



序言

初心不改，奋楫笃行，专业立本，臻于至善。

文康律师在实现法律人梦想的征途中，洞察时事热点，书写执业使命，将社会责任融汇于事业追求中。2022年下半年，文康人活跃在全国、省、市律协及其他机构单位组织的各类活动论坛中，文康在业界多项评选中依然荣获了诸多肯定与褒扬。

秉持专业立本的不懈追求，《文康法律观察》已刊至第三期，本期精选专业文章涵盖的研究领域更广泛、更深刻、更多元。关注立法前沿，剖析《公司法（修订草案）》重大修订条款及实务影响，解读新《妇女权益保护法》的新变化，引发深刻思考；聚焦城市更新、破产重整等课题，积极为经济发展、城市建设建言献策；围绕企业关心的合规问题，分享办理涉案企业合规业务的实务经验；持续深耕供应链金融领域，提供法律语境下的专业解读；及时汇总解答疫情背景下劳动用工争议热点难点，引导用人单位与劳动者共担责任、共克时艰；拓宽国际视野，解析外商投资的相关实务问题……

专业赢得信任，专业成就价值。正是每一位文康律师坚持对专业品质的极致追求，推出了一篇篇凝结观察与思考的专业研究，做出了一个个融合专业与智慧的经典案例，夯实了文康专业立本的根本，也收获了客户的认可和行业的赞誉。

春风浩荡开胜景，扬帆破浪正当时。2023年，文康将一如既往地深耕专业，精诚合作，打造更加全面、高效的专业法律服务，不负客户所托，肩扛使命，做党和人民满意的好律师，为行业健康持续发展和法治建设助力添彩。

文康律师事务所成立于一九九五年，凭借扎实勤勉的工作作风和力求卓越的专业品质，在业界赢得了良好口碑，是一家享有较高知名度和美誉度的大型综合律师事务所。

文康在青岛、济南、烟台、潍坊、济宁、日照、临沂、东营、德州、滨州、青岛西海岸、上合示范区、城阳、莱西和北京、上海、首尔、悉尼、华盛顿等地设有办公室或分支机构，现有执业律师及其他专业人员四百余名，工作语言包括中文、英文、韩文、日文等。文康致力于为客户提供高效专业的法律服务，业务范围涵盖二十余个领域，文康客户来自海内外数十个国家和地区，遍布各行各业。

文康秉承“务实敬业、做今日事，合作致胜、创百年所”的理念，收获了广泛赞誉。2005年入选首批“全国优秀律师事务所”，是山东唯一一家荣获“全国文明单位”的律师事务所，获得“山东省文明律师事务所”“山东省著名商标”“青岛市优秀律师事务所”“青岛市文明单位标兵”“青岛名牌”等荣誉称号，长期受到钱伯斯、《商法》杂志、ALB、ILFR、LEGAL500等国际知名排行机构的关注和认可。



部分荣誉 Achievements & Honors

全国文明单位 全国优秀律师事务所

Chambers
AND PARTNERS

Zhang Jinhai : Corporate/Commercial: Shandong (PRC Firms) Eminent Practitioners
Zhang Zhiguo : Band 1 (Corporate/Commercial: East Coast: Shandong (PRC Firms)
Gao Liangchen : Band 3 (Shipping: Northern China (PRC Firms)
Wang Li : Highly recommended lawyer (Corporate/Commercial: East Coast: Shandong (PRC Firms)
Wincon Law Firm: Band 1 for Corporate/Commercial: East Coast: Shandong (PRC Firms)
Band 3 for Shipping: Northern China (PRC Firms)
张金海: 业界贤达 (公司/商事业务领域: 山东区域)
张志国: 第一等律师 (公司/商事业务领域, 东部沿海山东地区)
高良臣: 第三等律师 (海事海商领域, 中国北部地区)
王莉: 推荐律师 (公司/商事业务领域, 东部沿海山东地区)
文康律所: 公司/商事业务领域, 东部沿海山东地区, 第一等律所; 海事海商领域, 中国北部地区, 第三等律所

 THOMSON REUTERS
ASIAN LEGAL BUSINESS

Excellent Law Firm (Northeast China)	中国优秀律师事务所 (东北地区)
China Fastest Growing Firms	中国十五佳成长律所
Regional Ranking: Circum-Bohai Sea Area Firms	环渤海地区律所
Maritime Law Firm of the Year	海事海商律师事务所年度大奖
Dispute Resolution Law Firm of the Year	争议解决律师事务所年度大奖
Insolvency & Restructuring Law Firm of the Year	破产并购律师事务所年度大奖
M&A Rankings (Firms to Watch)	并购领域值得关注的律师事务所
China Legal Service Awards	中国法律服务大奖
Client Choice Top 20 Lawyers in China: Li Peng	最受客户青睐20位中国顶级律师: 李鹏
Circum-Bohai Sea Area Rising Lawyers: Yu Perpei	律师新星: 于佩佩

IFLR1000

Top Tier Firm for Financial and Corporate	金融与公司业务领域 第一梯队律所 (山东)
Leading Lawyer: Chai enwang Li tao Fanzheng Wang Li	领先律师: 柴恩旺 李涛 范征 王莉
Rising Star of the Year: Yuan Xueli Haohan	飞跃之星: 原雪丽 郝涵

CHINA BUSINESS LAW JOURNAL 商法

China Business Law Awards (Shandong)	年度卓越律所 (山东)
Best Overall Law Firms (Shandong)	卓越综合实力律所 (山东)
Shipping (PRC Firms)	海事海商 (中资所)
Deals of the Year	年度杰出交易
Rising Stars: Zhang Hong	律师新星: 张红

The LEGAL 500

SHIPPING: PRC FIRMS LEADING FIRM	海事海商 中国领先律所
----------------------------------	-------------

ENR
Engineering News-Record

30 highly recommended Chinese Team
60 highly recommended Chinese lawyer of Engineering Industry: Yin Qifeng
最值得推荐的30家律师团队
最值得推荐的中国工程法律60位专业律师: 殷启峰

Asiac Insider

Best International Civil & Commercial Litigation Firm – China
Best Shipping & Maritime Law Specialist (China): Liangchen Gao
最佳国际商事诉讼律师事务所-中国区
中国区最佳海事海商法律事务专家-高良臣

界面
jiemian.com

TOP100 Law Firm	界面金榜律师事务所100强
China Best Employer Award	界面金榜最适合工作的律师事务所
Best Law Firm Leader: Zhang Zhiguo	最佳律所领军人物: 张志国
The Best Lawyer: Tang Yiwei Zhang ning	最佳律师: 唐仪伟 张宁
Rising Lawyer: Luan Ke	新锐律师: 栾珂

知产宝
IPHOUSE

TOP10 IP Litigation Team: Zhao Jijun	十佳优秀知识产权诉讼专利团队: 赵吉军律师团队
--------------------------------------	-------------------------

专业领域 Practice Areas

文康致力于向客户提供全方位的法律服务。文康律师在各业务领域内各有专长，能够保证法律服务的专业化，并可随时相互支持和紧密协作，充分满足客户跨领域的业务需求。



政府法律事务
Government-related
Legal Services



房地产与建筑工程
Real Estate & Construction



公司与并购
Corporate M&A



破产、重组与清算
Bankruptcy & Restructuring



争议解决与诉讼
Dispute Resolution & Litigation



保全与执行
Preservation & Execution



证券与资本市场
Securitisation & Capital Markets



私募股权投资
PE/VC



银行、金融
Banking & Finance



保险
Insurance



外商投资
Foreign Investment



国际贸易
International
Trade



海事、海商、海关
Maritime & Customs



知识产权
Intellectual Property



劳动
Labor & Employment



刑事
Criminal Compliance



婚姻家庭及财富传承
Family and Matrimonial &
Wealth Inheritance



医疗法律事务
Health Care



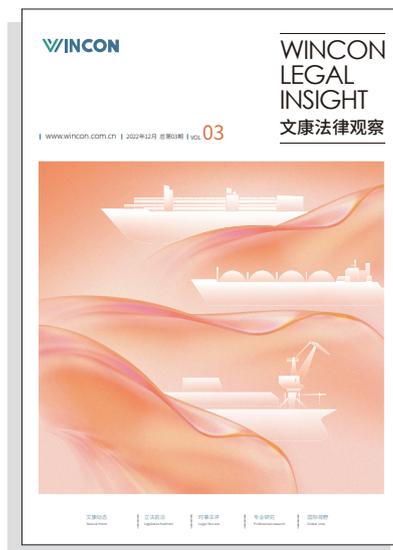
政府和社会资本合作项目
PPP



涉外及移民
Foreign Affairs & Immigration

目录

CONTENTS



文康动态

News & Honor

001

立法前沿

Legislative forefront

011

- 从《公司法（修订草案）》看简易注销登记制度 吴亚轩 012
- 债权人利益保护视角下的股东失权制度—兼评《公司法（修订草案）》第四十六条 任志向/孙睿 017
- 反不正当竞争法原则条款的拓展与细化 李静 021
- 拒绝在黑暗中沉默—新《妇女权益保护法》下的人身安全保护令制度 刘之瞳 024
- 《山东省公共数据开放办法》文件解读 马清泉 026

时事法评

Legal review

029

- 前车之鉴，“滴滴被罚80亿案件” 葛静芳 030
- 从《谭谈交通》被下架事件看版权纠纷的认定规则 张政国 034
- 游戏版号“回暖”？—警惕不正当竞争下的套用版号行为 王渊 039

专业研究

Professional research

043

企业合规 漫谈企业合规的发展方向 李瑞敏	044
城市更新 青岛市市南区城市更新疑难法律问题研究 王红艳	047
供应链金融 “云信”、“金单”、“迪链”是新型票据吗? 孙国瑞	054
破产重整 房地产企业破产购房人权利顺位浅析 陈吉峰	057
海事海商 班轮提单正面管辖条款的法律效力 高良臣/于佩佩	060
海事海商 船舶机损事故后保险人代位求偿纠纷案例评析 王博/马捷飞	063
地产与建工 工期索赔的证明标准及裁量尺度 张一帆	068
地产与建工 建设工程总承包合同工程价款的实务探析 吴晓雅	073
仲裁实务 没有签订仲裁协议/条款, 也能被卷入仲裁吗? 田刘柱/陈晓军	078
商事诉讼 关于笔迹鉴定之法律分析 王兴荣	086
商事诉讼 中国法视角下的“照付不议”条款 栾珂/张剑桥	088
商事诉讼 买卖合同中“先收款, 再付款”条款效力研究 韩鹏/刘佳琳	091
保全与执行 浅析案外人执行异议之诉 李国增	095
保全与执行 浅析以租抵债能否适用买卖不破租赁原则, 能否阻却法院执行 刘慧源	098
私募股权 看透领售权, 远离资本之“坑” 于劭	102
股权激励 国有科技型挂牌公司股权激励实施要点 赵春旭/侯宇杰	106
知识产权 用假冒礼盒销售散装正品的商标侵权分析 赵吉军	111
劳动与就业 疫情背景下劳动用工争议热点难点二十问 洪寿福/朱晓林	114
金融犯罪 操纵证券、期货市场罪的规范梳理与实务探究 田冰/姬兴武	118
税收监管 认缴制下转让未实缴部分股权的个人所得税问题 赵振斌/朱晓娜	129

国际视野

Global view

133

跨境投资 关于外商投资境内医疗机构之注册资本及股权相关实务问题 李佼/赵琳琳	134
走进韩国 韩国子公司辞退员工时的注意事项	137

文康
动态

News &
Honor

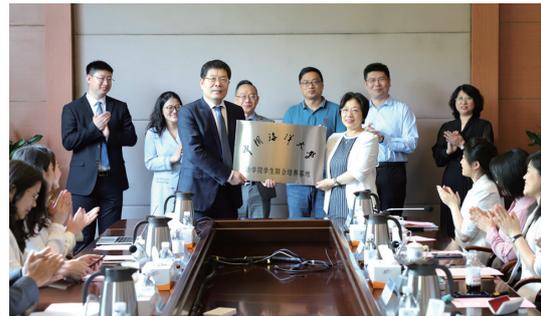


2022年6月2日，文康律师事务所召开传达学习中国共产党山东省第十二次代表大会精神会议，省党代会代表、文康党委书记高良臣以“党委书记专题党课”的形式传达会议精神，合伙人会议主席张金海主持会议，50余名党员及律师参加学习。



2022年6月8日，中国海洋大学与文康律师事务所联合培养基地签约授牌暨捐赠签约仪式在中国海洋大学行远楼举行。仪式由海大法学院党委副书记、副院长周妮妮主持，海大副校长、教育基金会理事长王剑敏，法学院党委书记刘惠荣，法学院院长桑本谦，研究生院副院长张猛，校友工作办公室、教育基金会办公室副主任谢瑞堂，法学院副院长董跃、于铭，法学院法硕中心执行主任于晓艺，文康律师事务所主任张志国，文康公益慈善基金会理事长殷启峰，文康纪委书记田刘柱，高级合伙人王红艳，合伙人于文娟、孙雅雯，丁鹏飞、于劭律师参加仪式。

2022年6月8日，“中国人民大学青岛校友之家”设立揭牌仪式暨校友交流座谈会在文康律师事务所举行。中国人民大学青岛校友会车向东会长、王书林秘书长及青岛校友会理事一行莅临文康，文康律师事务所合伙人会议主席张金海，高级顾问朱铁军，高级合伙人宫宏伟，合伙人谭咏华等校友代表出席揭牌仪式。



2022年6月15日，文康律师事务所携手兴业证券、习远咨询等业内知名机构在文康会议中心成功举办了“基础设施REITs实践与发展研讨会”。本次研讨会由兴业证券创新发展部业务董事柳林桐、戴德梁行估价及顾问服务部高级经理董一凡、习远咨询PPP事业部副总经理周坤、文康律师事务所高级合伙人陈洁做主题发言。

2022年6月9日，青岛海事法院发布2021年海事审判十大典型案例。文康律师事务所高良臣律师牵头，郭恩忠、于佩佩律师代理，郭恩葵、赵萍萍律师共同参与的申请认可和执行香港特别行政区海事仲裁裁决一案成功入选。



2022年6月20日，青岛市市妇联、市司法局、市律协联合举行“情暖春蕾 呵护成长”捐赠仪式，文康律师事务所合伙人、工会主席刘磊律师作为文康所代表现场捐赠助学款67800元。本次活动文康所共有46名律师参与，结对资助63名初中生、30名高中生。



2022年6月22日，在青岛市司法局与青岛市文化和旅游局指导下，“解读青岛市文旅产业政策，探索城市数字文化元宇宙”政策交流研讨会在文康律师事务所成功举办。



2022年6月28日，青岛大学与文康律师事务所联合培养基地签约授牌暨捐赠签约仪式在文康会议中心举行。青岛市司法局党委书记、局长万振东，青岛大学党委常委、副校长、教育发展基金会理事长刘彩云，文康合伙人会议主席张金海，青大法学院党委书记魏强，文康律师事务所主任张志国，青大法学院院长蔡颖雯，青岛市司法局办公室主任姜鹏辉，青大教育发展基金会综合事务部部长孔燕，青大法学院副院长马卫东，青大法学院研究生管理与学科办公室主任裴金实，文康公益慈善基金会理事长殷启峰，文康高级合伙人柴恩旺、李涛、田冰、魏慎礼、赵春旭、赵振斌，合伙人马洁，刘佳琳、宋云飞律师参加仪式。

在庆祝中国共产党建党101周年之际，为进一步加强律所党建工作，6月24日至7月1日，文康律师事务所济宁、城阳、日照等各地办公室纷纷组织律师举办“庆七一”系列活动，发挥党建引领作用，提高党员律师凝聚力、向心力，推动事务所新发展。



2022年6月27日至30日，山东省律师行业党委在济南举办全省青年律师领军人才党性教育培训班，全国优秀律师、省第十二次党代会代表、文康律师事务所党委书记高良臣传达了省第十二次党代会精神，来自全省的48名青年党员律师参加培训。



2022年7月，文康律师事务所收到了国家知识产权局颁发的《专利代理机构执业许可证》，成为专利代理执业机构。至此，文康成为兼具法律服务和专利代理双重资质的律师事务所。



2022年7月15日—16日，文康律师事务所2022年度第二次全体合伙人会议暨合伙人发展论坛在莱西豪邦大酒店举行，来自青岛总部及北京、济南、烟台、潍坊、济宁、日照、临沂、青岛西海岸、上合示范区、城阳、莱西等各地办公室的合伙人、顾问及特邀嘉宾参加。



为深度落实省、市关于进一步做好东西部协作发展规划和青岛、陇南东西协作座谈会精神，进一步加强青岛、陇南两地司法行政系统的合作交流，2022年7月7日—15日，文康律师事务所高级合伙人、刑事法律事业部主任刘宾律师赴甘肃省陇南市礼县开展为期一周的法律专业人才对口协作交流工作，在礼县司法局副局长张映东的陪同下，先后到陇南正源律师事务所、甘肃恒谦律师事务所、甘肃君器律师事务所、甘肃陇右律师事务所和礼县公共法律服务中心进行交流座谈。

2022年8月10日，2022年民建崂山区基层委参政议政工作专题会议在文康会议中心举行，民建崂山区基层委参政议政专委会主任、文康律师事务所高级合伙人许征律师主持会议，民建崂山区基层委副主委杨云鹏到会发言，会议还特邀青岛市人大代表、文康律师事务所高级合伙人张宁和民建青岛市委青工委主任李翊分享参政议政的心得体会。



2022年8月12日，杭州市律师协会考察团由杭州市律协副会长、教育培训委员会主任周春带队，到访文康律师事务所，就律所管理和教育培训等展开交流座谈，文康律师事务所主任张志国、监事会主席殷启峰、合伙人张红热情接待并参加座谈，青岛市律协副会长李云峰陪同参加活动。



2022年8月13日，日照市律师协会行业管理和发
展委员会举办日照市中小律所发展经验分享会，文康律
师事务所合伙人会议主席张金海受邀参加分享，日照市律
师协会会长秦四锋、监事长刘平刚出席会议。



2022年8月18日下午，新则派·大鱼专场来到文康律
师事务所，新则创始人余朋铭围绕“新形势下，律所、团
队的发展趋势与路径选择”主题进行线上线下同步分享，
文康律师事务所主任张志国主持活动。



2022年8月19日至20日，山东省第七届律师事务
所建设论坛在济南举行，论坛采取线上和线下结合的方
式，网易新闻、央视频、爱奇艺等多家网络平台同步直
播，10万余人次在线收看。山东省律师协会律所管理
与指导委员会主任、文康律师事务所主任张志国主持论
坛环节并作总结发言，文康党委书记高良臣作主题分
享。

2022年8月31日至9月5日，2022年中国国际服务贸易
交易会（“服贸会”）在北京国家会议中心和首钢园区举
办。文康律师事务所作为青岛涉外律所的唯一代表亮相本
届服贸会的法律服务专题展，由高级合伙人栾珂，合伙
人陈晓军，涉外律师于劭、李笑组成律师团，通过现场
展示、咨询交流、专题分享等方式，全面展示文康涉外
法律服务成果。



2022年8月，青岛市平度某批发商行诉青岛市市
场监督管理局行政处罚一案，经山东省高级人民法院二
审，维持一审判决，支持了青岛市市场监督管理局对平
度某批发商行仿冒青岛啤酒标识混淆行政处罚结果，文
康律师事务所孙凯律师作为青岛市市场监督管理局的代
理人参与了本案诉讼、李荃律师作为律师助理参与案
件协办，该案成为机构改革以来首起青岛市反不正当
竞争行政处罚诉讼经过二审并获司法判决支持的案
例。



秋风送爽时，花好月圆日。2022年9月7日下午，文
康中秋诗词大会暨书友读书会启动仪式在文康会议中
心举行，文康律师欢聚一堂，各地办公室律师通过线
上参与，在书香辞海中共同品味中秋佳节的喜庆氛
围。

2022年10月，文康律师事务所接受福州市福耀高等研究院委托，为筹建中的福耀科技大学提供法律咨询服务，曹德旺先生、张志国律师分别代表福耀高等研究院、文康律师事务所签署该顾问合同。



2022年10月21日，由文康政策研究中心主办的“法商智慧，打造财富传承之道”专题讲座在文康会议中心举行，邀请北京市君益诚律师事务所高级合伙人、文康婚姻家庭与财富管理委员会特聘顾问李凤凡律师进行分享。本次活动由文康律师事务所合伙人、文康政策研究中心秘书长门姿含律师主持，二十多位金融机构、企业代表和律师同仁现场聆听了讲座。



2022年10月26日下午，文康会议中心迎来了郑可悌、毛田林、王忠进、庞利海、胡世鉴、韩兰英、兰庆洲、张玉梅、孙芳龙等多位老朋友、老领导，文康高级合伙人张金海、张志国、殷启峰、孙德新、田刘柱、张建军、王济晓、田冰、苗增熙、袁椰等热情接待并座谈交流，表达了深深的感恩、感谢、感激之情。



2022年11月4日，山东省港口集团法务风控部部长李学明，青岛港法律合规部部长刘水国，山东省港口集团法务风控部主管刁文浩一行到访文康律师事务所展开交流座谈，文康律师事务所主任张志国，高级合伙人高良臣、李涛、裴吉科律师热情接待并参加座谈。



2022年11月，青岛城市大脑投资开发股份有限公司（以下简称“城市大脑”）收到全国中小企业股份转让系统下发的《关于青岛城市大脑投资开发股份有限公司股票定向发行无异议的函》，标志着城市大脑定向发行股票的核心工作已基本完成。文康律师事务所接受城市大脑的委托，担任本次定向发行的专项法律顾问，指派赵春旭、张鼎新、侯宇杰三位律师为本次定向发行提供全程法律服务。



2022年11月17日，枣庄市赴青体悟实训领导一行到访文康律师事务所，枣庄市科技局副局长李军、能源局副局长党向东、商务局副局长张志强、装备制造促进中心副主任王旭光与文康高级合伙人高良臣、栾珂、王莉、赵振斌律师，合伙人李瑞敏律师进行了座谈交流。



2022年11月30日，青岛市人大教科文卫委员会关于市教育督导条例（修订草案）审议工作座谈会在文康律师事务所举行。会议由市人大常委会副主任韩守信主持，市人大教科文卫委员会委员进行交流座谈。文康律师事务所合伙人会议主席张金海、党委书记高良臣、行政总监袁椰热情接待委员会一行，高级合伙人、市人大代表张宁律师参加座谈交流。



2022年12月9日，文康律师事务所作为青岛市企业服务平台合作服务机构正式入驻该平台。

为深入贯彻落实党的二十大精神，宣传宪法知识，弘扬宪法精神，12月11日下午，文康律师事务所未成年入人权益保护小组应邀为青岛市第十七中学师生开展“弘扬宪法精神 传承法治文化”普法宣讲公益活动。



2022年12月，“两会时间”开启，文康律师参加两会并积极建言献策，发出两会声音。在青岛市第十七届人民代表大会第二次会议上，青岛市人大代表、文康律师事务所高级合伙人、文康（上合示范区）律师事务所主任张宁提出《提高青岛市疾控中心疫情防控组织能力》的建议，青岛市人大代表、文康律师事务所高级合伙人、文康（莱西）律师事务所主任闫浩提出《关于规范信访秩序，用法治思维破解信访难题的建议》。在青岛市政协第十四届第二次会议上，青岛市政协委员、高级合伙人魏慎礼律师参加会议并提出了关于《打造科学仪器产业集聚区》等提案建议。在德州市第十九届人民代表大会第二次会议上，德州市人大代表、中共文康（德州）律师事务所支部书记、事务所主任艾民提出《关于推进我市“僵尸企业”破产出清的建议》。日照市十九届人大二次会议在日照市文博中心隆重举行，日照市人大代表，文康（日照）律师事务所管理主任王文提交了《关于在日照市全面推进企业合规工作的建议》。





6月，最高人民法院第二期专家咨询网民事咨询优秀专家评选活动评选出80名优秀专家，文康创始合伙人、监事会主席殷启峰律师荣获“最高人民法院民事行政检察专家咨询网民事优秀专家”荣誉称号。

2022年7月，资产界作为国内领先的金融和资产行业智库，基于对文康律师事务所高级合伙人陈洁律师在地产与基础设施投融资、城市更新、存量资产改造等领域专业研究和实务经验的认可，聘请陈洁律师为资产界智库特聘专家及次贝学苑优秀导师。

2022年7月27日，青岛市中级人民法院举行特邀监督员聘任仪式，聘任人大代表、政协委员及社会各界人士共50人担任青岛中院特邀监督员。青岛中院党组书记、院长张正智出席并讲话，党组副书记、副院长田孝民主持仪式。青岛市政协委员、文康律师事务所高级合伙人魏慎礼律师应邀参加仪式并获聘为青岛市中级人民法院特邀监督员。

2022年8月5日，中共临沂市委下发《中共临沂市委 临沂市人民政府关于公布第四届市委市政府法律顾问组成人员名单的通知》。文康高级合伙人、文康（临沂）律师事务所主任程萍，文康高级合伙人尤鹏飞被聘为临沂市委市政府法律顾问，聘期为两年。

2022年8月10日，中国国际商会青岛商会第六届会员代表大会在青岛香格里拉大酒店举行。文康律师事务所当选为副会长单位，高级合伙人裴吉科律师代表文康参会，并获聘中国国际商会青岛商会涉外商事法律专家委员会委员。

2022年8月16日，山东省人民检察院举行第一届听证员、首批特邀检察官助理聘任仪式，共选聘40名听证员、27名特邀检察官助理。文康律师事务所高级合伙人李鹏律师荣聘为山东省人民检察院首届听证员。

2022年8月，青岛市市南区法律专家服务团公布成员名单，文康律师事务所高级合伙人、市南区政协委员许征、田冰律师入选该服务团。

2022年9月7日，济南市政府第三届法律顾问聘任仪式暨政府法律顾问工作会议举行，济南市委副书记、市长于海田出席并为市政府第三届法律顾问代表颁发证书。文康高级合伙人、文康济南办公室执行主任李鹏被聘为济南市人民政府法律顾问。

2022年9月，第十届全国律协发布了新一届专门委员会、专业委员会名单，文康律师事务所高级合伙人高良臣荣任第十届全国律协海商海事专业委员会副主任。

2022年11月25日，青岛市人民检察院举行首届听证员聘任仪式暨检察听证履职培训会议，文康律师事务所高级合伙人田冰律师受聘为青岛市人民检察院首届听证员。11月23日下午，青岛市城阳区人民检察院举行首届听证员聘任仪式，肖估玲律师受聘为城阳区人民检察院首届听证员。

为深入贯彻落实“坚持全面依法治国，推进法治中国建设”基本方略，维护青岛市工商联会员的合法权益，促进非公有制经济健康发展，12月，青岛市工商业联合会成立第十四届青岛市工商联法律服务专家委员会，文康律师事务所高级合伙人田刘柱、高良臣、魏慎礼、王红艳律师受聘担任该委员会专家委员。



2022年6月15日，知名法律媒体《商法》(China Business Law Journal) 正式公布了2022年“《商法》卓越律所大奖”(China Business Law Awards) 榜单，文康律师事务所获“保险与再保险”行业领域大奖，这是继“卓越综合实力律所(山东)”“海事海商(中国北部)”“年度杰出交易”之后，文康在新的业务板块实现新突破。



2022年9月21日，《商法》(China Business Law Journal) 公布了商法卓越律所大奖2022区域奖项——“卓越综合实力律所”。文康律师事务所凭借专业服务和突出业绩再次荣获山东地区“卓越综合实力律所”大奖。

ASIAN LEGAL BUSINESS

2022年7月12日，权威法律媒体《亚洲法律杂志》(ALB) 公布了2022ALB中国区域法律大奖：华东地区入围名单，文康律师事务所凭借在华东地区卓越的专业品质、良好的业界口碑和杰出的市场表现入围8项大奖。

East China Law Firm of the Year
年度华东地区律师事务所大奖

Dispute Resolution Law Firm of the Year: East China
年度华东地区争议解决律师事务所大奖

Maritime Law Firm of the Year: East China
年度华东地区海事海商律师事务所大奖

Real Estate & Construction Law Firm of the Year: East China
年度华东地区房地产与建设工程律师事务所大奖

Insolvency & Restructuring Law Firm of the Year: East China
年度华东地区破产重组律师事务所大奖

Employment Law Firm of the Year: East China
年度华东地区劳动与就业律师事务所大奖

Managing Partner of the Year: East China
年度华东地区管理合伙人大奖
Zhiguo Zhang 张志国

Woman Lawyer of the Year: East China
年度华东地区女性律师大奖
QunWang 王群



2022年11月23日，国际知名法律评级机构《The Legal 500》公布2023年度中国律所榜单。文康律师事务所海事海商业务板块凭借杰出的业务实力、良好的口碑入选“海事海商”(Shipping) 领域“领先事务所”(Leading Firm)。

2022年6月23日，美国《工程新闻纪录》ENR和中国《建筑时报》共同发布2021年度“最值得推荐的中国工程法律10家专业律师事务所、60位专业律师”。文康律师事务所高级合伙人殷启峰律师再次获得“2021ENR/建筑时报最值得推荐的中国工程法律60位专业律师”荣誉称号。



2022年8月22日，国际知名法律媒体ALB《亚洲法律杂志》公布了2022 ALB China 十五佳成长律所榜单，文康律师事务所凭借专业的法律服务能力和在专业化、规模化发展过程中的突破成长荣登该榜单。



“金融和企业”领域 (Financial and corporate) 第一梯队律师事务所

2022年8月10日，国际知名法律媒体《国际金融法律评论》公布了2023年度IFLR1000中国榜单，文康律师事务所凭借专业的法律服务能力、卓越的口碑位列山东省“金融和企业”领域 (Financial and corporate) 第一梯队，高级合伙人柴恩旺、李涛、范征律师荣登“高度推荐”榜单，合伙人原雪丽、郝涵律师荣登“后起之秀”榜单，这是文康及文康律师第三次荣登该榜单。



柴恩旺
高级合伙人



李涛
高级合伙人



范征
高级合伙人



郝涵
合伙人



原雪丽
合伙人

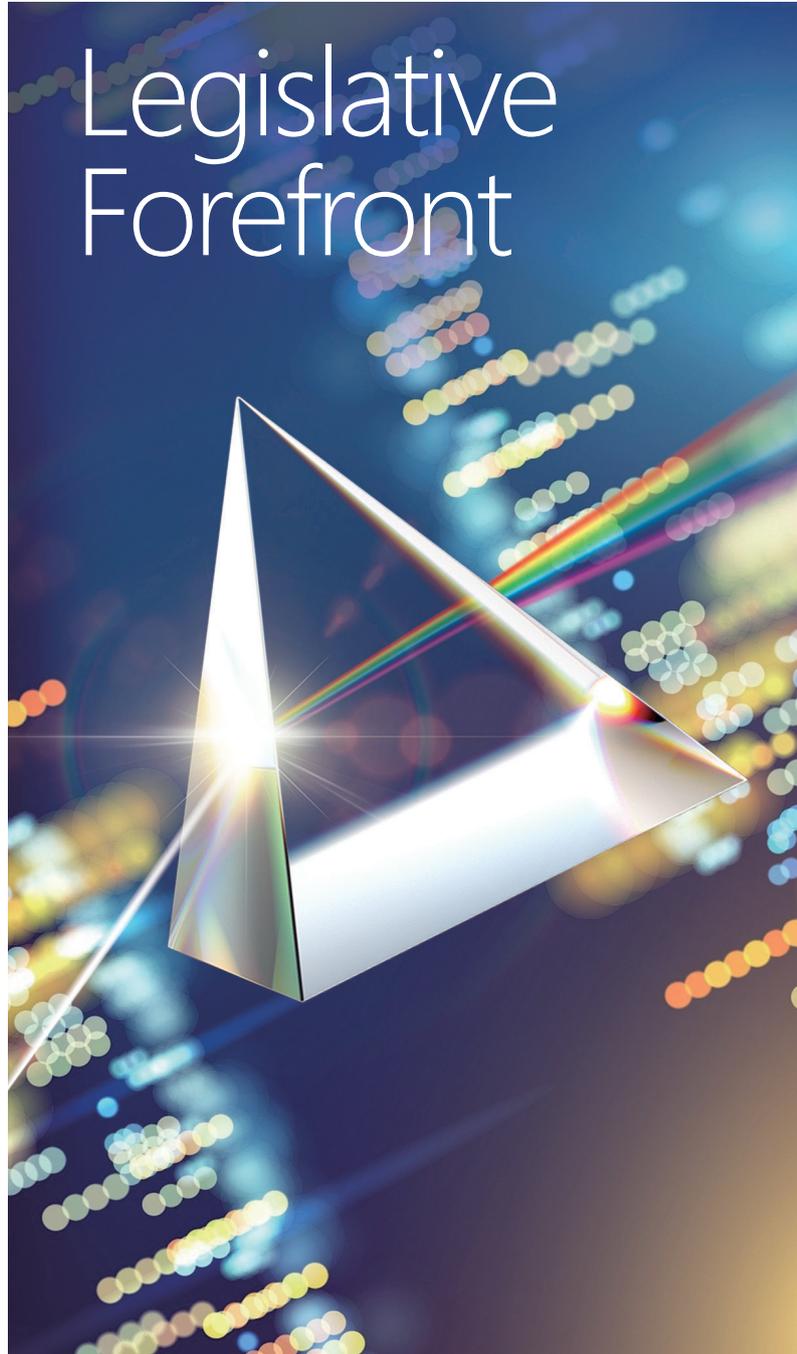
2022年6月27日，根据中共青岛市律师行业委员会下发《关于2022年度青岛市律师行业“党员先锋岗”的通报》，68名党员被命名为2022年度青岛市律师行业“党员先锋岗”称号。文康律师事务所于文娟、张红、胡冰佩、李荃、刘佳琳、许崇辉等党员律师名列其中。

2022年6月30日，青岛市市南区香港中路街道举办“争先创新绩 喜迎二十大”迎“七一”表彰大会，文康律师事务所凭借在疫情防控过程中的突出表现，荣获“疫情防控突出贡献单位”称号。

2022年11月24日，青岛市律师行业党组织评星定级结果公布，中共山东文康律师事务所委员会被评为“五星级党组织”。

2022年12月，首届“2020-2021年度青岛市十佳代理申诉律师事务所”与“2020-2021年度青岛市十佳代理申诉律师”评选活动结果揭晓，文康律师事务所荣获“青岛市首届十佳代理申诉律师事务所”称号。

立法
前沿



从《公司法（修订草案）》看简易注销登记制度

WINCON
LEGAL
INSIGHT



吴亚轩

专注于银行法律服务、证券、并购、公司法律事务、企业法律顾问、合同纠纷等诉讼及非诉业务。

2021年12月，第十三届全国人大常委会第三十二次会议召开，本次会议初次审议了《中华人民共和国公司法（修订草案）》（下称《公司法（修订草案）》）并予以发布，向社会公众公开征求意见。本次草案在诸多方面进行了修订，进一步完善了公司退出制度，增加了经全体股东对债务履行作出承诺，可以通过简易程序注销登记的规定，从而首次在《公司法》之中确立了简易注销登记制度，并明确了责任形式，为已在实践中推行多年的该项制度填补了法律漏洞，对其他市场主体简易注销的实践也具有关键的指导意义。在《公司法》本次修订通过之前，本文结合我国简易注销登记制度的立法和实践，简要介绍该项制度的基本内容及主要争议问题。

一、简易注销登记制度的规范沿革

简易注销登记作为市场主体退出制度的重要内容已在全国推行数年，有效提升了市场主体的退出效率，降低了退出成本，使得僵尸企业数量大大减少，提高了社会资源利用效率。回顾来看，该制度的主要规范沿革情况如下：

2014年6月4日，国务院发布《关于促进市场公平竞争维护市场正常秩序的若干意见》，首次提出：简化

和完善企业注销流程，试行对个体工商户、未开业企业以及无债权债务企业实行简易注销程序。

2015年1月5日，工商总局发布《关于开展企业简易注销改革试点的通知》，决定在上海市浦东新区、江苏省盐城市、宁波市、深圳市组织开展未开业企业、无债权债务企业简易注销试点。2015年12月14日，进一步将试点范围扩大到天津、呼和浩特等7省市。

2016年12月26日，工商总局发布《关于全面推进简易注销登记改革的指导意见》（下称《指导意见》），

决定自2017年3月1日起，在全国范围内全面实行企业简易注销登记改革。

2018年12月3日，市场监管总局发布《关于开展进一步完善企业简易注销登记改革试点工作的通知》，对领取营业执照后未开展经营活动、申请注销登记前未发生债权债务或已将债权债务清算完结的非上市股份有限公司、各类企业分支机构，适用企业简易注销登记程序。对符合上述条件的农民专业合作社及其分支机构，参照适用企业简易注销登记程序。同时将企业简易注销登记公告时间由45天（自然日）压缩为20天（自然日）。

2021年7月27日，《市场主体登记管理条例》发布，并于2022年3月1日正式施行，首次通过行政法规较为系统明确规定了简易注销登记的相关内容。

2021年12月24日，《公司法（修订草案）》公布征求意见稿，草案第二百三十五条新增如下规定：“公司在存续期间未产生债务，或者已清偿全部债务，经全体股东承诺，可以通过简易程序注销登记。通过简易程序注销登记，应当通过统一的企业信息公示系统予以公告，公告期限不少于二十日。公告期限届满后，未有异议的，公司可以在二十日内向公司登记机关申请注销公司登记。公司通过简易程序注销登记的，全体股东应当对注销登记前的债务承担连带责任。”

以下笔者将结合以上规范对于相应问题进行介绍和分析。

二、简易注销登记制度的主要内容

（一）适用主体

《指导意见》明确可以选择适用简易程序的主体为有限责任公司、非公司企业法人、个人独资企业、合伙企业。

《市场监管总局关于开展进一步完善企业简易注销登记改革试点工作的通知》中进一步将主体范围扩展为非上市股份有限公司、各类企业分支机构、农民专业合作社及其分支机构。

《市场主体登记管理条例》承袭以上规定的内容，通过第三十三条明确了该条例所指的市场主体均可适用简易程序注销，而第二条规定市场主体是指在中华人民共和国境内以营利为目的从事经营活动的下列自然人、法人及非法人组织：

- （一）公司、非公司企业法人及其分支机构；
- （二）个人独资企业、合伙企业及其分支机构；
- （三）农民专业合作社（联合社）及其分支机构；
- （四）个体工商户；
- （五）外国公司分支机构；
- （六）法律、行政法规规定的其他市场主体。

本条例进一步增加外国公司分支机构亦可以进行简易注销，从而覆盖了《公司法》的调整对象，基本上涵盖了我国当前主要的市场经济参与主体，且并未限制股份有限公司有限责任、甚至上市公司不得通过简易程序注销，构建了较为全面适用的主体范围。

另外，以上条例对于市场主体的定义与《民法典》中民事主体的分类保持了一致，包括自然人、法人、非法人组织，但同时限定应为“以营利为目的从事经营活动”的主体，而事业单位、社会团体、基金会、社会服务机构等非营利法人，机关法人、基层群众自治组织法人等特别法人因不具备“市场”属性，因此应当依照专门的条例履行相应的终止退出程序。但当前部分地区也不断开展对于该类主体简易注销的试验工作，例如2017年5月15日，陕西省事业单位登记管理局发布的《关于适用事业单位法人注销登记简易程序的指导意见》，准予部分符合条件的事业单位法人通过简易程序注销。

回到《公司法（修订草案）》的修订内容，对于简易注销登记规定在第十二章“公司解散和清算”中的第二百三十五条，而外国公司的分支机构则为第十三章，其中第二百四十三条规定：“外国公司撤销其在中华人民共和国境内的分支机构时，必须依法清偿债务，依照本法有关公司清算程序的规定进行清算”。笔者认为，《公司法（修订草案）》在第十二章新增简易注销登记规定的同时，并未对第十三章“外国公司的分支机构”的相关内容进行调整，仍规定必须进行清算程序，从而导致在目前版本草案内容之下，外国公司的分支机构是否可

以通过简易程序注销存在一定的疑问。但《市场主体登记管理条例》已经作出相应规定，同时结合简易注销登记制度的推行目的来看，外国公司的分支机构作为我国市场经济的参与者，亦不应在退出机制上进行区别对待，《公司法（修订草案）》应当进行内容上的针对性调整，从而保证不同效力层级规范内容上的一致性。

（二）适用条件

《指导意见》所规定简易注销的适用条件为：“领取营业执照后未开展经营活动，申请注销登记前未发生债权债务或已将债权债务清算完结，人民法院裁定强制清算或裁定宣告破产的企业”。不适用的情形包括：“涉及国家规定实施准入特别管理措施的外商投资企业；被列入企业经营异常名录或严重违法失信企业名单的；存在股权（投资权益）被冻结、出质或动产抵押等情形；有正在被立案调查或采取行政强制、司法协助、被予以行政处罚等情形的；企业所属的非法人分支机构未办理注销登记的；曾被终止简易注销程序的；法律、行政法规或者国务院决定规定在注销登记前需经批准的；不适用企业简易注销登记的其他情形。”

《市场主体登记管理条例》所规定简易注销的适用条件为：“未发生债权债务或者已将债权债务清偿完结，未发生或者已结清清偿费用、职工工资、社会保险费用、法定补偿金、应缴纳税款（滞纳金、罚款）”。不适用的情形包括：“注销依法须经批准的，或者市场主体被吊销营业执照、责令关闭、撤销，或者被列入经营异常名录的。”

对比以上内容的调整、变化，可以更加明确简易注销登记制度适用的条件应为主体不存在尚未清算完毕的债权债务。而《指导意见》所规定的“领取营业执照后未开展经营活动”的企业，理论上仍可能会产生债权债务的问题，因为领取营业执照意味着主体已经设立，那么其在设立过程中形成的债权债务应当由设立后的主体享有或承担，所以未开业并不意味着自始不发生债权债务的问题；“人民法院裁定强制清算或裁定宣告破产的企业”，则可直接向登记机关申请办理注销登记，而无需适用简易注销程序。同时，对于不适用简易注销登记的情形则进一步简化，但由于《指导意见》并未废止，所以笔者认为若相关主体存在《市场主体登记管理条例》

例》之外，《指导意见》之中不适用简易注销登记相关情形的，仍不得申请简易注销，当前登记机关实践中亦进行如此把握。

再回到《公司法（修订草案）》的修订内容，仅规定公司在存续期间未产生债务，或者已清偿全部债务的可以通过简易程序注销登记，与《市场主体登记管理条例》中的适用条件保持了一致，但并未规定不得适用简易程序的情形，因此仍应依照《指导意见》及《市场主体登记管理条例》的规定对公司不得进行简易注销程序的情形进行限定。

（三）适用程序

根据《市场主体登记管理条例》规定，市场主体申请简易注销的，应当将承诺书及注销登记申请通过国家企业信用信息公示系统公示，公示期为20日。在公示期内无相关部门、债权人及其他利害关系人提出异议的，市场主体可以于公示期届满之日起20日内向登记机关申请注销登记。个体工商户按照简易程序办理注销登记的，无需公示，由登记机关将个体工商户的注销登记申请推送至税务等有关部门，有关部门在10日内没有提出异议的，可以直接办理注销登记。

《公司法（修订草案）》与前述条例规定保持一致，采用“告知承诺”的审批模式，但目前从国家企业信用信息公示系统的辐射面及影响力，甚至是便利程度来讲，并不能保证有效覆盖，从而导致简易注销登记制度极易成为投资人逃避债务的工具之一。因此，该项制度之下遗留债权人的事后追责、救济问题便成为其中最容易出现纠纷的焦点。同时，由于《公司法》及相关法律对于简易注销登记制度及具体责任内容立法上的缺失，更使得该问题在简易注销登记施行的这几年成为司法实践中的难点之一，无法真正满足由“前端严审”转向“后端惩治”的制度要求。鉴于此，笔者将在下文对简易注销登记制度下遗留债权人的救济手段进行列举与分析。

三、简易注销登记制度下遗留债权人的救济

简易注销登记通过程序简化，极大提高了市场主体的退出效率，但制度设计本身也增加了投资人通过简易注销逃避公司债务，侵害债权人利益的可能。为此，登

登记机关要求拟申请简易注销登记主体的全体投资人出具《全体投资人承诺书》，来增强对遗留债权人的保障。该承诺书与一般注销登记中，登记机关要求清算义务人出具的对遗留债权债务承担责任的保结书类似，不过需明确的是从内容上看，《全体投资人承诺书》所要求投资人作出的承诺仅为“如果违法失信，则由全体投资人承担相应的法律后果和责任”。但在《公司法（修订草案）》明确简易注销程序下股东对于遗留债务的连带责任之前的简易注销制度施行期间，现行法律法规并无对于简易注销制度下投资人“违法失信”的规定。因此，司法实践中对于注销登记后的遗留债务纠纷，法院往往依据《公司法解释（二）》中对于清算义务人未依法履行清算义务时责任的规定，进行审理裁判。综合来讲，简易注销登记制度下遗留债权人的救济手段主要有：

（一）申请撤销注销登记

《指导意见》规定：“企业在简易注销登记中隐瞒真实情况、弄虚作假的，登记机关可以依法做出撤销注销登记处理，在恢复企业主体资格的同时将该企业列入严重违法失信企业名单，并通过国家企业信用信息公示系统公示，有关利害关系人可以通过民事诉讼主张其相应权利。”

《市场主体登记管理条例》第四十条同样规定：“提交虚假材料或者采取其他欺诈手段隐瞒重要事实取得市场主体登记的，受虚假市场主体登记影响的自然人、法人和其他组织可以向登记机关提出撤销市场主体登记的申请。”

因此，若遗留债权人发现债务人简易注销登记影响其权利实现的情况下，可以选择向登记机关申请撤销债务人的注销登记，进而要求债务人继续履行相应责任。

但其中存在一个值得讨论的问题：在该市场主体注销登记被撤销后，债权人是否能够依据《全体投资人承诺书》要求全体投资人与债务人共同承担清偿责任。因为对于该承诺的属性与效力，学理与实践之中存在不同的理解，其中的主流观点认定该承诺为承诺人利他的单方法律行为，无须遗留债权人的同意即可生效，同时不允许承诺人任意撤销，承诺一旦作出且生效。例如成都中院（2020）川01民辖终90号裁定中即将《全体投资人承诺书》视为投资人“对公承诺”从而产生“债务加入效力”。

如此，即使在债务人已通过撤销注销登记，恢复主体资格，债权人仍有权要求全体投资人基于债务加入的意思表示共同承担清偿责任。但如此理解显然与《公司法解释（二）》第二十条第二款“公司未经依法清算即办理注销登记，股东或者第三人在公司登记机关办理注销登记时承诺对公司债务承担责任，债权人主张其对公司债务承担相应民事责任的，人民法院应依法予以支持”的前提“未依法清算即办理注销登记”相矛盾，且与《全体投资人承诺书》中“承担相应的法律后果和责任”的承诺内容不一致。

因此在（2021）皖03民终2886号等成都新大地汽车有限公司建设工程施工合同纠纷系列案件中，安徽省蚌埠中院认为“成都新大地公司于2020年4月14日出具的承诺书，出具对象系蚌埠市高新区市场监督管理局，该承诺书是注销天宝公司所必须出具的材料，并非是对特定债权人作出债务加入的意思表示，不应认定为成都新大地公司对天宝公司的债务加入”；同时，黑龙江省伊春市中院在（2021）黑07执异8号、10号案件中亦并未支持申请执行人在被执行人注销登记已被撤销情况下追加投资人为被执行人的请求。

针对该问题，笔者同样认为不应将《全体投资人承诺书》作为投资人自愿为拟注销主体注销后的遗留债务承担连带责任，或“债务加入”的意思表示，而直接依据承诺书进行审理判决，法院判决投资人承担责任需要更加明确的法律依据。

（二）请求全体投资人清偿

虽然前述相关规定确立了撤销登记制度，但并非全部已注销主体都能通过撤销登记恢复正常经营状态，若并无受虚假市场主体登记影响的自然人、法人和其他组织申请，或登记机关自我纠错，或撤销登记可能对社会公共利益造成重大损害，或无法恢复到登记前的状态的，遗留债权人则仅能依照相关法律规定向全体投资人主张权利。

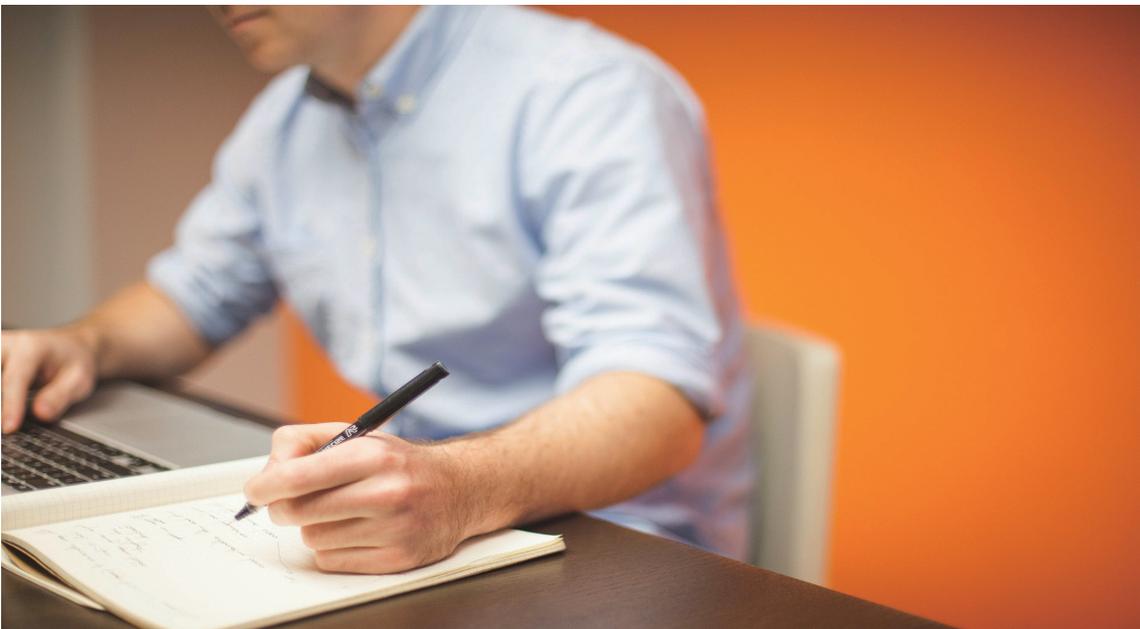
《公司法（修订草案）》非常明确的规定了简易注销后，全体股东应对注销前的债务承担连带责任，但在《公司法（修订草案）》之前，对于依照简易程序注销主体的遗留债务问题，法院主要依据《公司法解释

(二) 《公司法》第二十条第一款的规定，基于简易注销登记导致公司无法进行清算的事实，要求违背诚信义务的投资人承担清偿责任。例如在青海省高级人民法院（2018）青民初54号案件中，青海思维铜业集团有限公司履行了股东会决议、刊登注销公告、成立清算组等事宜后以简易注销的方式办理了注销登记，但被法院认定“并未按公司法的规定履行清理公司财产、编制资产负债表和财产清单，制作清算报告，也未通知已知债权人申报债权或清理债权、债务、处理公司清偿债务的剩余财产等事宜，明显违反了公司法关于公司解散清算的法律规定，从而判决青海思维铜业集团有限公司股东孙某应当对公司债务承担清偿责任”。但以上裁判依据，均为在《公司法》并未规定简易注销制度的情况下，不得不适用一般注销程序规则的无奈之举。因此，《公司法（修订草案）》中“公司通过简易程序注销登记的，全体股东应当对注销登记前的债务承担连带责任”的规定直接解决了审判层面的法律依据缺失问题。

不过仅从该草案规定来讲，笔者认为略显单薄与绝对。诚然，如此规定全面地保障了债权人的合法权益，也是投资人在程序简化便利情况之下，需要承担更为严

格事后责任的必然要求，但是笔者认为同时应当必要考量和维护拟简易注销市场主体中善意投资人，尤其是善意中小投资人的权益，使其不至于无限扩大。例如，若前面提及的青海高院案件中青海思维铜业集团有限公司依法履行了现行《公司法》规定的各项清算义务，但公司债权人在比较各方偿债能力后，甚至是与其中的大股东串通的情况下刻意隐瞒债权，待公司注销之后再向投资人进行主张，如此情况之下，善意投资人并无任何违法行为，而因简易注销制度规则而突破有限责任承担债务，显然有失公平。

综上，简易注销登记制度是在商事登记入口端改革持续深化，准入门槛不断淡化的情况下，相对应出口端终止制度的重要完善，但推行多年以来相关立法已严重滞后于实践的发展，尤其是责任规则的缺失造成了司法实践中的诸多问题。《公司法（修订草案）》一定程度上弥合了立法与实践的错位，但仅从目前草案内容来讲，尚需进一步完善或通过司法解释及配套法规的形式，针对多年实践以来已经出现的争议问题予以反映、明确规则，为相关商事制度的更新、发展提供更为全面的法律保障。



债权人利益保护视角下的股东失权制度 ——兼评《公司法（修订草案）》第四十六条

WINCON
LEGAL
INSIGHT



任志向

本硕博毕业于中国政法大学，从业后主要从事民商事诉讼、TMT外商投融资、互联网金融等领域相关法律事务。



孙睿

毕业于中国海洋大学法学院。从业后参与办理了多起建设工程、金融、公司类纠纷案件，有较为丰富的法律经验。

2021年12月20日，《公司法（修订草案）》初次提交全国人大常委会审议，并向社会公开征求意见，其中第四十六条规定了股东失权制度。股东失权制度系股东存在严重缺乏诚信行为、损害公司或公司债权人利益，进而公司通过法定程序强制其退出公司并丧失股东资格的一种救济制度。该制度虽然进一步完善了公司的资本制度，但从草案规定的内容来看，仍存在一定问题，会对债权人的利益形成冲击。

一、股东失权制度的立法考察

1. 股东失权制度的域外立法

股东失权制度并非由我国创设，在美国、日本和韩国等国的公司法中均有类似规定。其中，《日本公司法》规定：“在发起人中出现未履行出资义务的情况，其他发起人需规定日期，并通知该未履行出资义务的发起人在指定期限内履行出资。收到通知的发起人未在此规定的日期之前履行出资的，丧失因履行该出资而成为设立时发行股份股东的权利。在募集设立的场合，未缴纳规定的出资时，丧失因缴纳该出资成为设立时募集股份股东的权利”[1]；德国的《有限责任公司法》也有类似规定：“（1）股东迟延缴付出资时，可催告其在规定的宽限期内缴付，并提出警告可能因此没收其已缴的股份，催告的宽限期至少为一个月；（2）股东在宽限期届满仍不缴付时，公司即可声明将该股东的股份及其已缴款项收归公司；（3）公司就滞纳的款项或以后就股份追索的出资额受到损失时，被除名的股东仍应对损失负责。”[2]

2. 股东失权制度的域内制度雏形

在《公司法（修订草案）》之前，股东失权制度在我国也早有制度雏形。1998年颁布的《中外合资经营企业合营各方出资的若干规定》第七条规定：“合营一方未按照合营合同的规定如期缴付或者缴清其出资的，即构成违约。守约方应当催告违约方在一个月内缴付或者缴清出资。逾期仍未缴付或者缴清的，视同违约方放弃在合营合同中的一切权利，自动退出合营企业。守约方应当在逾期后一个月内，向原审批机关申请批准解散合营企业或者申请批准另找合营者承担违约方在合营合同中的权利和义务。守约方可以依法要求违约方赔偿因未缴付或者缴清出资造成的经济损失。”[3]

《合伙企业法》第49条亦有类似规定：“合伙人有下列情形之一的，经其他合伙人一致同意，可以决议将其除名：（一）未履行出资义务；（二）因故意或者重大过失给合伙企业造成损失……对合伙人的除名决议应当书面通知被除名人。被除名人自接到除名通知之日起，除名生效，被除名人退伙。”

3. 《公司法（修订草案）》第46条对《公司法司法解释三》第17条的吸收与改良

《公司法司法解释三》第17条规定：“有限责任公司的股东未履行出资义务或者抽逃全部出资，经公司催告缴纳或者返还，其在合理期间内仍未缴纳或者返还出资，公司以股东会决议解除该股东的股东资格，该股东请求确认该解除行为无效的，人民法院不予支持。在前款规定的情形下，人民法院在判决时应当释明，公司应当及时办理法定减资程序或者由其他股东或者第三人缴纳相应的出资。在办理法定减资程序或者其他股东或者第三人缴纳相应的出资之前，公司债权人依照本规定第十三条或者第十四条请求相关当事人承担相应责任的，人民法院应予支持。”

《公司法（修订草案）》第46条规定：“有限责任公司成立后，应当对股东的出资情况进行核查，发现股东未按期足额缴纳出资，或者作为出资的非货币财产的实际价额显著低于所认缴的出资额的，应当向该股东发出书面催缴书，催缴出资。公司依照前款规定催缴出资，可以载明缴纳出资的宽限期；宽限期自公司发出出资催缴书之日起，不得少于六十日。宽限期届满，股东仍未缴纳出资的，公司可以向该股东发出失权通知，通知应当以书面形式发出，自通知发出之日起，该股东丧失其未缴纳出资的股权。依照前款规定丧失的股权，公司应当在六个月内依法转让，或者相应减少注册资本并注销该股权。”

对比《公司法（修订草案）》第46条与《公司法司法解释三》第17条可以发现，《公司法（修订草案）》第46条增加了“作为出资的非货币财产的实际价额显著低于所认缴的出资额”这一适用情形，减少了“抽逃全部出资”的适用情形。而且，根据《公司法司法解释三理解与适用》的观点，“未履行出资义务”指的系“完全未履行”，而非“未完全履行”[4]，本次修订亦扩大了股东失权制度在该种情形下的适用范围，即股东虽然履行了部分出资义务但经催告后未按期履行全部出资义务的，仍有可能被公司宣告失权。

二、《公司法（修订草案）》第46条存在的问题及优化建议

如上所述,《公司法(修订草案)》第46条较《公司法司法解释三》第17条进行了一定程度的细化,但是仍存在问题,如失权决定由董事会还是股东会作出?如果是股东会做出失权决定,股东会能否一并决定是股权转让还是减资?这些问题都是需要进一步细化落实的,但受篇幅所限,本文主要讨论该条对债权人利益的冲击,或者说是公司、股东利益与公司债权人利益的平衡问题。

1. 公司宣告股东失权是否应当设置征求公司债权人意见的前置程序

失权决定虽然系公司内部的行为,但的确会对公司外部的债权人产生影响,因此有观点认为公司宣告失权前应当设置征求公司债权人意见的前置程序。

对于该观点,我们并不认同,主要原因则在于《公司法》的职能不仅限于维护债权人的合法权益,活跃市场交易,促进商事活动的效率也是《公司法》的应有之义(甚至更为优先)。如果公司做出失权决议需要征求公司债权人意见,亦或是需要征得债权人同意,那么该制度将名存实亡,因为债权人基于自身债权实现的需要,一定会对失权决议表示反对,毕竟“担保”总是多多益善。因此,我们认为公司宣告股东失权无需征求债权人意见,但是鉴于失权决议对公司债权人利益的潜在影响,我们认为该决议应当在市场监督管理部门进行公告,未经公告的,失权股东仍应在未缴纳出资范围内对公司债务承担补充清偿责任。

2. 公司债权人能否对宣告股东失权提出异议或申请撤销失权通知

对于违法决议及违法违规召集、表决等行为,《公司法》分别设置了对应的确认无效、申请撤销程序。因宣告失权同样涉及到公司股东会/董事会会议的召集及表决,如果存在违反法律、行政法规或公司章程的情况,我们认为应当允许公司债权人在市场监督管理部门公告失权决议之日起6个月内提起撤销之诉。

目前,《公司法(修订草案)》及《公司法司法解释三》均未规定股东失权决议的召集、表决程序,《公司法司法解释三理解与适用》认为“公司作出股东除名

行为,不属于《公司法》规定的特别事项,如果章程并没有特殊规定,经代表1/2以上表决权的股东通过即可”。[5]对此,我们认为基于解除股东资格的严厉性及对公司债权人的影响,宣告股东失权应由2/3以上表决权的股东同意为宜,如此也能够与减资程序的制度设计相匹配。如果允许代表1/2以上表决权的股东通过失权决议,那么在代表2/3以上表决权股东拒绝减资且被失权股份无股东或第三人受让的情况下,按现有的制度设计,股东失权制度的实操将陷入僵局。

而且,对于有权表决的股东,我们认为应当参照公司为公司股东提供担保的制度设计,不得让拟被宣告失权的股东参与表决。对此,有观点认为“如果要求瑕疵出资的股东回避表决,则理论上可能出现一个更为极端情况,也即所有股东都没有按期实缴的话,此时将没有股东可以行使表决权。”我们则认为,如果在实操过程中出现这种极端情形,则任一未按期实缴出资的股东都不当被宣告失权。在所有股东均未按期实缴出资的情况下,公司只是作为公司股东逃避债务的躯壳,如果允许全体股东被除名且不承担责任,将与《公司法司法解释三》第13条“股东未履行或者未全面履行出资义务,公司或者其他股东请求其向公司依法全面履行出资义务的,人民法院应予支持”的规定相背离。因此在此情况下,不应允许股东通过股东失权制度逃避债务,损害债权人利益,此时的僵局恰恰能够对未实缴出资股东形成合理制约。

3. 被宣告失权后,公司债权人能否要求被失权股东承担补充清偿责任

对于该问题,《公司法司法解释三》第17条已经给出了“附条件的答案”,该条规定:“在办理法定减资程序或者其他股东或者第三人缴纳相应的出资之前,公司债权人依照本规定第13条或者第14条请求相关当事人承担相应责任的,人民法院应予支持。”

我们认为,该制度安排能够较程度地保护债权人的利益。具体来说,在股东失权、公司减资的情形下,公司债权人可以通过减资程序要求公司提供担保或提前清偿债务。虽然从现行的减资程序实践看,对于债权人的保护力度似乎并不尽如人意,但减资程序仍是为防范出现无人受让股权僵局出现所采取的无奈之举;而在股

东失权后转让股权的情境下，在第三人缴纳相应的出资之前，失权股东仍应对公司债务承担补充清偿责任。该制度安排较为有效地避免了“失权股东将股权转让给无出资能力股东进而损害债权人利益”情况的发生，因为失权股东是否承担补充赔偿责任不以股权变动作为依据，而是以受让股东是否实际出资作为标准。

需要注意的是，从公布的《公司法（修订草案）》来看，上述制度设计并未得到沿用。我们认为，是否沿用，应当从现行的《公司法》出发，考量现行制度是否基于公司债权人以足够的保护，若保护充足，确实无需沿用上述制度，反之，则应设计相应的配套规范来保障债权人的合法权益。

我国现行《公司法》及司法解释虽然规定了未出资、虚假出资及抽逃出资股东的补充赔偿责任，但这一制度设计在司法实践中频频遭遇困境，原因则在于在认缴制的背景下，公司股东享有优渥的期限利益，公司债权人很难要求公司股东在未履行出资范围内对公司债务承担补充清偿责任。现《公司法（修订草案）》第89条又进一步区分，规定未届出资期限转让股权的，由受让人承担出资义务，进一步压缩的债权获得清偿的空间。如此，在“富股东找穷亲戚顶缸”情形发生时，利益保护的天平已完全倾斜。而在虚假出资及抽逃出资的情况下，受限于举证能力，公司债权人通常又很难证明公司股东存在虚假出资或抽逃出资的情形。

因此，我们认为现行《公司法》及司法实践对债权人利益保护是不充足的，虽然《公司法（修订草案）》第48条较《九民纪要》第6条增设新的股东出资加速到期的适用情形，但该规定能否在正式文本中得到保留，如何界定该条规定的“公司明显缺乏清偿能力”，均充满不确定性。因此，在当前的商业环境及司法背景下，我们认为《公司法（修订草案）》在创设股东失权制度时，应当沿用《公司法司法解释三》中的相关规定，以加强对债权人利益的保护。

三、结语

股东失权制度是有效解决公司内部矛盾的重要制度，但需要注意的是，该制度设计在保护公司和其他股

东利益的同时，不应过度蚕食公司外部债权人的利益，不能使其沦为缺乏“诚信义务”股东逃避债务的工具。目前《公司法（修订草案）》规定的股东失权制度并不完善，希望我们以上的思考，能对股东失权制度的改进、股东利益与债权人利益的衡平有所裨益。

注释：

1. 参见崔延花译：《日本公司法典》，中国政法大学出版社2006年版，第27页。

2. 参见最高人民法院民事审判第二庭：《最高人民法院关于公司法司法解释（三）、清算纪要理解与适用》，人民法院出版社2016年版，第274-275页。

3. 该规定目前已废止。

4. 参见最高人民法院民事审判第二庭：《最高人民法院关于公司法司法解释（三）、清算纪要理解与适用》，人民法院出版社2016年版，第271页。

5. 同上。

反不正当竞争法原则条款的拓展与细化

WINCON
LEGAL
INSIGHT



李静

擅长处理商标侵权及不正当竞争、影视作品纠纷。参与编写了《专利侵权业务指引》（中华全国律师协会主编）。曾为某主题乐园项目引入海外IP、投资某好莱坞电影IP提供全程法律服务。

新司法解释的条文结构

新司法解释第1-3条，涉及《反法》第二条原则性条款；第4-14条、第25条涉及《反法》第六条混淆行为；第15条涉及帮助侵权行为；第16条-18条涉及《反法》第八条虚假宣传；第19-20条涉及《反法》第十一条商业诋毁；第21-22条涉及《反法》第十二条网络竞争行为；第23条涉及损害赔偿金额；第24条涉及请求权竞合；第26-27条涉及管辖；第28条涉及溯及力。

2022年3月17日，最高人民法院发布了《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国反不正当竞争法〉若干问题的解释》（以下简称“新司法解释”），该新司法解释于3月20日起实施。《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》（以下简称“原司法解释”）同日废止。

结合最高法院民三庭负责人对新司法解释修改背景、核心内容和真实含义的阐述，本文拟重点探讨新司法解释对《反不正当竞争法》（以下简称“反法”）第二条兜底条款细化的规定以及对诉讼案件的指导意义。

相较原司法解释，新司法解释对《反法》第二条原则性条款、仿冒混淆、虚假宣传、网络不正当竞争行为等问题作出细化规定。

对《反法》第二条原则性条款的细化

1. 请求权竞合的择一保护

在新司法解释实施之前，原告在不正当竞争案件中

惯常采取的策略是，在诉讼中同时主张构成商标等知识产权侵权或在《反法》第二章规定的某一种具体的不正当竞争行为基础上，同时主张适用《反法》第二条的一般条款作为兜底。

新司法解释将反法第二条的适用顺序置于反法第二章、知识产权单行法相关规定之后，进一步明确《反法》第二条的兜底性质。同时明确了不正当竞争行为与知识产权侵权行为竞合时只能择一保护。

在新司法解释实施后，前述诉讼策略将不再行之有效。

2. 拓宽了被诉主体的范围，明确行为主体包括有间接竞争关系的经营者

在此之前，已有诸多案件明确指出《反法》规定的竞争关系包括直接竞争关系和间接竞争关系。如指导案例45号：北京百度网讯科技有限公司诉青岛奥商网络技术有限公司等不正当竞争纠纷案【详见（2010）鲁民三终字第5-2号】认为：“经营者的确定并不要求原、被告属同一行业或服务类别，只要是从事商品经营或者营利性服务的市场主体，就可成为经营者。联通青岛公司、奥商网络公司与百度公司均属于从事互联网业务的市场主体，属于反不正当竞争法意义上的经营者。虽然联通青岛公司是互联网接入服务经营者，百度公司是搜索服务经营者，服务类别上不完全相同，但是联通青岛公司实施的在百度搜索结果出现之前弹出广告的商业行为，与百度公司的付费搜索模式存在竞争关系。”此次从司法解释层面，对于间接竞争关系予以明确。

3. 明确商业道德的界定因素，自由与竞争的边界将是个案探讨的重点

新司法解释对“商业道德”的内涵及判定因素作出规定。

首先，“商业道德”不同于一般的道德，而应是“特定商业领域普遍遵循和认可的行为规范”。最高人民法院早在山东省食品进出口公司、山东山孚日水有限公司、山东山孚集团有限公司诉青岛圣克达诚贸易有限公司、马达庆不正当竞争纠纷申请再审案【详见（2009）民申

字第1065号】中就指出，“商业道德要按照特定商业领域中市场交易参与者即经济人的伦理标准来加以评判，它既不同于个人品德，也不能等同于一般的社会公德，所体现的是一种商业伦理。经济人追名逐利符合商业道德的基本要求，但不一定合于个人品德的高尚标准；企业勤于慈善和公益合于社会公德，但怠于公益事业也并不违反商业道德。”

其次，各行各业商业道德的具体内涵不尽相同，本文不再做探讨。但值得注意的是，对于新型竞争行为涉及的“商业道德”的认定，并非一成不变。以网络主播违约跳槽纠纷案件为例：

在武汉鱼趣网络科技有限公司与上海炫魔网络科技有限公司、上海脉森信息科技有限公司等著作权权属、侵权纠纷二审案件中，武汉市中级人民法院在认定案涉行为是否违反网络直播行业公认的商业道德时，从行业效率、竞争者利益的损害、产业生态和竞争秩序以及消费者利益四个方面详细论述网络主播违约跳槽违反了网络直播行业公认的商业道德。【详见（2017）鄂01民终4950号】该案系法院首次对网络直播的“商业道德”作出界定，引起了社会广泛关注和讨论，其中不乏否定意见。

2020年，浙江省高级人民法院在杭州开迅科技有限公司与李勇、广州虎牙信息科技有限公司不正当竞争纠纷二审案【（2020）浙民终515号】，在裁判要旨中指出，“市场竞争以自由竞争为原则，以反不正当竞争法的规制为例外。对于网游主播而言，其跳槽至新平台的行为虽然违反了合同约定，但为追求自身利益最大化而违约，并不等同于该行为存在《反不正当竞争法》意义上的不正当性。在守约方能够通过合同方式得到有效救济的情况下，《反不正当竞争法》的适用更应秉持审慎、谦抑的原则，而不应随意干预当事人的行为自由。对于被诉平台而言，以高薪“挖角”、预付合同款等方式吸引优秀人才，虽然削弱了原告平台的竞争优势，但促进了人才的自由流动，有利于市场的充分竞争，并不违反商业道德。”该案入选了2020年浙江法院十大知识产权案件。

同年，广东省高级人民法院在《关于网络游戏知识产权民事纠纷案件的审判指引（试行）》【粤高法发

【2020】3号】》第三十一条规定，“【游戏主播违约跳槽行为的审查】原告主张被告通过不正当手段引诱游戏主播违约跳槽，不当抢夺相关市场和利益，违反反不正当竞争法第二条规定的，应审查相关行为是否违背了商业道德，是否具备不正当性与可责性。

游戏主播以自身知识和技能优势为其他平台获取市场竞争优势，未违背商业道德，未扰乱市场竞争秩序的，一般不构成不正当竞争行为。主播违反竞业禁止协议或相关独家、排他直播协议的，依照协议约定承担相应违约责任。”

广东省高级人民法院虽没有直接明确游戏主播违约跳槽所涉“商业道德”的内涵概念，但指导意见是不适用《反法》第二条，与浙江省高院在前述案件中的意见一致。

由此可见，在新型竞争案件中，商业道德与商业自由的边界仍将是理论与实践的碰撞，是诉讼律师探寻的重点。

第三，商业道德的判断，可参考行业规定。在新司法解释实施前，最高人民法院在北京奇虎科技有限公司、奇智软件（北京）有限公司与腾讯科技（深圳）有限公司、深圳市腾讯计算机系统有限公司不正当竞争纠纷案【（2013）民三终字第5号】中指出，“需要特别指出的是，一审法院在裁判本案时援引的是民法通则、反不正当竞争法及本院相关司法解释，对于《自律公约》的援引并不是将其作为法律规范性文件意义上的依据，实质上只是作为认定行业惯常行为标准和公认商业道德的事实依据。对于《若干规定》的援引，也仅是用于证明互联网经营行为标准和公认的商业道德。因此，一审法院对于《若干规定》及《自律公约》的援引并无不当。”新司法解释再次明确，法院可以参考行业主管部门、行业协会或者自律组织制定的从业规范、技术规范、自律公约等进行判定。

实践中，企业通常认为行业协会、自律组织发布的文件不具有约束力，故而采取轻视的态度。根据新司法解释的规定，企业应该作出改变。除了收集、学习行业规定外，还应该对照进行合规经营的审查工作。

4.其他不正当竞争案件适用《反法》第二条兜底原则的思路

(1) 该竞争行为不属于《反法》列明的7种行为之一；

(2) 该种竞争行为因违反诚实信用原则和商业道德而具有不正当性；

(3) 该种竞争行为需导致扰乱市场竞争秩序、损害其他经营者或者消费者合法权益的损害后果。最高人民法院在苏州思杰马克丁软件有限公司、李卓侵害计算机软件著作权及不正当竞争纠纷二审案中认为，“并无证据证明竞争者对他人在中国的独家经销权所应得的商业利益造成不当减损，亦无证据显示竞争者不正当获利，扰乱了正常的市场竞争和社会经济秩序的情形”，故认定不适用《反不正当竞争法》第二条的相关规定。

5.除不正当有奖销售和商业贿赂外，明确了违反《反法》第二条和其他不正当竞争行为法定赔偿的适用指引

《反法》对侵犯商业秘密、商业混淆这两种行为作出法定赔偿上限五百万元的规定，新司法解释明确了适用《反法》第二条的不正当竞争行为以及虚假宣传、商业诋毁、利用网络不正当竞争同样适用法定赔偿上限五百万元的规定，使司法裁判有了明确的依据。

总之，新司法解释对《反法》第二条“兜底性”条款的细化，极大地拓宽了权利人的维权路径。在面对未被《反法》列明的其他不正当竞争行为时，律师可从商业道德与商业自由、竞争限制与竞争自由等方面多做探讨分析，对法律服务市场而言，又是一个新的业务契机。

拒绝在黑暗中沉默 ——新《妇女权益保护法》下的人身安全保护令制度

WINCON
LEGAL
INSIGHT



刘之瞳

毕业于上海对外经贸大学法学院，现主要执业领域为婚姻家庭与财富传承、民商事诉讼。

2022年10月30日，第十三届全国人大常委会第三十七次会议审议通过了新修订的《中华人民共和国妇女权益保障法》，该法自2023年1月1日起实施。新法以法治为指引和驱动，以社会主义核心价值观为主要内容，通过制度设计采取系列措施实现保护妇女权益。其中，关于扩大人身安全保护令的适用范围是本次新法修订的一大亮点，填补了婚恋交友和离婚后妇女的维权空白。本文笔者结合执业过程中遇到的离婚纠纷案例，对此展开相关解读。

人身安全保护令是一种民事强制措施，当事人因遭受家庭暴力或者面临家庭暴力的现实危险，向法院寻求司法保护的救济措施。人身安全保护令制度始于2016年3月1日正式施行的《中华人民共和国反家庭暴力法》，标志着我国首次以国家立法形式建立了人身安全保护令制度，为家庭暴力受害人建起一道法律“隔离墙”，保护

当事人的人身安全和人格尊严。

作为专业的婚姻家庭律师，在我们执业的过程中，接触了大量的离婚纠纷案件，其中有很大一部分夫妻感情破裂与“家暴”有关。事实上，在《中华人民共和国反家庭暴力法》颁布后的司法实践中，人身安全保护令的

适用并不普遍。家庭暴力问题一直是司法实践中难以明确评判的话题，基层执法止步于家，公权力难以介入家庭生活私领域。期间，部分法院虽发出过人身安全保护令，但是数量非常有限，人身安全保护令在遏制和防范家暴方面的作用远远没有充分发挥。

针对实践中存在的问题，2022年7月14日最高人民法院颁布的《最高人民法院关于办理人身安全保护令案件适用法律若干问题的规定》，一定程度上解决了人身安全保护令执行过程中的难题，进一步贯彻落实民法典关于“树立优良家风，弘扬家庭美德，重视家庭文明建设”的条文精神。

但是，不管是《反家庭暴力法》还是《最高人民法院关于办理人身安全保护令案件适用法律若干问题的规定》，仅是将人身安全保护令的适用范围确定在家庭成员或共同生活的人之间。

然而，在现实生活中的暴力骚扰行为却未必只发生在家庭成员之间，同样也可能发生在男女婚恋中，甚至在婚恋结束后。对于已经离婚或者不在一起共同生活的恋人之间发生的暴力行为，能否申请人身安全保护令存在着争议。

近年来，多地频发因婚恋纠纷侵犯妇女人身权益的恶性案件。比如，两年前网红拉姆离婚后因拒绝前夫骚扰，在家被前夫唐某使用汽油泼洒点燃最终去世的痛心案件；再如宇芽，一个凭仿妆蒙娜丽莎走红的美妆博主，在国际反家庭暴力日当天，卸下了往日精致的妆容，对着镜头隐忍又激烈的说出了被男朋友家暴半年的残酷真相。

对此，本次修订的新《妇女权益保障法》有了具有时代前沿性的突破，着力解决妇女权益保障领域的痛点和难点。该法第二十九条规定：“禁止以恋爱、交友为由或者在终止恋爱关系、离婚之后，纠缠、骚扰妇女，泄露、传播妇女隐私和个人信息。妇女遭受上述侵害或

者面临上述侵害现实危险的，可以向人民法院申请人身安全保护令。”不但扩大了人身保护令的适用情况，而且对比原来的身体或者精神侵害行为，增加了泄露、传播妇女隐私和个人信息的侵害行为。

许多人在面对家暴时都选择了隐忍，可隐忍的结果往往是愈演愈烈。我们不倡导在体型悬殊的情况下与对方硬碰硬，但是面对家暴，停止不作为，惩戒不作为，受害方必须要通过合法途径来保护自己，在对方第一次动手时就要“立规则”，勇敢说不。人身安全关系每个人的基本人权，目前的人身安全保护令作为“家暴的防火墙”，举证要求低、申请周期短、措施内容灵活，对于正在遭受家庭暴力的受害者来说，是身体的避风港和精神的慰藉剂。

比家暴更难过的，是对于家暴的无意识包容。在妇女权益保障中，也没有什么比用法律保障女性过上有尊严、有自由的生活更值得努力。

《山东省公共数据开放办法》文件解读

WINCON
LEGAL
INSIGHT



马清泉

主要业务领域为投资并购与公司治理、网络安全与数据合规、商事诉讼与仲裁，曾为多家新经济和 Related 技术企业提供专业支持。是国内首批具有EXIN DPO & ISO双资质的法律从业者，并已获得PDPF、PDPF、ISFS、ISMP等职业认证，同时具有相关BI工程师认证。

一、《山东省公共数据开放办法》的出台背景

数据是国家基础性战略资源。《国民经济和社会发展的第十四个五年规划和2035年远景目标纲要》中明确提出：“加强公共数据开放共享。扩大基础公共信息数据安全有序开放，探索将公共数据服务纳入公共服务体系，构建统一的国家公共数据开放平台和开发利用端口，优先推动企业登记监管、卫生、交通、气象等高价值数据集向社会开放”。

山东是国家公共数据资源开发利用试点省份之一，在公共数据开放和开发利用工作上取得长足发展，建设统一的公共数据开放平台，数据开放数量和容量位居全国前列。

鉴于国家层面目前还未出台统一、专门的公共数据开放法律法规，山东省出台《山东省公共数据开放办法》（以下简称“办法”），有利于探索问题解决路径，

加快完善公共数据开放制度措施，促进和规范公共数据开放，发挥公共数据的价值，提高社会治理能力和公共服务水平。

二、《山东省公共数据开放办法》的重点内容

（一）明确管理体制

1、明确公共数据与公共数据开放的定义

（1）公共数据

公共数据，是指国家机关，法律法规授权的具有管理公共事务职能的组织，具有公共服务职能的企业事业单位，人民团体等（以下统称公共数据提供单位）在依法履行公共管理职责、提供公共服务过程中，收集和产生的各类数据。

公共数据资源作为国家基础性战略资源，对于促进

经济高质量发展、完善社会治理和提升政府服务能力具有重要意义。

山东省按照《山东省大数据发展促进条例》的要求，进一步拓展了公共数据的适用范围，与其他地方现有公共数据开放立法相比，适用范围更全面。

(2) 公共数据开放

公共数据开放，是指公共数据提供单位面向社会提供具备原始性、可机器读取、可进行社会化开发利用的数据集的公共服务。

2、确立工作原则

公共数据开放应当遵循需求导向、创新发展和安全有序的原则。

3、明确职责分工

县级以上人民政府应当统筹解决公共数据开放重大事项，鼓励、引导科研机构、企业、行业组织等单位开放自有数据，推动公共数据与非公共数据融合应用、创新发展。

县级以上人民政府大数据工作主管部门应当按照国家规定建立公共数据资源体系，组织、监督本行政区域内的公共数据开放工作，推动公共数据开发利用；其他有关部门按照各自职责，做好相关工作。

省人民政府大数据工作主管部门应当建立公共数据开放管理制度，制定公共数据分类分级规则，并组织社会力量对公共数据开放活动进行绩效评价、风险评估。

省人民政府大数据工作主管部门还应当依托省一体化大数据平台，建设统一的公共数据开放平台。

4、强调数据安全保护

数据是大数据发展应用的基础和保障。数据安全、个人信息保护等问题已成为关系广大人民群众切身利益、关系国家安全和经济社会发展的重大问题。

《山东省公共数据开放办法》以《网络安全法》《数据安全法》等上位法为依据，结合实际进行规定：一是公共数据提供单位应当建立本单位公共数据安全保护制度，落实有关公共数据安全的法律、法规和国家标准以及网络安全等级保护制度，采取相应的技术措施和其他必要措施，保障公共数据安全；二是对公民、法人和其他组织开发利用公共数据作出规定，明确要采取必要的防护措施，保障公共数据安全等要求。

(二) 建立开放机制

1、数据开放主体

数据开放主体主要包括国家机关，法律法规授权的具有管理公共事务职能的组织，具有公共服务职能的企业事业单位，人民团体。

2、重点和优先开放数据范围

国家“十四五”规划纲要提出，要加强公共数据开放共享，扩大基础公共信息数据安全有序开放，探索将公共数据服务纳入公共服务体系，优先推动企业登记监管、卫生、交通、气象等高价值数据集向社会开放。

对此，《山东省公共数据开放办法》进行了相关针对性地规定，公共数据提供单位应当根据本地区经济社会发展情况，重点和优先开放与数字经济、公共服务、公共安全、社会治理、民生保障等领域密切相关的市场监管、卫生健康、自然资源、生态环境、就业、教育、交通、气象等数据，以及行政许可、行政处罚、企业公共信用信息等数据。

3、开放清单

公共数据提供单位应当按照公共数据目录编制规范，编制本单位公共数据目录和公共数据开放清单，确定公共数据的开放属性、类型、条件和更新频率，并进行动态调整，通过统一的公共数据开放平台向社会公布。

公共数据提供单位因法律、法规修改或者职能职责变更，申请调整公共数据开放清单的，应当经县级以上人民政府大数据工作主管部门同意。

4、数据开放方式

公共数据以开放为原则，不开放为例外。除法律、法规和国家规定不予开放的外，公共数据应当依法开放。

数据安全和处理能力要求较高或者需要按照特定条件提供的公共数据，可以有条件开放；其他公共数据，应当无条件开放。

针对不予开放的公共数据，在经依法进行匿名化、去标识化等脱敏、脱密处理后，或者经相关权利人同意后，可以无条件开放或者有条件开放。

5、数据获取方式

公共数据提供单位开放公共数据，可以通过提供数据下载，提供数据服务接口，以算法模型提供结果数据，以及法律、法规和国家规定的其他方式。

6、数据质量

公共数据提供单位应当按照国家、省有关标准和 requirements, 对开放的公共数据进行清洗、脱敏、脱密、格式转换等处理, 并及时更新、维护。

(三) 优化平台建设

1、开放平台

公共数据提供单位应当通过统一的公共数据开放平台开放公共数据, 不得新建独立的开放渠道。已经建设完成的, 应当进行整合、归并, 并纳入统一的公共数据开放平台。

2、数据纠错

公民、法人和其他组织认为开放的公共数据存在错误、遗漏等情形的, 可以通过统一的公共数据开放平台向公共数据提供单位提出异议或者建议。公共数据提供单位应当及时处理并反馈。

3、平台管理

省人民政府大数据工作主管部门应当建立公共数据开放管理制度, 制定公共数据分类分级规则, 并组织社会力量对公共数据开放活动进行绩效评价、风险评估。

4、权益保护

省人民政府大数据工作主管部门应当建立公共数据开放管理制度, 制定公共数据分类分级规则, 并组织社会力量对公共数据开放活动进行绩效评价、风险评估。

(四) 鼓励合法利用

1、鼓励数据利用

鼓励、支持公民、法人和其他组织利用开放的公共数据开展科学研究、咨询服务、应用开发、创新创业等活动, 促进公共数据与非公共数据融合发展。

省人民政府大数据工作主管部门可以通过统一的公共数据开放平台, 为公民、法人和其他组织提供公共数据开发利用基础工具或者环境。

2、违法违规行为处理

公民、法人和其他组织在利用有条件开放的公共数据过程中, 违反本办法规定, 未遵守公共数据开放利用协议, 或者损害国家利益、公共利益和第三方合法权益的, 公共数据提供单位应当终止提供公共数据开放服务; 违反有关法律、法规规定的, 由有关机关依法处理。

(五) 明确法律责任

在有关单位和个人的公共数据开放活动中, 难免会出现偏差失误或者未能实现预期目标的情形。此时, 如果直接予以处罚, 则往往容易打击大家的积极性。

对此, 根据《山东省公共数据开放办法》的规定, 如果符合国家确定的改革方向, 决策程序符合法律、法规规定, 未牟取私利或者未恶意串通损害国家利益、公共利益的, 应当按照有关规定从轻、减轻或者免于追责。

为了避免扩大影响, 同时规定, 经确定予以免责的单位和个人, 在绩效考核、评先评优、职务职级晋升、职称评聘和表彰奖励等方面不受影响。这在一定程度上, 可以很好地鼓励推动公共数据的开放与尝试。

对于违反本办法, 公民、法人和其他组织在利用有条件开放的公共数据过程中, 未遵守公共数据开放利用协议, 或者损害国家利益、公共利益和第三方合法权益的, 公共数据提供单位应当终止提供公共数据开放服务; 违反有关法律、法规规定的, 由有关机关依法处理。

三、公共数据开放单位的应对办法

2021年, 我国开始施行《个人信息保护法》《数据安全法》, 是公共数据提供单位应当首先遵守的法律规范内容。

公共数据提供单位需要建立过数据保护体系, 配套相关制度, 方可更好的合法合规的对公共数据进行开放。

在《办法》中特别明确规定, 公共数据提供单位应当建立本单位公共数据安全保护制度, 落实有关公共数据安全的法律、法规和国家标准以及网络安全等级保护制度, 采取相应的技术措施和其他必要措施, 保障公共数据安全。

县级以上人民政府大数据工作主管部门应当按照国家规定建立公共数据资源体系, 省人民政府大数据工作主管部门应当建立公共数据开放管理制度, 制定公共数据分类分级规则, 并组织社会力量对公共数据开放活动进行绩效评价、风险评估。

《山东省公共数据开放办法》的出台与施行, 将有利于更好地将相关数据取之于民, 用之于民。

时事
法评



前车之鉴，“滴滴被罚80亿案件”

WINCON
LEGAL
INSIGHT



葛静芳

主要执业领域为商事争议解决、公司法律事务、房地产与建设工程、科技与互联网、反垄断与竞争法，擅长处理房地产与建设工程、公司纠纷、反垄断与竞争法领域的疑难复杂案件。

近几年，滴滴公司一直因数据合规及网络安全麻烦不断。2021年7月，国家网信办会同公安部、国家安全部、自然资源部、交通运输部、税务总局、市场监管总局等部门联合进驻滴滴出行科技有限公司，开展网络安全审查。2021年底，仅在纽交所上市五个月后，滴滴又官宣退市。今天，网信办通报滴滴因违反数据合规要求受到80亿巨额罚款。本文仅结合相关法规，对此次事件进行简单解读和梳理，供读者参考。

一、为什么是国家网信办？

此次进行调查和处罚的行政执法机关是国家互联网信息办公室，也就是标题所称的“网信办”。为何是网信办？结合《个人信息保护法》第六十条的规定来看，“国家网信部门负责统筹协调个人信息保护工作和相关监督管理工作。国务院有关部门依照本法和有关法律、

行政法规的规定，在各自职责范围内负责个人信息保护和监督管理工作。县级以上地方人民政府有关部门的个人信息保护和监督管理职责，按照国家有关规定确定。前两款规定的部门统称为履行个人信息保护职责的部门。”

所以，仅从此次事件的发文机关就可以基本判断滴

滴公司的违法行为是归摄于数据合规及网络安全领域。

《个人信息保护法》第六十一条也明确罗列了包括网信办在内的“履行个人信息保护职责的部门”的职责：

(一) 开展个人信息保护宣传教育，指导、监督个人信息处理者开展个人信息保护工作；(二) 接受、处理与个人信息保护有关的投诉、举报；(三) 组织对应用程序等个人信息保护情况进行测评，并公布测评结果；(四) 调查、处理违法个人信息处理活动；(五) 法律、行政法规规定的其他职责。

本条第(四)项即是网信办开展调查并做出处罚的职权依据。

二、滴滴公司具体违反了哪些法律规定

首先来回顾一下滴滴公司的违法情形。官方给出的答记者问将滴滴公司的16种违法情形归纳为如下八种：

1. 违法收集用户手机相册中的截图信息1196.39万条；

2. 过度收集用户剪切板信息、应用列表信息83.23亿条；

3. 过度收集乘客人脸识别信息1.07亿条、年龄段信息5350.92万条、职业信息1633.56万条、亲情关系信息138.29万条、“家”和“公司”打车地址信息1.53亿条；

4. 过度收集乘客评价代驾服务时、App后台运行时、手机连接桔视记录仪设备时的精准位置(经纬度)信息1.67亿条；

5. 过度收集司机学历信息14.29万条，以明文形式存储司机身份证号信息5780.26万条；

6. 在未明确告知乘客情况下分析乘客出行意图信息539.76亿条、常驻城市信息15.38亿条、异地商务/异地旅游信息3.04亿条；

7. 在乘客使用顺风车服务时频繁索取无关的“电话权限”；

8. 未准确、清晰说明用户设备信息等19项个人信息处理目的。

结合前述违法情形，我们简单检索了法律层面的相关规定，具体如下：

《网络安全法》(2017年6月1日生效)

第四十一条 网络运营者收集、使用个人信息，应当遵循合法、正当、必要的原则，公开收集、使用规则，明示收集、使用信息的目的、方式和范围，并经被收集者同意。网络运营者不得收集与其提供的服务无关的个人信息，不得违反法律、行政法规的规定和双方的约定收集、使用个人信息，并应当依照法律、行政法规的规定和与用户的约定，处理其保存的个人信息。

《个人信息保护法》(2021年11月1日生效)

第六条 处理个人信息应当具有明确、合理的目的，应当与处理目的直接相关，采取对个人权益影响最小的方式。收集个人信息，应当限于实现处理目的的最小范围，不得过度收集个人信息。

注：违法情形第2、3、4、5、7均涉及过度收集的情况，明显违反本条规定的最小必要原则。

第七条 处理个人信息应当遵循公开、透明原则，公开个人信息处理规则，明示处理的目的、方式和范围。

注：违法情形8违反本条规定的公开透明原则。

第十条 任何组织、个人不得非法收集、使用、加工、传输他人个人信息，不得非法买卖、提供或者公开他人个人信息；不得从事危害国家安全、公共利益的个人信息处理活动。

注：违法情形1、6违反本条不得违法收集、使用(即分析数据)个人信息的规定。

第十四条 基于个人同意处理个人信息的，该同意应当由个人在充分知情的前提下自愿、明确作出。法律、行政法规规定处理个人信息应当取得个人单独同意或者书面同意的，从其规定。个人信息的处理目的、处理方式和处理的个人信息种类发生变更的，应当重新取得个人同意。

注：违法情形6提到“未明确告知乘客情况”，可见分析乘客出行意图信息条、常驻城市信息、异地商务/异地旅游信息均是在个人不知情的情况下对数据进行了处理。

另外，尽管答记者问中并未披露滴滴公司分析乘客出行意图等信息后是否还有其他后续操作，但结合一般经验，滴滴公司可能会在前述分析结果的基础上进行广告推送、形成其他数据产品并牟利等活动。因此，违法情形6很可能还会涉及“自动化决策”的相关规定。而自动化决策往往需要满足更高的合规要求。

第七十三条 本法下列用语的含义：（一）个人信息处理者，是指在个人信息处理活动中自主决定处理目的、处理方式的组织、个人。（二）自动化决策，是指通过计算机程序自动分析、评估个人的行为习惯、兴趣爱好或者经济、健康、信用状况等，并进行决策的活动。

第五十五条 有下列情形之一的，个人信息处理者应当事前进行个人信息保护影响评估，并对处理情况进行记录：（一）处理敏感个人信息；（二）利用个人信息进行自动化决策；（三）委托处理个人信息、向其他个人信息处理者提供个人信息、公开个人信息；（四）向境外提供个人信息；（五）其他对个人权益有重大影响的个人信息处理活动。

第十七条 个人信息处理者在处理个人信息前，应当以显著方式、清晰易懂的语言真实、准确、完整地向个人告知下列事项：（一）个人信息处理者的名称或者姓名和联系方式；（二）个人信息的处理目的、处理方式，处理的个人信息种类、保存期限；（三）个人行使本法规定权利的方式和程序；（四）法律、行政法规规定应当告知的其他事项。前款规定事项发生变更的，应当将变更部分告知个人。个人信息处理者通过制定个人信息处理规则的方式告知第一款规定事项的，处理规则应当公开，并且便于查阅和保存。

注：违法情形8，滴滴公司并未达到本条规定的合规要求。

第二十八条 敏感个人信息是一旦泄露或者非法使用，容易导致自然人的人格尊严受到侵害或者人身、财产安全受到危害的个人信息，包括生物识别、宗教信

仰、特定身份、医疗健康、金融账户、行踪轨迹等信息，以及不满十四周岁未成年人的个人信息。只有在具有特定的目的和充分的必要性，并采取严格保护措施的情形下，个人信息处理者方可处理敏感个人信息。

第二十九条 处理敏感个人信息应当取得个人的单独同意；法律、行政法规规定处理敏感个人信息应当取得书面同意的，从其规定。

注：结合前述两条，生物识别（包括人脸信息）、行踪轨迹均属于敏感个人信息，敏感个人信息的合规要求较其他个人信息更高，包括获得个人单独同意、事前进行个人信息保护影响评估，并对处理情况进行记录等。更何况该等信息的收集并非滴滴APP运行所必需。因此，违法情形3同时涉及这两方面的内容。

三、APP数据收集合规治理回顾

事实上，早在《个人信息保护法》《数据安全法》实施之前，执法机关就已经将APP数据收集合规事宜提上日程，移动互联网APP也是数据合规领域第一批重点整治对象。

2019年，APP专项治理工作组就曾发布《APP违法违规收集使用个人信息自评估指南》。

2019年11月28日，国家互联网信息办公室、工业和信息化部、公安部、市场监管总局联合制定了《App违法违规收集使用个人信息行为认定方法》。

2020年以来，工信部先后发布了《关于开展纵深推进APP侵害用户权益专项整治行动的通知》《常见类型移动互联网应用程序必要个人信息范围规定》《移动互联网应用程序个人信息保护管理暂行规定（征求意见稿）》等，并牵头制定了《APP用户权益保护测评规范》《APP收集使用个人信息最小必要评估规范》等标准文件，对APP信息处理行为进行明确要求。

而前述规定，事实上已经将《网络安全法》《个人信息保护法》《数据安全法》的具体要求融合在其中，并给出了非常具体化的指引。这也是为何答记者问中，网信办认为滴滴公司违法时间长、阴奉阳违、屡教不改的原因。

四、处罚依据

综合比对《网络安全法》《个人信息保护法》《数据安全法》的具体规定，笔者认为此次网信办应该是在所有可援引的法律规定中选了处罚力度最大的，即《个人信息保护法》第六十六条的规定。

“违反本法规定处理个人信息，或者处理个人信息未履行本法规定的个人信息保护义务的，由履行个人信息保护职责的部门责令改正，给予警告，没收违法所得，对违法处理个人信息的应用程序，责令暂停或者终止提供服务；拒不改正的，并处一百万元以下罚款；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处一万元以上十万元以下罚款。……有前款规定的违法行为，情节严重的，由省级以上履行个人信息保护职责的部门责令改正，没收违法所得，并处五千万元以下或者上一年度营业额百分之五以下罚款，并可以责令暂停相关业务或者停业整顿、通报有关主管部门吊销相关业务许可或者吊销营业执照；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处十万元以上一百万元以下罚款，并可以决定禁止其在一定期限内担任相关企业的董事、监事、高级管理人员和个人信息保护负责人。

有前款规定的违法行为，情节严重的，由省级以上履行个人信息保护职责的部门责令改正，没收违法所得，并处五千万元以下或者上一年度营业额百分之五以下罚款，并可以责令暂停相关业务或者停业整顿、通报有关主管部门吊销相关业务许可或者吊销营业执照；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处十万元以上一百万元以下罚款，并可以决定禁止其在一定期限内担任相关企业的董事、监事、高级管理人员和个人信息保护负责人。”

结合我们公开检索的信息，2021年全年，滴滴公司实现营业收入达1738.27亿元人民币，按照前款规定，5%的营收大约是86.91亿。所以此次处罚金额应该就是按照营收比例确定的。

虽然罚款可能是引起公众反响最强烈的处罚手段，但事实上，对于违反个人信息保护法规定的违法情形，还有其他更为严厉的手段备选，例如：

○ 对违法处理个人信息的应用程序，责令暂停或者终止提供服务；（个保法第六十六条）

○ 暂停相关业务或者停业整顿、通报有关主管部门吊销相关业务许可或者吊销营业执照；（个保法第六十六条、网安法第六十四条）

○ 对直接负责的主管人员和其他直接责任人员可以决定禁止其在一定期限内担任相关企业的董事、监事、高级管理人员和个人信息保护负责人；（个保法第六十六条）

○ 记入信用档案，并予以公示；（个保法第六十七条）

考虑到滴滴APP的应用甚广，且公司体量巨大，所以责令暂停服务或停业整顿的处罚并不现实。从这个角度来看，笔者认为，网信办应该是在权衡之后，给予了法定限度内最重的处罚。结合答记者问和前面的解读，滴滴公司所涉“行踪轨迹”、“人脸识别信息”基本都是雷区，过度收集敏感信息也是屡教不改，加之所涉个人信息数量巨大、违法行为持续时间特别长等情节，最终的重罚也是意料之中。

当然，滴滴被罚80亿事件本身也包含了执法机关震慑行业的意图。数据合规从2012年《全国人民代表大会常务委员会关于加强网络信息保护的決定》以来，法律体系不断完善，合规要求也不断具体，执法力度也逐渐趋严。2022年，数据合规执法的重点已经延伸到金融等各个领域。因此，各行各业均应积极开展自查自纠，完善企业自身的合规体系，规避可能产生的网络安全及数据风险。

从《谭谈交通》被下架事件看版权纠纷的认定规则

WINCON
LEGAL
INSIGHT



张政国

具有专利代理师资格证等证书，主要擅长供应链金融、公司法及知识产权等业务，熟悉企业涉税实务处理，在商事争议解决及财税筹划、知识产权等方面具有一定的经验。

近日来，《谭谈交通》被通知全面下架的事件一时间冲上网络热搜榜首，引发部分网民和界的关注，该案件最吸引注目的地方是包括节目主持人谭乔自己上传的视频也未能幸免，非但被通知全面下架，按照其自述，甚至可能面临巨额赔偿，这也引发了网友对谭乔“自己不能用自己的视频”的困惑。

一、为什么是国家网信办？

据悉，《谭谈交通》系一档由成都市广播电视台推出的交通普法类节目，该节目从2005年开始拍摄，由时任成都交警大队交警职务的谭乔警官担任节目主持人。因其幽默诙谐的主持风格，谭乔得到了观众广泛的认可，并被亲切地称为“谭sir”，节目收视率也长期居高不下。

下。该节目最终于2018年停播，据网络信息，谭乔于2021年辞去公职，开始转做自媒体。

对于此次的下架事件，网友基于朴素的正义观，大多比较同情谭乔，认为谭乔为节目付出了大量心血和精力，且对节目的传播起到了较为关键的作用，正如谭乔自己所说，“为了节目的录制，13年间的天不亮出发，披

星戴月的工作[1]”，如今竟落到自己非但不能使用甚至面临赔偿的局面。其实不仅谭乔自己，包括部分网民对此非常不解，认为节目的版权归属于谭乔确定无疑，“作者”怎么还被“维权”？

笔者就该事件引发的版权问题展开分析，首先回顾一下时间脉络。

——7月10日，谭乔通过微博发布信息，表示自己惊闻《谭谈交通》被全面下线并可能面临数千万的巨额赔偿。同日，谭乔发布视频，表示《谭谈交通》从2005年开始由其本人原创拍摄，十几年来一直无偿公益普法，有人看中了其中的商业价值借机牟利，而自己作为唯一的“原创作者”，不仅面临巨额赔偿，甚至可能面临“牢狱之灾”。

——7月11日，成都市广播电视台委托律师发布声明，声称成都市广播电视台作为《谭谈交通》的著作权人，策划、编导、制作并播出了节目，有权对网络上未经许可发布相关视频的行为进行依法维权，相关维权工作已经授权成都游术文化传播有限公司，维权不针对任何人，更不存在对个人“索赔千万”的情况。

——7月12日，谭乔接受记者采访时表示，目前并没有收到起诉状，自己并不在乎版权归属于谁，唯一的诉求是《谭谈交通》作为有公益性质的视频，应当免费给大家开放二创、传播权限，普及法律知识[2]。

——7月14日，据网络上流出的一份判决书显示，成都天府新区成都片区人民法院认定《谭谈交通》节目的版权归属成都市广播电视台。当晚，谭乔在抖音直播公开回应，将会继续伸张权利，至少也是其和成都市广播电视台共同享有这个版权。[3]

由于该事件涉及的法律问题较多，为便于全面的分析，我们将其拆解为几个具体问题，并逐一展开论述如下：

一、《谭谈交通》是否构成作品？

由于该维权事件发生在新修订的《著作权法》实施之后且视频使用行为一直持续到现在，依据我国《著作权法（2020修正）》（以下简称《著作权法》）第三

条：“本法所称的作品，是指文学、艺术和科学领域内具有独创性并能以一定形式表现的智力成果，包括：

（一）文字作品；（二）口述作品；（三）音乐、戏剧、曲艺、舞蹈、杂技艺术作品；（四）美术、建筑作品；（五）摄影作品；（六）视听作品；（七）工程设计图、产品设计图、地图、示意图等图形作品和模型作品；（八）计算机软件；（九）符合作品特征的其他智力成果。”

由此可知，《谭谈交通》作为一种事实采访类交通普法节目，如按照《著作权法（2010修正）》，应当归类于以类似摄制电影的方法创作的作品，按照新《著作权法》，则应归属于视听作品更为合适。但是也有不同声音，如部分人认为，该节目只是对交通执法过程的单纯事实记录，依据《著作权法》第五条，不构成视听作品，也不应当受到《著作权法》的保护。[4]

总而言之，该问题的争议焦点为节目是否具有作品所要求的独创性。无论是英美法系还是大陆法系，对于独创性是衡量是否构成著作权法意义上的作品并无较大差异，但是对于独创性的标准则有所不同，英美法系一般采用“额头冒汗理论”，即采取相对宽松的标准，创作者仅需要付出一定的智力劳动，达到“额头冒汗”即可，而大陆法律则采取相对严苛的标准，“如德国著作权法规定，作品必须由作者创作出来并需要体现作者的人格特性”。[5]

在我国，对于独创性的标准并无明确法律规定，学者也有不同的认定标准。如吴汉东教授认为，独创性是指作品是独立构思而成的属性，不是或基本不是与他人已发表的作品相同，即作品不是抄袭、剽窃或篡改他人作品[6]，而刘春田教授认为，独创性亦称原创性，是指形式上的独创，不是指思想或理论观点上的创新，即一件作品的完成应该是作者自己的选择、取舍、安排、设计、综合、描述的结果，既不是依已有的形式复制而来，也不是依既定的程式或程序推演而来。[7]

对此，笔者认为，该访谈节目并不仅是对执法环节的拍摄、记录，而是主持人谭乔通过自己幽默、风趣、接地气的采访风格，有效增加了节目的趣味性，使之与普通的交通执法视频区别开来，有一定的创作成分在内，应当属于具有独创性的智力成果，且从实际效果

看，该节目的广泛传播也较为依赖于谭乔的独特风格，因此，笔者倾向性认为节目并非《著作权法》第五条所排除的事项，而是应当归类于视听作品更为合适。

二、《谭谈交通》的版权归属问题

依据《著作权法》第十一条：“著作权属于作者，本法另有规定的除外。创作作品的自然人是作者。由法人或者非法人组织主持，代表法人或者非法人组织意志创作，并由法人或者非法人组织承担责任的作品，法人或者非法人组织视为作者”。

第十七条：“视听作品中的电影作品、电视剧作品的著作权由制作者享有，但编剧、导演、摄影、作词、作曲等作者享有署名权，并有权按照与制作者签订的合同获得报酬。前款规定以外的视听作品的著作权归属由当事人约定；没有约定或者约定不明确的，由制作者享有，但作者享有署名权和获得报酬的权利。视听作品中的剧本、音乐等可以单独使用的作品的作者有权单独行使其著作权。”

由此可知，除电影作品、电视剧作品之外的其他视听作品著作权归属，首先由各方约定，如果没有约定则归制作者享有。因此，该问题的争议焦点为节目的制作者是谁？对此，双方各执一词，谭乔表示该节目是自己原创，为此付出了大量的努力，自己是唯一的作者，而成都市广播电视台则以律师声明的形式，表示节目由电视台策划、编导、制作并播出，自己才是节目的著作权人。

对此，笔者认为，依据《最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释（2020修正）》第七条，当事人提供的涉及著作权的底稿、原件、合法出版物、著作权登记证书、认证机构出具的证明、取得权利的合同等，可以作为证据。在作品或者制品上署名的自然人、法人或者非法人组织视为著作权、与著作权有关权益的权利人，但有相反证明的除外。因此，需要各方提供相关证据，才能综合确定最终的版权归属。

根据网络上流出的判决书显示，成都市广播电视台出具声明，载明成都市广播电视台所属的都市生活频道为《平安成都》和《红绿灯》栏目的制作单位，《谭谈

交通》自2005年3月28日起先后在上述栏目播出，而《红绿灯》栏目片尾署名的“成都电视台”即成都市广播电视台，同时电视台下属的成都音像出版社有限公司出具声明，其经成都市广播电视台授权后对外开展《谭谈交通》节目运营工作，在部分节目中标有“天府TV”标识。[8]

因此，目前的证据对于谭乔来说较为不利，在双方对版权归属在没有约定的情形下，只能依靠双方的证据进行综合认定，且该部分事实已经被判决书认定，等该判决生效后，将会成为免证事实，日后的案件中其他方可以直接拿来引用，除非有相反的证据推翻。作为谭乔一方，为扭转目前的不利局面，应该着手从上述法律规定的几个方面寻找证据，必要时可以提起确权之诉来认定节目版权归属。

三、谭乔的主张是否可以被支持

谭乔在微博平台陆续发布了几段视频，除指责成都游术文化传播有限公司恶意诉讼营利外，还提出了自己的一些主张，对于谭乔的主张有多少可以被法律支持，现逐一分析如下：

1. 谭乔本人是否可以免费使用案涉作品？

本事件引发网络热议的原因之一就是谭乔本人上传的栏目作品也被下架，由此引发了部分网民的“愤慨”。首先，谭乔本人作为节目的主持人，在案涉作品中发挥了较大的作用，对此大部分人都无异议，但是需要说明的是，如果最终法院认定节目著作权属于成都市广播电视台，那么其他人的使用需要经过版权方的同意，除非有我国《著作权法》规定的“合理使用”和“法定许可”两种情形。

我国《著作权法》第二十四条规定了合理使用的12种情形和兜底条款，通过对比可以看出，与案涉事件最为密切的应当是第（9）款，即“免费表演已经发表的作品，该表演未向公众收取费用，也未向表演者支付报酬，且不以营利为目的”。据谭乔本人所述，将案涉作品上传至B站等视频平台，本意是为了让节目的进一步普及，让更多的人看到视频后能够遵纪守法，没有收取任何费用，那么该情形属于不以营利为目的，但是需要

说明的是该情形并不符合“免费表演已经发表的作品”，所以该行为不属于“合理使用”情形。

我国《著作权法》第二十五条规定了法定许可的情形，即“为实施义务教育和国家教育规划而编写出版教科书，可以不经著作权人许可，在教科书中汇编已经发表的作品片段或者短小的文字作品、音乐作品或者单幅的美术作品、摄影作品、图形作品”，而显然本案也不属于该种法定许可情形。

因此，如果最终经法院审理认定，谭乔并非节目版权的所有者，那么其传播作品的行为可能涉及侵权责任，并不因其本人的特殊角色和作用而免责。

2. 有公益性质的视频是否可以免费下载、转发？

谭乔表示自己当初录制该节目初衷是为了普法，让更多的人遵守交通规则，因此该视频即便不算公益视频，也带有一定的公益性质，其他人可以免费下载、转发。

对于该问题，如上述问题所论述，我国法律规定了合理使用和法定许可两种免责情形，并未明确公益属性作品的免责规定，而公益作品也并非必然归类于合理使用和法定许可，因此，带有公益性质的视频如果不满足法律规定的情形，同样需要获得版权人的同意，并不因其公益性质而免责。

3. 案涉作品是否构成职务作品，从而版权应归属于自己？

依据我国《著作权法》第十八条：“自然人为完成法人或者非法人组织工作任务所创作的作品是职务作品，除本条第二款的规定以外，著作权由作者享有，但法人或者非法人组织有权在其业务范围内优先使用...有下列情形之一的职务作品，作者享有署名权，著作权的其他权利由法人或者非法人组织享有，法人或者非法人组织可以给予作者奖励：（二）报社、期刊社、通讯社、广播电台、电视台的工作人员创作的职务作品。”

首先，假设成都市广播电视台发布的声明内容属实，即案涉节目是在成都市公安局交通管理局的指导

下，由成都市广播电视台推出，节目由时任交警的谭乔进行现场主持，那么谭乔也是作为成都交通大队的一名职工，其职务行为也是接受成都市公安局交通管理局的指派，而成都市公安局交通管理局并非作品的制作者，所以该条途径较难行通。

此外，依据上述规定第二款，即使谭乔存在“兼职记者”的身份，同样考虑职务作品情形，那么广播电视台工作人员创作的职务作品除作者享有署名权外，其他著作权权利由法人或非法人组织享有。也就是说，该种情形下，作品的大部分权利也将由电视台享有。

但是，如果该节目是由成都市公安局交警支队与成都市广播电视台“联合推出”，那么该问题涉及《著作权法》第十四条规定的“合作作品”。按照现行法律规定，合作作品的著作权由合作作者共同享有，如果认定谭乔的行为系职务行为，那么其职务作品著作权应由作者即谭乔本人享有，即谭乔可能与成都市广播电视台共同享有节目的版权，因此，该途径也可以实现谭乔的“最低诉求”。[9]

四、谭乔是否有权允许其他人二次创作本人主持的节目视频？

谭乔本人表示，自己将作品上传至B站等，是为了作品的进一步传播，同时允许其他人在自己节目基础上进行二次创作，以起到更好的普法效果，那么被诉侵权案件的被告是否可以援引谭乔的声明来进行免责抗辩。

依据《著作权法》第十六条：“使用改编、翻译、注释、整理、汇编已有作品而产生的作品进行出版、演出和制作录音录像制品，应当取得该作品的著作权人和原作品的著作权人许可，并支付报酬”。因此，该问题最主要的也是谭乔是否为版权所有人，如果其为作品的版权人，那么在其公开允许其他人进行二次创作的基础上，只要合法创作，并支付相应的费用，那么则可以援引进行免责抗辩。关于视频类作品二次创作涉及的侵权问题，笔者也在之前撰写的文章中提及[10]，在此不作赘述。

综上所述，通过分析《谭谈交通》所涉及的版权问题，我们不难看出，导致该问题产生的部分原因是各方

的版权意识不是很强，在录制节目之初并未对版权进行内部约定，在节目取得良好的收视效果后，各方围绕版权产生争议。其实，该种情形近年来频发，如去年李子柒与MCN机构杭州微念对簿公堂，也与该案件有一定的相似之处。

在此提醒读者，涉及视听作品的合作摄制，各方在合作之初，最好通过专业人士对各方权利义务作出内部约定，将可能产生的隐患提前扼杀，避免后续作品产生影响力后所带来的纠纷。

参考文献：

[1]万琦.论英国版权法上的独创性[J].知识产权,2017(11):94-100.

[2]徐俊.浅谈独创性理论与版权侵权判定[J].中国版权,2011(03):46-47+64.

[3]陈虎.论视听作品著作权归属制度——以新修《著作权法》第17条为中心[J].苏州大学学报(哲学社会科学版),2021,42(03):56-64.DOI:10.19563/j.cnki.sdzs.2021.03.006.

[4]王迁.论视听作品的范围及权利归属[J].中外法学,2021,33(03):664-683.

[5]张春艳.我国视听作品著作权归属模式之剖析与选择[J].知识产权,2015(07):55-60.

注释：

1.《版权争议风波后，谭乔首次开直播回应争议》，海报新闻，网址https://mbd.baidu.com/newspage/data/landingsuper?rs=2884266692&ruk=63z_OJh-CLaTI87DgNIEI-Q&isBdbboxFrom=1&pageType=1&urlex-t=%7B%22cuid%22%3A%22laB_u08kv8lAPBi5l8Slu0uxv8lsaSiK_8v38YO_HiKo0qqSB%22%7D&conte=%7B%22nid%22%3A%22news_9700285145275727651%22%7D

2. 参见新京报《谁的<谭谈交通>? 对话谭乔：不在乎版权，目前尚未收到起诉书》，网址<http://www.bjnews.com.cn/detail/165767835014048.html>

3. 参见《时代财经》，《谭Sir直播间疑被封！<谭谈交通>版权被判归电视台，谭乔回应“至少该共享版权”》，网址<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1738403399508202689&wfr=spider&for=pc>

4. 参见王展\姜哲：《<谭谈交通>节目真的构成作品吗？》，<https://mp.weixin.qq.com/s/sGF2f1A1SLB5QGgGPXZiiQ>

5. 蔡登尚：《著作权中作品的独创性》，网址<https://mp.weixin.qq.com/s/ay8-TtNkEx0wtxi4OadRdQ>

6. 吴汉东：《知识产权法》，法律出版社2009年出版，第47页。

7. 刘雨田：《知识产权法》，中国人民大学出版社2009年版，第52页。

8. 知产库：《<谭谈交通>著作权首案 | 判决书》，网址<https://mp.weixin.qq.com/s/oLBv5qt6-n1NrW-JIOY4WGA>

9. 参见王莹岭：《<谭谈交通>版权被判归电视台谭乔回应“至少该共享”》，网址<https://www.ebrun.com/20220715/492321.shtml>

10. 张政国：《短视频二次创作的侵权认定及风险防范》，载于无讼公众号，网址<https://mp.weixin.qq.com/s/WaquhLqP93riwuw99oRCg>

游戏版号“回暖”？ ——警惕不正当竞争下的套用版号行为

WINCON
LEGAL
INSIGHT



王渊

专注于行业化法律服务，专长于商事诉讼，游戏文娱、科技及技术服务公司合规、不正当竞争与商业秘密保护，对游戏文娱、广告营销、科学及技术服务等行业有着较为深入了解与研究。

2022年4月11日，据国家新闻出版署官网消息，时隔8个月，45款游戏版号获得下发。随即资本市场也对版号利好消息予以回应，4月11日晚间，网易一度涨超8%，哔哩哔哩涨超6%。自2018年以来，受反垄断、游戏监管、防沉迷、未成年保护的行业政策影响，游戏版号始终处于总量控制、少量开放的状态，版号资源稀缺或将成为行业常态，尽管版号重启核发，但当下主流公司的重量级产品仍受制于版号发放进度[1]。

在此背景之下，版号乱象——“套用、盗用版号”上线游戏这种模式相应而生，通过套用他人游戏名称、版号信息，伪造授权文件违规上线游戏。上述模式潜藏民事、行政、刑事法律风险，尤为值得相关从业人员警惕。

鉴于此，本文结合相关实务案例，从不正当竞争诉讼的角度，结合套用版号的行为侵权路径、诉讼手段、裁判观点展开具体分析。

一、游戏版号为什么重要

网络游戏是指由软件程序和息数据构成，通过互联网、移动通信网等信息网络提供的游戏产品和服务。也就是我们通常熟悉的客户端游戏；如LOL、绝地求生

、征途等，网页端游戏；通过浏览器打开即玩的如：贪玩蓝月、神仙道、女神联盟等，还有如王者荣耀、和平精英、梦幻西游等手机游戏。但一款游戏产品面世的背后，涉及游戏开发、发行、商业运营等诸多环节，各环节需要根据《出版管理条例》《网络出版服务管理规

定》等依法取得包括网络出版服务、网络文化经营、增值电信业务等系列资质审批文件。



“和平精英”游戏开始页面显示有出版物审批文号、版号、出版单位、著作权人等信息

另外，很多玩家在游戏中都会发现在游戏下载页面下方都会出现由一串数字组成的“ISBN号”“ISBN”是“International Standard Book Number”的缩写，也就是出版物号，在网络游戏出版业中俗称“游戏版号”[2]。据《关于移动游戏出版服务管理的通知》规定，移动游戏上网出版运营时，须在游戏开始前、《健康游戏忠告》后，设置专门页面，标明游戏著作权人、出版服务单位、批准文号、出版物号等经国家新闻出版广电总局批准的信息，未经国家新闻出版广电总局批准的移动游戏，不得上网出版运营。这里的上线运营主要是指通过向网络游戏用户收费或者以电子商务、广告、赞助等方式获取利益的行为。也就是说，游戏没有版号就不能商业变现，也就意味着前期商业投入无法收回。同时APP商店、各大渠道平台也在加强审核力度，下架或禁止投放无版号游戏。

二、“李逵还是李鬼”游戏版号如何被盗的

笔者之前经办的一起案例就遇到“李逵还是李鬼”游戏版号被盗情况，青岛A网络公司完成《三国XX》游戏软件开发并登记，后取得网络游戏出版物号核发单，在中国大陆地区各大移动端游戏平台上线运营。2020年6月，A公司发现南方某公司运营的游戏平台存在一款《三国XX》同名网页端游戏，两款《XX三国》游戏名

称、ISBN号、审批文号完全相同，但是游戏类型、题材、风格、玩法完全不同。

无独有偶，这样的案例并非个案，广东A公司开发的某款《战神世纪》游戏也遭遇一样的情况，广州A公司开发完成《战神世纪》网络游戏，取得相关审批文号及游戏版号。后发现某游戏平台中存在一款《战神世纪》同名手机游戏，显示开发者为广州B公司，但打开游戏后载入界面显示著作权人：广州A公司；出版单位：广州A公司；审批文号、出版物号也和广州A公司一致。

由此可见，市场上存在大量套用游戏版号，擅自上线发行游戏的“擦边球”事件，相关人员在违法违规的边缘试探。套用版号的模式大致如下：1.侵权人通过数据分析选定知名或高热点游戏IP——2.重新包装某款相近游戏——3.伪造权利人的游戏版号核发单（ISBN号）、授权文件（私刻盖章）——4.向游戏运营平台提交上述文件及同名“马甲”游戏——5.上线并接入收费确认系统。通过以上步骤实现“盗用”游戏版号闭环。

三、遭遇游戏版号被盗，权利人如何诉讼维权

市场层面，游戏版号背后蕴含着巨大商业利益。而监管层面核发版号趋于收紧。在严重的供需失衡面前，就会滋生出大量灰色产业地带，如“买卖版号”“套用版号”“盗用版号”行为。此类行为轻则行政处罚吊销资质、处以数倍罚款，重则涉及伪造证照文件、国家机关公文、企业公章从而触犯刑法。当然对于权利人利益维护如果不能落入软件著作权、商标权的保护范围，可考虑从不正当竞争角度诉讼维权。

1.游戏版号权利由谁享有

核发游戏版号作为一项行政审批行为，是行政机关基于申请人申请准予其从事特定活动、认可其资格资质、确认特定民事关系的行为，是一项行政认可行为，

因此游戏的著作权人及运营者作为申请人，有权使用游戏的名称、网络游戏审批版号等权益。

2. 套用游戏版号属于实施商业混淆行为

商业混淆行为是指经营者使用与他人相同或相似的商业标识，致使自己的商品或服务与他人的商品或服务产生混淆、造成购买者误认误购、减损他人商业标识的市场价值行为。原则上实施商业混淆行为是行为人希望借助他人商业标识的市场优势，这里的优势可以是字号品牌商誉、广受消费者认可的形象包装等，以实现“攀附”“傍附”的不正当、不诚信竞争的市场效果[3]。

依据《反不正当竞争法（2019修正）》第六条规定：经营者不得实施下列混淆行为，引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系（一）擅自使用与他人有一定影响的商品名称、包装、装潢等相同或者近似的标识；（二）擅自使用他人有一定影响的企业名称（包括简称、字号等）、社会组织名称（包括简称等）、姓名（包括笔名、艺名、译名等）；（三）擅自使用他人有一定影响的域名主体部分、网站名称、网页等；（四）其他足以引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系的混淆行为。第六条罗列了商品名称、包装、装潢、企业名称、网站域名等权利，但随着技术发展带来的其他混淆行为在立法技术上采用了兜底保护。

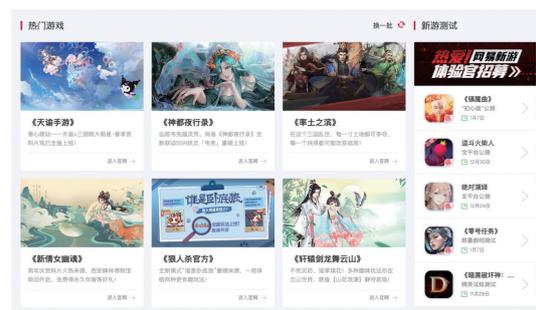
擅自使用他人游戏版号、游戏版号不仅仅是基于规避行政监管的需要，也存在傍附先游戏宣发效果及影响力的主观故意，足以引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系，构成混淆。违背商业道德、诚实信用原则，构成不正当竞争。

在实践中，广州市天娱信息科技有限公司、广州爱九游信息技术有限公司与广州梦境网络科技有限公司不正当竞争纠纷一案，法院认为：“根据《中华人民共和国反不正当竞争法》的规定，经营者在生产经营活动中，应当遵循诚信原则，遵守法律和商业道德。不得进

行足以引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系的混淆行为。被控侵权游戏并非梦境公司开发运营，亦未经梦境公司授权，以涉案游戏的名称《战神世纪》作为游戏名称，并在游戏中游戏著作权人和出版单位位置标注梦境公司的企业名称，在审批文号位置使用涉案游戏的审批文号，在计算机软件著作权登记证书号位置使用涉案游戏的计算机软件著作权登记证书号。上述行为违反了反不正当竞争法规定的诚信原则，足以导致网络用户将被控侵权游戏误认为是梦境公司提供开发运营的涉案游戏，违反了反不正当竞争法的相关规定，梦境公司构成不正当竞争[4]。

3. 游戏平台如构成联合运营者，应当承担共同侵权责任。

游戏平台属于游戏上线发行的重要一环，承担着游戏渠道分发、触达用户的重要作用。在实践中，游戏平台往往会与游戏开发者、运营者签署《合作协议》，涉及联合运营、渠道投放、项目分成等商业细节。因此在诉讼环节游戏平台一般应被列为共同被告。如果游戏平台不能证明属于网络平台提供者并已经履行了合理审核注意义务，且原告能够证明平台符合网络游戏联合运营的程序和特征，游戏平台作为侵权游戏的运营者之一，应承担共同侵权责任。



国内某大型网络游戏平台“热门游戏”页面

如上述广州市天娱信息科技有限公司一案中，侵权游戏页面显示游戏平台的logo、同时先能显示出游戏平台是收款一方，按照行业惯例游戏开发者与游戏平台之

间存在游戏收益分成，一审法院认定游戏平台与游戏开发商构成网络游戏联合运营，共同运营侵权游戏，应当共同承担损害赔偿赔偿责任。

四、写在最后

“强监管是为了更高质量地发展与创新”随着游戏行业的监管环境日益趋严，游戏版号核发仍未完全松绑。由此可见，未来一段时间版号乱象本质上并不会全面杜绝，因此，相关企业在面对不法侵害时，应当及时保全证据、积极维权，寻求法律保护。同时还应当树立法律风险意识，落实监管要求，切勿剑走偏锋，套用版号违法成本极高，得不偿失，值得警惕。

注释：

1. 参见界面新闻，《时隔8个月后游戏版号复批，业界预期将常态化发放》，2022-04-12

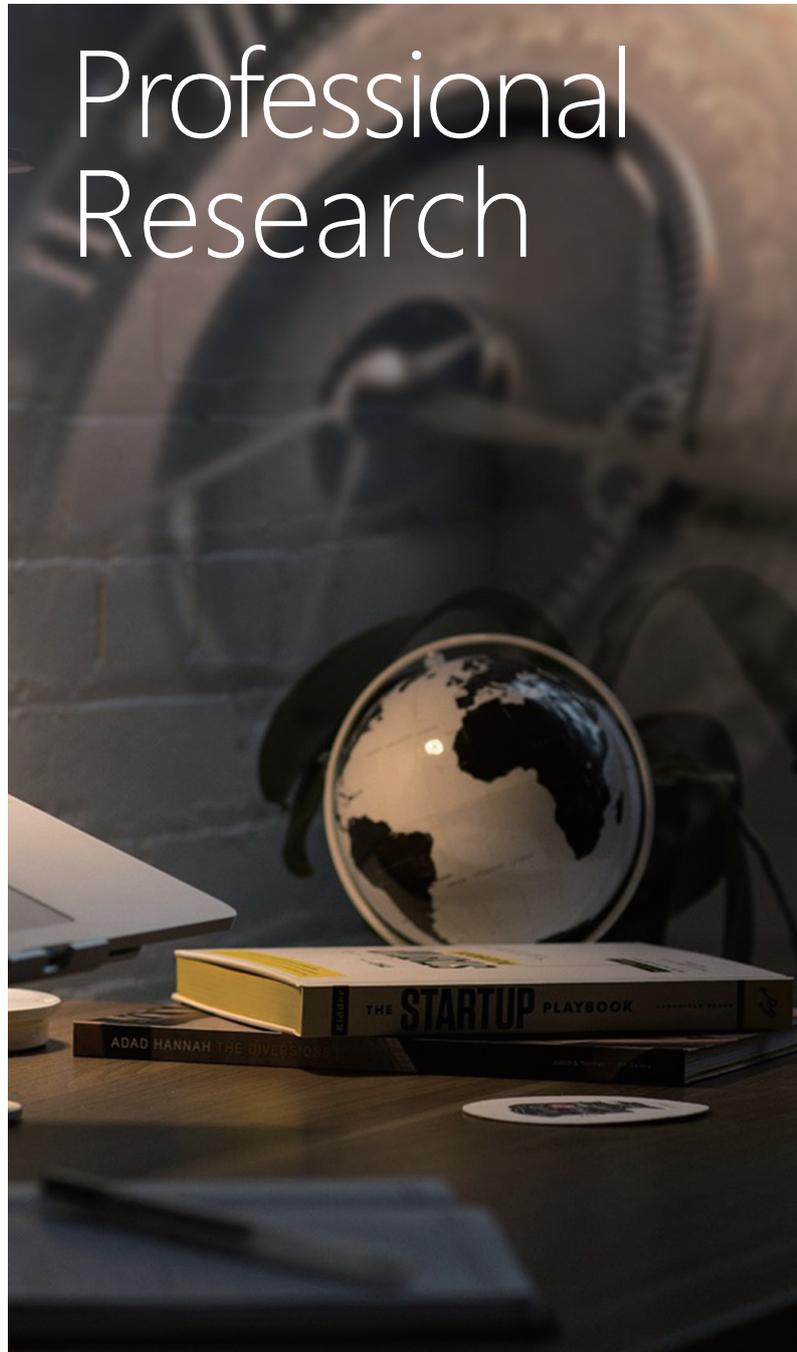
2. 按照出版相关法规上的表述，严格来说应该称“出版物号”，包括书号、刊号、版号。其中，书号与图书的出版相对应，刊号与报纸期刊的出版相对应，版号则与音像制品、网络游戏等的出版相对应。本文出于主题和表述之便，不对三种出版物号作区分，如无特殊说明，版号即指出版物号。

3. 参见《竞争法教程》（第三版）吕明瑜 著，中国人民大学出版社

4. 参见广州知产法院（2020）粤73民终3761号判决书



专业
研究



漫谈企业合规的发展方向

WINCON
LEGAL
INSIGHT



李瑞敏

业务专长：企业股权结构设计；股权并购与股权激励、资产重组；新三板挂牌业务；国有企业混合所有制改革；股东纠纷解决；金融不良资产处置；商事争议解决。

在发达国家，企业合规经过几十年的发展，已经发展成一项相对成熟的管理机制。企业合规正式诞生的标志是1991年的美国《组织量刑指南》，随着企业合规在全球范围内的普及，国际标准化组织于2014年制定了ISO19600《合规管理体系指南》，后于2018年11月启动修订，形成了2021年ISO37301《合规管理体系指南》。

在中国，对企业合规的研究方兴未艾。2017年12月，我国国家标准化管理委员会发布了GB/T 35770-2017《合规管理体系指南》国家标准，这部国家标准同样采用了ISO19600标准，为中国企业建立合规管理体系提供了指南，于2018年正式生效。2018年11月2日国务院国资委发布了《中央企业合规管理指引（试行）》，明确了董事会、监事会、经理层等不同层级主体合规管理职责，并要求中央企业设立合规管理委员会，与企业法治建设领导小组或风险控制委员会等合署，承担合规管理的组织领导和统筹协调工作。同时，国务院发改委等七部委《企业境外经营合规管理指引》等重要文件颁布，国内多个省份、直辖市纷纷出台当地的合规指引文件。一时间，“企业合规”一词炙手可热，因此，2018年也被评价为“合规元年”。

2020年3月起，最高人民检察院部署在江苏省张家港市、深圳市宝安区等6个基层检察院开展涉案企业合规改革试点；2021年3月起，在总结第一批试点经验的基础上，最高人民检察院部署在北京、上海、江苏、浙江等10个省份开展第二期试点工作，试点范围扩展到62个市级院、387个基层院。2021年6月3日《关于建立涉案企业合规第三方监督评估机制的指导意见（试行）》出台。截至2022年5月底，全国检察机关共办理企业合规案件1777件，经过两期改革试点，10个试点省份检察机关共办理企业合规案件766件。其中，对整改合规的333家企业、1106人依法作出不起诉决定，取得良好办案成效。[1]

2022年4月1日，国务院国资委发布了《中央企业合规管理办法（公开征求意见稿）》，2022年8月23日，《中央企业合规管理办法》正式公布，自2022年10月1日起施行，这将进一步促使中央企业提升合规管理的能力。

综上，企业合规已在整个社会层面引起重视，且对企业来讲，企业合规也成为提升企业管理水平、防范企业重大风险的契机。

一、企业合规的定义及其他相关概念的厘清

合规，英文为compliance，指合乎规定，遵守法律规则的意思，表现为遵守国际公约，国家法律、法规，规章制度，行业规范，职业伦理，公司章程等。从字面意思理解，企业合规就是企业遵守法律法规，依法经营和管理。但如果只是如此理解，那么没有必要刻意提及企业合规这一概念，说成是风险防控更确切。

综合各学者对企业合规的定义，笔者认为，企业合规的定义可归纳如下：企业合规是指企业为了防范刑事犯罪风险和行政处罚风险，按照国家监督部门和执法部门的要求建立的预防和控制刑事犯罪风险和行政处罚风险的治理结构和治理体系；而对刑事监督部门和行政执法部门来说，在对违规企业采取执法行动之前，考虑企业是否建立有效合规计划和治理体系，来作为是否给予企业宽大行政处理或刑事处理的依据。

在业界，常有“大合规”和“小合规”的说法，容易给企业造成误导，觉得大合规才好，大而全。但这种说法是有失偏颇的。有学者认为，“大合规”是指：与企业运营相关的所有行为均纳入合规风险管理之中，具体涉及生产、营销、财务管理、人力资源管理 etc. 全部业务、管理方面活动；以及全体员工对所有适用的法律法规、制度制定、行业准则、执业操守的普遍遵从。“小合规”是指：企业具体合规制度的建设、修订、审核、实施及监管，企业内部规范性政策的起草、修订、审核、实施、监管以及对于企业合规政策的咨询、解答，对企业内部的举报的受理与处理等。”[2]

但有的学者把“小合规”也定义为“着眼于防范企业商业贿赂犯罪的合规机制，一般被称为“小合规”，或者“狭义的合规”。[3]那么相应的“大合规”则是指“企业合规不仅仅具有企业依法依规经营的含义，还是企业自我管理、自我监管和自我整改的治理方式，更是一种在企业陷入执法调查时获得宽大处理的激励机制。”

笔者认为陈瑞华教授的定义更具有合理性，否则企业合规与企业风险防控就无法区分，设立这样一种管理体系的必要性就无从谈起。因此不管是“大合规”，还是“小合规”，我们首先要明确的是企业需要什么样的合规，适合企业自身经营状况的就是好的合规。

很多企业主动或被动地引入企业合规管理，也促使相关的法律业务逐步发展完善。但笔者认为，企业合规

与其说是法律业务，毋宁说是管理咨询业务；与其说是企业风险防控体系的梳理，毋宁说是企业建立合规体系的管理过程。

结合笔者近两年对企业合规的研究和跟踪，笔者认为企业合规有如下发展方向。

二、企业合规应侧重于更经济、更有效率的专项合规

企业应该识别自己的行业特点，针对企业发生风险可能性较大的领域或者部门，进行专项的合规。只有一些跨国大型企业，才有必要进行全面的合规。

以反腐败、反垄断、产品推广、采购招标、网络安全、数据保护、电子商务、税务、劳动用工、贸易与出口管制、环境保护、内幕交易、知识产权、国有资产、安全生产、反歧视、反洗钱等为主要内容的合规体系的建立，不是必须全部应用于每个企业。如果是进出口业务频繁且数额巨大，贸易与出口管制合规就是必须的；如果是人员密集型的制造业，安全生产合规就是必须的；如果是污染较重的企业，环境保护合规就是必须的……因此，企业务必识别自己的风险领域，同时出于成本的考虑，进行更有效率的专项合规。

从企业的实际情况出发，也可以就多个专项进行综合，统一进行合规计划和管理，这样既可以减少重复梳理企业合规的可能，也能更集中力量对企业特别需要注意的合规风险进行重点管理。

三、企业合规需要富有管理经验的机构和人员来主导

鉴于企业合规管理是针对企业合规风险所建立的内部治理体系，与业务经营、财务管理和监督并行，都属于企业内部治理体系。它们三者相互独立，相互制衡，在公司治理中发挥着不同的作用。正因为如此，企业合规并不是一般的“风险控制”，而是一种具有“合规风险控制”职能的治理体系。

作为公司治理体系的一种，当企业进行企业合规建设时，势必要求主导企业合规的人员具备丰富的管理经验，了解企业的经营运作，了解管理人员的基本准则，从而能切实地将合规嵌入企业的日常管理。

尤其是企业引入外部管理咨询团队时，可以一并将企业合规需求提出，基于不同模块，管理咨询人员、法

律专业人士、审计人员分工协作，建立领导小组，分别实施。这样不仅能节约成本，更能提高效率，所做出的成果更具协调性，不会彼此冲突甚至出现内耗。

当然，仅仅有管理经验当然不足以主导合规体系的建设，同时也应具备丰富的风险防控经验，在风险评估阶段才能尽到充分的注意义务，而在风险识别阶段，仍然需要大量的管理经验和工具。

四、企业合规需要与企业文化建设建立更紧密的联系

美国联邦量刑委员会于2004年对《组织量刑指南》进行了修订，最引人注目的变化就是引入“组织文化”，强调企业文化不仅要促进“守法”，还要促进“道德行为”。2003年《汤普森备忘录》明确指出，未被公司人员有效内化并成为公司文化一部分的合规计划将被视为无效。

ISO37301《合规管理体系指南》最大的特点是融入企业文化，将合规嵌入到组织的文化和员工的行为态度中，已成为企业核心价值和公司治理一部分。我国国家标准ISO19600《合规管理体系指南》第2.19条规定，合规文化时贯穿整个企业的价值观、道德规范和信念，与组织的结构和控制系统相互作用，产生有利于合规成果的行为准则。

通过以上，我们不难看出，企业合规不仅应成为企业文化的一部分，企业文化也相应地反作用于企业合规。

企业文化不是自发形成，尤其不能靠员工自觉遵纪守法并提高道德标准，因此，企业文化是需要培育的，企业合规文化同样需要培育。

培育方法可以包含如下方面：1.领导承诺，这种承诺应外化于企业的文化手册或管理制度文件中；2.领导层（董事会和高级管理人员）身体力行、积极推动，上行而下效，以领导层的行动引领企业全员行为；3.制定和发放合规手册、签订合规承诺书，企业合规所涉及到的关键部门、岗位，都应签署承诺书，并使全体员工可方便地查询合规的内容和程序；4.促进企业自身合规与外部监管的有效互动，外部监管应内化为自我监管，定期以及临时性地进行合同检查；5.培训应定期举办，并在有外部监管文件或行为有变化时随时培训，以适应不断变化的合规环境。

以上我们可以总结为：通过层层措施主动推动企业合规文化的形成，组织内从上到下均无形地遵从企业文化的要求。

我们在为某海洋化工研究所做的合规文化建设中，将各个部门的合规文化提炼总结，形成了下述合规文化描述：

对内精神：合法合规，严谨仔细
对外形象：防范隐患，化解风险
部门愿景：人人依法，事事合规

上述合规文化的提炼是我们经过与全体部门和关键岗位员工调研访谈而得出，更经过了全体员工的热烈讨论。所以，在合规文化嵌入到企业的整体文化中，且员工全体参与时，合规才能成为全体员工自觉自愿的行为。

就目前的企业合规现状来看，存在着诸多实务操作误区，或者企业在进行合规后并无太多实质性用途。企业要不要做合规、合规要做到什么程度，一定不能教条化，否则无异于作茧自缚。在了解合规的目的和趋势之后，选择最适合自己的合规之路，是每个企业领导者首先要考虑的问题。

注释：

[1] 《人民日报》2022年7月14日。

[2] 《企业合规讲义》华东师范大学企业合规研究中心，P26。

[3] 陈瑞华《论企业合规的性质》。

青岛市市南区城市更新疑难法律问题研究

WINCON
LEGAL
INSIGHT



王红艳

业务专长：企业股权结构设计；股权并购与股权激励、资产重组；新三板挂牌业务；国有企业混合所有制改革；股东纠纷解决；金融不良资产处置；商事争议解决。

城市更新，又称城市重建或城市复兴，是将城市中已经不适应现代化城市社会生活的地区，根据城市规划和规定程序进行综合整治、功能改变或者拆除重建的活动。推进城市更新，是提升土地集约化利用水平、实现经济社会可持续发展的必然选择。

青岛市市南区作为青岛市拥有较多历史建筑及老旧小区的城市区，在城市更新过程中如何较好地保护好历史风貌、改造老旧小区以满足人民对生活品质的追求等，都是对管理者巨大的考验。在对城区的更新过程中，会遇到诸如规划设计、方案制定、组织实施、运营管理等方面的疑难法律问题，笔者以上海、深圳的城市更新经验为例，结合参与服务的潍县路19号保护更新项目，对城市更新中可能遇到的法律问题进行分析并提出相关建议，以期给管理者在市南区城市更新工作中提供参考和帮助。

一、城市更新的历史沿革、概念及主要模式

（一）城市更新的历史沿革

1.从国际发展来看，1958年8月，在荷兰召开的第一次城市更新研讨会，首次对城市更新作了有关说明：生活在城市中的人，对于自己所居住的建筑物、周围的环境或出行、购物、娱乐及其他生活活动有各种不同的期望和不满。希望对房屋进行修理改造，对环境进行改善等。

现代意义上大规模的城市更新运动(urban renewal)始于上世纪六七十年代的美国和二战后的英国。这些国家都是首先对城区进行大规模拆迁，快速的城市化，而后逐步过渡到以社区邻里更新为主要形式的小规模再开发阶段。

2.从国内发展来看，城市更新的概念是伴随着城市化进程而形成的。

以往的城市改造，主要以“棚户区改造”为主。这种

改造模式多为大拆大建，耗费大量的资金及人力成本，加重了政府的财政负担，在实施过程中还易出现暴力拆迁、暴力抗法等影响社会稳定的行为、以及历史性建筑严重损毁等社会现象。

从国际国内的城市发展过程来看，城市开发建设模式都是走过了一条扩张、发展、饱和、小规模渐进式、可持续发展、有机更新这样一条道路。

（二）城市更新的概念

关于城市更新的概念，各地在相关的法律法规规章中都有不同的表述。如《深圳经济特区城市更新条例》规定：“本条例所称城市更新，是指对城市建成区内具有下列情形之一的区域，根据本条例规定进行拆除重建或者综合整治的活动：（一）城市基础设施和公共服务设施急需完善；（二）环境恶劣或者存在重大安全隐患；（三）现有土地用途、建筑物使用功能或者资源、能源利用明显不符合经济社会发展要求，影响城市规划实施；（四）经市人民政府批准进行城市更新的其他情形”。

《上海市城市更新条例》规定：“本条例所称城市更新，是指在本市建成区内开展持续改善城市空间形态和功能的活动，具体包括：（一）加强基础设施和公共设施的建设，提高超大城市服务水平；（二）优化区域功能布局，塑造城市空间新格局；（三）提升整体居住品质，改善城市人居环境；（四）加强历史文化保护，塑造城市特色风貌；（五）市人民政府认定的其他城市更新活动。”

《北京市人民政府关于实施城市更新行动的指导意见》中规定：“城市更新主要是指对城市建成区（规划基本实现地区）城市空间形态和城市功能的持续完善和优化调整，是小规模、渐进式、可持续的更新。”

从以上国内外城市建设的实践以及我国各地立法情况来看，城市更新其实是一个宏观概念，范围非常广泛，涉及主体也很多。可以是既有建筑物、空间、环境的改善，也可以是公园、绿地的建设，更可以是城市基础设施、公共服务设施的改造提升等。城市更新在更大的范畴上还包含“人”，它是人和城市的互动活动。所以我们可以把城市更新称之为城市重建或城市复兴，是将城市中已经不适应现代化城市社会生活的地区，根据城市规划和规定程序进行综合整治、功能改变或者拆除重

建的活动，以构建城市生态平衡及城市的可持续发展的一个过程。

（三）城市更新具体实施过程中的三种模式，综合整治、功能调整、拆除重建

1. 综合整治类

如以改善居住环境为主的老旧小区改造、社区微更新、老楼加建电梯、建设街心花园、增设公共配套服务设施，提升老城区居民生活品质等等。这类建设行为的特点是，投资规模相对较小，参与主体间关系简单，不涉及产权、土地使用权变更等。

2. 功能调整类

如历史建筑的保护更新问题。按照文物保护法、风貌保护条例等法律法规的要求，历史建筑要分类进行保护。这些镌刻着城市记忆的历史符号，以提升改造、活化利用为主，保留建筑物的原主体结构，改变部分或全部建筑物使用功能，但不改变土地使用权的权利主体和使用期限，同时附带产业导入需求。比如中山路附近的部分老建筑，可以改变居住属性，成为博物馆、音乐馆、小茶馆、特色书店等等，通过长期经营收入实现收益平衡。未来政府也可以出台资金补助、税收优惠等政策鼓励该类项目的落地实施。

3. 拆除重建类

在通过以上两种方式难以实现城市功能与环境改善的情况下，拆除现状建筑物重新进行开发建设。

相较于前两类改造模式，拆除重建类的要求比较高，首先应当充分论证拆除的必要性，同时要征得相关权利主体同意，并严格按照城市更新单元规划、城市更新年度计划的规定实施，同时要优先保障公共利益和产业发展空间。

二、国内的城市更新经验——以上海、深圳为例

（一）上海

上海是国内城市更新发展起步较早的地区之一，在立法、实践等方面有较为成熟的借鉴经验。我们选取上海作为研究样本，还有一个重要原因，那就是青岛与上

海的近现代建筑有一定的相似性，都是建成仅百年左右、尚属“年轻”的历史建筑，同时，这类建筑普遍都还在使用当中。

上海对于存量历史建筑、历史城区方面的保护更新也采取了多种模式：

1.以改善居住为前提的综合整治模式，如春阳里模式。

春阳里，是典型的上海老式里弄建筑，原房屋建造于上世纪二三十年代，硬件条件较差，再加上房屋老化带来了结构不稳、消防隐患等多种安全问题。春阳里的建筑，属于历史文化风貌区、风貌街坊内的一般保留建筑。2017年上海市政府对春阳里进行改造，增加了厨卫设施，改善管线、厨房和卫生设备，完善使用功能，大大改善了居民的居住条件。

2.以建筑功能调整、商业业态调整为手段的模式，如田子坊模式、思南公馆模式。

田子坊模式是在改善居民居住环境的同时，对住宅的上下层的使用功能进行调整，上层为居住属性，下层为商业网点，通过租赁、转让、置换等方式，逐步把田子坊地区的旧厂房、旧民宅改建成画家工作室、设计室、摄影室、陶艺馆、时装展示厅、特色餐饮、特色零售等经营用房。这种模式由政府改善基础设施，企业、商店和艺术家等社会力量介入活化利用，社会力量本身的活力得到充分发挥，居民自发以住宅上住下租的方式参与商业经营活动。没有土地开发、居民动迁，却很好地实现了政府、社会力量和居民的多赢局面。

思南公馆模式则是将原住民置换出去，对历史建筑修旧如旧，并通过调整使用功能和调整商业业态进行改造、开发和经营。现在的思南公馆，已不再是老上海的老洋房居住区，而更像一个开放式的、展示上海近现代文化的露天博物馆，不仅恢复了一座座老洋房建筑的“美貌”，更是为上海这座城市留下了珍贵的记忆。

3.拆除重建模式，如新天地模式。

新天地模式属于整体拆除后再重新开发，原住户动迁撤离后，根据商业经营需要，从房屋结构、内部空间到公共活动空间进行全新改造。原来高密度的旧式里弄集聚区，在开发总容量、建筑高度等方面受到种种条件

限制。政府和企业通力合作，采用整体规划的方式，在一个大的街坊内统筹考虑，在保证容积率总体平衡的基础上，实施容积率转移政策，保留“新天地”原有里弄建筑的肌理和风貌，改造成为公共活动中心，同时规划建设了中心开敞人工湖，将容积率转移到周边的居住用地与商务办公用地。经过改造，新天地既保留了原有石库门里弄建筑风格，提升了地区功能和价值，同时改善了居民群众居住条件，实现城市更新、经济发展、民生改善和城市文脉保护的多赢。

此外，上海在旧区改造、市政基础设施建设过程中，对部分需保留保护的历史建筑还通过平移、改造、修缮以及功能调整等形式进行单体式保护，这些针对不同的保护类别的历史街区、历史建筑采取不同的保护开发模式的做法，值得我们学习和借鉴。

（二）深圳

深圳是我国城市更新的先行者与探路者，深圳城市更新的特色集中体现在顶层设计、法治引领、制度创新上。

深圳的城市更新立法工作一直走在全国前列。2004年10月，《深圳城中村（旧村）改造暂行规定》出台，明确城中村区域概念、改造模式、相关政策和优惠，以及拆迁补偿办法，标志着深圳旧村改造正式开始。2009年10月，深圳市在国内率先出台首部城市更新专门法规《深圳市城市更新办法》，来指导深圳全市的城市更新工作。2012年，深圳城市更新办法实施细则出台；2015年，深圳“强区放权”城市更新工作改革在罗湖试点；2016年，强区放权全面实施，《深圳市城市更新办法》实施7年后首次修订；2017年1月1日，深圳《关于加强和改进城市更新实施工作暂行措施的通知》施行，正式实行“强区放权”，进一步让深圳市的城市更新工作进入快车道。

2021年3月1日，《深圳经济特区城市更新条例》正式实施，这既是对以往城市更新经验的总结归纳，也是对实践难题的规范纾解。这次《更新条例》创设了“个别征收+行政诉讼”制度，规定城市更新项目经行政调解后仍未能签订搬迁补偿协议时，区人民政府为了推进城市规划的实施，维护和增进社会公共利益，可以对旧住宅区未签约部分房屋实施征收，并进一步明确了政府实施征收的适用情形、征收标准、征收程序和补偿方案。这项制度将成为解决“钉子户”搬迁难的法律依据，对快

速推进城市更新、缩短旧改周期发挥良好的作用。

三、市南区城市更新——以潍县路19号为例

潍县路19号是青岛最大的里院建筑群，建于上世纪二三十年代，里院曾作为青岛中下层市民的民居形式普遍存在，是老青岛人避风挡雨的居所。里院之于青岛，就像北京的胡同、上海的里弄、福建的土楼，是带有浓厚地域特色的建筑形式，具有较高的历史价值。

（一）明确签约主体

潍县路19号里院已经存在近百年，除合法建筑外，还存在大量私搭乱建行为，房屋产权情况错综复杂，既有国有资产又有私产、公租房、廉租房、共有产权等各种情形，居民在搬迁后如何安置方面也有不同的诉求。因此，全面梳理调查区域内的所有房产信息，做好签约前的房产尽调工作十分重要。包括不动产登记证书、建筑用途、面积等基本情况、不动产权利人情况、是单独所有还是共有，权利是否受到限制、建筑合法性认定等，对于没有办理不动产权证的房产，还要审查是否具有规划许可证、施工许可证、发改部门的立项批准文件等等，以上内容分类审查，为下一步制定征收补偿方案提供充分翔实的基础资料。

（二）定制搬迁安置方案

潍县路19号项目中涉及的绝大部分建筑不能拆除，只能修旧如旧进行修缮。居民们对于征收和安置也有各种不同意见。比如，有的居民要求货币化补偿，有的要求房屋征收后进行异地安置，有的要求回原址安置等等多种情形。因此，要针对具体情况与居民不断地协调、沟通、谈判、分析、确认，最终量身定做了不同的搬迁方案，拟定了相应的合同文本，为项目的顺利推进助力。

（三）设计、施工、运营一体化

潍县路19号的更新改造，不仅仅是单纯的拆迁、改造更新，还包含了项目更新后的运营，通过专业的运营为更新项目赋能。该项目采用的是设计、采购、施工及运营或运营维护一体化的总承包模式，前期历史建筑的保护修缮工作由市南区区属国有企业建投公司出资，中建八局进行设计、修缮施工，建成后由中建八局的城市运营公司进行运营和维护。中建八局在前期建筑修缮时，就可以根据未来意向业态进行功能设计，最大限度

地避免二次施工，提高项目的运营效率，降低全生命周期内的成本。同时，还可根据建筑的内部构造、装饰装修、物业现状等情况进行综合考量，制定适合里院的品牌招商、盈利路径的设计，并进行精准招商。

四、目前市南区城市更新中潜在的问题

（一）社会公众的参与度较低

在对潍县路19号项目周边居民进行调查走访时，笔者了解到，居民对小区的改造的整体规划大多并不知晓，不清楚改造后是否能满足居民的需要。也就是说，老旧小区更新改造的规划并没有为民众所知、征询民意，社会公众的知情权未能落实到位，这就可能会造成规划与民意的不统一，造成后期的改造无法满足居民的需要。这就需要在全区的老旧小区进行整体摸排，进行网格化调研，进行城市体检，征询民意，统筹安排，以达到规划合民意、改造满民需的社会效果。

（二）更新资金不足，融资渠道有限

老旧小区的改造及历史城区的保护更新需要大量的资金，如果没有社会资本的注入，仅靠财政资金，会面临更新改造资金不足的情况，严重影响更新进程。城市更新项目不同于传统的成片开发，收益收效不明显，因此社会资本的参与积极性不高，地方财力有限，需要国家、省、市级层面给予一定的倾斜奖补。

虽然，目前的城市更新中也较多采用城市更新专项债、地方政府授权国企融资、政府联合社会资本等模式，拓展资金来源渠道，但存在收益期限较长、投入产出不能正比、符合条件的更新改造项目较少等缺陷，因而，如何进行资金筹划需要根据更新项目据实调整制定。

（三）征迁风险

征收是城市更新过程中不可避免的一个重要环节，是政府部门在具体实施过程中最容易出现问题的地方。《国有土地上房屋征收与补偿条例》对征收的要件、程序等都做了具体规定，这就要求实施部门要严格按照法定条件、法定程序来组织实施。

比如，是否是出于公共利益的需要来组织实施房屋征收，是否符合“四规合一计划”，即确需征收房屋的各项建设活动，应当符合国民经济和社会发展规划、土地

利用总体规划、城乡规划和专项规划。对于保障性安居工程建设、旧城区改建，还必须制定国民经济和社会发展规划年度计划。作出征收决定前，要进行社会稳定风险评估，房屋征收决定涉及被征收人数量较多的，应当经政府常务会议讨论决定。征收前，征收补偿费用是否足额到位、是否专户存储及专款专用，征收补偿方案是否合法、是否征求公众意见，征收决定公告是否合法等等。

（四）缺乏监督机制

城市更新涉及的主体众多，涉及的政府部门也很多，在方案实施过程中，如果各职能部门职责不清，权限不明，遇到相关问题时可能会出现互相推诿、协作不畅的现象。在保护更新行为完成之后，还存在持续保护的问题。比如以功能调整为主要模式的历史建筑保护更新，将来这种保护方式能持续多长时间，由谁来监督执行，是否一直按照政府批准的使用功能和商业业态进行运营，如果出现未按照政府的更新要求对建筑物进行毁损的，应当如何处理等等。

五、相关法律分析及建议

参照其他地区在城市更新中的实践经验，笔者结合在潍县路19号法律服务工作中发现的需要解决的部分问题，提出以下几点建议：

（一）加快地方立法，为城市更新工作提供法治保障

目前，青岛地区的城市更新工作所依据的除了国家政策、行政法规、部委规章外，还有《青岛市城市更新和城市建设三年攻坚行动方案》《青岛市住房和城乡建设局关于印发青岛市“十四五”建筑节能与绿色建筑发展规划的通知》《青岛市人民政府关于推进城市更新工作的意见》等地方性文件，但是这些文件在我国的法律体系中层级并不高，可借鉴上海市、深圳市的立法经验，结合青岛地区的实际情况积极推进《青岛市城市更新条例》立法，为城市更新的高效推进提供法律保障。

从我市目前情况来看，不仅是更新条例立法方面极为迫切，在具体内容层面，如历史建筑和风貌保护方面，也应当有配套的法律法规及规范性文件，需要建立健全完备、稳定、可操作性强的多层次法律体系。

（二）合理规划，兼听民意，建立健全城市更新公众参与机制

城市更新并非仅仅是对存量资源的改造。在一定意义上说，好的城市更新都是对一座城市的再塑造。城市更新的规划是否合理、是否具有可行性至关重要。人是生活在城市中的主体，城市更新的最终目的也是为了提高人民群众的生活体验、幸福指数，因此在制定城市更新规划，无论是总体规划还是单项规划，应当听取民意，应从“行政主导”向“行政为主、社会参与为辅”转变，充分尊重人民群众的知情权和监督权。在制定更新计划之前，就应当做好拟更新片区内的民意调查，要通过发放调查问卷、实地勘察走访、开展座谈会等多种形式，充分了解人民群众的真心意愿，如是否愿意搬迁、将来的安置地点、对老城区有特殊感情的特色建筑的改造建议等等，充分听取人民群众的意见和建议，这不仅直接关系到城市更新改造的效果好坏、进程快慢，也是我国法律法规中关于充分保障群众知情权、陈述权、监督权等各项法定权利的体现。

（三）政府主导，多方参与，切实解决城市更新资金问题

城市更新不同于以往的大拆大建，基本上很多都是局部修补，因此，资金的回报率并不如原先的旧改，社会资本的积极性不是很高。这就需要政府在中间做好主导和协调作用。一方面政府要在城市更新中做好多元利益主体之间关系的协调工作，另一方面，政府还要努力动员社会各层面广泛参与到城市更新中来。社会多元主体的参与度越高，城市更新的质量就越高，更新项目的实施过程就越顺畅。仅靠财政资金是难以实现高质量、可持续的更新目的。政府可通过发挥财政资金的杠杆作用、实行税收优惠、提供合理补贴、灵活运用容积率奖励、采取符合规律的金融支持等多种办法来吸引多方面的社会资本参与到城市更新中来。比如在资金融通方面，可参照上海市设立城市更新基金，鼓励社会资本参与，为城市更新提供充足的资金保障，防止出现烂尾项目。比如在土地资金政策方面，建议中心城区范围内的所有土地出让金中要按比例留存支持历史城区、历史建筑保护更新项目的建设。

（四）理清风险，做好预案，确保征收环节依法依规实施

不管是传统的旧城改造，还是目前采取的城市更新模式，征收都是一项核心工作。在更新方案实施过程中，难免会出现需要居民暂时搬离或搬迁他处等情形，需要根据具体情形理清其中存在的法律风险，制定不同的搬迁补偿或安置方案。

在追求腾迁效率的同时，更应注重对产权的理清，可在前期调查摸底阶段制作详细的排查表格，由具体实施部门联合街道办、社区委员会等部门快速开展地毯式、网格式排查，确保对每一处待更新改造区域或建筑的情况调查清楚，房屋和土地的权属、区位、用途、建筑面积、租赁、抵押、查封等情况的摸底调查。对存在的更新障碍制作清单以及出具初步解决意见或建议，可由专业律师参与与居民的协商、谈判，参加各部门之间的联席会等，对征迁、搬迁、租赁、调换等多种方案的可行性进行评估预判，并在后续执行中予以监督保障，对更新过程中可能出现的法律风险做好预判和防范预案的制定，以及参与后期可能发生的纠纷解决等等。

城市更新工作需要多部门协同、配合，建议设立联合办公机构，明确各部门工作职责及工作时限，防止出现职责模糊时的推诿、扯皮等延误城市更新工作进程的现象。

（五）在用地性质、规划指标管理等方面进行创新性研究

城市有机更新中往往涉及对存量建筑的再利用，为确保更新目标的实现，可能要涉及容积率、建筑高度、建设规模等规划控制指标的变化，而这些指标往往又是已经审批通过的总体规划、控制线详细规划中的强制性指标，是否可以改变，改变的程序是什么，目前缺乏很细致的法规规定，或者说难度非常大，这就导致城市更新中的目标实现存在现实的指标障碍。

如何在合法的范畴内统筹利用好规划指标，这是一个难题，需要决策者既具有丰富的规划工作经验，也要具有相当大的魄力与决心。比如在国外和国内部分城市已经实行的容积率奖励和容积率转移政策，在一定程度上可以较好的平衡规划指标问题。

容积率转移案例，以美国纽约的下城区为例，下城区保留着很多城市早期的古老教堂和其他历史遗迹，同时也是纽约最繁华、建筑密度最高的商业区和商务区，街区常常可以看到这种现象：低矮的历史建筑被周边高耸入云的现代楼宇包围。在纽约市政府看来，那些历史建筑及所在地块的产权人，本该拥有同区域的高容积率，也可以建成摩天大楼，但是出于历史建筑保护的必要，“制约了”产权人用足自身容积率的可能。于是，纽约市的规划部门赋予了产权人开发权转移的权利，即历史建筑及所在地块的产权人，可以把自己无法使用的容

积率（也就是“上空权”（Air Right））转卖给直接相邻地块的开发者。这样一来，历史建筑及所在地块的产权人就可以获得相当的收益，来维护修缮历史建筑；政府也能通过“上空权”的转移，获得更多的财政收入。

容积率转移在国内也有很多案例。比如前面提到的上海新天地项目，在保证整个街坊容积率总体平衡的基础上，实施容积率转移政策，保留“新天地”原有里弄建筑的肌理和风貌，改造成为公共活动中心，同时规划建设了中心开敞人工湖，将高容积率转移到周边的居住用地与商务办公用地，这样既实现了旧区改善，人民群众的生活条件得到了极大改善，开发商也实现了最终盈利。这项政策后来也被写入《上海市城市更新条例》。2021年8月25日上海市十五届人大常委会第三十四次会议表决通过的《上海市城市更新条例》第四十三条规定“城市更新因历史风貌保护需要，建筑容积率受到限制的，可以按照规划实行异地补偿；城市更新项目实施过程中新增不可移动文物、优秀历史建筑以及需要保留的历史建筑的，可以给予容积率奖励。”这是上海市对于容积率奖励和容积率转移机制在城市建设领域的充分肯定，对于当前各地正在开展的历史城区保护更新提供了更为广阔的思路和样本。

另外，在土地政策创新方面，深圳一直走在全国的前列。2022年3月30日，深圳市规划和自然资源局发布关于公开征求《深圳市土地整备利益统筹办法》（征求意见稿）意见的通告。此举的目的，就是要通过规划、土地、资金、产权的政策组合拳，对零散低效用地进行整合、清理和再开发，统筹解决补偿安置等各项问题。要更加充分地激活、引导和引进市场主体，运用“土地+规划+资金”的组合工具，改变单一的财政资金收储模式，降低存量发展中政府的财政压力，实现低成本运作，变先收储后供应为退出与引入同步协调，实现更高效的土地整备和城市更新。

（六）加强监督管理，建立长效保护机制

城市更新改造后的历史建筑，要充分发挥运营单位的市场主体的作用，打造成网红地、潮流区，使得历史建筑重焕生机。同时，在后期运营过程中，政府应当主动监督引导，推动建立历史建筑在使用、维护方面的长效保护机制。

在监督管理方面，除政府部门履行监管职责外，公民个人、企事业单位、相关组织都可参与到对历史建筑

保护更新及运营管理工作的日常巡查当中去，政府部门对于公众的监督要及时处理，发现有毁损历史建筑或不利于历史建筑保护的情形，要及时依法处理等等。

同时，将城市更新、历史建筑保护、城市风貌保护、环境保护等方面的工作纳入公益诉讼办案范围，检察机关在历史文物、历史建筑保护方面也可提前介入。如在历史建筑年久失修，长期处于损毁状态，国家利益和社会公共利益受到侵害的前提下，检察机关可向相关行政部门发出诉前检察建议，要求依法履行历史建筑的监管和保护职责。在后期跟进监督时，如检察机关发现上述问题没有得到有效整改，检察院可向法院提起行政公益诉讼，要求相关行政机关继续履行监督管理法定职责等。

参考文献：

1.简·雅各布斯《美国大城市的死与生》，译林出版社，2005年5月版。

2.丁魁礼、吴晓燕：《城市更新的政策宣传方式及其功能研究-以深圳、上海、广州和佛山四市为例》，载《复旦城市治理评论》，2021年9月。

3.孙一元：《上海：城市更新·焕新城市》，载《上海国资》，2021年9月。

4.梁秋坪：《立法护航城市更新，未来可期--深

圳、上海、广州三地城市更新立法实践观察》，载《法治与社会》，2021年11月。

5.孟昭凌：《“个别征收+行政诉讼”制度破解城市更新僵局--解读《深圳经济特区城市更新条例》》，载《法制与社会》，2021年4月。

6.邹兵：《悉尼市历史建筑保护的奖励制度及启示》，载《规划师》，2001年第01期。

7.詹水芳：《上海实施容积率奖励、转移面临的难点和对策》，载《科学发展》，2019年第4期。

8.山崎亮：《城市更新与公众参与》，载《风景园林》，2021年9月。

9.曾文青：《共建共治共享的城市更新治理模式研究》，载《中国会议》，2021年9月。

10.王凯：《开展城市体检评估工作 建设没有“城市病”的城市》，载《城乡建设》，2021年11月。

ISO37301《合规管理体系指南》最大的特点是融入企业文化，将合规嵌入到组织的文化和员工的行为态度中，已成为企业核心价值和公司治理一部分。我国国家标准ISO19600《合规管理体系指南》第2.19条规定，合规文化时贯穿整个企业的价值观、道德规范和信念，与组织的结构和控制系统相互作用，产生有利于合规成果的行为准则。



“云信”、“金单”、“迪链”是新型票据吗？ ——供应链金融环境下电子债权凭证法律性质探究

WINCON
LEGAL
INSIGHT



孙国瑞

专注于商事诉讼和破产法律业务。

一、电子债权凭证的市场背景及定性困境

2020年9月中国人民银行等八部委出台《关于规范发展供应链金融 支持供应链产业链稳定循环和优化升级的意见》将供应链金融规范发展的政策框架正式落地建成。在今年4月份，央行和外管局发布《关于做好疫情防控和经济社会发展金融服务的通知》其中关于强化产业供应链核心企业金融支持的表述，再一次强调供应链金融在疫情大背景下应发挥更大作用。

在此背景下，供应链金融的明星产品——电子债

权凭证发展得如火如荼。自2015年开始，大型企业（核心企业）开始利用其自身信用，通过电子供应链金融平台，向其供应商签发承诺到期兑付的远期应收账款凭证。这种债权凭证相比传统票据来说，其底层逻辑是利用核心企业的企业信用，在基于真实交易背景下对应收账款债权进行流转融资，主要为了解决传统票据票面不能拆分、流转不便捷的痛点。

根据智研咨询数据显示，自2015年至2020年期间，国内供应链金融市场以每年4-5%的速度快速增长，截至2020年供应链金融市场规模达15万亿元。随

着供应链金融市场的蓬勃发展，随之而来的风险也在不断增多。如何确定供应链金融环境下的电子债权凭证业务法律性质、适用现有法律规则成为一个亟待解决的问题。

二、电子债权凭证的种类和特征

到目前为止，市面上运营电子债权凭证的供应链金融平台大致有三类：第一类为银行系平台，例如上海银行上行e链、建设银行e信通、招商银行e融通等；第二类为核心企业平台，例如中国中车等国央企的中企云链、比亚迪的迪链供应链、中铁建的铁建银信、TCL的简单汇等；第三类为第三方平台，如随行付支付的随信云链、大有云科技的大有诺信等。

无论是中企云链的“云信”、简单汇的“金单”、比亚迪的“迪链”，还是e信通的《付款承诺函》，笔者总结电子债权凭证的共性特征一般有6个：

1.技术基础：金融平台依托区块链、电子签章或其他物流信息对接技术，具备一定的事实固定、验证能力；

2.信用基础：债权凭证由资金雄厚的集团企业或“核心企业”签发并承诺到期兑付；

3.交易背景：债权凭证签发和流转均要求真实交易和真实的债权债务；

4.封闭性：债权凭证只在平台“局域网”内流转使用，不对外部企业生效；

5.可拆分：企业可根据交易实际灵活拆分债权凭证金额；

6.可流转：平台内企业可以依据不同的交易情形自由流转债权凭证，既可持有到期后主张核心企业兑付，也可向上一级进行流转清偿交易债务，亦可通过平台内的金融机构进行保理融资贴现。

三、电子债权凭证性质认定的主要观点分析

关于题述电子债权凭证的法律性质应如何认定，关系到相关凭证纠纷的法律适用问题。

有观点认为，电子债权凭证虽然不符合现行《中华

人民共和国票据法》（简称《票据法》）规定的任何一种票据格式，但该类凭证符合“票据应当基于真实交易”之原则，且以签发人自行承诺在到期见票时，无条件支付确定金额给持证人为主要特征，具备一定范围内的流通性和融资属性，应当将其视为一种新型的类商业汇票（出票人承兑）。

另有观点认为，此类债权凭证不符合票据的要式性、无因性、文义性和独立性特性，而且此类凭证是在封闭平台内部流转，不属于《票据法》所调整的票据，应视为一种具象化的应收账款债权。

笔者同意第二种观点，电子债权凭证不是票据。因为电子债权凭证的签发形式、权利基础、法律关系、融资模式与法定票据均存在本质区别，不应将二者混为一谈。

从签发形式角度讲，电子债权凭证的开立和签发是核心企业按照平台规则实行的，平台规则实际是企业之间、银企之间的框架协议，属于意思自治范畴；而票据是法人或自然人依照《票据法》规定，根据自身的真实账户基础申请开立的法定证券，其签发有法定的程序和要式。

从权利基础角度讲，电子债权凭证的开立依据是核心企业确认支付的购销合同，其基础是应付账款债务；而票据是依据《票据法》规定产生的特殊形式支付结算工具，具有全社会的普遍流通性。

从法律关系角度讲，电子债权凭证的流转是基于不同层级的上下游企业之间的债权债务抵消关系；而票据的流转，无论是出票人与收款人、收款人与付款人、背书人与被背书人之间的关系均是基于《票据法》产生的票据关系，其本质是基于法定结算支付工具的权利流转而产生的法律关系。

从融资模式角度讲，电子债权凭证作为具象化的债权，以电子债权凭证融资本质是对债权的转让融资，本质是保理融资。其融资渠道内部的融资终点大多是平台上针对核心企业提供反保理服务的保理企业，此类债权凭证融资其本质是一笔多主体参与的无追索权反保理融资；而票据作为一种有价证券，融资一般不通过保理渠道。因为在实践中，无论是先付票的保理，还是只对票的保理，保理企业的接受度都不高。票据的融资一般通过贴现、票据质押、标准化票据等形式实现，票据的融资本质是动产融资。

换个角度讲，如果按照前述第一种观点，在目前的市场和法律环境下，将电子债权凭证视为类票据，甚至直接视为新型的商业汇票的话，会触发整个交易模式的诸多隐形风险。本票、支票、汇票与其他凭证票单的主要区别之一，即是其依照法律规定，根据真实交易基础和连续背书行为产生的票据追索权。而电子债权凭证目前发展可谓百花齐放。活跃而纷乱的市场环境客观上不具备适用《票据法》的可能性。据不完全统计，目前市面上存在的各种“信”、“单”、“链”约有三百六十余种，众多平台规则虽然运营模式类似，但细节均各不同。又因为不同平台经营主体不同，银行受央行和银保监会监管，第三方平台公司可能受金融监管局和银保监会监管，而国央企的上级是国资委，复杂经营主体造成目前供应链金融平台处于行政“三不管”区域，缺乏统一的监管机构指导。在这种复杂环境下，强行向所有的电子债权凭证赋予票据追索权势必会引起社会经济利益的巨大失衡。

在官方层面，虽在目前网络上尚未公开与电子债权凭证相关纠纷的裁判文书。但近期财政部、国务院国资委、银保监会、证监会发布的《关于严格执行企业会计准则切实做好企业2021年年报工作的通知》中正面回答了这一问题：“企业因销售商品、提供服务等取得的、不属于《中华人民共和国票据法》规范票据的‘云信’、‘融信’等数字化应收账款债权凭证，应当在‘应收票据’项目中列示，企业管理‘云信’、‘融信’等的业务模式以收取合同现金流量为目的，应当在‘应收账款’项目中列示；既以收取合同现金流量为目标又以出售为目的，应当在‘应收款项融资’项目中列示。”

所以，电子债权凭证应当认为属于应收账款债权，不是“类票据”，更不是新型票据，适用《中华人民共和国民法典》合同和担保的相关规则，不能适用《票据法》规定。申言之，电子债权凭证的权利基础仍为合同，持证人不能直接依据凭证的文义和格式主张凭证权利，更不能根据电子债权凭证主张票据追索权利。

四、结语

2016年2月，人民银行等八部委印发《关于金融支持工业稳增长调结构增效益的若干意见》，提出要大力发展应收账款融资。基于电子债权凭证进行应收账款流转融资模式应运而产后，得到了国资委、发改委官微的多次点赞。

从正面效果的角度来说，电子债权凭证一定程度上解决“麦克米伦缺口”[1]。但不可否认的是，我国的电子债权凭证业务起步略晚，金凰珠宝假黄金事件[2]、民生信托“萝卜章”事件[3]、中铁系私募爆雷案[4]等等前车之鉴说明目前供应链金融行业的发展尚不成熟。在立法层面，我们有《电子金融交易法》（韩国）《电子记录债权法》（日本）等比较成熟的制度可供借鉴。但在正式的法律文件出台前，我们仍应在现行法律语境下评价电子债权凭证业务性质，以实现依法、快速定分止争之目的，维护供应链金融市场稳定发展。

注释：

1.指现代中小企业由于普遍存在着金融资源短缺，特别是长期融资由于金融资源供给不足而形成的巨大资金配置缺口。

2.2020年，国内最大的黄金首饰制造商之一的公司——金凰珠宝向多家金融机构质押的大量黄金经检验是假黄金。其中民生信托涉案融资规模高达40亿元。

3.2020年9月，中国建筑第五工程局有限公司发布声明称，民生信托发行的“至信1095号中建五局特定资产收益权集合资金信托计划”产品与公司无关。2021年11月，四川公路桥梁建设集团有限公司发布声明称，民生信托以冒用其公司名义的合同作为资产包发行资管信托产品。

4.被告单位中铁中基供应链集团有限公司、被告人孟晨、岑鹏、庄涛集资诈骗罪正在上海市第一中级人民法院审理中。

房地产企业破产购房人权利顺位浅析

WINCON
LEGAL
INSIGHT



陈吉峰

专注于破产专业十余年，起草了日照市关于破产方面的多个文件并先后颁布实施，多年参与日照市优化营商环境办理破产指标的考核工作。先后参与办理了数十起企业破产案件，具有丰富的实务经验。

近年来，随着国家宏观调控和各地方政府出台的一系列房地产调控政策，一些规模较小、管理能力较差的房地产开发企业相继进入破产程序，各级法院受理的房地产破产案件呈现明显的上升趋势，实践当中，如何确定各权利主体的权利之顺位，具有非常关键的意义，各法院和管理人也就此进行了积极的探索，也做了一些有益的尝试，试图就该问题获得理想中的效果。本文对购房人权利顺位的安排进行解析。

一、被拆迁人的权利顺位

客观地讲，房地产开发企业开发土地的基础和渊源都来自于被拆迁人曾经的生存家园，拆迁安置对被拆迁人来讲具有完全意义上的生存权的考量，一旦房地产开发企业进入破产程序，则就应该赋予被拆迁人对安置补偿的绝对优先权。

《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第七条第一款明确规定，拆迁人与被拆迁人按照所有权调换形式订立拆迁补偿安置合同，明确约定拆迁人以位置、用途特定的房屋对被拆迁人予以补偿安置，如果拆迁人将该补偿安置房屋另行出卖给第三人，被拆迁人请求优先取得补偿安置房屋的，应予支持。这一规定在一定程度上肯定了被拆迁人

安置的优先权利，具有正义性和应然性。

二、普通消费者的权利顺位

基于保障生存利益的考虑，实践中，对于普通消费者赋予了其超级优先权，其权利顺位优先于建设工程施工人、抵押权人、职工债权等其他优先债权人。然而值得商榷的是，该权利的产生在立法没有设置公示制度的前提下，就逕行将未经公示的购房人权利凌驾于已作公示的其他优先权之上，已完全超出银行对信贷风险的预测能力和控制范围，客观上是牺牲交易安全达成维稳目标的行为，因此，最高院也通过一系列的司法解释，来限定“普通消费者”的定义和适用范围。

《建设工程价款批复》第2条规定“消费者交付购买商品房的全部或大部分款项后，承包人就该商品房享有的工程价款优先受偿权不得对抗买受人。”原最高人民法院执行办（现为执行局）（2005）执他字第16号批复进一步强调，《建设工程价款批复》关于已交付购买商品房的全部或大部分款项的消费者应优先保护的规定，是为保护消费者居住权而设置的，消费者购房应是用于满足生活居住需要，而非用于经营，不能扩大解释。

2015年《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》（以下简称《执行异议复议规定》）第29条关于购房人权利对抗执行债权的规定，“金钱债权执行中，买受人对登记在被执行的房地产开发企业名下的商品房提出异议，符合下列情形且其权利能够排除执行的，人民法院应予支持：（一）在人民法院查封之前已签订合法有效的书面买卖合同；（二）所购商品房系用于居住且受人名下无其他用于居住的房屋；（三）已支付的价款超过合同约定总价款的百分之五十。”

综合以上规定，我们可以归纳出“普通消费者”的基本含义，一是消费者只能是个人购房，基于居住目的、没有多余房产；二是付款超过50%；三是消费者获得的是物权的请求权，而并非是解除购房合同后的金钱请求权。

三、“以房抵债”范畴下房屋买卖合同债权人权利顺位

“以房抵债”债权人通常意义上不能获得物权期待权，从而要求继续履行房屋买卖合同的权利，而应恢复其原有债权性质，按照破产法规定来确定清偿的权利顺位。

这里包含两种情况：第一种为签订买卖合同方式担保借款的履行；第二种为借款债权转化为房屋债权，这其中又分为代物清偿及债之更改。

第一种情况下通过签订房屋买卖合同来为借款合同进行担保其本身不能设立担保物权，房屋买卖合同设定担保违背了物权法定原则，债权人不享有优先受偿权。根据《关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第二十四条：当事人以签订买卖合同作为民间借贷合同的担保，借款到期后借款人不能还款，出借人请求履行买卖合同的，人民法院应按照民间借贷法律关系审理，并向当事人释明变更诉讼请求，当事人拒绝变更的，人民法院裁定驳回起诉。按照民间借贷法律关系审理作出的判决生效后，借款人不履行生效判决确定的金钱债务，出借人可以申请拍卖买卖合同标的物，以偿还债务。就拍卖所得的借款与应偿还借款本金之间的差额，借款人或出借人有权主张返还或补偿。

第二种情况下则需要区分是否已经完成物权变动登记及是否具有破产法上可以行使撤销权的原因，若房地产开发企业与债权人就借款协议仅仅达成了《以物抵债协议》，但尚未完成产权过户登记的，则债权人不能获得物权的期待权，其债权仍应按照普通债权来处理。

四、已支付全部房款的非“普通消费者”的权利顺位

购房人在支付全部购房款后，属于已经完全履行完了购房人的合同义务，管理人一般不能再行使解除房屋买卖合同的权利，而应确认购房人对房屋取回权的效力。对于未能支付全部购房价款的购房人，如购房人行使合同解除权，则其债权归为普通债权，如管理人主张解除合同，退还房屋款项的价款应作为共益债务处理，

如管理人决定继续履行合同，则购房人交纳的购房款作为破产财产，继续履行合同需要的费用作为共益债务。

五、结语

房地产企业破产的法律和社会复杂性，利益相关方权利诉求的叠合和冲突，都使得房地产企业破产权利顺位的安排会得到广泛的关注，甚至更会引起各方权利主体的博弈，因此这都需要房地产企业破产从业者在具体个案中综合运用法律，甚至商业谈判的方式来平衡各方的利益。

【参考文献】

- 1.刘加桓、王平，《被拆迁人及买房人在房地产企业破产程序中的法律地位解析》，《福建法学》2019年第1期（总第137期）。
- 2.陆晓燕，《保障生存利益与维护交易安全的平衡——房地产开发企业破产中购房人权利之顺位研究》，《法律适用》2016年第3期。
- 3.王欣新、张思明，《房地产开发企业破产中的房屋产权界定与合同履行》，《人民司法》2016年第7期。
- 4.池伟宏，《房地产企业破产重整中的权利顺位再思考》，《法律适用》2016年第3期。
- 5.马学菲，《破产重整中的待履行购房合同法律规制研究》，《齐齐哈尔大学学报》，2018年6月。
- 6.白景龙，《房地产企业破产清算的几个实务问题探讨》，《法制博览》，2019年8月下。
- 7.王灵，《论我国房地产破产企业“以房抵债”的法律效力》，《开封文化艺术职业学院学报》，2020年2月第40卷第2期。
- 8.孔天悦、李国元，《房地产企业破产程序中未过户房屋的权属认定及处置方式的思考》，《现代商业》，2020年29期。



班轮提单正面管辖条款的法律效力

WINCON
LEGAL
INSIGHT



高良臣

全国优秀律师。主要从事海上运输、海上保险、国际贸易、企业财产保险、法律顾问、重大疑难复杂民商事和公司相关的诉讼和仲裁等相关法律事务。



于佩佩

毕业于香港城市大学海事与运输法法学硕士，美国哥伦比亚大学访问学者，主要从事民商事诉讼，在海上货物运输、货运代理、海上保险等海商海事相关法律专业方面有突出表现。在涉外业务方面专业突出、经验丰富，能熟练地运用法律英语为客户提供专业服务。

多年来，承运人在班轮提单背面条款中，常以格式条款载明解决争议的管辖法院，多为船东所在地或船东所属国或承运人主要营业地法院。

我国法院一般从（1）该管辖条款是否符合最高人民法院民事诉讼法司法解释第五百二十九条关于协议选择管辖法院的范围；（2）管辖条款是否明示、显著；（3）管辖条款是否对等、公平等角度，审查提单背面管辖条款的法律效力。

在笔者近期代理的一些案件中，我们注意到船公司已将相关管辖条款转印在提单正面，使用略微加粗英文字体印制，以期达到更为“明示、显著”的提示。同时，最高人民法院印发的《全国法院涉外商事海事审判工作座谈会会议纪要》第2条对非对称管辖协议的效力认定，在多大程度上又影响班轮提单正面管辖条款的法律效力呢？本文将结合笔者代理的案件，就班轮提单正面管辖条款的法律效力进行探讨。

一、提单正面管辖条款

在笔者代理的一起海上货物运输合同纠纷案件中，某船公司在提单正面“额外条款”处载明：“货方与承运人在本提单所证明的运输合同项下发生的任何索赔与诉讼均由马赛商事法庭专属管辖，任何其他法院均对此无管辖权。尽管有上述规定，承运人也有权向被告登记办公地法院提起索赔或诉讼”。

二、承运人管辖权异议

笔者代理货方，根据民事诉讼法第二十八条的规定，在海上货物运输合同运输始发地海事法院向承运人提起索赔诉讼。

承运人则依据提单正面管辖条款向受理法院提起管辖权异议，主张：（1）案件应由马赛商事法庭管辖；（2）根据最高人民法院印发的《全国法院涉外商事海事审判工作座谈会会议纪要》第2条关于非对称管辖协议的规定，涉案管辖协议有效；（3）因管辖条款记载于提单正面，且使用了黑体字，货方在接受提单时未提出任何异议。基于以上事由，承运人主张其与货方就管辖条款已经达成合意，请求法院驳回原告起诉。

三、货方应对要点

1. 承运人应举证证明，其在货方订舱时就提单上的管辖条款与货方进行过协商，并证明货方曾就管辖法院作出过选择。

我国民事诉讼法赋予合同当事人协议选择管辖法院的权利，承运人依据管辖协议提出管辖权异议，应当举证证明管辖协议在当事人间合法成立并生效。承运人未能完成相关举证责任，则应当承担对应不利后果。

无论是一般管辖协议还是非对称管辖协议，当事人就管辖协议本身存在一致的意思表示应是管辖协议成立的前提。承运人在不考虑管辖协议本身是否成立的情况

下，引用《全国法院涉外商事海事审判工作座谈会会议纪要》第2条关于非对称管辖协议的规定，主张提单格式管辖条款有效，显然缺乏适用的前提。

2. 格式条款的法律效力

我国民法典第四百九十六条第二款规定：“采用格式条款订立合同的，提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务，并采取合理的方式提示对方注意免除或者减轻其责任等与对方有重大利害关系的条款，按照对方的要求，对该条款予以说明。提供格式条款的一方未履行提示或者说明义务，致使对方没有注意或者理解与其有重大利害关系的条款的，对方可以主张该条款不成为合同的内容。”

笔者代理的案件中，承运人提单管辖条款为格式条款，位于提单正面下方共计23行“额外条款”中第20至22行，笔者认为，该条款以极小英文字体印制，其字体虽然略粗于其他文字，但并无显著区别，无法起到提醒注意的效果。

此外，该格式条款并未明确约定法国马赛商事法庭对本案纠纷具有专属管辖权，承运人作为格式条款的提供方在该管辖条款下享有主动权，即“承运人也有权向被告登记办公地法院提起索赔或诉讼”。在此情况下，承运人更应当举证证明其就对其有利的管辖条款与货方进行过协商并且达成了一致意见，否则，不能认定相关管辖条款系双方合意。货方有权依法主张该条款不应成为货方与承运人间海上货物运输合同的内容，对货方不具有约束力。

3. 同类案件参考

浙江省高级人民法院(2016)浙民辖终294号案

上海海事法院(2016)沪72民初2542号案

法院认为（经笔者总结）：

提单上的管辖条款系承运人为重复使用预先拟定的格式条款，且该管辖条款系以英文小字体印刷于提单正面的下方，与其他印刷内容无显著的区别，不足以引起他人重视，事实上排除了托运人在签约时与对方在管辖法院的选择上协商的可能。

另外，托运人在收到该正本提单时货物已被装船出运，无再更改提单的可能性，事实上排除了托运人的管辖选择权，而且从条款全部内容看，涉案提单并未完全排除其他有管辖权的法院的管辖，属于非排他性管辖条款。虽然承运人在该管辖条款下享有主动权，但其也无证据证明已就该条款与托运人在达成运输合同前的任一环节进行协商或者予以充分的提醒或释明。

另外，托运人虽然在之前与承运人的业务往来中未对提单提出异议，但并不能证明其对涉案提单管辖条款

的知晓和对本次运输管辖权的认可。

综上，承运人不能证明涉案提单正面及背面记载的管辖条款系其与托运人之间经协商一致的真实意思表示，故该管辖条款不能约束合同当事人。

四、结语

笔者认为，无论是打印在提单背面或者正面的管辖条款，其法律效力并无定论，应根据每一个案件的实际情况、双方举证情况具体分析。审判实践中，我国法院不仅要维护国家司法权，还应兼顾国际民事诉讼管辖权的协调，尊重合法有效的提单管辖条款。



船舶机损事故后保险人代位求偿纠纷案例评析

WINCON
LEGAL
INSIGHT



王博

在商事合同纠纷、企业法律风险控制、家族财富保障与传承等业务领域具有丰富的执业经验。王博律师持有英国特许证券与投资协会（CISI）财富与投资管理国际认证（ICWIM）资格。



马捷飞

业务领域为海事海商、保险、商事争议，主要从事海上运输、多式联运、船舶建造、海上保险、船舶碰撞、货运代理等海事海商纠纷及其他复杂商事纠纷的争议解决工作。

我国《保险法》第六十条第一款规定：“因第三者对保险标的的损害而造成保险事故的，保险人自向被保险人赔偿保险金之日起，在赔偿金额范围内代位行使被保险人对第三者请求赔偿的权利。”根据该规定，保险标的的损害系第三者造成，且第三者需就该损害向被保险人承担赔偿责任，是保险人行使代位求偿权的必要条件之一。因此，在判断某一保险事故是否具有可追偿性时，保险人首先应当考察的是保险标的的损害是否系第三者造成，以及该第三者是否应当就此等损害向被保险人承担赔偿责任。

与一般保险事故不同，船舶保险的机损事故多生于船舶航行过程中。因此，在事故发生后，最为优先安排的往往是保险船舶的抢险、救助作业，此时并不具备充分完备的检验和修理条件，机损故障的检验与修理往往只能在有限的条件下进行，而且在检验、修理完毕后，为避免船期损失的扩大，保险船舶往往马上又会重新起航作业，这就会导致保险人提起代位求偿诉讼后，难以另行对事故原因进行司法鉴定，法庭对事故原因的查明受到极大的限制。因此能否在有限的检验、修理条件下，对事故细节和事故原因进行充分取证和查明，将在很大程度上影响代位求偿诉讼的结果走向。另外，船舶修造行业有其独特的行业特征，船东、船舶建造方、设备生产商等各方之间法律关系错综复杂，而且受制于保险人掌握资料的有限性以及被保险人的配合程度等客观条件，未必能将诉讼中可能出现的各种情况做到完全预料并做好充分的应对，这就更加要求诉讼过程中，针对各方提交的证据严格审查、分析利弊，根据不同的情况及时反应、调整诉讼策略。本文对某保险公司航运保险运营中心与某船用设备有限公司保险人代位求偿权纠纷案[1]进行简评。

一、案情背景

船东B远洋渔业有限公司（以下简称B公司）与造船厂C造船有限公司（以下简称C公司）签订《船舶建造合同》，约定C公司为B公司建造案涉拖网渔船。2019年9月23日，案涉船舶建造完毕并经试航合格交付B公司。A保险公司航运保险运营中心（以下简称A保险公司）承保了案涉船舶的远洋船舶一切险，承保范围包括了船舶机件或船壳的潜在缺陷导致的全损、部分损失以及相应的施救费用。

2019年12月9日，船舶在首航过程中途经汕头海域时，可调桨系统漏水，停车检查后发现桨角调距失灵，船舶失去推进动力，在海上抛锚。B公司紧急安排同行姊妹船轮进行守护，并在可调桨生产商D船用设备有限公司（以下简称D公司）远程指导检修无果后，将案涉船舶拖带至舟山上坞维修。A保险公司委托上海某保险公估有限公司（以下简称公估公司）全程参与事故的检验、设备的拆检维修及损失的核定，并出具公估报告。

对于事故原因，公估报告认为可以合理排除船员日常管理及操作不当所致，亦可以排除桨叶遭受异常外力原因，最终认定事故原因为：“系可调桨系统在D公司制造过程中、运输吊装以及C船厂建造等过程中，存在工艺/质量等问题引发的故障。”

对于损失金额，公估报告显示，本次事故合理的守护拖带、引航、修理、监修费用等共计人民币1368908元。2020年5月19日，A保险公司对该金额扣除免赔额1万美金后，向船东支付赔款人民币1299908元。取得代位求偿权后，A保险公司基于船舶建造合同向C公司提起本案诉讼，并委托我所律师代理本案。

二、本案处理

A保险公司主张，船舶系由C公司建造并交付B公司，C公司应对船舶及船上设备的质量和可靠性负责。经检验，上述故障系螺旋桨系统在厂家制造过程中、运输吊装及船舶建造过程中的工艺问题和质量问题引发，

且事故发生时六个月质保期尚未届满。故，因案涉故障给B公司造成损失的，C公司依法应当承担赔偿责任。A保险公司根据保险合同向B公司赔偿保险金后，在赔偿金额范围内依法有权向C公司追偿。

C公司向法庭提交B公司盖章的《70米拖网船部分厂商指定》清单，辩称其与可调桨生产商D公司签订《产品购销合同》采购可调桨系统系船东B公司指定，结合《船舶建造合同》第4.3条“甲方（B公司）提供的以及甲方指定乙方（C公司）采购的材料设备等的质量以及保修，由甲方负责”之约定，对于可调桨系统故障所造成的损失与C公司无关，应由B公司自行向生产商D公司索赔。经庭后落实，B公司对该证据的真实性，以及指定采购D公司产品的事实予以确认。

在此情况下，考虑到C公司对可调桨系统的故障予以免责具有合同依据，本案只能向可调桨生产商D公司索赔，我所律师经与委托人协商，及时申请追加D公司作为共同被告，请求其与C公司对案涉故障造成的损失共同承担赔偿责任并将本案案由变更为侵权损害赔偿。

D公司参加诉讼后，向法庭提交可调桨系统的拆检报告及船级社出具的《中国船级社船用产品证书》，并提出以下答辩主张：第一，可调桨系统已经公司及船级社检验合格并出具产品证书，不存在质量问题；第二，公估公司不具有船舶检验、司法鉴定资质，其出具《公估报告》系因单方委托，不具有客观性、公正性；第三，可调桨系统拆检过程中，各方共同确认了拆检情况、维修方案并形成会议纪要，“共同确认”事故原因是“防松钢丝受到外力断开后，又经过多次调距，叶根螺栓防松逐步失效，导致密封失效。尤其是带荷载状态下，桨叶发生偏斜，导致泄漏，使海水进入桨毂腔”。

A保险公司认为：第一，对于故障原因，D公司的抗辩主张没有事实依据，根据公估报告显示，故障系在D公司制造过程中、运输吊装以及C公司建造等过程中，存在工艺/质量等问题引发，各方既然共同确认案涉可调桨的制造、运输、安装均系D公司所为，则其显然应对其掌管、操作之下产品质量问题所造成的损害负

责；第二，A保险公司系基于产品责任向两被告提起索赔诉讼，根据本案中经各方共同确认的事实是，案涉故障系因桨毂腔密封失效、海水渗入桨毂所致，其显然存在严重的质量问题和缺陷，而因案涉事故给B公司造成的损害以及缺陷与损害之间的因果关系是显而易见、并无争议的，故本案仅凭各方共同确认的事实已经满足螺旋桨的生产者和销售者承担产品责任的构成要件，在D公司并未就其具有《产品质量法》第四十一条第二款规定的免责事由予以举证的情况下，依法应对案涉缺陷所致损失承担赔偿责任。

青岛海事法院一审判决D公司承担全部赔偿责任，D公司向山东省高级人民法院提起上诉。山东省高级人民法院驳回D公司上诉，维持原判。

三、焦点分析1

案涉可调桨系统拆检、维修过程中，各方虽对故障原因有所争议，但尚未进入诉讼阶段，无法通过司法鉴定的方式查明故障原因。而可调桨系统维修完毕，重新装上船舶后，船舶立即起航出海作业，即便进入诉讼阶段，也难以协调船舶返航，并不具备进行司法鉴定的条件。在此情况下，公估公司参与设备检修后所出具的《公估报告》就成为为数不多可以查明故障原因、明确各方权利义务的证明材料。然而公估公司参与检验一般情况下均系保险人单方委托，这与诉讼过程中经当事方申请后，各方在法院主持下共同选任鉴定机构进行司法鉴定的程序具有显著区别，公估公司所出具的《公估报告》能否被法庭采信并作为判断案件事实的依据，往往具有很大争议。

《保险法》第一百二十九条规定：“保险活动当事人可以委托保险公估机构等依法设立的独立评估机构或者具有相关专业知识的人员，对保险事故进行评估和鉴定。接受委托对保险事故进行评估和鉴定的机构和人员，应当依法、独立、客观、公正地进行评估和鉴定，任何单位和个人不得干涉。”

《中国保险监督管理委员会关于保险合同纠纷案件

有关问题的复函》认为：“保险公估公司是依法由中国保监会批准设立的，接受保险当事人委托，专门从事保险标的的评估、勘验、鉴定、估损、理算等业务的单位。保险公估公司接受当事人一方委托所作的相关鉴定结论，当事人如有异议，属于事实认定范畴，应由法院作出调查认定。”

上述规范性文件明确了保险公估机构具有对保险事故进行“评估、鉴定”的资格。公估公司的营业执照记载的经营范围包括对保险标的出现后的查勘、检验、估算及理算，虽然并未明确包含事故原因的查明与分析，但其“查勘、检验”应与上述规范性文件中的“评估、鉴定”一样做扩大解释：公估师于现场进行查勘，并不仅是如实记录现场数据、汇报现场情况，更重要的是根据查勘发现的事实分析查明事故原因，所以公估公司的业务范围显然应当包含对保险事故原因进行分析认定。

保险实务中，由保险公司委派公估公司参与事故检验、查明事故原因、核算损失金额，并根据查明情况判断相关事故是否属于保险责任范围，以及是否具有第三者责任情况存在，确属实务通常做法。如果仅仅根据营业执照记载措辞，主张公估公司不具有事故原因的分析查明资质，系属片面理解，亦与法律规定及通常实务不符。

但公估公司就查勘情况所出具的公估报告，能否在诉讼中被采信，并作为确定事故原因及损失范围的依据，仍应以查勘人员的资质情况、事故查勘的全面程度、事故细节的详实程度、原因分析的客观性与逻辑性等方面予以综合考量。

具体考察本案中的《公估报告》：

第一，A保险公司并非是在本案诉讼过程中才单方委托公估公司参与检验、出具报告，而是早在案涉故障刚刚发生，各方并无争议、通力查明并解决案涉故障时，为查明故障原因、评估损失金额就已经委托公估公司参与案涉事故检验，当时各方并非对立状态，不存在单方委托有失公允之说；

第二，公估公司出具的《公估报告》并非孤证，其所查明的事实与两被告所提交的《拆检报告》所记载的拆检细节基本一致，两者可以相互印证，在这些双方共同确认的事实基础上，公估师所独立作出的原因分析亦具有事实依据的支撑；

第三，报告上的署名公估师全程参与了现场检验，包括船舶上坞、螺旋桨尾轴抽离、螺旋桨拆解等全部过程，具备就故障原因进行分析并发表意见的客观条件，诉讼过程中署名公估师亦出庭接受法庭及各方当事人质询，两被告不论在程序上还是实体上，均未提出足以反驳的证据和理由；

第四，D公司在其编制的《70米大拖（228）可调桨维修专题会议纪要》（以下简称《会议纪要》）中，特意标出了“公估”签字确认处，显然对公估公司参与案涉故障检验过程是认可的，但在公估师拒绝签字并出具与其观点不一致的《公估报告》后，两被告却又以“单方委托”为由提出异议，显然有违诚信；

第五，依照《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第四十一条规定“对于一方当事人就专门性问题自行委托有关机构或者人员出具的意见，另一方当事人有证据或者理由足以反驳并申请鉴定的，人民法院应予准许。”换言之，在对方当事人未申请重新鉴定并作出足以推翻该单方委托鉴定意见的情况下，即便是单方委托的鉴定意见同样可以作为认定案件事实的依据，本案中两被告虽对《公估报告》不予认可，但却并未就事故原因申请另行鉴定，亦未提交足以推翻《公估报告》的新的鉴定意见，仅以单方委托为由不能阻却将其作为认定案件事实的依据。

综合上述情况，该《公估报告》应予采信，并据以认定事故原因。

四、焦点分析2

在合同关系下主张责任方对产品质量承担违约责任，与在侵权关系下主张责任方承担侵权责任，属于不

同诉由，亦具有不同思路。在合同关系下提出索赔主张，不仅要求双方之间具有合同关系，索赔方还需证明产品存在质量问题不符合合同约定并造成了相关损失。其中产品存在质量问题的举证责任应按合同约定予以分配，即便合同未作相关约定，依据谁主张谁举证的基本举证原则，也应由索赔方承担举证责任，这无疑加重了索赔方的举证难度。

此外，在本案中，B公司与C公司签订的合同明确约定了因B公司指定采购的材料设备的质量及保修由B公司自行负责，免除了C公司的赔偿责任。而螺旋桨的供应商D公司与B公司之间又不存在合同关系。因此，以D公司违约造成损害为由向其主张赔偿责任，存在法律障碍。

侵权索赔则有不同，《民法典》第一千二百零二条与《侵权责任法》第四十一条作出了相同规定：“因产品存在缺陷造成他人损害的，生产者应当承担侵权责任。”产品责任属于典型的严格责任，在产品责任纠纷中，只要能够满足（1）产品存在缺陷、（2）产品造成他人人身损害或财产损失、（3）产品缺陷和损害结果之间存在因果关系这三个构成要件，生产者就应承担侵权责任，而无需考量生产者主观上对产品缺陷是否存在过错，索赔方也不需就产品质量是否符合合同约定承担举证责任。

本案中，关于案涉可调桨产品是否存在缺陷，应结合《产品质量法》、渔业船舶相关建造规范以及本案所查明的事实综合考量。《产品质量法》第四十六条规定：“本法所称缺陷，是指产品存在危及人身、他人财产安全的不合理的危险；产品有保障人体健康和人身、财产安全的国家标准、行业标准的，是指不符合该标准。”我国相关造船规范中对于可调桨桨毂腔的密封性提出了强制性的要求，中华人民共和国渔业船舶检验局《钢制海洋渔船建造规范》第7.5.5.1条规定：“可调螺旋桨距螺旋桨的叶片与桨毂间应有良好的防止水和沙渗入及润滑油脂泄漏的密封装置。”因此，案涉可调桨产品存在螺栓松动、径向密封圈断裂等导致桨毂腔密封失效、海水渗入的不合理的危险，足以认定产品存在缺陷。

而对于案涉事故，各方共同认可系桨毂腔的密封失效、海水渗入桨毂腔导致桨叶调距失效、船舶在海上失去动力，并因此致使船舶及船上人员面临重大危险，最终造成本案争诉损失。即损失结果，以及产品缺陷与损失结果之间的因果关系这两个要件也均已具备。故，仅就上述事实而言，已经满足D公司对其可调桨产品承担产品责任的三项构成要件，D公司依法应对案涉损失承担赔偿责任。

值得注意的是，《产品质量法》第四十一条第二款还规定了生产者对产品责任的免责事由：“生产者能够证明有下列情形之一的，不承担赔偿责任：（一）未将产品投入流通的；（二）产品投入流通时，引起损害的缺陷尚不存在的；（三）将产品投入流通时的科学技术水平尚不能发现缺陷的存在的。”根据该规定，D公司应对案涉螺旋桨在船舶交付前，尚不存在前述缺陷，或前述缺陷并非现有科学技术水平所能发现的承担举证责任。本案历经两审，D公司并未就此举证，理应承担举证不能的法律后果，其赔偿责任依法不能免除。

五、实务建议

重大赔案处理过程中，保险人多会安排公估人员跟踪检验，以此查明事故原因、判断是否属于保险责任范围，与此同时，也要注意查明是否具有第三者责任的存在。前文已述，在诉讼中不再具备重新进行司法鉴定的条件的情况下，公估报告极有可能成为为数不多的可以认定案件事实、判断事故原因的证据材料，此时，公估报告能否被法庭采信很可能对诉讼走向至关重要。

因此在检验过程中，第一，应注意尽量收集、获取完整的第一手现场资料，确保所记录事实的真实性、完整性；第二，在分析事故原因时，更应注意严格依托所查明的事实，确保分析结论秉公持平、逻辑严密；第三，保险人应注意与公估师保持沟通联络，当案件进入诉讼阶段后，做好署名公估师出庭接受法庭和对方质询的准备。

如事故发生时有明显迹象将来可能产生拒赔诉讼或追偿诉讼，保险人可以提前选聘律师参与赔案处理，站

在诉讼角度上参与事故细节的查明、相关证据的搜集以及事故原因的分析。

当案件进入诉讼阶段后，保险人应注意做好案件跟踪，与律师保持密切沟通，根据双方举证情况以及法庭的倾向性观点及时调整诉讼策略、优化诉讼方案，尽最大可能争取有利结果。

注释：

[1] 一审案号（2020）鲁72民初1853号，二审案号（2021）鲁民终570号。

工期索赔的证明标准及裁量尺度

WINCON
LEGAL
INSIGHT



张一帆

主要业务领域为民商事诉讼/仲裁、房地产与工程建设、公司法律事务、劳动争议案件。

建设工程案件中的主要争议包括工程款争议、工程质量争议和工期争议。文康殷启峰团队结合多年来对行业客户的服务经验以及建工案件的代理经验，特别制作了建工诉讼专题，包括《工程款追索十大焦点问题解答》《发包人质量反索赔的证明逻辑与能力提升》《工期索赔的证明标准及裁量尺度》《建设单位和总包单位如何破局实际施工人索赔》。

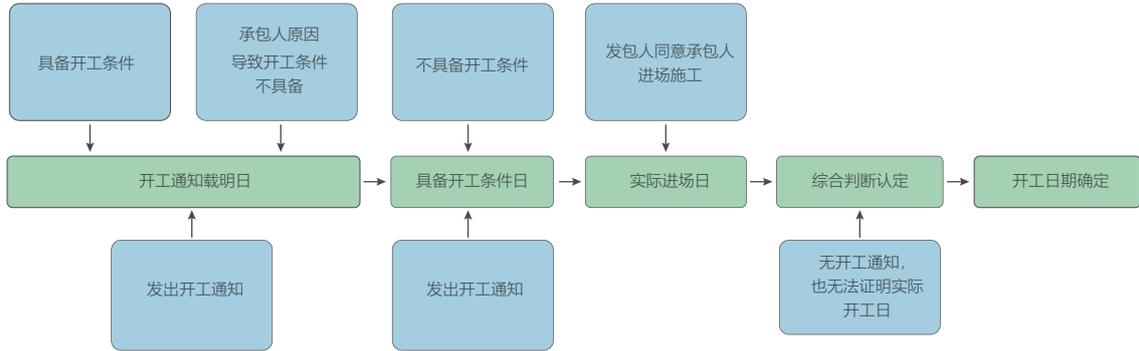
本期探讨工期争议。造成工期延误的原因较为复杂，进入工期索赔程序后，发包人和承包人均需理清各自对于工期索赔的证明责任，以明确工期延误的责任归属。本文将对工期索赔的证明标准以及工期索赔案件中法院的责任认定进行梳理，以期为建设工程的发包人、承包人提供指引。

一、实际工期的认定

工期索赔案件的处理，首先需确定建设工程的实际工期。而建设工程的实际工期由开工日期、竣工日期以及工期顺延期限三个要素决定。

(一) 开工日期的认定

建设工程施工合同中一般会对工程开工日期进行明确约定，而在实践中，或因发包人未按约提供开工条件，或因承包人自身原因而导致迟延开工的情况时常发



生，当双方存在争议时，需对工程实际开工日期进行认定，具体认定方式如下：

- 发包人或者监理人发出的开工通知上载明的日期为开工日期。
- 开工通知发出后，因非承包人原因导致尚不具备开工条件的，以开工条件具备的时间为开工日期。
- 开工通知发出后，因承包人原因导致开工时间推迟的，以开工通知载明的时间为开工日期。
- 开工通知未发出，承包人经发包人同意已经实际进场施工的，以实际进场施工时间为开工日期。
- 开工通知未发出，且实际开工日期不明的，应综合考虑相关材料记载，并结合开工条件是否实际具备认定开工日期。

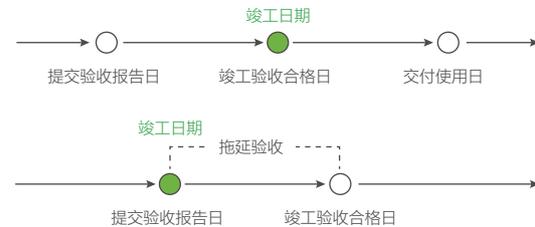
(二) 竣工日期的认定

建设工程施工合同中会约定工程竣工日期，实际竣工日以工程竣工验收合格日为准。实践中，承包人提交竣工验收报告后，因为发包人拖延验收或者工程未经竣工验收即投入使用的情況时有发生。出现上述情形时，工程实际竣工日期认定方式如下：

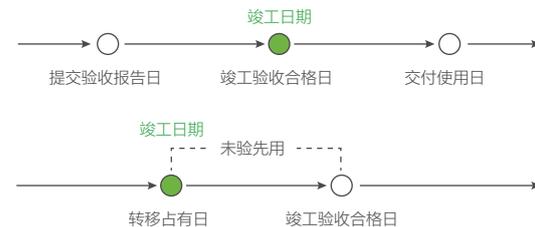
- 建设工程经竣工验收合格的，以竣工验收合格之日为竣工日期。



- 承包人已经提交竣工验收报告，发包人拖延验收的，以承包人提交验收报告之日为竣工日期。



- 建设工程未经竣工验收，发包人擅自使用的，以转移占有建设工程之日为竣工日期。



(三) 工期顺延的认定

当出现不可归责于承包人的事由，导致建设工程不能按时完工时，承包人可以主张顺延工期，而无需承担工期延误责任。以下情形发生时，承包人可依法向发包人主张顺延工期。

- 迟延支付工程款

按约支付工程款既是发包人最重要的合同义务之一，也是承包人按时完工并交付工程的前提条件。作为双务合同的建设工程施工合同，当发包人未按约支付工程款时，承包人可以以工程款支付不符合合同约定为由要求顺延工期。

- 未履行协助义务

建设工程施工过程中，发包人是否按约为承包人的施工提供相应的协助，决定了承包人能否按约进行施工。发包人未按照合同约定向承包人提供原材料、设备、场地、技术资料、施工图纸等，影响正常施工进度的情况下，承包人可以向发包人主张顺延工期。

- 工程设计变更

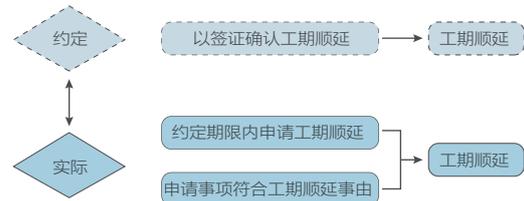
建设工程的设计变更一般会导致施工图纸确定的工程量增加，从而加大承包人的工作量，使得承包人无法按期完工。承包人可以据此向发包人主张顺延工期。

- 其他顺延事由

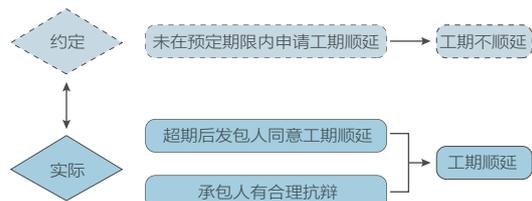
除上述事由外，发包人未对隐蔽工程及时检查、勘察设计文件未按时提交、发生不可抗力等原因导致工期延误的，均属于工期顺延的事由。

当出现工期顺延事由时，承包人需要按照合同约定的期限、程序及文件要求及时向发包人或监理人申请顺延工期，并收集留存发包人、监理人确认顺延工期的签证等证据。若双方存在争议，工期顺延的认定方式如下：

- 合同约定以签证确认工期顺延，承包人虽未取得确认，但在约定期限内申请工期顺延并且符合顺延事由，认定工期顺延。



- 合同约定未在约定期限内申请工期顺延，视为工期不顺延，从约定，但超期后发包人同意工期顺延或承包人有合理抗辩的除外。



二、工期索赔的证明标准

在工期索赔程序中，索赔方应证明工期延误的责任归属、因工期延误产生的损失，以及损失与工期延误之间的因果关系。

(一) 工期延误的责任归属

对于工期延误责任归属的认定主体，实践中普遍存在认识误区，认为针对工期争议可以申请工期鉴定，并通过鉴定结果确认工期延误的责任归属。而《建设工程造价鉴定规范》第5.7.6条明确规定，“对工期延误责任的归属，鉴定人可从专业鉴别、判断的角度提出建议，最终由委托人根据当事人的举证判断确定”。上述规定即明确了工期索赔诉讼中不得“以鉴代审”，裁判者应当以发承包双方的举证情况结合工期鉴定结果，对工期延误的责任主体进行综合认定。

1、发包人的索赔举证

发包人主张因承包人原因导致工期延误，承包人应承担工期延误违约金以及因工期延误给发包人造成的损失，应当对以下事项进行举证证明：

- 存在工期延误事实
- 工期延误系由承包人原因所致
- 发包人因工期延误产生的损失
- 发包人的工期索赔程序符合施工合同的约定

2、承包人的索赔举证

承包人主张因发包人原因拖延工期，发包人应承担增加的施工费用以及因工期延误给承包人造成的损失，应当对以下事项进行举证证明：

- 存在工期延误事实
- 工期延误系由不可归责于承包人的原因所致
- 承包人因工期延误产生了停工、窝工损失
- 承包人的工期索赔程序符合施工合同的约定

(二) 工期延误的损失

1、发包人的工期延误损失

建设工程发生工期延误，对发包人造成的损失主要包括甲供材差价损失、逾期交付工程的收益损失、逾期交房的违约损失等。

在工期索赔程序中，发包人可按照施工合同的约定向承包人主张工期延误违约金。若工期延误违约金不足以弥补发包人损失，则发包人需对工期延误造成的实际损失予以证明。

2、承包人的工期延误损失

因发包人原因导致建设工程延期完工的，承包人有权向发包人主张停工、窝工损失，具体包括停窝工造成的人工费、机械设备延期租赁费用、材料价格上涨损失、增加的管理费等损失。

(三) 损失与工期延误之间存在因果关系

索赔方进行工期索赔时，还应当就损失与工期延误事件之间的因果关系予以证明，即举证证明损失系由工期延误事件所直接导致。索赔方通过完成上述三段论的举证证明，即可完成工期索赔的逻辑闭环。

三、工期索赔的裁量尺度

当工期索赔进入诉讼程序后，裁判者会先行确认工期延误的事实是否客观存在，而后结合双方提交的证据材料确定造成工期延误的原因，最后划分发承包双方对工期延误的责任比例。

(一) 审查是否存在工期延误事实

裁判者结合发承包双方提交的证据，确认工程实际开工时间、实际竣工时间以及是否存在工期顺延事由，以审查是否存在工期延误的事实。若经查明存在工期延误，裁判者可根据双方提交的证据材料认定工期延误天数，以便后续确认相应的工期延误责任。因此，发承包双方在施工过程中均需留意收集实际工期的证据。

(二) 确定造成工期延误的原因

工期延误事实确认后，裁判者应当结合发承包双方提交的证据材料，以确认造成工期延误的原因。实践中，造成工期延误的原因是多样的，且往往非单方原因，此时裁判者一般会采用关键线路分析法来确定工期延误的原因，即只有在关键线路上发生的工期延误，才能在工期索赔中予以认定。因此，发承包双方在施工过程中均需留意收集证明影响关键线路的相关证据。

(三) 划分工期延误的责任比例

无论是工期延误违约金还是工期延误损失，对于裁判者而言，作出公正合理裁决的前提是对工期延误责任进行合理认定，并合理分配发承包双方的责任比例。

基于建设工程通常较为复杂、施工周期较长的特点，施工过程中发承包双方均有可能存在过错导致工期延误，此时裁判者会根据双方过错、损失是否实际存在、有无因果关系等综合裁量。因此，发承包双方在工程施工过程中，均应留意收集与工期延误相关的文件材料，以便在工期索赔时拥有更多的优势证据。



建设工程总承包合同工程价款的实务探析

WINCON
LEGAL
INSIGHT



吴晓雅

专注于房地产与建筑工程、刑事辩护，保险理赔，争议解决与诉讼业务领域。专业研究房地产及建设工程项目法律业务，代理了大量的建设工程施工合同纠纷诉讼案件；代理大量民事婚姻家庭和刑事辩护案件。

建设工程总承包合同自执行以来，关于合同价款部分始终值得研究深耕。在总承包合同的背景下，房屋建筑和市政基础设施项目的工程总承包的合同价款能否调整，以及调整合同借款的成就条件等，本文结合案例并参照现行法律法规等一一梳理并释明。

一、现场资料的准确性责任对合同价款的影响

（一）现场资料的界定

“现场资料”没有统一的界定，在《工程总承包合同示范文本》中分别对“项目基础资料”和“项目障碍资料”进行了约定。

“基础资料”是指发包人提供给承包人的经有关部门对项目批准或核准的文件报告（如选厂报告、资源报告、勘察报告等）、资料（如气象、水文、地质等）、协议（如原料、燃料、水、电、气、运输等）和有关数据等以及设计所需要的其他基础资料。

“项目障碍资料”是指发包人需要承包人提供的进行

工程设计、现场施工所需的地上和地下已有的建筑物、构筑物、线缆、管道、受保护的古建筑、古树木等坐标方位、数据和其他资料，主要是发包方应向承包商提供的业主拥有的关于现场地形，地下水温，气候环境的所有相关数据。

(二) 总承包人与发包人对现场资料准确性的责任分担

发包人和总承包人可以通过合同对项目相关的地下、水文及环境等现场资料准确性的责任进行约定。合同未作约定或者约定不明的，应由提供方对其提供的现场资料的准确性负责。现场资料由发包人提供的总承包人应在合理期限内尽到一个有经验承包商的合理复核义务。总承包人与发包人提供的项目相关的地下、水文及环境等现场资料存在错误为由，要求对合同价款进行调整的，应结合项目类型、相关资料对项目的具体影响、双方过错程度、实际损失情况以及过错与损失之间的因果关系等因素进行综合认定。

(三) 现场资料准确性责任，对合同价款的影响

总承包人与发包人提供的项目相关的地下、水文及环境等现场资料存在错误为由，要求对合同价款进行调整的，应结合项目类型、相关资料对项目的具体影响、双方过错程度、实际损失情况以及过错与损失之间的因果关系等因素进行综合认定。

二、发包人对其提供设计文件的准确性的责任承担

在工程总承包项目中，承包人以发包人在发包时提供的设计文件存在缺陷为由，主张因此导致的费用增加和（或）工期顺延的，除当事人另有约定外，应当按照以下情形分别处理：

(1) 发包人提供的设计文件不属于承包人设计范围，或属于承包人涉及范围，但构成对承包人的要求的，应予支持，但因承包人未在合理期限内发现设计缺陷，或者在发现设计缺陷后未及时通知发包人而导致扩大的费用增加或者工期延误除外。

前述“构成对承包人的要求”，是指发包人提供的设

计文件并非仅供承包人参考，承包人不得脱离发包人提供的设计文件自行设计。前述“合理期限”是指以一个有经验的工程总承包单位的能力为标准，在考虑合理的成本后，承包人可以通过复核，发现发包人提供的设计文件存在缺陷的期限。

(2) 发包人提供的设计文件属于承包人设计义务范围，且不构成对承包人的要求的，不予支持。

三、修改已批准图纸的费用承担及工期计算

工程总承包项目中，在未变更发包人要求的情形下，发包人要求承包人修改其此前编制并已经取得发包人批准的图纸，承包人因此主张费用增加或工期顺延的，应当按照以下情形处理：

1、发包人已批准的图纸与发包人要求相符的，或者发包人已批准的图纸虽与发包人要求不符，但承包人能够证明发包人在批准时明确知晓且同意不符之处，应予支持。

2、发包人已批准的图纸与发包人要求不符，且承包人不能证明发包人在批准时明确知晓且同意不符之处的，不予支持。

四、工程量清单对合同价款的影响

在工程总承包项目中，承包人以发包人在发包时提供的工程量清单所列工程量、项目描述等与实际施工情况不符为由，主张调整合同价格的，不予支持，但合同另有约定的除外。

五、因初步设计错漏引起设计变更，导致工程量变化，对合同价款的影响

工程总承包合同对因设计错漏引起设计变更导致工程量变化的责任分配作出明确约定的，按约定处理。

合同未明确约定的，工程总承包项目在初步设计审批完成后发包，发包人以初步设计文件作为发包人要求，且要求承包人不得高于初步设计概算进行限额设计的，发包人应当对初步设计文件（及工程概算）的准确性负责。

承包人因初步设计错漏主张增加和（或）延长工期的，应予支持，但承包人未在合理期限内尽合理的复核义务而未发现初步设计错漏或者发现错误后未及时通知发包人的除外。

六、工程总承包合同发包人实质性变更认定及合同价款的调整

采用总价合同的工程总承包项目，承包人主张发包人作出的影响合同的价款和/或工期的设计变化指示构成实质性变更，要求调整价款和/或工期的，除承包人自身原因导致设计修改或合同约定属于承包人应承担风险范围以内情形的，应予支持。合同对于价款调整未约定或者约定不明的，应按照以下原则进行处理：

(1) 价格清单中有适用于变更工程项目的，采用该项目的单价；

(2) 价格清单中没有适用但有类似于变更工程项目的，参照类似项目的单价；

(3) 价格清单中没有适用也没有类似于变更工程项目的，应结合承包人根据变更工程资料、计量规则，通过市场调查等取得有合法依据的市场价格提出变更工程项目的单价以及承包人获得工程变更指示时适用的工程所在地政府部门发布的综合定额或计价依据调整合同价款。

七、变更程序对工程总承包合同价款及工期的影响

工程总承包合同约定承包人未按工程变更的程序报送顺延工期、增加价款申请视为丧失顺延工期、增加价款权利的，或者约定发包人在一定期限内未予答复视为认可承包人申请的，按照约定处理，但在约定期限后双方又达成一致意见、一方当事人提出未在约定期限内报送申请或者答复申请的合理理由的除外。

承包人没有按照约定的变更程序主张权利，依约已失去调整工期、价款的权利，又按照索赔程序索赔工期或价款的，不予支持，发包人同意的除外。

八、约定不调整费用的例外情形

非经招投标签订的工程承包合同约定变更引起的费用增减不调整合同价款的，如构成格式条款，按相关法律法规规定处理；如不构成格式条款，按照约定处置，但变更导致双方权利义务严重失衡的除外。

招投标签订的工程总承包合同约定变更引起的费用增减不调整合同价款的，约定无效，发包人要求发生变更，当事人请求调整合同价款的，应予支持。

九、工程总承包人涉及优化的费用增加及利益分配规则

工程承包合同约定设计文件需经发包人审核批准的，设计文件经审核批准后包人提出优于发包人要求的项目功能、适用性、工期等建议，增加了发包人收益，承包人主张对收益进行分配的，除合同另有明确约定外，应当按以下情形分别进行利益分配（或补偿）：

(1) 发包人接受优化建议并同意施工导致工程费用增加的，承包人请求发包人支付实施该建议而增加的费用或就功能显著提升要求予以奖励的应予以支持；如发包人接受该优化建议，导致承包人工程费用减少的，发包人和承包人应分享所节省工程费用利益；

(2) 承包人未经发包人确认或者同意实施该项优化措施的，承包人要发包人给予补偿或奖励的，不予支持，但发包人予以追认的除外。

十、总承包人设计错漏的价款调整

工程总承包合同未约定或者约定不明时，总承包人设计文件存在错误、遗漏或地陷等，总承包人以设计文件已获得发包人审核或批准为由，要求增加因为上述缺陷而发生的费用的，不予支持，但该缺陷系因发包人要求错误导致的除外。

发包人与总承包人对于承包人设计文件存在错误、遗漏、含混或其他缺陷均有过错的，按照过错比例各自承担因消除上述缺陷增加的费用。

施工分包人以总承包人设计文件存在错误、遗漏、含混、矛盾不充分其他缺陷为由，要求总承包人承担因

消除上述缺陷而增加的费用，应予支持。

十一、工程总承包中“不可抗力”的规则运用

因不可抗力事件造成工程总承包费用和工期的变化，合同对风险分配有约定的，从其约定；合同没有约定的，由发包人承担。工程费用以外的其他损失，包括人员伤亡、停工损失等由发包人和总承包人各自承担。不可抗力事件发生在总承包人迟延履行期间的，相应责任由总承包人承担。

总承包人因不可抗力不能履行合同的，应及时通知发包人并提供相应的证据。如总承包人未通知造成发包人损失的，应承担损害赔偿责任。不可抗力事件发生后，总承包人负有减少损失的义务。总承包人未在合理范围内履行该义务，造成损失扩大的部分，由总承包人承担。

十二、工程总承包中“情势变更”规则运用

工程总承包合同成立后，合同的基础条件发生了当事人在订立合同时无法预见的、不属于商业风险的重大变化，继续履行合同对于当事人一方明显不公平的，受不利影响的当事人可以与对方重新协商；在合理期限内协商不成的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构变更或者解除合同。

工程总承包合同对主要工程材料、设备、人工价格的风险分担有约定的，从其约定。当上述要素价格异常波动导致继续履行合同对合同一方当事人明显不公平的，当事人可以请求变更或解除合同。

在审理工程总承包合同纠纷案件过程中，裁判者应当严格区分情势变更和商业风险，谨慎适用情势变更原则变更或解除合同。

十三、因国家法律法规政策变化引起的价格变化对工程总承包价款的影响

在基准日期之后，因法律、法规、规章和政策发生变化引起工程造价增减变化的，合同对此有约定的，从其约定。合同双方对风险分配未约定或约定不明的，一方当事人请求按照建设主管部门或其授权的工程造价管

理机构据此发布的规定调整合同价款的，应予支持。因承包人原因导致工期延误，且法律变化发生在原定竣工时间之后，法律变化引起工程造价增加，承包人请求调增合同价款的，不予支持；法律变化引起工程造价减少，发包人请求调减合同价款的，应予支持。

十四、不可预见的物质条件，对工程总承包价款的影响

总承包遭遇不可预见的物质条件而主张增加费用或顺延工期的，应予支持。前款中的“物质条件”，除合同另有约定外，是指工程总承包人在出现遭遇的自然物质条件以及物质障碍（自然的或人为的）和污染物，包括地下条件和水文条件，但不包括气候条件及气候条件的影响。

十五、审计结论对工程总承包价款的影响

政府投资或以政府投资为主的工程总承包项目采用总价合同的，发包人要求未发生变化，而实际工程量少于投标工程量，发包人主张总价范围部分应当依照审计机关的审计结论减少工程价款的，不予支持，合同有明确约定的除外。

十六、工程总承包合同在未履行完毕时解除的结算规则

工程总承包合同采用总价合同模式，合同因发包人原因解除，且设计费、采购分别列明，已完成的设计、采购、工程质量符合发包人要求的，价款按各部分实际完成的比例分别折算后累加。

合同因发包人原因解除，设计费、采购费和施工价款未单独列明的，已成的设计、采购、工程质量符合发包人要求的，由发包人和承包人协商解决，协商不成的，可参考以下方法分别结算：

(1) 施工图设计已经完成的，参照设计相关收费标准、设备市场价格，及时算出设计费、采购费和施工价款，以合同总价除以前达价数之和得出下浮率，用该下浮率分别乘以各部分的价款得出合同总价中的设计费、采购和施工价款，再按各部分实际完成的比例分别折算后累加得出合同结算价款；

(2) 初步设计已经完成、施工图设计未完成的，参照设计相关收费标准、设备市场价格、概算定额计算出设计费、采购费和施工价款，以合同总价除以前述价款之和得出下浮率，用该下浮率分别乘以各部分的价款得出合同总价中的设计费、采购费和施工价款，再按各部分实际完成的比例分别折算后累加得出合同结算价款；

(3) 初步设计未完成的，参照设计相关收费标准、设备市场价格、工程定额并参考市场下浮率分别计算出设计费、采购费和施工价款后累加得出合同结算价款。

工程总承包合同对下浮率有约定的，适用合同约定的下浮率。合同因承包人原因解除，承包人已完成的工作符合发包人要求的，按上述方法结算合同价款。但发包人能够证明承包人已完成的工作对发包人后续工作没有价值的，发包人有权拒绝支付合同价款。

十七、工程总承包合同解除后不平衡报价的调整问题

工程总承包合同解除后，已完成工程结算时，如果合同在约定总价的同时还定了设计费、建筑安装工程费、设备购置费、总承包其他费等各项价款或者承包人认为在各项价款之间存在不平衡报价要求调整的，应当在不平衡报价承担举证责任。人民法院或者仲裁机构可以委托工程造价鉴定机构对于是否存在不平衡报价以及不平衡幅度出具专业意见。鉴定认定存在不平衡报价的，人民法院或者仲裁机构应区分合同解除的阶段。平衡报价，合同解除时又要求调整合同价款的，不予支持。设计与施工无法区分的，人民法院或者仲裁机构可以依据不平衡报价的幅度解除和过错结合公平原则进行裁判。

设计阶段因发包人原因解除合同，发包人认为设计费约定过高要调整的，不予支持；总承包人认为设计费约定过低要求调整，且设计费明显低于市场价格的，应当酌情予以调整。

设计阶段因总承包人原因解除合同，总承包人认为设计费约定过低要求调整的，不予支持；发包人认为设计费约定过高要求调整，且设计费明显高于市场价格的，应当酌情予以调整。

施工阶段因发包人原因解除合同，建筑安装工程费各分部分项存在不平衡报价的，且总承包人认为建筑安装工程部分完成比例较低，按照合同约定的价格结算对总承包人利益明显失衡的，人民法院或仲裁庭可以委托造价鉴定机构进行鉴定，参照定额标准和（或）市场报价情况据实结算。完成比例是否较低，可个案裁量确定。发包人认为不平衡报价导致按照合同约定的价格结算将对发包人利益明显失衡要求调整的，不予支持。

施工阶段因总承包人原因解除合同，建筑安装工程费各分部分项存在平衡报价，发包人认为按照合同约定的价格结算对发包人利益明显失衡人民法院或仲裁庭可以委托造价鉴定机构进行鉴定，参照定额标准和市场报价情况据实结算。总承包人认为不平衡报价导致按照合同约定额结算将对承包人利益明显失衡要求调整的，不予支持。

没有签订仲裁协议/条款，也能被卷入仲裁吗？

WINCON
LEGAL
INSIGHT



田刘柱

在海商海事、投融资、公司治理、境内外商事争议解决等法律事务领域具有专业的法律知识和丰富的实践经验。现担任青岛仲裁委员会仲裁员；青岛市律师协会海事海商委员会主任；山东省法学会海洋法研究会理事；青岛市律师协会会员服务委员会副主任。



陈晓军

主要从事海商、海事、国际贸易、跨境投资、公司三会治理等领域的法律工作以及境外仲裁代理业务，在沿海、内河及海上货物运输、提单、海损事故赔偿、船舶建造和修理、对外跨境投资、境外仲裁、公司架构设计及三会治理等领域具有丰富的实践经验。

几种特定情况下仲裁协议/条款效力扩张化的法律分析

除了法院诉讼，还有一种争议解决方式，即仲裁解决。但与法院诉讼不同的是，仲裁必须获得争议各方的一致同意才能进行。任何一方当事人提起仲裁的前提是存在合法有效的仲裁协议。如果没有仲裁协议，或者仲裁协议不符合法定要求，仲裁就无法提起。即使勉强提起仲裁，仲裁庭也很可能直接驳回申请人的仲裁请求。换言之，一般情况下仲裁只可能发生在签署了仲裁协议/条款的各方当事人之间。这一原则实际上是“合同相对性原则”的延伸，即合同条款只能约束签订了合同的当事人。然而，在合同纠纷诉讼中，有些特殊情况下合同当事人不仅仅会向另一方合同当事人提起诉讼，同时还会将其他非合同当事人列为被告。在符合法定条件的情况下，法院也会判决确认某个或某几个非合同当事人承担依据合同而产生的义务的情形，例如总公司对分公司的债务承担连带责任。但如果仲裁涉及到非仲裁协议/条款的当事人，往往会使得争议解决变得比较困难。在特定情况下，仲裁协议能否约束到仲裁协议/条款当事人以外的个人或实体，一直是仲裁实务中常见的问题。比如，主合同约定了仲裁管辖，担保合同未约定仲裁管辖，担保人是是否受主合同仲裁条款的约束；原合同仲裁条款是否约束债权转让协议的受让人等。在理论上，这一问题被一些学者称为“仲裁协议/条款效力扩张”。

仲裁协议/条款效力扩张的问题在实务中给许多当事人都造成了困扰，因此本文将针对实践中较为常见的几种情况做详细分析，希望能够帮助广大读者在遇到类似问题时能够更好地作出判断。

一、主合同约定了仲裁条款，从合同未约定争议解决方式，主合同的仲裁条款效力能否及于从合同？

在日常商事活动中，主合同是极为普遍的。所谓从合同，就是不能独立于主合同存在的合同，其存在和履行有赖于主合同的存在和履行。如果主合同和从合同分别约定了争议解决条款，那么无论两者是否一致，都只需要根据相应条款约定的程序解决纠纷即可。

然而，如果主合同约定了仲裁条款，而从合同没有任何约定的情况下，就需要判断主合同的仲裁条款的效力能否及于从合同。举例而言，借款合同与担保合同就是最为典型的主从合同关系。关于主借款合同中的仲裁条款对担保合同有无约束力，有人认为，主借款合同与担保合同之间为主从关系，签订担保合同以存在主合同为前提，担保人愿意承担担保责任，则意味着其愿意接受主合同中的仲裁条款，所以主合同中的仲裁条款当然对从合同有约束力，当然担保人在担保合同订立时不知有仲裁条款或者当事人明确排除仲裁条款的除外，在此情况下主合同仲裁条款对担保合同有约束力，可以将两个诉合并处理，这也有利于彻底、高效地解决纠纷；另外，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》（该司法解释现已被《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》取代）第一百二十九条第一款规定：“主合同和担保合同发生纠纷提起诉讼的，应当根据主合同确定案件的管辖……”第二款规定：“主合同和担保合同选择管辖的法院不一致的，应当根据主合同确定管辖。”因此，在以往的司法实践中存在依主合同的仲裁条款一并约束担保合同的情形，特别是在债务人自身提供担保的合同，如抵押合同和质押合同。

2021年1月1日开始实施的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》第二十一条对上述司法解释的规定作了调整，该条款规定：“主合同或者担保合同约定了仲裁条款的，人民法院对约定仲裁条款的合同当事人之间的纠纷无管辖权。债权人一并起诉债务人和担保人的，应当根据主合同确定管辖法院。债权人依法可以单独起诉担保人且仅起诉担保人的，应当根据担保合同确定管辖法院。”

从调整后的法律规定来看，如果主合同或担保合同中的任何一个合同约定了仲裁条款，则人民法院就无权对该合同所涉纠纷进行审理。就目前的司法实践而言，尚不能断言这一调整对于法院审理类似案件时的做法会有什么改变。但可以确定的是，如果主合同约定了

法院管辖或未约定管辖，而担保合同约定了仲裁条款，那么法院将不能受理有关担保合同的起诉。但如果主合同约定了仲裁条款，而担保合同并未约定的情况如何处理，还是未明确规定。

我们认为，对于债务人自身提供担保的担保合同（即担保人就是债务人的情形），如债务人提供的抵押、质押等，主合同有仲裁条款而担保合同没有规定仲裁条款，也没有明确提出适用主合同中的仲裁条款的，除非当事人明确约定排除主合同的仲裁条款适用的外，基于前述理由，可以认为主合同的仲裁条款对担保合同具有约束力。但担保合同中已经约定有仲裁条款的，则主合同的仲裁条款不得约束担保合同。

对于第三人提供担保的合同，如保证、抵押和质押，如果担保合同中没有约定是否受主合同的仲裁条款约束的，不能认为主合同的仲裁条款对担保合同有约束力。这是因为，仲裁是建立在当事人有真实有效的仲裁协议的基础上的，如果没有仲裁协议，仲裁庭则不享有管辖权，其不得对纠纷进行仲裁。并且对于仲裁协议的形式，各国法律包括国际条约都有严格的要求，一般要求必须是书面的。在主合同中有仲裁条款，而担保合同中没有仲裁条款时，从仲裁协议必须明确而且采用书面形式的要求来讲，无法推定担保人默示接受主合同中的仲裁条款，因此不能得出主合同中的仲裁条款对担保合同有约束力的结论。

在《最高人民法院关于成都优邦文具有限公司、王国建申请撤销深圳仲裁委员会（2011）深仲裁字第601号仲裁裁决一案的请示的复函》【（2013）民四他字第9号】中，最高人民法院认为，担保合同作为从合同应当受到主合同中仲裁条款约束的意见缺乏法律依据。仲裁庭对没有约定仲裁条款的担保合同进行审理并作出裁决构成超裁。由此可见，最高人民法院认为第三人提供的担保合同不受主合同仲裁条款的约束。

因此，我们认为，从上述法律规定的探讨和最高人民法院的相关司法实践来看，主合同的仲裁条款的效力能否扩张至担保合同最主要取决于担保合同的当事人是否与主合同一致。如果一致，则担保合同应当受主合同仲裁条款的约束，反之则不然。

我们认为，不仅仅是主合同和担保合同这类合同中，其他的主从合同的情况下，也可以通过主从合同的当事人是否一致来判断主合同的仲裁协议能否扩张至从合同。

值得注意的是，最新发布的是《全国法院涉外商事海

事审判工作座谈会会议纪要》第97条第2款规定：“当事人在主合同中约定争议解决方式为仲裁，从合同未约定争议解决方式的，主合同中的仲裁协议不能约束从合同的当事人，但主从合同当事人相同的除外”。

这一规定实际上创立了一个裁判规则，在主合同约定了仲裁条款而从合同未约定争议解决方式的情况下，如果主合同与从合同的当事人相同，则主合同的仲裁条款约束力及于从合同；如果当事人不相同则主合同的仲裁条款不能约束从合同的当事人。这一规则实际上与我们的上述分析以及最高人民法院在上述复函中所表述的意见是一致的。

不过，该会议纪要系针对涉外商事海事纠纷所形成的，尚不能仅依靠该纪要的规定就认定非涉外纠纷中主合同仲裁条款的效力能否扩张至从合同。但我们认为，在非涉外纠纷中，在从合同未约定争议解决条款的情况下，主合同的争议解决条款的效力能否扩张至从合同取决于从合同的当事人是否与主合同一致，这一点与上述纪要中明确的观点是一致的。

二、原合同仲裁条款是否约束债权转让协议的受让人？

根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第9条规定：“债权债务全部或者部分转让的，仲裁协议对受让人有效，但当事人另有约定、在受让债权债务时受让人明确反对或者不知有单独仲裁协议的除外”。因此，受让人接受债权转让协议，其中应包括接受解决争议的条款。原合同约定解决争议要通过仲裁解决，受让人要实现其受让的权利亦需要通过仲裁解决，法院无权管辖。

上述司法解释所确认的规则与仲裁条款的独立性是不矛盾的，尽管仲裁条款可以独立于它所依据的合同存在，但在转让含有仲裁条款的合同时，往往视合同为整体，认为合同的转让包括了对该合同中的仲裁条款的转让。因为出让人向受让人转让其合同项下的权利与义务时，受让人不可能不知道合同中所包含的仲裁条款，除非他出示证据证明确实不知道该仲裁条款的存在。而且，仲裁条款独立性的目的是从有利于仲裁的角度来解释仲裁条款，其所追求的恰恰是对当事人选择的解决方式的尊重。所以，该原则本身并不能成为仲裁协议是否转让的判断标准。

在最高人民法院审理的“辽宁渤海有色进出口有限公

司与中国有色金属进出口河南公司债权转让纠纷案”

【（2000）经终字第48号民事裁定书】中，最高人民法院认为：债权人与受让人签订债权转让协议并通知了债务人，因该债权是基于原合同产生的，且需依附于原合同实现。受让人接受债权转让协议，其中应包括解决争议的条款。

可见，在司法实践中法院的做法也与上述司法解释的规定是一致的，即债权转让的情况下，受让人应当受原合同仲裁条款的约束，但受让人在受让债权时明确表示拒绝接受原合同的仲裁条款的约束或不知道仲裁条款存在的除外。

三、基础合同的仲裁条款能否约束独立保函纠纷？

独立保函虽然因基础合同而开立，但开立后则成为独立于基础合同的独立担保合同。因此，我们认为基础合同的仲裁条款不能约束独立保函纠纷，包括受益人和担保人之间在独立保函法律关系下的合同纠纷以及担保人、受益人与保函申请人之间在独立保函法律关系下的侵权纠纷。

在最高人民法院审理的“乌兹特拉斯加斯股份有限公司与上海贝尔股份有限公司、中国进出口银行上海分行独立保函纠纷管辖权异议申请再审查案”【最高人民法院（2014）民申字第64号民事裁定书】中，最高人民法院认为：独立保函虽然因基础合同而开立，但开立后则成为独立于基础合同的独立担保合同。基础合同的仲裁条款不能约束独立保函纠纷，包括受益人和担保人之间在独立保函法律关系下的合同纠纷以及担保人、受益人与保函申请人之间在独立保函法律关系下的侵权纠纷。另一方面，从仲裁条款解释的角度分析，仲裁管辖权来源于当事人在书面仲裁协议中的合意授权。基础合同纠纷与独立保函纠纷的法律关系性质和当事人均不相同，而独立保函纠纷不属于基础合同仲裁条款约定的仲裁事项，不应受该仲裁条款的约束。

最高人民法院在上述裁判文书中，已经明确了独立保函与基础合同相互独立的概念，因此也就不难判断独立保函纠纷不应受到基础合同中仲裁条款的约束。

四、建设工程合同纠纷中如何认定仲裁条款效力的范围？

《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》第四十三条规定：“实际

施工人以转包人、违法分包人为被告起诉的，人民法院应当依法受理。实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院应当追加转包人或者违法分包人为本案第三人，在查明发包人欠付转包人或者违法分包人建设工程价款的数额后，判决发包人在欠付建设工程价款范围内对实际施工人承担责任。”本条司法解释第一款确立了实际施工人工程价款请求权的一般规则，即实际施工人可以依法起诉与其具有合同关系的转包人、违法分包人；第二款明确了实际施工人工程价款请求权的例外救济，即实际施工人可以要求发包人在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任。

在司法实践中，实际施工人在向承包人（违法转包人）主张工程款时，往往会基于上述司法解释的规定在同一诉讼中要求发包人在承包人欠付工程款范围内对承包人的债务承担连带责任。但如果实际施工人与承包人之间签订了仲裁条款而发包人与承包人之间没有约定争议解决条款，或承包人与发包人之间签订了仲裁条款而承包人与实际施工人之间没有签订争议解决条款，那么实际施工人能否直接在同一个仲裁案件中同时向发包人和承包人一并主张权利呢？

在最高人民法院审理的“甘肃杰出建筑工程有限公司与中交第二公路工程局有限公司、兰渝铁路有限责任公司建设工程施工合同纠纷再审申请案”【最高人民法院（2014）民申字第1591号民事裁定书】中，最高人民法院经审查认为：实际施工人与转包人或者违法分包人之间约定了仲裁条款，实际施工人不得以司法解释为依据起诉发包人。

而在另一个案件“荣盛（蚌埠）置业有限公司诉王修虎等建设工程施工合同纠纷案”【最高人民法院（2014）民申字第1575号】中，最高人民法院则再一次明确：需要指出的是，存在于双方当事人之间的、合法有效的仲裁协议，是当事人排除人民法院主管采取仲裁方式解决纠纷的必要条件。《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第二十六条第二款（该司法解释现已失效，已经被《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》所取代）规定，实际施工人在一定条件下可以向与其没有合同关系的发包人主张权利。该规定是一定期限及背景下为解决拖欠农民工工资问题的一种特殊制度安排，其不等同于代位权诉讼，不具有代位请求的性质。同时，该条款规定发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任，目的是防止无端加重发包人的责任，明确工程价款数额方面，发包人仅在欠付

承包人的工程价款数额内承担责任，这不是对实际施工人权利范围的界定，更不是对实际施工人程序性诉讼权利的限制。实际施工人向发包人主张权利，不能简单地理解为是对承包人权利的承继，也不应受承包人与发包人之间仲裁条款的约束。事实上，王修虎（实际施工人）也无权依据荣盛公司（发包人）与华星公司（承包人）之间的仲裁条款向蚌埠仲裁委员会对荣盛公司提起仲裁申请。

从这两个案例可以看出，最高人民法院对在《建设工程施工合同解释》第二十六条（现已被《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》第四十三条所取代，两者规定大致相同）规定的实际施工人对发包人主张相应工程款的纠纷中，虽然允许实际施工人直接向发包人主张相应的工程款，但仍然严格限定了仲裁协议/条款的效力，不允许任何一方直接对未签订仲裁协议的一方提起仲裁。

因此，在建筑工程合同纠纷中，如果实际施工人与承包人（违法分包人）之间存在仲裁协议的，实际施工人只能向承包人提起仲裁，而不能将发包人列为被申请人一并提起仲裁。

但这有可能引申出另一个问题，即如果实际施工人与承包人之间存在仲裁协议，其能否不向承包人提起仲裁而直接起诉发包人主张发包人支付相应的工程款。我们认为，在此情况下如果直接起诉发包人，法院在审理时不可避免地要审查实际施工人与承包人之间的合同关系，这样一来就有可能存在侵犯了承包人的实体和程序权利，会使得法院难以处理。因此我们建议实际承包人先根据仲裁协议对承包人提起仲裁，待仲裁裁决作出后再通过法院对发包人提起诉讼，要求其在法定范围内承担相应责任。

五、仲裁条款对继受人是否具有约束力？

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第八条规定：“当事人订立仲裁协议后合并、分立的，仲裁协议对其权利义务的继受人有效。当事人订立仲裁协议后死亡的，仲裁协议对承继其仲裁事项中的权利义务的继承人有效。前两款规定情形，当事人订立仲裁协议时另有约定的除外。”

该司法解释条款已经将仲裁协议当事人的继受人、继承人是否受到仲裁条款的约束的问题表述得十分清楚了。但还有以下两点需要注意：

第一，该条款第1款、第2款规定的对“继受人有效”“继承人有效”是指被继受人达成的仲裁协议约束继受人、继承人，但被继受人、被继承人所订立的仲裁协议是否有效，仍需要人民法院根据法律和有关司法解释的规定结合案件事实予以审查。

第二，当事人在合并、分立或者死亡前订立的仲裁协议明确约定权利义务继受人、继承人可以不受该仲裁协议约束的，则可以按照该条款第1款、第2款执行。

六、仲裁协议/条款当事人一方为一人公司时，能否在仲裁中将一人股东列为仲裁被申请人？

我国《公司法》第六十三条规定：“一人有限责任公司的股东不能证明公司财产独立于股东自己的财产的，应当对公司债务承担连带责任”。在实践中，许多当事人在向法院起诉时，如果被告是一人公司的，就会直接将其一人股东作为第二被告追加加入诉讼。如果该一人股东无法证明其财产与一人公司的财产相独立的，法院就很可能判决其对公司债务承担连带责任。

然而，与诉讼不同，根据仲裁条款仅能约束仲裁条款当事人的原则，仲裁申请人只能将一人公司列为被申请人，而绝不能将其股东列为被申请人。如果一定要寻求对一人公司的股东主张责任，仲裁申请人只能待仲裁裁决书出具后，另行向有管辖权的法院起诉一人公司的唯一股东。

七、能否以公司人格混同为由向非仲裁条款当事人提起仲裁？

众所周知，公司以其自己的财产对其债务承担责任，这就是公司人格独立原则。但在某些特殊情况下，存在否定公司独立人格的情形，上文所述的一人公司的情形实际上就是公司独立人格否定的一种典型情况。除此之外，还有几种特殊情形也属于否定公司独立人格的情况，即公司以外的其他当事人需要对公司债务承担连带责任的情况。

在2019年颁布的《全国法院民商事审判工作会议纪要》中，列举了部分否定公司独立人格的情形，包括资本显著不足、过度控制等。在诉讼中，如果符合上述条件，原告可以将公司以外的其他当事人一并列为被告，在同一诉讼中向这些当事人主张责任。

例如，如果债权人认为作为债务人的甲公司与其关

联公司乙公司存在人格混同的情形，债权人可以在同一诉讼中同时起诉甲公司和乙公司，要求乙公司对甲公司的债务承担连带责任。然而，如果是债权人与债务人之间存在仲裁协议或仲裁条款，那么债权人将只能对债务人提起仲裁，而不能将其他关联方列为同一仲裁案件中的被申请人。待仲裁案件审理完结后，债权人可以以人格混同为由，向法院提起诉讼要求债务人的关联公司承担相应的责任。

归根到底，这依然是仲裁协议/条款相对性原则的具体表现。非仲裁协议、条款当事人非经法定事由，不受仲裁协议/条款的约束。否则，不仅会破坏仲裁制度的合意性基础，也会损害无故被卷入仲裁的当事人的程序权利。

八、分公司签订的仲裁条款的效力能否约束总公司？

我国《公司法》第十四条规定：“公司可以设立分公司。设立分公司，应当向公司登记机关申请登记，领取营业执照。分公司不具有法人资格，其民事责任由公司承担”。而根据《民事诉讼法》第五十一条和《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第五十二条的规定，公司依法设立的分公司可以作为诉讼主体参加诉讼。

根据上述规定，在公司设立的分公司作为被告的诉讼中，原告通常会将总公司列为共同被告。但在仲裁案件中，如果分公司作为签约主体签署了仲裁协议/条款但总公司并未签约，贸然向总公司提出承担责任的仲裁请求，这么做就可能出现将非仲裁条款当事人列为仲裁被申请人的情形。一旦仲裁庭接受了这样的申请，并裁决总公司承担责任，那么这一裁决还有可能涉嫌超裁。

对此，我们认为，根据《公司法》的规定，公司设立的分公司依法不具有独立法人地位，其依附于总公司而存在。分公司与总公司之间的关系与其他不同主体之间的关系完全不同，本质就在于其不具有独立地位。而民事诉讼法将其列为适格诉讼主体的本意是方便当事人解决争议，并没有否认分公司不具有独立性这一点。既然分公司本质上仍然不具有独立性，那么分公司所签署的仲裁条款的后果当然应当由总公司来承担，即分公司签订的仲裁条款当然可以约束总公司。

在司法实务中，部分法院在处理此类问题中也持相同观点。在北京市第四中级人民法院审理的“鄂尔多斯市

广厦煤炭运销有限公司与中铁物贸(天津)有限公司申请确认仲裁协议效力案”【(2019)京04民特170号】中，北京市第四中级人民法院也认为：分公司不具有独立法人地位，其民事责任由总公司承担。因此，总公司应当受分公司签订的有效的仲裁协议的约束。

综上，对于分公司签订的有效仲裁协议或仲裁条款，是完全可以约束总公司的。

九、夫妻共同债务的情况下，能否基于与夫妻一方签署的仲裁协议/条款向未签署的另一方提起仲裁？

2021年1月1日起施行的《民法典》第一千零六十四条规定：“夫妻双方共同签名或者夫妻一方事后追认等共同意思表示所负的债务，以及夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义为家庭日常生活需要所负的债务，属于夫妻共同债务。

夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务，不属于夫妻共同债务；但是，债权人能够证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示的除外”。

根据上述法律规定，如果夫妻一方以自己名义为夫妻共同生活所负的债务，属于夫妻共同债务，夫妻应当共同偿还。例如，丈夫以自己的名义向张三借款用于购买家庭唯一住房的首付，这一债务就属于以自己的名义为夫妻共同生活所负的债务，即夫妻共同债务。但如果丈夫借款是用于购买用于投资的房屋，那么这样的债务显然就不一定能视为是夫妻共同债务。

如果债权人认为债务人的债务属于夫妻共同债务，那么无论债务人的配偶是否签署过相关的债权文书，债权人在提起诉讼时完全可以将债务人及其配偶列为共同被告，要求二人承担连带偿还责任。法院是否判决该债务属于夫妻共同债务另当别论，但至少债权人在程序上可以将债务人的配偶列为被告之一，要求其承担相应的债务。

但如果债权人与债务人之间约定了仲裁协议或仲裁条款，而债权人的配偶没有明确表示同意接受仲裁，那么债权人只能通过仲裁向债务人主张债权，而不能直接在同一仲裁案件中将债务人的配偶也列为被申请人。即使其强行将债务人配偶列入了仲裁申请书中，仲裁庭也极有可能驳回对该配偶的仲裁请求，否则仲裁裁决就将面临撤裁的风险。

日常生活中，夫妻往往被认定为是一个整体，这是我国以家庭为社会最小单位的传统所决定的。但是，如之前所述，仲裁自身的合意性基础决定了其必然要将夫妻双方作为独立的民事责任承担主体来对待。即便该债务确实是夫妻共同债务，仍然不能突破上述合意性基础的原则。因此，在所涉债务可能属于夫妻共同债务的情况下，债权人也必须先通过仲裁的方式确定债务是否存在以及是否应当被偿还，然后再通过法院诉讼来确定该债务是否属于夫妻共同债务。

债权人代位求偿时，债权人是否受债务人与次债务人之间的仲裁协议/条款的约束？

《民法典》第五百三十五条规定了债权人的代位求偿权，该条规定：“因债务人怠于行使其债权或者与该债权有关的从权利，影响债权人的到期债权实现的，债权人可以向人民法院请求以自己的名义代位行使债务人对相对人的权利，但是该权利专属于债务人自身的除外。代位权的行使范围以债权人的到期债权为限。债权人行使代位权的必要费用，由债务人负担。相对人对债务人的抗辩，可以向债权人主张”。

例如，李四欠张三到期借款但李四无力偿还，此时张三发现王五还欠李四的债务未还，且王五的债务已经到期。此时，张三可以向人民法院提起诉讼，以自己的名义要求王五直接向张三偿还本应偿还给李四的债务。待王五向张三偿还后，在王五偿还范围内王五所欠李四的债务以及李四所欠张三的债务均告消灭。

但如果债务人与相对人之间约定了债务的争议解决方式为仲裁，债权人如果要行使代位权，其是否要受债务人与相对人之间的仲裁协议的约束呢？

我们认为，债权人代位权是法律为保障债权人的合法权益，以立法的方式规定了债权相对性的一个例外情形。这一情形与债的转让不同，其中不存在债权的转移和相关方的合意。因此，不能想当然地认为相关方都要受仲裁协议的约束。相反，债权人行使代位权时无需接受仲裁协议的约束。

在最高人民法院审理的“湘电风能有限公司、弈成新材料科技(上海)有限公司债权人代位权纠纷案”【最高人民法院(2019)最高法民辖终73号】案中，最高人民法院也认为债权人行使代位权无需受债务人与相对人签订的仲裁协议的约束。

十、保险人行使代位求偿时，保险人是否受被保险人与第三人之间仲裁协议的约束？

保险人代位求偿与债权人行使代位权求偿两个概念中虽然都有“代位”二字，在司法实践中却是两个完全不同的概念。保险人代位求偿本质上是一种法定的债权转让，即保险人在赔付被保险人后，即依法取得被保险人对第三人享有的债权。保险人行使代位权的情形下，如果被保险人与第三人签订了仲裁协议，那么保险人是否要受该仲裁协议的约束一直是实务中争议较大的问题。

2019年颁布的《全国法院民商事审判工作会议纪要》第一次对这一问题作了系统的规定。该纪要第98条规定：“被保险人和第三者在保险事故发生前达成的仲裁协议，对行使保险代位求偿权的保险人是否具有约束力，实务中存在争议。保险代位求偿权是一种法定债权转让，保险人在向被保险人赔偿保险金后，有权行使被保险人对第三者请求赔偿的权利。被保险人和第三者在保险事故发生前达成的仲裁协议，对保险人具有约束力。考虑到涉外民商事案件的处理常常涉及国际条约、国际惯例的适用，相关问题具有特殊性，故具有涉外因素的民商事纠纷案件中该问题的处理，不纳入本条规范的范围”。

根据这一条款的规定，保险人行使代位权的纠纷中，如果该纠纷没有涉外因素，则保险人应当受被保险人与第三人之间的仲裁协议的约束；如果该纠纷有涉外因素，则不在本条规定范围之内，需要个案分析。

十一、当事人相同的关联合同的情况下，一个合同的仲裁条款的效力能否扩张至所有关联合同？

除了上述仲裁协议效力能否扩张至仲裁协议当事人以外的其他当事人的问题外，还有一类较为特殊的仲裁协议效力扩张问题，即特定情况下，一个合同的仲裁条款能否扩张至其他合同的问题（不同合同的当事人相同）。如果互不相干的两个合同，自然不会存在这样的问题；而如果各个合同彼此关联，但当事人各不相同，也不会存在这样的问题。但如果这些合同彼此关联，且各方当事人均相同，就会出现一个合同的仲裁条款的效力能否扩张到其他合同的问题了。

1. 主合同与补充合同

在日常商事活动中，经常会出现合同签订后由于种种原因，合同双方需要再签订一些补充合同，对原合同

中双方的权利义务进行调整或增减。在此情况下，可能会出现主合同与补充合同对于争议解决的条款约定不同的情形。例如，主合同约定了仲裁条款，但补充合同中并没有约定仲裁条款；或主合同没有约定仲裁条款，而补充合同约定了仲裁条款。

对于此类问题，在实务中已经形成了比较明确的裁判标准。最高人民法院在“湖南华厦建筑有限责任公司与常德工艺美术学校不服执行裁定申诉案”【(2015)执申字第33号】中曾经对于这个问题有过详细的论述，即：关于主合同约定的争议解决方式是仲裁，补充协议没有约定争议解决方式，仲裁机构是否可对主合同和补充协议一并进行仲裁的问题。当事人自愿达成合法有效协议或仲裁条款选定仲裁机构解决其争议纠纷，是采用仲裁方式解决争议纠纷的前提。如果当事人没有约定其争议纠纷由仲裁机构解决，通常情况下，仲裁机构无权对该争议纠纷予以仲裁。当存在主合同与补充协议的情形时，当事人在主合同中约定其争议纠纷由仲裁机构解决，对于没有约定争议纠纷解决方式的补充协议可否适用该约定，其关键在于主合同与补充协议之间是否具有可分性。如果主合同与补充协议之间是相互独立且可分，那么，在没有特别约定的情况下，对于两个完全独立且可分的合同或协议，其争议解决方式应按合同或补充协议约定处理。如果补充协议是对主合同内容的补充，必须依附于主合同，而不能独立于主合同存在，那么，主合同所约定的争议解决条款也适用于补充协议。

显然，最高人民法院的观点非常明确，即判断主合同与补充合同的关系不能仅仅凭借其合同名称来判断主从关系，而必须研究两份合同的内容，进而判断这两份合同是彼此独立存在还是具有不可分割的主从关系。

例如，如果当事人双方签订买卖合同后，又签署了补充合同，对销售货物的价格、规格、交付方式等进行了进一步的明确，这样的补充合同显然不能独立于原本的买卖合同而存在。但如果双方签订的补充合同是对于主合同所涉货物的知识产权等方面权利义务的明确，而且补充合同没有对主合同做任何修改，那么一般来说这份所谓的补充合同就不能说是“依附于”主合同而存在的了。对于这样的补充合同，就需要将其作为一个新的合同加以对待，根据其自身条款的约定或法律规定来确定争议的解决方式。

2. 其他具有关联性的合同

在另一些情况下，合同之间并不具有非常明显的主

从之分，而是许多合同彼此关联，共同为某一个特定目标服务。在此情况下，如果这些合同之间约定的争议解决方式不同，例如有的合同约定了仲裁，有的合同约定了诉讼或者没有约定，就会很容易出问题。

比如，在一些并购交易中，交易各方在谈判开始前就需要签署一些诸如保密协议之类的协议，然后才会进入正式的尽职调查等阶段。在整个谈判过程中，双方还会不断签署许多与交易有关的协议，其实都可以视为为了并购交易而签署的与最终协议有关的关联性协议。那么这些关联协议之间如果存在仲裁条款或争议解决条款约定不一致的情形，应该如何解决呢？

我们认为，在这些情况下依然可以遵循最高人民法院阐述的“是否具有独立性”的标准。如果这些协议都是可以独立履行的，不需要依赖其他合同的履行就可以履行完毕的，那么这协议必然是独立的。例如，在上文所提到的并购交易的例子中，双方签署的框架协议、保密协议等对于双方在并购过程中应当遵循的义务都有约定，而最终并购是否成功并不影响双方履行这些协议，那么这些协议就是独立存在的。即使其约定的争议解决条款与最终的并购合同的相应条款不一致，那么这些合同的争议解决条款依然有效。任何一方当事人均不得擅自按照最终并购合同的争议解决条款的约定来解决这些关联协议所发生的争议。

3. 特殊表述可能会使得某些关联合同丧失其独立性

需要注意的是，在一些特殊情况下，基于合同的某些表述可能会使得某些具有独立性的合同也必须按照其他合同的争议解决条款来解决当事人之间的争议。例如，某补充合同虽然具备不依赖主合同而独立履行的内容，但在合同中注明“本合同未尽事宜仍以双方签署的主合同为准”，那么，即便该补充合同并未约定仲裁条款而主合同约定了仲裁条款，仲裁庭或法院仍有可能认为该补充合同应当适用主合同的仲裁条款。

4. 出现关联合同的情况下必须谨慎设计整体争议解决方案

如前所述，关联合同的情况下，仲裁协议/条款效力的范围以及能否扩张是比较复杂的问题，需要个案分析。我们认为，如果当事人之间需要签订几份彼此关联的合同，就需要在合同拟定时就设计好整体的争议解决框架。一旦设计存在瑕疵，某些合同需要法院诉讼，某

些合同需要仲裁，一旦发生争议需要解决，不仅会造成时间和经济成本的无谓浪费，而且也会增加裁判机构审理的难度。

例如，如果在同一个交易框架下存在诸多互相关联的合同，有的合同约定仲裁，有的合同约定法院审理。一旦发生纠纷，仲裁庭碍于仲裁条款效力的问题，无法对整个交易项下的其他合同进行审查（尤其是仲裁所涉争议需要以判断其他合同履行情况作为裁判的依据的情况下），会造成仲裁庭实际上无法作出裁判。即便仲裁庭作出了裁决，也可能因为裁决书中涉及到了其他合同的内容而造成超裁的情形。

因此，在面对复杂交易下需要签订多份合同的情况，必须重视争议解决机制的设计，设计统一的、可行的争议解决机制，否则很可能为未来的各方履行埋下隐患。

总结

随着仲裁这种争议解决方式的普及，越来越多的商事主体选择通过仲裁的方式来解决争议。与诉讼相比，仲裁具有便捷、私密、专业等方面的优势。但同时，仲裁也对参与仲裁的各方的专业性有较高的要求。从拟定仲裁协议/条款开始，就需要通盘进行专业、缜密、细致的筹划。我们希望能够通过本文让广大读者更加深入、准确地理解各种情况下仲裁协议/条款的效力边界，尤其是与诉讼之间的明显区别。

关于笔迹鉴定之法律分析

WINCON
LEGAL
INSIGHT



王兴荣

主要业务领域为建设工程与房地产、公司业务、争议解决、政府法律事务。执业以来处理诉讼及非诉讼业务数千起，为建工企业、大型企业、当地政府提供了优质高效的法律服务。

这是一起关于提供劳务者受害责任纠纷，案情本身并不复杂，但在其后诉讼过程中，双方关于收款收据上签名的真实性发生激烈争议，经法院委托第一次笔迹鉴定，结论是非本人所写。笔者对于结论不服，申请重新鉴定，因符合重新鉴定的条件，法院依法委托重新鉴定，推翻了第一次鉴定结论，鉴定为本人亲笔书写。笔者作为孙某的代理人全程参与诉讼过程，本文通过解析争议焦点厘清笔迹鉴定的相关法律问题。

一、纠纷简介

2016年5月24日，刘某受雇于孙某，在从事雇佣活动过程中，因交通事故受伤。2016年6月2日，双方达成一致，孙某一次性支付刘某2万元，刘某放弃再行追究任何人的赔偿权利。收款收据及协议内容由孙某书写，刘某签字确认，并书写了日期。后刘某反悔，对孙某提起诉讼，并否认签名及日期为其亲笔书写。

法院委托鉴定机构进行笔迹鉴定，在提取刘某书写样本时，孙某及代理人均未在现场。鉴定结论是，签名

及日期非刘某亲笔书写。孙某对于该鉴定结论不服，委托代理人申请重新鉴定。因第一次鉴定为法院委托，在没有充分证据的情况下，法院是不会同意重新进行鉴定的。为此，代理人申请鉴定人员出庭质证。

二、本案争议的焦点问题

（一）第一次样本的提取是否符合法律规定

据孙某表述，第一次鉴定所用的样本，是司法鉴定中心的工作人员在孙某不在现场的情况下提取的，孙某

到达现场时，样本采集已经结束。代理人认为样本提取程序缺乏真实性，不能确定样本签字是刘某本人所写，该次鉴定提取样本的程序存在违法。

另，司法鉴定中心的工作人员在鉴定过程中存在违法情形。其工作人员在提取样本以后，私自会见刘某，并与刘某单独进行长时间谈话，孙某对此谈话是否公正具有合理性怀疑。

（二）收据上刘某的签名，与样本能否构成否定同一

第一次鉴定报告第四项的分析说明，鉴定人只用了68个文字描述，就得出了“否定同一”的鉴定结论，代理人要求鉴定人出庭质证。庭审时，代理人当庭质问鉴定人，构成“否定同一”的条件是什么，两名鉴定人员都回答不出。

《笔迹鉴定规范》关于构成否定同一的条件有三项：1.检材与样本字迹存在足够数量的差异特征且差异特征总和的价值充分反映了不同人的书写习惯。2.检材与样本字迹没有本质的符合特征。3.检材与样本字迹相同或相似笔迹特征能得到合理的解释。

鉴定人仅仅就“相差异的笔迹特征”、“差异的综合特征”做了浅显的描叙，其描叙是“相差异的笔迹特征数量多”。规范要求数量多到什么程度，代理人当庭询问时，鉴定人表示不知道。规范的要求是“相差异的笔迹特征数量足够多”。“差异的综合特征”反映出不同人的书写习惯，代理人当庭询问鉴定人，规范要求的反映标准是什么，鉴定人又不知道。规范关于该规定的要求是“充分反映”。

代理人当庭指出，一个不知道构成“否定同一”需要具备什么条件的鉴定人员，如何能够得出构成“否定同一”的结论？故该鉴定内容严重失实，鉴定结论简单粗暴，根本未对检材与样本进行科学、严谨的比对，除了惯用的、形式上的字词以外，没有任何能够支持其鉴定结论的比对说明。

另，鉴定报告第三项的检验过程，只是走了一个过场而已。鉴定人所谓的比对检验，内容包括签名风貌、结构布局、书写水平、字的写法、搭配比例、运笔形态、连笔动作、行笔弧度、折笔角度及起收笔细节方面。鉴定人根

本未做比对，只写了五个字“均差异明显”。

代理人当庭质问鉴定人：差异明显是差异在哪里，是如何做的比对，作比对时的记录在哪里。鉴定人回答不出，甚至根本不知道应该做什么比对、如何做。代理人当庭提醒鉴定人，可以简单列举：样品的折笔角度如何、起收笔细节如何、行笔弧度如何、连笔动作如何等等？检材的折笔角度、起收笔细节等等如何？二者差异在哪里？鉴定人还是回答不出，情况只有一个：鉴定人根本未曾对样本与检材进行比对。

《笔迹鉴定规范》对于笔迹鉴定的规程，规定如下：（4.4）：要对笔迹特征的笔画长度、角度、弧度、距离、搭配等进行测量分析。显然，鉴定人没有进行过该测量分析。（4.6）：测量分析后，要对测量的数据进行统计分析。同样，鉴定人也没有统计数据。

综合以上两个焦点问题的分析，代理人认为，司法鉴定是科学的、严谨的，根本未曾对样品与检材进行科学的比对、测量、分析、统计，只用了规范中的几个名词术语，如何能得出科学的结论？所谓的“差异明显、数量多、反映出”等名词术语需要有分析、统计数据来支持。因此，该鉴定所依据的样品真实性无法确定，鉴定结论明显没有依据，不能做为认定案件事实的依据。

三、案件结果及律师办案感悟

经过当庭质证，法庭采纳了代理人的意见，重新委托司法鉴定机构进行笔迹鉴定，推翻了第一次鉴定结论，最终的鉴定结论是：签名为刘某本人书写。刘某及其代理人未提出异议。

申请鉴定人员出庭质证，人民法院及时指导和保障鉴定人出庭作证，审查判断鉴定意见的能力得到加强，确保了司法公正，是代理人感到欣慰之处。对鉴定机构和鉴定人准入标准、鉴定能力和质量的管理，对鉴定行为、执业监管的规范和强化，充分发挥司法鉴定作用，提高司法鉴定质量，是代理人最为盼望完善之处。“努力让人民群众在每一个司法案件中都能感受到公平正义”，是每一位法律人义不容辞的责任。

中国法视角下的“照付不议”条款

WINCON
LEGAL
INSIGHT



栾珂

专注于供应链行业法律服务，擅长处理货物买卖、融资性贸易、保理、保兑仓、仓单融资、期货交易等纠纷，常年为贸易公司、物流公司、供应链公司、金控公司等单位提供专项顾问服务。



张剑桥

作为多起资产证券化项目主办律师，在结构化融资领域有着丰富的实操经验。

“照付不议”（take-or-pay），也称“无论提货与否均需付款”条款，是指无论买方是否实际提取产品，买方都应按照双方约定的最低购买量支付产品价款。这种贸易方式源于20世纪70年代的天然气贸易，目前已成为国际能源贸易领域的主流方式和国际惯例。本文试结合笔者办理的“照付不议”案件及检索到的案例，简要分析中国法下“照付不议”条款的相关法律问题。

一、简要案情

A公司与B公司签订《液氮供应合同》，约定A公司向B公司采购液氮，合同期限为5年。合同约定，A公司向B公司采购的所有产品数量每月都需达到15吨，即使A公司未采购保证购买数量的产品，A公司仍有义务按保证购买数量支付产品价款。签订合同后，B公司在A公司厂址内安装了储罐等供气设备，A公司仅在安装后首月采购氮气，此后因自身生产经营原因，未再采购。B公司以A公司违约解除合同，要求A公司支付最低购买量价款。A公司认为，最低购买量条款属于格式条款，违反公平原则，对A公司不发生效力，即便存在最低购买量义务，该条款也属于违约金条款，应适用违约金酌减规则。

二、“照付不议”的相关法律问题

（一）“照付不议”是否违反公平原则

表面来看，无论买方是否实际购买产品，买方都应按照双方约定的最低购买量支付产品价款，似对买方不公，实则不然。“照付不议”的商业逻辑是，卖方为长期、稳定地供应产品，前期需要大量资金投入，如建设厂房管网、采购生产设备、雇工等，这些投入需要摊销到未来长期的产品销售中，并且需要销售一定数量才能实现产品利润。

理解了商业逻辑，不难看出，“照付不议”实际上考虑了买卖双方的利益平衡。在“照付不议”合同中通常还会约定卖方的“照供不误”义务，即卖方也应持续向买方供应产品，否则应赔偿买方购买替代产品的差额等损失。此外，为避免合同期限过长导致的合同内容“僵化”，可能还会设置“忠实条款”，即约定在经济形势、合同基础发生重大变化时，从双方利益角度考虑，赋予双方调整合同内容的权利。但需注意的是，实践中一些“照付不议”合同仅强调买方的“照付不议”义务，忽视卖方的“照供不误”义务，可能导致双方权利的失衡。

司法实践中，法院对于“照付不议”条款的效力基本予以认可，但要求“照付不议”的约定具体、明确，即买方采购量/卖方供应量、价格等因素应是确定并可执行的，仅宽泛地约定合同采用“照付不议”模式，或主张该模式是国际惯例，则无法得到法院认可。如在菏泽富海公司与中海油新能源公司买卖合同纠纷案中，双方在合作协议中约定富海公司“承担照供不误责任”，中海油新能源公司“承担照付不议责任”，具体条款内容在焦炉煤气购销合同中明确，但此后双方并未签订焦炉煤气购销合同，法院认为双方就是否适用及如何适用“照供不误、照付不议”交易模式并未达成合意。

（二）“照付不议”的前提

买方“照付不议”的前提是卖方“照供不误”，即卖方应具备符合相关规定的供货条件，如取得相关生产许可证、供应设备不存在质量瑕疵等。

在中广核公司与利拓公司买卖合同纠纷中，法院认为，根据《特种设备安全法》的相关规定，作为卖方的中广核公司应当使用取得许可生产并经检验合格的特种设备，案涉设备未取得生产许可，故不具备正式使用条件，最终未支持中广核公司适用“最低气量照付不议”条款计算损失的主张。

青岛凯明公司与中信鑫泰能源公司承揽合同纠纷案中，法院亦认为，原、被告之间合同约定的“照付不议”条款是在原告不存在过错的情况下被告必须履行的合同义务，但本案中原告的设备存在质量瑕疵，该条款应变更履行或者不能履行。

（三）“照付不议”是合同义务条款还是违约责任条款

对于“照付不议”属于合同义务条款，还是违约责任条款，存在两种不同意见。一种意见认为，“照付不议”中的付款是支付货款的义务，原因在于卖方在前期投入

巨大资金，甚至有些设施是专门为买方定制，卖方的前期投入需要买方在合同期限内的付款来实现，所以买方的付款义务是绝对和不可撤销的。另一种意见则认为，“照付不议”中的付款是支付违约金，从条款内容上看，买方达到最低购买量应是合同义务，未达到最低购买量是违约情形，按购买差量对应的货值支付货款是损失赔偿额计算方法，完全符合违约责任条款的要件。

司法实践中，也存在着不同的裁判思路。多数法院认为“照付不议”是买方合同义务，少数法院认为其实质为违约责任条款并对违约金金额予以调整。还有一种情况是，如果“照付不议”的内容明确约定在合同违约责任条款中，则一般会按照违约责任处理。

但即便认定“照付不议”是合同义务，法院通常也不会完全按照合同约定判决买方支付最低购买量价款。如在上海浦东新区法院涉自贸试验区典型案例：普莱克斯公司与长兴凯鸿公司买卖合同纠纷案中，法院认为，虽然涉案合同约定，长兴凯鸿公司未达到最低购买/付款量，应按照每月最低购买/付款量乘以产品单价支付普莱克斯公司相应价款，但应当从公平原则出发，并综合考虑合同履行情况及普莱克斯公司成本、行业利润等因素，酌定长兴凯鸿公司应给付普莱克斯公司的价款金额，并偿付相应逾期付款滞纳金。另如中广核公司与利拓公司买卖合同纠纷案，法院认为，涉案天然气中广核公司并未实际供应，如果按照此标准要求利拓公司支付气款，明显高于中广核公司的预期利益损失，结合双方合同履行情况及液化天然气行业平均利润，酌定利拓公司支付中广核公司150万元。总体而言，中国法院更加注重实质公平，倾向于查明卖方的实际损失，综合考量合同履行情况、双方过错、预期利益等，在双方之间合理分配举证责任，并根据双方的举证来做出判定。

三、实务建议

如果买卖双方选择“照付不议”合同模式，我们建议：

1、在合同签订阶段，应从对等原则出发，约定买方“照付不议”和卖方“照供不误”的义务，如果合同期限较长，可以添加“忠实条款”，约定在合同基础发生重大变化时赋予双方协商调整的权利。同时，对于最低购买量，买卖双方应从商业角度充分论证，合理确定数量。

2、站在卖方角度，卖方应注意在合同执行阶段提供符合规定要求的设备设施，有许可要求的还应取得相应许可证。如因买方未达到最低购买量而产生争议，从证据角度，卖方可以举证证明己方前期投入的损失、预期利益的损失、行业利润率等。

3、站在买方角度，买方应注意在合同执行阶段按照约定的最低购买量进行采购。如因未达到最低购买量引发卖方索赔，买方可以举证证明卖方因此节省的成本、卖方未满足供应条件、卖方未履行减损义务而导致扩大的损失、卖方因买方违约而获得的利益等。如果卖方未达到最低供应量，则买方可以举证证明采购替代产品的差额等损失。

买卖合同中“先收款，再付款”条款效力研究

WINCON
LEGAL
INSIGHT



韩鹏

青岛市优秀律师、青岛市律师协会参与化解和代理涉法涉诉信访案件律师库遴选成员，主要业务领域为房地产与建设工程、商事诉讼、政府法律业务。



刘佳琳

主要从事民商事案件争议解决，为青岛市多家知名企业担任常年法律顾问，参与办理了多起重复杂的民商事案件。

“先收款，再付款”是指合同中约定待案外第三方向买方支付相应款项后，买方再予以付款的约定，即合同中负有付款义务的一方当事人为另一方当事人设置的，以其在与第三方的合同关系中收到相应款项作为其支付本合同应付款项之前提的条款。“先收款，再付款”条款在工程领域又被俗称为“背靠背条款”，它肇源于西方的“pay-when-paid”、“pay-if-paid”条款。

笔者在经办案件时发现，“背靠背条款”不仅常见于建设工程领域，在买卖合同中出现的频次亦日渐增多，特别是买方市场中，处在一部分产业链的中间方，利用自身优势地位，通过设置该条款，意图将其承担的源自上游方的回款风险，转嫁给下游方。目前，学界与实务界对于该条款的性质、效力以及实务处理方式长期争鸣不断。因此，笔者拟从不同角度，结合司法实践的大数据，尝试从根本上厘清此类条款的性质和效力，以期理顺出主流的司法裁判路径。

交易模式

在买卖合同中，出现“先收款，再付款”条款，往往具有连环交易、组合交易等特征，通常的交易模式如下：



该条款在不同买卖合同中的具体表述可能略有不同，但也仅是形式上的差异，其核心仍是以第三方支付为前提，即“待中游公司收到上游公司的款项后向下游公司支付货款”。

争议焦点

“先收款，再付款”条款的效力认定。

中游公司以付款条件未成就为由进行抗辩。

下游公司以上述条款约定付款期限不明为由，向法院起诉要求中游公司立即支付货款。

一、“先收款，再付款”条款的效力认定问题

笔者在alpha中以“买卖合同纠纷”、“背靠背”、“先收款，再付款”、“同比例付款”、“附条件”、“附期限”等关键词进行大数据检索，查询相关案例归纳出在买卖合同中，对于“先收款，再付款”条款的效力认定存在如下四种观点：

第一种观点：该条款系突破合同相对性，有违公平原则

■案例：南京国电南自风电自动化技术有限公司与白城电力镇赉变压器有限责任公司买卖合同纠纷【（2017）吉08民终842号】

■裁判要旨：双方签订的合同自履行至今近三年的时间，南京国电公司未能给付相应货款，即使背靠背的付款方式成立，亦应以各方守约为前提，且应存在法律意义上的给付货款的合理期限。南京国电公司与镇赉变

电器公司之间的合同是独立合同，具有合同相对性，不能因为“背靠背”的付款方式而突破合同相对性，更不能构成南京国电公司不履行对镇赉变压器公司给付义务的理由。故依照合同约定，南京国电公司负有给付货款的义务，原审判决南京国电公司给付相关货款并无不当。

第二种观点：该条款系附条件的约定

■案例：上海启钧电子有限公司与上海新兴媒体信息传播有限公司买卖合同纠纷二审民事判决书【（2019）沪02民终9528号】

■裁判要旨：判断本案付款条件是否成就，应先厘清条件与期限的区别。同一事实，究竟应认定为期限，还是应认定为条件，须基于必成事实或者偶成事实来确定。条件是不确定的偶然性事实，期限则是确定的必然性事实；条件之事实成就与否则是不确定的，期限则是肯定到来的。鉴于通视公司能否实际支付款项、新兴公司是否收到通视公司的付款具有不确定性，故该约定不符合附期限的民事法律行为中期限必然到来的法律特征，不构成附期限的约定，应为附条件的约定。现新兴公司尚未收到通视公司后续支付的对应设备款，付款条件尚未成就，新兴公司以此为抗辩，法院予以采信。

第三种观点：该条款系附期限的约定

■案例：埃特罗斯（北京）电气有限公司、河南森源电气股份有限公司买卖合同纠纷【（2019）豫民再781号】

■裁判要旨：附生效条件的民事法律行为，自条件成就时生效；附解除条件的民事法律行为，自条件成就时失效；附生效期限的民事法律行为，自期限届至生效；附终止期限的民事法律行为，自期限届满时失效。本案埃特罗斯公司与森源公司签订的买卖合同合法有效，埃特罗斯公司依约供应了货物，森源公司支付合同约定的货款的义务是确定的，因此森源公司的付款义务应属于上述不得附条件的民事法律行为。采购合同第六条第一项“付款方式：甲方在收到项目方汇能公司就本批开关柜合同第二笔足额货款后的5个工作日内向乙方

支付本合同的全部货款”符合上述第一百六十条关于“附生效期限”的规定，森源公司付款义务系附期限的民事法律行为。森源公司与汉能公司签订于本案合同之前的买卖合同中虽约定买卖两批货物，但第二批货物部分并未实际履行，也即“汉能公司足额支付第二笔合同货款”系确定不会发生的行为，双方采购合同约定的“附期限”亦不会到来。因此对于签订合同当日已完成发货义务的埃特罗斯公司，应为森源公司履行付款义务确定一个合理期限。双方签订的采购合同约定质保期为两年，该期限应为森源公司付款的合理期限。

第四种观点：该条款既不属于附期限，也不属于附条件，系对履行期限的约定不明

■案例：石狮市万峰盛漂染织造有限公司、泉州市予诚智能装备有限公司买卖合同纠纷【（2020）闽民申436号】

■裁判要旨：关于对讼争《设备购销合同》第二条第2款第（3）项约定的认定的问题。该条约定付款方式：“总价款剩余的30%，即1296000元，在申报石狮市智能技术改造补助款发放到甲方账户后支付给乙方。”万峰盛公司主张该条约规定符合《中华人民共和国合同法》第四十五条第一款的规定，系附条件的法律行为。但该条约定并未涉及效力问题，因此不属于《中华人民共和国合同法》第四十五条第一款规定的附条件的合同，亦不属于该法第四十六条规定的附期限的合同，而系对付款期限的约定。由于相关政府部门已明确讼争项目不能申报石狮市智能技术改造补助款，因此该项付款期限约定已无法明确，依据《中华人民共和国合同法》第六十一条和第六十二条的规定，予诚公司在给予万峰盛公司必要的准备时间的情况下，可以随时要求履行。

二、笔者观点

笔者同意第四种观点，即买卖双方当事人关于“先收款，再付款”的付款条款是有效约定，但不是付款所需满足的条件，而是对履行期限的约定，且系约定不明，在给对方一个合理期限的前提下，卖方可随时要求买方履行给付货款的义务。

首先，“先收款，再付款”不应视为附条件。附条件民事法律行为，是指当事人在法律行为中特别规定一定的条件，以条件的是否成就来决定法律行为效力的发生或消灭的法律行为。我国《民法典》第一百五十八条规定“民事法律行为可以附条件，但是根据其性质不得附条件的除外。附生效条件的民事法律行为，自条件成就时生效。附解除条件的民事法律行为，自条件成就时失效。”其条件必须满足以下要求：第一，条件必须是将来会发生的事情；第二，条件须为不确定的事实；第三，条件是当事人约定，而不是法律所规定的；第四，条件不得违反法律强制性规定和公序良俗。若“先收款，再付款”视为附条件，则可能产生两种后果：一是条件成就，中游公司必须履行付款义务；二是条件不成就，中游公司可以永远免责，永远不承担付款义务。如果上游公司永不向中游公司付款，则中游公司也永不付款，这明显损害了下游公司的利益。因此，“先收款，再付款”不应视为附条件。

其次，“先收款，再付款”不应视为附期限。所谓附期限民事法律行为，是指当事人在法律行为中认定一定的期限，并把期限的到来作为法律行为效力发生或消灭根据的法律行为。关于期限的约定必须符合以下两点要求：第一，期限不能是已经经过的时间；第二，期限应是必成事实的对应时间。“先收款，再付款”条款的约定，取决于上游公司是否向中游公司付款，而该付款行为具有不确定性，不应理解为必成事实。因此不符合附期限的民事法律行为中“期限必然到来”的法律特征。

再次，“先收款，再付款”应视为对履行期间的约定不明，下游公司在给予中游公司一定合理期限后，如中游公司仍未履行付款义务，下游公司可以随时主张权利。我国《民法典》第五百一十一条第四款：“履行期限不明确的，债务人可以随时履行，债权人也可以随时请求履行，但是应当给对方必要的准备时间。”由此，履行期限只是对实际履行合同义务的约定，无法约定确定合同效力，进而在履行期限到来之前合同应已发生效力，当事人的权利义务已经发生，双方均应受到合同的约束。因此该交易模式中，中游公司只能行使履行期限尚未届满的抗辩权，但其付款义务当然且仍然存在，只是履行时间早晚的问题【（2017）沪0112民初10606】

号、(2019)皖15民终2515号、(2019)京03民终6724号)均是上述观点】。

在最高院发布的案例：广州市先进油库有限公司与中国石化燃料油销售有限公司福建分公司、中国石化燃料油销售有限公司合同纠纷【(2021)最高法民申5750号】中，最高院认为：“从原审已经查明的基本事实看，本案双方所签订的《燃料油采购合同》系有关各方就同一合同标的物进行连环购销的一环。通常而言，即使在连环购销的安排下，各个买卖合同仍不失其独立性和相对性，任何一个合同的当事人均应依约向其相对方履行合同义务，因未能完全履行合同义务亦应向其相对方承担相应违约责任。就同一标的物在不同民事主体之间所签订的连环交易，最终能否实现各个合同目的，取决于每一个交易主体的履行行为。如果连环交易中的某一合同约定，一方合同义务（包括支付价款在内）的履行须在其他连环交易主体的履行行为完成后进行，当对这一条款的理解存在分歧时，法律适用的一般原则是，应将该条款理解为关于履行期间的具体约定，而非关于履行条件的约定。因为在一般情况下，合同签订以后，合同一方期待合同对方在合理期间内向其履行是合同应有之义，而不会去考虑对方是否能够向自己履行还要取决于一定的前置条件是否成就。换言之，合同任何一方的履行，都不应该总是建立于一定条件是否成就的基础上，否则，连合同应当履行这样理所当然的事情，都将处于一种变动不居的状态，显然不符合社会生活常识。如果对此类条款作相反的理解和适用，将会诱使居于合同有利地位的一方急于行使相关合同权利和急于做好必要的履行准备，势将在多个连环交易合同中产生大面积的违约，显然不符合合同严守的法律适用原则。对于该类条款所约定的履行期间的确定，应当考虑其他连环交易主体的合理的履行期间，如果其他连环交易主体在约定的或法定的履行期间内没有向本合同的义务人履行，经过一定合理宽限期后，合同权利人有权要求合同义务人向其履行。”

三、思考

“先收款，再付款”条款的设立，之所以在实践中被广泛利用，有其存在的合理性，即处于中游的公司以上

游公司付款作为支付条件可以有效地转移风险并取得时间利益。但对于交易末端的下游公司，若该类条款被滥用，则会不合理地加重下游公司的合同责任与交易风险，易造成合同双方权利义务失衡。

作为中游公司，为防止该条款被法院认定无效，抑或法院认定为约定不明，建议设定该条款时，明确披露上游公司，在合同中采取类似“只有在上游公司向中游公司作出相应履行后，中游公司才向下游公司履行”的表述，并保留证据证明双方当事人经过充分磋商，明确约定一方合同义务的履行以合同以外的其他连环交易主体向其履行的行为成就作为前置条件，那么此类合同条款或许更易被法院认定为附条件条款。即中游公司可以以上游公司未付款为由抗辩下游公司的债权主张。

【(2019)沪02民终9528号、(2018)皖1523民初5378号】此外，中游公司应当积极向上游公司主张权利，这样在上游公司未付款的前提下可以阻却中游公司对下游公司付款条件的成就，否则视为相应付款条件已成就。【(2020)苏05民终8956号、(2019)沪02民终7240号】

作为下游公司，理应尽量避免签订类似条款。若确有必要，在设立该条款时建议附加一定的期限对中游公司予以限制，表述为“……但付款期限最迟不超过货物交付后的XX（时间）”，或在合同条款中增加诸如质保期等期限，有利于争取法院的考量，将其认定为中游公司催要债务的合理预期时间。【(2019)豫民再781号】

综上，“先收款，再付款”条款作为买卖合同特殊的一类付款条款，其出现有其合理性，亦存在争议。本文在笔者结合相关案例分析的基础上，作出其是“对履行期限的约定不明”的思考，具体到个案，还应当结合合同订立的背景、目的及条文表述综合予以考量。

浅析案外人执行异议之诉

WINCON
LEGAL
INSIGHT



李国增

有大型生产型企业、房地产开发企业法务从业经验；专注于房地产开发、物业管理、劳动争议纠纷等领域。

随着执行力度越来越大，很多老赖都无处遁形，要么锒铛入狱，要么乖乖缴纳金钱，但也不乏出现很多法院查封、扣押的财产尽管在被执行人名下，但实际上已经变更了所有权。在此情况下，如果法院要执行拍卖的情况下，实际所有权人就需向法院提出异议，以进一步维护自身权益。本文将从民事诉讼程序的角度分析案外人如何提出执行异议之诉，以维护自身合法权益。

一、什么是案外人执行异议之诉？

案外人执行异议之诉，是指案外人就执行标的物享有足以有效阻止强制执行的权利，在执行程序终结前，向执行法院对申请执行人（必要时被执行人可列为共同被告）提起的旨在阻止对执行标的物的强制执行的诉讼。

二、提案外人执行异议之诉的前置程序

在案件执行过程中，当案外人得知执行标的物系其所有或损害其合法权益时，应当及时以书面的形式向执行法院提出执行异议申请。根据《民事诉讼法》第二百三十四条之规定：“执行过程中，案外人对执行标的提

出书面异议的，人民法院应当自收到书面异议之日起十五日内审查，理由成立的，裁定中止对该标的的执行；理由不成立的，裁定驳回。案外人、当事人对裁定不服，认为原判决、裁定错误的，依照审判监督程序办理；与原判决、裁定无关的，可以自裁定送达之日起十五日内向人民法院提起诉讼。”

那么，（一）案外人提出书面执行异议申请，应具备哪些条件？

（1）应当在该执行标的执行程序终结前提出；

（2）异议应以书面形式向有管辖权的法院提出，执行异议的管辖法院为执行法院；

（3）由案外人提出，可以是公民、法人或其他组织；

（4）执行异议的内容是对执行标的物主张实体权利，既包括对该标的的全部主张权利，也包括对该标的一部分主张权利。

（二）案外人对执行标的物提出书面异议后，执行法院应当如何处理？

执行法院应当自收到书面异议之日起十五日内审查。审查后，按照下列情形分别处理：

（1）案外人对执行标的不享有足以排除强制执行的权益的，裁定驳回其异议；

（2）案外人对执行标的享有足以排除强制执行的权益的，裁定中止执行。

驳回案外人执行异议裁定送达案外人之日起十五日内，法院不得对执行标的进行处分。

综上，在提起案外人执行异议之诉之前，应当先向执行法院提起案外人执行异议申请，待执行法院进行审查后，作出执行裁定书。在实务中，每个案外人的执行

异议申请都几乎面临被裁定驳回的命运。毕竟要让法院去否定自己之前作出的裁判文书，无异于“搬起石头砸自己的脚”，不是件容易的事。

三、案外人执行异议之诉

案外人提出执行异议申请，被执行法院的执行裁定书驳回后，方可提起案外人执行异议之诉。

（一）案外人提起诉讼的期限是多长时间？

根据《民事诉讼法》第二百三十四条之规定，认为原判决、裁定错误的，依照审判监督程序办理；与原判决、裁定无关的，可以自裁定送达之日起十五日内向执行法院提起诉讼。

（二）案外人执行异议之诉的起诉应具备哪些条件？

根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第三百零二条与第三百零三条之规定，案外人提起诉讼，除符合《民事诉讼法》第一百二十二条的规定外，还应当具备下列条件：

（1）案外人的执行异议申请已经被人民法院裁定驳回；

（2）有明确的排除对执行标的执行的诉讼请求，且诉讼请求与原判决、裁定无关；

（3）自执行异议裁定送达之日起十五日内提起。

人民法院应当在收到起诉状之日起十五日内决定是否立案。

（三）案外人执行异议之诉的证据如何准备？

案外人执行异议之诉，本来就是很难缠的“官司”，在现今的实务中，胜诉的可能性较小。而且，有些案外人执行异议之诉存在被执行人与案外人恶意串通、逃避债务、妨害执行的嫌疑，所以法院对其审查极为严格。

证据便显得尤为关键，稍有瑕疵，即有可能面临败诉的风险。下面以不动产（商品房）执行异议案件为例，简要分析。

《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第二十八条：“金钱债权执行中，买受人对登记在被执行人名下的不动产提出异议，符合下列情形且其权利能够排除执行的，人民法院应予支持：

（一）在人民法院查封之前已签订合法有效的书面买卖合同；

（二）在人民法院查封之前已合法占有该不动产；

（三）已支付全部价款，或者已按照合同约定支付部分价款且将剩余价款按照人民法院的要求交付执行；

（四）非因买受人自身原因未办理过户登记。”

上述规定，在实务中，已被作为能否排除执行的裁判规则予以适用。归根结底，该条规定是对证据的规定，每一项案外人均应提供充足的证据予以证实。

对于该规定的第一项，“在人民法院查封之前已签订合法有效的书面买卖合同”，应注意：1.时间点很关键，必须在不动产被查封之前；2.形式很关键，应当签订书面的不动产买卖合同。这也提醒案外人，在签订书面合同之前，应当同出卖人一同前往不动产登记中心，查看不动产是否存在抵押登记或已被法院查封。

对于该规定的第二项，“在人民法院查封之前已合法占有该不动产”，除第一项书面合同中对不动产实际交付有明确约定外，案外人还应当提供大量证据证明其在查封前已经占有、使用该不动产。

对于该规定的第三项，“已支付全部价款，或者已按照合同约定支付部分价款且将剩余价款按照人民法院的要求交付执行”，除第一项书面合同中对价款的支付

有明确约定外，案外人还应当提供支付全部价款的转账凭证、被执行人出具的收款收据，且支付价款的时间应与签订合同约定的时间相吻合。

对于该规定的第四项，“非因买受人自身原因未办理过户登记”。该项规定在实践中，不易提供证据予以证明。若是因不动产权证书没有及时颁发下来而导致未及时过户，案外人应当提供产权证书，证明在证书颁发下来时该不动产已被查封；若是因相关政策规定在一定的期限内该不动产不得买卖、处分而导致未及时过户，案外人应当提供该政策文件，证明在文件出台前，其已经与被执行人签订了书面的合同，支付了全部价款且占有该不动产，办理过户时因该文件出台不予办理，待文件规定的期限过后欲办过户时，该不动产已被查封；若是因不动产在银行办理按揭或抵押而导致未及时过户，案外人应当提供银行出具的贷款结清证明，证明在按揭办完或贷款结清时，该不动产已被查封。若是因为其它原因导致未能及时办理过户，案外人应提供证据予以证明。

俗话说，“打官司打的是证据”。案外人执行异议之诉案件，更是如此，而且对证据的要求极其高。有些时候，案外人自身确实存在一定过错，怠于行使自己的权利，没有危机感，总是在事情发生后，才意识到问题的严重性。好在案外人执行异议之诉制度为案外人的合法权益受到侵害时，提供了有效手段予以救济，保障其合法权益，同时维护了司法公正。

浅析以租抵债能否适用买卖不破租赁原则，能否阻却法院执行

WINCON
LEGAL
INSIGHT



刘慧源

主要从事建设工程、房地产类业务，参与办理多起建设工程施工合同纠纷、合资合作开发房地产合同纠纷案件，积累了较为丰富的诉讼经验，具有证券从业资格及基金从业资格，担任青岛市侨联法律专家顾问委员会委员。

实践中，在处置被执行人名下不动产时，案外人以其在人民法院查封前即成立租赁合同关系，系该不动产的合法承租人提出执行异议，根据买卖不破租赁原则，符合法律规定的，能够排除执行。但，如案外人主张其与被执行人之间系以租抵债，其亦系该不动产的合法承租人，该种情况能否适用买卖不破租赁原则，继而阻却法院执行，实践中存在不同观点。本文将以租赁合同的本质以及买卖不破租赁原则的立法目的为导向，浅析以租抵债能否适用买卖不破租赁原则，能否阻却法院执行。

一、租赁合同的概念及承租人享有排除执行权利的法律基础

1. 租赁合同的概念

《民法典》第七百零三条规定，租赁合同系“出租人将租赁物交付承租人使用、收益，承租人支付租金的合同。”也就是说，租赁合同承租人缔约的目的是取得租赁物的使用权，出租人缔约的目的是为了收取租金。

2. 买卖不破租赁原则

《民法典》第七百二十五条规定：“租赁物在承租人按照租赁合同占有期限内发生所有权变动的，不影响租赁合同的效力。”无论是大陆法系国家还是英美法系国家都将该原则作为民事立法领域的原则之一予以坚守，我国立法也不例外。买卖不破租赁原则的设立，目的是为保护承租人的租赁权，稳定租赁关系，保护交易安全。

3. 承租人享有排除执行权利的法律基础

《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第三十一条：“承租人请求在租赁期内阻止向受让人移交占有被执行的不动产，在人民法院查封之前已签订合法有效的书面租赁合同并占有使用该不动产的，人民法院应予支持。承租人与被执行人恶意串通，以明显不合理的低价承租被执行的不动产或者伪造交付租金证据的，对其提出的阻止移交占有的请求，人民法院不予支持。”该条法律规定实际系买卖不破租赁原则的延伸。

综合前三点，承租人需与被执行人之间具有符合《民法典》第七百零三条规定的租赁合同关系，并且符合《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第三十一条的规定才能享有排除执行的权利。

二、以租抵债的概念及能否适用买卖不破租赁原则，能否阻却法院执行

1. 以租抵债的概念

以租抵债并没有明确的法律规定，一般系指被执行人对案外人负有债务，为抵消债务，双方协商签订《租赁合同》，被执行人将其名下不动产租赁给案外人使用，案外人并不实际支付租金，以此方式抵顶双方间的债权债务。即此时的《租赁合同》系名为租赁实为抵债。

2. 以租抵债能否适用买卖不破租赁原则，能否阻却法院执行

以租抵债能否适用“买卖不破租赁”原则，能否排除强制执行，实践中存在以下几种不同的观点。

第一种观点认为，法律并不禁止债权人和债务人之间另行约定租赁法律关系，债权债务关系的存在不足以产生否定租赁关系的法律效力。且在租抵债中，被执行

人交付了房屋，案外人在抵债的额度内向被执行人支付相应的租金，案外人享有对标的房屋的物权期待权，其物权期待权优先于申请执行人的普通债权，其执行异议应当得到支持。

案例1:

【(2021)最高法民申1066号】案。宋晓飞对金亿隆公司房屋申请执行，刘玲以房屋承租人提出执行异议之诉，刘玲主张其为执行标的房屋的承租人。最高法院认为：刘玲提交了《房屋租赁合同》，以及占有使用房屋的证据，且均在案涉房屋被查封之前。宋晓飞主张刘玲、谢作来之间不存在真实的租赁合同关系，但其提供的证据不足以证明该主张。而且，法律并不禁止债权人和债务人之间另行约定租赁法律关系，债权债务关系的存在不足以产生否定租赁关系的法律效力。宋晓飞关于《房屋租赁合同》实系以租抵债合同的主张与查明的事实不一致。

该案虽未对以租抵债能否适用买卖不破租赁发表意见，但法院认为法律并不禁止债权人和债务人之间另行约定租赁法律关系，债权债务关系的存在不足以产生否定租赁关系的法律效力。可以说一定程度上倾向于支持以租抵债适用买卖不破租赁。

案例2:

【(2021)最高法民申6584号】案。2010年12月24日天翔大酒店、灏旺公司、远东电器公司三方签订《房屋租赁协议》一份，主要内容是灏旺公司为受让天翔大酒店96.3%的股份，向远东电器公司借款人民币1.03亿元用于支付股权转让款，经三方协商确认，该笔款项用于远东电器公司支付租用天翔大酒店租期为20年的租赁款。现远东电器公司以此为据，主张其享有天翔大酒店部分房产为期20年的租赁权。

最高法院认为：本案的焦点问题在于，执行案件案外人远东电器公司依据《房屋租赁协议》主张的租赁权在强制执行程序中是否足以对抗申请执行人交通银行南

通分行的抵押权。判断远东电器公司所主张的租赁权能否足以对抗交行南通分行的抵押权，应当结合双方针对租赁物（抵押物）所主张的租赁权与抵押权设立的时间先后，以及承租人是否在该不动产被查封之前已经合法占有使用等因素。社会经济活动中，在同一标的物上可能同时存在租赁权和抵押权。民法典施行前，针对抵押权与租赁权产生权利冲突该如何协调处理，法律没有作出明确规定。《中华人民共和国合同法》第二百二十九条规定，租赁物在租赁期间发生所有权变动的，不影响租赁合同的效力。即“买卖不破租赁”原则，表明租赁权在一定意义上具有物权化的特性。抵押权属于担保物权，体现标的物的交换价值属性，抵押权人行使权利实现抵押权，在实践中以发生标的物的所有权变动为一般样态。

综合以上分析，本院认为判断和处理同一标的物上并存的租赁权和抵押权冲突，应以上述两种权利设立的时间先后为标准和遵循。也就是说，同一标的物上抵押权设立前，抵押财产已经出租并交付给承租人占有使用，因抵押权人实现抵押权导致标的物所有权变动的，原租赁关系不受影响，承租人有权继续占有并使用该标的物。反之，如果租赁关系于抵押权设立后形成，或者承租人未能举证证明在抵押权设立时其已合法占有使用标的物，抵押权人行使权利导致标的物权属变动的，承租人的租赁权则不能对抗该权利变动。

该观点在逻辑上可以认为基本认可可以租抵债适用买卖不破租赁原则。

第二种观点认为，在以租抵债的情况下，被执行人与案外人签订《租赁合同》是为抵债，而并非为取得租赁物的使用权，以租抵债是双方原债权债务关系的延续，不符合租赁法律关系的特征，不适用“买卖不破租赁”原则，不能排除执行。

案例1:

【(2021)最高法民申26号】案。易恒贞公司运营资金紧张，与张国政签订涉案《房屋租赁合同》，易

恒贞公司以20年的租赁权抵偿张国政的欠款。最高法院认为：租赁合同是出租人将租赁物交付承租人使用、收益，承租人支付租金的合同。租赁物在租赁期间发生所有权变动的，不影响租赁合同的效力。本案中，易恒贞公司以涉案房屋抵偿张国政欠款的合同之债，不同于出租人与承租人之间签订的租赁合同，故不适用合同法规定的“买卖不破租赁”原则。

该案是以租抵债不适用买卖不破租赁的一种典型表述，就是直接表述结论性观点，不再展开分析论证，这是实践中一种共识性结论。

案例2:

【(2019)京03执异383号】案。北京市第三中级人民法院经审理认为：首先，房屋租赁合同是指房屋出租人将房屋提供承租人使用，承租人定期支付租金，并于合同终止时将房屋归还给出租人的协议。故承租人缔约的目的是取得房屋的使用权，出租人则为收取租金。本案中，从案外人乐视网公司与宏城鑫泰公司签订的房屋租赁合同及补充协议性质看，双方虽然以房屋租赁合同名义签订合同，但是合同约定内容及条款显示，该协议名为租赁合同，实际上是双方基于债权债务关系产生的抵偿欠款约定，其实质是以房屋租金抵偿欠款。因此，对于该合同的性质，不能认定为房屋租赁合同。其次，案外人乐视网公司依据租赁合同及协议要求中止北京市第三中级人民法院从乐融大厦清退案外人的主张，鉴于其依据的上述合同并不能认定为房屋租赁合同，故其主张并无法律依据，对其异议请求北京市第三中级人民法院不予支持。

案例3:

【(2020)渝民终1519号】案。重庆高院认为：即使案涉《房屋租赁合同》具有真实性，亦是以房屋使用权抵偿欠款的合同之债，而非我国合同法中所调整的出租人与承租人之间签订的房屋租赁合同关系，泽珩公司以房租抵偿梅强的债权，梅强的债权未经有效确认，且梅强主张的租赁权本质上为债权，以对租赁物的占用、使

用为主要权能，其权利尚不能阻止物权变动，更不能阻止人民法院的查封、拍卖及交付程序。

三、笔者观点

笔者同意第二种观点，该观点也是目前司法实务中的主流观点。笔者近期代理的一起执行异议之诉案件，争议焦点即为以租抵债能否排除法院执行。笔者向法院提出的观点认为，首先，案外人提交的证据不足以证实其与被执行人之间存在真实的借贷关系；其次，即使借贷关系真实，以租抵债也不适用“买卖不破租赁”原则，不能排除强制执行。最终法院采纳笔者观点，判决驳回了案外人的诉讼请求。以下为法院观点：

【（2022）鲁02民初140号】案。法院认为：首先，从形式上看李某与中仁xx公司在涉案房屋抵押和查封之前已签订书面的租赁协议，关于租金支付情况，二者辩称系以借贷抵顶租金。但在双方所称的借贷额高达九百余万元之巨的情况下，却没有相应的银行交易流水证明借款的实际出借情况以及中仁xx公司的还款情况，不能证明双方所称的交易真实性。其次，原告李某在本案执行异议审查阶段及庭审中提交的物业费、水电费、暖气费单据等证据载明的缴款人，均不是其本人，不足以证实其在人民法院查封涉案房屋之前已合法占有使用该房屋。最后，租赁合同系出租人将租赁物交付承租人使用、收益，承租人支付租金的合同。“买卖不破租赁”制度的设立，目的是保护承租人的租赁权。本案中，即使李某所称的其与中仁xx公司之间的以租抵债的交易关系真实，因以租抵债本质系债权人、债务人之间的合同之债，其性质不同于出租人与承租人之间签订的租赁合同，故以租抵债合同不适用于“买卖不破租赁”原则。

四、结语

根据相关法律法规，以及综合实践来看，以租抵债能否适用买卖不破租赁，应从租赁合同的本质以及买卖不破租赁的立法目的角度进行分析。

首先，如前所述，租赁合同中，缔约主体的目的分

别为使用房屋及支付租金。而以租抵债其性质不同于租赁合同，以租抵债的本质系为抵消双方原有的债权债务，而并非为取得租赁物的使用权。换言之，案外人取得租赁物的使用权系为取得被执行人对其所欠债务的保证。因此，以租抵债不符合租赁合同的本质。

其次，“买卖不破租赁”原则的设立，目的是为保护承租人的租赁权，稳定租赁关系，保护交易安全。以租抵债的债权人其本质非法律所规定的租赁合同的承租人，非“买卖不破租赁”原则的保护对象。并且，实践中，部分被执行人与案外人之间恶意串通，签订虚假《租赁合同》，以“买卖不破租赁”为由对抗法院强制执行，该种情况，不仅违背了“买卖不破租赁”原则的立法宗旨，也损害了申请执行人的合法权益，影响社会交易的稳定性，有违社会公序良俗。

看透领售权，远离资本之“坑”

WINCON
LEGAL
INSIGHT



于劼

毕业于中国海洋大学（国际法学硕士学位）、美国南加利福尼亚州大学（法学硕士学位），且拥有法学和会计学双学士学位。业务领域为跨境投资、公司并购、公司治理，曾参与众多境内及跨境企业投资、并购项目，涉及互联网金融、基金、传统能源、新能源、新材料、芯片、木材、化工、汽车等多个领域。

一、领售权

领售权 (drag-along right) 是股权投资领域中的舶来品，其作为保障投资人的“王牌条款之一”，如今已经被越来越多地运用在私募股权投资协议中。领售权也称“强制随售权”“强制出售权”“拖售权”等，指投资者在进行股权投资时要求创始股东（及所有未来股东）同意

2021年4月20日，北京第三中级法院（“北京三中院”）发布《北京市第三中级人民法院公司类纠纷审判白皮书（2013-2020）》，其中，北京三中院对“某投资公司诉林某股权转让纠纷案”作出典型评价：“私募基金股权投资实践中，为控制投资者股权投资风险、保护投资者权益，在《公司法》规定的股东权利之外，相关投资交易协议通常会约定关乎投资者利益的特殊条款，该等特殊条款大致可以分为两类，一类是关于投资者权利的“特殊权利”条款，包括优先认购/受让权、优先分红/清算权、回购权、领售权、随售权、一票否决权等等……私募投资交易协议中呈现的特殊条款安排在司法审判领域不无争议。根据《九民会议纪要》审理对赌条款的思路和理念，对于特殊条款不能一概否认其效力……总之，司法对合同领域的介入不是对原有关系的打破，而是尽可能体现对既有商业关系的尊重，对商业交易模式的鼓励和包容，维护当事人的意思自治、契约精神和市场秩序”。

汪小菲和大S离婚一事闹得沸沸扬扬，不禁让吃瓜群众们联想到当年吃过汪小菲家族的另一个瓜——俏江南创始人张兰“闭眼”签对赌协议，从此俏江南这个红极一时的高端餐饮品牌逐渐淡出了大众视野。与资本“联姻”的私募股权投资是创始股东与投资人之间的博弈，可谓“一招不慎，满盘皆输”，那么，作为投资人暗藏杀机的条款之一，领售权条款到底是怎样给创始股东“挖坑”的呢？本文将和大家一同“看透”领售权。

在其出售目标公司股权时一并出售所持有的目标公司股权的权利（即，我若要“卖”，那么你/大家也得跟着“卖”），一般应用于目标公司没有在约定的期限内完成上市，且此时有“第三方”有意购买投资人手中的股权时，投资人有权要求目标公司的其他股东按照相同的转让价格和条件全部出售他们所持有的目标公司股权，使投资人拥有谋求将目标公司整体出售实现退出的权利，

毕竟目标公司的整体出售对投资人而言，一方面可以实现一次性的完全退出，另一方面也有较大可能获得一定程度的溢价回报。

领售权是投资人与创始股东利益博弈及控制权矛盾的产物，投资人基于利益驱逐进行风险投资，意在获取关于目标公司的最大化利益。当目标公司遇到经营危机、清算风险时，此时如恰巧出现有意收购目标公司的“第三方”，那么，投资人更多可能从自身利益角度出发，接住“第三方”抛来的橄榄枝，售卖己方股权；初始股东作为目标公司的“亲生父母”，与目标公司一路成长走来，不仅有与目标公司“同甘”的期待，也或多或少存有与目标公司“共患难”的决心。不难看出，投资人为保障投资安全、最大限度降低投资风险的目的与初始股东对目标公司尚存热爱、仍盼公司起死回生之心的对比，反映出投资人与初始股东处于不同身份的始然矛盾，也正是处于此种矛盾及双方利益博弈的情况下，领售权作为双方当事人在股权投资协议中体现意思自治、契约精神的“特殊条款”应运而生。

二、“领售权”案例

国内虽鲜有具体的司法判例聚焦于此条款，但领售权已广泛运用于私募股权投资领域之中。我们不妨来看一看以下两个典型的领售权商场实战案例：

■案例1：俏江南

本文开头提到的俏江南案例可以说是领售权条款成功运用的典型案例之一，领售权条款也对俏江南最终“改名换姓”起到了决定性作用。

俏江南创始人张兰一手打造了“俏江南”这个红极一时的高端餐饮品牌。08年次贷危机令资本关注到餐饮类强现金流的行业，这一时期百胜、快乐蜂、IDG、红杉资本纷纷入股餐饮行业，也正是这一时期，鼎晖瞄准了俏江南，并于08年9月份，以等值2亿元人民币取得了俏江南约10.5%的股权。

鼎晖作为熟练掌握“特殊条款”的成熟投资玩家，与张兰签署的投资协议中，领售权、股权回购、清算优先权等所谓资本投资“格式条款”被安排地明明白白，并约

定给俏江南4年时间上市。俏江南先后尝试了A股和港股上市，但均以夭折告终。4年期限已过，俏江南上市未果，自然触发股权回购条款（按年回报率20%进行回购），但由于当时俏江南经营状况不佳，难以拿出足够的票子回购鼎晖股权，此时鼎晖使用了另一“武器”——启动领售权条款，并找到有意收购俏江南的欧洲私募股权基金CVC。结果可想而知，领售权条款赋予鼎晖“我想卖，你就得跟着卖”的权利，最终CVC以近3亿美元取得俏江南82.7%的股权。

往往屋漏偏逢连夜雨，俏江南82.7%的股权出售后被视作为清算事件，又触发了投资协议中约定的清算优先权条款，3亿美元的股权价款需优先扣除鼎晖要求的回报（4亿人民币）后，剩余的才能分给张兰，换言之，张兰用自己非自愿卖股权的钱偿还了与鼎晖约定的回报价款。

当然，收购方CVC也不是做慈善的，一方面压低了交易价格，另一方面运用杠杆收购完成了本次交易。但在餐饮行业还未回暖的情况下，CVC无法通过俏江南自有现金流偿还银行贷款，导致CVC只能放弃俏江南，将俏江南股权转让银行等债权人。随后，俏江南集团方面确认，最大股东CVC的委派代表和张兰不再担任董事会成员，不再处理或参与俏江南的任何事务。从此，张兰一手创办的俏江南品牌，已然“改名换姓”。

简言之，俏江南创始人张兰“闭眼”签对赌协议，在融资后，由于俏江南上市失败，从而多米诺式恶性触发了投资协议中约定的股权回购、领售权、清算优先权等条款，其中，领售权条款作为踢走张兰的临门一脚，也让俏江南这个红极一时的高端餐饮品牌逐渐淡出了大众视野。

■案例2：美国FilmLoop公司

美国FilmLoop公司曾是互联网照片连放领域冉冉升起的新星，其发展前景一片光明，但正是由于投资人滥用领售权条款而葬送了这颗希望之星。以下是摘录并翻译自FilmLoop Betrayed By Investors?[1]文章的事件时间线：

2005年1月：FilmLoop从Garage Technology

Ventures (Guy Kawasaki)和Globespan Capital Partners处融资550万美元。

2006年5月：FilmLoop从ComVenture处融资700万美元。Roland Van de Meer加入公司董事会。

2006年10月：FilmLoop 2.0发布，公司和投资者均对其前途持乐观态度。

2006年11月：ComVenture迫于其内部有限合伙人清理投资项目、放弃不盈利初创公司的压力，要求FilmLoop在年底之前找到买家卖掉公司。但FilmLoop的创始人明确表示他们认为FilmLoop的成功机率很大，因此不愿意售卖公司。然而，基于ComVenture的股权比例以及投资协议中的某种特定权利（“drag along rights”条款）可以强制其他投资者和公司创办人出售公司。

2006年12月：ComVenture建议其投资的另一家公司——Fabrik作为收购方收购FilmLoop。由于FilmLoop本身无法在该年底的最后2周内找到更好的买家，因此Fabrik仅用略高于FilmLoop银行账户存款的金额收购了FilmLoop。由于清算优先权条款的设置，FilmLoop的创办人和全体员工在离开公司时一无所获。

由此可见，即便公司股权控制在手、企业经营状况良好、公司账户有存款、发展前景一片光明、人员稳定，也都敌不过来自投资人“领售权+清算优先权”的组合拳出击，可谓拳拳致命。

三、创始股东如何避免领售权带来的“资本之殇”

记得之前看过一篇关于VC的文章，文章中记录了一位VC经理人对投资协议条款的看法，“我们投资的企业差异很大，但投资条款清单中的款项却非常标准化，应对各种项目都能够最大化降低投资风险”。正如前文提到，领售权是投资人与创始股东利益博弈的产物，既然有博弈就有商量的余地，如果创始股东无法彻底抵制“领售权”这只巨兽，那么困住巨兽最好的方法就是为其设计坚固的牢笼，即为“领售权”设置触发限制。一般可以考虑从领售权的触发条件、时间、股权收购价款最低额限制、批准程序（需要经过公司董事会一致同意

等）、通知程序及收购方范围（非投资人关联公司等）等方面进行限制，防止一旦触发领售权条款后创始股东被“净身出户”的后果。条款示例如下：

“本轮融资交割结束【4】年后，且在合格IPO之前，如【2/3】及以上的优先股股东（“领售人”）同意【并经公司董事会决议通过】向任何第三方出售股权，且每股收购价格不低于本轮融资股价【3】倍，其他优先股股东和普通股股东应同意本次交易，【并不可撤销地放弃优先购买权、共同出售权】，并有义务按照相同价格、条款和条件出售所持有的【全部或按相同比例】股权，如有股东拒绝出售，该股东应以不低于第三方的收购价格、条款和条件购买领售人的【全部或按相同比例】股权”。

四、“领售权”条款在商场实战中如何运用

(1) 东百集团投资湖北台诚：强势投资人（投资后占股93%）签订“强势”领售权条款

根据福建东百集团股份有限公司（“东百集团”，证券代码：600693）2019年4月30日发布的“关于收购湖北台诚食品科技有限公司部分股权的公告”，东百集团间接控制的全资子公司西藏信志企业管理咨询有限公司（“西藏信志”）拟以最高不超过人民币4,000万元收购湖北台诚食品科技有限公司（“湖北台诚”）93%的股权。西藏信志与湖北台诚原股东（在本次股权收购交易后持有湖北台诚7%股权）对领售权进行如下约定（公告披露内容）：“出让方（湖北台诚原股东）不得单独向第三方转让。收购方（西藏信志）决定将标的公司对外出售时，对出让方股权享有无条件的拖售权。由收购方代出让方行使分红及知情权利外所有股东权利，并由收购方全权负责标的公司的治理和运营。”

(2) 万安科技被领售出售境外参股子公司 Protean

根据浙江万安科技股份有限公司（“万安科技”，证券代码：002590）于2019年6月18日发布的“关于出售参股子公司股权的公告”，Virtue Surge Limited拟以合并方式全资收购万安科技参股子公司Protean Holdings Corp（“Protean”，万安科技持有Protean9.37%的股

份)。由于Protean大股东行使了“拖售权”，即Protean的绝大部分股东以持股比例赞成，及Protean董事会大多数赞成，满足“拖售权”，万安科技必须同意出售其持有的9.37%的Protean股权。

根据公告内容，具体情况如下：

①根据万安科技于2016年6月1日与Protean签订的《浙江万安科技股份有限公司购买Protean Holdings Corp.第二次交割的D轮优先股投资条款和双方战略合作协议》中关于“强制出售权”的约定为：“在IPO之前，当有足够的投资者表决同意出售所有或部分Protean证券或接受任何并购提议，该等投资者应享有权利强制其他Protean普通股、优先股或任何其他股票持有人以相同价格和相同条款及条件、按照持有股票总量的比例参与拟出售活动。该等投资者有权表决或使得Protean批准进行拟出售活动的权利。任何其他Protean优先股或普通股或任何其他股票的持有人均应接受按持有股票总量的比例参与并表决赞同批准以相同价格和相同条款进行拟出售活动”。

②本次并购，是调用Protean Holdings Corp.的第五次修订及重述股东协议中的5.1“拖售权”，其中“拖售权”的触发条件约定为：“5.1 (a) i.绝大部分股东以持股比例同意；ii.持有特权并持有64.77%已发行股票的Oak Investment Partners XII (“橡树”) 的赞成；iii.持有特权并且共持有9.58%已发行股票的金沙江创投 (“金沙江”) 等的赞成；iv. Protean董事会大多数赞成”。

③鉴于Protean大股东行使“拖售权”，Protean的绝大部分股东以持股比例赞成，及Protean董事会大多数赞成，满足拖售条件，万安科技必须同意出售持有的9.37%的Protean股票。被拖动出售股票的还有其它共持有其余16.28%已发行股票的数十位股东。出售后，万安科技不再持有Protean股权。

(3) 阿里巴巴强势全资收购饿了么 (领售权范围的扩大)

根据北京华联商厦股份有限公司 (“华联股份”，证券代码：000882) 于2018年4月2日发布的“关于对外投资Rajax Holding的进展公告”，2015年8月24日，华联

股份的全资子公司 Beijing Hualian Mall (Singapore) Commercial Management Pte. Ltd. (“新加坡商业公司”) 以增资形式成为Rajax Holding (“Rajax”) 的股东，Rajax主要运营品牌为“饿了么”。截至阿里巴巴100%收购Rajax前，新加坡商业公司下属子公司持有Rajax股权比例为2.04%。公告中与领售权相关的内容如下：

“阿里巴巴之前已接触过Rajax全体股东并表达收购意向。基于2017年8月签署的ROFR协议中关于强制拖售权的安排，若Rajax未来发生并购、重组、资产买卖、股权买卖、控制权变更等重大清算事件时，在阿里巴巴、Rajax多数优先股股东以及多数普通股股东书面同意的情况下，其它未书面同意的股东必须接受并执行交易安排，并且Rajax任何董事可以代表未书面同意的股东签署交易文件。

华联股份收到Rajax通知，阿里巴巴、Rajax多数普通股以及优先股股东已书面同意将其所持有的Rajax股权转让给阿里巴巴旗下全资控股子公司Ali Panini Investment Holding Limited，已达到拖售权的条件。由于公司未向Rajax发出书面同意意见，董事张旭豪已代表华联股份签署全部交易文件。公司将必须接受本次交易安排，将所持有的全部股份转让给Ali Panini Investment Holding Limited，交易对价为1.847亿美元。”

五、结语

资本的温度向来都是可调节的，上得了市，那就是推动企业上市的一把热火，讲的是情怀和眼光；上不了市，那就是无所谓企业生死也要全身而退的冰冷转身，留下的只有背影。不禁令我们反思，白纸黑字“一目了然”的“坑”看不透的话，终究是为别人做了嫁衣。

注释：

1. <https://www.google.com/amp/s/techcrunch.com/2007/02/12/film-loop-betrayed-by-investors/amp/>.

国有科技型挂牌公司股权激励实施要点

WINCON
LEGAL
INSIGHT



赵春旭

业务专长为公开发行股票并上市、新三板、地方股权交易中心挂牌业务；公司债、企业债、中期票据；上市公司再融资、上市公司重大资产重组；公司并购、股权激励、私募基金管理人登记、私募股权融资与投资、公司设立及股权结构设置和治理结构完善、国有企业改制和重组、外商投资与外资并购等。



侯宇杰

主要从事基金投资、融资并购、资产重组、新三板挂牌、股权激励、公司股权架构设计和治理结构完善等法律服务。

人才是当代企业发展的重要资源，日益激烈的人才竞争让企业管理者对股权激励越发重视。作为企业激励员工的一种方式，股权激励有利于企业激发人才、留住人才、约束管理人才，让员工转变身份，从劳动者到“股东”，提升主人翁意识，实现企业的持续快速发展。

国有企业作为一种特殊企业，在经营管理等方面存在诸多特殊规定，股权激励也不例外。近年来，财政部、国资委等部门陆续出台了一系列文件，给国有控股混合所有制企业、国有控股上市公司及国有科技型企业实施股权激励提供了政策支持，员工持股、股权激励成为推进国有企业混合所有制改革的重要方式。

本文根据证监会、全国中小企业股份转让系统（以下简称全国股转系统）及国有企业的特殊规定，结合实务经验，针对在全国股转系统挂牌的国有科技型企业实施股权激励的要点进行了汇总和梳理，以飨读者。

一、主要规定

目前，关于国有科技型挂牌公司股权激励的主要规定包括：

- 1.《国有科技型企业股权和分红激励暂行办法》（以下简称《暂行办法》）；
- 2.《关于扩大国有科技型企业股权和分红激励暂行办法实施范围等有关事项的通知》（以下简称《通知》）；
- 3.《非上市公众公司监管指引第6号——股权激励和员工持股计划的监管要求（试行）》（以下简称《监管指引》）；
- 4.《全国中小企业股份转让系统股权激励和员工持股计划业务办理指南》（以下简称《办理指南》）。

二、股权激励的实施条件

根据《暂行办法》及《通知》的规定，国有科技型企业实施股权激励应当产权明晰、发展战略明确、管理规范、内部治理结构健全并有效运转，同时具备以下条件：

- 1.企业建立了规范的内部财务管理制度和员工绩效考核评价制度。年度财务会计报告经过中介机构依法审计，且激励方案制定近3年没有因财务、税收等违法违规为受到行政、刑事处罚。成立不满3年的企业，以实际经营年限计算。
- 2.对于转制院所企业及所投资的科技企业、高等院校和科研院所投资的科技企业及纳入科技部“全国科技型中小企业信息库”的企业，近3年研发费用占当年企业营业收入均在3%以上，激励方案制定的上一年度企业研发人员占职工总数10%以上。成立不满3年的企业，以实际经营年限计算。
- 3.对于国家和省级认定的科技服务机构，近3年科技服务性收入不低于当年企业营业收入的60%。企业成立不满3年的，不得采取股权激励和岗位分红的激励方式。

据此，作为国有科技型挂牌公司首先要满足关于国有科技型企业股权激励的上述要求，否则，不具备实施股权激励的前提条件。

三、股权激励方案的核心内容

（一）概述

《暂行办法》适用于国有科技型企业，《监管指引》则侧重于挂牌公司，二者对于股权激励的规定不完全相同，所以作为挂牌公司的国有科技型企业制定股权激励方案时，应当综合二者的内容，使股权激励方案同时满足《暂行办法》及《监管指引》的规定。

（二）股权激励对象

根据《暂行办法》第七条、《监管指引》第二条的规定，股权激励对象包括企业的董事、高级管理人员及核心员工，公司监事及独立董事不得成为激励对象，核心员工的认定应当符合《非上市公众公司监督管理办法》的规定。

根据全国股转系统的规定，股权激励对象可以包括挂牌公司全资子公司、控股子公司的员工，挂牌公司应当结合相应员工任职的稳定性、对公司的实际贡献等说明向其授予股权激励股份的依据及合理性。股权激励对象不得为外籍自然人。

但是，如果挂牌公司系国有科技型企业，则激励对象将受到一定限制，全资子公司、控股子公司的员工和外籍自然人难以成为激励对象。

（三）激励对象获授、行使权益的条件

根据《暂行办法》第十七条及《监管指引》第六条的规定，企业应当与激励对象约定权益授予和行权的业绩考核，绩效考核指标应当包括公司业绩指标和激励对象个人绩效指标，业绩考核指标可以选取净资产收益率、主营业务收入增长率、现金营运指数等财务指标，但应当不低于企业近3年平均业绩水平及同行业平均业绩水平。成立不满3年的企业，以实际经营年限计算。

（四）授予、行权价格

根据《暂行办法》第十一条的规定，股权激励的授予或行权价格应按不低于资产评估结果的价格，资产评估结果应当根据国有资产评估的管理规定，报相关部门、机构或者企业核准或者备案。

这一点与非国有挂牌公司不同，导致国有挂牌公司在进行股权激励时，定价受到很大限制，至少不能低于经评估的每股净资产。所以，实践中，在财务指标相同的情况下，相对于非国有挂牌公司，国有挂牌公司的股权激励价格缺乏灵活调整空间，价格往往更高一些。

四、股权激励的具体流程及相关规定

（一）董事会拟定并审议通过股权激励计划草案

《暂行办法》《监管指引》《办理指南》对于股权激励应当经董事会审核都有相关规定。

具体流程：董事会拟定股权激励草案后，召开董事会会议，董事会决议通过股权激励对象名单及股权激励计划草案，并在全国股转系统中对外披露。

（二）职工代表大会审议通过股权激励计划草案

《暂行办法》第三十三条规定：企业内部决策机构拟订激励方案时，应当通过职工代表大会或者其他形式充分听取职工的意见和建议。

据此，董事会拟定股权激励草案时，应听取职工的意见和建议；董事会审议通过股权激励草案后，应召开职工代表大会会议，审议通过股权激励计划草案。

（三）国资监管部门批准激励计划草案

《暂行办法》第三十四条规定：企业内部决策机构应当将激励方案及听取职工意见情况，先行报履行出资人职责或国有资产监管职责的部门、机构、企业批准。

据此，作为国有企业，挂牌公司应当将激励方案及听取职工意见情况，先行报履行出资人职责或国有资产

监管职责的部门、机构、企业批准。这也是作为国有企业的特别之处。

实务中，在此环节，国有资产监管部门一般会要求挂牌公司就股权激励的合法合规性提供律师事务所出具的法律意见书。所以，作为国有挂牌公司，在进行股权激励时，应当提前了解国有资产监管部门从国有资产管理方面，对股权激励的具体要求。

（四）公示激励名单，监事会、独立董事发表意见

1.《监管指引》第十一条规定：挂牌公司应当在召开股东大会前，通过公司网站或者其他途径，将经董事会审议通过的激励名单向全体员工公示，公示期不少于10天；挂牌公司监事会应当充分听取公示意见，在公示期后对股权激励名单进行审核，同时就股权激励计划是否有利于挂牌公司持续发展，是否有明显损害挂牌公司及全体股东利益的情形发表意见。挂牌公司聘任独立董事的，独立董事应当对上述事项发表意见。

2.《办理指南》“一、（一）2. 公司内部公示并征求意见”规定：挂牌公司应当在召开股东大会前，通过公司网站或者其他途径，将经董事会审议通过的激励名单向全体员工公示，公示期不少于10日。

3.《办理指南》“一、（一）3. 监事会、独立董事（如有）发表意见”规定：挂牌公司监事会应当充分听取公示意见，在公示期满后对激励名单进行审核，同时就股权激励计划是否有利于挂牌公司持续发展，是否存在明显损害挂牌公司及全体股东利益的情形发表意见。挂牌公司应当及时披露监事会意见。

挂牌公司聘任独立董事的，独立董事应当在公示期满后对上述事项发表意见，挂牌公司应当及时披露独立董事意见。挂牌公司监事会应当充分听取公示意见，在公示期满后对激励名单进行审核，同时就股权激励计划是否有利于挂牌公司持续发展，是否存在明显损害挂牌公司及全体股东利益的情形发表意见。挂牌公司应当及时披露监事会意见。

具体流程：通过企业网站或者其他途径将激励名单向全体员工进行不少于10天的公示。公示期结束后，监

事会及独立董事根据上述规定对股权激励计划发表意见，并在全国股转系统中对外披露。

(五) 主办券商出具合法合规意见

1. 《监管指引》第十一条规定：主办券商应当对股权激励计划草案和挂牌公司、激励对象是否符合本指引及有关法律法規规定出具合法合规专项意见，并在召开关于审议股权激励计划的股东大会前披露。

2. 《办理指南》“一、（一）4. 主办券商核查并发表意见”规定：主办券商应当对股权激励计划草案和挂牌公司、激励对象是否符合《监管指引》及相关法律法规的规定，是否存在明显损害挂牌公司及全体股东利益的情形，挂牌公司是否已按规定履行信息披露义务以及董事会审议、公示、监事会和独立董事（如有）发表意见等程序的合法合规性进行核查，并不晚于股东大会召开时间4个交易日前披露核查意见。

具体流程：企业请主办券商对股权激励计划进行核查，出具专项意见，并在不晚于股东大会召开时间4个交易日前披露合法合规的专项意见。

(六) 股东大会审议通过股权激励计划

1. 《暂行办法》第三十六条规定：审核单位批准企业实施股权和分红激励后，企业内部决策机构应将批准的激励方案提请股东（大）会审议。

2. 《监管指引》第十一条规定：挂牌公司股东大会就股权激励计划等股权激励事项作出决议，必须经出席会议的股东所持表决权的2/3以上通过，并及时披露股东大会决议。

3. 《办理指南》“一、（一）5. 股东大会审议”规定：挂牌公司股东大会应当就股权激励计划等事项作出决议并经出席会议的股东所持表决权的2/3以上通过，并及时披露股东大会决议，拟作为激励对象或与激励对象存在关联关系的股东应当回避表决。

具体流程：挂牌公司召开股东大会会议，经出席会议的股东所持表决权的2/3以上通过股权激励方案，并

将会议决议在全国股转系统中披露。

(七) 股权激励（限制性股票/股票期权）的授予及登记

1. 《监管指引》第十二条规定：挂牌公司董事会应当根据股东大会决议，实施限制性股票的授予、解除限售和回购以及股票期权的授权、行权和注销。

股权激励计划实施过程中，授出权益和行使权益前，董事会应当就股权激励计划设定的激励对象获授权益、行使权益的条件是否成就进行审议，监事会和主办券商应当发表明确意见。挂牌公司聘任独立董事的，独立董事应当对上述事项发表明确意见。

2. 《监管指引》第十三条规定：股权激励计划经股东大会审议通过后，挂牌公司应当在60日内授予权益并完成公告、登记；有获授权益条件的，应当在条件成就后60日内授出权益并完成公告、登记。挂牌公司未能在60日内完成上述工作的，应当及时披露未完成的原因，并宣告终止实施股权激励，自公告之日起3个月内不得再次审议股权激励计划。

3. 《办理指南》分别对限制性股票、股票期权的授予及登记程序作出了详细规定。

具体流程：股东大会审议通过股权激励计划后，挂牌公司根据采取股权激励的方式（限制性股票或股票期权），按照《监管指引》《办理指南》的具体要求，完成股权激励的授予及登记，并在全国股转系统中对外披露。

(八) 办理相关备案及登记手续

1. 《暂行办法》第三十七条规定：除国家另有规定外，企业应当在股东（大）会审议通过激励方案后5个工作日内，将以下材料报送审核单位备案：（1）经股东（大）会审议通过的激励方案。（2）相关批准文件、股东（大）会决议。

2. 《暂行办法》第四十条规定：企业实施激励导致注册资本规模、股权结构或者组织形式变动的，应

当按照有关规定，根据相关批准文件、股东（大）会决议等，及时办理国有资产产权登记和工商变更登记手续。

具体流程：股东大会审议通过股权激励计划后，将股权激励计划、股东会决议及相关批准文件报审核单位备案。实施股权激励计划导致企业注册资本规模、股权结构或者组织形式变动的，企业应当办理国有资产产权登记和工商变更登记手续。

五、股权激励实施后的报告及信息披露义务

《暂行办法》第三十八条规定：在激励方案实施期间内，企业应于每年1月底前向审核单位报告上一年度激励方案实施情况：（一）实施激励涉及的业绩条件、净收益等财务信息；（二）激励对象在报告期内各自获得的激励情况；（三）报告期内的股权激励数量及金额，引起的股本变动情况，以及截至报告期末的累计额；（四）报告期内的分红激励金额，以及截至报告期末的累计额；（五）激励支出的列支渠道和会计核算情况；（六）其他应报告的事项。

《监管指引》第十六条规定：挂牌公司实施股权激励计划，应按照《非上市公众公司监督管理办法》及相关文件的要求规范履行信息披露义务。

挂牌公司应当在年度报告中披露报告期内股权激励的实施情况：（一）报告期内的激励对象；（二）报告期内授出、行使和失效的权益总额；（三）至报告期末累计已授出但尚未行使的权益总额；（四）报告期内权益价格、权益数量历次调整的情况以及经调整后的最新权益价格与权益数量；（五）董事、高级管理人员姓名、职务以及在报告期内历次获授、行使权益的情况和失效的权益数量；（六）因激励对象行使权益所引起的股本变动情况；（七）股权激励的会计处理方法及股权激励费用对公司业绩的影响；（八）报告期内激励对象获授权益、行使权益的条件是否成就的说明；（九）报告期内终止实施股权激励的情况及原因。

根据上述规定，企业实施股权激励后，应当每年向审核单位报告股权激励的实施情况，并在年度报告中对外披露。

六、结语

国有科技型企业是国家科技创新的重要力量，股权激励已经成为国有科技型企业进一步激发广大技术和管理人员积极性和创造性的重要方式。

全国股转系统挂牌的国有科技型企业实施股权激励，既要符合国有资产监管和国有科技型企业股权激励的相关规定，也要符合全国股转系统关于挂牌公司的相关规定。所以，在拟定股权激励方案时，应当统筹兼顾，对股权激励方案进行精心设计，以确保股权激励合法合规，不存在疏漏或违规情形。

需要说明的是，挂牌公司进行股权激励，全国股转系统并不要求律师事务所出具法律意见书。但是，作为国有科技型挂牌公司，还是有必要聘请专业的律师事务所提供法律服务，一是协助公司起草和设计股权激励方案，保证股权激励方案的合法合规性；二是根据国有资产监管部门的要求，必要时对股权激励方案出具法律意见书；三是协助公司起草关于股权激励的一系列的法律文件。

作为从事证券业务的律师事务所，在为国有科技型挂牌公司提供股权激励或其他法律服务时，亦应当意识到这类客户的特殊性，兼顾国有资产管理 and 挂牌公司规范运作的要求，为客户量身定做既满足客户实际需要又合法合规的方案。在为客户服务的过程中，充分体现律师的专业价值。

用假冒礼盒销售散装正品的商标侵权分析

WINCON
LEGAL
INSIGHT



赵吉军

长期专注于知识产权法律服务，尤其是领域广泛的知识产权争议诉讼业务，涵盖专利、商标、著作权、商业秘密、技术合同及反不正当竞争等；在专利侵权诉讼、专利权无效宣告及专利确权诉讼、商标授权确权争议及诉讼、商业秘密保护、技术合同、知识产权许可及交易、各种复杂类型的不正当竞争纠纷、企业知识产权规划和风险诊断等方面，具有丰富实践经验和深入理论研究。

商家购进权利人生产的正品散装商品，再用礼盒包装后继续标注权利人商标进行销售的行为，是否构成对权利人注册商标的侵犯？

可能有人认为此种行为不足以构成侵权，因为该礼盒中的商品是商标权人生产的正品，商家用礼盒包装后也继续标注了权利人的商标，其行为并没有造成消费者对商品来源的混淆和误认。也有人会觉得此种行为不妥，但如何定性该行为性质似乎缺乏明确的法条依据。

前不久，有媒体披露上海市知识产权局转发的国家知识产权局的一个批复文件对此问题给出了答案。

在该批复中，涉嫌侵权人上海隼湖贸易有限公司擅自将其批量购入的五芳斋公司的散装粽子商品进行礼盒分装后继续标注五芳斋公司注册商标并进行销售。对于此行为是否侵权的问题，闵行区知识产权局向上海市知识产权局请示，上海市知识产权局向国家知识产权局（以下称“国知局”）请示。

国知局做出《国家知识产权局办公室关于擅自将他人商品再包装后继续标注他人注册商标并进行销售的行为是否构成侵权的批复》（国知办函保字〔2021〕850号），认为该行为构成商标侵权，理由有二：一是，易使消费者将该产品误认为是权利人的特定礼盒产品，抢占了权利人礼盒产品的市场份额。二是，将权利人散装粽子商品进行分装还存在降低权利人商品品质的风险，损害了权利人注册商标的信誉承载功能。最终认定该行为属于《中华人民共和国商标法》第五十七条第（七）项规定的“给他人的注册商标专用权造成其他损害的行为”。

笔者认为，国知局的上述批复中，认定涉案行为构成商标侵权的结论正确，但是，对于构成侵权的理由阐述却显得含糊不清，甚至存在自相矛盾、逻辑不能自洽的问题，有进一步探讨和商榷的空间。本文针对此案事实分析如下，供大家参考。

一、未经许可使用他人商标造成商品来源的混淆和误认，仍然是本案中认定商标侵权的事实要件。

在前述批复中，国知局对商标侵权的损害后果进行了概括：“商标不仅具有识别商品或服务来源的基本功能，也具有保证商品或服务品质、维护商标信誉等衍生功能。商标的功能是商标赖以存在的基础，对于侵害注册商标行为足以达到损害其功能的程度的，不论是否发生市场混淆的后果，均可以认定构成商标侵权行为”。

接下来，国知局认为本案中的行为并不会导致市场混淆的后果：“虽然涉案产品为五芳斋公司正品商品，使用的礼盒外包装也标注了与五芳斋公司商标相同的标识，不致于使消费者对该粽子商品来源发生混淆”。随后，国知局进一步分析指出：“但是涉嫌侵权人未经权利人许可，将分装后的礼盒产品进行销售，易使消费者将该产品误认为是权利人的特定礼盒产品，抢占了权利人礼盒产品的市场份额”，因此构成侵权。

对于以上论述，令人感到费解的是：国知局先是认为“不致于使消费者对该粽子商品来源发生混淆”，接着又认为“易使消费者将该产品误认为是权利人的特定礼盒产品”，这其中消费者对“特定礼盒产品”的混淆不就是造成商品来源混淆的情形吗？同时这种混淆的后果是“抢占了权利人礼盒产品的市场份额”，不也正是通常商标侵权行为造成的市场侵占后果吗？国知局的这个论证本身是自相矛盾的，造成以上自相矛盾认定的根源何在？

笔者认为，国知局以上对侵权论证难以自洽的症结在于混淆了“散装粽子商品”和“粽子礼盒商品”这两个商品客体的概念，进而混淆了“散装粽子来源”和“粽子礼盒商品来源”两个不同事实商标法上的区分。

在本案中，正品五芳斋礼盒装的粽子商品已经具有了区别于散装粽子的独立外部形态，即在本案中，“礼盒产品”是区别于散装粽子的一种商品形态，是消费者购买的商品。虽然上海隼湖贸易有限公司擅自使用的礼盒装的也是五芳斋的正品粽子，但是这个标注了五芳斋

商标的礼盒是假冒的，并非经五芳斋公司合法授权制造和使用的。

所以，涉案侵权行为的实质在于侵权人仿造了“礼盒产品”并以此与正品“礼盒产品”造成来源混淆和消费者误认，而实施这一行为的基础是非法制造和使用了标注五芳斋商标的礼品盒。

我们知道，根据法律规定，以经营为目的制作带有他人商标的包装盒，是需要获得商标权人合法授权的，否则就是侵犯商标权的行为。本案中，上海隼湖贸易有限公司用来分装散装粽子的包装盒是假冒的五芳斋礼盒，该礼盒商品自然就是假冒的礼盒商品了，这完全符合一般商标侵权的构成要件，其中逻辑也非常清晰：造成消费者混淆和误认的是礼盒形态呈现的粽子商品来源，而不是其中散装粽子的来源，而这一粽子礼盒产品的“制作”过程中存在未经五芳斋授权使用其商标的侵权行为，销售该礼盒产品自然构成侵权。

二、涉案行为是否会降低商品的品质需要有证据证明，且该事实也不是构成商标侵权的要件。

国知局在批复中还认为：“将权利人散装粽子商品进行分装还存在降低权利人商品品质的风险，损害了权利人注册商标的信誉承载功能”，意思是说散装粽子和礼盒装粽子的品质可能是有区别的，正品礼盒装的粽子品质更高些，侵权人把散装粽子自行分装为礼盒产品会导致消费者购买的礼盒粽子产品质量下降，从而损害商标权利人的商誉。

对这一论述，笔者认为，首先，关于散装商品和礼盒商品质量不同的说法不能笼统地一概而论，需要有证据支持才行，这涉及案件具体事实的认定问题。现实中确实有些礼盒装商品具有优于散装商品的品质标准，但是也有一些礼盒装商品和散装商品质量是相同的，仅是由于礼盒包装具有携带方便、种类搭配丰富、外观漂亮、消费者感受更好等特点，导致礼盒产品比散装商品有更高的利润率。具体到本案中，在没有确切证据认定

五芳斋的正品散装粽子与礼盒粽子品质有区别的情况下，不应以“存在降低权利人商品品质的风险”作为认定构成商标侵权的理由。

三、对本案商标侵权行为法律适用的不同看法。

正如上海知识产权局在批复中所说，本案类型较为新颖，原因是这种侵权行为的表现形式不像一般商标侵权行为那么典型，导致在法律适用上同样存在模糊之处。

国知局在批复中认为，涉案侵权行为属于《中华人民共和国商标法》第五十七条第（七）项规定的“给他人的注册商标专用权造成其他损害的行为”。但笔者认为，这一法律适用也值得商榷。

《商标法》第五十七条对于商标侵权行为做出了几类明确规定，其中包括“给他人的注册商标专用权造成其他损害的”的情况。对于哪些行为属于“给他人的注册商标专用权造成其他损害的”的情况，《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》中列举了以下几种：

（一）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；

（二）复制、摹仿、翻译他人注册的驰名商标或其主要部分在不相同或者不类似商品上作为商标使用，误导公众，致使该驰名商标注册人的利益可能受到损害的；

（三）将与他人注册商标相同或者相近似的文字注册为域名，并且通过该域名进行相关商品交易的电子商务，容易使相关公众产生误认的。

以上列举虽然不能穷尽所有情况，但其均不同于以未经许可使用他人商标造成商品来源混淆为特征的一般商标侵权行为。而本案中侵权人的行为是以造成粽子礼盒商品来源混淆为基本特征的，显然不应属于“给他人

的注册商标专用权造成其他损害的行为”。

通过前述分析，我们已经可以看出，本案中的侵权行为就是《商标法》第五十七条第（一）项规定的“未经商标注册人的许可，在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标的”行为，是在礼盒装粽子商品上未经许可使用五芳斋商标导致的侵权行为。

而对于本案中制造、销售假冒礼品盒的供货商，其行为也构成商标侵权，法律依据是《商标法》第五十七条第（四）项规定的“伪造、擅自制造他人注册商标标识或者销售伪造、擅自制造的注册商标标识的”规定。

综上所述，擅自将他人散装正品以礼盒包装并继续标注他人商标进行销售的行为，虽然具有不同于一般商标侵权行为的特点，但究其行为的实质，仍然可以依据《商标法》中“未经商标注册人的许可，在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标的”规定做出侵权认定，而不应适用“给他人的注册商标专用权造成其他损害的行为”条款做出认定。正确认识该种特殊的侵权行为，对于我们深刻把握法律原理、精准分析和规制各种商标侵权行为，都有积极的帮助。

疫情背景下劳动用工争议热点难点二十问

WINCON
LEGAL
INSIGHT



洪寿福

业务专长为常年法律顾问、重大民商事案件代理、公司法律事务、行政诉讼等，着力于各类民商事案件、企事业单位风险防控体系的研究。



朱晓林

法律硕士，具有大型化工能源公司、房地产公司法务工作经历，在处理买卖合同纠纷、建设工程合同纠纷、劳动争议、侵权责任纠纷等民商事领域具有丰富的实务经验。

受新冠肺炎疫情的反复影响，劳动关系领域面临诸多新情况、新挑战，部分行业用人单位面临较大的生产经营压力，部分劳动者面临待岗、失业、收入减少等风险，劳动关系不稳定性增加，劳动关系矛盾日益凸显。

为解答用人单位与劳动者的诸多困惑，文康律师以问答形式就疫情背景下的合同管理、工资发放、返岗复工、工伤认定、劳动关系处理等热点问题进行解读并提出建设性意见，以期维持非常时期劳动关系的和谐稳定，引导用人单位与劳动者共担责任、共克时艰。

一、用人单位是否能以劳动者曾患新冠肺炎而拒绝录用？

答：不可以。

《传染病防治法》第十六条规定，任何单位和个人不得歧视传染病病人、病原携带者和疑似传染病病人；《就业促进法》第三十条规定，用人单位招用人员，不得以是传染病病原携带者为由拒绝录用；《就业促进法》第六十二条规定，违反本法规定，实施就业歧视的，劳动者可以向人民法院提起诉讼；《劳动法》第三条规定，劳动者享有平等就业和选择职业的权利。

同时，根据人力资源社会保障部、最高人民法院于2022年8月16日联合发布的《关于加强行政司法联动保障新冠肺炎康复者等劳动者平等就业权利的通知》（人社部函〔2022〕108号）的规定，用人单位和人力资源服务机构应当遵守相关法律规定，不得以曾经新冠肺炎病毒核酸检测阳性等为由，拒绝招（聘）用新冠肺炎康复者等劳动者；不得发布含有歧视性内容的招聘信息；除因疫情防控需要，不得违反个人信息保护法等有关规定，擅自非法查询新冠病毒核酸检测结果。

二、用人单位可否要求劳动者如实说明肺炎感染情况及行程信息？

答：可以。

《传染病防治法》第三十一条规定，任何单位和个人发现传染病病人或者疑似传染病病人时，应当及时向附近的疾病预防控制机构或者医疗机构报告。

根据政府疫情防控要求，用人单位作为疫情防控的重要责任体，承担着做好疫情防控工作的义务，其有权收集本单位劳动者与疫情防控相关的信息，劳动者应当如实告知。

三、受疫情影响，劳动者在试用期内无法正常提供劳动，可否延长试用期？

答：根据《劳动合同法》第十九条的规定，同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期，所以通常延长试用期的做法是不可行的。然而，考虑到如因疫情原因导致客观上双方按照原约定的试用期无法实现“相互了解和考察”目的的，应当参考客观情况允许适当延长试用期。但建议企业应与劳动者协商，达成一致意见。

四、用人单位因疫情防控需要是否可以安排劳动者延长工作时间？

答：可以。

根据《人力资源社会保障部 全国总工会 中国企业联合会/中国企业家协会 全国工商联 关于做好新型冠状病毒感染肺炎疫情防控期间稳定劳动关系支持企业复工复产的意见》（人社部发〔2020〕8号）的规定，对承担政府疫情防控保障任务需要紧急加班的企业，在保障劳动者身体健康和劳动安全的前提下，指导企业与工会和职工协商，可适当延长工作时间应对紧急生产任务，依法不受延长工作时间的限制。

五、劳动者受新冠肺炎疫情影响无法提供正常劳动，用人单位能否与其解除劳动合同？

答：不可以。

《人力资源社会保障部办公厅关于妥善处理新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控期间劳动关系问题的通知》（人社厅明电〔2020〕5号）、《山东省人力资源和社会保障厅关于积极应对新型冠状病毒感染肺炎疫情做好劳动关系工作的通知》中明确，对新型冠状病毒感染肺炎患者、疑似病人、密切接触者在其隔离治疗期间或医学观察期间以及因政府实施隔离措施或采取其他紧急措施导致不能提供正常劳动的职工，企业不得依据劳动合同法第四十条、四十一条与职工解除劳动合同。

六、用人单位能否以无过失性辞退（即职工患病、不能胜任本职工作、劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化）为由解除与新型肺炎患者、疑似患者、无症状感染者等的劳动合同？

答：不可以。

《最高人民法院关于依法妥善审理涉新冠肺炎疫情民事案件若干问题的指导意见（一）》（法发〔2020〕12号）中明确，审理涉疫情劳动争议案件时，要准确适用《中华人民共和国劳动法》第二十六条、《中华人民共和国劳动合同法》第四十条等规定。用人单位仅以劳动者是新冠肺炎确诊患者、疑似新冠肺炎患者、无症状感染者、被依法隔离人员或者劳动者来自疫情相对严重的地区为由主张解除劳动关系的，人民法院不予支持。

七、疫情防控期间劳动合同到期的，用人单位能以合同到期为由终止劳动合同吗？

答：不可以。

根据《劳动合同法》第四十四条，劳动合同期满的，劳动合同终止。但依据《人力资源社会保障部办公厅关于妥善处理新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控期间劳动关系问题的通知》（人社厅明电〔2020〕5号）、《山东省人力资源和社会保障厅关于积极应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情做好劳动关系工作的通知》的规定，新型冠状病毒感染的肺炎患者、疑似病人、密切接触者在其隔离治疗期间、医学观察期间或隔离期间，劳动合同到期的，分别顺延至职工医疗期期满、医学观察期期满、隔离期期满或者政府采取的紧急措施结束。

八、新冠肺炎疫情导致用人单位生产经营困难的，用人单位如何处理调薪、裁员等劳动关系？

答：《人力资源社会保障部办公厅关于妥善处理新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控期间劳动关系问题的通知》（人社厅明电〔2020〕5号）、《山东省人力资源和社会保障厅关于积极应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情做好劳动关系工作的通知》中明确，企业因受疫情影响导致生产经营困难的，可以通过与职工协商一致采取调整薪酬、轮岗轮休、缩短工时、待岗等方式稳定工作岗位，尽量不裁员或者少裁员。鼓励受疫情影响的企业采取集中工作、集中休息方式保持正常生产经营。

九、劳动者处于新冠肺炎隔离治疗期、医学观察期或因政府实施隔离措施或紧急措施无法提供正常劳动，工资待遇应如何支付？

答：《山东省人力资源和社会保障厅关于积极应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情做好劳动关系工作的通知》（人社厅明电〔2020〕5号）中明示，对新型冠状病毒感染的肺炎患者、疑似病人、密切接触者在其隔离治疗期间或医学观察期间以及因政府实施隔离措施或采取其他紧急措施导致不能提供正常劳动的职工，企业应当视同提供正常劳动并支付职工正常工作时间工资。对于因疫情防控未及时返工的，该期间的工资发放，单位和职工可以协商处理。

十、用人单位受疫情影响导致停工停产的，劳动者工资如何支付？

答：《山东省人力资源和社会保障厅关于积极应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情做好劳动关系工作的通知》（人社厅明电〔2020〕5号）中明确，对于因疫情防控未及时返工的，该期间的工资发放，单位和职工可以协商处理。企业因受疫情影响导致停工停产在一个工资支付周期内的，应当按劳动合同规定的标准支付职工工资；超过一个工资支付周期的，企业安排劳动者工作的，按照双方新约定的标准支付工资，但不得低于当地最低工资标准；企业没有安排劳动者工作的，应当按照不低于当地最低工资标准的70%支付劳动者基本生活费，生活费发放至企业复工、复产或者解除劳动关系。

十一、劳动者不遵守防控要求被采取隔离等措施，期间的工资报酬如何发放？

答：原则上，用人单位无需支付此期间的工资报酬。《山东高院民一庭涉疫情劳动争议案件法官会议纪要》提出，对新冠肺炎患者、疑似病人、密切接触者在其隔离治疗期间或医学观察期间，以及因政府实施隔离措施或其他紧急措施，导致不能提供正常劳动的职工，用人单位应当视同提供正常劳动并支付职工正常工作时间工资。但职工不遵守政府防控措施，导致被隔离治疗或接受医学观察，职工主张该期间劳动报酬的，一般不予支持。

十二、受疫情影响，用人单位拖欠工资有风险吗？

答：在疫情防控的特殊时期，经与工会或职工代表协商，允许用人单位延期支付职工工资。在《山东高院民一庭涉疫情劳动争议案件法官会议纪要》中明确，对受疫情影响导致企业生产经营困难、暂无工资支付能力的，企业经与工会或职工代表协商，可以延期支付职工工资。在疫情防控期间内，职工不宜以企业暂时拖欠工资、欠缴社会保险费用为由，根据《劳动合同法》第38条规定，请求解除劳动合同并主张经济补偿金。

十三、受疫情影响，用人单位逾期缴纳社保有风险吗？

答：在《山东高院民一庭涉疫情劳动争议案件法官会议纪要》中明确，因受疫情影响，企业可逾期办理职工参保登记、缴费等业务，逾期办理缴费不影响参保人员个人权益记录，补办手续应在疫情解除后三个月内完成。根据国家医保局、财政部、国家税务总局《关于阶段性减征职工基本医疗保险费的指导意见》规定，从2020年2月起，根据省里统筹安排，企业在最长不超过5

个月的减征期限内，减半缴纳职工医保单位缴费部分。

同时，在疫情防控期间内，职工不宜以企业暂时拖欠工资、欠缴社会保险费用为由，根据《劳动合同法》第38条规定，请求解除劳动合同并主张经济补偿金。

十四、疫情防控期间，劳动者通过灵活用工方式完成工作任务的，工资待遇如何支付？

答：依据《山东高院民一庭涉疫情劳动争议案件法官会议纪要》第二条的指示，疫情防控期间，职工根据用人单位要求通过网络、电话等灵活用工方式完成工作任务的，用人单位应当按正常工作的标准支付劳动报酬。

十五、劳动争议仲裁受到新冠肺炎疫情影响的，仲裁时效如何计算？

答：《人力资源社会保障部办公厅关于妥善处理新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控期间劳动关系问题的通知》（人社厅明电〔2020〕5号）、《山东省人力资源和社会保障厅关于积极应对新型冠状病毒感染肺炎疫情做好劳动关系工作的通知》中明确，因受疫情影响造成当事人不能在法定仲裁时效期间申请劳动人事争议仲裁的，仲裁时效中止。从中止时效的原因消除之日起，仲裁时效期间继续计算。

十六、劳动争议诉讼受到新冠肺炎疫情影响的，诉讼时效可否顺延？

答：可以。《山东高院民一庭涉疫情劳动争议案件法官会议纪要》中指出，确系新冠肺炎患者、疑似病人、密切接触者或者被依法隔离人员，不能及时行使有关权利，符合民事诉讼法规定情形的，可以适用诉讼时效中止的有关规定。

十七、对于确诊感染新冠肺炎的劳动者，用人单位需要支付发生的医疗费用吗？

答：确诊新冠肺炎的劳动者所发生的医疗费用，在基本医保、大病保险、医疗救助等社保基金按规定支付后，个人负担部分由财政给予补助，实施综合保障。所以，用人单位不需要垫付或支付确诊新冠肺炎的劳动者的医疗费用。

十八、劳动者因履行工作职责感染新冠肺炎，能否认定为工伤？

答：根据《关于因履行工作职责感染的医护及相关工作人员有关保障问题的通知》（人社部函〔2020〕11号）的规定，在新型冠状病毒肺炎预防和救治工作中，医护及相关工作人员因履行工作职责，感染新型冠状病毒肺炎或因感染新型冠状病毒肺炎死亡的，应认定为工伤，依法享受工伤保险待遇。因而，以上工作人员范围之外的劳动者因履行工作职责感染新冠肺炎的，原则上不能认定为工伤，但当前疫情防控中有大批的志愿服务人员，如劳动者因参与疫情防控工作感染新冠肺炎，并具有充分证据证明的，不排除实践认定中认定为工伤的可能性。

十九、隔离治疗期、医学观察期期满或者政府采取的紧急措施结束，劳动者仍需停止工作进行治疗的，如何处理？

答：依据《山东高院民一庭涉疫情劳动争议案件法官会议纪要》的意见，隔离治疗期、医学观察期期满或者政府采取的紧急措施结束，职工仍需停止工作进行治疗的，按照国家规定享有医疗期，医疗期期限和工资待遇按照国家有关规定执行；被认定为工伤的新冠肺炎患者，其工资福利待遇按照《工伤保险条例》第33条的规定处理；不能认定为工伤的新冠肺炎患者，其工资报酬标准按照职工患病或非因工负伤处理。

二十、受疫情影响，企业开工，劳动者未如期复工如何处理？

依据《山东高院民一庭涉疫情劳动争议案件法官会议纪要》第五条的意见，按照山东省《关于加快全省企业和项目建设复工复产的若干措施》要求，解决企业和项目建设单位反映突出的员工返岗等问题，由于长途客运停运、外来人员管控、隔离观察等措施，如职工不能如期返工，应如实向单位汇报情况，并履行相应的请假手续，企业不得以旷工为由解除劳动合同。对不愿复工的职工，企业工会应主动劝导职工及时返岗。对经劝导无效及其他非正当理由拒绝返岗的，企业可依法处理。

结语

新冠肺炎疫情防控涉及社会公共利益，需要企业与劳动者共同承担起社会责任。劳动关系的发展应在企业生存利益和劳动者合法权益之间寻求平衡，通过构建和谐稳定的用工关系，实现共存、共赢。在此之际，企业与员工更应加强沟通与对话，共同实现平衡保护、共克时艰的目标。

操纵证券、期货市场罪的规范梳理与实务探究

WINCON
LEGAL
INSIGHT



田冰

最高人民法院民事行政案件咨询专家、民建山东省委员会法制委员会委员、青岛市律师协会刑诉委委员，主要业务领域为刑事辩护与刑事合规、诉讼仲裁。承办过多起检察院对犯罪嫌疑人作出不起起诉处理以及法院予以被告人缓刑处理的刑事案件，有着非常丰富的刑事辩护经验；同时在民事诉讼以及非诉领域，田冰律师代理过多起标的额过亿的争议案件并取得全面胜诉的判决结果。



姬兴武

主要业务领域为刑事辩护，办理过多起检察院对犯罪嫌疑人作出不起起诉处理以及法院予以被告人缓刑处理的刑事案件；同时拥有为政府机构、国企提供常年法律顾问服务以及刑事合规等专项法律服务的工作经验。

《中华人民共和国刑法修正案（十一）》（简称“《刑法修正案（十一）》”）于2021年3月1日正式施行，此次的刑法修正案着重针对维护国家金融秩序的稳定作出相应修改，全部48个条文中涉及金融犯罪的修改有近10条，这其中包括对操纵证券、期货市场罪的调整。《刑法修正案（十一）》吸收了最高人民法院、最高人民检察院《关于办理操纵证券、期货市场刑事案件适用法律若干问题的解释》第一条有关“以其他方法操纵证券、期货市场”的规定，进一步明确对“虚假申报操纵”、“蛊惑交易操纵”、“抢帽子交易操纵”等新型操纵市场行为追究刑事责任[1]，彰显了国家防范金融风险、保障金融市场平稳运行的态度。继《刑法修正案（十一）》正式施行，最高人民检察院、公安部也针对性的修改了有关操纵证券、期货市场案的立案追诉标准，在2022年4月6日发布的《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）》中对此进行了重新规定。本文旨在梳理有关操纵证券、期货市场罪的现行规定，结合相关司法判例，对操纵证券、期货市场罪的理解与适用展开讨论。

一、操纵证券、期货市场罪的规范梳理

1997年的《中华人民共和国刑法》（简称“《97刑法》”）第一百八十二条规定了操纵证券交易价格罪^[2]，以列举加兜底的形式确立了操纵证券交易价格的行为，在规定连续交易、约定交易和自我交易3种具体操纵证券市场交易价格情形的基础上又规定了“以其他方法操纵证券、期货市场”的兜底条款。

1999年的《中华人民共和国刑法修正案（一）》与2006年的《中华人民共和国刑法修正案（六）》分别对《97刑法》第一百八十二条进行了修改，增加了操纵期货交易的内容，删除了主观上“获取不正当利益或者转嫁风险”的构罪要求，不再单独设定单位犯罪情况下直接负责的主管人员和其他直接责任人员的刑事责任，形成现行的操纵证券、期货市场罪^[3]。

2010年施行的《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）》（简称“《旧追诉标准（二）》”）在连续交易、约定交易和自我交易3种具体操纵行为外，补充增加了对虚假申报、控制信息、“抢帽子”交易三种操纵行为的追诉规定。

2019年，最高人民法院与最高人民检察院颁发了

《关于办理操纵证券、期货市场刑事案件适用法律若干问题的解释》（以下简称“《操纵证券、期货市场刑事案件适用解释》”），结合实践中出现的操纵证券、期货市场的新情形，对“以其他方法操纵证券、期货市场”的兜底条款进行了具化，列举了蛊惑交易操纵、“抢帽子”交易操纵、重大事项操纵、控制信息操纵、虚假申报操纵以及跨期、现货市场操纵6项操纵行为，并明确“情节严重”以及“情节特别严重”的适用情形。

2021年3月1日，《刑法修正案（十一）》正式施行，吸收了《操纵证券、期货市场刑事案件适用解释》有关“以其他方法操纵证券、期货市场”的规定，进一步明确对“虚假申报操纵”、“蛊惑交易操纵”、“抢帽子交易操纵”等新型操纵市场行为追究刑事责任。

2022年5月15日，《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）》（简称“《新追诉标准（二）》”）在修订后施行，《新追诉标准（二）》对操纵证券、期货市场案的立案标准进行了重新规定，内容与《刑法修正案（十一）》及《操纵证券、期货市场刑事案件适用解释》相协调。

本文对现行刑法与《操纵证券、期货市场刑事案件适用解释》规定的操纵行为进行了梳理，详见下表：

操纵行为	情节严重（立案追诉标准）	情节特别严重
连续交易操纵 ——单独或者合谋，集中资金优势、持股或者持仓优势或者利用信息优势联合或者连续买卖，操纵证券、期货交易价格或者证券、期货交易数量。	1、持有或者实际控制证券的流通股份数量达到该证券的实际流通股份总量百分之十以上，连续十个交易日的累计成交量达到同期该证券成交量百分之二十以上的。 2、实际控制的账户合并持仓连续十个交易日的最高值超过期货交易所持仓标准的二倍，累计成交量达到同期该期货合约成交量百分之二十以上，且期货交易占用保证金数额在五百万元以上的。 3、证券交易成交额在一千万元以上的。 4、违法所得数额在一百万元以上的。	1、持有或者实际控制证券的流通股份数量达到该证券的实际流通股份总量百分之十以上，连续十个交易日的累计成交量达到同期该证券成交量百分之五十以上的。 2、实际控制的账户合并持仓连续十个交易日的最高值超过期货交易所持仓标准的五倍，累计成交量达到同期该期货合约成交量百分之五十以上，且期货交易占用保证金数额在二千五百万元以上的。 3、证券交易成交额在五千万元以上的。 4、违法所得数额在一百万元以上的。
约定交易操纵（对敲） ——与他人串通，以事先约定的时间、价格和方式相互进行证券、期货交易，影响证券、期货交易价格或者证券、期货交易数量。	1、连续十个交易日的累计成交量达到同期该证券成交量百分之二十以上的。 2、实际控制的账户连续十个交易日的累计成交量达到同期该期货合约成交量百分之二十以上，且期货交易占用保证金数额在五百万元以上的。 3、证券交易成交额在一千万元以上的。 4、违法所得数额在一百万元以上的。	1、连续十个交易日的累计成交量达到同期该证券成交量百分之五十以上的。 2、实际控制的账户连续十个交易日的累计成交量达到同期该期货合约成交量百分之五十以上，且期货交易占用保证金数额在二千五百万元以上的。 3、证券交易成交额在五千万元以上的。 4、违法所得数额在一百万元以上的。
自我交易操纵（洗售） ——在自己实际控制的账户之间进行证券交易，或者以自己为交易对象，自买自卖期货合约，影响证券、期货交易价格或者证券、期货交易数量。	1、当日累计撤回申报量达到同期该证券、期货合约总申报量百分之五十以上，且证券撤回申报额在一千万元以上、撤回申报的期货合约占用保证金数额在五百万元以上的。 2、证券交易成交额在一千万元以上的。 3、违法所得数额在一百万元以上的。	1、证券交易成交额在五千万元以上的。 2、违法所得数额在一百万元以上的。
虚假申报操纵 ——不以成交为目的，频繁申报、撤单或者大额申报、撤单，误导投资者作出投资决策，影响证券、期货交易价格或者证券、期货交易数量。（《刑法修正案十一》删除了“并进行与申报相反的交易或者谋取相关利益”的构罪条件）	1、当日累计撤回申报量达到同期该证券、期货合约总申报量百分之五十以上，且证券撤回申报额在一千万元以上、撤回申报的期货合约占用保证金数额在五百万元以上的。 2、证券交易成交额在一千万元以上的。 3、违法所得数额在一百万元以上的。	1、证券交易成交额在五千万元以上的。 2、违法所得数额在一百万元以上的。
蛊惑交易操纵 ——利用虚假或者不确定的重大信息，诱导投资者作出投资决策，影响证券、期货交易价格或者证券、期货交易数量。（《刑法修正案十一》删除了“并进行相关交易或者谋取相关利益”的构罪条件）	1、实际控制的账户连续十个交易日的累计成交量达到同期该期货合约成交量百分之二十以上，且期货交易占用保证金数额在五百万元以上的。 2、证券交易成交额在一千万元以上的。 3、违法所得数额在一百万元以上的。	1、实际控制的账户连续十个交易日的累计成交量达到同期该期货合约成交量百分之五十以上，且期货交易占用保证金数额在二千五百万元以上的。 2、证券交易成交额在五千万元以上的。 3、违法所得数额在一百万元以上的。
“抢帽子”交易操纵 ——通过对证券及其发行人、上市公司、期货交易标的公开作出评价、预测或者投资建议，误导投资者作出投资决策，影响证券、期货交易价格或者证券、期货交易数量，并进行与其评价、预测、投资建议方向相反的证券交易或者相关期货交易的。	2、证券交易成交额在一千万元以上的。 3、违法所得数额在一百万元以上的。	2、证券交易成交额在五千万元以上的。 3、违法所得数额在一百万元以上的。

<p>重大事项操纵——通过策划、实施资产收购或者重组、投资新业务、股权转让、上市公司收购等虚假重大事项，误导投资者作出投资决策，影响证券交易价格或者证券交易量，并进行相关交易或者谋取相关利益的。</p>	<p>1、证券交易成交额在一千万元以上的。</p> <p>2、违法所得数额在一百万元以上的。</p>	<p>1、证券交易成交额在五千元以上的。</p> <p>2、违法所得数额在一千万元以上的。</p>
<p>控制信息操纵——通过控制发行人、上市公司信息的生成或者控制信息披露的内容、时点、节奏，误导投资者作出投资决策，影响证券交易价格或者证券交易量，并进行相关交易或者谋取相关利益的。</p>		
<p>跨期、现货市场操纵——通过囤积现货，影响特定期货品种市场行情，并进行相关期货交易的。</p>	<p>1、实际控制的账户合并持仓连续十个交易日的最高值超过期货交易所限仓标准的二倍，累计成交量达到同期该期货合约总成交量百分之二十以上，且期货交易占用保证金数额在五百万元以上的。</p> <p>2、证券交易成交额在一千万元以上的。</p> <p>3、违法所得数额在一百万元以上的。</p>	<p>1、实际控制的账户合并持仓连续十个交易日的最高值超过期货交易所限仓标准的五倍，累计成交量达到同期该期货合约总成交量百分之五十以上，且期货交易占用保证金数额在二千五百万元以上的。</p> <p>2、证券交易成交额在五千元以上的。</p> <p>3、违法所得数额在一千万元以上的。</p>
<p>操纵证券、期货市场，违法所得数额在五十万元以上，具有下列情形之一的，应当认定为刑法第一百八十二条第一款规定的“情节严重”：</p> <p>(一) 发行人、上市公司及其董事、监事、高级管理人员、控股股东或者实际控制人实施操纵证券、期货市场行为的；</p> <p>(二) 收购人、重大资产重组的交易对方及其董事、监事、高级管理人员、控股股东或者实际控制人实施操纵证券、期货市场行为的；</p> <p>(三) 行为人明知操纵证券、期货市场行为被有关部门调查，仍继续实施的；</p> <p>(四) 因操纵证券、期货市场行为受过刑事追究的；</p> <p>(五) 二年内因操纵证券、期货市场行为受过行政处罚的；</p> <p>(六) 在市场出现重大异常波动等特定时段操纵证券、期货市场的；</p> <p>(七) 造成恶劣社会影响或者其他严重后果的。</p> <p>实施操纵证券、期货市场行为，违法所得数额在五百万元以上，并具有上述七种情形之一的，应当认定为“情节特别严重”。</p> <p>*“违法所得”，是指通过操纵证券、期货市场所获利益或者避免的损失。</p> <p>*“连续十个交易日”，是指证券、期货市场开市交易的连续十个交易日，并非指行为人连续交易的十个交易日。</p>		

除上述具体列明的九种操纵行为外，现行刑法与《操纵证券、期货市场刑事案件适用解释》均规定了兜底条款，意味着构成操纵证券、期货市场罪并不限于上述情形。

◆ 典型案例：张家港保税区伊世顿国际贸易有限公司、高燕等涉嫌操纵证券、期货市场罪一案【案号：(2016)沪01刑初78号】

◆ 裁判观点：张家港保税区伊世顿国际贸易有限公司违反规定逃避期货公司资金和持仓验证，将自行开发的报单交易系统（简称RM交易系统）非法接入XX所交易系统，直接进入交易，从而非法取得额外交易速度优势。上海市第一中级人民法院认为“伊世顿公司违反《期货交易管理条例》《期货公司监督管理办法》《XX所交易细则》关于XX所实行会员（即期货公司）分级结算制度和基于该制度延伸出的保证金制度和持仓限额制度等基本制度，擅自使用未经检测的RM交易系统，绕过Z公司的资金和持仓验证，减少了相对于其他合规投资者必须耗费的验证时间，降低了自身整体交易时间延迟，从而非法取得其他合规投资者无法取得的额外交易速度优势；伊世顿公司在本身已使用高频率程序化交易的基础上，利用上述不正当交易优势和额外交易速度优势抢占交易先机，限制或排除其他合规投资者最优交易机会，其行为严重破坏了股指期货市场公平交易秩序和原则，符合操纵期货市场的行为特征。伊世顿公司的操纵行为系新型操纵行为，不仅破坏了股指期货市场

的基本制度、基本原则和交易秩序,而且造成了严重的社会危害，与《中华人民共和国刑法》第一百八十二条第一款前三项所规定的典型操纵情形在危害性上具有相当性。据此，伊世顿公司为谋取非法利益，操纵XX所IC、IF主力合约，其行为构成操纵期货市场罪。”

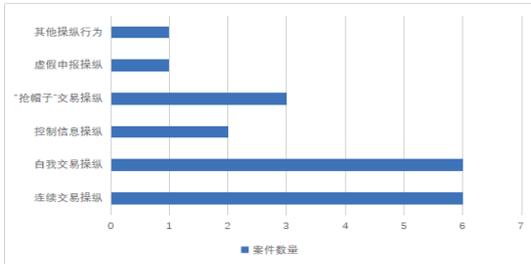
关于兜底条款的适用问题，学理上认为应当秉承同质性解释的规则，通过概括例示条款的共同本质与内涵来判断兜底条款的适用情形。根据现行规定列举的九种操纵行为，结合伊世顿国际贸易有限公司、高燕等涉嫌操纵证券、期货市场罪一案的裁判思路，本文较为认同刘宪权教授在《操纵证券、期货市场罪司法解释的法理解读》一文中的观点，构成操纵证券、期货市场罪的操纵行为需要满足滥用优势以及非法控制市场两个条件，滥用优势作为手段，包括滥用资金优势、信息优势、持股持仓优势、技术优势等；非法控制市场作为目的，意味着具有破坏证券、期货市场的公平交易秩序的意图。值得提及的是，《中华人民共和国证券法》[4]《期货交易管理条例》[5]中关于操纵市场的规定与刑事领域的规定基本一致，因此难以根据前置性法律、法规的规定来对兜底条款进行理解适用。

另外，中国证券监督管理委员会于2007年印发了《证券市场操纵行为认定指引（试行）》（该文件已于2020年10月30日废止），对证券市场的操纵行为进行了细化，可以作为参照来讨论刑法规制的具体操纵行为。本文进行了整理，详见下表：

操纵行为	行为特征
连续交易操纵	<p>单独或者通过合谋，集中资金优势、持股优势或者利用信息优势联合或者连续买卖，操纵证券交易价格或者证券交易量。</p> <p>资金优势，是指行为人为买卖证券所集中的资金相对于市场上一般投资者所能集中的资金具有数量上的优势。证券执法人员可以对行为人在行为期间动用的资金量及其所占相关证券的成交量的比例、同期市场交易活跃程度以及投资者参与交易状况等因素综合地分析判断，认定行为人是否具有资金优势。</p> <p>持股优势，是指行为人持有证券相对于市场上一般投资者具有数量上的优势。证券执法人员可以对行为人在行为期间持有实际流通股份的总量及其所占相关证券的实际流通股份总量的比例、同期相关证券的投资者持股状况等因素综合分析判断，认定行为人是否具有持股优势。</p> <p>信息优势，是指行为人相对于市场上一般投资者对标的证券及其相关事项的重大信息具有获取或者了解更易、更早、更准确、更完整的优势。</p> <p>重大信息，是指能够对具有一般证券市场知识的理性投资者的投资决策产生影响的事实或评价。下列信息属于重大信息： (一) 《证券法》第六十五条、第六十六条、第六十七条、第七十五条及相关规定所称中期报告、年度报告、重大事件和内幕信息等； (二) 对证券市场有重大影响的经济政策、金融政策； (三) 对证券市场有显著影响的证券交易信息； (四) 在证券市场上具有重要影响的投资者或者证券经营机构的信息； (五) 中国证监会或证券交易所认定的重大信息。</p> <p>联合买卖，是指2个以上行为人，约定在某一时段内一起买入或卖出某种证券。行为人间形成决议或决定或协议的，应认定行为人具有联合买卖的意图。行为人间虽没有决议或决定或协议，但行为人间在资金、股权、身份等方面具有关联关系的，可以认定行为人具有联合买卖的意图。买卖，包括未成交的买卖申报，不限于实际成交的买入或卖出交易。</p> <p>可认定为联合买卖的情形： (一) 2个以上行为人按照事先的约定，在某一时段内一起买入或者相继买入某种证券的； (二) 2个以上行为人按照事先的约定，在某一时段内一起卖出或者相继卖出某种证券的； (三) 2个以上行为人按照事先的约定，在某一时段内其中一个或数个行为人一起买入或相继买入而其他行为人一起卖出或相继卖出某种证券的。</p>
约定交易操纵(对敲)	<p>与他人串通，以事先约定的时间、价格和方式相互进行证券交易，影响证券交易价格或者证券交易量。</p> <p>与他人串通，是指2个以上行为人为了操纵证券市场，达成共同的意思联络。</p> <p>以事先约定的时间、价格和方式相互进行证券交易，是指2个以上行为人共同实施的、由一方做出交易委托，而另一方依据事先的约定做出时间相近、价格相近、数量相近、买卖方向相反的委托，双方相互之间进行的证券交易。</p> <p>约定的时间，是指2个以上行为人约定的进行交易的时间。<u>买入申报和卖出申报在时间上相近</u>，就可以构成约定交易的时间要件的充分条件。</p> <p>约定的价格，是指2个以上行为人约定的进行交易的申报价格。<u>买入申报和卖出申报在价格上相近</u>，就可以构成约定交易的价格要件的充分条件。</p> <p>约定的方式，是指2个以上行为人约定的进行交易的申报数量和买卖申报方向。<u>买入申报和卖出申报在数量上相近</u>，就可以构成约定交易的申报数量要件和买卖申报方向要件的充分条件。</p>
自我交易操纵(洗售)	<p>在自己实际控制的账户之间进行证券交易，影响证券交易价格或者证券交易量。</p> <p>自己实际控制的账户，是指行为人具有管理、使用或处分权益的账户，主要包括下列账户： (一) 行为人以自己名义开设的实名账户； (二) 行为人以他人名义开设的账户； (三) 行为人虽然不是账户的名义持有人，但通过投资关系、协议或者其他安排，能够实际管理、使用或处分的他人账户。</p> <p>《操纵证券、期货市场刑事案件适用解释》第五条：下列账户应当认定为刑法第一百八十二条中规定的“自己实际控制的账户”： (一) 行为人以自己名义开户并使用的实名账户； (二) 行为人向账户转入或者从账户转出资金，并承担实际损益的他人账户； (三) 行为人通过第一项、第二项以外的方式管理、支配或者使用的他人账户； (四) 行为人通过投资关系、协议等方式对账户内资产行使交易决策权的他人账户； (五) 其他有证据证明行为人具有交易决策权的账户。</p> <p>有证据证明行为人对前款第一项至第三项账户内资产没有交易决策权的除外。</p>
蛊惑交易操纵	<p>行为人进行证券交易时，利用不真实、不准确、不完整或不确定的重大信息，诱导投资者在不了解事实真相的情况下做出投资决定，影响证券交易价格或交易量，以便通过期待的市场波动，取得经济上的利益的行为。</p> <p>“进行证券交易”是指行为人在编造、传播或者散布不真实、不准确、不完整或不确定的重大信息之前买入或卖出相关证券；而在编造、传播、散布不真实、不准确、不完整或不确定的重大信息及股价发生波动之后卖出或买入相关证券。</p> <p>“利用不真实、不准确、不完整或不确定的重大信息”具有下列含义： (一) 行为人利用的信息是能够对证券市场上一般投资者的投资决策产生影响的不真实、不准确、不完整或不确定的重大信息； (二) 行为人具有编造或者传播或者散布不真实、不准确、不完整或不确定的重大信息的行为。</p> <p>行为人可以是不真实、不准确、不完整或不确定的重大信息的编造者，也可以是其传播者或者散布者。对于重大信息，应参照本指引第十九条第二款的规定进行认定。</p>
“抢帽子”交易操纵	<p>证券公司、证券咨询机构、专业中介机构及其工作人员，买卖或者持有相关证券，并对该证券或其发行人、上市公司公开做出评价、预测或者投资建议，以便通过期待的市场波动取得经济利益的行为。(《操纵证券、期货市场刑事案件适用解释》将该行为主体修改为一般主体)</p> <p>下列情形属于公开做出评价、预测或者投资建议： (一) 证券公司、证券咨询机构、专业中介机构及其工作人员在报刊、电台、电视台等传统媒体上对相关证券或其发行人、上市公司做出评价、预测或者投资建议的； (二) 证券公司、证券咨询机构、专业中介机构及其工作人员在电子网络媒体上对相关证券或其发行人、上市公司做出评价、预测或者投资建议的； (三) 从事会员制业务的证券公司或者证券咨询机构，通过报刊、电台、电视台、网站等媒体或利用传真、短信、电子信箱、电话、软件等工具，面向会员对相关证券或其发行人、上市公司做出评价、预测或者投资建议的。</p>

二、操纵证券、期货市场罪的实务探究

以“操纵证券、期货市场罪”为案由在中国裁判文书网 (<https://wenshu.court.gov.cn/>) 中可检索到44篇公开的刑事裁判文书, 本文针对其中有参考价值的14篇裁判文书进行讨论。



1、关于操纵行为的认定

从司法实务来看, 行为人实施的操纵行为主要涉及连续交易操纵、自我交易操纵、控制信息操纵、“抢帽子”交易操纵、虚假申报操纵五种, 在一些案件中, 行为人会同时实施两种以上操纵行为(陈峰涉嫌操纵证券交易价格罪一案【案号: (2016) 闽刑终184号】与唐万川涉嫌操纵证券市场罪一案【案号: (2013) 鄂武汉中刑初字第00036号】中, 行为人同时实施了连续交易与自我交易两种操纵行为, 朱德洪在涉嫌操纵证券市场罪一案【案号: (2017) 沪01刑初86号】中同时实施了控制信息、连续交易、自我交易三种操纵行为)。

值得提及的是, 在《操纵证券、期货市场刑事案件适用解释》生效之前, 对控制信息操纵、虚假申报操纵以及“抢帽子交易”操纵已经根据《旧追诉标准(二)》进行追诉, 通过适用操纵证券、期货市场罪中的兜底条款追究行为人责任, 说明兜底条款对法律规定的滞后性有填补作用, 也能说明国家对维护市场秩序的政策态度, 张家港保税区伊世顿国际贸易有限公司、高燕等涉嫌操纵证券、期货市场罪一案提供了例证, 这告诫在参与证券、期货交易活动中应秉承公平交易的理念, 避免因投机取巧的不当行为被追究刑责。

(1) 关于连续交易操纵的司法认定

涉及连续交易操纵的4例案件中, 行为人利用资金优势、持仓或持股优势通过控制的多个账户针对特定股票或期货进行连续交易, 从而影响股票或期货的价格。法院主要从行为人控制交易账户或交易资金的情况、对

特定股票或期货的持有量、连续交易日的交易量、交易行为对市场价格和交易量的影响以及获利情况等方面进行考量。

◆典型案例: 陈峰涉嫌操纵证券交易价格罪一案【案号: (2016) 闽刑终184号】

◆裁判观点: 闽发公司原总裁张晓伟与时任闽发公司北京管理总部总经理的陈峰共谋, 由张晓伟指定陈峰组织实施, 通过操纵“内蒙华电”股票交易, 为公司谋取利益。经张晓伟、陈峰安排, 同案人马壮以北京辰达科技投资有限公司及其他单位、个人名义在证券营业部共开设了1583个股东账户, 并将闽发公司资金转入上述资金账户, 由同案人管吉滢负责买卖“内蒙华电”股票。此后, 陈峰伙同同案人马壮、管吉滢采取集中资金优势、持股优势, 自买自卖、连续买卖等手段, 大量买卖“内蒙华电”股票。2003年8月21日至2004年4月2日, 闽发公司控制的股东账户内“内蒙华电”股票成交量多次占同期该股票连续20个交易日成交总量的30%以上, 其中最高持有“内蒙华电”股票占总流通股38.67%, 且未公告持股情况, 严重扰乱证券交易秩序, 构成操纵证券交易价格罪。

(2) 关于自我交易操纵的司法认定

司法实务中, 成立自我交易操纵的关键在于行为人对交易账户的控制作用以及利用账户进行交易的方式。其中对交易账户的控制作用毋须达到一种绝对的独占性, 行为人管理、使用他人的交易账户也可以被认定为对账户有控制作用。

◆典型案例: 王某甲涉嫌操纵证券市场一案【案号: (2016) 鲁15刑初5号】

◆裁判观点: 王某甲以帮助他人炒股等方式实际控制了陈某、刘某甲、贾某甲等35个证券账户, 并于聊城市昆仑宾馆等地在上述35个证券账户之间采用洗售交易的方式交易“山东如意”股票, 影响“山东如意”股票的交易价格和交易量。其中2012年6月18日至2012年9月19日, “山东如意”股价从9.19元上涨至12.91元, 上涨34.9%, 期间深成指下跌12.91%, 偏离47.4%。2013年3月21日至2013年5月27日, “山东如意”股价从7.70元上涨至9.18元, 上涨18.31%, 期间深成指下跌0.62%, 偏离18.93%。经深圳证券交易所认定, 上述35个账户在2012年8月8日至9月6日, 连续22个交易日累计对倒量

超过同期市场总成交量的20%，非法获利10368297.96元。法院因此认定“王某甲在自己实际控制的账户之间进行证券交易，且在该证券连续二十二个交易日内成交量累计达到该证券同期总成交量20%以上，影响该证券交易价格和交易量，行为已构成操纵证券市场罪。”

在涉及自我交易的案件中，存在有具体被害人的情形，在王某涉嫌操纵期货市场罪一案【案号：(2017)鄂0102刑初629号】，王某为银丰公司交易部经理，其通过个人期货账户与掌控的公司所属郑州商品交易所的多个期货账户进行交易，共获利人民币225,700元，造成银丰公司经济损失人民币83,050元。该案中，王某通过赔偿银丰公司经济损失取得谅解。从该案也可以看出，行为人通过职务行为对交易账户进行管理也可能被认定为对账户有控制作用。

(3) 关于控制信息操纵的认定

《旧追诉标准（二）》中将利用信息优势操纵证券、期货市场的追诉对象限定为“上市公司及其董事、监事、高级管理人员、实际控制人、控股股东或者其他关联人”，《操纵证券、期货市场刑事案件适用解释》对此进行了修改，能够控制发行人、上市公司信息的生成或者控制信息披露的内容、时点、节奏的行为人都可以构成控制信息操纵。在徐翔等操纵证券市场罪一案中，徐翔与计划减持上市公司股份的高管合谋，控制上市公司择机发布“高送转”方案、引入热点题材等方式影响投资者的投资决策，在拉升股价后通过证券交易获取高额利润，该案件属于典型的控制信息操纵。

◆典型案例：鲜言涉嫌操纵股票市场罪一案【案号：(2019)沪刑终110号】

◆裁判观点：鲜言担任多伦公司的实际控制人、董事长兼董事会秘书期间，个人决定启动公司名称变更程序，控制多伦公司信息的生成以及信息披露的内容，在多伦公司对外发布利好信息之前，鲜言通过其控制的账户组，买入多伦公司股票，多伦公司有关名称变更的利好信息发布后，股票连续涨停。法院认定“鲜言通过控制上市公司信息的生成以及信息披露的内容，误导投资者作出投资决策，影响证券交易价格与交易量，并进行相关交易，其行为已构成操纵证券市场罪。”

需要说明的是，控制信息操纵可能同时涉及内幕交

易罪、泄露内幕信息罪。从客观角度来说，控制信息操纵是通过控制信息生成或信息披露内容、发布时点、节奏的方式误导投资者的投资决策，影响交易价格与交易量，进而通过交易活动获利，是按照“控制信息——误导投资者——参与交易获利”的逻辑，与单纯利用内幕信息有明显差别，但一些案件中，控制信息操纵与内幕交易或泄露内幕信息有重合。

◆典型案例：朱德洪等人涉嫌操纵证券市场罪一案【案号：(2017)沪01刑初86号】

◆裁判观点：因XX股份公司收购A公司资金紧张，经被告人窦晔文介绍，XX股份公司实际控制人朱德洪与杨绍东结识并合谋拉抬宏达新材股票价格后高位减持获利分成，朱德洪将共计4,788万股宏达新材股票减持至被告人杨绍东控制的账户。XX股份公司陆续发布投资利好公告信息并泄露给杨绍东。杨绍东则利用获悉XX股份公司收购进程、重组规划、发展战略等信息的优势，在二级市场上以连续买卖、自买自卖等方式拉抬宏达新材股票价格。朱德洪为使杨绍东获得更多持股优势等将A公司流动资金不足、净利润可能达不到已公告的业绩信息泄露给XX企业（下称XX企业）执行事务代表被告人李世雷，并建议李将XX企业持有的宏达新材股票卖出减持至杨绍东实际控制的证券账户以避损。同年9月23日，李世雷根据朱德洪安排，将XX企业持有600万股宏达新材股票通过大宗交易减持给杨绍东，累计交易金额4,800余万元。XX股份公司于同年11月17日公告了A公司流动资金不足、下调预期投资利润的信息，并于次日停牌。同月20日复牌当日股价高于减持价格，XX企业实际亏损12,042,790.00元。朱德洪作为XX股份公司实际控制人，与被告人杨绍东、窦晔文合谋，利用信息优势，操纵该公司股票价格及交易量；朱德洪还为形成持股优势，将相关内幕信息泄露给被告人李世雷，并明示李世雷卖出避损，故朱德洪、杨绍东、窦晔文的行为均构成操纵证券市场罪，李世雷的行为则构成内幕交易罪。

(4) 关于“抢帽子”交易操纵的认定

《旧追诉标准（二）》与《证券市场操纵行为认定指引（试行）》中将“抢帽子”交易的行为主体限定为“证券公司、证券投资咨询机构、专业中介机构或者从业人员”，《操纵证券、期货市场刑事案件适用解释》与《刑法修正案（十一）》修改为一般主体，如果行为人具备市场影响力，通过对证券及其发行人、上市公司、期

货交易标的公开做出评价、预测或者投资建议误导公众做出投资决策，同时进行反向交易的，即可能构成操纵证券、期货市场罪，这意味着一些非证券机构从业人员但具有社会影响力的股票分析师等也可能成为犯罪主体。

实务中的“抢帽子”交易操纵一般是行为人提前通过控制的账户买入相应股票、期货，再利用电视、网络等公共媒介对买入的股票、期货做出评价，从而影响投资者的投资决策，在交易价格发生变动后抛售获益。

◆典型案例：朱炜明涉嫌操纵证券市场罪一案【(2017)沪01刑初49号】

◆裁判观点：2013年2月1日至2014年8月26日间，朱炜明担任XX公司龙华西路营业部经纪人，并受邀担任“谈股论金”电视节目嘉宾。期间，朱炜明利用亲属名下的证券账户内，预先买入“利源精制”、“万马股份”等15只股票，并在随后播出的“谈股论金”电视节目中通过详细介绍股票标识性信息、展示K线图或明示股票名称、代码等方式，对其预先买入的前述15只股票进行公开评价、预测及推介，再于节目在上海电视台首播后1至2个交易日内抛售相关股票，人为地影响前述股票的交易量与交易价格，获取非法利益。经审计，朱炜明买入前述股票交易金额共计2,094.22万余元，卖出股票交易金额共计2,169.7万余元，非法获利75.48万余元。朱炜明身为证券公司工作人员，违反规定买卖或持有证券，并通过公开评价、预测或者投资建议，在相关证券交易中非法获利75万余元，情节严重，构成操纵证券市场罪。

实务中，提前获悉证券分析人员将要推荐股票信息的人员也可能成立“抢帽子”交易操纵。在陶某、刘某甲涉嫌操纵证券市场罪一案【案号：(2015)鄂武汉中刑初字第00123号】中，陶某利用协助刘某甲制作电视节目的便利条件，提前获悉刘某甲和另一节目嘉宾于某在节目中将要推荐的股票信息后，提前借用账户买入相应股票，待推荐的股票信息在电视节目上播出后立即卖出，非法获利103.45万余元，法院认定“陶某身为证券公司从业人员，违反国家对证券交易的管理制度和有关从业禁止性的规定，在公开做出评价、预测或者投资建议前买入其将要推荐的股票，待电视节目播出后卖出牟取非法利益，情节严重，其行为构成操纵证券市场罪。”

(5) 关于虚假申报操纵的认定

对于虚假申报操纵，《旧追诉标准（二）》以撤回申报量作为是否追诉的标准，《操纵证券、期货市场刑事案件适用解释》中增加了“并进行与申报相反的交易或者谋取相关利益的”构罪要求，但《刑法修正案（十一）》中删除了“并进行与申报相反的交易或者谋取相关利益的”的构罪要求，一定程度上表明在立法本意上，打击操纵证券、期货市场行为针对的是对证券、期货市场秩序的保护，行为人的获利意图非构罪必要，如果操纵行为影响股票交易价格与交易量，人为破坏市场正常供求关系和自由竞争机制，行为人并未通过反向交易获利也可能成立犯罪，《刑法修正案（六）》中删除行为人“获取不正当利益或者转嫁风险”的犯罪目的要求可以印证这种观点，也可以按照田弘杰教授在《操纵证券市场罪：行为本质及其司法认定》一文中的观点来理解——“意图影响证券市场行情就是操纵证券市场罪的犯罪目的”。

◆典型案例：唐汉博等人操纵证券市场罪一案【案号：(2019)沪01刑初19号】

◆裁判观点：2012年5月至2013年1月期间，唐汉博伙同唐园子、唐渊琦利用控制的交易账户，不以成交为目的，对“银基发展”股票频繁申报、撤单或者大额申报、撤单，且2012年8月24日当天，累计撤回申报卖出量达到同期该股票总申报卖出量百分之五十以上，撤回申报金额在一千万元以上，误导投资者作出投资决策，影响该股票的交易价格与交易量。同时，唐汉博控制账户组进行了与虚假申报相反的交易等行为，操纵“银基发展”股票获利的意图明显，且获取了巨额利益，构成操纵证券市场罪。

2、关于单位犯罪的认定

在涉及连续交易操纵、自我交易操纵、控制信息操纵的案件中，行为人大多通过公司控制的资金或账户从事交易活动，但并非所有以公司名义实施的操纵行为都会被认定为单位犯罪，实务中会从交易资金及账户的来源、获利对象、操纵行为的决策是否存在体现单位意志、行为人职权范围等方面进行考量。

(1) 认定不属于单位犯罪

在姜为涉嫌操纵期货市场罪一案【案号：(2017)

【川刑终70号】中，姜为控制或决策欣华欣公司等42个期货账户，累计动用资金4.1亿余元，利用持仓优势，连续交易甲醇1501合约，操纵期货交易价格。姜为及其辩护人认为本案操纵期货市场行为是欣华欣公司集体研究决定，以欣华欣公司名义实施的，如有收益也应归欣华欣公司所有，姜为是欣华欣公司总经理，其行为系职务行为，故本案操纵期货市场应认定为单位犯罪。法院认定：“2014年9月欣华欣公司就拟利用期货及电子交易平台、交易规模控制在保证金占用最大金额为人民币3000万元以内的套期保值业务申请控股股东批准，但直至案发都未获得控股股东批准同意；本案姜为实际控制操纵市场的42个期货账户中，除了欣华欣公司的账户，还包括姜为的家属等个人账户以及其他公司和个人账户，资金来源亦包括姜为及其家属的个人资金，累计动用的资金规模高达4.1亿余元，已经远远超出欣华欣公司向控股股东请示但未获得批准的交易资金规模。本案操纵期货市场的行为不是由欣华欣公司单位决策或批准、体现单位意志的行为，姜为实际动用的资金账户、资金规模、资金来源以及在期货市场的交易手段和方式等均已明显超越其作为欣华欣公司总经理的职务范围，故本案操纵期货市场的行为应认定为姜为的个人犯罪行为。”

(2) 认定属于单位犯罪

在陈峰涉嫌操纵证券交易价格罪一案【案号：(2016) 闽刑终184号】中，操纵“内蒙华电”股票交易的决策由总裁张晓伟作出，涉及交易的1583个股东账户是经张晓伟、陈峰安排，由马壮以北京辰达科技投资有限公司及其他单位、个人名义开设，但法院从操纵股票交易的资金属于闽发公司、股东账户由闽发公司实际控制、操纵股票交易是为闽发公司谋取利益几个方面认定该案属于单位犯罪，将陈峰作为直接责任人员追究刑事责任。

3、关于违法所得数额的认定

(1) 计算违法所得的一般方法

实务中计算证券、期货犯罪中的违法所得主要是根据金融商品买卖之间的价格差，也即根据建仓成本与平仓成本之间的差额计算违法所得的数额，一般通过司法鉴定的方式确定。唐汉博等人操纵证券市场罪一案【案号：(2019) 沪01刑初19号】中，法院认为“对操纵证券市场违法所得数额的认定，应以与涉案股票操纵行为实

质关联的股票建仓时间以及出售时间等为范围来计算违法所得，而非仅认定实施操纵行为当日的违法所得。”另外，该法院认为“唐汉博因操纵‘银基发展’股票一节曾受行政处罚并不影响本案犯罪事实的认定，但在具体执行时应将对应的已执行违法所得及罚款数额予以折抵。”

(2) 关于是否区分违法所得与合法所得

在实践中，证券、期货市场的交易价格与交易量除受操纵行为影响外，也可能受到操纵行为之外因素的影响，是否区分行为人的违法所得与合法所得在实务中存在争议。在张家港保税区伊世顿国际贸易有限公司、高燕等涉嫌操纵证券、期货市场罪一案【案号：(2016) 沪01刑初78号】中，辩护方认为“应该按照XX所分析报告认定的市场正常偏离度区分合法所得和违法所得”，法院认为“伊世顿公司在涉案交易日内对IC、IF主力合约所实施的全部交易行为均是通过擅自安装的、绕过Z公司资金和持仓验证的RM交易系统完成的，均属操纵行为，故全部交易所得扣除合理费用后的盈利即为非法获利。偏离度系XX所用于分析伊世顿公司交易行为性质时所采用的一种数据评判标准，并非计算非法获利数额的标准。”存在这种争议的主要原因可能是其他市场因素的介入影响无法量化，但如果发生操纵行为之外对交易价格或交易量产生重大影响的其他因素（比如国家出台利好政策、上市公司发生重大事件等），仍可以作为辩护观点，争取法院在量刑上的考量。

(3) 连续交易情况下的违法所得计算

实务中因为连续交易，买入价与卖出价存在变动，因此在计算违法所得时往往会通过“账面盈利法”、“先进先出法”、“后进先出法”等方法确定，在王某甲涉嫌操纵证券市场罪一案【案号：(2016) 鲁15刑初5号】中，深圳证券交易所出具情况说明，王某甲按照“账面盈利法”盈利金额为10368297.96元，按照“先进先出法”盈利金额为12822402.89元，按照“后进先出法”盈利金额为12807346.44元，最终法院认定非法获利10368297.96元。

(4) 其他影响违法所得认定的因素

炒股亏损的数额可以从违法所得中扣除，在陶某、刘某甲涉嫌操纵证券市场罪一案【案号：(2015) 鄂武汉中刑初字第00123号】中，辩护人提出应从陶某获利的

金额中扣除炒股亏损的辩护意见。法院认为“扣除股票交易中亏损，客观认定获利数额，符合立法的原意。”

未平仓部分的证券、期货仍计算违法所得，在唐万川涉嫌操纵证券市场罪一案【案号：(2013)鄂武汉中刑初字第00036号】中，公诉机关指控“新疆德隆、德隆国际累计买入‘老三股’金额为678.36亿元，累计卖出‘老三股’金额为621.83亿元，余股市值为113.14亿元，余股成本为162.30亿元，按移动平均法计算共非法获利人民币98.61亿元。”法院采用移动平均法计算原理计算余股成本的观点，余股成本与余股市值的价差计算在违法所得之内，但余股市值的计算基准判决书中并未写明。在《证券市场操纵行为认定指引（试行）》（该文件已

于2020年10月30日废止）中也将未平仓部分的市值计算在违法所得内，以操纵行为终止、操纵影响消除、行政调查终结或其他适当时点为终点，违法所得 = 终点日持有证券的市值 + 累计卖出金额 + 累计派现金额 - 累计买入金额 - 配股金额 - 交易费用。

4、关于量刑

操纵证券、期货案的涉案金额巨大，但量刑上多通过罚金和追缴违法所得的方式惩处，自由刑的刑期较短，有单处罚金的情况，缓刑适用比例较高。为展现该类案件的量刑情况，本文以图表方式对14件案件的量刑情况进行了梳理，详见下表：

号	涉案情况	量刑情节	判处刑罚
(2019)沪01刑初19号	唐汉博涉及违法所得金额2.580余万元，情节特别严重；唐园子涉及违法所得金额1.790余万元，情节特别严重；唐渊琦仅接受唐汉博指令多次参与涉案股票交易，故认定其操纵证券市场情节严重。	唐汉博为主犯；唐园子、唐渊琦系从犯；三人均具有自首情节；唐汉博有立功表现；唐汉博、唐园子、唐渊琦退缴全部违法所得及预缴全部罚金。	唐汉博犯操纵证券市场罪，判处有期徒刑三年六个月，并处罚金人民币二千四百五十万元；唐园子犯操纵证券市场罪，判处有期徒刑一年八个月，并处罚金人民币一百五十万元；唐渊琦犯操纵证券市场罪，判处有期徒刑一年，缓刑一年，并处罚金人民币十万元；操纵证券市场违法所得予以追缴。
(2016)沪01刑初78号	伊世顿公司分别成交IC、IF主力合约100.47万手和276.97万手，合计377.44万手，共计非法获利3.893亿余元，情节特别严重。高燕、梁泽中作为伊世顿公司的直接责任人员，均积极参与伊世顿公司操纵期货市场行为，故其行为均构成操纵期货市场罪，且均属情节特别严重。金文献与伊世顿公司合谋，操纵XX所IC、IF主力合约，其行为亦构成操纵期货市场罪，情节特别严重，且系共同犯罪。	伊世顿公司能认罪、悔罪，依法可予酌情从轻处罚；高燕、梁泽中均具有自首情节，结合二人在伊世顿公司的具体地位和作用以及认罪悔罪态度，依法均可以减轻处罚；金文献具有自首情节。	张家港保税区伊世顿国际贸易有限公司犯操纵期货市场罪，判处有期徒刑三亿；高燕犯操纵期货市场罪，判处有期徒刑三年，缓刑四年，并处罚金人民币一百万元；被告人梁泽中犯操纵期货市场罪，判处有期徒刑二年六个月，缓刑三年，并处罚金人民币八十万元；被告人金文献犯操纵期货市场罪，判处有期徒刑二年，并处罚金人民币六十万元；追缴张家港保税区伊世顿国际贸易有限公司违法所得人民币三亿八千九百三十万元，上缴国库。
(2017)鄂0102刑初629号	王某共获利人民币225,700元，造成银丰公司经济损失人民币83,050元。	王某有自首情节；已赔偿公司全部经济损失并取得谅解；认罪、悔罪。	王某犯操纵期货市场罪，判处拘役五个月，缓刑六个月，并处罚金人民币30,000元。
(2016)鲁15刑初5号	王某某非法获利10368297.96元。	王某某有自首情节；认罪态度较好且能主动协助侦查人员冻结个人证券账户，缴纳罚金。	王某某犯操纵证券市场罪，判处有期徒刑一年，缓刑一年零六个月，并处罚金人民币一百万元（已缴纳）；王某某退赃款182347.33元及冻结在案的涉案其他账户非法所得款项，予以没收，上缴国库；禁止被告人王某某在缓刑考验期限内从事证券业务及其他相关活动。
(2017)粤03刑初847号	在黄信铭（另案处理）组织下，谢冠华、朱辉、黄正中、刘子轩、孔岩、陈国因（另案处理）非法操纵“珠江啤酒”股票价格，至案发时账面获利人民币120060427.57元。	谢冠华是主犯；朱辉、黄正中、刘子轩、孔岩是从犯。认罪态度较好；朱辉有自首情节，系累犯。	谢冠华犯操纵证券市场罪，判处有期徒刑一年十个月，并处罚金人民币100万元；朱辉犯操纵证券市场罪，判处有期徒刑一年三个月，并处罚金人民币90万元；黄正中犯操纵证券市场罪，判处有期徒刑一年三个月，并处罚金人民币70万元；刘子轩犯操纵证券市场罪，判处有期徒刑一年二个月，并处罚金人民币30万元；孔岩犯操纵证券市场罪，判处有期徒刑一年二个月，并处罚金人民币30万元；追缴涉案非法所得人民币120060427.57元，上缴国库。

号	涉案情况	量刑情节	判处刑罚
(2017)沪01刑初49号	朱炜明买入股票交易金额共计人民币2,094.22万余元。卖出股票交易金额共计2,169.70万余元。非法获利75.48万余元。	朱炜明自愿认罪，且退回全部违法所得。	朱炜明犯操纵证券市场罪，判处有期徒刑十一个月，并处罚金人民币七十六万元；扣押在案的违法所得予以没收。
(2015)鄂武汉中刑初字第00123号	陶某利用朱某、陈某的证券账户交易股票共计24只，买入股票金额共计28420251.74元，卖出金额29453545.04元，非法获利840093元。陶某个人实际获利430817元；刘某甲利用李某的证券账户交易股票共计6只，买入股票金额共计1967826.2元，卖出金额2057381.2元，为李某非法获利共计75422元。	陶某、刘某甲具有自首情节；陶某认罪悔罪，且能退出全部违法所得；刘某甲犯罪情节较轻，认罪悔罪，且能退出全部违法所得。	陶某犯操纵证券市场罪，判处拘役六个月，缓刑一年，并处罚金人民币十五万元（已缴纳）；刘某甲犯操纵证券市场罪，判处有期徒刑人民币十万元（已缴纳）；陶某非法所得人民币八十四万零九十三元、刘某甲非法所得人民币七万五千四百二十二元，予以追缴，上缴国库。
(2017)苏01刑初31号	吴定昌买卖“南方航空”、“杭州解百”等14只股票，共计买入10269061股，买入成交总额人民币6398.949441万元，卖出10269061股，卖出成交总额人民币6859.172696万元，共获利人民币460.223255万元。	吴定昌潜逃境外后投案自首；退出全部赃款，认罪悔罪态度较好。	吴定昌犯操纵证券市场罪，判处有期徒刑人民币二千七百六十万元；吴定昌犯罪所得人民币460.223255万元予以追缴，上缴国库。
(2013)鄂武汉中刑初字第00036号	新疆德隆、德隆国际在唐万川及唐某甲、张某某等决策下，累计买入“老三股”金额为678.36亿元（人民币，下同），累计卖出“老三股”金额为621.83亿元，余股市值为113.14亿元，余股成本为162.30亿元，累计直接账面盈利人民币98.61亿元，累计获利市值人民币48.99亿元的股票。	唐万川潜逃境外后投案自首，如实供述犯罪事实，认罪悔罪。	唐万川犯操纵证券市场罪，判处有期徒刑二年六个月，缓刑三年。
(2018)沪01刑初23号	王凯控制其本人及借用他人的160个证券账户，集中资金优势，连续买卖上海证券交易所“永艺股份”股票，累计买入5.076万余股，买入金额人民币62.6亿余元，系情节特别严重。刘永庭明知王凯的操纵行为，仍帮助其联系宋某等配资方筹集资金。	王凯为主犯；刘永庭系从犯。	王凯犯操纵证券市场罪，判处有期徒刑六年，并处罚金人民币三百万元；刘永庭犯操纵证券市场罪，判处有期徒刑三年，并处罚金人民币三百万元；违法所得予以追缴。
(2017)川刑终70号	姜为控制或决策欣华欣公司等42个期货账户，累计动用资金4.1亿余元，利用持仓优势，连续交易甲醇1501合约，2014年12月16日结算后，姜为因资金链断裂，无力追加期货保证金，当晚夜盘开市后，期货公司按照规定对其实施强行平仓，合约价格大幅下跌，并引发市场恐慌性抛盘，导致86个客户穿仓，穿仓金额高达1.77亿元，涉及13家期货公司。姜为在2014年11月14日至12月16日期间，因交易该合约共亏损79459652元。	姜为明知他人报案而在公司等待，抓捕时无拒捕行为，并如实供述犯罪事实，构成自首。	姜为犯操纵期货市场罪，判处有期徒刑二年六个月，并处罚金人民币一百万元。
(2016)闽刑终184号	闽发公司以他人名义设立账户，利用资金优势、持股和持仓优势进行连续买卖，控制的股东账户内“内蒙华电”股票成交量多次占同期该股票连续20个交易日成交总量的30%以上，其中最高持有“内蒙华电”股票占总流通股38.67%，且未公告持股情况，被告人陈峰作为闽发公司操纵证券市场的实施者，属于闽发公司单位犯罪的其他直接责任人员。	陈峰具有自首、认罪悔罪等情节。	陈峰犯操纵证券交易价格罪，判处有期徒刑一年。
(2019)沪刑终110号	鲜言通过其控制的账户组，买入股票共计2,520万余股，买入金额2.86亿余元。	二审期间自愿认罪认罚，并在家属帮助下缴纳了全部罚金及退缴了部分违法所得。	鲜言犯操纵证券市场罪判处有期徒刑三年四个月，并处罚金人民币一千万元。
(2017)沪01刑初86号	经赛晖文介绍，朱德洪与杨绍东结识并合谋拉抬宏达新材股票价格后高位减持获利分成，该案中，杨绍东控制的49个账户交易宏达新材股票浮盈111,609,018.07元（未扣除相关税费）宏达新材股票于同月11日因重大资产重组停牌，2015年9月1日复牌。3名被告人均因股价下跌未实际获利。	朱德洪、杨绍东系主犯；赛晖文系从犯；三人均系自首，能预缴罚金。	朱德洪犯操纵证券市场罪，判处有期徒刑三年，缓刑四年，并处罚金人民币四百万元；杨绍东犯操纵证券市场罪，判处有期徒刑二年六个月，缓刑三年，并处罚金人民币三百万元；被告人赛晖文犯操纵证券市场罪，判处有期徒刑一年六个月，缓刑二年，并处罚金人民币二百万元。

注释：

1.《中华人民共和国刑法修正案（十一）》十三、将刑法第一百八十二条第一款修改为：有下列情形之一，操纵证券、期货市场，影响证券、期货交易价格或者证券、期货交易量，情节严重的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；情节特别严重的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处罚金：

（一）单独或者合谋，集中资金优势、持股或者持仓优势或者利用信息优势联合或者连续买卖的；

（二）与他人串通，以事先约定的时间、价格和方式相互进行证券、期货交易的；

（三）在自己实际控制的帐户之间进行证券交易，或者以自己为交易对象，自买自卖期货合约的；

（四）不以成交为目的，频繁或者大量申报买入、卖出证券、期货合约并撤销申报的；

（五）利用虚假或者不确定的重大信息，诱导投资者进行证券、期货交易的；

（六）对证券、证券发行人、期货交易标的公开作出评价、预测或者投资建议，同时进行反向证券交易或者相关期货交易的；

（七）以其他方法操纵证券、期货市场的。”

2.《中华人民共和国刑法（1997修正）》第一百八十二条：有下列情形之一，操纵证券交易价格，获取不正当利益或者转嫁风险，情节严重的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处违法所得一倍以上五倍以下罚金：

（一）单独或者合谋，集中资金优势、持股优势或者利用信息优势联合或者连续买卖，操纵证券交易价格的；

（二）与他人串通，以事先约定的时间、价格和方式相互进行证券交易或者相互买卖并不持有的证券，影响证券交易价格或者证券交易量的；

（三）以自己为交易对象，进行不转移证券所有权的自买自卖，影响证券交易价格或者证券交易量的；

（四）以其他方法操纵证券交易价格的。

单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处五年以下有期徒刑或者拘役。

3.《中华人民共和国刑法（2017修正）》第一百八十二条【操纵证券、期货市场罪】有下列情形之一，操纵证券、期货市场，情节严重的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；情节特别严重的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处罚金：

（一）单独或者合谋，集中资金优势、持股或者持仓优势或者利用信息优势联合或者连续买卖，操纵证券、期货交易价格或者证券、期货交易量的；

（二）与他人串通，以事先约定的时间、价格和方式相互进行证券、期货交易，影响证券、期货交易价格或者证券、期货交易量的；

（三）在自己实际控制的账户之间进行证券交易，或者以自己为交易对象，自买自卖期货合约，影响证券、期货交易价格或者证券、期货交易量的；

（四）以其他方法操纵证券、期货市场的。

单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照前款的规定处罚。

4.《中华人民共和国证券法（2019修订）》第五十五条：禁止任何人以下列手段操纵证券市场，影响或者意图影响证券交易价格或者证券交易量：

（一）单独或者通过合谋，集中资金优势、持股优势或者利用信息优势联合或者连续买卖；

（二）与他人串通，以事先约定的时间、价格和方式相互进行证券交易；

（三）在自己实际控制的账户之间进行证券交易；

（四）不以成交为目的，频繁或者大量申报并撤销申报；

（五）利用虚假或者不确定的重大信息，诱导投资者进行证券交易；

（六）对证券、发行人公开作出评价、预测或者投资建议，并进行反向证券交易；

（七）利用在其他相关市场的活动操纵证券市场；

（八）操纵证券市场的其他手段。

操纵证券市场行为给投资者造成损失的，应当依照法律承担赔偿责任。

5.《期货交易管理条例（2017修订）》第七十条：任何单位或者个人有下列行为之一，操纵期货交易价格的，责令改正，没收违法所得，并处违法所得1倍以上5倍以下的罚款；没有违法所得或者违法所得不满20万元的，处20万元以上100万元以下的罚款：

（一）单独或者合谋，集中资金优势、持仓优势或者利用信息优势联合或者连续买卖合约，操纵期货交易价格的；

（二）蓄意串通，按事先约定的时间、价格和方式相互进行期货交易，影响期货交易价格或者期货交易量的；

（三）以自己为交易对象，自买自卖，影响期货交易价格或者期货交易量的；

（四）为影响期货市场行情囤积现货的；

（五）国务院期货监督管理机构规定的其他操纵期货交易价格的行为。

单位有前款所列行为之一的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告，并处1万元以上10万元以下的罚款。

操纵证券、期货市场罪的规范梳理与实务探究

WINCON
LEGAL
INSIGHT



赵振斌

深耕证券资本市场，擅长IPO、新三板挂牌及再融资；重大资产重组；投资并购；股权激励；公司债券；私募基金等业务。



朱晓娜

业务领域为IPO、新三板挂牌；投资并购、股权激励、公司股权及治理、私募基金等。

注册资本认缴制下，0对价转让未实缴出资部分股权的做法十分常见，转让方认为其把未实缴部分股权的出资义务转让出去，股权转让收入为0，无须缴纳个人所得税。而依据《股权转让所得个人所得税管理办法（试行）》（国家税务总局公告2014年第67号）（以下简称“67号文”）的规定，个人申报股权转让收入明显偏低的（低于股权对应的净资产份额），税务机关可以使用净资产核定法等方法核定股权转让收入，此时核定的股权转让收入通常会高于转让方实际申报的股权转让收入，进而需要缴纳较高的个人所得税。

为什么转让方没有转让收入，还要缴纳个人所得税？税务机关采用净资产核定法、统一按照净资产份额确定股权转让收入是否合理、存在哪些问题？是否有可供参考的其他合理方法？本文将结合对上述问题的分析，提出实践中转让未实缴出资部分股权的处理建议。

一、净资产核定法的适用

根据67号文的规定，自然人转让股权，以股权转让收入减除股权原值和合理费用后的余额为应纳税所得额，按“财产转让所得”缴纳个人所得税。若自然人申报的股权转让收入“明显偏低且无正当理由的”（申报的股权转让收入低于股权对应的净资产份额的），主管税务机关有权核定股权转让收入，其中“净资产核定法”是优先适用的方法（不考虑存在企业需要评估确定价格、第三方融资价格的情况），核定的股权转让收入=公司净资产×股权转让比例。这样按照税务机关核定的股权转让收入计算出来的个人所得税数额，与按照转让方实际股权转让收入计算出来的个人所得税数额，就存在差异，我们可以通过以下假设的案例进行对比：

案例：

A有限公司成立于2017年12月20日，注册资本300万元，甲、乙、丙三个股东分别认缴出资100万元，约定股东于2047年12月31日缴足全部出资，截至目前甲实缴出资100万元，乙实缴出资50万元，丙尚未实缴出资。经甲、乙同意，丙方拟将其未实缴部分股权转让给丁，股权转让对价为0元。公司章程约定股东按照实缴的出资比例分取红利。股权转让不考虑其他税费影响。

◆ 情景一（亏损）：截至2021年12月31日，A公司净资产数额为60万元（实收资本150万元+未分配利润-90万元）：

丙方实际股权转让收入=0，应缴纳个人所得税=0；

因丙方申报的股权转让收入低于股权对应的净资产份额，税务机关核定股权转让收入=60×100/300=20万元，股权原值为0，应缴纳个人所得税=（20-0）×20%=4万元。

◆ 情景二（盈亏平衡）：截至2021年12月31日，A公司净资产数额为150万元（实收资本150万元+未分配利润0元）：

丙方实际股权转让收入=0，应缴纳个人所得税=0；

因丙方申报的股权转让收入低于股权对应的净资产份额，税务机关核定股权转让收入=150×100/300=50万元，股权原值为0，应缴纳个人所得税=（50-0）×20%=10万元。

◆ 情景三（盈利）：截至2021年12月31日，A公司净资产数额为180万元（实收资本150万元+未分配利润30万元）：

丙方实际股权转让收入=0，应缴纳个人所得税=0；

因丙方申报的股权转让收入低于股权对应的净资产份额，税务机关核定股权转让收入=180×100/300=60

万元，股权原值为0，应缴纳个人所得税=（60-0）×20%=12万元。

二、净资产核定法的问题

从前述三种情景下核定股权转让收入的计算公式中可以看出，采用净资产核定法，在各个股东实缴出资比例不一致的情况下，将净资产中的实收资本核定分配至未履行实缴出资义务的股东，不加区分地适用净资产核定价格，并不合理。

1、交易对价合理性问题

如前所示三种情景中，按照净资产核定法，只要公司净资产数额大于0，丙方对外转让未实缴部分股权的股权转让收入就不为0，而且不同情景下的股权转让收入差异较大，导致个人所得税数额差异较大。在公司盈利的情况下，受让方对公司留存未分配利润有预期收益，此时采用净资产核定法核定股权转让收入、征收个人所得税尚可理解，但在公司盈亏平衡甚至亏损的情况下，公司没有未分配利润，仍然征收个人所得税对转让方、受让方来说都不合理：

(1) 从转让方的角度分析

公司经营状况不佳，未实现盈利，转让方综合考虑出资能力、投资风险、预期收益等因素后，决定不再继续出资，将其持有的未实缴部分股权0元转让给受让方，由受让方代替转让方（原股东）完成后续的实缴出资义务，这与公司设立时各股东按照约定履行实缴出资义务是一致的，转让方没有任何收益，所以不应缴纳个人所得税。如果按照净资产核定法核定了股权转让收入，转让方不仅实际上没有获得任何收入，而且还要支付个人所得税，对转让方而言就是“不赚反亏”，在这种情况下转让方为了避税，可能采取委托代持其他方式实现其股权转让的目的。

(2) 从受让方的角度分析

受让方取得转让方未实缴部分的股权所付出的成本为“受让时支付的股权对价”+“后续的实缴出资”，受让方在什么情况下会支付“股权对价”呢？在公司本身没有任何留存收益（未分配利润）的情况下，受让方受让股权成为公司股东后，除了要代替原股东履行后续实缴出资义务，还要承担公司亏损的风险，受让方自然不会愿意支付股权受让成本；在公司盈利情况下，公司虽然有留存收益，但受制于公司章程按实缴出资比例分取红利的约定，受让方是否愿意支付股权转让对价，有待受让方

对公司盈利持续性、利润分配可能性的考量和判断以及受让方与转让方之间的谈判沟通，通常受让方会更倾向于不支付或少支付股权转让对价。

2、重复征税问题

如前述案例，若丁方受让丙方的股权后，履行出资义务实缴了100万元的注册资本，丁方又将其持有的该部分股权转让给外部第三人，按照67号文第十五条的规定，个人转让股权的原值为实际支付的价款与取得股权直接相关的合理税费之和（暂不考虑取得股权的印花税等税费影响），丁方实际支付的价款为100万元，但此前按照净资产核定法核定的股权转让收入也应算作丁取得该部分股权的成本，若按照67号文第十五条的规定，股权原值仅认可实际支付的价款，则会导致此前核定部分的股权转让收入重复征税，有违个人所得税避免重复征收的原则。

因此，若分析转让双方的交易目的、公司实际经营情况，未实缴出资部分的股权转让对价为0元，是合理的——也即股权转让价格低于转让股权所对应的净资产份额是合理的，而低于多少才是公允的、0元是不是公允的，尤其是公司不同经营状况下的股权转让价格如何保证公允，实践中确实需要一种更加合理的计算方式作为参考。

三、净资产核定法的修正思路

自2014年3月1日开始实施注册资本认缴制以来，股东0元转让未实缴出资额的现象越来越常见，针对股东实际申报的股权转让收入与税务机关采用净资产核定法核定的股权转让收入之间的差异，有观点提出了一种“修正的净资产核定法”，股权转让的实质是转让方将被投资企业的未来收益、应当缴纳的剩余出资额一并转让给受让方，在未实缴出资的情况下，股东转让的股权是未来收益分配权受到限制的“不完全股权”，受让方取得收益分配权不受限制的“完全股权”需要增加一块成本，即未来应当缴纳的剩余出资，所以可以得到以下等式：

◆受让方取得转让股权（完全股权）所支付的成本=股权转让对价+受让方应缴纳的剩余出资

◆受让方取得“完全股权”后可享有的净资产额=（股权转让时公司净资产+全部股东应缴纳的剩余出资）×转让的股权比例

在转让双方考虑转让股权的对价时，合理且公允的情况下，双方应当使：受让方取得转让股权（完全股权）所支付的成本=受让方取得“完全股权”后可享有的净资产额。

上述等式转化得到：股权转让对价=（股权转让时公司净资产+全部股东应缴纳的剩余出资）×转让的股权比例-受让方应缴纳的剩余出资

将“修正的净资产核定法”适用于前述案例的三种情景中：

◆情景一（亏损）：丙方股权转让的收入（股权转让对价）=（60万元+150万元）×100/300-100万元=-30，丙方申报的股权转让收入0元>核定的股权转让收入-30，不属于股权转让收入明显偏低的情况，无须缴纳个人所得税。

◆情景二（盈亏平衡）：丙方股权转让的收入（股权转让对价）=（150万元+150万元）×100/300-100万元=0，丙方申报的股权转让收入0元，不属于股权转让收入明显偏低的情况，无须缴纳个人所得税。

◆情景三（盈利）：丙方股权转让的收入（股权转让对价）=（180万元+150万元）×100/300-100万元=10万元，丙方申报的股权转让收入0元<核定的股权转让收入10万元，应按10万元核定，缴纳个人所得税=（10-0）×20%=2万元。

四、总结与反思

以上，针对转让未实缴出资部分股权的个人所得税，我们可以看到实践和理论研究中存在的三种不同的处理方式，但从合理避税的目的出发，三种处理方式都存在适用情景的局限性：

1、0对价转让

在公司成立初期、全部未实缴出资或公司未实现盈利的情况下，0对价转让未实缴部分股权具有合理性，也比较能够说服税务机关，避免被核定股权转让收入；而在公司盈利（留存未分配利润）的情况下，股东0元转让未实缴出资部分的股权，就存在被税务机关认定为“股权转让收入明显偏低且无正当理由”的风险，从而被重新按照净资产份额核定股权转让收入，承担较高的个人所得税成本。

2、修正的净资产核定法

在公司未实现盈利的情况下，采用修正的净资产核定法，产生的效果与0对价转让是一致的，均无须缴纳个人所得税；而在公司盈利的情况下，相比税务机关采用的净资产核定法，修正的净资产核定法会降低个人所得税纳税数额。综合而言，是一种比较合理且公允的计算方式。

但应当注意的是，当转让的股权中既有未实缴出资部分也有实缴出资部分、且实缴出资部分大于未实缴出资部分的情况下，采用修正的净资产核定法计算的个人所得税数额可能会高于税务机关采用的净资产核定法计算的个人所得税数额。比如前述案例情景三中，乙方拟转让其持有的公司80万元注册资本（其中转让实缴部分50万元、转让未实缴部分30万元），净资产核定法计算的股权转让收入=180×80/300=48万元，股权转让收入低于成本（实缴出资50万元），无须缴纳个人所得税；而采用修正的净资产核定法计算的股权转让收入=(180+150)×80/300-30=58万元，个人所得税=(58-50)×20%=1.6万元。

3、净资产核定法

相比0对价转让、修正的净资产核定法，税务机关采取的净资产核定法通常会认定产生较高的个人所得税。前述案例的三种情景下，只有在转让股权全部为实缴注册资本时（不包括净资产为负值的特殊情况），采取净资产核定法核定股权转让收入才是完全公允的，不会产生多征税或少征税的问题。

五、建议

按照各地税务机关和市场监督管理部门的统一要求，个人发生股权转让行为，在向市场监督管理部门办理变更登记手续前，应依法在被投资企业所在地主管税务机关办理纳税申报，取得完税证明（通常是《个人股权转让完税信息表》或《股权转让税源监控登记表》等），市场监督管理部门查验相关完税证明后，为申请人办理股权转让变更登记。所以，个人转让股权的，工商变更登记的前提必要条件就是纳税申报，转让双方的交易对价要由税务机关审查，如发现股权转让收入明显偏低且无正当理由的，会被税务机关核定股权转让收入并征缴个人所得税。而在净资产核定法的适用不合理、法律法规又无其他合理方式参考的情况下，可以考虑从以下方面尝试降低个人所得税：

1、67号文规定的“股权转让收入明显偏低但视为有正当理由”情形

第十三条：“符合下列条件之一的股权转让收入明显偏低，视为有正当理由：

（一）能出具有效文件，证明被投资企业因国家政策调整，生产经营受到重大影响，导致低价转让股权；

（二）继承或将股权转让给其能提供具有法律效力

身份关系证明的配偶、父母、子女、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女、兄弟姐妹以及对转让人承担直接抚养或者赡养义务的抚养人或者赡养人；

（三）相关法律、政府文件或企业章程规定，并有相关资料充分证明转让价格合理且真实的本企业员工持有的不能对外转让股权的内部转让；

（四）股权转让双方能够提供有效证据证明其合理性的其他合理情形。”

2、结合公司经营情况，综合考量选择股权转让方式

（1）公司净资产数额为负值时：每股净资产额 < 0元，0对价转让未实缴出资部分的股权不产生个人所得税；

（2）公司净资产数额为正值、但未实现盈利时：公司净资产主要为股东的实缴注册资本，股东转让未实缴出资部分可以采用0对价转让的方式，但需要提前与税务机关沟通，提供公司财务报表（证明未实现盈利）、公司章程（证明按实缴出资比例进行分红）、股权转让协议（证明受让方承担后续实缴出资义务）、股东会决议等材料，说明0对价转让未实缴出资部分股权的合理性；

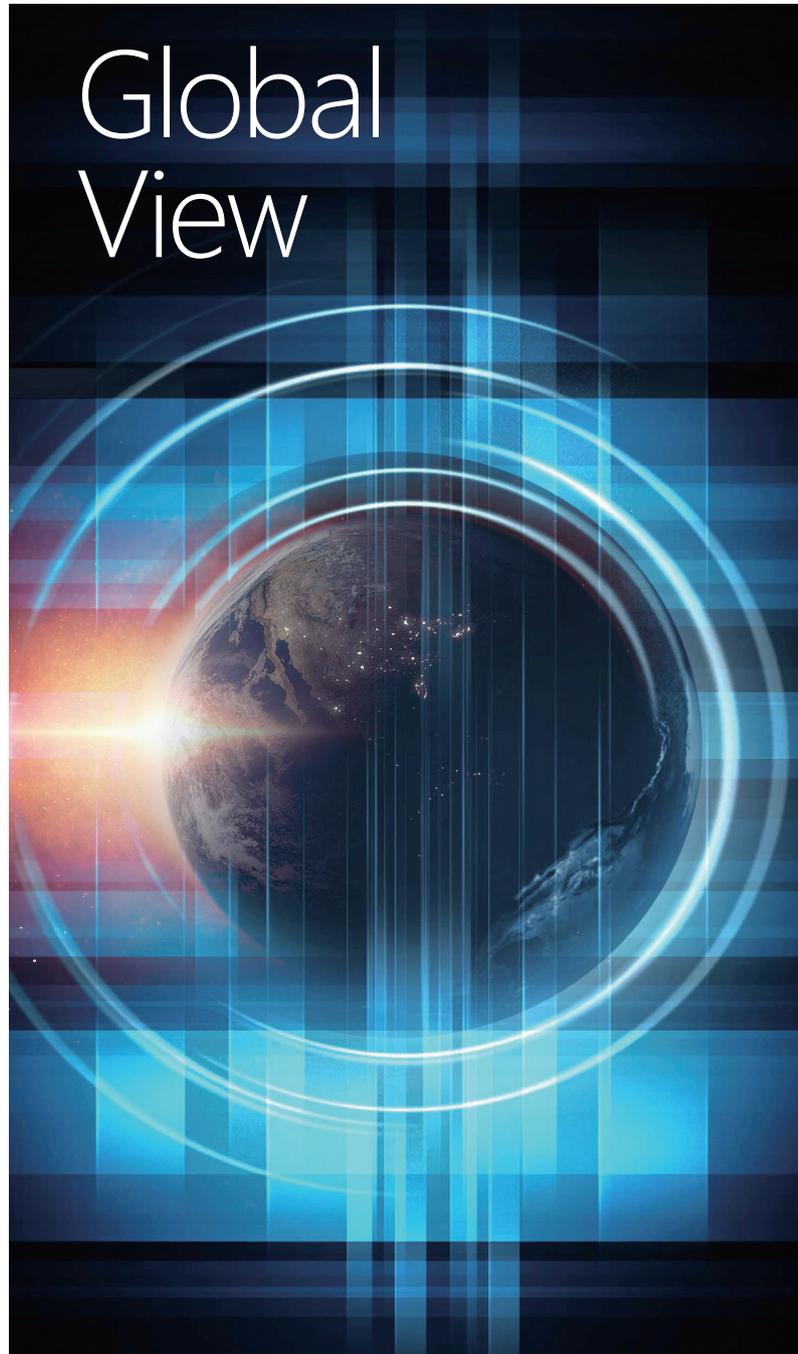
（3）公司实现盈利时：提前咨询当地税务机关，了解当地税务机关对于盈利情况下转让未实缴出资部分股权的审查态度，向税务机关具体解释0对价转让未实缴出资部分股权的合理性（如内部股权结构调整、关联方受让等）；若无法通过0对价转让，建议与税务机关沟通按照修正的净资产核定法计算股权转让收入；仍无法适用的，可以考虑通过增资扩股、先增后减/先减后增等方式迂回实现股权转让的效果。

参考文献：

1、《认缴制下确定股权对应的净资产份额的思考》，作者：广州地税，柯安娜，2017年2月，文章链接<https://www.shui5.cn/article/6f/110558.html>

2、《未实缴出资注册资本股权转让个人所得税分析——股权清算价值法构建及应用》，作者：北京德和衡（上海），钟建，2018年5月，文章链接<https://mp.weixin.qq.com/s/6KbcD3bwDzsJQsWwyGk-iw>

国际
视野



关于外商投资境内医疗机构之注册资本及股权相关实务问题

WINCON
LEGAL
INSIGHT



李佼

毕业于德国哥廷根大学，获法学硕士学位。专注于投资并购、公司治理、婚姻家庭与财富传承法律业务。



赵琳琳

曾在某韩资控股的合资企业从事法务工作，工作语言为韩语，具有为国有、合资、外资企业提供综合法律服务的丰富经验。

后疫情时代，全球经济发展和国际经济合作面临着巨大挑战，跨境投资面临越来越多的限制和不确定性。在此环境下，外资对境内投资也持有更加谨慎的态度，跨境投资律师在这一背景下发挥着越来越重要的作用。

有朋友告诉小编，今天在文康律师事务所有一场外商投资的咨询，世界500强G公司想在中国并购一家医疗美容机构，委托了文康律师事务所的跨境投资团队作为这次并购的法律服务团队，今天是双方的第一次线下见面，跟着小编一起去听听看吧！

一、外商投资境内医疗机构时是否存在股权比例限制？

李部长：您好赵律师，很高兴终于见面了！像之前咱聊过的，我们是一家韩资企业，想在中国并购一家医疗美容机构，请问中国的法律法规对外商投资中国的医疗机构有什么限制吗？

赵律师：您好李部长，很荣幸可以有这次机会为贵公司服务。目前来看是有一定限制的，根据《外商投资准入特别管理措施（负面清单）（2021年版）》，“卫生和社会工作”的准入要求为“医疗机构限于合资”。

李部长：赵律师，这个负面清单里只提到了“合资”，没有具体股权比例的限制，那我们可以持股99%吗？

赵律师：贵公司最多可以持股70%。根据《中外合资、合作医疗机构管理暂行办法》的规定，“合资、合作中方在中外合资、合作医疗机构中所占的股权比例或权益不得低于30%”。

也就是说，外资企业在中国境内不能单独设立医疗机构，但可采取参股、控股的方式与中方合资、合作设立医疗机构，外资企业持股比例不得高于70%。

李部长：赵律师，您说的这个规定我也知道，但这个规定是2000年颁布施行的，都过了20多年了，而且据我了解，这些年中国又多次放宽了对外资持股比例及投资额度的限制，这个规定现在还有效吗？

赵律师：是的李部长，《中外合资、合作医疗机构管理暂行办法》虽已颁行20多年但并未失效。为了落实目前的政策，我们也致电了相关部门，工作人员告知之前颁布的多部放宽政策均已不适用，外资企业在内地设立医疗机构只能通过合资的形式，且外资持股比例不得超过70%。

李部长，您看，这是我们之前在公开网站查询的北京市2016年至2021年成立的所有中外合资医疗机构，这4家机构外资持股比例都不超过70%。

公司名称	注册地址	成立时间	股东及持股情况、股权穿透情况
北京德视佳东部眼科诊所有限公司	北京市朝阳区	2018年9月3日	北京德视佳（股东：德国公司60%；内资公司30%；香港公司10%）
北京未来国际医疗整形美容医院有限公司	北京市朝阳区	2017年1月13日	内资公司 60%香港公司 40%
北京万泉国际中西医结合医院有限公司	北京市海淀区	2019年7月31日	内资公司 90%德国公司 2%
北京汉理中医医院有限公司	北京市海淀区	2016年10月29日	北京汉理 50%（股东：香港公司 70%、北京新杰西30%）北京新杰西 30%（股东：中国自然人独资）北京和汉 20%（股东：外国自然人独资）

二、香港服务提供者是否可以在内地设置独资医疗机构？

李部长：赵律师，据说香港服务提供者可以在内地设置独资医疗机构，请问是这样吗？

赵律师：是的，李部长，但需要满足一定条件。

根据《内地与香港关于建立更紧密经贸关系的安排》的规定，香港服务提供者在内地设立独资医疗机构应满足如下条件：应在香港注册或登记设立并从事实质性商业经营3年及以上（或通过M&A方式取得香港服务提供者50%以上股权满1年），并应缴纳利得税，拥有或租用与业务范围、规模相符的业务场所，雇用50%以上的香港定居或居留无限制员工。

根据《〈内地与香港关于建立更紧密经贸关系的安排〉补充协议九》的规定，香港服务提供者在内地设置除独资医院、独资疗养院外其他独资医疗机构的，需要经省级卫生行政部门审批。

三、香港公司在中国境内设立的公司是否可以与外商投资企业共同持有境内医疗机构100%的股权？

李部长：赵律师，我们还是想尽可能多的持有境内医疗机构的股权。既然香港公司可以单独在中国境内设立医疗机构，那我们可不可以先在香港设立一个公司，再和我们在中国境内直接投资的公司合资在中国境内设立医疗机构呢？这样就可以实现100%控股。

赵律师：李部长，我们很多客户都和您有相同的想法。根据《外商投资法实施条例》，“香港特别行政区、澳门特别行政区投资者在内地投资，参照外商投资

法和本条例执行。”根据《〈中外合资、合作医疗机构管理暂行办法〉的补充规定》，“香港、澳门服务提供者在内地设立合资、合作医疗机构的其他规定，仍参照《中外合资、合作医疗机构管理暂行办法》执行。”根据《外商投资法》及其《实施条例》的规定，外商投资包括“间接投资”，因此，香港公司在境内再投资控制境内企业，同样适用《中外合资、合作医疗机构管理暂行办法》对于外方股权比例的限制。

也就是说，港澳资本只能根据《香港和澳门服务提供者在内陆设立独资医院管理暂行办法》的规定独资经营或与中资合作、合资经营，香港公司在中国境内再投资控制境内企业是不能和外商投资企业，即贵公司在中国境内直接投资的公司共同持有境内医疗机构100%股权的。

四、能否使用外商投资企业的注册资本支付并购标的公司的股权转让款？

李部长：我们公司之前在中国境内注册过一家公司，注册资本也已经实缴了，我们是否可以用在这家公司实缴的注册资本金支付并购标的公司的股权转让款呢？

赵律师：根据《国家外汇管理局关于进一步促进跨境贸易投资便利化的通知》的规定，“在投资性外商投资企业（包括外商投资性公司、外商投资创业投资企业和外商投资股权投资企业）可依法依规以资本金开展境内股权投资的基础上，允许非投资性外商投资企业在不违反现行外商投资准入特别管理措施（负面清单）且境内所投项目真实、合规的前提下，依法以资本金进行境内股权投资。”

李部长：您确定吗，赵律师？我记得之前中国只允许经营范围包含对外投资的公司才能够以注册资本金对外投资。

赵律师：是的李部长，您说的没错，之前确实有这样的规定，但现在已经放开了。之前我们做其他项目的时候也给相关部门打电话落实过，工作人员确认了上述

规定现行有效，非投资性外商投资企业在不违反现行外商投资准入特别管理措施（负面清单）且境内所投项目真实、合规的前提下，是可依法以资本金进行境内股权投资的。

李部长：谢谢赵律师，您说的真是太全面了，一下就解答了我的困惑，不愧是专业的跨境投资业务团队啊，这个项目交给你们我就放心了。

赵律师：您客气了李部长，这都是我们应该做的，希望贵公司交易顺利完成！

韩国子公司辞退员工时的注意事项

WINCON
LEGAL
INSIGHT



韩国业务团队

文康在创建之初，以中韩间日益密切的贸易往来为契机，将涉韩法律业务作为重要业务板块之一，是国内大型综合性律师事务所中少数拥有专业韩国团队的律师事务所。

作为最早从事韩法律业务的律所之一，文康在涉韩法律服务方面有着丰富的执业经验，先后服务过的韩国客户（包括来自韩国的客户和中国境内的韩资企业）有近百家，客户名单中包括多家韩国经济支柱产业公司、众多知名跨国企业、数十家财富五百强企业、细分行业龙头企业。

文康韩国业务团队以顶尖的法律专业水平、优质高效的法律服务能力获得了客户的高度赞誉，团队成员包括深谙韩国国情、韩企文化和商业环境的资深律师，精通中韩法律及语言文化的专家型、学者型律师，韩国法务部（司法部）特聘咨询委员，以及多位能以韩语、英语为熟练工作语言的中国律师。他们能熟练使用韩文、英文等多种语言与客户进行沟通、起草各类法律文件。

目前较多中国企业在韩国设立的子公司（简称“韩国子公司”）可能存在其员工不符合其岗位业务能力、性骚扰等的行为，但因企业内部规定对于惩戒（含辞退、开除、降薪等）标准、方式等的不确定，在企业内部进行决定时“束手束脚”，或造成不当惩戒的结果。对此，具有丰富实际操作经验的律师成为这些韩国子公司的救命稻草。

下面，就韩国子公司在惩戒其员工时，应注意哪些方面的问题，进行简单分析。

一、惩戒种类

依据<韩国劳动基准法>第23条规定，用人单位如无正当理由，不得解雇、暂时停职、停职、转移岗位、减薪及其他惩罚（统称为“惩戒”）。

在用人单位的“集体合同”或者“就业规则”（企业员工10人以上时，需起草就业规则后向韩国劳动行政部门申报）中，通常规定的惩戒种类有，（1）解雇；（2）

降职；（3）停职；（4）减薪；（5）谴责；（6）警告等类型。

二、惩戒步骤

用人单位认为需要对员工有必要采取惩戒，应向员工发出书面通知，通知应包括解雇等惩戒事由、惩戒效力发生日期、对惩戒提出异议提交时间及方式、惩戒委员会开会日期及场所、有权当面可出席等内容。解雇通

知应按照‘员工手册’或其他公示文件规定的期限，提前通知。

一般规模比较小的韩国子公司，因不按照规定的惩戒步骤进行惩戒程序，而是由法定代表人单方对员工进行惩戒，而存在被认定为不当惩戒的情形。因此，在发出惩戒通知前，应充分依据相关惩戒步骤，给与员工充分陈述意见的机会。

三、员工救济渠道

收到惩戒通知的韩国子公司员工如果不服惩戒处分，可以向韩国所属地方劳动委员会申请救济；如果一方不服地方劳动委员会的决定，可以向中央劳动委员会申请复议。如果对韩国中央劳动委员会的决定不服时，不服的一方可以向法院提起行政诉讼，法院诉讼可进行三级三审。

四、韩国子公司不当惩戒的法律后果

韩国子公司对员工采取惩戒处分后，最终败诉而承担的不利后果是应补偿员工受到惩戒处分后遭受的损失。如果采取解雇措施时，应支付解雇状态期间的工资，并应恢复工作。

目前在韩国，受到惩戒处分的员工提出救济，并经过最终胜诉判决确定了不当惩戒后，也有较多的人因各种原因而选择了自行离职。

五、律师进一步建议

(1) 惩戒事由不明的问题。

通常来说，韩国子公司会依据相关法律法规规定，制定“集体合同”或“就业规则”或其他公示文件。但是，也有的韩国子公司尚未制定“集体合同”或“就业规则”或其他公示文件，或制定的文件中，没有规定具体的惩戒种类所对应的事由。因此，韩国子公司能否对员工处以解雇、降职、减薪等惩戒，存在一定的不确定性。

并且，韩国劳动基准法并不列举惩戒事由，只规定了处以惩戒需具有“正当理由”。因此，根据具体案情，只能以个案是否存在正当理由来判断惩戒的合法性。不同的惩戒种类，均应具有其惩戒的“正当事由”，且惩戒的“正当事由”与惩戒处罚之间需存在相当的适当性。但

惩戒事由是否具有正当性、存在相当的适当性问题，举证责任在于韩国子公司（用人单位）一方，不在于员工一方。这也说明了，韩国子公司制定相关文件并明确惩戒事由的必要性及在调查过程中确保相关证据资料的重要性。

以业务能力不足为例，通常来看，如果不足程度轻微时，难以采取解雇措施，只有在客观上无法承担业务内容，如果继续进行业务明显困难时，才可能会被认定为可以解雇的惩戒事由。如果欠缺解雇的正当性及适当性，韩国子公司可能构成不当惩戒，而导致韩国子公司需承担不当惩戒的法律后果。

因此，我们在此建议，不管是制定“集体合同”或“就业规则”，还是制定或签署“员工手册”及“文化价值观红黄线管理规定”、“雇佣合同”等，将所适用的惩戒事由及种类、方式等规定或约定明确，以此作为规制韩国子公司及员工双方的依据。

(2) 惩戒前的协商程序。

惩戒程序一旦启动，对于韩国子公司及员工，均是一种负担，且如果进行复议、诉讼等程序，短则几个月，长则2—3年才能对此有最终的定论。

因此，在韩国子公司确保该员工符合惩戒条件的资料后，根据收集的资料及向员工支付一定退職金或补偿金的条件，与员工协商并说服员工自行离职。此种协商方式，在降低双方时间成本的同时，就某些惩戒事由而言，在保护当事员工隐私等方面也是一种较为适合的方式。

其中，针对性骚扰行为，比起业务能力不满足岗位要求等行为而言，是性质更为恶劣、严重的行为。对此，韩国目前亦制定了特别法，来严惩性骚扰行为，故韩国子公司也将严肃处理该类案件。因其案件性质的特殊性，员工当事人也难以向自己的家属等周围亲朋好友说明辩解，如果当事人一旦被起诉，不管案件真伪与否，自己也承担相当痛苦，对当事人来说也是沉重的负担。因此，如果韩国子公司根据性骚扰等理由来跟员工协商时，大部分员工通常会选择自行离职。

如果惩戒事由不是很严重或者无法收集相关证据时，可以与员工协商降职、减薪或转移其他工作岗位等方式进行。

- **青岛**
青岛市香港中路61号甲远洋大厦B座36层
电话: +86-532-85766060
 - **济宁**
济宁市任城区任城大道中德广场B座14层
电话: +86-537-2560086
 - **日照**
日照市东港区北京路201号联通大厦6楼
电话: +86-633-8178000
 - **临沂**
临沂市兰山区环球汇金湾国际商务中心1号楼2层
电话: +86-539-8692789
 - **东营**
东营市府前大街57-1号金辰大厦9层
电话: +86-546-7013389
 - **济南**
济南市历下区经十路11001号人寿大厦21层03-04单元
电话: +86-531-86026655
 - **烟台**
烟台市芝罘区环山路3号润利大厦21层
电话: +86-19953580597
 - **潍坊**
潍坊市高新区东风东街5738号天润大厦A座1510
电话: +86-536-8988225
 - **德州**
德州市三八东路1266号鑫源国际25层
电话: +86-534-2267888
 - **滨州**
山东省滨州市黄河六路338号银泰中心1号1616
电话: +86-543-5185777
 - **上合示范区**
胶州市澳门路海湾天泰金融广场四号楼502
电话: +86-532-82200850
 - **青岛西海岸**
青岛市黄岛区漓江西路666号名家美术馆3层
电话: +86-532-80775085
 - **青岛城阳**
青岛市城阳区正阳路205号海都国际B座16层
电话: +86-532-68958757
 - **青岛莱西**
莱西市天津路34号
电话: +86-532-66899878
-
- **首尔**
韩国首尔市瑞草区瑞草大路397号A栋1106室
 - **悉尼**
澳大利亚新南威尔士州悉尼北区米勒街101号32层
 - **华盛顿**
美国华盛顿特区K街1629号300室
 - **北京**
北京市朝阳区建国门外大街8号IFC大厦(国际财源中心)B座707室
电话: +86-10-65535672
 - **上海**
上海市长宁区延安西路728号华敬翰尊国际大厦8G室



文康法律观察公众号



文康律师公众号