



民法典第一千零六十条首次在立法上规定了家事代理制度。正确理解和把握民法典家事代理制度的一般规则及其特点、家事代理的特殊规则、家事代理中的家事表见行为的法律适用等问题，是准确适用民法典家事代理制度的关键所在。

一、日常家事代理的一般规则及其特点

家事乃家庭事务。家事的范围很广，仅从家事的大小或对家庭影响程度上考察，即有重大家事与日常家事之别。所谓“日常家事”，是指维持日常生活生活必要之事务。至于日常家事的具体内容或范围，应当根据不同家事的具体性质、不同家庭的家事管理习惯以及不同家庭的经济状况而定。

通常所说的家事代理主要指日常家事代理。民法典第一千零六十条第一款规定，“夫妻一方因家庭日常生活需要而实施的民事法律行为，对夫妻双方发生效力”。这是家事代理制度的一般规则。日常家事代理的最大特点是：行为自决与效力辐射。行为自决，就是不需要来自对方授权，自己独立决定。效力辐射，就是一方的行为效果辐射于另一方，对双方具有约束力或法律效力。在日常家事代理中，一方的行为代表或视为共同行为，一方的意思统摄另一方意思。在形式上看，日常家事代理是个人行为，在法律上，它是拟制的共同行为。因而，一方的日常家事代理行为产生夫妻共同行为的法律效果。

家事代理的基本性质决定了家事代理与其他代理相比，具有不同特点。（一）家事代理是一种复合代理。家事代理是基于婚姻或夫妻身份而产生的一种复合型代理。其具体表现在：

1. 权利义务复合。家事代理既是权利又是义务，即权利与义务密不可分。如配偶一方患病缺少医疗费时，另一方配偶有权对外独立借贷为其治病。同时，另一方配偶也有义务借款为配偶治病。这里夫妻一方对外借贷为配偶治病既是权利也是义务。



近年来公开通报的律师犯罪案件，涉及的罪名有虚假诉讼、行贿、寻衅滋事等十多种。这些罪名大都是与律师执业相关的犯罪，也有少量与律师执业不相关的犯罪。

一、律师执业犯罪原因分析

自我防范意识不强。从律师犯罪的年龄分布来看，各种年龄层次都有，既有资深的，也有刚入职的年轻律师。究其深层次原因，大都是律师自身对律师犯罪的认识不够，自我防范意识不强所造成的，有极个别律师在会见时替犯罪嫌疑人的近亲属进行会见；还有律师为犯罪嫌疑人提供手机，让其与家人视频通话；有些律师会见时携带犯罪嫌疑人近亲属进行会见；还有律师为犯罪嫌疑人传递书信；这些行为都有可能为犯罪嫌疑人所利用而使自己滑入犯罪的泥潭，构成帮助毁灭、伪造证据罪、妨害作证罪等犯罪。

律师如果仅仅从打赢官司的角度考虑问题，在与当事人的交往中如不能正确地约束自己的言行，就很容易构成帮助毁灭、伪造证据罪、妨害作证罪等犯罪。律师如果仅仅从打赢官司的角度考虑问题，在与当事人的交往中如不能正确地约束自己的言行，就很容易

2. 决定权与代理权复合。即家事代理既有自己独立决定因素，又有代理对方的因素，二者复合。

3. 代理与被代理复合。夫妻之间你可以代表我，我可以代表你，互为代理，互为被代理，代理与被代理相互转换。这与一般代理大有不同。在一般代理中，无论是委托代理还是法定代理，被代理人身份或法律地位是明确固定不变的。

4. 利益复合。家事代理行为所生利益，既包括自己的利益，也包括对方或家庭利益，形成利益复合体。

5. 法律责任（义务）复合。家事代理的法律后果不是由被代理人承担，也不是由代理人承担，而是互相都有责任，共同承担法律后果。

（二）家事代理权具有强制性。家事代理权具有当然性、强制性，非有法定原因，不得剥夺或限制。婚姻关系或夫妻身份是家事代理权产生的基础，只要婚姻关系存在，没有法定事由，不得限制。

（三）家事代理权具有平等性和独立性。即丈夫或妻子具有同等家事代理权，且无须事先征得另一方同意，可以根据家庭需要随时随地独立行使。

（四）家事代理权的范围具有特定性。家事代理权的范围是家务，仅限于日常家庭事务。

（五）家事代理权滥用的法律效果具有内外区别性。家事代理不能逾越合理范围或危害家庭利益。一方滥用家事代理权或者利用家事代理权损害另一方利益的行为，其法律后果内外有别。即在夫妻内部由行为人个人承担责任，但对外则应区分第三人是否善意，如果第三人存在善意，夫妻一方不得对抗善意第三人，即善意第三人可以向夫妻主张权利，夫妻他方对善意第三人承担责任后，再向行为人追偿。

二、家事代理中两种特殊规则的理解与适用

民法典家事代理制度除了前述一般规则和特点外，还有对内不生效力与对外不生效力的两项特殊规则。即夫妻一方与相对人另有约定的，对内不生效力；夫妻一方限制另一方的家事行为，对外不生效力。

（一）对内不生效力规则的理解与适用

根据家事代理制度的一般规则，夫妻一方的家事代理行为，在夫妻内部对双方发生效力。但民法典则有对内不生效力的特殊规定，这就是民法典第一千零六十条第一款“但文”规定的“夫妻一方与相对人另有约定的除外”情形。具体说，夫妻一方在从事家事代理活动中与交易相对人约定由行为人本人承担责任的，对夫妻另一方不生效力，即另一方不承担责任。需要指出的是，“夫妻一方与相对人是否另有约定”发生争议时，由主张“夫妻一方与相对人另有约定”的夫妻一方承担举证责任。

（二）对外不生效力规则的理解与适用

民法典第一千零六十条第二款规定：“夫妻之间对一方可以实施的民事法律行为范围的限制，不得对抗善意第三人。”这里的“限制”，是指限制一方可以独立实施的日常家事行为。重大家事属于应当由夫妻共同决定不能独立实施的事项，不在限制范围。这里的“不得对抗善意第三人”，是指该限制对善意第三人不生效力。判断该限制是否对抗第三人，核心要看第三人是否属于“善意第三人”。“善意第三人”需要具备两个条件：一是不知道夫妻一方被限制日常家事代理权；二是无法判断被限制一方的行为属于滥用家事代理权，即其行为外观具有表见家事特征，第三人足以信赖属于家事行为。如果第三人虽然不知道夫妻一方被限制日常家事代理权，但被限制一方所从事的行为明显不属于日常家事行为，第三人知道或应当知道属于滥用日常家事代理权（如在赌场借贷赌博），也不属于善意第三人，其行为不对他方产生效力，另一方可以对抗第三人，即不对第三人承担责任。

三、家事表见行为的法律适用

家事表见行为是家事越权行为的一种特殊形态。它是以第三人有无合理信赖为标准对家事越权行为的划分。夫妻一方的越权行为具有家事表象特征，第三人无法辨别属于越权行为或滥用家事代理权，有理由信赖属于家事行为的，则构成表见家事。夫妻一方的越权行为不具有家事表象特征，不足以对第三人产生家事行为的合理信赖的，则属显现越权或明显越权，不构成表见家事。

四、家事表见行为的法律适用

家事表见行为是家事越权行为的一种特殊形态。它是以第三人有无合理信赖为标准对家事越权行为的划分。夫妻一方的越权行为具有家事表象特征，第三人无法辨别属于越权行为或滥用家事代理权，有理由信赖属于家事行为的，则构成表见家事。夫妻一方的越权行为不具有家事表象特征，不足以对第三人产生家事行为的合理信赖的，则属显现越权或明显越权，不构成表见家事。

观点

北京师范大学刑事法律科学研究院名誉院长、博士生导师高铭暄，北京师范大学刑事法律科学研究院博士研究生王红在《学习与实践》2020年第5期《我国正当防卫制度理论根据的自主选择》一文中指出，个人与社会从来就是伦理思考的两极。社会是由个人所构成，没有个人，或把所有个人都抽象掉，社会就会成为一个虚无的概念。但是，构成整体的社会，本身又有其运行机制，有着区别于个体的整体利益，并且在性质上并不能够等同于单个的个人。因此，对于正当防卫制度理论

五、家事表见行为的法律适用

长期以来，司法实践中对家事表见行为都是按一般表见代理处理，现在应该有所变化。笔者认为，家事表见行为应当适用民法典婚姻家庭编第一千零六十条有关家事代理规定，不应当适用民法典表见代理的规定。其理由是：家事表见行为与表见代理的具体内涵和法律后果均不相同，是两种不同性质的法律行为。表见代理是以被代理人的名义实施民事法律行为，而表见家事并非以夫妻另一方名义行使权利，而是以行为人自己名义行使权利。在日常家事中，夫妻一方享有独立行使或处理家事权，不需要来自他方授权，不存在受委托从事日常家事活动的前提，自然不可能存在基于委托而产生的表见代理。在日常家事代理中，只存在一方行为是否属于家事或是否属于表见家事行为，不存在是否委托代理或是否表见代理。除此之外，两种表见行为还有如下区别：

（1）两种表见行为的具体内容不同。表见家事仅仅是夫妻一方行为在外表上具有家事表象，足以使他人相信属于家事行为，由此产生家事代理的法律效果。而表见代理，则是行为人的行为在外表上具有他人授权的表象，足以使他人相信其行为来自于他人的授权，因此产生代理他人行为的法律效果。简而言之，表见家事所涉及的内容是关于家事性质的表现，而表见代理所涉及的内容是关于代理权限的表现。在日常家事代理中并不存在有无家事代理权的表现，只存在是否属于家事事件的表见。这是表见家事与表见代理最本质的区别。

（2）两种表见行为产生的基础不同。表见家事产生的法律基础来自婚姻关系中的日常家事代理权，表见代理产生的法律基础来自合同法中的他人授权或法定代理制度。

（3）两种表见行为的价值功能不同。表见家事的价值功能在于救济滥用家事代理权中的善意第三人，表见代理的价值功能在于救济无权代理行为中的善意第三人。

（4）两种表见行为法律效果不同。表见家事的后果由夫妻共同承担，表见代理的后果由被代理人承担。

责任编辑 唐亚南
电子邮箱 llzk@rmfyb.cn

高铭暄 王红：

我国正当防卫制度理论根据的自主选择

根据的选择必须区分个人与社会两个面向。对于个人来说，紧急危难状态下，自己的生存权利最为迫切；对于社会而言，则要考虑整个社会包括所有个人的整体利益。西方资本主义国家在正当防卫制度的理论根据上所坚持的个人权利·社会秩序保护二元论，将个人权利保护置于首要地位，与自由主义的意识

六、正当防卫制度理论根据的自主选择

法治论坛

趣步APP是否构成非法传销

——新型网络商业模式与传销犯罪的界限

□ 郑伊可

2019年，号称“走路就能赚钱”的趣步APP掀起了全民参与的热潮。趣步APP是湖南趣步网络科技有限公司（以下简称“趣步公司”）开发运营的软件，据该公司官方网站宣传，自2018年9月趣步APP上线以来，已有3000万用户加入，与1万多家线下商铺建立了合作关系。但好景不长，2019年10月，趣步APP因涉嫌非法传销等违法行为，被长沙市市场监督管理局正式立案调查。

实际上，在趣步APP事件发生之前，我国的司法机关和媒体等就已经公布、报道了多起利用互联网进行传销的案列，如公众耳熟能详的钱宝网、e租宝、万家购物、云联惠等。当下我国在互联网时代的风口，市场亟须各种网络商业模式的兴起以促进经济发展。由于网络传销模式的多样性和复杂性，难以一眼看出这些模式的本质特征，其中不乏传销犯罪分子打着新型商业模式的旗号，企图以合法的外貌来掩盖其犯罪的本质，但也存在着符合正常的营销心理和利润分配规律的多层次网络销售模式。对于该种具有合理性的新型商业模式是否该“一刀切”，究竟什么样的行为是违法，什么样的行为是犯罪，两者之间究竟又有什么区别，亟待辨明。

首先，非法传销有两层含义，既包括行政法意义上的非法传销，也包括刑法意义上的传销犯罪。行政法意义上的传销包括三种形式：一是拉人头；二是收取入门费；三是团队计酬。以上任何一种都是违法行为，只要有一种形式即可构成传销。而刑法意义上的传销只包括两种形式：一是拉人头；二是收取入门费，且必须两种情况都具备。与行政法意义上的非法传销相比，组织、领导传销活动罪不包括团队计酬式传销，可见刑事立法及其司法解释对传销犯罪入罪门槛关注点主要是加入传销组织的人数，立法的旨意在于防止传销组织的扩张，防范传销的受害人数增加。由于“拉人头”和“收取入门费”实际上并没有经营活动，其本质是诈骗，所以现在刑法意义上的传销就是一种诈骗式传销。因此，我国刑事立法规定的非法传销犯罪的构成要件比行政法对非法传销的规定更为严格，构成行政法所认定的非法传销，未必构成犯罪。

其次，提到非法传销，不得不讨论的就是团队计酬模式的定性问题。由于其并不属于诈骗型传销，刑法修正案（七）增设的组织、领导传销活动罪并没有将其作为构成此罪的行为方式之一，那么其是否可以构成其他犯罪呢？抑或只能以行政法予以规范，并不构成刑法上的犯罪？若网络传销组织提供了商品或者服务，不具备骗取财物的要素时，又应当如何处理呢？关于这个问题，我国学术界对此有不同的看法。

第一种观点认为“团队计酬”式传销构成犯罪，但构成何罪又存在争议。张明楷教授认为，只要是传销（包括行政法意义上的传销）都可成立犯罪，只不过不同类型的传销涉及的犯罪类型不同，其中诈骗型传销（拉人头式传销和收取入门费式传销）可构成刑法第二百二十四条中的组织、领导传销活动罪，而经营型传销（即团队计酬式传销）则可构成刑法第二百二十五条中的非法经营罪；赵秉志教授认为，组织、领导传销活动罪同时包括了《禁止传销条例》第七条中的三种形式，即“拉人头”

形态以及个人主义的文化传统不无关系。然而，不论是国家的国家性质，还是在中国传统文化中长期形成的集体主义价值取向，均决定了我国的正当防卫制度的理论根据必须以社会为本位，即以社会秩序保护原理作为首要原理。同时，正当防卫制度的理论具有动态发展性。随着我国社会主要矛盾的根本性转变，在正当防卫制度的理论根据上，有必要将暗含在社会秩序保护原理中的个人保护原理显露出来，确立社会秩序·个人权利保护二元论，以此引导刑法理论和司法实践对于保护个人权利形成应有重视并作出必要转变。

七、正当防卫制度理论根据的自主选择

法治论坛

趣步APP是否构成非法传销

——新型网络商业模式与传销犯罪的界限

□ 郑伊可

“收取会费”和“团队计酬”，应当构成组织、领导传销活动罪；王恩海教授则认为，“团队计酬”式传销不构成组织领导传销活动罪，也不构成非法经营罪，但并不意味着不构成其他犯罪，若其符合其他犯罪的构成要件，仍应进行犯罪化处理。

第二种观点则认为，“团队计酬”式传销只是行政违法，不构成犯罪。陈兴良教授和袁彬教授认为，不是所有的传销都能构成犯罪，只有诈骗型传销（“拉人头”式传销和“收取入门费”式传销）才能构成犯罪，即构成组织、领导传销活动罪；经营型传销（即“团队计酬”式传销）只是行政违法，不构成犯罪。由此看来，学界关于“团队计酬”式传销的法律定性问题并没有形成一定的共识。

由于拉人头和收取入门费的方式本质都是一种诈骗，具备骗取财物的要素，因此争议关键在于对于团队计酬该如何定性，若认为团队计酬的方式构成犯罪，则原始型传销活动应构成非法经营罪；若认为团队计酬的方式不构成犯罪，则不应该用非法经营罪来评价。笔者认为，从立法目的的角度分析，有两种可能性，其一，不将团队计酬入“组织领导传销活动罪”是立法者并不认为团队计酬式传销构成犯罪，为了缩小传销打击的范围，将其取消；其二是立法者只是针对原来无法用非法经营罪评价的拉人头和收取入门费的行为设立的新罪，而团队计酬式行为仍可用非法经营罪评价，所以没有将其写入新罪。关于以上两种可能性，笔者更倾向于第一种，认为团队计酬商业模式不构成犯罪。第一，从现实角度出发，在目前的市场上，有很多合法企业仍然使用着原始型传销的模式进行经营，对于这些大量的只是单纯的以商品销售为目的的企业应该采取规范的手段，而不是以犯罪化处理；第二，从国家法律出台的轨迹来判断，由于各种新型商业模式的出现及其自带的合理因素，国家在尝试将其规范引导，而非“一棍子打死”。

最后，趣步APP到目前为止仍然没有司法层面的定性，笔者希望通过分析呈现出自己对其的理解，供大家参考。趣步APP究竟该如何定性，需要分为两种情况讨论：第一，当实际商品销售只是“障眼法”时，利润不足以支付仍然不断地吸引新用户，则其许诺给用户的收益则是“拆东墙补西墙”，用户投入的资金可视延长了收取入门费的节点，符合刑法第二百二十四条之一规定的“拉人头”和“收取入门费”，应该构成犯罪；第二，在实际商品销量很大的情况下，用户后续投入的资金无法认定为“收取入门费”，且其盈利模式和目标是现实可行的，资金链可以持续存在。但其实施的团队活跃度玩法构成了“团队计酬”，虽然不构成犯罪，但却构成了行政法意义上的传销。对于以互联网为载体，但事实上仍然在进行诈骗型传销的行为应该予以严厉打击，但对于那些无处不在的团队计酬式商业模式不宜按照犯罪处理，其存在有一定的合理性，在一定程度上促进了经济的繁荣发展。因此，为了适应商业模式创新的需要，需要对其加以规范化，分类化处理。在严厉打击传销犯罪的同时，不要“误伤”单纯以经营为目的的团队计酬型企业。刑法作为法律底线，保持其后置性和谦抑性，是其最终归宿。

（作者单位：北京师范大学法学院）

律师执业犯罪原因及防范

□ 黄进冲

易构成帮助毁灭、伪造证据罪。还有一些律师在生活中放纵自己，知法犯法，因从事赌博活动、酒后驾车等行为而为触犯罪。

疏于对当事人的防范。极少数律师为了案源，千方百计巴结当事人，片面听信当事人的一面之词。有些当事人不能如实提供信息，有的当事人只提供对其有利的信息，更有甚者还编造谎言哄骗律师，使得律师陷入虚假诉讼等犯罪行为中，帮助当事人捏造的事实提起民事诉讼，帮助伪造证据，在法庭上进行虚假陈述，捏造民事法律关系，虚构民事纠纷，向人民法院提起民事诉讼，从而严重地妨害了司法秩序，严重地侵害了他人的合法权益，这方面有公开报道的案例，我们应该引以为鉴。

缺少相关的约束和指导。随着社会的发展，各种各样的犯罪层出不穷，各种新型犯罪越来越多，戴在律师头上的紧箍咒是越来越紧，因此律师在具体工作中对自己哪些行为容易导致犯罪，缺乏相应的了解，特别是对近年来出现的套路贷犯罪和涉黑、涉恶犯罪认识不足，相关部门也没有及时出台这方面的律师防范措施，不利于减少、杜绝律师犯罪的数量。

二、防范律师执业时犯罪的对策

认真学习法律法规，提高政治站位。律师不仅要认真学习《中华人民

共和国律师法》《律师执业管理办法》《律师和律师事务所违法行为处罚办法》以及刑法对有关犯罪的各项规定，还要认真学习党和国家的方针政策，增强政治敏锐性。不能发表危害国家安全言论；不能干扰党和国家大政方针的实施；不能帮助涉黑、涉恶犯罪分子规避国家的法律制裁；不能助奸为虐，帮犯罪分子钻法律的空子；更不能为犯罪分子所利用，成为犯罪集团的帮凶。

严格约束自己的言行，提高个人素质。律师不仅要时刻学习各种新的法律法规，而且要接受律协和律所的各种培训和管理，不能把自己当成个体户，当成散兵游勇而放松对自己的要求。不仅要提高自己的业务素质和政治素质，还要加强个人修养。律师在执业工作中，与当事人交往时，要严格要求自己，约束自己在与当事人交往中的行为，不说过头话，不作虚假承诺，不与当事人进行不正当交易；律师在会见时，不秘密携带家属的信件、物品进入看守所，不传递犯罪嫌疑人及其家属要带给对方的与案情相关的信息；律师在庭审过程中，应当规范辩护行为，听从审判人员指挥，避免发生不必要的冲突。在与审判人员意见不一的时候，应当在表明意见后服从审判人员指挥，不当庭与审判人员对抗。如果不听从审判人员指挥，可能会被视为扰乱法庭秩序，而受到行政处罚建议、驱逐出法庭、

罚款、司法拘留等处罚。

加强案件背景调查，防止上当受骗。律师在接受相关敏感案件时要进行案件背景调查，譬如接手民间借贷案件时，就要上相关企业信用查询等平台，看企业是否有频繁诉讼记录，有些案件还要上法院的相关网站进行案例检索，防止被卷入虚假诉讼之中。对当事人的阐述也要进行深入分析，在与当事人交流中，要善于去伪存真，防止被当事人虚假陈述牵着鼻子走，防止被当事人当枪使。规范律师执业行为，不做以自己的身份不相适应的事情。对法律顾问单位在签订合同前也要进行背景调查，对涉黑、涉恶、涉套路贷的企业要严防死守，宁惹不做，不能做错。

加强律师监督管理，防范律师犯罪。要加强对律师的监管，对律师经办的案件要经常进行回头看，及时发现律师在经办案件中存在的问题，从而做好预防工作，要及时出台律师执业犯罪防范措施，对律师执业中经常碰到的各种问题给予指导，加强律师执业前、执业中的培训和指导工作，提高律师自身防范执业犯罪的意识和本领，通过典型案例教育来警戒律师执业犯罪的发生，通过规范律师的执业行为，预防律师执业犯罪的发生。

（作者单位：江苏致邦律师事务所）