



中国肉类协会 牛人俱乐部分会法律周刊

卷语：

亲爱的牛人分会朋友们：本期法律资讯供大家参考！

一、行业聚焦

《数据出境安全评估办法》建立了数据出境的企业风险自评估（第五条）与国家安全评估（第八条）相结合的出境评估要求，而且风险自评估阶段重点事项在安全评估阶段均有涉及，这就使需要进行出境安全评估的企业，开展数据出境风险自评估成为其向境外提供数据的必经之路。因此，对此类企业提出的必备能力和要求之重点，就是具有相应的人员、工作机制和能力，可以（1）进行数据出境资产摸排，判断拟出境数据的性质和出境必要性；（2）对出境方式、数据数量、数据属性进行充分综合判断，制定数据出境计划；（3）具备数据安全风险评估与审计机制，以及个人信息对外提供的影响评估机制；（4）具备与数据接收方谈判能力并签署符合要求的数据安全责任条款或合同；最终形成数据出境风险自评估报告。数据处理者要把握和利用好9月1日施行前的时间以及6个月的整改窗口期，盘点清楚自身涉及



数据出境的业务及相关数据情况，尽快满足《数据出境安全评估办法》的合规要求。

二、推荐阅读

一、数据出境新政开启企业自治与监管创新的双重奏——新政适用概述和企业应对准备

【摘要】近期，《数据出境安全评估办法》（下称“《评估办法》”）、《个人信息跨境处理活动安全认证规范》（下称“《认证规范》”）及《个人信息出境标准合同规定（征求意见稿）》（下称“《标准合同规定（征求意见稿）》”）纷纷出台，至此对应《个人信息保护法》（下称“《个保法》”）第三十八条的主要数据出境渠道原则已被打通。面对箭在弦上的数据出境管理，相关中国企业应如何练好内功助力数据境外交流合作，新政又会在国际贸易规则中面临哪些挑战，本文将结合现有法规要义理解和典型场景和问题尝试汇总与展望。

二、虚开增值税专用发票犯罪相对不起诉规律及前沿探索

【摘要】在虚开增值税专用发票案件频发的当下，各地人民检察院对于相当批量的案件进行了相对不起诉处理。例如近期人民检察院发布的典型案例：

安徽省某电子工程有限公司、法定代表人林某某虚开增值税专用发票被不起诉案：2017年3月至2019年3月间，被不起诉单位安徽省某电子工程有限公司及其法定代表人林某某在无真实货物往来的情况下，安排公司员工宋某某以支付开票费的方式，通过中间人曹某某（另案处理）的介绍，从陈某乙



（另案处理）掌控的苏州某贸易有限公司、苏州某科技有限公司处购买虚开的增值税专用发票16份，并向税务部门申报抵扣相应税款共计300202.48元。

林某某经公安机关电话通知自动到案，如实供述犯罪事实，涉案税款已补缴。

2022年7月26日被不起诉单位诉讼代表人在辩护律师、值班律师在场的情况下自愿签署认罪认罚具结书，表示认罪认罚。

人民检察院认为，安徽省某电子工程有限公司实施了《中华人民共和国刑法》第二百零五条规定的行为，但犯罪情节轻微，有自首、认罪认罚、补缴税款等情节，根据《中华人民共和国刑法》第三十七条、第六十七条第一款、《中华人民共和国刑事诉讼法》第十五条的规定，可以免于刑事处罚。根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百七十七条第二款的规定，决定对安徽省某电子工程有限公司不起诉。（虎检刑不诉（2022）81号《江苏省苏州市虎丘区人民检察院不起诉决定书》）

[了解更多](#)

原文：

一、社交电商涉传销刑事风险

社交电商是新型电子商务的重要表现形式之一，如微商、小红书、拼多多、京东拼购等，它们基于人际关系网络，利用互联网社交工具，从事商品交易或服务提供的经营活动。在“互联网 + ”的时代背景下，具有社



交和支付功能的社交电商正高速发展。据国际知名咨询公司埃森哲预测中，全球范围内社交电商机会将以26%的年复合增长率增长，并在2025年达到1.2万亿美元。社交电商的高速发展的同时，随之而来的是诸多问题的暴露，其中以多层经营模式涉嫌传销问题尤为典型。2017年浙江集商优选电子商务有限公司运营的云集微店APP，以“交入门费”“拉人头”和“团队计酬”的行为展开网络传销行为，被罚没958万余元；2019年，广州未来集市网络技术有限公司通过设立“未来集市APP”电子商务平台涉嫌从事传销行为，公司及公司关联方开设的银行账户、资金沉淀账户被法院裁定冻结。社交电商多层级的经营模式除了面临以上行政处罚的风险外，其经营模式也蕴含了一定的刑事风险，本文拟通过对组织领导传销活动罪、社交电商销售模式与传销罪区分做出分析对社交电商营销刑事合规提出建议，以期对社交电商避免涉传销犯罪有所裨益。

一、什么是组织、领导传销活动罪

《刑法》第二百二十四条之一规定：组织、领导以推销商品、提供服务等经营活动为名，要求参加者以缴纳费用或者购买商品、服务等方式获得加入资格，并按照一定顺序组成层级，直接或者间接以发展人员的数量作为计酬或者返利依据，引诱、胁迫参加者继续发展他人参加，骗取财物，扰乱经济社会秩序的传销活动的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；情节严重的，处五年以上有期徒刑，并处罚金。

(一) 犯罪构成



1.行为主体

本罪的行为主体仅限于传销活动中的组织者、领导者，关于组织者、领导者的认定，2013年11月14日实施的《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于办理组织领导传销活动刑事案件适用法律若干问题的意见》（下称《意见》）第二条规定：下列人员可以认定为传销活动的组织者、领导者：（一）在传销活动中起发起、策划、操纵作用的人员；（二）在传销活动中承担管理、协调等职责的人员；（三）在传销活动中承担宣传、培训等职责的人员；（四）曾因组织、领导传销活动受过刑事处罚，或者一年以内因组织、领导传销活动受过行政处罚，又直接或者间接发展参与传销活动人员在十五人以上且层级在三级以上的人员；（五）其他对传销活动的实施、传销组织的建立、扩大等起关键作用的人员。以单位名义实施组织、领导传销活动犯罪的，对于受单位指派，仅从事劳务性工作的人员，一般不予追究刑事责任。

《刑事审判参考》案例第842号王艳组织、领导传销活动案的裁判理由中，对于组织者、领导者的认定作出了进一步的说明：

（1）传销活动的组织者、领导者，是指组织、领导传销组织的犯罪分子，是传销活动犯罪的首要分子；是在传销活动中起组织、领导作用的发起人、决策人、操纵人，以及在传销活动中担负策划、指挥、布置、协调等重要职责，或者在传销活动中起到关键作用的人员。



(2) 在传销组织中，其组织者是指策划、纠集他人实施传销犯罪的人，即那些在传销活动前期筹备和后期发展壮大中起主要作用，同时获取实际利益的骨干成员。

(3) 传销组织的领导者主要是指在传销组织的层级结构中居于最核心的，对传销组织的正常运转起关键作用的极少数成员。对领导者的身份，应当从负责管理的范围、在营销网络中的层级、涉案金额等三个方面综合认定。

2. 行为方式

本罪的行为方式包括“拉人头”型传销以及“骗取入门费”型传销，“团队计酬”型传销并不包括在内

2005年11月1日实施的《禁止传销条例》第七条规定：

(1) “拉人头”型传销是指组织者或者经营者通过发展人员，要求被发展人员发展其他人员加入，对发展的人员以其直接或者间接滚动发展的人员数量为依据计算和给付报酬（包括物质奖励和其他经济利益，下同），牟取非法利益的行为。

(2) “骗取入门费”型传销是指组织者或者经营者通过发展人员，要求被发展人员交纳费用或者以认购商品等方式变相交纳费用，取得加入或者发展其他人员加入的资格，牟取非法利益的行为；



(3) “团队计酬”型传销是指组织者或者经营者通过发展人员，要求被发展人员发展其他人员加入，形成上下线关系，并以下线的销售业绩为依据计算和给付上线报酬，牟取非法利益的行为。

对于“团队计酬”型传销，《意见》第五条第二款规定：以销售商品为目的、以销售业绩为计酬依据的单纯的“团队计酬”式传销活动，不作为犯罪处理。形式上采取“团队计酬”方式，但实质上属于“以发展人员的数量作为计酬或者返利依据”的传销活动，应当依照刑法第二百二十四条之一的规定，以组织、领导传销活动罪定罪处罚。

虽然“团队计酬”型传销没有触犯刑法的风险，但是其属于《禁止传销条例》中所列举的传销行为之一，所以仍存在被行政处罚的风险。不过，随着越来越多合法经营者采取“团队计酬”模式进行经营，关于对使用该模式的合法经营者是否一律予以行政处罚这一问题引发学者的广泛争议，但本文对此不展开论述。

3. 骗取财物

骗取财物是认定传销犯罪的本质要件，构成本罪需要以骗取下线人员入门费或人头费为目的。同时，该要件也是对传销行为予以行政处罚还是刑事打击的分界线。如果传销组织并不骗取财物，那么对其传销行为应当予以行政处罚。《禁止传销条例》第二十四条第一、二款规定：有本条例第七条规定的行为，组织策划传销的，由工商行政管理部门没收非法财物，没收违法所得，处50万元以上200万元以下的罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任。有本条例第七条规定的行为，介绍、诱骗、胁迫他人参加传销



的，由工商行政管理部门责令停止违法行为，没收非法财物，没收违法所得，处10万元以上50万元以下的罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

对于骗取财物的认定，《意见》第三条规定：传销活动的组织者、领导者采取编造、歪曲国家政策，虚构、夸大经营、投资、服务项目及盈利前景，掩饰计酬、返利真实来源或者其他欺诈手段，实施刑法第二百二十四条之一规定的行为，从参与传销活动人员缴纳的费用或者购买商品、服务的费用中非法获利的，应当认定为骗取财物。参与传销活动人员是否认为被骗，不影响骗取财物的认定。

4. 主观方面

构成本罪的行为主体必须在主观上具有故意，否则不构成此罪。至于行为主体是否具有非法占有目的，则涉及罪名适用的问题，《意见》第六条第一款规定：以非法占有为目的，组织、领导传销活动，同时构成组织、领导传销活动罪和集资诈骗罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。

（二）立案追诉标准及传销犯罪中层级认定相关问题

1. 立案追诉标准及层级数认定

2022年5月15日实施的《最高人民法院、公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）》（2022修订）第七十条规定：组织、领导以推销商品、提供服务等经营活动为名，要求参加者以缴纳费用或者购买商品、服务等方式获得加入资格，并按照一定顺序组成层级，直接或



者间接以发展人员的数量作为计酬或者返利依据，引诱、胁迫参加者继续发展他人参加，骗取财物，扰乱经济社会秩序的传销活动，涉嫌组织、领导的传销活动人员在三十人以上且层级在三级以上的，对组织者、领导者，应予立案追诉。

由此可知，本罪的立案追诉标准须同时满足人数和层级两个条件，即传销组织中的人员在30人以上且传销组织的层级在3级以上。那么该如何认定人数和层级数，尤其是层级数？

《意见》第一条规定：以推销商品、提供服务等经营活动为名，要求参加者以缴纳费用或者购买商品、服务等方式获得加入资格，并按照一定顺序组成层级，直接或者间接以发展人员的数量作为计酬或者返利依据，引诱、胁迫参加者继续发展他人参加，骗取财物，扰乱经济社会秩序的传销组织，其组织内部参与传销活动人员在三十人以上且层级在三级以上的，应当对组织者、领导者追究刑事责任。

组织、领导多个传销组织，单个或者多个组织中的层级已达三级以上的，可将在各个组织中发展的人数合并计算。

组织者、领导者形式上脱离原传销组织后，继续从原传销组织获取报酬或者返利的，原传销组织在其脱离后发展人员的层级数和人数，应当计算为其发展的层级数和人数。

办理组织、领导传销活动刑事案件中，确因客观条件的限制无法逐一收集参与传销活动人员的言词证据的，可以结合依法收集并查证属实的缴



纳、支付费用及计酬、返利记录，视听资料，传销人员关系图，银行账户交易记录，互联网电子数据，鉴定意见等证据，综合认定参与传销的人数、层级数等犯罪事实。

《意见》第七条第二、三款规定：本意见所称“层级”和“级”，系指组织者、领导者与参与传销活动人员之间的上下线关系层次，而非组织者、领导者在传销组织中的身份等级。

对传销组织内部人数和层级数的计算，以及对组织者、领导者直接或者间接发展参与传销活动人员人数和层级数的计算，包括组织者、领导者本人及其本层级在内。

笔者认为对传销组织层级的认定应当以参与返利的层级为准，而不应以形式上的组织层级作为认定依据。以最简单的传销层级模式为例，甲发展乙成为其下线，甲可以从乙的入门费处获得一定的返利。乙发展丙成为其下线，乙可以从丙的入门费处获得一定的返利，同时甲也能从丙的入门费中获得一定的返利。此时，甲才是乙和丙的上级，三人构成传销犯罪中的三级。如果甲不能从丙的入门费中获得返利，即使甲在形式上是丙的上级，但仍然不符合传销犯罪的层级要求。之所以如此认定，有两方面原因：

一方面，刑法打击传销犯罪，是因为传销犯罪行为具有严重社会危害性。随着营销模式的发展，目前不少行业在经营模式上都与传销组织的金字塔外观相像，若以形式上的组织层级数进行认定，会存在扩大刑事打击范围之嫌。



另一方面，由《意见》第一条第三款规定可知，即使不再具有上下线的形式关系、但依然存在上下线的返利关系时，仍属于实质上的层级关系。反过来说，即使形式上显示为上下线关系，但上线不从下线中获取报酬或返利的，不应认定为其下级，也不应计算为其发展的人数。这一观点也可在全国人大常委会法工委刑法室副主任黄太云在《人民检察》发表的《〈刑法修正案（七）〉解读》中得到印证：“由于采用复式计酬的方法，每个上线不仅可以从自己的下线缴纳的资金中提成，也从所有间接下线处滚雪球似的提成……”。

然而，司法实践对于传销组织的层级数认定较为机械，大部分裁判文书都是以形式上的组织层级进行认定，并未揭示所认定的层级之间是否存在返利关系。

2.如果被告人并不符合立案追诉标准该如何处理？

在《刑事参考案例》第865号曾国坚等非法经营案中，该案被告人并不符合组织、领导传销活动罪的立案追诉标准，深圳市中级人民法院逐级层报请示，最高人民法院[2012]刑他字第56号批复明确：“对组织、领导传销活动的行为，如未达到组织、领导传销活动罪的追诉标准，行为人不构成组织、领导传销活动罪，亦不宜再以非法经营罪追究刑事责任。”据此，深圳市中级人民法院认为，本案被告人组织、领导的传销活动人员不足三十人，亦没有相应证据证明该传销体系的层级在三级以上，按照疑罪从无原则，依法改判被告人无罪。

二、社交电商销售模式与传销犯罪之界分



经过上述解读，笔者认为区分社交电商合法的多层级经营模式与网络传销的关键点在于分析其多层级经营模式是否在实质上符合组织、领导传销组织罪的行为方式，该分析主要从设立目的、盈利模式、产品价格和质量、消费者保护这四方面着手。

（一）设立目的

合法的多层级社交电商平台（下称“合法平台”），其以商品或服务的销售盈利、从事正当的商业经营为设立目的。其采用多层级的经营模式只是用于吸引流量、获取客户的手段。

进行传销的社交电商平台（下称“传销平台”），其设立的目的在于不断发展下线以形成金字塔盈利模式，从中牟取平台用户的入门费或人头费，并不存在实质性的经营行为。

要判断社交电商平台的真正设立目的，可以依据以下三个方面进行判断：

（1）是否以销售商品作为其营运的基础

合法平台以销售产品或者提供服务作为平台收益的来源，并以此反哺平台，使平台维持正常运转。



传销平台则主要依靠不断加入平台的用户所缴纳的入门费或人头费来维持平台运转，用户加入平台后，往往被告知需要通过不断发展人员来获取报酬。

（2）是否以高收益、高回报等夸张字眼进行宣传

合法平台出于推广平台的目的，通常会设置规则相对简单、幅度适当的奖励，以此吸引消费者使用该平台消费、加入该平台。

传销平台出于骗取下线人员的入门费的目的，往往以高收益、高回报等夸张字眼进行宣传，并且设置许多可望而不可及的奖励机制，例如推荐奖、对碰奖、领导奖等，以此引诱用户加入该平台。

（3）所经营的商品或服务是否具有市场流通性

合法平台所经营的商品或者服务通常都是具有较大市场需求的产品，因而在市场中流通较广。

传销平台由于不以正常经营为其运转核心，以及为利用用户贪财心理，往往以一些不具有市场流通性的产品冒充高端产品来诱惑用户加入平台。

（二）盈利模式



关于盈利模式，需要从平台盈利和用户盈利这两个角度进行考虑。首先，就平台盈利而言，合法平台的收益最主要来自商品或服务的销售，只有少部分是来自用户加入平台所支付的会员费等费用。传销平台则与之相反，其收益绝大部分来自用户缴纳的入门费或人头费。其次，就用户盈利而言，合法平台的中间商的收益主要来自商品或服务的销售，还有部分来自完成符合奖励机制的指标所获得的佣金，该佣金由平台发放且数额一般不会过高，具有可持续性。传销平台基本上只有领导者、组织者以及位阶较高的上线人员能够获得报酬，报酬的主要来源是用户缴纳的入门费或人头费，并且以被发展用户的数量或者被发展用户的销售业绩作为报酬发放依据，各级人员的报酬额度差别较大，不具有可持续性。

要判断社交电商平台的盈利模式，可以从以下三个方面予以考察：

(1) 是否收取较高的入门费等费用

虽然合法平台和传销平台都存在加入平台需要缴纳一定费用的机制，但是传销平台往往需要收取较高的入门费。而部分传销平台为掩盖收取高额入门费的事实，会要求用户以高价认购平台所经营的产品（即“囤货”），这类行为属于变相收取入门费。

(2) 收取入门费的目的

合法平台向中间商、用户收取会员费主要出于维护平台、向中间商、用户提供优质服务和拓宽销售渠道的目的，会员费额度一般不高，与平台所提供的服务质量大致对等。



传销平台收取入门费的表面目的是给予用户加入平台的资格，真正目的是骗取财物，平台基本不会为下线人员提供服务或者所提供的服务的价值与入门费明显不对等。

（3）平台报酬在平台人员收益中的占比

2017年3月1日修订的《直销管理条例》第二十四条规定，直销企业至少应当按月支付直销员报酬。直销企业支付给直销员的报酬只能按照直销员本人直接向消费者销售产品的收入计算，报酬总额（包括佣金、奖金、各种形式的奖励以及其他经济利益等）不得超过直销员本人直接向消费者销售产品收入的30%。

也就是说，直销企业给予直销员的收益不能超过直销员的销售额的30%。虽然传销与直销有所区别，但由于两者均存在层级结构，因而可以参考上述规定的比例来判断平台是否属于传销平台，即如果平台给予平台人员的报酬超过平台人员的销售额的30%，而且该平台以发展人员盈利，那么该平台就极为可能被认定为是传销平台。

对于该比例，有学者认为过低并不利于社交电商的正常发展，他们主张可以参考美国联邦贸易委员会在1997年起诉采用多层次直销模式经营珠宝的企Jewel Way判例(FTC v. Jewel Way International Inc.1997)中关于“最终销售”的界定，即“50%原则”，如果平台给予平台人员的报酬超过其销售额的50%，那么该平台极为可能涉嫌传销。但是，我国尚未确认该标准。



（三）产品价格和质量

如前所述，合法平台所销售的商品或服务具有较高的市场流通性，这表明其产品是符合市场价格规律，并且产品的质量是与其价格相对等的，能够获得大部分用户的青睐。

而传销平台所销售的产品由于不具有市场流通性，因而往往被设置虚高的价格，然而产品的质量低劣，有的甚至不能正常使用，与其价格严重不对等。随着虚拟产品的兴起，部分传销平台更是以虚拟产品作为传销的伪装，由于虚拟产品无法实际使用，也就难以从产品质量这一角度予以判别，但是仍可以对产品价格、市场流通性等要素进行判断。

（四）消费者保护

合法平台注重与消费者之间建立良好的关系，以消费者为核心，尊重消费者所享有的选择权、知情权等法定权利。传销平台归根结底是为了牟取非法巨额利益，消费者购买传销商品之后，既得不到质量保证，又不能享受售后服务。即使传销平台设有售后服务，但是往往会设置重重障碍，加大消费者维护消费权益的难度。

三、社交电商之刑事合规初探

经过前述界分，笔者在此为社交电商从业者避免遭受组织、领导传销活动罪的刑事打击提出以下建议。



（一）规范平台管理

合法平台以正规经营为目的，从业者必须在设立平台时制定明确的平台管理规范。对于采取多层次经营模式的平台，尽量不超过三层，并且应当明确各层级主体的权利义务和法律责任，建立相应的中间商审查机制。

（二）规范宣传口径

合法平台对外宣传时应当明确平台和中间商主要依靠销售产品盈利，不应以高收益、高回报等涉嫌传销的字眼进行宣传。

（三）合理设置会员费和奖励

合法平台收取会员费主要用于维护平台运作以及为中间商、消费者提供服务，所以不能设置数额较高的会员费，更不能将购买产品作为获取平台中间商资格的前提条件。平台可以为介绍新用户的中间商、消费者设置奖励，但奖励数额应在合理范围，不得在中间商的收益中占较大比例。

（四）完善消费者保护机制

合法平台以消费者为核心，因而应当完善平台的消费者保护机制，保证平台产品质量，畅通售后服务渠道，促进消费者回购和口碑传播。



了解更多

原文：

二、计算机软件的法律保护体系

一、著作权保护

优点

(1) 计算机软件符合作品的一般属性，在控制未经许可的复制和传播软件的行为时，适用著作权法是更为便利。

(2) 著作权的自动保护原则有利于软件保护。自动保护原则节约了软件开发者的时间和成本。

(3) 著作权保护的相对宽松，有利于软件获得保护。只要是开发者独立创作完成的软件，满足独创性条件后即可获得著作权。

缺点

(1) 著作权的保护不完整。因为计算机程序有实用功能，不属于美学范围。著作权不保护思想，而计算机程序的创新之处往往正是解决问题的思想。著作权建立在“思想和表达二分法”、“作品的非实用性”之基本理论之上，而对于软件来说，真正的精髓在于算法和技术功能，这些属于思想范畴的东西得不到著作权的保护。大多数计算机软件都具有实用性，价值源泉在于技术功能，划分思想与表达比较困难，而且也不适于长期保



护。事实上，这也只是说明了著作权法并不能为计算机软件提供充分的保护，因而，虽然著作权法现在已经成为保护计算机软件的主要途径，但并不是唯一途径。

(2) 计算机软件著作权保护的标准也不统一。依照法律对文学作品的要求，受保护的程序要具有原创性，这种原创性要求作品达到一定的高度水平。是否达到这一要求，由法院根据程序对数据和指令的选择、收集、分割等一般知识进行比较，而这往往导致计算机软件不能得到著作权保护。

二、专利法保护

有些计算机软件在研发过程中，研发者付诸了大量心血进行巧妙构思而形成了自己软件特有的风格和功能，但著作权只保护计算机软件的外在表现形式，软件特有的风格和功能一旦发布，会很快被他人所理解内在的思想方法而进行仿制，著作权不保护研发人员付诸在软件内的思想，研发者又不愿意自己的成果被他人所借鉴，就形成了一个希望保护而得不到保护的矛盾，这个时候，使用专利权保护计算机软件就是一个值得考虑的方法。

动态的计算机软件图形用户界面在2014年5月1日之后可以申请外观设计专利。申请人应当至少提交一个状态的整体产品外观设计视图，对其余状态可仅提交关键帧的视图，所提交的视图应当能唯一确定动态图案中动画的变化趋势。需要注意的是，相应视图均需要以计算机显示器或手机等产品作为载体，即，上述获得外观设计专利保护的产品依然为带有特定图形用户界面的计算机显示器或手机等。



优点

(1) 计算机软件在很多时候的确具有技术属性，它是一种能产生积极效果、具有实用价值的技术方案。为计算机软件提供专利权保护，可以更为全面、广泛和深入地保护开发者和投资者的利益，是强化软件保护的必然选择。

(2) 软件的专利权保护是一种强保护。它不仅能够制止对于软件作品的复制等简单侵权，而且在反向工程基础上的改编行为，也将构成侵权。

缺点

(1) 专利法要求申请专利必须先期公开，公开的程度“以同一领域的普通技术人员能够实现为准”，但是，与通常的发明创造相比，计算机程序公开所受到的损害远要大得多。因为计算机软件的复制非常容易，一旦先期公开，权利人很难保护自己软件的专有权利。

(2) 专利授权的繁琐程序会妨碍计算机软件的保护。计算机软件庞大的数目和飞速的更新使得要对其进行检索、审查难度相当大，并且，繁琐的申请程序一般要2~3年才能完成，对于计算机软件来说，这样的时间很可能意味着软件产品已经被市场淘汰。



(3) 判断软件专利的标准一直不统一，过于宽松的标准会导致大量的“垃圾专利”，过于严格的标准又会让创新者的利益得不到保护，持有专利不是为了开发产品而是为了起诉，这实际上已经扼杀了创新。

三、商业秘密保护

计算机软件可同时由著作权和商业秘密保护：

1. 著作权的登记并不影响该软件作为技术秘密来保护。根据《计算机软件著作权登记办法》第10条的规定，“软件的鉴别材料包括程序和文档的鉴别材料。程序和文档的鉴别材料应当由源程序和任何一种文档前、后各连续30页组成。整个程序和文档不到60页的，应当提交整个源程序和文档。除特定情况外，程序每页不少于50行，文档每页不少于30行”。根据《计算机软件著作权登记办法》第十三条的规定，“软件著作权登记时，申请人可以申请将源程序、文档或者样品进行封存。除申请人或者司法机关外，任何人不得启封”。因此，对于大多数软件来说，并不会因为提供申请材料而丧失软件的秘密性，仍可以同时用技术秘密来加以保护。

2. 关于技术秘密举证责任。作为原告来说，可以根据案件的具体情况来选择案由。如果选择著作权侵权作为案由，首先应当准备好软件申请著作权登记时的材料，即提供涉及计算机软件的开发项目书、文档、源程序再加上计算机软件登记证书，即可满足权利证据的举证责任。其次原告需举证被告的侵权行为，对于侵权者的侵权行为的举证责任是以“实质性相似+接触”为原则，即侵权者使用了与原告主张计算机软件相同或者近似的表达形式+侵权者接触了主张计算机软件权利人的作品。计算机软件的



源代码与流程、逻辑关系、算法等内容一般构成相对独立的技术信息。当事人主张计算机软件的源代码和与源代码对应的流程、逻辑关系、算法均构成技术秘密的，应当分别明确请求保护的具体技术信息并分别证明其符合法律保护条件。[计算机软件技术秘密的保护对象及其证明，（2020）最高法知民终1472号]

3. 除了保护计算机软件本身以及体现在软件中的技术秘密外，商业秘密法还在规范计算机软件行业的人员流动方面发挥着重要的作用。在保护原有雇主的技术秘密、制止原有雇员或第三人的不正当竞争方面，商业秘密法就发挥着更为显著的作用。但商业秘密保护也有一些不足之处，主要体现在两个方面：一是不能制止反向工程，这使得有关的技术发明和技术技巧难以获得有效保护。二是商业秘密法不能防止他人对于软件的大量复制。但第一个不足可以通过专利保护克服，第二个不足可以通过版权保护克服。

除此之外，计算机软件可能受到专利法、商标法、合同法、反不正当竞争法等法律的保护。计算机软件企业可以申请注册商标，计算机软件权利人与受让人、使用者之间可以签订权利许可合同或者软件使用合同，具有竞争关系的软件企业不得违背诚实信用原则和公认的商业道德进行竞争。凡此种种，都表明可以通过多种途径保护计算机软件。

结 语

综上，计算机软件权利人应根据实际情况选择对自己最有利的保护模式：对于正在开发的软件以商业秘密方式来保护，对于向特定客户专门开



发的软件可以通过在软件使用许可合同中将其约定为商业秘密的方式予以保护；但对大批量销售的软件，这种保护方式很难行得通，因为商业秘密要求权利人必须采取了保密措施才能构成商业秘密。而实践中，无论是对内的保密措施还是对外的保密措施都不可能做到滴水不漏，因此，根据具体情况选择合适的保护方式就显得尤为重要。

了解更多

原文：

三、违反海关监管规定的哪些行为，可以不被处罚？

违反海关监管规定，就是通常所说的进出口贸易活动中的违规行为。根据海关法律的规定，违规行为，或多或少，都要处以一定数额的罚款，至少也要予以书面警告。但是，哪些违规行为，可以不被海关处罚？2021年版的《行政处罚法》颁布实施之后，规定了多种不需要处罚的情形，企业或者个人违反海关监管规定，同样可以根据处罚法这些规定的情形，免于行政处罚。老林分析了进出口贸易领域的诸多违规行为，认为下列常见的违规行为可以不被处罚（不包括因违法事实不清而不处罚的情形）：

无主观过错的，可以不处罚

“无过错不处罚”，是行政法律的一项基本原则，一直运用于行政机关的执法实践中，2021年出台的新《行政处罚法》第33条，将这一原则转化为法律的明文规定，从而“无过错不处罚”原则，实现了法律原则法条化，让行政立法向前迈出一大步。但是，在海关执法实践中，哪些违规行为可以根据“当事人有证据足以证明没有主观过错的，不予行政处罚”的



规定，从而作出不处罚决定，还有待海关进一步制定裁量基准，增强执法的可操作性。

1.商品归类错误，大多可以不处罚

当事人的主观过错，是指企业或者个人实施某种行为时主观上具有的故意或者过失。企业申报的商品归类（商品编号），与海关最终认定的商品归类不一致，是商品归类错误，但大多数当事人并没有主观过错，可以依法不被处罚。

一种进出口商品的归类，如果是“明确的商品归类事项”，例如在税则条文中列名的商品“鸡”，商品六位数编号为010511，但企业将其申报为010513（鸭），那就是明显的错误，主观上不是故意就是过失，企业具有主观过错，根据法律规定，属于违规行为，应当接受海关的行政处罚；但是，一种进出口商品的归类，如果不是“明确的商品归类事项”，例如进口“汽车空调散热器芯”，不同的海关，不同的企业，不同的行业协会或者不同的行政主管部门，甚至不同的国家海关或者专业组织，对该商品具有不同的归类认知或者结论，有的认为属于空调器零部件（841590），有的认为属于汽车零部件（870829），那么，企业的归类申报与主管海关最终认定的归类结论不一致，企业的归类申报错误，就不能认为属于企业的故意或者过失，应当属于技术性归类差错，企业不具有主观过错，这种归类错误，可以依法不予行政处罚。

进出口商品，属于“明确的商品归类事项”毕竟少数，只有那些税则条文、品目注释、归类决定、行政裁定或者归类预裁定中，对商品归类作



出明确列名或者描述的，才是明确的商品归类事项，其他绝大多数商品并没有列名，是否属于“明确的商品归类事项”？需要海关商品归类专业机构（海关总署税管局）做出书面判断，才能作为该商品是不是“明确的商品归类事项”的依据。

部分可以根据《行政处罚法》第33条“无过错不处罚”的规定，不予行政处罚。

2. 货主、代理和报关三方主体 无过错的可以不处罚

与进出口贸易相关的主体，主要是进出口货物的实际货主，货物的进出口代理商，以及进出口货物的报关企业。一票报关单涉嫌申报不实违规，海关处罚实际货主？处罚进出口代理商？还是处罚报关行？取决于进出口货物申报过程中，谁有主观过错，海关就处罚谁。

一般情况下，申报不实违规的行政处罚，进出口货物的代理商是首当其冲的责任主体，因为根据《海关法》第24条、54条的规定，进出口货物的收、发货人，是如实向海关申报的义务人，也是纳税义务人，只要涉嫌申报不实违规，海关首先追究行政法律关系相对人的责任（进出口货物的代理商），除非代理商有理由证明自己没有过错，才可以脱身。

无论是商品归类，还是商品价格，如果申报错误的的数据（归类或者价格等）是委托人（实际货主）提供的，代理商又尽了合理审查的义务，代理商即便申报错误，是可以不背这个违法责任黑锅的，法律责任应当由实际货主承担（双抬头报关单的消费使用单位或者生产销售单位），因为代



理商没有主观过错，但是代理商得向海关提供证据，证明错误数据是委托人提供的。

报关行是不是应当承担申报不实的法律责任？其理由也是一样的，如果报关行根据代理商或者其他委托人提供的数据申报，自己尽到合理的审查义务，就没有法律责任，但如果没有合理审查，尽管不是自己编造的数据，也是有审查责任的。

单抬头的报关单，实际货主没有出现在报关单上，即便错误数据是实际货主提供的，代理商没有过错，因为货主不是海关行政法律关系的相对人，海关一般不会揭开“面纱”去追究货主的法律责任，除非货主涉嫌走私犯罪，这一点代理商应当特别予以注意，有时候这个锅，不愿意背也得自己背。

3. 特许权使用费和特殊关系的“是”与“否”申报有误，也可能不处罚

货主或者代理商，告诉报关企业存在特殊关系，或者存在支付特许权使用费的情况，但报关行还是申报为“否”，过错责任在于报关企业；但是，报关企业填报为“否”，有证据证明填报后提交给委托人进行过审核的，可以作为证据，证明报关企业没有主观过错，不予行政处罚，代理商的责任排除也是同样的道理。

首次违规的，可以不处罚



企业或者个人，第一次违反海关监管规定的，根据《行政处罚法》第33条的规定，可以不处罚，但前提是危害后果轻微。企业或者个人违反海关监管规定，可能会产生以下不同的危害后果：

一是漏缴税款。漏缴税款多少算是危害后果轻微？少缴税款5万、3万元或者1万元算不算后果轻微？或者1万元以下才算后果轻微？后果轻微是一个相对概念，海关可以根据每票进口报关单的平均征税数额进行判断，假如平均每票报关单的税款是5万元，则5万元肯定不能算是后果轻微，至少1万元以下才能算是后果轻微，但也不能太低，因为大多数少缴2000-3000元税款的违规行为，海关都可以无条件做不立案处理的，至少也得5000元以上的才算是危害后果轻微，希望海关相关部门能够尽早制定危害后果轻微的合理标准，让各个海关在执法中能够对企业的首违不罚作出明确的判断，提高实操的效率。

二是影响海关统计或者监管秩序。企业进出口货物，归类、价格、原产地和数量等申报不实，可能影响税款征收，但商品规格、目的地、启运地等申报不实，可能只影响海关统计准确性，进出口商是否存在特殊关系、特许权费支付与否的申报不实，特定减免税货物的擅自抵押，海关监管货物的区外存放等等，只影响海关监管秩序，上述这些程序性申报不实的违规行为，应该可以被认定为危害后果轻微，首次违规可以依法不予处罚。

三是影响出口退税和许可证管理。归类申报不实影响出口退税管理的，危害后果是否轻微，可以根据可能多退税款的数额来确定，其标准类似于影响税款征收；申报不实影响许可证管理的，则要看进出口货物的价值，将应当提交进口许可证的货物申报为不需要提交许可证的，涉案货物价值



低于人民币5万元的，是不是可以认为是危害后果轻微？也希望海关尽快出台相应的裁量基准。

情节轻微无危害后果的，可以不处罚

影响海关统计，虽然违法情节轻微，但产生了影响海关统计准确性的危害后果，而不是无危害后果，不能按照《行政处罚法》第33条规定的“情节轻微无危害后果”的规定不予处罚。但是，企业有很多的行为，虽然违规，但没有产生任何危害后果，例如：加工贸易手册延期核销，临时出境货物没有按规定期限复运入境，特定减免税货物存放于非备案地点，加工贸易保税料件外发加工已收回，海关监管货物运输途中更换运输工具等等，都是违反海关监管规定行为，但是既没有偷税漏税或者影响出口退税，也没有影响统计，更不是影响许可证管理，谈不上有什么危害后果，货物均在海关的监管状态之下，只是监管期间存在没有按照海关规定操作而已，这些违规行为，只要恢复了海关监管，老林认为，都可以考虑根据《行政处罚法》第33条的规定，属于情节轻微无危害后果，不予行政处罚。

不具备主体资格的，不予处罚

有没有行政行为能力？决定了行为人要不要被行政处罚。没有行政行为能力的人，即便实施了违反海关监管规定的行为，也不应当被行政处罚。例如一个未成年人未满14周岁，从境外回国携带了一块手表，入境时走无申报通道被海关查获，根据《行政处罚法》第30条的规定，不应当予以行政处罚，将手表退运出境或者征税进境即可；一个精神疾病不能辨认自己



的人，携带违禁品入境未申报的，海关将违禁品收缴或者退运即可，不能予以行政处罚。

对于企业来说，已经被注销或者吊销企业注册登记的，没有了行政主体资格，海关不能对其予以行政处罚，当然，如果是恶意注销的，海关可以协调市场监督管理部门予以恢复企业主体，然后再进行处罚；如果是公司的分支机构，且财务没有独立核算资格的，虽有办公场所和职能部门，也不具有行政主体资格，不能予以行政处罚；境外的企业主体，在国内没有办事处的，同样不具有中国海关的行政处罚主体资格，不应当被海关行政处罚。

主动披露的，可以不处罚

企业或者个人在海关发现之前，主动披露自己的违规行为，海关在一定条件下对违规行为可以不予行政处罚。海关分别于2019年和2022年发布了161号公告和54号公告，对涉税违规行为，在6个月之内主动披露的，不予行政处罚，违规行为超过6个月未满1年的，少缴税款在100万以内的，也可以不予处罚。对非涉税违规，如影响海关统计，影响许可证管理，或者其他非涉税违规行为，当事人主动披露的，是不是可以不予行政处罚，在公告中没有明确规定。但是，根据《稽查条例实施办法》第四章和海关执法实践，主动披露情节轻微没有危害后果的行为，主动披露程序性违规的行为，均应当不予行政处罚。



上述违规不处罚的情形，是笔者根据业务经验作出的概括、判断、分析和建议，仅供各界参考，不能作为海关执法依据，也不能作为企业行动的依据。

三、建言献策

中国肉类协会牛人俱乐部分会法律资讯每周更新，如需了解更多贸易、法律、金融、经济等相关资讯，请提出宝贵意见发送至牛人俱乐部分会秘书处。