

# 法律资讯汇编

## (2024 第 4 期)

上海王岩律师事务所  
2024 年 4 月

# 目 录

行业新闻—— 国家金融监督管理总局就《银行保险机构涉刑案件风险防控管理办法》答记者问	3
新法速递—— 国家金融监督管理总局发布《银行保险机构涉刑案件风险防控管理办法》	5
案例解析—— 涉外商事纠纷法律适用的审理思路和裁判要点   类案裁判方法	16
业务研究—— 对涉案资金用途应进行实质审查	31
—— 赔礼道歉的强制执行规则	44

## 国家金融监督管理总局

### 就《银行保险机构涉刑案件风险防控管理办法》答记者问

来源：国家金融监督管理总局官网

日期：2023 年 11 月 10 日

近日，金融监管总局发布《银行保险机构涉刑案件风险防控管理办法》（以下简称《办法》）。有关部门负责人就相关问题回答了记者提问。

#### 一、《办法》制定的目的是什么？

答：为深入贯彻落实党的二十大精神，坚决遏制银行保险机构涉刑案件风险高发态势，金融监管总局制定了《办法》。主要推动银行保险机构健全涉刑案件风险防控全链条治理机制，前移涉刑案件风险防控关口，深化源头预防、标本兼治，全面提升银行保险机构涉刑案件风险防控工作的规范性、科学性、有效性。

#### 二、《办法》的主要内容是什么？

答：《办法》共 5 章 40 条。第一章总则，主要规范立法目的、适用范围、防控目标、基本原则等。第二章职责分工，主要规范银行保险机构董（理）事会、监事会、高级管理层、牵头部门、内设部门及分支机构等在涉刑案件风险防控中的职责任务。第三章任务要求，主要强调银行保险机构应建立健全涉刑案件风险防控重点制度，研判

本机构涉刑案件风险防控重点领域，完善涉刑案件风险防控重点措施，加强信息化建设，并及时开展涉刑案件风险防控评估。第四章监督管理，主要规范监管部门相关职责分工，明确对银行保险机构涉刑案件风险防控采取非现场监管、现场检查、行政处罚等要求。第五章附则，主要规范参照适用范围、明确实施日期并废止相关文件等。

### 三、《办法》规定的涉刑案件风险防控原则是什么？

答：《办法》明确，银行保险机构涉刑案件风险防控应遵循以下原则：预防为主、关口前移，全面覆盖、突出重点，法人主责、分级负责，联防联控、各司其职，属地监管、融入日常。

### 四、如何确保涉刑案件风险防控取得预期成效？

答：《办法》强调，加强涉刑案件风险源头预防、全面预防、全链条预防。重点推动将涉刑案件风险防控纳入银行保险机构公司治理架构，进一步压实董（理）事会、监事会、高级管理层、牵头部门、内设部门和分支机构职责，充分调动董监高在涉刑案件风险防控中的主观能动性，着力构建各方联动、齐抓共管的涉刑案件风险防控格局。

### 五、《办法》征求意见的情况如何？

答：我们就《办法》组织了多轮征求意见，并面向社会公开征求了意见，对各方面提出的修改意见进行了认真研究，绝大部分意见已采纳。相关各方均表示，制定《办法》是重要的治本之策，非常及时也非常必要。

## 国家金融监督管理总局发布 《银行保险机构涉刑案件风险防控管理办法》

来源：国家金融监督管理总局官网

日期：2023 年 11 月 10 日

为深入贯彻落实党的二十大精神，进一步推动银行保险机构前移涉刑案件风险防控关口，健全涉刑案件风险防控全链条治理机制，遏制涉刑案件高发态势，金融监管总局近日发布《银行保险机构涉刑案件风险防控管理办法》（以下简称《办法》），自 2024 年 1 月 1 日起施行。

《办法》共 5 章、40 条，主要内容包括：一是明确涉刑案件风险防控的目标和基本原则。强调涉刑案件风险防控应遵循以下原则：预防为主、关口前移，全面覆盖、突出重点，法人主责、分级负责，联防联控、各司其职，属地监管、融入日常。二是突出法人主责。明确董（理）事会、监事会、高级管理层等在涉刑案件风险防控中的职责任务，进一步明晰牵头部门、内设部门、分支机构和内审部门的职责边界。三是明确银行保险机构涉刑案件风险防控主要任务。强调银行保险机构应建立健全涉刑案件风险防控重点制度，研判本机构涉刑案件风险防控重点领域，完善涉刑案件风险防控重点措施，加强信息化建设，并及时开展涉刑案件风险防控评估。四是明确监管部门相关职责分工，提出对银行保险机构涉刑案件风险防控采取非现场监管、现场检查、行政处罚等要求。

下一步，金融监管总局将指导银行保险机构做好《办法》实施工

作，持续强化监管，全面提升银行保险机构涉刑案件风险防控工作的规范性、科学性和有效性。

附：《国家金融监督管理总局关于印发《银行保险机构涉刑案件风险防控管理办法》的通知

## 国家金融监督管理总局

金规〔2023〕10号

### 国家金融监督管理总局关于印发

### 《银行保险机构涉刑案件风险防控管理办法》的通知

各监管局，各政策性银行、大型银行、股份制银行、外资银行、直销银行、金融资产管理公司、金融投资投资公司、理财公司，各保险集团（控股）公司、保险公司、保险资产管理公司、养老金管理公司、保险专业中介机构，银行业协会、保险业协会、信托业协会、财务公司协会、保险资管业协会：

现将《银行保险机构涉刑案件风险防控管理办法》印发给你们，请遵照执行。

国家金融监督管理总局

2023年11月2日

（此件发至监管分局与地方法人银行保险机构）

## 银行保险机构涉刑案件风险防控管理办法

（国家金融监督管理总局令 2023 年第 4 号公布

自 2024 年 1 月 1 日起施行）

### 第一章 总 则

第一条 为提高银行保险机构涉刑案件（以下简称案件）风险防控水平，促进银行业保险业安全稳健运行，根据《中华人民共和国银行业监督管理法》《中华人民共和国商业银行法》《中华人民共和国保险法》等法律法规和其他相关规定，制定本办法。

第二条 本办法所称银行保险机构包括银行机构和保险机构。

银行机构，是指在中华人民共和国境内依法设立的商业银行、农村合作银行、农村信用合作社、村镇银行等吸收公众存款的金融机构以及政策性银行。

保险机构，是指在中华人民共和国境内依法设立的保险公司。

第三条 银行保险机构案件风险防控的目标是健全案件风险防控组织架构，完善制度机制，全面加强内部控制和从业人员行为管理，不断提高案件风险防控水平，坚决有效预防违法犯罪。

第四条 银行保险机构应当坚持党对金融工作的集中统一领导，坚决落实党中央关于金融工作的决策部署，充分发挥党建引领作用，持续强化风险内控建设，健全案件风险防控长效机制。

第五条 案件风险防控应当遵循以下原则：预防为主、关口前移，全面覆盖、突出重点，法人主责、分级负责，联防联控、各司其职，属地监管、融入日常。

第六条 银行保险机构承担本机构案件风险防控的主体责任。

第七条 国家金融监督管理总局（以下简称金融监管总局）及其派出机构依法对银行保险机构案件风险防控实施监督管理。

第八条 中国银行业协会、中国保险行业协会等行业自律组织应当通过加强交流沟通、宣传教育等方式，协调、指导会员单位提高案件风险防控水平。

## 第二章 职责分工

第九条 银行保险机构应当建立与其经营范围、业务规模、风险状况、管理水平相适应的案件风险防控组织体系，明确董（理）事会、监事会、高级管理层等在案件风险防控中的职责分工。

第十条 银行保险机构董（理）事会承担案件风险防控最终责任。董（理）事会的主要职责包括：

- （一）推动健全本机构案件风险防控组织架构和制度机制；
- （二）督促高级管理层开展案件风险防控工作；
- （三）审议本机构年度案件风险防控评估等相关情况报告；
- （四）其他与案件风险防控有关的职责。

董（理）事会下设专门委员会的，可以授权专门委员会具体负责案件风险防控相关工作。未设立董（理）事会的银行保险机构，由执行董事（理）事具体负责董（理）事会案件风险防控相关工作。

第十一条 设立监事会的银行保险机构，其监事会承担案件风险防控监督责任，负责监督董（理）事会和高级管理层案件风险防控履职尽责情况。

未设立监事会的银行保险机构，由监事或承担监督职责的组织负责监督相关主体履职尽责情况。

第十二条 银行保险机构高级管理层承担案件风险防控执行责任。高级管理层的主要职责包括：

- （一）建立适应本机构的案件风险防控组织架构，明确牵头部门、内设部门和分支机构在案件风险防控中的职责分工；

(二) 审议批准本机构案件风险防控相关制度，并监督检查执行情况；

(三) 推动落实案件风险防控的各项监管要求；

(四) 统筹组织案件风险排查与处置、从业人员行为管理工作；

(五) 建立问责机制，确保案件风险防控责任落实到位；

(六) 动态全面掌握本机构案件风险防控情况，及时总结和评估本机构上一年度案件风险防控有效性，提出本年度案件风险防控重点任务，并向董（理）事会或董（理）事会专门委员会报告；

(七) 其他与案件风险防控有关的职责。

银行保险机构应当指定一名高级管理人员协助行长（总经理、主任、总裁等）负责案件风险防控工作。

第十三条 银行保险机构应当明确案件风险防控牵头部门，并由其履行以下主要职责：

(一) 拟定或组织拟定案件风险排查与处置、从业人员行为管理等案件风险防控制度，并推动执行；

(二) 指导、督促内设部门和分支机构履行案件风险防控职责；

(三) 督导案件风险防控相关问题的整改和问责；

(四) 协调推动案件风险防控信息化建设；

(五) 分析研判本机构案件风险防控形势，组织拟定和推动完成年度案件风险防控重点任务；

(六) 组织评估案件风险防控情况，并向高级管理层报告；

(七) 指导和组织开展案件风险防控培训教育；

(八) 其他与案件风险防控牵头管理有关的职责。

第十四条 银行保险机构内设部门和分支机构对其职责范围内的案件风险防控工作承担直接责任，并履行以下主要职责：

- (一) 开展本条线、本机构案件风险排查与处置工作；
- (二) 开展本条线、本机构从业人员行为管理工作；
- (三) 开展本条线、本机构案件风险防控相关问题的整改工作；
- (四) 在本条线、本机构职责范围内加强案件风险防控信息化建设；
- (五) 开展本条线、本机构案件风险防控培训教育；
- (六) 配合案件风险防控牵头部门开展相关工作。

第十五条 银行保险机构内部审计部门应当将案件风险防控工作纳入审计范围，明确审计内容、报告路径等事项，及时报告审计发现的问题，提出改进建议，并督促问题整改和问责。

第十六条 银行保险机构总部案件风险防控牵头部门应当配备与其机构业务规模、管理水平和案件风险状况相适应的案件风险防控专职人员。

分支机构应当设立案件风险防控岗位并指定人员负责案件风险防控工作。

银行保险机构应当加强专业队伍建设，定期开展系统性案件风险防控培训教育，提高相关人员业务素质和履职能力。

### 第三章 任务要求

第十七条 银行保险机构应当建立健全案件风险防控机制，构建起覆盖案件风险排查与处置、从业人员行为管理、领导干部监督、内部监督检查、追责问责、问题整改、举报处理、考核奖励、培训教育等环节的全链条防控体系。前瞻研判本机构案件风险防控重点领域，针对性完善案件风险防控重点措施，持续加大信息化建设力度，及时开展案件风险防控评估。

第十八条 银行保险机构应当制定案件风险排查与处置制度，确

定案件风险排查的范围、内容、频率等事项，建立健全客户准入、岗位准入、业务处理、决策审批等关键环节的常态化风险排查与处置机制。

对于案件风险排查中发现的问题隐患和线索疑点，银行保险机构应当及时规范处置。

发现涉嫌违法犯罪情形的，银行保险机构应当及时移送公安机关等有权部门处理，并积极配合查清违法犯罪事实。

第十九条 银行保险机构应当制定从业人员行为管理制度，健全从业人员职业操守和行为规范，依法依规强化异常行为监测和排查。

银行保险机构应当加强对劳务派遣人员、保险销售人员的管理，并督促合作机构加强第三方服务人员管理。

第二十条 国有和国有控股银行保险机构应当加强对“一把手”和领导班子的监督，严格落实领导干部选拔任用、个人事项报告、履职回避、因私出国（境）、领导干部家属从业行为、经济责任审计、绩效薪酬延期支付和追索扣回等规定。

其他银行保险机构可以参照前款规定加强对董（理）事、监事和高级管理人员的监督。

银行保险机构各级管理人员任职谈话、工作述职中应当包含案件风险防控内容。对案件风险防控薄弱的部门负责人和下级机构负责人，应当及时开展专项约谈。

第二十一条 银行保险机构应当在内部监督检查制度中建立健全监督和检查案件风险防控的相关机制，组织开展相关条线和各级机构案件风险防控内部监督检查，并重点加大对基层网点、关键岗位、案件易发部位和薄弱环节的监督检查力度。

第二十二条 银行保险机构应当健全内部问责机制，坚持尽职免

责、失职追责，对案件风险防控相关制度不完善或执行不到位、案件风险应处置未处置或处置不当、管理失职及内部控制失效等违规、失职、渎职行为，严肃开展责任认定，追究相关机构和个人责任。

第二十三条 对于内外部审计、内外部监督检查中发现的案件风险防控问题，银行保险机构应当实行整改跟踪管理，严防类似问题发生。

银行保险机构应当及时系统梳理本机构案件暴露出的规章制度、操作流程和信息系统的缺陷和漏洞，并组织实施整改。

第二十四条 银行保险机构应当在举报处理制度中建立健全案件风险线索发现查处机制，有效甄别举报中反映的违法违规事项，及时采取措施处置和化解案件风险隐患。

第二十五条 银行保险机构应当将案件风险防控作为绩效考核的重要内容，注重过程考核，鼓励各级机构主动排查、尽早暴露、前瞻防控案件风险。对案件风险防控成效突出、有效堵截案件、主动抵制或检举违法违规行为的机构和个人予以奖励。

第二十六条 银行保险机构应当全面加强案件风险防控的业务培训。相关岗位培训、技能考核等应当包含案件风险防控内容。

银行保险机构应当定期组织开展案件警示教育。通过以案说法、以案为鉴、以案促治，增强从业人员案件风险防控意识和合规经营自觉，积极营造良好的清廉金融文化氛围。

银行保险机构应当将本机构发生的涉刑案件作为业务培训和警示教育重点内容。

第二十七条 银行保险机构应当依据本机构经营特点，充分识别重点领域案件风险点的表现形式，包括但不限于信贷业务、创新业务、资产处置业务、信用卡业务、保函业务、同业业务、资产管理业务、

柜面业务、资本市场业务、债券市场业务、网络和信息安全、安全保卫、保险展业、保险理赔等领域。

第二十八条 银行保险机构应当不断提高内部控制有效性，持续完善案件风险防控重点措施，确保案件风险整体可控，包括但不限于股东股权和关联交易管理、分级授权体系和权限管理、重要岗位轮岗和强制休假管理、账户对账和异常交易账户管理、重要印章凭证管理等。

第二十九条 银行保险机构应当加大案件风险防控信息化建设力度，推动内设部门和分支机构持续优化业务流程，加强大数据分析、人工智能等信息技术应用，强化关键业务环节和内控措施的系统控制，不断提升主动防范、识别、监测、处置案件风险的能力。

第三十条 银行保险机构应当建立健全案件风险防控评估机制，对照本办法要求，结合本机构实际情况，及时、全面、准确评估本机构案件风险防控有效性。评估事项包括但不限于以下内容：

- （一）案件风险防控组织架构；
- （二）制度机制建设和落实情况；
- （三）案件风险重点领域研判情况；
- （四）案件风险重点防控措施执行情况；
- （五）案件风险排查与处置情况；
- （六）从业人员行为管理情况；
- （七）案件风险暴露及查处问责情况；
- （八）年内发生案件的内设部门、分支机构或所涉业务领域完善制度、改进流程、优化系统等整改措施及成效；
- （九）上一年度评估发现问题的整改落实情况，本年度案件风险防控存在的主要问题及改进措施。

银行保险机构应当于每年 3 月 31 日前，按照对应的监管权限，将案件风险防控评估情况向金融监管总局或其派出机构报告。

#### 第四章 监督管理

第三十一条 金融监管总局及其派出机构应当将银行保险机构案件风险防控作为日常监管的重要内容，通过非现场监管、现场检查等方式加强案件风险防控监督管理。

第三十二条 金融监管总局及其派出机构案件管理部门承担归口管理和协调推动责任。

金融监管总局机构监管部门、功能监管部门和各级派出机构承担银行保险机构案件风险防控的日常监管职责。

第三十三条 金融监管总局及其派出机构应当采用风险提示、专题沟通、监管会谈等方式，对银行保险机构案件风险防控实施非现场监管，并将案件风险防控情况作为监管评级的重要考量因素。

金融监管总局及其派出机构应当及时研判并跟踪监测银行保险机构案件风险变化趋势，并对案件风险较高的机构实施重点监管。

第三十四条 金融监管总局及其派出机构应当依据银行保险机构的非现场监管情况，对案件风险防控薄弱、风险较为突出的银行保险机构，适时开展风险排查或现场检查。

第三十五条 金融监管总局及其派出机构发现银行保险机构案件风险防控存在问题的，应当依法视具体情况采取以下监管措施：

- （一）责令限期改正，并在规定时限内报告整改落实情况；
- （二）纳入年度监管通报，提出专项工作要求；
- （三）对法人机构或分支机构负责人进行监管约谈；
- （四）责令机构开展内部问责；
- （五）向有关单位或部门进行通报；

- (六) 动态调整监管评级；
- (七) 适时开展监管评估；
- (八) 其他监管措施。

第三十六条 银行保险机构应当按照本办法开展案件风险防控工作。违反本办法规定，造成不良后果的，由金融监管总局及其派出机构依据《中华人民共和国银行业监督管理法》《中华人民共和国商业银行法》《中华人民共和国保险法》等法律法规和其他相关规定予以行政处罚。

## 第五章 附 则

第三十七条 有关案件定义，适用《中国银保监会关于印发银行保险机构涉刑案件管理办法（试行）的通知》（银保监发〔2020〕20号）。

第三十八条 在中华人民共和国境内依法设立的信托公司、金融资产管理公司、企业集团财务公司、金融租赁公司、汽车金融公司、货币经纪公司、消费金融公司，保险集团（控股）公司、再保险公司、保险专业中介机构、保险资产管理公司，外国及港澳台银行保险机构，以及金融监管总局批准设立的其他金融机构，参照本办法执行。

第三十九条 本办法由金融监管总局负责解释。金融监管总局派出机构可以依据本办法制定实施细则，并报金融监管总局案件管理部门备案。

第四十条 本办法自2024年1月1日起施行。此前有关规定与本办法不一致的，以本办法为准。《中国银监会办公厅关于印发银行业金融机构案防工作办法的通知》（银监办发〔2013〕257号）同时废止。

## 涉外商事纠纷法律适用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：黄英、胡骞

日期：2023 年 11 月 20 日

法律适用是任何案件审理过程中、在查明事实之后必须触及的法律层面问题，选择正确的法律以及正确地适用法律，是查明、认定事实之后定分止争的关键环节，也是裁判获得权威性的基本保证。涉外商事纠纷因涉及冲突法规范的审查，故较之于一般国内商事纠纷而言，涉外商事纠纷的法律适用更加复杂。为依法正确适用法律以确定当事人之间的实体权利义务关系，促进涉外商事纠纷的公正解决，保障当事人权利义务的实现，本文结合司法实践中的典型案例，分析法律规范和司法实践中的审理难点，对涉外商事纠纷法律适用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 涉外商事纠纷法律适用的审理难点
- 03 涉外商事纠纷法律适用的审理思路和裁判要点
- 04 其他需要说明的问题

## 01 典型案例

### 案例一：涉外因素的认定

A、B 公司均系注册在上海自贸区的外商独资企业，A 公司作为业主方、B 公司作为承包方，签订了《货物供应合同》，合同约定：合同争议须提交新加坡国际仲裁中心进行仲裁解决；实体争议应适用中华人民共和国法律。为履行《货物供应合同》，B 公司从境外购买了合同项下的设备，并在 A 公司的大厦工地履行了交货义务。双方当事人在合同履行中发生争议，A 公司遂依据《货物供应合同》中的仲裁条款向新加坡国际仲裁中心申请仲裁，随后又向中国法院申请承认和执行该仲裁裁决。B 公司以本案不具有涉外因素、新加坡国际仲裁中心无权受理为由，对仲裁管辖权提出异议。

### 案例二：涉外商事法律关系性质的识别

C 公司在无钢材的情况下，向 D 公司谎称“货物已在装运港备妥待运”，“在我方银行收到信用证二周内交货”，促使 D 公司与其签订买卖合同。此后 C 公司收到了 D 公司指示中国银行上海分行开出的信用证，并在货物没有装船的情况下，向 D 公司提交了包括提单在内的全套伪造单据，收取了 D 公司的巨额货款。后双方发生争议，D 公司向法院提起诉讼，双方就案涉争议的法律关系性质产生分歧，C 公司认为如该案为合同纠纷，则适用最密切联系原则来确定准据法，对其更为有利，故主张该案为合同纠纷，而 D 公司认为如该案为侵权责任纠纷，则应适用侵权行为地法律，对其更为有利，故主张该案系侵权责任纠纷。

### 案例三：同案中涉及多个涉外商事法律关系的法律适用

甲为中国公民，乙系美国公民及一家美国公司的大股东。双方签订了《出资合同》并约定，由甲出资 400 万美元购买乙所持有美国公司的股份，甲的出资款到位后，乙需将甲登记为该美国公司的股东。《出资合同》中还约定，双方如就合同履行发生争议，适用中国法。甲出资后主张其并未取得该美国公司的股权，也没有获得美国公司的股东身份，并据此以乙违约为由，起诉要求乙返还其出资款并赔偿利息。乙则抗辩称，本案涉及两个法律关系，第一，关于美国公司的股东身份认定，其已经依照美国特拉华州法律将甲登记为该美国公司的合法股东；第二，关于合同履行过程中是否存在违约情形，其已经依照中国法律按约履行了合同义务，不存在违约情形，故不同意返还出资款。

### 案例四：最密切联系原则的判断

E 公司与 F 公司签订了一份买卖合同，双方当事人合同履行中发生争议。E 公司主张，当事人双方都是香港公司并在香港签订了案涉买卖合同，合同价金以港币计价和支付，中国内地仅作为该合同的履行地，故香港与合同的联系最密切。F 公司则主张判断联系的密切程度不能仅考虑联系因素的数量，该案中双方的履行行为主要发生在中国内地，因此中国内地与合同的联系最为密切。

## 02 涉外商事纠纷法律适用的审理难点

### （一）涉外因素的认定难

涉外因素，是指当事人一方或双方为外国公民、外国法人或者其他组织、无国籍人，或者当事人一方或双方的经常居所地在中华人民共和国领域外，或者标的物在中华人民共和国领域外，或者产生、变更、消灭民事关系的法律事实发生在中华人民共和国领域外，以及可以认定为涉外民事关系的其他情形。

然而实务中，如案例一注册地在上海自贸试验区的外商独资企业，虽然是中国法人，但其由外商投资，与境外投资者关联密切，其在履行合同的过程中，合同标的物的流转往往需要从境外运至自贸试验区内进行保税监管，并适时办理清关完税手续，这一流转过程也具有一定的国际货物买卖特征。因此，这些情形中蕴含的隐性涉外因素给涉外民事法律关系的认定带来一定难度。

## （二）涉外商事法律关系定性难

识别法律关系的性质，就是把需要判断的法律事实归类到一定的法律概念之下。涉外商事案件的审理中，有时会遇到中国法与外国法对某些法律事实有不同的理解或定性，甚至中国法中缺少与之相对应的某些法律概念，如英美法上的寄售制度。由于中国法与有关外国法对同一法律事实可能做出不同的分类，采用不同国家的法律观念进行识别就会导致适用不同冲突规范和不同准据法的结果，应当根据何种法律概念对有关法律事实进行归类，这就给法律关系的定性带来一定困难。

## （三）同案中多个涉外商事法律关系的法律适用难

在一个涉外案件审理中可能会涉及两个以上的法律关系，此时需

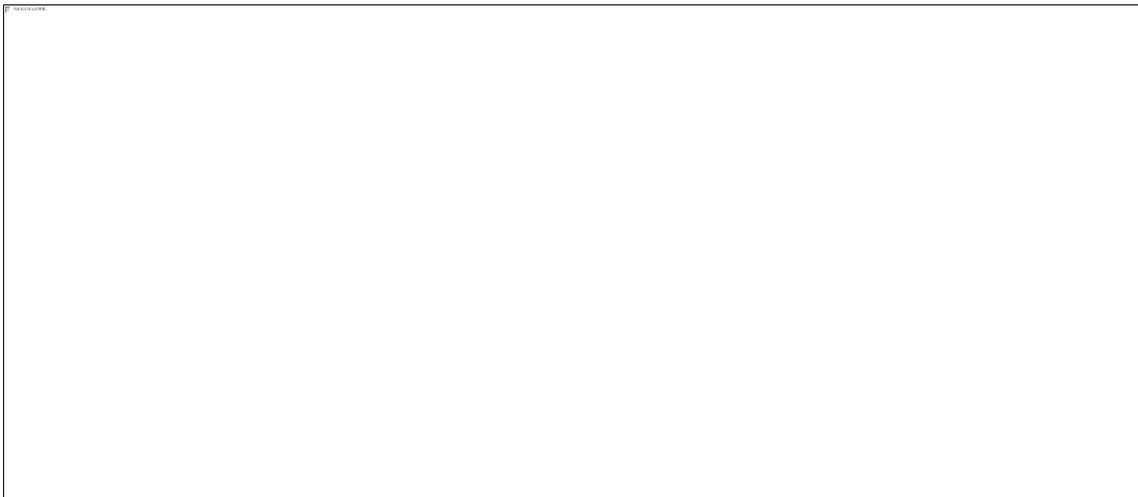
要在梳理其中所包含的多种法律关系的基础上，进而分别确定不同法律关系各自的准据法。在实务中比较常见的情况是，一个合同纠纷案件中，同时还会涉及到自然人或者法人的主体资格的认定。此时适用认定自然人或法人主体资格的准据法，与适用合同的准据法，可能会存在不一致的情况，这也给法律适用带来一些困难。

#### （四）最密切联系原则的判断难

在一般的涉外合同纠纷中，当事人可以协议选择合同适用的法律，当事人没有选择的，应适用与该合同有最密切联系的法律。一般情况下，合同的履行过程是一方当事人支付货币，另一方当事人履行一定的行为，相较之下，支付货币的行为不具有特征性，所以履行行为的当事人经常居所地就是合同的最密切联系地。然而，在上述一般规则下，也不排除需要根据双方争议的具体内容来判断另一个地点具有更密切的关系，这就给最密切联系原则的理解与适用带来一定困难。

### 03 涉外商事纠纷法律适用的审理思路和裁判要点

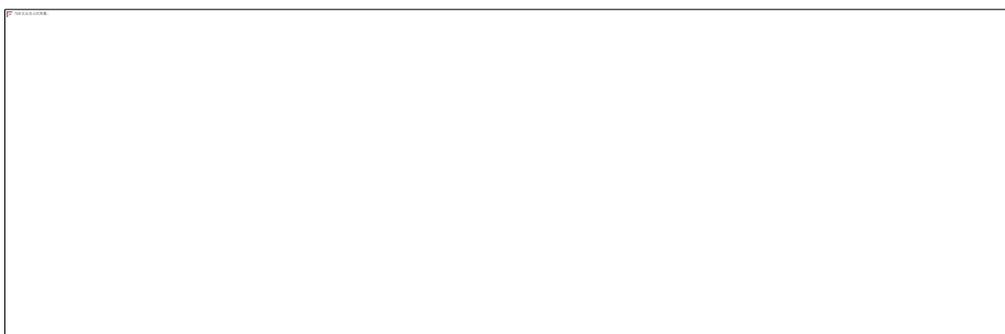
通常情况下，可以通过“三步走”的方法来理清涉外商事纠纷法律适用的审理思路：第一步审查涉外因素，第二步识别涉外商事法律关系，第三步确定适用的法律。



### （一）涉外因素的审查

涉外因素的审查，除了审查法律关系的主体，还应注意对法律关系客体和法律事实的审查。

例如，当标的物位于国外、合同在国外签订或履行、侵权行为发生在国外时，均可以认定为涉外民事法律关系。对于可以认定为涉外民事法律关系的其他情形，还可以从合同主体的性质、与境外投资者的关系、标物流转的特征等来综合判断涉外因素。



如案例一中，尽管 A 公司与 B 公司均为在中国注册的公司法人，合同约定的交货地、作为合同标的物的设备目前所在地也均在中国境内，但是 A 公司与 B 公司注册地均在上海自贸试验区区域内，且其性

质均为中国法人（外商独资企业），与境外投资者关联密切，而且本案合同的履行特征具有涉外因素，案涉设备系先从中国境外运至自贸试验区内进行保税监管，再根据合同履行需要适时办理清关完税手续、从区内流转到区外，至此货物进口手续方才完成，故合同标的物的流通过程也具有一定的国际货物买卖特征。据此，可以认定该案具有涉外因素。

## （二）识别涉外商事法律关系的性质

### 1. 识别的一般规则

《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》（以下简称“《法律适用法》”）第 8 条规定，涉外民事关系的定性，适用法院地法律。这意味着我国国际私法在立法上采纳了法院地法说。因此，法官在识别涉外商事法律关系的性质时，必须要立足于我国的法律。

### 2. 识别应尊重当事人的请求权基础

实践中，法官在法律适用过程中，究竟采取何种法律依据来识别，必须结合个案来处理，但无论采取何种标准，若当事人对此有异议时，法官需说明理由，并论证其合理性。

如案例二中，我国法院依据我国的法律观念进行识别，同时充分考虑 D 公司的选择权利，即在合同行为和侵权行为竞合的情况下，审查 D 公司提起侵权之诉还是合同之诉从而决定案件的性质。从该案的事实来看，C 公司自始至终使用欺骗手段，利用合同形式达到欺骗钱财的目的，根本就没有打算履行合同，而且 D 公司提起的也是侵权损害赔偿之诉。因此，法院将其识别为侵权责任纠纷。

### 3. 法院地法缺失情况下的识别

如果外国实体法中的某项法律制度在我国实体法中不存在与之相对应的制度，则我国法律中不存在相应的冲突规范。在处理此类问题时，法官需要在我国法律中找到与之相比最接近的法律制度，从而适用对应的冲突规范，或是找到与之相关的国际惯例来进行识别。

例如，英国法上的寄售制度，即寄售人将货物运往国外，委托当地代理商按照双方议定的条件代为销售的贸易方式。寄售并非出售，在代理商未将商品售出前，商品的所有权和各种风险仍属于寄售人，代理商的主要权利是收取佣金。中国法中没有关于寄售的法律规定，因此，需要结合寄售的特征，将其识别为中国法中与之最接近的法律制度，比如代理制度，从而确定准据法。

### （三）法律适用的一般原则

法官一般应在庭前初步判断案件的准据法，如果当事人事先未约定的，应及时征询当事人意见。准据法的确定应尽量在庭审前完成。

#### 1. 适用国际公约、条约的规定

如果涉案争议属于我国缔结或者参加的国际条约适用范围的，应首先考虑适用国际条约的规定，除非当事人依该条约的规定排除其适用。

##### （1）《联合国国际货物销售合同公约》（《销售合同公约》）

根据《全国法院涉外商事海事审判工作座谈会会议纪要》第 19 条规定，营业地位于《销售合同公约》不同缔约国的当事人缔结的国际货物销售合同应当自动适用该公约的规定，但当事人明确约定排除

适用该公约的除外。另外，根据最高人民法院指导性案例 107 号的精神，与《销售合同公约》相关的判例并非公约的组成部分，不能作为审理相关案件的法律依据。

值得注意的是，该公约只适用于买卖合同的订立和买卖双方因合同而产生的权利义务，与合同的效力无关，对于如滞纳金、计算以及违约金的衡量等问题都没有规定。因此在适用公约的情况下，法官需要提醒当事人，对于公约没有规定的内容，可以约定适用中国法作为补充。法官应当在法庭辩论终结前向当事人询问关于适用该公约的具体意见，并以书面形式记录在案。此外，在适用《销售合同公约》时还应注意各国在加入该公约时所作的保留。例如，我国对第 1 条第 1 款 b 项和第 11 条的规定作了保留。

## （2）《联合国承认及执行外国仲裁裁决公约》（《纽约公约》）

《纽约公约》处理的是缔约国之间相互承认及执行仲裁裁决的事项。该公约于 1987 年 4 月 22 日对我国生效。值得注意的是，根据《全国法院涉外商事海事审判工作座谈会会议纪要》的精神，人民法院在根据该公约审查被申请人主张的不予承认和执行仲裁裁决的事由时，仅限于《纽约公约》第 5 条第 1 款规定的法定事由范围内，超过该范围的人民法院不予审查。

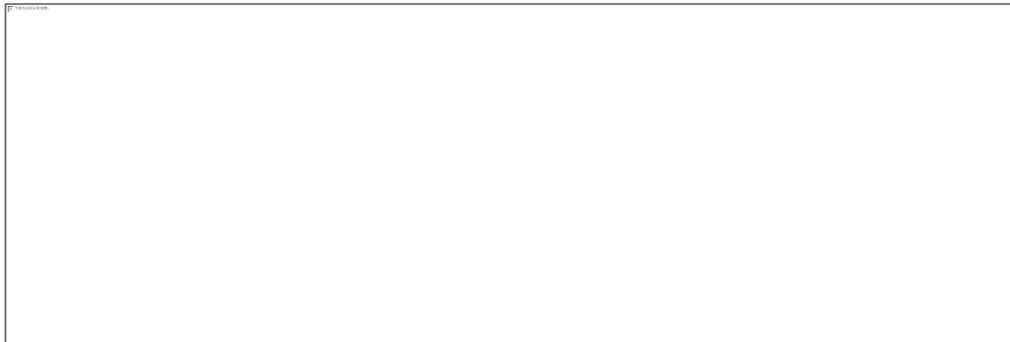
## 2. 根据我国冲突规范确定应适用的准据法

### （1）确定准据法的一般规则

涉外合同纠纷的当事人可以选择合同争议所适用的法律。当事人在合同中约定的准据法，只要不违反我国法律的强制性规定和社会公

共利益，应当作为处理案件争议的实体法律。当事人在合同中未事先约定准据法的，人民法院可以在审理过程中征询当事人的意见，当事人可以在一审法庭辩论终结前作出选择。

实践中，宜在庭前准备阶段就确定好准据法，法官可以适时地询问当事人做出选择，这在较大程度上可以解决适用外国法的困境。如当事人无法达成一致意见，人民法院应根据最密切联系原则确定合同纠纷的准据法。



在涉外侵权责任纠纷中，当事人可以协议选择适用法律。需要注意的是，该选择可以在诉讼期间进行。当事人在案件审理中就适用法律达成一致意见的，可以据此确定案件的准据法。如当事人无法达成一致意见的，首先应适用双方共同经常居所地法律；当事人无共同经常居所地的，则适用侵权行为地法律。侵权行为地法律包括侵权行为实施地法律和侵权结果发生地法律。

## （2）同案中存在多个法律关系的准据法确定

第一步，需要梳理涉外商事案件中所涉的多种法律关系；第二步，将多种法律关系逐一明确进而确定相应的准据法。

如案例三中，因为双方在《出资合同》中合意选择中国法，所以双方合同争议的准据法已经确定为中国法。然而，确认甲是否已具有美国公司股东身份的事实，是认定乙在合同履行过程中是否违约的关键，而针对美国公司的股东身份认定，应当适用法人的登记地法。因此，对于公司股东的身份认定与合同争议的审理，应分别适用美国法和中国法。该案中，由于美国公司注册于美国特拉华州，故应当适用美国特拉华州的法律规定来对这一事实进行认定。最终，法院根据特拉华州普通公司法及相关判例的规定，认定甲已经登记为美国公司的合法股东，在此基础上驳回了甲的诉请。

## （3）推定选择的情形

根据《法律适用法司法解释（一）》第6条第2款规定，各方当事人援引相同国家的法律且未提出法律适用异议的，人民法院可以认定当事人已经就涉外民事关系适用的法律做出了选择。

## （4）最密切联系原则的适用

关于最密切联系原则的适用方法，法官在适用最密切联系原则确定准据法时，应从连结点的数量和质量两个方面入手来确定最密切联系地。

在涉外合同纠纷中，当事人没有选择或选择法律无效时，合同争议应适用最密切联系原则确定法律。实务中，一般情况下合同履行是一方当事人支付货币，另一方当事人履行一定的行为。相较之下，支付货币的行为不具有特征性，通常不作为合同的最密切联系地，履行行为的当事人所在地则作为合同的最密切联系地。这与《民事诉讼法》中关于接受货币一方所在地为合同履行地的规定，在理解上是相通的。例如，买卖合同为卖方住所地，加工承揽合同为加工承揽人住所地，保证合同为保证人住所地。

由于最密切联系原则具有较大的灵活性，需要法官的主观判断来认定，因此，法官在适用最密切联系原则确定准据法时，无论采取何种方法，应充分说明是如何判断连结点的数量和质量，并通过法律论证来确保裁判的正当性和可接受性，综合确定合同的最密切联系地。

如案例四中，合同的特征性履行（即设备安装）所在地较其他联系因素（如合同订立地等）更为重要，该所在地为中国内地。在一般情况下，合同的特征性履行所在地或承担特征性履行义务的一方当事人营业所或住所所在地，可视为合同最密切联系地。通过对该案审查，中国内地相比香港或其他地区明显具有与合同更密切的关系。因此，应确定中国内地的法律是合同的准据法。

再例如，在一起涉外买卖合同纠纷中，卖方是一家德国公司，买方是一家上海公司，根据买卖合同的一般规则，德国公司是合同卖方，所以一般情况下德国应该是合同的最密切联系地。然而在审理中发现，上海公司实际是德国公司在国内的经销商，所以德国公司除了将货物销售给上海公司以外，还参与了后续的销售及售后服务环节，并对此作了很多的特别约定，而双方的争议恰恰是在上海履行的后续销售及售后环节，因此，相比德国，上海是与双方争议更密切的地点，该案应适用中国法律。

### 3. 适用国际惯例

在适用我国实体法律的情况下，如果我国法律对有关的争议事项未作规定，可以适用国际惯例。以《2020 国际贸易术语解释通则》为例，由于国际货物贸易的当事人分处不同国家，货物从一国运往另一国的途中可能会出现各种风险，导致货物发生损坏甚至灭失，而当事人由于文化差异、贸易习惯的不同，往往会因为损失的承担问题发生争执和诉讼。对此，国际商会出版了贸易术语通则，详细规定了每一种术语项下双方的责任以及风险的划分，这样在买卖双方磋商及签订合同的过程中，可以准确地引用一种术语，并且能够简单、明确地划分各自责任，最大程度上避免纠纷的发生。

### 4. 外国法的排除适用与中国法的直接适用

我国法律规定某些争议必须适用某一国法律的，则适用该国法律。如在我国境内履行的中外合资经营合同、中外合作经营合同、中外合作勘探开发自然资源合同，均应适用我国法律。

对于具有《法律适用法司法解释（一）》第8条所列情形之一，涉及我国社会公共利益、当事人不能通过约定排除适用、无需通过冲突规范指引而直接适用于涉外民事关系的法律、行政法规的规定。具体如下：

- ❖ 涉及劳动者权益保护的；
- ❖ 涉及食品或公共卫生安全的；
- ❖ 涉及环境安全的；
- ❖ 涉及外汇管制等金融安全的；
- ❖ 涉及反垄断、反倾销的；
- ❖ 应当认定为强制性规定的其他情形。

当运用具体的法律适用规则指引适用外国法时，如果该外国法的适用将损害我国社会公共利益的，应排除该外国法的适用，从而适用我国法律。社会公共利益代表公共秩序的所有方面，不能狭义理解，一般可被考量的因素有：国家主权和利益；社会公共利益；公序良俗；宪法原则等。值得注意的是，实践中法官应根据我国国家利益和具体国情，平衡好公共利益与个案公正，慎用社会公共利益原则。

例如，双方当事人签订借款合同，并将借款以赌场筹码的形式交付的，即便当事人约定适用赌博合法化国家的法律，我国法院在此情形下也应直接适用中国法，从而避免适用外国法认定赌债合法，损害我国的社会公共利益。当然，也要防止滥用社会公共利益原则，以免影响我国对外民商事正常交往和稳定。

#### 04 其他需要说明的问题

---

如果法官审理涉外商事案件所适用的法律法规，存在两种以上的合理解释，此时应当选择与我国缔结或参加的国际条约相一致的解释。

## 对涉案资金用途应进行实质审查

来源：人民司法杂志社

文/田虎

作者单位：天津市第三中级人民法院

日期：2024 年 1 月 9 日

### 【裁判要旨】

对于在企业经营中产生的经济纠纷，需要严格遵循证据裁判原则客观认定事实，在此基础上严格按照法定犯罪构成进行判断，准确把握经济纠纷与经济犯罪的界限，切实防范利用刑事手段干预经济纠纷，为企业家的生产经营活动营造良好法治环境。

### 【案号】

一审：(2019)津 0116 刑初 89 号

二审：(2022)津 03 刑终 166 号之二

### 【案情】

公诉机关：天津市滨海新区人民检察院。

被告人：张劲搏。

山西搏磊能源股份有限公司(以下简称搏磊公司)系股份有限公

司，于 2016 年 11 月 15 日注册成立。被告人张劭搏系法定代表人，实际控制该公司的经营活动。从 2017 年 1 月开始，搏磊公司向山西省清徐县鸿泽瀚洗煤有限公司（以下简称鸿泽瀚公司）租赁洗煤厂从事洗煤加工，后遇清徐县政府部门要求环保改造，经鸿泽瀚公司法定代表人刘宝忠沟通，洗煤厂在整改期间仍继续生产。2017 年底或者 2018 年初，搏磊公司不再承包洗煤厂，张劭搏继续从事农业等其他经营。

2016 年 11 月至 2017 年 1 月，搏磊公司因与山西煤炭运销集团晋中左权有限公司（以下简称左权公司）业务合作，需向左权公司指定单位供应煤炭，搏磊公司采购煤炭后均运至洗煤厂。其后，左权公司与部分指定单位产生合同纠纷，经法院判决解除合同，洗煤厂内大部分煤炭未向相关指定单位供应。在此期间，天津盛达国际贸易有限公司（以下简称盛达公司）为向首钢供应主焦煤，派员赴洗煤厂考察，并与搏磊公司洽谈业务合作。2017 年 4 月 12 日，盛达公司与搏磊公司签订采购主焦煤的框架合同，搏磊公司需向盛达公司指定客户（首钢）供应主焦煤。其后，双方签订数份补充协议或者买卖合同时，盛达公司数次变更标的物质质量标准等条款内容，并于 2017 年 4、5 月间向搏磊公司付款 1000 万元，搏磊公司未向首钢供应主焦煤。2017 年 9 月底，盛达公司中标低硫主焦煤以后，再次变更质量标准，通知搏磊公司在指定日期发货，双方未达成一致。2017 年 10 月底，搏磊公司发函与盛达公司协商解除合同事宜，盛达公司未予回函。

截至案发，搏磊公司向盛达公司退款 10 万元，剩余款项未予退还。搏磊公司将收取盛达公司的款项主要用于向左权公司退款以及日常经营，部分款项转入张劭搏名下银行卡以后，主要用于搏磊公司及张劭搏从事农业公司的日常经营等事项。

案发后，张劭搏多次表示因没有资金而无法退赔；一审期间，张劭搏为偿还所欠盛达公司购煤款，与他人达成公司并购意向，因疫情原因及张劭搏本人债务影响，尚未并购完毕；二审期间，张劭搏认可所欠盛达公司购煤款应当退还。

### 【审判】

天津市滨海新区人民法院经审理认为，在案证据存在明显矛盾，不能证实被告人张劭搏在明知没有履行能力的情况下仍采取欺骗手段与盛达公司签订煤炭买卖合同，在合同签订后拒不履行合同导致合同履行不能并恶意逃避债务的指控事实，进而不能依据现有证据认定被告人张劭搏对盛达公司支付的货款具有非法占有目的。同时，对于搏磊公司是否具备合同履行能力、是否实施了履行行为、合同未能履行的原因等问题，在案证据存在明显矛盾，不能认定搏磊公司构成单位犯罪。公诉机关指控被告人张劭搏犯合同诈骗罪，事实不清、证据不足，不予支持。经审判委员会讨论决定，依照刑法第二百二十四条，刑事诉讼法第二百条第(三)项、第一百八十五条，最高人民法院《关于适用刑事诉讼法的解释》(以下简称《刑诉法解释》)第 295 条第 1 款第(4)项之规定，于 2022 年 6 月 29 日作出一审判决，宣告被告人

张劭搏无罪。

一审宣判后，被害单位盛达公司不服，请求滨海新区检察院提出抗诉。滨海新区检察院决定提出抗诉，天津市人民检察院第三分院支持抗诉。

天津市第三中级人民法院二审认为，原审判决认定事实和适用法律正确，审判程序合法。被告人张劭搏作为搏磊公司的法定代表人，在以搏磊公司名义签订、履行合同过程中，虽与盛达公司产生纠纷并拖欠部分款项，但一审法院认定在案证据存在明显矛盾，不能认定张劭搏对盛达公司支付的货款具有非法占有目的，不能认定搏磊公司构成单位犯罪。对于起诉指控的张劭搏犯合同诈骗罪，依照刑事诉讼法第二百条第(三)项等规定，作出证据不足、指控的犯罪不能成立的无罪判决，符合法律规定与客观实际，应予维持。经审判委员会讨论决定，依照刑事诉讼法第二百三十六条第一款第(一)项之规定，天津三中院于2022年12月29日作出二审裁定，驳回抗诉，维持原判。

### 【评析】

近年来，依法保护产权、平等保护企业家合法权益受到各方高度关注，最高法院为贯彻中央文件精神，专门下发了《关于充分发挥审判职能作用为企业家创新创业营造良好法治环境的通知》（以下简称《通知》）等规范性文件，要求坚决防止利用刑事手段干预经济纠纷，严格有关犯罪的构成要件，防止随意扩大适用。在具体办案中落实上述精神和要求，需要办案人员既能严格遵循证据裁判原则准确认定事实

实，又能严格按照法定犯罪构成要件，正确适用法律，避免将经济纠纷作为刑事犯罪论处，真正实现惩罚犯罪、保护人民的刑法目的，同时也有利于法治化营商环境的优化和改善。

### 一、对于在企业经营中产生的经济纠纷，需要严格遵循证据裁判原则客观认定事实，避免因事实认定不准确造成误判

在企业产生经济纠纷以后，双方往往各执一词，给查清案件事实造成一定困难。与民事诉讼的证明标准不同，当纠纷一方通过向公安机关报案并且启动刑事诉讼程序以后，就需要按照排除合理怀疑的刑事证据标准认定案件事实，并由控方承担被告人有罪的举证责任。这就要求办案人员客观公正地审查核实证据，严格遵循证据裁判原则认定案件事实，最大限度确保所认定的案件事实符合客观真相。

通过将本案的起诉书与生效裁判进行对比，可以发现法院认定的案件事实与检察机关的指控事实存在较大差异。检察机关指控被告人张劭搏在没有履行能力的情况下以名下公司对外签订合同，并将所获款项用于偿还个人债务、挥霍消费及公司日常经营使用，导致合同无法履行且拒不退还款项，造成巨大损失。客观地讲，上述指控事实与合同诈骗罪的犯罪构成是存在一定程度契合的。但是，法院经过对包括辩方证据在内的全案证据进行审查以后，对起诉指控的事实在以下方面进行了修正：

对于被告人的主体身份情况，二审法院依照在案的工商登记等证据，对张劭搏担任法定代表人的8家公司予以客观认定。在这个问题

上，起诉指控时仅认定张劭搏系涉案搏磊公司的法定代表人，考虑到民营企业名下有多家公司的情况比较普遍，在通过涉案资金的去向审查被告人有无非法占有目的时，就需要考虑被告人是否将所得款项用于名下其他企业经营，在无法认定被告人具有专款专用义务的情况下，将用于名下其他企业经营的款项与用于偿还个人债务、挥霍消费等明显具有非法占有目的用途等量齐观，并不妥当。基于上述考虑，有必要准确查明涉案企业家名下公司的具体情况。

对于涉案企业的经营情况，法院关注到搏磊公司曾与其它单位进行业务合作的情况对于案件定性具有重要影响，起诉指控时对此没有给予应有的重视。有鉴于此，二审裁定专门列举了搏磊公司与其它单位业务情况的定案证据，客观认定了搏磊公司在租赁洗煤厂从事洗煤加工期间，虽遇到当地政府部门要求环保改造，但并未因此处于停产状态，而是经沟通后在整改期间仍继续生产。在与盛达公司进行业务合作以前，搏磊公司因与左权公司业务合作，需向左权公司指定单位供应煤炭，为此搏磊公司采购煤炭运至洗煤厂，后因左权公司与部分指定单位产生合同纠纷，洗煤厂内大部分煤炭未向相关指定单位供应。由此可见，搏磊公司是在洗煤厂内具有相当数量的库存煤炭且具有继续生产能力的情况下与盛达公司开展业务合作的，与在没有实际能力的情况下实施合同诈骗行为具有本质区别。

对于涉案合同的签订、履行情况，检察机关主要采信盛达公司人员所述情况，指控张劭搏的行为导致合同无法履行，即张劭搏在库存原煤无法保证合同履行等情况下，虚构事实、隐瞒真相骗取盛达公司

一再转款，收取货款后没有用于履行合同，却在公司资金紧张时变卖了库存煤炭，致使合同无法履行。但是，本案系因盛达公司人员向公安机关报警而案发，案件处理结果与盛达公司具有利害关系，所以在采信盛达公司人员所述情况时，需要考虑与其他证据之间的印证情况，特别是在当事公司双方人员所述情况存在重大差异时更应如此。经过对在案证据综合研判，法院发现盛达公司在签订合同前曾派员进行实地考察并洽谈业务合作，其间对搏磊公司的库存原煤、生产能力等情况并未提出异议；在与搏磊公司签订采购主焦煤的框架合同后，盛达公司在双方后续签订补充协议或者买卖合同时数次变更标的物质质量标准等条款内容，在双方就发货日期未达成一致的情况下，搏磊公司发函与盛达公司协商解除合同事宜，盛达公司并未回函。查明上述情况对于判断能否将合同无法履行的责任完全归咎于搏磊公司一方具有重要意义，并对案件的定性产生重要影响。

对于涉案资金的去向和用途，检察机关根据银行交易记录显示搏磊公司将款项转入其他公司、个人账户认定张劭搏将涉案资金用于偿还个人债务及公司日常使用，并将搏磊公司转入张劭搏个人账户的186万元认定用于个人消费等。对此，法院认为在考察涉案资金去向时，不仅需要考察涉案资金流入哪些账户，还需要进一步考察涉案资金流入相关账户之后的实际用途，用以判断张劭搏是否将涉案资金用于个人用途。经过审查涉案资金流入相关账户后的支出情形，结合向相关账户所涉人员进行核实的情况，能够印证张劭搏所述涉案款项均用于公司用途；直接流入张劭搏个人账户的款项，大部分资金使用情

况亦与张劭搏所述的公司经营等事项相符，剩余少部分款项虽然没有证据显示具体用途，但结合搏磊公司对外转账总额已经超过所收盛达公司的款项数额，而该少部分款项已为超过盛达公司款项部分所覆盖，无法认定其来源于盛达公司的支付款项。在此情况下，法院对涉案资金的去向和用途予以客观认定，没有支持检察机关有关张劭搏将货款用于偿还个人债务、挥霍消费的指控。

准确认定案件事实是正确适用法律的前提和基础，而在客观公正地审查核实证据基础上严格遵循证据裁判原则是准确认定案件事实的唯一途径。法院在办理本案过程中，通过对控辩双方出示的证据进行梳理和分析，分别从案件侦查及被告人主体身份、搏磊公司与左权公司等单位业务情况、盛达公司与搏磊公司签订履行合同、盛达公司与搏磊公司产生纠纷以及涉案资金去向等 5 个方面对查证属实的证据予以认证，对起诉指控事实进行了重大调整，为接下来准确认定案件性质打下坚实的事实证据基础。

## **二、对于在企业经营中产生的经济纠纷，需要严格按照法定犯罪构成正确定罪与非罪，切实防范利用刑事手段干预经济纠纷**

企业家在捕捉和实现商业机会的过程中，与其他主体产生经济纠纷的情况时有发生，现代社会也为解决经济纠纷提供了较为完善的法制保障。刑法作为规定犯罪、刑事责任与刑罚的法律，有其特定的适用范围，在解决经济纠纷时必须摒弃刑法万能的不正确观念和做法。犯罪构成作为依照刑法规定决定某一具体行为的社会危害性及其程

度而为该行为构成犯罪所必需的一切客观和主观要件的有机统一，为划分罪与非罪界限提供了具体标准，应予坚守。正是在这个意义上，《通知》明确提出要严格合同诈骗罪的构成要件，防止随意扩大适用；对于在合同签订、履行过程中产生的民事争议，如无确实充分的证据证明符合犯罪构成的，不得作为刑事案件处理。作为发生在合同签订、履行过程中的诈骗犯罪类型，合同诈骗罪在客观上需要具备虚构事实、隐瞒真相的诈骗行为，主观上需要具备非法占有目的，对于不完全具备上述要件合同纠纷，依法不能以合同诈骗罪论处。本案系因与搏磊公司有业务关系的盛达公司人员报警而案发，法院在准确认定案件事实的基础上，经过多个方面的慎重考虑，认为在案证据难以证实张劭搏具有构成合同诈骗罪所必须的上述要件，从而以证据不足依法宣告张劭搏无罪，有效防范了利用刑事手段干预经济纠纷现象的发生。

刑法第二百二十四条将合同诈骗罪中虚构事实、隐瞒真相的客观行为予以类型化，有学者将其归纳为虚构合同主体、虚设担保、设置陷阱、卷款逃跑以及其他方法等5种类型。从检察机关的指控情况来看，主要涉及对于张劭搏公司一方履行能力、告知义务以及未履约原因等方面的判断。

从履行能力情况来看，搏磊公司在与盛达公司开展业务合作之前，因与左权公司的业务合作未能按约履行而存有相当数量的库存煤炭，虽然库存煤炭的数量尚不足以履行与盛达公司业务合作所需，但搏磊公司具有持续购煤的客观行为，而且盛达公司派员在洗煤厂考察

了一周左右的时间，难以从库存煤炭数量得出没有实际履行能力的唯一排他性结论。对于环保政策及断电等是否对履行合同产生重大影响的问题，根据洗煤厂主的证言，环保部门虽有过断电，但经其与环保部门沟通，环保部门同意洗煤厂边生产边整改，所以断电并未影响洗煤厂继续生产经营。该段证言内容也得到了当时缴纳电费发票记录的印证，故难以从环保整改影响方面得出没有实际履行能力的唯一排他性结论。综合判断，根据证据无法认定张劭搏在没有实际履行能力的情况下采用部分履行等方法实施诱骗的设置陷阱行为。

隐瞒真相的诈骗方法以被告人具有披露真相的义务(告知义务)为前提，而对于认定是否存在告知义务仍然需要严格依法判断，避免出现认定泛化。在办理本案过程中，有的办案人员提出，张劭搏明知环保政策以及断电等将对履行合同产生重大影响而故意隐瞒，据此认定构成隐瞒真相。但是如前所述，洗煤厂虽然遇到环保改造，但在经过沟通后仍能继续生产，而在认定环保整改对于合同履行产生重大影响的证据又不充分的情况下，再要求张劭搏对环保整改事宜负有向合同相对方予以告知的义务明显不妥，以此为前提指控张劭搏具有隐瞒真相的诈骗行为难以成立。除此之外，还有意见提出，张劭搏在以公司名义与盛达公司进行业务合作时，隐瞒了自身资金链存在的问题的事实，在案证据也能显示张劭搏在与其他公司合作时，总是宣称公司实力雄厚，与真实情况存在一定差异。但是从在业务合作中的地位来看，张劭搏公司对盛达公司没有付款义务，即使对于自身资金链的问题有所隐瞒，也无法认定张劭搏有向合同相对方如实告知自身资金链情况

的义务，从而无法依此认定构成隐瞒真相的诈骗行为。

从未履约的原因来看，虽然张劲搏公司在资金链紧张的情况下将库存煤炭降价处理，但是将未履约的原因完全归咎于张劲搏公司一方并不客观。从前述查明的合同签订、履行情况来看，盛达公司多次变更标的物质质量标准条款内容等情况对于合同最终未能如约履行具有重要影响，在双方产生合同纠纷的情况下，盛达公司对于搏磊公司发函协商解除合同事宜又不回函，即使后来盛达公司遭受财产损失，也不能将合同未履行的原因完全归咎于张劲搏及其公司，也就难以通过在案证据认定张劲搏实施了虚构事实、隐瞒真相的诈骗行为。

刑法第二百二十四条将非法占有目的明定为合同诈骗罪的主观要件，实践中一般通过查明资金流向来判断非法占有目的能否认定。法院之所以对于能否认定张劲搏具有非法占有目的作出与检察机关不同的认定，主要原因就在于对资金流向查明程度不同。经过对涉案资金去向的证据进行审查，法院发现检察机关指控张劲搏将涉案款项用于偿还个人债务或者个人消费的依据就是相应资金从公司账户转入相关个人账户，而对于款项转入个人账户后的用途则在所不问，如此判断是否具有非法占有目的难免有失偏颇。基层民营企业发展不健全、财务管理不规范是我们面临的基本国情，这就意味着不能简单以资金流向是否符合财务会计准则为标准作出最终判断，而必须通过对资金用途进行实质审查，从而确定能否得出具有非法占有目的的唯一排他性结论。对于涉案款项在流入相关个人账户以后的用途，侦查机关择要向相关证人进行了核实，相关款项均用于公司用途；对于部分

款项用途，侦查机关虽未给出明确结果，但在辩方主张所涉款项均用于公司用途并且否认用于偿还个人债务、挥霍消费的情况下，结合前述侦查机关择要核实结果等情节，检察机关依法负有继续举证证明张劭搏将相关款项用于偿还个人债务、挥霍消费等用途的责任。

法院在认定检察机关因证据不足、指控的合同诈骗罪不能成立的情况下，还需进一步确定具体的结案方式。根据《刑诉法解释》第295条规定，证据不足，不能认定被告人有罪的，应当以证据不足、指控的犯罪不能成立宣告被告人无罪；但是对于告诉才处理的案件，应当裁定终止审理，并告知被害人有权提起自诉。考虑到结案方式的不同，需要在认定检察机关指控的公诉罪名不能成立的情况下，对于指控事实是否构成自诉罪名作出判断。本案中，张劭搏将盛达公司数额巨大的款项自行支配且长期未予归还，需要考虑是否具有成立侵占罪的可能。但是，经过考察，涉案款项主要用于企业生产经营，认定挥霍消费的证据不足，而且张劭搏不但没有拒不退还的主观表示和客观行为，反而还有为偿还所欠盛达公司购煤款而与他人达成公司并购意向等行为，虽然受多种因素影响尚未并购完毕，但已经对侵占罪的认定构成事实证据的障碍。综合考虑，法院参考相关法律条文表述，在对涉案经济纠纷客观定性的基础上，依法作出证据不足、指控的犯罪不能成立的无罪判决。

从办案效果的角度来看，张劭搏名下有多家公司，涉及煤炭、农业等多种业态，法院依法审判对于切实防范利用刑事手段干预经济纠纷现象的发生具有重要意义，也有利于为企业家的生产经营活动营造

良好法治环境。同时也应注意到，党和国家在保护民营企业产权和企业  
企业家权益方面的政策已通过多种制度措施的适用而渐趋完善，对于营  
商环境的优化作用同样不可低估。在办理本案的过程中，张劭搏在被  
传唤到案以后，仅被实际羁押约一周的时间就因检察机关不批准逮捕  
而被释放。在此后长达 4 年多的办案过程中，张劭搏未被采取羁押性  
强制措施。由此可见，在法律允许的范围内积极稳妥适用变更强制措  
施等制度，能够将案件办理对所涉企业的影响降到最低限度，从而避  
免办理一个案子搞垮一个企业的现象发生，有利于良好办案效果的实  
现。

（案例刊登于《人民司法》第 35 期）

## 赔礼道歉的强制执行规则

来源：人民司法杂志社

作者：周青松 谢天宇

作者单位：上海市闵行区人民法院

日期：2024 年 1 月 24 日

### 【裁判要旨】

赔礼道歉义务的强制执行，既需要柔性的道德唤醒，也可以采取适当的间接执行措施，但是各措施应该梯次适用、循序渐进。首先应该是以柔性的释法说理和道德唤醒启迪良知，让被执行人真诚悔过，主动赔礼道歉，修复申请人的精神性损害。其次，如果释法说理不奏效，可以采取适当的间接执行措施，倒逼被执行人赔礼道歉，实现次等的“不真诚的赔礼道歉”。最后，通过替代履行的方式，刊登赔礼道歉公告或者判决书，以替代的方式宣示正义。

### 【案号】

执行：（2023）沪 0112 执 4942 号

### 【案情】

申请执行人：王某某、高某。

被执行人：龚某。

王某某、高某夫妇与龚某系邻居，双方因邻里琐事产生矛盾。2022年6月，龚某在小区成员达百余人的“互帮互助群”和“邻里互助群”微信群内，发布针对王某某夫妇家庭生活、子女教育及道德品行方面的言论。王某某、高某认为龚某的言论给其造成了精神痛苦，导致了其社会评价降低、名誉受损等后果，向法院提起名誉权纠纷诉讼，请求判令龚某在上述微信群内公开赔礼道歉，并赔偿精神损害抚慰金。

上海市闵行区人民法院经审理认为：龚某在百余人的小区微信群内发布针对王某某、高某夫妇的涉案言论，易使涉案微信群内的其他成员陷入错误判断，造成其人格受贬损、名誉被诋毁及社会评价降低的后果，故认定龚某发表的涉案言论构成侵犯王某某、高某名誉权，判决龚某在涉案两个微信群内以书面形式公开赔礼道歉，并赔偿精神损害抚慰金 1000 元。

判决生效后，龚某履行了赔偿精神损害抚慰金义务，但判决确定进行赔礼道歉的微信群之一已经解散，赔礼道歉义务尚未履行，因此王某某、高某向闵行区法院申请执行。

### 【审判】

由于有一个微信群已经解散，赔礼道歉的一项内容无法完全按照判决实现，经协商，各方达成一致意见：由被执行人龚某书写致歉函，经法院审核后，于现存微信群、1-12 层每户居民、楼道口进行书面道歉。在执行法官见证下，龚某逐户上门说明情况，同时在楼道口张

贴致歉公告。

## 【评析】

赔礼道歉，是一个除了关涉宪法和民法，还旁及强制执行法和证据法，并涉及法律与道德的复杂关系；是一个既需要关照传统，又需要考量现代需求，既需要寻求法理上的正当性，又需要兼顾司法实践操作性的涉及大量价值判断的综合问题。赔礼道歉如何强制执行，是执行工作所面临的一项重要课题。

### 一、赔礼道歉的制度功能

将赔礼道歉作为一种承担民事责任的方式明文规定，乃是基于传统观念和当前社会需要的考虑。传统的中国社会崇尚礼制，“以礼入法”“出法入礼”构成了传统中国社会治理的一项基本特征。因此当出现“失礼”之时，便需“服礼”，而“服礼”的主要途径就是赔礼道歉。赔礼道歉制度可以说是古已有之，赔礼道歉的法律化是因袭中国传统文化的当然结果，而非只是某一个特定历史时期的应急反应。

赔礼道歉制度广泛存在于我国法律规范之中，是一种在我国公法、私法领域广泛存在的责任方式。首先，赔礼道歉广泛存在于私法规范之中。民法通则第一百二十条规定了赔礼道歉，民法典沿袭了民法通则的规定。食品安全法第一百四十一条、著作权法第五十二条、消费者权益保护法第五十条等都规定了赔礼道歉责任。其次，赔礼道歉还存在于公法之中。国家赔偿法第三十五条、治安管理处罚法第一百一十七条、公务员法第一百一十条、法官法第六十五条、检察官法

第六十六条、监察官法第六十五条等诸多公法中，也规定了赔礼道歉责任。

在责任体系中，有财产性责任和非财产性责任之分，赔礼道歉便属于一种非财产性责任。非财产损害应该用非财产赔偿的方式解决，其路径在于扩大解释恢复原状的适用范围，赔礼道歉责任即属非财产性之恢复原状赔偿方式。金钱并不能抚平一切伤痕，“只为讨个说法”的秋菊们大有人在。

赔礼道歉有利于修复受害人所受到的精神性、人格性损害，在修复人格尊严损害方面具有不可替代的功能作用。纠纷的实质是权利的冲突，其起因于自己的权利受到了伤害。当一个非正义的行为给自己的权利造成了伤害，受害者就会感到愤恨，进而产生所谓的“气”。赔礼道歉则恰好为受害人发泄愤恨这一情感提供了途径，有利于其化解怨气，疏导矛盾。据心理学研究证实，即使是一个违心的、并不真诚的道歉，也能发泄受害人的怨恨，所以说，赔礼道歉对于抚慰、平复受害人的感情创伤，具有特殊的作用。

## 二、赔礼道歉的权利冲突

赔礼道歉的具体内涵究竟为何，有不同的定义和说法。有人认为，一个完整的道歉应该包括5个要素：承认事已发生，承认事不妥当，承认自己对行为负有责任，表示后悔的态度和悔恨的情感，表示类似行为将来不再发生。具有共识的是，赔礼道歉应该包括承认错误、表示歉意。

于是，完成一个真正意义的、完完全全的赔礼道歉，不仅仅表现于语言文字的意思表达，更在于内心的真诚悔过。言论既是侵害人格权的手段（主动言论侵害人格），也是保护人格权的手段（强迫言论恢复人格）。赔礼道歉包含认错并向对方表示歉意的内涵，这涉及行为人内在精神自由，也涉及纯粹消极层面的不表达的自由。于是有观点就提出，言论自由与人格权保护存在冲突，包括表意自由与人格权保护的冲突、不表意自由与人格权保护的冲突，二者皆属于基本权利冲突。判决加害人向受害人赔礼道歉无法强制执行，且对赔礼道歉间接强制执行违宪。

同时，消除影响、恢复名誉针对的是诽谤，是事实陈述问题，赔礼道歉针对的是侮辱，是意见表达问题；前者可以强制被执行人澄清事实而还原真相，后者无法强制被执行人真诚悔过并致歉。就侵权人而言，之所以会主动进行道歉，其心理上的出发点主要是良心，而良心无法强制。

正因为上述质疑和问题，在赔礼道歉制度的探讨过程中，赔礼道歉的执行问题就一直横亘在赔礼道歉制度的发展完善过程之中。其实，任何形式的法律责任都不免存在为义务人所不愿接受的强制性。在金钱之债执行中，会对责任人的财产进行控制，限制其处分自由。强制扣划、拍卖财产，强制剥夺财产所有权清偿债务，实际上也就意味着限制了他的自由。正如萨维尼所言：债的本质在另一方面而言，便是对自由的限制，即依附于另一方的意志。只是赔礼道歉涉及言论自由、道德良心，学者对执行之困就更加关切。

从实际情况来看，赔礼道歉是一个不易实现的目标。一方面，赔礼道歉系针对侵权人的人身设定的责任，需由侵权人亲自履行，而针对人身的责任承担方式难以通过强制执行的方式实现。另一方面，强制执行需要考虑对侵权人人格权益的影响。在中国社会的观念中，赔礼道歉是一件很没面子的事情，很多侵权人宁愿罚款也不愿赔礼道歉。曾经引起社会广泛关注的庄羽诉郭敬明等著作权纠纷案中，就出现了这种情况。判决生效后，郭敬明向庄羽支付了 20 万元的经济损失及 1 万元的精神损害抚慰金。但却公开表示，绝不会赔礼道歉。直到十余年后的 2020 年 12 月 31 日，郭敬明主动在微博上向庄羽道歉。

### 三、赔礼道歉的执行规则

赔礼道歉如何执行，实体法上有所涉及，但是在程序法上却没有直接规定。

#### （一）实体法规范

在实体法上，除了赔礼道歉，尚没有其他制度规定了如何强制执行的问题。早在 1993 年的最高人民法院《关于审理名誉权案件若干问题的解答》中规定，人民法院可以采取公告、刊登判决的方式恢复名誉和消除影响，但该司法解释并未指出这些措施同时也是赔礼道歉的执行方式。消除影响、恢复名誉是一种澄清事实行为，针对的是不实陈述，消除影响与赔礼道歉是两种不同的民事责任。2014 年最高法院《关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第 16 条则明确了赔礼道歉可以采取在网络上发布公

告或者公布裁判文书等合理的方式执行。民法典第一千条沿袭了这一规定。

## （二）执行法规范

从执行法的角度来看，赔礼道歉作为一种行为义务，主要包括如下执行手段和方法。

第一，支付迟延履行金。民事诉讼法第二百六十条规定，被执行人未按判决、裁定和其他法律文书指定的期间履行非金钱义务的，应当支付迟延履行金。这是通过金钱罚的方式倒逼债务人履行义务，具有弥补权利人损失和对义务人惩罚的双重功能。

第二，限制高消费。根据最高法院《关于限制被执行人高消费及有关消费的若干规定》第1条规定，被执行人未按执行通知书指定的期间履行生效法律文书确定的给付义务的，人民法院可以采取限制消费措施。该处的给付义务，既包括金钱给付义务，也包括行为义务。限制消费措施不仅仅具有财产保全的功能，还具有督促履行的功能。如果被执行人拒不赔礼道歉，可以对被执行人采取限制消费措施。

第三，司法制裁措施。民事诉讼法第一百一十四条规定，拒不履行人民法院已经发生法律效力的判决、裁定的，人民法院可以根据情节轻重予以罚款、拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任。通过制裁措施，对藐视司法权威的行为予以制裁，维护司法裁判的权威性、公正性。故意不赔礼道歉，是对司法权威的不尊重，可以采取罚款、拘留等制裁措施。

## 四、赔礼道歉的执行方式

赔礼道歉中的赔礼，是指向人施礼认错；道歉是指表示歉意。在执行程序中，最理想的目标是通过各种执行方法，让义务人承认错误，表示歉意，请求谅解。在无法实现理想目的的情况下，才考虑次等状态。

### （一）释法说理、道德唤醒

赔礼道歉是发自加害人内心的良知表现。一般来说，当人们违背道德原则和法律规范行事，他们通常会受到道德和良心的谴责，从而产生负罪感和耻辱感。在负罪感、耻辱感的激发下，进而对被害人承认错误、表达歉意。良知是社会正义的必要土壤，良知也是个人追求良好的外在自我形象的源动力。法治不只是冰冷无情的规则、裁判与惩罚，法治的实现还需要唤醒良知、重建道德和确立信仰。在强制执行阶段，应该努力唤醒被执行人这种负罪感和耻辱感。当被执行人的良知、负罪感唤醒之时，赔礼道歉就自然而然得以履行。比如，执行法官通过多沟通，释明不履行生效法律文书确定的义务需要承担的法律后果，让被执行人意识到自己的行为对申请人造成的伤害，并最终写下道歉声明。

### （二）间接督促、倒逼履行

良知的发现，仅以柔性的劝说可能无法奏效，此时，就应让侵害人受到法律的强制，通过法律手段强制其悔过。人的内心无法通过直接措施来改变，只能通过外力作用于内心，这就需要借助间接执行措施。间接执行措施通过使侵害人负担一定的不利法律后果，以迫使其履行义务。强制可能是心理性质的，也可能是有形的；可能是直接产

生作用的，或间接产生作用的。

奏效的情况下，对被执行人施以间接强制，让被执行人被迫赔礼道歉，也是一种接近最佳状态的手段。即便被迫道歉与赔礼道歉的本旨有一定出入，不是完满的道歉，然而从心理学上来看，即使是一个违心并不真诚的道歉，也能发泄受害人的怨恨，能够抚慰受害人的心灵。但是，间接强制的手段方式应该贯彻比例原则，实现执行目的和手段的平衡。在现行规范基础上，可以通过如下手段和方式来督促被执行人自动赔礼道歉：

第一，采取限制消费措施。限制消费措施对被执行人施以不便，倒逼债务人履行义务，而且限制消费措施并非苛刻的执行措施，是一种金钱债务执行中常见的措施。第二，处以迟延履行金。迟延履行金一方面具有补偿受害人的功能，还有倒逼被执行人履行义务的功能。问题在于，如果被执行人一直不履行义务，是否应该持续计算迟延履行金？抑或仅计算一段时间的迟延履行金？笔者认为计算一定时间内的迟延履行金为宜，防止被执行人义务过重而导致新的不公平。第三，增加替代履行的成本。法律虽然规定了替代履行的方式，然而成本不同，也会对被执行人产生影响。如果刊登判决的成本高于刊登赔礼道歉公告的费用，那么义务人有可能在功利的驱动之下，选择刊登赔礼道歉公告。

### （三）替代履行、宣示正义

消除影响、恢复名誉针对的是诽谤，是事实陈述问题；赔礼道歉针对的是侮辱，是意见表达问题。前者可以强制被执行人澄清事实而

还原真相，后者无法强制被执行人真诚悔过并致歉，只能通过判决宣示正义。由此可以看出，刊登公告和判决书，并不是被执行人内心意思的表示，与赔礼道歉相差较大。但是之所以能够作为一种替代方式，主要是起到了宣示正义、谴责侵权人的作用，通过另外的方式，给予受害人以心理抚慰。

从学理上来看，对于赔礼道歉的替代执行方式，有以下3种：法院公布判决书内容、法院公布道歉声明、受害人发布谴责声明。由于民法典并未细化公告内容，而且还有“等”作为兜底，执行实践中可以探索出一些更加符合个案情况、恢复受害人心理的执行方式，比如本案中在适当场所张贴公告和发布道歉声明。

#### （四）制裁措施、谨慎适用

根据执行法的规则，被执行人不履行义务时，可以施以罚款、拘留，情节严重的，还可以追究刑事责任。这些措施，是针对情节恶劣，故意藐视司法权威，损害司法公信力的恶劣行为。在赔礼道歉案件中，是否可以适用罚款、拘留等执行措施，有不同的观点。一种观点认为，既然法律已经拟制了登报公告等方式的替代执行方法，那么就不应该再对被执行人处以强制执行措施。另一种观点认为，登报等方式主要是给申请执行人一种替代性的救济措施，登报公告以后，申请人的名誉得到了一定恢复，但是被执行人的主观恶意仍然没有改变，申请人的心理抚慰并没有完全实现。有时候，赔礼道歉不是为了恢复名誉，主要是抚慰申请人的心理。

笔者认为，虽然赔礼道歉只是一句话的事情，然而背后涉及的是良心自由、人格自由等基本权利，因此，在被执行人不履行赔礼道歉义务时，可以谨慎苛以罚款、拘留等处罚，但是不得随意追究刑事责任。一方面，赔礼道歉对于被执行人而言，属于有能力履行而拒不履行。赔礼道歉不存在执行不能，只是被执行人没有履行意愿。对于这种不尊重判决、不及时履行义务的行为，法律应该予以否定性评价，并且给予相应处罚。对被执行人罚款、拘留，是对被执行人拒不履行义务的处罚，与通过替代方式恢复申请执行人的名誉并不冲突。另一方面，处罚行为并非针对替代履行以后的行为，而是针对替代履行之前的行为。通过替代方式履行登报公告以后，债务人的债务内容就从行为之债转换为金钱之债了，再对其进行处罚就没有了依据。

#### （五）梯次适用、循序渐进

从前文分析可以看出，赔礼道歉义务的强制执行程序中，可以适用的执行方法既包括柔性道德唤醒，也包括一定的间接执行措施。这些方法的目的是抚慰受害人的心灵，修复受害人所受到的精神性、人格性的损害。值得思考的问题是，上述措施在适用之时顺序如何？是否可以并用？

笔者认为，各措施应该梯次适用、循序渐进。首先应该是以柔性的释法说理和道德唤醒启迪良知，既能够让被执行人真诚悔过，又能主动赔礼道歉，修复申请人的精神性损害。其次，如果释法说理不奏效，被执行人一直拒不道歉，此时就要通过一些间接措施，倒逼被执行人赔礼道歉，实现次等的“不真诚的赔礼道歉”。再次，采取一定

---

间接执行措施以后仍未赔礼道歉，就应该通过替代履行的方式，刊登公告或者判决书，以替代的方式宣示正义。

（案例刊登于《人民司法》2024 年第 02 期）