

法律资讯汇编

(2024 第 2 期)

上海王岩律师事务所
2024 年 2 月

目 录

行业新闻—— 国家金融监督管理总局就《关于促进金融租赁公司规范经营和合规管理的通知》答记者问	3
新法速递—— 国家金融监督管理总局发布《关于促进金融租赁公司规范经营和合规管理的通知》	8
案例解析—— 合同诈骗案件的审理思路和裁判要点 类案裁判方法	16
业务研究—— 股东协议的甄别	30
—— 通知-删除规则下采取必要措施的范围	39

国家金融监督管理总局就 《关于促进金融租赁公司规范经营和合规管理的通知》答记者问

来源：国家金融监督管理总局官网

日期：2023年10月27日

近日，国家金融监督管理总局发布《关于促进金融租赁公司规范经营和合规管理的通知》（以下简称《通知》），有关部门负责人就相关问题回答了记者提问。

一、《通知》的出台背景是什么？

近年来，我国金融租赁行业实现快速发展，在服务国家战略、支持企业设备采购更新、促进消费增长、推动绿色转型等方面发挥了积极作用。同时，监管部门也发现个别金融租赁公司（以下简称金租公司）存在大股东不当干预、公司治理和内控机制不完善、租赁物管理不到位等问题。为贯彻落实国务院有关工作部署，完善金租公司监管制度，深化对行业发展的规律性认识，金融监管总局制定并发布《通知》，推动全行业从服务经济社会高质量发展的大局出发，找准功能定位，聚焦主责主业，为实体经济提供特色化、专业化金融服务。

二、金融租赁行业服务实体经济取得了怎样的成效？

近年来，金租公司积极响应国家产业发展政策，发挥直租、经营租赁等特色功能，在盘活企业固定资产、优化资源配置、满足企业技

术改造需要、提高企业技术水平、促进中小企业发展、促进消费增长等方面发挥了积极作用，在深度服务航空航运业和绿色新能源等行业领域，推动大国重器上天、入地、下海。

一是大力支持国产大飞机战略。积极支持中国商飞以及中国航空制造业产业链，以实际行动支持国产飞机专业化建造、市场化运营。截至2023年6月末，金租公司持有各类航空器及其配套设备资产达到3852.60亿元，累计签署ARJ21和C919飞机订单174架和455架，其中，ARJ21已交付48架，成为国产民用飞机的最大订单客户。

二是重点支持国轮国造战略。近三年来，全行业支持国内船厂新造船舶268艘，金额合计598亿元；截至2023年6月末，全行业持有船舶1634艘，资产价值总额约3500亿元，有力地支持我国成为全球第一大船东国。

三是有力支持制造业企业设备采购更新。截至2023年6月末，全行业制造业租赁资产余额4243.21亿元，较年初增长21.75%；战略性新兴产业租赁资产余额5019.90亿元，较年初增长14.07%；支持“走出去”项目资产余额3298.31亿元，较年初增长16.53%。

四是助推绿色低碳转型。金融租赁行业践行绿色金融理念，聚焦光伏发电、新能源汽车、可再生能源等领域，提供专业化服务，推动能源产业革命和实体经济绿色转型优化。截至2023年6月末，全行业绿色租赁资产余额约8500亿元，较年初增长12%。

与此同时，全行业持续优化调整资产结构，构筑物类租赁资产较年初减少18.82%，较2021年末下降41%。

三、《通知》重点强调了哪些方面的内容？

《通知》从健全公司治理和内控管理机制、规范融资租赁经营行

为、有的放矢提升金融监管有效性和建立健全监管协作机制等四个方面提出十三项监管要求。重点强调了以下内容：

一是完善公司治理。督促金租公司构建“党委领导、董事会战略决策、管理层执行落实”的治理运行机制，做好股东股权管理和信息披露，规范董事和高管人员履职行为。

二是强化内控和合规管理。要求金租公司建立健全“三道防线”，有效落实业务部门的主体责任、内部控制和合规管理部门的管理责任以及内部审计部门的监督责任。

三是找准服务实体经济切入点。鼓励金租公司探索支持与大型设备、大飞机、新能源船舶、首台（套）设备、重大技术装备、集成电路设备等设备类资产制造和使用相适配的业务模式，提升行业服务传统产业改造升级、战略性新兴产业和先进制造业的能力和水平。进一步发挥售后回租业务普惠金融功能优势，助力小微企业、涉农企业盘活设备资产，推动创新升级。

四是严格规范租赁业务。建立租赁物负面清单，将售后回租业务租赁物范围严格限定为设备类资产，要求金租公司不得以乘用车之外的消费品作为租赁物。

五是优化租赁业务结构。引导金租公司紧紧围绕企业新购设备资产融资需求，逐步提升直租业务能力和服务。强调对新增业务中售后回租业务的限额管理，设定三年过渡期安排，实现年度新增直租业务占比不低于50%的目标。

六是强化租赁物价值评估管理。针对行业内个别公司存在的租赁物价值评估管理混乱、低值高买等问题，提出对租赁物价值内部和外部评估相关监管要求，优化内部机构和人员设置，强化外部评估机构库管理等。

七是提升金融监管有效性。要求各监管局在做好持续性监管的基础上，坚决查处各类违法违规问题，加大追责处罚力度。加强与相关行业主管部门沟通联动，规范向金租公司提供会计审计、资产评估、信用评级、法律咨询等服务的社会中介机构及其从业人员执业行为。一体推进“三不腐”，严厉打击金融犯罪，坚决遏制金融租赁行业的违法案件。

四、下一步引导金租公司业务发展转型的工作举措有哪些？

按照有所为有所不为的原则，金融监管总局研究提出了金租公司业务发展的鼓励清单和负面清单，引导行业做真租赁、真做租赁，为实体经济提供专业化、特色化金融服务。

一是鼓励金租公司探索支持与大型设备、大飞机、新能源船舶、首台（套）设备、重大技术装备、集成电路设备等设备类资产制造和使用相适配的业务模式，提升行业服务传统产业改造升级、战略性新兴产业和先进制造业的能力和水平。

二是明确租赁物适格性标准，确保租赁物权属清晰、特定化、可处置、具备经济价值并能够产生使用收益。

三是建立租赁物负面清单，严禁将古玩玉石、字画、办公桌椅、报刊书架、低值易耗品作为租赁物，严禁以乘用车之外的消费品作为租赁物，严禁新增非设备类售后回租业务。

五、《通知》对金融租赁行业的业务结构优化转型作出了什么安排？

金融监管总局要求金租公司尽快转变经营理念和发展方式，鼓励

其培养租赁、法律、税收等方面专业人才，加大对租赁细分行业领域的研发投入，紧紧围绕企业新购设备资产融资需求，逐步提升直租业务能力。针对部分公司偏离主业定位，盲目发展扩张，将售后回租业务异化为类信贷业务问题，要求各家金租公司合理控制业务增速和杠杆水平，对售后回租业务实施限额管理，大力发展直租业务，力争在 2026 年实现年度新增直租业务占比不低于 50% 的目标。针对行业目前总体售后回租业务占比偏高问题，金融监管总局也配发了《关于融资租赁业务统计口径的说明》，对相关政策落地实施做出了妥善安排。

一是设置三年过渡期。自 2024 年起，允许金租公司逐年确定售后回租业务限额，力争在 2026 年底前达标。

二是坚持“一司一策”原则。允许各监管局根据不同区域、业务类型和租赁物特征等因素，对辖内金租公司售后回租业务的具体限额进行科学合理的适当调整。

三是加强对售后回租业务的精细化管理。金融监管总局在深入调研基础上，明确了三类业务可以不纳入售后回租业务统计，以更好落实国家政策、支持租赁传统业务领域、实事求是认定直租业务，主要包括承租人为小微企业、涉农企业；租赁物为飞机、船舶、车辆；因税收、补贴、登记等政策对农业机械装备、机动车等设备资产的购买主体有特殊要求，金租公司形式上采用售后回租模式、实质仍为直租业务的新购设备资产融资等。

国家金融监督管理总局发布 《关于促进金融租赁公司规范经营和合规管理的通知》

来源：国家金融监督管理总局官网

日期：2023年10月27日

为深入贯彻落实党中央、国务院决策部署，完善金融租赁公司（以下简称金租公司）监管制度，深化对行业发展的规律性认识，推动金融租赁行业从服务经济社会高质量发展的大局出发，找准功能定位，聚焦主责主业，为实体经济提供特色化、专业化金融服务，着力防范和纠正大股东不当干预、公司治理和内控机制不完善、租赁物管理不到位等问题，近日，金融监管总局发布《关于促进金融租赁公司规范经营和合规管理的通知》（以下简称《通知》），自印发之日起施行。

《通知》从健全公司治理和内控管理机制、规范融资租赁经营行为、有的放矢提升金融监管有效性和建立健全监管协作机制等四个方面提出十三项监管要求。主要包括：一是完善公司治理。督促金租公司构建“党委领导、董事会战略决策、管理层执行落实”的治理运行机制，做好股东股权管理和信息披露，规范董事和高管人员履职行为。二是强化内控和合规管理。要求金租公司建立健全“三道防线”，有效落实业务部门的主体责任、内部控制和合规管理部门的管理责任以及内部审计部门的监督责任。三是找准服务实体经济切入点。鼓励金租公司探索支持与大型设备、大飞机、新能源船舶、首台（套）设备、重大技术装备、集成电路设备等设备类资产制造和使用相适配的

业务模式，提升行业服务传统产业改造升级、战略性新兴产业和先进制造业的能力和水平。进一步发挥售后回租业务普惠金融功能优势，助力小微企业、涉农企业盘活设备资产，推动创新升级。四是严格规范租赁业务。建立租赁物负面清单，将售后回租业务租赁物范围严格限定为设备类资产，要求金租公司不得以乘用车之外的消费品作为租赁物。五是优化租赁业务结构。引导金租公司紧紧围绕企业新购设备资产融资需求，逐步提升直租业务能力。强调对新增业务中售后回租业务的限额管理，设定三年过渡期安排，实现年度新增直租业务占比不低于50%的目标。六是强化租赁物价值评估管理。针对行业内个别公司存在的租赁物价值评估管理混乱、低值高买等问题，提出对租赁物内部和外部评估相关监管要求，优化内部机构和人员设置，强化外部评估机构库管理等。七是提升金融监管有效性。要求各监管局在做好持续性监管的基础上，坚决查处各类违法违规问题，加大追责处罚力度。加强与相关行业主管部门沟通联动，规范向金租公司提供会计审计、资产评估、信用评级、法律咨询等服务的社会中介机构及其从业人员执业行为。一体推进“三不腐”，严厉打击金融犯罪，坚决遏制金融租赁行业的违法案件。

下一步，金融监管总局将持续强化监管，指导金租公司做好《通知》的贯彻落实，纠正偏离租赁本源、不规范经营等问题，引导行业做真租赁、真做租赁，着力为实体经济提供融资租赁专业化服务，推动经济高质量发展。

附：《关于促进金融租赁公司规范经营和合规管理的通知》

国家金融监督管理总局关于促进金融租赁公司规范经营和合规管理的通知

金规〔2023〕8号

各监管局：

为深入贯彻落实党中央、国务院决策部署，完善金融租赁公司监管制度，深化对行业发展的规律性认识，推动金融租赁行业从服务经济社会高质量发展大局出发，找准功能定位，聚焦主责主业，为实体经济提供特色化金融服务，纠正部分金融租赁公司存在的大股东不当干预、公司治理和内控机制缺陷、租赁物管理不到位等问题，现就加强金融监管、促进金融租赁公司规范经营和合规管理有关要求通知如下：

一、健全公司治理和内控管理机制

（一）加强党的领导。金融租赁公司应当构建“党委领导、董事会战略决策、管理层执行落实”的治理运行机制。国有资本占主体的公司应当将党的领导融入公司治理各个环节，把党委研究讨论作为决策重大经营管理事项的前置程序。民营或其他社会资本占主体的公司，应当依法建立党的组织机构，发挥好党组织的政治核心作用。

（二）严格股东股权管理。金融租赁公司应当加强股东股权管理，有效落实董事会股权事务管理的最终责任，压实董事长的第一责任，依法依规做好股权信息登记、关联交易管理和信息披露等工作。及时披露实际控制人及其控制本公司情况、主要股东及其持股比例变化情况、股东大会职责和主要决议等公司治理信息。要通过实地走访、调阅资料、网络信息监测等多种方式，及时掌握股东经营管理变化情况及异常行为，按规定向监管部门报告。

（三）规范董事和高管人员履职行为。金融租赁公司应当每年对董事履职情况开展评价，对于存在接受不正当利益或者利用董事地位谋取私利、参与或协助股东进行不当干预造成重大风险和损失等情形的董事，应当评定为不称职，按程序罢免或建议股东罢免相关董事，并相应扣减其部分或全部绩效薪酬。要保障高管人员在其职权范围内依法开展经营管理活动，不受大股东和董事不当干预。

（四）强化内控和合规管理。金融租赁公司应当建立健全“三道防线”，有效落实业务部门的主体责任、内部控制和合规管理部门的管理责任以及内部审计部门的监督责任，发挥三者之间制衡约束作用。内部控制和合规管理部门及相关岗位不得承担与其部门、岗位职责相冲突的其他职责。内审部门应当定期对公司的内部控制和合规管理情况开展审计，及时向董事会及监管部门报告审计发现、巡视移交的问题及案件线索，并监督整改落实。

二、规范融资租赁经营行为

（五）提升服务实体经济专业能力。金融租赁公司应当突出金融租赁特色，回归以融资和融物相结合的经营模式。积极探索支持与大型设备、大飞机、新能源船舶、首台（套）设备、重大技术装备、集成电路设备等设备类资产制造和使用相适配的业务模式，提升行业服务传统产业改造升级、战略性新兴产业和先进制造业的能力和水平。进一步发挥售后回租业务普惠金融功能优势，助力小微企业、涉农企业盘活设备资产，推动创新升级。

（六）规范租赁物及租赁业务模式。金融租赁公司应当加强租赁物适格性管理，确保租赁物权属清晰、特定化、可处置、具备经济价值并能够产生使用收益。严禁将古玩玉石、字画、办公桌椅、报刊书

架、低值易耗品作为租赁物，严禁以乘用车之外的消费品作为租赁物，严禁新增非设备类售后回租业务。严格规范与同业及其他机构的业务合作，不得协助承租人或合作机构虚构贸易背景，通过福费廷、国内信用证等方式违规套取金融机构资金，进行监管套利。

（七）优化租赁业务结构。金融租赁公司要转变经营理念和发展方式，大力培养租赁、法律、税收等方面专业人才，加大对租赁细分行业领域的研发投入，紧紧围绕企业新购设备资产融资需求，逐步提升直接租赁业务能力。要合理控制业务增速和杠杆水平，加强新增业务中售后回租业务的限额管理。2024年新增业务中售后回租业务占比相比2023年前三季度要下降15个百分点，力争在2026年实现年度新增直租业务占比不低于50%的目标。

（八）强化租赁物价值评估管理。金融租赁公司应当建立健全租赁物价值评估体系，制定估值定价管理办法，明确估值程序、因素和方法，合理确定租赁物资产价值，不得低值高买。要按照评购分离、评处分离、集体审查的原则，优化部门设置和岗位职责分工，负责评估和定价的部门及人员原则上要与负责购买和处置租赁资产的部门及人员分离。加强评估机构管理，建立评估机构库，明确准入和退出标准。金融租赁公司的评估工作人员应当具备评估专业资质，深入分析评价评估机构采用的评估方法的合理性及可信度，不得简单以外部评估结果代替自身调查、取证和分析工作。

三、有的放矢提升金融监管有效性

（九）做好持续性监管。各监管局要充分发扬恪尽职守、敢于监管、精于监管、严格问责的监管精神，按照穿透原则强化对股东股权和公司治理的监管，做好对董事履职评价工作的监督。对于公司治理

监管评估结果为D级、E级的公司，应当至少每年开展一次董事履职情况监管评价。要将金融租赁公司重点问题和风险隐患纳入监管发现问题整改机制，强化问题整改的督促、指导和协调，及时采取有效监管措施，对风险进行早期干预。

（十）加大监管查处力度。各监管局要提高风险敏感性，主动检查发现并依法查处股东恶意操控甚至掏空机构等行为，及时采取责令控股股东转让股权、限制股东权利、禁止与特定关联方开展交易等监管强制措施，依法依规将重大违法违规股东对外公告。依法整治融资租赁业务乱象，坚决查处租赁物权属不清晰、不适格或低值高买、虚构租赁物等问题，严肃惩戒金融租赁公司及相关违法违规人员，对于情节严重的，依法采取取消董事和高管人员任职资格、禁止人员从业等监管措施。对于公司自查发现并主动报告监管部门尚未掌握的违法违规行为的，各监管局应当依法从轻或减轻处罚。

四、建立健全监管协作机制

（十一）完善三方会谈机制。各监管局要做实监管部门、金融租赁公司和外审机构之间的定期会谈机制，每个年度监管周期后要及时举行三方会谈，提出监管意见，明确监管导向，充分掌握审计发现问题，深入了解外审机构执业状况。支持和鼓励外审机构根据审计准则依法开展外部审计，及时纠正金融租赁公司对外审机构工作的不当影响或干扰行为。

（十二）加快构建良好金融生态环境。各监管局要加强与会计审计、资产评估、信用评级、法律咨询等社会中介服务机构相关行业主管部门沟通联动，协同加强对相关机构及从业人员的监督管理，严格规范其执业行为，加大违规问责力度。发现相关中介机构及从业人员

存在出具虚假报告等违法违规行为，应当责令金融租赁公司予以更换，按照合同约定依法追回服务费用、追偿损失，并通报相关行业主管部门予以严肃惩戒。

（十三）加强金融反腐合作。各监管局要加强监审联动、监纪联动和信息共享，定期与金融租赁公司内审和纪检监察部门沟通协作，形成监督合力，对巡视、审计等部门移交的问题线索，要及时启动核查或调查程序。加强行刑衔接，认真落实案件线索移送机制，在监管工作中发现大股东恶意掏空、工作人员利用职务之便索取、收受贿赂或者违反规定收受各种名义的回扣、手续费，贪污、挪用、侵占金融机构或者客户资金等涉嫌违法犯罪的问题线索，要及时移送纪检监察机关或司法机关，一体推进“三不腐”，严厉打击金融犯罪，坚决遏制金融租赁行业的违法案件。

请各监管局将本通知内容转发至辖内金融租赁公司。

附件：关于融资租赁业务统计口径的说明

关于融资租赁业务统计口径的说明

各监管局和金融租赁公司在执行本通知有关要求时，可按照以下口径统计融资租赁业务：

1. 第（六）条规定的设备类资产，包括同一租赁合同项下与设备安装、使用和处置不可分割的必要的配件、附属设施，但相关配件、附属设施价值合计不得超过设备资产价值。

2. 各金融租赁公司在确定第（七）条规定的售后回租业务限额时，

可将以下租赁资产从售后回租业务中予以剔除：

(1) 承租人为小微企业、涉农企业；

(2) 租赁物为飞机、船舶、车辆；

(3) 因税收、补贴、登记等政策对农业机械装备、机动车等设备资产的购买主体有特殊要求，金融租赁公司开展的形式上采用售后回租模式、实质仍为直租业务的新购设备资产融资租赁业务；

(4) 监管部门认可的其他新购设备资产融资租赁业务。

3. 第（七）条中新增业务的金额，为当年内新投放业务的金额。

4. 对于 2023 年前三季度新增租赁业务中售后回租业务占比低于 65% 的金融租赁公司，2024 年度售后回租业务限额可按照不高于 50% 掌握。

5. 各监管局可以按照“一司一策”原则，根据不同区域、业务类型和租赁物特征等因素，对辖内金融租赁公司执行第（七）条售后回租业务的具体限额进行适当调整，并报告金融监管总局。

合同诈骗案件的审理思路和裁判要点 | 类案裁判方法

来源：上海一中法院公众号

作者：胡健涛 洪佳一

日期：2023年11月6日

合同诈骗罪是诈骗犯罪在市场经济领域的特殊类型，指行为人以非法占有为目的，在签订、履行合同过程中，骗取对方当事人财物，数额较大的行为。合同诈骗犯罪具有隐蔽性强、手段多样等特点，极大地损害了相关当事人的经济利益，严重阻碍市场经济的健康发展，应予以严厉打击。司法实践中，对于本罪与民事合同欺诈、与其他类型诈骗犯罪的区分，“两头骗”案件、犯罪金额的认定等问题上均有较大争议。为准确把握该类案件特点，统一法律适用，现结合典型案例，对合同诈骗案件的审理思路和裁判要点进行梳理、提炼和总结。

目录

01 典型案例

02 合同诈骗案件的审理难点

03 合同诈骗案件的审理思路和裁判要点

01 典型案例

案例一：合同诈骗罪与民事合同欺诈的区分认定

鞠某明知 A 公司无能力代运营大量电商店铺，仍伙同他人雇佣业务员与多名被害人签订提高电商店铺交易量、等级的服务合同，并收取费用。后 A 公司未按约履行，仅向被害人提供了少量与合同约定无关的基础服务，所收款项除少部分用于 A 公司日常开支外，大部分被鞠某等人以分红、提成等方式瓜分。本案的争议焦点在于，对于鞠某等人实施的行为，应以合同诈骗犯罪还是民事合同欺诈定性。

案例二：合同诈骗罪与其他诈骗犯罪的区分认定

宋某长期为 B 公司发运药品。某日，宋某与 B 公司再次就药物的代办运输、服务费用、履行方式等具体内容达成口头约定，后宋某在运输途中将部分药品藏匿并变卖。本案的争议焦点在于，宋某与 B 公司口头达成约定的事实是否可以认定为签订合同，并对宋某以合同诈骗罪论处。

案例三：“两头骗”型合同诈骗案件认定

周某、陈某以非法占有为目的，假借购买二手房名义，先向被害人支付购房首付款，谎称向银行贷款支付购房余款，骗取被害人的房产过户后，再将房产抵押给他人借款，所得款项用于二人偿还个人欠款及挥霍。本案的争议焦点在于，应如何准确认定案件的被害人，以及以何种罪名评价涉案行为。

案例四：合同诈骗案件犯罪金额认定

在无实际货源的情况下，季某谎称有稳定渠道可低价供应某品牌

纸尿裤。被害人彭某信以为真向季某订购。季某收取货款后，以高价从该品牌天猫官方旗舰店购买少量产品发货，连续诱骗彭某支付货款。本案的争议焦点在于，认定本案犯罪金额的基准是已履约部分产品的货值，还是双方约定的货值。

02 合同诈骗案件的审理难点

（一）与民事合同欺诈区分难

合同诈骗罪是一种犯罪行为，合同欺诈则是一种民事违法行为。在市场交易过程中，合同相对方为谋取利益而采取合同欺诈手段的情况并不少见。合同诈骗犯罪与民事合同欺诈行为在外观表现上差异不明显，较难分辨，如何从个案中锁定关键事实，准确认定行为人的非法占有目的，是审理中的难点。

（二）与其他类型诈骗犯罪区分难

作为诈骗罪的特殊类型，合同诈骗罪在行为逻辑构造、具体手段等方面与其他诈骗犯罪类似，在客观层面易混淆。特别是诈骗与合同诈骗犯罪在入罪门槛和量刑档次均存在差别，如何对本罪名所涉合同范围进行界定，也是区分认定中的难点。同时在实践中，大量的交易采用口头形式约定，合同存在与否的界限模糊。

（三）“两头骗”案件处断难

“两头骗”案件中，行为人在与一方签订合同、占有特定财物后，再次通过伪造材料等方式与另一方签订处分上述财物的协议，非法占有财产。此类案件中，行为人实施的不同行为关联紧密，出现了多个

合同相对方财产受损的情形。由此，在被害人的认定、罪名的论处等问题上出现一定争议。

（四）犯罪金额认定难

合同诈骗犯罪金额的认定事关量刑，相关标准有待明确：一是行为人在犯罪过程中或多或少会承担一定成本，该犯罪成本从犯罪金额中扣除的标准尚待明确。二是行为人以部分履行方式诱骗钱款的，已履行部分金额应从犯罪金额中扣除，但该部分价值应以合同约定价格还是实际价值认定尚待明确。

03 合同诈骗案件的审理思路和裁判要点

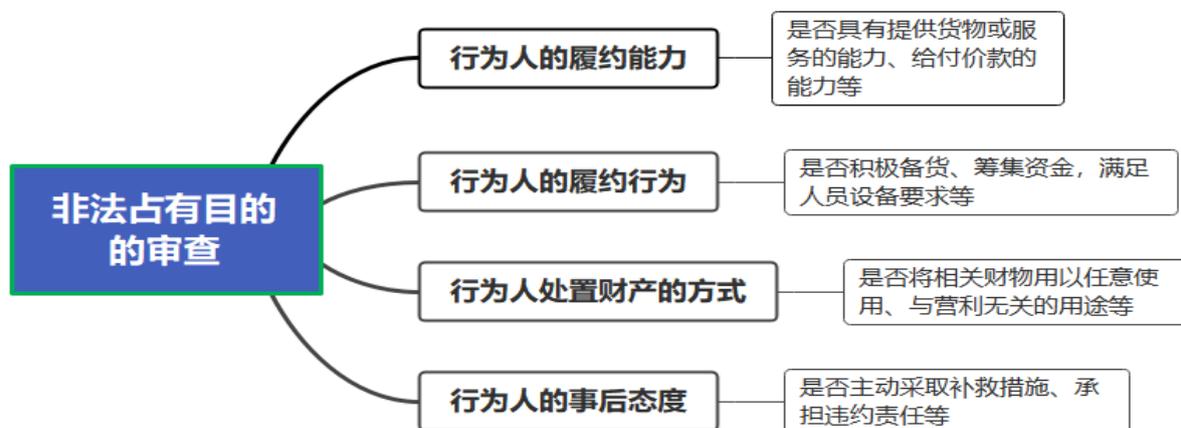
考虑到合同诈骗罪与民事合同欺诈、其他诈骗犯罪存在共性，在审理该类案件时，应重点围绕合同诈骗罪的犯罪构成要件、保护法益，以准确认定罪与非罪、此罪与彼罪。

需要说明的是，在犯罪金额的认定及涉“两头骗”案件的审理中，应在遵循基本判断规则的基础上，结合具体案情作出认定。

（一）合同诈骗案件与民事合同欺诈的区别认定

合同诈骗案件与民事合同欺诈的最主要区别在于，行为人是否具有非法占有的目的。实践中，对非法占有目的的准确推定，有赖于对客观事实的详尽调查、分析。根据《中华人民共和国刑法》第224条、《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》第7条，以及《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》的文件精神，在审查合同诈骗行为人是否具有非法占有目的时，应重

点关注行为人的履约能力、履约行为、取得财产后的处置方式、事后态度等方面，进行综合判断。



第一，行为人有无履约能力。行为人在签订合同时的履行能力，是评价其主观目的的重要因素，如不具有合同约定的履约能力，通常情况下可以推定其具有非法占有目的。认定行为人是否超出履约能力，主要考察合同的关键要素能否得到履行。行为人约定了自身明显没有能力或者条件提供货物或服务的，约定的付款金额明显超出自身能力的，约定的给付时间不具有现实可行性的，或仅准备少量资金、货物诱骗合同相对方履约等情形的，均可认定不具有履约能力。

实践中，还存在没有履行能力的行为人故意制造或肆意认定对方违约，从而骗取保证金和违约金，应注意甄别。需要注意的是，有履约能力的行为人为提高签约成功率，签约时虽夸大部分事实，但未虚构合同主要条款相关事实的，因履行合同并不存在实质障碍，一般难以认定其具有非法占有目的。

第二，行为人有无履约行为。在合同诈骗案件中，行为人通常不

具有履行合同的行为，即使存在部分履行，也只是以此作为诱饵欺骗被害人，可以推定行为人具有非法占有目的。相反，行为人积极履行合同的，一般可排除其具有非法占有目的。如行为人在履约过程中积极备货、筹集资金，在人员、设备等方面尽力满足合同约定，可认定为积极履行合同。行为人虽然在签约时履约能力不足，但后续能积极创造条件履行合同，或者在履约过程中，因突发状况、不可抗力等因素而丧失履约能力的，一般也不认定其具有非法占有目的。

实践中，很多被告人采用“拆东墙补西墙”方式实施连环诈骗，表面上部分合同虽已履行完毕，但实质上对于承担的整体债务并未真正履行，不能认定其有履约行为。

第三，行为人处置财产的方式。行为人获取财物后的占有处置行为，是判定其是否具有非法占有目的的重要标准。以下情形通常可以认定行为人具有非法占有的目的：

❖ 行为人将骗取的财物任意使用、肆意挥霍，不用于生产经营活动，或将骗取的资金用于高风险投资项目，如炒股、炒期货等活动。

❖ 行为人将骗取的资金用于赌博、高利贷等非法活动或其他犯罪活动，造成资金客观上无法归还。

❖ 行为人在骗得财物后，抽逃、转移资金、隐匿财产，或者通过隐匿与销毁账目、假破产、假倒闭等方式，逃避返还。在认定财产处置相关事实时，应结合审计报告、银行或平台流水、收付款凭证等材料进行全面核实，尽可能明确资金去向。若无法完全查清去向，但能确定大部分资金已被其任意使用，也可认定行为人具有非法占有目

的。

第四，行为人的事后态度。事发后，行为人对由其造成的损害结果的态度，也能从侧面体现是否具有非法占有目的。若行为人主动采取补救措施、承担违约责任的，不宜认定行为人具有非法占有目的。反之，若在损害结果发生后，行为人推脱责任、隐匿逃避，或是采用“拆东墙补西墙”的方式转嫁损失的，则一般可以认定其具有非法占有目的。

最后，需要说明的是，在认定非法占有目的时，应允许辩方提出反证。原因在于，主观事实只能根据客观行为推断得出，该推断必须建立在“证据确实充分，准确查明案件客观事实”的基础上，故应充分重视被告人的辩解和辩护人的辩护意见，尤其应重点审查被告人关于担保真实性、钱款用途的辩解。审理时，应合理界分控辩双方的证明责任，如果辩方提出有关财产去向、具有履约能力等主张，应当提供相关证据。经审核，确实有正当理由和证据的，可以排除非法占有目的。

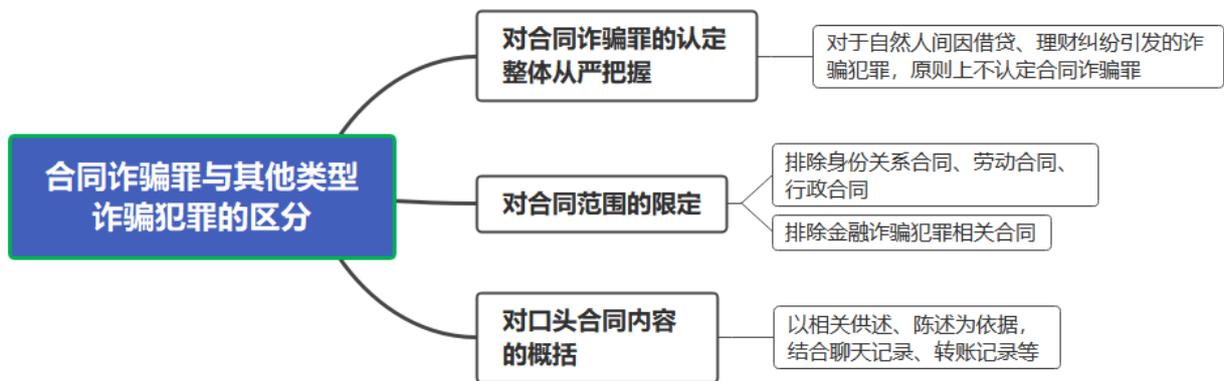
总之，对行为人非法占有目的的认定，是一个综合判断的过程。不能基于孤立的事实武断认定，而应从整体上把握所有相关事实，在充分评价、分析的基础上，审慎推定。

如案例一中，鞠某等人并不具备履约能力，后续履约过程中，A公司提供的基础服务也不能达到对方的合同目的。在财产处置方式上，鞠某等人未将钱款用于A公司生产经营，而是通过分红、提成等方式据为己有。鞠某等人亦未能提供证据证明钱款用于公司经营。故

结合以上因素，应认定鞠某等人具有非法占有目的，构成合同诈骗罪。

（二）合同诈骗罪与其他类型诈骗犯罪的区分认定

是否侵害社会主义市场经济秩序，是合同诈骗罪与其他类型诈骗罪的主要区别。因此，并非所有涉合同犯罪都可纳入合同诈骗罪的范畴，该罪所涉合同范围应严格限定在市场经济领域，以免认定出现偏颇。



1. 对合同范围的限定

如前所述，并非所有利用合同实施诈骗的行为均应以合同诈骗罪论处。本罪所涉合同系平等经济主体在生产经营领域内签订的合同，必须体现一定的市场经济属性。实践中，合同诈骗罪的追诉标准和法定升格刑的数额标准高于普通诈骗犯罪，对合同诈骗罪的认定总体上应从严把握，尤其对于自然人间因借贷、理财纠纷引发的诈骗犯罪，在入罪时原则上可考虑不以合同诈骗罪论处。

其一，合同内容与市场交易无关的，如身份关系合同、劳动合同、行政合同等，一般不认定为合同诈骗罪的“合同”。比如，行为人谎称能够帮助被害人子女入学，通过与害人签订教育咨询服务合同行骗

的，该合同虽然在名义上与提供服务有关，但学生入学就读具有行政管理属性，不属于市场交易，故对行为人应以刑法第266条诈骗罪认定。又如，行为人采取欺骗手段，以符合农机补贴条件的农民名义，与农机主管部门签订购机补贴协议，低价购得农机具并出售的，因所涉国家农机购置补贴系相关主体根据政策实施的行政行为，不属于市场交易，应认定行为人构成诈骗罪。

其二，金融诈骗犯罪的排除。金融诈骗犯罪虽也涉及合同履行，如贷款诈骗、票据诈骗等，但因与合同诈骗罪侵害的法益不同，刑法上以不同罪名论处，审理时应注意区分。分辨时应从合同的商业实质出发，准确判断所涉法益，如主要涉及投融资、保险等金融领域，一般应认定涉及金融法益，如主要涉及商品交易、服务提供等市场交易领域，一般应认定涉及市场经济秩序法益。需要注意的是，案件如涉及资金借贷类合同的，应着重分析资金借贷背后的目的以及对市场秩序的影响，对于行为人利用金融性质借贷合同实施诈骗的行为，一般不认定构成合同诈骗罪。

有两类情形需要说明。第一，部分无名合同兼具财产、人身性质，履行时也涉及身份关系，如演艺经纪合同等，行为人利用此类合同行骗的，因被害人被骗取财物缘于对合同财产条款的履行，而非基于人身关系的财产分配，可以合同诈骗论处。第二，担保行为虽不属于市场交易，但其若服务于其他交易行为，亦可认定与社会主义市场经济秩序存在关联。对于这种与市场交易有紧密关联，并造成严重损害后果的虚假担保行为，可纳入合同诈骗罪范畴。

2. 口头合同的审查

合同诈骗罪的成立，主要是基于行为人的虚假意思表示与被害人的真实意思表示达成一致，对合同的形式并无特别要求。有关合同应以书面形式缔结的法规已被废止，如再将“合同”限定为书面形式，不仅缺乏部门法依据，也与设立本罪以维护市场经济秩序的目标相悖。因此，合同诈骗犯罪中的合同包括口头形式，只要涉案双方就关键条款达成一致，即可认定合同的存在。

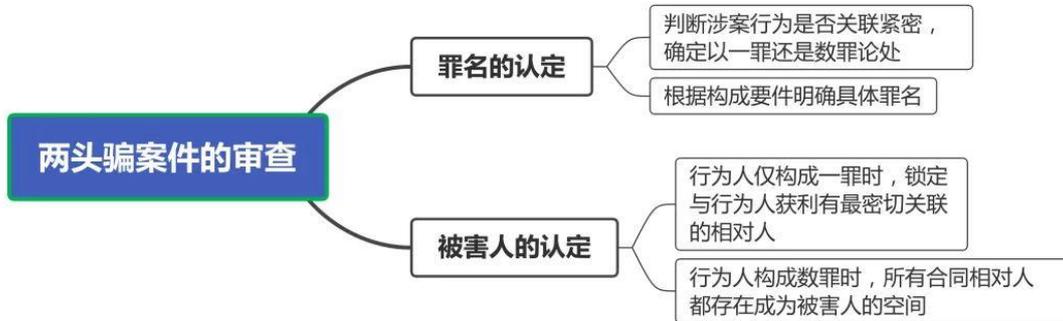
在审查口头合同时，主要以相关供述、陈述为依据，再结合其他证据确定约定内容。近年来，行为人与被害人间的口头合同多通过社交软件达成，相关聊天记录、电子数据都可作为认定证据，公司员工、服务或货物提供者等知情人的证言、转账记录等也可从侧面印证。需要说明的是，如涉案双方对约定内容的说法各不相同的，不能一味采信被害人的主张，而应结合交易实际，慎重审查一方说辞是否存在逻辑漏洞，必要时通过当庭质证等方式进行查实。

如案例二中，宋某与B公司已就服务内容、费用、履行方式等关键条款达成一致，可认定涉案合同的存在。同时，双方长期从事相关交易，具备常态化的特征，也可侧面印证双方约定的可行性与现实性。

（三）“两头骗”行为模式特殊问题的认定

行为人在“两头骗”案件的前后阶段一般都有欺骗行为，即先签订合同骗得一方当事人财物，后以该财物为工具采用抵押等方式，与另一方当事人签订第二份合同骗取钱财。“两头骗”案件只是对相同特征案件的归纳，不同个案在事实上仍有较大差异。审理时，要以类

型化思维为导向，先明确好原则性的认定思路，再结合个案具体情况作出处理。



1. “两头骗”案件的罪名认定

实践中，“两头骗”案件涉案行为可能构成合同诈骗或诈骗一罪，亦可能同时构成合同诈骗、诈骗两罪。具体区分时，除了依据行为是否符合诈骗罪、合同诈骗罪的构成要件外，亦需要运用罪数理论，评价涉案行为间的具体关联。

一般认为，若行为人前后实施的行为间存在紧密关联，则可在整体上视作一个欺骗行为，最终对行为人以一罪论处。在关联性的判断上，应考量前行为是否系后行为的实施条件，前后行为是否具有包容关系或牵连关系，行为人在犯罪预谋时是否将多个行为作为整体准备，前后行为是否分别侵犯了不同法益等因素，予以综合评价。在明确对行为人应以一罪还是二罪论处后，即可根据上述合同诈骗罪与其他类型诈骗犯罪的区分要点进一步明确罪名，得出最终结论。

2. “两头骗”案件的被害人认定

“两头骗”案件中的被害人，并不等同于因“两头骗”导致财产受损的涉案人员。司法实践中，可在罪数确定的基础上，分析财产受

损的事实与犯罪行为间的关联，以准确认定案件被害人。

(1) 行为人构成一罪时，应根据前后行为的特点，选出与行为人获利关联最密切、与犯罪结果有直接因果关系的行为，将该行为对应的相对方认定为案件被害人。

(2) 行为人构成数罪时，由于数个行为侵犯了不同相对人的财产权益，这些相对人均可认定为被害人。需要说明的是，此时还应一并考虑在案财产的分配问题。制定财产处置方案时，应通盘考虑不同案件之间的关联，结合各被害人的过错、行为人实施手段欺骗性的高低等因素综合分析处置。

如案例三中，周某、陈某所实施的犯罪行为由两个环节组成，第一个环节中，行为人通过虚构买房事实、隐瞒将相关房产抵押套现的真实意图等手段，将相关房产骗由自己支配。第二个环节中，行为人则使用已支配的房产抵押借款，最终实现挥霍目的。虽然上述两环节都存在“骗”的成分，但刑法意义上的欺骗行为主要集中在第一个环节，且相关行为实施完毕后，卖房人便已失去产权，房产亦处于行为人的实际控制下，可据此认定犯罪已既遂，且将房产所有人作为案件被害人。至于行为人后续的抵押借款行为，则属于犯罪既遂后的变现行为，应与前行为视作一个整体评价。同时，由于本案主要侵害的是房屋买卖的市场秩序，对行为人最终应以合同诈骗罪一罪论处。

(四) 犯罪金额的审查要点

1. 行为人支出的扣除标准认定

《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》规定，行为人为

实施金融诈骗行为而支付的中介费、手续费、回扣等，或者用于行贿、赠与等费用，均应计入金融诈骗的犯罪数额，但应当扣除案发前已归还的数额。纪要明确行为人诈骗犯罪过程中的部分支出可予扣除，并对扣除的标准做出间接指引。根据该文件精神，诈骗类案件中，若行为人的部分支出能直接弥补被害人遭受的实际损失，则该笔支出对应金额可从犯罪金额中扣除。若否，则应将行为人的相应支出作为犯罪成本，计入犯罪金额。

常见不予扣除的情形如下：一是行为人为履行合同而支付他人的中介费、手续费、交易费等。该部分支出系行为人为实施犯罪而付出的成本，不属于对被害人损失的弥补，故不从犯罪金额中扣除。二是行为人为搪塞被害人而提供不符合合同目的的支出。如被害人要求行为人提供 N95 规格口罩，行为人在收款后仅发出了少量普通口罩，被害人在接收货物后，合同的交易目的不能实现，不应将该部分交付的货物从犯罪金额中扣除。

2. 已履行部分金额的认定

对于行为人部分履行后应从犯罪金额中扣除的金额，有合同约定价格、市场公允价格、双方历史交易价格等多种认定标准。司法实践中，一般以市场公允价格作为计算基准。具体而言：

(1) 行为人若以低价供货为诱饵实施合同诈骗犯罪，应根据相关货物的市场公允价格计算已履行部分的价值，而非以双方约定的低价为基础计算。原因在于，行为人的部分低价履行仅是犯罪诱饵，是其继续实施犯罪的一种手段，以此确定犯罪金额无法体现商品或服务

在流通过程中的实际价值，还可能会使被害人通过犯罪获益。

（2）行为人连续实施多个合同诈骗行为，若以后骗得财物履行前合同约定内容的，应扣除行为人归还部分金额，按实际未归还的金额总体认定犯罪金额。

如案例四中，季某以高价从某品牌天猫官方旗舰店购买纸尿裤产品，货物符合合同的目的，被害人亦接受了该部分履行，对该部分货物可从犯罪金额中扣除，对于收到的货物金额，可依据市场公允价格来进行认定。

股东协议的甄别

来源：人民司法杂志社

文/罗有敏（一审承办人）王益奇

作者单位：上海市宝山区人民法院

日期：2023年4月27日

【裁判要旨】

股东协议与股东会决议因形式上都是股东间所签署的文件，在司法实践中经常难以区分，存在名为股东会决议实为股东协议，或决议中包含股东协议性质内容的情形。甄别股东协议与股东会决议时，应以民法典合同编为基础，辅之以公司法视角，贯之以商事审判思维，对性质上属于民商事主体对权利义务安排的决议内容或事项，应认定为股东协议之范畴，有关股东具有诉权，并享有实体权利。

【案号】

一审：（2018）沪0113民初6782号

二审：（2020）沪02民终4155号

【案情】

原告：金某辉、卞某萱。

被告：蔡某。

两原告与被告均系江苏海行紧固技术发展有限公司（以下简称海行公司）的股东。

2017 年 3 月 23 日，两原告与被告共同签署一份“海行公司股东会决议”（即系争股东会决议），载明海行公司到会股东为原告卞某萱及被告，原告金某辉列席，全体股东一致通过的决议包括：一、关于股权收购。海行公司收购上海启冶冶金机械有限公司（以下简称上海启冶公司）和泸州启冶紧固器械有限公司（以下简称泸州启冶公司）股权，上海启冶公司和泸州启冶公司实际均是被告一人所有的公司，收购按以下条款执行。1. 由被告委托审计机构对上海启冶公司、泸州启冶公司进行以股权转让为目的的审计工作，该工作必须在本决议作出之日起 15 日内完成。2. 海行公司分别与上海启冶公司、泸州启冶公司的股东各自签订两套股权转让协议，一套为仅用于工商登记的名义上的转让协议，一套为实际履行的转让协议。3. 实际履行的转让协议，按照审计结果协商确定收购价，于 2017 年 4 月 23 日前完成，公司盈利后优先偿还前述股权收购款，在还清股权收购的债务前公司不得向股东分红；上海启冶公司、泸州启冶公司任何基于 2017 年 3 月 9 日前因素而获得的超出股权对价的收益（如拆迁补偿等）均归被告所有，支出的费用由被告负担。4. 根据名义协议，被告督促上海启冶公司、泸州启冶公司各股东在本协议作出之日起 15 日内办理股东的工商变更登记，在还清股权收购款之前，未经被告同意，公司不得对上海启冶公司、泸州启冶公司的股权进行任何处置。若公司违反此规

定，被告将有权要求原告卞某萱退出公司股权，罢免卞某萱董事长、金某辉董事及总经理职务；如被告违反该约定，被告应向两原告按照名义协议中标的总额的 20% 进行赔偿。二、集团架构。本决议通过后，海行公司、上海启冶公司、泸州启冶公司共同组成海行集团，海行公司为集团总部，上海启冶公司、泸州启冶公司仅为名义上的独立法人，实质上是集团的两个事业部，不具有独立运营的权利，财务、人事均统一由集团总部管理。为便于公司申报高新技术企业，全体股东同意在工商登记资料中由案外人卞某霄担任名义董事长，卞某萱为隐名董事长，由后者真正行使董事长的职权，公司经营中所有需要董事长签名的，均由卞某萱代签。

前述股东会决议作出后，未最终履行。两原告认为，海行公司成立的基础和目的就是整合上海启冶公司、泸州启冶公司生产的享有相应专利的产品，由海行公司统一进行对外销售。被告不遵照决议进行股权转让，将直接导致海行公司无产品可售，不能正常经营，给海行公司及两原告造成重大经济损失，应按决议内容承担违约责任，故诉至法院，要求被告向两原告支付违约金 240 万元。

被告辩称，若认为海行公司在 2017 年 3 月 23 日形成的股东会决议性质上属于受合同法调整的三方协议，则被告认为该决议应予撤销。理由在于：决议中约定被告在 15 日内不办理股权变更手续，要对两原告承担数额 240 万元的赔偿责任，而被告应得的股权转让金只能由海行公司用将来的公司收益来支付，如无收益则等同于无偿转让；同时，海行公司在付清股权转让款前若处置了上海启冶公司和泸

州启冶公司的股权，两原告只要退出公司即可，不承担其他任何义务，决议有关条款明显违反公平原则，故反诉要求撤销系争股东会决议。

【审判】

上海市宝山区人民法院经审理后认为，系争股东会决议中关于股权收购的条款是原、被告基于意思自治精神通过谈判自主达成的契约或契约型安排，既无可撤销的理由，且未违反法律强制性规定，应当得到原、被告的遵守和法院的尊重。被告违反前述条款，有悖诚信，按照合同法的规定应当向两原告承担违约责任。在本案中，两原告依据第一部分关于股权收购的条款向被告主张违约赔偿责任，就该部分条款而言，被告作为设立中的海行公司受让上海启冶公司、泸州启冶公司股权的相对方，承诺在股权收购中负有义务，对其违反该义务的赔偿责任也作了约定，属于民商事主体对权利义务的安排，而非公司法调整的与公司治理相关的事项，对签署各方产生合同法上的约束力，由此产生的争议属于合同法调整的范畴。申言之，任一方违反义务，其他各方有权根据合同法向其主张违约责任。

法院遂判决：一、被告蔡某于本判决生效之日起 10 日内向原告金某辉、卞某萱支付违约赔偿款 240 万元；二、驳回被告蔡某的反诉诉讼请求。

一审宣判后，被告蔡某不服，提起上诉。二审法院经审理，驳回上诉，维持原判。

【评析】

一、股东协议是有限责任公司治理的重要手段

现行公司法对于公司组织机构及其权力分配的制度设计，构筑于所有权与控制权相分离的传统理念上。不同的公司类型基本都适用相似的治理结构，体现为分权与制衡的治理格局。实践中，由于公司法律关系复杂、主体众多且利益存在异质性，同样的职权设置不可能适应不同种类、不同规模的公司对灵活、自由、公平、效率等功能价值的不同层次需求。为防止部分人的短视或投机行为侵蚀整体利益及公司持续发展，以决议为中心的民主决策机制需加以体系化完善，而在公司法框架下构建特殊的协议制度，则显得极为必要。

公司法上的协议种类繁多，尤以股东协议为典型。所谓股东协议，一般是指封闭式有限责任公司的股东之间，就公司内部权力的分配和行使、公司事务的管理方式、股东之间的其他关系等事项所订立的协议，是股东之间合同自由原则下的协议，同时也是公司法基本政策和基本制度框架下的协议。不同于公司章程与股东会决议，股东协议是游离并受到公司法制约的一种关于公司权力分配、管理等的长期合同，实务中常见的有公司设立协议、估值调整协议（即对赌协议）、承包合同等。在协议中，股东往往通过自行创设相互权利与义务，以达到排除公司法或公司章程规定适用的目的，从而成为有限责任公司治理的重要手段。

二、股东协议的特征与甄别标准

股东协议与公司章程及公司决议最大的区别在于运行规则的不

同，股东协议遵循一致同意规则，而章程及决议遵循资本民主规则。一致同意是股东协议合同性质的体现，合同所带来的自由、平等、公平、诚信等伦理性价值水平是公司章程及决议无法达到的，而有限公司恰恰需要这种伦理性的价值来调节其所具有的人合性。合同自由所产生的效率与资本民主所产生的效率则是两种完全不同的机理，股东合同自由以股东自治为核心，更能够起到鼓励投资的作用。与公司章程及决议相比，股东协议还具有灵活设计公司治理体系、简化管理程式、降低代理成本、加强小股东保护等制度功能及保密性、可执行性、免去进行公司登记的繁琐等比较优势。

本案中，所涉决议关于股权收购部分的条款主要涉及海行公司收购被告所持的上海启冶公司、泸州启冶公司的股权，其中明确了被告在股权收购中的义务以及违反义务应向两原告按照名义股权转让协议标的总额的20%进行赔偿。该部分条款是民商事主体对权利义务的安插，而非公司法调整的与公司治理相关的事项，性质上属于股东协议，对签署各方产生合同法上的约束力。

三、股东协议效力的裁判规则

股东协议作为一种有别于公司章程、股东会决议的公司自治机制，在内容上往往具有合同与组织的双重属性，就其本质而论，股东协议仍为合同行为，这意味着股东协议的效力认定必须在合同法与公司法的双重视角中展开，即以合同法为基础的同时，从公司法的视角对其进行必要的审视。因此，股东协议的效力认定必然要接受合同法

效力判断规则的约束，合同法中关于法律行为效力认定的判断规则，如意思表示真实与否、意思表示内容是否合法、合同是否满足形式要件以及第五十二条的效力认定规则同样适用于股东协议的效力认定。倘若股东协议在一般合同法层面存在效力瑕疵，多数情形下则无需再从公司法视角进行二次认定，即审查股东协议是否违反公司法中的效力性强制规范；如若违反公司法中的效力性强制规范，则相关内容无效，相关内容如构成协议的主要条款或缔约基础，则协议整体无效。具体到本案中，所涉决议签署各方均为公司股东，内容包括股权收购及集团架构，性质属于公司的经营战略及公司治理范畴，在对股东各自在战略执行中应当履行的义务做出具体约定的同时，明确了违反约定应承担的违约责任，且接受违约责任履行的对象是股东而非公司。其中既无合同法规定的无效情形，也不违反公司的效力性强制规范，一旦违约方提出的包括重大误解、显失公平在内的可撤销抗辩不成立，则守约股东有权根据有关条款要求违约股东直接向其承担违约责任，支付违约金。

对前述违约方提出的可撤销事由及违约金抗辩的研判，则需要结合商事纠纷的特性，以商事审判思维展开分析。

四、投资性商事纠纷的商事审判思维

商事行为固有的特性决定了商事纠纷案件具有以下不同于一般民事纠纷的特点：1. 商事纠纷的主体以获取最大利润为其行动的出发点和归宿，商事纠纷主体更愿意选择理性的、强制性的裁判手段来

实现自己的利益。2. 商事纠纷涉及的商事行为涵盖社会经济生活的各个领域，内容复杂且专业技术性强。商事行为是以营利为目的而实施的行为，且行为人以营利性活动为业。3. 商事纠纷涉及的法律关系和法律适用呈现出复杂多样性。当以公平、诚实信用为基础的民法逻辑判定商事纠纷或者商人之间特殊的制度安排的时候，其可能产生的问题是“维护实质公正、财产的静态安全被更多地予以强调，商事交易的营利性、便捷、效率等特性未能得以充分凸显，甚至出现了民事案件过度商化和商事案件过度民事化两种现象并存、对‘人’的关怀不足和对‘商’的专业、效率尊重不够两种倾向并存的情形”。因此，在法官专业化建设的背景下，培养商事法官的商事审判思维，是提高商事审判质量、统一裁判尺度的重要内容。

商事审判思维包括尊重意思自治、尊重交易惯例、尊重经济规律、维护交易秩序等四项主要内涵，并以维护交易秩序思维为核心。商事审判思维对于审判实践的指导作用，应贯穿于事实查明、事实定性、法律适用、裁判方法确定等案件审理的全过程。其中，对关于显失公平或重大误解的判断要更加谨慎，一是源自民法对于商事主体的假设，自然推定他们对于自身参与的商事行为有专业、成熟的判断能力，同时也应当有更高的风险预估和承受能力，商事主体的决策可以视作是在衡量风险与收益的基础上作出的最优选择，司法权力应当减少不必要的干预；二是商事行为本身具有专业性和规范性，司法没有必要对其进行过多介入和干预，充分尊重当事人对合同的自由权利和公司的自治权利，不轻率地以司法判断取代商业判断，其中包括商事主体

对于违约金制度的设计，事前的充分磋商、艰苦谈判，目的就是保障商事纠纷的快捷处理和营利预期，免除守约方对损失的举证责任，理应得到各方的遵守及法院的尊重。

（案例刊登于《人民司法》第 8 期）

通知-删除规则下采取必要措施的范围

来源：人民司法杂志社

作者：赵志强 黄晨 张琰(复议裁定承办人)

作者单位：重庆市第一中级人民法院

日期：2023年4月27日

【裁判要旨】

网络服务提供者对于网络用户利用其平台实施的侵权行为有义务采取的必要措施并不仅限于删除、屏蔽、断开链接，必要措施范围的界定应当考虑技术发展状况及因技术发展而导致的利益格局变化。当过滤、拦截等新技术出现且成本可控时，在该技术能有效制止侵权行为且不过分损害网络服务提供者利益的前提下，基于维持权利人与网络服务提供者之间的动态利益平衡之需要，可以将过滤、拦截等新技术纳入必要措施的范畴。

【案号】

诉前行为保全裁定：(2021)渝01行保1号

复议裁定：(2021)渝01行保1号之一

【案情】

申请人：广东省深圳市腾讯计算机系统有限公司（以下简称腾讯计算机公司）、腾讯科技（北京）有限公司（以下简称腾讯北京公司）、重庆腾讯信息技术有限公司（以下简称重庆腾讯公司）。

被申请人：北京微播视界科技有限公司（以下简称微播视界公司）、重庆天极魅客科技有限公司（以下简称天极魅客公司）。

腾讯北京公司、重庆腾讯公司、腾讯计算机公司经授权取得动漫作品《斗罗大陆》第一季、第二季、第三季和第四季的非独占的信息网络传播权及维权权利。该动漫作品在腾讯视频平台播出，每周六 10 时更新，截至 2021 年 5 月 29 日，总播放量已超过 295 亿次，用户评分高达 9.3 分，系热播剧。

腾讯视频更新动漫作品《斗罗大陆》后，“忆三漫剪”等抖音用户在抖音 APP 平台几乎同步上传了大量被控侵权视频，且播放量较大。其中，用户“挚爱斗罗大陆（157）”上传的“斗罗大陆 157 集完整版”视频下方评论显示有“一个会员养一窝人”“一个 VIP 养活一群人”。用户“X 漫剪”上传的“斗罗大陆 157 集完整版”视频内容下方评论显示“作者回复‘每周同步更新’”。《斗罗大陆》第 158 集于 2021 年 5 月 29 日 10 时更新，腾讯北京公司、重庆腾讯公司、腾讯计算机公司在 2021 年 5 月 29 日 10 时 07 分进行证据保全时，抖音用户“忆三漫剪”在 2021 年 5 月 29 日上传 158 集侵权视频仅 1 小时左右，播放量即高达 76.2 万次，24 小时内播放量超过 402.2 万次。2021 年 5 月 31 日，在抖音 APP 平台，以“斗罗大陆”作为关键词检索出“#斗罗大陆”“#斗罗大陆动漫”等话题，其中排名第一的

“#斗罗大陆”话题显示有 214.7 亿次播放量。腾讯北京公司等申请人累计向微播视界公司发送侵权告知函超过 200 次，涉及侵权链接超过 2.3 万条，并指出具体的位置及上传者。告知函要求微播视界公司采取包括但不限于屏蔽、断开侵权链接、删除等有效措施停止包含涉案作品在内的内容在平台中的传播；采取包括但不限于设置关键词等有效措施对涉案作品等内容进行屏蔽并调整推荐及推送算法；立即针对反复、大量发布侵权内容的用户/ID/账号采取相应的管理措施，进行处罚或封号处理以防止该用户继续实施侵权行为。抖音平台发布的《〈（2020）抖音安全年度报告〉新鲜出炉》载明其“拦截违规视频内容超过 2.64 亿条，其中机器审核拦截超过 9125 万条，人工审核拦截 1.73 亿条”。微播视界公司系抖音 APP 平台的经营者，天极魅客公司为用户提供抖音 APP 下载业务。

腾讯北京公司、重庆腾讯公司、腾讯计算机公司向重庆市第一中级人民法院申请诉前行为保全，请求：微播视界公司立即删除抖音 APP 上用户名为“忆三漫剪”等账号中的所有侵害《斗罗大陆》动漫作品信息网络传播权的视频；微播视界公司立即采取有效措施删除抖音 APP 中所有侵害《斗罗大陆》动漫作品信息网络传播权的视频；立即采取有效措施过滤和拦截用户上传和传播侵害《斗罗大陆》动漫作品信息网络传播权的视频。

【审判】

重庆一中院于 2021 年 6 月 4 日作出（2021）渝 01 行保 1 号民事

裁定（以下简称原裁定）：微播视界公司在收到本裁定之日起立即删除抖音 APP 上用户名为“忆三漫剪”等账号中的所有侵害《斗罗大陆》动漫作品信息网络传播权的视频；微播视界公司在收到本裁定之日起立即采取有效措施删除抖音 APP 中所有侵害《斗罗大陆》动漫作品信息网络传播权的视频，立即采取有效措施过滤和拦截用户上传和传播侵害《斗罗大陆》动漫作品信息网络传播权的视频。

播微视界公司不服该裁定，向重庆一中院申请复议，请求依法撤销原裁定，并裁定解除全部保全措施。

重庆一中院复议认为：民法典第一千一百九十五条系现行通知-删除规则的法律依据，该规则系在特定技术条件之下，基于平衡权利人与平台之间的利益而制定。该条款的立法宗旨在于既要为互联网行业提供发展空间，又要保护权利人的利益。在此规则下，网络服务提供者对于网络用户利用其平台实施的侵权行为，只要其接到通知后采取了删除、屏蔽及断开链接等必要措施制止侵权行为，可不承担赔偿责任。但需明确的是：首先，网络服务提供者不得利用该免责条款而对明知或应知的网络用户侵权行为不予制止，继而损害权利人的利益。因此，通知-删除规则适用的前提是网络服务提供者不知也不应知侵权行为的存在，否则不适用。

其次，在通知-删除规则下，网络服务者对于网络用户利用其平台实施的侵权行为并非只负删除义务，而是负有采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施的义务。至于必要措施的界定，则与技术发展密切相关。在现有技术无法实现过滤、拦截等功能或使用该现有技术的成

本无法承受的情况下，该技术当然不应纳入必要措施范围，但当该技术本身已成为可能且成本可承受时，则平台在知道新侵权视频仍在不断上传的情况下，其在删除已有侵权视频外承担过滤、拦截义务则是理所当然。若法院不考虑技术发展现状而一味机械适用通知-删除规则，并狭隘理解平台只有删除已发现侵权视频义务，不考虑技术发展使平台发现侵权和避免侵权能力提升的现实，这将使权利人和平台之间陷入通知-删除-再通知-再删除的无意义循环，使该规则成为平台怠于履行保护权利人义务的护身符，不当增加权利人维权成本，使权利人的合法权益持续受到损害。基于此，必要措施的内容并非固定的、不变的、机械的，而是动态的、可变的与发展的，必须兼顾技术发展现状及当事人之间利益格局的变化。为了防止侵权行为继续和侵害后果扩大，当新的技术出现且该新技术可能实现的情况下，应当将新的技术纳入必要措施范畴。

就本案而言，原裁定申请人累计向微播视界公司发送侵权告知函超过 200 次，涉及侵权链接超过 2.3 万条，并指出具体的位置及上传者，微播视界公司知道或应当知道其平台存在大量的侵权视频。作为网络平台服务提供者，微播视界公司应当知道在现有经营模式下，抖音用户会不断上传侵权视频，原裁定申请人的权利处于持续受损害的状态之中。且，抖音发布《〈（2020）抖音安全年度报告〉新鲜出炉》载明其“拦截违规视频内容超过 2.64 亿条，其中机器审核拦截超过 9125 万条，人工审核拦截 1.73 亿条”，因此，过滤和拦截侵权视频技术系现有技术，微播视界公司亦具备过滤和拦截侵权视频的能力，

且其未提供证据证明其使用该技术的成本无法承受。故，原裁定裁定微播视界公司“立即采取有效措施过滤和拦截用户上传和传播侵害《斗罗大陆》动漫作品信息网络传播权的视频”并无不当。如上所述，必要措施的内容是动态的，与技术发展相适用的，随着新技术的出现，有效措施必然具有新的内容，因此，法院不可能明确所有有效措施的种类，不可能也无必要去具体界定过滤和拦截的具体技术。原裁定的实质意义在于在现有技术条件下，微播视界公司应当在其能力范围之内采取其能够采取的技术措施以制止侵权行为的继续。需要指出的是，考虑技术本身的局限，原裁定对于过滤和拦截侵权视频的要求是采取“有效措施过滤和拦截”，而并非“过滤和拦截所有侵权视频”，即原裁定强调过滤和拦截措施的有效性而并非要求其实现百分之百的过滤和拦截效果。其在执行程序中需向法院证明的是已经采取了过滤和拦截措施以及该措施的有效性，而非实现了百分之百的过滤和拦截。

综上，重庆一中院驳回微播视界公司的复议请求。

【评析】

通知-删除规则是网络服务提供者在知识产权保护领域责任分配规范体系中的重要内容，体现了知识产权保护与促进互联网经济发展之间的利益平衡，也是网络平台知产保护司法实践中较为常用的裁判规则。民法典第一千一百九十五条关于通知-删除规则的适用，虽然列举了删除、屏蔽、断开链接这三种必要措施，但采用了“等”的表

述，将必要措施扩展为可有效制止侵权的其他措施，这既是对过去侵权责任法第三十六条避风港原则中通知-删除规则的拓展，也为实践中灵活适用必要措施预留了开放空间。

一、通知-删除规则下必要措施的立法解读

针对当前网络领域知识产权侵权新特点和网路平台技术发展状况，民法典第一千一百九十五条新增“必要措施”的规定，进一步拓展了通知-删除规则的内容，也为司法裁判规制网络侵权提供了转向指引。

（一）必要措施的规范演进

必要措施实质上系权利人与网络服务提供者利益博弈和妥协的产物，网络服务提供者希望借助必要措施免于承担侵权责任，为此，其应当向权利人提供删除、屏蔽等必要的技术保护措施作为对价，避免侵权和重复侵权行为发生。

必要措施属于通知-删除规则下的具体内容。梳理该规则的规范演变可知，必要措施最早见于《信息网络传播权保护条例》，之后不断丰富完善。侵权责任法第三十六条明确提出“通知加采取必要措施”，此后电子商务法将必要措施规定为删除、屏蔽、断开链接、终止交易和服务等具体内容。民法典关于必要措施的规定与上述规范一脉相承，在吸收既有规则的基础上，进一步完善了必要措施的内容、形式条件等。

必要措施规范演变体现了两方面特点：第一，规制侵权主体范围

扩展，由最初的著作权领域拓展到所有的网络服务提供者。第二，基于权利人与网络服务提供者之间的利益平衡，网络服务提供者承担的责任呈加重趋势，直接表现是赋予网络服务提供者在特定情形下的注意义务，防止其借助通知-删除规则规避法律责任。

（二）必要措施适用的考量因素

必要措施旨在弥补传统通知-删除规则下利益保护的失衡。针对网络平台侵权信息发布频繁、上传速度快等特点，平台中侵权人反复上传侵权视频，则可能使权利人陷入循环的投诉当中，通知-删除规则也将形同虚设。结合民法典第一千一百九十五条规定，以及现有理论研究和实践观点，可总结出必要措施适用通常包括以下考量因素：

1. 与网络服务类型相匹配

互联网经济领域由于网络服务类型不同，其所采用的技术差异也较大。如常见的提供网络存储空间、信息搜索、链接服务、信息交流等方式，从提供服务性质来看，有的是网络内容提供商，有的则是网络中介服务商。从公平角度出发，服务类型不同、网络服务提供者经营规模不同，其应承担的义务也应有所差异，在必要措施具体内容选择上，也应与侵权行为的网络服务类型相匹配。如针对涉嫌侵犯知识产权的信息，对提供存储服务的网络提供者可采取删除、断开链接的方式，对微信、微博等社交平台则可以采用删除、禁止转发、封闭账号等措施。

2. 技术成本范围内可接受

技术可行、成本适当是影响网络服务商采取必要措施的客观因

素。针对侵权行为，网络服务提供商是否有足够专业能力和技术支撑进行识别、遏制，是认定其是否尽到注意义务的关键，因此，技术能力和技术发展状况是评价网络服务提供商过错的重要标准。同时，必要措施的成本高低也会直接影响网络服务商的动力，如果措施的成本过高，就意味着网络服务商只会在权利人通知的情况下采取必要措施，而不会对所有权利人实施平等保护。因此，如果制止侵权必要措施的技术要求和成本因素超越了网络服务商可承受范围，则会影响必要措施适用的公平性。

3. 与侵权行为方式相对应

必要措施适用的直接目的是遏制网络侵权行为，因此在具体适用上要求采取措施的强度应能够达到制止侵权的必要。即必要措施的强度应当能够达到终止特定侵权行为，或者能够有效防止将来可能发生的侵权，其所达到的效果应当是在技术范围内防止信息的进一步传播。如针对上传单个侵权信息的情况，可采用删除、断开链接等方式，针对持续反复上传或发布频繁的侵权视频，可采取拦截过滤等方式降低权利人的维权成本。

二、短视频平台必要措施的认定规则

必要措施与网络服务平台性质、服务方式等密切相关，短视频平台具有内容多元、流量大等特点，在带来平台经济效益的同时，也存在侵权的潜在风险。必要措施适用是为了达到权利人、网络服务提供者和网络用户之间的权益平衡和效率最优，适用核心是价值平衡，在

司法裁判中可借助比例原则进行判断。

（一）审查适当性，必要措施应与特定网络服务内容相匹配

首先，必要措施应与网络服务内容相匹配。互联网时代网络服务表现为目的多元、方式多样的特征，必要措施的适用涉及权利人、网络服务提供者、互联网产业发展等多重利益。在选择必要措施时应当充分考量网络服务特点、不同利益的平衡，根据网络服务提供者的具体情况，以利益衡量的方式确定相应的具体措施，妥善实现法律调整的目标。本案选择过滤拦截措施制止侵权，是因为著作权人能够通过关键词搜索查找到侵权信息，那么网络服务提供者自身所具有的技术优势也使其具有清理侵权视频的能力，并且该方式与网络服务提供者所提供的视频上传服务相匹配。

其次，必要措施在技术操作上应具有可行性。网络服务需要以技术作为支撑，网络服务提供者采取搜索侵权内容、制止侵权行为的方式不存在技术障碍。如本案在诉前保全中，要求侵权人采取过滤和拦截侵权视频的方式防止侵权行为继续，系考虑随着人工智能搜索技术的发展，使网络服务提供者清理侵权内容成为可能，过滤拦截技术业已成为各类视频网络服务提供者常态化运用的技术方式，实践运用并无技术障碍。

（二）审查必要性，在可选择的制止侵权手段中应采用干涉最小的方式

民法典第一千一百九十五条列举的必要措施包括但不限于删除、屏蔽、断开链接等方式，个案中采取何种必要措施要根据网络服务类

型予以确定，在可选择的措施范围内，不仅要考虑能否一定程度上制止侵权，还要考虑措施的实施成本。

其一，必要措施应与侵权行为损害相当。必要措施涉及权利人、网络用户、网络服务提供者等多重利益的平衡，在确定侵权人采取何种措施时，应综合考量侵权行为的表现形式、特点和严重程度，以不超过必要限度为宜。即采取必要措施的严厉程度不能明显超出被控侵权行为所造成的损害，如针对网络经营者销售侵犯知识产权的商品，网络服务提供商采用断开侵权商品链接的方式即可达到止损目的，如果采用删除全部商品链接的方式，则超过了制止侵权行为的合理限度。本案诉前行为保全要求侵权人采取过滤、拦截措施，是基于侵权链接数量多、微播视界公司知道或应当知道其平台存在大量的侵权视频等客观事实的基础，唯有采取这一措施，才能对已发生的侵权行为及时止损，并尽可能防范未发生的侵权损害。

其二，必要措施应符合经济原则。网络服务提供者采取必要措施必然会付出相应成本，因此在措施选择上也要考虑网络服务提供者的可承受度，尽可能降低对互联网产业经济效益的影响。结合本案情况来看，拦截过滤措施是各类视频网络服务提供者普遍采用的措施，其成本不会给平台运营增加过重负担，且在本案侵权视频反复上传的情况下，拦截过滤可以避免权利人陷入不断投诉，网络服务提供者反复删除侵权视频的循环之中，从而节约权利人与网络服务提供者遏制侵权的成本。

（三）审查均衡性，评判必要措施是否有助于实现不同利益的平

衡

必要措施适用的本质是通过遏制侵权中的利益衡量，平衡权利人、网络用户和网络服务提供者不同主体之间的利益，因此，评判必要措施的妥当性最终要回归价值判断。具体应考虑以下因素：

首先，必要措施要符合网络侵权的客观现实状况，与所侵害权利的性质、侵权的具体情形，以及网络服务提供者的技术条件、对侵权行为的判断、识别能力相适应，并符合网络服务的特性、互联网产业发展需求。

其次，采取的措施手段应符合立法目的和正当性要求，回归必要措施的立法本意。通知-删除规则就是要实现不同利益的平衡，为此要从利益平衡的角度检视评价必要措施的合理性，即在规则实施中，既要实现网络环境下保护权利人合法权益的基本价值，也要关注对网络用户可能产生的影响，同时也要考虑促进和引导网络产业经济健康发展的价值导向。

本案中采用拦截过滤措施禁止侵权视频反复上传，正是考虑到抖音平台视频服务提供特点、技术发展现状和网络视频产业发展需要等多重因素。如果机械适用通知-删除规则，并将其狭隘地理解为网络服务提供者只有删除已发现侵权内容的义务，而不考虑技术发展使网络服务提供者发现和遏制侵权能力提升的现实状况，则会使权利人和网络服务提供者陷入“通知-删除-再通知-再删除”的循环之中，使通知-删除规则成为网络服务提供者怠于履行权利保护义务的护身符，从而增加权利人的维权成本，并使其合法权益处于持续受到损害

的状态。

三、必要措施实践适用的解释规则

（一）对民法典第一千一百九十五条的开放性解读

可以预见，随着网络技术发展和新兴商业模式兴起，以及新型网络服务平台出现，实践中会不断产生新情况和新问题。民法典第一千一百九十五条必要措施的内容也处于动态、可变的发展中，规则适用也具有开放性特征，这对维护权利人合法权利、促进互联网产业健康发展具有重要意义。这种开放性主要表现为：

其一，适用主体的开放性。民法典第一千一百九十五条没有区分网络服务提供者的具体类型，而是秉持开放理念，将网络服务提供者的侵权责任均纳入其中，从而为规制新兴网络服务提供者行为预留空间。

其二，保护内容的开放性。该规定没有将保护对象限定于知识产权中信息网络传播权的保护，民法典一般法的定位，决定了其保护范围可以拓展到网络传播领域的相关民事权利。

其三，采取措施的开放性。防止侵权的必要措施与网络侵权特点、技术发展水平紧密相关，因此第一千一百九十五条采用了“等”的表述，为法官在个案裁判中对必要措施保持动态开放解释预留了裁量空间，以更好缓和权利人维权困境，引导网络服务提供者承担适度的社会责任，纠正通知-删除规则机械适用可能带来的利益失衡。

（二）必要措施开放解释的合理限制

必要措施以保护权利人合法权益为初衷，但其适用也会涉及权利人保护与网络产业发展的价值冲突，司法实践中既要保持适度开放，也要审慎适用避免产生不利后果。

1. 以利益平衡为基本要求。必要措施开放性的立法模式，决定了其适用过程中要实现利益调整的动态平衡，必须妥善兼顾权利人合法的权益保障诉求、网络服务提供者采取措施的技术水平、措施实施成本等因素，防止网络服务提供者追求经济利益而忽略权利保护。

2. 权利人通知是适用前提。必要措施是法律赋予网络服务提供者的义务，因而不是无条件地采取，否则会不当增加网络服务提供者的经营成本，应以权利人通知，并提交侵权实施的初步证据为前提，防止必要措施被滥用。

3. 符合技术发展客观状况。互联网发展状况和技术能力是影响网络服务提供者采取必要措施的重要因素，必要措施的实施也应以网络服务提供者一般掌握的技术能力范畴或实施成本为限，不宜苛责网络服务提供者采取超越其可承受范围的必要措施，避免打击网络服务产业创造经济效益的动力。

4. 不宜苛求适用效果。从立法目的来看，必要措施是为了有效制止侵权，而非达到完全清除侵权的效果。考虑到制止侵权技术手段的局限，不宜对网络服务提供者苛以太高的义务，否则将损害网络平台发展，因此不宜要求网络服务提供者发现并清理所有侵权内容。

（案例刊登于《人民司法》第11期）