

信任的力量

ETR
Law
Firm
廣信君達律師事務所

1993-2023

全国法律服务行业文明服务窗口
全国优秀律师事务所

总第 106 期

合规法律事务

公司与商事法律事务

房地产与建设工程法律事务

涉外与海商海事法律事务

行政法与知识产权法律事务

证券与资产及债务重组法律事务

律师出庭实务

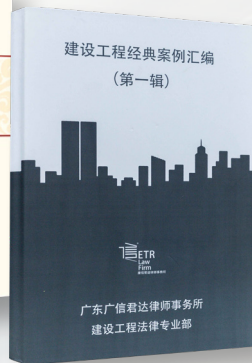
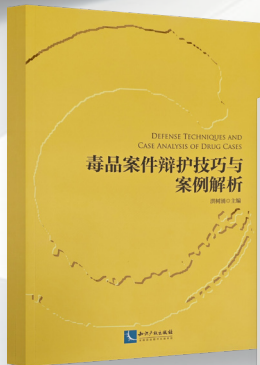
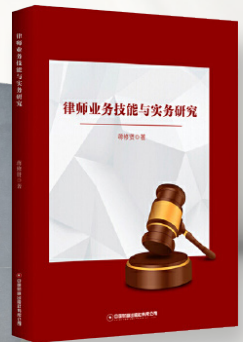
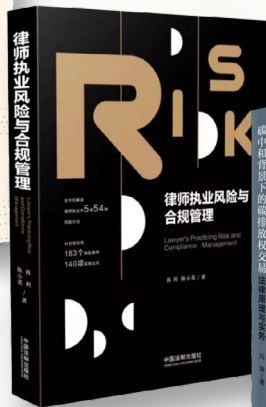
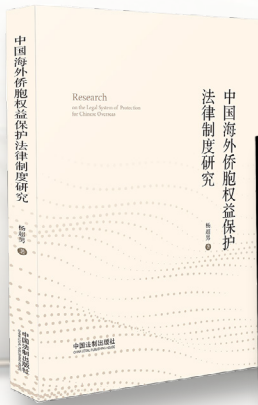
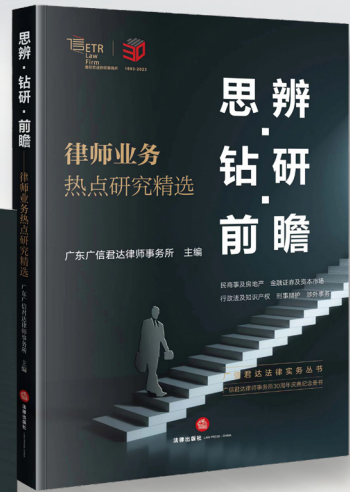
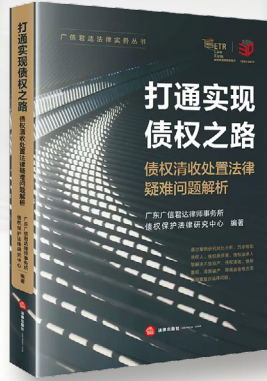
E效率 · T信任 · R责任
fficiency rust esponsibility



官网



微信公众号



Contents

/ 目录

合规法律事务

办理涉案企业合规第三方监督评估案件的经验与思考 张蓉 刘奇元	01
企业数据合规的风险与建议 闪涛 江晓璐 区德嫦	03
刑事合规不起诉涉案企业合规与合规管理体系建设 全朝晖 吴震宇	07
中小企业采购合规管理体系建设与有效性评价研究 梁沐周 卢钟锐	09

公司与商事法律事务

公司决议无效诉讼的实证分析——以 964 份判决书为样本 杨超男 李天荣	12
公司管理权相争中“定身术”的运用 陈伟雄	17
关联公司人格否认归责研究 王钲 李键文	21
有限责任公司股东对公司债务承担连带责任的 10 种情形及 5 个建议 龙嘉莉	24
如何正确识别和处理股权转让中目标公司的历史债务? 孙君元	27
论商事委托合同中任意解除权的限制 陈展璐	31
高新科技企业股权激励实操研究 蒋修贤 郑劭	34

房地产与建设工程法律事务

第三人原因造成租赁房屋损坏, 承租人如何维权? 李甜甜 廖萃	39
宅基地房屋出卖给城镇居民情形下买受人房屋差价损失的裁判规则 向劲 韩毅	42
“背靠背”支付条款的效力研究 许春燕	46

浅析我国违法土地上被没收建筑物的处置问题
韩欣欣 杨挺

49

涉外与海商海事法律事务

涉台民商事平行诉讼司法实务研究
王辉

54

Web3.0 合规治理系列之区块链合规——以 NFT 第一案为例
苏耀云 曾恺

58

粤港澳大湾区跨境担保适用法律和管辖的选择
陈希 霍启奕

63

“长赐轮”宣布共同海损引发的思考——兼论《海商法》第 193 条的修改
谢明

68

行政法与知识产权法律事务

网络“翻唱”行为的侵权问题
朱滔 戴芯薇

71

浅析网红营销模式的广告法规制困境
刘乐

73

法律视角下的“艺术家 × 品牌”联名
陈春燕 霍启奕

76

证券与资产及债务重组法律事务

国有企业股东如何主导和操作拟破产企业的债务重组？
——以某房地产国企债务重组为例
谢昕 钟嘉慧

81

新司法解释下证券虚假陈述民事赔偿案件否定因果关系要件之抗辩路径
——以两证券虚假陈述责任纠纷案为例
王春平 吴耀宏

86

律师出庭实务

“互联网 + 庭审”的反思与进路——基于线上开庭的律师实务考察
肖剑基 陈靖

94



《信任的力量》编委会

主 办：广东广信君达律师事务所

主 任：邓传远

副 主 任：苏东海 闪涛

委 员：朱滔 洪树涌 肖硕彬
黄福轩 杨超男

执行主编：朱惠婷

责任编辑：林思容 谈恺诗

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、
11 层、10 层

联系电话：(020) 37181333

传 真：(020) 37181388

投稿邮箱：ppb@etrilawfirm.com

网 址：www.etrilawfirm.cn

办理涉案企业合规第三方监督评估案件的经验与思考

作者：张蓉 刘奇元

2021年6月，最高检等九部门印发《关于建立涉案企业合规第三方监督评估机制的指导意见（试行）》，探索建立“检察主导、各方参与、客观中立、强化监督”的第三方机制。根据文件精神，11月，广州市人民检察院、市司法局等13个部门/单位联合印发《广州市涉案企业合规第三方监督评估机制实施办法（试行）》以及3个配套规定，开启了涉案企业第三方监督评估机制的广州实践。作为广州市涉案企业合规第三方监督评估机制专业人员，笔者经广州市涉案企业合规第三方监督评估机制管理委员会指派，经办了某单位行贿类型的涉案企业合规监督评估工作。现就该案办理过程中的若干经验作出总结。

一、明确验收标准，有的放矢

涉案企业合规第三方监督评估组织（以下简称“第三方组织”）的核心任务，是对涉案企业的合规计划进行调查、评估、监督和考察，考察结果将作为检察机关依法处理案件的重要参考。因此，第三方组织开展监督评估工作，首先应当明确考察验收的标准，围绕“验收标准”展开合规计划审查、出具指导意见等具体工作。

验收标准是什么？笔者认为至少应考虑两个方面：

（一）案涉领域的具体合规问题是否已解决？（二）是否具有再犯的可能性，若有，再犯的可能性是多少？案涉领域的具体合规问题是否得到解决，取决于涉案企业的合规计划是否具有可行性、有效性和全面性。第三方组织开展合规计划审查等工作要全面围绕合规计划的“三性”展开，唯有如此，涉案企业的合规整改才能落在实处，规避“纸面合规”。“预防再犯”不仅要求预防同类案件再次发生，也要求能够预防其他领域的犯罪发生，这需要涉案企业能够举一反三，建立合规管理体系，健全合规运行机制，将合规整改的有效措施规范化、固定化，形成常态化。

二、全面、深入地了解企业

对涉案企业有全面、深入的了解是第三方组织准确履行职责的前提。合规计划“三性”的判断是第三方组织监督评估工作的关键，也是涉案企业合规整改的抓手和立足点。只有建立在合规计划“三性”准确判断的基础上，才能做到“真整改、真合规”。如何保障合规计划“三性”判断的准确性，需要以对涉案企业有全面深入的了解。

在笔者经办的案件中，笔者和第三方组织中的其他专家通过审查企业的基本资料，利用网络和其他渠道查询涉案企业相关信息，实地走访考察等多种方式全面搜集、掌握涉案企业的情况。经过调查，我们发现涉案企业的实际控制人也是案件主要责任人还同时实际控制着另外一家企业，俩企业存在疑似法人人格混同的情形，并据此提出了关联企业同步进行整改的指导意见。

如未能全面深入了解涉案企业，我们很难发现上述关联企业问题的存在，对涉案企业的合规整改也必然是不彻底的，其全面性和有效性会大打折扣。因此，对涉案企业进行全面深入了解对第三方组织开展监督评估工作十分重要。

三、深入、准确地分析案件成因

案件发生的原因分析是涉案企业有效整改的前提，案件成因分析准确，合规整改计划才具有针对性。涉案企业可能会基于某些主客观原因，导致对案件原因的分析不够深入、准确。在笔者经办的单位行贿案件中，涉案企业最初自查分析的案件成因仅是实控人法律意识薄弱，对反腐倡廉政策理解认识不足，与之对应初步整改措施仅是加强学习和完善相关制度。显然达不到合规整改的基本要求，因此第三方组织需帮助企业找准案件成因。

如何准确找到案件成因？一是要全面掌握涉案企业的实际情况，二是要将案件结合该种犯罪类型的犯罪特征和常见犯罪原因进行分析。比如，单位行贿罪的特点是：贿

赂行为是单位的意思，谋取的不正当利益为单位所有，单位意思表示主要靠内部治理机构发出，因此应考虑涉案企业在法人治理结构上可能存在问题；单位行贿罪的行为特征是给予国家工作人员财物，未经公司决策程序支出现金使我们对财务管理上存在严重问题产生合理怀疑。笔者借助这一方法，结合对涉案企业实际情况的了解，帮助涉案企业找出“法人治理”“财务管理”“反商业贿赂”这3大整改重点和若干具体方面，最终确定了整改的方向和思路，确保了整改的有效性和全面性。

四、体系机制硬实力和文化软实力两手抓

建立合规管理体系，健全合规风险识别预警、违规行为为举报、违规责任追究等运行机制“硬实力”对涉案企业合规整改的彻底性、有效性发挥着重要作用，是实现“预防再犯”的目标效果的重要手段，第三方组织在监督检查涉案企业整改的过程中应当予以关注。对合规机制的关注包括两方面，一是“有无”的问题，即是否建立相关运行机制，这一问题的审查和判断较为容易；二是“如何”的问题，也就是机制运行的效果，第三方组织监督评估应当侧重关注运行效果，这是合规整改有效性审查的内在要求。笔者在具体办案过程中，要求涉案企业动态监测运行情况，并报告运行效果。这一方式的好处在于更好地落实涉案企业的主体责任；倒逼涉案企业将纸面机制实际运行起来，避免出现“纸面合规”“虚假合规”情况；企业的自我监测较第三方组织的监测而言连续性更强，更能反映真实效果。我们在验收时再对特定人员进行访谈加以验证，对实际效果的掌握就更加全面，判断也更为准确。

在整改过程中，我们横向比较企业涉案原因发现，合规文化缺失、从业人员合规意识淡薄是大多数企业涉案的共性原因，因此合规意识文化的培育同样值得关注。本案中，笔者结合涉案企业的规模、地域、从业人员素质等因素，多次向涉案企业提出，要针对性地开展培训和宣贯，全面提升职工合规意识和能力的意见。涉案企业据此针对企业高级管理人员、财务管理人员、合规管理人员、各班组长分别设计安排不同性质的合规培训，极大提高涉案企业合规建设的热情和氛围，为考察期届满后能够持续做到合规经营奠定基础。

总结

涉案企业合规第三方监督评估机制是公正、科学、专业办理企业刑事合规案件的重要手段，第三方组织的考察验收结论作为检察机关处理案件的重要参考，彰显了第三方组织监督评估工作的严肃性和重要性。因此，要不断总结积累有益经验，以高度的责任感、科学有效的方法推动和帮助涉案企业做到依法合规经营、实现高质量发展。

【作者简介】



张蓉 合伙人

执业证号 14401200311621101

专注领域：企业合规体系建设、重大合同商事纠纷、公司股东纠纷及衍生法律问题

曾为或正在为多家大型国有企业合规管理体系建设项目提供法律服务，在合规风险识别、合规风险管控、合规组织架构搭建方面有着丰富经验。同时具备深厚的合规理论基础，执业期间发表多篇合规相关论文，深度参与编撰制定广东省律师协会《中国企业海外子公司合规管理体系建设法律服务指引》以及广州市律师协会《律师开展企业合规法律服务业务指引》，是国内首部企业合规团体标准《中小企业合规管理体系有效性评价》的起草人之一。



刘奇元 律师助理

专注领域：企业合规体系建设、公司治理

刘奇元曾就职于某市属大型国有企业法律风控部门，熟悉企业合规建设、运行情况，对企业合规建设重难点有较深认识。在合规风险识别、合规制度建设、合规体系运行等方面具有比较丰富的实操经验。

企业数据合规的风险与建议

作者：闪涛 江晓璐 区德嫦

随着人类社会逐步进入信息社会大数据时代，数据已经和土地、劳动力、资本、技术等传统要素并列为现代社会5大生产要素。以美、英、德、法、日、韩为代表的发达国家都已将大数据定性为重要的战略资源，将大数据研究和定位在国家战略高度。我国目前处于工业化的中期阶段，迈向信息社会仍是一个中长期的发展战略目标。下面，我们将从数据的基本概念、数据合规的立法现状、企业数据合规风险、企业数据合规建议这四个方面，深入阐述我们对数据安全的理解以及数据合规建议。

一、数据的基本概念

根据《中华人民共和国数据安全法》（简称“《数据安全法》”）第三条，数据是指“任何以电子或者其他方式对信息的记录”。根据不同的标准，可以将数据进行不同的分类。例如，以数据是否合法为标准，可以把数据分为合法数据和非法数据。以固定数据的载体为标准，可以将数据划分为电子数据和非电子数据。根据数据在经济社会发展中的重要程度，以及若遭到篡改、破坏、泄露或者非法获取、非法利用将对国家安全、公共利益或者个人、组织合法权益造成的危害程度，可以将数据分为核心数据、重要数据和一般数据。以数据的权利或者管理主体为标准，可以将数据分为个人数据、企业数据和公共数据。

二、数据合规的立法现状

近年来，我国加快推进数据领域顶层设计，网络安全政策法规体系不断健全。为了构建网络和数据安全的法律体系，我国在《中华人民共和国宪法》的框架下，制定了多部法律法规，覆盖了我国法律体系中的各个层级，包括法律、行政法规、部门规章、政策文件，以及若干国家标准等。其中，《中华人民共和国个人信息保护法》（简称

“《个人信息保护法》”）与《中华人民共和国网络安全法》（简称“《网络安全法》”）《数据安全法》，共同构成了中国网络安全与数据合规法律体系的“三驾马车”。

三、企业数据合规风险

（一）法律风险

1. 民事风险

《个人信息保护法》第六十九条规定，处理个人信息侵害个人信息权益造成损害，个人信息处理者不能证明自己没有过错的，应当承担损害赔偿等侵权责任。

2. 行政风险

《个人信息保护法》第七章、《网络安全法》第六章、《数据安全法》第六章均规定了对企业责令改正、警告、罚款、没收违法所得、责令暂停相关业务、停业整顿、关闭网站、吊销相关业务许可证、吊销营业执照或类似的行政责任。此外，针对企业开展数据处理活动中的高管及第一责任人也有单独的行政处罚措施。

3. 刑事风险

无论是企业还是企业责任人，非法处理数据都有可能构成刑事犯罪。例如，非法获取服务器中存储、处理、传输的数据，情节严重的，可能构成非法获取计算机信息系统数据罪。此外，假如数据处理者利用“爬虫”等网络抓取技术侵入国家事务、国防建设、尖端科学技术领域的计算机信息系统，则可能构成非法侵入计算机信息系统罪。

（二）商誉风险

商誉的价值对于企业而言无需置疑。一旦企业发生数据安全事件，将会对企业的商誉大打折扣，导致客户流失，而且还可能引发一系列诉讼。

《网络安全标准实践指南个人信息跨境处理活动安全认证规范 V2.0（征求意见稿）》第二条“认证主体”中增加了“申请认证的个人信息处理者应取得合法的法人

资格, 正常经营且具有良好的信誉、商誉”这一要求, 因此, 对于个人信息跨境活动的处理者而言, 缺乏商誉将导致其无法满足认证的要求, 进而难以满足《个人信息保护法》跨境传输的条件。

(三) 额外成本

根据普华永道的相关数据, GDPR 的施行让 68% 的公司预计将在数据合规上花费 100 万到 1000 万美元。[参见: <https://m.21jingji.com/article/20221105/herald/4c847b2911cef912ea1d788003b289c3.html>][1] 看似巨额的成本, 与滴滴因数据安全问题导致的 80 亿罚款相比则是九牛一毛。同样, 对于企业产品来说, 研发、上市、运营等环节都投入了很大的成本, 如果因合规问题导致产品无法上线或者被处罚, 对于企业而言损失将是更为巨大的。

四、企业数据合规建议

(一) 人员建设

首先, 在管理层层面, 企业的最高决策机构需要有数据合规的意识和愿望, 假如缺少最高决策机构的重视和支持, 企业将难以构建数据合规体系。

其次, 企业应当根据自身数据业务的规模大小、所处行业、数据体量等考虑是否设置专门的数据合规管理部门, 或者将数据合规管理职能融入现有的企业合规管理体系, 并设置数据合规第一责任人。

此外, 数据合规管理部门应加强与业务部门的分工协作。这也就意味着在执行层面, 相关业务部门如市场部、财务部、人事部等, 应主动进行日常数据合规管理工作, 识别业务范围内的合规要求, 制定并落实业务管理制度和风险防范措施, 配合数据合规管理部门进行合规风险审查、评估和调查、处置、整改工作。。

(二) 数据流程合规

对于企业本身而言, 不论处于何种行业, 只要在经营过程中涉及数据, 都需要关注数据处理全生命周期中的相关义务。而除此之外, 数据主体在企业处理数据过程中所享有的权利同样是企业数据合规的关键。

1. 数据全生命周期的合规义务

(1) 数据收集

根据《个人信息保护法》第五、第六、第十三条, 企业收集个人信息应当取得个人同意并进行充分告知, 符合合法、正当、最小必要原则。而根据第二十八条及第三十一条等, 企业收集敏感信息、儿童个人信息时, 需要获取单独同意, 并且具有特定的目的和充分的必要性 / 制定专门的信息处理规则。

(2) 数据处理

根据《个人信息保护法》第五、第六条, 企业处理个人信息要符合目的最小、公开透明、合法正当等原则。根据第二十七条, 企业可以处理个人自行公开或者其他已经合法公开的个人信息, 但是需在合理的范围内处理。此外, 处理敏感信息和儿童个人信息, 也同样要遵守第二十八条及第三十一条的规定。

(3) 数据传输

《网络安全法》第二节、《个人信息保护法》第三章等规定, 企业作为关键信息基础设施运营者, 或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, 应当将在中华人民共和国境内收集和产生的个人信息存储在境内。确需向境外提供的, 应当通过国家网信部门组织的安全评估。

(4) 数据的存储

根据《个人信息保护法》第六条, 企业对于数据的存储时间要满足最小化要求。根据第四十条, 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, 应当将在中华人民共和国境内收集和产生的个人信息存储在境内。

(5) 数据共享

根据《个人信息保护法》第二十条至第二十三条, 企业作为两个以上的个人信息处理者共同决定个人信息的处理目的和处理方式的, 应当约定委托处理的目的、期限、处理方式、个人信息的种类、保护措施以及双方的权利和义务等, 并对受托人的个人信息处理活动进行监督。而且, 企业还应当向个人告知接收方的名称或者姓名、联系方式、处理目的、处理方式和个人信息的种类, 并取得个人的单独同意。

(6) 数据删除

《网络安全法》第四十三条规定，企业作为网络运营者收集、存储的其个人信息有错误的，应当采取措施予以删除或者更正。《个人信息保护法》第二十一条规定，企业作为受托人应当按照约定处理个人信息，不得超出约定的处理目的、处理方式等处理个人信息；委托合同不生效、无效、被撤销或者终止的，受托人应当将个人信息返还个人信息处理者或者予以删除，不得保留。第四十七条规定，在特定情形下，企业作为个人信息处理者应当主动删除个人信息；个人信息处理者未删除的，个人有权请求删除。

2. 数据主体的权利响应机制

企业在处理数据的过程中，除了要注意自身所应当履行的义务，同样要考虑如何对个人信息主体所享有的权利请求进行响应。

《个人信息保护法》赋予了主体十大法定权利，包括第二十四条“自动化决策”相关权利，第四十四条“知情权、决定权、限制权、拒绝权”，第四十五条“查阅权、复制权、可携带权”，第四十六条“更正权”和第四十七条“删除权”。

因此，对于企业而言，响应个人信息主体行使上述权利将构成其在《个人信息保护法》的法定义务。企业应当参照《个人信息保护法》第五十条，建立便捷的个人行使权利的申请受理和处理机制。具体而言，企业至少应当为个人信息主体提供查询个人信息、获取（下载）个人信息的渠道，更正或补充个人信息的渠道，删除个人信息、撤回同意的渠道以及注销账户和可携带权的指引。

（三）数据合规制度建设

企业内部的数据合规体系建设，可以从管理制度建设、部门建设、设立负责人、风险处理、数据合规培训等方面着手：

1. 管理制度建设

制度建设是构建企业数据安全合规体系的重点，也决定了后续制度能否顺利运行。一般而言，无论企业处于何种行业，制度的设计应当围绕如下几个要点进行：

（1）数据安全管理制度

该制度应该包括企业在数据收集、使用、加工、提供、委托处理、共享、存储、删除销毁整个流程中的合规要求，充分适用法律规定中的原则性条款，并将原则性条款与企

业的经营生产特点相融合，体现出自身合规要求的特性。

（2）数据资产分类分级管理制度

《网络安全法》第二十一条、《数据安全法》第二十一条及《个人信息保护法》第五十一条中都提出，对于不同数据的处理要进行分类保护，例如一般数据、重要数据、核心数据的区分；个人信息及敏感个人信息、儿童个人信息的区分。因此，企业需要通过对所收集的数据信息进行分级管理，进而确保每一项数据处理活动均按照法律规定的制度和流程进行，也提高企业对于数据的运用效率。

（3）合作管理制度

企业在面临接受、提供、向境外提供、共同处理、委托处理等数据内外交互的处理过程时，应当根据法律规定履行合作方的管理义务。具体而言，应当明确合作方的权利与义务，并且按照合同约定的方式、目的、范围处理数据。

2. 企业内部的架构设置

制度的运行需要通过完善的组织部门、将数据合规的义务责任落实到具体部门和人员。参考上海首份《企业数据合规指引》第七条和第十条，应当鼓励各类企业设置专门的数据合规管理部门，或者将数据合规管理职能融入现有的企业合规管理体系。数据合规管理部门应与其他具有合规管理职能的监督部门（如法务部门、审计部门、监察部门等）建立明确的合作和信息交流机制，加强协调配合。

3. 确立第一责任人

目前，《网络安全法》《数据安全法》及《个人信息保护法》中分别明确规定了指定负责人的情形；企业数据不合规时，第一责任人也将承担一定后果。因此对企业而言，在构建数据合规管理制度后，下一步就是确定数据合规事宜的负责人。《企业数据合规指引》第十条指出，“企业的最高管理者是数据合规的第一责任人。”

4. 风险处理

《个人信息保护法》第五十七条规定，发生或者可能发生个人信息泄露、篡改、丢失的，个人信息处理者应当立即采取补救措施，并通知履行个人信息保护职责的部门和个人。因此，企业应建立健全数据安全事件应急预案和风险处置机制，对识别和评估的各类数据风险设置恰当的控制、应对措施来降低风险，必要时停止相关风险行为。

发生个人信息等数据泄露、篡改、丢失等事件的，数据处理者应当立即采取补救措施，并通知所在地区的数据监管部门。安全事件涉嫌犯罪的，应当及时向公安机关报案。

5. 数据合规培训

《网络安全法》第三十条、《个人信息保护法》第五十一条规定，数据处理者的义务也包括了对相关人员的数据合规培训。数据合规培训有助于增强企业制定完善的数据合规管理制度，同时提高企业工作人员数据合规的意识，使其了解、掌握岗位角色和职责、最新的法律法规和监管动态，保证日常经营中的决策和行为符合监管规定。

结语

随着大数据相关法律体系的不断完善，监管机构对于企业数据合规的执法标准将愈加明确，执法的力度也将愈加严厉。因此，企业的数据合规之路将任重道远。唯有从自身实际经营情况出发，做到数据合规的内外兼修和全面覆盖，才能充分发挥数据的经济价值，积极应对未来的监管挑战。

注释

[1] 参见：<https://m.21jingji.com/article/20221105/herald/4c847b2911cef912ea1d788003b289c3.html>

【作者简介】



闪涛 高级合伙人 ■
执业证号 [14401200810597414](#)

专注领域：“一带一路”与海外投资、跨境争议解决、跨境电商、新兴科技（人工智能、区块链、数据安全与信息保护）等

全国律协涉外律师领军人才、全国律协外事委委员、一带一路律师联盟广州中心副主任、省律协国际贸易委员会主任，省商务厅涉外经贸法律服务律师团队成员；在涉外法律领域 16 年的工作中，积累了丰富的实践经验。在数据合规领域，闪涛律师已取得国际认证机构 EXIN 的 DPO（数据合规官）认证，具备在欧盟 GDPR 项下担任大型企业法定 DPO 职务的资格，并已通过隐私与数据保护专业考试、ISO27001 信息安全考试。



江晓璐 合伙人 ■
执业证号 [14401201211034059](#)

专注领域：民商事诉讼、企业常年法律顾问、国有资产管理、融资担保、股权投资与并购

执业十年，先后担任广州工业投资控股集团有限公司及其下属公司、广州市广永国有资产经营有限公司等近 13 家国有企业的常年及专项法律顾问，为广州市国有资产监督管理委员会、广州市发展和改革委员会等行政管理部门提供专项法律服务。



区德嫦 专职律师 ■
执业证号 [14401201811073199](#)

专注领域：涉外法律、数据合规、个人信息保护、公司法务与劳动争议

广州市涉外律师领军人才，曾参与多项境内企业海外投资项目，为境内企业提供全流程法律服务，曾经或现在为多家民营、国企、外资、政府机构以及个人提供常年法律顾问服务，涉及科技、交通、物流、教育、房地产等行业。

刑事合规不起诉涉案企业合规与合规管理体系建设

作者：全朝晖 吴震宇

前言

刑事合规不起诉制度指在涉企刑事案件中，检察机关作出不批准逮捕、不起诉决定或提出轻缓量刑建议的同时，督促涉案企业积极整改，促进企业合规守法经营。自2020年3月起，最高人民检察院在四个省市的六个检察院进行试点开展刑事合规不起诉制度，2021年3月，最高人民检察院扩大试点范围至十省27个市级院和165个基层院。

一、涉案企业合规建设

2021年6月23日，最高人民检察院、司法部、财政部等九部门联合发布了《关于建立涉案企业合规第三方监督评估机制的指导意见（试行）》。2022年4月19日，九部门又联合发布了《涉案企业合规建设、评估和审查办法（试行）》，规范第三方监督评估机制工作有序开展。

涉案企业合规建设，是指涉案企业针对与涉嫌犯罪有密切联系的合规风险，制定专项合规整改计划、完善企业治理结构、健全内部规章制度、形成有效合规管理体系的活动。根据《涉案企业合规建设、评估和审查办法（试行）》，涉案企业合规建设主要包括：

（一）成立合规建设领导小组，由其实际控制人、主要负责人和直接负责的主管人员等组成，必要时可以聘请外部专业机构或人员参与协助；

（二）其制定的专项合规计划应当能够有效防止再次发生相同或者类似的违法犯罪行为；

（三）设置与企业类型、规模、业务范围、行业特点等相适应的合规管理机构或者管理人员。合规管理机构或者管理人员可以专设或者兼理，合规管理的职责必须明确、

具体、可考核；

（四）针对合规风险防控和合规管理机构履职的需要，通过制定合规管理规范、弥补监督管理漏洞等方式，建立健全合规管理的制度机制。涉案企业的合规管理机构和各层级管理经营组织均应当根据其职能特点设立合规目标，细化合规措施。合规管理制度机制应当确保合规管理机构或管理人员独立履行职责，对于涉及重大合规风险的决策具有充分发表意见并参与决策的权利。

（五）为合规管理制度机制的有效运行提供必要的人员、培训、宣传、场所、设备和经费等人力物力保障；

（六）建立监测、举报、调查、处理机制，保证及时发现和监控合规风险，纠正和处理违规行为；

（七）建立合规绩效评价机制，引入合规指标对企业主要负责人、经营管理人员、关键技术人员等进行考核；

（八）建立持续整改、定期报告等机制，保证合规管理制度机制根据企业经营发展实际不断调整和完善。

二、合规管理体系建设

2018年11月2日，为推动中央企业全面加强合规管理，加快提升依法合规经营管理水平，着力打造法治央企，保障企业持续健康发展，国资委发布了《中央企业合规管理指引（试行）》（下称《央企指引》）。后续各省市分别发布了省属、市属企业合规管理指引。国资部门也选取了部分中央企业、省属企业、市属企业进行合规管理试点，进行企业合规管理体系建设。

《央企指引》对合规管理的职责、重点、运行、保障进行了全面的规定。根据《央企指引》，合规管理是指以有效防控合规风险为目的，以企业和员工经营管理行为作为对象，开展包括制度制定、风险识别、合规审查、风险

应对、责任追究、考核评价、合规培训等有组织、有计划的管理活动。

三、大小合规的统一

涉案企业合规建设与企业合规管理体系建设框架一致，而后者相关规定更为全面详尽，试点实践也更早铺开。涉案企业合规建设属于专项合规，针对与涉嫌犯罪有密切联系的合规风险，追求有效性，笔者把涉案企业合规建设称为“小合规”。企业合规管理体系建设属于全面合规，追求全面覆盖、强化责任、协同联动、客观独立，笔者把企业合规管理体系建设称为“大合规”。

在为涉案企业提供刑事合规不起诉的法律服务的同时，笔者建议企业在开展“小合规”的同时统筹安排“大合规”，而“小合规”也可以借鉴“大合规”的规定及实践，为“大合规”查漏补缺，起到互相促进的效果。

涉案企业应当以全面合规为目标、专项合规为重点，并根据规模、业务范围、行业特点等因素变化，逐步增设必要的专项合规计划，推动实现全面合规。✉

【作者简介】



全朝晖 高级合伙人 ■
执业证号 14401198810338104

专注领域：资本市场、金融财税、跨境投资和相关多元化纠纷处理

全朝晖于 1988 年专职执业，曾就读于中国政法大学、美

国肯特法学院及威廉玛丽法学院，分别获中美法学硕士学位，具有高级律师职称。1992 年已获得司法部及中国证监会考核授予的中国律师从事证券法律业务资格，1998 年经国家税务总局统考获中国注册税务师执业资格。其后，分别获中国证监会和国家会计学院联合培训授予的上市公司董事会秘书及上市公司独立董事任职资格。

全律师及其团队作为发行人或承销商的法律顾问，参与及成功完成了多家国内大中型企业在境内外重组 IPO 项目和境内企业在境内外发行各类债券业务。同时还担任多家企业和投资基金法律顾问，提供再融资、重组并购等法律服务。他在大型项目融资许可、境内外股权、资产及税务重组方面有十分出色的表现，涉及大型房地产、建安和物业商管、大中型保险服务、TMT、石油化工及矿业、轻工业品及纸品制造、船舶工业、医药食品制造等产业。全律师在执业履历中曾分别任职于香港知名律所、会计师所的香港及广州办公室。



吴震宇 专职律师 ■
执业证号 14401202110307857

专注领域：公司治理、基金管理、境内外投资与并购等法律事务

中山大学法学院法律硕士。曾任职某公募基金，负责该公司及基金产品的合规管理事务。自加入本所后，曾经或正在协助处理多家境内外公司的首次公开发行股票并上市、发行公司债券、发行票据、并购重组等事务。正参与新三板高新技术国有公司提供混改及股权激励法律顾问服务、广州一家国有企业合规管理体系建设等项目。

中小企业采购合规管理体系建设与有效性评价研究

作者：梁沐周 卢钟锐

中国中小企业协会于2022年5月23日发布《中小企业合规管理体系有效性评价》团体标准（简称“《有效性评价》”），该标准是基于《ISO 37301:2021 合规管理体系要求和使用指南》而制定的，国内首部关于中小企业合规管理体系有效性评价的团体标准，其意义在于规范中小企业合规管理体系有效性评价活动、引导和促进中小企业合规管理体系建设，是一项具有重大战略意义的中小企业管理现代化工程。由于合规管理细分领域众多，《有效性评价》的实践情况因合规细分领域不同而有所变化，本文尝试在“以评促建”的基本思路下，就中小企业采购合规管理体系建设与有效性评价作进一步探讨。

一、中小企业采购业务流程及合规风险分析

对于大部分中小企业而言，采购活动是企业生产运作的起点，亦是企业增加利润、降低成本的重要环节。为了促进企业合理采购、满足生产经营需要、规范采购行为、防范采购风险，财政部下发了《企业内部控制应用指引第7号—采购业务》（简称“《指引》”）。《指引》对采购的主要流程进行了梳理，具体包括安排采购计划、请购、审批、购买、验收、付款、采购后评估等环节。同时，《指引》突出强调了采购业务的主要合规风险点，具体如下：

（一）采购计划及需求合规风险

编制采购计划是整个采购业务流程的第一步，也是第一个风险环节。《指引》第三条提到，“采购计划安排不合理，市场变化趋势预测不准确”是企业采购时应当关注的首要风险点。实践中，中小企业大部分是规模不大的民营企业，这些企业规模小、人员少、管理不完善，存在着采购流程不规范的问题。该类企业的采购计划实行年报加月报规则，由企业生产经营部门向采购部门提交采购需求申请后，采购人员根据申请需求再次填报并进行预算安排、上报、审批后实行。但规模较小的企业内部采购人员通常不会对企业生产经营部门不合理的需求或采购计划进行

实质性审查和调整，甚至有不少中小企业由于管理层级和管理部门过少，让销售人员负责采购工作，随意申采。因此，中小企业编制采购计划时容易出现采购需求或采购计划不合理、不按实际需求安排采购或随意超计划采购、采购需求与企业生产经营计划不协调等风险。如果因此出现库存短缺或积压的情况，可能会产生相关纠纷，不但影响企业的正常经营发展，还可能导致资源浪费或经济损失。

（二）供应商选择及廉洁风险

《指引》第三条第二款建议，企业对供应商选择风险予以关注。实际上，大部分中小企业在发展初期没有制定一套能良好运行的采购业务流程和采购管理制度，对企业供应商的准入管理不严，对供应商的考核评价环节流于形式。综合来看，这些企业在供应商选择方面有以下风险：

1. 对供应商前期考核评估工作不足，导致签订采购合同后出现供应商不具备相应履约能力、产品质量不合格或其他违约行为，导致企业遭受损失甚至双方发生合同纠纷。
2. 供应商本身因垄断行为或廉洁风险受到过严重的行政处罚，选其作为供应商很可能会连带影响采购企业自身的形象口碑，进而影响企业原本良好的经营状况。
3. 供应商因资金链断裂或其他原因导致无法按照合同约定向采购企业供应，可能造成企业损失及后续合同纠纷。
4. 企业采购项目往往涉及较大利益，在选择供应商或者供应商后续履行合同的环节中，很可能存在供应商为了谋取不正当利益而实施商业贿赂的情况。企业采购往往关系到一个企业的命脉，如果采购人员没有良好的法律观念和道德素质，违反廉洁规定，可能导致企业出现廉洁风险、经济损失以及其他合规风险。

（三）采购产品质量及验收风险

采购产品质量不合格风险，是供应商选择不当进而引发的连带风险之一。供应商不能提供符合合同约定验收标准的产品，或是在验收后发现产品本身存在严重的质量问题，都会给企业的正常经营造成影响。此外，企业对产品

验收标准不明确、验收流程不规范、发现问题不按规范流程处理等则会增加企业账实不符、物资损失等风险。

（四）付款审批不严风险

付款环节是采购业务的最后一道关卡，也是企业采购合规风险系数较高的危险地带。企业付款审批管理不严、付款流程不规范、付款方式选择不当、付款审核人的责任和权力不明晰、对前期采购材料审核工作流于形式，以及付款经手人或审批人对付款金额的控制不严等，都可能导致企业资金损失、信用受损、违法违规。

二、中小企业采购合规体系建设及有效性评价路径探索

《有效性评价》是基于中小企业的特点和实际需求专门制定的合规管理体系有效性评价团体标准，它秉承“以评促建”的基本思路，助力中小企业参照评价标准制定建设标准，指导尚未建设合规管理体系的中小企业实现合规管理体系建设落地，对已经建成合规管理体系的中小企业进行有效性评价，并促进体系的不断改进与完善。因此，本文将在《有效性评价》的指导下，对中小企业采购合规管理体系建设与评价的路径作进一步探索。

（一）采购合规管理机构的设置和职责配置

根据《有效性评价》，合规管理机构设置和职责配置的有效性评价应当以合规管理机构的适当性、独立性和权威性作为基本标准，因此应当建设符合该标准的采购合规管理机构及机构职责配置，具体如下：

1. 中小企业可通过设置采购合规领导小组，由其作为采购合规领导机构，负责指导采购合规管理机构或专员进行合规管理。在采购合规领导小组内确定采购合规管理第一责任人，一般为法定代表人或实际控制人，采购部门负责人在一定范围内亦需要承担相应的采购合规责任。

2. 中小企业应根据自身业务属性、企业规模大小和所属行业的特点，专门化设置符合企业现状及未来发展的采购合规管理机构。中小企业更看重成本，因此在建设采购合规管理机构的过程中应平衡好合规效益和合规成本，让更多中小企业坚定合规管理的决心。具体而言，中型企业应设置合规管理部门，并根据职能安排专门的采购合规岗位，由具备合规管理资质或采购专业能力的人进行采购合

规处理工作。规模较小的小微企业应至少配备一名具有采购合规管理能力的采购合规专员，了解企业合规风险，从而加快建设合规管理体系。采购专员应具备采购信息知情权、采购事项决策权、关键岗位控制权等便于开展采购合规工作权限，对采购事项进行审查并出具合规审查意见。

3. 在采购合规管理体系建设和评价的环节中，应对是否配备以下人员和职责岗位进行考量：

（1）具备编制采购计划能力的采购计划人员。该类人员可根据企业发展目标及实际需要，结合库存及货物在途情况，与采购合规专员共同科学安排采购计划，进行采购预算管理，在年度计划范畴内准确、及时编制需求计划，防范采购风险。

（2）掌握采购定价能力的专业采购人员。该类人员可以与采购合规专员共同制定采购定价机制，科学合理地确定采购价格，根据企业实际情况在协议采购、招标采购、询比价采购、动态竞价采购等多种采购方式中，选择风险更低、效率更高的采购方式，并对重要产品的成本与采购执行价格变动情况进行动态跟踪。

（3）负责进行供应商准入和评价工作的采购人员。该类人员应当具备较强的廉洁素质，企业应当进行员工岗前廉洁培训，确保在供应商选择环节中相关人员不会为企业带来廉洁风险。该类人员可与采购合规专员共同建立企业的供应商准入和评价制度，并进行严格审查。

（二）开展采购合规风险识别与应对工作

在采购合规风险筛查和应对管理方面，企业可以在平衡自身成本及效率的基础上，从以下路径进行探索。

1. 供应商选择及廉洁风险筛查与应对

第一，企业应当设立严格的供应商准入标准，对供应商的企业资信、经营状况、企业口碑、违法违规风险、关联关系进行严格审查和考核评价，必要时可以开展实地调研或委托律师开展尽职调查，根据审查结果初步选择合适的供应商，并将审查结果和供应商选择结果一并上报给采购部门主要负责人及采购合规负责人，进行审批备案。第二，对于已经建立合作关系的供应商，应当定期开展考核评价活动，了解供应商最新企业动态、经营状况、供货情况等，并加强供应商采购合规培训、反商业贿赂培训工作，促进供应商队伍合规观念的良性发展。第三，应当对采购

人员进行岗前廉洁培训，要求其签订“采购廉洁保证书”和“商业保密保证书”，并定期考核其廉洁观念。第四，企业应当与合作供应商签订《采购廉洁协议》和《商业保密协议》，并做好后期违规监督追责跟踪工作。

2. 产品质量及验收风险筛查与应对

在合同签订环节，企业与供应商签订采购合同时应当另外签订质量保证协议，明确产品质量标准规定和违约赔偿，确保供应商产品出现质量问题时可有效追偿。在产品验收环节，企业应当严格按照合同中约定的质量标准进行检验，要将发现的任何问题都显示在检验报告上，并要求供应商进行整改直至验收合格，必要时可委托第三方检验机构出具无不符合要求的检验报告后才允许供货商供货；验收人员应当根据采购合同及质量检验部门出具的质量检验证明，重点关注原始单据的真实性和单据与实际货物内容的一致性；特殊产品验收需要一定技术支持的，应当配备合格的专业技术人员；对于验收过程，应当全程完整记录，列明异常情况并上报采购部门；采购、验收产品出现质量问题或延迟交货的，企业应严格按照合同约定索赔。与此同时，企业应当定期组织检查组对供应商产品进行抽检，调研产品使用者的反馈意见，筛查潜在的产品质量风险。

3. 付款审批风险筛查与应对

企业应当建立付款审核人监督机制，要求付款审核人以季度为单位进行工作梳理汇报，由监督者对其进行定期考核。同时，企业应当加强采购付款管理机制，明晰付款审核人及其他享有审批权人的职责。付款审核人及其他审批人员应当严格遵守财务付款的规章制度，依照制度要求审核采购预算、合同、单据凭证、审批程序等相关内容，审核无误后方可依约履行付款义务。

（三）采购合规文化建设

根据《有效性评价》，合规文化建设的有效性评价应以各层级、各领域员工所具备的合规知识、合规意识、合规信念和合规行为作为基本标准。因此，采购合规文化建设应当深入不同层级不同领域，根据对象的权责范围和合规风险可能性进行差异化合规文化宣传工作。

1. 采购合规文化建设方式

采购合规文化建设可以通过员工培训、合规海报、

企业内部出版物、新闻稿、员工会议展示、企业网站、新员工入职培训、工作指南手册等多种方式开展宣传和培训工作。

2. 建立采购合规承诺信用机制

主要负责人和管理层作出的采购合规承诺具有表率作用，会对各层级员工作出采购合规承诺并履行其合规职责起到良好的示范作用。与此同时，建立合规职责绩效考核机制及违规问责制度，对于具体不合规行为进行处罚整改，对违规事件责任人问责，使各层级员工意识到违规行为的严重后果和履行合规职责的必要性。

3. 搭建专门的采购合规培训平台和学习群组

通过定期组织采购合规培训课程、印发采购新规工作指南、搭建专门的采购合规培训平台或工作群等方式，使采购合规观念深入人心，在潜移默化中改变不合规的采购行为习惯，从而营造良好的采购合规文化氛围。☞

【作者简介】



梁沐周 高级合伙人

执业证号 14401201410053202

专注领域：合规决策参谋和项目危机处置，投融资、并购与重组，基础设施和房地产建设、开发、运营等



卢钟锐 专职律师

执业证号 14401201810047433

专注领域：企业合规与风险管理、公司法务、民商事争议解决

熟悉 ISO37301 合规管理体系，擅长将风险管理嵌入流程，2021 年获广州市律协年度业务成果奖，曾/现为多家国企、事业单位法律顾问。

公司决议无效诉讼的实证分析 ——以 964 份判决书为样本

作者：杨超男 李天荣

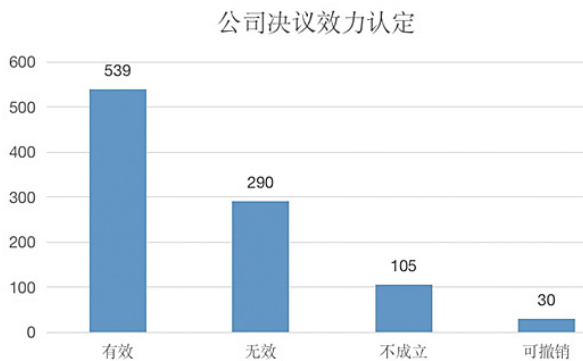
导言

公司决议无效纠纷是公司决议瑕疵纠纷中最复杂的问题。《公司法》第 22 条第 1 款“公司股东会或者股东大会、董事会的决议内容违反法律、行政法规的无效”的规定，属于缺少构成要件的“不完全条款”，而司法解释四也未能进一步添补“解释空间”。在成文法未能做出体系化安排的前提下，如何认定公司决议无效，亟待司法实践的回应与补足。认定公司决议无效的具体事由有哪些？涉及公司决议无效认定问题的案件中，是否存在法院据以作出裁判的价值标准？在实务中，对公司决议的合规风控，有哪些具体的建议？我们拟对上述问题作出回答，供大家交流探讨。

一、公司决议无效诉讼的司法现状

以“公司决议纠纷”为案由，以“无效”为诉讼请求段落关键字，笔者发现 2018 年 11 月 1 日至 2021 年 11 月 1 日期间，已形成生效民事判决书的案例共计 1009 宗。通过人工进一步筛选，剔除无关案例后，剩余案件数量为 964 宗，具体数据情况如下：

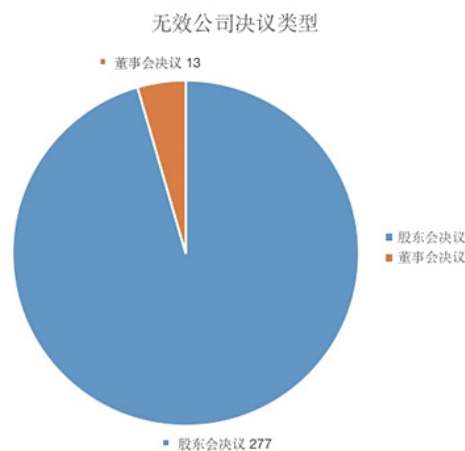
（一）公司决议效力认定



统计结果显示，2018 年 11 月 1 日至 2021 年 11 月 1

日期间，在原告请求确认公司决议无效的 964 宗案件中，法院认定公司决议为有效的案件最多，共计 539 宗，占全体案件数量的 56%；认定公司决议为无效的案件共计 290 宗，占比 30%；认定公司决议为不成立的案件共计 105 宗，占比 11%；认定公司决议可撤销的案件共计 30 宗，占比 3%。由此可见，法院在公司决议无效诉讼纠纷中，一般不会轻易否定公司决议的效力。

（二）无效公司决议类型

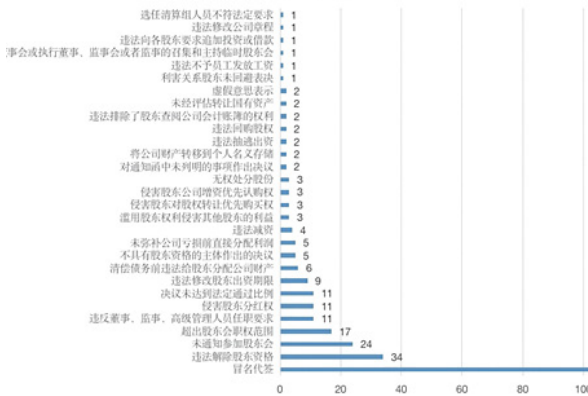


从统计结果来看，在法院认定公司决议为无效的 290 份生效判决文书中，股东会决议被认定为无效的案件数量最多，共计 277 宗，占比 95%。董事会决议被认定为无效的案件数量为 13 宗，占比 5%。由此可见，在公司决议无效诉讼纠纷中，涉股东会决议无效纠纷数量更多，这或与我国公司法采股东会中心主义立场以及公司多为股权集中型的现状有关。^[1]

（三）股东会决议具体无效事由

由上图可知，上述 277 宗股东会决议无效案件中一共产生 29 种具体的无效事由。其中以“冒名代签”为无效事由，认定股东会决议无效的案件数量最多，共计 108 宗，占比 39%。案件数量排名第二的无效事由是“违法解除股东资格”，共计 34 宗，占比 12%。案件数量排名第三

股东会决议具体无效事由



的无效事由是“未通知参加股东会”，共计 24 宗，占比 9%。

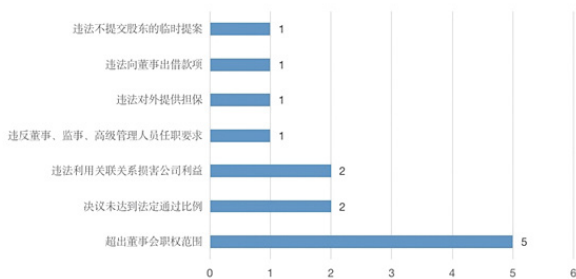
(四) 董事会决议具体无效事由

由上图可知，上述 13 宗董事会决议无效案件中一共存在 7 种具体的无效事由。其中以“超出董事会职权范围”为无效事由，认定股东会决议无效的案件数量最多，共计 5 宗，占比 38%。案件数量排名第二的无效事由是“决议未达到法定通过比例”，共计 2 宗，占比 15%。案件数量排名第三的无效事由是“违法利用关联关系损害公司利用”，共计 2 宗，占比 15%。

(五) 实体法适用

根据实体法适用的统计结果来看，对于公司决议无效诉讼纠纷案件，法院基本会适用《公司法》第 22 条的规定。

董事会决议具体无效事由



部分案件适用了《民法总则》第 143 条、第 146 条以及第 171 条第 1 款，这三个条文涉及民事法律行为的有效要件、虚假意思表示和无权代理等问题。由此可见，《公司法》和民事一般法律规范是认定公司决议无效问题的主要法律依据。其中适用《公司法》第 22 条规定的案件数量为 282 宗，占比 97%，适用一般民事法律规范的数量为 8 宗，占比为 3%。

下文将分别从公司法路径和一般民事法律规范路径，

进一步分析司法实务中如何认定公司决议无效。

二、公司决议无效认定之公司法路径

《公司法》第 22 条第 1 款规定：“公司股东会或者股东大会、董事会的决议内容违反法律、行政法规的无效”，法院通过适用该规定来认定公司决议无效的，都可归类为公司法路径。该条款仅仅抽象地规定了“违反法律、行政法规”无效，并没有明确公司决议无效的具体事由。因此，有必要进一步明晰导致公司决议无效的具体原因有哪些。在本文选取的案例中，一共存在 29 种具体的无效事由，以下将具体分析其中最为常见的 8 种无效事由。

(一) 冒名代签

针对冒名代签的公司决议，有的法院会首先认定决议行为是法律行为，应当符合意思表示真实这一构成要件，再认定冒名代签而形成的股东会决议不是股东的真实意思，因此违反了《民法总则》第 143 条，进而违反了《公司法》第 22 条，最终认定股东会决议无效。

比如在深圳市某投资控股有限公司、深圳市某实业有限公司决议纠纷二审民事案中，^[2]二审法院认为，2016 年 8 月 30 日的某实业公司股东会决议上某投资控股公司的签章并非其备案公章，不是某投资控股公司的真实意思表示，其股东会决议违反公司法的规定，侵害了某投资控股公司的合法权益，应确认为无效。理由是：有限责任公司通过股东会对变更公司章程内容、决定股权转让等事项作出决议，其实质是公司股东通过参加股东会议并作出真实意思表示，是股东会议及其决议有效的必要条件。不具备该条件的股东会决议应属无效。

(二) 违法解除股东资格

我国公司法规定了股东除名制度，并借此对没有履行出资义务或抽逃全部出资的股东进行惩罚和制裁。但是，当所有股东均为虚假出资或抽逃全部出资时，部分股东是否能够通过股东会决议解除其他股东的股东资格呢？也就是说，该股东会决议还是否有效呢？

在司法实践中，法院通常会否定这种决议的效力。公司是股东之间达成的契约结合体，股东之间的关系应受该契约约束。股东除名制度立法目的在于维护守约诚信股东

的利益，如果其中部分股东没有履行出资义务或抽逃全部出资，则会危害公司的正常经营和其他股东的共同利益。对于本身没有履行出资义务或抽逃全部出资的股东，没有所谓的合法权益受损之说，因此其通过公司决议解除其他股东的股东资格欠缺合法性基础，应认定该决议为无效。

比如在刘某芳诉常州某化学科技有限公司决议效力确认纠纷案中，^[3]二审法院认为，公司股东均为虚假出资的，部分股东通过股东会决议解除特定股东的股东资格，该除名决议应当认定为无效。理由是股东除名制度的目的，在于通过剥得股东资格的方式，惩罚不诚信股东，维护公司和其他诚信股东的权利。如公司股东均为虚假出资，部分股东通过股东会决议解除特定股东的股东资格，由于该部分股东本身亦非诚信守约股东，其行使除名表决权丧失合法性基础，背离股东除名制度立法目的，因此该决议无效。

（三）未通知参加股东会

对于公司未通知股东参加股东会的情形下，形成的股东会决议是属于无效还是可撤销？有观点认为，未通知股东参加股东会仅仅只是会议的召集程序和表决程序违法，属于决议可撤销的情形，而不是决议无效。对此，司法实践是如何认定的呢？

在司法实践中，法院通常认为未通知股东参加股东会而作出的决议应属无效，因为这剥夺了股东所享有的参与公司重大决策的权利。比如在深圳市某企业管理咨询有限公司、深圳某集团股份有限公司决议效力确认纠纷二审民事案中，^[4]二审法院认为，某集团股份公司在未依法通知某企业管理咨询公司及某企业管理咨询公司的情况下，召开会议并对修改公司章程、改选董事会及监事会等多项议题作出的决议，属于无效。理由是：法律之所以规定召开股东会必须通知全体股东，主要就是为了切实保障所有股东平等参与公司决策，充分行使表决权等各项股东权利。因此，公司股东实际参加股东会并作出真实意思表示，是股东会及其决议有效的必要条件。

（四）超出股东会职权范围

《公司法》第37条规定：“股东会行使下列职权：（一）决定公司的经营方针和投资计划；……”。这是公司法对股东会职权的明确规定，股东会在该职权范围之外形成的决议将会被认定为无效。

比如在程某群与杜某庆等公司决议效力确认纠纷案中，^[5]法院认为，公司总经理聘任和解聘的权利归属于董事会，星某公司2017年11月16日召开股东会会议通过《关于解聘程某群公司总经理的议案》《关于聘任马某担任公司总经理的议案》，违反了《公司法》的规定，应属无效。

（五）违反董事、监事、高级管理人员任职要求

《公司法》第45条规定：“董事任期由公司章程规定，每届任期不得超过三年”，第51条第4款规定：“董事、高级管理人员不得兼任监事”，这些都属于公司法对董事、监事、高级管理人员任职要求，违反这些规定的公司决议也会被认定为无效。

如黄某涛与深圳市某文化发展有限公司的公司决议效力确认纠纷案，^[6]法院认为，系争股东会决议中，选举黄某涛、朱某明、龙某平为公司董事会成员，任期5年，该决议中董事任期违反公司法关于董事任期不得超过3年的规定。因此，决议中董事任期超过法律规定最长任期的部分无效。

（六）侵害股东分红权

《公司法》第34条规定：“股东按照实缴的出资比例分取红利；公司新增资本时，股东有权优先按照实缴的出资比例认缴出资。但是，全体股东约定不按照出资比例分取红利或者不按照出资比例优先认缴出资的除外”。这一规定表明“同股同权”是有限责任公司股东行使资产收益权的基本原则，违反该规定的公司决议将会被认定为无效。

比如在李某华与重庆市某工矿贸易有限公司决议纠纷案中，^[7]法院认为，系争股东会决议的内容实际上导致了工矿公司差异化分红，而没有按照股权份额同比例分红，该分红模式违反了有限责任公司股东“同股同权”的一般原则，也违反了法律的规定，直接损害了李某华作为股东的财产权益，应当认定为无效。

（七）违法修改股东出资期限

股东通常是以公司章程的方式事前确定股东的出资期限，虽然《公司法》第43条第2款规定，修改公司章程须经代表全体股东三分之二以上表决权的股东通过，但是对于修改股东出资期限来说，能否也适用资本多数决规则呢？

在司法实践中，法院倾向于认为，修改股东出资期限不适用资本多数决规定，应当经过全体股东一致同意。比如在姚某城与某（上海）投资管理有限公司、章某等公司决议纠纷案中，^[8]法院认定，某（上海）投资管理有限公司临时股东会形成的决议无效，即该公司要求各个股东完成注册资本的缴纳期限从二十年左右缩减于半个月不到的时间之内的股东会决议无效。理由是：有限责任公司章某或股东出资协议确定的公司注册资本出资期限是股东之间达成的合意，除法律规定或者存在其他合理性、紧迫性事由需要修改出资期限的情形外，股东会会议作出修改出资期限的决议应经过全体股东一致通过。公司股东滥用控股地位，以多数决方式通过修改出资期限的决议，损害了其他股东的期限利益，应当认定为决议无效。

（八）违法减资

公司增减出资不仅关乎股东之间的利益、公司未来的发展，更关乎与公司相关的各方主体的利益。与公司股东同比例减资情形不同的是，公司能否通过股东会决议向部分股东定向减资，返还投资款呢？

在司法实践中，法院通常认为此类定向减资的股东会决议属于无效，因为这相当于使部分股东可优先债权人和其他股东收回所投入的资本，最终损害公司债权人以及其他股东的利益。比如在华某伟与上海某电子商务有限公司决议纠纷上诉案中，^[9]法院认为，上海某电子商务有限公司在经营严重亏损状态下，股东会决议通过的定向减资无效。理由是在公司亏损的情况下，如果允许公司向股东返还减资部分股权对应的原始投资款，实际是未经清算程序通过定向减资的方式变相向个别股东分配公司剩余资产，不仅有损公司其他股东的利益和公司的财产权，还严重损害公司债权人利益，应属无效。

三、认定公司决议无效之民事一般法路径

对于公司决议效力案件，法院有时会采用民事一般法的分析路径。通过对以上检索的案例分析可以发现，有的法院首先认定公司决议行为是民事法律行为，应当满足民事法律行为有效的构成要件，再认定公司决议是否违反了民事一般法中关于民事法律行为无效的规定。若公司决议

违反了这些规定，则直接认定公司决议为无效。

比如在陈某新与某市城乡建筑设计研究院有限责任公司的公司决议效力确认纠纷案中，^[10]法院认为，案涉股东会决议是陈某新、吴某及灵某以虚假意思表示实施的民事法律行为，根据《民法总则》第146条规定：“行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效”，该公司决议应确认为无效。理由是：灵某出资700万元先以增资的方式进入公司，再作为股权转让对价款予以转出，支付给陈某新、吴某。因此，案涉股东会决议名为增资，实为股权转让，该增资决议属于无效。

四、公司决议无效认定中的价值衡量

公司决议是公司中错综复杂利益关系的重要载体，公司决议无效将引发更复杂的利益冲突。公司决议无效的认定所面对的实质问题是，如何平衡大股东与小股东、外部债权人以及内部利益相关者之间的利益关系。

在公司决议无效纠纷案件中，少数股东通过诉讼的形式，阻止了多数股东所形成的决议。这意味着已在公司形成的新的利益关系，将不得不恢复到公司内部原有的利益关系状态，重新调整外部债权债务关系，这将会诱发对公司内部和外部关系安定性的担忧。^[11]换言之，在公司决议无效认定之中，法院需要在“尽力维持公司决议效力”与“消除公司决议违法性”乃至“防止控股股东滥用权利、保护小股东”之间寻求利益平衡。^[12]对比英美法和大陆法关于决议无效的立法，“谨慎”认定无效已成为共识。纵观司法实践中法院认定无效的事由，可以看出，以下因素事关公司决议效力：决议是否违背了公司的独立人格和股东有限责任；决议是否违背了公司民主参与规则；决议是否导致公司法加以保护的法益受到明显侵害，如小股东利益、债权人利益等；决议是否违反公序良俗。^[13]

五、公司决议合规风控建议

通过上述实证和理论分析，不难看出，公司决议并非一经作出即有效。公司决议效力所涉纠纷亦涉及广泛，一旦被法院认定无效，不但既有利益格局发生变化，还可能

引致无效过错方进一步承担法律责任。为了提高公司决议效力的稳定性，我们建议，在实务中特别注意以下几点：

1. 公司决议上的签字、签章一定要属于本人或本单位的真实签字、签章，未得到授权而代签的决议可能会被认定未生效；如果不能本人签署，则必须经过合法授权，并由公司留存所有授权文件。

2. 股东会的召开应严格遵循公司法和公司章程的规定，无论是定期会议还是临时会议，均需完成所有“规定动作”，如提前十五日，明确议题、时间、地点，形成会议记录、股东签名等。

3. 公司法对股东会、董事会职权作出了明确规定，公司章程一般也会进一步细化该等规定，公司股东会、董事会不能超出职权范围决议事项。

4. 对于修改股东出资期限等事项，虽然法律、行政法规没有明确要求应当经过全体股东同意，但是这对这类容易引起争议、可能会被否定效力的事项，可以由全体股东一致通过，而不是仅仅适用资本多数决规则。

5. 加强对股东会、董事会召开程序、决议程序、内容的合法合规性审查，既要对照成文法规定，也要注意把握司法实践中关涉决议效力的因素，同时，还可以从实质公平的角度，将受保护的法益是否受到损害纳入审查范围。☞

注释

[1] 叶林：《股东决议无效的公司法解释》，载《法学研究》2020年第3期。

[2] 深圳市中级人民法院民事判决书（2019）粤03民终7300号。

[3] 江苏省常州市中级人民法院民事判决书（2018）苏04民终1874号。

[4] 深圳市中级人民法院民事判决书（2019）粤03民终1727号。

[5] 北京市大兴区人民法院民事判决书（2018）京0115民初23066号。

[6] 深圳市龙岗区人民法院民事判决书（2018）粤0307民初13197号。

[7] 重庆市江北区人民法院民事判决书（2019）渝0105民初6758号。

[8] 上海市第二中级人民法院民事判决书（2019）沪02民终8024号。

[9] 上海市第一中级人民法院民事判决书（2018）沪01民终11780号。

[10] 徐州市泉山区人民法院民事判决书（2020）苏0311民初1832号。

[11] 叶林：《股东会决议无效的的公司法解释》，载《法学研究》2020年第3期。

[12] [德] 托马斯·莱赛尔·吕迪格·法伊尔：《德国资合公司法》上册，高旭军等译，上海人民出版社2019年版，第425页。

[13] 叶林：《股东会决议无效的的公司法解释》，载《法学研究》2020年第3期。

【作者简介】



杨超男 合伙人

执业证号 14401201410064819

专注领域：民商事争议解决业务、公司与商业务、涉外贸易与投资业务、海事海商与航空航天行业业务

杨超男律师是暨南大学 / 柏林自由大学法学博士，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”。



李天荣 专职律师

暨南大学法律硕士

公司管理权相争中“定身术”的运用

作者：陈伟雄

《西游记》中玉皇大帝招安了孙悟空，赐给悟空“齐天大圣”的封号，让他管理蟠桃园。某天，七仙女受王母指示，到桃园来摘桃子并在蟠桃大会分给出席人员。孙悟空向其打听是否会邀请自己。仙女回答得十分得体，说大会邀请的成员都是去年的那批神仙，至于这次有没有邀请大圣，她们就不知道了。她们得体的回答自然没有激怒悟空，悟空让她们稍等片刻，并表示他去天宫打探消息，且对七仙女施用“定身术”，但效果只有24小时，只能达到临时和应急作用。

受《西游记》中的故事启发，在民事诉讼中，律师可以向人民法院申请适用《民事诉讼法（2021修正）》第103条的行为保全裁定，责令一方当事人作出一定行为或禁止其作出一定行为的临时措施，可以达到临时限制对方行为的“定身术”效果。但在涉及《公司法》股东权利的管理权争议中运用《民事诉讼法（2021修正）》第103条的案例较为少见，笔者试以所经办相关案件，与各位同仁分享公司法案件运用行为保全制度的体会。

一、案例介绍

本案目标公司（第三人）B公司是日本A公司的100%控股公司，C担任B公司的法定代表人和总经理职务10余年，通过任用其亲信等长期控制着B公司；近两年更利用疫情期间A公司无法派人到中国管理，无视A公司的各项指令和管理要求。A公司对此非常恼火，2022年4月下旬决定要撤换B公司管理层。2022年4月19日，A公司董事会作出撤销C在B公司的法定代表人、董事和总经理职务的决议，重新任命了董事会、监事会成员和总经理。经21天医学隔离后，5月13日，A公司任命的新总经理会同律师进入B公司，向C宣读了股东A公司的决定，但是C拒绝接受决定，拒不交出公司印章和财务资料，甚至拒绝新总经理进入B公司，公司陷入经营僵局。

5月13日，A公司要求B公司执行股东决定和董事会决议，要求C返还公司证照、配合办理变更登记等，并于5月16日致函C催促，但C依然无视股东A公司决定。5月18日，A公司以《关于立即对C提起侵害公司权益诉讼请求函》，向B公司监事、董事会请求提起诉讼，但由于C拒绝移交公司经营权，导致B公司陷入经营僵局，B公司监事、董事会无法正常履职，未能以B公司名义提起诉讼。6月初，A作为公司股东，按照《公司法》第一百五十一条的规定直接起诉。

法院审理案件漫长（被告可以运用包括管辖权异议，在管辖权一审裁定后提起上诉，一审，二审，执行阶段的执行异议等手段拖延判决），企业在经历一年以上的诉讼程序后可能会被拖垮，因此，A公司必须找到一条准确快捷的路径控制B公司，以阻止C对B公司的进一步侵害，防止B公司被拖垮。由此，笔者团队运用《民事诉讼法（2021修正）》第103条“人民法院对于可能因当事人一方的行为或者其他原因，使判决难以执行或者造成当事人其他损害的案件，根据对方当事人的申请，可以裁定对其财产进行保全、责令其作出一定行为或者禁止其作出一定行为；当事人没有提出申请的，人民法院在必要时也可以裁定采取保全措施”，向法院的申请中提出如下要求：

（一）要求裁定查封、扣押第三人B公司印章、营业执照、财务账册（包括记账凭证和原始凭证）等公司资料，并指定某开发区的管理公司代为保管，如涉及使用，需经A公司的书面同意）；

（二）要求裁定禁止C本人或授权任何人，使用、重新刻制、隐匿B公司公章以及任何其他公司印章；如需使用，需经A公司的书面同意；

（三）要求裁定禁止C本人或授权任何人，代表B公司签署任何文件、作出任何意思表示或从事任何与B公司活动；如必须由C签署文件的，需经A公司书面同意。

二、关于行为保全制度的基本法律规范

关于行为保全的规定，最早见于海事和知识产权诉讼制度，具体如下：

《海事诉讼特别程序法》第五十一条以“强制令”的形式作出了规定：“海事强制令是指海事法院根据海事请求人的申请，为使其合法权益免受侵害，责令被请求人作为或者不作为的强制措施。”

《著作权法》第五十条则规定“著作权人或者与著作权有关的权利人有证据证明他人正在实施或者即将实施侵犯其权利的行为，如不及时制止将会使其合法权益受到难以弥补的损害的，可以在起诉前向人民法院申请采取责令停止有关行为和财产保全的措施。”

《专利法》第六十条、第六十六条，商标法第五十三条、第五十七条和《民事诉讼法（2021 修正）》第 103 条均涉及侵权案件中的诉前行为保全问题。

最高人民法院出台《关于诉前停止侵犯注册商标专用权行为和保全证据适用法律问题的解释》并公布《最高人民法院关于审查知识产权与竞争纠纷行为保全案件适用法律若干问题的解释（征求意见稿）》，后者没有被正式出台，但在司法案例中有所援引。

综上，行为保全可分为请求标的为作为的行为保全，和请求标的为不作为的行为保全；不作为的行为保全又可以分为债务人自己不作为的保全，和容忍他人作为的保全。

三、哪些情形可以适用行为保全制度

前述规范中规定的行为保全制度所适用的情形包含海事请求、著作权侵权、专利权侵权、商标权侵权的行为。同时，《民事诉讼法》并未明确排除行为保全措施在其他情形的适用，本案可以适用《民事诉讼法》的上述规定。

四、司法实践中对于采取行为保全措施的考察要件

《最高人民法院关于诉前停止侵犯注册商标专用权行为和保全证据适用法律问题的解释》第三条规定：“……商标注册人或者利害关系人……应当递交书面申请状。申请状应当载明……（三）申请的理由，包括有关行为

若不及时制止，将会使商标注册人或者利害关系人的合法权益受到难以弥补的损害的具体说明。”由上述规定可知，申请行为保全，须证明保全措施的必要性以及损害难以弥补。

关于“难以弥补的损害”的认定方法，《最高人民法院关于审查知识产权与竞争纠纷行为保全案件适用法律若干问题的解释（征求意见稿）》第八条列举说明，分别说明了认为属于“给申请人造成难以弥补的损害”的情形和不属于该损害的情形。其中较为重要、在司法实践中常用的“造成难以弥补的损害”情形有“强占申请人的市场份额”“后续侵权行为难以控制，将显著增加损害”的；而“比较容易通过金钱计算”的损害往往被认为不属于。特别地，其对情况是否紧急进行详细论述，认为应当考察：

- （一）申请人是否提出了具有理据的严肃争议；
- （二）双方权益是否严重失衡；
- （三）本申请是否有紧迫性及是否违反公共利益等。

对行为保全考察因素最完整的总结，是“深圳市某有限公司、某（深圳）有限公司信息电讯行政管理”一案，法院认为，需对主体、胜诉可能性、采取保全措施的紧迫性必要性、是否损害社会公共利益以及（诉前）担保进行考察。

《最高人民法院关于审查知识产权与竞争纠纷行为保全案件适用法律若干问题的解释（征求意见稿）》第七条规定，法院应当综合考察采取保全措施必要性的因素有：

- （一）胜诉可能性；
- （二）采取保全措施给被申请人带来的损害和不采取保全措施给申请人带来的损害的衡量；
- （三）采取保全措施是否会损害社会公共利益。

五、申请行为保全需要提供的证据材料

《最高人民法院关于诉前停止侵犯注册商标专用权行为和保全证据适用法律问题的解释》第四条规定“商标注册人应当提交商标注册证，利害关系人应当提交商标使用许可合同、在商标局备案的材料及商标注册证复印件；排他使用许可合同的被许可人单独提出申请的，应当提交商标注册人放弃申请的证据材料；注册商标财产权利的继

承人应当提交已经继承或者正在继承的证据材料。……证明被申请人正在实施或者即将实施侵犯注册商标专用权的行为的证据，包括被控侵权商品。”概括而言，即申请人应当提供能够证明自己身份和权益的证据材料，以及证明被申请人正在实施侵权行为的证据材料。

在司法案例中，涉及申请人提交证据材料清单且最终裁定采取保全措施的案件并不多。“某文化传媒有限公司与某网络科技有限公司”一案中，原告提供的证据材料有涉案赛事的合作框架协议、合作协议、宣传资料、直播合作协议、被告涉嫌实施侵权行为的证据保全公证书、被告网站备案信息、被告在上海市某区某路某地址开展经营活动照片。对上述所提及的材料大致分为两种：证明申请人属于被申请人利害关系人以及具有合法权益的证据材料，和证明被告不当行为及胜诉可能性的证据材料。

除此之外，学界认为申请人对行为保全申请所进行的举证义务为释明义务，即申请人要提交法官不经过调查就能马上做出判断的证据，而不必证明自己必然胜诉。

六、本案律师观点

关于本案，笔者团队向法院提交如下观点：

（一）关于是否造成难以弥补的损害的问题

C 显然已无继续以 B 公司名义从事任何活动或继续占有使用的依据。

2022 年 5 月 13 日 A 公司要求 C 履行股东决定、董事会决议移交经营权以来，C 利用其工商登记法定代表人身份和占有使用的公章，以公司名义，违背公司意志实施诸多损害公司及股东利益的行为。2022 年 5 月 13 日，股东要求执行股东决定和董事会决议以来，C 利用登记法定代表人的身份和公司印章实施诸多违背股东意思、违背 B 公司意志的行为，使 B 公司经营秩序及财产面临严重威胁：

1.2022 年 5 月 16 日，C 以捏造员工盗窃公司财物的事实擅自开除负责日常与原告对接业务的 B 公司员工，事后经公安机关调查，盗窃事实纯属捏造；

2.2022 年 5 月 17 日，C 明知公司营业执照正本由总经理保管的情况下，虚构遗失事实，以 B 公司名义要求某市市场监督管理局重新办理营业执照正本，并于 5 月 24 日领取新的正本；

3.2022 年 5 月 24 日，C 明知公司财务印鉴、银行 U 盾由总经理保管的情况下，虚构遗失事实，以 B 公司法定代表人名义重刻财务章。C 取得新的营业执照、财务印鉴后，即前往工商银行、交通银行，要求重新办理 U 盾及变更财务印鉴，试图使 B 公司银行账户脱离股东委派管理人员控制；

4. 在 B 公司及股东向银行提出异议且银行基于审慎原则暂停为 C 办理变更手续后，C 擅自以 B 公司名义，向某市第一人民法院起诉银行，要求重新办理 U 盾及变更财务印鉴（案号为（2022）粤 2071 民初 ***** 号及（2022）粤 2071 民初 ***** 号），试图使 B 公司银行账户脱离股东委派管理人员控制；

5.2022 年 6 月 8 日，C 处置 B 公司设备资产，在公司员工及公安机关介入阻挠后，暂时未得逞；

6.2022 年 6 月 27 日，C 擅自安排 B 公司停工，罔顾公司和员工利益，一度引起冲突；

7.2022 年 6 月 30 日，C 擅自以 B 公司名义要求物流供应商停止向原告及客户交付产品等。

8.2022 年 7 月 5 日，在股东以及公司董事长毫不知情的情况下，C 以 B 公司名义对外投资设立公司，注册资本 1 亿元，对股东和公司财产造成严重威胁。

如果继续容许被申请人 C 使用公司印章并继续利用其作为工商登记法定法定代表人的名义实施任何行为，无疑会给申请人造成进一步的损害，这种损害难以弥补且最终只会由 B 公司及申请人承受。禁止被申请人的行为以维持现状并阻止损害发生，符合本案的实际情况。

（二）关于双方当事人利益是否明显失衡的问题

对申请人 A 公司而言，B 公司的正常运营对其作为 B 公司的股东至关重要，如果不采取行为保全措施，申请人的合法权益将可能受到难以弥补的损害。

假如采取行为保全措施禁止的是 C 本不打算实施的行为，则该行为保全对 C 并无损害；如果相反，即使不考虑申请人对“被申请人对前述资料不享有任何权益”的声明，临时禁止被申请人使用以及允许他人使用前述 B 公司证照资料，对被申请人而言也难谓有重大损害。这对被申请人利益亦具有保障作用。

两利相权取其重，不采取行为保全措施将可能使申请

人及B公司陷入困境，故应对被申请人采取行为保全措施，禁止被申请人进一步损害B公司、申请人的行为。

（三）关于本次申请是否具有紧迫性的问题

被申请人实施的种种行为表明，B公司目前已经脱离了申请人的控制范围，被申请人随时有可能继续利用登记的法定代表人身份和公司印章继续从事违背公司意志、股东意思，损害B公司及申请人利益的行为。因此，禁止该等行为的实施刻不容缓。

（四）关于本行为保全是否违反公共利益的问题

本行为保全申请系申请人请求获得公司和股东利益保护救济，属于私权范畴，本行为保全不涉及对社会公共利益造成损害的可能。

（五）关于本行为保全的可行性的问题

某企业集团有限公司（下称“某企”）愿意就本行为保全的裁定执行提供协助，使得本行为保全具备可操作性，并以《关于同意代管B公司公司印章、证照等公司资料的函》，同意按法院裁定接收、保管、管理B公司印章、营业执照、财务账册（包括记账凭证和原始凭证）；严格按法院裁定监督相关方按裁定确定的要求使用B公司印章、营业执照、财务账册（包括记账凭证和原始凭证）。

法院的裁定及某企的协助执行，有利于防止损害B公司及申请人利益的行为发生，保障维持B公司及股东的利益，对C采取行为保全措施，亦不会影响B公司的正常运营，本次申请具备可行性。7月19日听证会后某市第一法院7月29日作出如下裁定：

1. 禁止C本人或授权任何人使用、重新刻制、隐匿B公司公章以及其他公司印章，如需使用，需经A公司或其委托代理人，或是B公司董事长或其授权代表书面同意；
2. 禁止C本人或授权任何人代表B公司签署任何文件，如必需由C签署文件的，需经A公司或其委托代理人，或是B公司董事长或其授权代表书面同意；
3. 责令C在本裁定书送达之日起三日内将B公司印章、营业执照等公司资料移交给管理公司代为保管，如需使用需经A公司或其委托代理人，或是B公司董事长或其授权代表书面同意。

上述裁定一旦作出立即生效，不可以上诉，但可以复

议，复议不影响裁定的生效。

8月3日，C向法院申请复议，8月5日复议被驳回。

8月22日，C通过法院向第三人管理公司移交了公司印章，在管理公司的允许下，B公司随后开展营业执照换新证和各银行U-KEY的重置发行工作。

七、总结

笔者团队作为A公司代理人，运用《民事诉讼法（2021修正）》第103条的行为保全裁定，责令对方当事人作出一定行为或禁止其作出一定行为的临时措施，在诉讼过程中申请法院向对方施用“定身术”。从立案、听证会到最终出裁定不到2个月时间，就达到临时限制对方行为，排除其对公司正常生产经营的妨碍目的；利用我方仍可自由行动的机会，团结公司管理层和员工，掌握公司人、财、物和销售渠道、客户、供应商等要素，采取各种有效措施，迅速控制目标公司，避免漫长诉讼过程对目标公司造成的巨大伤害，取得了通过正常诉讼途径无法实现的良好效果，维护股东利益，稳定正常生产，确保近500位员工的生计不受影响，取得了令股东、目标公司员工、管理公司、当地政府均满意的结果。

【作者简介】



陈伟雄 高级合伙人

执业证号 14401200210189173

专注领域：民商法、公司法、国际投资、劳动法等
广信君达东京分所负责人、中国广州仲裁委员会仲裁员、广州市留东会副会长兼法律顾问。2016年3月，取得日本法务省授予的日本外国法事务律师资格。2013年，被《中国当代涉外律师》评为向驻华商会、使馆、外向型机构推荐的100位优秀涉外律师之一。2018年9月，荣获广州市律协“广州涉外大律师”称号。2019年，入选司法部全国千名涉外律师人才名单。

关联公司人格否认归责研究

作者：王 钺 李键文

现行法律规范未对关联公司作出法律定义，也没有对关联公司人格混同情形下的法律责任进行规定，但实务中，关联公司实际控制人滥用公司法人独立地位逃避债务的问题日益突出，债权人主张关联公司担责的案件显现增加。笔者结合现有法律规定和主流司法观点，对关联公司人格否认与责任承担的问题进行梳理，并提出相关建议。

一、关联公司的法律概念

《中华人民共和国公司法》（简称“《公司法》”）未对关联公司进行定义及相关规定，仅在第 216 条第 4 款规定：“关联关系是指公司控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员与其直接或者间接控制的企业之间的关系，以及可能导致公司利益转移的其他关系”，从文义解释看，前述规定并非强调公司之间的关系。最高人民法院第 68 号指导案例认为，《公司法》所称的关联公司，包括公司股东的相互交叉，公司共同由第三人直接或者间接控制，或股东间、公司的实际控制人间存在直系血亲、姻亲、共同投资等可能导致利益转移的其他关系。

目前，与关联公司近似主体的法律概念，主要集中在财税领域的部门法律规范中，如《企业所得税法实施条例》第 109 条规定：“企业所得税法第四十一条所称关联方，是指与企业有下列关联关系之一的企业、其他组织或个人：

（一）在资金、经营、购销等方面存在直接或间接的控制关系；（二）直接或间接地同为第三者控制；（三）在利益上具有相关联的其他关系。”财政部颁布的《企业会计准则第 36 号——关联方披露》第 3 条规定：“一方控制、共同控制另一方或对另一方施加重大影响，以及两方或两方以上同受一方控制、共同控制或重大影响的，构成关联方。”此外，证监会《上市公司信息披露管理办法》第 71 条第 3 款对上市公司的关联法人进行了明确规定。

综上，笔者认为，关联公司是指与其他公司之间存在直接或间接控制关系或重大影响关系的公司，有独立法人人格企业之间的联合。关联公司以控制能力或重大影响为要素强调彼此之间的关联关系：控制是指有权决定公司的

重大经营事项，一般表现为直接或间接持有被控制公司 50% 以上的表决权；重大影响是指虽没有公司重大决策决定权，但有能力参与并影响到公司重大决策的制定和实施。

不过，上述认定方式存在例外，根据《公司法》第 216 条第 4 款的规定，国有控股公司之间不能仅凭共同的国家或国有资产部门股东，直接被认定为关联公司。

二、关联公司人格否认归责的法律依据

如一般的民事主体，关联公司对外承担的民事责任主要是合同和侵权责任。本文主要讨论在非合同关系下，债权人以关联公司人格否认为由，要求关联公司对债务承担连带责任的法律依据。连带责任由法律规定或当事人约定，债权人想要突破合同相对性和关联公司的人格独立地位，要求关联公司对债务承担连带责任的主张并不容易实现。

2013 年最高人民法院发布的第 15 号指导案例，对关联公司人格否认归责的裁判有重要指导作用，主要体现在：（一）该案例以人员、业务、财务等混同客观表象特征为因素，论证关联公司构成人格混同，造成交易相对人难以区分交易对象的后果，从而判定关联公司对债务承担连带责任；（二）该案例首次参照适用《公司法》第 20 条第 3 款的规定作为裁判依据，对后续同类案件的法律适用提供借鉴。

《公司法》第 20 条第 3 款规定：“公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害公司债权人利益的，应当对公司债务承担连带责任。”这是现行法律规范中唯一对法人人格否认的法例，虽然该规定的法律责任主体为公司股东而非公司，但在学界和司法实践中，均普遍认可应对该规定作扩大解释，准予法人人格否认的反向适用和在关联公司场合下适用，并指出“这并不是随意的一种主张，而是严格遵循法解释学的规则，对公司法之基本原理进行诠释的结果”。^[1]

此外，笔者在案例研究中发现，在支持关联公司人格否认的案件中，大部分司法机关会以关联公司之行为违反诚实信用原则、公平原则进行论理。法人人格否认是诚信

原则在公司法中的具体适用，^[2] 在没有明确法律依据时，根据原则性条文对公司人格否认进行评价是应有之义，不过也有学者认为，法人人格否认纠纷属于商事裁判，基于商法的独立性与商事审判的独特思维、理念与原则，援引民法基本原则更需慎重。^[3]

三、关联公司人格否认归责的适用条件

法律并未禁止关联公司的存在，亦未禁止关联公司之间相互交易、资金流转或者共同开展商业活动，因此，公司之间存在关联关系并不当然可以人格否认。根据《公司法》第 20 条第 3 款的规定，法人人格否认归责的构成要件为：一是存在“滥用公司法人独立地位和股东有限责任”的行为，致使关联公司人格混同；二是前述滥用行为“严重损害债权人利益”。

（一）关联公司人格混同的认定

所谓人格混同，是指关联公司的人员、业务、财务等方面交叉或重叠，致使公司丧失独立法人人格。

人员混同是指关联公司之间在组织机构和人事安排上存在严重的重叠或被统一的实际控制人控制，如公司之间法定代表人、董事等核心高管人员交叉任职或相互兼任。业务混同是指各公司混同经营业务，生产或者销售等主营业务共同操作，没有明显界限。财务混同主要表现为各公司没有各自独立出资，没有单独的财务账册，公司经营场所、主要办公场所一致，未单独核算经营利润等，各公司之间转移资产、利益及交易机会等没有对价饼互相挪用等。

上述三种情形是关联公司人格混同的典型表征，其中最实质的要素为财务混同，即彼此财产归属不明、难以区分。根据《公司法》第 3 条第 1 款规定，公司独立财产是公司独立承担责任的物质保证，也是公司独立人格的集中体现，财务混同的本质是违背了法人制度中公司财产独立的立法宗旨，严重影响公司对外清偿债务的物质基础。

在认定人格混同时需要注意的是，对于关系紧密的关联公司之间，如集团公司、母子公司架构下对人员、业务、财务进行统一管理，只要合法合规，则不能认定为人格混同。此外，由于人员、业务、财务混同的表现形式多样，一旦司法机关确认人格混同的外在表现特征，则有的公司必然会予以规避，进而隐秘实施实质混同，因此，对于关

联公司人格混同的认定，根本上需要从混同的表征因素中判断是否会导致公司各自财产无法区分，丧失独立人格。

（二）严重损害债权人利益的认定

关联公司出现人格混同，并不必然导致其对外承担责任，还应考虑是否具备严重损害债权人利益的结果要件，但目前司法机关裁判案件时普遍不重视这一构成要件。在第 15 号指导案例中提到：“虽然在本院认为部分提及了关联公司之间没有偿债能力损害了债权人利益，但只是一笔带过，这给其他法院带来消极的指导作用，误以为‘严重损害’并不是与‘人格混同’同样重要的构成要件，或者基于简单的、表面的事实就能推定成立。”^[4] 笔者从检索的生效判决中发现确实如此，大部分法院在判决书中主要论述人格混同，甚至以此径自判决关联公司承担连带责任，对人格混同行为是否严重损害债权人利益避而不谈。

法人人格否认的立法本意是预防公司独立人格被滥用，进而保护善意债权人的利益，即只有在债权人利益受损时才需要通过人格否认制度来增加债权人实现债权的可能性，相当于一种利益补偿，如果债务人及其关联公司之间具备偿债能力，则不需要司法介入强制打破公司的独立人格。事实上，最高人民法院《全国法院民商事审判工作会议纪要》（以下简称《九民纪要》）已规定“只有在股东实施了滥用公司法人独立地位及股东有限责任的行为，且该行为严重损害了公司债权人利益的情况下，才能适用”《公司法》第 20 条第 3 款的规定，并指出“损害债权人利益，主要是指股东滥用权利使公司财产不足以清偿公司债权人的债权”，即最高人民法院明确了“损害债权人利益”的认定标准，故各级法院在裁判案件时，应当同时审查公司的清偿能力并认定债权人利益是否受损，并以此作为关联公司人格否认归责的必要构成要件。

四、相关启示和建议

第一，法人人格否认是现代公司法人制度的例外情形，对关联公司人格混同的认定，应极为慎重和严谨。一方面，人格混同的认定应在关联公司存在长期地、持续性地财产边界不清、财务混同、利益输送等情况下，如前述因素只是偶发性情况或者属于法律允许的商业经营，则不足以达到丧失人格独立的高度；另一方面，司法机关应重视论理

人格混同行为是否是严重损害债权人利益的结果要件，若公司资产可清偿债务，那人格否认自无适用之余地。^[5]

第二，笔者发现，众多未支持关联公司人格否认的生效判决，败诉的主要原因均为债权人举证不能。根据举证规则，债权人需对关联公司存在人格混同的事实举证，但除非关联公司存在明显经营漏洞，外部人员一般难以知晓公司财务、人员状况，更遑论充分举证，对关联公司人格混同的举证责任过于集中在债权人一方，这极易容易造成关联公司或实际控制人恶意逃避债务。笔者认为，在保障关联公司人格否认严格适用的前提下，应对人格混同的举证责任适当调整，以便于启动审查程序，做到类似于“宽进严出”的司法效果，起到抑制公司独立人格被滥用的效果。

第三，由于裁判依据不足，审判实践中，法院对关联公司人格混同判决依据的法律不一、认定标准差异较大。

《九民纪要》第10-12条规定了人格否认的3种适用情形，对裁判依据有规范作用，但《九民纪要》只是司法政策文件，不是裁判依据的法律规范，因此，完善该类问题的适用法律、填补裁判依据仍有其必要性。2021年12月24日，全国人大常委会公布的《公司法》（修订草案）第21条第2款规定“公司股东利用其控制的两个以上公司实施前款规定行为的，各公司应当对任何一个公司的债务承担连带责任”，即关联公司人格否认归责问题即将有直接、明确地法律依据，我们期待新法的早日实施，并进一步制定司法解释对法律的适用进行完善。✍

注释：

- [1] 朱慈蕴：《公司法人人格否认制度理论与实践》，人民法院出版社2009年版
- [2] 徐国栋：《诚实信用原则研究》，中国人民大学出版社2002年版
- [3] 李后龙：《商法思维与商事审判》，《南京社会科学》2004年第11期
- [4] 王军：《中国公司法》，高等教育出版社2015年版
- [5] 李建伟：《关联公司法人人格否认的实证研究》，《法商研究》2021年第6期

【作者简介】



王 钲 合伙人
执业证号 14401201810019652

专注领域：民商事诉讼与争议解决、刑事合规与法律风险防控、公司治理与常年法律顾问

毕业于华南理工大学法学院，获法律硕士学位，取得三级律师职称。多次在《商界》《西部论丛》《商法》等省级以上或有重大影响力的期刊发表学术成果，代理了大量民商事纠纷案件，曾为唐某等63人涉嫌诈骗罪案、戴某涉嫌保险诈骗罪案、莫某涉嫌虚开增值税专用发票罪案、朱某涉嫌故意伤害罪案、张某等16人涉嫌组织卖淫罪案当事人进行刑事辩护，取得良好的辩护效果，得到当事人及家属的认可和好评；代理广州某集团公司、广州某餐具公司控告员工涉嫌职务侵占罪案，均被司法机关受理立案，顺利进入刑事诉讼程序，防控职务犯罪取得良好效果。



李键文 专职律师
执业证号 14401202211566622

专注领域：公司治理与风险防控、商事诉讼、合同纠纷
毕业于北京师范大学珠海分校，具有良好的法学功底和专业素养，曾办理各类民商事案件，包括金融借款合同纠纷、租赁合同纠纷、股权转让纠纷等。为各类企业提供专项法律服务及常年法律顾问服务，包括起草、审核公司经营及投资各类合同、协议、内部管理制度，协助处理公司涉及各类经营纠纷、劳动纠纷等，曾参与办理粤海物业管理有限公司并购项目，在民商事诉讼方面及非诉讼方面积累了相关的经验。

有限责任公司股东对公司债务承担连带责任的 10 种情形及 5 个建议

作者：龙嘉莉

前言

根据《中华人民共和国公司法》（简称“《公司法》”）第三条规定：“有限责任公司的股东以其认缴的出资额为限对公司承担责任”，即一般情况下，公司在经营过程中产生的债务，股东并不需要以其自身全部财产承担责任。但这不代表有限责任公司股东就此高枕无忧，在一些特殊情形下，股东有可能要对公司债务承担连带责任，危及自身的个人财产。本文将列举 10 种有限责任股东对公司债务承担连带（不包括承担补充赔偿责任的情形，如抽逃出资、出资不实等）的情形，并就所述情形提出 5 点建议。

一、人格混同导致有限责任股东须承担连带责任

（一）一人有限责任公司财产混同

《公司法》第六十三条规定：

“一人有限责任公司的股东不能证明公司财产独立于股东自己的财产的，应当对公司债务承担连带责任。”

（二）股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任

《公司法》第二十条规定：

“(1) 公司股东应当遵守法律、行政法规和公司章程，依法行使股东权利，不得滥用股东权利损害公司或者其他股东的利益；不得滥用公司法人独立地位和股东有限责任损害公司债权人的利益；

(2) 公司股东滥用股东权利给公司或者其他股东造成损失的，应当依法承担赔偿责任；

(3) 公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害公司债权人利益的，应当对公司债务承担连带责任。”

就该情形，最高人民法院有相应指导判例，(2021) 最高法知民终 *** 号深圳市某科技有限公司与北京某科技有

限公司、宋某怡、王某平、周某著作权许可使用合同纠纷案中，最高人民法院明确“否定公司人格的最根本的判断标准是公司是否具有独立意思和独立财产，最主要的表现是公司的财产与股东的财产是否混同且无法区分。”

在认定是否构成人格混同时，应当综合考虑以下因素

1. 股东无偿使用公司资金或者财产，不作财务记载的；
2. 股东用公司的资金偿还股东的债务，或者将公司的资金供关联公司无偿使用，不作财务记载的；
3. 公司账簿与股东账簿不分，致使公司财产与股东财产无法区分的；
4. 股东自身收益与公司盈利不加区分，致使双方利益不清的；
5. 公司的财产记载于股东名下，由股东占有、使用的；
6. 如公司与股东之间的业务持续地混同，具体交易行为、交易方式、交易价格受同一控制股东支配或者操纵的；
7. “夫妻店”公司家庭共同财产与公司财产不分；
8. 一套人马两块牌子，一人组成多个公司，各个公司表面上独立，但实际上财务不分、人员不分、资产不分；
9. 人格混同的其他情形。

二、除了人格混同导致有限责任股东须承担连带责任外，公司在清算、注销过程中，股东存在过错，损害债权人权益的，也应当对外承担连带赔偿责任

（一）公司未依法清算即办理注销登记

《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（二）》（简称“《公司法解释二》”）第二十条规定：

“公司解散应当在依法清算完毕后，申请办理注销登记。公司未经清算即办理注销登记，导致公司无法进行清算，债权人主张有限责任公司的股东、股份有限公司的董

事和控股股东，以及公司的实际控制人对公司债务承担清偿责任的，人民法院应依法予以支持。公司未经依法清算即办理注销登记，股东或者第三人在公司登记机关办理注销登记时承诺对公司债务承担责任，债权人主张其对公司债务承担相应民事责任的，人民法院应依法予以支持。”

该条规定的责任主体之间的清偿责任并不是以认缴出资额承担责任，而是一种连带责任。

（二）股东怠于履行义务导致无法清算

《公司法解释二》第十八条规定：

“(2) 有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东因怠于履行义务，导致公司主要财产、帐册、重要文件等灭失，无法进行清算，债权人主张其对公司债务承担连带清偿责任的，人民法院应依法予以支持。”

该规定中所指的文件是影响清算的重要文件，如灭失的文件不足以影响清算，则不需承担连带清偿的责任。

（三）公司未在法定期限内清算

《公司法》第一百八十条规定：

“公司因以下原因解散：

（一）公司章程规定的营业期限届满或者公司章程规定的其他解散事由出现；

（二）股东会或者股东大会决议解散；

（三）依法被吊销营业执照、责令关闭或者被撤销；

（四）人民法院依照本法第一百八十二条的规定予以解散。……”

《公司法》第一百八十三条规定：

“公司因本法第一百八十条第（一）项、第（二）项、第（四）项、第（五）项规定而解散的，应当在以上解散事由出现之日起 15 日内成立清算组，逾期不成立清算组的，债权人可以申请人民法院指定有关人员组成清算组进行清算。人民法院应当受理该申请，并及时组织清算组进行清算。”

《公司法解释二》第十八条规定：

“有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东未在法定期限内成立清算组开始清算，导致公司财产贬值、流失、毁损或者灭失，债权人主张其在造成损失范围内对公司债务承担赔偿责任的，人民法院应依法予以支持。”

该规定的法定期限是指出现上述所列解散事由出现之日起 15 日内，未成立清算组且导致公司财产贬值、流失、灭失等，公司股东要对债权人的损失承担连带赔偿责任。

（四）公司清算未依法履行通知和公告义务

《公司法》第一百八十五条规定：

“清算组应当自成立之日起十日内通知债权人，并于六十日内在报纸上公告。债权人应当自接到通知书之日起三十日内，未接到通知书的自公告之日起四十五日内，向清算组申报其债权。”

《公司法解释二》第十一条规定：

“(1) 公司清算时，清算组应当按照《公司法》第一百八十六条的规定，将公司解散清算事宜书面通知全体已知债权人，并根据公司规模和营业地域范围在全国或者公司注册登记地省级有影响的报纸上进行公告；

(2) 清算组未按照前款规定履行通知和公告义务，导致债权人未及时申报债权而未获清偿，债权人主张清算组成员对因此造成的损失承担赔偿责任的，人民法院应依法予以支持。”

需注意的是，《公司法》规定通知债权人的时间为清算组成立的 10 日内，公告时间为 60 日内，公告必须在省级有影响力的报纸上，如作为清算组成员的公司股东未按上述规定履行，则对债权人的损失承担连带赔偿责任。

（五）执行未经确认的清算方案

《公司法解释二》第十五条规定：

“(1) 公司自行清算的，清算方案应当报股东会或者股东大会决议确认；人民法院组织清算的，清算方案应当报人民法院确认。未经确认的清算方案，清算组不得执行。

(2) 执行未经确认的清算方案给公司或者债权人造成损失，公司、股东或者债权人主张清算组成员承担赔偿责任的，人民法院应依法予以支持。”

（六）提供虚假清算报告骗取注销登记

《公司法解释二》第十九条规定：

“有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东，以及公司的实际控制人在公司解散后，未经依法清算，以虚假的清算报告骗取公司登记机关办理法人注销登记，债权人主张其对公司债务承担相应赔偿责任的，人民法院应依法予以支持。”

三、公司在成立出资、解散过程中，股东有以下情形的，也需对外承担连带责任

（一）股东转让瑕疵出资的股权

《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）》第十八条规定：

“有限责任公司的股东未履行或者未全面履行出资义务即转让股权，受让人对此知道或者应当知道，公司请求该股东履行出资义务、受让人对此承担连带责任的，人民法院应予支持”。

股东转让瑕疵出资股权，受让人知情的，公司可要求股东履行出资义务，受让人承担连带责任；公司资产不足以清偿债务的情况下，债权人可主张受让人承担连带责任。

（二）公司解散后股东恶意处置公司财产

《公司法解释二》第十九条规定：

“有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东，以及公司的实际控制人在公司解散后，恶意处置公司财产给债权人造成损失，债权人主张其对公司债务承担相应赔偿责任的，人民法院应依法予以支持。”

该规定的处置财产必须是恶意且规避债务损害债权人目的的，如低价转让公司财产、无偿赠与给第三人等，如是为解决债务，合理变卖公司财产偿债则不应恶意处置。

四、如何规避股东对公司债务承担连带责任

针对上文提出的股东应当承担连带责任的情形，笔者提出 5 点建议，帮助股东规避相关问题。

（一）尽量避免设立一人公司

发生纠纷时，一人公司需证明股东财产独立于公司财产，举证责任倒置，难度大。成立一人公司须完成实缴出资义务，建立独立的财务制度，股东和公司不要随意收转账，股东个人不能与公司混用账户，股东和公司财产保证独立，避免公账私用，每年做好会计报告和审计。

（二）避免人格混同、财产混同

股东应避免本人人格与公司人格混同，不滥用公司法人地位及股东权利，保证公司有独立意思表示和独立财产。

公司的账簿与股东的账簿要做区分。股东不得用公司

的资金偿还自己的债务、不得将公司的资金供自己的关联公司使用而不做账务记载；应当将自己的收益与公司的盈利作区分，避免利益不清等问题。

（三）股东要履行出资义务，不得抽逃出资、瑕疵出资、虚假出资等

股东在转让股权前应当全面履行出资义务，保证股权无瑕疵，受让人在受让股权时也应审慎审查出资瑕疵问题。

（四）依法清算，依法办理注销登记

如股东决定解散公司，必须按照上文涉及的关于清算的规定及时依法清算，清算过程中，股东也要积极履行勤勉义务，清算完毕再办理注销登记；公司有债务的，要避免损害公司债权人利益。

（五）公司解散后不得恶意处置公司财产

许多公司在解散后，为了规避债务低价转让或无偿赠与公司财产，但这种方式并不可取，反而会导致股东需承担债权人的损失，危及股东个人财产。如果公司确实负债过多，还是需通过破产清算解决债务，以公司财产对外承担债务，即使资不抵债，股东也是在认缴出资范围内承担债务。

【作者简介】



龙嘉莉 专职律师

执业证号 14401201911094535

专注领域：房地产及建设工程、公司法、继承、离婚及抚养权纠纷等民商事争议解决法律服务领域

广州市白云区人民法院民事调解员、广州市白云区妇联家事调解员，具有丰富的民商事诉讼经验。涉猎旧村改造、公司股权设计、股权激励等非诉领域，先后为多个大型企业、村居提供法律顾问服务。先后承办了涉诉标的金额超千万元的重大诉讼多件，成功为客户挽回经济损失数千万元。

如何正确识别和处理股权转让中目标公司的历史债务？

作者：孙君元

一、历史债务的判别

本文讨论的股权转让中的历史债务，亦可称遗漏债务，是指在股权转让交易时，因目标公司历史事件引起，且转让方没有披露、没有考虑进转让价格的债务。在目标公司清偿后，该债务最终应由转让方实际承担。

在股权转让的交易中，由于受让方无法完全了解目标公司的历史经营情况，在很大程度上要依靠转让方主动披露目标公司经营状况、财务数据。为了降低交易风险，股权转让合同一般都会约定历史债务由转让方承担，类似条款表述如：“转让方声明，至本协议签署日已向受让方完全披露目标公司的负债，并承诺承担未向受让方披露的目标公司负债及或有负债。”

但若股权转让合同仅有较为笼统类似上文的约定，而没有对历史债务进行准确定义，可能会给历史债务的判别带来不确定性。

在司法实践中，就“历史债务”中的“债务”部分，通常争议不大，一般指目标公司向第三方支付款项或等价物。但对于“历史”部分，则可能存在争议，从文义解释角度，历史应指过去的事，但若比照的时间锚点不确定，则何为历史事件也不确定。在股权转让中，时间锚点应有三个：价款定价时间、转让合同签订时间、工商变更完成时间；就债务范畴，亦应有三个时间维度：导致债务产生的事件的发生时间、付款条件成就时间、债务实际清偿时间。

债务的三个时间维度，无论哪一个发生在三个时间锚点之前，似乎都可以从文义上解释为历史债务，这也是导致历史债务范围存在争议的重要原因。

若股权转让合同没有对历史债务进行准确定义，则司法机关应根据历史债务判别的核心要件——转让方是否已经披露、该债务在定价时是否有纳入考量——对是否属

于历史债务进行判别。

试举一例：

转让方与受让方于2021年3月5日签订股权转让协议，约定以目标公司于2020年12月31日的经审计确定的净资产价值1000万定价进行转让，双方于2021年4月8日完成股权工商变更登记；2021年4月10日，第三方起诉目标公司，称其与目标公司于2020年11月8日（导致债务产生的事件的发生时间）签订买卖合同，约定目标公司应于2020年12月7日（付款条件确定时间）支付货款30万元，以上事实由法院查明确定，2021年6月18日，法院作出判决，判令目标公司支付货款30万元；2021年6月25日（债务实际给付时间），目标公司向第三方支付了30万元，该30万元是否属于历史债务，是否应由转让方承担责任（该以下简称案例一）？

案例一包括了三个时间锚点，三个债务范畴的时间维度。若股权转让合同没有对历史债务进行定义，则无法直接得出该30万元是否属于历史债务的结论，司法机关应根据核心要件及结合股权转让价款的定价方式，判别是否属于历史债务。

因双方约定按照2020年12月31日的净资产价值定价进行转让，所以司法机关应查明目标公司2020年12月31日的应付账款中是否包括第三方起诉的款项，若已经包括该部分款项，则视为该部分债务已经纳入股权转让价款考虑范围，虽导致债务产生的事件发生在全部三个时间锚点之前，转让方也没有对该债务进行特别披露，但转让方不应承担赔偿责任；若该款项的全部或部分未包括在应付账款中，则未包括的全部或者部分应属于历史债务，应由转让方承担赔偿责任。在笔者代理的案件中，一审、二审法院均采用该裁判观点。

但若双方没有约定系根据净资产价值定价转让，而只是笼统约定了股权转让价款金额，在其他条件均不变的情

况下，上述例子中的责任方可能会发生变化。例如，在笔者代理的另一案件中，双方仅笼统约定“受让方同意支付目标公司的股权转让款 1700 万”，但没有说明 1700 万元股权转让款是如何得出的。在这种情况下，司法机关的考量思路可能发生变化，可能需要进一步判断导致该笔债务发生的原因（该问题笔者将在后文第二部分予以讨论）。但在此种股权转让合同中，因导致该笔债务发生的事件发生在股权转让合同签订以前，而转让方没有对受让方予以披露，不能证明在定价时已经考虑了该债务因素，笔者倾向于将该笔债务认定为历史债务。

还有更加不容易区分定性的情形，仍以双方约定目标公司于 2020 年 12 月 31 日的经审计确定的净资产价值 1000 万定价进行转让为例：

若第三方与目标公司于 2020 年 11 月 8 日（导致债务产生的事件的发生时间）签订买卖合同购买目标公司经营必备物品，双方约定目标公司应于 2021 年 1 月 7 日（付款条件确定时间）支付货款 30 万元，该 30 万元未计入 2020 年 12 月 31 日的应付账款，转让方也未对该 30 万元款项进行特别的披露，该 30 元是否属于历史债务，是否应由转让方承担责任（以下简称案例二）？

在案例二中，虽导致债务产生的事件发生在三个债务时间维度之前，但于股权转让定价日前付款条件仍未成就，虽转让方未披露，但未披露的原因似乎具备一定的合理性，在此种情形下，也值得讨论该 30 万元是否属于历史债务。笔者认为，仅凭上述给定的条件，难以得出确定的结论。

二、导致历史债务产生的原因及对判别的影响

一般而言，因受让方未参与目标公司的经营管理，不可能知悉目标公司的历史情况，受让方完全不应当承担任何形式的历史债务，所以无论历史债务因何种原因产生，只要转让方未予以披露并且未加入计价考量，均应由转让方就历史债务承担责任。但有些导致历史债务产生的特殊原因，可能会将上述归责原则产生影响，即将“转让人有无披露”，转变为“转让人未披露有无过错”，进而对历

史债务责任的承担产生影响。

笔者尝试将历史债务产生的原因划分为四种类型：财务、经营中的不规范导致，或然事件导致，经营风险导致及正常经营所产生的应付款项。

（一）财务、经营中的不规范导致

仍以案例一为例。若转让方实际应付第三方 30 万元，但仅在应付账款中记入 10 万元，则剩余 20 万元系因财务账目错误、财务数据不准确未记入应付账款，则该历史债务可以划入财务、经营中的不规范导致范畴。

亦或目标公司为建设工程的承包人，在转让方经营目标公司时管理不到位，导致承包的工程存在质量问题，在股权转让后，发包人要求目标公司就工程质量承担赔偿责任，该历史债务也可以划入财务、经营中的不规范导致范畴。

（二）或然事件导致

或然事件指截至锚点时间仍未确定目标公司是否需要承担责任的事件。例如，目标公司在锚点前为第三方提供担保，在锚点时间仍不确定目标公司是否需要承担责任，在股权转让完成后，债权人要求目标公司承担保证责任，目标公司承担责任变成确定事件，该历史债务可以划入或然事件导致范畴。

（三）经营风险导致

例如，目标公司在股权转让前与第三方签订了合作协议，在股权转让完成后，因协议约定的客观标准无法达成，双方均无过错，但协议解除条件成就，第三方要求目标公司退还合作款，该历史债务可以划入经营风险导致范畴。

就以上三种类型，就债务的产生，转让方或有过错，或无过错，但均不影响历史债务由其承担责任的法律后果。

（四）正常经营所产生的应付款项

如案例二，虽导致债务产生的事件发生在三个债务时间维度之前，但于股权转让定价日前付款条件仍未成就，转让方未予以披露似乎具备一定合理性，再加之目标公司购买的货物为公司经营所必须的物品，转让方对于该债务的产生不存在过错，在根据合同约定难以判别该债务是否属于历史债务的情况下，该债务产生的原因可能对司法机关的判别产生影响。

三、界定历史债务的依据

股权转让时所依据的《审计报告》、《资产评估报告》是界定历史债务的重要依据。如在笔者代理的案件中，法院即根据《审计报告》以及《审计报告》配套的《应付账款明细》判断债务是否属于历史债务。

另有郑某生等诉林某敏等侵权责任纠纷一案中，广州市越秀区人民法院、广州市中级人民法院亦根据《资产评估报告书》确认历史债务范围。

“2002年10月26日，根据工贸总公司为改制而对公司全部资产和负债作评估的委托，广东某有限公司出具《资产评估报告书》，以2002年9月30日为基准日，评估认定工贸总公司总资产评估值为6076567.93元，总负债评估值为1012651.61元，净资产评估值为5063916.32元。报告所附应付账款清查评估明细表中未列出工贸总公司被原审法院上述判决确定的债务。”^[1]

在哈尔滨某公司与广东省某公司企业公司制改造合同纠纷一案中，开平市人民法院、江门市中级人民法院亦根据《资产评估报告书》确认涉案债务是否属于历史债务。

“关于涉案的KP5-127A等21台设备的权属及价值问题。哈尔滨某公司提供《关于热水炉执行情况说明》、《工矿产品订货合同》、《锅炉产品生产厂房及设备租赁协议书》、《劳务合作协议》、《产品提货单》等一系列证据以及原审法院依哈尔滨某公司申请向某公司调取的有关证据之间能够相互印证，证据充分。同时，评估公司的《复函》表明KP5-127A等21台设备作为某机械厂的“在产品”，编制在《资产评估报告书》的《存货——在产品清查评估明细表》中，账面价值为1124308元，评估价值为1085374元。其中，工令号为RG99-29的KP5-127A热水炉一台、工令号为RGH00-29的E型碳钢换热器两支的评估值共为57334元，但在评估基准日前某公司仍有48962.9元货款未付，工令号RG05-2的蒸汽锅炉的货款全部未付。故KP5-127A等21台设备的总评估价值应为951985.1元。综上，原审法院认为应对KP5-127A等21台设备的权属属某公司和上述设备总评估价值为951985.1元的事实予以确认。”^[2]

四、有权追索历史债务的主体

历史债务的追偿权属于民事权利，司法机关应优先尊重当事人的意思自治。但当事人在约定追偿权行使的主体时，应注意法理、合同当事人、赔偿主体等因素的协调。

从法理上讲，转让方未披露历史债务，损害的是受让方的利益，受让方应是有权追索历史债务的主体，但实际上历史债务是由目标公司先行向第三方进行赔偿。转让方可以将追偿权赋予目标公司，并在转让合同中约定由目标公司向转让方追偿，在该情况下，应注意将目标公司列为转让合同当事人，否则目标公司以非合同当事人的身份，根据合同约定要求转让方承担责任，可能面临原告不适格的尴尬局面。

五、追索历史债务的前提

司法实践中，追索历史债务的一方，通常已经有法院的判决书、调解书确认对第三方负有债务，并且已经实际履行完毕。如上述提及的郑某生等诉林某敏等侵权责任纠纷一案以及笔者代理的两案，原告方均已取得生效判决或调解书，并且已经实际履行完毕债务。

通过司法程序对债务予以确认，一方面可以证明目标公司积极维护自身权利，尽力减少损失，另一方面可以证明历史债务并非与第三方恶意串通形成的，有助于证明债务的真实性。

六、律师建议

（一）明确范畴

若双方当事人没有在股权转让合同中明确约定历史债务范畴，会给判别结果及责任的承担带来不确定性。建议双方当事人通过时间锚点与债务的三个时间维度等时间指标，并结合债务形成的类型，对历史债务的范畴进行明确约定。同时，转让方应尽职尽责对已知的历史债务进行详细、及时地披露。

（二）详细写明股权转让定价依据及款项明细

建议双方明确约定目标公司的核心资产内容以及股权转让定价依据，若发生关于历史债务的纠纷，定价方法是判别历史债务的重要依据之一。另外，虽《审计报告》等财务资料中会明确应付账款等科目的具体数字，但判断某一具体债务是否属于历史债务时，还需要核查应付账款的明细内容，若仅有应付账款但无法提供明细内容的，会给历史债务的判别带来障碍。因历史债务可能在股权转让完成后多年才“暴雷”，建议妥善保留与《审计报告》等财务资料配套的原始数据与凭证。

（三）保证合同当事人及追偿权人的协调

股权转让的约定是追索转让方的重要依据，建议在股权转让合同中明确约定有权向转让方追索历史债务的权利主体，并保证合同当事人与追偿权人的协调。

（四）保留好目标公司清偿债务的证据

民事判决书、调解书、债务清偿的转账凭证、诉讼费支付凭证、律师费支付凭证都是追索历史债务的核心证据，目标公司及受让方应妥善保存相关证据，在起诉追索转让方时分案件、分种类予以编排，以便司法机关查阅。✉

注释：

[1](2014)穗中法民二终字第 1647 号民事判决书。

[2](2012)江中法民二终字第 171 号民事判决书。

【作者简介】



孙君元 合伙人

执业证号 14401201710354018

专注领域：商事诉讼与仲裁、常年法律顾问

曾经或正在办理的代表性案件包括：某投资公司与地产公司的纠纷（涉诉金额 1.6 亿元）；某投资公司因担保引起的纠纷（涉诉金额 1.6 亿元）；某 A 股上市公司与目标公司原实际控制人因业绩对赌引起的纠纷（涉诉金额 1.5 亿元）；某港股上市公司因担保引起的纠纷（涉诉金额 5000 万元）；广东省某国有企业因改制、股权转让引起的历史债务纠纷（涉诉金额 4400 万）等。

论商事委托合同中任意解除权的限制

作者：陈展璐

前言

任意解除权是法律赋予委托合同当事人特殊的法定权利，其法理基础是充分尊重双方当事人的意思自治及选择缔约主体自由的权利，但商事领域任意解除权却成为不少商事主体权利滥用的挡箭牌。故此，应区分民事委托合同与商事委托合同，并尊重商事委托合同中“排除任意解除权适用条款”的效力，限制商事主体任意解除权的行使。

委托合同是一种特殊合同，我国法律赋予了合同双方任意解除的权利。但我国作为民商合一的国家，并未在立法上严格区分民事与商事领域的差异，导致实务中存在大量商事委托合同当事人利用任意解除权恶意损害被解除方利益的行为，影响交易秩序及社会公共利益。因此，区别对待民事与商事委托合同对任意解除权的行使是学界关注问题。

一、委托合同概述

以受托人处理委托事务的范围为标准，可将委托类型分为特别委托和概括委托，前者指将一项或数项事务委托给受托人，后者则指将所有事务一并委托给受托人^[1]。

（一）有偿委托合同与无偿委托合同

顾名思义，委托合同有偿还是无偿主要以委托人是否向受托人支付对价为区分要件。无论是过去的《中华人民共和国合同法》（简称“《合同法》”）时代还是现今的《中华人民共和国民法典》（简称“《民法典》”）时代，我国在立法上均肯定了委托合同以有偿为原则，无偿为例外。即无论受托人是否完成受托事务，委托人都应当向受托人预付处理委托事务的费用以及向受托人偿还受托人为处理委托事务而垫付的必要费用。

（二）民事委托合同与商事委托合同

实务中，区分民事委托合同与商事委托合同的标准，

在于签署合同的主体类型系民事主体还是商事主体、双方建立信任的基础以及所委托事务是否以营利为动机。

一般而言，民事委托没有营利动机，民事主体之间达成委托合意系基于对彼此的人身信赖关系，有较强的主观性；与商事委托体现为商事主体之间因利益交换或营利目的而缔结的协议，双方建立委托关系的基础在于有利可图，有合作意味的委托，为此受托人有可能因委托事务而投入更多的成本或牵涉到第三人的利益。

二、委托合同中任意解除权的法律规定

《合同法》第410条赋予委托合同的相对方可以随时解除委托合同的权利，同时规定除不可归责于解除方的事由以外，因解除合同而给对方造成损失的应当承担赔偿责任。该条体现委托合同具有任意解除权的立法目的，在于在法律层面上赋予民事委托合同当事人基于信任破裂而拥有随时退出委托关系的自由权利。但随着时代的发展以及委托合同逐渐商法化的演变，由于该条规定简单而笼统，没有对合同类型以及损失赔偿范围进行细分，导致人民法院在适用该条规定进行审判时无法根据个案的特殊性、精准的适用法律以解决当事人的纠纷。

鉴此，《民法典》吸收了实务中的部分经验，在第933条中保留了委托合同当事人原有的任意解除权，并在此基础上区分了无偿委托合同与有偿委托合同任意解除后的不同法律后果，同时明确了有偿委托合同的解除方对被解除方造成损失的赔偿范围，包括可得利益损失。

三、我国商事委托合同适用任意解除权的现状与窘境

（一）我国委托合同领域中任意解除权适用现状

在司法实践中，若委托合同一方主张适用任意解除权解除委托合同的，在合同性质属单一的、独立的委托合同且不存在合同无效事由时，法院原则上会支持委托合同当

事人行使该权利。其理由是双方委托关系的信任基础已丧失，任意解除权是法律赋予委托合同当事人基于合同性质而具有的法定解除权，在未有明确的法律规定、司法解释等限制委托合同当事人行使任意解除权时，不应被随意剥夺，且不论该合同性质^[2]。至于委托合同解除后的赔偿问题，由法院根据案件情况及法官的自由裁量权进行判决。

该种做法存在一定弊端，未从根本上考虑商事委托合同的特殊性，对商事领域的交易秩序带来动荡，无疑增加了商事委托合同当事人的维权成本及损失。

首先，《民法典》第 565 条规定，当事人一方依法主张解除合同的，应通知对方，合同自通知到达对方时解除。换言之，委托合同当事人行使任意解除权解除委托合同，只要向对方发出解除合同的通知即可。但《民法典》第 933 条后半段规定：“有偿委托合同的解除方应当赔偿对方的直接损失和合同履行后可以获得的利益”，而在合同解除的场合中，合同当事人对于被解除方的直接损失及可得利益的计算往往无法达成共识，需诉诸法院由法官裁判。如此一来，不仅增加了被解除方维权的经济成本及时间成本，还加重了被解除方对于可得利益的举证责任。此外，《民法典》第 584 条规定合同一方违约的，违约方向守约方赔偿损失的范围包含合同履行后可以获得的利益。即可得利益系合同正常履行后必然可以获得的，并且是客观存在可明确计算的；同时可得利益的求偿需以违约为前提，而合同相对方一般会在合同中明确约定违约责任的承担及违约赔偿额的具体计算。但任意解除权的行使不同于违约。此时，委托合同被解除后的可得利益计算能否等同于违约方向守约方赔偿的可得利益范围、能否直接参照合同中关于可得利益约定的数额予以赔偿，是有偿委托合同被解除后关于可得利益适用的一大争议焦点。

其次，法律赋予委托合同当事人均具有任意解除合同的权利，导致实务中有一部分当事人在利益的驱使下滥用该权利，以任意解除为名，行恶意违约之实^[3]。最初，委托合同的赋权基础系以无偿的民事委托为前提。该种委托关系中，双方主要依赖于对彼此的信任，当信任崩塌时，应给予委托合同当事人最大限度的选择权，才以法定形式赋予当事人任意解除的权利。而商事委托

领域中，商事主体建立委托关系的前提在于利益而非信任，其最终目的均为各自利益最大化，具有合作的意味。在此基础上，获利的一方极容易因更大的利益而不惜放弃原有的“合作方”，随意解除委托合同，进而给被解除方造成不可估量的损失，被解除方所遭受的损失都是法定赔偿标准所无法覆盖的。

例外的情况是，有少部分法院在委托合同一方行使任意解除权时，会主动审查案涉合同是民事还是商事委托合同，若属商事委托合同的，则根据合同性质审查委托合同是否涉及第三人的利益、解除方提出任意解除的理由、被解除方是否履约且无违约以及解除方是否违约在先等情形。若委托合同解除后会损害关联第三人的利益、解除方违约在先抑或是被解除方无违约等情形，法院会根据公平原则、维护交易秩序、避免权力滥用等理由对委托合同当事人行使任意解除权加以限制^[4]。但由于我国现行法律中未有关于任意解除权适用限制的规定，故法院此做法饱受争议。

（二）约定排除适用任意解除权条款的效力

实践中，委托合同当事人通常会采用订立“不可撤销的委托合同”或在合同条款中约定“未经对方同意本合同不得任意解除”或“经甲乙双方同意放弃任意解除权的适用”等方式排除对《民法典》第 933 条的适用。

通过检索案例可知，法院在判断排除任意解除权条款效力时，一般结合订立合同的主体性质、委托事项、有偿还是无偿及《民法典》第 933 条（《合同法》第 410 条）属效力性强制性或任意性规定等分析，因此各地法院观点不一。

持肯定观点的法院认为，《民法典》第 933 条不属于效力性强制性规定，当事人通过其真实意思表示排除对该条的适用，是双方当事人对合同履行风险所作出的特殊安排，体现意思自治原则，且不损害国家利益、社会公共利益以及第三人的合法利益，应当得到尊重^[5]。

持否定观点的法院认为，根据委托合同的特殊性，《民法典》赋予委托合同当事人具有法定解除权的规定，属于效力性强制性规定，若当事人通过约定排除，则与立法原意相悖，故认定排除适用任意解除权的条款无效^[6]。

四、商事委托合同中任意解除权的限制行使

笔者认为，根据商事委托合同的性质，在当事人适用任意解除权条款解除委托合同时，应根据案件的具体情况对其“任意”的程度加以限制，以便实现稳定市场交易秩序及公平正义。

第一，针对未在委托合同中约定排除适用任意解除权条款的商事委托合同。首先，对于缔结合同一方或双方为商事主体的委托合同，应区别于由民事主体订立的委托合同特殊对待，同时考虑商事主体之间的经济实力及市场影响力；其次，对委托事宜进行实质性审查，审查委托人与受托人之间系基于人身信赖关系而建立的委托关系还是以利益为前提的合作、是否牵涉到第三人的利益，就委托事项的履行是否存在恶意违约情形等。若解除方存在违约行为且主张任意解除的情形，应不允许其行使任意解除权，进而考虑违约解除；最后，结合案件的具体情况对解除方行使解除权的“任意性”加以适当的限制，审查解除方对其提出的解除理由是否具有正当性或是否基于重大事由，以及委托合同解除后是否会连带损害第三人的合法权益或造成其他重大社会影响。

第二，当事人在商事委托合同中约定排除任意解除权适用条款的，应当肯定其约定的法律效力。虽然《民法典》赋予委托合同当事人具有法定解除权，但其并未禁止合同相对方可约定排除该条的适用。根据私法自治的原则，“法无禁止即自由”是民事领域的经典法谚，即民事主体依法享有在法定范围内的行为自由，可以根据自己的意志产生、变更、消灭民事法律关系，只要不逾越法律、行政法规划定的自由行为范围即可。故在法律、行政法规未禁止任意解除权条款可通过当事人意思自治排除时，应当肯定该条款约定的效力，公权力不宜进行过多的干预。

第三，通过当事人约定的方式对法律规定进行细化^[7]。《民法典》第933条在《合同法》第410条的基础上加重了有偿委托合同一方行使任意解除权给对方造成损失的赔偿责任，但仍有不少商事主体宁愿承担法定的赔偿标准仍然坚持行使任意解除权，其根本原因在于法定赔偿标

准的惩罚力度远低于其任意解除合同后可获得的利益。因此，根据“约定优先于法定”的原则，应鼓励当事人通过约定的方式细化法定的赔偿标准以填补法律缺位。^[8]

注释：

- [1] 法律出版社法规中心编：《中华人民共和国民法典合同编注释本》，法律出版社2020版，第353页。
- [2] 最高人民法院（2020）最高法民再356号民事判决书。
- [3] 慎先进，申丰熊：“论有偿委托合同任意解除权的法律规制——以我国《民法典》第933条为基础展开”，载《三峡大学学报》2020年11月第42卷第6期。
- [4] 河南省高级人民法院（2022）豫民申96号民事裁定书。
- [5] 最高人民法院（2013）民申字第2491号民事裁定书、江苏省高级人民法院（2016）苏民申578号民事裁定书。
- [6] 江苏省南京市中级人民法院（2018）苏01民终1723号民事判决书、上海市第二中级人民法院（2014）沪二中民四（商）终字第1167号民事判决书。
- [7] 林韶，刘影：“论商事代理任意解除权之法律限制”，载《哈尔滨学院学报》2022年3月第43卷第3期。

【作者简介】



陈展璐 专职律师

执业证号 14401202011216568

专注领域：商事争议解决、企业法律顾问与公司治理 / 合规、政府与公共事务、劳动人事争议解决

在诉讼领域，曾经办理大量民商事争议纠纷案件，其中包括劳动争议、各类合同纠纷、金融借款合同纠纷、商业特许经营合同系列纠纷以及侵权纠纷等案件；在公司法律事务领域，曾经或正在为多家大型企事业单位提供常年法律顾问服务；在政府与公共事务领域，曾经或正在作为项目组成员担任广东省人民政府法律顾问驻场律师。

高新技术企业股权激励实操研究

作者：蒋修贤 郑 劭

前言

随着现代科技迅猛发展，在信息化、数字化及人工智能等高新技术的推动下，加上各种高新技术相互发展过程产生的叠加效应，使人类社会的科技水平呈几何数级的倍增，而高新技术企业也必须让产品和服务顺应科技和市场的发展，否则就会被技术和市场所淘汰。作为公司治理机制包含的内容，企业建立股权激励机制可留住核心科研、市场及管理人才，发挥企业最大的人力资源效能，同时又可节省股本投资，促使初创及发展中的高新技术企业得以迅速发展。2006年1月1日中国证监会施行了《上市公司股权激励管理办法》，标志着我国股权激励机制的正式建立。本文笔者将立足于《中华人民共和国公司法》和《中华人民共和国民法典》框架之下，结合其为股权激励设计的实操经验，探讨以高新技术民营企业为主、上市之前中小微企业（亦包含有限公司、股份公司、合伙企业等）的股权激励机制。

关键词：股权激励 公司治理 高新技术企业

一、股权激励概述

（一）股权激励之概念

股权激励是指公司股东会赋予公司员工一定比例股权或限制性股权，使被激励员工与公司股东一起分享利润、承担风险，激励员工长期勤勉为企业服务的一种企业管理措施 [1]。股权激励机制归根到底是一种完善公司治理的机制，目标是激发核心员工对工作的积极性和主动性，对于尚未上市的高新技术公司而言，实务中比较常见的股权激励模式，主要有三种形式，即干股分红权、持股平台股权、实际股权。

（二）股权激励之作用

对于以科技创新为核心要素的高新技术企业，尤其是

处于设立之初和前期发展阶段的企业，如何长期留着核心的科研人才，充分发挥科研人才的科技研发作用，这是企业设立者、决策者要面临的重大问题，而股权激励是一项非常优秀的解决机制，可发挥重大作用。[2]

1. 可建立企业与员工共同成长的价值观。股权激励最大价值是可以使员工展望自己的未来，看到企业愿意与员工共同成长，共同分享企业成长的利益，老板不再是千方百计压榨员工的“黄世仁”。

2. 留住核心科研人才和管理团队。对于高新技术企业而言，企业生存和发展，主要依靠科研力量、公司管理及市场开拓三个基本生产要素，留住核心人才并激发其创造力，就是培育企业未来。

3. 可提高企业的研发能力、市场竞争力。股权激励是一项长期激励机制，促使被激励者关注企业的长远发展，期待以股东身份分享股权收益。对于高速发展的高新技术企业而言，企业能够快速发展和占领市场，对于持有股权的员工而言，无疑具有非常诱人的股权利益。

（三）股权激励之问题

股权激励机制具有上述优势，但也需根据国家法规政策、市场行情及公司发展的阶段，因地制宜进行实施，并且需注意如下问题：

首先，实施股权激励的时机，不是公司的任何时段都适合实施股权激励。时机不成熟时实施股权激励，不仅可能使激励措施失效，而且容易使被激励者产生尽快分红、退出公司管理机制及将股权利益最大化的行为。

其次，公司治理机制运作不完善的情况下，股权激励实施方案往往形同虚设。比如，业绩考核机制失灵，致使股权激励失去公平性和激励作用；公司财务不透明，使被激励者对公司股权利益失去信心。

再次，股权激励不是免费赠送的“大锅饭”，必须要求被激励者完成实际出资来获得相应股份，方可享有公司的股权利益，如果免费赠送“股权”，往往不会受被激励

者重视，弃之亦无代价，从而无法达到激励的效果。

最后，高新科技企业在实施股权激励之时，必须顺应国家对该行业和产品的大政方针，顺时而动，政策不支持或行业低迷时，股权激励难以起到激励作用。例如，目前国家布局碳达峰、碳中和的双碳战略，就是该行业的东风，需顺时而动，实施股权激励以迅速发展企业。

二、实施股权激励之原则与典型模式

（一）股权激励之原则

高新科技企业创立之初，一般投资较小、科技人员的价值突显巨大，即便到了发展中阶段，科研人才仍是企业驱动力的核心要素，那么如何留住、吸引科研人才，发挥其创新的能动作用？笔者认为，首先要坚持公开、公平、公正的基本原则，高新科技企业管理层或核心科研人员，绝大部分是受过高等教育的高级知识分子，特别注重企业运作、决策的公开性、公平性、公正性，股权激励机制不仅要体现对科研人员价值的充分尊重，还要充分公开、公布公司真实财务情况和重大事务决策过程，制定规范的业绩标准评价体系，体现机制与绩效挂钩的公平性，制定退出机制，体现“促优汰劣”，起到鞭策效果。股权激励方案要向公司价值创造者倾斜，向核心科研人员和管理层倾斜，并且需要与股份改造、上市 IPO 实施方案相衔接。

（二）三种典型的股权激励模式

上市之前的高新科技公司企业性质多样，比较普遍的是企业主体形式，如有限责任公司、股份有限公司、有限合伙企业等，上市之前的企业，不论何种企业性质，在实务操作中，企业在上市之前常见的激励模式主要有三种，分别是虚拟股权、持股平台股权、实际股权。

第一种是虚拟股权，又称之为干股、分红权，指股东会不实际赋予被激励者公司的股权，而是附条件地给予被激励者公司一定期限部分净利润的分红权，比如说股东会赋予被激励团队年度利润 20% 的分红权，这类激励股权不变更股东工商登记，不登载股东名册，一般也不给予股东的管理权和投票权，但应给予必要的财务监督权，以保障被激励者可信赖公司财务情况，保持客观性和公正性。

具体的操作方式通常是，股东会或公司代表股东会与被激励者签订股权激励协议，约定被激励者享有年度利润分红比例、业绩达标条件及退出机制等，并且约定如被激励者满足激励年限、符合相应条件的，则可升级为持股平台股权或实际法定股权，此两类更趋向于实际股权。笔者律师团队经办过此类案例，如广州市某健身连锁公司的虚拟股权激励方案、广州某泰式按摩连锁企业、广州某化妆品科技有限公司等。

第二种是持股平台股权，又称间接股权，指股东会决定设立激励股权的持股平台来持有公司的激励股权，被激励者通过持股平台持股企业股权，间接实现对公司的股权利益。实务中，初创和发展前期的公司，会采取激励股权由大股东代持的方式。这种间接股权模式的设计，既可以达到将被激励者的股权进行工商登记，或与实际股东签订代持协议，赋予与实际股权挂钩的法律关系，又无需分散完整的股东权利，比如采用持股平台模式，公司或公司股东会指定主体，作为持股平台的有限合伙企业的普通合伙人，掌握该合伙企业的控制权，被激励者则作为有限合伙人，普通合伙人享有该持股平台的决策和经营权，有限合伙人则仅享有分红权。具体操作方式通常是，股东会或代表股东会的公司与被激励者签订股权激励协议，再设立有限合伙企业或有限责任公司的持股平台，由公司股东会将部分激励股权转让给持股平台享有，再将被激励者的合伙份额、股权，通过转让或增资形式变更为平台公司的有限合伙人或股东。笔者律师团队经办过此类案例，如广州市某科技发展公司、广州市某高分子聚合物有限公司、广州市某数字科技有限公司等。

第三种是实际股权，就是指公司股东会直接赋予被激励者在公司持有股权，将被激励者直接变更至公司的工商登记股东，颁发股权证书，从而使被激励者成为公司实际股东。一般是公司对不超过 5 位的特定被激励者实行此类激励模式，比如，具备公司经营发展需要的核心科研技术和能力的科研人员，公司利益必须与科研人员的利益进行进行长期、紧密绑定，还有经过长期的虚拟股权、持股平台股权激励，被激励者已经符合成为实际股东的条件而赋予其实际股东权益，这是一种特别强有力的激励力度，

但附带较大的负面作用，被激励者直接成为公司股东，即享有公司法规定的法定股东权利，如果被激励业绩后期不达标或者违反公司制度、劳动合同等，比较难将其强制退出股东会，几乎无法剥夺其法定股权，如果其不配合公司决策和发展战略，与大股东产生分歧，容易导致股东会无法决策或形成僵局冲突，因此实施此类激励模式应特别慎重。具体操作方式通常是，直接与被激励者签订股权转让协议或增资扩股协议，使其直接持有公司股权，当然也可配套签订股权委托投票协议、一致行动人协议，将其在股东会的投票权收归公司或大股东持有。笔者律师团队经办过此类案例，如广州市某著名餐饮品牌连锁企业、某双碳科技有限公司、某（广州）信息科技有限公司等。

三、设计股权激励两个基本前提及需关注的问题

（一）两个基本前提

第一个前提是内部管理方面的完善性。其一是企业的股权要清晰，企业治理结构比较规范。企业准备实施股权激励最首要的前提条件是股东会对股权没有争议，而且股东会统一意见是愿意实施股权激励的；其二是企业已依据《公司法》、公司章程等建立起管理制度，公司治理结构比较完整，可以保障公司财务、日常管理及业务经营等运作情况的规范性、公正性。如果公司股权存在重大争议，公司财务不透明，或存在大股东财务混同，关联公司财务或业务交叉混同，公司日常管理混乱等非规范性情形，则股权激励机制难获实效。

第二个前提是公司外部业务环境的可发展性。设立股权激励时，企业所在的行业应处于发展之初或发展中阶段，行业已经下行或没落，则难以通过公司内部激励措施达到企业发展效果，内部激励行为需要企业所处的市场政策环境比较宽松，国家政策予以大力支持，比如，2022年8月1日工信部发布了《优质中小企业梯度培育管理实施细则》，对创新型中小企业、专精特新中小型企业、专精特新“小巨人”企业予以大力支持，如今高新技术企业的市场和政策均处于发展和扩大的宽松环境，大部分民营企

业有较好的成长和发展的空间，但同时企业也应处于竞争性外部环境，垄断性行业没有太激烈的行业竞争，一般不适用股权激励机制来激励员工，只有行业内部充满竞争性，才需要进行较强的激励措施，当代科技发展日新月异，行业竞争也是百舸争流，高新科技企业只有迅速发展才能抓住风口，才能引领市场。有学者也认为，只有处于竞争性的行业才有必要实行期权激励 [3]，民营企业面临的市场环境充满激烈的竞争，求新求变方可发展。简单点说，就是行业处于“蓝海”、市场充满竞争，方有必要实施股权激励，以鼓励被激励者锐意进取、不断创新，并与大股东休戚相关、同舟共济。

（二）需重点关注的问题

企业实施设计股权激励机制，决策者应关注以下六个方面问题：

1. 激励员工人数的问题

激励员工人数要体现少而精的原则，激励员工人数一般不宜超过 10 人，并且应侧重于对产品研发和市场推广起核心作用的员工，另外还需关注激励人选和人数是否会对公司控制权产生影响。在创立之初或发展中阶段的企业，大股东有必要保持对公司控制权，以保持公司发展的战略方向，避免变成“甩手掌柜”或导致公司管理失控。

2. 确定激励额度的问题

必须立足于企业的实际情况，通过科学、量化的评估分析，以公平合理的原则确定员工的激励份额，着重考虑如下因素：一是激励员工的技能和贡献及其个人是否有不利于公司发展的特殊情况，及被激励员工所持有的技能和贡献对企业未来发展的重要程度；二是企业股东的让与股权激励的意愿，就是股东愿意匀出多少股权用以实施股权激励；三是企业的整体薪酬及福利安排；四是企业的净资产与规模、业绩增长目标；五是拟激励人数及安排等。

3. 确定激励股权对价的问题

采取虚拟股权模式的，由于被激励者还没有获得法定的股权，建议无需被激励者支付干股的对价，如果支付对价，就存在是否系实际出资的问题，被激励者是否可认定为实际股东，则会存在争议。如果是持股平台股权或实际股权，则建议要求被激励者支付对价，较常采用的股权价

格确定方式有三种，第一种是评估作价，就是聘请审计事务所对资产和股权评估；第二种是以公司注册资本或净资产作为基础的一定折扣价；第三种是参照企业前三年的平均净利润作为议定价格基础。

4. 股权激励的来源与期限的问题

对于非上市公司，依据法律规定，一般不能通过回购公司股权来用于股权激励，所以股权激励来源只有两种方式：一是大股东转让部分股权作为激励股权；二是增资扩股的方式。而股权激励计划的期限，既要达到企业长期激励的目标，又要使员工不会感到遥不可及，确保员工努力能获得激励回报，建议虚拟股权的激励期限为三至五年。

5. 关于激励绩效考核的问题

被激励者获得激励股权，此后每年度取得分红，或者激励期限届满行权，即转变为持股股权或者实际股权，每个期限的节点都需要考核被激励者的业绩，无考核、则无激励。如果企业不建立起有效的考核机制，则激励机制形同白纸，行权条件实际上就是股权激励计划所要达到的绩效考核的条件 [4]，绩效考核必须包括两个方面，一是对激励对象的岗位绩效进行考核，二是对公司经营业绩的绩效考核，缺一不可，须同时考核以上两种业绩是否达到标准。具体的考核标准，需要根据公司实际情况，体现科学、公平及合理的原则，初创和发展之初企业的考核标准，建议设置简单易操作的标准，比如某科技有限公司，对总经理岗位设置考核为三条，该年度公司盈利超过上一年度 20%，不违反劳动法和公司规章制度，公司内部年度考核“称职”。

6. 股权激励调整与退出的问题

股权激励实施一定期限后，应根据公司发展情况调整、变更，甚至会出现终止股权激励计划的情况。比如，被激励者岗位的调整，会导致对其激励方案进行调整，公司如果遇到巨大经营困难或者法律政策的重大妨碍，导致无法继续经营的，则须终止激励措施。对于被激励者因自身的原因，比如离婚导致财产分割、违法犯罪被追究刑事责任、出国留学等等，导致必须终止激励措施的，则应按照激励方案的退出机制，启动对其激励股权的终止、回购及退出等措施。

总结

初创和发展中的高新科技企业，必须快速研发出具有核心科技含量的新型产品或服务，尽快抢占或引领市场，某上市科技公司创始人股东叶先生分享，第一次行业的风口，我们在犹豫中错失了公司发展的良机，当第二次行业风口出现之时，公司决定加大研发、市场推广和资金投入等力度，把握住第二次风口机会，成为行业引领者。某科技公司创始人李先生认为，对于高新科技企业的发展而言，产品和市场是同样重要的，两手都要抓。由此启发，笔者亦认为高新科技企业，应侧重于对科研核心层和市场拓展管理层进行股权激励，同时不断健全公司的治理机制和考核监督机制，通过科学的公司制度化建设，来推动并实现公司快速、健康和可持续的高质量发展。☞

注释：

- [1] 苏坤，管理层股权激励、风险承担与资本配置效率，管理科学，第 28 卷第 3 期，2015 年 5 月
- [2] 王新、李彦霖、毛洪涛，企业国际化经营、股价信息含量与股权激励有效性，会计研究，2014 年 11 月
- [3] 盛明泉、张春强、王烨，高管股权激励与资本结构动态调整，会计研究，2016 年 2 月
- [4] 陈泽艺、李常青、黄忠煌，股权质押、股权激励与大股东资金占用，南方金融，总 499 期

参考文献：

- [1] 赵景文、于增彪，股权制衡与公司经营业绩，会计研究，2005(12).
- [2] 叶陈刚、刘桂春、洪峰，股权激励如何驱动企业研发支出？——基于股权激励异质性的视角，审计与经济研究，2015 年第 3 期
- [3] 徐倩，不确定性、股权激励与非效率投资，会计研究，2014 年 3 月
- [4] 陈艳艳，员工股权激励的实施动机与经济后果研究，管理评论，Vol. 27, No.09(2015)

[5] 胡士强，股权激励，请绕开这些误区，人力资源，2018年2月

[6] 赵国宇，股权激励提升企业技术创新的路径与效果研究，广东财经大学学报(2015年第2期)

【作者简介】



蒋修贤 合伙人 ■
执业证号 14401200510397529

专注领域: 公司法、公司治理、股权架构和激励、诉讼(含涉外) 仲裁业务

毕业于中国政法大学，获法学硕士学位，二级律师，广东工业大学经济贸易学院特聘教授，广东华夏学院、广东华夏技工学校兼职教授，中山大学管理学院EDP 特约讲师，暨南大学法学院校外硕士生兼职教师，华南理工大学法学院兼职教授，是广州/肇庆仲裁委员会仲裁员、中国并购交易师等。撰写的专著有《律师业务技能和务实研究》(获2020年度广州市律师协会一等理论成果奖)，《不动产

争议解决实务研究》(约二十五万字，由中国财富出版社安排出版中)，亦在《中国律师》《广东律师》《广州律师》等专业刊物上发表法律专业文章30余篇。



郑劭 专职律师 ■
执业证号 14401201910146754

专注领域: 公司法、股权并购 / 民商事诉讼与仲裁、企业法律顾问

毕业于广东金融学院，获法学、金融学双学士学位，入选“一带一路”律师联盟会员，获广信君达2019、2020、2021年“优秀律师”奖。曾参与承办宝武集团下属子公司多个股权收并购法律尽职调查项目、某央企综合办公楼烂尾楼续建及诉讼追偿项目、广西省级事业单位建设工程纠纷、白云区启德路某超大型商业广场租赁合同纠纷案、番禺某大型城中村旧村改造项目、白云区国资委下属金融控股公司批量物权保护案等，为逾20家政府部门、事业单位、央企(国企)及民企提供常年法律顾问服务。

第三人原因造成租赁房屋损坏，承租人如何维权？

作者：李甜甜 廖萃

一、前言

广信君达律师事务所建设工程法律专业部李甜甜律师、廖萃律师代理“承租人 XX 文化传媒公司诉出租人 XX 置业公司租赁合同纠纷”一案中承租人一方，向出租人起诉，要求赔偿因地铁开挖导致租赁房地台沉降、砖墙开裂等质量问题引起的装饰装修损失，最终获得法院判决支持。本案以出租人向承租人赔偿近 30 万元装饰装修损失告终，弥补了承租人遭受的损失。在律师介入前，承租人本不抱有获赔的希望，两位律师制定了直接起诉出租人违约的诉讼策略，很大程度上简化了案件举证难度，为承租人提高了获赔的成功率。

二、案情简介

承租人 XX 文化公司于 2018 年 9 月 27 日与出租人 XX 置业公司签订租赁合同，承租位于某文化创意园的 C 栋 1 层，面积为 530 m²，供艺术培训使用，租期为 5 年，租金递增，首年按照 21230 元 / 月支付租金。签订合同后，承租人对涉案场地整层进行隔断（分为录音室、舞台、培训室、办公室等）并装饰装修。合同履行的第二年，附近地铁开挖，导致涉案房地台沉降，多处出现地面倾斜，地板、砖墙、管道、玻璃开裂等质量问题，承租人的经营业务因此遭受重大打击。承租人多次联系出租人进行修整，出租人均不予配合。后承租人聘请房屋质量鉴定机构对房屋质量进行鉴定，鉴定结果为“部分围护结构构件评定为危险构件，已影响该房屋鉴定区域正常使用”。承租人依据此鉴定结果，要求出租人对房屋进行修缮，但出租人认为质量问题是地铁开挖所致，拒绝修缮。鉴于此，承租人提出解除合同并搬离了涉案房屋。

三、本案焦点

（一）本案应当向地铁公司主张权利还是向出租人主张权利？

在地铁施工过程中，因施工原因导致房屋出现质量问题时，权利人通常向地铁施工方主张权利，要求施工单位承担侵权赔偿责任。《中华人民共和国民法典》（简称《民法典》）第一千一百六十六条规定：“行为人造成他人民事权益损害，不论行为人有无过错，法律规定应当承担侵权责任的，依照其规定”以及第一千二百四十条规定：“从事高空、高压、地下挖掘活动或者使用高速轨道运输工具造成他人损害的，经营者应当承担侵权责任”，但是本案代理律师并没有选择直接起诉地铁施工单位，提起侵权之诉，而是选择了起诉租赁合同相对方，让其承担违约责任，理由有二：

1. 请求出租人承担违约责任具有法律依据

根据《民法典》第五百九十三条：“当事人一方因第三人的原因造成违约的，应当依法向对方承担违约责任。当事人一方和第三人之间的纠纷，依照法律规定或者按照约定处理”的规定，即便是第三人地铁施工方导致房屋出现质量问题，承租人也可以选择直接起诉出租人，要求出租人承担无法交付适格租赁物的违约责任。

2. 向出租人提起违约之诉，需要承担的举证责任难度低于向施工单位提起侵权之诉

被侵权人提起侵权之诉，通常需要完成如下四个要件的举证责任：

- (1) 行为人存在加害行为；
- (2) 存在受害后果；
- (3) 行为与损害后果之间存在因果关系；
- (4) 行为人具有主观过错。

本案系地铁施工引起的侵权,属于无过错责任,即“被侵权人不需要举证证明侵权人具有主观过错,但被侵权人依然对侵权行为的发生、损害后果的存在、侵权行为与损害后果存在因果关系承担举证责任”。前两者的举证责任不难完成,但是关于地铁施工导致租赁房屋受损的因果关系,属于工程专业领域内容,需要具备专门资质的鉴定机构出具意见,这无疑大大增加了承租人的举证难度。

但如果选择向出租人提起违约之诉,只需要证明三点:

- (1) 原被告之间形成了租赁合同关系;
- (2) 租赁房屋因第三方原因出现质量问题;
- (3) 出租人没有履行修缮义务,存在不能交付适格租赁物的违约行为。

相比之下,选择提起违约之诉,承租人只需要在诉前委托第三方对房屋存在质量问题进行鉴定,原告举证责任更轻。

后续一审、二审审理过程及判决结果也证明,此诉讼策略是正确的。

(二) 本案承租人装饰装修损失如何认定?

本案创意园并未获得房屋权属证明,因此涉案租赁合同无效。根据《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》的规定,未形成附合的装饰装修物,出租人不同意利用的,承租人自行拆除;已形成附合的装饰装修物,出租人不同意利用的,由双方各自按照导致合同无效的过错分担现值损失。由于本案出租人不同意利用装饰装修物,维护承租人正当权益的重点,落在了装饰装修损失的认定上;而装饰装修损失的重点部分,又落在了已形成附合物的认定上。针对这一重点问题,代理律师开展了2项重要工作:

1. 在诉前委托公证机构对现场进行证据保全

承租人搬离涉案场地后,彻底失去了对涉案场地的控制。为防止出租人后续对裂缝进行修补,掩盖未履行修缮义务的事实,代理律师在起诉之前,特意委托公证机构对涉案场地的现状进行了全面的公证。果不其然,出租人在诉中对涉案房屋进行了全面修缮,填补了墙面、地面的全部裂缝。

代理律师未雨绸缪,在诉前及时对房屋现状进行了证

据保全,避免了第三方鉴定机构无法真实客观的还原承租人遭受的装饰装修损失,导致承租人无法完成举证出租人存在未履行修缮义务违约的法律风险。



代理人在诉前及时的对涉案房屋现状进行了证据保全



拍摄于诉中,出租人为掩盖违约事实,对全部裂缝进行了修补和粉刷

诉中，鉴定机构结合现场勘察以及承租人诉前公证，得出了装修造价为 100 万元的鉴定结论。该鉴定结论较为客观公正的还原了承租人的装修成本，也为后续承租人争取装饰装修现值损失赔偿打下了良好的基础。

2. 扩大已形成附合装饰装修物的认定范围

出租人与承租人关于是否形成附合的装饰装修物的争议较大，该部分金额接近 35 万元。因此，如果承租人能够尽可能多的让更多设备、物品被认定为已形成附合的装饰装修物，将直接影响本案承租人最终的获赔金额。

司法实践中一般以装饰装修物能否拆卸作为是否形成附合的判断标准。若按照此标准，则承租人场地中的大量灯具、舞台、轨道极易被认为未形成附合的装饰装修物，出租人无需对此类物品承担赔偿责任。但实际上，以上物品是承租人完全按照涉案场地规模定制的非标准化产品，拆卸后很难再发挥使用价值。因此，在鉴定过程中，代理律师强调，不仅要以装饰装修物是否与房屋结合一体、不能分离为标准，也要考虑分离之后是否具备使用价值。经过代理人的尽力争取，部分设备被认定为已形成附合，计入了出租人应当赔偿的损失基数中。

四、结语

承租人在签订租期较长、所需投入装修成本较大的租赁合同时，应当设置提前解除合同如何进行损失补偿的计算标准（例如，按照总投入金额一定的百分比进行判赔），可以免去诉中对损失进行鉴定的繁琐程序。

在面对第三方原因导致租赁物出现质量问题时，向第三人追究侵权责任并不是主张权利的唯一路径，可以从举证难度、管辖法院、和解难易度等多个角度综合考虑，选择向第三人提起侵权之诉还是向合同相对方提起违约

之诉。

在权利受到侵害时，要注意及时对现状进行证据保全，避免日后现状被破坏，从而导致举证责任不能实现。言

【作者简介】



李甜甜 专职律师

执业证号 14401202011258853

专业领域：民商事诉讼仲裁、建设工程诉讼仲裁以及企业常年法律顾问

专注于民商事领域的建设工程复杂疑难案件办理；非诉方面：专注为多个大型建设工程项目提供全过程法律咨询服务，为多家建设工程企业提供常年法律顾问服务。



廖萃 专职律师

执业证号 14401202211498183

专注领域：民商事领域建设工程纠纷案件，企业常年法律顾问

多次参与建设工程领域民商事诉讼、仲裁案件的代理工作。从业以来，服务的常年法律顾问单位多为业内大型央企、国企、知名民企。

宅基地房屋出卖给城镇居民情形下 买受人房屋差价损失的裁判规则

作者：向劲 韩毅

前言

依照《土地管理法》第六十三条的规定，城镇居民不得到农村购买宅基地房屋^[1]。但现实生活中，由于种种原因，城镇居民到农村购买宅基地房屋的情形显然存在。依照《民法典》第一百五十三条、第一百五十七条^[2]及《第八次全国法院民事商事审判工作会议（民事部分）纪要》第十九条的规定^[3]，出卖给城镇居民的案涉宅基地房屋买卖合同无效，买受人应当返还案涉宅基地房屋，出卖人应当返还案涉宅基地房屋价款。

但是，买受人存在案涉宅基地房屋已被拆迁而无法返还的可能，基于房屋价格上涨、货币购买力贬值，以及案涉宅基地房屋被纳入拆迁范围后产生的巨额拆迁补偿安置利益，出卖人单纯返还价款难以弥补买受人的损失，更有违普通人朴素的感情。在此情形下，如何处理买受人的房屋差价损失，就成为案涉宅基地房屋买卖合同双方共同关注的焦点。关于这个问题，不同时间阶段、不同地区法院的裁判规则存在较大差别^[4]。本文基于广东相关司法政策和相似判例予以考察分析，以求抛砖引玉之效^[5]。基于名称简洁和本文篇幅的考虑，本文只论述了宅基地房屋出卖给城镇居民且牵涉拆迁补偿安置利益的情形下买受人房屋差价损失的裁判规则，但是本文的相关论述对于其他非本集体经济组织成员民事主体，如其他集体经济组织成员、台港澳居民也是适用的。与此相应，本文在案例搜索时，把宅基地房屋出卖给其他非本集体经济组织成员民事主体的相似判例也归入样本予以考察分析。

一、买受人房屋差价损失概念辨析

在案涉宅基地房屋买卖合同因上述原因无效，案涉宅基地房屋拆迁补偿安置利益确定、案涉宅基地房屋未纳入拆迁范围或虽纳入拆迁范围但拆迁补偿安置利益不确定的情形下，买受人可能获得法院支持的拆迁补偿安置利益

主要由以下三部分组成：

（一）实际损失，即买受人依照案涉宅基地房屋买卖合同，约定向出卖人支付购买案涉宅基地房屋的价款，支付时间一般在案涉宅基地房屋买卖合同成立前后；

（二）房屋差价损失，即买受人在案涉宅基地房屋买卖合同成立至出卖人起诉请求买受人返还案涉宅基地房屋期间，丧失另行向他人购买房屋所产生的房屋增值利益损失；更具体地讲，就是依据案涉宅基地房屋或其回迁安置住宅的现值，推算出与买受人当初支付价款的差额；

（三）与案涉宅基地房屋价值本身无关或关联度较低的其他拆迁补偿安置利益。在实务中，一般包括房屋附属物及附着物补偿、一次性搬家费、临时安置补助费、奖励款等资金支付。房屋附属物、附着物补偿，主要依据其价值确定，一次性搬家费主要对应搬家费用，临时安置补助费相当于过渡期租金，奖励款实际上是市场改造主体（不排除村（居）集体经济组织等其他主体）对被拆迁人在某一时间点之前签订拆迁补偿安置协议，并退出被拆迁物业配合拆迁的奖励。

就以上三部分价值而言，一般来讲，与案涉宅基地房屋价值本身无关，或关联度较低的其他拆迁补偿安置利益数额一般相对较少，法院主要依据该部分费用具体针对案涉宅基地房屋的权属人还是实际使用人来确定其归属。实际损失与房屋差价损失金额往往较大，但只要证据确凿，实际损失的金额及归属一般争议不大。诉讼过程中，买受人与出卖人争议最大的往往是房屋差价损失，即房屋差价损失认定方法和双方承担比例。

在牵涉拆迁补偿安置利益的案涉宅基地房屋买卖合同纠纷中，案涉宅基地房屋买卖合同双方对案涉宅基地房屋差价损失的承担，实际上转变成了双方对案涉宅基地房屋差价金额的分割。而且，双方对案涉宅基地房屋差价损失的承担比例，与对案涉宅基地房屋差价金额的分割比例相

反。因为分割比例比承担比例更符合普通人的期待，本文基于广东司法政策和判例，对案涉宅基地房屋出售给城镇居民差价金额认定和分割比例两个方面予以分析，以探究案涉宅基地房屋出卖给城镇居民且牵涉拆迁补偿安置利益时，买受人房屋差价损失的裁判规则，力求提供有效的法律实务建议。

二、广东司法政策的相关规定

为公平处理房屋差价损失问题，广东省高级人民法院根据《土地管理法》和《合同法》等相关法律的规定，2017年9月12日印发了《广东省高级人民法院关于审理房屋买卖合同纠纷案件的指引》（粤高法〔2017〕191号）（以下简称“《指引》”）。《指引》第十七条规定：“向不具备本集体经济组织成员资格的人出卖宅基地上房屋，合同被认定无效，买受人主张出卖人承担因房地产价格上涨造成的房屋差价损失的，人民法院应当全面考虑出卖人因土地升值或者拆迁补偿所获利益，平衡买卖双方的利益。”依照该规定，广东各级法院对于买受人房屋差价损失的裁判规则是“全面考虑出卖人因土地升值或者拆迁补偿所获利益，平衡买卖双方的利益”，原则上买受人与出卖人按照5:5比例分割该差价金额。

但是，依照《广东省高级人民法院关于废止部分审判业务文件的决定》（粤高法〔2020〕132号）“为切实实施民法典，保证国家法律统一正确适用”，《指引》已于2021年1月1日废止，而新的相关司法政策至今尚未印发。因此，广东的买受人房屋差价损失的相关司法政策实际上处于空白状态。不过，笔者基于广东相关判例的考察发现，《指引》第十七条规定由于与民法典并无冲突，在实际审判工作中仍然发挥着参照作用，下文所引用诸多判例可予以印证。

三、广东判例的考察

参照广东相似判例，买受人房屋差价损失裁判规则的演变脉络与《指引》关联明显。在《指引》印发前，广东各级法院对相似案件的裁判规则尺度不一。主流的裁判规则是：在买受人房屋差价金额存在争议的情形下，法院摇珠确定资产评估机构。该机构基于宅基地的身份性和宅基

地房屋市场流通性十分有限的现实，把宅基地使用权价值认定为具有身份性的权益，并将宅基地使用权价格和宅基地房屋价格分别评估，然后以评估得出的宅基地房屋价格减去买受人支付的宅基地房屋价款（个别情形下还有利息及其他微小费用，以下不再一一说明）的差额作为案涉宅基地房屋的差价金额（当差价金额为负数或零时按零处理），由出卖人全部承担，全部判归买受人^[6]。假如起诉时案涉宅基地房屋已被拆除不具备评估条件，基于宅基地房屋价值与房屋拆迁补偿款之间的转换性，法院更倾向于依据拆迁补偿安置协议计算的案涉宅基地房屋回迁安置权益金额减去买受人支付的价款，作为案涉宅基地房屋的差价金额，由出卖人全部承担^[7]。在此情形下，买受人与出卖人的分割比例实际上是10:0。依照这两种计算方法，无论宅基地房屋现值还是差价金额往往都较低，虽然买受人可以得到全部差价金额，但差价金额本身并不高，不利于充分保障宅基地房屋买受人的权益^[8]。

这一时期非主流的裁判规则还有以下类型：

（一）将案涉宅基地价格和宅基地房屋价格之和减去买受人支付的价款作为房屋差价金额，按照7:3的比例在买受人与出卖人之间分割^[9]。这种裁判规则，应该是参照了上海市高级人民法院印发的《关于审理宅基地房屋纠纷若干问题的意见（试行）》（沪高法民一〔2004〕4号）的规定（见注释4）；

（二）通过民事判决将案涉宅基地房屋确权给买受人，由买受人作为权属人与拆迁单位协商补偿事宜^[10]。该裁判规则实际上依照拆迁补偿安置协议计算的案涉宅基地房屋拆迁补偿安置利益全部判归买受人所有；

（三）认定案涉合同有效^[11]；

（四）基于房地分离主义，分别认定案涉宅基地买卖合同无效，房屋买卖合同有效，案涉宅基地房屋全部补偿款判归买受人^[12]。

但整体考察，以上这些裁判规则存在不同程度的特殊原因甚至法理矛盾，且数量较少，不属于主流裁判规则^[13]。更值得注意的是，基于以上第二、第三（推导意义上）、第四种情形下，法院虽然将拆迁补偿安置利益全部判归买受人，但出卖人不需要返还案涉宅基地价款。第一种情形下，法院虽然降低了买受人分割比例，但将

宅基地使用权价值包含在差价金额的计算之中。所以，这些裁判规则虽然与主流裁判规则裁判路径不同，但最终裁判结果大同小异。

《指引》出台之后，广东各级法院大体依据拆迁补偿安置利益是否确定的情形（主要依据拆迁补偿安置协议是否签订、拆迁补偿安置利益是否接收）分别予以处理。假如案涉宅基地房屋已纳入拆迁范围但拆迁补偿安置利益不确定，法院一般以资产评估机构评估得出的案涉宅基地房屋价格减去买受人支付的案涉宅基地房屋价款计算出差额，然后以该差额为基数，大体依照或参照《指引》第十七条的规定，在案涉宅基地房屋出卖人和买受人之间按照5:5的比例分割^[14]。该情形下买受人可获法院支持的房屋差价金额有所下降。但是，基于相关判例裁判文书的说理，待拆迁补偿安置利益确定后，买受人可另行起诉主张相关权益。假如拆迁补偿安置利益起诉时已确定，一般按照拆迁补偿安置协议确定的回迁安置房屋计价标准，乘以回迁安置房屋面积计算出补偿金额，然后减去买受人支付的宅基地房屋价款计算出差额。法院在认定出卖人与买受人双方过错责任时，一般会认为，出卖人应当知道农村宅基地房屋不能出售给该集体经济组织成员外的其他人，却为了经济利益将案涉房屋出售，多年后又在旧村（居）改造时要求返还房屋以获得拆迁补偿安置利益，应承担合同无效的过错责任。买受人应知道自己不具备取得案涉宅基地使用权的身份条件，但仍与出卖人签订协议，其对于合同无效也有过错。法院一般会综合全案案情，酌定出卖人与买受人对于案涉宅基地房屋买卖合同的无效存在同等过错，然后，在买受人与出卖人之间依照5:5的比例分割差价金额^[15]。在此情形下，案涉宅基地房屋买受人的权益得到了相对充分的保障。

但是，《指引》印发后，广东各级法院对宅基地房屋出卖给城镇居民情形下，买受人房屋差价损失的裁判规则存在例外，主要有以下几种情形：

（一）以资产评估机构评估得出的评估价格，而非依照拆迁补偿安置协议约定的回迁安置房屋计价标准和面积计算的价格，减去买受人支付的宅基地房屋价款作为差额，然后按照5:5的比例在案涉宅基地房屋出卖人与买受人之间分割^[16]；

（二）依照拆迁补偿安置协议约定的回迁安置房屋计价标准和面积计算的价格，直接按照5:5的比例在案涉宅基地房屋出卖人与买受人之间分割，但出卖人无须返还价款^[17]；

（三）在案涉宅基地房屋拆迁概率较高的情形下，即使案涉宅基地房屋没有纳入拆迁范围，也依据后续拆迁补偿安置利益增长等因素，参照资产评估机构评估得出的案涉宅基地房屋评估价格或相似区域城市更新项目拆迁补偿安置方案，确定案涉宅基地房屋的折价补偿款，并由此推算出差价金额，遵循一定比例在买受人与出卖人之间分割^[20]。这种裁判规则可以有效避免二次起诉的诉累，更经济地运用司法资源，但也存在买受人房屋差价损失确定性不够，认定的买受人房屋差价损失与最终实际确定的买受人房屋差价损失可能差别较大的风险；

（四）基于某些特殊原因，认定出卖人承担主要过错责任，买受人承担次要过错责任，突破5:5的差价金额原则分割比例，更充分地维护买受人的利益^[18]。

以上这些例外裁判规则都是特殊情形下的变通处理规则，并不具有普遍性参考意义^[19]。

结语

综合考察广东相关司法政策、相似判例可以发现，2017年《指引》印发前，广东各级法院对宅基地房屋出卖给城镇居民且牵涉拆迁补偿安置利益时，买受人房屋差价损失的裁判规则既丰富又混乱，但最终裁判结果可谓殊途同归，相当统一。2017年《指引》印发后，广东各级法院的相关裁判规则统一规范。大体的裁判规则是：案涉宅基地房屋被纳入拆迁范围，且拆迁补偿安置利益确定的情形下，原则上依照5:5的比例在案涉宅基地房屋买受人与出卖人之间分享案涉宅基地房屋差价金额。当然，基于案情的复杂性，在具体实务中不能“一刀切”，对于广东相关司法政策后续可能的补充，我们也要及时跟进关注。☺

注释：

[1]《土地管理法》第六十三条规定；[2]《民法典》第一百五十七条规定；[3]《民法典》第一百五十三条规定，

《第八次全国法院民事商事审判工作会议（民事部分）纪要》第十九条规定，关于国家确定的宅基地制度改革试点地区国家政策及相关指导意见，《检察日报》报道，2022年6月21日，《关于授权国务院在北京市昌平区等农村宅基地制度改革试点地区行政区域暂时调整实施有关法律规定的决定（草案）》提请第十三届全国人大常委会第三十五次会议审议。（最高人民法院网站：https://www.spp.gov.cn/spp/zdgz/202206/t20220627_561081.shtml）2022年8月15日农业农村部作出的《关于政协第十三届全国委员会第五次会议第02954号（农业水利类245号）提案答复摘要》；[4]上海市高级人民法院印发的《关于审理宅基地房屋纠纷若干问题的意见（试行）》（沪高法民一[2004]4号）规定；[5]本文的论述以案涉宅基地房屋系合法建筑为前提，对于违法建筑不予论述；[6]类似判例见（2012）穗中法民五终字第2426号民事判决、（2016）粤01民终11165号民事判决（已纳入拆迁范围但未签订拆迁补偿安置协议）、（2016）粤01民再49号民事判决（该案本质上是2013年的案件）、（2014）穗中法民五终字第2425号民事判决、（2018）粤01民终1974号民事判决；[7]（2016）粤01民再49号民事判决、（2018）粤01民终1974号民事判决；[8]（2016）粤01民终11165号民事判决；[9]（2011）穗中法民五终字第2135号民事判决；[10]（2015）深中法房终字第590号民事判决；[11]（2015）江蓬法民一初字第17号、第19号民事判决；[12]（2013）粤高法民一申字第408号民事判决；[13]（2015）江蓬法民一初字第17号、第19号民事判决；[14]（2020）粤01民终25656号民事判决；[15]（2020）粤0112民初10461号民事判决及二审判决、（2021）粤01民终18991号民事判决、（2021）粤0112民初333号民事判决及二审判决（2021）粤01民终29067号民事判决、（2021）粤0112民初808号民事判决、（2021）粤0112民初8635号民事判决及二审判决、（2021）粤01民终29429号民事判决、（2021）粤0112民初1898号民事判决；[16]（2020）粤01民终8289号民事判决；[17]（2021）粤06民终14286号民事判决；[18]（2019）粤0402民初4915号民事判决、（2021）粤01民终13721号民事判决；[19]（2022）粤01

民终11242号民事判决、（2019）粤0402民初4915号民事判决、（2021）粤01民终13721号民事判决；[20]（2020）粤01民终8289号民事判决的特殊性见注释18、（2021）粤06民终14286号民事判决的特殊性见注释19、（2019）粤0402民初4915号民事判决、（2021）粤01民终13721号民事判决、（2022）粤01民终11242号民事判决

【作者简介】



向 劲 专职律师

执业证号 14401201610763182

专注领域：知识产权及不正当竞争（尤其擅长医药、化工专利）、复杂疑难民商事诉讼、法律顾问

向劲律师是执业专利代理师、中级经济师、广东省律协跨境电商专业委员会秘书长、南方知识产权讲师团成员、粤港澳大湾区知识产权调解中心首批调解员、广州市白云区重点产业知识产权维权援助和保护专家。向劲律师具有理工类专业学习背景，曾获2020年度、2021年度广州市律协业务成果奖。



韩 毅 专职律师

执业证号 14401202210423278

专注领域：民法（包括物权、合同、债权债务、婚姻继承等）、公司法、劳动法

先后获得郑州大学管理学学士学位、武汉大学历史学硕士学位和中山大学法律硕士学位，系中国法学会会员、广东省法学会民法典宣讲团讲师、广州市法律援助基金会志愿者律师。

“背靠背”支付条款的效力研究

作者：许春燕

摘要

建筑工程领域款项拖欠问题屡见不鲜，总承包人为了避免承担资金风险，在与下游企业签订的转包、分包合同中，设置“收到业主工程款后支付”等类似表述作为支付前提，继而将回款风险转嫁到分包人，此类条款被称为“背靠背”条款。由于我国对于“背靠背”条款缺乏明确规范，因此，关于该类条款的效力一直备受争议。本文将建筑领域分包合同中的“背靠背”支付条款进行分析。

一、“背靠背”条款的概念及性质

（一）“背靠背”条款的概念

“背靠背”条款主要是总承包人通过合同条款的安排，在付款期限、条件中增设以第三方款项支付为前提条件，由分包人承担部分或全部义务和责任，借此减少己方的相关风险、义务和责任。”^[1]在实践中，发包人普遍倾向于将风险转移由承包人负担，承包人往往会接受发包人的苛刻条件，之后再通过各种其他途径向分包人转移风险。

（二）关于“背靠背”条款的性质

当前司法实践对“背靠背”条款的性质认定存在三种观点：

1. 附条件生效说。目前法院大部分^[2]认定该条款为附条件生效条款，但关于付款条件是否成立，总承包人需承担严格的举证责任，目前支持“附条件”条款的主要依据是《中华人民共和国民法典》（简称“《民法典》”）第一百五十八条规定：“民事法律行为可以附条件，但是按照其性质不得附条件的除外。附生效条件的民事法律行为，自条件成就时生效。”如无法举证证明已积极向业主方主张权利，将适用《民法典》第一百五十九条规定条件

拟制的规定。

2. 附期限生效说。部分法院^[3]认为该条款属于对支付时间的约定，需核实发包人向总承包人完成支付的情况，再根据合同约定确定总承包人应向分包人承担的支付义务是否已届清偿期。

3. 区分生效说。部分法院^[4]认为该约定并未约定明确的时间点，属于付款时间约定不清晰。有学者认为判断“背靠背”条款约定是否明确，应当区分情形，如果总承包人将总包合同中的付款节点告知分包人，总包合同与分包合同相结合能够推出分包合同的付款时间，则应当认定该约定明确，否则属于约定不明确。^[5]

笔者认为，“背靠背”条款应认定为附条件生效条款。业主是否支付工程款、是否全额支付工程款，属于不确定的事实，支付的时间和是否能支付都不确定，而附期限生效条款中对未来发生的事实则应该是确定的。如定性为附期限生效条款，则该观点存在漏洞。司法实践中还大量出现施工承包人急于向业主方行使债权，导致分包人无法请求分包工程款的案例，因此“背靠背”支付条款解释为或定性为附生效条件条款更为合理。^[6]

二、“背靠背”条款的效力分析图片

（一）现有效力观点

目前认为“背靠背”条款无效的观点主要基于以下两个方面：

1. “背靠背”条款突破了合同相对性原则，不合理地将上游合同业主方应履行的义务嫁接到双务合同中，将分包合同中承包人承担的支付义务与总包合同中发包人的支付义务相牵连。但发包人并不是本合同当事人，因此，该条款的成立缺乏基础。

2. “背靠背”条款为格式条款，违反公平原则，应认定为无效。建筑工程领域的分包合同通常为反复适用不得更改的格式合同，在支付条款中附加业主支付前提，限制了供货方主张货款的权利，属于《民法典》第四百九十七条规定的格式条款无效情形，因此，应认定为无效条款。

目前认为“背靠背”条款有效的观点主要基于以下两个方面：

1. “背靠背”条款属于承包人与分包人平等主体之间对自身合法权利义务的安排，且体现了当事人的意思自治，符合民法中自愿平等的原则，应为有效条款。

2. “背靠背”条款不违反法律强制性规定，并不属于《民法典》规定的无效情形，也不属于最高法院《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》规定的合同无效情形。

（二）本文观点

笔者认为，认定合同条款是否有效，应严格适用《民法典》关于法律行为无效的规定，因此，对以上无效观点不甚认同，主要基于以下几个方面：

1. “背靠背”条款不违反《民法典》关于民事法律行为无效的法律规定。在鼓励交易的市场原则下，合同无效应严格遵守法定事由，不得任意扩大解释。当事人以第三方履行债务作为一方履行债务的条件，该约定是对债务人何时履行债务做的约定，并不影响合同效力。如果该期限可以确定，那么则按该期限执行，如果该期限无法确定，则可能认定为无约定期限，或需要根据债务人是否积极主张等情形进一步明确合理的履行期限。

2. 发包人的权利义务在“背靠背”条款中并未赋予或限制，因此未违反合同主体相对性。合同内容相互履行，也并未违反合同内容相对性。如总承包人以发包人未支付货款为由拒绝支付，该违约责任是否产生仅取决于双方，未违反责任的相对性。综上，“背靠背”条款并不违反合同的相对性规则。

3. “背靠背”条款不违反公平正义原则，合同的签订遵循意思自治原则，分包人在自由竞争的市场环境下自甘风险，自愿接受“背靠背”支付条款，理应有效。建筑市

场竞争激烈，买方处于优势地位。总承包人垫资和配资成本高，风险大，在交易设计上把业主方拖欠工程款的风险分散到下游分包人的交易环节，是自发的合理市场行为，不构成法律上的显失公平。

三、“背靠背”条款的适用限制条件图片

我国审判实务中绝大多数案例支持“背靠背”支付条款有效。2012年北京市高级人民法院出台的《北京高院解答》第22条款^[7]也明确“背靠背”条款有效，总承包人对于其与发包人之间的结算情况以及发包人支付工程款的事实负有举证责任，但应设置严格的适用条件：

（一）对“背靠背”条款进行明显标注，并加以提示说明。总承包人制订的分包合同等合同版本往往不能更改，可能被认定为限定、排除权利人的主要条款，建议总承包人在“背对背”条款处要求供应商进一步盖章确认，同时签订风险共担补充协议，避免认定为格式条款。

（二）对支付进度、比例进行细致化约定。司法判例中，法院对于“收到业主工程款后支付”有不同的看法。一部分法院认为先收后付应是收到多少支付多少给分包人，另一部分法院则认为根据发包人与总承包人的承包合同支付比例、进度来考虑；如发包人未支付100%工程款给总承包人，则总承包人有权拒付。因此，为避免争议，双方对支付的条款应作细致化的约定，譬如总承包人收到一笔款，就应支付一笔给分包人，不得以未收到全部工程款为由拒绝支付。

（三）设置合理且有明确付款日期的“背靠背”条款，避免出现在合同中简单约定“以业主支付进度为准”等模糊期限，总承包人应充分披露与发包人的总包合同相关文件及信息，确定分包商对于总包合同约定的付款时间节点、付款金额及比例等关键信息清晰且保留已告知的证据。充分保障供应商的知情权，确保对于分包合同中的业主支付时间节点与总包合同的付款时间节点相匹配，避免诉讼过程中分包商以约定期限约定不明进行抗辩。

（四）总承包人对付款条件未成就适用严格举证责任。总承包人应积极向业主张工程款，并保留催收、对账甚

至诉讼的相关证据，如总承包人未能对前款内容进行举证证明，不排除存在怠于行使权利的行为，或采用不正当手段阻止条件成就，否则分包人有权认为条件成就，要求支付工程款。再者，如有根据证明总承包人与发包人之间约定的支付条件已满足，也可提起代位权诉讼。

四、结论

我国目前对“背靠背”条款尚未有明确的法律规定，建议合同双方当事人谨慎对待，避免产生争议纠纷。对总承包人而言，目前法院支持总承包人主张业主未付款或者未付完全款就拒绝付款的判例极少，基本都要求总承包人承担严格举证责任，证明已积极向业主主张权利。因此，建议双方在拟定“背靠背”条款时避免措辞模糊，尽可能细化双方责任。☞

注释：

[1] 林立：《工程合同法律、规则与实践》，北京大学出版社2016年版，第233页。

[2] 譬如【2022】渝0117民初5543号】江津区四面山镇茂艺装饰经营部与施时利，重庆市马门溪苗木种植有限公司买卖合同纠纷判决书；【2022】京03民终6776号】建峰建设集团股份有限公司与华汇（天津）照明灯饰销售有限公司买卖合同纠纷二审判决书；【2022】粤01民终9892号】十一冶建设集团有限责任公司、郑州森源新能源科技有限公司等买卖合同纠纷二审判决书

[3] 譬如【2022】京02民终6756号】中国黑色金属材料北京有限公司等合同纠纷案

[4] 譬如【2022】辽01民终6126号】北京城建集团有限责任公司、沈阳山河商品混凝土有限公司买卖合同纠纷二审判决书

[5] 张义：《最新建设工程施工合同法律实务与风险防范》，中国法制出版社2015年版，第51-52页

[6] 李君冀：“建设工程施工合同中“背靠背”支付条款的效力分析”，载《知识文库》2019年第23期

[7] 北京市高级人民法院：《关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干疑难问题的解答》，<https://www.bjcourt.gov.cn/ssfw/spzdwj/detail.htm?NIId=25000128&channel=100014001>，2012年8月6日

【作者简介】



许春燕 专职律师 ■
执业证号 14401201711012349

专注领域：股权投资融资、建设工程、婚姻及继承、重大民商事仲裁/诉讼

毕业于华南师范大学，法学（知识产权方向）学士学位，高级企业合规师，高级劳动关系管理师。从事律师工作以来，凭着扎实的法律理论功底，在诉讼及非诉讼方面均积累了经验。擅长各类合同纠纷（包括房屋买卖合同、借款合同、租赁合同、服务合同、买卖合同等）、劳动争议、企业纠纷等民事诉讼。拥有丰富的各类民商事争议解决和权益保障经验，曾就职于某大型私企公司等企业法务岗位、总经理助理岗位，熟悉企业运营系统、劳动人事、财税、品牌知产、商会董事会、投融资、企业传承六大企业风险防控领域，曾参与多次大宗商品贸易、投融资领域等商务会谈及谈判，拥有企业管理及业务处理等方面的工作经验。

浅析我国违法用地上被没收建筑物的处置问题

作者：韩欣欣 杨挺

摘要：

因土地资源有限，为了扩大建设用地的用地规模，违法用地、违法建设的行为屡禁不止，因存在违法建筑物权属与土地权属不统一、多部门职能和各部门职责不清、被没收建筑物的交付存在难度、被没收的建筑物难以处置等诸多问题，再加上我国亦没有法律、行政法规对其进行规制，违法用地上被没收的建筑物处置问题一直困扰着执法机关，对于如何统一解决该问题便显得尤为重要。

关键词：没收 违法用地 处置 强制执行

一、问题的提出

近年来，我国社会经济的持续飞速发展，给各行业带来了经济利益，亦导致土地、房地产的价值大幅增长，因土地资源有限，为了扩大建设用地的用地规模，违法用地、违法建设的现象层出不穷，尤其是在大城市周边、城乡接合部。随着国家限制并规范土地利用采取的多项行动升级，各地土地行政主管部门严格执法，对用地上违法建筑物实施拆除、没收、罚款等行政处罚。违法用地上被没收建筑物规定在我国《中华人民共和国土地管理法》（简称“《土地管理法》”）第七十四条^[1]以及七十七条^[2]，这两条法律法规是针对符合土地利用总体规划，在非法转让的土地上新建的建筑物和其他设施以及在非法占用的土地上新建的建筑物和其他设施的行政处罚^[3]。本文讨论的违法建筑物便是该类型的建筑物和其他设施，目前我国在国家层面针对违法用地上被没收的建筑物处置问题，并未出台配套的法律规定，虽然有少部分地区针对被没收违法建筑物出台了处置规定^[4]，

但是并不能全面适用，且在处置原则、移交程序和处置方式等方面并未统一。在实践中，因处置原则并不统一且大部分地区未出台相应的规定，土地行政主管部门无法作出统一正确处理，被没收建筑物执行难以顺利结案，严重制约自然资源主管部门执法效率，并且在一定程度上导致了国有资产的流失。

二、被没收后的违法建筑物现状及原因分析

（一）违法建筑物权属与土地权属不统一

根据《中华人民共和国民法典》第二百二十九条^[5]的规定，在行政机关作出的处罚决定生效时，地上违法建筑物的权属已经归属国家，国家对地上建筑物享有占有使用的权利。但没收仅仅是针对地上建筑物而言，建筑物所在的土地性质并未发生改变。在没收集体土地上的违法建筑物时，土地仍然归集体所有。在“房地一体流转主义”的法律惯例下，建筑物所在土地的使用权势必跟建筑物一起由国家占有，但建筑物所在的土地仍然为集体所有，无法占有便意味着集体对该地丧失了权益，土地所有权有名无实，且违法行为大多数为自然人实施，没收建筑物后，因个人行为导致集体土地无法使用，势必会影响集体组织的利益；但如果不占有没收物，又会导致国家利益受损，并影响法律的权威性。

（二）涉嫌多部门职能，各部门职责不清

认定违法建筑问题，一般由自然资源主管部门进行；涉及农村宅基地上的违法建筑，由农业农村主管部门负责，部门地区行政处罚集中则由镇政府负责；在国有土地上的违法建筑多数地区由城管负责。对于超出建设工程施工许可证建设的违法建筑，往往需要住建部门进行配合。此外，在违法建筑认定后，仍然涉及消防、环保

等多个监管部门协调配合；在没收移交违法建筑后，还涉及财政或者国资的配合。但没收后的违法建筑处置主体不清，导致相关部门之间存在相互推诿的问题，即便是财政部于2020年12月颁布的《罚没财物管理办法》，也未明确规定被没收违法建筑物的承接管理主体，而是可以在执法机关、政府公物仓、财政部门等部门之间选择。

（三）被没收建筑物的交付存在难度

建筑物为不动产，其占有状态的改变并不像动产一样可以先通过扣押，在没收后完成实际交付，达到没收效果。建筑物无法通过移动改变占有状态，此时需要原使用权人搬离清空并交主管部门实际占有管理，方可达到实际的没收效果。但违法行为人多为自然人，且集体土地上的违法行为人多为村民，很多建筑物的使用权人不会履行处罚决定，交出建筑物。在处置没收的建筑物时，首先就需要收回建筑物，包括建筑物使用权人腾空建筑物，搬离其中。但是，目前我国法律并没有赋予自然资源主管部门行政强制执行权，自然资源主管部门不能未经法院强制执行，直接强行没收建筑物；根据《中华人民共和国行政处罚法》（简称“《行政处罚法》”）七十二条第（四）项^[6]及《中华人民共和国行政强制法》规定，如当事人逾期不履行行政处罚的，作出行政处罚的行政机关可以申请人民法院强制执行，但是实践过程中，法院通常会寻找各种理由拒绝强制执行或者执行申请。法院认为主要原因是：第一，没有可供执行的内容，根据前述分析可知，违法建筑物在处罚决定生效时，便已归属国家，国有资产管理部门可以依据生效的处罚决定办理相关权属登记手续，无论违法行为人是否配合；第二，没有执行依据，此类强制执行案件，需要先清理违法建筑物内的人员以及物品。但是一些法院认为，强制将违法行为人清理出来，尤其是违法建筑物为住宅用途时，没有执行依据。

（四）被没收的建筑物难以处置

1. 难以对违法建筑进行移交

根据《行政处罚法》第七十四条^[7]规定，行政机关罚没的财物公开拍卖或者按照国家有关规定处理。被没收的建筑物不能像一般财物一样直接拍卖，所以很多地

方的土地行政主管部门认为被没收的建筑物应当移交财政部门或国有资产管理部门。但是一般情况下两部门都会以没有相关规定为由拒绝接收，除非当地政府有明确规定，这导致处罚决定作出后无法执行、处置被没收的建筑物。土地行政主管部门最多只能催收罚款，而被没收建筑物的执行就不了了之。

2. 难以对违法建筑进行看管

就算建筑物可以移交，但因其无法拍卖，亦存在难以看管的问题。首先，违法建筑物一般是在乡村地区，位置偏远，违法当事人一般是当地的村民，主管部门很难对违法建筑物进行及时看管，这就导致建筑物随时可能会被违法当事人占有使用，无法达到没收的效果。其次，违法建筑物未经过报批以及规划验收，如果主管部门直接将该建筑物投入使用，可能会存在安全隐患，且建筑物未取得合法证件，主管部门将其投入使用没有合法依据。最后，如果在没收后对违法建筑物全部进行拆除，不仅执法成本很高，而且极大地浪费社会财富，还不如在最初行政处罚时，直接进行拆除处罚。

3. 难以对违法建筑进行拍卖处置

就算建筑物可以移交，亦存在无法拍卖的情况。拍卖需要进行违法建筑的评估，因违法建筑不具有合法利益，不宜用金钱衡量，不能评估。另外，违法建筑属于未经行政主管部门审查批准或未按批准的内容建造的房产，根据我国《拍卖法》第七条规定“法律、行政法规禁止买卖的物品或者财产权利”，行政机关强制拍卖处置违法建筑的行为，有通过拍卖行为使违法建筑合法化的嫌疑，涉嫌侵犯了行政主管部门的行政职权。

三、我国关于违法建筑物处置的立法情况

（一）法律、行政法规、部门规章的立法情况

截止2022年10月，我国涉及到违法建筑物的法律主要有《土地管理法》、《城乡规划法》，行政法规有《土地管理法实施条例》，部门规章有《自然资源行政处罚办法》。

（二）地方性法规的立法情况

笔者经全网检索发现，截止 2022 年 10 月，针对违法建筑物处置，其中省、自治区、直辖市仅有 3 地出台相关规定，分别是贵州省、北京市、天津市；地级市中仅有 11 个地级市出台相关规定，分别为湖北省武汉市、辽宁省大连市、江苏省常州市、江苏省南京市、江苏省苏州市、湖南省永州市、湖南省株洲市、广西壮族自治区桂林市、广西壮族自治区柳州市、浙江省温州市、陕西省汉中市。其中贵州省、北京市、辽宁省大连市、广西壮族自治区桂林市、广西壮族自治区柳州市、陕西省汉中市在 2019 年修订的《土地管理法》施行之后颁布相关规定。另外，广东省广州市、安徽省淮南市就违法用地上的违法建筑处置公开征求了意见，但并未最终发布。

（三）目前法律法规对违法建筑物的处置路径

目前各地区对违法建筑物的处置有拆除、完善手续、土地收储、租赁、公开交易、临时使用、拍卖等，主要是以下路径：

1. 拆除

对经过论证，违法用地上的建筑物不符合建筑质量安全标准、消防安全、产业发展、城乡规划和环境保护等管理规定的，或者不满足完善用地手续的前置条件的，予以拆除。

2. 完善手续

对经过论证，违法用地上的建筑物符合建筑质量安全标准、消防安全、产业发展、城乡规划和环境保护等管理规定的，以及满足完善用地手续的前置条件的，补办完善用地手续。其中涉及到集体土地的，应当依法办理农用地转用和土地征收手续。

在用地手续得以完善后，有的地区规定进行公开交易或者由政府调拨使用，有的地区规定可以临时使用，有的地区规定对外租赁或者拍卖。

四、完善我国对被没收的违法建筑物处置建议

（一）确定处置原则

1. 属地原则

违法建筑物属于不动产，由不动产所在地的主管部门负责，既方便管理使用不动产，又方便主管部门根据当地的情况统筹协调自然资源、住建、国资、财政等部门，高效工作，对于需要拆除的违法建筑快速拆除，有效整治，对于需要保留的违法建筑则快速完善手续。

2. 房地一体原则

我国土地属于国家或者集体所有，针对国有土地上的违法建筑，可以直接没收、处置，并不会导致房地不一致的处境；针对集体土地上的违法建筑，没收后导致房地权属人不一致的情况，应当坚持房地一体原则，将集体土地进行收储或者征收，亦或是将被没收的违法建筑划拨、移交给集体使用。

3. 合理利用原则

被没收的违法建筑物，不应当仅仅做形式上的没收，应当积极接管，并根据建筑物的实际情况进行论证，对于无需拆除的违法建筑物，可以安排给建设单位继续使用，并收取一定的租金，或者给国家机关、事业单位等单位临时使用，或者采用对外公开交易或者拍卖。

（二）明确处置主体

对于能够保留的违法建筑物，根据其所在的土地类型进行分类管理，国有土地因其所有权属于国家，由当地政府负责进行处置，其可以指定接收单位负责具体实施，如国有资产管理公司。

集体土地因所有权属于农民集体，国家不能随意处置。对于保留的违法建筑物，为了便于日常管理，可交由乡镇政府统一进行，对于在村集体土地上建造公共设施或者公益设施的，直接由镇政府交给属地村委会免费使用；或者根据集体土地征收补偿政策及规定，由土地行政主管部门对违法土地进行征收，并给予土地权属单位适当的补偿，土地收归国有后，交由国有部门处置。

（三）统一处置路径

1. 向法院申请强制执行

自然资源管理部门无强制执行权，因此无法直接强制没收违法建筑物，根据《行政处罚法》的规定，在行政处罚决定作出后，当事人在法定期限内不申请行政复议或者不提起行政诉讼，又不履行《行政处罚决定书》的，

自然资源主管部门可以自期限届满之日起三个月内向人民法院申请强制执行，由法院作出是否准予执行的裁定书。对于法院准许强制执行的，应当及时交给负责处置的主管部门。

2. 拆除

对于法院准予执行违法建筑物，由处置部门组织有关部门对其进行论证认定，对违反城乡规划法、不符合城乡规划的，或建筑质量存在安全隐患的，对环境造成严重污染的，不符合国家产业政策的，不符合消防要求的，经鉴定不具有利用价值的，由处置部门指定乡镇（街道）人民政府进行拆除。

3. 保留并完善手续后处置

对于经过论证，各方面均符合有关标准的建筑物，可以予以保留，完善补办相关手续。国有土地上补办手续后的建筑物，可由处置部门对其进行公开交易，包括对外出让、对外出租，对于无法出让、出租的，可对其进行拍卖或者交由行政机关、事业单位临时使用。集体土地上的建筑物，符合集体土地征收补偿政策及规定，由土地行政主管部门对违法土地进行征收，并给予土地权属单位适当的补偿，在土地收归国有后，交由处置部门按照国有土地上被没收的建筑物处置。对于在村集体土地上建造公共设施或者公益设施的，可直接划拨给属地村委会。

（四）明确行政机关的民事诉权

在行政处罚决定生效之后，相关部门接管违法建筑物之前，由于未实际掌控在相关部门手上，这期间发生的与建筑物有关的行为，如第三人损害被没收的违法建筑物的情况、违法行为人拒不交出违法建筑物继续占有使用违法建筑物的情况等，是否可以进行民事诉讼，以及由谁代为行使该诉权，应当进行明确。笔者认为，在行政处罚决定生效之后，被没收的违法建筑物已经归属国家，建筑物的所有权人即代表国家的一方基于所有权，当然可以主张物上请求权。拒不交出建筑物、继续占有使用建筑物这一行为本就是一种无权占有、恶意占有行为，在其交出占有物之前，应当向建筑物的所有权人即代表国家的一方支付占用费，以避免国有资产流失。（本

文发表于期刊《警戒线》2023年1月第04期）

注释：

[1] 第七十四条 买卖或者以其他形式非法转让土地的，由县级以上人民政府自然资源主管部门没收违法所得；对违反土地利用总体规划擅自将农用地改为建设用地的，限期拆除在非法转让的土地上新建的建筑物和其他设施，恢复土地原状，对符合土地利用总体规划的，没收在非法转让的土地上新建的建筑物和其他设施；可以并处罚款；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依法给予处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

[2] 第七十七条 未经批准或者采取欺骗手段骗取批准，非法占用土地的，由县级以上人民政府自然资源主管部门责令退还非法占用的土地，对违反土地利用总体规划擅自将农用地改为建设用地的，限期拆除在非法占用的土地上新建的建筑物和其他设施，恢复土地原状，对符合土地利用总体规划的，没收在非法占用的土地上新建的建筑物和其他设施，可以并处罚款；对非法占用土地单位的直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依法给予处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

[3] 林伟杰，《土地管理法释义》。

[4] 《贵州省没收违法用地上建筑物处置办法》、《北京市没收违法建筑物处置办法（试行）》、《武汉市违法用地上建筑物处置办法》、《自然资源部门依法没收的建筑物和其他设施处置办法》、《大连市没收违法用地上建筑物移交处置工作规程》。

[5] 第二百二十九条 因人民法院、仲裁机构的法律文书或者人民政府的征收决定等，导致物权设立、变更、转让或者消灭的，自法律文书或者征收决定等生效时发生效力。

[6] 第七十二条 当事人逾期不履行行政处罚决定的，作出行政处罚决定的行政机关可以采取下列措施：（四）依照《中华人民共和国行政强制法》的规定申请人民法院强制执行。

[7] 第七十四条 除依法应当予以销毁的物品外，依法没收的非法财物必须按照国家规定公开拍卖或者按照国家有

关规定处理。

罚款、没收的违法所得或者没收非法财物拍卖的款项，必须全部上缴国库，任何行政机关或者个人不得以任何形式截留、私分或者变相私分。

罚款、没收的违法所得或者没收非法财物拍卖的款项，不得同作出行政处罚决定的行政机关及其工作人员的考核、考评直接或者变相挂钩。除依法应当退还、退赔的外，财政部门不得以任何形式向作出行政处罚决定的行政机关返还罚款、没收的违法所得或者没收非法财物拍卖的款项。

【作者简介】



韩欣欣 专职律师

[执业证号 14401201811028401](#)

专注领域：公司治理及政企法律顾问，劳动与社会保障，行政争议解决

广州市海珠区劳动人事争议三方联调中心调解员、广州行政争议调解中心特邀调解员、刘穗珊物权保护纠纷人民调解工作室人民调解员、广州市总工会法律服务团律师、TOT 讲师团讲师、法治同行公益组织志愿者讲师、广信君达公司部副秘书长、广信君达专业化建设委员会委员。



杨挺 专职律师

[执业证号 14401202110368519](#)

专注领域：建设工程、房地产、土地开发领域法律事务；政企法律顾问

曾为恒大地产法务员，经办过多起房地产与建设工程领域的诉讼与非诉案件，曾经或现在为多家政府部门、房开企业、建筑企业提供常年、专项法律顾问服务。

涉台民商事平行诉讼司法实务研究

作者：王辉

摘要

目前，平行诉讼是跨境民商事诉讼的常见问题，也是区间国际法律冲突的核心内容之一。随着两岸文化交流与经济合作的进一步提升，涉台民商事平行诉讼日渐增多。本文结合当下最新立法动态，简析两岸跨境民商事平行诉讼的法律规则与发展动向，就当中存在的具体问题提出相对合理化的处置建议，供涉台法学实务研究参考。本文主要研究涉台民商事平行诉讼在司法实践方面的立法不足和施行障碍。

引言

平行诉讼是涉外民商事诉讼中常态化适用的诉讼技巧之一。实践中，平行诉讼分为原、被告共通型和原、被告逆转型。平行诉讼有利有弊，是否提起、何时提起以及如何提起平行诉讼都是涉案当事人必须考虑的问题。在提起平行诉讼时，需考虑对方当事人可能以“不方便法院原则”提起管辖权异议或向前一诉讼国法院申请禁诉令。

不同国家或法域存在各个相对独立的司法主权催生了平行诉讼制度，我国应对此完善和优化，以便更有效地维护当事人的合法权益。完善涉台民商事平行诉讼，有利于平衡两岸之间善治的法律体系关系，促进两岸法治有机融合，在中华民族统一的夙愿之下实现两岸人民命运共同体。

一、平行诉讼的概述

平行诉讼是指相同当事人基于相同事实引发的争议，在有管辖权的两个或两个以上法域的法院进行诉讼的现象。平行诉讼一般由三个基本要素构成，一是诉讼当事人相同，包括重复诉讼和对抗诉讼。前者是指当事人及诉讼地位完全相同，后者是指当事人完全相同，但诉讼地位发生逆转，即原、被告的诉讼位置发生了对应性的颠倒（如

2018年1月A公司和B公司在福州中院起诉C公司固态硬盘产品的专利侵权诉讼，就是针对2017年12月C公司在美国加州联邦法院控告A公司和B公司窃取存储芯片关键技术诉讼所作的对抗性平行诉讼）。二是争议基于相同事实引发，主要指诉讼案由、诉讼请求或诉讼标一致。三是诉讼在两个以上有管辖权的不同法域或不同独立法制国家（区域）的法院同时或先后进行。

可见，形成平行诉讼的根本原因是两个或以上法域的法院对同一纠纷根据各自的法律均具有管辖权。就同一纠纷，大陆法院和港澳台法院根据各自的法律可能均有管辖权。如当事人在两地法院分别起诉，针对管辖权冲突就会形成平行诉讼。各个法域为了实现自身司法权益的先导性，对域外平行诉讼普遍持消极和拒绝的态度，但有参与现行国际条约和国际公约的除外；当然我国也不例外。故绝大多数平行诉讼的结果相互不兼容，甚至会出现博弈^[1]。

二、提起平行诉讼所适用的恰当方式和利弊分析

（一）是否提起平行诉讼

原、被告共通型的平行诉讼作用体现为：

1. 可在多个国家得到判决，更方便地执行所涉国家中对方的财产；
2. 可弥补正进行的一诉讼的不利，掌握更多的主动权；
3. 以纠缠被告为目的，增加被告的诉讼负担实现目标。

原、被告逆转型的对抗诉讼作用体现为：

1. 作为被告处于不利地位时，以抗辩为目的，选择有利自己的另一国法院提起诉讼，使自己处于更加主动；
2. 增加对方的诉讼负担，使对方不得不花费更多的人力、物力、财力到另一个国家/地区参加诉讼，促使和解。

因此，选择发起平行诉讼，是为给当事人争取有利的裁判结果或促使和解等，对权利主张者有显著积极的一面。但也存在一定的弊端，同时提起两个以上诉讼会加重诉累，

耗费当事人大量的时间、经济成本，延缓诉讼程序的推进，阻碍纠纷的顺利解决，出现“同案不同判”的结果，导致判决、裁定的执行存在一定的不确定性^[2]。

故当事人在考虑是否提起平行诉讼时，需综合考虑实际情况，做好利弊分析，参考法律专业人士意见。

（二）何时和如何提起平行诉讼

我国针对承认外国法院的生效判决、裁定和平行诉讼在程序采取“先来后到、不可并行”原则。如需要在我国提起平行诉讼，应在外国法院宣布判决、裁定被我国法院承认之前进行，否则不被受理。

提起平行诉讼一要确定国家；二要选择有管辖权的法院；三要阻止对方当事人提出管辖权异议和申请禁诉令。

根据选择所在国的准据法标准和法院审判规则、程序以及被告主要可供执行财产的所在地来综合考量其平行诉讼的利弊，若对方当事人的管辖权异议申请由更方便的外国法院管辖，可促使先受理法院驳回起诉。

禁诉令是排斥其他平行诉讼的先导“利器”，禁诉令制度在对抗平行诉讼的体现方式是法院或仲裁庭确认原告诉讼请求理由与上述“不方便法院原则”相对应，或是当事人之间约定的案件管辖权条款而签发的，亦或是基于受诉法院地的公共政策和利益保护而签发的。

我国现行法律法规没有关于禁诉令的明确规定，但在司法实践中，可以援引我国《中华人民共和国民事诉讼法》（简称“《民事诉讼法》”）中关于行为保全的规定来颁发全球“禁诉令”，从“国际规则跟随者”转变为“国际规则引导者”，最终确保我国企业能够公平地参与国际市场的竞争。当然，禁诉令在跨国或跨法域是否能够得到尊重和执行仍然是一个国际法方面的难题，同时，也会影响到利益对冲国家之间的国际政治关系，宜综合衡量从国家层面设定统一适用的基本法律规则^[3]。

如此，平行诉讼只是诉讼的一种手段，诉讼目的是否能够实现，仍应对具体案件的事实、证据、准据法、法理逻辑和相关法域判例综合考量。涉台民商事平行诉讼与外国法院的平行诉讼仍有不同，两岸仍然是一国，涉台民商事诉讼是同一个中华民族内部的民商事纠纷，从中华民族统一的远景来看，应有更长远更贴合实际的法治规划安排。

三、大陆处理平行诉讼的一般规则

大陆对平行诉讼的立法规定主要体现在涉外民商事案件管辖权的最高人民法院的司法解释与座谈会议纪要，其基本态度是承认和有条件地允许平行诉讼，是否受理诉讼和承认其判决裁定则由法院根据案件具体情况决定。从1992年最高院《民诉法若干问题的意见》到2015年、2022年最高院《民诉法解释》都持这一立场。最高院《民诉法解释》第531条规定：“中华人民共和国法院和外国法院都有管辖权的案件，一方当事人向外国法院起诉，而另一方当事人向中华人民共和国法院起诉的，人民法院可予受理。判决后，外国法院申请或者当事人请求人民法院承认和执行外国法院对本案作出的判决、裁定的，不予准许；但双方共同缔结或者参加的国际条约另有规定的除外。外国法院判决、裁定已经被人民法院承认，当事人就同一争议向人民法院起诉的，人民法院不予受理。”^[4]。

在司法实践中，针对平行诉讼，大陆法院案件的被告提出异议其不应受理该案件的理由一般都是适用“不方便法院原则”，但却鲜见大陆法院适用该原则驳回，且在法律规定相冲突时，均优先适用大陆法律。

同时，大陆法院依据《民事诉讼法》（2007年第100条、2022年第103条）规定的行为保全制定使用的“禁诉令（包括禁诉令和禁执令）”，排斥其他法域（包括涉台地区）平行诉讼的可能，如2018年1月福州中院就A公司和B公司诉C公司专利侵权签发“诉中禁令”，禁令要求C公司立即停止销售和进口固态硬盘、内存条及相关芯片，并删除其网站中相关产品宣传广告和售卖链接。又如2020年8月武汉中院承办关于原告D公司与被告E公司确定某产品许可费率纠纷一案时签发“禁诉令”，禁令要求在该案审理期间，责令E公司及其关联公司撤回或中止其在印度德里地方法院针对D公司的临时禁令和永久禁令，禁止E公司在全球法院针对D公司再次申请临时禁令和永久禁令，亦禁止E公司以与D公司相同或相似诉讼请求在全球法院提起侵权之诉。

因此，“禁诉令”是极端排斥其他任何法院就可能的任一平行诉讼所作的禁令和裁判，体现的是出具禁令法院

在审理期间上的唯一性。同理，大陆法院在涉台民商事平行诉讼的司法实践中也是强势、积极主导的。

四、现行涉台民商事平行诉讼存在的问题

两岸就民商事判决互认分别由大陆制定的1998年《关于人民法院认可台湾地区有关民事判决的规定》和2009年《补充规定》（简称“《大陆互认规定》”）以及台湾制定的《大陆地区和台湾地区人民关系条例》（简称“《台湾互认条例》”）。虽然两岸已相互认可和执行了一些判决，但是平行诉讼仍此起彼伏，存在诸多问题：

（一）两岸就管辖方面的规定解释存在显著差异

近年来，经统计两岸发生平行诉讼的案件案由主要是离婚案件、继承案件、不动产纠纷案件（以下就这三种案件称作“频发案件”），涉案的当事人或标的物、争议财产分别处于两岸的不同区域而导致平行诉讼频发。

究其原因，两岸各自法域就其管辖的法律法规和相关司法解释存在比较大的差异，甚至冲突。比如，大陆关于不动产纠纷的专属管辖相比台湾地区的受案范围更广，只要与不动产相关联的都归属于不动产纠纷，包括但不限于不动产的确权、交易、共有、租赁、抵押、相邻权，而台湾地区仅涉及物权与分割。大陆对涉台离婚案件管辖的大陆公民更加人性化，一方在国内一方在国外，其大陆公民的住所地以及均在国外但未定居的中国公民在国内原告或被告的原住所地都可实行人民法院管辖，而台湾地区对离婚案件是法定专属管辖。大陆法院针对继承案件实行专属管辖，仅限于被继承人死亡地和主要财产所在地，而台湾地区继承案件管辖范围更宽泛。另对于民商事合同纠纷案件，大陆仅设定五种地域（原被告住所地、合同履行地、合同签订地、标的物所在地）才可作为协议管辖的受诉法院，适用相对密切联系原则；而台湾地区则是任意选择约定地管辖，显然台湾地区协议管辖所指向的受诉法院更自由^[5]。

故管辖问题是引发两岸平行诉讼的根本原因，而管辖问题渊源于两岸法律规定的不同和法域的相互独立。

（二）两岸之间互认规定存在明显的不对等结果

《台湾互认条例》认可和执行仅是大陆的判决书，对

于大陆生效的民事调解书、仲裁裁决书、赋予强制执行力的公证债权文书等不予确认。在申请台湾法院认可和执行大陆出具判决时，其被申请人（住所地在台湾）的诉讼行为能力所适用的准据法是大陆法律还是台湾法律？《大陆互认规定》就申请认可和执行判决的申请人仅限于涉案的当事人，而事实上，大陆法院收到一些台湾的判决认可执行申请，其申请人却是台湾法院；如此申请是否符合《大陆互认规定》？另台湾法院对于大陆离婚判决的认可和执行申请依据台湾法律作实体性审查，在不符合台湾地区实体法规定时作否定性的结果排斥^[6]。

由此可见，两岸这种互相规定体现出诸多不对应、不兼容现象，甚至是单方适用单一性法律规定形成自主先导，排斥对方判决的认可和执行直至其相互对立。

五、现行涉台民商事平行诉讼的解决路径

涉台民商事平行诉讼有其历史原因和特殊属性，但不管任何时候，两岸人民都是同宗同源。由此，涉台民商事平行诉讼不同于别国普遍性的域外心理障碍，其解决方式应当更具有前瞻性和可落地性。

（一）建立两岸民商事平行诉讼民间调解协商机制

当前，两岸没有就管辖权争议签署的解决机制和设立专门办事机构，很多涉及两岸的民生问题均是通过海协会、海基会等民间组织或其他官方协调机制来完成。2021年底最高院与国台办印发了《关于建立“总对总”涉台纠纷在线诉调对接机制的通知》，旨在对该方面进行尝试。

平行诉讼的争议也可考虑通过两岸民间组织或其他法律协会学会（如律师协会、法学会）建立常态化的平行诉讼管辖和判决互认争议的调处机构，促进平行诉讼法律问题的协商调解或法理判断。待两岸关系和条件进一步成熟之时，可借鉴调处机构处置条例和工作经验，通过官方签署正式的具有普遍性效力的备忘协议。

（二）进一步优化不方便法院原则的适用条件标准

“不方便法院原则”是从法理上解决平行诉讼争议相对客观、有效、公正的主要国际法原则之一，只是各国都是从保护自身当事人财产和权益的角度出发，弱化了“不方便法院原则”的适用范围和精细化程度。我国的“不方

便法院原则”规定也不例外，但涉台民商事另有不同，建议作进一步的优化或增改后独立成编。

现行最高院《民诉法解释》第 530 条明确的“不方便法院原则”的六个条件不足以达到相对细化之判断指引。可根据国际法“最密切联系原则”，进一步考量事实和法律后果的发生地、当事人住所地和经常居住地、标的物 and 主要财产所在地、申请法院调查的证据所在地，以及平行诉讼动机是否拖延或干扰案件、是否存在法定权利歧视、是否存在受诉法院一般普遍性价值认定影响到案件裁判的公平公正等主客观因素和司法价值取向。

2022 年底《民诉法（修正草案）》第 283 条、284 条、304 条规定了受理在先原则和判决在先原则，对现行平行诉讼作了重大突破。因此，“不方便法院原则”的立法仍然有着较为广阔和可积极作为的空间。

（三）两岸协定确认协议管辖设定标准和排他原则

协议管辖是双方当事人处置可能预期平行诉讼最有效的意思表示和法律后果，应当得到双方当事人所在地法院的确认和尊重。大陆法律对于协议管辖要求强制的书面要式形式，而台湾仅是“文书证之”，即在协议管辖约定有争议时需提交书面协议文书证明，否则并非要求书面的要式形式。据此，两岸应当尽快设定统一的协议管辖的要件法定形式，并明确规定，协议管辖条款或文书一经确定生效之时，即排除了协议管辖以外的其他法院依据其自身法律规定作再行管辖。由此，最大程度地降低了涉台民商事平行诉讼争议的可能。

结语

综上，平行诉讼在涉外民商事案件中经常被运用。是否提起、何时提起和如何提起平行诉讼，对于涉台民商事平台诉讼尤为需要特别注意。同时，涉台民商事平行诉讼是当前我国高质量发展内涵中祖国统一必然涉及的司法要务，既要着眼于完善涉台民商事平行诉讼的立法、司法审判和认可执行，也要积极利导两岸平台诉讼法治的一体化建设，在熟练掌握平行诉讼法律逻辑和策略的基础上，兼顾和平衡两岸平等权益的合理诉求，规划和制定出切实

可行的平行诉讼方案，最终实现两岸人民合法权益和命运共同体的公平正义之最大化。☞

参考文献：

- [1] 王承志. 我国区际民商事管辖权的冲突及协调——以广东省司法实践为研究对象 [J]. 暨南学报 (哲学社会科学版), 2008(04):49-55.
- [2] 宣海林, 何春晓, 安海涛. 厦门中院: 涉台审判的新探索 [J]. 中国审判, 2014(04):42-46+2.
- [3] 王建源. 关于两岸民商事平行诉讼问题及解决对策的调研报告 [J]. 人民司法, 2006(04):56-61.
- [4] 薛永慧. 涉台民商事平行诉讼司法实务研究 [J]. 台湾研究集刊, 2022(05):100-116.
- [5] 夏先鹏, 林欣宇. 论两岸民商事平行诉讼问题的法律规制 [J]. 海峡法学, 2013(03):28-29.
- [6] 侯向磊. 两岸民商事司法协助中的问题与对策 [J]. 人民司法, 2009(13):19-20.

【作者简介】



王 辉 高级合伙人 ■
执业证号 14401200310571878

专注领域：房地产和基础设施建设、金融保险、刑事与刑事合规、清算重组并购、重大复杂疑难的民商事（含涉外）合同纠纷等

复旦大学 EMBA，中国社科院法学博士班在读，从事法律服务行业近三十年。持有证券、基金从业资格、独立董事资格，擅长从法律适用和证据甄别的角度为当事人提供可操作和切实有效的综合性的法律服务方案或产品。曾在多宗重大疑难专项法律服务项目的招投标中作为述标人和牵头人成功获任，承办侵犯商业秘密相关案件曾荣选为《法治日报》全国十大案例之一。

Web3.0 合规治理系列之区块链合规 ——以 NFT 第一案为例

作者：苏耀云 曾 恺

自 2008 年区块链第一代应用比特币出现以来，经过多年发展和迭代，依托区块链分布式、去中心化、不易篡改的核心特征，区块链技术应用逐渐融入社会经济发展体系之中，与人工智能、云计算等技术一同成为我国数字经济发展的驱动力，具有比较广阔的应用前景，比如非同质通行证（NFT）等区块链技术应用。作为一个基于区块链技术、用户主导和去中心化的网络生态，Web3.0 也迎来了新一轮的发展狂潮。

但不能忽视的是，区块链技术去中心化的特性与人工智能、云计算等高度中心化技术存在截然不同的底层逻辑，而《中华人民共和国网络安全法》《中华人民共和国数据安全法》《中华人民共和国个人信息保护法》（分别简称“《网络安全法》《数据安全法》《个人信息保护法》”）等立法是以规制中心化平台为逻辑起点，因此关于 Web3.0 或区块链合规问题的讨论一直都比较热烈，各种第一案也层出不穷，比如杭州互联网法院判决的所谓 NFT 第一案等。据此，本篇结合区块链技术应用情况和我国监管规定，浅谈 Web3.0 基础技术区块链的合规治理问题。

一、区块链及其运用场景

（一）区块链相关主体

区块链本质上是一个去中心化的分布式存储数据库，它打破了中心化机构授信，通过数据协议、加密算法、共识机制，点对点地传输到区块中的所有其他节点，从而构建一种去中心化、不可篡改、安全可验证的数据库，建立一种新的信任体系。区块链打造的信任体系主要具有五大特点：开放性、防篡改性、匿名性、去中心化、可追溯性。

一般而言，与区块链相关的行为人包括三类：第一为参与者，即在区块链上发起一项交易并提交验证的人；第二为挖矿者，验证交易，依据区块链协议的规则创立区块；

第三为获取者，即可以读取区块链副本的人。

（二）区块链主要类型

区块链根据去中心化程度的差异可分为公有链、联盟链和私有链，公有链如比特币、以太坊等典型代表，理论上是完全去中心化的，所有人可以不受限制参与，参与者完全匿名化自由访问、发送接收和认证交易；联盟链介于公有链和私有链之间，由若干机构联合发起，参与主体有限，交易确认节点一般也需中心指定，没有挖矿者和挖矿程序，仅存在一定的共识机制；私有链虽然具有分布式的特点，但完全没有去中心化，而是由中心节点对可以参与交易和验证的参与者进行控制和授权，无挖矿者、挖矿程序和共识机制。

由此可知，联盟链和私有链仍是中心化的数据库，只不过在应用层面利用了区块链部分技术。

（三）区块链技术的主要运用场景

实践中，区块链技术主要用于底层平台开发和搭建于底层技术之上的各类场景性应用，如比较传统且典型的比特币、新型的 NFT 等。

1. 比特币

比特币是区块链分散式账本的实际应用，也是世界上第一条真正意义上的区块链，可以说，比特币对于区块链发展具有决定性作用。比特币区块链各节点之所以有积极性投入资源创设和维护节点网络运行，原因在于参与者可以根据一定规则获得相应的 Token，即比特币，这一过程为“挖矿”，即工作量证明。比特币存储的实际上是金融交易信息，按照密码学规则进行加密，分布式记录于各个节点并依托全网共识具备唯一性，无法被篡改，并基于区块链网络进行交易流通，故比特币可以作为记账凭证和价值的载体，且由于比特币总数量有限，挖矿越往后越难，故比特币具有稀缺性。

比特币的交易颠覆了传统支付方式，是点对点的交易，

例如，微信支付和比特币同为虚拟支付系统，微信的每一笔交易需要经过银行系统提供信用背书和结算，与微信支付相比，比特币交易可以实现交易双方直接交易，不需要经过银行这一中心机构，而是依靠分布式记账、共识机制、时间戳和可追溯的特点，比特币只能被真实的拥有者转移或支付，安全性和准确性比传统银行更高，交易双方在任何国家和地区均可进行交易，全程匿名化，理论上可以做到不受金融法律的管制。

2.NFT

而 NFT (Non Fungible Token) 为非同质化通证，也是区块链最新应用之一，实际上狭义上的 NFT 则是由以太坊智能合约的系列标准发展而来，这个对整个区块链的影响更为深远。

比如 NFT “加密猫” 是基于以太坊区块链开发的，原因在于比特币区块链太单一，无法在交易的同时实现其他目的，而以太坊除主链的以太币外，还可通过智能合约支持 NFT，即将拟 NFT 图片或音乐或视频等链上存储的元数据，通过哈希算法形成唯一哈希值存入区块链，即生成 NFT。简而言之，NFT 仅仅在区块链中表现为一串字符 (Token URL)，依靠区块链特性，该 Token 是唯一的权益凭证，这个过程被称其为“铸造”，且通过智能合约执行交易，保障其唯一性，当前主流的 NFT 项目就是基于 ERC-721 和 ERC-1155 等以太坊标准来实现。由此可见，NFT 之所以称之为非同质化通证，原因在于其唯一性，与比特币唯一性不同，比特币相当于货币，是“种类物”，而 NFT 是“特定物”。

二、区块链的合规治理

我国法律实践中，不认可比特币等不受监管的数字货币及基于以太坊等公链的 NFT。NFT 在我国法律语境下被称之为数字藏品，主要基于联盟链等，如腾讯的幻核发布的至信链，无法像基于公链上的 NFT 具有物权属性，可以自由支配、控制和处分，而必须依赖联盟链企业。

整体上，无论是区块链技术的发展还是 NFT 市场的壮大，可谓机遇与风险并存，为我国数字经济的发展提供了富有吸引力的新选项，也使区块链治理面临新挑战。具

体来说：

(一) 是否适用《个人信息保护法》？

基于前述分析，区块链技术及应用仍以网络和数据为驱动核心，不同的是分布式记账技术底层逻辑与现有中心化记账不同，但毫无疑问区块链技术以《网络安全法》和《数据安全法》等为本土化的依据，值得探讨的是，区块链及其应用一定程度上与我国数据保护法律之间存在适用争议。比如：

1. 区块链上的信息是否为个人信息？

《个人信息保护法》是否适用区块链，首先要看区块链是否处理个人信息。根据《个人信息保护法》定义，个人信息是指以电子或者其他方式记录的与已识别或者可识别的自然人有关的各种信息，不包括匿名化处理后的信息。

而如前述，不同区块链存储的信息不同，比特币存储的是金融交易信息，NFT 所依附的区块链不仅是存储上链的唯一凭证信息，还存储 NFT 交易信息。这些上链的数据是否属于个人信息？存在一定的争议。

有观点认为，基于比特币和以太坊区块链所存储的信息经过加密等处理，无法识别到特定个人，属于匿名化信息，故不受《个人信息保护法》的规制。

也有观点认为，区块链上存储的数据，如比特币存储的金融交易数据，可能包括个人金融信息，虽然经过脱密处理，但由于区块链分布式记账特点，任何一个交易节点均可以查询全部交易和流水的详细信息，在特定场景下，特定交易主体结合其他信息可能重新识别到特定个人，则负有《个人信息保护法》相关义务。例如，法国国家信息自由委员会 (CNIL) 认为区块链中“参与者”与“矿工”的用户名属于个人数据，除用户名数据外，可能包括与“参与者”与“矿工”以外的人相关的个人数据，故区块链上数据并非全部匿名化。

简而言之，一种观点是区块链上的信息是匿名化的，故不属于个人信息。一种观点是区块链上的信息只是去标识化而非全部匿名化，这就需讨论两个问题：一是去标识化信息是否属于个人信息；二是区块链中的信息是否属于去标识化信息。当然这两个问题分析起来比较复杂，我们简要以类型来区分，即：第一，如是比特币和以太坊等公

有链，交易都是匿名的，即便包括交易信息，也无法特定到任何个人，存储的信息并非《个人信息保护法》项下的个人信息，除非交易主体主动公开披露该交易信息，例如今年4月份，周杰伦的“无聊猿”NFT被盗，因为年初该NFT是由“麻吉大哥”赠与周杰伦，故被盗后全网都知道。后从NFT交易平台Opensea的链上数据看，已被快速转手卖掉，能够看到窃贼的钱包地址，但就是无法找出窃取者的身份，由此可见，公有链中存储信息几乎是匿名化的，从技术所实现的价值来说，匿名化的标准解释更有利，当然极端场景下例外。



无聊猿的形象 | 来源：Yuga Labs

第二，在我国语境下的联盟链和私有链，因其开发者本来就是大型平台企业，且根据2019年网信办《区块链信息服务管理规定》从事区块链信息服务的，应该按照《网络安全法》等规定履行作为平台的义务，即我国模式下，区块链服务提供者与传统的网络平台义务并没有区别，底层逻辑亦然，这就决定了联盟链和私有链开发和运营的机构必须清楚掌握参与区块链信息服务的全部节点和个人的信息，包括链上的数据，区块链信息服务使用者也必须实名注册，故即便区块链技术本身与比特币技术无差别，我国区块链开发和运营机构负有个人信息保护义务，链上信息与用户高度相关，属于我国个人信息范畴。

2. 是否为个人信息处理者？

如前述，公有链中，完全去中心化，即没有中心控制节点，各节点存储的信息与其他节点一样，理论上也就没有个人信息处理者，但是按照法国国家信息自由委员会(CNIL)的观点，公有链中参与者可被视为GDPR的数据控制者，理由在于“参与者”发起交易并决定将交

易信息发送给“矿工”核验，相当于其决定该数据的处理目的和方式。而“矿工”在特定情况下则视为数据处理器。

而我国国内联盟链和私有链下，联盟链成员或者私有链机构属于数据控制者和处理器，对应《个人信息保护法》项下的个人信息处理者，虽然联盟成员是交易的确认方（相当于“矿工”），但因用户参与需要按照联盟的规则进行许可，用户虽然是“参与者”，结合《区块链信息服务管理规定》的规定和实践情况来看，与其他中心平台无区别，用户实际无法决定信息处理的目的和方式，即便有权决定，用户也不是《个人信息保护法》项下的个人信息处理者，而国外联盟链下用户在特定场景下构成GDPR的个人信息控制者，这是我国联盟链与国外联盟链的区别之一。

(二) 区块链在我国法律语境下的合规探讨

如前述分析，区块链在我国法律语境下应适用《个人信息保护法》，区块链服务提供平台属于个人信息处理者，但基于区块链分布式记账技术特征，区块链技术在我国法律语境下仍有需要进一步探讨相关问题，以下以国内所谓NFT第一案对主要问题展开。



图片来源于网络

2022年4月20日，杭州互联网法院公众号发布《用户发布侵权NFT作品，“元宇宙”平台要担责吗？法院判了》一文，文中提到杭州互联网法院依法公开开庭审理原告奇策公司与被告某科技公司侵害作品信息网络传播权纠纷一案，原告享有“我不是胖虎”系列作品在全球范围内独占的著作权财产权利及维权权利，被告经营的“元

宇宙”平台上，有用户铸造并发布“胖虎打疫苗”NFT，售价 899 元。该 NFT 数字作品与马千里在微博发布的插图作品完全一致，甚至在右下角依然带有作者微博水印。原告认为，被告行为构成信息网络传播权帮助侵权，故诉至法院，要求被告停止侵权并赔偿损失 10 万元，杭州互联网法院经审理当庭宣判，判决被告立即“删除”（采取经该侵权 NFT 数字作品在区块链上予以断开并打入地址黑洞以达到停止侵权的效果）涉案平台上发布的“胖虎打疫苗”NFT 作品，同时赔偿奇策公司经济损失及合理费用合计 4000 元。

1. 数据主体权利保护问题

承前述，若链上数据为个人信息的情况下，根据法律规定，个人信息主体有权要求更正、补充、删除，但由于分布式记账特征，数据一旦上链将无法删除，如果个人提出更正、补充、删除请求，执行该项请求的明显会导致信息的不准确，一旦部分节点删除信息，则涉及其他节点是否要删除、删除内容与权利主体主张是否一致等问题。

如 NFT 第一案中，原告主张被告承担责任的理由在于 NFT 数字作品一旦被铸造上链，便无法像传统互联网信息进行删除。被告则辩称已经将涉案作品打入地址黑洞，尽到通知 - 删除义务。法院判决被告采取该侵权 NFT 数字作品在区块链上予以断开并打入地址黑洞以达到停止侵权的效果，但实际上将 NFT 作品打入地址黑洞并无法达到完全删除数据。因此，上链后的数据无法更正、补充和删除与数据主体权利存在一定的冲突，还包括数据主体撤回授权问题。

2. 数据出境问题

如前述，区块链是分布式记账的，比特币等公链，“参与者”按照规则可匿名自由加入、查阅，不受国境的限制，因此理论上数据是全球自由流动的，即便是联盟链，在不同国家组织联合发起的情况下、可允许不同国家公民参与交易的情况下，数据的也是直接分布在各节点，若要做到完全按照 GDPR 要求的合规，不确定能否完全实现，即便能做到成本也非常高，这给各国数据跨境流动合规带来挑战。

同理，在我国联盟链也存在上述问题，在区块链跨境业务场景下，例如，2015 年 9 月的 R3 区块链联盟，有

数十家国际银行和金融机构加入，成员包括我国部分金融机构。在跨境交易背景下，当客户与境外交易主体进行交易，上链信息会全部广播至全部成员节点数据库中，以确保交易安全，这涉及个人金融信息出境问题。在其他联盟链场景丰富的情况下更需注意合规问题，尤其需注意满足《数据出境安全评估办法》的规定。

3. 平台责任问题

如前述，比特币等公链通常情况下无法认定哪个主体构成平台，特定场景可能例外，但在国内，根据《区块链信息服务管理规定》规制的逻辑也是从监管平台出发，区块链信息服务提供者与其他网络平台责任无实质区别。

比如所谓 NFT 第一案中，法院判决 NFT 交易平台对交易的 NFT 作品著作权有初步审查义务，由于平台没有尽到审查注意义务，不适用避风港原则，应承担责任，故法院认定该 NFT 平台的逻辑仍然是从传统平台规制角度出发。

值得进一步追问的是，法院判决被告采取经该侵权 NFT 数字作品在区块链上予以断开并打入地址黑洞以达到停止侵权的效果，平台按照判决进行“删除”的情况下，后续结果是否其他节点信息也应一并删除？如果已经转手多次，则该删除行为理论上将直接导致 NFT 作品灭失，其他用户权利如何救济？该平台是否应向用户承担违约责任？如果交易次数多，涉及金额大，平台是否构成侵犯著作权罪及相应知识产权犯罪？

此外，从侵权行为上来看，该案实际上是共同侵权，直接侵权方即上传该侵权 NFT 的用户，从诉讼程序来说应与平台作为共同诉讼被告，但该案为何未追加直接侵权方？是基于区块链技术特定的考量？被告给出的抗辩意见第 3 点提到，“其并没有披露涉案作品对应 NFT 所在的具体区块链及节点位置以及涉案作品 NFT 所适用的智能合约内容的义务，法律对此没有明文规定”，法院对此没有回应，可能也是考虑区块链技术本身的特点。

三、区块链合规治理思路

基于前述讨论，我们从监管和平台治理角度提出治理

思路：

第一，关于区块链中数据主体权利，如删除、更正、补充、撤回授权的问题。我们认为，区块链技术特点与传统中心数据库底层逻辑的差异决定了数据主体权利实现方式有一定差别，删除权方面，由于无法彻底删除，故只能从现有技术和能力范围内实现接近匿名化的标准。

因此，我们并不认可杭州互联网法院判决的采取断开链接并将上链后的 NFT 信息地址打入黑洞等措施，若全都如此可能破坏区块链本身生态。至于更正、补充和撤回授权等，由于区块链无法篡改的特点，要求权利人使用区块链产品或者服务前必须尽到高度注意义务，平台一般情况下是无义务响应的。

第二，关于数据出境问题。国内联盟链情况下，若业务场景涉及出境的情况下，联盟链发起者或者成员要提前部署合规应对，评估业务可行性和合规成本，建议监管部门对于新兴技术和商业模式在基本合规的情况下要降低企业的合规成本，促进创新。

第三，关于平台责任问题。在我国现行法律和实践中，区块链平台企业的性质与其他平台具有相同的治理逻辑，但具体个案的责任方面，要考察具体业务模式。区块链业务模式仍在不断发展中，涉及的主体众多，平台的角色和责任可能差异很大，具体需要结合各主体权利义务和实际控制能力来划分，不能一刀切。

四、结语

区块链依靠技术本身为陌生人交互搭建了坚实的信任机制，使人类社会从信息互联阶段跨入价值互联阶段。作为 Web3.0 奠基技术之一，具有很大的发展前景，但区块链技术应用也带来不少社会问题，故在我国法律严格禁止比特币以及其他虚拟货币，警惕 NFT 违规风险等。然而我国法律监管思路下，区块链应用发展合规成本较高，一定程度上不利于创新，需要监管探索符合区块链技术本身特点的方式，在合规成本降低和监管规定鼓励下，相信区块链技术应用会得到更好的发展。后续我们也将持续关注和研究相关法律问题，以飨读者，讨论学习。✉

【作者简介】



苏耀云 专职律师

执业证号 14401201710401320

专注领域：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

为华南地区多家互联网新型平台企业包括钱大妈农产品有限公司、广州某运动科技公司、广州某医药集团公司、广州某鞋业电子商务公司、广州某教育咨询有限公司等提供诉讼、咨询和合规专项等法律服务。担任广东省社会组织总会法工委互联网专业组委员，在《中国律师》《广州律师》及威科先行、今日头条、新浪网、广州市律师协会公众号等杂志刊物平台发表原创专业文章数十篇，并创办了“忘形网络法”微信公众号，针对新兴业态、互联网领域监管等不定期发布逾原创的互联网领域专业文章。曾多次获得广州市律师协会颁发的年度业务成果奖、理论成果奖等。



曾恺 合伙人

执业证号 14401201710013849

专注领域：互联网及新经济领域合规及争议解决，包括人工智能、区块链、数字经济等相关行业的刑事民事合规及诉讼

曾经或正在为华南地区多家头部独角兽企业提供争议解决服务及合规法律服务。在诉讼领域，先后经办处理多件涉诉标的额超五千万的重大民事及行政诉讼案件，并曾获广州市律师协会业务成果奖等，所经办案件多次被选入中国法制出版社、法律出版社等出版的相关书籍。在专业研究领域，曾获广州市律师协会理论成果奖等，在《中国律师》《广州律师》及威科先行等刊物平台发表原创专业文章数十篇。

粤港澳大湾区跨境担保适用法律和管辖的选择

作者：陈希 霍启奕

引言

2019年2月18日，中共中央、国务院印发《粤港澳大湾区发展规划纲要》（简称“《纲要》”）。《纲要》强调，构建具有国际竞争力的现代产业体系是粤港澳大湾区的重要发展目标，加快发展金融这一现代服务业是实现该目标的核心措施。深圳前海深港现代服务业合作区、广州南沙粤港澳全面合作示范区、珠海横琴粤澳深度合作区作为粤港澳合作发展的重要平台，党中央、国务院在相应的建设方案中又再次强调金融产业的重要性。

在上述政策背景之下，粤港或粤澳之间的融资业务发展蓬勃，三地融资款项的流动极大地激活了多个企业甚至行业的发展。在此发展势头的背后，资金安全问题需要得到关注。就融资业务来说，资金安全问题就是“债权人可能无法实现其债权”。在后疫情时代，各行各业仍未从寒冬之中恢复，债务人无法偿还债务等违约情形增多，而担保则是解决资金安全问题的主要方法。在跨境融资的场景下，无论担保人在境内抑或境外、以何种形式担保，都可能产生资金跨境收付或资产所有权跨境转移等国际收支交易行为，根据《跨境担保外汇管理规定》第二条之规定，该担保行为称为跨境担保。

担保能否为债权提供逾期保障的前提是其能否有效设立，而能否经裁判得到有效执行是其关键。跨境担保往往涉及2个甚至3个法域^[1]，法域的不同带来的是法律制度在实体和程序层面的不同，为前述目的的实现带来更多挑战。在实体层面，不同法域关于担保制度的法律规定往往存在差异，关乎担保能否有效设立，进而影响担保能否为债权提供保障。在程序层面，一方面，“目前涉港澳台案件参照涉外审判程序处理，导致港澳当事人在内地法院参与诉讼、涉港澳证据审查认定、港澳判决在内地的认可和执行等存在一定不便，不利于涉港澳纠纷的高效化解，制约了司法服务粤港澳大湾区建设作用发挥”^[2]；另一方面，跨境因素的存在要求债权人必须充分考虑管辖的方便

性和执行的可行性。因此，跨境担保的适用法律和管辖选择的重要性不言自明，且无疑需要站在债权人的角度进行考虑。

鉴于在笔者经办的多起大湾区跨境担保案件中，债权人多为境外金融机构，形式多为内保外贷和其他形式跨境担保^[3]，本文将从港澳金融机构债权人的角度，探讨粤港澳大湾区跨境担保在内地法律背景下的适用法律和管辖选择。

一、跨境担保适用法律的选择

本文探讨的跨境担保类型是抵押、质押和保证。一方面，非典型担保形式多样且在跨境担保的情形下较少出现，因此本文的跨境担保针对的是典型担保；另一方面，在跨境融资的情形下，担保的设立基于当事人的意思表示，而非基于法律规定，因此对典型担保中的留置担保不予讨论。

（一）抵押担保

跨境融资的金额相对较大，对应的风险相应也会较大。与人的担保相比，以优先受偿效力发挥担保效能的物上担保手段更具稳定性，更能促成债权实现的目的^[4]；而相比于其他类型的物上担保，不动产具备价值大且稳定的特质。因此，在大多情况下，抵押担保的客体多为不动产，债权人亦更为青睐不动产抵押。

提及抵押担保，很多人自然而然想起《涉外民事关系法律适用法》（简称“《法律适用法》”）第三十六条^[5]的规定，认为不动产抵押担保应当适用物之所在地法即内地法律，无需在抵押合同中约定适用法律；即便做出了约定，根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释（一）》（简称“《法律适用法解释一》”）第四条^[6]的规定，该适用法律选择也属于无效。笔者认为该观点漠视了不动产抵押担保不仅仅涉及到不动产权，还涉及到不动产债权，而二者指向的冲突规范是不一致的。

理解《法律适用法》第三十六条中的“不动产权”是一个识别的过程，我国对于识别的方法采取的是法院地法说^[7]，而我国法律秉持物债二分的原则^[8]。关于不动产权和债权的区分，最高人民法院在《民事案件案由规定》给出了一定的标准^[9]，最高人民法院指出区分应当秉持物权变动原因与结果相区分的原则；在具体适用时，人民法院应根据当事人诉争的法律关系的性质，查明该法律关系涉及的是物权变动的原因关系还是物权变动的结果关系，以正确确定案由。当事人诉争的法律关系性质涉及物权变动原因的，即因债权性质的合同关系引发的纠纷案件，应当选择适用第二级案由“合同纠纷”项下的案由，如“抵押合同纠纷”案由；当事人诉争的法律关系性质涉及物权变动结果的，即因物权设立、权属、效力、使用、收益等物权关系引发的纠纷案件，应当选择第二级案由“物权纠纷”项下的案由，如“抵押权纠纷”案由。因此，在相关法律的规定下，抵押合同双方当事人不对适用法律作出约定会存在一定风险，主要风险点在于抵押登记的履行和抵押权未有效成立的责任承担，特别是债权人为境外银行的情况下，能否成功办理抵押登记目前仍存在规范空缺。

目前，除了没有明确的法律文件限制境外银行作为不动产的抵押权人办理抵押登记，同时也欠缺统一的、明确的文件指导境外银行办理抵押登记，导致各地登记机关办理标准不一，主要在于境内分支、代表机构的设立要求及金融许可证的要求。需要注意的是，广东省自然资源厅于2020年8月4日印发了《广东省自然资源厅关于明确港澳银行在大湾区内地九市办理不动产抵押登记有关事项的通知》，该通知指出自2020年9月1日起，港澳银行在大湾区内地九市所辖的不动产登记机构申请办理不动产抵押登记时，不再受原有规定的限制，港澳银行凭经公证、转递的设立文件或注册证明作为身份证明材料便可在大湾区内地九市办理不动产抵押登记，无需提交境内设立分支机构或代表机构的批准文件和注册证明以及《金融许可证》；同一港澳银行在同一不动产登记机构再次办理不动产抵押登记时，不再重复提交上述材料。大湾区这一利好政策减缓了风险，但仍存在其他抵押合同风险。因此，对抵押合同的适用法律进行事先约定仍存在必要性。在适

用法律的选择，笔者认为应当在充分考虑当事人的利益后，根据《法律适用法》第四十一条作出选择。^[10]

（二）质押担保

质押担保的适用法律选择同理于抵押担保，需要区分质押物权和质押债权进行讨论。对于前者，权利人根据客体属性选择对应的冲突规范（即第三十七条^[11]或第四十条^[12]）即可；若为动产抵押（如生产设备、原材料等），则协商优先，未协商的则适用法律事实发生时动产所在地法律；若为权利质押（特指股权、应收账款），则适用股权质押登记地和应收账款质押登记地的法律。对于后者，其适用法律的选择与前述不动产抵押债权的适用法律选择考量因素一致，此处不再赘述。

另外需要注意的是，在质押物权适用内地法律、质权人为港澳银行、质押人为内地主体的情况下，因为跨境因素的存在，无论是动产质押抑或是权利质押都需要第三方介入。对于动产质押，质押人提供的动产质押多半是生产设备、货物等，而我国动产质权的设立采交付要件主义^[13]。此处的“交付”不仅指现实交付，还包括简易交付和指示交付。显然，将生产设备、货物运输至港澳现实交付给债权人并不实际。因此，境外债权人大多会选择引入第三方对质押物进行监管，质押人直接将质押物交付给第三方，动产质权通过指示交付的形式得以设立。对于权利质押，本文的权利质押物特指股权和应收账款，这两种质押物亦是跨境担保中最为常见的，我国对该两种质押物的质权设立采登记要件主义。^[14]港澳债权人作为境外金融机构，其办理质押登记亦同样受到办理不动产抵押登记的阻碍，境外金融机构无法以其名义直接在中国人民银行征信中心动产融资统一登记公示系统办理，给跨境融资项目造成极大不便。此外，目前并没有关于质押登记的大湾区政策倾斜，所以仅能通过委托第三方作为显名登记人代为持有权利质权。

（三）保证担保

保证担保是通过合同设立的，不涉及物债二分原则，因此其适用法律的选择相对简单，直接适用《法律适用法》关于合同之债的冲突规范。根据《法律适用法》第四十一条，双方协议选择优先，没有选择的，适用特征履行地法

律或其他最密切联系的法律。

二、跨境担保争议管辖的选择

担保债权实现的功能决定了担保的从属性，担保不能脱离一项被担保的主权利（债权）而独立存在，其从属性还体现在管辖的选择上。选择管辖地仅是跨境债权实现的第一步，基于跨境因素的存在，债权得以实现还需要历经判决以及认可和执行两个步骤。

（一）诉讼管辖

在境内担保中，根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉有关担保制度的解释》第二十一条^[15]之规定，若债权人一并起诉债务人和担保人，根据主合同确定管辖法院，除非主合同或者担保合同约定了仲裁条款的，人民法院对约定仲裁条款的合同当事人之间的纠纷无管辖权；若债权人依法可以单独起诉担保人且仅起诉担保人的，应当根据担保合同确定管辖法院。

根据《全国法院涉外商事海事审判工作座谈会会议纪要》第4条及《第二次全国涉外商事海事审判工作会议纪要》第8、9条之规定，跨境担保的管辖与境内担保的管辖有以下几点不同。

其一，一并起诉的情况下，主合同和担保合同分别约定不同国家或者地区的法院管辖，且约定不违反民事诉讼法专属管辖规定的，应当依据管辖协议的约定分别确定管辖法院，而不能根据主合同确定管辖法院。^[16]

其二，一并起诉的情况下，内地法院仅对主合同纠纷或者担保合同纠纷享有管辖权，人民法院可以对主合同纠纷和担保合同纠纷一并管辖，但主合同或者担保合同当事人订有仲裁协议或者管辖协议，约定纠纷由仲裁机构仲裁或者外国法院排他性管辖的，人民法院对订有此类协议的主合同纠纷或者担保合同纠纷不享有管辖权。^[17]

其三，仅起诉担保人且主债务人在我国境外的，人民法院应根据《中华人民共和国民事诉讼法》（简称“《民事诉讼法》”）的相关规定行使管辖权。在审理过程中，如发现依据担保合同的准据法，担保人享有先诉抗辩权或者该案需要先确定主合同债权额的，可以根据不同情况分

别作以下处理：

（1）人民法院对主合同纠纷享有管辖权的，可以要求原告在一定期限内追加主债务人为共同被告；

（2）人民法院对主合同纠纷不享有管辖权的，应裁定中止审理，并指定一定的期限，告知债权人对主债务人提起诉讼或仲裁，或以其他方式确定主债权额。债权人在指定的期限内对主债务人提起诉讼或仲裁，或者经其他方式可以明确主债权额的，人民法院应在债权人提交相应的生效裁判文书或者其他证明文件后恢复审理。债权人在指定的期限内拒绝申请追加主债务人为共同被告，或者未对主债务人提起诉讼或仲裁，或者经其他方式仍未能明确主债权额，且人民法院调解不成的，裁定驳回债权人的起诉。^[18]

（二）判决承认与执行

域外法院判决的承认与执行是域外民事诉讼程序在域内的继续，是整个域外民事诉讼程序的归宿，是有关司法程序的实质所在。^[19] 尽管债权人通过适用法律和管辖的选择取得了符合自己利益的判决，但是其还需要通过执行才可以真正实现自己的债权，执行的前提是域外的判决得到域内有关部门的承认。根据我国《民事诉讼法》及相关司法解释的规定，我国人民法院与有关外国法院之间相互承认与执行对方所作判决时，一般须以两国缔结或共同参加的国际条约或互惠原则为依据，外国法院作出的离婚判决除外。港澳特区与内地之间的判决承认与执行则建立在双方之间达成的相关安排。

关于内地与香港的相关安排，最高人民法院于2008年8月1日实施《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行当事人协议管辖的民商事案件判决的安排》（简称“《协议管辖判决安排》”）；最高人民法院与香港特别行政区政府律政司分别代表两地于2019年1月18日签署《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行民商事案件判决的安排》（简称“《民商事判决安排》”），但仍未生效^[20]。根据《协议管辖判决安排》的规定，相互认可和执行的判决在内地包括判决书、裁定书、调解书、支付令；在香港特别行政区包括判决书、命令和诉讼费评定证明书。被申请人在内地和香港特别

行政区均有可供执行财产的，申请人可以分别向两地法院申请执行。应对方法院要求，两地法院应当相互提供本方执行判决的情况。尚未生效的《民商事判决安排》比《协议管辖判决安排》更进一步，原则上适用于内地与香港特区法院民商事案件生效判决，以及刑事案件中有关民事赔偿的生效判决的相互认可和执行，但部分判决暂不适用，如破产（清算）案件、确认仲裁协议效力或撤销仲裁裁决案件等。《民商事判决安排》还对当事人申请的程序及救济途径、法院的审查程序及处理结果等作出了更为具体、全面的规定。

关于内地与澳门的相关安排，最高人民法院于2006年4月1日开始实施《内地与澳门特别行政区关于相互认可和执行民商事判决的安排》。根据该安排的规定，两地可以相互认可和执行的民商事判决包括了内地与澳门特别行政区民商事案件（在内地包括劳动争议案件，在澳门特别行政区包括劳动民事案件）判决以及刑事案件中有关民事损害赔偿的判决、裁定。被申请人在两地均有可供执行财产的，申请人不可以同时向两地法院提出执行申请，等到一地法院执行完毕后，申请人可以根据该地法院出具的执行情况证明，就不足部分向另一地法院申请采取处分财产的执行措施。

内地与港澳地区还对以下内容作出安排：其一，被申请人住所地、经常居住地或者财产所在地在内地不同的中级人民法院辖区的，申请人应当选择向其中一个人民法院提出认可和执行的申请，不得分别向两个或者两个以上人民法院提出申请。其二，法院受理认可和执行判决的申请之前或之后，可以按照执行地法律关于财产保全或者禁制资产转移的规定，根据申请人的申请，对被申请人的财产采取保全或强制措施。

三、总结

正如前文所述，适用法律和管辖是处于不同层面的问题，但两者之间难免会产生影响，一些律师同行在不限定区域的情况下探析跨境担保的适用法律和管辖选择时，认为适用法律最好是管辖法院地法律，因为很难奢求境外法

官可以充分、正确理解境内的法律，相反也同理^[21]。笔者认同上述观点，但由于政策的倾斜、大湾区法律资源的相对互通，域外法查明的实操性有所提升。在不考虑域外法查明成本的情况下，大湾区跨境担保适用法律的选择需要考量的因素应当着重放在当事人的利益上，即哪一法域的法律对当事人更为有利。

在管辖的选择上，司法成本、司法效率、执行的可行性都需要被充分考虑。尽管内地与香港、澳门分别形成了相互认可和执行民商事判决的相关安排，为三地判决的认可和执行提供了便利，但由于缺少关于诉讼保全的协助安排以及对判决先认可再执行的二阶段流程，债权人能否顺利跨境实现债权存在难以避免的不确定性。因此，在法律允许的情况下，妥当的管辖选择应当是担保人的主要财产所在地法院或担保物所在地法院，以最大程度确保债权的实现。

注释：

[1] 本文仅探讨粤港或粤澳之间的跨境担保适用法律和管辖的选择。

[2] 参见原最高人民法院院长周强于2022年10月28日在第十三届全国人民代表大会常务委员会第三十七次会议上作出的《最高人民法院关于人民法院涉外审判工作情况的报告》。

[3] 主要指债权人为澳门金融机构，债务人为内地企业，担保人为内地企业或澳门企业。

[4] 参见刘家安《民法物权》（第一版）第252页。

[5] 《涉外民事关系法律适用法》第三十六条 不动产物权，适用不动产所在地法律。

[6] 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释（一）》第四条：中华人民共和国法律没有明确规定当事人可以选择涉外民事关系适用的法律，当事人选择适用法律的，人民法院应认定该选择无效。

[7] 《涉外民事关系法律适用法》第八条：涉外民事关系的定性，适用法院地法律。

[8] 《民法典》第二百一十五条：当事人之间订立有关设立、

变更、转让和消灭不动产物权的合同，除法律另有规定或者当事人另有约定外，自合同成立时生效；未办理物权登记的，不影响合同效力。

[9]《最高人民法院关于印发修改后的〈民事案件案由规定〉的通知》（法〔2020〕347号）。

[10]《涉外民事关系法律适用法》第四十一条：当事人可以协议选择合同适用的法律。当事人没有选择的，适用履行义务最能体现该合同特征的一方当事人经常居所地法律或者其他与该合同有最密切联系的法律。

[11]《涉外民事关系法律适用法》第三十七条：当事人可以协议选择动产物权适用的法律。当事人没有选择的，适用法律事实发生时动产所在地法律。

[12]《涉外民事关系法律适用法》第四十条：权利质权，适用质权设立地法律。

[13]《民法典》第四百二十九条：质权自出质人交付质押财产时设立。

[14]《民法典》第四百四十一条：以汇票、本票、支票、债券、存款单、仓单、提单出质的，质权自权利凭证交付质权人时设立；没有权利凭证的，质权自办理出质登记时设立。法律另有规定的，依照其规定。

[15]《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》第二十一条：主合同或者担保合同约定了仲裁条款的，人民法院对约定仲裁条款的合同当事人之间的纠纷无管辖权。债权人一并起诉债务人和担保人的，应当根据主合同确定管辖法院。债权人依法可以单独起诉担保人且仅起诉担保人的，应当根据担保合同确定管辖法院。

[16]《全国法院涉外商事海事审判工作座谈会会议纪要》第4条。

[17]《第二次全国涉外商事海事审判工作会议纪要》第8条。

[18]《第二次全国涉外商事海事审判工作会议纪要》第9条。

[19] 参见李双元《国际私法（第六版）》第415页。

[20]2022年10月26日，香港特别行政区立法会正式通过了《内地民商事判决（相互强制执行）条例》（香港法

例第645章）以在香港实施《民商事判决安排》，并于2022年11月4日在香港刊宪，但《民商事判决安排》仍然有待最高人民法院和香港特别行政区公布生效日期后，才会正式生效。

[21] 参见阎天怀《南橘北枳：跨境担保适用法律和管辖选择的困境（上）》，网址：https://mp.weixin.qq.com/s/adnZpsrFMAeGm_ICBFkWWa，最后访问时间为2023年5月30日。

【作者简介】



陈希 合伙人

执业证号 14401201211034123

专注领域：跨境投融资、企业法律顾问、民商事诉讼
英国阿伯丁大学国际商法硕士，任广东省律师协会跨境金融与资本市场法律专业委员会秘书长、广州市律师协会粤港澳大湾区及自贸区法律专业委员会委员，入选广东省涉外律师后备人才库，曾任或现任多家政府部门及企业的常年法律顾问及专项法律顾问，同时为境内外金融机构提供各类法律服务，业务范围涵盖诉讼、跨境担保融资、不良资产处置等。



霍启奕 专职律师

专注领域：民商事争议解决、企业法律顾问
毕业于广东外语外贸大学法学院，实习期间协助律师为多家企业提供法律顾问服务，参与办理多起民商事诉讼案件（包括各类合同纠纷、劳动纠纷、清算责任纠纷等）。

“长赐轮”宣布共同海损引发的思考 ——兼论《海商法》第 193 条的修改

作者：谢明

“长赐号”在苏伊士运河的搁浅事故是近期最受海事界瞩目的突发事件，本次事故的共同海损金额可能是有史以来最高的一次，但与之同时，部分法律界人士认为该事件不构成共同海损。鉴于此种争议，本文作粗浅分析，并对《海商法》第 193 条存在的问题大胆提出建议性的修改意见。

一、《海商法》第 193 条与第 165 条、第 171 条的规定存在文义解释上的冲突

对比《海商法》第 193 条与第 165 条、第 171 条后，不难看出，我国规定的“共同海损”字面意思并不包括“与海相通的可航水域”发生的事故，故有观点认为“本案搁浅地在运河，判断时需要厘清‘运河’是否应当包含在‘海上’一词中，长赐轮本次事故是否适用共同海损特别保护，尚需深入讨论，宜等待法院的最后判决。”^[1]笔者认为，上述观点的疑问源于《海商法》第 193 条字面意思的不周延，实际上，“与海相通的可航水域”发生的事故，仍然可以构成共同海损，理由如下：

1. 理论界认为，“对于共同海损，《海商法》第 193 条和《2004 约克 - 安特卫普规则》都规定危险须发生在同一海上航程中，这里所指的海上航程在实践中也包括了与海洋相通的可航水域”；^[2]

2. 从逻辑上讲，发生共同海损事故时，有意采取措施直接支付特殊费用中的一项就是救助报酬，与海相通可航水域发生的救助报酬确定由船东承担，由此引起的共同海损自然应当由货主进行分摊；

3. 考究《海商法》第 193 条的渊源，来自《1974 年约克 - 安特卫普规则》英文原文“a common maritime adventure”（同一海上航程）一词，而 maritime 的英文原意不排除“与海相通的可航水域”之意。

二、“长赐”轮搁浅事故是否构成共同海损值得商榷

按照通说，共同海损的成立要件如下，缺一不可：第一，船舶、货物和其他财产结为一体时处于同一海上航程；第二，船舶、货物和其他财产处于共同危险中；第三，为共同安全而有意和合理地采取了措施；第四，采取的措施直接造成特殊的财产牺牲或者额外的费用支出。

结合各方媒体对事故的报道，笔者认为在现行法律和规则下，该搁浅事故很可能不构成共同海损：

（一）危险是真实且重大的吗？

考察英美系列案例：“决定法官认定搁浅事故是否构成真实的、重大的危险的因素，主要跟搁浅地点的水域状况和海底底质等有关。如果船舶搁浅在内陆水域或者拥有良好避风条件的港湾等处，亦或搁浅水域的底质为软泥等，不会对船舶造成损坏，再或搁浅只是暂时性的，一旦涨潮船舶将会自动起浮脱浅，在这些情况下，通常不会认为对船舶构成真实的或者重大的危险。当然这些案例都是一些早先的案例，涉及的船舶也均较小”。针对这种观点，有学者认为，“而今天，船舶越来越趋向于大型化。与小型船舶相比，搁浅对于大型船舶所造成的危险显然不可同日而语。因此，在发生涉及大型船舶的搁浅事故时，应以可能与上述案例所采用的标准不同的标准来判断是否存在真实的危险。”

但是，笔者认为，尽管“长赐号”是艘长近 400 米、宽约 59 米、载有超过 1.8 万个集装箱、重达 22.4 万吨、船上集装箱堆积高度达到 52 米的大型船舶，且大风扬尘导致天气状况极端恶劣，但并未见任何报道有船壳破裂、侧翻、倾覆等风险，在挖走船底沙石后，借助拖轮和潮汐的力量也可以重新启航，因此，现场情况不对船舶构成真实的或者重大的危险。该案件的影响力这么大，主要原因

还是在于这个庞然大物堵住了世界著名的交通要道。

(二) 该船、货物和其他财产处于共同危险中吗？

笔者认为，不存在有船壳破裂、侧翻、倾覆等导致船货共同遭受的风险，又因运河当局封闭航道，船舶没有面临被别的船碰撞的危险，构成共同危险缺少事实依据。

(三) 该轮采取的措施是为了船舶、货物和其他财产的共同安全而采取的吗？

笔者认为，如前所述，货物和其他财产并未遭遇危险，仅仅是船舶单方面出现了窘迫局面，即使安排了挖掘沙石、拖轮救助等措施，也仅为船舶单方安全所采取。

三、《海商法》第 193 条的修改建议

基于“长赐号”造成的“世纪大堵”和前述分析，本文试思考：当船、货和其他船上财产处于一般、轻微危险而非重大危险中，即使没有面对共同危险，所采取的措施亦非为共同安全，为了不特定的他船、他船上的货物，甚至是公共利益和国际航运、贸易秩序，“有意合理地采取措施所直接造成的本船特殊牺牲及支付的特殊费用”是否可以考虑纳入共同海损？

笔者注意到，交通运输部送审国务院《关于提请审议〈中华人民共和国海商法（修改送审稿）〉的请示【（交法发 2020）10 号】》中对《海商法》第 193 条原第一款修订为“第 224 条：在同一海上航程中，船舶、货物和其他财产遭遇共同危险，为了共同安全，有意地合理地采取措施所直接造成的特殊牺牲、支付的特殊费用等，认作共同海损”时，并未遇到“长赐号”事件。基于前述思考和分析，笔者试着提出如下修改建议，望抛砖引玉：

《海商法》第 224 条

在海上或者与海相通的可航水域的同一航程中，船舶、货物和其他财产遭遇共同危险，为了共同安全，有意地合理地采取措施所直接造成的特殊牺牲、支付的特殊费用等，认作共同海损。但是，为了航运公共利益和航运公共秩序，即使船舶、货物和其他财产没有遭遇共同危险，也不是为了共同安全，而有意、合理地采取措施所直接造成的特殊牺牲、支付的特殊费用之百分之五十，也可以认作共同海损。

四、修改的政策和法理依据

(一) 政策依据

习近平总书记在中央政治局集体学习时所指出：全球治理体系正处于调整变革的关键时期，我们不能当旁观者、跟随者，而是要做参与者、引领者，善于在国际规则制定中发出更多中国声音、注入更多中国元素，努力在经济全球化中抢占先机、赢得主动。《交通运输部〈海商法〉修订说明》中也指出“《海商法》还存在某些制度设计不严密、可操作性差等问题，对我国航运利益保护存在一定的缺陷，需要通过修订不断予以完善”“通过修订出台一套与航运、贸易发展相适应的海商法律制度体系，不仅可以对海上贸易走廊建设提供保障和服务，也将对沿线国家的海商立法和区域性规则的制定提供中国方案”。

笔者认为，“政策是制定法律依据”，制定于 1992 年的《海商法》具有浓厚的舶来品色彩，近 30 年来国内在此领域内鲜有法律制度上的创新，随着中国国力的显著上升，有必要深入研讨“长赐”轮事件对中国的影响，维护好中国乃至全球的航运利益，并适时制定“中国方案”。

(二) 法理依据

结合中国《民法典》诚实信用原则和紧急避险制度笔者认为应对现行共同海损制度进行融合。

《民法典》第 7 条规定：“民事主体从事民事活动，应当遵循诚信原则，秉持诚实，恪守承诺。”诚信原则是各国民法公认的基本原则，共同海损的实质就是要求货主也对船东的避险行为分摊费用。当船和货一起挡在交通要道上，货主如果认为这全是船东的责任，跟自己无关，是否有违诚信？笔者认为，货主如果认为不关自己的事，似乎说不过去。在传统的航海理念中，当船货共同在海上冒险，货主也许可以抗辩船东违约或侵权责任，但在集装箱船越来越大型的今天，该事件明显是船和货“一体化”妨碍了公共利益。而中国作为货主大国，更需要有领导气质或者说承担国际责任和义务，分担重要航道上的“世纪大堵”损失。

《民法典》第 182 条“因紧急避险造成损害的，由引起险情发生的人承担民事责任。危险由自然原因引起的，紧急避险人不承担民事责任，可以给予适当补偿。紧急避险采取措施不当或者超过必要的限度，造成不应有的损害

的，紧急避险人应当承担适当的民事责任”。《刑法》第21条“为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在发生的危险，不得已采取的紧急避险行为，造成损害的，不负刑事责任”。对于紧急避险的概念，《民法总则释义》为“本条虽然没有对紧急避险的内容作出明确规定，但是应当与我国刑法的规定相一致，紧急避险应当是使本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在发生的危险，不得已采取的避险行为。”最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编的《民法典总则编理解与适用》一书中则认为“是指为了社会公共利益、自身或者他人的合法权益免受更大的损害，在不得已的情况下采取的造成他人少量损失的紧急措施，称为紧急避险”，同时，“紧急避险是一种合法行为，是在两种合法利益不可能同时都得到保护的情况下，不得已而采用牺牲其中较轻的利益，保全较重大的利益的行为”。

笔者认为，题述事件均和学界通说的紧急避险四个要件相符，且我国权威学者王家福、江平等也认为共同海损行为是一种典型的紧急避险行为。我们还注意到，部分海商法学者对紧急避险制度与共同海损制度经过比较研究，发现了它们的诸多区别。笔者也认可两者有不同之处，但这并不影响基于题述事件对中国目前的共同海损制度进行升级、创新和融合，毕竟海事法律制度就是经过一个个重大典型案例不断总结、创设出来的。例如，1989年美国埃克森石油公司的超级油轮“瓦尔迪兹”号在美国海岸造成了美国历史上最严重的溢油污染事故，引起美国朝野震惊，因清污费和各种污染损失费高达80亿美元，公众强烈要求采取溢油应急对策。经过美国参、众两院的反复讨论，于1989年7月26日通过了美国《1990年油污法》。

五、自救和他救的竞合

如前所述，“长赐”轮事件采取了挖掘沙石、拖轮救助等措施使船舶最终脱险，由此产生的特殊费用既存在自救，又存在挽救了社会公共利益的结果竞合问题，为鼓励船舶自救，并达到挽救社会公共利益的目的，笔者对《海商法》第193条修订内容加上了“有意、合理地采取措施所直接造成的特殊牺牲、支付的特殊费用之百分之五十，也可以认作共同海损”的措辞，至于50%比例从

何而来，只是个人建议，欢迎业内人士共同探讨。言

注释：

- [1] 王沐昕，《浅析“长赐”轮搁浅事故各方法律关系》，水路运输法研究中心微信公众号，<https://mp.weixin.qq.com/s/RA7OizfyHDqCkgIw6FVS4w>。
- [2] 郑宇航，《浅析海难救助与共同海损之间的关系》，法制与社会，2017年6期。
- [3] 胡正良、韩立新，《海事法》（2009版），北京大学出版社，第289页。
- [4] 胡正良、韩立新，《海事法》（2009版），北京大学出版社，第289页。

【作者简介】



谢明 合伙人

执业证号 14401200410580550

专注领域：海商海事（海关）、建设工程、国内及国际贸易、金融保险及相关重大疑难民、刑和行政案件等
中山大学法律硕士学位（涉外律师）校外导师，仲裁员、调解员。先后任广东省律师协会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、广州市律师协会海事与航空专业委员会副主任、建设工程与招标投标专业委员会委员、保险法专业委员会委员。曾多次获广州市律师协会业务成就奖、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》、《关于依法审理破产案件推进供给侧结构性改革十大典型案例》。协助本所获2021年《亚洲法律杂志》（Asian Legal Business）首届“ALB中国区域市场法律大奖：沿海地区”年度沿海地区海事海商律师事务所大奖-本地（Maritime Law Firm of the Year: The Coastal Areas-Local），2021年《商法》（China Business Law Journal）“2021年度卓越律所大奖”—Shipping海事海商。

网络“翻唱”行为的侵权问题

作者：朱滔 戴芯薇

不少演员、歌手、主播等会通过微博、抖音、小红书等社交媒体平台分享悦耳的翻唱视频，但很多视频只有15秒左右；艺人在与粉丝互动直播中进行翻唱表演时，通常每首歌曲也只唱几句。粉丝们往往会留言“听不够”“放出完整版”，也有人理解这是对版权的保护。笔者认为，在提高公众著作权保护意识的同时，应关注如何在保护著作权人合法权益与保障公众合理获取文化产品资源之间实现平衡。

2020年11月11日新修的《中华人民共和国著作权法》（简称《著作权法》）已于2021年6月1日实施。新的《著作权法》适应新时代的文化生活环境特点和需要，对网络传播交互行为中著作权的保护予以了一定的回应。那么从翻唱这一行为出发，网络中各类主体的哪些行为可能构成侵权？翻唱者应该如何规范自身行为？词曲作者又如何保护自己的著作权？笔者将对此进行简单分析。

一、网络领域的翻唱行为如何界定

网络领域是指用户主体借助互联网信息技术在互联网服务平台进行音频、视频、文档等上传、下载、在线播放、互动等多种功能的网络社交及交互行为的领域。网络领域已经成为现代绝大多数人获取文化资源的第一选择，网络直播更是吸引了大批用户群体加入，体验新的文化消费模式，获取新型的文化产品。

翻唱行为一般包括两种，一是翻唱者在不改变他人作品词曲的情况下，以自己的风格进行演唱；二是翻唱者在他人创作的词曲基础上，对原词曲进行调整变动后再进行演唱，包括仅改变歌词、仅改编歌曲，也包括同时对词曲进行改动（部分变动或完全改变）。翻唱者则是指在网络社交平台等媒介上公开发布其翻唱作品的人，不论其是否直接从翻唱作品中获取经济利益。

二、网络翻唱行为可能侵犯的权益

网络翻唱行为的主体包括但不限于各类博主、up主、明星、独立创作者，乃至普通群众。比如一个美妆博主录制自己翻唱周杰伦歌曲的视频并上传在网络平台；一个公司将年会上员工翻唱歌曲的视频上传公众号；一个小众音乐人在音乐平台上传自己翻唱的歌曲等等。

根据《著作权法》第十条的规定，著作权包括下列人身权和财产权：发表权、署名权、修改权、保护作品完整权、复制权、发行权、出租权、展览权、表演权、放映权、广播权、信息网络传播权、摄制权、改编权、翻译权、汇编权以及应当由著作权人享有的其他权利。著作权人可以许可他人行使、全部或者部分转让上述权利，并依照约定或者依据法律规定获得报酬。

首先，翻唱者翻唱他人已发表的歌曲，并公开发布至社交网络平台，如果未经著作权人授权，可能侵犯原词曲作者的著作权；其次，如果词曲作者与原唱者不同，可能侵犯表演者权。（如某位明星的一首歌曲一时掀起网友广泛的热情浪潮，许多人利用视频剪辑，将自己翻唱的片段和该明星演唱的片段拼在一起，形成合唱歌曲的视频。）同时，歌曲一般由唱片公司、音乐公司录音制作，因此翻唱者还可能侵犯录音制作者权。

具体而言，如果翻唱者未经许可擅自对他人作品的歌词、歌曲进行了改变，则可能侵犯著作权人即原歌曲创作者的改编权（财产权）和修改权（人身权），甚至是作品的完整权。

三、翻唱者应当如何规范翻唱行为

《著作权法》第二十四条第一款规定：“在下列情况下使用作品，可以不经著作权人许可，不向其支付报酬，但应当指明作者姓名或者名称、作品名称，并且不得影响

该作品的正常使用，也不得不合理地损害著作权人的合法权益：……（九）免费表演已经发表的作品，该表演未向公众收取费用，也未向表演者支付报酬，且不以营利为目的……”。

在网络直播兴盛而知识产权保护意识仍需提高之际，不少人对此条法律规定在网络领域的解释存在误区。尽管一些博主、明星在网络直播或者网络平台上进行翻唱表演时，没有向听众、观众、粉丝等进行直接收费，但这并不意味着这种翻唱行为就可以归纳至“免费表演”当中，而免于获取授权的义务以及侵权责任的承担。

翻唱者即博主、up主等，利用或者因为其发布翻唱作品获取了粉丝的关注，在数据上反映为一定的平台数据量，即流量。粉丝的关注度可能增加其账号、个人的经济价值，提升其声誉，吸引客户、商业广告等，从而带来巨大的、连锁的、隐形的经济效益，大多数自媒体账户上传其翻唱作品直接或者间接地具有这种目的。所以，我们需透过现象看本质，若简单地将此种行为归至免费表演范畴，是对法律的误解，更是对著作权人合法权利的侵犯。法律上的认识错误并不能使侵权人免于责任的承担，当权利人追究侵权人的责任时，翻唱者仍可能因其行为承担侵权赔偿责任。

因此，翻唱者在进行翻唱行为前应当取得著作权人的授权。快手等网络平台一般会通过与权利主体签约，支付费用以取得授权建立自己的“音乐库”，账户主体从音乐库中选取歌曲进行翻唱，不会侵犯相关著作权人权益。但如果要演唱不属于音乐库中的歌曲，则需要自己另行取得权利人的许可，如果因个体取得授权困难就选择无授权翻唱，可能因侵权而受到法律追究。

四、著作权人应如何维护权益

尽管翻唱行为已经十分普遍，但著作权人维护自己合法权益的意识并不强，这主要是因为维权成本高、耗费精力大，而且许多创作者已将著作权转让给了公司，在经济效益面前更加忽略了对著作权的保护。为了便于广大著作权人保护其合法权益，中国音像著作权集体管理协会常常代表著作权人进行集体维权，著作权人可以授权相关著作

权集体管理组织进行专门负责。

《著作权法》第五十四条规定：“侵犯著作权或者与著作权有关的权利的，侵权人应当按照权利人因此受到的实际损失或者侵权人的违法所得给予赔偿；权利人的实际损失或者侵权人的违法所得难以计算的，可以参照该权利使用费给予赔偿。对故意侵犯著作权或者与著作权有关的权利，情节严重的，可以在按照上述方法确定数额的一倍以上五倍以下给予赔偿。权利人的实际损失、侵权人的违法所得、权利使用费难以计算的，由人民法院根据侵权行为的情节，判决给予五百元以上五百万元以下的赔偿。赔偿数额还应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支……”

增强对著作权等知识产权的保护，并不是为了给公众欣赏、享受文化资源设置障碍，而是为了在保护原创者合法权益的基础上，鼓励更多创作者创作出更多、更好的文化作品，最终提升我们的精神文化生活水平。《著作权法》中增加了惩罚性赔偿制度、提升了法定赔偿限额、对信息网络传播权和广播权进行了修改，这些措施都将进一步促进国家和社会对音乐版权的保护。相信在群体知识产权保护意识普遍深刻的时候，就是创作人获取源源不断灵感，文化生活更加可持续发展的最优环境。

此外，我们也呼吁网络服务平台提供者加强著作权维护意识，提升著作权保护能力。公司应在法务部门和风险监控部门设置专门负责著作权保护以及著作权侵权风险监测的版块，这不仅是对著作权人的保护，更是对企业特别是网络服务提供者的保护。否则，在版权意识逐步深入人心、版权保护的法治技术更加成熟之际，各类侵权主体面临的赔偿风险将不容小觑。如果网络服务平台主观上明知其用户在平台上从事属于侵权行为的活动而无作为，平台与用户很可能要为此承担连带责任。☞

【团队简介】

广信君达朱滔律师团队，由具有长期从事审判、仲裁实务工作经验的律师组成，该团队始终专注于劳动人事、建设工程、民商事争议解决、常年法律顾问等领域，具有良好的法学理论素养和从业经验，紧跟市场发展趋势、熟谙专业法律知识，致力于为客户提供专业的法律服务。

浅析网红营销模式的广告法规制困境

作者：刘乐

随着移动互联网时代到来，“社交媒介”在传播媒介中逐渐由“新兴”成为“主流”，而社交媒介的蓬勃发展又带动了网红经济这一全新经济业态的异军突起。据中国互联网协会社交电商工作组发布的数据显示，2020年社交电商整体规模达3.7万亿元，消费者数量逼近7亿，从业人数超过7000万，传统与创新的融合度接近70%。

“网络化的社会生活方式、庞大的网民市场、日益旺盛的消费需求，使网络走红与经济社会收益变现之间的关联度日益紧密，中国网络社会发展因此出现了一个特有现象——网红经济”^[1]，网红经济的本质是影响力营销。依托移动互联网，网红经济缩减了传统经济业态在营销流程上从广告到变现的环节，也为广告法的规制提出了具有时代特征的挑战。本文立足于网红营销模式的传播、营销特点，试分析我国现行广告法法治体系之于网红营销模式的规制困境。

一、网红营销模式的特点

网红经济本质上是一种影响力经济，即“在社群化的网络生活中拥有巨大影响力的主体通过各种渠道将其影响力转化为经济收益的各种商业活动之总称。”^[2]影响力经济是大众传播时代的产物，企业或者商家以明星代言等方式进行的营销是我们最为熟悉的一种影响力经济。从大众传播时代到互联网时代，传播模式更加多元化，在传播的时空限制不断消失的同时，构建“意见领袖”的相对高壁垒也在不断被打破。传播领域中社群特质明显的新型意见领袖——网络红人，在不断被细分的市场中呈现出市场价值，促进了网红营销模式的高速发展。

目前市场环境中，根据营销变现的流程，网红经济可分为直接变现和间接变现两种类型。非实物产品打赏、知识产品付费、网红的品牌化运作等我们熟悉的直接变现模式通常直接以影响力实现有形或无形产品的销售，从终端

用户获取经济收益。从法律规制的角度而言，直接变现模式的法律关系相对单一，从属于赠与、买卖合同以及基础性的行为能力等法律制度的调整范围。而在以直播带货、植入性广告等方式间接变现的网红经济模式中，由于网红运用其影响力为第三方提供产品营销服务从而获取利益，其推介和宣传行为具有广告属性。但不同于大众传媒广告有清晰的边界，网红营销具有广告主体身份不清晰、广告与内容生产混同、引导冲动消费等特征。考虑到我国现有广告法律制度对间接变现的网红经济模式的规制尚处于发展阶段，本文所研究的网红营销模式的法律规制与准用主要针对间接变现这一网红经济类型。

在网红营销模式中，网络红人以自身在特定社群中充当意见领袖的影响力为第三方产品进行营销的行为，不同于传统大众传播时代影响力传播范式，主要具有网面状传播形态、社群属性明显以及受众的全方面参与三个特征。

（一）网面状传播形态

大众传媒时代的信息传播呈现点——面的传播模式，信息经过生产、制作后，由特定信息把关人释放至信息场域，信息在信息场域中通过意见领袖进行二级传播，或经“沉默的螺旋”进行意见生产。值得注意的是，大众传媒时代的信息把关人或者意见场域中的意见领袖通常是特定的、具有权威性的。而信息的发布流程或意见场域内的信息再造流程通常呈现点——面状的传播形态。社交媒体时代到来后，技术的更新迭代尤其是移动互联网不断打破信息传播的时空限制，专门从事信息生产制作和发布的把关人不再是专门信息源，移动互联网中的每个参与者都可以同时成为信息的把关人、传播者和接收者，信息传播呈现面——面的网状结构。

在信息源、信息传播途径以及信息接收模式以网面状形态呈现之时，网络红人在传播模式的时代变迁中分流了信息流或意见场域中把关人或意见领袖的权威性，并成为

了网络语境下的信息“超级节点”，在网面状的信息传播场域中可同时参与单条信息流的各个传播环节，包括源头、传播、意见生产、接收等，形成具有既定或偶发方向辐射的影响力。

（二）社群属性明显

信息场域的参与者在信息流动的过程中逐渐呈现社群化的特征，这源于对传统大众传媒时代受众群组的进一步细分，也源于营销市场数据挖掘、算法推荐等技术的广泛应用。一方面，广告主可以更精准地定位自己的客户群，另一方面，社群内部的信息变现有效性进一步加强。

网络红人以意见领袖的角色，在该特定社群进行网红营销的过程中，通常会将广告信息显性或隐性地嵌入社群的互动话题中，形成社群属性明显的营销信息输出甚至诱导。

（三）受众的全面参与感

在传统大众媒介时代点——面的传播模式中，受众属于传播链条的最后一环，更多充当信息接收者的角色；而社交媒体时代颠覆了传统大众媒介时代的传播单向性，每一个受众既是信息的接收者，同时也可以成为信息的发布者和意见生产者。这一方面提升了信息生产过程的受众地位，另一方面也增加了受众在信息流动过程中的参与感。

参考直播带货等网红营销模式，网络红人为社群范围内的特定受众提供受众导向的营销服务，通过充分互动，使受众得到全面的参与感，并以集体参与式的狂欢，甚至引导冲动消费等方式进行具有广告性质的营销活动，已经成为网红营销模式的一大显著特征。

二、广告法对网红营销模式的规制困境

我国目前相关网红营销模式的广告法体系制度包括2021年最新修订的《中华人民共和国广告法》（以下简称“《广告法》”）、2016年生效的《互联网广告管理暂行办法》、2020年生效的《网络直播营销行为规范》、2021年生效的《网络直播营销管理办法（试行）》和2022年印发的《关于进一步规范网络直播营利行为促进行业健康发展的意见》等。现有的广告法律制度框架和规制理念延伸于大

众传媒时代，对于互联网广告尤其网络营销新型广告模式存在一定的规制困境，主要体现在以下几个方面：

（一）网红营销行为的定性困境

《广告法》第二条明确了其规制的行为包括“在中华人民共和国境内，商品经营者或者服务提供者通过一定媒介和形式直接或者间接地介绍自己所推销的商品或者服务的商业广告活动”，其构成要件包括商业推销的目的、广而告之的形式以及指向特定的商品或服务^[3]。而网红营销模式中，一方面很多广告信息通过网红的个人经验分享、主观感受等私人言论以获得社群认同的形式呈现，或者隐匿于网红与社群成员的互动之中，广告信息与非广告信息混同；另一方面直播带货等即时网红营销模式将广告与销售行为同时进行，这些都让网红营销模式的定性存在较大困境。

诚然，《网络直播营销管理办法（试行）》第十八条对信息发布设置了具体的行为规范，但未明确该行为属于独立的广告行为还是附属于销售行为，该办法第十九条指出，“直播间运营者、直播营销人员发布的直播内容构成商业广告的，应当履行广告发布者、广告经营者或者广告代言人的责任和义务”，但对直播行为的商业广告性质认定并未作进一步解释。

（二）责任主体的定性困境

从运行模式上而言，网红营销模式中参与广告信息的主体可能包括：独立网络红人、签约网络红人、MCN机构（Multitude Channel Network 多渠道网络机构）、经纪公司、网络平台、拟投放广告商家等，根据具体合作模式的不同，广告制作、发布、推荐等多种推广行为可能由同一主体实施，如独立网络红人，发挥了广告经营者、广告发布者和广告代言人的三重功能；也可能由MCN机构和签约网红共同完成广告内容的制作、发布、推荐。我国《广告法》将广告信息的责任主体类型化为广告主、广告经营者、广告发布者和广告代言人四类，并设定了相应的行为规范和责任机制。但在目前网红营销模式之下，营销信息流的参与者呈现多元化和复杂化的态势，加大了责任主体的定性困境。

（三）法律责任追究的障碍

《广告法》采取了公法责任与私法责任并行的实施机

制，即由行政监管与民事追偿两种形式实现对责任主体的追责。一方面，网络营销对于责任主体和行为定性所面临的困境必然给其法律责任追究中行政监管的形式造成困境；另一方面，由于网络营销是通过在社群中充分调动受众的参与感以达成广告效果的实现，诱导冲动消费等行为偏向情感驱动的主观范畴，以虚假广告为规制重心的《广告法》很难通过充分证据对该行为进行规制。

三、结语

网络营销的本质是影响力营销。虽然社交传媒时代的影响力营销与传统大众传媒时代的在运作和呈现方式上存在显著差异，但二者本质相同，都通过传递信息达成交易。网络营销模式发挥了与大众传媒时代单向传播的广告相同的信息媒介功能，这构成了我国现有广告法法律体系被适用的基础。但其运作和呈现方式的巨大差异，意味着广告法法律体系条文不可机械地运用到网络营销模式的规制上，我们期待更具针对性法制回应路径的早日实现。☞

注释：

[1] 杨江华：《从网络走红到网红经济：生成逻辑与演变过

程》，《社会学评论》2018年第5期。

[2] 参见敖鹏《网红的缘起、发展逻辑及其隐忧》，《文艺理论与批评》2017年第1期；孙婧、王新新《网红与网红经济——基于名人理论的评析》，《外国经济与管理》2019年第4期。

[3] 宋亚辉：《虚假广告的法律治理》，北京：北京大学出版社，2019年，第35页。

【作者简介】



刘乐 专职律师 ■
执业证号 14401202211544612

专注领域：国际贸易、知识产权、公司法

华南理工大学硕士，十年国内外科技市场运营经验。刘乐律师对科技产业如人工智能、区块链、互联网等领域的法律问题有着独到的洞察力，并将其与法学理论知识、多元行业经验相结合，致力于为客户提供专业化的问题解决方案和优质的法律服务。

法律视角下的“艺术家 × 品牌”联名

作者：陈春燕 霍启奕

在“万物皆可联名”的时代，联名已成为各大品牌营销的常态化方式，其通常指不同的品牌、IP、知名人物之间的合作而联合打造一款新品（产品或者服务），借助双方的影响力，以提升品牌/产品的商业价值，达到共赢的目的。

根据联名合作模式的不同，品牌联名大致可以分为三类：品牌与品牌之间联名，如瑞幸与椰树、大白兔与美加净、钟薛高与泸州老窖等联名；知名IP与品牌联名，如故宫分别与毛戈平、与安踏、与周大福等联名；知名人物与品牌联名，如著名时装设计师藤原浩分别与喜茶、与Nike、与Loro Piana等联名。前两类属于“物”之间的联名，而如明星、艺术家、虚拟人物等的“人”与“物”的联名合作在现今市场也十分常见。在知名人物与品牌联名的“人”中，艺术家是一个特殊的存在，可体现为，其一，较之于其他知名人物与品牌的联名，艺术家更多的是通过作品参与到联名合作之中，因为其作品的投入，其参与程度高于其他知名人物的代言式联名，同时要考虑作品著作权的相关问题。其二，联名的核心目的是引流，“艺术家 × 品牌”联名作为知名人物与品牌联名的一种，其引流方式不同于“物”之间的联名，其需要借助艺术家的公众形象、荣誉等进行引流，这也意味着需要考虑艺术家人格权的相关问题。

上述两点特殊性所涉及到作品著作权以及艺术家人格权的相关事宜共同构筑了“艺术家 × 品牌”联名的核心内容，下文将围绕上述核心内容，辅之以商业化使用、竞品限制等其他出于商业考虑涉及到的内容，探讨法律视角下的“艺术家 × 品牌”联名。

一、“艺术家 × 品牌”联名中作品著作权的相关安排

艺术家通过作品参与到联名合作之中，若品牌方无需

要艺术家在联名合作中形成新的艺术表达，则会沿用艺术家已有的作品；若需要，则会委托艺术家基于已有的作品进行二次创作或者重新创作。在完成委托作品的创作或确定采用艺术家的某一作品后，品牌方通过合同约定对艺术家作品著作权进行利用并从中获利。

品牌方被许可使用或受让著作权的前提是著作权并非其所有，因此仅有在品牌方沿用艺术家已有的作品或其委托艺术家创作的作品著作权归属于艺术家的情况下，才需要讨论如何许可使用或转让。对于品牌方而言，著作权许可使用或受让或多或少存在来自权利人或法律的限制，品牌方更乐意与艺术家约定委托作品著作权归属于自己。但上述一切的展开均建立在权利人对该作品依法享有著作权的基础上。

（一）作品的著作权取得问题

在“艺术家 × 品牌”联名合作中，品牌方为了避免最终的联名成果被抄袭、被他人指责抄袭等风险，一般都会要求艺术家提供的内容为其独创并拥有完整合法的权利，即要求艺术家对其提供的内容享有著作权。这一要求的提出对于支付费用的品牌方而言并不过分，对于艺术家这一创作群体来说也是基本的职业道德。满足上述要求的前提是艺术家提供的内容依法可以取得著作权，但实际上并不是艺术家创作的所有作品必然可以取得著作权，比如游戏设计方案或规则玩法。笔者在实务中曾处理艺术家创作的游戏设计方案或规则玩法向品牌方许可使用的情形，在品牌方具有上述同样要求的情况下，此类授权内容可能会为艺术家带来法律风险。

著作权保护不延及抽象的思想、观念、创意、构思，只延及以文字、音乐、美术等各种有形的方式对思想的具体表达。因此，未经有形方式固定的游戏设计方案或规则玩法仅是一种抽象的创意或者构思，显然不是著作权的客体，理应不受《中华人民共和国著作权法》（简称“《著作权法》”）保护。而经有形方式固定的游戏设计方案或

规则玩法也未必能够成为著作权的客体。我国立法在著作权取得这一问题上秉持自动取得原则，但自动取得原则并不意味着无条件自动取得，作品还必须属于我国法律规定的作品范围或符合作品的定义。

我国法律的作品需要具有独创性^[1]。然而，经有形方式固定的游戏设计方案或规则玩法是否具有独创性颇具争议。即便游戏设计方案或规则玩法的具体表达具有独创性继而构成我国法律所定义的作品，但是游戏设计方案或规则玩法具有价值的不是具体表达而是抽象创意，艺术家难以保证市面上不会出现对同一创意的具体表达，即难以保证不出现雷同。

因此，为了避免不必要的法律风险，“艺术家×品牌”联名创作应当尽量避免围绕游戏设计方案或规则玩法等创意类成果开展。倘若坚持围绕此领域开展，建议艺术家慎重对作品的独创性、著作权等事项作出承诺。

（二）委托创作情况下的著作权归属问题

根据我国法律规定，委托作品的著作权归属按照“有约从约，无约归属于受托人”的原则处理^[2]。既然著作权的归属可以通过协商进行确定，那么就必然会受到协商双方交易地位的影响，因此这本质上是艺术家与品牌方的商业博弈。

从《著作权法》第十九条“著作权的归属由委托人和受托人通过合同约定”来看，委托作品的著作人身权是否随之归属于委托人存在争议。有学者从委托人的权利取得方式论述，认为委托人可以成为原始主体而直接享有著作权，但又认为其并不必然取得著作人身权^[3]。另有学者认为委托人是继受取得委托作品的著作人身权，著作人身权能否通过继受取得应当参照《著作权法》关于人身权转让的规定^[4]。还有学者则直接认为第十九条的“著作权”不包括著作人身权^[5]。目前为止，取得方式和著作人身权能否继受取得仍未达成相对一致的观点。因此，笔者建议双方在对委托作品的著作权归属进行约定时，尽量不要采用“著作权的所有权利归属某方”或“著作权归属于某方”的表述，尽可能明确约定“什么权利归品牌方，什么权利归艺术家”，以免产生纷争。

此外，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》第十二条，在委托作品著

作权属于受托人的情形下，委托人在约定的使用范围内享有使用作品的权利。双方没有约定使用作品范围的，委托人可以在委托创作的特定目的范围内免费使用该作品。因此，双方应对使用范围进行明确约定，以避免双方因对“特定目的范围”的理解不同而产生纠纷。

（三）作品著作权的许可使用问题

著作权的利用是指非权利人基于法律规定或合同约定对他人作品著作权进行利用，前者指的是合理使用和法定许可，后者指的是许可使用、转让、质押等。在“艺术家×品牌”联名中，品牌方的利用方式主要是基于合同约定的许可使用，许可使用又划分为普通许可、排他许可和独占许可。双方在考虑采取独占许可时，也会考虑采用权利转让的方式。二者都可以理解为俗称的“买断”，后者除了造成著作权分离外与前者没有太大区别，因此本部分的论述仍围绕许可使用这一种利用方式展开。

1、可被许可使用的权利内容

根据《著作权法》第十条第二款，著作权人可以许可他人行使前款第五项至第十七项规定的权利，并依照约定或者本法有关规定获得报酬。第十条第一款第五项至第十七项规定的权利，指的是十二项著作财产权及“应当由著作权人享有的其他权利”，即除了著作人身权之外的所有权利。因此，诸如“许可使用的权利仅涉及约定的著作财产权”的观点得到不少人的认可。通过多年的实务经验，笔者对此观点有不同看法，第十条第二款既然可以被解读为“因为法条仅规定了著作财产权，所以著作人身权不可以被许可使用”，那么也可以被解读为“法条虽然仅规定了著作财产权，但是并没有明确排除著作人身权，所以著作人身权仍然可以被许可使用”。实际上，部分著作人身权并非不能被许可使用。

我国现行法律的著作人身权包括四项，分别为署名权、发表权、修改权及保护作品完整权。关于署名权，倘若权利人将署名权许可给他人，存在助长雇用“枪手”行为的可能性，显然与《著作权法》保护原创的立法精神相悖。因此单从法律效果的层面便可得出“署名权不应被许可使用”的结论。关于保护作品完整权，该权利是保护作品不受歪曲、篡改的权利，即防止他人在利用作品时对作品进行不当改动或利用，导致作品无法正确地反映作者原本要

表达的思想、感情^[6]。该项权利本质上是一项消极的权利，并没有可以许可他人使用的内容。作者许可他人对作品进行变更、改变作者原本要表达的思想或者感情并不是保护作品完整权的许可使用，而应当认为是财产权中各项演绎权利的许可。关于发表权，作者在发表作品的同时往往又在以某种方式利用作品的经济价值，不涉及任何经济权利的发表是很罕见的。如果发表权无法许可给他人，那么其他财产权利则没有使用的余地。比如，艺术家为联名合作设计了一项产品，仅许可品牌方复制权，但艺术家又以没有许可发表权为由阻止品牌方发表作品，导致生产好的产品无法发售，显然损害了品牌方的权益（艺术家需要首发情况除外）。因此，在没有明确约定许可他人使用发表权的情况下，可以视情况推定发表权已经被许可^[7]。关于修改权，该权利不同于保护作品完整权，主要关注的是作品小范围的文字、用语的修改或因品牌宣传需要作出的调整，不涉及作者思想的改动，作者许可他人对作品进行修改并无不妥。此外，《著作权法》第三十六条，明确规定图书出版者及报社、期刊社经作者许可，可以对作品进行不同程度修改，进一步证明修改权可以被许可。综上所述，除署名权、保护作品完整权外，发表权和修改权均存在被许可使用的情况。

无论是著作人身权抑或是著作财产权，联名合作中艺术家和品牌方均应当清晰且明确地列明许可使用的权利。

2、许可使用的模式

尽管艺术家可以许可的权利有很多，但是对于品牌方而言，复制权和发行权是最为重要的。品牌方开展联名合作的目的大多是为了盈利，盈利的方式主要是通过复制艺术家的作品销售或者复制艺术家的作品用作包装自己的产品再出售。因此，艺术家许可品牌方如何复制、发行会影响品牌方如何生产、销售。

比较常见的模式是艺术家许可品牌方在一定期限内可以自由生产并销售，在期限届满后停止生产但允许在届满后的一段时间内进行销售此前完成生产的产品。许可期限届满后允许品牌方继续销售产品的时间段又称为“清货期”，清货期的设置既能消化库存，又满足绿色原则，值得倡导。合作双方除了时间限制的模式之外，还可以

根据合作的项目选择数量限制的模式，即不设许可期限，许可品牌方生产、销售一定数量的产品。此外，双方还可以选择将二者糅合，即在一定期限内生产、销售一定数量的产品。

二、“艺术家 × 品牌”联名中艺术家人格权的相关安排

正如前文所述，联名的核心目的是引流。无论品牌是与品牌或知名 IP 之间的联名抑或是与知名人物之间的联名，其实质上都是想要吸引另一品牌、IP 或者知名人物的受众或粉丝来增加产品的曝光率或提高产品的销量。在“艺术家 × 品牌”联名中，品牌方除了需要利用艺术家的肖像和姓名，还需要利用到艺术家的荣誉。消费者选择购买艺术家联名产品，除了考虑到产品自身具有的艺术价值（或者说是产品本身的“美”）之外，还会考虑产品可能会带来一定的身份加成，这种身份加成有一部分是来自于艺术家的荣誉或成就。

上述所提的肖像、姓名、荣誉都是艺术家人格的一部分。品牌方对于艺术家肖像的利用必须得到肖像权人的明确许可，许可用途、期限都应当尽可能详细。不同于肖像，笔者认为品牌方对艺术家姓名和荣誉的利用无须得到艺术家的许可。产品或产品的某一部分是艺术家设计的，品牌方列明艺术家的姓名是保护作者署名权的体现，对艺术家所具有的某些荣誉进行列明也是一种对客观事实的陈述。但即使品牌方对艺术家肖像的利用行为已经得到许可、对其姓名和荣誉的利用无须得到许可，并不意味着其利用行为不受限制。艺术家对品牌方滥用、错用等行为享有追究责任的权利，这是艺术家作为自然人行使肖像权、荣誉权等权利的体现。因此，艺术家可以在合作中先行约定品牌方不正当利用艺术家肖像、姓名、荣誉的违约责任。

此外，艺术家还应该对品牌方如何利用自己的肖像、姓名、荣誉多加留心，此处的“如何利用”特指用法。当看到艺术家的肖像、姓名等要素同时呈现在一个产品宣传画面中，容易让公众误以为艺术家是广告代言人。基于对消费者的倾斜保护，我国在《中华人民共和国广告法》（简

称“《广告法》”)等法律法规中明确规定广告代言人要承担一定的产品质量担保责任。根据《广告法》第二条第五款,广告代言人是指广告主以外的,在广告中以自己的名义或者形象对商品、服务作推荐、证明的自然人、法人或者其他组织。为规避相关风险,艺术家应当要求品牌方在宣传中不得使用任何使公众误解其为产品代言人的言语,艺术家还可以约定品牌方在宣传前将已使用艺术家姓名、肖像、荣誉的宣传物料交给艺术家先行检视。

三、“艺术家×品牌”联名中出于商业考虑作出的其他安排

(一) 竞品限制

竞品限制一般是指品牌方要求艺术家在合作期间内不得与竞争品牌或某些品牌的同类型产品进行合作,限制期限也可以一直延续到合作结束后的一定期间。在实践中,较为关键的是对竞品的明确以及对合作的定义。对于前者,笔者认为最稳妥的方法是采取“下定义+列举”的模式,一方面通过列举明确竞品所包括的内容,另一方面通过下定义防止列举出现遗漏。对于后者,笔者认为“不得与竞争品牌或某些品牌的同类型产品进行合作”的“合作”可以通过约定拓展至前期合作意向的洽谈,以保障品牌方的最大权益。

(二) 商业化使用限制

除了竞品限制外,品牌方出于商业考虑可能还会对艺术家在合作结束后其设计成果的商业化使用作出一定的限制。竞品限制更多地是为了防止艺术家本人同时参与相同类型品牌或产品的联名合作,导致品牌方联名产品的市场竞争力减弱。而商业化使用限制则是为了防止设计成果在短期内重复使用,后使用的一方给此前的联名品牌方带来的影响。但品牌方提出的商业化使用限制应当设立期限,无期限的商业化使用限制是变相的独占许可使用。

(三) 道德条款^[8]

道德条款起源于娱乐行业内演员的合作协议,后被引入到各类知名人物与公司乃至公司与公司的合作协议中。道德条款的核心内容为合作方在合作期间出现某些

不当行为导致公众评价受损进而影响到另一方在合同中约定的商业利益时,另一方享有单方解除权并有权要求合作方承担相应违约责任,该条款在本质上属于约定解除条款。

商业信誉之于品牌,声誉之于个人,均是弥足珍贵且难以修补的无形财富。在联名合作中,艺术家和品牌深度合作,任一方存在不当行为都会给另一方带来不良影响,道德条款的存在则为受影响一方提供救济的途径。近年,在有些品牌“塌房”的背景下,该条款的作用越发凸显,为了更好地发挥该条款的作用,需要注意以下两点。其一,不当行为的约定需采取“列举+兜底”的形式,且尽可能详细地列举不当行为以避免因对不当行为的错误理解导致条款无法使用。其二,约定的期限不应局限于合作期限内(或合同有效期内),可以延伸至合作前或合作后的一段时间。某快消品牌引发的舆论风波进一步验证了“互联网是有记忆的”这一句话,品牌此前作出但未被即时揭露的不当行为或多或少会影响到合作方,同理于合作结束后一段时间内的品牌方不当行为。

四、结语

党的二十大报告指出,全面建设社会主义现代化国家,必须坚持中国特色社会主义文化发展道路,增强文化自信。繁荣发展文化事业和文化产业是推进文化自信自强的重要举措。“艺术家×品牌”联名无疑是一种商业行为,消费者对该类联名产品的消费不仅可以让艺术家和品牌方获利,同时也推动着文化产业的进一步发展。文化产业的良好发展离不开法律的规制,从法律的视角认识“艺术家×品牌”联名的意义,在于引导双方规范地进行合作,为文化产业的发展添砖加瓦。^[9]

注释:

[1]《著作权法实施条例》第二条: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。

[2]《著作权法》第十九条:受委托创作的作品,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。

[3] 参见吴汉东《知识产权法》，法律出版社，第175-176、195页。吴汉东教授认为“……委托人虽然不是作品的实际创作者，但可以成为原始主体而直接享有著作权”、“著作权法上的继受主体……存在不完全享有权利的情形，如继受主体不能取得专属于原始主体的著作人身权……”、“著作人身权由作者终身享有，其中个别权能依作者意思或者法律规定可以发生移转”。参见王迁《知识产权法教程》，中国人民大学出版社第7版，第219页。王迁教授认为第19条规定的“著作权”似乎应当包括人身权和财产权，即委托人和受托人可以通过合同使委托人原始取得包括人身权在内的全部著作权，但这种解释将实际上使委托人取得作品署名权，与署名权应由作者享有的基本原则不符。

[4] 参见张秀玲《我国委托作品著作权人身权的归属探析》，载《河南师范大学学报（哲学社会科学版）》2012年第2期第96-99页。

[5] 参见廖斯《委托创作合同中著作人身权权属的约定》，载《上海政法学院学报（法治论丛）》2016年第5期第111-117页。

[6] 参见王迁《知识产权法教程》，中国人民大学出版社第7版，第156页。

[7] 参见王迁《知识产权法教程》，中国人民大学出版社第7版，第150-151页。

[8] 此处的道德条款作广义理解，包含道德条款以及反向道德条款。道德条款一般认为是企业针对自然人提出的，反向道德条款则是指自然人针对企业提出的。

【作者简介】



陈春燕 合伙人

执业证号 14401201211024364

专注领域：民商事争议解决、企业法律顾问、婚姻家庭（含涉外）、企业合规

现为广州市律师协会文化传媒与体育娱乐法律专业委员会委员。从业以来先后为数十家企业提供顾问服务，其中多年来为艺术商业跨界合作提供法律服务，积累了丰富的法律实践经验。入选广东省涉外律师后备人才库、广东省涉外律师新锐人才库、广州市第一批涉外律师领军人才。

《中小企业合规评价认证标准》团体标准起草人。



霍启奕 专职律师

专注领域：民商事争议解决、企业法律顾问

毕业于广东外语外贸大学法学院，实习期间协助律师为多家企业提供法律顾问服务，参与办理多起民商事诉讼案件（包括劳动纠纷、合同纠纷、清算责任纠纷等）。

国有企业股东如何主导和操作 拟破产企业的债务重组？ ——以某房地产国企债务重组为例

作者：谢昕 钟嘉慧

前言

债务重组是指企业陷入债务危机时，债务人与债权人通过协商、谈判或根据法院的裁定，由债权人就债务偿还条件作出让步，通过改变原有的偿债条件，缓解企业的债务困境和资金压力。从法律角度而言，债务重组是对陷入债务危机的企业进行债权债务的变更，通过变更、转让、免除、清偿等多种方式对债权债务关系进行重新安排。由于债务关系的背后往往牵扯重大且复杂的利益纠纷，企业面对巨额债务危机时，如果能够找到灵活和多元的应对机制，则可通过合理的债务重组方案将资不抵债的情况转危为机，避免直接进入破产程序，最终摆脱困境，实现扭亏为盈。

国有企业债务重组是为了解决国有企业因债务问题产生的经营危机，同时帮助提升其经营及盈利的能力。在此过程中，应注意避免国有资产流失和社会不稳定因素衍生等现象。本文以某困境国有房地产企业债务重组为例，通过债权受让、减债削债的方式改善托管经营的下属困境企业 A 公司的资产负债情况，逐步解决其债务困境，从而达到处置、盘活优质国有资产的目的。

一、案情简介

(一) A 公司背景、资产情况及其股东 B 公司的情况介绍

1. A 公司成立于 1987 年，是广州市某区人民政府国有资产监督管理局全资设立、具有房地产开发经营资质的国有企业，B 公司为广州市某国有资产经营管理集团有限责任公司。2019 年，由于 A 公司债务问题日益严重，

上级部门将 A 公司移交给 B 公司委托管理，B 公司成为 A 公司的全资股东及直接上级管理单位。

2. A 公司名下的资产主要为某房地产项目二期用地的 3、4 号楼，以及尚未开发的三期用地。该房地产项目于 1999 年开发并投入建设，因 A 公司外部债务问题于 2002 年烂尾停工。H 公司为市级国企房地产开发公司，2014 年，A 公司与 H 公司约定合作复建 3、4 号楼，由 H 公司出资主导复建，A 公司仅负责配合工作，不作任何投入。2018 年，H 公司对 4 号楼房屋申请了商品房预售许可证，并对外销售了 10 套房屋。2018 年 7 月，经 A 公司的外部债权人申请，法院查封了该项目 3、4 号楼在建工程。该项目 3、4 号楼评估价值约为 3.4 亿元。

(二) A 公司面临的债务困境

序号	性质	债权人	债权本息暂计 (单位：万元)	抵押/查封情况	占比
1	外部 债务	债权人① (个人)	13000	(1) 查封某项目二期用地的土地使用权； (2) 查封二期用地的地上建筑物 4 号楼共 60 套房屋。	87.1%
2		债权人②	4000	(1) 查封某项目 3、4 号楼在建工程； (2) 查封某项目 3 号楼共 60 套房屋。	
3		债权人③	2250	无	
4		债权人④	1800	无	
5		债权人⑤	5900	无	
6		债权人⑥： H 公司 (暂定债权)	25000	(1) 轮候查封某项目 3 号楼共 60 套房屋； (2) 轮候查封某项目 4 号楼共 60 套房屋； (3) 查封某项目 4 号楼 1 号房、2 号房。	
小计			51950		
7	内部 债务	债权人⑦	6550	无	12.9%
8		债权人⑧	1000	无	
9		债权人⑨	150	无	
注：债权人⑦⑧⑨均为 B 公司下属管理企业					
小计			7700		
合计			59650		

1. 由于该项目 3、4 号楼在建工程被查封，H 公司无法继续销售房屋。2019 年 5 月，H 公司向法院起诉 A 公司，请求解除双方签订的《合作协议》并要求 A 公司赔偿其直接损失及预期利益损失，一审判决 H 公司对 A 公司的债权金额约为 2.5 亿元。目前，该案尚未审结，H 公司向审理法院申请财产保全，轮候查封了 A 公司名下的该项目 3、4 号楼。

2. 根据承办律师核查及核算，A 公司共有九笔债务，债务本息金额暂合计约 5.96 亿元，其中包括外部债务共六笔，本息合计约 5.19 亿元；内部债务共三笔，本息金额合计约 7700 万元。

3. 根据会计师事务所出具的专项审计报告，该项目 3、4 号楼未结算的建设工程价款共计 600 万元。

4. 由于该项目 4 号楼已对外销售 10 套房屋，A 公司与该 10 户房屋买受人均已签订《认购书》，待退还的已收取买受人房屋销售价款共计 2000 万元（房屋买受人均已支付至少 50% 的房屋销售价款）。

二、问题难点

（一）A 公司的外部债务具有债务积淀时间长、债务形成原因复杂等特点，因此债务清理的难度较大。

该项目 3、4 号楼的评估市场价值为 3.4 亿元，而 A 公司总负债已高达 5.96 亿元。由前述债权统计表可知，A 公司所拖欠的九笔债务中，外部债务数量多，且债务金额占总债务比重大，为 87.1%，内部债务金额占比小，仅 12.9%。如多个债权人对 A 公司申请强制执行，债权人①及债权人②将享有在先查封在先受偿的权利，债权金额最高的 H 公司享有轮候查封权利，则 A 公司将无剩余财产可供内部债权人的债权清偿，最终导致国有资产流失的风险较高。

根据《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》（2020 年修正）第 55 条第 1 款 [1] 及《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 514 条 [2] 规定，如多个外部债权人同时对 A 公司申请强制执行，在优先清偿建设工程价款后，债权人①作为该项目 4 号楼房屋的第一顺位查封权利人、债权

人②作为该项目 3 号楼第一顺位查封权利人，将在查封 / 扣押 / 冻结的普通债权中享有在先查封在先受偿的权利，H 公司作为 3、4 号楼房屋将享受作为第二顺位的查封受偿权利。

因此，即便按照该项目 3、4 号楼 3.4 亿元的市场价值，将全部房屋销售完毕（扣减相关销售费用），也不足以清偿 A 公司面临的全部负债，且 A 公司内部债权人的债权得到清偿的可能性极低，较高风险导致国有资产流失。

（二）由于 A 公司已存在明显的资不抵债情况，根据我国《企业破产法》相关规定，即使 A 公司进入破产重整阶段，也存在因重整失败而进入破产清算的法律风险。

根据我国《企业破产法》第 2 条 [3] 规定，企业资产不足以清偿全部债务、明显缺乏清偿能力或者有明显丧失清偿能力可能的情况，可以申请破产重整；第 70 条 [4] 规定，债权人或 A 公司、A 公司的股东 B 公司均可以向法院破产重整。如 A 公司未能重整成功，最终将进入破产清算程序，法院将通过拍卖、变卖该项目占用土地及地上建筑物的方式，将所得款项用于清偿 A 公司的破产债务，届时土地及建筑物上的保全措施将全部解除。上述①至⑨笔债权均属于普通破产债权，在破产程序中，A 公司清偿完毕享有优先权的债权、破产费用和共益债务、破产人所欠员工工资及社保等费用、破产人所欠税费后，以破产财产对上述①至⑨笔债权按照债权比例进行分配。

因此，如 B 公司不对 A 公司进行债务重组或减债处置，A 公司严重的资不抵债情况将无法改变，即便通过上述强制执行或破产重整程序，将该项目资产全部拍卖或变卖，也无法清偿完毕所有债务，最后可能导致 A 公司破产。

（三）对小债权人——10 名房屋买受人的权益保护问题

在本案中，如该 10 名房屋买受人未取得法院排除强制措施及 / 或确认优先清偿债权的判决书，即使申请了但未得到法院的支持，则其债权在 A 公司的强制执行程序和破产程序中均为普通债权，根据法律法规的规定，其债权清偿顺序在法律层面上不具有优先性。

由于 A 公司已存在严重的资不抵债情况，即便在 B 公司对 A 公司的债务进行了积极的减债处置和债务重组后，A 公司现有资产仍不排除存在无法全部清偿所有债

权人（包括普通债权人）债权的情况。而该 10 名房屋买受人对 A 公司所享有的债权，在没有取得优先清偿权判决的情况下，只是普通债权，如果严格按照法律规定的清偿顺序来说，在执行程序和破产程序中，该 10 名房屋买受人能够得到的受偿金额均将寥寥无几或得不到任何清偿。

因此，该 10 名房屋买受人均不同意 A 公司以退还购房款的方式作为偿债方式，而是要求 A 公司继续履行房屋买卖合同、交付房产。但是，由于该项目 3、4 号楼房产均被 A 公司外部债权人查封，且 A 公司与 H 公司的诉讼案件仍未最终判决，履行房屋买卖合同及交付房产、办理产权证均不具有现实可行性。为表达诉求，10 名房屋买受人已纷纷通过信访、上访的方式维权，A 公司及 B 公司因此面临较大的社会维稳压力。

三、法律评析

（一）B 公司作为 A 公司的股东及上级管理单位，通过债权受让、债权清偿的方式对 A 公司进行债务重组及减债削债，提高 A 公司内部债务金额占总债务的比重，取得对 A 公司部分资产的第一顺位查封权益，提升国有资产债权的话语权。

为防止国有资产流失、保障国有资产增值保值，本团队建议 B 公司发挥集团优势，对 A 公司进行债务重组或减债削债。因此，B 公司对 A 公司的债权进行如下处置：

1. 通过债权受让的方式取得外部债权人①、③、④、⑤对 A 公司享有的四笔债权，B 公司为此垫资约 8000 万元

2. 通过债权清偿的方式消除外部债权人②对 A 公司享有的债权。

经过债权转让及减债削债处置后，A 公司的债务情况如下：

经笔者团队核查，B 公司本次受让外部债权人①、③、④、⑤对 A 公司享有的四笔债权，整体上真实、合法、有效。经过债权转让及清偿部分债务后，B 公司及下属管理企业对 A 公司的债权共计为 3.065 亿元，H 公司对 A 公司的债权（暂按一审判决结果）为 2.5 亿元，即 A 公司目前仅有 B 公司、H 公司两名债权人，债权比例分别为 B 公司

55.08%、H 公司 44.92%。

序号	性质	债权人	债权本息暂计 (单位: 万元)	抵押/查封情况	占比
/		债权人②	清偿完毕	无	
1	外部 债务	债权人: H 公司	25000 (暂定债权)	(1) 查封某项目 3 号楼共 60 套房屋; (2) 轮候查封某项目 4 号楼共 60 套房屋; (3) 查封某项目 4 号楼 1 号、2 号房。	44.92%
小计			25000		
2	内部 债务	B 公司 (原债权人①)	13000	(1) 查封某项目二期用地的土地使用权; (2) 查封二期用地的地上建筑物 4 号楼共 60 套房屋。	55.08%
3		B 公司 (原债权人③)	2250	无	
4		B 公司 (原债权人④)	1800	无	
5		B 公司 (原债权人⑤)	5900	无	
6		债权人⑦	6550	无	
7		债权人⑧	1000	无	
8		债权人⑨	150	无	
注: 债权人⑦⑧⑨均为 B 公司下属管理企业					
小计			30650		
合计			55650		

B 公司受让原债权人①对 A 公司享有的债权后，相应享有对该项目 4 号楼中 60 套房屋的在先查封在先受偿的权利，且 4 号楼的房屋价值先于 H 公司受偿，A 公司已就该部分债权向人民法院申请强制执行。同时，由于原债权人②的债权已消灭，该债权之上的查封措施也随即消灭，该项目 3 号楼的原轮候查封人 H 公司转为正式查封，其享有 3 号楼中 60 套房屋的在先查封在先受偿的权利，且 3 号楼的房屋价值先于 B 公司受偿。此外，H 公司仍为 4 号楼的轮候查封权利人。

（二）经过债权转让及减债削债后，解决 A 公司债务问题的最大阻力是 A 公司与 H 公司的诉讼案件仍未审结，该项目 3、4 号楼中共 120 套房屋仍处于查封状态而无法处置变现，A 公司的资金困境无法得到根本性解决。为盘活国有资产，B 公司与 H 公司进行了积极的债务重组谈判及博弈，此时 B 公司的谈判筹码已显著增加。

对 H 公司而言，一旦 A 公司进入破产清算程序，其获得的债权清偿率可能极低；但对 B 公司而言，即使双方无法和谈成功，B 公司也可以根据《企业破产法》第 70 条向法院申请破产重整，即使重整失败进入破产清算程序，B 公司与 H 公司的清偿债权比例接近 1:1 比例。最

终为兼顾 B 公司和 H 公司权益，避免国有资产折价，尽快处置 A 公司名下 3、4 号楼房产，双方对 A 公司名下持有的债权达成了债务重组和债务清偿方案，清偿条件及原则包括以下四点：

1. 经第三方确认，B 公司、H 公司对 A 公司的暂定债权金额分别 3.065 亿元、2.5 亿元，且确认 A 公司已无其他债权人的基础上，B 公司、H 公司同时对该项目 3、4 号楼的土地及地上建筑物解除查封；

2. A、B、H 三方共同销售 3、4 号楼共 120 套房屋（此前已销售的 10 户除外），设立收取售房款的资金监管专户，由 B、H 两方债权人共同监管；

3. 在销售房屋所得款项满足三方约定的一定条件时，在扣除欠缴税费、未付建设工程价款、销售费用等必要支出后，资金监管专户余款按照 1:1 的比例先行清偿 B 公司、H 公司的债权；

4. 上述先行清偿债务方案，不影响生效法律文书确定的 B 公司、H 公司对 A 公司的债权金额。

B 公司和 H 公司通过上述以对 A 公司名下房产“查封房产解封→销售→先行分配→多退少补”为原则的债务重组和债务预清偿方案，有效实现了国有企业债务重组中各方主体的利益协调。

对 A 公司而言，不但尽早实现了 3、4 号楼共 120 套房屋的处置变现，避免了价值 3.4 亿元的房产迟迟得不到销售而造成的严重国有资产流失风险，达到盘活优质国有资产的目的，也促使 A 公司及早实现了资金回笼，解决濒临破产的困境；对 B 公司而言，其为收购 A 公司外部债权所前期垫资的近 8000 万元资金得到了弥补，防止产生新的国有资产流失问题；对 H 公司而言，其对 A 公司的 2.5 亿元的暂定债权也得到部分提前清偿，防范 A 公司因资不抵债进入破产清算程序而仅能获得极低清偿率的风险。最后，该项目早日实现房屋解封及销售处置，有利于顺利解除房屋买受人的房屋网签、交付办证的问题，维护人民群众的切身利益。

（三）对于 10 名房屋买受人所购买房屋的特别处置方案

为了顺利推进 A 公司债务重组项目的进行，并出于对国有企业的社会责任和维稳压力考虑，A 公司和 B 公司

积极与 10 名房屋买受人协商沟通。即使房屋买受人未取得法院排除强制措施及 / 或确认优先清偿权的生效法律文书，A 公司承诺继续履行原签订的购房合同，并征得房屋买受人的同意，在该 10 套房产解封且完成办理房产证手续后向房屋买受人交付，而不将该 10 套房产作为 A 公司用以清偿债务的资产。通过这种处理方式，也保护了已购买房屋的准业主的合法权益。

四、经验启示

（一）国有企业债务重组应当注重多重目标、多方主体的协调，包括但不限于使企业摆脱债务困境、挽回 / 盘活优质国有资产、保护国有资产债权、实现全体债权人之间的公平清偿等目标。

（二）在本文介绍的国有企业债务重组模式下，B 公司通过清偿方式消灭了 A 公司的部分外部债务，与此同时，B 公司作为 A 公司的股东通过债权转让的方式取得了除 H 公司以外的 A 公司外部债权，而该等债权项下享有第一顺位查封权益的财产为优质的可待盘活的国有资产，避免了国有资产受外部债权人查封且以在先查封在先受偿权利享受优先受偿而导致资产流失的结果。

（三）H 公司在 B 公司取得与其相当的债权比例后，基于通过破产清算程序债权人所获得的清偿率极低，权衡之下最终同意与 A 公司、B 公司达成以“查封房产解封→销售→先行分配→多退少补”为原则的庭外债务清偿方案。该方案不但实现了 A 公司名下资产处置变现，防范了严重国有资产流失风险，化解了 A 公司债务危机，也使得 B 公司、H 公司的债权得到提前清偿，避免发生因 A 公司“一破了之”而最终无法实现债权清偿的困局。

（四）A 公司对小债权人（未实际取得房屋的买受人）履行原购房合同的特殊处置方式，体现了对小债权人权益的公平性保护，体现了国有企业良好的社会责任担当。

注释：

[1]《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》（2020 年修正）第 55 条第 1 款：“多份生效法律文书确定的给付内容的多个债权人分别对同一被

执行人申请执行,各债权人对执行标的物均无担保物权的,按照执行法院采取执行措施的先后顺序受偿”。

[2]《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》(2022年修正)第514条:“当事人不同意移送破产或者被执行人住所地人民法院不受理破产案件的,执行法院就执行变价所得财产,在扣除执行费用及清偿优先受偿的债权后,对于普通债权,按照财产保全和执行中查封、扣押、冻结财产的先后顺序清偿”。

[3]《中华人民共和国企业破产法》第2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”。

[4]《中华人民共和国企业破产法》第70条规定:“债务人或者债权人可以依照本法规定,直接向人民法院申请对债务人进行重整。债权人申请对债务人进行破产清算的,在人民法院受理破产申请后、宣告债务人破产前,债务人或者出资额占债务人注册资本十分之一以上的出资人,可以向人民法院申请重整”。

【作者简介】



谢昕 合伙人

执业证号 14401201611151420

专注领域: 证券和股权投资并购、企业破产重整和债务重组、航空和海事海商、重大民商事诉讼仲裁

投融资部副部长,广东省律师协会公司法律专业委员会委员、广州市律师协会证券法律专业委员会委员、广东省涉外律师库新锐人才、广东省法学会知识产权学会理事。曾主办过多个标的过亿的上市公司重大资产重组、股权投资并购、债务重组项目,在证券和股权投资并购、企业破产重整和债务重组、航空和海事海商、重大民商事诉讼仲裁具有丰富的执业经验,具备为客户提供专业、高效、非诉和诉讼相结合的综合法律服务解决方案的突出优势。



钟嘉慧 专职律师

执业证号 14401201811043463

专注领域: 证券和股权投资并购、企业破产重整和债务重组、航空和海事海商、重大民商事诉讼仲裁

英国布里斯托大学法律硕士,具有证券从业资格。曾协助办理过多个标的额上亿的上市公司、国有企业、创业型/科技型企业及其他优质非上市公司的股权投资并购项目、重大资产重组项目及股权架构设计与股权激励方案设计项目,协助办理过多个标的额上百万的重大民商事诉讼案件,在证券和股权投资并购、企业破产重整和债务重组、航空和海事海商、重大民商事诉讼仲裁均具有丰富的执业经验。

新司法解释下证券虚假陈述民事赔偿案件 否定因果关系要件之抗辩路径 ——以两证券虚假陈述责任纠纷案^[1]为例

作者：王春平 吴耀宏

摘要：证券虚假陈述可分为作为的诱多型、不作为的诱多型、作为的诱空型以及不作为的诱空型四种形态。不同类型的虚假陈述决定了被告不同的抗辩思路和方向。被告要否定因果关系这一侵权责任构成要件，可从交易因果关系与损失因果关系两个层面进行抗辩，若不存在交易因果关系则无需再考虑损失因果关系。监管部门的行政处罚决定是虚假陈述具有重大性的必要不充分条件。虚假陈述不具有重大性，则应认定不存在交易因果关系，而虚假陈述是否具有重大性，关键在于其是否导致相关证券的交易价格、交易量发生明显变化。证券价格影响因素的复杂性与损失因果关系的直接性，决定了被告可以“他人操纵市场、证券市场的风险、证券市场对特定事件的过度反应、上市公司内外部经营环境等其他因素造成原告损失”为由进行减轻或免责抗辩。

关键词：虚假陈述；交易因果关系；损失因果关系；重大性；抗辩

一、引言

2022年1月21日，最高人民法院发布《关于审理证券市场虚假陈述侵权民事赔偿案件的若干规定》【法释〔2022〕2号】（下称《新司法解释》），取代了此前施行的《关于审理证券市场因虚假陈述引发的民事赔偿案件的若干规定》【法释〔2003〕2号】（下称《旧司法解释》）。与《旧司法解释》相比，《新司法解释》完善了证券虚假陈述民事赔偿案件的因果关系认定，区分了交易因果关系与损失因果关系，确立了重大性标准，增加了否定因果关系的抗辩事由，并对诱空型虚假陈述的因果关系推定作了明确规定。

为减轻证券市场投资者举证责任，保护其合法权益，

《旧司法解释》吸收借鉴了美国证券民事诉讼理论中的“欺诈市场理论”与“信赖推定原则”。根据《旧司法解释》第18条规定^[2]，不管证券市场投资者是否知悉以及信赖虚假陈述的内容，只要投资者在虚假陈述实施日及以后至揭露日（含更正日，下同）之前买入相关证券，并在揭露日及以后因卖出该证券或持续持有该证券而产生亏损的，就直接推定原告投资者的损失与被告虚假陈述行为之间存在因果关系。在此情况下，因被告的抗辩空间较小、败诉风险极高，实践中催生了许多职业原告律师，且该队伍不断扩张，甚至出现了专门支持诉讼的风险资本。^{[1][77]}在此情形下，2020年3月1日起施行的《证券法》又新设了“默示加入，明示退出”的证券特别代表人诉讼制度，这势必将会引发证券虚假陈述民事赔偿诉讼案件爆炸式增长。

随着先行赔付、证券特别代表人诉讼制度等的建立，资本市场已经出现过多考虑投资者群体利益，而对其他交易群体的合理利益兼顾不周的态势。^{[2][70]}笔者在威科先行^[3]上检索了案由为“证券虚假陈述责任纠纷”、审理法院为“中级人民法院”^[4]、文书类型为“判决书”的案例，检索结果为7729个，发现其中一审全部/部分支持原告诉讼请求的案例多达6791个，占了87.86%；一审驳回全部诉讼请求的案例为765个，仅占了9.9%。这进一步证明了证券虚假陈述民事赔偿案件中被告的抗辩空间很小，败诉风险极高，此类案件连锁式频发，极易诱发证券市场稳定性风险。

结合《新司法解释》修订情况，本文以《新司法解释》施行后笔者成功代理被告胜诉的两宗证券虚假陈述民事赔偿案件为例^[5]，深入解析证券虚假陈述民事追责背后的法理逻辑，总结证券虚假陈述民事赔偿案件否定因果关系要件之抗辩路径，以求平衡证券市场投资者与虚假陈述行

为人之间的利益，维护资本市场公平正义。

二、案情简介

原告：严某、谢某（证券二级市场投资者）。

被告：杨某（A 股份公司的实际控制人）。

2016 年 11 月，杨某以投资者高某的名义分别认购了某信托公司 1 号、2 号和 3 号证券投资集合资金信托计划（以下合称“三个信托计划”），并成为该三个信托计划的唯一劣后级投资者，享有信托计划的投资决策权和投票权。而后，前述三个信托计划的持有人通过大宗交易方式购入 A 股份公司的大股东 B 控股公司减持的“A 股份”5756.42 万股（股份数额占 A 股份公司总股本的 4.54%）。

2017 年 6 月 16 日至 2018 年 1 月 3 日，1 号信托计划通过集中竞价和大宗交易方式将持有的“A 股份”全部卖出；2017 年 6 月 19 日至 12 月 25 日，3 号信托计划也通过集中竞价和大宗交易方式将持有的“A 股份”全部卖出；2017 年 6 月 19 日至 12 月 14 日，2 号信托计划通过集中竞价方式卖出“A 股份”166.51 万股。上述三个信托计划减持所获资金供杨某本人使用。

2019 年 8 月 22 日，A 股份公司发布《A 股份公司实际控制人收到中国证券监督管理委员会立案调查通知书的公告》。

2020 年 6 月 28 日，中国证券监督管理委员会（下称“中国证监会”）作出《行政处罚决定书》，认为杨某作为 A 股份公司的实际控制人，持有“A 股份”发生较大变化时，未主动向 A 股份公司董事会报送有关报告，未配合 A 股份公司履行信息披露义务，违反了相关证券法律规定，责令杨某改正，给予警告，并处以 100 万元罚款。

与此同时，2017 年 6 月 16 日至 2019 年 8 月 22 日期间，严某与谢某多次买入 A 股份公司的股票。

2017 年 6 月 16 日，“A 股份”的收盘价为 9.62 元/股；2019 年 8 月 22 日，“A 股份”的收盘价为 2.51 元/股；2019 年 9 月 5 日，“A 股份”的收盘价为 2.65 元/股；2019 年 9 月 18 日，“A 股份”的收盘价为 2.6 元/股。

2020 年 9 月 22 日，严某与谢某分别以杨某为被告向法院起诉，认为他们受到被告杨某虚假陈述的影响，误以为 A 股份公司的股票具有较高的投资价值，遂于实施日后买入 A 股份公司的股票，后又由于被告杨某虚假陈述行为被披露而遭受巨额损失，该损失与被告虚假陈述行为之间存在因果关系，要求杨某承担证券虚假陈述民事赔偿责任。

2022 年 4 月 21 日，G 市中级人民法院（下称“G 中院”）作出民事判决，认定案涉证券虚假陈述行为的实施日为 2017 年 5 月 24 日或 25 日，揭露日为 2019 年 8 月 22 日，并以案涉虚假陈述的内容不具有重大性，该虚假陈述行为与原告的投资决定之间不存在交易因果关系；A 股份公司股票价格的下跌与被告隐瞒其减持股票的虚假陈述行为之间并无因果关系等为由，判决驳回了原告严某与谢某的全部诉讼请求。

三、法律评析

（一）证券虚假陈述的四种形态

虚假陈述是典型的证券违法行为。根据《最高人民法院关于审理证券市场虚假陈述案件司法解释的理解与适用》及有关该司法解释出台背景的说明，《旧司法解释》第 18 条创造性地将虚假陈述划分为“诱多型虚假陈述”与“诱空型虚假陈述”两大类，《旧司法解释》第 18 条仅规制“诱多型虚假陈述”^{[3]250-251}，而《新司法解释》对两种虚假陈述行为均做了明确规定。

诱多型与诱空型虚假陈述的区分实际上是根据投资者交易方向的不同而作的区分。所谓诱多型虚假陈述是指信息披露义务人实施相关虚假陈述行为引诱投资者买入相关证券。而诱空型虚假陈述则是指信息披露义务人实施相关虚假陈述行为引诱投资者卖出相关证券。此外，根据虚假陈述行为人的行为方式不同，诱多型虚假陈述又可分为积极作为的诱多型虚假陈述与消极不作为的诱多型虚假陈述。积极作为的诱多型虚假陈述通常情况下是信息披露义务人采取编造重大利好消息的方式引诱投资者买入股价比真实价格虚高的证券。消极不作为的诱多型虚假陈述

通常情况下是信息披露义务人隐瞒重大利空消息致使投资者买入股价比真实价格虚高的证券。同样地，诱空型虚假陈述根据虚假陈述行为人的行为方式不同也可分为积极作为的诱空型虚假陈述与消极不作为的诱空型虚假陈述。积极作为的诱空型虚假陈述通常情况下是信息披露义务人采取编造重大利空消息的方式引诱投资者卖出股价比真实价格虚低的证券。消极不作为的诱空型虚假陈述通常情况下是信息披露义务人隐瞒重大利好消息致使投资者卖出股价比真实价格虚低的证券。

证券虚假陈述四种形态^{[4]57}

本案中，原告明确其主张损害赔偿所依据的事实是被告减持A股份公司股份未披露的虚假陈述行为导致其投资买入“A股份”而遭受损失。因被告减持A股份公司股份对该公司股票价格的影响属于利空因素，故被告隐瞒利空因素构成消极不作为的诱多型虚假陈述。

事实上，上述分类并非仅有学理意义，还有积极的实践意义，尤其对于被告进行抗辩而言极具实践意义。根据《新司法解释》第11条关于“原告能够证明下列情形的，人民法院应当认定原告的投资决定与虚假陈述之间的交易因果关系成立：……（三）原告在虚假陈述实施日之后、揭露日或更正日之前实施了相应的交易行为，即在诱多型虚假陈述中买入了相关证券，或者在诱空型虚假陈述中卖出了相关证券”之规定，只有在投资者的交易决定与交易方向与被告的虚假陈述行为方向一致时，被告才有可能需要承担民事赔偿责任。如果原告投资者的交易方向与被告实施的虚假陈述行为的方向不一致，则无论原告是否存在损失，被告无需承担民事赔偿责任。

（二）否定因果关系要件的抗辩路径：交易因果关系与损失因果关系

证券虚假陈述责任纠纷实质上属于侵权责任纠纷。一般侵权责任的构成要件为侵权行为、过错、损失、因果关系四要件。在证券虚假陈述民事赔偿案件中，因果关系要件是最为核心也是最难以证明的要件。

学理上，虚假陈述行为与投资者损失之间存在因果关系需要从两个层面来证明：首先，需证明投资者的投资决策行为系依据虚假陈述行为作出，即存在交易因果关系；

其次，需证明虚假陈述行为和投资者的损失之间有因果关系，即存在损失因果关系。^{[5]354-355}交易因果关系被用来认定虚假陈述行为是否引起投资者的交易行为，损失因果关系则是被用来判断交易行为是否导致了投资者的全部或部分损失。^{[6]1495}

实证法上，《旧司法解释》仅仅笼统地规定了因果关系，而《新司法解释》则将因果关系精细化地区分为交易因果关系与损失因果关系。不过需要指出的是，即便《旧司法解释》没有将因果关系进行精细化区分，但在司法实践中，很多法院在判断投资者损失与虚假陈述行为之间是否存在因果关系时已经从交易因果关系与损失因果关系两个方面进行判断与认定。比如，广州市中级人民法院谢欣欣、谢春晖法官在2016年第2期《人民司法·案例》刊文对（2015）粤高法民二终字第13-967号案进行评析时援引了广东省高级人民法院在该二审生效判决中的裁判观点：“法院应从交易因果关系与损失因果关系两个层面，判断投资者损失与上市公司虚假陈述行为之间是否存在因果关系”^[6]。持相同或类似观点的判决还包括辽宁省沈阳市中级人民法院（2019）辽01民初906号《民事判决书》^[7]、贵州省高级人民法院（2012）黔高民商终字第3号《民事判决书》^[8]等。可见，《新司法解释》吸收了司法实践中的有益经验和理论成果，也将因果关系精细化地区分为交易因果关系与损失因果关系。

对于被告而言，区分交易因果关系与损失因果关系的实践意义在于：第一，对于因果关系要件，被告可从交易因果关系与损失因果关系两个层面进行抗辩。第二，交易因果关系关乎的是责任成立问题，而损失因果关系关乎的是责任范围或责任大小的问题，如果交易因果关系不成立，那么无需再考虑损失因果关系，直接认为虚假陈述行为与投资者损失之间不存在因果关系。^[9]第三，即便存在交易因果关系，这也并不意味虚假陈述行为人就必然承担民事赔偿责任。被告仍可从损失因果关系进行抗辩，如果被告的虚假陈述行为与原告投资者的损失之间不存在损失因果关系，则被告最终也无需承担民事赔偿责任。

（三）交易因果关系的否定路径

1. 重大性、行政处罚与交易因果关系

重大性是证券虚假陈述行为违法性的核心要件，也是虚假陈述行为人承担民事责任的基本前提。^{[2]53}在“欺诈市场理论”与“信赖推定原则”下，只要虚假陈述的内容具有重大性且原告在虚假陈述实施日之后、揭露日之前实施了相应的交易行为的，就直接推定虚假陈述与投资者投资行为之间存在交易因果关系，而不管市场投资者在作出相关交易决定时是否知悉及是否信赖该虚假陈述的内容。可见，重大性认定尤为关键。

《旧司法解释》只是将监管部门行政处罚设定为证券市场投资者提起证券虚假陈述民事赔偿诉讼的前置程序，但对于重大性与监管部门行政处罚之间的关系并未作出相关明确规定。而《全国法院民商事审判工作会议纪要》【法〔2019〕254号】（下称《九民纪要》）第85条却直接规定了只要虚假陈述被监管部门行政处罚的，就应当认定虚假陈述具有重大性，且不允许被告就重大性问题进行抗辩。^[10]

然而，因信息披露违法被处以行政处罚的法理逻辑与其构成虚假陈述而被民事追责的法理逻辑不同。信息披露违法的行政处罚逻辑日益表现出仅基于发布信息的合规性考察，只论事实真假，不论对市场的影响，缺乏重大性的前置条件。^{[1]95}此外，根据中国证监会《信息披露违法行为行政责任认定规则》第11条至第13条等相关规定，虚假陈述是否具有重大性，仅仅是证监会科以行政处罚的考量因素之一。虚假陈述即便不具有重大性，也可能被科以行政处罚。^{[7]106}而因信息披露违法构成虚假陈述而被民事追责的法理逻辑在于证券市场投资者因受虚假陈述的影响作出了相关交易决定并由此遭受了损失。换言之，具有重大性的虚假陈述当然可被评价为行为违法，并可据此认定侵权责任构成要件中的违法行为和过错两个要件已经具备，但该行为是否对证券市场产生了影响，导致相关证券的交易价格、交易量发生明显变化，交易因果关系是否成立需要另行讨论。正如江苏省南京市中级人民法院在(2018)苏01民初3561号《民事判决书》中所述：“行政机关对此作出行政处罚，系实施行政管理，维护公共利益和社会秩序的需要，并非对民事侵权法律关系中因该事件而导致投资人损失作出直接认定，对于后者，仍然需

要从民事侵权损害赔偿责任角度来认定是否具有因果关系”。^[11]持类似司法裁判观点的还有上海市高级人民法院(2019)沪民终275号《民事判决书》^[12]、广东省珠海市中级人民法院(2016)粤04民初71号《民事判决书》^[13]。据此，监管部门的行政处罚决定只能作为信息披露义务人实施了虚假陈述行为的证据，而不能直接作为认定虚假陈述行为与投资者的投资行为存在交易因果关系的证据。在《新司法解释》已取消前置程序的情况下，民事诉讼程序中更应该独立判断虚假陈述的重大性问题。

由此，《九民纪要》的前述规定实际上与《新司法解释》相冲突。《新司法解释》施行后，监管部门的行政处罚决定等依法可以作为认定行为人违反信息披露义务的证据，而不能直接作为认定虚假陈述的内容具有重大性的依据。也即，监管部门的行政处罚决定是虚假陈述的内容具有重大性的必要不充分条件。

因而，在虚假陈述行为被处以行政处罚后，被告一方面可通过行政复议、行政诉讼等法律途径寻求救济，力争免于被认定为违反证券相关法律规定；另一方面，在证券虚假陈述民事赔偿案件中，被告仍可就虚假陈述的重大性问题进行抗辩，力争通过否定交易因果关系而免于承担民事赔偿责任。

本案中，杨某的行为虽已被中国证监会认定为违反信息披露义务，但因笔者代理其就虚假陈述的重大性提出抗辩，G中院并没有直接依据中国证监会的行政处罚决定认定杨某的虚假陈述具有重大性，而是最终以“虚假陈述不具有重大性、不存在因果关系”等为由驳回了原告的诉讼请求。

2. 重大性的认定标准：是否导致交易价格、交易量明显变化

如前所述，《新司法解释》的亮点之一是确立了重大性的认定标准。理论上，关于重大性的认定存在“投资者决策敏感”与“价格敏感”两种标准。前者注重虚假陈述是否对市场投资者的投资决策产生实质性影响，主观性较强，法官的自由裁量权较大。后者则侧重虚假陈述是否导致相关证券的交易价格、交易量发生明显变化，相对客观，可操作性强。《新司法解释》第10条第1款^[14]从形式

与实质两个维度对重大性的认定作了规定，即虚假陈述的内容属于证券法、证券领域相关的规章和规范性文件要求披露的重大事件或重要事项的，或者虚假陈述的实施、揭露导致交易价格、交易量产生明显变化的，应当认定为具有重大性。此外，《新司法解释》第10条第2、3款^[15]还特别强调虚假陈述没有导致相关证券交易价格或交易量明显变化的，应认定虚假陈述的内容不具有重大性。由此可见，《新司法解释》采纳了“价格敏感标准”，认定重大性的关键核心在于虚假陈述是否导致相关证券的交易价格、交易量发生明显变化。

然而，证券虚假陈述行为对证券交易价格、交易量的影响往往并不是那么的明显。尤其是在消极不作为型的虚假陈述（无论是诱多型还是诱空型虚假陈述）中，由于行为人采取的是消极不作为的隐瞒利多/利空信息，该行为只有被揭露以后才能具体判断是否对交易价格、交易量造成影响。详言之，在积极作为型的虚假陈述中，无论是行为人积极编造重大利好消息的诱多型虚假陈述，还是行为人积极编造重大利空消息的诱空型虚假陈述，相关虚假陈述行为在实施日及以后即可能对相关证券的交易价格、交易量产生影响，也可能直到揭露日及以后才对相关证券的交易价格、交易量产生影响。而在消极不作为型的虚假陈述中，无论是行为人故意隐瞒重大利空消息的诱多型虚假陈述，还是行为人故意隐瞒重大利好消息的诱空型虚假陈述，相关虚假陈述行为在实施日及以后均不会对相关证券的交易价格、交易量产生影响，只有直到揭露日及以后才会对相关证券的交易价格、交易量产生影响。

据此，从否定虚假陈述的重大性及交易因果关系的角度而言，在积极作为型的虚假陈述中，被告既可以从实施日后相关虚假陈述行为对证券交易价格、交易量的影响情况进行抗辩，也可以从揭露日后相关虚假陈述行为对证券交易价格、交易量的影响情况进行抗辩。而在消极不作为型的虚假陈述中，被告只能从揭露日后相关虚假陈述行为对证券交易价格、交易量的影响情况进行抗辩。

本案中，案涉揭露日后的10个交易日内，即2019年8月22日至2019年9月5日期间，A股份公司股价并未出现大幅度波动，其整体走势与上证指数基本一致。

2019年8月22日，该公司股票价格为2.51元/股，至2019年9月5日，该公司股票价格为2.65元/股。而至2019年9月18日，该公司股份累计成交量达到可流通量部分的100%，即基准日时，该股每个交易日收盘平均价格为2.6元/股。鉴于此，从交易价格标准判断，案涉虚假陈述的内容不具有重大性，该虚假陈述行为与原告的投资决定之间并不存在交易因果关系。

“A股份”揭露日后股价变动情况图

3. 交易因果关系的其他抗辩事由

与《旧司法解释》相比，《新司法解释》扩大了因果关系的抗辩事由，并规定了兜底条款。《新司法解释》第12条规定：“被告能够证明下列情形之一的，人民法院应当认定交易因果关系不成立：（一）原告的交易行为发生在虚假陈述实施前，或者是在揭露或更正之后；（二）原告在交易时知道或者应当知道存在虚假陈述，或者虚假陈述已经被证券市场广泛知悉；（三）原告的交易行为是受到虚假陈述实施后发生的上市公司的收购、重大资产重组等其他重大事件的影响；（四）原告的交易行为构成内幕交易、操纵证券市场等证券违法行为的；（五）原告的交易行为与虚假陈述不具有交易因果关系的其他情形”。

需要指出的是，《新司法解释》将上市公司的收购、重大资产重组等重大事件作为交易因果关系的抗辩事由在法理上似乎不甚合理。在“市场欺诈理论”下，只要虚假陈述的内容导致了相关证券的交易价格、交易量发生明显变化（即具有重大性），就直接推定存在交易因果关系，而不管是否存在该等重大事件及该等重大事件实际上是否影响了投资者的交易决定。况且，即便存在该等重大事件，事实上无法也不可能确定原告的交易决定是受到该等重大事件的影响，还是受到虚假陈述的影响，抑或两者均有。因上市公司的收购、重大资产重组等重大事件通常情况下会直接影响相关证券的交易价格、交易量，进而影响投资者的投资利差，因此，该等重大事件作为损失因果关系的抗辩事由更为妥当。

（四）损失因果关系的否定路径

证券市场复杂多变，影响证券价格的因素也多种多样。如前所述，损失因果关系是用来判断虚假陈述行为与投资

者损失之间的关系,解决的是责任范围或责任多少的问题。证券虚假陈述民事赔偿责任下的损失因果关系应当是直接的因果关系。换言之,即便虚假陈述与投资者的投资行为存在交易因果关系,且投资者实际遭受了损失,但只有那些由虚假陈述行为直接导致的损失才能认定为两者之间具有损失因果关系。对此,《新司法解释》第31条第1款规定:“人民法院应当查明虚假陈述与原告损失之间的因果关系,以及导致原告损失的其他原因等案件基本事实,确定赔偿责任范围”。

从被告的角度而言,根据《新司法解释》第31条第2款^[6]之规定,被告可以“他人操纵市场、证券市场的风险、证券市场特定事件的过度反应、上市公司内外部经营环境等其他因素导致原告受损”为由进行减轻或免责抗辩。

本案中,由于被告虚假陈述的内容不具有重大性,被告的虚假陈述与原告的投资行为之间不存在交易因果关系,故无需再另行考虑虚假陈述与原告所谓的投资损失之间的损失因果关系。但出于谨慎、周延考虑,笔者在代理本案时仍然从损失因果关系角度进行抗辩,认为原告主张的所谓投资损失系由证券市场风险、A股份公司涉及重大资产重组、停牌及重组失败、重大诉讼、银行账户及资产被冻结查封、决定不分配利润、控股股东及其一致行动人的股权被质押、多次被冻结等其它重大事件的影响所致。

四、结论

信息披露制度是证券市场的基石,是保障证券市场投资者合法权益、维护证券市场稳健发展的压舱石。因此,对证券虚假陈述行为不仅要科以行政与刑事处罚,还要进行民事追责。

然而,证券市场千变万化,影响投资者决策的因素错综复杂,影响证券价格的因素也多种多样。“投资有风险,入市须谨慎”,作为具有完全民事行为能力的理性投资者不能将对股票下跌的风险及对自己因投资决策失误造成的损失转嫁给他人,否则有违公平正义。

《新司法解释》的修订一方面旨在切实保护证券市场投资者的合法权益,另一方面也完善了因果关系的抗辩事由,兼顾对被告利益的保护,以期推动实现对证券市场各

不同主体利益的平衡保护。

结合《新司法解释》有关规定及相关司法实践,在证券虚假陈述民事赔偿案件中,从否定因果关系要件角度出发,被告可考虑并遵循如下抗辩路径。首先,应准确判断、识别虚假陈述行为人所实施的虚假陈述行为的类型。不同类型的虚假陈述行为决定了被告不同的抗辩思路 and 方向。其次,从交易因果关系与损失因果关系两个层面进行因果关系抗辩。若不存在交易因果关系则无需再考虑损失因果关系,在此情形下可直接认定虚假陈述行为与投资者损失之间不存在因果关系。再次,对于交易因果关系,虚假陈述的内容具有重大性是认定交易因果关系成立的基本前提。虚假陈述的内容不具有重大性,则应认定不存在交易因果关系,而虚假陈述是否具有重大性,关键在于其是否导致相关证券的交易价格、交易量发生明显变化。在积极作为型的虚假陈述中,被告既可以从实施日后也可从揭露日后相关虚假陈述行为对证券交易价格或交易量的影响情况进行抗辩。而在消极不作为型的虚假陈述中,被告只能从揭露日后相关虚假陈述行为对证券交易价格或交易量的影响情况进行抗辩。最后,对于损失因果关系,证券价格影响因素的复杂性与损失因果关系的直接性,决定了被告可以“他人操纵市场、证券市场的风险、证券市场特定事件的过度反应、上市公司内外部经营环境等其他因素导致原告损失”为由进行减轻或免责抗辩。

参考文献:

- [1] 缪因知. 证券虚假陈述与投资者损失因果关系否定的司法路径 [J]. 证券法苑, 2020(30):77、95.
- [2] 陈洁. 虚假陈述民事赔偿制度的新发展理念及其规范实现 [J]. 法律适用, 2022(3):50、53.
- [3] 最高人民法院民事审判第二庭. 最高人民法院关于审理证券市场虚假陈述案件司法解释的理解与适用 [M]. 北京: 人民法院出版社, 2015: 250-251.
- [4] 彭冰. 证券虚假陈述民事赔偿中的因果关系——司法解释的新发展评析 [J]. 法律适用, 2022(5):57.
- [5] 彭冰. 中国证券法学 [M]. 北京: 高等教育出版社, 2007: 354-355.
- [6] 樊健. 我国证券市场虚假陈述交易上因果关系的新问

题 [1]. 中外法学, 2016(6):1496.

[7] 樊健. 证券虚假陈述重大性要件的再厘清: 基于司法实践的批判性思考 [J]. 深圳社会科学, 2021(6):106.

注释:

[1] 参见 (2021) 粤 01 民初 391、392 号《民事判决书》。

两宗证券虚假陈述责任纠纷案系《新司法解释》施行后, 笔者成功代理被告胜诉, 最终使被告免于承担证券虚假陈述民事赔偿责任的案例。

[2] 《旧司法解释》第 18 条: 投资人具有以下情形的, 人民法院应当认定虚假陈述与损害结果之间存在因果关系:

(一) 投资人所投资的是与虚假陈述直接关联的证券; (二) 投资人在虚假陈述实施日及以后, 至揭露日或者更正日之前买入该证券; (三) 投资人在虚假陈述揭露日或者更正日及以后, 因卖出该证券发生亏损, 或者因持续持有该证券而产生亏损。

[3] 参见 <https://law.wkinfo.com.cn/>, 访问时间 2022 年 7 月 28 日。

[4] 《旧司法解释》第 8 条: 虚假陈述证券民事赔偿案件, 由省、直辖市、自治区人民政府所在的市、计划单列市和经济特区中级人民法院管辖。

[5] 需要说明的是, 两宗案件的案件事实虽然发生在《新司法解释》施行前, 但《新司法解释》施行后, 本案仍在审理中, 根据《新司法解释》第三十五条“本规定施行后尚未终审的案件, 适用本规定”之规定, 本案依法适用《新司法解释》的规定。

[6] 参见广东省高级人民法院 (2015) 粤高法民二终字第 13-967 号《民事判决书》。

[7] 该院认为: “..... 投资损失应与本案虚假陈述行为具有因果关系。第一, 投资损失的发生应与虚假陈述行为存在交易因果关系。即因虚假陈述行为实施日后买入股票, 且在揭露日后卖出或继续持有的股票数量所产生的投资损失。对于实施日至揭露日期间买入但在揭露日前即被卖出的股票所产生的投资损失, 与虚假陈述没有交易因果关系, 其买入成本不应纳入平均买入价的计算范围..... 第二, 投资损失应与虚假陈述行为存在损失因果关系。根据《若干规定》第十九条规定, 被告举证证明原告的损失或者部

分损失是由证券市场系统风险等其他因素所导致的, 人民法院应当认定虚假陈述与投资损失之间不存在因果关系”。

[8] 该院认为: “..... 虚假陈述侵权赔偿的构成要件为: 存在虚假陈述行为、虚假陈述行为具有重大性、虚假陈述行为与证券交易及损失之间存在因果关系。上述因果关系包括虚假陈述与交易决定之间的交易因果关系和虚假陈述与投资者损失之间的损失因果关系, 两者缺一不可”。

[9] 最高人民法院在《关于当前商事审判工作中的若干具体问题》中也强调: “交易因果关系是指违法行为影响了投资者的交易决定。重大性、交易因果关系是为了限制或减轻行为人责任的制度安排。侵权行为不具有重大性或者侵权行为与投资者的交易决定没有因果关系时, 行为人不负赔偿责任”。

[10] 《九民纪要》第 85 条规定: “..... 重大性是指可能对投资者进行投资决策具有重要影响的信息, 虚假陈述已经被监管部门行政处罚的, 应当认为是具有重大性的违法行为。在案件审理过程中, 对于一方提出的监管部门作出处罚决定的行为不具有重大性的抗辩, 人民法院不予支持.....”。

[11] 参见江苏省南京市中级人民法院在 (2018) 苏 01 民初 3561 号《民事判决书》。

[12] 该院认为: “虽然有《行政处罚决定书》对重大性作出认定, 但证券侵权责任有自身独立的构成要件, 法院应根据案件具体情况对侵权行为和损失的因果关系进行独立判断。”

[13] 该院认为: “《中华人民共和国证券法》第六十三条只是对虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏的一般性规定, 仅凭中国证监会的处罚决定不能认定珠海中富的虚假陈述事项是否属于重大事件, 应当从陈述事项的性质、影响力等方面综合判断。”

[14] 《新司法解释》第 10 条第 1 款: 有下列情形之一的, 人民法院应当认定虚假陈述的内容具有重大性: (一) 虚假陈述的内容属于证券法第八十条第二款、第八十一条第二款规定的重大事件; (二) 虚假陈述的内容属于监管部门制定的规章和规范性文件中要求披露的重大事件或者重要事项; (三) 虚假陈述的实施、揭露或者更正导致相关证券的交易价格或者交易量产生明显的变化。

[15] 《新司法解释》第 10 条第 2、3 款: 前款第一项、第

二项所列情形，被告提交证据足以证明虚假陈述并未导致相关证券交易价格或者交易量明显变化的，人民法院应当认定虚假陈述的内容不具有重大性。被告能够证明虚假陈述不具有重大性，并以此抗辩不应当承担民事责任的，人民法院应当予以支持。

[16]《新司法解释》第31条第2款：被告能够举证证明原告的损失部分或者全部是由他人操纵市场、证券市场的风险、证券市场特定事件的过度反应、上市公司内外部经营环境等其他因素所导致的，对其关于相应减轻或者免除责任的抗辩，人民法院应当予以支持。

【作者简介】



王春平 高级合伙人 ■
执业证号 14401200010620700

专注领域：疑难复杂的行政复议 / 诉讼、民商事诉讼 / 仲

裁、民事行政交叉案件、房地产 / 建设工程、公司银行金融、不良资产交易处置等

北京大学法学学士，中山大学岭南（大学）学院 MBA 研究生。曾任和现任广州仲裁委员会仲裁员、全国律师协会行政法律专业委员会委员，广东省律师协会行政法律专业委员会委员、省律师专家库行政法律事务律师专家、省国家税务局行政复议委员会专家委员、省质量技术监督局科技专家库律师专家，广州市调解专家库专家、市律师协会民事法律专业委员会委员、市律师协会房地产法律专业委员会委员，广东省北京大学校友会副会长，广东国际经济协会理事，广州市法学会天河分会理事。曾为或正为第十六届亚运会组委会、广东省政府、省国税局、广州市国税局、市地税局稽查局、市税务局二分局、市纪委监委、东莞国税局、广东省公路局路桥中心、省质检院、省特种设备协会、广州市规划设计院、市水务工程建管中心（市水务工程招投标办）、广弘资产、广弘控股、广东广粮、奥德航空服务公司、广东省医药集团、广东电网、广州供电局、白兰氏、华敦集团、新机场穗和、光大花园、鸿荣地产、南方之星等多家政府部门、企事业单位提供常年或专项法律顾问服务。

“互联网 + 庭审”的反思与进路 ——基于线上开庭的律师实务考察

作者：肖剑基 陈靖

摘要

伴随互联网科学技术的广泛应用，中国社会已经迈入互联互通的数字化时代。2021年修改的《中华人民共和国民事诉讼法》（简称“《民事诉讼法》”）首次以立法形式认可在线诉讼活动的正当性，同时赋予其与线下诉讼活动同等的法律效力，推动了“互联网 + 庭审”的发展。伴随《民事诉讼程序繁简分流改革试点实施办法》《人民法院在线诉讼规则》（简称“《在线规则》”）的发布，线上开庭建立起更加规范、清晰的制度框架。目前，我国许多城市的法院已具备相应的技术条件、设备设施及庭审经验。为此，本文将围绕线上开庭实务进行分析，对相关问题及成因展开反思研究，探寻相应的完善路径，以期推动“互联网 + 庭审”在数字时代中的应用，并为其提供兼具理论意义和实践价值的参考。

一、开宗明义：线上开庭的制度初探

（一）制度解读

当下互联网、人工智能、区块链等新兴技术孕育了各式各样的机器智慧，开辟了不一样的制度变革及创新模式。在“互联网 +”的社会发展趋势与司法为民的愿景高度契合的背景下，创新诉讼形式一直适应数字时代的发展节奏。目前，各级法院都用心推动诉讼服务工作与现代科技深度融合。除了提供网上立案、电子送达等“掌上办”数字服务，还有“互联网 + 庭审”等新型司法实践。

庭审是衔接诉讼和审判的核心程序环节，“互联网 + 庭审”是指诉讼程序的参与者可以通过网络技术传递语音、文字和图像信息，借以完成整个庭审活动。本文聚焦讨论的“线上开庭”更是“互联网 + 庭审”衍生的司法新形式，其根植于司法数字化“土壤”，以新兴技术的持续发展为

“生长养料”，实现了互联网与现代司法的有机融合。传统意义的开庭是指在所有诉讼参与人齐聚管辖法院，法官在公开见证下直接与当事人各方互动，通过听取、询问当事人的主张、辩论，对证据进行调查、质证。而线上开庭采用线上的方式进行庭审，诉讼参与人无需亲自前往法院，可以通过电脑、手机APP、小程序等途径参加庭审。

（二）制度价值

随着司法与互联网的深度耦合，线上开庭等新模式成为我国诉讼发展的应然变革，符合高效便捷、公平正义、绿色安全的价值追求。

其一，线上开庭贴合高效便捷的现实需求。“互联网 + 庭审”模式下，文书交接、案件开庭时长等方面都有着非常明显的效率优势。例如，法律文书可以通过网络予以提交，既减少了因文件投递、快递收寄等情况导致的偏差和遗漏，又能使各方快速确认及储存文件。因此，网络数字信息技术的优势不仅可以惠及诉讼参与人，还可为法院的司法工作提供便利。

其二，线上开庭符合公平正义的司法目标。线上开庭的视频数据保留能减少出现笔录被篡改的情况。此外，线上开庭可以减少证人线下出庭作证所造成的冲击，一定程度上节省证人时间、金钱等成本支出，缓解其后顾之忧。再者，“互联网 + 庭审”借助技术手段能降低庭审中人为因素的影响。例如，电子卷宗随案生成系统，充分发挥自动化智能归档分类功能。据此可知，将数字技术与司法活动深度融合，不仅能构建开放、透明的司法机制，还能让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义。

其三，线上开庭契合绿色安全的时代追求。当事人诉讼成本的负担，除了诉讼费、律师费等之外，还有通勤、住宿等成本费用。距离较远的两地开庭，对部分当事人来说开支不菲。因此，线上开庭实现了“足不出户”的绿色开庭方式。同时，“互联网 + 庭审”能基本实现“无纸化”，

这恰恰符合《中华人民共和国民法典》对绿色、环保理念的追求。最后，线上开庭还是安全的诉讼方式，能有效避免出现某方当事人在庭审现场中因双方矛盾激化而产生极端行为，如直接威胁恐吓证人，尾随跟踪对方代理人等。

二、实务考察：线上开庭的实践困境

在信息技术与司法服务深度融合的数字时代，开庭审理案件的流程发生了广泛而深刻的变化。线上开庭增强了司法审判的技术化、透明化、高效化。然而，线上开庭在实践运行中也遇到相关难题：

（一）适用比例问题

早在 2000 年 8 月，新加坡初级法庭便创造性推出“多元电子纠纷中心”，为民众提供免费法院在线调解服务。2001 年，美国密歇根州也曾建立独立的在线法庭，该法院使用电子邮件、数字文件、视频会议和网络广播在网络空间中开展法院实务，如视频查阅证据、在线辩论等。相较而言，我国对于线上开庭的立法规定较晚，2021 年《民事诉讼法》修改后才正式确定在线诉讼的效力及相应规则。因此，目前有关线上开庭的实例记录尚未完全同步。笔者只能从中国裁判文书网上对线上开庭的适用情况进行抽样统计，以“民事审判”“判决书”为统计条件，分别以“线上开庭”“在线诉讼”做关键词检索，截至文章撰写之日，与民事庭审总体数量相比，线上开庭运行情况不尽理想，适用比例不高。根据统计信息可知，每个省份均有数量不等的线上开庭案件。从分布地区来看，北、上、广适用线上开庭的案件最多，尤其是先行试点的北京市。然而，其他地区对于线上开庭的适用情况不尽相同。若以北、上、广的线上开庭案件数量作参照，部分欠发达地区尤其是西部地区的线上开庭模式明显尚未普及。

（二）使用效能问题

线上开庭的使用效能是庭审中各方主体关注的问题。若线上开庭的使用效能存在不足，必属“互联网+庭审”的推进瓶颈。

就当事人而言，线上开庭受制于各方诉讼参与人的网络信号、平台稳定性等差异因素，开庭过程中常常面临画面传输、笔录确认困难等问题。另一种常见问题则是出现

音视频信号不佳，发生掉线、暂停、声音图像不同步、音量过小或画面失真、屏幕抖动、镜头倾斜等现象。此时，未聘请专业律师代理的当事人面对突发情况更是难以快速适应庭审节奏，最后导致线上开庭效能未达预期。

就诉讼代理人而言，线上开庭时，常因网络信号问题听不清委托代理人的陈述意见、对方当事人的抗辩意见及法官的质疑发问。鉴于开庭时不可预知的因素过多，代理人的庭审节奏容易被打乱，发言的时机和效果不易把握，语速、音量均需随时调整，精力容易分散，难以聚焦案件争议问题，这不利于其思路梳理及代理发挥。即线上开庭可能会因沟通的偏差，导致代理效果不佳。再者，代理人难以通过电脑清晰把握对方提交的资料，更遑论核对证据材料原件、充分发表质证意见。这一定程度上弱化庭审的实质开展，影响庭审效能。

三、溯源穷流：线上开庭问题的成因反思

（一）技术设施尚未成熟

相关设备设施尚未完全适应线上开庭的技术要求，具体表现为以下三个方面：

第一，资金投入与设施利用存在失衡。线上开庭所用的设备通常需要高昂的维护成本，但设备的具体利用率却存在不稳定性。毕竟当事人同意采用线上开庭方式的案件还是未知数，而设备的建设与维护却要求源源不断地投入资金。纵观域外的“互联网+庭审”实践，美国密歇根州的在线法庭在开办两年后正因投入资金缺乏、设备使用率低等问题而停办。

第二，地区发展与设备质量存在差距。线上诉讼模式依赖大量的专业设备，这些设备目前也没有统一的制作规格，各地所使用的设备也不尽相同。然而，目前全国法院数字化建设规模尚不统一、进程尚不均衡。北京法院使用的是“云庭审”、广州互联网法院使用的是法院自行建设的智慧庭审平台、深圳市法院使用的是微信小程序“深圳移动微法院”。由于各地经济发展不平衡，偏远地区的法院可能缺乏购买相应设备的财政能力，这造成了各地法院的“互联网+庭审”质量参差不齐的问题。

第三，线上开庭与信息技术存在依赖。线上诉讼的设

备极度依赖互联网及移动信号，任何微小的信息技术故障都可能对庭审的顺利开展产生阻碍。最常见的网络信号不佳问题，一旦出现便会引起画面延迟、语音卡顿，这都会导致线上开庭不得不中断或开展不连贯。

（二）数字化难题尚未解决

1. 数字鸿沟问题

“互联网+庭审”还可能会产生“数字正义鸿沟”的隐忧，即可能进一步加剧不同诉讼参与人间诉讼能力的不对等。毋庸置疑，部分当事人能够通过学习轻松掌握线上开庭的应用操作。值得关注的是，残疾人、老人、低收入者等特殊群体的法律实施能力本就比其他群体人员低，他们很可能因手机、电脑的硬件差距或自身数字能力欠佳而无法顺利接入在线庭审平台。若双方当事人线上开庭的应用能力存在两极分化，数字弱势方定然无法在诉讼中与对方保持平等对抗。因此，数字化技术很可能会加剧社会不同阶层之间数字鸿沟，间接剥夺数字弱势方在诉讼中实现其程序乃至实体权利。

2. 数字安全问题

目前，线上开庭中数据使用、存储安全仍存在隐患。线上开庭设备极度依赖互联网和大数据的整合、交互、应用，具体表现为小程序、应用软件、人脸识别、电子签章等技术支持。需要注意的是，这些技术并不掌握在人民法院和办案人员的手中。目前，我国尚未建立起一套全国统一、独立的线上开庭系统或软件，法院所用的在线平台背后的技术支持均来自社会企业资源，当事人隐私、信息存储等数字安全仍是社会大众关注的焦点。

3. 数据真伪问题

线上开庭时，双方当事人均存在于虚拟空间，当事人及法院三方仅能通过虚拟空间的电子信息确定对方身份。这与传统的线下诉讼中三方建立信任基础的方法存在颠覆性差别，因而也导致当事人及法院三方身份认证存在疑难。当事人通过线上的方式提交诉讼文件、证据，这一定程度割断了法官与当事人在物理空间中的直接联系。线上开庭中的法官难以探测双方言辞的真实性及拓宽沟通的深度。就此而言，线上开庭容易失去线下开庭的严谨与仔细，法官没有亲历感，无法深究一些案件事实及证据的细节，心证更是形成缺少必要的支撑。综上，在无法直接察

言观色和接触证据的环境下，法官如何认定电子证据的真实性，如何评估电子证据的证明效力都是当事人适用线上开庭的顾虑。

（三）程序机制尚未健全

1. 程序选择机制

当前，有关线上开庭的相关规则并未对当事人程序选择权给予应有的重视。虽然最高法出台的《在线规则》第4条以及地方文件《北京互联网法院电子诉讼庭审规范》第2条在开庭准备部分均对法院的告知义务予以明确，但上述文件中的告知内容仅局限于操作指南、庭审纪律和提交材料等一般性程序事项，并未涉及重大程序性利益事项的告知程序。至于法院履行告知义务不到位的法律后果，以及对有适用在线庭审意愿但受困于技术条件及水平的数字弱势群体如何提供帮助等程序选择内容，并未涉及。此类程序选择保障机制不健全的状况必然会削弱当事人选择线上开庭的积极性，阻碍线上开庭的适用和推进。

2. 程序异议机制

程序异议是保障在线庭审中当事人程序选择权的应有机制。而现有关于在线诉讼的规定虽已赋予当事人一定程度的异议权，但其缺乏全面性和体系性。例如，《在线规则》第5条和《人民法院在线运行规则》第33条均明确，法定适用线上开庭的情形下，赋予当事人因客观原因申请提出程序异议的权利。然而，提出程序异议的主体、方式、期限、范围和审查等问题仍悬而未决。还有，若因一方当事人拒绝使用线上开庭而开展的线上线下并行庭审，“线上开庭方”与“线下开庭方”的程序异议权利是否相同，双方提出异议的前置条件是否一致，程序转化后在线庭审是否有效等问题都亟需前立法加以完善。

四、律师观点：线上开庭问题的优化路径

尽管实务当中线上开庭仍存在许多暂时无法克服的技术困难、沟通困难，“互联网+庭审”的未来发展却不会因此裹足不前。针对线上开庭存在的弊端与风险，笔者认为，线上开庭的选择应当根据不同案件的情况及不同诉讼程序的结构，厘清适用空间，并从以下方面进行优化与规范：

（一）加大应用技术科学投入

要想进一步加强线上开庭的综合保障，必然先要加大线上开庭中应用技术的科学投入。如建设、完善线上开庭的应用设备设施。具体完善路径可参照如下两点：其一，搭建完备的线上开庭基础设施。保障庭审时的网络环境稳定，研究并改善音视频摄录即时技术是目前保障司法数字化改革开展的重点。其二，改善网络运行环境，优化网络运行速度，减少不必要的司法环节以及网络操作环节，确保当事人在线上开庭的流畅性从而增强庭审体验感。

（二）优化数字化问题处理机制

1. 针对数字壁垒问题

线上开庭的诉讼平台设计上应尽量简便易行，操作简便化能够满足当事人尤其是诉讼能力弱势一方的诉讼心理和行为习惯。减少不必要的司法环节以及网络操作环节，可缩短当事人参与在线庭审的学习成本，树立当事人线上开庭的使用信心。

2. 针对数字安全问题

线上开庭应高度重视和防范数据信息安全风险。目前，《在线规则》针对区块链存证、非同步审理机制、在线法庭设置、电子送达、电子卷宗等前沿问题，已依法确认其法律效力并就维护数据信息安全、确保技术中立和平台中立提出要求。申言之，相应立法应当明确人民为在线诉讼数据信息的权利主体，明确各方主体对在线诉讼数据信息的保护义务和责任追究的法律依据，以此加大数据安全和个人信息保护力度，保障线上开庭安全、规范、有序运行。而针对当事人担忧的电子数据丢失、证据篡改等问题，可以适当完善区块链技术，利用区块链存储、固定电子证据，避免证据被篡改。

3. 针对数据真伪问题

为确保线上开庭时“人、案、账号”匹配一致，各地法院可以通过技术手段统一设置人机合一的登录准入模式，增设在线庭审人脸生物特征识别、实名身份验证来弥补在线核验身份环节的缺失，以确保到庭人员的真实性、准确性。针对当事人身份识别认证的问题，可将电子签名认证技术、人脸识别技术应用到在线诉讼平台，以保证诉讼参与人身份真实性。

（三）规范线上开庭程序制度

线上开庭作为新兴的诉讼方式，必将对未来的司法审判方式带来巨大变革，因此需对其进行全方位研究，以确定的程序制度和规则来应对未来不确定的风险和挑战。程序构建的过程中应当注意如下两点：

第一，尊重当事人程序选择权。线上开庭的基本前提之一，当是尊重当事人意愿。不是所有的当事人都有采用线上开庭的意愿及能力，因而需要在程序上给当事人提供可选择的机会。未经当事人及其他诉讼参与人知情、同意，法院不得强制安排线上开庭。但应当明确的是，若仅一方当事人选择在线庭审，人民法院可以根据案件情况，采用一方当事人在线、另一方当事人线下的方式开庭。无论是创新的线上开庭方式还是一方同意的线下线上并行开庭方式，法院皆应当全面告知当事人线上开庭的权利义务和法律后果，并经其知情及同意后，才能使用线上开庭方式进行诉讼。当事人进行程序选择时，可能由于缺乏法律知识、线上诉讼经验等原因，对相关的权利义务认识不足，均会影响诉讼程序选择的自愿性。概言之，法院需要明确其对当事人程序选择权释明义务，向双方当事人进行详尽阐明，以增强当事人对程序适用的可接受性。

第二，保障当事人程序异议权。在法院选择线上开庭的过程中可能会出现不宜适用线上开庭的案件情况，此时就涉及程序转化的问题。赋予当事人灵活全面的程序异议、程序转化机制，亦是新型诉讼模式中保障当事人程序选择权的必然要求。当事人有权对正在运行中的线上开庭表示异议，申请法院将在线诉讼转为线下诉讼。对于质证和法庭辩论等需要当事人之间进行直接接触并与实质正义关系密切的庭审行为，必须征得双方当事人一致同意，任何一方当事人不同意适用线上开庭均可提出程序异议，并由法院进行审查。法院无论是作出程序转化决定或是驳回决定，都应当对其予以说理，解释其决定的考虑及衡量。

结语

诚然，任何新兴技术的发展都不会一蹴而就，事物总是呈螺旋式发展，时代的车轮稳步向前，相应的诉讼模式也要紧跟时代的步伐。“互联网+庭审”模式打破了时空的界限，最大限度地缩短了物理的维度，让时间

和距离不再是诉讼参与的障碍，给法院及诉讼参与人提供了更多的可选择途径。据此，数字技术给人类社会带来的影响已经凸显，也必将持续深刻地影响着我国司法现代化的进程。数字时代下“互联网+庭审”的转变将影响当事人诉讼权利的行使，线上开庭不仅是技术的革新，更是司法理念的革新。笔者认为，线上开庭的适用困境，与尚未成熟的技术设施、尚未解决的数字化难题、尚未健全的程序机制息息相关。我们应在保障法律功能实现与鼓励技术创新的平衡间形成相应的完善路径。只有充分利用数字技术的治理优势，才能在法治框架下公正、高效、便捷回应人民群众的司法需求，提高我国司法服务能力及司法现代化水平。☞

参考文献：

- [1] 倪弋. 提升诉讼质效 回应人民群众司法需求 [N]. 人民日报, 2022-02-17(018).
- [2] 谢登科. 论在线诉讼中的当事人程序选择权 [J]. 南开学报(哲学社会科学版), 2022, No.285(01):17-24.
- [3] 刘品新. 智慧司法的中国创新 [J]. 国家检察官学院学报, 2021, 29(03):81-101.
- [4] 王庆宇. 论在线民事诉讼行为的价值目标 [J]. 政法学刊, 2022, 39(05):114-120.
- [5] 陈纪平. 民事诉讼模式新发展——线上线下并行的民事诉讼模式 [J]. 文化学刊, 2022, No.140(06):91-95.
- [6] 范明志. 律师在线诉讼规则研究 [J]. 法学评论, 2022, 40(04):136-147.

【作者简介】



肖剑基 合伙人 ■
执业证号 14401201110660310

专注领域：劳动、合同、企业法律顾问

从事法律服务工作十余年，长期从事劳动法、合同法、企业人事管理方面的研究，现为广州市律师协会劳动和社会保障法律专业委员会委员、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。2015年荣获“广东省司法厅、广东省律师协会联合举办的第一届广东省律师行业业务技能大赛”二等奖。

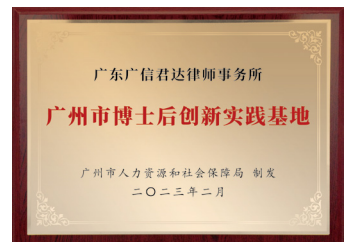
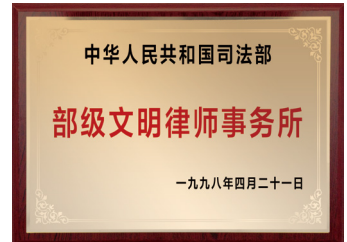


陈靖 实习人员 ■

长沙理工大学法律硕士。在校期间曾获一等学业奖学金、校级优秀学生、最佳辩手等荣誉。

荣耀属于昨天 历史照亮未来

- 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”；
- 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工作省级示范点”；
- 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，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；
- 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”；
- 2022年，被广东省律师行业党委评为“2022年度全省党建工作示范化律师事务所党组织”称号；
- 2022年，入选ALB 2022“年度中国南部律师事务所大奖”“年度华南华中地区合规律师事务所大奖-本地”；
- 2022年，获2022《商法》“政府与公共事务”“航空”“教育行业”卓越律所大奖，卓越综合实力律所（广东）大奖；
- 2022年，入选The Legal 500“广州地区：最值得推荐的律师事务所”榜单；
- 2023年，入选《钱伯斯大中华区指南2023》“公司/商事：广东（本地）”榜单；
- 2023年，设立博士后创新实践基地，填补了广东省律所无“博士后创新实践基地”的空白；
- 2023年，被广州市律协评为广州市律师事务所规范管理示范单位；
- 2023年，获2023《商法》卓越综合实力律所（广州）大奖；
- 2023年，被律新社评为“2023年度劳动法专业领域品牌影响力律所15佳”；
- 2023年，获ALB 2023年度华南华中地区合规、争议解决律所大奖



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

广州 · 北京 · 上海 · 武汉 · 深圳 · 海南 · 重庆 · 珠海 · 中山 · 东莞 · 清远

佛山 · 西藏工布江达 · 梅州 · 平远 · 珠海横琴 · 广州南沙 · 广州花都 · 广州黄埔 · 广州白云

日本东京 · 巴基斯坦伊斯兰堡 · 美国洛杉矶 · 澳大利亚悉尼 · 马来西亚吉隆坡 · 泰国曼谷 · 柬埔寨金边

广州总部 Headquarters

广州市天河区珠江东路6号

周大福金融中心29、11、10层 (510623)

29&11&10F, Chow Tai Fook Finance Centre NO.6 Zhujiang Dong Road,
Tianhe District Guangzhou, China (510623)