

中豪之窗

ZHONGHAO EXPRESS

2025年 第1期 | 总第093期 | 中豪律师事务所主办 | 双月刊



中豪律师事务所
ZHH LAW FIRM



全国优秀律师事务所
司法部 部级文明律师事务所
中国精英律所 30 强
亚太地区 100 强律所

【律师论坛】

假冒注册商标罪的
辩护要点

巨额财产来源不明罪
是举证倒置吗？

资管产品增信措施
与刚性兑付的冲突与协调

营商环境建设中企业破产
和解制度的现实困境与路径优化

【法理天地】

企业被美国
列入黑名单如何维权

中豪第14次荣膺钱伯斯 大中华地区公司 / 商事诉讼领域推荐律所

2025年1月16日，国际权威法律评级机构钱伯斯（Chambers and Partners）正式公布入选名单。中豪第14次上榜公司/商事诉讼领域重点推荐榜单。同时，创始合伙人、管委会主席袁小彬再次荣膺“公司/商事领域西部（重庆）地区”领域“业界贤达”称号，始终保持领军地位；资深合伙人张涌被评选为“公司/商事领域西部（重庆）地区”领域“第一等领先律师”；成都办公室主任汪飞被评选为“公司/商事领域四川地区非诉”领域“潜质律师”。此次中豪入选钱伯斯律所榜单，再次印证了中豪在业界的专业能力和行业影响力。



中豪荣登2024中国律所榜单指数 Top100



2025年1月6日，智合发布《中国律所榜单指数报告》。该报告对近500家中国律所在业内普遍认可的多个榜单（涵盖综合性及专业领域）上的成绩进行了全面梳理与分析，形成排名。中豪凭借20多年专业积累，在地产、跨境投融资与并购、国际贸易、诉讼与仲裁、破产与重组、航空、金融保险、企业合规、知识产权等领域跻身行业前列，荣登2024年度中国律所榜单指数 Top100。



中豪之窗

ZHONGHAO EXPRESS

总第093期 2025年 第1期 双月刊
(内部资料 仅供交流)

《中豪之窗》编委会

主编：袁小彬

执行主编：杨青

编委：

张涌	陈晴	邵兴全
宋涛	王辉	范珈铭
卜海军	陈伟	吴红遐
涂小琴	李东方	郑继华
俞理伟	郑毅	邓辉
汪飞	张德胜	宁思燕
傅达庆	刘军	邓舒丹
文建	李燕	柴佳
柯海彬	马海生	伍伟
赵明举	梁勇	吕睿鑫
李永	周尽	赵寅皓
刘文治	王必伟	黎莎莎
周鹏	青苗	张晓卿
赵晨	肖东	袁珂
张龙	郑鹏	刘卉灵
蒋官宝	高伟	文奕
王冠男	曹一川	张磊
保亚飞	冯杰	黄昊
卢露	路斐	苟静
宋琴	江小舟	

责任编辑：文奕

美编：王先

主办：中豪律师事务所

Web: www.zhhlaw.com

Twitter: @zhhlawfirm

Weibo: weibo.com/zhhlawfirm

Wechat: @zhhlawfirm

CONTENTS

目录

律师论坛 FORUM

假冒注册商标罪的辩护要点 汤伟佳 卢意成 2

巨额财产来源不明罪是举证倒置吗？ 李玥斌 9
——新刑法框架下的巨额财产来源不明罪辩护实务

资管产品增信措施与刚性兑付的冲突与协调 江小舟 15
——以司法裁判为视角

营商环境建设中企业破产和解制度的现实困境 梅培勇 贾美美 19
与路径优化

法理天地 THEORY

企业被美国列入黑名单如何维权 吕睿鑫 26

2024年12月31日，国际知名法律评级机构LegalOne 公布了2024 年度“实力之星 (Stellar Accolade)” 获奖名单。中豪上海办公室合伙人曹一川律师获得了LegalOne 选出的2024 年度中国区“公司商事”领域“实力之星”奖项。LegalOne 作为一家独立运作的全球性研究及评价机构，影响巨大。此次中豪律师载誉榜单，彰显了中豪律师一贯出色的专业水准，体现了行业及客户对中豪实务业绩和专业服务的充分肯定。

2024年12月31日，四川省律师协会正式公布四川省涉外法律服务领军人才库律师名单，中豪成都办公室刘晨靖、董中舒律师入选四川省涉外法律服务领军人才。为进一步推动四川省涉外法治人才培养体系建设，本次四川省涉外法律服务领军人才库扩充71人。扩充后，四川省涉外法律服务领军人才库将达到118人。

2025年1月10日，成都市司法局党组书记、局长周新楣，党组成员胡磊书记等一行莅临中豪进行调研，重庆市司法局政治部主任李友生、律管处长高弘惊等陪同调研。管委会主席袁小彬、副主席郑毅等热情接待，并进行汇报交流。参观过程中，周局长对中豪国际化且具有浓厚艺术气氛的工作环境给予高度肯定，高度赞赏了中豪在规范化管理和多元化业务发展上取得的成绩，并对中豪未来发展寄予厚望。

2025年1月10日，第二届成渝地区律师法律服务产品创新大赛总决赛在重庆渝州宾馆举行。重庆市司法局政治部主任李友生，成都市委政法委副书记、成都市司法局局长周新楣，成都市司法局机关党委书记胡磊等出席此次大赛。此次大赛为打造“双城经济

圈”，助力两地法律服务市场优质提升，促进建设西部法律高地，提升成渝律师的专业化和执业化水平起到了积极作用。

2025年1月21日，重庆市青年企业家协会与中豪共同举办“重庆产业转型语境中的企业合规与发展”主题沙龙，协会 30 多名企业家参会。本次沙龙以“危机与破局”为主题，聚焦重庆产业转型语境中的企业合规与发展，旨在为企业家和法律专业人士搭建深度交流与合作的平台。本次沙龙中豪对外展现的专业实力和开放态度，不仅加深了重庆青年企业家协会成员与中豪之间的联系，更为法商融合开辟了新的路径。

2025年1月13日，2025 年新加坡法律年度开启典礼在新加坡最高法院举行。新加坡首席大法官 Sundaresh Menon、新加坡总检察长黄鲁胜、新加坡律师公会会长 Lisa Sam 在典礼上分别致辞，并对 2025 年新加坡司法界、检控界及律师界发展进行展望。2025 年1月14日与15日，合伙人杨青随全国律协代表团赴新加坡律师公会、新加坡国际仲裁中心、新加坡广东商会及新加坡立杰律师事务所进行拜会调研，并作“新《反洗钱法》下中国律师的反洗钱义务及其影响”的英文主题分享。

2025年2月5日，大型国际法律合作平台 LAWWorld 亚太区年会在巴厘岛 Laguna Resort Hotel 举行，来自中国内地与港台、多个国际地区的律师齐聚年会，共同探讨法律领域的热点话题。顾问律师李慕乔应邀出席此次盛会，并作“Legal Services and Opportunities in China”英文主题演讲。会议期间，LAWorld 会员通过主题演讲，回顾了过去一年工作情况与取得的成绩，并表示 LAWorld 将进一步加强成员联系与合作，以提升全球影响力。

中豪新闻



摘要：目前，中国知识产权犯罪案件数量持续增长，假冒注册商标罪案件呈现高发态势。侵犯商标权犯罪具有行为复合化、手段智能化、主体复杂化，以及后果严重化的显著特征。未经注册商标所有人许可，在同一种商品、服务上使用与其注册商标相同的商标，情节严重的即构成假冒注册商标罪。本文将梳理假冒注册商标罪的行为模式、量刑标准，并结合法律规定及辩护经验提出辩护要点。

关键词：侵犯商标权犯罪 知识产权犯罪 入罪特征 辩护要点

假冒注册商标罪的 辩护要点

◎ 文 / 汤伟佳 卢意成 / 重庆办公室





汤伟佳 | 顾问律师
专业领域：商业犯罪及职务犯罪辩护
手机：+86 158 2331 5949
邮箱：andrew@zhhlaw.com



卢意成 | 律师
专业领域：商业犯罪及职务犯罪辩护
手机：+86 153 4055 5276
邮箱：louis.lu@zhhlaw.com

假冒注册商标罪的行为模式

（一）未经授权型

一方面，未经注册商标所有人许可使用注册商标，这是构成假冒注册商标罪的前提。若已得到许可，仅未按法定程序办理有关手续，则并不构成犯罪。另一方面，行为人在同一种商品、服务上使用与注册商标相同的商标的行为，“使用”不限于将商标用于商品、商品包装或者容器及交易文书或广告宣传等有形载体中，只要是在商业活动中用于识别商品来源的行为均构成商标性使用。

如（2022）粤03刑终514号判决书中，被告人制造蓝牙耳机连接苹果手机配对弹窗出现“Airpods或AirpodsPro”的动画界面，系未经苹果公司许可在同一种商品上使用他人注册商标的行为。虽然在耳机外包装或产品上没有附着注册商标标识，但其将蓝牙协议的设备名称设置为“AirPods”，连接手机终端时会电子弹窗显示他人的注册商标标识，其行为仍属于假冒注册商标罪中的“使用”行为。

（二）造成混淆型

将与他人注册商标相同或者相近似的文字作为企业的字号在相同或者类似商品上突出使用，容易使相关公众产生误认的情况，或者在相同商品上使用相同或者视觉上基本无差别商品名称、包装、装潢等标识，即构成混淆行为。

例如（2021）苏刑终180号判决书中，被告人通过在涉案注册商标“BOY LONDON”上添加其他要素的方式，对注册商标进行变造，虽然被告人在注册商标上添加的并非司法解释规定的商品通用名

称、型号等要素，但由于商标权人的持续经营使用，添加的内容与注册商标均指向同一商品来源，缺乏能与注册商标相区别的显著特征和实质性变化，且在结构上与注册商标相互独立，突出使用了注册商标的核心要素，不影响体现注册商标的显著特征，反而更容易导致公众对商品来源产生误导，应当认定为“相同商标”。

被告人通过反面印制的涉案假冒标识以“BOY LONDON”为标题品牌英文简介容易进一步加深消费者的混淆和误认，同样印证了涉案假冒商品上使用标识客观上起到了与涉案商标指向商品来源同一性的作用。最后，一审、二审法院均以假冒注册商标罪认定其构成犯罪。

（三）翻新改装型

行为人收购使用过的、标有注册商标的商品后，通过清洗、修补、翻新或改装后，再次使用原注册商标销售给他人。这种所谓的“翻新”实际上属于“加工、制造”商品的行为，被“翻新”的商品已经不是旧货商标权利人的商品。这种情形下，再私自贴附权利人注册商标并进行销售，将会侵犯权利人的注册商标专用权，涉嫌假冒注册商标罪。

如《最高人民法院公报》2017年第10期指导案例87号（2015）宿中知刑初字第0004号判决书中，被告人购买“SAMSUNG”注册商标的手机机头及配件，组装假冒“SAMSUNG”注册商标的手机，并通过网店对外以“正品行货”的名义销售，属于未经注册商标所有人许可在同一种商品上使用与其相同的商标的行为，构成假冒注册商标罪。

假冒注册商标罪的量刑标准

《刑法》第二百一十三条规定，将假冒注册商标罪分为“情节严重、情节特别严重”两档量刑，分别对应不同的量刑起点。另根据2004年《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事

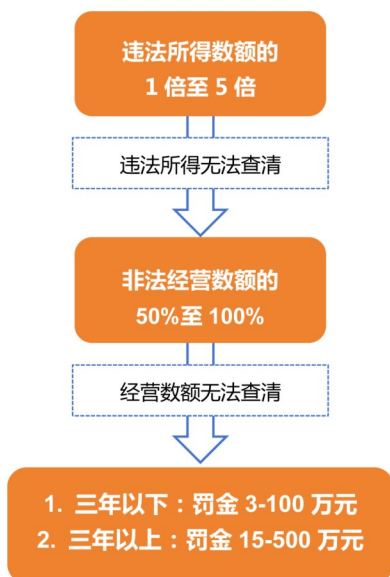
案件具体应用法律若干问题的解释》（以下简称2004年解释），2007年《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释（二）》（以下简称《解释二》），2011年《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于办理

侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的解释》（以下简称2011年意见）、《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释（三）》（以下简称《解释三》），整理得出侵犯商标权犯罪的量刑标准，具体归纳可见下表。

（一）假冒注册商标罪

	情节严重（入罪标准）	情节特别严重
非法经营数额	假冒一种商标：5 万元 假冒两种以上：3 万元	假冒一种商标：25 万元 假冒两种以上：15 万元
违法所得数额	假冒一种商标：3 万元 假冒两种以上：2 万元	假冒一种商标：15 万元 假冒两种以上：10 万元
刑罚	三年以下有期徒刑或者拘役， 并处或者单处罚金	三年以上十年以下有期徒刑， 并处罚金

（二）罚金数额确定



假冒注册商标罪的辩护思路

（一）无罪之辩

1. 非“同一种商品”

《商标法》第五十七条规定“在同一种商品”“在类似商品”使用与注册商标相同或者近似的商标均可能属于侵犯注册商标专用权的侵权行为，而《刑法》第二百一十三条规定的假冒注册商标罪构成要件中则是限定为“在同一种商品”。相较于民事侵权行为，要构成刑事犯罪的条件更为严苛，显示出其谦抑性。因此，辩护策略首先

从是否为同一种商品或服务进行着手，认定“同一种商品”应当在权利人注册商标核定使用的商品和为人实际生产销售的商品之间进行比较。如果涉案商品与注册商标的核定商品在功能、用途、生产部门、销售渠道、消费对象等方面存在明显差异，不属于相同商品或者服务，则不构成侵犯注册商标权。

具体而言，可以通过商标局每个季度更新的《类似商品和服务区分表》来核查涉案商品对应的品名，如果与注册商标商品的名称相

同，那就证明属于同一种商品。例如，涉案商品虽命名为“氧合器或气体交换器”，它属于医疗仪器或器械类的“人工心肺机（1001）”，即使商家给予商品的命名不同，在该区分表中的名称相同则可以被认定为“同一种商品”。但如果对应的商品名称不同，办案人员仍还要考察商品的功能、用途、主要原料、消费对象、销售渠道等是否相同，以及在相关

公众一般认知中是否属于同一种商品，来进行实质性审查。例如，食用预制面筋系3011组别，食用淀粉及其制品系3012组别，虽二者存在名称与组别的区分，但办案人员也会考虑功能、用途、主要原料、公众认知等多方面的因素。

因此，作为辩护人，不仅仅可以从涉案商品在《类似商品和服务区分表》中的名称、组别进行形式

上的非“同一种商品”辩护，还需要从商品的功能、用途、主要原料、消费对象、销售渠道、相关公众一般认知的实质内容进行深度挖掘。

2.非“相同注册商标”

关于商标是否相同的判断存在法定标准，即《解释（三）》第一条规定：具有下列情形之一的，可以认定为刑法第二百一十三条规定



的“与其注册商标相同的商标”：

- (一) 改变注册商标的字体、字母大小写或者文字横竖排列，与注册商标之间基本无差别的；
- (二) 改变注册商标的文字、字母、数字等之间的间距，与注册商标之间基本无差别的；
- (三) 改变注册商标颜色，不影响体现注册商标显著特征的；
- (四) 在注册商标上仅增加商品通用名称、型号等缺乏显著特征要素，不影响体现注册商标显著特征的；
- (五) 与立体注册商标的三维标志及平面要素基本无差别的；
- (六) 其他与注册商标基本无差别、足以对公众产生误导的商标。

现行司法解释认为，“相同商标”既包括与被假冒的注册商标完全相同的标识，也包括与被假冒的注册商标在视觉上基本无差别，足以对公众产生误导的标识；司法解释还列举了部分仅仅改变商标表现形态、不改变商标构成要素仍属于“相同商标”的情形。实践中，认定被控假冒标识与注册商标是否构成“相同商标”，一般采取对比观察的方法，行为人在注册商标上添加的并非司法解释规定的商品通用名称、型号等要素，但由于商标权人的持续经营使用，添加的内容与注册商标均指向同一商品来源，缺乏能与注册商标相区别的显著特征和实质性变化，且在结构上与注册商标相互独立，突出使用了注册商标的核心要素，不影响体现注册商标的显著特征，反而更容易导致公众对商品来源产生误导，则会被认

定为“相同商标”。

因此，作为辩护人，需要注意从涉案商标与注册商标之间的实质性差距进行发掘。如果改变后的标识与注册商标相比较，均存在较大的变化和较为明显的差异，且站在一般社会人的角度而言不会产生混淆与误认，则不构成“相同注册商标”。

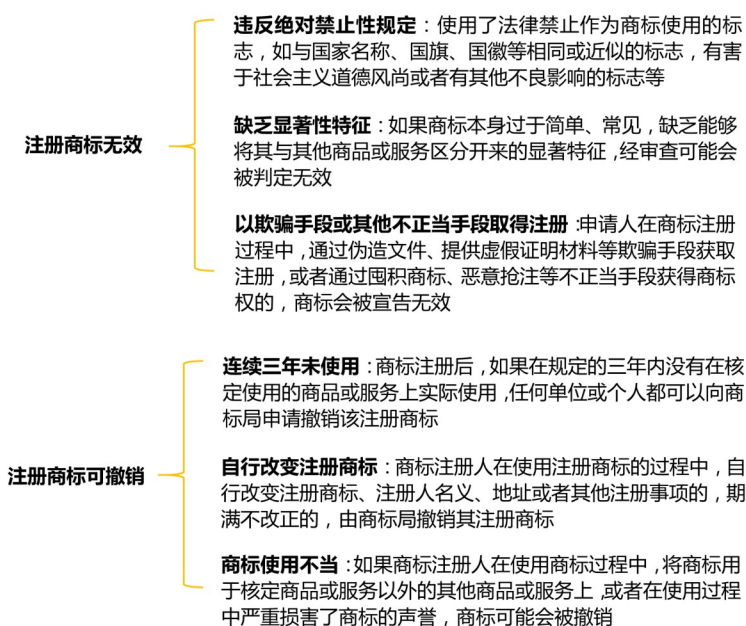
3. 注册商标本身非法

在假冒注册商标罪的司法认定中，注册商标的有效性是一个核心要素。当注册商标处于可撤销或者无效状态时，对犯罪构成产生关键影响，从根本上动摇了假冒注册商标罪成立的基础。《商标法》第四十四条、第四十九条以及第五十条规定了注册商标无效或可撤销的情形，例如商标注册过程中可能存在违反法定程序的情况，如申请人通

过欺骗手段获得注册，或者在商标申请时提供了虚假材料，这种情况下商标主管部门有权依职权或依申请撤销该注册商标。另外，商标在注册后可能因连续三年未使用而面临被撤销的风险，这是为了确保商标在市场中发挥实际的识别作用，防止商标资源的闲置与浪费。

从假冒注册商标罪的犯罪构成来看，其侵犯的客体是他人的注册商标专用权和国家的商标管理制度，当注册商标本身存在可撤销或无效的瑕疵时，该商标的专用权处于不稳定或不存在的状态。因此，当涉嫌被侵权的注册商标本身具有非法属性时，侵犯商标权的犯罪也无法构成了。

以下是注册商标无效和可撤销的具体情形总结：



（二）数额之辩

1. 非法经营数额的计算规则

根据两高“2004年解释”第十二条规定：本解释所称“非法经营数额”，是指行为人在实施侵犯知识产权行为过程中，制造、储存、运输、销售侵权产品的价值。已销售产品的非法经营数额，以实际销售价格计算；未销售的产品的价值以及储存、运输这些产品的非法经营数额，则是以标价或者已经查清的侵权产品实际销售平均价格计算；最后侵权产品没有标价或者无法查清其实际销售价格的，按照被侵权产品的市场中间价格计算。因此，货值金额认定规则是：“实际销售价格→标价/已经查清的侵权产品的实际销售平均价格→被侵权产品的市场中间价格”顺序适用。

但实践认定过程中，由于行为人一般会虚高标价与实际价格产生差异，让买家有享受到折扣的感觉促使交易达成，而导致“标价”标准具有较大的随意性。且行为人假冒的商品一般是知名度较高、存在高溢价空间的商品，例如“LV”商标产品，侵权商品的实际售价与被侵权商品的市场价格之间普遍存在巨大差距，若以被侵权商品的市场中间价格来确定非法经营数额则会导致罪刑极度失衡的结果。因此，在认定非法经营数额时，辩护人应以“实际销售价格”为计算标准，通过实际销售记录、供货方与买方的证言对照、发货单、报价单以及行为人的供述等证据予以证明。如

果涉案产品未销售，无法查明实际销售价格，则也不能直接使用具有随意性的产品“标价”。在适用“被侵权产品的市场中间价格”这一标准时，在生产、批发、零售不同环节的商品价格存在较大差异，且越贴近消费终端，商品溢价越高，应根据存疑有利于被告人的原则适用价格最低的生产环节。

2. 违法所得数额的计算规则

在刑事案件违法所得的计算规则中，违法所得数额的内涵理解存在分歧，有“净利制”与“总额制”两种认定模式。前者计算模式主张应扣除犯罪成本，后者主张为实施犯罪获取利益而投入相当成本，该部分资金的性质具有非法性，在违法所得数额计算中不应扣除，否则难以起到严厉打击与刑法警示作用。对此，辩护人应主张“净利制”的立场，扣减成本额。《刑法修正案（十一）》施行后，违法所得数额取代销售金额成为数额犯模式下的犯罪数额认定依据，销售金额则为“其他严重情节”的评价要素所吸纳。从这一点上看，正是因为违法所得数额在认定上需要扣除相应成本，所以才会与刑法修正前的“销售金额”产生区分。且两高就《关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的解释（征求意见稿）》第二十六条明确规定了违法所得数额应当扣除相应成本，虽然正式文件还未颁布施行，但也反映了两高对这一问题的倾向性态度。

扣除相应成本包含原材料、所售商品或者提供服务所使用商品的购进价款，当下通过网络销售的方式比较常见，会涉及网络销售的运费。如行为人销售的产品不包邮，邮费系行为人代收，实际支付给货运公司的费用，故该部分费用不能作为销售收入，应当从犯罪金额中扣除。如若产品包邮，那么行为人所支付的侵权产品运费、运费险的保险费都应算作成本扣除。其他实施生产、运输过程中产生的人工费、房租、水电等费用属于直接用于经营活动的必要支出，辩护人也可以提出予以扣除。

3. 其他数额辩护理由

前述内容中提到当下通过网络销假的方式比较常见，而在电子商务平台上，借“刷单炒信”手段吸引消费者购买相关侵权产品的做法屡见不鲜。因此，对于此类不真实交易数额，则应排除在犯罪数额的认定中。但刷单数据信息存在碎片化、海量化及易被修改的特点，辩护人在提出“刷单”辩解时，应予以充分的证据证明。虽然被告人对犯罪数额认定提出刷单金额辩解并进行举证，属于行使反证的权利，但要使得裁判者内心确信刷单的辩解还是需要辩护人进行相应的举证。例如商品的销量增长异常迅速，与商品实际的市场热度不符；订单评价的内容过于雷同、格式化，缺乏个性化描述；物流信息异常，发货时间与订单生成时间过于接近，或者物流轨迹不合理，快速

重量与实物不符等。

关于情节特别严重的金额辩护，现行司法解释即2004年12月22日起施行的“2004年解释”规定，情节特别严重的数额标准是情节严重数额的五倍。然而，随着社会经济的发展和物价水平的提高，原有的数额标准已不能完全适应当前的实际情况。因此，在2023年司法解释征求意见稿中，将情节特别严重的数额标准提高到情节严重数额的十倍。虽然该征求意见稿尚未正式公布生效，但其调整趋势已经明确，即对情节特别严重的认定标准进行了适度放宽。这一变化实际上降低了第二档量刑标准，为辩护工作提供了更大的空间。在五至十倍的数额区间内，辩护人可以充分挖掘案件的具体情节和细节，从多

个角度进行辩护。例如，可以关注行为人的主观恶性程度，如果行为人并非出于故意追求高额利润，而是由于对相关法律法规的不了解或误解，那么可以争取在量刑时适用情节严重的第一档标准。

结语：在知识产权保护日益重要的当下，深入探究侵犯商标权犯罪的行为模式与辩护思路具有重要意义。通过对其行为模式的剖析，可以清晰此类犯罪在未经授权、造成混淆、翻新改装等方面的具体表现，从而对犯罪模式进行类型化的识别。在辩护工作中，无罪之辩和数额之辩成为维护行为人合法权益的关键路径。无罪之辩从商品类别、商标异同及商标有效性等角度切入，严谨甄别犯罪是否成立；数额之辩围绕非法经营与违法所得数

额计算规则展开，结合网络销假新特点，合理排除虚高及非真实交易数额，确保罪刑均衡。随着司法解释的不断更新，辩护空间愈发广阔，辩护人需紧跟法律步伐，精准运用法律条款与证据，在复杂的侵犯商标权案件中保障被告人的合法权益。



《刑事诉讼法》修改后，在五十二条确立了“不得强迫自证其罪”原则的情况下，但在第一百一十八条规定“如实回答义务”。引发了学界和实务界的广泛争论。其实质争议在于“沉默权”与“如实回答义务”是否能在同一法律中“共生”。而实务界有人认为这与巨额财产来源不明罪的侦查和证明又出现了矛盾。本文将结合二者对该罪名证明要点和辩护实务进行分析。

巨额财产 来源不明罪是举证倒置吗？

——新刑法框架下的巨额财产来源不明罪辩护实务

◎ 文 / 李玥斌 / 成都办公室



巨额财产来源不明罪的由来与争议

巨额财产来源不明罪，是指国家工作人员的财产或者支出明显超出合法收入，且差额巨大，经司法机关责令其说明来源而本人不能说明来源是合法的行为。改革开放后，国家工作人员获得收入的途径越来越多，有的是合法所得，有的则可能是非法所得，使原本极小的财产差别变得越来越大。由于非法手段隐蔽，很难查清其真实来源。1988年，全国人大常委会根据社会的实际情况，在《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》中增设了这一罪名，规定：“国家工作人员的财产或者支出明显超过合法收入，差额巨大的，可责令其说明来源。本人不能说明来源是合法的，差额部分以非法所得论。”这一法律规定是我国刑事立法的一个重要突破，并为惩治这一犯罪提供了法律依据。1997年，修订刑法又将其适当修改，纳入刑法第八章贪污贿赂犯罪之中。现行法律条文是《刑法》第三百九十五条第一款“国家工作人员的财产或者支出明显超过合法收入，差额巨大的，可以责令说明来源。本人不能说明其来源是合法的，差额部分以非法所得论，处五年以下有期徒刑或者拘役，财产的差额部分予以追缴。”

关于该罪名历来争议颇大，有人认为是公检法机关怠于调查贪污或受贿案件导致的“兜底罪名”，事实上让一些不法分子得到了从轻处理；但也有人认为该罪名实际上扩大了贪污或受贿案件的打击面，让一些证据不足的嫌疑人也受到了不该受到的刑事责任。但笔者重点讨论该罪名中的证明过程，即刑法条文中的“财产或者支出明显超过合法收入”以及“可以责令说明来源。本人不能说明其来源是合法的，差额部分以非法所

得论”这一相关规定。前者是实体法方面，后者则更多侧重于程序法方面。

财产或者支出明显超过合法收入的认定与辩护

（一）财产或支出明显超过合法收入且可以说明是违法来源的情况

从现行规定来看，嫌疑人仅需说明财产的来源即可，至于该来源是否合法则在所不问。换言之，对于巨额财产来源不明罪所评价的财产，不存在来源是否合法的问题，仅存在行为人能否说明来源的问题。那么在本罪涉案财产中：

1. 嫌疑人能够说明来源且来源合法的部分，不应计入本罪差额中；
2. 嫌疑人能够说明来源但来源不合法的部分，应另行追究其获得该部分财产的行为构成何种犯罪，相关数额应在构成其他犯罪的范围内进行评价，同样不能计入本罪差额中；
3. 对于行为人不能说明来源的部分，才属于本罪的评价范围。

那么如果嫌疑人主动说明了其收入的违法来源，则不应当认定为犯本罪，是否犯罪，犯何罪根据罪刑法定原则，应当按另外的罪名处理。比如典型的，嫌疑人赌博的收入，放高利贷的收入，如果不够相关罪名的数额，则应当仅作行政处罚，该罪名作无罪处理。而巨额财产来源不明罪也不应当计入该数额，因为既不符合该罪要求，也将违反“禁止重复评价”的基本原则。



李玥斌 | 合伙人

专业领域：企业合规、房地产建筑
刑事辩护

手机：+86 189 8070 3087

邮箱：franklin@zhhlaw.com

（二）定罪量刑中如何认定差额

根据《刑法》第三百九十五条的规定，行为人不能说明来源的差额部分以非法所得论，处五年以下有期徒刑或者拘役；差额特别巨大的，处五年以上十年以下有期徒刑。

根据《国家监察委员会管辖规定（试行）》（国监发〔2018〕1号）的规定，涉嫌巨额财产来源不明，数额在30万元以上的，应予立案。除此之外，法律和司法解释尚无明文规定巨额财产来源不明罪中“差额特别巨大”的情形。现在主要由各省市自治区自行规定。

（三）如何把握家庭收入和支出的认定标准

根据《刑法》和《最高人民法院关于印发〈全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要〉的通知》（法〔2003〕167号），现行规定主要按家庭单位进行计算，即家庭现有财产、家庭总支出、家庭合法收入和其他能够说明来源的财产。为了便于计算，一般可以从嫌疑人及家庭其他成员中有比较确定的收入和财产时开始计算其财产和合法收入，按照“家庭现有财产+家庭总支出-家庭合法收入-其他能够说明来源的财产”计算本罪的差额。

1.这里的家庭财产一般包括：

（1）房屋、汽车、车位等大件实物家庭资产；

（2）贵金属及制品、玉石字画等小件实物家庭资产；

（3）现金、存款等货币家庭资产；

（4）股票、债权、股权等权益资产。

前三类一般按照实际价值或鉴定价值确定其财产价值，但第四类本金确定的情况下，其收益或者实际价值一般按查封扣押时的价值为准。

那么辩护要点可以根据投资情况做处理，如的确嫌疑人有不明收益500万元，但其用于投资股票，案发时被查其股票市值已经亏损很多，算下来其总财产是合理范围，不存在差额，那么就不应当以本罪论处。

2.家庭的合法收入包括：

（1）工资、奖金、津贴等工资性收入；

（2）稿酬、讲课费等劳务性收入；

（3）有关银行存款利息收入和投资理财收入；

（4）继承遗产、接受馈赠、向他人借款等收入；

（5）出售房产等家庭财产的收入。

实践中容易出现的是，侦查机关认为前述第三项、第四项有可能是违法收入作为基础而产生的收入。比如银行本金就是违法收入，则其利息是巨额来源不明财产。又比如遗产本身就是非法所得，或者向他人借款的利息超过法律规定，属于不支持的高利贷等。





辩护实务中，对于本身是违法取得的财产，是否归责于嫌疑人，根据刑法及相关解释规定，还是应当由侦查机关和公诉机关负举证责任。

如果是继承的财产，非系嫌疑人不能说明合法来源，而是可以说明是被继承人违法取得，甚至就是贪污受贿取得，只要不能证明被继承人系嫌疑人的“白手套”，是其自己违法犯罪的财产，那继承的财产本身可以根据被继承人犯罪进行追赃，但不能归责于嫌疑人。

3.家庭的支出包括合法支出和不合法的支出：

- (1) 一般性日常生活、工作和学习支出；
- (2) 非一般生活性家庭大额支出；
- (3) 赠与他人的财物；
- (4) 向他人行贿的财物。

实务中，容易出现问题和争议的是第四类，行贿的财物支出。因为该行为已经明显触犯刑法另一个罪名。根据刑法规定，侦查机关和公诉机关有义务对此进行查清，如果没有查清的，也不能作为巨额财产来源不明罪，对嫌疑人重复评价，重复处罚。

“可以责令说明来源。本人不能说明其来源是合法的，差额部分以非法所得论”这一相关规

定不是举证倒置，同样不能要求嫌疑人自证其罪

长期以来，有人认为该规定就是表明侦查机关（在《监察官法》和《监察法》颁布实施后，这里也包括纪委及纪委工作人员）可以要求嫌疑人自己证明来源是合法的，如果证据不足，就是嫌疑人承担举证不利的后果，这就是举证倒置，就可以推定其有罪。

笔者不认同该观点。笔者认为，前述观点是典型的有罪推定观点。巨额财产来源不明罪实际上是个严谨的逻辑证明过程，不仅仅有关于财产来源是否合法。以下将分别论述：

（一）从字面上看，本罪法条原文的描述是“说明”而非“证明”

在一般人认为“说明”和“证明”的含义具有较大区别时，立法者显然不会认为“说明”和“证明”是同义，立法者采用“说明”表明立法者的观点认为巨额财产来源不明罪中犯罪嫌疑人所应承担的责任是对证据的单纯解释性行为，也就是说，犯罪嫌疑人或被告人所承担的是解释责任，这种责任与举证责任显然不是同一回事。

（二）该罪要求说明的是巨额财产的来源

那么侦查机关首先应当负有证明存在属于嫌疑人的巨额财产的义务。实务中，很多嫌疑人并不会将财产置

于自己名下，而会进行各种隐藏。侦查机关首先应当满足该处自己的证明责任，即首先要证明没有登记在嫌疑人或其近亲属名下的财产是他的财产，不能一味要求嫌疑人去解释没有登记在其名下的财产是否合法。

这也是该罪辩护人的重要辩点。

（三）嫌疑人对巨额财产来源进行了合理说明之后的举证责任仍然在侦查机关

如某嫌疑人对家里存放有500万元现金，解释为某天晨跑时发现一个麻袋，麻袋中有现金，当时觉得不错捡了带回家，但之后觉得可能是不义之财，不敢使用就一直放家里了。

若按该嫌疑人的解释，其就算捡到的是其他犯罪的赃款，也是刑法上的嫌疑人合法取得财产，不应按巨额财产来源不明罪处罚。

但实务中往往是侦查机关不信，就会要求嫌疑人重新解释，甚至逼问或者刑讯逼供，从而达到侦查机关的目的。这种情况，实际上就是违反了刑事诉讼法第五十二条的“不得强迫自证其罪”原则。

那么站在辩护人角度，除了要求嫌疑人坚持自己的真实意思表示和坚持正确记载口供的同时，应当根据证据规则要求侦查机关证明嫌疑人的解释不合理，或举出其他证据推翻其解释。而不是由侦查机关自己来单方面判断嫌疑人的说法是否是合理解释。

（四）必要沟通和权衡也是该罪辩护的要点

司法实践中，巨额财产来源不明罪很少单独成罪，基本都是贪污、受贿罪等的附加罪，或是客观上受贿罪等职务犯罪证据不足的情况下的“兜底罪”。本罪的财产来源说明要求，又表述为“可以要求”。

这里也说明该罪不属于举证倒置，因为说明来源不属于应当事项，则不是举证内容，侦查机关和公诉机关也可以在掌握了其巨额财产后根据嫌疑人已经无法说明合法来源的事实，直接起诉，不需要再进行说明。

那么在多数情形下，侦查机关和公诉机关在本罪中承担举证责任的积极性不如其他罪名，因此作为辩护人，也可以在合法框架下与嫌疑人充分沟通，建议其两害相权取其轻。在巨额财产已经被掌握的情况下，也可以与侦查或公诉机关沟通罪名的最终确定。

（五）客观不能与主观不愿

“本人不能说明来源合法的”的规定在实务中可能引发争议，即：这里是指的嫌疑人客观上记不清了，无法说明；还是嫌疑人主观上刻意隐瞒，不想说明？

“不能说明”的本意是指行为入想予以说明，但由于主客观原因而说明不了，它本身没有拒绝说明的意思；而“拒不说明”则指行为入明知



自己的财产来源而有意不予说明，它反映了行为人的主观恶性。只有将二者结合起来，才能更贴切地揭示立法的原意。

笔者认为，从立法缘由及司法实践可知，本罪是故意犯罪，那么显然应当要以主观故意隐瞒作为其主观要件，即嫌疑人明知财产不合法而故意占有，案发后又故意拒不说明财产的真正来源，或者有意编造财产来源的合法途径。

那么实务中，嫌疑人编造合法途径可以通过证据推翻。但故意拒不说明和客观上想不起来，就应当区别对待，不应一概而论，应以有利于被告人原则进行处理，辩护人也可以针对这一点进行辩护。

（六）实务中的举证责任分配的问题

如前所述，笔者认为，无论是从刑事诉讼法规定，还是巨额财产来源不明罪本身刑法条文的语义理解，本罪都不是举证责任倒置。但遗憾的是，实践中有的司法机关认为，在本罪中，嫌疑人应承担自证无罪的举证责任。如《北京市高级人民法院关于办理各类案件有关证据问题的规定（试行）》（京高法发〔2001〕219号）第六十六条第二款直接规定：“被公诉机关指控犯巨额财产来源不明罪的，被告人应负证明自己无罪的举证责任。”

实际上不但违反了“不得令犯罪嫌疑人、被告人自证其有罪”的基本原则，而且可能使办案机关消极办案，一味地逼迫嫌疑人举证，如此势必给办案机关带来巨大的职业伦理风险，甚至诱发刑讯逼供。

小结

“不得强迫自证其罪”原则在《刑事诉讼法》第五十二条的正式确立，标志着我国法治化建设水平到达新的高度。这与《刑事诉讼法》第一百一十八条的“犯罪嫌疑人对侦查人员的提问应当如实回答”其实并不矛盾，具体到巨额财产来源不明罪就表现得更加明显。

巨额财产来源不明罪明确规定了嫌疑人的解释说明义务，如果嫌疑人如实陈述事实之后，也并没有免除侦查机关的侦查义务和证明责任。侦查机关如果对其陈述不信，则应当证伪，而不是将责任反推给本就不利的嫌疑人。也只有明确这一点的司法机关和辩护律师共同努力才可以将我国刑事诉讼的法治和公正真正实现。

现在市场中常见的增信措施起源于金融领域，是金融创新的产物，其设计初衷是为了适应复杂的金融结构、规避严格的监管手段。经过市场的检验后，部分运行良好的增信措施被移植、采纳进了一般民商事活动当中来。鉴于此，我们整理了近年各地法院对资管产品增信措施法律性质以及效力的裁判结果，反思存在的问题并给出相应的建议。

资管产品增信措施 与刚性兑付的冲突与协调

——以司法裁判为视角

◎ 文 / 江小舟 / 重庆办公室



增信措施定性的裁判思路

在资管产品的设计框架中，增信措施可以分为产品端的产品增信和投资端的交易增信。所谓产品增信是指管理人或者发行人为了满足投资者减少投资风险、提升投资收益需求而作出的各类“保底”承诺；投资端的交易增信是管理人在对资管产品所募集资金或财产进行管理和投资过程中，与交易对手为减少投资风险所架构的各种背书或保障措施

的总称。

经整理分析后，统计得出法院对资管产品增信措施的法律定性主要有以下几种观点。

（一）独立无名合同

在不少案件中，法院将当事人之间达成的增信协议认定为独立的无名合同。典型的如最高人民法院发布的2021年全国法院十大商事案件之六——某银行与某资本公司其他合同纠纷案，二审法院在判决理由中写道：“本案中《回购协议》系由某某公司与某集团公司等签订，某银行并非《回购协议》项下的债权人。某资本公司在《差额补足函》中承诺的差额补足义务与某集团在《回购协议》中承诺的回购债务并不具有同一性。因此，差额补足义务具有独立性，与具有从属性的保证责任明显不同。系争《差额补足函》中并无明确的连带责任保证担保表意，也没有担保对象，法院将其认定为独立合同并无不当。”

（二）保证合同

如果增信措施的内容中含有较为明显的担保意思，法院也会将其解释为保证合同。例如，在某置业公司与深圳市凯某公司等借

款合同纠纷二审民事判决书中，法院认定：“本案中，根据《认购协议》及《差额补足承诺函》载明内容，基于《认购协议》项下权利义务约定所产生的债务系主合同债务，且《认购协议》中载明奥某某公司系主债务的担保人，奥某某公司董事会发布的声明中也是为某置业公司主债务提供担保。根据文义解释、整体解释及目的解释的原则，奥某某公司的《差额补足承诺函》，具有明确为某置业公司主债务承担保证责任的意思表示。……因此，现有证据足以认定奥某某公司承担责任的性质为保证责任。”

（三）债的加入

例如，在某信托公司诉森某公司等合同纠纷案中，法院生效裁判认为：“本案争议焦点是两份盖有森某公司、赞某公司公章的《承诺函》的效力问题。两份《承诺函》第1条、第2条载明承诺人负有在信托计划存续期内的补偿义务和补足信托合同优先级受益人信托资金和收益的义务，森某公司、赞某公司并非《赞晨2期信托合同》的当事人，该两公司作为第三方加入信托合同项下法律关系中，承诺承担次级受益人的相关合同义务以及向优先级受益人提供差额补足的义务，构成债的加入和第三方增信措施。”

增信措施与刚性兑付的冲突与协调

无论是将增信措施定性为保证、债的加入，还是独立的无名合同，随之而来的是一个共同的问题——其效力如何？2018年资管新规的出台正式，以金融部门规章的形式，否定了资管领域刚性兑付的效力。尽管《九民纪要》等文件对刚性兑付做了部分解释和扩展，但其具体内涵和法律概念均未有权威



江小舟 | 合伙人

专业领域：金融、证券、公司

手机：+86 137 0839 6956

邮箱：jxz@zhhlaw.com

界定。在资管领域并非一切“保底保收益”增信措施都不合理，它可能是资管机构在计算风险和收益后的经济行为，应避免“一刀切”的禁止刚兑，不宜一律认定合同无效。法律和金融监管只是规制金融机构不合理的保底条款，并非禁止所有形式的保底条款。区分合法增信措施与涉及刚兑的增信措施的关键在于把握刚性兑付违法性基础以及监管目的。

（一）违法性基础：违反信托财产的独立性原则

尽管从表面上来看，资管产品的管理人或者第三人使用其本身的其他财产对投资人的本金和收益进行兜底，并不会使信托财产不当减损，反而会使信托财产得到保障和增值。但是这种信托财产的短期保障和增值，却会严重地破坏信托财产的独立性，违背信托设立的目的。首先，如果允许管理人用自有资金为资管产品保底保收益，投资人会因刚性兑付条款的存在而放任资管机构的违规、违法行为，出于减少内控、运作成本的考虑，管理人也将不再严格遵守资管产品独立运作的规则，管理人和委托人的财产将会走向混同的结果。其次，不同资管计划项下的财产也可能混同。当某一项资管产品出现问题需要依靠外部资金来履行刚兑条款时，那么可以预见的，管理人极有可能将其运作的另一项资管产品中的财产用以填补空缺。再者，管理人在信托财产独立性下应有自主管理资管产品的权利，以便更好地服务于信托目的。而刚性兑付条款的存在可能对信托财产

的自主性构成干预，使其无法根据实际市场情况做出灵活的管理决策。最后，刚性兑付的存在无视了信托财产在市场中价值的正常波动，强制性地按照固定的数值进行兑付。但资管产品作为信托、作为投资产品存在，本质上需要投资者承担投资风险，而刚性兑付使得这种投资的风险性消失，转变成了类似于债权债务的产品。总之，根据信托财产独立性原则，当受托人已经尽职履行义务，信托财产的损失也需要由受益人承担。按照信托财产独立性的理论分析可以看出责任分担主体的不同，这就明确否定了“刚性兑付”理论。

（二）监管目的：防范系统性金融风险

法律和金融监管政策之所以控制刚性兑付，不仅因为它扭曲了金融资源配置的效率，转嫁风险而违背资产管理经济规律，更是因为它会积累金融风险，阻碍行业发展。资管产品、结构化信托、资产证券化等业务之所以在近十年快速发展，不仅有各行业本身的独到优势，也有国家政策的大力扶持。这些业务是金融机构通过非传统方式进行的业务活动，并不纳入财务报表或资产负债表中，因此被视为表外业务的一部分。它们通常由金融机构通过资本市场募集资金，并用于投资各类金融资产，从而形成了与传统贷款业务不同的表外业务模式。通过多元化的金融产品和服务，不仅可以为金融机构提供额外的收入来源，满足客户多样化的需求，还能够将风险分散到市场多元化的资产

中，降低对单一资产或项目的集中度风险。然而，刚性兑付的存在可能导致资管产品更接近表内业务，不但无法起到分散风险的作用，大量以资产管理为名，以借款业务为实的产品存在反而更会积累系统性金融风险。

基于此，对于资管产品增信措施的效力认定，应当遵循两步走原则。首先，判断增信的义务主体，增信的义务人如果是独立于管理人以外的第三人，原则上应当认可增信措施的效力。增信措施的提供者（第三人）专注于提供信用支持，这种分工使得不同角色的责权关系清晰，有利于保障各方的权益，不会出现财产的混同，金融风险也未集中于资管机构身上，一般较少积累系统性金融风险。例如在光某某公司与周某某、江某某营业信托纠纷一案中，由于保底协议的义务人是独立于金融机构的第三人，法院认定该增信措施有效。即使是部分投资者以“劣后投资者”身份承担差额补足的增信义务，也不会违反管理人的信义义务。本质上来说，这与股份中的“优先股”“劣后股”类似。劣后投资者虽然需要承担收益不足时的差额补足义务，但其在产品的购入金额、购入方式、购入数量上会获得相应优势，对其来说，风险与机会依然平衡。其次，如果是管理人及其关联方提供“保底保收益”的增信措施，也不能不假思索地就将其归入到刚性兑付的行列中。需要明确的是：是否触及刚性兑付与增信措施的形式无关，而与其实质内容有关。总体的判断路径应当如下：若发现增信措施



的存在导致投资者能够获得超出资管产品内在价值的利益，则该增信措施应当被认定为刚性兑付，而利

益的衡量需要监管部门、人民法院依据增信协议签订和履行时的金融环境、信用环境、市场竞争状况等

作出综合的判断。

摘要：营商环境的建设，需要充分发挥破产和解制度的功能，即预防破产、挽救债务企业、帮助企业复苏再建、保护债权利益。破产和解制度作为现代破产法三大制度之一，具有成本低、效率高和充分体现当事人意思自治的独特价值。但长期以来，破产和解制度在司法实践中适用率较低，究其原因在于制度本身立法设计存在缺憾。文章认为应当结合客观情势，从破产和解制度预防破产的功能角度完善和解制度。第一、优化破产和解的申请条件，扩大申请和解程序的原因并增加申请主体；第二、适度限制担保物权人的权利行使；第三、探索多元和解手段；第四、建立和解协议执行监督机制。

关键词：营商环境 破产和解制度 担保物权 监督机制

营商环境建设中 企业破产和解制度的 现实困境与路径优化

◎ 文 / 梅培勇 贾美美 / 贵阳办公室



党的二十大报告明确提出“营造市场化、法治化、国际化一流营商环境”。打造一流营商环境关系到“构建高水平社会主义市场经济体制”中的“充分发挥市场在资源配置中的决定性作用”“优化民营企业发展环境”“支持中小微企业发展”“深化要素市场化改革”“强化金融稳定保障体系”“守住不发生系统性风险底线”等发展目标

和任务要求的实现，是中国式现代化新征程中不可或缺的重要法律制度。党的二十大以来，中国破产法以困境拯救和市场出清的多重路径彰显破产救济的力度，致力于优化营商环境和推动高质量发展。

营商环境作为一个国家或经济体经济软实力的重要展现，是经济高质量发展的重要内容。营商环境建设对于提升城市能级、促进市场机制的完善发挥着巨大作用。世界银行每年发布的《营商环境报告》，因指标评估的覆盖范围面广、评估报告发布周期稳定，且评估内容也能做到相对客观及可量化，已然成为国际社会评估各个国家营商环境最具权威性和代表性的指标体系。^① 2024年世界银行发布了《2024年营商环境成熟度报告》，取代了原来的《营商环境报告》，采用了一种新的评估体系来衡量和比较不同经济体的营商环境，即 BusinessReady，简称 B-READY。其中商事破产（business insolvency）指标列为新营商环境评估项目核心指标之一。

2019年，全国人大启动了《企业破产法》的修订。在此立法修订背景之下，文章拟对破产和解制度的历史沿革、现状及困境以及立法优化设计等核心问题进行分析，以

期为《企业破产法》的立法修订尽微薄之力。

破产和解制度的历史沿革及其独特价值

（一）破产和解制度的发展脉络

破产和解制度是指为了避免破产清算，由债务人提出和解申请并提出和解协议草案，经债权人会议表决通过并经法院许可的解决债权债务问题的制度。^② 破产和解制度最早在1988年试行的现已废止的《中华人民共和国企业破产法（试行）》中首次规定。2006年8月27日通过的即现行的《中华人民共和国企业破产法》（以下简称《企业破产法》）继续保留了破产和解制度，并以专章的形式进行了规定。破产和解与破产重整、破产清算一起成为我国破产法三大基石。

《企业破产法》第九章从第95条到第106条共计12个条文详细规定了和解制度。对于企业如何运用破产和解程序，提供了3种方式：1. 债务人直接申请适用破产和解程序；2. 债务人通过程序转换至破产和解程序，如破产重整转和解、破产清算转和解；3. 债务人自行与全体债权人达成和解协议。

破产和解制度是企业再生制度，其通过温和的方式处理企业债务纠纷，具有预防破产清算、挽救债务企业的重要功能。破产和解制度的立法本意旨在避免濒临破产企业陷入破产清算，积极挽救企业的经营价值，给予企业重生的机会，并且避免因员工失业引发的一系列社会问题。



梅培勇 | 律师

专业领域：争议解决与诉讼、公司破产

手机：+86 175 8550 2888

邮箱：Maynard@zhhlaw.com



贾美美 | 律师

专业领域：民商事争议解决、公司破产、投资并购

手机：+86 157 0233 0332

邮箱：Lina.Jia@zhhlaw.com

^① 王欣新. 营商环境破产评价指标的内容解读与立法完善[J]. 法治研究, 2021(3): 128-138.

^② 汤维建. 新企业破产法解读与适用[M]. 中国法制出版社, 2006: 241.

（二）破产和解制度的独特价值

破产和解制度是中国和合文化思想在破产法律制度中的体现，反映了以和为贵的中华传统思想。与破产清算、破产重整制度相比，破产和解制度有着独特的法律价值。

1. 与破产清算制度相比较

同破产和解制度相比，破产清算制度功能单一。企业一旦宣布破产倒闭，意味着企业的所有有形资产、无形资产都将面临贬值或消失。而事实上，一些濒临破产企业仅仅是因为暂时的资金周转困难，出现财务困境。如果能解决债务纠纷，企业继续经营，还能创造更多的经济和社会价值。也就是说，这类企业的继续经营价值远高于被清算价值。如果企业出现经营困难，一律准许企业破产，很可能造成企业和债权人双输的局面，并且带来负面的社会效应。

破产和解制度是避免企业破产清算的一道重要防线。破产和解的核心功能在于通过意思自治原则，最大限度调动债权人与债务企业的和解意向，促成双方达成和解协议，保留企业的经营价值，避免企业在还有挽救价值时就一刀切进入破产清算程序而造成经济和社会成本的浪费，实现经济和社会秩序的和谐发展的“和”价值。

2. 与破产重整制度相比较

破产和解制度与破产重整制度的

设计初衷相似，都是避免企业破产清算，给予企业再生的机会。但两个制度相比较，破产和解制度依然有着自身独特的价值。破产重整制度是指专门针对可能或已经具备破产原因但又有维持价值和再生希望的企业，经由各方利害关系人的申请，在法院的主持和利害关系人的参与下，进行业务上的重组和债务调整，以帮助债务人摆脱财务困境、恢复营业能力的法律制度。^③ 破产重整程序在法院的主导下完成，法院全程要监督，因此受到的司法权力介入较多，司法强制力属性明显。当事人在其中体现意思自治的机会少，时间成本高。公权力干预过多^④，意味着当事人意思自治的空间被压缩，债权人、债务人在谈判和缔结协议时受到诸多限制。

而破产和解程序中，和解协议是在充分尊重当事人的意思自治的基础上达成的。整个和解程序耗时短、成本低且效率高。而成本和效率是经济社会的核心概念，是企业经营的重要考量。相比久拖不决的重整程序，快速协商一致的和解程序显现出其独特价值。

我国企业破产和解制度存在的现实困境

（一）我国企业破产和解制度的现状

如前所述，破产和解制度有着独

特的价值功能，对于许多面临债务纠纷的企业而言，是一个通过较低成本就能挽救企业、获得再生的理想破产制度设计。与立法预期相悖的是，破产和解制度在司法实践中鲜有适用，并未达到预期法律效果。笔者通过检索北大法宝数据库后发现，最近十年（2013-2023年）共有破产类案件11160件。其中，破产清算案件9964件，占比89.28%；破产重整案件1092件，占比9.78%；破产和解案件仅104件，占比0.94%。三类破产制度相较，破产和解案件数量明显过低。

另外，立法层面给予破产和解的关注不高。首先，作为破产三套马车制度的破产重整、破产清算和破产和解，在《企业破产法》中均以专章形式出现，但涉及破产重整制度的规定有25条，破产清算的规定有18条，而破产和解制度的规定仅有12条。从条文数量上来看，同另两个破产制度相比，破产和解制度的法律条文相当精简，难以全面指导破产和解实践工作。在立法存在缺憾的情况下，破产和解相关司法解释亦严重不足。最高人民法院颁布的《全国法院破产审判工作会议纪要》（2018），其中提到破产重整近80次，提到破产和解仅9次，这当中单独提到只有1次，其余均与破产重整并列提出。

（二）破产和解制度面临困境的成因分析

1. 和解制度申请规则过于严格

^③ 施天涛. 商法学. [M]. 法律出版社, 2010: 89.

^④ 李永军、王欣新、邹海林、徐阳光. 破产法(第二版)[M]. 中国政法大学出版社, 2017年版: 204.

(1) 和解申请原因太过严苛

《企业破产法》第二条规定：“企业法人不能清偿到期债务，并且资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力的，依照本法规定清理债务。企业法人有前款规定情形，或者有明显丧失清偿能力可能的，可以依照本法规定进行重整。”

第七条第一款规定：“债务人有本法第二条规定的情形，可以向人民法院提出重整、和解或者破产清算申请。”

从上述两个条款可以看出，立法上破产和解与破产清算的申请原因是一样的。但是当企业出现资不抵债或明显缺乏清偿能力时，债务状况已经

非常糟糕了。这种情况下，债权人通常很难同意企业的破产和解协议。这将造成和解的失败，企业丧失再生的可能。而破产重整的原因还多了一个“有明显丧失清偿能力可能的”，明显比破产和解原因要宽泛。这导致，破产重整比破产和解在申请适用上更具优势。

(2) 申请主体过于单一

《企业破产法》第九十五条规定：“债务人可以依照本法规定，直接向人民法院申请和解；也可以在人民法院受理破产申请后、宣告债务人破产前，向人民法院申请和解。债务人申请和解，应当提出和解协议草案。”从这条可以看出，破产和解程序只能由债务企业启动。立法如此规

定出于这样的考虑：只有债务人对自身的债务情况、财产情况以及能否继续运营创造价值等基本信息最为了解。债务人提出和解申请本身没有问题，但仅限债务人才能申请和解程序未免过于单一，不利于和解程序广泛适用。

2. 对担保债权人的权利行使缺乏限制

根据《企业破产法》的规定，对和解协议的内容仅限无担保债权，不能涉及担保债权人的担保债权。和解协议的表决主体也仅有无担保债权人。《企业破产法》第九十六条第二款规定：“对债务人的特定财产享有担保权的权利人，自人民法院裁定和解之日起可以行使权利。”这意味着





担保物权并不在和解协议里，担保债权人可以行使担保物权，这无疑不利于和解协议的缔结。

如某日化用品有限公司破产和解案中^⑤，法院裁定和解协议后，先后有4家有担保债权人要求行使担保物权，致使企业失去继续经营的基础设备，严重阻碍了解协议的执行。当担保债权人得知企业经营出现困难申请破产和解时，出于自身利益的考虑，几乎不会给予企业继续经营的机会，而会尽快行使担保物权。因此，如果缺乏对担保债权人权利行使的限制，破产和解将变得举步维艰。

3. 破产和解手段不够丰富

根据《企业破产法》的规定，和解协议的达成主要靠双方协商，更多是依赖债权人对债务的让步。债权人通过减免债务、延长还款时间或分期还款等方式，给债务人债务松绑。债务企业由此获得继续经营的机会来摆脱财务困境。这种方式对于自身信誉良好仍具有继续经营价值且债务不多不复杂的企业而言，能取得破产和解的功效，但不能广泛用于各类破产和解案件。单一和解手段，无法帮助所有申请破产和解企业再生再建。这也是破产和解制度在学术界和实务界一直被质疑能否发挥功能价值的主要原因。

4. 和解协议执行缺乏监督保障

《企业破产法》第九十八条规定：“债权人会议通过和解协议的，由人民法院裁定认可，终止和解程序，并予以公告。”即人民法院认可和解协议后，和解程序即告终止。但是，《企业破产法》并没有对和解协议的后续执行进行规定。这导致和解协议执行过程中债权人利益缺乏保障，继而导致债权人不愿意同意和解协议。

按照我国现行破产法律制度的规定，破产和解协议的执行主要依靠债务人的自觉履行。法院无权要求债务企业强制执行和解协议，也无法对和解协议进行监督和约束。这将大大瓦解和解制度的功效，降低和解程序的使用效率。

破产和解制度的路径优化

（一）优化破产和解程序申请条件

1. 扩宽申请原因

《企业破产法》规定的破产和解申请原因过于严苛，不利于破产和解价值的实现——即预防破产、挽救债务企业。如果将申请和解的原因仅限“资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力”，这时债务履行已经到了比较困难的地步了，再想通过破产和解程序挽救企业为时已晚。因此，建议立法将破产和解申请原因增加“债务人不能清偿到期债务”，以

达到尽量挽救企业、避免破产的立法价值。^⑥

2. 增加申请主体

曾有学者提出应当增加债权人作为破产和解的申请者。然而，在破产实践中，破产企业通常有多笔债务，债权人较多。每个债权人涉及的债权利益不同，很难对和解协议达成一致意见。而且，通常情况下，债权人并不了解破产企业的真实情况，不能确定企业是否还有继续经营的能力和价。因此，债权人并不适合作为破产和解的申请主体。

参考英美法系国家的破产法律制度，均设有管理人制度，赋予管理人提出和解申请以及中止诉讼的权利。破产企业管理人是具备相关专业知识与技能的一个团队主体，而且对破产企业的真实情况能做到了如指掌。我国破产法修订可以借鉴管理人制度，将破产和解申请的主体扩大到管理人。这将有利于增加破产和解程序的使用率。

（二）适当限制担保物权的行使

和解协议不能约束对债务人特定财产享有担保物权的债权人，这意味着担保债权人可以随时行使担保物权，将财产变现受偿。这极不利于债权企业和解后恢复生产经营，也违背了破产和解的初衷。因此，只有适当限制担保债权人行使担保物权，才能

^⑤ 沈志先. 破产案件审理实务[M]. 法律出版社, 2013: 12.

^⑥ 王佐发. “市场主体友好型”破产法:理论反思与制度构建[J]. 中国政法大学学报. 2021. 4: 32.

避免濒临破产企业免遭破产清算。在限制担保物权行使时，首先对担保物权所针对的“物”进行区分。如果该物为破产企业维持生产经营所必需的基础设备，债务人可以向法院提出申请，请求法院做出决定，禁止债权人在一定期间内行使担保物权。但同时为了兼顾担保债权人的利益，也应当允许担保债权人在发现担保财产存在被转移、隐匿、价值贬损，或者担保财产并非债务企业生产经营所必需时，债权人也可以申请法院恢复其担保物权的行使。^⑦

（三）探索多元破产和解方式

破产和解协议的达成主要依赖于债权人的让步，如免除部分债务、宽限还款期限等。方式过于单一，不能广泛适用于各类破产案件。但司法实践已经积极探索出多元的破产和解方式，如保留核心资产，其余资产打包转移给战略投资人；或者通过债转股方式，减轻企业债务负担，恢复继续生产经营的能力，继而提升债务偿还率，形成良性循环。另外，破产实践中，还尝试采用了劳务抵债、以物抵债、第三方提供担保等新方式，亦能提升破产和解协议达成率，实现破产和解之功能。

（四）建立和解协议执行的监督保障机制

《企业破产法》对破产和解协议的执行如何监督没有作相关规定。破产司法实践中，监督和解协议的主体有债权人委员会、法院、政府、管理人。但债权人委员会在和解协议达成后就解散了，难以对企业后续履行和解协议情况进行监督^⑧；法院和政府日常公务繁忙，主要针对有较大社会影响力的案件进行监督；管理人在法院裁定认可和和解协议后，就向债务人移交财产和营业事务，不再对企业进行管控。

因此，建立一个专业的监督组织尤为必要^⑨。监督组织对和解协议执行进行全方位的监督，并将执行情况及时报告债权人。监督组织可以由注册会计师、审计师、律师、股东等人员组成，这些人员具有破产领域各方面的专业知识与技能，能弥补单一某个职业群体的专业面不足。监督组织通过全程对债务企业和解协议的执行情况进行监督，并及时报告债权人履行情况，最大限度防范债务企业恶意逃避债务，维护债权人利益。监督组织的成员，可以由债务人在和解协议中列出，也可以由法院在裁定协议时，同债权人、债务人以及管理人

共同商定。

结 语

商事破产是评定营商环境优劣的一项重要参考指标。作为现代破产法律制度三大基石之一的破产和解制度，其功能在于挽救有希望复苏的企业，避免因企业破产而产生的一系列社会问题，符合现代破产立法理念。目前，破产和解制度的功能还未充分发挥出来，这与立法层面的缺憾有关。在《企业破产法》正在修订的背景下，应完善破产和解制度，即进一步完善破产和解制度的申请规则，探索多元的和解方式，建立有效的和解协议监督机制，保障和解协议的履行。希望借助《企业破产法》修订的契机，通过完善立法设计，充分发挥出破产和解制度的独有价值功能。

^⑦ 张善斌，翟宇翔. 破产和解制度的完善[J]. 河南财经政法大学学报, 2019, 34(5): 74-83.

^⑧ 齐明. 破产法学：基本原理与立法规范[M]. 华中科技大学出版社, 2013: 173.

^⑨ 张钦昱. 破产和解之殇：兼论我国破产和解制度的完善[J]. 华东政法大学学报, 2014(1): 150-155.

随着中美两国竞争的不断加剧，美国行政机构不断地把国内相关的企业列入各种“黑名单”，部分是根据美国国会制定的法律，但部分列入确是美国行政机关为达到政治效果，专断、任意或滥用自由裁量权的行为。随着列入黑名单企业的增多，部分企业，如小米公司，箩筐技术公司在联邦法院起诉，获得法院临时禁令，强迫美国行政机构移除黑名单的效果。本文以今天被移出“黑名单”的中国上市公司中微半导体设备（上海）股份有限公司（以下简称中微公司或AMEC）为例，简述维权的法律法规及维权路径。

企业被美国列入黑名单如何维权

◎ 文 / 吕睿鑫 / 重庆办公室





吕睿鑫 | 合伙人
专业领域：跨境投融资、公司
国际诉讼/仲裁
手机：+86 138 2613 9368
邮箱：ray@zhhlaw.com

案件事实与维权过程

2024年1月31日，美国国防部将中微公司列入“中国军事公司”(CMC)名单。

2024年1月31日之后，中微公司立即联系国防部，要求解释列名原因，寻求会面机会，提供证明不符合CMC定义的信息，提交FOIA(信息自由法)请求，要求其披露决策的相关信息。

2024年6月，在中微公司威胁提起诉讼后，国防部首次提供简短报告，报告仅提供一个理由：中微公司在2019年获得工信部和“中国工业经济联合会颁发的”制造业单项冠军产品”奖项，国防部认为该奖项表明中微公司与工信部“有关联”。

2024年6月(收到报告后)，中微公司立即回应并解释奖项性质，说明该奖项仅是制造业企业的表彰，强调奖项不涉及财务利益或合作项目。

2024年7月，国防部提出额外问题，部分与最初列名理由无关，中微公司及时回答问题提出安排CEO会面，国防部拒绝会面，称已有足够信息，但不承诺将中微公司从名单中删除。

2024年8月14日，中微公司提起在美国哥伦比亚特区地方联邦法院提起诉讼，经过相关诉讼程序和部分动议，双方达成和解，国防部最终在2024年12月17日将中微公司移出“黑名单”。

起诉法律依据

(一) 美国行政法律

行政程序法 Administrative Procedure Act, (以下简称APA)是规范美国联邦行政机构行为的基本法律框架。该法案为行政决策提供了具体标准，确保行政行为的公平性、透明度和可问责性。美国行政机关作出的决定，应遵守APA的规则，若美国行政机关未能遵守规则，则美国法院系统可对其作出的行为进行撤销。

根据APA，行政机构在作出决定时必须遵循严格的程序性和实质性要求。从程序角度来看，行政机构必须向受影响方提供充分通知，说明拟议行动的性质和法律依据，并给予合理的回应时间。同时，必须确保当事人有机会陈述意见，可以提交书面材料，必要时还应举行听证会。这些程序性要求旨在保护当事人的正当程序权利，确保决策过程的公平性。

在实质性要求方面，行政决定必须建立在充分的事实基础之上，决策过程要符合逻辑，结论必须与证据相符。行政机构需要清晰地解释其决定理由，说明考虑了哪些关键因素，并对重要的反对意见作出回应。这种实质性审查确保行政决定不是随意或武断的，而是基于合理的分析和判断。

行政机构还必须保持完整的决策记录，包括所有相关文件和证据。这些记录必须足以支持其决定，并在司法审查时作为评估决定合法性的基础。法院可以审查整个行政记录，评估决定是否有合理依据，检查是否遵守了必要的程序要求。

当行政机构的行为违反APA要求时，法院有权提供救济。根据5 U.S.C. § 706，法院

可以撤销专断、任意或滥用自由裁量权的行政行为，也可以撤销违反宪法权利、超出法定权限或未遵守法定程序的决定。法院还可以要求行政机关重新考虑其决定，或强制其采取被不当拖延的行动。

1. COUNT I主要论述国防部将中微公司列为CMC的决定违反了

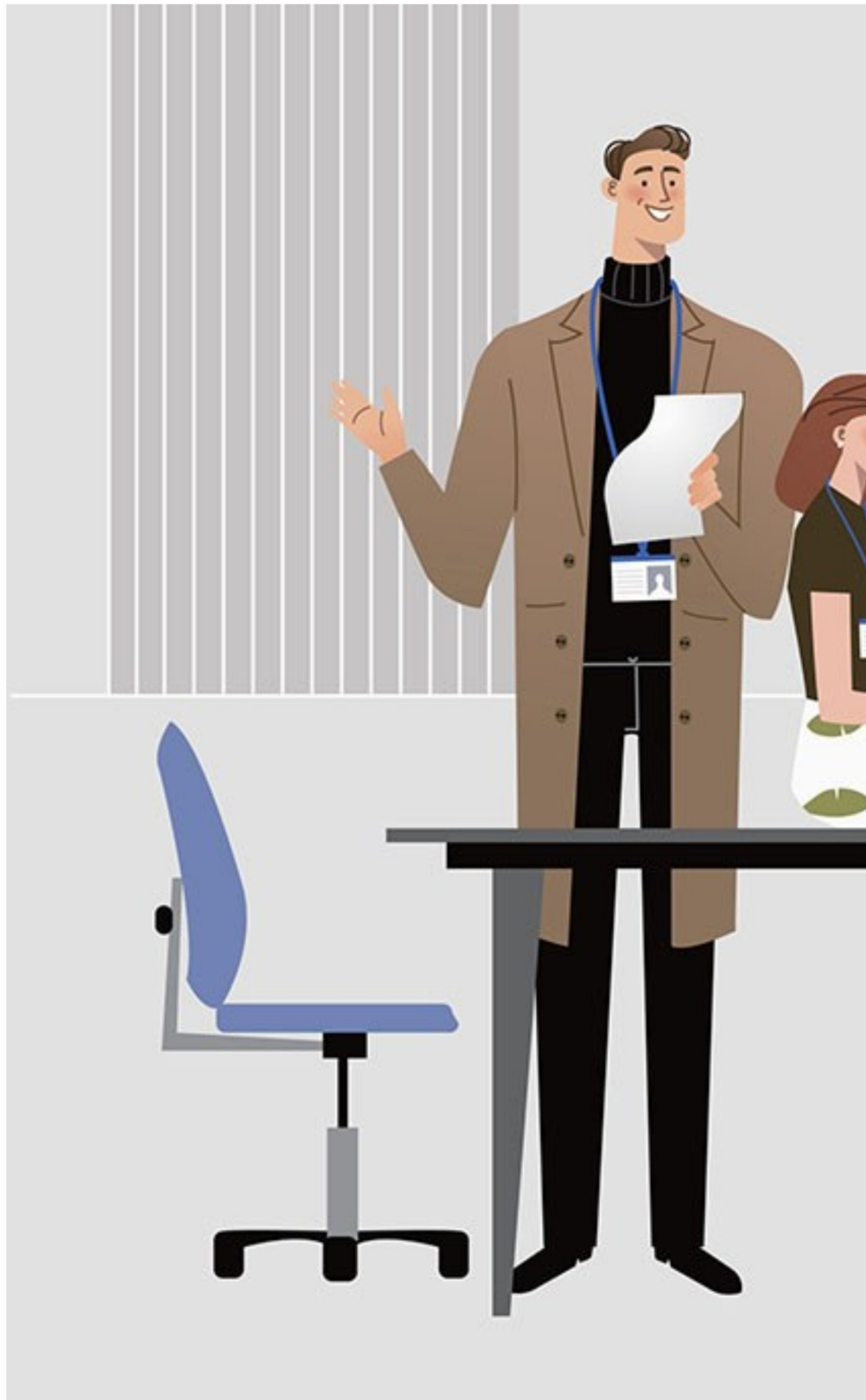
《行政程序法》第706(2)(A)-(C)条的规定。诉状指出该决定在实体上存在三个主要问题：(1)是“任意和专断的”(arbitrary and capricious)，因为仅基于一个普通民用制造业奖项就做出认定，缺乏充分的事实依据；(2)违反了法定程序 (contrary to constitutional right)，因为没有遵循正当程序提



供充分的理由说明；(3)超越了法定权限 (in excess of statutory authority)，因为中微公司既不受中国军方控制，也未对中国国防工业基地做出重大贡献，不符合1260H条款规定的CMC认定标准。国防部的决定不仅缺乏实质性证据支持，而且在推理过程中出现了明显的逻辑跳跃，构成了典型的行政裁量滥用。

2. COUNT II主要论述国防部将中微公司列为CMC的决定违反了《行政程序法》第706(2)(D)条关于正当程序的要求。具体而言，国防部在做出认定时未遵守必要的程序要求：没有提供事先通知，未给予中微公司陈述和提交证据的机会，也未说明认定的具体理由。事实上，国防部仅凭中微公司在2019年获得的“制造业单项冠军示范企业”这一普通民用工业奖项，就认定其“为中国国防工业基地做出重大贡献”，且在整个过程中未向中微公司提供任何实质性证据或合理解释。这种程序上的重大缺陷违反了APA确立的基本行政程序规范，使得该认定决定在程序上存在严重瑕疵。

3. COUNT III主要论述国防部违反了《行政程序法》(APA)第706(2)(A)和(C)条的规定，在中微公司提供了充分证据证明其不符合CMC认定标准后，国防部仍然不合理地拖延或拒绝将中微公司从CMC名单中删除。诉状认为，面对





明显的事实错误和新的证据，国防部有责任及时纠正错误并撤销错误决定，但其不作为或拖延行为构成了“任意、反复无常、滥用自由裁量权”的违法行为，这种行为模式违反了APA要求行政机构及时回应并采取合理行动的基本原则。

4. COUNT IV主要论述国防部将中微公司列入CMC名单的决定超越了其法定权限(Ultra Vires)。诉状指出，根据《2021财年国防授权法》第1260H条，只有“直接或间接经营、由中国军方拥有或控制”或“为中国国防工业基地做出重大贡献”的实体才能被认定为CMC，而国防部仅凭中微公司在2019年获得的一个普通民用制造业奖项就做出认定，完全缺乏事实依据，明显超出了法律授权范围。这种越权行为不仅损害了公司的合法权益，也违反了行政法关于权力必须在法定范围内行使的基本原则。

5. COUNT V主要论述NDAA 2021第1260H条款违反美国宪法第五修正案，该条款在程序和实体两个层面存在违宪问题：程序上没有提供事先通知、听证和上诉机制，侵犯了程序性正当程序权利；实体上条款过于模糊，给予行政机构过大自由裁量权，且对企业财产权的限制与立法目的不成比例，造成了包括投资限制、商业损失等严重后果。诉状认为，无论是从适用效果(as applied)还是条款本身(on its face)来看，第1260H条都违反了宪

法保障的基本权利，因此请求法院认定其违宪性并提供相应救济。

企业被美国列入黑名单，该如何维权

企业遇到被美国行政机关列入“黑名单”后，可采取以下措施维护自身的合法权利

(一) 与主管部门沟通阶段

企业应立即联系做出决定的主管部门(如国防部、商务部等)，正式提出信息披露请求，要求其提供列入黑名单的具体事实依据、法律依据和决策过程。根据《信息自由法》(Freedom of Information Act, FOIA)，行政机构有义务在规定时间内回应信息披露请求。这一步骤可以帮助企业了解被列入黑名单的具体原因，为后续应对措施提供方向。

(二) 专业评估与交涉阶段

聘请熟悉美国出口管制法律和行政法的专业律师团队，对获取的信息进行专业分析。律师团队将详细审查决策依据是否符合相关法律规定，评估决策过程是否符合行政程序法要求，收集有利证据，包括企业合规记录、业务性质证明等，准备详实的书面材料，提出反驳论据。

基于以上准备工作，通过正式渠道与主管部门进行实质性交

涉，说明决定可能存在的程序或实体瑕疵。

(三) 法律救济阶段

若行政交涉未果或主管部门无正当理由拖延回应，企业需要采取正式的法律救济途径：

1. 行政救济

对于要求穷尽行政救济的事项，首先提起行政复议或行政诉讼，准备详细的申诉材料，包括事实依据、法律论据和支持性证据，在法定期限内完成所有必要的行政救济程序，若没有该行政复议或申诉强制程序，可先与有关部门沟通减少诉讼成本，沟通不成，可直接向联邦法院提起诉讼。

2. 司法救济

行政救济无效后，可向相关联邦地区法院提起诉讼。依据行政程序法相关条款(如5 U.S.C. § 706)提出诉讼请求，要求法院审查行政决定的合法性和正当性。必要时，申请临时禁令或初步禁令，以减少企业所受损失。

在整个过程中，企业需要严格遵守各项法定期限，完整保存所有沟通记录和证据材料，保持专业理性的态度，同时做好其他风险应对措施，根据具体情况及时调整应对策略。

成都办公室蝉联成都市破产管理人协会 年度“优秀机构会员”及荣获多项表彰

2025年1月9日，成都市破产管理人协会“破产实务纵深问题探析”主题沙龙暨2024年年会顺利召开。中豪成都办公室蝉联2023-2024年度“优秀机构会员”，合伙人王冠男获评2023-2024年度“优秀个人会员”，合伙人邓舒丹、宁思燕办理的某酒业有限责任公司破产债权确认纠纷案获评“十大破产衍生诉讼案例”。本次获得多项殊荣，代表了协会及行业同仁对我所办理破产案件质量与专业能力的肯定。



多名合伙人荣获重庆市律协 2024年度“最佳民商事诉讼律师”等多项大奖



2025年1月16日下午，重庆市律协2024年律师和律师事务所年度大奖颁奖典礼在金科大酒店隆重举行。合伙人青苗荣获市律协2024年度“最佳民商事诉讼律师”奖；合伙人宋琴荣获“最佳服务民营企业律师”大奖和“十佳破产清算与重整案例”奖；合伙人杨青、吕睿鑫分别荣获“最佳涉外律师”奖；合伙人文奕荣获“最佳商业交易(非诉讼)律师”奖和“十佳涉外案例”奖；合伙人张磊荣获“十佳刑事案件”奖；合伙人郑鹏和卢露荣获“十佳知识产权案例”奖。此次中豪多名律师荣获嘉奖，既是对律师个人专业能力、行业影响力的认可，也是对中豪所专业水平、执业能力和行业影响力的充分肯定。



重庆

重庆市江北区江北城街道金融城2号T2栋9层 邮编: 400023
9/F, T2 Financial Town No.2, Jiangbeicheng Road, Jiangbei District, Chongqing 400023, PRC
Tel: +86 23 6701 8088 Fax: +86 23 6701 8388 E-mail: cq@zhhlaw.com

上海

上海市浦东新区浦东南路256号华夏银行大厦13层 邮编: 200120
13/F, Huaxia Bank Tower 256 Pudong Road South, Pudong New District, Shanghai 200120, PRC
Tel: +86 21 6886 6488 Fax: +86 21 5888 6588 E-mail: sh@zhhlaw.com

贵阳

贵阳市南明区新华路126号富中国际广场10层 邮编: 550002
10/F, Fuzhong International Plaza 126 Xinhua Road, Nanming District, Guiyang 550002, PRC
Tel: +86 851 8551 9188 Fax: +86 851 8553 8808 E-mail: gy@zhhlaw.com

纽约

纽约曼哈顿麦迪逊大道590号IBM大厦21层 邮编: 10022
21/F, IBM Tower, 590 Madison Ave, Manhattan, New York 10022, USA
Tel: +1 (212) 521 4198 Fax: +1 (212) 521 4099 Email: nyc@zhhlaw.com

北京

北京市朝阳区光华路远洋光华国际 AB 座 7 层 邮编: 100020
7/F, Tower AB, Yuanyang Guanghua International, Guanghua Road, Chaoyang District, Beijing 100020, PRC
Tel: +86 10 2173 7325 Fax: +86 2173 7325 E-mail: bj@zhhlaw.com

成都

成都市锦江区红星路3段1号国金中心1号办公楼22层 邮编: 610021
22/F, IFS Office Tower 1, No.1 Section 3 Hongxing Road, Jinjiang District, Chengdu 610021, PRC
Tel: +86 28 8551 9988 Fax: +86 28 8557 9988 E-mail: cd@zhhlaw.com

香港

香港金钟道 95 号统一中心 32 层
32/F, United Centre, 95 Queensway, Admiralty, Hong Kong
Tel: +852 2532 7927 Fax: +852 2537 5832 E-mail: hk@zhhlaw.com