



北京德和衡律师事务所
BEIJING DHH LAW FIRM

第三届律师实务学术年会 优秀论文集

THE THIRD DHH ACADEMIC SUMMIT
Collection of Excellent Papers by Lawyers

北京德和衡律师事务所

2022.01.14

**北京德和衡律师事务所
第三届律师实务学术年会优秀论文集**

北京德和衡律师事务所 第三届律师实务学术年会

编辑委员会

顾问：胡明 李旭修 张文

主 编：江 波

执行主编：朱 宁

副 主 编：刘克江 栾 姗

编 辑：陆 阳 黄贤文 常海梅 丁 旭 刘章印
王海军 陶光辉 董燕清 辛小天 刘耕辰
林 倩 孙 甜 任 力 杜和浩 徐红亮
朱伟琳 孙 晶 王仁健 钟子怡 倪雨杭
向宇茹

北京德和衡律师事务所 第三届律师实务学术年会

评审委员会

主 席：胡 明

执行主席：朱 宁

评 委：张守文 张新宝 车 浩 蔡 昌 陆 阳
黄贤文 常海梅 刘章印 王海军 陶光辉
董燕清 辛小天 刘耕辰 林 倩 孙 甜
任 力 杜和浩 徐红亮 朱伟琳 孙 晶

序言

2021年9月，值中秋佳节和教师节双节之际，中国著名法学家、中国政法大学终身教授江平老师为德和衡律师事务所题字“律师兴则法治兴，法治兴则国家兴”，表达对德和衡律师所锐意改革进取、坚持推进学术化的肯定以及对中国律师业发展的期望。

中国律师是社会主义法律工作者，为中外客户提供法律服务，担负推进中国法律实施和法治中国建设的重要使命，是中国法治建设的重要力量。

律师、法官、检察官、企业法务等法律工作者，都是从不同的角度践行着社会主义法治建设的使命。在为当事人提供法律服务的过程中，律师的坚强后盾就是中国法律。随着中国法律的不断修订完善，中国律师就需要不断的学习和研究，否则就无法为当事人提供精准的法律意见，甚至可能给当事人带来无可挽回的损失。

中国律师是中国社会主义法治的宣传者，在为客户提供法律服务的同时，也承担着讲课、撰写学术文章和书籍，向企业、社区、村居、政府机构等提供法治讲座，宣传社会主义法治的公共义务。公民法治意识提高了，法律的精神才会落地。

中国律师的责任担当还体现在设立规则，包括行业规则，社会规则，商业规则，甚至国际治理规则。社会不断发展，科技不断进步，科技与法律的结合也越来越展现出强大的力量，律师也在不断探索，诸如无人驾驶、数字经济、航空航天、元宇宙、直播带货等带来的法律问题，需要律师们的智慧和规则研究。正是律师的辛劳和付出，让社会更有秩序，让世界更和谐。

为了践行法治建设的使命，德和衡律师事务所联合中国知名法学院校和法学教授、专家，共同召开律师实务学术年会。2020年的疫情也没能阻挡德和衡律师举办的律师实务学术年会的召开，今年是第三届，如期召开。每届年会都有众多律师踊跃投稿上百篇学术论文，包括了房地产建工、争议解决、刑事辩护、公司治理、金融证券、企业合规、国际业务、竞争与反垄断、知识产权、数据保护和互联网、环保能源和政府法治等各个领域，不仅仅体现了德和衡律师的专业、专心、专才、专注和精益求精的学术追求，更体现了德和衡律师为社会主义法治大厦建设添砖加瓦、贡献力量的担当。

德和衡律师所的每届学术年会都是一场法治盛宴。法学教授、专家学者、来自全国各地的德和衡律师齐聚一堂，探讨学术，剖析案例，碰撞观点，抒发思想，让人留恋，让人向往。

刘克江

2022年1月14日

目录 |

- 003 契约型私募基金投资人如何向底层项目融资方主张权利 / 杨光明 许惠茹
- 009 央行数字货币的经济效应与审慎管理进路 / 陈燕红
- 018 论非法集资案件中刑民执程序交叉问题研究 / 姜保良 王 杉
- 028 认罪认罚从宽制度在司法实践中的异化与应对 / 任 辉 丁 娜
- 036 关于民用航空管理几个基本概念讨论和对共有产权飞机、会员制分时共享飞机
等商业模式的一点看法
——民用航空法修订背景下的立法规范和监管建议 / 黄振达
- 048 探讨算法作为商业秘密保护的利弊与侵权认定 / 周艾琳
- 055 我国知识产权恶意诉讼损害赔偿的新思考
——基于我国法院 66 件司法判例的实证分析 / 朱兵
- 063 房地产开发经营资质缺失导致合作开发合同无效规定的再解读 / 杨光明 曾强
- 070 主播跳槽索赔千万，司法真的不宜过度介入吗？
——浅谈直播平台挖墙脚行为是否构成不正当竞争的判断标准 / 周艾琳
- 081 后果考量裁判思维的评价与规制 / 高晓洁
- 091 未来已来：中国自动驾驶法律政策演进及展望 / 江波
- 099 碳中和债券发行法律监管及标准探析 / 辛小天 郑茂锋
- 108 公司章程个性化设计和股东法益保护 / 王悦建
- 115 国企并购重组中的专项法律问题思考
——以国企混改和《国有企业公司章程制定管理办法》应用为主线 / 黄振达
- 127 场外配资案件中“金主”和中介的行政、刑事责任研究 / 秦辉
- 133 浅析股东会加速出资决议与股东除名决议的效力
——基于司法实务的思考与观察 / 成焘 马晓洁

- 139 《民法典》视野下小区业主共有收益问题法律研究
——基于司法实务的思考与观察 / 江波 陕书凝
- 144 我国民法典的法人本质假说续造探讨 / 周艾琳
- 153 论《民法典》制度下夫妻一方赠与第三者财产的处理
——以佟某某案为例 / 高丽姣
- 160 刑事涉案财物处置中案外人财产的救济机制研究 / 任辉 丁娜
- 167 涉案财物处置的行刑交叉问题研究
——以长春长生生物科技有限责任公司涉嫌销售劣质狂犬病疫苗案切入 / 杨琢孔 章一川
- 173 信托业务受托人是否应当承担损害赔偿责任
——基于司法实务的思考与观察 / 杨光明 聂凯
- 180 站在“发明构思”的肩膀上看创造性
——兼评伊拉兹马斯大学鹿特丹医学中心、罗杰·金登·克雷格与国家知识产权局
发明专利申请驳回复审行政纠纷案 / 周艾琳
- 191 小种子里的大秘密
——植物新品种繁殖材料的商业秘密保护 / 周艾琳
- 200 中国法院倾向保护违反 GPL 软件协议的行为吗？
——兼谈开源软件的风控问题 / 周艾琳
- 207 知识产权资本化 / 王海军 国秀
- 214 实际施工人工程款特殊诉权的有限适用
——在层层转包、违法分包情况下 / 毕敬文
- 221 雄安新区政府投资项目审批制度创新研究
——以“一会三函”制度为视角 / 江波
- 228 预重整
——庭外重组与司法重整的桥梁 / 张雪莲
- 237 论外国法院民商事裁判在我国的承认与执行 / 李清华 韩晓庆
- 244 信访人违反《息诉罢访保证书》的法律分析 / 王杰 王铭涵
- 248 出口商被欺诈情形下出口信用保险理赔法律问题研究 / 于文森
- 255 上市公司“高商誉”风险问题研究
——关于现行准则对商誉处理的反思 / 任宇飞

260	从金融基础设施建设角度论资管产品托管人的信息披露义务 / 徐宇辉 迟井瑜
267	管辖疑云 ——违约与侵权竞合下，侵权纠纷能否突破仲裁协议约定之实务探 / 李玮涵 王鹏飞
272	浅谈绿色金融 / 王海军 张家千
278	附录：三等奖论文目录



一
等
奖



契约型私募基金投资人 如何向底层项目融资方主张权利



杨光明，深圳市南山区第八届人大代表，北京德和衡（深圳）律师事务所高级合伙人、执行主任。执业十多年以来，杨光明律师专注疑难复杂商事诉讼、破产重整、强制执行、政府法律服务等领域，擅长庭审对抗与节奏掌控，在确认合同无效及合同解除纠纷、集体土地合作开发纠纷、买卖合同及产品质量争议、信用证与保函、保全与执行、公司股权等领域具有丰富的执业经验和专业积累。杨光明律师还担任深圳市供应链金融协会常年法律顾问，对于供应链金融的风险防控、争议解决以及合规建设具有突出的优势与专长。



许惠茹，北京德和衡（深圳）律师事务所律师、联席合伙人，具有基金从业资格、证券从业资格，具备扎实的民商法理论功底和实践经验。自从从业以来，参与办理多起合作纠纷、土地开发纠纷执行与保全以及银行与金融等商事案件。专注于土地开发、信用证与保函，金融担保，公司股权、商事争议解决等业务领域。

摘要：资管新规出台之后，私募基金暴雷后投资者找管理人追责困难，只能寄希望于向底层项目融资方主张权利。针对这个问题，本文首先分了契约型私募基金的法律性质，即分析其法律关系属于信托关系亦或是委托关系。针对向底层融资方主张权利的问题，提出了投资人以基金份额持有人大会名义提起派生诉讼的方案以及更换私募基金管理人后的派生诉讼的方案，并进行了比较。

关键词：契约型私募基金，信托关系，委托关系，基金份额持有人大会

一、问题缘起

私募基金，是指以非公开方式向合格投资者募集资金设立的投资基金，其投资门槛较高，相较于大多数投资而言其属于高风险高收益的投资类型。在资管新规出台之前私募基金投资有不少保底条款、刚兑条款或差额补足等增信措施的加持，即使私募基金暴雷投资者的损失也相对可控。但资管新规出台之后，这些保本保收益的条款变得稀有，私募基金暴雷后投资者找管理人追责困难，只能寄希望于向底层项目融资方主张权利。

如果根据私募基金的组织形式对私募基金的种类进行划分，私募基金可以具体分为契约型私募基金、公司型私募基金及有限合伙型私募基金。但契约型私募基金不同于有限合伙型及公司型私募基金，投资者没有法定代表诉讼权利。就公司型私募基金和有限合伙人私募基金而言，《公司法》第151条及《合伙企业法》第68条规定了董事、监事或执行事务合伙人怠于履行法定义务时，股东或者有限合伙人有权为了公司或合伙企业的利益，以自己的名义直接向人民法院起诉，也就是说这两种组织形式的私募基金投资人可以直接代位起诉底层融资方。但是契约型私募基金并没有类似的规定，《私募投资基金合同指引1号（契约型私募基金合同内容与格式指引）》第26条仅规定，“根据《私募办法》及其他有关规定订明投资者的权利，包括但不限于：（四）根据基金合同的约定，参加或申请召集基金份额持有人大会，行使相关职权；（五）监督私募基金管理人、私募基金托管人履行投资管理及托管义务的情况”。其并未规定投资人享有代表诉讼的权利。如此就面临一个难题也即本文重点讨论的内容，在契约型私募基金暴雷后，投资人如何才能向底层项目融资方主张权利。

二、常见的解决思路

（一）契约型私募基金的法律性质：信托法律关系 or 委托法律关系？

在契约型私募基金不能适用法定的代位诉讼思路后，常见的两种诉讼思路分别是基于委托法律关系主张底层融资方直接还款以及基于信托法律关系主张撤销底层投资，其中依据委托法律关系的思路更为常见。所谓委托法律关系和信托法律关系具体指的是契约型私募基金的法律关系本质，这也是理论界和实务界长期探讨但未形成定论的问题。因此，前述两个方案是否切实可行，首先必须探讨契约型私募基金的法律性质。

1. 主流观点认为契约型私募基金为信托法律关系

具体理由如下：（1）从私募基金规范体系可以看出契约型私募基金属于信托法律关系。由现有私募基金规范体系可见，《证券投资基金法》构成了目前有关私募基金的最上位的唯一特别法律，《私募投资基金监督管理暂行办法》是目前有关私募基金的最上位的唯一特别部门规章。而两者共同的上位法均为《信托法》。具体而言，《私募投资基金监督管理暂行办法》的核心立法基础是《证券投资基金法》和《关于进一步促进资本市场健康发展的若干意见》第2条，《证券投资基金法》的核心立法基础又是《信托法》和《证券法》第1条。《证券投资基金法》明确将《信托法》列为上位法，且没有其他基础法律对契约型私募基金进行管制，因此多数观点主张契约型私募基金中投资人与管理人构成信托关系，并且全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会在其组织编辑的《证券投资基金法释义》中更是明确基金形式的证券投资，即既是一种证券投资行为，又是一种信托行为。

（2）从法律关系的内容和特征可以看出契

约型私募投资基金符合信托法律关系的基本特征。《信托法》第2条规定,“信托是指委托人基于对受托人的信任,将其财产权委托给受托人,由受托人按委托人的意愿以自己的名义,为受益人的利益或特定目的,进行管理或者处分的行为”。私募基金管理人(受托人)接受投资人(委托人)委托,为投资人利益,以管理人自身名义对投资人财产进行管理,符合信托法律关系的基本特征。

(3) 私募投资基金受《资管新规》约束,而《九民纪要》第88条认为《资管新规》规定的资管业务适用信托法处理。《关于规范金融机构资产管理业务的指导意见》(以下简称“《资管新规》”)第2条第3款规定:“私募投资基金适用私募投资基金专门法律、行政法规,私募投资基金专门法律、行政法规中没有明确规定的适用本意见,创业投资基金、政府出资产业投资基金的相关规定另行制定。”《九民纪要》第七章“关于营业信托纠纷案件的审理”第88条第2款规定:“根据《资管新规》的规定,其他金融机构开展的资产管理业务构成信托关系的,当事人之间的纠纷适用信托法及其他有关规定处理。”

2. 少数观点认为契约型私募基金为委托法律关系

具体理由如下:(1) 契约型私募基金合同约定合同相关主体为委托人、受托人、托管人,按照合同约定应认定委托法律关系。契约型私募基金中基金份额持有人(基金投资者)将其资金委托给管理人对外投资,基金投资者即为委托人角色,管理人即为受托人角色,符合合同法中关于委托法律关系。

(2) 《九民纪要》第88条并非规定所有的资产管理业务均为信托关系,部分资产管理业务也可能构成合同法规定的委托法律关系。最高人民法院关于《九民纪要》第88条的理解与适用规定,“审判工作中需要注意的是,并非所有的资产管理产品都构成信托关系。实

践中,处于机构监管的事实状况,有部分机构如证券公司、证券投资基金管理公司、基金子公司在开展资产管理业务的过程中,将一部分产品如‘专户’产品的合同文本按照合同法所规定的委托代理关系来约定当事人之间的权利义务关系,应当注意区分”。

(二) 基于信托法律关系主张撤销底层投资的思路分析

根据前述分析论述,多数意见认为契约型私募基金中投资人与管理人之间构成信托法律关系。由于《信托法》中仅有公益信托才有代位权诉讼之说,在私募基金中并不适用。因此如果私募基金投资人想直接向底层项目融资方主张权利仅能引用《信托法》第22条关于撤销权的规定维权。《信托法》第22条规定:“受托人违反信托目的处分信托财产或者因违背管理职责、处理信托事务不当致使信托财产受到损失的,委托人有权申请人民法院撤销该处分行为,并有权要求受托人恢复信托财产的原状或者予以赔偿;该信托财产的受让人明知是违反信托目的而接受该财产的,应当予以返还或者予以赔偿。前款规定的申请权,自委托人知道或者应当知道撤销原因之日起一年内不行使的,归于消灭。”根据前述规定,如需主张撤销私募基金投资需满足:(1) 基金管理人违反基金目的处分基金财产或违背管理职责、处理受托事务不当导致基金财产受到损失;(2) 底层资产项目方明知基金管理人违反基金目的而接受基金财产的;(3) 委托人应在知道或应当知道一年内行使撤销权。但目前而言,该思路仅为理论上可行,纵观私募基金维权相关案例,暂未有基于信托法律关系撤销底层投资的审判案例可供参考。多数人主张契约型私募基金法律关系为信托法律关系只是为了对抗主张契约型私募基金为委托法律关系一方而提出的抗辩理由或者是利用信托关系说直接向管理人主张责任。投资人利用信托关系说直接撤

销底层投资，向底层融资方主张权利的道路仍有待检验。

（三）基于委托法律关系主张底层融资方直接还款的思路分析

根据前述分析，少数意见认为契约型私募基金中投资人与管理人之间构成委托法律关系。契约型私募基金中投资人即委托人角色，管理人及托管人即受托人角色，受托人代理委托人行使相关投资，所获收益归委托人所有，符合合同法中关于委托法律关系的性质。根据原《合同法》第 402 条“受托人以自己的名义，在委托人的授权范围内与第三人订立的合同，第三人在订立合同时知道受托人与委托人之间的代理关系的，该合同直接约束委托人和第三人，但有确切证据证明该合同只约束受托人和第三人的除外”以及《合同法》第 403 条“受托人以自己的名义与第三人订立合同时，第三人不知道受托人与委托人之间的代理关系的，受托人因第三人的原因对委托人不履行义务，受托人应当向委托人披露第三人，委托人因此可以行使受托人对第三人的权利，但第三人与受托人订立合同时如果知道该委托人就不会订立合同的除外”的规定，主张委托法律关系一方认为无论是直接代理还是间接代理，投资人都有权根据前述对应规定在底层融资方未依约履行合同义务的情形下直接向底层融资方主张权利。

虽然主张契约型私募基金为委托法律关系在理论上仅占少数，但一旦该思路成立，投资人向底层项目融资方直接主张权利的路径就轻松可行。可惜就审判实践而言，法院均不认可契约型私募基金为委托法律关系，反而是一边倒的认为契约型私募基金系信托法律关系。如北京市朝阳区人民法院在（2020）京 0105 民初 9387 号民事判决中认为契约型私募基金不属于合同法规定的委托合同法律关系，理由有三。第一，普通委托关系中，委托财产的所有

权归属于委托人，而契约型私募基金中，基金财产名义上归属于基金管理人且具有独立性。”且《私募投资基金募集行为管理办法》第 12 条第 2 款也规定：“本办法所称私募基金募集结算资金是指由募集机构归集的，在投资者资金账户与私募基金财产账户或托管资金账户之间划转的往来资金。募集结算资金从投资者资金账户划出，到达私募基金财产账户或托管资金账户之前，属于投资者的合法财产”。第二，普通委托关系中，委托人和受托人均可以行使对受托财产的管理、运用和处分权，但契约型私募基金中投资人不可以直接管理、运用、处分基金财产。对于该点上海金融法院在（2019）沪 74 民初 2842 号案件中也表达了同样观点，上海金融法院认为：“就受托财产的转移及其独立性而言，基金合同对于基金财产进行了专门约定，包括投资人不得提取、划转基金账户的资金，不得办理转托管，不得转移基金财产；投资人认（申）购资金实际到账日至本期基金成立日之间的利息，归属于基金财产；基金财产对于管理人、托管人固有财产具有独立性；以及基金财产产生的债权不得与不属于基金财产本身的债务相互抵销等，均体现了信托法律关系项下信托财产的独立性特征”。第三，在普通委托关系中，受托人的行为直接约束委托人，而基金管理人的行为对委托人不具有约束力。对此上海金融法院也持同样观点：“就基金管理人处理财产事务时的权限而言，委托代理法律关系中，受托人根据委托人指令对资金进行管理，受托人具有被动性，而信托法律关系中，委托人将资产转移至受托人后，受托人以自己名义主动进行资产管理，在合同约定范围内享有充分的自主权。”

因此，基于审判实践的总结，虽然契约型私募基金合同中使用了委托人、受托人、委托基金等字样，但双方之间的法律关系并不完全适用原《合同法》规定的委托合同关系。投资人要求融资方直接向其支付投资款本金及收益

的诉讼请求基本不予支持。

三、本文提供的解决思路

（一）投资人以基金份额持有人大会名义提起派生诉讼方案分析

既然契约型私募基金中的投资人不像公司型私募基金及有限合伙型私募基金中的投资人一样拥有法定代位权向底层融资方主张权利，也不能通过信托法律关系主张撤销底层投资，更不能通过委托法律关系主张底层项目融资方直接返还投资款和收益，那么契约型私募基金中的投资人想找底层融资方维权是否就毫无办法？

契约型私募基金主要靠基金合同约定各方权利，因此还需从基金合同中寻找突破口。在没有法定代位权利的情况下，主张意定（合同约定）代位权利也一样可行。比如借用基金份额持有人大会的力量行使相关权利，投资者以基金份额持有人大会名义要求底层项目融资方将投资款及收益返还至基金托管账户，已有相关案例支持。在（2020）京0105民初9387号民事判决书中，北京市朝阳区人民法院认为：“投资者作为其全部基金份额持有人有权以基金份额持有人大会名义主张权利。基金管理人的职责为代表基金份额持有人利益行使诉讼权利或者实施其他法律行为，在私募基金管理人无法履行职责的情形下，可参照适用公募基金关于基金份额持有人大会的规定，允许基金份额持有人大会代行基金管理人的责任。虽然《基金合同》中未就基金份额持有人大会作出约定，但考虑到投资人作为全部基金份额持有人，其意见可视为基金份额持有人大会的意见，该意见亦不损害其他主体的合法权益，故对于投资者要求底层项目融资方将投资款和收益返还至基金托管账户的诉求予以支持。”

实践中，多数私募基金合同中均会约定基金份额持有人大会相关权利、表决程序、表决

权限、行权规则等，只要基金份额持有人投资比例够大或者联合其他基金投资人一起维权，形成基金份额持有人大会决议，按照前述案例精神即可以基金份额持有人大会的名义直接向底层项目融资方主张权利。

（二）更换私募基金管理人后的派生诉讼方案分析

除了前述以基金份额持有人大会的名义主张权利的方式，还有一种非诉思路值得借鉴。契约型私募基金通过基金合同具体约定基金管理人、基金托管人及投资者之间的权利义务关系，其本身并无独立的法律主体地位，契约型基金无法自我管理，只能由基金管理人代其行使相关民事权利，基金管理人的权利不可谓不大。因此，当管理人出现背离基金投资方向、损害基金利益或者是怠于向底层项目融资方主张权利等情况时，似乎只能起诉管理人要求管理人承担相应责任。但还有一种救济途径是通过基金份额持有人大会更换基金管理人，然后让新管理人去向底层项目融资方直接主张权利，维护基金利益。

《私募投资基金合同指引1号（契约型私募基金合同内容与格式指引）》第28条第2款第3项规定，“列明应当召开基金份额持有人大会的情形，并订明其他可能对基金份额持有人权利义务产生重大影响需要召开基金份额持有人大会的情形：（三）决定更换基金管理人、基金托管人”。第29条第2款第2项规定，“按照基金合同的约定，基金份额持有人大会可以设立日常机构，行使下列职权：（二）提请更换基金管理人、基金托管人”。因此，契约型私募基金合同中基本均会规定更换基金管理人的程序，通常而言基金份额持有人大会的召开及表决需由管理人召开，管理人不召开的代表基金份额20%以上的基金份额持有人有权自行召集，代表基金份额2/3以上份额持有人或代表出席方可举行会议，代表出席会议的

基金份额持有人所持表决权的 2/3 以上通过方为有效。因此，只要相应份额投资人行权比例足够大或者联合维权，更换管理人也是个不错的思路。

更换管理人后，新任管理人可以代表私募基金直接起诉底层投资项目方，所获权益归属于私募基金本身。因为契约型私募基金并不是一个法律实体，很多权利都由管理人代为行使，虽然管理人作为合同主体与底层融资方签订合同，但一般而言合同内容都会载明是私募基金投资，相应的转款记录也会标明是私募基金财产转入，底层项目的投资权利实际归属于私募基金。因此管理人作为合同主体签订的合同并不是代表管理人本身而是代表私募基金，

更换管理人后，新任管理人当然享有诉讼主体资格。

四、结语

虽然契约型私募基金的投资设立有不少好处，比如无须进行工商登记、人数上限可以高达 200 人、避免了双重缴税（基金层面不缴税）等，但契约私募基金维权之难也是有目共睹。充分利用契约型私募基金的契约性、自治性，发挥基金份额持有人大会应有的作用，以基金份额持有人大会的名义向底层资产追索或者通过基金份额持有人大会更换管理人后再向底层资产追索均为投资人维权值得一试的方法。

央行数字货币的经济效应与审慎管理进路



陈燕红，华北电力大学人文学院副教授、硕士生导师，对外经济贸易大学中国金融交易中心副主任，国际商会数字商业化工作组专家，中国中小企业商业协会首席专家，北京市律师协会涉外律师领军人才，北京市东城区智能金融人才，北京市法学会国际经济法学会常务理事。

对外经济贸易大学法学博士，美国 Administer Justice 法律援助中心志愿者律师。执业14年以来，曾为中国人寿、中国人保、中国银行（香港）、中国农业银行、中信银行、成都农商银行、天津农商银行等多家大型企业与金融机构提供非诉专项法律服务，并担任中国人保、中信银行、天津农商银行、当当网、《银行家》杂志等多家大型企业、机构常年法律顾问。

曾代理天津农商银行系列金融借款纠纷诉讼、龙江银行信托纠纷诉讼、中植集团金融合同纠纷诉讼等一系列案情复杂且标的额高的诉讼案件。

擅长办理专业性较强的银行、保险、金融、国际贸易公司诉讼与非诉法律事务，擅长办理涉最高院、最高检、贸仲、各省高院重大疑难且复杂的诉讼案件。

摘要：数字经济已成为全球经济发展新的驱动力。央行数字货币是数字经济、数字金融体系发展的重要基础，央行数字货币的可控匿名性、可传递性、可编程性等特性为数字经济、数字金融的发展提供重要支撑。央行数字货币的研发，有助于各国央行应对私人数字货币的挑战，维护货币主权；有助于央行更加科学地调控货币供应量、提高货币政策传导效率、赋能金融监管，同时也为未来可能实施的负利率政策创造了一定的条件。具体到我国央行数字货币，应坚持M0定位和人民银行中心化的管理思路，探索符合国情的数字货币运行模式，强化系统建设和安全保障，寻求技术创新、风险与金融安全三者之间的平衡点，同时，加强立法工作，完善央行数字货币的治理和规范体系。

关键词：数字经济，央行数字货币，经济效应，货币政策，审慎管理

一、前言

党的十九大报告指出，中国特色社会主义进入了新时代，这是我国发展新的历史方位。报告同时明确，全面深化改革总目标是完善和发展中国特色社会主义制度、推进国家治理体系和治理能力现代化。在经济建设方面，报告提出，“以供给侧结构性改革为主线，推动经济发展质量变革、效率变革、动力变革，提高全要素生产率”“加快建设制造强国，加快发展先进制造业，推动互联网、大数据、人工智能和实体经济深度融合”。当前，我国经济已由高速增长阶段转向高质量发展阶段，正处在转变发展方式、优化经济结构、转换增长动力的攻关期，建设现代化经济体系是跨越关口的迫切要求和我国发展的战略目标。经济发展质量的提升与变革，需要从以往粗放的要素驱动、投资驱动转向精细的效率驱动、创新驱动，而目前分布式账本技术（Distributed Ledger Technology, DLT）、大数据、金融科技等信息技术的创新发展与应用，不仅改变了社会的互动方式，使现代经济活动更加灵活、敏捷、智慧，而且为我国经济的转型升级提供了新工具、新动能和新活力。推动新的信息技术与实体经济深度融合，大力发展数字经济，是深化供给侧结构性改革，推进我国经济体系和治理能力现代化的重要举措^①。

近年来，数字经济正在经历高速增长、快速创新，并广泛应用到其他经济领域中。数字经济正日益成为中国乃至全球经济发展的驱动力，在加速经济发展、提高现有产业劳动生产率、培育新市场和产业新增长点、实现包容性增长和可持续增长中发挥着重要作用。2016年，二十国集团（G20）将探讨共同利用数字机遇、应对挑战，促进数字经济推动经济实现包容性增长和发展的路径作为主要议题。根据

G20发布的《二十国集团数字经济发展与合作倡议》，“数字经济”被定义为“以使用数字化的知识和信息作为关键生产要素、以现代信息网络作为重要载体、以信息通信技术的有效使用作为效率提升和经济结构优化的重要推动力的一系列经济活动。”

金融是现代经济的“源头活水”，金融活，则经济活；金融效率高，则经济效率高。在我国步入经济新常态背景下，如何从金融的视角出发，为数字经济等新经济业态的塑造和发展增砖添瓦，更好地为数字经济的创新发展提供良好的货币金融生态，是值得金融界人士审慎思考的重大问题。从农业文明到工业文明，再到信息科技文明演进的过程中，数字金融是数字经济的血脉，而央行数字货币则是数字金融皇冠中的一颗“明珠”。央行数字货币作为货币体系中的新生力量，对主权国家、全球货币金融体系演进与变革的影响将无远弗届。

二、央行数字货币：概念、特性与价值

（一）概念

央行数字货币（Central Bank Digital Currency）（以下简称 CBDC），又称为法定数字货币，是指由一国货币当局（中央银行）基于国家信用发行的新的法定货币形态，是法定货币在数字经济时代的延伸，具有法偿性。中央银行发行的作为其负债的中央银行货币（基础货币）分为纸钞和中央银行存款（包括准备金存款）两种类型。纸质钞票可以全年（365天）、全时段（24小时）进行交易；中央银行存款，以前通过纸质的中央银行账簿进行管理，现在大多数国家已经实现了数字化或电子化。中央银行存款主要用于银行间大额结算，其可用性受到中央银行结算系统运行时间和直接参与者

^① 姚前：《推进央行数字货币研发助力数字经济发展》，载人民政协网，<http://www.rmzxb.com.cn/c/2017-11-28/1883451.shtml>。

进入央行账户资格的限制。与这两类中央银行货币相对应，CBDC 可分为如下两类：第一类，大众日常交易中替代纸币使用的 CBDC；第二类，以中央银行存款为基础，采用分布式账本技术等新技术用于大额结算的 CBDC。CBDC 被视为货币形态的一次重大革命，有望成为数字经济时代发展的基石。目前，随着移动互联网、可控云计算、终端安全存储和区块链技术的演进，全球范围内的支付方式发生了重大的变化，货币形态也从商品货币、金属货币、纸币、电子货币，一直演变为今天的数字货币，货币的“无形化”已经超越了物理形态的限制，在提供支付结算便利化的同时，也为中央银行的货币发行创新、金融基础设施的优化，以及金融效率的提升带来新的机遇与挑战。

（二）特性

不同于传统货币形态，CBDC 是基于密码学和网络点对点技术，由计算机编程产生，并在互联网等虚拟环境发行和流通的电子货币。它的发行和流通机制包含设计、印制、发行、流通、兑换、回笼、银行间结算、时间约束甚至智能合约等多重环节，因此在研发和实际应用中，CBDC 应当具备多方面的特性。

第 1，可控匿名性。非经用户（持有人），或有关监督管理和行政执法部门同意（授权或批准），任何单位和个人都无法追踪（跟踪）数字货币的交易信息和实际用途。

第 2，不易伪造、变造性。伪造货币，是指在 CBDC 的发行和流通过程中，仿照真币的密码（编码），采用各种手段制作的假币。变造货币，是指在真币的基础上，利用技术手段，改变 CBDC 原可执行脚本及计算机程序的假币。CBDC 应具备不被轻易伪造、变造的

特性。

第 3，系统无关性。CBDC 应能够在多种交易介质和支付渠道上完成交易，具有较好的普适性，并能复用现有的金融基础设施。

第 4，安全性。任何个体在交易时无法更改或者非法使用 CBDC。在实现路径上，CBDC 的安全性可通过硬件安全、密码技术等实现。

第 5，可传递性。CBDC 可以在不同用户之间连续转让和交易。

第 6，可编程性。CBDC 可以附加用户自定义的可执行脚本，从而为基于数字货币的数字经济和数字金融提供底层技术支持。^①

第 7，可分性。CBDC 既可以面额为准作为整体使用，也可以被分为更小的单位使用。只需保证各部分面额之和与原面额相等，用户就可以根据实际需要，进行交易和支付。CBDC 的面额切分和交易，跟纸币的兑换（例如 100 元人民币面额可以兑换为 5 个 20 元或者 100 个 1 元），找零（例如 100 元人民币面额购买 20 元商品后找零 80 元）本质上是一样的。

（三）研发央行数字货币的必要性及价值

事实上，近几十年来，国际金融组织和主要国家央行一直都在密切关注法定货币数字化的演进动态和发展趋势。例如，早在 1996 年，10 国集团（G10）^② 的央行就曾在国际清算银行（BIS）召开专题会议，讨论、研判电子货币对本国货币政策执行、货币政策传导机制，以及国内/国际支付体系的影响，并在此基础上提出应对方案和行动指南。此后，G10 央行委托 BIS 定期跟踪、研究法定货币数字化、电子货币在全球的应用，并定期发布研究报告，供 G10 央行参考和镜鉴^③。特别是近几年来，

① 姚前：《数字货币初探》，中国金融出版社 2018 年版，第 198—200 页。

② G10 的会员国包括比利时、荷兰、加拿大、瑞典、法国、瑞士、德国、英国、意大利等。此外，国际清算银行（BIS）、欧盟执行委员会（EC）、国际货币基金组织（IMF）、经济合作发展组织（OECD）等四家国际机构为 G10 的官方观察员。

③ 中国人民银行数字货币研究项目组：《法定数字货币的中国之路》，载《中国金融》2016 年第 17 期。

全球范围内越来越多的国家央行开始关注数字加密货币，积极研究和论证发行央行数字货币的必要性及可行性，部分国家已开始搭建央行数字货币底层基础设施，启动技术系统测试等工作^①。对于主权国家而言，积极推进 CBDC 的研发和应用，一方面是顺应数字经济发展的历史趋势；另一方面，在私人数字货币日益发达的背景下，各国货币当局出于维护货币主权和金融稳定，保持央行货币和支付系统竞争力的考虑，也需要积极应对。对于发达国家，CBDC 的推出有助于其维护金融支付体系的安全性。私人数字货币，尤其是以 Libra 为代表的数字稳定币的诞生及应用，可能对主权国家的金融稳定和货币主权带来较大威胁。因此，央行有必要研发 CBDC，以有效应对私人货币可能带来的垄断等风险，维护货币主权。此外，如果央行能够依托区块链等新技术设计出更加科学的利率传导机制，也将对货币政策的实时、有效传导产生积极影响。而在金融基础设施欠发达的部分国家，CBDC 的优势将更加明显，CBDC 的推出有助于提高金融支付系统的效率，提升金融普惠。对于受到国内通货膨胀、国际制裁等严重影响国内经济金融稳定的国家来说，发行 CBDC 或将是寻求破局的一种尝试。

三、我国央行数字货币的运行体系及最新进展

2019 年 6 月 18 日，Facebook 发布由其主导的加密货币“Libra”白皮书与测试网，Facebook 宣称，Libra 的使命是建立一套简单的、无国界的货币和为数十亿人服务的金融基础设施，通过打造一个新的去中心化区块链、一种

低波动性加密货币和一个智能合约平台的计划，为负责的金融服务创新开创新的机遇。Libra 项目的愿景是成为一种低门槛的、稳定的、全球化的数字加密货币^②。Facebook 发行 Libra 稳定币，是在世界货币体系及金融资源匹配结构性失衡的历史背景下，提出的一种由非主权国家主导的，锚定法定货币的虚拟货币系统，因此被很多人视为是对现行国际金融货币体系的颠覆性力量，引发了各国的关注与重视。此后，全球各国央行开始密集释放研发数字货币的信号。中国在前期研发的基础上，也进一步加快了“中国版”央行数字货币的研发和测试速度：2019 年，人民银行数字货币研究所研发基地先后落户深圳、南京和苏州；2020 年 4 月，人民银行数字货币研究所宣布，将在深圳、苏州、雄安新区、成都及未来的冬奥场景进行央行数字货币的封闭试点测试。中国央行数字货币（Digital Currency Electronic Payment）（以下简称 DC/EP），是由人民银行发行的法定数字货币，它本质上是人民银行的负债，由人民银行提供信用担保，具有无限法偿性，是我国现有货币体系的有效补充。根据目前央行数字货币的架构设计，拟采取“双层运营体系”：上层是央行对商业银行，下层是商业银行对公众。央行按照 100% 准备金制将央行数字货币兑换给商业银行，再由商业银行或商业机构将数字货币兑换给公众。通过双层运行结构可以实现央行的中心化管理（发行和监管），同时避免单层运行结构中人民银行直接面对公众所带来的资源浪费，运营工作成本增加，及其他可能的风险。人民银行在系统架构和顶层设计上积累了优势，而商业银行经过长期的稳健运营和发展，已拥有较成熟的 IT 技

^① 例如，2020 年 1 月，柬埔寨中央银行宣布，其正在研发柬埔寨国家支付门户，并已开发出名为“Bakong”项目的准央行数字货币，预计将于 2020 年正式上线；2020 年 7 月，新加坡官方宣布，新加坡已开发出基于区块链的跨境支付网络系统，可实现更便捷、更高效，运行成本更低的国际结算系统；同月，立陶宛央行宣布正式发布数字加密货币 LBCOIN，该央行数字货币基于区块链技术生产，可直接与立陶宛中央银行以及专用区块链网络进行交换。

^② 参见 Libra White Paper, <https://libra.org/zh-CN/white-paper/?noredirect=zh-Hans-CN>, 2019 年 6 月 18 日访问。

术设施、遍布全国的服务网点、丰富的专业人力资源储备，因此，双层运行结构可以形成央行和商业银行之间的互补，激励各家商业银行开启“赛马模式”，自行寻找合作伙伴和研发适用技术，从而推动数字金融新型基础设施不断优化和成熟^①。目前，DC/EP已陆续在国内部分城市、商业银行及小额支付等场景进行了试点，而现阶段的试点测试是技术研发过程中的测试环节，并不会影响测试环境以外的人民币发行和流通，以及我国的宏观经济金融秩序。

四、央行数字货币的经济效应分析

（一）有助于更加科学地调控货币供应量

CBDC可以作用于总量指标和利率指标，加强货币中介目标的可测性，通过事前和事中的调控增加可控性。央行一般通过公开市场操作和再贴现业务向市场投放或回收流动性，通过适时调整再贴现总量及利率，明确再贴现票据选择，以达到吞吐基础货币和实施金融宏观调控的目的，同时发挥调整信贷结构的功能。由于央行数字货币具有可追溯的特性，央行再贴现贷款可以使用一定比例的央行数字货币进行发放，既可以保证国家政策资金的精准投放，避免资金发放多级流通过程中的腐败问题，防止“跑冒滴漏”，也有助于对洗钱等非金融活动，以及恐怖主义融资等违法犯罪行为进行有效规制。

（二）有助于提升货币政策的有效性

在传统纸币发行和流通体制下，中央银行难以对货币的去向和用途进行准确跟踪和掌握，也很难对基础货币的运行情况进行有效监

测，进而影响了货币政策执行和政策调整的有效性、精确性。CBDC的发行和应用，可能会使得央行对货币供应量、货币流通速度、货币乘数，以及货币时空分布等指标的测算更加精准；可以更加灵活地运用政策工具追踪资金流向，360°全覆盖地进行金融风险监测和风险评估，从而提升货币政策制定的审慎性、有效性和科学性^②。

（三）有助于提高货币政策传导效率

CBDC可以通过三个阶段/路径影响利率政策传导，并进而影响实体经济。一是政策工具的设定，即二级市场上CBDC的利率或数量；二是法定数字货币的价格和利率变化对经济中其他资产的利率和价格的传递；三是金融市场波动对实体经济的传递。这一阶段本身可细分为一系列传导渠道，包括实际利率渠道、银行贷款渠道和预期/信号渠道等。CBDC可能会带来一系列经济稳定状态结构的变化，比如均衡利率或稳定状态信贷息差的变化，进而使得金融市场和实体经济对货币政策的变化更加敏感，使利率期限结构更平滑，利率传导机制更顺畅^③。

（四）有利于为未来可能实施的负利率政策创造条件

CBDC的发行将对各国央行的利率政策调控带来新的机遇。负利率是中央银行实施货币政策的新工具，目前，全球范围内已经有瑞典、丹麦、日本、瑞士和欧元区五家央行实施了负利率政策，这些国家和地区的负利率政策只针对商业银行在中央银行的存款，以达到刺激银行发放信贷、引导资金进入实体经济、提

① 参见赵建：《一文读懂数字货币的由来、发展和演进》，<http://finance.sina.com.cn/zl/authority/2020-09-04/zl-iivhuipp2436955.shtml?cre=zhuannanpc&mod=g&loc=18&r=0&rfunc=95&tj=none>，2020年9月5日访问。

② 盛松成、蒋一乐：《央行数字货币才是真正货币》，载《中国金融》2016年第14期。

③ Jack Meaning, B. D., James Barker and Emily Clayton. *Broadening narrow money: monetary policy with a central bank digital currency*. Staff Working Paper. 2018. No. 724, bank of england. PP. 1-36.

高经济通胀水平，以及减轻本币升值压力等目的。就实施执行的效果而言，部分国家政策比较奏效，但如欧元区和日本等经济体的政策效果没有达到预期，在负利率政策实施过程中出现了比较明显的负面作用。负利率政策通过以下途径产生积极影响：第一，通过对银行征税的方式促使银行更多地发放贷款，从而间接地促进投资；第二，央行与商业银行间的负利率政策最终会传导至存款，使储蓄的收益下降甚至收益变为负数，这将进一步促使投资者追求高收益、高风险的金融投资产品；第三，储蓄收益的下降，可进一步促进居民消费，促进物价水平的提升和经济增长；第四，可通过降低本国汇率水平，增加出口^①。

CBDC 的发行与应用，可为负利率的实施创造一定的外部条件：第一，随着数字货币在更多场景的应用，居民的资金将更多地以 CBDC 的形式存在，一旦开始实施负利率政策，居民将无法通过持有现金的方式规避负利率的影响，因此不会影响货币的信用创造过程；第二，CBDC 作为一种电子化的金融资产，对其交易数据进行统计更加简便易得，可以通过底层数据系统快速、全面甚至实时跟踪、观察货币政策的实施效果，监管部门可以根据市场的实际表现适时调整政策，达到精准施策的目的；第三，由于现金逐步减少甚至消失，以及 CBDC 数字账户体系的建立，央行可能不再面临传统的“流动性陷阱”^②，因为央行既可以维持常态化的正常利率，也可以在经济出现通过紧缩时，采取必要和暂时的负利率政策；第四，CBDC 使央行更有可能采取精准的价格型货币政策调控

工具^③，以更好地达到经济调控和服务市场主体的目的，比如，针对普惠金融、绿色金融实施更加精准的差别化利率定价^④。

（五）推动数字经济发展，提高经济透明度，赋能金融监管

第一，CBDC 有助于为数字经济的发展提质增效。以数字技术为载体而衍生的数字经济、数字资本和数字资产，促进了虚拟经济与实体经济的跨界融合，成为世界经济发展的新动能、新引擎。数字化经济的发展和升级，离不开数字货币和数字金融，CBDC 的研发和推广，有助于提高经济金融活动透明度，壮大数字经济、盘活数字资产、活跃金融市场要素，进而推动数字经济更好、更快地发展。

第二，CBDC 有助于提高经济活动的透明度，赋能金融监管。CBDC 的可溯源性、可追踪性等特征，可以完整反映资金去向，有利于监管机构实时锁定货币动向，实现特定的金融监管和其他经济政策目的；有助于减少偷逃税款、贪污、挪用、非法经营以及洗钱、非法集资、参与恐怖融资等经济金融领域违法犯罪行为的发生。此外，央行数字货币在提高跨境贸易支付结算便利性方面也具有明显优势^⑤。

五、我国央行数字货币的制度设计与审慎管理进路

我国央行数字货币（DC/EP）可界定为：由人民银行主导的，在保留传统纸质人民币发行机制的同时，发行以加密算法、账户松耦合形式为基础的，主要替代流通中现金（M0）

① 钟伟、郝博韬：《负利率时代：能走多远？离中国有多远？》，载《国际金融》2016年第11期。

② “流动性陷阱”（liquidity trap）是约翰·梅纳德·凯恩斯（John Maynard Keynes）提出的一种假说，是指当一定时期的利率水平降低到不能再低时，货币需求弹性就会变得无限大，即无论增加多少货币，都会被人们储存起来。发生流动性陷阱时，再宽松的货币政策也无法改变市场利率，使得货币政策失效。

③ 价格型货币政策工具，是指通过资产价格变化，影响微观主体的财务成本和收入预期，使得微观主体根据宏观调控信号调控自己的行为。

④ 钟伟、魏伟、陈骁：《数字货币：金融科技与货币重构》，中信出版社2018年版，第272—276页。

⑤ 朱烨辰：《数字货币理论与实践研究进展》，载《经济学动态》2017年第10期。

的数字虚拟货币。目标是以研发 DC/EP 为起点，最终构建起一整套完备的，符合我国资源禀赋的，兼具法偿性、安全性、高效性和便捷性的数字货币发行和流通体系。中央银行发行数字货币是一项极其复杂的系统工程，在规划和研发的过程中，不仅需要考虑对货币政策和金融稳定的影响，对技术安全、场景应用、推广和普及教育等方面也都需要统筹考虑。就我国而言，人民银行在 DC/EP 的研发和应用、机制设计、技术路线、信息安全，以及法律规范的调整与完善等方面都需要协同推进，秉持审慎和包容的态度，对各项技术性能进行周密的测试和评估。

（一）DC/EP 定位 M0，坚持人民银行中心化管理思路

DC/EP 定位为 M0 而非 M1 或 M2，不仅有现实依据，也是充分适应货币发展规律的。

第 1，目前我国金融领域的批发资金所依托的支付系统已实现电子化，且支付效率不断优化提升，支持 M1 和 M2 流通的银行间支付清算系统、商业银行内部系统等各类大额支付系统（RTGS）已能满足经济发展和金融活动的日常需求，因此用 DC/EP 替代 M1 和 M2，不仅无助于进一步提升支付结算效率，甚至可能会造成对现有大额支付系统资源的极大浪费。

第 2，在国内零售环节，法定货币的数字化供给仍无法跟上需求端的变化，特别是在金融基础设施较为薄弱的边远和农村地区，公众对现金人民币的依赖度仍然较高，加之以商业银行存款货币为基础的电子支付工具，一般都基于账户紧耦合模式，而此种模式在应用场景覆盖面、支付效率、用户隐私保护和匿名性等方面还存在不足和缺陷。

第 3，现金的管理成本较高，且更容易被

不法分子用于进行洗钱、非法融资活动、支持恐怖组织活动等违法犯罪行为。而 DC/EP 作为数字化的现金，依托其可控匿名性、便捷高效、可追踪等特性，在有效降低现金的管理成本，减少利用现金实施违法犯罪活动的风险，更好地维护金融管理秩序，实现金融安全。

对 M0 发行、流通实行中心化管理是全球各国央行的通行做法。坚持 DC/EP 发行的中心化管理，有利于抵御私人加密货币（包括 Libra 等稳定币）、各类加密资产对法定货币的侵蚀，维护人民币作为法定货币的地位，以及人民银行作为中央银行的法定货币发行权，进而保证数字人民币的法偿性。同时，DC/EP 的中心化管理，也有助于实现支付即时结算，提高支付体系效率，优化货币政策传导机制。当然，要实现并维护好人民银行在 DC/EP 发行中的中心化管理地位，需要统筹管理 DC/EP 的额度、全量交易数据信息，制定统一的技术规范、安全标准和业务标准，并对 DC/EP 的发行、兑换、流通、回笼、结算等全生命周期进行记录和监测，并不断完善和优化 DC/EP 的底层架构和基础设施，实现跨机构互联互通，为 DC/EP 的发行和流通创造良好、稳定的秩序与环境^①。

（二）做好 DC/EP 的场景应用，探索符合我国国情的 DC/EP 运行模式

在探索 DC/EP 的运行模式，实施规划、设计、研发和内测等各个环节，都应当明确如下几点：第一，对于任何一个主权国家而言，创造一种全新的货币形态，都必然与本国的金融货币制度、金融货币法律规范相关，同时也必然要限定在特定的金融货币监管和规范体系内，因为货币制度的最终目的在于保证国家货币政策的正确制定和执行，完善央行宏观调控体系，并在此基础上维护币值稳定，以此促进

^① 范一飞：《关于数字人民币 M0 定位的政策含义分析》，载《金融时报》2020 年 9 月 14 日。

国家经济发展，实现国家金融安全；第二，要以顺应数字经济发展趋势和充分满足现实应用需求为导向，在底层技术层面确保 DC/EP 系统的完整性、前瞻性和可拓展性；第三，充分考虑我国金融生态、金融基础设施、金融系统的短板和痛点，以及现行金融市场的切实需求，做好有效融合，及时修正，迭代优化；第四，在体制机制设计方面，要与我国现行人民币的发行、流通机制相适应，保持机制的延展性，在试点、内测等实践基础上探索出符合 DC/EP 特性和规律的政策工具。而在顶层法律规范和监管治理方面，要实行 DC/EP 和传统人民币均一化管理的方式，实现数字货币与传统货币适用一体化监管和治理框架。

（三）提高推广和教育普及力度

从传统货币转向数字货币，需要考虑迁徙成本。在 DC/EP 应用的最初阶段，居民和商户的接受程度可能不高，对用户的认知、宣贯和普及教育都需要耗费一定的时间成本和经济成本。特别是在国内部分偏远地区，金融基础设施较为薄弱，用户基于消费惯性，可能仍倾向于使用 and 贮存纸币，这可能在一定程度上对人民币 DC/EP 的流通及金融普惠等价值目标的实现带来挑战。用户习惯的培养，一方面，取决于 DC/EP 基础设施的安全性、易得性和便捷性；另一方面，也需要通过多元化渠道进行推广和普及教育，提高公众的认知程度和金融素养。^①

（四）强化系统建设与安全保障

DC/EP 作为一种稳定、高效、便捷的支付手段，需充分考虑网络基础设施建设、终端普及率、网络就绪度等技术要素，提前测试和评估系统运行和维护的各项成本^②。DC/EP 系统

需最大程度的保持系统可用性，并实施保障和应急计划以支持全天候不间断的连续访问。从网络支付安全的角度看，类似社交媒体盗用、短信木马链接、骗取验证码，以及黑客攻击等违法犯罪行为，已成为移动支付安全领域十分突出的问题。从数据安全的角度考虑，加密技术虽可提高数据传输的安全性和完整性，但是安全风险始终无法消除。因此，DC/EP 系统在电信、软件、认证、网络安全等方面应当提前考虑到位，且有一整套应急和风险缓释方案^③。

（五）在技术创新、风险与金融安全之间做到动态平衡

人民银行在技术路线的选择方面，需秉持审慎、包容的态度，主要从法律规范和监管制度、运行机制和技术路线等方面统筹安排，在符合法律法规和制度规范要求的前提下，对各项技术审慎评估，对运行机制反复进行试点内测，保证底层基础设施及关键节点运行顺畅，从而寻求 DC/EP 系统在效率与安全、创新与风险、稳定与灵活之间的动态平衡点，并在长期动态演进中保持稳定。

（六）通过立法，完善央行数字货币的治理和规范体系

央行数字货币系统运行的合法性与稳健应用，有赖于健全、平衡且与时俱进的法制作保障，从而真正发挥其在推动数字经济、数字金融体系发展中的价值。发行央行数字货币在货币的法偿性、形态、反假币等方面对现行法律体系提出了新的要求。

第 1，央行数字货币的法律地位需要明确。《人民币管理条例》第 2 条规定，“本条例所称人民币，是指中国人民银行依法发行

① 谢平、石午光：《数字货币新论》，中国人民大学出版社 2019 年版，第 208 页。

② 张正鑫、赵岳：《央行探索法定数字货币的国际经验》，载《中国金融》2016 年第 17 期。

③ 刘贵生、司晓玲：《现金的价值与生命力》，载《中国金融》2018 年第 4 期。

的货币，包括纸币和硬币”。人民币的范畴并未包括数字货币，因此需在法律规章中调整对“人民币”的定义，将数字货币等形态纳入其范畴。

第2，货币法偿性。《中国人民银行法》第16条规定，“中华人民共和国的法定货币是人民币。以人民币支付中华人民共和国境内的一切公共的和私人的债务，任何单位和个人不得拒收”。而在现实应用中，考虑到数字货币需依托特定网络基础设施进行流通，因此可能出现因技术因素无法接收央行数字货币的情况，会对货币“法偿性”造成不利影响。因此，在立法上应考虑以列举的形式对特定情形下拒收央行数字货币的行为免于处罚。

第3，反假币问题。目前相关法律规范对货币“伪造”“变造”的定义及反假币工作的具体程序无法适用于数字货币，需要结合数字货币的技术特性和流通的具体环节重新界定货币“伪造”“变造”的定义，并提出适合数字货币特性的反假币工作机制^①。

第4，目前，数字化人民币还无法完全适用实物现金流通的监管规则，可考虑通过拟定针对数字人民币的专门性监管规范，做好DC/EP发行、流通的制度建设，并根据实际运行中的需求、发现的问题及法律漏洞等，持续做好法律规范的完善，真正做到有法可依、有法必依、与时俱进、违法必究。

六、结语

以数字技术为载体而衍生的数字经济、数字资本和数字资产，促进了虚拟经济与实体经济的跨界融合，成为世界主要国家经济发展的新动能、新引擎。数字化经济的发展和升级，离不开数字货币和数字金融，央行数字货币在提高货币政策传导效率、赋能金融监管方面将发挥重要作用。我国央行数字货币的研发和推广，有助于提高经济金融活动透明度，壮大数字经济、盘活数字资产、活跃金融市场要素。但在央行数字货币审慎测试，真正上线并成为纸币的替代支付方式之前，仍然面临法律制度规范、系统安全等诸多挑战。当下及未来，金融监管部门和学术界应考虑关注央行数字货币的需求、发行数量和发行节点、外部影响机制及科学审慎的治理对策等基础性理论命题。除此之外，鉴于数字货币的特殊属性，还应重点研究数字货币在监管领域的基础理论和技术模型应用，比如数字货币监管模型、数字货币利率实施理论、数字货币KYC用户识别理论、数字货币反洗钱AML监管理论、数字货币大数据分析决策模型等^②。通过对数字货币监管理论的深入探究，为中央银行对经济金融系统的宏观审慎调控，及各项货币政策的精准实施夯实理论基础和研究范式，同时也为数字经济、数字金融更好地发展注入新动能。

^① 刘向民：《央行发行数字货币的法律问题》，载《中国金融》2016年第17期。

^② 李建军、朱烨辰：《数字货币理论与实践研究进展》，载《经济学动态》2017年第10期。

论非法集资案件中刑民执程序交叉问题研究



姜保良，二级律师，山东德衡律师事务所主任，高级合伙人，获评山东省律协刑委会优秀委员、青岛市优秀律师、青岛市律师行业优秀党员律师、青岛市律师行业优秀党务工作者、青岛市十佳公益律师、青岛市十佳青年律师。姜保良律师作为山东省青年律师代表，先后参加山东省首期青年律师领军人才集训及全国律协青年律师领军人才集训。

姜保良律师现担任山东省扫黑办社会监督员、青岛市人民政府优化营商环境专家咨询委员、青岛市人民检察院人民监督员、青岛市法治政府建设研究会常务理事、青岛市青年企业家协会常务理事、中国海洋大学职业发展导师、法律硕士教育中心实训专家及青岛大学法学院实务导师。



王杉，诉讼法学硕士，自加入山东德衡律师事务所以来，专注于职务犯罪、经济犯罪类案件的刑事辩护，参与办理过多起疑难复杂、重大社会影响的案件，取得良好辩护效果。

摘 要：民间借贷案件与非法集资类案件出现刑民执程序交叉的现象的主要原因是民法评价的单个借贷关系与刑法评价的多个借贷集合关系的评价规则差异化以及刑民裁判支持的赔偿范围不同所致。当国家为参与人保障合法权利而提供了多个救济途径时，参与人（同民事借贷纠纷中的“债权人”）出于对利益最大化的保护，往往会在选择不同救济方式下出现差异，因此而出现权利救济落空或双重救济的复杂情形。有鉴于此，笔者结合审判实践的裁判观点区分了“同一事实”和“牵连事实”，并对“同一事实”和“牵连事实”下“刑执裁判”并存时的处理方式提出几点建议，以期“刑民执程序”顺畅衔接。

关键词：民间借贷，非法集资，同一事实，牵连事实，刑民执程序

随着 20 世纪 90 年代确立市场经济体制之后，个体经济飞速发展，民营企业等中小企业如雨后春笋般朝气蓬勃。银行对国有企业和民间中小企业不同的审查门槛和放贷标准，致使民营和中小企业在全民创业、大众创新的市场基调下缺乏资金、发展无力。民营企业的发展由于缺乏银行资金的保障，因此只能采取其他方式获取资金。正如温家宝在温州调研的时候曾说：“民营企业有需求，而金融机构又不能满足。正门开的不大，那旁门就要开。”^① 所谓的“旁门”便是门槛低、来钱快的“民间借贷”。

“民间借贷”最早可以追溯到三千多年前的西周“傅别”一词。在春秋战国时期便已经出现了与高利贷类似的“子钱家”，经历了两汉三国、唐宋元明清等多个朝代，发展为钱铺、银楼、钱庄等高利贷机构，影响范围遍及全国。随着新中国成立，这类封建放钱机构逐渐被取消，但国家允许个人借贷存在。民间借贷的优势在于企业可以不需要经过严格的资格审查和抵押担保便可获得资金，同时参与人可以稳坐家中收取利息，双方各取所得。然而当企业轻而易举地获得这些时，企业意识到了民间借贷的优势，逐渐从向特定对象借款改变为向不特定对象借取资金，从正常的返本付息到承诺高额返利，从真经营到假经营，从借贷关系不断衍生出委托理财、房产回购等诸多掩人耳目的吸取资金模式，大量的民间资本被套牢在企业中，国家正常的金融秩序被严重扰乱。此时，由于出于对于民营企业的盲目信任和市场经营信息的不对称，参与人的资金安全面临极大的风险，一旦企业出现经营失败、企业家携款潜逃等问题，参与人一生心血将会一夜蒸发，参与人的财产权利将受到损害。

因此，这类民间借贷合同带来的后果不仅是将民间借贷人的财产权利遭受侵害，更严重的是对国家金融秩序的扰乱。这就需要刑法介入到民间借贷的法律关系中，通过非法集资罪的相关规定以维护国家金融秩序稳定性、可靠性。

一、刑法与民法皆赋予集资人权利救济路径

“在由民间借贷异化成的非法集资类案件中，刑法与民法皆赋予了集资人（同民事借贷纠纷中的‘债务人’）救济路径，刑法评价的是以非法集资人为核心，以其他每个民间借贷人为轴的扇面，民法评价的是每一个参与人和集资人，是单独的线段。”^② 具体分析见一下举例。

假设作为社会不特定对象之一的自然人 A 与企业 B 达成民间借贷协议，A 借款给 B 30 万元，B 承诺月息 6% 的回报率，借款期限为一年，当 B 无法返还 A 借款或利息时，A 能否基于民事借贷法律关系向法院起诉 B 还款？答案是可以的。“根据公私法区分理论，公法规制的是国家和公民的关系，而私法规制的是公民之间的关系，民事规制与形式规制原则上互不隶属，自成体系，是一种并存关系”，^③ 民事法律关系是否有效应根据民事法律规则进行认定。据此，《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定（2020 第 2 次修正）》（以下简称“《民借解释》”）详细规定了民间借贷案件的裁判规则。

但若是除了 A 以外的 CDEF 等人与 B 达成了这类民间借贷协议，B 皆无法偿还借款或利息呢？这时，诸多在以双方之间意思自治协商一致基础下的民间借贷合同出现了扰乱国家正常金融秩序的可能性，此时就需要刑法的介入

① 马光远：《温州金融危机是改革不彻底的缩影》，载《中国经营报》2011 年 10 月 17 日。

② 任露雨：《民间借贷刑民交叉案件程序适用问题研究》，安徽财经大学 2020 年硕士学位论文。

③ 税兵：《涉罪合同的效力认定—最高人民法院公报案例“吴国军案”评析》，载《澳门法学》2014 年第 2 期。

以保护国家、社会、第三方利益以免受到侵犯。现行《刑法》第 176 条“非法吸收公众存款罪”的规定将吸收资金的数额分为三档，相对应地是三档的人身刑和罚金刑，并规定以积极退赃退赔为从轻的情节，既稳定了国家金融市场秩序，又保护了参与人的财产安全。

综上所述，民法和刑法皆给予了保护参与人财产安全的救济方式，但笔者认同“所有借款合同聚合形成一个整体，因其达到了刑罚规制或制裁的程度”^①的观点。现行《刑法》并不能根据集资人与参与人签订的某个民间借贷合同追究集资人的刑事责任，对于单个民间借贷合同而言，参与人仍有权使用民事争议解决的方式进行权利救济。

二、非法集资案件刑民执程序交叉适用模式的现状与困境

（一）非法集资案件刑民程序交叉适用模式现状

若根据以上假设，企业 B 同时违背了民事法律规范和刑事法律规范，那 B 能否同时被追究民事法律责任和刑事法律责任呢？再进一步假设，若存在 b 作为 B 的担保人对 B 的债务承担连带保证责任，当 B 被追究刑事责任时，A 能否同时通过民事诉讼的方式请求 b 承担连带保证责任呢？诸如以上行为在实践中不断发生，为了防止民事和刑事对“同一事实”或“牵连事实”重复甚至冲突评价，立法者不断出台相关司法解释明确处理模式，主要为先刑

后民、先民后刑、刑民并行模式。

1. 先刑后民程序

先刑后民，是指当同一行为既违反了民事法律规范又违反了刑事法律规范时，优先作为刑事犯罪处理。非法集资类案件的“先刑后民”的处理模式有法可依。早在 2014 年《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于办理非法集资刑事案件适用法律若干问题的意见》（以下简称“《非法集资若干意见》”）第 7 条规定^②中，便明确了人民法院对发现有非法集资犯罪嫌疑的案件应驳回起诉并移送公安机关或检察机关。《民借解释》第 5 条的规定^③也与《非法集资若干意见》的规定“先刑后民”的基本理念保持一致。

根据《民借解释》第 5 条和《非法集资若干意见》第 7 条规定，“先刑后民”模式的前提是基于同一事实，即竞合型刑民交叉^④。以上假设为例，主要适用以下情形。

①ACDEF 等人刑事报案之后，在侦查、起诉、审理的阶段中，ACDEF 等人再以同一民事借贷纠纷为由向法院起诉，法院应裁定不予受理。

②在①的情景假设下，若法院在立案审理之后，发现 ACEDF 等人所起诉的民事借贷纠纷有非法集资犯罪嫌疑的，则法院应裁定驳回起诉。

③若法院在立案审理 ACEDF 等人诉请的民事借贷纠纷过程中，ACDEF 等人再进行刑事报案的，公安机关在刑事立案之后，公安机关应及时通报相关法院，法院审查后认为的确

① 叶名怡：《涉合同诈骗的民法规制》，载《中国法学》2012 第 1 期。

② 2014 年《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于办理非法集资刑事案件适用法律若干问题的意见》第 7 条第 1、2 款规定，对于公安机关、人民检察院、人民法院正在侦查、起诉、审理的非法集资刑事案件，有关单位或者个人就同一事实向人民法院提起民事诉讼或者申请执行涉案财物的，人民法院应当不予受理，并将有关材料移送公安机关或者检察机关。人民法院在审理民事案件或者执行过程中，发现有非法集资犯罪嫌疑的，应当裁定驳回起诉或者中止执行，并及时将有关材料移送公安机关或者检察机关。

③ 2015 年《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定（2020 第 2 次修正）》第 5 条第 1 款规定，人民法院立案后，发现民间借贷行为本身涉嫌非法集资等犯罪的，应当裁定驳回起诉，并将涉嫌非法集资等犯罪的线索、材料移送公安或者检察机关。

④ 竞合型的刑民交叉，是指一个行为既触犯了刑事法律规范，又违反了民事法律规范。

存在非法集资犯罪嫌疑的，应当裁定驳回起诉。

因此，无论民事诉讼程序和刑事诉讼程序的启动先后顺序，违背民事、刑事法律规范的同—法律行为都应优先进行刑事处理，当不被作为刑事案件处理时，参与人可以民间借贷纠纷为由另行向法院起诉。近些年，各地各级法院也都坚持此处理模式，“先刑后民”的处理模式符合公权优先于私权的司法理念，兼顾了保护受害人物质损失和提高诉讼效率的价值追求。

然而，面对司法实践层出不穷的各种问题，看似完美的“先刑后民”模式仍出现了疑难问题，主要有两个问题：①如何把握“非法集资犯罪嫌疑”，主要有两个观点，一是法院在进行初步审查后认为本案不是民事借贷纠纷，而是非法集资类犯罪案件，此时该类案件尚未被公安机关发觉；二是“非法集资犯罪嫌疑”以是否进入了刑事诉讼程序为准。②某一参与人没有参与刑事报案，能否以民间借贷纠纷为由提起民事诉讼。

对于第一个问题，笔者的观点是“非法集资犯罪嫌疑”是以进入刑事诉讼程序为准。首先，从“非法集资犯罪嫌疑”“涉嫌非法集资等犯罪的”的字义解释来看，“犯罪嫌疑”“涉嫌”等词是进入了刑事立案阶段的标志，只有公安机关刑事立案之后，才能对涉案人使用“涉嫌非法集资”“犯罪嫌疑”；其次，为了避免法院对此类案件的“推诿”，若是审判法院可以随意以“非法集资犯罪嫌疑”对有非法集资性质的民间借贷案件裁定驳回起诉，那参与人将会陷入程序的诉累中，合法权益无法得到有效保障。因此，笔者认为应以公安机关刑事立案为准把握是否具有“非法集资犯罪嫌疑”。

对于第二个问题，笔者的观点是对于没有参与刑事报案的参与人不能再以民事借贷纠纷为由提起民事诉讼。首先，没报案的参与人与集资人之间的民事借贷纠纷仍与正在处理的非法集资类案件仍属于“同一事实”，非法集资犯罪行为特征是集资人向参与人吸取资金的行为，是众多的民间借贷关系集合成了非法集资犯罪；其次，“先刑后民”模式是法律的强制性规定，而非赋予集资人对诉讼程序的选择权，若所有的集资人都可以自由选择民刑程序维护自己的权益，则非法集资类犯罪将会成为空中楼阁。结合《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139条的规定，刑事裁判之后，集资参与人无权另行提起民事诉讼。因此，笔者认为，没有参与刑事报案的参与人不能再以“同一事实”下的民事借贷纠纷为由提起民事诉讼。

综上，“先刑后民”程序模式对基于“同一事实”的非法集资类案件提供了解决刑民程序交叉问题的方式，但面对实践中的问题仍存在适用争议。

2. 刑民并程序

刑民并行，是指一行为和与其牵连的行为违背了民事或刑事法律规范，刑事与民事裁判没有位阶上的先后，程序上是分别独立进行的。《民借解释》第6条^①明确区分了民间借贷行为“本身”以及“虽有关联但不是同一事实”两种情况，对于与民间借贷行为系不同的法律关系或不同的事实可以同时进行民事和刑事审判。

该处理模式适用的前提是民事审理的案件是与民间借贷有关联，但不是同一事实的案件，适用于之前假设的存在b担保的情形。根据之前的假设，b与A之间不存在民事借贷关

① 2015年《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定（2020第2次修正）》第6条规定，人民法院立案后，发现与民间借贷纠纷案件虽有关联但不是同一事实的涉嫌非法集资等犯罪的线索、材料的，人民法院应当继续审理民间借贷纠纷案件，并将涉嫌非法集资等犯罪的线索、材料移送公安或者检察机关。

系，A 是基于 b 对其承担连带保证责任因此提起的民事诉讼，b 本身不涉嫌非法集资，b 是否承担连带保证责任与 B 涉嫌刑事犯罪是“牵连事实”，故对 b 案件的审理应适用《民间借贷解释》第 6 条的规定。另外，根据《民间借贷解释》第 8 条的规定^①，即使集资人涉嫌犯罪甚至判决有罪，法院应当受理出借人请求担保人承担民事责任的案件。

由于司法实践中对“同一事实”理解存在差异，因此会出现人民法院对民事案件是否受理的差异。尤其在“法人”与“法定代表人”存在特殊关系的前提下，审判观点与立法观点关于“法人”的民间借贷案件与“法定代表人”的刑事案件能否作为“同一事实”问题出现争议。

以丁某诉中信银行股份有限公司大连旅顺支行借款合同纠纷^②一案为例，一审和二审法院便围绕“是否是同一事实”做出了不同的裁判。本案基本事实为 2015 年 10 月 29 日，丁某在涉案人欧阳某某（涉嫌集资诈骗罪）任大连旅顺支行负责人期间，借款给大连旅顺支行 1000 万元，之后大连旅顺支行负责人因涉嫌集资诈骗罪被立案侦查，丁某被列为刑事被害人，之后，丁某又以民间借贷为由起诉大连旅顺支行，请求返还本金和利息。一审法院审理之后认为丁某诉大连旅顺支行一案与欧阳某某涉嫌集资诈骗案不是“同一事实”，因此判决支持丁某的诉请，二审法院则认为本案是“同一事实”，因此撤销一审判决，驳回丁某诉讼请求。二审法院的裁判逻辑在于“同一事实”并非是指民事、刑事法律规范涉及的要件事实同一，应理解为刑事、民事法律规范指向的自然意义上的事实本身同一，因此“同一事实”应为“同一自然意义上的事实”，因此应优先处理刑事案件，驳回丁某的诉讼请求。可见，

该二审法院的裁判观点是两案的案件事实是“同一事实”。

然而 2019 年 7 月《全国法院民商事审判工作会议纪要》第 128 条中明确规定了不同事实的五种类型之一“行为人以法人、非法人组织或者他人名义订立合同的行为涉嫌刑事犯罪或者刑事裁判认定其构成犯罪，合同相对人请求该法人、非法人组织或者他人承担民事责任的”。该会议纪要与上述判决的观点完全相反，认为“请求该法人、非法人组织或者他人承担民事责任”与“行为人以法人、非法人组织或者他人名义订立合同的行为涉嫌刑事犯罪”非“同一法律事实”。该会议纪要明显将“同一事实”认定为“同一法律事实”，从法律事实的主体、相对人、行为三个方面认定。该《会议纪要》的观点是两案的案件事实非“同一事实”。

笔者认为，“法人”的民间借贷案件与“法定代表人”的刑事案件是否属“同一事实”需要经刑事审判对个人犯罪还是单位犯罪进行审理。在民法的观点下，“法人”具有独立的人格、财产，能够独立承担民事责任，“法人”与“法定代表人”的责任是割裂的，但刑法穿透了“法人”的表象，注重犯罪主体的真实性，直接追究一些以“单位”为幌子行犯罪之实的“法定代表人”的刑事责任。因此“法人”与“法定代表人”究竟是实质的一体还是单独的人格是“同一事实”的重要认定标准，此时民事审判程序应裁定中止，等待刑事审理结果。

“刑民并行”程序的设计初衷是提高对被受害人的保护和救济，对一些与非法集资类案件有关联但不是同一事实的案件剔除在刑事犯罪之外，赋予被害人更便捷的保护权利路径，然

^① 2015 年《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定（2020 第 2 次修正）》第 8 条规定，集资人涉嫌犯罪或者生效判决认定其有罪，出借人起诉请求担保人承担民事责任的，人民法院应予受理。

^② （2018）辽 02 民终 951 号。

而在适用中不断出现因对“同一事实”的不同理解而导致《民间借贷解释》第6条错误适用的情形。

3. 先民后刑程序

先民后刑，是指当同一行为既违反了民事法律规范又违反了刑事法律规范时，先通过民事诉讼程序解决纠纷之后再进行刑事犯罪处理。先民后刑的理论依据是“优先救济受害人”价值追求，“使受害人的损失能够得到及时、合理的赔偿”^①在我国，确实存在部分情况下“先民后刑”的程序模式，比如“对于部分必须先由民事诉讼确定权属争议，再根据民事诉讼结果才能确定是否进行刑事诉讼以及如何定罪量刑的案件，应当使用先民后刑的程序模式”^②等必须优先保障受害人民事权利的情形。然而在非法集资类的案件中，却并未规定任何情形下的“先民后刑”的处理程序模式。但在司法实践中却异化出了非法集资类案件“先民后刑”的程序模式。

根据前文假设，若A在企业B无法支付借款或利息时以民事借贷纠纷为由向法院起诉，法院依法判决A胜诉并执行终结，之后A、C、D、E、F等人向公安报案，公安能否继续进行刑事立案并作为刑事案件处理？答案是可以的。首先，“刑事诉讼评价的核心是集资人的犯罪行为，对涉罪合同效力的影响仅在于认定事实部分，与在线民事裁判解决集资人与集资参与人之间的合同关系存在差异”。^③刑法不对个别的民事借贷纠纷做出评价，但对集资人违反相关国家法律规定的行为作出刑事处罚。其次，无法律规定对已作出民事裁判的非法集资类案件禁止刑事裁判。因此，当非法集资类案件中的某个民间借贷纠纷已作出民事裁判

时，仍然可以作为刑事案件处理。

然而这种异化的“先民后刑”模式将会引发另一个问题，也是争议所在，即可能并行存在两个冲突的裁判（民事认为合同有效，刑事认为是犯罪），但笔者认为其实是个“伪命题”。《非法集资意见》第12条规定：“集资人或者出借人的借贷行为涉嫌犯罪，或者已经生效的裁判认定构成犯罪，当事人提起民事诉讼的，民间借贷合同并不当然无效。”可见即使出借人的借贷行为被认定为犯罪，民间借贷合同也不当然无效，根据“举重以明轻”原则，在刑事诉讼程序尚未启动之前，民间借贷合同也并非当然无效，可以通过民事审判程序认定合同效力。民事借贷合同是否有效应由民事审判规则予以确认，而非以刑事犯罪处理结果作为认定合同是否有效的依据，刑事审判庭法官也无义务对民事法律关系进行审查和认定。

因此，笔者认为刑事裁判仅是对集资人犯非法吸收公众存款罪或集资诈骗罪进行认定，集资人非法集资的犯罪行为是其违反了国家法律规定向社会公众吸取资金，而不是与参与人签订了涉罪合同。基于此，即使刑事裁判认为是犯罪，民事裁判认为合同有效，也并非裁判冲突问题，但会引发执行程序与刑事退赔程序的交叉，后文将详细分析。

（二）非法集资案件刑事追缴、退赔程序与民事执行程序交叉适用困境

刑事退赔程序与民事执行程序都是实现保护参与人权利的有效方式，但由于实践中的三种刑民交叉程序处理模式的差异，因此也会出现刑事退赔程序与民事执行程序的交叉，若同

① 朱千里、赵春秀：《从先刑后民到先民后刑刑事被害人权益有效救济的理念与规则》，载《建设公平正义社会与刑事法律适用问题研究——全国法院第24届学术讨论会》获奖论文集（上册），第178页。

② 曹云清、周丹：《刑民交叉案件处理程序机制研究》，载《江西警察学院学报》2018年第9期。

③ 秦建刚、郝文婷、刘娇：《非法吸收公众存款罪所涉刑民交叉困境及解决路径——以集资参与人的权利救济与界限为视角》，载《山东法官培训学院学报》2019年第4期。

时出现有效的民事和刑事裁判，则刑执程序将会陷入僵局。

1. “先刑后民”程序模式可能使被害人权利救济落空

“先刑后民”程序处理模式之下虽然会优先处理刑事案件，只有在不能作为刑事案件处理的情形下才能作为民事案件审理，但由于参与人获得公安处理非法集资类案件信息渠道的限制性，因此有部分参与人在刑事裁判之后才得知刑事程序的启动与终结。根据《关于办理涉众型非法集资犯罪案件的实施意见》第9条的规定，一审庭审后，被遗漏的集资参与人直接向法院主张权利的，由检察机关先行审核，在检察院、法院办案人员审核确认以后权利人才可以参与涉案财产的分配。但这类集资参与人不能参与到第一轮的涉案财产分配中，需要另行追缴到其他涉案财产之后，再按涉案财产尚未分配时的比例计算参与人在前轮退赔中应该退赔的数额，优先退赔该部分数额之后，剩余的财产再按前轮分配比例退赔。

然而经过笔者检索相关裁判文书，以山东省青岛市李沧区法院审判的李某荣、许某非法吸收公众存款、集资诈骗一案^①为例，一审判决的判项只有两项，一是被告人李某荣犯非法吸收公众存款罪，判处有期徒刑3年，并处罚金人民币5万元；犯集资诈骗罪，判处有期徒刑9个月，并处罚金人民币2万元，决定执行有期徒刑3年3个月，并处罚金人民币7万元。二是对随案移送的苹果黑色智能手机2部依法予以没收。

以上判项并未体现“刑事追缴、责令退赔”等判项，被害人无法从刑事追缴、责令退赔的程序中获赔，同时根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第139条的规定，刑事裁判之后，集资参

与人无权另行提起民事诉讼。被害人无法有效获赔，由此出现先刑后民程序导致执行程序落空的现象。

2. “刑民并行”程序模式可能对参与人的权利重复保护

如前文所述，“刑民并行”程序模式下会出现与非法集资有“牵连事实”民事纠纷案件与非法集资犯罪刑事案件同时审理的情形。以民事担保纠纷案件为例，在刑民分别独立进行的前提下，常出现以下三种情形。

①在民事案件审理中，允许参与人请求担保人对集资人向参与人返还借款及利息承担连带保证责任，因此在担保合同有效的前提下，借款本金及利息是可以被支持的诉求；然而，在刑事案件未宣判之前，被害人是否在退赔名单中尚未明确，由于担保责任纠纷案件可以与非法集资诈骗案件分开审理，因此可能出现担保人承担的连带责任范围包括借款本金及利息，超过刑事退赔范围。

②若在刑事案件宣判前，被害人已被认定在退赔名单中，则在担保责任纠纷案件审理过程中，认定借款合同和担保合同无效。

③若刑事案件宣判在前，被害人已被认定在退赔名单中，在担保责任纠纷案件的审理过程中，认定借款合同和担保合同有效。

2019年6月25日，甘肃省张掖市中级人民法院在赵某兵诉张某腾、丁某兰保证合同纠纷案^②中对以上②、③种情形作出了评析。本案中，在集资人张某某、黄某某被判决“诈骗罪”，原告赵某兵起诉张某腾、丁某兰承担保证责任。本案的裁判结果为，由于本案经民事审理认为主合同无效，因此从合同无效，在被告人张某某、黄某某承担退赔责任不足部分，由被告张某腾、丁某兰承担1/3的赔偿责任，

^① (2019)鲁0213刑初484号。

^② (2019)甘07民终328号。

而张某腾、丁某兰承担以上责任之后，有权向张某某、黄某某追偿。

本案的裁判逻辑为：民事诉讼中认定借款合同和担保合同有效，集资人在刑事诉讼中被判令退赔的，在民事判决中不再重复评价，再不做处理；担保人则对本息承担担保责任（本案中原告未主张利息，则未判决；外地法院也有在集资人被判刑事退赔后，在民事诉讼中判令集资人同时承担利息的判例）。如果借款合同有效担保合同无效，根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》（以下简称《担保法解释》）第7条规定，担保人有过错的，承担不超过债务人不能清偿部分的1/2。如果借款合同无效导致担保从合同无效，根据《担保法解释》第8条的规定，担保人有过错的，承担不超过债务人不能清偿部分的1/3。

3. “先民后刑”程序模式民刑裁判执行内容不重合

“先民后刑”的程序模式往往会出现参与人在民事裁判之后，又参与到刑事程序中的情形。此时同一参与人将会手执两份生效判决，可能会出现两种情形。

①人民法院在执行过程中，如果发现非法集资犯罪嫌疑的，应当中止执行，《非法集资意见》第7条第2款对此有明确规定。以孙某钦、李某其、张某香等非法吸收公众存款罪一审刑事判决书^①为例，被害人在孙某钦等人进入刑事诉讼程序之前便已提起民事诉讼，并获得生效判决，在刑事诉讼程序启动之后执行未终结，刑事案件对此的裁判观点是民事执行应裁定中止，被告民事判决中的赔偿数额不能从犯罪数额中扣减，但可以作为酌情从轻处罚的情节。

②若人民法院已经执行终结，集资诈骗罪

与非法吸收公众存款罪的刑事案件处理中有不同的处理方法。以2018年李某强诈骗、集资诈骗罪一审判决^②为例，被告人李某强在刑事立案之前，被害人以民事借贷纠纷为由起诉，后与被害人达成调解协议，此时由于该笔借款本金已归还，因此不再认定在犯罪数额中，被害人自然也无法从该案的刑事赔偿程序中获赔。再以2018年山西省吕梁市柳林县人民法院审理的张某非法吸收公众存款罪一审刑事判决书^③为例，在本案中被害人提起的民事诉讼已进入执行程序，部分涉案金已执行，辩护人主张该部分应在刑事部分中扣减，但该案裁判观点认为，从被告人犯罪的主观意图分析，被告人采用民间借贷的方式非法吸收公众存款，意在用合法手段的形式掩盖其犯罪本质，部分涉案资金虽经人民法院判决或执行，但该部分资金仍属其犯罪金额的范围，依法不应予以扣减，但对该参与人能否刑事获赔未予评价。

综上，以上三种刑民交叉程序模式下出现的刑执程序的交叉问题看似不同的解决方式，但是处理原则都是优先刑事追缴或退赔。但刑事追缴或退赔是否真的能够实现保障参与人合法权益的目的？我国《刑法》第64条规定了两种对犯罪分子违法所得的两种处理措施，因此在裁判文书中出现了“追缴”“责令退赔”两种判项。“追缴”和“退赔”的区别是“追缴”仅以犯罪收益为限，“退赔”则能涉及犯罪分子的合法财产。但由于追缴的财产范围的有限性、退赔的非强制性以及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第139条规定的精神，刑事裁判之后，集资参与人无权另行提起民事诉讼，这就导致可能出现参与人的损失无法得到赔偿的情形。

①（2020）鲁1322刑初312号。

②（2017）吉0381刑初17号。

③（2018）晋1125刑初47号。

三、非法集资案件刑民执交叉程序下处理方式的思考

(一) 准确区分“同一事实”与“牵连事实”

在非法集资类案件中，民事案件与刑事案件是否是“同一事实”是适用“先刑后民”“刑民并行”程序的关键因素。笔者认可刘贵祥的观点，要从行为主体、相对人以及要件事实本身三个方面认定是否属于“同一事实”。

第一，从行为实施主体的角度判断，则以是否是同一主体（同一实质主体）实施行为来判断。以“法人”和“法定代表人”为例，法定代表人若对外以公司名义实施的职务行为，则“法人”与“法定代表人”应为“同一主体”。若“法定代表人”构成犯罪，但“法人”本身不构成犯罪的，由于犯罪行为的主体与民事行为的主体属于不同的主体，一般不宜认定为“同一事实”。

第二，从相对人角度进行认定。如果刑事案件的受害人同时作为某一民事法律关系的相对人的，则可以认定该事实为“同一事实”。以“债务人”和“担保人”为例，主合同的债务人涉嫌刑事犯罪，参与者请求担保人承担民事责任的，因涉及不同的法律关系，不属于“同一事实”。

第三，从要件事实的角度认定。只有民事案件争议的事实，同时也是构成刑事犯罪的要件事实的情况下，才属于“同一事实”。

(二) 刑执裁判并存时的处理方式

由于法官审查范围的局限性以及刑事诉讼与民事诉讼差异性的天然存在，因此刑民裁判并存的情形不可避免。无论刑、民判决哪一个先作出，我们都应尊重判决结果，不能轻易以刑事优先否定民事判决，笔者认为应以“被害人权利救济”为第一价值目标，“诉讼效率”

为第二价值目标具体处理刑民执交叉程序问题。

1. 同一事实的刑执裁判并存时的处理方式

同一参与人既有诉民间借贷纠纷的胜诉判决，又有刑事退赔和追缴的判决，依据两种裁判的内容，刑执裁判内容主要有两种情形。

第一种情形是刑执裁判内容相同，被害人权利救济范围仅有借款本金，若民事裁判执行已终结，则需要在刑事判决中写明民事案件已处理，若刑事案件涉嫌非法吸收公众存款罪，则不需要扣减犯罪数额，若刑事案件涉嫌集资诈骗罪，应对违法所得予以扣减。若民事尚未执行终结，该被害人此时应按刑事追缴和退赔程序处理，民事判决应裁定中止执行。

第二种情形是民事判决执行的范围是借款本金和利息，而刑事退赔只支持本金，此时若执行已终结，则集资诈骗罪需扣减犯罪数额；若执行未终结，则应优先执行刑事判决，利息部分可以据民事判决执行。

2. “牵连事实”的刑执裁判并存时的处理方式

以担保责任纠纷案件与非法集资犯罪案件为例，若同一诉讼参与人既持有诉担保责任纠纷胜诉判决又作为刑事追缴、退赔程序被害人，则此时在民事判决中可以判决由担保人承担本息的连带清偿责任，并有权向债务人追偿，其追偿顺位应等同于其他被害人退赔顺位，该笔集资款不再作刑事退赔处理。

以上两种处理方式的前提是生效民事裁判与刑事判决对合同效力的认定无矛盾，若依据刑事判决认定事实应当认定借款合同是无效的，则此时法院应对民事案件依职权启动再审程序并中止执行，以保证刑事裁判和民事裁判的统一。若因借款合同无效而认定担保合同无效，则担保人有过错的，承担不超过债务人不能清偿部分的1/3；若担保合同本身无效，则担保人有过错的，承担不超过债务人不能清偿部分的1/2。若担保人无财产可供执行，

则集资人可以参与刑事退赔程序。

四、结语

非法集资类犯罪案件的刑民执交叉问题是刑民法律对集资人行为双重评价的同时，

集资参与人在选择救济途径时出现的程序交叉。若要使刑民执程序衔接顺畅，不仅需要完善立法，更需要改善刑民审判信息的交互机制，对于解决刑民执交叉问题而言任重而道远。

认罪认罚从宽制度在司法实践中的异化与应对



任辉，自执业以来，专注于走私犯罪、证券犯罪等经济犯罪案件辩护以及企业刑事合规业务，其承办的多起疑难复杂、重大社会影响的案件均获得了良好的辩护效果，并担任山东省律师协会刑事诉讼专业委员会委员、青岛市律师协会刑事诉讼专业委员会副主任、青岛市律师协会律师执业纠纷调解委员会副主任等社会职务。



丁娜，华东政法大学法学硕士，执业以来，专业于疑难复杂经济犯罪研究与辩护，现专注于走私犯罪、证券犯罪等经济犯罪案件辩护以及企业刑事合规业务。

摘要：认罪认罚从宽制度是我国贯彻落实宽严相济刑事政策的制度化和具体化，有利于有效惩治犯罪、维护社会稳定，有利于优化司法资源配置、提高诉讼效率，在推动国家治理体系、治理能力现代化和推动刑事诉讼体系改革的大背景下，认罪认罚从宽制度应运而生。但是在司法实践中，对认罪认罚从宽制度的适用逐渐出现了异化，如被追诉人认罪认罚的自愿性保障不足、缺乏统一规范的认罪认罚案件量刑指导意见、律师在认罪认罚案件中发挥的作用有限等问题。因此，亟需完善认罪认罚从宽制度，制定统一、具体的认罪认罚案件量刑指导意见，保障被追诉人认罪认罚的自愿性，切实实现协商性司法，完善控辩协商程序，构建科学的多层次的刑事诉讼体系。

关键词：认罪认罚从宽，自愿性，控辩协商

日前，中国人民大学刑事法律科学研究中心组织并邀请社会各界人士积极参与，投票选出了“2020年中国十大刑事案件”，其中余金平交通肇事案是认罪认罚从宽制度适用以来最具争议性的案件。在该案件中，被告人认罪认罚，检察院提出“判3缓4”的量刑建议，但一审法院不仅没有采纳检察院的量刑建议，反而判处被告人2年有期徒刑。被告人提出上诉，检察院也提出抗诉，但二审法院直接加重了对被告人的刑罚，改判3年6个月有期徒刑，从而引起了社会各界人士的激烈探讨。有观点认为该案件实际上是认罪认罚从宽制度大背景下，检察院的“量刑建议权”与法院的“独立审判权”之间的一次碰撞。该案件引发了理论和实务界进一步研究认罪认罚从宽制度的新一波热潮。在认罪认罚案件中，如何平衡量刑建议权与审判权之间的关系、如何实现认罪认罚从宽制度设立的初衷、如何保障被追诉人的诉讼权利和合法权益、如何充分发挥律师在认罪认罚案件中的重要作用，都是值得我们思考的问题。本文旨在充分认识认罪认罚从宽制度设立的初衷的基础上，指出目前司法实践中在适用认罪认罚从宽制度中偏离其初衷的做法，从而为完善认罪认罚从宽制度、推动建立科学的刑事诉讼体系提供一些建议。

一、认罪认罚从宽制度设立的初衷

（一）认罪认罚从宽制度的概述

认罪认罚从宽制度并非刑事诉讼中新创设的一项从无到有的制度，而是我国一向坚持的“宽严相济”“坦白从宽”刑事政策的具体化和制度化。认罪认罚从宽制度经历了速裁程序试点、认罪认罚从宽改革试点，并于2018年在《刑事诉讼法》第一编第一章新增第15条，即“犯罪嫌疑人、被告人自愿如实供述自己的罪行，承认指控的犯罪事实，愿意接受处罚的，可以依法从宽处理”，正式将认罪认罚从

宽制度确立为刑事诉讼法中的重要原则。

（二）认罪认罚从宽制度在实体上的价值

1. 有效惩治犯罪，维护社会稳定

通过被追诉人自愿真诚悔罪、积极退赔退赃、获得被害人的谅解，在一定程度上修复破损的社会关系，减少被追诉人再犯罪的可能性。适用认罪认罚从宽制度，鼓励、引导被追诉人自愿如实供述罪行，能够有效及时地惩治犯罪，又能防范通过刑讯逼供等手段获得证据的现象，有利于确保司法公正，维护社会稳定。

2. 贯彻宽严相济、坦白从宽刑事政策

适用认罪认罚从宽制度，通过被追诉人自愿认罪认罚，结合犯罪的具体情况，区分案件的性质、情节和对社会的危害程度，实现该宽则宽、该严则严，做到宽严相济、罚当其罪，坚持罪责刑相适应原则，综合考虑认罪认罚的情况，依法确定是否从宽以及从宽幅度。

3. 完善恢复性司法理念

通过适用认罪认罚从宽制度，实现控辩双方的充分协商，为被害人提供参与的机会，能够在一定程度上修复破损的社会关系，降低被追诉人的犯罪行为给被害人以及社会带来的损害，同时也有利于被追诉人改过自新、回归社会。

（三）认罪认罚从宽制度在程序上的意义

1. 构建多层次的刑事诉讼体系

试点实践经验证明，构建科学的刑事诉讼体系对于解决我国目前司法机关“案多人少”的突出矛盾是极其必要的。根据案件的复杂程度、案件性质以及当事人是否认罪认罚，适用不同的诉讼程序，有效地实现案件的繁简分流，同时也可以实现更高层次上的公正与效率的统一，有力地推动刑事诉讼制度改革的进程。

2. 简化诉讼程序、提高诉讼效率

认罪认罚从宽制度构建了速裁程序、简易程序和普通程序有序衔接的多层次的刑事诉讼

体系，针对不同的案件类型，区分案件的性质、情节等多种因素，可以适用不同的程序处理，能够有效地实现繁简分流。

3. 优化司法资源配置、节约司法成本

随着改革的发展和法治的进步，虽然近年来的刑事案件总量不断增加，但刑事犯罪结构已经发生了重大变化，有数据显示，起诉严重暴力犯罪从 16.2 万人降至 6 万人，醉驾、侵犯知识产权、破坏环境资源等新型危害经济社会管理秩序犯罪大幅上升，被判处 3 年有期徒刑以下刑罚的轻罪案件占比从 54.4% 上升至 83.2%。可见，随着轻罪案件的增多、重罪案件的减少，改革刑事诉讼制度是大势所趋。通过适用认罪认罚从宽制度，实现简案快办、难案精办，将司法资源往重案、难案倾斜，有利于优化司法资源配置，节约司法成本。

一、认罪认罚从宽制度在司法实务中的异化

认罪认罚从宽制度适用之初的适用率较低，截至 2020 年 8 月，尽管受疫情的影响，认罪认罚从宽制度的适用率有所下降，但整体适用率仍达到了 83.5%。在认罪认罚从宽制度普通适用的大背景下，虽然在提升诉讼效率、优化司法资源配置等方面成效显著，但认罪认罚从宽制度仍然处于起步阶段，在司法实务中仍然出现了不少问题和争议。

（一）被追诉人认罪认罚的自愿性保障不足

1. 办案机关的告知义务不全面

《指导意见》中明确规定办案机关有告知犯罪嫌疑人、被告人认罪认罚的法律规定的义务。但司法实践中，办案机关的告知义务往往流于形式，一般采取简单的口头告知或者“一

纸告知”的方式，如《犯罪嫌疑人诉讼权利义务告知书》中通常表述为“在接受讯问时，如实供述自己的罪行，愿意接受处罚，可以从宽处理”。简单的告知方式无法确保被追诉人全面了解认罪认罚从宽制度的内容以及认罪认罚产生的实体和程序上的法律后果。

2. 量刑建议不听取被追诉人的意见

《指导意见》中明确规定认罪认罚从宽制度中的“认罪”是承认指控的主要犯罪事实即可，但是，在司法实务中，办案机关往往不允许被追诉人提出任何辩解，要求被追诉人对其指控的犯罪事实全部承认，否则就将其认定为“不认罪”，而不适用认罪认罚从宽制度。

司法实践中，往往是检察机关自行决定量刑建议，而被追诉人只能选择“接受”或者“不接受”，缺乏平等协商的环境。在这个过程中，检察机关掌握着绝对的话语权，极易导致被追诉人在多重压力下的“屈从型自愿”，违背了犯罪嫌疑人、被告人认罪认罚的自愿性、真实性和合法性。作为协商性司法的中国方案，认罪认罚从宽制度保留了既往的强职权主义色彩及近乎压制性的权力属性，本应平等对话的控辩双方也就不可避免地滑向“权力主导权利”的境地。受制于“信息不对称”与“地位不对等”的制度语境，检察官在与犯罪嫌疑人达成具结书的过程中掌握着绝对的话语权，犯罪嫌疑人本应受到尊重的个体自由权付之阙如，从宽结果俨然成为检察机关赐予被追诉人的“恩惠”。权力主导模式压缩了被告人自由选择的空间，而多重压力下的“屈从型自愿”尤其值得警惕。^①

3. 认罪认罚案件自愿性审查趋于形式化

认罪认罚案件庭审程序中的一项重要内容就是要对认罪认罚的自愿性、真实性和合法性进行

^① See Blume, John H. & Helm, Rebecca K., The Unexonerated: Factually Innocent Defendants Who Plead Guilty, Cornell Law Faculty Working Papers, 113 (2014).

审查,尤其是对被告人是否自愿认罪认罚、是否受到了暴力、胁迫、引诱等情况以及其对认罪认罚的性质和法律后果的理解。但是在目前的司法实践中,认罪认罚案件在人民法院审理阶段趋向于“确认式庭审”模式,其中一项基本特征便是具结书自愿性审查的形式化。^①

(二) 认罪认罚案件的量刑标准问题

1. 缺乏统一、规范的具体量刑指导意见

目前司法实践中,对于量刑建议是以幅度刑为原则还是以确定刑为原则的问题,检察机关与审判机关各执一词。有观点认为检察机关提出量刑建议,除《指导意见》中明确规定的几种法定情形外,审判机关应当采纳检察机关提出的量刑建议,该项规定剥夺了审判机关的审判权。在试点过程中审判机关普遍反应比较强烈的问题,认为“确定刑期量刑,基本排除了法院量刑的自由裁量空间,审判权中的量刑权变成了确认权,求刑权变成了裁决权”。^②笔者认为,检察机关在量刑建议中提出确定刑量刑建议,满足被追诉人对刑罚的期待与预期,有利于减少被追诉人认罪认罚后,又因不满刑罚而反悔上诉情况的出现。

确定刑量刑建议对检察机关的量刑能力提出了更高的要求,但是目前尚未有针对认罪认罚案件的统一、规范、具体的量刑指导意见。首先,提出确定刑量刑建议对检察机关的专业能力提出了更高的要求。虽然非认罪认罚案件中,检察机关也具有提出量刑建议的权力,但是该量刑建议对审判机关没有约束力,而认罪认罚案件中,经过控辩双方合意形成的量刑建议对审判机关具有一定的约束力。因此,检察机关提出量刑建议应更加专业、谨慎,但目前尚缺乏统一规范量刑指导意见对检察机关提出量刑建议提供更加详细的指导。其次,统一

规范量刑指导意见的缺失导致各地方检察机关、甚至同一检察机关在同类案件中适用量刑建议差异化明显的问题。最后,统一规范量刑指导意见的缺失导致检察机关的量刑建议得不到审判机关的采纳,进而产生检察院抗诉、被追诉人上诉等问题的产生,与认罪认罚从宽程序繁简分流的政策目标相悖。

2. 不认罪认罚从重现象严重

认罪认罚从宽制度是宽严相济刑事政策的制度化,当宽则宽、当严则严,但目前司法实践中,正是量刑指导意见的缺失,才导致量刑建议的计算过程不透明。被追诉人本身对定罪量刑的认识与理解不足,若检察机关提出量刑建议的计算过程不透明,被追诉人无法得知其不认罪认罚会被判处的刑罚,其认罪认罚的从宽幅度又如何。实践中出现了办案机关以威胁、利诱的方式诱导被追诉人认罪认罚现象等问题。办案机关往往会以“不认罪认罚就严惩”相威胁,造成了被追诉人“认罪认罚没有从宽、不认罪认罚反而从重”的尴尬境地,被追诉人的合法利益与诉讼权利得不到保障。

3. 量刑从宽幅度不够

认罪认罚的从宽幅度问题是目前司法实践中极具争议的问题。目前司法实践中,办案机关适用认罪认罚从宽制度普遍相对保守,从宽幅度较小,从宽力度不够。且《指导意见》中对于从宽幅度的规定较为笼统,对从宽幅度没有具体明确的规定,使得办案机关在适用从宽幅度时无法可依。

(三) 律师在认罪认罚从宽程序中的作用有限

1. 控辩双方量刑建议协商不充分

认罪认罚从宽程序中量刑协商的核心是

^① 李奋飞:《论“确认式庭审”——以认罪认罚从宽制度的入法为契机》,载《国家检察官学院学报》2020年第3期。

^② 胡云腾主编:《认罪认罚从宽制度的理解与适用》,人民法院出版社2018年版,第39页。

“平等参与”，但司法实践中，检察机关处于绝对的主导地位，掌握着绝对的话语权。有些办案机关不仅不听取辩护人、值班律师的意见，反而自行决定量刑建议，只要求辩护人或值班律师在被追诉人签署认罪认罚具结书时在场见证，甚至有些办案单位在被追诉人有辩护人的前提下，要求值班律师在场见证，而不通知辩护人在场。

2. 律师值班制度形式化严重

在认罪认罚案件中，值班律师制度功能虚化、难以为被追诉人提供有效的法律帮助，且法律帮助流于形式性。法律将值班律师定位为法律帮助者与权利保障人，但在实践中往往蜕变为认罪认罚从宽程序合法性的见证人与背书者。^①而值班律师制度形式化严重的原因在于办案机关对值班律师的作用认识不清，值班律师对于自身的定位认识不足。

首先，值班律师怠于行使阅卷权。值班律师介入认罪认罚案件具有临时性以及身份局限性，这决定了其自身怠于行使阅卷权。一方面，值班律师仅在值班日提供法律帮助，并且往往需面对数个被追诉人，这使其并无时间充分阅卷；另一方面，值班律师并非辩护人，不承担辩护职责，因而难以主动查阅案卷材料，在司法实践中往往沦为“见证人”。^②值班律师为被追诉人提供的往往是一种阶段化、碎片化的法律帮助，无法做到辩护人“一人一案、全程跟进”。^③

其次，不同诉讼阶段的值班律师无法实现有效衔接。一是在不同阶段由不同的值班律师提供法律帮助会造成司法资源的浪费。新参与的律师不仅要重新了解案情，还要与被追诉人、办案机关重新沟通、协商，造成时间和资源上的浪费。二是不同的值班律师在提供法律

帮助时不能以书面形式固定工作成果，导致后续的值班律师在处理案件问题时对上一阶段的案件信息一无所知，会造成重复性的工作。虽然《指导意见》第13条规定在不同的诉讼阶段，可以由同一值班律师提供法律帮助，但是在司法实践中往往难以实现。在轻罪案件中，被追诉人在不同的诉讼阶段接受同一值班律师的法律帮助具有较强的可行性，主要是因为轻罪案件可以适用速裁程序，且案情事实一般比较清楚，值班律师在轻罪案件中花费的时间和精力往往相对较少。但是在重罪案件中，难以实现由同一值班律师在不同诉讼阶段提供法律帮助，主要是因为重罪案件往往案情复杂，证据繁多，且重罪案件的时间跨度一般较长，甚至可能经历数年的时间，要求同一值班律师提供如此长时间跨度的法律帮助在司法实践中难以实现。另外，值班律师在重罪案件中所耗费的时间、精力及承担的风险与其收益严重背离，因此提供法律帮助的效果也难以预测。

最后，缺乏对值班律师职责的清晰划分，忽视值班律师的辩护属性。“如果认为值班律师不是辩护律师，就会导致值班律师与委托律师在地位、诉讼权利上不同，阅卷权、会见权、调查取证权等权利受限，以致于影响值班律师提供法律服务的质量和辩护职能的开展，最终剥夺的是犯罪嫌疑人的诉讼权利。”^④

3. 辩护律师独立辩护难

虽然《刑事诉讼法》中明确规定辩护律师具有独立辩护权但是在认罪认罚案件中，辩护律师的独立辩护权往往会遭到多重阻碍。一方面压力来源于犯罪嫌疑人或者被告人，在认罪认罚案件中，如果被追诉人认罪，而辩护人做无罪辩护的，虽然不影响被追诉人认罪认罚，但被追诉人无法实现程序上从宽，即不能适用

① 汪海燕：《重罪案件适用认罪认罚从宽程序问题研究》，载《中外法学》2020年第5期。

② 赵常成：《美国纽约州刑事证据开示制度改革——兼论认罪认罚前的证据知悉》，载《证据科学》2020年第5期。

③ 陈光中、张益南：《推进形势变化法律援助全覆盖问题之探讨》，载《法学杂志》2018年第3期。

④ 程滔、于超：《论值班律师参与量刑建议的协商》，载《法学杂志》2020年第11期。

速裁程序和简易程序。因此，委托人的意愿往往会成为辩护律师在行使独立辩护权时考虑的因素。另一方面的压力来源于办案机关，司法实践中，检察机关在启动认罪认罚从宽程序上掌握着主动权，有时会以辩护律师不得做无罪辩护作为条件与辩方协商适用认罪认罚从宽程序，这就使得辩护律师的处境非常艰难，需要在当事人的意愿与独立辩护权的行使之间做出抉择，而这种情况下，辩护律师往往会放弃自己的独立辩护权而尊重当事人的意愿。

一、认罪认罚从宽制度的应对策略

（一）强化对认罪认罚自愿性的保障

认罪认罚的自愿性并非是一种绝对意义上的自愿，而是一种具有法律意义的“制度化”的自愿，强调的是犯罪嫌疑人在充分权衡外部因素的前提下，基于其意愿而主动供述的行为。^①因此，保障被追诉人认罪认罚的自愿性，并非保障其绝对的自愿，而是保障其在知悉相关法律规定、法律后果的前提下自愿作出的选择。

1. 强化对被追诉人知悉权的保障

强化办案机关的告知义务，切实保障被追诉人的知悉权。首先，权利告知应当全面告知。对于认罪认罚的法律后果的告知，不仅要告知实体上从宽的法律后果，还要告知其享有变更轻缓的刑事强制措施的权利和程序选择权。其次，权利告知要详细释明。实践中很多犯罪嫌疑人的文化程度并不高，其在签署《犯罪嫌疑人诉讼权利义务告知书》时，不能充分理解告知书的内容和意义，从而导致办案机关的告知义务流于形式。因此，办案机关在履行告知义务时，不能采取简单的口头告知或“一纸告知”的方式，而应当充分的释法说理，对

认罪认罚从宽的法律规定和法律后果进行详细的解释说明，使犯罪嫌疑人充分知悉其诉讼权利并理解认罪认罚从宽的法律规定和法律后果。

2. 强化庭审对认罪认罚自愿性的审查

针对认罪认罚案件，不应降低证明标准，坚持证据裁判原则，审判机关在采信证据时应进行严格的审查，对于涉嫌属于非法证据的，应当坚持非法证据排除规则，重点审查被告人对其享有的诉讼权利和认罪认罚法律规定和法律后果的知悉情况、被告人认罪认罚的自愿性、案件基础事实等内容。

3. 提高被追诉人的诉讼地位

确保认罪认罚案件中控辩双方的平等协商，充分尊重被追诉人的诉讼主体地位，达成控辩双方合意，才能体现和保障认罪认罚的自愿性。^②目前认罪认罚从宽程序的启动权掌握在检察机关手中，赋予被追诉人一定的启动认罪认罚从宽程序的主动权，实现控辩双方在诉讼主体地位上的相对平等，尊重被追诉人的个体自由，避免强权主义色彩之下的“屈从型自愿”认罪认罚现象的产生。

（二）制定统一的认罪认罚案件量刑指导意见

1. 厘清认罪、认罚与从宽的关系

认罪认罚从宽制度贯穿于刑事诉讼的全过程，且不受案件性质、刑罚轻重和诉讼阶段的限制。认罪认罚从宽制度实质上是犯罪嫌疑人、被告人以一定程度上的程序上的从快从简换取一定程度上的实体上的从宽。因此，适用认罪认罚从宽制度，应当厘清认罪、认罚与从宽的关系。首先，认罪认罚不一定从宽。即使犯罪嫌疑人、被告人认罪认罚，也要综合多种

^① 胡云腾主编：《认罪认罚从宽制度的理解与适用》，人民法院出版社2018年版，第22页。

^② 胡云腾主编：《认罪认罚从宽制度的理解与适用》，人民法院出版社2018年版，第280页。

因素决定是否从宽以及如何从宽。其次，认罪、认罚与从宽之间是相对独立的，即认罪并且认罚，可以适用认罪认罚从宽制度，而只认罪不认罚的，实体上可以从宽处罚，但不适用程序从宽。最后，在从宽幅度方面，可考虑将从宽幅度尽量细化、明确化，让被追诉人对自愿认罪认罚的对价进行准确判断，促使其主动及时选择适用认罪认罚从宽程序。^①

2. 探索阶梯式分级从宽量刑模式

虽然认罪认罚从宽制度适用于所有的刑事案件，但是在量刑从宽模式上应当有所区分。实践中出现了因法院不采纳检察机关的量刑建议而引发的检察院抗诉、被告人上诉的问题，如轰动一时的余金平交通肇事案。因此，最高人民检察院联合最高人民法院，制定一部系统的、细化的《认罪认罚案件从宽量刑指南》，探索建设阶梯式的分级从宽量刑模式，将确定量刑建议与幅度量刑建议相结合。

首先，以确定刑为原则，以幅度刑为例外。笔者认为，提出确定刑或者幅度刑的量刑建议应当根据案件的性质、情节轻重等多种因素综合考量，采取阶梯式分级量刑模式。若在量刑协商的过程中，检察机关仅提出一个幅度量刑建议，那么被追诉人无论选择认罪与否，其面临的法律后果都处于一种不确定的状态，使量刑协商流于形式，无法实现认罪认罚从宽制度设立的初衷。因此，笔者提倡精准量刑。当然这种“精准量刑”并非“一刀切”，而是要求检察机关根据不同的案件类型、情节轻重等多种因素，尽可能地提出相对确定的量刑建议，使得被追诉人及其辩护人能够有效预测未来的刑期，也能够促使被追诉人及早认罪认罚，节约诉讼效率，实现繁简分流。笔者建议检察机关提出量刑建议应当区分轻罪和重罪案件、速裁程序、简易程序和普通程序案件，

实现阶梯式分级量刑模式。

其次，应当扩大从宽幅度，真正实现认罪认罚案件从宽处理，切实避免不仅违背了罪责刑相适应原则，而且严重侵犯了被告人的合法权益的“刑期倒挂”现象的发生。尤其是针对单位犯罪案件，应当适度扩大不起诉决定的适用。

最后，应当明确量刑建议的计算方法。在最高人民检察院2019年10月24日发布的3起检察机关适用认罪认罚典型案例中，吕某某、郭某某故意伤害案中关于适用认罪认罚情况，明确了具体量刑建议的计算方法。在该指导案例中，对检察机关提出量刑建议的计算方法进行了明确，对于在认罪认罚案件中如何计算量刑建议具有重要的借鉴意义。

3. 构建证据开示制度

《指导意见》第29条规定，检察院可以探索证据开示制度。引入证据开示制度，能够将辩方的主动性期待转移到控方的主动开示义务，将辩方的全面阅卷困境转移为控方的关键证据选择性开示，并通过开示时间的控制，在权利保障与办案需要之间划出界限。^② 黑龙江省检察院第一检察部指导齐齐哈尔市检察院制定了《齐齐哈尔市人民检察院刑事检察部门认罪认罚案件诉前证据开示意见（试行）》，在黑龙江省检察机关率先探索认罪认罚案件的证据开示制度。根据刑事诉讼法的相关规定，辩护律师自审查起诉之日起有权查阅本案全部案卷材料，但犯罪嫌疑人的认罪认罚表示很有可能在侦查阶段便已作出。时间点上的错位在客观上很大程度地架空了犯罪嫌疑人的证据知悉权。而在侦查阶段证据开示的意义有限，可行的改良方案应当是限制侦查阶段的认罪认罚。^③ 在证据开示方面，建议确立控辩协商环节的示

① 郭国谦：《认罪认罚从宽制度中量刑建议瓶颈之破解对策》，载《检察日报》2020年12月8日，第007版。

② 赵常成：《美国纽约州刑事证据开示制度改革——兼论认罪认罚前的证据知悉》，载《证据科学》2020年第5期。

③ 郭烁：《认罪认罚背景下屈从型自愿的防范——以确立供述失权规则为例》，载《法商研究》2020年第6期。

证规则，让辩方充分知悉案件证据状况，增强量刑协商的透明度和合意性，使得量刑协商结果更具约束力。^①

（三）提高律师在认罪认罚案件中的作用

1. 健全值班律师制度

一方面，应当明确值班律师的定位。将值班律师定位为“准辩护人”，重视值班律师的辩护属性，将其诉讼地位、诉讼权利等同于辩护律师，而不仅仅是提供必要且最低限度的法律帮助。

另一方面，建议值班律师在介入认罪认罚案件后，应当与犯罪嫌疑人、被告人建立委托关系，签订委托协议。这不仅有利于解决在不同的诉讼阶段，值班律师之间的衔接问题，有效节约司法资源，而且在案情较为复杂的重罪案件中，通过签订委托协议约束值班律师的义务，使其能够积极主动地行使其会见权和阅卷权等权利，在维护当事人合法权益的同时，也能够实现值班律师在重罪案件中所耗费的时间、精力、承担的风险与其收益相匹配，使得值班律师的合法权益得以实现。

2. 完善控辩协商机制

控辩协商是认罪认罚从宽制度中独特的程序环节，被追诉人认罪认罚是以控辩双方的协商并达成合意结果为前提的，只有确保在认罪认罚案件中，检察机关提出的量刑建议是控辩双方合意的结果，才能充分保障被追诉人认罪

认罚的自愿性以及合法性。因此，建议明确规定检察机关在提出量刑建议时应当增加控辩协商程序，非经控辩双方协商而形成的量刑建议，法院不应当采纳。

3. 辩护律师主动实现辩护重心前移

认罪认罚从宽制度推行后，以审判为中心的诉讼格局没有发生改变，不认罪认罚案件同样适用传统的诉讼模式。与之不同的是，认罪认罚案件控辩双方量刑协商的主战场是审查起诉阶段，双方达成合意的量刑建议基本确定了案件的处理结果，由此导致该类案件的诉讼重心前移。^② 因此，辩护律师也要积极主动地转变辩护理念，从之前“对抗”的单一思维转变为“对抗或者合作”的双重思维，但“合作”的前提是量刑建议达到了被追诉人对罚的期待。

四、结语

认罪认罚从宽制度对于解决我们目前司法“案多人少”的突出矛盾具有划时代的意义。在认罪认罚从宽制度普遍适用的大背景下，制定一部详细的、具体的、统一的认罪认罚案件量刑指导意见是目前解决司法实践中出现的众多问题的“一剂良药”。切实保障被追诉人认罪认罚的自愿性，增加控辩协商程序，提高被追诉人的诉讼地位，完善值班律师制度。辩护律师在提高自身专业素质的同时，主动实现辩护重心的前移，转移辩护理念，真正实现协商性司法之路“任重而道远”。

^① 郭国谦：《认罪认罚从宽制度中量刑建议瓶颈之破解对策》，载《检察日报》2020年12月8日，第007版。

^② 关振海：《认罪认罚从宽制度与刑事辩护转型》，载《检察日报》2020年11月24日，第007版。

关于民用航空管理几个基本概念讨论 和对共有产权飞机、会员制分时共享飞机 等商业模式的一点看法

——民用航空法修订背景下的立法规范和监管建议



黄振达，法学硕士、经济学博士，黄振达律师在公司企业重组、并购、运营管理尤其商业航空运输企业、民用机场公司、国际国内旅游公司、高星级酒店饭店物业、商业不动产以及商业物业运营管理方面具备丰富经验；在房地产企业投资开发、建设运营以及建筑施工企业工程管理业务方面具有丰富经验；在疑难刑事、民事经济纠纷案件诉讼、企业管控、合规实务方面具有丰富经验。

社会兼职：西北大学兼职教授、西北大学经济管理学院MBA/EMBA 校外兼职导师、法学院硕士研究生校外导师、中国航空法学会会员、海南国际仲裁院仲裁员。

摘要：我国民航业伴随改革开放的稳健发展正逐步成长为重要的国际和区域航空市场。当前中国是国际民用飞机重要进口国和国际旅客运输中重要的始发地和目的地。民用航空运输企业基于运行规章的分类、飞机型号分类、飞行目的和用途等，大致区分为公共航空运输和通用航空运输。在具体管控各类航空业态过程中，我国《民用航空法》、相关规章和民航部门政策文件对于航空运输企业、航空承运人、航空运营人、航空运行人、缔约承运人、实际承运人等给与了不同的概念描述。本文尝试从国家法律、法规、规章、民航政策文件层面，从概念定义冲突角度结合民航法修订计划，探讨构建统一的航空运输企业分类标准、航空业务术语，并实现精细化专业分类监管原则。同时考虑到共有产权飞机、会员制分时共享飞机使用权等商业模式目前在中国市场开始出现，并逐渐成为投资类产品趋势，现就该模式的法律属性、金融属性和涉及的风险责任，尝试给予初步分析探讨。

关键词：民用航空法，共有产权飞机，会员制分时共享飞机使用权

一、目前我国民航法律、法规、规章、民航局政策文件中关于民用航空运输相关概念回顾与检讨^①

基于法律概念层面的严谨性和规范性，我们首先对现行有效的法律、法规、规章、民航管控文件中关于航空运输主体、航空运输活动以及航空器概念进行全面回顾与相应小结检讨。

（一）第一组概念：民航企业、民用航空运输企业、公共航空运输企业

1. 《民用航空财经信息管理办法》（2016修订）

该办法第2条规定，本办法适用于在中华人民共和国境内注册登记的从事民用航空活动企业（以下简称民航企业）的财经信息管理工作。

民航企业包括公共航空运输企业（集团）（以下简称航空运输企业）、通用航空企业（集团）（以下简称通航企业）、民用机场（集团）（以下简称机场）和航空运输服务保障企业（集团）（以下简称保障企业）以及上述企业（集团）的所属企业。

2. 国务院关于《民用航空运输销售代理业管理规定》的批复

该规定第3条规定，民用航空运输企业，是指使用民用航空器经营运送旅客、行李、货物、邮件的企业。

3. 中国民用航空总局对《民用航空运输销售代理业管理规定》的说明

该规定第20条中“有经营权的任何民用航空运输企业”，是指取得经营许可的中国民用航空运输企业和在中国有指定销售代理人权利的外国民用航空运输企业。

4. 《重庆市民用航空条例》（重庆市人民代表大会常务委员会公告〔五届〕第34号）

该条例第59条规定，民用航空，包括运输航空和通用航空。运输航空，是指公共航空运输企业使用民用航空器运送旅客、货物、行李或者邮件，进行经营性客货运输的航空活动。

5. 《民用航空法》（2021年修正）

该法第91条规定，公共航空运输企业，是指以营利为目的，使用民用航空器运送旅客、行李、邮件或者货物的企业法人。

6. 《公共航空运输企业经营许可规定》（2018修正）

该规定第2条规定，所称公共航空运输企业，是指以营利为目的使用民用航空器从事旅客、行李、货物、邮件运输的企业法人。

7. 南京市人民政府办公厅关于印发《南京市工商登记前置审批事项目录》的通知（宁政办发〔2014〕90号）

公共航空运输企业是指以营利为目的，使用民用航空器运送旅客、行李、邮件或者货物的企业法人。

小结：上述概念，主要是从宏观上界定了民航企业范畴和强调了公共航空运输企业性质是以营利为目的。按照我国《民法典》有关法人制度的规定看，界定为营利法人。事实上，公共航空运输企业作为交通运输服务性质，还是具有公共服务职能。对于国家临时征用承担公益性质救援和紧急任务时，其以营利为目的的属性并不明显。对于市场经济下的商业主体，不必专门强调以营利为目的。而对于本文下面提到的通用航空，则没有提及以营利为目的，但是通航企业若不追求营利，那么其运营动机是什么呢？当然专门用于公益性质的紧急

^① 为撰写本次论文，笔者和北京德和衡（上海）律师事务所俞徕律师，先后检索查阅了25份法律法规规章文件，这些资料文件均对航空运输企业、公共航空运输企业、通用航空、航空运营人、航空承运人等概念进行了描述。本次只选择其中具有代表性概念进行回顾与检讨，特此说明。

医疗救援性质的通用航空行为除外。

(二) 第二组概念：通用航空、经营性通用航空、通用航空短途运输、通用航空包机飞行

1. 《民用航空法》

该法第 145 条规定，通用航空，是指使用民用航空器从事公共航空运输以外的民用航空活动，包括从事工业、农业、林业、渔业和建筑业的作业飞行以及医疗卫生、抢险救灾、气象探测、海洋监测、科学实验、教育训练、文化体育等方面的飞行活动。

该法第 147 条规定，从事非经营性通用航空的，应当向国务院民用航空主管部门备案。从事经营性通用航空的，应当向国务院民用航空主管部门申请领取通用航空经营许可证。

2. 民航局关于印发《通用航空术语解释》的通知（民航发〔2020〕44 号）

经营性通用航空活动分为三类，载客类、载人类和其他类。载客类包括通用航空短途运输和通用航空包机飞行。

通用航空短途运输是指通用航空运输企业使用低于 30 座（包括机组座位）的民用航空器实施的定期载客运输飞行服务活动。短途运输航线距离通常不超过 500 公里。

通用航空包机飞行是指通用航空企业使用低于 30 座（包括机组座位）的民用航空器，按照与包机方订立的合法文本合同提供的不定期载客运输服务。此类包机活动，不对社会公众销售机票、不对非乘机人公布航班时刻，根据实际需要决定飞行频次。

3. 《通用航空飞行管制条例》（国务院、中央军事委员会令第 371 号）

本条例所称通用航空，是指除军事、警务、海关缉私飞行和公共航空运输飞行以外的航空活动，包括从事工业、农业、林业、渔业、矿业、建筑业的作业飞行和医疗卫生、抢险救灾、气象探测、海洋监测、科学实验、遥感测绘、教育训练、文化体育、旅游观光等方

面的飞行活动。

4. 《重庆市民用航空条例》（重庆市人民代表大会常务委员会公告〔五届〕第 34 号）

通用航空，是指使用民用航空器从事公共航空运输以外的民用航空活动，包括从事工业、农业、林业、渔业和建筑业的作业飞行以及医疗卫生、抢险救灾、气象探测、海洋监测、科学实验、教育训练、文化体育等方面的飞行活动。

5. 《通用航空包机飞行管理暂行办法》

该办法第 3 条规定，通用航空包机飞行是指通用航空企业使用 30 座（含机组）以下的民用航空器，按照与包机方所订立的文本合同提供的不定期载客运输服务。

6. 《通用航空包机飞行（短途运输）经营管理暂行办法》

该办法第 3 条规定，通用航空包机飞行是指通用航空企业使用 30 座以下的民用航空器（初级类航空器除外），按照与用户所签订文本合同中确定的时间、始发地和目的地，为其提供的不定期载客及货邮运输服务。此类服务不对社会公众发售机票，不提前公布航班时刻，根据需要决定飞行频次，原则上不得从事危险品运输。

小结：通用航空概念范围比较宽泛，既有商业运营目的明显的通航行为，也有出于人道主义、公益目的的救援航空行为，还有政府机构出于社会管理服务职能的空中探测、遥感服务等政府委托服务或者政府购买产品的行为。但是实际上看，营利目的还是主要的，否则通用航空产业国家不出资金，如何激活这个产业健康发展呢？从民用航空法律层面看，我国没有明确规定私人或私企拥有自用飞机的立法规定，也没有私人或私企商务包机的立法规定、以及外国来华公务机的监管立法规定等。

据统计，我国目前私人或私企（非航空企业）拥有的私人商务飞机，接近 300 架。为了更好地实现跨境国际飞行，很多私人飞机产权

人将飞机产权国籍登记在境外国家或地区。而对于没有私人商务飞机，却因为工作生活需要临时进行私人商务包机租赁飞行消费的行为，即业界称为私人商务包机，或说公务包机，通常是公务机管理公司或商务机管理公司负责市场营销、飞行申请以及全程飞行与保障服务。这些私人飞机的定义上，核心标准在于该等飞机的座位数低于 30 座以下。如果私人飞机座位数超过 30 座，则应当归属于公共航空运输企业管理范畴，即 CCAR-121 部规章来管理。按照运行规章，私人或企业购买自用的飞机，委托给拥有经营许可和运行许可的航空管理公司代为管理和服务，或者飞机托管公司将拥有产权或管理权的飞机，对外出租经营实现私人商务包机或公务包机的商业服务行为，分别属于 CCAR-91 部和 CCAR-135 部规章规范管理。但是由于不允许公开航班时刻、票价信息，不得冲击公共航空运输市场秩序，不适用公共航空运输运行规章 121 部。所以，目前通用航空商务包机的运输市场空间极为尴尬有限，变相或隐形的市场营销在所难免，合规冲突比较明显，建议民航管理部门还是实事求是的给与规范和扶持。

（三）第三组概念：航空运营人、航空运行人、商业运输运营人、航空器代管人、航空器经营人、航空缔约承运人、航空实际承运人

1. 大型飞机公共航空运输承运人

依据大型飞机公共航空运输承运人运行合格审定规则（CCAR-121）第 121.3 条适用范围规定：

（a）本规则适用于在中华人民共和国境内依法设立的航空运营人实施的下列公共航空运输运行：（1）使用最大起飞全重超过 5700 千克的多发飞机实施的定期载客运输飞行；（2）使用旅客座位数超过 30 座或者最大商载超过 3400 千克的多发飞机实施的不定期载客运输飞行；（3）使用最大商载超过 3400 千克的多发飞机实施的全货物运输飞行。

（b）对于适用于本条（a）款规定的航空运营人，在本规则中称之为大型飞机公共航空运输承运人。

附件 A 定义规定，定期载客运行是指航空承运人或者航空运营人以取酬或者出租为目的，通过本人或者其代理人以广告或者其他形式提前向公众公布的，包括起飞地点、起飞时间、到达地点和到达时间在内的任何载客运行。

小结：这表明航空承运人和航空运营人存在属于同一个主体的情况适用，即这种情况下航空承运人就是航空运营人。只有出现航空器干租或湿租时，出现航空承运人和航空运营人分立情况。

2. 小型航空器商业运输运营人

依据小型航空器商业运输运营人之运行合格审定规则（CCAR-135）附件 A 定义规定，商业运输运营人是指使用本规则第 135.3 条规定的民用航空器并从事本规则第 135.3 条规定的飞行和运行种类的航空运营人。

航空运营人：指在中华人民共和国登记的公共航空运输企业、通用航空企业和从事民用航空飞行活动的其他单位。

依据大型飞机公共航空运输承运人运行合格审定规则（CCAR-121）第 135.3 条适用范围规定：

（a）本规则适用于在中华人民共和国境内依法设立的航空运营人所实施的下列商业运输飞行：

（1）使用下列航空器实施的定期载客运输飞行：（i）最大起飞全重不超过 5700 千克的多发飞机；（ii）单发飞机；（iii）旋翼机。

（2）使用下列航空器实施的非定期载客运输飞行：（i）旅客座位数量（不包括机组座位）不超过 30 座，并且最大商载不超过 3400 千克的多发飞机；（ii）单发飞机；（iii）旋翼机。

（3）使用下列航空器实施的全货机运输飞行：（i）最大商载不超过 3400 千克的多发飞

机；(ii) 单发飞机；(iii) 旋翼机。

(b) 对于适用于本条 (a) 款规定的航空运营人，在本规则中称之为小型航空器商业运输运营人。

小结：这表明，航空运营人的概念是对民用航空运输企业的统称，但是航空运营人组织形态为指企业形式，不包括自然人。适用 CCAR-135 部规章的定期载客运输飞行，应该理解为就是通用航空短途运输活动性质，通常也称为通航通勤航空，例如边远地区、农牧业少数民族地区由于路途遥远，利用通航飞机实现人们出行的一种方式。规章明确定期载客飞行，那么其性质是以营利为目的，通用航空短途运输行为，应当允许公布定期航班时刻、公开销售机票，包括飞行代码提供，纳入统一的航空运输市场管理，实现规范运行。否则由此产生的旅客安全运输责任和保险保障等都是一个法律问题和监管责任问题，毕竟现实中一直在运营，但又不公开公布航班信息和售票渠道，不进入客票销售系统，没有办法取得航班代码，非常矛盾。

3. 商业非运输运营人、私用大型航空器运营人、航空器代管人

(1) 依据《一般运行和飞行规则》(CCAR-91) H 章

商业非运输运营人的运行合格审定要求第 91.701 条适用范围规定：中华人民共和国公民或在中华人民共和国境内登记的企事业单位法人，应当经局方按照本章审定合格并获得局方颁发的商业非运输运营人运行合格证和运行规范，方可使用民用航空器在中华人民共和国境内实施以取酬或出租为目的的商业航空飞行。

(2) 依据《一般运行和飞行规则》(CCAR-91) J 章

私用大型航空器运营人的运行合格审定要求第 91.801 条适用范围规定：

(a) 除本条 (b) 款规定的情况外，对于使用下列航空器的中华人民共和国公民或在中

华人民共和国境内登记的企事业单位法人，应当经局方按照本章审定合格并获得局方颁发的私用大型航空器运营人运行规范，方可在中华人民共和国境内实施私用飞行：

(1) 最大起飞全重 5700 千克以上的大型飞机；(2) 涡轮多发飞机；(3) 最大起飞全重 2730 千克以上的大型直升机。

(3) 依据《一般运行和飞行规则》(CCAR-91) K 章

对于按照本规则 K 章审定合格的航空器代管人，可以实施其运行规范中批准的运行种类的私用飞行。航空器代管人应当主要是指专业飞机管理公司。

4. 《民用航空飞行标准管理条例》(2021 年征求意见稿)

航空器运行人：是指实际控制使用民用航空器实施飞行运行的单位或个人。航空器运行人包括公共航空运输运营人、特殊商业运营人、其他商业运营人以及从事非商业运营的单位或个人。

公共航空运输运营人：是指以营利为目的，使用民用航空器运送旅客、行李、邮件或者货物的单位或个人，按照其所使用的航空器和运行特点分为大型飞机公共航空运输运营人、小型商业运输和空中游览运营人。

特殊商业运营人：是指以营利为目的，使用民用航空器从事农林喷洒、直升机机外载荷作业和跳伞服务等安全风险较大飞行活动的单位或个人。

5. 航空器经营人、缔约承运人、实际承运人

《民用航空法》第 158 条规定：“本法第一百五十七条规定的赔偿责任，由民用航空器的经营人承担。前款所称经营人，是指损害发生时使用民用航空器的人。民用航空器的使用权已经直接或者间接地授予他人，本人保留对该民用航空器的航行控制权的，本人仍被视为经营人。经营人的受雇人、代理人在受雇、代理

过程中使用民用航空器，无论是否在其受雇、代理范围内行事，均视为经营人使用民用航空器。民用航空器登记的所有人应当被视为经营人，并承担经营人的责任；除非在判定其责任的诉讼中，所有人证明经营人是他人，并在法律程序许可的范围内采取适当措施使该人成为诉讼当事人之一。”

《民用航空法》第137条规定：“本节所称缔约承运人，是指以本人名义与旅客或者托运人，或者与旅客或者托运人的代理人，订立本章调整的航空运输合同的人。本节所称实际承运人，是指根据缔约承运人的授权，履行前款全部或者部分运输的人，不是指本章规定的连续承运人；在没有相反证明时，此种授权被认为是存在的。”

3.4.5. 部分小结：《民用航空飞行标准条例》（征求意见稿）法律位阶较高，属于法规层级，效力比规章优先。这个法规草案在有关概念解释上与以往相比存在较大突破。一是明确表达了航空器运行人就是航空运输运营人；二是明确了航空器运行人主体分为单位或个人，而过去概念都是指企业法人；三是将公共航空运输运营人分类为大型飞机公共航空运输运营人、小型商业运输运营人和空中游览运营人三个分级主体。这一点非常关键明显变化。这个概念将传统的公共航空运输企业和通用航空运输企业的划分进行了交叉，即作为通用航空业务范畴的小型商业运输运营人和游览运营人属于公共航空运输运营人。而按照传统划分方法，这里面的小型商业运输运营人是指通用航空运输，即在前面提到的《小型航空器商业运输运营人运行合格审定规则》（CCAR-135）界定的小型航空器商业运输运营人。这就存在运行规章的交叉了。

此外，明确了通用航空的以营利为目的的法律性质。这与之前的关于通用航空的定义存在不同。过去通用航空企业内部分类为经营性通用航空和非经营性通用航空，至于是否以营

利为目的没有涉及。目前看，通用航空企业也是以营利为目的。随之产生的问题就是：是否存在不以营利为目的的经营性通航或者是否存在不以营利为目的的非经营性通航？因为按照民航局关于印发《通用航空术语解释》对于经营性通用航空活动分类，分为载客类、载人类、其他类。实际基本上把通行的通航活动都纳入经营性之中了，既然是经营性通航活动，营利应该是核心经营行为特征。

公共航空运输运营人定义明确以营利为目的，并将概念扩大为包括小型商业运输和空中游览运营人。将小型商业运输运营人纳入公共航空运输性质，这是一次根本性突破。这将过去通用航空性质的小型商业运输转为公共航空运输性质并进行民航运输市场化管理提供了法律依据的契机。我们倾向认为，短途通用航空运输，作为定期载客飞行，应当纳入公共航空运输管理，建议在CCAR-121部中增加新的专门运行规章规范。但是，征求意见稿将空中游览运营人也纳入公共航空运输概念，还需要细分认证。通常空中游览观光属于通航的典型活动特征。这个草案能否通过或进一步修改，未来有待观察。

最大的问题还在于，法律位阶最高的《民用航空法》将航空运输主体定义为航空器经营人、缔约承运人和实际承运人。这三个概念，在民航法规、民航运行规章层面均没有提及。这导致上述规范体系中针对航空运输主体和航空器的法定概念和定义存在实质性冲突和模糊，已经造成概念混乱。

（四）第四组概念：国内包机飞行、私人飞行与通用航空包机飞行（私人包机飞行）

1. 《关于重申加强国内包机、包座销售管理的通知》

国内包机飞行是指航空公司根据民航总局批准的经营范围使用民用航空器从事除定期航班以外的国内不定期飞行。这是指公共航空运

输企业的大型飞机的不定期包机飞行，适用CCAR-121部运行规章。并不是通常社会上所说的私人包机飞行概念。

2. 《通用航空飞行计划审批与空管运行管理规定》（试行）

本规定所称的个人（私人）飞行是指中华人民共和国境内（港澳台地区除外）的中国公民驾驶民用航空器，以个人名义从事非经营性的通用航空飞行活动。个人（私人）飞行的申请人应当为航空器驾驶员本人。私人飞行实际是一个狭窄的运动型自驾体验通用航空活动概念。

包机飞行概念目前比较普遍流行。事实上按照民航局方监管的要求，涉及私人包机、私人飞行概念与社会上的私人商业包机飞行概念是完全不同的。民航规章规定的私人飞行专指私人驾驶飞机的自用或训练或娱乐运动性质行为。与包租飞机实现旅游或商务目的，实现异地起降的商业消费行为性质是不同的，即私人商务包机飞行在行业上称之为通用航空包机飞行。

依据《通用航空包机飞行管理暂行办法》第3条“通用航空包机飞行是指通用航空企业使用30座（含机组）以下的民用航空器，按照与包机方所订立的文本合同提供的不定期载客运输服务”的规定，这类通航包机飞行属于商业包机租赁飞行或者说公务机租赁商业飞行的模式。也就是常说的富人圈的出行方式。类似概念，依据《通用航空包机飞行（短途运输）经营管理暂行办法》第3条的规定，“通用航空包机飞行是指通用航空企业使用30座以下的民用航空器（初级类航空器除外），按照与用户所签订文本合同中确定的时间、始发地和目的地，为其提供的不定期载客及货邮运输服务。此类服务不对社会公众发售机票，不提前公布航班时刻，根据需要决定飞行频次，原则上不得从事危险品运输”。依据最新的民航局关于印发《通用航空术语解释》的通知

（民航发〔2020〕44号），通用航空包机飞行是指通用航空企业使用低于30座（包括机组座位）的民用航空器，按照与包机方订立的合法文本合同提供的不定期载客运输服务。此类包机活动，不对社会公众销售机票、不对非乘机人公布航班时刻，根据实际需要决定飞行频次。

此外，与私人包机概念对应的还有一个国内包机、包座、包销等航空运输销售概念。但这是公共航空运输企业，适用于121部运行规章的概念。依据《关于重申加强国内包机、包座销售管理的通知》的规定，国内包机飞行是指航空公司根据民航总局批准的经营范围使用民用航空器从事除定期航班以外的国内不定期飞行。这里是指公共航空运输企业的大型飞机的不定期包机飞行，即30座以上公共航空运输企业的包机飞行概念，行业也称之为包班或包座销售行为。

二、构建概念统一、标准清晰的民用航空管理法律法规规章文件体系势在必行

通过对前面四组航空运输概念的梳理，我们基本可以看到，民用航空运输管理领域基于管理目标、管理行为、管理标准、管理流程的分工，运行规章的差异，具体监管部门对于公共航空运输和通用航空运输分类，对于相应的航空运输企业分类界定、对于航空器运行人、航空运输运营人、航空承运人、国内包机飞行和通用航空包机飞行等均有不同的概念描述。因为飞行管理、运行管理、安全管理、运输管理、市场管理等部门的监管服务角度不同，运行规章合格审定不同，民航企业运营的市场表现形式不同，这都给概念统一带来了挑战。但是不统一上述概念，实践中经常出现概念混淆、业务监管范围交叉、监管方和被监管方之间理解冲突等现实问题。实事求是地说，任何一个看过上述概念差异的人，可能都会觉得晕头转向，“知其所云不知其所以云”。这样的管

控局面，即使出现行政处罚，也面临很大的行政争议、行政复议，甚至行政诉讼。实际上，也不利于改革的效率优先、兼顾公平原则。笔者希望借助本次航空法修订的契机，系统性地对民用航空法律、法规、规章、政策文件等统一协调大修一次。毕竟，国家民航局纳入国家交通部之后，民航局这是一个副部级单位，原来独立的部委规章，现在需要按照交通部的名义起草发布，国家法律体系中的“行政规章”与民航局的“运行规章”的法律性质需要重新完善和程序构建。

我国《民用航空法》的立法定位应当建立在民用航空产业立法的高度，而不是仅仅站在民用航空运输管理的支点来进行。对这一点，笔者之前的一篇专门文章曾有专门论述^①（详见刊登在中国律师网的《我国民用航空产业立法和司法实践刍议》）。航空产业从大的形态划分，应当主要区分为军事航空产业和民用航空产业。民用航空运输无疑属于民用航空产业链条中的下游运营环节。航空器从法律性质和使用功能上主要区分为国家航空器和民用航空器。根据国际民航芝加哥公约和日内瓦公约有关规定，用于军事、海关、警察使用的航空器，不属于民用航空器，不适用于国际民航组织有关国际公约和各国民用航空运输管理的有关规定。需要提示的这里的警察使用航空器主要是指基于国家安全管理执法性质用途，例如边防警察、安全机关警察使用等。对于从事社会治安管理性质的民事警察事务的航空器应当执行民用航空器管理有关规定。

此外，对于政府临时紧急征用民用航空企业运营管理的民用航空器执行国家任务，则通常被认定为不属于适用民航运输管理规章范围。例如外交行动、紧急国家救援、灾害或灾

难救援等。但是对于政府采购服务，委托民航企业从事的付费商业合同行为，则应当属于民用航空运输服务事项，适用民航规章。对于因为国家任务征用强制的飞行，既然不适用民用航空管理办法，那么是否适用空军飞行管理办法？这个目前还不清楚。因为民用航空器的机型和性能与空军作战飞机性能完全不同，飞机运行体系也完全不同，因此完全适用应该不可能。但是不解决国家任务的飞行管制问题，包括国家紧急征用的民航飞行其保险问题如何解决？是商业保险还是政策保险？凡此，我们建议应当进一步完善国家任务飞行的有关立法管制体系和配套体系建设。

民用航空运输领域的监管主要对象实际是按照民用航空运输行为分类、民用航空运输企业分类、民用航空器型号分类、民用航空运输运营人主体分类和承运人主体分类等实现。民用航空运输分为公共航空运输和通用航空运输两大类。民用航空企业是我国民用航空管理部门主要监管与服务的对象，其中核心是民用航空运输企业和机场企业。而民用航空运输运营人分类则主要是基于航空器、航空运输企业分类对应的运行规章不同而相应划分。构建统一的民航运输基本概念，是确保民航运输整体改革，实现管理优化的基本前提。

三、对于航空运输企业和航空运营人、航空器分类监管的建议

从前述的概念分类回顾和检讨，我们可以看出，从民航监管标准统一、航空运输企业规范运营、社会消费者维权顺畅、航空业投资标准规范角度，均需要尽快统一上述航空运输相关的概念。鉴于运行规章的相对科学性，原有

^① 黄振达：《中国民用航空产业立法与司法实践刍议》，载中国律师网，<http://www.acla.org.cn/article/page/detailById/26824>。

的公共航空运输企业的内涵是比较清晰的。但是对于通用航空运输活动具体分类的确较多，应当进一步规范，并结合运行规章的实践差异，尝试进一步专业分类，加强不同类别的差异化监管，尤为必要。

我们认为进一步规范的重点与核心是：（1）是否考虑将通用航空中私人包机飞行或说私人公务包机飞行与通航短途运输飞行（通勤飞行），即30座以下的通勤航空，统一归类为小型航空器商业运输运营人，并建议纳入CCAR-121部专章管理；（2）将私人飞机拥有者作为产权人和委托人，与公务机管理公司作为受托管理人和服务商定义为非商业运输的航空运营人，仍然执行CCAR-91部规章运行，对于其他类别的经营性通航按照CCAR-135部规章运行。这三类运行标准适用不同的运行规章和审批监管流程；（3）应当加强外国来华公务机的单独监管，原则上按照国家间对等原则，参照有关公约和双边协定，基于上述分类原则，分别监管，防止外国私人性质飞机，在外国公务机管理公司或其国内分公司的运作下，混淆飞行性质，在我国从事非法经营和非法运营，扰乱国内航空运输市场秩序。事实上这个航空市场运输秩序包括国内公共航空运输市场秩序，也包括我国通用航空包机飞行运输市场秩序以及飞行航行秩序。

从法律和法理基础上看，对于我国境内的领空范围，属于我国国家航空主权，中国企业才具有经营权。而外国来华公务机属于外国公务机管理公司负责，属于外籍飞机，其不具有在我国境内自由飞行的航行权和经营权，其飞行规则应当是严格按照事先申请并获批的起降时刻、飞行航路、飞行和经停时间、地点、送审载客的客人名单进出境。超出之外的任何行为均属违规违法，并应当给与制裁，这是国家主权和市场经营权的管制领域。^①

对于私人自有飞机、自行使用应当单独监管。对于通用航空公司包括公务飞机管理公司在内，由于实践运营中存在前述几种类型业务综合运营管理的，在该公司内部运营层面应当实现分类运营、分类审批、分类监管、专人负责，不允许混同经营，严禁人财物和运行规章不分。强化运营风险池分别设置。

小结：民航企业作为航空业运营主体，属于行政许可型管制行业。通常要获得行业经营许可、运行许可、航空器适航许可、维修资质许可、技术工种执照许可、标准工作手册建设、重要技术记录保存等管制性、强制性要求后才能合法合规地运营。将公共航空运输和通用航空运输分类监管总原则下，应当进一步细分各自范围内的详细分类监管，同时存在将原有分类的部分业务合并等情况。

四、对于“共有产权飞机”“会员制”分时共享飞机使用权等新商业模式的一点认识和监管建议

民用航空运输事业的产生与发展的核心基础是强化民用飞机的公共运输服务职能和社会公共服务属性。民用航空运输企业属于市场化经济主体，同时客观上也承担着社会公共服务职能，具有社会基础设施使用性质。我们认为，对于航空运输企业和航空器的投资行为，民用航空主管部门除了主要关注适航许可、运营许可、安全管理、经营许可之外，还要适当监管其金融投资属性，防止以金融投资、回报承诺或变相回报承诺的方式成为非法集资、违法理财的标的和媒介。航空运输企业投资回报率不是很高，不应该基于所谓的稳定现金流的测算和价值估值而过分宣传吸引社会投资。从航空运输企业和飞机制造企业的上市公司股票价值看，也是长期持有的对象，不具备短期高企获利能力。

^① 本文作者曾参与民航部门针对外国来华私人飞机监管的有关法律咨询和方案论证、起草等工作。

目前市场上出现的“共有产权”飞机投资模式，即融资——购机——商业运营——投资回报——退出机制模式，这类模式应当限定在一个合理区间。我国目前的基本条件还不足以维持并支撑中产阶层及以上群体的广泛采取私人商业包机模式出行并成为消费常态的阶段。对于会员制飞机使用权分时共享模式，则更为复杂。如果采取境内外双重投资架构，例如类似 VIE 架构模式，在境外设立离岸公司购买飞机，境内设立协议公司用于飞机管理运营和会员制分时共享使用权产品销售或飞机产权份额销售，且投资回报承诺是境外公司，境内公司负责干租或湿租该境外飞机入境运营，则相关法律问题和法律风险更麻烦，监管更复杂。但是不监管，就出现了监管失职的可能。这类监管不能完全依靠民航监管机构，还需要国家金融监管部门、商务部门、外汇管理部门等协调进行。

按照美国 FAA 的管控经验，参照我国民航 CCAR-91 部运行规章的 K 章关于部分产权项目的有关内容，自然人或法人可以共同拥有一架航空器的一定份额。单机共有产权基于飞机类型，限制产权人数是 16—32 位（个）自然人或企业组织。但是，使用用途限定在产权人自用而不是出租营利获取投资回报。投资者按照投资份额并计算出各自比例的周期内（例如一年）的使用飞行小时数字。这个飞行小时使用额度只能投资者自用，不可用于对外出租取酬经营。即不能以营利为目的的自购飞机并非法经营航空器，实现投资获利目的。因为作为私人自用的飞机运行规章是 CCAR-91 部，而作为通航商业包机性质适用的是 CCAR-135 部运行规章。对应我国有关法律看，符合我国民法典按份共有产权制度，并集体成为航空器共有产权人。按照未来使用角度看，则构成用益物权。

实践中，经常出现张冠李戴，私人飞机托管公司将飞机产权人的自用飞机的飞行服

务小时私自换成商业包机飞行销售产品，赚取利润后和机主分享。从现有规章立法本意和他国实践来看，共有产权只是单纯解决共有产权人共享飞机用于自身使用的消费功能，但不具有投资回报的溢价增值功能。不能用于对外商业服务或者变相间接的对外销售、虚假赠送方式进行商业营销、有偿交换等方式实现商业目的。这样的交易行为实质性穿透后，发现涉嫌非法商业经营，干扰正常公共航空运输市场秩序、危害国家安全、影响飞行安全，并由此带来的保险理赔、侵权损害赔偿、合同违约赔偿等关联法律争议和行政处罚甚至刑事追责。如果出现上述情况，因为违反法律、法规和政府监管的禁止性规定，从根本上看是违法无效的行为，但是产生了实际损害赔偿的法律责任后果。赔偿责任主体范围将涉及飞机管理运营公司、飞机出租人、飞机产权人，甚至民航监管机关自身的渎职失职行为。同时也存在法律关系和法律责任竞合。如果该等飞机实现跨境飞行任务，更大范围带来跨法域冲突问题。因为飞行涉及的航权属于国家间主权范畴，临时航线申请与使用同样涉及国家领空主权法律问题。这样的问题后果导致飞机运营规章更加混乱，并面临他国执法机构的调查处罚等。

共有产权飞机的商业模式目前看，法律不禁止。但是从经济学角度看，从投资回报率和有效概率角度看，不可能大范围推广。投资者盲从和不真实可行的投资测算、对于市场的过度期待以及监管滞后，都可能成为催化新的非法集资、违法理财的渠道。按照飞机投资、托管、运营和投资回报次序看，无论是盈利还是亏损，飞机投资红利分派之前，飞机的融资成本、托管成本、运营成本、税费等都是具备法律优先权和抵押担保权保障机制的，而投资者则是排序最后的分配者。飞机运营管理属于管制严格的专业性强的行业，飞机资产处置也是一个相对专业的市场，投资运营维护成本较

高。飞机资产的金融属性原本属于国际上专业金融机构和飞机租赁公司与飞机制造商、飞机运营人之间的 B2B 项下的合同交易法律关系。很少出现个人投资者或家庭投资者。而此次新业态模式则是实现了 B2C 交易架构。因此，这类投资者需谨慎投资，认真法律咨询。

我们认为，我国《民法典》关于按份共有制度、用益物权和担保物权等法律规定，现有民航规章等对于共有产权飞机模式，具有重要指导和规范意义。^①但是应当进一步细化标准和措施，规范投资框架和运营框架，明确监管责任。我们建议，就飞机共有产权模式和会员制分时共享飞机使用权模式，民航监管部门和金融监管部门、市场监管部门应当适时联合调研有关企业，要求如实申报有关商业运营模型、产品设计、投资者情况，资金来源、安全运营管理、航空运输市场秩序、尤其是否存在投资收益保底承诺或变相承诺，是否建立单机产品风险隔离制度，严禁同一投资者重复投资购买飞机产权份额或会员制消费产品、严禁不同产权飞机的资产和投资资金混同，例如必须确保单一飞机产权的独立管理，包括资金账户监管、投资者客户名单以及投资者消费使用记录台账等。监管目的就是必须确保共有产权飞机模式和会员制分时共享飞机使用权模式，只适用于投资者自身使用消费功能，不能以营利为目的，事实上也不可能出现投资收益。有权监管机构应当重点审查现有飞机产权人主体、飞机产权人原始主体、飞机交易合同、交易价格、飞机技术状态和使用寿命、未来飞机退出机制、飞机处置条件等。如果是境外资本参与，需要考虑其是否满足 QFLP 或 QDLP 基金形式。会员制消费是否符合我国商务部和金融监管机构关于会员卡、会员制有关规定等。如果是国内公务飞机管理公司承诺或变相承诺投资者保底收益，则对于飞机管理公司的日常监

管机构将扩大为除了民航监管部门之外的金融监管机构和国家市场监督管理部门等。因为此时的公务机管理公司的行业属性将发生多重性变化，其不再是单纯的民航运输企业或以民航运输企业为主业的范畴。

如果投资者投资组建航空运输企业，则属于另外问题。如果不严格管制，很可能出现将共有产权飞机的使用权、产权份额和经营现金流作为资产支持债券性产品进行境内外募集或流转，则形成嵌套型金融投资产品。这样的虚拟经济还可以再加杠杆再次循环起来。这时，底层资产起到了信用背书的作用。原本提供航空运输服务的实用功能产品成为了金融投资产品。原本在大型金融机构通过贷款、融资租赁、售后回租模式进行的传统航空金融模式，变相通过共有产权飞机模式或者是会员制分时共享飞机使用权模式，成为非金融机构经济实体并以有限责任公司、基金或有限合伙或个人等形式参与金融游戏。这是否属于变相规避金融监管审查进行的无法可依的金融运作？是否属于变相规避民航规章有关要求，将自用的运输消费产品变成民航投资产品，并违反民航规章监管要求，破坏民航运输市场秩序和正常市场监管秩序？这些可能出现的问题，有待未来市场观察。但是有一点，作为民航运输市场秩序的监管机构，尽管不能越权干预企业的金融投资行为，但是对于涉及民用航空器购买使用和商业运营服务的新模式，有义务、有职权及时调查研究，及时与法律、金融机构、商务部门、外汇监管部门研讨，及时做出行业监管标准和动作，及时研判并实施定向分类监管，对于违规者及时严厉查处，甚至采取行业市场禁入等规定。这是民航部门的使命担当，职责所在。

对于飞机共有产权、会员制分时共享飞机使用权等商业模型，我们更倾向于将这些投资所有权、使用权物化为飞机资产所属公司的股

^① 参见我国《民法典》第 298 条、第 305—310 条、第 323 条、第 386 条、第 387 条、第 388 条、第 390 条等。

权，而不是物权本身。股权退出方便，共有物权登记麻烦，产权份额无法分割和单独处置。即将飞机产权的上一级定义为一个合伙企业或法人公司，在其之上设置合伙基金份额或购买人的股东架构。在飞机产权公司层面或者在其委托的飞机运营管理公司层面设置合法的消费制会员产品，作为消费使用权能的依据即可。这样就把飞机所有权和使用消费权分层设置，便于流通和处置，隔离必要金融和市场风险。因为，这种消费使用权和产权权益之股权可以继承也可以流通。较好解决购买者和运营者痛点问题和违规风险规避，但是必须严守法律风

险和道德风险底线。涉及具体产品情况需要专门要论证。

综上所述，我们建议对目前通用航空各业态强化分类监管、分类运营，并在安全和运营监管原则指导下，满足合规监管的原则，即将合规原则提升为总体把控民航运输中的安全、飞行、运营、经营、市场秩序的最高原则统称。尽管看上去，飞机运营管理公司按照CCAR-135部较高规章运行确保飞行安全，但是实际上存在数据不合规、申请信息不真实、影响国家安全、信息失真的危险，根本上看也是影响安全管理范畴的。

探讨算法作为商业秘密保护的利弊与侵权认定



周艾琳，先后于杜伦大学及巴斯大学取得教育学及理学硕士学位，具有复合的知识背景。自2017年始在某外资律师事务所律师事务所驻北京代表处从事知识产权法律工作，后就职于某央企，2020年1月加入北京德和衡律师事务所，从事知识产权维权工作，服务的客户多为国内外知名奢侈品服装公司、游戏软件公司、化学制药公司、品牌管理公司及科技初创公司。

摘要：随着数字经济的发展，每个人的生活不可避免的受到算法的影响。算法这门技术蓬勃发展，算法之路无止境，算法也成为了某些领域企业重要的无形资产与核心竞争力。《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》首次明确人民法院可以认定算法构成《反不正当竞争法》第9条第4款所称的技术信息，即算法可以作为商业秘密进行保护。对于算法商业秘密保护的研究非常少，本文旨在探讨算法作为商业秘密保护的利弊与侵权认定的难题。

关键词：算法，源代码，商业秘密，知识产权

一、前言：算法、源代码与目标码

算法似乎无处不在。建立用户系统中常涉及 LRU 算法，益智游戏中可能涉及 A 星寻路算法，抢红包需要实现红包算法，某些企业为了获得更多的利益还会采取“算法杀熟”……人工智能技术正推动人类社会发展成为一个“算法泛在”且“算法主导”的智能社会^①。

算法（algorithm）这一古老的概念来自数学领域。简单来说，在数学领域中，算法是用于解决某一类问题的公式和思想，而在计算机领域，算法的本质是一系列程序指令，用于解决特定的运算和逻辑问题^②。源代码的本质是

文本，其目标是为可以转换为机器语言的计算机设置准确的规则和规范^③。简而言之，源代码是指未编译的按照一定的程序设计语言规范书写的文本文件，是一系列人类可读的计算机语言指令^④。还有一个概念是目标码，目标码通过编译的过程生成的，机器可执行文件，但不是人类可读的^⑤。

用于解决同一运算和逻辑问题的算法是不同的。因此产生算法好坏的评价标准，例如时间复杂度和空间复杂度。为了解决某一需求，企业研发的算法终将用代码实现出来，而运行时间短、占用空间小的程序更加被企业所珍视。在这里，需要理清的是算法、源代码以及目标码的关系，如图 1 所示。

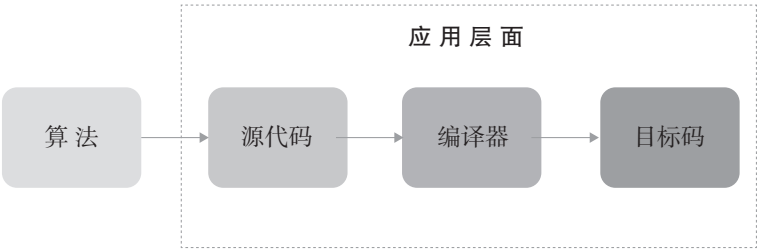


图 1 算法、源代码与目标码的关系简图

源代码是人类可读的，但是机器无法直接理解以英语或任何其他人类语言给出的指令，因此，需要编译器将其编译成机器可执行代码（目标码）。现实中是先有某种算法，再把它用到具体层面，此时需要程序员介入，通过代码撰写，实现“源代码——编译——目标码”的过程，即先有算法后有实现算法的代码，算法的运用需要源代码以及源代码

编译出的目标码。

二、算法作为商业秘密：A Cheer or A Razz

我国《反不正当竞争法》第 9 条规定，商业秘密是指不为公众所知悉、具有商业价值并经权利人采取相应保密措施的技术信息、经营信息等商业信息。企业会对其投入大量人力物力研发的算法严加保护，算法具有巨大的商业

① 李安：《算法透明与商业秘密的冲突及协调》，载《电子知识产权》2021 年第 4 期。
② 魏梦舒：《漫画算法：小灰的算法之旅》，电子工业出版社 2019 年出版，第 4 页。
③ 参见 https://www.zhihu.com/question/355637835?ivk_sa=1023231z，2021 年 6 月 11 日访问。
④ 参见 <https://baike.baidu.com/item/源代码/3969?fr=aladdin>，2021 年 6 月 11 日访问。
⑤ 参见《源代码和目标代码之间的区别》，https://blog.csdn.net/culing2941/article/details/108649739?utm_medium=distribute.pc_aggpage_search_result.none-task-blog-2~aggregatepage~first_rank_v2~rank_aggregation-1-108649739.pc_agg_rank_aggregation&utm_term=源代码和目标代码区别&spm=1000.2123.3001.4430，2021 年 6 月 11 日访问。

价值,是企业竞争的利器,同时企业通常会采取高强度的保密措施来保持算法的秘密性。因此,算法在满足商业秘密对秘密性、价值性和保密性要求的前提下,企业可以将算法作为商业秘密进行保护。在高途乐科技(深圳)有限公司、高途乐公司与豆某侵害技术秘密纠纷一案中^①,高途乐公司拥有相机的“图像质量算法设计”,该算法设计包括了相机图像质量检测中最重要的一个环节,即图像瑕疵检测的算法。高途乐公司主张该图像瑕疵检测的算法具有秘密性、保密性与价值性,依法构成商业秘密,依法受到法律保护。该案体现了算法作为商业秘密进行保护的可能性。

2020年9月,《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》首次明确人民法院可以认定算法构成《反不正当竞争法》第9条第4款所称的技术信息,即算法可以作为商业秘密进行保护。然而,对于算法作为商业秘密进行保护,存在多种声音。支持的一方认为算法能够给社会带来巨大福利,是数字经济时代竞争的关键因素并且大力开发算法是未来科技的走向,因此保护算法是大势所趋^②。一些学者则表达了对算法商业秘密保护导致的算法黑箱(对算法拥有者或设计者之外的人而言,算法是一个工作机制非常神秘的系统,人们只能观测到它的输入与输出,而无法知道它如何将输入的内容变成输出的结果^③)、算法操纵(由于算法越来越普

遍而广泛地影响我们的生活,于是算法就操纵了或控制了我们的生活,例如同物不同价的算法杀熟等^④)等技术风险和社会问题^⑤的担忧。

算法商业秘密与算法正义(广义上的算法正义涵盖了社会对所有算法设计、运营、以及对其实质内容与运营程序所要求的理性道德原则和价值期待,既包括实体也包括程序,既包括过程也包括结果)^⑥成为了重要议题,学者们也试图找出途径来协调与平衡商业秘密与算法正义间的冲突。可以肯定的是,在大量资金与技术投入到算法研发的大环境下,追求企业和公共管理领域的竞争优势和核心能力,人力、物力、财力的汇聚需要专有权的保护来维系商业道德和竞争秩序^⑦。然而,算法商业秘密却成为了算法正义的障碍,其原因在于:(1)商业秘密禁止他人未经授权获取、披露、使用有关商业信息;(2)获得商业秘密保护的前提是该信息不为公众所知悉并采取了合理的保密措施。而只有掌握了充足的算法信息才能够进一步判断该算法的可责性^⑧。在私法领域的 *Viacom v. YouTube* 案中,Google 以商业秘密为由拒绝公开算法得到了法院的支持^⑨。在公法领域中,法院同样以保护商业秘密为由驳回了 *Loomis* 要求公开算法,以解释 *Northpointe* 公司的智慧司法产品 COMPAS (Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions) 为何对其作出“再次犯罪的风险较高”这一评估的诉请^⑩。在上述两个案例中,

① (2018)粤民辖终493号民事裁定书,载中国裁判文书网, <https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXSK4/index.html?docId=96c1412494114409ae0ea9ba00af9a56>, 2021年6月11日访问。

② 陈静:《论算法的商业秘密保护》, <https://mp.weixin.qq.com/s/CSteJnUZ97295QAIAK0dVw>, 2021年6月13日访问。

③ 陈景辉:《算法的法律性质:言论、商业秘密还是正当程序?》,载《比较法研究》2020年第2期。

④ 陈景辉:《算法的法律性质:言论、商业秘密还是正当程序?》,载《比较法研究》2020年第2期。

⑤ 参见李安:《算法透明与商业秘密的冲突及协调》,载《电子知识产权》2021年第4期。汪庆华:《算法透明的多重维度和算法问责》,载《比较法研究》2020年第6期。

⑥ [美]约翰·罗尔斯:《政治自由主义》,万俊人译,译林出版社2000年出版,转引自李晓辉:《算法商业秘密与算法正义》,载《比较法研究》2021年第3期。

⑦ 李晓辉:《算法商业秘密与算法正义》,载《比较法研究》2021年第3期。

⑧ 李安:《算法透明与商业秘密的冲突及协调》,载《电子知识产权》2021年第4期。

⑨ 参见 *Viacom International Inc., v. YouTube Inc.*, 253 F. R. D. 256, 259-261 (S. D. N. Y. 2008)。

⑩ 参见 *State v. Loomis*, 881 N. W. 2d 749, 761 (Wis. 2016)。

因为未能分析算法的设计及其计算过程（如权重、评分公式、统计值和参考组等信息），所以根本无法探讨相关算法的技术问责。算法正义与商业秘密的冲突，其内涵是利益冲突，有学者立足比例原则，试图寻找协调方案，即适当的算法透明和适度的商业秘密保护^①。

也有学者重点研究算法的法律性质，算法问题“可以在法律上转译成为价值冲突的问题，算法黑箱是一方，而避免算法操纵是另外一方”^②。如果说法律能以某种方式对待算法，这或是将算法视为言论，或是将算法视为商业秘密^③。

随着《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》的实施，法律实践采取了对算法黑箱的保护。需要强调的是，算法黑箱并非贬义词，其仅是描述了算法拥有者或设计者之外的人无法知晓算法如何将输入的内容变成输出的结果这一事实状况^④。而选择将算法视为商业秘密保护的根源还在于保障企业的科技创新，避免因知识产权被侵犯而阻碍整个社会的科技进步，从而进一步有损于人民的福祉。

算法作为商业秘密是一把“双刃剑”。一方面，它有利于企业保护自己投入大量人力、

物力、财力获得的智慧成果，有利于保持企业创新的积极性，也有利于人类社会的智能化，是一件幸事（A Cheer）；另一方面，将算法作为商业秘密保护催生了一系列诸如算法黑箱、算法偏见、算法杀熟、算法共谋等问题，损害了公共利益（Public Interests）或者它的道德形式——“公共善”（Public Goods）^⑤，因此也是一件恼事（A Razz）。

三、算法作为商业秘密保护的困境：侵权认定的难题

商业秘密案件中对于侵权的判定一般遵循“接触+实质性相同-合法来源”的原则，因此侵权认定的难题常在于：（1）“接触”的可判断途径；（2）实质性相同的判断；（3）合法来源的判断。算法因其特性，在实质性相同的判断上尤为困难。需要说明的是，下文对于算法作为商业秘密之侵权认定难的分析仅针对使用型侵害算法的侵权行为。

（一）“接触”的判断

笔者以“算法商业秘密”“源代码商业秘密”为关键词利用北大法宝进行司法案例检索，共检索出6件案例，如表1所列。

表1 涉算法/源代码型商业秘密侵权案件对于“接触”的判断

案件	案号	本案对于“接触”的判断
广州共盈能源管理技术有限公司等与深圳市嘉力达实业有限公司侵犯商业秘密纠纷案	(2011)粤高法民三终字第141号	被上诉人（原审原告）嘉力达公司与上诉人之一（原审被告）共盈公司签有《软件开发合作协议》及多项补充协议；上诉人之一（原审被告）派威公司曾与嘉力达公司洽谈合作（形成书面协议未盖章）后中断合作；派威公司法定代表人丈夫曾在共盈公司担任总经理

① 李安：《算法透明与商业秘密的冲突及协调》，载《电子知识产权》2021年第4期。
② 陈景辉：《算法的法律性质：言论、商业秘密还是正当程序？》，载《比较法研究》2020年第2期。
③ 陈景辉：《算法的法律性质：言论、商业秘密还是正当程序？》，载《比较法研究》2020年第2期。
④ 陈景辉：《算法的法律性质：言论、商业秘密还是正当程序？》，载《比较法研究》2020年第2期。
⑤ 参见李安：《算法透明与商业秘密的冲突及协调》，载《电子知识产权》2021年第4期；陈景辉：《算法的法律性质：言论、商业秘密还是正当程序？》，载《比较法研究》2020年第2期。

(续表)

案件	案号	本案对于“接触”的判断
从兴技术有限公司与郑某等侵犯商业秘密纠纷案	(2015) 年京知民初字第 01671 号	被告郑某等人原来均是原告从兴公司或原告关联公司的员工,与原告签署有《劳动合同》和《竞业禁止协议》;被告郑某等人离职后陆续加入另一被告亚信公司的关联公司,亚信公司与从兴公司系同业竞争关系
深圳岳览时代网络科技有限公司与姚某、黄某、陈某及深圳东谷科技有限公司侵害商业秘密纠纷案	(2015) 深宝法知民初字第 434 号 (2018) 粤 03 民终 8300 号	姚某、黄某、陈某以技术、管理入股岳览时代公司,分别占 23%、15%、22% 的股权,专门进行“大荒传奇”游戏的开发,并签有《股东竞业禁止和商业保密协议》;被告姚某、黄某、陈某离开岳览时代公司后成立了东谷科技公司并开始开发“神仙与妖怪”网络游戏
高途乐科技(深圳)有限公司、高乐途公司与豆某侵害技术秘密纠纷案	(2018) 粤民辖终 493 号	豆某曾在高途乐科技(深圳)有限公司核心技术部门担任图像质量工程师职务
王某侵犯商业秘密案	(2018) 粤 0306 刑初 229 号	王某系被害人公司软件部负责人,王某离职后伙同他人成立新公司,以生产销售与航盛公司 BMS 电池管理系统同类的产品为主营业务
珠海仟游科技有限公司等与徐某等侵害技术秘密纠纷	(2016) 粤 73 民初 1693 号 (2019) 粤知民终 457 号	仟游公司、鹏游公司是关联公司,且均系帝王霸业网络游戏软件的开发、运营者。徐某、肖某均为仟游公司的员工,在职期间参与开发前述游戏。二人离职后,与他人共同成立策略公司,经营页游三国、三国逐鹿游戏。以上两款游戏的著作权人登记为南湃公司,而南湃公司的法定代表人系肖某的同学

“接触”本质上是指涉嫌侵权方具有获取商业秘密的条件或可能性。从表 1 所列案件中对“接触”的判断来看,不难发现对于算法/源代码类案件,“接触”主要分为以下两种情况:第一,被告曾是原告的雇员,即判断被告在曾经的工作中是否能够接触到涉案算法/源代码;第二,被告是第三方公司,此时需要通过被告与原告和/或与原告(离职)员工的关系入手分析被告是否具有接触到涉案算法/源代码的可能。

(二) 实质性相同的判断

在分析“接触”的可判断途径中,笔者以“算法商业秘密”“源代码商业秘密”作为关键词进行检索,其原因是算法商业秘密案件几乎

为“零”。即使在高途乐科技(深圳)有限公司、高乐途公司与豆某侵害技术秘密纠纷案中,原告主张了“图像质量算法设计”中涉及的某算法作为商业秘密,最终对于“同一性”的判断,依然立足于源代码的比对。由于算法是抽象的指令思路,在实际应用层面需要程序代码介入,对于同一个算法,可以存在多种程序代码的编写方式,因此,侵权人往往采取不同的代码编写方式来规避侵权,此时商业秘密侵权认定中“实质性相同”的要求将比较难达到^①。有学者指出,对于算法实质性相同的判断,需从算法的表现形式和核心思想两方面入手^②。

1. 算法的表现形式

对于算法表现形式是否相同的判断,就是

^① 邹雯、刘雪晴:《从实务角度浅析《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密纠纷民事案件应用法律若干问题的解释(征求意见稿)》》, https://www.sohu.com/a/403080846_120056427, 2021 年 6 月 14 日访问。

^② 陈静:《论算法的商业秘密保护》, <https://mp.weixin.qq.com/s/CSteJnUZ97295QAIAK0dVw>, 2021 年 6 月 13 日访问。

对落实算法的代码是否相同的判断。这是目前我国的司法实践中对算法和源代码类商业秘密案件的涉案技术信息“实质性相同”判断的基本方法。

表 2 涉算法/源代码型商业秘密侵权案件对于“实质性相同”的判断

案件	案号	“实质性相同”的判断
广州共盈能源管理技术有限公司等与深圳市嘉力达实业有限公司侵犯商业秘密纠纷案	(2011) 粤高法民三终字第 141 号	经比对，派威公司在中国软件保护中心登记的能耗监测管理平台软件后 30 页当中有 30 个程序的命名与嘉力达公司的源程序相同，且这 30 个程序的语句与嘉力达公司源程序基本相同、参数也相同。后 30 页第 9 页当中有一句“//modif by huangjc 2007/07/17 for reset bug inf Operatedindex = 201”是嘉力达公司员工的修改标志，其中 huangjc 是嘉力达公司的员工黄某交存
从兴技术有限公司与郑某等侵犯商业秘密纠纷案	(2015) 年京知民初字第 01671 号	原告未提交源代码导致无法进行比对。
深圳岳览时代网络科技有限公司与姚某、黄某、陈某及深圳东谷科技有限公司侵害商业秘密纠纷案	(2015) 深宝法知民初字第 434 号 (2018) 粤 03 民终 8300 号	深圳市公安局出具的深公（经）鉴通字（2014）第 00013 号，确认东谷公司《神仙与妖怪》游戏与岳览公司《大荒传奇》游戏 15 个核心程序源代码文件具有同一性
高乐途公司、高途乐科技（深圳）有限公司与豆某侵害技术秘密纠纷案	(2018) 粤民辖终 493 号	豆某的公开的该计算机软件源代码完全包含并体现了涉案算法的源代码
王某侵犯商业秘密案	(2018) 粤 0306 刑初 229 号	计算机技术鉴定：在被告人王某的移动硬盘中搜到的非公知源代码和涉案源代码一致
珠海仟游科技有限公司等与徐某等侵害技术秘密纠纷	(2016) 粤 73 民初 1693 号 (2019) 粤知民终 457 号	根据现有证据及举证责任分配原则，可以认定被诉游戏软件源代码与帝王霸业网络游戏源代码实质相同

从表 2 可以看出，对于代码相同的认定并没有操作上的难度，然而随着作案手段愈发高明，如果仅采取代码比对来判断“同一性”，会使某些侵权人通过改变代码编写方式就能轻松规避风险，逍遥法外。因此，需要引入算法核心思想是否相同的判断。

2. 算法的核心思想

简单来说，算法的核心思想就是算法是怎么设计出来解决问题的^①。上文提到，用于解决同一运算和逻辑问题的算法是不同的，因此

解决同一运算和逻辑问题的算法的时间复杂度和空间复杂度也不相同。通过对时间复杂度、空间复杂度等参量的对比可能成为判断算法核心思想的辅助参考。有学者指出，参考美国司法实践中 Versata Software, Inc. v. Internet Brands, Inc. 案，由于算法具有高度的专业性和技术性，所以对于算法的核心思想相同的判断可以引入辅助性的专家意见^②。在我国司法实践中，对于算法核心思想的判断还处于理论探讨与实践摸索阶段。

① 陈静：《论算法的商业秘密保护》，<https://mp.weixin.qq.com/s/CSteJnUZ97295QAIAK0dVw>，2021 年 6 月 13 日访问。
② 陈静：《论算法的商业秘密保护》，<https://mp.weixin.qq.com/s/CSteJnUZ97295QAIAK0dVw>，2021 年 6 月 13 日访问。

（三）合法来源的判断

在商业秘密侵权案件中，合法、合理来源可以推翻侵权认定。反向工程和独立研发是技术类商业秘密案件常涉及的抗辩事由。

根据《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》第12条的规定，反向工程是指通过技术手段对从公开渠道取得的产品进行拆卸、测绘、分析等而获得该产品的有关技术信息。根据该条对反向工程的定义，若采取反向工程抗辩，需要证明取得有关技术信息的途径合法。对于算法，采取反向工程抗辩的难度极高，因为要对算法进行反向工程必须合法取得源代码，而源代码通常被多种保密措施所保护，难以合法取得。简而言之，如果采用反向工程抗辩，必须要有充足的证据证明存在取得体现该算法的源代码的合法途径。

商业秘密具有相对的排他性，通过独立研发获得的商业秘密不认定为侵犯商业秘密的行为。在算法类商业秘密案件中，采取独立研发抗辩的难度低于采取反向工程抗辩的难度。独立研发的证明一般包括：（1）企业具有独立研发、生产的能力，包括员工资质、员工具备的相应的操作技能等；（2）企业进行独立研发过程每一个进程中的有用数据，并且已经由此形成的企业独立研发涉案信息的文件、财务记录和电子文档等；（3）为研发涉案信息，企业已经花费了大量的人力、物力、财力^①。

此外，在具备上述三方面证据的情况下，还需要考虑涉嫌侵权方研发该算法所花费的时间、人力等成本与商业秘密所有人相应的付出是否相差不大，如存在明显不对等，则可能出现“形式上研发遮掩实质上盗用”的情况。

四、结语：算法研发之路无止境，算法商业秘密保护的探讨刚开始

“打造数字经济新优势”“加快推动数字产业化”“构筑美好数字生活新图景”“加快数字社会建设步伐”……“十四五”规划纲要勾勒出我国数字经济发展的宏伟蓝图，为数字经济发展指明了方向、注入了动力^②。在数字经济的推动下，算法逐步走进人类生活的各个方面，相关企业投入大量人力、物力、财力研发算法，以算法作为商战中的“利器”，提高自身竞争优势，争取更多的商业回报。可以预见的是，在一定的历史时间内，算法研发之路是无止境的。

尽管不能否认以商业秘密保护算法可能会导致算法非正义的愈演愈烈，但在短期内，将算法作为商业秘密保护仍是大势所趋。虽然《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的解释》将算法纳入商业秘密客体，但如何实现对算法更完善的商业秘密保护这一探讨才刚开始。本文从算法侵权判断的“接触”途径、“实质性相同”以及“合法来源”三方面结合案例简单探讨，以期抛砖引玉。

^① 唐青林、李舒：《主张某项技术秘密是独立研发的而不是剽窃的，要怎么举证证明》，<https://mp.weixin.qq.com/s/85AWuNbI0JZGVynmGWfrmA>，2021年6月14日访问。

^② 人民财评：《拥抱数字经济时代，既要抢先更要行稳》，<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1695799360904244000&wfr=spider&for=pc>，2021年6月14日访问。

我国知识产权恶意诉讼损害赔偿的新思考

——基于我国法院 66 件司法判例的实证分析



朱兵，执业经历 20 年，办理了大量的诉讼案件和非诉讼事务以及专利事务，法律执业经验和专利事务经验极为丰富，给客户提供服务方案切合企业管理和企业需求。擅长商事法律服务，专业于知识产权法律服务领域以及疑难法律问题解决方案的提供。服务过的客户包括周生生珠宝、特锐德电气、特来电公司、海尔集团、青特集团、新华锦集团、青岛农行、青岛工行、青岛远洋等在内的知名企业。办理过的诉讼案件有被选入全国律协十大典型案例、有被最高法院列入年度指导案例选编。



王世港，知识产权管理硕士研究生，自加入德和衡青岛办公室以来，专注于知识产权与不正当竞争诉讼与非诉业务，曾协助办理过多起知识产权疑难复杂的诉讼与非诉案件，赢得了客户的好评。

摘要：因恶意提起知识产权诉讼损害责任纠纷作为独立案由成立以来，多发于实用新型和外观专利领域，但因缺乏明确的法律规定和具体的损害赔偿计算规则导致对恶意侵权人的震慑不足。基于此，建议完善知识产权恶意诉讼赔偿的立法、明确知识产权恶意诉讼损害赔偿的层次化赔偿标准、部分恶意诉讼纳入惩罚性赔偿的范围，以应对知识产权诉讼损害赔偿的困境。

关键词：恶意诉讼，损害赔偿计算，惩罚性赔偿

引言

所谓恶意诉讼，虽未有法律明确的定义，但在理论界和实务届均有相对一致的阐述，即当事人以获取非法或不正当利益为目的而故意提起一个在事实上和法律上无根据之诉，并致使相对人在诉讼中遭受损失的行为。^① 知识产权的无形性与立案登记制度的推行，使得知识产权恶意诉讼逐渐成为一种特殊侵权行为。党的十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》以及最高人民法院于 2021 年 10 月 29 日发布的《最高人民法院关于加强新时代知识产权审判工作为知识产权强国建设提供有力司法服务和保障的意见》，均有加大对虚假诉讼、恶意诉讼等行为的惩治力度和规制力度的要求。但实际上，恶意诉讼损害赔偿问题一直是司法实践中备受争议的难点，并未形成统一的裁判标准，这与各类文件不断要求加大恶意诉讼规制力度所呈现出的反差令人深思。本文以我国目前出现的知识产权恶意诉讼案件为实证分析对象，探索知识产权恶意诉讼案由正式出现以来法院判赔数额的最新发展，以期对我国知识产权恶意诉

讼损害赔偿制度的完善有所裨益。

一、我国知识产权恶意诉讼损害赔偿的现状分析

本文以北大法宝司法案例数据库作为平台，检索符合下列要求的法律文书：①案由为“因恶意提起知识产权诉讼损害责任纠纷”；②文书类型为“判决书”，审理法院、案件审结日期等不限。按照以上检索要求，笔者共检索到案件 76 件，经审理认定构成恶意诉讼的有效样本案件 17 件。^②

（一）损害赔偿多发于实用新型和外观设计专利诉讼领域

“因恶意提起知识产权诉讼损害责任纠纷”这一案由正式源自最高人民法院于 2021 年发布的《关于印发修改后〈民事案件案由规定〉的通知》，作为三级案由处在“知识产权与竞争纠纷”项下的“知识产权权属、侵权纠纷”之下。从图 1、图 2 可以看出，在 2011 年至 2021 年的十余年间，以恶意诉讼案由立案并审结的司法案件有 66 件^③，经法院审理判决构成恶意诉讼并赔偿的案件仅有 17 件。其中涉及实用新型专利和外

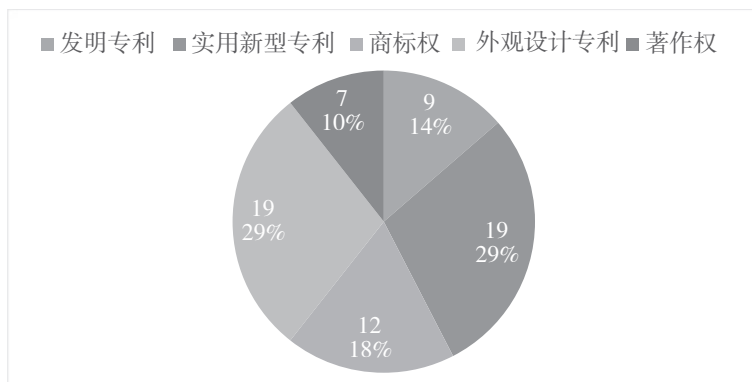


图 1 知识产权恶意诉讼案件涉及的知识产权类型

① 参见北京知识产权法院民事判决书（2015）京知民初字第 1446 号，该案为从北大法宝平台检索到的第一起恶意诉讼案件。

② 检索日期为 2021 年 11 月 5 日。

③ 在北大法宝上以“因恶意提起知识产权诉讼损害责任纠纷”为案由检索到的判决书实际有 76 件，因为有部分案件同时上传了一审、二审判决书，因此本文筛选了重复的一审判决书，剩余 66 份生效判决书。

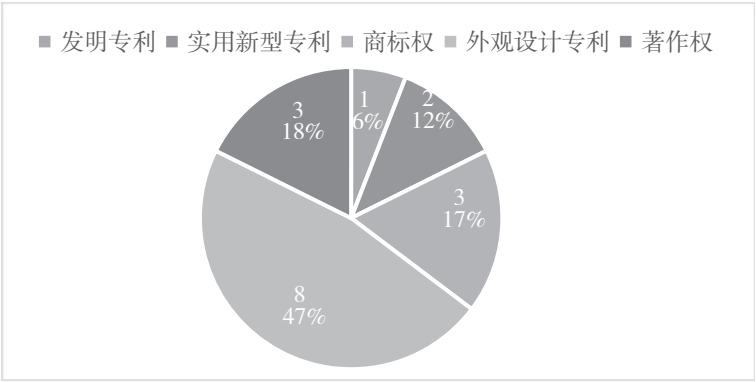


图2 胜诉的知识产权恶意诉讼案件涉及的知识产权类型

外观设计专利的恶意诉讼案件均占总案件的29%，该两类案件占总案件的58%，原因可能在于该两类专利在授权的过程并不进行实质审查，其权利稳定性较差，较容易推定提起诉讼一方明知没有权利基础却仍申请专利并提起诉讼的事实，进而推定该方具有主观恶意。

（二）恶意诉讼判赔支持率成下滑趋势，判赔区间跨度较大

法院的判赔额和支持率能在一定程度上凸显司法保护力度、反映法院判决结果与原告预期之间的差距。对于法院平均支持率的计算，笔者采用“个案支持率之和/案件数量”，而非“所有原告的诉讼请求额之平均数/所有案件的

判决赔偿额之平均数”^①。从表1可以看出，或因知识产权恶意诉讼案件数量较少，受特异性个案影响较大，原告的平均请求额、法院的平均判赔额和平均支持率呈现下滑的趋势。但在知识产权恶意诉讼案件较为集中的2018年，平均支持率达到了41.76%，高于各类知识产权侵权损害赔偿额的比例。

进一步分析法院的判赔额区间如表2所示：恶意诉讼案件判赔额最集中的区间是10万元以下，该额度的案件占据总案件的52.94%，其次是50万元至100万元的区间，占比29.41%，判赔额在100万元以上的案件仅有1件，总体而言，知识产权恶意诉讼判赔额所跨区间较大。

表1 平均请求额与平均判赔额年度表

年份	判赔案件数量	平均请求额（万元）	平均判赔额（万元）	平均支持率
2015	2	10.4	2.90	62.50%
2018	9	373.58	86.96	41.76%
2019	5	92	28.98	33.09%
2021	1	5.5	0.50	9.10%

^① 参见杨方程：《知识产权侵权损害赔偿数额确定研究》，中央民族大学出版社2018年版，第47页。本文采用的这一方法可较大程度上避免因个案的诉讼请求额过高导致总体支持率被过分拉低的情况。

表 2 各个判赔额区间的案件数量分布表

判赔额区间	数量	占比
(0-10]	9	52.94%
(10-50]	2	11.76%
(50-100]	5	29.41%
(100,+∞)	1	5.88%

（三）法定赔偿适用率和上诉率较高

从图 3 可以看出，知识产权恶意诉讼案件适用法定赔偿的比例较高，法院审结并给予赔偿的 17 件恶意诉讼侵权案件中适用法定的案件数量为 12 件，占比高达 70.59%，而适用实际损失的案件仅有 5 件。同时，当事人对于恶

意诉讼侵权案件的审理结果并不认可，提起二审程序的案件高达 14 件，占比 82.35%，其中包含一件提起再审案件^①，但对于二审结果而言，仅有一件案件的上诉理由获得法院的部分支持进而改判，改判的原因是一审法院对某一事实的定性错误，从而导致判赔额度较高。^②

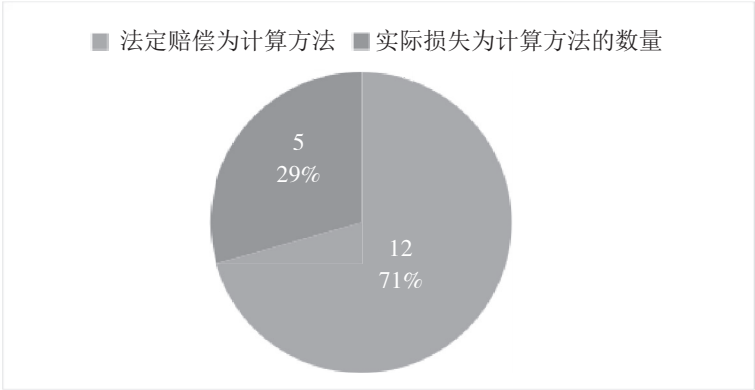


图 3 知识产权恶意诉讼计算方法比例图

表 3 法定赔偿数额一审、二审（含再审）分布表

年份	一审数量	二审（含再审）数量
2015 年	1	1
2018 年	2	7
2019 年	0	5
2021 年	0	1

（四）恶意诉讼判赔考量因素的体系在实践中初步形成

纵观整个知识产权法律体系，虽未有对恶意诉讼规制责任的具体规定，但这并不妨

碍司法实践借鉴知识产权侵权损害赔偿体系进行相关探索。本文将 17 件判决书中关于赔偿责任的论述进一步分析后形成表 4 可知，保全银行存款的利息损失、货物毁灭、模具

① 参见（2018）最高法民再 388 号民事判决书。
② 参见（2017）苏民终 1792 号民事判决书。

更换产生的损失、各类程序的律师费、行政程序申请费、公证、翻译、检索、差旅等费用损失、可得利益损失等因素常常是法院重点考虑的因素。

表 4 确定损害赔偿数额具体考量的因素^①

序号	考量因素	具体考量因素	案号
1	银行存款的利息损失	银行同期贷款利率与活期存款利率的差值作为资金占用成本	(2019) 沪民终 139 号
2	货物、模具损失	① 因查封及没收的货物损失	(2018) 浙民终 37 号
		② 因产品过期导致的损失	(2018) 浙民终 37 号
		③ 更换生产模具所产生的的费用	(2017) 苏民终 1874 号 (2015) 朝民 (知) 初字第 22620 号
3	律师费	① 应对侵权诉讼案支出的律师费	(2018) 最高法民再 388 号 (2015) 京知民终字第 1828 号 (2018) 苏民终 320 号 (2015) 朝民 (知) 初字第 22620 号
		② 提起本案恶意诉讼所支出的一审、二审律师费	(2019) 粤民终 407 号 (2018) 鲁民终 1089 号 (2015) 朝民 (知) 初字第 22620 号
		③ 专利、商标无效程序中支出的律师费	(2018) 鲁民终 1089 号
		④ 风险代理费	(2017) 苏民终 1792 号
4	行政程序费用	① 专利无效宣告相关费用	(2017) 苏民终 1792 号 (2018) 苏民终 119 号 (2018) 鲁民终 1089 号
		② 注册商标无效宣告相关费用	(2017) 苏民终 1874 号 (2018) 浙民终 37 号
5	公证、翻译、检索、差旅等费用损失	被诉方为应诉支付的公证费、翻译费、检索费、差旅费等	(2017) 苏民终 1792 号 (2018) 鲁民终 1089 号 (2018) 苏民终 320 号
6	可得利益损失	① 上下游商家以其涉诉为由, 终止商业合作的损失	(2021) 渝 01 民终 4817 号
		② 被诉方因恶意诉讼无法向案外人收取授权许可费的可得利益损失	(2019) 粤民终 407 号
		③ 因不能使用涉案商标造成的经营损失	(2015) 朝民 (知) 初字第 22620 号
7	其他因素	考虑被告的获利、恶意诉讼的持续时间	(2015) 朝民 (知) 初字第 22620 号
		恶意程度、侵权性质、损害范围	(2015) 京知民初字第 1446 号

^① 数据来源于北大法宝数据库, 检索日期为: 2021 年 11 月 5 日。

二、我国知识产权恶意诉讼损害赔偿的困境分析

（一）知识产权恶意诉讼赔偿司法体系的现实缺位

我国对于知识产权恶意诉讼的责任规制尚无直接法律规定，而是采用分散型立法规制模式，分散于《民事诉讼法》、多部知识产权单行法等中，同时也可能与其他法律规制相竞合，例如在知识产权诉讼中错误申请了行为保全或财产保全，此类案件在审理中若发现败诉权利人在诉讼中没有存在主观恶意时，可以仅认定保全错误而不予认定构成恶意诉讼。

对于构成恶意诉讼等责任承担，法院多参照《专利法》《商标法》《著作权法》等单行法等规定判定被告承担侵权责任。由于没有直接的法律拿来适用，以至于法官在参考单行法确定赔偿责任时过度谨慎，对于该类案件民事责任的承担问题大都不作为重点阐述。因此，仅仅依靠现有立法设计并不足以根治恶意诉讼行为，也不足以让被侵权人回复到被侵权之前的状态，未来仍需立法上的准确规制措施。

（二）知识产权恶意诉讼并未形成统一的损害赔偿计算标准

由于未有法律的明确规定，加上形成诉讼的案件数量较少，法院在审理知识产权恶意诉讼案件定性问题时，多采取一般侵权行为的构成要件，即要件一：一方当事人以提起知识产权诉讼的方式提出了某项请求，或者以提出某项请求相威胁；要件二：提出请求的一方当事人具有主观上的恶意；要件三：具有实际的损害后果；要件四：提出请求的一方当事人提起知识产权诉讼的行为与损害后果之间具有因果关系。在是否构成恶意诉讼的定性问题上，当

事人对于法院的认定一般不会有太多的争议，只是在认定损害赔偿的定量问题上，双方差异较大，法院也未形成统一的裁量标准。

在胶州市金富元橡塑制品厂、青岛中兴达橡塑有限公司恶意诉讼再审一案中，最高人民法院特意从原一审法院认定的赔偿额中剔除了专利权无效宣告请求费。^① 无独有偶，在山东比特智能科技股份有限公司与北京美爵信达科技有限公司因恶意提起知识产权诉讼损害责任纠纷中，一审法院认为美爵信达公司主张的在商标评审、商标行政案件中支出的律师费与涉案恶意诉讼无关，二审法院最终维持了该判决。^② 而在谭发文与深圳市腾讯计算机系统有限公司因恶意提起知识产权诉讼损害责任纠纷上诉案中，广东省高级人民法院于2019年06月10日作出（2019）粤民终407号民事判决，认定原告的无效宣告请求费、公证保全费、律师费均为原告的损失。可见，针对原告的损失范围，法院也是处于探索阶段，并未形成统一的裁量标准。

（三）现有损害赔偿制度对知识产权恶意诉讼的惩戒力度不足

在我国侵权责任领域，侵权责任的承担不仅具有保护民事主体合法权益的功能，还具有预防、教育、制裁的功能，可以进一步阻碍侵权行为的发生。^③ 《商标法》（2013年修正）、《著作权法》（2020年修正）、《专利法》（2020年修正）均已规定了知识产权侵权适用惩罚性赔偿的构成要件，但从检索到的案件分析发现，并未有知识产权恶意诉讼案件适用惩罚性赔偿。

在北京美爵信达科技有限公司诉山东比特智能科技股份有限公司因恶意提起知识产权诉

① 参见最高人民法院民事判决书（2018）最高法民再388号。

② 参见北京知识产权法院民事判决书（2017）京73民终2052号。

③ 刘迎霜：《恶意诉讼规制研究——以侵权责任法为中心》，载《华东师范大学学报》（哲学社会科学版）2020年第1期。

讼损害责任纠纷案中，一审法院认为，尽管可以确定原告因被告的恶意诉讼给其带来了经营上损失，且能够从被告获利的角度考虑本案赔偿数额，但被告的获利数额并不能准确计算，原告也不能准确计算其经济损失数额，故无法适用惩罚性赔偿。^①由此造成了惩罚性赔偿在知识产权恶意诉讼中的缺位。实际上，缺乏惩罚性赔偿的恶意诉讼赔偿制度既无法弥补原告的损失使之恢复至侵权前的状态，也无法有效震慑侵权人，难以发挥侵权赔偿应有的制度功能。

三、我国知识产权恶意诉讼损害赔偿制度的新设计

（一）完善知识产权恶意诉讼赔偿的立法

《专利法》在 2006 年修改过程中，曾在《意见征求意见稿》里尝试规定，“专利权人或者利害关系人以损害他人利益为目的，无事实根据和正当理由而以他人侵犯其专利权为由向人民法院起诉或者请求管理专利工作的部门处理，给对方造成损失的，应当承担赔偿责任”[3]。但由于种种原因在最终公布的文本中没有保留该条文。在知识产权恶意诉讼损害赔偿的认定中，虽然部分法院可以参照适用知识产权单行法中侵权损害赔偿制度来确定损害赔偿的数额，但是毕竟没有明确的关于知识产权恶意诉讼赔偿制度的法律规定，更多的法官仍借助传统的侵权赔偿方式。因此建议在知识产权各单行法中明确规定“知识产权权利人或者利害关系人以损害他人利益为目的，无事实根据和正当理由而以他人侵犯其知识产权为由向人民法院起诉或者请求工商行政管理部门处理，给对方造成损失的，应当承担赔偿责任。赔偿损失的范围应当包含直接损失和间接损失”。

（二）明确知识产权恶意诉讼损害赔偿的层次化赔偿标准

在知识产权恶意诉讼的案件审理中，部分案件将原告的损失局限于直接损失，对于被告的间接损失不予支持。对于知识产权恶意诉讼损害赔偿额的确定需坚持比例原则，即知识产权恶意诉讼损害赔偿数额应该与侵权人的行为性质相适应。

知识产权权利人对自身权利的稳定和侵权可能性应有合理的认知，在提起侵权诉讼时，应负有谨慎的义务，对权利基础和侵权可能性进行充分的评估。[2 对于因自身过失提起的知识产权诉讼最终败诉，可以建立原告补偿性赔偿被告的制度，例如，合理的律师费支出、财产保全的利息损失等。

对于确实存在以损害他人利益为目的，无事实根据和正当理由而以起诉他人侵权的恶意诉讼提起方，则需适当扩大侵权损失的范围。尤其着重审查对原告造成的间接损失，例如因被提起诉讼导致合作方终止商业合作的损失、无法收取授权许可费、商誉损失、商业机会损失等。本间接损失部分即便不能准确衡量，但仍需作为考虑因素纳入损害赔偿额的计算范围。

（三）将部分恶意诉讼纳入惩罚性赔偿的范围

《民法典》关于知识产权侵权惩罚性赔偿的总括性规定，标志着惩罚性赔偿制度在知识产权领域的普遍建立。按照《最高人民法院关于审理侵害知识产权民事案件适用惩罚性赔偿的解释》的规定，惩罚性赔偿的适用需满足主观故意和侵权情节严重两个要件。构成知识产

^① 参见（2015）朝民（知）初字第 22620 号民事判决书。

权恶意诉讼案件，至少符合主观故意的要件。因此，法院可以应当事人的请求综合考虑侵权手段、次数，侵权行为的持续时间、地域范围、规模、后果，侵权人在诉讼中的行为等因素予以认定，如果构成“情节严重”，则应予以支持惩罚性赔偿。

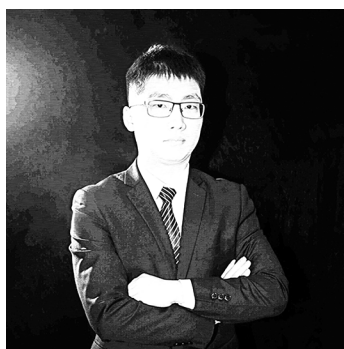
同时，司法实践应当放弃准确计算惩罚性赔偿基数的执念。从未有民事侵权造成的损害真正被填平，而更多的是被法律视为已

经填平，知识产权的无形性使得损害赔偿计算的精确性往往事与愿违。〔4〕事实上，权利人实际上也很难就实际损失等的计算举证证据，即便充分运用证据规则，将举证责任转移至被告，似乎同样无法解决基数的精确性问题，因此，如果采纳严格的赔偿基数标准，那么惩罚性赔偿将如同摆设，尽早放弃精确计算基数才能使得惩罚性赔偿发挥应有的惩罚、威慑功能。

房地产开发经营资质缺失导致 合作开发合同无效规定的再解读



杨光明，深圳市南山区第八届人大代表，北京德和衡（深圳）律师事务所高级合伙人、执行主任。执业十多年以来，杨光明律师专注疑难复杂商事诉讼、破产重整、强制执行、政府法律服务等领域，擅长庭审对抗与节奏掌控，在确认合同无效及合同解除纠纷、集体土地合作开发纠纷、买卖合同及产品质量争议、信用证与保函、保全与执行、公司股权等领域具有丰富的执业经验和专业积累。杨光明律师还担任深圳市供应链金融协会常年法律顾问，对于供应链金融的风险防控、争议解决以及合规建设具有突出的优势与专长。



曾强，中南财经政法大学知识产权法硕士，曾供职于美的集团国际法务部。执业6年以来，专注于集体土地开发、确认合同无效及解除等重大疑难民商事纠纷的诉讼与仲裁，执行与保全，供应链金融等业务领域，为比亚迪、招商银行、赛尔网络等多家上市公司、国有企业及金融机构提供法律服务，均取得良好结果。

摘要：本文以实务经验和现有判例为基础，从目的解释、体系解释以及实证功利主义的角度，对房地产开发经营资质缺失导致合作开发合同无效的这一司法解释规定的存废争议、司法适用范围应予限缩等内容展开深入的再解读，以期能为涉及相关诉讼和争议的当事人免于被认定合同无效提供新的思路。

关键词：合作开发合同，国有土地使用权合同，强制性规定，房地产开发经营资质

一、引言

在诸多导致合作开发房地产合同无效的情形中,《最高人民法院关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》(以下简称“《国有土地使用权合同纠纷司法解释》”)第13条规定了因缺乏房地产开发经营资质而导致合作开发合同无效,从该司法解释在2004年11月23日首次发布以来,这条规定已成为导致合作开发合同无效最主要,同时也是实务中适用最多的情形之一。而在这十几年来的司法适用中,这一规定也逐渐出现适用范围过大进而偏离立法目的的趋势,由此也引发不小的争议,更有政协第十三届全国委员会上书最高人民法院,建议废止《国有土地使用权合同纠纷司法解释》第13条规定。虽然,最高人民法院在2020年年底修订的《国有土地使用权合同纠纷司法解释》中,仍然保留了前述第13条规定,但是,笔者仍认为,对该条规定的理解和司法适用仍有再深入解读的空间和必要。

二、《国有土地使用权合同纠纷司法解释》第十三条的定性及存废的再讨论

(一)《国有土地使用权合同纠纷司法解释》第13条的本质是法律、行政法规中有关房地产开发企业监管的强制性规定的延伸和违法后果的确定

对《国有土地使用权合同纠纷司法解释》第13条的定性,首先要明确的是,这一条规定是对法律、行政法规中有关房地产开发企业监管的强制性规定的司法解释,是对违反这些强制性规定所导致的法律后果的司法界定,而非法院造法。在此基础上,我们接着要讨论的则是——《国有土地使用权合同纠纷司法解释》第13条到底是对哪一个法律、行政法规的强制性规定的解释呢?

这个问题,我们可以从最高人民法院在

《关于政协十三届全国委员会第三次会议第3323号(政治法律类416号)提案答复的函》中窥见端倪,即国务院制定的《城市房地产开发经营管理条例》第9条规定:“房地产开发企业应当按照核定的资质等级,承担相应的房地产开发项目。具体办法由国务院建设行政主管部门制定。”而根据前述规定的授权,原建设部《房地产开发企业资质管理规定》第3条则进一步规定:“房地产开发企业应当按照本规定申请核定企业资质等级。未取得房地产开发资质等级证书的企业,不得从事房地产开发经营业务。”此即为《国有土地使用权合同纠纷司法解释》第13条中“房地产开发经营资质”的法源。

除此之外,对于为什么要在司法解释中规定因房地产开发经营资质缺失而导致合同无效,最高人民法院在前述对政协全国委员会提案的答复中继续提道:“该规定主要基于如果合作开发房地产合同中的各方均无房地产开发经营资格,国家就失去了管理和监督的基础,合作开发项目的整体规划、配套设施、质量管理、资金保障、售后服务等均可能失去保障,最终损害人民群众的切身利益和社会公共利益。”由此来看,除了从违反法律、行政法规有关房地产开发企业监管的强制性规定来解释《国有土地使用权合同纠纷司法解释》第13条之外,从原《合同法》第52条第4项所规定的“损害社会公共利益”这一合同无效事由来解读,也能有合理解释的空间。

(二)《国有土地使用权合同纠纷司法解释》第13条的上位强制性规定性质的再讨论——效力性强制性规定抑或是管理性强制性规定?

从《国有土地使用权合同纠纷司法解释》第13条的规定以及最高人民法院复函中所指向的上位强制性规定来看,既然司法解释规定缺乏房地产开发经营资质的合作开发合同无

效，那么很显然最高人民法院是认为《城市房地产开发经营管理条例》第9条、以及原建设部《房地产开发企业资质管理规定》第3条的上位强制性规定属于“效力性强制性规定”。但是，深究起来，本文则认为这两条上位强制性规定本质上应属于管理性强制性规定，理由在于以下两个方面。

第一，所谓房地产开发经营资质，实质上是房地产开发经营的一个准入门槛，是“国家对房地产业进行宏观管理、监督的一个重要手段，反映了国家公权力对房地产业健康发展的必要控制和合理干预”。因此，从这一点来说，房地产开发经营资质的管理更偏向于行政管理属性，而非决定民事法律行为效力的依据。

第二，在多年以来的行政管理的实践中，我国住建部门针对房地产开发企业的监管体系已经比较完善，配套的规章、规范性文件也比较齐全。实践中，如果没有房地产开发经营企业的资质，房地产开发企业连申办相应的用地以及开发建设许可都存在阻碍，更不用说后期的房屋预售许可。

因此，从行政许可和行政管理的实效来看，针对房地产开发企业的成熟的监管体系已经能充分的起到对房地产开发企业进行宏观管理和监督的作用。同时，行政许可的准入门槛几乎也能避免无资质销售商品房的情况发生，因而也很难说缺乏房地产开发经营资质的双方签订的合作开发合同损害了社会公众利益进而导致合同无效。因此，将房地产开发经营资质的管理性规定定性为效力性强制性规定，既没有必要，也不利于商事交易的安全和稳定。

（三）《国有土地使用权合同纠纷司法解释》第13条存续合理性的再探讨

诚如前文所论述的观点，既然我国在房地产开发监管的各项规定及行政管理和许可体系已经足以管控无资质开发房地产所带来的的风险，且土地合作开发并不只是一个僵化的、单

独的“房地产开发”这一个环节，而是包括土地征收、出让、规划许可、开发许可、房屋销售等连续、复杂的多个环节。而实践中因土地合作开发引发纠纷、诉讼的，大多都还在前期土地征收、出让、规划许可等项目立项环节，还没有到房地产开发建设这一个环节。而根据我国土地和房地产开发的行政管理规定，开发前期的与土地使用权人以及与政府之间有关土地征收、出让的环节，并没有对房地产开发经营企业资质作出硬性要求。例如，在深圳市的城市更新中，政府规章就区分了城市更新申报主体和城市更新实施主体，并且仅对城市更新实施主体应具备房地产开发经营资质做出要求，而对于城市更新申报主体则并无此限制。

因此，考虑到合作开发房地产合同纠纷产生的阶段大多集中在开发建设的前期，且只有具备了房地产开发经营资质才有可能获得政府许可进行后续房地产开发建设的可能，即使争议双方在诉讼发生时都没有开发经营资质，也很难说这个阶段的合作开发合同有违反效力性强制性规定或者损害社会公众利益的情形。因此，从这一个角度来说，《国有土地使用权合同纠纷司法解释》第13条有把上位法的管理性强制性规定强行定性为效力性强制性规定并造成打击范围过大之嫌。这一条规定也把很多本可以有效处理的合同全部按照无效处理，造成很多不必要的损失。尤其是对投入资金进行开发的房地产开发企业来说，一旦合作开发合同被认定为无效，则很多无形的资金投入无法通过在合同有效状态下的“预期利益”、履行利益等方式进行补偿，最终只能收回向合同相对方支付的合同对价及部分利息（有时甚至还会因为被认定对合同无效也具有过错，进而连利息都无法获得足额补偿），损失无疑是巨大的。

从前述论述、分析出发，本文认为，《国有土地使用权合同纠纷司法解释》第13条被废止所带来的实际效果可能比其继续存续所带

来的效果更好。但是，很遗憾的是，在2020年政协第十三届全国委员会第三次会议中，有一份法律类提案的内容就是建议废止《国有土地使用权合同纠纷司法解释》第13条（司法解释修改前的第15条），但是，在最高人民法院2020年12月统一修订的多个司法解释发布后，其中的《国有土地使用权合同纠纷司法解释》原第15条的内容并未删除，而是变为第13条继续保留、适用。

三、《国有土地使用权合同纠纷司法解释》第13条在司法实务中的疑难问题

由于《国有土地使用权合同纠纷司法解释》第13条得以继续保留，因此，讨论该条规定的废止与否似乎并无实际意义。但是，在《国有土地使用权合同纠纷司法解释》第13条的司法实务中，仍然有很多值得探讨的疑难问题；而且，在司法实务中对该条的适用范围越来越广的裁判倾向和大环境下，仍有一些另辟蹊径且谨慎适用该条规定的判例值得我们在实务中学习、借鉴。

（一）疑难问题一：《国有土地使用权合同纠纷司法解释》第13条规定的“合作开发房地产”的范围应作何理解？

从《国有土地使用权合同纠纷司法解释》第12条对“合作开发房地产合同”的定性可知，所谓“合作开发房地产”，是指“当事人以提供出让土地使用权、资金等作为共同投资，共享利润、共担风险合作开发房地产”。因此，在绝大部分“合资合作开发房地产合同纠纷”的判例中，法院基本上都重点关注是否共享利润、共担风险，以及是否是一方提供土地使用权、一方提供资金进行共同投资、开发，只要符合前述两方面关键条件，则可被认定为《国有土地使用权合同纠纷司法解释》所规定的合作开发房地产合同。但是，在本文看来，司法实务这样的操作模式虽无可厚非，但

仍有进一步精细化裁判的空间，具体如下。

《国有土地使用权合同纠纷司法解释》是针对其上位法《城市房地产开发经营管理条例》中有关房地产开发企业经营资质的强制性规定所规定的违法后果。因此，《国有土地使用权合同纠纷司法解释》中“合作开发房地产”的定义和范围也应受到上位法《城市房地产开发经营管理条例》的限制。而该条例第2条规定：“本条例所称房地产开发经营，是指房地产开发企业在城市规划区内国有土地上进行基础设施建设、房屋建设，并转让房地产开发项目或者销售、出租商品房的行为。”条例的第四章同时也把转让房地产开发项目或者销售、出租商品房的行为归类为“房地产经营”行为。也就是说，《国有土地使用权合同纠纷司法解释》中的“合作开发房地产”应当作限缩解释，即严格意义上的房地产开发经营应当仅限于商品房开发建设以及经营，而且也仅限于以获取经济利益或投资利益为目的的开发经营。

基于此，当我们在讨论、分析合作开发房地产合同的效力之前，首先要明确并界定的是，争议所涉及的合同中约定的合作开发是否属于《城市房地产开发经营管理条例》中所规定的房地产开发经营。主要是看争议的合同是否约定了商品房开发建设及销售、以及销售利润分成等条款，如果有，则应当认定为严格意义上的合作开发房地产合同，此时才能适用《国有土地使用权合同纠纷司法解释》的相关规定；否则，该司法解释则难有适用空间，进而其中有关房地产开发资质缺失而导致合作开发合同无效的规定也不应予以使用。

例如，在（2014）粤高法审监民提字第94号案例中，广东省高级人民法院认为：“广州体育学院是从事教育事业的高等学校，而非以盈利为目的的公司、企业……从上述证据来看，合同双方签订《合作经营合同书》，已明确约定涉案项目建成后的产权人为广州体育学

院。从合同目的来看，双方当事人显然不是为了建设商品房；从合同内容来看，涉案项目建成后也不能以商品房的形式流入市场。根据《城市房地产开发经营管理条例》第二条关于“本条例所称房地产开发经营，是指房地产开发企业在城市规划区内国有土地上进行基础设施建设、房屋建设，并转让房地产开发项目或者销售、出租商品房的行为”的规定，以及《最高人民法院关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》第十四条关于“本解释所称的合作开发房地产合同，是指当事人订立的以提供出让土地使用权、资金等作为共同投资，共享利润、共担风险合作开发房地产为基本内容的协议”的规定，本案的《合作经营合同书》不具备合作开发房地产合同的一般特征，不属于上述司法解释所界定的合作开发房地产合同。由于本案不属于房地产开发经营，因此，检察机关以广州体育学院、安士丹公司不具备房地产开发经营资质为由，主张《合作经营合同书》无效，理据不足，本院不予采纳。”

此外，还有最高人民法院（2014）民提字第187号案例中，最高人民法院认为：“从《合作建房合同》的签约主体看，……均非房地产开发企业，不具备房地产开发经营资格。从合同的内容看，双方约定由甲方出地，乙方出资金合作建设十二层综合办公楼，建成后双方5:5分配综合办公楼为各自办公使用……综上，《合作建房合同》约定中南汽修厂出地、中行宝丰支行出资，双方合作改造中南汽修厂老旧综合办公楼并按5:5分配重建新房的主要内容，体现了合作建房双方共同出资、共担风险、共享利益的法律特点，但合作建房目的是改造中南汽修厂老旧办公楼以部分由划拨土地使用权人自用及部分交由中行宝丰支行使用，而非擅自变性为开发项目以售房等开发行为获益，故合同性质应认定为在国有划拨土地上的合作建房合同……可见，双方在《合作建

房合同》中的有关约定内容，尽管不甚详尽，但并未违反法律、法规强制性规定。”最终并未适用《国有土地使用权合同纠纷司法解释》中有关在划拨土地上合作开发合同无效的规定认定该合同无效。

（二）疑难问题二：在集体土地上的合作开发房地产合同是否也在《国有土地使用权合同纠纷司法解释》的适用范围内？

修改前的《国有土地使用权合同纠纷司法解释》在开篇就限定了因“国有土地使用权”产生的合同纠纷才适用该司法解释，并且，在该司法解释2004年首次发布时的新闻发布会答记者问环节，最高人民法院也明确指出，司法解释不适用于集体土地合同纠纷。因此，至少在《国有土地使用权合同纠纷司法解释》修改前，理论上，如果是集体土地合作开发合同，人民法院不能援引适用该司法解释的规定，以在起诉时当事人一方没有开发资质为由就认定合作开发合同无效。但很遗憾的是，虽然有最高人民法院在新闻发布会上答记者问上的前述表态，但在我们检索的不少案例中，法院都是习惯性地直接适用司法解释中有关房地产开发经营资质缺失导致合同无效的规定。除此之外，在最高人民法院2020年12月修订的《国有土地使用权合同纠纷司法解释》中，删除了该司法解释的适用范围是因“国有土地使用权”产生的合同纠纷这一内容。对于这一修改内容，虽然十分不起眼，但或许是最高人民法院传达的一个信息，即该司法解释将扩大适用于因集体土地使用权产生的合同纠纷。

除此之外，在集体土地上的合作开发房地产合同的无效事由除缺乏房地产开发经营资质这一个外，最核心、适用最多的无效事由其实是违反《土地管理法》有关禁止以集体土地做建设用进行开发的强制性规定。但是，在严苛的司法裁判规则下，仍有另辟蹊径的判例为我们提供了可资借鉴的例外情形。

第一种是，以集体土地合作开发房地产的当事人在合作开发合同中约定由一方办理集体土地的征收、出让等手续，再进行房地产开发的，合作开发合同有效。

持这一观点的是湖北省高级人民法院审理的（2014）鄂民二终字第00008号判例，在该案中，湖北省高级人民法院认为：“根据城堡投资公司与荆北房地产公司、荆北村委会签订的《协议书》及《补充协议书》的约定，……其实质是荆北房地产公司、荆北村委会以集体土地变更为国有出让土地后出资，城堡投资公司以资金出资，共同出资、合作开发房地产，本案案由应为合资、合作开发房地产合同纠纷。双方能否继续合作，须以城堡投资公司垫资和荆北房地产公司将荆北村委会集体土地变性登记至城堡投资公司名下为前提，即荆北房地产公司、荆北村委会并非直接以集体土地出资，故双方签订的合同不存在因违反《中华人民共和国土地管理法》第十一条关于‘农民集体所有的土地依法用于非农业建设的，由县级人民政府登记造册，核发证书，确认建设用地使用权’的规定而无效的情形……根据上述约定，荆北房地产公司有义务办理征用、参与竞买，并根据约定将土地使用权办理至城堡投资公司名下。上述约定义务不违反法律、行政法规的效力性禁止性规定，亦非在法律上或事实上不能履行，荆北房地产公司、荆北村委会在法律上或客观上并无办理征用审批手续及参与竞买的障碍。综合以上分析，《协议书》及《补充协议书》不存在《中华人民共和国合同法》第五十二条规定的法定无效情形，应为合法有效。”

第二种是，如果双方约定开发的集体土地范围内，部分土地性质为已征转国有建设用地，并且已经征转的土地也属于双方合作开发的范围，合作开发合同有效。

例如，在（2017）最高法民申952号案件中，最高人民法院就认为：“案涉农村集体土

地已有大部分经湖北省人民政府批准转化为建设住宅用地，因此，‘以房换地’的外部条件已经部分成就，至于剩余土地能否转化为建设用地以及国有土地是否确定用地规划条件，并不影响双方合作建设合同中‘以房换地’条款的效力，故原审法院认定该合同合法有效并无不当。”

（三）疑难问题三：《国有土地使用权合同纠纷司法解释》规定的“合作开发房地产合同”在实务中的其他例外情形？

除了本文第一个疑难问题中所提到的非以投资获利为目的的非经营性的、非商品房开发经营不属于《国有土地使用权合同纠纷司法解释》所规定的“合作开发房地产”范围之外，在司法实务中，也有法院的判例认为，不符合“一方提供土地、一方提供资金共同投资，共享利益、共担风险”这一典型特征的合作，也不属于《国有土地使用权合同纠纷司法解释》所规定的合同。最为典型的一类例外情形就是——签订合同时，双方均没有提供土地使用权，而是约定由各方共同摘牌土地使用权，之后再合作开发。虽然该类合同属于《民事案由规定》中的“合资合作开发房地产合同”，但是不属于前述司法解释第12条所规定的“合作开发房地产合同”。

较为经典的判例来自浙江省高级人民法院审理的（2009）浙民终字第147号案件，在该案中，杭州市中级人民法院一审认为：“《最高人民法院关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》中的合作开发房地产合同是以提供出让土地使用、资金等作为共同投资的合作形式，这一点与本案中双方共同去取得土地使用权，共同投资开发房地产的合作形式存在显著的区别，……本案中程××与凯恩××公司也确实均不具备房地产开发的资质，但由于《最高人民法院关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解

释》所约束的合作开发房地产合同是以合作方已经取得土地使用权作为前提，通常的形式为一方出土地，一方出资金，而本案合同签订时土地使用权尚未取得，双方签订合同的目的是共同取得土地使用权，共同投资开发，即在合同履行中双方均应成为项目土地的合法使用权人，而目前法律并不禁止土地使用权人对自己享有使用权的土地进行开发利用。因此，《最高人民法院关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》中的上述对合作开发房地产合同效力的规定，并不适用于本案中的《联合开发协议书》。”而浙江省高级人民法院二审则认可了一审观点，最终并未适用《国有土地使用权合同纠纷司法解释》有关缺乏房地产开发经营资质导致合同无效的规定认定该案合作开发合同无效。

四、总结：对司法解释修订抑或司法裁判倾向的一些建议

行文至此，本文的观点鲜明可见，即既然有关房地产开发企业的开发经营资质的强制性规定应被理解为管理性强制性规定，且从行政监管实效来看，违反该强制性规定并

不会导致损害社会公众利益结果的发生。因此，《国有土地使用权合同纠纷司法解释》第13条有关房地产开发经营资质缺失即导致合作开发合同无效的规定，已无再继续存续的必要。

但司法解释的修订并非一日之功，尤其是房地产市场严调控的大政策背景下，司法裁判的政策导向作用也更加凸显，这在涉及合作开发房地产合同纠纷的司法实务中则体现为，法院有扩大《国有土地使用权合同纠纷司法解释》的适用范围进而导致打击面过广的倾向。本文认为，既然法律和司法解释的修订有难度，那么，从保护合同双方合法权益以及维护交易稳定性的角度出发，法院在司法裁判环节中更严格的适用《国有土地使用权合同纠纷司法解释》的相关规定，包括严格界定区分经营性房地产开发和非经营性房地产开发，区分争议发生时所处的开发阶段等，综合各种因素，谨慎地认定合同无效。最后，本文的一些观点和建议也是一家之言，虽然最终的效果难以预见，但是，本文第三部分总结的疑难问题分析和例外情形却可以为众多争议相关方提供有益的思路。

主播跳槽索赔千万，司法真的不宜过度介入吗？

——浅谈直播平台挖墙脚行为是否构成不正当竞争的判断标准



周艾琳，先后于杜伦大学及巴斯大学取得教育学及理学硕士学位，具有复合的知识背景。自2017年始在某外资律师事务所律师驻北京代表处从事知识产权法律工作，后就职于某央企，2020年1月加入北京德和衡律师事务所，从事知识产权维权工作，服务的客户多为国内外知名奢侈品服装公司、游戏软件公司、化学制药公司、品牌管理公司及科技初创公司。

摘要：浙江省高级人民法院作出的（2020）浙民终515号民事判决书，认定广州虎牙信息科技有限公司及主播圣手（李某）不构成不正当竞争。这场索赔千万的纠纷暂时落幕。该案作为首例认定主播跳槽行为为主播方、新平台方均不构成不正当竞争的案件，引起了广泛关注。在上述判决中，浙江省高级人民法院的“司法不宜过度介入”似乎被一些网络文章错误解读。笔者认为对于跳槽主播和/或新平台是否构成不正当竞争的判断标准有必要深思与讨论，同时也应理清“司法不宜过度介入”的前提。

关键词：主播跳槽，引诱违约，游戏直播，不正当竞争

一、前言

近日，浙江省高级人民法院作出（2020）浙民终515号民事判决，认定广州虎牙信息科技有限公司及主播圣手（李某）不构成不正当竞争。至此，一场索赔额高达13195000元的纠纷暂且落幕。有文章指出，对于主播跳槽问题，该主播和新的直播平台是否构成不正当竞争存在“构成论”和“不构成论”^①。该案作为首例认定主播跳槽行为主播方、新平台方均不构成不正当竞争的案件，引起了广泛关注。在判决中，浙江省高级人民法院的“司法不宜过度介入”似乎被一些网络文章错误解读。

笔者认为不应简单以“构成论”与“不构成论”对涉及主播跳槽的不正当竞争纠纷进行分类，同时对于“司法不宜过度介入”的前提也不能因为审判结果就断然判断。本文结合案例对此进行进一步讨论。

二、游戏直播的现象级热潮及其背后的乱象

（一）游戏直播的现象级热潮

中国互联网信息中心（CNNIC）发布的第

46次《中国互联网络发展状况统计报告》显示，“截至2020年6月，我国网民规模为9.40亿……互联网普及率达67.0%……我国手机网民规模为9.32亿……网民中使用手机上网的比例为99.2%”^②。网络视频直播汲取了互联网的传播优势进行视频传播，是网络文化发展中的一种新型传播方式，目前网络视频直播已经覆盖各种领域，最常见的是秀场直播和游戏直播^③。

根据艾瑞咨询的《2020年中国游戏直播行业研究报告》，2019年我国游戏直播市场仍在快速增长，独立游戏直播平台市场规模超过200亿元，直播业务仍是独立直播平台最重要的收入来源，占整体收入的93.5%，预计在2021年整体游戏直播市场规模将至近400亿元^④。就用户数量来说，如图1^⑤所示，2019年中国游戏直播平台用户规模达到3亿人，较2018年上涨了15.4%，较2017年上涨了18.2%^⑥。同时，根据小葫芦大数据平台的数据显示，游戏直播平台的活跃人数与付费礼物观众均显著增长，在今年3月达到峰值，即当月弹幕观众人数达到1.45亿人，付费礼物观众超过5000万人^⑦。

① 参见《主播跳槽索赔千万，司法不宜过度介入》，<https://mp.weixin.qq.com/s/xDt2Ebj26nMQ9CvqSGdxQ>，2020年12月2日访问。

② 参见中国互联网信息中心（CNNIC）：《第46次中国互联网络发展状况统计报告》，<http://www.cnnic.net.cn/hlwfzyj/hl-wxzhg/hlwtjbg/202009/P020200929546215182514.pdf>，2020年12月2日访问。

③ 陈楠：《国内网络视频直播的产业发展研究》，西北师范大学2019年硕士学位论文。

④ 参见艾瑞咨询《2020年中国游戏直播行业研究报告》，<https://www.iresearch.com.cn/Detail/report?id=3625&isfree=0>，2020年12月2日访问。

⑤ 参见艾瑞咨询《2020年中国游戏直播行业研究报告》，<https://www.iresearch.com.cn/Detail/report?id=3625&isfree=0>，2020年12月2日访问。

⑥ 参见艾瑞咨询《2020年中国游戏直播行业研究报告》，<https://www.iresearch.com.cn/Detail/report?id=3625&isfree=0>，2020年12月2日访问。

⑦ 参见艾瑞咨询《2020年中国游戏直播行业研究报告》，<https://www.iresearch.com.cn/Detail/report?id=3625&isfree=0>，2020年12月2日访问。



图1 2017—2022年中国游戏直播用户规模

（二）主播竞争乱象

在游戏直播的热潮背后是主播竞争的乱象。竞争的本质是对客户即交易对象的争夺。在互联网行业，将网络用户吸引到自己的网站是经营者开展经营活动的基础，培养用户粘性是获得竞争优势的关键^①。在游戏直播领域，培养并独家签约的主播占绝大多数，而知名主播及其所附带的观众和流量是同业竞争对手觊觎的对象。因此，游戏直播平台在培养独家主播的同时，也努力“吸引”知名主播的加盟。

为了防止主播跳槽及其后续影响，平台会与主播约定高额的赔偿金，但主播跳槽事件依然频发。部分平台与跳槽主播的纠纷止于仲

裁，有些平台则通过诉讼维权。有研究检索了审结日期为2015年1月1日至2019年7月31日的网络直播违约案例，除去无关案例后得到48个案例样本，其中94%的主播跳槽纠纷为违约之诉^②。由于缺少上述48个案例的具体信息，笔者无法一一核查。通过中国裁判文书网，笔者通过关键词“主播违约”进行搜索，剔除掉与网络主播违约跳槽纠纷无关的案例后，笔者最终得到表1所列的案例样本。其中，杭州开讯科技有限公司与李某、广州虎牙信息科技有限公司不正当竞争纠纷案已于2020年11月27日二审审结^③，笔者补充了该判决。

表1 “主播违约”案例样本信息列表

编号	案号	案件名称	赔偿金额 ^④	案由
1	(2018)沪0106民初7903号	北京密境和风科技有限公司与上海香蕉计划电子游戏有限公司其他合同纠纷	香蕉计划公司及王某共同支付违约金200万元	合同违约之诉

① 参见(2015)浦民三(知)初字第1963号，载中国裁判文书网，<https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXSK4/index.html?docId=47c4c72d05a64c55b4aba85b00fee3a0>，2020年12月3日访问。

② 蹇佳伶等：《网络直播平台如何维权——以网络主播被引诱跳槽实证研究为切入点》，载《传播与版权》，2019年第11期。

③ 参见知产宝：《虎牙不构成不正当竞争，法院驳回开迅1300万元索赔》，https://mp.weixin.qq.com/s/3ZdqKPj_iDROJb6pyMEWQ，2020年12月5日访问。

④ 此处总结仅针对判决中的赔偿额部分，其余判决事项未全部录入。

(续表)

编号	案号	案件名称	赔偿金额	案由
2	(2018)鄂0192民初2804号民事判决	武汉鱼行天下文化传媒有限公司与陈某某合同纠纷	一审判令陈某某、寰娱公司共同支付违约金1500万元；二审维持原判	合同纠纷之诉
3	(2020)鄂民终5975号			
4	(2017)浙0104民初3197号	杭州视琰文化传媒有限公司与陈某合同纠纷	一审判令陈某支付视琰公司违约金480万元；二审维持原判	合同纠纷之诉
5	(2019)浙01民终6611号			
6	(2017)京0105民初82002号	上海熊猫互娱文化有限公司与陈某合同纠纷	一审判令陈某支付熊猫互娱公司违约金100万元；二审维持原判	合同纠纷之诉
7	(2020)京03民终3630号			
8	(2018)粤0604民初25842号	佛山市一网红文化传播有限公司与黄某某合同纠纷	一审判令黄某某支付佛山市一网红文化传播有限公司违约金4万元及律师费1万元；二审维持原判	合同纠纷之诉
9	(2019)粤06民终1645号			
10	(2018)粤0106民初27069号	广州博冠信息科技有限公司与陈某某合同纠纷	一审判令陈某某支付博冠公司违约金300万元；二审维持原判	合同纠纷之诉
11	(2020)粤01民终4168号			
12	(2019)粤0192民初51685号	广州荔支网络技术有限公司与袁某某网络服务合同纠纷	袁某某支付荔支公司违约金50万元	合同纠纷之诉
13	(2019)浙0104民初3321号	杭州视琰文化传媒有限公司、方某合同纠纷	一审判令方某支付视琰公司违约金5万元及律师费1万元；二审维持原判	合同纠纷之诉
14	(2020)浙01民终4310号			
15	(2019)浙0104民初3322号	杭州视琰文化传媒有限公司、张某某合同纠纷	一审判令张某某支付视琰公司违约金10万元及律师费1万元；二审维持原判	合同纠纷之诉
16	(2020)浙01民终4309号			
17	(2019)浙0104民初168号	杭州视琰文化传媒有限公司、魏某合同纠纷	魏某支付视琰公司违约金25万元及律师费2万元	合同纠纷之诉
18	(2018)沪0106民初37963号	上海熊猫互娱文化有限公司与霍尔果斯狂战演艺文化有限公司、杨某某服务合同纠纷	霍尔果斯狂战公司、杨某某支付熊猫互娱公司57万元；二审撤诉	合同纠纷之诉
19	(2020)沪02民终1530号			
20	(2017)粤0113民初7261号民事判决	广州虎牙信息科技有限公司与江某某网络服务合同纠纷	一审判令江某某支付虎牙公司违约金4900万元；二审维持原判	合同纠纷之诉
21	(2018)粤01民终13951号			
22	(2017)粤0113民初6285号	广州虎牙信息科技有限公司与蔺某某服务合同纠纷	一审判令蔺某某支付虎牙公司违约金54万元及律师费4.5万元；二审维持原判	合同纠纷之诉
23	(2018)粤01民终13910号			

(续表)

编号	案号	案件名称	赔偿金额	案由
24	(2019)京0105民初25301	上海熊猫互娱文化有限公司与戴某劳务合同纠纷	戴某支付熊猫互娱公司违约金 70 万元	合同违约之诉
25	(2018)沪0106民初47281号	上海熊猫互娱文化有限公司与霍尔果斯狂战演艺文化有限公司、李某某其他合同纠纷	霍尔果斯狂战公司、李某某支付熊猫互娱公司 38 万元	合同违约之诉
26	(2018)沪0106民初33950号	上海熊猫互娱文化有限公司与霍尔果斯狂战演艺文化有限公司、李某某其他合同纠纷	李某某支付违约金 140 万元	合同违约之诉
27	(2019)粤0113民初3971号	广州虎牙信息科技有限公司与王某某合同纠纷	一审判令王某某继续履行合同并支付虎牙公司违约金 300 万元；二审撤一审判决第一项（即王某某无须继续履行合同的）、第三项，维持一审判决第二项（支付虎牙公司违约金 300 万元）	合同违约之诉
28	(2020)粤01民终5456号			
29	(2019)新0104民初6059号	乌鲁木齐边娱视听文化传媒有限公司与吴某某合同纠纷	一审判令吴某某支付培训费 5 千元及违约金 30 万元；二审维持原判	合同违约之诉
30	(2019)新01民终4455号			
31	(2019)鄂0192民初4194号	武汉斗鱼鱼乐网络科技有限公司与王某某合同纠纷	一审判令王某某支付违约金 1300883 元、公证费 983 元；二审维持原判	合同违约之诉
32	(2020)鄂01民终3728号			
33	(2018)鄂0192民初2812号	武汉鱼行天下文化传媒有限公司与陈某合同纠纷	一审判令陈某支付违约金 288 万元；二审维持原判	合同违约之诉
34	(2020)鄂01民终5969号			
35	(2018)鄂0192民初2812号	武汉鱼行天下文化传媒有限公司与尹某合同纠纷	一审判令陈某支付违约金 54 万元；二审维持原判	合同违约之诉
36	(2020)鄂01民终5965号			
37	(2018)沪0115民初86845号	杭州战旗网络科技有限公司与徐某某合同纠纷	一审判令徐某某支付违约金 100 万元；二审维持原判	合同违约之诉
38	(2020)沪01民终1356号			
39	(2018)鄂0192民初2807号	武汉鱼行天下文化传媒有限公司与尹某合同纠纷	一审判令尹某支付违约金 360 万元；二审维持原判	合同违约之诉
40	(2019)鄂01民终13333号			

(续表)

编号	案号	案件名称	赔偿金额	案由
41	(2018)浙0103民初7520号	杭州战旗网络科技有限公司与张某合同纠纷	一审判令张某支付违约金1300万元；二审维持原判	合同违约之诉
42	(2020)浙01民终363号			
43	(2016)鄂0192民初1897号	武汉鱼趣网络科技有限公司与上海炫魔网络科技有限公司、上海脉森信息科技有限公司等著作权权属、侵权纠纷	构成不正当竞争，朱某、炫魔公司及脉森公司连带赔偿鱼趣公司90万元	著作权侵权之诉、不正当竞争之诉
44	(2017)鄂01民终4950号			
45	(2019)浙01民初1152号	杭州开迅科技有限公司与李某、广州虎牙信息科技有限公司不正当竞争纠纷	不构成不正当竞争	不正当竞争之诉
46	(2020)浙民终515号			

通过表1可以看出，目前针对主播跳槽，原平台基本通过合同违约之诉进行维权。主播在签约时知悉合同中的违约责任条款，然而高额的违约赔偿金无法震慑主播跳槽，不免令外界相信通过高回报引诱跳槽是该行业的普遍现象。然而，在行业自治规范缺失、合同法无法规制第三方引诱违约行为的情况下，极少平台选择通过起诉引诱平台构成不正当竞争进行维权。其背后的原因笔者在下文中将着重讨论。

三、主播跳槽，司法不宜过度介入？

在行业自治规范缺失、合同法无法规制第三方引诱违约行为的情况下，极少平台选择通过起诉引诱平台构成不正当竞争进行维权。现行有效的《反不正当竞争法》未对引诱违约行为进行类型化，其界定依据的是《反不正当竞争法》第2条的规定^①。司法实践中，对于是否构成不正当竞争的判断一般从三个方面出发：(1)原、被告间是否存在竞争关系；(2)原告是否因被诉行为遭受损害；(3)被诉行为是否具有不正当性^②。浙江淘宝网络有限公司与上海载和网络科技有限公司、载信软件（上海）有

限公司不正当竞争纠纷案即是依照上述三方面进行判断的典型案列。一审法院指出，“基于商业机会的开放性和不确定性，原告的合法权益因被诉行为而遭受损害，不代表被诉行为必定构成不正当竞争。只有当被诉行为不遵循诚实信用原则和公认的商业道德，通过不正当手段攫取他人合理预期的商业利益时，才为反不正当竞争法所禁止。反不正当竞争法所要求的商业道德，是指特定商业领域中市场交易参与者所普遍认知和接受的行为标准，不能仅从某一经营者的单方立场来判断。具体到个案中，应当按照特定商业领域中市场交易参与者的伦理标准，具体分析特定行业的一般实践、交易双方的主观状态、行为方式、行为后果等进行综合评判”^③。最终一审法院判决认定上海载和网络科技有限公司与载信软件（上海）有限公司构成不正当竞争，二审判决维持原判。最高人民法院在山东省食品进出口公司、山东山孚集团有限公司、山东山孚日水有限公司诉马某某、青岛圣克达诚贸易有限公司不正当竞争案，最高人民法院认为，适用《反不正当竞争法》第2条第1款和第2款认定构成不正当竞争应当同

① 李扬、蓝小燕：《引诱违约行为的反不正当竞争法评价》，载《知识产权》2018年第7期。

② 孔祥俊：《反不正当竞争法新原理：总论》，法律出版社2019年出版，第220—276页。

③ 参见（2015）浦民三（知）初字第1963号，载中国裁判文书网，<https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXS4/index.html?docId=47c4c72d05a64c55b4aba85b00fee3a0>，2020年12月5日访问。

时具备以下条件：一是法律对该种竞争行为未作出特别规定；二是其他经营者的合法权益确因该竞争行为而受到了实际损害；三是该种竞争行为因确属违反诚实信用原则和公认的商业道德而具有不正当性或者说可责性，这也是问题的关键和判断的重点”^①。

回到直播平台挖墙脚行为是否构成不正当竞争这一问题，尽管论述的方式不同，上述最高人民法院提出的依据《反不正当竞争法》第2条认定构成不正当竞争应同时具备的三个条件这一判断原则在目前检索到的两个引起社会关

注的案件中均得到体现。那么，为什么武汉鱼趣网络科技有限公司（以下简称“鱼趣公司”）与上海炫魔网络科技有限公司（以下简称“炫魔公司”）、上海脉森信息科技有限公司（以下简称“脉森公司”）等著作权权属、侵权纠纷案中认定引诱平台构成不正当竞争而杭州开迅科技有限公司（以下简称“开迅公司”）与李某、广州虎牙信息科技有限公司（以下简称“虎牙公司”）不正当竞争纠纷案中却得到否定结论？是否真的体现了“司法不宜过度介入”的趋势？

表2 两典型案例的判断标准对比

	鱼趣公司 v. 炫魔公司、脉森公司等 ^②	开迅公司 v. 李某、虎牙公司 ^③
1. 法律对该种竞争行为未作出特别规定	一审法院认为炫魔公司、脉森公司和鱼趣公司均是从事互联网直播业务的市场主体，炫魔公司、脉森公司是全民TV的经营者，鱼趣公司为斗鱼TV提供主播核心资源，双方在网络游戏视频直播行业中具有同业竞争关系。 二审法院指出鱼趣公司所主张的应受保护的利益并非绝对权，其受到损害并不必然意味着可以得到反不正当竞争法的救济，还需考虑竞争对手之行为是否违反本行业特有的诚实信用原则和公认的商业道德。从网络直播行业的竞争特点看，合同法律规范并不足以制止该类行为。因主播资源对平台意义过于重大，竞争行为的发起者多为参与竞争的平台而非主播，而平台非合同方，通常也并不介意将违约之代价作为竞争成本，合同法律规范显然无法限制作为非合同方的竞争平台，反不正当竞争法介入并对行为做出评判具有必要性	一审法院认为开迅公司主张的李某的不正当竞争行为可以分为两类：一是与虎牙公司的签约行为、收取预付款行为；二是通过原昵称、头像等用户导流行为。对于第一类行为，均系李某违反合同约定的竞业限制义务，在合同履行期内与开迅公司具有竞争关系的虎牙公司进行签约、履约的相关行为，上述行为均可通过合同约定和相关的法律规定进行规制；对于第二类行为，开迅公司、伊恬中心对原昵称、头像并不享有著作权，而是通过合同约定享有相关权益，亦属于可由合同法进行规制的行为。二审法院指出在当事人能够通过合同方式得到有效救济的情况下，《反不正当竞争法》的适用更应秉持审慎、谦抑的原则，而不应随意干预当事人的行为自由。本案中开迅公司已与伊恬中心就李勇的违约事项进行赔偿协商，并签订了赔偿总额为3664956元的补充协议，实际上已经通过合同方式弥补了李勇跳槽所可能遭受的经济损失，足以平衡各方利益，故在本案中针对李勇的违约跳槽行为，反不正当竞争法没有再行介入的空间和必要。 一审法院认为直播平台之间，即开迅公司、虎牙公司之间并不存在合同法律关系，不能通过合同法进行调整。二审法院继承了一审法院的论述

^① 钟鸣：《商标与不正当竞争裁判规则》，法律出版社2020年出版，第410—415页；参见（2009）民申字第1065号民事裁定书，<https://law.wkinfo.com.cn/judgment-documents/detail/MjAxMDAwMDQ1OTU%3D?showType=0>，2020年12月5日访问。

^② 参见（2017）鄂01民终4950号，载裁判文书网，<https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXS4/index.html?docId=ac343d75d28f4208b56ca82d01264cd9>，2020年12月5日访问。

^③ 参见知产宝：《虎牙不构成不正当竞争，法院驳回开迅1300万元索赔》，https://mp.weixin.qq.com/s/3ZdqKPj_iDROJbB6pyMEWQ，2020年12月5日访问。

(续表)

	鱼趣公司 v. 炫魔公司、脉森公司等	开迅公司 v. 李某、虎牙公司
2. 其他经营者的合法权益确因该竞争行为而受到了实际损害	一审法院认为由于主播和观众之间的消费黏性较强，直播平台主要依靠主播吸引人气生存，朱某在与鱼趣公司的合同期尚未届满之前就改换直播平台，带走了原直播平台固定的受众群体，鱼趣公司为朱某所支付的合作报酬以及策划、宣传等费用未能获得合理的商业回报，损害了鱼趣公司的合理商业利益。 二审法院指出网络直播行业中，主播并非企业员工，更类似于传统行业中参与竞争的企业产品，特别是自行发掘并培养的主播，实际上就是平台推向市场直接参与市场竞争，抢占市场占有率，获取流量的“优质产品”。主播的流失，将直接导致平台竞争力和市场占有率的下降。使用他人签约主播，实质上就是直接攫取他人竞争果实——不仅是平台花费大量人财物所培养的优质主播资源，也包括了平台通过激烈竞争和长期经营所积累的观众及流量	一审法院认为开迅公司、虎牙公司具有同业竞争关系，虎牙公司使用李某从事主播业务等被诉侵权行为，目的在于吸引相关用户选择虎牙平台收看直播，以获取现实或潜在的商业利益，同时也会导致出售平台的用户、流量在一定程度上流失，从而对开迅公司的竞争优势和商业利益造成损失，两者存在着对于用户群体及相应商业机会、竞争优势的争夺。故虎牙公司的行为属于市场竞争行为，开迅公司有权依据《反不正当竞争法》来主张相应合法权益
3. 该种竞争行为因确属违反诚实信用原则和公认的商业道德而具有不正当性或者说可责性	一审法院认定炫魔公司和脉森公司的行为违反了诚实信用原则，直接损害了斗鱼TV的市场竞争优势，亦损害了网络直播行业的正常竞争秩序。 二审法院基于三个因素进行了综合考虑。首先是对于行业效率的影响，网络直播行业中，特别是“炉石传说”等游戏直播，因是基于特定游戏平台进行，录制和传播方式大同小异，平台的更换并不会带来实质的改变和提升，观众的用户体验和选择机会并不会增加。炫魔公司、脉森公司也并未举证朱某更换至全民TV平台将带来积极影响。在此种情形下，炫魔公司、脉森公司虽攫取了鱼趣公司的竞争资源和劳动成果，但所提供的仍是同质化的服务，并未促进行业效率的提升。其次是对竞争对手的损害程度。本案中，涉案主播为鱼趣公司自行培养，鱼趣公司对该主播资源的获取付出了巨大的劳动。在该种情形下，炫魔公司、脉森公司擅自使用主播的行为实质上是直接取代了鱼趣公司本应拥有的竞争优势，造成了实质性的损害。但如前所述，这种损害并未带来行业效率的提升，事实上，炫魔公司、脉森公司也并非无法避免该种损害，若确有必要使用鱼趣公司的主播资源，完全可以在平等协商的基础上争取双赢的效果，其竞争行为的正当性存疑。再次是对竞争秩序及行业发展的影响。炫魔公司、脉森公司直接使用他人培养并独家签约的知名主播资源的行为，若得到认可，将会改变产业生态和竞争秩序。最后是对消费者福利的影响。主播平台的更换并不会增加消费者的选择，反而是若主播的培养者和资源投入者的利益不能得到保护，无序竞争的放任，将可能导致投入的减少和行业发展的减缓，消费者的利益最终将受到损害	上述李某的被诉侵权行为均可能涉及对合同义务的违反，但并未损害公共政策所保护的其他利益，如在合同约定的违约责任之外，另行要求李勇承担其他侵权责任，亦超出了其在合同订立时可合理预见到的损失。因此，一审法院认为，对于开迅公司与李某之间的法律关系，不应再适用《反不正当竞争法》进行调整。 一审法院认为涉案网络直播行业属于新兴市场领域，对于各种商业规则仍在探索中，商业道德在相关市场共同体中尚未形成共识，应当结合市场经营者的行为方式、行为目的、行为后果等案件具体情形来进行分析判定。从虎牙公司的行为方式来看，其不存在恶意诱导的行为（即证据未证明虎牙公司存在其他诱导行为）。从虎牙公司的行为目的来看，其作为一个经纪人，觊觎自身商业利益判断，选择与可以为其带来商业机会和竞争优势的跳槽主播合作，拓展头部主播阵容，从而提升平台竞争力，渐符合通常的商业伦理，不具有不正当竞争的目的。从虎牙公司的行为后果来看，一定程度上带走了原平台的用户和流量，但对于触手平台而言，平台的用户及流量损失系其依据合同可期待获得的利益，而并非如职务发明创造、商业秘密等其依据法律可直接享有的权利或合法权益，因此其可以在与主播签署的合同中约定包括流量损失在内的因违约产生的损失赔偿额的计算方法，以弥补其相应的损失。对于消费者而言，开迅公司并无证据证明虎牙公司利用李某在触手平台直播间，直接对用户进行了导流的行为，干扰了用户对于直播平台的选择，损害了消费者利益。从

(续表)

	鱼趣公司 v. 炫魔公司、脉森公司等	开迅公司 v. 李某、虎牙公司
		该行为对市场竞争秩序的影响来看，在本案中，开迅公司并未提供充分的证据证明平台单纯接收跳槽主播的行为，对游戏直播行业市场秩序可能造成的影响程度，已经需要《反不正当竞争法》的介入。 二审法院指出并无证据证明虎牙公司系明知李勇与其经纪公司就原昵称、头像进行约定的具体内容，亦无证据证明其主动要求李勇使用原昵称、头像以针对性地对触手平台的用户及流量进行引流，其行为不构成不正当竞争。二审法院认为凭资金优势以较高的薪酬吸引优秀主播加入，形成人才的正常流动，充分调动人才创新创业的积极性，有利于市场充分竞争。同时，游戏直播行业并非事关国计民生，可被给予充分的竞争自由和完全市场化的运营环境，司法应充分尊重相关行业的发展规律。鉴于主播在游戏直播行业中的重要性，相关行业可能会形成一些自律规范，但自律规范的形成过程势必存在多方利益的充分博弈，需要市场发展的积淀，司法不宜过度介入

笔者在此不评价上述两案已二审裁判结论是否妥当，因为其结论是否妥当取决于对案件具体事实的认定和评价，但是以下两点值得强调。

（一）导致两案一个判定平台构成不正当竞争而另一判定平台不构成不正当竞争的原因并非系判断标准不一

通过表 2 的对比可以看出，无论是鱼趣公司与炫魔公司、脉森公司等著作权权属、侵权纠纷案还是开迅公司与李某、虎牙公司不正当竞争纠纷案，对于涉案平台是否构成不正当竞争，受案法院的审理思路是一致的，即首先法律对该种竞争行为未作出特别规定；其次其他经营者的合法权益确因该竞争行为而受到了实际损害；最后该种竞争行为因确属违反诚实信用原则和公认的商业道德而具有不正当性或者可责性。其中重点均放在了是否违反诚实信用原则和公认的商业道德的判断上。

在鱼趣公司与炫魔公司、脉森公司等著作

权权属、侵权纠纷案二审中，受案法院从对于行业效率的影响、对竞争对手的损害程度、对竞争秩序及行业发展的影响，以及对消费者福利的影响来综合评价涉案平台被诉行为是否违反诚实信用原则和公认的商业道德而具有不正当性。

在开迅公司与李某、虎牙公司不正当竞争纠纷案中，一审法院则从涉案平台的行为方式、行为目的、行为后果来进行判断。在判断中，特别是行为后果的判断着眼于对竞争对手、对消费者、对行业效率、对行业竞争秩序以及对未来行业行业发展影响。这种判断与评价实际上满足了最高人民法院在（2009）民申字第 1065 号民事裁定书中指出的认定构成不正当竞争应当同时具备的三个条件。

此外，在开迅公司与李某、虎牙公司不正当竞争纠纷案中，受案法院对行为方式的评价着眼于是否存在恶意诱导的行为，对行为目的的判断着眼于商业伦理，这表明受案法院也充分考虑到了涉案平台的主观意识。在鱼趣公司

与炫魔公司、脉森公司等著作权权属、侵权纠纷案中，受案法院虽然没有单独明确并大篇幅论述，但也指出，“在纠纷发生后特别是2016年7月本院朱某向各被告送达鱼趣公司的起诉状和证据材料之后，炫魔公司和脉森公司明知与鱼趣公司签订了独家游戏解说协议，明知朱某依据约定在2015年9月1日至2020年8月31日期间只能在斗鱼TV平台直播‘炉石传说’游戏解说，但炫魔公司和脉森公司仍然未经许可，通过其经营的全民TV直播朱某的‘炉石传说’游戏解说，导致朱某在斗鱼TV的观众群随之流失”，实际上也评价了涉案平台的主观恶意。

现行《反不正当竞争法》未对引诱违约行为进行类型化，网络直播作为新兴市场领域，诸多竞争行为是否违反商业道德在市场共同体中并没有形成共识上述两案在一审二审中均充分考虑了主客观因素，其审判思路与判断标准对于日后直播平台可否选择通过不正当竞争之诉维权具有指导意义。

（二）对于“司法不宜过度介入”的理解

文首提到了在开迅公司与李某、虎牙公司不正当竞争纠纷案二审判决后，有文章以《主播跳槽索赔千万，司法不宜过度介入》介绍了判决结果^①。同时该文章提到了跳槽主播与新平台是否构成不正当竞争存在“构成论”和“不构成论”。其中“构成论”的代表案例就是鱼趣公司与炫魔公司、脉森公司等著作权权属、侵权纠纷案，而“不构成论”就是基于开迅公司与李某、虎牙公司不正当竞争纠纷案。

通过表2的对比以及上文的论述可以看出，受案法院对于涉案平台被诉行为是否构成不正当竞争的判断思路是基本一致的。因此，

很显然不应简单以“构成论”与“不构成论”对涉及主播跳槽的不正当竞争纠纷进行归类。作为新闻时事报道，该文题目着实能够吸引眼球，在（2020）浙民终515号民事判决书中确实也有“司法不宜过度介入”的表述。但应该正确理解“司法不宜过度介入”的原因。浙江省高级人民法院（二审法院）认为“凭资金优势以较高的薪酬吸引优秀主播加入，形成人才的正常流动，充分调动人才创新创业的积极性，有利于市场充分竞争。同时，游戏直播行业并非事关国计民生，可被给予充分的竞争自由和完全市场化的运营环境，司法应充分尊重相关行业的发展规律。鉴于主播在游戏直播行业中的重要性，相关行业可能会形成一些自律规范，但自律规范的形成过程势必存在多方利益的充分博弈，需要市场发展的积淀，司法不宜过度介入”^②。首先，“司法不宜过度介入”的根本前提是涉案平台被诉行为不构成不正当竞争。在这一前提下，通过有竞争力的薪酬、职业训练与晋升机会吸引人才对于企业和劳动者都是具有积极意义的。其次，“司法不宜过度介入”的重点在于对“过度”的定义，而非“司法可否介入”。最后，“司法不宜过度介入”是指不宜过度介入相关行业形成自律规范的过程，而并非不宜介入是否构成不正当竞争的判断。同时，需要注意的是，在开迅公司与李某、虎牙公司不正当竞争纠纷案中，受案法院认定李某与虎牙公司不构成不正当竞争，但李某的违约责任依然存在。故草率理解“司法不宜过度介入”显然不妥。

今年，广东省最高人民法院在其发布的《关于网络游戏知识产权民事纠纷案件的审判指引（试行）》第31条中明确了对游戏主播违约跳槽行为的审查，即“原告主张被告通过

^① 参见《主播跳槽索赔千万，司法不宜过度介入》，<https://mp.weixin.qq.com/s/xDt2Ebj26nMQ9CvqSGdxQ>，2020年12月2日访问。

^② 参见知产宝：《虎牙不构成不正当竞争，法院驳回开迅1300万元索赔》，https://mp.weixin.qq.com/s/3ZdqKPj_iDROJbB6pyMEWQ，2020年12月5日访问。

不正当手段引诱游戏主播违约跳槽，不当抢夺相关市场和利益，违反反不正当竞争法第二条规定的，应审查相关行为是否违背了商业道德，是否具备不正当性与可责性。游戏主播以自身知识和技能优势为其他平台获取市场竞争优势，未违背商业道德，未扰乱市场竞争秩序的，一般不构成不正当竞争行为。主播违反竞业禁止协议或相关独家、排他直播协议的，依照协议约定承担相应违约责任”^①。该条也体现了司法介入涉及主播跳槽的不正当竞争纠纷案的需要。

四、结语

随着互联网以及游戏直播产业的蓬勃发展，大量新平台和新主播不断加入相关产业。比起其他领域的人才，优秀主播所附带的流量与观众更具商业价值，因此必然会导致平台间对于优秀主播的“争夺”。主播违约跳槽以及新平台获利并不能等同于不正当竞争。平台一方面在吸引人才，一方面也需面对自己培养的

主播跳槽后如何维权的问题。本文通过案例检索发现，在合同违约之诉外，鲜有平台提起不正当竞争之诉。其原因一方面在于现行《反不正当竞争法》未对引诱违约类型化，另一方面在于基于《反不正当竞争法》第2条主张主播或/和新平台构成不正当竞争具有一定证明难度。

1. 通过对比两个典型案例，本文探讨了法院对于主播或/和新平台是否构成不正当竞争的审理思路与判断标准，也表达了对于引起大众关注的开讯公司诉李某、虎牙公司不正当竞争案二审判决中提到的“司法不宜多度介入”的理解。正如浙江省高级人民法院所指出的“鉴于主播在游戏直播行业中的重要性，相关行业可能会形成一些自律规范，但自律规范的形成过程势必存在多方利益的充分博弈，需要市场发展的积淀^②”，笔者认为在这个过程中，对于该行业不正当竞争行为的类型化是值得期待的。

^① 参见《关于网络游戏知识产权民事纠纷案件的审判指引（试行）》，<http://www.gdcourts.gov.cn/index.php?v=show&cid=227&id=55231>，2020年12月5日访问。

^② 参见知产宝：《虎牙不构成不正当竞争，法院驳回开迅1300万元索赔》，https://mp.weixin.qq.com/s/3ZdqKPj_iDROJbB6pyMEWQ，2020年12月5日访问。

后果考量裁判思维的评价与规制



高晓洁，西安交通大学法学硕士，二级律师，现任山东德衡律师事务所合伙人、青岛市律师协会公司专业委员会委员，执业20年专注于金融、公司事务，先后担任南山集团财务有限公司、南山集团有限公司、青岛钟表总公司、青建集团、青岛城阳开发投资集团有限公司等多家企事业单位的法律顾问。在公司并购、重组也具有丰富的办案经验。

摘要：后果考量裁判思维在英美法以及大陆法国家都经历了长时间的发展与适用，在我国的司法领域当中也发挥着重要作用。后果考量裁判思维的适用在很大程度上弥补了我国立法缺陷，促进了司法的社会效果与法律效果的统一，但同时也带来了一定的风险，汹涌的民意给司法权力带来价值取向的同时，也带来了一定的冲击，使得司法的权威性与独立性受到损害。这使我们不得不谨慎思考后果考量裁判思维在司法领域到底应当如何适用。本文提出几点规制后果考量裁判思维之运用的建议，使其能够最大化的发挥积极作用，为我国社会主义法治国家的建设添砖加瓦。

关键词：后果考量裁判思维 正当性 缺陷 规制

一、什么是后果考量裁判思维

若要对司法裁判中的后果考量裁判思维做出准确的定位，就必须厘清“后果”的含义。司法裁判中的后果，可以区分为结论意义上的后果和影响意义上的后果，前者是指司法裁判所带来的直接效果，而后者是指司法裁判做出后对案件当事人、他人、社会甚至法律体系所带来的间接后果^①。例如2016年轰动全国的“于欢辱母杀人案”，此案的二审法院改变了一审法院原先所作出的无期徒刑的判决，依据《刑法》第20条第2款关于防卫过当的规定，改判于欢有期徒刑5年。这里的“有期徒刑5年”就是法律后果，而影响意义上的后果则可能会鼓励更多类似于于欢及其母亲的正在遭受不法侵害者采取有限度的自力救济。而影响意义上的后果可以区分为个别后果与一般后果，个别后果即为司法裁判对案件当事人带来的影响，如上述案例中有期徒刑5年对于欢本人所带来的影响，而抽象后果即为司法裁判带来的一般性、体系性的影响。而后果考量裁判思维所考量的后果，绝不仅仅是针对当事人个体的个别后果，而是包含了这一司法裁判可能带来的所有后果。

而后果考量裁判思维，其基本要义就在于，司法者在案件裁判的过程中，把根据不同解释所产生的影响作为裁判结果衡量的重要因素，而最终选择的裁判结论所依据的正是那种能够实现利益最大化的解释结果。如果说传统的法教义学是借助现有的规则来控制裁判，那么后果导向法律解释则是用对裁判所引起效果的期待来调控裁判。^②

二、后果考量裁判思维的产生与发展

在欧美法系国家，后果考量裁判思维产生

于资本主义国家进入垄断阶段之后，在此之前的19世纪初至19世纪末20世纪初，形式主义法学统治法学领域长达一个世纪之久，在这段时间里，为了对原本任意的司法权进行控制，法官被要求绝对服从法律的规定，增强法律的可预测性，实现从封建社会向资本主义社会的转变。

当资本主义国家进入垄断阶段之后，资本主义国家不再充当“守夜人”的角色，而开始运用各种手段干预经济活动，在此社会发生重大变革之际，形式主义法学自身的保守与僵化便成为了其不可忽视的重大缺陷，使其在当时受到了极大的冲击与诟病，在对形式主义的反思与改进之中，后果导向的裁判思维便应运而生。

后果导向的裁判思维源于霍姆斯的实用主义法学观念，霍姆斯在《普通法》一书中指出，法律的生命不在于逻辑，而在与经验。在这样的思潮影响下，现实主义法学在20世纪30年代逐步取代了形式主义的统治地位，现实主义法学的学者认为，法官的思维模式可以概括如下：首先提出一种待证成的结论，其次从案件事实以及相关法律的分析中推导出该结论，最后做出这一结论为内容的判决。随着现实主义法学的不断发展，大部分学者并不完全否认形式主义法学的作用，而是遵循理论发展的哲学规律，对其进行批判继承，承认其应有的作用，并将其与新的理论进行结合使用。英国实证主义学者麦考密克认为，某种形式的演绎推理是法律推理的核心所在，但这并不意味着法律推理只能依据演绎推理进行，或者完全排他性的适用一种演绎方式。在此基础上他提出了后果主义的裁判思维方式，即在简易案件中司法裁判就是将已经认证的案件事实置于

^① 雷磊：《反思司法裁判中的后果考量》，载《法学家》2019年第4期。

^② 杨知文：《后果取向法律解释的运用及其方法》，载《法制与社会发展》2016年第3期。

现有清晰的法律规则之下，推导得出结论；而在复杂疑难、模糊漏洞案件中，法官依据现有规则无法得出合理结论，需要创制或者解释法律再进行适用之时，通过对后果的考量进行正当性、可行性的论证。这一理论在一定程度上限缩了后果考量裁判思维的适用范围，也提出了较为客观合理的适用标准。

大陆法系国家是社会法的发源地，在19世纪下半叶，德国学者耶林在世纪下半叶通过对概念法学的批判，创立了目的法学的法学流派，使社会法学从单纯的思想走向务实的流派。耶林认为法律的核心在于目的，法律的生命在于斗争，斗争的源泉在于利益的冲突，即法律的目的在于保护社会利益，或者说是公共利益而非个人利益。耶林的思想流派一方面引导了立法者的立法意图，另一方面也影响了司法者的裁判思维，让法官在案件的审理过程中不再只是将目光往返于案件事实和法条间，而是放眼到案件背后的社会状况以及法条所追求的目的和意义。在此之后，赫克创立了利益法学派，这一思想继承了耶林的学说，他重点解释了利益法学中的“利益”之含义，指出了法律的科学属性，并持续保持对法官解决案件过程中对利益处理这一问题的关注。德国在颁布民法典后兴起“自由法运动”，埃利希创立了自由法学派，主张法官拥有很大的自由裁量权，可依正义原则自由造法，提出了“活法”这一全新的概念并影响至今。

三、后果考量裁判思维在我国

在我国漫长的司法裁判史中，后果考量导向的裁判思维扮演着重要的角色，传统的司法裁判思维中，处处体现着后果考量的特点。长久以来，我国的司法一直摆脱不掉行政化的标签，尤其是在我国古代，地方的行政长官即为当地的司法人员，甚至司法仅仅为维护行政安

稳的手段或工具。在我国历史上的司法过程中，一直存在着情与法的纠缠，为民申冤、论情定罪的色彩挥之不去，伦理纲常的因素常常夹杂在裁判思维之中；并且，我国司法非常注重社会效果，民意的汹涌澎湃往往会在很大程度上左右司法的结果，使得司法者不得不对判决将带来的社会后果慎重考量。上述因素都为后果考量裁判思维在我国的蓬勃发展提供了肥沃的思想土壤。

时至今日，后果考量裁判思维依然在司法裁判过程中扮演着重要角色。近年来不断发生的诸多案件也在一定程度上说明了这一现象，例如之前掀起舆论风波的“二奶继承案”，社会公众的评价与道德认同感不断左右着法官的判案过程，使得此案的结果逐渐趋向于合乎道德的判决。后果取向的裁判思维经常秉持效果至上，只要能便捷解决当前问题，不惜张冠李戴，背离法条具体目的，忽略目的之层次与类型差异，回避了确定具体目的之难题。^①近年来在我国司法的发展过程中，长时间存在着当对社会效果、政治效果的重视大于法律效果的现象，以至于许多司法裁判者缺少逻辑的学习，缺少形式主义审判的历史沉淀与自觉，后果考量裁判思维在我国司法领域大行其道，实用主义法学被介绍、引进到中国之后，我国众多学者大力批判法教义学和法律论证推理的研究，支持实用主义的观点，甚至在许多法官对演绎推理并不了解之时，就展开了对司法三段论的批判。

四、后果考量裁判思维的正当性

（一）弥补当前立法的缺陷

这主要是源于立法语言自身的先天缺陷。语言的特点中不可避免的包括其自身的模糊性以及多变性，在不同的情形下以不同的解释方

^① 戴津伟：《司法裁判后果取向解释的方法论应用》，载《法学》2020年第9期。

法可有多种不同的含义。语言自身的这一特性使得法官在适用法律时有多种内涵可以选择，也就有了较大的自由裁量的空间。并且，法律不可避免的存在滞后性的缺陷，整个社会的飞速发展以及生活的日渐丰富，法律的规定由于其自身所必须保持的稳定性特点，不可能完全跟随社会生活的变化而更新，所以会出现以现有法律规定所不能解决的实际问题，此时法官在进行审理裁判之时，除了考虑已有的法律规定之外，也需考量此案判决之后将会带来的社会影响及后果，因此后果考量裁判思维的出现以及适用在很大程度上弥补了当前立法模糊与滞后所带来的缺陷。

（二）促进司法实现社会效果与法律效果的统一

“法律效果和社会效果的统一”是我国一项重要的司法政策。社会效果要求法官在司法过程中不能照搬法律条文、机械地适用法律，而是应该将对法律文本的正确适用与社会变化、社会需求等现实因素融会贯通，实现法的价值尤其是社会正义价值，使裁判结果符合社会主流价值观和社会利益，符合普通大众的公平正义观念。在后果考量裁判思维当中，将司法裁判的过程不再是“封闭体系下的法律推论”，而是更加注重裁判结论对现实世界所带来的多方面的影响，从而使司法裁判具有强烈的现实问题关怀意识。法官通过对裁判结果可能造成的社会后果进行综合的考量，选择最恰当的解决方案，将法律上价值选择的难题放到现实社会中考虑，在法律规定的自由裁量范围内选择最能适应社会发展需求的解决方案，弥补了法律文本的不足。

（三）增强司法裁判的可接受性

在我国的司法实践当中，裁判结果合理性

对民众接受度的影响力往往超过合法性的影响力。一个司法案件，只有具备了合理性才能为社会公众所接受。在具体案件裁判中，可接受性一般体现为判决的技术性与伦理性的统一。而后果导向裁判从后果出发，能够将法律外的伦理等因素适当的融入裁判之中，对于增强司法裁判的可接受性具有积极意义。原本三段论式的演绎推理因其固有的弊端导致了司法权力与社会群众之间的关系变得紧张不安，而通过后果取向的法律解释进行的司法活动，提升了判决效果在法官形成判决过程中作用，其目的是要使司法活动更为贴近具体的案件情境和社会生活，使判决更为妥切地应对当事人及社会公众的需求^①。这不仅使案件能够得到合理的解决，也能够使社会大众在心理上的认同判决的结果，弥补实践中法律文本与社会情感之间的隔绝与断裂，促进案件判决结果的实质合理性。

五、后果考量裁判思维的风险与缺陷

后果考量裁判思维在长久的发展与适用当中不可避免的会遭遇到因自身理论的缺陷而招致的批评以及在实践中解决问题所造成的一定的负面影响。

（一）理论批评

第一，后果考量裁判思维要求法官在裁判案件时，不仅考量案件事实和法律规则，还将裁判将会带来的社会后果此类不可控的因素引入到司法裁判过程中。认为法官不仅要谙熟法律还应精通政治、通晓人情，相应地对于任何案件总是能够作出一个让当事人满意、让社会接受的判决。这不仅非常不现实，而且也与权力分立体制下法院作为“法律适用者”的角色

^① 秦策、张镭：《司法方法与法学流派》，人民出版社2011年版，第342页。

不相吻合^①，破坏了“法官仅遵从法律”的这一准则，一定程度上造成了判决结果的不可预测性，甚至会破坏法律规则的确定性。一旦这种判决的思路致使法官所作出的决策超越了现有法律体系的规定，把法外的因素引入到案件的裁判中，就会破坏整个法律体系的稳定性。

第二，后果考量裁判思维对判决的功能性的过度重视，将不属于法律体系的价值运用到裁判实践中，罔顾法律体系自身的法治性，会使法律沦为实现某种目标的工具，极易容易陷入法律工具主义的陷阱。在后果考量裁判过程中，为了避免某一后果的出现或者是实现某一目标而选择性地适用法律，解释法律，超越甚至背离法律的规定，从而会使法律沦为实现特定目标的工具。法律因此而不再被视为绝对理性之法，而成为了实现个人或特定阶级目标的手段时，法律的神圣性也逐渐丧失了。美国法学家塔玛纳哈指出，结果导向的司法裁决滋生了工具主义的法治观念，这将导致高级法的坍塌、公共利益的堕落、形成对合法性的威胁，从而最终破坏甚至瓦解着法治。

（二）实践问题

1. 司法与民意

后果考量裁判思维的大量运用导致了民意对司法的过度干预，严重影响到了司法自身的独立性与专业性。近年来，互联网的迅猛发展大大拓宽了我国公民了解信息的途径，社交软件的兴起也为我国公民提供了多种自由发声的平台。在发达的自媒体时代，任何评议都能在“民意”的号召下快速汇聚为强大的民间力量，从而构成法官裁判中不得不考量的因素^②。并且我国近来在实践中一直强调法律效果与社会效果的统一，这都导致了法官在审理案件之时不可避免的去参考舆论的意见。这实质上是民

意以“社会效果”的名义绑架了司法的独立，这不仅无益于提升司法的公信力，反而会使司法遭遇信任危机。

因为我国社会正处于转型时期，出于社会稳定的需求也导致了法官在裁判案件的过程中更多的会考量相应的后果，而民意就是其中的一个重要因素。例如在一些引起民众广泛讨论的案件中，当民众觉得案件的判决与自己内心的“公平正义观念”不符时，会在网络上发表带有强烈个人情感的意见。地方政府为了稳定公众情绪和维护社会发展，将会在不同程度上干预法官对案件的审理情况。这就是法官在审理案件的过程中会受到的行政权的干预。而此时的民意虽然不是对司法权的独立行使造成破坏的直接原因，却也对裁判的独立性在一定程度上造成了影响。

2. 后果的难以预测性

一个案件的判决所造成的后果可分为直接后果和间接后果。前者是指法院的裁判结果给当事人带来的影响变化，后者是指法院的判决结果给案件当事人、社会甚至当时的法律体系带来的影响。在实际生活中，一个判决对社会所产生的影响是十分复杂和难以预料的，其影响的射程范围之广具有很强的不确定性，其产生的间接后果之多变令人无法想象。由于诉讼时效的限制、法院资源的有限性。以及作为裁判者的法官自身知识结构、个人阅历的局限性，法院很难对不同裁决结果可能造成的后果进行充分合理的预测。再加之，后果考量裁判中所要求预测的后果是一般性社会后果，系统后果，包括政治、经济、伦理等多个领域。在判决未生效之前，尽管法官经过缜密的思考与推理，也无法完全确定能够预知到全部后果，在实质上来看也不过是一种推理或猜测。

^① 孙海波：《“后果考量”与“法条主义”的较量——穿行于法律方法的噩梦与美梦之间》，载《法制与社会发展》2015年第2期。

^② 宋保振：《后果导向裁判的认定、运行及其限度——基于公报案例和司法调研数据的考察》，载《法学》2017年第1期。

除却可以合理预料到的后果之外，还存在着许多潜在的、经过时间推移发展才能显现的后果。这都是在实践中后果考量裁判思维所必须面对、解决的难题。

3. 后果主义裁判方式对法律权威的影响

可预测性是法律作为社会治理规范的重要特征之一。它使得人们能够合理预判法官针对具体案件纠纷会做出什么样的裁判结论，并依据既有的法律规范合理安排自己的行为，对自己以及他人行为的法律后果事先做出预测，因此法律的可预测性对于维护社会秩序的稳定运行具有极大的积极意义。后果考量裁判思维颠覆了传统演绎推理模式下的依法裁判，主张从裁判结果可能产生的后果出发进行裁判，政治、经济、社会情理、道德等因素都有可能影响案件的裁判结果，法律规则沦为次要地位，对法律的可预测性的实现造成了威胁。如果在任何案件中法官一上来就考量后果，动辄以后果来替代或规避法律，将会导致一种司法裁判中的法律虚无主义，这最终会危及裁判的合法性并进而危害我们的法治，在法律因素与其他因素的较量中，法律的地位被矮化，规范作用在减弱。^①

此外，我国也极其重视司法独立的建设，法官需排除外界干扰，严格按照的程序依法审判，树立我国司法权力的威严。在后果考量裁判思维中，法官在审判时对民意、对道德的考量，抑或是公权力的介入，都或多或少的影响了司法判决的独立性。目前我国正处于不断变革与发展的阶段，作为肩负维护社会发展与促进制度改革重任的司法部门，常常因政治因素、社会因素等而无法实现真正的独立。法官在这样的大背景下所采取的后果考量裁判思维，在一定程度上使得一些法外因素介入到案件的裁判当中，这样也就打破了司法的独立

性，同时也扰乱了司法审判的严肃性，使法律权威受到了一定程度的影响。

六、对后果考量裁判思维的规制

通过以上内容的分析和论述可知，后果导向的裁判思维在西方发展成良好态势，而在我国，结果导向的裁判思维的运用即便有其合理性之处，但它不可避免的也产生了许多弊端，带来了破坏我国法治建设的风险。因此，结果导向的裁判思维在实践中适用时必须受到一定的矫正和限制。而这不仅需要法学领域理论研究的努力和相应的制度变革，也需要法官的智识与进步。

（一）坚持法教义学原则和基本方法

后果导向的裁判思维必须以基于既定实在法的法教义学体系为基本框架，并在遵循法教义学的原则和基本方法要求下寻求对解释后果的展示、评判和检验。虽然后果考量裁判思维确实弥补了实在法条文在解决疑难问题上的刻板、局限或不能的问题，但是司法者根据后果进行解释并不意味着其可以对法律实行不受任何控制的背离或超越。^② 归根结底，后果考量裁判思维运用的主要目的在于协助法律规范的适用，以保证案件最终的裁决是基于法律的因素或以法律的名义而做出的。因此后果考量裁判思维不能逾越法教义学的原则与基本方法。运用法教义学的方法对法律规定进行解释适用是司法者应有的基本能力和品质。我们需要法治，就一定需要法教义学。它服务于法律的适用和法律判断活动，其基本原则和方法就是通过对法律文本的理解来把握其规范性含义，并通过体系化将解释获得的概念与规则等进行整合以形成逻辑一致与内在和谐的整体。^③

^① 陈金钊：《法律人思维中的规范隐退》，载《中国法学》2012年第1期。

^② 杨知文：《后果取向法律解释的运用及其方法》，载《法制与社会发展》2016年第3期。

^③ 张翔：《宪法教义学初阶》，载《中外法学》2013年第5期。

（二）限定后果考量裁判思维的适用范围

后果考量裁判思维应限定于疑难案件的裁决中才能适用。在简单案件当中，依据事实清楚，证据充分的案件事实，以及没有缺漏的法律规定便可做出判决，无需对裁判后果进行考量。而在疑难复杂案件当中，事实认定无法与法律规定相对应，法律的规定也存在模糊、冲突或者漏洞等不足之时，或者在案情虽较为简单但是却有着不可避免的社会影响时，法官通过对裁判后果进行合理预测，谨慎考量，并据之选择最佳的裁判理由，作为一般法律条款解释的佐证，达成能够引起更佳后果的裁判结论，从而形成良性的示范效应，为之后案件的解决树立标杆。这样的方式恰当的应对了社会不断的发展变化与法律自身所需保持的稳定性之间的矛盾，使法律的进化适应社会的变动。

（三）完善合议庭评议机制

许多疑难案件的出现就是因为案件背后存在着不同的价值考量，后果考量裁判思维虽然将不同的价值问题转化成了事实后果，在一定程度上使得价值更为形象和直观，但是对于追求不同价值下裁判结论可能产生的多种社会后果，仅仅依靠法官一人去进行选择是不够妥当的。而合议庭制度作为一种群体决策的裁判方式，恰恰为法官的团体决策提供了一种制度保障。但目前来看，我国合议庭制度的民主评议功能发挥不到位，呈衰减态势。保证合议庭参与人员均能掌握全面的案件信息、建立以合议庭人员的资历为标准的合议庭评议顺序、合议庭异议公开、合议庭集体负责，由“个人负责”转向“集体负责”等制度变化，皆有利于合议庭评议机制的完善，帮助法官做好价值选择，避免因不可控因素而出现的不合理裁判。

（四）对“后果”的限制

对后果的预测与评价是后果考量裁判思维

的重要部分，在后果考量中，法官的个人因素发挥着很大的作用，很容易产生司法权的滥用，导致司法的主观性过强。因此，要通过对“后果”的限制实现对法官主观能动性发挥的规范。庭审过程是法官获得案件事实和裁判结论全面考量的重要场合，因此法官应尽量重视庭审中多方主体的沟通为法官提供的多方面的价值考量，至少能够保证法院不至于忽视有价值的可能选择，也能提高“后果”的合理性；并且法官所考虑的后果也必须符合法学领域著名的“比例原则”，也同时应当具有普遍适用性，避免“后果”在法官裁判过程中占据过大影响。

（五）对法官的要求

法官亦必须加强法理学习以及社会科学领域的学习。建立起对法律的信仰和服从，追求法律最终要达成的正义目标。但也要做到不能盲目机械的服从法律，要多做思考掌握正确的法律方法和适用技巧。加强逻辑训练，恪守逻辑的训诫，自省、内敛，克服非理性与主观性倾向，重视程序、重知识积累。法官对后果的考虑，需要依赖于法学与社会科学之间的共同思考，使得其所考量的“后果”具有社会科学意义上的客观性，提高后果考量的合理性。为了提高自身“后果考量”的水平，法官也应积极学习、利用社会科学的研究成果，从而更好地应对日渐复杂的社会环境与案情所带来的对司法工作的挑战。

七、结语

结果考量的裁判思维在法学思想的历史长河中，经历了长久的发展与进步，在我国的社会转型进程中，在传统的司法三段论并不完全适合我国现状的情况下，大有用武之地。后果考量裁判思维的适用、出现，为解决转型时期各种疑难复杂纠纷的解决提供了新的思路，它从可能产生的社会后果出发，倒回寻求合适的裁判依据。这种裁判思维不仅弥补了法律自身

的不足，化解价值上的分歧，而且也符合国家追求“法律效果与社会效果相统一”的司法政策；同时也增强了司法裁判的可接受性。但不可否认的是，虽然结果考量的裁判思维具有其自身的优势与积极意义，但如若不加限制地随意以结果为导向，也会在司法中的运用带来一定的风险。后果考量裁判思维让法官将一些法外因素纳入司法考量当中，使得法院的司法裁判具有较强的主观性，一定程度上降低了法律的可预测性。后果考量裁判迎合国家追求“社会效果和法律效果相统一”的司法政策，在实际运用过程中往往会受到民意的裹挟，甚至沦为国家公共政策的附庸，极大地损害了司法的独立性与权威性。

通过对后果考量裁判思维的界定、裁判路径的分析和裁判限度的把握，以法教义法学思维中的规范要求对后果考量裁判思维进行规制，避免其对“法外因素”的过度依赖。后果导向裁判思维就脱离了失范的运行模式，成为一个“认知开放、运作规范”的司法裁判活动。这是从经验性、可观察的因果关系来研究解释法律问题，将社会科学研究的因果解释和意义规范解释进行融合的重要方式^①，而且也可以成为大国治理中法学研究的基本态度。历史是循环往复逐步前进的，对后果考量裁判思维进行一定的规制，确保国家法治建设的顺利进行，使得我国的司法进程在理论的创新和实践的探索中阔步向前。

^① 陈柏峰：《社科学及其功用》，载《法商研究》2014年第5期。



二
等
奖



未来已来： 中国自动驾驶法律政策演进及展望



江波博士，北京德和衡律师事务所高级合伙人、执行主任、最高人民检察院民事行政咨询专家、中国人民大学国有企业改革与发展中心研究员。

执业领域：公司并购、公司金融。

摘要：自动驾驶汽车已经从空泛的想象具象化到现实生活中来，我国立法也抓紧时代脉搏，自 2015 年起便已敏感捕捉到自动驾驶技术的发展气息，并出台一系列政策推动自动驾驶汽车的发展。所幸我国法律发展并非原地踏步，发展至今，我国自动驾驶法律领域已形成初步框架，并也在实际立法上尝试突破。同时，美国、德国、日本的相关立法也为我国自动驾驶汽车未来法律发展提供有益借鉴。因此当前立法趋势应首先聚焦于我国立法现状并找出其中应予重视的关键点，借鉴其他国家的成功经验，落脚于我国实际，构建一套切实可行、覆盖全面的法律体系。

关键词：汽车自动驾驶分级，汽车数据合规，道路安全，侵权责任

一、我国自动驾驶领域立法现状

(一) 宏观调控与地方试点相结合

截至2021年10月,我国在自动驾驶立法领域已建立初步体系,并取得初步成果。目前的立法大多以政策性、规范性文件为主,侧重于宏观调控与地方试点相结合。

在发展规划方面,2015年国务院印发的《中国制造2025》中,提出将推动智能交通工具等产品的研发和产业化。2017年4月,工业和信息化部等三部门联合发布的《汽车产业中长期发展规划》,同年7月国务院印发的《新

一代人工智能发展规划》以及2020年2月,国家发改委、科技部等11个部委发布的《智能汽车创新发展战略》,对自动驾驶的发展计划、发展战略、未来愿景等方面做出规划设计。

在自动驾驶分级标准方面,工业和信息化部于2021年3月9日公示,并于2021年1月1日正式实施国家标准《汽车驾驶自动化分级》,对自动驾驶技术等级及其划分要素做出规定。

表 A.1 驾驶自动化等级与划分要素的关系

分级	名称	持续车辆横向和纵向运动控制	目标和事件探测与响应	动态驾驶任务接管	设计运行范围
0级	安全辅助	驾驶员	驾驶员和系统	驾驶员	有限制
1级	部分驾驶辅助	驾驶员和系统	驾驶员和系统	驾驶员	有限制
2级	驾驶辅助	系统	驾驶员和系统	驾驶员	有限制
3级	有条件自动驾驶	系统	系统	动态驾驶任务接管用户(接管后成为驾驶员)	有限制
4级	高度自动驾驶	系统	系统	系统	有限制
5级	完全自动驾驶	系统	系统	系统	无限制 ^a

^a排除商业和法规因素。

在道路测试和市场准入方面,工业和信息化部、公安部和交通运输部于2018年4月发布《智能网联汽车道路测试管理规范》并于2021年公布《智能网联汽车道路测试与示范应用管理规范(试行)》(征求意见稿),并在北京、上海、重庆、长沙等12个城市中颁布相关试行规定。另外2021年3月24日,公安部发布

了《道路交通安全法(修订建议稿)》在法律层面明确了具有自动驾驶功能的汽车进行道路测试和通行的相关要求。2021年4月7日工业和信息化部装备工业一司发布了《智能网联汽车生产企业及产品准入管理指南(试行)》(以下简称“《准入指南》”)。

在数据和网络安全方面,2017年12月,

国家标准化管理委员会、工业和信息化部联合发布了《国家车联网产业标准体系建设指南（智能网联汽车）》系统性提出汽车信息安全标准建设指导规划；2021年5月，国家互联网信息办公室发布《汽车数据安全若干规定（征求意见稿）》，对汽车数据合规提出详细的规定；2021年6月21日，工信部就《车联网（智能网联汽车）网络安全标准体系建设指南》公开征求意见；2021年6月23日，工信部就《关于加强车联网（智能网联汽车）网络安全工作的通知（征求意见稿）》公开征求意见。

综上，我国的立法性文件集中于发展规划、自动驾驶分级标准、道路测试和市场准入以及数据和网络安全四方面，并且在道路测试上从中央和地方两层面出发表明对自动驾驶技术发展的支持。另外我国以地方为首先切入点，在北京、深圳设立先行区并在广州、上海和雄安新区等地区开展道路测试。真正做到宏观调控与地方试点相结合，逐渐稳步推进自动驾驶的立法和实践发展。

（二）立法落地并取得初步突破

长久以来，我国自动驾驶领域的法规政策多以规范性、政策性文件为主，因此其以过于抽象、缺乏具体可操作性而遭遇诟病。然而自迈入2021年以来，这一方面已取得初步突破。2021年3月24日，公安部发布的《道路交通安全法（修订建议稿）》（以下简称《修订建议稿》）第155条首次以立法的形式明确了自动驾驶汽车在道路测试和车辆准入方面的规定，明确指出具有自动驾驶功能的汽车开展道路测试应当在封闭道路、场地内测试合格，并且要求自动驾驶汽车取得临时行驶车号牌。虽然此次《修订建议稿》在自动驾驶方面的立法修改暂时只有这一条内容，但这也是我国首次在上位法领域做出对自动驾驶的相关内容予以明确规制。

同时，2021年3月23日，深圳市人大常委会发布了《深圳经济特区智能网联汽车管理条例（征求意见稿）》并向全社会征求意见，虽然目前尚处于征求意见阶段，但其内容已涵盖道路测试、市场准入、责任承担、数据与安全保护多方面内容。这是我国首次进行对自动驾驶领域的专项立法，此次突破对于我国后期在自动驾驶领域逐渐建立一套切实可行、覆盖全面的法律体系而言不可谓不是一次重要开场。

（三）自动驾驶领域的立法关键点亟需逐个击破

经过前文可知，虽然自2021年起国家在自动驾驶立法领域已迈出脚步，无论是在国家政策抑或上位法和地方立法上都呈现出跃跃欲试的姿态。但是不可忽视的是，与飞速变化的科学技术相比，相关立法的发展仍然存在速差。在技术日益成熟的当下，因法律具有稳定性，其发展逐渐与科技发展不相匹配，若强行沿用过去传统法律只会愈加凸显双方的水土不服，另外对于已做出规定的方面不仅情形不甚全面，其内容也有待细化。因此若想完善立法，亟待解决的关键问题就是细化立法，填补立法空白，逐个击破立法关键点。

1. 事故责任主体规定不够明晰，责任分担规则尚未确定

《汽车驾驶自动化分级》将汽车驾驶自动化功能将划分为L0至L5，共6个等级，而此次《修订建议稿》中使用了“具有自动驾驶功能的汽车”，将自动驾驶汽车分为“具有自动驾驶功能且具备人工直接操模式的汽车”和“具有自动驾驶功能但不具备人工直接操作模式的汽车”两种，前者对应《汽车驾驶自动化分级》中L3及其以下级别的汽车，后者对应L4及其以上级别的汽车。

在规定事故责任承担主体时，《修订建议稿》规定如果发生道路交通安全违法行为或者

交通事故的，应当依法确定驾驶人、自动驾驶系统开发单位的责任，并依照有关法律、法规确定损害赔偿赔偿责任。构成犯罪的，依法追究刑事责任。这一规定明确了驾驶人、自动驾驶系统开发单位的事故责任，然而首先责任承担人仅指向以上两种人群是否严谨，其他主体例如平台研发者、监管者等主体是否承担责任尚有待讨论，若其承担责任又应当适用何种责任认定规则同样未予以明确。另外该条规定对于不具备人工直接操作模式的汽车的责任主体却缺乏规定，仅规定由国务院有关部门另行规定。由此可见目前我国对于自动驾驶的法律规定过于粗糙并且依然留有“真空地带”。

2. 道路安全保障有待加强

目前《修订建议稿》中强调道路测试中应当在封闭道路上进行，并安排驾驶人处于车辆驾驶座位上，监控车辆运行状态及其周围环境以免意外发生，然而缺乏对路测主体的要求，路测主体应当负担诸多义务，保障路测的安全进行。另外，引入路测远程控制同样具有必要意义，若仅将驾驶人做为监控车辆运行的监控主体，无法从外部保障车辆运行安全，目前《修订建议稿》未对监控操作人提出要求，对远程保障的重视不足。

自动驾驶汽车具有智能性、自主性，并会在发展中逐渐完善自身认知，因而当事故发生时，自动驾驶汽车或许会基于自身判断做出不同行为，如何确使自动驾驶汽车最大化保障乘客利益，仍是后续立法应当予以重视的部分。

3. 当前法律规范已无法完全保障信息安全

为了保障自动驾驶安全前行，自动驾驶汽车务必要更加全面、详细的信息，其中包括自动驾驶地图数据采集、周边环境信息、位置数据以及驾驶人及乘客的个人信息等，在收集信息的过程中务必要求个人或集体让渡自身隐私。如何界定合理收集信息与侵犯隐私权的界限需要后续法律继续加以关注。目前虽然《民法典》以及《网络安全法》对此有所规制，

但想要尽量避免信息泄露带来的隐患，仍需要针对自动驾驶的特征予以专门分析并详细立法。

二、比较法视野下自动驾驶领域的法律动态

（一）美国

在发展规划方面，美国颁布《联邦自动驾驶汽车政策指南》《自动驾驶汽车立法大纲》《智能交通系统战略规划 2020-2025》等文件为自动驾驶的发展规划指明道路，强调对道路通行安全性的重视。另外，2021 年 1 月美国交通部发布《自动驾驶汽车综合计划》，该计划定义了实现自动驾驶系统愿景的三个目标，包括促进协作和透明度，现代化监管环境（主要是消除创新汽车设计、功能和操作等方面的不必要的监管障碍；开发针对安全性的框架和工具，以评估自动驾驶系统的安全性能）；为运输系统作准备。

在自动驾驶分级标准上，2014 年，美国汽车工程协会（SEA）提出的智能驾驶分级标准，成为汽车行业工人的分级制度，我国《汽车驾驶自动化分级》中级别的划分也参考 SAE 标准的级别分类。

在道路测试方面，美国主张放宽对自动驾驶汽车的限制，鼓励自动驾驶汽车发展，并且将“驾驶员”定义为“坐在驾驶座上的自然人”并提出汽车使用者的注意义务，对我国立法有很大借鉴意义；在市场准入方面，简化测试许可程序，简化豁免申请和豁免程序，为自动驾驶汽车的市场准入消除壁垒。

数据与安全保护方面，美国出台《汽车安全与隐私法案》等法案，要求对车辆的数据收集应当透明且基于用户同意，用户应当对于收集的个人数据拥有掌控权，并且针对自动驾驶汽车的特点，对相关安全标准进行承认、修改和重新规定，并通过设置自动驾驶汽车生产者

网络安全条款，从网络安全和数据保护角度对美国自动驾驶技术进行监管。

（二）德国

德国与美国在自动驾驶立法领域同属第一梯队。德国出台《自动驾驶法》在未来发展规划设置目标，其旨在建立一个法律框架，允许高度自动化的车辆在日常运行场景中使用，预期在 2022 年，具有自动驾驶功能的车辆将投入正常运营；其在市场准入和道路测试方面提出对机动车的质量设备要求、颁发执照的审查和手续，调整和创建统一的法规，以实现自动驾驶汽车的测试；在数据保护方面提出操作具有自动驾驶功能的车辆时有关数据处理的规定。

除此之外，在责任认定上，德国早在 2017 年出台《道路交通法第八修正案》时就对事故责任承担做出进一步划分，其中对于事故责任的认定划分情况，若因驾驶员过失导致则由驾驶员承担事故责任，若是自动驾驶系统发生故障，车主可向生产者追偿。并且该修正案上调事故赔偿金额限制，最大程度地保护受害人的利益。另外，其《自动化和网联化车辆交通伦理准则》创新性地提出针对自动驾驶的伦理指南，该准则第 7 条规定自动驾驶汽车需要将人类安全置于财产安全和动物安全之上。第 9 条规定，禁止自动驾驶系统在发生撞车事故时进行任何基于个人特征（如年龄、性别、身体和精神状态）的选择性牺牲，并且要求即使在危险的情况下，自动驾驶汽车也不能牺牲无关第三方的利益。该伦理准则为自动驾驶系统在事故发生时所不得不作出的利益取舍提供了答案，也为自动驾驶汽车生产企业在系统中预设事故处理模式提供了技术思路。

德国对于责任承担的划分以及伦理准则引入方面为我国提供有益借鉴。

（三）日本

日本立法在道路测试和路测安全上的关注值得我国学习、借鉴。2016 年日本警察厅发布《关于自动驾驶系统公共道路验证测试的指南》（以下简称《路测指南》），无论是其立法宗旨、基本原则和具体制度设计，都体现了对路测安全问题的关注。该指南明确了路测的基本原则：第一，测试车辆应符合日本道路运输车辆的安全标准；第二，驾驶员应坐在测试车辆的驾驶座位上，时刻监视周围路况和车辆状态，并在紧急情况时实施必要操作以保证安全，避免伤及他人；第三，驾驶车辆时应遵守道路交通法等相关法令。该指南尚不允许驾驶座位无人的路测行为。

另外《路测指南》要求测试主体承担分析、化解测试安全的关系，要求路测驾驶员必须持有法律规定的与测试车辆相对应的驾驶执照，并且路测驾驶员必须具有相应的能力，能胜任路测活动。如果路测驾驶员不具备相应能力，路测主体有义务采取额外的安全保障措施，例如组织重新学习并在路测车辆内再配备熟悉自动驾驶系统构造和特性的其他人员进行必要的辅助操作。同时《远程自动驾驶路测许可标准》对远程监控/操作员提出规定，远程监控/操作员是指远离运用自动驾驶系统来实现汽车移动，并且根据情况，运用自动驾驶系统来监视或操作测试车辆的移动，在法律上承担驾驶者责任义务的人。

三、立足自动驾驶未来发展趋势谈我国的立法突破点

（一）建立自动驾驶汽车事故侵权责任的链式分配机制

德国曾提出要求无人驾驶汽车必须安装数据记录仪，以便查明因果关系，明确侵权事故发生时的各方责任。这是由于自动驾驶汽车的

出台需要经历技术研发、生产、监管、使用等多个环节，由于自动驾驶汽车的特殊性使得各个阶段行为主体的行为均有可能和侵权结果产生因果关系。然而目前我国法律中仅将责任主体限定在“驾驶人”和“自动驾驶系统开发单位”并且仅限定在“具有自动驾驶功能且具备人工直接操作模式的汽车”的情形下，这一规定显然不足以适应自动驾驶汽车实际运营中可能产生的意外。因此，为了尽量全面考虑自动驾驶实际情况中可能产生的意外，并明确责任主体，建立链式责任分配机制尤为必要。

1. 研发者：负面清单下的严格责任

自动驾驶与传统驾驶相比而言，最突出的特点即是其全智能、自动化的计算技术，自动驾驶汽车在一定程度上可以被认定为拥有独立思想和独立意志，因而可以认定自动驾驶系统的研发者在就是支配其行为的“大脑”，因此设立研发者的严格责任很有必要。但是有学者提出，即使人工智能拥有强大的运算能力和计算技术，也无法预先设计出所有自动驾驶汽车可能遇到的所有情况，若赋予其完全的严格责任并不公平，因此其严格责任应当是“负面清单”中的严格责任，只有当事故产生属于“负面清单”中的缺陷事由时，方可主张研发者的严格责任。

2. 生产者、销售者：沿用传统的产品缺陷责任

自动驾驶汽车的生产者系经济生产经营中从事产品生产活动的主体，是对外承担产品质量法律责任的主体，因而其作用与传统产品生产者的地位与作用并无二致。《产品质量法》中对于生产者、销售者的产品缺陷责任分别做了不同规定，生产者的无过错严格责任，但同时也规定了法定免责条件：（1）未将产品投入流通的；（2）产品投入流通时，引起损害的缺陷尚不存在的；（3）将产品投入流通时的科学技术水平尚不能发现缺陷的存在。而对于销售者而言则要承担过错推定责任，销售者若不

能举证证明自身不存在过错就不能免除赔偿责任。

3. 驾驶者：过错责任与适当的注意义务

根据前文分析我们已知，我国目前的自动驾驶包括“具有自动驾驶功能且具备人工直接操作模式的汽车”和“具有自动驾驶功能但不具备人工直接操作模式的汽车”两种。我国《修订建议稿》中也明确了在第一种情形下驾驶者的损害赔偿责任，此种情况下驾驶人在一定程度上仍然对自动驾驶汽车的行为起着干预甚至是决定的作用，因此当驾驶员存在主观过错并且其行为导致事故的发生时，其应当承担侵权责任。

但正如我们所期望的，自动驾驶汽车未来也务必向着更智能、更自主、更独立的趋势发展，自动驾驶汽车会逐渐与驾驶人的意志相分离。届时，驾驶人的身份将变得模糊甚至消失，车内的所有人员其实都只是乘客身份，自动驾驶汽车对其行为具有高度决定权，并不掺杂其他车内主体的意志，因此无过错之说，但这也并不意味着车内人员从此并不承担任何责任，其仍需履行恰当的注意义务，例如仔细阅读驾驶注意事项，不得违背汽车行驶要求或是必须承担定期维护义务等。

4. 监管者：加强事前、事中、事后监管责任

自动驾驶汽车投入市场势必会和社会产生联系，因此必须加强对于自动驾驶汽车监管体系的完善，做到事前建立市场准入机制、事中加强数据信息收集，事后配备完善保险机制。

就市场准入机制而言，《建议修订稿》已经明确了道路测试的要求和应当取得临时行驶车号牌，接下来应当在汽车安全标准、上市审批、准入登记方面做出更加细致的要求；就事中数据收集而言，此对公民提出了更高要求，信息收集需要民众适当让渡自身的隐私权，对此可以借鉴美国的做法，要求信息的使用务必在信息所有人和信息使用人知情的情况下完

成，另外对于自动驾驶地图的制作也要比传统地图在精确度和属性内容上更详细、更准确，也对相关测绘单位提出了更高的要求；关于事后的保险制度，《上海市智能网联汽车道路测试管理办法》曾提出汽车生产者必须为申请道路测试的车辆购买每车不低于 500 万元人民币的交通事故责任保险，或者提供不低于 500 万元人民币的交通事故赔偿保函。虽然其保险制度建立的意识值得认可，但是让生产者投保交通事故责任险的做法也加剧生产者的负担。对此有学者提出借鉴船东互保协会运营的经验，由无人驾驶汽车硬件所有权人、软件著作权人以及数据运营平台共同出资设立电子法人，成为无人驾驶汽车的股东，确定注册资本，分散自动驾驶汽车的运行风险。

5. 其他主体

在商用汽车情形下，例如共享自动驾驶汽车和网约车下，用户与相关平台实际上存在合同关系，若此时用户在使用上述商用自动驾驶汽车时若受到损害可基于合同约定主张运营平台的赔偿责任；对自动驾驶公交车交通事故责任认定而言，首先公共交通运营商也基于合同关系承担责任。同时有学者提出，基于公共交通运营商其公益属性以及若出现损害其范围和规模的广泛性，可以引入实时保险模式分散公共运营商的赔偿责任，实施保险模式指将保险微观化，针对不同的运行时段和里程，适用不同的保险费用，并将购买保险设置为法定义务，将保险价格附加至乘客支付的车票费用之中。如此既能保证乘客出行前及时获得保险保障，又能将价格控制在合理范围内，同时也降低运营商的运营风险。

（二）借鉴德日经验，加强道路安全保障

1. 以日本为例，重视对道路安全测试安全问题

首先在路测主体方面，路测主体首先承担着预测风险并及时化解风险的责任。就我国而

言，应规定在道路测试开始之前路测主体肩负实现联系有关机构获取信息的法定义务，例如预先联系警方、道路管理者以及当地的运输局等部门收取相关建议，并且设立分阶段测试策略，当在封闭环境下测试合格，充分证明其车辆安全性后，逐渐转化测试场地至公共道路上进行安全测试。如此便可有效逐步提升车辆安全情况，尽可能在车辆准入市场前完成最真实的上路测试并获得安全保障。

在远程监控方面，配备远程监控或操控人员，并对其资质进行审核，要求具备相应能力，当其在自动驾驶汽车出现意外，而驾驶员未能及时做出反应之时可以远程操控汽车，防止意外发生。法律应赋予监控或操控人员承担责任的法律义务以及过错责任。

2. 借鉴德国伦理准则，搭建我国自动驾驶伦理框架

当自动驾驶汽车脱离人的意志，自由地在道路上行驶时，其决策同样也担负着伦理和道德上的社会意义，能否将人类伦理僵硬地嵌入自动驾驶汽车中？答案似乎是否定的，但这并不意味着人类伦理对自动驾驶汽车并不受用，许多伦理和社会价值观同时也体现在法律之中，对此德国的自动驾驶伦理准则背后蕴含的伦理精神可为我国所适当借鉴。

（1）人与物碰撞——树立以人为本的价值理念

德国自动驾驶伦理准则集中体现以人为本的价值理念，首要目标是提升所有交通参与者的安全，并对人的保护处于绝对优先地位。同时根据普遍接受的碰撞伦理，当碰撞对象都为物时，优先保护价值高的财物；人与物碰撞时，优先保护人。因此在危险发生不可避免的情况下，宁愿接受对动物或者财产带来损害，也应尽一切可能降低或避免对人身造成伤害。

（2）人与人的碰撞——陷入两难境地时的法哲学解决方法

德国伦理准则中“反对歧视性设计”曾指

出，在发生不可避免的事故时，严谨将人群属性，例如年龄、性别、精神状态等作为评判标准，禁止对受害者区别对待。而自动驾驶汽车真正为法理和伦理带来的真正挑战即是人与人之间的碰撞选择，碰撞双方都是生命体，人群属性不能作为取舍标准，而主体价值又难以通过算法和技术客观衡量，因此价值判断如何设立统一标准是目前伦理选择的最大障碍。有学者据此提出“伤害的边际约束与可允许的伤害原则”和“非利他主义之普遍化的理论价值”等理论，其中提到自动驾驶系统应当首先保护乘客的利益，但人数并不是系统进行价值判断的标准，若付出合理代价能带来更大的社会善好，那么自动驾驶系统对乘客施加伤害也是可以被允许的。

（三）隐私安全上强调数据个人控制，引入数据控制者的信义义务

1. 强调用户数据信息的个人控制

无论是欧盟国家强调对于人的尊严和隐私的重视，还是美国的“隐私控制论”强调人们对于隐私的支配，尽管出发点不尽相同，但总归殊途同归，最后都落脚于个人对自身信息的控制，要求使用个人数据需要用户知情。虽然

有观点提出，个人在隐私保护方面存在非理性行为，会出现个人对于隐私的认知存在不足，无法适当管理自己的隐私的情形；另外，信息主体本身也难以监管网络对自身信息的使用。因此有观点主张不应当将用户“同意”作为个人数据处理的基础。但是我们不能据此就否认个人对自身数据的自治能力并据此剥夺个人信息控制权，法律在赋予个人控制权的同时还应加强对数据控制者的自我约束，通过约束后者而非限制前者，加强对用户隐私和数据的保护。

2. 引入数据控制者的信义义务

个人将数据或隐私托付给某一主体，往往是基于信任的考量，二者之间会形成信义关系。在当前自动驾驶发展的背景下，大众让渡自己的隐私以完善自动驾驶汽车的数据信息，而自动驾驶汽车背后的数据控制者，也应相应以受托人的身份保护其占有的个人数据，对其保护义务提出了更高的要求，其行为不能停留在“是否采取安全保障措施”的领域，而是这些安全保障措施是否可以达到保护信息的实际效果并且要根据技术升级和形势变化而适当调整或逐渐发展。

碳中和债券发行法律监管及标准探析



辛小天，数字经济与人工智能业务中心总监，网络空间安全战略与法律委员会委员，清华大学创业引导年度荣誉导师。

曾就职于 MayerBrown JSM 律师事务所，美国美富律师事务所，通用电气及奇虎 360。擅长数据合规、互联网法律及合规风控、投融资以及并购法律、反垄断法、公司法及劳动相关法律、外商投资及外资公司设立相关法律。



郑茂铎，实习律师，西南政法大学法律硕士，专注于数字经济、数据合规、个人信息保护的专项法律服务。已参与多个公司数据合规专项。

摘要：绿水青山就是金山银山，贯彻与遵循创新、良好生态环境既是自然财富，也是经济财富，关系经济社会发展潜力和后劲。碳中和债券作为一种新兴金融产品，是我国资本市场上的新生事物，该等概念进入我国资本市场的时间较晚，但归因于我国顶层设计的推动和碳中和的蓬勃发展，碳中和债今年开始在我国迅速成长。可以说，碳中和债券的发展离不开发行标准的不断完善与法律制度取得的成就。截至目前我国已经基本形成了碳中和债券的发行标准与法律体系框架。然而，我国绿色债券和碳中和债券起步较晚，发行标准与法律制度原则性较强，细化规定较少，在实践中操作中仍然存在许多不足与歧义。此外在发行法律制度上存在监管规则不统一、信息披露制度不完善、第三方专业评估与绿色认证制度不完善等问题。

因此，本文将从我国碳中和债券的概述、发行碳中和债券的优势、国内外碳中和发行比较、我国碳中和债券发行的法律制度问题。同时在研究这些问题的基础上结合国情与实践，提出对我国碳中和债券发行法律制度的完善建议，并且对国内发行人应对审核提出切实可行的建议。

关键词：碳中和债券，绿色债券，信息披露

一、碳中和债券的概述

(一) 定义

碳中和债券，是指募集资金专项用于具有碳减排效益的绿色项目的债务融资工具，需要满足绿色债募集资金用途、项目评估与遴选、募集资金管理和存续期信息披露等四大核心要素，属于绿色债券的子品种之一。^①从定义中可以看出主要有三个要点：一是筹集资金用于低碳减排的绿色项目；二是筹资方式主要通过固定收益类证券；三是属于绿色债券的子品种。

(二) 特点

碳中和债属于绿色债券的子品种，因此，碳中和债具备了绿色债券的特点同时又具有自身独特的特征。

1. 绿色债券的特点

(1) 募集资金用途，依照《绿色债券支持项目目录》(下文称《目录》)，《目录》将绿色项目分为节能环保产业、清洁生产产业、清洁能源产业、生态环境产业、基础设施绿色升级、绿色服务六大领域，要求募集资金用途需符合上述领域要求。

(2) 项目评估与遴选流程，限制了发行人应当向投资者阐明项目发展目标、评估流程与潜在风险等信息。

(3) 募集资金管理，主要是指资金的账户管理、投资运作、跟踪记录等，同时也包括对资金投向比例的规定。

(4) 信息披露，规定绿色债券发行人对资

金分配情况、绿债相关资格、项目运作和影响等情况进行定期或不定期的对外披露。

2. 碳中和债的特点

碳中和债券除了需要满足绿色债券的特点之外，还具有以下三个特点。

(1) 募集资金用途更为聚焦。交易商协会规定的碳中和债的资金用途范围更为聚焦，不仅需要符合《目录》，而且必须能够产生碳减排效益。根据交易商协会，其资金用途主要包括以下四种：①光伏、风电及水电等清洁能源类项目；②电气化轨道交通等清洁交通类项目；③绿色建筑等可持续建筑类项目；④电气化改造等工业低碳改造类项目。

(2) 第三方专业机构认证制度。按照“可测度、可核查、可检验”的原则，^②碳中和债发行企业需聘请独立的第三方专业机构出具相关评估认证报告。在报告中除了披露绿色项目常规内容之外，还需要披露项目的碳排放、碳足迹等环境效益数值，并着重对二氧化碳减排等环境效益进行定量测试。^③

(3) 存续期信息披露更为精细。一般绿色债券在存续期内需要披露募集资金使用情况说明，主要停留在资金用途、使用进度以及绿色项目运行情况等信息。相比之下，碳中和债在存续期中的披露要求更为严格，不仅需包含一般绿色债券必须披露的基本信息，交易商协会还要求进一步披露募投项目实际或预期产生的碳减排效益等相关内容。企业需详细地披露对应项目碳减排环境效益和其他环境效益的测算方法与结果，甚至可具体到单个募投项目每年理论上碳减排量和其他污染物减排量，并且鼓励披露整体的碳减排计划、碳中和路线图以及减碳手段和监督机制等内容。

^① 参见2021年3月18日交易商协会发布的《关于明确碳中和债相关机制的通知》。

^② 参见中国人民银行《2021年第二季度货币政策执行报告》中提出的设立碳减排支持工具，并且相应工具要做到“可操作、可核查、可检验”。

^③ 参见《树立绿色发展新标杆，碳中和债首发有哪些看点？》，载《经济日报》. http://www.tanpaifang.com/tanzhaiquan/202102/2176788_3.html。

（三）监管现状

首先，我国碳中和债券法律制度的顶层设计已经初步完成。由中共中央、国务院的《生态文明体制改革总体方案》提出构建绿色金融体系并研究绿色债券的发行制度。中国人民银行、财政部等七部委发布的《关于构建绿色金融体系的指导意见》进一步对我国绿色债券发行制度完善提出了意见构成了顶层设计。

其次，主管部门与监管部门对债券发行的

制度进行完善。在中央顶层设计的指导下，各主管部门与证券监管机构构建了碳中和债券发行的法律体系架构。这也意味着我国的绿色债券发行的法律制度框架基本已经构建完成，绿色债券的发行和监管能够做到有法可依。

最后，我国法律规定中也体现了国际公认且普遍适用的规则，包括但不限于募集资金须投向绿色项目、信息披露制度、鼓励第三方专业认证和评估机构进行认证的制度、绿色项目的范围。

表 1 我国碳中和债券法律监管文件如下（按时间顺序）

序号	文件	发布时间	发布机关
1	《企业债券管理暂行条例》	1987 年 03 月 27 日	国务院
2	《中华人民共和国证券法（2019 修订）》	1998 年 12 月 29 日	全国人民代表大会常务委员会
3	《生态文明体制改革总体方案》	2015 年 9 月 11 日	中共中央政治局
4	《上海证券交易所公司债券预审核指南（一）——申请文件及编制》	2015 年 9 月 15 日	上海证券交易所
5	《中国人民银行公告（2015）第 39 号——关于在银行间债券市场发行绿色金融债券有关事宜的公告》	2015 年 12 月 15 日	中国人民银行
6	《绿色债券发行指引》	2015 年 12 月 31 日	国家发展改革委办公厅
7	《关于开展绿色公司债券试点的通知》（上交所）	2016 年 3 月 16 日	上海证券交易所
8	《关于开展绿色公司债券试点的通知》（深交所）	2016 年 4 月 22 日	深圳证券交易所
9	《绿色债券支持项目目录》（2015 年版）	2016 年 4 月 22 日	中国金融学会绿色金融专业委员会
10	《关于构建绿色金融体系的指导意见》	2016 年 8 月 31 日	中国人民银行、财政部、国家发展改革委、环境保护部、银监会、证监会、保监会
11	《中国证监会关于支持绿色债券发展的指导意见》	2017 年 3 月 2 日	中国证券监督管理委员会
12	《非金融企业绿色债务融资工具业务指引》	2017 年 3 月 22 日	中国银行间市场交易商协会
13	《绿色债券评估认证行为指引（暂行）》	2017 年 10 月 26 日	中国人民银行、中国证券监督管理委员会
14	《绿色公司债券相关问题解答》	2018 年 5 月 7 日	深圳证券交易所
15	《中国人民银行关于加强绿色金融债券存续期监督管理有关事宜的通知》	2018 年	中国人民银行

(续表)

序号	文件	发布时间	发布机关
16	《上海证券交易所公司债券融资监管问答（一）——绿色公司债券》	2018 年	上海证券交易所
17	关于印发《建立市场化、多元化生态保护补偿机制行动计划》的通知	2018 年 12 月 28 日	国家发展改革委、财政部等九部委
18	《债券业务办理指南第 1 号——公开发行公司债券上市预审核业务办理》	2019 年 11 月 15 日	深圳证券交易所
19	《关于促进应对气候变化投融资的指导意见》	2020 年 10 月 20 日	生态环境部
20	中国银行间市场交易商协会关于明确碳中和债相关机制的通知	2021 年 3 月 18 日	中国银行间市场交易商协会
21	《中债——绿色债券环境效益信息披露指标体系（征求意见稿）》的公告	2021 年 4 月 12 日	中央国债登记结算有限责任公司
22	《绿色债券支持项目目录（2021 年版）》	2021 年 04 月 21 日	中国人民银行、发展改革委、证监会
23	全国银行间同业拆借中心关于发布 CFETS 银行间绿色债券指数与 CFETS 银行间碳中和债券指数的通知	2021 年 7 月 1 日	中国外汇交易
24	《银行业金融机构绿色金融评价方案》	2021 年 7 月 1 日	中国人民银行
25	《上海证券交易所公司债券发行上市审核规则适用指引第 2 号——特定品种公司债券》	2021 年 7 月 13 日	上海证券交易所
26	《深圳证券交易所公司债券创新品种业务指引第 1 号——绿色公司债券（2021 年修订）》	2021 年 7 月 13 日	深圳证券交易所

二、发行碳中和债券的优势

从上文碳中和债券发行的特点可以看出碳中和债券发行的条件和标准相对于一般的债券甚至是绿色债券而言更加严苛，在这样的严苛的发行条件下，我国截至 2021 年 7 月发行碳中和债总额已经超过 1200 亿元，占同期绿色债券发行总额超过 60%。具体原因如下。

（一）扶持政策陆续出台

在“30·60 目标”指引下，中央经济工作会议将“做好碳达峰、碳中和工作”作为 2021 年的重要人物之一。2021 年 2 月国务院印发的《关于加快建立健全绿色低碳循环发展经济体系的指导意见》提出，大力发展绿色金

融，统一绿色债券标准，建立绿色债券评级标准。同年 3 月，李克强总理在 2021 年《政府工作报告》中指出，扎实做好碳达峰、碳中和各项工作。在党中央、国务院政策精神指引下，相关监管领域不断构建与完善碳中和债券制度，引导和促进更多资金投向低碳领域。

（二）票面利率较低，发行期限较长

碳中和债券发行的票面利率普遍低于绿色债券及其他债券，对于企业而言有明显的融资成本优势。截至 2021 年 5 月末，除金融债外的 89 只碳中和债券的平均发行利率为 3.68%，低于同期绿色债券平均发行利率 1.17 个百分

点，最低发行利率仅为 2.35%。^①从债券期限来看，碳中和债券的平均期限为 3.5 年左右，大多数债券都是中长期债券，期限最长的一只达到 27 年。

（三）拓宽低碳项目发行人的融资渠道

对于低碳项目发行人而言，对于项目建设需要大量的资金支持和资源倾斜，所以碳中和债券是这些发行人特有的融资渠道。碳中和债券有利于提高低碳项目融资可能性，根据目前的发行要求，发行碳中和债还可用于弥补前期绿色项目借贷，充实企业流动资金。

三、国内外碳中和债发行比较

（一）国际碳中和债发行历程

全球绿色债券市场自 2007 年启动至今，除了受到 2008 年全球金融危机与 2011 年欧债危机两次较大的冲击之外，其余年份均维持较高增速。2007 年欧洲投资银行成功发行了全球第一只绿色债券——“气候意识债券”，2008 年，世界银行与瑞典北欧斯安银行合作，发行了第一笔真正意义上的标准化绿色债券，资金投向废物处理、农业、林业及气候变化适应性项目。早期的绿色债券多由类似的国际机构与多边组织发行。全球绿色债券市场的爆发式增长始于 2013 年。IFC 与纽约摩根大通在当时共同发行的绿色债券受到市场追捧，并由此引发了全球投资银行和企业发行人对绿色债券的关注，开启了绿色债券市场的蓬勃发展。

在绿色债券的发展过程中，全球政府及有关组织开始了关于碳中和债券的讨论与尝试。2009 年 3 月，美国国会议案提出筹建“美国绿色银行”，用以对清洁能源和提高能源利用率的项目进行资金支持，资金来源由美国财政部发行“绿色债券”来解决。议案还提出美国财

政部应首期发行 100 亿美元的绿色债券，为绿色银行筹资。

英国联合政府于 2010 年 6 月公布了气候融资计划草案，草案提出了“提供确定性和激励机制，吸引私人部门投资绿色技术”的绿色投资银行的设计框架。该草案还计划发行绿色债券。英国的气候变化资本集团提出环境债券的建议。气候变化资本集团一直主张由经合组织各国政府发行与二战期间的战争债券相似的“环境债券”或“绿色债券”。这些债券将被投资于可再生能源和低碳工业项目，为投资者提供收益不算太高但是比较安全的回报。

加拿大关于绿色债券的提议。2009 年 1 月，一个有影响力的加拿大环保组织 PowerUP Canada（由四名前总理支持）呼吁发行一个 410 亿美元的“绿色”刺激计划，由政府发行绿色债券。绿色债券将仿照现有的加拿大储蓄债券模式，并会支付相同的利息。

爱尔兰关于绿色债券的提议。爱尔兰可持续发展委员会提议建立一个新的爱尔兰绿色交易机制，通过征收碳排放税（4 亿欧元一年）和拍卖碳排放权以及发行绿色债券来完成筹资。

根据联合国气候变化公约（UNFCCC）制定的发展中国家的碳减排债券建议，UNFCCC 主席曾发表过多次讲话，提议由发展中国家发行绿色债券，由发达国家的投资者购买债券，债券收益由销售温室气体减排额来实现。

（二）国内碳中和债发行历程

2021 年 2 月 7 日，“21 四川机场 GN001”等六只首批碳中和债同日发行。此后，我国碳中和债市场规模在短时间内迅速发展，已成为绿色债券市场中最重要的子市场之一。

一是发行规模快速上升。截至 2021 年 7 月，市场共发行 110 只碳中和债，发行总量为

^① 张亚蕾、李红霞：《碳中和债券市场的实践与建议》，载《金融纵横》2021 年第 7 期。

1207.04 亿元。虽然近 3 个月碳中和债发行规模有所下降，但在近半年的时间内，碳中和债占绿色债券总发行规模的比重已高达 44.77%。

二是发行品种不断丰富。在交易商协会的政策支持下，银行间不同品种的碳中和债发行相对更为踊跃。截至 2021 年 7 月，银行间市场共发行 739.38 亿元碳中和债交易所市场共发行 467.66 亿元碳中和债，主要品种包括债务融资工具、公司债与资产支持证券等，与债券发行伊始相比，品种不断丰富。此外，国开行在今年 3 月 18 日面向全球投资人发行首支“碳中和”专题“债券通”绿色金融债券，规模高达 200 亿元，是我国目前发行规模最大的用于助力达成碳达峰、碳中和目标的绿色债券，同时也是我国首只获得国际气候债券倡议组织（CBI）贴标认证的“碳中和”绿色债券，国际市场认可度得到有效提高。

三是发行主体普遍资质较好。目前碳中和债的发行主体普遍为资质较好的大型央企。外部评级结果显示，外评 AAA 主体发行规模占到存量市场规模的 96%，AA+ 和 AA 分别占 2%，这与高资质主体产业升级速度较快、社会责任意识更高存在一定关联。从企业性质来看，央企发行人占存量发行规模的 77%，国有企业和民营企业分别占比 18% 和 5%。央企在“碳达峰”和“碳中和”行动中，积极促进生产方式绿色转型，主动服务国家重大战略部署，发挥较好的带头示范作用。

四是清洁能源类项目为主。目前碳中和债募集资金的投向中，清洁能源类项目占比高达 56%，其中投向电力公用事业规模最大，以国家电网、国电投、长江三峡等为代表的大型电力企业数量较多。

上述资金投向与我国碳排放结构（电力占我国碳排放的比重超过 40%）以及全国性碳排放权市场的启动应有一定的关系。按照《碳排放权交易管理办法（试行）》，2225 家电力企业成为最先接受强制减排约束，并进入全国碳

排放权市场的履约主体。在强制减排约束下，电力企业有更强的动力通过碳中和债来加大碳减排项目的投入，以实现自身排放量的下降（短期可以降低履约成本，长期看，如果减排可以形成在排放权市场上交易的碳资产的话，还可以给碳中和债带来额外的收益来源）。从长远看，随着参与配额交易的主体从电力企业扩展到其他行业（如水泥、钢铁，等），其他行业的碳中和债券发行量也有望出现快速增长。

（三）国内外碳中和债认定标准的比较

认定绿色债券需要具体的规则和标准。目前，国际上主流的绿色债券标准主要为国际资本市场协会（International Capital Market Association, ICMA）牵头提出的《绿色债券原则》（The Green Bond Principles, GBP）和气候债券倡议组织（Climate Bonds Initiative, CBI）推出的《气候债券标准》（Climate Bonds Standard, CBS）。

1. 绿色债券原则（GBP）

2014 年 ICMA 联合多家金融机构制定了《绿色债券原则》，现在采用的版本是 2018 年修订的版本。该原则为自愿性的流程指引，发行人在筹备绿色债券发行流程时可借鉴多种渠道的外部意见，既可以评估绿色债券框架的个别方面，也可就其与 GBP 四大核心要素的符合情况进行全面评估，但没有做出强制要求，被市场广泛使用。

虽然经过几次修订，但是绿色债券原则主要从募集资金用途、项目评估和筛选流程、募集资金管理、披露及报告四个方面为发行人提供指引。一是募集资金用途。绿色债券募集资金的用途应在债券的法律文件中合理描述。二是项目评估与遴选流程。绿色债券发行人应说明其遵循的决策机制，以确定项目符合绿色债券募集资金的使用资格。该机制包括：判断项目是否属于绿色债券原则中所识别的合格绿色

项目类别的流程；判断项目是否符合绿色债券募集资金使用资格的标准；项目是否具有环境可持续目标等。三是募集资金管理。绿色债券的净募集资金应记入一个分账户、移至一个子投资组合或由发行人以其他方式追踪，并经内部正式程序核实，将其与发行人的绿色项目贷款及投资操作挂钩。四是披露及报告。除了报告募集资金用途及未配置募集资金的临时投资之外，发行人至少应每年提供配置绿色债券募集资金的项目清单，包括在可能的情况下提供项目简介和放款金额，以及预期环境可持续性影响等。

2. 气候债券标准（CBS）

2011 年气候债券倡议组织推出了《气候债券标准》，目前采用的是 3.0 版。该标准以《绿色债券原则》为基础，也是自愿性准则，但是给出了更加具体的实施指导方针，也更加侧重于应对气候变化。与《绿色债券原则》相比，气候债券标准有以下几点不同：一是更具可操作性。气候债券标准是一个能让投资者更容易评估债券绿色性质的工具，重点在于提供了具体的可实施的指导方针和具体的认证监督程序。该标准围绕募集资金用途、收益管理、信息披露等为发行人提供了更详细的标准和要求，而 GBP 仅提供指导方案和建议。二是绿色认证方面更灵活。与 GBP 原则不同，气候债券倡议组织开发的 CBS 并未区分绿色等级，而仅针对是否“绿色”进行认证，鼓励发行人在发行债券的前后对债券做出认证，规定了第三方认证的流程。三是行业标准方面更详细。明确了哪些是有助于实现绿色经济转型的绿色资产和项目，并提供了特定行业的绿色标准。

3. 国内外碳中和债发行标准差异

相对于国际上《绿色债券原则》与《气候债券标准》，国内碳中和债券发行标准也遵

循募集资金用途、项目评估和筛选流程、募集资金管理、披露及报告四个原则，在此基础上国内的标准存在差异，主要差异如下：一是发起对象方面。相对于国际上社会组织制定标准而言，国内碳中和债券标准主要由政府部门倡导并牵头制定。二是募集资金管理方面，国内更加严格。比如国内强制要求开立专门账户管理募集资金等。三是信息披露方面，国内要求更加细致具体。比如国内要求发行人加强对存续期绿色金融债券的监测评价并提出了具体的披露规范和报告模板。

四、我国碳中和债券发行的法律制度问题

（一）监管规则不统一

我国的碳中和债券由多个部门制定相关规则，并且监管上出现了九龙治水、多头监管的现象，这种现象带来了绿色债券监管规则的不统一。虽然在 2021 年 4 月 21 日，中国人民银行、国家发改委、中国证监会印发了《绿色债券支持项目目录（2021 年版）》，我国绿色项目解决了之前绿色债券界定标准不统一的问题，但是在信息披露制度和第三方认证制度等方面仍然存在监管规则差异较大的问题。比如在信息披露制度上，《中国证监会关于支持绿色债券发展的指导意见》要求发行人认真履行信息披露义务，及时披露绿色公司债券相关信息。发行绿色债券时，募集说明书应当披露拟投资绿色产业项目类别、项目认定依据或标准等。发行人应当提供募集资金投向绿色产业项目的承诺函。^①而在中国人民银行发布的《银行间债券市场发行绿色金融债券有关事宜的公告》要求金融机构法人申请发行绿色金融债券发行时需向中国人民银行报送包括但不限于发行绿色金融债券申请报告、绿色金融债券募集

^① 中国证监会公告：《中国证监会关于支持绿色债券发展的指导意见》。

说明书、公司章程、财务报告等材料。^① 国家发改委发布的《绿色债券发行指引》未规定绿色企业债券的信息披露义务。这意味着三种碳中和债券的发行制度在信息披露义务上不对等。多头监管使得监管规则不统一，给监管带来了困难，也使得企业发行受阻。

（二）第三方专业评估与绿色认证制度不完善

碳中和债与普通债券最大的区别在于其拥有绿色属性，而这种属性需要第三方专业评估与认证机构对碳中和债券募集资金的使用方向与投资项目是否属于绿色项目和碳中和项目进行认证。目前我国对第三方评估认证制度主要集中于中国人民银行与中国证监会共同发布的《绿色债券评估认证行为指引（暂行）》，该指引对于第三方评估认证制度的构建有积极的作用，但是仅靠此指引的规定远远不能满足我国对于第三方评估认证制度的要求，比如我国欠缺对碳中和债券第三方专业评估与认证机构的专业水平考核制度。《绿色债券评估认证行为指引（暂行）》虽然对第三方专业评估与认证机构的资质作了规定，但是没有明确规定具体的资格准入条件。

（三）信息披露制度建设不完善

碳中和债券市场信息不对称的问题天然就存在，及时的信息披露有利于保护投资者的利益。但是我国目前碳中和债券信息披露制度还存在着问题，具体如下：第一，信息披露制度原则性规定为主，规则性规定不足。例如《银行间债券市场发行绿色金融债券有关事宜的公告》中侧重于募集资金使用情况的披露，对其他信息的披露并非强制性的。而证监会在《关于支持绿色债券发展的指导意见》中则对

募集资金的使用与绿色项目建设情况做出原则性规定。第二，披露的信息缺乏环境信息。目前我国对环境信息披露的要求都过于原则性，在实操中存在借助发行碳中和债的名义发行其他债券的风险。第三，对资金投放明细、碳中和项目进展的披露缺乏具体规定。法律层面缺乏对信息披露内容、时点等方面的细化规定，导致了信息披露内容范围、详尽程度等参差不齐。

五、对我国碳中和债券发行法律制度的完善建议

（一）明确监管规则

我国债券市场对于债券发行一直采用多头监管模式。因此，对于碳中和债券的发行制度，建议继续保留多头监管模式。一方面是因为债券市场按金融债券、公司债券与企业债券进行分类监管，在分类监管的环境中如果要坚持统一由单一主体监管可能会不利于监管。另一方面在于这些监管机构对于各自分工的监管职责有着丰富的经验和专业的知识。在制度上可以在保留多头监管的前提下，将监管模式与监管主体明确规定出来，做到有法可依。在实践中，建议中国人民银行、中国证监会等碳中和债券的监管主体能够加强沟通协调，不断细化与统一相关政策口径。必要时可以考虑由各监管主体联合设立绿色债券或碳中和债券工作委员会作为专门进行绿色债券或碳中和债券监管的议事协调机构^②。

（二）加强第三方专业机构评估认证制度的建设

第三方专业机构评估认证制度是监管碳中和债券的有效外部手段，完善该制度是必要

^① 中国人民银行：《银行间债券市场发行绿色金融债券有关事宜的公告》。

^② 赵晓英：《绿色债券发展制度框架》，载《中国金融》2016年16期。

的，主要建议如下：第一，建议对碳中和债券的第三方专业机构评估制度进行强制性规定。在现有规定上进一步细化有关机构本身的准入门槛与考核机制。第二，规定考核结果披露及惩处制度。对于不符合准入门槛但已开展工作或考核不合格的问题机构进行公告批评、暂停资格等监管措施。

（三）完善碳中和债券的信息披露制度

及时、完善的信息披露制度能够有效防止发行人与投资者信息不对称而带来的不公平，是碳中和债券市场健康有序发展必不可少的一环。具体建议如下：第一，统一并细化信息披露标准。如前所述，目前我国信息披露的内容范围、详尽程度、披露形式等方面有很大的差异。因此，监管层面需要针对碳中和债的信息披露出台统一的标准或指南，在信息披露的内容、格式、形式等方面提出更为细化的标准。第二，完善信息披露制度中的环境信息规定。碳减排效益等环境信息的披露是碳中和债券区别于绿色债券或其他债券的最显著特色，也是碳中和债券拥有碳中和绿色属性的监管手段。因此，在信息披露制度中应该明确规定环境信息的强制披露，并由监管机构出台相关细化的披露规则，以及行业协会进一步细化相关指引。

六、国内发行人应对审核的建议

（一）确定募集资金用途

根据中国银行间市场交易商协会发布的《关于明确碳中和债相关机制的通知》第2条的规定，碳中和债募集资金应全部专项用于清洁能源、清洁交通、可持续建筑、工业低碳改造等绿色项目的建设、运营、收购及偿还绿色项目的有息债务，募投项目应符合《绿色债券支持项目目录》或国际绿色产业分类标准，且聚焦于低碳减排领域。

笔者建议发行人应当确定募投领域应限于

以下范围：（1）清洁能源类项目（包括光伏、风电及水电等项目）；（2）清洁交通类项目（包括城市轨道交通、电气化货运铁路和电动公交车辆替换等项目）；（3）可持续建筑类项目（包括绿色建筑、超低能耗建筑及既有建筑节能改造等项目）；（4）工业低碳改造类项目（碳捕集利用与封存、工业能效提升及电气化改造等项目）；（5）其他具有碳减排效益的项目。

（二）确定募投项目符合项目评估与遴选流程

发行人应在发行文件中披露碳中和债募投项目具体信息，具体需要满足以下要求：一是发行人聘请第三方专业机构出具评估认证报告；二是发行人应在募集说明书、评估认证报告（如有）中详细披露绿色项目环境效益的测算方法、参考依据以及能源节约量（以标准煤计）、二氧化碳，及其他污染物（如有）减排量等相关情况。

（三）资金管理

发行人应该设立资金监管账户，严格按照发行文件中约定的用途使用。存续期管理机构应按季度排查募集资金使用情况，关注募集资金使用金额、实际用途，闲置资金管理使用情况等。

（四）信息披露

第一，发行人应于每年4月30日前披露上一年度募集资金使用情况、绿色低碳项目进展情况以及募投项目实际或预期产生的碳减排效益等相关内容；并于每年8月31日前披露本年度上半年募集资金使用情况、绿色低碳项目进展情况以及募投项目实际或预期产生的碳减排效益等相关内容。

第二，发行人尽量在权威的网站披露企业整体的碳减排计划、碳中和路线图以及减碳手段和监督机制等内容。

公司章程个性化设计和股东法益保护



王悦建，上海交通大学法律硕士，当当、京东法律实务畅销书《公司控制、股东权利和章程设计》作者，专注于公司控制、治理和激励，公司控制权争夺及股东股权保护等商事案件，并在相应领域有深入理论研究和丰富实务经验。

摘要：公司章程是现代公司设立的必备条件，制定章程也是设立公司的必经程序，它涵盖了一个公司从设立到运行的全部过程。公司章程不仅是调整公司内部关系和管理公司经营活动的依据，更是公司长期发展的动力源泉。

公司章程占据重要地位，逐步演进为公司治理的“宪章”。然而在实践中，公司章程往往会被束之高阁，章程的制定者们自治意思薄弱，公司章程的可操作性并不强，遇到实际问题时并不能真正援用，进而引发一系列公司法纠纷。为此，本文以公司章程的自治性为基础，探究符合公司长远发展的个性化章程设计，并实现保护股东法益的目的。

关键词：公司自治 公司章程 股东权益

一、公司章程内涵

英国在 16、17 世纪盛行的两种不同形式的公司：海外贸易公司和共同股份公司。前者的组成与运作均遵循英国政府的指令，少有自由意志；后者则以私人契约为基石，充分体现个人自治色彩。早期历史上这两种公司形式的不同规则，分别为现代公司法的强制性和任意性埋下了伏笔。

公司章程是公司自治的载体，涉及到公司从设立、变更到破产、终止的全部过程。公司章程的形式意义在于记载公司规则的一份文书，是公司成立时所需具备的基础性法律文件；从实质意义上来说，公司章程的制定关系到公司、股东和董监高内部的利害关系，是对公司组织、运作起重要作用的规范性文件。

公司章程具有自治性，随着公司制度的改革与发展，越来越需要公司章程的自治来提高公司的运行效率，保障公司的安全。一方面从内部结构上来看，公司章程是股东自治的基石，是公司管理者的行动指南；另一方面，从外部关系来看，公司章程能够很好地保障公司内外部参与人的权益，促进公司内部以及国家与公司的衔接。

二、公司章程的特点

（一）法定性

公司章程具有法定性，表现在地位、内容、修改程序和效力四个方面。

《中华人民共和国民法典》（以下简称“《民法典》”）第 79 条【营利法人的法人章程】规定：“设立营利法人应当依法制定法人章程”；《中华人民共和国公司法》（“《公司法》”）第 11 条【公司章程】规定：“设立

公司必须依法制定公司章程，公司章程对公司、股东、董事、监事、高级管理人员具有约束力”。因此公司章程是基于《公司法》和《民法典》的规定必须具备的文件，其地位是法定的。

公司章程内容的法定性具体表现在各国公司法律都以自己的形式规定了公司章程应具备的重要内容，章程内容设置十分严格，规范，多由法律直接加以规定。^①

公司章程的修订也必须符合法定的条件和程序，才能产生法定效力。公司章程效力的法定性在于公司章程的效力是公司法所赋予的。

（二）自治性

公司章程自治是公司自治的重要途径，其核心表现为股东自治，股东通常会在公司章程中自主设计公司治理的规则以保障自身对公司的控制，使章程成为公司股东的行动指南。

公司章程的制定中虽然包含一些公司法的强制性规定，但具体条款仍然是由股东们在法律范围内自由协商确定的，法律给予股东充分自主权，只要不违法即可。^②

此外，公司章程是一种法律以外的行为规范，依法约束公司、股东、董事、监事、高级管理人员，并不具有普遍的约束力。

（三）公开性

公司章程所记载的所有内容均可以为公众所知悉。公司章程不仅要向公司成员、投资人、债权人以及其他社会一般公众公开，还要向政府主管机关公开。以便于投资人对公司经营的监督，便于债权人及时行使对公司的债权，便于公众了解公司内部情况，也便于政府主管机关进行监控管理。

公司章程的公开性是确保社会公众知悉公

^① 参见那仁呼：《公司章程自治边界分析》，内蒙古大学 2013 年硕士学位论文。

^② 参见周友苏：《新公司法论》，法律出版社 2006 年版。

司情况的途径,是确保市场主体资格统一的基本措施。在我国,公司章程的公开性在合法登记、公司备置和上市披露等方面有所具体表现。

三、公司章程与公司法的关系

在公司法产生之前,公司行为主要依靠类似公司章程的文件进行规制,随着公司实践的不断发 展,规范公司的章程制度也日臻成熟。公司章程是公司 与股东之间的默示契约,公司、股东、董事、监 事、高管人员等公司内部主体必须严格遵守。

对于公司法规范和公司章程之间的关系,理论界的主流观点认为,公司章程不能改变公司法的强制性规范,如公司法规定的公司基本制度设置、权力配置方式等,公司不能以章程予以变更;而对于公司法中的任意性规范,则可以由公司章程作出补充或者替代性规定。因此,尊重公司章程自治原则要求厘清公司法规范的强制性与任意性区别,需要对公司章程条款的性质和效力做出准确判断,对于那些并不违反公司法强制性规定的条款,应当尊重其自治性的决定。

四、公司章程自治的有效价值

(一) 保护公司股东的合法权益

在现代的法律体系中,股东投资是公司运行资金的主要来源,因此公司章程自治的核心是股东自治。依据我国公司法以及公司章程的相关法律条文,在公司组成中,董事长是具体负责公司运营的主要角色,股东并不直接参与公司管理以及公司经营。但是股东可以通过对公司规章制度进行规范,进而制约公司董事、经理以及高层管理人员的行为活动,对其进行

职责规定和限制。如果违反公司章程所规定的内容,也就意味着违反了股东的意志,属于公司中的越权行为,公司董事长、高层管理人员共同承担行为后果,对股东负责。^①

《公司法》第 22 条规定了“股东会或者股东大会、董事会的会议召集程序、表决方式违反法律、行政法规或者公司章程,或者决议内容违反公司章程的,股东可以自决议做出之日起六十日内,请求人民法院撤销”;其第 113 条又规定“董事会的决议违反法律、行政法规或者公司章程、股东大会决议,致使公司遭受严重损失的,参与决议的董事对公司负赔偿责任。但经证明在表决时曾表明异议并记载于会议记录的,该董事可以免除责任”。公司法中对章程保护做出的具体规定,间接保护了股东在公司中的利益

基于上述情况,可以看出公司章程自治是对公司股东权益的保护。针对股东的个性化要求或权益,可以通过公司章程自治得到更多的保护。

(二) 对公司原有管理制度进行创新

公司章程自治代表了公司的自主性,使公司可以在相对自由的环境中对管理制度进行创新,提高公司的管理水平。公司章程属于领导公司全体员工的重要文件,不仅规范各个员工的日常行为,而且也能为公司的管理提供重要依据,使公司的管理人员能够有效地对制度进行架构。在公司法的规定中,公司章程可以在结合公司实际情况的基础之上对治理公司的一般性规则进行构建,保障公司在发展过程中的实际需求能够得到满足。因此,一份好的公司章程对公司管理具有创新性的价值。

^① 参见李建伟:《“实质性剥夺”股东知情权的公司意思效力研究<公司法解释四>第 9 条的法教义学分析及展开》,载《中外法学》2018 第 5 期。

五、公司章程自治的不足

然而在我国，由于对公司章程的功能认识不足，实践中制定公司章程，在公司登记机关大力推行章程样本的“指引下”，成为了“填空”章程。章程规则重复公司法律规定，众多公司章程千人一面，仅仅成为了公司登记的必备手续而已。公司章程中的股东自由意志也消失殆尽，其中难以发现自主的制度安排与创新，更缺乏细致的、可操作的公司内部规则，具体表现为以下三类：

（一）公司章程自治意识淡漠并未引起足够重视

公司自治的前提与精髓在于公司章程自治，是维护股东自身利益的重要保障。但在现实经济生活中，大多数公司缺乏对公司章程制定的重视，仅将其作为一种设立公司而需要提交的一份文件，而不是从规范公司治理结构和实现股东自治利益的角度去制定，忽视公司章程自身所具有的价值。

（二）公司章程脱离公司自身实际并存在意思缺失

公司章程应体现公司的意思。正如凯尔森所说，“章程是整个国家法律秩序之内的一个次级秩序，章程不得违法乃不言自明之理，国家法律只决定社团法人可以干什么事，而社团章程所调整的独特内容是决定由哪些人去干这些事”。我国经历了长期的计划经济，这也使人们对公司章程的认识不足，导致实践中的公司章程与公司法重复。然而，每一个公司从企业文化到公司治理都是独特的，其自治规则需要适合本公司特点。股东在制定公司章程时应结合本公司特色，在不违反公司法强制性规范的基础上，通过对任意性规范做出补充、排除、细化和特殊化的规定，制定出具有操作性

和现实意义的公司章程，从而指导公司的运行。^① 当公司运行出现问题时能应用公司章程的相关规定及时解决，对于章程没有规定的事项，则援引公司法规范予以解决，实现公司章程和公司法的有机联动。

（三）公司章程内容泛形式化严重

由于大多数人公司章程自治意识淡漠，章程制定者对公司章程应该规定哪些内容、怎样作出规定等问题都不明晰，从而造成了公司章程在内容安排上的混乱且泛形式严重，主要表现在照搬公司法的强制规定来充当公司章程的内容。

比如《公司法》第72条关于有限责任公司股权转让的规定，如果公司章程中规定，“本公司股东的股权只能在公司股东内部转让，不得转让给公司之外的第三人。”在公司内部股东不购买欲转让股东的股份时，就会造成股份不能转让的情形，实际是对股东基本权利的侵犯。公司章程的规定最终因无法施行而不得不适用公司法的诸多情形也是公司章程泛形式化的重要原因。

六、完善我国公司章程自治的建议

公司法在实施的过程中，能够对公司经营有较大的约束力，其中公司章程是一种自治规则，能够将公司法中的内容更加细化、替代以及补充，在公司治理的过程中起到较为关键性的作用。因此，对于公司章程自治的缺陷及完善措施的探析对实现公司自治具有重大的意义。

（一）强化鼓励公司章程自治的理念

逐步扩大公司章程自治的范围。从公司法立法的角度来看，需要通过公司章程赋予公司安排其自治空间的自由，除了涉及股权转让、

^① 参见〔奥〕凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社1996年版，第113页。

股东权利保护、关联交易以及内幕交易等事项需要实行强制性规定外，其他更多条款应由公司根据公司自身的实际情况，生长环境，发展愿景来制定，以更好地体现出投资者的意愿，从而更好地适应市场经济的发展要求。

（二）加强对公司章程自治的审查力度

从实践来看，部分公司存在照抄照搬公司章程范本以及公司法强制规定，使其公司章程意思缺失和流于形式。而工商行政部门对公司章程的审查却是宏观审查，这样更让公司章程成为了摆设。因此，工商行政部门应该对公司章程细则作出较强制性审查，既要审查公司章程是否照抄照搬公司章程范本，也要向公司和投资者讲清利害关系；既要汇集不重视公司章程作用的案例交由公司以及投资者学习以警示公司以及投资者，更要加强公司章程制定的指导监督并强化整改措施。

（三）建构有利于实现章程自治的公司法规范体系

一方面，强制性规范的设定要有正当基础。公司法的强制性规范是对公司章程自由的抑制，现在的趋势是减少强制性规范在公司法领域的适用，以必要为限。这种正当性基础所依赖的价值，最初都源于政治学概念，包括平等、民主、公平、公共利益等。在强制性规范的设定上，首先必须考虑保护股东和投资者的利益；其次，公司管理者和公司的其他成员在为股东利益和公司利益考虑做出关于公司管理事务的自治安排时，很可能对他人产生损害，对其进行规管、干预和纠正也只能通过强制性规范的设定；最后是对公司效率的考虑，例如，每天都有大量的投资股票和公司披露的行为发生，如果没有统一的规范来管理会造成整

个制度的低效。^①

强制性规范的数量多少实际上不是公司法规范体系构建的关键，关键是强制性规范的设定要有严格的法政治学基础和严谨的立法论证，我国新修订的《公司法》中强制性规范仍是数量最多的规范，检验这些强制性规范设立正当与否的标准是这些强制性规定是否具有以上的考虑。^②

另一方面，任意性规范应发挥更大的作用。任意性规范包含了前文公司法规范分类中的补充性规范和赋权性规范，任意性规范能给当事人更多的选择，能够保证公司章程之自由，也应在公司法体系中发挥更大的作用。我国公司法应给任意性规范更大的作用空间，鼓励当事人的章程自治。新《公司法》比修订之前给予了章程更大的自治空间，但是从对公司章程与公司法关系的分析来看，公司自治的空间目前还较小，还应顺应公司法现代化的要求，减少管制和增强自治，使公司运营更加灵活，提高公司在国际社会中的竞争力。

七、公司章程的设计

公司章程背后所体现的是公司法律所追求的一个基本价值，即公司领域的自治性。章程自治的原因在于，公司法虽然对公司的行为准则设计出了一套相对完善的规定，然而这些都只能对公司的普遍性问题进行规制，而对于公司内部的一些诸如股权结构、组织机构等不可能有统一的规定，只能交给章程去解决。

今天的公司章程不应再是复制性、填空式的僵化条款的组合。对受公司章程约束的公司股东、董事、监事和高级管理人员而言，公司章程与国家现行法律、行政法规处于几乎同等重要的位置。现行《公司法》已在 1993 年公

^① 参见许哲：《公司章程与公司法规范在公司治理中的冲突与协调探讨》，载《法制博览》2019 年第 12 期。

^② 参见周友苏、沈柯：《在管制与自治之间的我国公司法》，载《当代法学》2007 年第 1 期；施天涛：《公司法论》，法律出版社 2005 年版。

司法的基础上引入了意思自治的私法理念，公司股东可以更自由地制定公司章程。

如果股东要控制公司，应将自己的意思表示反映在公司章程之中，而不是在公司的日常运营管理中以自己的意志代替公司章程而擅自指挥。换言之，股东可以依据法律的赋权规定合法地、个性化地设计公司章程，以便合法控制公司并保护自己的权利。因此通过公司章程制度性配置公司控制权和股东权利应成为公司治理和管控的常态。

当然，公司章程的自治性也同样需要依附于公司法规制下进行自由设计，否则没有自由的秩序和没有秩序的自由一样会给公司带来破坏性，公司章程的个性化设计也需要遵循一定的原则：

（一）设计原则

1. 从法律的层面上来说，公司章程应依法设计或也称之为章程的合法性原则

公司法是由国家制定的针对所有公司，为了保障交易安全秩序而制定的普遍性规定。公司作为民事主体之一，其自治的表达受到国家法律的约束，公司的一切活动都应遵守公司法和国家其他法律的规定。

2. 从公司涉及主体的角度来说，公司章程不得侵犯股东法定权利，不得违背股权平等的原则。

有限责任公司中股东按照出资比例享有股权，股份有限公司则指股份的发行，实行公平、公正的原则，同种类的每一股份应当具有同等权利。保护股东的固有权利是公司运作的基础机制，否则，公司不能正常存在并有序运行。

（二）公司章程设计的内容

依据 2018 年《公司法》，公司法赋予的章程自治主要内容表现如下：

（1）确定法定代表人之种类（第 13 条）；

（2）规定转投资或为他人担保之比例（第 16 条）；

（3）规定出资缴纳的期限与比例（第 28 条、第 93 条）；

（4）增减股东会之权利（第 37 条第 1 款第 11 项、第 99 条）；

（5）增减董事会的权限（第 46 条第 1 款第 11 项）；

（6）增减监事会的权利（第 53 条第 1 款第 7 项、第 117 条第 5 款）；

（7）增减经理的权利（第 49 条第 2 款、第 113 条第 2 款）；

（8）设计个性化表决规则（第 42 条）；

（9）股东会的议事方式及表决程序的个性化（第 43 条）；

（10）董事会的议事方式及表决程序的个性化（第 48 条第 1 款）；

（11）对股权转让进行特别规定（第 71 条第 4 款）；

（12）股权继承的特别规定（第 75 条）；

（13）知情权的个性规定【公司法司法解释（四）第 7 条、第 8 条】；

（14）受让或转让重大资产作出是否由股东会决议（第 104 条）；

（15）累积投票制（第 105 条）；

（16）规定财务报告送达股东之期限（第 165 条）；

（17）规定可不按投资比例分配与优先认购（第 34 条、第 166 条第 4 款）；

（18）规定聘用会计审计机构的权利归属（第 169 条第 1 款）；

（19）规定解散公司之事由（第 180 条第 1 款第 1 项）；等。

《公司法》以上条款加上《公司法司法解释》的相应规定涉及公司运营中各方面的关键事项，与公司控制和股东权益保护有极大的关系。例如，管控公司及股东权利保护基础性权利是股东知情权，依据《公司法》第 33 条及

《公司法司法解释四》的相关条文就可以个性化设计股东的知情权；《公司法》第42条和第43条所规定的股东的议事方式和表决事项都是公司经营管理方式的重大事项；《公司法》第48条第1款赋予公司的执行机关董事会进行个性化的规定，从而在公司的日常运营中可以管控公司及实现股东权利；《公司法》第71条和第75条又对公司股权的变动及继承进行了赋权性的规定，可以让股东在股权的变动中保持公司控制和保护股东权利；又如，《公司法》第28条、第93条对公司出资缴纳的期限与比例就可以和公司的分红权、表决权联系起来，设定特定的违约责任则可以实现公司控制权的变更。

八、结束语

《公司法》引入了公司章程“另有规定”的规范，为公司章程排除公司法的适用奠定了基础，为股东管控公司及保护股东权利创造了极大的设计空间。但对章程的个性化设计不应是“事无巨细、眉毛胡子一把抓”的设计，而

应是“抓住牛鼻子、解决主要矛盾”，针对与控制公司和股东权利保护密切相关的关键权利和事项进行章程个性化设计，这些关键权利和事项包括知情权、会议的程序权利、表决权、选择管理者权利、分红权、股权转让及退出的权利、股东资格继承权以及这些权利的综合运用。章程设计从这些关键权利和事项的角度出发，才能实现控制公司和保护股东权利的目的。

在法治建设之下，公司要想得到较快发展，要更加注重公司章程的制定。公司章程代表了股东决策的一致性，公司在自治的过程中，需深入分析公司的发展特点，制定个性化的公司章程，确保公司稳定运行。拓展公司内部章程自治的空间是未来公司发展的必然趋势，同时也是为了能够适应社会主义市场经济，提高市场主体积极性的必经之路。^①公司个性化的章程与公司法相结合，才能够对公司行为与组织有效规范，保障股东和投资人的投资积极性，保障公司的商业效率，从而促进社会主义市场经济的发展。

^① 参见蔡立东：《公司自治论》，北京大学出版社2006年版；陈雅诗：《公司法在公司治理中的作用浅析》，载《职工法律天地》2018年第10期。

国企并购重组中的专项法律问题思考

——以国企混改和《国有企业公司章程制定管理办法》应用为主线



黄振达，法学硕士、经济学博士，黄振达律师在公司企业重组、并购、运营管理尤其商业航空运输企业、民用机场公司、国际国内旅游公司、星级酒店饭店物业、商业不动产以及商业物业运营管理方面具备丰富经验；在房地产企业投资开发、建设运营以及建筑施工企业工程管理业务方面具有丰富经验；在疑难刑事、民事经济纠纷案件诉讼、企业管控、合规实务方面具有丰富经验。

社会兼职：西北大学兼职教授、西北大学经济管理学院 MBA/EMBA 校外兼职导师、法学院硕士研究生校外导师、中国航空法学会会员、海南国际仲裁院仲裁员

摘 要：国有企业混合所有制改革，是国有企业改革的重要问题，其中也涉及大量政策、法律与经济问题。本文首先考察了国企混改的时代背景述评和国企混改政策文件体系，接下来研究了国企并购重组中的法律概念、框架体系与问题，党组织在公司企业中的定位、功能和政策法律依据，实践中的党组织和公司“三会”治理模式的平衡做法和问题等重要方面。

关键词：国企混改，国企并购重组，公司治理

一、国企混改的时代背景述评和国企混改政策文件体系简述

(一) 国企改革的时代背景述评

改革开放以来,国有企业改革始终在进行当中,并成为经济社会改革的核心之一。2020年中央全面深化改革委员会第十四次审议通过的《国企改革三年行动方案(2020-2022)》掀开了新一轮国企改革大幕,即国企混改行动计划,也包括监督考评、激励机制改革等配套体系。

一方面是国企之间的内部合并重组;另一方面是国企与民企、外企之间的合并重组,包括上市公司主体参与其中的合并与分立等。由此形成若干千亿级配套的国企改革专项产业基金,助力国企混改进展。截至目前,国有资本运营公司先后发起6只基金,总规模9000亿元,包括中国国新集团公司发起设立的系列基金:中国国有资本风险投资基金、国新央企运营投资基金、国新国同基金、国新建信基金、国企“双百”行动发展基金、国新科创基金以及中国诚通集团发起设立的中国国有企业结构调整基金。

1. 具体而言,本轮国企混改的具体模式主要表现为

(1) 国企子公司层面的混改,保留国有绝对控股权;

(2) 上市公司层面国有股权下降50%以下,董事会席位降半数;

(3) 公司控股股东和实际控制人发生变更,国有股权真正出让。

2. 对本轮国企混改的阶段性价

(1) 完全已经高度市场化竞争性行业,且民企占优的行业领域,例如纺织、轻工业、计算机行业等,混改是顺势而为。市场化改革加政府政策支持,水到渠成,难度较小。

(2) 七大垄断性领域将是改革的重点难点,主要是指电力、油气、铁路、民航、军工、通信。

3. 本轮国企混改的焦点与困境

(1) 国有企业担心国有资产流失并承担责任。

(2) 其他所有制经济主体也担心产权得不到合理保护,未来被强制征收,企业经营自主权是否得到依法保障。

(3) 混改中的民营经济权益未来的继承是否存在变数,继承人是否还能够与国资一起继续友好合作下去,未来民企退出机制是否顺畅等等。

4. 对国企混改三年行动计划的理解和思考

我们理解,本轮国企混改的本意是希望加强现代企业制度体系建设,强化依法经营管理的法人治理结构能力建设。努力培育适格,有担当的职业经理人队伍体系和干部队伍。尊重企业“三会”制度。

为确保这个目标和制度体系实现,创新提出并强化企业党委工作机制,切入企业管控流程具体实践,起到“关键少数人”和“程序前置”的强制目的。这个党委入章程文件,究竟是长期性还是阶段性的,也是有待后期观察。

如何置入上市公司,尤其境内外两地、三地上市公司,实现信息披露和章程法律文件修订,也是值得研究的。其法律后果,也是值得关注。例如对于国内的诉讼和仲裁、境外的交易争议和境外仲裁,“党委入章程”如何能够作为证据,作为授权体现,并成为私法意义下的有效的商事行为和商事法律后果。如果败诉的裁决结果,根据《纽约公约》入境申请裁决承认与执行,是否可以得到中国司法机关的确认与执行或者因为违反中国社会的公共政策而否决之?

本轮国企混改引发的有关问题值得我们思考。例如,(1) 经过混改,究竟是国资控制合

并的报表范围扩大了，还是缩小了？（2）公司制改革以及公司章程的属性究竟是意思自治的私法属性还是强制性要求的公法属性？（3）公司法修订的指导原则究竟是商法属性还是公法强化下的指令性法律？（4）有无必要将国有企业法作为公司法的特别专章纳入其中立法完

善？这些理论性重大问题决定了未来立法改革、司法改革、公司改革的进程和路径。

（二）国企改革政策文件体系框架

我们经过仔细排查，总结出了涉及本轮国企改革的政策文件体系框架如下：

文件名称	发文字号/发布日期	效力层级
综合类文件		
《中共中央国务院关于深化国有企业改革的指导意见》	中发〔2015〕22号	党内法规
《国资委关于贯彻落实〈中共中央国务院关于深化国有企业改革的指导意见〉的通知》	国资发研究〔2015〕112号	部门规范性文件
国资监管类文件		
《上市公司国有股权监督管理办法》	国务院国有资产监督管理委员会、中华人民共和国财政部、中国证券监督管理委员会令第36号	部门规章
《企业国有资产评估管理暂行办法》	国务院国有资产监督管理委员会令第12号	部门规章
《国务院关于改革和完善国有资产管理体制的若干意见》	国发〔2015〕63号	国务院规范性文件
《关于加强改进企业国有资产监督防止国有资产流失意见》	国办发〔2015〕79号	国务院规范性文件
《关于转发国务院国资委以管资本为主推进职能转变方案的通知》	国办发〔2017〕38号	国务院规范性文件
《国务院关于推进国有资本投资、运营公司改革试点的实施意见》	国发〔2018〕23号	国务院规范性文件
《国务院关于印发改革国有资本授权经营体制方案的通知》	国发〔2019〕9号	国务院规范性文件
混改类文件		
《关于国有企业功能界定与分类的指导意见》	国资发研究〔2015〕170号	部门规范性文件
《国务院关于国有企业发展混合所有制经济的意见》	国发〔2015〕54号	国务院规范性文件
《关于鼓励和规范国有企业投资项目引进非国有资本的指导意见》	2015年10月26日	部门规范性文件
《中央企业混合所有制改革操作指引》	国有资产权〔2019〕653号	部门规范性文件
法人治理类文件		
《关于进一步完善国有企业法人治理结构的指导意见》	国办发〔2017〕36号	国务院规范性文件

(续表)

文件名称	发文字号/发布日期	效力层级
《关于印发〈关于加强中央企业内部控制体系建设与监督工作的实施意见〉的通知》	国资发监督规〔2019〕101号	部门规范性文件
三项改革类文件		
《中共中央、国务院印发〈关于深化中央管理企业负责人薪酬制度改革的意见〉的通知》	中发〔2014〕12号	党内法规
《国务院关于改革国有企业工资决定机制的意见》	国发〔2018〕16号	国务院规范性文件
《中央企业工资总额管理办法》	国务院国有资产监督管理委员会令第39号	部门规章
《中央企业负责人经营业绩考核办法》	国务院国有资产监督管理委员会令第40号	部门规章
中长期类激励文件		
《国有科技企业股权和分红激励暂行办法》	财资〔2016〕4号	部门规范性文件
《关于进一步做好中央企业控股上市公司股权激励工作有关事项的通知》	国资发考分规〔2019〕102号	部门规范性文件
《关于扩大国有科技企业股权激励实施范围的通知》	财资〔2018〕54号	部门规范性文件
《关于国有控股混合所有制企业开展员工持股试点的意见》	国资发改革〔2016〕133号	部门工作文件
《关于规范国有企业职工持股、投资的意见》	国资发改革〔2008〕139号	部门规范性文件
《关于实施〈关于规范国有企业职工持股、投资的意见〉有关问题的通知》	国资发改革〔2009〕49号	部门规范性文件

二、国企并购重组中的法律概念、框架体系与问题思考

(一) 国有企业改制重组中常用的几个法律概念辨析

根据《中华人民共和国公司法》(以下简称《公司法》, 2018年第四次修订)《企业国有资产法》(2009年)《企业国有资产交易监督管理办法》(2016年)《企业国有资产监督管理暂行条例》(2019年修订)等相关法律、法规梳理, 主要包括的国有经济主体概念为国

有独资公司、国有全资公司、国有控股公司(包括国有绝对控股和国有相对控股)。但如下具体法律概念需要在实践中加以识别和界定。

1. 国有独资公司, 是指国家单独出资、由国务院或者地方人民政府授权本级人民政府国有资产监督管理机构履行出资人职责的有限责任公司。

2. 国有全资公司, 是指政府部门、机构、事业单位出资设立的国有独资企业(公司), 以及上述单位、企业直接或间接合计持股为100%的国有全资企业。

3. 国有控股公司的范围则更加宽泛, 国有

资本持股超过 50%（即国有绝对控股），或者国有资本未超过 50%，但国资委第一大股东，并且与其他国资成分合计超过 50%，或能够通过协议控制企业的（即国有相对控股），以及上述两类公司的子公司，均属于国有控股公司的范畴。

4. 国有企业是全民所有制企业。国有资产属于国家所有即全民所有。国务院代表国家行使国有资产所有权。这里面包括了央企和地方国企两个层面。

5. 国家出资企业。是指国家出资的国有独资企业（全民所有制企业）、国有独资公司，以及国有资本控股公司、国有资本参股公司。

6. 企业改制是指，（1）国有独资企业改为国有独资公司；（2）国有独资企业、国有独资公司改为国有资本控股公司或者非国有资本控股公司（符合本轮混改要求）；（3）国有资本控股公司改为非国有资本控股公司（符合本轮混改要求）。

7. 企业国有资产是指国家对企业各种形式的投资和投资所形成的权益，以及依法认定为国家所有的其他权益。（对于参股企业的资产权益性质认定存在一定争议）

8. 控股股东，是指其出资额占有限责任公司资本总额百分之五十以上或者其持有的股份占股份有限公司股份总额百分之五十以上的股东；出资额或股份虽然不足百分之五十，但依其出资额或者持有的股份所享有的表决权已足以对股东会、股东大会的决议产生重大影响的股东。

9. 实际控制人，是指虽不是公司的股东，但通过投资关系、协议或者其他安排，能够实际支配公司行为的人。

10. 关联关系，是指公司的控股股东、实际控制人董事、监事、高级管理人员与直接或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。但是，国家控股的企业之间不仅因为同受国家控股而具有关联

关系。

（二）国有企业并购重组中涉及的法律与政策框架体系

1. 《中国共产党章程》

2. 《公司法》组织示范法

3. 《中华人民共和国企业国有资产法》

（以下简称《企业国有资产法》）

我们认为，根据我国宪法，我国的社会主义市场经济体系建立在以公有制为主体，多种所有制并存发展的经济模式上。国有经济才是我国目前经济社会发展主体。我国规范国有企业的专门法律规范是《企业国有资产法》（2008-10-28）以及配套的国有资产评估、国有资产监督、国有资产交易监督、上市公司国有股权监督管理办法等附属法规、规章。当然，国有企业公司制首先要满足我国公司法的一般性规范要求，但是其在具体公司治理结构、监督体系、审批制度上具有特定程序性、权限性要求。违反这些制度体系，其国有公司的商业行为和组织行为将是不合规的或者是无效的，并可能受到党纪国法严惩。

而对于资本市场上市的股份制公司，我国还有专门的《证券法》（2019-12-28）《证券投资基金法》（2015-4-24）；对于破产企业，我国还有《企业破产法》（2006-8-27）。除此之外，对于特定行业公司，我国还有专门的部门法予以规范和约束，例如：《商业银行法》《保险法》《民用航空法》《海商法》《环境保护法》等规范。对于违反上述《公司法》和公司运营要求，触犯国家法律、法规、规章，涉事公司将面临行政、民事、刑事处罚。这些法律、法规、规章共同构成完整意义上的我国公司法立法规范与管制体系。

《公司法》与上述其他法律之间的逻辑关系、价值导向、驱动因素等需要未来在公司法的立法修订中进一步澄清。否则，在我国经济社会中起主体作用的国企、上市公司、专业金

融机构和社会公共服务企业，例如银行等金融机构、航运企业和航空企业等等，反倒不是公司法主要规范的范围，因为还有更加具体的专门法、特殊法在发挥核心规范和约束作用。这实际削弱了公司法作为商法的核心主导地位，导致普通法的价值作用极为有限。

除此之外，我们认为国企的国际合规，也是本轮国企改制框架法律政策体系的重要内容和应有含义。国企承担了国家主要的对外投资和贸易往来业务，除了遵守中国法律政策之外，还需要遵守国际合规义务和国际法律规则，否则仍然面临国际不合规、国际违约、国际违法的惩处。由此带来的损失同样面临国有资产流失责任追究。

（三）国有企业并购重组与混改计划中引发的理论争鸣与问题思考

我们认为，本轮国企混改行动计划在经济学和法学研究领域主要涉及如下三个问题的争鸣。

第一个问题，国有企业的专门立法是否需要在新《公司法》修订中专门保留、强化或者剔除，成为专门国资法。第二个问题，公司企业产权制度理论。第三个问题，契约理论和不完全契约观点分享。

公司制度理论主要是制度经济学理论和公司法基础理论的交叉，并由此诞生了法经济学交叉学科。公司法的主要理论基础实际有很多。其中，公司契约理论，属于法经济学的一个主要理论流派。根据该理论，认为公司不是一个独立实体，而是可以分解为各公司组织参与人之间（股东、投资人）设定的权利义务关系，该关系通过明示或默示契约组成的契约体系网。而公司法的目的就是减少契约体系运营机制中的交易成本，其主要特征是强调契约之间的任意性规范而非强制性规范，即强化了契约的私法属性。

公司的契约理论中，不完全契约理论即格

罗斯曼-哈特-莫尔理论或称之为 GHM 模型，这一点对于法律人士尤其律师更为重要。它意图说明，即使我们穷尽所有能力仍无法制定一个一劳永逸的安全契约，契约风险如影随形，一体两面。该理论认为，人们不可能事前预料到未来所有可能出现的情况；即使预料到了，也不可能在契约中完全明确写出来；或者即使写出来了，争议发生时，因为法庭无法证实确认关键事项，或者实现该契约意图的监督成本、时间成本、机会成本等过高而变得无法执行。最终决定这些争议的基础在于剩余控制权和剩余价值索取权，即价值索取权是谁的？这是依靠投票权多数决甚至是全数决等决定的。法律不能强制代替这些公司实现内部治理程序。

公司契约理论和法经济学理论目前是英美法系公司法研究主流范式，并逐渐影响世界，包括对中国影响较大。原本该理论主张契约自由原则，强调公司的意思自治和私法属性。作为标准契约条款，公司法的性格特征主要是任意性而非强制性，国家不宜干预公司事务。但是到目前为止，这种基本的理论主张与现代公司企业组织和公司法实践出现冲突。特别是大型公众公司、上市公司、公共服务企业等，社会责任日渐强化，公司丑闻和金融危机频发，社会责任尤其公共秩序和公共利益成为国家公法介入公司治理的强力手段，而制定完善公司法就是国家公法适当的介入公司治理的有效方式，例如对于环境污染、财务造假、中小投资者利益损害保护、公共利益损害等事由，国家公法主动介入调整等。这个变革过程中主要存在两个突变，一是股东利益至上原则受到冲击，强调了企业的社会责任。二是国际社会共识是加强对公司组织的监管，而不是弱化监管。这是未来公司商事组织面临的结构性规范调整变化的趋势。

基于上述三个问题，引发如下思考。

1. 我们认为，经济学角度，对于经济社会

秩序的价值指引实际是效率优先、兼顾公平的首要原则。而民商法对于社会秩序价值的指引应该是公平正义为首要原则。这两个维度的价值观不一致，导致对于商事契约精神和合同的理解也不同，因此产生了概念混淆下的立法错位和司法模糊。

而对于国有企业的党组织纳入公司章程，则形成了第三种观点：实现党对企业的绝对领导。这种模糊性的盖然性实际导致公司法、民商法意义下的财产性权益和人身属性的股东资格之争、股东之间侵权之争，更加模糊，司法能否立案保护、审判裁定也是一个问题。尤其涉及对国际争议裁决的承认与执行，未来有待观察。依据最新的一份司法判决书，即新疆维吾尔自治区高级人民法院（2021）新民终158号判决书，法院认为“是否经过‘三重一大’程序是国有企业内部决策程序，并无法律规定违反‘三重一大’程序的行为无效，故当事人以案涉协议的签订、履行未经过‘三重一大’程序故无效的意见，法院不予采纳”。

由此案可以看出，司法目前对于党委入企业章程，以及“三重一大”程序前置是否必然导致合同未经过这个程序而归于无效，是持否定态度和慎重态度的，毕竟涉及善意第三人、合同相对人的合法利益问题，尤其对于涉外合同业务更是如此。

2. 公司并购与重组是市场经济社会商事组织之间的资本性交易模式。其在并购重组协议中往往涉及对公司未来治理结构的约定。因为这些公司治理问题应当属于公司章程规范内容，章程才是公司组织中最具有法律效力的最高等级治理文件。并购协议与公司章程约定（党委前置程序）冲突如何解决，是否有效还是效力待定？究竟应该适用合同法还是公司法、抑或侵权法？

党组织入章程的政府规章，其法律性是组

织法还是行为法？是组织要件，还是行为要件？不成立党组织，是否工商年检备案都要审查或者否决？是否因为章程没有实现党组织的建设规范内容，而否决企业的正常商业行为、合同效力？

3. 我们认为，总体而言，《民法典》和《公司法》都是“私法”性质下的法律，但是《民法典》和《公司法》中已经愈来愈多地体现了国家公法介入的趋势。最为需要反思的是《公司法》体系下的其他部门法律的属性定位，例如《企业国有资产法》《商业银行法》《信托法》《民用航空法》等，不可能认定为是私法，其公法性质更为明显，属于典型的管制法。以“意思自治”为核心特征的私法领域，正在不断受到公法的介入调整，这本是一个不争事实。问题关键就在于，契约的意思自治与公法治理调整的边界如何相对清晰地划定？而划定这个边界的立法和司法价值考量究竟是什么？这个考量还可能是一个渐进的变动中的考量，那么其指导原则和原理是什么？“谦抑性”这个术语在运用之初，其本意是合理界定公法对社会关系的介入程度；就私法而言，公法在设置强制性法律规范时应当保持应有的谦抑性，防止公权过度干涉私法主体的意思自治。^①即私法规范中的公法性条款的约束、条件、行权框架应当限制在一定区间范围，且通常不能主动发起适用。而本次党组织入章程的政府性规章文件，则是罕见的主动发起强制，是否一定是效力性强制抑或管理规范性强制？目前不能得出最终明确结论，有待未来立法修订和个案判决指导。

伴随私法日渐崛起，公法也在逐步扩大管制领域，以维护公共秩序价值、公序良俗精神、公平与诚实信用原则、维护社会主义核心价值观、生态文明原则等为契机，民法典修订中体现出来的公法强化思想，证明了公法介入

^① 参见赵万一主编：《合同法视野下公司法与金融法的适用》，法律出版社2017年版。

私法的趋势和价值指引原则这也成为公法介入提供了立法依据。

我们认为,如果说《公司法》属于私法,那么《公司法》更应该定义为——公司组织的法人治理结构示范法,因为对于公有制经济为主体的国家,我们的国企大多主要受制于各种专门管制法,唯在于公司法人治理结构上主要适用于公司法。

4. 司法实践中基于商事决议、商事争议体现出来的公、私法平衡管制思想总结和律师提示。

我们认为,对于公司组织的投资并购行为,主要适用于私法和契约精神。但是对于国有企业股份或资产转让、对于外资企业股份转让、对于金融机构或重要民生、公共服务企业、基础设施类企业的转让,需要一定行政主管部门的行政审批,合同才能生效执行。这一点也体现出了公法管制、公私平衡的性质。^①那么,党组织在国有企业中的强制设置并强制性纳入公司章程之中,明确党组织决议是“三会”行使的前置程序,我们也可以理解为内部的预核准制度,也无不可。

该份政府文件引发的法律争议主要在于,这份规章性文件和公司法、合同法等基本法律冲突后的效力等级、效力取舍能否让各方服从判决。混改时代的民企股东,外企股东基于股东会决议或者董事会的全数决情况下,具备否决党组织进入章程或者股东会议全数决情况下的一票否决机制。反之亦然。党组织纳入章程,如果违反这份文件,是否属于违反公共政策?是否属于违反效力强制性规定还是管理强制性规定?这都是认定争议和协议无效、可撤销、实质性违约的定性问题。

公法介入,干预了私法领地,是否一定就是影响了自由市场经济?私法是否属于完美的市场经济下的法律规范?尽管合同自由和契约

精神、意思自治是由来已久的法律原则。人们直到20世纪60年代才认识到,私法规定其实也可以对自由商品流通和其他合同自由产生阻碍效果,因此欧洲法律趋同与统一也延伸到私法领域。事实上,国际贸易公约正是基于规范和部分强制统一标准方式,介入贸易自由和契约自由,实现公权力的适度干预,才形成今天高度自由市场经济框架,包括世界贸易组织、国际货币基金组织、世界银行等组织均是以实现规范和管制并举的模式,实现鼓励、支持合同自由。^②

三、党组织在公司企业中的定位、功能和政策法律依据

(一) 宪法依据

宪法明确:任何政党和组织都要在宪法下开展活动。我国坚持以公有制为主体、多种所有制并存发展的基本经济制度。公有制经济分为全民所有制和集体所有制。全民所有制经济就是国有经济。

(二) 党组织在公司活动的合法性依据

1. 从法律层面来看,《公司法》的规定为党组织根据中国共产党章程内容参与国有企业开展活动提供了合法性的依据,但是无直接法律对党组织进入国有企业治理结构进行详细规范。根据《公司法》第19条规定,“在公司中,根据中国共产党章程的规定,设立中国共产党的组织,开展党的活动。公司应当为党组织的活动提供必要条件。”

2. 根据《国务院办公厅关于进一步完善国有企业法人治理结构的指导意见》,“要明确党组织在国有企业法人治理结构中的法定地位,将党建工作总体要求纳入国有企业章程,

^① 参见中国国际经济贸易仲裁委员会主编:《中国国际商事仲裁年度报告(2019-2020)》。

^② 参见〔德〕莱纳·舒尔策、〔波兰〕弗里德里克·佐尔:《欧洲合同法》,王剑一译,中国法制出版社2019年版。

明确党组织在企业决策、执行、监督各环节的权责和工作方式，使党组织成为企业法人治理结构的有机组成部分。要充分发挥党组织的领导核心和政治核心作用，领导企业思想政治工作，支持董事会、监事会、经理层依法履行职责，保证党和国家方针政策的贯彻执行。”

“积极探索党管干部原则与董事会选聘经营管理人员有机结合的途径和方法。坚持和完善双向进入、交叉任职的领导体制，符合条件的国有企业党组（党委）领导班子成员可以通过法定程序进入董事会、监事会、经理层，董事会、监事会、经理层成员中符合条件的党员可以依照有关规定和程序进入党组（党委）；党组（党委）书记、董事长一般由一人担任，推进中央企业党组（党委）专职副书记进入董事会。在董事会选聘经理层成员工作中，上级党组织及其组织部门、国有资产监管机构党委应当发挥确定标准、规范程序、参与考察、推荐人选等作用。积极探索董事会通过差额方式选聘经理层成员。”

3. 《中国共产党章程》（2017年10月24日通过）第33条，“国有企业党委（党组）发挥领导作用，把方向、管大局、保落实，依照规定讨论和决定企业重大事项。国有企业和集体企业中党的基层组织，围绕企业生产经营开展工作。保证监督党和国家的方针、政策在本企业的贯彻执行；支持股东会、董事会、监事会和经理（厂长）依法行使职权；全心全意依靠职工群众，支持职工代表大会开展工作；参与企业重大问题的决策；加强党组织的自身建设，领导思想政治工作、精神文明建设和工会、共青团等群团组织。”

4. 根据《中国共产党国有企业基层组织工作条例（试行）》（2019年12月30日发布）第3章规定，国有企业党委（党组）发挥领导作用，把方向、管大局、保落实，依照规定讨论和决定企业重大事项。国有企业党支部（党总支）以及内设机构中设立的党委围绕生

产经营开展工作，发挥战斗堡垒作用。

5. 关于印发《国有企业公司章程制定管理办法》的通知

第4条 国有企业公司章程的制定管理应当坚持党的全面领导、坚持依法治企、坚持权责对等原则，切实规范公司治理，落实企业法人财产权与经营自主权，完善国有企业监管，确保国有资产保值增值。

第5条 国有企业公司章程一般应当包括但不限于以下内容：

- （一）总则；
- （二）经营宗旨、范围和期限；
- （三）出资人机构或股东、股东会（包括股东大会，下同）；
- （四）公司党组织；
- （五）董事会；
- （六）经理层；
- （七）监事会（监事）；
- （八）职工民主管理与劳动人事制度；
- （九）财务、会计、审计与法律顾问制度；
- （十）合并、分立、解散和清算；
- （十一）附则。

第6条 总则条款应当根据《公司法》等法律法规要求载明公司名称、住所、法定代表人、注册资本等基本信息。明确公司类型（国有独资公司、有限责任公司等）；明确公司按照《中国共产党章程》规定设立党的组织，开展党的工作，提供基础保障等。

第9条 公司党组织条款应当按照《中国共产党章程》《中国共产党国有企业基层组织工作条例（试行）》等有关规定，写明党委（党组）或党支部（党总支）的职责权限、机构设置、运行机制等重要事项。明确党组织研究讨论是董事会、经理层决策重大问题的前置程序。

设立公司党委（党组）的国有企业应当明确党委（党组）发挥领导作用，把方向、管大局、保落实，依照规定讨论和决定企业重大事

项；明确坚持和完善“双向进入、交叉任职”领导体制及有关要求。

设立公司党支部（党总支）的国有企业应当明确公司党支部（党总支）围绕生产经营开展工作，发挥战斗堡垒作用；

具有人财物重大事项决策权的企业党支部（党总支），明确一般由企业党员负责人担任书记和委员，由党支部（党总支）对企业重大事项进行集体研究把关。

对于国有相对控股企业的党建工作，需结合企业股权结构、经营管理等实际，充分听取其他股东包括机构投资者的意见，参照有关规定和本条款的内容把党建工作基本要求写入公司章程。

第14条 公司章程的主要内容应当确保出资人机构或股东会、党委（党组）、董事会、经理层等治理主体的权责边界清晰，重大事项的议事规则科学规范，决策程序衔接顺畅。

第15条 公司章程可以根据企业实际增加其他内容。有关内容必须符合法律、行政法规的规定。

第28条 发生下列情形之一时，应当及时修改国有全资公司、国有控股公司章程：

（一）公司章程规定的事项与现行法律、行政法规、规章及规范性文件相抵触的；

（二）企业的实际情况发生变化，与公司章程记载不一致的；

（三）股东会决定修改公司章程的；

（四）发生应当修改公司章程的其他情形。

第38条 国有控股上市公司章程制定管理应当同时符合证券监管相关规定。

第39条 金融、文化等国有企业的公司章程制定管理，另有规定的依其规定执行。

四、实践中的党组织和公司“三会”治理模式的平衡做法和问题思考

（一）实践中一些特色做法介绍

《中国共产党国有企业基层组织工作条例

（试行）》第9条规定，国有企业在推进混合所有制改革过程中，应当同步设置或者调整党的组织，理顺党组织隶属关系，同步选配好党组织负责人和党务工作人员，有效开展党的工作。

1. 两个以上均有党组织关系的合并重组中，党组织关系需要重新建立，在属地化和集团总部化，行业化党建上慎重选择。民企党建和国企党建性质上是一样的，都是党的基层组织定位，因此党组织的合并、隶属调整、党委改选是需要严肃对待的。

2. 即使只有一个党组织情况下，依然需要考虑改选党组织成员结构优化，体现差异化、民主集中制原则。

3. 党组织与“三会”治理之间的平衡关系需要周延考虑企业的涉外合规、法律合规、商业惯例、争议解决合规、内部治理流程和逻辑次序合规，商事外观主义（“三会”科学决策模式）与独立法人人格合规等几个维度的立体合规。而不是简单的、机械的线性思维执行。

4. 应当充分尊重商事组织的基本法律属性和商业属性。

5. 尽量杜绝混改中的交易目的和履约不对称性、不诚信性。防止国企与民企各怀心腹事的合资合作。

（二）法律位阶与政策文件的效力等级的立法完善与思考建议

1. 党委入章程文件，属于政府部门规章级别。其法律性质上仍存在一定学理争议。

2. 普通法和专门法修订上存在补充完善空间。公司法修订、《企业国有资产法》（备注：该法自2008年制定，2009年5月1日实施，从未修订过，而国企改革大潮已经持续了12年。），例如：第30条：国家出资企业合并、分立、改制、上市，增加或者减少注册资本，发行债券，进行重大投资，为他人提供大额担

保,转让重大财产,进行大额捐赠,分配利润,以及解散、申请破产等重大事项,应当遵守法律、行政法规以及企业章程的规定,不得损害出资人和债权人的权益。这里面并没有提出党委前置程序问题,这部专门的国有资产法应该立法修订完善。

3. 党委前置程序上,实际还可以考虑两个层面,一是,所在企业层面的党委前置程序如何成为有效章程的一部分,并被其他社会股东认可接受并持续执行,同时确保商事交易的效率和成本优势,这是商事行为的内在本质和市场经济的效率优先,兼顾公平的主导原则决定的。二是,对于国有企业的投资和重大事项监管上,需要上级主管机构审批事项,上级审批环节,是否同样需要党委前置程序,如果可以,是否在这个环节重点解决前置或效力审批的处置更为恰当?

4. 《企业国有资产监督管理暂行条例》(2019年修订)第3章 企业负责人管理,第十六条到十九条,没有党委负责人属于企业负责人的法律规定,没有党委机构是企业组织机构或者权力机构之一的明确规定。

5. 《企业国有资产法》第4章 国家出资企业管理者的选择与考核,从第22条到29条,没有明确党委机构和党委主要负责人在上述公司中的职能定位权限规定。

6. 《公司法》有一个原则规定。根据《公司法》第19条,“在公司中,根据中国共产党章程的规定,设立中国共产党的组织,开展党的活动。公司应当为党组织的活动提供必要条件。”但是,公司法关于高级管理人员同样没有明确党委工作人员是否属于高级管理人员。

(三) 企业党组织在公司组织中的法律定位亟待明确

1. 企业党组织成员是否属于公司高级管理人员?我们在具体法律服务实践中,切实遇到

了这样的问题:例如某国企专职党委书记,不兼任公司“三会”和经营团队任何职务,那么党委书记是否需要为企业安全生产承担责任?

对于客户的这个实际问题咨询,我们原则上认为意见如下:(1) 企业单位,尤其国有企业,按照公司法规定主要是董事会、监事会、经营管理层负责企业正常经营,包括安全责任,安全生产是企业经营主要内容核心内容,应当是经营团队承担相应管理责任。(2) 通常对于国有企业,党委成员和董事会、监事会、经营团队实践中,多半是交叉重叠任职的,因此身份重合情况下,也要担起安全责任。(3) 即使专职党委成员,不兼任“董监高”职务,这种情况比较少见。除了认真审查自身的党委任命文件规定的职责之外,是否还应该承担安全管理职责?这个问题比较挑战模糊。但是党委成员至少视同高级管理人员。党委在公司企业中的职责,除了党建之外,在“三重一大”事项下,党委前置程序,这是国家明确规定了的。因此,党委对于安全管理有主动权、干预权,处于主动地位。对于安全治理、监督检查、制度建设,党委自然拥有发言权。但是经营层必须承担主要安全生产责任,而不是因此转移给党委来主要承担。具体应该在企业自身建设、经营团队分工文件、年度预算和年度分工考核文件中加以明确,并报上级国资和上级党组织备案。(4) 国有企业,负责代表国家管理国有资产,确保保值增值。当然包括安全生产,否则出现不安全事件,则国有资产损毁。从这个角度,国企党委当然有责任监督、管控安全生产,要求经营班子落实执行。包括从业劳动工人的安全生产管理等。加强基层党组织安全建设和安全文化宣传,协助经营班子和基层经营人员主抓好安全责任管理。(5) 对于出现重大安全事故责任,事故企业主要负责人包括董事长、总经理、分管安全生产的副总以及下面直接责任人员,这是法律责任主要承担者。(6) 对于之外的专职党委职务人员很难法

律追责。但是不排除，党委系统内部追责。建议专职党委成员应该平时注意就安全问题责任落实、计划执行、分工等明确并报上级党委、国资部门备案。

2. 企业党组织与股东大会、董事会、监事会、工会之间是否存在监督制衡关系？我们认为，从宪法和党章看，公司本身应该无法监督制衡一个党组织的行为。

3. 在商事组织中，不受监管的权力型机构显性存在，将使得商事组织的本质属性发生裂变而变得茫然。如果不属于商事组织，那么这个市场经济主体就可能被纳入政府性质的国家主体，由此带来的系列合规合法建设将重新塑造。对于国有企业的商事交易风险成本、代价也是非常巨大的。

4. 倒逼公司法改革，尤其关于公司章程的规定。《国有企业公司章程制定管理办法》第14条规定：“公司章程的主要内容应当确保出资人机构或股东会、党委（党组）、董事会、经理层等治理主体的权责边界清晰，重大事项的议事规则科学规范，决策程序衔接顺畅。”再看《公司法》第11条规定，设立公司必须依法制定公司章程。公司章程对公司、股东、

董事、监事、高级管理人员具有约束力。《公司法》第25条、第81条关于章程规定均以“应当”字眼列示章程要件。但并无关于党委入章程的明确规定。

（四）基于法律与合规性的律师提示

1. 对于境内外两地、三地等上市公司、国际贸易、境外投资、海外工程建设的国企等公司，需要考虑在境外仲裁面临的法律后果和境内外整体合规体系下的合规建设成本和法律有效性衔接。

2. 从目前法律位阶看，在法律层面、法规层面没有党组织在公司组织和公司章程中明确的法定地位的真实定性。仅有最新的国资委和财政部的部门规章文件的要求。

3. 国企混改中的项目尽职调查、交易目的审查、并购重组协议起草谈判、新旧公司章程的分析对比和新章程修订，确保符合整体合规、法律以及各方股东利益、兼顾商事效率、管控成本和满足监管要求等，律师无疑能够更好地提供专业化帮助，专业思维、专业分析、兼顾内外、平衡利益。

场外配资案件中“金主”和中介的行政、刑事责任研究



秦辉，复旦大学民商法学硕士，执业11年（含公职律师7年），专注于重大疑难证券犯罪、行政处罚和证券争议等案件的办理，代理某内幕交易行政案件，该案处罚决定和复议决定被撤销，是全国第一起被一审法院撤销的内幕交易案。

摘要：场外配资案中，“金主”^①和中介^②涉及哪些行政、刑事责任，是一个非常重要而又争议不小的问题。本文结合行政处罚实践和非法经营的核心要素，从不枉不纵的角度，细化了场外配资应承担的未经批准从事证券经纪、融资融券、出借、借用他人证券账户等法律责任。以往的案例表明，立法、执法、司法、守法和理论研究等领域的良性互动会带来证券市场的稳定，带动社会整体法律水平的提升，进一步强化大家对法律的遵循，可以在查处其他非证券类案件中借鉴适用。

关键词：场外配资 主体 行政执法 刑事司法 精准

① 配资行业中对出资人的称呼。

② 由于配资公司处于核心地位，既联系“金主”，又联系用资人，本文统称为中介。

场外配资在我国证券市场已存在多年，其高杠杆往往被认为是助涨助跌的帮凶，到 2015 年则已发展到极致。大凡有多年炒股经验的投资者，对 2015 年千股跌停的现象一定记忆犹新。可以说，场外配资是证券市场的毒瘤，不仅挤压证券公司正常融资业务的空间，其过分的高杠杆更容易导致投资者损失，引发众多纠纷。有鉴于此，配资首次于 2016 年进入行政处罚的视野，新《证券法》颁布以来则以追究刑责为主。2021 年 4 月 30 日，证监会、公安部联合发布 2020 年场外配资违法犯罪典型案例，彰显了行政、司法部门严厉打击场外配资违法活动的态势。2015 年以来，从追究配资中介、软件开发商的行政责任到追究中介刑事责任，进而将“金主”纳入追究刑责的范围。无论是从追究责任的程度还是刑事责任主体的范

围，都有较大的变化。其中究竟有什么缘由？本文结合场外配资惩处案例、《证券法》的修改等阐述了场外配资各主体相关法律责任的演进历程，并对细化中介、“金主”的行政、刑事责任提出了自己的见解。

一、配资案件处罚情况

（一）2015 年股市异常波动时

2016 年 11 月 25 日，证监会对 2015 年股市异常波动时的 9 例涉及开发、使用具有证券账户开立、交易、清算等功能软件的场外配资进行处罚，因该类案件所涉主体包括开发配资软件的开发商和使用配资软件的中介，仅举其中 2 例予以说明。

主体	违法内容	处罚种类	处罚金额	涉及法条
杭州恒 X 网络技术服务有限公司	开发运营的 HOMS 系统，包含子账户开立、提供委托交易、存储、查询、清算等多种证券业务属性的功能。恒 X 网络明知客户经营方式，仍向不具有经营证券业务资质的客户销售该系统，提供相关服务，并获取收益的行为	行政处罚	没收恒 X 网络违法所得 109,866,872.67 元，并处以 329,600,618.01 元罚款	违反了《证券法》第 122 条的规定，构成《证券法》第 197 条所述非法经营证券业务的行为
湖北福 X 澜海资产管理有限公司	2013 年 10 月 14 日至 2015 年 9 月 2 日，福 X 澜海使用杭州恒 X 网络技术服务有限公司（以下简称恒 X 网络）HOMS 系统、上海铭 X 软件技术有限公司（以下简称铭 X 公司）FPRC 系统为客户提供账户开立、证券委托交易、清算、查询等证券交易服务，且按照证券交易量的比例收取费用，获取非法收入 1,642,909.37 元	行政处罚	没收福 X 澜海违法所得 1,642,909.37 元，并处以 4,928,728.11 元罚款	违反了《证券法》第 122 条的规定，构成《证券法》第 197 条所述非法经营证券业务的行为

（二）新《证券法》修改前后

1. 行政处罚

经查询证监会网站^①，自 2016 年 11 月 25 日对涉及配资的 9 例案件当事人进行处罚外，之后证监会未对配资案件当事人作出处罚。

2. 刑事责任追究

经查询威科法律信息库，输入“配资”“非法经营”等进行检索，从 2015 年 1 月至 2021 年 6 月 25 日，法院共判决 182 起非法经营案，其中 2015 年 1 月至 2019 年 12 月 26 日，共判决 8 起，其余 174 起皆为新《证券法》颁

^① 参见中国证券监督管理委员会网站，www.csrc.gov.cn，2021 年 10 月 18 日访问。

布后判决的案件。判决的罪名中，以非法经营罪居多，偶有诈骗罪、合同诈骗罪。根据证监会网站，因“金主”涉及配资而被追究刑责的罪名还有操纵市场罪（见证监会网站及威科先行网站），开发并运营配资软件的厦门蓝象网络科技有限公司也因涉嫌非法经营罪被移送检察机关审查起诉；在深圳聚牛汇友股票配资案中，实现对配资公司、配资软件开发者和“金主”的全链条打击。由上可知，新《证券法》修改前后，司法机关正对包括配资中介、“金主”和软件开发商等在内的各主体实施全链条

严厉打击。

而在以非法经营罪判处的案例中，法院笼统以非法经营证券业务判决的居多，至于是构成非法经营证券经纪业务还是融资融券业务，则较少提及，只搜索到两个判决中提到被告构成非法从事证券经纪业务，或同时从事证券经纪业务、融资融券业务^①。

二、《证券法》、《刑法》涉及配资的规定

（一）新旧证券法

原证券法条文	新证券法条文	主要修改内容
第 125 条 经国务院证券监督管理机构批准，证券公司可以经营下列部分或者全部业务：（一）证券经纪；（二）证券投资咨询；（三）与证券交易、证券投资活动有关的财务顾问；（四）证券承销与保荐；（五）证券自营；（六）证券资产管理；（七）其他证券业务	第 120 条 经国务院证券监督管理机构核准，取得经营证券业务许可证，证券公司可以经营下列部分或者全部证券业务： （一）证券经纪； （二）证券投资咨询； （三）与证券交易、证券投资活动有关的财务顾问； （四）证券承销与保荐； （五）证券融资融券； （六）证券做市交易； （七）证券自营； （八）其他证券业务	增加证券融资融券业务为证券公司的证券业务
第 122 条 设立证券公司，必须经国务院证券监督管理机构审查批准。未经国务院证券监督管理机构批准，任何单位和个人不得从事经营证券业务	第 120 条 ……除证券公司外，任何单位和个人不得从事证券承销、证券保荐、证券经纪和证券融资融券业务	将证券承销、证券保荐、证券经纪和证券融资融券业务列为证券公司的专营业务
第 197 条 未经批准，擅自设立证券公司或者非法经营证券业务的，由证券监督管理机构予以取缔，没收违法所得，并处以违法所得一倍以上五倍以下的罚款；没有违法所得或者违法所得不足三十万元的，处以三十万元以上六十万元以下的罚款。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告，并处以三万元以上三十万元以下的罚款	第 202 条 违反本法第一百一十八条、第一百二十条第一款、第四款的规定，擅自设立证券公司、非法经营证券业务或者未经批准以证券公司名义开展证券业务活动的，责令改正，没收违法所得，并处以违法所得一倍以上十倍以下的罚款；没有违法所得或者违法所得不足一百万元的，处以一百万元以上一千万元以下的罚款。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告，并处以二十万元以上二百万元以下的罚款。对擅自设立的证券公司，由国务院证券监督管理机构予以取缔	1. 明确了除证券公司外，任何单位和个人不得从事证券承销、证券保荐、证券经纪和证券融资融券业务，违反该规定即按 202 条进行处罚。 2. 提高了处罚幅度，即从原来的违法所得 1-5 倍提高到 1-10 倍，没有违法所得的，从 30-60 万元提高到 100-1000 万元；对直接责任人员从 3-30 万元提高到 20-200 万元

^① 何亚兵、王高照、温麟飞等非法经营罪一审刑事判决书、张某英非法经营罪（2019）粤 * * * *（原文未显示）刑初 2231 号。

(续表)

原证券法条文	新证券法条文	主要修改内容
第 80 条 禁止法人非法利用他人账户从事证券交易；禁止法人出借自己或者他人的证券账户	第 58 条 任何单位和个人不得违反规定，出借自己的证券账户或者借用他人的证券账户从事证券交易	1. 主体上增加个人和法人以外的单位。 2. 增加禁止出借的规定。
第 208 条 违反本法规定，法人以他人名义设立账户或者利用他人账户买卖证券的，责令改正，没收违法所得，并处以违法所得一倍以上五倍以下的罚款；没有违法所得或者违法所得不足三万元的，处以三万元以上三十万元以下的罚款。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告，并处以三万元以上十万元以下的罚款。证券公司为前款规定的违法行为提供自己或者他人的证券交易账户的，除依照前款的规定处罚外，还应当撤销直接负责的主管人员和其他直接责任人员的任职资格或者证券从业资格	第 195 条 违反本法第五十八条的规定，出借自己的证券账户或者借用他人的证券账户从事证券交易的，责令改正，给予警告，可以处五十万元以下的罚款	1. 提高处罚幅度，从原来的 1—5 倍或 3—30 万元统一调整为 50 万元以下。 2. 取消了直接责任人员个人的法律责任

(二) 证监会相关通知、意见

2015 年 6 月 13 日、7 月 12 日，证监会先后发布《关于加强证券公司信息系统外部接入管理的通知》《关于清理整顿违法从事证券业务活动的意见》；2015 年 9 月 17 日，证监会机构部发布《关于继续做好清理整顿违法从事证券业务活动的通知》。从这些《通知》《意见》内容来看，证监会着眼点在于稳定股市，不急在于在股市异常波动时对配资中介采取雷霆行动，防止配资中介短期内集中抛售，进而防范股市非理性下跌。事后看来，采取这些措施切实有力。如《关于清理整顿违法从事证券业务活动的意见》在文末宣示性地规定“对违法从事证券活动的行为，中国证监会将依法查处；涉嫌犯罪的，依法移送公安机关”，即为警示新的配资行为。众所周知，刑法是对严重危害社会行为的一种制裁。对前期违法配资的惩

处，和早期的唐某“老鼠仓”一样，证监会一直贯彻慎用刑法的理念，即首先进行行政处罚，在社会对配资危害性有足够认识后，才开始启动刑事制裁手段。这正是证券监管领域的特点，符合我国的刑事政策。

(三) 《刑法》规定

1. 《刑法》条文

第 225 条规定，“非法经营罪是指，违反国家规定，有下列非法经营行为之一，扰乱市场秩序，情节严重的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处违法所得一倍以上五倍以下罚金；情节特别严重的，处五年以上有期徒刑，并处违法所得一倍以上五倍以下罚金或者没收财产：（一）未经许可经营法律、行政法规规定的专营、专卖物品或者其他限制买卖的物品的；（二）买卖进出口许可证、进出口原产地证明以及其他法律、行政法规规定的经

营许可证或者批准文件的；（三）未经国家有关主管部门批准非法经营证券、期货、保险业务的，或者非法从事资金支付结算业务的；（四）其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”。

2. 追诉标准

《最高人民检察院、公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）》（2010年5月7日公通字〔2010〕23号）第79条规定，未经国家有关主管部门批准，非法经营证券、期货、保险业务，具有下列情形之一的：（1）非法经营证券、期货、保险业务，数额在30万元以上的；（2）违法所得数额在5万元以上的。

三、配资相关问题分析

（一）配资中介违反哪些监管规定？

配资中介违反《证券法》证券经纪、融资融券业务由证券公司专营的规定；另外，还涉嫌出借或借用他人证券账户。

（二）配资中的非法经营，涉及哪几类证券业务？

证券业务有多种，有的是证券公司独家经营，有的则可由其他机构经营，如证券投资咨询业务，可由证券投资咨询机构经营；财务顾问，也可由其他机构经营；结合新旧《证券法》的规定，配资中的非法经营，其实主要就是未经批准从事证券经纪和融资融券等证券公司的两种专营业务，虽然损害的都是证券监管秩序，但所造成的后果显然不一样。无论是行政处罚还是追究刑责，都宜按同时从事两种类型的非法经营进行惩处，以做到罚当其罪。

（三）“金主”提供资金以及股票主账户的行为，是不是融资融券业务？

如果“金主”单纯地提供资金不提供证券

账户，且对资金是否用于配资炒股不知情，则是民间借贷，不构成行政违法；但如果“金主”既提供资金、又提供证券账户，则显然不同于一般的民间借贷，出借其证券账户，说明其知晓他人使用其证券账户，至少构成未经批准从事融资融券业务；至于是否要承担刑事责任，则可以下列情形之一作为是否需要承担刑事责任的前提条件：一是考量其出借本金及利息大小；二是在金额较小情形下考量其出借次数，一般应当达到3次；三是利用资管计划从事配资的；四是明知他人操纵市场仍然配资的；五是有其他严重情节的；

（四）“金主”与中介违法行为类型上有什么不同？

“金主”主要构成非法从事融资融券业务，而中介则主要构成未经批准从事证券经纪和融资融券业务，违法类型比“金主”多一个。在特定情况下，如“金主”协助配资中介从事证券经纪业务，亦可构成非法从事证券经纪业务。至于是否可能构成操纵，中介和“金主”都有可能构成，如罗山东操纵案中，法院认为，金某（“金主”）在明知罗山东用配资资金操纵证券市场，仍提供资金、账户，配资中介亦因明知操纵仍提供配资行为被刑事追责，均构成共同操纵。

（五）“金主”、配资中介是否可同时构成操纵市场和非法经营罪？

非法经营和操纵市场有自身的构成要素，两者并行不悖，“金主”、配资中介均可同时构成操纵市场和非法经营罪。实践中，对“金主”、配资中介以操纵市场进行处罚的已有案例，但“金主”构成非法经营尚缺乏判例。

（六）非法经营罪的起刑点是否太低？

通过证券法的修改，对非法经营的处罚标准是责令改正，没收违法所得，并处以违法所

得1-10倍罚款，没有违法所得的，则为100-1000万元；对直接责任人员给予警告，罚款20-200万元。相反，非法经营罪的起刑点则为经营所得30万元、违法所得5万元，大大低于新《证券法》的处罚标准，不符合金融领域交易金额较大的特点。

四、建议

（一）建议区分“金主”过错情形，分别适用行政责任和刑事责任

对金额较小的进行行政处罚，对金额较大的追究刑事责任；

根据出借账户、资金的不同分类处罚，如单纯出借资金而不出借账户且对资金用途不知情的，此时以民间借贷予以处理。对同时出借资金、出借账户但不明知资金用途的，金额较小的，追究行政责任，对金额较大、出借次数达3次、利用资管计划从事配资等情形之一的，可追究刑事责任；对同时出借资金、出借账户且明确知道资金、账户用于配资炒股的，以非法经营罪从重追究刑事责任。如知道用于操纵市场、内幕交易的，以操纵市场罪、内幕

交易罪及非法经营罪等追究刑事责任。

（二）建议提高非法经营罪的刑事追诉立案标准

证券交易往往交易金额大，而非法经营罪的追诉标准却较低，且比新《证券法》的罚款金额低得多，一来不利于行刑衔接，二来恐跌入刑法万能的误区，对当事人和整个社会的杀伤力都很大。为减少刑事责任门槛过低情况，建议以贯彻落实《关于依法从严打击证券违法活动的意见》为契机，适当提高非法经营罪的刑事追诉立案标准。

（三）对配资中介等处罚时，建议在处罚决定书或判决中明确按非法经营的类别（即从事经纪业务或融资融券业务）分别处罚

经查询，对非法经营罪的判例中，法院一般笼统地以当事人未经批准，非法从事证券业务进行事实认定，而所从事的证券业务包括证券经纪和融资融券业务。建议司法部门分清当事人从事非法证券业务的类别，在维护当事人合法权益的同时，保障法律的准确实施。

浅析股东会加速出资决议与股东除名决议的效力

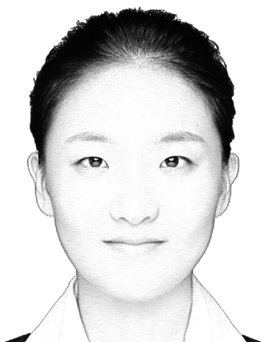
——基于司法实务的思考与观察



成 鑫，执业 11 年来专注公司领域的复杂民商事争议解决案件，擅长公司投资与合规、公司僵局争议解决等方面法律服务。在娱乐法方面，获得《商法》2017-2018 娱乐及体育产业大奖，在体育赛事运营、影视投资、MCN 公司合规与争议解决领域具有大量服务业绩和研究成果。



马晓洁，中国海洋大学法律硕士，专注于民商事争议解决、娱乐法及公司法业务，为多家机关、企业提供常年法律服务。



杨巍瑾，实习生，2019 年取得法学学士学位，现就读于华东政法大学国际法专业硕士

摘 要：认缴制下股东出资义务能否加速到期的问题是学理和实践中的重大争议问题。公司章程约定的出资期限并非意味着股东必须到最后一日才缴款，而是出资义务在出资期限到来前的整个期间都持续存在。法律并未禁止修改出资期限，也未将修改出资期限作为全体一致决定的事项，认缴制下出资期限属于公司自治的范围，如确为维持公司经营或有其他具有合理性、必要性的情形，不存在大股东滥用权利损害小股东利益的行为，公司应当可以通过资本多数决进行修改。而股东除名制度即有限责任公司根据股东会的决议解除某股东的股东资格，通过强制转让被除名股东的全部股权强迫被除名股东退出公司的一种股东退出制度，在实践中也亟待通过股东除名之诉来确认股东除名决议的效力并保障执行。

关键词：公司决议；加速到期；股东除名

实践中,在注册资本认缴制下,股东为了减轻出资压力,往往会在公司设立之初将认缴出资的期限设定得过长,而当公司的实际运营需要资金的支持时,便会产生股东出资义务的争议。基于资本信用原则以及有限公司的人合性,股东及时履行出资义务,以及股东之间彼此的信任程度对有限公司的发展与存续尤为重要。由于认缴期限未到,当个别股东的瑕疵出资行为阻碍公司发展、损害公司利益时,公司能否排除问题股东的表决权,通过资本多数决原则根据公司实际经营需要,合理修改出资期限,并利用股东除名制度,将妨碍公司内部冲突的不利因素消除,以维护守约股东的利益,摆脱经营上的困境,目前已越来越多地成为公司寻求内部冲突解决机制时所面临的问题。股东除名制度的功能和目的在于修补公司人合性的裂痕,将可能危及团体存续或对团体利益造成严重影响的个人因素予以消除。^①但在后续除名程序的衔接中,立法与实践都存在空白,如何强化资金利用以实现公司及股东整体利益与股东出资期限利益的平衡,目前仍没有定论。

一、现实困境：一起具体案件中的股东会加速出资决议与股东除名决议效力认定

某因科技公司注册资本为200万元,股东李某认缴134万元,持股比例为67%,股东吴某认缴66万元,持股比例为33%。某因科技公司章程约定,公司认缴出资期限为2017年2月28日。某库科技注册资本为200万元,股东李某的配偶在该公司持股33%,股东吴某的配偶持股67%,认缴出资期限2036年12月31日。吴某在任某因科技公司总经理期间,利用对两公司的实际控制地位,于2018年5月将某因科技公司认缴出资时间变更为2040年12月31日,将某库科技公司的认缴出资时间变

更为2019年12月31日。2018年8月,吴某不再参与某因科技公司经营管理,也一直未实际对某因科技公司进行出资。

2019年开始,某因科技公司陷入经营困难,亟需资金。2019年12月30日,某因科技公司在李某的主持下召开股东会,并通过决议将各股东的实缴出资时间修改至2020年2月28日,并在股东会中对公司经营现状进行了特别说明。此后吴某仍未进行实缴出资,2020年11月5日某因科技公司向其发送催告函,要求其及时缴纳全部出资,吴某在收到该函后逾期仍未履行出资义务。2020年12月21日,某因科技公司召开股东会,通过决议将吴某进行除名,同时通过相应减资的章程修正案,此次股东会吴某在收到通知后仍未出席。2021年3月22日,某因科技公司再次发函通知吴某于30日内答复是否配合办理减资手续,吴某逾期仍未答复。

某因科技公司在依据股东除名决议向工商登记机关申请变更公司工商登记时,工商登记机关认为股权作为公民的私产,变更手续必须吴某配合履行或依据人民法院生效裁判文书才能进行,基于吴某始终未配合办理变更登记,某因科技公司最终于2021年5月向法院提起诉讼,请求确认某因科技公司于2020年12月21日作出的股东会决议有效,某因科技公司已依法通过该股东会决议将吴某除名,同时判令吴某需配合某因科技公司按照相应股东会决议办理工商变更登记。吴某则主张其并未参加两次股东会,修改股东的出资期限并非一般的修改公司章程的事项,不能适用资本多数决的规则,两次股东会决议系大股东滥用权利损害小股东利益,应为无效。

一审法院总结案件争议焦点为股东会决议要求股东提前出资是否适用资本多数决原则。一审法院认为,根据公司章程的规定,公司根

^① 参见凤建军:《公司股东的“除名”与“失权”:从概念到规范》,载《法律科学》2013年第2期。

据需要或涉及公司登记事项变更的可修改公司章程，修改后的公司章程不得与法律、法规相抵触，修改公司章程必须经代表三分之二以上表决权的股东通过。根据章程的规定，某因科技公司召开股东会并作出股东会决议，对股东出资期限作出修改，符合章程及法律的相关规定。从实际情况来看，某因科技公司已成立多年，股东长时间不出资显然不利于公司的发展。某因科技公司存在未履行的债务，已被人民法院强制执行，且某因科技公司提交证据证明公司亏损严重，吴某未提交相反的证据予以反驳。因此，股东提前出资符合公司经营需要，存在合理性和必要性，且李某的出资已到位，而吴某在催缴后仍不缴纳，不符合公平原则。对于吴某主张大股东滥用权利损害小股东利益的抗辩，吴某未提交相关证据予以证实。一审法院最终认定某因科技公司作出的解除吴某股东资格的股东会决议有效，要求吴某协助某因科技公司依法向公司登记机关办理公司股东变更登记手续。

二、股东会加速出资决议效力分析

（一）股东会能否通过多数决要求股东出资加速到期

我国实行公司注册资本认缴制，除法律另有规定外，股东可通过公司章程自主约定注册资本总额、全体股东（发起人）的首次出资比例、出资方式、货币出资比例以及缴足出资的出资期限。因此，在注册资本认缴制下，股东对认缴的出资享有期限利益。而出资履行期限不确定，容易让人产生出资义务不存在的错觉。或许存在公司直到解散终止时都未曾向股东催缴过出资，部分资本一直处在休眠状态，但这从不意味着股东出资义务不存在。就法律

义务对当事人的约束而言，认缴制下的出资义务，更具有约束当事人行为的制度价值。因为在实缴制下，出资一经缴纳，出资义务即归于消灭。这样的出资义务，只在实际出资前的短暂期间内对形成对当事人的约束，而认缴制下的出资义务，在出资期限到来前的整个期间都持续存在。当事人的不履行行为、相互间的利益冲突以及由此引发的民事诉讼，皆因此种出资义务而生。同时，也只有基于此种出资义务的认定，才能明确当事人间的是非，并予以恰当裁判。概言之，法律义务在其尚未履行时更具有实用的制度价值。^①

而在司法实践中，常见的是公司债权人请求股东出资加速到期，九民纪要中着重关注的也是第三方债权人债权无法实现的时候，股东出资是否可以加速到期的问题，平衡的是债权人与股东之间的利益。但关于股东和公司之间的关系，大股东与小股东之间的关系并没有涉及。那么除债权人外，公司是否有权要求股东出资加速到期呢？能否按照《公司法》第43条规定，通过公司召开股东会的方式，以多数决的方式修改或者加速全部股东或者某一股东的出资义务？

笔者认为，公司在成立时，股东之间在公司章程中虽然约定了认缴资本的出资期限。但这种期限的约定并非意味着股东必须到最后一日才缴款，而是出资义务在出资期限到来前的整个期间都持续存在。不论是基于资本信用原则，还是公司在经营过程中会面临的各种亟需资金投入的问题，股东均应在这个期限内做好出资的准备。且公司法属于私法，意思自治、权利本位等私法原则都适用于公司法。^② 尤其针对有限公司而言，法律并未禁止修改出资期限，也未将修改出资期限作为全体一致决的事项，认缴制下出资期限属于公司自治的范围，

^① 参见赵旭东：《资本制度变革下的资本法律责任——公司法修改的理性解读》，载《法学研究》2014年第5期。

^② 参见李建伟：《公司法》，中国人民大学出版社2011年版，第46页。

应当可以通过资本多数决进行修改。认为加速出资不适用资本多数决而应全体股东一致同意的观点，违反公司自治原则，既没有法律依据，也不利于解决公司的实际经营困境，公司可能面临解散、破产，最终损害全体股东的利益，同时也会导致资本认缴制成为债务人逃避债务借口的恶劣后果，成为小股东恶意滥用股东权利的方式。因此，如确为维持公司经营或有其他具有合理性、必要性的情形，不存在大股东滥用权利损害小股东利益的行为，公司应当有权通过股东会决议要求股东提前出资。

（二）变更出资期限的必要性、合理性和紧迫性是决议有效的关键

在上海自贸区咖啡交易中心有限公司与上海君客商务咨询有限公司、上海朗弘投资管理有限公司公司决议纠纷（案号：（2017）沪01民终10122号）一案中，上海市第一中级人民法院认为不能用公司决议的方式替代全体股东协议，但存在合理性和紧迫性的情况除外。在祝廷来与山东东阿古胶阿胶系列产品有限公司公司决议纠纷（案号：（2020）鲁15民终4819号）案件中，山东省聊城市中级人民法院认为：山东东阿古胶阿胶系列产品有限公司2016年8月17日的股东会召开程序符合法律规定。股东会作为公司的最高决策机构，在符合法定程序及满足表决权的前提下，有权根据公司实际经营状况，通过决议形式明确各股东出资时间等重大事项。祝廷来认为仍应按2065年6月24日为出资期限，不利于古胶公司的经营发展和资金需求，对其该上诉之由不予采信。

而在某因科技公司与吴某公司决议纠纷案例中，某因科技公司提交了公司的利润表、资产负债表及经营过程中的大量业务合同、记账凭证及被执行的案件材料等，用以证明某因科技公司经营困难，变更出资期限确是为维持公司经营，具有必要性、合理性和紧迫性。这部

分证据也最终成为法院确认加速出资的股东会决议有效的关键。

三、股东除名制度—打破公司“封闭性困境”

（一）《公司法解释三》对股东除名制度的创设

有限公司作为股东之间达成契约的成果，具有较强的人合性，股东履行出资义务也是履行契约义务，如果股东长时间未履行出资义务，则对其他股东构成根本违约。同时有限公司具有较强的封闭性，为瑕疵出资的股东构建一个合理的退出机制是公司治理过程中始终面临的一大难题。而所谓“股东除名制度”，是从公司方面设计的解决方案，即有限责任公司根据股东会的决议解除某股东的股东资格，通过强制转让被除名股东的全部股权强迫被除名股东退出公司的一种股东退出制度。

《公司法解释三》第17条第1款规定：“有限责任公司的股东未履行出资义务或者抽逃全部出资，经公司催告缴纳或者返还，其在合理期间内仍未缴纳或者返还出资，公司以股东会决议解除该股东的股东资格，该股东请求确认该解除行为无效的，人民法院不予支持。”虽然前述规定仅是为股东除名的公司决议的正当性提供了司法裁判准则，并没有正面建立股东除名制度，但对司法实践带来的影响极其深远，意义非常重大。

（二）股东除名之诉

基于自治原则，公司经过法定程序对章程进行修改，并不存在任何无效事由，本应在工商登记机关顺利完成变更。但实践中，从登记机关的角度出发，任何变更登记都需要出示相关的证明材料。以内资有限责任公司为例，办理股东变更登记，就需要提供十种材料。其中包括股东双方签署的股权转让协议或者股权交

割证明。缺少拟被除名股东的同意，公司显然无法提供这份材料。因此工商登记机关等行政机构对公司作出的股东除名决议的效力并非无条件地认可和执行，当公司申请办理工商变更登记等事项而被除名股东不予配合时，其往往会拒绝公司的除名请求，在缺乏诉讼手段帮助的情况下，公司会在变更登记时陷入进退两难的境地。这既加大了公司办理股东除名后续事项的难度，降低了执行效率，也增加了公司的股东除名成本。

很多公司基于此会提起股东除名决议有效之诉，而法院对此类诉讼可否提起目前仍观点不一。部分法院对于公司提起的确认除名决议效力的诉讼采取驳回诉讼请求的态度，认为公司作为提起诉讼的主体，没有诉的利益。笔者认为，司法机关并未将拟被除名股东怠于维护自身权利的情况考虑在内，只对拟被除名股东提出的确认公司决议无效之诉作出规定，将直接导致《公司法解释三》第17条第1款规定虚置，从而大大削弱该司法解释的权威性和适用性。

而《日本公司法》中的除名制度，需要公司在作出除名决议后，以诉讼的形式完成对股东的除名。因此股东除名作为强制剥夺股东资格的行为，如为防止股东除名沦为公司侵犯股东合法权益的工具，降低股东除名决议后续执行难度，法律应当配以严格、合理的除名程序。如可在后续的司法解释中，增设以公司为主体发起的确认除名决议有效之诉，由法院对股东除名决议作出确认其效力的生效判决，通过程序的统一实现司法裁判尺度的一致。即使被除名股东不予配合，也无法阻碍该决议的顺利执行，从而有利于缓解公司在变更登记时与行政部门的摩擦，有效提升股东除名决议的执行效率，维护公司的合法权益，帮助公司走出

“封闭性困境”。

四、股东会股东除名决议效力分析

“开除只能是消除不良状态最极端和最后的手段”，因此无论是不履行义务、损害公司利益，还是违反章程的约定，只要还有改正和弥补的可能，公司没有理由不给予该股东一个改正和弥补的机会，否则，在逻辑上就很难论证该情形之严重已到了非除名不可的程度。这一理念之获得实现，主要依赖股东除名的程序构建及其践行。^①

因此，依据《公司法解释三》第17条规定，股东会股东除名决议如有效应具备以下条件：

1. 具备“股东除名”的法定事由，即有限责任公司的股东未履行出资义务或者抽逃全部出资。

2. 符合“股东除名”适用的前提条件，即完成催告的前置程序，而股东在合理期间内仍未缴纳。前述案件中，某因科技公司给予了股东吴某2个月的履行期，并于2020年11月5日再次向其发送催告函，履行期限实际上已经延长一年之久，股东吴某经催告后仍拒不缴纳，该股东会决议的作出符合“股东除名”适用的前提条件。

3. 以股东会决议解除该股东的股东资格，符合《公司法》以及公司章程规定的程序，不存在任何无效情形。股东会决议的通过比例问题，一直都是文字游戏的集中博弈领域。《公司法解释三》中并未对除名决议的通过比例作出规定，而股东除名也不属于我国《公司法》规定的特别事项，因而不需要以三分之二的通过比例来进行强制性的规定。按照这种理解，在公司章程没有另行规定的情况下，除名决议只要获得股东过半数的同意即可通过。司法实

^① 参见李建伟：《有限责任公司的股东除名制度研究》，载《法学评论》2015年第2期。

践中，我国法院在判决中大多支持 50% 的通过比例。^①

结语

司法实践中，由于加速出资及股东除名的股东会决议效力存在较大争议，公司如需通过股东会决议的方式进行加速出资或股东除名，需尽可能规避股东会决议被认定无效的风险，除去股东会召开环节本身不能存在任何瑕疵、

与公司登记机关提前沟通是否可以依据股东会决议完成变更之外，笔者认为首先加速出资必须具有合理性和必要性，这是区别于大股东利用控股地位恶意修改出资期限损害其他股东权益的关键。其次不论是加速出资后的认缴出资期限，还是在完成“股东除名”适用的前提条件即催告缴纳时，都应注意需给予未出资股东一定的合理时间完成出资。

^① 参见谢恬：《我国有限责任公司股东除名制度研究》，浙江大学 2017 年硕士学位论文。

《民法典》视野下小区业主共有收益问题法律研究

——基于司法实务的思考与观察



江波博士，北京德和衡律师事务所高级合伙人、执行主任、最高人民检察院民事行政咨询专家、中国人民大学国有企业改革与发展中心研究员。

执业领域：公司并购、公司金融。



陕书灏

摘要：《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）已于2021年1月1日起正式施行，我国民事法律制度自此迈入“民法典时代”。在建筑物区分所有权制度领域，《民法典》在沿袭原《中华人民共和国物权法》（以下简称原《物权法》）第6章相关内容的基础上，明确了业主共有部分收益归业主所有，但对业主共有收益的管理及分配并未给予充分关注。实践中，物业服务企业与业主就小区业主共有收益问题产生诸多争议，争议焦点主要围绕在“业主共有部分收益如何管理和分配”这一问题上。笔者将基于《民法典》及相关法律法规、结合典型案例和司法实务，探讨小区业主共有收益的范围、权属、管理和分配问题，以期对业主维护自身合法权益，对物业服务企业开展合规经营有所助益。

关键词：业主共有部分收益，业主委员会，物业服务企业

一、《民法典》视野下业主共有收益的范围

（一）共有部分的界定

业主共有收益，就是指利用住宅小区内业主共有部分进行经营管理所取得的收益。对共有部分的清晰界定是厘清业主共有收益范围的前提条件。

《民法典》对建筑物区分所有权的共有部分的规定采取排除加列举的方式，与原《物权法》的规定基本相同，仅在《民法典》第281条将原《物权法》第79条列举的“电梯、水箱等共有部分”调整为“电梯、屋顶、外墙、无障碍设施等共有部分”。^①结合《最高人民法院关于审理建筑物区分所有权纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》《物业管理条例》等法律法规，业主共有部分主要包括^②：

1. 法定共有部分

（1）建筑物的基本构造部分：建筑物的基础、承重结构、外墙、屋顶；通道、楼梯、大堂；避难层、设备层或者设备间等；

（2）建筑物附属设施：电梯、消防、公共照明、占用业主共有的道路或者其他场地用于停放汽车的车位等；

（3）建筑用地：小区内的道路（市政道路除外）、绿地（明示属于个人的除外）等；

（4）其他不属于业主专有部分，也不属于市政公用部分或者其他权利人所有的场所及设施等。

2. 约定共有部分

（1）规划用于停放机动车的机动车位（含地面车位和地下车位）；

（2）建筑区划内能够登记给开发商的会所、商业用房等；

（3）其他依法属于出卖人所有但合同约定属于业主共有的建筑物、构筑物。

（二）共有收益的范围

根据《民法典》相关规定，业主对共有部分享有所有权。业主共有部分的收益系“权利继续原则”的体现，是业主共有部分的衍生物。^③根据收益的来源和性质，主要可以划分为：

（1）利用共有部分获取的广告收益，如电梯、进出门闸、外墙等处的广告位租金等；

（2）利用共有车位获取的停车收益，如设立占用小区公共区域的露天停车位、归属全体业主共有的人防车位等产生的停车费；

（3）利用公共设施获取的运营收益，如门面、摊位、物业管理用房等租金；通信基站、自动售水机、自动售货机、按摩椅、衣物回收箱、充电桩、快递柜、商业活动、废品回收承包等场地使用费；利用小区公共配套设施如球场、游泳池、活动室等经营收入等。

以上仅是一般小区的主要共有收益范围，在实践中各小区根据实际情况共有收益的范围不尽相同，此文不进行详尽列举。

二、《民法典》视野下业主共有收益的权属

《民法典》第282条规定：“建设单位、物业服务企业或者其他管理人等利用业主的共有部分产生的收入，在扣除合理成本之后，属于业主共有。”该规定明确了业主共有部分收益属于业主共有，可以细分为：

（1）归全体业主所有的收益，如：利用小区公共区域获取的停车费、广告费、按规定出租小区内公共建筑如业主共有的管理用房、活

^① 鹿钦连：《建筑物区分所有权制度变化及影响》，载《中国物业管理》2020年第6期。

^② 张毅：《建筑区划内业主共有权类型研究》。

^③ 李贺：《政府协同治理下的小区共有部分收益实现路径》。

动房产生的收益等归全体业主所有；

(2) 归部分业主所有的权益，如：通信基站设置在小区某一幢楼的楼顶，那么该笔场地使用费应该归该幢楼业主所有。^①

深圳市市场监督管理局市场稽查局处理了《民法典》施行以来的关于小区共有收益权属的第一案。某房地产公司在与业主签署的购房合同中约定“本房地产所在建筑物的屋顶、裙楼外墙面、塔楼外墙面及内庭院外墙面的广告权益归出卖人（出卖人指‘房地产开发商’）所有。楼宇架空层、露台、外墙面、屋顶、公共通道、楼梯、电梯、立柱以及楼宇外的道路、停车场等公共场地及部位的使用权、广告发布权及由此产生的经营收益属于出卖人。出卖人可在上述部位设置宣传的标志牌、广告牌的，不得影响买受人正常使用房屋。本项目地块上建造的运动场所、车位等建筑物设施或其他配套设施，其所有权或使用权及由此产生的经营收益属于出卖人。”市场稽查局以该约定与《民法典》的规定相违背，依法对物业服务企业进行处罚，并责令其批量修改 600 余份格式合同。物业服务企业应当及时关注法律法规最新规定，严格审查格式合同条款，防范法律风险。

《民法典》第 282 条对于就小区业主共有部分收益归属产生的纠纷，不仅为建设单位、物业服务企业及其他管理人提供了行为指引，也为司法、行政机关提供了明确的法律依据，发挥了定分止争的作用。

三、《民法典》视野下业主共有收益的管理

业主对共有部分享有共有和共同管理的权利。一般情况下，业主不会直接管理，而是通过业主委员会或签订物业服务合同委托给物业服务企业管理。实务中也逐渐发展出了“信托制”物业服务模式，^②具体是指业主大会与物

业服务企业签订《信托制物业服务合同》，约定将小区物业费和公共收益设立为信托财产，物业服务企业作为受托人提供物业服务，提取固定比例作为管理酬金。

根据《民法典》新增“改变共有部分的用途或者利用共有部分从事经营活动”属于业主共同决定的重大事项以及《最高人民法院关于审理建筑物区分所有权纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第 7 条规定，小区业主共有收益具体由谁支配和管理，属于“有关共有和共同管理权利的其他重大事项”，无论采取何种模式，均须由业主按照法律规定的规则投票表决决定。

《民法典》第 278 条规定了具体的表决规则：“业主共同决定事项，应当由专有部分面积占比三分之二以上的业主且人数占比三分之二以上的业主参与表决。改变共有部分的用途或者利用共有部分从事经营活动应当经参与表决专有部分面积四分之三以上的业主且参与表决人数四分之三以上的业主同意。有关共有和共同管理权利的其他重大事项，应当经参与表决专有部分面积过半数的业主且参与表决人数过半数的业主同意。”

《最高人民法院关于审理建筑物区分所有权纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第 14 条第 1 款规定：“建设单位或者其他行为人擅自占用、处分业主共有部分、改变其使用功能或者进行经营性活动，权利人请求排除妨害、恢复原状、确认处分行为无效或者赔偿损失的，人民法院应予支持。”《物业管理条例》第 57 条的规定：“违反本条例的规定，建设单位擅自处分属于业主的物业共用部位、共用设施设备的所有权或者使用权的，由县级以上地方人民政府房地产行政主管部门处 5 万元以上 20 万元以下的罚款；给业主造成损失的，依法

① 陈华彬：《建筑物区分所有权》，中国法制出版社 2011 年版。

② 刘撰：住宅小区业主共有财产信托法律制度研究，载《企业导报》2013 年第 10 期。

承担赔偿责任。”

在《民法典》背景下，物业服务企业未经法定程序由小区业主表决通过，擅自从事共有部分经营活动，处分小区业主共有收益的，或将面临承担民事责任和行政处罚的法律风险。

四、《民法典》视野下业主共有收益的分配

收益，指收取所有物的天然孳息和法定孳息。但与普通的孳息相比，业主共有收益是由一定的管理人进行管理产生的，涉及管理人的利益。对于业主共有收益如何进行分配，存在一定争议。

（一）可分配业主共有收益的确定

业主共有收益的维护需要组织成本、交易成本、信息成本、监督成本等诸多付出。《民法典》第282条规定：“建设单位、物业服务企业或者其他管理人等利用业主的共有部分产生的收入，在扣除合理成本之后，属于业主共有。”该规定明确允许物业服务企业在业主共有收益中“扣除合理成本”，但关于“合理成本”的认定没有明确的法律法规依据，为当事人留出了意思自治空间。

1. 业主与物业服务企业事先约定

根据《民法典》第5条规定：“民事主体从事民事活动，应当遵循自愿原则，按照自己的意思设立、变更、终止民事法律关系。”物业服务企业与业主可以在物业服务合同中予以明确“合理成本”的范围。

2. 业主与物业服务企业没有约定

如果没有约定，在司法实践中，司法机关也会考虑到物业服务企业的成本支出，由物业服务企业进行举证合理成本的支出，依法进行合理分配。

笔者检索到部分省市有相关规定和判例可供参考：

（1）《福建省物业管理条例》第63条第2

款规定：“前期物业服务期间，物业管理区域内公共收益在扣除物业服务企业的经营管理费用后，应当存入专项维修资金专户。经营管理费用支出不得超过公共收益的百分之30%。”

（2）青岛市青发改价格〔2019〕257号文件规定“物业服务企业代为收取、保管业主共有收益资金的管理费扣除比例，普通住宅前期物业期间，由‘双过半’业主与物业服务企业协商确定，协商确定前暂按收益资金的20%扣除。”

（3）沈阳鑫星海物业管理服务有限公司、沈阳市大东区中地名都小区业主委员会物业服务合同纠纷一案中，辽宁省沈阳市中级人民法院判决“虽然被告未能提供证据证明其用于停车位管理、维修维护的费用支出，但其管理成本系客观存在的，一审法院酌定扣除停车费的40%为宜。”

从利益的产生角度分析，业主共有部分的收益，除源于业主共有部分外，还得益于物业服务企业对该部分的管理行为。根据公平原则，物业服务人员付出了管理的劳动，应当获得经营报酬。但经营报酬能否计入合理成本，一直是司法实践中的争议焦点。《最高人民法院公报》2010年第5期“无锡市春江花园业主委员会诉上海陆家嘴物业管理有限公司等物业管理纠纷案”中，法院认为“在存有小区共有部分管理收益的情形下，该收益应主要归属于全体业主享有，同时物管企业付出了管理成本，也应享有合理的回报。”深圳市环益实业有限公司、深圳市南山区中山颐景花园第四届业主委员会与深圳市嘉诚物业管理有限公司车位纠纷一案中，法院认为，“确定管理费用所占收益的比例，应当在考量物业管理公司管理成本的基础上，适当考虑物业管理利润因素。”

综上所述，认定合理成本的范围，首先应按照合同约定，在无约定的情况下，由物业服务公司举证证明扣除的收益属于合理成本的支出。计算合理成本时应当结合物业服务企业的

管理成本和人员成本及一定的管理利润综合计算,一般不应超过扣除合理成本后业主应得的共有部分的收益。物业服务企业应注意收集保存合理成本支出的凭证,并与业主在合同中约定经营性收入的结算时间及条件。

(二) 分配规则

国务院《物业管理条例》第54条规定:“利用物业共用部位、共用设施设备进行经营的,应当在征得相关业主、业主大会、物业服务企业的同意后,按照规定办理有关手续。业主所得收益应当主要用于补充专项维修资金,也可以按照业主大会的决定使用。”然而,用于补充专项维修资金需要达到多少比例,是否可以不留结余等一系列问题并没有明确清晰的答案。物业公司和业主更愿意站在自己的立场上,作出有利于己方权益的回答。

笔者检索到有地方性法规可供参考。

(1) 2019年1月1日实施的《福建省物业管理条例》第63条第2款规定:“前期物业服务期间,物业管理区域内公共收益在扣除物业服务企业的经营管理费用后,应当存入专项维修资金专户。经营管理费用支出不得超过公共收益的百分之30%。”

(2) 2020年5月1日正式实施的《北京市物业管理条例》第74条明确规定:“公共收益归全体业主所有。专项维修资金余额不足首期应筹集金额百分之30%的,百分之50%以上的公共收益金额应当优先用于补充专项维修资金,剩余部分的使用由业主共同决定。”

《民法典》第283条规定:“建筑物及其附属设施的费用分摊、收益分配等事项,有约定的,按照约定;没有约定或者约定不明确的,按照业主专有部分面积所占比例确定。”也就是说,如果业主之间有约定,就按照约定分配;没有约定,则房屋面积越大的业主,可以分得的收益就越多。

综上所述,在对小区业主共有收益进行分配

时,一般应当保留一定比例的专项维修资金,对剩余部分在业主间进行分配。在城市治理法治化、现代化的背景下,政府在维护社区治理方面具有不能忽视的作用。由于法律规定存在空白,在业主共有收益分配的实现上,各地政府应以《民法典》作为标尺,尽快完善配套法规政策,发挥其公共服务的职能,在业主与物业服务企业之间进行引导和调和,让《民法典》真正落地。

五、结语

《民法典》回应了现实生活中关于业主权益保护和物业管理服务的诸多困境,正式从法律层面确定了住宅小区共有部分的收益归业主所有,但在业主共有收益分配规则与实现路径上仍未作明确规定。《民法典》在业主共有收益分配规则上,赋予了物业公司和业主充分自主权,首先应满足当事人之间的有关约定,如果没有约定,分配时应当给予业主方一定的倾斜。在业主共有收益实现上,还需要有关国家机关加强同《民法典》相关联、相配套的法律法规制度建设,不断总结实践经验,修改完善相关法律法规和司法解释,打破业主共有部分收益实现路径上的困境。

道阻且长,行则将至;行而不辍,未来可期。《民法典》的颁布实施对于推动物业管理改革、业主权利保护具有重大的历史和现实意义,但这并不意味一劳永逸地解决了物业管理改革和法治建设中的所有问题,改革道路依然艰辛漫长。进入《民法典》时代,国家对于物业服务企业的经营管理能力和抗风险能力提出了更高的要求。一方面,物业服务企业应回归服务者角色,努力提升物业服务质量,务必更加重视保障业主的知情同意权;另一方面,业主也应积极维护自身权益,同时对物业服务企业予以适度的包容和理解。随着中国特色社会主义法治建设的不断推进,相关法律法规不断配套、补充、细化,将构建一个更加平等、和谐、有序的物业管理秩序。

我国民法典的法人本质假说续造探讨



潘克三，中国政法大学法学硕士，北京注册会计师协会个人非执业会员。从事律师执业16年，主要从事资本市场业务和证券法律业务，热衷公司法和公司运作的实践研究。

摘要：我国《民法典》颁布前，依据原《民法通则》第36条认可法人具有民事权利能力和民事行为能力，学界多认为我国法人本质系采实在说中的组织体说。^①但正如对它的中肯批评，组织体说除了与前述第36条有些关联外，并未展现出解释力^②。而且，我国法人或公司制度也有拟制说的表现。因此，通说不通，并没有真正使用，也不得使用要领。如今，《民法典》的颁行实施对法人制度进行了一定的重构，且我国民商合一，《民法典》的法人制度将“统帅”公司制度。在此情况下，提出切合我国实际的法人本质假说，已具备契机并有切实的意义。基于我国《民法典》对于法人作出的条文规定，本文试提出“拟制说兼容组织体说”的法人本质续造方案，以就教大家。

关键词：民法典，法人本质，公司治理

^① 梁慧星：《民法总论》，法律出版社2001年版，第142页。

^② 参见仲崇玉：《组织体说的法理内涵和政治旨趣》，载《私法研究》2016年第2期。

一、拟制说兼容组织体说的逻辑可能性

关于法人本质，学界公认迄今主要存在拟制说与实在说两大最有影响力的学说的对立，其主要分歧在于，法人究竟是法技术的人为概念，还是与自然人一样的可预设为法秩序的实在主体？^① 顾名思义，拟制说主张的是前者，而实在是说后者。既然两说对立，而组织体说属于实在说的分支，为何提出拟制说兼容组织体说呢？

（一）关于拟制说

拟制说是关于法人本质的最古的说法，最早可追溯到中世纪的教会法学，^② 然而，把拟制说推向理性思考极致的是 19 世纪的萨维尼，也因此，他的名字仿佛与拟制说划上了等号。^③

萨维尼在其 1840 年出版的《当代罗马法体系》第 2 卷中，提出了如下著名公式：“所有的法律都为道德的、内在于每个人的自由而存在。因此，人格人或法律主体的源初概念必须与人的概念相一致，并且可以将这两种概念的源初同一性表述为：每个人，并且只有每个人，才具有权利能力。”^④ 这一公式，若作直白解读，即唯有自然人才是天生预设的民法上的人。而法人，萨维尼也给出了说法，即其仿佛是人，但其实不是道德的人，更不是一个神

秘的超人，而是拟制的，一个能够拥有财产的、人为设定的主体，其天生无行为能力——行为以一个思想的、意愿的物体，一个单个的人为前提——由符合公司章程所确定的代理人加以补充。^⑤

萨维尼的上述定见，实质是把法人本质之问的大前提——何为民法上的人，以及法人本身一并推向了理性思考极致。对此，可通过康德——萨维尼——《德国民法典》的理论谱系^⑥去理解。

首先是康德——德国人常常会把康德哲学思想当作是启蒙理论的顶峰^⑦——以自由的理念为起点证成：与其他由本能控制的动物不同，人类拥有的自由意志及理性能力，能够也必须能够与每一个人的自由相一致，从而在道德领域为自身而立法。^⑧ 换句话说，在道德世界，每个人既是服从者又是主权者。是服从者，因为他必须服从束缚一切的那些普遍法则；又是主权者，因为这些普遍法则是他自己的理性加在他身上的。而普遍法则用康德著名的话说就是，“外在地要这样去行动：你的意志的自由行使，……能够 and 所有其他人的自由并存”。^⑨ 这样，基于理性人终会选择理性的普遍法则的不矛盾律，康德推知了一个完全由自由法则支配的规范世界，并认为这是完全可知的“真实世界”^⑩，在该世界，“（法律上的）

① 参见龙卫球：《民法主体的观念演化、制度变迁与当下趋势》，载《国家检察官学院学报》2011年第4期。

② 刘得宽：《法人之本质与其能力》，载《民法诸问题与新展望》，中国政法大学出版社2002年版，第495页。

③ 参见唐晓晴、鲍衍亨、马哲：《法人是怎样炼成的》，载《澳门法学》2018年第3期。

④ [德] 罗尔夫·克尼佩尔：《法律与历史：论〈德国民法典〉的形成与变迁》，朱岩译，法律出版社2003年版，第62—63页。

⑤ [德] 罗尔夫·克尼佩尔：《法律与历史：论〈德国民法典〉的形成与变迁》，朱岩译，法律出版社2003年版，第68页。

⑥ 参见顾祝轩：《体系概念史：欧陆民法典编纂何以可能》，法律出版社2019年版，第120页。

⑦ [美] 詹姆斯·E. 赫格特：《当代德语法哲学》，宁旭光译，中国政法大学出版社2019年版，第101页。

⑧ 参见[美] 詹姆斯·E. 赫格特：《当代德语法哲学》，宁旭光译，中国政法大学出版社2019年版，第101—102页。

⑨ [德] 康德：《法的形而上学原理》，沈叔平译，商务印书馆2002年版，第41页。

⑩ 康德认为，我们经验的自然世界，受因果律支配，所以是虚幻世界，它们是我们通过有色的、有缺陷的眼镜看到的现象世界；而我们超经验的道德和法律世界，则是一个本体世界，真实的世界，其另受不同法则支配，该法则仍基于人类理性中的“实践理性”作用而建立，它的纯粹形式便是意志自由的原理，即“必须能够与每一个人的自由相一致”的普遍法则。参见韩忠谟：《法学绪论》，中国政法大学出版社2002年版，第242—243页；[美] E. 博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社1999年版，第76页。

人是指那些能够以自己的意思为某一行为的主体”“人不能服从那些不是由他（他自己单独或者和他人一起）、而是由别人制定的法律”，^①且法律应是“那些能使一个人的专断意志按照一般的自由律与他人的专断意志相协调的全部条件的综合”^②。总之，自由作为人类的主要构成就如同万有引力之于物体，^③既是人之为人的根据，又是法律的目的和根据，它把人与法律的存在统一在一起。

康德的上述哲学思想被认为深刻影响了萨维尼，又主要是萨维尼将此种哲学思想介绍到德国19世纪的普通法学当中，再对以后的《德国民法典》的制定者产生重大影响。^④回看萨维尼的公式，萨维尼明显接受了康德的自由哲学理念，把法律主体与意志、理性天赋的人格人与人无条件地等同；并且以康德方式诠释法律，认为民法的作用是从中保障道德的、内在于每一个意志的力量的自由展开。^⑤并由此，正如我们最终看到的，萨维尼构想了以自律的意思作为构成原理的“权利的体系”。首先，为了赋予“权利体系”之实在法学的内容，作为一种理念框架，萨维尼设定了法律关系，从形式上保障自由意思的活动空间。其次，依据自由意思活动，他同时构建了将以说明“法律关系成立、变更及消灭”的理论框架。萨维尼将当时已经出现的法律行为理论与康德的“选择自由”观念相互结合，形成了统合“法律关系的成立、变更及消灭”的理论框

架即著名的“意思表示理论”。^⑥于是，《德国民法典》的逻辑体系预言般地浮现了。

透过上述思想进路，不难看出，萨维尼的拟制说，是以人的自由意志为基础所构建的民法逻辑体系的自然而然的结论，在该体系下的民法世界，自然人是唯一的“公民”并完全驱逐“上帝”，不可能存在与自然人并立的法人，法人即使被需要作为权利主体，也只能是自然人“思想的、意愿的物体”。正如拉伦茨对于《德国民法典》的诠释，民法“把每个人都看做‘自然人’”，法人只是“形式上的人”。^⑦

对于拟制说，即使它的批评者也承认，只有它是合乎主观权利的观念、意志的性质和能力的逻辑的。^⑧然而，若拟制说止步于法律拟制的结论，未给出太多指引意义。没有任何一种拟制说提出了拟制法人的条件，而只是确认了国家承认法人设立的权力。^⑨因此，拟制说需要回答法人凭何拟制和怎样拟制的问题。另外，把法人只看作法技术的人为概念，也似乎不如实在说有接近事实的一面。^⑩更有强烈批评指出，拟制说容易滑向法人的法律专断主义，令人产生惕厉之心。^⑪因此，若拟制说有助于法人建构，并不能止步于此。

（二）关于实在说

在对拟制说激烈批评中产生的实在说，则力图证明法人具有可与自然人一样对待的实在性。

① 转引〔德〕汉斯·哈腾豪尔：《民法上的人》，载孙宪忠编译《德国民法学精读译文集》，北京大学出版社2019年版，第108页。

② 转引〔美〕E. 博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社1999年版，第77页。

③ 〔德〕卡尔·乔基姆·弗里德里希：《历史视域下的法哲学》，张超译，商务印书馆2020年版，第136页。

④ 参见卡尔·乔基姆·弗里德里希：《历史视域下的法哲学》，张超译，商务印书馆2020年版，第46页及该页注〔1〕。

⑤ 参见前引〔德〕罗尔夫·克尼佩尔：《法律与历史：论〈德国民法典〉的形成与变迁》，第63—64页。

⑥ 顾祝轩：《体系概念史：欧陆民法典编纂何以可能》，法律出版社2019年版，第141页。

⑦ 参见前引〔德〕卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》，第56—57页。

⑧ 〔法〕莱翁·狄冀：《宪法论》，钱克新译，商务印书馆1959年版，第346页。

⑨ 谢鸿飞：《论民法典法人性质的定位》，载《中外法学》2015年第6期。

⑩ 参见前引〔德〕卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》，第180页。

⑪ 参见前引〔法〕莱翁·狄冀：《宪法论》，第346页。

实在说的分支之一为有机体说。其是19世纪与萨维尼的拟制说发生激烈争论的德国本土学说，由基尔克所倡。^①该说的主张与拟制说针锋相对，其认为，法人具有异于自然人的固有意志，从而无须经由法律拟制即可成为法律上的人。为确立该等立论，该说试图把法人解构为一种有机体，主张存在于社会的人类结合体，在各个所结合形成的全体中，内存着其统一性，该统一性既与其所担当的人的多数性相分离又依存于该多数性，形成社会有机体，具有如同自然人有机体一样的实在性。^②这从行军时吹响的号角、团体选举中的投票行为、团体对人类文明的创造，以及成员在团体生活中经常体会到的归属感、安全感、集体荣誉感等都能体现。^③有机体说并以机关理论作补充，说明团体意志的存在，其把依照团体内部的“法律”来表示自己的意志并行使自己的活动能力的个人或团体称为法人机关，认为法人机关是法人的“法律肉体”，像人的大脑一样为法人形成意思、实施行为，且机关不是团体的受委托人，与团体只有一个人格，即由它的机关来表达其意志和行为的人格。^④

很显然，若按有机体说，法人完全具备人格人的意志能力和先于法律存在的实在性，但它的解说被中肯批评为“过于先验”，是又一次的拟人化比喻，或“较为正确地称之为生物化”。^⑤回归现实，尽管团体的多数人 can 形成一致意思，但也只是“一致拥护”或“一致反对”的填鸭式的意见表达，并不足以支撑法人的全部欲为和所为。即便把“一致意见”

当作法人固有意志，法人不过是受程序控制的“机器人”，在欲求上会迷失自我，非法人的真实状态。实际上，对于法人日常的欲为与所为，起决定作用的是管理者的意志，甚至包括幕后操控的实际控制人的恣意滥为的意志，而这些人具有双重身份，若把其所思所想全归为法人的“肉体”动作，无疑屏蔽了机关中的个人或团体恣意妄为的行为责任。所以，有机体说只是一种期许，充其量不过是一种类推，^⑥并不能自圆其说。

实在说的另一分支为组织体说。该说为法国学者米休（Michoud, 1855-1916）、萨莱耶（Saleilles, 1855-1912）所创。他们认为，法人的实在性，乃因其是包含了权利主体的一切组成要素的组织体^⑦，并因此得名。组织体说作为法国的学说，其并不是以自由意志为逻辑起点，而是诉诸于主观权利，且其所界定的主观权利包含利益和享用利益的意志两种构成要素，并以利益为基本要素。^⑧藉此，组织体说理解的法人实在性，即指法人包含了这两种构成要素。这用米休的话说：“承认一个团体为合法，这就是承认它所谋取的利益是有资格受到保护的；这也间接承认它的法律人格。但为此就需要有两种条件，这两种条件则符合于主观权利所包含的两种要素：一种是与个人利益不同的利益，另一种是有资格说明一种集体意志的组织，而这种组织则可以代表和捍卫这种利益。”^⑨

显然，组织体说完全是一种“自话自说”，照理，与另外两说本无直接对抗性而言。但不

① 参见前引刘得宽：《法人之本质与其能力》，载《民法诸问题与新展望》，第497页；〔德〕托马斯·莱赛尔：《德国民法中的法人制度》，张双根译，载《中外法学》2001年第1期。

② 参见前引刘得宽：《法人之本质与其能力》，载《民法诸问题与新展望》，第498页。

③ 参见仲崇玉：《法人本质学说的法律技术和价值理念》，载《现代法学》2021年第1期。

④ 前引〔法〕莱翁·狄冀：《宪法论》，第348页。

⑤ 参见前引〔德〕罗尔夫·克尼佩尔：《法律与历史：论〈德国民法典〉的形成与变迁》，第70页。

⑥ 参见前引〔德〕卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》，第180页。

⑦ 参见前引〔法〕莱翁·狄冀：《宪法论》，第347页。

⑧ 参见〔法〕莱翁·狄冀：《宪法论》，钱克新译，商务印书馆1959年版，第352—353页。

⑨ 转引前引〔法〕莱翁·狄冀：《宪法论》，第354页。

容忽视的是，组织体说关于法律主体应包含的两种构成要素，似回答了拟制说没有说出的拟制条件。同时，按该说，利益与意志两种要素既可以完全具备于同一的实体，例如完全行为能力自然人，也可以分离开来，例如团体，当利益和意志两种要素不是完全具备在一个能表示意志的实体时，法律主体乃因一种可称之为代表关系而将两种要素内在联系起来，该代表关系是法律意识所理解的，并且是产生法律主体的公共意志或私人意志按照不同环境而创造出来的。^① 言下之意，意志执掌者并非法人的“法律肉体”，只是通过代表技术“缝合”在法人的“利益身躯”上的“意志头颅”，由此，揭示了法人机关不免会存在的外部性。这不仅瓦解了有机体说的“肉身”之说，还触及了法人内部可能存在的利益冲突，有助于解析和建构法人治理的机制。

（三）小结与分析

总结以上法人本质的主要假说，全部问题在于没有一种学说洞穿法人的所有问题。其中拟制说与有机体说完全针锋相对，如作取舍，显然，由于拟制说建构于自由理性的至上逻辑，且有机体说所称的法人固有意志不能自圆其说，只有拟制说更可取。而组织体说，虽其逻辑结论属于实在说的阵营，但在逻辑路线与拟制说并不冲突，而且，组织体说的始作俑者好比是天外来客，直接将现实中的法人拿来解剖，它观察到的是一个“利益身躯”连结着一个保护它的“意志头颅”，就好比是看到了萨维尼拟制的法人活了起来了一样。由此观察，拟制说具有兼容组织体说的可能性。

法人本质假说兼容的想法早有端倪。例如拉伦茨特意提到与他意见接近的弗卢梅把被赋

予权利能力的产物简称为“活动体”，这似表明他同意把“拟制+组织体”的“两段人生”给予法人。^② 我国学者王涌教授也主张经过拟制说改造的法人实在说或经过法人实在说改造过的法人拟制说，其核心观念是：法人是法律拟制或建构的，否则无法成为法律上的主体，但一经拟制或建构，法人就实在地存在着，其主体性质具有稳定性，即使超越目的范围，它的主体性质也依然存在。^③ 这些学者的意见，对拟制说兼容组织体说也提供了意见佐证。

具体而言，将拟制说兼容组织体说的根据在于，法人一经拟制，就成为法律上的一种实在的持续的存在^④，从而与组织体说主张的法人在法律上的实在性是相通的。而两者兼容的必要性和积极意义在于：一方面，可以解决拟制说没有回答的拟制条件，即将组织体说的“利益”与“意志”要素转化为法人拟制的条件规定性；另一方面，也可能回答怎样拟制的问题，即以组织体说的“代表”技术取代拟制说的“代理”技术，完善法人的行为与责任能力。组织体说的最大魅力在于，其通过“代表”技术既能满足法人行为能力的实在性，消除拟制说虽在逻辑上定性法人无行为能力和侵权行为能力，却在规则上不得不按“健全人”对待的矛盾；同时又区别于有机体说，不认为法人和代表人是同一人格，承认代表人具有外部性，能揭示法人治理的可能利益冲突，为调整股东、董事和公司债权人等的利益冲突关系提供正确指针。

以拟制说兼容组织体说，起决定作用的是法律拟制，但运用组织体说，正视法人拟制后的实在性，可更好建构维系法人作为“一个人”的意志、目的和利益之整体性的规则，使法人永葆“人的活力”，并防止法人发生变异。

① 参见前引〔法〕莱翁·狄冀：《宪法论》，第351页。

② 参见前引〔德〕卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》，第181页。

③ 王涌：《私权的分析与建构：民法的分析法学基础》，北京大学出版社2020年版，第157页。

④ 前引王涌：《私权的分析与建构：民法的分析法学基础》，第157页。

这样，就民法体系整体观之，最终因应的是：自然人的价值具有终极性，法人只是自然人的手足和工具。^①

二、拟制说兼容组织体说的民法典规定检视

我国《民法典》对法人制度进行了一定的重构，包括完善了法人设立条件和程序，重分类法人为营利法人、非营利法人和特别法人，完善了法定代表人制度，引入营利法人的人格否认，规定营利法人的社会责任等。结合《民法典》的条文规定，若以拟制说兼容组织体说诠释法人本质，则其具有很强的涵摄力和解释力。

（一）法人民事权利能力的规定体现了拟制说

1. 权利能力取得

根据《民法典》第58条的规定，法人应当依法成立，法律、行政法规规定须经有关机关批准的，依照其规定。这实质确定了法人设立的法定原则，体现为拟制说。但也应注意到，《民法典》对法人重新分类，实对不同类型法人实施区别的拟制政策，即营利法人实行准则主义为原则、许可主义为例外，淡化拟制；非营利法人，实行许可主义或兼采特许主义，保留拟制；至于特别法人，因其作为公法调整的法律实体本已存在，并非是根据民法特别设立的法人，所以，由《民法典》直接规定其具有法人资格。

2. 权利能力范围

按拟制说原理，法人的权利能力必然受到实在法规定、法人的性质和目的之限制，不存在普遍的、无限制的权利能力。《民法典》体现了这样的规定性。其第14条明确，“自然人

的民事权利能力一律平等”，但不包括法人。同时，对照《民法典》第110条和第990条的规定，法人不享有生命权、身体权、健康权、肖像权和隐私权，不享有基于人身自由、人格尊严产生的其他人格权益。但值得注意的是，《民法典》没有延续原《民法通则》对法人经营范围的限制，且第505条规定，“不得仅以超越经营范围确认合同无效”，这是吸收司法实践做法，扩大了法人的行为自由。

3. 权利能力的撤销

法人的民事权利能力，既由法律赋予也可依法撤销。《民法典》第69条中规定，法人被责令关闭或者被撤销的，应当解散，这是对撤销的规定。第83条第2款规定，营利法人的出资人滥用法人独立地位和出资人有限责任，逃避债务，严重损害法人债权人的利益的，应当对法人债务承担连带责任。这是对法人人格的否认。法人人格否认的原理是，因为法人是拟制的，实际上是不可能从事违法行为，所以法人人格被滥用的行为，其效果无法归属于法人。^②

（二）法人民事行为能力的规定体现了组织体说

《民法典》第57条、第59条继续沿用原《民法通则》第36条对法人的定义，以及法人的民事权利能力和民事行为能力，自成立时产生，到终止时消灭。这是之前通说认为的组织体说。

此外，关于法人民事行为能力的实现，一方面，《民法典》第61条第2款规定，法定代表人以法人名义从事的民事活动，其法律后果由法人承受。另一方面，《民法典》第61条第3款以及第504条规定，法人章程或者法人权力机构对法定代表人代表权的限制，不得对抗

^① 张俊浩主编：《民法学原理》（修订版），中国政法大学出版社2000年版，第173页。

^② 谢鸿飞：《论民法典法人性质的定位》，载《中外法学》2015年第6期。

善意相对人；法定代表人超越权限订立的合同，除相对人知道或者应当知道其超越权限外，该代表行为有效，亦即保留在相对方非善意情况下，法定代表人行为不由法人承担的除外情形。以上两个方面，充分体现了组织体说既肯认法人行为的实在性，又承认法人代表机关的外部性的原理与特征。

（三）法人民事责任能力规定体现了组织体说

法人的民事责任能力，重点关注其侵权行为能力。拟制说不承认法人是侵权人，因为它没有意识，不合法人的目的范围。而依组织体说，法人代表机关在执行职务上构成侵权行为时，该侵权行为就是法人的侵权行为，因此法人有侵权行为能力。^①我国《民法典》第62条规定，法定代表人因执行职务造成他人损害的，由法人承担民事责任，即是对法人的侵权行为能力的确认。

《民法典》还首次在第86条中规定，营利法人应当遵守商业道德，维护交易安全，接受政府和社会的监督，承担社会责任。这一规定也体现了组织体说。因为若依拟制说，社会责任或道德义务不可能由无生命的客体承担，同时在拟制说框架下，公司的行为均可还原为个人的行为，而个人并不承担法定社会责任，相应地，公司也不可能承担这种责任。^②

综上，我国《民法典》关于法人的法律条文，与拟制说兼容组织体说十分吻合，并充分体现了以拟制说为体、以组织体说为用，具有很强的解释力，可作为我国民法上的法人本质的假说。

三、直面公司治理实务的特别检验

法人本质直面实务的最大实践问题是如何

认识和建构公司。若肯认我国《民法典》下的法人本质系采拟制说兼容组织体说，则可给予公司治理以明确指引，避免理论上的莫衷一是。

（一）公司意志如何而来？

依组织体说解读公司，公司实在性之“利益”要素，是股东为获取投资收益而认缴出资形成法人财产，该法人财产利益的执掌人在观念上只可能属于公司，因为股东不能为自己而利用这些财产，且只有通过公司这一观念的整体才能保障股东人人受益；而公司实在性之“意志”要素，则应为股东依章程选举产生的董事会及由董事会选定的法定代表人。我国实行单一代表制，即公司根据章程规定，从董事长、执行董事或者经理中指定一人作为法定代表人，所以，严格意义上只有法定代表人才代表公司。可是，执行代表职能的实是负责业务执行的董事集体，并且根据《公司法》相关规定，董事长由董事过半数推举产生，经理由董事会决定聘任，最终都由董事会决定，所以，法人代表的权力和责任在董事会范围之内，按照实质重于形式原则，应把董事会都看作是广义的代表机构，且董事会的成员对于董事会的行为承担个别和连带的责任。

总之，是董事会为法人形成意思，表达意志，实施行为。

（二）股东会^③中心主义抑或董事会中心主义？

承接前述公司意志如何而来的分析，毋庸赘言，在公司治理上，应确立董事会中心主义。

需辨识的是，股东会虽被法律界定为公司

^① 前引刘得宽：《法人之本质与其能力》，载《民法诸问题与新展望》，第504页。

^② 谢鸿飞：《论民法典法人性质的定位》，载《中外法学》2015年第6期。

^③ 为行文简练，本文行文以股东会统称有限公司的股东会及股份公司的股东大会。

的权力机构，也常被习惯冠以“最高”两字，这按组织体说解析，实是股东作为站在“利益执掌人”公司背后的最终受益人，对于公司目的具有终极的决定性，这从股东会决议所涉及的公司章程的修改、增资减资、公司股份的回购、公司分立合并、重大资产重组等目的和结构事项也能说明。并且，若按组织体说，股东会决议并不是直接作用于董事会，而是经由“公司”这一界面发生两次对敲，好比是经过股东会向公司和公司再向董事会发出的“两道指令”，正是这个原理，董事会对于股东会作出的决议，也不是一概服从，其应当代表公司予以审查，如发现无效甚至撤销事由，有义务提请无效或撤销。^①因此，尽管股东会名为公司权力机构，但公司真正的中枢是董事会。如同一艘满载股东意愿的舰船，航向故然重要，然而，能否抵达目的彼岸，真正考验的是驾驶舱内的船长和舵手。董事会就是驾驶舱内的船长和舵手。

上述结论与比较法的实践也高度吻合。从公司起源和演化历程看，董事以公司的名义去融资而后才有股东，这使“董事管理公司”成为一种事实和惯例。^②英美法系国家，尽管在19世纪曾存在股东会中心主义观念，认为股东大会就是“公司”，而董事和其他管理人员就是“公司的”^③，但这已被现代公司实践抛弃。自20世纪开始，公司内部最高权力已经完成了由股东向董事会移交的过程；而这种以董事会为公司权力核心的法律构建方式，被美国

学者总结为“管理资本主义”或者“董事会中心主义”。^④同样，大陆法系的德国，其1937年《股份公司法》第103条便直接废弃了过去视股东会议为公司“最高权力机关”的观念。^⑤欧盟所有成员国中，公司权力分配的核心原则是，公司日常经营属于公司董事会职权范围，公司结构性变更和公司章程的一般性修改，则属于股东大会职权范围。^⑥总之，董事会中心主义是一种共同的趋势。

我国公司实践中，或许与大型企业股权过于集中，以及大部分民营企业往往由带有个人独资或合伙烙印的业主型企业发展而来有关，董事会中心主义一向缺失，控股股东和实际控制人直接控制公司现象异常突出，董事会的作用被遮蔽，这还把人们注意力引向了对控股股东与实际控制人的规制。^⑦该习惯势力的后果是，把本该董事会发挥的代表机关作用，挪移给了控股股东或实际控制人，公司丧失应有的组织性，实质上更近似于中国传统的东家与掌柜的关系，^⑧并由此，原本该由董事承担的忠实与勤勉义务被高高挂起，公司治理机制形成“空心”。现代公司制企业始于股东的有限责任，经由董事会的集中管理，走向企业的永续生命。^⑨如何把“股东之手”限制在股东会的边界之内，如何让董事会真正独立和有效，以及进一步地实现经理层人员的完全职业化和市场化，是摆在绝大多数中国公司面前的一个尚待完成的艰巨任务。^⑩就此而言，促使公司机构按组织体说回归其本质，意义重大。

① 参见丁勇：《董事执行股东会决议可免责性研究》，载《法学》2020年第5期。

② 仲继银：《董事会与公司治理》，企业管理出版社2018年版，第45页。

③ 黄辉：《现代公司法比较研究：国际经验及对中国的启示》，清华大学出版社2020年版，第176页。

④ 楼秋然：《股东至上主义批判——兼论控制权分享型公司法的构建》，社会科学文献出版社2020年版，第158页。

⑤ 前引楼秋然：《股东至上主义批判——兼论控制权分享型公司法的构建》，第158页。

⑥ 〔德〕斯蒂芬·格伦德曼：《欧盟公司法 上册：基础、公司法理和会计法》，周万里主译，法律出版社2018年版，第251页。

⑦ 参见赵旭东：《公司治理中的控股股东及其法律规制》，载《法学研究》2020年第4期。

⑧ 仲继银：《董事会与公司治理》，企业管理出版社2018年版，第120页。

⑨ 前引仲继银：《董事会与公司治理》，第94页。

⑩ 前引仲继银：《董事会与公司治理》，第115—116页。

（三）公司治理的核心问题是什么？

若肯认董事会中心主义，则依组织体说，因董事会作为公司代表机构不免存在外部性，所以，防止董事会成员利用“代表”和其“本人”的双重人格，牺牲公司和股东利益，为自己或他人谋取私利，是公司治理的核心问题。显然，这与1932年伯利与米恩斯关于“所有权与控股权分离”的著名“发现”，以及现代经济理论将公司法如何使董事会对股东利益负责作为其基本问题，发展出的委托——代理的理论异曲同工。^①

可能有疑问的是，控股股东和实际控制人滥用控制权为何不作为公司治理的核心问题？这依组织体说则是，该等滥权行为，必然是以董事会失灵或“监守自盗”为其可能，所以，首要问题还是防范董事会的外部性。就此而言，欧洲国家不针对控股股东和实际控制人专门设立义务规制，而是针对控股股东和实际控制人滥权行为，较普遍实行“事实”董事或“影子”董事规则，很是鞭辟入里，即对于那些虽未正式获得委任、但事实上以董事会成员行事或者控制董事会的人，要求其同董事一样承担信义义务，面临和董事一样的民事责任甚至刑事处罚。^②由此，既不冲淡公司治理核心问题，又能切实防止控股股东和实际控制人的滥权行为。

（四）公司治理的首要规则是什么？

既然公司治理的核心问题是防范董事会的

外部性，则其全部或首要的规则，即应是确立董事对公司的忠实与勤勉义务，且该等义务只针对公司，不针对股东，即使董事系多数派或少数派股东直接任命的董事或职工董事等，也一样。^③该全部或首要规则，同时意味着，董事是公司问责的一种“无限”责任的管道^④，董事责任是公司的压舱石。由此，直指目前公司治理中董事会作用不张，法定代表人虚置，公司运营的责任在公司治理层面悬空的顽疾。

另外，作为对前述首要规则的补充，股东代表诉讼制度是对董事、高级人员重要监督和制约机制。之所以称股东代表诉讼，乃因依组织体说，当公司不追究或怠于追究遭受损害的责任时，公司代表机构已经“坏死”，始由股东临时代表，股东的临时代表资格，与其享有的选举更换公司代表机构成员的权力一脉相承。

四、结语

我国《民法典》的颁行，为追寻法人本质提供了契机。结合《民法典》对法人制度的条文规定，若以拟制说兼容组织体说作为我国法人本质的假说，则与《民法典》对法人的法律规定十分吻合，并切中现代公司治理的时弊，形成有效价值引领。我国是民商法合一国家，随着《民法典》的颁行，《民法典》的法人制度将“统帅”公司制度，完善法人本质理论，意义十分重大。

^① 参见〔德〕马蒂亚斯·赖曼、莱因哈德·齐默尔曼：《牛津比较法手册》，高鸿钧等译，北京大学出版社2019年版，第1155页。

^② 〔美〕莱纳·克拉克曼、亨利·汉斯曼等：《公司法剖析：比较与功能的视角》（第2版），法律出版社2012年版，第183页。

^③ 参见〔美〕安德鲁·S. 戈尔德、保罗·B. 米勒编著：《信义法的法理基础》，林少伟、赵吟译，法律出版社2020年版，第354—357页。

^④ 参见前引仲继银：《董事会与公司治理》，第50页。

论《民法典》制度下夫妻一方赠与第三者财产的处理

——以佟某某案为例



高丽姣，现为北京德和衡律师事务所高级联席合伙人和合伙人，养老与大健康委员会副主任。现任北京市律师协会第11届婚姻与家庭法律专业委员会委员、北京市老龄委老年人维权项目律师、北京妇女联合会女律师宣讲团讲师。高丽姣律师毕业于中国政法大学，有12年的从业经验，曾担任北京电视台《法治进行时》栏目嘉宾律师。高丽姣律师专注于婚姻家庭和老年权益保护业务领域，主要办理离婚、继承、房产等相关家事案件，曾为国内某知名歌星、影星办理家事业务。高律师至今已办理案件500+，为众多当事人解决婚姻家庭法律问题，并为众多老年朋友提供法律服务，实操经验丰富。高律师秉承“专业、专心、专注”的理念，遵循“受人之托，忠人之事”的原则，深受当事人信任与好评。

摘要：近年来，随着社会经济发展和民众自我意识的觉醒，传统的婚姻家庭秩序受到冲击，婚姻关系存续期间的出轨、通奸等行为屡见不鲜，夫妻一方向“第三者”赠与财产的案件也比比皆是。《民法典》颁布后，对于此类案件的审理有了更为明确的法律依据。本文拟通过分析夫妻一方赠与第三者财产等案件中存在的理论和实务争议，立足于《民法典》新规，确认解决此类纠纷的法律原则和法律依据之外，提出探求赠与人与受赠人动机是否善意，更有利于维护司法公正及权威。

关键词：赠与行为 效力认定 公序良俗 动机

一、佟某某诉张某某、杨某某合同纠纷无效案案件介绍与简析

（一）案件简要介绍

张某某与佟某某系夫妻关系，双方于1996年4月2日登记结婚，并育有两个女儿。2016年5月张某某与同事杨某某开始交往，并发展成不正当男女关系。二人交往过程中，在佟某某不知情的情况下，张某某于2017年开始先后通过微信、汇款、红包等方式多次向杨某某赠与金钱，总额将近13万元，其中仅2018年6月20日张某某就一次性转账给杨某某82000元。

2020年佟某某以张某某将夫妻共同财产擅自赠与杨某某的行为侵犯其财产权益为由将张某某、杨某某诉至法院并请求确认其赠与行为无效。一审法院经过审理认为张某某和杨某某之间存在不正当男女关系，张某某擅自将共同财产赠与给杨某某的行为由于无权处分共同财产以及违背夫妻间忠实义务有悖于公序良俗原则因而赠与无效，杨某某应当将财产尽数返还给佟某某。杨某某不服提起上诉，二审法院判决维持原判，驳回上诉。

（二）案情简析

本案是一起较为简单的已婚者向“第三者”赠与财产的案例，本案中的已婚者与“第三者”仅存在金钱上的赠与行为，案件事实清楚。虽然双方争议较大，杨某某始终不认可与张某某之间的关系，也不认可这些钱是赠与其本人，但因其无有效证据证明其主张，因此，佟某某的诉求基本都得到了法院的支持。需要特别指出的是，对于张某某通过银行卡汇款、微信红包等方式多次向杨某某赠与财产的行为，法院均支持了佟某某的返还主张。包括赠与价值较小的几十至几百元不等的微信红包。

在本案中，法院根据原《婚姻法》第17

条以及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》第17条的规定，认定张某某对于杨某某的赠与是“非因日常生活需要对夫妻共同财产的重要处理决定”，并依此判决杨某某返还财产。这份判决看起来没有什么值得争议的地方，原配佟某某的合法权益得到了法律保障也符合社会大众朴素的道德观念。但是同一时间针对另一起类似案件，王某诉被告闫某、刘某某确认合同无效纠纷一案，河南省封丘县人民法院的判决却做出了完全不同的处理。

两起案件的案情大致相似，差异的部分在于法院的判决和理由。封丘县人民法院的判决针对闫某、刘某某之间数元或数十元的小额特殊含义转款如5.21元、52.1元，因数额太小没有再计入返还范围。此份判决的说理部分如此陈述：“对于某些性质认定不够清晰的转账和赠与钱款的利息，因为闫某、刘某某相识期间，刘某某尚属单身状态，而有配偶的闫某过错更大，故不予支持。”此外，该判决还认为“如果轻易将相关转款认定为赠与款且全部返还，势必助长婚姻关系中强势一方随意赠与钱物，发展、维系婚外不正当男女关系，且分手后自己家庭毫无经济损失的情形蔓延。”

对比看来，两个判决理由似乎都能自圆其说，但是同案不同判反映出了裁判标准的不统一，法律制度的混乱，本质上对司法的权威性和公正性造成了损害。2021年1月1日《民法典》生效后，部分新规将会为已婚者赠与第三者财产的处理提供更为明确的法律依据。但《民法典》的生效对这类案件的处理是否有所裨益，以至于能产生何种影响仍需要结合实际情况进一步讨论。

二、婚外情财产赠与行为效力的理论争议

总体而言，当前理论界对于已婚者赠与第三者财产这种行为的效力存在争议，很大一部分原因是对于“公序良俗”的判定差异造成的。

尤其是在原《民法总则》出台之前,我国民事立法甚至没有明文规定公序良俗原则,仅原《民法通则》中采取了“社会公德”和“社会公共利益”与之对应,更遑论赋予“公序良俗”一个明确定义。即使是《民法典》时代,我国也延续了这种抽象概括式的立法模式,这种做法的优点突出,抽象概括式的立法模式存在着极大的弹性解释空间,有利于法官充分发挥主观能动性,推动个案公平,但是这种做法的缺点也很明显,适用于判断法律行为效力的案件中表现为难以准确区分法律行为的不同因素违反公序良俗时,会对法律行为的效力产生何种影响,理论界也因此产生出了赠与行为有效、赠与行为部分有效和赠与行为无效这三种观点。

(一) 赠与行为有效

持赠与行为有效观点的学者认为,出轨、通奸行为在道德上应当受到谴责,但并不能当然地认为基于不道德行为的后续法律行为无效。这也是《德国民法典》采用的规范模式。即:法律行为的内容违反善良风俗的,原则上整个法律行为全部无效;但是,若除去违反善良风俗的部分内容,法律行为的其余内容仍符合当事人可推知的意思时,则仅违反善良风俗的那部分内容无效^①。出轨行为和赠与行为从性质上来说彼此独立,故而应当适用不同的判断条件。当赠与行为符合民事法律行为的有效要件就应当可以认定为有效,我国民法学家梁慧星认为,判断赠与行为是否有效,最主要看赠与是否是赠与人的真实意思表示。按照社会一般经验来看,赠与人在向“第三者”为赠与行为时,基本都是出于自愿,即存在真实意思表示,在法律没有规定不允许“第三者”接受

赠与的情况下,赠与行为就应当是有效的。法学家杨立新也曾表示“如果任何人都能以转移财产行为的原因不当、违反道德而宣告转移财产的行为无效,这样的法律无法受到尊重。”^②

此外,此种观点同时认为由“第三者”来承担出轨者“出轨行为”的全部不利后果有失公平,既然法律没有规定“第三者”不可以接受赠与,“第三者”自然享有接受赠与的权利。至于“出轨行为”对出轨者配偶的损害,自然还是应当由出轨者来承担。就像王某诉闫某某、刘某某确认合同无效纠纷一案中法院的判决理由一样,不可以放任“出轨方”逃避责任,肆意妄为。

(二) 赠与行为部分有效

该观点认为,已婚者赠与第三者财产的行为不能因违背“公序良俗”而必然认定为无效,但也不能因为赠与行为的独立性来认定该行为有效,而应当根据赠与人将财产赠与受赠人的动机是否违背公序良俗来认定赠与行为的效力。^③以动机区分效力在国外立法实践中相当普遍,德国联邦最高法院在类似案件中就有过如下表述:“如果被继承人立其情妇为继承人,旨在满足自己的性欲或者旨在决定或者加强这种两性关系的继续,那么这种行为通常被认为是违反公序良俗的。相反,如果被继承人有其他动机,如旨在给其情妇提供生活保障,则这种行为通常就是有效的。”^④

此外,即使撇开动机不谈,处分权的有无也是判断法律行为效力的重要依据,因此有的学者提出赠与人的赠与行为部分无效,系将属于配偶的一半财产赠与他人因无权处分而无效,而属于赠与人自己财产的那部分处分是有效的,赠与人的配偶仅可就赠与物属于自己的

① 参见戴孟勇:《法律行为与公序良俗》,载《法学家》2020年第1期。

② 智敏:《不让“包二奶”者人财两得——南京女大学生“二奶”打赢21万元赠与官司始末》,载《法治与社会》2006年第5期。

③ 参见金锦萍:《当赠与(遗赠)遭遇婚外同居的时候:公序良俗与制度协调》,载《北大法律评论》2004年第0期。

④ 胡吕银:《法律行为内容的限制与违反善良风俗的适用——对一起遗嘱继承案的法理剖析》,载《法学论坛》2002年第3期。

份额范围内请求返还赠与财产。

（三）赠与行为无效

此种观点是我国当前司法实践中较常采取的观点，也是最符合大众朴素价值观的观点。该观点认为，已婚者赠与第三者财产这一行为显然违反了民法的公序良俗原则，因而赠与行为无效。此种观点认为出轨行为已经违背了我国单偶制的婚姻形式，不仅侵害了当事人配偶的财产权益，也是对社会善良风俗的侵害，因此，不考虑赠与人的主观目的是什么，也无需考虑受赠人对赠与人已婚的事实是否知晓，这类赠与行为都应当无效。

三、司法实践中的效力争议

我国从原《民法通则》时代起，就将不违背社会公共利益当作民事法律行为有效的条件之一，尽管没有明确采用“公序良俗”的字眼，在司法实践中却事实上确认了以“公序良俗”为标准判断法律行为效力的模式，也正因为如此，理论界存在的争议同时反映到了实务中，引起了部分判决结果的争议。

本文提到的佟某某案中法院认定赠与行为无效，判决受赠人返还全部受赠财物，在某些案件中也有法院仅判决受赠人返还属于赠与人配偶的一半财产，甚至有的法院认为受赠人的受赠行为是一个独立的法律行为，受赠人有接受赠与的权利。纵观这些案件的判决依据，判断赠与行为是否有效，除了考虑是否符合“公序良俗”之外，还应当综合考察赠与人的主观心态和受赠人的主观心态，不应当一概而论。

（一）对赠与人主观心态的考察

张学英诉蒋伦芳案被认为是“公序良俗第一案”，黄永彬已有家室，其与张学英婚外同居六年后被诊断出癌症晚期，张学英不离不

弃、全心全意地照料着黄永彬。黄永彬在最后的时间立下遗嘱，将部分夫妻共同财产遗赠给张学英。之后，黄永彬对这份遗嘱进行公证。黄永彬死后，张学英将黄永彬的妻子蒋伦芳诉至法院，请求判决被告蒋伦芳履行遗嘱。法院认为，尽管该遗嘱是黄永彬的真实意思表示，但该行为违背了公序良俗，因此法院驳回了原告张学英的诉求。审理黄永彬一案法院的副院长刘波，在接受记者采访时称：“如果我们按照原《继承法》的规定，支持了原告张学英的诉讼主张，那么也就滋长了‘第三者’、‘包二奶’等不良社会风气，而违背了法律所要体现的公平、正义的精神”。^①因此，法官认为出轨行为既然违反了原《婚姻法》的禁止性规定，当然也同时违背了该禁止性规定所体现的良好道德风尚，出于公序良俗的考量，该法律行为自然应当无效。

但需要特别指出的是，法院以违反公序良俗原则而认定赠与行为无效，最终驳回了张某的诉讼请求看似合理合法，但完全不考虑其他因素的影响也引起了争议。黄永彬将房产赠与张学英的目的是感激其对自己照顾有加，基于感谢而为之的赠与并不违反公序良俗原则，仅仅因为二人存在“不当关系”就认定赠与财产无效似乎过于武断。有些“原配”之间感情基础并不好，甚至长期分居，而“第三者”给予了赠与人无微不至的照顾，甚至在其罹患重病后都不离不弃，替代其配偶履行了扶养、扶助义务，难道也不能受到法律保护吗？进一步说，一个普通朋友在赠与人患病后悉心照顾，赠与人将财产赠与给这位朋友显然是无可指摘的，那如果这位朋友对赠与人心存好感呢？再进一步地说如果双方互相有好感呢，精神出轨算不算出轨，算不算损害公序良俗？显然不考虑赠与人动机，单纯以赠与人和受赠人之间的关系来考量赠与行为的效力有时难以自圆其说。

^① 李雅迪、李明：《评析张学英诉蒋伦芳遗产继承案》，载《企业导报》2016年第5期。

（二）对受赠人主观心态的考察

除了对赠与人主观心态的考察，对受赠人主观心态的考察也同样重要，受赠人在“被小三”的情况下接受赠款，在此种情境下如果还不保护受赠人的权益，受赠人被骗感情又要遭受污名似乎也有违常理。有一起经典案例就针对这个问题做出过解答，女大学生刘云在不知情的情况下被富商汪洋诱骗，两人随后发展成为情人关系，二人同居一段时间后刘云才发现汪洋竟然有妻子，但汪洋几次保证会尽快与妻子离婚迎娶刘云，刘云还是在汪洋各种欺骗的谎言下接受了与汪洋的“地下关系”并收到了汪洋赠与的大量财产。二人的关系被汪洋妻子发现后，汪洋妻子以刘云为被告、以其侵犯夫妻共同财产所有权及处分权为由要求刘云返还汪洋赠送的财产。法院认为，侵犯其夫妻共同财产的实为汪洋个人行为，与刘云无关。刘云没有义务核实对方婚姻状况，其有接受赠与的权利，因此，法院认定赠与行为合法有效。法院最终判决驳回原告的诉讼请求。

有持赠与行为无效观点的学者对本案判决表达过异议，夫妻双方对共同财产有平等处理权，一方未经配偶同意擅自将财产赠与“第三者”应属无效。“第三者”如果是成年人，应当对自己的行为负责，接受自己不道德行为带来的不利后果，何况这部分收入本身就构成不当得利。

杨立新教授虽然没有直接对本案判决发表看法，但此前已经数次提出要尊重“第三者”合法的财产权。^①当然，这是法治社会的必然要求。从法律的视角来看，“第三者”首先是一个自然人，因而享有自然人应当享有的一切权利。承办此案的法官接受记者采访时，也提及了本案的判决依据，与杨立新教授的观点大

致相同。这位法官说，刘云和汪洋的婚外恋情有悖于道德。但道德和法律有时会不同，对这起侵权赔偿纠纷，应当依照法律而非道德进行评判。对于两者间的民事法律行为，与其他民事法律行为一样，均受法律同等保护；而法律赋予了夫妻双方平等的财产处理权。汪洋私自将部分共同财产给了“第三者”刘云，侵害金晶对夫妻共同财产的共同所有权。因此，侵害金晶权益的是汪洋，与刘云的接受行为没有因果关系。此外，刘云在接受汪洋的赠与时，也没有核实对方婚姻状况、款项来源、性质的法律义务。^②

以上案例反映出了这样一种观念，个体才是法律关系中的最基本主体，夫妻双方都有独立参与社会生活的自由。个人并不因其配偶的意愿免除应当承担的法律责任，就像赡养父母的义务不因配偶的意愿而有所减损一样。

四、民法典对争议问题的影响

纵观我国立法，并没有直接的法律条文规定有配偶者将夫妻共同财产赠与他人产生的纠纷应当如何解决，婚内财产赠与“第三者”财产的行为效力也无明确规定，理论界与实务中都存在较大争议，尤其是《民法典》出台前的判决，由于其适用的法律、司法解释较为混杂，没有一个统一的标准，且有些法条编写不够严谨从而导致了大量同案不同判的现象存在。而《民法典》的出台无疑为此类案件提供了更为便捷高效的依据。总体来说，《民法典》明确了公序良俗原则、家事代理制度、婚内财产分割制度，对此类案件的判决产生了象征意义和实际意义上的双重影响。

（一）公序良俗原则的确立

前文提到，在原《民法通则》时代，我国

^① 参见智敏：《不让“包二奶”者人财两得——南京女大学生“二奶”打赢21万元赠与官司始末》，载《法治与社会》2006年第5期。

^② 参见李杏美：《由“包二奶”案所引发的思考》，载《法学论坛》2007年第2期。

法律并没有明文规定“公序良俗”，《民法典》第8条将原《民法通则》第6条^①和第7条进行了综合修改，明确将公序良俗原则上升为民法基本原则之一，为相关判决提供了更为有力的理论基础。

此外《民法典》高度重视家庭的法律地位和家庭治理。《民法典》在将原《婚姻法》《收养法》编纂成婚姻家庭编时，突出强调了“家庭关系”这一法律关系。并在第1043条强调“家庭应当树立优良家风，弘扬家庭美德，重视家庭文明建设。夫妻应当互相忠实，互相尊重，互相关爱；家庭成员应当敬老爱幼，互相帮助，维护平等、和睦、文明的婚姻家庭关系。”尽管没有出现“公序良俗”一词，但公序良俗的价值追求和精神实质上得到了充分体现。

但是《民法典》的这一规定更多的还是象征性的意义，在《民法典》颁布前，公序良俗原则事实上已经在我国司法实践当中运行已久，同案不同判的情形却并未得到缓解。公序良俗原则主要是对法律行为的考察，按照我国通说，大致是从法律行为内容、客体与附加条件是否合法进行判断。这就忽略了动机对法律行为效力的影响。不考虑动机的影响在前文中已有涉及，此处不再赘述。对此我国澳门特区《民法典》第274条就有规定：“如法律行为单纯在目的上违反法律或公共秩序，又或侵犯善良风俗，则仅双方当事人之目的相同时，该法律行为方为无效。”此所谓“目的”显然不是指法律行为的标的或内容，而是类似于动机。

（二）家事代理权的正式确认

《民法典》对于日常家事代理权的规定可以追溯到原《婚姻法》第17条所规定的“夫

妻对共同所有的财产，有平等的处理权。”这种平等的处理权显然强调的是夫妻内部处分财产权利的平等，不能理所当然地认为能够涉及与第三人的外部关系^②。在司法实务中运用原《婚姻法》第17条进行判决，往往需要配合原《婚姻法解释（一）》第17条同时适用，如佟某某案一审判决书中写道“本院认为，夫妻在婚姻关系存续期间所得的财产归夫妻共同所有，夫妻对共同所有的财产，有平等的处理权。在婚姻关系存续期间，夫妻双方对共同财产不分份额地共同享有所有权，夫妻一方非因正常生活需要处分夫妻共同财产时，应当协商一致，任何一方无权单独处分夫妻共同财产。因此，夫妻一方擅自将共同赠与他人的赠与行为无效。”此外，最高人民法院原《婚姻法解释（一）》第17条的规定仅为日常家事代理制度的初步体现，并未对家事代理权的概念、性质、行使等问题进行明确界定，尤其是家事代理权涉及到第三人的外部关系时，难免不够具体、周延。

而《民法典》的出台，使得我国家事代理权制度从司法解释正式入法，《民法典》第1060条明确规定了家事代理权：“夫妻一方因家庭日常生活需要而实施的民事法律行为，对夫妻双方发生效力，但是夫妻一方与相对人另有约定的除外。夫妻之间对一方可以实施的民事法律行为范围的限制，不得对抗善意相对人。”《民法典》的颁布使得原《婚姻法》完成了回归统一法典的使命，在立法层面上确定了以日常家事代理制度限定夫妻是否具有共同意思。自此，只要是超越了“家事代理权”范畴的处分均构成无权处分，赠与合同效力待定，是否有效要看赠与合同成立后合理期限内权利人是否追认。

^① 《民法通则》第6条规定：“民事活动必须遵守法律，法律没有规定的，应当遵守国家政策。”第7条规定：“民事活动应当尊重社会公德，不得损害社会公共利益，扰乱社会经济秩序。”

^② 参见李洪祥：《论日常家事代理权视角下的夫妻共同债务构成》，载《当代法学》2020年第5期。

（三）新增夫妻共同财产分割条款

婚内分割夫妻共同财产是指在保持婚姻关系的前提下，因特定事由或情形发生，夫妻双方协商是否分割以及如何分割夫妻共同财产；协商不成时，一方以另一方配偶为被告向法院起诉请求分割，法院依法准许分割并裁决财产分配方案的制度。^①在《民法典》颁布前，我国原《婚姻法》已经赋予了无过错方配偶的离婚损害赔偿请求权，但是这种离婚损害赔偿请求权仅产生在离婚后。对于本文所提到的情形难免产生法律介入过晚，不足以保护出轨一方配偶合法权益的情况。而婚内分割夫妻共同财产在针对转移、浪费、挥霍夫妻共同财产等行为时，能够更及时介入，即使双方均不请求离婚，一方也能获得司法救济。此外，婚内分割夫妻共同财产权利一定程度上能缓和夫妻双方的矛盾，对于某些可能挽救的婚姻，给予无过错方缓和的余地，不一定非要以离婚的方式解决夫妻之间的经济冲突，最后受损失的还是自己。

《民法典》第1066条确立了婚内分割夫妻共同财产制来源于《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》第4条的规定^②，但是，两者确认的适用条件不完全相同，司法解释强调“不损害

债权人利益”为前提，第1066条无此明文限制。给予了出轨方配偶较大的自主选择权。但是该条列举适用情形还是不完善，裴桦教授就提出，应当增加夫妻一方被依法宣告失踪的、夫妻一方擅自处分重大财产的、夫妻一方无正当理由拒不同意另一方为财产上的管理和处分行为等几种情形。^③

五、总结

夫妻共同财产赠与第三者的纠纷情形之多变、内容之复杂使得我们不宜简单将其定性，而是应当根据具体案情分析，立足于公序良俗原则对其进行综合性的考察，在实践中积累经验，在制度上进行创新。《民法典》的出台在制度上为处理此类案件提供了法律依据上的支持，但就目前的情况来看仍远远不足。

《民法典》第115条规定了无效的或者被撤销的民事法律行为自始没有法律约束力，这就导致了实务中一方将财产赠与“第三者”后又反悔，夫妻二人“一致对外”的情况，这对于“第三者”合法权益的维护是极为不利的。另外，公序良俗原则始终没有确认“动机”的地位也加重了司法判决的混乱。如能有限制地引进“不法原因给付制度”或婚内侵权制度，以及对当事人的动机是否善意加以区分，才能更有效的维护司法权威和实体正义。

① 参见蒋月：《论婚内分割夫妻共同财产制及其完善》，载《云南师范大学学报》2021年第1期。

② 《中华人民共和国民法典》第1066条规定：“婚姻关系存续期间，有下列情形之一的，夫妻一方可以向人民法院请求分割夫妻共同财产：（1）一方有隐藏、转移、变卖、毁损、挥霍夫妻共同财产或者伪造夫妻共同债务等严重损害夫妻共同财产利益的行为；（2）一方负有法定扶养义务的人患重大疾病需要医治，另一方不同意支付相关医疗费用。”《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》第4条规定：“婚姻关系存续期间，夫妻一方请求分割共同财产的，人民法院不予支持，但有下列重大理由且不损害债权人利益的除外：（1）一方有隐藏、转移、变卖、毁损、挥霍夫妻共同财产或者伪造夫妻共同债务等严重损害夫妻共同财产利益行为的；（2）一方负有法定扶养义务的人患重大疾病需要医治，另一方不同意支付相关医疗费用的。”

③ 参见裴桦：《也谈婚内共同财产分割——兼评〈最高人民法院关于适用婚姻法若干问题的解释（三）〉（草稿）第15条》，载《法律适用》2010年第1期。

刑事涉案财物处置中案外人财产的救济机制研究



任辉，自执业以来，专注于走私犯罪、证券犯罪等经济犯罪案件辩护以及企业刑事合规业务，其承办的多起疑难复杂、重大社会影响的案件均获得了良好的辩护效果，并担任山东省律师协会刑事诉讼专业委员会委员、青岛市律师协会刑事诉讼专业委员会副主任、青岛市律师协会律师执业纠纷调解委员会副主任等社会职务。



丁娜，华东政法大学法学硕士，执业以来，专业于疑难复杂经济犯罪研究与辩护，现专注于走私犯罪、证券犯罪等经济犯罪案件辩护以及企业刑事合规业务。

摘要：对涉案财物的处置是实现刑事诉讼程序中重要的诉讼制度价值的重要环节，但传统刑法理念中素有“重人身自由刑、轻财产刑”之倾向，忽视了对涉案财物的物权保护，尤其是对案外人涉案财物的财产救济未给予足够的重视。但是对案外人涉案财物的处置直接关系到案外人的财产权益，古罗马法谚有云，“无财产即无人格”，揭示了财产对于人格而言的重要意义。刑事涉案财物处置制度设计的不完善、实践中对涉案财物处置的不规范以及对案外人参与权保障的缺失，导致案外人在刑事涉案财物处置程序中，其合法财产权益受侵害时，案外人的财产权也难以得到救济。因此，不仅要明确案外人涉案财物处置的具体规则，规范司法实践中对案外人涉案财物的处置，而且要赋予案外人在涉案财物处置中的参与权。只有让案外人真正参与到涉案财物处置中，其合法权益才能够得到有效的保障。

关键词：涉案财物，案外人，参与权

一、案外人涉案财物处置规则

(一) 刑事涉案财物的认定

关于刑事涉案财物的定义，在刑法、刑事诉讼法以及刑诉法解释中并没有明确的界定，涉案财物的概念散见于公安、法院、检察院、监察委等部门的相关文件中。综合而言，刑事涉案财物是指司法机关在刑事诉讼中查封、扣押、冻结的与刑事案件有关的，能够证明案件事实以及犯罪情节轻重的财物、物品，一般包括犯罪所得及其孳息、用于实施犯罪行为的工具、违禁品以及其他可以证明犯罪行为是否发生以及犯罪情节轻重的财物。

对涉案财物的认定包含两个层面：一是事实层面的认定，如对相关财物的数量、状态以及是否有刑事案件有关联等方面做出的判断；二是法律层面的认定，即涉案财物的范围、涉案财物的性质、地位、种类等方面的认定。

(二) 刑事涉案财物的处置规则

对刑事涉案财物的处置不仅具有程序上的强制措施意义，还具有实体上的处罚意义，因此，对刑事涉案财物的处置兼具程序性和实体性。刑事涉案财物的程序性处置，是指为制止违法犯罪行为继续发生、避免证据毁损灭失、防止危险继续扩大等情形，对相关财物采取的强制措施，具有暂时性。《刑事诉讼法》明确规定可对涉案财物采取的强制措施包括查封、扣押、冻结。查封的对象主要是不动产和特定动产，如土地、房屋、车辆、船舶、航空器、大型机器、设备等；冻结的对象主要是存款、汇款、证券交易结算资金、期货保证金、债券、股票、基金份额、股权、保单权益等财产；扣押的对象主要是与刑事犯罪有关的货物、物品，如走私类案件中涉嫌走私的货物、物品等。

《刑法》第64条规定了“追缴”“责令退

赔”“没收”三种对涉案财物的实体性处置方式，并对三种方式适用的对象作出了明确的区分。追缴和责令退赔的对象是犯罪分子的违法所得，而没收的对象是违禁品和供犯罪所用的本人财物。

(三) 对案外人涉案财物的处置规则

一般情况下，案外人本身与刑事案件并无关联，但当其相关财物与刑事案件有关联时，可能会被认定为涉案财物而被采取相关强制措施。根据《刑法》第64条的规定，犯罪分子的违法所得、违禁品和供犯罪所用的本人财物应当追缴或者没收。因此，只有当违法所得、供犯罪所用的犯罪分子的财物流向案外人的情况下，才可能会对案外人的相关财物进行追缴或没收，追缴后的财物是返还被害人还是上缴国库视案件，视具体情况而定。因此，对于案外人的相关财物是否被认定为涉案财物是对案外人相关财物进行处置的前提。另外，对案外人涉案财物的追缴适用善意取得，即案外人善意取得的相关财物不应当予以追缴，案外人通过恶意方式取得的涉案财物应当追缴，如明知是涉案财物而接受的、无偿或者以明显不合理的低价取得的、通过非法债务清偿或者违法犯罪活动等恶意方式取得的。

总而言之，对案外人涉案财物的处置，应遵循三个原则：一是案外人的相关财物与刑事案件有关联；二是予以追缴或没收的案外人的涉案财物应为“违法所得”或“供犯罪所用的犯罪分子的财物”；三是案外人获得相关涉案财物必须是恶意的。

二、刑事涉案财物处置中案外人财产权救济困境

(一) 案外人涉案财物处置的制度设计的不完善

受传统刑法“重定罪量刑、轻财产执行”

理念的影响，在刑事案件中，涉案财物的处置往往具有附属性。“在刑事诉讼程序中，犯罪嫌疑人、被告人经历了侦查、审查起诉、审判三个阶段，法院通过开庭审理作出生效判决，执行机关依据法院作出的生效判决对被告人的相关财产进行执行，而在这整个过程中，犯罪嫌疑人、被告人享有辩护权、上诉权以及申请再审等权利，其辩护律师还享有阅卷权，整个判决建立在以庭审为中心的证据裁判基础之上，犯罪嫌疑人、被告人的程序参与权得到了充分的保障。”^①在这种背景下，犯罪嫌疑人、被告人的涉案财物的救济和保护尚且得不到充分的重视，可想而知，在涉案财物的处置中，案外人的诉讼地位及诉讼权利所面临的窘境，“案外人的涉案财物一旦进入刑事诉讼程序，脱离该程序而物归原主是极其困难的”^②。

在《刑事诉讼法》中，对犯罪嫌疑人、被告人采取的刑事强制措施种类多样，根据犯罪嫌疑人、被告人的犯罪情节、性质以及对社会危害程度的不同，对其采取严厉程度不同的刑事强制措施，如监视居住、取保候审、逮捕等，而对物的强制措施种类单一，仅根据物的种类的差异而采取查封、扣押、冻结等不同的方式。

（二）对案外人涉案财物的处置不规范

1. 案外人涉案财物不随案移送

《刑事诉讼法》第245条明确规定犯罪嫌疑人、被告人的涉案财物应当随案移送，但并未对案外人涉案财物是否应当随案移送作出明确的规定。司法实践中，对案外人涉案财物的处置存在不随案移送、审前违规返还的情况。

2. 处置案外人与刑事案件无关的财物

对案外人涉案财物的处置应当以相关财物与刑事案件有关联为前提，不得处置与案件无关的财物。《刑事诉讼法》规定“不得查封、扣押与案件无关的财物，且经查明确实与案件无关的，应当在三日内解除查封、扣押、冻结”，但是并未规定应当如何查明以及查明的期限，因此实践中常出现案外人的相关财物被长期查封、冻结等久拖不决的情况。

3. 超范围查封、扣押、冻结案外人相关财物

对案外人涉案财物的处置范围，应当与涉案金额相当，不得超过涉案金额范围对案外人的相关财物进行处置。但是在司法实践中，公安机关在侦查机关一旦发现案外人的相关财物与刑事案件有关，便会将案外人名下的所有银行账户、房产、车辆一并查封、冻结，而不具体考虑案外人的涉案金额。若案外人提出异议，办案机关也往往会以“案件事实未查明，无法确定相关财物是否属于涉案财物”为由推脱，使案外人的大量财物处于被控制的状态，不仅会对案外人的生活状况有所影响，还可能导致相关财物的贬值。若案外人是单位，长期控制单位的多种资产，如资金账户、生产设备等，会对单位的生产经营状况带来影响，也极有可能导致企业的倒闭、破产。

4. 对第三人涉案财物追缴的时效问题

2021年《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》（以下简称《民事诉讼法解释》）规定，“对判决时尚未追缴到案或者尚未足额退赔的违法所得，应当继续追缴或者责令退赔”，但是并未规定追缴的时效，这会导致案外人的财物长期处于一种不稳定的状态，也不利于社会秩序的稳定。

① 严林雅：《刑事对物诉讼视角下我国第三人没收理论的完善》，载《法治社会》2020年第6期。

② 陈赛、王志：《刑事诉讼涉案财物处置的合理规制》，载《检察日报》2021年4月21日，第003版。

（三）刑事涉案财物处置中案外人的救济机制不完善

1. 案外人参加庭审的权利形同虚设

实际上，案外人参加庭审的权利早已在相关文件中有规定，但是在司法实践中，鲜少有案外人因涉案财物处理异议而出庭参加庭审的案例。2015年中共中央办公厅、国务院办公厅印发的《关于进一步规范刑事诉讼涉案财物处置工作的意见》（以下简称《涉案财物处置意见》）的通知第12条明确了利害关系人的诉讼权利，规定善意第三人等案外人与涉案财物处理存在利害关系的，办案机关应当告知其相关诉讼权利，人民法院应当通知其参加诉讼并听取其意见。而《刑事诉讼法解释》第270条明确规定在庭审中应当调查涉案财物的权属、来源以及是否属于违法所得或依法应当追缴的情况，若案外人对处置的涉案财物提出权属异议的，法院应当听取案外人的意见，必要时，可以通知案外人出庭。

可见，以上两条规定在衔接上出现了异位，当案外人有异议时，法院是“应当”还是“可以”通知案外人出庭参见庭审呢？根据上位法优于下位法原则，法院“可以”通知案外人出庭。因此，案外人是否能参加庭审取决于法院认为是否有必要，即便法院认为有必要，也是“可以”通知其出庭，而非“应当”通知案外人参加庭审。

2. 案外人涉案财物的救济方式难以实现

申诉或控告方式偏行政性而非司法性。在《刑事诉讼法》中，案外人属于“利害关系人”的范畴，对于案外人涉案财物的救济途径仅规定了申诉或控告方式，明确规定利害关系人针对“办案机关查封、扣押、冻结与案件无关的财物”以及“应当解除查封、扣押、冻结而不解除”的情况，有权向该机关申诉或者控告。另外，根据《刑事诉讼法解释》的第551条第2款的规定，若已经发生法律效力的判

决、裁定侵害案外人的合法权益的，案外人也可以提出申诉。但是《刑事诉讼法》第252条将提出申诉的主体仅限于当事人及其法定代理人、近亲属。在主体范围上，近亲属并不能涵盖所有的案外人的情形，因此，案外人并非《刑事诉讼法》上的申诉主体。而《刑事诉讼法解释》第551条第2款并非对《刑事诉讼法》中申诉主体的解释，而是创设了案外人申诉制度，该种解释是否符合《立法法》的规定尚值得深究。因此，案外人仅通过申诉或控告的方式，其合法权益难以实现有效的救济。另外，《刑事诉讼法解释》第451条明确规定申诉可以委托律师进行，因此，案外人提起申诉可以委托律师，但是律师在申诉过程中发挥的作用未明确。

人民检察院抗诉的可能性较小。《涉案财物处置意见》以及《人民检察院刑事诉讼涉案财物管理规定》的通知中明确规定案外人等利害关系人对涉案财物处理决定不服的，可以请求人民检察院抗诉。但《刑事诉讼法》第228条规定人民检察院认为本级人民法院作出的一审判决、裁定确有错误的，应当提出抗诉。而检察院一旦抗诉，二审法院就应当组成合议庭并开庭审理。而在司法实践中，检察院提起抗诉的理由一般是对犯罪嫌疑人、被告人定罪量刑的事实或适用法律确有错误，而仅仅因为对涉案财物的处理决定不服，尤其是案外人对涉案财物处理决定不服而提起抗诉的情况鲜少发生。

在刑事案件执行程序中，根据涉案财物是否已在刑事裁判中认定为赃款赃物的不同，案外人可以通过两种不同的方式进行救济：一是案外人异议、复议；二是提起审判监督程序。在《最高人民法院关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定》（以下简称《规定》）中，生效的刑事裁判文书未对涉案财物作出明确的认定和处理的，执行法院仅根据生效裁判文书事实查明部分执行涉案财产，案外人认为执行行

为违反法律规定或者对执行标的的主张足以阻止执行的实体权利的，案外人可以向执行法院提出书面异议，执行法院依法审查后作出相关裁定，案外人对相关裁定不服的，可以进一步向上级人民法院申请复议。

案外人难以通过审判监督程序实现权利救济。《刑事诉讼法》第253条^①规定了申请再审的主体以及条件。首先，《刑事诉讼法》将申请再审的主体限定为当事人及其法定代理人、近亲属，如前所述，近亲属并不能涵盖案外人的所有范围，因此，近亲属以外的案外人并非《刑事诉讼法》中申请再审的适格主体。其次，《刑事诉讼法》中规定的再审条件的核心是定罪量刑的合法性，若案外人对刑事案件定罪量刑没有异议，仅对涉案财物的处理存在异议的情况下，一般难以启动审判监督程序。虽然《刑事诉讼法解释》第457条第2款^②将“对违法所得或者其他涉案财物的处理确有明显错误”作为应当重新审判的理由，但案外人是否是提起再审的适格主体仍未明确。因此，案外人也很难通过审判监督程序实现其合法权益的救济。

3. 案外人合法财产受侵害的归责机制及赔偿机制不完善

根据《公安机关涉案财物管理若干规定》的通知，对于办案人员违反法定程序对涉案财物采取措施、对明知与案件无关的财物采取措施、擅自处置涉案财物等行为，依照有关规定追究责任，涉嫌犯规的，移交司法机关处理，但是并未明确依据何规定以及承担何种责任。

另外，在涉案财物处置中，办案人员存在违法违规行为，损害案外人合法财产权益的，案外人有权申请国家赔偿。《国家赔偿法》第18条规定了办案机关违法违规对相关财物采取强制措施，当事人有权申请国家赔偿。但是该法第36条明确了具体的赔偿方式与计算标准，即违规对财产查扣冻结的，解除查扣冻结；造成财产损失或者灭失的，恢复原状或者支付相应的赔偿金。可见，《国家赔偿法》中对相关财务的赔偿以恢复原状或支付相应的赔偿金，而“相应”应当理解为“与相关财物原价值相对应”。那么除对于违法违规对案外人造成的直接的、可计算的损失外，若案外人为单位时，不当查扣冻结给企业带来的商誉的损失、公司资产的贬值、企业市场份额的丧失以及可预期利润的损失等将无法通过国家赔偿的方式得到相应的弥补。

三、刑事涉案财物处置中案外人财产权救济机制的完善

（一）明确案外人涉案财物的处置规则

鉴于实践中较常见的对案外人与案件无关的相关财物进行不当查扣冻、超范围查扣冻等情况，应当明确案外人涉案财物的处置规则。

1. 建立案外人涉案财物处置的证据规则

首先，对涉案财物的处置应当坚持证据原则，明确对案外人相关财物处置的证明标准。在刑事诉讼程序中，对于犯罪嫌疑人、被告人定罪量刑必须达到“事实清楚，证据确实、充

^① 《刑事诉讼法》第253条规定：“当事人及其法定代理人、近亲属的申诉符合下列情形之一的，人民法院应当重新审判：（一）有新的证据证明原判决、裁定认定的事实确有错误，可能影响定罪量刑的；（二）据以定罪量刑的证据不确实、不充分、依法应当予以排除，或者证明案件事实的主要证据之间存在矛盾的；（三）原判决、裁定适用法律确有错误的；（四）违反法律规定的诉讼程序，可能影响公正审判的；（五）审判人员在审理该案件的时候，有贪污受贿，徇私舞弊，枉法裁判行为的。”

^② 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第457条第2款规定：“经审查，具有下列情形之一的，应当根据刑事诉讼法第二百五十三条的规定，决定重新审判：（一）有新的证据证明原判决、裁定认定的事实确有错误，可能影响定罪量刑的；（二）据以定罪量刑的证据不确实、不充分、依法应当排除的；（三）证明案件事实的主要证据之间存在矛盾的；（四）主要事实依据被依法变更或者撤销的；（五）认定罪名错误的；（六）量刑明显不当的；（七）对违法所得或者其他涉案财物的处理确有明显错误的；（八）违反法律关于溯及力规定的；（九）违反法定诉讼程序，可能影响公正裁判的；（十）审判人员在审理该案件时有贪污受贿、徇私舞弊、枉法裁判行为的。”

分”的证明标准，对于犯罪嫌疑人、报告人采取监视居住、取保候审以及逮捕等强制措施也均要求达到法定条件，而对案外人的相关财物进行处置对案外人而言具有同等的意义，因此，对案外人涉案财物的处置也应当明确相关的证明标准。笔者认为对案外人涉案财物的处置也应当坚持“事实清楚，证据确实、充分”的标准，即由充分的事实和证据能够证明案外人的相关财物为涉案财物时，才可以对案外人的相关财物采取强制措施。其次，应当明确举证责任主体。案外人享有对涉案财物原有的支配、收益等权能，对案外人的相关财物进行处置的办案机关，应当承担举证责任证明案外人的相关财物为涉案财物，且当案外人提供证据对涉案财物的处置提出异议时，办案机关应当承担案外人提出的异议不成立的举证责任。

2. 对案外人涉案财物处置应当适用相当原则

对案外人涉案财物的处置应当以与涉案金额相当为原则，禁止超范围查扣冻。目前司法实践中存在案外人的相关财物一旦涉案，案外人的大部分财产将被采取强制措施，而不考虑涉案金额。如目前笔者在办的一起诈骗案件中，案外人的涉案金额大概在300万元，但不仅其200万元左右的银行账户被冻结，而且其名下的房产和车辆均被查封，其被采取强制措施的财产金额远远超过其涉案金额。这不仅损害了案外人的合法财产权益，更对案外人的日常生活带来了重大的影响和不便。

3. 明确对案外人涉案财物的追缴时效

《规定》第11条^①对案外人适用善意取得制度作出了明确的规定，对于案外人善意取得的财务不应当予以追缴。但是对案外人通过恶

意的方式取得涉案财物的追缴，也应当区分具体情况：一是案外人通过无偿或者非法的债务清偿、违法犯罪活动等方式取得涉案财物的，无论何时追缴，对案外人都不会产生实质性的影响，因为其本身并未支付对价，因此，在这种情况下，不应限制对案外人涉案财物的追缴时效，一旦发现可追缴的财物应当立即追缴；二是案外人通过低于市价的方式获得涉案财物的情况，在这种情况下，案外人多少也支付了一定的对价，不能简单地以“明显低于市场价格”而一概认为案外人是恶意取得涉案财物，而应当综合其是否知悉相关财物的来源、性质以及用途等因素，对案外人的主观恶性程度进行审慎的判断，尤其是已经产生财产混同的情况下，对案外人的合法财产部分应当给予充分的保障。无限期的追缴涉案财产，会有导致权属秩序长期不稳定的危险，尤其是有偿取得且有财产混同的情况。^②

(二) 保障案外人在刑事涉案财物处置中参与权

案外人在刑事涉案财物处置中参与权的缺失是案外人合法财产权益受到侵害的根源所在。虽然相关法律法规明确规定案外人对于涉案财物处置有异议的有权出庭参加庭审，但是司法实践中鲜少有案外人参加庭审的案例。因此，首先，应当强化办案机关的告知义务，当涉及对案外人相关财物采取强制措施时，办案机关应当告知案外人其有参加庭审的权利。其次，应当强化人民法院在庭审中审查案外人出庭参加庭审的必要性的职能，改善法院怠于行使其审查职责，而使案外人错失参加庭审的机

^① 《最高人民法院关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定》第11条规定：“被执行人将刑事裁判认定为赃款赃物的涉案财物用于清偿债务、转让或者设置其他权利负担，具有下列情形之一的，人民法院应予追缴：（一）第三人明知是涉案财物而接受的；（二）第三人无偿或者以明显低于市场的价格取得涉案财物的；（三）第三人通过非法债务清偿或者违法犯罪活动取得涉案财物的；（四）第三人通过其他恶意方式取得涉案财物的。第三人善意取得涉案财物的，执行程序中不予追缴。作为原所有人的被害人对涉案财物主张权利的，人民法院应当告知其通过诉讼程序处理。”

^② 林新英、黄晓燕：《扫黑除恶财产处置追缴无偿取得涉案财产中第三人合法权益保护》，载《法制博览》2021年第3期。

会。最后，案外人应当把握好时机，及时向办案机关提交其相关财物与刑事案件无关或者其涉案金额的证据，积极行使其申诉、控告、请求人民检察院抗诉、提出书面异议、复议以及申请提起审判监督程序的权利。

（三）保障案外人在涉案财物处置中获得法律帮助的权利

若案外人享有参加庭审的权利，那案外人是否可以委托律师参加庭审呢？《刑事诉讼法》中规定了辩护律师以及诉讼代理人的职责，辩护律师是为犯罪嫌疑人、被告人提供法律帮助或者提供辩护，诉讼代理人一般是公诉案件的被害人、附带民事诉讼的当事人委托的律师，那么在案外人涉案财物处置中，案外人是否有权委托的律师以及其委托的律师应当是何定位？

笔者认为，案外人有权委托律师，在涉案财物处置中，案外人对办案机关对其相关财物的处置存在异议时，案外人可以定位为“被害人”，根据《刑事诉讼法》的规定，被害人有权委托诉讼代理人，因此，在涉案财物处置中，案外人委托的律师应当定位为“诉讼代理人”，那么，若案外人享有参加庭审的权利，其诉讼代理人即律师是否享有阅卷权以及参加庭审的权利？笔者认为案外人委托的律师具有阅卷权和参加庭审权。首先，根据《刑事诉讼法》的规定，辩护律师自审查起诉之日起享有阅卷权，其他辩护人经检察院、法院许可，也可以享有阅卷权。对案外人涉案财物的处置与

刑事案件有关联，犯罪嫌疑人、被告人的笔录以及办案机关搜集的相关证据对案外人相关财物是否被认定涉案财物具有重要的意义，若规定案外人的诉讼代理人不享有阅卷权，案外人的合法财产权益将如何得到保障？实践中难免会出现犯罪嫌疑人、被告人在自身财产不足以退赔被害人损失的情况下，作出将案外人的相关财物为其“违法所得”的不利表述，从而将案外人的相关财物追缴到案后，达到其“积极退赔被害人损失，取得被害人谅解”的目的。若案外人的诉讼代理人不享有阅卷权，案外人将无从而知与其合法利益息息相关的信息或线索。另外，案外人的诉讼代理人经案外人授权，应当享有出庭参加庭审的权利。

四、结语

对案外人相关财物的处置与对其人身自由的控制同等重要，但司法实践中往往却忽视了对案外人涉案财物的救济。因此，首先应当明确案外人涉案财物处置的规则，建立证据规则体系，坚持“证据确实、充分”的证明标准，对案外人涉案财物的处置应当与其涉案金额相对应，不能超范围处置，另外还需明确对案外人涉案财物追缴的时效问题；其次，应当建立完善的案外人涉案财物救济机制，为案外人提供合理有效的救济途径，当案外人的合法财产权益受侵害时，使其救济能够有法可依；最后，应当重视律师在案外人涉案财物救济中的作用，保障案外人在涉案财物救济中获得法律帮助的权利。

涉案财物处置的行刑交叉问题研究

——以长春长生生物科技有限责任公司涉嫌销售劣质狂犬病疫苗案切入



杨琢孔，杨琢孔律师，山东大学法律硕士，原山东检察官，主要从事刑事辩护、刑事控告和刑民交叉类业务，办理过一系列重大复杂案件，取得了很好的辩护效果。



章一川，北京德和衡（深圳）律师事务所律师、联席合伙人，具有基金从业资格、证券从业资格，具备扎实的民商法理论功底和实践经验。自从业以来，参与办理多起合作纠纷、土地开发纠纷执行与保全以及银行与金融等商事案件。专注于土地开发、信用证与保函，金融担保，公司股权、商事争议解决等业务领域。

摘要：涉案财物处置的行刑衔接问题总体可分为程序衔接和实体制裁措施衔接两个方面。程序衔接方面，刑事优先原则在行刑交叉领域中并不具有天然的正当性，行政执法机关可先行处置涉案财物。实体制裁措施衔接方面，虽然条文表述上行政法和刑法意义上“没收”的对象并不一致，但实质上并无区别；在行政处罚程序已经对涉案财物作出终局性处置措施且刑事诉讼中对涉案财物的性质作出一致认定的情况下，法院仍应就该部分财物作出判决，只不过对已处置部分应当注明；行政执法机关已扣押、查封的财物的处置，应由该执法机关具体执行。

关键词：涉案财物处置 行刑交叉 程序 衔接

一、问题的提出：个案呈现出的行刑衔接之常见问题

2018年，长春长生生物科技有限责任公司（以下简称“长生公司”）涉嫌生产、销售劣质狂犬病疫苗一案引发了全社会的广泛关注。该案在行政执法阶段，吉林省食品药品监督管理局对长生公司作出了“没收违法生产的冻干人用狂犬病疫苗（Vero细胞）7,794,034支，没收违法所得1,891,978,172.89元，处违法生产、销售冻干人用狂犬病疫苗（Vero细胞）货值金额三倍罚款7,212,301,996.02元，罚没款共计9,104,280,168.91元”的行政处罚措施，执法机关随后将案件移送长春市公安局长春新区分局立案侦查启动刑事追诉程序，目前长春市检察院以长生公司涉嫌生产、销售劣药罪向长春市中级人民法院提起公诉，案件尚未开庭审理。该案作为食品药品领域的典型行刑交叉案件，集中体现了法定犯案件中财物处置措施在行刑衔接上面临的共性问题，如：吉林省食品药品监督管理局并未在第一时间将案件移送司法机关处理，在移送之前已经作出行政处罚，这是否违反刑事优先原则？因行政处罚属于处分性、终局性行政行为，具有公定力、确定力、拘束力和执行力，^①未经法定程序无法改变其效力，若刑事程序对吉林省食品药品监督管理局先期没收的违法生产的狂犬病疫苗以及违法所得的范围和性质作出一致认定，法院是否还须再次作出没收判决？行政执法机关前期已经采取查封、扣押等强制措施乃至已经实际执行的非法财物是否应当随案移送？最终该由何种主体负责执行？本文旨在对这些实践中常见的行刑交叉案件涉案财物处置的程序、实体处罚衔接之共性问题展

开梳理和论述，以期为理论界及司法实践提供有价值的参考。

二、涉案财物处置之程序衔接

行政执法过程中如果发现违法行为涉嫌犯罪，行政机关该如何处理？中断行政处罚程序，将案件移送司法机关处理？还是继续行政处罚程序，待处罚完毕后移送司法机关处理？2001年发布实施的《行政执法机关移送涉嫌犯罪案件的规定》（以下简称《移送规定》）第3条只规定行政执法机关必须及时向公安机关移送，但并未规定何时移送。实践中对此问题的处理做法不一，学理上也存在争议。刑事优先原则早在上个世纪90年代行刑衔接问题获得关注之时就已经得到确认并获得广泛认可，^②支持直接移送司法机关处理的具体理由包括：其一，行政处罚权与刑罚权在惩罚程度上是递进的，刑事犯罪的社会危害性更大，应当优先审查以实现刑罚的社会防卫机能；其二，在处罚的谨慎度、裁判者的中立公平度以及证据的审查标准方面，刑事诉讼要更高；其三，刑事程序优先可以避免行政执法机关与司法机关对案件事实作出分歧认定，出现“同案不同判”的情况；其四，刑事程序优先可以避免行政证据可否适用于刑事程序的争论，避免司法机关重新调查、核实证据、转化证据等造成的资源浪费。^③而支持行政机关可以先行作出处理后再移送司法机关的理由大体是：行政处罚和刑事处罚在内容上存在差异性，并非是程度上的递进关系，例如行政处罚中有责令停产停业、暂扣许可证等资格罚措施，而在刑罚中却无法找到与之对应的制裁手段，对行政相对人及时作出资格罚的措施，可以有效防止犯

^① 参见刘莘：《具体行政行为效力初探》，载《中国法学》1998年第5期。

^② 参见吴彬彬：《食品安全行政执法与刑事司法衔接机制研究》，湘潭大学2017年博士学位论文。

^③ 参见金文彤：《论“刑事优先”原则及其适用》，载《法学评论》1995年第6期。

罪行为负面影响的扩大。^①

笔者认为,应该保持行政程序的独立性,相关行为涉嫌犯罪的情况下行政机关可以先行对涉案财物进行处置。理由如下:

其一,刑事优先原则在行刑交叉情形并不具有天然的正当性。刑民交叉案件中刑事程序优先的正当性在于刑事程序查明事实的手段更为丰富且证明标准更高,刑事裁判认定的事实可以作为民事裁判的前提。但这样的正当性理由在行刑交叉案件中并不存在,行政处罚的证明标准虽缺乏明确法律规定,但目前学界普遍认为行政处罚的证明标准应区分个案确定,根据行政活动的类型、案件性质以及对当事人权益影响的大小等因素具体确定,可能适用的标准包括排除合理怀疑、明显优势证据标准或者优势证据标准,^②并不意味着行政处罚的证明标准比刑事诉讼低,行政处罚的证明标准要有一定的灵活性。

其二,行政机关可以先行作出行政处罚在现行法框架下能够自治。《行政处罚法(2021)》第35条规定了行政处罚折抵刑罚的规则:行政拘留折抵拘役或者有期徒刑,罚款折抵罚金,这从另一个侧面表明立法者认可行政机关可以先行作出行政处罚,而且已经进行立法衔接。《移送规定》第11条第2款规定行政执法机关向公安机关移送涉嫌犯罪案件前已经作出的警告、责令停产停业、暂扣或者吊销许可证、暂扣或者吊销执照的行政处罚决定,不停止执行。《食品药品行政执法与刑事司法衔接工作办法》第12条第2款也有类似不停止执行的规定,而且还规定了食品药品监管部门已经作出罚款行政处罚的,人民法院在判处

罚金时应依法抵扣。如果应该先刑后行,从逻辑上说就不应该存在移送前行政执法机关已经作出行政处罚决定的情况。

其三,行政机关可先行处置涉案财物更符合效率价值的要求。行政机关在前期执法中已经对案件事实及违法情况开展了调查且已经形成案卷材料,在案件材料移送司法机关处理而司法机关认为不应追究刑事责任(例如判决无罪)、但应追究行政责任的情况下,司法机关仍需将案卷退回行政机关处理,如果经认定构成行政违法,则由行政执法机关对涉案财物作出处置,此即行政执法与刑事司法的双向移送机制。这一机制对于保障行政处罚权和刑罚权的有效行使、打击违法及犯罪行为具有积极意义,但一味地坚持刑事优先无疑造成了行政执法程序的无意义中断,势必会产生程序重新接续的成本,导致司法资源的浪费。相比之下,由行政机关先行作出处理,如果涉嫌犯罪再将案件移送司法机关处理,将行政处罚在刑事制裁中予以折抵则更符合效率价值。

三、涉案财物处置之实体制裁措施衔接

在承认行政机关可以先行处置涉案财物的前提下,涉案财物行刑处置措施上的衔接主要遵循“同质处罚措施折抵、非同质处罚措施并科”的基本规则,例如罚款和罚金之间是折抵关系,责令停产停业和罚金之间应该是并科关系,这一规则已经被学界很多学者认可。^③比较复杂的是“没收违法所得、没收非法财物”的情况,根据《行政处罚法》的规定,“没收违法所得、没收非法财物”属于法定行政处罚

^① 参见张毅:《“一事不二罚”在行刑交叉案件中的适用——从一例危险驾驶案切入》,载《福建警察学院学报》2014年第2期。

^② 参见徐继敏:《行政处罚证明标准初探》,载《四川师范大学学报社会科学版》2007年第6期;解志勇、崔晓靖:《行政诉讼证明标准研究》,载《证据科学》2008年第4期;高秦伟:《论行政诉讼的证明标准》,载《证据科学》2008年第4期;吴振宇:《行政诉讼中的证据评价与证明标准》,载《行政法学研究》2004年第3期。

^③ 参见元明:《行政执法与刑事执法相衔接工作机制总结》,载《国家检察官学院学报》2006年第2期;魏浩锋:《行刑衔接语境下“一事二罚”之正当性探究——以周某某诉证监会行政处罚案为例》,载《法律适用》(司法案例)2018年第10期。

措施之一，具有终局性、处分性而非程序性。而在刑法领域中该措施的性质尚存有争议，代表性的观点有刑罚说^①、保安处分说^②以及独立处分措施说^③。当然，我国刑法没有将其作为刑罚之一，故刑罚说肯定是不符合我国立法情况的。此外，严格意义来说，“没收违法所得”都不能算是严谨的刑法术语，根据《刑法》第64条之规定，与之相关的专业名称应该是“追缴或者责令退赔”或者“没收”，又因目前学界基本认为“追缴或者责令退赔”属于程序性、临时性而非终局性措施^④，故刑法领域与行政法领域“没收违法所得、没收非法财物”相对应的措施应该是“没收”。在厘清横向比对对象之后，随之而来的问题便是两个领域“没收”财产处置措施的衔接问题：

（一）“没收”财产处置措施实施对象之衔接

行政处罚中“没收”财产处置措施针对的对象是违法所得和非法财物，所谓的违法所得指的是行为人从事非法经营等获得的利益^⑤，非法财物通常包括从事违法活动的物品，违法工具、用具、违禁品等^⑥。而根据《刑法》第64条之规定，刑法上“没收”的对象为“违禁品和供犯罪所用的本人财物”，从字面上看似乎不包含违法所得，对于违法所得的处置方法，《刑法》第64条规定的是“犯罪分子违法所得的一切财物，应当予以追缴或者责令退赔”。不过正如上文提及的，为了解释《刑法》第64条前后逻辑上的矛盾，“追缴或者责令退赔”已经被大多数学者解释为是程序性、

过渡性处置措施，只是对涉案财物的暂时性控制，对于涉案财物包括违法所得、违禁品和供犯罪所用的本人财物应做到应追尽追，之后再根据财物的性质分门别类处理：如果是被害人的财物，就予以“返还”；如果是违禁品和供犯罪所用的本人财物就予以“没收”。“没收”也被主流学说理解为与“返还”互补的终局性处分措施，包括追缴或责令退赔的犯罪所得扣除被害人合法财产后的部分、违禁品及犯罪工具^⑦。因此，《刑法》与《行政处罚法》关于“没收”的对象虽在条文表述上存在区别，但可认为实质上并无二致。

（二）“没收”财产处置措施内容之衔接

在行政处罚程序已作出“没收”的终局性财产处置措施的情况下，刑事程序中是否还应或者说有必要再次判决“没收”？当前立法没有明确规定，笔者对此持肯定观点，理由是：

第一，刑事程序独立性的内在要求。行政处罚程序和刑事诉讼程序互为独立程序，两者在法律事实形成机制上存在本质区别：行政执法不存在控辩审的三方结构，法律事实主要依照执法机关的单方调查，而刑事程序中法律事实的形成是控辩双方博弈、法官居中审判的结果，不同的法律事实形成机制就意味着涉案财物性质的认定可能存在差异。而刑事诉讼因有专门的质证和辩论程序，相比行政执法程序在事实真相探知以及法律适用能力上更强，因而如果出现行政处罚对涉案财物性质的认定不同于刑事判决的情况，应当以刑事判决为准，从这一意义上说，刑事诉讼程序起到了一定的纠

① 参见黄荣坚：《基础刑法学（上）》，元照出版有限公司2006年版，第101页。

② 参见张明楷：《论刑法中的没收》，载《法学家》2012年第3期。

③ 参见谢雄伟：《论刑事违法所得没收的本质、内涵与计算方法》，载《法学论坛》2016年第5期。

④ 参见李长坤：《刑事涉案财物处理制度研究》，华东政法大学2010年博士论文；李鑫源：《论责令退赔措施的适用》，载《中国刑警学院学报》2021年第1期。

⑤ 参见姜明安主编：《行政法与行政诉讼法》（第6版），北京大学出版社2015年版，第267页。

⑥ 参见应松年主编：《当代中国行政法》（第四卷），人民出版社2018年版，第1397页。

⑦ 参见高铭喧、马克昌、冯军主编：《中国刑法解释》（上册），中国社会科学出版社2005年版，第780页。

错功能。但即便行政执法环节财产处置措施没有错误，基于刑事程序独立于行政程序的内在要求，行政处罚结果也不能替代刑事诉讼结果。

从实践情况看，根据行政执法环节涉案财物处置进展的不同，可类型化为三种情形：行政机关已经对涉案财物采取查封、扣押、冻结等强制措施，但尚未作出行政处罚决定；行政机关已采取强制措施，且已作出行政处罚决定，但尚未执行；行政机关已采取强制措施、已作出处罚决定且已执行完毕（或者部分）。前两种情形下，因行政机关就涉案财物尚未作出具有终局性的处分行为，或者虽已作出具有终局性的处分行为但并未实际执行，刑事诉讼中不用考虑刑事制裁与行政处罚折抵的问题，可径行作出没收判决，并在判项中对涉案财物的查封、扣押、冻结状态予以注明以确定实际执行机关，可以采“其中xx违法所得/违禁品/犯罪工具已由xx行政机关查封/扣押/冻结”之类的表述。如果这些涉案财物尚未（全部）到案，则法院还应同时判决继续追缴违法所得或责令退赔。例如（2019）浙0205刑初558号中，宁波市市场监督管理局以张某涉嫌生产、销售不符合安全标准的食品扣押了盐烤虾34.3公斤并移送司法机关，最终法院判决“……二、对被告人张永锋的违法所得人民币261元继续追缴；对查扣的咸烤虾依法予以没收（由查扣的行政机关处理）”。

第三种情形下，因行政机关已经对涉案财物实施事实上的处分，基于“一事不再罚”的基本原理，法院最终判决违法所得的数额、违禁品或犯罪工具的范围应该注明行政处罚机关已经合法处置的部分，以便实际执行时予以扣除，可以采“其中xx违法所得/违禁品/犯罪工具已由xx行政机关先行执行”等类似表述，例如（2019）鲁1321刑初508号中，2015年被告人因非法超层开采被沂南县国土资源局处以没收违法所得218264元、罚款43654元的

行政处罚，法院经审理认定被告人的违法所得为921543.5元，判决“……二、追缴被告人孙某甲违法所得921543.5元（含行政机关已没收违法所得218264元；余款在沂南县公安局），上缴国库”。

第二，现行立法也要求法院应无差别地对行政机关已作出处置措施的财产作出判决。《移送规定》第6条详细规定了向公安机关移送涉嫌犯罪案件附有的材料包括涉嫌犯罪案件移送书、涉嫌犯罪案件情况的调查报告、涉案物品清单、有关检验报告或者鉴定结论、其他有关涉嫌犯罪的材料等，可见现行立法规定的是涉案物品无差别移送司法机关，并没有将行政机关已经作出处置措施的物品区别对待。与此同时，《刑事诉讼法（2018）》第245条第1款、第2款规定了被告人财物、孳息以及作为证据使用的实物应当随案移送，不宜移送的，应当随案移送清单、照片或者其他证明文件。行政执法环节的涉案物品往往都具有双重属性，一方面属于被告人的财产、孳息，另一方面属于作为证据使用的实物，例如长生案中公司生产的尚未销售的劣质狂犬病疫苗，这些涉案物品进入到刑事诉讼程序后也应当遵循随案移送的基本规则。此外，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释（2021）》（以下简称《解释》）第446条明确规定一审判决未对随案移送的涉案财物及其孳息作出处理的，二审可以裁定撤销原判、发回重审，这就意味着如果法院未对随案移送的行政执法环节已处置部分的财物作出处理，判决将会被撤销。

（三）“没收”财产处置措施执行机关之衔接

在行政执法机关已对涉案财物采取强制措施但尚未执行的情况下，存在案件移送司法机关后执行机关的衔接问题，该由行政机关还是司法机关负责执行？根据《行政处罚法

（2021）》第17条之规定，行政处罚由具有行政处罚权的行政机关在法定职权范围内实施。刑事程序中，财产处置措施的执行机关基于实物的保管状态有所不同，根据《解释》第447条之规定，随案移送的或者人民法院查封、扣押的财物及其孳息，由第一审人民法院在判决生效后负责处理；实物未随案移送、由扣押机关保管的，由扣押机关执行，并须将执行回单送回人民法院。由实际保管机关负责财物的执行体现的是效率原则，这同民事执行的管辖法院是被执行财产所在地的原理是一致的。由于根据现行刑事诉讼法的规定，行政机关在行政执法和查办案件过程中收集的物证、书证、视听资料、电子数据等证据材料在刑事诉讼中可以作为证据使用，且《解释》第447条之规定采用的是“扣押机关”而非“侦查机关”之表述，因而此处的“扣押机关”理应包含行政执法机关，故刑事诉讼中如果须对行政执法机关已经扣押、查封的财物进行处置，应由该行政执法机关具体执行。这样的安排也能够避免与行政执法机关已经先行执行完毕（或者部分）的情形发生冲突。

四、结语

刑事优先的理念在理论界根植已久，这在一定程度上导致了学界对行刑交叉案件适用刑事程序优先的正当性缺乏周密的思考，行刑交叉案件的处理陷入了为了“优先”追究刑事责任而追究刑事责任的误区。实际上，一些现行

行政法规中行政处罚折抵刑罚、移送司法机关不中止资格罚、申诫罚的执行等规则已经默许了行政程序可以与刑事程序并行。行刑交叉案件衔接规则关系到行政机关是否依法履行行政执法职责或者移送职责的判定，如果界定不明则可能出现行政执法不作为、“以罚代刑”、行政机关与司法机关相互推诿等问题，涉案财物的处置可能会出现权责不清的状态。对此，笔者建议在行政法体系内建立专门的涉刑案件审查制度，就启动审查的阶段、审查标准、审查主体、审查期限等程序性事项作出明确规定，并在刑事法律体系内进一步明确衔接规则，以统一法律适用和学界认识。

涉案财物处置之实体制裁措施衔接方面，“同质处罚措施折抵、非同质处罚措施并科”的规则基本已经得到学界和实务界的认可，但实践中关于涉案财物处置的判决主文的表述总体还比较混乱，很多刑事判决存在对“追缴或者责令退赔”的程序性、暂时性措施的性质认识不清（仅判决追缴或者责令退赔，未判决没收或者返还）、没收违法所得缺乏具体指向、未对行政机关已经先行扣押或执行的涉案财物进行注明等问题，这些问题很可能会给涉案财物的范围界定、性质认定及具体执行造成模糊和争议，也可能会给被害人及案外第三人的维权造成障碍，建议立法者根据涉案财物的不同状态规定相应的判决主文要求，以规范判决主文表述，尽可能减少认识上的分歧。

信托业务受托人是否应当承担损害赔偿责任

——基于司法实务的思考与观察



杨光明，深圳市南山区第八届人大代表，北京德和衡（深圳）律师事务所高级合伙人、执行主任。执业十多年以来，杨光明律师专注疑难复杂商事诉讼、破产重整、强制执行、政府法律服务等领域，擅长庭审对抗与节奏掌控，在确认合同无效及合同解除纠纷、集体土地合作开发纠纷、买卖合同及产品质量争议、信用证与保函、保全与执行、公司股权等领域具有丰富的执业经验和专业积累。杨光明律师还担任深圳市供应链金融协会常年法律顾问，对于供应链金融的风险防控、争议解决以及合规建设具有突出的优势与专长。



聂凯，武汉大学法律硕士，专注于商事争议的解决与处理，在供应链金融、基金与信托、合同纠纷、保全与执行、破产重整等领域有较为丰富的经验与研究。

摘要：在金融资管业务领域，信托是典型的资管产品之一。根据《信托法》的规定，信托是指委托人基于对受托人的信任，将其财产权委托给受托人，由受托人按委托人的意愿以自己的名义，为受益人的利益或特定目的，进行管理或者处分。受托人应当履行哪些义务、受托人未尽忠诚勤勉义务时如何承担责任、通道业务中受托人是否承担赔偿责任？这些问题都是信托纠纷中的常见问题。本文从法律规范出发，考察司法实践现状，结合具体办案经验，对信托业务中受托人责任承担问题进行研究，以期对各方当事人的争议解决与风险管控有所裨益。

关键词：资管产品，信义义务，举证责任，保底条款

一、受托人的信义义务

《信托法》第25条规定：“受托人应当遵守信托文件的规定，为受益人的最大利益处理信托事务。受托人管理信托财产，必须恪尽职守，履行诚实、信用、谨慎、有效管理的义务。”司法实践中习惯性地归纳为受托人的信义义务。和其他资管产品一样，信托也存在募、投、管、退四个阶段。按照信托产品所处阶段进行划分，受托人的信义义务主要包含以下内容。

1. 信托产品设立阶段

受托人应当审查信托目的是否合法正当、信托财产是否合法确定、交易架构是否可行，以及对信托产品所涉关键信息进行尽职调查。

2. 销售阶段

受托人应当履行适当性义务，即建立信托产品风险评估及管理制度，对金融消费者的风险认知、风险偏好和风险承受能力进行测试，将适当的产品销售给适合的金融消费者。

受托人应当履行风险告知义务，即充分地披露产品可能存在的风险。

3. 管理阶段

受托人应当按照信托合同的约定忠实执行信托事务。

受托人应当及时履行信息披露义务，定期披露事项一般包括信托资金管理报告、信托资金运用及收益情况表；临时披露事项一般包括信托财产可能遭受重大损失、信托资金使用方财务状况严重恶化、信托计划担保方不能继续提供有效担保等。信息披露的具体内容、时间、方式应当根据法律法规、信托合同约定来确定。

4. 清算阶段

受托人应在信托终止后作出清算报告，并且按照信托合同约定的分配方式（原状分配或现金分配）、分配顺序、信托利益的计算方法等进行分配。

二、受托人应当对其履行信义义务进行举证，但并不因此当然免除委托人的举证责任

（一）信托纠纷适用举证责任倒置

《九民纪要》第94条规定：“资产管理产品的委托人以受托人未履行勤勉尽责、公平对待客户等义务损害其合法权益为由，请求受托人承担损害赔偿责任的，应当由受托人举证证明其已经履行了义务。受托人不能举证证明，委托人请求其承担相应赔偿责任的，人民法院依法予以支持。”因此，**信托纠纷适用举证责任倒置规则，受托人应当首先对其履行了法定义务、信托合同约定义务进行举证。**

在司法实践中，受托人能够提供充足证据证明其忠实履行受托职责、并不存在违反法律规定和合同约定情形，往往是受托人免于承担责任的主要原因。在卢武江、山西信托股份有限公司营业信托纠纷案中^①，对于一二审是否存在举证责任分配不当的情形，最高人民法院认为，一二审过程中山西信托公司提交了《山西信托·信裕15号（第一期）集合资金信托合同》《信托产品资金代理转账委托书》《信裕·15号（第一期）集合资金信托计划收益分配清单》《债权转让协议》及《债权转让通知书》（含回执）、《债权回购协议》及对应强制执行公证书、《山西信托·信裕15号集合资金信托计划保证合同》及对应强制执行公证书、《山西信托·信裕15号集合资金信托计划股权质押担保合同》及对应强制执行公证书、《山西信托·信裕15号（第一期）集合资金信托计划财务顾问协议》《关于提请履行合同义务的函》、关于《山西信托·信裕15号集合资金信托计划》有关情况的报告、吕梁中级人民法院裁定受理重整案件公告、山西联盛能源投资有限公司《破产重整债权申报表》（编号036）、山西省高级人民法院（2015）晋执字第19号《执行裁定书》、吕梁中级人民法院（2015）吕破字第（1-23、25-31）之五号《民事裁定书》、吕梁中级人民法院（2015）吕破字第（1-23、25-31）之六号《民事裁定

^① 参见（2019）最高法民申6857号。

书》等 71 份证据。可以认定山西信托公司就履行信托合同以及管理义务，进行了较为充分的举证。最终本案认定山西信托公司并不存在未尽管理义务的情形，对投资者的损失无需承担赔偿责任。

（二）举证责任倒置并非免除委托人的举证责任，委托人仍需提供证据证明受托人存在过错、未尽信义义务，对于受托人责任的认定是综合判断的结果

虽然信托纠纷适用举证责任倒置的规则，但这并不意味着委托人无须提供任何证据材料。在司法实践中，当受托人提供证据材料证明其忠实履行受托职责后，举证责任就会转移到委托人一边，如果委托人不能举证证明受托人存在过错，则很难要求受托人承担赔偿责任。归根结底，法院基于整体案件材料的把握进行判断，无论是委托人还是受托人，都应尽可能地提供于己有利的证据材料，以影响法官心证。

在曹立、吉林省信托有限责任公司合同纠纷案^①，吉林信托公司已举证证明对信托项目进行尽职调查、向曹立充分告知投资风险、通过网站披露信托资金管理报告等信托事项处理报告。最高人民法院认为，其一，曹立主张吉林信托公司存在不看好案涉信托项目情形下与建行山西分行共同违规设立案涉信托计划、尽职调查存在重大过错以及未评估案涉项目收益权等情形，但并未达到认定吉林信托公司存在恶意磋商订立案涉信托计划、故意隐瞒或者提供虚假情况的证明标准，故曹立提出的该项主张不予支持。其二，曹立主张受吉林信托公司、建行山西分行欺诈签订案涉信托文件，提出的证据和理由不能认定吉林信托公司存在欺诈。其三，曹立在二审中提交的截图不能证明吉林信托公司存在违反案涉信托文件中约定的信托公司信息披露及方式的行为。曹立提出吉林信托公司未按照案涉《项目收益权转让及受让合同》约定对资金和项目进行情况进行有效

监督。但曹立仅是提出相关合同约定了吉林信托公司的监督职责，并未提交吉林信托公司未履行相关合同约定的监督职责的证据材料。故对曹立的该项主张不予支持。

综上，对于受托人而言，应当注重保存执行信托事务过程中形成的重要文件与资料，避免在产生纠纷时，因缺乏证据材料而无法证明己方忠实履行受托职责。对于委托人来说，也应当充分搜集与保存受托人存在过错、给己方造成损失的证据材料，只有充分举证，要求受托人承担损害赔偿责任的要求才能得到支持。

三、在信托产品已经清算、投资损失已然确定的前提下，委托人才能要求受托人承担损害赔偿责任

委托人主张受托人存在过错、未尽信义义务，从而导致己方损失，要求受托人承担损害赔偿责任，其前提是已经发生实际损失。那么，在信托财产尚未完成清算和分配的情况下，对于是否存在实际损失，委托人能否要求受托人承担损害赔偿责任，实践中存在分歧。

一方面，司法实践中倾向性裁判观点认为，在信托计划尚未终止，或者信托计划已经终止，但信托财产尚未清算与分配的情况下，委托人是否存在投资损失、投资损失的具体数额等都处于不确定状态，委托人不能要求受托人承担赔偿责任。在曹立、吉林省信托有限责任公司合同纠纷案^②，关于曹立在案涉信托投资中是否发生了实际损失，吉林信托公司、建行山西分行是否应承担赔偿责任的问题，最高人民法院认为，信托计划终止后应当对信托事务进行清算并按照合同约定分配信托财产。根据一审法院查明的事实，2016 年 7 月 8 日，山西省吕梁市中级人民法院裁定包括融资人在内的 32 家联盛系企业合并重整。此后，吉林信托公司根据法院批准的《山西联盛能源有限公司等三十二家公司重整计划》《重整计划（修正案）》确定的普通债权清偿方案 A、B，通过发布以通讯方式召开受益人会议等程序，最

^① 参见（2020）最高法民申 4151 号。

^② 参见（2020）最高法民申 4151 号。

终选择 B 清偿方案。故吉林信托公司就案涉信托财产形成的普通债权 1264827335.93 元中的 91.18% 转变为出资份额, 剩余 8.82% 留作债权。案涉信托计划终止后, 信托财产尚未完成清算和分配, 曹立在案涉信托投资中的损失尚未确定。故一审判决驳回曹立损害赔偿的请求, 有事实根据, 本院予以维持。

另一方面, 理论界存在不同看法, 中国政法大学副教授赵廉慧就认为, 《信托法》规定的损害赔偿并没有以信托清算为条件, 按照“预期收益+投资金额+逾期利息-回收的信托财产”是一个合理的计算标准。特别是在把信托财产以债权(贷款)的方式运用的场合, 如果受托人对投资项目履行了完全的尽职调查义务和合理增信措施, 除了出现较大的市场风险等, 预期收益反映了委托人应受保护的投资期待, 按照此计算委托人的损失具有一定的合理性。在晋城银行股份有限公司与中国金谷国际信托有限责任公司合同纠纷案^①, 山西省高级人民法院就采用了上述方法来认定受托人的损害赔偿责任。关于晋城银行的损失是否实际发生、金谷信托应否承担赔偿责任及赔偿数额的问题, 山西省高级人民法院认为, 根据《资金信托合同》第 21 条第 3 款约定, 信托终止后, 受托人应按本合同的约定返还信托财产。现信托终止后, 金谷信托未按合同约定向晋城银行返还信托财产, 故晋城银行的损失已实际发生。金谷信托违反合同规定的管理义务, 致使晋城银行信托财产受到损失, 故金谷信托应承担赔偿责任。2013 年 7 月 9 日, 晋城银行向金谷信托支付信托资金, 2 亿元, 经过计算, 截至目前, 信托期限内的信托收益晋城银行已获分配, 未返还的信托资金为 99137033.33 元。据此, 金谷信托应承担赔偿的数额为 99137033.33 元。在金谷信托承担赔偿责任后, 根据合同相对性原则, 有权向与其签订《信托贷款合同》《质押合同》《保证合同》《资金监管协议》等一系列合同的相对方主张权利或追究违约责任。但是此类案例很少, 主

流裁判观点依然是在信托财产已经清算并且完成分配、投资损失已经确定的前提下, 委托人才要求受托人承担损害赔偿责任。

四、信托合同中受托人承诺保本保收益的保底条款无效, 保底条款无效后, 法院会根据委托人与受托人的过错对投资损失进行酌情分担

《九民纪要》第 92 条规定: “信托公司、商业银行等金融机构作为资产管理产品的受托人与受益人订立的含有保证本息固定回报、保证本金不受损失等保底或者刚兑条款的合同, 人民法院应当认定该条款无效。受益人请求受托人对其损失承担与过错相适应的赔偿责任的, 人民法院依法予以支持。”因此, 信托合同中的保底条款应当认定为无效, 那么保底条款无效后的法律后果是什么、责任又该如何承担? 司法实践中此类案例较少, 而且存在不同做法。

在达州银行股份有限公司与山西平遥农村商业银行股份有限公司委托理财合同纠纷案^②, 本案虽为委托理财纠纷而非信托纠纷, 但《九民纪要》规定保底条款无效时, 是对整体资管产品的规范, 并未区分信托和其他资管产品, 因此本案对信托纠纷仍具有参考价值。四川省高级人民法院认为, 案涉《理财产品协议书》《承诺函》关于保本保收益的内容, 违反了《信托法》第 34 条关于“受托人以信托财产为限向受益人承担支付信托利益的义务”的规定, 违背了信托法律关系中信托财产具有独立性的基本特点, 也不符合对金融机构作为资产管理产品受托人不得承诺保底或刚兑的一贯监管政策要求, 故其应当认定为无效。就达州银行与平遥农商行之间的委托理财法律关系而言, 根据本案当事人签订两套协议的事实足以判定, 若没有保底约定的存在, 本案当事人尤其是作为委托人的达州银行应不会签订案涉协议; 在保底约定被确认无效后, 其缔约目的几乎丧失, 相关收益条款应属协议的目的条款和

^① 参见 (2019) 晋民初 28 号。

^② 参见 (2019) 川民初 36 号。

核心条款。因此，该部分约定不能成为相对独立的无效部分，其应导致协议整体无效。根据原《合同法》第 58 条的规定，平遥农商行应当返还达州银行已支付的理财本金 5 亿元，并支付因实际占用该部分资金而给达州银行造成的资金利息损失，利息应从达州银行支付理财本金的次日起，按照中国人民银行发布的同期同类贷款基准利率计算。本案中法院秉持的态度是，包括信托在内的资管产品，保底条款的无效导致整体合同无效，资管产品的受托人应当向委托人返还投资本金，并按同期贷款利率或贷款市场报价利率计算资金占用利息。

在赖文静、广州财大投资管理有限公司委托理财合同纠纷案^①，广州市中级人民法院认为，案涉《补充协议》中承诺本金不受损属于法律法规所禁止的保底条款，应当认定该保底条款无效，进而认定《补充协议》属无效协议。财大公司作为专业的投资机构，向投资者承诺本金不受损失，对于《补充协议》的无效存在过错。赖文静作为该基金的合格投资者，理应知晓投资机构不得向投资者承诺投资本金不受损失或者承诺最低收益。况且，涉案主合同明确约定“基金管理者承诺依照恪守职守、诚实信用、谨慎勤勉的原则管理和运用基金财产，不保证基金财产一定盈利，也不保证最低收益”，赖文静在签署主合同时显然已知晓，因此其对于涉案《补充协议》的无效亦存在过错。双方均属于明知或应知法律所禁止的事项而签订涉案《补充协议》，对此均负有相当的过错，一审法院根据主合同约定的业绩报酬比例认定财大公司应就赖文静投资全部本金亏损的 20% 承担赔偿责任并无不当。本案中法院秉持的态度是，保底条款的无效并不导致整体合同的无效，委托人与受托人均对保底条款无效存在过错，受托人应当按照一定比例对委托人的投资损失承担赔偿责任，本案中法院是根据信托公司的业绩报酬比例 20% 来确定受托人的责任范围。

五、通道业务中受托人一般不承担赔偿责任，但受托人仍需尽到基本管理义务，否则同样可能承担损害赔偿责任

（一）通道业务中受托人一般不承担赔偿责任

按照受托人职责范围的不同，营业信托可以分为事务管理型信托和主动管理型信托。事务管理型信托，又称为通道业务，是指当事人在信托文件中约定，委托人自主决定信托设立、信托财产运用对象、信托财产管理运用处分方式等事宜，自行承担信托资产的风险管理责任和相应风险损失，受托人仅提供必要的事务协助或者服务，不承担主动管理职责。《资管新规》第 22 条明确规定：“金融机构不得为其他金融机构的资产管理产品提供规避投资范围、杠杆约束等监管要求的通道服务。”因此以规避监管为目的的通道业务已明确被监管部门所禁止，通道业务的效力也应认定无效。但是，为了确保平稳过渡，监管部门按照“新老划断”原则，将过渡期设置为截至 2020 年年底，最高人民法院在《九民纪要》第 93 条中也指出，在过渡期内认可通道业务的效力。2020 年 7 月 31 日，中国人民银行等部门发布通知，将资管新规过渡期延长至 2021 年年底。也就是说，截至 2021 年 12 月 31 日以前，通道业务的效力依然得到肯定，因此暂无关于通道业务无效以及无效之后的责任承担的案例。

在目前的司法实践中，法院认可通道业务的有效性，并根据信托合同的约定来判断双方的权利义务关系，因为受托人往往只负责有限的协助义务，受托人一般都无须承担赔偿责任。在北京中金信融资产管理中心、光大兴陇信托有限责任公司合同纠纷案^②中，最高人民法院认为，在认定信托公司是否违反谨慎义务的同时应结合信托管理类型进行判断，光大信托公司在该信托关系中系依照中金信融中心的指示，被动的管理信托财产，即案涉信托业务是中金信融中心与光大信托公司达成的信托合

^① 参见（2019）粤 01 民终 23878 号。

^② 参见（2020）最高法民终 488 号。

意，光大信托公司按照中金信融中心的指示以自己为纽带向赫鑫利公司借款，并遵照中金信融中心的指示对赫鑫利公司进行考察、监督、调查，收取少量报酬，属于被动型的信托管理模式，中金信融中心负责对赫鑫利公司进行调查，光大信托公司所负的仅是有限的审慎注意义务，即对信托项目的合法合规性进行独立的尽职调查。在这种管理模式下，中金信融中心要求光大信托公司对赫鑫利公司的抵押权落空承担赔偿责任，有违公平。

（二）通道业务并不当然免除受托人的责任，通道业务中受托人也存在承担赔偿责任的可能

在绝大部分关于通道业务的案例中，受托人都无须承担赔偿责任。但在《九民纪要》出台之后，依然存在两起通道业务判赔的案件。通过对这两起案件的考察，可以简要分析通道业务中受托人是否承担责任的判断标准。

在华澳国际信托有限公司、吴曼财产损害赔偿纠纷案^①中，上海金融法院认为，在被动管理型信托业务中，信托公司虽主要依据信托合同约定履行相应义务，但其在以自身名义独立从事信托管理事务时，仍应尽到合理注意义务。本案中，虽然华澳信托系依据委托人指令履行后续管理义务，自身并无主动调查的义务，但并不代表其可以在未经调查的情况下出具没有任何事实依据的《项目风险排查报告》。华澳信托作为专业的金融机构，在明知委托资金系属私募募集资金的情况下，更应当审慎回应委托人提出的明显不合理的要求。华澳信托出具的《项目风险排查报告》虽为内部资料，但被犯罪分子利用。华澳信托出具虚假调查报告的行为客观上起到了蒙骗投资者的作用，应对吴曼等投资者投资被骗受损负有一定责任。最终酌情认定华澳信托对吴曼的涉案损失承担20%的补充赔偿责任。

在陈某与天津大业亨通资产管理有限公司、光大兴陇信托侵权责任纠纷案^②中，北京

朝阳区人民法院认为，光大信托在相关信托计划成立时，未按照《银监会关于印发信托登记管理办法的通知》的要求对该信托产品进行登记，也未按要求补办信托登记，违反了有关规定，大业亨通、光大信托没有向陈某送达过《光大·大通阳明18号集合资金信托计划之信托合同》和《股权收益权转让及回购合同》，陈某并不知晓信托文件及交易文件的具体约定，光大信托又未按有关规定办理信托登记，使得陈某无法通过公开途径查询信托计划详细信息。而且在股权收益权转让及回购交易中仅由工大高总办理了《账户限制单》及具有强制执行力的债权文书公证，该信托产品风险较高。在此情况下，光大信托未按中国银保监会《信托公司集合资金信托计划管理办法》第9条的规定，事前进行尽职调查，就可行性分析、合法性、风险评估、有无关联方交易等事项出具尽职调查报告，仍与大业亨通签订事务管理信托合同，约定光大信托不做尽职调查、不盯市、不承担主动管理职责。如此情况下，光大信托作为信托公司，在本信托合同履行过程中更应按照法律规定恪尽职守，履行诚实信用、谨慎勤勉的义务，为受益人的最大利益处理信托事务，但在发生*ST工新股价触及警戒线、工大高总发生对其经营或财产状况产生重大不利后果的诉讼以及工大高总不按约支付回购款的情况时，光大信托不及时商请、催促大业亨通指令其要求股票质押、申请强制执行，不采取措施防止损失发生、扩大，仅以本信托系通道业务，其不应主动管理为由，对投资人的资金损失持放任态度，未尽到其作为受托人应尽的谨慎有效管理并维护受益人最大利益的法律义务。值得注意的是，法院还认为，虽然资管计划尚未清算，但是陈某已确定不能收回其投资本金及收益，即陈某的损失已经确定发生，大业亨通和光大信托应赔偿陈某的损失。最终判令光大信托对陈某的投资本金损失及资金占用损失承担100%的赔偿责任。

从上述两起案件可以看出，即使是通道业

^① 参见（2020）沪74民终29号。

^② 参见（2019）京0105民初87359号。

务，受托人也应当尽到最基本的注意义务，包括对信托资金的来源合法性进行审查、对己方出具文件的真实性负责、在信托产品涉及关联交易时更高的注意义务、在信托财产可能遭受重大损失时及时通知并采取相应措施等。否则，受托人依然可能需要承担损害赔偿责任。

六、结 语

资管产品种类繁多、交易结构多样，其涉及的法律问题远不止本文所提及的内容。本文

聚焦于信托纠纷中的受托人责任承担，当委托人能够证明受托人存在未履行信义义务的情形且造成己方损失时，有权要求受托人承担相应损害赔偿责任，赔偿实际损失。而通道业务作为特殊的信托类型，虽然一般难以追究受托人的责任，但在受托人未履行基本注意义务的情况下，依然有承担损害赔偿责任的可能。在强监管时代已然来临，资管新规过渡期将要结束之际，资管领域争议解决将迎来新发展、新变化，需要我们持续观察与研究。

站在“发明构思”的肩膀上看创造性

——兼评伊拉兹马斯大学鹿特丹医学中心、罗杰·金登·克雷格与国家知识产权局发明专利申请驳回复审行政纠纷案



周艾琳，先后于杜伦大学及巴斯大学取得教育学及理学硕士学位，具有复合的知识背景。自2017年始在某外资律师事务所驻北京代表处从事知识产权法律工作，后就职于某央企，2020年1月加入北京德和衡律师事务所，从事知识产权维权工作，服务的客户多为国内外知名奢侈品服装公司、游戏软件公司、化学制药公司、品牌管理公司及科技初创公司。

摘要：“发明构思法”作为一种创造性判断的方法，有利于避免不同审查员对“三步法”的理解存在不同，避免审查员存在偏离“三步法”精神实质的不当做法，从而进一步避免低估专利创造性高度的情况发生。本文从发明构思法的要旨与应用出发，结合上诉人伊拉兹马斯大学鹿特丹医学中心、罗杰·金登·克雷格与被上诉人国家知识产权局发明专利申请驳回复审行政纠纷案说明运用“发明构思法”可以避免教条地执行“三步法”而忽略了对发明构思的把握，进而可以对创造性做出较为准确、客观、公正的判断。

关键词：专利，创造性，发明构思

引言

抛开技术层面，仅就标新立异而言，摸索的过程通常经过三部曲，即先是思想思长辈之所思所想；接着是脱了传统的胎而尚未换骨；最后是天分够足，苦工足够，自然立异，见出风格^①。在技术发明中，思想思长辈之所思所想就是对背景技术的研究，从技术现状入手找出可以改进的方向；脱了传统的胎而尚未换骨则是寻找到要解决的技术问题，明确了发明的方向而尚未取得最后成功的状态；最后，经过研发、实验、试验、检测等努力，找到克服现有技术中缺点或不足的技术方案，完成“脱胎换骨”的过程。

可见，无论是技术层面的创新还是文学、艺术层面的标新，都需要一个完整的过程，不全盘分析和理解这个过程，难以准确把握其从“传统”“固有”思想到“新”思想的飞跃，更无法评述这个过程中所体现的“创造性”。

“发明构思法”作为一种创造性判断的方法，有利于避免不同审查员对“三步法”的理解存在不同，避免审查员存在偏离“三步法”精神实质的不当做法，从而进一步避免低估专利创造性高度的情况发生。本文从发明构思法的要旨与应用出发，结合上诉人伊拉兹马斯大学鹿特丹医学中心、罗杰金登克雷格与被上诉人国家知识产权局发明专利申请驳回复审行政纠纷案^②说明运用“发明构思法”可以避免教条地执行“三步法”而忽略了对发明构思的把握，进而可以对创造性做出较为准确、客观、公正的判断。

一、发明构思与发明构思法

发明构思的概念出现在《专利法》第31条第1款中，即“一件发明或者实用新型专利申请应当限于一项发明或者实用新型。属于一个总的发明构思的两项以上的发明或者实用新型，可以作为一件申请提出”。这一概念在《专利法实施细则》第34条中得到了进一步说明，即“可以作为一件专利申请提出的属于一个总的发明构思的两项以上的发明或者实用新型，应当在技术上相互关联，包含一个或者多个相同或者相应的特定技术特征，其中特定技术特征是指每一项发明或者实用新型作为整体，对现有技术作出贡献的技术特征”。

在学术研究中，学者们对发明构思的定义表述略有不同。有学者指出，发明构思本质来源于发明创造过程中的技术构思^③。有学者认为，从《专利法》和《专利法实施细则》对发明构思这一概念的说明来看，发明构思是技术性的，通过技术特征来体现的发明相对于现有技术做出的贡献^④。有学者将发明构思解释为在发明创造的完成过程中，发明人为解决所面临的技术问题在谋求解决方案的过程中所提出的技术解决路线^⑤。有学者指出发明构思可分为基础构思和改进构思两部分，其中基础构思是指涉及技术主题、技术问题和技术原理的构思，而改进构思是指在基础构思的基础上，采用特定技术手段解决特定技术问题的构思^⑥。

尽管业界对于发明构思的定义与解释存在差别，对于确定发明构思的方法和思路却存在共识——从专利说明书入手，通过技术问题、

① 参见董桥《英华沉浮录》中“来鸿谈文”一文。

② 参见（2020）最高法知行终6号行政判决书，<https://law.wkinfo.com.cn/judgment—documents/detail/MjAzNDM1MDIwODg%3D?searchId=5c318dc8452b4b48b318ade91735efdd&index=2&q=2017京73行初5497&module=>，2021年6月25日访问。

③ 欧阳石文：《基于发明构思的专利申请文件撰写》，载《专利代理》2018年第2期。

④ 曹丽冉、董占祥：《基于发明构思的专利创造性审查》，载《广东化工》2018年第16期。

⑤ 刘丽伟：《把握发明构思，客观判断创造性》，载《中国知识产权报》，<http://www.cneip.org.cn/html/17/37598.html>，2021年6月24日访问。

⑥ 周胜生：《技术创新型检索“两步法”研究——以专利为视角》，载《知识产权》2018年第8期。

技术手段和技术效果把握专利的发明构思^①。换言之，发明构思的分析与判断需要从技术问题从何而来、技术改进因何为之、技术效果因何而就这几个方面进行全面综合的考虑^②。

图1系笔者结合现有研究绘制的基于发明构思法分析专利创造性的流程图。简单来说，技术问题可以从两方面来看，首先通过分析背景技术确定现有技术中的缺点与不足，然后明确要解决的技术问题，即发明的方向^③。技术方案实际上解释了“发明人是怎么做的”这一问题，是发明人为解决“要解决的技术问题”所采取的技术措施的集合^④。只有当技术方案已经解决了“要解决的技术问题时”，讨论技术效果才有意义。以往案例中，不乏区别特征类似公共交通中“最后一公里”问题的情况出现，涉案专利与对比文件之间的区别特征是一步之遥的常规手段改进，还是对比文件无法实现的技术效果，需要从背景技术、需要改进的技术问题、涉案专利采取的技术手段一步一步分析直至实现技术效果是否相同的判断。

实践中，“发明构思法”相较传统“三步法”的贡献在于，当涉案专利所要求保护的技术方案与最接近的现有技术的区别特征仅在于看似常见的结构的情况下，如不从发明构思的角度思考，不比较现有技术中采用该手段所解决的技术问题是否与涉案专利相同，不考虑区别特征给涉案专利带来的技术效果，只是孤立地看技术手段本身是否是常见的技术手段，则

很容易得出区别特征是本领域的公知常识或对于本领域技术人员来说容易想到，因此得到涉案专利不具备创造性的结论^⑤，“发明构思法”可以有效避免教条执行“三步法”的具体步骤而错误评估涉案专利的创造性高度^⑥。

二、“发明构思法”的应用

发明构思法的主旨在于充分、恰当的理解专利，其应用贯穿专利撰写、实质性审查、无效宣告、侵权诉讼等各个程序中。

在专利撰写中，发明构思法作为一个总的原则，指引撰写者从发明所要解决的技术问题、所采取的关键技术手段、解决所述问题获得的对应的技术效果，以及发明的技术思路^⑦等方面描述一项完整的发明，体现发明构思。

《专利审查指南》（以下简称“《审查指南》”）第二部分第四章3.1对创造性的审查原则作出了规定：“在评价发明是否具有创造性时，审查员不仅要考虑发明的技术方案本身，而且还要考虑发明所属技术领域、所解决的技术问题和所产生的技术效果，将发明作为一个整体看待。”《审查指南》第二部分第八章4.2指出，“审查员在开始实质审查后，首先要仔细阅读申请文件，并充分了解背景技术整体状况，力求准确地理解发明。重点在于了解发明所要解决的技术问题，理解解决所述技术问题的技术方案和该技术方案所能带来的技

① 参见刘国伟：《从专利撰写的角度谈专利侵权诉讼中适用等同原则的问题——兼评〈从一起专利侵权诉讼案的侵权分析谈——技术问题、技术方案及其与发明构思的关系〉一文》，载2011年中华全国专利代理人协会年会暨第二届知识产权论坛论文集，第434—443页；姚川、周雯菁：《浅谈在专利审查中如何明晰技术问题和技术效果》，载《科技与创新》2019年第17期，第81—82页；魏征：《是技术方案之间的等同还是特征的等同——从一起专利侵权诉讼案谈等同原则的适用（上）》，载《中国发明与专利》2009年第11期；喻学兵、曾浩：《从发明构思的角度对创造性争议的思考》，载《专利代理》2020年第1期；沈芳、王新艳：《浅析发明构思在天然化学领域专利审查中的应用》，载《经济与法》2019年第2期。

② 马文霞、刘丽伟：《创造性判断中发明构思的把握与应用》，<http://reexam.cnipa.gov.cn/alzx/scrdzjt/19926.htm>，2021年6月24日访问。

③ 刘国伟：《从专利撰写的角度谈专利侵权诉讼中适用等同原则的问题——兼评〈从一起专利侵权诉讼案的侵权分析谈——技术问题、技术方案及其与发明构思的关系〉一文》，载2011年中华全国专利代理人协会年会暨第二届知识产权论坛论文集，第436页。

④ 刘国伟：《从专利撰写的角度谈专利侵权诉讼中适用等同原则的问题——兼评〈从一起专利侵权诉讼案的侵权分析谈——技术问题、技术方案及其与发明构思的关系〉一文》，载2011年中华全国专利代理人协会年会暨第二届知识产权论坛论文集，第436页。

⑤ 飞竹玲、候炳萍：《浅谈专利审查中基于发明构思的创造性评判》，载《中国发明与专利》2019年第8期。

⑥ 王健、温国永：《从“发明构思”出发理解专利的创造性》，载《中国发明与专利》2016年第9期。

⑦ 欧阳石文：《基于发明构思的专利申请文件撰写》，载《专利代理》2018年第2期。

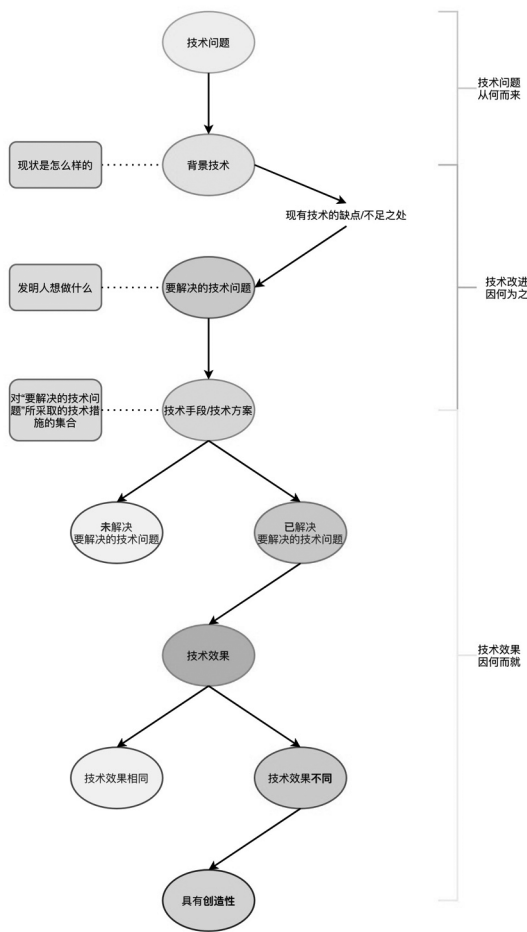


图1 基于发明构思法分析专利创造性的流程图

术效果，并且明确该技术方案的全部必要技术特征，特别是其中区别于背景技术的特征，进而明确发明相对于背景技术所作出的改进”。由此可见，依托发明构思法评判创造性贯穿实质审查的全过程。通过实际案例^①可以总结出：（1）通过再现发明构思的方式，可以证明发明的非显而易见性；（2）从探索发明构思的角度，重构发明，可以求证本发明的非显而易见性；（3）从发明构思出发，可以有效论述发明与现有技术的距离^②，从而有效减少或应对创造性争议。

在专利无效宣告程序中，当现有技术和涉案专利极其接近时，运用“发明构思法”有利于更为客观地进行创造性判断。一个经典案例是国家知识产权局针对名称为“餐馆服务系统”（专利号为 ZL200680037518.6）的发明专利作出维持该专利有效的第 41958 号行政决定过程中对“发明构思法”的应用。该案中，无效宣告请求人主张涉案专利的技术方案相对于对比文件 1 与公知常识、对比文件 1 与对比文件 2 的结合不具备创造性。对比文件 1 公开

① 参见喻学兵、曾浩：《从发明构思的角度对创造性争议的思考》，载《专利代理》2020 年第 1 期；姚川、周雯菁：《浅谈在专利审查中如何明晰技术问题和技术效果》，载《科技与创新》2019 年第 17 期；王健、温国永：《从“发明构思”出发理解专利的创造性》，载《中国发明与专利》2016 年第 9 期；飞竹玲、候炳萍：《浅谈专利审查中基于发明构思的创造性评判》，载《中国发明与专利》2019 年第 8 期。

② 喻学兵、曾浩：《从发明构思的角度对创造性争议的思考》，载《专利代理》2020 年第 1 期。

了一种食物供应装置，其中包括一个高于服务柜台的抬升平台，用于准备食物，在抬升平台和服务柜台之间设置轨道，食物准备完毕后放置在轨道上，借助重力作用传送到服务柜台上，再由服务员将食物从服务柜台取出，交给坐在柜台周围的顾客；对比文件 2 则公开了类似铁道的轨道系统。涉案专利与作为最接近现有技术的对比文件 1 的区别特征之一在于，二者虽然都利用了借助重力作用的轨道系统，但是涉案专利的技术方案限定了轨道系统延伸连接至顾客的餐桌，可以通过轨道借助重力作用

直接将餐饮食物运送到顾客的餐桌上，而对比文件 1 仍然将食物传送到服务台，再由服务员将食物取出运送到餐桌上^①。简而言之，涉案专利与现有技术相比，二者均采用了借助重力作用的轨道系统，区别仅在于是否直接送到顾客餐桌上。第 41958 号无效宣告请求审查决定以该区别特征为切入点，利用“发明构思法”从涉案专利与对比文件 1 的技术问题、技术手段和技术效果三个方面综合考虑，并结合餐饮行业的技术发展规律和技术现状，对涉案专利的创造性进行判断，如图 2 所示。

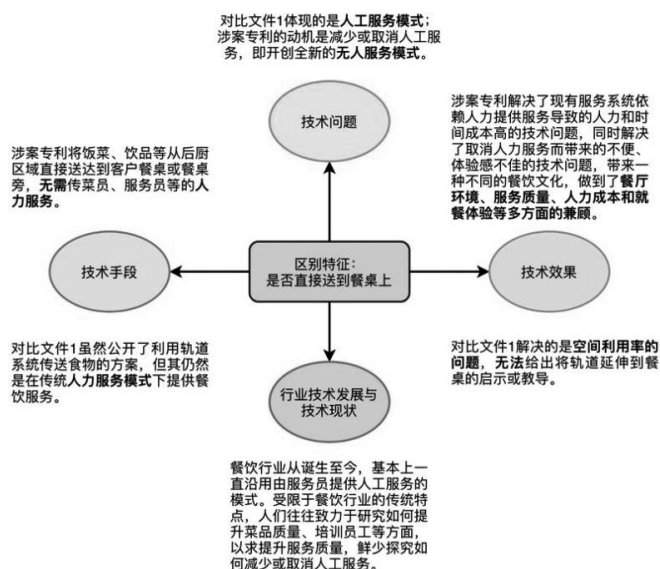


图 2 第 41958 号行政决定过程中对“发明构思法”的应用

“发明构思法”同样可以应用在专利侵权诉讼中。北京市高级人民法院《专利侵权判定指南（2017）》第 45 条对“等同侵权”的判断作出指导，被诉侵权技术方案有一个或者一个以上技术特征与权利要求中的相应技术特征从字面上看不相同，但是属于等同特征，在此基础上，被诉侵权技术方案被认定落入专利权保护范围的，属于等同侵权^②。而等同特征的

确认则依赖于：（1）与权利要求所记载的技术特征以基本相同的手段；（2）实现基本相同的功能；（3）达到基本相同的效果；（4）本领域普通技术人员无需经过创造性劳动就能够想到的技术特征。“发明构思法”强调通过技术问题、技术手段和技术效果把握专利的发明构思，尽管我国司法实践中采用“周边限定”和

^① 刘丽伟：《把握发明构思，客观判断创造性》，载《中国知识产权报》，<http://www.cneip.org.cn/html/17/37598.html>，2021 年 6 月 24 日访问。

^② 参见北京市高级人民法院：《专利侵权判定指南（2017）》，<http://bjgy.chinacourt.gov.cn/article/detail/2017/04/id/2820737.shtml>，2021 年 6 月 24 日访问。

“中心限定”间的“折中限定”^①，凭借“发明构思法”分析专利所解决的技术问题，所运用的技术手段和所达到的技术效果，在专利侵权诉讼中具有积极意义。在一 CCD 贴膜机案中，一审法院认定等同侵权，二审法院着重从技术手段的区别入手考虑并翻案。二审判决指出，“对于是否构成等同，首先要对技术手段进行判断，而不能仅仅对两者的功能、效果存在的共性进行上位的概括。基本相同的手段一般是指在被诉侵权行为发生日前所述技术领域惯常替换的技术特征以及工作原理基本相同的技术特征”。据此原则，二审判决认定，从技术手段考虑，被诉侵权产品只是通过唯一的第一 CCD 相机采集待组装工件的位置信息，在此之后，不再进行信息采集，而涉案专利采用第一和第二对位相机进行两次位置信息采集并进行对比以计算偏移量。因此，被诉侵权产品与涉案专利的权利要求 1 相比，二者采用的技术手段不同。从技术效果考虑，涉案专利通过两次位置采集确保了单次贴膜操作的对位精度，但有可能影响生产效率；而被诉侵权产品只进行一次位置信息采集，效率能够提高，但是对位精度可能降低^②。由此，二审判决认定二者不构成等同。在判断等同侵权时，在理解发明构思的基础上把握整体技术方案是非常重要的。因此需要利用“发明构思法”，将技术手段、工作原理和技术效果结合到一起，从技术方案整体角度出发更能分清楚两个具体技术特征之间是否成立等同。如果在本案中不考虑分两次采集位置信息以进行偏移量比对从而达到提高精度的效果这一核心技术构思，那么在被诉侵

权产品本身已经存在一个 CCD 相机的情况下，有可能简单地将其理解为已经包含在若干 CCD 相机的范围内，也不大容易说清楚其功能和效果到底有什么差别^③。

“发明构思法”在专利撰写、审查、无效宣告、侵权诉讼等程序中的应用每一个都值得深度挖掘与研究，限于篇幅，笔者无法进一步一一展开。创造性判断是一种“事后的判断”，不可避免地会存在一定的主观性^④。如果未能理解涉案专利与对比文件的发明构思，在其发明构思不同时就采用“三步法”中的后两部进行判断，便会得出偏颇的结论。因此，应当重视“发明构思法”在各专利程序中的运用。下文在评述伊拉兹马斯大学鹿特丹医学中心、罗杰·金登·克雷格与国家知识产权局发明专利申请驳回复审行政纠纷案时将进一步说明站在“发明构思”的肩膀上看创造性的必要性。

三、伊拉兹马斯大学鹿特丹医学中心、罗杰·金登·克雷格与国家知识产权局发明专利申请驳回复审行政纠纷案

（一）案情、背景介绍

本案涉及申请号为 200980151815.7，名称为“表达人源化抗体的非人转基因动物及其用途”的发明专利申请。对比文件 1 是公开日为 2006 年 1 月 19 日，专利号为 US2006/0015949A1 的专利文献，其具体公开了一种获得采用非人转基因动物生产异源抗体以及相关非人转基因动物的方法。对比文件 2 是 1991

① 魏征：《是技术方案之间的等同还是特征的等同——从一起专利侵权诉讼案谈等同原则的适用（上）》，载《中国发明与专利》2009 年第 11 期。

② 姚冠扬：《专利侵权诉讼中等同原则适用实务分析与探讨》，<https://mp.weixin.qq.com/s/MDPMx28nOT3vt0gOSNI0FA>，2021 年 6 月 24 日访问。

③ 姚冠扬：《专利侵权诉讼中等同原则适用实务分析与探讨》，<https://mp.weixin.qq.com/s/MDPMx28nOT3vt0gOSNI0FA>，2021 年 6 月 24 日访问。

④ 刘丽伟：《把握发明构思，客观判断创造性》，载《中国知识产权报》，<http://www.cneip.org.cn/html/17/37598.html>，2021 年 6 月 24 日访问。

年4月4日发表于Nature, 题为*A B cell—deficient mouse by targeted disruption of the membrane exon of the immunoglobulin μ chain gene*的文献, 其公开了通过小鼠胚胎干细胞的基因靶向技术, 将编码C μ 区的基因的膜外显子之一破坏, 由此得到了纯合突变小鼠, 其体内B细胞消失, 以及第一膜外显子的第三密码子被突变为TAG终止密码子。

经实质审查, 国家知识产权局原审查部门于2016年1月19日发出驳回决定, 以权利要求2、3、6—17不符合《专利法》第22条第3款的规定为理由驳回了该发明专利申请。合议组确定对比文件1为最接近的现有技术。涉案专利申请中权利要求1与对比文件1的区别在于: 第一, 权利要求1中限定了在内源重链基因座中的突变为在内源重链基因座的C μ 区的M1外显子的第二密码子引入终止密码子; 第二, 权利要求1特别限定了恒定区为大鼠恒定区, 而对比文件1公开的是鼠类恒定区, 权利要求1还限定了含鼠来源的重链免疫球蛋白LCR; 基于所述区别特征, 权利要求1相对于对比文件1所要解决的问题是, 提供一种制备抗原特异性异源单克隆抗体的方法。

针对区别技术特征1, 合议组认为: 对比文件2公开了通过小鼠胚胎干细胞的基因靶向技术, 将编码C μ 区的基因的膜外显子之一破坏, 由此得到了纯合突变小鼠, 其体内B细胞消失; 第一膜外显子的第三密码子(属于CH1结构域)被突变为TAG终止密码子。对比文件1已经公开了去除 μ 基因能够阻断生产重链的B细胞前体的成熟, 因此, 对比文件1使得本领域技术人员关注通过阻断 μ 基因的功能, 防止任何功能性重链的部分的类型转换从而实现对相关B细胞成熟的抑制, 而对比文件2中明确给出了通过在所述特定位点引入终止密码子从而得到免疫球蛋白生成功能缺失的小鼠的技术启示, 本领域技术人员在此基础上, 为了更好更直接地实现对小鼠内源重链基因表达

的抑制, 很容易想到采用对比文件2中的相应方法对对比文件1中的小鼠进行突变改造, 而对于具体的在C μ 区的M1外显子引入终止密码子的位置, 可由本领域技术人员通过常规选择获得, 涉案申请也没有证据表明在权利要求1限定的特定位置引入终止密码子获得了预料不到的技术效果。

针对区别技术特征2, 合议组认为: 对比文件1已经明确公开了在构建杂交抗体时可以使用鼠类的恒定区, 并进一步阐述这种做法的优势(如保留宿主功能效应), 在此基础上, 本领域技术人员很容易想到通过常规实验选择其中的大鼠或小鼠的恒定区, 本申请也无证据表明使用大鼠恒定区获得了预料不到的技术效果; 对比文件1已经公开了需要在构建杂合抗体转入外源基因时加入表达调节序列, 本领域技术人员能够知晓(LCR)属于免疫球蛋白重要的调控序列, 能够显著增强相关基因的表达, 客观上起到转录增强子的作用, 在此基础上, 本领域技术人员为了提高相关免疫球蛋白的表达, 很容易想到使用该调控元件, 此为领域常规技术手段。

基于上述两点, 合议组认定: 结合对比文件1、对比文件2以及本领域常规技术手段获得权利要求1请求保护的技术方案对于本领域技术人员而言是显而易见的, 权利要求1请求保护的技术方案不具有突出的实质性特点和显著进步, 不符合专利法第22条3款关于创造性的规定。

该驳回决定决议要点指出: 评价一项发明是否具备创造性时, 应将其与最接近的现有技术比较以确定区别技术特征, 然后考察现有技术整体上是否给出了将上述区别技术特征应用到该最接近的现有技术以获得该发明技术方案的启示。如果现有技术中存在这种启示, 并且所获得的发明的技术效果是可以预料的, 则该发明不具备创造性。

发明人伊拉兹马斯大学鹿特丹医学中心

(以下简称“鹿特丹医学中心”)、罗杰·金登·克雷格(以下简称“克雷格”)不服上述驳回决定向北京知识产权法院(以下简称“北知法院”)提起诉讼^①。北知法院认定该案主要涉及以下三个问题:(1) 被诉决定对本申请权利要求1与对比文件1之间的区别特征2的认定是否正确;(2) 涉案申请权利要求1是否具备创造性;(3) 被诉决定对本申请权利要求4的创造性评述是否正确。

关于“被诉决定对本申请权利要求1与对比文件1之间的区别特征2的认定是否正确”,鹿特丹医学中心和克雷格主张被诉决定对区别特征2的认定错误,认为对比文件1中虽然多次使用了 murine(鼠类)一词,但根据其实施例和权利要求的具体语境和描述, murine 应特指 mouse(小鼠),因此区别特征2中“对比文件1公开的是鼠类恒定区”应为“对比文件1公开的是小鼠恒定区”。北知法院认为首先按照权威英文辞典的释义,“murine”的中文含义是“鼠科动物”,是对多个鼠类品种的总称,在无明确相反证据的情况下,应采用该词的通常含义;其次,对比文件1中多处将“murine”和“mouse”同时使用,并未对其进行严格区分,表明对比文件1并不关注鼠类品种的差异性;再次,对比文件1虽然用到“mouse”一词,但不能就此得出对比文件1公开的技术方案中明确排除了其他鼠类品种。此外,对比文件1说明书第0320段在使用“人类可变区”这一概念时将其与“non-murine”可变区等同,原文为“a non-murine (human) variable region and a murine constant region”,可见对比文件1在此处也使用了“murine”一词“鼠科动物”的通常含义,而并非应根据语境解释为“小鼠”。因此,北知法院认定被诉决定中区别特征2认定正确。

关于“涉案申请权利要求1是否具备创造性”,对于区别特征1,鹿特丹医学中心、克雷格主张:(1) 对比文件1中B细胞发育途径是必须的,而对比文件2则不存在B细胞,因而两者无法结合;(2) 对比文件1教导本领域技术人员,有效沉默内源重链基因座需要较大的基因缺失,而对比文件2则教导本领域技术人员终止密码子可以有效沉默内源重链基因座,因此本领域技术人员会理解,在对比文件1中引入终止密码子并不足以有效沉默内源重链基因座,进而不会将对比文件1和对比文件2相结合。北知法院认为,对比文件1中有关B细胞发育途径是必须的等相关内容是说明书背景技术中对现有技术的介绍,并非对比文件1的发明内容。与此相反,对比文件1明确公开了有三种方法可以使重链或κ基因轻链基因座失效,其中最直接的是通过引入终止密码子破坏恒定区编码序列,这与对比文件2是一致的,因此两者不存在结合障碍。此外,对比文件1已经公开了使用终止密码子进行失活的相关技术方案,对比文件2也明确给出了使用终止密码子失活基因座的技术启示,因此两者并不存在结合障碍。对于区别特征2,北知法院坚持“murine”应当作“鼠类”理解,大鼠和小鼠均属于常见的鼠类实验品种,本领域技术人员选择大鼠或小鼠的恒定区并不需要付出创造性劳动,同时现有证据亦不足以证明使用大鼠恒定区获得了预料不到的技术效果。据此北知法院认定涉案申请权利要求1不具备创造性,被诉决定认定正确。

关于“被诉决定对本申请权利要求4的创造性评述是否正确”,鹿特丹医学中心、克雷格主张诉决定未对权利要求4的创造性问题进行具体评述,认为权利要求4具备创造性,其

^① 参见(2017)京73行初5497号行政判决书, <https://law.wkinfo.com.cn/judgment—documents/detail/MjAzMTQ-wODc0NjE%3D?searchId=5c318dc8452b4b48b318ade91735efdd&index=1&q=2017京73行初5497&module=>, 2021年6月25日访问。

理由是对比文件 1 虽然公开了转基因重链基因座，但是没有公开权利要求 4 的附加技术特征“超过一个”不同的转基因重链基因座。北知法院认为，被诉决定在评述完权利要求 3 的创造性后，载明“基于类似的理由”，权利要求 4 的技术方案也不符合《专利法》第 22 条第 3 款关于创造性的规定。此种评述方式是为了避免相类似理由的无意义重复，确保行文简洁，不能仅因其简洁即当然视为遗漏了对权利要求 4 创造性问题的评述。

基于上述认定，北知法院驳回鹿特丹医学中心、克雷格的诉讼请求。二者不服，向最高人民法院上诉。最高人民法院指出^①，创造性判断所运用的“问题——解决方案”思路中，一般遵循三个步骤：（1）确定最接近的现有技术；（2）确定发明的区别技术特征和发明实际解决的技术问题；（3）判断要求保护的发明对本领域普通技术人员而言是否显而易见。在确定区别技术特征时，应当准确理解权利要求书中记载的技术特征内容，从而与最接近的现有技术所公开的技术方案进行对比，进而得出区别技术特征。为确定区别技术特征，既要明确

权利要求书中记载的技术特征的内容和含义，又要准确理解最接近现有技术中相应技术特征的内容和含义。在此过程中，应当将最接近的现有技术的相应技术特征置于现有技术整体中进行理解和把握，避免将相应技术特征割裂开来来进行机械解读或者望文生义。虽然最高人民法院未在判决中体现“发明构思法”这样的表述，但“问题——解决方案”的思路实际体现了“发明构思法”。下面笔者将通过“发明构思法”来解析最高人民法院的判决。需要说明的是，下文的分析仅针对（2020）最高法知行终 6 号行政判决中对涉案专利申请权利要求 1 创造性的判断。

（二）运用“发明构思法”判断

根据上文所介绍的，发明构思贯穿在技术问题、技术手段和技术效果之中。在驳回复审和一审阶段，发明人鹿特丹医学中心、克雷格多次提到涉案专利申请与对比文件面临的技术问题。笔者首先针对对比涉案专利申请权利要求 1 与对比文件 1 的技术问题、技术手段进行对比。

表 1 涉案专利申请权利要求 1 与对比文件 1 技术问题对比

	涉案专利申请权利要求 1	对比文件 1
技术问题	一种用于产生能够产生杂交四聚体抗体的转基因小鼠的方法	一种获得采用非人转基因动物生产异源抗体以及相关非人转基因动物的方法

表 2 涉案专利申请权利要求 1 与对比文件 1 技术手段对比

	涉案专利申请权利要求 1	对比文件 1
技术手段	使用嵌合的 重链转基因 和嵌合的 轻链转基因 ，加入异源鼠科动物恒定区的嵌合基因座	使用产生免疫球蛋白 嵌合抗体 （转基因非人动物能够通过同种型转换生产多种同种型的 异源抗体 ，其生产人抗体的方法中使用的异源转基因为人重链转基因和人轻链转基因）

对于技术问题，涉案专利申请主要关注的是一种基于抗体的“改造工程”。关于技术手

^① 参见（2020）最高法知行终 6 号行政判决书，<https://law.wkinfo.com.cn/judgment—documents/detail/MjAzNDM1MDIwODg%3D?searchId=5c318dc8452b4b48b318ade91735efdd&index=2&q=2017京73行初5497&module=>，2021 年 6 月 25 日访问。

段，涉案专利申请权利要求1写明“使小鼠祖细胞的内源重链基因座和内源 κ 轻链基因座突变，其中所述突变包括将移码突变、多肽编码序列或一个或多个终止密码子引入各个基因座中，并且其中在内源重链基因座中的突变为在内源重链基因座的C μ 区的M1外显子的第二密码子引入终止密码子；由所述祖细胞产生小鼠，其具有显著降低或消除的形成包含从所述突变基因座产生的重排重链和轻链的功能性免疫球蛋白四聚体的能力；和将异源杂交人/大鼠重链和轻链基因座作为转基因通过显微注射引入受精卵中，所述受精卵由所述具有显著降低或消除的形成包含从所述突变基因座产生的重排重链和轻链的功能性免疫球蛋白四聚体的能力的小鼠提供，其中所述异源重链转基因基因座包含含有一个或多个V基因区段、一个或多个J基因区段和一个或多个D基因区段的人可变区、大鼠恒定区和鼠来源的重链免疫球蛋白LCR，并且其中所述异源轻链转基因基因座包含含有异源 κ 轻链基因座和相关B细胞特异性调节元件的转基因基因座和/或含有 λ 轻链基因座和相关B细胞特异性调节元件的转基因基因座，并且其中所述异源轻链基因座包含含有VL和J区段的人可变区和大鼠恒定区。”最终取得的技术目标包括“包含由所述突变基因座产生的重排重链和轻链的功能性免疫球蛋白四聚体的能力已大大降低或消除”。从权利要求1中不难总结出，涉案专利申请中技术手段的核心关键词是“突变”“转基因基因座”“重链和轻链”和“人可变区和大鼠恒定区”。

当分析对比文件1所公开的“问题——解决方案”（即发明构思），如果对比文件1与涉案专利申请权利的“问题——解决方案”思路不一致，可得出涉案专利申请相对于对比文件1具有创造性，而不再需要考虑对比文件2是否能够与对比文件1结合。

对比文件1要解决的问题是“产生异源抗体”，采取的解决方案是“反式转换”。具体

来说，对比文件1第320段公开了反式转换的重链可以是嵌合的人可变区和鼠恒定区。该处重链产生的抗体是嵌合的，来自于人的可变区和鼠恒定区，但不意味此处的鼠恒定区一定是异源转入的。由于内源的基因包含小鼠恒定区，此处鼠恒定区至少存在外源鼠恒定区和内源鼠恒定区两种可能。最高人民法院认为，被诉决定直接认定该处鼠恒定区为异源转入鼠恒定区，缺乏依据，存在逻辑推理错误。

更重要的是，对比文件1提供了含异源免疫球蛋白转基因的转基因非人动物，其中所述转基因非人动物能够通过同种型转换生产多种同种型的异源抗体，其生产人抗体的方法中使用的异源转基因为人重链转基因和人轻链转基因。根据对比文件1第320段记载的字面含义，其产生的是反式转换的免疫球蛋白，反式转换的重链可以是嵌合的人可变区和鼠恒定区。为进一步明确对比文件1公开的产生免疫球蛋白的技术方案中是否存在加入异源鼠科动物恒定区的可能性，需要结合对比文件1的整体特别是反式转换的含义进行理解。对比文件1第39段、第321段等内容对反式转换作了进一步解释，表明嵌合抗体通常是人重链转基因和内源鼠重链恒定区基因之间的反式转换而产生。据此可以确定，对比文件1公开的产生免疫球蛋白嵌合抗体的技术方案中并不存在加入异源鼠科动物恒定区的嵌合基因座的技术内容。

进而，最高人民法院认定被诉决定区别技术特征认定错误，涉案专利申请权利要求1与对比文件1的区别特征在于：（1）权利要求1中限定了在内源重链基因座中的突变为在内源重链基因座的C μ 区的M1外显子的第二密码子引入终止密码子；（2）权利要求1还限定了含鼠来源的重链免疫球蛋白LCR；（3）权利要求1的重链转基因座包含人的可变区和大鼠恒定区的嵌合基因座，而对比文件1的重链转基因座仅为人的基因座；（4）权利要求1的轻链

转基因座包含人的可变区和大鼠恒定区的嵌合基因座，而对比文件1的轻链转基因座仅为人的基因座。

由于国家知识产权局对于涉案申请相对于对比文件1的区别技术特征的认定错误，其应当对权利要求1是否具备创造性予以重新评述，并基于此对其他独立权利要求以及从属权利要求的创造性重新作出认定。最终，最高人民法院判决撤销北京知识产权法院（2017）京73行初5497号行政判决和撤销国家知识产权局第121386号复审请求审查决定，判决国家知识产权局就伊拉兹马斯大学鹿特丹医学中心、罗杰·金登·克雷格针对申请号为200980151815.7、名称为“表达人源化抗体的非人转基因动物及其用途”的发明专利申请提出的复审请求重新作出审查决定。

四、结语：“发明构思法”与“三步法”的关系

在驳回复审和一审中，国家知识产权局和北知法院采用传统“三步法”，即首先，确定最接近的现有技术；其次，确定发明的区别技

术特征和发明实际解决的技术问题；最后，判断要求保护的发明对本领域普通技术人员而言是否显而易见。而最高人民法院则指出“应当将最接近的现有技术的相应技术特征置于现有技术整体中进行理解和把握，避免将相应技术特征割裂开来机械解读或者望文生义”^①。其主旨是把握最接近的现有技术的发明构思。其实，在三步法的第一步“确定最接近的现有技术”中，就应当把握和分析相应对比文件的发明构思。笔者认为，对发明构思的把握，应放在“确定最接近的现有技术”的过程中，而非“把握最接近的现有技术的相应技术特征”中。

1. 从伊拉兹马斯大学鹿特丹医学中心、罗杰·金登·克雷格与国家知识产权局发明专利申请驳回复审行政纠纷案中可以看出，即使对发明构思法的运用推迟到分析“最接近的现有技术的相应技术特征”时，也可以有效避免在创造性这一“事后的判断”中因主观因素导致得出错误结论。可以说，无论采取什么方法，站在“发明构思”的肩膀上看创造性，才能苦工足够，见出风格。

^① 参见（2020）最高法知行终6号行政判决书，<https://law.wkinfo.com.cn/judgment—documents/detail/MjAzNDM1MDIwODg%3D?searchId=5c318dc8452b4b48b318ade91735efdd&index=2&q=2017京73行初5497&module=>，2021年6月25日访问。

小种子的大秘密

——植物新品种繁殖材料的商业秘密保护



周艾琳，先后于杜伦大学及巴斯大学取得教育学及理学硕士学位，具有复合的知识背景。自2017年始在某外资律师事务所驻北京代表处从事知识产权法律工作，后就职于某央企，2020年1月加入北京德和衡律师事务所，从事知识产权维权工作，服务的客户多为国内外知名奢侈品服装公司、游戏软件公司、化学制药公司、品牌管理公司及科技初创公司。

摘要：2021年中央一号文件《中共中央国务院关于全面推进乡村振兴加快农业农村现代化的意见》要求，“打好种业翻身仗”和“加强育种领域知识产权保护”。我国一直以来都是种业大国、农业大国。近年，围绕“种子”的知识产权纠纷案件数量高速增长。早在2000年前后我国学者、种业业内人士就对种子企业的商业秘密保护进行了探索。2020年《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》首次明确人民法院可以认定植物新品种繁殖材料构成《反不正当竞争法》第9条第4款所称的技术信息，即植物新品种繁殖材料可以作为商业秘密进行保护。但是何为“植物新品种繁殖材料”以及该类商业秘密案件中的鉴定问题一直是难点。2021年7月7日起施行的《最高人民法院关于审理侵害植物新品种权纠纷案件具体应用法律问题的若干规定（二）》对植物新品种繁殖材料的商业秘密保护颇具借鉴意义。本文旨在结合新规探讨植物新品种繁殖材料作为商业秘密保护的难点问题。

关键词：植物新品种繁殖材料，商业秘密，知识产权

一、前言

最高人民法院知识产权法庭副庭长周翔就《最高人民法院关于审理侵害植物新品种权纠纷案件具体应用法律问题的若干规定（二）》（以下简称“新的《品种权司法解释》”）答记者问时指出，种子是农业的“芯片”，我国已是世界种业大国，加强种业知识产权保护、推动种业自主创新，对于农业高质量发展和维护国家粮食安全具有基础性、决定性的战略意义^①。早在2000年前后，我国学者与种业业内人士就对种子企业的商业秘密保护进行了探索^②。然而以“种子商业秘密”“植物新品种商业秘密”为关键词在中国裁判文书网进行检索，相关判例极少。我国对于种子的保护几乎是基于植物新品种权进行的^③。2020年9月，《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》首次明确人民法院可以认定植物新品种繁殖材料构成《反不正

当竞争法》第9条第4款所称的技术信息，即植物新品种繁殖材料可以作为商业秘密进行保护。在司法实践中，将植物新品种繁殖材料作为商业秘密进行保护还需要面对和攻克至少两大难题——植物新品种繁殖材料的认定与同一性鉴定。近年来，植物新品种权侵权纠纷案件数量逐年增加，该类案件的审判实践对于攻克上述两大难题有重要的借鉴、指导意义。特别是2021年7月7日起施行的新的《品种权司法解释》，对植物新品种繁殖材料的认定、鉴定方法与不同鉴定方法的证明力顺位问题均作出了进一步解释。这些内容，在涉及植物新品种繁殖材料的商业秘密案件中也应给予高度重视。本文从种子企业的商业秘密保护谈起，重点探讨对于“植物新品种繁殖材料”的界定与同一性鉴定问题，最后结合新的《品种权司法解释》谈谈其对植物新品种繁殖材料类商业秘密案件的指导意义。

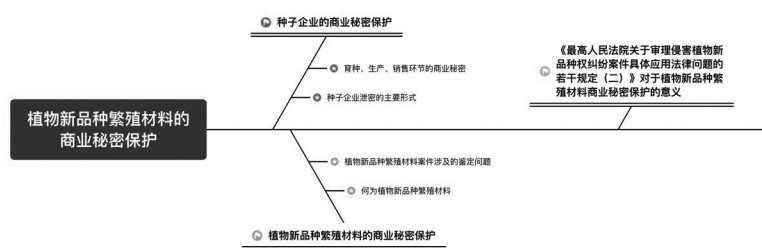


图1 本文内容概览

二、种子企业的商业秘密保护

（一）种子企业的商业秘密

基于种子企业的整体特点，在育种、种子

生产和种子销售这三个环节中都涉及商业秘密，如图2所示。

育种环节大体可以分成四阶段。首先需要育种家根据其经验与专业知识选取一定范围的育种材料，然后在这些材料中通过培育和选

① 参见最高人民法院知识产权法庭负责人就《最高人民法院关于审理侵害植物新品种权纠纷案件具体应用法律问题的若干规定（二）》答记者问，<https://mp.weixin.qq.com/s/RZ1YMK1waSqCAt-eI-SOIQ>，2021年7月6日访问。

② 参见张劲柏、闫祥升、侯仰坤：《种子企业商业秘密保护探索》，载《北京农业》2007年12月中旬刊；郑高飞等：《论农作物品种知识产权的保护》，载《中国种业》2000年第5期；窦瀚修：《浅析职务育种与商业秘密保护》，载《河南农业科学》2000年第9期；武合讲、任晓东：《种业科技成果的商业秘密保护》，载《种子世界》2015年第10期；武合讲、任晓东：《维权和打击相结合保护植物新品种权——以一起玉米品种侵权案为例》，载《中国蔬菜》2015年第9期。

③ 参见胡潇潇：《植物新品种权法律基础》，知识产权出版社2018年版，第九章“植物新品种侵权及其法律责任”。

择，循序渐进地选取符合育种目标具体要求特征的植株等，进而以此为基础再进行培育和选取，最终培育成符合育种要求的新品种。可以说，育种是一个动态的、基于实验、依赖流程设计和选择方法的过程。在这个环节，涉及的商业秘密包括育种材料、具体的实验数据资料、具体的实验材料、整个育种过程的流程和选择方法、亲本等。本文中上述具体的实验数据资料、具体的实验材料、整个育种过程的流

程和选择方法等商业秘密笔者不再一一展开，需要特别指出的是，亲本（特别是符合繁殖材料定义要求的亲本）是种子企业最重要的商业秘密之一，由于植物的繁殖方式不同，不同的植物亲本在种子生产过程中的作用也不尽相同，而对于有些种子来说，如果育种家对亲本采取了保密措施，种子行业的一般工作人员或者该种子的使用者凭借获得的用于大田种植的良好种并不能再自行繁殖出该种子用于生产^①。

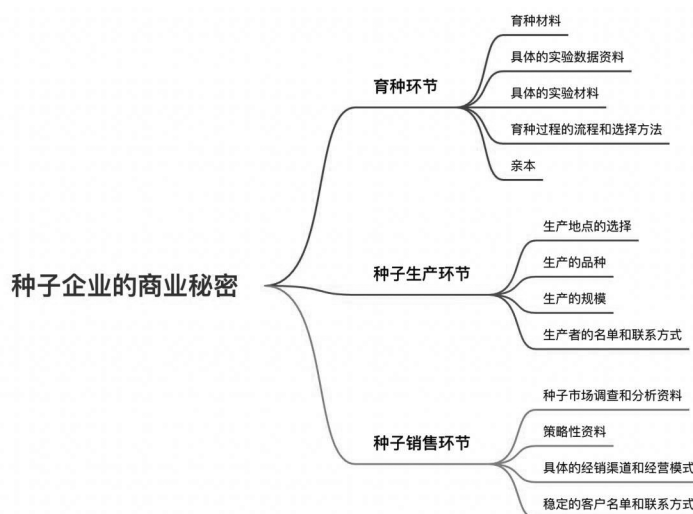


图2 种子企业的商业秘密

种子生产过程中涉及的商业秘密主要包括两大部分，一部分是种子生产过程中的技术资料（例如生产的品种），另一部分是种子生产过程中的经营资料（例如生产地点、规模、生产者的名单和联系方式等）。种子的销售中主要涉及经营信息，包括种子市场调查和分析资料、策略性资料、具体的经销渠道和经营模式，稳定的客户名单和联系方式。可以说，种子生产和销售环节涉及的商业信息只要符合商业秘密关于秘密性、价值性和保密性的要求，

均可以作为商业秘密进行保护。

（二）种子企业泄密的主要形式

在北京市科委玉米新品种选育与产业化开发项目“玉米新品种权保护模式研究”中，经研究人员粗略统计，几乎所有大中型种子企业都存在不同程度的商业秘密泄露情况，尤以经营瓜菜种子的企业为甚^②。据调研，种子企业的泄密形式主要包括以下几种^③：

（1）在研发基地窃取育种材料，即播种挖

^① 参见张劲柏、闫祥升、侯仰坤：《种子企业商业秘密保护探索》，载《北京农业》2007年12月中旬刊。

^② 参见张劲柏等：《国内外商业秘密保护情况——北京市科委玉米新品种选育与产业化开发项目子课题“玉米新品种权保护模式研究”（一）》，载《北京农业》2007年11月中旬刊；张劲柏、闫祥升、侯仰坤：《种子企业商业秘密保护探索》，载《北京农业》2007年12月中旬刊。

^③ 参见张劲柏等：《国内外商业秘密保护情况——北京市科委玉米新品种选育与产业化开发项目子课题“玉米新品种权保护模式研究”（一）》，载《北京农业》2007年11月中旬刊；张劲柏、闫祥升、侯仰坤：《种子企业商业秘密保护探索》，载《北京农业》2007年12月中旬刊。

籽、出苗挖苗，成熟偷果。

(2) 在种子繁育基地窃取亲本。由于种子企业拥有产权的基地较少，一般企业会委托给村委会等组织农民制种，在缺少防护设施的情况下，不法分子容易通过盗窃形式窃取亲本。

(3) 员工兼职、违约、跳槽、自立门户等导致的泄密。种子企业的员工可能存在兼职现象，或是其亲友在其他同行业企业。同类企业或相关个人以高薪厚职引诱违约的情况较为普遍，还有部分技术人员利用手中掌握的品种和经销网络资源自立门户开展相同业务。这也是种子企业最为常见的泄密形式。

(4) 企业合作、交往中导致泄密。有些企业以技术合作的名义引进商业秘密进而进行窃取，还有企业通过相关企业宣传活动（例如开放参观等）顺手牵羊窃取一些材料。

(5) 利用黑客窃取商业秘密。

(6) 主动泄密。例如，技术人员等缺乏商业秘密保护意识，将涉密点内容体现在学术论文等中并公开发表。

三、植物新品种繁殖材料的商业秘密保护

(一) 何为“植物新品种繁殖材料”

《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》第1条规定，与技术有关的结构、原料、组分、配方、材料、样品、样式、植物新品种繁殖材料、工艺、方法或其步骤、算法、数据、计算机程序及其有关文档等信息，人民法院可以认定构成《反不正当竞争法》第9条第4款所称的技术信息。欲将植物新品种繁殖材料作为商业秘密进行保护，首先须要确定权利的保护范围，即何为“植物新品种繁殖材料”。

《种子法》第2条第2款规定，“本法所称种子，是指农作物和林木的种植材料或者繁殖材料，包括籽粒、果实、根、茎、苗、芽、叶、花等”。《植物新品种保护条例实施细则（农业部分）》第5条规定，“《条例》所称繁殖材料是指可繁殖植物的种植材料或植物体的其他部分，包括籽粒、果实和根、茎、苗、芽、叶等”。《植物新品种保护条例实施细则（林业部分）》第4条规定，“《条例》所称的繁殖材料，是指整株植物（包括苗木）、种子（包括根、茎、叶、花、果实等）以及构成植物体的任何部分（包括组织、细胞）”。《进境植物繁殖材料检疫管理办法》第4条规定，“本办法所称植物繁殖材料是植物种子、种苗及其它繁殖材料的统称，指栽培、野生的可供繁殖的植物全株或者部分，如植株、苗木（含试管苗）、果实、种子、砧木、接穗、插条、叶片、芽体、块根、块茎、鳞茎、球茎、花粉、细胞培养材料（含转基因植物）等”。上述法律、行政法规及相关规章对繁殖材料进行了举例。司法实践中对繁殖材料的认定要求其必须在生物学上满足3项条件：（1）属于活体；（2）具有繁殖能力；（3）繁殖出的新个体与该授权品种的特征特性相同^①。

上述认定方式在新的《品种权司法解释》得到了明确界定与说明。新的《品种权司法解释》第3条规定，“受品种权保护的繁殖材料应当具有繁殖能力，且繁殖出的新个体与该授权品种的特征、特性相同”。同时值得关注的是，该条指出品种权所保护的繁殖材料不限于申请品种权时申请文件所描述的繁殖方式获得的繁殖材料。那么在商业秘密保护范畴，繁殖材料也不应限于申请品种权时申请文件所描述的繁殖方式获得的繁殖材料。

^① 参见（2019）最高法知民终14号民事判决书，载中国裁判文书网，<https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXS4/index.html?docId=12c1761a3e424363acf8ab28011427ff>，2021年7月6日访问；周翔、罗霞、游美玲：《植物新品种权中繁殖材料的认定》，载《人民司法》2020年第1期；参见李菊丹：《“三红蜜柚”植物新品种侵权案：植物新品种司法保护的标杆案件》，载《中国种业》2020年第1期。

（二）“植物新品种繁殖材料”的^{问题}鉴定

商业秘密案件中对于侵权的判定一般遵循“接触+实质性相同-合法来源”的原则。对于植物新品种繁殖材料类案件来说，实质性相同（即同一性判断）是难题中的难题。在植物新品种侵权案件中，对于同一性的判断采用鉴定。《最高人民法院关于审理侵犯植物新品种权纠纷案件具体应用法律问题的若干规定》第4条规定，“对于侵犯植物新品种权纠纷案件涉及的专门性问题可以采取田间观察检测、基

因指纹图谱检测等方法鉴定”。在标杆性案例——山东登海先锋种业有限公司、山西强盛种业有限公司侵害植物新品种权纠纷案中，最高人民法院指出“植物新品种测试是对申请保护的植物新品种的特异性、一致性、稳定性进行栽培鉴定试验或室内分析测试的过程，最稳妥的检测方法是田间种植测试^①”。笔者检索了近几年涉及田间观察检测或基因指纹图谱检测的植物新品种权纠纷案例，如下表所列，在司法实践中，基因指纹图谱检测法相较于田间观察检测法应用的更为普遍。

表1 近年涉及鉴定的植物新品种权纠纷案件

案号	田间观察检测法	基因指纹图谱检测法
(2020) 最高人民法院知民终 943 号		√
(2019) 鲁 02 知民初 47 号		
(2020) 最高人民法院知民终 795 号		√
(2019) 晋知民初 115 号		
(2020) 皖 01 民初 1504 号	√	√
(2019) 吉 01 知民初 6 号		
(2018) 甘民终 200 号		√
(2017) 甘 06 民初 121 号		
(2019) 最高法知民终 774 号		√
(2018) 浙 02 民初 789 号		
(2018) 苏民终 1485 号		√
(2017) 苏 01 民初 1868 号		
(2016) 黑 01 民初 188 号	√	
(2015) 陕民三终字第 00001 号	√	√
(2014) 西中民四初字第 00132 号		

诚如最高人民法院在（2020）最高人民法院知民终 795 号民事判决书中指出的，田间种植测试要从植物的种子、幼苗、开花期、成熟期等阶段对多个品种的质量性状、数量性状及抗病性进行观察评价和结果比较，要经过两个

以上生长周期的观察，测试耗时长，诉讼成本高。司法实践中一般借助不受环境影响、测试周期短、准确性高的基因指纹图谱检测技术，以快速鉴别品种的真实性、同一性^②。

① 参见（2020）最高法知民终 795 号民事判决书，载中国裁判文书网，<https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXS4/index.html?docId=13e3ecb44c5740c69a2dad2600d18407>，2021 年 7 月 6 日访问。

② 参见（2020）最高法知民终 795 号民事判决书，载中国裁判文书网，<https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXS4/index.html?docId=13e3ecb44c5740c69a2dad2600d18407>，2021 年 7 月 6 日访问。

在张某一与张某二、沛县胡寨农业技术推广服务中心凤杰门市部、江苏沛星种业有限公司植物新品种权属、侵权纠纷案中^①，被告江苏沛星种业有限公司主张检验结论虽然显示48个位点无差异，但DNA检测所对应的位点与认定植物新品种的性状特征之间并不一定具有对应性，认定特性、特征最准确的测试应当是田间测试，NY/T1433-2014规程第10条第2款也规定，未检测到 ≥ 2 个差异位点数的样品，可按GB/T19557.7的规定进行田间种植鉴定。因此，有一个问题是，如考虑到诉讼成本，采用基因指纹图谱检测技术，在何种情况下可以启动最稳妥的田间种植测试？新的《品种权司法解释》第23条规定，“通过基因指纹图谱等分子标记检测方法进行鉴定，待测样品与对照样品的差异位点小于但接近临界值，被诉侵权人主张二者特征、特性不同的，应当承担举证责任；人民法院也可以根据当事人的申请，采取扩大检测位点进行加测或者提取授权品种标准样品进行测定等方法，并结合其他相关因素作出认定”。同时，第22条规定必须有合理的理由才能申请复检、补充鉴定或者重新鉴定，防止拖延诉讼。因此引申出重新启动鉴定的标准问题。在山东登海先锋种业有限公司、山西强盛种业有限公司侵害植物新品种权纠纷案中，登海先锋公司单方委托河南中农检测技术有限公司出具《检验报告》，最高人民法院启动重新鉴定程序，其理由与依据可以总结为：第一，《民事诉讼法》第76条第1款规定，当事人可以就查明事实的专门性问题向人民法院申请鉴定；第二，《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第40条第1款、第3款规定，当事人申请重新鉴定，存在下列情形之一的，人民法院应当准许：（1）鉴定人

不具备相应资格的；（2）鉴定程序严重违法的；（3）鉴定意见明显依据不足的；（4）鉴定意见不能作为证据使用的其他情形。对鉴定意见的瑕疵，可以通过补正、补充鉴定或者补充质证、重新质证等方法解决的，人民法院不予准许重新鉴定的申请。第三，《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第41条规定，对于一方当事人就专门性问题自行委托有关机构或者人员出具的意见，另一方当事人有证据或者理由足以反驳并申请鉴定的，人民法院应予准许^②。第四，我国《民事诉讼法》并未排除自行委托鉴定意见的证据效力，人民法院可以结合具体案情予以审查。如果经审查，自行委托鉴定意见由具有相应鉴定资格的鉴定机构和鉴定人作出、鉴定程序合法、对照样品来源可靠、鉴定方法科学，经质证对方未提出足以反驳的相反证据，一般可以确认其证明力。但是如果经审查，自行委托鉴定意见存在鉴定机构或鉴定人不具备相应鉴定资质、鉴定程序严重违法、对照样品来源不明、鉴定方法明显依据不足等重大错误，或者当事人提交了足以推翻原鉴定意见的相反证据的，人民法院可不予采信并启动重新鉴定程序。

该案中，登海先锋公司单方委托河南中农检测技术有限公司出具的《检验报告》中的对照样品“先玉335”无样品编号、未注明对照样品来源等问题，无法确认是否为审定品种的标准样品，检验结论存在明显疑点，重新鉴定具有必要性。同时，本案被诉侵权种子保存完好，具备鉴定条件，重新鉴定具有可操作性。因此，最高人民法院启动重新鉴定程序。

在另一标杆性案件（山东登海先锋种业有限公司与陕西农丰种业有限责任公司、山西大丰种业有限公司侵犯植物新品种权纠纷案）

^① 参见（2017）苏01民初1868号民事判决书，载中国裁判文书网，<https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXSK4/index.html?docId=957c36b900db4a66a4c7a93b0117b753>，2021年7月6日访问。

^② 参见（2020）最高人民法院知民终795号民事判决书，载中国裁判文书网，<https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXSK4/index.html?docId=13e3eeb44c5740c69a2dad2600d18407>，2021年7月6日访问。

中，同时涉及了田间观察检测与基因指纹图谱检测两种方法，且结论相悖，因此引申出不同鉴定方法证明力强弱的探讨。陕西省高级人民法院指出，国际植物新品种保护联盟采用的是DUS测试方法（即田间观察检测），而我国是1999年参加的成员国；最高人民法院司法解释明确规定，一般认为，田间观察检测方法比基因指纹图谱检测方法更为可靠和准确^①。

新的《品种权司法解释》对上述情形的处理给出了明确答案——田间观察检测与基因指纹图谱等分子标记检测的结论不同的，人民法院应当以田间观察检测结论为准。

（三）特殊情况：繁殖材料“等于”收获材料

尽管我国现阶段涉及植物新品种繁殖材料的商业秘密判例几乎为零，但在植物新品种权侵权纠纷中，有一类案件的不侵权理由极可能被“移花接木”到植物新品种繁殖材料类商业秘密案件中，即当繁殖材料“等于”收获材料时产生的纠纷。

植物体的不同部分有多种使用用途，能作为繁殖目的进行生产，也能直接消费或观赏，因此出现了同一种植物材料有可能既是繁殖材料也是收获材料的情况出现^②。在植物新品种权侵权纠纷中，被诉侵权人可能会抗辩行为所涉植物体系收获材料。在商业秘密案件中，侵权人同样可以主张其所获得的植物体是收获材料，而非作为商业秘密保护的繁殖材料。笔者认为应参考植物新品种权侵权纠纷的司法实践，对行为人在交易中的外在表示和交易的真实意图同时进行分析。然而，对于种植的仅仅是收获材料这类以使用行为而非生产行为抗辩不侵权时，如何认定该行为的性质，如何定

性，司法实践中存在不同认识^③。

新的《品种权司法解释》对上述问题作出的规定，可以一定程度上统一对该类行为的认定，即“被诉侵权物既可以作为繁殖材料又可以作为收获材料，被诉侵权人主张被诉侵权物系作为收获材料用于消费而非用于生产、繁殖的，应当承担相应的举证责任”。该规定给同类商业秘密案件的启示是，若被诉侵权人以合理取得的植物体系收获材料进行不侵权抗辩，还应进一步判断其是否具有用于生产、繁殖的目的，亦应由被诉侵权人承担相应的举证责任。

四、《最高人民法院关于审理侵害植物新品种权纠纷案件具体应用法律问题的若干规定（二）》对于植物新品种繁殖材料商业秘密保护的意义

结合上文探讨的内容与相关案例可以看出，新的《品种权司法解释》对于植物新品种繁殖材料商业秘密保护的意义至少有以下五点。

第一，明确和扩展保护范围。第3条明确受品种权保护的繁殖材料应当具有繁殖能力，且繁殖出的新个体与该授权品种的特征、特性相同，同时规定了品种权所保护的繁殖材料不限于申请品种权时申请文件所描述的繁殖方式获得的繁殖材料。对于植物新品种繁殖材料的明确定义有利于同类商业秘密案件确定商业秘密保护的客体。

第二，合法来源抗辩的限定。商业秘密案件中的侵权的判定一般遵循“接触+实质性相同—合法来源”的原则，而植物新品种繁殖材料作为具有自身“特色”的商业秘密保护的客体，该类案件的“合法来源”如何界定是一个

^① 参见（2015）陕民三终字第00001号民事判决书，载中国裁判文书网，<https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXSK4/index.html?docId=2eadca0f9345467189f261bbcc7f7ce>，2021年7月6日访问。

^② 参见周翔、罗霞、游美玲：《植物新品种权中繁殖材料的认定》，载《人民司法》2020年第1期。

^③ 参见周翔、罗霞、游美玲：《植物新品种权中繁殖材料的认定》，载《人民司法》2020年第1期。

棘手问题。新的《品种权司法解释》第13条结合植物新品种领域的特点，对合法来源抗辩限定了具体条件。首先，合法来源抗辩主体只能是销售者。其次，销售者一般应当举证证明购货渠道合法、价格合理、存在实际的具体供货方、销售行为符合相关生产经营许可制度等。最后，即使合法来源抗辩成立的，销售者仍然要承担停止销售以及赔偿权利人维权合理开支等民事责任。对于植物新品种繁殖材料的销售行为，没有在《反不正当竞争法》第9条对于侵犯商业秘密行为的类型界定中明确，笔者认为，其等同于“披露、使用或者允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密”的行为。通过借鉴新的《品种权司法解释》第13条的规定，植物新品种繁殖材料类商业秘密案件中，对于销售者合法来源的认定，重点应放在主观意图（不知道也不应当知道是以盗窃、贿赂、欺诈、胁迫或者其他不正当手段获取权利人的繁殖材料）、购货渠道合法、价格合理、存在实际的具体供货方、销售行为符合相关生产经营许可制度，同时，即使来源合法，销售者仍然要承担停止销售以及赔偿权利人维权合理开支等民事责任。

第三，**规范鉴定程序**。新的《品种权司法解释》解释明确了鉴定人、鉴定方法的选择以及重新鉴定的条件等。第20条对实务中国务院农业、林业主管部门向人民法院推荐鉴定人的做法予以认可。第21条规定，对于没有分子标记检测方法进行鉴定的品种，可以采用行业通用方法进行鉴定。第22条规定必须有合理的理由才能申请复检、补充鉴定或者重新鉴定，防止拖延诉讼^①。

第四，**不同检测结论的证明力大小之认定**。对于司法实践中曾出现的，利用不同检测

方法得到不同结论时，其证明力顺位的问题，新的《品种权司法解释》给予了明确说明，即田间观察检测与基因指纹图谱等分子标记检测的结论不同的，应当以田间观察检测结论为准。最高人民法院知识产权法庭副庭长周翔在答记者问时，给出了进一步解释：“分子标记检测所采取的核心引物（位点）与田间观察测试的性状特征之间并不具有绝对的对应性，考虑到品种权的审批机关对申请品种的特异性、一致性和稳定性进行实质审查所依据的是田间种植测试，作为活体的繁殖材料，其特征特性应当依据田间种植测试所确定的性状特征为准。”^② 这一规定可以迁移运用在植物新品种繁殖材料商业秘密案件同一性鉴定相关问题中。

第五，**繁殖材料“等于”收获材料时的举证责任**。新的《品种权司法解释》第9条规定，被诉侵权物既可以作为繁殖材料又可以作为收获材料，被诉侵权人主张被诉侵权物系作为收获材料用于消费而非用于生产、繁殖的，应当承担相应的举证责任。其给予同类商业秘密案件启示，即如果被诉侵权人以合理取得的植物体是收获材料进行抗辩，还应进一步认定其是否具有用于生产、繁殖的目的，亦应由被诉侵权人承担相应的举证责任。

五、结语

2021年中央一号文件《中共中央 国务院关于全面推进乡村振兴加快农业农村现代化的意见》要求，“打好种业翻身仗”和“加强育种领域知识产权保护”。可以预见的是，种业从业者的知识产权保护意识会不断增强，未来关于种子知识产权保护的新挑战也会不断增加。诚如在千禧年初始我国学者和种业业内人

^① 参见最高人民法院知识产权法庭负责人就《最高人民法院关于审理侵害植物新品种权纠纷案件具体应用法律问题的若干规定（二）》答记者问，<https://mp.weixin.qq.com/s/RZ1YMK1waSqCAteI-SOIQ>，2021年7月6日访问。

^② 参见最高人民法院知识产权法庭负责人就《最高人民法院关于审理侵害植物新品种权纠纷案件具体应用法律问题的若干规定（二）》答记者问，<https://mp.weixin.qq.com/s/RZ1YMK1waSqCAteI-SOIQ>，2021年7月6日访问。

士就开始认识到的，种子企业都存在不同程度的商业秘密泄露情况。《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》已强调植物新品种繁殖材料可以作为商业秘密进行保护，为种子企业明确了保护其植物新品种繁殖材料、其知识产权的又一选择。鉴于植物新品种繁殖材料的特点，对于其作为

商业秘密的保护还存在诸多难题，新的《品种权司法解释》对于繁殖材料的定义、合法来源的限定、鉴定程序的规范、不同鉴定方法结论证明力顺位等问题的规定，在很大程度上化解了植物新品种繁殖材料类商业秘密案件中可预见的困难。同时，也期待在未来，种子企业可以利用多种途径保护好小种子里的大秘密。

中国法院倾向保护违反 GPL 软件协议的行为吗？

——兼谈开源软件的风控问题



周艾琳，先后于杜伦大学及巴斯大学取得教育学及理学硕士学位，具有复合的知识背景。自2017年始在某外资律师事务所驻北京代表处从事知识产权法律工作，后就职于某央企，2020年1月加入北京德和衡律师事务所，从事知识产权维权工作，服务的客户多为国内外知名奢侈品服装公司、游戏软件公司、化学制药公司、品牌管理公司及科技初创公司。

摘要：涉开源软件的计算机软件著作权纠纷数量随开源软件商业化的加速发展呈上升趋势。当事人以开源软件为由进行抗辩时，似乎难以得到法院支持。因此有声音认为我国法院倾向保护违反 GPL 协议的行为。本文通过数字天堂公司与柚子科技公司、柚子移动公司案以及不乱买公司与闪亮时尚公司案来分析中国法院是否具有保护违反 GPL 协议行为的倾向，并通过案例中判定涉案程序是否属于“独立程序”的方法与思路进一步讨论开源软件的风控问题。

关键词：计算机软件著作权，开源软件，GPL 许可证，知识产权

一、前言

笔者在做开源软件著作权纠纷判例研究时检索出一篇文章,名为《中国法院为什么保护违反 GPL 软件协议的行为?》^①,而另一署名为 You Yunting 的作者在 Bridge IP Law Commentary 网站发表的文章《Why China Court Protects Violation Against GPL License Agreement?》^② 内容与前篇完全对应。两篇文章介绍了一起经北京市海淀区人民法院一审,北京市第一中级人民法院终审判决的案件,具体如下。

被告从原告公司离职后开设新公司,继续使用原告公司的软件为客户制作网站程序,被告认为原告的软件是基于 GNU GPL 协议的开源软件 DNN 修改的,其应当公开软件源代码,所以被告不构成侵权。法院查明原告的软件是基于 GPL 协议的开源软件修改而成,但属于非法演绎作品,即原告付出了创造性劳动,对于软件享有著作权,有权禁止他人使用。因此最终判决,原告未开放的源代码著作权受法律保护,被告构成侵权。

文中的律师点评指出该案“显示了中国法院的实用主义特点”^③,即“目前 90% 以上的开源软件代码是国外开发者贡献,中国公司贡献很少,因此,不保护开源软件对国内产业影响不大,同时,目前法院需要保护国内竞争秩序,中国国内开发者不规范使用开源软件的情况比较普遍,虽然本案中的原告违反了开源协

议,但其还是为软件付出了一定创造性劳动,如果不予保护,将使类似公司都面临问题,从而影响国内市场的竞争秩序”^④。有学者总结“中国裁判文书网公开的 17 万余份著作权侵权民事案件裁判文书中,涉及当事人以当事人使用开源软件或自由软件为由进行抗辩时,法院均以证据不足为由未予支持”^⑤。其中,一典型案例是天津市网城天创科技有限责任公司、天津市网城科技股份有限公司等与温岭市达克罗涂复工业有限公司等侵害计算机软件著作权纠纷案^⑥。被告温岭市达克罗涂复工业有限公司主张原告 ShopNC 软件系用开源软件 PHP + MYSQL 编写,PHP、MYSQL 分别使用基于 GPL 开源协议的 PHPCCPL 开源协议及标准 GPL 开源协议。因此原告有署名权,但是不能禁止其他方改编、使用、复制、发表该软件,也不得向其他方收取软件使用费^⑦。法院认定被告没有提供证据证明涉案软件是开源软件,也未对原告是否违反 GPL 协议进行实质审理。该案似乎也体现了“实用主义”,但中国法院真的保护违反 GPL 软件协议的行为吗?笔者认为这是一个值得深思的问题,原因有二:其一,如果中国法院真的保护违反 GPL 软件协议的行为,那么会鼓励更多企业“钻空子”“走捷径”“挣快钱”,反而不利于稳定国内市场的竞争秩序;其二,中国法院是否保护违反 GPL 软件协议的行为这一问题背后更加重要的议题是相关开源软件应如何风控。

① 参见 <https://law.wkinfo.com.cn/judgment-documents/detail/MjAxMDA0NDA5ODI%3D?searchId=fc46e2c85e2942f4955b1c9364650e8a&index=1&q=GPL&module=>, 2020 年 11 月 6 日访问。

② 参见 <http://www.chinaiplawyer.com/china-court-protects-violation-gpl-license-agreement/>, 2020 年 11 月 6 日访问。

③ 参见 <https://law.wkinfo.com.cn/judgment-documents/detail/MjAxMDA0NDA5ODI%3D?searchId=fc46e2c85e2942f4955b1c9364650e8a&index=1&q=GPL&module=>, 2020 年 11 月 6 日访问。

④ 参见 <https://law.wkinfo.com.cn/judgment-documents/detail/MjAxMDA0NDA5ODI%3D?searchId=fc46e2c85e2942f4955b1c9364650e8a&index=1&q=GPL&module=>, 2020 年 11 月 6 日访问。

⑤ 张长丹:《GPL 的法律性质及各方法律风险研究——以违反 GPL 的案例为视角》,载《电子知识产权》2018 年第 1 期。

⑥ 参见 (2016) 浙 1081 民初 3924 号民事判决书,载中国裁判文书网, <https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXSK4/index.html?docId=89acadafdc964c2da1eca7fc01657e36>, 2020 年 11 月 5 日访问。

⑦ 参见 (2016) 浙 1081 民初 3924 号民事判决书,载中国裁判文书网, <https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXSK4/index.html?docId=89acadafdc964c2da1eca7fc01657e36>, 2020 年 11 月 5 日访问。

下面笔者通过两个典型案件来分析中国法院是否具有保护违反 GPL 软件协议行为的倾向及相关开源软件的风控问题。

二、数字天堂公司与柚子科技公司、柚子移动公司案

(一) 一审案情简介^①

原告数字天堂（北京）网络技术有限公司（以下简称“数字天堂公司”）是 HBuilder 开发工具软件的著作权人，其发现被告柚子（北京）科技有限公司（以下简称“柚子科技公司”）及被告柚子（北京）移动技术有限公司（以下简称“柚子移动公司”）于 2014 年 9 月通过官方网站发布一款名为 APICloud 的软件。原告数字天堂公司经对比，认为 APICloud 软件抄袭了其 HBuilder 开发工具软件中的三个插件（代码输入法功能插件、真机运行功能插件、边改边看功能插件）的源代码。

被告柚子科技公司、柚子移动公司辩称，HBuilder 开发工具软件是 GPL 协议下开源软件分支，即 HBuilder 软件使用了受 GPL 协议保护的第三方软件源程序，其亦为开源软件，任何第三方有权在 GPL 协议授权下使用其代码并构建衍生软件产品。

北京知识产权法院经审查认定如下：

(1) HBuilder 软件属于《著作权法》第 3 条规定的计算机软件作品，原告数字天堂公司是 HBuilder 软件的著作权人。

(2) 代码输入法功能插件、真机运行功能插件、边改边看功能插件虽包含于 HBuilder 软件中，但均可以独立运行，且原告对上述三插件分别进行了著作权登记，因此属于独立的计算机软件作品。原告数字天堂公司是上述三插

件的著作权人。

(3) 工业和信息化部软件与集成电路促进中心知识产权司法鉴定所（以下简称“鉴定机构”）对 APICloud 软件与 HBuilder 软件进行同一性鉴定。据其鉴定意见，柚子公司 APICloud 软件中对应插件源代码部分与数字天堂公司的涉案三插件构成同一性。

(4) 涉案三插件所处文件夹中并无 GPL 开源协议文件，据此，涉案三插件并不属于 GPL 协议中所指的应被开源的衍生产品或修订版本。

(5) 被告柚子科技公司和柚子移动公司认为原告 HBuilder 软件为开源软件的相关抗辩理由不能成立，其被诉行为构成对原告复制权、改编权及信息网络传播权的侵犯。

(二) 二审案情简介^②

柚子科技公司和柚子移动公司不服北京知识产权法院的判决，向北京市高级人民法院提起上诉。上诉人柚子科技公司和柚子移动公司坚持 HBuilder 软件整体上应受到 GPL 协议约束，涉案三个插件中包含大量开源或第三方代码，应依照 GPL 协议的规定承担开源义务。两公司针对涉案三个插件的独立性认定问题再次提出司法鉴定申请。二审法院认为柚子科技公司和柚子移动公司在一审两次鉴定程序中均怠于行使自己的举证责任，二审诉讼中再次提出第三次鉴定申请，有违司法程序公正和司法程序效率，且两公司提出的相关司法鉴定申请内容与本案待证事实间无直接关联性，因此二审法院驳回了其司法鉴定申请。二审法院承继了一审法院对于涉案三插件不应受到 GPL 协议约束的论述，维持了柚子科技公司和柚子移动公司的行为构成侵权的判定，仅对一审法院侵权

^① 参见（2015）京知民初字第 631 号民事判决书，载中国裁判文书网，<https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXSK4/index.html?docId=da814402b7af4f2a9f2aa8cc0010dbb4>，2020 年 11 月 7 日访问。

^② 参见（2018）京民终 471 号民事判决书，载中国裁判文书网，<https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXSK4/index.html?docId=3c0957c9b82e456eb6ceab0d002c50ba>，2020 年 11 月 7 日访问。

代码的数量、侵权行为个数和赔偿金额的认定做出修正。

(三) 本案亮点与启发

开源软件运动源自自由软件并早已从追求叛逆版权（又称为“著佐权”“反版权”，即 Copyleft）走向商业化^①。尽管在理念上，开源软件反对“垄断”，倡导“自由、共享”^②，但随着商业化的进行，开源软件也在逐渐转为与知识产权制度兼容^③。开源软件基于著作权法，通过许可证约定使用该软件应遵循的条款与条件，以达到向公众贡献源代码，使源代码在一个合理合适的环境内交流和再发布的目的^④。

载数字天堂公司与柚子科技公司、柚子移动公司一案中，一审法院大篇幅引用了 2007 年 6 月发布的 GPL 协议第 3 版的规定，二审法院也同样接受了一审法院关于 GPL 协议效力问题的论述。这表明我国法院承认 GPL 协议在中国具有法律约束力。

一审法院对 GPL 协议第 3 版的规定的引用主要涉及以下内容（笔者亦摘录了 GPL 协议第 3 版相应部分的原文供参考）：

1. 定义部分

“本程序”，是指任何在本许可下批准的受版权保护的程序。“修订”程序是指从软件拷贝或者做出全部或一丁点儿的修改，这不同于逐字逐句的拷贝，是需要版权许可的。修订成果被称为先前程序的“修订版本”或者“基于”先前程序的程序^⑤。

（“The Program” refers to any copyrightable

work licensed under this “License”. Each licensee is addressed as “you”. “Licensees” and “recipients” may be individuals or organizations. To “modify” a work means to copy from or adapt all or part of the work in a fashion requiring copyright permission, other than the making of an exact copy. The resulting work is called a “modified version” of the earlier work or a work “based on” the earlier work. ^⑥）

2. 对于“聚合体”的判断（GPL 第 3 版协议第 5 条）

发布修订过的源码版本，可根据第 4 条的条款，以源码形式发布一个基于本程序的程序，或者从本程序中制作该程序需要进行的修订，但是必须同时满足所有以下条件：（a）……；（b）……；（c）……。本许可以及第 7 条中的任何附加条款适用于整个程序及其所有部分，无论该等程序以什么形式打包……（d）……如果一个受保护程序和其他独立程序的联合作品，则若该联合作品并非该程序的自然扩展，也不是为了在某个存储或发布媒介上生成更大的程序，且如果联合作品和产生的版权未用于限制编译用户的访问或超出个别程序许可的合法权利时，这样的联合作品就被称为“聚合体”。包含受保护程序的聚合体并不会使本许可应用于该聚合体的其他部分^⑦。

[You may convey a work based on the Program, or the modifications to produce it from the Program, in the form of source code under the terms of section 4, provided that you also meet all

① 张平：《开源软件——知识产权制度的批判与兼容》，载《网络法律评论》2004 年第 2 期。

② 余圣恩：《开源软件许可证法律风险及应对》，华东政法大学 2018 年硕士学位论文。

③ 张平：《开源软件——知识产权制度的批判与兼容》，载《网络法律评论》2004 年第 2 期。

④ 张平、马骁：《开源软件对知识产权制度的批判与兼容（二）——开源软件许可证的比较研究》，载《科技与法律》2004 年第 2 期。

⑤ 参见（2015）京知民初字第 631 号民事判决书，载中国裁判文书网，<https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXS4/index.html?docId=da814402b7af4f2a9f2aa8cc0010dbb4>，2020 年 11 月 7 日访问。

⑥ 参见 GNU GENERAL PUBLIC LICENSE Version 3，<https://www.gnu.org/licenses/gpl-3.0.txt>，2020 年 11 月 7 日访问。

⑦ 参见（2015）京知民初字第 631 号民事判决书，载中国裁判文书网，<https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXS4/index.html?docId=da814402b7af4f2a9f2aa8cc0010dbb4>，2020 年 11 月 7 日访问。

of these conditions: a) b) c) You must license the entire work, as a whole, under this License to anyone who comes into possession of a copy. This License will therefore apply, along with any applicable section 7 additional terms, to the whole of the work, and all its parts, regardless of how they are packaged. This License gives no permission to license the work in any other way, but it does not invalidate such permission if you have separately received it. d) A compilation of a covered work with other separate and independent works, which are not by their nature extensions of the covered work, and which are not combined with it such as to form a larger program, in or on a volume of a storage or distribution medium, is called an " aggregate" if the compilation and its resulting copyright are not used to limit the access or legal rights of the compilation's users beyond what the individual works permit. Inclusion of a covered work in an aggregate does not cause this License to apply to the other parts of the aggregate. ①]

本案的关键点在于对于“聚合体”（the aggregate）的判断与认定。一审法院的判断方法可总结为：（1）三个文件所处位置；（2）三个文件所处文件中是否包含 GPL 开源协议文件；（3）HBuilder 软件根目录下是否存在 GPL 开源协议文件。

二审法院继承了一审法院的判断方法与结论，即涉案三插件所处文件夹中无 GPL 开源协议文件，HBuilder 软件根目录下亦不存在 GPL 开源协议文件，涉案三插件不属于应被开源的衍生产品或修订版本。因此，尽管 HBuilder 软件其他文件夹中包含 GPL 开源协议文件，但该

协议对涉案三插件无约束力。

有观点指出判断某程序是否属于独立程序不应仅依据该程序所处文件夹中是否包含 GPL 开源协议，而应“基于对程序之间通信关系、依赖关系、调用关系的深入分析”②。下面介绍的不乱买电子商务（北京）有限公司（以下简称“不乱买公司”）与北京闪亮时尚信息技术有限公司（以下简称“闪亮时尚”公司）侵害计算机软件著作权纠纷案就体现了我国法院对于开源代码抗辩是否成立判断时综合考虑展示方式、所用技术、功能分工等方面的整体思路。

三、不乱买公司与闪亮时尚公司案

（一）一审案情简介③

原告不乱买公司是软件“不乱买时尚海淘软件（PC 版）”的著作权人，该软件开发完成日期和首次发表日期为 2015 年 3 月 27 日，取得计算机软件登记证书日期为 2016 年 8 月 23 日。原告不乱买公司在本案中主张的代码为后端代码。被告闪亮时尚公司成立于 2016 年 6 月 15 日，是 [www. blinghour. com](http://www.blinghour.com) 网站的主办单位。被告时尚闪亮公司的蔡某（股东之一）及彭某原为不乱买公司员工。一审法院采用以 5% 的比例从原告提供的源代码中挑选 20 个文件作为原告的抽样对比文件，再以关键词等方式确定被告的对应文件，用对比软件进行对比的方式进行同一性对比。对比结果和技术分析表明抽样对比的绝大部分程序文件在程序逻辑和结构方面实质相同，函数变量命名特点相同或相似，被告不同文件的代码中多次出现与原告程序中相同的注释错误。

一审法院认为，原告不乱买公司软件的

① 参见 GNU GENERAL PUBLIC LICENSE Version 3, [https://www. gnu. org/licenses/gpl-3. 0. txt](https://www.gnu.org/licenses/gpl-3.0.txt), 2020 年 11 月 7 日访问。

② 参见 [https://www. cnblogs. com/qcloud1001/p/12155117. html](https://www.cnblogs.com/qcloud1001/p/12155117.html), 2020 年 11 月 7 日访问。

③ 参见（2016）京 73 民初 1111 号民事判决书，载中国裁判文书网，[https://wenshu. court. gov. cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXSK4/index. html? docId=7a82c5a2f4b24ebb953eaaef00d3cfef](https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXSK4/index.html?docId=7a82c5a2f4b24ebb953eaaef00d3cfef), 2020 年 11 月 7 日访问。

前端代码开发主要是前端用户可见的操作界面，后端代码开发则主要是指后端用户不可见的服务端相关逻辑功能等模块的实现，二者展示方式不同、所用技术不同、分工亦有明显区别，属于可独立的程序。被告闪亮时尚公司的股东之一蔡某曾在原告公司研发部门任要职，曾为被告公司监事的彭某亦曾在原告公司研发部门任要职，因此被告具有接触到原告涉案权利软件的可能性。基于抽样对比结果及技术分析，被告与原告抽样选取的程序文件实质相似的比例较高，因此，被告的行为构成侵权。

（二）二审案情简介^①

闪亮时尚公司不服，向最高人民法院提起上诉，其理由包括：（1）原审法院认定上诉人侵权事实不清：不乱买公司版权登记证书的时间等方面存在重大瑕疵、取得也违反相关流程。（2）原审法院存在程序违法情形：超出诉讼请求裁判。（3）蔡某无接触涉案相关代码的可能。（4）不乱买公司遵循 GPL 第 2 版协议的前端代码文件不能独立工作，需要调用其后端 PHP 软件进行配合。因此前段文件和后端文件共同构成了不乱买公司主张著作权的软件，根据 GPL 协议，该软件作为整体应向任何第三方无偿开源。（5）原审法院判决闪亮时尚公司应停止侵权已无必要。（6）原审法院赔偿额过高。（7）原审法院认定闪亮时尚公司侵害不乱买公司署名权属于错误认定。

二审法院承继了一审法院对于不乱买公司后端代码属于可独立的程序的认定，维持了闪亮时尚公司的行为构成侵权的判定，同时认定其上诉理由均不能成立，因此维持原判。

（三）本案亮点与启发

本案的裁判一方面强调了判断被诉侵权作品是否使用了享有著作权作品时一般适用“接触+实质性相似”的方法，另一方面也体现了开源协议适用范围及对软件著作权侵权判定的影响。最高人民法院指出，“网站前端代码与后端代码在展示方式、所用技术、功能分工等方面均存在明显不同，属于既相互独立又互相联合的独立程序，即便前端代码使用了 GPL 协议项下的开源代码，后端代码也不受 GPL 协议约束，未经许可复制后端代码仍构成侵害软件著作权”^②。

相比于数字天堂公司与柚子科技公司、柚子移动公司案对于涉案程序是否属于独立程序判断时的判断方法与思路，本案则突出体现基于对程序之间关系的深入分析、综合判断涉案程序是属于“衍生产品”还是“独立程序”的总体思路。这体现了我国法院对于涉开源协议相关案件审理理论和方法的进步，也更符合开源社区和其他国家司法实践中的主流思路和方案。

上文中提到了一篇关注率颇高的文章，其批评我国法院对于 GPL 协议的违反行为的保护。结合数字天堂公司与柚子科技公司、柚子移动公司案以及不乱买公司与闪亮时尚公司案来看，我国法院意在不断调整思路和方法以求合法公正的判决、保障当事人的合法权益。可以说，尽管不能排除实用主义的存在，但从最高人民法院知识产权法庭裁判要旨来看，我国法院并不倾向于保护对 GPL 协议的违反行为。

^① 参见（2019）最高法知民终 663 号民事判决书，载中国裁判文书网，<https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXSK4/index.html?docId=cfb3159c4efc432dbb1fabbc00c767ca>，2020 年 11 月 7 日访问。

^② 参见《最高人民法院知识产权法庭裁判要旨（2019）摘要》，<https://www.chinacourt.org/index.php/article/detail/2020/04/id/4966189.shtml>，2020 年 11 月 7 日访问。

四、开源软件的风险防控问题

GPL 的法律性质是合同。我国《著作权法》第 24 条、《著作权法实施条例》第 23 条以及《计算机软件保护条例》第 18 条均对使用他人作品应同著作权人订立许可使用合同进行了规定。但我国目前尚无法律直接调整开源软件或自由软件的许可行为^①。因此，开源软件的风险防控问题尤为重要和复杂。

商业软件开发公司常咨询利用开源软件时如何风控的问题。开源软件的风险根本在于“发布义务”，即“传染性”。GPL 第 2 版协议中明确 GPL 协议的触发点是“分发”（distribute），而在 GPL 第 3 版协议中 GPL 协议的触发点还包括“输送”（convey）。因此，只要不对外分发或输送基于 GPL 协议的软件或其衍生作品，就可避免“传染”。一个常用的规避风险的措施就是“在后端服务器部署 GPL 开源软件，而用户无需进行任何安装，直接通过网络远程接入服务”^②。

数字天堂与柚子科技公司、柚子移动公司案似乎体现了另一种规避风险的方式，即 GPL 协议不会传染“聚合体”。那么，将包含 GPL 开源协议文件与商业软件产品放在不同空间，

通过其他方式达到独立程序间的通信或调用可规避传染风险。需要强调的是，这一方式仍存在很大争议。

在不乱买公司与闪亮时尚公司案中，最高人民法院对“独立程序”的认定方式对 GPL 开源软件风控问题有一定启示意义，即商业软件公司在使用包含 GPL 开源协议文件时，即使将其与商业软件产品放置在不同空间，也需考量二者在展示方式、所用技术、功能分工等方面的关联程度，以进一步规避风险。

五、结语

本文通过两个案例展示了我国法院对涉 GPL 开源协议计算机软件著作权纠纷的审理思路以及对“独立程序”的判断方法，并基于该案例探讨了开源软件的风险防控问题。本文对相关风险防控问题的说明仅围绕著作权展开。

随着商业化的进行，开源软件在行动上寻求包括著作权法、商标法和专利法的综合保护，并将这些保护与许可协议相结合^③。因此，在讨论开源软件风险防控时候，还需要从商标、域名及专利角度出发，综合把控。

① 张长丹：《GPL 的法律性质及各方法律风险研究——以违反 GPL 的案例为视角》，载《电子知识产权》2018 年第 1 期。

② 参见 <https://www.cnblogs.com/qcloud1001/p/12155117.html>，2020 年 11 月 7 日访问。

③ 张平：《开源软件——知识产权制度的批判与兼容》，载《网络法律评论》2004 年第 2 期。

知识产权资本化



王海军，已从事律师职业十几年，对法律有深刻地理解能力和准确地运用能力，尤其在知识产权领域具有丰富的法律实践经验。王律师具有专利代理资格和商标代理资格，代理了山东德衡与北京德恒系列商标案，其代理的著名知识产权案件还有“好客山东”、“山东有礼”系列商标确权案；“庆丰包子铺”字号与商标冲突之不正当竞争案；“哆啦A梦”著作权与商标权冲突案；谷歌公司Gmail商标确权案；《国家工伤鉴定标准》侵犯科技成果权案；腾讯公司滥用市场支配地位反垄案等商标确权和维权案件。



国秀，国秀为知识产权部门律师助理，曾参与“亨利安传动”系列商标无效宣告商标确权案；“Dabuwawa Blue Label”马德里国际注册案；“好客山东”、“山东有礼”商标系列确权案；北京德恒律师事务所与山东德衡律师事务所商标侵权、确权系列案；“粉红大布娃娃”商标申请、商标异议、驳回复审等系列案；公益组织“自然之友”商标维权案等。在商标申请、商标马德里国际注册、驳回复审、异议、无效等商标业务积累了丰富的实践经验。

摘要：在当今知识经济时代，随着经济和科技的迅猛发展，传统的公司资产结构已发生了很大的变化，原先居于主导地位厂房、机器设备、原材料等有形资产在资产结构中已退居其次，而相应地作为无形资产的专利、商标、版权等知识产权对公司的发展起着决定性作用。上个世纪的产权交易中，知识产权还只是附属品。而现在知识产权已经成为产权交易中最重要标的之一。知识产权已经成为公司的主要资产之一，知识产权已变得越来越具体，其本身所表彰的经济利益，已经具体到没有人能忽视它的存在，并且知识产权也已成为公司获利的主要来源。对知识产权的认知和利用也越来越深入和多样化，除了传统的转让交易外，更多地是把知识产权作为一种融资的手段体现其经济价值。知识产权作为一种融资手段通常有三种方式：第一种是知识产权债权化，利用知识产权作为融资担保物向银行质押贷款；第二种是知识产权资本化，将知识产权出资与其他股东现金出资或增资组建公司注册资本；第三种是知识产权证券化，以知识产权所能产生的现金流为基础，发行有价证券。知识产权证券化在国际上已经成为融资发展趋势。

关键词：知识产权出资，知识产权融资，知识产权质押

一、知识产权可融资的特性

目前理论界比较认同的方法是将知识产权作广义和狭义的划分。广义的知识产权包括著作权（包括邻接权）、商标权、专利权、商业秘密权、地理标志权、商号权、集成电路布图设计权、动植物新品种权等。这个范围与 TRIPS 的规定相一致，而与 WIPO 相比则显然要小许多。狭义的知识产权，包括著作权及邻接权、专利权和商标权。其中著作权（包括邻接权）属于文学产权的范畴，专利权和商标权则属于工业产权的范畴。

知识产权的价值在于使用，知识产权的使用既是知识产权价值的体现，同时又是其价值实现手段。从知识产权使用的现实形态看，表现为两种情形：一是权利人以所有者的身份行使对知识产权的占有、使用、收益和处分；二是使用者只是作为被许可人的身份，通过与知识产权所有人签订使用许可协议的方式，获得了在特定的期限、在特定的地域范围内以特定方式对知识产权的使用权。一般认为，现物融资应当满足确定性、客观存在性、评价可能性和独立转让可能性四个要件，知识产权也不例外。

（1）确定性。所谓知识产权融资标的的确定性，是指权利人将某一具体的知识产权从其他财产中区分出来，约定以被区分出来的知识产权进行融资，一旦融资协议约定，融资主体便不得以其他等值或者等效的财产来替代。

（2）客观存在性。在签订融资协议时，融资标的是客观存在的。

（3）评价可能性或财产性。既然是一个现存的价值物，就必然有办法估算其价值，至于估算价值与实际价值在多大程度上具有一致性，只是一个技术问题。

（4）可独立转让性。实践中，确实存在着

无法独立转让却仍允许融资情况，如一些国家允许商誉出资，而商誉往往是与公司名称、商标、商品或服务质量、经营者的个人信誉连结在一起，无法独立转让。因此，一些学者认为，与其说要求融资现具有可独立转让性，还不如说具有可独立支配性更为准确。^①

二、知识产权融资方式

（一）知识产权质押融资

知识产权质押融资，是指以可转让的知识产权为标的而设定质权向金融机构或其他主体进行融资的一项法律制度。鉴于知识产权质押目的在于实现债权融资，故法律实践中又称为知识产权债权化。知识产权质押作为担保物权的一种，其担保功能源于知识产权的价值，知识产权质押功能的大小最终取决于知识产权价值的大小。知识产权质押既能有效担保债权安全，又能充分利用知识产品这种稀缺资源的使用价值和交换价值，最大程度地发挥其效益。

知识产权的独占性、唯一性和不可替代性，使之不能像有形物那样失而复得，找到替代品。知识产权权利人依赖于创造性劳动或长期经营积累所拥有的知识产权，不论是著作权、专利权还是商标权，对权利人的生存和发展都是至关重要的。一旦权利人失去它，将会面临生存和进一步发展的危机。因此，权利人一旦以知识产权担保融资贷款，会积极主动还贷，按时清偿债务，以消灭知识产权上的担保物权之负担。权利人的上述心理完全符合债的担保原理要求，即担保的补充性作用。

1. 知识产权质押融资的模式

（1）以知识产权权利本身作为担保

如同其他资产担保一样，以知识产权作为融资担保的最基本模式，就是将知识产权本身提供给融资对象作为借款之担保，在借款人

^① 李友根：《人力资本出资问题研究》，中国人民大学出版社 2004 年版，第 112 页。

能依约清偿债务时，融资对象可依约定将担保物折价或者拍卖、变卖所得的价款优先偿还债务。然而，完全单独地以知识产权作为融资担保的例子并不多见，以目前的实务运作看来，借贷双方如果协议以知识产权作为融资担保的话，在协议中，一般会再将基于该知识产权授权他人使用所产生的利益，以及基于该知识产权所制造产品的销售利益，都纳入共同的担保中。换句话说，即使借贷双方彼此约定的担保物主要是知识产权，但从目前的实例看来，在有关的借贷以及担保合同上，凡是以知识产权作为担保物的，都会把基于知识产权衍生出的相关利益，例如许可收益、具有知识产权产品的销售利益，或是包括知识产权受他人侵害所获得的损害赔偿，也都包括在担保的组合当中。

（2）以知识产权授权的收益作为担保

通过上述说明可知，在实际运作上，很少只约定以知识产权权利本身作为担保标的。对于融资对象来说，一个抽象的权利，不如实际发生的收益让人安心。因此，知识产权权利主体对外进行融资时，对于融资对象来说，有形的土地、生产设备当然是上选，如果要以知识产权为担保基础的话，大多希望权利主体能提供基于知识产权所产生的收益（又称为权利金）。因此，国外有些专门提供知识产权融资的财务公司，皆以此类担保品作为融资业务的主要标的。知识产权权利人基于知识产权所创造权利金收益，究竟能产生多少现金流量，以及该种现金流量是否稳定可预期，才是该公司决定是否要接受知识产权权利金作为担保物的主要关键因素。特别要说明的是，一般融资的问题所牵涉的当事人，只有借贷双方，这是典型的融资关系架构；但除此之外，融资者为了降低风险、确保权利金收入的稳定，有时会要

求借款人把该项特定的知识产权移转给第三人。这项做法主要的目的就是要将该项会产生权利金的知识产权与借款者分离，以避免万一借款者破产时，该项知识产权成为破产财产分配的对象，进而影响融资者对于权利金的利益。^①

（3）以知识产权换取第三人提供信用增强或信用担保

利用知识产权作为担保标的主要方式，不外乎前述的以知识产权权利本身作为担保以及以知识产权权利金作为担保。但是很多时候融资对象因为不熟悉知识产权这类新的财产担保方式，所以纵使勉强接受了，而给予的贷款额度，都相当低。同时，考虑到将来一旦由拍卖知识产权来清偿债权时可能面临的市场不确定性，也常常使得融资对象难以接受以知识产权作为担保物。因此发展出利用知识产权换取第三人提供信用增强或是提供信用担保的作法，也就是融资主体利用其知识产权以及第三人对于融资者所提供的信用加强，使得知识产权权利人可以自融资对象处获取融资，或是争取较高的贷款数额。就目前的实务运作看来，大概有两种主要的模式：一种是知识产权企业直接以知识产权作为担保，向融资对象办理融资，再由第三人保证届时该债权若未获清偿，则由提供信用保证或是信用加强的第三人以预先保证的价格收买该作为担保物的知识产权。另一种则是知识产权企业以知识产权或是知识产权所生的现金收益，向第三人提供担保，由第三人对融资对象提供信用担保，以使得知识产权自融资者取得贷款。^②

（二）知识产权出资

知识产权出资，是指出资者为取得股东身份或股权将自己的知识产权投资于公司的行

^① 参见周天泰：《知识产权融资的法治研究与意义》。

^② 参见周天泰：《知识产权融资的法治研究与意义》。

为。不仅我国立法规定知识产权不能单独出资成立公司，需与现金出资相结合，而且在实践中，知识产权出资人也常常需要其他股东投入资金即与货币资本相结合，共同满足公司经营之需要。因此，法律实践中也称知识产权出资为知识产权资本化，是一种股权融资方式。

1. 知识产权出资比例的确定依据

取消对知识产权出资比例的法律限制，股东能够在竞争激烈、飞速变化的商业社会中科学决策。这有利于筹集资金、加快公司设立步伐、降低交易成本。同时，各种有利于公司经营的知识产能够更好地加入到为公司创造剩余价值的资本大军中来，加速其向生产力转化。如果法律不对股东知识产权出资比例进行限定，是否就意味着股东在实践中可以随意确定知识产权的出资比例呢？答案是否定的。因为尽管法律赋予股东契约自由，使股东享有广泛的自治权，但是面对竞争残酷的商业市场，股东在行使自治权时，还得以理性的商人应有的谨慎、诚实信用、善意的原则进行商业判断。具体来说，股东在实践中确定知识产权出资比例应该坚持以下原则。

(1) 保证知识产权为公司所必需。在设立公司时，股东之间必须就公司所经营之事业，包括经营对象、经营范围达成协议，并在章程中作为绝对必要记载事项予以记载。股东在决定以某知识产权出资时，必须保证该知识产权为公司之经营所必需。公司的经营对象和范围不但决定公司资本规模的大小，而且决定公司的资本结构。

(2) 保证知识产权与公司经营规模相适应。一般而言，公司经营规模越大，投入的资本会相应增加，且其借贷资本也会增加。而知识产权需要与一定的有形资产相结合，才能发挥其资本功能。公司的经营规模越大，发挥知识产权的作用就需要越多的有形资产。知识产

权在公司注册资本中所占的比例过高，对货币、实物等有形资产的要求更多。而在初期阶段，公司一般依赖于发行股份和内部举债来进行融资。这无疑会加大公司的融资压力，影响公司的正常经营和发展，甚至造成公司的经营困境。因此，股东在决定知识产权的出资比例时，应该考虑将来公司经营规模的大小，经营规模大的，应适当减少知识产权的出资比例；经营规模小的，可以适当提高知识产权的出资比例。

(3) 保证知识产权自身的适格性。这里所讲的适格性，是指知识产权的性质、种类、实用程度与知识产权的出资比例相适应。这是以知识产权自身的因素来决定其出资比例。在确定知识产权出资比例时，股东要分辨知识产权是专利权、商标权、著作权、技术秘密还是其他种类的知识产权。对于专利权还要分清楚是发明专利权、实用新型专利还是外观设计专利。因为不同性质、不同种类的知识产权对货币等有形资产的要求不同。如果为生产公司产品所必要的发明专利权，出资比例当然可以适当提高；如果是商标权，由于其并不直接与公司生产相结合，出资比例应当适当减少，以增加其他资本的投入比例。实用程度，主要是指知识产权的先进性，有无替代知识产权出现，利用该知识产权生产的产品是中间产品还是终端产品。这同样对知识产权的出资比例确定有显著的影响，知识产权先进，其出资比例可以适当提高。生产终端产品的知识产权的出资比例可以比生产中间产品的知识产权的出资比例高；反之，对于尚有价值的，但比较旧、保护期限比较短、实用程度较低的知识产权，其出资比例应该适当减少。^①

(三) 知识产权证券化

知识产权证券化也属知识产权债权融资的

^① 参见张炳生：《知识产权出资制度研究》，对外经济贸易大学2007年博士学位论文。

一部分，具体是指发起人将其拥有的知识产权或其衍生债权移转到特设机构，再由该特设机构以该等资产作担保，经过重新包装、信用评级以及信用增强后，发行在市场上可流通的证券，以此为发起人进行融资的金融操作。在实践中，有些人认为通过知识产权出资的方式发行股票，亦属证券化的范畴，但本文认为这并不是资产融资方式，而属于公司融资方式，前者基础是资产信用，后者基础是公司信用。

1. 知识产权证券化的原理

透过知识产权证券化概念，我们不难发现，发起人能否实现融资目的以及投资人能否实现获利目的，最关键在于基础资产的品质优劣或信用。要保证和提升基础资产的信用，就必须有效隔离和化解可能影响基础资产信用的法律风险。从法律上来讲，信托是隔离和化解法律风险机制最有效方式。

我国已于 2001 年颁布实施《信托法》，完全具备采用信托模式进行知识产权证券化的法律基础。信托，是指委托人基于对受托人的信任，将其财产委托给受托人，由受托人按委托人的意愿以自己的名义，为受益人的利益或者特定目的，进行管理或者处分的行为。信托法基本原则之一是信托财产的独立性原则。所谓信托财产的独立性，是指信托一旦有效设立，信托财产即从信托当事人的自有财产中分离出来，成为一项仅服从于信托目的的独立运作的财产。依此原则，由信托财产的独立性所决定，受托人从委托人处受领的财产虽然在名义上属于受托人，但在管理和处分信托财产时必须将信托财产与其自有的财产分开；在受托人破产时，信托财产不能加入破产财产，也不能成为受托人的债权人强制执行的对象；当受托人违背信托目的管理和处分财产时，委托人或受益人有权申请法院撤销该处分行为，从而可以从第三人手中追回该信托财产。

信托财产的独立性在信托法上产生了极其重要的法律后果。其一，受托人在管理过程中，必须将信托财产与自有财产加以区别。其二，委托人、受托人及受益人中的任何一方的债权人都无法主张以信托财产偿债。同样，法院也不能以信托财产作为强制执行的对象。受益人的债权人也只能代位行使受益人的受益权，而不能对信托财产行使任何权利。其三，受托人处理受托事务产生的利益，除依信托文件的规定应支付给受益人的以外，应归属于信托财产。产生的损失，除非是由受托人的过失行为所致，否则也应由信托财产承担。

信托的上述法律构造，非常适合于知识产权证券化对法律风险的有效隔离和分化。证券的发起人就是信托关系中的委托人，特定机构就是信托关系中的受托人，投资者就是信托关系中的受益人，而资产池中的知识产权就成为信托财产。按照信托财产的独立性原则，只要对资产池中的基础资产进行科学组合，使基础资产具有相对稳定的现金流，即使发起人、特设机构存在破产风险，也不会对投资者产生实质影响。

2. 知识产权证券化融资实践

知识产权证券化起源于美国，美国是资产证券化最发达的国家，也是知识产权证券化理论和实践的发源地。1997 年，美国超级摇滚歌星大卫·鲍伊（David Bowie）因卷入了一场与政府的税务纠纷而亟须现金，于是在 Pullman Group 的创新性金融安排下，以其 25 张个人专辑的版权（主要是特许使用权）收入为担保，成功发行了 10 年期、利率为 7.9%、总额度为 5500 万美元的债券，这些债券由鲍伊的唱片发行人 EMI 唱片公司提供担保，承销商 Fahnstock 公司将其全部卖给了保诚人寿美国公司，这就是知识产权证券化历史上具有里程碑意义的“鲍伊债券”（Bowie bonds），^① 它开

^① 林昭夫：《不可能的资产证券化》，载《新财富》2002 年第 12 期。

启了知识产权证券化的新纪元。1997年,摩根大通(JP Morgan Chase)通过发行债券募集资金为美国梦工厂电影公司(Dream works)拟拍摄的14部影片付出了10亿美元的制作费用,这批债券的发行采用了精确的数据模型来预测,精确计算的还本付息压力使电影公司不得不严格控制制作成本。2002年,梦工厂以已经发行和旗下工作室将要制作的部分电影未来利润作为支持,又发行了10亿美元的债券。由于富利波士顿金融公司(Fleet Boston Financial)和摩根大通这两家著名投资银行的介入,使这个债券的投资级别评价相当高。摩根大通旗下一家财务公司和富利国民银行(Fleet National Bank)买下了其中1.2亿美元债券,其余由另外7家金融投资公司包揽。^①1999年1月,设在旧金山的投资银行——环球资产基金公司最早宣布进行专利资产证券化,该公司将一种抗癌药物的专利预期赢利证券化并将其出售给投资者。^②日本经济产业省从2002年4月开始对资讯科技和生物领域等企业拥有的专利权实行证券化经营,2003年又进一步对此进行改进,希望建立可以将专利转化为资金的机制,改变大部分专利目前处于“休眠”的状态,具体做法是由政府策划设立特定的公司,并将专利权交给这家公司经营,该公司以证券的形式将专利权投入市场供企业投资者买卖,然后该公司将收取的专利使用费作为发行证券的担保资产支付投资人利息,将发行专利证券所募集资金支付给专利权拥有者。^③

2017年,国务院印发的《国家技术转移体系建设方案》提出开展知识产权证券化融资试点,加之国家知识产权局一直推动的知识产权质押融资和保险业务迅速发展,我国知识产权证券化工作开始破冰。2018年12月,“奇艺世纪知识产权供应链金融资产支持专项计划”

和“第一创业——文科租赁一期资产支持专项计划”分别在上海证券交易所、深圳证券交易所获批,实现了我国知识产权证券化零的突破。

三、知识产权融资风险

(一) 知识产权价值评估问题

知识产权融资面临着非常复杂、烦琐的价值确定问题。对融资对象来说,价值评估的复杂性也标示着知识产权融资的风险性。因此,知识产权价值评估也成为知识产权融资(尤其是债权融资)发展的桎梏。

知识产权融资时价值评估是以知识产权价值的形成理论为基础,考虑影响知识产权价值变动的各种因素,选用适当的评估方法,对用于融资的知识产权在某一时间点上的价值进行量化的过程。按照我国现行会计制度,资产计价应遵循历史成本原则,但由于知识产权价值具有不确定性和取得成本的难分割性,使得大量知识产权不能确认和计量,即使确认入账,其计量的成本也往往是不完整的。由于知识产权往往具有唯一性,在市场上很难找到可以比照的同类物,知识产权所蕴含的价值也一般不能直接通过市场的确定价格进行计算而获得。而且,知识产权作为一种无形财产,在公司中经营中的收益能力不能单独形成,而是必须通过与其他财产的结合方能释放出其创造利润的能力,故通过利润创造评估知识产权价值也比较困难。法律因素也是影响知识产权价值评估的重要因素之一。知识产权具有不同于有形财产的法律特性,因而对知识产权进行价值评估,应坚持不同于评估有形资产的具体原则,充分考虑其质物的法律特性。我国无形资产的

① 林昭夫:《不可能的资产证券化》,载《新财富》2002年第12期。

② 参见李伟:《知识产权证券化融资研究》,对外经济贸易大学2007年硕士学位论文。

③ 参见李伟:《知识产权证券化融资研究》,对外经济贸易大学2007年硕士学位论文。

评估体系和机构不健全，评估市场不发达，现行的评估制度规定“产权不变更不评估”。这对于发展无形资产担保融资是很不利的，为此我国应尽快建立健全无形资产评估的准则体系。

（二）知识产权权利瑕疵问题

1. 知识产权权利瑕疵的表现

（1）知识产权权利主体瑕疵

融资主体不仅要保证用于融资的知识产权是有效的，并且要保证其是合法的所有者或者合法的被许可者。而在实践中，有时会出现融资主体并不是知识产权的合法所有人或者被许可人的情况，其根本无权将该知识产权用于融资，最终导致融资对象无法充分、有效地处分该项知识产权，阻碍了知识产权融资的发展。笔者认为，知识产权许可的广泛存在使知识产权权利主体判定异常复杂；著作权的产生方式，不同于商标权和专利权的登记产生方式，其主体判定也比较复杂，例如著作存在职务作品、委托作品，合作作品之分，著作权主体认定要根据法律规定和合同约定具体分析。

（2）知识产权权利内容瑕疵

著作权不仅存在人身权和财产权分离的问题，而且著作权的具体权利达 16 种之多，且其中的财产性权利又分离使用，故涉及众多的法律问题；专利权存在共同发明人、发明人与权利人是否为同一人、在先专利权等问题；商标权则可能存在驰名商标与商号或域名冲突的问题。这使全面清晰界定知识产权权利范围成为一个难点。

（3）知识产权权利不稳定

专利权可能因丧失新颖性和创造性被无效；商标权可能因为恶意注册、与驰名商标或在先权利冲突以及连续 3 年不使用等而被撤销。商业秘密则存在通过反向工程予以破解的可能。

四、知识产权风险尽职调查

鉴于知识产权风险重多，而且由于知识产权固有的依附性、不稳定性 and 无形性等特点，使未来收益的稳定性降低，不确定性增加。而且无论何种知识产权，都有可能面临被撤消、宣告无效或涉及侵权诉讼等风险，这些风险也都给未来收益增添了许多不确定因素。故无论哪种知识产权融资方式，相关方均需对知识产权进行调查。

根据律师业务实践，知识产权尽职调查范围一般包括：知识产权权属状态；知识产权的产权链；知识产权的范围与效力；知识产权品质；知识产权的技术状态；知识产权的市场状态等。其中，特别需要理清知识产权的权属关系、权利内容及各权利主体间的法律关系。如专利权可能存在共同发明人，可能含有得到合法授权的在先专利，还可能涉及专利的强制许可实施等问题；商标可能已授权给其他主体从而导致商标权利人多元化，商标转让时可能涉及生产设备、技术、商业秘密等其他必要资产的转让问题，商标权转让后还可能要承担产品质量监督义务等问题；版权也存在在先权利、权利限制、合作作品、职务作品等问题。

实际施工人工程款特殊诉权的有限适用

——在层层转包、违法分包情况下



毕敬文 毕敬文，山东大学法律硕士，2021 年进入德衡律师事务所，主要从事建设工程方面的法律服务以及诉讼业务。向青岛海发建设开发（集团）有限公司、莱西市住房和城乡建设局、青岛国信发展（集团）有限责任公司、青岛澳柯玛蓝光国际人力科技园有限公司等单位提供法律顾问服务。

摘要：随着我国法治建设日益完善，建设领域中的立法亦日益增多，施工安全、工程质量、建筑秩序中产生的问题逐渐减少，但不可否认的是，针对长期困扰建设工程领域的“建筑秩序”问题，整治力度依然不足，转包、违法分包和挂靠等行为大量存在，“实际施工人”因工程价款提起诉讼的情况也较为普遍。自 2004 年《建设工程司法解释（一）》出台，实际施工人向发包人主张权利得到了法律的支持，在维护农民工权益方面发挥了积极作用。在实践中，大量存在实际施工人不仅向发包人主张工程款，甚至将没有直接合同关系的转包人、违法分包人提出主张的情形，而各地法院对此亦表现出不同态度。能否将“发包人”扩大解释，另其包含与实际施工人没有直接合同关系的转包人、违法分包人，能否对其进行扩大解释来达到立法之初保护农民工的目的，本文将从立法目的、与现行法律之间关系以及对行业影响等方面阐述，最终得出应对解释中“发包人”概念应严格限制，不得采取扩大解释，在建筑行业繁荣发展的同时，应该严格限制实际施工人对发包人行使特殊诉权的条件的结论。

关键词：实际施工人 特殊诉权 有限适用

一、实际施工人特殊诉权概述

“实际施工人”是建设工程领域下的一个概念，是指无效合同情形下，实际完成建设工程的法人、非法人团体、个人合伙、自然人等。在建设工程领域当中，建设工程施工合同联系着不同角色，施工合同的标的是建筑产品，而建筑产品和其他产品相比具有固定性、形体庞大、生产的流动性、生产周期长等特点，在施工过程中伴随着大量的资金流动，其依据就是各个主体之间签订的合同，如若这些合同被认定为无效，那么在建设工程施工过程末端的角色将很难保证自身合法利益的保障。因此，“实际施工人”这一概念在2004年发布的《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》中首次被使用，现规定于《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》（以下简称新《建设工程司法解释（一）》）：实际施工人以转包人、违法分包人为被告起诉的，人民法院应当依法受理。实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院应当追加转包人或者违法分包人为本案第三人，在查明发包人欠付转包人或者违法分包人建设工程价款的数额后，判决发包人在欠付建设工程价款范围内对实际施工人承担责任。^①可见，实际施工人在追索工程款时，不仅可以向转包人、违法分包人主张工程价款，甚至可以突破合同相对性，以发包人为追索对象，本文将其称为是实际施工人的特殊诉权。

新《建设工程司法解释（一）》关于实际施工人的规定立法初衷在于农民工的保护，在建筑市场中，农民工处于最弱势的一方，其为我国城市建设作出了巨大贡献，保障农民工合法权益是追求公平正义、维护社会稳定一项

重要工作。本款规定施行十多年来，社会反响整体较好，在一定程度上达到了预期效果。从立法者对此解释的解读，^②可以得出一开始其对“发包人”“转包人”“违法分包人”的定义作出了一定程度的扩张，即实际施工人作为以无效合同构成链接的末端，可以向之前的所有“发包人”“转包人”“违法分包人”追索，即实际施工人可以向与其不存在合同关系的转包人、违法分包人主张工程款，原因在于如果发包人已经支付了工程款，如果不允许实际施工人向其他主体主张权利，则其权利很可能落空，保护农民工合法权益的目的也无法得到实现。但是，近期通过参与诉讼案件与案例检索发现，实践当中某些地区的法官对此解释产生了不同的解读，逐渐对其做出限制，而另外一些地区仍对其做较为扩张性的解读。对此，本文就新《建设工程司法解释（一）》中规定的实际施工人的特殊诉权的追索范围进行论述。

二、实际施工人特殊诉权的适用现状

实际施工人特殊诉权的追索范围可以从主张对象、追索数额方面进行讨论。山东省高级人民法院于2020年8月15日发布的《山东高院民一庭关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的解答》中，对于在多层转包或者违法分包情况下实际施工人主张各转包人或者违法分包人均承担付款责任如何处理这一问题，作出如下解答：在多层转包或者违法分包情况下，实际施工人原则人仅可以要求与其有直接合同关系的转包人或者违法分包人对工程欠款承担付款责任。实际施工人向发包人主张权利的，为查明发包人欠付转包人或者违法分包人工程款的数额，人民法院可以追加与其无合同

^① 参见《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》第43条。

^② 参见最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院建设工程施工合同司法解释（二）理解与适用》，人民法院出版社2019年版，第504页。

关系的转包人或者违法分包人为第三人。由此得出，山东地区对实际施工人特殊诉权的追索范围采取较为保守的态度，实际施工人难以向与其没有直接合同关系的转包人、违法分包人主张欠款。

（一）司法实践中解释范围的不一致

通过“中国裁判文书网”等搜索引擎检索山东各地区中级人民法院相关案例，得出结论均与上述观点一致。但在检索其他地区如浙江、广西等地中级人民法院审理案件，能够发现不同于山东地区的裁判结果。例如深圳市国远船务工程有限公司与福建省顺达航道疏浚工程有限公司合同纠纷上诉案中，一审法院认定根据庭审查明的事实，案涉工程存在层层分包的违法行为，北部湾港务集团系案涉整体工程的总发包方，福建顺达公司系实际施工人。根据《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第26条第2款“实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院可以追加转包人或者违法分包人为本案当事人。发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任”的规定，北部湾港务集团应在欠付广州建港公司工程款范围内对福建顺达公司承担清偿责任。根据前述，广州建港公司作为案涉整体工程的总承包方，其分包行为属违法分包行为，是违法分包人，根据《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第26条第1款“实际施工人以转包人、违法分包人为被告起诉的，人民法院应当依法受理”的规定，广州建港公司亦应在欠付深圳国远公司（顺达公司的合同相对人）工程价款范围内对福建顺达公司承担清偿责任。^①可见，在本案中，法院对“转包人、违法分包人”进行了相对扩张的解

释，并不仅限于存在直接合同关系当中。再如，郑忠信与应良伟、浙江千岛建设有限公司等建设工程分包合同纠纷一案中，法院认为，本案工程总承包方为千岛公司，在履约过程中，千岛公司转包给未取得建筑施工企业资质的人，后又层层分包，故转包人与分包人、分包人与实际施工人之间签订的建筑施工承包合同均应认定无效。转包人与分包人对工程的转包、分包系违法均系明知，存在过错，应承担相应的责任。本案中，法院没有对《司法解释》（原《司法解释》）中“实际施工人特殊诉权”进行解释，而是认为，造成对于最终合同无效的情况，非实际施工人合同向对方的主体如果存在过错，也需要承担责任，如此，实际施工人亦可以向与其没有直接合同关系的转包人、违法分包人主张权利。

（二）学理上关于解释范围的争论

有观点认为，实际施工人主张权利的对象是发包人，依据《施工合同示范文本》，发包人是指与承包人签订合同协议书的当事人及取得该当事人资格的合法继承人。发包人有时称发包单位、建设单位或项目业主、项目法人及甲方等。结合民法典、建筑法及相关行政法规，发包人就是建设单位、业主，而没有其他的含义，不应当扩大理解为转包人、违法分包人等中间环节的相对发包人，否则将会给司法解释适用带来混乱，不利于区分欠付工程价款的责任主体。^②也有观点认为新《建设工程施工合同司法解释（一）》第43条第2款还规定了实际施工人特有的“代位权”，实际施工人有权请求与其没有合同关系的发包人在欠付工程款范围内承担责任，所以将发包人依据该条规定承担的责任理解为与转包人或者违法分包人承担连带责任。

^① 参见（2013）桂民四终字第2号民事判决书。

^② 张鹏：《实际施工人的认定及其权利保护》，载《人民司法》2020年第8期。

（三）小结

综上所述，无论是在理论层面亦或是司法实践当中，对于实际施工人特殊诉权解释范围这一问题的都未达成观点一致。

显而易见，实际施工人特殊诉权解释范围的不统一，不仅对建设工程施工行业发展有着带来不利影响，同时会造成不同案件中司法裁判的偏差，影响司法公信力。本文将分析存在不同解释的原因，并提出合理建议。

三、解释适用的基础和前提

新《建设工程司法解释（一）》中关于“实际施工人”特殊诉权的规定，突破了合同的相对性，在实际施工人因工程款问题与发包人、转包人、违法分包人产生纠纷时亦需审慎适用。在具体的案件当中应当注意，该司法解释的适用相应的基础和前提，严格把握解释中的具体概念及适用情形。

（一）需建设工程合同存在无效情形

实际施工人概念中“实际”一词即说明，在建设施工过程中，其并未与发包人、承包人等主体之间产生有效的合同关系，新《建设工程司法解释（一）》第1条规定，建设工程施工合同具有下列情形之一的，应当依据《民法典》第153条第1款的规定，认定无效：（1）承包人未取得建筑业企业资质或者超越资质等级的；（2）没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义的；（3）建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的。承包人因转包、违法分包建设工程与他人签订的建设工程施工合同，应当依据《民法典》第153条第1款及第791条第2款、第4款的规定，认定无

效。在上述合同无效情形下，存在实际投入资金、材料和劳动力进行施工的一方，才可以适用实际施工人的特殊诉权。

（二）实际施工人作为特殊诉权的适用主体

该特殊诉权的适用主体只能为实际施工人。实际施工人可以是法人、其他组织、个人合伙，也可以是自然人，通常指在建设工程领域，非法转包、违法分包及借用有施工资质的企业名义承揽建设工程等无效合同情形下，实际参加建设工程施工的主体，包括非法转包和违法分包中接受工程转包或分包的承包人以及借用资质（挂靠）中的资质借用人。^①并非所有无效合同的承包方都属于实际施工人，只有实际投入资金、材料和劳力等从事工程施工的最后手的承包人才属于实际施工人，对于中间环节的违法转包人不能认定为实际施工人。^②需要强调的一点是，自然人作为实际施工人一般指包工头，而并不包含施工个人，农民工个人不属于实际施工人，其起诉要求支付劳动报酬的诉讼属于劳务合同纠纷或劳动合同纠纷，在适用实际施工人的特殊诉权时，应注意区分实际施工人与劳动关系、雇佣关系下的建筑工人。

（三）发包人存在欠付工程款项

实际施工人突破合同相对性向发包人追索的工程款，仅限于发包人欠付的工程价款，不包含实施工程中发生的实际损失，在审理过程中，我国采取举证责任倒置，由发包人对其是否存在欠付工程款以及欠付数额进行举证，法院查明后，在发包人欠付转包人或违法分包人建设工程价款数额的基础上，判决发包人对此

① 张询书、盛小凡.《建设工程领域中“实际施工人”法律规制探讨》，载《合肥工业大学学报》（社会科学版）2021年第2期。

② 潘军锋：《建设工程施工合同案件审判疑难问题研究》，载《法律适用》2017年第7期。

范围内对实际施工人承担责任。

（四）实际施工人已完工工程质量合格

虽然新《建设工程司法解释（一）》第43条并未明确要求实际施工人已经完工的工程质量需要合格，但如果建设工程质量不合格且拒绝修复，或者经过修复后仍不合格，那么，实际施工人的特殊诉权就丧失了合理性基础。

（五）小结

实际施工人特殊诉权的请求权因其适用所需的基础和前提而受到限制。正如上述内容所展示的，合同存在无效情形、特殊诉权的适用主体只能为实际施工人、发包人存在欠付工程款的情况、实际施工人已经完工并且工程质量已经达到合格的标准，这四项内容是实际施工人特殊诉权的请求权基础和适用前提。看似适用情形明确清晰，但在实践当中，各法院仍会对实际施工人相关法条作出不同解释，例如，山东省高级人民法院民一庭意见，在多层转包或者违法分包情况下，实际施工人原则上仅可以要求与其有直接合同关系的转包人或者违法分包人对工程欠款承担付款责任。而江苏省高级人民法院2018年出台的《关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的解答》第23条规定：“层层转包中，实际施工人要求所有转包人、违法分包人承担连带责任的，应予支持。前手转包人、违法分包人举证证明其已付清工程款的，可以相应免除其给付义务。”为解决审判结果的“地域差异”，维护建设工程行业秩序，明确是否应该限制实际施工人特殊诉权的解释范围成为亟需解决的难题。

四、限制实际施工人特殊诉权的原因分析

随着我国法治建设日益完善，建设领域中的立法亦日益增多，施工安全、工程质量、建筑秩序中产生的问题逐渐减少，但不可否认的是，针对长期困扰建设工程领域的“建筑秩

序”问题，整治力度依然不足，违法发包、转包、违法分包和挂靠等行为大量存在，那么，以违法分包、转包和挂靠为适用条件的实际施工人特殊诉权是否应加强适用力度，能否对其进行扩张解释来达到立法之初保护农民工的目的。本文认为，实际施工人不可以向与其不具有合同关系的承包人、转包人、分包人主张欠付工程价款，对此，本文将从以下几点阐述理由。

（一）农民工权益保护效果不佳

在我国建筑市场，法律实行的是准入制，即承包工程时，承包人必须具有相应资质才能与发包人签订合同。而建筑行业中，施工方往往具有更好的人数优势、技术条件。建设施工合同已交付质量合格的工程为目的，相对于可获得的工程价款利益，是否拥有行业资质在某些施工方眼中已不再重要，获得工程后，他们就成为实际施工人。而实际施工人往往以短期雇佣劳动者的方式组成，这其中就包含了大量农民工。当承包的工程竣工后，如果不能及时获得工程款，就极易引起农民工维权事件。当然，作为相对弱势的一方，农民工的权益应该得到有效保障。不得否认的是，自2004年《建设工程司法解释》出台后，农民工的合法权益在一定程度上得到了保障，在实际施工人以其特殊诉权取得部分或全部工程款的情况下，农民工工资发放问题有了一定好转。但是，该条司法解释是否能够更切实地维护农民工权益，本文对此持否定态度。首先，实际施工人与农民工是两个不同主体，司法解释赋予了实际施工人突破合同相对性可以向发包人主张权利的特权，但这并不代表农民工的权益得到了保障，在很大程度上，农民工权益问题的解决，更在于其雇主是否愿意如约履行付款义务，而不在于雇主是否能够取得工程款。换句话说，该司法解释只能以间接方式解决农民工工资拖欠问题，效果不尽如人意。其次，但新

《建设工程司法解释（一）》实施以来，为解决农民工工资问题，我国已先后出台多项政策，采取多种措施，如定期公布拖欠工资“黑名单”、联合惩戒备忘录、规范劳动合同签订、落实工资保障金制度、推行银行工资代发制度等，农民工讨薪工作取得重大进展。如此看来，以间接方式解决农民工利益保护问题现实意义不大，扩大解释亦无法达到立法目的。

（二）易成为建设工程行业乱象潜在导火索

根据最高人民法院有关负责人关于《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》的答记者问，可以知道《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》的出台是“为了给国家关于清理工程拖欠款和农民工工资重大部署的实施提供司法保障”^①，其通过保护实际施工人合法权益，进而保护农民工的权益，同时也维护了司法的权威性，从立法目的来看存在积极意义。但换一个角度来看，实际施工人利益保护是建立在合同无效基础之上的，转包、违法分包以及挂靠都因违反法律而被明令禁止，在建筑行业中，实际施工人虽然在合同无效情况下完工，但其应该在合同成立之前尽到审查义务，而不是在利益驱使下签订合同，在此种情况之下，《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》在权衡各方利益的基础上，支持实际施工人取得工程款，这无疑会使施工人更加无视法律规定，形成负面激励效果，使其尽管明知合同会因法律强制性规定无效却“铤而走险”，这显然与“任何人不得从违法行为中获利”相悖，所以，不能因为为保护农民工权益

而采取的应急性质的措施放弃对良好“建筑秩序”的追求；另一方面，建设工程往往伴随着多层转包、分包关系，如果将发包人扩大解释为多层转包的转包人或者多层违法分包的分包人，势必造成各主体诉讼压力增大，激化矛盾引起行业乱象。因此，对实际施工人的特殊诉权应该严格谨慎适用，对“发包人”采取扩大解释缺少合理性。

（三）有悖于现行法律

合同相对性是合同规则制度形成的基础，指合同项下的权利义务只能赋予给当事人或加在当事人身上，合同只能对合同当事人产生拘束力，而非合同当事人不能诉请强制执行合同。而随着社会的发展，“由于交易关系的复杂化以及持久合作关系的普及，减少了合同当事人的确定性。”^②新《建设工程司法解释（一）》中关于实际施工人特殊诉权的规定既是此种情形。在现实中，作为工程成果最终获取者，发包人面对转包、违法分包或挂靠时往往采取默许态度，和与实际施工人没有直接因果关系的其他主体，推断发包人对合同无效存在一定过错更为合理。当然，从文字表达中也可以推断出此种“突破合同相对性”是有限度的，发包人只在“欠付工程款”范围内承担责任，从这一点也可以看出，对实际施工人特殊诉权应该采取限缩性的解释方式，突破合同相对性的规定属于例外，且有严格的适用条件，应尽可能避免突破合同相对性，破坏稳定的市场交易秩序。

（四）小结

综上所述，本文从解释的立法目的、行业影响以及法律基础方面分析得出，应该严格把

^① 《依法保护当事人权益，促进建筑市场健康发展——最高人民法院副院长黄松有就有关司法解释答本报记者问》，载《法制日报》2004年10月26日。

^② 舒其君、余海森：《浅谈合同相对性原则及突破》，<http://www.Chinacourt.org/article/detail/2008/10/id/328781.Shtml>，2017年7月9日。

握新《建设工程司法解释（一）》中实际施工人特殊诉权的适用条件、解释范围，不得对“发包人”做出扩大解释。虽然前述内容对该司法解释做出了带有否定意味的评价，但因我国目前并未形成完善的实际施工人诉权制度，保留该解释尚有积极意义。

五、结论

无论是 2004 年发布的《建设工程司法解释》《建设工程司法解释二》，抑或是《建设工程司法解释（一）》中对实际施工人特殊诉权的规定在一定程度上保护了农民工利益，

存在积极意义，但就整体而言，其突破了合同相对性原则、新设了一种权利，而其规定明显过于简单，难免造成司法实践中解释不一、同案不同判的结果。本文从各地法院适用情况不同的司法现状引出问题，进一步介绍该解释适用的一般基础和前提，再深入分析应采取何种解释方法更加合理合法，最终得出，对解释中“发包人”概念应严格限制，不得采取扩大解释。在建筑行业繁荣发展的同时，应该严格限制实际施工人对发包人行使特殊诉权的条件，努力探索实际施工人诉权制度建设，积极完善法律法规配套，平衡建设工程各方主体利益。

雄安新区政府投资项目审批制度创新研究

——以“一会三函”制度为视角



江波博士，北京德和衡律师事务所高级合伙人、执行主任、最高人民检察院民事行政咨询专家、中国人民大学国有企业改革与发展中心研究员。

执业领域：公司并购、公司金融。

摘要：雄安新区自成立以来着力推进供给侧结构性改革，积极开展公共服务类建设项目投资审批改革试点，其中最为引人注目的当属“一会三函”制度。本文通过梳理“一会三函”制度的缘起及其在雄安新区的发展明确其制度内涵，在此基础之上通过与河北省政府投资项目的对比分析“一会三函”制度的创新之处、操作中的普遍问题及管理建议，旨在为理顺雄安新区政府投资项目审批流程、加强项目建设管理提出可供参考的思路。

关键词：一会三函，雄安新区，政府投资项目

一、一会三函制度的缘起及其雄安之路

一会三函制度首创于北京城市副中心建设过程中。2016年8月5日，北京市人民政府发布《北京市公共服务类建设项目投资审批改革试点方案》，积极开展公共服务类建设项目投资审批改革试点，着力推进北京城市副中心建设，这标志着一会三函制度的诞生。一会三函制度是为北京城市副中心的加速建设保驾护航，在审批手续上尽量简化，充分体现政策工具的优势。

2017年4月1日，中共中央、国务院印发通知，决定设立国家级新区河北雄安新区。雄安新区的设立，将承接北京非首都功能，探索现代城市发展道路，并推进京津冀协同发展，是“千年大计、国家大事”。为承接国家千年大计，按照党中央、国务院决策部署，紧紧围绕京津冀协同发展战略，坚持改革创新、大胆探索，坚持依法行政、稳妥推进，坚持简政放权、放管结合、优化服务，河北省人民政府着力推进供给侧结构性改革，积极开展公共服务类建设项目投资审批改革试点，与北京市一会三函制度不同，河北省人民政府提出了雄安新区独具特色的一会三函制度并在制度创新的实践中不断完善：

2019年1月4日，河北省人民政府印发《关于河北雄安新区建设项目投资审批改革试点实施方案》（以下简称“实施方案”）的通知，首次提出了要在雄安新区建设项目投资审批流程中试行一会三函工作制，一会三函流程完成后即可进行开工建设，雄安新区区域内政府投资项目，在做好前期工作前提下，由雄安新区管委会召开会议，对具备条件的项目集中审议，确定投资项目建设计划，明确建设时序安排。有关部门根据会议要求先后分别出具项目前期工作函、设计方案审查意见函、施工意见登记函后，即可开工建设。

2020年4月30日，河北雄安新区党工委

管委会党政办公室印发《关于加强工程建设“四位一体”管理的意见（试行）》的通知，明确了“三函”归口负责单位为雄安新区公共服务局，一会三函流程结束后项目可以即时开工建设：“为提高审批效率，“三函”受理由公共服务局（政务服务中心）归口负责，项目完成“一会三函”流程后，即时开工建设。

2020年12月22日，河北省雄安新区管委会关于印发《雄安新区政府性投资项目成本控制管理暂行办法》的通知，新区本级政府性投资项目实行“一会三函”工作流程，经新区管委会会议审议通过后，依次获得前期工作函、设计方案审查意见函、施工意见登记函，并结合相关法定审批流程和程序开工建设。

2020年12月31日，河北雄安新区党工委管委会党政办公室关于印发《雄安新区政府投资管理办法（试行）》的通知，在政府投资项目领域再次明确完成一会三函制度审批流程后项目即可开工建设，新区管委会政府投资项目实行“一会三函”工作流程，即新区管委会召开项目决策会议集中审议，有关部门根据会议要求先后出具项目前期工作函、设计方案审查意见函、施工意见登记函后，即可开工建设。

2021年3月26日，河北雄安新区党工委管委会党政办公室印发《关于进一步优化雄安新区工程建设项目审批流程的实施方案》（以下简称《审批流程》），提出了一会三函制度要与国家现行法律法规的规定相结合，法定许可与一会三函制度要并联运行：“以‘宜证则证、容缺受理、函证结合’为原则，形成法定许可和‘一会三函’并联运行、同时审批的完整审批链条，实现政府投资类项目从项目立项到施工许可审批时限控制在30个工作日内”。

自此，一会三函制度在雄安新区走出了独具特色的创新之路，不仅做到了坚持改革创新、大胆探索，同时也做到了坚持依法行政、稳妥推进，将一会三函制度与国家现有法律法

规并联运行，同时审批，简化了项目开工建设手续，在合法合规的基础上大大缩短了建设工程审批流程。

二、一会三函制度的具体内容

一会三函制度是为加快项目投资及开工建设，将法定审批程序简化为一会三函制度四个环节的项目建设工作模式。

（一）“一会”是指市政府召开会议集体审议决策

“一会”的相关流程如下。

（1）新区重大项目办在谋划和提出年度重点项目计划和投资计划时，要根据新区总体规划、片区控制详细规划、专项规划和社会经济发展需要统筹考虑，提出与财政资金相衔接的年度投资计划，由新区重大项目办组织编制项目预可行性研究报告，明确项目建设的必要性、主要建设内容（包含智能城市建设内容）、拟建地点、拟建规模、投资匡算、资金筹措、生态环境影响及风险防控、社会稳定风险、社会效益及经济效益等内容。

（2）自然资源和规划部门应及时提供能够支撑编制预可行性研究报告的规划条件，规划条件要科学充分论证和比选，同时要做好项目选址各类风险防控工作；新区自然资源和规划部门应及时提供能够支撑编制预可行性研究报告的规划条件，规划条件要科学充分论证和比选，同时要做好项目选址各类风险防控工作。

（3）新区改革发展局对项目预可行性研究报告进行评审，对符合有关规定、规划选址明确、确有必要建设的项目，纳入新区年度投资计划统一管理。预可行性研究报告通过评审的，由改革发展局提请新区管委会会议集中审

议。上述工作流程解决了项目入口的问题，通过集体会议审议，提高了项目建设决策效率和水平。

（二）“三函”是指项目前期工作函、设计方案审查意见函与施工登记函

（1）新区改革发展局根据新区管委会有关会议纪要出具前期工作函，项目单位据此开展可行性研究报告、勘察、设计招标等前期工作。

（2）可行性研究报告获批，且设计文件达到要求深度的，可申请项目主体工程的设计方案审查意见函。

（3）项目单位在确定施工单位、监理单位，并完成施工图备案的基础上按照告知承诺制的原则，由建筑师、勘察单位和建设单位作出承诺备案后，项目单位可申请施工登记函。

为了加强一会三函制度与常规审批流程的衔接，新区政府投资项目在可行性研究报告批复之前不得开展施工、监理招标，不予办理施工登记函；在竣工验收之前未办理完成各项法定审批手续的，不予竣工验收。据此，项目建设单位只需满足一会三函制度下四项前置条件即可开工建设，其他各项法定审批手续于竣工验收前完成即可。

三、雄安新区一会三函制度的创新之处

一会三函制度是政府为了加快项目建设工作提供的一种新型工作模式，与北京市一会三函制度流程类似，其将项目开工门槛简化为四项，与河北省一般政府投资项目的审批流程相比，大大缩短了项目开工建设前期手续的办理时间（详见图2、图3）。笔者将对比北京市一会三函制度^①、河北省常规政府投资项目审批

^① 北京市一会三函制度，参见国务院《关于北京市开展公共服务类建设项目投资审批改革试点的批复》（国函〔2016〕83号）、国务院《关于北京市继续开展公共服务类建设项目投资审批改革试点的批复》（国函〔2019〕48号）。

流程^①及雄安新区政府投资项目一会三函制度^②审批流程的异同，总结提炼雄安新区一会三函制度的创新之处。

（一）着重一会三函制度与常规审批流程的并联运行

与北京市一会三函制度不同的是，新区文件一再要求一会三函制度与常规审批流程进行衔接，并创造性的提出了“以‘宜证则证、容缺受理、函证结合’为原则，形成法定许可和

‘一会三函’并联运行、同时审批的完整审批链条”的相关概念，显示了新区政策制定者较强的法律意识和高超的立法技术。常规审批流程按照法律规定的基本建设工程审批程序进行，一会三函流程按照加快推进项目建设流程进行，两套流程同步推进。常规审批流程是完整的法定流程，一会三函流程在常规审批流程的基础上，解决加快开工建设的问题，两套流程各有侧重但又并行不悖。

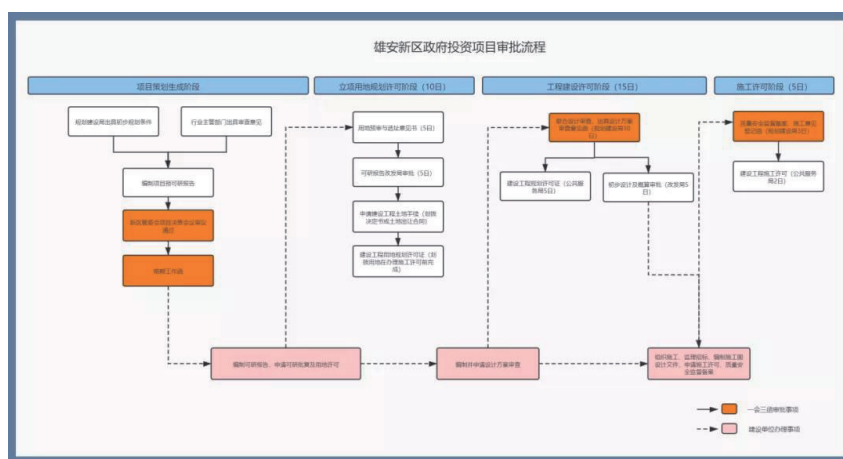


图1 雄安新区政府投资项目审批流程

（二）精简审批环节

1. 加快项目建设进度

在河北省政府投资项目建设常规审查流程中，各审批环节环环相扣，上一阶段的审批尚未完成，下一阶段的工作开展便无依据。但是在一会三函制度中，项目单位可依前期工作函申请办理建设项目选址意见书、建设项目用地预审意见，组织编制可行性研究报告、环境影

响报告书（表）、规划设计方案等前期工作。在项目可行性研究报告批复后可进行工程施工、监理的招标投标流程。依法依规在保证招标投标工作质量前提下，允许招标人与潜在投标人协商确定与工程规模相匹配的投标文件编制时间，并允许项目单位依据建设规划设计方案审查意见办理开标手续。换言之，自项目立项至施工许可证颁发之前，一会三函制度重点关注项目建设的关键节点，在取得项目建设关键

^① 河北省政府投资项目审批流程参见《政府投资条例》《河北省政府投资管理办法》《河北省人民政府办公厅关于印发河北省优化投资建设项目审批流程实施办法（试行）的通知》以及《河北省投资项目在线审批监管平台》等相关要求。

^② 雄安新区一会三函制度，参见河北省人民政府印发《关于河北雄安新区建设项目投资审批改革试点实施方案》的通知、河北雄安新区党工委管委会党政办公室印发《关于加强工程建设“四位一体”管理的意见（试行）》的通知、河北省雄安新区党工委管委会关于印发《雄安新区政府性投资项目成本控制管理暂行办法》的通知、河北雄安新区党工委管委会党政办公室关于印发《雄安新区政府投资管理办法（试行）》的通知、河北雄安新区党工委管委会党政办公室印发《关于进一步优化雄安新区工程建设项目审批流程的实施方案》以及雄安新区公共服务局《雄安新区工程建设项目报建指南》。

性审批文件后，项目前期重点工作如可行性研究报告的编制、环境影响评价、规划设计方案以及施工招标工作都可同步进行，最大限度的避开了项目建设过程中的制度性桎梏。

2. 一定范围内取消单个项目的前期评估审查

在常规审批流程中，项目前期手续的并联审批需要经过国土资源、文物、水务、环保、规划建设等多个部门，流程烦琐且审批时间长。而在一会三函制度下，对在雄安新区内控制性详细规划阶段和土地整理储备阶段，进行气象、矿产压覆、地震安全、交通、水务、文物等方面影响评估审查，且相关部门出具意见的，可取消单个项目的评估审查。

3. 部分许可的容缺受理

在工程建设许可阶段，主要办理建设工程规划许可证核发和初步设计及概算审批，雄安新区相关文件允许对暂未取得建设用地规划许可证或建设项目用地预审与选址意见书的建设项目，建设工程规划许可证实行容缺受理，由行政许可主管部门通过内部资料共享方式补齐相关材料后，直接核发建设工程规划许可证。

在施工许可阶段主要办理建筑工程施工许可证核发，同步办理质量、安全监督备案手续。雄安新区相关文件也允许对核发施工许可证法定要件暂不齐全的项目，施工许可证实行容缺受理，建设单位可依据施工意见登记函组织开工建设，由行政许可主管部门通过内部资料共享方式补齐相关材料后，直接核发建筑工程施工许可证。

4. 质量安全的承诺备案

在申请施工许可证阶段，项目单位在依法确定施工、监理单位，并完成施工图备案基础上，按照告知承诺制的原则，由建筑师、勘察单位和建设单位作出承诺备案后，项目单位可申请施工登记函，而无需进行众多部门的并联审批和公安消防备案，只需相关主体在规划建设局做出相关承诺并完成备案即可。

(三) 简化审批流程时限

以河北省政府投资项目为例，自项目申请立项开始至取得施工许可证开工建设止，需要210个工作日（未扣除不同阶段可同步办理事项天数）；而在雄安新区范围内，政府投资类项目从项目立项到施工许可审批时限控制在30个工作日内，即使项目尚未满足施工许可证办理条件，也可以一会三函制度完成为由开工建设。从加快项目建设的角度，抓住了项目建设过程中的关键环节和必要前提。

四、一会三函制度的不足之处及建议

(一) 不足之处

1. 容缺受理与现行法律法规的冲突

一会三函制度的设计目的在于提高项目建设前期工作效率，加快项目开工进度。虽然雄安新区在制度设计中包含了与现行法律法规相结合的制度性要求，但新区制度允许在未取得施工许可证的情况下开工建设，可能与我国现行法律的规定存在一定程度上的冲突。按照我国相关法律法规的规定，建筑工程开工前，建设单位应当向建设行政主管部门申请领取施工许可证。但是一会三函制度下建设项目在未取得施工许可证之时可以开工建设，例如，《建筑法》第64条规定：“违反本法规定，未取得施工许可证或者开工报告未经批准擅自施工的，责令改正，对不符合开工条件的责令停止施工，可以处以罚款。”又如，《建筑工程施工许可管理办法》第12条规定：“对于未取得施工许可证或者为规避办理施工许可证将工程项目分解后擅自施工的，由有管辖权的发证机关责令停止施工，限期改正，对建设单位处工程合同价款1%以上2%以下罚款；对施工单位处3万元以下罚款。”

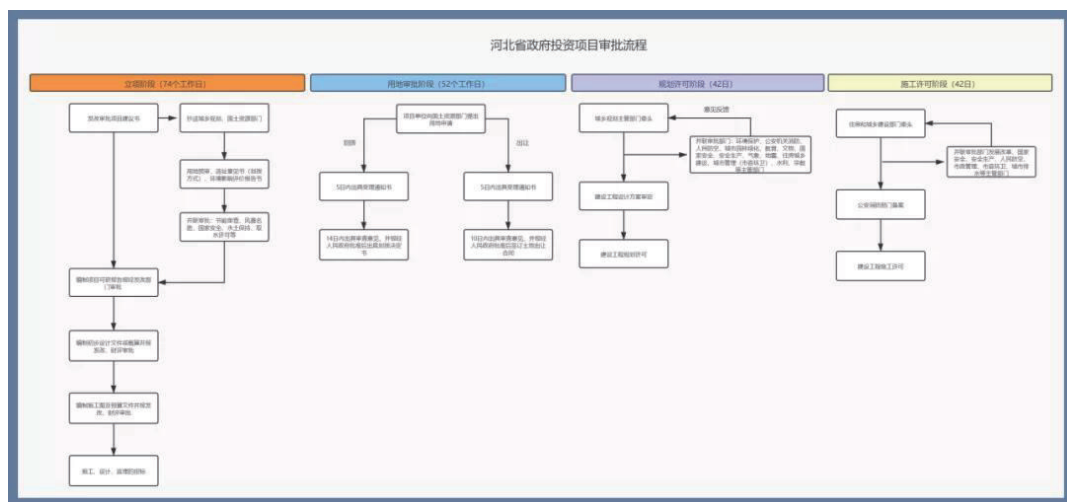


图2 河北省政府投资项目审批流程

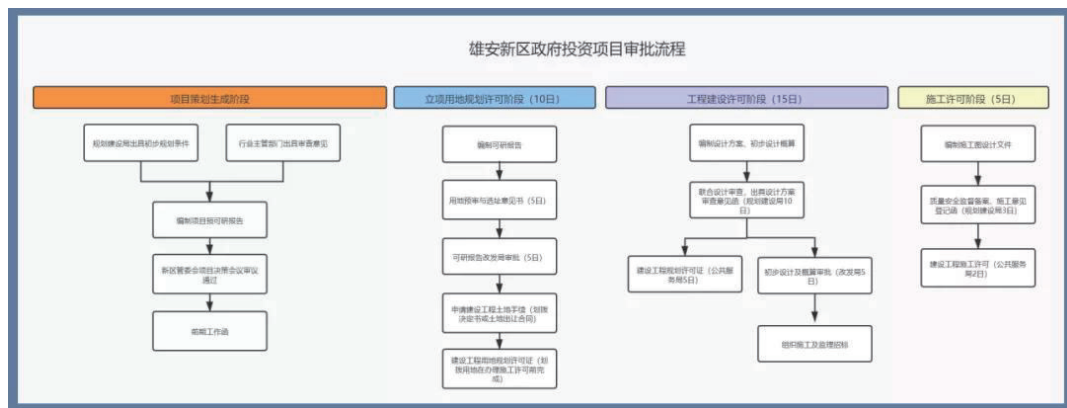


图3 雄安新区政府投资项目审批流程

从法律效力层级来看,《建筑法》是国家法律,雄安新区《实施方案》及一系列规定的最高层级属于河北省人民政府发布的地方政府性规章,根据《立法法》第 88 条的规定,法律的效力高于行政法规、地方性法规、规章,关于开工建设的法定流程仍应以《建筑法》的相关规定为准,即开工建设需要取得建筑工程施工许可证。从这个意义上来说,雄安新区《实施方案》及一系列规章、规范性文件与《建筑法》的规定存在冲突。

2. 前期容缺受理与后期项目建设的衔接

简化手续与容缺受理实质上是将需前期论

证和研究的工作滞后处理,对于很多重大项目而言建设周期较长,从开工到项目竣工验收阶段留有充足的时间进行论证并补足相关手续。而在满足一会三函制度制度要求即可开工建设的情况下,对于部分施工条件具备且建设工期较短的项目而言^①,很可能在达到办理竣工验收条件的时间节点未能完成建设工程用地规划、建设工程规划和施工许可证以及其他相关手续的办理,无法在规定时间内补齐相关手续导致无法正常办理项目竣工验收、通过政府审计等后续问题。

3. 政府与社会资本合作项目的操作

① 参见翟春城:《项目管理在“一会三函”政府投资项目的风险和应对措施》,载《中国工程咨询》2018年第9期;洪西文、周德秋:《怀柔科学城政府投资类项目“一会三函”结合传统审批模式前期项目管理应用实践》,载《中国工程咨询》2020年第3期。

从现存规定来看，雄安新区一会三函制度与政府和社会资本合作项目在操作流程上的衔接不足。涉及政府和社会资本合作项目时，为提高效率加快项目建设，社会资本通常将施工、设计等进行一体化招标，招标的前提条件是社会资本的项目公司完成组建并成为项目建设单位。而可行性研究报告（投资估算）批复又是政府方招标社会投资人的前提条件，因此作为可研批复的前置条件：政府决策会议、前期工作函、选址意见书、用地预审等批复文件变成了政府方的职责。前期审批文件的申请主体与后期项目公司存在差异，客观上造成项目建设单位的无序状态。此外，在取得前期工作函后，社会资本方尚未完成项目公司的组建，规划设计和施工招标等前期工作仍无法快速开展，在加快项目建设的流程上不及一般的政府投资项目。

（二）建议

第一，雄安新区的制度创新走出了独特的“雄安之路”，但这并不意味着一会三函制度可以取代常规审批流程。常规行政审批是一会三函制度得以实施的重要基础，也是项目合法合规建设的必要条件。我国境内建设的项目不论是否纳入一会三函制度审批流程，均需要办理完成一般意义上的建设工程审批手续。纳入“一会三函”制度的项目在项目开工建设后仍

然要办理完成各项审批手续及流程。所以，一会三函制度要与国家规定的审批路径相结合，这一点虽然从雄安新区一会三函制度文件发布的顺序及内容上已有体现，但是目前新区的规定尚未从根本上达到与国家法律法规完美融合的状态，建议从国家层面完善相关立法，增加未取得施工许可证即开工建设的但书情形或改革办理施工许可证的操作流程。

第二，严格按照“宜证则证、容缺受理、函证结合”的原则开展项目行政审批流程，项目建设单位在项目前期审批中要紧抓政策机会窗口，宜证则证，在开工建设之前具备条件的必须办理相关证照，保证项目建设的合法合规，为项目如期竣工验收打下坚实基础；尚未满足办理条件的进行容缺受理，先行开工建设以保证项目建设的效率和速度，但是在项目建设过程中也应当时刻关注前期手续的进度，做到项目建设效率与质量的统一。

第三，建议明确一会三函制度中引入社会资本流程的制度性规定，如具体的投融资模式、选择社会资本的前提条件、选定社会资本后开展施工、设计、监理的招标流程上是否与常规政府投资项目相匹配等问题，以便更好地在基础设施等领域开展政府与社会资本的合作，保证雄安新区在快速开展项目建设的同时能够增强对社会资本的吸引力。

预重整

——庭外重组与司法重整的桥梁



张雪莲，专注于公司股权架构、投融资、企业改制与并购重组、破产重整、金融不良资产处置及疑难商事诉讼。

张雪莲律师曾就任法院法官数年，具有扎实的法学理论素养和丰富的办案经验，后专职从事律师职业，已有十余年的律师实务经历，办理大量诉讼及非诉讼案件，执业期间多次获得律师协会授予的“优秀律师”、“优秀共产党员”等荣誉称号。具有上市公司独立董事、并购交易师及基金从业资格。

摘要：预重整为庭外重组计划予以批准和获取强制执行的法律效力的困境企业拯救机制，是庭外重组过渡到司法重整的桥梁。预重整在我国破产法中并无明确的规定，而是在破产实务中，是在借鉴英美国家预重整制度所探索出来的一种庭外重组和庭内重整的衔接机制。预重整制度，在理论及实务均有颇多探讨和尝试。本文笔者以实务、国内外规定及相关文献为据，从预重整的概念、特征、案例及价值、制度构建等方面予以阐述。

关键词：预重整，庭外重组，重整计划，企业破产

一、预重整概念及制度特征

（一）预重整概念

预重整，是指债务人企业在发生经济困境时与债权人就债务清理与企业复苏的方案进行商谈，在获得大部分债权人的同意后，经由一定的司法程序，使得该重组计划产生约束所有债权人的法律效果，进而实现债务人企业的再建^①。

预重整并非一项法定制度，在我国破产法中并无明确的规定，而是在破产实务中，借鉴英美国家预重整制度所探索出来的一种庭外重组和庭内重整的衔接机制。世界银行《中国优化营商环境的成功经验：改革驱动力及未来机遇》报告中，建议中国通过激励机制促使企业在出现财务危机时尽早启动破产程序，考虑建立一个新的破产前程序。我国目前大多数学者的观点认为^②，预重整应当是破产法中予以规定的启动传统正式重整之前的程序，其目的在于避免和克服传统正式重整程序费时耗力的弊端，并且促使法院对庭外重组计划予以批准和获取强制执行的法律效力，成功地解决庭外重组协议存在的履行上的不确定性问题，即预重整实际上是庭外债务重组过渡到法庭内正式重整的“衔接桥梁”程序。

美国学者从谈判策略的经济分析角度认为，预重整是在庭外重组模式基础上附加一定的强制性规制手段的重整模式，即预重整在时间阶段上包括两个阶段，第一阶段是庭外重组，第二阶段是在将第一阶段延伸到司法框架

下的强制性规制^③。由此可见，美国建立这种预重整是要在法庭外重组的基础上提请到破产法院，其目的就是要将法庭外重组与法庭内正式重整予以衔接，并快速实现对庭外重组谈判效果在法庭内的司法转化。目前，该制度得到国际社会的普遍认可，有关国际文件^④及联合国《破产法立法指南》中直接建议，一部有效和高效率的破产法必须建立一个有效的“简易重整程序”，将法庭外债务重组和法庭内正式重整相衔接程序。关于预重整的定义《破产法立法指南》将其表述为：使受到影响的债权人在程序启动之前自愿重组谈判中商定的计划发生法律效力而启动的程序。根据这一定义可见预重整的法律地位就是：将法庭外的自愿重组谈判和达成重组协议，根据破产法的规定快速进入正式重整程序，以便法院确定该重组协议，并将其转化为正式的重整计划，产生约束和保护全体债权人效力的程序。

美国司法实践中还将预重整分为了“整体预重整”（Prepackaged）和“部分预重整”（Prenegotiated），前者是指债务人在向法院申请重整程序之前已经完成重整计划草案，并且成功争取到投票表决通过了重整计划；后者是指债务人在向法院申请重整程序之前先与一部分债权人就重整计划草案进行谈判，并且在提交法院重整程序之前进行表决（或者未进行表决）^⑤。

（二）制度特征

预重整^⑥是在庭外重组和破产重整两种制度的基础上融合创新产生的一种企业挽救辅助

① 季奎明：《论困境企业的预先重整》，载《上海财经大学学报》2013年第4期。

② 张艳丽、陈俊清：《预重整：法庭外重组与法庭内重整的衔接》，载《河北法学》2021年第2期。

③ 王佐发：《预重整制度的法律经济分析》，载《政法论坛》2009年第2期。

④ 例如，2015年《世界银行有效破产和债权人/债务人权利制度原则》B4规定，如果庭外重组需取得法庭重整程序的认可，则法庭内程序应能迅速处理庭外已达成的协议。2019年6月30日，欧盟立法机构通过《第2019/1023号指令》，指导欧盟各成员国尽快将“预防性重组”（preventive restructuring）转化成国内法，在欧盟范围内建立预防性重组框架。

⑤ 张艳丽、陈俊清：《预重整：法庭外重组与法庭内重整的衔接》，载《河北法学》2021年第2期。

⑥ 王欣新：《预重整的制度建设与实务辨析》，载《人民司法》2021年第7期。

性模式，其设置目的是要通过两种制度进行先后的有机衔接、补强组合，发挥各自优势，规避劣势。

在各国，困境企业的挽救主要有三种模式^①，即庭外重组、预重整和重整程序。庭外重组是在债务人发生经营与债务危机之后，与债权人等各方当事人通过在法庭外的自行协商，不借助于司法力量解决经营与债务危机，实现企业重组和挽救的活动，属于非司法程序性质的当事人自力救济。庭外重组是一个独立的制度，并不与法院的司法重整程序相互关联或影响，当庭外重组因成功或不成功而结束，需要进入重整或清算程序时，要由当事人提出相应的破产申请。庭外重组的重组活动及协议达成遵循自愿原则，以所有当事人一致同意为原则，不受破产法等相关法律规则的约束，当事人各项行为的效力也不能延续到重整程序中。通常，庭外重组具有快捷、灵活、费用低廉、成本较低等优越性，具有更强的当事人积极自治和市场调整因素。由于企业不进入正式的破产程序，对债务人负面的社会影响和商业影响较小，股东、管理层丧失公司控制权的风险也可控，对社会稳定等方面的影响也较小，所以困境企业往往会首先试用。但因庭外重组往往缺乏清晰的法律规则，债务人及其股东与外部债权人之间因信息不对称往往缺乏相互信任，债权人之间存在利益冲突，还可能存在少数人对谈判重组的钳制效应，在缺乏强制性措施保证的环境下，要想成功并不容易。尤其是在我国，债务人寻求挽救的时机往往过晚，与债权人等的矛盾已经激化，谈判的时间与利益调整的空间受到严重压缩，成功的概率就更低。在司法实践中，真正对债务人企业的挽救具有有效用的主要是破产重整程序。

预重整制度的建立，不仅可以补齐我国企业挽救制度上的短板，在庭外重组和庭内重整

这两种传统的企业挽救模式之间建立起具有桥梁效应的企业挽救新模式，而且可以促进各种企业挽救制度的相互协同发展、共同完善，使我国形成由庭外重组、预重整、庭内重整组成的多层次完整系列的市场化、法治化和国际化的企业挽救制度。

二、预重整制度的国内外立法现状

（一）国外立法

预重整作为法庭内正式重整的辅助和准备程序，属于破产法的调整范围，应当在破产法中加以规定。根据联合国《破产法立法指南》的要求，在进入正式重整程序之前，需要建立一种快捷的“简易重整程序”将庭外自愿谈判结果转入到庭内正式重整，以实现庭外和庭内重整的有效衔接。这里的“简易重整程序”即以意思自治为基础，以司法程序相约束，它从含义上涵盖了几乎所有债权人与债务人自愿协商达成重整计划或者重整支持协议的情形。对此，美国《联邦破产法典》第11章的第1102、1125、1126条等法条和《联邦破产程序规则》第3018条（b）款在司法判例的基础上对预重整进行了立法规制，内容包括承认或允许“预先打包的重整方案”、充分信息披露标准、预先重整方案的表决通过、债权人委员会地位等。英国《破产法》（*Insolvency Act of 1986*）和《破产规则》（*Insolvency Rule 1986*）规定了公司自愿整理程序、管理程序、接管程序和清算程序，其中的“公司自愿整理程序”与美国的预重整制度相似，另外，英国《破产法》附件B1（2002年制定）在完善管理程序时为预重整留出了空间，即在向法院申请管理令进入管理程序前，可以由法庭外任命管理人对财务困境公司事先达成一个出售经营或全部财产的协议，并在进入管理程序后经法院批准

^① 王欣新：《预重整的制度建设与实务辨析》，载《人民司法》2021年第7期。

后立即生效，以减少公司在进入法庭内重整的时间。德国1999年的《支付不能法》吸收了美国《联邦破产法典》第11章重整内容，规定了重整计划程序，并且在第218条为预先重整程序提供了法律依据，该条允许债务人在向法院申请破产时递交事先达成的“预先协商的重整方案”，并在破产程序开始后对此方案进行表决。韩国有专门的首尔重整法院，2005年实施并在2016年修订的《债务人重整及破产相关法律》第223条规定了“预先提交重整计划草案”制度，该制度允许债务人与多数债权人在申请破产重整前就重整计划达成一致，在重整程序开始后迅速将该计划交付表决，以节省重整程序时间消耗，并借助重整程序使重整计划产生约束全体债权人法律效力^①。2019年6月30日，欧盟立法机构通过《第2019/1023号指令》，指导欧盟各成员国尽快将“预防性重组”（Preventive Restructuring）转化成国内法，并将其作为一种庭内程序在欧盟范围内建立预防性重组框架^②。

（二）国内立法

我国现行2006年《企业破产法》没有规定预重整制度，最高人民法院2018年《破产审判纪要》、2019年《民商事审判纪要》以及发展改革委等十三部委《市场主体退出改革方案》，都明确要求探索建立法庭外重组和法庭内重整衔接机制，研究建立预重整制度。2020年10月11日，中共中央办公厅、国务院办公厅印发的《深圳建设中国特色社会主义先行示范区综合改革试点实施方案（2020—2025年）》第10条明确要求“试行破产预重整制度”，同年11月4日，《最高人民法院关于支持和保障深圳建设中国特色社会主义先行示范

区的意见》第12条要求“扎实开展破产制度改革试点。深化企业破产重整、预重整、执行转破产制度改革，推动建立针对中小企业的重整机制”。

近十几年，全国地方法院在破产审判中对预重整进行了大量的实践探索，主要建立了两种预重整启动模式：一种是以浙江地区为代表的通过“预登记”立案进行的预重整；另一种是以北京、深圳、南京、苏州等地区为代表的通过“破申（预）”立案进行的预重整^③。近两年各地法院在实践探索基础上先后制定了相关文件用以规范预重整案件的审理，最具有代表性的是深圳市中级人民法院的《审理企业重整案件的工作指引（试行）》、北京市第一中级人民法院的《北京重整规范》以及南京市中级人民法院的《南京重整指引》，这些规范文件都用专章对前置于正式重整之前的“预重整”作了规定。除此之外，江苏省苏州市和四川省成都市、厦门市、宿迁市等十余家地方法院及政府办公室专门发布了“预重整案件审理”的意见规定、操作指引等。但各地法院所试行的预重整制度，往往仅对破产申请审查阶段的预重整做了规定，对于申请破产前的预重整尚未予以制度调整。2021年1月8日《重庆市第五中级人民法院预重整工作指引（试行）》将破产申请前的预重整和破产申请审查阶段的预重整都进行了规定。前者法院虽然不介入，但通过对受理重整申请后的批准条件进行规定，要求当事人按照《指引》规定进行预重整，否则，其预重整取得的成果不能获得法院的批准，强调预重整是受规则约束的庭外重组的本质特征。后者法院“弱介入”，对于预重整不只

① 张婷、胡利玲编著：《预重整制度理论与实践》，法律出版社2020年版。

② 这种预防性重组框架本质上是一种庭内程序；预防性重组可以由债务人自身申请启动，也可以由债权人申请启动；预防性重组以债务人自行经管（DIP）为本位，尽最大限度避免企业经营管理权的移转；预防性重组程序启动之后，能够产生阻却债权人执行程序的法律效果；预防性重组的核心是重组计划的制定，且需要债权人会议分组审议和表决，必要时法院可以强制批准。

③ 江丁库：《破产预重整法律实务》人民法院出版社2019年版，第32—42页。

出具备案通知书，先由债务人和主要债权人基于其意思自治，协商确定预重整辅助机构，若协商不成，人民法院再根据债务人或者主要债权人的请求选任预重整辅助机构。

目前，由于预重整制度缺乏法律明确规定，在立法上尚属真空地带。各地法院虽都有建立其试行的相关预重整规则，但规则 and 标准尚不统一，地域限制也大。破产实务中政府、法院、管理人的角色定位尚不清晰，预重整计划草案的审查主体、标准尚不明确，与重整程序的衔接尚不流畅，导致预重整制度在实践当中存在诸多问题，尚需进一步规范和完善。

三、预重整的实务探索

“预重整”是一个即新颖又模糊的程序，直接导致预重整在实务中操作难度较大，但国内破产实务界中，随着各地法院对预重整制度进一步的探索研究，预重整制度将在越来越多危困企业得到适用，促进有价值的危困企业再生。通过预重整使企业渡过危机实现重整再生的案例很多，下文列举几件国内典型案例。

（一）浙江余杭案

1. 案件基本情况

“东田·怡丰城”项目位于杭州市余杭区，系华鼎房地产开发有限公司、东田控股集团有限公司、杭州三朋投资管理有限公司参股设立的怡丰成公司开发。由于股东间纠纷及大量债务存在，2015年3月项目便出现停工。截至2015年8月，余杭区人民法院受理的涉及怡丰成公司案件共80余起，怡丰成公司民间借贷总金额约1.1亿元，购房债权人达1200余户，债权总金额约18亿元。2015年6月2日，

余杭区政府针对“东田·怡丰城”项目成立临时协调小组。6月16日，在政府部门的协调下，怡丰城公司向余杭区法院申请破产重整预登记。

余杭区人民法院在预登记后，在政府部门的配合下，使得债权人停止了催债行为，并通过第三方与原施工单位一起估算项目继续施工所需要的资金。同时，在政府和法院的组织协调下，对债务人的债务进行审计，确定债务规模，比照重整期间债权人会议程序，“由最大债权人以主召集人身份向法院递交召集已知债权人会议的备案申请”。法院备案后，比照重整工作机制，对债权人进行分组、召开债权人会议，建立已知债权人联络、协商机制，并就预重整方案征求债权人意见，将“债权人的表态形成书面承诺文件”。怡丰城公司的预重整计划获得通过，并在重整期间达成重整计划，救活了“东田·怡丰城”项目。

2. 案件特征

该案的特殊之处在于，最大债权人是一家银行，在政府的组织下，通过政府融资平台，以银行为主导，为该项目融资2.1亿元，并确定该平台的资金应为公益债务优先受偿。

按余杭区人民法院对该案的介绍，其做法大致如下：第一，预登记期间即选任管理人，且管理人可继续开展正式立案后续工作；第二，召开已知债权人会议，对债权人进行分组建立工作机制，并对每个债权人预重整方案的态度形成承诺文件，债权人会议在进入正式重整程序后仍然继续运行；第三，法院对预重整方案从信息披露和表决程序上进行审查，从而在缺乏预重整法律规定的情况下保障预重整方案的法律效力。以上做法二是《浙江省高级人民法院关于企业破产案件简易审若干问题的纪

要》第7条^①和第9条^②中提到的，做法一和做法三无疑都是余杭区人民法院在政府部门的强势介入下自创的。这也从一个方面反映出预重整推进需要各方的努力。

（二）中国二重重整案

1. 案件基本情况

二重集团^③作为重要的央企，在技术装备制造方面具有国内领先优势，归中央直接管理，系二重重装的控股股东，二重集团和二重重装为“母子”关系。2011年以来，两公司经营效益不佳，接连亏损，甚至连最基本的生产经营和员工社保都需要靠银行借贷来解决。3年后，两公司负债总额竟超200亿元，其中二重重装因亏损严重，被上海证券交易所暂停上市。为帮助企业纾困，国资委协调与两公司有债权债务关系的债权人组成债权人委员会，开展庭外谈判。形成偿债方案后，由债权人向法院提起了破产重整申请，意在以法律途径解决债权债务纠纷，四川省德阳市中级人民法院受理了该案，并批准了该案债权人会议通过的《重整计划（草案）》。至此，该案得到较完美解决。

2. 案件特征

两个公司特别是母子公司同时破产重整，其工作难度极大，如何保证重整程序的合法合规，充分保障各方当事人的合法权利，显得尤

为重要。在该案中，尽管困难较大，但通过采取不同以往的法庭内外结合的方式，变通适用了预重整模式，使该案得以较为圆满解决，也为今后相似企业进行预重整提供了宝贵经验。第一、债权人委员会为庭外成功重整贡献巨大。在国资委、银监会等部门的指导与帮助下，债权人委员会充分发挥作用，既保障了债权人利益，又有效保护了两公司的合法权利，推动了庭外重整程序的顺利进行。第二、庭外重组与司法重整相辅相成，共同发力。本案前期的庭外重组谈判达成了重组方案，而紧接下来的破产重整程序中，管理人积极与债权人协商协调，在庭外重组方案的原则指导下，力争两种制度完美结合，最终保障了当事人的合法权利。第三、债务重组与资本市场相结合。债权人委员会中银行的债权比例较大，银监会出面组织协调，经过多次协调谈判，各方最终达成初步性意见，一致同意两债务人采取现金偿债、债转股和保留部分债权的方式解决现有负债问题，两债务人得以缓解金融债务危机。

以该案来看，两公司的庭外重组确实取得了不错的成绩，而且也在一定程度上为其他企业的重组提供了借鉴性经验，然而这些经验还不足以解决现有的一系列实务难题。在破产重整中，法院充分发挥作用，采取有效变通手段解决公司债务危机，让企业有了重新焕发生机的可能。

^① 该条规定，对债权人或债务人提出的企业破产申请，立案庭应及时将申请材料移交商事审判庭审查，依法及时受理企业破产案件。下列情形，法院经过合理评估后，可以参照本院《关于试行诉前登记制度的通知》的要求，进行企业破产申请的预登记：（1）根据本院相关意见适用集中管辖措施化解和处置企业债务危机的；（2）债务人是否构成破产原因存在不确定性，需要进行进一步论证的；（3）商业银行启动信贷风险会商帮扶机制的；（4）已经提出破产重整申请，但已知重要债权人等利害关系人对债务人进行重整存在较大意见分歧的；（5）经法院释明，申请人同意法院进行企业破产申请预登记的；（6）其他需要进行企业破产申请预登记的情形。

^② 该条规定，预登记期间，法院应向债权人、债务人和相关利害关系人特别提示预登记期间的债务清偿行为不得违反《企业破产法》第31条、第32条和第33条等规定，必要时引导债权人、债务人和其他利害关系人制定债务人进入企业破产程序的预案。债权人在预登记期间对债务清偿方案所做的不可翻悔的承诺，在债务人进入企业破产和解或重整程序后，相关承诺对承诺方仍然具有拘束力。法院受理企业和解或重整申请后，可以以预登记期间（含集中管辖期间）形成的债务清偿方案或资产重组方案为基础，由债务人或管理人制定和解协议草案或重整计划草案，通过债权人会议予以确认。

^③ 魏家淦、栗航：《我国困境企业的预先重整程序——从中国二重重整案谈起》，载《安阳工学院学报》2020年第3期。

（三）深圳福昌电子案

1. 案件基本情况

深圳市福昌电子技术有限公司（以下简称“福昌电子”）是一家大型民营制造企业。2015年10月，其因管理不善、资金链断裂，突然宣布停产停业，导致数百名供应商和3700多名员工激烈维权。2015年11月12日，福昌电子的债权人正式向深圳市中级人民法院申请福昌电子破产重整。深圳市中级人民法院决定以“预重整”方式审理该案。

2. 案件特征

本案采取预重整模式，为债权人、股东和员工等利益主体搭建沟通平台，矛盾得到迅速平抑。管理人协调劳动和经济主管部门完成了3510名员工和500余家供货商的核实和安抚工作，积极协助潜在重组方了解企业情况。潜在重组方也坚定了投资介入的信心，确保重整顺利推进，成功恢复了福昌电子公司的生产经营。2016年6月29日，深圳市中级人民法院裁定受理福昌电子重整案，并批准福昌公司在重整期间继续营业。2016年12月26日，福昌电子向法院和债权人会议提交重整计划草案；2017年3月21日，福昌电子债权组经二次表决通过了《重整计划草案》；4月18日，深圳市中级人民法院裁定批准福昌电子重整计划。2017年9月20日，深圳市中级人民法院裁定确认《深圳市福昌电子技术有限公司重整计划》执行完毕，终结破产程序。

（四）*ST华讯重整一案

1. 案件基本情况

2020年3月，沐阳公司以*ST华讯不能清偿到期债务且明显丧失清偿能力可能为由，向深圳市中级人民法院提出对*ST华讯进行重整的申请。今年7月28日晚间，*ST华讯发布公告称，收到广东省深圳市中级人民法院通知书，深圳市中级人民法院决定对公司启动

预重整。在*ST华讯发布重整公告后，仅一日，股票开盘涨停，涨幅4.88%，涨停价2.15元/股。目前，*ST华讯还在寻求合适的投资者。

2. 本案特征

对于上市公司来说，其情况较为复杂，如果直接进入重整程序可能会对法院的工作以及企业的重整带来较大的难度，此时，法院可能就会在该企业进入正式的破产重整程序前准许其进行预重整。预重整一旦成功，企业就会进入到正式重整程序，且破产重整的成功概率比较高。”

该案目前尚在进行，结果如何以及如何进行预重整将会是我们需要重点关注的问题，并将在日后对预重整制度的探究具有极大的意义。

四、预重整的价值

预重整整合了庭外重组与庭内重整的优势，将庭外重组向后延伸至重整程序，在司法实践中具有重要的实务价值。

（1）预重整有利于降低重整的时间成本和经济成本。

（2）预重整不发生企业控制权的转移，有利于调动各方面的积极性。

（3）预重整通常不会大范围进行公开，具有一定的保密性，可以很大程度上保全债务人声誉，维持企业价值。

（4）在司法重整前，通过债务人与债权人、投资人等利害关系人的沟通，强化信息披露，利益相关方能够对实现企业价值的精准识别，强化了债权人、投资者的信心，增强法院对计划重整的程度，提高了重整的外力。

（5）预重整将法庭外的债务重组和破产重整程序的连接，民法的私力救济制和破产保护机制相结合，有利于公平和效率的有机结合。

五、预重整的制度构建

预重整有利于降低重整的成本，提升重整的质量，实现公平与效率的有机结合，堪称“重整的缓冲期”。因此尽快制定、完善“预重整”法律、法规及相关制度，使其发挥更大效用，最有重要的意义。

（一）以立法形式确立预重整实施条件和程序

预重整作为一种运用债权人与债务人协商，整体化解债务危机，摆脱困境的一种解困机制，近年来，引起了国际国内的广泛关注。联合国国际贸易法委员会在其《破产法立法指南》中将其作为示范法建议各国采用。我国各地也正在积极开展对预重整制度的探索，但是由于缺乏明确上位法的指导，各地的预重整制度存在一定的差异，适用范围也具有很大的局限性。因此，在积极探索建立企业预重整制度的同时，要以立法形式确立预重整实施条件和程序，在立法层面予以承认，指定一个统一且明确的上位法作为指引，通过司法解释、最高人民法院与金融监管机构联合发文等形式对预重整作出制度安排，对启动标准、申请主体、实施要求、法院审查及批准、重整计划等进行全流程规范。

（二）明确预重整程序中各方的角色定位

在预重整程序中，政府、法院、管理人将充当主要角色，而从预重整的运作模式出发，债务人或债权人的意愿和选择决定了预重整的启动和走向，其应该是预重整的主导者。国外学者萨勒诺和汉森指出，预重整成功的基本因素包括：有远见的债务人客观地评价其财务状况的严重程度；愿意并有能力承担预重整的费

用；制定一个可行的经营方案和退出机制；多数债权人愿意接受预重整计划。^①考虑到进入预重整的部分困境企业存在涉稳问题，且进入预重整的困境企业常常向政府寻求税收、政策等方面的支持，因此需要各级政府在预重整中更好的发挥公共管理和服务的职能，进一步加强预重整中“府院联动”机制。现阶段，我国破产管理人的专业水平参差不齐，预重整中，可以由法院处于督导的地位，通过预登记制度和重大事项的司法备案对预重整跟进监督，确保债权人在预重整期间所作的承诺在进入重整程序后对其仍有约束力，并审查批准重整计划。

（三）确定预重整计划草案的审查主体、标准

预重整以重整计划草案获得法院的批准为目标，由于重整计划草案是当事人自主协商达成的，其谈判、表决过程未在法律监督之下，当事人就重整计划草案寻求法律强制力保护，故应确定法院作为预重整计划草案的审查主体，以避免预重整计划在实体或程序上侵害其他利害关系人的利益。^②同时，关于重整计划草案的审查标准，法院一般可以从以下两个方面进行审查：一是从披露的时间、方式、内容、说明义务履行情况等方面，确保预重整中利害关系人的知情权得到保障，审查信息披露是否充分；二是从送达情况、债权人考虑期和异议期、表决方式等方面，审查投票表决程序是否公平公正。

（四）做好预重整与重整程序的衔接

预重整制度的核心在于预重整程序中的谈判成果可以通过重整程序赋予强制效力。《浙江省高级人民法院关于企业破产案件简易审若

① 董惠江：《我国企业重整制度的改良与预先包裹式重整》，载《现代法学》2009年第5期。

② 浙江省杭州市余杭区人民法院课题组：《房地产企业预重整的实务探索及建议》，载《人民司法（应用）》2016年第7期。

干问题的纪要》第9条规定，债权人在预登记期间对债务清偿方案所做的不可翻悔的承诺，在债务人进入企业破产和解或重整程序后，相关承诺对承诺方仍然具有拘束力。因此，应在预重整程序中设定禁反言条款，债权人在预重整程序的已知债权人会议上所作的表态和表决，均视为一种债务清偿方案，是不可撤销且不可翻悔的承诺，一经作出即具有约束力。因此，债务人进入重整程序后，法院将不予准许债权人反悔在预重整程序所作出的承诺，以确保预重整程序的严肃性，避免债权人的随意翻悔行为侵害其他利害关系人的合法权益。有学

者建议，为使预重整制度更具操作性，有必要通过司法解释在破产制度中增设预重整制度的条款，具体规定为：在重整程序开始前已接受或反对重整计划，将被视为已按照企业破产法的规定接受或反对该重整计划，该表决结果拘束所有的债权人、债务人企业和股东^①。

希望我国破产法修订工作，能够尽快制定并完善预重整相关制度，使得预重整制度能够在挽救危困企业，推进供给侧结构性改革，优化营商环境，发挥更大的价值和作用，完美实现预重整“桥梁”效应。

^① 李连祺：《破产重整中债权协商制度存在的问题及解决》，载《学术交流》2012年第7期。

论外国法院民商事裁判在我国的承认与执行



李清华，北京德和衡（济南）律师事务所合伙人，同时担任山东省律师协会国际贸易与国际投资法律专业委员会委员、山东省涉外仲裁服务百人团成员、青岛仲裁委仲裁员、青岛仲裁委上合仲裁院副秘书长、济南市涉外律师人才、青岛市淄博商会监事。李律师深耕涉外法律服务，在境外投融资并购、国际贸易、涉外商事争议解决等领域经验丰富，并为多家央企、国企、大型民营企业提供常年法律顾问服务。



韩晓丽，（实习）律师，外交学院法学、英语双学士，国际法硕士。自加入北京德和衡（济南）律师事务所以来，专注于公司法、国际贸易、境外投资并购、涉外争议解决等业务；为多家大中型国有企业提供常年法律顾问服务。

摘要：外国法院民商事裁判的承认与执行是国际民商事诉讼程序的最终归宿，对于相关争议的实质解决及当事人既判利益的最终实现具有十分重要的意义和作用。本文以外国法院裁判承认与执行制度构建的背景为引入，从国内法、国际公约、双边条约、互惠原则四个方面分析我国目前的制度现状，并在对近六年人民法院承认并执行外国法院生效判决案例进行的实证研究的基础上，以法律依据结合实践案例的研究方法，对外国法院民商事裁判在我国的承认与执行现状展开阐释与分析。

关键词：背景；制度现状；司法实践

一、外国法院裁判承认与执行制度构建之背景

外国法院裁判的承认与执行是指一国法院依据本国立法或者有关的国际条约,对外国法院判决在本国的域内效力予以承认并执行该外国法院的判决。^① 基于国际法的国家主权平等原则,一国法院做出的裁判原则上只在本国具有既判力和执行力,不具备域外效力,未经执行地国家许可的强制跨境执行行为会构成对他国主权的侵犯进而产生国家责任,故而须借助外国法院裁判承认与执行的国际合作制度工具,为确保本国司法结果的确定力、拘束力、执行力,避免重复诉讼带来的不必要的司法资源耗费、节约司法成本,^② 推动争议解决的实质解决及当事人既判利益的最终实现。

二、我国承认与执行外国法院裁判的制度现状

(一) 国内法

1. 相关法律规定

(1) 《中华人民共和国民事诉讼法》

第 281 条:外国法院作出的发生法律效力判决、裁定,需要中华人民共和国人民法院承认和执行的,可以由当事人直接向中华人民共和国有管辖权的中级人民法院申请承认和执行,也可以由外国法院依照该国与中华人民共和国缔结或者参加的国际条约的规定,或者按照互惠原则,请求人民法院承认和执行。

第 282 条:人民法院对申请或者请求承认和执行的外国法院作出的发生法律效力判决、裁定,依照中华人民共和国缔结或者参加的国际条约,或者按照互惠原则进行审查后,认为不违反中华人民共和国法律的基本原则或

者国家主权、安全、社会公共利益的,裁定承认其效力,需要执行的,发出执行令,依照本法的有关规定执行。违反中华人民共和国法律的基本原则或者国家主权、安全、社会公共利益的,不予承认和执行。

第 239 条:申请执行的期间为二年。申请执行时效的中止、中断,适用法律有关诉讼时效中止、中断的规定。

前款规定的期间,从法律文书规定履行期间的最后一日起计算;法律文书规定分期履行的,从规定的每次履行期间的最后一日起计算;法律文书未规定履行期间的,从法律文书生效之日起计算。

(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》(2020 年修正)

第 543 条:申请人向人民法院申请承认和执行外国法院作出的发生法律效力判决、裁定,应当提交申请书,并附外国法院作出的发生法律效力判决、裁定正本或者经证明无误的副本以及中文译本。外国法院判决、裁定为缺席判决、裁定的,申请人应当同时提交该外国法院已经合法传唤的证明文件,但判决、裁定已经对此予以明确说明的除外。中华人民共和国缔结或者参加的国际条约对提交文件有规定的,按照规定办理。

第 544 条:当事人向中华人民共和国有管辖权的中级人民法院申请承认和执行外国法院作出的发生法律效力判决、裁定的,如果该法院所在国与中华人民共和国没有缔结或者共同参加国际条约,也没有互惠关系的,裁定驳回申请,但当事人向人民法院申请承认外国法院作出的发生法律效力的离婚判决的除外。

承认和执行申请被裁定驳回的,当事人可以向人民法院起诉。

第 546 条:对外国法院作出的发生法律效

^① 参见韩德培主编:《国际私法》(第三版),高等教育出版社 2014 年版,第 535 页。

^② 参见李旺:《国际民事诉讼法》,清华大学出版社 2011 年版,第 122 页。

力的判决、裁定或者外国仲裁裁决,需要中华人民共和国法院执行的,当事人应当先向人民法院申请承认。人民法院经审查,裁定承认后,再根据民事诉讼法第三编的规定予以执行。

当事人仅申请承认而未同时申请执行的,人民法院仅对应否承认进行审查并作出裁定。

第 547 条:当事人申请承认和执行外国法院作出的发生法律效力判决、裁定或者外国仲裁裁决的期间,适用民事诉讼法第二百三十九条的规定。

当事人仅申请承认而未同时申请执行的,申请执行的期间自人民法院对承认申请作出的裁定生效之日起重新计算。

第 548 条:承认和执行外国法院作出的发生法律效力判决、裁定或者外国仲裁裁决的案件,人民法院应当组成合议庭进行审查。

人民法院应当将申请书送达被申请人。被申请人可以陈述意见。

人民法院经审查作出的裁定,一经送达即发生法律效力。

(3)《最高人民法院关于人民法院受理申请承认外国法院离婚判决案件有关问题的规定》(2020 修正)

一、中国公民向人民法院申请承认外国法院离婚判决,人民法院不应以其未在国内缔结婚姻关系而拒绝受理;中国公民申请承认外国法院在其缺席情况下作出的离婚判决,应同时向人民法院提交作出该判决的外国法院已合法传唤其出庭的有关证明文件。

二、外国公民向人民法院申请承认外国法院离婚判决,如果其离婚的原配偶是中国公民的,人民法院应予受理;如果其离婚的原配偶是外国公民的,人民法院不予受理,但可告知其直接向婚姻登记机关申请结婚登记。

三、当事人向人民法院申请承认外国法院离婚调解书效力的,人民法院应予受理,并根据《关于中国公民申请承认外国法院离婚判决

程序问题的规定》进行审查,作出承认或不予承认的裁定。

(4)《最高人民法院关于人民法院为“一带一路”建设提供司法服务和保障的若干意见》

第 6 条:加强与“一带一路”沿线各国的国际司法协助,切实保障中外当事人合法权益。要积极探索加强区域司法协助,配合有关部门适时推出新型司法协助协定范本,推动缔结双边或者多边司法协助协定,促进沿线各国司法判决的相互承认与执行。要在沿线一些国家尚未与我国缔结司法协助协定的情况下,根据国际司法合作交流意向、对方国家承诺将给予我国司法互惠等情况,可以考虑由我国法院先行给予对方国家当事人司法协助,积极促成形成互惠关系,积极倡导并逐步扩大国际司法协助范围。要严格依照我国与沿线国家缔结或者共同参加的国际条约,积极办理司法文书送达、调查取证、承认与执行外国法院判决等司法协助请求,为中外当事人合法权益提供高效、快捷的司法救济。

2. 外国法院裁判在中国申请承认和执行的构成要素

根据上述国内法律规定内容,外国法院裁判在中国申请承认与执行需满足以下要素:

(1) 前提依据:承认与执行申请应以该国与中国之间存在国际条约或可适用互惠原则为前提;

(2) 申请人:应为案件当事人或外国法院,除非中国缔结或参加的国际条约另有约定,申请人向中国法院提交申请书并附外国法院作出的发生法律效力判决、裁定正本或者经证明无误的副本以及中文译本;外国法院判决、裁定为缺席判决、裁定的,申请人应当同时提交该外国法院已经合法传唤的证明文件,但判决、裁定已经对此予以明确说明的除外;

(3) 管辖法院:应为有管辖权的中级人民法院或由国际条约或互惠原则确定,但生效离

婚判决除外；可依据《中华人民共和国民事诉讼法》相关规定确定管辖权；

（4）核心审查标准：中国法院应以该终局裁判是否违反中国法律基本原则或国家主权、安全、社会公共利益为审查标准；

（5）申请执行时效期限：两年，申请执行时效从法律文书规定履行期间的最后一日起计算；法律文书规定分期履行的，从规定的每次履行期间的最后一日起计算；法律文书未规定履行期间的，从法律文书生效之日起计算。

（二）国际公约

到目前为止，国际上尚未形成统一的专门性外国裁判承认与执行的国际公约。我国于1980年加入的《国际油污损害民事责任公约》第10条约定：“由具有第九条所述管辖权的法院所作的任何判决，如可在原判决国实施而不再需通常复审手续时，除下列情况外，应为各缔约国所承认：（1）判决是以欺骗取得；（2）未给被告人以合理的通知和陈述其立场的公正机会。”即缔约国之间对于在一个或若干个缔约国领土（包括领海）内发生油污损害事件引发的赔偿诉讼判决应予承认，但该公约仅适用于国际油污损害纠纷，适用范围十分有限。

2017年9月12日，中国驻荷兰大使吴恳代表中国政府签署了《选择法院协议公约》。该公约是一项全球性的涉及民商事管辖权和判决承认与执行的国际公约，于2005年6月30日由海牙国际私法会议第二十次外交大会通

过，2015年10月1日生效，但我国目前尚未批准该公约。

2019年7月2日，海牙国际私法会议第二十二次外交大会各国代表签署《承认与执行外国国民商事判决公约》谈判文本，该公约适用于民商事裁判的承认与执行，对公约适用范围、请求及拒绝承认与执行的条件、先决问题、承认与执行的可分割性、损害赔偿范围、司法和解协议、需提供的文件、程序、诉讼费用、缔约国声明、与其他国际文书的关系、生效及退出等内容做出了较为细致地阐述。会议上，包括中国在内的数十个国家代表确认了该文本，这意味着该公约的条款得到海牙国际私法会议的确认，进而可以开放供各国签署，但目前我国尚未正式签署该公约。

（三）双边条约

在我国尚未加入专门性多边公约且互惠原则的具体规定仍不完善的情况下，已签订的双边条约实为我国承认与执行外国法院民商事裁判的首要国际法依据，实践中我国已签订的大部分双边条约亦均涉及外国法院民商事裁判承认与执行的内容。目前，我国已与39个国家签订了民商事司法协助条约，其中，与伊朗的条约尚未生效，与韩国、新加坡、泰国、比利时的条约中不包括承认与执行法院裁判，其余34个缔约国的生效裁判可以在我国得到承认与执行，具体如下：

序号	签订日期	缔约国	双边条约名称	是否承认与执行法院裁判
1	1987. 05. 04	法国	关于民事、商事司法协助的协定	是
2	1987. 06. 05	波兰	关于民事和刑事司法协助的协定	是
3	1987. 11. 20	比利时	关于民事司法协助的协定	否
4	1989. 08. 31	蒙古	关于民事和刑事司法协助的条约	是
5	1991. 01. 16	罗马尼亚	关于民事和刑事司法协助的条约	是
6	1991. 05. 20	意大利	关于民事司法协助的条约	是

(续表)

序号	签订日期	缔约国	双边条约名称	是否承认与 执行法院裁判
7	1992. 05. 02	西班牙	关于民事、商事司法协助的条约	是
8	1992. 06. 19	俄罗斯	关于民事和刑事司法协助的条约	是
9	1992. 09. 28	土耳其	关于民事、商事和刑事司法协助的协定	是
10	1992. 10. 31	乌克兰	关于民事和刑事司法协助的条约	是
11	1992. 11. 24	古巴	关于民事和刑事司法协助的协定	是
12	1993. 01. 11	白俄罗斯	关于民事和刑事司法协助的条约	是
13	1993. 01. 14	哈萨克斯坦	关于民事和刑事司法协助的条约	是
14	1993. 06. 02	保加利亚	关于民事司法协助的协定	是
15	1994. 03. 16	泰国	关于民商事司法协助和仲裁合作的协定	否
16	1994. 04. 21	埃及	关于民事、商事和刑事司法协助的协定	是
17	1994. 10. 17	希腊	关于民事和刑事司法协助的协定	是
18	1995. 04. 25	塞浦路斯	关于民事、商事和刑事司法协助的条约	是
19	1995. 10. 09	匈牙利	关于民事和商事司法协助的条约	是
20	1996. 04. 16	摩洛哥	关于民事和商事司法协助的协定	是
21	1996. 07. 04	吉尔吉斯斯坦	关于民事和刑事司法协助的条约	是
22	1996. 09. 16	塔吉克斯坦	关于民事和刑事司法协助的条约	是
23	1997. 04. 28	新加坡	关于民事和商事司法协助的条约	否
24	1997. 12. 11	乌兹别克斯坦	关于民事和刑事司法协助的条约	是
25	1998. 10. 19	越南	关于民事和刑事司法协助的条约	是
26	1999. 01. 25	老挝	关于民事和刑事司法协助的条约	是
27	1999. 05. 04	突尼斯	关于民事和商事司法协助的条约	是
28	2000. 03. 20	立陶宛	关于民事和刑事司法协助的条约	是
29	2001. 04. 09	阿根廷	关于民事和商事司法协助的条约	是
30	2003. 07. 07	韩国	关于民事和商事司法协助的条约	否
31	2003. 11. 19	朝鲜	关于民事和刑事司法协助的条约	是
32	2004. 04. 21	阿联酋	关于民事和商事司法协助的协定	是
33	2007. 06. 18	科威特	关于民事和商事司法协助的协定	是
34	2001. 03. 19	秘鲁	关于民事和商事司法协助的条约	是
35	2009. 05. 19	巴西	关于民事和商事司法协助的条约	是
36	2012. 12. 18	波黑	关于民事和商事司法协助的条约	是
37	2014. 05. 04	埃塞俄比亚	关于民事和商事司法协助的条约	是
38	2016. 01. 23	伊朗	关于民事和商事司法协助的条约	是
39	2010. 01. 10	阿尔及利亚	关于民事和商事司法协助的条约	是

(四) 互惠原则

在缺乏相互承认与执行条约的情况下，国家间形成的积极互惠关系也成为促进国际民商事司法合作的一种依据。从大多数国家的立法来看，确立互惠原则是十分普遍的，互惠原则的认定标准通常包括事实互惠（西班牙、土耳其、俄罗斯、中国、科威特等）、推定互惠（乌克兰、斯洛文尼亚、墨西哥、约旦、黎巴嫩、厄瓜多尔、秘鲁等）、法律互惠（白俄罗斯、德国、日本、韩国、沙特阿拉伯、塞尔维亚等）^①。就我国而言，1995年的“五味晃”案件^②确立了司法实践中的“事实互惠”认定标准，即根据外国法院是否存在承认或执行我国法院裁判先例的客观事实，认定两国之间是否存在互惠关系、我国法院是否可适用互惠原则对该国法院裁判予以承认和执行。^③

但我国采用的事实互惠认定标准的弊端也是显而易见的，以我国与日本法院之间关于裁判承认与执行的案例为例，1995年的“五味晃”案件中我国未对日本法院判决予以承认或执行；2004年日本大阪高等法院、2006年日本东京高等法院均基于互惠原则做出了拒绝承认与执行中国法院判决的裁决书^④，目前两国在该项司法实践中止步不前，互惠原则不可避免地沦为为国家利益博弈的工具，成为拒绝实现外国判决执行力的手段。

三、我国承认与执行外国法院裁判的司法实践

经检索，申请承认和执行外国法院民事判

决、裁定案件中申请承认离婚判决案件约占90%以上，涉及意大利、法国、韩国、美国、澳大利亚、西班牙、新加坡、乌拉圭、加拿大等国，全部案件最终均得到国内法院的承认。法院依据《中华人民共和国民事诉讼法》《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》《最高人民法院关于中国公民申请承认外国法院离婚判决程序问题的规定》《关于人民法院受理申请承认外国法院离婚判决案件有关问题的规定》等规定，认为鉴于相关外国法院做出的离婚判决已生效，且该判决不违反我国法律的基本原则和我国国家主权、安全及社会公共利益，符合我国法律规定的承认外国法院离婚判决效力的条件；故对相关判决中关于解除双方婚姻关系的部分予以承认，对财产分割、子女抚养等内容不予认可。

自2016年至今，共检索到12起申请承认和执行外国法院非离婚判决、裁定的案件，其中11起得到法院支持，仅有1起被驳回。11起予以承认和执行的案件中，5起依据中国与相关国家缔结的双边司法协助条约中关于承认与执行的约定，经审查相关外国法院判决不违反我国法律的基本原则或者国家主权、安全、社会公共利益，故根据《中华人民共和国民事诉讼法》《最高人民法院关于适用的解释》及相关双边协定对外国法院判决予以承认和执行；剩余6起案件中，法院认为，鉴于中国与相关国家并未缔结或者共同参加关于相互承认和执行生效民商事裁判文书的双边协定或国际条约，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第282条的规定，我国法院可以按照互惠原则进

① 参见王雅茜：《外国法院判决承认与执行中互惠的认定标准》，《武大国际法评论》2019年第4期。

② 1994年，日本公民五味晃向大连市中级人民法院申请承认与执行日本横滨地方法院的判决、扣押令和债权转让命令，大连市中级人民法院层报最高人民法院。最高人民法院于1995年6月26日做出《最高人民法院关于中国公民是否承认和执行日本国法院具有债权债务内容裁判的复函》，认为中国与日本之间没有缔结或者参加相互承认和执行法院判决、裁定的国际条约，也未建立相应的互惠关系。根据《中华人民共和国民事诉讼法》规定，中国公民对该日本国法院的判决不予承认和执行。故大连市中级人民法院裁定驳回申请人五味晃的承认与执行申请。

③ 参见王吉文：《外国判决承认和执行的国际合作机制研究》，中国政法大学出版社2014年版，第47页。

④ 参见日本大阪高等法院第28090358号裁决书和（2003）玄民一初字第1050号民事判决书。

行审查；根据外国法院承认和执行我国法院裁判的先例认定两国之间存在互惠关系，且相关民事判决并不违反我国法律的基本原则或者国家主权、安全、社会公共利益，故依照《中华人民共和国民事诉讼法》《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》对外国法院判决予以承认和执行。唯一的 1 起被驳回的案件为无锡洛社印染有限公司、黄智泽申请李安山、TAHOME 有限公司承认与执行法院判决、仲裁裁决案件 [(2017) 苏 02 协外认 1 号之二]，法院认为涉案美国法院民事判决尽管依据美国加利福尼亚州法律已经生效并进入执行程序，但同时该判决又因李安山等提起上诉而进入上诉程序，在本院向上级法院请示过程中，该案正在美国加利福尼亚州上诉法院审理，尚不具备终局性和确定性，故涉案美国法院民事判决尚不构成《中华人民共和国民事诉讼法》第 281 条规定的“发生法律效力”的判决”；遂驳回申请人无锡洛社印染有限公司、黄智泽关于承认并执行美国加利福尼亚州圣马

物奥郡高等法院第 502381 号民事判决书的申请。

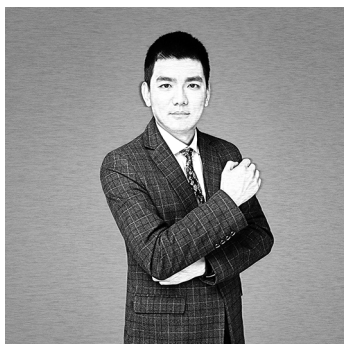
四、结语

随着我国对外开放战略的进一步深入、“一带一路”建设的不断推进，我国与其他国家之间的跨境经贸往来、人员交往必会愈加密切，国际民商事纠纷及申请承认与执行外国法院裁判案件的数量也会不断增加。基于我国尚未加入专门性外国裁判承认与执行的国际公约、双边条约合作不充分、事实互惠标准的认定具有显著局限性的现状，我国应尽快推动统一规范的国际公约的制定，并以“一带一路”为契机，根据国际司法合作交流意向、对方国家承诺给予我国司法互惠等情况，酌情考虑由我国法院先行给予对方国家当事人司法协助，积极促成形成互惠关系、倡导并逐步扩大国际司法协助范围，以更加积极主动的姿态投入到国际司法协助一体化的进程中，助力法院裁判自由流动目标的实现。

信访人违反《息诉罢访保证书》的法律分析



王 志 山东德衡（淄博）律师事务所执行主任、合伙人、房地产金融业务部主任；淄博市律协房建委副主任；淄博仲裁委员会仲裁员；淄博经开区法律专家库成员、沂源县法律专家库成员。擅长办理房地产及建设工程类案件，征迁类案件，企业改制、公司清算、股权纠纷类案件，金融借款、民间借贷、证券投资基金类案件；在房地产与建设工程领域、征迁领域及公司诉讼与非诉领域具有扎实的理论功底和丰富的实务经验，参与了大量集体土地征收、国有土地上房屋征收与补偿项目；先后参与《中华人民共和国土地管理法》和《中华人民共和国土地管理法实施条例》的修订建议，部分修改建议被采纳。



王铭涵，山东德衡（淄博）律师事务所城镇更新与征收拆迁部实习律师，法学、经济学双学士学位，目前主要负责办理房屋征收、房地产开发、商品房买卖等诉讼工作及上述领域内各类房地产专项法律事务，提供合同撰写、合同审查、出具法律分析意见和代理方案等非诉法律服务。曾参与付家庄居民委员会集体土地收回项目、西北麻居民委员会集体土地收回项目等，在法律文书起草及谈判等方面有着丰富的实践经验。

摘 要：信访人与行政机关就其诉求的赔偿（补偿）事宜达成和解，并向行政机关出具息诉罢访保证书，是目前行政机关普遍采用的针对信访人信访问题的解决路径。但是，信访人违反保证书后如何处理，一直是信访工作的难点与痛点。本文以笔者自身的实务经验为出发点，结合部分裁判案例的观点，认为将《息诉罢访保证书》认定为行政协议，并由行政机关向人民法院申请强制执行的法律路径可以解决目前的问题，现详述一二，以期能开拓思路。

关键词：息诉罢访，行政协议，强制执行

一、信访制度的本质仍是纠纷的处置程序

信访作为我国现代化国家治理体系下的一项重要制度，十八届三中全会时便明确提出“建立涉法涉诉信访依法终结制度”。《信访条例》第2条明确规定了“本条例所称信访，是指公民、法人或者其他组织采用书信、电子邮件、传真、电话、走访等形式，向各级人民政府、县级以上人民政府工作部门反映情况，提出建议、意见或者投诉请求，依法由有关行政机关处理的活动”。故行政机关处置信访事件，本身就是通过信访人的信访行为，对自身行政行为的修正与监督，毫无疑问是实现自身行政管理目的的一种路径，应当认定为行政行为的一种。

但又依据《最高人民法院关于不服县级以上人民政府信访行政管理部门、负责受理信访事项的行政管理机关以及镇（乡）人民政府作出的处理意见或者不再受理决定而提起的行政诉讼人民法院是否受理的批复》（〔2005〕行立他字第4号）认为信访机构依据《信访条例》做出的相关行为，“对信访人不具有强制力，对信访人的实体权利义务不产生实质影响”。并明确规定了信访人对信访机构处理信访事项的程序或作出的处理意见、复查意见、复核意见和不再受理决定不服的，人民法院不予受理。由此可见，信访制度的本身并不产生确定实质性权利义务的结果。但是，如果信访机构在处理信访过程中，所做出的处理意见获得了信访人的认可，信访人出具了《息诉罢访保证书》或者双方直接签订了《息诉罢访协议书》，应当对双方都产生一定的约束力，同时这也应当是妥善化解信访事件的一种重要的终局性处理方式。

二、《息诉罢访保证书》的实现目前没有保障

目前，尤其是在基层领域，信访处理的

法治引领作用不足，旧有的思维仍然广泛存在，包括部分法律配套建立不全面，法律路径不通畅，《息诉罢访保证书》的效力如何得到保障、目的如何实现目前在法律上处于空白区域。现实中，行政机关在处理信访案件时，往往既有追求息事宁人的心态，同时也面临无理诉求无法满足的维稳压力。因此，让信访人签订《息诉罢访保证书》看似是一个圆满的解决路径，但信访人签订保证书之后继续上访的情形仍然时有发生。也就是说，《息诉罢访保证书》是君子协议，违反后没有可行或可实施的制裁，以致签署该保证书的目的不能实现。

三、《息诉罢访保证书》的性质

为解决上述问题，首先需要明确《息诉罢访保证书》是行政协议还是民事协议？

对于此类保证书，各地各行政机关并未在格式、内容统一，且因此类保证书目的在于和解，载明的条款、事项具有极大的自由性，故其内容、签署人、签署方式的多样化，由此也导致对此类保证书的性质理解颇有争议，目前主要有行政协议、赠予协议、单方面承诺等多种观点。对此，《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》第2条做了列举式规定：“公民、法人或者其他组织就下列行政协议提起行政诉讼的，人民法院应当依法受理：（一）政府特许经营协议；（二）土地、房屋等征收征用补偿协议；（三）矿业权等国有自然资源使用权出让协议；（四）政府投资的保障性住房的租赁、买卖等协议；（五）符合本规定第一条规定的政府与社会资本合作协议；（六）其他行政协议。”

上述规定虽然以列举的方式呈现，没有体现“息诉罢访”的内容，但也并没有关闭行政协议的入口，如第6项就规定了“其他行政协议”。最高人民法院在姜某、某市政府再审审

查案^①中论述认为，在形式上，《附条件息诉罢访协议》系行政主体与相对人之间经协商一致签订的协议。在实质上，维护当地社会和谐稳定与处理信访事宜系政府的法定职责，该协议的签订是为了维护社会和谐稳定，是为了行政管理职能的需要，在政府职责权限的范围内，协议内容具有行政法上权利义务的性质。因此，《附条件息诉罢访协议》系可诉的行政协议的范畴。

笔者认为，该论述点明了息诉罢访协议的形式和实质，将息诉罢访协议认定为行政协议较为恰当。同时应当说明的是，即便信访人的信访事由并非行政机关履行行政职能、法定职责的内容，但《息诉罢访保证书》对于行政机关仍然提出保证信访人利益得以实现的要求，故将《息诉罢访保证书》确定为行政协议不需要考察信访内容的实质，行政机关妥善处理信访案件本身即是一种行政目的的实现。至于认定为赠与协议，笔者认为不能体现似诉罢访协议的目的和实质，有失偏颇，不宜采纳。

息诉罢访协议是行政协议，那《息诉罢访保证书》是什么性质，是不是单方书面承诺？通过比较分析，笔者认为，从形式上来看，保证书与协议的区别是：从签署主体来看，前者是一方签署，后者是两方签署；从内容上来看，前者是一个要约，表明受要约人满足要约人的条件后，要约人受要约的约束，而后者是一个成立的合同，合同双方都受约束；从目的来看，两者都是为了维护社会和谐稳定。综合来看，可以得出这样的结论，《息诉罢访保证书》是基于维护社会和谐稳定之目的，由信访人签署的表明相对人满足信访人条件后信访人将受保证书内容约束的书面文书，可见只要相对人（即行政机关）满足信访人的条件后，其就具备了行政协议的性质，相对人是以行为完

成对保证书的认可。

四、违反《息诉罢访保证书》的行政处理

下面笔者就信访人违反《息诉罢访保证书》后如何处理进行法律分析。《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》第24条第1款规定：“公民、法人或者其他组织未按照行政协议约定履行义务，经催告后不履行，行政机关可以作出要求其履行协议的书面决定。公民、法人或者其他组织收到书面决定后在法定期限内未申请行政复议或者提起行政诉讼，且仍不履行，协议内容具有可执行性的，行政机关可以向人民法院申请强制执行。”

据此，在信访人单方违反《息诉罢访保证书》的情况下，笔者认为，行政机关可以作出责令信访人履行的行政决定，并依法向法院申请强制执行，具体可参考某镇人民政府、肖某等非诉执行案。^②

对于上述的处理方式，有以下几个问题需要注意。

第一，行政机关在作出行政决定前和向法院申请强制执行前需要履行催告程序，催告文书应当载明当事人的依法享有陈述权和申辩权。

第二，行政决定书应当载明当事人可就行政决定复议和向法院提起行政诉讼的权利。

第三，行政强制法规定法院对强制执行的申请进行书面审查，这种书面审查既不是单纯的形式审查，也不是实质审查，而应是介于形式审查和实质审查之间的一种审查。人民法院在审理时除了审查是否具备法定的形式要件、是否从形式上满足了行政强制法相关规定，更重要的是，还必须审查行政机关提供的书面材料是否真实、合法，所记载的内容能否证明行

^① 参见（2019）最高法行申11819号。

^② 参见（2020）鄂0626行审23号。

政机关的主张，行政机关认定的事实、适用的法律依据表面上能否成立。如果认为必要，还可组织听证。

五、违反《息诉罢访保证书》的其他处理

1. 关于上访人继续上访可能构成行政违法或承担刑事责任的问题

违反《息诉罢访保证书》继续上访，且情节严重的，可以追究刑事责任。对此，具体可以参照适用公安部《关于公安机关处置信访活动中违法犯罪行为适用法律的指导意见》。

类似案件可参考（2017）鄂1221刑初12号、（2020）宁03刑终137号。但应当注意的是，即便上访人违反《息诉罢访保证书》单纯继续上访也并不是必然导致违法犯罪的后果，而是应当具体对上访行为有没有造成严重后果进行评价。

2. 民事责任

如果《息诉罢访保证书》属于行政协议为的观点不被当地法院接受，则可以民事纠纷为

由诉请法院解除赠予合同并返还款项，或以信访人违约为由诉请法院判决信访人返还款项。具体可参考《民法典》及原《民法总则》、原《民法通则》、原《合同法》等相应规定。

应当明确的是，如通过民事诉讼的路径解决《息诉罢访保证书》的实现，诉讼过程中仍然可以继续由法院进行调解，并最终出具调解书。此时，调解书将替代保证书，并具有可直接执行的效力。

六、对于信访机构处置信访事件工作的其他建议

信访机构所面临的信访问题不仅仅以行政机关为主体，同时还有其他的民事主体之间的争议。在此情况下，信访机构的协调工作结果可以通过人民法院以调解书的形式予以确认，并产生具有可强制执行的约束性效力。该路径可以使在相关民事争议领域产生的信访事件从源头上杜绝目前《息诉罢访保证书》效力得不到保障、目的无法实现的困境。

出口商被欺诈情形下出口信用保险理赔法律问题研究



于文淼，硕士毕业于中国政法大学。自执业以来，一直专注于为各类进出口企业在国际贸易等涉外领域提供专业的法律服务，擅长承办疑难、复杂的商事类诉讼、仲裁案件，在中国国际经济贸易仲裁委员会、北京仲裁委、最高人民法院具有丰富的代理经验。

摘要：本文认为，在投保人已向中国出口信用保险公司（以下简称中信保公司）投保并得到承保且已交纳保费，且对中信保公司的调查结果存疑的情况下，中信保公司应当正确运用纠纷先决条款定损核赔，而非直接认定不予赔付。况且 A 公司的索赔类型在保险条款的赔偿范围内，其所遭遇的情形并非保险人拒赔的理由或者除外责任，中信保公司理应遵循出口信用保险的设立目的和保险法的最大诚信原则，承担保险理赔责任。

关键词：出口信用保险，纠纷先决条款，出口信用保险的设立目的

引言

随着经济全球化和我国对外经济贸易的迅猛发展,越来越多的中国企业在对外贸易和对外投资合作中选择出口信用保险、海外投资保险等信用保险服务。在我国,中信保公司是以提供此类信用保险服务为主的保险机构。我国已有三分之一的一般贸易出口交易被出口信用保险所覆盖,出口信用保险为我国出口企业境外应收账款回收提供了最可靠的底线保障。据统计,截至2019年末,中信保公司累计支持的国内外贸易和投资规模超过4.6万亿美元,为超过16万家中国企业提供了信用保险及相关服务,累计向这些企业支付信用保险赔款141.6亿美元。^①

伴随着中国企业对外贸易量的逐年增长,难免会遭遇外贸合同履行受阻、涉外纠纷频繁发生等情形。其中,因国外企业或者自然人实施欺诈行为而导致的出口合同项下货款无法收回的案件屡见不鲜。在此种情形下,对于已经投保了出口信用保险的中国企业来说,能否得到理赔、如何得到理赔、是否有其他救济途径等都是没有确切答案的。根据笔者的检索发现,大多数中国企业在此种情形下都会经历诉讼、仲裁、刑事控告等一种或多种争议解决途径,最终获得赔款或者拿回货款需要历时数年。本文将通过一起案例探讨在中国出口企业投保出口信用保险的案件中,中国出口企业因国外进口商或者自然人实施欺诈行为导致出口合同项下货款无法收回是否属于出口信用保险人免赔的范围。

一、问题的提出

国内出口企业A公司(以下简称“卖方”或“投保人”)通过巴基斯坦自然人甲与巴基斯坦进口企业B公司(以下简称“买方”)

签订了一份《货物买卖合同》,约定由卖方A公司向买方B公司出口一批货物。与此同时,作为投保人的A公司(同时也是被保险人)就上述出口贸易在保险人中信保公司处投保了短期出口信用保险,保单适用《短期出口信用保险综合保险条款4.0版本》。《货物买卖合同》签订后,A公司在收到30%预付的合同价款后将《货物买卖合同》项下的货物全部发出,但剩余70%合同金额的货款至今未收回。经A公司货运代理人的查询,《货物买卖合同》项下的货物在目的港已经被全部提走,而此时A公司已经无法与B公司取得联系。随后A公司就《货物买卖合同》项下未收回的货款向中信保公司申请索赔,中信保公司就此开展了对保险事故的调查。根据中信保公司的调查结果显示,《货物买卖合同》并非B公司实际签署,《货物买卖合同》的实际履行人是B公司所在国的自然人甲或甲所控制的公司法人,即可能是自然人甲或甲所控制的公司法人以某种方式冒用B公司的名义与A公司签订了《货物买卖合同》。中信保公司的上述调查结果仅有邮件和电话记录的核实,并没有其他证据材料证明,但中信保公司据此作出拒绝赔付的决定,理由是中信保公司认为A公司就《货物买卖合同》向其投保时获得限额审批的买方(以下简称“限额买方”)为B公司,而《货物买卖合同》的实际履行人是自然人甲或甲所控制的公司法人。由此产生的问题是,在存在出口企业被欺诈的情形下出口信用保险是否应当赔付。

二、欺诈情形下保险人是否承担赔付责任

根据我们针对出口信用保险赔付的司法实践经验的总结,笔者认为,就本文第一部分所提出的问题,中信保公司的拒赔理由不成立,对于因出口企业被欺诈而导致出口合同项下货

^① 参见刘波:《论出口信用保险中的买方信用限额问题》,载《科协论坛》(下半月)2007年第2期。

款无法收回的情形，中信保公司应当予以赔付。理由如下：

（一）国外买方拖欠货款属于保险理赔范围

根据 A 公司和中信保公司之间的《短期出口信用保险综合保险条款》第 2 条“保险人对被保险人或其代理人在本保单有效期内出口后，因下列风险引起的直接损失，按本保单约定承担保险责任。对于注册于中华人民共和国境内的非信用证支付方式下的买方或信用证支付方式下的开证行项下的出口，保险人仅承保下列商业风险引起的直接损失。（一）商业风险非信用证支付方式下包括以下情形：1. 买方破产或无力偿付债务；2. 买方拖欠；3. 买方拒绝接收货物或拒绝对已完成的服务进行确认。信用证支付方式下包括以下情形：1. 开证行破产、停业或被接管；2. 开证行拖欠；3. 开证行拒绝承兑。”中信保公司承保的范围是 A 公司的商业风险，其中“买方拖欠货款”是保险条款明确规定的保险范围，也是保单约定的赔偿范围，A 公司履行了交货的合同义务，国外买方却拖欠货款，出现了保险事故，因此，中信保公司应当承担赔付责任。

（二）限额买方与实际买方不一致不是中信保公司的免责条款

一方面，由于保险承保险种的复杂性和多样化致使投保人和保险人协商谈判的交易成本过高，交易效率大大降低，因此，在实践中保

险合同难以由双方协议约定全部条款。即使投保人和保险人采用协商的方式订立了保险合同，双方也无法约定险种的具体条款，因此保险合同多采用格式条款为合同的主要条款；另一方面，格式条款固然具有简化交易程序，降低交易成本的优势，但由格式条款的解释问题、保险免责条款的认定以及保险人明确说明义务等问题引发的纠纷不可胜数。在保险合同这类格式合同中，法律赋予了提供格式合同一方更为严苛的提示说明义务，否则，可能导致该类格式条款不产生效力。根据《中华人民共和国民法典》第 496 条，如果双方采用格式条款订立合同，提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务，并采取合理的方式提示对方注意免除或者减轻其责任等与对方有重大利害关系的条款，同时按照对方的要求，对该条款予以说明。提供格式条款的一方未履行提示或者说明义务，致使对方没有注意或者理解与其有重大利害关系的条款的，对方可以主张该条款不成为合同的内容。该条的规定也就是学理上所称的“未订入合同”。^① 在本文开头介绍的案例中，笔者认为，中信保公司应当对“免除保险人责任的条款”履行提示和说明义务，采取加粗、加下划线等方式来提醒投保人的注意，^② 否则 A 公司可以主张其并未注意到中信保公司的免责条款，并主张该条款不能成为合同的内容。根据中信保公司的格式合同《短期出口信用保险综合保险条款》第 3 条规定，^③ 笔者认为，在保险条款

① 参见王伟、王硕：《中国出口信用保险制度变迁研究》，载《广东金融学院学报》2008 年第 3 期。

② 参见符启林：《我国出口信用保险发展中面临的问题与对策》，载《政法论坛》1998 年第 2 期。

③ “除非本保单另有约定，保险人对下列损失不承担赔偿责任：（一）汇率变更引起的损失。（二）被保险人或其代理人违约、欺诈以及其他违法行为所引起的损失，或被保险人的代理人破产引起的损失。（三）被保险人或其代理人知道或应当知道本条款第二条项下约定的风险已经发生，或者由于买方根本违反贸易合同或预期违反贸易合同，被保险人或其代理人仍继续向买方出口所遭受的损失。（四）非信用证支付方式下发生的下列损失：1. 被保险人向其关联公司出口，由于商业风险引起的损失；2. 由于被保险人或其代理人未能及时获得各种所需许可证，批准书或授权，致使被保险人或其代理人与买方之间的贸易合同无法履行或延期履行引起的损失。（五）信用证支付方式下发生的下列损失：1. 因单证不符或单单不符，开证行拒绝承兑或拒绝付款所造成的损失；2. 信用证项下的单据在递送或电讯传递过程中迟延或遗失或残缺不全或误邮而引起的损失；3. 被保险人或其代理人未按照约定提交信用证项下单据而引起的损失，但不包括交单前发生本保单承保的风险，被保险人或其代理人按照保险人的指示不提交信用证项下单据的情形；4. 虚假或无效的信用证造成的损失。（六）本保单保险责任以外的其他损失”。

没有除外约定的情况下, 限额买方与实际买方不一致不属于中信保公司的免责范围。因为该格式条款由中信保公司提供, 但其对此情况没有尽到应有的向投保人 A 公司进行提示和说明的义务, 因此, 中信保公司应当承担赔付责任。

(三) 中信保公司以其调查结果作为拒赔的重要依据缺乏司法上的证明力

中信保公司目前仅仅依靠海外资信信息和调查渠道的调查结果, 就认为投保人投保时的限额买方与实际的买方不一致, 该调查结果并未经过我国使领馆进行公证或者有权机关的认证, 属传来证据, 且该调查结果仅有邮件和电话记录的核实, 并没有其他证据材料证明, 缺乏证明力。同时, 该调查结果所依赖的重要依据是 B 公司自己否认与 A 公司的买卖关系, 但 B 公司与该笔贸易存在重要的利害关系, 因此该调查结论难以令人信服。在中国出口信用保险公司浙江分公司、嘉善汇佳乐装饰材料有限公司保险纠纷案^①中, 浙江省杭州市中级人民法院认为, 中信保浙江分公司提供的证据缺乏证明力, 无法证明合同相对方为 DFUD。理由如下: 第一, 中信保浙江分公司在一审中提交了多份证据称是其海外调查渠道提供的电子邮件, 但是并未提供其海外调查渠道的背景资料, 也未经过我国使领馆进行公证或者有权机关的认证, 甚至还未经翻译, 因此其证据均为传来证据, 缺乏证明力。第二, 中信保浙江分公司既然已委托海外调查渠道对本案的贸易情况进行调查, 就不仅要向 HM 公司了解交易情况, 还应向货运代理公司调查货物到达目的港后的流转情况及货物在美国海关的出关情况。如果货运代理公司或美国海关证明汇佳乐公司所出示的提单所涉及的货物并不存在, 或与

HM 公司无关, 才能充分证明中信保浙江分公司所主张的交易不真实的事实。现中信保浙江分公司仅凭与贸易方存有利害关系的 HM 公司律师的陈述抗辩就认定汇佳乐公司的该十几单出口贸易不真实, HM 公司从未收到该货物等情况, 显然依据不足, 也难以令人信服。HM 公司律师否认 HM 公司与汇佳乐公司有业务往来是中信保浙江分公司委托海外调查渠道向 HM 公司律师所做调查后所形成的意见, 属传来证据。MIKEYU 在当时负有被追偿和司法追究的情况下所写给中信保浙江分公司的邮件内容真实性不足, 亦不足以采信。且 MIKEYU 的邮件也并未反应出中信保浙江分公司所主张的交易关系发生在“汇佳乐公司和 DFUD 之间, 只不过是借用 HM 抬头而已”的事实, 此事实是中信保浙江分公司自己的主观臆断和推测而已。具体到本文开头提到的案件, 笔者认为, 在没有确凿的证据证明己方推论的时候, 中信保公司不应当仅仅依靠自身单方面的调查, 主观臆断和推测 A 公司和国外买方之间争议的具体情况, 进而直接认定不予赔付。

(四) 纠纷先决条款定损核赔的正确运用

损失赔偿数额确定是保险人对信用保险赔付的前提条件。就本文开头所提出的问题, 中信保公司认为投保人投保时的限额买方与实际的买方不一致, 可能导致 A 公司与国外买方之间存在贸易真实性的纠纷, 使得当事人之间的债权债务数额暂时无法得到确定。事实表明, 即便中信保公司通过自身调查得出了结果, 往往也难以获得 A 公司的认可。既然债权数额无法确定, 中信保公司暂时便无法赔付, 只有等待债权数额确定之后, 方可赔付。中信保公司在《短期出口信用保险综合保险条款》中规定

^① 参见浙江省杭州市中级人民法院民事判决书 (2019) 浙 01 民终 1236 号。

了纠纷先决条款^①，该条规定加重了被保险人的义务，从格式条款相关法律规定的设立目的来看也应要求保险人予以重点提示和解释说明。只有当中信保公司对此尽到了提示说明义务，即对纠纷先决条款予以重点标识并在投保阶段予以重点提示说明的情况下，才可以先行要求被保险人通过司法裁判确定债权。

（五）保险人应当遵循信用保险的设立目的承担赔偿责任

投保人购买出口信用保险的目的，是为了应对买方破产、无力偿付债务、拖欠货款等情况，以有效分散风险，而国家设立出口信用保险制度，目的旨在鼓励和扶持国内企业扩大对外贸易和对外投资，保护国内企业免受国际政治风险和其他商业风险所带来的意外损失，即通过设立出口信用保险来分散风险。关于出口信用保险设立的目的，近年来多起判决对此均有明确引用，并将该合同目的作为判决依据之一。在长乐联丰染整有限公司与中国出口信用保险公司福建分公司保险纠纷案中，福州市中级人民法院认为，信用保险对买方因贸易活动造成的损失及时予以保险保障，具有鼓励贸易促进经济发展的政策目的。只要贸易背景真实有效，且在保险期间内因买方拖欠货款等造成被保险人损失，基于信用保险之目的，以及被保险人对于获得保险保障的合理期待，保险公司应当及时予以保险赔偿。^②

结合本文所提出的问题来看，在A公司难以有效甄别和深度调查国外买方的背景下，如

果中信保公司以A公司投保时的限额买方与实际买方不一致为拒赔理由一旦成立，那么将有违A公司分散风险的投保目的，A公司购买出口信用保险的目的将落空，其既不利于保护A公司的利益，也有违国家信用保险设立之目的。故从有利于A公司的利益出发和遵循信用保险的设立目的的角度，中信保公司应当承担保险理赔责任。

（六）保险人应遵循保险法的最大诚信原则承担保险理赔责任

出口信用保险合同是保险合同的一种，而保险合同作为射幸合同，在保险期间内发生保险事故后，保险人应当遵循最大诚实信用的原则对被保险人的损失向被保险人负赔偿责任。在中国出口信用保险公司广东分公司与江门市千洋贸易有限公司进出口信用保险合同纠纷案中，广东省江门市中级人民法院认为，出口信用保险合同是保险合同的一种，而保险合同作为射幸合同，在保险期间内发生保险事故后，保险人中信保广东公司应当遵循最大诚实信用的原则对被保险人的损失向被保险人或受益人负赔偿责任。千洋公司代理宇翔公司进行出口贸易，相关索赔的出口贸易真实存在，交易相对方KOP公司收取货物后拖欠货款造成宇翔公司损失，千洋公司根据保险合同的约定向中信保广东公司申请索赔合法有据，中信保广东公司应承担相应的保险责任。^③ 据此，笔者认为，从遵循《中华人民共和国保险法》的“最大诚信原则”角度而言，A公司因买方拖

^① “对存在贸易纠纷的案件，被保险人或其代理人可先自行与买方协商解决争议。买卖双方协商后达成和解协议的，保险人对买卖双方达成的和解协议进行调查核实，属于保险责任范围内的损失由保险人承担相应的赔偿责任。如被保险人或其代理人无法与买方通过协商方式解决纠纷，保险人以贸易合同约定为依据，结合调查审理结果，综合判定保险责任。如被保险人或其代理人既无法与买方达成和解协议，又不认同保人的责任判定结果，则被保险人或其代理人应先进行仲裁或在买方所在国家或地区提起诉讼，在获得已生效的法院判决或仲裁裁决并申请执行之前，保险人不予定损核赔。”

^② 中国××信用保险公司福建分公司诉××染整有限公司保险合同纠纷案，福建省福州市中级人民法院民事判决书（2015）榕民终字第2053号。

^③ 中国出口信用保险公司广东分公司诉江门市千洋贸易有限公司进出口信用保险合同纠纷二审案，广东省江门市中级人民法院民事判决书（2014）江中法民二终字第173号。

欠货款遭受的损失向中信保公司申请索赔，中信保公司应当承担保险理赔责任。

三、结论

在本文开头所提出的问题中，外商是否存在欺诈仍须进一步查证。退一步讲，如果中信保公司的拒赔理由成立，外商确有欺诈的行为，那么就存在自然人C或C所在的公司法人冒用B公司的名义与A公司签订《买卖合同》的可能，即事实上与A公司形成买卖关系，进而A公司与B公司签订的《买卖合同》将被认定为未成立的合同，那么A公司既无法从中信保公司获得保险赔偿，也无法从被冒用的限额买方B公司处索取欠付的货款。同时，对于自然人C或C所在的公司法人而言，虽然根据《中华人民共和国民法典》和《中华人民共和国刑法》关于欺诈和诈骗罪、合同诈骗罪的规定构成民事法律意义上的欺诈行为和刑事法律意义上的诈骗罪名，但是在案例所述情形下，若要追究自然人C或C所在的公司法人的民事或刑事责任，恐要远赴海外，这无疑对A公司的维权之路平添更多、更难的障碍，且A公司要付出的时间和经济成本也无法估量。由此可见，作为出口企业，为防止贸易欺诈案件的发生，应加强风险意识，提高自我保护能力。笔者建议，首先，出口企业在出口贸易合同签订前应当做好尽职调查工作。对首次交易的国外买方，可以通过核查买方官网和资信报告，仔细比对买方电话号码和邮箱，提前核查买方身份信息，尽可能详细地调查买方的资信、偿付能力与运营状况，以确保贸易的真实性，减少保险公司的拒赔风险。出口企业在签订合同阶段，应当缜密签订国际贸易买卖合同，就价款、货物质量和数量、运输方式、支付方式、违约责任、争议解决方式等进行明确约定，另

外严格管控大额订单的风险，收取一定比例的预付款，避免掉入对方放长线钓大鱼的陷阱；出口企业在发货阶段，须得到买方书面确认，发货第三方情况下仔细核实收货人与买方关系，^①减少因信息不对称导致的风险，并且在货物出运后，应时时跟踪物流信息，在出现异常后第一时间控制货权，尽可能地挽回损失，对于货物发给第三方的要求，务必在核实确实为限额买方的有效指令后谨慎操作。^②其次，作为保险人，中信保公司在承保阶段虽不审查贸易关系的真实性，不对贸易的真实性负责，但须提高对限额买方的审查甄别力度。在本案中，对于中信保公司而言，其在承保阶段仅能够对A公司投保的出口贸易进行形式方面的审查，而无法对贸易关系的真实性进行实质性审查。但是中信保公司仍可以采取必要的措施，在承保阶段对投保人A公司提供的出口贸易相关信息和资料进行详细而严格的审查，提高对交易对手的审查甄别力度，减少出口企业的外贸风险，从而真正起到为国内企业走出去保驾护航的作用。最后，中信保公司在理赔阶段须明晰保险赔与不赔的界限，提高对单据的审查要求。一方面，笔者认为，中信保公司有必要修改现有的保险条款，将国外买方欺诈或者限额买方与实际买方不一致的情况排除在保险理赔的范围之外，进一步明晰保险赔与不赔的界限，从而规避类似本案的争议发生，提高投保人对投保出口信用保险的后果的预期，增加投保人在出口贸易中的警惕性。另一方面，在理赔的环节中，中信保公司应当从严规范理赔所需的单据，尤其是那些指向贸易真实性的单据，例如付款方与买方的一致性或关联性的证据，收货方与买方的一致性或关联性的证据。这类单据不但提高了限额买方与真实买方一致的可能性，降低了国外买方欺诈的可能性，而

① 李晓苹：《建立和完善我国的出口信用制度》，载《改革》1996年第1期。

② 周玉坤：《我国出口信用保险的发展进程》，载《保险研究》2019年1月。

且也帮助国内出口企业提高了贸易欺诈的警惕性，间接起到了规范国内出口企业的贸易流程的作用。中信保公司在理赔阶段通过这种方式提高对单据的审查要求，使得其拒赔理由更加具有说服力。

总之，笔者认为，在出口企业投保出口信用保险的案件中，出口企业因外商实施欺诈行为导致出口合同项下货款无法收回的情形，保险人应当承担保险理赔责任。出口企业在出口

贸易合同的签订前应当对国外买方做好尽职调查工作，缜密签订国际贸易买卖合同，注意严格控制货权；保险人也应提高对限额买方的审查甄别力度和单据审查要求，明确保险赔偿范围，以避免投保人的保险索赔申请掉入保险人赔与不赔的缝隙之中，在促进国内出口企业与国外买方达成交易的同时，也能为国内出口企业保驾护航，减少后顾之忧。

上市公司“高商誉”风险问题研究

——关于现行准则对商誉处理的反思



任宇飞，实习律师，国际法学博士，执业之前，长期在政法机关工作，曾在公安机关承办并参与各类刑事案件的侦破工作，在北京市法院的系统负责各类民商事案件的立案与审判工作，拥有丰富的第一线侦查与审判工作经验。2015年进入中国华融资产管理股份有限公司后，任职于总部法律合规部，主要负责中国华融各分、子公司风险项目诉讼策略及方案的制定与审核工作，积累了大量问题企业重组、不良资产处置、债务重组等方面的实战经验。2017年因工作需要调入中国华融某子公司，任公司法律合规部负责人，主要负责各类投融资项目的交易结构设计、方案沟通与审查、法律尽职调查、法律文本起草与审核、投放审核以及项目风险化解等方面工作，累计涉及金额近百亿元。进入律所后，主要服务客户有：中国华融、蒙牛集团、长城资产、远洋地产、国民信托等。

摘要：近年来，在国内经济顺周期背景下，A股上市公司为实现跨越式发展，在资本市场上演了一幕幕并购高潮，由此而形成的商誉规模也在逐年攀升。截止2018年三季度，A股上市公司商誉规模更是创历史新高，达1.45万亿元。随之而来的是，在2018年经济下行压力下，资本市场上由商誉减值所引发的A股黑天鹅事件不断，“高商誉”风险显然已成为了A股市场稳定的重大隐患。为此，中国证监会于2018年11月发布了《会计监管风险提示8号—商誉减值》，专门就上市公司的商誉减值风险提出了相关监管意见。2019年1月4日，财政部会计准则委员会发布《企业会计准则动态（2018年第9期）》，公告了企业会计准则咨询委员会对IFRS会计准则咨询论坛有关商誉及其减值议题文件的反馈意见，大多数委员认为相较于减值法，对商誉实施摊销法更为恰当。鉴于商誉一般在会计年度末进行减值测试，这则消息在2018年A股上市公司财报公布之前引发了资本市场对高商誉风险的深度思考。

本文拟结合我国A股市场相关实践，剖析高商誉的形成原因及对上市公司财务报表信息质量的影响，在对商誉减值法和摊销法对比分析的基础上，针对性地提出应对我国上市公司高商誉风险的对策与建议。

关键词：商誉风险 减值法 摊销法

一、问题的提出

商誉可划分为自创商誉和外购商誉两种类型。自创商誉由于在会计计量和测算方面具有不确定性，世界主要国家的会计准则出于谨慎性考虑大都倾向于将与自创商誉有关的成本视作费用处理。外购商誉由于在一定程度上满足了会计确认与计量的可定义性、可计量性、相关性、可靠性等标准，因此旧准则最初将其归属于无形资产。但由于商誉本身与企业具有不可分离性，不具有可辨认性，新准则调整时明确将其从无形资产中剥离出来，作为独立的项目核算。

根据新会计准则，**商誉的初始确认**是指在企业合并过程中，上市公司收购时所支付的对价与标的净资产公允价值的差额。通俗而言，就是上市公司拟收购标的公允价值为1亿元，但支付对价为5亿元，那么根据现行准则就需要确认4亿元的商誉。**关于商誉的后续计量**，按照现行准则规定，无需进行摊销，如有减值迹象减值，只需在每年会计年度末进行减值测试并计提相应损失，一经计提则不得转回。由于我国目前对于商誉减值未形成较为统一的规则，上市公司对于商誉减值是否减值以及减值多少的自由裁量余地很大。

据不完全统计，截至2017年底，A股市场共有1920家上市公司财务报表中存在商誉，累计金额合计1.3万亿元，其中中国石油、美的集团及潍柴动力的商誉总额位列三甲，分别为419.34亿元，289.04亿元，225.83亿元。根据Wind数据统计，2018年以来，A股上市公司商誉总额的增速虽然放缓，但总规模仍在上涨，截至2018年第三季度数据，A股商誉总额达1.45万亿元，创历史新高。

2018年底，证监会发布的《会计监管风险提示第8号——商誉减值》明确规定，收购合并所形成的商誉，每年必须进行减值测试，不得以并购方业绩承诺期间为由不进行测试。

而根据现行会计准则，一旦商誉计提减值等于是出现了实际亏损，将对上市公司的业绩水平产生重大影响。根据Wind数据统计，2015-2017年A股上市公司累计计提的商誉减值额度分别为77亿元、101亿元、264亿元，曾逐年增高趋势。预计在经济下行压力的背景下，2018年A股上市公司累计计提的商誉减值额度也会增加，从而A股市场产生重大影响。

根据Wind数据显示的2019年1月底财务业绩预告，多家上市公司已发布了因年末商誉减值而引发巨额预亏的业绩报告。这多年累计在A股上市公司的“高商誉风险”，即将在2019年像“灰犀牛”一样扑面而来。

二、上市公司“高商誉”的成因分析

上市公司为何频繁以“高溢价”的方式来支付被收购方的“高估值”，从而形成账面上的“高商誉”呢？笔者认为，主要有以下几方面原因：

首先，上市公司的估值畸高是导致其“高商誉”的根本性原因。由于目前我国公司上市实施的是核准制，上市公司本身具有的独特资本退出功能便成为了资本市场的一种稀缺资源，由此导致了上市公司估值的畸高。在此背景下，上市公司及大股东等相关利益方往往会倾向于以高溢价的方式收购一级市场标的，以此来在二级市场获得畸高估值所带来的资本溢出效应。上市公司所支付的对价溢价越高，就越能在资本市场展现出其对于收购对象的信心充足，也就越容易引起二级市场资本的关注度，这对于提升上市公司市值，为相关利益方带来实惠有着现实的意义。

其次，现行会计准则对商誉的处理方式为上市公司做高商誉提供了可行性基础。一方面，在商誉的初始计量方面，现行准则采取的将并购企业所支付的购买成本与被并购企业净公允价值的差额进行间接确认依据，而未按照商誉的本质进行直接确认。这就使得“商誉”

科目衍变成了兜底性质，偏离了商誉的本质属性。另一方面，与固定资产和无形资产后续采取的定期折旧与摊销方法不同，在商誉的后续计量方面，现行准则允许后续计量不对其进行平均摊销或折旧，而只是在每个会计年度末出现减值迹象时方进行测试与计提。商誉的此种独特会计后续处理方式，使得商誉科目具备了有调整利润的较大空间。这是因为，商誉减值是建立在与其有关资产组存在减值迹象的前提下，对资产组整体进行监测测试的基础之上的。资产组是否有减值迹象，减值涉及的参数与标准等涉及诸多主观估计因素，因此，商誉是否发生减值以及计提多少减值损失也就具有较大的操作空间。

再次，现行以收益法为基础定价模式的资产评估机制也为上市公司采取高溢价收购提供了便利性条件。与成本法与市场法不同的是，收益法是以拟并购标的预计未来现金流量折现来估算价值的。而被并购对象往往处于一级市场之中，不仅缺乏可靠的历史现金流量参考依据，而且在对未来收益增长率的确定方面也大多依赖于大量的假设与估算，这就使得以收益法为计算方式的资产评估模式定价具有较大的可操作空间。特别是当上市公司及大股东等利益相关方有提升并购溢价的诉求时，往往会要求并购方出具偏离市场规律的高业绩预测及补偿承诺，收益法俨然也成为上市公司做高收购价格的“障眼法”。

最后，现行监管机制未能对上市公司“商誉泡沫化”起到应有的约束作用。A股商誉总额及发生减值损失的金额逐年攀升从另一个侧面也反映出了现行监管机制对于“商誉泡沫化”的监管乏力。现行监管规则大多侧重于关注信息披露的充分性与完整性，对与上市公司并购业务密切相关的财务顾问及评估机构的相关准则较为原则，缺乏可操作性。特别是对在上市公司并购交易过程中起主导作用的控股股东、实际控制人以及上市公司高管等核心人

物的责任追究机制不到位，也是导致上市公司“商誉泡沫化”的关键要素。

三、上市公司商誉减值的动因分析

为何众多上市公司集中选择在2019年初对商誉减值进而导致上市公司出现巨额亏损？笔者认为，主要有以下几方面原因：

首先，财政部有关商誉的政策风声引发的市场反应。2019年1月，财政部会计准则委员会发布了其多数委员的观点，即对商誉后续处理采取摊销法更有利于实现将高额商誉账面价值减少至零的目标。那些账面上存续有“巨额”商誉的上市公司们忌惮未来会计准则对商誉后续会计处理会有所变化，特别是可能会因采取“商誉摊销法”而导致上市公司连续亏损而退市，于是“不约而同”地进行了集中暴雷。

其次，经济下行导致上市公司并购标的难以在业绩承诺收尾年完成预期目标。2015年是上市公司并购的高潮期，大多上市公司并购交易是建立在并购标的高业绩预测以及承诺的基础之上的，且此种业绩预测及承诺的期限多为3年期。在2018年经济下行的背景下，大多上市公司难以如期完成业绩预测及承诺，因此，根据现行准则进行商誉减值是大概率事件。

第三，上市公司将之前的高额商誉行一次性减值计提，便于为今后的业绩增长埋下伏笔。在政策风险和业绩下滑的双重压力之下，很多上市公司“理性”的选择了将之前高额商誉进行一次减值计提。这是因为，长痛不如短痛，与其后续被商誉摊销法“凌迟”，不如选择“一次性洗大澡”将这颗炸弹彻底引爆，对商誉科目进行洗白。会计准则从未像如今这样被上市公司们淋漓尽致地“钻空子”，这不得不引发我们对商誉准则的反思。

四、上市公司商誉大幅减值所衍生的潜在危害

现有框架下，上市公司利用商誉减值集中

“爆雷”所衍生的潜在危害主要体现在以下方面：

首先，商誉大幅减值会严重影响上市公司的正常发展。上市公司属于公众公司，财务数据是资本市场对于上市公司评价的重要依据之一。正常情况下，上市公司及其实际控制人可以依赖资本市场进行发债、担保或股票质押等手段满足其自身发展的融资需求，这也是上市公司比一般公司融资较为便捷的特殊优势。而资本市场能够满足上市公司融资需要的重要依据在于相较于一般公司而言，上市公司的治理结构规范，财务信息透明且业绩较为稳定。一旦上市公司因为商誉大幅减值而发生业绩大变脸，甚至导致业绩亏损时，就会丧失资本市场对它的信任，由此可能会产生资金链断裂的“多米诺骨牌”效应。实践表明，一笔因并购而导致的商誉减值很可能会将一个上市公司多年经营积累的成果毁于一旦。

其次，商誉减值所带来的股价异常波动会侵害广大中小投资者的利益，影响投资者对于上市公司的信心。目前，我国资本市场正处于“新兴加转轨”的阶段，资本市场上不乏有人利用信息优势牟取超额收益。在上市公司商誉的初始确认，减值测试以及计提减值的过程中，被并购方以及上市公司的实际控制人等都具有信息优势的可能，在实际损失披露于资本市场之前，这些主体往往能借助于信息优势，提前布局，或获取超额收益，或提前止损。而当相关信息在资本市场上披露之后，广大中小投资者往往会实际承受信息披露所引发股价异动带来的不利后果。特别是有些上市公司往往借助于资本市场的热点，频繁通过并购的方式提升业绩抬高股价，配合实际控制人减持套现或股票质押融资，一旦发生商誉减值造成业绩下滑，最终实际受损失的往往是中小投资者和上市公司本身。

第三，上市公司商誉减值的集中“爆雷”，会严重影响我国资本市场的稳定，不利于我国

资本市场的长期健康发展。如前所述，在经济顺周期背景下，我国会计及监管政策的滞后性，使得上市公司对商誉进行减值成为了“理性选择”，而这种个体的“理性”选择在特定的政策和经济背景下又极易演化成为集体的“非理性”行为，由此造成众多上市公司的业绩及市值大幅下滑，造成了资本市场的震动，扭曲了资本市场的功能，影响了我国资本市场的稳定，不利于我国资本市场的长期健康发展。

五、上市公司“高商誉”风险的对策建议

“无并购，不商誉”，商誉风险并非我国独有。任何一个成熟的资本市场都绕不开商誉风险。如何平稳有效解决我国上市公司“高商誉”风险，需要资本市场各参与方的智慧应对。

首先，从源头上要规范商誉的初始确认，使其回归商誉本源。商誉本质应为被并购标的未来获取超额收益的能力。严格意义上说，一方面，现行准则采取将并购价格与被并购方可辨认净资产公允价值取差的方法是倒挤得出的结论，相当于规避了对商誉的正面解释；另一方面，取差法中的并购价格和被并购方可辨认净资产公允价值的确认往往缺乏足够的证据佐证，带有很大的随意性，从而导致了商誉在初始确认环节的“先天不足”。笔者认为，会计准则对商誉的初始确认应采取较为开放的做法：一方面要提倡并鼓励有条件的上市公司探索从正面根据商誉的本质进行初始确认；另一方面，对于商誉采取间接法进行初始确认的，要从审慎性的角度强化对相关证据佐证的要求，必要时，应对上市公司的审计机构提出规范性操作指引。

其次，商誉的后续计量方面，适时采取摊销和减值相结合的方法。现行准则将商誉作为资产负债表中长期资产不摊销的做法有违会计谨慎性原理。正是这种“不摊销，只减值”的

做法相当于变相鼓励了上市公司商誉高企，在一定程度上助推了泡沫的形成。任何资产都应该有使用寿命，商誉也不例外，笔者认为，商誉的后续计量应当将摊销法纳入进来。同时，为审慎考虑，应定期要求上市公司对商誉进行减值测试，如实计提减值。唯有如此，才能将上市公司的“高商誉”逐步消化。

第三，强化上市公司对商誉处理的信息披露要求。“阳光是最好的防腐剂”。上市公司作为公众公司，信息透明是应有之义。无论是商誉的初始确认，还是商誉的减值测试或计提都不可避免的会涉及估值参数与方法，现金流测算的合理性等内容。加强对上市公司商誉的信息披露要求：一是要求上市公司披露商誉处理的详尽信息，不仅包括对财务信息，还应该包括与之相关的非财务信息；二是审计机构和监管机构对于信息披露中有悖于行业水平的信息要及时要求上市公司进行说明，确有问题的，应要求其及时调整。

第四，强化针对上市公司商誉处理的监管执法职能，形成良性的资本市场秩序。“强监管”是良性资本市场秩序形成的必备要素。笔者认为，对于上市公司存量商誉的处理，应着重关注商誉减值的操作是否依法合规，如上市公司及中介机构存在违法违规行为，应予以严肃处理；对于上市公司并购而产生的新增商誉，应加强事前和事中监管，如发现重大违规行为，应及时采取监管措施。此外，应完善对上市公司及其高管、中介机构及其从业人员

的责任追究机制，对涉及违法违规的人员要综合采取民事、行政及刑事措施。

六、结语

目前，我国资本市场上存在的高商誉风险既给上市公司的正常发展造成隐患，也给资本市场的广大投资者带来损失，甚至还存在引发系统性风险的可能，严重影响我国资本市场的稳定。鉴于此，有必要对现行会计准则有关商誉处理的方式进行反思。如上所述，只有从会计准则修改、监管职能加强等综合方面共同发力，才能使得商誉的处理回归本源，形成对上市公司高商誉风险化解的有效之策。相信伴随着商誉风险处置措施的逐步完善，我国资本市场会更趋成熟与稳定！

参考文献：

- [1] 陈汉文、林勇峰、鲁威朝：《强化内部控制，抑制商誉泡沫》，载《经济观察报》2018年3月17日。
- [2] 方重、武鹏：《商誉减值——上市公司的隐忧》，载《清华金融评论》2018年第8期。
- [3] 张乃军：《莫让商誉成为“皇帝的新衣”——关于商誉处理的理性分析》，载《会计之友》2018年第18期。
- [4] 孟荣芳：《上市公司并购重组商誉减值风险探析》，载《会计之友》2017年第2期。

从金融基础设施建设角度论资管产品 托管人的信息披露义务



徐宇辉，执业 24 年来办案过千件，涉案标的额超千亿元。专业精湛、经验丰富，擅长并以涉省高院、最高院案情复杂、标的额巨大的金融等民商事诉讼、上市公司争议解决、投融资与并购、央企等大型企业风险防控与化解为主要业务领域，能够综合把控大案、疑难案件。



迟并瑜，从事金融证券工作 11 年，能够深刻认识理解复杂金融模式，从交易结构中厘清法律关系与责任，参办案件涉标的额 20 余亿元。擅长资管诉讼及仲裁（涉基金/银行理财/衍生品/证券（股票与债券）/托管/ABS）、投资项目尽调评估、家族信托监察。

摘要：作为服务和支撑中国经济发展的重要行业，在以国内大循环为主体、国内国际双循环相互促进的发展格局中，中国资产管理行业正进入新的蓬勃发展期，以 2019 年为例，我国资产管理行业规模截至 2019 年底总计 95.1 万亿，与我国 2019 年度的 GDP 总量相当（99.0865 万亿），这相当于 2019 年度 9.2 个广东省或 9.94 个江苏省或 13.4 个山东省的 GDP，从中可窥见资产管理行业的重要地位。伴随着资产管理行业的飞速发展，如何避免如雷曼兄弟和 MF 全球破产或麦道夫等欺诈事件，如何更好地对管理人进行有效监督、保护投资者利益、树立投资者信心？以实现不断发挥以资管产品（以下简称：资管产品）为载体引导社会资本为资本市场、实体经济注入资金血液，促进服务实体经济的同时也帮助居民群体更好地分享中国经济的发展成果和红利，培育有利于内需增长的财富效应，资管产品托管人承载着重要的使命与责任。本文在阐述资管产品交易结构与托管业务模式的基础上，借鉴国际证监会组织（IOSCO）证券监管目标和原则 25 “监管体系应对集合投资计划的法律形式和结构以及客户资产的隔离与保护做出规定”以及 IOSCO 发布关于集合投资计划（Collective Investment Scheme，以下简称：CIS）资产托管标准的最终报告，从金融基础设施建设角度提出加强托管人信息披露义务及其他相关方面的相关建议。

关键词：金融基础设施，资管产品，托管人，证券监管

一、资管产品的含义

(一) 英国集合投资计划 (CIS) 的含义

英国是投资基金的发源地, 1868 年英国成立的外国及殖民地政府信托基金 (foreign and colonial government trust) 是人类历史上第一只投资基金。在英国法律制度下, 基金又被称为“集合投资计划” (CIS)。根据英国《2000 年金融服务与市场法》 (Financial Services and Markets Act 2000) 第 235 条^①:

1. 集合投资计划 (CIS) 是指与任何属性的财产 (包括金钱) 有关的管理计划, 其目的或效果是使参与该管理计划的人 (无论是通过成为该财产或其任何部分的所有者或其他方式) 能够参与该安排参与或获得因收购、持有、管理或处置财产而产生的利润或收入, 或从该等利润或收入中支付的款项。

2. 这些计划必须确保参与人员 (“参与者”) 对安排的财产管理没有日常控制权, 无论他们是否有权咨询或发出指示。

3. 这些计划还必须具有以下特征:

(1) 参与者的款项以及向其支付的利润或收入集中在一起;

(2) 该由该计划的管理人进行管理。

由上可知集合投资计划 (CIS) 的本质在于基金管理人将募集到的投资者的资金集中管理, 投资于各类资产, 比如股票、债券或者其他资产组合等, 只要符合以上特征的均可称为 CIS, 并受统一的监管。CIS 是统合性的总称, 例如在英国 CIS 分为经认可的集合投资计划

(Recognized CIS) (一般指英国境外的基金); 经授权的集合投资计划 (Authorized CIS) 【 (Investment Companies with Variable Capital, “ICVC”) 或被称为获授权认可的开放式公司型投资基金 (Authorized Open-ended Investment Company, “OEIC”)、信托型基金 (Authorized Unit Trust, “AUT”)、契约型基金 (Authorized Contractual Scheme, “ACS”) 】; 未受监管的集合投资计划 (Unregulated CIS, “UCIS”), 一般限于向专业投资者出售【对冲基金 (Hedge Funds)、私募股权 (Private Equity)、创投资本 (Venture Capital) 为其典型示例】。

(二) 我国资管业务及资管产品的含义

资产管理业务是指银行、信托、证券、基金、期货、保险资产管理机构、金融资产投资公司等金融机构接受投资者委托, 对受托的投资者财产进行投资和管理的金融服务。金融机构为委托人利益履行诚实信用、勤勉尽责义务并收取相应的管理费用, 委托人自担投资风险并获得收益。金融机构可以与委托人在合同中事先约定收取合理的业绩报酬, 业绩报酬计入管理费, 须与产品一一对应并逐个结算, 不同产品之间不得相互串用。

资产管理业务是金融机构的表外业务, 金融机构开展资产管理业务时不得承诺保本保收益。出现兑付困难时, 金融机构不得以任何形式垫资兑付。金融机构不得在表内开展资产管理业务。

^① 参见 <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/8/section/235> “235 Collective investment schemes, 2021 年 9 月 1 日访问。英国《2000 年金融服务与市场法》 (Financial Services and Markets Act 2000) 第 235 条。(1) In this Part “collective investment scheme” means any arrangements with respect to property of any description, including money, the purpose or effect of which is to enable persons taking part in the arrangements (whether by becoming owners of the property or any part of it or otherwise) to participate in or receive profits or income arising from the acquisition, holding, management or disposal of the property or sums paid out of such profits or income. (2) The arrangements must be such that the persons who are to participate (“participants”) do not have day-to-day control over the management of the property, whether or not they have the right to be consulted or to give directions. (3) The arrangements must also have either or both of the following characteristics— (a) the contributions of the participants and the profits or income out of which payments are to be made to them are pooled; (b) the property is managed as a whole by or on behalf of the operator of the scheme.

私募投资基金适用私募投资基金专门法律、行政法规，私募投资基金专门法律、行政法规中没有明确规定的适用本意见，创业投资基金、政府出资产业投资基金的相关规定另行制定。

资管产品包括但不限于人民币或外币形式的银行非保本理财产品，资金信托，证券公司、证券公司子公司、基金管理公司、基金管理人子公司、期货公司、期货公司子公司、保险资产管理机构、金融资产投资公司发行的资管产品等。^①

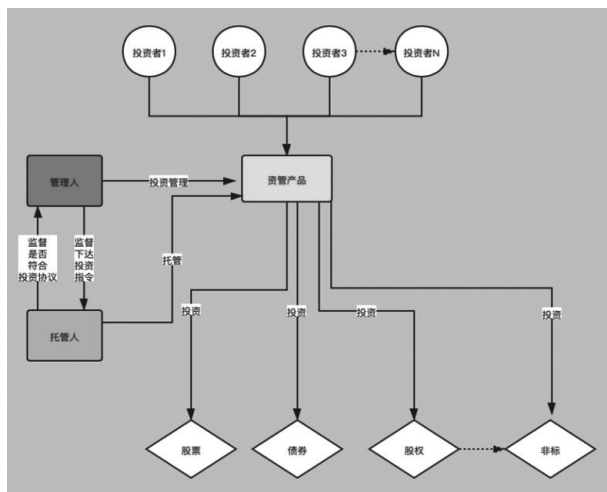
我国资管产品基本符合 CIS 的特征，在我国，资管产品是一个统合性的称谓，虽然与英国归属金融监管局统一监管不同，我国资管产品主要根据管理人的不同而归属于中国证监会或中国银保监会监管，但是随着资管新规及其配套规则的颁布，在我国，不同监管部门对资管产品的监管原则、标准已经基本统一，监管部门也据功能监管对需要会对资管产品进行联合或交叉监管。

需要特别提到的是私募基金管理人未取得金融机构许可证，还不属于我国法严格意义上的金融机构，且现行法律并未对私募基金强制统一托管即“除基金合同另有约定外，私募

基金应当由基金托管人托管。基金合同约定私募基金不进行托管的，应当在基金合同中明确保障私募基金财产安全的制度措施和纠纷解决机制”，但是笔者认为私募基金产品符合 CIS 或我国资管产品的核心特征，因此在本文中笔者将私募基金纳入到资管产品中一并论述其产品结构及托管人的信息披露义务。

二、资管产品的交易结构

资管产品的核心交易结构是管理人统一管理由募集投资人的资金所设立的资管产品，并将资金投资于债券、资产支持证券等固定收益证券、股票、衍生品、私募股权、非标等底层资产，资管产品主要由托管人进行托管，以确保资管产品资产独立于管理人、托管人及其他资管产品的资产。目前在我国管理人主要由银行、银行理财公司、信托、证券、基金、期货、保险资产管理机构、金融资产投资公司、私募基金管理人等机构担任，资管产品的托管人主要由商业银行、证券公司等机构担任，据中国证券投资基金业协会托管机构公示信息显示，截至 2021 年 11 月 12 日共有 55 家托管机构。



^① 参见《中国人民银行、中国银行保险监督管理委员会、中国证券监督管理委员会、国家外汇管理局关于规范金融机构资产管理业务的指导意见》第 2 条、第 3 条。

三、托管的含义主要模式与义务

(一) 含义

资产托管业务是托管机构作为独立的第三方机构，依据相关法律法规与托管合同的约定，安全保管受托资产，监督管理人的投资运作行为，按照约定提供托管资产的清算交割、会计核算、信息报告等服务，并在职责范围内保护投资者权益的一项业务。^①

(二) 国际证监会组织（IOSCO）相关规定

2012年在汲取金融危机的教训，吸收现有重要支付系统、证券结算系统和中央对手等国际标准执行经验的基础上，支付结算体系委员会（CPSS）和国际证监会组织（IOSCO）技术委员会联合发表了《金融市场基础设施原则》（PFMI），金融基础设施一般指提供交易、清算和结算服务的交易所、中央对手方和中央证券存管机构，以及支付系统，也被用于指代其他提供交易、清算和结算服务的机构^②，笔者认为托管机构属于提供清算和结算的服务机构，也属于金融基础设施机构之一。

国际证监会组织（IOSCO）《证券监管目标和原则》（2017年修订）共38条证券监管原则。证券监管三项目标分别为：保护投资者利益；保证市场公平、高效和透明；减少系统性风险^③。其中原则25明确提出监管体系应对集合投资计划的法律形式和结构以及客户资产的隔离与保护做出规定。国际证监会组织（IOSCO）《证券监管目标和原则》实施评估办法（2017年修订）也将资产委托给独立的托管人和/或托管人的义务；或托管人的职能有

特殊法律或监管保障作为评价标准之一。IOSCO发布《关于CIS资产托管标准的最终报告》（final report on Standards for the Custody of CIS Assets）它列出了8个标准，分为两部分，旨在确定监管框架应继续审查的核心问题，以确保投资者的资产得到有效保护。第一节主要讨论与托管功能有关的关键方面。第二部分致力于更具体地制定关于任命和托管人持续监督的标准^④。其中“报告”在标准4中明确提出负责实体应设法确保现有的托管安排通过集合计划文件或其他方式对投资者透明。

(三) 我国关于托管人义务的相关规定

关于托管人的义务在《证券投资基金法》《商业银行理财业务监督管理办法》《信托公司集合资金信托计划管理办法》《中国保险监督管理委员会、中国银行业监督管理委员会关于规范保险资产托管业务的通知》等法律规范中均有要求，概括起来主要为安全保管基金财产、开设资金账户、证券账户、其他投资账户；对所托管的不同财产分别设置账户，确保财产的完整与独立；保存托管业务活动的记录、账册、报表和其他相关资料；按照合同的约定，根据管理人的投资指令，及时办理清算、交割事宜；办理与基金托管业务活动有关的信息披露事项；对财务会计报告、中期和年度报告出具意见；复核、审查管理人计算的资产净值和基金份额申购、赎回价格；按照规定召集基金份额持有人大会；按照规定监督管理人的投资运作等。

资管产品的托管人仅是托管资管产品财产，其并不对资管产品底层资产进行托管，底层资产根据其类别需由中证登、中债登、上清所等机构进行托管，因此从结构上来说资管产

① 参见杨洪、方铭辉：《崛起的资产托管业务》，中信出版社2018年版。

② 参见〔英〕李儒斌：《金融基础设施的机构治理》，中国金融出版社2019年版。

③ 参见中国证券监督管理委员会网站，<http://www.csrc.gov.cn>，2021年9月1日访问。

④ 参见国际证监会组织网站，<https://www.iosco.org/news/pdf/IOSCONEWS405.pdf>，2021年9月1日访问。

品托管应该属于“中间层托管”，中间层托管是资管产品财产独立、监督管理人是否按投资协议约定投资，及管理人是否挪用资管产品资产的重要制度设计，其义务的履行至关重要，但是经笔者查阅相关法律规范，目前我国关于托管人的义务规定比较全面，但是从加强金融基础设施建设与对投资人的保护制度设计初衷而言，对托管人向投资人的直接信息披露义务及细化内容仅为原则与框架性规定，阳光是最好的防腐剂，为了促进对投资者的保护，加强对管理人的监督，笔者认为应加强托管人对投资人的信息披露。

四、关于对资管产品托管人的信息披露制度及其他方面建议

（一）完善资管产品协议

在协议中明确列明托管人义务，并细化标明托管人的相关义务属共同行为/单独行为，并披露给投资人，以在发生纠纷时较容易确定托管人与管理人为连带责任还是按约定权利义务各自承担责任。如《证券投资基金法》第36条所列的托管人的义务，笔者认为：

1. 安全保管基金财产、开设资金账户、证券账户、其他投资账户属于托管人的单独行为。

2. 对所托管的不同财产分别设置账户，确保财产的完整与独立属于托管人的单独行为。

3. 保存托管业务活动的记录、账册、报表和其他相关资料属于托管人的单独行为。

4. 按照合同的约定，根据管理人的投资指令，及时办理清算、交割事宜，因需在指令和清算与交割动作同时具备情况下方可完成此项义务，属于托管人与管理人的共同行为。

5. 办理与基金托管业务活动有关的信息披露事项属于属于托管人的单独行为。

6. 对财务会计报告、中期和年度报告出

具意见此处如管理人已出具相关报告，且对管理人报告中关于托管相关的事项托管人出具虚假/错误意见的应属于托管人与管理人的共同行为。

7. 复核、审查管理人计算的资产净值和基金份额申购、赎回价格如管理人已计算相关净值等信息错误，托管人并未复核此处应属于与管理人的共同行为。

8. 按照规定召集基金份额持有人大会属托管人的单独行为。

9. 按照规定监督管理人的投资运作此处应细化托管人的投资运作监督流程与内容。目前资管产品协议主要约定托管人的投资监督义务为表面一致审查义务，主要体现在托管人对管理人投资指令审核：一是划款指令要素、印鉴和签名是否正确完整；二是划款指令金额与指令附件投资协议等证明文件中约定的金额、投资比例、投资限制是否一致；三是划款指令中收款账户信息与指令附件投资协议等证明文件约定的收款账户信息一致。若指令附件投资协议未约定收款账户信息的，划款指令中的收款户名应与本协议约定的投资方向一致。管理人应保证以上所提供的作为划款依据的文件资料的真实、有效、完整、准确、合法，没有任何重大遗漏或误导，托管人对此类文件资料的真实性和有效性不作实质性判断，此处如管理人的指令违反资产品协议而托管人未能尽到审查义务，给投资人造成损失的情况应当属于托管人与管理人的共同行为。

（二）尽快制定司法解释或相关行政法规明确对托管人归责原则适用过错推定原则

“托管人作为专业第三人，监督基金管理人的投资行为，避免投资者的利益因信息不对称或专业知识不足而受到侵害。从这一角度来看，资产托管业务的内涵其实是信用补充与专业服务。在功能上，托管人通过安全保管基金资产，同步监督管理人的日常投资活动，也即

提供信用补充和权利制衡服”^① 笔者认为资管产品的托管人发挥信用补充功能，其相近于“承销人”在承销证券时所发挥的专业信用补充功能，当投资者发生损失主张赔偿时，资管产品托管人应该就其已经勤勉尽责进行举证，如不能举证证明其无责任，则应当承担违约或侵权责任。

据《证券法》第2条规定“资产支持证券、资管产品发行、交易的管理办法，由国务院依照本法的原则规定”，《证券法》已授权国务院制定相关法规，笔者建议应尽快制定相关司法解释或行政法规并借鉴《证券法》第85条对“承销人”的归责原则，明确对托管人适用过错推定原则。

(三) 托管人报告应与管理人报告同步并就相关义务履职情况逐条披露给投资者

托管人应按季、半年度、年度制作托管报告，并就产品协议约定事项逐条向投资者披露是否履职，披露文件要将划款指令同步披露(同时约定投资人对划款指令的保密义务)，如涉及投资协议或产品协议修改相关事项，托管人必须在管理人向投资人充分披露并履行相关程序后方可执行划款指令。

(四) 资管产品托管人应加强信息系统建设

目前托管人的系统主要为外购或外购与自建相结合，拥有贴合业务、强大高效的系统将在划款、投资监督过程中发挥巨大的作用，因此资管产品托管人应加强信息系统建设。

(五) 资管产品托管人应加强人员队伍建设

资管产品托管人，在交易结构中处于中间层托管的位置，托管的产品为银行、银行理财

公司、证券、信托、基金、保险资管、期货资管、金融资产投资公司等多家管理人的货币、股票、债券、私募股权、衍生品、资产证券化、非标等多种产品，每种产品的性质、比例、范围、投资协议均有不同，每一个品类都需要基本的专业知识与业务能力，比如投资协议禁止投向上市公司股票，那么是否可以投向新三板公司的股票？中信银行托管总部就凭借着对这一问题的理解，可以投资，成功抢得一单大业务。托管人应加强托管部门运营团队的建设，人员专业化、与覆盖率方面的建设，以确保可以及时高效又充分监督审查后进行划款。

(六) 资管产品托管人应加强与私人银行与投行等部门的联动，提升业界影响力，提高议价能力

目前资管产品的托管人主要为管理人指定，托管人往往因为完成沉淀存款等指标的目的处于弱势地位，议价能力较低，监督的底气不足，鉴于此托管人可以与私人银行、投行等部门联动，利用专业的能力促进资源整合，搭建平台促进销售及项目引进，从而变被动为主动，提升议价能力，使权责利相匹配，以更好地保护投资者利益，避免“不给牛吃草还要牛来跑”的恶性循环。

(七) 合适契机建立专业的商业银行托管子公司

以商业银行为例，托管业务为表外业务，轻资产业务，为了避免风险向表内传导，提升专业化与高效化水平，合适的契机以商业银行为代表的托管人可以借鉴理财子公司的模式成立托管子公司，向道富银行、纽约梅隆银行为代表的专业的托管银行发展。

综上，完善的信息披露制度及专业的托管

^① 洪艳蓉：《论基金托管人的治理功能与独立责任》，载《中国法学》2019年第6期。

人运营机制在资管产品托管人对管理人监督、保护投资者利益、增加市场透明度、树立投资者信心方面发挥着至关重要的作用，是在国际国内双循环大背景下资管业务能够实现以资管产品为载体引导社会资本为资本市场、实体经

济注入资金血液，促进服务实体经济的同时也帮助居民群体更好地分享中国经济的发展成果和红利，培育有利于内需增长的财富效应目的的关键性制度设计与因素。

管辖疑云

——违约与侵权竞合下，侵权纠纷能否突破仲裁协议约定之实务探



李玮涵，毕业于西南政法大学，获民商法方向法律硕士学位。北京德和衡（青岛）律师事务所律师，2016年加入律所，从业以来，主要业务领域涉及投融资与并购、资本运作、公司治理、企业合规与风控管理、商事争议解决、常年法律顾问服务等，先后服务的企业包括不限于南山集团、海航集团、招商银行、中航集团、招商银联、中清集团、斯图加特、清金叶珠宝、建达集团等大中型企业。提供法律服务包括不限于合同起草与审查、日常法律咨询、并购尽职调查、出具法律意见书、参与谈判、对国有企业内部治理进行管理整合、对公进行合规与风控管理流程进行制度设计以及商事诉讼案件的代理与执行。



王鹏飞，主攻争议解决业务，已经为百余家上市公司提供复杂争议解决法律服务。擅长处理疑难案件的二审和再审，成功推动百余起案件改判或启动再审，并保持着极高的胜诉率，其工作效率和效果获得业内高度认可。善于处理公司类、金融类、合同类疑难纠纷案件，擅长综合利用商事、刑事、行政和谈判等措施制定多层次解决方案，统筹利用资源解决争议问题，帮助公司及股东解决权利困境。善于通过“刺破公司面纱”、股东承担连带责任或赔偿、责任、高追索、以谈判和促成新交易等多元化方案来终结争议，实现交易各方的诉讼目的和商业目的。王律师执业以来，代理各类案件900余件，为委托人追回或减少经济损失数十亿元，获得客户对其专业度和责任心的高度评价，并成功入选《商法》中国法律TOP100强律师名单，并成功入围ALB年度沿海地区青年律师大奖。

摘要：司法实践中，当事人之间因为合同发生的争议纷繁复杂，该争议可能属于合同纠纷，亦可能属于侵权纠纷，其中部分当事人运用原《合同法》第122条（现为《民法典》第186条）之规定，将合同争议按照侵权纠纷的案由起诉，从而改变了合同中原本约定的仲裁管辖。“基于合同争议而引发的侵权纠纷，能否突破仲裁协议约定”这一问题，始终困扰着众多法律从业者，笔者将从该问题出发，与大家共同探讨实务中对于该问题是如何认定分析的。

关键词：管辖 违约与侵权竞合 合同争议 侵权纠纷 突破仲裁条款 仲裁优先

笔者在办理业务过程中，曾经遇到类似问题——“履行合同过程中产生的侵权争议，应如何确定管辖”，本文将以案例为切入点，与大家共同探讨分析“违约与侵权竞合下，侵权纠纷能否突破仲裁协议约定”这一实务问题。

一、提出问题——履行合同过程中产生的侵权争议，应如何确定管辖

（一）案例介绍

甲公司、丁公司、戊公司、A公司等主体签订《协议书》一份，约定A公司对甲公司提供相关服务，并且约定因履行《协议书》所发生的争议，协商不成，提交A公司所在地法院进行解决。几年后，甲公司、乙公司、丙公司、A公司等主体签订《解除协议》一份，约定A公司不再提供服务，并且约定对于因履行《解除协议》所产生的争议，协商不成，提交某仲裁委仲裁解决。

之后，甲公司、丁公司作为原告，以A公司、D公司、E公司等公司作为被告，以“侵权”纠纷为由，向侵权行为地法院提起诉讼，要求所有被告承担侵权赔偿责任。基于上述诉讼，A公司提出管辖权异议，理由是上述侵权行为属于履行《协议书》的行为，《协议书》对于服务期间侵犯权益的责任等事项均予以涵摄，应根据《协议书》查明案件事实，所以应按照《协议书》约定的争议解决方式进行处理，提交A公司所在地法院管辖。同时，D公司提出主管权异议。理由为甲公司、丁公司的诉讼请求是涉及《解除协议》下的权利义务及其变动，对于因《解除协议》产生的纠纷，应按照《解除协议》的约定提交仲裁委仲裁解决。

后侵权行为地法院认为侵权行为与违约行为产生竞合时，受损害方有权选择对方承担侵权责任还是违约责任。原告以侵权为由提起诉讼，应适用侵权行为地或者被告住所地人民法

院管辖，所以认为侵权行为地对该案有管辖权，驳回了管辖权异议和主管权异议。后A公司和D公司对于侵权行为地法院的上述裁定不服，提起上诉。

（二）实务问题

上述案例所体现出的核心焦点问题在于“履行合同过程中产生的侵权争议，应如何确定管辖”，针对这一问题，笔者检索了有关案例，可以看出目前实务中，对于该问题，基本上分为以下两种观点：

1. 观点一：应该依据侵权纠纷确定案件管辖法院

【（2015）青民立终字第27号】本院经审查认为，《中华人民共和国合同法》第122条规定“因当事人一方的违约行为，侵害对方人身、财产权益的，受损害方有权选择依照本法要求其承担违约责任或者依照其他法律要求其承担侵权责任。”本案当事人在诉状中已明确系依据《中华人民共和国民法通则》第117条提起诉讼，该条是侵权责任条款，联系当事人的诉讼请求、开庭陈述和一审管辖权异议答辩，可以确定当事人在违约之诉和侵权之诉竞合的情况下，选择了侵权之诉。故本案应当以侵权之诉确定案件管辖。因侵权提起的诉讼，由侵权行为地或被告住所地人民法院管辖。

【（2014）川民终字第88号】本院审查认为，本案双方当事人在履行《工矿产品销售订货合同》后，原审被告以上诉人提供的产品因质量问题造成损害，要求赔偿而产生的纠纷提起诉讼，其诉请系违约行为和侵权行为的竞合。原审被告主张上诉人承担侵权损害赔偿责任，本案侵权行为地和侵权结果地均在四川省成都市，根据《中华人民共和国民事诉讼法》第28条关于“因侵权行为提起的诉讼，由侵权行为地或者被告住所地人民法院管辖”之规定，原审被告选择向原审法院提起诉讼，符合法律规定。

2. 观点二：案件基础法律关系是合同关系，应依据当事人的协议管辖确定管辖法院

【（2017）最高法民申 4996 号】本院认为，本案争议焦点为合同纠纷以侵权责任为由提起诉讼，管辖权如何确定的问题。根据《合同法》相关规定，在违约责任与侵权责任竞合的情况下，当事人有权根据自身的利益，选择诉讼路径行使请求权。本案中，中金公司以案涉合同履行过程中其财产权益遭受侵权损害为由向云南省红河哈尼族彝族自治州中级人民法院提起侵权之诉，并认为应以侵权之诉来确定本案争议的管辖权。经查，本案基础法律关系是合同关系，中金公司主张的侵权系因当事人履行合同义务所造成，亦即该侵权系因合同而产生，与一般侵权行为不同。中金公司与个旧金属公司于 2007 年 9 月 6 日在北京市西城区签订的《购销合同》中明确约定，双方“如发生纠纷，应共同协商解决，如协商不成，可提请签约地人民法院解决”，体现了双方的意思自治，该约定并未排除双方基于合同侵权提起的诉讼不予适用，故本案应以当事人的协议管辖确定管辖法院。

【（2020）辽 0102 民初 12867 号】本案基础法律关系是合同关系，原告梁彤主张的侵权系因当事人履行合同义务所造成，亦即该侵权系因合同而产生，与一般意义上的侵权行为不同。根据《中华人民共和国民事诉讼法》第 34 条之规定，合同或者其他财产权益纠纷的当事人可以书面协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地等与争议有实际联系的地点的人民法院管辖，但不得违反本法对级别管辖和专属管辖的规定。同时，根据原、被告间《淘宝平台服务协议》第 10 条第 2 款之约定，该管辖条款虽系双方就产生合同纠纷时所适用的管辖约定，但就合同纠纷订立管辖协议的，可认定由该合同产生的违约纠纷和侵权纠纷均由双方所约定的法院管辖。

【（2020）闽 0203 民初 2184 号】经审查认为，本案基础法律关系是合同关系，林震巍主张的侵权系因履行捐赠合同而产生，林震巍系在同意并接受《腾讯公益平台用户协议》后进行捐款，而该协议明确约定“本协议签订地为中华人民共和国广东省南山区”，“若用户和本平台之间发生任何纠纷或争议，首先应友好协商解决；协商不成的，用户同意将纠纷或争议提交本协议签订地有管辖权的人民法院管辖。”，故本案应以当事人的协议管辖确定管辖法院，腾讯公益慈善基金会提出的管辖权异议成立。

二、分析问题——违约与侵权竞合下，侵权纠纷能否突破仲裁协议的约定

（一）相关法律规定

1. 原《中华人民共和国合同法》第 122 条规定：“因当事人一方的违约行为，侵害对方人身、财产权益的，受损害方有权选择依照本法要求其承担违约责任或者依照其他法律要求其承担侵权责任。”

2. 《中华人民共和国民法典》第 186 条规定：“因当事人一方的违约行为，损害对方人身权益、财产权益的，受损害方有权选择请求其承担违约责任或者侵权责任。”

（二）实务探析

结合笔者前述案例内容，可以总结以下几个实务问题：

1. 侵权纠纷能否通过仲裁解决？

对于该问题，答案是肯定的。1998 年 5 月，最高人民法院在审理江苏省物资集团轻工纺织总公司诉（香港）裕亿集团有限公司、（加拿大）太子发展有限公司侵权损害赔偿纠纷上诉案时，认为：“根据仲裁法和仲裁规则的上述规定，中国国际经济贸易仲裁委员会有权受理侵权纠纷，因此本案应通过仲裁解决，

人民法院无管辖权。原审法院认为轻纺公司提起侵权之诉,不受双方所订 的仲裁条款的约束,显然是与仲裁法和仲裁规则相悖的;……本案双方当事人在合同中明确约定发生纠纷通过仲裁方式解决,在该合同未经有关机关确认无效的情况下,当事人均应受该合同条款的约束”,该裁定首次从正面肯定侵权纠纷可以仲裁。

2. 不考虑共同侵权情况下,违约与侵权竞合,侵权纠纷能否突破仲裁协议的约定?

笔者经过检索有关案例,可以看出,对于该问题的判断与认定主要取决于“涉案侵权纠纷是否与涉案合同有关”,如果侵权纠纷与涉案合同有关,适用仲裁管辖;如果涉案侵权纠纷与涉案合同无关,即使不存在涉案合同,该侵权争议仍然会发生,那么该侵权纠纷便不适用仲裁管辖。

上述问题还引发出另一问题——即如何判断侵权纠纷是否属于“与本合同有关的争议”,即如何判断侵权纠纷与合同履行之间的关联性。笔者通过检索案例,发现实务中对于该问题的态度主要取决于“关联性的认定”,如果争议侵权行为与合同并无法律上的必然联系,即便没有了合同关系,双方之间仍然可能出现这种民事侵权争议,那么该侵权纠纷就不是执行合同中发生的或者与执行合同有关的争议,该侵权纠纷就不受合同中仲裁条款的约束;相反,如果该侵权争议与涉案合同具有密切关联性,二者相互联系、密不可分,那么该侵权纠纷就应该受涉案合同中仲裁条款的约束。

3. 存在其他第三方共同侵权情况下,违约与侵权竞合,侵权纠纷能否突破仲裁协议的约定?

司法实务中,商业关系及业务合作往往纷繁复杂,当某项纠纷涉及到仲裁协议一方与协议之外的第三方共同侵权时,这种情况下,被侵权方往往将有关方列为共同被告而直接向法院提起一个共同侵权之诉,但该共同侵权纠纷

能否直接排除仲裁之管辖?这一问题同样困扰着司法实务工作者。笔者通过检索有关案例,对于该问题主要分为以下两种观点:

(1) 共同侵权纠纷能排除被侵权者与部分侵权者之间就合同履行产生的纠纷签订的仲裁协议的适用而进行必要共同诉讼。

【(2005)民四终字第16号】最高人民法院认为:本案中WP公司主张吉化公司与淞美公司构成共同侵权,没有淞美公司的侵权行为,吉化公司的侵权目的亦实现不了,故WP公司对吉化公司和淞美公司提起的侵权诉讼是必要共同侵权之诉。吉化公司作为原审被告,无权变更WP公司的诉讼请求,故其关于本案应为中外合作经营合同纠纷,并非侵权赔偿纠纷的上诉理由,不应予以支持。WP公司与吉化公司之间的《合作经营合同》虽约定有仲裁条款,但该仲裁条款不能约束本案中三方当事人之间的必要共同侵权纠纷,故吉化公司关于本案应基于合同约定移送仲裁机构管辖的上诉理由缺乏事实和法律依据,不应予以支持。

(2) 共同侵权纠纷不能排除被侵权者与部分侵权者之间就合同履行产生的纠纷签订的仲裁协议的适用进行必要共同诉讼,在仲裁庭不能追究第三人责任的情况下,被侵权者可以第三人为被告向人民法院另行提起诉讼。

【(2018)最高法民辖终131号】最高人民法院认为:李绪荣和枝江土地中心对双方因执行《土地收购合同》发生的争议约定了仲裁条款,且生效的69号裁定已经确认李绪荣与枝江土地中心仲裁协议有效,人民法院对仲裁协议项下的争议不享有管辖权,李绪荣与枝江土地中心之间的争议只能通过仲裁解决。本院认为,侵权责任法第八条规定,“二人以上共同侵权造成他人损害的,应当承担连带责任。”第13条规定,“法律规定承担连带责任的,被侵权人有权请求部分或者全部连带责任人承担责任。”依据上述规定,因共同侵权致人损害,被侵权人可以请求部分连带责任人承担责任,

也可以请求全部连带责任人承担责任，程序上应为可分之诉，可以分案审理。即无论三宁公司和枝江土地中心是否构成共同侵权，由于连带责任承担为可分之诉，李绪荣对这两方的诉讼请求均可以分案审理，枝江土地中心并非必须共同进行诉讼的当事人。

可见，最高人民法院前后对该问题的处理方式上都存在较大差异，一种观点体现的是尊重部分当事人之间的仲裁协议，一种观点则是突破部分当事人之间的仲裁协议。对于该问题，司法机关也对共同侵权纠纷是否必须进行必要共同诉讼持有不同意见，这也一直是我国实体法和程序法上一直颇有争议的实务问题。

三、总结

结合当前司法实践，有观点认为共同侵权纠纷须作为一个案件一并审理，如果因为部分当事人之间存在的仲裁协议而将案件拆分，则不利于查清案件的全部事实，且增加当事人诉累，浪费司法资源。而此种方式则能高效、彻底地解决纠纷。那么在仲裁协议并未认定为无效仲裁协议的情况下，不服法院管辖的仲裁协

议签署一方若在仲裁机构同时提起仲裁的，又该如何处理呢？尤其是涉外纠纷，在不同的法域极易引发平行仲裁或诉讼的问题，法院判决或仲裁裁决到了后期执行也会存在较大的现实障碍。

另外，司法实务中确实存在较多当事人，为了规避协议约定的管辖条款的约束，刻意虚列案件当事人，如果司法实务允许这样操作，岂不是要将协议管辖或仲裁优先原则等法律规定置于形同虚设的地步。因此，笔者认为，无论原告列多少被告主体，只要侵权纠纷属于各方在履行涉案合同过程中发生的争议，均应当按照约定管辖确定审理机构，即侵权纠纷的管辖约定不应受被告数量的影响，否则原告均可以通过多列被告达到规避约定管辖的效果。

最后，对于本文论述的问题，虽然实务中存有较大争议，但该问题尚有许多相关理论知识需要我们去挖掘、去探索。同时，期待我国法律规定和司法实务对于该问题尽快出台有关规定，以统一司法实践，以便更好地指导商业活动。

浅谈绿色金融



王海军，已从事律师职业十几年，对法律有深刻地理解能力和准确地运用能力，尤其在环境保护领域具有丰富的法律实践经验。王海军律师作为中华人民共和国生态环境部法律顾问，参与了多部立法项目，办理了大量环保类行政复议及行政诉讼案件以及大量环境公益诉讼维权案件。王海军律师还代理了康菲漏油环境污染系列案，代理青海省海西蒙古族藏族自治州针对木里矿区环境污染向14家能源企业提起生态损害赔偿，代理公益组织起诉汽油车和柴油车大气污染环境公益诉讼系列案，代理腾格里沙漠污染环境公益诉讼系列案被最高院列为典型案例。



张家千，律师助理，自加入北京德和衡律师事务所以来，参与生态环境部、中国地震局、国家国际发展合作署常年法律顾问服务工作，协助办理生态环境部大量行政复议、行政诉讼案件，参与包括《碳排放权交易管理暂行条例（草案修改稿）》《危险废物经营许可证管理办法（修订草案送审稿）》《生态环境监测条例（草案送审稿）》《有毒有害化学物质环境风险管理条例（草案送审稿）》等修改意见的提出。

摘 要：绿色金融能够保持金融业自身的可持续发展，也能够以金融和市场化来引导和促进生态环境和经济社会可持续发展。我国作为绿色金融的主要倡导者，正在逐步建立以绿色基金、绿色信贷、绿色债券、绿色指数、绿色保险、上市公司环境信息披露、碳交易市场等领域为基础的绿色金融体系。律师代理此类案件，能够使金融机构认识到其承担的法律和社会责任，主动参与到绿色金融实践中，助力绿色金融体系进一步完善。

关键词：绿色金融 绿色基金 绿色信贷 绿色债券 绿色股票指数 绿色保险 环境信息披露 碳排放权交易

一、绿色金融的定义

想要了解绿色金融，必须要先了解绿色金融的起源与发展。1980年12月11日，美国国会通过《综合环境反应、补偿与责任法》。该法案颁布的背景是美国“拉夫运河事件”，拉夫运河连接尼加拉河的上游安大略湖及其下游伊利湖，于20世纪20年代至50年代先后成为垃圾处理厂、军事废弃物倾倒地、化工废渣填埋场。地下填埋的有毒有害物质对居民身体健康造成了严重的影响。1978年，在拉夫运河小区居民向州政府施加压力之下，联邦政府重新安置了当地居民。^① 因为该事件，美国颁布了《综合环境反应、补偿与责任法》，法案规定发生危险物质泄漏设施的所有者或营运人或该设施所处土地的所有者或营运人承担治理费用，为企业增加了治理环境污染的责任，由此导致信贷银行提升了对因潜在环境污染事件导致信贷风险的关注和防范。

与此类似，花旗银行、巴克莱银行、荷兰银行和西德意志州立银行等10家国际领先银行于宣布实行赤道原则（the Equator Principles，简称EPs），即要求金融机构在投资项目时综合评估该项目对社会和环境所产生的影响，鼓励金融机构利用金融工具推动环境保护及社会协调发展。赤道原则的产生也是出于金融机构向大型项目融资后，因项目产生环境问题而导致的社会压力与社会责任。

最重要的是，在温室气体排放导致的全球变暖越来越受到全球各国重视的背景下，联合国1992年5月9日通过《联合国气候变化框架公约》后，《联合国气候变化框架公约的京都议定书》提出了促进各国减排的具体方法，其中之一便是两个发达国家之间可以进行排放额度买卖的“排放权交易”，即难以完成削减任务的国家，可以花钱从超额完成任务的国家

买进超出的额度。从而产生了碳排放权交易这一巨大的市场。

由此可以总结绿色金融的两个层次，即绿色金融能够保持金融业自身的可持续发展，也能够以金融和市场化来引导和促进生态环境和经济社会可持续发展。《关于构建绿色金融体系的指导意见》将绿色金融定义为“绿色金融是指为支持环境改善、应对气候变化和资源节约高效利用的经济活动，即对环保、节能、清洁能源、绿色交通、绿色建筑等领域的项目投融资、项目运营、风险管理等所提供的金融服务。”是对绿色金融内涵的最好概括。

二、我国绿色金融体系的构建

我国是绿色金融的主要倡导者。经过改革开放三十年的发展，我国成为全球能源消耗和二氧化碳排放大国，推动经济转型升级，实现绿色发展已经迫在眉睫。在美国、英国、日本等发达国家，由于工业化起步较早，早期工业发展造成的生态环境污染已经造成了严重影响，迫使发达国家对于绿色金融开展了多种多样的尝试和实践。与发达国家不同的是，我国于2015年提出的“建立绿色金融体系”，为绿色金融发展构建顶层设计。2016年3月16日通过的《“十三五”规划纲要》将“建立绿色金融体系，发展绿色信贷、绿色债券，设立绿色发展基金。”写入其中。2016年8月31日，中国人民银行、财政部、国家发展改革委、环境保护部、银监会、证监会、保监会印发《关于构建绿色金融体系的指导意见》，研究提出了创新性的融资工具和激励约束机制，动员和激励更多社会资本投入绿色产业。

根据《关于构建绿色金融体系的指导意见》，我国正在逐步建立以绿色基金、绿色信贷、绿色债券、绿色指数、绿色保险、上市公司环境信息披露、碳交易市场等领域为基础的

^① 参见张奕璞：《毒地与人：美国拉夫运河事件》，载《青年与社会》2014年第15期。

绿色金融体系。在“十四五”规划中，我国将2030年“碳达峰”，2060年“碳中和”写入规划方案，绿色金融体系将以实现“碳中和”为目标，加强和完善顶层设计，充分发挥中国构建绿色金融体系的优势，以绿色金融顶层设计和基础制度性保障助力这一目标的实现。

三、我国绿色金融的发展现状

（一）绿色基金

绿色基金，顾名思义即针对节能减排战略，低碳经济发展，环境改造项目等绿色产业设立的专项基金。^①根据国家发展和改革委员会印发的《绿色产业指导目录（2019年版）》，我国对于绿色产业的定义包括以下六类：节能环保产业、清洁生产产业、清洁能源产业、生态环境产业、基础设施绿色升级、绿色服务，涉及绿色装备制造、清洁能源、环境治理、能源节约、绿色城市（绿色基建）、绿色服务等多个领域。

在上个世纪80年代，美国、日本、西欧各国已经开始尝试以绿色投资基金的模式在推动经济发展的同时促进环境保护，推动环境改善。我国绿色基金起步较晚，但发展迅速，且发展前景广阔。2011年10月，《国务院关于加强环境保护重点工作的意见》中明确提出，鼓励多渠道建立环保产业发展基金，拓宽环保产业发展融资渠道。《关于构建绿色金融体系的指导意见》中明确提出要设立绿色产业发展基金，通过政府和社会资本合作（PPP）模式动员社会资本。“十三五”规划明确提出“发展绿色金融，设立绿色发展基金”。

由于绿色项目在我国还未得到广泛认可，且技术上存在风险，政策也具有不确定性，有政府背景的基金参与投资可以大大提升民间资

本的积极性。^②目前在我国，地方各级政府已经纷纷发起设立绿色发展基金，大型企业积极参与绿色基金的设立和运作。根据基金业协会数据，截至2021年5月，已设立并备案的股权基金中，以绿色相关行业为主要投向的基金共712只，在私募股权投资基金与创业投资基金中占比约为1.71%，据此估算，绿色股权基金规模约为2000亿元。

（二）绿色信贷

原国家环境保护总局、中国人民银行、中国银行业监督管理委员会三部门为了遏制高耗能高污染产业的盲目扩张，于2007年7月30日联合发文《关于落实环保政策法规防范信贷风险的意见》，通过金融杠杆来实现环保调控，开启了我国绿色信贷发展的大门。绿色信贷指在信贷活动中把符合环境检测标准、污染治理效果和生态保护作为信贷审批的重要前提，从而引导资金流向有利于环保的产业，实现可持续发展。

《关于落实环保政策法规防范信贷风险的意见》提出后，中国银行业监督管理委员会又陆续出台了《绿色信贷指引》《绿色信贷统计制度》《绿色信贷实施情况关键评价指标》等一系列文件，逐步建立起一整套绿色信贷政策框架。《绿色信贷指引》明确：“银行业金融机构应当有效识别、计量、监测、控制信贷业务活动中的环境和社会风险，建立环境和社会风险管理体系，完善相关信贷政策制度和流程管理。”

为提高银行业对绿色信贷的认识，促进绿色信贷进一步发展，强化监管体制和激励机制，中国人民银行于2018年7月发布《关于开展银行业存款类金融机构绿色信贷业绩评价的通知》和《银行业存款类金融机构绿色信贷

^① 参见安国俊：《我国绿色基金发展前景广阔》，载《银行家》2017年第8期。

^② 参见马俊：《中国绿色金融发展的十个领域》，载《武汉金融》2017年第1期。

业绩评价方案（试行）》，将绿色信贷业绩评价范围推广至全部银行业存款类金融机构，大大提升了银行发展绿色信贷的内生动力。

（三）绿色债券

绿色债券是政府、金融机构、工商企业等发行者向投资者发行，承诺按一定利率支付利息并按约定条件偿还本金的债权债务凭证，且募集资金的最终投向应为符合规定条件的绿色项目。^① 绿色债券始于 2007 年欧洲投资银行（EIB）发行的气候意识债券。中国绿色债券起步较晚但发展较快，2015 年 12 月 31 日，国家发展改革委办公厅发布了关于印发《绿色债券发行指引》的通知。2016 年以来，我国的绿色债券市场取得迅速发展，当年在我国在境内发行的绿色债券达 2000 亿人民币，境外发行相当于近 300 亿人民币，我国发行的绿色债券量占全球同期绿色债券发行量的 40%。^② 中国已于 2019 年成为全球最大绿色债券来源。

今年 4 月，中国人民银行、国家发展改革委、证监会在征求多方意见后在《绿色债券支持项目目录（2020 年版）》的基础上发布了《绿色债券支持项目目录（2021 年版）》，为绿色债券提供指引。目前，我国已经形成了较为完善的绿色债券发行程序，首先通过《绿色债券支持项目目录（2021 年版）》确定合格的绿色项目及资产，在通过独立审查后申请绿色债券认证，发行人对绿色项目进行追踪并进行报告，然后便可以通过与普通债券相同的程序发布绿色债券，最终为确保绿色债券所筹资金，需作年度报告。

（四）绿色指数

绿色指数在绿色金融中指绿色股票指数，是根据特定标准对绿色股票进行评选，选取综

合评分较高的上市公司为样本，根据其股票价格所设计并计算出来的股票指数，用以衡量绿色股票市场的价格走势。^③ 我国于 2008 年发布了第一只绿色股票指数：上证公司治理指数，截至 2021 年 10 月 8 日，上证指数系列已推出 51 只绿色股票指数，此外，深交所也已陆续推出 25 个绿色指数。我国发布的绿色指数从最初的可持续发展，逐步向环保产业、环境治理、新能源汽车和碳效率等领域增加，绿色指数范围不断扩大。

不同于绿色基金、绿色信贷、绿色债券等由政府、银行、各类金融机构推动的绿色金融工具，绿色指数更多地是自下而上推动的，充分调动社会公众的资金，普通投资者也能通过购买指数型产品将资金投入环境保护中，充分发挥绿色指数的优势。

目前，我国绿色指数的发展主要得益于政策的推动。2015 年 9 月，中共中央、国务院印发了《生态文明体制改革总体方案》，首次提出要“加强资本市场相关制度建设，研究设立绿色股票指数和发展相关投资产品”。2016 年 8 月，人民银行牵头七部委发布的《构建绿色金融体系的指导意见》提出“开发绿色指数与相关产品”。2016 年 11 月，《“十三五”生态环境保护规划》再次重申“研究设立绿色股票指数和发展相关投资产品”。今年 9 月，《关于深化生态保护补偿制度改革的意见》也指出“建立绿色股票指数”。政策的积极引导相信能够推动绿色指数在未来的发展。

（五）绿色保险

绿色保险一般指环境污染责任险和巨灾保险这两项应用较为广泛，具有代表性的保险种类，广义来看，绿色保险并没有明确的定义与

① 参见王遥、徐楠：《中国绿色债券发展及中外标准比较研究》，载《金融论坛》2016 年第 21 期。

② 参见马俊：《中国绿色金融发展的十个领域》，载《武汉金融》2017 年第 1 期。

③ 参见朱易捷：《我国绿色股票指数发展的研究与思考》，载《金融纵横》2018 年第 7 期。

范围，可以认为，所有保障生态安全与绿色发展、促进节能减排、实现气候变化的适应与应对相关的保险都可称为绿色保险，也都是绿色保险的创新方向。

欧美对于绿色保险的实践较早，在1990年，德国政府便出台了《环境责任法案》，要求10个主要行业的96个分支（其中包括火电、矿业和石油等）进行强制保险。在发达国家，由于环境执法力度强，对企业环境侵权责任的处罚力度大，企业为了避免可能发生的法律责任和高昂代价，会自愿购买环境污染责任险。^①我国的情况则不尽相同，企业往往不愿在前期投入看起来不必要的资金，而是更倾向于事件发生后着手补救。巨灾保险在我国面临着类似的问题，巨灾赔付占巨灾经济损失的比例不到10%，虽然较20世纪及21世纪前十年已经有大幅提升，但在国际比较上仍远远落后。

实际上，近年来，我国生态环境保护意识不断上升，对于环境违法的处罚力度也逐渐增强，企业的环境责任不容忽视。同时，随着经济的发展，自然灾害造成的损失也相应增加了，这都要求将绿色保险提升到更重要的位置。我国环境污染责任保险试点工作始于2007年，截至2020年12月，全国31个省（区、市）均已开展环境污染强制责任保险试点。巨灾保险也在《中国保险业发展“十三五”规划纲要》等一系列政策中被明确提出。

（六）上市公司环境信息披露

上市公司作为公众型企业，一方面具有信息披露的法定义务，对于重大环境信息应当进行披露；另一方面占用着大量的资本资源，应当承担环境保护的社会责任。

2010年9月份，原环境保护部发布《上市公司环境信息披露指南》，指南立足于进一步

提高上市公司环境信息公开的透明度和可操作性，但指南最终未正式颁布施行。2016年来，为推进上市公司环境信息披露工作，规范上市公司环境信息披露行为，构建良好的绿色证券交易市场，建立环境行政主管部门与证券行业主管部门的信息交流合作，原环境保护部起草了《上市公司环境信息披露管理办法》（草案）。目前我国还未出台针对上市公司环境信息披露的法律法规，企业环境信息披露以自觉自愿为主。

《中国上市公司环境责任信息披露评价报告（2019年度）》显示，发布报告的上市公司环境责任信息披露水平有所提升，但企业污染排放披露情况仍处于较低水平，多家上市公司由于环保问题被生态环境部通报和处罚，该类信息却未披露在企业官网、企业社会责任报告或者其他相关环境报告中。

对企业环境信息披露出台相应的法律法规已经是迫在眉睫的需求。日前，生态环境部起草了《企业环境信息依法披露管理办法（公开征求意见稿）》，并邀请我所研提意见。该办法规定重点排污单位、列入强制性清洁生产审核名单的企业，以及上一年度因生态环境违法行为被追究刑事责任或者受到重大行政处罚的上市公司和发行企业债券、公司债券、非金融企业债务融资工具的企业（以下简称上市公司和发债企业）等主体应当披露环境信息。并且，将搭建环境信息依法强制性披露系统。企业环境信息依法披露分为年度环境信息依法披露和临时环境信息依法披露，要求企业按照准则编制年度环境信息依法披露报告和临时环境信息依法披露报告，并上传至环境信息依法强制性披露系统，以供监督。

（七）碳排放权交易

碳排放权交易的概念来源于《京都议定书》，

^① 参见马俊：《中国绿色金融发展的十个领域》，载《武汉金融》2017年第1期。

其中提出了以市场机制作为解决二氧化碳为代表的温室气体减排问题的新路径，即把二氧化碳排放权作为一种商品，从而形成了二氧化碳排放权的交易。碳排放权交易的前提是市场主体自愿或强制承诺的排放额度限制。因排放额度与企业实际排放量之间可能产生的不匹配，故碳排放权在国际市场和国内市场上发生流动和交换，产生经济效益。该利益驱动能够促进企业不断优化生产结构，增大全球范围内温室气体的减排力度，并达到保护环境的最终目的。

我国于2011年10月29日启动碳排放权交易试点，在北京、天津、上海、重庆、湖北、广东及深圳市开展；于2014年12月10日发布《碳排放权交易管理暂行办法》。2020年10月28日，《全国碳排放权交易管理暂行办法（试行）》和《全国碳排放权登记交易结算管理暂行办法（试行）》征求意见；2020年12月31日，《碳排放权交易管理暂行办法（试行）》发布，自2021年2月1日起施行；2021年3月30日，生态环境部起草《碳排放权交易管理暂行条例（草案修改稿）》，公开征求意见。目前，我国已经开始整合全国碳排放权交易市场，预计2021年我国碳交易市场成交量或将达到2.5亿吨，为2020年各试点交易所交易总量的3倍，成交金额将达60亿元。

三、我国绿色金融展望

在政策的积极推动下，我国绿色金融发展

迅速。绿色金融的各个领域目前已经发展出了有一定规模，不断完善顶层设计，加强国家对绿色金融的政策支持，是绿色金融进一步发展的关键。

首先，应当进一步推动绿色金融相关立法进程，尽快解决法律法规滞后的问题，同时也适时地将施行良好的政策与实践经验及时转化为法律法规，做到绿色金融发展有法可依，发挥我国搭建绿色金融顶层设计的优越性，完善绿色金融法律体系的建设。

其次，应当尽快出台上市公司环境信息披露相关法律法规。上市公司环境信息披露是绿色金融的基础与前提，绿色金融的工具都需要大企业充分披露环境信息从而使资本市场能够识别绿色企业，使资金的流向更加绿色。上市公司环境信息披露具有强制性后，绿色金融将能够扩大规模，顺畅运作。

最后，作为律师，还可以通过其他方式间接推动绿色金融的发展，如福建省绿家园环境友好中心与宜城市襄大农牧有限公司环境公益诉讼案中，原告将向污染企业提供贷款的银行追加为共同被告，要求商业银行承担其未尽合规审查义务，发放贷款支持污染企业违法生产的法律责任。代理此类案件，能够使金融机构认识到其承担的法律责任和社会责任，主动参与到绿色金融实践中，助力绿色金融体系进一步完善。

附录：三等奖论文目录

《侵犯商业秘密罪中司法鉴定的采信——非公知性、同一性和重大损失鉴定》	黄斌
《侵犯商业秘密罪重大修改评述——降门槛加罪名列手段明标准提刑罚》	黄斌
《浅析工程结算之“背靠背”条款》	潘峰 高田
《侵犯商业秘密罪中反向工程的限制》	黄斌
《民商法中“公法管制与私法自治”的价值辨析——以<民法典>和<公司法>为例》	黄振达
《中小股东权益保护篇二：章程可另有规定事项之制定》	黄斌
《中小股东权益保护篇三：从事实和合法合章要件判定公司决议不成立》	黄斌
《中小股东权益保护篇一：从程序和内容双维度撤销公司决议》	黄斌
《大宗商品进口环节海关法律风险防范》	孙怡
《反不正当竞争法保护之商业标识在反法语境下的混淆误认》	黄斌
《著作权法修改之重点——广播权与广播组织权权利扩张后之双星闪耀》	黄斌
《专利法新修改解读》	张天圆 袁博
《不断收网，网络视频主播违规骗取打赏已走在风口浪尖》	王龙
《论考试作弊类三罪名的认定——以入罪考试范围为视角》	姜保良 任杰
《浅谈调解书申请再审中不可忽视的“隐藏要素”》	王奎元 王鹏飞
《关于工时制度的研究》	郭立翠 王鹏飞
《浅析二手车出口中商标侵权的认定——中国首例二手车出口商标侵权案例分析》	王同刚 姬生俭
《以送审价作为结算依据的法律分析》	王杰