

信任的力量



全国法律服务行业文明服务窗口
全国优秀律师事务所

- 涉外法律事务
- 房地产、建设工程与城市更新法律事务
- 公司与商事法律事务
- 行政法律事务
- 资本市场与金融基金法律事务
- 劳动法与社会保障法律事务
- 刑事法律事务
- 民商事争议解决法律事务
- 知识产权法律事务

E效率 · **T**信任 · **R**责任
fficiency rust esponsibility

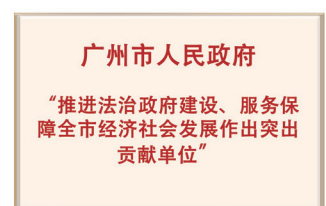
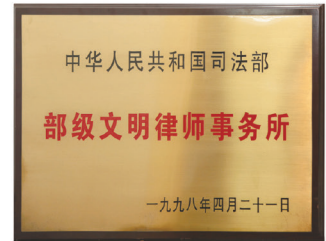


总第 105 期

2022

荣耀属于昨天 历史照亮未来
The glories belong to yesterday
and the history illuminates the future.

- 1996年，荣获司法部授予的“全国法律服务行业文明服务窗口”称号；
- 1998年，荣获司法部授予的全国首批“部级文明律师事务所”；
- 2005年，被中华全国律师协会评定为“全国优秀律师事务所”；
- 2007年，担任第16届亚运会组委会唯一常年法律顾问；
- 2012年，改制为广东省首家采用特殊的普通合伙组织形式的大型综合性律师事务所；
- 2012年，荣获广州市律师协会授予的“广州市十佳律师事务所”称号；
- 2014年，获得专利代理、商标注册、版权登记等知识产权代理资格；
- 2016年，成立广东省首家、全国第八家律所党委；
- 2017年，被广东省司法厅党委认定为“广东省律师行业党的建设省级示范点”；
- 2018年，被广东省律师协会评为“广东省涉外律师事务所库”；
- 2018年，被全国律师行业党委评选为“全国律师行业先进党组织”；
- 2019年，作为世界律师大会的广州仅有的两家特别支持单位之一，获得中华全国律师协会的感谢信，全体志愿者律师荣获广东省司法厅的嘉奖；
- 2019年，荣获广州市律师协会“2016-2019年度广州市优秀律师事务所”；
- 2020年，法治日报社“一带一路·健康之路”十佳律师事务所；
- 2020年，被广东省委非公有制经济组织和社会组织工作委员会评为“全省‘两新’组织党建工作示范点”；
- 2021年，被德本咨询、eNet研究院、互联网周刊、投研电讯四家智库机构联袂评为“中国律所品牌价值100强”第七名；
- 2021年，荣获广州市人民政府授予的“推进法治政府建设、服务保障全市经济社会发展作出突出贡献单位”；
- 2021年，中共广东省委“广东省先进基层党组织”



国内

- **广州总部 Guangzhou headquarters**
地址(Add):广东省广州市天河区珠江东路6号周大福金融中心
(广州东塔)29层、10层、11层(1101-04)
邮编(P.C.):510623
总机(Tel):(020)37181333
邮箱(E-mail):etr@etrlawfirm.com
网址(Web):www.etrlawfirm.com
- **北京办公室 Beijing Office**
地址(Add):北京市朝阳区建外街道恒惠西路建外SOHO西区
18号楼1605
邮编(P.C.):100125
总机(Tel):(010)84418406
邮箱(E-mail):etrbj@etrlawfirm.com
- **上海办公室 ShangHai Office**
地址(Add):上海市黄浦区复兴路1号申能国际大厦409A
邮编(P.C.):200011
总机(Tel):(021)63338893
邮箱(E-mail):etrsh@etrlawfirm.com
- **武汉办公室 Wuhan Office**
地址(Add):湖北省武汉市武昌区中北路汉街总部国际A座3107室
邮编(P.C.):430071
总机(Tel):(027)66661333
邮箱(E-mail):etrwh@etrlawfirm.com
- **深圳办公室 Shenzhen Office**
地址(Add):广东省深圳市福田区福中三路诺德金融中心14J
邮编(P.C.):518038
总机(Tel):(0755)82376655
邮箱(E-mail):etrsh@etrlawfirm.com
- **海南办公室 Qionghai Office**
地址(Add):海南省琼海市博鳌镇东山路5号5楼
邮编(P.C.):571434
电话(Tel):18907536567/(0898)62609691
邮箱(E-mail):etrqh@etrlawfirm.com
- **珠海办公室 Zhuhai Office**
地址(Add):广东省珠海市香洲区凤凰北路2099号安广世纪大厦
2302室
邮编(P.C.):519000
总机(Tel):(0756)2627093
邮箱(E-mail):etrzh@etrlawfirm.com
- **中山办公室 Zhongshan Office**
地址(Add):广东省中山市火炬开发区凯茵新城领峰18二期1幢1A
邮编(P.C.):528437
总机(Tel):(0760)88306610
邮箱(E-mail):etrzs@etrlawfirm.com
- **东莞办公室 Dongguan Office**
地址(Add):广东省东莞市南城区汇金四路8号环球财富大厦
(宏川智汇中心) 13-14楼
邮编(P.C.):523000
总机(Tel):(0769)81866338
邮箱(E-mail):etrdg@etrlawfirm.com
- **清远办公室 Qingyuan Office**
地址(Add):广东省清远市新城连江路五十三号宏辉大厦二层
邮编(P.C.):511518
总机(Tel):(0763)3876678
邮箱(E-mail):etrqy@etrlawfirm.com
- **佛山办公室 Foshan Office**
地址(Add):广东省佛山市南海区桂城南海大道北5号兴业新邨
兴隆苑D20座首层10号商铺
邮编(P.C.):528000
总机(Tel):(0757)86330251
邮箱(E-mail):etrfs@etrlawfirm.com
- **梅州办公室 Meizhou Office**
地址(Add):广东省梅州市梅江区客天下阿里云创新中心第1层
邮编(P.C.):514000
总机(Tel):13823801838
邮箱(E-mail):etrmz@etrlawfirm.com
- **平远办公室 Pingyuan Office**
地址(Add):广东省梅州市平远县大柘镇平城南路56号司法局大楼二楼
邮编(P.C.):514635
总机(Tel):(0753)8893933
邮箱(E-mail):etrpy@etrlawfirm.com
- **广州南沙办公室 Nansha Office**
地址(Add):广东省广州市南沙区黄阁镇焦西路128号502-2房
邮编(P.C.):511457
总机(Tel):(020)38471181
邮箱(E-mail):etrns@etrlawfirm.com
- **珠海横琴办公室 Hengqin Office**
地址(Add):广东省珠海市横琴新区兴盛一路128号富力中心26楼
邮编(P.C.):519031
总机(Tel):13711501139
邮箱(E-mail):etrhq@etrlawfirm.com
- **广州花都办公室 Huadu Office**
地址(Add):广东省广州市花都区迎宾大道185号嘉华广场商业办公楼
B座502
邮编(P.C.):510800
总机(Tel):(020)86808388
邮箱(E-mail):etrhd@etrlawfirm.com
传真(Fax):36884966
- **广州黄埔办公室 Huangpu Office**
地址(Add):广东省广州市黄埔区科学大道60号金控中心A2-1705室
邮编(P.C.):510770
总机(Tel):(020)37684316
邮箱(E-mail):etrhp@etrlawfirm.com
- **广州白云办公室 Baiyun Office**
地址(Add):广东省广州市白云区云城西路888号绿地中心3510室
邮编(P.C.):510440
电话(Tel):15017554805

国外

- **日本东京办公室 Tokyo office, Japan**
地址(Add):日本国东京都港区西新桥1丁目20-3虎之门法曹大厦
7011室【〒105-0003 東京都港区西新橋1丁目20番3号虎ノ門法曹ビル7011号室】
邮编(P.C.):105-0003
总机(Tel):03-3597-5951
邮箱(E-mail):wx_chen@weixionglawyer.com
- **美国洛杉矶办公室 Los Angeles Office, USA**
地址(Add):411 E Huntington Dr., Suite 206, Arcadia CA 91006
邮编(P.C.):91006
总机(Tel):626-838-6868 / 626-689-4160
邮箱(E-mail):info@panglawyer.com
- **澳大利亚悉尼办公室 Sydney office, Australia**
地址(Add):Suite 482, Level 5, 311-315 Castlereagh St,
Sydney NSW 2000
邮编(P.C.):20000
总机(Tel):(02)9211 8876
邮箱(E-mail):wilson.shen@shenslawyers.com.au
传真(Fax):(02)9211 8870
- **马来西亚吉隆坡办公室 Kuala Lumpur Office, Malaysia**
地址(Add):Level 5,Wisma Hong Leong,18,Jalan Perak,50450 Kuala
Lumpur,Malaysia
邮编(P.C.):50450
手机(Tel):13924116678
邮箱(E-mail):mchai@mchai.com.my
- **泰国曼谷办公室 Bangkok office, Thailand**
地址(Add):34th Floor, Tower A, The Ninth Tower, 33/4 Rama 9 Road,
Huaykwang Sub-District, Huaykwang District, Bangkok
邮编(P.C.):10310
手机(Tel):13924116678
邮箱(E-mail):shidatuo@dtlasean.com
- **柬埔寨金边办公室 Phnom Penh office, Cambodia**
地址(Add):#10, St. 596, Boeng Kak II, Toul KorkPhnom Penh 12152,
Kingdom of Cambodia
邮编(P.C.):12152
总机(Tel):077-222885
邮箱(E-mail):info@meng.legal

目录 /Contents

涉外法律事务

中国企业在巴基斯坦设立全资子公司的操作指引及建议 / 闪涛	01
从中国政府在美被诉案谈国家豁免权 / 张由	03
疫情下港航、外贸企业“走出去”的若干法律风险——兼评最高院 《审理涉新冠肺炎疫情民事案件若干问题的指导意见（三）》亮点 / 谢明	06
《数据安全法》下数据跨境合规新要求 / 苏耀云、曾恺	09
国有企业投资境外股权路径探讨 / 何静雯	12

房地产、建设工程与城市更新法律事务

关于“以股权转让形式转让房地产”是否计征土地增值税问题的探讨 / 何浩太	14
建设工程违法分包情形下的用工主体责任分析 / 史萍、黄婷	18
建设工程合同无效时“背靠背”条款的效力分析及应对策略 / 黎国贵、杨挺	21
论城市更新中平台公司产生背景、介入路径及整治对策 / 蒋修贤、吴剑良	24
广州旧改新政背景下开发商与区属国企的合作模式初探 / 林杨、林漫榆	27

公司与商事法律事务

股权转让中股东优先购买权的那些事 / 黄恒、李红梅	31
企业合规管理体系建设的经验借鉴 / 张蓉、熊江红	35
对一致行动人事实认定的几点思考 / 李志娟	38
公司停摆、拖欠巨额债务，但有预期应收债权的情况下可否被申请破产， 由执行程序转到破产程序 / 刘善巧、林旭明	41
浅析破产程序中的三类优先债权 / 肖小俊、张泽宇	45
知名校外培训机构被罚款的法律问题分析 / 郑沛	49

行政法律事务

关于完善新能源汽车立法的一些思考 / 苏东海、李大为	51
工程建设领域行政处罚重点法律问题解析 / 陈明圣	55
医药广告合规注意要点 / 付丽莎、黄爱烨	60
中外人脸识别保护法律规制比较法研究 / 孙俊杰	64

资本市场与金融基金法律事务

- 创业板注册制的制度设计及其实践影响分析 / 官招阳..... 66
- 关于新政下处置信托风险资产的实务要点 / 钟智芬..... 69

劳动法与社会保障法律事务

- 关于建筑行业务工人员劳动关系及工伤事故责任探究 / 何浩..... 72
- 谈劳动者造成用人单位损失的责任问题 / 孙君元..... 76
- 员工履职致单位损失是否需要承担赔偿责任 / 肖剑基、张小辉..... 79

刑事法律事务

- 法定代表人的刑事责任问题——挂名法定代表人刑罚结果探究 / 洪树涌、方伟哲..... 81
- 认罪认罚从宽制度之检视与思考 / 龙柏辰..... 84

民商事争议解决法律事务

- 疫情期间口罩机买卖合同纠纷的典型案例分析 / 向劲..... 87
- 民事案件请求权基础分析法概说 / 杨超男、梁文琳..... 89
- 浅析《民法典》“自甘风险”条款 / 肖剑基、庞超萍..... 93
- 居住权制度的解读与适用场景 / 朱滔、陈展璐..... 96
- 医疗侵权案中民事行为能力受限当事人的权利保护 / 李立、许文滔..... 100

知识产权法律事务

- 解析短视频中的著作权 / 朱滔、姜澄..... 105
- 从短视频制片者 / 作者角度分析——短视频的著作权保护和侵权风险防范 / 谢昕..... 108

《信任的力量》编委会

主 办：广东广信君达律师事务所

主 任：王晓华

副 主 任：章 勋、邓传远、苏东海

委 员：闪 涛、朱 滔、杨超男、钟智芬

（按姓氏笔画排序）

执行主编：朱惠婷

责任编辑：李诗欣

美术编辑：郭伟强

本刊地址：广州市天河区珠江东路6号广州周大福
金融中心29层、10层、11层（01～04）

联系电话：（020）37181333

传 真：（020）37181388

投稿邮箱：ppb@etrlawfirm.com

网 址：www.etrlawfirm.cn

中国企业在巴基斯坦设立全资子公司的操作指引及建议

作者：闪涛

一、案情简介

为贯彻落实《广东省推进“一带一路”建设高质量发展三年行动方案（2019-2021）》，广东省某国有企业集团作为积极践行国家“一带一路”倡议、建设“中巴经济走廊”的重要载体，于2020年初正式启动在瓜达尔港设立全资子公司并在当地投资建设某商品展示交易中心及民生配套设施项目，投资总额约1亿元人民币。

闪涛律师受广信君达指派，为该集团在巴基斯坦瓜达尔港设立全资子公司提供全程法律服务，在新冠肺炎疫情全球肆虐的大环境下，闪涛律师与该集团法务、巴基斯坦当地律师紧密合作，先后完成了国内发改、商务部门的境外投资审批和备案，以及境外子公司注册资料的填写、审查、公证认证和提交等程序，并于2021年1月22日顺利取得巴基斯坦证券交易委员会颁发的境外子公司的注册证书。目前，该项目已正式进入EPC总承包合同（该子公司为业主方）及配套法律文件的审定阶段，商品展示交易中心及民生配套设施工程建设即将正式启动。

二、法律分析

本项目为典型的中国（国有）企业海外投资项目，涉及中国法律及巴基斯坦法律的适用，大致可分为境内审批备案、子公司境外注册以及子公司注册完成之后的实际运营三个阶段：

1. 境内审批备案阶段

企业（境内投资主体）办理前述事项依据的是中国法律法规的相关规定，旨在确保投资项目符合国内法律法规的监管要求。对国有企业而言，相关监管往往更为严格。审批、备案事项主要包括：向国资部门申请办理国有企业境外投资前置审批（非国有企业可忽略此步骤）、向商务部门办理备案并获得《企业境外投资证书》、向发改部门办理备案并获得《境外投资项目备案通知书》、在外汇管理部门办理登记。

2. 境外子公司设立阶段

企业办理境外子公司的设立主要依据巴基斯坦《公司法》等相关法律法规，旨在确保投资项目的落地符合巴基斯坦法律法规的监管要求。境内投资主体需重点关注的事

项包括：巴基斯坦的投资准入要求（部分行业的投资需要当地有关部门的预先批准）、公司组织形式的确定、明确《公司法》对投资方选定的公司组织形式的具体设立要求（包括但不限于注册资本、股东和董事的数量等）、名称的预先核准、注册申请材料的准备、注册费用及注册资本的缴纳程序、外汇管制措施等。

3. 境外子公司运营阶段

闪涛律师助力国有企业顺利完成境外子公司设立并取得公司注册证书之后，在结合国内投资主体的投资目的和遵守巴基斯坦法律法规的情况下，进一步协助该子公司在当地开展运营。本项目中，子公司的首要任务即作为业主方在瓜达尔港投资建设某商品展示交易中心及民生配套设施项目。由此涉及到子公司以业主身份与总包方签署EPC总承包合同，以及就建设项目相关的其他事项与有关各方签署协议文件等若干重要法律文件，而所有协议文件条款的拟定、签署及履行既要尽可能全面地保障业主方的权利，也要严格遵循中、巴两国的相关法律法规和政策规定。因此，在后续项目实施过程中，仍然需要中巴双方律师同时为其保驾护航。

三、给中国企业的意见及建议

1. 发挥中方律师资源优势，选定合适的境外合作律师和中介机构。

本项目中，为确保项目在境内和境外合法合规地开展，需由中国律师和巴基斯坦律师共同为项目提供法律服务，而境外律师的反馈速度、办事效率对项目推进至关重要。闪涛律师结合项目的具体情况以及客户的需求，发挥多年在境外积累的合作资源优势，在项目初期联系多家巴基斯坦律所和公司注册中介机构，收到超过3家律所发来的简介和服务报价，并从反馈速度、综合实力、专业领域等方面综合考虑，协助中国企业选定了最终的境外合作律师和中介机构。因当时正处于新冠肺炎疫情爆发时期，中巴律师团队通过电子邮件等线上方式，签署了关于本项目的合作确认函。

2. 中巴律师紧密合作，且由中方律师主导法律服务全流程。

在中巴律师合作过程中，中方律师占主导地位。一方面，中方律师的专业背景、所处环境有助于与中国客户进行高效的沟通，准确获知客户的利益诉求，并将其关注点、利益诉求通过法律语言精准传达给巴方律师；另一方面，中方律师可以对巴方律师作出的回应以适合中国企业的方式准确反馈给中国企业，并进行相应的解释说明。该模式有利于各方沟通顺畅、信息对称，有效减少投资方对重大事项产生误解并导致决策失误的概率。

3. 及时关注政策变化，确保项目合法合规实施。

海外投资项目往往流程复杂、时间跨度大。在项目实施过程中，投资方需及时关注有关主管部门对海外投资项目的监管要求。例如：在企业投资境内合规方面，目前部分省份已取消国有企业境外投资前置审批程序。以广东为例，广东省国资委于2020年2月27日发布的《广东省省属企业投资监督管理办法（试行）》对省属企业及其下属企业开展投资项目作出了规定，对不属于该办法明确列举的需要国资委事前审核批准的省重大工程项目或新设基金等情形，适用《广东省省属企业投资项目负面清单》（2020年版）的监管要求。即只要项目不违反《负面清单》的禁止性规定则无需经过国资委事前审批。

但是，鉴于《负面清单》（2020年版）作为《广东省省属企业投资监督管理办法（试行）》的附件，施行时间较短且处于试行期，部分条款内容较为宽泛，在实践操作中如何衡量和把握仍存在一定的不确定性，因此建议企业就拟开展的项目是否符合《负面清单》的监管要求向国资部门进行事先沟通和确认。

4. 密切关注东道国的监管要求和投资风险。

如前所述，海外投资项目往往涉及境内外双重合法合规问题，而就同一事项，中国和东道国的相关法律法规和监管要求可能存在不一致的情况，东道国也极有可能存在特有的、需要投资者给予特别关注的风险点。就本项目而言，本所律师曾重点协助客户沟通处理了多个对项目实施具有重要意义的事项，以公司注册形式的选定为例：

因巴基斯坦2017年《公司法》第14条的规定的巴基斯坦的公司组织形式分为Public Company（公众公司/上市公司）和Private Company（非公众公司）两类，与中国《公司法》的规定并不一致。本项目中，为便于中国企业更好地理解该两种组织形式的区别并作出相应决策，闪涛律师将该两种组织形式与我国《公司法》的相关规定结合起来进行对比分析，并出具了专门的法律意见供中国企业及有关主管部门参考。基于该意见，投资方结合其投资目的等因素，最终确定了拟设立的子公司的组织形式为Private

Company（非公众公司）。

本所律师还就东道国的公司注册资本管理制度、外汇管制措施、离岸账户开设等相关要求，以及巴基斯坦法律法规和监管政策对于EPC总承包合同中的诸多关键问题的相关要求与巴基斯坦律师、银行等机构进行了沟通核实（包括但不限于EPC合同的签订模式、合同价款的支付主体和支付节点、履约保函的出具、竣工验收的条件和流程、缺陷责任期和保修责任、工程保险、工程事故处理等），协助投资方全面了解东道国的监管要求以及实操注意事项。

此外，对所有海外投资项目而言，东道国的税收制度、劳动就业制度、环境保护制度、司法体系及争议解决机制、汇率风险等事项，是投资者应当予以关注的常规事项，律师应当协助客户在作出投资决策前对东道国进行全面的法律尽职调查，尽可能提示相关风险，以便客户做出符合其基本情况和投资预期的正确决策。尤其当前国外新冠肺炎疫情尚未得到有效控制，员工的人身健康、财产安全问题，以及疫情对有关国家和地区行政主管部门办事效率的巨大影响进而导致对项目本身带来的负面影响，都是律师应当及时向客户进行提示和说明的事项内容。

【作者简介】



闪涛，广信君达高级合伙人。专注于涉外法律服务、“一带一路”与海外投资、跨境争议解决、人工智能与区块链等。广东外语外贸大学法学院兼职教授、硕士研究生导师，中华全国律师协会涉外法律事务领军人才库人选，司法部“全国千名涉外律师人才名录”，司法部、全国律师协会“一带一路”跨境律师人才库首批成员，司法部、全国律师协会“一带一路”项目沙特阿拉伯国别协调人、埃塞俄比亚国别协调人，广东省涉外律师领军人才库成员，广州市司法局涉外调解律师专家库成员。

从中国政府在美被诉案谈国家豁免权

作者：张由

新冠疫情还在世界蔓延，中国政府始终以大国担当，为国际社会提供支援。可部分境外人士却在借机将疫情防控政治化，将中国妖魔化。据《环球时报》报道，美国佛罗里达州棕榈滩县博卡拉顿市一家名为“伯曼律师团队”的律师事务所2020年3月13日宣称对中国政府发起集体诉讼，要求中国政府赔偿数十亿美元。

看到这则新闻，许多法律专业人士都嗤之以鼻。学过法律的人都学过国际法，都知道国际法上有国家豁免原则（或称国家主权豁免原则）。国家豁免原则是指一国的行为和财产不受另一国的立法、司法和行政等方面的管辖，非经该国同意，该国的行为免受所在国法院的审判，其财产免受所在国法院扣押和强制执行。从古至今的国际交往发展中，“国家豁免原则”已经成为国际社会普遍公认的、最基本的原则。

虽然中国政府在美国法院被起诉并不鲜见，但国际社会普遍认为中国政府在本案中毫无疑问是享有国家豁免权的。美国著名国际法学者基梅纳·凯特纳教授（Chimène Keitner）撰文指出：“任何对外国主权豁免法有实际工作知识的学者或从业人员，只要看一眼关于这些诉讼的头条新闻（就像我一样），就会立即评估出美国法院没有管辖权的基础。这不禁令人怀疑，究竟是参与诉讼的律师根本不知道有关判例，还是有其他原因？”

根据从网络上检索到的资料，我们可以了解到案件的具体信息。本文拟以这些信息为基础，分析本案涉及的国家豁免权问题。

案件基本情况

原告：

1. Logan Alters（公民个人，已于当天撤诉）；2. Marta Reyes（公民个人）；3. Lawrence Wood（公民个人）；4. Stephen Clyne（公民个人）；5. The Pitching Lab（TBT Training）（有限责任公司）；6. 其他类似情况的集体诉讼原告。

原告代理律师：

1. Matthew T. Moore；2. Vincent J. Duffy。

两位律师均为 The Law Offices of Berman & Berman（译：伯曼律师事务所）的律师，联系地址位于该律所的波卡拉顿（Boca Raton）办公室。

被告：

1. 中华人民共和国；2. 中华人民共和国国家卫生健康委

员会；3. 中华人民共和国应急管理部；4. 中华人民共和国民政部；5. 湖北省人民政府；6. 中国武汉市人民政府。

诉讼请求：

1. 确认本案属于联邦民事诉讼法第23条规定的集体诉讼，确认原告为相应集体的代表，指定原告代理律师为集体诉讼代理律师；2. 判决指定原告为美国全境和佛罗里达州非商业集体的集体代表；3. 判决指定原告 TBT Training 为美国全境和佛罗里达州商业集体的集体代表；4. 判决要求被告在法律允许的最大范围内，对原告及集体成员因此遭受的经济和非经济损失支付补偿性及其他损害赔偿；5. 判决支持适用法律所允许的所有损害赔偿；6. 支持判定的金额在判决前和判决后的法定利息；7. 支持被告负担本案的费用和开销，包括但不限于专家费用、受理费及合理的律师费；8. 法院认为公正、恰当的其他救济。

事实和理由：

起诉状认为，被告明知新冠肺炎疫情危险且可能导致全球大流行，但行动缓慢、逃避问题，还为了自身经济利益掩盖疫情，被告的行为已经（并将持续）对原告造成人身伤害和其他损失，等等。

案件类型：集体民事诉讼（原告要求陪审团审理）

案件受理费：申请立案时受理费为400美元，之后提起动议再按标准收取。

受理法院：美国佛罗里达州南区联邦地区法院迈阿密法庭（United States District Court Southern District of Florida, Miami Division）

经办法官：联邦法官 Ursula Ungaro

受理案号：1:20-cv-21108-UU

案件排期：法院已确定，在2020年5月1日上午9:30举行首次安排和排期会议。

国家豁免权的法律分析

中国政府在本案主张国家豁免权，法律依据在哪里？

国际条约：

我们目前基于中国律师对国际法理论的学习和理解，但是否真的有国际条约规定了“国家豁免权”呢？

我在“联合国公约与宣言检索系统”只找到一个条约提到国家豁免，那就是《联合国国家及其财产管辖豁免公约》。

有律师主张在本案适用《联合国国家及其财产管辖豁免

公约》。但是，请注意，该公约要求经 30 个国家批准才生效，目前仅有 28 个国家签字，22 个国家批准，中国已签字，但尚未批准，美国连字都没签。所以，我们不能依据《联合国国家及其财产管辖豁免公约》对美国主张国家豁免权。



《联合国宪章》是中国和美国都签字、批准过的，可以通过《联合国宪章》主张国家豁免权吗？也不行。

《联合国宪章》并没有提及国家豁免权，仅在其中提及国家主权平等：

第二条 为求实现第一条所述各宗旨起见，本组织及其会员国应遵行下列原则：一、本组织系基于各会员国主权平等之原则……

第七十八条 凡领土已成为联合国之会员国者，不适用托管制度；联合国会员国间之关系，应基于尊重主权平等之原则。

而且，《联合国宪章》作为联合国的纲领性文件，缺乏具体可操作性。

美国法：

在没有有效的、可适用的国际条约的情况下，我们去看看美国法。美国的《The Foreign Sovereign Immunities Act of 1976》（1976 年外国主权豁免法案），对外国主权豁免在美国的具体操作作出了明确规定。我们从中摘录和翻译几个主要条款，一起研究一下。

§ 1602. ... Claims of foreign states to immunity should henceforth be decided by courts of the United States and of the States in conformity with the principles set forth in this chapter.

第 1602 条 …… 因此，外国的豁免权应由美国法院和州法院依据本章确定的原则决定。

§ 1604. Immunity of a foreign state from jurisdiction

Subject to existing international agreements to which the United States is a party at the time of enactment of this Act a foreign state shall be immune from the Jurisdiction of the courts of the United States and of the States except as provided in sections 1605 to 1607 of this chapter.

第 1604 条 外国的管辖豁免

在不违反本法生效时美国作为成员国的已有国际条约的前提下，外国应豁免于美国法院和州法院的管辖，但本章第 1605 条至第 1607 条另有规定的除外。

（注：因本案起诉状第 18 段特别提及第 1605(a)(2) 项及 1605(a)(5) 项，故以下仅摘录和翻译该两项。）

§ 1605. General exceptions to the jurisdictional immunity of a foreign state

(a) A foreign state shall not be immune from the Jurisdiction of courts of the United States or of the States in any case

….

(2) in which the action is based upon a commercial activity carried on in the United States by the foreign state; or upon an act performed in the United States in connection with a commercial activity of the foreign state elsewhere; or upon an act outside the territory of the United States in connection with a commercial activity of the foreign state elsewhere and that act causes a direct effect in the United States;

….

(5) not otherwise encompassed in paragraph (2) above, in which money damages are sought against a foreign state for personal injury or death, or damage to or loss of property, occurring in the United States and caused by the tortious act or omission of that foreign state or of any official or employee of that foreign state while acting within the scope of his office or employment; except this paragraph shall not apply to

(A) any claim based upon the exercise or performance or the failure to exercise or perform a discretionary function regardless of whether the discretion be abused, or

(B) any claim arising out of malicious prosecution, abuse of process, libel, slander, misrepresentation, deceits or interference with contract rights.

第 1605 条 外国国家豁免管辖的一般例外

(a) 外国在下列情况下不得豁免于美国法院和州法院的管辖：

….

(2) 若诉讼是基于外国在美国进行的商业活动，或者是基于在美国进行的、与外国在其他地方的商业活动有关的活动，或者是基于在美国境外进行的、与外国在其他地方的商业活动有关、并在美国造成直接影响的活动；

….

(5) (本情形不包括在上述第(2)项中)若诉讼是基于发生在美国的、因该外国或其官员/雇员在其职务或受雇范围内履行职责时的侵权行为或不作为所造成的人身伤害/死亡或财产损失/损失, 而向该外国寻求金钱赔偿; 但本项不适用于:

(A) 基于行使/履行或未能行使/履行自由裁量权职能所提起的任何权利主张(无论该自由裁量权是否被滥用), 或

(B) 基于恶意起诉、滥用程序、诽谤、中伤、虚假陈述、欺骗或干扰合同权利所提起的任何权利主张。

§ 1608. Service; time to answer; default

...

(d) In any action brought in a court of the United States or of a State, a foreign state, a political subdivision thereof, or an agency or instrumentality of a foreign state shall serve an answer or other responsive pleading to the complaint within sixty days after service has been made under this section.

(e) No Judgment by default shall be entered by a court of the United States or of a State against a foreign state, a political subdivision thereof, or an agency or instrumentality of a foreign state, unless the claimant establishes his claim or right to relief by evidence satisfactory to the court. A copy of any such default Judgment shall be sent to the foreign state or political subdivision in the manner prescribed for service in this section.

§ 1608. 送达; 答辩期限; 缺席审判

...

(d) 对于向美国法院或州法院提起的诉讼, 该外国、政府分支机构或该外国的代理/下属机构应在原告依本章送达起诉状后 60 日内提出答复或其他答辩。

(e) 美国法院或州法院不得对该外国、政府分支机构或该外国的代理/下属机构作出缺席判决, 除非原告对其索赔主张/权利提供了法院认为充分的证据。若因此作出缺席判决, 应按本条规定的方式向该外国或政府分支机构送上一份判决副本。

总结以上条款后, 我们可以得出初步结论:

1. 与中国政府主张的“国家绝对豁免”原则不同, 美国主张的是“国家相对豁免”原则, 即美国法院一般应该对外国政府给予主权豁免, 除非是基于该外国政府的商业行为、该外国政府在美国发生的侵权行为或不作为等例外情形。本案中, 原告起诉所依据的事实并非商业行为, 也并非发生在美国, 显然并不符合上述例外情形;

2. 在美国法院, 外国的主权豁免权并不会自动产生, 是

否给予主权豁免的决定权在于法官, 而且, 主张豁免权的外国政府应在法定期限内进行答辩, 提出主张。

3. 除非案件事实非常清楚、证据非常充分, 美国法院一般不会对涉及国家豁免权的案件作出缺席判决。本案中, 原告所依据的事实本身就未经证实, 证据更无从谈起, 美国法院很可能会驳回起诉。

应对建议:

抛开本案背后可能存在的营销手段、政治目的不谈, 单从法律层面上看, 本案终究是个法律问题, 我们可以通过法律手段予以解决, 主张和行使中国的国家豁免权。

对此, 我提出以下几点应对建议, 供读者参考:

一、中国政府应在收到起诉状后 60 天内, 根据美国《外国主权豁免法案》规定的程序, 向原告和法院提出答辩, 主张国家豁免权(但非对案件细节进行实体应诉);

二、假若美国法院判决不利, 在执行阶段继续主张国家豁免权, 保护中国在美国的国家财产不被非法执行;

三、基于美国的滥诉行为, 中国公民和企业同样可以以对等方式, 在美国起诉美国政府, 由被动变主动;

四、依据对等原则, 中国法院对美国适用“国家相对豁免”原则, 受理中国公民在中国起诉美国政府的案件, 利用自己的主场优势, 主动出击。

综上所述, 在国际社会法治化的今天, 我们应抛弃过去“放任不管”的态度, 学习规则, 运用规则, 举起法律武器, 在本案中积极主张国家豁免权, 维护国家利益。☺

【作者简介】



张由, 广信君达合伙人。专注于涉外法律服务、公司法、国际贸易、民商事诉讼。现任市律协涉外法律专业委员会主任、申请律师执业人员管理工作委员会副主任、广州国际商贸法律服务中心副主任、省律协国际委副主任, 入选“全国千名涉外律师人才”、最高人民法院民事行政案件优秀咨询专家。

疫情下港航、外贸企业“走出去”的若干法律风险——兼评最高院《审理涉新冠肺炎疫情民事案件若干问题的指导意见（三）》亮点

作者：谢明

前言

2020年初新冠疫情爆发，对全球港航和外贸企业造成了重大影响，未来该疫情的影响仍处于持续的可预见中。在2020年10月深圳特区建立四十周年之际，2020中国海洋经济博览会（下称“博览会”）成功举办，中国海事仲裁委员会华南分会（下称“中国海仲委华南分会”）与律旗青年人成长平台共同举办主题为“航运与金融法律风险与争议解决”的法律分论坛。笔者应邀出席圆桌会议，并就疫情导致的停航事件对航运业的影响、港航企业面对此类全球性大型紧急突发事件的风险防控方案、疫情背景下金融如何助力航运发展以及BIMCO发布的《BIMCO法律和仲裁条款2020》首次将香港与伦敦、纽约和新加坡并列于其措辞统一的标准法律和仲裁条款内等内容、问题进行了讨论。会后，笔者一直有将发言稿整理成文的想法，恰逢第3届“广州海法论坛”2020年11月召开，得以促成本文付梓并以飨读者。

一、1992年的《海商法》对新冠疫情可能造成的法律风险进行了预见性规定。

目前较多涌现的案例是海运合同的无法实现目的，直接导致的法律后果是合同解除。

对此，《海商法》第4章“海上货物运输合同”第6节规定了3点海运合同解除的情形，具体如下：“第89条：船舶在装货港开航前，托运人可以要求解除合同。但是，除合同另有约定外，托运人应当向承运人支付约定运费的一半；货物已经装船的，并应当负担装货、卸货和其他与此有关的费用。第90条：船舶在装货港开航前，因不可抗力或者其他不能归责于承运人和托运人的原因致使合同不能履行的，双方均可以解除合同，并互不承担赔偿责任。除合同另有约定外，运费已经支付的，承运人应当将运费退还给托运人；货物已经装船的，托运人应当承担装卸费用，已经签发提单的，托运人应当将提单退还承运人。第91条：因不可抗力或者其他不能归责于承运人和托运人的原因致使船舶不能在合同约定的目的港卸货的，除合同另有约定外，船长有权将货物在目的港邻近的安全港口或者地点卸载，视为已经履行合同。船长决定将货物卸载的，应当及时通知托运人或者收货人，

并考虑托运人或者收货人的利益”。

笔者认为：上述三条规定可以分为有责解除和无责解除两类，第89条即有责解除，第90条、91条属于无责解除。考量我国《海商法》上述3条规定的渊源，应是在立法时对各国海商法的规定进行了充分的借鉴^[1]，而在人类历史的长河中，古老的海商法已经历了类似于欧洲中世纪黑死病、西班牙大流感等传染病，这再次说明了我国海商法的“朋友圈”与国际接轨的必要性。

二、《最高人民法院关于依法妥善办理涉新冠肺炎疫情执行案件若干问题的指导意见（三）》（以下简称《指导意见（三）》）对上述90条、91条进行了完善并出现两个亮点。

《指导意见（三）》对第90条的完善为“12.船舶开航前，因疫情或者疫情防控措施出现以下情形，导致运输合同不能履行，承运人或者托运人请求依据《中华人民共和国海商法》第九十条的规定解除合同的，人民法院依法予以支持：（1）无法在合理期间内配备必要的船员、物料；（2）船舶无法到达装货港、目的港；（3）船舶一旦进入装货港或者目的港，无法再继续正常航行、靠泊；（4）货物被装货港或者目的港所在国家或者地区列入暂时禁止进出口的范围；（5）托运人因陆路运输受阻，无法在合理期间内将货物运至装货港码头；（6）因其他不能归责于承运人和托运人的原因致使合同不能履行的情形。”

《指导意见（三）》对第91条的完善为“13.目的港具有因疫情或者疫情防控措施被限制靠泊卸货等情形，导致承运人在目的港邻近的安全港口或者地点卸货，除合同另有约定外，托运人或者收货人请求承运人承担违约责任的，人民法院不予支持。承运人卸货后未就货物保管作出妥善安排并及时通知托运人或者收货人，托运人或者收货人请求承运人承担相应责任的，人民法院依法予以支持。”

《指导意见（三）》的两个亮点为：

1. 情势变更原则^[2]的体现和直接适用。

（1）法院依货方请求可以结合案件实际情况酌情予以调减滞箱费，体现在：“14.因疫情或者疫情防控措施导致

集装箱超期使用,收货人或者托运人请求调减集装箱超期使用费的,人民法院应尽可能引导当事人协商解决。协商不成的,人民法院可以结合案件实际情况酌情予以调减,一般应以一个同类集装箱重置价格作为认定滞箱费数额的上限。”

(2) 船舶修造企业请求延展交船期限、增加成本与费用的,法院可根据具体情况酌情予以调整,体现在:“16. 除合同另有约定外,船舶修造企业以疫情或者疫情防控措施导致劳动力不足、设备物资交付延期,无法及时复工为由,请求延展交船期限的,人民法院可根据疫情或者疫情防控措施对船舶修造进度的影响程度,酌情予以支持。因受疫情或者疫情防控措施影响,船舶延期交付导致适用新的船舶建造标准的,除合同另有约定外,当事人请求分担因此增加的成本与费用,人民法院应当综合考虑疫情或者疫情防控措施对迟延交船的影响以及当事人履行合同是否存在可归责事由等因素,酌情予以支持”。

笔者认为:以往法院在适用《合同法司法解释2》第26条^[3]时,因为双方当事人争议较大,往往采取非常谨慎的态度^[4],而2021年1月1日施行的《民法典》第533条^[5]明确了以往未以成文法体现的“情势变更”制度,使得这次《指导意见(三)》及时提出,提前有了具体明确的规定,这对当事人在此类案件中迅速定纷止争提供了清晰的指引。

2. 滞箱费数额的上限首次以成文法方式体现出来。

关于滞箱费数额应当如何计算,各地海事法院做法一直略有不同,笔者经历的广州海事法院的判例是按照“同类集装箱重置价格作为认定滞箱费数额的上限”计算的^[6],这次最高院首次以司法解释的形式予以明确,将统一此类案例的裁判尺度。

三、国内港航、外贸企业的法律风险以及可以采取的适当预防措施。

1. 准备把握不可抗力的外延和内涵不同国家对不可抗力的理解不同,“不能以我国法律中关于不可抗力的规定当然理解域外法的类似规定”^[7]。要分别审查合同是否明确约定其外延和内涵,没有明确约定时,应充分了解海运、外贸合同所适用的准据法,查明其准据法界定的不可抗力内容。

2. 因不可抗力解除合同或者延期履行及时通知的义务并且谨慎、合理的考虑合同相对方的利益。比如,《海商法》第91条“船长决定将货物卸载的,应当及时通知托运人或者收货人,并考虑托运人或者收货人的利益”,《指导意见(三)》“13.……承运人卸货后未就货物保管作出妥善安排并及时通知托运人或者收货人,托运人或者收货人请求承运人承担相应责任的,人民法院依法予以支持”。

3. 根据准据法下的不可抗力免、减责或者情势变更要求及时进行举证。根据国务院批准的《中国国际贸易促进委员会章程》的规定,中国国际贸易促进委员会可以出具不可抗力证明。为帮助企业有效应对疫情造成的不利影响,2020年1月30日,中国国际贸易促进委员会发表声明,确认中国正在向因冠状病毒爆发而无法履行其国际合同义务的本地公司提供不可抗力证书,并在2月1日开出了首份不可抗力证明。但是,在同年2月7日,据路透社和彭博社报道,荷兰皇家壳牌有限公司(Royal Dutch Shell PLC)法国道达尔公司(TOTAL SA)声明拒绝接受其液化天然气买家中国海洋石油总公司的不可抗力通知。这是我国新冠肺炎疫情爆发以来,首家国际级供应商反对买家以此为主张退出合约^[8]。国外的司法实践案例表明^[9],在普通法下,“贸促会提供的不可抗力证明虽然有一定分量,但不可能成为企业的救命符”^[10],当事人能否适用不可抗力免责还需要符合:(1)明示的不可抗力条款是否包括了重大疫情或政府强制命令?(2)是否可预见或者可以避免?(3)事件与无法履行是否存在直接因果关系?(4)事件是否是导致合同无法履行的“唯一原因”? (5)事件发生后,一方还必须采取“合理的努力”或“合理的步骤”来避免或减少不利影响等诸多条件^[11]。

笔者认为:普通法下“中国贸促会的不可抗力的证明仅为补充性证明,不能取代事实证据”的论述,类似于中国内地证据规则下证人证言的判断标准,在仅有证人证言而没有其他关联基础事实证据的情况下,很难成功免责或减轻责任。国内企业需提交其他相关实体证据,如企业所在地政府、机构出具的证明/公告、承运人延运、延飞、取消等通知/证明等方可能达到证明目的。

4. 合同延迟后发生不可抗力,不能免责。中国《民法典》第590条规定“当事人迟延履行后发生不可抗力的,不免除其违约责任”。因此,相关当事人应自行检查合同是否存在延迟履行的违约情况。

5. 《BIMCO 法律和仲裁条款 2020》涉及香港的法律适用。BIMCO 发布的《BIMCO 法律和仲裁条款 2020》(BIMCO Law and Arbitration Clause 2020, 链接: BIMCO adds Hong Kong to new shortened arbitration clause)。首次将香港与伦敦、纽约和新加坡并列于其措辞统一的标准法律和仲裁条款内,条款内容经四个仲裁地点共同商议并取得共识。这是对香港作为高效、快捷、极具成本效益的海事争议仲裁地的认可^[12]。其特点之一:“条款 a) 部分容许用家选择合同的实体法为香港法律或英国法律,如没有作出选择,则香港法律适用。香港法律和英国法律同为普通法,合同法基本相同。在香港仲裁实务上主要的分别在于,如合约选择适用香港法律,即透过条款 c) 部分的 HKMAG 仲裁规则,容许

当事方就仲裁裁决书中的法律问题向香港法院提出上诉，做法与英国无异。如选择适用英国法律，由于香港法律视外地法律问题为事实而非法律问题，将不能透过香港仲裁条例作出上诉”^[13]。因其条款的更新正好处于全球疫情期间，虽和疫情没有因果关系，笔者仍顺带进行点评：建议内地公司优先选择适用香港法律。因为，选择适用香港法律，如果适用法律错误是可以向香港法院进行上诉，权利仍有救济途径。如选择是用英国法律，适用法律错误，将一裁终局而没有机会再上诉。

结语

本文对相关行业在海运、外贸环节中出现的部分常见问题和法律风险作粗浅论述，难免有疏漏，不当之处望业内人士予以指正。如此拙文能帮到受疫情影响相关的港航、外贸公司，甚幸至哉！

【注释】

[1] “各国海商法普遍规定，在租用整船运输时，租船人或托运人在开航前可以解除合同，但应支付约定运费的半数（有的国家规定是约定运费的三分之二或三分之一），如前苏联《海商法》第143、144条”，参见，1995年《海商法年刊》，苗晓飞，《海上货物运输合同的任意解除》，第265页。

[2] 所谓情势变更原则，是指合同依法有效成立后，全面履行前，因不可归责于当事人的原因，使合同赖以成立的基础或环境发生当事人预料不到的重大变化，若继续维持合同的原有效力则显失公平，受不利影响的一方当事人有权请求法院或仲裁机构变更或解除合同的法律制度。——来源百度百科。

[3] 第二十六条：合同成立以后客观情况发生了当事人在订立合同时无法预见的、非不可抗力造成的不属于商业风险的重大变化，继续履行合同对于一方当事人明显不公平或者不能实现合同目的，当事人请求人民法院变更或者解除合同的，人民法院应当根据公平原则，并结合案件的实际确定是否变更或者解除。

[4] 《最高人民法院关于正确适用《中华人民共和国合同法》若干问题的解释（二）服务党和国家的工作大局的通知》要求“对于上述解释条文，各级人民法院务必正确理解、慎重适用。如果根据案件的特殊情况，确需在个案中适用的，应当由高级人民法院审核。必要时应报请最高人民法院审核。”

[5] “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。人民法院或者仲裁机构应当结合案件的实际，根据公平原则变更或者解除合同。”

[6] 元泰国际货运代理（深圳）有限公司诉深圳市擎天国际货运代理有限公司海上货运代理合同纠纷案，（2018）粤72民初340号民事判决书《指导意见（三）》第四条“关于适用法律”第6点。

[7] 见《指导意见（三）》第四条“关于适用法律”第6点。

[8] 转引自，《不可抗力证明在国际贸易纠纷中的适用》，黄阳阳、谢媛，搜狐链接：https://www.sohu.com/a/372293546_120054912

[9] 同上注，例如，Hoecheong Products Co. Ltd. 诉 Cargill Hong Kong Ltd., [1993] 2 HKC 103 一案中，买卖双方在合同中明确约定了不可抗力条款，且该条款规定不可抗力事件应由中国国际贸易促进委员会（CCPIT）或中国独立主管当局签发证明。本案上诉法院伦敦枢密院司法委员会（Judicial Committee of The Privy Council (JCPC)）在裁判过程中就贸促会签发的证明效力问题展开讨论，法官认为该证明只是对存在不可抗力事实的补充性证明，而不能取代事实证据。

[10] 同注8。

[11] 同注8。

[12] 参见，2020年10月7日香港海事仲裁协会HKMAG通知。

[13] 同上注。

【作者简介】



谢明，广信君达合伙人。专注于海事、工程、金融保险等民商事案件诉讼和非诉业务。广东省涉外律师领军人才，先后任市律协海事与航空专业委员会副主任、省律协海商法专业委员会委员、中国海商法协会海运法规专业委员会委员、市律协建设工程与招投标专业委员会委员、市律协保险法专业委员会委员。曾多次获市律协业务成就奖、成果奖，经办的典型案例被中央电视台《仲裁在中国》专题片报道、入选广东高院发布的《大湾区跨境纠纷首批20大典型案例》等。

《数据安全法》下数据跨境合规新要求

作者：苏耀云、曾恺

2021年6月10日,《数据安全法》(下称“《数安法》”)正式颁布,作为国家安全重要组成部分之一,以总体国家安全观为主线,首次提出“国家核心数据”概念,构建数据分级分类保护等基本制度,正式确立了我国数据保护领域顶层立法架构。

数据跨境与国家安全紧密相关,无疑是本次《数安法》最值得关注的重点之一。《数安法》构建的数据跨境制度与《网络安全法》建构关键信息基础运营者数据跨境规定相衔接,与正在审议的《个人信息保护法》(第二次审议稿))(下称“《个保法(二稿)》关于个人信息跨境规定共同构建起我国数据跨境的基本制度。本文继续结合前期探讨个人信息保护法系列文章,结合新颁布的《数安法》和《个保法(二稿)》等规定探讨数据跨境问题,以期为企业数据跨境合规工作提供思路和参考。

一、如何认定是否属于数据跨境?

把握数据跨境准确含义是合规的首要前提,但数据跨境本身不是一个法律概念,跨境更多是事实判断,理解数据是否跨境需要结合具体国家的法律规定和具体场景。

《数安法》出台前,法律层面除了个别个人信息类型出境有明确监管规定外,数据跨境规定主要由国家网信办牵头制定,其中,《个人信息和重要数据出境安全评估办法(征求意见稿)》规定数据出境是指网络运营者将在我国境内运营中收集和产生的个人信息和重要数据,提供给位于境外的机构、组织、个人,《个人信息出境安全评估办法(征求意见稿)》规定数据出境是指向境外提供在我国境内运营中收集的个人信息。

《数安法》延续和完善上述规定,第31条规定“数据出境安全管理”,明确将数据出境从主体上分为两个体系,即关键信息基础设施运营者和其他数据处理者的数据出境制度。其中关键信息基础设施的运营者在我国境内运营中收集和产生的重要数据的数据出境安全管理,适用《网络安全法》的规定,其他数据处理者在我国境内运营中收集和产生的重要数据的数据出境安全管理办法,由国家网信部门会同国务院有关部门制定。

从上述规定来看,并非任何数据从我国跨境都要受到监管限制,《数安法》界定范围是在我国境内运营中收集和产生的数据,换言之,在境外收集和产生的数据

不在此列,进一步来说,国外收集和产生数据但经我国境内处理后出境是否受到限制?从《数安法》规定来看,没有明确。

但是,对于个人信息类型的数据,根据《个保法(二稿)》,个保法调整的是在我国境内个人信息处理活动,第38条规定个人信息处理者因业务等需要,确需向境外提供个人信息的,应当至少具备一定条件,也就是说,除我国境内收集和产生的个人信息,境外收集和产生的个人信息在我国境内处理后,出境也要满足我国关于个人信息出境的相关规定。但是境外收集和产生的个人信息短时间同步到我国境内服务器未经处理后出境并不受个保法限制。

从事实来看,数据跨境并非单纯地意义上跨越国境,也不仅指物理意义上携带出境,向境外提供数据的方式有很多,只要境外主体能够访问、检索存储在我国境内数据即可,数据跨境更多指的是数据在不同数据保护法律制度的国家或地区之间转移事实。

二、不同类型数据跨境的不同要求

《数安法》规定数据分级分类保护,基于总体国家安全观下,建立了不同类型和层级的数据跨境体系,允许数据跨境流动,但要在国家监管规定下有序进行。具体而言:

1. 可能影响国家安全的数据不得出境。根据《数安法》第24条,对于影响或者可能影响国家安全的数据处理,国家实施安全审查。《数安法》首次提出关系国家安全、国民经济命脉、重要民生、重大公共利益等数据是国家核心数据,建立数据安全审查制度就是为了严格管控国家核心数据的安全,数据安全审查是全新的制度,后续需要进一步细化,具体实施尚待观察。而国家网信办《个人信息和重要数据出境安全评估办法(征求意见稿)》规定,经过评估,数据出境给国家政治、经济、科技、国防等安全带来风险,可能影响国家安全、损害社会公共利益,不得出境。可见,安全评估实质上也是一种事前审查机制,安全审查是由国家安全相关部门针对特定数据类型进行安全审查,包括数据跨境安全审查,而安全评估则可能成为数据跨境常规操作。

2. 对维护国家安全和利益、履行国际义务的数据出

境进行管制。根据《数安法》第 25 条，国家对与维护国家安全和利益、履行国际义务相关的属于管制物项的数据依法实施出口管制。从规定来看，国家安全审查与数据出口管制是相互衔接的，后续国家可能进一步细化需要审查和管制的数据名录。

3. 未经主管机关批准不得向境外司法或执法机构提供境内存储的数据。《数安法》36 条对国际司法协助调取数据进行了规定，明确规定了境内任何数据处理者在未经主管机关批准的情况下，不得对外提供，强调了国家数据主权和安全。《个保法（二稿）》也进行了类似规定。

4. 关键信息基础设施运营者和处理个人信息达到国家网信部门规定数量的个人信息处理者的数据本地化存储。关键信息基础设施运营者本地化存储义务是开展信息处理活动的前提，从《网络安全法》规定来看，公共通信和信息服务、能源、交通、水利、金融、公共服务、电子政务等重要行业和领域属于关键信息基础设施运营者。

《关键信息基础设施安全保护条例（征求意见稿）》进一步将以下单位列为关键信息基础设施运营者：（1）国家机关和能源、金融、交通、水利、卫生医疗、教育、社保、环境保护、公用事业等行业领域的单位；（2）电信网、广播电视网、互联网等信息网络，以及提供云计算、大数据和其他大型公共信息网络服务的单位；（3）国防科工、大型装备、化工、食品药品等行业领域科研生产单位；（4）广播电台、电视台、通讯社等新闻单位。

普通企业被识别为关键信息基础设施运营者可能性较低，处理个人信息达到一定数量的个人信息处理者目前尚待后续规定予以明确。就目前而言，不属于关键信息基础设施运营者的数据处理者或小规模个人信息处理者数据跨境并无明确本地化存储义务的规定。

5. 个人信息类型的数据跨境合规要求将有明确规定。《个保法（二稿）》第 38 条明确个人信息因业务需要跨境向境外提供的要选择以下三种其中一种：（1）通过网信部门的安全评估；（2）经专业机构进行个人信息保护认证；（3）按照国家网信部门制定的标准合同与境外接收方订立合同。在此基础上，个人信息处理者还应当向个人告知境外接收方的身份、联系方式、处理目的、处理方式、个人信息的种类以及个人向境外接收方行使本法律规定权利的方式等事项，并取得个人的单独同意。

可见，《个保法（二稿）》建立的个人信息跨境的办法借鉴了欧盟《通用数据保护条例》（GDPR），但没有规定个人信息保护水平充分性认定机制，并且规定即便采取了安全评估、认证或标准合同条款任一机制跨

境传输个人信息也必须获得个人信息主体的单独同意，该单独同意的合规要求相较很多国家和地区而言是比较严格的。

6. 不得向被我国列入限制或者禁止个人信息提供清单的境外个人、组织提供个人信息。该负面清单措施是《个保法（二稿）》第 42 条规定针对境外的组织、个人从事损害我国公民的个人信息权益，或者危害我国国家安全、公共利益的个人信息处理活动的一种惩罚措施。《数安法》没有作详细相关规定，但第 2 条规定了境外开展数据处理活动，损害我国国家安全、公共利益或者公民、组织合法权益的，依法追究法律责任。负面清单属于法律后果之一。

三、新法下数据跨境合规的思路

《数安法》于 2021 年 9 月 1 日起施行，《个保法》预计也很快出台，新法颁布后，企业个人信息保护和数据安全的合规工作上必须以新法为依据进行梳理，数据跨境合规方面的工作应该是企业应该关注的重点内容之一。本文结合前述数据跨境含义和目前监管规定基础，梳理了企业和其他数据处理者数据跨境合规工作的思路和路径，企业可以结合自身实际开展相应合规落地工作。

1. 对数据进行分级分类。《数安法》总体上把数据划分为国家核心数据、重要数据和一般数据。有关国家、地方相关部门陆续会制定本地区、本部门以及相关行业、领域的重要数据具体目录。建议企业对照数据目录结合自身处理数据进行分类和细化。

2. 识别数据来源。识别并非指数据来源是否合法、数据处理是否正当等，而是识别所处理的数据来自于境内还是境外，包括从其他数据处理者获取的数据来源情况。

3. 进行本地化存储安排。企业根据识别和数据分类情况，如涉及重要数据和一定数量个人信息处理业务的，需进行数据本地化存储。

4. 定期进行数据安全评估。建议企业在安全评估中增加可能影响国家安全、社会公共利益等考量因素。安全评估有助于识别企业在运营中存在的安全风险，在数据跨境情况下，可以有效降低企业法律风险。

5. 加强数据分级授权与使用审批。数据访问控制方面，企业要逐渐建立根据“业务需要”和“最小权限”原则，进行数据使用相关的权限管理，严格控制 and 分配访问权限。对我国境外机构申请调取或传输数据的，需格外注意，特别是境外执法机构数据调取，要得到我国主管机关的批准。

6. 区分个人信息、重要数据和其他类型数据跨境安

排。个人信息和重要数据跨境规定已有《个人信息保护法》和《网络安全法》的规定，个人信息可以通过标准合同条款、认证机制和国家安全评估任一机制进行跨境传输，其他数据跨境也将会由网信办等相关部门制定。

四、结 语

与欧盟通过 GDPR 及细化规定希望建立单一数字市场的战略相似，我国通过《数据安全法》和《个人信息保护法》

以及《网络安全法》共同构建我国统一有序自由流动的数字市场，其中《数据安全法》以安全为底色，为我国数字市场发展提供基础制度保障，标志着我国数据行业较为野蛮发展时代将成为历史，行业监管将趋于规范和严格，而数据跨境是国家安全重要内容，也是我国数字市场与国际数字市场对接的重要工具，不仅可为我国企业“出海”保驾护航，也有利于我国参与制定数据跨境流动相关国际规则争取更多主动权。信

【作者简介】



苏耀云，广信君达专职律师。专注于涉互联网纠纷争议解决、隐私和个人信息保护、数据安全与合规、政府监管合规等。



曾恺，广信君达专职律师。专注于互联网、新经济领域的商业顶层设计、商业模式 / 业务产品合规性论证、数据合规管理、网络犯罪辩护等。



2022年3月8日，广信君达律师事务所举办庆祝“三八”妇女节系列活动

国有企业投资境外股权路径探讨

作者：何静雯

一、ODI

1. 定义

ODI (Outbound Direct Investment) 即境外直接投资, 是指在中华人民共和国境内依法设立的企业通过新设、并购及其他方式在境外拥有非金融企业或取得既有非金融企业所有权、控制权、经营管理权及其他权益的行为。

2. 可投资项目范围

国务院办公厅于 2017 年 8 月发布了《国务院办公厅转发国家发展改革委商务部人民银行外交部关于进一步引导和规范境外投资方向指导意见》的通知, 境外投资项目分为鼓励开展、限制开展和禁止开展三类情况, 通过“鼓励发展 + 负面清单”模式引导和规范企业境外投资方向:

3. 申报流程

(1) 商务部核准或备案: 整体审批企业境外投资事项并颁发《企业境外投资证书》;

鼓励开展
<ul style="list-style-type: none">• 有利于“一带一路”建设和周边基础设施互联互通的基础设施境外投资• 带动优势产能、优质装备和技术标准输出的境外投资• 与境外高新技术和先进制造业企业的投资合作, 鼓励在境外设立研发中心• 参与境外油气、矿产等能源资源勘探和开发• 开展农林牧副渔等领域互利共赢的投资合作• 商贸、文化、物流等服务领域境外投资, 支持符合条件的金融机构在境外建立分支机构和服务网络, 依法合规开展业务
限制开展
<ul style="list-style-type: none">• 赴我国未建交、发生战乱或者我国缔结的双边条约或协议规定需要限制的敏感国家和地区开展境外投资• 房地产、酒店、影城、娱乐业、体育俱乐部等境外投资• 在境外设立无具体实业项目的股权投资基金或投资平台• 使用不符合投资目的国技术标准要求的落后生产设备开展境外投资• 不符合投资目的国环保、能耗、安全标准的境外投资 <p>(注: 前三类须经境外投资主管部门核准)</p>
禁止开展
<ul style="list-style-type: none">• 涉及未经国家批准的军事工业核心技术和产品输出的境外投资• 运用我国禁止出口的技术、工艺、产品的境外投资• 赌博业、色情业等境外投资• 我国缔结或参加的国际条约规定禁止的境外投资• 其他危害或可能危害国家利益和国家安全的境外投资

(2) 发改委核准或备案: 监管企业境外投资行业流向并颁发《境外投资项目备案通知书》;

(3) 银行外汇登记: 外汇管理局已于 2015 年将 ODI 的外汇登记下放至注册地银行办理, 登记银行需要遵守外汇

管理局随时出台的窗口指导意见, 银行通常需要审核发改部门和商委的境外投资备案文件, 方办理外汇登记及购汇。

在目前的境外投资实践中, 商务部与发改委的审查原则上相互独立且相互不冲突, 不存在互为前提的情况, 可以同时分别进行系统申报。

4. 常见问题

事业单位境外投资可以备案吗?

答: 可以。《境外投资管理办法》第 36 条规定: 事业单位法人开展境外投资参照本办法执行。

非企业法人境外投资可以备案吗?

答: 非企业法人在境外投资设立企业, 应按照《境外投资管理办法》办理; 非企业法人在境外设立机构, 不属于商务主管部门境外投资管理范畴, 因此不能为其办理备案手续。

国内自然人以个人名义境外投资可以备案吗?

答: 不可以。自然人境外投资不属于商务主管部门管理范畴。

国内金融企业境外投资可以备案吗?

答: 国内金融企业境外投资非金融企业属于商务部管理范畴, 可以备案, 但应征求金融监管部门意见。

国内企业可以跨行业境外投资备案吗?

答: 可以。若境内外法律法规和规章对资格资质有要求的, 企业应当取得相关证明文件。

国内两个以上投资主体, 由哪一方办理境外投资备案?

答: 《境外投资管理办法》第 14 条规定, 投资主体为两个以上共同开展境外投资的, 应当由相对大股东在征求其他投资方书面同意后办理备案。如果各方持股比例相等, 应当协商后由一方办理备案。

中央企业在地方的下属企业如何办理境外投资备案?

答: 中央企业在地方的下属企业应通过中央企业集团总部在商务部办理境外投资备案手续。

中央企业参股地方企业如何办理境外投资备案?

答: 若地方企业股份占比大, 由地方企业在省商务厅或设区市商务局(委)办理境外投资备案手续; 若中央企业股份占比大, 由中央企业在商务部办理境外投资备案手续。

国内企业在境外设立分支机构需要备案吗?

答: 需要备案。

二、QDLP

1. 定义

QDLP (Qualified Domestic Limited Partner) 即合格

境内有限合伙人，指境外投资机构和在境内设立投资机构作为一般合伙人，发起设立合伙制私募基金，向境内投资者非公开募集人民币资金，购汇后或直接以人民币投资于境外市场。

2. 可投资项目范围

以海南省为例，根据《海南省开展合格境内有限合伙人（QDLP）境外投资试点工作暂行办法》，试点基金可以基金财产开展如下投资业务：

（1）境外非上市企业的股权和债券；（2）境外上市企业非公开发行和交易的股票和债券；（3）境外证券市场（包括境外证券市场交易的金融工具等）；（4）境外股权投资基金和证券投资基金；（5）境外大宗商品、金融衍生品；（6）经国家有关部门批准的其他领域。

3. 设立流程

以海南省为例：

（1）对于首批试点基金管理企业及试点基金：省金融监管部门收取全部申请材料，组织外汇管理、省市场监管、证券监管、发改和商务等部门共同审核，提出首批试点企业名单及首次试点额度建议。省金融监管部门将前述名单及额度建议报省政府同意后，向申请人出具同意开展首批试点、给予试点额度的书面意见。

对于非首批试点基金管理企业或非首次试点额度的申请，省金融监管部门收取全部申请材料，组织外汇管理、省市场监管、证券监管、发改和商务等部门共同审核，决定是否给予试点资格和额度，由省金融监管部门向申请人出具同意开展试点、给予试点额度的书面意见。

（2）试点基金管理企业和试点基金取得获准试点书面意见后，应凭获准试点书面意见到省市场监管部门办理登记注册，并尽快到中国证券投资基金业协会办理登记备案手续。

（3）新设试点基金管理企业及试点基金应在注册设立后 30 个自然日内向省金融监管部门报送试点基金管理企业及试点基金的营业执照、公司章程 / 合伙协议、委托管理协议、托管协议、境内托管人与境外资产托管人签署的代理协议（如有），并抄送外汇管理部门和证券监管部门。资本金缴足后 30 个自然日内提供实际缴付注册资本金凭证。

三、QDIE

1. 定义

QDIE（Qualified Domestic Investment Enterprise）即合格境内投资企业，是指经中国境内有关部门批准，面向中国境内投资者募集资金并投资于海外的投资管理机构。

2. 可投资项目范围

根据深圳市地方金融监督管理局于 2021 年 4 月 30 日

发布的《深圳市开展合格境内投资者境外投资试点工作的管理办法》，境外投资主体投资范围包括：境外非上市企业股权和债权、境外上市企业非公开发行和交易的股票和债券、境外私募股权投资基金和私募证券投资基金等。境外投资主体境外投资应遵守有关境外投资法律、法规、规章等相关规定，所投项目应符合国家政策导向，不得协助境内个人境外购房、转移资产等。

3. 试点工作推进单位

深圳市合格境内投资者境外投资试点工作由市地方金融监督管理局会同市商务局、前海深港现代服务业合作区管理局、中国人民银行深圳市中心支行、国家外汇管理局深圳市分局、中国证券监督管理委员会深圳监管局、市场监督管理局等单位建立联合会商工作机制，共同推进深圳市合格境内投资者境外投资试点工作，协调解决试点管理有关问题。

深圳市合格境内投资者境外投资试点工作联系部门设在市地方金融监督管理局。注册或拟注册在深圳市前海深港现代服务业合作区、中国（广东）自由贸易试验区深圳前海蛇口片区的试点主体由前海地方金融监督管理局按本办法协调推进相关试点工作，其余各有关单位根据各自职能负责相关工作。

国有企业进行境外投资，建议事先了解东道国的投资准入规定、相关的产业政策、税收方面的规定等，并在实施阶段注意交易架构设计、尽职调查、拟定交易文件、交割等环节的风险。笔者建议对目标公司进行税务、财务、法律及政策环境等方面的尽职调查，并注意在审查交易文件时，对小股东权益保护、交易先决条件、法律适用及争议解决、退出机制等条款进行审慎考虑。

【作者简介】



何静雯，广信君达合伙人。先后毕业于中山大学及英国曼彻斯特大学，获法学硕士学位。何律师专注于金融证券、股权投资、企业合规领域业务，主要从事投资尽调、投后管理、公司及资管产品合规、债券发行等法律服务。

关于“以股权转让形式转让房地产”是否计征土地增值税问题的探讨

作者：何浩太

摘要

国税总局针对“以股权转让形式转让房地产”计征土地增值税的相关批复文件，是税务机关基于实质课税原则对各交易实质的认定，因此，该批复文件仍应理解为是对房地产交易行为征收土地增值税，不应将国税总局的批复文件简单理解为是扩大《土地增值税暂行条例》规定的义务范围。但由于国税总局的批复文件只是个案批复，没有抄送其他税务机关，国税总局在之后的相关文件也没有确认相关批复文件可以作为规范性文件普遍适用，因此，相关批复文件不具有普遍适用性。因为税收法定原则与实质课税原则的冲突，以及更应重视税收法定原则的现状，我国当前通过立法或制定行政规范性文件的方式对实质课税原则予以适用，而对于个案行政法则应慎重适用，这样更有利于纳税人的合理预期。另外，税务机关从税法角度的认定，原则上不影响相关交易行为的民事法律效力，而“以股权转让形式转让房地产”也未必能节税，一般产生的也只是递延纳税的效果。

关键词：股权转让；土地增值税；实质课税原则

“以股权转让形式转让房地产”是否征收土地增值税，该问题争议已久。虽然转让股权时，公司的资产状况包括国有土地使用权、地上建筑物及其附着物的价值，是决定股权转让价格的重要因素，但不等于公司在股权转让时只要有房地产，使得股权转让性质变成了房地产转让。实际上，股权转让时目标公司并未发生国有土地使用权、地上的建筑物及其附着物转让的行为。因此，转让股权确实和土地增值税没有什么关系。但自2000年国税总局出台《关于以转让股权名义转让房地产行为征收土地增值税问题的批复》（国税函〔2000〕687号）后，该问题开始变得复杂，实务中通过股权转让规避土地增值税的筹划大量存在，且该方式仍存在税务风险。为此，笔者就该问题进行探讨，以期对该问题有更深入的认识。

一、“以股权转让形式转让房地产”问题的产生

由于我国土地增值税实行超率累进税率，最高税率高达60%，在暂不考虑未来房地产销售影响的情况下，纳税人总会采用转让股权的方式以间接转让相关的房地产。在更极端的情况下，为了规避土地增值税，纳税人可能会选

择先将房地产投资到一家新设的或已有的公司，再通过转让公司股权的方式间接转让公司持有的房地产。为此，国税总局针对该问题曾作出三个批复文件，分别为：《关于以转让股权名义转让房地产行为征收土地增值税问题的批复》（国税函〔2000〕687号）、《关于土地增值税相关政策问题的批复》（国税函〔2009〕387号）、《关于天津泰达恒生转让土地使用权土地增值税征缴问题的批复》（国税函〔2011〕415号）。上述三个批复文件引发了各级税务机关、纳税人对“以股权转让名义转让房地产”是否征收土地增值税的争议。2015年，湖南省地税局财产和行为税处发布了《关于明确“以股权转让名义转让房地产”征收土地增值税的通知》（湘地税财行便函〔2015〕3号），该文件再次引发业内对此问题的激烈讨论。

二、国税总局关于“以股权转让形式转让房地产”批复文件的法律效力分析

（一）批复文件本身是否违法

有观点认为，根据我国《土地增值税暂行条例》的规定，转让国有土地使用权、地上的建筑物及其附着物并取得收入的单位和个人，应当缴纳土地增值税。税法上没有规定转让股权行为应当缴纳土地增值税，股权转让行为并不能成为土地增值税的征税对象，因此，国税总局批复文件扩大暂行条例规定的义务范围，显然属于超越上位法，不具备合法性。

对此，笔者认为，如果从一般法律来讲，上述观点应是正确的，但从税法角度，上述观点则值得商榷，因为对于国税总局批复文件不应仅从法律形式考虑是否违反上位法，还应从经济实质予以考虑。“我国虽然未曾在立法上明确实质课税原则的地位，但实质课税原则的要义早已体现在了单行税收法律规范当中，在税收实践领域也得到了广泛的运用。”^[1]虽然实质课税原则在理论界有经济的实质主义和法律的实质主义之分，但“两种实质主义强调，在适用税法时，必须认定课税要件事实，如果课税要件事实的‘外观与实体’或‘形式与实质’不一致，则不能依照外观或形式，而只能依照其实体或实质加以判断。当依据外观或形式，并没有符合课税要件的事实存在时，如果实体或实质符合课税要件，则必须认为课税要件已经确定。同理，如果外观或

形式符合课税要件，但其实体或实质却并无该项事实存在，则必须认定课税要件未能满足。”^[2]

而国税总局的批复文件均强调了该交易的经济实质系房地产转让，其中国税函[2009]387号文中明确表述为“我局认为这一行为实质上是房地产交易行为”，国税函[2011]415号文中表述为“同意你局关于‘北京国泰恒生投资有限公司利用股权转让方式让渡土地使用权，实质是房地产交易行为’的认定”。显然，上述批复文件其实是税务机关对各交易实质的认定。虽然股权转让行为并不能成为土地增值税的征税对象，但由于国税总局依据实质课税原则将相关股权转让行为的经济实质认定为房地产交易行为，故该征税行为并不是对股权转让行为征收土地增值税，而仍是对房地产交易行为征收土地增值税，为此，不应将国税总局的批复文件简单理解为是扩大增值税暂行条例规定的义务范围。

（二）批复文件在司法上是否必须适用

国税总局的批复文件应为针对个案是否应适用实质课税原则征收土地增值税的一种行政认定，是一种行政解释，而《最高人民法院关于印发〈关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要〉的通知》（法[2004]96号）中明确指出：行政审判实践中，经常涉及有关部门为指导法律执行或者实施行政措施而作出的具体应用解释和制定的其他规范性文件。行政机关将这些具体应用解释和其他规范性文件作为具体行政行为的直接依据，可这些具体应用解释和其他规范性文件却不是正式的法律渊源，对人民法院不具有法律规范意义上的约束力。但是，人民法院经审查认为被诉具体行政行为依据的具体应用解释和其他规范性文件合法、有效并合理、适当，在认定被诉具体行政行为合法性时应承认其效力。

对此，笔者认为，从行政执法的角度，税务机关适用实质课税原则可以对相关股权转让行为进行交易实质的认定，但税务机关的认定对法院不具有法律规范意义上的约束力，法院仍有权审查该认定是否合法、有效并合理、适当。

（三）批复文件是否应普遍适用

有观点认为，国税总局的批复文件使用的是“批复”，且主要抄送给提出请示的下级税务机关，并未抄送全国其他税务机关，因此，该文件是国税总局对下级税务机关请示的特定事项的专项批复，而并非制定全国适用的税收政策。也有观点认为，国税总局的批复虽然只是对一个具体的案件认定事实，适用法律的批复，但同时该批复形成的案件认定事实又是对税法规则作出的行政解释，某种意义上填补了税法规则本身的漏洞，旨在起到税法规则解释、

填补和案例指导作用。对上述观点，笔者总体赞成第一种观点。在股权转让时，公司的资产状况包括国有土地使用权、地上建筑物及其附着物的价值，是决定股权转让价格的重要因素，但不等于在股权转让时只要目标公司有房地产，股权转让的性质就变成了房地产转让，而且不同股权转让的交易背景、交易目的、各种权利义务都存在差异，其经济实质也各不相同，这也可能是国税总局无法作为普遍适用的规则抄送给全国其他各级税务机关的原因，因此，相关批复只能个案适用。对于《国家税务总局关于公布全文失效废止、部分条款失效废止的税收规范性文件目录的公告》（总局公告2011年第2号）以及《国家税务总局关于公布现行有效的税收规范性文件目录的公告》（总局公告2010年第26号）两文件中都未提及国税函[2000]687号批复和国税函[2009]387号批复，两份批复文件在表面上似乎并未失效，这也导致了很多企业从事相关交易时对相关批复文件的效力问题产生疑惑。对此笔者认为，国税总局两份公告未体现相关批复文件，这恰恰说明国税总局上述批复文件为个案批复，由于其本身并不是普遍适用的规范性文件，所以就不存在将其废止，以及将其作为现行有效的税收规范性文件进行公告问题。同时，国税总局颁布的《税收个案批复工作规程（试行）》（国税发[2012]14号）第四条也明确规定，税收个案拟明确的事项需要普遍适用的，应当按照《税收规范性文件制定管理办法》制定税收规范性文件。根据该规定，显然国税总局上述个案批复也不应普遍适用。

而且，如果将上述批复普遍适用，本身也存在一些难于界定的问题。比如国税函[2000]687号中提及的个案比例为100%，如果公司的股权并未全部转让，则能否适用？国税函[2009]387号中提及的以房地产出资与转让股权的时间为一个多月，则在涉及以房地产出资后再转让股权，间隔多长时间才适用？被转让的股权所涉及的资产中房地产资产比例应是多少才应适用？这些问题在上位法没有规定，国税总局也没有制定普遍适用的规范性文件的情况下，显然不能以上述个案批复作为征税依据。

另外，笔者认为，由于上述批复不能普遍适用，而当前又没有针对该问题制定普遍适用的规范性文件，如果税务机关拟就个案适用实质课税原则进行征税，则只能就个案请示有权解释机关进行解释认定后才能征税，而不是任由各税务执法机关在执法中随意认定。

三、税务机关在执法过程中不应滥用实质课税原则

实质课税原则起源于第一次世界大战后的德国，其实质

在于国家财政利益的满足以及税收负担的公平分配。反映在立法上，1919年德国《帝国租税通则》第6条规定：“纳税义务，不得借民法上之形式及其形成可能性之滥用而规避或减少之，如有滥用情形，应依相当于该经济实践，经济实施及经济关系之法律状态，课征相同之捐税。”这条规定，被视为实质课税的最早立法起源。^[3]虽然我国没有对实质课税原则作一般性的规定，但在众多的法律条文中却体现了实质课税原则。特别是在我国2008年1月1日生效的《企业所得税法》中，更是以专章来规定企业所得税的特别纳税调整制度（即反避税制度），其内容涉及关联方交易、预约定价、避税地等几方面，充分体现了实质课税原则的精神。^[4]国税总局也曾颁布了一系列涉及反避税的配套规定，这些规定显然也都是实质课税原则的体现。

实质课税原则与税收法定原则本身存在冲突，实质课税原则与税收法定原则的适用边界在理论界也一直存有争议。在我国国情之下，笔者认为仍应以税收法定为原则，而实质课税原则只有在坚持税收法定原则的前提下加以应用。我国当前通过立法或制定行政规范性文件的方式对实质课税原则予以适用，显然也有利于纳税人合理预期，从这个角度看，实质课税原则更主要应是立法原则，或作为行政机关进行行政解释的原则，在个案行政执法中应慎重适用。因为如果纳税义务人在规划其经济生活，除须关注私法以及“税法”的文义外，尚且须探究税法“意在言外”的可能规范意旨，甚至还必须衡量其经济生活之规划是否会被认定为“过度聪明”，以致可能不合于“税法”底蕴所默认为的公平价值，而有遭“税局”否认调整之风险时，那么纳税义务人何所措其手足？^[5]

根据纳税人信赖利益的保护要求，纳税人有权在合理范围内推定此行为所产生的税法效果。因此，必须将实质课税原则的运用纳入纳税人的合理预测之中，即严格限制实质课税原则对纳税人的“不可预见性”，并可考虑以此作为边界，作为纳税人对抗实质课税原则的原因。^[6]而我国当前对于“以股权转让形式转让房地产”是否征收土地增值税并没有在立法上进行相应规定，也没有制定任何规范性文件，国税总局的相关批复也只是个案批复，既没有抄送其他税务机关，也由于个案的特别情形无法普遍适用，而且，“以股权转让形式转让房地产”的交易模式从长远来看也未必节税。因此，笔者认为各税务机关应慎重适用实质课税原则予以征税。

另外，根据企业所得税和土地增值税的征税目的和原理，可以看出两个税种都是对企业（土地项目）的所得或增值征税，两者具有高度重合性，只不过企业所得税的纳税区间是会计期间，土增税的纳税区间是项目期间。而且从房

地产税制改革的角度，也有观点建议逐步取消土地增值税。在此背景下，税务机关更应慎重适用实质课税原则对所谓“以股权转让形式转让房地产”征收土地增值税。

四、“以股权转让形式转让房地产”是否影响民事行为的效力

税法属于公法范畴，调整的是国家与纳税人之间公权力领域的问题，其与调整平等主体间人身、财产关系的私法有本质的区别。但税法又是以调整私人经济生活关系的产生和存在为前提的。因此，税法所规定的纳税人及其义务，可以认为是对私人经济生活或财产权的第二次规范。^[7]实质课税原则的适用并不否认已成立商业模式的私法效力，而仅在税法范围内对其经济实质进行认定。^[8]况且，国税总局的批复效力层级也不属于法律和行政法规规定。因此，国税总局批复文件应不影响民事行为的效力。

司法实践中也有“以股权转让形式转让房地产”的相关案例。比如，马庆泉、马松坚与湖北瑞尚置业有限公司股权转让纠纷案（案号：（2014）民二终字第264号）^[9]。最高人民法院就此认为：股权转让与土地使用权转让是完全不同的法律制度，股权是股东享有的，并由公司法或公司章程所确定的多项具体权利的综合体。公司在转让股权时，该公司的资产状况包括建设用地使用权的价值，是决定股权转让价格的重要因素。但不等于说，公司在股权转让时只要有土地使用权，该公司股权转让的性质就变成了土地使用权转让，进而认为其行为是名为股权转让实为土地使用权转让而无效。

虽然很多人以最高人民法院上述判例认为“以股权转让形式转让房地产”不应征收土地增值税，但最高人民法院在上述判例中也同时认为：由于转让股权和转让土地使用权是完全不同的行为，当股权发生转让时，目标公司并未发生国有土地使用权转让的应税行为，目标公司并不需要缴纳营业税和土地增值税。如双方在履行合同中存在规避纳税的行为，应向税务部门反映，由相关部门进行查处。对此，笔者认为最高人民法院上述判例很好地反映了民事行为的效力与是否纳税之间关系，民事行为法律效力的判断，并不影响税务部门对该行为是否存在规避纳税行为的判断。相反，税务部门即使从实质课税角度认为应纳税，则也不影响其民事行为的法律效力。

五、“以股权转让形式转让房地产”是否必然节税

由于在房地产交易中，直接买卖资产对买卖双方而言均需要缴纳较高的税费（卖方主要有增值税、土地增值税、

企业所得税，买方主要有契税），而通过股权转让的方式转让标的资产，出让方股东主要缴纳的仅为企业所得税或个人所得税。该方式表面看来，是轻易将增值税、土地增值税绕了过去，因此，如果单独从这一个环节考虑，“以股权转让形式转让房地产”确实会产生节税的效果。

但如果考虑到受让方之后可能产生的税负，则“以股权转让形式转让房地产”未必节税。因为对于受让方来说，不动产在增值税、土地增值税方面的计税基础仍是原转让方的计税基础，这实质上是将转让方应纳的增值税和土地增值税递延到将来房地产转让时再一并征收，而股权转让本身还涉及相关税费。因此，虽然“以股权转让形式转让房地产”方式确实会产生递延纳税的效果，但从最终的税负上，实际上很有可能还会上升，交易双方是采取资产转让的模式，还是股权转让的模式其实还需要进行更综合的考量。对此，笔者认为税务机关其实也没有必要强行调整。

六、结语

虽然国税总局适用实质课税原则对相关批复所涉及的交易事项认定实质为房地产交易而应征收土地增值税，但由于相关批复为个案批复，因此，显然不具有普遍适用性。实质课税原则虽然在我国税收实践领域得到了广泛的运用，但实质课税原则应当谨慎运用，否则可能因行政机关的主观恣意而置法条文义而不顾，不仅违反税收法定主义，也势必将侵害人民的权益。^[10]而“以股权转让形式转让房地产”本身如何界定，以及如何做到类似交易征税的公平，实践中也比较困难，况且该方式从更长远的交易环节来看也未必会节税。因此，笔者认为税务机关还是应更尊重市场主体的交易行为，尽量不超越市场而成为影响交易双方预期的力量。✉

【参考文献】

[1] 徐阳光：《实质课税原则适用中的财产权保护》，《河北法学》2008年第12期

[2] 刘剑文、熊伟：《税法基础理论》，北京大学出版社2004年版，第155页

[3] 叶金育：《税法整体化研究——一个法际整合的视角》，北京大学出版社2016年版，第88页

[4] 刘剑文：《理财治国观——财税法的历史担当》，法律出版社2016年版，第224页

[5] 刘剑文主编：《财税法学前沿问题研究——依法治国与财税法定原则》，法律出版社2016年版，第293页

[6] 刘剑文：《理财治国观——财税法的历史担当》，法律出版社2016年版，第224—225页

[7] 刘剑文：《理财治国观——财税法的历史担当》，法律出版社2016年版，219页

[8] 刘剑文：《理财治国观——财税法的历史担当》法律出版社2016年版224页

[9] 中国裁判文书网：《马庆泉、马松坚与湖北瑞尚置业有限公司股权转让纠纷二审民事判决书》

[10] 孙健波：《税法解释研究——以利益平衡为中心》，法律出版社2007年版，第118页

【作者简介】



何浩太，广信君达合伙人。四川大学法律本科，2011年取得注册税务师资格。担任市律协财税委委员，专注于公司与并购、民商事诉讼、税务筹划及税务争议解决。

建设工程违法分包情形下的用工主体责任分析

作者：史萍、黄婷

前言

建筑业作为国民经济支柱产业之一，其高质量的供给离不开产业工人的辛勤付出。现行法律法规、司法解释虽然对违法分包情形下的工伤保险责任作出了规定，但由于施工单位工程项目分散在全国各地，施工过程中存在大量的人员更替，具有流动性、临时性的特点。再加上建筑业工伤保险方面的局限性，使工伤待遇问题仍是困扰着建筑工人、施工单位，以及建设单位的一大难题。本文将结合现行法律法规与司法实践，对建设工程违法分包情形下的用工主体责任作出分析，并提出实务建议，以期促进建工行业合规用工。

一、违法分包行为的认定

分包人亦称“分包人”或“分包商”，是指合同中承接分包业务的一方主体，是分包工程最终施工方，一般指非主体、非关键性工程施工或劳务作业方面承接工程的当事人。根据分包内容的不同，可分为专业分包人和劳务分包人。专业分包人是指建设工程中，承包工程总包人或施工总包人主体结构外的其他专业工程的具有资质的企业。劳务分包人是指承包施工总承包企业或者专业承包工程中具有劳务作业资质并从事劳务作业的企业。

违法分包，是指承包单位承包工程后违反法律法规规定，把单位工程或部分分项工程分包给其他单位或个人施工的行为。根据《建筑工程施工发包与承包违法行为认定查处管理办法》第12条规定，存在下列情形之一的，属于违法分包：

- (一) 承包单位将其承包的工程分包给个人的；
- (二) 施工总承包单位或专业承包单位将工程分包给不具备相应资质单位的；
- (三) 施工总承包单位将施工总承包合同范围内工程主体结构的施工分包给其他单位的，钢结构工程除外；
- (四) 专业分包单位将其承包的专业工程中非劳务作业部分再分包的；
- (五) 专业作业承包人将其承包的劳务再分包的；
- (六) 专业作业承包人除计取劳务作业费用外，还计取主要建筑材料款和大中型施工机械设备、主要周转材料费用的。

实务中，违法分包通常呈现出这样的模式：发包方将工程项目发包给具备用工主体资格的承包方，承包方再将该项目分包给不具备用工主体资格的组织或者自然人，即实际施工人，实际施工人垫资施工并招用劳动者。因此，在建筑工

程经历如此层层分包后，实际施工方的前手承包方及发包方，往往对实际施工方的用工情况知之甚少，一旦发生安全事故，各方矛盾激化，难以协调。

二、违法分包中的用工主体责任

(一) 用工主体责任与用人单位责任的区别

在分析用工主体责任前，需要先厘清用工主体责任与用人单位责任的区别。用工主体责任是国家为了保护不具备用工主体资格的组织或自然人招用的劳动者在因工受伤时能享受到劳动关系下的劳动者同等工伤保险待遇而特别规定的一种替代责任。用工主体责任与用人单位责任虽在责任承担结果方面有部分重合，但在性质上是两种截然不同的责任形式，若双方成立劳动关系，一方就不可能向另一方承担用工主体责任，若承担用工主体责任，则必然不存在劳动关系。

2011年，最高人民法院印发的《全国民事审判工作会议纪要》第59条中明确：“建设单位将工程发包给承包人，承包人又非法转包或者违法分包给实际施工人，实际施工人招用的劳动者请求确认与具有用工主体资格的发包人之间存在劳动关系的，不予支持”。

2014年，《最高人民法院对最高人民法院〈全国民事审判工作会议纪要〉第59条作出进一步释明的答复》更进一步指出：实际施工人与其招用的劳动者之间应认定为雇佣关系，但实际施工人的前一手具有用工主体资格的承包人、分包人或转包人与劳动者之间既不存在雇佣关系，也不存在劳动关系。至此，用工主体责任彻底与劳动关系中用人单位的责任区别开来。

(二) 用工主体责任的承担主体

根据《中华人民共和国劳动合同法》（下称“《劳动合同法》”）第94条规定：“个人承包经营违反本法规定招用劳动者，给劳动者造成损害的，发包的组织与个人承包经营者承担连带责任。”该规定虽未明确用工主体责任这一概念，但实际上将发包的组织与实际施工人置于同等地位承担责任，因此可视为用工主体责任的立法依据。

《劳动和社会保障部关于确立劳动关系有关事项的通知》（劳社部发〔2005〕12号）第4条规定：“建筑施工、矿山企业等用人单位将工程（业务）或经营权发包给不具备用工主体资格的组织或自然人，对该组织或自然人招用的劳动者，由具备用工主体资格的发包方承担用工主体责任。”

《人力资源和社会保障部关于执行〈工伤保险条例〉若

干问题的意见》(人社部发[2013]34号)第7条规定:

“具备用工主体资格的承包单位违反法律、法规规定,将承包业务转包、分包给不具备用工主体资格的组织或者自然人,该组织或者自然人招用的劳动者从事承包业务时因工伤亡的,由该具备用工主体资格的承包单位承担用人单位依法应承担的工伤保险责任。”

因此,从诉讼程序看,劳动者既可以单独起诉实际施工人,也可以将承包人、分包人或转包人与实际施工人列为共同被告;从实体处理看,劳动者既可以要求实际施工人承担全额或者部分赔偿责任,也可以要求承包人、分包人或转包人承担全额或者部分赔偿责任,还可以要求承包人、分包人或转包人与实际施工人一起承担连带赔偿责任。

(三) 用工主体责任的责任范围限制

用工主体责任的责任范围并不完全等同于用人单位的责任,根据现行规定仅限于劳动报酬清偿责任及工伤保险责任,而用人单位依据《中华人民共和国劳动法》《劳动合同法》所应承担的订立书面劳动合同、缴纳社会保险、支付解除劳动合同经济补偿金、赔偿金或二倍工资差额等专属于劳动关系的法律责任,不属于用工主体责任范围。

1. 劳动报酬清偿责任

根据《劳动合同法》第94条规定,以及《建设领域农民工工资支付管理暂行办法》(劳社部发[2004]22号)第12条:“工程总承包企业不得将工程违反规定发包、分包给不具备用工主体资格的组织或个人,否则应承担清偿拖欠工资连带责任。”因此,发包方、承包方应当与实际施工人就清偿欠付的劳动报酬承担连带责任。

2. 工伤保险责任

根据《关于执行〈工伤保险条例〉若干问题的意见》(人社部发[2013]34号)第7条的规定:“具备用工主体资格的承包单位违反法律、法规规定,将承包业务转包、分包给不具备用工主体资格的组织或者自然人,该组织或者自然人招用的劳动者从事承包业务时因工伤亡的,由该具备用工主体资格的承包单位承担用人单位依法应承担的工伤保险责任。”

因此,承包人应当承担用人单位依法应承担的工伤保险责任。但由于用工主体责任并不等同于用人单位的责任,因此工伤保险责任的承担范围也并不完全等同于用人单位的责任范围。用工主体责任的责任范围,一般不包括:社会保险费缴纳责任、未签订书面劳动合同的责任、经济补偿金或赔偿金的支付等责任。

(四) 发包人或承包人承担用工主体责任后,有权向实际施工人追偿

根据《中华人民共和国民法典》(下称“《民法典》”)

第178条第2款规定:“连带责任人的责任份额根据各自责任大小确定;难以确定责任大小的,平均承担责任。实际承担责任超过自己责任份额的连带责任人,有权向其他连带责任人追偿。”

《劳动合同法》第94条规定:“个人承包经营者违反本法规定招用劳动者,给劳动者造成损害的,发包的组织与个人承包经营者承担连带赔偿责任。”

《关于进一步做好建筑业工伤保险工作的意见》(人社部发[2014]103号)第9条规定:“建立健全工伤赔偿连带责任追究机制。建设单位、施工总承包单位或具有用工主体资格的分包单位将工程(业务)发包给不具备用工主体资格的组织或个人,该组织或个人招用的劳动者发生工伤的,发包人与不具备用工主体资格的组织或个人承担连带赔偿责任。”

2014年6月1日,最高人民法院作出的《对〈全国民事审判工作会议纪要〉第59条作出进一步释明的答复》表明,建筑施工企业参照工伤的有关规定赔偿后,有权向相关实际施工人追偿,案由为追偿权纠纷。

因此,发包人或承包人承担用工主体责任后,并不能免除实际施工人的直接责任。发包人或承包人在对外履行劳动报酬清偿及工伤保险赔偿义务后,有权向实际施工人追偿

由于建设工程转包、分包合同常因违反法律法规强制性规定导致无效,因此无法适用合同内责任划分的相关约定,根据《民法典》第157条的规定:“民事法律行为无效、被撤销或者确定不发生效力后,有过错的一方应当赔偿对方由此受到的损失;各方都有过错的,应当各自承担相应的责任。”即只能依据双方过错程度确定承担的责任份额,具体来说,可以从承包人对实际施工人不具有用工主体资质是否明知、是否对施工过程进行了安全管理与监督、是否采取必要的安全措施等角度来判断,根据各自的过错程度对工伤保险赔偿责任产生的损失分担责任。

三、典型案例解析

案例一

案号:(2018)最高法行再151号

案由:行政确认

裁判摘要:《最高人民法院关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定》第3条第1款规定:“社会保险行政部门认定下列单位为承担工伤保险责任单位的,人民法院应予支持:……(四)用工单位违反法律、法规规定将承包业务转包给不具备用工主体资格的组织或者自然人,该组织或者自然人聘用的职工从事承包业务时因工伤亡的,用工单位为承担工伤保险责任的单位;……”该条规定从有利于保护职工

合法权益的角度出发，对《工伤保险条例》将劳动关系作为工伤认定前提的一般规定作出了补充，即当存在违法转包、分包的情形时，用工单位承担职工的工伤保险责任不以是否存在劳动关系为前提。根据上述规定，用工单位违反法律、法规规定将承包业务转包、分包给不具备用工主体资格的组织或者自然人，职工发生工伤事故时，应由违法转包、分包的用工单位承担工伤保险责任。

案例二

案号：（2019）新40民终2075号

案由：劳动争议

裁判摘要：最高人民法院、人力资源社会保障部针对无用工主体资格的组织和个人招用的劳动者出现因工受伤的情况，已作出了明确规定。人社部《关于执行〈工伤保险条例〉若干问题的意见》（人社部发〔2013〕34号）第7条规定由具备用工主体资格的承包单位承担用人单位依法应承担的工伤保险责任，人社部《关于进一步做好建筑业工伤保险工作的意见》（人社部发〔2014〕103号）第9条规定由发包单位与不具备用工主体资格的组织或个人承担连带赔偿责任，最高人民法院《关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定》（法释〔2014〕9号）第3条第（四）项也规定了发包单位与不具备用工主体资格的组织或个人承担连带赔偿责任。从上述规定可确认，承担用工主体责任并不以存在劳动关系为前提。而人社部和最高人民法院的各项规定，是从工伤角度对劳动者提供帮助，承担工伤保险责任也并不以存在劳动关系为前提。因此，马忠西与上诉人志明公司、志明分公司之间不存在劳动关系，按照人社部和最高人民法院的规定，志明公司及志明分公司应承担工伤保险责任，对此，上诉人马忠西可另行主张。

四、实务建议

（一）发包人在与总承包人签订施工合同时，明确是否允许总承包人分包专业工程。若发包人允许总承包人将部分专业工程进行分包，则需在施工合同中明确分包人的资质、条件，增设分包合同报审条款以及总承包人擅自分包的违约条款，同时要注意协调总包合同与分包合同现场管理协调问题等。

（二）总承包人尽量选择具备施工资质和用人单位资格的建筑劳务企业作为劳务分包工程承包方，并要求建筑劳务企业提供其工人的入职登记表、劳动合同、员工花名册等文件备案。

（三）依法投保建筑业工伤保险，并根据工地在场工人情况及时更新备案名单，以确保出现事故时能够得到理赔。

（四）加强工地现场管理，避免总承包人与分包人的文件乱用、混用，尤其加强工地项目部印章管理，避免乱盖章现象。

（五）规范用工，做好劳动合同签署及班组人员名单制作，对于“包工头”以及其个人招用的工人务必签署书面劳动合同，并根据实际招用的工人情况及时制作、更新书面的班组人员名单并由“包工头”本人签字确认。

（六）完善生活费发放台帐管理，对于直接发放给工人的每一笔生活费均制作书面发放台帐并由工人本人签字捺印，杜绝代签、代领。

【作者简介】



史萍，广信君达合伙人、执行委员会委员、建设工程部副部长。专注于房地产及建设工程、城市更新、企业法律顾问、民商事争议及重大疑难家事法律服务。现为广州市律师协会建设工程法律专业委员会委员，广州仲裁委员会仲裁员，广东省经济法学研究会理事。



黄婷，广信君达专职律师。专注于房地产及建设工程、城市更新、企业法律顾问、民商事争议解决。暨南大学法律硕士，致力于民商法领域法律实务与法律研究。曾经或现在正在办理的案件类型涉及各类建设工程纠纷、合同纠纷、公司领域纠纷等，积累了丰富的法律实务经验，能够为客户提供高质量法律服务。

建设工程合同无效时“背靠背”条款的效力分析及应对策略

作者：黎国贵、杨挺

在建设工程分包合同中，总承包人与分包人经常会在支付条款中约定：总承包人的付款条件以业主向其付款为前提，若业主未向总承包人付款，分包人不得向总承包人主张工程款和其他的违约责任，类似的支付条款俗称为“背靠背”条款。

法律没有明确规定“背靠背”条款是否有效，目前各级法院普遍的观点认为在一份合法有效的合同中“背靠背”条款原则上是有效的，但总承包方不得滥用。然而，实践中存在大量违法分包、转包、挂靠等导致分（转）包合同无效的情形，在合同无效时，“背靠背”条款效力如何？作为工程参与方应如何应对呢？



一、合同无效时，“背靠背”条款效力分析

《民法典》第 507 条规定：合同不生效、无效、被撤销或者终止的，不影响合同中有关解决争议方法的条款的效力。该条款表明，合同中有关解决争议方法的条款具有相对独立性，不因合同无效、被撤销或者终止而失去其效力。那么，“背靠背”条款是否属于“有关解决争议方法的条款”呢？对于“有关解决争议方法的条款”的具体范围，相关法律及司法解释未对其作出规定。全国人大常委会法制工作委员会所编写的《中华人民共和国合同法释义》对该条作出了解释，其认为“有关解决争议方法的条款”包括仲裁条款、选择受诉法院的条款、选择检验、鉴定机构的条款以及法律适用条款四种。虽然该释义并不属于有权解释，没有法律效力，但是因其编写主体的特殊性而在司法实践中得到了一定程度的认可。在此基础上，我们可以对其予以适当参照。另

外，“背靠背”条款只是作为合同双方关于付款时间的约定，其并不具备解决争议的效能，不能认定为“有关解决争议方法的条款”。因此，笔者认为，分包合同无效，合同中的“背靠背”条款自然也应归为无效。

二、合同无效时，还有适用“背靠背”条款的空间吗？

《民法典》第 793 条规定：建设工程施工合同无效，但是建设工程经验收合格的，可以参照合同关于工程价款的约定折价补偿承包人。

《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 24 条规定：当事人就同一建设工程订立的数份建设工程施工合同均无效，但建设工程质量合格，一方当事人请求参照实际履行的合同关于工程价款的约定折价补偿承包人的，人民法院应予支持。

可见，合同无效的情况下，可“参照合同关于工程价款的约定”进行折价补偿。因此，关键在于厘清“背靠背”条款是否属于“关于工程价款的约定”。对此，实务界有一定的分歧。

（一）合同无效时，“背靠背”条款不属于“关于工程价款的约定”，不能参照适用

在最高人民法院受理的（2013）民一终字第 93 号案中，法院认为：一审判决根据诉争工程已经竣工验收并交付使用的实际情况，依照《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 2 条之规定，判令江西通威公司支付黄国盛、林心勇工程款，并自工程交付之日起承担尚欠工程款的利息，适用法律正确。上述司法解释条款规定“参照合同约定支付工程价款”主要指参照合同有关工程款计价方法和计价标准的约定。江西通威公司主张“参照”应当包括合同对支付条件的约定，其与业主泉三高速公路公司未完成结算，本案所涉合同约定的工程款支付条件尚未成就，其应在付款条件成就时承担向黄国盛的付款义务，于法无据，本院不予支持。

在最高人民法院受理的（2019）最高法民申 1218 号案中，法院认为：在建设工程施工合同无效的情况下，《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2条关于“请求参照合同约定支付工程价款”规定的原意应当是参照合同约定确定工程价款数额，主要指工程价款计价方法、计价标准等与工程价款数额有关的约定，而双方间关于付款节点约定的条款，不属于可以参照适用的合同约定。因此，肖春佑要求支付逾期工程进度款利息的主张缺乏法律依据，原审判决未予支持并无不当。

（二）合同无效时，也有参照适用“背靠背”条款的空间

在佛山市中级人民法院审理的(2020)粤06民终4350号案中，法院认为：案涉合同虽然因违反法律强制性规定而无效，但双方对于工程款支付条件的约定仍是双方当事人签约时的真实意思表示。作为实际施工人的邹前红在签约时清楚的知悉承包人向其支付工程款需以发包人支付工程款为前提，若不参照合同约定而直接判决承包人向其支付工程款，则无疑使得实际施工人在合同无效时获得比有效时更大的利益，这有悖于法理。

在上海市松江区人民法院受理的(2019)沪0117民初10022号案中，法院认为：合同无效后，合同约定的分成比例系双方就款项结算达成的根本依据，且合同中“背靠背”的付款方式系原、被告双方事前针对回款风险形成的付款安排，原告在主张工程款时仍应参照相关约定。

在广东省高级人民法院受理的(2020)粤民再66号案中，法院认为：虽然《工程承包协议》无效，但简柏忠对荆州路远公司根据总合同约定收到款项再付款的方式是认可的，应认为双方已明确付款时间。

安徽省高级人民法院发布的《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的指导意见（二）》第11条规定：“非法转包、违法分包建设工程，实际施工人与承包人约定以发包人与承包人的结算结果作为结算依据，承包人与发包人尚未结算，实际施工人向承包人主张工程价款的，分别下列情形处理：

（一）承包人与发包人未结算尚在合理期限内的，驳回实际施工人的诉讼请求。

（二）承包人已经开始与发包人结算、申请仲裁或者诉至人民法院的，中止审理。

（三）承包人怠于向发包人主张工程价款，实际施工人主张参照发包人与承包人签订的建设工程施工合同确定工程价款的，应予支持。”

可见，安徽省高级人民法院虽然没有明确在合同无效时认可“背靠背”条款的效力，但其认可发包人与总承包人结算作为总承包人向分包人付款的前提条件的效力，即总承包人和发包人的结算尚在合理期限内的，则分包人请求支付工程款的诉讼请求不能得到支持。

三、对“背靠背”条款的应对策略

总承包人、分包人在签署分包合同时，应从自身立场出发合理设定合同条款，在履行合同时注意把握关键点，即使分包合同被认定为无效，也能最大限度保护自身权益。

（一）总承包人的应对策略

1. 总承包人与分包人除签订分包合同外，另行签订《风险共担协议》，设置双方共同承担风险的条款，通过订立新的合同，建立总承包合同与分包合同之间的关联。

2. 采用足以引起分包人注意的文字、符号、字体等特别标识，对“背靠背”条款予以说明。

3. 将总承包合同与分包合同中的付款时间、付款比例、付款条件等一一对应，做到约定明确具体。比如，付款条件通常应包括：在分包人申请付款前，应提供等额的合法合规的税率为X%的增值税专用发票，否则总承包人有权拒绝付款且不承担逾期支付工程款的违约责任。

4. 将建设单位对承包人的付款期限、付款比例、付款条件等内容以书面方式披露给分包人，保证分包人的知情权。

5. 应强化合同管理，全面履约，如建设单位迟延付款、拒付款，总承包人应积极主张权利并进行相应证据保全。发现发包人违约或无力支付其工程款时，应积极行使权利，避免被法院认定为怠于行使权利而产生不利后果。积极行使权利不仅仅表现在向发包人发函催收债权，还应当及时向法院提起诉讼或申请仲裁。

6. 强化对分包人农民工工资监督管理。现实中，分包人雇佣不明身份人员，以讨要农民工工资为名，恶意追索工程款，追求非法利润的行为，是很常见的。而《保障农民工工资支付条例》第32条规定：施工总承包单位应当按照有关规定存储工资保证金，专项用于支付为所承包工程提供劳动的农民工被拖欠的工资。因此，一旦出现拖欠农民工工资问题，地方政府部门可能从承包人预存的农民工工资保证金中予以支付，从而影响“背靠背”条款的抗辩

机会和能力。

7. 积极搜集合同相对方违约的证据。总承包人未严格履行总承包合同对发包人构成违约，导致发包人延迟或拒绝付款的，总承包仍不得向分包人主张“背靠背”条款的抗辩。相反，总承包人应积极搜集、保全分包人工期延误、工程质量缺陷等违约证据，届时因分包人行为导致整体项目延迟竣工、发包人延迟付款的，总承包人依据“背靠背”条款抗辩分包人的付款请求时证据和理由将更为充分。

（二）分包人的应对策略

1. 积极搜集总承包人违反总承包合同约定的证据。总承包人未能按时全面履行总承包合同的约定，导致建设单位延迟支付、拒不支付工程款时，不得援引“背靠背”条款对抗分包人的付款请求权。

2. 积极搜集总承包人怠于行使到期债权的证据，提起代位权之诉。总承包合同约定的付款条件具备、付款期限届满，但其怠于向建设单位主张权利，分包人也可援引《民法典》第535条“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。”之规定，行使代位权，直接向建设单位提起代位权诉讼。

3. 在分包合同中，尽量设定总承包人的通知义务，即“背靠背”条款所涉款项在发包人支付给总承包人后一定期限内，应当有效通知分包人，并且同时设定相应逾期付款违约责任，否则难以对违约方形成有效约束。此外，还可以通过约定，对总承包人向发包人催讨工程款的法律手段予以限制，即明确其催讨的行为应当包括以诉讼方式进行，且当其未按照付款节点向发包方积极主张工程款时，应当承担一定的违约责任。

4. 积极搜集总承包人已经收到建设单位付款，但并未向分包人付款的证据，向总承包人主张违约责任。总承包人业已获得建设单位的给付的工程款，但拒绝按照分包合同的约定向分包人支付工程款，总承包人的行为属于违约行为，应该承担违约责任。

5. 积极搜集建设单位经营出现严重恶化、出现资不抵债、下落不明等情形的证据。建设单位经营出现严重恶化、出现资不抵债、下落不明等情形，在这种情况下，在实践中，除非总承包人与分包人签有风险共担协议，否则不能对抗分包人的工程款支付请求权。

6. 积极搜集可能导致分包合同无效及“背靠背”条款无效的相关证据。

7. 在签订分包合同时，分包人可以考虑设立“背靠背”

条款的但书情形。当满足特定条件时，如工程已通过竣工验收、已过质保期或某一特定时间节点经过后，则“背靠背”条款不再适用，总承包人应支付工程款。该条款也能够一定程度上起到作用。

8. 保留好向总承包人发函、催告、催款等的沟通记录作为证据备用。

以上是笔者关于在合同无效的情形下，针对“背靠背”条款的效力、适用空间进行的分析，并对总承包人和分包人在面对“背靠背”条款时的处理方式提出了应对策略。欢迎各位读者朋友交流探讨。✉

【作者简介】



黎国贵，广信君达高级合伙人。专注于建设工程、房地产、民商事诉讼（仲裁）、企业法律顾问。广州市律师协会建设工程法律专业委员会副主任 / 广州仲裁委员会仲裁员、案件咨询专家 / 武汉仲裁委员会仲裁员 / 佛山仲裁委员会仲裁员 / 河源仲裁委员会仲裁员 / 广州市三农法学会副会长 / 广东省法学会经济法学研究会常务理事 / 广东省法学会民商法学研究会理事。



杨挺，广信君达专职律师。专注于房地产与建设工程，政府及企业法律顾问，重大复杂的民商事诉讼及仲裁。原为北京军区给水工程团上尉军官、原军队律师。

论城市更新中平台公司产生背景、介入路径及整治对策

作者：蒋修贤、吴剑良

摘要

2021年3月1日广东省施行《广东省旧城镇旧厂旧村庄改造管理办法》。2009年以来，“三旧改造”工作成绩斐然，城乡面貌焕然一新，在市场机制唱主角的城市更新中，市场主体涌现大量平台公司，这类平台公司普遍出现在旧村改造中，其作为市场主体参与城市更新，推进了市场的活跃发展，但同时也在特定领域产生了一定负面效应，如在旧村改造的前期阶段。为此广州市2020年4月就发布了平台公司禁令。

本文主要探讨在城市更新之旧村改造过程中平台公司产生背景、介入路径和整治对策，以期对务实工作有所裨益。

关键字：城市更新 旧村改造 平台公司

一、平台公司产生的缘由

村集体大部分选择与市场主体合作改造的方式，而村集体这种具有中国特色的农村集体产权属性，形成了集体的民主决策制度、党组织与村行政机关双重的管理体制，加上中国农村的传统宗族观念、村民之间利益冲突等因素，使旧村改造项目应运而生。相比于产权较单一旧厂改造、政府收储为主导的旧城镇改造，存在决策程序更为复杂、进度不可预测及政策频繁变动等大风险。

其一，《中华人民共和国宪法》第17条规定，村集体有独立经济活动自主权，实行民主管理。村集体对涉及土地利用、权属等重大决策，均需获得绝大多数表决权，旧村全面改造，就包含了6大表决事项，例如《广州市旧村庄更新实施办法》规定村民改造意向表决、项目实施方案、补偿安置协议等都需达到80%比例通过，“村民表决在城市更新项目中非常重要，很多项目由于程序存在瑕疵，从而导致功亏一篑。”^[1]

其二，党和行政机关的双重管理体制，有时难免导致村集体决策效率低下。“村党组织是党在农村的最基层组织，具有领导村民自治的核心作用”^[2]，而《村民委员会组织法》规定，村长是经集体民主选举出来，对村民事务具有重要职权，这就形成书记和村长在职权和实际执行方面可能存在对立和矛盾。“在中国很大一部分农村，‘四议两公开’这一民主创新机制仍然举步维艰。”^[3]

其三，中国数千年的宗族历史传统，形成了宗族的元老、族长、话事人对村事务的实际影响力，村民家族恩怨等矛盾，也导致难以合作。因此，在这样的背景之下，旧村全面改造面临重重荆棘，但城中村、城中郊区的旧村改造，又是过去十年和未来存量土地开发的重要一环，面对这朵“带刺的玫瑰”，为尽早介入旧村改造前期事务，抢先获得村集体资源和信息等各种优势，平台公司应运而生。

二、平台公司角色类型与介入路径

作为市场主体的平台公司，并不是经公开选出的前期服务机构、合作企业和合作意向企业，而是在旧村改造的前期阶段^[4]，为获取与村集体合作的资格、资源和利益，参与到旧村改造市场的企业或者个人（本文统称平台公司），平台公司最大特征是缺乏合规性，其资质主要目的是作项目筹划的平台，因此平台公司无论从主体的适格性，还是与村合作内容的合法性及程序性来看，都难以达到法规和政策的要求。例如，2015年12月《广州市旧村庄更新实施办法》第24、第25条就对选择合作企业提出明确规定，2020年2月出台的《关于进一步规范旧村合作改造类项目选择合作企业有关事项的意见》，以及2021年1月出台的《广州市城中村改造合作企业引入及退出指引》，对合作企业的选择和引进，进一步提出更高的标准和要求，平台公司一般是难以达到的。

实务中发现平台公司主要有如下三类：

（1）大型地产公司自行设立的平台公司。大开发商在项目没有正式立项之前，需要设立可以处理前期投资、平衡各方利益、不贸然进村等工作制度，这类公司一般由大公司间接控制，有时公司的高管团队、投资方、关联方等也可跟投参股。

（2）寻求合作开发的中小型地产公司。由于缺乏与大开发商竞争的实力和品牌影响力，难以取得村民的依赖、支持及旧村合作企业的资质，其作为平台公司或设立平台公司通过获得村旧改的资源和信息，再与大公司洽谈合作开发。

（3）以取收中介、服务费为目标的小型公司或个人。例如，大开发商的下游供应企业、村大宗物业持有人、村集体关系户、利益代言人等，凭借与基层政府、村集体、

村民关系网，获取村集体旧改资源，再转让、倒手给大开发公司，以获得中介或服务的费用，此类平台公司为转卖为目的零散主体。

笔者根据务实经验，观察到平台公司主要采用如下方式或路径，介入到村集体的旧改进程之中：

1. 在旧改政策早期，直接与村集体、村领导、部分村民代表签订的改造合作协议，或进村开展基础数据调查。
2. 在旧改政策中后期，由于旧改政策管理较严，多以咨询、服务、合作等名义与村集体签订合作协议。
3. 利用控制村集体土地和物业，包括签订长期租赁、实际占用使用等，以影响和参与合作进程。
4. 其他方式，如新建扩建抢建物业，买受私分的集体资产或建设土地使用权，以产生实际控制。

平台公司参入旧改关系网、利益链中，也出现了利益输送、权力寻租等违法乱纪行为，例如，广州市著名的洗村旧改就产生了令人震惊的腐败窝案^[5]，由此可见，平台公司的介入，也使旧改市场无序竞争、项目倒卖、利益输送等情况更加复杂。

三、对平台公司的整治对策

“2017年，广州市城市更新项目中出现很多的‘平台公司’，平台公司扮演的角色及所做的工作与合作意向企业基本一致”^[6]，平台公司对激活市场、提供前期服务起到了积极的促进作用，但其负面效应也不容忽视，且其资质和实力、经验等不符合政策要求，其“合法性”身份也难以被法律政策认同，清理和禁止也在情理之中。

对平台公司整治，主要应从“禁”和“立”两方面进行，一方面对平台公司参与旧村改造进行明令的禁止，另一方面制订和规范前期服务机构、合作意向企业、合作企业选择的法律政策。以正反两方面强有力的措施为抓手，堵住平台公司流入的缺口，净化旧村改造市场交易秩序，使村集体可选择到资质优良、实力雄厚、具有社会责任感、符合旧改要求的企业，以保障项目依法合规、快速健康发展。

首先，在“禁”的这一方面。禁止平台公司、中介公司参与旧改项目，是保障村民、村集体利益的措施，得到政府、村集体和村民的支持和拥护；是净化市场、规范秩序的措施，保障真正具有实力和专业能力的企业，参与到旧改的服务中去。另外，也能起到减少旧村合作纠纷发生、保障改造顺利推进的作用。例如，2020年3月某市一个平台公司，该公司实际控制人宣称已经与村委达成口头合作协议，各种关系已处理妥当，某大型地产公司信以为真，立即与其签订合作协议并投入1000多万元前期费用，但随后发现该公司根本没有取得村委的信任和支

持，后产生纠纷形成诉讼案件，该村被列为诉讼第三人卷入诉讼中，影响了该村旧改项目的推进。2019年9月广州发布《关于加强旧村全面改造项目监管工作的通知》，明令禁止平台公司参与旧村前期改造，要求各区自查自纠、清理、整治平台公司参与旧改项目^[7]，坚决查处倒卖旧改项目行为，对于转让项目公司股权倒卖项目，明确规定“转让项目公司的股权，须经村集体书面同意，村集体自主改造的项目公司转让股权的，视为合作改造，须重新走合作企业招商程序”^[8]。在明令禁止平台公司参与旧改的地区，村集体与平台公司签订的合作协议，均应依规解除终止。关于解除此类合作协议，客观上村集体具有较多的主动权，除了政策和政府层面支持之外，此类协议大多存在合法性、有效性、公平性等瑕疵，解除协议的诉求，一般会得到法院的支持。例如，合作协议约定，村集体如单方解除合同，应承担巨额违约金或双倍定金返还，对此，法院可根据实际损失情况，对违约金过高予以调整，平台公司一般也难以举证具体损失。另外，村集体可将旧改产生的历史费用，商洽由新接手的合作企业承担。

其次，在“立”的方面。随着旧村改造的深化推进，对于旧村改造参与主体的合规性要求，各级政府也不断颁布法规和政策，明令要求旧村改造中，尤其是旧村改造前期，村集体如需要前期服务机构的专业协助选择意向合作企业的，需要依政策、按标准、公开选择适格的服务主体，保障选出的企业是具有资质、旧改经验和富有社会责任感的优质企业。2020年9月发布的《广州市人民政府关于深化城市更新工作推进高质量发展的实施意见》（穗字[2020]10号）第18条要求“加强合作企业管理，完善引入退出机制”，并且颁布选择合作意向企业、合作企业的意见、指引^[9]。为防范平台公司扰乱市场、破坏旧村改造的秩序，某些市、区、镇和街道也已颁布相应规定，明确前期机构选择须具备相应的条件和要求，具有代表性地区有中山、佛山、东莞地区。例如，2019年东莞市颁布了《东莞市城市更新单一主体挂牌招商操作规范（试行）》第16、17条规定。2019年东莞常平镇颁布了《常平镇城市更新单一主体挂牌招商招引前期服务商工作指引（试行）》，明确规定前期服务机构，须具有相应资信条件、开发经验、对省、市“三旧”改造政策具有一定的认知、理解与执行的熟悉程度等。笔者建议合适降低前期服务商标准，让更多具有专业资格和服务经验的企业参与旧改市场，为村集体提供更多选择。

除上述措施外，还要加强对区级、镇、街道等相关部门，村集体的领导干部进行政策、法制培训和指导，对村民进行法制和政策宣讲。尤其“在加强农村法治建设方面，既

强化法治宣传教育又加强村务工作监督和管理，全面贯彻旧村改造的法规和政策。”^[10]

四、结语

平台公司作为旧改主场主体丰富并推进了市场的发展，但其负面因素也要依规进行约束和整改，对非法劣行的平台公司要进行清理和整顿，降低前期服务机构准入门槛，保障前期服务机构、合作企业和意向企业公开、公平、公正选择，以高质量推进旧村改造。

【注释】

[1]参见：黄山、李鑑辉、王晓蕾、蔡樱梓等：《城市更新项目法律实务及操作指南》法律出版社2020年9月第1版第96页。

[2]邢峰娜：《村民自治制度困境分析》摘自《山西大学》硕士学位论文2012年。

[3]邢峰娜：《村民自治制度困境分析》摘自《山西大学》硕士学位论文2012年。

[4]本文所说的旧改前期是指，合作企业经正式的公共平台招标成功，并签署合作协议为分界点，在招投标成功之前，则为旧村改造的前期阶段，招投标成功之后则为后期阶段。

[5]腾讯网：《高管与开发商勾结洗村改造曝腐败铁三角》。

[6]引自黄山、李鑑辉、王晓蕾、蔡樱梓等：《城市更新项目法律实务及操作指南》法律出版社2020年9月第1版第74页。

[7]见《广州市住房和城乡建设局关于报送旧村全面改造项目平台公司清理整顿工作情况的通报》2020年4月15日。

[8]见《关于进一步规范旧村合作改造类项目选择合作企业有关事项的意见》穗建规[2020]第16号（2020年2月21日）第十条规定。

[9]《广州市城市更新项目管理监督管理实施细则》穗建规[2020]15号（2020年2月21日）、《关于进一步规范旧村合作改造类项目选择合作企业有关事项的意见》穗建规[2020]第16号（2020年2月21日）、《广州市城中村改造合作企业引入及退出指引》等。

[10]袁延文《强化农业农村法制建设助力乡村振兴》摘自《湖南农业》2019年02期。

【作者简介】



蒋修贤，广信君达合伙人。中国政法大学硕士客座教授、市律协房地产和城市更新组副组长、广东省三旧改造协会专家，具有丰富的三旧改造实务案例和经验。



吴剑良，广信君达专职律师。在房地产诉讼及非诉讼业务、股权并购及经济、民事诉讼等领域具有丰富经验。

广州旧改新政背景下 开发商与区属国企的合作模式初探

作者：林杨、林漫榆

广州城市更新的历史进程发展至今，区属国企主导旧改前期工作、参与旧改项目已经成为近期广州旧改新政的趋势。

在此政策环境下，开发商如何在旧改项目中与区属国企开展合作，并通过与区属国企的合作参与到旧改项目中成为广州旧改迫切待解的新课题。

本文尝试对广州市及各区涉及区属国企的政策规定进行针对性梳理，并结合各区的实际操作模式进一步探讨开发商与区属国企的合作模式。

一、广州涉及区属国企的旧改政策梳理

（一）广州市涉及区属国企的旧改政策

广州市涉及区属国企的旧改政策规定在广州市住房和城乡建设局制定的《广州市城市更新“中改造”项目实施操作指引》（2020年6月3日印发）中首次在市一级层面正式提出，该通知第四条根据“中改造”项目是否涉及跨区对片区综合改造策划主体进行区分，并明确不涉及跨区的“中改造”项目由各级政府选定市或区属国企作为片区综合改造策划主体。

规定原文如下：

第四条 确定片区综合改造策划主体 对于不涉及跨区的“中改造”项目，由各级政府选定具有一定房地产开发、城市更新或工程建设项目管理实力的市或区属国企（含市/区属国有企业联合体）作为片区综合改造策划主体；涉及跨区的项目，由市住房城乡建设局综合相关区意见后，明确片区综合改造策划主体，必要时报市政府审定。

（二）广州市各区涉及区属国企的旧改政策

黄埔区

虽然黄埔区就区属国企参与旧改工作的政策仅有一句简单的表述，“鼓励具有城市更新开发经验的区属国有企业参与旧村改造项目合作开发”，但作为广州旧改的排头兵，黄埔在旧改项目实际操作中与区属国企合作一直最为密切。

如黄埔区水乡村墩头基旧改的前期服务合作单位即为黄埔区属国企广州高新区投资集团有限公司，黄埔区茅岗路以东城中村改造的前期服务合作单位是黄埔区属国企科学城（广州）投资集团有限公司与上海升龙投资集团有限公

司的联合体广州科升城市更新投资有限公司，而近期接手黄埔区夏园旧改项目的也是黄埔区属国企广州开发区投资集团有限公司等。

黄埔区涉及区属国企的旧改政策规定原文如下：

（1）《广州市黄埔区 广州开发区旧村合作改造类项目公开引入合作企业工作指引（试行）》（穗开更新规字〔2020〕2号，2020年12月23日印发）

第三条 引入合作企业的要求 …（三）农村集体应当通过广州公共资源交易平台或区农村集体“三资”平台（以下简称“代理平台”）开展旧村改造项目公开引入合作企业有关工作，择优确定合作企业；鼓励具有城市更新开发经验的区属国有企业参与旧村改造项目合作开发。

（2）《广州市黄埔区 广州开发区旧村改造合作企业公开引入和退出工作指引（二次征求意见稿）》（2021年7月发布）

第三条 …农村集体应当通过广州公共资源交易中心或黄埔区农村集体经济组织资产财务管理服务中心（以下简称“代理机构”）公开引入旧村改造项目合作意向企业、合作企业，择优确定合作企业；鼓励具有城市更新开发经验的区属国有企业参与旧村改造项目合作开发。

南沙区

作为粤港澳大湾区的地理中心，南沙区的旧改工作不仅关系其自身的发展，也左右着整个大湾区的趋势。

在区属国企参与旧改项目的问题上，南沙区的态度最为明确，规定也十分直接。除了在相关政策文件中鼓励、支持区属国企参与旧改项目外，《旧村更新改造项目前期工作开展要求》（穗南更新整备〔2021〕4号，2021年3月20日印发）第二部分“前期工作开展要求”，直接规定南沙区旧改前期的基础数据调查核查工作、片区策划方案（含控规调整和专项评估）编制工作原则上由南沙城市更新投资发展有限公司负责组织开展。

除了上述规定以外，南沙区其他涉及区属国企的旧改政策规定原文如下：

（1）《关于加快推进成片连片改造促进节约集约用地的若干措施》（广州市规划和自然资源局南沙区分局，2020年4月8日印发）

三、保障项目实施 …（九）设立城市更新产业平台。发

挥政府主导优势，鼓励国有企业参与成片连片改造项目，引导国有企业牵头成立城市更新投融资平台，吸引优质社会资本和市场主体共同设立城市更新产业基金，用于更新项目产业转型升级的资金融通，运用市场力量和产业招商优势，增强我区更新改造项目的推动力。

(2)《南沙区深化旧村更新改造推进高质量发展的工作方案》(穗南府办函〔2021〕8号，2021年2月26日印发)

第四条 保障措施 (一) …2. 鼓励国有企业参与，有序推进实施。支持、引导和鼓励区属国有企业依法依规参与南沙区旧村庄改造项目。区属国有企业可根据管委会、区政府授权或工作安排(包括但不限于授权委托、会议纪要等形式)参与南沙区旧村改造项目相关工作;也可通过成立城市更新基金、产业投资平台等资本运作方式参与。

(3)《广州市规划和自然资源局南沙区分局关于印发〈南沙区旧村改造储备项目管理工作指引〉等2个指引的通知》(穗规划资源南〔2021〕256号，2021年3月1日印发)中《关于进一步加强南沙区旧村庄改造项目产业导入的工作指引(试行)》

第八条 支持和鼓励区属国有企业依法依规参与南沙区旧村庄改造项目，引导区属国有企业牵头成立城市更新投融资平台，吸引优质社会资本和市场主体共同设立城市更新产业基金，用于更新项目产业转型升级的资金融通，运用市场力量，增强我区更新改造的推动力。

白云区

在已出台涉及区属国企旧改政策的各个区中，白云区的规定较为详细、明确。

白云区不仅鼓励区属国企参与旧村全面改造的前期工作，同时规定区属国企合规的前期服务投入可纳入改造成本，解决了区属国企参与旧改的前期支出成本的顾虑;并且，区属国企的前期服务收益可按改造总成本的一定比例在招商方案中予以明确。

白云区涉及区属国企的旧改政策规定原文如下:

《白云区加快推进旧村庄全面改造深化城市更新高质量发展的实施意见(试行)》(云府办〔2021〕43)号，2021年3月30日印发)

第三条 鼓励区属国企参与旧村庄全面改造前期工作，由属地镇街组织，委托区属国企作为前期服务企业，建立前期服务关系，约定由区属国企开展基础数据调查、方案编制、地价评估等前期工作。

第五条 区属国企的前期服务收益(含区属国企支出部分)可按改造总成本的一定比例在招商方案中予以明确。区属国企符合政策要求的前期投入，可纳入改造成本。

第十三条 坚持在规划管控下实现公开化、市场化，积极推行公开竞争机制。项目实施方案批复后，由属地镇街牵头，会同区属国企制定项目招商文件，项目招商文件应包含合作企业资格、改造对象基本情况、区属国企前期服务收益归垫、片区民生基础设施集中建设费用缴纳、评审办法及标准等内容。项目原则上要求通过我市公共交易平台公开选择合作企业。旧村改造项目采取“竞价”方式招选合作企业，以项目的改造总价为起拍价，经各方竞价后，由价高者竞得，竞拍所产生的溢价部分参照我市相关规定进行分配。

增城区

增城区在规定新增旧改项目可探索由政府或区属国企主导完成前期数据调查、实施方案编制和拆迁安置补偿方案制定等前期工作的基础上，规定旧改中合作(意向)企业申请退出项目的，可由区属国企继续推进并承担相关费用，这在一定程度通过政策性规定发挥了区属国企的兜底作用。

增城区涉及区属国企的旧改政策规定原文如下:

(1)《市规划和自然资源局增城区分局关于加快推进旧村改造的通知》(穗规划资源增函〔2021〕209号，2021年1月26日)

第三条 有关要求 … (四) 保障拆迁安置 合作(意向)企业和村集体经济组织对自愿拆迁的房屋进行拆除，若实施方案在2021年底前未通过区城市更新工作领导小组会议审议的，合作(意向)企业可申请退出合作项目，由区财政退还符合城市更新政策征拆费用(本息)，或由区属国企继续推进并承担相关费用。

镇(街)可根据辖区内的项目进展，书面向区城市更新工作领导小组办公室提出增加新的试点项目。后续启动项目可探索由政府或区属国企主导完成前期数据调查、实施方案编制和拆迁安置补偿方案制定等前期工作后，以公开招标选择改造实施主体的形式明确任务要求引入市场主体开展拆迁、建设，推动我区旧村改造取得新突破。

(2)《增城区关于深化城市更新工作推进高质量发展的实施细则(征求意见稿)》(2021年4月14日发布)

第五条 探索城市更新难点解决路径 (二十二) 强化政府前期主导。探索由政府或区属国企主导完成前期数据调查、实施方案编制和拆迁安置补偿方案制定等前期工作后，以项目公开招标的形式明确任务要求引入合作企业直接开展拆迁和建设，提高前期工作效率，加快项目实施。区属国企可向引入的合作企业或通过项目公开挂牌竞价等方式收取合理利润的前期服务费。前期服务费纳入改造成本。

花都区

花都区在旧改政策中对区属国企的规定较少，仅规定引

入大型优质国企与区国企业合作，允许国企在政府监督下开展部分旧改工作。

花都区涉及区属国企的旧改政策规定原文如下：

《中共广州市花都区委 广州市花都区人民政府关于深化城市更新工作推进高质量发展的实施意见》（花发〔2020〕18号，2020年9月24日印发）

第三条 联动改造，政策保障生效能出成果…（五）两级联动，加速项目实施。提升开发主体参与城市更新的深度，在机场等重点片区探索企业参与土地一二级开发和运营联动模式，引入大型优质国企与区国企业合作，允许国企在政府监督下参与土地一级整理，实施开展片区规划策划、土地整理、基础设施建设、城市运营、产业导入等工作。

通过梳理上述政策规定，广州市及辖下的黄埔、南沙、白云、增城、花都均就区属国企参与旧改项目出台了相关政策规定，但支持力度和成熟程度各不相同，除了南沙区的规定具有直接指向性外，目前各区多以“鼓励”为主。

除此之外，天河区、越秀区、海珠区、荔湾区、番禺区、从化区未见相关鼓励、支持、引导区属国企参与旧改项目的政策规定。然而，从市住建局关于“中改造”片区综合改造策划主体的规定来看，由区属国企负责旧改项目的前期工作、介入关键节点将成为广州旧改的大趋势。

二、开发商与区属国企合作模式的初步探讨

广州旧改工作在政府主导下进行，各区政府为旧改进程的统筹策划者，目前的旧改市场可谓“一区一策”“一村一策”。

因此，区属国企参与或主导旧改项目可谓有利有弊：利者在于，从区政府角度而言，区属国企对本区政策更为熟悉，工作流程和方式与之更为相近，与政府沟通更为顺畅；从群众角度而言，区属国企有政府信誉背书，更容易获得群众信任；另外，在融资及招商方面，区属国企的能力也更胜一筹。

弊端则是，区属国企的决策效率、资金调配自由度、专业人员配置等往往不如民营开发商，如完全依赖于区属国企推进项目，可能导致多项目积压、工作停滞不前的状况。

如何在区属国企参与广州旧改的大潮中，探讨开发商与其合作共赢的模式，进而实施推行已经迫在眉睫。

笔者认为，可以视不同区的政策及旧改项目的实际情况进行选择。并提出如下模式供参考：

模式一：区属国企与开发商共同设立项目公司参与旧改前期工作

目前，现有的政策并未禁止开发商参与旧改前期工作，

但在已出台鼓励、支持区属国企参与旧改前期工作的新政策之下，开发商基本不可能单独成为有明确政策性规定区的旧改项目前期服务单位。由于无法提前介入项目，在旧改项目招投标时，开发商将更难竞争成为项目合作企业。

即便拿到合作企业的资格，后续工作也可能因未先介入熟悉项目导致旧改工作开展时面临一些不可预见的困难和障碍。

因此，开发商如希望提早介入旧改项目，可探讨与区属国企共同设立项目公司，以项目公司完成旧改前期工作的方式进行。

如此，则区属国企可发挥其沟通的巨大潜力，开发商取其资金和人员优势，加上政府信誉支撑和监管，旧改前期工作的安全性、稳定性和效率性都能得到有力的保障。

开发商也实现了通过提前参与旧改项目，在后续合作企业的竞争中获得优势的终极目的。

模式二：区属国企将部分或全部旧改前期工作委托给开发商进行

在上文第一种合作模式遭遇政策障碍时，也可考虑采取委托服务的方式实现前期合作。

例如，南沙区旧改政策规定，旧改前期工作原则上由南沙城市更新投资发展有限公司负责组织开展。

这就排除了开发商通过与区属国企设立项目公司参与旧改前期工作的可能。

但南沙《旧村更新改造项目前期工作开展要求》（穗南更新整备〔2021〕4号）的附件涵盖了63个旧改项目，如该63个旧改项目全部由南沙城市更新投资发展有限公司独立完成前期工作显然不太现实。

通过委托服务将部分或全部前期工作给予相关单位操作是南沙旧改前期工作最有可能采取的方式，这将成为开发商参与旧改前期工作的突破口。

如开发商与区属国企采取该种提供前期服务的合作模式，则区属国企可以通过将前期部分专业性分工委托给开发商，抽出精力统筹区整体项目，并将前期可能无法纳入改造成本的支出风险打包转移。

开发商则通过该模式提前参与到旧改前期工作中，为其后期成为项目合作企业抢占先机。

三、结 语

虽然鼓励、支持区属国企参与旧改工作是当前广州旧改的新趋势，但开发商并非完全丧失参与的机会。

只要做好区属国企与开发商在旧改中的准确定位，分析各自的优劣势，扬长避短，紧密合作，必能实现多方共赢。信

【作者简介】



林杨，广信君达高级合伙人。专注于城市更新、知识产权、民商事诉讼及仲裁。城市更新法律专业部部长。2021年度，获提名 ALB 年度沿海地区女性律师大奖 - 本地；2021 年度至今，国际认可专业调解员资格；2020 及 2021 年度，分别获广东广信君达律师事务所“业绩贡献奖”“业务优秀奖”“‘抗疫’工作先进个人”“十大律政佳人”。



林漫榆，广信君达实习人员。专注于民商事诉讼及仲裁、城市更新改造。



2022年2月15日，值此正月十五元宵佳节，广信君达闹元宵 庆冬奥 贺生日

股权转让中股东优先购买权的那些事

作者：黄恒、李红梅

众所周知，有限责任公司作为典型的封闭型公司，股东间相互信任是公司持续有效运作的基础，不同于具备“资合性”特点的股份有限公司，有限责任公司更强调“人合性”。因此，《公司法》规定有限责任公司股东享有优先购买权，即当股东欲将其股权对外转让给第三人时，在同等条件下，公司内部的其他股东在购买顺序上享有优先权。

《公司法》中仅有第71条、第72条对股东行使优先购买权作了规定，不足以解决司法实践中纷繁芜杂涉及侵犯股东优先购买权的股权转让纠纷。之后，最高人民法院颁布《关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（四）》（下称“《规定四》”），当中第16条至第22条共7个条款对实践中争议较大的“何为同等条件”“侵犯股东优先购买权应承担的法律责任”等作出相应规定，对涉及股东优先购买权的纠纷解决起到一定作用。笔者将结合判例对司法实践中有限责任公司股东优先购买权常见的那些事进行分析，以供思考。

一、侵犯股东优先购买权的股权转让合同效力认定

过去，往往有不少学者或司法实务工作者认为，《公司法》第71条属于效力性规定，认为股东对外转让股权未事先通知其他股东的，其与第三人签订的股权转让合同无效。2019年11月最高人民法院出台《全国法院民商事审判工作会议纪要》（下称“《九民会议纪要》”），上述观点已经立不住脚了。按照《九民会议纪要》第9条规定：“一方面，其他股东依法享有优先购买权，在其主张按照股权转让合同约定的同等条件购买股权的情况下，应当支持其诉讼请求，除非出现该条第1款规定的情形。另一方面，为保护股东以外的股权受让人的合法权益，股权转让合同如无其他影响合同效力的事由，应当认定有效。其他股东行使优先购买权的，虽然股东以外的股权受让人关于继续履行股权转让合同的请求不能得到支持，但不影响其依约请求转让股东承担相应的违约责任。”由此看出，《九民会议纪要》的出台，实质上是对侵犯股东优先购买权的股权转让合同效力的认定问题起到定分止争的作用。

二、优先购买权中“同等条件”的认定

《公司法》第71条第3款规定：“经股东同意转让的股权，在同等条件下，其他股东有优先购买权。”对于何为“同

等条件”，《规定四》第18条：“人民法院在判断是否符合公司法第71条第3款及本规定所称的‘同等条件’时，应当考虑转让股权的数量、价格、支付方式及期限等因素。”通过上述规定可知，最高人民法院将股权转让中同等条件的认定，主要从股权数量、价格、支付方式及期限等四个层面进行考量；如果除了上述四个层面，股权转让方与第三人约定了其他交易条件，是否也属于《公司法》中的“同等条件”？笔者经过详细检索，发现具有下述情形的，也被法院视为“同等条件”。

（一）为公司提供借款。

案例：（2017）粤17民终703号

法院观点：在本案一、二审庭审中征询覃喜华是否同意按上述同等条件购买本案股权时，覃喜华均表示仅同意以每股260000元的价款受让黄维炯等11名自然人股东转让的股权，而不同意提供借款1000000元给阳春永基电站。因此，在覃喜华不同意提供借款1000000元给阳春永基电站的情况下，覃喜华对黄维炯等11名自然人股东转让的股权不享有优先购买权。覃喜华主张对黄维炯等11名股东转让的股权享有优先购买权，理据不足，本院不予支持。

（二）为公司债务承担担保责任。

案例：（2017）浙01民终2004号

法院观点：对于同等条件的认定，一般应以出让股东与受让人之间合同确定的转让价格为标准。案涉股权的转让价格应包括650万元股权转让款以及对华越公司对外负债的担保责任，故李文荣主张其支付650万元股权转让款即合法拥有华越公司65%股权的诉讼请求，本院不予支持。

（三）受让对公司享有的债权。

案例：（2018）赣民初37号

法院观点：本案中，戚国林将其持有的康富公司51%的股权对外转让，刘伟鹏在同等条件下享有优先购买权。关于同等条件的认定，因戚国林在征求刘伟鹏意见时并未告知刘伟鹏需要同时受让其亲友对康富公司享有的4118.95万元的债权，故股权受让人需同时受让戚国林亲友对康富公司享有的4118.95万元债权，不构成此次股权转让中的同等条件。

（四）确保预期收益。

案例：（2020）粤01民终24122号

法院观点：“同等条件”为股东行使优先购买权的购买条件。“同等条件”作为对优先购买人行使优先购买权的限制，是平衡转让人与优先购买人利益的关键。“同等条件”要求优先购买人提出的受让条件与第三人之间的交易对价相同，因此，转让人与第三人之间的交易对价应当是能被替代或复制的，不应包含无法替代履行的给付。本案中，从涉案股权转让协议约定的内容看，聚烽公司为一家“互联网+”战略落地一站式服务机构，为传统企业提供互联网模式和市值管理的企业，协议第一条约定了转让的股权及返还条件。虽然第一条第一款约定了“甲方将其持有的挚联投资公司4%股权以人民币零元的价格转让给乙方”，但结合第二、三、四款中挚联报关公司要在两年内在全国中小企业股份转让系统挂牌交易、聚烽公司对挚联报关公司要进行市值管理、新三板做市后保证一定的市盈率等股权返还条件约定，可见郑捷以零元价格将4%的挚联投资公司股权转让给聚烽公司，是附条件、附有服务对价的。如果约定返还条件成就时，聚烽公司零元受让的目标股权就要予以返还。该作价既有对于聚烽公司为传统企业提供互联网模式和市值管理能力的信任，又存在通过股权转让获得商业利益的预期。结合潘海志提交的《关于同意广州昊链信息科技股份有限公司股票终止在全国中小企业股份转让系统挂牌的函》及交易情况截图、聚烽公司提供的《关务-互联网转型合作框架协议》亦能佐证聚烽公司存在的服务义务。零元的转让价格并非本次转让的“同等条件”，潘海志主张以零元价格，按照与其他股东协商确定的购买比例优先购买挚联投资公司2%的股权，不符合优先购买权行使的“同等条件”，一审法院不予支持。

（五）除外因素：同等条件的不可议价性。

案例：（2014）宁商终字第611号

法院观点：一审法院认为，蔡天山在收到此函后虽然明确表示其不同意股权对外转让、要行使优先购买权，但其却未在指定期限支付股权转让款，反而向万恒公司发函要求了解公司财务状况以决策是否行使优先购买权，实际上未认可按拟对外转让的股权价款及付款时间受让股权，属于不按同等条件购买股权，应视为同意转让。二审法院认为：法律规定行使优先购买权的基础是“在同等条件下”，即要求行使优先购买权的股东须以拟转让给股东以外的第三人相同的条件购买转让股权，未经与拟受让股权的第三人先行磋商，无法形成优先购买权行使的基础，即“同等条件”。且法律亦未强制规定“同等条件”形成的方式，因此，蔡天山关于万恒公司部分股东先行与第三人就转让股权的事宜进行磋商达成价格协议，直到4月份才发函通

知全体股东及蔡天山的做法违反法定程序的上诉意见于法无据，本院不予支持。

案例：（2019）鄂12民终293号

法院观点：章米仁在已书面告知娄依共对外转让股权的数量（57%股权）、价格、支付方式和期限等条件后，娄依共回函中提出“你应告知拟受让股权人的详细情况，并列清转让的详细清单（债权、债务），以便本股东最后作出决定”及“如你必欲整体转让该股权，则鉴于你所提出的57%股权转让价格为1526.68万元所涵盖的资产不清晰，尽管本人也是股东，但大部分时间不在公司，且公司日常具体经营管理均由你负责，如本人受让，你无论作为出让方亦或作为公司经营管理者，亦应清晰转让前公司资产状况及转让股权所涉资产状况……”，娄依共提出的上述要求系与公司管理有关的事项，已超出了“同等条件”的范围，证明娄依共在行使优先购买权时，向章米仁提出了更高的要求，不符合“同等条件”的因素。章米仁与郑国庆签订《股权转让合同》约定的股权转让条件并未超越章米仁向娄依共告知条件，章米仁已依法保障了在“同等条件”下娄依共的优先购买权，娄依共上诉提出没有明示股权转让的同等条件的内容与事实不符，本院不予支持。

结合上述判例分析可知，所谓股东对外转让股权时的同等条件，是指让股东与公司股东以外的第三人之间所约定的股权转让合同中确定的主要转让条件，除考虑股权转让的数量、价格、支付方式及期限以外，出让股东与第三人约定的债务担保、提供借款、保证预期收益、经营渠道拓宽等有形或无形有助于实现公司或全体股东整体利益的因素，都可被视为股权转让时的“同等条件”进行考虑。

当然，出让股东将其与公司股东以外的第三人所约定的转让条件如实向拟受让股东披露时，拟受让股东只能按该转让条件确认受让与否，而不得额外增加其他诸如“查看财务报表”“了解公司资产状况”等条件再确定是否行使优先购买权，或只对拟转让股权中的部分行使优先购买权（详见（2016）浙0105民初2456号民事判决书），否则，即属“非同等条件”，这样的情况下，拟受让股东想依照公司法第71条规定，要求优先于第三人受让股权，自然不被法院支持。

三、隐名股东与优先购买权

自从最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》（下称“《规定三》”）出台后，我国第一次承认了“隐名股东”的法律地位。由于在工商登记上显示的股东信息与实际不一致，在实践中引发了如下一系列问题：在股权转让时，隐名股东是否享有

优先购买权；隐名股东要求显名时，是否需要其他股东放弃优先购买权？下面逐一进行分析。

（一）隐名股东是否享有优先购买权。

案例：（2020）渝05民终2263号

法院观点：从法律解释的角度分析，享有该优先购买权的股东系指记载于股东名册，并经公司登记机关登记的股东，并非隐名股东或实际出资人。精诚公司的股东为江德菊，李文革并非精诚公司的股东，在未经变更公司股东登记之前，李文革享有的投资权益可以向江德菊行使，但并不享有公司法规定的股东优先购买权。江德菊作为精诚公司股东向季川人转让股权，李文革并不享有优先购买权。

（二）隐名股东要求显名，是否需要其他股东放弃优先购买权。

案例：最高人民法院公报案例（2011年第5期）：张建中诉杨照春股权确认纠纷案

法院观点：人民法院在审理实际出资人与名义出资人之间的股权转让纠纷中，以在所涉公司办公场所张贴通知并向其他股东邮寄通知的方式，要求其他股东提供书面回复意见，公司其他股东过半数表示同意股权转让的，应当认定该股权转让符合《中华人民共和国公司法》第72条^[1]的规定，名义出资人应依约为实际出资人办理相应的股权变更登记手续。

《规定（三）》第24条规定：“有限责任公司的实际出资人与名义出资人订立合同，约定由实际出资人出资并享有投资权益，以名义出资人为名义股东，实际出资人与名义股东对该合同效力发生争议的，如无法律规定的无效情形，人民法院应当认定该合同有效。前款规定的实际出资人与名义股东因投资权益的归属发生争议，实际出资人以其实际履行了出资义务为由向名义股东主张权利的，人民法院应予支持。名义股东以公司股东名册记载、公司登记机关登记为由否认实际出资人权利的，人民法院不予支持。实际出资人未经公司其他股东半数以上同意，请求公司变更股东、签发出资证明书、记载于股东名册、记载于公司章程并办理公司登记机关登记的，人民法院不予支持。”

根据上述司法解释可知，最高人民法院并未使用“隐名股东”的称谓，而是以“实际出资人”作为对公司履行了实际出资义务的出资人的称呼，其实隐含了最高人民法院的一种态度：实际出资人并非公司股东，不能以“股东”称谓，除非经过合法的程序显名或变更登记为股东。至于在学术及实务界，为何人们均倾向于将“实际出资人”称之为“隐名股东”，皆因方便研究及习惯而已。因此，也就不难理解上述案例中，隐名股东在股权转让中为何没有

优先购买权的缘故了。

同样的，最高人民法院2011年第5期的公报案例传达了类似的观点：隐名股东要求显名，与出让股东将股权转让给其他股东以外的第三人无异，履行的程序均要求有二：1. 经其他股东过半数同意；2. 其他股东放弃优先购买权，这是有限责任公司“人合性”的特点所要求的。当然，若隐名股东一直参与公司经营管理并实际行使股东权利的，在要求显名时，是否同样需遵循上述程序要求呢？对此《九民会议纪要》作了例外的规定：“实际出资人能够提供证据证明有限责任公司过半数的其他股东知道其实际出资的事实，且对其实际行使股东权利未曾提出异议的，对实际出资人提出的登记为公司股东的请求，人民法院依法予以支持。公司以实际出资人的请求不符合公司法司法解释（三）第24条的规定为由抗辩的，人民法院不予支持。”

四、股权转让中优先购买权的风险防范

由于《公司法》对于有限责任公司的股权转让进行了优先购买权的制度安排，因此，在股权转让交易中，如何灵活运用优先购买权制度进行维权，或者避免因优先购买权的行使，导致股权转让的交易失败，无论是对于股权转让方，还是其他股东，或股东以外的受让方而言，都极其重要。接下来，笔者分别从这三方主体的角度进行分析。

（一）作为股权转让交易的发起者，转让方应注意程序要求，避免不诚信行为。

笔者在办理案件及检索判例过程中发现，股权转让纠纷的案件，大多是因转让股东，没有履行通知其他股东的义务，或没有完整履行通知的义务，导致程序违法所引发的。这就要求转让股东应注意股权转让时的程序要求，在履行通知义务时，应分两步走：第一，先征求其他股东的意见是否同意其转让股权；第二，经同意转让后，将股权转让的同等待条件告知其他股东，征求其是否行使优先购买权的意见（当然，若股权转让的交易条件发生变化，转让股东应再次通知其他股东，因此，通知的作出有可能不是一次性的），只有这样，方能满足《公司法》对转让股东的程序性要求。

此外，转让股东之所以转让股权，往往是与公司原有股东存在不可调和的矛盾，因此，其往往不愿意将股权转让给其他股东，而更倾向于将股权转让给股东以外的第三人。由于优先购买权的存在，转让股东会采取一些表面看似合法，实质有违诚信的行为，来规避股东行使优先购买权，然而，根据《规定（四）》第21条规定，该类行为有可能被法院认定为属于“以欺诈、恶意串通等手段，损害

其他股东优先购买权”的行为，从而承担相应的法律责任。典型的行为表现如：

1. 签订阴阳合同，以高价合同迫使其他股东放弃行使优先购买权，实际履行的却是低价的“阴合同”〔（2014）苏商外终字第0010号〕；

2. 先高价受让少量股权成为内部股东，然后再以内部股东名义受让公司剩余的大部分股权〔（2015）苏商再提字第00068号〕；

3. 委托内部股东收购股权，成为隐名股东，之后再通过显名方式变更股东登记〔（2016）云03民终362号〕。

（二）作为公司内部股东，当有意向行使优先购买权受让转让股东的股权时，应及时行使权利，不当权利上的睡眠者。

法谚有云“法律不保护权利上的睡眠者”，因此，内部股东无论是有意向受让转让股东的股权，还是因转让股东侵犯其优先购买权而维权，内部股东均应及时依法行使权利。这在《规定（四）》第19条、21条均有明确规定。

（三）对股东以外的受让方而言，在有意受让转让股东的股权前，务必做好尽职调查工作，避免因其他股东行使优先购买权导致不必要的损失。

相比转让股东及公司的其他股东，作为股东以外的受让方，其获取的信息相对滞后，这就要求其在与转让股东签订正式的股权转让合同前，做好必要的尽职调查工作，了解清楚拟受让股权的基本状况。在双方达成股权转让的交易条件时，务必要求转让股东确保其他股东放弃行使优先购买权并提供相应的证明文件；控制好股权转让价款的支付时间节点，在其他股东因行使优先购买权导致受让方无法实现合同目的时，要求转让股东承担相应的违约责任，从而避免不必要的损失。

总之，因忽视优先购买权这个法律制度，而导致有限责任公司在股权转让过程中产生纠纷的案例比比皆是。往小的说，可能造成各方当事人利益受损。往大的说，可能因此造成公司失去控制，陷入经营困境，并最终导致公司

消亡。因此，在公司股权转让的交易过程中，一方面应当注意防范股东优先购买权带来的风险；另一方面，应合理利用优先购买权的特点，维系好有限责任公司的人合性，确保公司持续稳定向前发展。☞

【注释】

〔1〕现已改成《中华人民共和国公司法》第71条规定。

【作者简介】



黄恒，广信君达合伙人。专注于公司治理，劳动与社会保障，及复杂商事纠纷。



李红梅，广信君达合伙人。经济学学士、民商法学硕士研究生。专注于公司法律业务、股权投资及股权纠纷、家族企业治理及财富管理领域业务。

企业合规管理体系建设的经验借鉴

作者：张蓉、熊江红

一、引言

2018年4月，中兴通讯违背了其与美国商务部的和解协议，不仅未对违规的高管和员工进行处罚反而发放巨额奖金，美国商务部下令7年内禁止任何美国公司向中兴通讯出口电信零部件产品。该事件一出，不仅引发了国民对于我国芯片技术的担忧和热议，也让监管机构和不少企业更加关注合规体系建设问题。2018年5月，中国国际贸易促进委员会发起设立了全国企业合规委员会，同年11月、12月，国务院国有资产监督管理委员会、国家发展和改革委员会等部门相继发布《中央企业合规管理指引（试行）》《企业境外经营合规管理指引》。国家层面对企业合规的大力推动，使得2018年被不少人称为中国的“合规元年”。

在我国监管部门的大力推动下，越来越多的企业开始建立企业合规管理体系。但是由于企业规模、经营范围和管理模式各方面都有差异，无法制定一套能够放之四海而皆准的企业合规管理体系，企业有必要借助外部专业机构或团队帮助打造最适合自身的合规管理体系。在考虑何种合规管理体系才适合企业自身时，企业可参考借鉴其他企业的优秀经验，“站在巨人的肩膀上”，自然能够看得更远。

二、企业合规管理体系建设的成功案例

（一）德国西门子^[1]

大型跨国公司德国西门子曾因违反美国反海外腐败法被美国司法部和证交会处罚，此后，西门子对管理团队做了大幅调整。首席执行官和监事会主席等200多名高管相继辞职和被辞退，西门子重新组建了合规团队，并聘请前财政部长威格尔博士担任独立合规监察官，建立了权威且独立的合规体系。

“只有清廉的业务才是西门子的业务”，为重振声誉，西门子官方网站上如此承诺。西门子将合规分为合规组织体系和合规体系两部分。西门子的合规组织由首席合规官担任负责人，向西门子总法律顾问（总法律顾问直接向西门子公司总裁兼首席执行官汇报工作）报告工作，并可以直接向西子公司管理委员会和监事会提交报告。这个由首席合规官负责的合规组织在各个业务集团和区域公司都任命了各自的合规官，这些合规官需要就自己区域内的合

规事宜向首席合规官报告工作。除此，西门子还基于业务规模和业务领域的风险向各个职能部门、业务集团、业务部门、外国分公司等任命或分派了数百名合规人员。在合规重点问题上，西门子结合自身业务和风险的考虑，将合规工作重点集中在反腐败、反垄断、数据保护和反洗钱四个领域。

西门子的合规体系以管理层职责为核心，共分为三个板块：防范、监察和应对。防范体系包括合规风险管理、合规政策与流程，培训和沟通、建议和咨询、与人事流程相结合、联合行动。在监察体系部分，西门子以“Tell Us”举报平台、全球特派调查官、合规控制、监督与合规审查、合规审计、合规调查进行不当行为的识别和处理。而在应对体系中，西门子规定了不当行为的后果、整改问题以及全球案例追踪。

（二）中兴通讯^[2]

同样是因违反美国反海外腐败法而受处罚的中兴通讯，在经历两次巨额处罚之后也大力完善其合规管理体系。中兴通讯意识到合规经营是中兴通讯的必由之路，是公司经营的前提，因此将合规视为公司战略的三大基石之一，构建了一套科学的合规管理体系。按透明国际（Transparency International）2016年发布的针对新兴市场大型跨国企业的调查报告显示，中兴通讯排名第八位，是唯一跻身该报告排名前二十五位的中国企业。其中，反腐败体系得分（88%）远高于被调研企业平均水平（48%）。

中兴通讯首先在理念层面明确合规是基于商业可持续的价值选择。公司远离红线进行业务运营，在安全经营的前提下，追求商业效率最大化和经营成本最优化，更好地维护利益相关方的利益。在方法论层面，中兴通讯的合规通过业务与管理的双循环实现规则在具体业务中的落地。业务层面，中兴通讯通过高层重视、合规管理、合规资源、风险评估、政策指引、流程控制、培训沟通、监管审核八大要素的分解，明确合规体系建设需要达成的目标；在管理层面，将PDCA（计划-执行-核查-处理）循环的模式引入到合规业务工作中，采取业务与管理的双循环模式。实施层面：通过规范体系、实施体系、监督体系和保障体系的构建和相互作用，调动公司各级资源，切实保障落地执行。

中兴通讯的合规体系主要分为规范体系、实施体系、监督体系和保障体系四部分。在规范体系部分，中兴通讯的政策、手册到指引的三层合规体系建设，将公司经营的风险偏好和外部法律法规遵从的要求，转化成内部合规管理规范，互相援引，保证各层规则的等级和效力，确保各层规则可实施、可执行、可落地。在实施体系部分，公司通过 IT 工具线上操作，实现数字化和 IT 化，将合规关键管控点嵌入业务流程；通过项目化运作打破行政疆域，横向拉通各业务单位（Business Unit, BU）合规团队，完成端到端的流程建设，保证各层规则在实施中无断点、漏点和堵点。此外，中兴通讯形成了业务单位、合规专业团队（COE & BU）、合规稽查部为核心的监督体系，分别实施业务单位自检、BU 合规检查、案件调查和年度审计的三道防线。在合规管理委员会的领导下，各部门各司其职、协调配合，发挥防线作用，推进整体合规体系的螺旋型上升和动态调整，并整体向董事会进行工作汇报。最后，中兴通讯的保障体系通过开展合规文化建设、确保合规资源投入、持续提升合规专业能力等维度保障合规体系的有效运转。

除了整体的合规体系，中兴通讯结合自身情况还针对重点领域反贿赂、数据保护和出口管制三个领域制定了专项合规管理制度。此外，中兴通讯结合自身经营范围内的合规风险还探索出一套风险导向合规体系建设 6 步法：1. 建立和梳理合规规则体系；2. 依据规则体系逐级梳理合规管控点；3. 通过风险评估，对规则遵从度和优先级进行排序；4. 精准性合规培训；5. 开展常态化的检查、抽查；6. 开展独立审计。以风险为导向的合规管理体系，侧重于启发各级经营者从风险处思索经营，激发各级经营者的主观能动性，形成其合规经营的底层逻辑和方法论，在经营活动中“知可为，明不可为”，使合规管理切实成为企业经营管理密不可分的一部分，更好地指导有限资源下的有效投入，真正助力公司安全前提下的商业可持续。

（三）湖南建工集团有限公司^[3]

湖南建工集团有限公司是中国五百强的大型国有企业，在参加世界银行资助的一项目竞标过程中提供了虚假材料，构成了《世界银行集团企业诚信合规指引》中禁止的欺诈行为。2013 年 10 月，世界银行对该公司做出了两年的制裁决定——“附解除条件的取消资格”。这一制裁给湖南建工集团既带来了贷款融资上的困难，也严重损害了企业的声誉。为尽早解除制裁，湖南建工在合规管理体系建设上作出了巨大努力，但与上述公司不同的是，湖南建工打造的是诚信合规体系。

湖南建工集团制定合规管理体系的步骤主要包括：颁

布合规政策和程序、建立合规组织体系、组织合规培训、对商业伙伴加强合规管理、展开合规风险评估、组织合规审计、建立举报制度、全面配合世界银行的合规审查和持续监督。

在合规组织体系方面，湖南建工集团确立了以诚信合规委员会、首席合规官、集团法律合规部和各单位法律合规部为框架的合规组织体系。对于集团诚信合规委员会、首席合规官、子公司合规负责人的职责和合规工作联席会议制度和合规工作审查制度都进行了制度上的明确。

在合规制度的实施方面，该公司明确了评估和审计制度，要求对合规风险进行定期评估，加强合规审计，及时对合规政策进行相应的修改，对合规风险和合规审计工作要形成年度报告。此外，为保证制度的运行，还鼓励员工和第三方减少违规行为，建立沟通和咨询机制、报告和举报热线、举报处理程序和保护举报人程序，并制定了相应的奖惩措施对帮助发现违规行为的员工和第三方进行奖励，对违法违规的员工和第三方进行处罚。

湖南建工集团实施诚信合规的努力最终赢得了世界银行的认可。2017 年 6 月，其收到了世界银行的解除制裁通知书，该制裁正式撤销。

三、成功案例的经验借鉴

（一）态度调整，企业被动变主动

上述三家公司因为不合规都承担了巨额损失，在遭受处罚之后，被动或主动开展了企业合规管理体系的建设。虽然最初可能是基于监管和被调查的压力，但是三家公司最终能够建立起标杆式的合规体系，有一个重要原因就在于企业从“被动合规”到“主动合规”的转变，在危机或处罚结束后，仍然不断完善自己的合规管理体系、保障合规工作的有效执行。目前来看，多数中国企业都缺乏“危机意识”，这导致企业在很多问题上都处于被动应对的局面。即使是在中兴这样惨重的教训之后，很多企业最终也只是疲于应对监管机构的检查，并不能建立完善的合规管理体系或是保证制度的有效运转。企业应当“主动合规”，着眼于分析各种可能出现的问题，预先考虑防范性措施和可能需要的应对措施，从而尽可能降低不合规可能给企业带来的损失。

（二）全面覆盖，但突出重点领域

很多企业认为合规的最终目的就是建立一套大而全的合规体系，应对监管部门的验收，实则不然。通过对比，我们不难发现，上述三家公司都根据本身特有的合规风险进行了重点领域的专项合规。如西门子关注的重点领域为反腐败、反垄断、数据保护和反洗钱，中兴通讯关注的是

反贿赂、数据保护和出口管制，而湖南建工集团直接建立的是诚信合规管理体系。《中央企业合规管理指引（试行）》中也强调企业应当加强对重点领域的合规管理。重点领域是公司合规风险相对较高的领域，能突显公司合规的工作重点，也能反映公司合规体系的特色。因此，企业在搭建及运行切合自身需求的合规体系时，应当对于自身合规建设的重点领域进行甄别和管控。

（三）保障机制，确保体系有效运行

再完美的合规管理体系脱离了有效运行就失去了意义，监督保障机制是制度有效运行的助推器。上述公司在合规管理体系建立之后，都采取了多项措施保障体系的有效运行。例如西门子公司为保障投诉机制的有效运行，设立了全天候（每周7天，每天24小时）的合规举报平台（Tell Us）。中兴通讯更是从人力、资金和技术等多方位进行了保障，根据中兴通讯官网的介绍，中兴通讯法律合规专职人员超过400人，约占员工总数的6%，公司投入大量合规资金，并不断优化GTS（Global Trade System，全球贸易系统）、BPS（Business Partner Screening，商业伙伴扫描系统）、LCM（Legal & Compliance Management system，法律及合规管理系统）等IT工具，加大合规风险识别。企业在建立合规管理体系的同时，应考虑制定何种监督保障机制，最大程度确保合规管理体系的有效运行。

四、结语

我国企业的合规管理体系建设还存在诸多问题。首先，相比于外资企业，我国多数企业尚未形成合规管理意识，对于企业合规体系的建设不够重视，导致企业无法形成合规文化。其次，我国制定的合规指引以原则性指导为主，对于合规管理制度制定、合规管理组织架构的搭建、合规风险的识别管控和应对、合规文化建设等都缺乏明确具体的指引。而后，多数企业对于合规管理体系的认识不够到位，认为只是建立一套完整的合规制度，不清楚合规还包括组织架构搭建、合规机制运行、技术工具使用、第三方管理等多种要素，合规最终需要形成一个完整的合规机制。最后，我国当前对于企业合规的关注还集中在国有企业和金融行业，对于民营行业和其他行业的合规风险管控尚未推进。但无论企业合规的前路上还有多少阻碍，借助已有

的企业合规优秀经验，不断总结反思，我国企业合规管理体系建设的未来必然能够迈得更稳、走得更快。言

【注释】

[1] 西门子中国官网“可持续发展—合规”：

<https://new.siemens.com/cn/zh/company/sustainability/compliance.html>，最后访问日期：2020年9月7日。

[2] 中兴通讯官网：

<https://www.zte.com.cn/china/>，最后访问日期：2020年9月7日。

[3] 湖南建工集团有限公司官网：

<http://www.chceg.com/>，最后访问日期：2020年9月7日。

【作者简介】



张蓉，广信君达合伙人。专注于处理公司法、合同法等领域纠纷。



熊江红，广信君达实习人员。主要协助主办律师从事企业合规体系建设、公司常年法律顾问、民商事合同纠纷等业务。

对一致行动人事实认定的几点思考

作者：李志娟

“一致行动人”和“一致行动人协议”是资本市场耳熟能详的词语。实践中，通过签署一致行动人协议从而建立一致行动关系，已成为拟IPO企业或已上市公司股东为增强控制权、话语权和加强在公司决策中影响力的常见操作。在公众公司对外发布年度报告时，必须同时披露公司前十大股东及其一致行动人的相关信息。事实上，即使未进入资本市场的普通股份公司或有限公司，与相关人员签订《一致行动人协议》，也是公司的控股股东和实际控制人为了保证其在公司的控制地位和决策作用，常用的一种方法和手段。

那什么是“一致行动人”？法律对一致行动人有无具体的规定和认定依据？在实践操作中又需要掌握哪些认定标准？笔者将结合实际案例进行分析。

一、立法规定

2006年实施的《证券法》首次在法律层面明确了“一致行动人”在上市公司收购时的信息披露制度。根据当时《证券法》第86条之规定：“通过证券交易所的证券交易，投资者持有或者通过协议、其他安排与他人共同持有有一个上市公司已发行的股份达到5%时，应当在该事实发生之日起3日内，向国务院证券监督管理机构、证券交易所作出书面报告，通知该上市公司，并予公告；在上述期限内，不得再行买卖该上市公司的股票。投资者持有或者通过协议、其他安排与他人共同持有有一个上市公司已发行的股份达到5%后，其所持该上市公司已发行的股份比例每增加或者减少5%，应当依照前款规定进行报告和公告。在报告期限内和作出报告、公告后2日内，不得再行买卖该上市公司的股票。”该法条规定了投资者通过各种方式与他人共同持有上市公司股份达到5%之后，在每增减5%的股份应履行的信息披露规则以及应遵守的行为规则之下，通常认为“共同持有”这个特征是认定一致行动人的关键点。事实上，因为第86条未明确出现“一致行动”这四个字，学术界对第86条是否是一致行动人的规定仍存在争议。而最早提及一致行动人概念的则是，中国证监会2002年9月28日颁布的部门规章《上市公司股东持股变动信息披露管理办法》（目前已废止）。该办法第9条规定：“一致行动人是指通过协议、合作、关联方关系等合法途径扩大其对一个上市公司股份的控制比例，或者巩固其对上市

公司的控制地位，在行使上市公司表决权时采取相同意思表示的两个以上的自然人、法人或者其他组织”。虽该规章制度已经失效，但对一致行动人的定义是被资本市场认可并沿用至今。

截至目前，在立法界被明确规定且做为一致行动人认定的主要依据只来自中国证监会的《上市公司收购管理办法》（2014年修订）第83条的规定：“本办法所称一致行动，是指投资者通过协议、其他安排，与其他投资者共同扩大其所能支配的一个上市公司股份表决权数量的行为或者事实。

在上市公司的收购及相关股份权益变动活动中有一致行动情形的投资者，互为一致行动人。如无相反证据，投资者有下列情形之一的，为一致行动人：（一）投资者之间有股权控制关系；（二）投资者受同一主体控制；（三）投资者的董事、监事或者高级管理人员中的主要成员，同时在另一个投资者担任董事、监事或者高级管理人员；（四）投资者参股另一投资者，可以对参股公司的重大决策产生重大影响；（五）银行以外的其他法人、其他组织和自然人为投资者取得相关股份提供融资安排；（六）投资者之间存在合伙、合作、联营等其他经济利益关系；（七）持有投资者30%以上股份的自然人，与投资者持有同一上市公司股份；（八）在投资者任职的董事、监事及高级管理人员，与投资者持有同一上市公司股份；（九）持有投资者30%以上股份的自然人和在投资者任职的董事、监事及高级管理人员，其父母、配偶、子女及其配偶、配偶的父母、兄弟姐妹及其配偶、配偶的兄弟姐妹及其配偶等亲属，与投资者持有同一上市公司股份；（十）在上市公司任职的董事、监事、高级管理人员及其前项所述亲属同时持有本公司股份的，或者与其自己或者其前项所述亲属直接或者间接控制的企业同时持有本公司股份；（十一）上市公司董事、监事、高级管理人员和员工与其所控制或者委托的法人或者其他组织持有本公司股份；（十二）投资者之间具有其他关联关系。一致行动人应当合并计算其所持有的股份。投资者计算其所持有的股份，应当包括登记在其名下的股份，也包括登记在其一致行动人名下的股份。投资者认为其与他人不应被视为一致行动人的，可以向中国证监会提供相反证据。”

该规定不仅明确了“一致行动”的定义，而且采取列

举式方式对一致行动人的认定进行了详细的列举。所称一致行动，是指投资者通过协议、其他安排，与其他投资者共同扩大其所能支配的一个上市公司股份表决权数量的行为或者事实。

在上市公司的收购及相关股份权益变动活动中有一致行动情形的投资者，互为一致行动人。如无相反证据，投资者有下列情形之一的，为一致行动人：

(一) 投资者之间有股权控制关系：1. 公司控制、2. 公司，1 与 2 是一致行动人；

(二) 投资者受同一主体控制：1、2 公司受 3 公司控制，1 与 2 是一致行动人；

(三) 投资者的董事、监事或者高级管理人员中的主要成员，同时在另一个投资者担任董事、监事或者高级管理人员：A 某在 1、2 公司中同时担任董事，1 与 2 是一致行动人；

(四) 投资者参股另一投资者，可以对参股公司的重大决策产生影响：1 公司参股 2 公司，并对其重大决策产生影响，1 与 2 是一致行动人；

(五) 银行以外的其他法人、其他组织和自然人为投资者取得相关股份提供融资安排：1 公司和 A 某为 2 公司取得 3 公司的股份融资，2 与 1 和 A 是一致行动人；

(六) 投资者之间存在合伙、合作、联营等其它经济利益关系：1 公司和 2 公司有合伙关系，1 与 2 是一致行动人；

(七) 持有投资者 30% 以上股份的自然人，与投资者持有同一上市公司股份：A 某持有 1 公司 30 以上股份，并与 1 同持 2 上市公司股份，A 某与 1 公司为一致行动人；

(八) 在投资者任职的董事、监事及高级管理人员，与投资者持有同一上市公司股份：A 某在 1 公司任董事，并与 1 同持 2 上市公司股份，A 某与 1 公司为一致行动人；

(九) 持有投资者 30% 以上股份的自然人和在投资者任职的董事、监事及高级管理人员，其父母、配偶、子女及其配偶、配偶的父母、兄弟姐妹及其配偶、配偶的兄弟姐妹及其配偶等亲属，与投资者持有同一上市公司股份：A 某在 1 公司任董事，其父亲 B 与 1 公司同持 2 上市公司股份，B 某与 1 公司为一致行动人；

(十) 在上市公司任职的董事、监事、高级管理人员及其前项所述亲属同时持有本公司股份的，或者与自己或者前项所述亲属直接或者间接控制的企业同时持有本公司股份：1 上市公司董事 A 某与其妻 B 某同时持有 1 上市公司股份，A 与 B 为一致行动人；

(十一) 上市公司董事、监事、高级管理人员和员工与其所控制或者委托的法人或者其他组织持有本公司股份：1 上市公司董事 A 某与其控制的 2 公司同时持有 1 上市公

司股份，A 与 2 为一致行动人；

(十二) 投资者之间具有其他关联关系：1 和 2 公司有关联关系，1 与 2 为一致行动人。

二、案例解析

案例一：天然一致行动人不及时披露付出 48 亿的代价

2019 年 2 月 14 日，上市公司游久游戏 (600652) 第二大股东刘亮在朋友圈晒出自己的一组结婚照，吐槽“这是一场价值 48 亿的婚礼”，引出 A 股一桩由于隐瞒一致行动人关系被处罚的案例。

2015 年 1 月，刘亮和公司第三大股东代琳登记结婚，婚后夫妇两人合计持有 19.59% 的股份，成为游久游戏第一大股东。但双方并未对外发布公告。2016 年 1 月 8 日，上交所向游久游戏发来问询函，问询刘亮、代琳是否存在婚姻关系并由此形成一致行动关系，公司第一大股东或实际控制权是否已发生变更。4 天之后，游久游戏在回复公告中称，经向刘亮、代琳书面征询确认，刘亮、代琳已于 2015 年 1 月登记结婚，已构成一致行动关系。

由于违反《证券法》第 193 条所述“发行人、上市公司或者其他信息披露义务人未按照规定披露信息”之规定，2016 年 4 月 26 日，上海证监局决定对刘亮、代琳给予警告，并分别处以 30 万元罚款。

同时根据规定，股东被立案调查后，必须在结案 6 个月后才能交易股票。由于在此期间股市大跌，刘亮夫妇持股市值从最高点时的约 60 亿，缩水到解禁时的 12 亿，于是有了“48 亿婚礼”之说。

案例二：上市公司股东层层穿透，找出隐藏的一致行动人

2019 年 6 月 21 日，深交所向裕兴股份 (股票代码：300305) 发出关注函，就有投资者反映公司第二大股东北京人济与公司另一股东上海佳信涉嫌构成一致行动关系，要求裕兴股份第二大股东北京人济就涉嫌构成一致行动关系进行说明。

裕兴股份 2018 年报显示，截至 2018 年底，北京人济的持股比例为 10.10%，上海佳信为 3.41%。年报称，王建新 (原实控人)、北京人济刘全、刘守忠之间不存在关联关系，与其他股东也不存在关联关系，不属于一致行动人。意味着，根据目前裕兴股份披露的信息，北京人济与上海佳信，也不属于一致行动人。

但根据深交所关注函披露的内容，公开信息显示，章涛、北京市人济商贸有限责任公司 (下称人济商贸) 分别持有北京人济 80%、20% 的股权，而章涛、沈爱平、章熠分别持有人济商贸 70%、15%、15% 的股权。章熠、沈爱

平分别持有上海佳信60%、40%的股权。公开信息还显示，章熠为北京人济的董事，同时也是上海佳信执行董事兼总经理。沈爱平、章熠分别为章涛的配偶、儿子。

若上述信息属实，不难看出上海佳信、北京人济最终均由章涛家族控制，其已经构成一致行动人关系，且实际控制的股份总额已经造成了实际控制人的实际变更。

案例三：以“兜底条款”对牛散家族进行一致行动人认定

自然人任向敏、任向东、任巍峰利用其控制账户于2014年4月14日开始买入“万安科技”，并于2014年7月4日首次持股比例合计超过5%，2015年4月24日持股比例达到最高值9.45%。持股期间，未进行任何信息披露。安徽证监局披露的行政处罚决定书显示，经查明，任向敏、任向东为兄妹关系，任向敏、任巍峰为夫妻关系，任向敏、任向东、任巍峰构成一致行动人，三人自2014年7月4日至各账户调查日，始终未履行提请上市公司信披和公告的义务。故安徽证监局对任向敏、任向东给予警告，各处以60万元罚款；对任巍峰给予警告，并处以30万元罚款。

以上三人辩称：其使用资金为各自自有资金，购买股票行为为各自相对独立决策，并不存在协商一致后共同行动，且三人关系并不属于《上市公司收购管理办法》第83条第二款规定之情形，所以不能认定为一致行动人。安徽证监局则认为，根据三人的身份关联、资金关联、决策关联、下单关联等信息来判断，可以依据第83条第二款之第十二项的兜底条款：“有其他的关联关系”，来确认其一致行动人的事实。

三、结论

根据相关法律法规的规定以及前述笔者所列举的案例、工作实践，对于一致行动人的认定，笔者认为应当从以下几个方面进行划分：

（一）天然的一致行动人关系。这种判断标准就是血缘姻亲关系。即共同持有（直接或间接）上市公司股份的主体之间有近亲属关系（父母、配偶、子女及其配偶、配

偶的父母、兄弟姐妹及其配偶、配偶的兄弟姐妹及其配偶等亲属），则天然成为一致行动人，不管是否签订《一致行动人协议》。除非有相反证据证明已经不具备一致行动的动机和实质。

（二）一致行动人协议。这是最直接明了的判断方式，只要持有上市公司股票的主体签署了《一致行动人协议》，则根据契约精神确认了一致行动人的关系。

（三）根据《上市公司收购管理办法》（2014年修订）第83条的规定中所列举的十一种情形，按图索骥来认定一致行动人关系。

（四）以实质大于形式的方式来认定一致行动关系。事实上，实践中股权设计的复杂性以及持股形式的多样性，《上市公司收购管理办法》第83条中列举的十一种一致行动人的认定标准远远不能穷尽实际情况的复杂多样性。比如笔者在前列举的案例二和案例三并不符合第83条第二款前十一种情形之规定。所以在实践中，监管机构运用的最多的反而是第83条第十二款的兜底条款，即以实质大于形式的方式来判断是否存在一致行动的动机和性质，以及其行为是否彰显了一致行动的本质内核。信

【作者简介】



李志娟，广信君达专职律师。武汉大学法律硕士。有多年从事上市公司证券、法律工作的经验，现担任上市公司集泰股份、阳普医疗的常年法律顾问，兼任上市公司天赐股份、新三板挂牌公司派特尔的独立董事。

公司停摆、拖欠巨额债务， 但有预期应收债权的情况下可否被申请破产， 由执行程序转到破产程序

作者：刘善巧、林旭明

一、当事人及案由

申请人：谢某

被申请人：某小额贷款 A 公司

案由：申请破产清算

二、案情介绍

2011 年 4 月，被申请人 A 公司因企业融资的需要，按月利率 1.8%，借款期限一年等的借款条件，向申请人谢某借款 2000 万元用作公司流动资金周转。其时，时任该公司总经理李某为促成借款的落实，自愿作为 A 公司借款担保人，为 A 公司借款本息承担连带清偿责任。一年后，借款期限届满，出借人谢某多次要求 A 公司偿还贷款本息未果，遂向法院起诉，诉请 A 公司偿还本息，并要求担保人李某为此承担本息的连带清偿责任。最终，历经两审，法院支持谢某的诉讼请求，判令 A 公司偿还本息合计暂约 3000 多万，李某对本息承担连带责任。诉讼期间，因 A 公司内部人员管理混乱，出现部分管理层及财务部人员侵占财产的情况，导致 A 公司资金严重亏空。同时，A 公司小额贷款业务风险控制不善，导致众多小额贷款无法收回，形成大量预期应收债权难以及时回收，贷款业务日渐式微，最终致使贷款资金链断裂，公司停摆，被工商局列入经营异常名录和被法院公示为失信企业。因 A 公司无法偿还贷款，谢某唯有向法院申请强制执行。但因 A 公司停摆，除了有众多应收贷款尚待回收外，A 公司其时已基本无现金资产或其他可供变现的固定资产等有形资产偿还谢某。谢某于是在强制执行无法有效推进的情况下向法院申请 A 公司破产，申请本执行案件移送破产审查，以最大可能及限度范围内促使 A 公司归还欠款。

三、争议焦点

1. A 公司拖欠巨额债务而暂无现实有形资产可供强制执行还款的情况下，但有大量预期应收债权可待回收，是否属于破产清算的情形？

2. 法院能否受理谢某破产申请，从而终结案件的执行，本案由执行程序进入破产程序？

四、双方意见

（一）申请人谢某：

谢某向法院申请强制执行为期一年多，但执行法院未查找到 A 公司名下有价值的财产线索，A 公司现已停止实际经营，撤出原经营场地，且对外还有其他巨额债务未能清偿。根据国家企业信用信息公示系统查询，A 公司已被工商局列入经营异常名录，也被法院公示为失信企业。并且，A 公司 2015 年度公司公示报告显示其净利润为负六百多万，亏损严重。故此，A 公司不能清偿谢某到期债务，且资产不足以清偿全部债务，明显缺乏清偿能力，符合《企业破产法》第二条规定的情形，法院应受理对 A 公司的破产申请并宣告其破产清算。为维护谢某合法利益，健全市场主体救济和退出机制，化解执行积案，恳请法院批准受理谢某对 A 公司的破产申请。

（二）被申请人 A 公司：

第一，A 公司具有充足的资产清偿债务，亦有继续清偿债务的能力，并不符合破产清算的法定情形。根据《企业破产法》第二条规定：“企业法人不能清偿到期债务，并且资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力的，依照本法规定清理债务。企业法人有前款规定情形，或者有明显丧失清偿能力可能的，可以依照本法规定进行重整。”企业法人进行破产清算的前提条件是资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力，而 A 公司的现有资产远远超过其债务，并完全具备清偿能力。截至根据《破产法》第十条向法院提出异议之日，A 公司预期可回收债权的涉诉案件合计共 30 宗，涉案金额合计为 8000 多万元，具有抵押权的债权为 4500 多万元。其中已胜诉生效的案件达 18 宗，所涉金额合共 3000 多万元。而已经胜诉并进入强制执行程序的案件有 17 宗，所涉金额合计 2800 多万元，未审理终结的案件 12 宗，绝大多数亦进入二审程序，终审判决将陆续会在近期宣判，所涉金额高达 5000 多万。为此可

以预见，近期内 A 公司将有大量债权能后回收，故 A 公司完全具备充足的资金清偿谢某的债务，有继续履行的现实可能，不属于破产清算的企业法人。

第二，A 公司仅存在欠付谢某的债务，除此之外并无其他判决文书确定的其他债务，且 A 公司亦已开始清偿谢某的债务，亦已部分实际清偿了谢某的债务。A 公司一直诚信经营，公司资产干净，除欠付谢某债务之外并无其他负债，法院可通过中国执行信息公开网查询核实 A 公司作为被执行人的情况。故 A 公司不存在资不抵债的情形。同时，A 公司与另案梁某的民间借贷纠纷执行案件中获得的执行款 300 多万元已用于偿还谢某的债务，A 公司其他执行案件的执行款亦将会用于偿还谢某的债务。此外，A 公司了解到本案中的另一被执行人李某的房产已被法院进行司法拍卖，房产拍卖后亦可以将拍卖款偿还谢某。如 A 公司破产清算，反而会拖延谢某清偿债务的时间和可能。

第三，谢某涉嫌伙同李某等人侵害 A 公司财产，已由公安机关进行侦查工作，如对 A 公司进入破产清算程序，将会严重影响刑事侦查工作的顺利进行。本案具有特殊性，执行案的另一被执行人李某因涉嫌侵占 A 公司财产已被公安局立案侦查，现正通缉逮捕当中。而涉嫌侵占 A 公司财产的人员还包括 A 公司原财务许某，原会计钟某。本案中，A 公司认为申请人谢某涉嫌参与对李某、许某、钟某等人侵占 A 公司财产的犯罪行为当中。有关人员是希望通过伪造 A 公司拖欠债务的账务记录，再利用虚假诉讼的方式获得法院的支持，最终达到侵占异议人财产的目的。有鉴于此，A 公司已针对本案涉嫌犯罪事实和人员向公安部门举报和控告，但由于 A 公司原总经理，亦即另一被执行人李某和原财务许某、原会计钟某已经畏罪潜逃，案件有待进一步侦查。这亦与谢某急于向法院申请对 A 公司进行破产清算的行为相呼应，谢某惧怕 A 公司启动的刑事举报和控告有具体经办结论，其伙同李某、许某、钟某等人侵占 A 公司财产的事实败露，有企图通过使 A 公司进入破产清算程序阻碍案件的侦查工作的动机和可能。

综上所述，A 公司资金充足，完全具备偿还债务的能力，亦已对债务进行清偿，并不符合破产清算的法定情形，而谢某提出破产清算申请的目的明显存在恶意和另有隐情，故恳请法院查明事实真相，依法裁定不予受理谢某提出的破产清算申请。

五、裁判结果

法院于 2017 年 11 月根据《企业破产法》第二条等之规定，裁定如下：

不予受理申请人谢某对被申请人 A 公司的破产清算

申请。

六、裁决理由

首先，根据谢某提供的 A 公司《2015 年度报告》显示，A 公司虽在 2015 年度净利润为负六百多万元，但该公司所有者权益合计一亿多元，A 公司只是经营亏损并非资不抵债。其次，A 公司提供的诉讼案件表显示，A 公司存在大量的应收债权，A 公司正在积极追收上述债权，且已经部分进入强制执行阶段，其中有十件案件存在抵押物，因此 A 公司的证据足以证明其资产远大于负债。而且在上述债权已进入诉讼和执行阶段的情况下，谢某称 A 公司明显缺乏清偿能力缺乏依据。最后，A 公司虽拒不执行生效判决，但谢某已向法院申请对 A 公司强制执行，该执行案件仍在执行过程中，法院并未终结本次执行。综上所述，A 公司不具备《企业破产法》第二条规定的破产情形，法院对谢某对 A 公司的破产清算申请不予支持。

七、执行现状

在 A 公司对应收债权诉讼和强制执行的逐渐推进下，也在执行法院兼顾对 A 公司债权的实现和对谢某债务的偿还的统筹落实下，A 公司兑现法院在破产申请期间提出的要求 A 公司对应收债权优先偿还谢某的承诺，对陆续收回的多笔小额债权用作优先偿还谢某，谢某的本息欠款目前正一步步得到具体有效偿还。

八、案例评析

具体到本案中，审理法院并没有片面地、静态地、机械地理解和适用《企业破产法》及有关司法解释关于企业破产的适用范围，没有囿于法条的字面含义而将“不能清偿到期债务”和“资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力”套用到 A 公司中。因为在谢某申请破产的时，A 公司似乎确有貌似符合《企业破产法》第二条规定的表面特征和情形。但法院能透过现象攫取本质，以发展的眼光考量企业的长远状况，肯定 A 公司应收债权数额较大，且债权追收已进入诉讼和执行程序，加上现有资产总和能远远超过负债等因素。同时，由于 A 公司的部分应收债权存在抵押物，A 公司收回债权有现实的可能性和期待性，故而驳回谢某的破产申请。

更进一步，抽离和上升本案到更大的视野去观察，本案可以从执行程序转化进入破产程序的制度的维度去思考 and 评析。根据 2015 年施行的《民法解释》第 513 条：“在执行中，作为被执行人的企业法人符合企业破产法第二条第一款规定情形的，执行法院经申请执行人之一或者

被执行人同意，应当裁定中止对该被执行人的执行，将执行案件相关材料移送被执行人住所地人民法院”的规定，我国初步确立了“执行转破产”这一新的程序，开始建立和开启了执行和破产程序的衔接制度化的机制，从而有助于疏解实务中“执行难”的问题，更有望打破“破产法困境”的局面。继《民事诉讼法解释》的规定后，在2016年最高法院印发《关于落实“用两到三年时间基本解决执行难问题”的工作纲要》中就有提到“建立执行与破产有序衔接机制。将被执行人中大量资不抵债、符合破产条件的“僵尸企业”依法转入破产程序，充分发挥破产法律制度消化执行积案、缓解执行难的功能，促进市场经济按照规律健康有序发展”的内容。

但在《民事诉讼法解释》第513条至第516条的规定中执行转破产程序条文较为简单、实操性不强的情况下，广东省高级人民法院在2016年11月《广东省高级人民法院关于执行案件移送破产审查的若干意见》对执行案件移送破产审查程序进行细化和具体化。2017年1月，最高法院颁布施行了《最高人民法院关于执行案件移送破产审查若干问题的指导意见》，旨在对执行转破产程序实施有全国性的统一适用性指导规范。比较两份《意见》的出发点和立足点，最高法院《指导意见》是站在贯彻中央供给侧改革部署以及服务经济社会发展大局的高度，以健全和完善市场主体救治和退出机制为最终目的，去确立执行案件移送破产审查的机制及相关程序。而广东省高院的《若干意见》是广东省高院在符合法律、司法解释的规定及最高法院相关改革的总体思路前提下，又充分考虑广东省法院审判、执行工作实际情况，对“执转破”工作所作的规定。两份《意见》有互为补充也有互相冲突的地方。总体而言，在广东省范围内，两者若有抵触，则适用最高院的指导意见，最高院没有明确或未规定的，适用广东省高院的若干意见。因“执行转破产”程序尚刚确立，实践经验仍需探索和积累，本案的裁判和实务操作作为有关制度的实践增添示范性的经验。

九、实务经验

随着我国经济的整体向前发展，市场融资需求日益扩大，面向不同对象和层面的融资渠道亟待拓宽。自银监会和央行于2008年发布《关于小额贷款公司试点的指导意见》（银监发〔2008〕23号）以来，各地小额贷款公司久旱逢甘霖，有如雨后春笋般迅速发展壮大，小额贷款公司数量和体量以几何级发展。各省市为支持和规范小额贷款公司发展，也纷纷出台地方性的《小额贷款公司管理办法》及其他配套性规范文件，比如广东省就先后颁令《广

东省小额贷款公司管理办法（试行）》、《关于调整小额贷款公司发起人股东变更事项审批工作的通知》、《广东省小额贷款公司减少注册资本和解散工作指引（试行）》等规定。但从2015年进入发展的高峰后，小额贷款公司进入发展瓶颈期，不论是机构数量还是贷款规模，均出现负增长。截至2017年，据网上资料统计显示，全国小额贷款公司8665家，从业人员近11万人。遭遇瓶颈的原因有多方面，一是银行渠道的融资困难，不少银行在目前的经济环境下将小额贷款行业定义为高风险行业，向小额贷款公司的贷款额度十分有限。二是利率上限限制。2015年8月颁布实施的《关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》对贷款利率设置了24%和36%两条红线，划分了三个区域。小额贷款公司无法对市场上某些借款人有短期融资需求时愿意接受较高的利率以缓解短期的资金压力的需要去设计相应的贷款产品。这就限制了小额贷款公司一部分的利润来源。三是行业竞争愈发激烈。现在越来越多的银行机构开始注重小微企业贷款，银行业金融机构对小微企业贷款比重逐年上升，导致小额贷款公司市场份额逐步萎缩。

本案正是在以上背景下衍生发展出来的。A公司上游资金链无法从银行或其他金融机构中得到保证，从而无法取得资金向下游借款人出借贷款获取借贷利率差利润。A公司只能转向其他民间机构或自然人借款以弥补资金缺口。一旦当公司贷款风险把控不牢，发放贷款回收不足、不及时，就会出现本案中“下游资金链断裂，上游资金归还不及”的情况。这种情况的发生，不仅会使小额贷款公司深陷诉累，加重公司经营困难，导致经营阻滞。更有甚者，会导致公司停摆，倒闭破产。所以，保证公司财政健康，上下游资金运作正常，平衡风险利益，系小额贷款公司持续经营的关键因素。在小额贷款公司设计金额产品时，应充分考量借款人的还款能力，保证人的信誉度和偿债能力，担保物的变现能力等诸多因素。出借后，贷款公司要监控出借资金的用途，保证出借款项用于借款人的经营发展，以促使还款资金在将来的持续落实。

【点评】

笔者所在的律所是本案中A公司的法律顾问，持续多年为A公司在处置应收债权、不良贷款等方面提供法律服务。在得知A公司被申请破产后，由于对A公司的实际情况比较熟悉，也掌握谢某申请A公司强制执行还款的进程和目的，所以接案后，律师团队对向法院提出异议，主张驳回破产申请有充分信心和充足的依据。一是因为A公司虽然暂无

有形资产清偿到期巨额债，但A公司其他资产较多，并没有资不抵债，且除此之外并无其他大额欠债，尚达不到公司资产不足以清偿全部债务的情形。二是A公司实打实存在诸多应收债权有待回收，而回收的债权已都进入司法救济程序，甚至已在强制执行，部分执行情况还有抵押物可以优先受偿。所以，A公司被法院受理破产的可能性不大。与此同时，因律师团队也有为部分国有银行不良资产回收等提供法律服务，对借贷关系中资金链上下游操作比较稔熟，有丰富实操经验，所以能有效根据实务，把握分析形势，为驳回A公司破产申请提供有理有据的意见，赢得本案。更进一步，经办律师在代理本案中能很好地与法院沟通联系，承诺A公司往后诸笔的小额债务执行回款能优先支付谢某的强制执行欠款，保证谢某款项的回收。虽然驳回破产申请并没有支持谢某的请求，但由于A公司的承诺，在执行上避免谢某利益持续受损，基本上能达到谢某申请A公司破产而敦促还款的目的。A公司在驳回破产申请后也得到喘息的机会，对公司重新经营奠下契机。因此，本案在实际处理上都是一个双赢的结果。

由于本案有提起刑事控告的插曲，A公司的存续为刑事控告谢某、李某、许某、钟某涉嫌侵占A公司财产保留受害者的主体，也有利于公安机关侦查工作的进行，所以A公司不被宣告破产，保持存续甚至重新经营无论对应收债权的落实和刑事控告的推进都有关键性意义。综上所述，本案的裁判过程和结果对实务有积极的示范意义。

(点评人：刘善巧)

【作者简介】



刘善巧，广信君达高级合伙人/监事长，广州市第十五届人民代表大会代表。1986年第一批取得律师资格的执业律师，从事律师工作30余年。



林旭明，广信君达专职律师。曾任职多家大型企业法务，主要从事于房地产、建设工程、公司法律顾问、复杂民事诉讼、刑事诉讼等领域。



2022年1月15日，广信君达律师事务所足球队在广州市律师协会第九届足球锦标赛中荣获亚军

浅析破产程序中的三类优先债权

作者：肖小俊、张泽宇

引言

破产企业财产有限，各债权在分配过程中存在冲突，国家需要设置相应制度防止矛盾激化。我国破产法的清偿顺序根据债权的不同性质而形成不同位阶，价值选择在立法者的衡量下得以明确，生存权的保护贯穿始终。而对于破产管理人来说，准确判断债权性质并非易事，如果审核不当，将造成债权人巨大损失。管理人如何把握债权性质，债权人又如何争取更有利的清偿顺位呢？本文从破产实务角度出发，按由低到高的顺序，分别介绍法律所规定的担保债权、建设工程优先债权及消费者购房人优先债权三类债权，帮助读者理解和把握破产法基于法益保护原则而确定的优先债权。

一、担保债权

《企业破产法》（以下简称“《破产法》”）第109条规定：“对破产人的特定财产享有担保权的权利人，对该特定财产享有优先受偿的权利。”破产程序中，对特定物享有担保物权的债权也称担保债权，具有优先受偿的效力。这种优先性，来源于民法上所确定的担保制度。商业活动中，担保为相对人提供了充分的信用支持，是国家治理的重要制度，也是市场的重要工具，如果担保债权的优先性不能在破产程序中得以延续，那么国家的金融制度、市场秩序将与破产制度严重脱轨，必将影响社会的秩序与发展。因此，《破产法》赋予了担保债权优先清偿的效力，以巩固基本担保制度及与之对应的社会秩序。

管理人在认定担保债权时，要特别注意担保债权的效力范围，此类权利仅对特定物的变价款享有优先效力。一般来说，管理人债权审核工作会在资产评估工作以前完成，这意味着管理人在不清楚担保物具体价值情况下，就需要完成对担保债权的确认工作，这就带来一个问题，担保债权优先性的边界如何界定？例如，债务人名下有A土地与B房屋，某商业银行申报债权本金100万，利息、复利及罚息合计1000万，债权总额1100万，债权人对A土地享有抵押权，并办理了抵押登记。管理人审查后，全额确认商业银行的债权1100万元，并确认债权性质为担保债权，此外又确认其他两家债权人的债权合计900万，性质均为普通债权。债权确认后，管理人处置A土地取得500万元，处置B房屋取得500万元，

破产财产总额为1000万元人民币。此时，担保债权人认为其享有1100万元的优先债权，所有变价款都应向其优先清偿。

针对抵押权人的主张，《破产法》的规定是十分明确的，即担保债权人只对特定的财产享有优先权。也就是说，商业银行仅对A土地变价款500万元享有优先受偿的权利，未优先受偿的600万元债权将与其他两家债权人共同按比例分配房屋B的变价款。然而法律虽明确规定，但在资产众多，工作繁杂的情况下，管理人还是容易忽略担保债权的范围，而径直对担保债权人进行分配。因此，管理人应时刻留意范围限制，做到依法分配。

二、建设工程优先债权

《建设工程价款优先受偿权批复》（以下简称《批复》）第1条规定：“人民法院在审理房地产纠纷案件和办理执行案件中，应当依照《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第286条的规定，认定建筑工程承包人的优先受偿权优于抵押权和其他债权。”同样的，在破产中建设工程优先债权优先于担保债权受偿。那么，国家为什么要突破担保债权的优先性进而对承包人的权益进行特别保护呢？

最早我国学者认为，可将建设工程施工合同视同承揽合同，受托人基于加工行为而对标的物享有留置权，而施工单位基于对建设工程的“留置”而得以优先受偿。[江平：《中华人民共和国合同法精解》，中国政法大学出版社，1999年版]笔者认为，这种观点援引留置权制度来对立法进行解释，很好地帮助人们理解优先性的来源，而在日本等大陆法系国家，也的确存在留置不动产的规定。但是，我国留置权仅针对动产，用留置权来解释建设工程优先债权难免有些勉强，目前人们更普遍接受的观点是：立法者站在了法益保护及社会价值的角度，结合我国房地产建筑业实际情况而设置了建设工程优先债权。

我国房产企业凭借着高杠杆、高周转、高风险的运作模式，频频上演“空手套白狼”的“好戏”，施工单位经常被要求垫资入场，一旦开发过程中出现问题，工程款根本无法保障，农民工报酬无法获得，一年的辛勤劳动付诸东流，千万家庭生计难以维系，严重影响社会稳定和谐。

基于此，司法解释设置了建设工程优先权，破产案件将其延续和继承，保护了弱者权益，充分维护社会公平稳定，

兼顾了经营权及生存权保护价值。而作为办案管理人或债权人顾问，如何把握建设工程优先权的行使，笔者在此总结几个要点：

（一）建设工程优先受偿权范围及重整案中的特别认定

有些房地产公司名下有数个项目，单个项目中可能有不同的单项工程，这时承包人只能对自己施工项目的变价款享有优先受偿权，而非针对所有破产财产。特殊的是，在破产重整案中，由于企业的股权最后会整体转移至重整投资人名下，如果承包人仅承建了众多项目中的一个，那么其优先债权的受偿范围无法在股权整体转移中区分和体现，这时管理人应该如何处理，目前还没有统一的指导意见和规定，从相关经验看，管理人可根据评估报告（破产受理后出具）的明细，提炼出承包人所承建工程的对应价值，以评估价作为认定优先债权的分界点，债权超出评估价的部分作为普通债权进行分配，尽量做到公平合理。

（二）权利行使期限

新颁布的《建设工程司法解释（一）》自2021年1月1日起施行，其中第41条明确了建设工程优先权行使的期限由原本6个月调整为了18个月。[《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）》“承包人应当在合理期限内行使建设工程价款优先受偿权，但最长不得超过十八个月，自发包人应当给付建设工程价款之日起算”。]如前所述，目前房地产开发的运作模式决定了工程建筑领域拖欠工程款的普遍性，原规定的6个月实行期限非常容易导致承包人因未及时主张权利而丧失优先受偿权。新的司法解释延长了行权期限，保障了施工单位的合法权益。但是，18个月的超长期限并不意味着施工单位可以掉以轻心，这里的18个月为不变期限，不适用中止、中断延长的规定。因此，无论房地产公司最终是否走向破产，作为施工单位的顾问律师，都应建议客户积极筹备，及时维权。

（三）权利行使方式

在（2017）云民终107号案中，昆明二建公司于2013年5月底完成了某小区工程，并于2013年6月将工程并移交给了金某源公司，但未能按照合同约定收到工程款。为此，昆明二建公司向金某源公司发出催告函，要求办理结算。云南高院认为：“享有民事权利和行使民事权利是不同的概念。民事权利的行使是指权利人为实现自己的权利实施一定的行为，民事权利行使是通过法律行为使自己的民事权利得到实现。行使建设工程价款优先受偿权的方式，依据合同法第286条规定，发包人逾期不支付的，除按照建设工程的性质不宜折价、拍卖的以外，承包人可以

与发包人协议将该工程折价，也可以申请人民法院将该工程依法拍卖。其一是当事人协商将该工程折价，本案，昆明二建公司在2013年11月26日向金某源公司发的催告函及其他证据仅是证明其声明自身享有建设工程价款优先受偿权，但双方并未对小区工程款是否折价进行协商，即不符合民事权利行使的实施方式。其二是申请人民法院将该工程依法拍卖，昆明二建公司在“催告函”中虽说明金某源公司逾期不支付工程款，其有权就该工程向人民法院申请拍卖以抵工程款，但从本案查明的事实来看，昆明二建公司未实施该行为。”

对此，最高人民法院进行了纠正，认为：“承包人既可以与发包人协议将该工程折价，也可以申请人民法院将该工程依法拍卖来行使建设工程价款优先受偿权。即承包人享有的建设工程优先受偿权系法定权利，不需要经法院确认即享有。原一审、二审判决关于昆明二建公司发函仅主张享有优先受偿权，而没有行使优先受偿权的认定确有错误。”

从最高院的案例可见，承包人要在法定期限内至少以正式发函的方式向发包人（开发商）主张权利，期间还应积极保持协商并保证全程留痕。另外，结合《破产法司法解释（三）》第7条第一款规定：“已经生效法律文书确定的债权，管理人应当予以确认”之规定，承包人如果在破产受理以前取得了生效裁判文书，且载明针对某工程项目的折价或者拍卖的价款享有优先受偿权的，管理人就会径直确认，没有争议。因此，施工单位（承包人）要密切关注业主的资信情况，发现发包人（开发商）存在资不抵债的可能时，尽量通过司法程序主张优先债权，避免进入破产程序后与管理人的认定意见相左，承担无法优先受偿的风险。

（四）建设工程优先债权成立的核心证据

如上文所述，有生效文书确认的，管理人应当直接确认。如果承包人的债权没有经生效文书确认而在破产程序中直接向管理人主张建设工程优先债权的，等于原本应由法官进行的审查工作因破产转移至管理人。对于管理人来说，房地产开发公司破产，如果工程没有竣工验收，货币资金可能不多，整体财产有限，建设工程就是主要的财产，管理人一旦对建设工程优先权予以确认，顺位在后的职工债权、普通债权可能不能得到清偿，影响深远。

根据深圳市中级人民法院2017年5月颁布的《破产案件债权审核认定指引》第64条第2款规定：“建设工程价款优先受偿权的审核认定，应当参考相应建设工程的结算书。相应建设工程未结算的，可以暂缓认定，待结算完成后认定；无法结算的，管理人根据债权人和债务人提供的证据材料审核认定，必要时可以申请本院选定有资质的机

构进行工程造价专项审计和鉴定。”可见，工程结算文件是认定债权成立的最重要依据，管理人接管公司后应逐个与设计单位、施工单位及监理公司问询并制作笔录，以查明结算文件的真实性、合法性。如无法联系上述人员，或对施工单位和债务人经办人员无法对疑点进行解释，重要事实无法查明的，谨慎公平起见，管理人应委托机构进行工程造价评估工作，以造价结果作为依据进而确定优先债权的范围。

（五）“包工头”能否主张优先债权，管理人应把握合同相对性原则

破产受理后，承包人再往下的转包、分包单位甚至包工头均有可能向管理人主张债权，管理人此时应严格注意合同的相对性，避免优先债权范围的不当扩大，进而损害其他债权人的利益。2021年1月1日开始实施的《建设工程司法解释》（以下简称《建工解释》）第43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。”在某房产开发有限公司、广州市白云区某经济合作社、赵某建设工程施工合同纠纷案中【（2020）粤01民终7899号】，二审法院以合同的相对性角度对建设单位是否应当承担付款义务进行说理：

“经济合作社与裕达公司并无直接合同关系，棠溪十社并非涉案合同的相对方，亦无有向裕达公司承担付款义务的约定。”

结合以上案例，笔者认为，在“包工头”申报债权时，管理人应倾向于不予其债权，并告知其有权向人民法院提起债权确认之诉，理由有二：第一，合同相对性是《民法典》所确定的原则，不应随意突破。第二，总包或业主直接分包的单位必然会向管理人申报债权，如果再往下分包、转包的单位向管理人申报债权，则客观上就同一工程项目而形成的债权申报了两次或者多次，损害了其他债权人的利益。实际上，最高院程新文法官曾就《建工解释》第43条的适用条件进行评价，大致需要满足以下4点方可适用：1. 存在非法转包、分包的情形；2. 欠付的工程款范围明确；3. 针对劳务分包合同；4. 涉及农民工工资问题。[《关于当前民事审判工作中的若干具体问题》第六条：“对于建设工程司法解释第二十六条规定，目前实践中执行得比较混乱，我特别强调一下，要根据该条第一款规定严守合同相对性原则，不能随意扩大该条第二款规定的适用范围，只有在欠付劳务分包合同工程款导致无法支付劳务分包关系

中农民工工资时，才可以要求发包人在欠付工程款价款范围内对实际施工人承担责任，不能随意扩大发包人的责任范围。”]实际上，满足上述条件进而突破合同相对性的情况较少，管理人在审核债权时更应严格把握合同相对性的主线，对没有直接合同关系的施工单位谨慎确认。

三、消费者购房人优先债权

房屋买卖市场中存在办理房屋产权转移不及时等问题，如果不对购房者予以特殊保护，那么购房者一辈子劳动的心血可能会付之东流，无家可归。《批复》第2条规定：

“消费者交付购买商品房交付商品房的全部或者大部分款项后，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。”该条款在2002年出台，明确了消费者购买人优先于担保物权的地位，时至今日仍是破产程序中管理人确认消费者优先债权的主要依据，体现了国家对于生存权的特殊保护，顺位上优先于建设工程优先权及担保债权。遗憾的是，《批复》未对“交付全部或者大部分款项的消费者”的“消费者”直接加以定义，导致实务中争议很大。

最高院《执行异议和复议规定》第29条规定：“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买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。”

在破产程序中，管理人参考执行规定是确定消费者优先债权资格的一种方法，但可能造成“误伤”。首先，很多家庭有改善需要，在本身居住房屋已经签订了买卖合同但未过户出去的情况下购买了2套住宅进行改善，实际上向破产企业购买的期房就是生存所需唯一住房，理应得到保护。反过来说，一个家庭中很可能有多个购房指标，购房者名下虽无房，但实际上这个家庭已拥有2到3套住宅，如果保障其优先地位，那么对生活所需购买二套房的买家也是不公平的，违背生存权保护的初衷。所以，很多破产管理人会依据项目实际情况，灵活制定标准，笔者也在此总结几个管理人可以考量的因素：

1、所购房屋的规划用途。管理人可按照房屋规划用途不同，推断购房人真实购房意图，进而明确消费者优先资格。一般来说住宅、商住两用的房屋可以反映居住意图，如果房屋的用途是商铺、办公室，那么应当视其为经营用途，与生存权保护的价值不符，不应认定为消费者购房人。

2、购房人支付的房款比例。实践中,很多管理人参照《执行异议和复议规定》所确定的50%给予购房人优先受偿地位,但是在部分案件有所降低。在(2018)鲁1003民初4814号判决中,法官对支付未达50%房款的购房人优先地位进行了确认。另外也有学者建议将标准降低至30%。笔者认为,无论是30%还是50%,人为“一刀切”都会造成实质不公,例如支付29%房款的购房人与31%房款的购房人实际受偿的金额会产生巨大的差异。实际上,购房人的债权仅在其支付的房款的范围内优先受偿,支付了15%房款的债权人,如果管理人确认其优先债权,房屋变价款的另外85%仍然可以进行分配,不会造成其他债权人的损失。对此,笔者建议管理人在查明买卖合同的签订及履行情况后,按照购房人实际支付的款项确认优先债权即可,而不必区分购房人支付房款的比例。

3、购房人是否已经办理网签备案手续。网签备案产生公示公信的效力,是防止开发商一房多卖的重要手段,也是破产程序中判断购房人是自住或是“炒房”意图重要标准。但部分房产商在不具备预售登记条件的情况下就开始出售房屋,导致购房人无法网签并备案。此时管理人应查明破产企业是否已经取得的预售登记,如果尚未取得预售登记的,就不宜以是否预售登记作为获得消费者购房人优先债权的地位。

四、结语

破产案件涉及众多利益主体,受偿顺序与各债权人利益直接相关,如处理不当将产生巨大损失。本文专门介绍的三类优先债权体现了国家对于特殊法益的保护,破产管理人也从中摸索出了保护特殊法益的具体做法。但是,优先债权保护制度目前由《企业破产法》《批复》《办法》等规范性文件构成,略为零散,这样的框架在实务中容易产生争议,破产管理人操作难度极大。在此,笔者建议国家考虑对破产优先权保护制度进行专门立法,以完善制度,定纷止争。最后,实践中债权认定工作艰苦而复杂,笔者的研究未必周延准确,希望读者批评指导。☞

【作者简介】



肖小俊,清华大学法学院硕士毕业,现为广信君达合伙人、清算与破产业务部负责人,广州市破产管理人协会副会长,广东省法学会破产法学研究会常务理事,广州市法学会、广州市不良资产管理协会“金融稳定专家委员会”委员。曾就职于某央企湖南公司,对破产与强制清算的法律法规有深入的研究,熟悉国有资产处置的法律法规与流程,有着丰富的“僵尸企业”的破产、清算实务经验。



张泽宇,广信君达专职律师。美国埃默里大学法学硕士、中国青年政治学院(中国社会科学院大学)法律硕士,现任职于广东广信君达律师事务所。熟悉破产、不动产与建设工程、企业法律顾问等法律业务。经办数件破产重整案,另经办广州市各级法院受理的近20件破产清算、强制清算案件,得到法官和债权人的好评。

知名校外培训机构被罚款的法律问题分析

作者：郑冲

本文将从虚假宣传和价格欺诈两方面出发，对校外培训机构的典型违法行为进行法律分析，并提出实务方面的建议，以飨读者。

一、关于虚假宣传行为的法律问题分析

虚假宣传是指在商品宣传、描述中作虚假或令人误解的陈述，导致消费者事实上被欺骗、误导，或存在被欺骗、误导的可能。校外培训机构在进行商业宣传时，为提升竞争力，时常有意或无意进行虚假宣传。本次案例涉及的虚假宣传行为，包括虚构教师资质、虚构执教履历、夸大培训效果、夸大机构实力、编造用户评价等类型，这些虚假或者引人误解的商业宣传行为，已造成欺骗、误导消费者的后果，属于《反不正当竞争法》所禁止的虚假宣传行为，最高可处 200 万元罚款。

（一）法律规定

《反不正当竞争法》第 8 条：“经营者不得对其商品的性能、功能、质量、销售状况、用户评价、曾获荣誉等作虚假或者引人误解的商业宣传，欺骗、误导消费者。……”

《反不正当竞争法》第 20 条：“经营者违反本法第 8 条规定对其商品作虚假或者引人误解的商业宣传，或者通过组织虚假交易等方式帮助其他经营者进行虚假或者引人误解的商业宣传的，由监督检查部门责令停止违法行为，处 20 万元以上 100 万元以下的罚款；情节严重的，处 100 万元以上 200 万元以下的罚款。……”

（二）典型案例

本次查处案例中，虚假宣传行为可概括为以下三类：

1. 宣传内容与事实不符

校外培训机构在宣传过程中，无论是虚构教师资质、杜撰学生心得，还是夸大培训效果、虚构课程报名情况、虚构家长焦虑，若宣传的内容没有事实依据，均属于实施虚假或引人误解的商业宣传，欺骗、误导消费者，构成虚假宣传。

A 案例：某培训机构在宣传中含有“70% 的中国家长都在头疼孩子的英语学习”“100% 来自母语为英语国家的外教老师”等内容，虚构家长焦虑情绪，虚构教师资质。上述行为属于虚假或引人误解的商业宣传行为，违反了《反不正当竞争法》第 8 条第 1 款规定。

2. 未能证明宣传内容的真实性

为了宣传培训效果，部分校外培训机构引用了升学率、优秀率等数据或事实，却因无法提供证明材料，最终被认定为虚假宣传。需要注意的是，即便该数据或事实真实存在，

但如果无法证明数据或事实的来源的，依然可能被视为欺骗、误导消费者，构成虚假宣传。

B 案例：某培训机构在其对外展示页上宣称：“已向 SZ、SW、BW、SY、GJ 输送超过 650 名高端学员……考取 SW 的比例是 90%，考上 BW 的比例是 95%。”经核实，该培训机构无法提供相应材料证实上述宣传内容的真实性。上述行为属于实施虚假或引人误解的商业宣传，违反《反不正当竞争法》第 8 条第 1 款的规定。

3. 对培训效果作出保证性承诺

部分培训机构为了招揽生源，在广告、招生简章或入学协议中印有推荐入学、保过、保提分的承诺。通常情况下，考试是否通过、是否提分取决于不同学生的自身情况，此类承诺过于绝对、不具有客观性，属于欺骗、误导消费者，构成虚假或引人误解的商业宣传。

C 案例：某培训机构发布含有提分保证的内容，如“《托福网络 / 实体保分精英计划》A/B/C/D/E 五类套餐保提 20—60 分”等。经核实，相关宣传内容无法证明真实性。上述行为属于实施虚假或引人误解的商业宣传，违反《反不正当竞争法》第 8 条第 1 款的规定。

二、关于价格欺诈行为的法律问题分析

价格欺诈行为，指经营者利用虚假或使人误解的价格手段，诱骗消费者与其进行交易。许多校外培训机构为了争揽顾客，选择虚构、隐瞒真实价格，诱骗消费者购买培训课程。本次案例涉及的价格欺诈行为，主要包括虚构原价和虚假优惠折价。部分培训机构以此方式欺骗、诱导消费者与其进行交易，无论是否形成交易结果，均构成价格欺诈行为，根据《价格法》等规定，最高可处以 50 万元罚款。

（一）法律规定

《价格法》第 14 条：“经营者不得有下列不正当价格行为：……（4）利用虚假的或者使人误解的价格手段，诱骗消费者或者其他经营者与其进行交易；……”

《价格违法行为行政处罚规定》第 7 条：“经营者违反价格法第 14 条的规定，利用虚假的或者使人误解的价格手段，诱骗消费者或者其他经营者与其进行交易的，责令改正，没收违法所得，并处违法所得 5 倍以下的罚款；没有违法所得的，处 5 万元以上 50 万元以下的罚款。”

（二）典型案例

本次查处案例中，价格欺诈行为可概括为以下两类：

1. 虚构原价。通过虚构商品“原价”，以看似更低的“现

价”进行销售，造成优惠力度很大的假象，是部分培训机构常用的营销手段。但从法律的角度看，若商品未曾以该价格销售或推出过，而将该价格表述为“原价”的，则属于利用虚假的价格手段诱骗消费者交易，构成价格欺诈。

A 案例：某培训机构在销售课程时，标示“老师为您准备了一套[免费公开课] 原价 1299 元，今日限时 0 元领”等内容。经核实，上述课程均未以标示的原价进行过交易，构成利用虚假的或者使人误解的价格手段诱骗消费者交易的行为，违反了《价格法》第 14 条第（4）项规定。

2. 虚假优惠折价。除了虚构商品原价外，部分校外培训机构对外宣称给予优惠折扣，但该折扣并未实际发生，该行为亦属于利用虚假的价格手段诱骗消费者交易，构成价格欺诈。

B 案例：某培训机构宣传促销时，称“钜惠双十二，五折抢好课！”内容。但该课程从未按五折销售过。以上行为构成利用虚假的或者使人误解的价格手段诱骗消费者交易的行为，违反《价格法》第 14 条第（4）项的规定。

三、为何本次 15 个案例均被处以顶格处罚

为促进校外培训机构行业的健康发展，整顿行业乱象，本次国家监管部门从严查处违法违规行为，对 15 家校外培训机构均处以顶格罚款的决定。据市场监管总局表示，处以顶格罚款的决定是基于三个方面的考虑：

第一，违法行为的社会危害性大。被处罚的校外培训机构均为全国性或区域性的培训机构，学生人数众多，其违法行为损害了众多家长学生的合法权益，对社会危害较大。基于过罚相当的考虑，对培训机构处以顶格罚款。

第二，教育培训行业社会关注度高。教育培训行业事关每个人切身利益，具有公益性质和公共服务属性，亟需从逐利的产业回归良心的行业，需要从无序竞争回归健康发展。

第三，顶格罚款的教育警示意义突出。顶格罚款是对被处罚单位的严厉警告，这将对其他教育培训机构释放出严厉监管的信号，对强化行业自律、引导教育培训机构依法依规诚信经营具有强大的警示作用。

四、实务建议

近年来，在监管部门对校外培训机构进行密集处罚的大背景下，校外培训机构无疑面临着史上最严监管。笔者认为，校外培训机构应注重《反不正当竞争法》《价格法》《广告法》等合规要点，从以下三方面入手，持续优化企业的合规建设：

（一）合规经营，依法审批登记

校外培训机构应取得完备的办学资质，如存在未经审批、登记的情况，应及时进行整改，这是合规办学的重要前提。

根据国务院办公厅发布的《关于规范校外培训机构发展的意见》（国办发〔2018〕80 号），校外培训机构应当取得包括培训经营范围的《营业执照》、《办学许可证》。

另外，若开展线上培训业务的，校外培训机构还应同时办理 ICP 备案，并根据实际情况依法取得《网络文化经营许可证》、《互联网出版许可证》、《信息网络传播视听节目许可证》等资质。

（二）商业宣传，遵守法律规定

在商业宣传的过程中，校外培训机构应严格遵守《反不正当竞争法》《广告法》等规定，杜绝不实宣传，并尽量避免使用诸如“首家”“首创”“唯一”“100%”等绝对化用语，在尊重事实的前提下，采用非绝对化用语替代。对于涉及数据、事实等内容的宣传，应当留存有关证明材料，以便有关部门核查。否则，一旦构成虚假宣传，培训机构除承担行政责任外，还可能面临向消费者退还培训费的责任，可能按照《消费者权益保护法》承担 3 倍赔偿的责任。

（三）依法定价，尊重客观事实

在课程定价方面，应当符合《价格法》《禁止价格欺诈行为的规定》等规定，应以书面形式明码标价，避免采用口头等不规范的方式告知价格。另外，在定价时应尊重客观事实，若标示“原价”而无相关交易记录的，则不得称之为“原价”。接下来，国家有关部门将进一步明确培训机构收费标准，这将对校外培训机构依法制定价格提出更具体的要求。

本次市场监管部门对 15 家校外培训机构处以顶格罚款，事实上，罚款只是手段，整改规范才是目的。各大校外培训机构应重视合规经营，建立健全各项规章制度，聘请财税、人力资源、法律等专业人员进行日常管理，确保依法依规诚信经营，促使培训机构及教育培训行业得以长足、健康发展。

【作者简介】



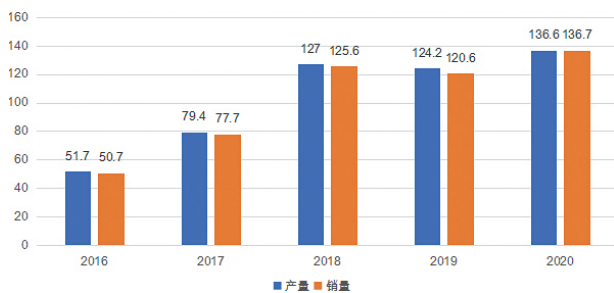
郑沛，广信君达专职律师。毕业于华南理工大学法学院，取得法学、计算机双学士学位。

关于完善新能源汽车立法的一些思考

作者：苏东海、李大为

近年来，我国新能源汽车产业蓬勃发展，产销量呈持续增长，占据全球“半壁江山”。据统计，我国累计推广新能源汽车超过450万辆，占全球销量50%以上。2020年，我国新能源汽车就销售136.7万辆，同比增长11%，其中，广东新能源汽车整体上险量为166316台，名列全国第一，继续跑赢全国市场；我省推出《广东省发展汽车战略性支柱产业集群行动计划（2021—2025年）》，激发人们对新能源汽车发展的新期待。

近五年我国新能源汽车产销量（单位：万辆）



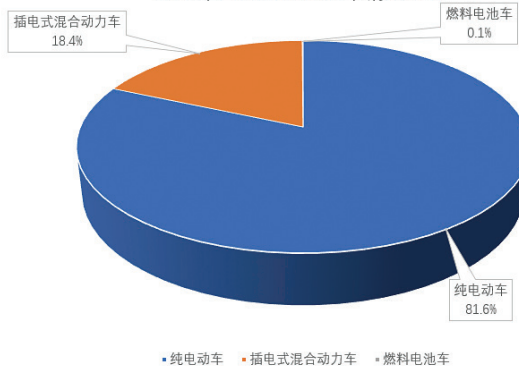
数据来源中国汽车工业协会：

<http://www.caam.org.cn/tjsj>

<http://www.caam.org.cn/tjsj>

<http://www.caam.org.cn/tjsj>

2020年国内新能源汽车销量结构



数据来源中国汽车工业协会：<http://www.caam.org.cn/tjsj>

一、新能源汽车经历阶段概述

自2009年至2020年，我国新能源汽车发展已大致经历了四个阶段。

第一阶段是2009年至2012年，我国发布了《汽车产业调整和振兴规划》，标志着国内新能源汽车大显身手的

时代来临，同时启动“十城千辆”计划，用三年时间，每年选取十个城市（包括北京、上海、重庆等），每个城市生产不少于1000台新能源汽车作为推广试验；2010年发布《关于开展私人购买新能源汽车补贴试点的通知》，开始实行补贴政策；2012年发布《节能与新能源汽车产业发展规划（2012—2020年）》，首次明确新能源汽车的战略目标、任务和措施。

第二阶段是2013年至2015年，将推广应用城市数量扩大到39个，聚焦新能源汽车，明确在政府采购、公共交通等领域要优先采购。新能源汽车进一步发展造就一批新车企。

第三阶段是2016年至2018年，主要是稳定行业预期、确保补贴政策延续性，并予以优化。2017年，我国颁布《乘用车企业平均燃料消耗量与新能源积分并行管理办法》实行“双积分”制度，主要是按企业的平均燃料消耗量积分+企业新能源汽车积分进行考核，要求每个车企都需要生产新能源汽车，若其积分未达标要作相应处罚，对需要达标者可以通过交易获取新能源汽车积分等，逐步以此替代补贴退出市场的机制；2018年，进一步提高补贴的门槛，推动新能源汽车技术升级。在这个阶段，我国新能源汽车领域的相关规范开始形成体系。

第四阶段是2019年至2020年，特别是在“十三五规划”收官之年，也是“政策密集发布年”，2020年国家及地方全年出台涉及新能源汽车发展的政策共331项，其中，仅2020年12月份就新增30项；重点文件包括《绿色出行行动计划（2019—2022年）》《新能源汽车产业发展规划（2021—2035年）》《关于加快建立绿色生产和消费法规政策体系的意见》等，这些为新能源汽车高质量发展夯实更好基础。

二、新能源汽车规范体系概述

我国在推动新能源汽车发展过程中，未雨绸缪，针对产业配套的法律规范作了体系设计，主要体现为国务院层面、国家相关职能部门层面及一线城市的地方政府等三个方面。

其中，国务院于2009年3月20日出台《汽车产业调整和振兴规划》，明确指出推动纯电动汽车、充电式混合动力汽车及其关键零部件的产业化；于2012年6月28日

公布《节能与新能源汽车产业发展规划(2012—2020年)》(国发[2012]22号)明确新能源汽车技术路线、发展目标以及五大任务;于2020年11月20日发布《新能源汽车产业发展规划(2021—2035年)》(国办发[2020]39号)。同时,针对汽车制造、销售监管制定了行政法规《缺陷汽车召回条例》(国务院令626号,2012年10月22日颁布,2019年3月2日修订)。

在国家职能部门层面,颁发了大量的规章、规范性文件等,包括:国家工信部于2017年1月6日颁布《新能源汽车生产企业及产品准入管理规定》(工业和信息化部令第39号,2020年7月24日修订),完善了新能源汽车生产企业、产品的准入条件,要求建立产品运行安全状态监测平台;国家工信部等五部门于2017年9月27日联合发布《乘用车企业平均燃料消耗量与新能源汽车积分并行管理办法》(工信部、财政部、商务部、海关总署、质检总局令第44号,2020年6月15日修订);2020年5月12日,国家工信部组织制定、国家市场监督管理总局、国家标准化管理委员会批准发布《电动汽车安全要求》《电动客车安全要求》《电动汽车用动力电池安全要求》,首次针对新能源电动汽车制定国家强制性标准;原国家质检总局于2015年11月27日制定部门规章《缺陷汽车产品召回管理条例实施办法》(质检总局令176号,2020年10月23日修订);国家市场监管总局分别于2019年3月18日和2020年11月25日发布《关于进一步加强新能源汽车产品召回管理的通知》(市监质函[2019]531号)及《关于进一步加强汽车远程升级(OTA)技术召回监管的通知》(市监质[2020]123号),专门将新能源汽车产品缺陷、OTA缺陷等监管内容纳入上述召回条例实施办法的适用范围;国家市场监管总局2019年3月14日公布《家用汽车产品修理、更换、退货责任规定(修订征求意见稿)》,提出将纯电动汽车的动力电池、电机等纳入“三包”范围,地位等同于燃油汽车的发动机和变速箱;国务院反垄断委员会2019年1月4日发布《关于汽车业的反垄断指南》;此外,还针对新能源汽车骗补行为,陆续发布了包括财政部《关于新能源汽车推广应用审批责任有关事项的通知》在内的一批规范性文件;国家发改委、司法部2020年3月11日联合发布《关于加快建立绿色生产和消费法规政策体系的意见》,指出建立新能源汽车推广机制、研究制定氢能发展的标准规范。

在地方政府层面,包括北京、上海、广州、深圳在内的多个地方政府相继出台了推动新能源汽车发展的规定包括激励措施,如北京市政府出台《北京市示范应用新能源小客车生产企业及产品审核备案管理规则》;上海市发

改委等五部门联合制定了《上海市鼓励购买和使用新能源汽车实施办法》;广州市发改委宣布将2020年个人消费者购买新能源汽车综合性补贴政策有效期延长至2022年底等。

2020年出台有关政策的有28个省、46个地区,广东省发布的政策数量最多。这些一系列措施的出台对规范管理地方的新能源汽车产业发展起到重要作用。

三、需完善新能源汽车立法的一些要点

尽管我国新能源汽车产业取得了令人瞩目的成绩,规范已成体系化,然而,新能源汽车相配套的规范仍需要不断完善,特别是,随着我国“十四五规划”和《民法典》的实施,人们对新能源汽车的要求不断提高,对新能源汽车产业的规范监管立法完善势在必行,主要包括以下几个要点:

1. 要考虑优化“双积分”制度

实行“双积分”制度促进了新能源汽车产业发展,实施以来起到积极作用,但仍存在需要调整的地方。如要解决积分交易存在供需不平衡的问题,根据国家工信部公示的数据显示,2017年全年所有车企的油耗负积分为168.9万分,新能源汽车正积分为179.3万分;2018年度所有车企的油耗量负积分为295.13万分,新能源汽车正积分为403.53万分积分,正积分持续供大于求导致积分交易价格偏低。新能源积分在2018、2019两年的非平台交易价格每分仅售100—200元,没有达到预期的1000—1500元,更比不上补贴政策带来的收益。

部分车企通过其集团内部结转和调剂积分,享受“双积分”带来的新能源汽车福利加持,却对传统汽车的节能技术研发显得更为懈怠,未能实现显著降低油耗的政策目标。

因此,有必要对“双积分”制度进行适当调整,包括提高技术考核门槛、调整油耗积分与新能源积分的抵偿比例、公布积分交易指导价格,完善积分交易机制,使“双积分”成为新能源车企的新型融资手段等。

2. 应强化对新能源汽车产品的安全监管

《缺陷汽车产品召回管理条例》起草之初是针对传统燃油汽车的,却缺乏对新能源汽车作规定;而《缺陷汽车产品召回管理条例实施办法》扩大适用范围,是由国家市场监督管理总局以通知形式作补充的,而对新能源汽车很多技术领域特别是智能网联、自动驾驶、人工智能、变逆器等系统尚缺少针对性规定;以通知作补充,效力位阶尚嫌不足,有待完善。

另外对《电动汽车安全要求》等三项强制性国家标准,

尚缺上位法，认定产品缺陷有待衔接。如能在《缺陷汽车召回条例》加以明确，则更有利于三项强制性国家标准的执行。

3. 应将新能源汽车的电池等“三电”纳入汽车“三包”政策，切实解决消费者维权困难

所谓新能源汽车“三电”是指电池、电机、电控系统。之前的汽车“三包”政策主要是对发动机、变速箱以及底盘等实行“包修、包换、包退”，但是，新能源汽车与普通燃油车的物理构造不相同，纯电的新能源汽车没有发动机和变速箱，只有电机与减速器，而插电式的新能源汽车则多了电池组以及电机。因此，不管是纯电的还是插电式的，“三包”政策均没有提到电池组、发电机以及减速器是否可以适用，这就造成维权困难。例如某城市中一位车主刚购买的新能源电动车不久便出现冒烟情况，调查发现是位于底盘的电池外包铁皮上有一个碰撞造成的凹槽，因底盘被与路面发生磕碰而导致电池损坏而冒烟。厂家认为是因车主自己开车原因导致的，出现电池碰撞致短路冒烟的损坏情况，不在“三包”范围之内。而如果按传统燃油车处理，涉及动力部分属于“三包”范围，对电动车而言，电池组相当于动力部分，可是，因“三包”政策没有明确，因此厂家有理由认为电池组不在“三包”之列，导致消费者维权陷于困境。

有关部门已考虑将纯电动汽车的“动力电池、电机、电控”等纳入“三包”范围，地位等同于传统燃油汽车的“发动机和变速箱”等，这是利好消息。随着《民法典》实施，对于公民合法权益的保护更是上升到一个新的层，因此，将新能源汽车的“电池、电机、电控”纳入“三包”政策适用范围，正是契合《民法典》的立法精神，是保障新能源汽车消费者合法权益的必要举措，期待尽快落地。

4. 虚标续航的情况频发，缺乏相关的规范予以规制

电池续航是纯电动汽车唯一动力判断标志，续航里程直接影响消费者对新能源汽车的选购、使用。但是电池容量存在虚标，其实际续航里程与公开宣传不符，虚标情况普遍存在，未能有效监管。如一些品牌的新能源车在宣传中称最大续航里程能达到数百公里，但实测满电状态才跑出三分之一的里程，严重虚标。

虚标里程显然有违《民法典》的诚信原则，亟需加以规制。虽然因技术局限，续航里程衰减仍无法避免，但不能为了营销而故意夸大续航里程，也不能以技术局限为由认为虚标里程是合理的。对于电池续航的标示应如实反映真实状态下的使用情况，否则，随意夸大、虚标里程将带来误判，也会带来安全隐患。建议在区分电池合理损耗的基础上，制定续航里程的检测标准，以规制虚标续航的现象，

使市场得到一个良性发展。

5. 需要加快拟定相关的安全建设标准体系

新能源汽车产业处于高速发展阶段，面临重要机遇窗口，迫切需要创新的技术、产品和引领行业的标准，来解决新能源汽车发展中的痛点。新款电动汽车大多配置L2级辅助驾驶系统，有些甚至配备L3级，并大量采用轻量化复合材料，然而相关的标准体系建设相对滞后，特别是新技术应用缺乏统一的标准，反过来看，这也是一个挑战，加强新能源汽车安全建设标准体系是一个重要考量，在产业发展迅速的同时，迫切需要加快拟定。

6. 部分地方为保护本地企业制定一些不公平规定设置障碍

例如对于外地汽车企业进入本地市场采取限制措施或者强行设定准入条件，或制定非技术性指标以倾斜本地汽车企业等。为纠正这些错误做法，财政部、工信部、科技部和发改委发布《关于调整完善新能源汽车推广应用财政补贴政策的通知》（财建[2020]86号）强调：破除地方保护，建立统一市场。各地不得采取任何形式的地方保护措施，包括但不限于设置地方目录或备案、限制补贴资金发放、对新能源汽车进行重复检验、要求生产企业在本地设厂、要求整车企业采购本地零部件等措施，要求一视同仁执行免限行、免限购、发放新能源汽车专用号牌等支持措施。可见，加强地方政策制定的监管对公平竞争、营造良好的营商环境具有十分重要的意义。

7. 对骗取新能源汽车政策补贴的行为惩戒成本过低，有必要考虑追究行政法律责任直至刑事责任

新能源汽车恶意骗补主要涉及以下几种情形：1.“有牌无车”（即申报补贴资金的新能源汽车实际尚未完工，但提前办理了《机动车行驶证》）；2.“有车缺电”（即生产的新能源汽车电池组数缺失电池）；3.“标示不符”（即所生产的新能源推广应用车型与工信部要求载明的参数不一致，部分性能参数虚标）等。

针对这些行为进行处理，大部分只是取消补贴资格、退还补贴款等，这些骗补行为严重扭曲了国家补贴政策的导向，损害国家补贴制度，实质上等同于诈骗行为，因此应考虑以行政处罚甚至刑事追责以对频发的骗补、套补行为形成有效遏止。同时，我们关注到，国家有关部门对燃料电池汽车示范应用将推行“以奖代补”政策；对新能源汽车购置补贴政策延续至2022年底，并平缓相应补贴退坡力度和节奏。

8. 新能源汽车涉及人工智能立法尚存在空白

自动驾驶技术发展给现行法律法规和管理体系带来挑战，配备智能网联功能的新能源汽车既是与汽车管理关联，

也是与地理信息、网络安全等相关。在现行法律法规中，涉及产品管理、交通管理、责任界定、保险监管、网络安全管理、地理信息管理等存在不同程度的制约：如现行汽车产品技术标准是基于传统汽车制定的，《汽车转向系基本要求》（GB 17675-1999）中规定的“转向操纵装置必须直接由驾驶员操作”与智能网联汽车的新技术矛盾，导致高级别自动驾驶功能无法上路使用；部分交通管理法律法规不适用于智能网联汽车，在一定程度上限制了自动驾驶功能的使用；我国现行交通违法行为责任体系是以人为核心构建，第一责任主体是驾驶员，而高级别智能网联汽车的责任主体可能会扩展到使用者、生产者、设计者、销售者等，现行责任体系难以适用；保险法部分内容难以适用于智能网联汽车，随着驾驶主体和交通行为责任主体的变化，以车辆所有人、驾驶人为核心的车辆保险制度或需调整。人工智能引发的伦理道德问题在智能网联汽车上同样存在，若发生人身伤害、财产损害的情况下，自动驾驶技术的使用可能会面临伦理层面的拷问，这在立法和监管中应予考虑。值得可喜的是，交通运输部作出了《关于促进交通自动驾驶技术发展和应用的指导意见》；一些地方如广州南沙新区（自贸片区）也率先试行支持自动驾驶汽车行业创新发展的措施。

四、结 语

我国新能源汽车发展经历了从量变到质变的不断提升，比亚迪、红旗、五菱等产品已陆续走出国门，被更多的海外市场认可。而拥有自主知识产权的DM-i混动技术更是砸碎了国产汽车身上的枷锁，第一次冲破欧美日车企编织的技术壁垒。同时，我国也在关注氢能产业的发展，氢燃料电池汽车也将开辟新的空间。相信未来在新技术的引领下，我国新能源汽车有望实现弯道超车。

【参考文献】

- [1] 人民网：《新“三包”+新“召回”措施出台 新能源车迎来最严监管》
- [2] 秦章勇：《潮落潮起：回首中国新能源汽车的激荡十年》
- [3] 鲁楠：《汽车新定义 09期：逆变器问题导致频繁召回，新能源车企争相布局碳化硅》
- [4] 车与舆：《比亚迪、红旗和五菱陆续出口，国产车

丢掉廉价标签，已被海外认可》

[5] 常思玥：《规划 | 王传福决心推进汽车全面电动化？比亚迪长远目标：碳中和》

[6] 裴健如、李星：《市场监管总局出重拳：新能源车有缺陷要召回，严重可能要停产》

[7] 汽车工业信息网：《“双积分”政策实施情况分析 & 调整方向预判》

[8] 广东省汽车智能网联发展促进会：《新能源汽车政策年度报告》

[9] 广东省汽车智能网联发展促进会：《行业数据 / 新能源汽车销量广东居首，增速超全国3倍》

【作者简介】



苏东海，广信君达高级合伙人 / 管委会主任，广州市人民政府法律顾问、广东省司法厅政府法律顾问、广东知识产权保护协会专家库专家等。



李大为，广信君达实习人员。协助主办律师从事行政法、知识产权及重大诉讼等业务。

工程建设领域行政处罚重点法律问题解析

作者：陈明圣

一、前言

工程建设活动涉及政府基础设施、公用事业、住宅及附属设施等的营造和构筑，具有多阶段、多环节的特点，且往往触及多方的重大利益及公共利益。在立法层面，国家从多个维度对工程建设活动进行管理和规制，具体包括规划、建筑、工程招投标、承包管理、勘察、设计、施工、监理、竣工验收、合同管理、安全管理、质量管理等领域。工程建设活动的重大价值不言而喻，国家必然通过行政手段规范建设活动，以保证行政管理秩序有效运作，行政处罚是重要的行政手段之一，有时甚至可以说是最直接、最有效的管理手段。论及工程建设行政处罚问题，首先要厘定法律上“工程建设”的具体范畴。

（一）工程的概念：建设工程与建筑工程

《建设工程质量管理条例》第2条规定：“本条例所称建设工程，是指土木工程、建筑工程、线路管道和设备安装工程及装修工程”《中华人民共和国建筑法》（下称“《建筑法》”）第2条规定：“本法所称建筑活动，是指各类房屋建筑及其附属设施的建造和与其配套的线路、管道、设备的安装活动。”

建筑工程与建设工程的范围相比，建筑工程的范围相对为窄，其专指各类房屋建筑及其附属设施和与其配套的线路、管道、设备的安装工程，因此也被称为房屋建筑工程。从立法层面上看，建设工程属于建筑工程的上位概念。目前，尚未制订涵盖市政、交通、能源、环保、农业、水利、电力、航空等领域各行业、各阶段及建设管理方面的基本法律。

（二）工程建设的概念

工程建设是指土木工程、建筑工程、线路管道和设备安装工程及装饰装修工程等工程项目的新建、扩建和改建，是形成固定资产的基本生产活动及与之相关的其他建设工作总称，包括工程勘察、工程设计、工程施工、工程监理等。

本文试图以工程建设领域为视角，对行政处罚重点法律问题进行理论和实证研究，因此，必须正确把握行政处罚的概念、种类及法律体系等基础性问题。

二、《行政处罚法》的总则地位及新《行政处罚法》的亮点

对于2017年修正的《中华人民共和国行政处罚法》（下称“《行政处罚法》”），行政法学界普遍将该法解释为“规范行政机关行使行政处罚权的基本法律”^[1]，认为该法的制定有助于“将行政处罚工作纳入统一的法制轨道”。^[2]有学

者强调，“切实确立《行政处罚法》的总则地位”，“《行政处罚法》生效后，所有涉及行政处罚的法律、法规、规章和行政规范性文件均不得有违《行政处罚法》。”^[3]笔者认为，这一观点过于绝对化，基于行政处罚行为具有谦抑性和行政相对人对于法律规范效力的信赖，对于行政机关实施行政行为应当从严要求。也就是说，在位阶相同，存在法律冲突的情形下，在对行政相对人进行行政处罚时，无论是实体性规范，还是程序性规范，均应当适用有利于维护行政相对人权益的相关规范，以充分保护行政相对人的合法权益。当然，也要密切关注《行政处罚法》所设置的“除外”条款，诸如“法律、法规、规章另有规定的，从其规定”，这就明确了《行政处罚法》的规定与其他规定不一致时，应当优先适用其他规定。

2021年1月22日，《行政处罚法》由第十三届全国人民代表大会常务委员会第二十五次会议修订通过，将于2021年7月15日起施行。新《行政处罚法》亮点纷呈：强调文明执法，首次明确行政处罚的概念，增设行政处罚的种类，扩大行政处罚的设定权限，相对集中执法和下放行政处罚权，细化行刑衔接制度，修改和完善“一事不再罚”原则和时效制度，引入执法三项制度，调整和完善行政处罚程序，强化对行政处罚权的监督和制约等。

三、行政处罚的定义

现行《行政处罚法》并没有规定行政处罚的定义。在当年制定《行政处罚法》的过程中，立法者曾多次试图给行政处罚下一个定义，最终未能明确，原因就是给行政处罚下这个定义很难，但从当前行政处罚种类属性界定不清的现实难题来看，还是需要给行政处罚下一个定义，这是判断一个行为是否属于行政处罚的重要标准，有益于解决行政处罚界限不清尤其是由此带来的滥设、乱设等问题。^[4]实践中，对某一行为是否属于行政处罚，经常引发争议，并引发是否适用《行政处罚法》以及相对人程序性权利如何保障的争论。^[5]

新《行政处罚法》首次明确了行政处罚的定义，该法第2条规定：“行政处罚是指行政机关依法对违反行政管理秩序的公民、法人或者其他组织，以减损权益或者增加义务的方式予以惩戒的行为。”这一定义，可以从以下几个方面进行理解：第一，行政处罚的实施主体是行政机关，还包括法律法规授权的组织 and 受行政机关委托的组织；第二，行政处罚的对象是违反行政管理秩序的公民、法人或者其他组织；第三，行政处罚实现的具体形式是减损权利或者增加义务；第四，行政处罚的性质和目的为“惩戒”，“惩戒”与“制裁”

相比，范围更窄。在英国和美国，将所有对行政相对人不利的措施都定义为“行政制裁”。^[6]笔者认为，在立法层面明确行政处罚的定义，对于司法实践界定行政行为是否为行政处罚，从而是否适用行政处罚法的规定、原则和程序，提供了判断依据，在很大程度上起到定分止争的作用。但是我们也应认识到，任何语言包括法律语言都具有一种“空缺结构（open texture）”：每一个字、词组和命题在其“核心范围”内具有明确无疑的意思，但随着由核心向边缘的扩展，语言会变得越来越不确定，在一些“边缘地带”，语言则根本是不确定的。^[7]因此，笔者认为，对行政处罚进行共性、类型化和个案式的研究远未完成，且极具实践指导意义。

四、行政处罚与行政强制措施、行政强制执行及行政责令的区别

对于行政强制的范围，我国学界有两种认识：一种认为包括行政强制执行、行政上的即时强制和行政调查中的强制三类行为（“三行为说”）；一种认为包括行政强制执行和行政强制措施两类行为（“二行为说”）。基于我国的法治现状和立法要求，《中华人民共和国行政强制法》（下称“《行政强制法》”）采用了“二行为说”。^[8]现行《行政强制法》第2条规定：“本法所称行政强制，包括行政强制措施和行政强制执行。行政强制措施，是指行政机关在行政管理过程中，为制止违法行为、防止证据损毁、避免危害发生、控制危险扩大等情形，依法对公民的人身自由实施暂时性限制，或者对公民、法人或者其他组织的财物实施暂时性控制的行为。行政强制执行，是指行政机关或者行政机关申请人民法院，对不履行行政决定的公民、法人或者其他组织，依法强制执行义务的行为。”

（一）行政处罚与行政强制措施

行政处罚与行政强制措施区别在于：其一，行政处罚以行政相对人的违法性，即违反行政管理秩序为前提，行政强制措施则不一定以行政相对人的违法为前提，即对于未违法的行为人仍可依法实施行政强制措施；其二，行政处罚具有惩罚性，而行政强制措施是行政机关为保证相关行政程序的继续进行，或者对发生或者即将发生自然灾害、事故灾难、公共卫生事件或者社会安全事件等突发事件及社会危害事件，所采取的应急措施或者临时措施，是不以惩罚为目的的；其三，行政处罚是结果行为，行政强制措施是过程性行为，具有中间性和临时性。《行政强制法》第9条对行政强制措施的种类作了规定：“（一）限制公民人身自由；（二）查封场所、设施或者财物；（三）扣押财物；（四）冻结存款、汇款；（五）其他行政强制措施。”

新《行政处罚法》第56条、《建设行政处罚程序暂行规定》

第12条等，均对证据先行登记保存作了规定。理论和实践中，对于证据先行登记保存的性质有不小争议，一般认为先行登记保存属于证据保全措施，系行政处罚的过程性行为，而非行政强制措施，司法实践中大多持此观点。但也有持相反观点的，如《公安机关办理行政案件程序规定》第54条，将先行登记保存明确为行政强制措施。笔者认为，对于先行登记保存的性质，应该结合个案具体分析，原则上该行为系行政处罚的一个环节，系过程性行为，不具有可诉性，但如行政机关违法实施，以“先行登记保存”之名，行“查封、扣押”之实，则确属行政强制措施无疑。

（二）行政处罚与行政强制执行

行政处罚与行政强制执行的区别在于：首先，两者性质不同，前者为基础行为，后者为执行行为。基础行政行为是行政强制执行的前提和依据，行政强制执行是对基础行政行为的实现与完成，是一种后序行为。例如，同样是“罚款”，如果有基础行政行为的存在，则其性质为“加处罚款”的行政强制执行，否则为行政处罚。^[9]其次，行政处罚实际上是一种行政决定，本身是设定、变更或消灭某个或某些具体法律关系的具有行政法上效果的意思行为，而行政强制执行所针对的是不履行行政处罚决定或其他行政决定的行政相对人所采取的执行措施。《行政强制法》第9条对行政强制执行的方式作了列举：“（一）加处罚款或者滞纳金；（二）划拨存款、汇款；（三）拍卖或者依法处理查封、扣押的场所、设施或者财物；（四）排除妨碍、恢复原状；（五）代履行；（六）其他强制执行方式。”

（三）行政处罚与行政责令

工程建设相关法律、法规、规章作了大量的行政责令表述，比如责令改正、责令限期改正、责令停止施工、责令该建设工程停止施工、责令停止建设、责令停止违法行为、责令立即消除或者限期消除、责令停止生产或使用、责令停止使用、责令限期办理、责令停止违法活动等。

对于行政责令的性质，存在不同的认识，有的认为是行政处罚，有的认为是行政命令，有的认为是行政强制等。笔者认为，行政责令基本上可以归结为行政命令，但是如该行政行为导致行政相对人“减损权益或者增加义务”，则属于行政处罚。具体而言，对于行政责令的性质，应从两个维度把握，一是责令的具体内容和范围，是否超出纠正违法行为、消除违法状态所覆盖的范围；二是责令对行政相对人所产生的影响，是否存在权利的克减或义务的增加。如果回答是肯定的，则为行政处罚。《行政处罚法》将“责令停产停业”规定为行政处罚的种类之一，而非行政责令，也是基于上述法理依据。因为，责令停产、停业可以是全面的，往往会超出应改正的违法行为所及范围。

需指出的是，对于行政责令行为定性问题的研究，仅停留在以上层面，不免产生“一叶障目，不见泰山”的谬误，所以，深入作实证分析，应考量法律法规对行政责令性质的界定。例如：《中华人民共和国土地管理法》（下称“《土地管理法》”）和《中华人民共和国城乡规划法》（下称“《城乡规划法》”）对“责令限期拆除”的定性存在冲突。根据《土地管理法》第83条，责令限期拆除是行政处罚，相应地作出责令限期拆除决定，应当遵守《行政处罚法》关于主体、程序和救济权利的规定。但根据《城乡规划法》64条，责令限期拆除则不是行政处罚。^[10]然而，在实际的城乡规划行政执法过程，广东、浙江、湖南等多地已经将“责令限期拆除”作为行政处罚处理，并作出《行政处罚决定书》。而且，在司法实践中，也倾向于将“责令限期拆除”定性为行政处罚。例如：最高人民法院作出的（2019）最高法行申3617号行政裁定。

案例分析：广西创思特汽车服务有限责任公司、广西壮族自治区南宁经济技术开发区管理委员会城乡规划行政处罚再审一案——（2019）最高法行申3617号行政裁定

再审申请人创斯特公司提出：《限期拆除决定书》不是行政处罚，系行政强制措施，故不存在集中行使处罚权的问题，被申请人没有认定违法建筑的职权，也无权作出责令限期拆除决定。

最高人民法院经审查认为，关于申请人提出《限期拆除决定》不是行政处罚，系行政强制措施，故不存在集中行使处罚权的问题。此种认识，显然是混淆了对行政强制措施和行政强制执行的理解。《行政强制法》第17条规定的行政强制措施是指在行政处罚决定作出前，行政机关采取的强制手段，通常是为了迅速查处违法行为而作出的临时性处置；而行政强制执行是在行政处罚决定作出后，为执行该行政处罚所采取的强制手段，二者具有显著区别。

根据前述分析，南宁经济技术开发区（以下简称“经开区”）管委会负责南宁经开区城市管理综合行政执法的工作，获得包括依照《中华人民共和国城乡规划法》第64条规定对违法建筑依法作出行政处罚，和第68条规定受南宁市政府“责成”实施强制拆除违法建筑的法定职权。行政处罚之后作出的强制拆除行为系行政处罚作出后采取的行政强制执行，并非行政强制措施。申请人主张《限期拆除决定》不是行政处罚，系行政强制措施主张缺乏法律依据，该院不予支持。

可见，在该案例中，最高人民法院也认为，“责令限期拆除”属于行政处罚。

以《建筑法》为例，在关于“法律责任”的规定中，以行政相对人为对象的“责令改正”12处，“责令停止施工”1处，“责令停止违法行为”1处，“责令收回所发的资质证书”1处，

在性质上均属于行政命令。试举该法第67条第1款规定：“承包单位将承包的工程转包的，或者违反本法规定进行分包的，责令改正，没收违法所得，并处罚款，可以责令停业整顿，降低资质等级；情节严重的，吊销资质证书。”，其中：“责令改正”为行政命令；“没收违法所得”“罚款”“责令停业整顿”“降低资质等级”“吊销资质证书”均属于行政处罚。

五、行政处罚的种类

从学理上说，行政处罚分五类：人身罚、财产罚、资格罚、行为罚、申诫罚。其中，争议最大的是资格罚，因为有关限制或者剥夺任何资格的处罚，也就是要求行为人作出或者不得作出某种行为，资格罚似应划入行为罚范畴。笔者认为，对于通过取消或限制基于某种行政许可或非行政许可的资格的手段来禁止或限制行政相对人从事某种行为的处罚方式，与直接禁止或限制行政相对人行为的处罚方式区分开来，是十分有必要，既有利于在立法及执法上深化行政处罚类型化规制和适用，也有利于对行政处罚进行学理上的精细化研究。

新《行政处罚法》第9条规定的行政处罚种类有：“（一）警告、通报批评；（二）罚款、没收违法所得、没收非法财物；（三）暂扣许可证件、降低资质等级、吊销许可证件；（四）限制开展生产经营活动、责令停产停业、责令关闭、限制从业；（五）行政拘留；（六）法律、行政法规规定的其他行政处罚。”与修订前的《行政处罚法》相比，增加了通报批报、降低资质等级、限制开展生产经营活动、责令关闭、限制从业等行政处罚种类，并将“暂扣或者吊销许可证、暂扣或者吊销执照”统一规定为“暂扣许可证件”“吊销许可证件”，表述更为科学、严谨。

在工程建设领域，除行政处罚法外，行政处罚的法律规定主要体现在：1. 综合性规定：建筑法、保障农民工工资支付条例；2. 工程建设流程和事项管理方面：招标投标法、招标投标法实施条例、建设工程勘察设计管理条例、建设工程质量管理条例、安全生产法、建设工程安全生产管理条例；3. 从业管理方面：建设工程勘察设计资质管理规定、建筑业企业资质管理规定、工程监理企业资质管理规定、工程咨询行业管理办法、工程造价咨询企业管理办法、注册建筑师条例、注册建筑师条例实施细则、注册建造师管理规定、勘察设计注册工程师管理规定、注册监理工程师管理规定；4. 工程建设相关要求方面：防震减灾法、消防法、环境保护法、环境影响评价法、建设项目环境保护管理条例、固体废物污染环境防治法、环境噪声污染防治法、大气污染防治法、水污染防治法、节约能源法、循环经济促进法、民用建筑节能条例、城乡规划法、土地管理法、土地管理法实施条例；5. 程序性规定：建设行政处罚程序暂行规定、住房城乡建设行政复议

办法。上述相关规定与工程建设活动相关的行政处罚方式表述包括警告、罚款、没收违法所得、责令限期拆除、责令停业整顿、责令停业或关闭、降低资质等级、吊销资质证书、吊销许可证、吊销营业执照、1年或3年内不得再申请相关资质、责令停止执业、吊销执业资格证书、终生不予注册等。

建设行政主管部门2020年查处的相关违法违规情况

住房和城乡建设部办公厅2021年3月19日发布了《关于2020年度建筑工程施工转包违法分包等违法违规行为查处情况的通报》(建办市〔2021〕10号)。

据统计,各地住房和城乡建设主管部门共排查出9725个项目存在各类建筑市场违法违规行为。其中,存在违法发包行为的项目461个,占违法项目总数的4.8%;存在转包行为的项目298个,占违法项目总数的3.0%;存在违法分包行为的项目455个,占违法项目总数的4.7%;存在挂靠行为的项目104个,占违法项目总数的1.0%;存在“未领施工许可证先行开工”等其它市场违法行为的项目8407个,占违法项目总数的86.5%。

各地住房和城乡建设主管部门对存在违法违规行为的企业和人员,分别采取停业整顿、吊销资质、限制投标资格、责令停止执业、吊销执业资格、终身不予注册、没收违法所得、罚款、通报批评、诚信扣分等一系列行政处罚或行政管理措施。其中,责令停业整顿的企业575家,吊销资质的企业2家,限制投标资格的企业115家,给予通报批评、诚信扣分等处理的企业3097家;责令停止执业28人,吊销执业资格8人,终身不予注册1人,给予通报批评等处理1426人;没收违法所得总额338.91万元(含个人违法所得12.52万元),罚款总额67737.88万元(含个人罚款3034.62万元)。

根据国家发展和改革委员会、中国人民银行、住房和城乡建设部等《关于印发〈关于对房地产领域相关失信责任主体实施联合惩戒的合作备忘录〉的通知》、住房和城乡建设部办公厅《关于印发失信被执行人信用监督、警示和惩戒机制建设分工方案的通知》等规定,在工程建设领域确立了以行政“黑名单”为载体的社会信用管理、失信联合惩戒相关制度框架。有学者认为,行政“黑名单”兼具制裁性与不利处分性,属于“其他行政处罚”的范畴。^[11]但新《行政处罚法》没有将列入失信名单及失信惩戒作为行政处罚种类加以规定。笔者认为,在现有立法模式下,列入失信名单及失信惩戒无法归结为行政处罚,因不属于《行政处罚法》明确列举的有名行政处罚,也未有法律、行政法规规定其为“其他行政处罚”,通过检索相关司法判例分析,法院也不会作如此定性。

六、行政处罚行为无效与违法的判断

行政处罚行为无效,当然是违法的;但行政处罚违法,并非当然无效。

(一) 行政处罚行为无效

新《行政处罚法》第38条规定:“行政处罚没有依据或者实施主体不具有行政主体资格的,行政处罚无效。违反法定程序构成重大且明显违法的,行政处罚无效。”因此,无效的行政处罚行为有以下三种情形:

1. 行政处罚没有依据,即该行为不是法律、法规、规章所规定的应受处罚行为。

2. 实施主体不具有行政主体资格,即作出处罚决定的行政机关没有法定的行政处罚权。根据相关法律、法规和规章的规定,工程建设领域行政处罚的实施主体包括:建设、发展改革、土地管理、城乡规划、环境保护、安全生产监督管理、人力资源社会保障、交通、水利、消防、地震等行政主管部门,实施主体具有多元性。对于行政处罚实施主体的相关资格问题,还需了解当地关于实施综合执法的相关规定,例如:《广州市城市管理综合执法条例》第5条规定:“根据国务院或者本省人民政府依照国务院的授权所作出的决定,城市管理综合执法机关行使市容环境卫生、城市绿化、城乡规划、市政、环境保护等方面法律、法规、规章规定的行政处罚权。”《广州市违法建设查处条例》第4条第1款、第2款规定:“市城市管理综合执法机关负责组织实施本条例,市、区城市管理综合执法机关按照职责分工查处违法建设。城市管理综合执法机关和镇人民政府分别负责查处街道、镇辖区内违反乡村建设规划管理的违法建设。”

3. 违反法定程序构成重大且明显违法,即违反法定程序需达到“重大”且“明显违法”的程度。对“重大明显违法”的认定也应当相对审慎,主要针对处罚机关遗漏和拒绝行政处罚关键程序的行为,如法律明确规定应当听证而未经听证作出的行政处罚,执法人员应当回避而未回避作出的行政处罚。^[12]笔者认为,遗漏和拒绝进行行政处罚事先告知、听取行政相对人的陈述、申辩及送达方式严重违法规定,都属于“违反法定程序构成重大且明显违法”的情形。

(二) 行政处罚行为违法

根据《行政诉讼法》第70条的规定及《行政处罚法》的相关规定,行政处罚行为违法包括:认定事实不清,主要证据不足,适用法律、法规错误,违反法定程序,超越职权,滥用职权,明显不当等情形。

为了规范行政处罚权的行使,国家部分部委、地方政府及相关部门出台了行政处罚指导意见、实施办法、工作规程、事项清单、证据指南、裁量基准等相关文件,如住房和城乡建设部2019年9月23日发布《规范住房和城乡建设部工程建设行政处罚裁量权实施办法》和《住房和城乡建设部工

程建设行政处罚裁量基准》，这些文件的相关规定对行政处罚的合法性、适当性的判断提供了重要参考和依据。

七、权利救济

行政相对人对行政处罚决定不服的，可以申请行政复议或者提起行政诉讼。根据行政处罚法的相关规定，申请行政复议或者提起行政诉讼的，行政处罚不停止执行，法律另有规定的除外。

关于行政复议机关，笔者注意到，各地陆续发布关于县级以上人民政府统一行使行政复议职责有关事项的相关通告。例如：广东省人民政府于2021年5月14日发布《关于县级以上人民政府统一行使行政复议职责有关事项的通告》，明确自2021年6月1日起，除实行垂直领导的行政机关、税务和国家安全机关外，该省县级以上一级人民政府只保留一个行政复议机关，由本级人民政府统一行使行政复议职责。县级以上人民政府统一管辖以本级人民政府派出机关、本级人民政府部门及其派出机构、下一级人民政府以及有关法律、法规授权的组织为被申请人的行政复议案件，并以本级人民政府名义作出行政复议决定。因此，广东省范围内对工程建设领域行政处罚决定进行行政复议的机关为相关县级以上人民政府，县级以上人民政府部门原则上不再受理新的案件。

关于行政案件管辖，各地已实行行政案件集中（或相对集中）管辖，在提起行政诉讼时，应查询当地法院相关司法文件确定管辖。例如：根据广东省高级人民法院于2015年12月25日发布《关于我省铁路运输法院集中管辖广州市行政案件的公告》，明确广州铁路运输中级法院和广州铁路运输第一法院自2016年1月1日起依《中华人民共和国行政诉讼法》规定受理行政案件。广州市中级人民法院及所属各区基层人民法院自2016年1月1日起不再受理行政案件。

八、结语

法律的生命力在于实施，它只有在具体的个案中得以体现才会显得鲜活。首先，对于具体行政行为，应当判定是否为行政处罚行为，或者是行政强制措施、行政强制执行、行政责令行为，又或者是其他类型的行政行为；如系行政处罚行为，又属于何种类型，这是第一性问题。对于行政行为的定性，直接影响到如何适用法律的问题。其次，经界定为行政处罚行为，则应适用规制行政处罚的相关法律规范，从实体和程序上判定其合法性，并通过强制执行、行政和司法救济等手段和途径，保障法律的正确实施和国家意志得到贯彻。对于工程建设领域行政处罚，涉及多个法律部门、多层级的法律规定，执法主体及行政相对人呈现多元化及工程建设活动本身具有专业性和复杂性，无疑使我们对相关行政处罚的

认识、理解和实施造成不小的困扰。言

【参考文献】

- [1] 应松年：规范行政处罚的基本法律，政法论坛，1996，(2)。
- [2] 陈延庆、张世诚：行政处罚法的意义及其基本原则，中国法学，1996,(2)。
- [3] 黄学贤：确立《行政处罚法》总则地位的几个问题，苏州大学学报（哲学社会科学版），2020,41(05)。
- [4] 应松年,张晓莹:《行政处罚法》二十四年:回望与前瞻,国家检察官学院学报,2020,28(05)。
- [5] 耿宝建：行政处罚案件司法审查的数据变化与疑难问题，行政法学研究，2017年第3期。
- [6] 胡建森：“其他行政处罚”若干问题研究，法学研究，2005年第1期。
- [7][英]哈特：法律的概念，张文显等译，中国大百科全书出版社1996年版，第124-135页。
- [8] 袁曙宏：我国《行政强制法》的法律地位、价值取向和制度逻辑，中国法学，2011(4)。
- [9] 邵长青：论行政强制案件的司法审查，法律适用，2013,(09)。
- [10] 耿宝建：行政处罚案件司法审查的数据变化与疑难问题，行政法学研究，2017年第3期。
- [11] 李明超：行政“黑名单”的法律属性及其行为规制，学术研究，2020,(05)。
- [12] 马怀德：《行政处罚法》修改中的几个争议问题，华东政法大学学报，2020年第4期。

【作者简介】



陈明圣，广信君达专职律师。专注于民商事与行政诉讼、建设工程与房地产、企业法律顾问。广信君达建设工程法律专业部秘书长、广东省法学会经济法学研究会理事。曾任江西省龙南县人民法院民二庭庭长、行政庭及刑庭负责人，多次荣获优秀公务员、全市优秀法官、全市通令嘉奖、个人三等功等荣誉或称号。

医药广告合规注意要点

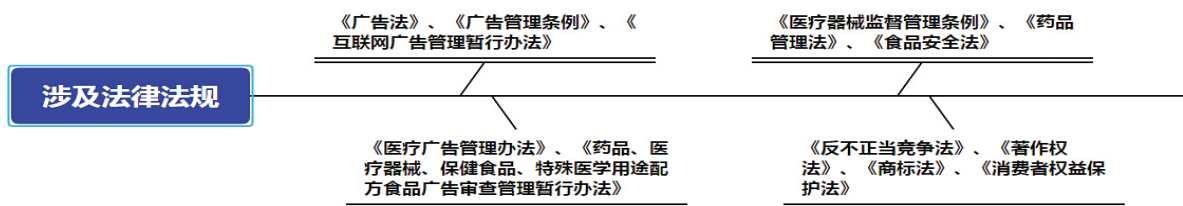
作者：付丽莎、黄爱烨

医药广告是指利用各种媒介或者形式直接或间接介绍医疗器械、药品、医疗机构或医疗服务的广告。由于医药领域专业性强，普通消费者难以区分使用各类医药产品，或较难判断医药广告信息的真实性、合理性，有可能误用医药产品甚至加重病情，因此我国对医药广告的监管相较于一般产品广告更为严格。

自新冠疫情爆发以来，医药产业快速发展，在此背景下企业为谋求更多的利益，很可能会加大宣传，本文主要介绍有关医药广告的监管制度，希望能引起相关企业对医药广告合规性的一定重视。

一、医药广告的监管制度

医药广告由医药和广告两个特别的属性组合在一起，决定了医药广告监管除适用一般广告领域的法律法规之外，还需适用医药领域的法律规范。



（一）前置审查制度

由于不实的广告内容容易误导患者，我国法律法规规定医药广告发布前必须通过监管部门事先审查，从而可以做到对宣传的内容进行有效核实，及时驳回存在夸大、不实之处的申请。审查通过之后需要严格按照审查通过的内容发布，不得进行剪辑、拼接、修改，如需改动的，必须重新申请广告审查。

除只宣称名称的医药广告无需审查外，医药企业在发布相关医药产品广告前需要通过市场监督管理部门、药品监督管理部门的审查，而医疗广告则需通过省级卫生行政部门、中医药管理部门的审查。

向广告审查机关申请审查广告的，首先是向广告审查机关提交材料，材料包括《广告审查表》、与发布内容一致的广告样件，主体材料、产品备案注册的证明材料、知识产权证明材料。广告审查机关收到申请人提交的申请后，应当在五个工作日内作出受理或者不予受理决定；若受理则需自受理之日起十个工作日内完成审查工作，经审查，对符合法律、行政法规和本办法规定的广告，作出审查批准的决定，编发广告批准文号。

广告批准文号、申请人名称、广告发布内容、广告批准文号有效期、广告类别、产品名称、产品注册证明文件或者备案凭证编号等内容都会通过审查部门的网站以及其他方便公众查询的方式对公众予以公开。

（二）医药广告分类管理

1. 绝对禁止发布的医药广告

《广告法》第15条第一款：麻醉药品、精神药品、医疗用毒性药品、放射性药品等特殊药品，药品类易制毒化学品，以及戒毒治疗的药品、医疗器械和治疗方法，不得作广告。

2. 限制发布的医药广告

（1）除《广告法》第15条第一款规定的禁止发布的药品外，其他的处方药广告只能发布在指定类型的刊物上来宣传，受众为专业的医护人员。（《广告法》第15条第二款：前款规定以外的处方药，只能在国务院卫生行政部门和国务院药品监督管理部门共同指定的医学、药学专业刊物上作广告）

（2）《广告法》第40条规定在针对未成年人的大众传播媒介上不得发布医疗、药品、保健食品、医疗器械、化妆品、酒类、美容广告。

3. 普通的医药广告

除绝对禁止发布的医药广告和限制发布的医药广告之外，普通的医药广告经审查后可以公开发布。相关法律、法规或规章对于普通的医药广告的广告审查制度、形式和内容等有特殊规定。

(三) 内容的审查

医药广告内容除应当真实合法，不得含有虚假、夸大、误导性的内容外，内容还不得超出注册证书或备案凭证、注册或备案的产品说明书范围，还必须显著标明广告批准文号，不同产品还有不同的显著标记要求。

1. 广告内容必须以批准的注册证书或者备案凭证、注册或者备案的产品说明内容为准，医药广告应具有其专门的提醒的显著标志。

类别	核准机关	内容核准依据	显著标记的内容
药品广告	国务院药品监督管理部门	说明书为准	1. 禁忌、不良反应 2. 处方药广告：本广告仅供医学药学专业人士阅读 3. 非处方药广告还应当显著标明非处方药标识(OTC)和请按药品说明书或者在药师指导下购买和使用
医疗器械广告	药品监督管理部门	注册证书或者备案凭证、注册或者备案的产品说明书内容为准	1. 禁忌内容、注意事项 2. 请仔细阅读产品说明书或者在医务人员的指导下购买和使用
特殊医学用途配方食品广告	国家市场监督管理总局	注册证书和产品标签、说明书	适用人群、不适用于非目标人群使用、请在医生或者临床营养师指导下使用

显著标明广告批准文号

2. 《广告法》《药品、医疗器械、保健食品、特殊医学用途配方食品广告审查管理暂行办法》《医疗广告管理办法》等，规定了药品、医疗器械、医疗广告禁止出现的具体情形，具体如图所示。

广告不得存在以下内容《广告法》第四条、第九条			
1	不得含有虚假或者引人误解的内容，不得欺骗、误导消费者。		
2	使用或者变相使用中华人民共和国的国旗、国歌、国徽，军旗、军歌、军徽；		
3	使用或者变相使用国家机关、国家机关工作人员的名义或者形象；		
4	使用“国家级”、“最高级”、“最佳”等用语；		
5	损害国家的尊严或者利益，泄露国家秘密；		
6	妨碍社会安定，损害社会公共利益；		
7	危害人身、财产安全，泄露个人隐私；		
8	妨碍社会公共秩序或者违背社会良好风尚；		
9	含有淫秽、色情、赌博、迷信、恐怖、暴力的内容；		
10	含有民族、种族、宗教、性别歧视的内容；		
11	妨碍环境、自然资源或者文化遗产保护；		
医药广告不得存在以下情形			
	广告法【第十六条】	药品、医疗器械、保健食品、特殊医学用途配方食品广告审查管理暂行办法【第十一条】	医疗广告管理办法
13	表示功效、安全性的断言或者保证	使用或者变相使用国家机关、国家机关工作人员、军队单位或者军队人员的名义或者形象，或者利用军队装备、设施等从事广告宣传	涉及医疗技术、诊疗方法、疾病名称、药物的
14	说明治愈率或者有效率；	使用科研单位、学术机构、行业协会或者专家、学者、医师、药师、临床营养师、患者等的名义或者形象作推荐、证明	保证治愈或者隐含保证治愈的
15	与其他药品、医疗器械的功效和安全性或者其他医疗机构比较；	违反科学规律，明示或者暗示可以治疗所有疾病、适应所有症状、适应所有人群，或者正常生活和治疗病症所必需等内容	宣传治愈率、有效率等诊疗效果的
16	利用广告代言人作推荐、证明	引起公众对所处健康状况和所患疾病产生不必要的担忧和恐惧，或者使公众误解不使用该产品会患某种疾病或者加重病情的内容	淫秽、迷信、荒诞的
17		含有“安全”“安全无毒副作用”“毒副作用小”；明示或者暗示成分为“天然”，因而安全性有保证等内容	贬低他人的
18		含有“热销、抢购、试用”“家庭必备、免费治疗、免费赠送”等诱导性内容，“评比、排序、推荐、指定、选用、获奖”等综合性评价内容，“无效退款、保险公司保险”等保证性内容，怂恿消费者任意、过量使用药品、保健食品和特殊医学用途配方食品的内容	利用患者、卫生技术人员、医学教育科研机构及人员以及其他社会社团、组织的名义、形象作证明的
19		含有医疗机构的名称、地址、联系方式、诊疗项目、诊疗方法以及有关义诊、医疗咨询电话、开设特约门诊等医疗服务的内容；	使用解放军和武警部队名义的

二、违法医药广告的法律后果及常见情形

(一) 法律后果

违法医药广告的法律后果包括民事责任、行政责任、刑事责任，其中最常见的是广告违法导致的行政处罚罚款。

1. 行政责任

因医药行业的特殊性，与一般产品广告相比医药广告违法罚款相对较高，基本是在 20-50 万之间，个别情节严重的甚至可以罚到上百万。广告法规定由国务院工商行政管理部门主管全国的广告监督管理工作，国务院有关部门在各自的职责范围内负责广告管理相关工作，可以责令广告主在相应范围内消除影响，并予以相应的行政处罚。

2. 民事责任

《广告法》第 56 条规定：违反本法规定，发布虚假广告，欺骗、误导消费者，使购买商品或者接受服务的消费者的合法权益受到损害的，由广告主依法承担民事责任。

3. 刑事责任

违规情节严重的，很可能构成虚假广告罪。

(二) 常见情形

1. 未经广告审批机关审批发布广告内容

很多医药企业发布广告前未留意或注重事先审批的要求，尤其容易在宣传册、软文、宣传栏、药店橱窗等极易制作和发布的宣传方式和途径上，忽视广告的合规问题，一旦构成广告宣传，很容易就会被处罚。比如天津市南开某保健食品销售中心就曾经通过宣传板发布了保健食品广告，包括“含有身体多种不适人群的福音”“免费调理体验活动项目：颈椎病、腰椎病、糖尿病、高血压风湿等问题等”等内容，当地市场和市场监督管理局因该广告未经审批并且内容涉及宣传疾病治疗功能，责令其停止发布违法广告，处罚款 15 万元。

2. 广告内容涉及表示功效、安全性的断言或者保证的内容

一般消费者缺乏专业的医学知识，对医药产品的功效、治疗效果、安全性根本难以判断，不同类型的药品、器械对于不同患者的治疗效果也可能产生极大的差异，如果广告内容涉及表示功效、安全性的断言或者保证的内容，则可能会误导消费者。例如，广州某医疗美容门诊部有限公司在其网站上宣传“BTL 爱丽丝超频刀”技术，宣传该技术可以做到“无创无痛、安全有效，带给你舒适的变美体验”等，广州市越秀区市场监管局因广告内容存在表示功效、安全性的断言或者保证的违法内容，对其作出罚款 41 万元的行政处罚。

3. 广告内容存在虚假夸大的情形

《广告法》第 4 条规定，虚假广告指内容虚假或者引人误解的广告。《广告法》第 3 条、第 28 条、第 55 条、第 56 条等条款对虚假广告的表现形式、法律责任作了全面的规定。例如，广州市某医疗器械有限公司通过自营的天猫网店进行口罩销售，该公司库存标识为“强爱”的一次性非医用口罩，在天猫宣传主页中被其标注为医生专用防病菌口罩，所推销口罩的等级、性能、用途等与实际不符，严重误导消费者，构成发布虚假违法医疗器械广告行为，广州市荔湾区市场监管局对其罚款 50 万元。

4. 不是医药广告却使用疾病治疗效果、医疗的用语的情形

广州某健康产业有限公司在其微信公众号发布有关“益彤牌益生菌粉（桔子口味）”的保健食品广告，因其广告内容含有“双向调节、预防宝宝的常见肠道疾病（如便秘、腹泻）等涉及疾病预防、治疗功能的内容，广州市白云区市场监管局对其罚款 14.9 万元。

5. 超出审查申请的范围

上海某生物科技有限公司在微信公众号上陆续发布了 78 篇宣传产品或者以介绍科普知识的名义来宣传产品的文章，其中含有“不含有发挥药理学、免疫学或者代谢作用的成分，安全有效”“适用范围广，具有祛风散寒、痛经活络、除湿消肿、化瘀止痛的功效”“产品效果立竿见影”“安全无副作用”“最专业、最专注、最完善的微商品牌”“是一款针对所有人群的产品”“承和堂医用冷敷贴传承千年医药理念，药方历史已有 2000 多年”等违法内容，并出现代言人张铁林、暖宫贴形象代言人张靖涵画面及文字。上述广告内容不仅超出注册证书或者备案凭证、注册或者备案的产品说明书范围，还严重违反《广告法》第 16 条：《暂行办法》第 6 条、第 11 条，上海市嘉定区市场监督管理局依法对其作出罚款 20 万元的行政处罚。

三、医药广告发布的合规建议

市场竞争激烈的情况下，宣传营销手段必不可少，在考虑如何推广自身品牌、产品时，也应考虑相关广告发布的合规性问题，否则在当今广告监管日益严格的情况下，违法成本越来越高，因此我们建议：

第一，医药企业在发布广告前，应当仔细分类本企业产品所属的类别，针对禁止对外发布或限制发布广告的产品，应放弃采取广告作为宣传推广的方式；

第二，及时向广告审查机关申请审批，获得批准文号，未被批准则不先行发布；

第三，构建广告合规管理体系，联合企业内部的法务、合规风控等部门，甚至引入专业律师事务所等外部资源，

定期对已经发布的广告进行排查整理，注意停止发布相关专利已过期的、广告批准已过期的广告。信

【作者简介】



付丽莎，广信君达合伙人。专注于知识产权、反不正当竞争、民商事诉讼等。入选广东省涉外律师领军人才库，现任广东省法学会民商法学研究会理事，市律协第十届公平贸易法律专业委员会委员，付律师代理的“零感”商标行政案入选“2020年商标授权确权十大典型司法案例”。



黄爱辉，广信君达实习人员。专注于民商事案件、金融借贷案件、劳动争议纠纷领域。曾就职于某金融公司，处理过大量不良资产司法处置案件，对各处置流程有较为深入的了解。自从从业以来一直专注民商事领域纠纷的处理，曾经协助处理劳动争议，买卖合同纠纷，特许经营合同纠纷等各类民事诉讼案件。



2022年2月7日，大年初七“人日”节，广信君达律师事务所开工大吉，怀揣热情与希望开启虎年新征程

中外人脸识别保护法律规制比较法研究

作者：孙俊杰

人脸识别技术是一项基于人的面部特征进行身份识别的技术，该技术始于1960年代，发展至今已有半个世纪的时间。随着人类步入大数据时代，人脸识别技术借助其便利性，逐步应用到越来越多的场景，比如电子支付、身份认证、安防、通讯、教育、物联网、医疗、娱乐等领域。在看到人脸识别技术带来便利的同时，我们更应该关注其法律监管问题，因为应用人脸识别技术所收集的个人生物信息一旦泄漏或者被滥用，将极易威胁到公民的人身和财产安全。

一、我国关于人脸识别的立法情况

显然，我国已经意识到该领域的权利保护问题，并在法律上搭建了一个立体化保护网，目前已经颇有成效。2021年6月8日，最高人民法院（“最高院”）通过了《关于审理使用人脸识别技术处理个人信息相关民事案件适用法律若干问题的规定》（下称“《关于审理人脸识别技术若干问题的规定》”），该规定于今年8月1日起施行。2021年8月20日，全国人大常委会通过《个人信息保护法》，该法律是目前我国最新的涉及人脸识别个人信息保护的法律法规，将于2021年11月1日实施。上述法律、司法解释与更早的相关法律法规、部门规章、国家标准共同构建起我国公民人脸识别保护的法律法规体系，该体系包括：《民法典》《个人信息保护法》《关于审理使用人脸识别技术处理个人信息相关民事案件适用法律若干问题的规定》《数据安全法》《数据安全管理办法》《网络安全法》《信息安全技术个人信息安全规范》《APP收集使用个人信息最小必要评估规范：人脸信息》《关于办理侵犯公民个人信息刑事案件适用法律若干问题的解释》《关于办理危害计算机信息系统安全刑事案件应用法律若干问题的解释》。

二、国外关于人脸识别的立法情况

放眼域外，美国和欧洲对人脸识别的立法保护走在了前列。

美国在联邦层面的立法有2004年制定的《视频隐私保护法案》、2020年制定的《国家生物识别信息隐私法案》；在州的层面，目前有六个州或城市制定了与人脸识别相关法案，其中伊利诺伊州在2008年颁布的《生物信息隐私法案》是美国第一部旨在规范生物标识的收集、使用、保护、处理、存储、保留和销毁的法律，纽约州于2021年颁布

实施了《生物识别信息隐私法案》，加州旧金山市是美国第一个禁止面部识别监控的城市。

在欧洲，主要涉及人脸识别的法律有欧盟的《欧洲人权公约》《通用数据保护法规》（GDPR）、英国的《数据保护法》。因为英国属于判例法国家，英国上诉法院近年审结的且较具代表性的“爱德华诉南威尔士警署”人脸识别纠纷案值得参考。

三、我国关于人脸识别立法的亮点介绍

（一）最高院《关于审理人脸识别技术若干问题的规定》

1. 侵权行为范围的法定化，2. 损害赔偿的合理性原则，3. 侵权方的举证责任倒置，4. 律师费用列入法定的赔偿范围，5. 引入公益诉讼机制，6. 对未成年人的特殊保护制度，7. 法不溯及既往原则。

（二）《个人信息保护法》

1. 合法、正当、必要和诚信使用、目的明确合理且相关、影响最小、限制原则，2. 个人有权撤回同意原则，3. 事先告知原则，4. 保存期限最短原则，5. 自然人死亡后的个人信息继承问题，6. 行政处罚清晰具体化。

（三）《数据安全管理办法》

第十七条规定了数据安全责任人制度，便于人脸识别被侵权时的追责。

（四）《信息安全技术个人信息安全规范》

细化了“明示同意”原则的内涵，“最小必要”原则的标准（直接相关、采集个人信息时最低频率、获取个人信息时最少数量），以及对个人信息存储的具体要求（存储时间最小化、存储去标识化、加密存储）。

四、国外立法值得我国借鉴和参考的制度

（一）在赋予公民私人诉讼权的同时，明确了索赔的金额标准

根据美国《2020国家生物识别信息隐私法》第四节(E)救济形式的规定，提出人脸识别侵权保护诉讼的原告可以追偿。(A)取以下两项中的较高者：(i)因疏忽违反法律规定的，对每次违规行为支付1000美元的罚金或原告遭受的实际损失；(ii)因故意或轻率违反法律规定的，对每次违规行为支付5000美元的罚金或原告遭受的实际损失。

(B)合理的律师费和成本。

（二）对公权力的限制

美国旧金山市于2019年5月通过了《停止秘密监视》条例，使旧金山成为美国第一个禁止面部识别监控的城市。英国上诉法院的“爱德华诉南威尔士警署面部识别侵权纠纷案”中警署败诉，理由是警署对其监控行为未坚持审慎态度，在制作监控名单和选择部署地点等方面自由裁量权过大。

（三）欧盟《通用数据保护法规》中确认的被遗忘权及对应的信息使用人的存储擦除义务

个人数据应该在几天的理想情况下自动删除，存储时间越长，就必须提供更多的关于存储目的合法性和必要性的论证。

五、建议

建议我国在人脸识别法律保护方面应优先解决两个问题：第一，完善民事赔偿责任的法定金额标准。例如参考美国法律的1000-5000美元，以主观故意或过失为区别制定我国的赔偿标准；

第二，对最高法、最高检2017年公布的《关于办理侵犯公民个人信息刑事案件适用法律若干问题的解释》、《刑法》修正案（十一）中涉及的包括人脸识别信息在内的生物信息侵权追责条款进行更新，加大对盗窃、泄漏、非法使用、非法出售、非法提供等犯罪行为的打击，制止社会上存在冒用他人面部特征进行盗窃、入侵他人计算机信息系统、冒名顶替参加学历考试资格、公务员考试资格、就业安置待遇、参军入伍资格等不良现象。

综上，人脸识别是一把双刃剑，在带给人们便利的同时，亦应持续强化监管力度，相信我国未来在这方面会不断发力，通过立法、司法、执法、普法的组合拳，为百姓的“面子安全”提供强大的制度保障，让百姓安享这一科技革新带来的生活便利。

【作者简介】



孙俊杰，广信君达合伙人。专注于公司治理、股权并购重组、公司诉讼、私募基金备案业务及争议解决等本所纪律维权风控委副主任，中华全国律协公司法专业委员会委员，担任广东省律协律师文化建设工程副主任（第十届），广州市第十届律师代表大会代表、纪律调查委员会委员、民进广州市委参政议政工委副主任、企联会副会长，中国广州仲裁委员会仲裁员，中国珠海仲裁委员会仲裁员，政协广州市番禺区委十三届委员、十四届常委等职。



2022年1月7日，“广信君达律师事务所2022新年报告会”在瑰丽酒店盛大举行

创业板注册制的制度设计及其实践影响分析

作者：官招阳

继创业板试点注册制后，首批 18 家上市企业于 8 月 24 日集体亮相深交所上市挂牌仪式。一声钟响，创业板为注册制苦等十年，终究圆梦，这是中国资本市场深化改革的一小步，却是创业板市场化、法治化的一大步。正如原证监会主席肖钢同志席所言，“中国从来没有像今天这样需要资本市场”，笔者深以为然，转型升级已成必然选择，而改变正在发生。

一、创业板交易机制创新，搅动市场不安的心

8 月 24 日上午 9 点 30 分，在深交所交易大屏上，创业板首批上市企业的最新涨跌幅轮番角力，涨幅惊人，康泰医学（300869）一骑绝尘，盘中最高涨幅达到 2931.5%；卡倍亿（300863）则紧随其后，最高达 743.27%，其他公司股票也有不俗表现。

如果说科创板带来的是增量改革，那么创业板带动的则是存量改革。刘鹤副总理将创业板改革并试点注册制归纳为“资本市场建设承上启下的重要环节”，我国新股发行注册制“三步走”战略已经迈出两步，下一步将迎来中小板和主板注册制的改革。可以预见，未来中小板与主板将延续科创板与创业板现有机制进一步开放，而创业板能否延续科创板运转良好的稳定态势，也将决定中小板与主板何时能够全面启动注册制改革。

在创业板交易制度改革层面，较之于原有交易规则，《创业板交易特别规定》（以下简称《特别规定》）主要有如下若干方面的创新：

1. 前五日不设涨跌幅

《特别规定》改变了原创业板交易规则规定的首日 44%、次日调整为 10% 涨跌幅的限制，对前五日涨跌幅不再设限，充分发挥市场价值发现机制的功能。原创业板发行市盈率不成文规定限制在 23 倍，目前发行阶段已不存在发行限价约束，采取市场化询价方式定价，但机构的询价仅作为发行价确定，上市后溢价高低是多方面因素决定的，过早限定市场定价机制，投资者将忽视上市公司基本面，于是 N 连板成了 A 股特有的景象。取消前五日涨跌幅限制以及 23 倍市盈率限制，能发挥市场作用，促进市场理性。

然而，A 股的市场仍然年轻，轮番创新高的股价不得不说是悬在所有投资者头上的达摩克利斯之剑，立足于企业基本面的合理预期，才能创造理性的繁荣，严重透支未来的造血能力，终将会衰败。

2. 五日后涨跌幅限制

要点	新版交易规则	旧版交易规则
前五日涨跌幅	不设涨跌幅	首日 44%，次日 10%
五日后涨跌幅	20%	10%
挂单限价	买入挂单 ≤ 买一的 102% 卖出挂单 ≥ 卖一的 98%	无
交易临停机制	无涨跌幅限制下，盘中交易价格较开盘价波动 30%、60%，各停牌 10 分钟，复牌时间最晚为 14:57	无
单笔申报数量	< 100 股一次性卖出 100 股 ≤ 限价申报 ≤ 30 万股 100 股 ≤ 市价申报 ≤ 15 万股 100 股 ≤ 盘后定价申报 ≤ 100 万股	< 100 股一次性卖出 100 股 ≤ 限价申报 ≤ 10 万股 100 股 ≤ 市价申报 ≤ 5 万股
盘后定价交易	15:05-15:30 可按收盘价申报交易，按挂单先后撮合成交	无
龙虎榜	1. 当日： (1) 波动 ± 15% 前五 (2) 振幅 30% 前五 (3) 换手 30% 前五 2. 连续 3 个交易日：波动累计 ± 30% 3. 严重异常波动： (1) 连续 10 个交易日 3 次出现上述同向异常波动 (2) 连续 10 个交易日 日内收盘价波动累计 100% (-50%) (3) 连续 30 个交易日 收盘价涨跌幅波动累计 +200% (-70%)	1. 当日： (1) 波动 ± 7% 前五 (2) 振幅 15% 前五 (3) 换手 20% 前五（新股上市当日 50%） 2. 连续 3 个交易日：波动累计 ± 20%
纳入两融标的的时间	上市首日	上市交易满三个月

“本所对创业板股票竞价交易实行价格涨跌幅限制，比列为 20%，超过涨跌幅限制的申报为无效申报。”意味着不管是增量的创业板新股，还是存量创业板股票，每个交易日的涨跌幅都将扩大至 20%，振幅达到 40%，如果从涨停买入后跌停，当日亏损将可能达到 40% 以上。

“成熟的资本市场是机构市”，实际上并不如此，与机构市相比，A 股现有散户投资者不过是因为充斥着大量缺乏专业团队与专业知识背景的散户投资者。自 2020 年以来，机构投资者收益率远比散户投资者高，偏股型基金也屡创新高，但对于散户而言，个股投资的风险必然高于一篮子股票的风险。散户市与机构市不是成熟资本市场必备的条件，即便如纽交所、纳斯达克，道琼斯指数般成熟也有连续熔断的时候。A 股仍然任重道远，倡导理性投资不是消灭散户，而应作为一项长期课题。

3. “价格笼子”

《特别规定》第2.2条就创业板股票连续竞价阶段限价申报的有效竞价范围是基准价格的100%±2%，买入申报价格不高于买入基准价格的102%，卖出申报价格不低于卖出基准价格的98%。买入（卖出）基准价格是即时揭示的最低卖出（最高买入）申报价格，即买入挂单≤买一的102%；卖出挂单≥卖一的98%，即俗称“价格笼子”。

超出“价格笼子”的报价并不会被取消，同样会被交易主机暂存，等交易波动到对应区间后，交易主机会取出再交易，因此实质上跟原来直接挂单涨跌停板差异，挂单不等于马上成交，而超出价格笼子的挂单不会被撮合，也不会被拒单，笔者认为这或许是降低主机负担所作的制度设计。

4. 交易临时机制

对于无价格涨跌幅限制的股票，盘中交易价格较当日开盘价首次浮动超过30%、60%的都需要临时停盘10分钟。在警示交易风险的同时，保障交易连续性和市场价格发现功能。在盘中临时停牌期间，投资者可继续申报或撤销申报。复牌时，交易所对已接受的申报进行复牌集合竞价。

5. 单笔申报数量

限价申报的单笔买卖申报数量不得超过30万股，市价申报的单笔买卖申报数量不得超过15万股，盘后定价申报的担保申报数量不得超过100万股。引入的盘后定价申报机制，投资者仍可以按照收盘价为申报价挂单，交易所将根据申报时间顺序逐步撮合成交。

其他创新机制包括上市首日纳入两融标的，被实施风险警示当日调出两融标的；调整上龙虎榜的条件，调整比例随涨跌幅比例相应作出调整；另外新增严重异常波动指标。

“问渠那得清如许，为有源头活水来。”创业板交易制度的创新承袭自科创板，但降低了创业板开通交易权限的要求，为创业板后市交易注入更多活水。但与之相对的，是管好入口与出口，只有通过制度把控好上市公司的质量，才能保障交易的安全与市场的活力。

二、“进”与“退”

如果说科创板的落地，给了中概股回家的念想，那么创业板应该能够给中概股家的温暖。A股从不接受特殊表决权、VIE架构、未盈利公司等对网络股、科技股、新业态及新模式不友好的制度设计，发展到如今一定程度上接受特殊表决权、VIE架构以及未盈利公司上市，越来越多的新技术、新模式公司不用再赴海外融资，不用再忌惮资本主义治下“萝卜加大棒”的“伪市场经济”哲学，回归创业板或科创板，同样能够享受资本市场带来的红利。

无论从发行上市条件的制度设计，还是从决策者传达的

资本市场结构安排，创业板与科创板形成差异化发展格局。实际上，创业板与科创板有竞争关系，定位有交叉。

1. 创业板定位：三创四新

根据《创业板首次公开发行股票注册管理办法（试行）》规定，发行人申请首次公开发行股票并在创业板上市，应当符合创业板定位。创业板深入贯彻创新驱动发展战略，适应发展更多依靠创新、创造、创意的大趋势，主要服务成长型创新创业企业，支持传统产业与新技术、新产业、新业态、新模式深度融合（即“三创四新”定位）。

深交所企业发行上市申报及推荐出台规定，明确要求应当推荐符合高新技术产业和战略性新兴产业发展方向的创新创业企业，以及其他符合创业板定位的企业在创业板发行上市；原则上不支持传统行业在创业板发行上市，包括：（1）农林牧渔业；（2）采矿业；（3）酒、饮料和精制茶制造业；（4）纺织业；（5）黑色金属冶炼和压延加工业；（6）电力、热力、燃气及水生产和供应业；（7）建筑业；（8）交通运输、仓储和邮政业；（9）住宿和餐饮业；（10）金融业；（11）房地产业；（12）居民服务、修理和其他服务业。但如果该等行业与互联网、大数据、云计算、自动化、人工智能、新能源等新技术、新产业、新业态、新模式深度融合的，也支持申报。

上交所科创板企业上市推荐指引规定，明确重点推荐符合：（1）新一代信息技术领域；（2）高端装备领域；（3）新材料领域；（4）新能源领域；（5）节能环保领域；（6）生物医药领域；（7）符合科创板定位的其他领域。

创业板的“三创四新”与科创板上市推荐指引存在交叉重叠，都重点关注技术、研发、新材料等，但相对科创板更加突出的硬科技指标，创业板在行业指标方面显得更加包容。

2. 上市条件：收入仍是硬指标

标准	分类	具体内容
标准一	不存在表决权 差异安排	最近2年净利润为正，且累计不低于5000万元
标准二		预计市值不低于10亿元，最近1年净利润为正且营收不低于1亿元
标准三		预计市值不低于50亿元，且最近1年营收不低于3亿元
标准四	存在表决权差 异安排	预计市值不低于100亿元，且最近1年净利润为正
标准五		预计市值不低于50亿元，最近1年净利润为正且营收不低于5亿元
标准六	红筹企业	具体指标与存在表决权差异安排的企业一致，但强调营业收入快速增长，有技术实力
标准七		

与科创板强调预计市值相比，创业板第一项标准不强调

预计市值。如果申报企业目前条件能满足第一项标准的，不建议尝试预计市值标准，按照上市规则设置，发行认购不足或未达到预计市值的，有可能导致发行失败，因此在目前已受理的 366 家企业中，大部分选择标准一申报，选择标准二的企业寥寥无几，主要有迈普再生医学、国人科技、雷电微力。

3. 退市规则：进退有序

A 股居高不下的通过率，与数量极少的退市家数相比，形成了“宽进严出”的客观现象，一直为人们所诟病。现实情况是，无论是过去的核准制，还是目前的注册制，进口端都已经中介机构筛选掉相当一部分无法满足上市条件的企业，加上受理过程的劝退、问询阶段的劝退以及上市审核委员会、发审会的决定等，能够过会的企业大抵都是符合上市条件的，至于为何退市企业数量很少，本质原因还是存量上市企业不够多，基数不大，虽然目前过会率较高，但 A 股存量上市企业数量没有纽交所、纳斯达克数量大，相比之下退市企业家数较少。

不可否认过往退市规则给保壳创造了动力，暂停上市与恢复上市制度出发点好的，但最终沦为财务造假的筹备期。科创板与创业板都对原有退市规则做了调整，不再保留暂停上市与恢复上市制度，创业板的退市条件分为交易类强制退市、财务类强制退市、规范类强制退市、重大违法强制退市 4 大类。其中，财务类、规范类、重大违法类都会先作退市风险警示、再由交易所决定其终止上市，而对于交易类退市强制退市的，没有退市整理期，一旦触发条件，交易所即可决定终止其上市。

整体上，创业板退市程序大幅简化，或许未来不会再出现爆炒 *ST 板块的奇观。

三、“责”与“罚”

“注册制是以信息披露为中心”，而信息披露的目的是为了弥补信息不对称的市场缺陷。遗憾的是，无论规则如何设计，信息披露优势一方永远是发行人，而不是投资者。强化资本市场诚信基础设施建设，加强中介机构的责任，是监督发行人妥善履行信息披露义务的有效约束措施。

注册制下，中介机构的责任与压力越来越重，不仅体现在履职要求方面，更体现在中介机构的履职能力方面。欣泰电气造假事件之后，律师事务所从事证券业务的压力可见一斑，东易律师事务所被罚没 270 万元，对签字律师分别罚款 10 万元。而最具有争议的是，律师对于审计报告记载内容能否直接引用？是否需要对其真实性负责？以过往经验来看显然是不需要的，律师对合规性应当全面核查，但对财务指标真实性负责则过犹不及，律师真的需要具备这种履职能力与履职资质吗？注册制的改革方向已经揭晓答案。

深交所发行审核问答中要求中介机构在发表发行人是否符合具备持续经营能力时，明确要求全部中介机构关注行业、产业、上下游供求关系、财务指标、主要业务持续性、重大无形资产权属等，过往项目中，或许律师并不会强调如此全方位，但注册制下，没有任何一家中介机构能够独善其身。

7 月 31 日，最高法出台了《关于证券纠纷代表人诉讼若干问题的规定》，建立我国证券集体诉讼制度，采用“默示加入，明示退出”模式，原则是保护投资者利益。8 月 18 日，最高法出台《关于创业板改革并试点注册制提供司法保障的若干意见》，明确创业板案件集中管辖、提高违法违规成本，切实保护投资者利益。次日，广东省高院出台《关于为深圳证券交易所创业板改革并试点注册制提供司法保障实施意见》，意见指出要严格落实各市场主体、发行人及其相关人员信息披露责任，对发行过程中隐瞒重要事实或者编造重大虚假内容的，依法按欺诈发行承担责任。严惩欺诈发行，构建“民行刑”三管齐下的立体化欺诈发行责任追究体系，依法保障创业板首发、再融资、并购重组同步推行注册制。

“建制度、不干预、零容忍”，兼顾市场化、法治化、国际化，是我国资本市场改革方向与内在逻辑。从科创板到创业板，注册制能够顺利推进，不仅是经济发展动力转换所需，也是为实体经济贡献源头活水所求，更是为与日俱增的国际化竞争格局所备。资本市场不是资本赌场，繁荣的资本市场应当服务于科技企业、服务于创新企业、服务于实体企业，这应是资本市场高质量发展的价值追求。

【作者简介】



官招阳，广信君达专职律师。专注于证券与资本市场法律事务服务，服务内容包括但不限于公司运营规范法律服务、上市公司法律服务、证券业务、非上市公司融资服务等。所在的石其军律师团队近年承担了洁特生物、润都股份、宏大爆破等近三十家公司的改制、上市及上市公司的并购重组业务，主持了玉柴股份变速箱合资项目、奥地利 MIBA 公司中国合资项目等项目。

关于新政下处置信托风险资产的实务要点

作者：钟智芬

为推进中国信托业风险资产处置和化解，据公开消息，中国银保监会于今年5月向信托公司、中国信托业保障基金有限责任公司（下称“信保基金”）、金融资产管理公司（下称“AMC”）等专业机构下发了《关于推进信托公司与专业机构合作处置风险资产的通知》（银保监办发〔2021〕55号）（下称“《通知》”），明确支持信保基金、AMC等专业机构与信托公司合作处置后者固有不良资产和信托风险资产，意味着，AMC等机构可以名正言顺参与处置目前至少7000亿的信托业的风险资产，同时，信托公司风险资产转让时必须打折，损失或由投资人与信托公司共担。

6月22日，中国信达资产管理股份有限公司（下称“信达资产”）率先与信保基金正式签订战略合作协议，双方将在信托业风险资产处置、信托公司风险化解、金融服务及其他等多个领域开展广泛深入合作。

本文旨在通过简要解读《通知》的核心内容及亮点，结合政策出台背景、过往实践经历等，对AMC等专业机构循《通知》规定参与信托风险资产处置的难点作相关分析。

一、《通知》核心内容、关注亮点及其意义

《通知》值得核心关注的有三大块内容，包括：

（一）探索多种模式处置信托业风险资产：1. 向专业机构直接转让资产，即买断风险资产；2. 向SPV转让资产；3. 委托专业机构处置资产；4. 信保基金反委托收购；5. 其他合作模式。

（二）构建行业风险资产处置市场化机制：1. 加强资产估值管理；2. 引入市场化竞争机制；3. 明确损失分担机制；4. 增强损失抵补能力。

（三）规范信托风险资产转让业务：1. 明确标的资产范围；2. 切实化解行业风险；3. 坚持依法合规产业；4. 规范各方会计核算；5. 发挥登记平台作用；6. 加强授信集中度管理。

相比过往类似通知，本次《通知》关注亮点在于：为信托业风险资产的处置提供了更为清晰的市场化路径，尤其是规定了如何处置信托业资产方式的多种模式，以及风险资产处置的市场化机制，包括市场化竞争机制，损失的分担机制和补偿机制，并对各个关键流程的合规问题以及风险管理。《通知》构建了较为完整的市场化处置框架，特别是涉及处置规范操作方面的内容是前所未有的。

总体看，《通知》整体利好信托公司，AMC等专业机

构也被允许在更多的空间发挥特长，可见监管部门希望通过多种模式处置国内信托不良资产，促进处置工作进一步提升效率，借助市场化手段实现信托风险资产处置更高效、更专业、更及时，终极目标是化解国内信托行业的经营风险，守住国家系统性金融风险的底线。

二、《通知》的出台背景

中国信托业协会统计数据 displays，截至2020年一季度末，信托业风险项目个数为1626个，风险资产规模合计6431.03亿元，环比增加660.56亿元。从同比来看，信托项目的数量和风险资产规模同比增幅分别为61.63%和127.20%；信托业资产风险率为3.02%，较2019年年末提升0.35%，创下历史新高。自2018年一季度起，到2020年一季度，信托资产风险率已连续9个季度上升。

用益信托金融研究院数据显示，2020年1月份至10月末，信托违约金额超过1348亿元。2021年一季度信托行业共发生65起违约事件，违约金额达278.28亿元。2020年是信托行业风险事件暴露最多的一年，先后有4家信托公司被监管层托管（管控）或暂停业务，而出现信托计划逾期的信托公司也明显增多。

2019年至今以来国内频频爆发信托业风险，监管部门选择在2021年发布《通知》这份行业重磅文件，一方面源于国内不良资产专业处置机构的不断壮大、合作模式的成熟；另一方面是在行业风险提升的背景下监管部门对于行业风险资产希望加速处置出清的考量。

事实上，银保监会在2020年6月已经下发了《关于信托公司风险资产处置相关工作的通知》，要求信托公司加大对表内外风险资产的处置，逐步压缩违规融资类业务规模。此次《通知》不过是对此前信号予以具体化，形成更为详细的配套细则，给相关各方操作提供明确的政策指引，也为AMC等收购信托风险资产予以正名并提供政策保护以及强化规范操作的要求。

三、AMC 过往参与信托风险资产处置的实践概况

AMC参与信托公司风险资产处置业务并非新鲜事物，早在2011年前已作多番尝试，但因为缺乏统一的监管明文指引，故这方面尝试比较谨慎，而偏爱收购地产信托的做法则一直颇具争议，引来外界对AMC为地产项目提供

变相融资的猜疑。

2011年9月，财政部、银监会两部委联合发布《关于规范金融资产管理公司投资信托和理财产品的通知》，第一次叫停 AMC 直投信托。此后，AMC 又尝试为信托融资的企业进行增信担保，再次被监管叫停。AMC 参与信托不良资产收购的尝试始终纠结于“合规”和“风控”。2012年，中国银监会曾酝酿出台 AMC 收购信托公司不良资产的业务指引并征求意见反馈，引导 AMC 围绕不良资产主业开展业务，不得以收购不良资产为名变相为企业或项目提供贷款或融资，但未见后续形成正式公开文件。

从监管的角度来看，AMC 能够参与且值得参与的信托不良资产，必须是符合国家宏观经济金融和产业政策的变化，且应与 AMC 业务扩张速度及内部控制能力相适应。

据公开信息，AMC 过往主要有两种形式参与信托风险资产处置，一是由 AMC 公司向项目融资方（多为房地产信托）提供短期过桥贷款，解决融资方暂时的流动性问题，融资方通过其他渠道筹措资金后，AMC 适时退出，开发商得以正常运作项目；另一种方式是 AMC 直接接手信托项目，成为项目公司的控股股东，参与项目流程并作出资产处置”。实践中，第一种情形比较常见，但意义更多是提供融资解困支持，属于对信托公司处理风险资产流程的“参与”，离严格意义的不良资产处置尚有距离。

另外，据公开的司法判决书，AMC 机构与信托公司在代持债权方面的合作在过去几年里相当盛行。司法判例中不乏大量 AMC 机构受让信托不良债权的案例，债权收购对价款为原价或几乎原价并附加远期回购条款。如（2016）川民初 19 号《民事判决书》显示，金谷信托将其对波鸿集团本金 1.6 亿元的信托贷款债权及担保权利转让给四川发展资产管理有限公司，转让对价约 1.66 亿元。而这类代持债权形成逾期且即使通过诉讼、执行仍清收无望，最终演变为真正不良的个案不乏其例。

四、专业机构遵循《通知》参与信托风险资产处置的实务难点

（一）解决交易资产的定价差距

《通知》明确处置信托风险资产的方式中，有三类是 AMC 比较常见的交易模式：1. 向专业机构直接转让资产，即买断风险资产；2. 向 SPV 转让资产；3. 委托专业机构处置资产，其中涉及信托风险资产的定价。

大量不良信托资产是信托公司在管理运用信托资金开展信托贷款业务、特定资产收益权类业务、股权投资类信托业务以及设立结构化信托计划过程中形成的不良债权。

AMC 自成立至今发展逾 20 年，资产定价能力和处置

经验上已是国内最成熟的专业机构，对贷款债权估值驾轻就熟，若收购信托公司的信托贷款不良债权，由于债权产生模式、担保结构及担保物种类，与 AMC 惯常收购的银行贷款类债权类似，资产定价非难事，关键是 AMC 打折收购存在的交易价格差距，信托公司综合考虑损失承受主体、损失金额尤其是资金端投资者的反应等因素后是否能接受。

因此，由于交易资产的定价差距及不同种类信托风险资产的特点，预测 AMC 等专业机构循《通知》对信托风险资产处置的实质参与步伐在初始阶段相对谨慎。

（二）消除信托风险资产的信息不对称

本次信达资产与信保基金建立合作，可借助信保基金熟悉国内信托公司的优势，帮助信达资产消除参与处置信托风险资产信息不对称。但尽管如此，仍应看到，对比银行贷款资产而言，信托资产高风险高收益，造成逾期不良的风险系数相对较高，底层资产的潜在瑕疵、债务人的经营隐患等尽调难度更大，须作深度尽调方可能充分挖掘实质风险点，常规收购银行贷款资产的尽调模式已不足够，尤其是特定资产收益权类业务、股权投资类信托业务产生的信托风险资产，因底层资产种类不一、资产质量良莠不齐且信息不对称，尽职调查难度会更大，故《通知》才强调专业机构开展资产收购业务应当加强尽职调查。

（三）选择合适的处置模式

《通知》明确了处置禁区，包括：买断式资产收购业务应遵守真实性、洁净性、整体性原则；双方不得在资产转让合同之外达成改变风险承担和收益分配的约定；不得为信托公司隐匿风险或隐性加杠杆经营提供便利；信托公司不得对买断资产的特殊目的载体形成控制；信托公司与专业机构开展资产转让业务时不得违规进行利益输送；不得以业务创新为名义，协助信托公司变相规避监管展业等。

然而，信托资产质量不容乐观。与银行债务人相比，使用信托资金的企业或项目在资金状况、行业竞争力、经营管理等方面偏弱，盈利能力和偿付能力较弱，或者属于国家产业政策和信贷政策限制的行业。加之信托风险资产单个项目普遍规模很大，尤其地产公司的信托，几亿、数十亿、数十亿都属常见，棘手的风险项目往往自带复杂的债务结构，由此，项目承接门槛高，对处置主体的资金实力和团队的操盘能力要求很高，实现“投放—处置—回收”完整闭环，任务绝不轻松。由于信托行业资产的属性、风险资产的性质和传统银行不良资产如此不尽相同，故需要 AMC 等专业机构在常规模式（如债务重组）外，积极探索更多符合信托行业特点的资产处置模式。

（四）信托资产投资端集体决策难点

尽管《通知》要求信托公司做好信托产品风险承担主体确认、损失认定和划分工作，对于信托产品发生的损失，区分由自身承担的赔偿责任和由投资者承担的投资损失。但难点在于信托违约处置投资者端，投资者往往投资理性不足。此前信托行业的刚性兑付潜规则，使信托受益人和投资人惯于获得高收益，却不愿意承担相应的风险和损失，拒绝接受信托资产打折处置，意味着面临损失的投资者可能消极对待集体决策。

在集合资金信托业务中，根据《信托公司集合资金信托计划管理办法》第41条、第42条，“受益人大会由信托计划的全体受益人组成”，如出现“提前终止信托合同或者延长信托期限”“改变信托财产运用方式”“更换受托人”等信托计划文件未事先约定的事项，应当召开受益人大会审议决定。因此，若信托公司转让违约信托资产，如受益人大会上不能达到规定比例的受益人通过，则打折转让的处置方式难以实施。

五、结语

《通知》明确支持国内专业机构积极参与处置信托公司的风险资产，银保监会的监管思路显然比过往“松绑”，一方面因为信托业风险化解工作不能再等，另一方面也希望通过“他救”，借助AMC等机构的资金实力和专业力量，通过相对灵活的市场化解渠道，加快处置信托风险资产，促使国内信托公司增强资本实力，强化商业化经营能力，提高风险抵御能力和化解能力；对市场化运营的AMC

等专业机构而言，则在实现创新型市场化资产运作方面获得更广阔的空间。

【作者简介】



钟智芬，广信君达合伙人。专注于金融、房地产和建筑工程、公司业务、争议解决。中国广州仲裁委员会仲裁员、最高院特聘“民事行政检察专家咨询网”专家、《CEPA》项下香港特别行政区政府指定之投资争端解决调解员、香港国际调解中心之家庭调解委员会主席、香港国际争议解决及风险管理协会之国际专业调解员、海南省第一中级人民法院涉外民商事纠纷在线多元化调解平台之国际专业调解员、广东省律协第十一届“执行与不良资产处置法律专业委员会”秘书长及委员、广州市律协第十届“执行与资产处置专业委员会”委员、广州市律协第十届“实习考核委员会”委员。



2021年12月18日至19日，广信君达律师事务所羽毛球队在广州市律师协会第十届羽毛球锦标赛中蝉联团体冠军，实现五连冠。

关于建筑行业务工人员劳动关系及工伤事故责任探究

作者：何浩

前言

我国房地产的升值，带动了建筑行业的活力。在建设工程施工过程中，建设单位、总承包人、分包单位为节省人工成本、逃避税费，往往将工程层层转包或直接发包给不具有用工资格的组织或个人（即“实际施工人”，也有人将其通俗称为“包工头”）。^[1]由于建筑工地的特殊性，务工人员工作时比较容易受伤，严重时有可能致残或死亡。此时建设单位、施工单位、实际施工人互相推诿，各方对于实际施工人及其前手与劳动者之间是否存在劳动关系、无劳动关系是否应当承担工伤责任、责任如何承担等问题争论不休。

本文以建筑行业转包或违法分包或借用资质施工情形为视角，分析务工人员与各主体之间的法律关系、工伤认定问题及承包人等具备用工主体资格的前手之权利救济，供读者参考。

一、务工人员与不具备用工主体资格的承包主体之间成立何种法律关系？

（一）不具备用工主体资格的承包主体

在建筑行业中，转包和违法分包是影响务工人员合法权益的主要原因，规定于《合同法》第272条规定，“承包人不得将其承包的全部建设工程转包给第三人或者将其承包的全部建设工程肢解以后以分包的名义分别转包给第三人，禁止承包人将工程分包给不具备相应资质条件的单位，禁止分包单位将其承包的工程再分包。”《建筑工程施工发包与承包违法行为认定查处管理办法》《房屋建筑和市政基础设施工程施工分包管理办法》《建设工程质量管理条例》等规定进一步细化了其具体内涵。^[2]与转包和违法分包相对应的承包主体一般称为“实际施工人”。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》中的“实际施工人”应当是指无效建设工程施工合同的承包人，即违法的专业工程分包和劳务作业分包合同的承包人、转承包人、借用资质的施工人；建设工程经数次转包的，实际施工人应当是最终投入资金、材料和劳力进行工程施工的法人、非法人企业、个人合伙、包工头等民事主体。包工头下属的施工班组、建筑工人不属于“实际施工人”范围。

从上文可知，转包或违法分包中的“第三人”或借用资质的施工人，一部分是法人、个人合伙企业、个体工商户，另一部分是非法人企业、包工头（自然人）。前者具备用工主体资格，其聘用的务工人员在满足一定条件下，可以与之建立劳动关系；后者由于无用工主体资格，往往在务工人员发生工伤事故时推卸责任，引发法律纠纷。

（二）务工人员与不具备用工主体资格的承包主体之间不成立劳动关系

对实际施工人与劳动者之间的法律关系，司法实践中主要存在两种意见：一种认为属于雇佣关系，另一种认为属于劳动关系。笔者认为，两种观点均有失偏颇，应当先辨别该实际施工人是否具备用工主体资格，再行判断存在劳动关系的可能性。依据《劳动合同法》第2条，“中华人民共和国境内的企业、个体经济组织、民办非企业单位等组织与劳动者建立劳动关系，订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同，适用本法。国家机关、事业单位、社会团体和与其建立劳动关系的劳动者，订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同，依照本法执行。”《劳动合同法实施条例》第3条，“依法成立的会计师事务所、律师事务所等合伙组织和基金会，属于劳动合同法规定的用人单位。”《劳动和社会保障部关于确立劳动关系有关事项的通知》（劳社部发[2005]12号）第1条规定，“同时具备下列情形的，劳动关系成立：（一）用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格……”

从上述法律规定可知，只有以下主体具备用工主体资格：我国境内的企业、个体经济组织、民办非企业单位等组织、国家机关、事业单位、社会团体、会计师事务所、律师事务所等合伙组织和基金会。不具备用工主体资格的承包主体缺乏成立劳动关系的必要条件。

（三）务工人员与不具备用工主体资格的承包主体的关系可参考雇佣关系

最高人民法院在《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》[法释(2003)20号]第9条对“雇佣活动”作了定义，“从事雇佣活动是指从事雇主授权或者指示范围内的生产经营活动或者其他劳务活动。”务工人员经招工广告、乡镇人员介绍通过招聘进入施工

现场劳动，不具备用工主体资格的承包主体往往会按照工程需要对其实施管理和指示工作，务工人员指定的工作场所利用上述主体提供的生产资料参与建设工程活动，并领取相应的报酬，符合雇佣的特征。

二、务工人员与承包人等具备用工主体资格的前手之间成立何种法律关系？

司法实践中，对于承包人等具备用工主体资格的前手与务工人员之间的法律关系存在以下五个观点：一是认为构成劳动关系或事实劳动关系，承担全部用人单位法律责任；二是确认构成劳动关系，但该劳动关系仅是劳动者申请工伤认定的前提，不能主张除工伤保险待遇以外的其他劳动关系相关待遇；三是在没有确定是否存在劳动关系的情况下，判令单位承担用工主体责任；四是认为不构成劳动关系，但需要承担工伤保险责任；五是认为不构成劳动关系，不承担任何责任。上述对承包人等具备用工主体资格的前手之法律责任的观点呈现递减式变化。^[3]认为存在劳动关系的依据是《劳动和社会保障部关于确立劳动关系有关事项的通知》（劳社部发〔2005〕12号）第4条规定，“建筑施工、矿山企业等用人单位将工程（业务）或经营权发包给不具备用工主体资格的组织或自然人，对该组织或自然人招用的劳动者，由具备用工主体资格的发包方承担用工主体责任。”上海市第一中级人民法院在“张成兵与江苏南通六建建设集团有限公司工伤认定行政纠纷上诉案”（公报案例）中认为，“该劳社部发〔2005〕12号文第4条的规定旨在防止建筑施工、矿山企业等用人单位因将工程业务违法层层分包而造成劳动者利益保护不利的情形，从而直接设定了具备用工主体资格的发包方承担用工主体责任的义务，即承担用人单位的义务。”^[4]若按上文第一种观点理解该公报案例，将导致承包人等具备用工主体资格的前手除承担工伤保险责任外，还需要承担工资发放义务、劳动保护义务、解除劳动合同的经济赔偿金及补偿金、未签劳动合同的赔偿金、缴纳社会保险等等诸多责任，实属不合理。笔者赞同上文第四种观点，即双方之间不存在劳动合同关系，但承包人等具备用工主体资格的前手仍需要承担务工人员的工伤保险责任。理由如下：

首先，根据《劳动合同法》第3条规定，“订立劳动合同，应当遵循合法、公平、平等自愿、协商一致、诚实信用的原则。依法订立的劳动合同具有约束力，用人单位与劳动者应当履行劳动合同约定的义务。”承包人等具备用工主体资格的前手与务工人员之间可能从未

沟通和交流，甚至彼此都不知对方的存在，无法做到意思表示真实、协商一致地签订劳动合同，无法成立劳动合同关系。

其次，劳动部《关于确立劳动关系有关事项的通知》第1条规定，“劳动关系具备三大特征：主体适格、双方存在管理与被管理的关系、提供的劳动系用人单位的业务范围。”承包人等具备用工主体资格的前手与务工人员之间不具备管理和被管理的人身依附关系，无劳动关系基本属性。再次，2011年《全国民事审判工作纪要》第59条规定，“建设单位将工程发包给承包人，承包人又非法转包或者违法分包给实际施工人，实际施工人招用的劳动者请求确认与具有用工主体资格的发包人之间存在劳动关系的，不予支持”。笔者认为，最高人民法院对于二者是否具有劳动关系是持否定态度的。最后，将务工人员的责任尽数归由用工单位承担有违反公平正义，不利建筑市场的稳定和健康发展的。对用工单位只需苛以工伤保险责任，有利于保护务工人员的基本权益，实现法律效果和社会效果的有机统一，也督促承包人等具备用工主体资格的前手减少违法分包、转包等情形的发生，净化建筑行业市场。

三、不存在劳动关系是否影响务工人员的工伤认定？

（一）劳动关系成立与否仍是当前劳动行政部门判定工伤的主要标尺

劳动行政部门一般将劳动关系作为认定工伤的前提条件，《工伤保险条例》第18条规定，“提出工伤认定申请应当提交下列材料：（一）工伤认定申请表；（二）与用人单位存在劳动关系（包括事实劳动关系）的证明材料；（三）医疗诊断证明或者职业病诊断证明书（或者职业病诊断鉴定书）。”

2008年5月1日实施的《劳动争议调解仲裁法》第2条将确认劳动关系的争议规定为劳动争议。2013年4月25日实施的《关于执行工伤保险条例若干问题的意见》第5条规定工伤认定过程中发现劳动关系存在争议且无法确认的，应当中止工伤认定，先对劳动关系进行仲裁、诉讼。2014年9月1日实施的《最高人民法院关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定》中第2条规定，受理工伤认定行政案件以后发现已经就劳动关系提起仲裁、诉讼的，应当中止行政案件的审理。上述文件导致工伤认定实务中，劳动行政部门常以劳动关系是否成立作为判定前提。

（二）在其他工伤事实成立的前提下，劳动关系是

否成立不应影响工伤责任的判定

2011年10月9日最高人民法院通过的《全国民事审判工作会议纪要》第59条规定，“建设单位将工程发包给承包人，承包人又非法转包或者违法分包给实际施工人，实际施工人招用的劳动者请求确认与具有用工主体资格的发包人之间存在劳动关系的，不予支持。”2013年4月25日实施的《关于执行〈工伤保险条例〉若干问题的意见》第7条规定，“具备用工主体资格的承包单位违反法律、法规规定，将承包业务转包、分包给不具备用工主体资格的组织或者自然人，该组织或者自然人招用的劳动者从事承包业务时因工伤亡的，由该具备用工主体资格的承包单位承担用人单位依法应承担的工伤保险责任。”2014年9月1日实施的《最高人民法院关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定》第3条第四款规定，“用工单位违反法律、法规规定将承包业务转包给不具备用工主体资格的组织或者自然人，该组织或者自然人聘用的职工从事承包业务时因工伤亡的，用工单位为承担工伤保险责任的单位”。从上述规定可知，转包、违法分包或挂靠资质情形下，具有用工主体资格的发包人与劳动者不构成劳动关系，但不构成工伤认定的障碍。

近期，最高人民法院在一宗行政判决书中重申了该观点：重庆兴平公司作为具备用工主体资格的承包单位，违法将其所承包的业务分包给自然人董海儿，董海儿聘用的工人蔺某在铺设琉璃瓦时因工受伤，重庆兴平公司依法应当承担蔺某所受事故伤害的工伤保险责任。兰州市人社局作出的369号工伤认定决定所认定的事实清楚，适用法律正确，符合法定程序。兰州铁路运输中级法院一审判决驳回重庆兴平公司的诉讼请求，并无不当。甘肃省高级人民法院二审以生效民事判决已确认重庆兴平公司与蔺某之间不存在劳动关系为由，判决撤销兰州铁路运输中级法院一审判决和369号工伤认定决定，不符合《最高人民法院关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定》第3条等相关规定，属于适用法律错误，本院依法予以纠正。^[5]

此外，依照《关于劳动行政部门在工伤认定程序中是否具有劳动关系确认权请示的答复》（[2009]行他字第12号），劳动行政部门拥有认定是否存在劳动关系的职权。2015年10月22日《深圳市中级人民法院关于审理劳动争议案件的裁判指引》认为劳动行政部门可基于事实存在的劳动关系或依据最高法院司法解释及相关法律的规定确定发包单位、被挂靠单位承担工伤保险责任。

四、承包人等具备用工主体资格的前手承担了工伤责任后，如何救济？

（一）可向实际施工人追偿，追偿比例根据过错程度由法院酌定

2014年9月1日实施的《最高人民法院关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定》第3条规定：“第（四）、（五）款明确承担工伤保险责任的单位承担赔偿责任或者社会保险经办机构从工伤保险基金支付工伤保险待遇后，有权向相关组织、单位和个人追偿。”司法实务中承包人等具备用工主体资格的前手可向实际施工人等主体提起追偿权纠纷之诉。由于《合同法》第272条第三款规定，“禁止承包人将工程分包给不具备相应资质条件的单位，禁止分包单位将其承包的工程再分包，建设工程主体结构的施工必须由承包人自行完成。”承包人等具备用工主体资格的前手因选任不当存在一定过错，有法院按过错程度酌定双方责任。中山市第一人民法院在中山潮惠建筑装饰有限公司与代某追偿权纠纷中认为：潮惠公司明知代某没有相应资质或者安全生产条件而将部分工程分包给代某，双方均未就涉案工地提供安全保障措施，潮惠公司与代某具有共同过错。因潮惠公司与代某过错程度相当，故本院认定潮惠公司、代某对工伤待遇赔款53030元各自承担50%的责任，故代某应向潮惠公司返还款项26515元，对潮惠公司主张超出的部分，本院不予支持。^[6]深圳市宝安区人民法院在深圳市城建集团有限公司与喻某追偿权纠纷案中认为：原告将建设工程发包给不具有相应资质的被告个人承包，存在过错；被告承包后，再次与向福清个人签订劳务分包协议，并怠于对相关人员进行安全管理，对上述损失亦有过错；结合双方过错责任大小，本院酌定由原告自行承担损失的40%，被告承担损失的60%，即63814.64元（106357.74元×60%）。^[7]

（二）各方可按合同约定责任比例，但与法律法规相抵触的不受保护

广州市中级人民法院在石某阳、广州起重机械有限公司追偿权纠纷案中认定：根据双方签订的协议书，双方就事故伤者赔偿责任承担的约定内容是双方真实意思表示，约定内容并无违反法律法规强制性规定，双方均应切实履行。起重机械有限公司承担事故赔偿责任后，有权根据协议约定向石某阳追偿。石某阳作为工程的承包人及事故伤者的雇主理应履行相应的偿付义务。起重机械有限公司现起诉要求石某阳偿付赔偿款的诉讼请求合理合法，原审法院对此予以支持，但款项金额应以363,075.14元为限（即工伤赔偿款338,075.14元+精神损害抚慰

金 25,000 元)。^[8] 中山市第一中级人民法院在中山潮惠建筑装饰有限公司与代某追偿权纠纷案中认定:《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 1 条规定,“承包人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级的,应当认定建设工程施工合同无效。”根据上述规定,潮惠公司与代某签订的《承包合同》无效,故潮惠公司依据《承包合同》的约定主张其向代某光赔偿的全部工伤待遇款项由代某承担,本院不予支持。

律师建议,各方应依法依规完善承包等合同内容,在涉及纠纷时提供有利的指引。¹³

【注释】

[1] 参见:《建设工程领域人身损害赔偿与工伤损害赔偿的请求权竞合》,何四为,汇业律师事务所,载威科先行,2020 年 5 月 27 日;

[2] 参见:《多层转包或违法分包中实际施工人的权利保护问题研究》,张莹琳,金茂律师事务所,载威科先行,2020 年 4 月 25 日;

[3] 参见:《工程多层转包后发包单位的用工责任探讨》,行军安,阳光时代律师事务所,载威科先行,2015 年 4 月 28 日;

[4] 详见:上海市第一中级人民法院(2009)沪一中行终字

第 301 号行政判决书;

[5] 详见:最高人民法院(2018)最高法行再 151 号行政判决书;

[6] 详见:中山市第一中级人民法院(2019)粤 2071 民初 13586 号民事判决书;

[7] 详见:深圳市宝安区人民法院(2017)粤 0306 民初 321 号民事判决书;

[8] 详见:广州市中级人民法院(2018)粤 01 民终 19482 号民事判决书。

【作者简介】



何浩,广信君达专职律师。暨南大学法律硕士。专注于劳动人事、民商事诉讼、刑事辩护领域。



2021 年 11 月 28 日,广信君达律师事务所举办首届法律服务产品大赛

谈劳动者造成用人单位损失的责任问题

作者：孙君元

如劳动者在履行劳动合同期间对用人单位造成损失的，用人单位能否就相关损失要求劳动者进行赔偿？责任范围如何界定？可以获得多少赔偿？上述都是用人单位在劳动用工过程中可能会遇到的法律问题。本文拟根据相关法律、判例（主要为广州市范围以内），对各种裁判观点进行归纳、总结并提出应对建议。

一、法律依据

《工资支付暂行规定》第16条规定：“因劳动者本人原因给用人单位造成经济损失的，用人单位可按照劳动合同的约定要求其赔偿经济损失。经济损失的赔偿，可从劳动者本人的工资中扣除。但每月扣除的部分不得超过劳动者当月工资的20%。若扣除后的剩余工资部分低于当地月最低工资标准，则按最低工资标准支付。”

《广东省工资支付条例》第15条规定：“因劳动者过错造成用人单位直接经济损失，依法应当承担赔偿责任的，用人单位可以从其工资中扣除赔偿费，但应当提前书面告知扣除原因及数额；未书面告知的不得扣除。扣除赔偿费后的月工资余额不得低于当地最低工资标准。”

上述两条法律规定是广东省地区裁判该类案件的法律依据，但关于用人单位求偿权的前提、员工赔偿范围等内容规定并不明确，导致在司法实践当中，出现一定分歧。

二、争议焦点问题

1. 用人单位的求偿权是否以劳动合同明确约定为前提

从《工资支付暂行规定》“用人单位可按照劳动合同的约定要求其赔偿经济损失”的行文内容来看，用人单位的求偿权以劳动合同的明确约定为前提。但《广东省工资支付条例》关于“依法应当承担赔偿责任的，用人单位可以从其工资中扣除赔偿费”的相关表述，并没有对求偿权是否存在必要前置条件进行解释。

在邓某汉与广州市某汽车服务有限公司劳动争议一案中，广州中院认为，若劳动合同没有约定用人单位有求偿权的，用人单位要求员工赔偿损失依据并不充分：

“第五、被告公司员工行为守则相关条款F2、F3条仅规定有严重失职或严重工作失职或疏忽，造成公司经济损失的可给予书面警告或解除劳动合同，但并未规定员工应赔偿损失，而双方签订的劳动合同与员工行为守则其他条款中也没有因员工过失造成公司经济损失，员工应予以赔

偿的约定。”^[1]

而在邓某辉与广州市花都区某皮具厂劳动争议一案中，虽然用人单位未与劳动者签订劳动合同，广州中院依然支持了用人单位的部分赔偿请求：

“关于皮具厂能否扣发邓某辉2013年10月份工资4000元的问题，《工资支付暂行规定》第16条规定‘因劳动者本人原因给用人单位造成经济损失的，用人单位可按照劳动合同的约定要求其赔偿经济损失。经济损失的赔偿，可从劳动者本人的工资中扣除。但每月扣除的部分不得超过劳动者当月工资的20%。若扣除后的剩余工资部分低于当地月最低工资标准，则按最低工资标准支付’，邓某辉在一审承认其在生产中存在管理过错，皮具厂依据上述规定扣发其工资可行，但数额不得超过邓某辉月工资的20%，本院酌定该数额为1500元。皮具厂此节上诉请求部分成立，本院予以采纳。关于未签订劳动合同2倍工资差额的问题，原审认定并无不当，本院予以维持。对皮具厂上诉主张不应向邓某辉支付未签订劳动合同2倍工资差额，本院不予采纳。”^[2]

根据上述两个判例，法院对用人单位的求偿权是否以劳动合同明确约定为前提并无统一意见，在邓某汉与广州市某汽车服务有限公司劳动争议一案中，不具备劳动合同的约定，仅位列法院未支持用人单位诉请的理由的第五项，并非首要理由。在邓某辉与广州市花都区某皮具厂劳动争议一案中，在双方没有签订书面劳动合同的情况下，法院依然支持了用人单位的部分诉请。

从用人单位求偿权的法理基础来看，除了合同之债请求权外，也应具有侵权之债的请求权，因此笔者认为，用人单位的求偿权不应以劳动合同明确约定为前提。

2. 用人单位损失如何界定

根据《广东省工资支付条例》第15条的规定，劳动者赔偿的范围为“直接经济损失”。根据《劳动争议调解仲裁法》第6条^[3]的规定，对于损失数额应由用人单位承担举证责任，若用人单位举证不能的，由用人单位承担不利后果。虽劳动者存在违反劳动合同或规章制度，造成用人单位款项支出，但该款项支出不能认定为用人单位损失的，劳动者亦无须承担赔偿责任。

如某纸业集团有限公司广州分公司、邹某劳动争议一案，虽劳动者行为违反了规章制度，并且造成了用人单位的开支，但法院认为用人单位的开支属于正常支出，不属于用人单位的损失，对用人单位诉请未予支持：

“本院认为，该公司根据邹某书写的《认错书》，主张邹某对其在职期间未经公司同意擅自支付给案外人公司852000元包柱促销费用负有责任，应负赔偿责任。根据该认错书，可以认定邹某自认存在未经公司同意擅自支付案涉款项给案外人公司的过失。但根据该纸业集团有限公司广州分公司的陈述，案涉852000元包柱促销费用用于支付案外人公司举行的相应包柱促销活动。既然案涉852000元包柱促销费用因案外人公司举办的包柱促销活动而发生，那么该费用本身即为该纸业集团有限公司广州分公司应支付给案外人公司的款项。该纸业集团有限公司广州分公司既没有提供充分证据证明邹某未经其同意支付案涉款项给案外人公司造成其实际损失，也没有提供充分证据证实案涉款项对应的包柱促销活动是邹某未经公司同意擅自与案外人公司商定的。该纸业集团有限公司广州分公司主张邹某应当承担赔偿责任缺乏充分的事实依据，对其请求不应予以支持。”^[4]

除证明确实存在直接经济损失外，用人单位还需要证明直接经济损失与劳动者的行为之间存在因果关系，否则诉请可能依然无法得到法院的支持。

如广州某建筑工程有限公司与宋某劳动争议一案：

“再者，没有证据显示该建筑工程有限公司保险柜被盗窃与宋某的行为存在直接因果关系。故本院认可原审法院对本案事实的认定和处理意见，对该建筑工程有限公司的上诉请求，不予支持。”^[5]

3. 劳动者承担赔偿责任的比例与金额

《工资支付暂行规定》仅规定，用人单位从劳动者的工资中扣除赔偿金的，每月扣除的上限不得超过劳动者当月工资的20%，且扣除之后劳动者工资不能低于当地最低工资标准，但没有规定用人单位可以请求劳动者赔偿的比例上限。

从案例检索的结果来看，在法院支持了用人单位诉请的案例中，判决金额也与诉请金额存在较大差距。其主要原因为，劳动关系不同于一般的民事关系。一方面，用人单位作为单位财产的所有人，对劳动者所创造的劳动成果享有所有权，用人单位支付给劳动者的报酬必然低于劳动者创造的劳动成果价值，用人单位占有劳动者创造的劳动成果的价值与支付给劳动者的报酬之间存在不对等性，因此，用人单位需要承担一般的经营风险。另一方面，用人单位也对其劳动者负有管理义务，劳动者不应因工作过程中的轻微过失而对用人单位的损失承担赔偿责任，仅应在故意或重大过失给用人单位造成损失的情况下，才对用人单位造成的损失承担赔偿责任。^[6]

在检索到的判例中，劳动者承担的赔偿金额，均未超过于用人单位任职期间获得报酬总额的20%。如广州市番禺区某房地产有限公司与王某、陈某劳动争议一案，似乎法院

将劳动者从用人单位获得的收入总额的20%设置为用人单位的求偿上限，但该上限数字并无明确的法律依据，其他案件中，劳动者的赔偿数额虽均未超过于用人单位任职期间获得报酬总额的20%，但裁判文书中均没有对上限问题进行说理。

广州市番禺区某房地产有限公司与王某、陈某劳动争议一案：

“再查明，被告王某于2015年2月2日申请辞职并于同年2月13日离职，其在职期间合共领取工资49871.91元。被告陈某于2015年1月4日申请辞职并于同年1月30日离职，其在职期间合共领取工资213788.94元……本案中，被告王某作为甲供材料的核算人，因其工作重大过失造成涉案地脚线采购数量超出实际需要而造成原告较大数额的损失，是直接责任人，应承担相应赔偿责任。被告陈某作为合约部负责人，根据其工作职责应对此进行审核，但其亦未对甲供材料计算错误予以纠正，应负领导责任并承担相应赔偿责任。原告作为劳动者的劳动成果的主要享受者，也应当承担一定的经营风险……综合原告在此事件中的损失情况以及被告王某、陈某各自存在的过错责任，本院酌情要求被告王某赔偿原告49871.91元×20%=9974.38元，被告陈某赔偿原告213788.94元×10%=21378.89元。”^[7]

又如上述邓某辉与广州市花都区某皮具厂劳动争议一案中，劳动者月工资为8000元，法院判令劳动者赔偿的数额为1500元。

再如某护理用品（广州）有限公司与位毛某劳动争议一案中，劳动者月工资为5000元左右，在职时间为21个月，法院判决赔偿金额为2万元：

“（2020）粤0112民初5899号黄埔仲裁委根据公平合理原则，酌定被告赔偿原告经济损失20000元，合法合理，本院予以确认。另，《工资支付暂行规定》第16条规定：‘因劳动者本人原因给用人单位造成经济损失的，用人单位可按照劳动合同的约定要求其赔偿经济损失。经济损失的赔偿，可从劳动者本人的工资中扣除。但每月扣除的部分不得超过劳动者当月工资的20%。若扣除后的剩余工资部分低于当地月最低工资标准，则按最低工资标准支付’。根据前述条款内容可知，当赔偿金额在劳动者工资中扣除时，‘每月扣除的部分不得超过劳动者当月工资的20%’，而非被告提出的赔偿金额仅以其当月工资20%为限。故此，本院对被告提出的前述抗辩主张，不予采纳。”^[8]

如果劳动者造成的损失较大，在用人单位工作的时间又很短，造成用人单位损失后立刻辞职，一走了之，劳动者任职期间报酬的20%的赔偿额可能明显过低。出现该种情况，法院应如何保护用人单位利益，仍然存在疑问。

三、律师建议

1. 在劳动合同中明确用人单位的求偿权

虽然用人单位的求偿权不应以劳动合同明确约定为必要前提，但为了降低风险，建议在劳动合同中明确约定用人单位的求偿权，同时可以在员工手册等制度性文件中，对具体内容进行细化约定。

2. 用人单位加强对劳动者的培训与管理，劳动者应尽职尽责

如上所述，用人单位对劳动者负有管理义务，为了降低自身用工风险，应加强对劳动者的培训管理，在项目履行过程中，注意对劳动者的监督，对劳动者的请示及时响应。劳动者也应提高自身技术能力，树立尽职尽责的职业精神。

3. 用人单位应树立良好的证据意识

在劳动纠纷中，用人单位承担主要的举证责任，所以用人单位应树立良好的证据意识。例如，保留好劳动者签收劳动合同、规章制度的原始文件，向劳动者公开规章制度的证据，可以证明具体损失数额的证据等。^[1]

【注释】

[1] (2014)穗天法民一初字第1599号邓某汉与广州市某汽车服务有限公司劳动争议一审民事判决书；

[2] (2014)穗中法民一终字第6536号邓某辉与广州市花都区某皮具厂劳动争议二审民事判决书；

[3]《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第六条，发生劳动争议，当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。

与争议事项有关的证据属于用人单位掌握管理的，用人单位应当提供；用人单位不提供的，应当承担不利后果；

[4] (2018)粤01民终15922号某纸业集团有限公司广州分公司、邹某劳动争议二审民事判决书；

[5] (2015)穗中法民一终字第1074号广州某建筑工程有限公司与宋某劳动争议二审民事判决书；

[6] 参见(2017)苏0981民初3908号江苏某电气有限公司与赵某扣劳动合同纠纷一审民事判决书；

[7] (2016)粤0113民初4993号广州市番禺区某房地产有限公司与王某、陈某劳动争议一审民事判决书；

[8] (2020)粤0112民初5899号某护理用品(广州)有限公司与位毛某劳动争议一审民事判决书。

【作者简介】



孙君元，广信君达专职律师。中山大学法学硕士。专注于民商事诉讼、建设工程、公司治理等领域。



2021年9月28日，广东广信君达律师事务所党委及事务所举办“红心向党 歌唱祖国”歌咏大会

员工履职致单位损失是否需要承担赔偿责任

作者：肖剑基、张小辉

案件回顾：

徐某与甲公司签订了劳动合同，约定徐某担任司机期间公司因其造成的经济损失可从其工资等离职结算款中抵扣。2015年11月23日，徐某驾车造成黄某死亡，交警认定徐某承担事故主要责任。2016年7月19日，广州市南沙区人民法院认定徐某交通肇事罪，判处有期徒刑10个月，缓刑1年6个月。2017年4月21日，徐某辞职并签署了《财务结算通知书》，该书载明公司共赔付给黄某家属535727.52元，公司要求徐某赔付该金额，徐某未予支付。

2017年6月2日，公司提起劳动仲裁，工会律师代理徐某应诉。仲裁委认为虽然徐某履行职务存在重大过失，且同意公司从工资等离职结算款中抵扣经济损失，但公司也应承担一定的经营风险，徐某履职过错致损属于经营风险，依公平合理原则，裁定徐某承担经济损失的20%，即赔偿公司107145.5元。公司不服提起诉讼，一审法院维持仲裁裁决，双方未提起上诉。

案件焦点：员工履职致单位损失是否需要承担赔偿责任。

一、代理意见

1. 徐某发生交通事故属于职务行为，其法律后果应当由用人单位承担。在劳动关系存续过程中，徐某的劳动行为是为了实现用人单位的生产经营利益，徐某的劳动行为造成的损失应当归于利益的享受者即甲公司来承担，且用人单位支付给劳动者的劳动报酬与劳动者创造的劳动成果具有不对等性，用人单位作为劳动成果的享有者理应承担生产经营风险；本案因交通事故产生的损失属于用人单位生产经营风险的范畴，如将此损失要求劳动者赔偿，无异于加重了劳动者的责任，将用人单位的生产经营风险转嫁于劳动者，有失公允；徐某作为司机在履行职务过程中比其他岗位的人员风险性更高，若该风险由该劳动者承担，明显对其不利，徐某的离职前平均工资3000多元，即使让其其在用人单位处服务十几年的全部工资加起来，也不够支付用人单位所主张的损失金额，用人单位可以坐收劳动者为其创造的巨大利润，如将用工风险转嫁于劳动者，是不公平的。

2. 徐某发生的交通事故，并不存在主观过错，其也并不认同交通事故认定书的结论。第一，徐某在交通事故中不存在逆行、超速、超载等主观故意违反交通法规的行为；第二，

用人单位在徐某的刑事案件中向法院提交的请愿书并不认可徐某存在任何过错，表明用人单位认可徐某未给其造成损失；第三，甲公司提交的证据显示其对徐某通报批评记大过一次，承担与死者家属谅解书调解的3.5万元，甲公司则承担法院判决的赔偿款，由此可见，甲公司当时已对该事件作出了处理，根本没有要求徐某承担赔偿责任的想法；第四，甲公司在交通事故发生后从未向徐某主张过赔偿，甲公司要求徐某赔偿损失的原因是作为用人单位的甲公司未向徐某支付2016年9月之后的工资，在徐某家属前往甲公司理论后，甲公司才借赔偿之名提出本次仲裁。

3. 徐某因交通事故已承受身体、名誉、经济等巨大损失，家庭贫困，无力支付任何赔偿。徐某在发生交通事故后，患上严重的失眠症及精神问题，且因精神问题发生意外摔倒，花费医疗费数万元，失业在家，尚有未成年子女及年迈的父母要照顾，令整个家庭都受到沉重打击。

4. 甲公司主张的部分赔偿款已超过仲裁时效。甲公司于2015年11月至2015年12月向死者家属支付了96216.3元的赔偿款，该部分赔偿款已超过申请仲裁的1年时效。

判决结果：判决徐某承担因交通肇事行为造成甲公司直接经济损失的20%，即徐某应向甲公司赔偿经济损失107145.5元。

二、案例分析

用人单位既是企业财产的所有人，又是企业内部的管理者，当发生劳动者造成用人单位经济损失的情况，用人单位就具有双重身份（既是经济损失的受害人，又是劳动者的管理者）。如果在劳动者履行职责过程中因任何过失给用人单位造成损失，用人单位都可以要求劳动者赔偿的话，无疑将严重加大了劳动者的责任，转嫁了用人单位的经营风险，显失公允。况且，劳动者的注意力、判断力难免受工作环境、工作强度、情绪波动等主客观因素的影响。苛求劳动者在工作中没有任何过失，这是违反常理。《劳动法》第4条、第52条、第68条之规定，对用人单位建立和完善规章制度、对劳动者进行劳动安全卫生教育、职业培训均设置了义务。若用人单位本身管理不规范，制度不完善，教育、培训缺失，在此情况下发生损害事故，显然用人单位也有责任。

劳动关系本质上就是劳动者通过让渡劳动力来换取用人单位的工资。劳动者所获得的工资必然是劳动者所创造

的小部分价值，绝大部分价值归用人单位所有。大多数劳动者所获得的工资仅供劳动者维持自身及家庭成员最基本的生活资料支出。因而，劳动者作为弱势群体的赔偿能力本身有限。

因此，即使劳动者存在重大过失，也只能根据过错程度、赔偿能力等因素酌情适当赔偿用人单位的损失。劳动者承担用人单位直接经济损失的比例定在 10% - 40% 之间为宜。《工资支付暂行规定》第 16 条规定“因劳动者本人原因给用人单位造成经济损失的，用人单位可按照劳动合同的约定要求其赔偿经济损失。经济损失的赔偿，可从劳动者本人的工资中扣除。但每月扣除的部分不得超过劳动者当月工资的 20%。若扣除后的剩余工资部分低于当地月最低工资标准，则按最低工资标准支付”；劳动者给用人单位造成损失应承担赔偿责任的适用情形，理应建立在劳动合同中有约定或者在合法制定的企业的规章制度中有规定，而且劳动者对造成的损失主观上具有故意或者重大过失的基础上。

广东省高院 2017 年 8 月 1 日印发了《广东省高级人民法院关于审理劳动争议案件疑难问题的解答》（粤高法〔2017〕147 号）第 5 条规定：“劳动者在劳动关系存续期间因故意或重大过失造成用人单位直接经济损失，用人单位在双方劳动合同解除后要求劳动者一次性赔偿的，予以支持。劳动者应承担赔偿数额根据劳动者的过错程度等具体情况酌情确定，且不得把属于用人单位应承担的经营风险扩大由劳动者承担。”用人单位对劳动者负有管理之责，劳动者在劳动过程中因过错给用人单位造成损失属于企业经营风险的一部分，不能将上述风险全部转嫁给劳动者，要求劳动者因过错行为全额赔付用人单位巨额损失不符合劳动法精神。

三、结语及建议

1. 针对劳动者未来可能发生的过失给用人单位造成损失情况，用人单位怎么办呢？

（1）完善用人单位内部的各项管理制度，细化各项工作流程，对劳动者加强安全保障、管理制度、劳动纪律、职业技能等方面的教育和培训，从源头上预防经济损失的发生；（2）在劳动合同中明确约定因劳动者本人原因给用人单位造成经济损失的赔偿比例及赔偿方式。由于现阶段国家的法律、规定对这个问题没有统一规定，因而可通过劳动合同的约定来弥补立法的缺失，一旦发生争议，该约定可作为裁决的依据。

2. 对于劳动者而言，怎样有效避免工作中的重大过失，以便长期在单位立足呢？（1）高效完成工作任务，时刻琢

磨为单位创造价值；（2）努力提高职业技能，重视工作中的每一个细节，不因小的疏忽而酿成大错；（3）严格执行劳动安全卫生规程，切实遵守劳动纪律和职业道德。

3. 若劳动者确因过失导致用人单位损失与单位发生纠纷的，建议劳动者注意：

（1）与企业行政人事部门进行沟通协商，反映情况表达诉求；（2）向企业工会反映情况并寻求支持和帮助；（3）在前述无果时向劳动仲裁机构提出仲裁申请，以司法途径维护自身权益。

【作者简介】



肖剑基，广信君达合伙人。专注于劳动法、企业人事管理等领域。现为市律协劳动和社会保障法律专业委员会第九届、第十届委员，广州市“百名公益专家律师”，广州市总工会职工法律服务律师团成员，广州市中小型企业协会律师团成员，广州市海珠区劳动人事争议三方联合调解中心调解员。



张小辉，广信君达专职律师。专注于劳动人事领域，擅长经济补偿金 / 赔偿金、工伤待遇、女职工三期待遇、欠薪等劳动纠纷。广州市海珠区劳动人事争议三方联合调解中心调解员，粤港澳大湾区劳动争议联合调解中心广州（琶洲）速调快裁服务站调解员。

法定代表人的刑事责任问题 ——挂名法定代表人刑罚结果探究

作者：洪树涌、方伟哲

单位犯罪首次出现在我国《刑法典》中是在1997年，《刑法》第2章第4节第30条和第31条的规定，单位犯罪是指公司、企业、事业单位、机关、团体实施的依法应当承担刑事责任的危害社会行为。

单位犯罪案件在实务中出现最多的是有限公司作为单位主体的违法犯罪案件。根据《刑法》第31条关于单位犯罪的处罚原则规定，即“单位犯罪的，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判处刑罚。本法分则和其他法律另有规定的，依照规定。”显然，单位构成犯罪的，在双罚制的情况下，除了对单位判处罚金，还要对单位“直接负责的主管人员和其他直接责任人员”判处刑罚。

本篇文章将重点讨论，单位犯罪中，挂名法定代表人是否需要承担刑事责任的问题。

公司一旦构成犯罪，法定代表人作为公司对外的一种表现主体，首当其冲会被作为直接负责的主管人员进行定罪量刑。有些单位实际控制人为了更好规避自身操控单位所产生的风险，往往会选择单位员工、亲戚、朋友、甚至是合作伙伴来做挂名法定代表人。如果以此追究其刑事责任，可能存在罪责刑不相适应的情况。

根据犯罪构成理论在单位犯罪中的具体适用，在司法实践中很难排除作为挂名法定代表人的刑事责任，为此最高人民法院关于印发《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》对单位犯罪中的“直接负责的主管人员和其他直接责任人员”的认定，规范了该类案件的审判方向，即单位犯罪直接负责的主管人员和其他直接责任人员的认定：直接负责的主管人员，是在单位实施的犯罪中起决定、批准、授意、纵容、指挥等作用的人员，一般是单位的主管负责人，包括法定代表人。其他直接责任人员，是在单位犯罪中具体实施犯罪并起较大作用的人员，既可以是单位的经营管理人员，也可以是单位的职工，包括聘任、雇佣的人员。应当注意的是，在单位犯罪中，对于受单位领导指派或奉命参与实施一定犯罪行为的人员，一般不宜作为直接责任人员追究刑事责任。以上是对直接负责的主管人员和其他直接责任人员的扩展和具体认定，这也从辩护上对法定代表人，尤其是为法定代表人的无罪辩护提供了

很大可能。

笔者通过检索公开的裁判文书发现，在单位中挂名法定代表人主要有以下几种方式出现：

1. 以普通工作岗位领取普通工资的员工作为法定代表人的情形

这种案件会根据员工的工作岗位、性质、是否具有可替代性以及单位犯罪过程中所提供的具体作用来综合评定是否有罪。

2. 以董、监、高以外的第二、三层员工作为法定代表人的情形

这种类型的员工一般是会定罪量刑。他们虽然不是“董监高”，但在具体实施的行为情节上有实际参与，在单位犯罪中起到很大推动作用。在共同犯罪理论中，自然人和犯罪单位可以构成共同犯罪。此时对这些人员定罪量刑入罪点，往往不是基于其法定代表人的身份，而是其个人行为对案件所起到的作用，这种情况下加之法定代表人的身份，综合来讲一般会认定该法定代表人有罪。

3. 以配偶或以其他亲属作为法定代表人的情形

这种情况在实务认定中具有一定难度，因为日常生活沟通以及财产混同的情况，在前期的侦查阶段一般都会保持谨慎的态度，对证据材料的充分度要求极高，因此在辩护上也应当谨慎。

4. 以朋友作为法定代表人的情形

这种情况是挂名法定代表人无罪的案例中概率最高的，基于朋友在日常的联系度，在证据层面很难形成完整的足以证明有决定、批准、授意、纵容、指挥等作用的成员，进而将当事人从单位犯罪中脱离出来。

5. 以其他方式成为法定代表人的情形

这种情况属于概括性认定，依旧坚持主客观相统一的原则对个案进行分析认定。如上文提到的专门为单位作法定代表人收取佣金的情况，这可以说是职业性的。专门为不特定公司做法定代表人，为公司提供辅助性工作并收取单位报酬，这种情况下的参与程度以及起到的作用等，已经构成犯罪。

通过检索书最近时间公开的关于挂名法定代表人的相关案例裁判文书，筛选出15个典型案例，通过整理归

纳并对应上述分类，挂名法定代表人在审理上有以下几种结果：

一、构成犯罪

构成范围以上述第二种和第五种情形为主，第1种情形较少满足构成条件。有罪情形主要以共同犯罪理论为依据，参与的行为对单位犯罪产生了直接的辅助或帮助作用，该行为区别与自身岗位的日常工作行为。

1. 案号：(2020)新4002刑初457号

辩护观点与法院认定：被告人马某某虽然是创云公司的法定代表人，但实际控制人是被告人石某，被告人马某某主要负责公司财务，但从属于被告人石某，对其量刑应当有别于被告人石某。最终被告人马某某犯组织、领导传销活动罪，判处有期徒刑三年，并处罚金人民币15,000元。

2. 案号：(2020)浙1024刑初58号

法院认定：被告人李某某明知他人违反矿产资源法的规定、超越采矿许可证规定的矿区范围采矿产资源情况下，挂名法定代表人、参与一定管理及领取高额回报等，情节特别严重，其行为已构成非法采矿罪。

3. 案号：(2020)湘0481刑初4号

法院认定 被告人赵某某明知自己只是挂名法定代表人，为了获取利益，以董事长或负责人的身份先后三次来到耒阳，出席中腾耒阳公司组织的相关活动并讲话虚构公司业绩，最终被告人赵某某犯集资诈骗罪，判处有期徒刑十年。

4. 案号：(2020)沪0115刑初4355号

法院认定：2017年起，被告人楼某某入职火牛公司担任客服，在实际控制人王某安排下挂名法定代表人，2019年5月至2020年4月间，王某等人以被告人楼某某名义作为一级代理商。经审计，被告人楼某某项下子账户入金人民币4,000余万元，被告人在共同犯罪中起次要作用，系从犯。最终被告人楼某某犯非法经营罪，判处有期徒刑三年，缓刑三年，罚金人民币十五万元。

5. 案号：(2019)陕0113刑初647号

法院认定：本案经过质证、认证的证据显示邵某不仅在东张公司与债权人进行债权抵押公证的部分公证笔录上签字，还在东张公司授权吕某某处理与出借人签订借款合同、抵押合同、办理公证债权文书等内容的授权委托书和东张公司同意委托吕某某全权代表东张公司办理对外借款、签订借款合同、办理赋予强制执行效力相关手续的股东会决议上签字，其上述签字的效力覆盖了以东张公司为借款人的全部合同及数额，表明了被告人邵某参与实施了东张公司涉案非法吸收公众存款罪的事实，被告人邵某应对其参与实施的涉案事实和数额承担法律责任，最终被告人邵

某犯非法吸收公众存款罪，判处有期徒刑三年，并处罚金五万元。

6. 案号：(2019)黑0109刑初181号

法院认定：被告人刘某某作为合远公司法定代表人，其在明知公司投资模式的情况下，以个人名义为公司办理四张银行卡，用于公司收取会员投资款及给会员返款。最终，认定被告人刘某某犯非法吸收公众存款罪，判处有期徒刑一年九个月。

二、不构成犯罪

不构成犯罪主要是以第一种、第三种及第四种情形为主，且主要依据是参与程度、之间来往、工作内容等起不到应当认定的决定、批准、授意、纵容、指挥等作用。

1. 案号：(2020)湘0111刑初172号

法院审理：非法集资案件中，2017年7月26日，被告人林某及邓某又以丰奇公司名义与被告人陈某、刘某某合作成立湖南万能享营销管理有限公司（以下简称万能享公司），被告人陈某占股40%，担任公司市场总监；被告人刘某某占股20%，担任公司总裁，雇请李某1（已不起诉）担任挂名法定代表人。

2. 案号：(2020)浙1081刑初150号

法院审理：涉嫌开设赌场罪案件中，证人乐某系被告人陈某表兄弟，为亿城公司的挂名法定代表人，其证言客观，应予采纳。

3. 案号：(2020)陕0113刑初463号

法院审理：证人证言部分，陕西美轮投资管理有限公司于2014年9月19日登记成立，公司员工徐某为挂名法定代表人，被告人周某为该公司的实际控制人。

4. 案号：(2020)浙0225刑初139号

法院审理：证人俞某1的证言，证实了2017年2月份的一天，他弟弟俞某2介绍的一个朋友姚某某把他接到象山县市场监督管理局，并借走了他的身份证，他在外面大厅等，后姚某某把手续拿过来给他签字，接着又带他到信用联社开户，过了好几天，他成了象山宏攀物资有限公司的挂名法定代表人，公司的营业执照、公章都在姚伟峰处。

5. 案号：(2020)川1703刑初235号

法院审理：在涉嫌诈骗罪案件中，证人汤某的证言，证实2019年5、6月份，汤某2叫其到四川久源光福农业科技有限公司当挂名法定代表人，名下股份39%，后被免除，没有为汤某2向别人支付过钱。

6. 案号：(2019)皖0104刑初330号

法院审理：在涉嫌非法经营罪案件中，证人闻某的证言，证实其和李某某是男女朋友关系，2015年11月底，

李某某曾让其将身份证给他使用，并让其担任 XX 公司挂名法定代表人，其不参与公司任何管理，也不清楚公司具体事情。

7. 案号：(2019) 陕 01** 刑初 1429 号

法院审理：在涉嫌非法吸收公众存款罪案件中，证人杨召博证明，他是富溢公司挂名法定代表人，不参与公司经营管理，他 2016 年 2 月开始挂名，黄总承诺给他每月 3000 元。
注：上述挂名代表人为证人的案件中，笔者查找了对应的另案处理的被告人判决，未出现挂名代表人在本判决书中作为证人，又在同案判决书中作被告人的情况。

三、其他情形

1. 案号：(2020) 川 13 刑终 114 号

一审结果：被告人鲜某某犯非法吸收公众存款罪，免予刑事处罚，二审中鲜某某辩护观点：在蓝通钢构公司的身份是挂名法定代表人，未在公司实际行使管理职权，不属于单位犯罪中直接负责的主管人员。二审法院认定：起辅助作用，均系从犯，应当从轻、减轻处罚。原审被告人鲜某某犯非法吸收公众存款罪，判处有期徒刑六个月，缓刑一年，并处罚金人民币 2 万元。

2. 案号：(2020) 豫 08 刑终 140 号

一审结果：被告人张某某犯骗取贷款罪，判处有期徒刑一年零六个月，并处罚金人民币三万元。二审中张某某辩护观点：上诉人犯罪时仅是挂名法定代表人，在共同犯罪中系从犯，自首，初犯、偶犯，主观恶性不大，社会危害相对较小。二审法院认定：上诉人张某某犯骗取贷款罪，判处有期徒刑一年零二个月，缓刑二年，并处罚金 30000 元。

以上是针对单位犯罪的挂名法定代表人案件的几种结果性整理，以期在相应案件的辩护过程中提供更有利于当事人辩护思路的参考。

现实生活中，很多挂名法定代表人与实际控制人之间，存在书面的关于“挂名法人代表不参与经营和管理，也不承担相应的责任”的约定。但根据《公司法》等相关法律法规

已对法定代表人的权利义务有明确规定，因此类似上述约定的效力无法对抗相关法律规定，只在双方之间有效，并不具备对外的法律效力。

当公司实际控制人利用公司实施犯罪行为时，挂名法定代表人虽未直接参与，但根据案件的实际情况、提供的帮助等证据材料，很可能要承担相应的刑事责任。

【作者简介】



洪树涌，广信君达高级合伙人、刑事专业部部长。专注于刑事辩护（尤其是重大毒品案件辩护和疑难经济犯罪辩护）。



方伟哲，广信君达专职律师。广东泓法刑辩战队成员，专注于刑事辩护。

认罪认罚从宽制度之检视与思考

作者：龙柏辰

摘要

2016年11月16日，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部和司法部（以下简称“两高三部”）印发了《关于在部分地区开展刑事案件认罪认罚从宽制度试点工作的办法》，开始为期两年认罪认罚的试点工作。2018年10月26日，十三届全国人大常委会第六次会议通过了《关于修改〈中华人民共和国民事诉讼法〉的决定》，在立法层面正式设立了认罪认罚从宽制度。2019年10月11日两高三部出台了《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》（以下简称“指导意见”），对认罪认罚从宽制度的具体适用问题作了细致规定。2020年11月5日，两高三部印发《关于规范量刑程序若干问题的意见》，对于适用认罪认罚从宽制度案件的量刑程序作了进一步规约。

从司法实践层面来看，2020年1月至10月，全国检察机关在适用认罪认罚从宽制度办结人数占同期刑事案件办结人数的83.27%，量刑建议采纳率高达93.47%。应当说认罪认罚从宽制度是辩护律师所直面的兼具实体与程序的重大课题。本文旨在通过刑事辩护实务的视角，从认罪认罚从宽制度的司法协商属性、独立辩护权行使以及认罪认罚从宽与其他法定情节的关系三个层面中予以检视，并结合笔者经办的部分案件进行评析，以供参考。

一、认罪认罚从宽制度之司法协商属性

（一）认罪认罚从宽制度亟需回归交易本质

认罪认罚从宽制度作为一种合作框架下的犯罪治理模式，“合作”的主要表现形式为司法机关、辩护人、犯罪嫌疑人、被告人对认罪认罚从宽合意进行协商的过程，并基于该种协商达成犯罪嫌疑人、被告人认罪认罚、司法机关从宽的刑事司法交易。在认罪认罚从宽的司法交易中，犯罪嫌疑人、被告人、辩护人和司法机关均需让渡部分实体或程序上的权利作为“交易成本”。

该种“交易成本”，从犯罪嫌疑人、被告人的立场出发，是指其需要放弃缄默权，让渡部分自行辩护权，同意司法机关指控或认定的罪名和主要事实，甚至某些情况下甘愿“自证其罪”；从辩护人的立场出发，是指其需要在充分对犯罪嫌疑人、被告人开展释法工作，确认其已充分理解交易可能导致的各种后果的前提下，谨慎检视犯罪嫌疑人、被告人认罪认罚的意愿真实与否，并尊重犯罪嫌疑人、被告人的意愿放弃无罪辩护方案而仅作罪轻辩护（但笔者同时认为，该种

让渡不得与律师职业伦理发生矛盾）从司法机关的立场出发，则是指司法机关基于犯罪嫌疑人、被告人认罪认罚所实际获得的司法资源节约效果，作出给予部分求刑权或裁量权从宽优惠的要约或承诺。

为了达成“认罪认罚从宽”合意，上述的交易成本不可避免，这与民事合同中各当事方为缔结合同而前期付出的磋商、准备等缔约成本从本质上判断是相同的。然而在实际操作过程中，犯罪嫌疑人、被告人对付出“交易成本”后的法律后果顾虑重重，辩护人对达成该种契约将信将疑，而司法机关对于从宽幅度这把“尚方宝剑”的要约或承诺反复不定，从根本上而言，是三方所达成的刑事契约没有充分体现司法协商的属性。

（二）量刑建议应当是体现三方合意的刑事契约，而不应当是由司法机关单方主导下的格式合同

控辩协商是认罪认罚从宽制度的基础，控辩协商的交易属性决定了交易标的为犯罪嫌疑人、被告人的“自认其罪、甘受处罚”与检察机关同意适用“宽缓的求刑权”、人民法院同意科处宽缓的刑罚。

不可否认的是，现阶段在认罪认罚从宽契约的缔结过程中司法机关与犯罪嫌疑人、被告人所处的实际缔约地位存在现实层面的不平等。

侦查阶段，公安机关在取证活动中的垄断性与排他性，都使得犯罪嫌疑人无法主动参与刑事诉讼，只能通过聘请辩护律师为其提供法律帮助，了解自己涉案的情况，这就导致侦查阶段的认罪认罚协商必然是一种被动参与，既显得苍白无力，也没有现实必要。

审查起诉阶段，在现有刑事诉讼体系下，犯罪嫌疑人仍大概率因受到羁押的客观限制而导致协商能力下降，除非司法机关主动启动证据开示程序，否则羁押状态下的犯罪嫌疑人几乎无法切实享受阅卷、核实证据等诉讼权利。因此审查起诉阶段需要辩护人深度介入，因此虽然认罪认罚具结书上体现的是三方合意，但实践中更加侧重表现为控辩协商。

审判阶段，认罪认罚从宽制度仍有适用的制度空间。虽然现行刑事诉讼法规定认罪认罚从宽制度在任何阶段均可适用，但司法实践中这一程序大多由检察机关主导，在移送法院审判前已经完结，在庭审中裁判者仅需就被告人签署的认罪认罚具结书是否出于真实意思表示进行审查，无意外情况一般会尊重控方与被告人达成的这份“刑事契约”。但在笔

者办理的诸起案件中，出现过如下情形：

其一，案件提起公诉后，甚至在庭审过程中，检察机关仍在与被告人进行认罪认罚从宽协商。笔者认为这种做法存在不妥，理由在于：

案件提起公诉后，案件已进入审判阶段，办案机关变更为人民法院，检察机关的求刑权已经行使完毕，已经没有继续与被告人进行司法协商的余地。同时，案件开庭在即，此时与被告人进行的司法协商，已经极大受到庭审前被告人紧张心态及其他心理波动（如知晓其他同案人已认罪认罚或家人希望其认罪认罚）的影响，根本无法确保其签署的认罪认罚具结书完全出于“真实意思的表示”。

其二，已经形成的认罪认罚合意在审判阶段被检察机关单方修改。在笔者办理的一起案件中，因法院排期原因，导致案件开庭之日已经过了被告人签署的认罪认罚具结书确定的刑满释放日期。于是检察机关为“配合”法院作出有罪判决，当庭决定对各被告人延长“量刑建议”两个月，给法院审理预留出“合理的期限”。笔者认为，这种决定是完全错误的，理由在于：首先，在审判阶段，检察机关的“求刑权”已经在提起公诉时行使完毕且固定，在全案证据、事实没有发生变化的情况下，检察机关没有修改求刑权的法定理由，更没有配合人民法院的义务；其次，单方决定延长量刑建议的做法，严重违反认罪认罚具结书所确定的刑事契约，完全漠视了被告人诉讼利益以及为此付出的“交易成本”，被告人认罪认罚所获得从宽利益已经无法实现，因此该种做法根本无法体现司法协商本质，也与认罪认罚从宽制度的法理基础相悖；最后，该种做法仍体现了传统纠问式诉讼的烙印，与司法协商的犯罪治理模式存在理念上的根本冲突。

（三）仅有“认罪认罚”，没有“从宽”的具结书

认罪认罚从宽案件中检察机关出具的量刑建议属于求刑权范畴，但与其他刑事案件相比，已不是检察机关单方面的意志，而是犯罪嫌疑人、辩护人、检察机关的三方合意，甚至有时还应包含被害人的意见。实质上，它是犯罪嫌疑人、被告人与国家公诉机关协商的结果。

但在笔者经办的一宗聚众斗殴罪案件中，经过阅卷并与犯罪嫌疑人协商，该案的犯罪事实清楚、证据充分，犯罪嫌疑人也有明显的认罪认罚倾向。笔者与经办人取得联系后，其很快提出了一份与法定刑基本一致的量刑建议，且对该量刑建议仅提供“同意或不同意”的闭合性选项。在笔者试图与其进行协商时，经办人明确答复“没有降低刑期或变更刑罚种类的可能，也不必就刑罚期间讨价还价”。犯罪嫌疑人仅有在其规定时间内作出选择，完全无法体现“协商”的属性，后来该案没有适用认罪认罚从宽制度，被告人仍获得了低于

该“从宽量刑建议”的刑罚。

笔者认为，以上述案件为例，在认罪认罚案件中，犯罪嫌疑人、被告人作出“自证其罪”的决定，并同意让渡部分辩护权是需要突破重重心理防线，并对司法机关能够给予其宽缓的处理具备充分信任为前提的。从最终的结果判断，“认罪认罚”也确实为节约司法资源、降低控方指控难度起到了实际效用。但即便如此，部分司法机关似乎并不“领情”，接受了“认罪认罚”的便利，却仍不愿给予“从宽”的实惠，甚至很多犯罪嫌疑人、被告人连平等的协商机会都没有，这导致部分犯罪嫌疑人、被告人感觉自己被“欺骗”，反而不利于引导犯罪嫌疑人、被告人真诚悔罪、认罪伏法，背离了认罪认罚从宽制度的设计初衷，损害了司法公信力。

综上，笔者认为，认罪认罚从宽合意在形成前应当充分体现协商本质，而不是司法机关的单方提供的“格式合同”；认罪认罚从宽合意落实为具结书形式的刑事契约后，无法定事由不得随意修改，至于是否妥当，唯有人民法院有权进行实质审查。

二、认罪认罚从宽制度下之辩护权行使

在福建省闽侯县人民法院审理的（2017）闽0121刑初556号案件中，被告人签署认罪认罚具结书，检察机关建议以行贿罪判处被告人一年以上一年七个月以下有期徒刑。庭审中，被告人表示自愿认罪认罚，对指控的事实和罪名没有异议。其辩护律师提出：被告人的行为不构成行贿罪，即使构成行贿罪也应予以刑事处罚或适用缓刑。检察机关据此提出：被告人虽然认罪认罚，但辩护人做无罪、罪轻辩护，违反了认罪认罚具结书的约定，故撤回原来的量刑建议，重新建议法院判处更重刑罚。

闽侯县人民法院认为：辩护律师有独立发表辩护意见的权利。若被告人同意辩护人的无罪、罪轻辩护意见，则公诉机关有理由认定其违反具结书的约定，相应提高量刑建议，但被告人不同意辩护人的无罪、罪轻辩护，且坚持自愿认罪认罚，应认定被告人与公诉机关签署的认罪认罚具结书仍然有效。综合本案，被告人在侦查机关、提起公诉及审判阶段，均明确表示认罪认罚，且自愿放弃其辩护人所作的无罪辩护，其悔罪态度诚恳，故其与公诉机关签署的认罪认罚具结书仍然具有法律效力，公诉机关提高量刑建议法律依据不足，本院不予支持。辩护人提出的部分合理辩护意见予以采纳。

笔者认为，闽侯县法院的处理是妥当的，认罪认罚从宽制度框架下的律师独立辩护权应当如何理解，可从辩护人角色、辩护权冲突与辩护策略可行性探讨三个层面予以

展开：

（一）认罪认罚从宽制度框架下的辩护人角色

虽然辩护人作为当事方在犯罪嫌疑人、被告人与司法机关达成的认罪认罚从宽刑事契约签名确认，但因为该刑事契约所涉求刑权或量刑并不涉及辩护人自身权益，而完全归结于犯罪嫌疑人、被告人，因此笔者认为辩护人在认罪认罚从宽制度中的核心作用在于代为刑事诉讼能力不对等的犯罪嫌疑人、被告人、被告人与司法机关进行充分协商、对认罪认罚意思表示的真实性、自愿性、彻底性进行确认、对认罪认罚从宽具结文书的形成过程进行见证。因此，认罪认罚从宽制度本身并不应当对辩护人的独立辩护权进行不当限缩和限制。

（二）独立辩护权与自我辩护权之冲突

辩护人的独立辩护权与犯罪嫌疑人、被告人的自我辩护权存在隐形矛盾。当犯罪嫌疑人、被告人的认罪认罚意愿达到了完全真实、自愿、彻底的程度时，笔者认为辩护人应当尊重这种合意，不宜再行进行无罪辩护。

（三）认罪认罚框架下的辩护策略选择

当辩护人对犯罪嫌疑人、被告人的认罪认罚主观意愿是否达到了真实、自愿、彻底程度存在重大疑虑，或已经知晓犯罪嫌疑人、被告人系由于寄希望于获取早日回归家庭、回归工作岗位等现实考量或其他种种隐情原因而“认罪认罚”时，笔者认为可以同时委托两位辩护人，由其中没有签署认罪认罚具结书的辩护人进行充分独立辩护，被告人亦可以在法庭上卸下心理负担，使法庭兼听则明，作出公正的、实质的判决。当然，该种诉讼策略的可行性与实际效果仍值得检验。

三、认罪认罚同时具有坦白、自首情节应当如何从宽

《指导意见》规定，“认罪认罚的从宽幅度一般应当大于仅有坦白，或者虽认罪但不认罚的从宽幅度。对犯罪嫌疑人、被告人具有自首、坦白情节，同时认罪认罚的，应当在法定刑幅度内给予相对更大的从宽幅度。认罪认罚与自首、坦白不作重复评价。”

笔者认为，认罪认罚与自首、坦白一样，都是法定从宽情节。既然刑事诉讼法已经明确规定认罪认罚可以从宽，那么其就是法定的从宽情节，至于这个法律是程序法还是实体法，在所不问。认罪认罚与自首、坦白存在内在逻辑竞合，认罪认罚的逻辑内核应当包容自首、坦白的范畴。认罪认罚中的“认罪”应当理解为如实供述自己的犯罪事实即可，对行为性质的辩解、对罪名适用的异议，不影响认罪的认定。认罪认罚中的“认罪”与自首、坦白中的“如实供述自己的罪行”具有相同的含义，换言之，认罪认罚与自首、坦白在“如实供述自己的罪行”的范围内具有交叉、重合。

笔者认为，首先需要明确禁止重复评价的内涵。禁止重复评价来源于“一事不两罚”“禁止双重危险”，其基本内涵“任何人不因同一犯罪再度受罚”。其本质含义在于禁止对被告人不利的重复处罚，是禁止定罪事实再次评价为量刑事实进而导致罪刑不适当，其背后的基本法理是罪责刑相适应原则。

但刑法并不禁止对被告人有利的重复评价，也不应当禁止对被告人有利的情节的重复评价。例如刑法规定的行贿人被追诉前主动交待行贿行为从轻与坦白从轻之间有重复。因此，把认罪认罚作为独立量刑情节，有利于被告人，并不违反禁止重复评价原则。

笔者认为，《指导意见》的“不作重复评价”之规定，应该理解为“认罪认罚同时具有自首、坦白情节的，已经给予更大幅度从宽处罚的，不再重复评价”。从《指导意见》的表述进行文义解释，应该理解为自首、坦白的犯罪嫌疑人、被告人，同时认罪认罚的，在量刑时既要按照自首、坦白的规定给予从宽，也要按照认罪认罚的规定给予从宽，否则无法体现出“更大的从宽幅度”中“更大”的差异性。“不作重复评价”应当理解为，不得在考量自首、坦白从宽的同时已经给予认罪认罚更大幅度从宽后，再一次重复给予从宽；而不能理解为具有自首、坦白的犯罪嫌疑人、被告人即使认罪认罚，也只能按照自首、坦白给予从宽处罚而不再适用认罪认罚的从宽规定，否则属于对犯罪嫌疑人、被告人实体权利的剥夺和损害。

综上，笔者通过亲身办理的部分认罪认罚从宽案件，对该制度的司法协商属性、独立辩护权行使以及该制度与其他法定情节的关系三个方面予以检视，并提出自己的观点和看法，期许与各位读者进行充分沟通，共同探索认罪认罚从宽制度下刑事辩护的策略与方式。

【作者简介】



龙柏辰，广信君达专职律师。专注于刑事辩护、企业合规治理与民商事诉讼等领域中山大学刑法学硕士。

疫情期间口罩机买卖合同纠纷的典型案例分析

作者：向劲

案情简介

2020年3月28日，正值新冠疫情爆发的严峻时期，原告A公司向被告B公司采购口罩机，双方均通过中间人李某与对方联系。李某利用了在疫情限制下交易过程中存在的不便条件，向双方谎称自己是对方的公司人员。在李某的诱骗之下，原告与被告均误认为其是对方公司的销售员，且双方一直通过李某本人与对方交易。原告与被告订立《购销合同》后，又按李某的要求，口头将原本购销合同上约定的4台口罩机变更为3台口罩机，单价从30万/台重新协议变更为20万/台，合计60万元，剩余款项60万元按退款处理并将按李某要求打入其个人账户。被告B公司对李某的身份深信不疑，将60万元退款直接汇入了李某个人账户，未按照原支付账号退回，并向原告实际交付了3台口罩机。

2020年4月28日，原告将4台均由B公司生产的口罩机拖到厂房，以B公司曾发出召回口罩机的《联络函》及机器存在质量问题要求退货退款，被告B公司在发现出货口罩机数量及退款均与当初所了解到的情况不符后察觉事有蹊跷，遂与原告协商，双方重新签订《补充协议》，约定被告B公司按8折共48万元回收3台机器，并协助原告处理与中间商李某的纠纷问题。对于并非B公司实际交付给原告的第四台口罩机，双方一直未进行实质性处理。

2020年7月21日原告将B公司及李某诉至法庭，要求解除《购销合同》、共同返还72万元货款、支付逾期利息及损失21398.54元。

B公司的代理律师在及时介入本案后，梳理了案件中原告、B公司和李某之间错综复杂的交易过程和法律关系，全面搜集、整理相关证据，向法庭提出《购销合同》及《补充协议》已履行完毕、口罩机不存在质量问题、李某收款效力及于原告等代理意见。

一审开庭后，法院采纳了代理律师的观点，判决由被告李某支付原告60万元及利息，驳回原告的其他诉讼请求。被告B公司在本案中无须承担法律责任。

争议焦点

- 1.《购销合同》及补充协议的效力；
- 2.原告解除合同的理由是否成立；
- 3.B公司与李某存在其他经济往来，在2020年3月29日B公司向李某支付的60万元款项的法律效力如何

认定；

- 4.被告B公司是否应当向原告退还货款支付利息及损失。

代理意见

1.《购销合同》及补充协议已全部履行完毕，不存在解除事由；

2.B公司基于信赖利益向李某转回60万元退款，其不应当再对此承担返还责任；

3.原告的主张违背诚实信用原则，即便李某收款属于无权代理行为，但事后也获得了原告的追认，不应再苛求被告继续退款；

4.B的口罩机不存在质量问题，原告也没有直接证据证明口罩机质量不合格，以该理由解除合同不能成立。

案例评析

1. 基本事实。

首先，关于《购销合同》及《补充协议》是否符合合同解除条件的问题。本案中，李某一直代表原告与被告进行《购销合同》的洽谈、订立及履行，对B公司对三台机器验收合格后自行安排车辆将机器提走。之后，B公司与原告签订了《补充协议》并退还原告480000元货款，至此《购销合同》和《补充协议》已经全部履行完毕。

其次，B公司发货给原告的机器是否存在质量不合格的问题。李某于2020年3月底将货物提走之后，原告从未向B公司主张过机器质量不合格，也没有要求B公司派人指导及维修。在2020年4月初海关总署发布了53号公告，明确没有取得医疗器械产品证书的产品无法通过海关法检出口。2020年5月初口罩行情出现断崖式大跌后，原告见无利可图，假借B公司曾发出的《联络函》要求B公司退货四台口罩机。然而，代理人发现《联络函》注明的设备型号与原告采购的设备型号有出入，原告的退货理由并无事实依据。

最后，原告主张因机器质量不合格遭受损失是否存在事实依据的问题。2020年3月底李某将口罩机提走之后，原告从未主张过该机器有任何质量问题，而是一直利用该机器生产口罩、牟取暴利。疫情爆发初期口罩生产行高涨，一只口罩可以卖到5-10元，按照B公司机器最大理论产能120片/分钟计算，机器生产一天就可以回本，后期多

日使用机器完全是暴利行为，原告从未因与 B 公司购买口罩机而遭受任何损失。相反，在 2020 年 4 月在海关总署公告称“没有取得医疗器械产品证书即无法通过海关法检出口”和口罩行情出现断崖式大跌后，B 公司陷入争端，遭受了巨大损失。

2. 法律分析

首先，关于本案合同解除的问题。案发时所适用的《中华人民共和国合同法》第 94 条规定，出现以下五种事由可以行使合同的法定解除权：（1）因不可抗力致使不能实现合同目的；（2）在履行期限届满之前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务；（3）当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行；（4）当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的；（5）法律规定的其他情形。本案中《购销合同》及《补充协议》是双方真实的意思表示，已经履行完毕，不存在解除合同的问题。

其次，关于本案中原告的行为是否违反诚实信用原则的问题。民事主体在从事民事活动时应当遵循诚信原则，秉持诚信，恪守承诺。原告和李某在与被告 B 公司协议并达成合意之后，并没有重合同、守信用，而是希望钻法律的空子，企图背信弃义、擅自毁约。

最后，李某的行为是否构成表见代理的问题。表见代理是指虽然行为人没有代理权，但第三人在客观上有理由相信其有代理权而与其实施民事法律行为，该法律行为后果由本人承担的代理。本案中，李某的行为权利外观上就是代表原告，构成表见代理，因此代理行为的后果由原告承担。

结 语

新冠疫情期间，口罩行业乱象频发，交易极不规范，由

此产生了大量疑难棘手的法律纠纷。在处理没有参考判例的法律纠纷时，律师既要掌握民法典中的合同规则，更要注重民法帝王条款“诚实信用原则”的运用。

本案中，律师立足于案件的相关证据，从所能收集到的证据中梳理出有利因素并将相关证据作为自身的观点支撑，同时找准案件的重点和难点。针对交易过程错综复杂不透明、合同约定与实际履行不一致、口罩机是否有质量问题、B 公司不按原支付账号退款行为的效力、B 公司与中间人李某还存在其他干扰本案认定的经济来往等难点，一一做好充足准备，在法庭上完整还原了案件事实，最终维护了司法的权威公正，也保护了一家为抗疫作出突出贡献的本土口罩机生产企业的合法权益，对疫情特殊时期多发的口罩机买卖合同纠纷具有一定的典型性意义。言

【作者简介】



向劲，广信君达专职律师、执业专利代理师，同时具有法律及工科（医药）背景。专注复杂、疑难民商事诉讼、知识产权领域，多次为政府部门、企事业单位及个人担任案件代理律师或者法律顾问，具有丰富的法律实务经验，擅长解决疑难纠纷。

民事案件请求权基础分析法概说

作者：杨超男、梁文琳

在民事审判实践领域，请求权基础理论正在被越来越多的法官应用。2019年，判决中涉及请求权基础的案件已突破一万件。对于律师而言，培养请求权基础思维用处在何？一个完整的请求权基础分析过程是怎样的？本文将从请求权基础的理论内涵、理论演绎和应用价值三个维度介绍请求权基础及其分析法，并通过原告、被告、法官和法学教育四个角度探讨请求权基础思维的作用。

一、请求权基础分析法的理论内涵

德国民法学界认为，请求权的产生以特定权利存在实体法依据为前提。因此，这种明确支持一方当事人向他方当事人有所主张的法律规范^[1]，即为请求权基础。

自2003年起，我国法院的民事院判决中就有了请求权基础的身影。但即便近年来，请求权基础在诉讼活动中扮演着越来越重要的角色，我国法学界和司法实践对请求权基础的内涵仍未形成统一的观点。以王泽鉴先生为代表的一批学者认为请求权基础等同于法律依据^[2]，也有部分学者认为，请求权基础应为“使请求权得以发生或成立的法律规范（请求权规范）以及法律行为”^[3]。王利明先生则认为请求权基础既可以是法律规范，也可以是具有法律效力的其他法律依据^[4]。在司法实践中，我国地方法院将请求权基础理解为案由、诉讼类型、诉讼主张或法律关系等^[5]；最高人民法院则倾向于认为请求权基础约等于法律规范^[6]，将请求权基础的内涵由德国法的法律规范扩展为权利依据，如在裁判中肯定合同作为请求权基础^[7]。

二、请求权基础分析法的理论演绎

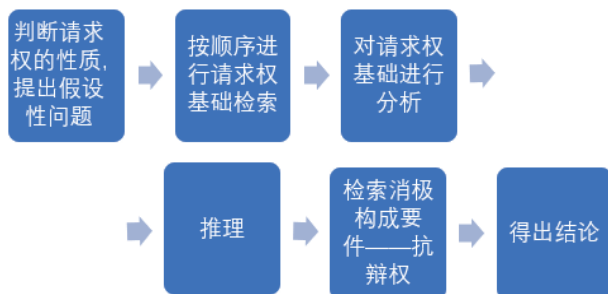
由请求权基础理论衍生出的请求权基础分析法同样扎根于德国的法律体系。其核心的应用思路是在给定小前提（案件事实）的基础上通过对请求权基础的检索和分析锁定大前提（法律规范），从而运用司法三段论推导出合理的结论^[8]。

由于我国现行的法律体系具有典型的大陆法特色，在继受德国的请求权基础分析的过程中，我国的法学家和法官在德国请求权基础分析的实操经验的基础上进行了不同程度的调整，甚至延伸，使其更符合我国法律实践的实际需要。

（一）德国的分析模式

在德国模式中，请求权基础分析是一个验证假设的过

程。具体流程如下^[9]：



在此体系下，面对一个案例，我们首先要提出“谁得向谁基于何种请求权基础提起什么请求权”的问题，并依此假设请求权主体可以向相对人基于某请求权基础而享受某请求权。在检索请求权基础时要注意全面性，避免先入为主地认定一个请求权条款。确定请求权基础后方可进行请求权基础分析，寻找该请求权具体适用的法律条款并进行法律解释，对照案件事实与法律规范要件，推理出相应的法律后果并及时检索该请求权的消极构成要件。完成上述检索、分析、推理和归入的过程，才能证明最初提出的“请求权主体可以向相对人基于某请求权基础而享受某请求权”这一假设的成立与否。

由此可见，请求权基础分析法本质上是一个“找法”的过程，围绕法律规范中的构成要件层层剖析、逐个检验，使我们得以顺畅地穿梭于法律规范与案件事实中。

（二）我国的具体应用

在我国，关于请求权基础分析法的具体应用程式有许多不同观点。本文将着重介绍具有代表性的三种应用方法，包括王利明先生提出的请求权基础分析八步骤、杨立新法官的“五步法”和邹碧华法官的“九步法”，并以一个简单的案例分析对请求权基础分析法之实操作具体的演示，以供参考。

1. 王利明八步骤法

王利明先生在德国的请求权分析思维的基础上总结出以下八个步骤：



首先，应根据民事法律关系的类型进行案例分析方法论上的案件分流。若该案件为给付之诉，即可使用请求权分析法。请求权分析法最核心的步骤就是全面地检索请求权基础，先列举出特定案件可能涉及的请求权，再根据请求权的基础关系对可能适用的请求权依次进行进一步的检索，锁定请求权类型。通过上一步的检索和考察，筛选出与案件事实最密切相关、对权利恢复最切实有效的一个请求权，进行请求权基础的分析。最后，将所涉法律规范构成要件进行具体的分解，恰当地进行法律解释。再基于上述对案件事实和法律的归纳整理进行涵摄，提取法律上的事实并将其归入到法律规范的构成要件中，确认争议事实能否一一对应地符合构成要件，并相应地检索消极规范构成要件。除此之外，还要及时考察请求权的变动状态，并观察是否有请求权竞合与聚合的情形：若请求权所涉基础关系发生变动，则对于已成立的请求权也要进行重新观察；若在请求权检索中发现案件涉及多项请求权，就还需由当事人确定采取责任竞合还是责任聚合的方法。

相较于德国传统的实操六步骤，王利明先生提出的八步骤法更具发展性和全局观。在对请求权基础检索、定性、分析、推理、涵摄之余还增加了对于请求权本身发生变化情况的考量，从而对案件的发展有动态的掌握。

2. 杨立新“五步法”

在民事案件审判中，抽象的法律规范与复杂的案件事实对法官的审判技术提出了很高的要求。要正确地适用法律，就要求审判者掌握一定的法律适用方法。

杨立新法官推出了一套“五步法”：



由上图可见，“五步法”非常简明易懂。首先，法官要了解原告是否有一个能够起诉的请求权。随后，通过法律关系的逐级类型化对所涉法律关系进行具体化认定，对请求权定性。根据请求权的性质检索请求权基础，确定特定的请求权：（1）确定应当适用的法律规范，检验原告请求权是否满足构成要件；（2）确定对方当事人的抗辩和抗辩权；（3）进行案件事实认定。

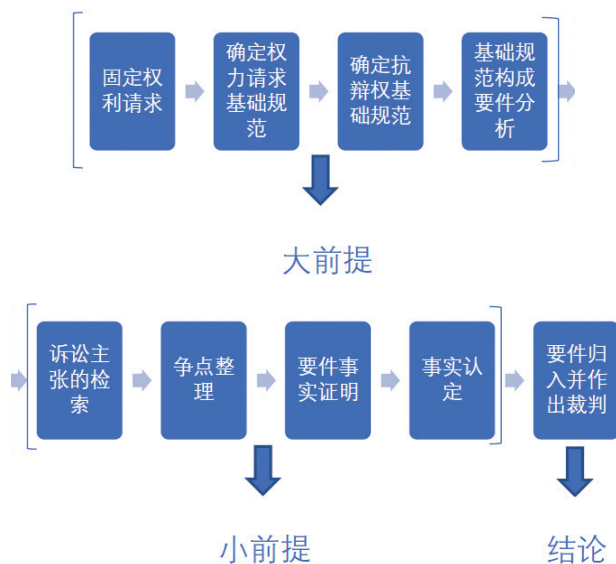
最后，法官基于上述步骤确定请求权成立与否，依照相关的法律规范作出裁判^[11]。

“五步法”是我国民事裁判方法规范化探索的重要一步，

抓住了德国模式的精髓，并将其贯穿于从审查起诉到作出判决的民事案件审理全过程。

3. 邹碧华“九步法”

不同于简单明了的“五步法”，邹碧华法官总结的民事案件“要件审判九步法”在请求权基础分析法的基础上涵盖了确定请求权基础的方法，还对民事案件审判过程进行了更为全面、具体的梳理，突出了诉中的关键节点。具体流程如下：

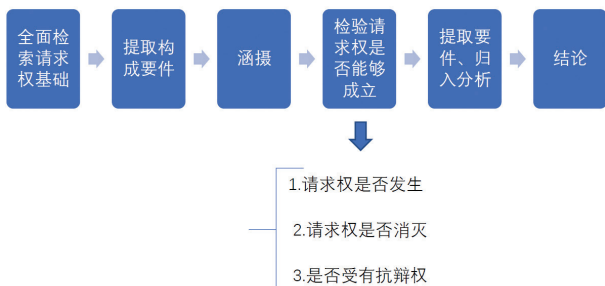


当事人的诉讼请求是民事审判的起点，法官首先需要固定当事人的诉讼请求，“弄清当事人诉讼请求中的模糊含义、剔除矛盾之处^[12]”。在此基础上，基于原告提供的事实和理由确定权利请求基础规范，审查并确定原告主张的法律关系。相应地，也要对被告的答辩进行审查，确定抗辩权基础规范。由此，原告之权利请求基础规范和被告之抗辩权基础规范确定完毕，法官可以据此判断对该案件的审判是否能够继续推进。若仍能推进，则进行基础规范构成要件分析——提取所有相关法律条文所包含的构成要件，将案件事实与法律规范要件一一对照。随后，则应检索诉讼主张，用上一步所形成的基础规范要件分析结果对比当事人的诉讼主张，视情况要求原告补充、修正或进一步阐明。法官将以原被告的诉辩主张及请求权基础规范归纳的案件争点为指引，引导原被告证明要件事实，完成举证和质证。上述所有步骤都完成后，就可以确定法律事实，将查明的案件事实与原被告主张所对应的法律规范构成要件逐一进行分析对比，完成归入，作出裁判^[13]。

通过九个步骤，“在实体法与程序法之间建立连接点，在事实与法律规范构成要件之间建立连接点^[14]”，法官可以坚持以中立的视角，全面而细致地梳理法律关系，准确地认定案件事实，合理地作出裁判。

4. 演绎方法总结

根据要件审判“九步法”的审判思路，结合德国模式和学者提出的演绎推导方法，律师在案例分析中确定请求权基础可以遵循如下思路^[15]：



这一思路将请求权基础的检索分析分成两个阶段，从全面检索到逐个检验，通过两轮的法律要件提取与涵摄，将请求权基础的范围由最初全盘筛查后的结果缩窄到具体的一个或几个最具相关性且请求权仍然存续的请求权基础。此外，在检验的过程里集中解决请求权发生、消灭和是否受有抗辩权这三个问题能够精准排除无效请求权，提高效率。通过这六个步骤的梳理，案件所涉法律规范和事实将清晰地呈现于分析者眼前，准确的结论也就随之而来了。

5. 实例演示

基本事实：2011年12月7日，自然人甲与乙公司签订《商铺租赁合同》，约定乙公司将其投资开发的某商铺出租给甲，租期20年，租金32万一次性付清，交铺时间为2012年10月31日前。《商铺租赁合同》同时约定商铺交付后交由乙公司或其关联方管理，支付租金给甲方。同日，乙公司关联公司丙与甲签订了《商铺委托经营管理合同》，约定丙公司受托管理商铺，期限为6年，每年12月按照2.6万元/年标准向甲支付固定租金。后乙公司一直未能向甲交付商铺，甲欲诉至法院。

本案中，如何能让甲的利益最大化？乙公司违约，应当承担违约责任，除要求乙按照合同约定支付违约金外，甲能否主张其他损失？通过检索请求权基础，可以得知甲在本案中的请求权基础为《民法典》第577条和第580条，再抽取其中构成要件，对案件事实进行涵摄。《民法典》第577条，“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任”，本案中，由于乙未履行交铺义务，甲有权要求乙按照合同的要求交铺和支付违约金。除此之外，根据《民法典》第584条，“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，造成对方损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益”，甲除要求乙支付违约金外，还可以要求乙赔偿其可得利益损失，

即6年的固定租金收益。

三、请求权基础分析方法的应用价值

(一) 原告方之起

于原告而言，请求权基础分析是起诉的思路指引。

当民事主体的合法权益受到侵害并寻求法律保护时，可以依上述的几种方法确定涉案请求权是否仍受法律保护、如何确定最优请求权、是否会出现以及出现什么样的抗辩等，制定有针对性的诉讼方案；明确其所主张的请求权类型，依法规范要件逻辑构建证据体系，形成清晰完整的证明逻辑；根据完整的请求权基础分析步骤进行演绎，预判裁判情况。

(二) 被告方之防御

于被告而言，请求权基础分析是进行防御的前提。

立足于原告起诉状中阐明的请求权基础，被告可以基于权利妨碍抗辩和权利消灭抗辩采取下列方法进行防御：

1. 在基础事实和基础关系层面，否定原告的请求权，原告必须举证证明其请求权产生并存续；
2. 原告请求权所依赖之事实存在，但基于该事实所产生的法律效果已经全部或部分消灭，如价金给付请求中存在抵消、撤销权已过除斥期间等；
3. 承认原告提出的请求权具有实际的法律效果，但对构成要件提出抗辩事由，如不可抗力、正当防卫或紧急救助行为等，主张原告请求权消灭；
4. 承认原告请求权存在，但主张拒绝履行，提出相应的事实理由，如诉讼时效已过，永久地阻却原告权利的实现，从而达到防御的效果^[16]。

在诉讼实务中，上述第二、三、四步抗辩若能成立，则可能起到釜底抽薪之效，使原告的请求权彻底被推翻。

(三) 审判者之分析与裁判

于审判者而言，请求权基础分析是掌握全局、准确裁判的重要方法。

审判的主要任务是查明事实、适用法律。通过请求权基础分析，法官可以形成清晰且有层次的审判思路。程序上，有利于法院正确审查程序事项；实体上，请求权基础分析将增强判决说理性，提高法院判决的公信力和权威；效率上，通过首先审查原告的请求权基础及被告提出的抗辩，将部分涉及缺乏请求权基础或已被抗辩权永久妨碍行使权利的案件在诉讼前期就移出诉讼程序，尽早明确审判方向和审理重点。

(四) 法学教育之改革

长期以来，我国法学教育普遍重理论、轻实务。然而，法学绝不应止步于单纯的理论研究，法治建设也离不开实务人才的培养。请求权基础分析在我国日渐火热的态势必然助推法学教育方法之改革。在未来，法学教学目标应逐渐由理论记忆转变为培养法学生的思维能力与法律解释和适用的能力；法学课堂将采用多样化、实用化的教学方法

提高学生发现、分析并解决问题的能力；除了理论水平高的学者，律师、公检法办案人员将越来越多地参与到法学教育当中，帮助学生们充分了解法律实务，使法学学习更“接地气”。

【注释】

[1] 王泽鉴，《民法思维：请求权基础理论体系》，北京大学出版社2009年版，第41页；

[2] 王泽鉴，《民法思维：请求权基础理论体系》，北京大学出版社2009年版，第41页；

[3] 陈卫佐：《德国民法总论》，法律出版社2007年版，第61页；

[4] 王利明：《民法案例分析的基本方法探讨》，《政法论坛（中国政法大学学报）》2004年3月，第22卷第2期，126页；

[5] 金晶：《请求权基础思维：案例研习的法教义学“引擎”》，《政治与法律》2021年第3期；

[6] 参见最高人民法院（2019）最高法民申254号民事裁定书；

[7] 参见最高人民法院（2019）最高法民申2946号民事判决书；

[8] 吴香香：《请求权基础思维及其对手》，《南京大学学报（哲人·人文·社会科学）》2020年第二期；

[9] 刘亚娜，高尚：《德国请求权基础分析法论析——兼论对我国法学教育及司法考试改革的启示》，《法律方法》，2012年4月；

[10] 王利明：《民法案例分析的基本方法探讨》，《政法论坛（中国政法大学学报）》2004年3月，第22卷第2期；

[11] 杨立新：《民事裁判方法》，法律出版社2008年版；

[12] 邹碧华：《要件审判九步法》，法律出版社2010年版，第27页；

[13] 邹碧华：《要件审判九步法》，法律出版社2010年版；

[14] 邹碧华：《要件审判九步法》，法律出版社2010年版，第27页；

[15] 葛云松、金可可、田士永、黄卉：《法治访谈录：请求权基础的案例教学法》，《法律适用》2017年第14期；

[16] 徐海勇：《请求权基础功能的三重性》，《人民司法》2015年11月。

【作者简介】



杨超男，广信君达合伙人。专注于民商事争议解决、公司与商事、涉外贸易与投资、海事海商与航空航天行业等领域。广东省涉外律师领军人才，现任广州市律协业务研究与培训工作委员会副主任、公司法律专业委员会委员。2020年和2021年，被国际知名法律评级机构 The Legal 500 评为中国法域律师广州地区“明日之星”、“新星律师”。



梁文琳，广信君达实习人员。专注于民商事争议解决、公司与商事、涉外贸易与投资等领域。毕业于世界百强名校南安普顿大学法学院，曾参与处理股东权利纠纷、经济合同纠纷和涉外案件等。

浅析《民法典》“自甘风险”条款

作者：肖剑基、庞超萍

《民法典》第1176条规定：“自愿参加具有一定风险的文体活动，因其他参加者的行为受到损害的，受害人不得请求其他参加者承担侵权责任；但是，其他参加者对损害的发生有故意或者重大过失的除外。活动组织者的责任适用本法第1198条至第1201条的规定。”这是《民法典》中“侵权责任编”较之前的《侵权责任法》所新增的内容，也是“自甘风险”第一次被正式写入法律。

一、“自甘风险”的含义以及意义

所谓“自甘风险”，是指行为人明知某项行为伴随风险、损失或事故，而自愿为此行为，当出现风险时，行为人自行承担、承担损害后果或者免除加害人赔偿责任的原则。

《民法典》正式确立“自甘风险”原则前，类似事件由《侵权责任法》第6条、第7条采用过错责任原则和无过错责任原则进行规制，结合第24条的公平原则判决被告承担全部或一定比例的侵权责任。但“公平原则”的背后难免融入司法人员“伤者为大”的主观因素以及兼顾对社会效果的考量，容易误伤部分“无辜者”，或存在侵权责任泛滥的倾向，不利于厘清侵权事件的责任界线。“自甘风险”原则的确立，不仅有利于引导人们慎重参加危险活动，减少和预防社会风险，更重要的是有利于明确活动组织者和有重大过失的行为人的责任界限。

二、“自甘风险”原则的适用范围及例外情形

《民法典》第1176条将“自甘风险”原则限定在“文体活动”中，那么，这种文体活动应该是指符合大众所认知的，能够丰富人们生活的文艺活动和体育活动。一般而言，这些文体活动应该为我们通常可见，风险不高、风险可控，并且民众接受程度较高。具体而言，一般包括三种类型：①文化娱乐活动，如文艺汇演、趣味运动会等，该类活动的风险较低；②对抗性竞赛活动，如足球、篮球、排球等，这也是自甘风险原则的主要适用范围；③风险类活动，如户外徒步运动、攀岩活动、掰手腕活动等，该类活动的风险较高。

需要注意的是，由于“自甘风险”原则一定程度上属于加重受害人自身责任的规定，因此在该条款后面，

列明了例外情形，即“其他参加者对损害的发生有故意或重大过失”的情况下，不适用“自甘风险”原则，相关的侵权人及活动组织者需要对受害人的受害结果承担侵权责任。

三、“自甘风险”原则的构成要件

笔者从主体、客体、主观、客观四个维度对“自甘风险”原则进行探析：

（一）主体方面：根据“自甘风险”原则的法条定义，适用该原则的主体是指“文体活动”的活动组织者以及参与者。

（二）客体方面：是指法律所保护的“文体活动”的参与者人身遭到损害的生命权、身体权以及健康权。

（三）主观方面：主要是指参与者明知风险并且自愿参加文体活动。何为“明知”以及“自愿”呢？

1.“明知”主要是指参与者知道所要参加活动的内容，包括活动的形式、参与人、激烈程度等，并且能够预见基本存在的风险，包括被人撞倒、摔跤等受损结果。

2.“自愿”主要是指参与者明知风险而仍遵循内心意愿参与该活动。

（四）客观方面：主要是指参与者所遭受的损害结果，而这种损害结果是当初参与该文体活动前能够预见的风险的转化。该风险一般是指文体活动中大众所认知的常见的风险，比如球类活动中可能被撞受伤的风险、跑步比赛中可能摔倒的风险。而风险的转化，是指参与者最终所遭受的损害结果也应当是这些风险的正常转化，而不包括活动组织者或其他参与者故意或者重大过失所造成的损害结果。

四、关于“自甘风险”的司法判例

案例一：（2021）吉01民终4730号民事判决书

基本案情：2021年4月19日17时许，刘某自己在榆树市第一高级中学后操场玩篮球时，李某鹏自愿加入进来玩篮球，一对一单打。在打篮球过程中，刘某进行防守，胳膊肘撞在了李某鹏鼻梁骨处，导致左侧鼻梁骨骨折，现李某鹏为请求刘某等赔偿医疗费、护理费等而诉来法院。一审判决驳回原告全部诉讼请求，原告不

服并提起上诉。

二审判决：篮球运动作为体育竞技活动，是身体直接接触的对抗性、竞技性运动，存在潜在的运动伤害风险，对于篮球运动中因身体对抗造成的伤害，每个参与者都可能是损害的制造者或者风险承受者。运动参与者自愿参与运动，应认为参与运动者默示他人在符合运动规则的情况下，愿意承受对抗运动中由此而生的损害，即应适用自甘风险原则。本案中，李某鹏已满17周岁，虽为限制民事行为能力人，但其能够辨认进行篮球活动会对自身及他人存在伤害的风险，但其仍自愿与刘某一起玩篮球，李某鹏身体受伤系源于篮球活动中的合理冲撞，现李某鹏并未举证证明刘某在篮球活动中存在重大过失，故刘某对李某鹏的损害后果不应承担赔偿责任。遂判决驳回原告上诉。

案例二：最高人民法院司法案例研究院近日在官方微信公众号公布的一则“掰手腕受伤案”

基本案情：曾某和李某都在重庆市垫江县某理发店工作。2020年9月20日下午，李某在店门口邀请曾某进行“掰手腕”比赛，虽然曾某拒绝，但在李某的坚持下，曾某和李某进行了掰手腕活动。然而在掰手腕过程中，曾某受伤，属于十级伤残。曾某遂诉至法院，请求李某支付医疗费、伤残赔偿金、误工费共计17万余元。

法院认为：1. 掰手腕是一种比拼臂力和腕力的运动，双方在角力中展现自身素质和身体爆发力，符合竞技性体育的一般特征，应认定为文体活动中的一种体育竞技活动。2. 自愿原则是民法的基本原则之一，它是自然人、法人等民事主体按照自己意愿在符合法律规定的范围内独立自主地选择、决定为或不为一行为的权利。本案中，李某并不存在违背他人意愿的意思表示，并不存在强迫行为，也未向曾某施加压力，加之掰手腕属于竞技性活动，常人具有挑战自我、赢得美誉的心理追求，虽曾某在开始时拒绝了李某的邀约，但李某再次邀约时，其选择迎战，应当属于自愿参加该体育竞技活动。3. 掰手腕角力中的僵持状态系双方力量相当，系竞技中的正常行为，李某在僵持状态下的突然发力系掰手腕中的常见行为，符合竞技性体育的一般特征，不能据此认定李某突然发力具有过错或者重大过失。加之在曾某受伤后，李某及其送医治疗，无论是垫付费用抑或是托朋友借款救治，也尽到了竞技活动参与者的一般义务，不存在过错，且曾某并未举示足够的证据证明李某在掰手腕中存在故意或者重大过失的情形。

因此，两人之间的掰手腕行为属于自甘风险的体育行

为，李某无需承担赔偿责任。法院一审判决驳回原告曾某的全部诉讼请求。曾某不服提起上诉，二审法院经审理后，裁定驳回上诉，维持原判。

案例三：（2020）赣0424民初3624号民事判决书

基本案情：2020年8月，原告受被告邀请，参加男子篮球联赛。原告在比赛中右膝关节不慎受伤并住院治疗，原告为此诉至法院要求被告赔偿医疗费、误工费、住院伙食补助费等。

法院认为：《中华人民共和国侵权责任法》按照过错责任原则和无过错责任原则确定责任方式，过错责任原则以行为人过错为归责依据。本案原告的受伤，不属于法定的特殊侵权案件，不能适用无过错责任原则，只能适用过错责任归责，本案两被告对损害事实的发生没有过错。篮球运动作为一项高强度和高对抗性的竞技体育，运动风险认识具有普遍性。原告作为完全民事行为能力人，应当认识到参加篮球运动的风险，其自愿参加篮球运动意味着接受该运动潜在的危险，属于以默示的形式表示自担风险意思，应当对行为后果自行承担责任。遂驳回原告全部诉讼请求。

“自甘风险”原则镶嵌于《民法典》，因此，“名正言顺”地适用了《民法典》中的“自甘风险”原则的判例，在各大法律网站能检索到的并不算太多，上述案例一所发生的事件及判决均发生在《民法典》施行之后，判决所适用的依据就是《民法典》中的“自甘风险”原则，案例二的事件虽发生在《民法典》施行前，但判决所适用的也是“自甘风险”原则。其实，经过检索，我们不难发现，在“自甘风险”原则正式确立前，有不少判例非典型地适用了“自甘风险”的概念，如上述案例三，事件发生于《民法典》施行前，但实际所适用的也是“自甘风险”的概念。

笔者认为，司法实务中，不排除部分只要符合“自甘风险”的核心内涵的行为，也会被认定为“自甘风险”行为，而不仅仅局限于“文体活动”中。毕竟，“自甘风险”原则的核心内涵，是要求行为人做到不去不该去的地方、不做不该做的事情。行为人只有正确评价并预见风险，在合法合理的框架内参与社会活动，才能获得法律的保护。对于因行为“越界”而致自损的行为，司法人员必须是非分明，坚持不牵涉无辜、坚决不“和稀泥”，从法律层面强力维护合法行为。

五、对活动组织者及参与者的建议

(一) 作为活动的参与者应当尽可能做到以下几点:

1. 参加活动前, 充分了解活动内容、组织者的组织和保障能力等情况, 并客观评估自身身体情况, 合理预估活动风险, 综合判断自己是否具备参加活动的身体条件以及承担风险的能力。

2. 参加活动过程中, 注意自身安全, 严格遵守活动规则及听从安排, 加强风险防范意识, 在发现自己身体不适或者发生紧急状况时, 应当及时向组织者反映并寻求帮助, 同时, 避免对其他人的人身造成损害, 若意外造成他人损害的, 应当及时救助, 避免损害结果进一步扩大需承担更大的法律责任。

3. 要合理定位是与非、分清危险与安全的界线, 对一些不该为的行为、不该去的地方、不该做的事情, 要坚决拒绝。

(二) 作为活动组织者应当做到以下几点:

1. 在组织活动前, 充分评估自身是否具备举办相应活动的资质及条件。

2. 在活动的规划和组织过程中, 充分了解活动的风险, 认真制定活动的实施方案, 严格履行谨慎注意义务和安全保障义务。

3. 在活动开始前, 以书面形式明确、全面告知参与者该项活动的风险及该风险可能导致的后果, 并要求相关参与者签署风险知情书。

4. 在活动过程中, 时刻准备履行安全保障义务, 在损害发生时, 应当及时提供合理的救助措施, 避免损害的进一步扩大。

5. 利用第三方转移风险, 即强制参与者购买有针对性的意外保险, 保障风险发生后的经济补偿责任。☞

【作者简介】



肖剑基, 广信君达合伙人。专注于劳动法、企业人事管理领域, 现为市律协劳动和社会保障法律专业委员会第九届、第十届委员, 广州市“百名公益专家律师”, 广州市总工会职工法律服务律师团成员, 广州市中小企业协会律师团成员, 广州市海珠区劳动人事争议三方联合调解中心调解员。



庞超萍, 广信君达实习人员。具有多年的法院工作经验, 熟悉劳动案件和知识产权案件。



2021年5月28日, 广东广信君达律师事务所党委及事务所举办“学党史 颂党恩 跟党走”诗歌朗诵会

居住权制度的解读与适用场景

作者：朱滔、陈展璐

引言

首先，居住权是居住权人为实现长期、稳定生活居住目的的用益物权。其不仅能行使占有、使用的权利，且因其支配性和排他性，一经设立便具有较强的稳定性。在居住权遭受侵害时，为实现其物权效用，居住权人可采用物权的保护方法实现其长期、稳定生活居住的目的。某些情形下居住权人甚至享有能排除对其居住使用形成妨碍的所有权的效力。其次，居住权可服务于家庭扶养救济，在一定条件下还能进入市场通过财产流转获益，具体采用哪种方式操作完全可由居住权人和房屋所有权人自主合意决定。最后，居住权制度还为建设多元化供给主体的住房体系提供了法律依据。房屋所有权人可与银行等金融机构或其他投资房地产市场主体订立房屋买卖合同，同时约定将买卖房屋设立居住权并办理居住权登记。这种设立了居住权负担的房屋出售价格一般较低，加之投资门槛不高，故能吸引更多购地购买者，拓宽房地产的融资渠道，促进房地产资源的优化配置。

一、居住权的内容

相关法条链接：

《民法典》	第 366 条 居住权人有权按照合同约定，对他人的住宅享有占有、使用的用益物权，以满足生活居住的需要。
	第 367 条 设立居住权，当事人应当采用书面形式订立居住权合同。居住权合同一般包括下列条款： (一) 当事人的姓名或者名称和住所； (二) 住宅的位置； (三) 居住的条件和要求； (四) 居住权期限； (五) 解决争议的方法。
	第 369 条 居住权不得转让、继承。设立居住权的住宅不得出租，但是当事人另有约定的除外。

1. 居住权的主体。居住权出台的目，是为贯彻党的十九大提出的“加快建立多主体供给、多渠道保障住房制度的要求”而设立的新型用益物权，以满足居住权人稳定的生活居住需要。因此，居住权除了具有用益物权所特有的用益性之外，还具有较强的人身性。中国法制出版社出版的《中华人民共和国民法典物权编》（实用版）一书中有提到：“居住权是为特定的自然人基于生活用房而设立的物权。”

但是，《民法典》第 367 条规定居住权合同一般包括“当

事人的姓名或者名称和住所”，该条规定就体现了法律并未排除法人或者其他组织作为居住权的合同主体，因为只有法人或者其他组织才会使用“名称”。那么，上述法条的规定是否与官方对于居住权主体的理解相矛盾呢？笔者认为答案是否定的。《民法典》第 367 条规定的“当事人”是设立居住权的合同主体并非居住权的主体，换言之，设立居住权的主体，可以是自然人、法人或其他组织，上述主体均可以其自有的房屋为居住权人设立居住权；但是，因居住权具有人身性的特征，享有居住权这一用益物权的主体（即居住权人）只能是自然人，法人或其他组织并不能通过合同或者遗嘱获得居住权的权利。

2. 居住权的客体。根据《民法典》第 366 条可知，客体仅限于“他人的住宅”。所谓“住宅”是指专供自然人居住的房屋，具有私密性与不可侵犯性，其中包括商品房、宅基地、别墅、公寓、宿舍等。

但不包括住宅楼的消防通道、不住人的地下室、建筑公用空间等，也不包括商铺、托儿所、病房、疗养院、旅馆等具有经营性、专门性用途的房屋。

此外，设立居住权的住宅不仅可以是整套“住宅”，也可以是部分“住宅”。例如别墅中的某一层、一套房屋中的一个房间等。这也就意味着一个不动产设立居住权之后还可再次设立居住权，不过对居住权客体属同一个标的的，其权利期限就不能重合。

3. 居住权的权能。根据《民法典》第 366 条可知，居住权具有占有、使用的权能自不言待。那么，是否应具备“收益”的权能呢？

根据《民法典》第 369 条“设立居住权的住宅不得出租，但是当事人另有约定的除外”，即例外情况下可以出租已设立居住权的住宅。既然可以出租，即理应是可以通过出租获得收益。那么，是否可以“处分”呢？

根据《民法典》第 369 条第 1 款“居住权不得转让、继承”，但该条并未表明违反上述规定的法律后果。根据《民法典》第 153 条“违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效。但是，该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外”。那么，该条“居住权不得转让、继承”的规定，到底是属于效力性强制性规范还是管理性强制性规范呢？违反该条订立的转让合同、设立的遗嘱效力如何呢？

笔者认为，上述条款规定应属管理性强制性规范，违反该条订立的合同为效力待定的合同。理由如下：对于个体来说，居住权人和受让人之间的利益应当是自愿达成，并

根据双方的约定履行。而作为受让居住权转让合同的第三人来说，他唯一需要对抗的是房屋所有权人，所有权人才有权决定其房屋交由谁来居住，以防自有住宅落入其不愿托付的人之中。

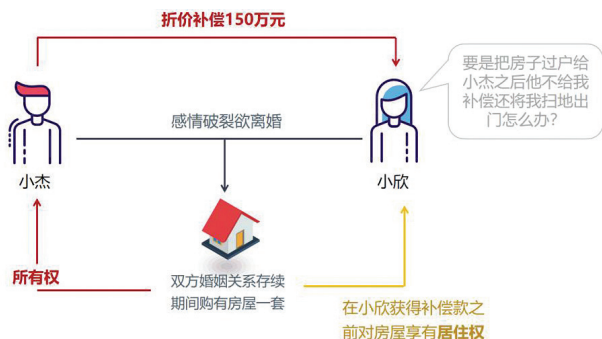
因此，若居住权人违反该条规定，对居住权进行转让、继承的，只要居住权人具有民事行为能力，其所订立的转让合同或遗嘱属于其真实的意思表示，不存在重大误解、显失公平或一方以欺诈、胁迫等手段迫使其将居住权转让、继承的，则在未违背公序良俗、损害国家利益或他人合法权益的前提下，居住权人将居住权作为标的订立转让合同或将居住权作为遗产写入遗嘱当中的法律行为应属效力待定的民事法律行为，只要所有权人予以追认，那么居住权人的行为即有效。

因此，居住权转让受影响最大的是所有权人，对居住权转让合同的效力应当交由所有权人决定。

二、居住权的适用场景

1. 生活性居住权

① 离婚时的财产分割



例如，小杰和小欣在婚姻关系存续期间购买了一套房屋，后二人感情破裂意欲离婚，双方协议约定由小杰享有全部的房屋所有权，并由小杰补偿房屋折价款 150 万元给小欣。这时小欣就有所顾虑：要是我配合房子过户给小杰之后他不给我补偿款还将我扫地出门怎么办？此时，两人很可能就会在先给钱还是先过户这个问题上僵持不下。在《民法典》尚未出台以前，上述的僵局只能通过其中一方的让步才得以解决，但是，这种做法肯定会对作出让步的一方略显不公。而在《民法典》出台以后，小欣就可以在这套房屋上设立一个居住权给自己，并约定在自己（小欣）获得补偿款之前，都有权继续在这个房屋里居住。虽然可能两个人已经很不待见对方了，但是总比小欣被小杰扫地出门要强。

当然这种场景还可以换一种形式，就是若双方选择以诉讼的方式离婚，那么法院还可以根据照顾女方或弱势一方的原则判决小欣对房屋拥有一定期限的居住权作为补偿。

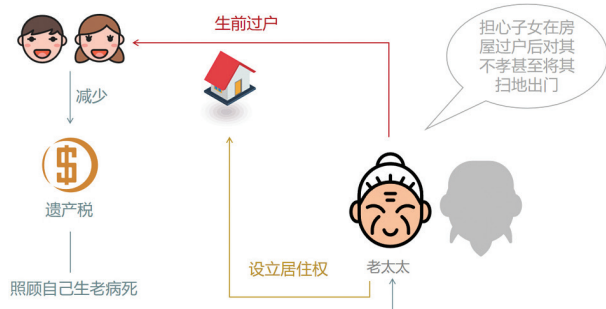
② 设立居住权满足继承案件中老有所养或者其他家庭成员的生活居住需要



例如，老太太、老爷爷已经年迈，子女都移民国外，两人的起居生活一直由保姆照料，保姆也常年居住在两老家。老爷爷担心自己和老伴都生活不能自理的时候保姆离自己而去，也担心自己去世以后保姆不愿照顾老伴，或者两老都去世以后保姆无依靠，故想立遗嘱将房屋赠与保姆以保障其百年归老时的生活居住问题。在《民法典》出台之前，两老若将房屋赠与保姆，若子女在生前得知此事，肯定会对两老的安排心生不满，进而与老人产生冲突，影响家庭和睦；若子女是在两老去世以后才得知此安排，子女肯定会因老人生前的安排与保姆产生纠纷，导致诉讼。如今有了居住权制度，两老生前就可以在自有的房屋上为保姆设立居住权，期限就是至保姆老死为止，而房屋的所有权归子女所有。这样就可以很大程度上缓解家庭矛盾。

当然这个场景还可以换一下：老太太多年前去世了，留下老爷爷一人，而老爷爷很幸运地在年过半百时还找到了生命中的另一半。自己父亲再婚，子女肯定会担心日后发生继承时自己所得的遗产会落入“外人”手中，但是老爷爷与再婚配偶之间又是合法夫妻，子女无法阻挡父亲再婚配偶的继承，此时，家庭矛盾只会不断升级，影响家庭和睦。在居住权制度下，老爷爷可以在遗嘱当中为再婚配偶设立居住权，期限是直到配偶老去或配偶再婚，子女拥有房屋的所有权，从而缓解一部分家庭矛盾。

③ 设立居住权避免将来可能出现的遗产税



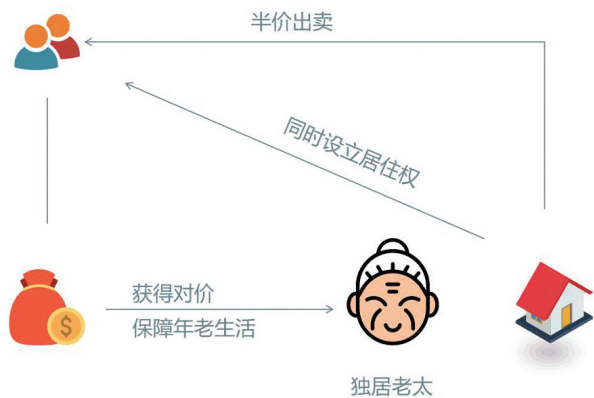
例如，老太太在老伴儿去世之后一直独自生活。近年来，其日感年迈，一方面想把现居住的房屋在生前就过户给子女，以减少将来可能征收的遗产税等支出，也让子女安心照顾其生老病死；但另一方面又害怕子女在房屋过户之后对其不孝

或将房屋出卖，让其住无所居，无所依靠。

在居住权出台之前，老太太的此种想法很难完全通过现有制度予以全面保障。其虽可通过赠与或者买卖的形式在生前将房屋过户给子女，但在他过户之后即丧失了房屋所有权，很可能影响老太太在此房屋中的居住，难以实现其老有所依、住有所居的目的。

在居住权出台之后，老太太的愿望即可以通过设立居住权予以实现。老太太可以与子女签订设立居住权的合同，约定在老太太将房屋过户给子女之后，仍能够在其有生之年享有对于此房屋的居住权。在老太太将房屋所有权过户给子女的同时，子女也应该配合老太太办理居住权设立登记。这样，既可以满足老太太想在有生之年将自己名下的房屋所有权转移给子女的意愿，又能够保障自己在失去房屋所有权之后，不至于被不孝子女撵出房屋造成居无定所的困顿局面。在居住权设立之后，即使遇到了不孝子女，老太太也可以通过行使居住权的物权保护属性，排除不孝子女对于老太太正常占有使用房屋的居住权的妨害，亦可以防止不孝子女将房屋出售后新的房屋所有权人向老太太主张腾房的权利。

④设立居住权“以房养老”

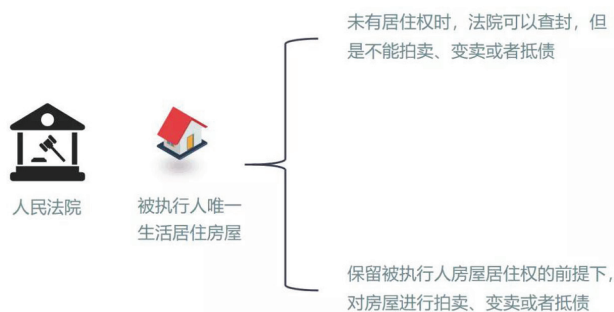


以往，不少独居老人为了达“以房养老”的目的遭到了小贷公司或者其他声称“以房养老”的保障机构所骗，最终不仅老无所依，甚至被骗至倾家荡产。如今《民法典》出台居住权制度能更好地解决老人“以房养老”的问题。

例如，60岁的独居老太独自生活但是又不想去养老院，名下仅有一套市值300万元的自住房屋和几万元存款，子女早年已经移民去了国外。她认为仅有存款不足以养老，想把房子提前卖给机构或个人套现，以保障自己年迈的生活。

《民法典》出台前，老太将房子出卖以后，虽然能获得对价，但是已经失去房屋的所有权，失去落脚的地方。但是，《民法典》出台以后，老太在出卖房屋的同时，可以为自己设立在有生之年都享有的居住权，这样，老太就能在不改变原有居住条件的情况下将房屋提前变现获得对价，改善生活所需，在物质层面上实现老有所依。

⑤有利于法院的强制执行



居住权制度出台之前，人民法院在执行的过程中，对被执行人名下的唯一生活居住房屋只可以查封，但不得拍卖、变卖或者抵债。那么，居住权制度出台之后，法院可以将居住权制度有效运用于民事执行案件中。在被执行人仅有唯一住所的情况下，可以在保留被执行人的房屋居住权的前提下对房屋进行拍卖、变卖，这样不仅保障了被执行人基本的生活居住条件，同时也有利于债权人实现债权，减轻执行难度。

2. 投资性居住权

居住权制度原则上不能出租，但是当事人另有约定的除外，就是因为这句“但书”的规定，就为居住权的操作留下了巨大的空间，换言之，只要双方当事人达成合意，设立了居住权的住宅还是可以出租。既然可以通过出租获益，那么必然也是可以通过出卖获益的。下面笔者就来列举几个典型的投资性居住权适用场景。

①合作建房场景



这里合作建房的场景是基于最简单的场景之上，暂时不涉及开发商等实务中较为复杂的操作。

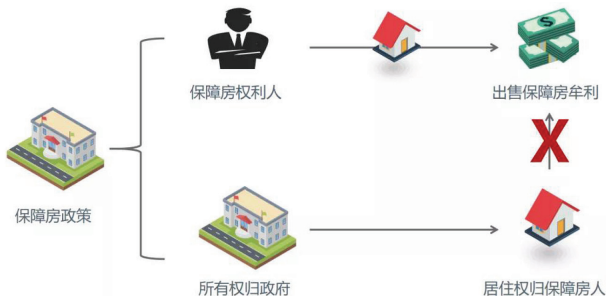
在一方投入建设资金（出“钱”），一方提供建设用地使用权（出“地”）的合作建房的场景，出钱的一方肯定是希望房屋建成后可以获得可观的收益，但是实务中经常会出现合作建房合同因种种原因导致未成立、被撤销或被确认为无效的情形。此时，关于出“钱”的一方当初约定的房屋建成后分成的约定就失去法律效力，建成的房屋由于“房地一体”原则，权属归属于出“地”的一方，而出“钱”的一方只有权请求返还本金及相应的利息，这远低于依约分得房屋的价值，非常不公正。在该种情形下，出钱的一方可以为自己在所建房屋上设立居住权，日后再将居住权出卖以弥补原建房后可获得的利益，降低损失。

② 性价比最高的居住方式



买房, 房价高, 买不起; 租房, 最长只有 20 年期限, 房租可能会上涨, 还可能被房东拒绝续租; 但是单独购买居住权, 就可以获得性价比最高的居住方式。

③ 防止保障房权利人出售保障房牟利



实践中, 使用政府保障房的权利人经常会出现出售保障房牟利的情况, 使基本住房保障制度落空。此时, 居住权制度的出台就可以很好地解决这一问题: 政府向符合使用保障房条件的人提供保障房居住时, 可以约定由政府保留房屋的所有权, 保障对象享有永久性或者一定期限或者满足一定条件内的居住权, 就可以避免保障房权利人出售保障房牟利的投机行为。

此外, 对于公租房、廉租房的权利人来说, 居住权制度也是对他们的一大保障, 政府在批准权利人使用公租房或廉租房的同时, 为权利人设立与租期相同的居住权, 那么承租公租房或廉租房的权利人就不用担心政府会无故将他们的房屋收回, 就算是由于政策的原因要收回, 权利人也能依据其所拥有的居住权而获得补偿或赔偿。

三、总结

近日, 武汉市洪山区出现了首例强制执行居住权的案件。在《民法典》生效前, 李先生通过遗嘱继承了妻子许女士生前属于个人所有的房屋的居住权, 而该房屋的所有权归许女士的弟弟许先生所有。许女士去世后, 李先生与许先生曾因许女士的遗产对簿公堂, 后法院判决李先生拥有上述房屋的居住权。但是 2021 年初, 许先生将上述房屋挂网拍卖, 李先生担心自己的居住权受影响, 便持判决书向法院申请强制执行, 法院于 2021 年 2 月 26 日作出执行裁定, 将该房屋的居住权登记在李先生名下, 李先生后持身份证明和法院的

执行裁定书等材料顺利地不动产登记部门办理完毕居住权登记。

通过上述案件, 承办法官、律师等均站在购房者的角度向大家作出了一系列居民购买二手房时需注意的注意事项以及操作提醒。但是, 笔者在这里想说的是, 所有制度的出台都具有两面性, 作为律师, 不能一味地只看到制度的弊端并将自认为的弊端无限放大而对其过度防范, 律师应该站在中立的角度, 理性地分析该制度的利弊, 并利用各个维度的优势更好地为当事人提供服务。

【作者简介】



朱滔, 广信君达合伙人。专注于建设工程、劳动人事、民商事诉讼(仲裁)、企业法律顾问。现担任广信君达建设工程法律专业部副部长, 广州市市律协公益与公共法律服务工作委员会副主任、劳动与社会保障法律专业委员会委员, 系广东省工业和信息化厅入库法律专家, 广州市司法局广州市调解专家库专家, 广州市涉案企业合规第三方监督评价机制专业人员名录库成员, 广州市工商联广州市中小企业法律服务专家团专家, 中国广州仲裁委员会、深圳国际仲裁院(深圳仲裁委员会)商事仲裁员, 广州市及海珠区、白云区、番禺区、增城区劳动人事争议仲裁委员会劳动仲裁员, 广州国际商贸商事调解中心、广州市天河区人民法院调解员, 广东省法学会经济法学研究会理事等。



陈展璐, 广信君达专职律师。专注于民商事争议解决、劳动人事争议解决、公司治理与法律风险防控、常年法律顾问。

医疗侵权案中民事行为能力受限当事人的权利保护

作者：李立、许文滔

摘要

民事行为能力受限当事人申请司法保护，面临七大障碍——立案、举证、依据、鉴定、专业、认定和成本。化解种种障碍，重点要立法、司法和用法着力，要让法定代理人、监护人制度真正落实到对民事行为能力受限的当事人保护和保障工作中，让医疗侵权案中民事行为能力受限当事人不再成为法律“不正义”的受害人。

一、问题提出：非完全民事行为能力当事人的司法保护问题凸显

随着医疗水平不断提高，民众法律意识不断提升，医疗纠纷案件处置日益复杂，维权难度也日益增大。这当中，民事行为能力受限当事人的司法保护，成为一个突出的新问题。如间歇性精神病患者起诉认为医院对其诊疗活动存在过错如何认定、对昏迷植物人的患者何时开始启动权利维护等。尤其在法律依据不明情况下，面对案件的审查，法官自由裁量权过大，程序运用差异大、处置周期长等问题更不断显现。针对此问题，笔者从律师代理案件角度进行分析，以期探讨有效的解决途径。

二、诉讼障碍：非完全民事行为能力当事人诉讼难面面观

（一）立案障碍：民事行为能力状况成启动诉讼的首要难题

民事诉讼权利能力，是指能够作为民事诉讼当事人的资格和能力。民事诉讼行为能力，是指能够以自己的行为亲自参加诉讼，实现民事诉讼权利、履行民事诉讼义务的能力。有民事行为能力即有民事诉讼行为能力，无民事行为能力人和限制民事行为能力人，应仅认为具备民事诉讼权利能力，但民事诉讼行为能力或者无，或者受限。

当事人是否适格，成为法院判断是否有权提起诉讼的首要环节，但该环节在实务认定中存在诸多问题。以笔者代理患者陈某诉xx大学附属xx医院医疗损害纠纷案为例，从维权开始，便困难重重：

1. 委托手续存在阻碍：因患者已经陷入昏迷状态，无法履行相应委托手续，律师与近亲属进行充分沟通后，以患者本人名义起诉，由近亲属在起诉材料上代签名，并明

确记载近亲属为代签名。

2. 立案办理存在阻碍：向越秀区法院起诉后，其立案庭以非本人签名为由拒绝受理；经详细沟通及告知患者目前病情状况，并提供病历材料证明后，仍被告知需要先进行特别程序确定民事行为能力，否则不能立案。面对此情况，代理律师多方陈述，说明普通程序的立案与特别程序之间并不冲突，立案也仅为形式审查，若后续经办法官仍认为需要进行特别程序认定的，那本案可暂时中止审理，但不能剥夺我方起诉的权利。几番沟通后终于成功立案。

3. 主体资格认定难：这在医疗侵权案件当中尤为明显，通过立案并不意味后续就顺利了。首先，经办法官仍要求先进行特别程序的认定，虽我方反复主张患者已有病历材料足以证明现处于昏迷状态的病情，民事行为能力已明显受限，可启动监护人制度从而保障患者的权利，但不被支持；再主张患者不需要通过特别程序来确定监护人，可采取意定监护的形式由全体家属协商确定，而在具体案件中直接认可并不会侵犯被监护人的权益，若被监护人行为能力恢复，固然可以自行行使权利，或选择案件继续进行，也可申请撤诉；即便监护人在代理过程中存有侵害权益的行为，被监护人也完全可以向侵权人主张损失，二者之间并不冲突，但仍不被支持；其次，即使按照法官的要求启动特别程序，也面临种种阻碍。代理律师结合患者的实际昏迷的病情以及节约时间和金钱等成本考虑，继续向主审法官沟通，认为已经不需要再通过司法鉴定进行认定，现有病历材料足以证明，《民事诉讼法》中也认为必要时才应当再进行鉴定。但特别程序的审理法官全然不顾我方提出的实质异议，仍要求鉴定，在法庭审理时还明确告知若不进行鉴定，将驳回我方的申请，且并未对“必要时”再作鉴定的行径进行任何法理层面的阐述。

4. 鉴定流于形式：迫于无奈，律师和患者近亲属沟通后还是选择按照法院的要求进行司法鉴定，而滑稽的是，即使安排了鉴定专家到医院ICU为患者进行行为能力的认定，但实质上却没有做什么工作，连临床数据和体格检查都直接沿用病历资料的记载，那为何非要经过所谓的鉴定过程呢？即便法官没有医学常识可以作出判定，那是否考

考虑采取询问函等其他方式辅佐呢？

（二）举证障碍：无民事行为能力人的举证责任过重

首先，存在的阻碍包括但不限于当事人的可能不配合情况：若患者存在有精神疾病障碍，极有可能对鉴定过程造成影响，并阻碍程序的推进，如实践中出现的扰乱听证会秩序导致的鉴定机构退回鉴定的情形；若患者陷入昏迷或“植物人”状态，其治疗还在涉案医院或他家医院的重症监护室接受治疗，即俗称的“ICU”，而鉴定机构人员有可能需要现场评估患者目前病情，但因治疗需要或其他原因，医院不允许鉴定机构的人员进入ICU，导致鉴定程序的无法推进。

其次，鉴定受现有条件的限制：若患者存在有精神疾病障碍，而现有精神疾病的诊断无明确的客观依据，更多是依靠医师的主观判断结合一些客观证据；此外，进行鉴定还需要机构具有相应的资质条件；再者，鉴定机构存在有设备及人员问题，因而实践中通常还需要提供医院的病历资料。若患者属于“植物人”状态，以上所说的问题仍可能存在，最终鉴定的结果与患者实际的精神疾病的障碍程度可能不一致。

（三）依据障碍：特别程序存在规定及适用的瑕疵

法定代理人、监护人制度，旨在保护无民事行为能力人和限制民事行为能力人。《民事诉讼法》第一百八十七条规定：“申请认定公民无民事行为能力或者限制民事行为能力，由其近亲属或者其他利害关系人向该公民住所地基层人民法院提出。申请书应当写明该公民无民事行为能力或者限制民事行为能力的事实和根据。”第一百八十八条规定：“人民法院受理申请后，必要时应当对被请求认定为无民事行为能力或者限制民事行为能力的公民进行鉴定。申请人已提供鉴定意见的，应当对鉴定意见进行审查。”但在代理案件中却发现，法律规定上的缺陷让司法实践与该目的相违背，实质上成为了一个限制其亲属代位行使权利的障碍，也为追究侵权人的责任设置了限制。

比如，根据上述规定，鉴定是认为“必要时”才需要，但何时属于“必要时”却未进行规定。由于法律缺少具体的指引，以至于司法实践中普遍存在非经鉴定不能确认的情形。

这实质上属于适用法律的错误，在现有证据足以证明无民事行为能力人的状态下，还要加入鉴定程序未免有些冗杂，不仅在程序上增加了当事人的负担，还在成本上造成了当事人的负累。

（四）鉴定障碍：司法实践中过度依赖鉴定意见书

司法实践中通常要求先经过司法鉴定并经特别程序才能对无民事行为能力主体进行认定，此系关于诉讼行为能力认定的程序障碍。

上述案例也间接反映了司法实践中“以鉴代判”的现状，更是反映出司法实践中对鉴定意见的认识偏差。鉴定意见书作为法定证据的一种，并不具有当然的效力，自然也不具有大于一切的效力，其存在的人为主观偏差是难以避免的，因而结果也不必然准确。但我国目前司法现状及检索到的案例普遍显示，法院过度依赖鉴定机构的意见，甚至认为是唯一金标准。

但要提出的是，在医疗侵权纠纷当中，患者存有精神障碍疾病，或者陷入昏迷或“植物人”状态的情形相比较于其他侵权纠纷会更为常见且具有特殊性，其特殊性在于具有充分的病历资料可证明患者现时的状态，若要求提起诉讼需先进行无民事行为能力人的认定，实际上给患者权利主张设置了障碍，该条规则对患者而言格外严苛，这就是在某种程度上限制了其进行权利主张，即诉讼行为能力认定的程序障碍。

（五）专业障碍：法律工作者存在专业失位与错位问题

这个观点希望通过一个案例予以说明，即陶有平与重庆万州区欣欣医院有限公司医疗损害责任纠纷案，其中二审判决书部分摘录情况如下文：

二审法院认为：关于一审法院是否遗漏了对陶有平启动宣告为限制民事行为能力或者无民事行为能力的特别程序的问题。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》第三百四十九条之规定：“在诉讼中，当事人的利害关系人提出该当事人患有精神病，要求宣告该当事人无民事行为能力或者限制民事行为能力的，应由利害关系人向人民法院提出申请，由受诉人民法院按照特别程序立案审理，原诉讼中止。”《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》第八十三条之规定：“在诉讼中，无民事行为能力人、限制民事行为能力人的监护人是他的法定代理人。”本案中，陶有平系精神病患者，为限制民事行为能力人，其父亲陶思奎是其法定监护人，是在诉讼发生前均公认的一个事实，且在一审诉讼中，并未有其他利害关系人向人民法院提出申请为其监护人。故一审法院没有启动特别程序宣告陶有平是限制民事行为能力人，指定其父亲陶思奎是其法定监护人，并无不当。

事实上，该案例中并未对无民事行为能力人或限制民事行为能力人的认定启动特别程序，可见依据现有法律规定可对无民事行为能力人的权利主张提供保障。但由于实践中法律工作者的失位与错位，如律师未能利用现有法律规定保护当事人的利益，又如法院未能秉承中立审判的角色且执着于司法鉴定确认，这实际上是法官过度依赖鉴定及放弃其自由裁量权的结果，从而导致了无民事行为能力人权利主张的障碍。法官应在合理采信现有证据下的综合认定并判断是否需要经过特别程序确定、如何进行特别程序，以及是否需要鉴定等问题。

（六）裁量障碍：资格认定事宜法官自由裁量权随意性较大

在笔者代理患者陈某诉 xx 大学附属 xx 医院医疗损害纠纷案为例进行阐释的同时，也代理过如下案件：

案例 1：在高某诉 xx 大学附属 xx 医院案件中，笔者作为医院方代理人参与到法庭审理当中。患方认为医院对其进行手术前的病情告知与说明不充分，因为其当时存在心理疾病障碍的影响（仅有外院抑郁症的治疗史），不能正确认知手术的风险及必要性，而医院未告知其家属相关情况；我方反驳：患者系自行前往医院就医，病情沟通等都反映出其具备正常人的行为能力，无法认定其属于行为能力受限的情形，也没有义务对其进行认定。但法院认为我方作为医疗机构有充分的能力对患者精神状况进行认定，且病历有记载抑郁症病史（抑郁症不必然会影响认知能力），因而要求我方举证证明或申请民事行为能力鉴定，反复反驳仍无果，我方顺势向法院提出“若患者认为就诊时需要针对其民事行为能力进行鉴定，那其现起诉行为能力也应有存疑，可进行相应鉴定”，但法院却以患者母亲作为代理人参与庭审过程，及患者能有效对法庭询问的若干问题作答为由否定了我方的意见。

案例 2：在代理某医院参加应诉的过程中，因发现患者行为状态有异常（反复报警上百次、投诉医院几十次），且性情激惹，书写的诉状也反映出其可能存在有一定程度的精神障碍（偏执型精神病），故我方向法院申请对其进行司法鉴定以明确其精神状态和民事行为能力，但法院却同样在当庭询问若干问题后就认定不存在有需要鉴定进行鉴定的情形，驳回我方的申请。

对比上述两个案例，在面对当事人民事行为能力受限情况下，笔者经过案件办理产生如下认知：一是法官自由裁量权过大，特别是法律规定不明确时，判案无具体标准；二是鉴于医疗专业知识的先天缺乏和后天不足，

精神状况的认定问题需要进行专业的司法鉴定，而对植物人的行为能力受限认定可依靠病历而无需鉴定之必要，但实际情况却似乎刚好相反；三是在普通程序、特别程序、司法鉴定程序推进过程中，就法定代理人、监护人等的选择和判断存在诸多矛盾，其最终结果则为法定代理人、监护人制度的优选性难以在病患当事人权益保护上体现。司法实践上的某些操作，有违法定代理人、监护人制度的初衷、初心。

（七）成本障碍：依法行使司法救济维权的成本太大

费用成本大。由于涉及诉讼资格问题，法律规定确认无民事行为能力人一方需通过特别程序予以认定，而司法实践通常要求进行司法鉴定以明确其主张，故还需支出司法鉴定费用，所有这些费用（医疗纠纷案件中通常还需要患方承担两个鉴定所需要的费用，即伤残能力鉴定或死因鉴定以及医疗损害过错鉴定）的支出，还可能包括律师费或误工损失等，造成患方主张权利的成本过高，从而极大限制或阻碍了患方通过司法途径寻求救济。

时间成本高。特别程序通常需要几个月时间，还需要加上患方提起程序所耗费的时间，而鉴定程序却不计入法院的审限当中，这意味着若需经过司法鉴定，耗时将进一步增长（在上述的另外两个鉴定所耗费的时间外，尤其是医疗损害过错鉴定耗费的时间），包括但不限于联系鉴定机构的时间、与法院进行函件往来所耗费的时间、鉴定所耗费的时间、患方给鉴定机构提供材料的时间，导致患方主张权利的时间成本过高，从而成为压垮骆驼的最后一根稻草，阻断了患方获得司法救济的途径。

等待代价太大。笔者代理患者陈某诉 xx 大学附属 xx 医院医疗损害纠纷案之后，就已花费了极高的时间及金钱成本，且遗憾的是患者在鉴定意见书出具后不久离世，这时自接受案件委托已过去将近一年，但还未等到案件正式进入庭审。

三、解决途径：消除障碍推进权益保护或要重点采取对策途径

（一）立法层面：分清无（限制）民事行为能力人的认定及权利保护问题

民事行为能力的认定问题与权利救济问题应当进行区别。民事行为能力人的认定是对行为人状态的判定，而权利救济问题的判断应是基于现有证据下对是否存在侵权以及是否存在过错及因果关系进行判断，二者不应等同起来。

笔者认为，不能因为无民事行为能力人需要通过特别程序确定，就要求已有证据证明存在损害的患方作更进一步的判断才赋予其起诉的权利，尤其在患者存在有精神障碍或者严重昏迷或“植物人”状态的情况下。

无民事行为能力人的认定应是确定监护人的制度，用以保护被监护人的财产及人身权利，或者保护利害关系人的合法权益；而涉及到无民事行为能力人的侵权问题，应是通过赋予其监护人提起司法救济和追究侵权人责任的权利从而保护无民事行为能力人，但实践中却将二者混淆了，如上所述，被侵权人的权利主张遇到诸多障碍，且这些障碍本不必要或不应当存在。因此，建议立法部门制定相关的配套法律解决适用层面的问题，积极保护被侵权人的利益，鼓励被侵权人或其家属及时采取措施避免更大的损失。

（二）司法层面：以保护当事人提起诉讼权利为出发点进行审查

首先，问题的解决有赖于法院正确适用法律。法律要求在必要的情况下应当对该无民事行为能力进行鉴定，那么可见，鉴定程序并非必须进行的，在已有充分证据证明的情况下应当采信一方的主张而认定其为无民事行为能力人，并由其法定代表人代为起诉。以医疗侵权纠纷为例，在现有病历可充分认定患者陷入昏迷或“植物人”状态，或者存在有精神疾病障碍时，若无相反证据证明的情况下，应支持患方的代为起诉。

其次，法院应当正确分配举证责任。在医疗侵权纠纷案件当中，由于医疗机构保管了病历等材料，且掌握专业的医学知识，对于法院支持患方起诉资格的主张完全可以提供充分证据驳斥，并可要求进行无民事行为能力鉴定。至于是否启用司法鉴定程序应当由法院依职权认定，合理分配两者间的举证责任，根据案情判断由哪一方承担鉴定费用，正确适用“谁主张谁举证”的原则。

最后，程序的展开应当在法院的主持下进行。对于医疗侵权纠纷，法院完全可以先行受理医疗损害责任纠纷，并依照法律规定推进程序的开展。

若患方主张患者为精神疾病障碍群体，那么根据《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》第三百四十九条规定，“由利害关系人向法院提出申请，由受诉人民法院按照特别程序立案审理，原诉讼中止。”此时，由于医疗过错的举证责任在患方，患方可要求法院继续推进鉴定程序的进行，而事实上，无民事行为能力的认定与医疗损害过错的认定并不矛盾，完全可以同时进行。一方面，二

者的判断互不干扰，医疗损害鉴定是判断诊疗行为是否存在有过错，系基于此前的行为，而无民事行为能力人的认定则是判断行为人当时的状态；另一方面，二者的结果互不影响，当事人是否具有诉讼资格并不影响医疗损害鉴定判断的医疗机构是否存在过错，二者的结果均是独立的。

而且，若经特别程序认定患者为无民事行为能力人，其法定代表人或监护人当然具有相应资格提起诉讼，如起诉时是由多名近亲属共同提起诉讼的，也可依法变更为法定监护人提起诉讼；若经特别程序认定患者具有民事行为能力人，患者自然有权决定是否提起诉讼，实际上也不会对其权利的主张产生任何影响；或者虽经特别程序认定为无民事行为能力人后又恢复的，也可申请特别程序重新认定后决定是否继续进行医疗侵权纠纷。

而对于陷入昏迷或者是“植物人”状态的患者，应当可以同样适用上述精神疾病障碍患者的程序开展。

（三）用法层面：减少无价值鉴定和简化诉讼程序

首先，在诉讼双方对无民事行为能力人的状态不存在有异议的情况下，法律工作者应当积极主张简化诉讼程序，减少不必要的费用，节约诉讼资源；对于现有证据已充分认定无民事行为能力人的状态时，不应再行鉴定，增加当事人的负担。

其次，由于医疗侵权纠纷的特殊性，对于患者的状态已有充分的病历材料可供证明，且诉讼双方对患者的状态没有任何异议，该关于确定无民事行为能力人的鉴定自然没有价值，也应当减少。

再者，法律工作者包括学者，应当积极发声倡导简化诉讼程序，减少无价值的鉴定过程，保护无民事行为能力人的诉权，维护其合法权益，减少诉讼资源的浪费。

四、结语：不要让病情折磨之后，再受不正义之苦

《中华人民共和国民法典》经十三届全国人大三次会议审议通过并颁布实施，作为新中国成立以来第一部以“法典”命名的法律，是新时代我国社会主义法治建设的成果，具有里程碑意义。

关于无（限制）民事行为能力人的权益问题，民法典有了不少规定：

第二十一条明确了不能辨认自己行为的成年人为无民事行为能力人；第二十四条关于【无民事行为能力或限制行为能力的认定与恢复】中明确其利害关系人或者有关组织，可以向人民法院申请认定该成年人为无民事

行为能力或者限制民事行为能力人；第三十二条【公职监护人】没有依法具有监护资格的人的，监护人由民政部门担任，也可以由具备履行监护职责条件的被监护人住所地的居民委员会、村民委员会担任；第三十三条【意定监护】具有完全民事行为能力的成年人，可以与其近亲属、其他愿意担任监护人的个人或者组织事先协商，以书面形式确定自己的监护人，在自己丧失或者部分丧失民事行为能力时，由该监护人履行监护职责。

但对于非完全民事行为能力人的诉讼权益事宜的规定仍显不足，尤其是在司法实践过度倾向并依赖鉴定意见的大背景下，《民事诉讼法》第一百八十八条：“人民法院受理申请后，必要时应当对被请求认定为无民事行为能力或者限制民事行为能力的公民进行鉴定。申请人已提供鉴定意见的，应当对鉴定意见进行审查”，其中何谓“必要时”的判断仍缺乏进一步指引，非完全民事行为能力人的诉讼权益保护仍然是一大难题。

不过，近期实施的《最高人民法院关于人民法院民事诉讼中委托鉴定审查工作若干问题的规定》似乎对于解决上述问题有一定的指导意义，其第一条关于鉴定事项的审查有明确规定：“严格审查拟鉴定事项是否属于查明案件事实的专门性问题，有下列情形之一的，人民法院不予委托鉴定：（1）通过生活常识、经验法则可以推定的事实；（2）与待证事实无关联的问题；（3）对证明待证事实无意义的问题；（4）应当由当事人举证的非专门性问题；（5）通过法庭调查、勘验等方法可以查明的事实；（6）对当事人责任划分的认定；（7）法律适用问题；（8）测谎；（9）其他不适宜委托鉴定的情形”，但对于什么情况下的民事行为能力认定属于专门性问题，以及什么情况下属于法官可以自由裁量的范围均没有具体的规定，依赖鉴定的现状或许仍然得不到解决。

在此新规下，本文论述仍具有现实意义，期待未来在对非完全民事权利行为人的法律救济问题，法律法规或司法解释能更深入、更细化，更好保护民事行为能力受限当事人的合法权益。☞

【作者简介】



李立，广信君达高级合伙人、监事。专注于医事法领域，中国医学论坛报《医事法学》栏目编委，中国卫生信息与健康大数据学会公益慈善与伦理专业委员会委员，广东省女医师协会维权专业委员会常委，目前担任多家事业单位、医疗机构、国有企业、民营企业的常年法律顾问，提供专业的法律咨询和诉讼等服务。



许文滔，广信君达专职律师。南方医科大学临床医学（临床心理）和法学双学位，专注于争议解决、医事法学以及公司治理等领域。目前或曾担任多家事业单位、医疗机构、国有企业、民营企业的常年法律顾问，为单位、公司以及自然人提供纠纷处理的专业法律服务，包括法律咨询、公司架构设计、法律尽职调查、诉讼争议解决等。

解析短视频中的著作权

作者：朱滔、姜澄

导语

据 QuestMobile 此前发布的《中国移动互联网 2018 半年度大报告》显示，短视频的月活跃用户规模已经达到 5.04 亿，同比增幅 103.1%，远超移动视频行业其他几个领域。毋庸置疑，短视频已经成为移动互联网时代流量的聚集地。随着短视频用户群体的不断壮大，BAT 等互联网巨头在短视频领域的投入也大幅增加，短视频行业的争夺更为激烈。短视频平台“一夜现爆款”的时期已过，接下来短视频行业的发展将呈现更为有序的态势。本文将围绕短视频对《著作权法》的意义、短视频著作权如何依法受到保护等展开阐述，以期可以更好帮助创作者未雨绸缪，保障自己的合法权益。

一、短视频是否属于《著作权法》意义上的作品

《中华人民共和国著作权法实施条例》（以下简称“《著作权法实施条例》”）第二条规定，“著作权法所称作品，是指文学、艺术和科学领域内具有独创性并能以某种有形形式复制的智力成果。”《著作权法实施条例》第四条规定，“电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品（以下简称“类电作品”），是指摄制在一定介质上，由一系列有伴音或者无伴音的画面组成，并且借助适当装置放映或以其他方式传播的作品。”

在“北京微播视界科技有限公司与百度在线网络技术（北京）有限公司著作权权属、侵权纠纷一案”【案号：（2018）京 0491 民初 1 号】中，法院认为，涉案短视频“我想对你说”显然符合“摄制在一定介质上，由一系列有伴音或者无伴音的画面组成，并且借助适当装置放映或以其他方式传播”这些形式要件。原告主张“我想对你说”短视频构成类电作品，而被告认为该短视频不具有类电作品所要求的独创性。该案最终认定涉案短视频构成类电作品。

对于短视频是否属于类电作品，关键在于对其独创性方面的判定。根据《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》（以下简称“《解释》”）第十五条规定，“由不同作者就同一题材创作的作品，作品的表达系独立完成并且有创作性的，应当认定作者各自享有独立著作权。”根据上述规定，作品具有独创性，应当具备两个要件：1. 是否由作者独立完成；2. 是否具备“创作性”。

（一）关于“独立完成”的认定

在上述案件中，判断涉案短视频是否符合“独立完成”的要求，应以该短视频与上述示范视频、网络图片之间是否存在能够被客观识别的差异为条件，主题相同并不影响涉案短视频是否系独立完成的认定。

根据查明事实，涉案短视频中所采用的示范视频和网络下载图片是原本没有任何关系的独立元素，原作者将上述元素结合制作出的涉案短视频，与前两者存在能够被客观识别的差异。该短视频与抖音平台其他参与同一话题的用户制作的短视频亦存在较大区别，且没有证据证明该短视频在抖音平台上发布前，存在相同或近似的短视频内容，故法院认定涉案短视频由制作者独立创作完成。

（二）关于“创作性”的认定

作品的创作性标准，在形成和发展过程中始终与所处的社会环境、行业特点相联系，判断时应当根据实际的社会环境、各种类型作品本身的特点进行发展和完善。短视频具有创作门槛低、录影时间短、主题明确、社交性和互动性强、便于传播等特点，但容易使短视频制作过程简化，制作者以个人或小组居多。故对短视频是否符合创作性要求进行判断时，不宜苛求其创作高度，只要能体现出制作者的个性化表达，即可认定其具有创作性。在判定短视频的“创作性”时，应当考量如下因素：第一，视频的长短与创作性的判定没有必然联系。客观而言，视频时间过短，有可能很难形成独创性表达，但有些视频虽然不长，却能较为完整地表达制作者的思想感情，则具备成为作品的可能性。在此情形下，视频越短，其创作难度越高，具备创作性的可能性越大；第二，短视频可以具有创作性。尽管目前很多短视频是在已有素材的基础上进行创作，但短视频作者可以通过调整素材的编排、选择及呈现给观众的效果，与其他用户的短视频完全不同，体现了制作者的个性化表达，足以说明，其所创作的短视频具有创作性；第三，若短视频获得了大量转发、分享，则其他用户对短视频的分享行为，一定程度上亦可作为该短视频具有创作性的佐证。故本院认定“我想对你说”短视频符合创作性的要求。综合上文，目前常见的短视频只要在创作中具备上文中所述的“独立完成”和“创作性”两个特点，即可被认定为满足著作权法的独创性要求，该短视频构成类电作品，应当受到著作权法的保护。

二、如何保障自己创作短视频的著作权

《著作权法实施条例》第六条规定：“著作权自作

品创作完成之日起产生。”理论上来说，作品创作完成后，作者就拥有了对该作品的著作权，不需要办理任何报备、审批手续，自动取得著作权。即使你只是在朋友圈发布一段本人拍摄的视频，理论上你都对其享有著作权。但是门槛低的代价就是著作权权属的认定最为困难，作者需要证明自己是作品的作者，往往对创作过程难以举证。在多年前作家韩寒的“代笔风波”中，韩寒为了证明自己确实是真实的作者，拿出了厚厚的手稿，但是依然受到质疑。

在如今的网络时代，短视频可以被任意上传、下载、分享。同一个短视频可能会在网上出现诸多复制品。在这种情况下，如何证明自己是短视频的作者，就应当是创作者在创作时甚至创作之前应当考虑的事情。

（一）一般情况下，著作权属于在作品上署名的作者

《著作权法》第十一条规定：“著作权属于作者，本法另有规定的除外。如无相反证明，在作品上署名的公民、法人或者其他组织为作者……”《著作权法》第十五条规定：“电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品的著作权由制片者享有”。《解释》第七条规定：“在作品或者制品上署名的自然人、法人或者其他组织视为著作权、与著作权有关权益的权利人，但有相反证明的除外。”根据上述法律规定，在无相反证据的情况下，可根据作品的署名推定权利归属。因此，作品上的署名是判断著作权归属首先应当考察的要素，甚至可以说是最为重要的要素。

短视频是在各种互联网新媒体平台上播放的、适合在移动状态观看的视频内容，时间几秒到几分钟不等，不同于书籍或画作，视频中一般不会出现专门制作的署名或权属声明等。故制作者在将短视频上传至相应平台时，往往会自动在短视频一角标注“@视频制作者”，可视为对短视频进行署名。目前主流的短视频平台都有自动生成视频作者的功能，但应当注意，平台自动生成的视频账号，其所对应的是该发布账号，但是发布账号的所有者与作者不同的，可能会影响作者的认定。若该短视频为公司所有，公司应当建立专门的账号用于发布短视频，且短视频上的署名应当为公司名称或标上公司商标。

根据《著作权法》的署名推定规则，在无相反证据情况下，应推定署名者为该短视频的制作者，对该短视频享有著作权。

（二）原创证据：使一项作品成为完整著作权的基本要素

1. 作者的确定

目前国内作品有委托创作、职务作品、个人作品三类。通常而言，只有个人作品其著作权权属归于创作者本人。

（1）委托创作

《著作权法》第十七条规定：“受委托而创作的作品，著作权的归属由委托人和受托人通过合同约定。合同未作明确约定或者没有订立合同的，著作权属于受托人。”在委托创作合同中，往往会约定作品的版权归委托人所有，若不作具体约定，作品的著作权也应当依法归属于委托人。不过著作权包括很多项权利，在实践中，很多委托创作的关系里委托人并不需要全部的著作权，需要的仅仅是复制权、发行权、信息网络传播权。在委托创作合同中，对著作权权属的约定可以划分得更加细致。创作者可以通过对权属的细致约定最大化保护自己的权利，而委托人也可以通过放弃一部分对其无关紧要的权利而获得更多的议价空间。

（2）职务作品

《著作权法》第十七条规定：“公民为完成法人或者其他组织工作任务所创作的作品是职务作品……著作权由作者享有，但法人或者其他组织有权在其业务范围内优先使用。作品完成两年内，未经单位同意，作者不得许可第三人以与单位使用的相同方式使用该作品。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其他组织享有，法人或者其他组织可以给予作者奖励：①主要是利用法人或者其他组织的物质技术条件创作，并由法人或者其他组织承担责任的工程设计图、产品设计图、地图、计算机软件等职务作品；②法律、行政法规规定或者合同约定著作权由法人或者其他组织享有的职务作品。”根据上述法律规定，员工为了职务而为公司创作的短视频，其权属归于该员工，但是公司有权基于其业务目的而优先使用。对个人创作者而言，应当注意在职务作品完成后两年内不能认为自己是作者而任意许可他人使用。对公司而言，公司并不能理所当然地享有员工创作的短视频的著作权。根据法律规定，公司对职务作品仅享有优先使用的权利，且员工在两年后即可再许可其他人使用。因此，为了更好地保障公司对短视频作品的权利，公司应当与负责作品创作的员工签订相应的知识产权协议，约定就职期间的职务作品应当归公司所有。这样才可以最好地保护公司对短视频的权益。

（3）个人作品

非因商业合作原因创作的作品或者在合作中明确约定由本人拥有著作权的作品的著作权归属是最为清晰的，著作权人即创作者本人。

2. 创作时间

创作时间可以确定作品最初的形成时间节点，如果其

他人发表的时间早于自己发表时间的，创作时间会是证明权属最好的证据。创作时间的证明依据主要是作品原稿，对于传统的书面作品，其手稿应当保留纸质文本；而对于短视频一类的电子作品，其电子稿应当留存源文件，也就是最初创作完成的电子设备上的电子档。

3. 首次发表时间

首次发表时间是著作权归属最基本的判断标准，只要创作者的发表时间早于其他方发表的时间，著作权的归属几乎不会有争议。很多创作者积极进行版权登记，但却对发表时间没有投入足够的关注，而误以为只要进行版权登记即可以证明权属。有些创作者甚至选择不发表自己的作品，希望通过不公开的方式避免被侵权，在对外授权后仍然没有正式发表过，直至最后自己已经完全无法提供最初的发表时间等证据。

4. 发表方式

著作权的发表方式应当是公开发表，即在对外投放作品后，将作品处于普通公众想得知就可以得知的状态，包括投放于微博、微信公众号等。有部分创作者为了防止被抄袭，仅仅将作品投放至微信朋友圈或者投放至微博但是限定可见人，该种行为使得作品在未公开之前就已经泄露给了第三方，倘若第三方盗用了作品，在权属的认定上势必会更加麻烦。想要更好保护自己创作作品的著作权，除了通过保密的方式，积极进行公开也同样有效。创作者在完成作品后，应当：（1）将作品发表于自己拥有账号的能为公众所获取的平台（微博、微信公众号等），此处需注意，发表作品的账号应当是自己所有，避免账号所有人做出对创作者不利的主张；（2）若是系列作品，可以统一时间同时发表，方便后续在办理登记时使用同一份证书，也有利于理清作品，避免多份作品分发表而对证据的收集有遗漏；（3）要敢于发表，不要担心被侵权的现象，知识产权法律同样支持“以公开换保护”的原则，而保密措施一旦泄露将对权属产生极大不确定性。

（三）著作权登记

版权登记是证明一项著作权归属的基本证据，版权登记是非常有必要的。但并不是有登记证书就代表着版权属于登记人。著作权权属的判定还是要围绕上述的1-4项要素综合判断。如果仅仅手持一张证书，在法律层面仍然不能形成完整的著作权。因此创作者想要保护好他的作品，不能简单认为只要做好登记就可以高枕无忧，还应当从各方面充分保护自己的权利。综上所述，短视频创作者在创作过程中要尽量保证自己系作品的著作权人，或者即使不是著作权人也应当通过合同等方式保证自己享有充分的权

利，创作完成后需要保留完整的电子源，并确定好作品对外发表的时间及方式，最后完成版权登记。☛

【作者简介】



朱滔，广信君达合伙人。专注于建设工程、劳动人事、民商事诉讼（仲裁）、企业法律顾问。现担任广信君达建设工程法律专业部副部长，广州市市律协公益与公共法律服务工作委员会副主任、劳动与社会保障法律专业委员会委员，系广东省工业和信息化厅入库法律专家，广州市司法局广州市调解专家库专家，广州市涉案企业合规第三方监督评价机制专业人员名录库成员，广州市工商联广州市中小企业法律服务专家团专家，中国广州仲裁委员会、深圳国际仲裁院（深圳仲裁委员会）商事仲裁员，广州市及海珠区、白云区、番禺区、增城区劳动人事争议仲裁委员会劳动仲裁员，广州国际商贸商事调解中心、广州市天河区人民法院调解员，广东省法学会经济法学研究会理事等。



姜澄，广信君达专职律师。专注于商事纠纷、知识产权、公司治理、劳动人事。曾经或正在提供服务的代表性客户包括：锦江集团（中国区）、铂涛集团、广州市锦华食品有限公司、广州创瀚会展服务有限公司、锦龙集团、拓普奥咨达（广州）医疗用品有限公司、广州聚焦网络技术有限公司等。

从短视频制作者 / 作者角度分析 ——短视频的著作权保护和侵权风险防范

作者：谢昕

短视频无疑是推动自媒体时代加速到来的代表性工具之一，而短视频的发展离不开短视频制作者 / 作者和短视频服务平台两大主体。本文中，笔者团队将以短视频制作者 / 作者为主体，分别针对短视频的著作权保护、短视频制作者 / 作者享有的著作权权利内容及权利限制、典型的短视频侵权案例及判赔情况、在创作短视频过程中应当如何避免侵权等方面展开详细分析。为短视频制作者在短视频创作过程中更好地防止著作权侵权、保护自有短视频相关著作权权利以及短视频被侵权的维权流程和途径等问题提供法律建议。

一、短视频的著作权保护

《著作权法》的保护对象是作品以及与著作权有关的权益（邻接权）。因此，在判断短视频是否受《著作权法》及相关法律法规保护时，首先应当判断短视频是否能够构成作品及其作品类型，这是短视频相关权利主体主张其权利及进行维权的主要依据。其次，在短视频无法构成作品的情况下，应当判断其是否可以成为与著作权相关的权益，即邻接权。《著作权法》上所称作品，是指文学、艺术和科学领域内具有独创性并能以某种有形形式复制的智力成果。短视频可能构成的作品类型为《著作权法》第三条第（六）项中规定的电影作品和类似拍摄电影的方法创作的作品（《著作权法（修正案草案）》中修改为“视听作品”）。《著作权实施条例》第二十六条规定了录像制品这一并非作品但享有邻接权的短视频制品，即录像制作者对其制作的录像制品享有的权利。通常情况下，在具体判断某短视频是作品还是录像制品时，最重要的是判断该短视频是否具备“独创性”，缺乏“独创性”的短视频很难被认定为作品。如果短视频中包含大量的时事新闻报道、科学知识等内容，并且是对该类内容进行简单陈述或列举，那么一般可以认为该短视频内容属于公有领域范畴，不具有独创性。如果短视频中的时事类、科普类、教育类内容是在对科学常识、史料及其他公共知识或常识进行整合并配有独特的画面展示、解读、归纳论证等基础上制作的，或可认为该短视频具有独创性。

二、短视频制作者 / 作者享有的著作权权利内容和权利限制

（一）短视频作品的制片者享有的著作权权利内容

短视频作品的制片者所享有的著作权权利主要体现在人身权和财产权两方面，如发表权、署名权等人身权利，以及复制权、发行权、出租权、表演权、信息网络传播权和改编权等财产权利。《著作权法》第十五条规定，短视频作品如有除制片者以外的多个作者的，编剧、导演、摄影、作词、作曲等作者享有署名权，并有权按照与制片者签订的合同获得报酬。短视频作品中的剧本、音乐等可以单独使用的作品的作者有权单独享有和行使其著作权。由此，如果短视频能够被认定为法律意义上的作品，则可以享有广泛的著作权权利。

（二）短视频制品的制作者享有的著作权权利

相较于短视频作品，短视频制品所享有的著作权权利以财产性权利为主，《著作权法》第四十二条规定了录像制作者对其制作的录像制品享有许可他人复制、发行、出租、通过信息网络向公众传播并获得报酬的权利。被许可人复制、发行、通过信息网络向公众传播录像制品，还应当取得著作权人、表演者许可，并支付报酬。

（三）短视频作品的制片者的权利限制—合理使用制度

虽说短视频作品的著作权人享有较为广泛的权利，但并不意味任何人在任何情况下使用著作权人的作品均需获得其同意并支付报酬。合理使用制度即对短视频作品的制片者的著作权作出了限制。比如，A 为了个人学习、研究或者欣赏，使用 B 已经发表的短视频作品；A 为介绍、评论某一作品或者说明某一问题，在其作品中适当引用 B 已经发表的短视频作品；A 为报道时事新闻，在报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体中不可避免地再现或者引用 B 已经发表的短视频作品；A 免费表演 B 已经发表的短视频作品，该表演未向公众收取费用，也未向表演者支付报酬。以上情况是对合理使用制度的列举，即 A 可以不经著作权人 B 的许可，不向其支付报酬，但 A 应当指明短视频制片者的姓名、作品名称。同时，根据《著作权法》第二十二条第二款的规定，上述情形中，如果 B 是一名录像制作者也同样会受到合理使用制度的限制。

《信息网络传播权保护条例》第六条也规定在某些情形中，使用他人短视频可以不经著作权人许可，不向其支付报酬，如为介绍、评论某一作品或者说明某一问题，在向公众提供的作品中适当引用已经发表的短视频作品；为报道时事新闻，在向公众提供的作品中不可避免地再现或者引用已经发表的短视频作品为学校课堂教学或者科学研究，向少数教学、科研人员提供少量已经发表的短视频作品等。

总体而言，在非商业性质的活动中，或者是在可以排除潜在商业性的情况下，使用他人短视频可以得到合理使用制度的保护。可能有人会问：“未经著作权人同意，在商业性质的视频平台上发布和使用他人已经发表的作品，但不盈利，是否构成合理使用？”笔者认为，如果使用者在制作短视频过程中使用了他人短视频，无论该短视频是否属于前述合理使用制度下的情形，但发布至商业平台后，该短视频的传播已不可控，不能够排除潜在的商业险。因此，在平台上发布使用他人作品的短视频，并不属于合理使用。

（四）短视频制品的制作者的权利限制

短视频制作者的著作权除了受到合理使用制度的限制外，《著作权法》第二十九条规定，录像制作者使用他人作品的，不得侵犯作者的署名权、修改权、保护作品完整权和获得报酬的权利。第四十条规定，短视频制品的制作者使用他人作品制作录像制品，应当取得著作权人许可，并支付报酬。录像制作者使用改编、翻译、注释、整理已有作品而产生的作品，应当取得改编、翻译、注释、整理作品的著作权人和原作品著作权人许可，并支付报酬。

三、短视频侵权典型案例及法院判赔情况

在短视频制片者/作者制作短视频的过程中，可能会存在未经同意使用他人音乐作品、美术作品，或者以短视频的方式将热门影视剧内容进行片段式播放等侵犯他人著作权的行为。为更好地防范侵权行为的发生，避免引发不必要的法律纷争，笔者团队将通过以下短视频侵权典型案例阐明法院在具体案例中如何认定短视频相关侵权行为及确定判赔金额，以供短视频制片者/作者参考。

案例一：在短视频中使用了他人音乐作品引发的侵害著作权纠纷

北京互联网法院审理的某文化传媒公司诉某网络科技有限公司等侵害录音录像制作者权纠纷（案号：(2019)京0491民初22014号）中，原告对英文歌曲《Walking On the Sidewalk》享有著作权，原告发现被告未经其许可擅自使用该英文歌曲作为背景音乐制作名为“20180804

期2018最强国产手机大测评”的商业广告推广短视频，并将该视频上传至酷燃视频等平台，该视频播放仅600万次，评论超过5万次，点赞近3万次。原告认为被告侵害其涉案音乐录音制作者的复制权、发行权和信息网络传播权。关于被告所实施的侵权行为，法院认为被告的行为包含复制行为及信息网络传播行为，因信息网络传播行为在实施过程中必然经过复制过程、存在复制行为，故上述侵犯信息网络传播权的行为可以吸收前置的复制行为，由此认定被告在制作短视频使用未经授权的涉案音乐并将其上传至网上的行为侵犯了涉案作品录音制作者权中的信息网络传播权能，侵犯了原告对涉案音乐享有的录音制作者权。另，法院在确定被告应当承担的赔偿数额时，认为原告未能提交证据证明其经济损失及被告因使用涉案作品而获得的违法所得，综合考虑涉案作品的创作时间、创作难度、知名度、市场价值以及被告过错程度、侵权行为影响范围以及使用涉案作品的数量、时间、方式等因素，酌情确定为4千元。

案例二：以短视频的方式将热门影视剧内容进行片段式播放

北京知识产权法院审理的某科技有限公司诉某传媒有限公司侵害作品信息网络传播权纠纷（案号：(2018)京73民终1941号）中，原告享有电视剧《花干骨》的独家信息网络传播权。打开被告公司手机电视APP，该软件界面首页位置可以看到涉案电视剧的剧照，点击后进入播放界面，点击后能够观看电视剧剧集，每一集都存在单独的标题，可以观看四分钟左右。被告主张涉案片段并未实质性再现涉案作品，客观上未对涉案作品起到替代作用，属于合理使用。关于被告的行为是否属于合理使用，法院认为被告对涉案片段进行整理和编辑供观众观看，不属于个人学习、研究和欣赏，也不是为了介绍、评论某作品或说明某一问题，不属于前述著作权法列举的十二项情形。因此还需进一步判断是否属于《著作权法实施条例》规定的情形。原告主张侵权的片段共计56个，且每个片段的时长均在二至四分钟左右，总时长约两百余分钟，该使用行为显然已超出合理的限度。且消费者在观看了涉案片段后可能因对相关情节有所了解后便认为无需观看完整作品，从而损害了原告作为著作权人本应获得的合法利益。故法院认定被告的涉案行为并不构成合理使用。被告系经营网络媒体企业，其在自己经营的平台上上传涉案作品向公众提供在线点播服务，侵犯了原告的权利。对于赔偿数额的确定，鉴于原被告均不能确定被告的涉案侵权行为给原告造成的实际损失，亦无法确认被告的侵权获利情况，法院综合被告公司使用方式、作品知名度、点击量等综合酌定

其应当向原告支付的赔偿金额。

案例三：未经许可擅自使用他人短视频

同样是北京互联网法院审理的某网络技术有限公司诉张某著作权权属、侵权纠纷（案号：(2019)京0491民初29781号）中，原告是《中国故事》系列作品的所有者和运营者。《中国故事》系列视频是类似摄制电影的方法创作的作品，该系列作品在原告平台独家发表，并未许可任何其他第三方使用。被告未经任何许可以“追影狂人记”为名的账号在“今日头条”手机客户端上，发布的视频《一个法国老外，35年只拍中国，用60万张照片见证中国巨变》，内容与涉案作品完全相同。关于被告是否实施了侵权行为，法院认为被告在今日头条APP提供涉案作品，使公众能够在其个人选定的时间和地点登陆获得作品，且被告未就其合法授权或合理使用进行举证，故应认定被告行为侵犯了原告就涉案作品享有的信息网络传播权。法院在认定赔偿数额时，考虑到原告的实际损失及被告的侵权获利均无法确定，故综合考虑作品类型、合理使用费、侵权行为性质、后果等情节予以确定。

案例四：未经许可擅自使用他人电视剧素材/内容转为短视频和图片

上海某影业有限公司诉方某侵害作品信息网络传播权纠纷案（案号：(2019)沪0115民初34910号）中，原告享有“凉生，我们可不可以不忧伤”电视剧的独家信息网络传播权。被告系淘宝卖家，进入“淘宝网”，在搜索栏中输入“芒果家高端定制女装”后，进入涉案店铺。在该店铺搜索栏中输入关键词“凉生”后，显示18个产品链接，这些产品链接的名称均为“凉生我们可不可以不忧伤+剧中人物名+同款具体服装名称”的形式，每个商品链接下的介绍配图均使用了涉案剧的截图或短视频，部分截图中还显示字幕。法院认为，就原告主张的来自涉案剧的截图及短视频，被告未经原告或涉案剧独家信息网络传播权人的许可，为宣传自身销售的产品，将上述截图、短视频置于其网店，使公众可以在其个人选定的时间和地点获得上述作品，侵犯了原告及涉案剧独家信息网络传播权人对涉案作品享有的信息网络传播权。有关赔偿数额，原告未有证据充分证明其因被告的侵权行为而遭受的经济损失，亦无法确定被告的侵权获利，法院综合考虑涉案花絮照、海报的独创性、市场价值、被告的使用方式、使用位置、侵权持续时间等因素酌情确定赔偿数额。综上笔者认为，在认定具体个案的赔偿金额时，通常而言，当原、被告有证据证明其因为被侵权/侵权事实所受的实际损失或所获得的实际收益的情况下，法院会依据证据作出赔偿。在原告的实际损失或者被告的违法所得不能确定的

情况下，法院会如综合考虑的因素如涉案作品的创作时间、创作难度、知名度、市场价值以及被告过错程度、侵权行为为影响范围以及使用涉案作品的数量、时间、方式等因素，但此种情况下法院的判决最高限额为五十万元。（注：《著作权法（修正案草案）》将“最高限额”提高至“五百万元”）

四、短视频制片者/作者应如何避免侵权风险的法律建议

如前文所述，《著作权法（修正案草案）》将损失赔偿额度的最高限额从五十万提高至五百万元，一方面是将著作权权利的许可使用费纳入了判赔额度的参考范围；另一方面笔者认为社会的发展和进步加速推动了对知识产权相关权利的保护，加大了对侵犯他人知识产权行为的惩戒力度，尤其是著作权、商标权等权利。通过前文有关短视频著作权的保护法律法规和典型案例常见侵权情形和判赔总结分析，笔者团队建议在制作短视频的过程中通过采取以下措施尽可能避免侵权风险、从而防止产生不必要的经济损失：

（一）音乐

如本文案例一中的侵权情节所示，被告未经原告授权，在其商业短视频中将原告享有著作权的英文歌曲作为该短视频的背景音乐进行播放，侵害了原告对涉案音乐享有的录音制作者的复制权、发行权和信息网络传播权。因此，如果在公开平台上发布的短视频中使用他人音乐作品，则需要取得音乐作品相关权利人的同意和授权，否则将可能面临侵害他人相关著作权的侵权风险。一般而言，如在短视频中使用他人拥有相关著作权的音乐作品时，可以向中国音乐著作权协会查询相关权利人并通过音乐著作权协会申请获得音乐作品的使用权。中国音乐著作权协会是由国家版权局和中国音乐家协会共同发起成立的中国大陆唯一的音乐著作权集体管理组织，是专门维护作曲者、作词者和其他音乐著作权人合法权益的非营利性机构。可以通过中国音乐著作权协会网站（<http://www.mcsc.com.cn>）查询音乐是否由该协会集体管理，如果不是则需要单独联系该音乐作品的权利人或询问音乐制作单位。值得注意的是，一个完整的音乐作品可能有众多著作权人，包括词曲作者、演奏者、录音录像制作者等，不管是著作权权利还是邻接权都不得任意侵犯。在使用他人音乐作品时，如果一首歌曲中的词曲作者并非同一人时，则需分别取得词作者和曲作者的授权；如果词曲作者是音乐著作协会的会员，使用者向音乐著作协会取得许可即可。

（二）软件

如果短视频中需要使用他人拥有版权的软件作品，需

要取得软件作品版权人的同意和授权。在制作短视频的过程中可能需要使用制作软件更好的呈现短视频的视觉效果，在使用制作软件时应通过软件公司官网或代理商，付费购买正版的剪辑软件、特效软件和修图软件等。避免使用盗版软件。

（三）字体

如果短视频中需要使用他人拥有版权的字体，需要取得字体版权拥有者的同意和授权。在满足独创性要求的前提下，单字、字体可以构成著作权法意义上的美术作品，该字/字体受到著作权法的保护。因此，在制作短视频过程中使用某种字体的，可以在查询工具（如360查字体：网址<https://fonts.safe.360.cn/>）上查询字体的版权归属，确定是否需要获得相关权利人的授权。

（四）图片/美术作品

如果短视频中需要使用他人拥有著作权的图片/美术作品，需要取得图片/美术作品版权人的同意和授权。本文案例四中的侵权情节便是作为淘宝卖家的被告未经原告授权，将原告享有独家信息网络传播权的电视剧以截图/图片的方式上传至淘宝网，侵害了原告对涉案作品享有的信息网络传播权。因此，为防止出现侵害他人所享有著作权的图片/美术作品的侵权行为，若在短视频中使用他人符合独创性等著作权法规定的作品要件要求的图片/美术作品时，该等图片/美术作品相关权利人享有著作权，在使用其作品时，建议短视频作者直接联系该权利人取得授权。

（五）短视频内容合法合规

短视频作品的内容需要符合《互联网视听节目服务管理规定》和《网络视听节目内容审核通则》等法律法规的规定。《互联网视听节目服务管理规定》第十六条和《网络视听节目内容审核通则》第八条对互联网视听节目服务单位提供的、网络运营单位接入的视听节目所含有内容有所约束，即不得包含违反损害国家利益、破坏民族团结、封建迷信、暴力、赌博等违反法律法规的内容。

（六）加强短视频的版权登记

在对短视频作品进行版权转让、授权许可等版权交易时，版权登记是证明享有该作品相关权利的强有力证明。如发生著作权纠纷向法院提起诉讼时，版权登记亦是主张权利请求司法保护的有力证据。因此，短视频作品制作完成后，建议及时在中国版权保护中心：<http://www.ccopyright.com.cn/>）申请版权登记，以更好地获得版权保护。

五、短视频被侵权的维权流程及途径

前文中，笔者用较大篇幅对如何避免侵犯他人短视频著

作权进行了详实的阐述，反观当遇到他人侵犯自有短视频相关著作权利时，建议按照以下顺序和途径进行维权：

（一）整理权属文件

搜集整理权属文件，如：《著作权登记证书》、发行许可证、版权声明书、授权证明文件、取得权利人授权的合同/授权文件等。

（二）对侵权事实的公证取证

可以委托公证机构对第三方侵权行为和事实进行取证；也可委托律师或者自行持续对第三方侵权行为持续取证。

（三）投诉维权

1. 行政投诉：向地方人民政府的著作权行政管理部门进行投诉，通常为版权行政管理机构（版权局）或者版权执法机构（以广州市为例：广州市文化市场综合行政执法总队）；2. 向侵权短视频服务平台投诉：要求为侵权短视频提供储存服务的平台将短视频下架。

（四）通过著作权集体管理组织或通过法律途径维权

1. 权利人自己或者通过著作权集体管理组织向侵权主体发函要求停止侵权等；2. 委托律师事务所向侵权主体发律师函要求停止侵权行为、赔偿损失等；3. 委托律师就第三方的侵权行为提起侵权诉讼，要求停止侵权、赔偿损失等。

六、短视频服务平台的责任与义务

著作权合法性的审查与内容合法性的审查不同，短视频是否包含暴力、色情等违法内容的审查相对简单，平台只需通过核查视频内容就能找出并删除。著作权合法性的审查则需要服务平台核实短视频上传者是否为相关权利人，通过核查上传者的真实身份和版权证明文件予以确认，且成本较高。通常而言，短视频服务平台对用户上传视频的著作权权属合法性不承担审查义务，仅对用户上传视频的内容合法性承担审查义务（但有不同判决个案，参考下文案例三）。

关于短视频服务平台实施侵权行为应当承担的侵权责任，《侵权责任法》第三十六条规定，如果服务平台知道网络用户利用其网络服务侵害他人民事权益，且未采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施的，则应当与该网络用户向相关权利人承担连带责任。可以看出，短视频服务平台不会被单独认定为侵权，而是帮助侵权，与网络用户承担连带责任。《著作权法》第四十八条第一款和第四十九条以及《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》第二十五条第二款分别规定了服务平台应当承担的民事责任以及赔偿数额的认定标准，下文“短视频服务平台判赔案例参考”章节中将详细说明。

与《侵权责任法》第三十六条相呼应,《信息网络传播权保护条例》第二十二条和第二十三条明确规定了服务平台的免责路径,即“标示—公开—不改变作品内容—不知情—未直接获利—及时删除/断开连接”。由此,在短视频服务平台可以证明短视频的来源、没有改变内容、不知情其侵权、没有从中直接获取经济利益且在收到权利人通知后及时删除的情况下,无须与网络用户共同向权利人承担连带赔偿责任。

上述免责路径中,比较难界定的是服务平台是否“知情”他人的侵权行为,实际上该难点已由《最高人民法院关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》(简称“《规定》”)第九条予以明确,即从以下方面判断服务平台是否“知情”:1.基于网络服务提供者提供服务的性质、方式及其引发侵权的可能性大小,应当具备的管理信息的能力;2.传播的作品、表演、录音录像制品的类型、知名度及侵权信息的明显程度;3.网络服务提供者是否主动对作品、表演、录音录像制品进行了选择、编辑、修改、推荐等;4.网络服务提供者是否积极采取了预防侵权的合理措施;5.网络服务提供者是否设置便捷程序接收侵权通知并及时对侵权通知作出合理的反应;6.网络服务提供者是否针对同一网络用户的重复侵权行为采取了相应的合理措施等。

七、平台作为短视频服务提供者的常见侵权类型

(一) 直接搬运他人短视频至平台

短视频平台未经权利人许可,直接将权利人的短视频上传至自有平台并直接在平台上向用户推送的行为,构成对该权利人作品信息网络传播权的直接侵犯。该类侵权行为被具体规定在《规定》第三条。

(二) 平台伪装成自媒体上传他人短视频内容

短视频平台注册并伪装成“自媒体”账号,未经许可将权利人的短视频上传至自有平台进行传播,让用户误以为是自媒体账号上传的短视频,平台利用避风港原则免责。

(三) 平台与第三方公司合作伪装自媒体上传短视频

短视频平台与第三方公司合作,共同上传侵犯他人著作权的短视频牟利。该类侵权行为被具体规定在《规定》第四条。

(四) 平台通过自媒体账号鼓励、帮助用户上传侵权短视频

短视频平台在“明知”“应知”用户上传具有侵权内容的短视频的情况下,主动推荐侵权短视频。该类侵权行为被具体规定在《规定》第七条。

在上述四种常见的短视频侵权类型中,服务平台均在

知情短视频中包含侵权内容的情形下,主动在其运营的平台上传、帮助上传或推荐相关侵权短视频。这提示广大平台运营商,在明知短视频未经权利人授权的情况下,应当严格规范自身行为,不主动上传侵权短视频且不帮助用户推荐侵权短视频。

八、短视频服务平台判赔案例参考

案例一：“用户”截取电视剧画面做成图片集上传至平台，平台是否可证明其仅提供信息存储空间服务

北京互联网法院审理的北京某网络公司诉深圳某科技公司侵害作品信息网络传播权纠纷(案号:(2019)京0491民初663)中,被告为“图解电影”APP和网站的运营商。被告在其开发运营的“图解电影”平台上的剧集栏目中提供涉案剧集的连续图集,基本涵盖了涉案剧集的主要画面和全部情节。被告提交《版权与免责声明》和用户后台记录,用以证明其在本案中仅为信息存储空间服务提供者,用户系“图解电影”平台发表内容的原创作者。关于被告是否实施了提供作品的行为,还是仅提供信息存储空间服务,法院认为被告能够提供上传者用户名、注册IP地址、注册时间、上传IP地址、上传时间及联系方式等证据。但其提交的后台记录仅载明被控侵权内容上传者的用户名、注册邮箱、注册时间、上传终端手机IMEI号等信息,显示用户名为网络昵称,并非用户真实姓名,注册邮箱不确定为实名账户注册,手机IMEI号仅是手机序列编号,可用于识别移动设备,但不能据此锁定设备使用者。因此,被告提供的证据不足以证明涉案图片集为真实用户所上传,应承担举证不利的后果,即推定涉案图片集由被告直接上传。

对于赔偿数额的确定,由于原被告均未提交权利人实际损失或侵权人违法所得的相关证据,法院综合考虑涉案剧集知名度较高、市场影响力较大,侵权行为发生时间、侵权行为持续时间、播放量等因素酌定由被告向原告赔偿3万元。

案例二：平台非实名用户未获授权擅自上传并发布他人视频，平台被判侵权

北京市海淀区法院审理的北京某科技公司诉广州某公司侵权纠纷(案号:(2017)京0108民初51249号)中,快手APP用户井某,在快手APP发布了名为“这智商没谁了”的视频,并获较高点击量,井某授权原告取得涉案视频的独家信息网络传播权。被告在其运营的“补刀小视频”APP安卓端和苹果端中上传并发布了涉案视频,且在原告向其发出律师函要求下线视频后仍未作处理。法院在判断被告是否侵害原告著作权时,认为被告未能提交涉案

视频系用户上传的相关证据，未提交证据说明第三方帐户的情况，难以合理解释若确系用户在其经营的补刀 APP 中发布视频却无法提供有效用户信息，因此认定短视频为被告自行上传并发布。

法院在判定被告判赔金额时，考虑到原被告双方未提交证据证明实际损失或违法所得，因此综合视频播放量、视频持续时间等因素判定被告向原告赔偿共计 2.3 万元。

案例三：短视频平台未经授权，长期在平台传播涉案作品片段，平台被认为“应知”而承担侵权责任

北京市海淀区法院审理的北京某科技公司诉上海某科技公司侵犯作品信息网络传播权纠纷（案号：(2017)京 0108 民初 17873 号）中，原告享有影视作品《大汉情缘》独占性信息网络传播权。被告称侵权视频为网站用户上传，其对上传视频仅提供信息存储空间服务，并且对用户上传内容的合法性作了明确警示，在收到原告通知后及时删除了部分视频。

关于对被告的责任认定，法院认为被告作为网站的运营者，作为该行业内知名度、专业程度较高的视频网站，应对其用户上传的视频的性质、是否是原创的视频等方面具有较高的识别及判断的能力。被告在服务器空间完全开放供用户上传分享的经营模式下，应具有“应知”及“明知”的能力分辨网络个人用户上传的视频是否具有合法性，仅对涉黄涉暴的内容进行最基本的审查，怠于对著作权进行审查，对上传视频的侵权起到了教唆及帮助的作用，故对于侵权行为的发生存在过错，构成帮助侵权。

与前述案例一、二不同，案例三中法院认为平台在行业内知名度、专业程度较高，不仅需要对用户上传视频的内容合法性承担审查义务，还应当对用户上传视频的权属合法性进行审查，即用户是否为权利人或经权利人授权从而有权上传该视频。因此，笔者认为在判断案例中的侵权行为时，仍然应当根据具体案情的情况，结合各相关因素进行综合分析。

小结

如果短视频中有侵权内容，平台方面临的可能是免责、直接侵权责任或帮助侵权责任，并不是全部能凭借“避风港原则”，这应当考虑平台是否实施了提供作品的行为还是仅仅提供信息存储空间服务；是否能够提供真正上传内容用户的真实姓名、IP 地址等联系信息；对侵权行为“明知”、“应知”，是否尽到了对用户和内容合理审查的义务；收到权利人通知后是否及时采取断开、屏蔽、删除等制止侵权的必要措施；是否对侵权短视频

实施了帮助行为等。同时，平台方还应注意自身规范，加强视频审核，严格防控短视频侵权风险。

法院在认定具体个案的赔偿金额时，通常当原、被告有证据证明其因为被侵权/侵权事实所受的实际损失或所获得的实际收益的情况下，法院会依证据作出赔偿。而在原告的实际损失或者被告的违法所得不能确定的情况下，法院会综合考虑的因素如被侵权短视频的知名度、使用期限、被告经营规模、影响力以及侵权行为的主观过错程度等因素，但此种情况下法院的判决最高限额为五十万元（《著作权法修正案》（草案）提高至“五百万元以下”）。

九、短视频服务平台避免侵权的建议

通过以上法律分析和案例总结，为了尽可能避免承担或者连带承担著作权侵权风险，建议短视频平台在运营过程中采取以下侵权防范措施：

（一）短视频服务平台应严格审查短视频上传用户的真实身份信息，确保能够有效追溯。本文案例一、案例二中法院对于被告侵权责任的判定较为相似，两案件被告未能证明涉案侵权图片是真实用户上传的，即无法提供证据证明上传用户的真实身份信息，因此法院认定由被告承担举证不利的后果，推定侵权图片由被告上传并向原告承担侵权责任。

因此，短视频服务平台应当严格要求用户在申请注册平台账号时上传用户的真实身份信息，以便对用户进行有效管理并有效追溯至侵犯他人著作权的用户向相关著作权人承担侵权赔偿责任。

（二）加强监管用户上传的短视频内容，制定完善的审查流程及规范，且由专人专岗负责短视频内容审查工作，在能够实现合法性审查义务的前提下，尽可能做到对于短视频内容权属合法性的审查。合法性审查离不开严格遵守法律的规定，根据《网络短视频平台管理规范》中要求的内容审核规则/规定，短视频服务平台应当遵守国家新闻节目管理规定；不得未经授权自行剪切、改编电影、电视剧等各类广播电视视听作品；不转发国家尚未批准播映的电影、电视剧中的片段，以及已被国家明令禁止的广播电视节目、网络节目中的片段。

有关短视频内容权属合法性审查，如本文案例三中法院的裁判观点所述，法院认为平台在行业内知名度、专业程度较高的情况下，不仅需要对用户上传视频的内容合法性承担审查义务，还应当对用户上传视频的权属合法性进行审查，即用户是否为权利人或经权利人授权从而有权上传该视频。因此，笔者建议短视频服务平台在对视频进行

合法性审查的前提下，尽可能对视频内容的权属合法性进行审查，从而在平台内部审查的层面有效避免造成短视频内容侵权的情形。

（三）开通投诉举报渠道，设立由专员管理和查看的专门投诉邮箱，规定专员投诉处理的时限，建立投诉处理反馈和汇报机制。建议由短视频服务平台指定专员管理并每日定期查询投诉邮箱，在收到投诉邮件时，及时与投诉者取得联系并就具体侵权投诉内容（包括投诉的具体短视频名称、发布者、发布日期、投诉事由等）进行核实并对通话内容进行录音。在与投诉者核查完毕投诉事项后，及时与内部进行书面汇报，必要时可以先进行口头汇报。

对于核查属实的视频投诉或举报，应尽快采取相关制止/停止（涉嫌）侵权措施，如立即屏蔽、删除，限制登录；情节严重的，查封账号，不允许该侵权用户再使用本视频应用软件，并将处理结果以邮件形式告知投诉者。

【作者简介】



谢昕，广信君达合伙人、投融资部副部长，广州市律协证券委委员。哈尔滨工程大学法学学士、华南理工大学知识产权硕士。执业后专注于公司合规风险控制、证券与投资并购、知识产权、公司商事诉讼仲裁等领域具备上海证券交易所授予的上市公司独立董事和董秘资格、中国并购公会授予的并购交易师资格。曾任上市集团公司法务总监多年。



2021年4月24日，广信君达律师事务所举办“涌动青春思辩·弘扬法治之光”辩论赛