件中“违背妇女意志”的认定相对而言是较为宽松的，并未在违背与不违背之间设置了存疑缓冲带，导致该类强奸的入罪门槛相对较低，无罪辩护的空间极小。笔者认为，对于醉酒型强奸罪的认定，应当适度抛弃“醉酒甚至酒后即不同意”的经验主义法则，并同时从以下角度进行重点审查，对是否“违背妇女意志”进行充分认证：

第一，被害人是否处于不能反抗、不知反抗的状态。在绝大多数醉酒型强奸中，妇女往往缺乏明显反抗行为，而

妇女是否不能反抗、不知反抗是认定违背妇女意志的重要因素。例如，妇女的酒精检测报告是否达到醉酒标准？又如，是否存在录音、录像、监控视频等客观证据足以证明妇女尚未失去行动能力，或者是意识较为清醒？笔者认为，将“酒精浓度”简单等同于“不能反抗、不知反抗”本身就不符合强奸罪认定的实质要义，本质上属于机械司法。如从案件其他客观事实、证据的审查中可以直观判断或者推测酒后并未对妇女的行动能力、思维状态造成重大影响的，即可认定妇女尚未丧失反抗能力，

在此情形下，并无证据证明行为人有实施其他使得妇女丧失反抗能力的行为，而客观证据又不足以证明妇女有反抗行为的，则应当排除“违背妇女意志”的认定。

第二，行为人主观上是否具有强奸的故意。司法实践中，醉酒型强奸多发于熟人间的酒局、抑或酒吧猎艳。案发后，行为人常常以主观上不具有强奸的故意进行抗辩，辩称只是“约炮”“猎艳”“嫖娼”等。相对于普通的强奸罪而言，醉酒型强奸行为人主观故意的认定往往处于两难之间。因而，司法实务部门对于是否违背妇女意志的认定，转为对行为人是否明知妇女处于醉酒状态的认定，并以此来推定行为人是否具有强奸的故意。笔者认为，两者是不能等同的，事实上，个体的差异性，导致酒后甚至是醉酒状态对个体的认识能力、身体表现是存在巨大差异的，酒后或醉酒仅仅是表象状态，核心问题还是要考察醉酒是否导致妇女不能反抗、不知反

抗，是否明知妇女不愿意与其发生性关系等。

第三，对被害妇女的内心真实意思进行考察，应当严格遵循“排除合理怀疑”的标准。一方面，实务部门往往从行为人与被害人是否相识、被害人事后报警的时间、被害人事后的精神状态等角度以考察被害妇女的真实内心意思；另一方面，被害人陈述的真实性、稳定性对于考察被害妇女内心真实意思也具有重要作用。如本文所举案例，在醉酒型强奸中，被告人和被害人对案件事实各执一词的情况是非常常见的。笔者认为，从案件细节往往可以审查被害人陈述的真实性、稳定性。如被害妇女仅口头陈述表示不愿与行为人发生性关系，但对于案件关键事实（例如自己喝了多少酒、是否醉酒、意识是否清醒、是否具有行动能力等）的供述语焉不详、前后矛盾，抑或无法与其他客观证据形成印证的，被害人的陈述就不具有可靠性，应当认定为证据与事实存疑。

此外，笔者认为，被害人的品格证据、抑或报案意愿是否受到其他要素的干扰，应当也作为是否“违背妇女意志”的考量因素。例如，在薛某强奸案中，被害人事后遭遇了男友的殴打，且被害人被其男友拖进车一小时后，才进行报警。因而，本案案发无法排除被害人为了安抚男友，或者是受到男友的胁迫而违背客观事实和本人意志进行报警的合理怀疑。而在该案法院的裁判观点中则称：“被害人报警是否受到其他因素的影响，并不影响对于违背妇女意志的认定……被害人报警过程自然，不具有诬告陷害的特征”，笔者认为，司法机关的裁判理由显然忽略了被害人非自

愿报案后面隐藏着发生性关系自愿性的可能性，即被害人与行为人发生性关系时是自愿的，但在事后基于其他因素不想让亲属或案外人知道其与行为人发生性关系的自愿性，或者案外人出于对行为人的不满，选择以报案的方式让行为人接受惩罚。事实上，对于性行为是否“违背妇女意志”的认定，应当以妇女“行为前”和“行为中”的意思表示为依据，而不能以“行为后”是否反悔或者受其他客观因素影响后的意思表示为依据。否则，对“违背妇女意志”很容易陷入机械化认定，从而导致冤假错案的发生。

四、结语

随着社会文明程度的进步，传统的暴力型强奸罪的数量已然下降，转而在熟人圈、社交场合中频发。司法实践中，醉酒型强奸已经是目前强奸罪中最常见的类型之一，司法部门应当正确、清晰地认识到其特殊性，准确把握罪与

非罪的界限，避免陷入机械司法，产生冤假错案，影响司法公信力。当今社会，弘扬法治观念、彰显司法正义是缓和社会矛盾、维护社会稳定的必由之路，对醉酒型强奸案的处理，既要坚决

维护妇女的性权益，也要避免刑事司法
权的过度扩张。



傅建平 律师

上海七方律师事务所 高级合伙人

上海律协刑诉法与刑事辩护专业委员会 副主任

上海市法学会刑法学研究会 理事

业务方向：刑事辩护、刑事控告、企业反舞弊
调查、刑民交叉业务诉讼

联系方式：152 0171 8516



童一峰 律师

上海七方律师事务所 律师

业务方向：刑事辩护

联系方式：159 6784 1945

辩护律师对公安机关讯问笔录的审查与质证要点

作者：纪冲

公安机关讯问笔录是公安机关在刑事侦查过程中对犯罪嫌疑人所做的笔录，也常被称为口供，属于刑诉法规定的犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解，是控方证据中常见与核心的证据之一。当前刑事法规对讯问笔录的制作、审查有规定，辩护律师通过审查案件其他证据、全程同步录音录像、与被讯问人核实等方式对讯问笔录进行全面审查和有效质证，是刑事案件取得较好辩护效果的重要一环。

一、讯问笔录的审查要点

审查是质证的前提和基础。关于讯问笔录审查的法律规范主要集中在《中华人民共和国刑事诉讼法（2018修正）》第二编第二节讯问犯罪嫌疑人、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释（2021）》第四章第四节被告人供述和辩解的审查与认定等规定中。审查要点可归纳为形式审查和实质审查。

（一）形式审查

形式审查关注的是讯问笔录制作的合法性、规范性，主要关涉证据能力问题。根据刑诉法及司法解释，本文总结形式审查主要包括讯问时间、讯问地

点、讯问主体、被讯问人、权利义务告知情况、笔录修改、笔录签署、笔录完整性、全程同步录音录像、非法取证等要点。

1. 讯问时间

讯问时间的审查要点包括讯问具体时间的合法性、持续时间长短等。

（1）通过和犯罪嫌疑人确认、审查提讯提解证、全程同步录音录像、立案文书等方式，审查每一份讯问笔录开始时间和结束时间的一致性，讯问是否在立案之后开始的合法性。

（2）刑诉法第119条规定了传唤、拘传持续时间不得超过12小时、重大不



超过 24 小时规定，并禁止以连续传唤、拘传的形式变相拘禁犯罪嫌疑人，要保证嫌疑人的饮食和必要的休息时间。审查每一份笔录的持续时间长短，一天或者连续几天多份笔录讯问时间间隔长短、累计长短、所处时间段，来判断是否疲劳审讯。

2. 讯问地点

讯问地点的审查要点主要包括讯问地点的合法性。刑诉法 118 条和 119 条规定，讯问地点包括现场、未被羁押情况下指定地点或住处、拘留情况下看守所，通过和犯罪嫌疑人确认、审查传唤证、拘留通知书、提讯提解证、全程同步录音录像或执法记录录像等方式，可以判断犯罪嫌疑人被讯问地点的合法性，如被逮捕期间讯问地点不在看守所，合法性严重存疑。

3. 讯问主体

讯问主体的审查要点主要包括讯问人员身份、人数等的合法性。根据刑诉法第 118 条等规定，讯问人员必须为公安机关的侦查人员，且每次讯问不得少

于 2 人，通过和犯罪嫌疑人确认是否查看过讯问主体的证件及是否本人、审查提讯提解证、全程同步录音录像、签字笔迹等，审查是否存在非办案侦查人员讯问、全程讯问人数少于 2 人、是否同一时间同一侦查人员同时讯问不同嫌疑人、签字是否侦查人员本人签署等违法行为。

4. 被讯问人

被讯问人的审查要点包括基本信息及身份、身体状况、认知状态等。

(1) 审查被讯问人文化程度及识字理解表达状态来为笔录实质审查作参考，讯问笔录一般是一问一答，其中部分内容 by 侦查人员概括总结带有主观性，如被讯问人员不懂普通话或中文，是否全程聘请翻译人员。

(2) 审查被讯问人的社会经历及身份职务，是否受过刑事处罚、行政处罚等，是否人大代表、政协委员、中共党员、或国家工作人员等。

(3) 审查被讯问人的身体健康状况，是否有特殊疾病，如为聋哑人，是否有通晓聋哑手势的人员参加。

(4) 审查被讯问人是否为未成年人，如为未成年人，是否有法定代理人等主体到场参加并签字；如为未成年人女性，是否有女性工作人员（侦查人员）在场。

(5) 审查被讯问时的精神状态，是否处于醉酒、麻醉、吸毒等状态，进而影响笔录内容真实性。

5. 审查权利义务告知情况

根据刑诉法规定，首次讯问必须明确告知被讯问人涉嫌的罪名、享有的权利义务（包括申请回避、自行辩护、委托律师、申请法律援助、核对笔录、申请排除非法证据等），审查笔录中是否有记载并实质告知，如录音录像显示让被讯问人仔细看过权利义务告知书。

6. 笔录修改

审查笔录修改的痕迹是否有被讯问人按手印确认，查看同步录音录像中被

讯问人是否在查看笔录过程中提出要求修改但未修改的情形。

7. 笔录完整性

审查笔录页码编号完整性，前后页上下文衔接是否完整合理，判断笔录是否存在遗漏或篡改。通过和被讯问人确认、审查提讯提解证等方式，审查是否存在部分笔录未移送情形。

8. 笔录签署

审查当事人签字捺印，确认当事人是否识字，末尾是否存在“以上笔录我看过（或向我宣读过），和我说的相符”的确认语句，并由本人签字捺印。拒绝签名捺印的，侦查人员是否注明原因。

9. 全程同步录音录像

根据刑诉法规定，对于可能判处无期徒刑、死刑的重大案件或其他法定应当录音录像的案件，是否进行了同步录音录像，笔录记载内容与录音录像内容是否存在实质性差异，如同步录音录像显示被讯问人供述了有利事实和辩解，

但笔录无记载，全程同步录音录像和笔录时间差异很大。

10. 非法取证

通过向被讯问人核实、审查全程同步录音录像、笔录记载内容等多方面，审查是否存在刑讯逼供、限制人身自由取供、威胁取供、诱供、骗供、指供等违法行为。

（二）实质审查

通过审查其他证据、全程同步录音录像等方式，进行实质审查主要关注的是讯问笔录内容的真实性和其他有利量刑情节。

1. 审查是否存在其他有利量刑情节

（1）自首、坦白情节审查。审查首次讯问时间是否符合自首条件，如被讯问人未被讯问、未被采取强制措施前主动如实供述犯罪事实；审查被讯问人是否在讯问中表示认罪悔罪、如实供述犯罪经过等坦白情节。

（2）立功审查。通过和被讯问人确认、审查全程同步录音录像，审查笔录中是否有被讯问人揭发他人犯罪、协助

抓捕同案犯等立功表现的记载或事实，以及相关线索是否被核实。

（3）从轻、减轻情节。审查被讯问人是否属未成年人、初犯、偶犯、从犯、胁从犯、犯罪动机等，是否存在退赔退赃或取得被害人谅解等情节的线索，结合其他证据可以努力积极争取。

2. 审查笔录内容的真实性

重点审查被讯问人的供述是否前后一致，有无反复及出现反复的原因，一般情况下，被讯问人的供述较为稳定，出现前后反差很大，需结合其他证据、全程同步录音录像进行深入审查，审查是否存在讯问违法情形及合理的案情。

被讯问人的辩解内容是否符合案情和常理，重点在于无罪和罪轻方面，结合全案情况审查，是否需要申请调查取证，是否存在有利证据未移送情况。

被讯问人的供述和辩解与同案被讯问人的供述和辩解以及其他证据能否相互印证，有无矛盾；存在矛盾的，能否得到合理解释。如多位被讯问人供述不一致，或被讯问人供述和被害人陈述重

要事实差异很大，需要结合其他证据进行审查，审查是否需要调查取证、有利

证据未移送、是否申请被害人到庭接受调查，以查明案件。

二、讯问笔录的质证要点

质证是将在笔录审查中发现的问题围绕证据三性和两力在法庭上呈现，说服法官对瑕疵笔录的证明力予以削弱甚至将其排除的过程。

（一）对合法性和证据能力问题的质证

根据刑诉法及司法解释规定，讯问笔录存在下列情形在质证时依法不得作为定案的根据：

（1）讯问笔录没有经被告人核对确认的；

（2）讯问聋、哑人，应当提供通晓聋、哑手势的人员而未提供的；

（3）讯问不通晓当地通用语言、文字的被告人，应当提供翻译人员而未提供的；

（4）讯问未成年人，其法定代理人或者合适成年人不在场的。

根据刑诉法及司法解释规定，讯问笔录有下列瑕疵，经补正或作出合理解释的，可以采用；不能补正或者作出合理解释的，不得作为定案的根据：

（1）讯问笔录填写的讯问时间、讯问地点、讯问人、记录人、法定代理人

等有误或者存在矛盾的；

（2）讯问人没有签名的；

（3）首次讯问笔录没有记录告知被讯问人有关权利和法律规定的。

申请排除非法证据。如有线索或证据表明可能存在逼供、诱供、骗供等严重违法行为，应果断在庭前会议或庭审中提出排除非法证据的申请，要求公诉人出示全程同步录音录像、入所体检记录、侦查人员出庭说明情况等。

（二）对真实性、关联性及证明力的质证

同案不同被讯问人供述之间存在矛盾、被讯问人自身多次供述之间存在矛盾、供述与其他客观证据之间存在矛盾，进行对比展示，削弱有罪供述的整体可信度和其他不利证据的证明力。

笔录内容与当事人当庭陈述发生矛盾，或笔录本身存在疑点时，向法庭申

请调取并当庭播放该次讯问的全程同步录音录像。重点指出录像显示侦查人员有诱导、威胁性语言，或笔录记载与当事人实际陈述有重大出入，降低讯问笔录的证明力。

三、 结语

对公安机关讯问笔录的审查与质证，是刑事律师办理刑事案件中常见、重要、繁琐和细致的工作。不同案件因案情和证据不一，讯问笔录的审查和质

证侧重点可能不同，但围绕证据的三性和两力进行审查和质证的方向是律师努力的方向。



纪冲 律师

上海七方律师事务所 律师

业务方向：刑事变化、民商事争议解决及执行、公司合规

联系方式：156 2906 7308



走私案件中“主观明知”的认定与辩护要点

作者：赵璐宏

走私犯罪作为典型的故意犯罪，主观“明知”的认定一直是司法实践中的核心难点，也是刑事辩护的关键焦点。我国刑法及相关司法解释虽对走私犯罪的主观故意作出了原则性规定，但在复杂的实务场景中，如何精准界定“明知”的内涵与外延、区分概括故意与认识错误，始终是刑事律师开展辩护工作的重要切入点。

一、走私犯罪中主观明知的法律界定

根据《刑法》第十四条，犯罪故意包含认识要素与意志要素：认识要素指行为人明知自己的行为会发生危害社会的结果，这是主观明知的核心体现；意志要素则是希望或放任这种结果发生，其以认识要素为前提。结合《最高人民法院、最高人民检察院、海关总署关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的意见》（以下简称《走私意见》）第五条，走私犯罪的“明知”需满足两个认识要素：一是明知行为违反国家法律法规、逃避海关监管；二是明知行为会导致偷逃应缴税额或逃避禁止性管理的后果。

犯罪，其认识要素不仅包括对自然事实的认知（如运输货物的物理属性），还包括对法律属性的认知（如货物是否属于国家禁止或限制进出口物品、是否需要缴纳关税等）。但这种法律认知并不要求行为人精确知晓具体罪名或法律条文，只需认识到行为的违法性即可。例如在走私珍贵动物制品案件中，行为人只要认识到所运输物品可能属于受保护的动物制品，而无需明知其具体属于《濒危野生动植物种国际贸易公约》附录中的哪一物种，即可满足明知要件。

需要注意的是，走私犯罪的“明知”具有特定的规范指向性。不同于普通刑事

《走私意见》第五条以列举方式规定了可以认定为明知的情形，如使用特制设备或运输工具走私、提供虚假商业单证、

以明显低于正常税额委托代理等。该条款实质上确立了“推定明知”的规范依据——当行为人实施此类异常行为时，若没有

相反证据，法律直接推定其主观上明知行为的走私性质。

二、主观明知与概括故意、认识错误的界限

在司法实践中，主观明知的认定常与概括故意、认识错误产生混淆。概括故意是指行为人对走私对象认识模糊但未超出其认知范围，而认识错误则是实际对象超出其认知范围。具体而言：概括故意表现为行为人明知自己从事走私活动，但对具体走私对象不明确，即明知是违禁品但不知具体种类，此时按实际走私的对象定罪；具体认识错误是指行为人认识的对象与实际对象属于同一犯罪构成范畴，如误将豹牙当作狮牙走私，不影响定罪（走私珍贵动物制品罪）；抽象认识错误则是行为人认识的

对象与实际对象分属不同犯罪构成，如误将枪支当作仿真枪走私，应在故意与事实重合范围内定罪。

区分概括故意与认识错误的关键在于：实际走私对象是否超出行为人“可能认识的范围”。若运输方与货主在走私活动开始前明确约定仅走私特定种类物品，且相关费用和运输安排均基于该特定品类准备，而货主擅自添加其他违禁品，运输方履行了合理注意义务，额外夹带的物品超出其认知范围，则不应根据实际走私的全部物品对运输方定罪。

三、走私犯罪中主观故意的证明

实践中，判断行为人是否具有走私犯罪的主观故意通常有直接证明、间接证明和推定三种方法。直接证明依赖于犯罪嫌

疑人的供述、书证、电子数据等证据，但行为人往往以“受蒙骗”“不知情”为由辩解，导致直接证据稀缺。值得注意的



是，即便行为人否认主观明知，其供述中的矛盾之处仍可能成为认定“明知”的关键依据。例如某走私案件中，运输行为人辩解受货主欺骗，误以为运输合法冻肉，但法院审查发现其驾驶载货量极小的摩托艇运输，却获取远超常规的高额报酬，明显违背冻肉运输的行业常理，结合其未核实货物真实信息的客观表现，最终认定其具备走私明知故意。

当案件缺乏直接证据时，司法机关通常通过间接证据佐证明知，但需达到排除合理怀疑的程度。常见的间接证据包括：行为异常：如选择偏僻路线绕关、采用隐蔽包装等；利益关联：如获取明显高于正常水平的报酬、参与利润分成等；电子数据证据，如微信聊天记录中出现“避税”“特报”“水客”等关键词，邮件中涉及伪报品名、低报价格的内容。但间接证据存在证明力分散的问题，单个证据往往只能证明某一具体事实的认知，难以直接推导出刑法意义上的“明知”，司法机关常通过“综合全案证据，形成证据链条”弥补这一缺陷，但判断具有主观性。

当直接证据缺失且间接证据不足以形成完整证据链时，事实推定成为认定主观明知的重要手段。司法实践中常见的推定场景包括运输工具与货物不匹配（如使用冷冻集装箱运输却辩称不知是冻品）、报酬与风险不合理（如高额报酬与低风险运输任务不匹配）、合规义务懈怠（如未审查供货方资质、未要求提供合法报关单证等）。司法实践中，法院还发展出更为丰富的推定规则，主要围绕以下两个层面展开：

对走私行为性质的推定——如在一起绕关走私案件中，法院认为“被告人在驾车经过口岸联检楼时未做停留，所载货物无任何海关申报手续”这一客观行为，足以推定其主观明知走私性质。

对危害后果的推定——在某跨境电商伪报贸易方式案中，法院依据被告人长期从事海关和报关工作的经历，推定其“应当知道”伪报贸易方式的逃税后果。

但事实推定在司法实践中的扩张适用引发争议，最突出的是将“应当知道”（过失心态）等同于“明知”（故意心态）。

严格从刑法理论看，故意与过失是不同的责任形式，“应当知道”更接近过失，但司法实践倾向于通过行为人的专业背景、行业常识、交易异常等因素，将“应当知道”转化为刑法上的“明知”，这虽缓解了证明压力，却可能不当扩大故意犯罪范围。

以包税型走私案件为例，货主委托清关公司以包税方式进口货物，清关公司通

过低报价格、伪报品名偷逃税款，法院常以“货主支付的包税费用明显低于正常税额”推定其具有走私故意。但理论上，委托关系不必然意味着明知走私行为，除非有证据证明货主参与走私策划或直接获益。《走私意见》也强调推定必须允许反证，若代理人独立实施伪报行为，委托人能证明已要求合法通关且不知具体操作方式，可推翻明知推定。

四、典型案例中的辩护思路

在叶某龙等走私案中，被告人叶某龙以包税价格揽收货物，货代人员采用伪报品名、低报价格等方式交寄邮包，案发时查扣的邮包中既有普通货物也有象牙制品，三被告人辩解不知有珍贵动物制品。一审法院认定其构成走私普通货物罪与走私珍贵动物制品罪，二审法院则认为，三被告人相互间口头约定不寄违禁品，寄件人混杂珍贵动物制品的行为超出其主观认知范围，对走私珍贵动物制品不具有概括故意，改判仅构成走私普通货物罪。

本案表明，若当事人能证明合作之初明确约定仅运输普通货物、禁止违禁品，且分工中仅负责揽货和接货、未查验货物内容，可认定对违禁品缺乏认识可能性。

在徐某林走私珍贵动物制品案中，被告人驾驶摩托艇从香港装载用蛇皮袋包装的穿山甲鳞片，归案后辩解受委托走私冻肉，不知其中的实际货物。法院认为，徐某林作为成年人，应当知道利用载货量小的摩托艇走私冻肉并获取高额报酬不符合常理，其接货时已怀疑货物非冻肉却未核实也未停止行为，为追求回报放任危

害结果，因此，应根据实际走私物品—穿山甲鳞片—对其进行定罪和处罚。最终，一、二审法院均认定徐某林构成走私珍贵动物制品罪。

本案中，法院就是结合行为人获取不寻常报酬、未履行必要核实义务等，综合认定涉案货物并未超出行为人概括故意的范畴。

五、结语

在走私类犯罪中，主观“明知”要件的精准认定是案件辩护的核心枢纽。辩护人需通过精细化剖析全案证据的证明效力，紧扣“明知”要件的证明标准，在行为异常性、认知可能性、法律推定合理

性等维度构建抗辩体系，方能在复杂案件中突破证据困局，为当事人争取罪与非罪、此罪与彼罪的辩护空间，尽力达成最佳的辩护效果。



赵珞宏 律师

上海七方律师事务所 律师

上海七方律所刑事辩护业务部 秘书长

上海七方律所涉外法律服务部 副主任

同济大学法学院 实务导师

上海市女律师联谊会 秘书处干事

业务方向：刑事辩护、民商事诉讼

联系方式:17821716855



浅析关联交易的合规边界

作者：吕小萌

关联交易作为商业活动中的常见形态，本身并不为法律所禁止。然而，若操作不当，极易滑向损害公司利益乃至构成抽逃出资的不利局面。《公司法》第二十二条明确规定：“公司的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员不得利用关联关系损害公司利益。”该条款清晰地划定了法律的红线：法律所禁止的，并非关联交易本身，而是利用关联关系实施的损害公司利益的不当行为。正当的关联交易不仅不会损害公司利益，还能节约成本、增加效益、稳定交易关系。一旦关联交易被认定为是非正当性的，参与关联交易的股东和董监高等人还可能会面临赔偿责任，情况严重的可能还会涉及抽逃出资的刑事风险。本文结合《公司法》关于关联交易的相关规定及司法裁判要旨，提炼出三条核心合规防线，助力股东及董监高厘清合法关联交易与抽逃出资的边界。

一、合规防线一：交易定价公允性——能经受市场检验

所谓对价公允，即关联交易应当符合其商业价值，并且不损害公司或者其他股东的利益。如果关联交易的对价明显高于市场平均标准（如高出公允价格 30% 以上），那么这显然不是一个常规的交易。换句话说，公司会向其他的无关第三方以高出市

场价 30% 的价格交易吗？因此关联交易的定价决定了交易本身是否符合实质公平性。例如，在（2021）最高法民再 181 号判决中，最高院认为，合法有效关联交易的实质要件是交易对价公允，陕鼓汽轮机公司本可以在市场上采购相关产品，却通

过钱塘公司采购产品且增设环节、增加成本，并由钱塘公司享有相应的利益，交易对价明显高于市场价且不具有公允性。最终法院认定了陕鼓汽轮机公司与钱塘公司的关联交易不具有正当性。

那么关联交易中如何确定交易价格会更为合规呢？可以试着参考这几点：1. 市场参照：优先参照独立第三方平台同类商品或服务的公开市场价格。2. 独立评

估：对于重大或复杂交易，委托具有资质的第三方评估机构出具专业评估报告，作为定价依据。3. 过程留痕：完整保存比价分析、询价记录、决策邮件等证明定价合理性的过程性文件。4. 浮动区间：在无充分理由情况下，价格浮动应尽量控制在市场公允价格的±10%合理区间内。

二、合规防线二：程序正当性——保障形式公平

关联交易需要符合公司内部程序的要求，即所谓形式公平。做好程序合规主要需要注意两个方面：一是关联交易事项须经董事会或股东会表决同意，二是董事会或股东会会议的召集程序和表决方式依章合法，不要存在程序瑕疵。例如关联交易是否依照法律法规和公司章程规定，经过公司有权机关的审查和表决？关联方或者受关联方支配的主体是否回避表决？严格遵循决策程序是证明交易过程透明、决策独立的关键证据，是抵御程序瑕疵指控的“免死金牌”。

举个例子，一名董事欲与公司进行交易，若这项交易能得到董事会与该交易没有直接或间接利益关系（指存在家庭、经济、职业或者雇佣等利害关系）的多数董事的投票赞成，基本可以认为该交易已经取得了公司的授权、同意或追认。极端情况下，当董事会的所有董事都卷入了这项关联交易中，或者非利害关系董事不能满足法定人数时，董事与公司间的关联交易也可以经过股东会的同意或追认而成为合法的交易。可见程序正当的基本要求就是非利害关系董事同意和股东会同意。

三、合规防线三：信息披露充分性——消除合理怀疑

根据《公司法》第一百八十二条规定，董事、监事、高级管理人员与本公司进行自我交易与关联交易时负有报告义务。依法应及时披露的关联交易信息包括关联方关系的性质、交易类型及交易价格、担保信息、定价方式等，充分的信息披露是保障关联交易公正与公平的关键。例如，在（2021）最高法民再 181 号判决中，法院认为高少华、程勤作为董事及高管，未履行披露义务，违反了公司章程约定，同

时也违反董监高的忠实义务。再如，在（2019）粤 01 民终 11290 号判决中，法院认为刘泉锋未能提供其他证据证实其已向周细梅履行充分披露义务，刘泉锋举证不足以证实其已履行交易信息充分披露义务、涉案交易程序合法、交易对价公允，其应承担举证不能的不利后果。因此，充分披露是证明交易透明度、消除潜在利益输送嫌疑的核心举措。

四、结语

通过前述三条合规防线，相信大家对于正当的、受法律保护的关联交易的要点已经有了比较全面的认识。那什么样的关联交易可能会被认定为抽逃出资呢？从大量的司法实践案例来看，关联交易若未履行法定程序、未支付合理对价且导致公司资本减少，则有可能被法院认定为抽逃出资行为，相关股东需承担返还出资、赔偿利息及补充赔偿公司债务的责任，协助抽逃出资的董事、高管等还会承担连带责任。例如在（2025）云 01 民终 2354 号案件中，法院明确指出，关联交易本身并不必然构

成抽逃出资，关键在于是否符合《公司法》及司法解释中关于抽逃出资的构成要件。

法院在认定关联交易是否构成抽逃出资时，审判思路的重点集中在这些方面：首先，剖析交易实质，重点审查交易是否真实发生？交易价格是否公允？资金是否最终回流股东？其次，会探究商业逻辑，为何必须关联交易？是否损害公司利益？最后，会查验程序正义，主要是审查有无进行信息披露、有无回避表决文件等关键证据。对于企业和股东来说，想要通过关联交易降本增效，就要将定价公允、程序

正当、披露充分三大合规防线贯穿始终，并辅以扎实的交易细节管理，方能有效隔离关联交易的抽逃出资风险，维护交易安

全。建议企业在开展重大关联交易前，积极寻求专业法律意见，进行全面的合规审查与风险评估。



吕小萌 律师

上海七方律师事务所 合伙人

专业领域：民商事争议解决、公司法、刑事辩护与刑事合规



法人人格“反向否认”实务分析

作者：王年俊



公司独立人格和股东有限责任是现代公司制度的基石。通常，在股东与公司人格混同时，债权人是可以要求股东为公司债务承担连带责任的，这被称为“法人人格否认”或“刺破公司面纱”。然而，当股东的债权人主张股东与公司人格混同，要求公司为股东的个人债务承担清偿责任时，便产生了所谓的“反向人格否认”问题。对于横向人格否认和正向人格否认，《公司法》第23条第1款、第2款分别进行了规定。但对于反向人格否认，一直欠缺直接的法律规范。2024年8月29日，最高人民法院发布第九批“法答网精选问答”，认可人格混同情况下存在公司反向人格否认的情形，但应限定在法人人格混同这一特定情形。本文将通过一则典型案例，结合《公司法》第23条的规定，对此问题进行探讨。

一、案例引入

【基本案情】：A 小额贷款公司诉股东王某及 B 科技公司案

股东王某是 B 科技有限责任公司控股股东（持股 95%）。王某因个人生活消费需要，向 A 小额贷款公司借款 100 万元，逾期未还。A 公司胜诉后，发现王某个人名下已无可供执行的财产。

在执行阶段，A 公司调查发现，王某作为 B 公司的实际控制人，曾数次指令 B 公司财务人员将公司资金短期拆借给其

关联方（该行为经 B 公司股东会追认），且 B 公司曾为王某的个人借款提供过担保（已解除）。A 公司据此认为，王某与 B 公司存在财产混同，B 公司已成为王某的“另一个钱包”。于是，A 公司向法院提起被执行人异议之诉，主张“反向人格否认”，请求追加 B 公司为被执行人，对王某的 100 万元个人债务承担连带清偿责任。

【法院观点】：严守公司独立人格，否认“反向穿透”

法院经审理后，驳回了 A 公司的诉讼请求。其核心观点如下：

1. 法律依据的缺失与制度目的的限缩解释：

法院指出，《公司法》第 23 条（及现行《公司法》相关原则）所规定的法人人格否认制度，其立法目的在于保护公司的债权人免受股东滥用权利之害，其责任流向是“由公司到股东”的纵向穿透。该制度是公司独立人格原则的例外，必须严格适用，不能随意扩大解释至“由股东到

公司”的反向穿透。允许股东的债权人直接要求公司偿债，将从根本上动摇股东有限责任这一现代公司制度的基石，并可能严重损害公司自身债权人的合法利益。

2. 人格混同的证明标准极高，本案证据不足：

法院认为，即使理论上可以探讨“反向人格否认”，其适用前提也必须是股东与公司构成了持续性、广泛性、根本性的人格混同，以至于公司完全丧失独立意志和财产，沦为股东的工具或化身。本案中：

• 王某指令公司向关联方拆借资金，虽有程序瑕疵，但经过了股东会追认，属于公司独立的经营决策行为，并非王某随意处分公司财产。

• B 公司为王某提供担保，是独立的法律行为，且该担保已经解除，并未导致公司财产无偿转移至王某名下。

• A 公司提供的证据仅为个别、孤立的资金往来记录，无法证明王某的个人财

产与 B 公司的财产持续性地混同且无法区分，即未能达到人格混同的证明标准。

3. 利益平衡的考量：

法院强调，B 公司作为独立的商事主体，有其自身的债权人和雇员。若仅因控股股东的个人债务就轻易判令公司承担责任，将严重威胁 B 公司的正常经营，损害其他无辜债权人和员工的利益，有违公平原则。

二、 律师观点

从律师实务角度分析，本案的败诉揭示了主张“反向人格否认”所面临的严峻挑战。

1. 法理争议与现实倾向：

尽管法学界对“反向人格否认”有一定探讨，但当前司法实践的主流观点仍趋于保守。法院普遍认为，“反向刺破”缺乏像“正向刺破”那样明确的法律授权，因此在适用上极为审慎，除非有极其充分的证据，否则不予支持。律师在向客户提供咨询时，必须充分提示这一诉讼风险。

2. 举证责任的极端重要性：

本案败诉的原因在于证据不足。主张人格混同的债权人，承担着极其沉重的举证责任。必须收集的证据不仅限于零星转账记录，而应致力于证明：财务混同：公司账簿与股东个人账簿合一，或公司资金被频繁、无合理解释地用于股东个人消费。业务混同：公司与股东的业务活动、交易对手、合同签署主体混淆不清。场所与人员混同：公司没有独立的经营场所和人事任免，与股东完全一体。利益输送的持续性：证明混同行为是常态，而非偶发事件。

3. 替代性法律路径的考量：

对于股东的债权人而言，相较于风险极高的“反向人格否认”之诉，更稳妥的策略是：

- 行使代位权：如果股东对公司享有到期债权（如利润分配请求权），债权

人可依据《民法典》提起代位权诉讼，直接要求公司向自己清偿。

- 执行股东股权：通过申请法院强制执行王某在B公司持有的股权，以其股权价值清偿债务，这是最直接且合法的途径。

三、最高法观点：反向人格否认的情形，但应限定在法人人格混同这一特定情形

公司与股东不能清偿其自身债务的，原则上均应以各自财产独立承担责任。对于股东自身债务，债权人除可执行其货币等财产外，也可以通过执行股东持有的公司股权实现债权。在股东与公司交易关系清晰、财产可以区分的情形下，若股东存在向公司无偿转让财产或怠于行使对公司的债权等行为导致债权人债权难以实现的，债权人也可以通过民法典规定的撤销权、代位权等制度寻求救济。因此，一般情况下没有“逆向否认法人人格”的必要。

但是，在出现人格混同的情况下，由于股东财产与公司财产边界不清、无法区分，此时的人格否认将产生母子公司对债务互负连带责任的情况。比如，实质合并破产程序中以母子公司的财产统一向所有债权人承担责任，由此可能会在形式上产生以子公司财产为母公司债务承担责任的效果，可以认为属于“逆向否认法人人格”的情况。因此，所谓“逆向法人人格否认”应仅限于法人人格混同这一特定情形。

四、 结语

本案清晰地表明，在现行法律框架下，“股东的债权人请求公司承担清偿责任”是一条布满荆棘的道路。法院对“反向人格否认”的适用持高度审慎的态度，坚决捍卫公司的独立人格和有限责任原则。

对于律师而言，代理此类案件必须清醒地认识到举证难关，并优先考虑其他更成熟的法律工具。对于公司的股东和债权人而言，本案也再次敲响警钟：股东必须严格尊重公司法人独立地位，而债权人在与股东进行交易时，应主要评估股东自身的偿债能力，而不应过度寄望于“刺破公司面纱”来实现债权的扩张。



王年俊

上海七方律师事务所 律师

徐汇区徐家汇街道顾问团律师

徐汇区启明居委会法律顾问

徐汇区消费者权益保护协会值班律师

徐汇区华泾镇司法所值班律师

《劳动争议司法解释（二）》与竞业限制条款效力认定纠纷探究

作者：李华平

一、前言

2025年9月1日起，《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释（二）》将正式实施，有关竞业限制纠纷案件将出现新的趋势和特点，其中可以预见劳动者请求确认竞业限制条款不生效或部分无效的争议案件会明显增加。

竞业限制制度，衡平保护用人单位经营权与劳动者择业权的具体体现，既要保护用人单位的竞争优势，又要促进人才有序流动。用人单位与劳动者双方订立竞业限制协议，未必真正是“平等自愿、协商一致”，存在用人单位利用优势地位而形成的可能。当用人单位认为劳动者违反竞业限制约定，要求劳动者承担相应的违约责任时，劳动者首当其冲会提出“竞业限制条款不生效或部分无效”的抗辩理由，认为条款对其不发生效力，不具有约束力。

通常，劳动者认为竞业限制条款不生效或无效的抗辩理由主要会有以下几种情形：

（一）义务主体不适格。劳动者认为自己不属于“三类人员”情形，即不属于高级管理人员、高级技术人员和其他负有保密义务的人员。用人单位需要对劳动者属于竞业限制的对象进行相应举证。劳动法上并没有对“高级管理人员”和“高级技术人员”进行明确定义，实践中往往尊重用人单位的用工自主权，由用人单位来确定，但裁审部门也会结合岗位的工作内容、决策权、执行权、技能水平等来评估用人单位确定的合理性。哪些人员属于“其他负有保密义务的人员”？长期以来是争议较大的，从司法解释的立法目的来看，用人单位还是需要进行相应地举证，重点在于举证劳动者可以接触到保密信息和利用保密信息的可能性。

（二）未知悉、未接触企业商业秘密。当劳动者提出自己“未知悉、未接触”用人单位商业秘密和与知识产权相关的保密事项时，举证责任则相应转移至用人单位，用人单位需要对劳动者已经“知悉、

接触”了商业秘密和保密事项进行举证。对于劳动者知悉、接触用人单位商业秘密是采取实质性审查，还是合理性审查的方式，也是今后裁审的争议焦点之一。如果采取实质性审查，对用人单位的要求则太过于苛刻，相当于纳入是否属于不正当竞争的举证要求。

（三）竞业限制约定内容不合理。劳动者认为竞业限制约定的内容（范围、地域、期限等）超出了本人所知悉、接触用人单位商业秘密和与知识产权相关的保

密事项的范围，对劳动者不合理，过度限制了择业自由权。有关竞业限制的范围、地域、期限的合理性约定，应当与劳动者工作的关联性，用人单位享有实际利益的范围，以及相关信息维持的时间、更新的时间等加以判断。约定内容是否超过合理比例问题，实践中往往有赖于裁审机构的自由裁量。从衡平用人单位和劳动者双方权利义务，以及促进人才合理流动的基本原则来看，竞业限制纠纷对用人单位是趋严考量的。

二、关于竞业限制条款被确认无效的，用人单位已经向劳动者支付的竞业限制补偿该如何处理？

对此问题，应当参照劳动合同被确认无效的处理方式进行。《劳动合同法》第二十八条规定，劳动合同被确认无效，劳动者已付出劳动的，用人单位应当向劳动者支付劳动报酬。劳动报酬的数额，参照本单位相同或相近岗位劳动者的劳动报酬确定。

竞业限制条款被确认无效，劳动者已

经遵守了竞业限制义务的，用人单位应当向劳动者支付竞业限制补偿。竞业限制补偿标准参照双方约定或按照劳动者离职前十二个月的月平均工资的 30%按实际已经履行的月份支付。

竞业限制协议被确认无效，劳动者没有履行竞业限制义务的，则劳动者应当返还用人单位已向其支付的竞业限制补偿。

三、用人单位能否成为提起确认竞业限制协议无效之诉的提起方？

从法理上来讲，用人单位有权提起确认协议无效之诉。但实践中，要求劳动者履行竞业限制义务是用人单位的权利，用人单位完全可以放弃权利，用人单位无需通过仲裁诉讼来确认竞业限制协议无效，而只要直接单方面通知劳动者放弃对其进行竞业的要求即可（相当于具有劳动合同无效情形，用人单位可以通过解除劳动合同的方式来实现）。当然如果是在竞业限制期限内用人单位单方面通知劳动者无需履行竞业限制义务，则劳动者有权额外主张三个月的竞业限制补偿。

附：《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释（二）》第十三条

劳动者未知悉、接触用人单位的商业秘密和与知识产权相关的保密事项，劳动者请求确认竞业限制条款不生效的，人民法院依法予以支持。

竞业限制条款约定的竞业限制范围、地域、期限等内容与劳动者知悉、接触的商业秘密和与知识产权相关的保密事项不相适应，劳动者请求确认竞业限制条款超过合理比例部分无效的，人民法院依法予以支持。



李华平 律师

上海七方律师事务所 主任、首席合伙人

上海律协劳动与社会保障业务研究委员会 副主任

全国律协劳动与社会保障法专业委员会 副秘书长

上海市总工会法律顾问团成员

业务方向：劳动法、企业法律顾问、
法律培训

联系方式：13917749521

《劳动争议司法解释二》对劳动合同期满继续用工的影响分析

作者：谢亦团

劳动合同期满后，劳动者仍在原单位工作的，用人单位是否有任意终止权，是否需要支付经济补偿金，如何做才能合法合规，这些问题一直困扰着用人单位，而

这次司法解释（二）实施后，对于这种情形，又出现了新的重大变化，笔者结合对司法解释（二）中第十一条的规定，作些个人的分析，供用人单位参考。

一、法条原文

第十一条、劳动合同期满后，劳动者仍在用人单位工作，用人单位未表示异议超过一个月，劳动者请求用人单位以原条件续订劳动合同的，人民法院依法予以支持。

劳动者请求用人单位以原条件订立无固定期限劳动合同的，人民法院依法予以支持。

用人单位解除劳动合同，劳动者请求用人单位依法承担解除劳动合同法律后果的，人民法院依法予以支持。

符合订立无固定期限劳动合同情形，

关联法条

1、劳动争议司法解释（一）第三十四条第一款之规定：“劳动合同期满后，劳动者仍在原用人单位工作，原用人单位未表示异议的，视为双方同意以原条件继续履行劳动合同。一方提出终止劳动关系的，人民法院应予支持。”

劳动合同的，用人单位应当书面通知劳动者终止劳动关系，无需向劳动者支付经济补偿，但是应当依法向劳动者支付其实际工作时间的劳动报酬。

2、《劳动合同法实施条例》第五条，自用工之日起一个月内，经用人单位书面通知后，劳动者不与用人单位订立书面劳

3、《劳动合同法实施条例》第六条，用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当依照劳动合同法第八十二条的规定向劳动者每月支付两倍的工资，并与劳动者

补订书面劳动合同；劳动者不与用人单位订立书面劳动合同的，用人单位应当书面

通知劳动者终止劳动关系，并依照劳动合同法第四十七条的规定支付经济补偿。

二、新法条解读

司法解释（二）相比较于司法解释一，发生了两个重大变化，一是增设了一个月的异议期；二是删除了任意终止权。这将

对用人单位的用工处理发生根本性的变化。具体分析如下：

（一）增设了一个月的异议期

1、超过一个月是否包含本数

法律上“以上”、“以内”、“届满”均包含本数，而“不满”、“不足”、“超过”均不含本数。据此，本法条中的一个月并不包含本数，用人单位表示异议的期限是否超过一个月，处理方式将完全不一样。

2、异议的内容是否包含终止劳动关系。

此处的异议存在不同理解，是仅对劳动合同条件，比如岗位、劳动报酬、工作时间等提出异议，还是包含终止劳动关系、通知不续签、停止用工等行为。个人认为此处的异议内容应当同时包含对劳动关系的终结。

3、对于符合订立无固定期限劳动合同情形的，用人单位是否还享有异议期。

如果劳动者在同一用人单位连续工作满十年，或者已经连续订立两次固定期限劳动合同的，劳动者只要提出无固定期限劳动合同，用人单位必须订立，而不得终止，所以不论用人单位是否在一个月內提出异议，劳动者只要符合订立无固定期限且提出订立无固定期限劳动合同，用人单位就应当订立无固定期限劳动合同，不存在一个月的异议期。因此第一款中的劳动合同期满应当指的是第一次签订的劳动合同的期满，异议期也仅适用于第一款。

（二）删除了任意解除权

1、为什么会删除？

根据司法解释（一）第34条规定，劳动合同期满后，继续用工的，任何一方享有终止劳动关系的权利。按照最高人民法院民一庭编著《最高人民法院新劳动争议司法解释（一）理解与适用》中的观点：本条款仅适用于劳动合同期满后双方尚不具备法定应当签订无固定期限劳动合同的情形；劳动合同期满后未续签劳动合同继续用工，双方不存在劳动关系，属于事实劳动关系，原条件的范围包括劳动时间、工作地点、工作岗位、劳动报酬等，不包含原劳动合同期限。双方的事实劳动关系状态处于不定期的状态，当事人结束这种不稳定劳动关系视为符合《劳动合同法》第44条第1项规定的终止情形。

而本次司法解释（二）却删除了双方的任意终止权，并且明确用人单位解除劳动合同，劳动者请求用人单位依法承担解除劳动合同法律后果，人民法院予以支持。也即用人单位作出解除时，仍然应当按照劳动合同法的相关规定，否则需要承担违法解除劳动合同的法律后果，可见司

法解释（二）第十条对司法解释（一）第三十四条作出了重大变更。区别在于，司法解释（二）给了用人单位一个月的异议期，而且增设了劳动者请求用人单位以原条件续订劳动合同（此处的原条件应当包含劳动合同期限，否则劳动者这个请求权无法落地），这也有利于稳岗就业。

2、劳动合同期满后继续用工的正确处理方式：

（1）在一个月之内，希望继续留用的，维持或提高劳动合同条件要求劳动者续签书面劳动合同，劳动者不同意续签的，终止双方的劳动关系，无需支付经济补偿金；

（2）在一个月之内，用人单位不希望继续留用的，终止双方劳动关系，并支付经济补偿金；

（3）用人单位在劳动合同期满后超过一个月未提出异议，劳动者要求按照原劳动合同条件续签劳动合同的、符合订立无固定期限劳动条件的，用人单位应当予以订立，而再也不能以劳动合同期满为由进行终止，否则将变成违法终止；

(4) 超过一个月后，用人单位应当及时签订新的书面劳动合同，劳动者拒绝签订的，应当及时终止双方的劳动关系，并支付经济补偿金；

(5) 具备解除劳动合同法定理由的，用人单位仍然可以依法作出解除，比如存在劳动合同法 39 条、40 条、41 条的，用人单位仍然可以作出解除。

(三) 劳动者提出按照原来条件订立劳动合同，用人单位没有订立的，是否仍然需要支付二倍工资差额。

本次司法解释（二）中规定了，劳动合同期满后，劳动者仍在用人单位工作，用人单位未表示异议超过一月，劳动者可以请求用人单位以原条件续订劳动合同的（满足无固定期限的，还可以要求订立无固定期限劳动合同），从该条规定来看，签订劳动合同是个请求权，并不同于《劳

动合同法》第十四第三款即“用人单位自用工之日起满一年不与劳动者订立书面劳动合同的，视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合同。”的情形，也就是不能视同为已经续签或订立了无固定期限劳动合同。根据举轻以明重的原则，劳动合同期满后，劳动者没有提出要求订



立劳动合同的情况下用人单位都应当支付二倍工资差额，现在劳动者提出订立劳动合同的情况下，拒绝签订书面劳动合同，更应当支付二倍工资差额。

三、对用工单位的用人建议

1、用人单位应当加强对劳动合同期限的管理，在劳动合同期满前与劳动者完成续签劳动合同或及时作出终止（首次劳动合同期满），如果错过了一个月的异议期，仍然应当及时作好劳动合同的补签工作，尽快结束无劳动合同的用工状态。

2、劳动合同期满，继续用工超过一个月，劳动者提出订立劳动合同时，应当及时订立书面劳动合同，否则需要支付二倍工资差额。

3、用人单位需要单方终结劳动关系时，应当按照司法解释（二）的规定，按照《劳动合同法》的相关规定依法作出处理，否则可能需要承担违法解除/终止的法律后果。

4、用人单位需要单方终结劳动关系时，应当按照司法解释（二）的规定，按照《劳动合同法》的相关规定依法作出处理，否则可能需要承担违法解除/终止的法律后果。

谢亦团 律师

上海七方律师事务所 高级合伙人

七方劳动法律服务部 主任

上海律协劳动与社会保障业务研究委员会 委员

上海市徐汇区公共法律服务中心值班律师

上海市普陀区人民法院特邀调解员

上海市闵行区职工维权志愿团成员

业务方向：劳动法、合同法

联系方式：13585507739





《劳动争议司法解释（二）》背景下，转包、分包及挂靠中的 用工主体责任认定

作者：张庆爽

《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释（二）》（法释〔2025〕12号，下称“《司法解释（二）》”）将于2025年9月1日起施行。结合我国相关法律规定，现就转包、分包及挂靠情形中的用工主体责任认定，对《司法解释（二）》相关条文进行解读与分析，并提出相应意见建议。

一、法律条文

第一条 具备合法经营资格的承包人将承包业务转包或者分包给不具备合法经营资格的组织或者个人，该组织或者个人招用的劳动者请求确认承包人为承担用工主体责任单位，承担支付劳动报酬、认定工伤后的工伤保险待遇等责任的，人民法院依法予以支持。

第二条 不具备合法经营资格的组织或者个人挂靠具备合法经营资格的单位对外经营，该组织或者个人招用的劳动者请求确认被挂靠单位为承担用工主体责任单位，承担支付劳动报酬、认定工伤后的工伤保险待遇等责任的，人民法院依法予以支持。

二、条文解读

《司法解释（二）》第一条、第二条明确规定了转包、分包或挂靠情形下，承包人或被挂靠单位需要承担用工主体责任的法律要件，具体为：

一是存在转包、分包或挂靠的法律关系。在建设施工领域，住房和城乡建设部发布的《建筑工程施工发包与承包违法行为认定查处管理办法》（建市规【2019】1号）中对转包、违法分包、挂靠具体情形均有明确界定。但需注意的是，《司法解释（二）》第一条、第二条已突破了行业限制，并非仅指向建筑施工领域，尤其挂靠也多发生在交通运输、能源等行业。

二是承包人、被挂靠单位需具备合法经营资格，而实际招用劳动者的组织或个人不具备合法经营资格。“具备合法经营资格”并非《司法解释（二）》中首次提出，我国《保障农民工工资支付条例》等法律规定中早已提出。但我国目前法律法规对于如何认定是否“具备合法经营资格”，尚无具体明确的规定。一般情况下可通过无营业执照、营业执照被吊销或撤销、营业期限届满后仍继续经营等认定不具备“合法经营资格”，但涉及需满足经营资质或特许许可等要求，实务中就会出现有无资质、资质等级高低、资质适用范

围等认定问题，极为复杂也极易发生争议，后续仍待最高人民法院做出相应的指导意见。

三是承担用工主体责任的范围包括支付劳动报酬、认定工伤后的工伤保险待遇等。此处的“等”字是否包含未订立书面劳动合同法律后果、缴纳社会保险及年

休假补偿等劳动关系项下用人单位的权利义务，《司法解释（二）》中未作出明确规定。笔者认为，该规定是为了保护劳动者的利益，使劳动者提供劳动及职业安全有保障，并非要来确定劳动关系，因此承担的是用工主体责任，而非用人单位责任，此处的“等”不宜作扩大解释。

三、理解与分析

（一）由“用工主体资格”到“合法经营资格”的转变

此前我国对于转包、承包或挂靠中用工主体责任的法律规定中，均提出需具备“用工主体资格”。如劳动和社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》（劳社部发【2005】12号）规定：“四、建筑施工、矿山企业等用人单位将工程（业务）或经营权发包给不具备用工主体资格的组织或自然人，对该组织或自然人招用的劳动者，由具备用工主体资格的发包方承担用工主体责任。”，此外《人力资源社会保障部关于执行〈工伤保险条例〉若干问题的意见》（人社部发〔2013〕34号）第七条及《最高人民法院关于审理

工伤保险行政案件若干问题的规定》（法释〔2014〕9号）第三条等规定中亦提出需具备“用工主体资格”。

相比之下，本次《司法解释（二）》中提出的需具备“合法经营资格”则要求更高，因为具备“用工主体资格”不一定就具备“合法经营资格”。就以个体工商户为例，根据《中华人民共和国劳动合同法》第二条规定，个体工商户具备用工主体资格，但对于从事建筑施工业务的个体工商户，因缺乏相应的建筑施工资质，因此不具备建筑施工的合法经营资格。

（二）承包人、被挂靠单位是否可向实际招用劳动者的组织或个人追偿

《司法解释（二）》中对此未作明确规定，但根据《最高人民法院关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定》第三条规定，承担工伤保险责任的单位承担赔偿责任或者社会保险经办机构从工伤保险基金支付工伤保险待遇后，有权向相关组织、单位和个人追偿。对此笔者认为，承包人、被挂靠单位承担用工主体责任后，亦应有权向实际招用劳动者的组织或个人追偿。我国法律规定特殊情形下由承包

人、被挂靠单位承担用工主体责任，目的是为保证权益受损的劳动者能够及时获得救济，并非据此认定承包人、被挂靠单位为最终赔偿责任人。当然，承包人将承包业务转包、分包给不具备合法经营资格的组织或个人，或被挂靠单位接受不具备合法经营资格组织或个人的挂靠，承包人或被挂靠单位本身亦存在一定过错，人民法院可根据双方合同约定或综合考量酌定其承担相应的法律责任。



四、律师建议

从承包人或被挂靠单位角度，应重视审查对方具备合法经营资格，签订合同前应进行经营资格核查，如通过“国家企业信用信息公示系统”核实对方营业状态，关注登记状态是否存续、经营范围是否包括用工内容、以及营业执照有效期是否届满等，如涉及特许经营或资质要求的，还应进一步核查相应的资质证书及许可文件等。同时应尽量杜绝与不具备合法经营资格的组织或个人签订转包、分包或挂靠

合同，从源头上降低用工风险，促进用工合规。

从劳动者角度，应强化证据留存意识。争取签订书面劳动合同，妥善留存考勤记录、工资转账等以证明实际用工关系。同时尽量搜集可以证明存在转包、分包或挂靠给不具备合法经营资格的组织或个人的证据，以便发生争议纠纷时可以最大限度维护自身权益，降低维权成本。

张庆爽 律师

上海七方律师事务所 律师

高级经济师、工程师

二级国有企业法律顾问

潍坊仲裁委员会仲裁员

上海奉贤区东方美谷民商事调解中心调解员

业务方向：建设工程与房地产、民商事纠纷
公司股权投资、企业法律顾问
劳动法

联系方式：13761898386



离职后奖金支付法律问题实务分析

作者：原悦

一、前言

笔者近期代理了一起离职的劳动者因与用人单位存在关于利润奖方面的争议而提起劳动仲裁的案子，当事人自入职以来每年年初均需根据单位的要求来确认上一年度的年度奖金金额，存在相应惯例，在离职交接的过程中亦就奖金的发放问题向人事部门进行了征询，人事部门也将单位的《奖金考核规定与发放通知》送达至当事人处，而该《奖金考核的相关规定及发放办法》有且仅有“利润奖”项目的定义及发放规则。

实践中，用人单位往往根据自身业务特点和行业特征等情况来设定浮动工资

的项目以激励劳动者提升工作表现和积极性跟进催收应收账款，并通常会以项目产生利润或回款到位作为浮动工资发放的条件，而是否存在利润、实际回款的金额以及结算的时间节点较每月发放的劳动报酬而言存在了较大的不确定性，也影响了举证责任以及仲裁时效等问题。

那在这样的情况下，劳动者如何确认该奖金的性质？离职原因是否会影响劳动者的主张？“离职不付”或离职协议中约定“一揽子解决、别无争议”是否有效？

类似案件中举证责任又该如何分配？

二、核心要点

（一）首先应当识别案件所涉款项性质为提成、绩效工资抑或是奖金

1、提成：根据《关于工资总额组成的规定》第六条的相关规定，其性质为计件工资，往往系按营业额提成或利润提成办法支付给个人的工资，即只要劳资双方就

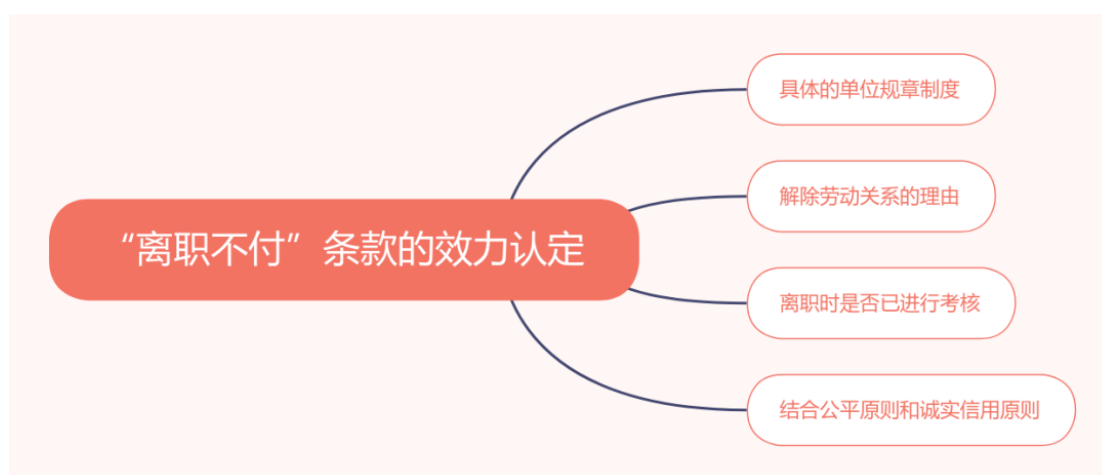
其形成合意，就应遵照执行。用人单位可以根据本单位的生产经营特点和经济效益，依法自主确定本单位的工资分配方式和工资水平。

2、绩效奖金：绩效工资是以对劳动者绩效的有效考核为基础，实现将工资与考核结果相挂钩的工资制度。用人单位设定绩效工资的目的旨在通过设定目标激励劳动者发挥主观能动性，提高绩效，从而实现企业增加创收，这并不等同于“基本工资”，所以法律允许用人单位结合自身的经营需要与劳动者创设绩效考核方案，劳动者可以根据自己完成的绩效，获得相应的绩效工资。

3、年终奖：年终奖是企业根据年度经营状况和劳动者表现发放的一次性奖励，其性质兼具激励性和福利性。实务中，用人单位通常根据劳动者的全年个人表现结合单位的整体经营情况综合确定是否发放年终奖以及年终奖的具体金额，单位具有较大的自主决定权。

综上所述，案件所涉的款项需要厘清，其实质是属于劳动报酬，还是经过绩效考核的绩效工资，还是福利性质的奖金应当结合个案进行具体分析。

（二）“离职不付”条款的效力认定



提成类的裁审思路为不论员工因何原因离职，若其离职时，提成金额已经确定，仅支付时间未届期，则待回款后，员工有权要求公司支付；若员工离职时完

成部分工作且离职后该业务已完成，公司应向员工发放依据约定的提成计算方式按照比例得出的提成工资。经笔者检索上海地区相关判例发现，裁审机关还会实体

审查“离职不付”条款是否属于格式条款，即是否免除了用人单位的法定责任并排除了劳动者的权利，或若该款项实质系劳动对价的性质，均会被认定为无效条款，不对劳动者发生对抗效力，未付提成仍应结算。在不违反国家关于最低工资制度的强制性规定的前提下，这种做法不应受到干涉，既是对于劳动者劳动付出的对价，也体现了企业的自主权。法律也规定了，劳资双方之间的劳动关系终结时，用人单位应在解除或终止劳动合同时一次付清劳动者工资，且支付劳动报酬不应当附加额外的限制性条件，且追讨相关的项目款项是用人单位的责任，用人单位的经营风险不应当变相地转嫁给劳动者。

最高院的第183号指导案例则明确了年终奖类的裁审思路，若劳动者在年终奖发放前离职的，法院通常会结合劳动者的离职原因、离职时间、工作表现以及对单位的贡献程度等因素进行综合考量。即使用人单位的规章制度规定了离职不付条款，但劳动合同的解除若非因劳动者单方

过失或主动辞职所导致且劳动者已经完成年度工作任务的，在用人单位不能证明劳动者的工作业绩及表现不符合年终奖发放标准的情形下仍应支付年终奖。

上海一中院在2020年5月11日发布的《追索劳动报酬纠纷案件的审理思路与裁判要点》中明确，对于提成发放，法院需审查劳动合同是否约定、用人单位规章制度是否规定、是否确定提成的计算方法以及实际履行中劳动者是否享有提成的情况。其中，对于劳动者主张的具体项目提成，法院需审查劳动者与获得客户信息、报价、洽谈、签订项目合同、跟单、发货、催款等环节的关联；对于年终奖发放，法院需审查劳动合同是否有约定、用人单位规章制度是否有规定、历年年终奖的发放情况以及相应年度的年终奖是否已履行考核程序。

若其款项确系劳动报酬，用人单位不得因劳动者已离职而拒付。对于劳动者离职时金额已可确定的，用人单位应当及时、足额支付；对于无法完全确定金额的，

也应按照劳动者已完成的工作比例进行核定结算。若其款项系绩效工资或以考核为前提的年终奖，且劳动合同或经民主程序生效的规章已明确须“在职且考核通过方可发放”的，劳动者主动辞职或合法解

除导致无法考核，可视为发放条件未成就，用人单位可不发放，但若单位违法解除在先，则应当视为不当阻却条件，用人单位应予以发放。

（三）举证责任的分配

劳动者对于存在奖金的约定、计算方式、发放条件具有初步的举证责任，而根据《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第六条规定，与争议事项相关的证据由用人单位掌握管理的，用人单位应当提供。因此，若用人单位以“未回款”为由拒付提成，在劳动者提供初步回款证据后，用人单位需对未回款金额承担举证责任。

笔者认为，类似于销售未回款属于消极事实，尤其是劳动者已离职的前提下更加无法掌握原用人单位的资金财务情况，实务中劳动者往往无法对“已回款、符合发放条件”充分举证，但在劳动者已提供初步证据证明已回款的前提下，可以主张由用人单位对销售回款的具体金额及时间节点承担举证责任，裁审机关亦应结合诚实信用原则来综合判定用人单位是否已履行诚信举证义务。

（四）仲裁时效

如严格适用一年仲裁时效的规定，并不利于保护劳动者的权利。尤其是涉及金融等行业，其行业有内部规章和行业指引等金融监管文件的约束，通常存在关于递延奖金发放的情形，一笔奖金通常需要拆

分成几部分来分期履行，那此时分别适用一年的仲裁时效则明显存在不合理之处，也会增加劳动者仲裁诉讼的成本。笔者认为，在奖金最后一期履行期限届满之日次日起算仲裁时效较为适宜。

综上所述，从规避经营风险的角度出发，企业应在劳动合同或规章制度中对提成或奖金的计算方式、支付的条件以及时间予以明确，以避免引发劳动争议。如涉及

提成工资的人员解除或终止劳动关系，企业需在协商一致解除劳动合同协议书中明确约定剩余提成的数额、支付条件以及时间，以明确劳资双方的权利与义务。

三、律师建议

从避免在劳动者与用人单位已解除或终止劳动关系后再产生讼争的角度出发，并保护双方权益，用人单位与劳动者应当注意：

1、对于用人单位而言，完善细化相关规章制度，明确各类工资或奖金的发放条件与考核标准，并对不同离职原因与具体奖金类型进行区分与细化，避免被裁审机关认定违反了公平原则和诚实信用原则，

褫夺劳动者本应当获得的合理佣金期待利益。

2、对于劳动者而言，签收绩效考核标准或奖金留存相应证据，尤其是离职交接过程中可以就奖金是否发放、发放基数以及发放期限进行协商，并以书面的形式进行固定，建议签署离职协议，避免后续产生诉争。

原悦 律师

上海七方律师事务所 律师

七方劳动法律服务部 律师

业务方向：劳动法、民商事争议解决
企业合规管理

联系方式：18217268150





医者仁心 律者思方



主 编：王晓鹏

编 辑：吕新雅、朱好婕、芩玉姣、刘永琴

主办单位：上海七方律师事务所

电 话：021-56782789

网 址：www.7-dimension.com

地 址：上海市徐汇区肇嘉浜路789号均瑶国际广场28楼A、C、D座