北京德和衡律师事务所
BEIJING DHH LAW FIRM

德和衡研究院
DHH RESEARCH INSTITUTE

德和衡第六届律师实务学术年会
优秀论文集

THE SIXTH DHH ACADEMIC SUMMIT
Collection of Excellent Papers by Lawyers

北京德和衡律师事务所
德和衡研究院
二〇二五年一月

德和衡第六届律师实务学术年会
优秀论文集

德和衡第六届律师实务学术年会
优秀论文集

评审委员会

主　　任：焦洪昌教授

委　　员：白耀华、常海梅、陈其刚、戴　月、董燕清、
杜和浩、段志刚、房立棠、韩　静、郝　宁、
侯继山、黄贤文、贾明君、李　刚、李华鑫、
刘耕辰、刘桂敏、刘　森、刘向东、刘章印、
陆　阳、马先年、强永梅、任　力、孙　晶、
孙喜峰、王海军、吴　强、邢丽丽、徐红亮、
杨光明、杨晓文、杨振伟、易　燕、张美萍、
赵新辰、周金才、朱　兵

德和衡第六届律师实务学术年会
优秀论文集

编辑委员会

主　　任：胡　明

副 主 任：刘克江

委　　员：李旭修、张　文、徐宇辉、张　兵、杨培银、
季　成、金　耀、刘　健、温贵和

主　　编：江　波

副 主 编：周艾琳

序 言

当 2025 年的第一缕阳光轻轻划开天际，它不仅照亮了新的一天，也开启了又一年岁月的轮序。

刚刚过去的 2024 年颇不平静，全球局势错综复杂，经济环境阴晴不定，技术变革箭在弦上。时代将我们带到了又一个十字路口，无论你是否跟随，未知与挑战就在那里，不远不近，不卑不亢。

变化与不确定可能会引起焦虑，但同样带给我们新知和机遇，应变能力、创新能力以及坚定的法治信仰，是我们不变的底气。

当 AI 技术带来全新的感受和冲击，我们需要对数据安全和个人隐私权重新定义；修订后的新《公司法》第 88 条，引起理论与实践的双重探讨；《刑法修正案（十二）》《中华人民共和国反洗钱法》把金融安全的制度扎牢；新年第一天开始实施的《中华人民共和国能源法》更是面对技术创新与绿色科技的应有之义。

在大时代的变革中，法律人从未缺席，始终步履不息。

因为我们仍然深信坚守的价值，我们一如既往，以平和的心境深耕专业，以满腔的热忱回应期待。静水深流，历久弥新，在平静的日子里默默深耕，无畏辛劳与付出；在变革的时刻冷静思考，明辨方向，不迷茫、不退缩。

无论是消费者权益的加强，还是数据安全与隐私权的捍卫，亦或是环境资源与知识产权的严格保护，律师如同一道坚固的盾牌，守护着每一位当事人的梦想与希望。这份守护，是对创业者、奉献者以及每一位辛勤劳动者尊严的赋予，也是每一位律师心中沉甸甸的担当与道义。

我们每一位律师，都怀揣着这份深沉而炽热的期盼，如同温暖的阳光普照大地，无论是对机构、对企业，还是对每一个平凡的个人，法律正义都是深深植根于我们权利土壤中的参天大树，是我们与生俱来的宝贵财富。

我们深知，实践是理论的源泉与归宿，理论是实践的指南与灯塔。在复杂的法律关系中，需要凭借深厚的法律功底和敏锐的洞察力，为当事人找到那条通往权益保护的道路，而得到理论支撑的实践，正是这把利剑的磨刀石，让它在不断的磨砺中更加锋利，更加所向披靡。

在这一年的时光里，德和衡律师实务学术年会再次迎来了它的璀璨时刻。我们欣喜地看到，第六届学术年会征集的论文如同百花齐放，立意高远又深植实践，不仅在选题上独具匠心，更在深度、广度以及前沿性、实践性等方面展现出了显著的进步与提升。每一篇学术论文，都是全体律师智慧的结晶，是他们对法治的深情告白，更是对未来法治中国建设的美好期许。

感恩之心，溢于言表。德和衡研究院的每一份荣誉，都离不开专家、学者的指引，同仁的并肩，家人的温暖，朋友的陪伴，唯以更优法律服务，回馈社会。

在这条道路上，行远自迩，笃行不怠。

胡 明

德和衡研究院院长

北京德和衡律师事务所合伙人会议主席

2025 年 1 月 2 日

目 录

一等奖

003 公共航空包机服务合同的法律属性
——以司法审判案例视角分析 / 黄振达

011 混合共同担保内部追偿权的限制及完善 / 姜松炎 索泽宇

020 国际海事诉讼协议管辖的效力认定问题研究 / 伍方凌

036 “结构化发行”能否阻断债券虚假陈述纠纷案件中的交易因果关系 / 张 磊 陈怡任

048 房地产企业破产重整中共益债投资人与抵押债权人的利益保护与平衡
/ 董燕清 王奕涵 平一凡

056 执行转破产程序研究：制度、实践与优化策略 / 高文燕

068 “生态修复”视角下矿产资源法与生态环境保护民事公益诉讼制度对比研究
/ 王海军 袁 杰

075 抢占市场冲业绩的民刑交叉法律风险---反不正当竞争法和刑法复合视角下的“流量造假”
/ 张 忠 周艾琳

090 数字经济时代加密数字服务商的法律风险应对--以虚拟货币平台服务商为例
/ 张 宁 于小强 曲彦霓 张 璞 徐 爽

101 刑事司法人工智能的法律规制 / 姜松炎

二等奖

111 执行程序中推行带押过户的可行性研究 / 陈 锴

118 民法典时代以物抵债协议的对抗效力研究
——以执行异议和破产程序为视角 / 杨光明 曾 强

127 家庭教育指导令的现状检视与完善路径
——以家事审判为视角 / 郭超群 张永红

137 业主加装电梯新模式的法律规制研究 / 何雨聪

147 不动产抵押与租赁并存时的执行疑难问题研究 / 杨光明　曾　强

153 Co-opetition for GBA core ports to lead coordinated development of the port cluster / 伍方凌

170 欧盟碳边境调节机制的影响和中国因应
——以涉外法治建设为视角 / 王海军　刘　创

179 一览美国加密货币监管现状 / 田小皖

197 涉外多元一体化商事争端解决机制实证研究 / 张美萍　张澄澄

208 大资管背景下跨境投资通道拓宽与策略多样化的思考
——以《香港互认基金管理规定（修订草案征求意见稿）》为视角 / 郑宏敏

216 论合同纠纷中违约金的法律适用
——以一起涉港股份转让合同纠纷为例 / 易　燕

226 新《公司法》视野下回购型对赌协议履行困境及裁判路径分析 / 甘永辉　陈小文

232 《公司法》新理念与规则的法人本质逻辑解析 / 潘克三

251 新《公司法》下债权人主张股东出资加速到期研究 / 陆　阳　周晓晨

259 未届出资期限股权多次转让情形下的责任承担问题探究 / 曹　钧　包宇航

265 广告作弊及其救济痛点解析 / 刘克江　周艾琳

276 环境监测弄虚作假行为的规制与立法建议 / 王海军　张家千

286 论地理标志司法保护的完善 / 张天圆

298 医药企业品牌管理的重点与风险防范 / 孟爱华　杨启迪

311 关键词竞价排名中的竞争法问题研究 / 杨光明　曾　强

318 感情投资型受贿条款的定性与适用 / 周金才　柴逸凡

330 社会调查报告在未成年人刑事案件中的适用探析 / 田鲁豫

338 转交贿赂过程中截留财物行为的定性研究 / 段启俊　何雨聪

345 CPTPP 协定视域下中国知识产权刑事保护的挑战与应对 / 杨俊彬

352 侵犯知识产权罪刑罚的立法修改与司法适用 / 贺志军

三等奖

361 完善我国劳动合同制度的思考
——基于《劳动法典》编纂的视角 / 李乐平　贺彬兰

361 农民土地权利在社区化背景下保护问题研究 / 孙甜甜

362 租赁合同约定解除权行使的限制 / 李　娜

362 建筑房地产企业债权清收路径解析 / 马丽红

363 抵押权与房屋共有权的冲突处理规则 / 杨光明　许惠茹

363 请求权基础在诉讼代理中的运用 / 钱东辉

364 多层嵌套对合同效力的影响及投资者追偿问题浅析 / 甘永辉　陈小文

364 关于实际施工人情形下专业分包工程款的认定的探讨 / 裴虎斌　赵振东

365 涉外法律服务的实务要点与现实意义
——以中国企业走出去典型案例为视角 / 张美萍　张澄澄

365 Token 是不是证券？豪威测试与 SAFT 协议 / 田小皖

366 Relation between Cross-border insolvency and ship arrest / 伍方凌

366 简析对赌协议未约定情形下回购行权期限的认定因素 / 邱献霖

367 和平合作的国际海洋秩序及其动因 / 伍方凌

367 2016 年印度 BIT 范本对外国投资的影响及其对中印双向投资的启示 / 李清华

368 全面注册制下从证券业务属性谈欺诈发行证券的罚与罪 / 秦　辉

368 我国基础设施公募基金股债结构搭建实务环节涉及法律问题简述 / 安　刚　于聘聘

369 新《公司法》第 54 条的理解和法律适用问题探讨 / 易　燕

369 对赌协议股权回购及业绩补偿条款的争议法律问题研究 / 杨光明　曾　强

370 民营企业合规化管理的理解与实务
——基于律师承办企业合规业务的视角 / 姚耘杰

370 论公司违法减资情形下债权人的保护 / 余晓华　殷　俊

371 破产衍生诉讼中的公司发起人连带责任研究 / 应菲菲

372 新《公司法》股东代表诉讼制度双管 / 贾明君　李　丹

373 有限责任公司法定代表人变更与涤除的实务重构 / 吴　杰

373 执行追加未届期股权转让历届股东的困境与完善路径探究 / 杨光明　许惠茹

374 AIGC 侵权认定困境与路径探寻 / 杨光明　邵婉仪

374 生态破坏类环境侵权案件股东责任问题研究 / 王海军　苟金阳

375 论 web2.0 环境下“用户生成内容”之著作权认定 / 胡若平

375 论商业秘密惩罚性赔偿引入许可使用费标准必要性 / 陈　瑶

376 跨国环境侵权在我国的冲突规则研究 / 王亓艳　杜祖乐

376 我国海洋污染防治法律问题探究 / 朱　璇

377 变化状态产品外观设计专利权的保护范围及法律观察 / 左殿勇

377 进出口偷税走私的去罪化思考与建议 / 林　倩

378 挪用资金罪中本单位资金的认定 / 周金才

378 关于人工辅助生殖技术的法律和道德思考 / 易　燕　王亚楠　李睿琪

379 行政拘留司法救济程序的反思与修正 / 汪敬涛

379 对假冒注册商标罪中服务商标入刑规则的实务探析 / 刘向东　刘笑寒　马媛馨

380 浅析《刑法修正案（十二）》背景下商业机会刑法保护的新策略 / 段志刚　刘笑寒

380 民营企业的刑法保护 --《刑法修正案（十二）》 / 王希娟

381 组织、协助组织卖淫罪中受雇佣管理人员行为定性之实证研究 / 黄玉梅　黄佳慧

381 杨某与 A 公司保险纠纷—表见代理认定、民刑关系处理及典型意义探究 / 李世军　姚博文

一等奖

公共航空包机服务合同的法律属性

——以司法审判案例视角分析[①]

黄振达

黄振达，高级权益合伙人，法学硕士、经济学博士，北京市律师协会涉外律师人才库律师、第十二届交通运输法律专业委员会副秘书长。在航空产业投资和航空运营业务、“一带一路”国际贸易及跨境服务、境内民商事争议解决及企业重组与破产等多领域具有丰富经验，多次入选《钱伯斯》《商法》《Corporate INTL》榜单。担任北京理工大学、西北大学法学院硕士研究生校外导师、兼职教授，深圳国际仲裁院仲裁员、海南国际仲裁院仲裁员、杭州仲裁委仲裁员、遵义仲裁委员会仲裁员。

摘　要：包机合同是航空运输界一种营销管理模式，但在发生争议后的司法实践中，审判力量对于民航运输的专业性和民航实践惯例了解不足，对于包机合同争议的法律属性、航空公司承包经营模式的认定，以及不可抗力在责任认定中的适用与理解，成为审判实践的焦点。另一方面，公共航空运输虽是商业运输行为，但也更多承担社会责任、国家责任、主权责任，也是公法管制行为。司法审判也应当充分考虑公法要素。基于此，笔者以实际处理的航空运输包机合同纠纷，对公共航空运输管理中包机合同纠纷的法律问题进行梳理和分析。

关键词：航空包机服务合同；航空运输服务；司法审判；法律属性；公法管制

① 本文于 2023 年 1 月 3 日首发于公众号“北大法律信息网”，后经过笔者修订、更新。

一、航空运输管理中的“包机”概念和社会语言中的“包机”概念存在差异

总体来说，民用航空运输管理分为公共航空运输管理和通用航空运输管理两大部分。公共航空运输管理适用的是民航 121 部运行规章，是所有日常乘坐航班进行航空旅行的广大消费者使用的航空运输模式和管理方式，民航业通俗称之为大飞机航班运输或干支线航空运输。通用航空运输管理可以细分为适用民航运行规章第 91 部的通航飞行，这里面包括了私人购买飞机进行“私人专属飞行”的专机服务模式，而这种飞行模式和运输管理属于私人定制性质，社会上通常也称为包机飞行或专机飞行，笔者认为这种私人财富投资者自行购置自行乘坐的飞机，今后定义为“私人飞行”或“私人专机飞行”是最好的差异化管理概念，避免歧义。此外，通用航空运输管理中还有按照民航运行规章第 135 部运行管理模式，即承租该通用航空器进行专门飞行任务的运输模式，这种模式也称为专门包机或包机运输模式等。例如，国家有关政府机构、组织、企业单位、企业家或演艺明星个人等由于专门事项临时决定包机飞行，就属于这种通用航空运输管理中租赁模式下的包机模式，其特点在于航班时刻是临时申请的，不是固定航班时刻模式。对于境外私人专机跨境飞行或者是境外私人、组织、机构临时承租包机飞行入境均按照通用航空运输模式分别适用民航运行规章第 91 部或 135 部进行分类管控和审批。关于航空运输管理中的包机概念，本文作者在另外一篇文章《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》一文中专门提及过[①]。

本文要重点讨论的是公共航空运输管理中包机合同纠纷的法律问题。包机合同本是一个航空运输界耳熟能详的营销管理模式，但是在司法审判实践中，笔者发现包机合同纠纷的法律属性已经成为审判焦点之一。一个普通的包机合同纠纷争议案件在一审阶段有的甚至需要连续开庭四次之多，才能厘清争议的法律关系和权利义务。为此，笔者认为对于航空包机服务合同有必要进行整体梳理和分析，结合本人承办的具体案件提出专业分析要点，供司法审判实务界参考指正。

二、公共航空运输中包机服务合同的法律属性分析

笔者作为某航空运输企业的常年法律顾问，2021 年接受委托处理了两起航空运输包机合同纠纷，两起案件最终均以我方胜诉告终（一审、二审、再审均胜诉）。但是上述案件审理过程曲折，双方法律观点迥异，对方系原告，其在一审和二审阶段、以及再审阶段不断更换代理律师导致很多工作需要重新交叉复核，审判庭对于案件争议性质和纠纷责任认定上也存在一个逐渐认知确定的过程。这些都足以说明，民用航空运输纠纷在司法审判实务中仍然是一个专业小众市场，审判力量对于民航运输的专业性和民航实践惯例了解不足。因为我国没有专门的航空运输法院或法庭，不像海商法和海事法院已经形成专业权威的审判

① 参见，黄振达：《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》，载“北大法宝” https://www.pkulaw.com/lawfirmarticles/db811de45cdc4c15f76dd17742ecf2ddbdfb.html?way=listView，2023 年 1 月 2 日访问。

力量。

下面简要回顾重述一下包机合同纠纷案件的基本事实。某航空运输公司（以下简称甲方，本文笔者一方代理律师）和某航空运输服务有限公司（航空机票销售代理服务商，以下简称乙方）签订航空运输包机服务协议。约定自 2018 年 10 月到 2021 年 10 月，为期 3 年时间段内，乙方承诺将从中国沿海 A 市飞往韩国 B 市的国际航班（日航班）按照约定的价格对航班包销，高于该固定价格部分则是乙方包机人的收益，机票价格应当遵守民航局的监管要求和航空公司的票价政策。合同主要条款约定了包机期限、航班航线时刻、座位和载重量、售票方式和销售代理、销售平台终端使用方式、包机收费以及包机押金、包机款结算流程、包机航班政府补贴归属、航班延误乃至取消的善后处理以及成本分担、包机合同变更、修改终止、违约事项和不可抗力等事项以及与销售操作技术相关的合同附件等，由此构成完整的航空包机服务合同体系。

2020 年 1 月新冠疫情爆发以来，国际航班率先遭受重创，中国民航局提出航班熔断机制和“五个一”国家调控压缩政策，严格调控国际航班数量，控制疫情跨国蔓延，各地方政府和航空旅游监管机构等均陆续发布要求，限制出境，停止航班机票销售代理，要求航司进行直销直营，便于控制航班量和预备进一步调整航班政策，便于及时为消费者旅客进行退改签等便民措施，力争将损失和社会不良影响降到最低。

鉴于此，乙方主动向甲方提出暂时停止包机合同履行，并不再承担停止包机服务期间的包机费用缴纳，规避己方损失。甲方鉴于当时的情形，同意乙方要求，但是甲方坚持自己继续运营管理该航班。期间，该国际航班已经从日航班调整为周航班，说明国家明显调减了航班量。其后，鉴于疫情持续蔓延，乙方进一步要求继续停止包机服务，甲方原则同意并继续自营航班航线。但是甲方征求乙方意见问是否愿意在夏秋航班季节继续包机服务，乙方没有明确同意。鉴于此，甲方主动发出解除双方包机服务合同。纠纷就此产生，乙方要求甲方承担包机服务合同期间所有的损失，包括可得利益损失等。在乙方退出包机服务，甲方自营阶段，由于航班量大幅度减少，从日航班改为周航班，国际旅客积压严重，特殊时期反倒激发了机票价格上浮，乙方因此反悔并认为这都是其包机损失和应得收益。双方协商不成，酿成讼争。

乙方作为原告，以航空旅客运输合同纠纷为案由，提出民事诉讼。庭审中乙方代理律师坚持认为包机合同纠纷就是承包经营合同纠纷，甲方侵犯了乙方独立的承包经营权，应当承担所有损失，其中包机收益损失索赔约 2300 万元。

关于本案争议焦点很多，即便按照二审上诉状乙方就列出 8 个争议点。笔者在这里要重点讨论的是两个焦点问题，一是本案合同争议的法律属性究竟是什么，是否存在航空公司承包经营模式。二是不可抗力在本案责任认定中的适用与理解。至于其他涉及的法律适用、票款结算、审计调查、证据质证甚至乙方代理人利用手机微信、短信及时获取外援而现场临时创造的新证据质证，这些都不是我们要讨论的重点内容。

根据最高人民法院关于印发修改后的《民事案件案由规定》的通知中关于民事案件案由规定（法〔2020〕347 号文），以及航空争议类案件检索分析，我们总结出司法审判实践中涉及航空领域的案由有三个，分别是：（1）运输合同纠纷项下的航空旅客运输合同纠纷和航空货物运输合同

纠纷；（2）委托合同纠纷项下的民用航空运输销售代理合同纠纷。（3）涉及包机合同的往往归类为合同纠纷，根据具体案件事实又被划分为买卖合同纠纷、运输合同纠纷、民用航空运输销售代理合同纠纷等，司法审判实践并未有确定的唯一案由分类。

笔者一方作为甲方代理律师，坚持认为本案包机合同纠纷法律属性实质就是航空运输销售代理合同纠纷，不是承包经营合同纠纷。乙方不具备航空运输经营资质，没有国家民航局颁发的行政强制许可。因为公共航空运输属于事关公共利益和公共安全的重要基础性服务行业，必须进行强制行政许可经营审查，符合国家行业监管标准才能准入经营。而原告乙方具备的唯一行业资质就是民航局运输司颁发的航空机票销售代理资格，因此乙方只能是航空机票销售代理服务商。争议航线的航班时刻申请人是甲方航空运输公司，审批人是国家民航局，负责该航班承运任务的是甲方的飞行器和航空机组，包括地面服务人员在内都是甲方的工作人员或与甲方签署航服配套服务的服务商工作人员，甲方是法定的航空承运人，对外独立承担承运的所有法律责任。乙方，显然不具备上述任何一个强制性要素。乙方作为包机人只负责航班机票的销售推广工作，所有销售终端销售出去的机票均视为乙方的销售任务，甲方只能按照包机合同收取固定包机费用，除此之外的收益差价都归属于乙方，这实际是销售代理合同中的特殊约定情形，即兜底保障条款机制或者称之为对赌性包机服务代理模式。通常一般的代理销售服务，销售佣金是销售回款的约定百分比，作为计价收费方式，但是法律并不禁止其他方式约定可行的计费佣金模式，例如买断式固定价格加超额收益模式。我们认为航空包机模式，依然属于销售代理服务模式范围，因为包机服务商能够进行包机服务，是因为拥有了航空机票销售代理人资格。

鉴于迄今为止最高人民法院尚未出台过关于航空纠纷审判的司法解释，我们可以先跳出民航思维框架，从更大范围检索一下类似的包销性质的法律合同有关规定。

参照《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》（2020 修正）第十六条规定，出卖人与包销人订立商品房包销合同，约定出卖人将其开发建设的房屋交由包销人以出卖人的名义销售的，包销期满未销售的房屋，由包销人按照合同约定的包销价格购买，但当事人另有约定的除外。

我国《证券法》第二十六条规定，发行人向不特定对象发行的证券，法律、行政法规规定应当由证券公司承销的，发行人应当同证券公司签订承销协议。证券承销业务采取代销或者包销方式。证券代销是指证券公司代发行人发售证券，在承销期结束时，将未售出的证券全部退还给发行人的承销方式。证券包销是指证券公司将发行人的证券按照协议全部购入或者在承销期结束时将售后剩余证券全部自行购入的承销方式。

《证券发行与承销管理办法（2018 修订）》第二十二条，发行人和主承销商应当签订承销协议，在承销协议中界定双方的权利义务关系，约定明确的承销基数。采用包销方式的，应当明确包销责任；采用代销方式的，应当约定发行失败后的处理措施。第二十三条，证券公司承销证券，应当依照《证券法》第二十八条的规定采用包销或者代销方式。上市公司非公开发行股票未采用自行销售方式或者上市公司配股的，应当采用代销方式。

从这些规定看，我们认为“包销行为”都是针对销售代理阶段产生的营销业绩对赌考核模式，而销售代理方式的具体约定和销售代理酬金具体支付方式，事实上在合同法、民法典、司法解释等规范上，其并没有明确的构成要件或者是法定规范范式，这是意思自治的合同约定范畴，任何付费模式或超额收益固化模式等都是法律允许的，也是销售代理商在业绩对赌有效条件下的激励模式，这些市场经济下的自由选择行为都应当受到法律尊重和保护。从商事交易事实上分析，代理销售模式下的盈利商业模型一定就是赚取代理服务费本身吗？答案应该不是唯一的。以航空机票销售代理为例，代理收益除了代理费或者是超额收益之外，还有旅客主动退改签的手续费、政府补贴、机场建设费返还等等。因此，简单的认为必须是约定百分比代理佣金模式，应当已经不符合现实社会的商业代理营销模式了。司法审判实践应当关注这些现实细节。

庭审之中，原告乙方始终否认 2020 年 1 月爆发的新冠疫情属于不可抗力，但是其又主动提出包机合同中止，却不以不可抗力为抗辩理由，岂不自认违约？其目的显然是想获取可得利益损失赔偿。目前看，新冠疫情最初爆发阶段对于合同的障碍影响被视为不可抗力是有一定事实和法理依据的，本案一审判决认定双方之间合同解除系不可抗力导致。事实上我们理解的不可抗力分为两个层面，一是疫情不可控对社会已经造成一定秩序混乱，二是政府出台了管制政策强制实施，尤其民航局的具体执行政策措施已经现实改变了包机服务合同履行秩序，使得合同目的和预期收益无法实现，这种现实性和紧迫性已经使得合同解除成为必然且合同预期已然无法实现。包机服务合同的继续履约在法律不可能和现实不可能层面均已经触发。原告乙方率先提出并实际中止了包机服务合同履行，且连续几次不断通知中止，规避自身损失，同时犹豫观望未来合同是否继续履行，这种因客观疫情和监管政策的不确定，以及原告乙方的主观不确定决策态势，将使得包机服务合同相对方，甲方权益处于无法有效控制状态，损失风险敞口，甲方因此被迫行使了合同解除权并通知乙方，乙方也始终没有按照规定时限起诉请求确认合同解除与否的状态结果。这才是不可抗力构成合同解除的真正内因和逻辑关系。

但是经过持续三年的抗疫，目前司法实务普遍不会再把新近发生争议作为不可抗力的因果关系对待了，因为疫情已经是人所共知的可以预期的、可以规划避免的已知状态了。我们认为不可抗力作为免责的内在法理基础在于其对于具体合同履行已经实际构成因果关系，并导致合同目的无法实现。

本案经某省高级人民法院二审判决书最终认定，本案包机服务合同不属于承包经营合同，但也不属于一般销售代理合同，因为包机人收益模式合议庭认为并不符合一般社会代理费行为特征，因此最后确定为属于未名合同，否定了一审认定的争议合同是航空旅客运输服务合同的案由。双方之间的纠纷不涉及航空消费者旅客，仅是航空运输公司和包机人之间的服务纠纷，可以理解为 B2B 之间合同纠纷。我国司法实践到目前为止并没有任何关于航空运输服务的司法解释可以供参考。本案最终认定因不可抗力导致合同无法继续履行，只对已经发生的票款结算进行了责任确定，但是对于原告乙方主张的包机合同损失索赔 2300 万元则不予支持。

在民航运输管理实践中，除了“包机合同”概念之外，还有一个概念就是“包座销售合同”。

所谓航班包座销售是指航空运输销售代理商，只负责固定座位数的包销而不是针对整架飞机所有座位数的包销，这也是航空运输销售中的一种代理销售模式，切位销售。包座销售也是固定最低座位销售价格，超出该价格并符合航空公司的票价政策的收益归属于销售商。可见，包座销售和包机销售本质上并无不同，都是航班销售服务的性质。只是航班座位销售范围、包销商的销售能力、销售业绩考核、包销商的信用经济实力不同而已。

三、司法审判实务应当以航空运输服务的基础事实和航空运输服务惯例为基准定性定量

由此得知，航空运输服务中的包机销售、包座销售其法律属性仍是航空销售代理服务合同。除了前述的差异之外，包机合同作为最有收益的盈利模式，航空公司为什么不自己经营销售而选择整架飞机包机进行外包服务模式呢？原因有很多，例如开辟新航线航班，不熟悉当地消费市场，为了减少航司经营风险，固定收益，试水新市场等等，因此决定先采取包机飞行模式。当然，也有包机服务商协助航空公司申请获取了该热点航线航班时刻，作为回报，航司同意包机服务商在一定时期内包机销售该航班。这也是为什么包机服务合同纠纷中，经常双方提出航班航线申请时的贡献和权责甚至是承诺等。笔者认为，这类情况在民航实践中的确存在，但是这与包机服务合同属于两种法律关系，不能混同，因为混同没有合同依据，也就没有法律依据，实际上也没有清晰的事实证据依据，说不清。如果包机服务商认为要固定自己未来包机服务权益，建议在该航班航线申请阶段，包机服务商就和航空公司签署整体框架合作协议，明确在航班航线申请中的权责，以及航司作为回报承诺的约束。这样，未来签署包机合同时可以理解为系对继续细化和执行原合作框架协议的执行。当然，这样做的前提首先是航空公司和包机服务商要明确知道，任何商业贿赂、行政贿赂、不正当竞争获取的航线和航班时刻是不受法律保护的，企业合规经营是监管的必然要求。

此外，公共航空运输事业不能仅仅当作商业运输行为来看待，商行为这是私法的管制范畴。事实上，作为公共航空运输企业，在承担正常的商业运输服务之外，航空运输企业更多还承担了社会责任、国家责任、主权责任，这是司法审判实务必须客观公允并应该主动考虑的前提，也是公法管制和赋权行为。例如国际航班是按照主权国家之间对等开飞原则，即如果同意中国一家航空公司开通与该国之间一条国际航线和航班，就意味着按照对等原则，中国政府将审批同意对飞国家的航空公司也开通飞往中国的航线航班。因此，包机合同中乙方轻易违约就提出中止或终止包机合同，但是作为航空公司承运人，不能随意放弃这样的国际对等原则，否则国家航权利益损失太大。再例如，战乱国家的紧急撤侨行动包机、政府紧急公务包机、领导人公务包机等等都是体现公法体制下的承运人责任。即便在正常普通的航空运输中，出现任何一个旅客的突发疾病，航班就近返航或降落的人道主义救援原则，并不是私法项下商行为的最优决策原则，但是航空公司公司必须进行人道主义公益援助。司法审判应当充分考虑这些公法要素，而不能简单陷入纯私法环境下的合同冲突解决类似争议。因此，一旦出现类似本案的国际包机合同纠纷，甲方承运人的综合责任促使甲方只能坚持自己经营，自担风险而同时再进行包机合同维权，这种情况下的合同

公平原则在法律意义上应当适用扩大解释。

改革开放以来，各地政府已经充分认识到航空运输经济、航空产业经济对地方经济社会的重要支撑作用，给予特定航线航班的政府补贴已经比较普及，这对于新航线航班市场的培育，全社会共同适当分担市场开发成本实属必要。因此包机服务合同中通常也约定了政府补贴的归属。而政府补贴属于政府按照一定期限或公历年度最终审计考核后按照座位数比例或者承运旅客数量或者货运数量向承运人发放政府补贴，从地方财政预算口径支出，支付时间通常在年度考核后发放，存在一定滞后性。作为包机费用一部分，政府补贴也是需要按照合同约定进行抵扣。此外，旅客购买机票费用中细分为客票基本费以及机场建设管理费和燃油费附加，后面两个费用是代收性质，发生航班延误或取消，旅客退改签客票时，这些附属费用是否退还，退还多少也是需要认真分类统计，否则容易产生争议结算纠纷。

关于包机服务合同履行或者是普通包座销售代理中，双方争议主要是结算数据的争议，集中表现为客票结算口径和细分项下的具体科目的数据出入。因为客票终端销售都是消费者及时支付购票，所以不存在现金流资金本身的未付未收问题。目前全世界范围内只要是国际民航协会的会员航司，基本都是按照国际航空运输协会统一的机票销售分销渠道和分销系统进行销售。无论是航空公司直营还是分销代理，都是在国际航协开票结账计划 BSP 项下运作（Billing & Settlement Plan—简称 BSP）和中国民航信息网络股份有限公司（简称中航信）的业务系统进行终端营销和结算清算，这些公共营销技术服务平台属于中立性质，数据具有客观真实性，视为向所有航空机票销售从业者提供的公共销售平台，具有唯一性和一定强制性，基本上不存在航空公司或者代理人私自篡改数据的可能。中国目前所知只有春秋航空按照自己开发销售系统进行销售结算，除此之外各航空运输企业和航空销售代理人、旅游公司（具有代理资质为限）等都是通过国际航协和中国的 BSP 系统进行销售和结算。因此双方争议票款结算数据，只要严格按照约定范围、约定期限、约定航段进行数据导出审计，就可以确定争议口径和范围以及偏差责任归属。如果合同争议一方的代理人以上述数据本身存疑进行抗辩，完全是浪费司法资源和审判效率，这就是民航业的基础事实和客观准据。

公共航空运输是现实生活中每一个消费者都有机会体验的一种便捷交通方式。但是从目前司法审判实务看，包括审判和仲裁，依然对于航空运输的流程、航空投资准入、航空机票销售、航空客票退改签、航空地面服务、航班延误处理、航空保险等不清楚。尽管航空公司可以强硬地拿出标准格式合同“客规”，且声明保留合同最终解释权。但是冗长的事先发布的客规规定，尽管也曾经以各种方式征求过社会意见，但是这毕竟不是单边主义强制立法，作为合同一方，对于消费者弱势群体而言，没有更改选择权。法律的公正和公序良俗可以通过司法审判实践适当干预介入具体的争议事件，确保公平秩序。例如航空公司对于旅客机票退款的时间通常在半个月左右时间内完成，理由就是内部流程审批，这些程序繁琐拖沓涉嫌占用消费者票款时间获益的行为都给全社会留下不好的印象，航空服务本身不改革，航空企业的案件纠纷在审判中很可能对于审判机构、对方代理律师都产生不好的印象，这也是需要改进的。例如新冠疫情期间，民航局明确规定因为疫情原因可以免费退票，但是按照免费退票

的程序操作消费者基本无法即时完成退款，而且还时间漫长，但是如果你选择收费退票，即航空公司扣除一定费用通常百元以上，则很快能够完成退票退款。这样的服务质量内涵，任何冠冕堂皇的以合规解释都是苍白的，因为不对等。笔者也希望航空公司的管理人员和从业人员能够正视一下航企价值观的公众性。

混合共同担保内部追偿权的限制及完善

姜松炎、索泽宇

姜松炎，北京德和衡律师事务所高级权益合伙人，战略与发展委员会秘书长、公司业务中心秘书长，并购交易师。

主要业务领域为公司法诉讼、股东争议解决及上市公司、国企争议解决，代理的多个案件入选人民法院案例库。

索泽宇，实习学生，山东大学法学硕士

摘　要：混合共同担保制度蕴含着错综复杂的利益主体和法律关系，内部是否存在追偿权一直在法理论与法实务中存在争议。基于物保和人保的特殊属性差异，无法通过类推适用连带责任或不当得利设定法定追偿权，公平原则也无法作为法定追偿权的正当性基础。《民法典》和《民法典担保制度司法解释》的规定，基本确立了无约定无法定追偿的原则，彰显了意思自治的私法精神，也可以在权利变动中满足各方利益需求和我国市场经济健康发展的要求。对混合共同担保制度的内部追偿权应加以限制并不断完善相关制度，充分尊重私主体的意思自治，不断优化担保人之间的追偿规则，以最大化的实现混合共同担保制度和内部追偿的法价值。

关键词：混合共同担保、内部追偿、意思自治、分担模式

一、问题的提出

随着市场交易的发展，在实践中存在大量同一债权具有数项担保的情形。这种为保障同一债权设立多个主体、多重性质的担保，并不只是债权人基于安定性考虑的一种简单的法律构造，而是包含了多方利益主体和法律关系。混合共同担保是经济理性的体现，一方面，有助于强化债权清偿保障和债权人的债权实现；另一方面，数个担保并存可以有效分担履行压力，个别担保人的清偿能力或个别担保物的毁损灭失不会直接决定债权的清偿。随着我国市场经济的不断进步，混合共同担保的适用愈发多样复杂。其特殊性在于利益主体和法律关系的复杂，包括不同主体之间的法律关系、物保和人保不同性质担保之间的关系等。

《民法典》以及《民法典担保制度司法解释》的颁布和运行，基本终结了长达三十年的法理论与法实务争议。这项产生于交易之需的制度，需要深刻体察担保交易市场的需求，从维护担保秩序稳定和符合经济发展规律的角度出发予以判断。[①]同时，立法并未穷尽混合共同担保追偿规则的所有适用情形，在基本遵循否定说的基础上，为相互追偿的不同情形预留了学理和实践上的发展空间，应根据经济发展和理论完善不断优化这项制度建设。担保人之间是否具有追偿权是混合共同担保制度的核心问题，一方面，应通过科学解读《民法典》及相关司法解释的规定，探究法律规定背后的深刻法理；另一方面，应关注混合共同担保相互追偿在实务中是否符合经济发展规律。对于混合共同担保的追偿问题，目前依法律规定只具有约定的追偿权，不具有法定的追偿权，且通过司法解释详细规定了三种特殊情形下享有追偿权。尽管相关法律规定趋于完善，但是这项制度仍然面临着债的相对性和平等原则与各担保人利益冲突和公平原则的抉择，对于未承担担保责任的担保人而言，其担保责任的消失面临着终局性责任承担方式和不当得利的冲突。对于混合共同担保而言，能否类推适用连带责任打破物保和人保的性质差异，实现互相追偿也值得探讨。在上述问题化解的基础上，如何实现各担保人之间的追偿也是一个兼具法学研究与运算技术的复杂问题，对此应结合我国担保实践和经济发展审慎思考，充分发挥混合共同担保和内部追偿的法价值。

二、混合共同担保基于约定可以相互追偿

混合共同担保的内部追偿规定体现在《民法典》和《民法典担保制度司法解释》中，《民法典》392 条[②]大致沿袭了《物权法》第 176 条[③]的规定，对于混合共同担保是否有权内部追偿仍然存在争议。《民法典担保制度司法解释》第 13 条

① 参见高圣平：《担保物权司法解释起草中的重大争议问题》，载《中国法学》2016 年第 1 期，第 228 页。

② 《中华人民共和国民法典》第三百九十二条规定：“被担保的债权既有物的担保又有人的担保的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形，债权人应当按照约定实现债权；没有约定或者约定不明确，债务人自己提供物的担保的，债权人应当先就该物的担保实现债权；第三人提供物的担保的，债权人可以就物的担保实现债权，也可以请求保证人承担保证责任。提供担保的第三人承担担保责任后，有权向债务人追偿。”

③ 《中华人民共和国物权法》第一百七十六条规定：“被担保的债权既有物的担保又有人的担保的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形，债权人应当按照约定实现债权；没有约定或者约定不明确，债务人自己提供物的担保的，债权人应当先就该物的担保实现债权；第三人提供物的担保的，债权人可以就物的担保实现债权，也可以要求保证人承担保证责任。提供担保的第三人承担担保责任后，有权向债务人追偿。”

的规定对这一争议给予了较为明确的答案。该条规定的“同一债务有两个以上第三人提供担保”指向了人保和物保并存的混合共同担保的情形。混合共同担保因为兼具物保和人保两种不同性质的担保，相较于其他共同担保在内部追偿机制中存在更大的阻碍。

（一）人保和物保的特殊属性

混合共同担保不同于共同担保的本质原因在于存在人的担保和物的担保两种不同属性的担保制度，两者具有本质区别，加之保证责任和物上保证责任之间不具有天然联结，所以在相互追偿中只能基于约定才能使二者相联。[①]

首先，二者在性质内容上存在本质差异。物保属于担保物权，人保属于担保债权。尽管现在二者担保功能逐渐趋于平等，由保证人绝对优待主义发展到平等主义而后进入有限平等主义的阶段。[②]但是二者在性质内容和成立要件上存在本质差异。对于物保而言，物上保证人以担保物的价值为限承担责任，不受物上保证人财产状况的影响；对于人保而言，保证人以其全部财产承担无限责任，依赖保证人的经济状况和商业信用呈现不稳定性。尽管二者在实现担保功能上趋于平等，均符合担保的从属性，但是二者分属于债权和物权不同性质。

其次，二者虽然具有平等的法律地位和相似的担保功能，但是在责任承担上仍然存在差异。《民法典》第 392 条规定被担保的债权既有物的担保又有人的担保时，债权人可以就第三人提供的物的担保实现债权，也可以请求保证人承担保证责任，这体现了我国将物保与人保平等对待。从利于债权实现的角度将二者置于平等的法律地位，债权人可以自主选择担保人承担责任，这一规定是为债权人实现债权减少障碍，保障债权人自由选择的权利，但并不意味着保证和物上担保责任一致。物上担保人负担的责任是通过抵押或质押的方式，让债权人就担保财务获得优先受偿的权利，由此产生的权利义务关系是担保物权的关系而非债的关系，并非是给付法律关系。

最后，二者之间的差异不具有天然联结，只有基于约定才能实现保证人与物上保证人的相互追偿。人保和物保在平等演化的进程中为约定追偿权的证成提供了合理性前提，却不能基于二者平等的法律地位推演出具有平等的责任承担方式，继而不能推演出法定意义上的追偿关系。在共同担保中，保证人与保证人之间、物上保证人与物上保证人之间可以基于人或物的关联跨越障碍构建追偿关系，但是保证人与物上保证人之间不具有天然的关联关系，自然无法跨越障碍构建法定的追偿关系，只能基于约定和意思自治产生约定的追偿权。

（二）混合共同担保的内部追偿权规则

依据《民法典》和《民法典担保制度司法解释》的相关规定，对于混合共同担保而言担保人只享有基于约定的追偿权，不具有法定追偿权。这一规定符合风险自担、意思自治的原则，也有利于提高市场经济效率，防范道德风险的发生。

首先，这一规定充分展现了风险自担、意思自治的原则。根据债的相对性原则，保证人与物上保证人之间不存在合同约束，只是客观上为同一债权提供担保。所以在无约定的情形下，二者

① 参见崔建远：《补论混合共同担保人相互间不享有追偿权》，载《清华法学》2021 年第 1 期，第 6 页。
② 参见温世扬、梅维佳：《混合共同担保之内部追偿权研究》，载《学习与实践》2019 年第 6 期，第 59 页。

之间不必然产生责任共同承担的后果。从风险自担的角度，在担保人为债务人提供担保时，有能力且应当预见本人因债务人无法清偿债务而承担的担保责任，尽管有观点主张通过设立法定追偿权分散各个担保人的风险有利于实现公平，但是唯有尊重当事人的意思自治更有助于公平的实现。[①]其次，这一规定有利于提高市场经济效率，防范道德风险的发生。讨论一项民事制度的安排是否合理，不应仅考虑是否符合法律逻辑体系，还应考虑是否符合我国市场交易效率和推动市场经济健康发展。允许通过约定设立追偿权，可以有效避免抑制担保人提供担保的积极性；同时可以提高交易效率，尤其是在大额债权债务关系中通过提前约定设立追偿权，使得担保人在债务人履行不能时清偿债务，并向债务人和其他担保人追偿，有利于提高交易效率。

《民法典担保制度司法解释》第 13 条在《民法典》第 392 条的基础上，进一步对约定追偿权制定了更为详细的规定。首先，该条第 1 款明确规定了约定追偿权的设立条件，即约定相互追偿及分担份额、约定承担连带共同担保或约定相互追偿但未约定分担份额；其次，该条第 2 款规定了“各担保人在同一份合同书上签字、盖章或者按指印”，可以视为具有追偿的合意，同时这一款规定也为司法机关提供了追偿合意的认定标准。最后，该条第 3 款规定人民法院不支持其他情形下混合共同担保人之间的相互追偿，这也意味着立法者采用了混合共同担保制度中法定追偿权否定说，排除了担保人试图通过法定追偿权事后分担风险的空间。

三、混合共同担保不存在法定追偿权

《民法典担保制度司法解释》的规定间接排除了约定或视为约定设立追偿权的其他可能性，人保和物保的性质差异决定了二者在责任承担方式上的差异，这也就进一步导致二者之间设定法定追偿权设定的障碍。有学者主张试用类推的方式从不同角度证成法定追偿权设定的可能性，但是这些观点均有失偏颇，如果强行适用会导致混合共同担保制度的混乱，也会加大法规范的执行难度和执行成本。

（一）不得类推适用连带责任

在共同物保或共同人保中，可以通过类推适用连带责任并依据《民法典》第 519 条的规定行使法定追偿权，就超出份额的部分向其他连带债务人未履行的份额范围内追偿，并相应享有债权人的权利。[②]然而物保和人保不具有给付的同一性，[③]物上保证人所负担的是责任而非债务，债权人就物的担保实现债权，依法享有就担保财产优先受偿的权利；保证人所负担的是基于保证合同产生的给付义务，债权人通过债的相对性对保证人主张权利，所以二者之间存在属性差异，无法自然联结为连带债务关系。[④]另一方面，尽管物上担保人与保证人都负担对债权人的担保义务，但是二者的义务性质是不同的，物上保证人负担的是物权关系中的义务，保证人负担的是债权关系中的义务，所以不具备类推适用连带之债的基础，也

① 参见崔建远：《混合共同担保人相互间无追偿权论》，载《法学研究》2020 年第 1 期，第 86 页。
② 参见谢鸿飞：《连带债务人追偿权与法定代位权的适用关系——以民法典第 519 条为分析对象》，载《东方法学》2020 年第 4 期。也可参见杨立新：《被侵权人对侵权连带责任人的选择权》，载《当代法学》2022 年第 1 期。
③ 参见房绍坤：《论新债清偿》，载《广东社会科学》2014 年第 5 期，第 246 页。
④ 参见张尧：《混合共同担保中担保人内部求偿的解释论》，载《法学家》2017 年第 3 期，第 149 页。

就不具备相互之间享有法定追偿权的前提。[①]基于此，在混合共同担保中物保和人保的性质不同，物上保证人与保证人的责任和义务属性也不同，所以无法类推适用连带责任，也就不能基于此推演出混合共同担保中可以设定法定追偿权。

（二）不当得利无法作为相互追偿的理由

有观点主张对于未承担担保责任的担保人，其担保责任的消失可以视为不当得利，并基于此设定相互追偿的权利。依据《民法典》第 122 条的规定，不当得利的构成要件需要满足一方受有财产利益、另一方受有财产损害，一方受益与另一方受损之间存有因果关系且无法律上的原因。从不当得利本身看，要求受益与受损之间存在因果关系。在混合共同担保制度中，承担担保责任的担保人受损是由债务人不履行债务造成的，向其他担保人追偿不具有不当得利意义上的合理性。从担保关系的逻辑看，并不能认为实际承担担保责任的担保人是受损人，未承担担保责任的担保人是受益人，担保行为是为了保障债权人的债权实现，由债务人或第三人以财产或信用承担相应担保责任的经济行为，本质上属于利益的平衡与责任的分担，因而不能将其认定为单纯的受益或受损行为，通过事后损失分担机制弥补所谓的“受害人”的损失，所以无法通过不当得利来论证物上保证人与保证人之间可以借助相互追偿填补损失。

（三）公平原则不能作为法定追偿权的正当性基础

将公平原则作为混合共同担保制度相互追偿的正当性基础会陷入循环论证。有观点主张在混合共同担保中设立法定追偿权可以实现法律追求的公平价值。[②]在混合共同担保中，各个担保人都负有担保责任，但是最终却由债权人选定的担保人承担了担保责任，其他担保人因此脱离债务关系，这种做法与公平原则相悖。只有引入法定追偿权，才能共担风险、共担责任，更符合整体上对各个利益主体关系的评价。但是这种论证逻辑存在纰漏，“对公平的审视和判断，不可一味地拘泥于单个法律关系，有时需要甚至必须超越单个法律关系，站在系列交易、整体安排的高度来看待公平。”[③]首先，在混合共同担保中，各个担保人均是基于自由的意思自治承担责任和风险，且各个担保人之间处于平等的法律地位，此时并不需要法律强加干涉为其设定法定追偿权；其次，当债务人不履行债务时，债权人基于担保设定选择其中一人或几人或全体担保人承担责任，被选中的人实际承担全部或部分风险，并不违背在担保设立之前的意思自治，在私法领域当事人基于意思自治而承担相应的法律后果，这就是最本质的公平，[④]无需通过事后相互追偿实现所谓的公平原则；最后，在担保法律关系中，如果没有事先约定或存在视为事先约定可以相互追偿的情形，担保人仅与债权人、债务人产生相对应的法律关系，各个担保人之间在法律层面可以视为没有任何法律关系，[⑤]在现实生活中也极有可能素不相识，如果通过法律设定其相互之间可以追偿，违反法

① 参见崔建远：《混合共同担保人相互间无追偿权论》，载《法学研究》2020 年第 1 期，第 89 页。
② 参见王利明：《民法典物权编应规定混合共同担保追偿权》，载《东方法学》2019 年第 5 期。
③ 崔建远：《混合共同担保人相互间无追偿权论》，载《法学研究》2020 年第 1 期，第 93 页。
④ 参见刘凯湘：《混合共同担保内部追偿权之否定》，载《兰州大学学报(社会科学版)》2021 年第 2 期，第 37 页。
⑤] 参见李娜：《“连带”或“独立”：混合共同担保人之间法律关系辨析——以<民法典>第 392 条、第 518 条为分析对象》，载《社会科学家》2022 年第 9 期，第 117 页。

律规范的科学性。

四、混合共同担保约定追偿的完善

《民法典》和《民法典担保制度司法解释》的颁布，基本明确了混合共同担保中担保人内部追偿权采取“有约定从约定，无约定无法定追偿权”的规则。这一规则符合公平和效率的价值原则，也与尊重意思自治的民法理念契合，可以在动态的权利变动中满足各方利益需求和我国市场经济的健康发展。混合担保制度中涵盖物保和人保两种不同的担保方式，对于约定产生追偿权的适用条件应进一步细化，同时对追偿采用的计算方式也应明确。

（一）规范担保人约定追偿的适用条件

对于混合担保制度约定追偿的适用本质上是对《民法典担保制度司法解释》第 13 条的理解适用。首先，应明确约定追偿的适用情形，依据该条规定，担保人应基于意思自治事先约定相互追偿或承担连带共同担保，或通过“在同一份合同书上签字、盖章或者按指印”推断事先知情，除此之外没有相互追偿的适用空间。其次，在适用过程中应充分尊重担保人的意思自治，并结合第 2 款的规定审慎、妥善适用共签情形。

第一，应充分尊重意思自治。对于第 1 款的规定，如果担保人事先约定分担份额，法院应充分尊重担保人的约定，如果当事人约定承担连带责任或未约定分担份额，则依照比例原则分担。这一规定契合《民法典》关于连带责任与连带担保的规定，通过比例原则的方式划分分担份额也接近担保人的意思。[①]对于第 3 款的规定，如果担保人事先未约定分担份额，法院也应充分尊重私主体的意思自治，各担保人之间不能互相追偿，除非对第三人、公共利益或公共秩序造成损害，这也是民法尊重私主体意思自治与能动性的体现。

第二，应审慎、妥善适用共签情形。第 2 款规定，如果“在同一份合同书上签字、盖章或者按指印”可以视为相互知情或有意私联络，此时可以肯定相互追偿。有学者主张这是因为共签行为本质上蕴含“一个担保人愿意承担担保责任，是因为其他担保人也愿意承担担保责任”的对价或牵连关系。[②]但是这一观点是否符合意思自治原则尚需论证，在适用过程中应审慎、妥善适用。首先，从共签行为本身看，只能说明各担保人之间相互知晓，并不能说明其之间存在相互追偿的意思联络；[③]其次，从尊重意思自治的角度看，各担保人之间互相知晓却未形成相互追偿的书面合意，以此推断是否有违意思自治之嫌；再次，任何法规范的理解不能仅停留在规范制度层面，还应上升至制度价值层面，该条款的规定除了说明共签行为可以推定为有意思联络，还未各担保人之间视为约定相互追偿提供了评价标准，随着社会的不断发展，未来是否会出现其他类似共签的情形，是否允许这部分情形纳入相互追偿的范畴也应谨慎处理；最后，从民商事主体的区别看[④]，相较于民事主体，商事主体更讲究效率和专业，具有更高的注意义务和避险能力，此规定对商事主体而言具有合理性，但是该款规定同时适用民

① 参见谢鸿飞：《共同担保一般规则的建构及其限度》，载《四川大学学报》(哲学社会科学版)2019 年第 4 期，第 121 页。
② 参见贺剑：《担保人内部追偿权之向死而生一个法律和经济分析》，载《中外法学》2021 年第 1 期，第 106 页。
③ 参见吴光荣：《共同担保人之间的追偿问题——以共同担保的再类型化为中心》，载《法律适用》2021 年第 3 期，第 66 页。
④ 参见彭诚信，吴越：《混合担保人内部追偿权否定论证成——兼评“民法典担保制度解释”第 13 条》，载《南京社会科学》2021 年第 7 期，第 83 页。

事主体和商事主体，是否提高民事主体的注意义务值得商榷。因此，在司法实际中应审慎、妥善适用该款规定，充分考虑私主体的意思自治。

（二）具体责任份额划分模式的比较

在混合共同担保中，如果各担保人约定相互追偿的份额，人民法院应尊重担保人的意思自治；如果约定承担连带责任或未约定份额时，各担保人则需要进行责任份额的划分。综合我国理论界对份额划分的相关研究，当前主要存在三种有讨论价值的份额分配的模式：第一种是平均分配，第二种是按照事前的责任风险比例分配，第三种是按照事后的责任期待比例分配。

1、平均分配

平均分配的模式下，份额计算变得简单，只需统计混合担保人的总人数，将责任平均分配至每位担保人之上，平均分配模式的理论依据是同一层次性理论的推论。在同一层次性理论中，混合担保人在承担义务上处于同一层次，没有人应当承担多于其他人的责任，故无论其承担的是限额担保还是全额担保，无论其担保额大小，均承担相同的责任。《担保物权司法解释（讨论稿）》第 15 条第 3 项对平均分配份额的模式作出具体规定：“人民法院在认定本条第 1 款‘应当分担的份额’时，应当以担保人已经承担的担保责任为基数，判令其他各担保人平均承担担保份额。”可以看出，平均分配的分配方案无论在立法上还是在计算中都具有较高的可行性。

2、按照事前的责任风险比例分配

按照事前的责任风险比例分配又称为按比例分担，按比例分担的模式是以各担保人在订立担保合同时所承担的责任风险的比例分配责任的。对于物上担保而言，按照担保物的市场价格计算比例；对保证人而言，则按照保证责任计算比例。其中，物保本身具有两个限制，一方面以约定的担保额为限，另一方面以担保物的价值为限，将此两种限制方式相结合才能确定物保所占的真正份额。如果二者发生冲突，根据《担保物权司法解释（讨论稿）》第 15 条第 3 项、第 4 项的规定，担保的债权额低于担保物的市场价格的，按照担保的债权额计算；反之则按照担保的债权额计算。总之是在物保限额和担保物价值中择一较小者计算。这种分担模式具体可以参考刘平教授提出的两个公式：

（1）物上保证人分担额 = 代偿债务总额 * [物上保证人应负担保责任 ÷ （物上保证人应负担保责任 + 保证人应负之履行责任）]

（2）保证人分担额 = 代偿债务总额 * [保证人应负之履行责任 ÷（物上保证人应负担保责任 + 保证人应负之履行责任）][①]

3、按照事后的责任期待比例分配

按事后的责任期待比例分担的模式考虑的是“事后的期待责任”[②]，在事后方案中，首先需假定在债权人有权向各担保人主张权利之时，各担保人承担担保责任的概率相等。然后，分别计算债权人向每一个担保人主张权利时每个人的期待责任多少，与该情形出现的概率相乘。最后，将每一担保人在每种情形之下承担的风险相加。这种分担模式为贺剑教授提出，以其原文中所举的例子来看：设此时有一笔 12 万元债务，债务人已偿还 4 万元，甲、乙分别提供 12 万元及 8 万元的最高额保证。根据事后方案的计算方法，首先假

[①]参见刘平：《民法典编纂中混合共同担保之再认识——兼评<物权法>第 176 条》，载《西南政法大学学报》2017 年第 6 期，第 78 页。
[②] 参见贺剑：《走出共同担保人内部追偿的“公平”误区——<物权法>第 176 条的解释论》，载《法学》2017 年第 3 期，第 77 页。

定甲、乙承担担保责任的概率相等，即各有 50% 概率承担责任。甲的期待责任包括两个部分：当债权人向甲主张责任时，甲的期待责任为 12-4=8（万元）；当债权人向乙主张责任时，甲的期待责任为 0 元。因为假定甲、乙承担担保责任的概率相等，所以上述两种情形出现的概率均为 50%，因此甲的期待责任为：8*50%+0*50%=4（万元）。同理计算乙的期待责任也为 4 万元。因此，甲、乙的事后期待责任比例为 1：1（4 万元：4 万元），对于剩余的 8 万元的责任，甲、乙最终分别承担 4 万元的责任。

（三）确立份额分担的具体计算模式

本文主张，在混合共同担保中，如果各担保人约定相互追偿的份额，人民法院应尊重担保人的意思自治；如果约定承担连带责任或未约定份额时，本文认为平均分担模式更为可行。一方面，这种分担模式以同一层次性理论为依据，理论上属于从混合担保人关系出发得到的合理推论；另一方面，这种分担模式操作简明易懂，有效节约立法成本、计算成本、司法成本，能够在一定程度上满足当事人定纷止争的诉求。具体实务操作中应注意以下几点。

第一，物上保证人之间的比例分担应判断担保物的价值与担保债权额之间的关系。对于物上保证人的责任认定，应以价值数额较小的为准。如果担保物的价值大于担保债权额，对于超过担保债权额的部分不承担物上债务责任。第二，保证人之间的比例分担首先应判断保证人之间的关系。在保证人为多人的情况下，依照保证人之间的关系可以分为按份共同保证与连带共同保证。如果保证人在签订的保证合同中约定了各自份额，应以保证合同中约定的担保债权额为基数；如果没有约定份额或明确约定连带共同保证，可以采取将保证人人数作为基数加以平均，但是本质上仍是以应承担的全部保证份额为基数。第三，物上保证人与保证人之间的比例分担应首先明确物保和人保的责任承担方式，人保是以保证人的所有财产承担无限责任，物保是以担保物的价值为限承担清偿责任。基于此差异，物上保证人与保证人之间的责任分担，应以各担保人应然承担的具体担保责任为基础进行比例分担，根据担保物的价值与担保债权额的关系进行调整。

五、结语

混合共同担保制度是社会发展的产物，其中包含着债权人、债务人、担保人、第三人等利益主体之间的复杂关系。基于约定产生的内部追偿权是在交易过程中产生的，在混合共同担保中各担保人之间存在利益衡量，通过自由约定相互追偿的方式协调多方利益关系，是经济理性的产物。然而非基于约定是否产生追偿权围绕公平原则、意思自治、风险分担等争议焦点，理论界与实务界长期存在肯定说与否定说的争论，历经几十年的法实践与法理论的交融碰撞，终于在《民法典》时代落下帷幕，逐渐趋于完善。《民法典》和《民法典担保制度司法解释》的规定，基本确立了无约定无法定追偿的原则，彰显了意思自治的私法精神，可以更好地维护当事人的自主选择和多方利益协调，也有利于促进资金融通和市场经济的健康发展。然而，《民法典担保制度司法解释》第 13 条在否定说的原则下，设立了三种特殊情形下的追偿权，为追偿权是否成立提供了争论空间。同时，这项产生于交易之需的制度应从维护担保秩序稳定和符合经济发展规律的角度出发，在公

平和效率之间构建具体的比例运算方式，通过将混合担保制度类型化确定比例计算方式。混合共同担保制度跨越了物权和债权两个法规范领域，内部涉及利益主体和法律关系复杂，对混合共同担保制度的内部追偿应加以限制并不断完善，充分尊重私主体的意思自治，不断优化担保人之间的追偿制度，以最大化的实现混合共同担保制度和内部追偿的法价值。

国际海事诉讼协议管辖的效力认定问题研究

伍方凌

伍方凌，福建三明人，浙江万里学院法学院讲师，大连海事大学海商法专业博士（英国斯旺西大学联合培养博士），浙江省法学会海商法学研究会副秘书长，北京德和衡（宁波）律师事务所实习律师，主要研究领域：海商法、国际法。

摘　要：协议管辖制度以尊重当事人意思自治为基础和初衷，肯定管辖协议的效力有助于缓和国际海事诉讼管辖权冲突，但从各国有关规定及其实践现状来看，当前国际海事诉讼领域中管辖协议的有效性仍受较大限制，其中，提单管辖权条款的效力认定问题最为突出。对此，各国应在肯定管辖权条款独立性的基础上，统一其法律适用规则，在整体上确立以“赞成协议”为基础的司法审查模式，从而在最大限度上降低对管辖协议有效性的限制、发挥协议管辖在国际海事诉讼管辖冲突协调领域的突出作用。

一、国际海事诉讼协议管辖的界定

（一）国际海事诉讼协议管辖的定义

顾名思义，协议管辖即依当事人协议确定的管辖，或以当事人约定为连结点确定管辖法院的一种管辖制度。[①]以此为基本框架，现有关于协议管辖的定义多是通过补充或强调协议管辖的特点或构成要素的形式展开，且没有固定的要素选择方案，即便两定义选择了同样的要素，对同一要素的认识和要求也不必然相同，有的强调协议管辖须以书面协议为基础、当事人所作选择须是特定法院，[②]而有的则不对此作出要求，[③]但在以“意思自治”为构成约定的实质要求这一点上它们是共通的。

当事人意思自治来源于实体法中的“契约自由”原则，协议管辖是当事人意思自治原则在司法管辖领域的应用。[④]从根本上来说，意思自治强调的是由当事人双方就其纠纷管辖法院作出共同决定。允许当事人通过一致的意思表示决定原本应属司法权力范畴的管辖事项，属于司法权力对当事人的让渡，[⑤]体现了法律对当事人理性选择的尊重和信任，但这需要以当事人在平等基础上达成的真实的意思表示为基础。[⑥]所以，协议管辖的界定应当强调当事人意思表示的真实性，对于其意思表示的载体以及意思表示发生的时间，则没有必要在协议管辖的定义中加以限定，即无论当事人的意思表示发生于纠纷之前还是之后，也无论当事人以何种形式作出这一约定，只要不影响对其意思表示的确认即可。[⑦]基于此，可以认为，国际海事诉讼协议管辖指的是根据意思自治原则，以双方当事人就审理其海事纠纷的法院所作约定为基础确定管辖法院的法律制度。

（二）国际海事诉讼协议管辖的属性

参照现有的关于国际民事诉讼管辖的分类方式，协议管辖作为一项独立的管辖依据已得到普遍认可。协议管辖制度的适用意味着，当事人双方约定所选法院就其海事纠纷具有管辖权，这是管辖协议直接效力的体现。此时，被选择法院的管辖权与其他国家法院依法取得的管辖权是同时存在的，要确定由当事人协议选择的法院管辖国际海事纠纷，还需要管辖协议间接效力的支撑。[⑧]实际上，每个国家都只能间接地确定其他国家法院的管辖权，[⑨]即便是排他性协议管辖，其排他的效力也仅表现为对当事人的约束，即只有在非协议选择法院确认管辖协议的效力之后，当事人约定的法院才具有国际私法层面上的排他的管辖权。

那么，作为独立的管辖根据，协议管辖与平行管辖、专属管辖、任意管辖、法定管辖之间的

① 李旺：《国际民事诉讼中的冲突与程序》，清华大学出版社，2022 年，第 76 页。
② 江伟：《民事诉讼法学》，高等教育出版社，2000 年，第 86 页。
③ 佟小鄂：《论国际民事诉讼中的协议管辖权》，《现代法学》1984 年第 4 期，第 57 页。
④ 许军珂：《论涉外审判中当事人意思自治的实现》，《当代法学》2017 年第 1 期，第 68 页；另见张鉴：《论国际民事管辖权冲突产生的原因及协调》，《南昌大学学报（人文社会科学版）》2009 年第 2 期，第 88 页；孙南申：《论国际私法中协议管辖的法律效力》，《政治与法律》1999 年第 2 期，第 28 页；杜涛：《国际私法原理》，复旦大学出版社，2014 年，第 338 页。
⑤ 周祺：《国际民商事诉讼协议管辖制度研究》，华东政法大学 2016 年博士学位论文，第 28 页。
⑥ 吴庆宝：《意思自治在审判中的适用》，载北大法宝：https://www.pkulaw.com/specialtopic/d8c9fe70cdbf4cf64349bb485f3757a5bdfb.html. 最后访问日期：2023 年 3 月 2 日；另见郭翔：《民事地域管辖：理念的转换与制度的完善》，《河北法学》2006 年第 2 期，第 96 页。
⑦ 杜焕芳：《涉外民事诉讼协议管辖条款之检视——简评最高人民法院（2009）民三终字第 4 号裁定书》，《法学论坛》2014 年第 4 期，第 94 页。
⑧ 何其生：《比较法视野下的国际民事诉讼》，高等教育出版社，2015 年，第 186 页。
⑨ 李双元、谢石松、欧福永：《国际民事诉讼法概论》（第 3 版），武汉大学出版社，2016 年，第 166 页。

关系应当如何认定。从整体上看，现存有协议管辖属于平行管辖以及平行管辖属于法定管辖、与协议管辖相对两种观点。[①]在国际民事诉讼管辖分类领域，平行管辖与任意管辖的概念都常用于表征“非专属管辖”，两概念具有同一性。从其名称上来看，任意管辖的概念强调任意性，即管辖可以任意选择，[②]既可以包括当事人在法定连结点所在法院之间任意选择，如起诉人择地行诉，也可以包括当事人通过协议共同决定的任意选择，即协议管辖。基于大陆法系国家的民事诉讼理论，任意管辖涵盖所有非专属管辖，由当事人通过合意选择管辖法院的协议管辖属于任意管辖的范畴。[③]结合任意管辖等同于平行管辖的基本认识，此时的协议管辖属于平行管辖的一种情形。[④]但这一观点背后应当蕴含着平行管辖并不限于法定管辖的意思。以我国《民事诉讼法》第 35 条规定为例，合同或其他财产权益纠纷的当事人可以协议选择我国法院管辖，可供其选择的法院包括“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”的法院。不难发现，这些带有空间连结点的法院实际上都属于法定管辖所指向的法院，若抛开平行管辖不限于法定管辖这一前提，那么就容易得出协议管辖有法定选择范围，通常是在具有法定管辖权的法院里进行选择的结论。如此即忽略了赋予不具有法定管辖权的国家法院以管辖权的协议管辖这一类型的存在，在法定管辖的范围内界定协议管辖无法保证其周延性。

相较而言，将管辖权分为协议管辖权和法定管辖权的观点基本上认同协议管辖是独立于平行管辖的管辖依据，即协议管辖与法定管辖相对应，而任意性管辖权或平行管辖权与专属管辖一并划入法定管辖权的范畴。[⑤]基于此，任意性管辖依旧是与专属管辖相对应的概念，但此时的任意性管辖仅指“非专属的”法定管辖，所有依据法律规定享有管辖权的法院都是当事人任意选择的可能对象，此类法院并不具有法律所赋予的排他性管辖权。如此一来，协议管辖独立于法定管辖，也就可以解决前述赋予无法定管辖权的国家法院以管辖权的协议管辖的归属问题。反过来说，既然协议管辖包括赋予无法定管辖权的国家法院以管辖权的协议管辖这一类型，协议管辖就应当独立于法定管辖而存在。不仅如此，协议管辖与法定管辖二者确立管辖权的基础存在差别，前者以当事人主观约定为基础，而后者以法律规定的、法院与案件之间存在的客观事实联系为基础，[⑥]基于此，也可以佐证协议管辖与法定管辖属于相对概念的合理性。

基于此不难发现，出现前述两种观点的根本原因在于平行管辖的范畴差异，即，对平行管辖作广义还是狭义层面的理解。当然，广义和狭义的平行管辖都是与专属管辖相对的概念，但广义的平行管辖包括协议管辖，此时不再另外使用法定管辖的概念，否则法定管辖与平行管辖的关系问题难以妥善处理；而狭义的平行管辖与协议管辖不属于同级概念，此时需要使用法定管辖作为

① 前者可参见李双元、谢石松、欧福永：《国际民事诉讼法概论》（第 3 版），武汉大学出版社，2016 年，第 169 页；后者可参见杜涛：《国际私法原理》，复旦大学出版社，2014 年，第 341–342 页。
② 李双元、金彭年等：《中国国际私法通论》（第 2 版），法律出版社，2003 年，第 515 页。
③ 郭翔：《民事地域管辖：理念的转换与制度的完善》，《河北法学》2006 年第 2 期，第 96 页。
④ 李双元、谢石松、欧福永：《国际民事诉讼法概论》（第 3 版），武汉大学出版社，2016 年，第 169 页。
⑤ 杜涛：《国际私法原理》，复旦大学出版社，2014 年，第 341–342 页。
⑥ 孙南申：《论国际私法中协议管辖的法律效力》，《政治与法律》1999 年第 2 期，第 28 页。

平行管辖与专属管辖的上级概念、与协议管辖相对。所以，协议管辖作为一种独立的管辖依据，既不同于专属管辖由法律直接赋予排他的管辖权，也不同于狭义的平行管辖，因为协议管辖被承认之后，协议选择的法院即具有排他的管辖权。从效力上看，协议管辖权则是介于专属管辖权与平行管辖权之间的存在。

二、各国对管辖协议效力的审查实践

在国际海事诉讼领域，协议管辖最为典型的实践即提单管辖权条款的使用，现以提单管辖权条款的效力审查为代表对各国实践作简单总结。从协议管辖类型的角度，提单管辖权条款属于事前协议管辖，亦属于书面协议管辖，且属于书面协议中的管辖条款而非单独的管辖协议。实践中对提单管辖权条款进行司法审查的根本目的在于适当限制契约自由。提单管辖权条款不同于私法契约，虽然条款本身属于当事人之间的约定，但其关涉诉讼事项，甚至在一定程度上会对法院形成拘束，[①]所以管辖协议的有效性应当是存在边界的。这其中其实涉及两个层面的问题，即提单管辖权条款是否属于管辖协议及其是否被赋予效力。[②]对此，首先可以明确的是提单管辖权条款能够满足对管辖协议形式要件的要求，争议在于提单管辖权条款系承运人提前印刷在提单上的，属于格式条款这一事实。传统上认为海上货物运输合同当事人的交易地位并不平等，且承运人提供的提单普遍适用于所有托运人，不考虑对于具体托运人而言管辖权条款对管辖法院的选择是否公正、合理。所以，有观点认为提单管辖权条款并非双方在自由平等的基础上约定的，[③]不具备管辖协议有效性的实质要件。基于此，在双方当事人对法院管辖权存在争议时，法院即需要审查提单管辖权条款的效力。对于管辖协议是否被赋予效力，尤其是管辖协议是否以及在多大程度上对本国法院产生拘束力的问题，各国实践存在差异。

（一）审查提单管辖权条款效力的依据

综观各国司法实践，管辖权条款准据法的确定规则包括依法院地法，依主合同准据法，以及对管辖协议的不同方面分别确定准据法三种。[④]关于管辖协议的准据法我国立法尚无规定，但从司法实践上来看，我国法院对管辖协议有效与否的判断是以法院地法，即我国法律规定为依据进行的。[⑤]我国对于管辖协议效力问题的法律适用采取的是“单一论”的观点，即管辖协议本身属于一个整体，协议的有效成立与否、其是否具备可执行性以及在协议规定不明确时应如何进行解释等问题都属于管辖协议这一个整体，在确定法律适用时应当由同一个法律体系支配。[⑥]而对于这一法律体系应当是法院地法还是合同准据法，各国长

① 张嘉军：《论诉讼契约的效力》，《法学家》2010 年第 2 期，第 142 页。

② 李守芹：《论提单中管辖权、仲裁、法律适用条款的效力》，《人民司法》2002 年第 8 期，第 32 页。

③ 许军珂：《国际私法上的意思自治》，法律出版社，2006 年，第 8 页；另见邢娜：《提单管辖权条款的理论与实务初探》，《武汉大学学报（哲学社会科学版）》2007 年第 5 期，第 690 页。

④ 杜涛：《国际私法原理》，复旦大学出版社，2014 年，第 387 页；另见何其生：《比较法视野下的国际民事诉讼》，高等教育出版社，2015 年，第 185 页；张嘉军：《论诉讼契约的效力》，《法学家》2010 年第 2 期，第 140 页；周祺：《国际民商事诉讼协议管辖制度研究》，华东政法大学 2016 年博士学位论文，第 60 页。

⑤ 参见智利南美轮船有限公司与轩辉国际物流有限公司上诉案，山东省高级人民法院民事裁定书（2014）鲁民辖终字第 158 号；另见中国人民财产保险股份有限公司厦门市分公司与 A.P 穆勒–马士基有限公司海上、通航水域货物运输合同纠纷案，浙江省高级人民法院民事裁定书（2017）浙民辖终 119 号；中国平安财产保险股份有限公司北京分公司与巴西航运有限公司海上、通航水域货物运输合同纠纷案，浙江省高级人民法院民事裁定书（2018）浙民辖终 269 号；上海柏村国际货运有限公司、广州洛可可皮具有限公司海上、通航水域货物运输合同纠纷案，广东省高级人民法院民事裁定书（2016）粤民辖终 692 号。

⑥ 何其生：《比较法视野下的国际民事诉讼》，高等教育出版社，2015 年，第 185 页。

期以来并未达成一致意见。[①]在我国法院看来，管辖权条款以及当事人基于管辖权条款提出的管辖权异议都属于程序性问题，程序性问题应当适用法院地法进行审查。[②]

除“单一论”外，也有不少国家基于“分割论”考查管辖协议是否有效的问题。英国将管辖协议的效力问题作形式有效和实质有效之分，对于管辖协议是否符合形式有效的条件，适用行为地法，即契约地法（*lex contractus*），而对于管辖协议是否具备实质有效要件，则适用协议准据法，通常为法院地法，来确定。基于管辖协议的独立性特征，管辖协议的适用法并不必然与合同准据法相同，在当事人并未就管辖协议的准据法作出约定的情况下，英国法院往往依据当事人对管辖法院的选择推定当事人具有选择该法院的法律为管辖协议准据法的意思，所以，只要不存在依最密切联系原则应予适用的他国法律，英国法就得以适用。[③]当然，在长期的司法实践过程中，有关国家对该问题的处理方式也在不断发生转变。以德国为例，其国内法院在早期的司法实践中一般将协议管辖视为程序性问题，适用德国法，而合同中关于准据法的约定与其无涉。但从其后续的判例可以看出，德国法院开始重视管辖协议作为商业合同的一部分而存在这一点，认为合同约定本身虽具有程序性的效果，但其是否有效并非程序性问题，应当作为合同的一部分、适用合同准据法判断其有效性。[④]同样地，美国法院早期亦以“单一论”为基础，实践中存在统一适用法院地法处理管辖协议效力的法院，也存在依合同选择的外国法进行判断的例子。[⑤]而当前，美国法院对待管辖协议与法律选择问题时，往往区别管辖协议的解释与可执行性问题，视不同情况对其准据法加以确定。在受案法院即为协议选择法院的情况下，不存在争议，对于协议的解释和可执行性问题都以法院地法为准；当受案法院为非协议选择法院时，又区分合同包含法律选择条款和未约定合同准据法两种情况，前者所对应的法院选择协议的可执行性问题由法院地法决定，而法院选择协议的解释由主合同的准据法支配；后者所对应的法院选择协议的可执行性问题同样受制于法院地法，但其解释则适用契约地法。[⑥]

（二）基于格式条款效力的审查

提单管辖权条款效力审查的特殊性在于，提单系承运人单方制定的，实践中并不存在托运人与承运人就提单条款进行实际商议的过程，托运人也没有对其中部分条款讨价还价的余地。所以，为了平衡交易双方的权益、保障弱方当事人在发生纠纷时选择管辖法院的权利，各国开始对约定管辖权的格式条款进行规制。实际上，各国司法实践中有关是否会从格式条款这一点出发去考查提单管辖权条款的法律效力，以及在考虑这一格

① 杜焕芳：《涉外民事诉讼协议管辖条款之检视——简评最高人民法院（2009）民三终字第 4 号裁定书》，《法学论坛》2014 年第 4 期，第 98 页。

② 参见智利南美轮船有限公司与轩辉国际物流有限公司上诉案，山东省高级人民法院民事裁定书（2014）鲁民辖终字第 158 号；另见中国人民财产保险股份有限公司厦门市分公司与 A.P 穆勒–马士基有限公司海上、通航水域货物运输合同纠纷案，浙江省高级人民法院民事裁定书（2017）浙民辖终 119 号；沧州乾成钢管股份有限公司等诉亚柏莱国际货运代理（上海）有限公司等海上货物运输合同纠纷案，天津海事法院民事裁定书（2014）津海法商初字第 81–1 号。

③ 何其生：《比较法视野下的国际民事诉讼》，高等教育出版社，2015 年，第 185 页。

④ 吕晓莉：《德国民事诉讼中的协议管辖制度》，《华中科技大学学报（社会科学版）》2003 年第 3 期，第 77 页。

⑤ 张茂：《美国国际民事诉讼法》，中国政法大学出版社，1999 年，第 92 页；另见何其生：《比较法视野下的国际民事诉讼》，高等教育出版社，2015 年，第 185 页。

⑥ See Symeon C. Symeonides, *Choice of Law in the American Courts in 2017: Thirty–First Annual Survey*, 66 The American Journal of Comparative Law (2018)； 另见张茂：《美国国际民事诉讼法》，中国政法大学出版社，1999 年，第 92 页。

式条款是否有效时应当如何确定相关方的举证标准的问题，并不存在统一的处理模式。

我国《民诉法解释》第 31 条规定特别强调了经营者应“采取合理方式提请消费者注意”，否则消费者就该协议无效的主张应予支持。我国海事司法实践中也不乏以“提请注意”为标准判断提单管辖权条款效力问题的案例。例如，广东省高级人民法院在审理相关案件时即提出，“以英文小字印刷”且“与其他印制的内容无显著区别”的提单管辖权条款并“不足以引起”原告注意，承运人对双方已就该条款进行协商并达成一致方面举证不足，对其提出的执行提单管辖权条款的主张不予支持。[①]同样地，这一判断标准也被其他海事法院和高级法院用于否定提单管辖权条款的效力。[②]综合相关案例的判定理由可知，我国法院对于未以明示、显著区别于合同其他条款的形式呈现的管辖权条款通常不予承认，但是对于具备这一形式条件的条款是否有效，则存在完全不同的判定结果。有的法院认为，涉案提单的管辖权条款以区别于其他条款的红色字体印刷于提单正面的，属于已“采取合理的方式提请注意”，原告在接受被告签发的提单时并未对该条款提出异议，即可判定提单管辖条款是原、被告双方合意的结果。[③]而部分法院则认为这并不足以佐证承运人已对该条款尽到足够的“提请注意”义务。[④]由此，在具体案件中判断承运人是否有效证明的标准并不明确，其最终结果相当于对承运人举证责任提出了较高的要求。以上海海事法院判例为例，承运人无法提供证据证明管辖条款是双方协商一致的真实意思表示的，管辖协议无效，纠纷管辖法院按照法定管辖依据另行确定。[⑤]

与我国相似，美国法院在早期的实践中也奉行管辖协议须由具有相对平等的协商力量的当事人经真实协商订立。但是，联邦最高法院在 1991 年 *Carnival Cruise Lines, Inc. v Shute* 一案中，改变了“在一个格式票面合同中，一个未经协商的法院选择条款自始没有法律效力，因为它未经协商”的立场。[⑥]自此，美国法院不再直接以格式条款未经双方平等协商为基础直接否定管辖条款的效力，[⑦]取而代之的是结合案件实际情况综合考虑弱者保护原则等一系列标准以限制此类条款的效力，

① 参见深圳长远国际货运代理有限公司与日本邮船（中国）有限公司深圳分公司、日本邮船（中国）有限公司海上、通海水域货物运输合同纠纷案，广东省高级人民法院民事裁定书（2019）粤民辖终 28 号。

② 相关案例见：绍兴柯桥恒元纺织有限公司与青岛中和全运物流有限公司、青岛中和全运物流有限公司上海分公司海上货物运输合同纠纷案，上海海事法院民事裁定书（2018）沪 72 民初 3050 号之一；中国人民财产保险股份有限公司厦门市分公司与 A.P 穆勒-马士基有限公司海上、通航水域货物运输合同纠纷案，浙江省高级人民法院民事裁定书（2017）浙民辖终 119 号。

③ 参见温州市轻工工艺品对外贸易公司与法国达飞轮船有限公司海上货物运输合同纠纷案，福建省高级人民法院民事裁定书，载北大法宝：https://www.pkulaw.com/pfnl/a25051f3312b07f31d0edb88fb9d7532b1b372591459100bbdfb.html?keyword=%E6%8F%90%E5%8D%95%E7%AE%A1%E8%BE%96%E6%9D%83%E6%9D%A1%E6%AC%BE&way=listView.

④ 参见浙江阿波罗运动休闲用品有限公司诉港捷国际货运有限公司海上货物运输合同无单放货纠纷案，宁波海事法院民事裁定书（2009）甬海法商初字第 80-2 号。

⑤ 参见上海外高桥造船有限公司与 AAL 墨尔本航运公司、南亚航运有限公司海上货物运输合同纠纷案，上海海事法院民事裁定书（2017）沪 72 民初 3023 号。

⑥ See *Carnival Cruise Lines, Inc. v Shute*, 499 U.S. 585 (1991)；另见[美]阿瑟·冯迈伦：《国际私法中的司法管辖权之比较研究》，李晶译，法律出版社，2015 年，第 183 页。

⑦ See Patrick J. Borchers, Forum Selection Agreements in the Federal Courts after Carnival Cruise: A Proposal for Congressional Reform, 67 Washington Law Review 55 (1992), 72; see also Kim Jefferies, Personal Jurisdiction and Contractual Forum Selection in Maritime Personal Injury Cases, 7 University of San Francisco Maritime Law Journal 139 (1994), 146. 注：在该案判决中多数意见认为，对于购买船票这类具有例行程序的交易（routine transactions）而言，通常都不接受讨价还价（give-and-take bargain），交易各方也往往不会就其中的法院选择条款进行协商，所以常识（common sense）决定了应给此类制式合同的执行留有空间。而且基于营运商业务范围等方面考虑，其对管辖法院所作的选择应当认为并不存在任何恶意，故而其提供的格式条款是有效且可执行的。

这在很大程度上属于个案分析的问题。其实，早在 *Silvestri v. Italia Societa Per Azioni Di Navigazione* 一案中，第二巡回法庭就明确了承运人应就合同中涉及对旅客有所限制的内容进行“合理沟通”（reasonably communicate）这一准则。[①]对于这一点，*Carnival Cruise Lines, Inc. v Shute* 一案虽未涉及，但其后案件普遍认为联邦最高法院对该案的判定暗含了这一方面的要求，即承运人应就该管辖条款提请合同相对方的足够注意（the adequacy of notice）。[②]此后，第一巡回法庭在 *Shankles v. Costa Armatori* 一案中，进一步明确了判定“合理沟通”的判断标准，其一为票据本身的物理特征，其二为外界因素（extrinsic factors），重点考虑是否存在导致合同相对方无法知悉这一条款的情况。[③]该案所确立的双重判断标准在类似案件中被广泛适用，也在不断适用中得到丰富和细化。[④]可以认为，美国法院对待这一问题的基本态度是，只要达到“合理沟通”的标准，承运人在提单管辖权条款中对管辖法院所作的“合理”选择应予支持。[⑤]

（三）基于强制性标准的效力审查

从对提单管辖权条款的效力限制标准来看，日本可以说是基本承认提单管辖权条款的。[⑥]首先，提单管辖权条款满足《日本民事诉讼法》第 3 条之 7 第 2 项有关书面协议的形式要求；其次，根据“芝沙达尼号案件”[⑦]的判决，当事人可以约定纠纷由外国法院专属管辖，只要纠纷事项并非日本专属管辖，且该外国法院在法律上和事实上能够对该案进行管辖，但“合意非常不合理地违犯了公序的情况”除外。[⑧]与日本相似，德国立法对提单管辖权条款的限制也相对较低，基本上可以认为是承认格式条款的。在德国法院看来，一家外国公司，对德国消费者适用其交易的标准合同，可以约定公司所在地法院有管辖权且这种约定是有效的，除非法院地的冲突法规则另有规定。若冲突法规则指向的是德国法，那么《德国民法典》第 305–310 节就当事人约定法院的限制性规定得以适用。[⑨]此时，德国法对非商人订立的由外国法院管辖的协议的要求，视案件具体情况，可能会涉及构成不公平的意外或违反善意原则。[⑩]

英国法院对提单管辖权条款效力的审查模式是在承认其表面效力的同时由法院依自由裁量权进行个案处理。根据 *Spiliada* 案所确定的标准，英国法院是否决定中止诉讼取决于英国是否明显是

① See Silvestri v. Italia Societa Per Azioni Di Navigazione, 388 F.2d 11 (2d Cir. 1968).

② e.g. Miller v. Regency Maritime Corp., 824 F. Supp. 200, 202–03 (N.D. Fla. 1992), see Kaustuv M. Das, Forum–Selection Clauses in Consumer Clickwrap and Browsewrap Agreements and the Reasonably Communicated Test, 77 Wash L. Rev. 481 (2002), 491.

③ See *Shankles v. Costa Armatori, SPA*, 722 F. 2d 861, Court of Appeals, 1st Circuit, 1983.

④ See *Deiro v. Am. Airlines, Inc.*, 816 F.2d 1360, 1364 (9th Cir. 1987); *Ward v. Cross Sound Ferry*, 273 F.3d 520, 526, 2d Cir., 2001; *Hoekstra v. Caribbean Cruises, Ltd.*, 360F. Supp.2d 362, 366, D.P.R., 2005; *Metcalf v. BAY FERRIES LIMITED*, 937 F. Supp. 2d 147 – Dist. Court, D. Massachusetts, 2013; *Effron v. Sun Line Cruises, Inc.*, 67 F.3d 7, 9 (2d Cir. 1995); *Coma v. Am. Haw. Cruises, Inc.*, 794 F. Supp. 1005, 1008 (D. Haw. 1992).

⑤ [美]阿瑟·冯迈伦：《国际私法中的司法管辖权之比较研究》，李晶译，法律出版社，2015 年，第 183 页。

⑥ 周祺：《国际民商事诉讼协议管辖制度研究》，华东政法大学 2016 年博士学位论文，第 128 页。

⑦ 最判昭 50・11・28 民集 29 卷 10 号 1554 页。

⑧ 参见[日]本间靖规、中野俊一郎、酒井一：《国际民事诉讼法》（第 2 版），柴裕红译，商务印书馆，2020 年，第 56 页。注：日本非属判例法国家，但 2011 年《日本部分修正民事诉讼诉讼法及民事保全法的法律》（法律第 36 号）基本维持了“芝沙达尼号案件”判决所确定的有效标准，所以文中所列三点可作为日本对于提单管辖权条款有效要件的规定。

⑨ [美]阿瑟·冯迈伦：《国际私法中的司法管辖权之比较研究》，李晶译，法律出版社，2015 年，第 188 页。注：《德国民法典》第 305–310 节沿袭的是 1976 年《一般交易条件规制法》的规定。

⑩ [美]阿瑟·冯迈伦：《国际私法中的司法管辖权之比较研究》，李晶译，法律出版社，2015 年，第 188 页。

适合审理该案的法院所在，[①]而对于英国法院是否是合适的审理法院，应由英国法院决定。[②]其特殊之处在于，即便当事人之间存在管辖协议，且约定了纠纷由外国法院专属管辖，英国法院也并不必然会中止诉讼程序，只要原告能够证明纠纷应由英国法院管辖。[③]在 *The Eleftheria* 一案中，涉案提单管辖权条款载明纠纷应由承运人主要营运地（雅典）法院管辖，适用该地法律，纠纷发生后，货方在英国提起对物诉讼，而船方以提单约定管辖为基础申请英国法院中止诉讼。就此，Brandon 法官审理认为，首先，提单约定希腊法院管辖，且适用希腊法，可初步认定当中止诉讼（prima facie case to stay）；其次，除非原告能够提供强有力的理由，否则该初步认定不应被推翻。[④]由此可以认为，在管辖协议约定外国法院管辖时，英国法院的基本态度是尊重约定、中止本国诉讼，但若管辖协议涉及危害当事人权益和公平正义，则对其不予支持。[⑤]此外，在决定本国法院管辖权时，英国法院还会考虑与公约有关规定协调。在 *The Hollandia* 一案中，案涉三份合同或含有管辖权条款或并入相关条款明确纠纷由英国法院/仲裁庭管辖，适用英国法。[⑥]事故发生后，船方在荷兰鹿特丹法院启动责任限制程序并向英国法院申请中止诉讼。对此，英国上诉法院审理认为，虽然英国法院对于是否中止诉讼程序具有自由裁量权，但根据基金公约，船方向荷兰法院提起责任限制之诉的权利应予肯定，最终对船方的上诉理由予以支持。[⑦]

美国法院采取与英国实践相似的思路，即初步认定提单管辖权条款效力，[⑧]除非货方能够举证证明，提单管辖权条款约定外国法院管辖的实际效果是使承运人规避美国强制法，如 COGSA 确定的承运人责任标准，否则规定由外国法院管辖的提单管辖权条款往往会得到美国法院的支持。[⑨]我国法院虽然在判定提单管辖权协议效力时倾向于基于各种理由认定其无效，但是相关案件在审判过程中也会结合协议违反我国法律规定等情节，佐证双方之间不存在约定或约定无效。如违反我国《民事诉讼法》第 34 条规定选择与争议没有实际联系的地点的法院的，违反我国专属管辖规定的提单管辖权条款，涉及违反《中华人民共和国海商法》第四章规定的管辖权条款都会被认定为无效条款。[⑩]不仅如此，我国法院在审判过程中还会考虑提单管辖权约定是否涉及不合理地排除合

① See Spiliada Maritime Corporation v. Cansulex Ltd., (H.L.) [1987] 1 Lloyd's Rep. 1.
② See *Saipem SpA v Dredging VO2 BV* (The Volvox Hollandia) (C.A.) [1988] 2 Lloyd's Rep 361.
③ 李天生：《论英美提单管辖权条款效力及其对我国的启示》，《山东社会科学》2012 年第 10 期，第 93 页；另见徐卉：《涉外民事诉讼管辖权冲突研究》，中国政法大学出版社，2001 年，第 187 页。
④ See *The Eleftheria* [1969] 1 Lloyd's Rep. 237 ("prima facie case for stay was largely left intact…plaintiffs had not shown good cause why they should not be held to their agreement"); see also Christopher Hill, *Maritime Law*, Routledge, 2003, 158；另见李天生：《论英美提单管辖权条款效力及其对我国的启示》，《山东社会科学》2012 年第 10 期，第 93 页；邓杰：《论国际民事诉讼中的协议管辖制度》，《武汉大学学报（社会科学版）》2002 年第 6 期。第 665 页。
⑤ See Spiliada Maritime Corporation v. Cansulex Ltd., (H.L.) [1987] 1 Lloyd's Rep. 1.
⑥ See *Saipem SpA v Dredging VO2 BV* (The Volvox Hollandia) (C.A.) [1988] 2 Lloyd's Rep 361.
⑦ See Michael N Tsimplis, The Effect of European Regulations on The Jurisdiction and Applicable Law for Limitation of Liability Proceedings, Lloyd's Maritime And Commercial Law Quarterly 307 (2011), 314.
⑧ See David A. Fitzgerald, *Allen v Lloyd's of London: A Comment on Forum Selection*, 30 Connecticut Law Review 257 (1997), 262.
⑨ 李天生：《论英美提单管辖权条款效力及其对我国的启示》，《山东社会科学》2012 年第 10 期，第 95 页；see also Stanley L. Gibson, *Sky Reefer Muddies the COGSA Waters*, 9 University of San Francisco Maritime Law Journal 1 (1996), 21.
⑩ 参见宁夏天立宏集团有限公司与地中海航运有限公司海上、通海水域货物运输合同纠纷案，天津海事法院民事裁定书（2019）津 72 民初 978 号。类案可参见：沧州乾成钢管股份有限公司等诉亚柏莱国际货运代理（上海）有限公司等海上货物运输合同纠纷案，天津海事法院民事裁定书（2014）津海法商初字第 81-1 号；中国人民财产保险股份有限公司厦门市分公司与 A.P 穆勒-马士基有限公司海上、通航水域货物运输合同纠纷案，浙江省高级人民法院民事裁定书（2017）浙民辖终 119 号；上海外高桥造船有限公司与 AAL 墨尔本航运公司、南亚航运有限公司海上货物运输合同纠纷案，上海海事法院民事裁定书（2017）沪 72 民初 3023 号；绍兴柯桥恒元纺织有限公司与青岛中和全运物流有限公司、青岛中和全运物流有限公司上海分公司海上货物运输合同纠纷案，上海海事法院民事裁定书（2018）沪 72 民初 3050 号之一；中国人民财产保险股份有限公司四川省分公司国际业务营业部与大连乾进国际物流有限公司、普莱姆国际航运有限公司海上、通海水域货物运输合同纠纷案，青岛海事法院民事裁定书（2018）鲁 72 民初 897 号。

同一方当事人的权利等有违公平原则的问题。[①]

（四）基于合同相对性的效力审查

在租船运输中，提单当事人之间的权利义务关系由租约调整，[②]租船提单相关条款往往以并入条款，如“租船合同条款并入成为本提单的一部分”类似的内容取代。问题在于提单能够突破合同相对性的限制，而且租船提单经背书转让后取得的合同效力以提单条款为基础。[③]在提单并未载明所有合同条款且未附租约的情况下，提单受让人不仅无法就提单管辖权条款进行协商，更无法得知合同条款的具体内容。所以，对于租约中的管辖权条款并入提单的，各国普遍考虑是否有效并入的问题。

在 *Thomas v Portsea* 一案中，Atkinson 法官确定了租约争议解决条款有效并入提单的判断标准。[④]他认为租约条款是否有效并入提单应分情况讨论，对于与承运人收取货物、运输货物或交付货物、运费支付等事项有紧密联系（germane）的部分条款，借助于使用一般性用语的并入条款即可将其并入提单，因为此类条款内容是提单作为运输单证通常包含的主要内容；而对于此外的与争议解决、法律适用等涉及程序性权利义务的条款，则需要并入条款明确表明引入时才有效。[⑤]相较于英国以条款的表述方式为判断标准的实践，法国更加强调受让提单的当事人是否能够知悉该条款的内容本身，[⑥]美国法院对引入条款的有效性的审查也不那么严格。在美国法院看来，租船运输通常采用的是通用的格式合同，而且在实践中广泛应用，争议解决等非与运送货物直接相关的条款不应与其他条款有所区别，使用一般用语即足以使租船合同中的争议解决条款有效并入提单。[⑦]

根据我国《海商法》第 95 条规定，在租船提单持有人并非承租人的情况下，承运人与提单持有人之间的权利义务关系以提单约定为基础，若提单载有并入条款明确适用航次租船合同条款，那么目标航次租船合同的条款对提单持有人形成有效约束。我国司法实践也承认引入条款的效力。在“Mannan 轮滞期费纠纷案”中，广州海事法院即认定提单上载明的“租船合同中的全部条款、条件、自由和免责均被并入本提单”的有效性，提单持有人应受租船合同约束。[⑧]但是从整体上来说，我国法院对于管辖权条款有效并入的审查标准还是相对严格的，仅认定航次租船合同条款并入提单的效力，[⑨]而且要求

① 参见浙江阿波罗运动休闲用品有限公司诉港捷国际货运有限公司海上货物运输合同无单放货纠纷案，宁波海事法院民事裁定书（2009）甬海法商初字第 80–2 号；另见上海柏村国际货运有限公司、广州洛可可皮具有限公司海上、通航水域货物运输合同纠纷案，广东省高级人民法院民事裁定书（2016）粤民辖终 692 号。

② See *Hugel v Corporation of Lloyd's*, 999 F.2d 206, 209 (7th Cir.1993); see also *Manetti–Farrow, Inc. v Gucci America, Inc.*, 858 F.2d 509, 514 n. 5 (9th Cir.1988); Richard Aikens, Richard Lord, Michael Bools etc., *Bill of Lading*, Informa Group Ltd., 2020, 188 & 195.

③ See *Tate & Lyle Ltd. v Hain Steamship Co.* (1936) 55 Ll. L. Rep. 159, 174; see also Richard Aikens, Richard Lord, Michael Bools etc., *Bill of Lading*, Informa Group Ltd., 2020, 197.

④ See *Thomas v Portsea* [1912] A.C. 1.

⑤ 唐青阳：《提单在承运人和提单持有人之间的效力》，载北大法宝：https://www.pkulaw.com/specialtopic/9a616cd5f34c8be4aa4e2 f2575ba028cbdfb.html? keyword=%E6%8F%90%E5%8D%95%E6%8C%81%E6%9C%89%E4%BA%BA&way=listView.最后访问日期：2023 年 3 月 10 日；另见李守芹：《论提单中管辖权、仲裁、法律适用条款的效力》，载《人民司法》2002 年第 8 期，第 34 页；see also Richard Aikens, Richard Lord, Michael Bools etc., *Bill of Lading*, Informa Group Ltd., 2020, 219.

⑥ 李守芹：《论提单中管辖权、仲裁、法律适用条款的效力》，《人民司法》2002 年第 8 期，第 34 页。

⑦ [台]张天钦：《海上货物运送法修正专论》，海国法律事务所，1986 年，第 133 页。

⑧ 翁子明：《MANNAN 轮滞期费纠纷案——提单“合并条款”的效力及其他》，《中国海商法年刊》1994 年第 5 卷。

⑨ 参见深圳市粮食集团有限公司诉美景伊恩伊公司提单运输货物损害纠纷案，青岛海事法院民事裁定书（2004）青海法海商初字第 245 号。

并入提单的租约是真实、可确定的，例如，并入条款须明确租船合同日期和当事人名称等指向明确、具体的内容。[①]

三、认定国际海事诉讼协议管辖效力的必要性

协议管辖是意思自治原则在国际民事诉讼中的具体体现，是国际私法和程序法上的意思自治。[②]在程序法上确定协议管辖与在实体法上遵从“契约自由”原则的理由并无二致。[③]首先，认定提单管辖权条款的效力是尊重意思自治原则的具体体现。与实体法中的“契约自由”原则一样，协议管辖原则也源自当事人的个人意志与个人权利应予尊重的基本观念。[④]赋予当事人协商确定其纠纷的管辖法院的诉讼权利，符合契约自由和私法自治的价值追求。[⑤]加之，当前国际私法也以关注个人利益为其发展趋势，强调当事人意思自治原则对于建构国际私法新秩序意义重大。[⑥]其次，认定提单管辖权条款的效力有助于保护当事人合理期待。简单理解，协议管辖制度以对当事人合理选择的信任为基础，相信当事人会选择于其最有利、最方便的一国法院审理其纠纷。一方面，从法院选择与法律选择之间存在紧密联系的角度出发，确定了管辖法院也就可以明确该诉讼适用的程序法，通常也就可以明确其案件审理所适用的冲突规范及其指向的实体法，[⑦]解决了法律适用问题，诉讼的确定性与审判结果的可预见性得以提高，有助于强化对当事人正当期待的保护。[⑧]另一方面，允许当事人选择管辖法院实际上是允许当事人突破地域管辖的限制，从保障双方当事人合法权益方面来看也大有裨益。[⑨]再次，认定提单管辖权条款的效力是解决国际海事诉讼管辖冲突的重要原则。协议管辖则有助于实现当事人双方诉讼机会的均等，符合自由、平等的基本价值取向。[⑩]同时，平行管辖制度下管辖法院的选择往往是当事人双方争执的焦点问题，对于原告选择的起诉法院，被告可能提出管辖权异议，还很有可能另选法院起诉，并由此导致平行诉讼问题。此时，协议管辖制度的有效运用可限制当事人就相同海事请求向非协议选择法院提起诉讼，也能够在一定程度上限制非协议选择法院受理同一案件，从而有效解决

① 参见中国平安财产保险股份有限公司北京分公司与巴西航运有限公司海上、通航水域货物运输合同纠纷案，浙江省高级人民法院民事裁定书（2018）浙民辖终 269 号。

② 许军珂：《国际私法上的意思自治》，法律出版社，2006 年，第 254 页。

③ 周祺、赵骏：《国际民商事协议管辖制度理论的源与流》，《南京社会科学》2014 年第 6 期，第 108 页。

④ 张鉴：《论国际民事管辖权冲突产生的原因及协调》，《南昌大学学报（人文社会科学版）》2009 年第 2 期，第 88 页；另见李旺：《国际民事诉讼中的冲突与程序》，清华大学出版社，2022 年，第 216 页；许军珂：《国际私法上的意思自治》，法律出版社，2006 年，第 4 页。

⑤ 刘力：《国际民事诉讼管辖权研究》，中国政法大学 2003 年博士学位论文。

⑥ 李双元、徐国建主编：《国际民商新秩序的理论构建》，武汉大学出版社，2016 年，第 8 页；另见肖永平：《法理学视野下的冲突法》，高等教育出版社，2008 年。

⑦ 许军珂：《国际私法上的意思自治》，法律出版社，2006 年，第 7 页。

⑧ See Maxwell J. Wright, Enforcing Forum-Selection Clauses: An Examination of the Current Disarray of Federal Forum-Selection Clause Jurisprudence and a Proposal for Judicial Reform, 44 Loyola of Los Angeles Law Review 1625 (2011), 1625; 另见李旺：《国际民事诉讼中的冲突与程序》，清华大学出版社，2022 年，第 80 页。

⑨ 邓杰：《论国际民事诉讼中的协议管辖制度》，《武汉大学学报（社会科学版）》2002 年第 6 期，第 666 页；另见刘力：《国际民事诉讼管辖权研究》，中国政法大学 2003 年博士学位论文，第 43 页。

⑩ 许军珂：《国际私法上的意思自治》，法律出版社，2006 年，第 257 页。

一事多诉的问题。[①]

考虑到世界经济与国际民商事关系健康发展的需要，各国法院本着尊重当事人意思自治的理念，普遍承认协议管辖原则，不仅有助于排除国家保护主义的影响，提高国际海事纠纷的解决效率，而且也有助于推动判决的域外承认与执行。[②]所以，各国在处理协议管辖相关问题时应当重点考虑如何使这一管辖依据充分发挥作用，而现实是各国仅做到了对管辖协议的有限承认，各国法院对于管辖协议的效力，尤其是提单管辖权条款的效力问题，不仅缺乏统一的认定标准或原则，而且相同国家不同法院对这一问题的判定结果也并不一致。如此一来，协议管辖在缓和国际海事诉讼管辖冲突方面的作用就无法充分发挥，非排他性管辖条款的使用甚至可能导致更加突出的平行诉讼问题。协议管辖制度以尊重当事人意思自治为基础和初衷，[③]无论是从形式上还是内容上看，管辖协议都与仲裁协议有极大的相似性，而横向对比各国法院对仲裁协议与管辖协议有效性的认定实践可以发现，协议管辖效力审查的国际化进程远落后于仲裁，究其根本是因为协议管辖直接涉及不同国家法院间管辖权的分配问题，而仲裁制度的发展在很大程度上有赖于各国法院对仲裁庭中立的裁决立场的信赖。[④]为了充分发挥协议管辖在国际海事诉讼管辖冲突协调领域的突出作用，各国有必要在肯定管辖权条款独立性的基础上，统一管辖权条款的法律适用规则，以最大限度降低对管辖协议有效性的限制。

四、重塑国际海事诉讼协议管辖秩序的具体进路

（一）确立基于赞成协议的司法审查模式

协议管辖司法审查秩序重塑以肯定国际海事诉讼管辖协议的有效性为内核。协议管辖的最终目的是实现民商事主体对其实体权利的处分，[⑤]既然当事人得以自由处分其实体权利，[⑥]自然也就不应限制当事人对于如何实现权利处分的决定权。与协议管辖相似地，仲裁协议也是当事人对于如何实现其权利处分所作的救济安排，鉴于仲裁协议与选择法院协议之间具有相似性，仲裁制度理论常被用于讨论协议管辖制度优化问题，[⑦]仲裁协议与管辖协议同为争议解决条款，参考仲裁理论解决协议管辖问题具有一定的合理性。故而，国际商事仲裁领域的“赞成仲裁”（pro-arbitration）政策可为国际海事诉讼协议管辖秩序重塑提供参考和借鉴。“赞成仲裁”政策是美国支持仲裁的联邦政策的重要体现，美国法院运用其解释仲裁协议的范围，其实际效果即将那些无法准确判断是否属于仲裁事项范围的诉讼请求纳入仲裁协议

① 李旺：《国际民事诉讼中的冲突与程序》，清华大学出版社，2022 年，第 216 页。

② 张鉴：《论国际民事管辖权冲突产生的原因及协调》，《南昌大学学报（人文社会科学版）》2009 年第 2 期，第 88 页；另见许军珂：《国际私法上的意思自治》，法律出版社，2006 年，第 256 页；张兰兰：《国际民事诉讼协议管辖制度的发展趋势》，《法学杂志》2002 年第 2 期，第 29 页。

③ 许军珂：《论涉外审判中当事人意思自治的实现》，《当代法学》2017 年第 1 期，第 68 页；另见张鉴：《论国际民事管辖权冲突产生的原因及协调》，《南昌大学学报（人文社会科学版）》2009 年第 2 期，第 88 页；孙南申：《论国际私法中协议管辖的法律效力》，《政治与法律》1999 年第 2 期，第 28 页；杜涛：《国际私法原理》，复旦大学出版社，2014 年，第 338 页。

④ 周祺：《国际民商事诉讼协议管辖制度研究》，华东政法大学 2016 年博士学位论文。

⑤ 张卫平：《论民事诉讼的契约化——完善我国民事诉讼法的基本作业》，《中国法学》2004 年第 3 期，第 78 页；另见张嘉军：《论诉讼契约的效力》，《法学家》2010 年第 2 期，第 142 页；许军珂：《国际私法上的意思自治》，法律出版社，2006 年，第 262 页；杨弘磊、范晓华：《涉外民事诉讼协议管辖条款的性质及法律适用》，《人民司法》2005 年第 3 期，第 38 页。

⑥ 张卫平：《论民事诉讼的契约化——完善我国民事诉讼法的基本作业》，《中国法学》2004 年第 3 期，第 77 页。

⑦ 周祺：《国际民商事诉讼协议管辖制度研究》，华东政法大学 2016 年博士学位论文，第 29 页。

范围。[①]相应地，“赞成协议”即将“赞成仲裁”政策的思想引入对法院选择协议的解释领域。从根本上来说，管辖协议有效性审查应当以当事人通过其缔约行为所要传递的真实意思为审查依据。显然，当事人订立管辖协议的目的并非使其无效。所以，各国在审查管辖协议有效性问题时，应从促进协议管辖的有效适用、调和国际海事诉讼管辖冲突的目的出发，尽可能使其有效，[②]此即基于“赞成协议”的司法审查模式的主旨。

这一审查模式的有效落实一方面要求各国从整体上优化管辖协议的适用环境，有效降低对管辖协议的审查标准，另一方面也要求各国应以当事人的缔约意图为重点考虑，肯定管辖权条款的独立性在其准据法确定方面的作用，统一审查管辖协议的效力问题应适用的准据法。对于前者，可以以格式条款为典型。无论是班轮提单条款还是并入提单的租船合同条款，经过长期实践，以合同提供方并未明示提醒、相对方并不知晓管辖条款的存在为基础判定管辖协议无效的，其合理性基础是否仍旧如早期否定格式条款的理由一般坚实有力，是有待商榷的。且不论当前航运市场主体间议价能力的相对关系是否发生变化，托运人对于提单或者并入提单的租约中会包含管辖权条款的“惯常操作”并不知悉的情况应该认为是鲜少出现的。换句话说，除非托运人能够证明其未经承运人提醒即无从知晓，否则应当认定托运人对管辖条款的存在是有所认知的，相应地，知道存在管辖条款的合同当事人未对管辖条款内容提出异议就应当认定其存在同意该内容的意思表示。

（二）重申提单管辖权条款的独立性

现有关于管辖协议效力的审查实践实际上涉及两层法律适用问题：第一，确认协议管辖问题属于程序问题还是实质问题时的法律适用问题；第二，对该问题的属性作出判定之后的法律适用问题，将协议管辖认定为程序问题的一国法院通常适用法院地法审查管辖协议的效力，而将其认定为实质问题的一国法院则会依据冲突规范进一步确定其准据法。前文对各国有关管辖权条款法律适用的理论探讨实际上同时蕴含了这两层法律适用问题。采“单一论”的国家可能认为协议管辖整体属于程序问题、统一适用法院地法，也可能将协议管辖统一认定为实质问题、适用实体问题准据法；采“分割论”的国家往往将协议管辖问题分为两个方面，包括管辖条款的有效性问题和条款的可执行性及其解释问题，对于前者适用实体问题的准据法，而后者则适用法院地法。矛盾在于，在发生平行诉讼的情况下，若两受案法院都主张协议管辖的准据法为法院地法，那么其适用的法律不同，而若两受案法院都依其国内的冲突规范确定协议管辖的准据法，两国冲突规范也不必然指向同一适用法，不同受案法院对同一管辖权条款的有效性问题的审查结果出现冲突也就不奇怪了。所以，致力于管辖协议司法审查机制优化能够在很大程度上促进协议管辖制度的国际化发展。

对于前述第一个法律适用问题，有必要首先明确法院管辖条款与主合同的关系。在合同纠纷案件中往往会有一方主张合同并不存在或合同无效，此时，如何理解管辖协议与主合同的关系就

① 张茂：《美国国际民事诉讼法》，中国政法大学出版社，1999 年，第 93 页；另见张琼、邹国勇：《探索者的足迹，耕耘者的汗水——评丁颖博士的<美国商事仲裁制度研究>》，《法学评论》2007 年第 6 期，第 150 页。

② 周祺、赵骏：《国际民商事协议管辖制度理论的源与流》，《南京社会科学》2014 年第 6 期，第 108 页。

在很大程度上决定了合同不存在或合同存在效力瑕疵会在多大程度上对管辖协议造成影响。从形式上来看，管辖权条款无疑是依附于主合同而存在的，具有附属性，若强调管辖权条款的附属性，那么主张合同无效的一方同时否认管辖协议有效性，认为管辖协议所约定的法院无权管辖，就是合逻辑的结果。但从法院的角度上来看，这一做法与在一定程度上承认和支持协议管辖的趋势并不协调。[①]为了避免这种情况出现，各国普遍引入了这样一个假定：管辖条款具有可分性且不必然因主合同的效力瑕疵而受到连带影响，此即管辖协议的独立性原则。[②]该原则由仲裁条款独立性原则（the principle of separability）演化而来，[③]基于此，只要合同无效的主张没有直接指向管辖权条款本身，管辖权条款的效力就不受影响。[④]这一假定的合理性基础在于，管辖协议属于一种诉讼契约，而诉讼契约本质上是一种合同。[⑤]与私法契约不同，管辖协议是当事人对诉讼管辖问题所做的司法救济安排，这种安排是以追求产生诉讼法上的效果为直接目的，其最终目的在于确保民事关系主体相互间的实体权利得以实现。[⑥]如前所述，协议管辖制度以当事人的意思自治为基础，对管辖法院进行选择是当事人在诉讼领域对其权利自由处分的结果，在民事诉讼领域，当事人实体权利的处分离不开其对程序权利的处分，所以在一定程度上允许当事人对司法救济作出安排是有必要的。[⑦]基于此，管辖权条款和主合同分别属于诉讼契约和实体契约，尽管二者在呈现形式上不可分离，在探讨其效力问题时也应区别对待，因为实体契约与诉讼契约的无效条件并不一致。[⑧]对于管辖协议的独立性原则，《布鲁塞尔条例 I（重订）》第 25 条第五款明确道，“授予管辖权的协议若为合同的一部分，应被视作独立于该合同其他条款。授予管辖权的协议的有效性不能仅因合同无效而受到质疑。”合同无效并不能简单地导致管辖权协议无效。[⑨]不仅如此，合同的履行本身并不涉及合同中的管辖权条款，包括管辖权条款在内的争议解决条款仅在合同双方出现争议时才会被“激活”，[⑩]从这一点上来看，管辖权条款也有别于合同其他条款，所以各国司法实践广泛承认管辖协议的独立性原则。

管辖协议具有独立性，是一份独立的合同，

① 周祺、赵骏：《国际民商事协议管辖制度理论的源与流》，《南京社会科学》2014 年第 6 期，第 108 页。

② 我国相关审判实践参见：光大国际建设工程总公司与祝学林建设工程合同管辖权异议纠纷上诉案，江苏省南京市中级人民法院民事裁定书（2013）宁民辖终字第 286 号；海南某某某某股份有限公司与李某松确认合同效力纠纷管辖权异议纠纷上诉案，湖南省岳阳市中级人民法院民事裁定书（2012）岳中管终字第 37 号；潍坊亚星集团有限公司等与深圳市百丽投资有限公司借款、保证合同关系全异议纠纷上诉案，广东省高级人民法院民事裁定书（2012）粤高法立民终字第 289 号等。

③ 周祺：《国际民商事诉讼协议管辖制度研究》，华东政法大学 2016 年博士学位论文。

④ *Haynsworth v Corporation of Lloyd's*, Nos.96–20769, 96 20805, 1997 WL 534146 (5th Cir. Aug. 29, 1997); *Roby v Corporation of Lloyd's*, 996 F.2d 1353 (1993); *Allen v Lloyd's of London*, 94 F.3d 923 (1996); *Shell v R.W. Sturge Ltd.*, 55 F.3d 1227 (1995); *Bonny v Society of Lloyd's*, 3 F.3d 156 (1993); *Kingsley v Underwriting Agencies Inc.*, 969 F.2d 953 (1992).

⑤ [美]阿瑟·冯迈伦：《国际私法中的司法管辖权之比较研究》，李晶译，法律出版社，2015 年，第 147 页；李双元、谢石松、欧福永：《国际民事诉讼法概论》（第 3 版），武汉大学出版社，2016 年，第 101 页；张卫平：《论民事诉讼的契约化——完善我国民事诉讼法的基本作业》，《中国法学》2004 年第 3 期，第 78 页。

⑥ 张卫平：《论民事诉讼的契约化——完善我国民事诉讼法的基本作业》，《中国法学》2004 年第 3 期，第 78 页；张嘉军：《论诉讼契约的效力》，《法学家》2010 年第 2 期，第 142 页；许军珂：《国际私法上的意思自治》，法律出版社，2006 年，第 262 页；杨弘磊、范晓华：《涉外民事诉讼协议管辖条款的性质及法律适用》，《人民司法》2005 年第 3 期，第 38 页。

⑦ 张卫平：《论民事诉讼的契约化——完善我国民事诉讼法的基本作业》，《中国法学》2004 年第 3 期，第 77 页。

⑧ 张卫平：《论民事诉讼的契约化——完善我国民事诉讼法的基本作业》，《中国法学》2004 年第 3 期，第 78 页。

⑨ 何其生：《比较法视野下的国际民事诉讼》，高等教育出版社，2015 年，第 190 页。

⑩ 杨弘磊、范晓华：《涉外民事诉讼协议管辖条款的性质及法律适用》，《人民司法》2005 年第 3 期，第 38 页。

在合同有效性存疑的情况下，管辖权条款并不必然失效，此时，有关合同的效力纠纷应当由哪个法院决定？管辖条款所选择的法院的管辖权以该条款有效为前提，那么，管辖权条款是否有效的问题又应当由谁决定，如何决定？若比照合同中含有仲裁条款的情形，相同境况下，仲裁庭自裁管辖权原则（principle of Kompetenz-Kompetenz）决定了仲裁庭有权对其管辖权问题作出裁决，[①]法院对仲裁条款有效性的审查权限是受限的。[②]相应地，在协议管辖领域是否可以明确由被选择法院决定管辖权协议的有效性，就需要考虑如何处理被选择法院与其他法院之间关系的问题。不难想象，这一问题的解决并非易事，而按照本文的思路，基于管辖协议的独立性，只要统一了管辖协议的准据法，就可以有效规避在不同国家的法院之间进行“优劣”对比的难题。

（三）统一先决问题的准据法适用规则

管辖权的确定属于程序法上的先决问题，而决定由哪一个国家的法院裁决先决问题的管辖权同样是一个先决问题。[③]在本文所探讨的问题中，需要分别解决管辖协议是否有效以及由哪个法院决定管辖条款是否有效的问题。此时难以避免会出现的问题即，管辖协议的效力是依法院地法的冲突规范来裁决，还是依支配诉讼效力的行为地诉讼法来裁决。实践中，外国民事诉讼法的适用被限制在一个较小的范围内，所以，程序法上的先决问题多依法院地法的冲突规范裁决，相应地，不同法院对管辖协议效力的认定结果就可能出现冲突。对此，统一管辖协议效力认定的法院或统一管辖协议的准据法都能够有效协调这一冲突。若按照仲裁领域确定管辖权问题决定主体的思路，明确管辖协议的有效性问题统一由协议选择的法院裁决，可以避免出现相互冲突的裁定，而若不对裁决主体加以限制，但要求所有裁决主体都从被选法院的立场出发，按照被选法院对该问题的处理思路判断管辖协议的有效性，也能够从根本上解决裁定冲突问题。[④]本文认为后一方案相较前者有其适用上的优势。其一，从实际的角度出发，协议管辖虽然是意思自治在诉讼领域的集中体现，但其仍旧是诉讼范围内的问题，有效仲裁协议的存在能够完全排除法院的管辖，[⑤]而有效管辖协议只能够优先于平行管辖，却无法抛开各国专属管辖的规定。由被选择法院“一站式”解决管辖协议的效力问题虽然高效，也符合“有利于成立”的思路要求，[⑥]但是，一旦这一判决涉及域外承认与执行，就无法避免其他国家对这一问题的司法审查，无法从根本上解决这一问题，也与管辖协议的效力由被赋予直接管辖权的国家和被排除管辖的国家法院共同决定这一根本认识不符。相反，若由不同法院按照相同的裁定路径自行判断，那么除了涉及专属管辖或公共秩序等通行的例外情况外，各国对管辖协议的有效性的审查结果会趋于一致，在承认与执行阶段也可以提高互认程度。其二，管辖协议的独立性原则为单独确定先决问题的准据法奠定了合理性基础。管辖协议的独立性不仅体现在其有效性独立于主合同，管辖协议准据法的确定也应当是一个独立的问题，由此即

① See Practical Law Company, Practice Note: Jurisdictional issues in international arbitration, p.6.
② 李天生、伍方凌：《布鲁塞尔体系下仲裁独立性的回归及其对“一带一路”仲裁合作的启示》，《江苏大学学报（社会科学版）》2023 年第 3 期。
③ 王葆莳：《国际私法中的先决问题研究》，法律出版社，2007 年，第 26 页。
④ 王葆莳：《国际私法中的先决问题研究》，法律出版社，2007 年，第 180 页。
⑤ 王生长：《仲裁与调节相结合制度研究》，对外经济贸易大学 2001 年博士学位论文，第 42 页。
⑥ 注：这一判断的背后实际上蕴含着对理性当事人订约初衷为使其有效的信赖。

可排除主合同适用法对管辖协议适用的必然性，管辖协议的准据法应当另行确定。当然，单独确定的管辖协议准据法也有与主合同准据法一致的可能，但此时的主合同准据法调整的是当事人之间的实体上的权利义务关系，并不统一调整当事人之间的诉讼契约，所以即便管辖权条款适用相同的法律，也应当区别于管辖协议适用主合同准据法的传统思路。管辖协议的效力与主合同准据法的选择相互分离，不仅尊重了管辖协议的本质属性，也便于明晰管辖协议准据法的确定思路。

法院审查管辖权条款的效力应以管辖协议适用的法律为基础，[①]管辖协议的准据法应该是当事人所选择的法律，在当事人未选择管辖协议适用法或其法律选择无效的情况下应按照合同准据法的确定原则确定其适用的法律，如最密切联系原则。[②]当前，各国普遍认可管辖协议独立性原则，但在实践中对于其适用的准据法认定不一，围绕该问题展开的学术探讨也未形成统一观点，主要分为两大阵营，且以适用法院地法为主。[③]适用法院地法最突出的问题确实在于由此带来的不确定性，但这并无法从根本上否定法院地法的适用。挑战法院地法的适用性应从当事人意思自治的角度出发，强调法院地法的适用有违当事人的订约意图。首先，当事人对管辖协议适用法律作出约定的，该法律选择应该是表明当事人希望以这一个法律体系解决所有由管辖协议产生的争议，包括管辖协议的有效性本身。在考虑管辖协议的适用法时应以当事人的选择为准，当事人有明示选择的按照当事人的选择适用，当事人没有明示选择的，以当事人默示选择为准。其次，当事人的默示选择应当为被选择法院所在国的法律，即管辖协议准据法的确定进路应当是：适用当事人在管辖协议中明确选择的法律，当事人没有明示选择的适用被选择法院所在国法律。一方面，当事人的默示选择应当是根据当事人的约定或行为可以合理推知的意思。可以想见，当事人在选择将其争议交由某一法院管辖时，对该法院就其管辖协议的审查依据以及可能的审查结果应该是有预期的，理性的当事人选择某一法院为管辖法院就相当于接受了该法院适用其法律规定可能对管辖协议的有效性所作出的审查结果，无论该被选法院对管辖条款准据法的确定是以法院地法还是契约地法为基础，否则大可不必在合同中纳入这一条款。所以，从当事人订立管辖协议的目的出发，如果管辖协议的有效性最终要由不同法院按照法院地法进行审查，其结果就很可能有悖于当事人对审查结果可预见性的追求。由此可以合理认为，当事人对管辖法院的选择在很大程度上就暗示了其所期望的支配管辖协议的法律为被选择法院地法。这一思路与协议管辖的晚近发展趋势相吻合，也与《选择法院协议公约》的观点保持一致。[④]另一方面，虽然有关诉讼程序之问题应适用法院地法已是国际公认的基本法律原则，[⑤]但是，所谓的适用法院地法解决有关程序的问题与管辖协议是

① 李浩培：《国际民事诉讼程序法概论》，法律出版社，1996 年，第 59 页。

② 杜焕芳：《涉外民事诉讼协议管辖条款之检视——简评最高人民法院（2009）民三终字第 4 号裁定书》，《法学论坛》2014 年第 4 期，第 93 页。

③ 吕晓莉：《国际民事诉讼中的协议管辖制度——兼评我国大陆相关立法》，《河北法学》2002 年第 6 期，第 68 页；另见杨弘磊、范晓华：《涉外民事诉讼协议管辖条款的性质及法律适用》，《人民司法》2005 年第 3 期，第 39 页。

④ 许军珂：《国际私法上的意思自治》，法律出版社，2006 年，第 269 页；另见何其生：《比较法视野下的国际民事诉讼》，高等教育出版社，2015 年，第 192 页；杜焕芳：《涉外民事诉讼协议管辖条款之检视——简评最高人民法院（2009）民三终字第 4 号裁定书》，《法学论坛》2014 年第 4 期；杨弘磊、范晓华：《涉外民事诉讼协议管辖条款的性质及法律适用》，《人民司法》2005 年第 3 期，第 38 页。

⑤ 何其生：《比较法视野下的国际民事诉讼》，高等教育出版社，2015 年，第 6 页；see also Husserl Gerhart, *Public Policy and Order Public*, 25 Virginia Law Review (1938–1939), 47.

否有效不应视作同一层面的问题。对此应当明确的是，适用法院地法解决有关程序问题这一原则，只有在法院地确为适格法院之后，才会有所涉及，此时适用法院地程序规范主要是因为诉讼程序具有公法性质，而即便不考虑管辖协议并非单纯的程序问题这一点，在管辖协议效力存在争议的情况下，管辖协议是否有效存在也属于适用法院地法解决程序问题的先决事项，不能混为一谈。当事人选择特定国家法院管辖其争议实际上就是期待该国程序法得以适用，适用非协议选择法院的程序法并非当事人本意，自然也就不应该以非协议选择法院所在地程序法去审查并排除管辖协议在确定管辖法院方面的实际效果。

“结构化发行”能否阻断债券虚假陈述纠纷案件中的交易因果关系？

张磊，陈怡任

张磊律师，北京德和衡律师事务所合伙人。本科和研究生均毕业于中国政法大学。张磊律师在证券金融类争议解决领域有丰富的业绩，代理过多起有代表性的证券虚假陈述责任纠纷案件。张磊律师的客户包括国家电网、国家开发银行、中信建投、中国人保、民生银行、国海证券、粤开证券、西藏信托、招商局、中广核、中国中铁、中国船舶、中国二冶、东风汽金、中航油国际、中铝国际、顺丰集团、天元锰业、北汽产投等金融机构、央企、国企及大型民营企业。

陈怡任律师，北京德和衡律师事务所执业律师，英国爱丁堡大学法学硕士，曾供职于某跨国公司大中华区总部。陈怡任律师在证券金融类争议解决领域有丰富的业绩，已经代理过多起证券虚假陈述责任纠纷案件。陈怡任律师的客户包括国家电网、国家开发银行、中信建投、国海证券、粤开证券、长城证券、招商局、中国中铁、东风汽金、顺丰集团等金融机构、央企、国企及大型民营企业。

摘　要：近年来，股票市场经历了震荡和异动，债券市场也打破了“刚性兑付”，以及大量上市公司的破产退市和企业债券暴雷，随之而来是越来越多投资者通过提起证券虚假陈述民事赔偿案件以向未勤勉尽责的中介机构追责、在一定程度上挽回损失。

随着案件数量的激增，2022 年 1 月 21 日，最高人民法院《关于审理证券市场虚假陈述侵权民事赔偿案件的若干规定》（以下简称“《虚假陈述若干规定》”）发布[①]，取代了已有近 20 年历史的《最高人民法院关于审理证券市场因虚假陈述引发的民事赔偿案件的若干规定》。

根据《虚假陈述若干规定》之相关规定，一旦证明交易因果关系不成立，虚假陈述侵权责任亦不成立，故交易因果关系始终是各被告民事责任抗辩中的重中之重。而结构化发行在某一段时期债券发行时采取的常见手段，在债券虚假陈述责任纠纷案件中往往视作可能阻断交易因果关系的重要因素而在诉讼过程中着重举证证明、抗辩。

但“结构化发行”并未被明确列入《虚假陈述若干规定》第十二条交易因果关系不成立之情形，加之司法实践适用的谦抑性，因存在结构化发行被法院否认交易因果关系的裁判案例少之又少。

本文拟基于《虚假陈述若干规定》和监管机构、证券交易所对结构化发行的禁止性规定等，结合近期司法实践案例，尝试对债券虚假陈述责任纠纷中，就投资者参与发行人结构化发行和交易的情况下，能否直接阻断交易因果关系进行探讨。

① 最高人民法院：《健全证券市场民事赔偿制度 切实保护投资者的合法权益——<最高人民法院关于审理证券市场虚假陈述侵权民事赔偿案件的若干规定>正式发布》，载微信公众号“最高人民法院”，2022 年 1 月 21 日上传。

一、债券结构化发行的概念和典型模式

正常情况下，发行人向市场机构发行债券，并不会参与认购自己发行的债券。但结构化发行即指部分发行人因存在发行困难，为确保债券顺利发行，则与第三方机构（包括信托、基金、私募等）合作，以自有资金、关联方资金或过桥资金直接或间接参与债券认购，发行人与第三方机构之间往往还存在其他利益安排。

在涉及结构化发行的证券虚假陈述案件中，第一个审判难点就是对于结构化发行的概念和典型模式的理解。结构化发行的操作模式往往借助复杂的金融工具实施，被告提出结构化发行阻断交易因果关系的抗辩后，往往需要进一步向法院就结构化发行的概念和典型操作模式向法院进行说明。

此外，从字面上来看，结构化发行似乎仅涉及债券“发行”阶段。如投资者在债券发行之后购入债券，是否还属于参与结构化发行？这也是涉及结构化发行的证券虚假陈述案件中，第一个审判难点。需要说明的是：结构化发行的安排一般都发生在债券发行阶段，但具体操作上涉及发行阶段和债券存续期，因此结构化发行并非仅仅发生在“发行阶段”。为了逃避监管，往往是在债券发行阶段由第三方“代申购”，发行后完成后再利用各种“马甲”接回。因此，债券存续期的交易很有可能亦涉及结构化发行。

具体而言，根据所处阶段的不同，债券结构化发行主要可以分为发行阶段的“自融”和流通阶段的“自购”两种典型模式，前者是初始认购债券，而后者是购买流通中的债券。

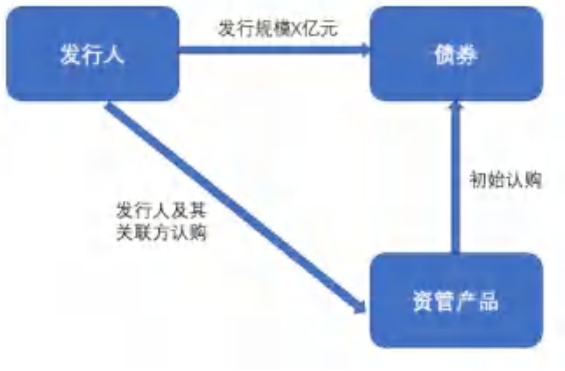
（一）债券发行阶段：自融

根据笔者的实务经验，就常见的债券结构化发行模式如下：

1. 发行人及其关联方认购资管产品，资管产品初始认购发行人债券

一般为了规避监管、隐瞒真实资金来源，会由发行人的关联方作为资金委托人出面认购资管产品，再由资管产品初始认购发行人发行的债券。

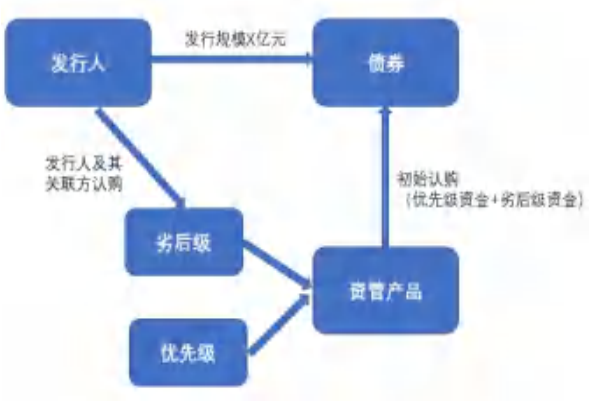
此外，还存在不同发行人“交叉互持”的情形，一般发生在同期均存在不同程度发债困难的企业之间，各发行人通过其认购的资管产品交叉投资其他发行人发行的债券。这种模式下，一旦某一只债券出现风险，则极易引起不良连锁反应。



2. 发行人认购资管产品劣后级

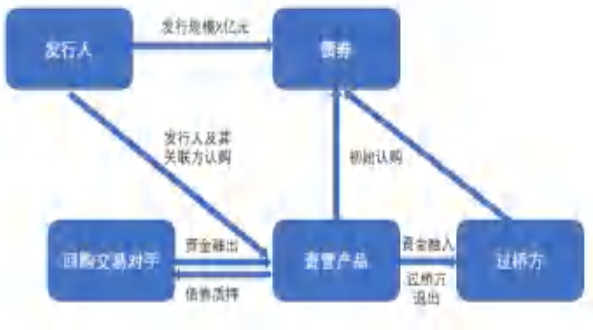
与上述第 1 种模式类似，区别在于认购的是分级资管产品的劣后级，而优先级资金由资管产品的管理人进行市场化募集，最终由优先级资金和劣后级资金合计初始认购发行人债券。在该种模式下，发行人债券可以额外获得优先级资金的认购，发行人同时获得优先级资金的净融资。

此外在早期，投资机构往往还会引入银行委外资金，大幅提升资产规模、增加管理费收入，而发行人的结构化发债安排使得投资机构既能够向发行人收取“返费”，又能在表面上为投资机构提供“优质”投资标的，一举多得，吸引了众多投资机构积极主动参与，甚至是主导结构化发债。



3. 发行人认购资管产品并质押回购

发行人先通过认购的资管产品初始认购债券，同时寻找过桥方初始认购一定金额债券。债券发行成功后，资管产品将持有的债券通过质押回购获得的资金用于购买过桥方所持有的债券，以实现过桥方退出。而后，资管产品持有其初始认购的债券和过桥方所持债券，故在债券存续期间，往往通过持续质押回购以维持资管产品正常运行。



上述模式仅仅是常见的情形，现实往往更加精彩，为了逃避监管，参与结构化发行的各方往往在上述交易模式的基础上，进一步“创新”或“嵌套”，设计出更为复杂的架构；当然也存在更为直接和极端的情况。

在笔者办理的案件中，某民营企业在发债过程中设立了一项资产管理计划，以资管计划大量认购其发行的债券，但因该资管计划产品只有该企业一个委托人，资管计划管理人在登记债券持有人信息时，直接将该企业登记为债券持有人。因此，在该企业某期债券的持有人名单中，该企业赫然名列第一大持有人，持有比例高达 27.2%。

（二）债券流通阶段：自购

“自购”与结构化发行“自融”类似，但所处阶段为债券存续期，发行人与协助参与结构化发行的主体，利用各种产品和“马甲”在二级市场购买流通中的债券。此处暂不做展开讨论。

二、债券结构化发行的违法违规性

如证券虚假陈述案件中有证据证明投资者涉及结构化发行，则面临第三个审判难点，那就是参与结构化发行是否属于“证券违法行为”。案件审理过程中，原告往往称其交易均系正常的合法商业投资交易，不具有违法违规性。

关于结构化发行的违法违规行为，我们详述如下。

（一）对债券结构化发行的监管持续强化

1、监管规定层面

近年来包括证监会、央行等行政监管机构，和沪深交易所、中国银行间市场交易商协会等均陆续出台相关细则规定，持续加强对债券结构化发行的打击和防范，包括公司债券、企业债券、银行间债券等，均严厉禁止结构化发债，结构化发债进入强监管时代。

笔者对相关规定简要梳理如下：

法律规范及发布时间	条文内容
2015 年 5 月 9 日 中国人民银行《关于调整银行间债券市场债券交易流通有关管理政策的公告》 （中国人民银行公告 2015 年第 9 号）	债券交易流通期间，发行人不得以自己发行的债券为标的资产进行现券交易，但发行人根据有关规定或合同进行提前赎回的除外。
2020 年 11 月 13 日 中国银行间市场交易商协会《关于进一步加强债务融资工具发行业务规范有关事项的通知》 （中市协发〔2020〕154 号）	1、严禁发行人“自融” （1）发行人不得直接认购，或者实际由发行人出资，但通过关联机构、资管产品等方式间接认购自己发行的债务融资工具……。 （2）主承销商、承销商、投资人等不得蓄意协助发行人从事上述行为，如在发行过程中发现上述情形，应立即停止相关发行工作，并及时向交易商协会报告。
2021 年 8 月 17 日 一行两会、外管局、发改委和财政部《关于推动公司信用类债券市场改革开放高质量发展的指导意见》	债券发行应符合国家宏观经济发展和产业政策，匹配实体经济需求。限制高杠杆企业过度发债，强化对债券募集资金的管理，禁止结构化发债行为。
2023 年 6 月 20 日 中国证监会《关于注册制下提高中介机构债券业务执业质量的指导意见》 （中国证券监督管理委员会公告〔2023〕47 号）	13. 强化行政追责。坚持发行人、中介机构“一案双查”，严肃查处债券业务中介机构及其责任人未勤勉尽责，依法打击“结构化”发债和返费等承销环节违法违规行为，规范市场秩序。加强日常监管和稽查执法的有机衔接，对涉嫌欺诈发行、财务造假、信息披露违规等重大违法违规行为的，加大稽查处罚力度。坚持“双罚制”原则，严惩违规机构和责任人。
2023 年 6 月 21 日 中国证监会《关于深化债券注册制改革的指导意见》 （中国证券监督管理委员会公告〔2023〕46 号）	严禁发行人在发行环节直接或间接认购其发行的债券，或通过返费等非市场化方式对发行定价进行不当干预。
2023 年 10 月 20 日 中国证监会《公司债券发行与交易管理办法》 （中国证券监督管理委员会令第 222 号）	第四十五条发行人及其控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员和承销机构不得操纵发行定价、暗箱操作；不得以代持、信托等方式谋取不正当利益或向其他相关利益主体输送利益；不得直接或通过其利益相关方向参与认购的投资者提供财务资助；不得有其他违反公平竞争、破坏市场秩序等行为。 （该条款内容在 2015 年《公司债券发行与交易管理办法》第三十八条中已经存在） 发行人不得在发行环节直接或间接认购其发行的公司债券。发行人的董事、监事、高级管理人员、持股比例超过百分之五的股东及其他关联方认购或交易、转让其发行的公司债券的，应当披露相关情况。 （该款内容在《公司债券发行与交易管理办法》2021 年修订时新增，2023 年《公司债券发行与交易管理办法》再次修订时，本条款并未调整）
2024 年 1 月 12 日 沪深交易所《关于规范公司债券发行有关事项的通知》（上证发〔2024〕4 号、深证上〔2024〕38 号）	发行人不得直接或者间接认购自己发行的债券。发行人不得操纵发行定价、暗箱操作；不得以代持、信托等方式谋取不正当利益或者向其他相关利益主体输送利益；不得直接或者通过其他主体向参与认购的投资者提供财务资助、变相返费；不得出于利益交换的目的通过关联金融机构相互持有彼此发行的债券；不得有其他违反公平竞争、破坏市场秩序等行为。 （该条款内容在 2019 年《关于规范公司债券发行有关事项的通知》第一条中已经存在，2024 年的修订版删除了“发行人不得~~在发行环节~~直接或者间接认购自己发行的债券”中“在发行环节”的限制条件。）

尽管近期监管机构对于结构化发行密集发布各类监管文件，但根据我们对上述规定梳理情况可以看出，禁止实施结构化发行并非是近年来的“新规”。

监管部门对于结构化发行在《公司债券发行与交易管理办法》于 2015 年颁布时就已经明令禁止，不得实施结构化发行的违法行为也就是第三十八条中所述的“发行人及其控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员和承销机构不得操纵发行定价、暗箱操作”以及“不得有其他违反公平竞争、破坏市场秩序等行为”，而发行人给予参与结构化发行的各类主体各种方式的“回购”、“佣金”、“财务顾问费”、“返点”、“补偿”，甚至是给予部分人员的“商业贿赂”，均系该条中“不得以代持、信托等方式谋取不正当利益或向其他相关利益主体输送利益；不得直接或通过其利益相关方向参与认购的投资者提供财务资助”所禁止的情形。

2015 年《公司债券发行与交易管理办法》发布后，结构化发行行为已经系监管机构所禁止的“证券违法行为”。2021 年《公司债券发行与交易管理办法》修订时，将上述 2015 年《公司债券发行与交易管理办法》第三十八条调整为第四十五条，并新增第二款，明确“发行人不得在发行环节直接或间接认购其发行的公司债券。”而沪深交易所于 2024 年最新修订的《关于规范公司债券发行有关事项的通知》进一步将“在发行环节”的限制条件删除，结构化发行已经蔓延债券发行和存续期交易的全阶段。

2、行政处罚层面

近年来，已有多家发行人和机构因结构化发债被处罚，结构化发债问题已经引发监管机构的高度关注。

笔者对近期部分处罚案例简要梳理如下：

时间	处罚主体	处罚事由	处罚结果
2020 年 11 月（交易商协会 2020 年第 12 次自律处分会议审议决定）	精工集团有限公司	精工集团在“18 精工 SCP003”和“18 精工 SCP004”发行过程中，通过相关资产管理计划，以在发行环节直接申购或承诺上市后购回的方式，主导了两只债务融资工具的发行，破坏市场秩序。	对精功集团予以公开谴责、暂停其非金融企业债务融资工具相关业务 2 年；对精功集团法定代表人、总裁金良顺予以严重警告，认定为非金融企业债务融资工具市场不适当人选 2 年。
2021 年 1 月（交易商协会 2020 年第 17 次自律处分会议审议决定）	海通证券股份有限公司	海通证券向下属子公司管理的相关资产管理计划下达交易指令，协助相关发行人在发行环节购买自己的债券，破坏了市场发行秩序；海通证券向下属子公司作为投资顾问或管理人的相关资产管理计划下达交易指令，协助相关发行人交易自己发行的债券。	予以警告。
2021 年 11 月（证监会江西监管局【2021】16 号）	中航证券有限公司	开展私募资管业务时存在公司资管产品违规参与结构化发债、债券投资交易管控不严、关联交易管理流程不完整。	采取责令改正的行政监管措施。
2022 年 1 月（交易商协会 2022 年第 3 次自律处分会议审议决定）	四川蓝光发展股份有限公司	以自有资金通过资管产品等方式间接认购自身发行的债务融资工具“21 蓝光 MTN001"，扭曲了发行利率，破坏市场秩序；”“21 蓝光 MTN001”发行文件中，关于蓝光发展不会直接或间接认购债务融资工具的承诺与实际情况不符，相关信息披露不真实的两项违反银行间债券市场相关自律管理规则的行为。	予以严重警告，暂停其债务融资工具相关业务 18 个月；对公司时任法定代表人、总裁迟峰予以警告，认定为不适当人选 6 个月；对公司时任财务负责人欧俊明予以通报批评。
2023 年 3 月（交易商协会 2023 年第 7 次自律处分会议审议决定）	四平市城市发展投资控股有限公司	针对“20 四平城投 PPN001”“20 四平城投 PPN002”发行，向投资者提供财务资助，两期债务融资工具发行利率未客观反映其实际利率水平。	予以警告，对公司董事长、法定代表人、时任信息披露第一责任人徐学峰予以通报批评。

需要说明的是，结构化发行往往借助复杂的金融工具实施，往往较为隐蔽且较难发现，各参与主体之间均建立了坚固的“攻守同盟”。除非各方之间因“分赃不均”或各种原因抽屉协议“违约”相互举报或涉诉、涉及相关刑事案件等，一般很难暴露。因此，上述对于结构化发行的处罚或处分的案例，仅仅为冰山一角。

3、近期新闻媒体对于部分债券结构化发行事件进行了追踪，引发市场关注

知名财经媒体财新网早在 2020 年先后就撰文《结构化发债揭盖子》[①]《结构化发债“返费”证据出现？银行间债市首例虚假陈述案追踪》[②]揭露市面上多家私募机构均长期积极参与债券结构化发行，以获得高额返费。

尤其是在北京金融法院正在审理的 1 号案“大连机床案”中，已经查实大连机床债券的交易涉及多项资管计划均与蓝石资产密切相关，且蓝石资产在大连机床债券上市次日，通过其关联公司收取了大连机床的数百万资金。而这些被结构化发债撑起来的虚假市场需求，也因打破刚兑而被消灭，引发债券市场动荡。

而近期，财新网又就结构化城投债的高风险和债市利益输送的乱象发布了系列报道[③]。在部分地区城投的财务成本已不堪重负的情况下，一些私募机构仍通过结构化协助城投公司发行高利率债券，以从中收取巨额返费，而最终这些弱质城投公司基本无力兑付，一旦发生城投违约，风险传染路径将迅速扩散。据不完全统计，仅仅由一个核心人物主导串联的结构化发债大网，就累计涉及城投资管产品规模 300 亿元。这些城投公司往往结构化发债损失惨重，真正参与债券市场有序投资的投资者也面临着债券展期，甚至违约的风险，但这些主导结构化发债的机构主体却盈利颇丰，还能“功成身退”，即便是最早创新结构化发债的蓝石等私募机构，也未在公开渠道受到处罚，还能换个“马甲”继续干同样的业务。

债券市场相对于股票市场更为封闭、具体运作模式相对隐蔽，结合金融创新，极其容易被不法人员机构利用，进行利益输送，引发债券市场危机风险。不论是监管机构还是法院在涉及结构化发债的司法裁判中，应当引起高度重视和警惕，依法整治市场乱象。

（二）债券结构化发行对债券市场的不利影响

事实上，2015 年《公司债券发行与交易管理办法》第三十八条已经对于债券结构化发行的违法行为进行了界定，主要是“操纵发行定价、暗箱操作”、“谋取不正当利益或向其他相关利益主体输送利益”和“违反公平竞争、破坏市场秩序”。

具体而言，发行人以自有资金参与其自己发行债券的认购、交易的结构化发行行为，本质上是通过“假意交易”使得并不符合条件、资质不足的发行人成功进入债券发行市场，破坏了市场秩序；并且在发行人故意营造的市场高需求假象之下，维持了发行人无法负担的高利率，既无法

①张宇哲，《结构化发债揭盖子》，载财新网，https://weekly.caixin.com/2019-06-21/101429825.html，2024 年 9 月 13 日访问

② 财新记者，《结构化发债“返费”证据出现？银行间债市首例虚假陈述案追踪》，载财新网，https://mp.weixin.qq.com/s?__biz=MzA5MTI3NzYyNA==&mid=2651152211&idx=1&sn=8f94269a40edf779049e114c13e15939&chksm=8b8f2f04bcf8a612180d4b398214ed7e1d14d91750490842f9887524c2a46f40f44fba358336&scene=27，2024 年 9 月 13 日访问

③ 财新记者，《“余雷们”搭建的城投债灰色网络》，载财新网 https://weekly.caixin.com/2023-07-14/102075636.html?p0#page2，2024 年 9 月 13 日访问

王娟娟、张宇哲，《余雷之“雷”：什么是结构化城投债？》，载财新网 https://mini.caixin.com/2023-07-17/102076434.html?originReferrer=caixinsearch_pc，2024 年 9 月 13 日访问

王娟娟、张宇哲，《城投债灰色网络》，载财新网，https://mp.weixin.qq.com/s/qvdnCgB21z3MQIeyY4XNqA，2024 年 9 月 13 日访问

客观反映债券真实利率水平，又大幅提升了债券兑付风险。

此外，在债券结构化发行各个模式中多次出现的核心环节“私募基金”、“资管计划”、“信托产品”、“保险产品”等，其背后的管理机构作为参与债券结构化发行的专业投资机构，一方面可以收取资金委托人支付的管理费，另一方面又收取发行人的返费、进行利益输送，获取短期、高额的收益，而当发行人信用风险释放时，将直接导致被该类管理机构误导的资金委托人利益受损，实际承担债券违约风险。

在笔者办理的个别案件中，个别投资人系保险公司，其以养老保险金等涉及民生大众切身利益的资金，大规模购入明显超过监管规定比例的、不符合监管评级的债券，后债券暴雷后，对于其下游客户的影响可想而知。

三、结构化发行阻断交易因果关系的法律依据及可能的路径

《虚假陈述若干规定》第十二条规定了在证券虚假陈述纠纷案件中交易因果关系不成立的五种情形，一旦证明成立，则能够从源头上阻断虚假陈述行为与投资者损失之间的交易因果关系，免除被告赔偿责任。

因此，如投资者可能涉及结构化发行事宜，在个案中证明和适用案件事实属于《虚假陈述若干规定》第十二条的五款情形之一，也成为各被告的抗辩要点。这也是涉及结构化发行的证券虚假陈述案件的第四个审判难点。

（一）参与结构化发行是否属于《虚假陈述若干规定》第十二条第（二）款“知道或者应当知道存在虚假陈述”

《虚假陈述若干规定》第十二条第（二）款：“原告在交易时知道或者应当知道存在虚假陈述，或者虚假陈述已经被证券市场广泛知悉；”

债券结构化发行均以资管计划等各类金融产品出面认购、交易，因此在提起证券虚假陈述责任纠纷案件时，也是由金融产品管理人作为原告提起。金融产品管理人往往为私募、信托、证券公司、保险公司等专业机构投资者，表面上都是基于内部投资决策和履行管理人义务进行的正常债券投资行为。

虽然相较于 2003 年的旧虚假陈述司法解释，《虚假陈述若干规定》第十二条已经将被告对交易因果关系不成立承担“举证责任”，修改为“证明责任”，但在参与结构化发行的各类主体精心设计的复杂金融产品之下，被告想要证明原告“知道或应知”，且让法院确信该事实，仍存在极大难度。

此外，“知道或应知”的对象应当是案件查明的“虚假陈述”行为。因此，适用该条款的前提是将“结构化发行”行为认定为“虚假陈述”行为，也即发行人实施结构化发行行为属于证券虚假陈述案件中的“虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏”。

（二）参与结构化发行是否属于《虚假陈述若干规定》第十二条第（四）款“证券违法行为”

在结构化发行过程中，参与结构化发行的投资者获得了额外的收益，降低了债券投资的风险，同时还掩盖了真实发行规模、扭曲了债券利率与交易价格，积累或扩大系统性金融风险，对于正常参与债券投资的投资者利益和金融市场秩序造成了严重损害。结构化发行涉及“操纵市场”、“内幕交易”，甚至是“欺诈发行”等多项证券违法行为。

一是操纵市场。结构化发行行为涉嫌《证券

法》第 55 条第 3 项和《刑法》第 182 条第 1 款第 3 项“（三）在自己实际控制的账户之间进行证券交易，或者以自己为交易对象，自买自卖期货合约的”的情形。

最高人民法院和最高人民检察院《关于办理操纵证券、期货市场刑事案件适用法律若干问题的解释》第 5 条明确“（四）行为人通过投资关系、协议等方式对账户内资产行使交易决策权的他人账户；（五）其他有证据证明行为人具有交易决策权的账户”都属于此范围。

发行人与相关投资人通过协议安排，对相关账户的投资进行协调，明显属于上述“自己实际控制的账户”的情形，足以构成“操纵市场”。

二是内幕交易。在结构化发行过程中，发行人与相关投资者之间的协商必然涉及披露未对外披露的信息，甚至是双方协商本身就是内幕信息的情形之一。因此，发行人与相关投资者共同实施的行为，同时还会构成“内幕交易”。

三是欺诈发行。发行人在债券发行过程中隐瞒了结构化发行的重要事实，进而发行公司债券，对于正常不知情投资者构成了欺诈，发行人涉及欺诈发行债券罪。

无锡中院在（2018）苏 02 刑初 49 号中，认定北极皓天公司在中山证券负责的“江苏北极皓天科技有限公司 2013 年中小企业私募债券”发行过程中隐瞒公司尚未建成投产的重大事项，在投资者认购意向不足，该债券面临发行失败时，由实控人杨某 1 及被告人杨某甲借款人民币 6700 万元（以下币种均为人民币）进行虚假认购，最终骗取嘉实资本管理有限公司认购的 2700 万元资金，并造成该债券到期后 2700 万元无法兑付，并判决北极皓天公司及杨某 1 构成欺诈发行罪。

需要说明的是，如果发行人构成操纵市场罪、内幕交易罪或欺诈发行罪等刑事犯罪，共同主导或协助结构化发行的关联企业、金融产品管理人、投资顾问等，都可能成为犯罪行为的共犯。

笔者认为，在案件中能够查实存在结构化发债情形的，应当依法认定为“证券违法行为”，对于参与发行人结构化发债的各类投资机构，当然无权向债券发行的中介机构主张权利。

在被告主张投资者涉及结构化发行的证券虚假陈述案件中，即便是被告提交了有证明力的证据，证明投资者交易行为“违反”了监管规定，但由于金融领域各类问题的专业性较强，结构化发行行为如没有得到监管处罚和处分，法院往往不愿意“越俎代庖”，避免在民事案件中径行认定结构化发行属于“证券违法行为”，甚至法院会和被告讨论是否应当将结构化发行的潜在证券违法行为向监管部门举报。

但法院对于该问题的顾虑又明显存在一个悖论。众所周知，《虚假陈述若干规定》已经明确取消了投资者索赔的行政处罚前置程序，也就是说在没有行政处罚的前提下，投资者亦有权提起证券虚假陈述案件的诉讼，其内在逻辑就是法院对于虚假陈述及重大性具有最终司法认定的权力。但另一方面在认定投资者对于可以阻断交易因果关系的证券违法行为时，法院往往又有较大顾虑，在对于投资者参与结构化发行涉及的行政违法行为没有行政处罚时，倾向于不对其属于“证券违法行为”进行认定。这意味着，在目前阶段，同一个案件中，相同性质的问题，在原告和被告两个主体上，实际上适用了不同的认定标准，对于被告而言存在明显的“不公平”。

当然，随着法院对于证券虚假陈述案件的审判经验不断丰富，可能未来对于该事项的认定上越来越自信，最高院亦可以在未来对相关的司法

解释或司法政策性文件进一步对相关事项进行明确。

（三）参与结构化发行是否适用于《虚假陈述若干规定》第十二条第（五）款兜底条款

在结构化发行中，发行人系直接或者间接与投资机构建立利益输送，由其自有资金通过资管产品认购债券，或由投资机构进一步向第三方配资买入发行人债券，协助发行人扩大融资规模。

但无论结构化发行形式如何，均属于投资机构与发行人之间就债券发行和交易进行的协议安排后实施的非市场化行为，并非正常的债券发行和交易，与债券发行时的《募集说明书》以及中介机构的工作无关，参与结构化发行相关投资机构显然不会对虚假陈述信息构成信赖，甚至是明知发行人存在虚假陈述、信用风险，而为了获得不正当利益而买入债券。

首先，参与结构化发行的投资机构主动协助并积极配合发行人进行结构化发行，收取不正常利益系其交易动机和目的，其根本不会去了解和查询发行人的真实财务状况，甚至已经知道发行人的财务造假。笔者代理的个别案件中，查实投资者与发行人签署“抽屉协议”，投资者收取发行人高额投资顾问费，进而承诺购买高额债券投资额度、承诺不退出债券投资、约定债券利率等，且存在明确的违约责任，其投资显然并非对于债券募集说明书的信赖。

其次，由于参与结构化发行的认购部分资金来源于发行人，以及由其管理的其他资金委托人的第三方配资，因此参与结构化发行的投资机构反而不承担投资本金风险，发行人甚至还会出具“抽屉协议”对其投资收益给予保证，这些投资机构没有理由会认真审查发行人的资信状况，并不会像其他案件中投资者对于发行人披露的信息进行审慎研究并作出投资决策。在笔者代理的案件中，发现部分大规模专业机构投资者，提交的所谓的投资研究报告和投资决策文件，有的内容简单、流于形式，有的甚至在庭审中直言没有任何投资研究报告和投资决策文件。

第三，发行人需要实施结构化发行才能成功发行债券，该事实本身已经说明发行人资金能力不足、偿付能力存在较高风险，而投资机构主动配合积极协助发行人实施结构化债券发行，说明其明知债券偿付风险存在，属于自甘风险的冒险行为，按照“买者自负”原则，投资损失风险应当自行承担。

最后，从时间顺序上看，发行人和部分投资者协调实施结构化发行，往往发生在债券发行之前（当然在个案中需要收集相应证据予以证实）。此时，债券尚未发行，亦未披露债券募集说明书和其他信息披露文件，虚假陈述也未发生，交易因果关系当然不存在。

因主动参与发行人结构化发债的投资机构，其购买债券系基于与债券发行人之间的协议安排、不正当利益输送，其投资的出发点根本不是对于公开披露的信息产生的信赖。因此，对于该种情形应当适用《虚假陈述若干规定》第十二条第（五）款的兜底条款，参与结构化发行的投资机构以证券虚假陈述为由起诉中介机构承担赔偿责任的诉讼请求不应当得到法律的保护。

综合上述三条路径，笔者认为适用于《虚假陈述若干规定》第十二条第（五）款兜底条款可能是现阶段证券虚假陈述案件中，对于参与实施结构化发行的投资者进行处理的最优选择，具有充分的合理性。

四、折中的思路——将投资者参与结构化发行作为“原告过错”的情形，作为损失因果关系的考量因素，在被告赔偿责任中予以适当扣除

（一）北京金融法院 1 号案对于结构化发行相关事实的认定

根据北京金融法院公众号于 2022 年 12 月 31 日披露的信息，在北京金融法院一审判决的“1 号案”中，认定了蓝石资产管理有限公司在大连机床 SCP002 债券中的结构化发行。

根据公开披露的信息，北京金融法院查明：“2016 年 8 月 4 日，大连机床集团公开发行了规模为 5 亿元的“16 大机床 SCP002”超短期融资券，债券存续期为 270 天，到期日为 2017 年 5 月 2 日，发行利率为 6%/年。同年 8 月 9 日，大连机床集团向蓝石资管按 1%进行返费。蓝石资管指示其担任投资顾问的资管产品买入该债券。不久后，大连机床集团财务危机爆发，该债券于 2016 年 11 月 29 日构成交叉违约。2016 年 12 月 12 日，大连机床集团主体评级下降为 C 不能偿还级别，蓝石资管担任管理人的“蓝石盘古 1 号基金”陆续买入 5 亿元该债券，价格为五折。”①

（二）对于北京金融法院 1 号案结构化发行处理的评析

根据上述已查明的事实，蓝石资产参与大连机床结构化发行的事实清楚，证据确凿。债券发行后 5 日，蓝石资产就收取了 1%的返费，这说明在债券发行之前，蓝石资产与大连机床之间已经签署了投资债券相关协议；后蓝石资产指示其担任投资顾问的产品买入案涉债券，实际履行其与大连机床之间的协议；在债券违约且评级降低为不能偿还的 C 级后以其担任管理人产品接回案涉债券，该笔交易行为为“关联交易”，进而是否属于“操纵市场”的证券违法行为可能也需进一步论证，蓝石资产显然无法证明该笔关联交易具有合理性和公允性。因此，本案具有否定“推定交易因果关系”的合理基础。

然而，在本案中，上述行为可以阻断交易因果关系的观点并未被采纳，北京金融法院认为：“蓝石资管认购 16 大机床 SCP002 时，虽已明知大连机床集团出现财务困难并存在其他认购原因，但大连机床集团在财务信息、担保增信措施等方面的虚假陈述行为并未被揭露，蓝石资管的认购行为与案涉虚假陈述行为具有因果关系。”也就说，北京金融法院认为本案中交易因果关系成立，上述已查明的事实均不足以否认交易因果关系。

实际上，《虚假陈述若干规定》第十二条规定了五种可以阻断交易因果关系的情形，“虚假陈述行为并未被揭露”（揭露日规则）仅仅其中的第（一）项情形，对于蓝石资产参与结构化发行是否构成其他四种情形并未进行评述，对于是否构成“明知或应当知道”、“证券违法行为”和“其他情形”，并未予以回应，北京金融法院对于该问题的论述似乎不够周延。

实际上，本案中蓝石资产参与结构化发行的事实和证据已经如此充分的情况下，北京金融法院仍未否认本案交易因果关系，原因可能包括：

一是，蓝石资产上述结构化发行行为未经行政机关或刑事案件的否定性评价，法院在民事案件中遵循谦抑性原则，不轻易对其进行全盘否定；

二是，在本案中，虚假陈述事实的确存在且

① 中新经纬：《北京金融法院“1 号案”落锤！兴业银行被判担责 10%》，载百度网，https://baijiahao.baidu.com/s?id=1754165571757476895&wfr=spider&for= pc，2024 年 9 月 13 日访问。

具有重大性，中介机构也具有一定过错；

三是，该案与“五洋债”案件终审判决下发相隔不远，在压实中介机构“看门人”责任的大背景下，以及审判思维的惯性下，法院对于完全驳回投资者诉讼请求存在一定顾虑。

公开信息显示，北京金融法院对于本案一审审理时间接近 2 年时间，审判过程也遵循了公开审理的原则，新闻媒体对本案审理过程和进展也做了相对详实的披露。我们相信，北京金融法院对被告就该问题相关的答辩意见也做了充分考虑和权衡。

尽管未能否定本案原告交易因果关系，但基于上述查明的事实，北京金融法院采取了折中的处理方式。我们注意到，北京金融法院本案中总结的第四项争议焦点为“蓝石资管所受损失与案涉诸虚假陈述行为之间是否存在因果关系”。显然，北京金融法院将相关情况作为损失因果关系的考量因素，在被告被赔偿责任中予以适当扣除。

北京金融法院理由包括：“由于蓝石资管是专业的机构投资者，系理性投资人，其投资决策虽在一定程度上受虚假信息披露的影响，但其注意义务有别于普通投资人。在 16 大机床 SCP002 已被发行人、承销商、评级机构连续发布无法兑付风险提示的情况下，蓝石资管仍然坚持购入 16 大机床 SCP002 的行为，可以减轻其他侵权方的赔偿责任。”“此外，根据查明的事实，蓝石资管在案涉债券发行之初安排其担任投资顾问的资管产品购入案涉债券，实际从事了案涉债券的营销工作，并收取了发行人返费。案涉债券违约后，蓝石资管将其购入的部分原因解释为履行案外投顾管理义务的考虑，而非完全出于投资目的购买。在此情况下，应当进一步减轻各侵权方的赔偿责任。”

最终，北京金融法院根据案涉债券各参与方对损失的过错程度，虚假陈述行为与损失之间的因果关系，酌情确定兴业银行在大连机床集团赔偿责任 10%的范围内承担连带赔偿责任，利安达大连分所、知本律所分别在大连机床集团赔偿责任 4%、6%的范围内承担连带赔偿责任。

五、未来可期——尽管类案较少以及司法裁判的谦抑性，以“结构化发行”阻断交易因果关系的难度仍然极高，但已经出现了在查明原告参与结构化发行的相关事实后，判决驳回原告全部诉讼请求的先例

虽然监管机构对于债券结构化发行行为已经进入强监管形势，但依法被查明且处罚的案例仍在少数。如上述，如未被监管处罚，法院在个案中就结构化发行对债券市场的不利影响也缺少充分认识。

另一方面，目前存在债券结构化发行特殊情形的类案生效裁判较少，对于是否能全部阻断还是部分阻断交易因果关系缺少类案参考。

因此在法院司法裁判过程中，对于未经监管机构查明认定的结构化发行，法院亦总体呈谨慎态度。

然而在笔者代理一起山东地区证券虚假陈述案件中，已出现了在查明原告参与结构化发行的相关事实后，判决驳回原告全部诉讼请求的先例。在该案件审理过程中，经过被告举证以及法院调取的证据，证实原告参与了发行人实施的结构化行为，综合案件的其他情况后，法院认为原告交易与本案虚假陈述事实之间不存在因果关系，驳回原告全部诉讼请求，该判决目前已经生效。

六、结语

在《虚假陈述若干规定》已经取消行政处罚、刑事判决前置条件的情况下，对各被告民事责任承担有重大影响的结构化发行事实，法院也应当在基础证据事实扎实的前提下依法认定并裁判。《虚假陈述若干规定》第十二条第（五）款的兜底条款已经为法院预留了裁量空间，即便没有监管处罚认定属于“证券违法行为”，亦应当对相关结构化发行的事实及是否可以阻断交易因果关系进行认定。

参考文献

[1] 最高人民法院：《健全证券市场民事赔偿制度切实保护投资者的合法权益——〈最高人民法院关于审理证券市场虚假陈述侵权民事赔偿案件的若干规定〉正式发布》，载微信公众号“最高人民法院”，2022 年 1 月 21 日上传。

[2] 张宇哲，《结构化发债揭盖子》，载财新网，https://weekly.caixin.com/2019-06-21/101429825.html，2024 年 9 月 13 日访问

[3] 财新记者，《结构化发债“返费”证据出现？银行间债市首例虚假陈述案追踪》，载财新网，https://mp.weixin.qq.com/s?__biz=MzA5MTI3NzYyNA==&mid=2651152211&idx=1&sn=8f94269a40edf779049e114c13e15939&chksm=8b8f2f04bcf8a612180d4b398214ed7e1d14d91750490842f9887524c2a46f40f44fba358336&scene=27，2024 年 9 月 13 日访问

[4] 财新记者，《“余雷们”搭建的城投债灰色网络》，载财新网 https://weekly.caixin.com/2023-07-14/102075636.html?p0#page2，2024 年 9 月 13 日访问

[5] 王娟娟、张宇哲，《余雷之“雷”：什么是结构化城投债？》，载财新网 https://mini.caixin.com/2023-07-17/102076434.html?originReferrer=caixinsearch_pc，2024 年 9 月 13 日访问

[6] 王娟娟、张宇哲，《城投债灰色网络》，载财新网，https://mp.weixin.qq.com/s/qvdnCgB21z3MQIeyY4XNqA，2024 年 9 月 13 日访问

[7] 中新经纬：《北京金融法院“1 号案”落锤！兴业银行被判担责 10%》，载百度网，https://baijiahao.baidu.com/s?id=1754165571757476895&wfr=spider&for=pc，2024 年 9 月 13 日访问。

房地产企业破产重整中共益债投资人与抵押债权人的利益保护与平衡

董燕清，王奕涵，平一凡

董燕清律师，法学博士，北京德和衡律师事务所权益合伙人，北京律协破产与清算法律专业委员会委员，朝阳律协破产清算与并购重组研究会委员，北京律协涉外律师人才；专注于市场主体退出法律服务，为众多金融机构、央国企、上市公司、社会团体、外国企业提供自行解散清算、强制解散清算、破产清算、破产重整等法律服务。

平一凡律师，毕业于英国兰卡斯特大学，法律硕士，具有基金一般从业资格、证券一般从业资格。德和衡企业重组与破产业务中心秘书长，2022 年度优秀青年律师。执业以来专注于企业清算与破产、商事争议解决、公司法律业务，为多家金融机构、国企央企、上市公司、社团单位提供清算与破产、公司治理相关法律服务。

王奕涵，2024 年毕业于对外经济贸易大学，获得法学学士学位。毕业后，加入北京德和衡律师事务所权益合伙人董燕清律师团队工作。主要专注于企业重组与破产、企业解散清算、企业投融资、公司治理等多个领域，为多家境内外当事人提供相关法律服务。

摘　要：共益债投资是房地产企业破产重整的主要方式之一，在引入共益债投资人的过程中，往往共益债投资人希望获得“后进先出”的超级优先权，而抵押债权人不同意让渡优先权。两种权利的冲突往往会放慢重整的进程，更严重者要么导致无法引入共益债投资人，要么抵押债权人的优先受偿权名存实亡或严重受损。如无法引入共益债投资人将导致项目搁置，消费者购房人及债权人的权益都将进一步受损，影响社会稳定。如抵押债权人优先受偿权名存实亡或严重受损将导致抵押担保制度的根基动摇，严重扰乱社会经济秩序。本文将通过梳理我国与共益债投资相关的法律规定、司法实践和存在的问题，探讨如何平衡共益债投资人和抵押债权人的利益保护。

关键词：破产重整，抵押权，共益债，权利冲突，超级优先权，平衡，保护

一、问题的提出

房地产企业破产重整的主要模式通常包括股权并购、资产并购、共益债投资、托管、信托等。其中，引入共益债投资解决工程续建资金问题成为大多数重整项目的选择。但在如何解决共益债投资人的退出问题上，往往会出现较为激烈的冲突。投资人为了确保自身投资和收益的安全，往往要求“后进先出”，享受超级优先权，先于所有债权人退出。而根据《最高人民法院关于适用《中华人民共和国企业破产法》若干问题的规定（三）（2020 修正）》第二条之规定，共益债投资人主张优先于有财产担保债权人受偿的，人民法院不予支持。因此，共益债投资人如欲取得超级优先权，一般应当与有财产担保债权人协商，取得其同意，而有财产担保债权人出于自身利益考量往往不会同意或只同意部分让渡其优先权。

2022 年 7 月以来，为解决在建已售逾期难交付的商品住房问题，推动项目建设交付，中央和地方陆续出台了多项保交楼政策，通过政策性银行提供专项借款和新增配套融资的方式，支持“烂尾楼”续建。最高人民法院发布 217 号文，规定对利用专项借款、新增配套融资复工续建部分不予查封，房屋销售回款偿还专项借款、新增配套融资本息后还有结余的，法院应当支持结余部分清偿项目复工续建前发生的款项。在重庆柏炜锦瑞房地产开发有限公司破产重整案中，重庆市第五中级人民法院裁定赋予专项借款和新增配套融资超级优先权。前述政策、司法文件及判例基本确立了专项借款和新增配套融资作为共益债的超级优先权地位。

实践中，对于资金来源于非专项借款和新增配套融资的共益债投资的项目，为能快速引入共益债投资完成烂尾楼续建，在共益债投资人与抵押债权人的利益诉求无法调和的情况下，有些项目通过债权人会议决议及地方法院裁定或决定认可决议的方式，赋予共益债投资人超级优先权，以满足投资人关于投资和收益保障的要求。

本文将对实践中上述赋予共益债超级优先权的做法之合法性与合理性进行探讨，进而对平衡共益债投资人与抵押权人的利益保护提出建议。

二、房地产企业破产重整项目中的共益债投资及其受偿顺序

房地产企业的破产重整模式主要包括股权并购、资产收购、共益债投资、托管、信托等。由于股权并购投资人往往会面临豁免债务的所得税、大额土地增值税、行政处罚等潜在风险，资产并购投资人往往会面临各类许可证照的变更和大额交易税费等问题，采用这两种重整模式投资人通常都会面临较大的退出风险。而共益债投资是纯债权投资，不涉及前述潜在风险和问题。此外，共益债投资人还可与管理人、债务人协商采取项目控制措施，如要求将项目续建管理和建成房屋销售等工作托管给专业的第三方，以确保共益债投资资金全部用于工程续建，房屋建成后加快去化速度，并且由投资人控制销售回款资金。因此，共益债投资虽然也有一定程度的退出风险，但相对较低并且可控，且无资产管理牌照要求，逐渐成为房地产企业破产重整投资人偏爱的重整模式之一。

共益债的主要功能在于帮助企业尽快完成项目续建，实现破产财产保值增值、加快破产财产处置，稳定消费者购房人和债权人的情绪，维护社会稳定，同时实现投资人的投资目的。对于

投资人来说，决定其是否进行共益债投资的关键因素是其投资资金的安全与退出是否能得到保障。

共益债投资与共益债务不完全相同，优先受偿地位也不相同。共益债务的确认与受偿顺序依据的是《中华人民共和国企业破产法》（以下简称《破产法》）第四十二条、第四十三条、第一百一十三条，即为债务人继续营业而应支付的劳动报酬和社会保险费用以及由此产生的其他债务为共益债务，共益债务优先于职工债权由债务人财产随时清偿。而共益债投资的确认与受偿顺序依据的是《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定（三）》（以下简称《破产法司法解释三》）第二条，即破产申请受理后，经债权人会议决议通过，或者第一次债权人会议召开前经人民法院许可，管理人或者自行管理的债务人为债务人继续营业而借款，提供借款的债权人主张参照《破产法》第四十二条第四项规定优先于普通债权受偿，人民法院应予支持，主张优先于此前已就债务人特定财产享有担保的债权清偿的，人民法院不予支持。因此，本文讨论的共益债投资是指依据《破产法司法解释三》第二条之规定发生的债务人借款，法律赋予该等借款的优先受偿权属于一般优先权，并非超级优先权（即优先于有担保债权人受偿的权利，一般情况下共益债投资人也会要求优先于工程价款优先权人受偿，本文仅讨论第一种情况）。如果共益债投资人欲取得超级优先权，应当与有财产担保债权人协商，在担保债权人同意让渡优先权的情况下，共益债投资人方可获得超级优先权。

三、房地产企业破产重整项目中共益债投资与抵押债权受偿顺序的现实冲突

（一）破产程序中抵押权人的优先受偿权

根据《破产法》第一百零九条之规定，对破产人的特定财产享有担保权的权利人，对该特定财产享有优先受偿的权利。因此，在破产程序中，抵押权人针对抵押物的优先受偿权利仍旧是得到法律保护的。

最高人民法院就《全国法院破产审判工作会议纪要》（以下简称“《会议纪要》”）中破产清算程序、关联企业破产、执行程序与破产程序衔接的重点难点问题进行解读时曾提到，破产程序中的担保权人以破产程序开始前对债务人特定财产成立担保物权为基础，是物权法、担保法等有关担保权利优先性和排他性效力在破产法上的延伸和认同，因此，在理论上，其可不受破产程序的约束，优于其他债权人单独、及时受偿，以确保担保物权本身立法目的和制度价值得到实现。[①]

王欣新教授也曾指出，物权担保设立之目的，就是为在债务人失去清偿能力时，仍能使债权人从其特定担保财产上得到优先清偿。[②]

也有学者认为，有担保债权优先性过于绝对，僵化地认为有担保债权优先无法回应现实的重整需要。为了重整的成功进行，可以允许重整融资债权有条件地优先于有担保债权。[③]

本文认为基于物权优先理论，对抵押权人的

① 贺小荣、葛洪涛、郁琳：《破产清算、关联企业破产以及执行与破产衔接的规范与完善——《全国法院破产审判工作会议纪要》的理解与适用（下）》，载《人民司法·应用》2018 年 16 期，第 45–52 页。

② 王欣新：《破产别除权理论与实务研究》，载《政法论坛》2007 年第 25 卷第 1 期，第 31–47 页。

③ 梅慎实、谢江东、梁昕：《破产债权清偿顺序亟须优化》，载《董事会》2019 年第 9 期，第 61–64 页。

优先受偿权利提供明确的法律制度保护是我国民商法律制度的基石，除非有特殊情形，不应突破这一制度。但司法实践中，经常发生普通债权人利用债权人会议决议阻却、破坏担保权人优先受偿的现象。[①]

（二）专项借款和新增配套融资对抵押权人优先受偿权利的限制

2022 年以来，受疫情影响，经济下行，房地产市场整体也呈现下行态势。为稳民生以及促进房地产市场平稳健康发展、稳定宏观经济大盘，政府、法院等机关陆续发文，提出保交楼政策，通过专项借款和新增配套融资完成已售逾期难交付的住宅项目，并对其清偿顺序作出明确规定。

2022 年 7 月 28 日，中共中央政治局会议首次提出“保交楼”政策，住房和城乡建设部等部门支持已售逾期难交付住宅项目建设交付，积极采取措施推进保交楼，回应了广大购房者的期盼。2022 年 8 月 20 日，住建部等九部委出台《关于通过专项借款支持已售逾期难交付住宅项目建设交付的工作方案》，完善政策工具箱，通过政策性银行专项借款方式支持已售逾期难交付住宅项目建设交付。专项借款资金用途严格限定为用地性质为住宅用地，并且已售逾期难交付或者项目停工、已售逾期交付风险大的住宅项目，不得用于未售住宅项目、高档住宅项目、工商业房地产项目。专项借款聚焦“保交楼、稳民生”，严格限定用于已售、逾期、难交付的住宅项目建设交付，实行封闭运行、专款专用。

2022 年 9 月，最高人民法院发布《关于认真贯彻落实〈关于通过专项借款支持已售逾期难交付住宅项目建设交付的工作方案〉的通知》（法〔2022〕217 号，以下简称 217 号文[②]），规定对“保交楼”项目已经采取查封、扣押、冻结措施的，在完成“保交楼”任务前不采取处置措施；原查封、扣押、冻结措施的效力不及于利用专项借款、新增配套融资复工续建部分；对利用专项借款、新增配套融资复工续建部分不予查封；房屋销售回款偿还专项借款、新增配套融资本息后还有结余的，法院应当支持结余部分清偿项目复工续建前发生的款项。从司法政策层面给予专项借款和新增配套融资超级优先权。

2022 年 11 月 11 日，中国人民银行，中国银行保险监督管理委员会（已撤销）发布《中国人民银行中国银行保险监督管理委员会关于做好当前金融支持房地产市场平稳健康发展工作的通知》（银发〔2022〕254 号），支持国家开发银行、农业发展银行按照有关政策安排和要求，依法合规、高效有序地向经复核备案的借款主体发放“保交楼”专项借款，封闭运行、专款专用，专项用于支持已售逾期难交付住宅项目加快建设交付。在专项借款支持项目明确债权债务安排、专项借款和新增配套融资司法保障后，鼓励金融机构特别是项目个人住房贷款的主融资商业银行或其牵头组建的银团，按照市场化、法治化原则，为专项借款支持项目提供新增配套融资支持，推动化解未交楼个人住房贷款风险。同时明确剩余货值的销售回款按照“后进先出”原则，项目剩余货值的销售回款要优先偿还新增配套融资和专项借款。该文件属于部门规范性文件，是对政策性银行、商业银行、信托机构及其他金融机构的业务指导

① 参见前注①，贺小荣、葛洪涛、郁琳著书，第 45–52 页。

② 本文作者未能找到该文件的原文，关于该文件内容的表述来自于互联网。

和要求。

2024 年 1 月，住房城乡建设部和金融监管总局联合印发《关于建立城市房地产融资协调机制的通知》，指导各地级及以上城市建立房地产融资协调机制。在国务院新闻办公室于 2024 年 8 月 23 日上午举行的“推动高质量发展”系列主题新闻发布会上，住房和城乡建设部介绍了商品住房项目保交房攻坚战的进展情况，建立了国家、省、城市三级协调机制，推动符合条件的项目“应进必进”白名单，商业银行落实尽职免责要求，“应贷必贷”给予融资支持。住房和城乡建设部指导各地实行“一项目一方案一专班一银行一审计一法官”处置模式。这个模式在郑州首先试点探索，将向全国推广。对符合条件的项目，纳入“白名单”给予融资支持，保障项目建设交付；对于资不抵债的项目，加快推进项目开发企业破产重组或清算，按照最高人民法院关于债务清偿的顺位规定，优先保障购房人合法权益。①

在重庆柏炜锦瑞房地产开发有限公司破产重整案中②，重庆市第五中级人民法院裁定案涉专项借款专项用于已售、逾期、难交付的住宅项目复工续建，应当参照上述银发〔2022〕254 号的规定，“后进先出”，优先获得清偿。此外，专项借款仅用于已售、逾期、难交付的住宅项目复工续建，将其作为共益债务随时清偿，不会损害抵押权人在内的其他债权人权益。已经设定抵押的建筑物部分的价值，也因复工续建而得到提升，根据“谁受益谁付费”的原则，专项借款可以认定为实现担保物权的费用。复工续建后的房屋销售回款优先偿还专项借款，具有合法性。最终法院赋予专项借款和新增配套融资超级优先权。

而江苏省高级人民法院民六庭课题组认为对于专项借款性质不宜直接定性。原则上，因其属于为全体购房人利益产生的政策性借款，应享有不低于共益债务的优先顺位。如专项借款与担保权利产生冲突，可根据原有担保物权效力不及于续建部分及新增建筑物的法律规定，保障专项借款的权利顺位，专项借款出借人请求以复工续建后的房屋销售回款优先偿还其出借款的，人民法院亦应予支持。③

本文认为专项借款和新增配套融资是当前特殊经济环境下纾解房地产项目困境，保障民生的一种阶段性特殊的共益债投资方式。其主要目的不是投资，而是通过为符合条件的房地产企业纾困实现民生保障，是为社会公共利益而向房地产企业提供的借款，且基于添附理论，用专项借款和配套融资续建的部分应当不在已设定抵押权范围内。因此，尽管有《破产法司法解释三》第二条的规定，有条件的给予该类共益债投资超级优先权具有一定合理性。但在抵押权人特别是土地抵押权人（相对于在建工程抵押权人，专项借款和配套融资续建部分对于土地的增值贡献有限）不同意的情况下，给予该类共益债投资完全的超级优先权，优先于全部抵押债权受偿，是否公允合理，值得商榷。

（三）其他共益债投资人对抵押权人优先受偿权利的限制

实践中，对于资金来源非专项借款和配套融

① 参见《关于保交房、保障性住房、老旧小区改造……住房和城乡建设部最新回应！》，载中华人民共和国中央人民政府网，https://www.gov.cn/zhengce/202408/content_6970254.htm，2024 年 11 月 30 日访问。

② 参见重庆市第五中级人民法院（2022）渝 05 破 399 号之一重庆柏炜锦瑞房地产开发有限公司管理人申请批准重整计划案民事裁定书。

③ 江苏省高级人民法院民六庭课题组（执笔人：石肖然、杨磊）：《房地产纠纷风险防范化解与审判疑难问题研究》，载《法律适用》2024 年第 11 期，第 1–14 页。

资的共益债投资，有投资人通过与有财产担保债权人协商取得超级优先权并在重整计划中予以规定，并且获得法院裁定认可的案例，如 2023 年的入库案例余姚世模投资有限公司重整案[①]。享有优先受偿权的债权人分别出具承诺函向重整投资人让渡优先权，赋予重整投资人超级优先权，最终成功引进重整投资款 2 亿元。在有财产担保债权人自愿放弃优先受偿权后，通过重整计划赋予该共益债投资人超级优先权，充分尊重债权人意思自治，实现了法律效果和社会效果相统一。也有在抵押债权人不同意让渡优先权的情况下，通过召开债权人会议形成债权人决议的方式直接给予共益债投资人超级优先权，而后申请法院以决定或复函的方式对债权人会议的决议予以认可的案例。

本文认为，上述第一种情况是在遵守《破产法》和《破产法司法解释三》的前提下，通过相关利益主体平等协商而实现共益债投资的超级优先权，法无明文禁止即可为，该等协商结果不损害任何第三方利益，是相关利益主体意思自治的体现，应当得到尊重和认可。但，上述第二种情况的合法性与合理性值得商榷。一是在抵押债权人不同意让渡优先权的情况下，通过债权人会议决议的方式给予共益债投资人超级优先权，实质上是通过非权利人处置权利人的权利，有多数人暴政之嫌；二是即便考虑共益债投资续建部分对于债务人整体项目资产有增值作用，形式上有利于对全体债权人利益的保护，但实际上这种价值增值是在牺牲抵押权人利益的基础上取得的，因为有相当多的案例中，在重整状态下给予共益债投资人超级优先权后，抵押债权人最终能获得的实际清偿额与清算状态下直接就抵押物变现获得的清偿额差别并不大，这与《破产法》保护担保债权人的抵押物权的精神是相违背的。

四、如何平衡房地产企业破产重整中的共益债投资人与抵押债权人的利益保护

（一）平衡保护的原则

首先，物权优先制度是我国民商法律制度的基石，在目前的法律框架下是不能撼动的制度原则。无论是基于《中华人民共和国民法典》《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》等民事法律规定，还是基于《破产法》《破产法司法解释三》等破产法律规定，在房地产企业破产重整程序中，抵押权人的优先受偿权都应当得到保护。

其次，对于特殊时期特殊情况下，基于社会公共利益保护的现实需求，特别是保障民生，维护社会稳定的现实需求，针对符合条件的房地产项目，由政府或国有金融机构主导提供的专项借款及其配套融资，由于其性质并非单纯投资，更多的是履行社会责任，并且基于保障该等资金的循环利用率的现实需求，在一定条件下给予该等资金一定范围的超级优先权是合理的。但应当完善相关立法。

第三，在破产重整程序中，平衡抵押权人与共益债投资人的利益保护，需要综合考虑法律法规规定、投资人的诉求、各类债权人利益的保护、破产财产的保值增值需求以及破产程序的目标，需要政府、法院、有财产担保债权人、共益债投资人、破产管理人等多方在遵守现有法律规定的

① 参见浙江省余姚市人民法院（2021）浙 0281 破 30 号余姚世模投资有限公司、上海中蕴电子科技有限公司申请破产重整强制清算与破产裁定书。

基础上协同。除上述专项借款和配套融资提供的共益债投资外，在目前的法律框架下，给予共益债投资人超级优先权应当主要基于相关利益方的自主协商。这种协商可以在不损害所有债权人利益的前提下，适当突破现有制度框架，在协商一致的情况下通过重整计划赋予共益债融资款“超级优先”的地位。而不能在未经抵押权人同意的情况下，径直采取债权人会议决议的方式确定，否则，将会扰乱社会经济秩序。

（二）如何平衡共益债投资人与抵押债权人的利益保护

我国破产法律制度本身是舶来品，在破产法律制度不断发展完善过程中，应当关注域外相关法律制度的发展，可以适当借鉴为我所用。

《美国联邦破产法》第 364 条区分四种不同情况，赋予共益债投资三种不同级别的优先权，即与破产费用相同受偿地位优先权、优先于破产费用受偿的优先权、优先于担保债权受偿的优先权。第 364(a)款：债务人在企业一般营运时获取的无担保信用，无需法院批准，该债权与行政费用（即破产费用）居于相同之受偿地位。第 364(b)款：债务人在企业一般营运之外获取的无担保信用，只有在通知、听证并获得法院批准后，该债权才能与行政费用居于相同之受偿地位。第 364(c)款：在债务人无法通过前述两种方式获得资金之情形下，只有在通知、听证并获得法院批准后，债务人获取的无担保信用优先于所有行政费用之受偿顺位或者在有担保负担的财产上提供较后顺位的抵押担保权。第 364(d)款：若债务人无法通过前述三种方式获得资金，且既存担保权人已得到适当保护，此时，在通知、听证并获得法院批准后，债务人获取的信用融资优先于已经存在的担保债权。[①]

未来在我国《破产法》修改过程中，建议立法者参考上述立法技术，建立共益债投资有条件的优先于破产费用和共益债务、优先受偿权人（如消费者购房人和工程价款优先权人等）和有担保债权人受偿的制度，作为相关利益方自主协商制度的补充。该制度应当贯彻利益保护合理平衡原则。

至于实践中具体如何贯彻利益保护合理平衡原则，例如，在确定共益债投资人优先于土地抵押权人受偿的金额范围时，是否可以考虑对共益债投资未来续建完成的工程价值进行测算预估，区分土地和房屋在工程建成前后的价值，作为确定续建工程对土地价值增值金额的参考，从而共益债投资人在增值金额范围内优先于土地抵押权人受偿。如有可能，可通过细化测算预估单元，确定一个动态的优先受偿范围。

此外，归根结底，出现共益债投资人与抵押权人利益激烈冲突的根本原因在于大多数房地产企业进入破产程序时已经严重资不抵债了，偿债资源非常有限，即便能勉强引入共益债投资完成项目续建，项目剩余货值的销售回款在偿还完共益债本息后所剩无几，抵押债权人的优先受偿权受到极大贬损，与破产清算状态下的受偿情况有可能相差并不大。如果能有一种机制促使具备破产原因的房地产企业尽早进入破产重整程序，将在一定程度上缓减上述冲突，增加各方主体协商的空间，有助于重整成功，从而最大限度的保护各方利益。

上海市已经先行先试，2022 年 1 月 1 日起施行的《上海市浦东新区完善市场化法治化企业破

① 丁燕：《论破产重整融资中债权的优先性》，载《法学论坛》2019 年第 3 期， 第 113 页。

产制度若干规定》（上海市人民代表大会常务委员会公告〔十五届〕第九十六号）规定，企业董事、高级管理人员知道或者应当知道本企业出现《中华人民共和国企业破产法》第二条情形的，应当及时采取启动重组、向债权人披露经营信息、提请企业申请预重整或者破产重整、和解、清算等合理措施，避免企业状况继续恶化和财产减损。企业董事、高级管理人员因故意或者重大过失违反前款规定造成企业财产损失，管理人或者债权人主张其在造成损失范围内向企业承担赔偿责任的，人民法院应当予以支持。这是一个有益的探索，未来在《企业破产法》的修订中，立法者可考虑通过强化债务人股东、董事、高级管理人员在债务人出现资不抵债情形后的信息披露义务和破产申请义务，促使债务人尽早进入破产重整程序，在上述权利冲突还不是特别激烈，各方主体仍有协商空间的情况下招募投资人，更加有利于重整成功，也有利于各方利益的保护。

本文上述浅见并不成熟，也不完整，只求起到抛砖引玉的效果，供读者朋友进一步探讨。

参考文献

[1] 贺小荣、葛洪涛、郁琳：《破产清算、关联企业破产以及执行与破产衔接的规范与完善——《全国法院破产审判工作会议纪要》的理解与适用（下）》，载《人民司法·应用》2018 年第 16 期，第 45–52 页。

[2] 王欣新：《破产别除权理论与实务研究》，载《政法论坛》2007 年第 25 卷第 1 期，第 31–47 页。

[3] 梅慎实、谢江东、梁昕：《破产债权清偿顺序亟须优化》，载《董事会》2019 年第 9 期，第 61–64 页。

[4] 江苏省高级人民法院民六庭课题组（执笔人：石肖然、杨磊）：《房地产纠纷风险防范化解与审判疑难问题研究》，载《法律适用》2024 年第 11 期，第 1–14 页。

[5] 丁燕：《论破产重整融资中债权的优先性》，载《法学论坛》2019 年第 3 期，第 113 页。

执行转破产程序研究：制度、实践与优化策略

高文燕

高文燕律师，法学硕士，二级律师，拥有 14 年律师执业经验，曾荣获：“兰州市十佳青年律师”“甘肃省优秀女律师”“兰州市优秀共产党员”“中国共产党兰州市第十四次党员代表大会代表。”等荣誉。擅长处理商业诉讼、企业法律顾问等事务。曾成功代理多起重大案件，为企业挽回巨额经济损失。具备出色的法律分析能力、沟通协调能力和团队合作精神。现为事务所高级合伙人，致力于为客户提供专业、高效的法律服务。

摘　要：本文主要介绍了执行转破产程序制度的概述、国内外制度比较分析、我国执行转破产程序制度现状以及实践中的问题与困境。文章详细阐述了执行转破产程序的定义、特点和国内外制度的差异，分析了我国执行转破产程序制度的法律法规、实践经验和优化策略。同时，文章还深入剖析了执行转破产程序实践中的典型案例和问题，探讨了市场经济波动、法律制度变迁、企业文化与理念对执行转破产程序的影响。针对这些问题，文章提出了完善法律法规体系、提升程序效率、保障各方利益平衡等优化策略，并构建了跨部门协作与信息共享机制。最后，文章强调了企业风险防范与应对策略的重要性，提出了风险识别、评估、防范及应对的全方位策略。文章还展望了未来研究方向，为政府部门的政策制定和相关实践提供了有益参考。

关键词：执行转破产，衔接机制，正当程序

一、引言

在当前的司法实践中，执行转破产程序作为解决债务人无力偿还债务问题的重要途径，其重要性日益凸显。这一程序不仅关乎债权人的权益保护，也直接影响着市场秩序的稳定与经济的健康发展。随着市场经济体制的逐步完善和法治水平的不断提升，执行转破产程序的研究与实践逐渐成为法律领域的重要课题[1]。

（一）研究背景与意义

在传统的司法实践中，执行和破产是两个相对独立的司法程序，各自有着独立的法律地位和操作流程。然而，随着市场经济的发展，债务纠纷日益增多，执行难问题愈发突出。在此背景下，执行转破产程序的引入与探索，为解决执行难问题提供了新的思路和途径。执破融合的概念应运而生，它强调在办案过程中将执行程序和破产程序深度融合，让两种程序自由转换、相关叠加，通过“以执促破”“以破促执”，更好地推进市场主体的转型升级和“出清”。

执破融合的实践意义在于，它能够更加高效地处理债务纠纷，保护债权人的合法权益。在传统的执行程序中，当债务人无力偿还债务时，执行程序往往陷入僵局，无法有效执行。而通过执行转破产程序，可以将债务人的财产进行清算，按照法定程序分配给债权人，从而解决债务纠纷，维护债权人的合法权益。同时，执破融合也有助于优化资源配置，提高市场效率。通过破产程序的介入，可以及时清理僵尸企业，释放市场资源，为优质企业的发展提供空间。执破融合还能够促进市场主体的转型升级，推动经济结构的优化和调整。

从理论层面来看，执行转破产程序的研究也具有重要的学术价值。它有助于完善法律执行体系，推动破产法律的进一步发展。通过深入研究执行转破产程序的制度设计、操作流程和实际效果，可以为立法和司法实践提供有益的参考和借鉴。同时，执行转破产程序的研究也有助于丰富和拓展法学研究的视野和方法，推动法学研究的深入发展。

执行转破产程序的研究不仅具有重要的实践价值，也具有重要的理论意义。在未来的研究中，我们需要进一步深入探讨执行转破产程序的制度设计、操作流程和实际效果，为法律实务提供更为具体和有效的指导。同时，我们也需要加强与国际先进经验的交流与合作，借鉴他国的成功经验，不断完善我国的执行转破产程序制度[2]。

（二）研究范围和方法

本研究将深入探讨执行转破产程序的全面内容，包括其制度设计、实践应用以及优化策略。在具体研究过程中，我们将重点关注执行转破产程序的操作规范、制度缺陷及完善措施，并深入分析其在实际应用中的效果和存在的问题。

在研究范围方面，我们首先对执行转破产程序进行了全面梳理。我们将从多个角度对执行转破产程序进行深入分析。从制度设计的角度入手，探讨执行转破产程序的合理性和有效性。通过对比分析国内外相关制度，我们可以发现执行转破产程序在制度设计上的不足和优势，并为其完善提供有益借鉴。我们将从实践应用的角度，分析执行转破产程序在实际操作中的问题和挑战。通过收集典型案例和数据，我们可以深入了解执行转破产程序在实践中的运行情况和效果，并找出其存在的问题和原因。最后，我们将从优化策略

的角度，提出针对执行转破产程序的改进建议。我们将结合国内外先进经验和实际情况，提出具有可操作性和实效性的优化策略，以推动执行转破产程序的进一步完善和发展。

在研究方法方面，我们将采用多种研究方法，包括文献研究法、案例分析法、实证研方法等。通过查阅相关文献和资料，我们可以了解国内外在执行转破产程序方面的研究进展和成果，为本研究提供理论支持。同时，我们还将通过案例分析，深入了解执行转破产程序在实践中的具体情况和问题，为提出优化策略提供实证依据。我们还将通过实证研方法，对执行转破产程序的效果进行评估和预测，为政策制定和实践操作提供科学依据。在探讨执行转破产程序的优化策略之前，我们先回顾一下该程序的现状和特点[3]。近年来，破产和强制清算案件数量持续增长，且破产衍生诉讼增幅大、案件区域分布不均衡，这成为全区法院面临的共同挑战。然而，破产审判质效在不断提升，案件审理周期逐年缩短，从较长的周期压缩至较短的周期，这反映了司法效率和质量的双重提升。在这种背景下，我们有必要对执行转破产程序进行深入剖析，找出其中的问题和挑战，并提出针对性的优化策略。

在执行转破产程序的实践中，我们发现了一些值得关注的问题。例如，在某些案例中，被执行公司经过财产查控后，发现无可供执行的财产，这时申请执行人会向法院提交破产申请。然而，从申请执行到破产清算的转换过程并不顺畅，往往存在诸多障碍。

执行转破产程序的启动主要依赖于当事人的意愿，尤其是被执行人的意愿。如果被执行人不愿意启动破产程序，那么执行转破产就难以实现。因此，如何丰富执转破案件的启动主体，让被执行人和申请执行人都能成为“执转破”程序的“同等”启动主体，是一个亟待解决的问题。

针对以上问题，我们将在第四章中详细探讨执行转破产程序的优化策略。我们将从制度层面和实践层面出发，提出一系列具体的优化措施和建议，旨在提高执行转破产程序的效率和公正性，降低执行成本和难度，为当事人提供更加便捷、高效的司法服务。

二、执行转破产程序制度概述

（一）执行转破产程序定义及特点

执行转破产程序是债权人或债务人向法院申请启动破产程序，法院将执行程序转入破产程序的一种法律安排。该程序旨在通过法律手段实现债务的公平清偿，保护债权人和债务人的合法权益，具有强制性、公平性和规范性，确保债务处理过程的透明度和公正性。从根本上讲，执行法和破产法可谓系出同源，具有一致性，二者都属于债务清理法体系[3]，两大法系的学者均有赞同执行法和破产法具有本源上的共通性这一观点[4]。对破产法而言，我国虽然没有正式的破产立法，但实践中不乏个人债务清理的尝试[5]。

在执行转破产程序中，债权人可以依据执行程序向法院申请执行债务人的财产，当发现债务人无可供执行的财产时，可以向法院申请启动破产程序。法院在受理破产申请后，会依法组织破产管理人进行财产清算和债务清偿，以实现债务的公平清偿。这一程序的实施，有效地保护了债权人的合法权益，避免了债务人恶意逃避债务的行为。

同时，执行转破产程序也具有公平性和规范性的特点。在破产程序中，所有债权人都有平等

参与清偿的权利，避免了优先受偿或恶意转移资产的情况。破产程序的实施也遵循着严格的法律程序和规定，确保了债务处理过程的透明度和公正性。

在执行转破产程序的实际操作中，还面临着一些挑战和问题。例如，如何有效衔接执行程序和破产程序，确保程序的顺畅进行；如何合理确定破产管理人，保证其专业性和公正性；如何平衡债权人和债务人的利益，确保公平清偿债务等。为了解决这些问题，需要不断完善相关法律法规和制度，加强执行转破产程序的规范化和专业化建设。

执行转破产程序是债权人或债务人向法院申请启动破产程序的一种重要法律安排，旨在通过法律手段实现债务的公平清偿，保护债权人和债务人的合法权益。该程序具有强制性、公平性和规范性，是市场经济体系中的重要法律制度之一。

（二）国内外制度比较分析

严格来说，我国执行转破产程序脱胎于司法实践，在国内，执行转破产程序制度主要体现在《企业破产法》等相关法律法规中。这一制度注重保护债权人的利益，通过强制清算和债务重组等方式，实现债务的有效处置。然而，在执行转破产程序制度方面，国内外存在一些显著的差异。

在国内，债权人方面，由于担心破产程序的启动会使所有债权人平等共享被执行企业的财产，其受偿比例和额度可能会降低，因此部分债权人会对被执行企业的履行能力恢复持乐观态度。而债务人方面，则担心企业进入破产会影响其运转，同时会打击市场、企业管理人员和员工的信心。执行法院方面，由于破产案件办理难度大、周期长，往往会倾向于让执行程序优先进行。这种倾向在一定程度上影响了执行转破产程序制度的实施效果[6]。

相比之下，国外在执行转破产程序制度方面更为成熟。一些发达国家如美国、英国等，拥有较为完善的破产法律体系。这些国家注重保护债权人和债务人的权益，通过灵活的破产机制实现债务的有效处置。例如，在美国，企业破产法规定了详细的破产程序和债权人权益保护机制，使得债权人能够在破产程序中获得更为公平的受偿。同时，国外的破产程序也更加注重市场经济的自我调节和灵活应对，能够更好地适应市场经济的变化。

国内外在执行转破产程序制度方面存在差异，但也有一些共同点。国内外制度都致力于保护债权人和债务人的权益，实现债务的有效处置。然而，在具体实施上，国内外制度在目标、原则、操作方式等方面也存在一些差异。这些差异反映了不同国家和地区在经济发展、法律体系、市场环境等方面的差异，也为我们提供了借鉴和参考[6]。

（三）我国执行转破产程序制度现状

在法律法规方面，我国执行转破产程序制度主要依据《企业破产法》和《民事诉讼法》等法律法规进行规范。这些法律法规为执行转破产程序提供了基本的法律框架和依据，使得在执行和破产程序之间实现了有效衔接。例如，在执行过程中，当发现被执行人无可供执行的财产时，执行法院可以将案件移送破产法院，启动破产程序，对被执行人的财产进行清算和分配[7]。这不仅保护了债权人的合法权益，也促进了社会资源的优化配置。

在实践经验方面，近年来，我国在执行转破

产程序方面积累了丰富的实践经验。法院在执行转破产程序中发挥了积极作用，通过加强执行力度，提高执行效率，为破产程序的顺利进行提供了有力保障。政府、企业等多方主体也积极参与其中，形成了良好的工作氛围。在执行转破产程序中，各方主体共同努力，相互配合，成功处理了多起重大破产案件，取得了显著成效。

一些地方法院在实践中还尝试将破产清算的理念引入执行程序，通过整合执行资源和优化执行流程，实现了执行和破产程序的深度融合。例如，李某申请执行内蒙古某煤炭运销有限责任公司合同纠纷一案，经过执行法院的财产查控，发现被执行人无可供执行的财产，后申请执行人向法院提交对被执行人的破产申请，法院经审查后立案受理，启动了破产程序。这种执行转破产的程序不仅解决了执行难的问题，也促进了破产企业的有序退出和市场资源的优化配置。

虽然我国执行转破产程序制度在法律法规和实践经验方面都取得了一定的进展和成效。然而现有讨论的重点多在于如何助力僵尸企业退场、破解执行难等问题随着市场经济的深入发展不断凸显，我们还需要进一步加强法律法规的建设和完善，加强执法力度，提高破产案件的审理效率。同时，也需要加强与国际社会的交流与合作，借鉴国际先进经验和技术，推动我国执行转破产程序制度的不断优化和发展。

三、执行转破产程序实践分析

（一）典型案例剖析

在探讨执行转破产程序的实践中，我们可以发现两个截然不同的案例，它们分别展示了该程序在帮助企业摆脱困境和因处理不当而引发更大危机方面的双重作用。

在某地，一家煤炭运销公司因资金链断裂，无法清偿债务，导致债权人纷纷向法院申请执行[8]。在执行过程中，法院发现该公司已无实际可执行财产，若继续执行将难以保障债权人的合法权益。此时，债权人向法院提出对该公司进行破产清算的申请。法院依法将案件移送至破产法庭，并启动了执行转破产程序。通过该程序，公司的财产得到了有序清算，债权人获得了合理的清偿，公司的债务问题得到了有效解决。同时，该公司也通过破产程序实现了资源的重新整合，为未来的重生奠定了基础。这一案例充分展示了执行转破产程序在解决企业债务问题、保护债权人利益、优化资源配置等方面的积极作用。

然而，在另一案例中，一家不锈钢有限公司同样面临了债务危机。在申请破产清算前，该公司的土地及厂房已被法院依法拍卖，但拍卖所得剩余钱款尚未执行分配。在执行转破产程序启动后，由于管理人未及时接管公司财产，导致这部分资金被错误地分配给了其他债权人。最终，该公司的破产清算无法顺利进行，债权人的权益也受到了严重损害。这一案例揭示了执行转破产程序中可能存在的问题，如管理人指定不及时、财产交接不顺畅等，都可能导致程序无法顺利进行，甚至引发更大的法律纠纷[9]。

以上两个案例表明，执行转破产程序虽然为企业提供了一种解决债务问题的途径，但也需要在实际操作中注意细节，确保程序的合法性和有效性。

（二）实践中的问题与困境

在执行转破产的实践中，诸多问题与困境凸显出来，主要体现在宣传普及不足、法律制度不

完善和跨部门协作不畅三个方面。

宣传普及不足导致公众对执行转破产程序了解不够。这一问题的根源在于对执行转破产的知识普及和宣传教育不足，使得许多当事人对破产程序的认识存在误区，误以为申请破产就等于企业“破产”，而忽视了其作为解决债务问题的一种法律手段。这种认知上的偏差导致了执行转破产程序的接受度和使用率较低，从而增加了实施的难度。因此，加强宣传普及，提高公众对执行转破产程序的认识和理解，是解决这一问题的关键。

法律制度不完善也是执行转破产过程中的一个重要问题。尽管执破融合的概念在“执行难”背景下提出，但在实际操作中，执行和破产仍被视为两个相对独立的司法程序，两者之间的衔接和转换存在诸多法律障碍。例如，在执行转破产的案件中，如何确定破产程序的启动主体、如何保护债权人的合法权益、如何分配破产财产等问题都缺乏明确的法律规定。这些法律漏洞不仅增加了执行转破产程序的复杂性和不确定性，也损害了当事人的合法权益。因此，完善相关法律制度，明确执行转破产的程序和规则，是保障执行转破产程序顺利实施的重要措施。

跨部门协作不畅也是执行转破产过程中的一个突出问题。执行转破产程序涉及法院、债权人、债务人、管理人等多个部门和机构，需要各部门之间的密切配合和协作。然而，在实际操作中，由于各部门之间的职责分工不明确、信息传递不畅等原因，导致执行转破产程序中的诸多环节出现脱节和延误。这不仅影响了执行转破产程序的效率和效果，也损害了当事人的合法权益。因此，加强跨部门协作，明确各部门在执行转破产程序中的职责和任务，建立有效的信息沟通和协作机制，是保障执行转破产程序顺利进行的重要保障。

（三）影响因素及成因探讨

在执行转破产程序的实施过程中，多种因素共同影响着其效果与进展。首要的是市场经济波动所带来的不确定性。市场经济环境的变动直接影响企业的经营状况与还款能力，从而间接决定了执行转破产程序的适用频率与效果。在经济下行或市场动荡时期，企业经营风险加大，资金链紧张，执行难度增加，转破产成为企业摆脱困境、寻求重组的重要途径。然而，在市场回暖或经济稳定时，企业可能更倾向于通过执行程序解决债务问题，转破产的需求则相对减少。

法律制度的变迁也对执行转破产程序产生了深远影响。随着破产法等相关法律法规的完善，破产程序的透明度、效率与公正性得到提升，为执行转破产提供了更为明确的法律框架与操作指南。然而，新法律的出台与旧有规定的废止，也可能导致执行转破产程序在衔接上出现空白或冲突，需要司法机关与相关部门不断协调与调整，以适应新的法律环境。

企业文化与理念同样对执行转破产程序产生着不可忽视的影响。企业在面对执行与破产的抉择时，其内部的文化与理念往往起到决定性作用。一些企业注重长远发展与社会责任，愿意通过破产程序进行重组与重生；而另一些企业则可能更倾向于逃避债务，试图通过执行程序拖延时间或转移资产。这种企业文化与理念的差异，直接影响了执行转破产程序的实施效果与效率。

四、执行转破产程序优化策略

（一）完善法律法规体系建议

加具体的实施细则，以规范程序转换的流程、

标准和要求。这些细则应包括执行案件的筛选在完善执行转破产程序的法律法规体系方面，首先需要明确执行转破产程序的具体法律依据。由于破产程序的启动主要依赖于当事人的意愿，因此建议在修订相关法律法规时，将被执行人和申请执行人视为“执转破”程序的“同等”启动主体，以便其能够化被动为主动，更好地去救济和维护自己的权益。同时，应明确执行转破产程序的具体规定，包括程序启动、案件受理、管理人指定、财产交接、债务清偿等环节，以确保程序的有序进行。制定统一的执行转破产程序实施细则也至关重要。由于执行转破产程序的实际情况较为复杂，需要在法律框架内制定更标准、破产管理人的选任与职责、财产查封与解除、债权人会议的召开等具体内容[7]，以便在执行转破产程序中能够有章可循，提高程序转换的效率和公正性。

另外，建立健全执行转破产程序的监督机制也是确保程序合法、公正、有效运行的重要保障。例如，可以设立专门的监督机构或委员会，对执行转破产程序进行监督和指导；同时，也可以引入社会监督机制，如债权人、债务人等利益相关者的监督，以及媒体和公众的监督，以促进程序的透明度和公正性。通过这些措施的实施，可以进一步推动执行转破产程序的规范化、专业化和市场化进程，为优化营商环境、促进经济高质量发展提供有力保障。

（二）提升程序效率措施研究

在提升执行转破产程序效率方面，采取多种措施是关键。应优化执行转破产程序的启动方式。在执行程序中，及时识别债务人的破产风险，通过简化启动程序、合理设置启动条件等方式，降低程序转换的门槛，提高程序启动的效率。具体来说，可以设置明确的财务指标或执行标的额，作为执行转破产程序的启动标准，避免程序转换的滞后和过度。同时，加强执行法官和破产管理人的沟通与协作，确保执行程序与破产程序的顺利衔接，避免程序转换的重复和浪费。

加强法院内部协作与配合至关重要。在执行转破产程序中，执行部门与破产部门之间的协作与配合直接影响程序转换的效率和顺畅性。因此，应建立信息共享、工作衔接机制，确保执行信息和破产信息的及时传递和共享。例如，执行法官在冻结银行账户资金、查询被执行人财产线索时，应及时将相关信息移交给破产管理人，以节省破产管理人查询和处置财产的时间。同时，破产管理人应积极参与执行程序，协助执行法官查找和处置债务人的财产，提高法官审理破产案件的效率。

引入科技手段是提高执行转破产程序效率的重要途径。随着现代信息技术的发展，电子化办案系统、智能辅助办案工具等科技手段在执行转破产程序中发挥了重要作用。通过科技手段，可以实现执行信息的实时共享、财产的自动查询和处置、程序的自动化处理等功能，大大提高执行转破产程序的办案效率和质量。同时，科技手段的应用还可以减少人为因素的干扰和误判，提高程序转换的准确性和公正性。

（三）保障各方利益平衡举措

在执行转破产程序中，保护各方合法权益并协调各方利益以实现平衡，是确保程序顺利进行的重要前提。这一过程中，既需要保护债权人的合法权益，确保债权人能够依法参与破产程序并得到有效补偿，也要保障债务人的合法权益，确保债务人在破产程序中能够得到公正对待和合法处理。

保护债权人的合法权益至关重要。在破产程序中，债权人往往是最主要的受损方，他们的权

益应当得到充分的保障。为此，应当完善执行转破产程序的相关规定，确保债权人能够依法参与破产程序，行使自己的权利。例如，在破产程序开始前，应当通知所有已知的债权人，并为其提供充分的机会来申报债权。同时，破产程序应当公开透明，确保债权人的知情权得到保障。在破产程序进行中，债权人应当依法享有对债务人财产的优先受偿权，以确保其债权得到最大程度的实现。

保障债务人的合法权益同样重要。在执行转破产程序中，债务人往往处于较为弱势的地位，其合法权益容易受到侵害。因此，应当加强对债务人的保护，确保其在破产程序中能够得到公正对待和合法处理。例如，在破产程序开始前，应当给予债务人一定的自救时间，让其有机会通过重组、协商等方式解决债务问题。在破产程序进行中，应当充分尊重债务人的合法权益，确保其能够依法行使自己的权利，如提出异议、申请重整等。

协调各方利益以实现平衡是执行转破产程序的核心目标。在执行转破产程序中，债权人、债务人、法院等各方都有各自的利益诉求，需要通过协商和妥协来实现平衡。为了实现这一目标，可以借鉴一些成功的做法和经验。例如，可以建立债权人委员会或债权人会议等机制，让债权人能够参与到破产程序中来，共同决策和协商相关事宜。同时，法院也应当在执行转破产程序中发挥积极作用，依法行使职权，维护各方合法权益，促进社会稳定和经济发展。

五、跨部门协作与信息共享机制构建

（一）跨部门协作重要性及现状分析

在执行转破产程序中，跨部门协作的重要性与现状均值得深入剖析。从重要性角度来看，跨部门协作是确保执行转破产程序高效运行的关键。执行转破产程序是一个复杂而耗时的过程，它涉及法院、检察院、公安机关、市场监管局等多个部门的协作与配合。这些部门在各自的专业领域内拥有独特的资源和优势，如法院的法律判决权、检察院的监督权、公安机关的强制执行权以及市场监管局的注册登记权等。通过加强跨部门协作，可以充分发挥这些资源和优势，形成合力[10]，提高执行转破产程序的效率和效果。

然而，从现状分析来看，执行转破产程序中的跨部门协作仍存在一些问题。部门之间的信息共享机制不够完善。由于各部门之间的信息系统相对独立，导致信息共享不畅通，出现重复劳动和资源浪费的情况。例如，在执行过程中，法院可能需要多次查询被执行人的财产线索，而市场监管局等部门也拥有相关的信息查询权限，但由于信息共享不畅，法院往往需要重复进行查询工作。部门之间的协作机制不健全。在执行转破产程序中，各部门之间的协作往往缺乏明确的责任划分和有效的协调机制，导致协作效率低下。例如，在执行案件转为破产案件后，法院与破产管理人之间的交接工作往往存在衔接不畅的问题，影响了破产程序的顺利进行。

因此，为了进一步提高执行转破产程序的效率和效果，必须加强跨部门协作。具体而言，可以从以下几个方面入手：一是建立完善的信息共享机制，实现各部门之间的信息互通和资源共享；二是明确各部门的职责和协作机制，避免重复劳动和资源浪费；三是加强各部门之间的沟通与协调，及时解决协作过程中出现的问题和困难；四是加强对跨部门协作的监督和评估，确保协作的顺利进行和取得实效。通过这些措施的实施，可以进一步推动执行转破产程序的顺利进行，为化

解执行积案、助企脱困重生提供有力保障。

（二）协作与共享机制实施保障

协作与共享机制的实施需要一系列保障措施，以确保机制的顺利运行和有效执行。以下是一些具体的建议。

在法律法规层面，应完善相关法律条款，为协作与共享机制提供坚实的法律保障。在执行转破产程序的过程中，要明确各部门之间的职责分工和协作方式，避免程序转换的混乱和重复劳动。同时，要建立健全的法律体系，确保协作与共享机制在执行过程中有法可依、有章可循[11]。

在政策支持方面，政府应出台相关政策，鼓励和支持各部门在执行转破产程序中加强协作和共享。例如，可以设立专项基金，用于奖励在协作与共享机制中表现突出的部门和人员。同时，要建立健全的激励机制，激发各部门和人员的积极性和创造力，推动协作与共享机制的深入实施。

还需要建立有效的监督检查机制，确保协作与共享机制的顺利实施。要设立专门的监督机构，对各部门在执行转破产程序中的协作和共享情况进行监督和检查。对于存在问题的部门和人员，要及时进行纠正和处理，确保机制的严肃性和公正性。同时，要加强信息公开和透明度，让社会各界了解协作与共享机制的进展和成效，增强公众对机制的信任和支持。

通过以上措施的实施，可以确保协作与共享机制在执行转破产程序中发挥更大的作用，实现市场主体“挽救”和涉企案件及时“出清”的多重成效[12]。

六、企业风险防范与应对策略

（一）企业风险识别及评估方法论述

在企业风险管理的全过程中，风险识别及评估方法占据至关重要的地位。它不仅能够帮助企业准确识别出潜在的风险因素，还能够通过科学的评估方法为企业提供有效的风险应对策略。以下将从法律法规遵循、市场风险分析、财务风险评估和运营风险识别四个方面，详细阐述企业风险识别及评估方法。

1.法律法规遵循

法律法规是企业经营的基础，任何违反法律法规的行为都可能给企业带来严重的法律风险。因此，企业必须对相关的法律法规进行深入研究，并建立起一套完整的法规遵循体系。这包括环保法规、安全法规、税务法规等多个方面。企业需要定期审查自身业务是否符合相关法律法规的要求，及时发现并纠正可能存在的违规行为。同时，企业还应关注法律法规的动态变化，及时调整经营策略，以确保企业始终处于合规经营的状态。

2.市场风险分析

市场风险是指由于市场环境的变化而导致企业损失的可能性。企业需要对市场动态进行密切关注，分析市场需求、竞争态势和价格波动等因素对企业经营的影响。这要求企业具备敏锐的市场洞察力和数据分析能力。通过市场调研和数据分析，企业可以及时发现市场趋势和潜在风险，并制定出相应的应对策略。例如，当市场需求下降时，企业可以调整产品结构，优化营销策略，以减少库存积压和市场风险。

3.财务风险评估

财务风险是企业经营过程中不可忽视的重要风险之一。企业需要对其财务情况进行全面评估，包括财务报表分析、成本控制和资金运作等方面。财务报表分析可以帮助企业了解自身的财务状况和盈利能力，成本控制则能够降低企业的经营成

本，提高利润率。同时，企业还需要关注资金运作的稳健性，确保资金链条的畅通。通过财务风险评估，企业可以及时发现潜在的财务风险，并采取相应的措施进行防范和应对。

4.运营风险识别

运营风险是指企业在运营过程中可能面临的各种风险，如生产中断、供应链断裂等。这些风险可能对企业的正常运营造成严重影响，甚至可能导致企业停产或倒闭。因此，企业需要建立完善的运营风险识别机制，对可能出现的运营风险进行预测和预防。这包括加强生产管理、优化供应链体系、提高员工素质等多个方面。通过有效的运营风险管理，企业可以降低运营风险的发生概率，确保企业的稳定运营和发展[12]。

（二）风险防范措施制定与实施指导

在风险防范措施的制定与实施指导中，需要建立健全风险管理体系，确保风险管理的高效性和有效性。这涉及到多个层面的工作，首先是完善风险管理制度。通过制定全面的风险管理制度，明确风险管理流程、责任分工以及具体的风险应对措施，可以确保风险管理的各项工作有序进行。同时，加强内部风险控制也是必不可少的。通过完善内部控制体系，加强对财务、采购、销售等关键环节的控制，可以有效降低风险发生的概率。例如，对于采购环节，可以建立严格的供应商筛选和评估机制，确保采购的产品和服务质量可靠，减少因质量问题引发的风险。

建立风险预警机制也是风险防范的重要一环。通过监测风险指标，及时发现可能存在的风险事件，并采取相应的预警措施，可以为风险应对赢得宝贵的时间。例如，在财务方面，

可以建立财务预警系统，实时监控企业的财务状况，一旦发现异常，及时采取措施进行调整，避免财务风险的发生。

多元化风险应对策略也是必不可少的。不同的风险类型需要不同的应对策略，因此，需要制定多元化的风险应对策略，提高风险应对的灵活性和有效性。例如，对于市场风险，可以通过调整市场策略、加强市场调研等方式来应对；对于技术风险，可以通过技术升级、加强研发等方式来应对。通过这些多元化的风险应对策略，可以更好地应对各种风险，确保企业的稳健发展。

（三）应对策略调整与优化建议

在风险应对策略部署上，应根据风险变化情况，及时调整策略部署，确保策略的有效性和适应性。这要求企业在制定风险应对策略时，不仅要考虑当前的风险状况，还要预测未来的风险趋势，确保策略的前瞻性和灵活性。而“执破融合”机制正是通过执行程序与破产程序的有效融合，实现了对风险的及时响应和有效处理。

在风险资源配置上，应根据风险评估结果，优化资源配置，提高资源利用效率和使用效果。这包括在风险识别、评估、应对和监控等各个环节，合理分配人力、物力和财力资源，确保风险管理的全面性和有效性。而“执破融合”机制通过减少程序转换的时间和成本，实现了资源的优化配置和高效利用。

同时，加强风险沟通与合作也是必不可少的。企业应建立有效的风险沟通机制，确保内部信息的畅通和外部合作的紧密。这包括与债权人、供应商、客户等利益相关者的沟通，以及与政府部门、行业协会等外部机构的合作。而“执破融合”机制通过执行与破产程序的融合，促进了债权人、债务人和其他利益相关者的有效沟通，提高了风

险应对的协同性和效率。

应持续改进风险管理流程，不断总结风险管理经验，改进风险管理流程，提高风险管理水平。这包括完善风险管理制度、加强风险管理培训、提高风险管理人员的素质等。而“执破融合”机制通过创制、优化和完善规章制度衔接，形成了一套完整的风险管理流程，为企业提供了宝贵的风险管理经验和借鉴。

七、结论与建议

在执法转破产程序制度的实践中，各地法院积极探索，不断创新，以期更好地发挥其作用。嘉禾法院推行的“执破融合”改革模式便是一个典型的案例。该模式通过执行程序与破产程序的有效融合，实现了“执助破，以破促执”的目标，减少了程序转换的时间和成本，提高了效率。具体而言，嘉禾法院将被执行人和申请执行人视为“执转破”程序的“同等”启动主体，这有助于化被动为主动，让他们更好地去救济和维护自己的权益。这种做法在一定程度上丰富了执转破案件的启动主体，使得破产程序的启动更加灵活，更加符合当事人的意愿。[4]这一模式为其他地区的法院提供了有益的参考，也为我们深入研究执法转破产程序制度提供了新的视角和思路。通过不断地实践和探索，我们可以进一步完善执法转破产程序制度，更好地解决债务问题，优化资源配置，推动经济社会的健康发展。在“执转破”政策的实施与实践中，本研究提出了一系列具体且富有实践价值的建议[5]。从制度完善的角度来看，建议丰富执转破案件的启动主体。在传统的破产程序中，破产的启动主要依赖于债务人的意愿或债权人的申请，而在“执转破”的框架下，可以考虑将被执行人和申请执行人视为“执转破”程序的“同等”启动主体。这一建议旨在让双方都能化被动为主动，更积极地参与到程序中来，从而更好地去救济和维护自己的权益。同时，对于程序的优化，建议将执行程序和破产程序进行深度融合，实现“以执促破”和“以破促执”的良性互动。这种深度融合并非简单的叠加，而是要在实践中找到两者的最佳结合点，让两者在相互促进中共同推进市场主体的转型升级和“出清”。

本研究还对实践应用进行了深入指导。对于执法机关来说，应充分认识到“执转破”政策的重要性和实践意义，积极转变执行理念，加强与破产法院的沟通与协作，确保程序的顺畅衔接。对于企业而言，则应提前了解“执转破”政策的相关规定和操作流程，以便在需要时能够及时、准确地运用这一制度来维护自己的合法权益。通过本研究的指导，实践主体可以更加清晰地理解“执转破”政策的内涵和实质，从而在实践中更好地运用这一制度。

本研究还为法律法规的制定与修订提供了有益的参考。在当前“执行难”的背景下，如何完善“执转破”制度，使其更加符合市场需求和司法实践的需要，是一个亟待解决的问题。本研究通过深入分析现有制度的不足和实践中的问题，提出了具有针对性和可操作性的建议，为法律法规的制定与修订提供了有力的支持。通过这些建议的采纳和实施，有助于推动“执转破”制度的法制化、规范化进程，为市场经济的健康发展提供更加有力的制度保障。

参考文献

[1] 吴如巧、贾峰：《执行难问题的解决及对优化营商环境的贡献》，载《民主与法制时报》，2022 年 10 月 13 日，第 6 版。

[2] 王富博：《关于〈最高人民法院关于执行案件移送破产审查若干问题的指导意见〉的解读》一文详细介绍了《执转破指导意见》的制定背景及制定过程，并对具体规则如何理解及适用进行了解读。

[3] 何欢：《债务清理上破产法与执行法的关系》，载《法学研究》2022 年第 3 期。

[4] 参见徐国栋：《罗马破产法研究》，载《现代法学》2014 年第 1 期。

[5] 参见［德］弗里茨·鲍尔等：《德国强制执行法》上册，王洪亮等译，法律出版社 2019 年版，第 81 页，第 447 页。

[6] 参见江必新：《比较强制执行法》，中国法制出版社 2014 年版，第 3 页。

[7] 徐阳光：《执行与破产的功能界分与制度衔接》，载《法律适用》2017 年第 11 期。

[8] 法治护航|衡山法院发布优化营商环境典型案例澎湃新闻 2024 年 11 月 26 日 https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_29466254

[9] 法治护航|衡山法院发布优化营商环境典型案例澎湃新闻 2024 年 11 月 26 日 https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_29466254

[10] 武汉青山法院:蹚出“新路子”答好“发展题”百家号 2024 年 11 月 16 日 https://baijiahao.baidu.com/s?id=1816475076438456656&wfr=spider&for=pc

[11] 武汉青山法院:蹚出“新路子”答好“发展题”人民网 2024 年 11 月 23 日 http://hb.people.com.cn/n2/2024/1123/c192237-41051993.html

[12] 湖南嘉禾:推行“执破融合”机制释放破产审判最大效能百家号 2024 年 11 月 22 日 http://baijiahao.baidu.com/s?id=1816541368911574380&wfr=spider&for=pc

“生态修复”视角下矿产资源法与生态环境保护民事公益诉讼制度对比研究

王海军，袁杰

王海军，北京德和衡律师事务所高级权益合伙人，北京市律协能源自然资源与环保专业委员会主任，主要执业领域为政府法律顾问、环境资源、知识产权。自 2016 年起担任生态环境部法律顾问，参与了许多立法项目，处理了大量与环境保护有关的行政复议和行政诉讼案件。同时，他也担任国家国际发展合作署、国家信访局等国家部委、政府机关的法律顾问。王海军律师曾代理康菲漏油案、腾格里沙漠污染案、木里矿区生态损害赔偿等知名诉讼案件，其代理的案件曾入选最高人民法院典型案例。

袁杰，北京德和衡律师事务所执业律师，专注于环境资源、知识产权、医药上市领域。在最高人民法院及各地法院、国内多家仲裁机构，成功处理了大量案件，涵盖生态环境保护民事公益诉讼、知识产权纠纷、医药行政诉讼及保险金融合同纠纷等。袁律师以其专业能力和实践经验，为客户提供高效、优质的法律服务。

摘　要：矿产资源开发在促进经济发展的同时，也带来了严重的生态环境问题。为应对这一挑战，2024 年 11 月 8 日审议通过的《中华人民共和国矿产资源法（修订）》（以下简称“新《矿产资源法》”）中增加了“生态修复”章节，明确了矿产开发企业的修复责任。本文通过对新《矿产资源法》中“生态修复”条款的详细分析，探讨了其法律基础、适用范围及实施效果。同时，本文对比了生态环境损害赔偿和环境公益诉讼中的修复义务，分析了不同制度在修复生态环境方面的异同和优势。研究发现，新《矿产资源法》中的“生态修复”条款主要针对矿区及其直接影响区域，具有较强的针对性；而生态环境损害赔偿和环境公益诉讼则适用于更广泛的生态环境损害事件，法律约束力更强。然而，这些制度在实际执行中仍面临修复标准不明确、执行责任分散、跨区域协调难等挑战。为此，本文提出了进一步明确修复标准、加强跨部门协调、完善修复费用核算和执行效果监督机制、推广替代性修复等创新方式的法律建议。通过综合运用多种法律工具，可以更好地实现矿产资源开发与生态环境保护的平衡，为我国生态文明建设提供坚实的法治基础。

关键词：生态修复　矿产资源法　生态环境损害赔偿　环境民事公益诉讼

一、引言

生态环境的保护和修复在国家治理和可持续发展中起着至关重要的作用。随着工业化和城市化进程的加快，环境污染和生态破坏问题日益严重，特别是在矿产资源的开发利用过程中，对生态环境的影响尤为突出。矿产资源的开发不仅关系到国家经济的发展，还直接关系到人民的生活质量和生态安全。因此，如何在矿产资源开发的同时有效保护和修复生态环境，成为一个亟待解决的问题。

笔者团队办理的全国最大金额的生态环境损害赔偿案件——“木里矿区生态赔偿案”中，企业即提出《矿山地质环境保护规定》等法规规定的义务为“复垦”，也就是采取整治措施，使其达到可供利用状态的活动，而不是“恢复原状”——将木里矿区恢复为原有的高山草甸生态区。因此，就煤矿开采区在采矿企业退出时应当承担的责任范围和内涵，实践中存在着较大争议。新《矿产资源法》增加了“生态修复”条款，明确了矿产开发活动中的修复责任，为未来的矿业开发和生态保护提供了法律依据。这一条款的出台，标志着我国在矿产资源开发与生态环境保护方面迈出了重要一步。与此同时，生态环境保护民事公益诉讼制度（包括生态环境损害赔偿和环境公益诉讼）作为生态保护的重要法律工具，也在实践中逐渐完善和发展。这些制度通过明确修复义务，确保受损生态系统得到有效恢复，为环境保护提供了有力支持。本文将对比新《矿产资源法》中“生态修复”条款与生态环境保护民事公益诉讼制度中的修复义务，探讨其法律基础、适用范围及实务挑战，分析两种制度在修复生态环境方面的实施效果和适用边界。

二、新《矿产资源法》中的“生态修复”条款分析

（一）生态修复的背景和重要性

生态修复是指通过人为干预措施，恢复和重建受损的生态系统，使其恢复到接近或达到原有生态功能的状态。矿产资源开发常常伴随着地质破坏、植被消失、水土流失等一系列环境问题，这些问题不仅影响当地的生态环境，还可能对周边地区的水文、土壤和生物多样性造成长期的负面影响。因此，生态修复在矿业领域显得尤为重要。

在国际上，许多国家已经建立了较为成熟的矿产开发生态修复法律框架。例如，美国的《露天采矿管理与复垦法》（SMCRA）明确规定了矿产开发企业在开采前后必须履行的生态修复义务。这些法律不仅要求企业在开采过程中采取必要的环境保护措施，还要求在开采结束后进行全面的生态恢复。[①]澳大利亚的（Mining Act 1978）对此也有类似规定。[②]这些国际经验为中国矿产资源法的修订提供了有效参考。

在中国，随着生态环境保护意识的提高，矿产资源开发中的生态修复问题逐渐受到重视。新《矿产资源法》中增加“矿区生态修复”一章，旨在通过法律手段确保矿产开发活动对生态环境的影响得到有效控制和修复。新增章节的出台，体现了国家对矿产资源开发与环境保护并重的坚

① 参见曹学章.、刘庄、唐晓燕.:《美国露天采矿环境保护标准及其对我国的借鉴意义》，载《生态与农村环境学报》2006 年第 4 期,第 94–96 页。

② 参见宋国明：《澳大利亚矿产资源的勘探开发管理》，载《矿产保护与利用》1990 年第 1 期。

定决心。

（二）“生态修复”条款的具体内容、立法意图和适用范围

新《矿产资源法》的“生态修复”条款主要包括以下几个方面的内容：一是事前规划：要求矿产开发企业在项目立项前必须进行详细的生态环境影响评估，制定科学合理的生态修复计划。评估内容应包括地质条件、植被分布、水文状况等，确保开发活动不会对生态环境造成不可逆转的损害。二是事中保护：在矿产开发过程中，企业必须严格执行生态环境保护措施，减少对周围环境的破坏。这包括但不限于设立防护带、控制废水排放、防止土壤侵蚀等。企业还需定期向环保部门报告生态环境保护情况，接受监督检查。三是事后恢复：矿产开发结束后，企业必须按照事先制定的生态修复计划，对受损的生态系统进行恢复。恢复措施应涵盖植被恢复、土壤改良、水体治理等方面，确保矿区及其周边环境恢复到开发前的状态或达到更好的生态水平。

新《矿产资源法》中的“生态修复”条款很好地体现了“谁开发，谁修复”的基本原则。矿产开发企业不仅要追求经济效益，还要承担相应的社会责任，确保生态环境不受损害。通过明确修复责任，促进矿产资源开发与生态环境保护的协调发展，实现可持续发展目标。并且，在适用范围方面，“生态修复”条款不仅适用于矿区内部，还扩展到矿区周边的生态敏感区域。这意味着矿产开发企业不仅要关注直接开采区的生态环境保护，还要考虑开采活动对周边环境的潜在影响。这一规定大大扩展了“生态修复”条款的适用范围，有助于全面保护和恢复受矿产开发影响的生态系统。

（三）国际比较与中国特色

与国际立法相比，新《矿产资源法》中的“生态修复”条款具有以下特点：第一是强制性与政策性结合：中国在矿产资源开发的生态修复条款中，更加注重对企业修复责任的直接约束，而非单纯依赖财政补贴或第三方修复。这种强制性责任承担模式，确保了生态修复工作的有效实施。[①]相比之下，一些国家（如澳大利亚）虽然也有严格的生态修复要求，但在具体实施中更多依赖市场机制和财政激励。第二是行政监管与社会监督相结合：中国矿产资源法中的“生态修复”条款强调行政监管部门的监督作用，同时鼓励社会公众参与监督。环保部门负责监督企业的生态修复工作，确保修复计划得到全面落实。[②]此外，社会公众可以通过举报、投诉等方式，对企业的生态环境保护行为进行监督，形成全社会共同参与的良好局面。第三是地方特色与灵活性：中国幅员辽阔，各地生态环境条件差异较大。因此，新《矿产资源法》中的“生态修复”条款允许地方根据实际情况制定具体的实施细则。这种灵活性使得生态修复工作能够更好地适应不同地区的生态环境特点，提高修复效果。

三、生态环境保护民事公益诉讼中的修复义务

（一）法律依据

生态环境保护民事公益诉讼（包括生态环境损害赔偿和环境公益诉讼）是生态保护的重要法

① 参见郭琳琳、杜雪明：《人与自然和谐共生现代化视阈下矿区生态修复制度优化：以<矿产资源法>修订为契机》，载《中国矿业》2023年第S2期。

② 参见王岭：《矿产资源法修订草案二审：促进矿业绿色、高质量发展》，载《中国人大》2023年第13期。

律工具，其法律依据主要包括《中华人民共和国民法典》《生态环境损害赔偿制度改革方案》等相关法律法规。这些法律文件为生态环境保护提供了坚实的法律基础。

首先，《中华人民共和国民法典》第一千二百三十四条明确规定了生态环境损害赔偿制度，要求因污染环境、破坏生态造成他人损害的，侵权人应当承担侵权责任。这一规定为生态环境损害赔偿提供了基本法律依据。其次，由中央办公厅、国务院办公厅发布《生态环境损害赔偿制度改革方案》，旨在通过改革生态环境损害赔偿制度，建立健全生态环境损害赔偿机制。方案明确了生态环境损害赔偿的适用范围、赔偿责任主体、赔偿程序等内容，为生态环境损害赔偿制度的实施提供了具体指导。此外，《中华人民共和国环境保护法》第五十八条规定了环境公益诉讼制度，赋予符合条件的社会组织和检察机关提起环境公益诉讼的权利。这一制度旨在通过司法手段，维护公共利益，保护生态环境。

（二）修复义务的内容、适用条件及具体实施

而不论是生态环境损害赔偿，抑或环境公益诉讼，两者要求侵权人承担的修复义务主要包括以下几个方面：第一原状修复：原状修复是指将受损的生态系统恢复到损害发生前的状态。这是修复义务的首选方式，适用于生态环境损害较轻、恢复条件较好的情况。例如，对于因非法排污导致的水体污染，可以通过清理污染物、恢复水质等措施实现原状修复。第二替代性修复：替代性修复是指在原状修复不可行或不经济的情况下，采取其他措施恢复生态环境的功能。例如，对于因采矿导致的地质破坏，如果原状修复成本过高，可以采取植树造林、恢复植被等替代性措施，达到类似或更好的生态效果。第三补偿性修复：补偿性修复是指通过经济补偿或其他方式弥补生态环境损害造成的损失。例如，对于无法完全恢复的生态环境，可以通过建立生态保护区、开展生态科研等方式，弥补生态环境的损失。

在具体适用条件方面，生态环境损害赔偿和环境公益诉讼中的修复义务通常适用于以下情况：一是修复义务的承担者必须明确，包括污染环境、破坏生态的企业、个人或地方政府。只有责任主体明确，才能确保修复义务的有效落实。二是生态环境损害必须达到一定的严重程度，才需要启动修复程序。轻微的生态环境损害可以通过日常管理和维护来解决，无需专门启动修复程序。三是具备修复条件，修复义务的实施需要具备一定的技术和经济条件。例如，修复技术可行、修复成本合理、修复效果可预期等。

此外，在具体实施方面，生态环境损害赔偿和环境公益诉讼中的修复义务通常通过以下途径实现：在生态环境损害赔偿案件中，经过磋商达成一致，由企业修复，或者赔偿权利人代为修复，企业承担责任。在生态环境损害赔偿案件进入诉讼阶段，或者环境民事公益诉讼提起后，大多通过法院判决确定修复义务的具体内容和期限。责任主体必须按照判决要求，按时完成修复任务；或者直接由企业承担修复所需要的费用，再委托第三方机构进行修复。

四、对比分析

通过以上对于矿产资源法中的“生态修复”条款以及生态环境保护民事公益诉讼中的修复义务的横向分析，我们发现两种制度之间存在较大的差异，具体表现在以下几个方面：

第一，在修复范围界定上，新《矿产资源法》中的“生态修复”条款主要限于矿区及其直接影

响区域，具有较强的针对性。相比之下，生态环境损害赔偿和环境公益诉讼的修复义务适用范围更广，涵盖了所有生态环境损害事件，不限于特定领域；只要是违反国家规定造成生态破坏或环境污染的区域均应当得到复原。这种广泛的适用范围使得生态环境损害赔偿和环境公益诉讼能够更全面地保护生态环境，应对各种类型的生态破坏问题。

第二，在责任主体上，新《矿产资源法》中的修复责任主体主要是矿产开发企业，且通常需依赖第三方的监督和管理。生态环境损害赔偿和环境公益诉讼则有多样化的责任主体，包括矿产开发企业、股东、董监高等责任人员。这种多样化的责任主体设置，强化了参与各方的生态责任，有利于形成全社会共同参与生态保护的良好局面。

第三，在修复方式上，之前的《矿产资源法》强调的是土地复垦，达到可利用条件，新《矿产资源法》中关于修复方式的具体内涵，仍然有待考察。而生态环境损害赔偿制度和环境公益诉讼，主要以恢复原状为主要修复方式，强调复原自然生态系统。或者根据实际情况采取替代性修复等方式，以灵活应对实际的生态损害情况。这种灵活性使得生态环境损害赔偿制度和环境公益诉讼在处理复杂生态环境问题时更具优势。

此外，在法律效果上，新《矿产资源法》修复条款主要靠行政机关监督执行，法律约束力相对较弱。生态环境损害赔偿制度和环境公益诉讼，则依赖第三方评估和监测，确保修复效果更具客观性。以及通过法院的判决强制执行，法律约束力更强。总体而言，生态环境损害赔偿和环境公益诉讼的法律效果相对较强，能够更有效地督促责任主体履行修复义务，确保受损生态系统的恢复。

五、当前挑战与法律建议

尽管新《矿产资源法》新增了“矿区生态修复”一章，但与生态环境损害赔偿制度以及环境公益诉讼制度相比，生态修复的法律义务在实际执行过程中仍然面临诸多挑战。具体而言，主要问题集中在以下几个方面：

首先，修复标准的不明确性：新《矿产资源法》中虽然规定了“生态修复”义务，但对于生态修复的具体标准、操作方法以及适用情境等缺乏明确规定。例如，法律条文未明确指出生态修复应恢复至何种状态，是恢复至“可利用的状态”还是“恢复原状”，或者采用其他标准的修复方式。[①]不同的修复目标直接影响修复方式和费用的计算，也可能导致修复效果的评估存在不确定性。这种标准的模糊性可能导致矿产开发企业在实际操作过程中难以明确修复目标和方法，最终影响修复效果的达成。

其次，修复责任的分散与执行难度：矿区生态修复涉及多个政府部门的共同管理与监督，例如自然资源、生态环境、林业等多个行政机关。然而，由于各部门职责划分不清，监管与执行的职能容易相互交叉或出现空白，导致修复责任分散、监督力度不足、协调不畅等问题，进一步影响了修复工作的推进。此外，矿产资源开发往往跨越多个行政区域，而不同区域的生态环境条件差异较大，甚至可能存在地理和生态系统上的巨大差异。这种跨区域的修复工作需要有效的区域协调机制，但由于地方政府利益不同、行政资源差异等原因，跨区域生态修复协调存在较大的困难。

① 参见黄锡生，李旭东：《碳中和目标下矿山生态修复的制度困境与规范调适》，载《中国地质大学学报（社会科学版）》2024 年第 1 期。

第三，修复费用核算及效果监督的难度：在生态环境损害赔偿和环境公益诉讼的实践中，修复费用的核算本身就是一项复杂的工作，而矿区生态修复更是因其特殊性而增加了难度。矿区生态修复的费用核算不仅涉及修复措施的直接成本，还需要考虑生态系统恢复的长期性和不可预见性因素，缺乏统一标准和方法往往使得费用计算存在较大偏差。此外，修复效果的监督难度较大，尤其是缺乏有效的评估机制和技术支持，导致实际修复效果难以量化和评估。生态环境修复的效果往往需要较长时间才能体现，而在这一过程中，监督部门可能面临评估指标不清、修复期长等难题，从而影响修复目标的实现。

针对上述问题，笔者提出以下几点改进建议，以确保生态修复义务能够有效落实：

第一，进一步明确修复标准与操作方法：建议立法机关在与矿产资源法配套的相关法规中进一步明确生态修复的标准和具体操作方法。修复标准应根据矿区的地理环境、生态特征以及生态修复的目标进行科学设计，确保具有针对性与可操作性。例如，应明确不同类型矿区的修复目标是恢复原生态功能，还是恢复至某种可持续利用的状态；对于不同生态类型的矿区，是否采用不同的修复模式等。此外，还应结合最新的环境科学研究成果，制定修复的技术路线和具体操作方案，以便矿产企业能够准确执行，避免因标准模糊而导致修复效果不理想。

第二，加强跨部门协调与责任分工：在矿区生态修复的监管和执行过程中，涉及多个政府部门的合作和协调。为此，建议建立健全跨部门的协调机制，明确各部门在生态修复工作中的职责分工，避免责任推诿和监管漏洞。可以通过成立跨部门的工作小组或专门的领导小组，统筹协调生态修复的实施，确保各项政策和措施得到有效落实。此外，考虑到矿产资源开发往往涉及跨区域的问题，建议设立区域协调平台，加强区域政府之间的沟通与协作，形成合力，共同推进修复工作。

第三，完善修复费用核算与执行效果监督机制：建议在全国范围内建立统一的修复费用核算标准和方法，确保矿区生态修复费用核算的准确性和合理性。在此基础上，还应加强修复效果的监督与评估，确保修复工作能够达到预期目标。可以考虑引入第三方评估机构，定期对修复效果进行独立评估，为修复工作的改进和调整提供科学依据。此外，对于长期修复效果的监督，可以考虑建立修复过程的动态评估机制，持续跟踪修复效果，确保修复工作的可持续性。

第四，探索替代性修复方式的应用：在部分矿区生态修复的实践中，传统的修复方式可能面临着技术、资金、时间等方面的制约。为提高修复效率，可以尝试引入替代性修复方式，例如生态补偿、生态服务支付等创新手段。替代性修复通过灵活的方式弥补传统修复措施的不足，并能够在一定程度上提升修复工作的灵活性和可操作性。在修复过程中，还可以结合地方实际情况，探索适合的创新修复方式，以更好地应对不同类型的生态损害和修复需求。

因此，矿区生态修复的法律实施面临多重挑战，但通过明确修复标准、加强跨部门协调、完善费用核算与效果监督机制，以及探索创新修复方式等措施，可以有效促进修复工作的落实，确保生态环境得到切实恢复。

六、结论

综上所述，矿产资源法中的“生态修复”条

款主要针对矿产开发活动中的生态环境保护，具有较强的针对性；而生态环境损害赔偿和环境公益诉讼则适用于所有生态环境损害事件，具有更广泛的适用范围。但既然均采用了“修复”义务，两种机制下的“修复”义务是否相同，有必要作出明确界定。从目前与旧《矿产资源法》配套实施的行政法规、规章来看，矿区“生态修复”在修复义务范围、责任主体、修复方式和执行效果上均与生态环境损害赔偿及环境公益诉讼存在显著差异。因此，着眼未来，应进一步完善矿区“生态修复”制度的配套立法，明确矿区“修复”义务的责任范围、修复方式、修复标准等。这不仅有助于明确企业在矿产开发中的修复义务，也能为矿区生态修复与生态环境保护民事公益诉讼制度的协同实施提供法律依据和操作框架。总的来说，通过综合运用矿产资源法中的“生态修复”条款、生态环境保护民事公益诉讼，可以形成多层次、全方位的生态环境保护体系，为解决矿产资源开发过程中的生态环境问题提供有力支撑，从而实现经济发展与环境保护的双赢目标。

抢占市场冲业绩的民刑交叉法律风险

——反不正当竞争法和刑法复合视角下的“流量造假”

张忠，周艾琳

张忠律师，北京德和衡律师事务所高级权益合伙人，擅长职务犯罪、重大经济犯罪及刑民交叉争议解决。曾任最高人民检察院高级检察官 22 年，主办参办了上千件重大疑难案件。后转投互联网及律界，在腾讯及德和衡均有出色表现。多次获奖，包括市级优秀公诉人、省级十佳公诉人等，著有多部法律专业书籍，以深厚的法律功底和丰富的实践经验著称。

周艾琳律师，北京德和衡律师事务所联席合伙人，北京知识产权法研究会竞争法专业委员会委员，专注于知识产权与娱乐法领域，为多家国内外知名生物医药公司、科技型企业、服装与美妆品牌、传媒机构、文化出版公司、教育机构以及知名艺人提供著作权、商标权、反不正当竞争等合规及相应的诉讼法律服务。

摘　要：无论是传统生意还是互联网生意，流量都是决定生意成败的关键因素。流量代表了潜在客户，反之没有流量就没有潜在客户，就没有销售机会。流量的获取能力决定了生意的扩张规模，流量的转化能力决定了生意的收入水准，而流量的转化成本则决定了生意的成本。因此，企业争夺的核心是用最少的成本获得最有效的途径，进而争夺更多的流量。在这个过程中，企业将面临多重风险，本文基于反不正当竞争法和刑法的复合视角，分析“ 流量造假 ”在民事侧和刑事侧存在的法律风险，供相关企业和个人在流量竞争中参考，进而合法合规地参与市场竞争。

关键词：流量造假，不正当竞争，刑民交叉

引言

近年来市场竞争不断加剧，多数企业经营者均感慨“钱越来越难赚了”。当“业绩=流量×转化率×客单价×复购率”时，企业经营者需要想尽办法提高流量来抢占市场、冲业绩。

在传统的实体经济外，互联网经济是企业发展和市场竞争的重中之重。根据中国互联网信息中心（CNNIC）2024 年 8 月 29 日公布的第 54 次《中国互联网络发展状况统计报告》[①]，截至 2024 年 6 月，我国网民规模近 11 亿人（10.9967 亿人），较 2023 年 12 月增长 742 万人，互联网普及率达 78.0%。2024 上半年，我国互联网发展的突出特点之一是“在线生活服务消费日益普及”，在网上购买过外卖、到店餐饮、电影及休闲娱乐等在线服务的用户，分别占网民总数的 50.3%、20.7%和 17.3%。

无论是传统生意还是互联网生意，流量都是决定生意成败的关键因素。流量代表了潜在客户，反言之没有流量就没有潜在客户，就没有销售机会。流量的获取能力决定了生意的扩张，流量的转化能力决定了生意的收入，而流量的转化成本则决定了生意的成本。因此，企业争夺的核心是用最少的成本获得最有效的途径，进而争夺更多的流量。在这个过程中，企业将面临多重风险。本文基于反不正当竞争法和刑法的复合视角，分析“流量造假”在民事侧和刑事侧存在的法律风险，供相关企业和个人在流量竞争中参考，进而合法合规地参与市场竞争。

一、“流量造假”的表现方式、行为手段和基本类型

虽然“流量造假”的行为方式和行为类型并未在某一部法律中予以具化和明确，但根据《网络直播营销管理办法（试行）》第十八条、《网络主播行为规范》第十四条、《网络信息内容生态治理规定》第二十四条、《互联网信息服务算法推荐管理规定》第十四条等规定，可以将“流量造假”的表现形式确定为“虚构或者篡改交易、关注度、浏览量、点赞量、转发量、评论”等，行为手段则包括“人工方式或者技术手段”。其中，技术手段包括利用算法虚假注册账号、非法交易账号、操纵用户账号或者虚假点赞、评论、转发。

对“流量造假”的行为类型进行系统划分是困难而棘手的，需要对目的、手段、对象等进行多维度、综合性的考量。目前对于流量造假活动的分类，主流观点是以“主观目的为主、客观手段为辅、主客观相结合”的综合性分类原则[②]。笔者认为上述分类方法具有合理性，本文对流量造假活动的分类亦采用上述原则。

依据流量造假的目的，流量造假行为可以分为两大类，即正向流量造假和反向流量造假。进一步分析各类别流量造假活动的行为手段，则可以进一步分为如图 1 所示的 4 种类型：合意型正向流量造假、中介型正向流量造假、欺诈型反向流量造假和诋毁型反向流量造假。下文将逐一详述。

① 参见中国互联网信息中心（CNNIC）第 54 次《中国互联网络发展状况统计报告》，https://www.cnnic.net.cn/n4/2024/0829/c88-11065.html，最后访问日期：2024 年 9 月 1 日。

② 例如：周艾琳、房宝盛、王海吉：《从北京某科技公司与杭州某技术公司、程某某不正当竞争案管窥网络直播流量造假行为的司法规制》，载“北京知识产权法研究会公众”号，https://mp.weixin.qq.com/s/CIwTuGlQnGgrjjqCSaIwLg，最后访问日期：2024 年 9 月 1 日。
张弛、王好：《论流量造假的行为类型与刑法治理》，载《浙江大学学报（人文社会科学版）》，第 53 卷第 6 期，第 26-45 页。

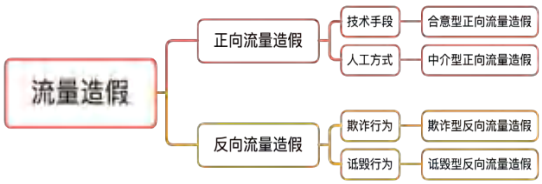


图 1：流量造假行为的基本分类

二、正向流量造假

正向流量造假，是指通过流量造假行为给被造假者带来正向、积极的效果，该种效果包括但不限于直接经济利益、交易数据增加、商誉提升、知名度和影响力增长等。以造假手段进行更细致的划分，合意型正向流量造假，是指为了提升商品、服务、互联网信息内容以及特定企业、商品或个人的 IP 影响力、关注度等，通过技术手段虚增评论、交易量、播放量、转发量等互联网流量的造假行为[①]；而中介型正向流量造假行为则是指流量造假者接受委托，通过组织大量人手（俗称“水军”），以人工手刷方式提升流量数据或消除不利评价。

（一）反不正当竞争法视角下的“正向流量造假”

1. 综述

司法实践中，民事侧对“正向流量造假”的规制常落脚于《中华人民共和国反不正当竞争法》（下称《反不正当竞争法》）第八条。规制“正向流量造假”直接保护的是市场相对方，即终端消费者和中间层次交易者的利益，间接保护的是竞争者（因流量造假可能会不正当地剥夺竞争者的交易机会）[②]。“流量造假”即使属于《反不正当竞争法》第八条所规定的引人误解的虚假宣传行为，但其并非都是相关经营者可以主张民事权利的行为[③]。

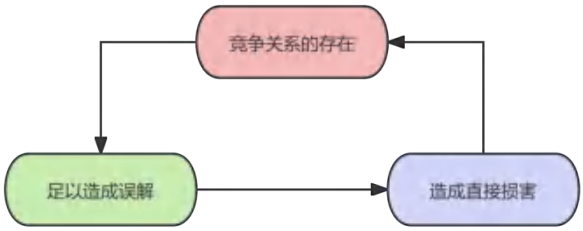


图 2：反不正当竞争法视角下“正向流量造假”案件判断要件

如图 2 所示，最高人民法院在（2007）民三终字第 2 号民事判决中归纳了构成虚假宣传类不正当竞争的三个要件，这个案例也成为了后续类似案件的判断标准：（1）当事人之间具有竞争关系；（2）有关宣传内容足以造成相关公众误解；（3）对经营者造成了直接损害。

就“当事人之间具有竞争关系”这一要件来说，《反不正当竞争法》并非直接规定构成不正当竞争需要具有竞争关系。但是在司法实践中，竞争关系几乎是全部不正当竞争行为构成的要件[④]。根据（2007）民三终字第 2 号民事判决书，可以看出当时普遍的标准是当事人之间存在着狭义的竞争关系，即当事人之间所属同一行业或服务类别相同。2010 年宣判的北京百度网讯科技有限公司诉青岛奥商网络技术有限公司等不正当竞争纠纷案[⑤]确立了从狭义竞争关系转变为广义竞争关系，即“确定市场主体之间竞争关系的存在，不以二者属同一行业或服务类别为限。如果二者

① 张弛、王好：《论流量造假的行为类型与刑法治理》，载《浙江大学学报（人文社会科学版）》，第 53 卷第 6 期，第 27 页。
② 李扬：《反不正当竞争法基本原理》，知识产权出版社 2022 年出版，第 230 页。
③钟鸣：《商标与不正当竞争裁判规则》，法律出版社 2020 年出版，第 549–551 页。
④ 张逸轩：《虚假宣传构成要件的法律分析》，http://www.zhongyinlawyer.com/Home/LibraryDetail?Title=虚假%2C 宣传%2C 构成%2C 要件%2C的%2C 法律%2C 分析，最后访问日期：2024 年 9 月 1 日。
⑤ 参见山东省高级人民法院(2010)鲁民三终字第 5–2 号民事判决书。

在市场竞争中存在一定联系或者一方的行为不正当地妨碍了另一方的正当经营活动并损害其合法权益，则应肯定二者之间存在竞争关系”。目前，各地法院均已接受广义竞争关系的转变，竞争关系定义较为广泛。

2.反不正当竞争法视角下的合意型正向流量造假

目前在民事侧，合意型正向流量造假是主要案件类型。2019 年，上海知识产权法院对国内首例因视频网站“刷量”而引发的不正当竞争案件作出判决。爱奇艺公司后台数据发现，某视频刷量公司使用技术手段，运用多个域名，通过不断更换访问 IP 地址等方式，对爱奇艺《小林徽因》《二龙湖浩哥之今生是兄弟》等视频连续访问约 9.5 亿余次，以达到刷量目的，涉案公司因涉虚假宣传的不正当竞争行为被法院判赔 50 万元[①]。

在深圳市腾讯计算机系统有限公司与吴某某、浙江淘宝网络有限公司不正当竞争纠纷案中，吴某某通过技术手段帮助企鹅电竞用户（游戏主播）实现增加虚假人气的“增粉”服务。而腾讯公司为促进主播之间的良性竞争，通过设置人气值、粉丝数对主播的直播行为进行评价。审理法院认定，人气值及粉丝数量的多寡，一定程度上意味着主播的热度与受欢迎程度，也是主播提供的直播服务的质量反映，而主播的高热度也会进一步给主播带来更多的关注度和收益；主播通过虚假增加人气、增加关注度即通常所说的刷粉、刷人气来虚构其直播服务的关注度，该行为明显会误导消费者，使得消费者对其直播服务质量产生错误认知，破坏了企鹅电竞直播平台的正常信息评价机制，扰乱了主播之间的正常竞争秩序，侵害了消费者的合法权益，构成虚假宣传的不正当竞争行为；吴某某通过技术手段帮助主播刷粉、刷人气的行为属于帮助其他经营者进行虚假宣传的不正当竞争行为[②]。在同类型案件（深圳市腾讯计算机系统有限公司与杨某某、浙江淘宝网络有限公司不正当竞争纠纷案[③]）中，审理法院亦认定杨某某“通过技术手段帮助主播刷粉、刷人气的行为属于帮助其他经营者进行虚假宣传的不正当竞争行为”。

3.反不正当竞争法视角下的中介型正向流量造假

近年来，随着技术手段的不断“优化”和“提升”，采用组织网络水军人工进行流量造假的案件数量反而有所下降，加之不同于技术手段比较容易确定，在民事侧，凭借原告自身的取证能力难以溯源水军背后的具体“操盘手”。就中介型正向流量造假的民事案件而言，其表现大多集中在某一特定个体事先通过组织一定数量的网络水军、租用或其他方式取得真实批量的网络平台用户账号等方式，进而在支付相应对价后，操纵真实账号进行增粉、刷评论、刷礼物等虚构流量的行为。

北京快手科技有限公司、北京达佳互联信息技术有限公司诉河南某文化传媒有限公司案件[④]中，审理法院认为，快手平台上关于快手用户粉丝数量及快手视频播放量、点赞量及评论量既是销售状况的直接或间接反映，也是用户评价的展示方式。河南某文化传媒有限公司通过组织网络水军帮助快手用户对其作品的播放量、点赞量及

① 参见上海知识产权法院（2019）沪 73 民终 4 号民事判决书。
② 参见浙江省杭州市余杭区人民法院（2020）浙 0110 民初 6262 号民事判决书。
③ 参见浙江省杭州市余杭区人民法院（2020）浙 0110 民初 6257 号民事判决书。
④ 参见河南省高级人民法院（2021）豫知民终 509 号民事判决书。

评论数等进行虚假宣传，易误导相关公众。故，该公司的刷量行为属于《反不正当竞争法》第八条第二款所规制的行为。

4.例外情形

需要强调的是，如经营者虽以虚构数据等误导性方式制造了虚假流量数据，但并未直接导致相关公众对商品或服务产生错误认识，则可能不会被法院认定构成《反不正当竞争法》第八条第二款规定的行为，但可依据《反不正当竞争法》第二条对相关行为进行规制。在北京百度网讯科技有限公司诉深圳市某网络技术有限公司案件[①]中，深圳市某网络技术有限公司运营针对搜索引擎进行人工制造虚假点击量数据的交易平台，其实施的虚假人工点击行为破坏搜索逻辑，影响搜索引擎算法，干扰百度网站搜索结果的自然排名结果。法院认为，其行为虽增加目标网站虚假的后端点击量数据，提升目标网站在百度搜索引擎中的前端排位，但不会直接让相关公众对特定商品或服务产生错误认识，进而影响其购买选择的后果，因此不属于《反不正当竞争法》第八条第二款规定的虚假宣传的范畴，最终法院适用《反不正当竞争法》第二条对被诉侵权行为进行规制。

5.规制正向流量造假行为的法律依据之争议

因正向流量造假案件，特别是合意型正向流量造假案件涉及互联网技术手段，而《反不正当竞争法》又存在互联网条款(《反不正当竞争法》第十二条），因此对于评价和规制正向流量造假行为的法律依据存在《反不正当竞争法》第八条、第十二条，亦或第二条（兜底性条款）的讨论与争议。笔者认为只有在不属于《反不正当竞争法》明确列明的不正当竞争行为但又确实违反诚实信用原则以及公认的商业道德，扰乱市场竞争秩序，损害其他经营者或消费者合法权益的情况下，才有必要适用《反不正当竞争法》第二条原则条款予以规制。判断利用技术手段帮助相关主体刷粉、刷人气的行为应以《反不正当竞争

法》第八条抑或第十二条评价时，如相关主体使用了技术手段，而实现刷粉、刷人气的技术手段本身是服务于帮助虚假宣传的目的，从主客观相统一的角度，应通过《反不正当竞争法》第八条进行评价。

（二）刑法视角下的“正向流量造假”

1.刑法视角下的合意型正向流量造假

通过更具体地分析合意型正向流量造假的实施途径，可以将之进一步分为：（1）通过造假中介提供的服务，以技术手段影响互联网平台的信息数据系统（对数据进行增减或修改）；（2）在互联网平台的默许、配合甚至主导下，造假服务购买者与互联网平台达成合意，造假服务购买者支付推广、引流费用，互联网平台修改数据或以其他方式在特定时间内提升评论数、浏览量、点赞量、关注度等数据，营造出指定商品、服务、个人、视频等异常火爆的假象，进而诱导大量真实用户跟进关注[②]。故，根据合意达成流量造假的行为对象可以细分为两种：其一是流量造假合意由造假服务购买者与造假中介达成，其二是流量造假合意由造假服务购买者直接与互联网平台达成。因此，合意型正向流量造假在刑法层面，可进一步分为外源性合意流量造假和内源性合意流量造假。

（1）外源性合意流量造假

① 参见北京知识产权法院(2022)京 73 民终 1148 号民事判决书。

② 张弛、王好：《论流量造假的行为类型与刑法治理》，载《浙江大学学报（人文社会科学版）》，第 53 卷第 6 期，第 28 页。

外源性合意流量造假系基于造假服务购买者与造假中介达成的合意，本质上违背了网络平台运营者的意志，损害了互联网平台的系统安全和正常运营秩序。目前被定罪处刑的案例多为此种类型。其中具有代表性的案例之一为最高检发布的第九批指导性案例（检例第 34 号）之李某某等破坏计算机信息系统案[①]。

2011 年 5 月至 2012 年 12 月，被告人李某某在工作单位及自己家中，单独或伙同他人通过聊天软件联系需要修改中差评的某购物网站卖家，并从被告人某某等处购买发表中差评的该购物网站买家信息 300 余条。李某某冒用买家身份，骗取客服审核通过后重置账号密码，登录该购物网站内部评价系统，删改买家的中差评 347 个，获利 9 万余元。审理法院认定被告人李某某的行为构成破坏计算机信息系统罪，判处有期徒刑五年。最高人民检察院指出，“购物网站评价系统是对店铺销量、买家评价等多方面因素进行综合计算分值的系统，其内部储存的数据直接影响到搜索流量分配、推荐排名、营销活动报名资格、同类商品在消费者购买比较时的公平性等。买家在购买商品后，根据用户体验对所购商品分别给出好评、中评、差评三种不同评价。所有的评价都是以数据形式存储于买家评价系统之中，成为整个购物网站计算机信息系统整体数据的重要组成部分。侵入评价系统删改购物评价，其实质是对计算机信息系统内存储的数据进行删除、修改操作的行为，这种行为危害到计算机信息系统数据采集和流量分配体系运行，使网站注册商户及其商品、服务的搜索受到影响，导致网站商品、服务评价功能无法正常运作，侵害了购物网站所属公司的信息系统安全和消费者的知情权。行为人因删除、修改某购物网站中差评数据违法所得 25000 元以上，构成破坏计算机信息系统罪，属于“后果特别严重”的情形。[②]”

与上述案件类似，在北京市朝阳区首例流量造假案[③]中，2019 年 2 月至 5 月间，某团伙使用自行研发的批量操作软件对 2500 余名客户提交的 32 万余条博文实施点赞、转发操作超过 1 亿次，非法获利人民币 200 余万元。外源性合意流量造假经过数年的发展，已形成巨大的黑灰产业链。据报道，2019 年我国各种刷量平台站点超过 1000 家，其中头部刷量平台月流水达 200 万余元，国内从事合意型流量造假的人员规模已经突破 900 万人[④]。

然而，对于外源性合意流量造假行为是否构成犯罪，构成何种犯罪，理论界和实务界并未达成一致，仍存在诸多争议。

2019 年，流量明星蔡某某“1 亿转发量”事件幕后的推手“星援 App”及相关人员被公安部门查获，该 App 在不到一年时间内非法获利近 800 万元。而在该事件中“星援 App”的开发者蔡某苗被判处有期徒刑五年，并处罚金人民币十万元[⑤]。该案件引发广泛讨论，蔡某苗因涉嫌犯破坏计算机信息系统罪被逮捕，被害方新浪微博的诉讼代理人亦主张应以破坏计算机信息系统罪论处，

① 参见浙江省杭州市中级人民法院 (2015)浙杭刑终字第 311 号刑事判决书。
② 参见最高人民检察院第九批指导性案第 34 号，https://www.spp.gov.cn/spp/jczdal/201710/t20171017_202593.shtml，最后访问日期：2024 年 9 月 1 日。
③ 参见新京报《团伙自制批量操作软件，3 个月点赞转发微博 1 亿次被抓》，https://baijiahao.baidu.com/s?id=1640013795869759802&wfr=spider&for=pc，最后访问日期：2024 年 9 月 1 日。
④ 王丽：《流量经济背后的乱象》，载《方圆》2020 年第 8 期，第 28–33 页。
⑤ 参见北京市丰台区人民法院（2019）京 0106 刑初 1813 号刑事判决书。

但最终审理法院以“无充分证据证实星援 App 属于破坏性程序”为由，以《刑法》第二百八十五条第三款规定的提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具罪这一较轻的罪名进行认定。

根据《中华人民共和国刑法》(下称《刑法》)第二百八十六条之规定，破坏计算机信息系统罪的表现有以下三种行为类型：

① 违反国家规定，对计算机信息系统功能进行删除、修改、增加、干扰，造成计算机信息系统不能正常运行，后果严重的情形；

② 违反国家规定，对计算机信息系统中存储、处理或者传输的数据和应用程序进行删除、修改、增加的操作，后果严重的情形；

③ 故意制作、传播计算机病毒等破坏性程序，影响计算机系统正常运行，后果严重的情形。

在上述蔡某苗案件中，审理法院仅考虑了“故意制作、传播计算机病毒等破坏性程序”，进而以“无充分证据证实星援 App 属于破坏性程序”为由认定被告人不构成破坏计算机信息系统罪。但是综合全案，法院查明“星援 APP 的功能原理主要是将与微博客户端转发微博时相同的网络数据格式提交给微博服务器，使微博服务器误认为是微博客户端提交的网络数据，进而与星援 APP 发生数据交互，实现了转发微博博文的功能”。因此，核心问题是该类行为是否构成对计算机信息系统功能的干扰。

学术界对于“对计算机信息系统功能的干扰”亦存在多种观点，包括（1）此类干扰必须以侵入系统内部为前提；（2）此类干扰不以侵入系统内部为前提，只需系严重影响计算机系统安全的行为即可等。

尽管争议与不同观点同在，可以确定的是，司法实践中在认定外源性合意流量造假行为时的逻辑[①]是：

① 若行为人以技术手段侵入互联网信息平台的后台系统，以删改数据、修改技术参数等方式实施流量造假行为，应以《刑法》第二百八十六条规定的破坏计算机信息系统罪论处。

② 若现有证据无法证明行为人修改了后台数据并造成严重后果，但是可以证明其实现了对计算机信息系统的非法控制，则可以考虑以《刑法》第二百八十五条第二款规定的非法控制计算机信息系统罪论处。

③ 行为人虽然没有侵入计算机信息系统，但是以现实或者技术手段欺骗计算机信息系统的后台参数检测，实现数据交互，干扰系统的正常运行，后果严重的，应当被认定为《刑法》第二百八十六条规定的破坏计算机信息系统罪。

④ 在仅能查证行为人开发了某种流量造假软件或其他技术工具而无法查证其他共犯，或者流量造假服务的出资人、购买者因情节显著轻微不构成犯罪的场合，应当根据软件工具的性质进行认定：若其技术路径无法实现侵入其他计算机信息系统的功能，只能采取“欺骗”方式实现虚假流量的数据交互，则软件开发者应当被认定为《刑法》第二百八十五条第三款规定的提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具罪；若经司法鉴定机构依法鉴定，该软件工具属于计算机病毒，则仍应以破坏计算机信息系统罪论处。

（2）内源性合意流量造假

内源性合意流量造假发生在流量造假服务购买者与互联网平台之间，但是其更具隐蔽性，更难以被发现和认定，因目前没有判例证实互联网平台存在内部造假活动，相关平台更不会“明目

① 张弛、王好：《论流量造假的行为类型与刑法治理》，载《浙江大学学报（人文社会科学版）》，第 53 卷第 6 期，第 32 页。

张胆”地声张可以提供相关流量造假服务。

结合在先报道[①]和实务研究[②]，目前能够确定如下两种类型的内源性流量造假行为

① 互联网平台内部员工违背平台意志，私自进行流量造假活动牟利

例如，百度审核员林某在明知男友赵某在从事网络有偿删帖服务，仍帮助其向在北京百度网讯科技有限公司担任在线审核员的同事黄某传递信息链接，使黄某得以利用链接写入百度屏蔽后台的方式为上述两人删除信息，林某给予同事黄某 10 万元好处费，审理法院判定林某犯非法经营罪，判处有期徒刑 1 年 3 个月，黄某犯非国家工作人员受贿罪，判处有期徒刑 1 年 3 个月。

② 互联网平台违背用户意志，擅自操控用户账号进行关注、评论、转发等操作

虽然目前并没有相关判例，但根据《互联网用户公众账号信息服务管理规定》第十二条第二款之规定，未经互联网用户知情同意，不得以任何方式强制或者变相强制订阅关注其他用户公众账号。结合《刑法》第二百五十三条之一侵犯公民个人信息罪的规定，如违反知情同意原则，擅自操控用户账号进行关注、评论、转发等操作，情节严重的，则可能触犯侵犯公民个人信息罪。

（3）刑法视角下规制合意型正向流量造假的困境

通过上文的分析可以看出，刑法视角下规制合意型正向流量造假存在诸多困难。其一，就内源性合意流量造假行为而言，当流量造假服务购买者和提供者均“沉默”的情况下，难以洞察该类非法犯罪行为的发生。其二，在外源性合意流量造假中，经纪公司、粉丝团等主体往往是该类流量造假活动的出资人，对该类流量造假活动的发生和走向起决定性作用。然而所谓经纪公司、粉丝团通常以非常隐蔽的方式提供资金，如何查明核实实际出资人的身份，证明其犯罪故意，确认因果关系，进而对该类主体定罪量刑仍存在重大难度和争议。

2.刑法视角下的中介型正向流量造假

中介型正向流量造假实际上就是传统意义上的“组织水军刷流量”，流量造假服务提供者充当中介，收取服务购买者的对价，然后组织水军进行操作。

2017 年 6 月 20 日，全国“刷单入刑”第一案在浙江省杭州市余杭区法院公开宣判[③]，这是阿里巴巴运用大数据主动发现并向警方输送刷单线索、进入刑事宣判的第一案。审理法院认定，被告人李某因犯非法经营罪被判处有期徒刑五年六个月，并处罚金 90 万元。该案件是中介型正向流量造假案件审判的里程碑和转折点，对类似案件的处理起到了显著的示范效应。

笔者认为，作为中介，有偿提供组织水军“删除差评保留好评”的行为也应认定为中介型正向流量造假，而在此类案件中，流量造假服务提供者往往提供的是“刷好评”+“删差评”的复合型服务以牟取更大利益。

在杨某某、某传媒公司、某网络公司、某科技公司非法经营案[④]中，杨某某在 2019 年 9 月至

① 参见今日头条《公安部开展打击“水军”行动 百度审核员收 10 万元删帖获刑》，https://www.toutiao.com/article/6519325334599369230/?iid=25269638305&app=news_article&timestamp=1517916210&wxshare_count=1&tt_from=weixin_moments&utm_source=weixin_moments&utm_medium=toutiao_android&utm_campaign=client_share&share_type=original&from=timeline&source=m_redirect&wid=1725182820418，最后访问日期：2024 年 9 月 1 日。

② 张弛、王好：《论流量造假的行为类型与刑法治理》，载《浙江大学学报（人文社会科学版）》，第 53 卷第 6 期，第 26–45 页。

③ 参见浙江省杭州市余杭区人民法院（2016）浙 0110 刑初 726 号刑事判决书。

④ 参见最高人民法院司法案例研究院《操纵“网络水军”实施传播网络虚假信息行为的司法认定》，载《人民司法》2024 年第 22 期，https://mp.weixin.qq.com/s/cwc1FV7dNIdZ3HaiP1qtyQ，最后访问日期：2024 年 9 月 1 日。

2022 年 5 月间利用其注册的多家公司研发的平台，招募数量庞大的兼职人员充当“网络水军”，并通过组织、操纵“网络水军”“养号”等方式，开展有偿“转评赞”“直发”“投诉举报”等业务，即在未核实信息真实性的情况下，实施包括对客户指定的影视作品、网络视频、游戏作品、商品的宣发等正面点赞、转发、评论，按客户要求在相关网络平台发布关于特定作品、商品的具体内容等提升热度的业务，以及通过在信息发布平台进行投诉举报等方式删帖以降低针对特定作品、商品的负面信息热度的业务。经调查，杨某某等共“养号”1294 个，完成“转评赞”“直发”任务 24 万余条，任务金额合计 896 万余元；完成“投诉举报”任务 1200 余条，任务金额合计 19 万余元。杨某某等人以营利为目的，有偿提供删帖服务，扰乱市场秩序的行为被认定构成非法经营罪。

综上，以营利为目的，通过互联网组织大量人手提供“刷单”“刷评”“打榜”等有偿信息服务的组织型中介流量造假行为，属于《刑法》第二百二十五条第（四）项规定的“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”，如果情节严重、违法所得或经营数额达到法定的入罪标准，应以非法经营罪追究行为人的刑事责任。

二、反向流量造假

反向流量造假，是指通过流量造假行为给被造假者带来负面、消极的效果。简单来说，反向流量造假包括恶意给竞争对手“刷差评”，也包括通过对竞争对手的关注度、浏览量、点赞量、销售量等进行恶意虚构，使竞争对手被相关公众误认为系通过不正当手段为自己“刷粉”、“刷量”，进而降低相关公众对竞争对手的评价、信任等，从而“提升”自己的商业评价，还包括通过上述行为使竞争触犯某些平台机制，使竞争对手受到惩罚并降低搜索排名等。

（一）反不正当竞争法视角下的“反向流量造假”

在民事侧，反向流量造假行为的规制主要依据《反不正当竞争法》第十一条，即其可能构成商业诋毁行为。

《反不正当竞争法》第十一条规定，经营者不得编造、传播虚假信息或者误导性信息，损害竞争对手的商业信誉、商品声誉。在反向“流量造假”案件中，原被告之间应存在具体的竞争关系，应具有明确的损毁行为并最终造成了损害竞争对手商业信用这一后果。

与正向流量造假案件对“竞争关系”相对宽泛的把握不同，反向“流量造假”案件中，只有行为指向的是特定竞争者时，商业诋毁/商业毁谤才可能成立。否则，如果行为指向的对象为非竞争者的一般民事主体，则该行为一般是名誉权侵害行为，适用《民法典》第一千零二十四条等规定进行处理[①]。需要指出的是，最高人民法院认为，《反不正当竞争法》第十一条调整的商业诋毁行为，并不要求行为人必须直接指明诋毁的具体对象名称，即并不要求诋毁行为人指名道姓，但诋毁指向的对象应当是可辨别的[②]。

《反不正当竞争法》第十一条明确了行为类型，即编造、传播虚假信息或者误导性信息。给竞争对手“刷粉”、“刷量”、“刷单”等行为是否落入上述被规制的行为值得探讨。笔者认为：

① 李扬：《反不正当竞争法基本原理》，知识产权出版社 2022 年出版，第 249 页。
② 钟鸣：《商标与不正当竞争裁判规则》，法律出版社 2020 年出版，第 563 页。

一方面，《反不正当竞争法》并没有对商业诋毁的语言作出限制；另一方面，给竞争对手“流量造假”本质上完成了编造及传播误导性信息两个行为，其传递的事实是虚假的和无中生有的，或是具有误导性的，如因此损害了他人的商业信誉/商品声誉，就应被认定为商业诋毁。

反向“流量造假”的行为后果，即损害了竞争对手的商业信用，是指“损害竞争对手的商业信誉、商品声誉”。上述行为后果的判断主体应为一般社会公众。同时，行为人的行为客观上须具有予以损害竞争对手商业信用的可能性，而非现实性[①]。一般而言，商业诋毁案件中要求证明行为人虚构、传播的内容无证据佐证与实际相符。而反向“流量造假”案件中，特别是采取反向刷粉、刷单行为的，因为并不直接涉及负面评价，因此在举证上有难度。鉴于反向“流量造假”本质在于“宣传”他人并不存在的违规、不诚信等行为，从而限制、剥夺他人的竞争机会，进而在实质上侵害他人的商誉，在举证上，应至少证明（1）竞争关系的存在；（2）流量波动的异常；（3）流量异常波动系竞争者行为所导致的以及（4）流量异常波动具有导致商业信用损害的可能性。

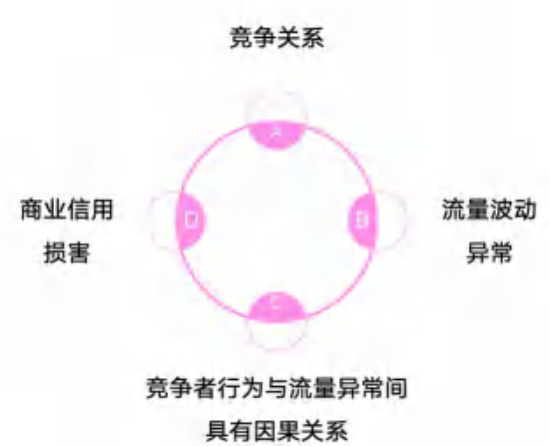


图 3：反不正当竞争法视角下“反向流量造假”案件判断要件

值得注意的是，尽管目前民事侧对于反向流量造假案件的判例很少，但在 2022 年 11 月公布的《反不正当竞争法（修订草案征求意见稿）》中，已可以看到未来对反向流量造假行为规制的趋势。其中第十四条为经营者不得为了牟取不正当利益，实施下列恶意交易行为，妨碍、破坏其他经营者的正常经营：（一）故意通过短期内与其他经营者进行大规模、高频次交易、给予好评等，引发相关惩戒，使其他经营者受到搜索降权、降低信用等级、商品下架、断开链接、停止服务等处置；（二）恶意在短期内拍下大量商品不付款；（三）恶意批量购买后退货或者拒绝收货；（四）其他利用规则实施恶意交易，不当妨碍、破坏其他经营者正常经营的行为。笔者认为上述条款如最终得以保留，将填补法律空白，有效规制反向流量造假行为。

此外，2024 年 9 月 1 日开始实施的《网络反不正当竞争暂行规定》（国家市场监督管理总局令第 91 号）第十一条明确，经营者不得利用网络编造、传播虚假信息或者误导性信息，实施下列损害或者可能损害竞争对手的商业信誉、商品声誉的行为：（一）组织、指使他人对竞争对手的商品进行恶意评价；（二）利用或者组织、指使他人通过网络散布虚假或者误导性信息；（三）利用网络传播含有虚假或者误导性信息的风险提示、告客户书、警告函或者举报信等；（四）其他编造、传播虚假或者误导性信息，损害竞争对手商业信誉、商品声誉的行为。客户端、小程序、公众号运营者以及提供跟帖评论服务的组织或者个人不得故意与经营者共同实施上述行为。第十六条则强调，经营者不得利用技术手段，直接、组织或者通过第三方实施以下行为，妨碍、破坏

① 李扬：《反不正当竞争法基本原理》，知识产权出版社 2022 年出版，第 254 页。

其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行：（一）故意在短期内与其他经营者发生大规模、高频次交易，或者给予好评等，使其他经营者受到搜索降权、降低信用等级、商品下架、断开链接、停止服务等处置；（二）恶意在短期内批量拍下商品不付款；（三）恶意批量购买后退货或者拒绝收货等。《网络反不正当竞争暂行规定》中相关条款的设置，均显示出目前对于互联网流量竞争中反向流量造假进行规制的迫切需求。

（二）刑法视角下的“反向流量造假”

1.刑法视角下的欺诈型反向流量造假

一般情况下，流量造假是基于流量造假服务提供者和购买者之间的合意。然而在部分案件中，流量造假也会体现为造假者对服务购买者的单方欺诈，因此该类存在欺诈因素的流量造假活动被定义为欺诈型反向流量造假[①]。

欺诈型反向流量造假常见于互联网营销推广领域。有学者认为，骗取广告投放者财物为目的，故意通过技术手段虚增点击量等流量欺诈行为在性质上是典型的犯罪活动，应以诈骗罪论处[②]。

具体而言，欺诈型反向流量造假常表现为行为人与特定广告委托方签订推广协议，内容包含提供推广服务的义务以及费用等。签订协议后，行为人采用虚拟刷量、流量劫持、静默安装等造假流程，营造委托方的产品或服务得到了大量流量的假象。委托方因虚增的流量陷入错误认识，认为行为人已完成了有效推广，支付推广费用。行为人取得推广费，但委托方并不会因为虚增的流量而转化成相应的成交量和影响力，甚至因为虚增流量本身而触犯网络平台机制，进而受到惩处。

尽管目前并没有欺诈型反向流量造假的判决案例，但在广告推广领域，以非法占有为目的，采用人工或者技术手段实施流量造假、骗取广告推广费的流量造假活动，情节严重的，应以犯罪论处，这一点是理论界与实务界的共识。对于以单位名义实施或者签订书面广告推广协议的欺诈型流量造假活动，原则上应以合同诈骗罪论处；而对于单位内部负责具体执行推广工作的个人，违背单位意志与合同约定，采用技术或人工手段实施流量造假活动的，应以诈骗罪认定[③]。

2.刑法视角下的诋毁型反向流量造假

在对待商业诋毁的问题上，反不正当竞争法和刑法在形式外观上具有简明性、跟随性和同源性的规范特质，1997 年刑法专门设置“损害商业信誉、商品声誉罪”的初衷，是为了对 1993 年《反不正当竞争法》所规定的严重的商业诋毁情形进行“罪化惩治”[④]。

（1）诋毁型反向流量造假行为的细分类型

诋毁型反向流量造假行为与传统的商誉损毁行为相比，成本更低、破坏性更大，且能够在短时间内形成“淹没式覆盖”。此类流量造假行为显而易见地触犯损害商业信誉、商品声誉罪。随着“道高一尺，魔高一丈”的博弈，诋毁型反向流量造假也在“更新迭代”而愈发隐蔽。对不同的商业诋毁情形进行更加细致的类型化区别，则可分为以下 4 种[⑤]。

① 类型 1：商业诋毁对象特定，特定经营者商誉受损，市场竞争秩序受损；

① 张弛、王好：《论流量造假的行为类型与刑法治理》，载《浙江大学学报（人文社会科学版）》，第 53 卷第 6 期，第 37 页。
② 邓矜婷：《流量造假行为的刑法规制》，载《人民检察》2022 年第 15 期，第 27–31 页。
③ 张弛、王好：《论流量造假的行为类型与刑法治理》，载《浙江大学学报（人文社会科学版）》，第 53 卷第 6 期，第 39 页。
④ 龙俊：《论体系解释下的商业诋毁的法律认定——基于反不正当竞争法和刑法的双重视角》，载《经济法从论》2019 年第 2 期，第 215–254 页。
⑤ 参见龙俊：《论体系解释下的商业诋毁的法律认定——基于反不正当竞争法和刑法的双重视角》，载《经济法从论》2019 年第 2 期，第 236 页。

② 类型 2：商业诋毁对象可依一般公众认知准确推定，特定经营者商誉受损，市场竞争秩序受损；

③ 类型 3：商业诋毁对象不确定，特定范围内不特定经营者商誉受损，市场经济秩序受损；

④ 类型 4：商业诋毁对象不确定，经营者商誉未受损，市场竞争秩序未受损。

类型 1 和 2 因损害了经营者个体的商誉，破坏了市场竞争秩序，应认定为损害商业信誉、商品声誉罪，类型 4 未损害任何法益，故不应认定为犯罪。类型 3 则最为复杂。如果行为人诋毁某一行业产品，但不能具体到某一特定经营者，而行业产品的法益本身不能作为损害商誉的法益，但该行业的市场经济秩序又确实因为诋毁行为而受损。在此情形下，能否认定行为人构成损害商业信誉、商品声誉罪目前存在重大争议。笔者倾向认为，损害行业商品声誉的行为不构成苛责的违法阻却事由。

（2）主体要素：刑法中损害商业信誉、商品声誉罪的适用范围更广

前文已详述，《反不正当竞争法》视角下的反向流量造假行为（即商业诋毁行为）要求存在（至少）广义上的竞争关系。根据《刑法》第二百二十一条，捏造并散布虚伪事实，损害他人的商业信誉、商品声誉，给他人造成重大损失或者有其他严重情节的，处二年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。换言之，刑法中损害商业信誉、商品声誉罪的实施主体则可以是自然人，也可以是单位，故刑法中损害商业信誉、商品声誉罪的适用范围更广。

（3）行为要素：准确把握主观捏造行为与客观商品缺陷相关联的违法可能性

《刑法》第二百二十一条已明确，构成损害商业信誉、商品声誉罪的行为要素是捏造并散布虚伪事实。换言之，损害商业信誉、商品声誉罪只能通过“捏造事实”的方式实施，而不能以“价值贬损”的方式展开。但是“捏造事实”与“价值贬损”之间往往较为模糊，特别是在商品或服务本身存在缺陷的情况下。有学者指出，在此情形下，判定“捏造”行为的违法性需要同时根据“行为捏造程度”以及“商品自身状况”两个维度进行综合判断[①]。简言之，“捏造”行为的违法可能性程度与捏造信息的程度成正比，与商品自身瑕疵状况成反比。

（4）信息要素：“虚假信息”与“真实但无关商业竞争的信息”的违法行为判断

根据《反不正当竞争法》第十一条的规定，构成商业诋毁的信息类型包括“虚假信息”和“误导性信息”两类。前者指向的是不真实的描述或评价，而后者则指向不完整、不准确的真实信息，且可以是真实但无关商业的信息，也可以是难以证实的信息。在《反不正当竞争法》视角下，在存在竞争关系的前提下，无论传播的消息是虚假还是真实的，只要构成对消费者“误导”，并因此损害经营者的商业信誉或商品声誉，就可能认定为商业诋毁行为。竞争者可能利用消费者的选择偏好、情感因素，发布关于竞争对手的某些与商业竞争无关的信息，从而破坏其商业形象，提升己方竞争优势。例如，发布与竞品无关的竞争对手的政治倾向，财务状况，宗教信仰等，均可能构成商业诋毁。

但是，刑法中损害商业信誉、商品声誉罪则

① 参见龙俊：《论体系解释下的商业诋毁的法律认定——基于反不正当竞争法和刑法的双重视角》，载《经济法从论》2019 年第 2 期，第 243–244 页。

要求发布的是“虚伪事实”，即应是虚假的信息。例如，李某某、范某某损害商业信誉、商品声誉案[①]中，时任上海某科技公司审核经理的被告人李某某伙同下属范某某，为达到打压同行业竞争对手的目的，在明知违规内容经该 App 运营平台审核不会被公开发布的情况下，在该 App 上发布违规内容并伪装该内容已被公开发布的假象，捏造“U**”App 允许用户发布违规内容的相关材料并通过他人向监管部门举报。因上述举报，2019 年 11 月，“U**”App 被监管部门作出从全国应用商店下架的处置。用户无法通过华为应用市场、小米应用商店等下载该 App 或享受更新服务。N 公司因“U**”App 被下架遭受重大经济损失。最终，李某某、范某某的行为被审理法院认定构成损害商业信誉、商品声誉罪。

尽管真实但无关商业竞争的信息仍可能对相关主体造成负面效应，但发布真实信息（例如披露经营者违法犯罪等劣迹），在我国现行有效法律中，除出于保护未成年人身心健康的需要，在《刑法》和《刑事诉讼法》中存在“前科报告义务免除”和“未成年人犯罪记录封存”制度，对于其他一般主体而言，在一般情形下，社会公众对经营者曾经的违法犯罪信息具有知情权，因此单纯的披露行为难以将之界定为具有违法性。

（5）主观要素：故意和过失的判断

在反不正当竞争法视角下，诋毁型反向流量造假行为的主观形态可以是故意，也可以是过失。而在刑法视角下，对损害商业信誉、商品声誉罪的故意罪责本身无争议，但对于“听信谣言、散布未经核实的信息”是否应认定为“故意”存在较大争议。

在具体案件中，行为人常主张因听信他人谣言而散布未经核实的信息系过失，不具有主观故意，进而不构成犯罪。对于此情形，应全面、妥善判断行为人的“故意”或“过失”，即依据具体行为的表现形式及其相关要素来综合推断其罪过形态。笔者认为相关应予以综合考量的要素包括行为人的特定身份、行为人和被害人之间的关系，行为人对相关信息的核查难度，行为人对特定领域的了解程度、行为人的具体行为模式（包括具体措辞、散布次数、频率和途径等），行为人在损害行为发生后的处理态度等。只有对上述考量因素进行全面、综合的考察和把握，才能相对准确地判断行为的主观意图。

四、结语：“流量造假”需要系统化治理

互联网时代网络社会的繁荣发展伴随着互联网经济的爆发式增长以及流量竞争的日益白热化。目前“流量造假”活动显示出产业化、侵害领域集中化和侵害手段专业化等特点。“流量造假”活动对行业及个体的损害在快消品、娱乐、汽车、美妆等行业尤为突出。可以说，当下“流量造假”需要系统化治理，这种治理包括民事侧和刑事侧的双重发力。本文基于反不正当竞争法和刑法的复合视角，对流量造假的行为类型及规制方式进行了探讨，尝试为相关处于流量竞争中主体提供有参考意义的法律风险梳理，以期其规范行为，合法合规参与市场竞争。

① 参见上海市普陀区人民法院（2020）沪 0107 刑初 1035 号刑事判决书。

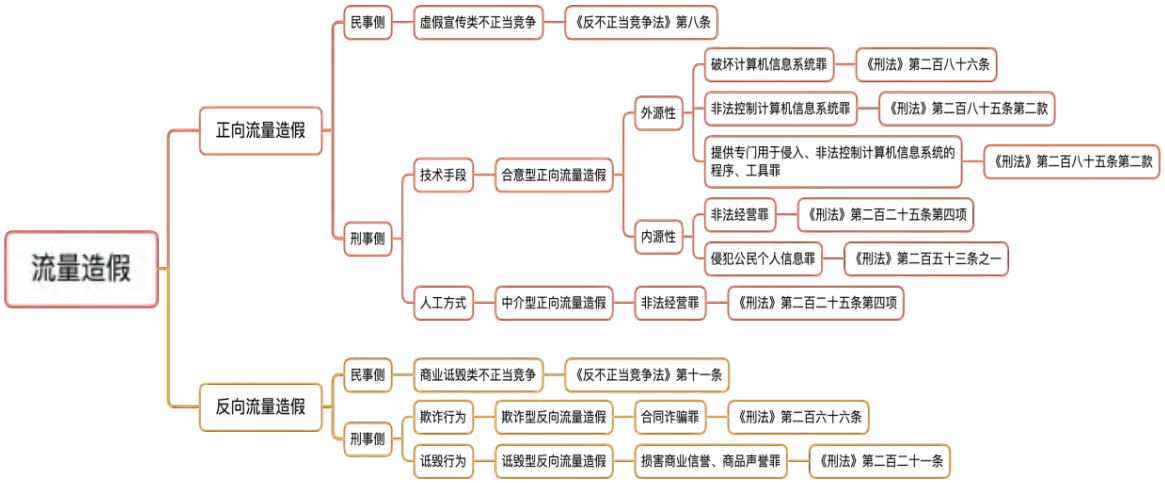


图 4：流量造假行为的类型及规制

“流量造假”的系统化治理需要民事、行政、刑事等多部门领域，从顶层设计上整合现有法律规范，做好民、刑、行法律规范的衔接，发挥协同保护作用。此外，也要重视企业、营销、媒体各利益环节的行业与职业自律，加强社会共治。是故，“流量造假”的系统化治理仍有诸多困难需要克服，众多疑难问题需要探讨、研判和解决，繁多因素需要综合统筹。笔者也将持续关注、深入研究“流量造”的治理，希望能够对于“流量造假”的系统化治理提供具有实操性的指引及深度洞察。

参考文献

[1] 中国互联网信息中心（CNNIC）第 54 次《中国互联网络发展状况统计报告》，https://www.cnnic.net.cn/n4/2024/0829/c88-11065.html，最后访问日期：2024 年 9 月 1 日。

[2] 周艾琳、房宝盛、王海吉：《从北京某科技公司与杭州某技术公司、程某某不正当竞争案管窥网络直播流量造假行为的司法规制》，载“北京知识产权法研究会公众”号，https://mp.weixin.qq.com/s/CIwTuGlQnGgrjjqCSaIwLg，最后访问日期：2024 年 9 月 1 日。

[3] 张弛、王好：《论流量造假的行为类型与刑法治理》，载《浙江大学学报（人文社会科学版）》，第 53 卷第 6 期，第 26–45 页。

[4] 李扬：《反不正当竞争法基本原理》，知识产权出版社 2022 年出版。

[5] 钟鸣：《商标与不正当竞争裁判规则》，法律出版社 2020 年出版。

[6] 张逸轩：《虚假宣传构成要件的法律分析》，http://www.zhongyinlawyer.com/Home/LibraryDetail?Title=虚假%2C 宣传%2C 构成%2C 要件%2C的%2C 法律%2C 分析，最后访问日期：2024 年 9 月 1 日。

[7] 山东省高级人民法院（2010）鲁民三终字第 5–2 号民事判决书。

[8] 上海知识产权法院（2019）沪 73 民终 4 号民事判决书。

[9] 浙江省杭州市余杭区人民法院（2020）浙 0110 民初 6262 号民事判决书。

[10] 浙江省杭州市余杭区人民法院（2020）浙0110民初6257号民事判决书。

[11] 河南省高级人民法院（2021）豫知民终509号民事判决书。

[12] 北京知识产权法院（2022）京73民终1148号民事判决书。

[13] 浙江省杭州市中级人民法院（2015）浙杭刑终字第311号刑事判决书。

[14] 最高人民检察院第九批指导性案第34号，https://www.spp.gov.cn/spp/jczdal/201710/t20171017_202593.shtml，最后访问日期：2024年9月1日。

[15] 新京报《团伙自制批量操作软件，3个月点赞转发微博1亿次被抓》，https://baijiahao.baidu.com/s?id=1640013795869759802&wfr=spider&for=pc，最后访问日期：2024年9月1日。

[16] 王丽：《流量经济背后的乱象》，载《方圆》2020年第8期，第28–33页。

[17] 北京市丰台区人民法院（2019）京0106刑初1813号刑事判决书。

[18] 今日头条《公安部开展打击“水军”行动百度审核员收10万元删帖获刑》，https://www.toutiao.com/article/6519325334599369230/?iid=25269638305&app=news_article&timestamp=1517916210&wxshare_count=1&tt_from=weixin_moments&utm_source=weixin_moments&utm_medium=toutiao_android&utm_campaign=client_share&share_type=original&from=timeline&source=m_redirect&wid=1725182820418，最后访问日期：2024年9月1日。

[19] 浙江省杭州市余杭区人民法院（2016）浙0110刑初726号刑事判决书。

[20] 最高人民法院司法案例研究院《操纵“网络水军”实施传播网络虚假信息行为的司法认定》，载《人民司法》2024年第22期，https://mp.weixin.qq.com/s/cwc1FV7dNIdZ3HaiP1qtyQ，最后访问日期：2024年9月1日。

[21] 邓矜婷：《流量造假行为的刑法规制》，载《人民检察》2022年第15期，第27–31页。

[22] 龙俊：《论体系解释下的商业诋毁的法律认定——基于反不正当竞争法和刑法的双重视角》，载《经济法从论》2019年第2期，第215–254页。

[23] 上海市普陀区人民法院（2020）沪0107刑初1035号刑事判决书。

数字经济时代加密数字服务商的法律风险应对

——以虚拟货币平台服务商为例

张宁，于小强，曲彦霓，张璞，徐爽

于小强律师担任德和衡高级权益合伙人、总所执行主任、德和衡刑事业务中心副总监、德和衡（上海）所执行主任，服务领域包括重大刑事案件辩护、企业风险防范和控制、刑民交叉案件综合处理方案、刑事控告等。作为主办律师代理过公安部督办的侵犯公民个人信息案，上海首例轨道交通咸猪手入刑案，某纳米新材料企业集资诈骗案等全国知名刑事案件，所办案件曾被人民日报、新华社、中央电视台等媒体广泛报道。

张宁律师担任德和衡（上海）律师事务所高级权益合伙人，刑民交叉业务中心副总监。在商事诉讼和金融犯罪领域积累了丰富的经验，擅长疑难复杂争议解决，善于运用对时事政策的把握，通过帮助客户个性化制定诉讼、仲裁策略、方案，最大限度维护客户的法律利益。同时具备金融刑事辩护、刑民交叉、刑行交叉案件处理的实操经验，善于运用专业加行业的法律服务方式为客户提供综合解决方案。

张璞律师，北京德和衡（上海）律师事务所刑事业务部门执业律师，德和衡上海办青工委秘书长，上海律协维护律师执业权益委员会干事。张璞律师业务领域包括经济类刑事案件辩护、企业刑事法律风险防控、民刑交叉案件处理等。办理过多起重大刑事诉讼案件和刑事合规项目，所参与办理的多起案件为客户争取到撤案、不起诉以及取保候审、不予批捕等良好辩护效果，切实维护当事人的合法权益。

曲彦霓实习律师的业务领域包括经济类刑事案件的辩护、民商事争议解决以及民刑交叉案件的处理等，为客户提供专业的法律服务，积极维护客户权益。

曲彦霓实习律师专注对金融领域的研究，在《刑法学研究（第十五卷）》（科技刑法研究专题）发表了《NFT 领域涉财产犯罪探究》，对法律与技术交叉领域有深入的研究与前瞻性思考。

徐爽实习律师拥有大学英语六级、商务英语高级、德语专业四级等多语种专业资格，能够运用多种语言办理涉外案件。曾参与协助办理国内某知名平台虚拟货币批量案件、某标的额千万建筑材料公司再审案件等争议解决类及涉外类案件。

徐爽律师还曾参与撰写《私募基金中的募新还旧犯罪》、《关于虚拟货币财产属性的实务认定》、《新反洗钱司法解释对现金收 U 行为的影响》等多篇专业文章。

摘　要：随着虚拟货币市场的蓬勃发展，虚拟货币交易平台的作用日益凸显。为了预防虚拟货币交易对金融系统构成的风险，我国对虚拟货币交易采取了严格的监管措施，实施了全面禁止的政策，但虚拟货币交易平台在海外仍处于蓬勃发展态势，国内也仍然屡禁不绝。除了虚拟货币固有的法律风险外，政府对虚拟货币的严格管控也使得虚拟货币交易平台面临诸多法律“雷区”。本文概述了虚拟货币交易平台的基本功能及国家针对虚拟货币交易平台出台的政策和法规，进一步探讨了虚拟货币交易平台可能面临的民事风险与刑事风险。针对这些风险，本文为虚拟货币交易平台及服务提供商提出了风险防范的建议与合规方法。

关键词：虚拟货币；法律风险；交易所；刑事风险；民事风险；法律服务；合规性；中国政策

一、引言

随着互联网及数字经济的发展，以比特币、泰达币为代表的区块链数字资产席卷全球，各种新型虚拟货币如雨后春笋般出现，许多改良后的新币种如莱特币、以太币等等不断进入市场，虚拟货币在投资与支付领域逐渐占有一席之地，虚拟货币交易平台也应运而生。

虚拟货币服务商是专注于提供与虚拟货币相关的一系列服务的公司、其他组织或个体，它们为个人投资者、企业以及专业交易者提供从基础的买卖、存储、转账到复杂的金融产品如衍生品交易、借贷服务和投资组合管理等多样化服务。这些服务商依赖于先进的技术平台，以确保高安全性、高可用性和高性能。

然而，由于虚拟货币具有去中心化和匿名性的特点，加之市场上存在大量的投机行为，使得虚拟货币交易市场面临诸多法律风险，虚拟货币服务商也面临着一系列的法律挑战。

虽然国家对虚拟货币交易采取了强监管态度，几乎是一刀切地完全禁止，但由于资本本身具有逐利性，虚拟货币背后蕴藏着巨大的经济价值，即使国家不断强化对虚拟货币的监管，也无法将虚拟货币交易平台全部关停，境外的虚拟货币交易所依旧蓬勃发展，境内的虚拟货币交易市场也涌现出各类“马甲”交易平台，线上线下交易依然广泛存在。

对于虚拟货币交易平台来说，除了虚拟货币本身价值波动大、交易透明度低等固有的风险外，国家对虚拟货币的强监管政策也使得虚拟货币交易平台的交易面临诸多风险，不仅自身的权益难以通过法律途径维护，更是极易触碰刑事法律的边界。虚拟货币交易平台服务商一方面要警惕国家政策的红线，另一方面要应对虚拟货币经营管理带来的风险，可谓举步维艰。因此，本文以虚拟货币平台服务商的角度作为研究起点，探究在当前的环境下，虚拟货币平台服务商可能面临哪些法律风险，并分析如何进行风险防控。

二、虚拟货币平台服务商概述

（一）平台服务商的角色与功能

虚拟货币交易平台是为集中交易提供设施和服务、组织和监督虚拟货币交易的平台，具有提供交易信息、撮合交易、抵押、结算、社交等多种功能。

在虚拟货币交易平台中，用户可以直接从平台买入或卖出虚拟货币，或在交易平台上寻找其他交易用户，与其他用户进行虚拟货币的买卖。在目前的虚拟货币交易市场中，用户与用户之间的 C2C 交易是交易的主要模式。在该交易模式中，卖方将虚拟货币托管至交易平台并发布交易信息，买方点击“购买”后，交易平台将锁定对应的虚拟货币，在买方向卖方付款后，平台释放锁定的虚拟货币给买方，从而完成对虚拟货币的交付与转移。币圈最为知名的交易所欧易 OKX、币安 Binance、Coinbase Pro 等均为客户提供了便捷的交易平台服务，用户只需下载交易平台 APP，与交易方协商一致并选择货币进行付款，即可完成对虚拟货币的交易。[①]

除了上述正规交易平台外，还有部分交易平台会通过建立 QQ 群、微信群等在线聊天工具的方式，为交易双方搭建平台，由群主等第三人担

① 《币圈十大交易所（2024 最新排名）》，载脚本之家网，https://www.jb51.net/blockchain/886587.html。

任担保人做线上 C2C 担保交易，在该交易方式中，买卖双方不直接进行交易，而是将法定货币与虚拟货币转移至担保人，由担保人再将虚拟货币、法定货币转移至买卖双方。由于国家对虚拟货币的监管政策日趋严格，建立担保群并撮合交易的形式在国内愈发普遍。[①]

（二）虚拟货币交易平台的盈利模式

虚拟货币交易所盈利的主要来源有平台交易手续费、发行平台币、上币费等。如国内知名交易平台 otcbtc.com 搭建了一个类似淘宝网的交易网站，用户可以自由发布买币卖币等广告信息，交易方式包括支付宝、微信、银联等。每次交易中，平台会向用户收取 0.001BTC 的广告费，以及 0.1%的手续费。除了搭建的正式的服务平台外，通过群聊进行撮合交易的担保人也会通过收取 0.5%–1%的“撮合费”、“担保费”获取利润，虚拟货币的每日交易量巨大，平台交易手续费也成为了虚拟货币交易平台的主要收入来源。

除收取交易手续费外，部分平台还会通过发行平台币或收取上币费的方式获取利润。以著名的火币交易所为例，火币交易所自行发行了 5 亿枚火币积分，作为购买交易手续费充值卡的奖励。而其他虚拟货币想要在火币交易所进行交易，相关方就需要支付给虚拟货币交易所一笔费用。在火币交易所的上币规则中，需要通过投票在平台获取上币权，而投票则需花费火币积分，因此其他虚拟货币发行商也必须大量购入并支付火币积分，以换取在火币交易所进行货币交易的资格，上币所花费的火币积分也成为了火币交易所的收入来源。[②]

（三）国家政策对境内平台服务商的影响

2013 年，虚拟货币在国内的交易量水涨船高，我国投资者对于比特币的投资不断增加，比特币的价格在 2013 年从几美元上涨到超过 1000 美元，涨幅超过了 100 倍，我国也成为比特币的最大交易国之一，此时中国人民银行等五部委发布了《关于防范比特币风险的通知》，明确各金融机构不得为客户提供比特币登记、交易、清算、结算等服务，但该通知仅对金融机构作出了规制，并未完全禁止比特币的交易，比特币交易作为一种互联网上的商品买卖行为，普通民众在自担风险的前提下仍然拥有参与的自由。

2021 年 9 月 24 日，中国人民银行等多个部门联合发布《关于进一步防范和处置虚拟货币交易炒作风险的通知》，规定“虚拟货币相关业务活动属于非法金融活动、境外虚拟货币交易所通过互联网向我国境内居民提供服务同样属于非法金融活动”，对虚拟货币交易所进行了严厉的打击与管控；同日，国家发展和改革委员会等多个部门联合发布《关于整治虚拟货币“挖矿”活动的通知》，对虚拟货币的监管达到了前所未有的严峻程度。

对于政府的强监管举措，最先作出反应的是火币交易所，十部门监管通知下发当天，火币交易所便宣布停止中国大陆新用户注册，并迅速发布声明，将在保证用户资产安全的前提下完成有序清退。此后，包括币安、OKEx、抹茶、BHEX 等多家交易所也纷纷宣布跟进退出举动，大意均是将对平台用户进行清查，退出中国大陆市场，后

① 《揭秘比特币场外地下交易：微信群日交易流水 30 万 群主月赚 9 万》，载未央网，https://www.weiyangx.com/266010.html。
② 参见陈俊雹：《交易所背景下虚拟货币的风险探析》，载《产业创新研究》2022 年第 21 期，第 130 页。

续将主攻海外市场。[①]

然而，虽然国家对虚拟货币的交易采取了严格的禁止措施，但是虚拟货币的交易并未被完全禁止。在香港，虚拟货币交易所平台只需获得香港证监会颁发的第 1 类受监管业务（证券交易）及第 7 类受监管业务（提供自动化交易服务）牌照，即可进行虚拟货币的交易，国外的虚拟货币市场更是完全开放的状态。因此，境内的部分经营者采取了建立“马甲”平台、微信群聊等方式，绕过监督和管理，继续承担着虚拟货币交易平台的功能，通过协助投资者跨境跨国购买或出售虚拟货币，从中获取手续费。

三、虚拟货币平台服务商面临的法律风险

（一）民事法律风险

1.合同无效风险

《中华人民共和国民法典》第一百五十三条规定：“违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效。但是，该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外。违背公序良俗的民事法律行为无效。”根据中国人民银行等部门发布的《关于防范比特币风险的通知》及《关于防范代币发行融资风险的公告》等规范性文件，虚拟货币不是货币当局发行，不具有法偿性和强制性等货币属性，并不是真正意义上的货币，不能且不应作为货币在市场上流通使用。其中，《关于防范代币发行融资风险的公告》更是明确规定：“本公告发布之日起，任何所谓的代币融资交易平台不得从事法定货币与代币、‘虚拟货币’相互之间的兑换业务，不得买卖或作为中央对手方买卖代币或‘虚拟货币’，不得为代币或‘虚拟货币’提供定价、信息中介等服务。”

虽然各部门发布的文件并非法律或行政法规的强制性规定，但在实践中，将虚拟货币交易平台签订的合同认定为无效合同的裁判不在少数。如深圳众盈盈互联网金融服务有限公司诉盟云技术发展（深圳）有限公司合同纠纷一案[②]中，法院认定案涉《技术开发合同书》约定被告帮助原告开发虚拟货币交易平台，且欲在内地实施虚拟货币的经营，可能造成危害金融秩序的后果，因此认定合同无效，对于合同中约定的违约金与赔偿款等均不予支持。在国合区块链（深圳）有限公司诉深圳市头条百科科技有限公司确认合同无效纠纷一案[③]中，法院明确指出：“目前并无法律、行政法规明确禁止为买卖虚拟货币提供中介服务的行为，但参照上述中国人民银行等金融监管部门所明令禁止‘为代币或虚拟货币提供定价、信息中介等服务’的规定，案涉头条百科公司为买卖虚拟货币提供中介服务，扰乱经济金融秩序，亦可能形成系统性金融风险，损害公民的财产安全和社会公共利益，故应对该类行为予以禁止，并作否定性评价。”最终，法院以“损害社会公共利益”为由认定案涉协议属于无效合同。

通过法院的裁判思路不难看出，尽管没有法律与行政法规的强制性规定，但在国家大力管控虚拟货币交易的情况下，大部分法院还是在裁判说理过程中直接将“虚拟货币交易”与“危害金融秩序”直接划上了等号，并以此认定合同无效。且在认定合同无效后，法院在责任的分配上也拥有极大的自由裁量权，部分法院认为，虚拟货币在国家明文规定不得交易的情况下，双方仍然进

① 参见刘四红：《最严监管年 交易所真假“逃亡” 》，载《北京商报》2021 年第 007 版。
② 深圳前海合作区人民法院(2021)粤 0391 民初 1180 号民事判决书。
③ 深圳前海合作区人民法院(2019)粤 0391 民初 5456 号民事判决书。

行交易，双方对于合同无效的后果均存在过错，故应当根据过错分担损失。作为完全民事行为能力人，理应对投资存在风险应有必要的认知，对于虚拟货币的投资应当具备谨慎的心态。如在李杰诉苗淑云合同纠纷一案[①]中，法院认为李杰作为主动邀请苗淑云投资虚拟货币的人，对此的认知能力应高于对方，因此其帮助苗淑云选择了投资项目，并导致苗淑云造成了财产亏损，在主观上存在明显的过错。法院综合考虑双方主观过错、认知能力、在涉案交易中所处的地位等综合因素，法院酌定双方对合同无效造成的损失各承担50%的责任。因此一旦合同被认定为无效，法院极有可能依据双方的过错分配财产损失的责任，而虚拟货币平台服务商往往会被认为在专业知识上更丰富，对危害后果的明知程度更高，因此应当承担更多的过错责任。

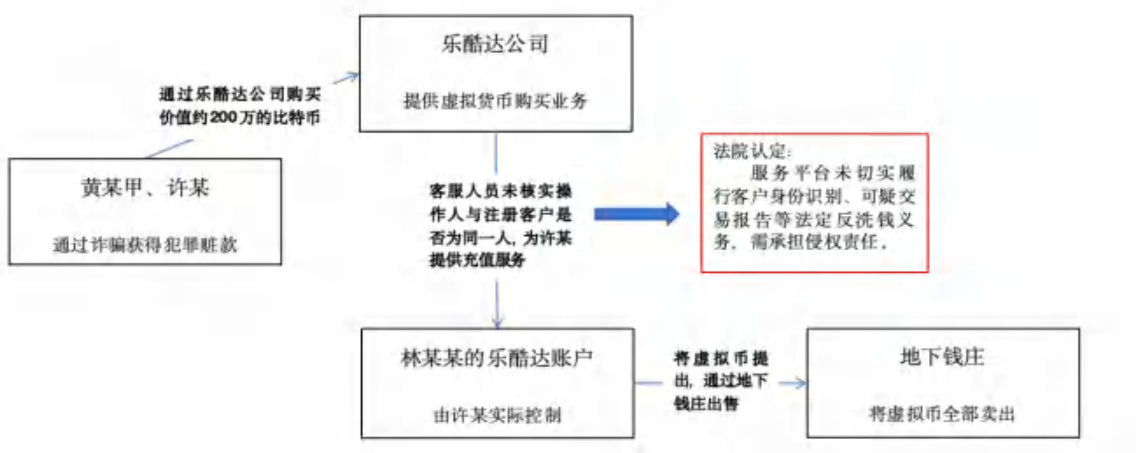
2.侵权责任风险

除了法律监管带来的风险，虚拟货币交易所还时常面临着互联网络上的黑客攻击、高管管理不善滥用客户资金等经营风险。如韩国最著名的Bithumb自2014年成立起，就屡次受到各种攻击。2017年2月，Bithumb的系统被黑客攻击，并被窃取了近700万美元，2018年6月，Bithumb员工的个人数据被利用，近3200万美元的加密货币被非法转移。2019年，全球领先的加密货币交易所币安（Binance）也遭遇了一起大型的黑客攻击，黑客利用网络钓鱼技术和病毒攻击了币安的安全系统，并窃取了用户的双因素身份验证代码和API密钥，这次入侵使黑客们从平台钱包中窃取了7074个比特币，在当时价值超过4000万美元。[②]

平台方作为服务提供者，有义务保护投资者的资金安全，而一旦投资者的资金被外来入侵者窃取或因其他原因灭失，平台服务商作为网络的运营人，同样需要承担侵权责任。黑龙江省高级人民法院发布的典型案例中也对平台的侵权责任进行了详细的阐述。本案中，犯罪嫌疑人黄某甲、许某密谋通过帮助诈骗分子洗钱的办法赚取报酬。在获取了犯罪所得的赃款后，许某即通过QQ与乐酷达公司客服“莱特勇士”联系，要求充值比特币至林某某的账户中，乐酷达公司客服在没有确认此笔业务的操作人与注册客户是否为同一人的前提下，即同意许某的充值要求。许某以林某某名义获得充值后，通过林某某在乐酷达公司注册的账号，利用乐酷达公司网站“OKCOIN”交易平台，分34笔购买价值约200万元的比特币。后许某操作该账户陆续将购买的比特币全部提出平台，伙同黄某甲在澳门地下钱庄将比特币卖出，所获取的现金被二犯罪嫌疑人挥霍、还债。法院认为，乐酷达公司未按《中国人民银行等五部委发布关于防范比特币风险的通知》的规定切实履行客户身份识别、可疑交易报告等法定反洗钱义务，即未核实林某某身份就为其账户充值，对林某某账户的异常交易情况视而不见。因此，乐酷达公司的违规行为在客观上为犯罪行为提供了便利条件，其漠视的态度一定程度上起到了配合犯罪分子转移赃款的效果，造成了受害人款项被挥霍，无法追回。对此，乐酷达公司存在过错。故综合乐酷达公司的违规情形、给社会造成的负面影响及起到的不良示范作用，其对华晨公司不能追回的损失应承担40%的赔偿责任。

① 辽宁省锦州市中级人民法院(2023)辽07民终23号民事判决书。

② 《盘点历史上十大中心化交易所遭黑客攻击事件》，载腾讯网，https://new.qq.com/rain/a/20240813A03MNH00。



因此，作为虚拟货币服务平台，如果未能履行审慎监管义务，则对于造成的损失，需要承担部分赔偿责任。且自 2021 年《关于进一步防范和处置虚拟货币交易炒作风险的通知》出台后，从事虚拟货币交易活动被严令禁止，因此一旦虚拟货币服务平台出现经营风险，平台的经营者则会直接被法院认定为存在过错，从而承担客户资金损失的侵权责任。

（二）刑事法律风险

1.非法利用信息网络罪

2024 年 6 月，Filecoin 生态的 LSD 协议 STFIL Protocol 因涉及“3.28”非法利用信息网络案件，交易网站被湖南省汉寿县公安局查处，并依法扣押了一批涉案 FIL 虚拟币，这一扣押行为导致大量持币者的虚拟货币被公安机关划转扣押，本文笔者的律师团队也代理了本案中大量持币者，帮助他们追索 FIL 虚拟币。[①]

在司法实践中，被定性为非法利用信息网络罪的虚拟货币交易平台不在少数。我国《刑法》规定，非法利用信息网络罪主要包含以下三种行为，第一是设立用于实施诈骗、传授犯罪方法、制作或者销售违禁物品、管制物品等违法犯罪活动的网站、通讯群组的；第二是发布有关制作或者销售毒品、枪支、淫秽物品等违禁物品、管制物品或者其他违法犯罪信息的；第三是为实施诈骗等违法犯罪活动发布信息的。

对于虚拟货币平台服务商来说，单从刑法条文上看，似乎从事虚拟货币平台服务并不违反该条规定，因此许多平台服务商往往会忽视这一法律风险。但如前文所述，我国最新出台的政策已经明确将虚拟货币相关业务定性为“非法金融活动”，而“相关业务”一词则是一个十分模糊的定义，从狭义上看，“虚拟货币相关业务”应当指境内的虚拟货币平台服务商直接帮助交易双方进行虚拟货币交易，或者利用微信群聊等媒介充当“中间商”并收取服务费的行为。但如果从广义上理解，在平台上发布交易信息，提供货币的交易价格、市场交易量等资料也可以视为“虚拟货币相关业务”，从客观上来看，这些行为也的确间接促进了虚拟货币的交易往来，这也使得部分司法机关以当事人“发布违法犯罪信息”或“为实施诈骗等违法犯罪活动发布信息”为由，指控其涉嫌本罪。利用这一模糊规定将该罪名变成了虚拟货币平台服务商的口袋罪。

2.开设赌场罪

开设赌场罪也是虚拟货币平台服务商极易触

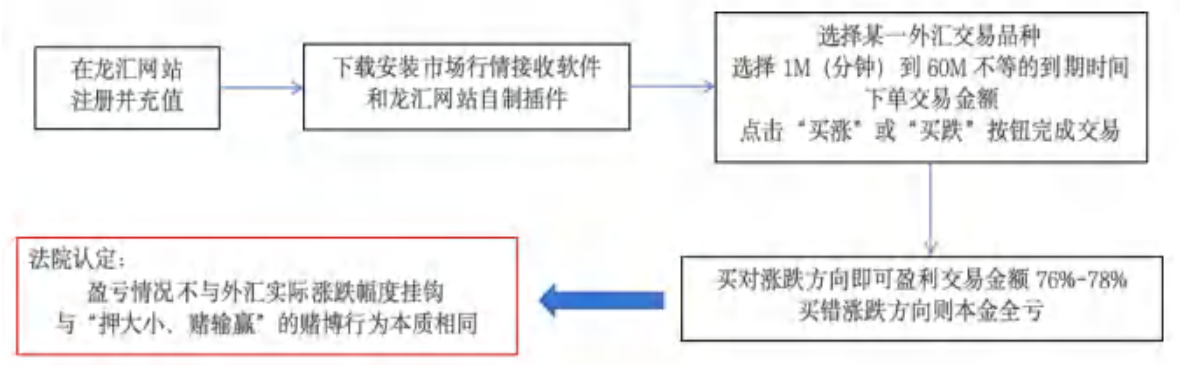
① 《湖南汉寿公安提醒 STFIL Protocol 的质押和借贷用户及时配合反映情况》，载腾讯网，https://new.qq.com/rain/a/20240624A01SDJ00。

犯的罪名。虚拟货币本身的匿名性和去中心化的特点为赌博活动提供了一个相对隐蔽的环境，再加上虚拟货币的智能合约交易本身也有以小博大，通过杠杆来放大收益的作用，也使得利用虚拟货币平台赌博的行为在交易平台上普遍存在。

成都链安发布的《2022 全球虚拟货币犯罪态势及打击研究报告》中记载了将虚拟货币作为赌博投注对象的杠杆合约交易和利用区块链智能合约技术开发赌博应用两种不同类型的涉赌犯罪。其中，利用区块链智能合约开发赌博应用是较为常见的犯罪形式。

2024 年 3 月 29 日，浙江省盐城市中级人民法院发布的全市法院 2023 年度十大典型案例之七谢某某、刘某某等人利用区块链合约技术开设赌场案，是全国首例利用区块链合约技术开设网络赌场案，也是一例典型的利用虚拟货币开发赌博应用的案例。2018 年 6 月至 2020 年 12 月期间，被告人谢某某、刘某某等 10 人经胡某某召集，在区块链平台先后推出多个赌博游戏，并支持用户在该赌博平台使用虚拟货币 EOS 币投注赌博，总赌资累计达 3.3 亿余个 EOS 币，总盈利 1000 余万元人民币。[①]

除了直接创建赌博游戏外，虚拟货币本身的价格波动同样可以作为赌博的依据。2020 年最高人民法院第 146 号指导性案例陈庆豪、陈淑娟、赵延海开设赌场案，就是典型的以二元期权之名，行赌博交易之实的刑事犯罪案件。犯罪嫌疑人通过设立虚拟货币交易平台，以“二元期权”交易的名义，在法定期货交易场所之外利用互联网招揽“投资者”，以未来某段时间虚拟币的价格走势为交易对象，按照“买涨”、“买跌”确定盈亏，买对涨跌方向的“投资者”得利，买错的本金归网站（庄家）所有。在这样的交易机制下，盈亏结果不与虚拟货币的价格实际涨跌幅度挂钩，本质上是赌博中的“押大小、赌输赢”，是披着期权交易外衣的赌博行为。[②]



作为虚拟货币平台服务商，一旦平台被认定为赌博场所，则平台服务商也会被认定为开设赌场罪，从而面临刑事处罚。

3.洗钱罪

2023 年 11 月，世界知名加密货币交易所 FTX 创始人，山姆·班克曼·弗里德（SBF）被指控涉嫌欺诈与洗钱，面临潜在最高 110 年的监禁，2024 年 3 月 28 日，负责此案的法官卡普兰宣布 SBF 被

① 《全国首例区块链技术开设网络赌场案宣判，案件入选盐城市十大典型案例》，载新浪网，https://finance.sina.com.cn/jjxw/2024-03-13/doc-inancqsy0914408.shtml。

② 江西省高级人民法院 (2019)赣刑终 93 号刑事判决书。

判处 25 年监禁，并附加没收了 110 亿美元的财产。[①]无独有偶，2024 年币安及其前首席执行官赵长鹏（CZ）被三名加密货币投资者提起集体诉讼，投资者称由于币安交易所未能有效防止洗钱行为，导致无法追回被盗资产。CZ 在接受创纪录的 43 亿美元天价和解条件后，又遭检方指控利用币安平台纵容洗钱，涉嫌犯罪。经过双方较量，CZ 最终因违反美国反洗钱法，被美国西雅图联邦法院判处四个月监禁。[②]

从 SBF 到 CZ，不难看出虚拟货币服务平台或他们的创始人极易涉嫌洗钱指控，这是因为虚拟货币的交易平台通常涉及大量的资金流动，而这些资金可能来自各种来源，其中就包括诈骗、走私犯罪等非法来源。而作为虚拟货币交易平台，遵守反洗钱规则是平台服务商必须要遵守的义务，一旦未能充分遵守反洗钱等合规要求，或者没有建立有效的监测和报告机制，就极容易被指控涉及洗钱行为。

另一方面，加密交易机构在过去经历了快速增长和广泛采用，这种增长也引起了监管机构和执法机构的关注。中国于 2007 年 1 月 1 日通过了现行的反洗钱法，而近期的修订将虚拟资产交易纳入其中，即首次承认了“虚拟资产”交易，这是近二十年来对该国反洗钱框架的首次重大更新。根据最新的修订内容，中国最高人民法院明确指出，虚拟资产，尤其是加密货币交易，由于其匿名性和跨境流动性，已经成为洗钱活动的重要渠道。为了有效打击洗钱行为，中国最高人民法院在修订《反洗钱法》时，特别增加了对虚拟资产交易的监管规定。2024 年 8 月 20 日，《最高人民法院、最高人民检察院关于办理洗钱刑事案件适用法律若干问题的解释》将“虚拟资产”交易列为洗钱方式之一。这意味着，所有涉及虚拟资产的交易活动，包括加密货币的买卖、转移等，都将受到更为严格的监控和审查。

四、虚拟货币交易平台的法律风险防范

在数字经济时代，虚拟货币交易平台及服务提供商扮演着越来越重要的角色。然而，正如前文所述，由于虚拟货币自身的固有缺陷及监管政策的日益严格，境内外的虚拟货币交易平台和服务提供商也面临着日益增多的民事与刑事风险。因此，平台服务商需要采取积极手段，应对可能面临的法律风险。

（一）完善企业交易模式，规避民事法律风险

首先，虚拟货币平台服务商在运营过程中，需要确保业务活动的合法性，遵守中国人民银行及相关部门发布的规定和指导原则。这包括对合同条款进行合法性审查，避免签订违反法律、行政法规的强制性规定和公序良俗的合同。在签订合同的时候，避免在合同中约定涉及虚拟货币兑换、买卖或提供中介服务的条款，以免被认定为破坏金融秩序。

其次，平台服务商需要加强数据安全措施，保护客户信息不被泄露或非法使用，并投资于先进的技术防护措施，以防止黑客攻击和其他网络安全威胁。同时，建议虚拟货币平台服务商制定完善的应急响应计划，以便在发生安全事件时能够迅速采取行动，减少损失。同时，可以考虑购买责任保险，以覆盖因侵权行为可能产生的赔偿责任。

① 《世纪骗局落幕：“加密货币之王”SBF 的疯狂人生与 FTX 帝国的崩塌》，载网易网，https://www.163.com/dy/article/IVQVD7FD05118O92.html。
② 《币安创始人赵长鹏在美被判 4 个月监禁》，载观察者网，https://www.guancha.cn/internation/2024_05_01_733465.shtml。

最后，虚拟货币平台服务商应密切关注国家政策和法规的变化，及时调整业务策略，确保合规，在签订合同时向客户充分披露虚拟货币交易的风险，教育客户理性投资，并提供透明的信息，帮助客户理解虚拟货币交易的潜在风险，以实现风险的有效管理。通过这些措施，平台服务商可以在一定程度上规避合同无效和侵权责任的风险，保护自身和客户的合法权益。

（二）强化企业合规建设，避免触及刑事红线

1.针对非法利用信息网络罪的经营建议

虚拟货币平台服务商在经营过程中，必须严格遵守国家法律法规，尤其是关于非法利用信息网络罪的相关条款。由于非法利用信息网络罪存在被滥用的趋势，为了避免相关经营被认定为违法活动，平台应当与监管机构建立良好的沟通渠道，及时了解和响应监管要求。在发现任何可能涉及违法犯罪活动的迹象时，主动与执法机关合作，提供必要的信息和协助。

2.针对开设赌场罪的经营建议

鉴于虚拟货币平台服务商可能涉及开设赌场罪的风险，平台必须采取有效措施来预防和打击利用平台进行赌博的行为。首先，平台应加强对智能合约的监管，防止其被用于开发赌博应用。其次，平台应实施严格的用户身份验证措施，以识别和阻止可疑的赌博活动。最后，平台应定期进行内部审计，确保所有业务活动均符合法律法规，避免因疏忽而触犯开设赌场罪。

3.针对洗钱罪的经营建议

虚拟货币平台服务商在经营中必须严格遵守反洗钱法规，以降低涉嫌洗钱的风险。平台应建立和完善反洗钱内部控制制度，包括客户身份识别、交易监控、可疑交易报告等。同时，平台应加强对大额交易和可疑交易的审查，确保所有交易均符合法律规定，无洗钱嫌疑。此外，平台应定期对员工进行反洗钱培训，提高他们对洗钱风险的认识和防范能力。通过这些措施，平台可以在保护自身免受法律风险的同时，也为打击洗钱犯罪做出贡献。

（三）建立专业的法律顾问团队

建立专业的法律顾问团队对于平台的运营至关重要，团队应由熟悉虚拟货币领域法律法规且经验丰富的律师组成，他们能够提供实时的法律咨询和支持，在进行重大决策或处理复杂问题时提供专业意见，与监管机构建立良好的沟通渠道，参与到平台的风险管理中，帮助识别、评估和处理法律风险，并在面对法律诉讼、监管调查或其他法律挑战时提供有效的法律辩护和危机管理。通过这些措施，虚拟货币交易平台可以在不断变化的法律环境中保持合规，同时保护平台和用户的合法权益。

五、结论

未来国家将继续强化对虚拟货币的监管，但与此同时，虚拟货币是世界经济发展的重要组成部分，中国政府会高度重视虚拟货币的研发与应用，并出台适合中国国情的虚拟货币发展政策。因此，未来国家会不断完善相关法律法规体系，以保障数字货币市场的健康发展。一方面，国家会鼓励技术创新和试点应用；另一方面，国家对于虚拟货币的发行与推广也会加强合规监管，确保金融稳定与国家安全不受威胁。

在数字经济时代，虚拟货币交易平台及服务商在促进金融创新和交易便利化的同时，也面临着日趋复杂的法律风险。这些风险不仅涉及民事责任，更包含了刑事追责的可能性，对平台的稳

健运营构成了严峻挑战。但虚拟货币的推广是经济发展的大势所趋，虚拟货币交易平台及服务商必须采取积极措施，加强法律风险防范，保障自身的稳健运营，为数字经济的健康发展提供支持。

参考文献

[1]《币圈十大交易所（2024 最新排名）》，载脚本之家网，https://www.jb51.net/blockchain/886587.html。

[2]《揭秘比特币场外地下交易：微信群日交易流水 30 万群主月赚 9 万》，载未央网，https://www.weiyangx.com/266010.html。

[3] 参见陈俊雹：《交易所背景下虚拟货币的风险探析》，载《产业创新研究》2022 年第 21 期，第 130 页。

[4] 参见刘四红：《最严监管年交易所真假“逃亡”》，载《北京商报》2021 年第 007 版。

[5] 深圳前海合作区人民法院（2021）粤 0391 民初 1180 号民事判决书。

[6] 深圳前海合作区人民法院（2019）粤 0391 民初 5456 号民事判决书。

[7] 辽宁省锦州市中级人民法院（2023）辽 07 民终 23 号民事判决书。

[8]《盘点历史上十大中心化交易所遭黑客攻击事件》，载腾讯网，https://new.qq.com/rain/a/20240813A03MNH00。

[9]《湖南汉寿公安提醒 STFIL Protocol 的质押和借贷用户及时配合反映情况》，载腾讯网，https://new.qq.com/rain/a/20240624A01SDJ00。

[10]《全国首例区块链技术开设网络赌场案宣判，案件入选盐城市十大典型案例》，载新浪网，https://finance.sina.com.cn/jjxw/2024-03-13/doc-inancqsy 0914408.shtml。

[11] 江西省高级人民法院（2019）赣刑终 93 号刑事判决书。

[12]《世纪骗局落幕：“加密货币之王”SBF 的疯狂人生与 FTX 帝国的崩塌》，载网易网，https://www.163.com/dy/article/IVQVD7FD05118O92.html。

[13]《币安创始人赵长鹏在美被判 4 个月监禁》，载观察者网，https://www.guancha.cn/internation/2024_05_01_733465.shtml。

刑事司法人工智能的法律规制

姜松炎

姜松炎，北京德和衡律师事务所高级权益合伙人，战略与发展委员会秘书长、公司业务中心秘书长，并购交易师。主要业务领域为公司法诉讼、股东争议解决及上市公司、国企争议解决，代理的多个案件入选人民法院案例库。

摘　要：人工智能作为新兴的科技力量被广泛、深入地应用于刑事司法的各个领域。在带来诸多司法增益地同时，也暴露出了司法人工智能存在数据算法不确定、弱化法官主体地位、加剧控辩力量失衡等问题，损害司法公信力和司法权威。在“智慧司法”的背景下，为保障司法人工智能的有效运行，应当对其进行规制。具体而言，应当在坚持辅助审判原则和比例原则的整体思路下，规范算法监管机制，以及算法决策后的问责和纠错机制。

关键词：刑事司法；人工智能；法律规制

一、问题的提出

信息技术的日新月异，正深刻重塑着人类社会的方方面面。随着大数据时代的全面开启，人工智能技术依托这一庞大的数据基石，正逐步渗透并深刻影响着社会的每一个角落，成为推动社会进步的重要引擎。在司法领域，这一技术的融入为司法体制改革注入了新的活力与可能。

在新时代的法治化、数字化、智能化浪潮中，探索依法治国与数字治理的深度融合，不仅是顺应时代发展的必然选择，也是加速国家治理体系和治理能力现代化的关键路径。2016 年，中共中央办公厅与国务院办公厅联合颁布的《国家信息化发展战略纲要》（中办发〔2016〕48 号），明确提出了“科技强检”的战略方向，旨在通过科技手段提升司法信息的透明度，进而强化司法公正与正义的实现。

进一步地，2017 年国务院发布的《新一代人工智能发展规划》（国发〔2017〕35 号），更是将“智慧法庭”的建设提升至战略高度，强调构建一个以审判为核心，以人为本，数据为基，公开为盾，监控为翼的智能化司法数据平台。这一平台不仅促进了证据收集、案例分析的智能化转型，还通过深度挖掘法律文献，实现了法律审判体系与审判能力的智能化升级，为司法公正与效率的提升开辟了新路径。通过这一系列举措，我们正朝着更加智慧、公正、高效的司法体系迈进。

近年来，随着“智慧法治”特别是“智慧司法”顶层设计的提出，“人工智能加法律”系列工作正在审判领域紧锣密鼓地进行着，各地方法院也开始进一步推动司法人工智能运用，大力推进全流程网上办案，研发各类智能化办案辅助平台，实现诉讼服务自动化办理、语音识别转录、案件数字画像、类案智能检索等能力。人工智能在司法领域的深度融合应用已经成为法治社会和法治中国建设的重要助推力。值得注意的是，人工智能技术的应用犹如一把双刃剑，尽管刑事司法人工智能具有提高审判效率、量刑规范化等诸多优势，但是刑事司法人工智能的应用也引发了广泛的质疑和担忧，其中最具代表性的是威斯康辛诉卢米斯案（State v. Loomis）[①]，此案发生后，各方媒体、公众以及学术界普遍表现出对算法的担忧与不信任。已有研究表明，人工智能可能导致裁判规则僵化，剥夺人们对于司法的亲历感，损害司法权威[②]。本文的研究建立在已有研究的基础上，总结刑事司法领域人工智能的应用风险，分析人工智能辅助司法应坚持的理念和原则，并对刑事司法人工智能的法律规制提出完善建议。

二、刑事司法领域人工智能的实践样态

尽管司法领域的人工智能应用受到案件种类与审理阶段的具体限制，但其广泛的应用范围和深入的影响仍不容忽视。放眼全球，司法 AI 的应用亮点纷呈，涵盖了多个关键领域。例如，在庭审辅助方面，欧盟多国法院已率先采用先进的语音转写智能技术，极大地提升了庭审效率与记录准确性。而在裁判决策层面，美国的 COMPAS 量刑辅助系统以其精准的预测与分析能力，为法官提供了重要的参考依据。此外，案件管理方面，欧洲 ERP 系统通过高度集成与智能化的信息处理，优化了案件处理流程，提高了司法效率。而在诉讼辅助领域，新西兰的视听链接系统（AVL）等创

① State v. Loomis，881 NW2d 749（Wis 2016）

② 参见丁晓东：《人机交互决策下的智慧司法》，载《法律科学（西北政法大学学报》2023 年第 4 期，第 59 页。

新应用，更是通过技术手段实现了远程诉讼的便捷与高效，为当事人提供了更加灵活与便利的司法服务体验。这些全球范围内的实践探索，不仅展现了司法 AI 的广泛应用潜力，也预示着未来司法体系智能化转型的广阔前景。我国司法人工智能运用重点在于案件争议焦点分析，类案推送，量刑辅助和裁判尺度偏离预警。

关于案件争议焦点分析，当前，全国法院系统已全面推行电子卷宗与案件同步生成机制，实现了案件处理流程的全面无纸化，这一变革为案件纠纷焦点的自动化分析奠定了坚实基础。河北法院在此基础上，创新研发了“智审系统”，该系统巧妙融合了光学字符识别（OCR）与自然语言处理（NLP）的前沿技术，不仅实现了电子文件的即时可视化转换，还能智能归纳争议点，自动生成案件纲要，极大地提升了案件分析的效率与精准度。与此同时，北京法院也不甘落后，其推出的“睿法官”智能系统，在案件纠纷焦点管理方面展现出了卓越的性能。该系统能够迅速调取案件审理大纲，自动梳理待决事实，为法官提供及时、深入的分析与参考建议，有效助力裁判流程的顺畅进行。通过这一系列智能化工具的应用，法院在案件处理上实现了更加高效、精准的决策支持，推动了司法工作的现代化进程。[①]

关于类案推送，最高人民法院依托先进的人工智能自主学习机制与庞大的司法大数据分析能力，匠心打造了“法信 2.0 智推系统”。该系统独具匠心，能在法官审理案件时，自动且精准地推送相关类案、法条及法律观点，形成三位一体的知识服务体系。更值一提的是，该系统还深度贴合法官需求，实现了类案检索报告的即时生成、关联案件的智能提示，以及民法典适用等特色功能的一键操作，极大提升了审判工作的效率与质量。浙江金华法院通过“类案大数据分析平台”深度剖析类案中各参与主体的行为特征、争议焦点及处理模式，运用司法规则进行精细化分类，构建起一个类案裁判结果规则库的完整体系。这一举措不仅深化了对类案的理解与把握，更为司法实践提供了有力的数据支撑与决策参考。据最新统计数据显示，2020 年，全国范围内共有 3276 家法院实现了基于简单条件的类案推送功能，3250 家法院支持法条推送服务，而高达 3210 家法院则已采纳全要素匹配技术的案件推送方式，这些数字均占到了全国法院总数的九成以上。这一系列成就不仅彰显了我国法院在类案推送技术上的卓越实力，更标志着我国在全球智慧法院建设的浪潮中已稳居领先地位，为世界司法智能化进程贡献了宝贵的中国智慧与力量。[②]

关于量刑辅助，上海高级人民法院在司法实践中，针对海量案例的复杂性与多样性，创新性地将人工智能语义解析技术融入办案流程，通过深度建模与神经网络自主学习机制，对案件事实进行精准剖析与量化评估。这一举措不仅丰富了量刑辅助的手段，还促进了“智能辅助办案系统”等应用的持续优化与升级，为法官在量刑决策时提供了科学、高效的参考依据。海南法院自主研发了“量刑规范化智能辅助系统”。该系统巧妙整合起诉书、答辩状等多源诉讼材料，运用先进的 AI 技术对这些信息进行精细化分割与分类，实现了案件事实的自动化整理与提炼。更为重要的是，该系统能够基于庞大的大数据资源库，智能匹配相似案例，自动提取相关法条与判例，为法

① 参见《2018 全国政法智能化建设智慧法院十大创新案例（一）北京市高级人民法院——“睿法官”系统》，载法安网 https://www.faanw.com/zhihuifayuan/58.html。

② 参见陈甦、田禾：《中国法院信息化发展报告》，社会科学文献出版社 2021 年版，第 34 页。

官量身定制量刑建议范围，有效提升了量刑的规范性与精准度。[①]

在裁判尺度偏离预警方面，江苏法院独创“同案异判预警平台”，内置“同案同判”核心理念，依托计算机算法后台严控。一旦系统预判的判决结果偏离预设参数阈值，如因类案样本稀缺或涉案人数众多致裁判相似度不达标，平台即触发警报，启动人工复审流程。贵州法院则推出“法镜大数据比对系统”，以标准值为基准，智能筛查案例间的差异。该系统已广泛应用于全国 9 万余案例的分析中，精准识别出 3000 余起存在显著偏差的案件，有效发挥了 AI 在裁判公正性监督上的作用。[②]

人工智能在司法审判中的智能辅助逐步成为法学界的主流观点，其被视为辅助办案系统的一部分。在刑事司法领域，人工智能的应用通常旨在提高效率、确保正确性和一致性，有效减少人类的主观偏见。实践证明，人工智能的发展与运用，在提高司法效率、约束限制恣意裁判以及减轻司法压力等方面发挥了积极作用。

三、刑事司法人工智能的应用风险

公正与效率是司法的永恒命题，人案矛盾制约司法资源以最合理高效的分配方式实现公平正义，通过引入智能科技将人力从重复机械的事务性工作中解脱出来，投入需要更多精力到案件实质化审理中，是人工智能司法应用承载的理想功能。当前，人工智能司法应用虽然取得一定成效，但也存在诸多风险与挑战。

（一）数据算法不确定

首先，数据质量常受多因素波动，影响稳定性，而数据仓库则展现出标签化、集成化、稳定与时变的特性。算法处理中，数据可能隐含偏见，如种族、性别等敏感维度的不当关联，这些偏见可能源于设计者的主观视角或训练数据的泛化效应。例如，加拿大的 CAML 算法在司法监视决策中暴露出种族偏见，因错误纳入种族及原住民背景，加剧了歧视问题。同时，数据的时效性要求持续维护与更新，但往往受限于资金等实际条件。在中国智慧法院建设中，面临地方性试点局限、数据根基不稳及流通不畅等挑战。[③]

其次，算法的不确定性深植于其隐秘性与透明度缺失之中，这对司法 AI 的公正裁决构成了直接挑战，侵蚀了司法的透明与公正基石。以美国广泛应用的“罪犯风险评估智能系统”（如 COMPAS）为例，在卢米斯诉威斯康星州案中，该系统因涉及宪法权利侵犯而引发法律争议[参见 Loomis v. Wisconsin，881 NW2d 749（2016）]。此案中，COMPAS 在量刑阶段被用于评估卢米斯的风险，却因其将种族、性别等敏感信息纳入考量，且因专利保密限制而无法接受公开审查，导致判决公正性受质疑。“算法黑箱”现象凸显了司法 AI 领域的一个核心难题：决策过程与结果的模糊性与不可知性。这不仅削弱了外界对 AI 决策逻辑的直观理解，也限制了对其准确性和公正性的有效评估与监督，进一步加剧了司法透明度的缺失。因此，如何提升司法 AI 的透明度与可解释性，成为当前亟待解决的重要议题。

① 参见韩绪光：《海南法院大数据人工智能助力司法改革 量刑规范化智能辅助办案系统效果明显》，载中国法院网 2017 年 7 月 27 日，https://www.chinacourt.org/article/detail/2017/07/id/2936709.shtml。

② 参见叶锋：《人工智能在法官裁判领域的运行机理、实践障碍和前景展望》，载《上海法学研究》2019 年第 5 期，第 61 页。

③ 参见徐骏：《智慧法院的法理审思》，载《法学》2017 年第 3 期，第 58 页。

（二）削弱法官主体地位

鉴于智能系统与裁判者间在知识结构、潜在能力及价值判断上的差异，法官在司法过程中的主导地位受到了一定程度的削弱。面对智能系统带来的实际挑战与潜在权力转移，司法体系尚未全面实施严格的人工智能使用规范。该系统集成了电子卷宗自动化处理、证据识别与评估、社会危险性分析、量刑预测及偏离预警等功能，全面覆盖网上办案流程需求。

在此情境下，每宗案件均经历法官与智能系统的双重审视，智能系统已深度融入司法决策核心，成为判决形成不可或缺的实质性要素，而法官的角色则更多地转变为对智能系统输出的复核与确认者。这一过程凸显了智能系统在司法实践中日益增强的影响力。[①]在传统司法体系中，裁判权素来由法官独立行使。

然而，随着人工智能技术的深入，尤其是生成式 AI 的融入，这一格局正悄然转变。生成式 AI 以其独特的逻辑——即通过数据分析学习内在规律以生成新信息，展现出比判别式 AI 更为显著的主动探索与创新能力。近期，这一变革在司法实践中得到了具体体现。例如，哥伦比亚的法官胡安·曼努埃尔·帕迪拉·加西亚在 2023 年初公开表示，他借助 ChatGPT 这一先进工具辅助撰写了关于自闭症儿童医疗保险赔付的裁决书，展现了 AI 在司法文书撰写中的潜在价值。同年 3 月，印度旁遮普邦与哈里亚纳邦某法院在审理一起谋杀案时，面对被告人保释申请的复杂考量，创新性地咨询了 GPT-4 这一 ChatGPT 的最新迭代版本，询问关于“基于被告人严重暴力行为背景下保释决定的法律依据”。GPT-4 综合分析了罪行严重性、被告过往记录及案件证据强度等因素后，给出了专业见解。法院在审慎参考了 ChatGPT 的反馈后，最终决定驳回被告人的保释请求，这一案例标志着 AI 在司法决策辅助方面的又一实践突破。[②]这表明 ChatGPT 这种生成式人工智能在案件最后裁判结论做出中拥有很大话语权与决定权并已取得了一部分由人类法官割让出来的裁判权，削弱了法官作为案件裁判的主体地位，以至于消解了司法理性。

（三）加剧控辩力量失衡

在刑事诉讼架构内，控辩双方虽天然存在力量对比的不均衡，但诉讼精髓在于“基于事实，展开理性交锋”[③]，这一对话机制的有效性建立于辩护方拥有足够的对抗能力之上，旨在防止诉讼沦为单向压制。长期以来，我国刑事司法体系因公安、检察、法院职能划分不明及实践中协作过度，逐渐形成了侦查、起诉、审判三者顺次相接的“流程化”运作模式，其中审判环节往往只是对前期工作的再确认与复审。

鉴于此，当前以审判为中心的诉讼制度革新，其核心在于提升庭审的辩论强度与实质影响力，将庭审视为决定案件走向的关键舞台，力求通过强化庭审的实质功能，重塑诉讼结构的平衡与公正。这一改革导向，旨在打破传统“流水线”模式的局限，确保审判环节能够充分发挥其应有的独立性与决定性作用。尽管人工智能在司法裁判辅助领域的运用提升了效率，却也悄然削弱了庭审的对抗本质，引发了对传统控辩平衡机制的担忧，

① 参见孙庆春：《人工智能司法决策研究》，重庆大学 2021 年硕士学位论文，第 85 页。

② Taniya Dutta,Indian Judge Uses ChatGPT for Views on Bail Plea of Murder Accused,https://www.thenationalnews.com/world/asia/2023/03/29/indian-judge-uses-chatgpt-for-views-on-bail-plea-of-murder-accused/(last visited on April 17, 2023).

③ 参见郑曦：《司法人工智能运用背景下的被追诉人权利保障问题》，载《厦门大学学报（哲学社会科学版）》2023 年第 6 期，第 44 页。

恐使庭审重归形式化窠臼。我国司法人工智能的发展路径显著带有“国家驱动”的色彩，官方力量在其中扮演了关键角色。[①]此趋势可能诱发技术应用中的公平性议题，尤其是当司法 AI 的研发与应用聚焦于公安、检察、法院体系时，存在技术资源向公权力倾斜的风险。

此外，信息资源的稀缺性与公众信息能力的差异，构成了司法 AI 效益普惠的障碍。信息弱势群体在获取、解析及应用司法 AI 数据上的局限性，不仅限制了他们从中受益的可能，还可能加剧控辩双方的力量不对等，使庭审的实质意义受到质疑，法庭实践面临进一步形式化的挑战。因此，在推进司法 AI 应用的同时，需审慎考量其对社会各阶层的公平性影响，探索构建更加均衡的信息获取与使用机制。

四、刑事司法人工智能的规制路径

（一）整体思路：坚持辅助审判原则和比例原则

1.坚持辅助性原则

辅助性原则是指人工智能在司法裁判中的定位应仅限于辅助法官对证据的判断，而不能替代法官的审查和裁决。[②]尽管人工智能已被广泛运用于裁判过程的各个环节，形成了法官与人工智能共同行使裁判权的局面，我们必须明确的是，人工智能本质上仍然是一种技术工具。法院引入人工智能的初衷在于提升审判质量和司法效率，其应用在司法领域是一种手段而非目的。智能司法系统系辅助性工具，其性质决定了它不具备独立承担裁判职责所需的伦理支撑与责任基础。[③]在最高人民法院颁布的《关于规范和加强人工智能司法应用的意见》中，辅助审判的核心理念被确立为人工智能应用于司法领域的基本原则，该原则显著地突出了人工智能在司法裁判过程中所扮演的辅助性、非主导性角色。[④]在证据判断方面，人工智能可以提供证据指引，为刑事案件的处理提供方向，但司法实务人员在使用智能系统时不能完全依赖于其结果，必须保持独立判断，避免产生惰性和路径依赖。

辅助性审判准则严格界定，裁判权力专属法官掌握，人工智能不得越俎代庖，其辅助性输出仅为参考之用，对法官的最终裁决无实质约束力，法官在决策时，仍需秉持自由裁量之精神，独立、公正地形成心证。

2.引入比例原则

比例原则在行政法中被称为“帝王原则”，其影响力亦跨越至刑事司法范畴，尤其在规制公权力机构应用司法人工智能时展现出显著价值。传统观点将比例原则细分为三大支柱：适当性、必要性和均衡性，这些要素共同构成了评估准则的核心。[⑤]

适当性原则强调公权力行使方式的恰当性，旨在有效促进既定目标的达成。于刑事司法实践而言，公检法机构面临多样化策略抉择，司法人工智能仅为可选路径之一。依据适当性原则，若

① 参见王禄生：《智慧法院建设的中国经验及其路径优化》，载《内蒙古社会科学》2021 年第 1 期，第 67 页。
② 参见纵博：《人工智能在刑事证据判断中的运用问题探析》，载《法律科学（西北政法大学学报）》，2019 年第 1 期，第 62 页。
③ 参见张式泽：《刑事司法人工智能的法律规制——以构建实质化人工干预机制为视角》，载《北京理工大学学报（社会科学版）》2023 年第 6 期，第 7 页。
④ 参见林洁：《人工智能司法审判的限度审视与应用路径——基于对 ChatGPT 算法的法律批判》，载《中国矿业大学学报（社会科学版）》2023 年第 6 期，第 77 页。
⑤ 参见余凌云：《论行政法上的比例原则》，载《法学家》2002 年第 2 期，第 10 页。

司法人工智能的应用未能显著助力案件处理的预期目标，则此手段不宜采纳[①]据此，在个案中引入司法人工智能前，需预先审视其效用与目标间的契合度，确保手段与目标间的紧密关联。

必要性原则在公权力行使中占据核心地位，它强调手段的必要性与损害的最小化。在人工智能的应用场景中，这一原则同样适用。首先，需审慎评估人工智能处理刑事案件的必要性，确保其使用是基于案件实际需求，而非盲目跟风。例如，《刑事诉讼法》第 148 条规定在进行技术侦查时要“根据侦查犯罪的需要”，为司法人工智能的启用提供了参照，即应依据案件处理的实际需要进行决策。其次，预见性是必要性的另一面，必须预先评估人工智能的使用是否会引发不必要的或过度的负面后果，力求在达成目标的同时，将潜在损害降至最低。

均衡性原则也称为狭义比例原则，其核心在于确保所采用的手段所引发的损害与所达成的利益之间维持合理的比例关系，杜绝损益之间的失衡状态。[②]在刑事司法领域内，公权力机构在行使职权时，必须秉持审慎态度，细致权衡行动带来的益处与潜在的成本，以保障权力的行使不会无端或过度地引发负面效应。对于司法人工智能的应用而言，也需要考虑其带来的收益和成本，找到平衡点，决定是否以及如何使用人工智能，特别是在决定是否使用强制性资源来保护或限制个人自由时。

（二）具体路径：优化监管与救济机制

1.强化大数据管理，规范算法监管机制

人工智能的高效运作根植于丰富且优质的数据土壤，缺乏这些数据，智慧司法的愿景便无从谈起。同时，算法设计的效率与相关性追求若失之偏颇，可能潜藏歧视与偏见的风险，危及司法公正。为规避技术漏洞带来的隐患，促进智慧司法稳健前行，强化司法大数据的治理与算法的监管机制势在必行。首要任务是拓宽司法数据资源，构建统一的司法大数据平台，打破当前过度依赖公开裁判文书网数据的局限，深挖法院系统内部未公开信息的价值，通过电子化、数据化改造全国法院系统，消除信息孤岛，促进平台间的深度合作与数据自由流通。其次，算法决策的透明度与公开性亟需提升，以破解算法黑箱难题，保障公民的知情权与抗辩权，同时增强对司法活动的监督力度。这要求建立畅通的沟通桥梁，连接决策主体与案件当事人，完善公开机制，确保算法决策逻辑清晰、过程透明，有效遏制数据滥用现象，维护司法公正。最后，构建高效的案例筛选与更新体系亦不可或缺。需优化案例指导与评选机制，将其深度融合于司法人工智能算法的持续优化中，实现案例的精准筛选与算法的即时更新。同时，设立多元化、常态化的案例退出[③]机制，由公检法等多方主体共同参与，确保人工智能算法所依托的案例库保持高质量与活力，为智慧司法的深入发展奠定坚实基础。

2.完善算法决策后的问责和纠错机制

欧洲司法效率委员会（CEPEJ）在《关于在司法系统及其环境中使用人工智能的欧洲伦理宪章》中提出，无论人工智能工具提供的解决方案法律效力如何，相对人都应被告知其选择权利，包括获得法律咨询和诉诸法院的权利。在司法程序中，相关方需清晰了解人工智能系统针对案件所提建

① 参见刘权：《比例原则适用的争议与反思》，载《比较法研究》2021 年第 5 期，第 33 页。
② 参见刘权：《比例原则》，清华大学出版社 2022 年版，第 24 页。
③ 同前注，第 16 页。

议的内容，且应保留提出异议并请求纠正任何潜在错误的权利，确保司法过程的公正与透明。具体而言，在刑事诉讼中，公诉案件的被告人和自诉案件的自诉人，如认为其合法权益因算法决策而受损，有权向使用者即法院主张。法院应能通过算法的解释来论证决策结果的原因和依据。当法院因专业知识有限而无法做出充分解释时，责任最终应由算法设计者承担。

参考文献：

[1] 张文显.推动依法治国和以数治国相结合[J].数字法治，2023（01）.

[2] 丁晓东.人机交互决策下的智慧司法[J].法律科学（西北政法大学学报），2023（04）.

[3] 古孟冬、王轩.“智慧法院”让群众更实惠——我省法院以信息化建设提升审判质效推进司法公正纪实[N].河北法制报，2017 年 07 月 14 日.

[4] 陈甦、田禾.中国法院信息化发展报告[M].北京：社会科学文献出版社，2021 年版.

[5] 叶锋.人工智能在法官裁判领域的运行机理、实践障碍和前景展望[C].上海：上海市高级人民法院，2019.

[6] 徐骏.智慧法院的法理审思[J].法学，2017（03）.

[7] 张玫瑰.司法裁判中人工智能应用的限度及规制[J].政法论丛，2023（05）.

[8] 郑曦.司法人工智能运用背景下的被追诉人权利保障问题[J].厦门大学学报（哲学社会科学版），2023（06）.

[9] 于同志.深化以审判为中心的刑事诉讼制度改革[J].中国应用法学，2023（03）.

[10] 王禄生.智慧法院建设的中国经验及其路径优化——基于大数据与人工智能的应用展开[J].内蒙古社会科学，2021（01）.

[11] 宋保振.“数字弱势群体”权利及其法治化保障[J].法律科学（西北政法大学学报），2020（06）.

[12] 胡小伟.人工智能时代算法风险的法律规制论纲[J].湖北大学学报（哲学社会科学版），2021（02）.

[13] 林洹.人工智能司法审判的限度审视与应用路径——基于对 ChatGPT 算法的法律批判[J].中国矿业大学学报（社会科学版），2023（06）.

[14] 张式泽.刑事司法人工智能的法律规制——以构建实质化人工干预机制为视角[J].北京理工大学学报（社会科学版），2024（07）.

[15] 余凌云.论行政法上的比例原则[J].法学家，2002（02）.

[16] 刘权.比例原则适用的争议与反思[J].比较法研究，2021（05）.

[17] 刘权.目的正当性与比例原则的重构[J].中国法学，2014（04）.

二等奖

执行程序中推行“带押过户”制度的可行性研究

陈锴

陈锴律师 1995 年毕业于厦门大学法律系并取得法学学士学位，2007 年取得厦门大学民商法学硕士学位。2020 年 5 月至今，在北京德和衡（福州）律师事务所执业，系律所分所首席联席合伙人、金融业务部主任、专职律师。执业 28 年来，共累计办理各类案件逾 5000 件，擅长金融、公司、国际贸易、房地产、经济犯罪控告及辩护等法律业务。

摘　要：“带押过户”作为盘活存量房市场的重要措施，相比此前还清按揭才可解押、过户，“带押过户”在提高交易流动性的同时降低了交易成本，在促进房地产市场良性发展、提升房地产交易流程安全性方面有着独特优势。而在二手房交易过程中推行“带押过户”，进入审判阶段时，却出现了因抵押权人不同意、不动产不具备分割条件等问题而未被支持的情形。为在执行程序中进一步推行“带押过户”，本文对“带押过户”的施行障碍进行了实证分析并提出了针对性解决措施。

关键词：“带押过户”，不动产市场，不动产

一、“带押过户”的概念

“带押过户”，即不动产“带押过户”，是指根据《中华人民共和国民法典》（下称“《民法典》”）第四百零六条规定，抵押期间，抵押人可以转让抵押财产。当事人另有约定的，按照其约定。已办理抵押登记的不动产在进行买卖转移时，无需提前归还旧贷、注销抵押权，即可完成过户、再次抵押和发放新贷等手续，实现抵押贷款与不动产登记之间的有效衔接。

二、“带押过户”的法律依据

在《民法典》第四百零六条基础上，为进一步落实法律规定与政策衔接，促进房地产市场良性发展，自然资源部和中国银行保险监督管理委员会联合印发了《中国银行保险监督管理委员会关于协同做好不动产“带押过户”便民利企服务的通知》（自然资发〔2023〕29号，下称“《通知》”），文件旨在深化不动产登记和金融便民利企合作，鼓励以点带面，实现各地方不同金融机构和不动产类型的全面覆盖；倡导因地制宜，在已有的三种“带押过户”模式基础上，结合实际丰富发展；提倡各级不动产登记机构、银行保险监督管理机构及银行业金融机构实时共享信息，提高便利化服务水平。

自《通知》发布后，各地为响应文件精神，均有发布相关政策。具体到福建地区，2023年3月，福州市日前已发布《贯彻落实巩固拓展经济向好势头的一揽子政策》，倡导施行“带押过户”，实现免赎卖房，满足居民“卖旧还新”改善性住房需求。

三、“带押过户”的社会效益

“带押过户”实施前，已抵押的不动产买卖需筹集资金还清旧贷、注销旧抵押、转移不动产、申请新贷、办理新抵押，流程长、风险高、负担重。实施后，“带押过户”允许先交易后解除抵押，降低交易成本、缩短交易时间，激发了二手房市场活力，增强了商品房流动性。这与中央“房住不炒”政策相符，影响存量房市场的同时，部分卖方将资金投入增量房市场。因此，“带押过户”政策将刺激存量房交易，间接促进增量房市场，增强整体不动产市场流动性。“带押过户”模式下，买卖双方及其贷款银行将共同签订资金监管协议，并在线上申请合并办理转移登记、新设抵押登记和解除原抵押登记等手续。在完成这些步骤后，新的抵押权将按顺位设立，并由住建、税务和登记三部门联合审核办理。结清旧贷后，卖方贷款银行注销旧抵押，而买方贷款银行的抵押权顺位将相应升为首位。这一改革使得登记金融系统更加融合，资金划转依据、时间节点和具体方式更加明确，从而确保资金安全。此外，为应对资金不足、交易时间长以及交易双方不熟悉不信任的风险，买卖双方往往会选择“提存”方式。在交易未完成前，所有资金将被存入公证机构提存专用账户，以确保资金安全。这样，卖方在房屋过户后能够收到购房款，而买方付款后也能顺利取得房产。如果交易失败，提存账户中的资金将按照原路返还，这不仅简化了款项多方划转的程序，还能有效避免资金纠纷。

四、执行程序中推进“带押过户”的社会效益

（一）执行法院实质性提升设有抵押的法拍房处置效率

执行法院引入“带押过户”模式处置法拍房后，将设有抵押的法拍房买卖、解押和设立抵押、还贷和贷款一站式完成，从而促进法拍竞买积极性、提升司法拍卖成交率、压缩执行财产处置周期，切实保障人民群众诉讼权利的实现。

（二）执行法院为“带押过户”提供规范、安全的交易的模式起到了示范作用

“带押过户”虽具有资金流转安全、交易成本低、效率高等多种优势，但需要登记部门、抵押权人等多方参与，其中的沟通协调存在一定障碍。而法院在执行程序中，不仅能够依职权与房屋登记过户部门进行联系，使房屋登记部门根据法院协助执行通知书办理相关手续，还能够依职权提前通知抵押权人，向抵押权人释明“带押过户”的合法性及便利性，在不损害抵押权人合法权益的情况下，征询抵押权人对带押过户的意见，更容易取得抵押权人的同意，更容易促成交易。同时，执行法院是一个天然的资金提存监管机构，为“带押过户”提供规范、安全的保障。该交易的模式一旦试点成功，则在社会上起到权威的示范作用。

（三）实质性增强不动产市场的流动性

随着经济下行压力增大，实践中涌现了大量法拍房，其作为二手房交易中的特殊类型，且大部分存在抵押，以执行法院为依托推进“带押过户”能够通过提高法拍房交易效率进一步增强不动产市场的流动性。据不完全统计，2024 年 3 月单月全国法拍房就住宅用房挂拍数量超过 10 万套，福州市则超过了 12000 套，其中大部分存在抵押。试想如果全面在执行程序中推进“带押过户”结合法拍房处置的示范效应，将实质性增强不动产市场的流动性。

五、执行程序中推进“带押过户”的法律依据

在执行和解程序中，若债权人同意债务人将逾期部分贷款本息清偿完毕，并同意抵押物带押转让，且抵押财产经过评估拍卖，抵押财产参考价值清晰。执行法院可以依照《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》第 33 条的规定，同意抵押人（被执行人）自行变卖财产。其后结合实际情况，新贷款可以指定收款的方式发放至执行法院执行款账户，或者直接发放至原贷款人账户。

六、“带押过户”实施及在执行程序中实施现状

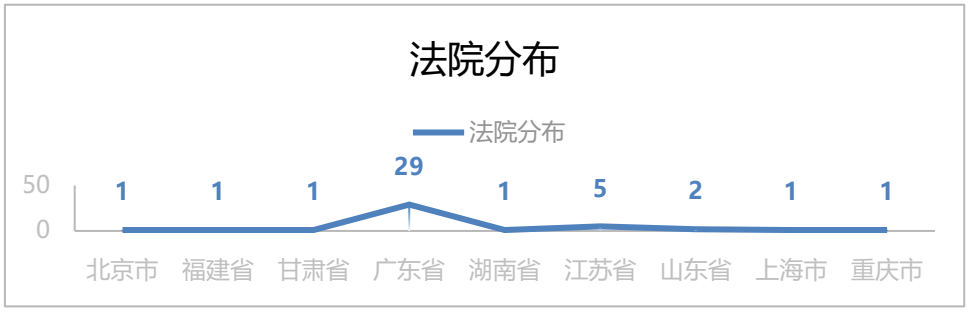
据中国证券报刊载，自然资源部 2024 年 3 月份最新数据显示，目前全国累计办理“带押过户”业务 16.8 万件，涉及带押金额 2591 亿。福州市不动产交易登记中心数据显示，截至 2024 年 3 月，本市二手房环比 2 月上升 52%，同比去年同期上涨 68%。二手房成交创新高的同时，许多交易存在收取“过桥费”的情形，而“带押过户”免去了这一费用，能够大大降低房屋过户的交易成本。但在福州市目前仅有建设银行、工商银行等少数银行接受“带押过户”交易，且交易需在同一银行进行，同时这类交易大多要求房屋应当为个人产权、只能存在一次抵押、买方须全款买房或纯商业贷款，这就排除了公司产权、多次抵押、经营贷的购房者获得政策红利。大量的金融借款合同纠纷进入执行程序后，债权人申请执行法院对抵押物进行司法评估拍卖，虽然在司法处置过程中允许对抵押物的拍卖参考价进行降价处理，但对于潜在竞买人而言，仍要支付大量资金才能拍卖成交。部分地区受经济环境影响，抵押物经过一拍、二拍流拍后再经变卖仍无人出价，导致多数金融借款合同纠纷引起的执行案件积压。若在执行阶段推行“带押过户”，使得债务人免于偿还全部贷款余额，能够有效减轻其债务压力，从而大大提升司法拍卖成交率，有效降低执行案件积压率。目前福州市暂无执行中“带押过户”的相关经验，厦门市湖里区法院则早在 2022 年已有成功案例：在 A 女士与 B 先生离婚纠纷案中，二

审判决将双方婚姻存续期间购买、各占 50%份额且共同向银行抵押按揭贷款的住房归 B 先生所有，A 女士协助其办理过户手续。判决生效后，B 先生持生效判决办理房产过户手续时由于该房产有抵押而一直无法办成；而 A 女士离婚后由于该房产 50%份额的不动产登记给其重新购房、办理贷款带来一系列不便。为此，A 女士向湖里法院申请强制执行，要求将夫妻双方各占 50%且共同向银行抵押按揭贷款的住房强制过户到 B 先生名下。执行法官一方面积极联系市资源与规划局房产登记过户部门配合法院办理相关手续，另一方面在强制执行前，提前向抵押权银行发函告知其如对法院即将实施的强制执行行为有异议，可在法院规定的期限内提出执行异议。与此同时，多次与申请执行人、被执行人、抵押权人等利益相关方进行释明、沟通，使各方配合好法院的执行工作。过户当天，抵押权人、申请执行人、被执行人三方自行到不动产中心办理房产过户，不动产中心当日即予以办理，使得案件顺利执结。

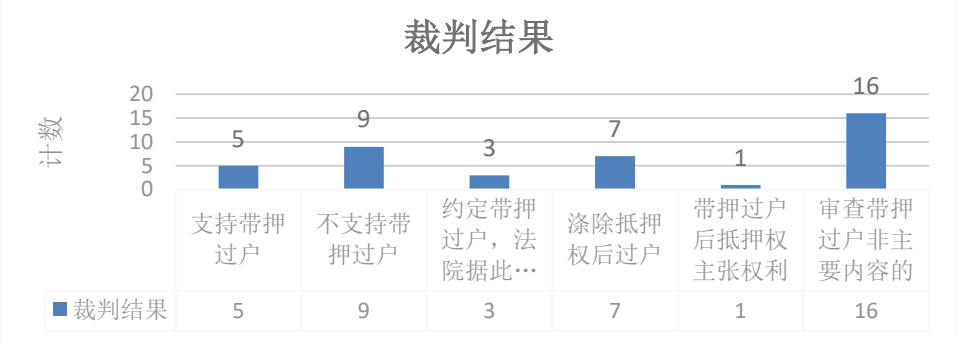
七、裁判中“带押过户”支持的数据

为厘清“带押过户”现状，笔者通过 Alpha 案例库以“带押过户”为关键词进行了案例检索，检索得到 75 件案例，经查看，其中共有 42 件与“带押过户”存在一定的关联，在此进行罗列。

1.根据检索，涉及“带押过户”纠纷法院分布如下，可以看到全国“带押过户”案件数量较少，相对而言广东省相关案件较多：



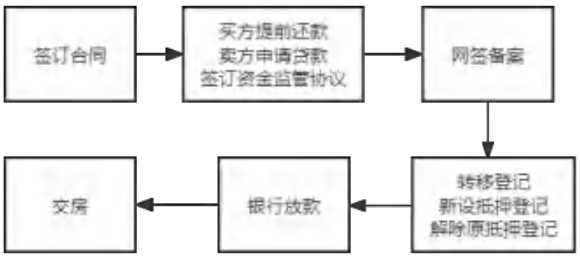
2.根据检索，从判决结果来看，9 例不支持“带押过户”中有 7 例的不支持原因均为抵押权人不同意，其余两例分别为抵押权优先以及有关“带押过户”约定的证据未保留，故为避免交易风险，需要增加取得抵押权人同意环节，并留存证据备案。支持“带押过户”的案例中，其中 1 例因房屋不具备分割条件而导致无法办理不动产权证，故建议在程序中增设关于房屋是否具备分割条件的判断。具体裁判结果如下：



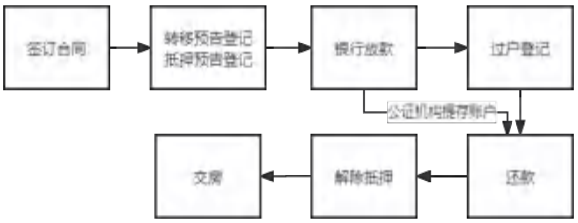
3.现有可检索案例中，在执行阶段被支持的“带押过户”案件都有经过审判程序，未检索到单纯在执行阶段“带押过户”的裁判文书。

4.案例中的“带押过户”流程总体未突破《通知》所载的三种交易模式，即新旧抵押组合模式、新旧抵押权分段模式以及抵押权变更模式。

（1）新旧抵押权组合模式如图所示：



（2）新旧抵押权分段模式如图所示：



（3）抵押权变更模式如图所示：

八、执行程序中推行“带押过户”的障碍

在执行阶段中推行“带押过户”一般需要此前审判阶段的文书支持，而综合以上检索案例，可总结出“带押过户”中不被支持的几类司法风险如下：

（一）法院以抵押权优先为由不予支持

如（2018）渝 0108 执异 60 号唐洪斌杨婧与刘克惠张昌赟公证债权文书执行裁定书中，法院认为案外人唐洪斌以民事调解书双方协议约定张昌赟承诺在涉案房屋的按揭贷款还清之日起六十日内将涉案房屋过户到唐洪斌名下为据，请求法院不应将涉案房产作为被执行人张昌赟的财产予以执行，属于案外人标的异议。本案申请执行人享有明确的抵押优先权可对抗案外人的异议请求，此外，异议人请求本院将涉案房屋带押过户的申请已超出执行中异议案件审查的范围，本案无法办理。

（二）不动产不具备分割独立办证条件

如（2021）粤 01 民终 20953 号卢秀芳、黄婉红等房屋买卖合同纠纷民事二审民事判决书中，法院认为涉案商铺上设定的抵押权不构成判决履行办理产权证义务的障碍，但涉案商铺现不具备在已办理不动产权证中分割办理独立不动产权证的条件。为此，原审原告黄婉红、邓国献直接要求原审被告卢秀芳协助将涉案商铺登记至其名下缺乏依据，本院不予支持。

（三）原借款/抵押合同存在禁止或限制转让抵押物条款

《民法典》有关抵押权转让的规定一方面体现了抵押权的追及效力，另一方面亦不排除当事人之间就抵押财产的转让问题存在其他约定。在实践中，抵押权人（卖方贷款银行）往往为了保障自身权利，更倾向于禁止或限制抵押人（卖方）对抵押物进行转让。如在（2022）粤 01 民终 18057 号张军、郭宝等合同纠纷民事二审民事判决书中，法院认为由于原抵押人与抵押权人工商银行同福支行在借款合同中约定，抵押人转让抵押物的，应事先征得贷款人书面同意，并将抵押事实告知买受人等相关人员，故法院对于“带押过户”诉请不

予支持。

（四）抵押权设置在民法典前，需遵从物权法规定，需抵押权人同意，而本案其不同意

如在（2023）京 02 民终 1245 号北京象牙雕刻厂有限责任公司二审民事判决书中，法院认为虽然抵押期间，当事人可以就抵押财产的转让另有约定，但本案抵押权人订立抵押合同并登记的时间发生在民法典生效以前，据原物权法规定，抵押期间，抵押人转让抵押财产需取得抵押权人同意，现抵押权人明确表示在抵押权消灭前抵押人不得转让抵押财产，并在抵押协议中有明确约定，亦将该约定进行登记，故受让人请求将案涉带抵押房屋过户至其名下，缺乏法律依据。（2021）粤 0103 民初 13678 号潘树文、广州市骏业房地产有限公司等房屋买卖合同纠纷案、（2022）粤 2071 民初 32238 号高清伟、余锦煌等房屋买卖合同纠纷案法院亦持同等观点。

九、执行程序中推行“带押过户”的障碍解决方案

（一）银行业金融机构适当放开限制促“ 带押过户 ”

银行业金融机构要针对“带押过户”贷款业务的新特性，推动贷款系统的优化升级，并制定相应的操作规程或业务指南进行配套制度的更新换代。完善资金监管账户管控，确保交易期间资金流动兼具安全性、高效性的同时形成闭环。若引入预告登记等制度，则根据推送的预告登记等信息及时更新，规范审批、房贷流程，并实现与预告登记部门的制度有效衔接。

此外，银行及相应部门在将交易模式落地时可通过放宽贷款数额限制、降低准入门槛等方式促进“带押过户”制度的实施，并且在合同中约定在达到相应条件时同意进行“带押过户”。

（二）执行法院应加强执行过程中的沟通协调

执行法院应在执行中加强与申请执行人、被执行人、抵押权人等利益相关方的沟通，做好“带押过户”的释明工作，在此基础上运用好法律赋予的强制执行力，使各方配合好法院的执行工作。

具体而言，一要注意案涉合同中是否存在有关过户流程的约定条款，如有应予以提示，避免受让人在代出让人清偿抵押贷款之后办理过户时，由于出让人怠于解除抵押登记而增加自身过户成本。

二要明确调查抵押房屋的现状，包括但不限于以下几种情况，避免出现相应风险：

1.核实出让人是否为房屋所有权人并有权处置房屋，若出让人并非房屋所有权人或无权自行处置房屋，其对于房屋的处分系无权处分，即使受让人履行合同约定后要求出让人配合办理过户，购房者仅能向出让人要求承担违约责任并赔偿损失，无法直接办理过户；

2.若房屋存在抵押登记的，需确认抵押权人与出让人之间是否存在禁止或限制转让抵押不动产的约定并办理了登记，避免因登记了前述约定，而导致合同中的“带押过户”因违反法律规定而无法实现。

三要释明受让人在购买存在抵押登记的房屋并办理过户后，即承继抵押人的身份，在抵押房屋价值范围内对抵押权人负有抵押担保责任，故在与出让人签订《房屋买卖合同》时，在区分是否“带押过户”的前提下，若为“全款购房”，则需保证己方支付的购房款优先用于支付卖方的剩余贷款；若通过“首付+贷款”的方式支付购房款，则需要保证首付款与贷款的安全，确保优先偿还卖方剩

余贷款后，才能将剩余款项交予卖方。

四要明确原抵押合同中是否存在类似“禁止/不得带押过户”或“转让抵押物需取得抵押权人同意”的约定，针对原抵押权人未设置“带押过户”限制条件的情况下，应仔细考量《房屋买卖合同》中过户具体形式，提醒买受人结合自身实际情况判断采取“带押过户”或“买受人代为清偿债务涤除抵押权后过户”方式，以最大程度节约自身房屋过户过程中的法律成本和经济成本。

五要保障好抵押权人（银行）的知情权，在做出强制执行行为前，注意履行好通知抵押权人的义务，提前向抵押权人（银行）发函，告知法院将对抵押房产强制过户，如对法院即将实施的强制执行行为有异议，可在法院规定的期限内提出执行异议。

（三）建议执行法院与登记平台、金融机构进行点对点信息共享

以南宁市线上自助办理模型为例，该线上综合平台可以在录入信息后自动核验房源真实性及其限制处分信息，在买方将购房款存入资金监管账户后通知双方在线申请办理转移预告登记，同时系统自动办理转移预告登记并颁发不动产登记电子证明。买方贷款银行发放贷款至监管账户后，系统将会提醒双方缴纳税款并在线办理转移预告登记转本登记业务。完税后双方确认转移登记信息，系统将自动办结转移登记业务，买方与卖方贷款银行在线申请办理抵押权变更登记和抵押权预告登记转本登记业务。卖方贷款银行发送剩余贷款数额信息至监管账户开户后可登录综合平台办理原抵押权注销登记业务，实现了预告登记、转移登记、抵押登记合并办，系统直联网络高效办，预告登记转本登记、抵押注销登记自动办。以该平台为参照，执行法院可将查控系统接入相关平台，实现信息实时共享，以便进行司法处置。

十、结语

在执行程序中，推行“带押过户”具有多方面的积极意义。它不仅可以促进房地产市场良性循环，还可以提高执行效率，通过法律渠道切实解决群众换房需求。更为重要的是，当前市场换房需求为主导，连环交易是常态，而在此过程中，需要法院、抵押权人、房产登记过户部门等各方协调及配合，共同破除“带押过户”现实障碍，通过法治创造良好营商环境。

参考文献

[1] 清江：《从不动产“带押过户”看未来金融机构信贷资产流转交易方式的转变》，《产权导刊》，2023 年第 10 期，第 24 页。

[2] 谢理：《“带押过户”对不动产市场影响的研究与思考》，《房地产世界》，2023 年第 11 期，第 21 页。

[3] 仝利杰：《“带押过户”新规定 公证参与保护航》，《中国公证》，2023 年第 12 期，第 68 页。

[4] 孟培嘉：《全国累计办理不动产带押过户业务近 17 万件》，《中国证券报》，2024 年 3 月 28 日，第 A01 版。

[5] 兰可雄：《二手房“带押过户”现状与思考——基于商业银行视角》，《福建金融》，2022 年第 12 期，第 73 页。

[6] 胡志海，何英昌：《存量房“带押过户”线上自助办理的模型构建与实证研究》，《上海房地》，2023 年第 12 期，第 37 页。

民法典时代以物抵债协议的对抗效力研究

——以执行异议和破产程序为视角

杨光明，曾强

杨光明律师，德和衡高级合伙人、深圳办公室创始合伙人。专注于以公司为主体的复杂商事争议诉讼与仲裁，擅长庭审对抗与节奏掌控，办案经验丰富，在银行金融、合同解除与无效纠纷、执行与保全、土地开发纠纷等领域深耕多年。同时担任深圳市南山区第八届人大代表、深圳国际仲裁院仲裁员、深圳市律师协会银行法律专业委员会主任等。

曾强律师，德和衡高级联席合伙人，曾供职于美的集团国际法务部。执业 8 年以来，专注于银行与金融资管纠纷、确认合同无效及解除、土地开发等重大疑难民商事纠纷的诉讼与仲裁，以及强制执行与保全，供应链金融等业务领域，为比亚迪、招商银行、渤海银行等多家上市公司、国有企业及金融机构提供法律服务，均取得良好结果。

摘　要：在民法典及配套司法解释出台之前，不同法院对以物抵债协议在执行异议和破产程序中的对抗效力问题有不同的观点，既有支持排除执行，也有不支持排除执行，而破产程序中一概不认可以物抵债协议的对抗效力，又过于严苛。究其本因，实乃前民法典时代以物抵债协议法律规范的缺位以及法律理论本身的争议。《民法典合同编通则司法解释》的出台，确立了以物抵债协议的法律性质为诺成性合同，而在以物抵债协议履行完毕之前，新债与旧债并存；同时，新债与旧债并非两个独立的法律关系，而是同一个原始债权债务的不同履行方式，本质仍是债权。因此，民法典时代以物抵债协议的对抗效力规则的重构也应以新司法解释的规定为基础，原则上不认可清偿型以物抵债协议的对抗效力，但以物抵债协议对应的债权具有优先权属性或者物权期待权属性时，可例外的支持其在执行异议和破产程序中的对抗效力；而（未履行完毕的）担保型以物抵债协议，则完全不具有对抗执行异议和破产程序的效力。

关键词：以物抵债协议、清偿型以物抵债、担保型以物抵债、排除强制执行、破产取回权、解除合同

一、问题的产生

在商业实践中，债务人在无法现金清偿债务但有其他资产的情况下，往往会选择与债权人达成以物抵债协议用于清偿债务，特别是近几年房地产行业持续下行的大环境下，房地产开发企业作为债务人且无法现金清偿债务时，更多会选择以自己开发的商品房用于抵偿工程款、借款等债务。在《民法典》颁布之前，我国并无法律或司法解释就以物抵债协议的问题作出规定，而是通过个案裁判观点的逐步积累和发展，慢慢形成倾向性类案裁判意见，最后分别体现在《第八次全国法院民事商事审判工作会议（民事部分）纪要》（以下简称“”《八民纪要》）、《全国法院民商事审判会议纪要》（以下简称“《九民纪要》”）中，但这两个司法文件对以物抵债协议的认识还不是很全面。《民法典》颁布后，虽然以物抵债协议未被纳入其中，但最高人民法院在其后发布《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民法典>合同编通则若干问题的解释》（以下简称“《民法典合同编通则司法解释》”），其中第 27 条、第 28 条按照债务履行期届满前、后达成的以物抵债协议作为区分，对两种情形下的以物抵债协议的法律性质、新债和旧债的关系等进行了较为系统的规定。

司法实践中，除了不同情形下基于以物抵债协议本身的效力、履行等产生争议外，因以物抵债协议而产生的执行异议和破产取回权、合同解除案件也是争议的高发点和难点。其中，执行异议的问题主要集中在：债务人被其他债权人强制执行以物抵债协议的抵债物时，以物抵债协议是否具有对抗其他债权人的效力，能否排除另案的强制执行？而破产取回权和合同解除案件的争议点则是同一个问题的一体两面，即：破产案件受理前，债务人与债权人达成的以物抵债协议是否具有对抗破产程序的效力？以及破产管理人能否解除或请求撤销以物抵债协议、债权人能否基于以物抵债协议行使取回权等等。此即为本文研究的主要内容，换言之，在执行异议和破产程序的视角下，以物抵债协议是否具有对抗第三人的效力？此外，《民法典合同编通则司法解释》第 27 条和第 28 条是目前有关于以物抵债协议的正式法律渊源，虽然是司法解释而非《民法典》的规定，但仍在《民法典》的范畴内，故而本文称其为“民法典时代下以物抵债协议的对抗效力”，同时以此为出发点展开本文的研究。

二、以物抵债协议对抗效力的司法现状

（一）执行异议程序中以物抵债协议对抗效力的司法现状

在《民法典合同编通则司法解释》出台前，司法实务对以物抵债协议的法律性质、新债和旧债的关系等问题的认识并不统一，这也导致了不同法院对执行异议程序中以物抵债协议是否具有对抗效力的问题有截然相反的裁判观点，具体有两大类，分述如下：

1. 地方法院：满足条件的以物抵债协议可排除执行

在江苏省高院 2022 年发布的《江苏省高级人民法院执行异议及执行异议之诉案件办理工作指引（二）》第 8 条第（3）项规定：“案外人主张其与被执行人通过以物抵债，已支付全部价款，同时符合下列情形的，应予支持：①案外人与被执行人在案涉房屋被查封前存在合法有效的到期债权债务关系；②案外人对被执行人享有的到期债权与执行标的的实际价值大致相当；③案外人

与被执行人在案涉房屋被查封前已经签订书面以物抵债协议；④以物抵债协议不存在规避执行或逃避债务情形；⑤以物抵债协议不损害申请执行人或其他债权人的利益；⑥以物抵债协议不违反《第八次全国法院民事商事审判工作会议（民事部分）纪要》精神。”除此之外，广东省高院、山东省高院、江西省高院、河北省高院、黑龙江省高院、海南省高院也有类似的指引文件规定[①]，本文不再引述。

2. 最高院：不支持以物抵债协议排除执行

尽管有不少地方法院支持满足条件的以物抵债协议排除执行，但在最高院层面，主流裁判观点却更倾向于认为以物抵债协议不能排除执行。例如，最高人民法院第二巡回法庭 2021 年第 15 次法官会议纪要中的观点认为：“《执行异议和复议规定》第 28 条规定了无过错不动产买受人可以排除金钱债权人执行的四个条件，只要有一个要件不符合则不能排除金钱债权的强制执行。以物抵债协议不同于买卖合同，其性质或者是新债清偿，或者是债务更新。在新债清偿场合，同时存在新旧两个债，与单一之债性质的买卖合同判然有别；在债务更新场合，债权人仅享有权利而无须履行付款义务，与需要支付对价的买卖合同亦不相同。因此，仅依据以物抵债协议，并不足以排除另一个金钱债权的执行。”该观点虽然没有全部否定以物抵债协议能排除执行的观点，但却否定了以物抵债协议参照适用《执行异议和复议规定》第 28 条规定的做法，等同于堵住了以物抵债协议排除执行的法律适用通道。除此之外，最高院的多个案例也体现了这一倾向性观点，例如，在（2021）最高法民终 969 号案例中，最高院认为：“而本案所涉以物抵债的目的是消灭王某鹏与周某强之间的金钱之债，并不是为了居住而购买房屋。……。另，所涉金钱之债为普通债权，根据债的平等性原则，不应优于另外一个具有法定优先权的金钱债权的实现。”

（二）破产程序中以物抵债协议对抗效力的司法现状

破产程序中以物抵债协议的对抗效力问题，尤以以物抵债协议的债权人依据《破产法》第三十八条规定向管理人主张取回权，以及管理人依据《破产法》第十八条规定解除未履行完毕的以物抵债协议较为常见，而这两个问题实际上是以物抵债协议对抗效力的一体两面，以下分别论述司法实务的裁判观点。

1. 以物抵债协议的债权人主张继续履行或行使取回权，一般不予支持

《破产法》第三十八条规定：“人民法院受理破产申请后，债务人占有的不属于债务人的财产，该财产的权利人可以通过管理人取回。但是，本法另有规定的除外。”而以物抵债协议的债权人往往会主张，依据《最高人民法院关于审理企业破产案件若干问题的规定》第七十一条第（五）（六）项规定，以物抵债协议的抵债财产不属于破产财产，因为其已经以对债务人享有的债权支付全部对价，且抵债房产已交付。基于此，抵债房产应认定为债权人享有所有权的财产，进而其有权依据《破产法》第三十八条行使取回权。此外，还有的案件中，以物抵债协议债权人会诉请

① 详见广东省高院《关于审查处理执行裁决类纠纷案件若干重点问题的解答》第 13 条，《山东省高级人民法院民一庭关于审理执行异议之诉案件若干问题的解答》第七条，《江西省高级人民法院关于执行异议之诉案件的审理指南》第 26 条，《河北省高级人民法院执行异议之诉案件审判指南（一）》第 11、12 条，《黑龙江省高级人民法院关于审理执行异议之诉案件若干问题的解答（2019 修订）》第 20 条，《海南省高级人民法院关于审理执行异议之诉纠纷案件的裁判指引（试行）》第 8 条。

主张要求债务人继续履行以物抵债协议，要求其将抵债房产过户登记。而无论是哪种诉求主张，本质都是主张以物抵债协议在破产程序中具有对抗效力。对此，最高院的类案裁判观点比较统一，基本上都不予支持，最核心的理由有两点：

第一，物权变动的效力以《物权法》（现为《民法典》）的规定为准，不动产采登记生效主义，动产则采交付生效主义。如果以物抵债协议项下的抵债物不具备物权变动的生效要件，则按照破产案件受理时的财产登记公示所体现的权利人，认定为破产财产。例如，在（2021）最高法民申 9 号案例中，最高院就持此观点并驳回了债权人行使取回权的主张，同时重点回应了债权人援引《最高人民法院关于审理企业破产案件若干问题的规定》第七十一条规定的主张，认为："《破产案件若干问题规定》系为正确适用 1986 年颁布的《企业破产法（试行）》所制定的司法解释，当时我国物权法并未出台，随着《企业破产法》于 2007 年 6 月 1 日施行，《企业破产法（试行）》已经废止，物权法也开始实施，《企业破产法》施行后制定的《破产法司法解释（二）》第 2 条对不应认定为债务人财产的情形，也作出了新的规定，其中已无《破产案件若干问题规定》第 71 条第 5 项规定的情形。因此，在物权法颁布实施后，物权变动的标准应以该法规定为准。根据《中华人民共和国物权法》第 6 条、第 9 条规定（对应《中华人民共和国民法典》第 208 条、第 209 条），不动产物权变动采取登记生效主义，未经登记不发生物权效力。"

第二，如果支持以物抵债协议的债权人行使取回权或者继续履行、办理抵债物的过户和交付，那么会造成以物抵债协议所对应债权优先于其他破产案件债权人获得个别清偿，有违破产程序各普通债权人公平受偿的基本原则。例如，而在（2021）最高法民申 1966 号案例中，最高院对债权人继续履行以物抵债协议的主张同样未予支持，其认为："本案《商品房买卖合同》实质为以物抵债合同，天成公司并非房屋消费者，也并未占有案涉房屋，亦未办理产权变更登记手续，故案涉房屋仍属于中登投资公司的破产财产。如继续履行《商品房买卖合同》将导致作为一般债权人的天成公司取得房屋所有权，无疑将损害中登投资公司其他债权人利益，对于其他债权人不公。"

2. 管理人主张解除未履行完毕的以物抵债协议，名义上不予支持，但不支持继续履行和取回权的裁判路径，实质上与合同解除效果无异

《破产法》第十八条规定："人民法院受理破产申请后，管理人对破产申请受理前成立而债务人和对方当事人均未履行完毕的合同有权决定解除或者继续履行，并通知对方当事人。……。"而如前所述，实践中此类争议产生往往都是因为抵债物未完成物权变动的必要条件所导致，因此，破产管理人会据此认为以物抵债协议未履行完毕，进而依据《破产法》第十八条规定主张解除。但在司法实践中，最高院的部分案例对此有两种截然不同的观点：

第一种：不支持管理人行使解除权。在此类案件中，最高院的观点认为，以物抵债协议的债权人系以其对债务人享有的合法债权支付购房款，因此，应当视为其已经履行以物抵债协议以及对应的房屋买卖合同的主要合同义务。而《破产法》第十八条规定的是债权人和债务人均未履行完毕的合同，管理人方可解除。因此，在债权人已经履行完合同主要义务的情况下，不支持管理人解除以物抵债协议，例如（2020）最高法民申 4265 号、（2021）最高法民申 2462 号案例等。

第二种：支持管理人行使解除权。在这一类案件中，最高院的观点往往会认为，在以物抵债协议所对应的旧债不具有优先受偿属性的情况下，如果不解除以物抵债协议或者支持其继续履行，那么就会导致该以物抵债协议的债权人（普通债权）获得优先于其他普通债权人的个别清偿，这与《破产法》有关普通债权公平受偿的基本原则和禁止个别清偿的规定相悖，例如（2020）最高法民申 2256 号案例。另外，在有些案例中，最高院虽然不支持管理人依据《破产法》第十八条解除以物抵债协议，但仍基于破产程序禁止个别清偿、普通债权人公平受偿等基本原则，不支持以物抵债协议继续履行，或者直接以“法律使用不当但处理结果正确”的理由认可管理人解除合同的做法，例如（2019）最高法民申 3582 号案例。

三、《民法典合同编通则司法解释》下以物抵债理论溯源

通过对以物抵债协议对抗效力的司法现状进行梳理，我们发现司法裁判观点之所以有分歧，其根源在于不同法院对以物抵债的法律性质、新债与旧债的关系等理论性问题存在不同的认识。因此，如要解决裁判观点的分歧，则就以物抵债协议的基础理论形成共识是必要之前提。而《民法典合同编通则司法解释》第 27、28 条规定是最高院对过往纪要文件以及裁判意见中有关以物抵债协议的观点等进行的最新总结，在正式出台前也广泛征求意见，是目前在理论和司法实务结合上的“最优解”。既然本文聚焦的是民法典时代以物抵债协议的对抗效力研究，因此，有必要对《民法典合同编通则司法解释》有关以物抵债的规定进行解读并进行理论溯源，以下分别展开论述。

（一）清偿型以物抵债的理论溯源

《民法典合同编通则司法解释》第 27 条针对债务履行期届满后达成的以物抵债协议进行规定，学术界称之为“清偿型以物抵债”。该条规定第一款首先肯定了清偿型以物抵债协议的效力，在没有其他合同无效事由的情况下，清偿型以物抵债协议自当事人意思表示一致时生效。该规定延续了《九民纪要》的内容，同时也在司法实务层面采纳了清偿型以物抵债协议属于诺成性合同的观点，明确了清偿型以物抵债协议的法律性质。

而该条第二款则对清偿型以物抵债协议中新债和旧债的关系作出明确规定，即：清偿型以物抵债协议是当事人之间在旧债（以物抵债所抵偿的债务）之外，另设一个以转移抵偿物的物权为基础的新债；只有在以物抵债协议履行完毕后，旧债才消灭，在此之前，新债与旧债并存。此外，当债务人不履行以物抵债协议且经催告后仍不履行时，债权人有选择权，其可以要求债务人继续履行以物抵债协议或者履行旧债。同时，最后还有一句兜底条款：“但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外。”对这一兜底条款的理解，其核心仍然在于新债与旧债的关系，如果当事人另有明确约定，以物抵债协议签订后，双方只需要履行新债，旧债同时消灭，则法律尊重当事人意思自治，理论上将此类以物抵债协议称之为“合同更新”。而“如果当事人只是约定了新债替代旧债而没有明确旧债消灭的，则不能认定为合同更新，而仍应当认定为《合同编通则解释》第 27 条所规定的以物抵债协议。”[①]

至于该条第三款、第四款的内容，则分别聚

① 王利明，《论清偿型以物抵债协议产生的选择权》，载《东方法学》2024 年第 2 期。

焦于基于以物抵债协议制作的民事调解书是否具有直接变动物权的效力以及以物抵债中的无权处分问题。其中，第三款明确规定了基于以物抵债协议制作的民事调解书不具有直接变动物权的效力，这一规定是为了防范司法实践中债务人与第三人恶意串通，以虚假以物抵债和虚假诉讼的方式，通过法院制作民事调解书来达到转移财产的不法行为。第四款则是无权处分在以物抵债中的适用，本文不再展开。

基于前述对《民法典合同编通则司法解释》第 27 条有关以物抵债协议规定的解读，我们可以看到最高院在清偿型以物抵债协议上的理论选择，其中第二款有关新债和旧债关系的内容则是解决以物抵债协议对抗效力的基础。虽然第二款规定的原则是以物抵债协议履行完毕前，新债与旧债并存，而“新”“旧”的称谓容易引人误解。诚如王利民教授所言：“此处的新债和旧债，表面上来看似乎是两个法律关系，但实际上是原债权债务关系中具有紧密牵连性的不同履行方式，……。”[①]王泽鉴先生亦指出：“以物抵债协议并不应作为独立的合同关系，仅属于债务履行的一种方式。”[②]而“新债不过是原债务受到障碍时产生一种新的履行方式”[③]。另外，从《民法典合同编通则司法解释》将第 27、28 条规定置于第四章“合同的履行”这一做法也可窥见其端倪。而基于这样的理论选择，清偿型以物抵债协议的本质就可以归纳为：对在先已经形成且债务人未按原约定方式履行的债务，当事人就债务人以他物代替原债务履行方式达成以物抵债协议，从始至终只有一个债权债务（即“旧债”）。但无论是从始至终只有一个债权债务，还是认为“新债”和“旧债”并存时是两个债权债务关系，以物抵债协议的本质是债权都无可争议，而这一理论溯源对于清偿型以物抵债协议的对抗效力规则的重构有重要影响，具体容后文详述。

（二）担保型以物抵债的理论溯源

《民法典合同编通则司法解释》第 28 条是对债务履行期限届满前达成的以物抵债协议进行详细的规定，由于债务履行期限届满前，债权债务金额、债务人到期能否如期履行债务等均不确定，而事先达成以物抵债协议，很显然不是为了债务的提前清偿，而是为了当履行期限届满但债务人无法清偿债务时，用他物抵债的形式实现债务担保之目的，故而学术界又称之为“担保型以物抵债”。而该条第一款规定的内容也是，人民法院应在审理债权债务关系的基础上认定此种以物抵债协议的效力，内中含义其实是表明：原债权债务关系是主债务，以物抵债协议是具有从属性的担保债务，故而以物抵债协议的效力要以主债务——即原债权债务的效力为基础。

该条第二款则根据实践中常见的担保型以物抵债协议的不同条款内容，分别规定了各自的效力。第一种是“当事人约定债务人到期没有清偿债务，债权人可以对抵债财产拍卖、变卖、折价以实现债权”，因为这种情形不构成流押、流质，因此，人民法院认可此种条款的效力。第二种情形则是“当事人约定债务人到期没有清偿债务，抵债财产归债权人所有”，因为该内容是典型的流押、流质条款，为我国《民法典》物权编规定所禁止，因此，人民法院应认定此种条款无效；但债权人诉请不主张流押、流质，只主张对抵债财产拍卖、变卖、折价以实现债权，因事实上不会

① 王利明，《论清偿型以物抵债协议产生的选择权》，载《东方法学》2024 年第 2 期。
② 王泽鉴：《债法原理》（第 1 册），中国政法大学出版社 2001 年版，第 125 页。
③ 郑玉波：《民法债编总论》，中国政法大学出版社 2004 年版，第 486 页。

导致流押、流质风险，因此，人民法院应支持这一主张。

该条第三款再进一步，对“担保型以物抵债”是否具备物权效力或者债权人能否优先受偿的问题，按照以物抵债协议签订后抵债物的权属是否转移至债权人的不同情形，分别作出规定。第一种情形是债务人或者第三人未将财产权利转移至债权人名下，因为未完成物权变动的公示，故而规定债权人对抵债物不享有优先受偿权。第二种情形则是债务人或者第三人已将财产权利转移至债权人名下，而这种情形又与《最高人民法院关于适用中华人民共和国民法典有关担保制度的解释》（以下简称“《民法典担保制度司法解释》”）第六十八条规定的让与担保几乎一致，因此，该条第三款规定此种情形可直接转而适用《民法典担保制度司法解释》第 68 条之规定。

四、民法典时代下以物抵债协议对抗效力的规则重构

诚如前文梳理的情况，目前司法实践中以物抵债协议对抗效力的裁判规则，实际上是对前民法典时代司法审判经验的总结，因此才导致各地法院和最高院的观点存在分歧。既然《民法典合同编通则司法解释》对以物抵债协议作出了全新规定，那么以物抵债协议对抗效力的裁判规则也可以在新规定的理解和适用的基础上进行重构。需要特别说明的是，无论是清偿型以物抵债，还是担保型以物抵债，在抵债物已经完成权利转移登记、以物抵债协议已经履行完毕的情况下，依据物权变动公示原则，债权人要么已经成为抵债物的所有权人，要么对抵债物享有类似担保物权的优先受偿权。因此，已履行完毕的以物抵债协议在执行异议和破产程序中具有对抗效力是必然结果，故而不在本文接下来的讨论范围内。下文将按照清偿型以物抵债和担保型以物抵债的区分，就未履行完毕的以物抵债协议在执行异议和破产程序中的对抗效力的规则重构分别进行论述。

（一）清偿型以物抵债协议对抗效力的规则重构

正如前文理论溯源所得出的一致结论，清偿型以物抵债协议的本质是：对在先已经形成且债务人未按原约定方式履行的债务，当事人就债务人以他物代替原债务履行方式达成以物抵债协议，因此从始至终只有一个债权债务，即原债权债务。基于此，本文认为，无论是执行异议程序还是破产程序，清偿型以物抵债协议的对抗效力应按照如下的重构规则进行判断：

（1）原则上，清偿型以物抵债协议所对应的债权不具有对抗效力，在执行异议程序中不能排除执行，在破产程序中不能主张取回权进而获得个别清偿。因为清偿型以物抵债协议的本质是债权，因此相较于执行案件以及破产程序的其他普通债权人而言，除非以物抵债协议所对应的债权具有特殊性，否则，债权人并不享有优于其他普通债权人的权利。

（2）例外的，如果以物抵债协议的原始债权属于具有优先性的债权，例如建设工程价款；或者以物抵债协议对应的债权是具有物权期待权属性的特殊债权，例如债权人以居住为目的进行抵债购房，那么可以例外的认定清偿型以物抵债协议具有对抗效力，进而可在执行异议中排除执行。同时，既然以物抵债协议具有排除执行的对抗效力，那么在破产程序中也应具有对抗效力，正如吴光荣教授所提出的观点：“如果一项权利具有排除强制执行的效力，在破产程序中也当然就具有抵御破产的能力，这种效

力在德国民法上称为物权性，……。”[①]而相应的效果则体现为：将抵债物排除在破产财产范围之外，有权行使取回权或者要求管理人继续履行合同、交付抵债物。

事实上，对于以物抵债的债权具有优先性时以物抵债协议的对抗效力，司法审判中已有类似判例先行实践，例如，（2020）最高法民申 3546 号案件中，最高院就以以房抵债协议所涉及的原始债权系建设工程价款为由，认为乙方抵债协议是为了实现建设工程价款，因此依据《关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》【法释〔2002〕16 号】第一条规定，认定建设工程价款债权优先于执行案件中的抵押债权，以物抵债协议可以排除执行，认可了其对抗效力。而在破产程序中，管理人一般按照商品房消费者物权期待权、建设工程价款优先权、抵押权、普通债权的清偿顺序来认定债权清偿的优先顺位，因此，除商品房消费者物权期待权外，如果以物抵债的债权属于建设工程价款优先权，当然也应在破产程序中具有对抗效力。

而对于以物抵债协议的债权是具有物权期待权的特殊债权，本文认为，其对抗效力要在执行异议程序和破产程序中区分来看：

第一，在执行异议程序中，需要严格限制以物抵债协议对抗效力的扩张，在审查以物抵债协议的债权是否具有物权期待权属性时，除了参考《执行异议和复议规定》第 28 条规定外，还应当参考《执行异议和复议规定》第 29 条第一款第（二）项以及《最高人民法院关于商品房消费者权利保护问题的批复》第二条规定，把债权人是否以居住为目的且名下无其他用于居住的房屋这两个因素作为审查的重点。换言之，如果债权人以居住为目的且无其他居住用房，而以物抵债的方式也满足了已支付购房款的条件，那么就可以认定以物抵债协议的对应的债权具有物权期待权属性，进而具有排除执行的对抗效力。

第二，在破产程序中，清偿型以物抵债协议能否具有对抗效力，所适用的审查标准要更严格，范围也应仅限于抵债物是商品房且抵债的债权人名下无其他居住房屋的情形。理由在于，破产程序相较于执行异议程序更强调债权清偿的公平性，因此，要严格认定债权清偿的顺位。实践中，管理人一般是按照商品房消费者物权期待权、建设工程价款优先权、抵押权、普通债权的顺序认定债权清偿的优先顺位。而商品房消费者物权期待权的范围比前述执行异议中唯一住房购房人的物权期待权范围更小，所对应的审查依据也限于《最高人民法院关于商品房消费者权利保护问题的批复》第二条。质言之，如果以物抵债协议的债务人是房地产开发公司，债权人是自然人消费者且名下无其他居住用房，抵债物是住宅类商品房且数量限于一套，则可以认定该以物抵债协议在破产程序中具有对抗效力。

（二）担保型以物抵债协议对抗效力的规则重构

对于担保型以物抵债协议，特别是未办理抵债物的权利转移登记的以物抵债协议，依据《民法典合同编通则司法解释》第 28 条规定，这种情形下，债权人对抵债物不享有优先受偿权，仅能向债务人主张原始债权债务。因此，未履行完毕

① 吴光荣等合著，《<民法典合同编通则解释>司法适用若干问题探讨——<法律适用>专题学习交流会会议综述》，载于《法律适用》2024 年第 3 期，转自“法律适用”公众号文章，链接地址：https://mp.weixin.qq.com/s/Q-4EQ471vcyiDE1cUGH6OA。

的担保型以物抵债协议不具有类似担保物权的对抗效力，与普通债权并无二致，故而，无论是在执行异议程序还是破产程序中，该类型的以物抵债协议均不具有对抗效力。

而且需要特别说明的一点是，由于担保型以物抵债不同于清偿型以物抵债，因为要防范流押、流质的发生，所以，未履行完毕的担保型以物抵债协议的债权人无权向债务人主张交付或过户抵债物，因此也不能像清偿型以物抵债协议中基于以购房为目的主张物权期待权。而且，此种情形下，债权人仅能要求履行原始债务，或者参照《民法典担保制度司法解释》第四十六条规定，要求债务人或第三人办理抵押、质押登记，或者要求其在抵债物价值范围内承担合同责任。但无论是前述哪种情形，债权人对债务人和第三人享有的也同样都只是普通债权，不具有优先性。因此，担保型以物抵债协议不具有对抗效力没有例外情形可以适用。

五、结语

以物抵债协议是一种商业实践先于法律规定的产物，民法典之前的时代，由于缺乏成文法的规范，司法实践对以物抵债协议对抗效力的问题存在不同的认识，由此导致司法审判观点的分歧。而《民法典合同编通则司法解释》的出台，厘清了以物抵债协议的法律性质、新债与旧债的关系等核心问题，同时将以物抵债区分为清偿型以物抵债和担保型以物抵债，并分别设置审判规则，既在理论上统一观点，也对司法实务作出指导。本文先从以物抵债协议对抗效力的司法审判现状出发，发现问题；随后再对《民法典合同编通则司法解释》有关以物抵债协议的规定进行理论溯源，最后以此为基础，就民法典时代下以物抵债协议在执行异议和破产程序中的对抗效力规则的重构进行总结，同时也提出了一些新观点，希望能为统一司法裁判观点尽绵薄之力。

家庭教育指导令的现状检视与完善路径

——以家事审判为视角

郭超群 * 张永红 **

郭超群，法学博士，北京德和衡（长沙）律师事务所名誉主任、实习律师。现任或曾任湖南省审判业务专家，湖南省法学法律专家库专家，湖南省法官遴选委员会专家委员，娄底市人大常委会立法咨询专家，娄底仲裁委仲裁员。中国行为法学会、中国卫生法学会、中国法律伦理学会理事，湖南省法学会民营经济法治研究会首任副会长，湖南省民商法学会、湖南省卫生法学会常务理事，娄底市法学会学术委员会副主任。国家二级心理咨询师。主持省（部）级重大课题 5 项，作为主要研究人员参与国家级重大课题 5 项，在《改革内参》《法商研究》等权威学术期刊上发表法学论文 20 余篇，主编法律实务教材两部，参编法学教材与合著法学专著 10 余部。

摘　要：2022 年 1 月 1 日，《中华人民共和国家庭教育促进法》实施之初，全国法院掀起一股制发家庭教育指导令的浪潮，但因动态执行效果的式微，法律性质及效力之争，法官前见思维的影响，绩效考核的负荷，推卸责任的心态等因素，变相阻碍了家庭教育指导令的适用，以至于该法实施 2 年有余，家庭教育指导令制发和执行现状却令人堪忧，尤其在家事审判领域更是捉襟见肘。本文通过对 L 人民法院实地考察与研究，针对家事审判领域在家庭指导令制发和执行过程中存在的问题，提出相关改善之策。一是提出构建“老吾老以及人之老，幼吾幼以及人之幼”“如我在诉”的柔性家事审判理念；二是在程序设置方面，设置诉前和诉中调查程序，对家庭教育行为分级（未明显不当、不当、禁止）予以调查，形成充分的家庭状况调查报告；三是在实体审查方面，对家庭教育的行为分级（未明显不当、不当、禁止）予以区分对待，有针对性的做出教育指导；四是完善家庭教育配套机制，明确家庭教育指导令的监督责任主体，成立联动机制，由司法机关与社会各主体协同落实家庭教育指导令，保障未成年人的合法权益。

关键词：家事审判　家庭状况调查报告　家庭教育指导令

* 郭超群：男，法学博士，教授，北京德和衡（长沙）律师事务所名誉主任。
** 张永红：女，法学硕士。

家庭是组成社会的单元细胞，是社会的基石，家庭是否稳定和睦关系着社会是否稳定与和谐，家安则社安。自古以来，家庭教育就是一种教育形式，其对古代中国家庭的巩固和发展，民族文化和道德观念的形成，政治的稳固、社会的稳定等有着深刻而久远的影响。“昔孟母，择邻处，子不学，断机杼”孟母三迁的故事，大家耳熟能详。“修身，齐家，治国，平天下”的家国天下的情怀，至今影响着一代代文人学子。党的十八至二十大，习总书记无一不强调“家庭、家教、家风”的重要性，并对此进行了深入的阐述。党的二十大，更是明确提出要加强未成年人的思想道德建设，并倡导学校、家庭、社会三方面共同协作，全面参与孩子的教育过程。为将这些重要指示落实到实处，我国对《中华人民共和国未成年人保护法》（以下简称《未成年人保护法》）和《中华人民共和国家庭教育促进法》（以下简称《家庭教育促进法》进行了修订，将家庭、家教、家风建设的要求以立法的形式固定下来，这一举措不仅回应了人民群众对于家庭教育的新需求、新期待，也标志着我国家庭教育正式步入了法治化的新阶段。虽然家庭教育已经由古代道德形式上的倡导，上升到法律层面。然，法的意义在于实施，“法律价值目标的实现，离不开法律的社会实践活动。”[①]家庭教育指导令在实践运行中仍存在一些亟待解决的问题。本文以实证研究的方式，采用实地考察及数据统计的方法，系统梳理当前法院实施有关家庭教育指导令的基本情况及存在的问题。以问题为导向，立足司法机关参与家庭教育指导工作的理论基础，提出构建“老吾老以及人之老，幼吾幼以及人之幼”“如我在诉”的柔性家事审判理念的设想，并从家庭状况调查制度、实体审查分类细化、配套机制完善等方面提出系统性意见，以期为未成年人成长营造良好的家庭教育和成长环境。

一、家庭教育指导令的现状检视——以 L 人民法院为例

（一）家庭教育指导令在家事审判中适用的统计分析

家事审判关系到家庭的稳定与社会的和谐，涉及到家庭所有成员的利益尤其是未成年子女的利益。然而，众观各地区法院关于开展家事审判的工作报告，承办法官本着“宁拆十座庙，不破一桩婚”家庭和谐稳固的理念，皆致力于维护婚姻家庭稳定，但对未成年人利益保护尤其是针对家庭教育虽有所涉猎却重视度不足。

以 L 人民法院为例，自 2021 年后该院每年民事案件结案总数都在 7400 件以上，其中合同纠纷占比居首位，除其他民事纠纷外，婚姻家庭/继承纠纷占比位居第二（详见图 1）。

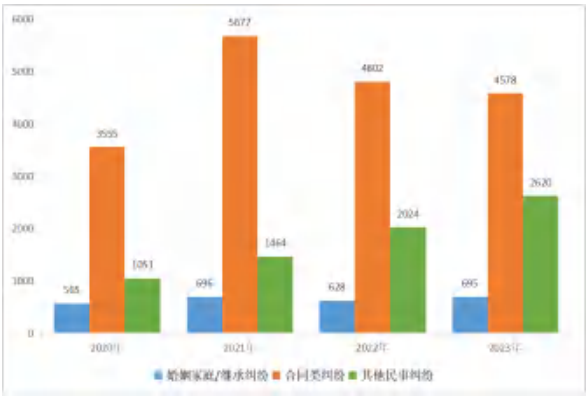


图 1　2020 年 1 月 1 日-2023 年 12 月 31 日 L 法院民事案件数据统计 [②]

2020-2023 年婚姻家庭纠纷总件数为 2584 件，

① 吴汉东：《民法典知识产权制度的学理阐释与规范适用》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2022 年第 1 期。
② 数据源自 L 人民法院内网系统。

其中排名前二位的分别是占比 87.2%的离婚纠纷，占比 5.96%的抚养纠纷（详见表 1）。

表 1　2020-2023 年婚姻家庭纠纷数量统计 [①]

	案由	数量	占比
婚姻家庭纠纷（2584 件）	离婚纠纷	2254	87.2%
	抚养纠纷	154	5.96%
	同居关系纠纷	21	0.87%
	监护权纠纷.	2	0.07%
	探望权	2	0.07%
	亲子关系纠纷	1	0.03%
	其他	150	5.8%

离婚纠纷案件是婚姻家庭纠纷占比最大，也是涉及未成年人最多的案件。离婚诉讼原因主要涉及夫妻长期分居造成感情破裂、父母干涉婚姻生活过多而引发冲突、经济压力过大引发矛盾、夫妻感情不和引发矛盾、一方生活恶习引发矛盾。自 2022 年 1 月 1 日《家庭教育促进法》实施至 2023 年 12 月 31 日，经统计离婚案件中，涉及未成年人的占比约 80%（详见图 2），在判决和调解离婚的案件中，涉及未成年人的占比约 78%，制发家庭教育指导令 0 件（详见表 2），并且 16 岁以下的未成年人占比高达 81%（详见图 3）。

图 2 [②]

表 2　2022 年 1 月 1 日-2023 年 12 月 31 日 L 法院判/调离婚案件涉未成年人相关数据统计 [③]

年份	判决/调解离婚/件	涉及未成年人/件	占比	制发家庭教育指导令/件
2022	220	176	80%	0
2023	293	221	76%	0
总计	513	397	78%	0

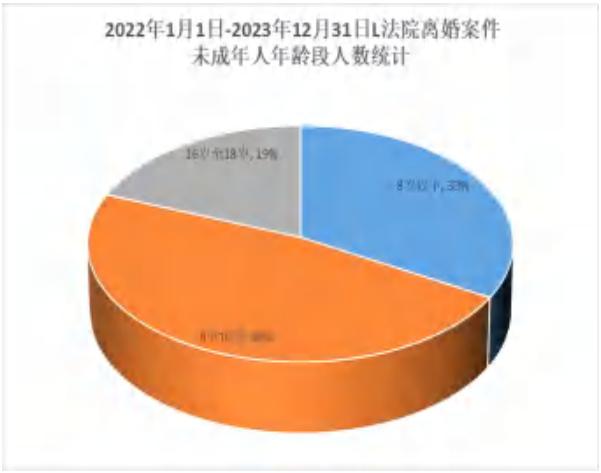


图 3[④]

（二）刑事案件家庭教育指导令的适用统计分析

2022 年 1 月 1 日-2023 年 12 月 31 日 L 人民法院每年刑事案件结案总数都在 1200 件左右，涉及未成年人案件，分别占 6.1%、4.8%(详见表 3)。

表 3　2022 年 1 月 1 日-2023 年 12 月 31 日 L 法院未成年人刑事案件相关数据 [⑤]

年份	总数量/件	涉及未成年人/件	制发家庭教育指导令/件	占比
2022	1280	78	35	44.8%
2023	1121	54	28	51.8%
总计	2401	132	63	48.3%

① 前印 4。
② 前印 4。
③ 前印 4。
④ 前印 4。
⑤ 前印 4。

小结：法院在适用家庭教育指导令这一新事物持相对谨慎的态度，主要体现在：一是发出家庭教育指导令的数量少。最高法院工作报告载明，全国法院在 2022 年审结婚姻家庭案件 896.1 万件，判处未成年人罪犯 2.8 万人，而发出家庭教育指导令数量仅为 10308 份。[①]二是民事案件中制发家庭教育指导令的状况令人堪忧。经上述数据对比，L 法院所涉未成年人的民事案件与刑事案件相比虽然量大且人数较多，但制发的家庭教育指导令数量为零。刑事案件对家庭教育指导令的适用率明显高于民事案件。

二、家事审判中家庭教育指导令阙如之原因窥探

（一）宏观维度：静态法律表达完善，动态效果的式微

我国法律针对未成年人的立法表达相对完善，构建以《宪法》为纲领，基本法为框架，部门法为具体指引的保护未成年人的法律体系。《宪法》第四十六条规定受教育权、第四十九条规定父母抚养子女义务等，《民法典》将《宪法》规定的权利具象化，如第二十六条父母对未成年子女负有抚养、教育和保护的义务，《刑法》针对父母或者其他监护人因实施侵权未成年人的身心建康的严重行为予以惩罚性规制，如第二百六十条及之一的遗弃罪与虐待罪等，《未成年人保护法》《预防未成年人犯罪》进一步细化对未成年人各项权利的保护，《家庭教育促进法》及《关于开展家庭教育指导工作的意见》（以下简称《指导意见》）规制家庭教育失范而引发未成年人犯罪或未成年人受到侵害的情形，针对家长的失职而以决定书的形式制发家庭教育指导令。统观上述法律及相关司法意见，在静态的法律层面对未成年人的教育、成长的保护构筑起一道道铜墙铁壁，但在动态的法律层面，即家庭教育指导令在实践中大多停留于制发阶段，家庭教育指导令制发后，并无后续的跟踪回访等执行工作，出现“发而无果”“虎头蛇尾”的现象，效果式微。主要存在以下几方面的原因：1.体制机制不完善。家庭教育指导令制发后，在执行层面针对该项工作应如何执行或达到何种效果没有相关规定，同时也没有形成区域内的信息共享、信息跟踪、回访机制，缺乏多部门之间的合力，法院一家之力往往捉襟见肘、举步维艰。2.家庭教育指导投入力度不够。第一，法院作为司法机关，主责主业是开展审判执行业务，员额法官每年案件数量较多，

且法院“案多人少”矛盾普遍存在，员额法官难以抽出时间去细心投入其中，全过程地去关注案件当事人家庭教育的后续情况及成效；第二，家庭教育指导执行经费缺乏，未就该项工作形成制度或会议纪要，在法院也只有专门的业务庭室承担此项工作，不能得到有效地财力、物力支持。

（二）中观维度：家庭教育指导令的法律性质及效力之争

家庭教育指导令制度的关键之处首先在于准确分析家庭教育指导令的法律性质和效力，在各法律规范体系中精确定位家庭教育指导令的法律性质，此举不仅仅关乎指导令究竟如何命名问题，还与分析其法律效力以及实际应用等问题息息相关。在《指导意见》出台之前，学术界和实践界对家庭教育指导令的法律性质有不同的看法，主要有三种不同的看法：一种认为家庭教

① 杨夏 李宝霞：《家庭教育指导令的实践困境与完善路径》，载《人民司法》2023 年第 28 期。

育指导令应视为命令。所谓命令，是指审判机关对具体事项发布的指令性司法文件。家庭教育指导令是人民法院对具体事项发布的强制性司法令书，要求义务人做什么；另一种观点则是将家庭教育指导令视为裁决。根据最高人民法院通常以裁定文书的方式作出“令”，如人生安全保护令等，在司法实践中，家庭教育指导令实际上也是通过“裁定书”形式作出的，故文书制发的形式来看，家庭教育指导令的法律性质与裁定书无异；第三种观点则认为家庭教育指导令应视为决定。决定是指司法审判机关对案件某些事项作出的具有强制执行力的司法文件，且该决定已经作出立即生效。因此，从生效时间节点来分析，家庭教育指导令的本质即为一个司法决定，一经作出即产生法律效力。对于那些拒不执行该决定的监护人，可以在法律上通过多层次的制裁机制进行行为上的谴责。

在《指导意见》正式发布之前，如上述分析所言，司法理论对家庭教育指导令的法律定位尚未明确，导致家庭教育指导令在司法实务领域只起到原则性的指导作用，并未产生所期望的法律效果。而在《指导意见》出台之后，该意见明确规定，家庭教育指导令将以决定书的形式发布。笔者认定，这一规定符合保护未成年人最大利益的精神。如果将家庭教育指导令的法律性质定性为裁决，由于当事人对裁定文书享有上诉的权利，一些不负责任的监护人很容易利用法律程序延迟履行家庭教育指导令的义务，这不利于保护未成年人的合法权益；如果家庭教育指导令被认定为命令或决定，实际执行效果会更好，但命令其强制力强于决定，不符合《家庭教育促进法》的灵活宗旨，而决定则恰到好处。

（三）微观维度：个体认知固化之实

法律的实践活动离不开全国各地法官的审理和判定。法官在审判活动中，除沉淀专业知识外，也固化法官的思维，容易导致法官对于案件类型及其后果的严重程度形成法官前见，或称之为锚定效应。民事审判法官普遍认为因刑事处罚系公权力为修复被破坏的社会关系，采取强有力的惩罚措施惩治未成年人犯罪，其主观恶性较为恶劣，家庭教育严重失准，针对刑事案件中被告人或者被害人的父母或监护人制发家庭教育指导令于法有据，亦理所应当。但针对涉及未成年人的家事案件，因案件当事人本身是未成年人的父母或者监护人，按照中国历来的优良传统，“父母爱子女当为之计深远”。绝大多数父母不会因为婚姻问题而放弃对子女的教养，故而家事案件中制发家庭教育指导令在现实生活当中意义不大。亦或，出于“案多人少”、绩效考核的各种现实压力，或者个人的惰性使然，家事审判法官无过多的精力和时间去细细琢磨和研究家庭教育指导令如何有效的制发并执行。即便是一些法官认为部分案件需要制发，但为了避免承担相应的责任，不愿意主动制发。综上，由于法官前见思维的影响，绩效考核的负荷，推卸责任的心态等因素，变相的阻碍了家庭教育指导令适用或新事物的发展进程。

《家庭教育促进法》出台后，笔者针对 L 市人民法院 100 名法官对“《家庭教育指导令》适用”的认知进行了问卷调查。“意义不大” 占比 20%，一般为 30 岁左右的法官；“无瑕顾及”占比 50%，一般为 40 岁左右的法官；“执行障碍”占比 30%，一般为 50 岁左右的法官（见图 4）。

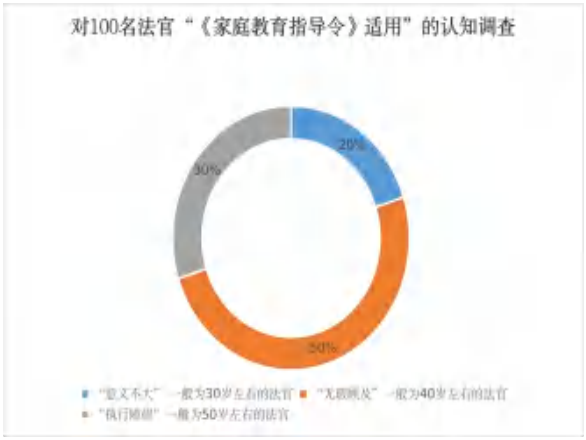


图 4

三、家庭教育指导令的理论基础

为进一步推动家庭教育在司法实践中顺利开展，司法机关应充分理解家庭教育的法理基础，做到知其然知其所以然。

（一）儿童最大利益优先理论

儿童权利本位是儿童最大利益优先理论的立论基础。儿童曾长期遭受虐待、忽视，甚至被当成“物”一样的客体来看待,当儿童对家长来说有使用价值的时候，他们就会被家长任意的支配和使唤；当他们对家长没有使用价值的时候，就会被家长随意的抛弃。儿童相对成年人而言，脆弱性是其固有特征，即儿童的认识、控制与判断能力均相对匮乏。长期以来，虐待儿童现象在各国均有发生的主要原因亦是由脆弱性所致，在诸如残疾儿童、留守儿童等特殊儿童群体当中表现更胜。随着时代的发展，社会的进步，儿童得到各界更多的关注,《儿童权利公约》第 3 条把最大利益确立为儿童保护的基本原则，儿童利益逐渐优先于成人，“最大利益”在儿童保护领域越来越成为权威话语。儿童最大利益优先理论实现了权利重心从父母转向儿童的转换。该理论在我国《未成年人保护法》中亦予以确立。

（二）国家亲权理论

基于儿童最大利益优先保护观念的国家亲权理论，是司法机关介入家庭教育工作和家庭内部自治的法理依据。该理论蕴含国家作为未成年人的最终监护人，在未成年人其他监护人没有基于未成年人利益适当履行监护权时，应对未成年人承担起抚养、教育和保护的职责，其中包括协助父母履行监护职责。[①]从上述内涵分析，在国家亲权中，家庭监护才是基础也是最重要的，国家监护只是保障和兜底，国家只有在其他监护人不能够达成协议或者不能够充分的照料未成年子女的时候，才有责任去照料未成年人，也就相当于是给不能受到父母或者其他监护人保护的未成年人的保障和福利。如果其他监护人违反法律规定，构成权利滥用或对义务的违反，侵害未成年子女权益，影响他们身心健康成长，其他监护人行使权利则丧失了合法性，国家介入家庭内部自治系统便具有了正当性。[②]

（三）有限干预理论

何为司法机关的有限干预？简而言之，即国家运用其强制力在合理的范围内以适当的方式调整家庭事务中的法律关系，不得随意滥用其权力。由于家庭是一个私人领域，国家对其的干预应该遵循必要性原则和比例原则，即国家在采取措施时必须充分平衡各方的利益，以确保损害利益的最小化。有限干预理论的目的是防止过度使用国

①参见陈爱武：《从家事到国事：〈家庭教育促进法〉的意义阐释》，载《中华女子学院学报》2022 年第 2 期。
②参见李泊毅：《家庭教育指导令的规范化》，载《人民司法》2022 年第 3 期。

家公共权力，从而超越私权边界，侵犯个人自由和权利。当然，目的必须是合法的，实现目标的手段也应该是适当和平衡的。这一理论在国家监护制度中非常重要，主要包括两个积极作用：第一，在存在其他可替代措施的前提下，国家不应直接干预父母和孩子之间的关系；第二，如果有各种干预措施可供选择的情形下，我们应该坚持有利于家庭和谐以及最有利于未成年人的原则，选择对家庭关系影响最小，最有利于未成年人健康成长的措施。司法机关采取强制手段通过限制未成年人父母和其他监护人权利的方式介入家庭教育指导属于国家监护制度，保护未成年人利益的一部分，因此此举也可能会导致监护人权利与未成年人权利之间的冲突，[①]因此，要规范司法机关参与家庭教育，也要坚持以有限干预理论为标准，合理限制司法权力。

四、家庭教育指导令的规范与完善建议

《家庭教育促进法》是沿着引导、赋能方向制定的自治型法律[②]，以柔性支持为首要原则，责任承担作为刚性补充，[③]充分彰显出儿童最大利益优先理论、国家亲权与有限干预理论的有机融合。面对家庭教育在家事审判中的实践困境，人民法院应树立契合本法柔性之特性的“如我在诉”“老吾老以及人之老，幼吾幼以及人之幼”的柔性审判理念，在厘定家庭教育指导令属于决定类性质的基础上，区分个案情况进行分类处理，从程序、实体、配套机制等方面完善规范家庭教育指导令制度。

（一）转变审判理念，建立互动机制

司法机关针对未成年人类弱势群体，应适用特殊利益衡量标准，相对于一般利益衡量而言，该标准主要是针对优势群体利益与弱势群体利益，[④]为了弱势群体利益而在司法上予以倾斜保护。因此，人民法院应以“老吾老以及人之老，幼吾幼以及人之幼”的同理心和“如我在诉”审判理念，投入到家事审判的事业当中。作为司法裁判者，不能以居庙堂之高的视角就案办案，而应多一些江湖之远的理解，即在审判过程中，保持换位思考或设身处地的开放态度，切实以“如我在诉”的态度理解双方当事人的真实处境与遭遇的同时，考虑未成年人的生活的家庭环境以及受教育情况。鉴于此，人民法院可以在诉前、诉中、判后等各阶段开展家庭教育指导工作。

1.打开认知入口，建立家庭状况调查制度

法官通过转变审判理念，以换位思考的姿态，打开认知入口。2023 年出台的《指导意见》中并未明确规定进行家庭状况调查，但笔者认为在诉前、诉中进行家庭状况调查有其必要性。因为家事诉讼与一般民事案件存在一定的区别，其具有身份和财产的双重属性。家事诉讼在查明案件事实以及未成年人的成长环境后，才能判断是否制发家庭教育指导令，所以建立家庭状况调查制，赋予法官或家事调查员对未成年人成长环境和意见进行调查，保障其程序权益十分必要。司法实践中，如 2023 年 5 月贵州省遵义市中级人民法院发布的家庭教育指导典型案例“罗某某诉祝某离

①参见林建军：《家庭教育法的调整对象及逻辑起点》，载《河北法学》2022 年第 3 期。
②参见刘永林、胡爽、杨小敏：《家庭教育国家立法：基于回应型法的理论解释、实践检视与路向探索》，载《家庭教育研究》 2022 年第 10 期。
③参见苏明月、陈新蕊：《未成年人犯罪预防与家庭教育立法》，载《中华女子学院学报》2022 年第 2 期。
④ 参见张新宝 ：《侵权责任法立法的利益衡量》，载《中国法学》2009 年第 4 期。

婚纠纷案”，突出特点就是事前对当事人的家庭状况及成员情况进行调查，并据此制发家庭教育指导令。家庭状况调查是一个综合性的工程，它主要关注以下几个方面的信息：一是父母的工作状态以及他们之间的相处模式；二是父母的学历背景以及他们采用的家庭教育方式；三是父母与未成年子女之间的相处方式；四是未成年子女与他们的同伴、老师之间的关系；五是考察家庭与社区之间的联系；六是未成年子女自身对家庭氛围的感受等等。另外，为了更准确地评估家庭教养情况，应建立一个专门的评估机制。当承办法官在面对是否适用家庭教育指导令的决策感到困惑时，评估机制就会发挥其作用。具体而言，专业第三方机构对涉案家庭的抚养、教育现状进行深入调查，并给出专业评价，法院则根据评价结果，依据法定职权来决定是否启动家庭教育指导程序。

2.延伸审判职能，建立健全家庭教育联动机制

人民法院发布家庭教育指导令的核心目的在于通过适当限制未成年人父母或者其他监护人的不正当行为保护未成年人的合法权益，并通过指导令的方式为他们提供行为上的指导和规范，以确保家庭教育始终沿着正确的方向发展。然而，要想彻底改变未成年人父母及其他监护人根深蒂固的错误思想，仅仅依靠人民法院的家庭教育指导令是无济于事的。家庭教育是一个综合治理项目，其涉及学校、妇联、街道、社区、居委会、村委会等多方主体，因此各部门必须形成联合力量，促进家庭教育指导联动机制的建立，必要时还可邀请心理学等相关行业的专家参与，提高家庭教育指导的有效性，提高家庭教育指导的实施水平。在实践中，司法机关为了真正实现家庭教育指导令保护未成年人合法权益的作用，可以从以下三个方面对家庭教育指导制度进行完善：一是人民法院作为涉未成年人案件的审判机关，应当与辖区内的社区和学校建立密切沟通机制，始终秉持着有利于未成年人利益的原则，及时向学校和社区反映审理案件中发现的有关情况，使当地组织和学校能够及时掌握相关信息，对未成年人建立相应的保护机制，同时联合相关组织采取案例宣讲、亲子对话、法律咨询等多种方式对失职家长或者其他监护人进行一对一的家庭教育；二是构建互联互通的家庭教育平台。失职监护人所在的社区和居委会可以在该平台轻松查询和了解各地人民法院出具的家庭教育指导令的具体内容，实时监督和指导是失职监护人的对未成年人的言行举止，同时还可以在平台上为相关家庭建立专属的指导档案，记录失职监护人接受家庭教育指导的次数和效果，从而增强家庭教育指导的有效性；三是深入开展家庭教育法治服务活动。通过各种形式的宣传活动，促进“一案一教”效应的实现，为做好家庭教育指导活动提供了一条途径。

（二）完善家庭教育指导的分类及内容的补强

家庭教育是一项系统又较为繁杂的工程，司法实践中，人民法院应当充分利用家庭状况调查报告，对监护人的行为进行分类，并据此进一步将《家庭教育促进法》规定的有关家庭教育指导令的内容予以细化，补足支持性措施，在家庭教育领域形成社会支持与国家公法的过渡，方能做到有的放矢。具而言之，监护人的行为可以分为以下三种不同类型，并针对这些类型采取相应的对策：

第一类是未明显不当的行为。由于家长自身的学识水平和认知能力有高低之分，从而主观上对教育权的理解程度各异，加之客观上就履行管

教义务程度以及教育成效如何等问题上缺乏统一的标准加以评价，导致有些家长的教育方式可能过于简单粗暴，教育理念也可能僵化保守。这些表面而言虽没有明显不当，却往往最容易被忽视，但如果长期存在，比如持续性的侮辱、责骂甚至体罚孩子，必然会对孩子的身心健康造成严重的影响。为此，针对这类较为隐蔽、看似“教而无方、教而不当”的家庭教育行为，家庭教育指导令应该侧重于提供家庭教育指导。通过指导，可以帮助监护人提升和改进他们的教育理念和方式方法。必要时，还可建议他们进行心理咨询等，以避免这些不当的教育方式对孩子的身心健康造成不可挽回的损害。

第二类是不当的行为。这指的是监护人在履行职责时存在不恰当的行为，但是还没有导致未成年人出现严重的不良行为、心理状态恶化或其他严重后果。尤其是“养而不教、监而不管”的情况。因此，对此类较为隐蔽的“养而不教、监而不管”的家庭教育行为，家庭教育指导令的重点应该放在要求失职监护人切实履行其日常养育职责上，这包括确保他们定期探望孩子，以及积极与学校进行沟通。为了明确责任，需要具体规定未成年人的父母在实施家庭教育时应采取的方式方法，特别是对于那些不与孩子共同生活的父母，要设定他们探望子女的频率，以及他们与学校保持沟通联系的频率。

第三类是禁止行为。家庭教育指导令明确禁止家长任何侵犯未成年人心理健康的行为。如果未成年人在心理检查中被确诊患有抑郁症等精神类疾病，同时心理咨询专家在治疗过程中出具报告指出未成年人的心理疾病与监护人在家庭教育中殴打、辱骂和强制学习等行为有直接因果关系，那么家庭教育指导必须立即责令父母停止以上行为，并呼吁各监护人在日常生活中实时关注未成年人的心理变化和心理健康。为了及时进行心理干预和治疗，必要时可采取暂时停学或者与对其心理产生负面影响的父母进行隔离等措施。对拒绝接受家庭教育指导的父母或者其他监护人，公安机关应当主动采取干预措施，责令他们接受家庭教育指导。

（三）完善家庭教育指导的配套机制

1.探索建立监督、评估机制。该机制的核心在于全面跟踪监督和科学的效果评估，是保证家庭教育指导成效的关键所在。目前，虽然《指导意见》及各地的强制亲职教育文件都强调了开展家庭教育效果评估的重要性，但是相关的公开报道和实证研究仍然较为稀缺。值得借鉴的是，国外研究人员通过对现有的法院家庭教育指导项目的实证研究成果进行比较，提出了一种综合、理想的评估模式。该模式主要包含以下四个方面的内容:一是进行比较评估即对项目前与项目后进行一种比较的评估；二是采用长期随访和专家参与；三是进行验证性提问即改变的实质评价；四是增加法院的参与，从而确保评估结果具有实际意义，这种方案是十分值得我们借鉴。然而，家庭教育效果评估并非易事，它涉及评估方法、数据采集、评估指标以及评估时效等多个方面，需要多方共同参与，因此，这就需要人民法院、高等院校、科研院所、家庭教育指导机构以及专业的家庭教育指导从业者等进行多方合作，共同以循证实践为方法论，进行科学评估、全面评估，并定期向社会公开评估结果。为了确保评估的公正性和客观性，可探索和建立以人民法院为主导，同时吸纳各民政、团委、妇联、教委等多部门广泛参与的监督机制。对于家庭教育指导的实施效

果，可以由人民法院委托专业的第三方机构进行检测和评估，从而确保家庭教育内容的实用性及有效性。

2.完善社会各部门统一联动、密切协作体系。《家庭教育促进法》明确指出，教育行政部门和妇联应当发挥协调作用，通过整合调动各地各部门的优势力量，纵深推进建立覆盖城乡各区域的家庭教育指导服务体系。因此，在《家庭教育促进法》相关立法精神的指引下，人民法院作为具有审判职能的司法部门，应当积极与妇女联合委员会、民政部门、专业学校等有关单位合作，根据案件的不同阶段和内容通过资源共享、线索移送等多种方式最大程度发挥各部门的职责，同时还需充分发挥自身的司法审判职能，积极借鉴和利用家庭教育指导部门积累的成功经验和优秀案例，促使制发的家庭教育指导令发挥其应有之义。

3.构建专业指导服务人才的培养平台。建议将对学生进行家庭教育指导作为各阶段入职教师和教育管理人员重要培训计划之一，同时完善各普通高校的学科基地建设，鼓励和引导高校与相关部门合作，共同建立服务家庭教育的人才培训基地，各相关部门为家庭教育人才培训提供实践平台。此外，还需要注意完善家庭教育指导的人才储备计划，可以通过建立家庭教育人才数据库，聚集家庭教育指导的专业人员，畅通专家与司法机关、专家与家庭、家庭与司法机关的与对接渠道，确保受需家庭可以获得专业的、准确的指导教育。特别值得注意的是，应重点关注离婚重组家庭、农村留守未成年人家庭、违法范围侵犯未成年人家庭等特殊家庭，为这些家庭需要培养专业的家庭教育指导、为他们提供更加专业、个性化、特殊的指导服务。

4.专项经费支持。各级政府有关部门应当设立家庭教育指导的专项经费，并制定明确的经费投入、使用标准及筹措机制，保障政府经费支持的有序性和规范性，以确保家庭教育指导服务的持续稳定发展。同时，还应积极鼓励社会各界对家庭教育进行投入，提高社会组织和个人对家庭教育指导的资助意识，从而为家庭教育指导服务体系的长效运转提供坚实的保障。

五、结语

“家庭教育承载着家风的传承、亲情的延续、代际之间的互动，会形成人格最深层、最 私密也是最核心的自我认知。因而家庭教育对于人的发展和影响至关重要，也必然是父母与 子女之间极为特殊的认同关系。”[①]家庭教育的失范，不仅不利于未成年人身心健康成长，也不利于良好家风的形成和社会的和谐稳定。为规制监护人的失职，司法机关与相关部门担负起国家监护的职责，针对失矩的监护人进行家庭教育指导，必要时及时制发家庭教育指导令，监督并指导监护人正确履行教导子女的义务，为未成年人全面成长创造健康、文明、和谐的家庭环境。

① 参见邓静秋：《家庭教育促进法的宪法逻辑》，载《苏州大学学报》2021 年第 4 期。

业主加装电梯新模式的法律规制研究

何雨聪

何雨聪，湖南大学法律硕士，北京德和衡（长沙）律师事务所主任助理、实习律师，兼任德和衡研究院（湖南分院）秘书长。主要业务方向为金融纠纷与经济犯罪辩护。拥有证券从业资格及初级会计职称，具有学科复合背景。曾在长沙厚大法考担任民法学科主讲老师。

摘　要：为在平衡各方利益的前提下尽快加装电梯，业主团体发挥自身智慧，探索出加装电梯的新模式，如“限出资业主使用型”和“代建租赁型”。但这些模式缺乏明确规定，导致后期运营纠纷频发，司法机关处理时存在同案异判的现象。要解决问题，需要完善相应法律规制。完善相应法律规制具备实践基础，同时具备共有部分专用权的理论基础和现行法律的规范基础。实施新模式需经有效的业主决议，在电梯上设立专用权属于“改变共有部分的用途”事项，须由“双2/3以上”业主参与表决并经“双3/4以上”业主同意。决议只要不存在永久剥夺少数业主使用权等歧视性条款，原则有效，且记载于管理规约后可约束取得专有部分的新业主。失权业主可依法恢复使用权，但需对原始出资业主负补偿义务。

关键词：加装电梯新模式；业主自治；决议；共有部分专用权；法律规制

在老旧小区适老化改造过程中，加装电梯[①]是一项备受瞩目的重要举措。然而，这一便民工程也面临着不小的阻力。首当其冲并广受关注的就是来自低层业主的阻力，因为加装电梯可能会给低楼层本就不佳的通风和采光条件进一步产生不利影响；同时，加装电梯释放的出行便利，又主要惠及高层业主[②]。许多地方法院努力化解高层与低层业主之间的矛盾，已积累了丰富的经验[③]。

但是，加装电梯面临的阻力不仅仅来自低层业主。实践中，部分高层业主出于各种考虑，或是房屋空置，或是费用过高，或是认为自己腿脚还利索，同样不愿出资加装电梯。为了在平衡各方利益的前提下尽快加装电梯，一些业主团体发挥自身智慧，探索出了许多灵活的新模式。例如，出资业主间达成约定，让不愿出资的业主以放弃使用电梯为对价来免于出资（以下简称为“限出资业主使用型”模式）；又如，业主团体达成约定，采取“代建租赁”模式[④]，让社会资本来参与电梯建设。

但新的交易模式往往也蕴藏新的纠纷。针对这些新模式，目前尚无法律直接予以规范。立法可能滞后于现实发展，但司法必须对民众的关切及时回应，需要为已然的纠纷提供公平正义的最后防线，同时给未然的纠纷提供示范作用。因此，本文将检视目前实践中加装电梯新模式的运行困境并论证为何需要相应的法律规制，再论证如何在现行法秩序下，完善对业主加装电梯新模式的法律规制，以求在源头化解新模式推广过程中已然和未然的纠纷。

一、业主加装电梯新模式有别于传统模式

业主加装电梯新模式，这一概念旨在与全体业主共同摊派加装费用的传统模式相区分。虽然未来还可能会涌现出更多的创新模式，但是通过对比，我们依然能够揭示出新模式与传统模式相比所具备的以下特征。

（一）业主有权以不使用为由而拒绝出资

在传统模式下，除了一层业主根据费用分摊比例[⑤]无需出资外，其他业主通常不能以不使用为由拒绝履行出资义务。《民法典》第 273 条明确规定：“业主对建筑物专有部分以外的共有部分，既享有权利，也需承担义务；业主不得以放弃权利为由拒绝履行相关义务。”据此，一旦全体业主共同摊派费用的决议获得通过，所有业主都负有及时、足额地缴纳相应费用的义务，不得以不使用为由拒绝履行出资义务。

相比之下，在加装电梯的新模式下，业主有权以不使用电梯为由拒绝出资。在“限出资业主使用型”模式中，出资业主可以与不愿出资的业

① 本文所讨论的“加装电梯”，特指在尚无电梯的老旧小区中加装电梯的情形，不包括既有电梯老旧后进行更换的情形。同时，本文仅限于讨论由业主自筹资金及社会资本参与的加装方式（包含部分由政府补贴资金的情形），完全由国有资本出资的加装方式不在本文讨论范围之内。因为后者的行政干预程度较高，已近乎脱离了业主自治的范畴。

② 理论上有观点认为，低层业主在加装电梯过程中负有容忍义务，而对低层业主的私益牺牲，高层业主负有一定的补偿义务。参见韩富鹏：《论低楼层业主对电梯加装的容忍义务与牺牲补偿请求权》，载《中国不动产法研究》2022 年第 2 期。

③ 例如，福建地区法院在某一楼业主阻工的案件中，秉持“执行环节向前追”的工作理念，创新运用“执前和解”的工作方式，妥善将邻里矛盾消解于执行阶段之前。参见《“梯”升家门口的幸福感 | “枫桥经验”在福建》，载微信公众号“福建高院”，2024 年 1 月 11 日。

④ “代建租赁”模式的典型表现形式是：由电梯公司出资安装电梯，小区业主与电梯公司签订一定期限的合同，在此期限内小区业主按每次收费 2 毛到 8 毛不等的金额付费乘坐电梯。

⑤ 一些地方政府在相关规范性文件中对楼层费用分摊做出了倡导性规定。其中，第一层的分摊比例通常被规定为 0。以《深圳市既有住宅加装电梯管理规定》为例，其第 8 条第 2 款明确规定了各楼层的费用分摊比例，如第三层为参数 1，第二层为 0.5，第一层为 0，并从第四层开始，每增加一个楼层就提高 0.1 个系数。

主达成协议，或者出资业主内部单方面形成约定，从而使没有电梯使用需求的业主免于出资。在“代建租赁”模式下，电梯加装的前期出资义务更是完全转由第三方电梯公司承担，电梯公司通过后期向业主收费来回收前期的资金投入。在这种情况下，业主的付费金额根据其使用频次确定，没有使用需求的业主自然无需支付任何费用。

（二）电梯为部分主体排他性管理或使用

在传统模式下，电梯的加装费用由该楼栋单元的全体业主共同摊派，因此电梯也理所当然地由该楼栋单元的全体业主共同使用，相应后期管理与维修责任也由其承担。

然而，在加装电梯的新模式下，电梯由部分出资的业主或第三方电梯公司进行排他性管理或使用。这里的“排他性”，意味着电梯的使用及管理权利被特定的部分业主或第三方公司所独享，其他未出资的业主未经许可无法使用电梯。例如在“杨丽芬、陈相裕等相邻关系纠纷案”中，十户出资业主签订《电梯使用与管理公约》，约定电梯为十户业主共有，剩余两户业主不出资也不使用；考虑到金钱贬值因素，不出资的业主或者其房屋出售后新业主想使用，需提供所有出资人均同意的补偿金方案才可使用电梯。[①]该案属于典型的“限出资业主使用型”模式。在该案中，未出资的业主被明确限制了电梯使用的权利，除非他们提供资金补偿，否则无法使用电梯。

在“代建租赁”模式下，电梯的前期出资完全由第三方电梯公司承担。因此，业主委员会或经决议授权的业主代表通常会与电梯公司签订合同，约定在一定期限内，电梯公司享有排他性的管理权利。有些合同中甚至会明确约定电梯的产权归属于电梯公司。在这种情况下，其他业主只有在获得电梯公司许可后（许可方式通常是按合同约定支付费用）才能使用电梯。可以发现，“代建租赁”模式与常用于基础设施建设中的 BOT（即“建设–经营–移交”）模式非常相似。

二、业主加装电梯新模式需要完善相应法律规制

我国目前尚无直接规范加装电梯新模式的法律规定，因此要论证新模式是否需要完善法律规制，需要检视其在实际运行中是否出现了困境。

（一）对电梯的这一共有部分的多元利用需要制度基础

首先需解决的前置性问题是，在物权层面，电梯究竟属于业主的共有部分，还是可以成为个别业主或第三方电梯公司的专有部分。电梯原属电梯生产企业所有的动产，但依据《民法典》第 322 条添附的规则，当动产（电梯）与不动产（建筑物）发生附合，电梯就成为建筑物的重要成分[②]，非经毁损不能与其分离。[③]此时，电梯因丧失其独立存在，其原有的所有权消灭，转变为了建筑物的附属设施。[④]

但是城市小区多为区分所有的建筑物，而区分所有的建筑物有其特殊性，即使电梯已经成为其一部分，仍需要辨别其属于专有部分，还是属于业主共有部分。判断的方法是首先确认其是否

① 参见福建省厦门市思明区法院（2019）闽 0203 民初 9222 号民事判决书。

② 我国《民法典》并未明确规定何为“重要成分”，仅规定了添附制度。但比较法上对何为“重要成分”进行了明确界定。例如，《德国民法典》第 93 条规定：“非毁损物之一部或变更其本质，不能分离者，为物之重要成分；物之重要成分不得为个别权利之标的。”

③ 刘家安：《民法物权》，中国政法大学出版社 2022 年版，第 182–183 页。

④ 黄泷一：《既有住宅增设电梯的民法教义学分析》，载《地方立法研究》2022 年第 6 期，第 85 页。

符合专有部分的构成要件[①]；若不符合，则归类为共有部分。从目前地方政府的规范性文件来看，加装的电梯并没有登记能力，既不计入建筑物面积，也不办理不动产登记。[②]因此，加装的电梯因无法登记而不符合“专有部分”的构成要件，只能属于该楼栋单元全体业主共同共有。

需特别指出的是，在“代建租赁”模式下，即便电梯公司与业主在合同中明确约定“电梯产权属于电梯公司所有”，该电梯在加装后仍属于业主共有部分。物权法属于强行法范畴，双方合同的约定并不能直接决定物权的归属，仍需满足物权变动的法定构成要件才能取得物权。目前，地方政府并未为“代建租赁”模式中制定特殊规定，因此通过这种模式加装的电梯同样不具备登记能力，只能被认定为业主的共有部分。

因此，无论是业主自筹资金加装的电梯，还是通过引进社会资本加装的电梯，其均属于业主的共有部分。若要将业主共有部分交由部分业主或是业主团体外的公司进行排他性的管理或使用，必须有相应的制度基础将其合理化。

（二）复杂且不精确的交易安排易在电梯运营后期滋生纠纷

加装电梯的新模式涉及较为复杂的交易安排和广泛的利益层面，而小区业主又很少会详细约定，因此极易引发纠纷。理论上认为，共有部分易出现“公地悲剧”和“搭便车”两大现象。例如，在“限出资业主使用型”模式中，某些业主可能原本声称自己不需要使用电梯，但在其他人出资建成后，他们就希望可以不付出任何代价享受电梯的便利。为了避免这种现象，出资的业主们不得不在电梯上加装刷卡系统，以防止未出资的业主使用，而安装门禁系统的费用则成为阻止“搭便车”行为的制度成本。然而，纠纷并未因此停止，实践中一些“搭便车”无门的业主寻求再次“补票”，但遭到其他出资业主的拒绝。例如，在前述的“杨丽芬、陈相裕等相邻关系纠纷案”中，尽管出资的业主们已经签署了《电梯使用与管理公约》，约定剩余两户业主既不出资也不使用电梯，并且也实际安装了电梯刷卡系统，但在电梯建成后，原本放弃权利的业主又希望支付费用来使用电梯，由于无法与其他原始出资业主达成一致的补偿方案，再次引发纠纷。[③]

再如，在“代建租赁”模式下，电梯公司面临前期投入大、资金回收周期长的压力。实践中，不少业主担忧电梯公司在电梯运营后期会随意涨价或恶意停梯，导致电梯陷入瘫痪。当面临纠纷时，业主团体是否有权自行更换电梯公司成为一个问题。而如果可以更换电梯公司，但业主还未完全偿付电梯公司的前期资金投入，电梯公司又是否能以未收回资金投入为由，主张拆除并变卖电梯以获得补偿呢？这些问题都突显出“代建租赁”模式未来的不确定性。

（三）司法实践的过度利益衡量化导致出现同案异判的现象

在“限出资业主使用型”模式的司法实践中，对业主间约定电梯仅供出资业主使用的效力，目前存在不同认识，存在一些“同案异判”的现象。有的法院肯定该约定的效力，指出既然上诉人在

① 根据《最高人民法院关于审理建筑物区分所有权纠纷案件适用法律若干问题的解释》第 2 条的规定，只有符合构造上的独立性、使用上的排他性以及能够独立办理登记条件的特定空间，才能认定构成建筑物的专有部分。

② 例如《杭州市老旧小区住宅加装电梯管理办法》第 29 条、武汉市人民政府发布的《市人民政府关于进一步促进既有住宅增设电梯工作的指导意见》第 6 点。

③ 参见福建省厦门市思明区法院（2019）闽 0203 民初 9222 号民事判决书。

充分知晓事实的前提下未进行出资，应视为各方已经达成了“不出资也不享有共有权”的约定，现上诉人的诉求系对各方先前约定的变更，在未取得诸被上诉人一致同意的情况下就应被驳回。[①]该裁判明显是在合同法的思维下处理这一问题。有的法院否认这类约定的效力，指出该电梯由该梯号（幢）全体业主共有，原告作为业主当然对该电梯享有共有权利，有权通过支付对价的方式取得电梯使用权，同时法院考虑到金钱贬值因素，酌定电梯使用费为原应出资金额的两倍。[②]该裁判则明显是在物权法的框架下处理这一问题。

以上“同案异判”现象的出现，主要是司法实践中的过度利益衡量化所导致的。例如，在对待已经放弃使用电梯的业主再次申请使用电梯的请求时，司法机关往往先根据原告是老人还是蛮横无理之人来判断其是否值得保护，然后再倒果为因寻找说理的理由。尽管利益衡量是一种较为普遍且受认可的法学方法论工具，但如果裁判者不加限制地使用这种工具，同案异判的现象就是难以避免的。

三、完善对业主加装电梯新模式的法律规制具备相应基础

要论证建立并完善一项制度的可行性，必须从以下方面展开论述：首先，要论证其具有实践基础，即是否具有实际运行的可行性；其次，要论证其具有理论基础，即是否符合法学基本理论；最后，还需论证其具有规范基础，也即现行法是否为该项制度提供了基本的法律依据。

（一）有现代技术及先行经验的作为法律规制的实践基础

加装电梯在我国沿海发达地区相对较早地得到了推广和实施，已积累了丰富的先行先试经验，例如代建租赁模式也率先在北京和上海这样的大城市显示出了这种模式的可行性。[③]这成为我们完善法律规制的实践基础。此外，随着科技的日新月异，电梯流程自动化、数字监控及门禁系统管理等现代技术的广泛应用，不仅有力地推动了加装电梯新模式的推广，也为完善其法律规制提供了技术支持。

（二）有共有部分专用权作为制度建立的理论基础

针对加装电梯新模式的纠纷，比较法上早已有专门的制度对其予以规范。例如，我国台湾地区“民法”第 799 条第三项后半句明确规定：“共有部分除法律另有规定外，得经规约之约定供区分所有建筑物之特定所有人使用。”该条规定明确承认了共有部分专用权。所谓共有部分专用权，是指特定业主对共有部分享有排他性的使用权利。比较法上的制度对于我们而言，就是一种可资借鉴的理论。

加装电梯新模式产生的纠纷，均可以归入到共有部分专用权理论之下加以规制。业主团体既可以约定共有部分仅供部分业主来专用，也可以约定将共有部分供业主外的第三方主体来专用。例如，在“限出资业主使用型”模式中，业主之间达成约定，旨在排除部分未出资业主的使用权限，就是在赋予业主团体内部分出资业主使用电梯的专用权。而在“代建租赁模式”下，在业主团体作

① 参见福建省福州市中级人民法院（2019）闽 01 民终 8260 号民事判决书。
② 参见福建省厦门市思明区法院（2019）闽 0203 民初 9222 号民事判决书。相似裁判思路还可参见广东省广州市中级人民法院（2021）粤 01 民终 11637 号民事判决书。
③ 参见《北京：代建租用模式已占到加装电梯总量的 70%》，载微信公众号“中国电梯”，2018 年 9 月 28 日。

出前置决议，业委会或业主代表与电梯公司订立合同后，实际上就授予电梯公司一定期限的专用权，此时享有专用权的电梯公司才有权向想要使用电梯的业主收取使用费用。当然，对于比较法上的理论，仍需到我国的现行法中寻找规范基础。

（三）有现行法律及相关政策作为制度建立的规范基础

大陆地区没有规定共有部分专用权，实践中在专用权领域的零星案例主要为开发商擅自封闭业主共有部分（如绿地、屋顶阳台等）出售给部分业主专用的导致商品房买卖合同或排除妨碍纠纷[①]。因此，在规范供给不足的情况下，要在我国法律上证成共有部分专用权，面临的主要质疑就是物权法定原则。然而，理论上认为专用权只是一种债权性用益权，并非物权。[②]承认专用权并不否认全体业主的共有权。基于合同自由原则，在法无明文禁止的情况下，于业主共有部分之上进行这种债法上的约定，使专用权的效力仅在业主团体内部产生约束力，并无不可。

而且，业主决议和管理规约（即俗称的“社区公约”）也属于设立专用权和强化其效力的有效私法工具，《民法典》物权编“建筑物区分所有权”一章及《物业管理条例》详细规定了业主决议及管理规约的相关内容，这为设立专用权提供了规范基础。与合同要求全体主体一致同意不同，全体业主想要通过一项在电梯上设立专用权的决议，仅需满足相关程序要求，并就所希望达成的法律效果进行“多数决”即可。

此外，得益于地方政府对老旧小区加装电梯的大力鼓励和支持，一系列地方性规范性文件也相继出台。例如，前文提及的关于楼层费用分摊的倡导性规定，为裁判者提供了有效的参考依据。再如，还有一些地方性规范文件，明确支持对加装电梯新模式的探索及推广。[③]

总之，完善对业主加装电梯新模式的法律规制既具有实践基础，又具有理论基础，同时还能在我国现行法律中找到规范基础，具有可行性。

四、业主加装电梯新模式相关制度的展开及其适用

电梯加装新模式的实施涉及一系列系统的过程，每一个环节都需要相应的配套制度，本部分将阐述新模式的相关配套制度及其适用。

（一）实施新模式需以有效的业主决议作为前置程序

实施加装电梯新模式，均需要以决议作为其前置程序。该决议旨在引发的法律效果，便是产生一项电梯专用权。在“限出资业主使用型”模式中，业主决议能直接在业主内部产生专用权效力；而在“代建租赁”模式中，有效的业主决议则作为业主委员会或业主代表与电梯公司签订合同时的代理权依据。如果业主代表未经决议擅自与电梯公司签订合同，或是合同内容超出决议授权（例如合同约定的期限比决议载明的更长），应适用无权代理的规定（《民法典》第 171 条），未经业主作出决议追认，合同对全体业主不产生效力。

在实践中，业主之间达成的约定究竟是合同

① 实践中，未经全体业主决定，开发商单方面封闭共有部分出售给特定业主的，不能产生专用权效力，其余业主有权请求排除妨害。参见浙江省丽水市莲都区人民法院(2019)浙 1102 民初 5985 号一审民事判决书。

② 黄泷一：《既有住宅增设电梯的民法教义学分析》，载《地方立法研究》2022 年第 6 期，第 85 页。

③ 例如，武汉市人民政府发布的《市人民政府关于进一步促进既有住宅增设电梯工作的指导意见》第 6 点规定：“鼓励社会资本积极参与既有住宅增设电梯工作，探索代建租赁等市场化运作模式……”。

还是决议，可能并不容易分辨。例如，在前述“杨丽芬、陈相裕等相邻关系纠纷案”中，十户出资业主达成了一项“限出资业主使用”的约定，其余两户业主并未参与，看似属于出资业主之间内部的合同，但其实属于决议，只是其余两户业主并未参与表决而已。因为根据《民法典》第 140 条的规定，在没有法律规定、预先约定或是交易习惯的情况下，沉默不能被视为意思表示。如果将出资业主内部达成的约定解释为合同，则专用权效力就无法对剩余未作出意思表示的未出资业主产生约束力；而欲对其他沉默或是表示反对的未出资业主产生拘束力，就只得将其解释为决议。

目前学界通说已经承认决议是一种民事法律行为。[①]那么，根据民事法律行为的一般原理，一项决议要生效，就必须经过成立及效力判断。

1.决议的成立判断

要判断设立专用权的决议是否成立，主要需要考查其是否满足《民法典》第 278 条参与比例与通过比例的要求。在参与表决环节，《民法典》第 278 条并未区分决议事项，而是统一规定：任何业主决议都需要有占人数及专有部分面积 2/3 以上的业主参与表决。《物业管理条例》第 12 条并未将参与表决方式限制于开会表决 [②]。因此，业主参与表决的具体形式比较灵活，可以包含会议表决、书面表决、在线表决，并且可以委托他人代理参与表决。[③]

在决议通过环节，《民法典》第 278 条区分了一般决议事项和特别议决事项，并分别要求不同的通过比例。“设定专用权”可能涉及的是《民法典》第 278 条第 1 款第 8 项的“改变共有部分的用途”事项及第 9 项中经由司法解释确定的“处分共有部分”事项。本文认为，设定专用权应为《民法典》第 278 条中“改变共有部分的用途”事项。理由如下：

其一，从文义解释角度，“设定专用权”符合“改变用途”的文义，而不符合“处分”的文义。“处分”一词属于法定概念 [④]，包括事实上处分与法律上处分。事实上处分是指将物在事实上毁损、消灭或使其性质改变，而在电梯之上设立专用权并未改变物理实体，不能归于事实上处分；法律上处分是指转移物之所有权或在其之上为他人创设他物权 [⑤]，而专用权属于债权而非物权，因此也不能归于法律上的处分。据此，设定专有权不属于对共有部分的“处分”，只能被视为用途的改变。

其二，从历史解释来看，最高人民法院 [⑥]也认可设定专有权属于“改变共有部分的用途”事项。最高人民法院曾在释义书中明确指出，“在学理上，尚有就共有部分设立专用使用权之事项…由于《物权法》并未针对专用使用权作出规定，所以本条删去了原有规定，但就性质上而言，该事项也属于改变共有部分用途。”[⑦]

① 李建伟：《决议的法律行为属性论争与证成——民法典第 134 条第 2 款的法教义学分析》，载《政法论坛》2022 年第 2 期，第 74–86 页。
② 与股东决议原则上必须开会表决不同，考虑到大量小区仍未建立业委会的现状和业主的非商事主体属性，只要业主决议具备了有效聚集公意的实质，就不会影响其成立。
③ 杨代雄主编：《袖珍民法典评注》，中国民主法制出版社 2022 年版，第 229 页。
④ 例如，《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民法典>物权编的解释(一)》第 4 条间接对《民法典》第 221 条预告登记制度中“处分”一词所包含的情形进行了阐明。
⑤ 崔建远：《物权:规范与学说——以中国物权法的解释论为中心（上册）》，清华大学出版社 2022 年版，第 541 页。
⑥ 在《民法典》制定之前，“改变共有部分的用途”与“处分共有部分”事项，均源自于原《最高人民法院关于审理建筑物区分所有权纠纷案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2009〕7 号）第 7 条。因此，“改变共有部分的用途”事项实际上由最高人民法院最早制定。
⑦ 最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院建筑物区分所有权、物业服务司法解释理解与适用》，人民法院出版社 2017 年版，第 110 页。

综上所述，设定专用权属于《民法典》第 278 条第 8 项中“改变共有部分的用途”事项，须由“双 2/3 以上”业主参与表决并经“双 3/4 以上”业主同意，方能通过。由于作出加装电梯的决定与设定电梯专用权的决定所需通过比例相同 ①，可以在同一决议文件中一并通过，无需另行作成决议。

2.决议的效力评价

设立专用权成立后，其效力可能呈现为有效、无效和可撤销三种状态。

决议无效的事由应一体适用《民法典》第 153 条的一般规则，即决议内容违反法律、行政法规的强制性规定或违背公序良俗的，应为无效。在“限出资业主使用型”模式下，可能会有人认为此种“以放弃权利来不承担义务”的约定，有违《民法典》第 273 条 ②的规定。但是，不履行义务的行为，通常属于事实行为而非法律行为。就此而言，根据权威学者倡导的方法论，《民法典》第 273 条属于简单规范，旨在规制因事实行为所引发的利益关系，只有业主不履行义务才会违反该条规定。③而设定专用权的决议属于法律行为，并非《民法典》第 273 条预设的规制对象，也就不可能违反该条规定。因此，“限出资业主使用型”模式下的决议并不会因此无效。

设定电梯专用权的决议若不具备无效事由，还需考虑是否因程序违法或是侵犯了少数业主的实体权益而可被撤销（《民法典》第 280 条）。例如，在前述“杨丽芬、陈相裕等相邻关系纠纷案”中，虽然十户出资业主内部签订了公约，应解释为作出了决议，但如果从未书面征求过其他两户不愿出资的业主的意见，则存在程序违法，此时不愿出资的两户业主便享有撤销权，其可以起诉撤销该决议并申请加入使用电梯。

有观点认为，在“限出资业主使用型”模式中，增设的电梯属于生活利用上不可或缺的共有部分，故设定电梯专用权的决议侵害了少数业主的权益，少数业主在请求法院撤销后，仍得使用电梯。④本文认为，这种观点可能过于片面和武断，是否侵害少数业主权益，必须斟酌个案审慎考虑。原因如下：第一，在“限出资业主使用型”模式的司法实践中，违背诚实信用原则的往往不是多数出资业主，而是不愿出资的少数业主，因为在电梯加装完毕后又诉请撤销决议的人往往就是当初不愿支付费用的业主，肯定这种决议的效力有助于防范“搭便车”现象。第二，肯定这类决议的效力有助于加装电梯的方案尽快通过，而且失权业主也有再次恢复使用权的合法途径，不至于过分侵害其利益。第三，目前还很难说增设的电梯就是生活上不可或缺的部分，否则加装电梯就应当被强制推广，而不是交由业主自行决定了。

本文认为，如果业主决议有类似“未出资业主永久不能使用电梯”等歧视性条款，才应当认为侵害了少数业主的权益，此时未出资业主有权诉请法院撤销该决议。因为专用权的性质既然是债权，就必定是有期限的。在尚存立法空白的情况下，本文认为可以参照租赁合同的“不得超过二十年”规定（《民法典》第 705 条）来确定约定专用权的最长期限。

（二）新模式所包含的专用权内容记载于管

① 最高人民法院在《最高人民法院对十三届全国人大五次会议第 7017 号建议的答复》的文件中明确认可，建筑物加装电梯属于“改建、重建建筑物及其附属设施”的事项，属于需要“双四分之三”比例通过的特别议决事项。

② 《民法典》第 273 条规定：“业主对建筑物专有部分以外的共有部分，享有权利，承担义务；不得以放弃权利为由不履行义务。”

③ 王轶：《论物权法文本中“不得”的多重语境》，载《清华法学》2017 年第 2 期,第 9–10 页。

④ 黄泷一：《既有住宅增设电梯的民法教义学分析》，载《地方立法研究》2022 年第 6 期，第 86 页。

理规约后可约束新业主

实践中，在加装电梯新模式施行后，实践中常常出现的情况是被限制使用电梯的业主将房屋出售或赠与给了第三人，那么这些新业主，能否主张专用权对其没有约束力呢?

在我国台湾地区，业主共有部分专用权之约定,对于继受取得专有部分的第三人亦有拘束力,这种对继受主体的约束力是通过规约来实现的。根据其“公寓大厦管理条例”第 23 条的内容，专用权的约定必须记载于规约之上，否则将不生效力；又根据该条例的第 24 条，区分所有权之继受人应遵守原区分所有权人依规约所定的一切权利义务事项（包括专用权事项）[①]。这表明，在台湾地区，专用权约定通过记载于规约之上，突破了债之关系的相对性，获得了一定对抗第三人的效力。

但是,由于大陆地区并未明确规定专用权制度,因此也就不可能规定专用权事项必须强制记载于管理规约（即俗称的“社区公约”）之上。不过，我国《物业管理条例》第 17 条同样规定“管理规约对全体业主具有约束力”,解释论上有观点认为管理规约的效力同样及于特定继受人（新业主）[②]。因此，在大陆地区，只要将有关加装电梯新模式所包含的专用权内容记载于管理规约上,同样可以对通过买卖等方式继受取得专有部分的新业主产生效力。相反，如果专用权内容并未记载于管理规约之上,则专用权作为债权无法对抗通过买卖等方式继受取得专有部分的新业主。

（三）失权业主的使用权恢复路径及其相应的补偿义务

在“限出资业主使用型”模式中，实践中极少会有出资业主明确约定未出资业主不得使用电梯的期限，此时在未约定期限的情况下，专用权关系为不定期的继续性债之关系。例如在前述“杨丽芬、陈相裕等相邻关系纠纷案”中，出资业主仅是在公约中约定“剩余两户业主不出资也不使用”，但并未约定其期限。《民法典》第 563 条第 2 款规定：“以持续履行的债务为内容的不定期合同，当事人可以随时解除合同，但是应当在合理期限之前通知对方。”因此，在解释论上可类推适用该条规定，允许失权业主的业主单方面以通知方式终止专用权关系，以恢复其电梯使用权利。因此，在“限出资业主使用型”模式中，在业主未约定专用权存续期限的情形下，失权业主可以单方面终止专用权关系。

在“代建租赁”模式下，在业主团体作出有效的决议授权后，通常业主委员会或业主代表会与电梯公司签订固定期限(如三年一签)的合同。在这种情况下，如果专用权存续期限届满或是其他约定终止事由发生，专用权关系将自动归于消灭。如果专用权存续期限尚未届满，双方也均有途径解除合同并废止专用权。业主团体可以类推适用民法典关于物业服务合同的规定[③]，在经法定程序形成决议后，单方解除与电梯公司之间的合同。当然，这一废止电梯公司专用权的决议，同

① 杨松龄：《论公寓大厦共用部分约定专用权之订立及终止——简评“最高法院”九七年台上第一三五 0 号判决》，载《台湾法学杂志》2009 年总第 122 期，第 12 页。

② 陈华彬：《论区分所有建筑物的管理规约》，载《现代法学》2011 年第 4 期，第 55 页。

③ 例如，《民法典》第 946 条第 1 款规定：“业主依照法定程序共同决定解聘物业服务人的，可以解除物业服务合同。决定解聘的，应当提前六十日书面通知物业服务人，但是合同对通知期限另有约定的除外。”该条第 2 款规定：“依据前款规定解除合同造成物业服务人损失的，除不可归责于业主的事由外，业主应当赔偿损失。”

样涉及“改变共有部分用途”[①]的事项，仍应按照前述的“双四分之三”比例表决通过。而如果业主团体迟延向电梯公司支付租赁费用，且经催告后仍不支付的，电梯公司也可以以根本违约为由解除与业主团体之间的合同（《民法典》第 563 条）。

无论采用何种模式，只要专用权关系在原定期限届满前终止，失权业主将重新获得电梯使用权，并需向原专用权人进行补偿。在“限出资业主使用型”模式中，若失权业主单方面终止专用权关系，将面临电梯加装费用的再分摊问题，失权业主需在加算逾期付款利息的基础上，向原先的出资业主补偿超出其本应负担的费用。在“代建租赁”模式下，不论是业主团体在作出决议后，提前单方解除与电梯公司的合同，还是电梯公司以业主方迟延支付费用为由单方解除合同，由于电梯已安装于电梯井并附合成为建筑物的共有部分，电梯公司已无法请求拆除电梯并返还原物。此时，电梯公司只能请求业主团体对其前期资金投入进行折价补偿（《民法典》第 566 条）。若业主方存在违约行为，电梯公司可一并主张违约损害赔偿。在此情况下，业主团体对电梯公司的补偿和违约损害赔偿义务均属于按份债务，而非连带债务。[②]电梯公司只能请求各业主按其应负担的比例 [③]履行债务，而无权请求单个业主承担电梯公司资金投入的全部责任。

结论

私法自治始终是民商事法律的基本原则，尊重业主自治也是完善新模式法律规制的前提，因此首先需要理解和尊重蕴含于加装电梯新模式中业主自治的内在逻辑。在我国，完善对加装电梯新模式的法律规制，不仅具备坚实的实践基础，还具有共有部分专用权的理论基础和现行法律的规范基础。

加装电梯新模式的相关制度可展开论述如下：实施加装电梯新模式需以有效的业主决议作为前置程序。在电梯上设立专用权属于“改变共有部分的用途”事项，须由“双 2/3 以上”业主参与表决并经“双 3/4 以上”业主同意。决议只要不存在永久剥夺少数业主使用权等歧视性条款，原则上即有效，记载于管理规约后可约束通过买卖等方式继受取得专有部分的新业主。失权业主可依法恢复其使用权，但需对原始出资业主负担补偿义务。

① 废止电梯公司专用权的决议不适用《民法典》第 278 条第 4 项“选聘和解聘物业服务企业或者其他管理人”的规定，主要原因在于，该条款所涉及的事项仅需达到‘双过半’比例的表决即可通过。因此，若将撤换电梯公司简单视为仅需“双过半”比例通过的事项，未免显得过于轻率。

② 黄泷一：《既有住宅增设电梯的民法教义学分析》，载《地方立法研究》2022 年第 6 期，第 77 页。

③ 在“代建租赁”模式下，由于业主团体通常未约定费用分摊比例，裁判者可以参照当地相关规范性文件的倡导性费用分摊比例，来划定每个业主对电梯公司的责任比例。

不动产抵押与租赁并存时的执行疑难问题研究

杨光明，曾强

杨光明律师，德和衡高级合伙人、深圳办公室创始合伙人。专注于以公司为主体的复杂商事争议诉讼与仲裁，擅长庭审对抗与节奏掌控，办案经验丰富，在银行金融、合同解除与无效纠纷、执行与保全、土地开发纠纷等领域深耕多年。同时担任深圳市南山区第八届人大代表、深圳国际仲裁院仲裁员、深圳市律师协会银行法律专业委员会主任等。

曾强律师，德和衡高级联席合伙人，曾供职于美的集团国际法务部。执业 8 年以来，专注于银行与金融资管纠纷、确认合同无效及解除、土地开发等重大疑难民商事纠纷的诉讼与仲裁，以及强制执行与保全，供应链金融等业务领域，为比亚迪、招商银行、渤海银行等多家上市公司、国有企业及金融机构提供法律服务，均取得良好结果。

摘　要：当债务人无法按期清偿债务时，债权人/抵押权人会通过执行程序来实现抵押权，但抵押权会和租赁合同未到期的租赁权产生冲突，包括是否要预先涤除租赁、抵押权和租赁收益权的冲突两个方面。实践中，主要按权利设立先后作为权利冲突的解决规则，如果“ 先抵后租 ”，则抵押权可以排除租赁权，抵押权人有权要求涤除租赁后再行拍卖处置，也可要求带租拍卖；反之，如果“ 先租后抵 ”，则按照《民法典》第 405 条规定执行“ 抵押不破租赁 ”的规则即可，但承租人享有的仅仅只是对抗抵押权人或房屋受让人的占有返还请求权，而非对抗拍卖处置的执行行为。而对于抵押权和租金收益权的冲突，一是抵押权人有权收取抵押物的孳息，当然包括租金这一法定孳息，但需要满足《民法典》第 412 条规定的扣押（即查封）并通知的前提条件；二是抵押权人和租金质权人之间的权利冲突，也应按权利先后顺序来判断，实务中一般认为，抵押权人自查封、扣押抵押财产之日起对抵押物租金享有优先受偿权，而租金质权是否优先于抵押权，则要看其登记设立的时间是否早于抵押权人查封、扣押抵押财产的时间。

关键词：抵押权、租赁权、涤除租赁、抵押不破租赁、租金优先受偿权、租金质权、权利优先顺位

一、引言

实践中，债务人为了担保债权人实现债权，很多时候会提供不动产作为抵押担保，特别是金融机构作为债权人的情况下，更是如此。当债务人无法按期清偿债务时，债权人（同时也是抵押权人）就会通过执行程序来实现抵押权，但很多时候抵押权人会发现，抵押物已经被抵押人出租给第三方，且进行执行处置时租赁合同尚未到期。此时，承租人和抵押权人之间就会产生抵押权和租赁权的冲突，进而引发执行异议、执行异议之诉等争议。此外，即使未引发执行异议、执行异议之诉的情况下，如果执行法院要处置抵押物，是否要预先涤除租赁合同，又或是否带租约拍卖，也涉及到抵押权和租赁权的冲突解决。另外，抵押物尚未被拍卖处置之前，抵押权人能否收取抵押物产生的租金，也是实践中比较常见且有争议的问题。为此，本文就这些问题分成两个大类进行分析和研究，以求教于大家。

二、抵押权与租赁权的冲突解决规则

根据物权法理论，物的权能包括占有、使用、收益、处分四种，而实践中所称的“租赁权”实际上对应着物的“占有、使用”这两种权能，是物权人将这两种权能让渡给承租人。而抵押权则是法定的他物权，根据原《物权法》以及现《民法典》的规定，抵押权作为一种具有优先性的担保物权，当约定的实现抵押权的事由出现后，抵押权人有权行使抵押权并就抵押物的拍卖、变卖所得优先受偿，此时，如果抵押物上仍有未到期的租赁合同，就会发生抵押权和租赁权的冲突，事实上也是自物权的“占有、使用”权能和法定他物权之间的冲突。因此，本文的这一章节要研究讨论的就是：司法实践中要遵循何种规则处理这一冲突，以下按照抵押和租赁设立的先后顺序的不同，分别进行讨论。

（一）先抵后租——抵押权优先保护，涤除租赁为原则

当抵押权先于租赁设立时，现有法律和多个司法解释都规定，应优先保护已登记的抵押权。例如，原《物权法》第 190 条规定：“订立抵押合同前抵押财产已出租的，原租赁关系不受该抵押权的影响。抵押权设立后抵押财产出租的，该租赁关系不得对抗已登记的抵押权。”虽然《民法典》只保留了前半句规定，未将后半句规定保留，但是，这并不意味着先抵后租情形下，租赁关系可以对抗抵押权。这在最高院的其他司法解释中有明确的体现：

其一是《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》（下称“《房屋租赁合同司法解释》”）第 14 条规定：“租赁房屋在承租人按照租赁合同占有期限内发生所有权变动，承租人请求房屋受让人继续履行原租赁合同的，人民法院应予支持。但租赁房屋具有下列情形或者当事人另有约定的除外：（一）房屋在出租前已设立抵押权，因抵押权人实现抵押权发生所有权变动的……。”该规定虽然并不是像原《物权法》一样明确规定先抵后租时租赁关系不影响抵押权实现，但这一结论很显然是该规定文意解释的必然结果。

其二则是《最高人民法院关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定》（下称“《执行拍卖、变卖规定》”）第 28 条第 2 款规定：“拍卖财产上原有的租赁权及其他用益物权，不因拍卖而消灭，但该权利继续存在于拍卖财产上，对在

先的担保物权或者其他优先受偿权的实现有影响的，人民法院应当依法将其除去后进行拍卖。”实践中有观点认为，这一规定应当理解为：如果租赁权不影响在先担保物权的实现，那么租赁权应继续存在，不应涤除，反之则应当先行涤除。但是，这一观点仍然是以维护在先担保物权的实现为前提，进而判断租赁权是否有必要先行涤除。因此，从本质上来说，这一司法解释规定背后的逻辑仍然是支持先抵后租时租赁关系不影响抵押权实现这一观点。

除了前述法律和司法解释的规定，司法判例的观点也基本都统一的支持前述观点。例如，人民法院案例库编号为“2023-17-5-203-012”的入库案例，最高院作出的（2021）最高法执监 39 号裁定的裁判要旨就秉持了《执行拍卖、变卖规定》第 28 条规定，其认为：“.....。抵押权设立后抵押财产出租的，该租赁关系不得对抗已登记的抵押权。拍卖财产上原有的租赁权及其他用益物权，不因拍卖而消灭，但该权利继续存在于拍卖财产上，对在先的担保物权或者其他优先受偿权的实现有影响的，人民法院应当依法将其除去后进行拍卖。因此，抵押权设立后抵押财产出租，且对抵押权的实现有影响的，执行法院依法有权将租赁权除去后进行拍卖。”

另外，在“先抵后租”情形下优先保护抵押权实现的基础上，还衍生出的另一个实务问题是：执行法院是否要预先涤除设立在后的租赁关系？如果按照前述《执行拍卖、变卖规定》第 28 条规定，只要租赁关系会影响抵押权的实现，那么就应当涤除租赁后再行拍卖。但在执行实务中，也有的法院会征询抵押权人的意见，如果抵押权人同意不涤除设立在后的租赁关系，同意对抵押物进行“带租拍卖”，那么法院一般也会尊重抵押权人的意愿，并在拍卖公告中特别提示“带租拍卖”事项。对此，人民法院案例库编号为 2023-17-5-101-002 的入库案例的裁判要旨就确认了这一种做法：“拍卖财产上形成于抵押权设立后的租赁权，并非一律应予涤除。若租赁权不影响抵押权的实现，可以在征得申请执行人同意后予以带租拍卖。”实践中，是否要带租拍卖取决于租赁关系的存在是否会影响拍卖成交率和成交价格，这既是司法解释规定不涤除租赁的前提条件，同时也是抵押权人在商业上需要考虑的一个要素。当然，在现阶段房地产市场不景气的大环境下，特别是商用不动产（例如写字楼、工业厂房等），带租拍卖可能会提升抵押物的拍卖成交率和价格，毕竟除了自用的竞拍人之外，其他竞拍人在拍卖成交后就能获得稳定的租金收益，肯定比竞拍到空房后再花费成本招租要更好。

（二）先租后抵——抵押不破租赁

对于租赁关系设立在先、抵押权登记设立在后的情况，《民法典》第 405 条明确的规定：“抵押权设立前，抵押财产已经出租并转移占有的，原租赁关系不受该抵押权的影响。”这就是和“买卖不破租赁”原则相似的“抵押不破租赁”。基于此，先租后抵情形下的实务争议问题则集中在：承租人能否基于在先的租赁权对抗甚至是排除抵押权人对抵押物的执行？司法实践中，前述争议问题的裁判思路与承租人执行异议的具体请求内容有关联，不同的异议请求分别有不同的处理规则。

如果承租人的执行异议请求是基于在先租赁权排除抵押权人对抵押物进行拍卖处置，那么，法院一般不支持该执行异议请求。例如，在最高人民法院第六巡回法庭 2019 年度参考案例的 11

号案例中，最高院的裁判要旨就认为：“租赁在先的承租人可以‘抵押不破租赁’对抗抵押权人或者标的物受让人，在租赁期限内继续承租标的物。在抵押权人实现抵押权时，承租人不享有以在先租赁权阻却抵押权人以折价、拍卖或变卖等方式处置抵押物并就价款优先受偿的权利。无论租赁在先还是租赁在后，均不影响抵押权人请求人民法院对依法设立的抵押权进行确认。”

如果承租人的执行异议请求只是排除执行法院向拍卖成交的受让人交付占有，那么法院一般会支持该异议请求。正如前文所述，租赁权的本质是物权人向承租人让渡标的物的占有、使用权能，租赁合同生效后，承租人合法享有标的物的占有权和使用权，而在租赁设立在先的情况下，《民法典》第 405 条更是规定抵押权不影响租赁关系的存续。因此，先租后抵情形下，承租人基于成立在先的租赁关系合法的取得对抵押物的占有和使用权能，有权基于此对抗并排除抵押权人或抵押物拍卖成交后的受让人对抵押物交付占有的请求。对此，2022 年修订后发布的《人民法院办理执行案件规范（第二版）》第 554 条第二款有明确规定：“承租人请求在租赁期内阻止向受让人移交占有被执行的不动产，在人民法院查封之前已签订合法有效的书面租赁合同并占有使用该不动产的，人民法院应予支持。”

值得注意的是，《人民法院办理执行案件规范（第二版）》第 554 条第二款规定虽然是承接第一款规定有关“先租后抵”和“先抵后租”情形下的不同处理方式，但第二款的适用绝不仅仅局限于“先租后抵”情形。在前文提到“先抵后租”情形下，实践中有抵押权人自愿同意带租拍卖且拍卖公告已明确该事项的情况，那么随之产生一个问题：竞拍人受让该不动产后，是否仍继续受租赁关系约束？实务判例中既有支持的，也有不支持的，对此，本文认为：

虽然《执行拍卖、变卖规定》第 28 条以及司法判例都认可租赁关系不应影响抵押权的实现，但并没有直接否定租赁关系的效力，尤其是在抵押权人同意带租拍卖的情况下更是如此。而在租赁关系仍然合法有效，且拍卖公告中已经明确告知竞拍人这一事项的情况下，无论是竞拍人基于诚信原则，还是竞拍人受让抵押物的情形可以认为是“先租后卖”进而适用“买卖不破租赁”原则，承租人都有权在租赁合同有效期内排除受让人要求移交占有被拍卖的抵押物。这也是《人民法院办理执行案件规范（第二版）》第 554 条第二款规定没有用“在抵押登记之前已签订合法有效租赁合同”的表述，而是使用“在人民法院查封之前已签订合法有效的租赁合同”的原因之所在。

三、抵押权与抵押物租金权益的冲突解决规则

除了前文所提到的抵押权和租赁权本身的冲突，实践中还存在抵押权和抵押物租金权益的冲突。这里的冲突主要包括两个方面：一是抵押权的优先效力是否及于抵押物租金；二是抵押物租金被设立质权情形下，抵押权和质权的优先顺位冲突。以下将分别进行论述。

（一）抵押权的优先效力是否及于租金？

一般情况下，抵押权人有权就抵押物本身的拍卖、变卖所得优先受偿，这是抵押权内容的应有之义，但对于抵押物的租金，抵押权人是否仍有优先受偿权？对此，《民法典》第 412 条第一款规定：“债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，致使抵押财产被人

民法院依法扣押的，自扣押之日起，抵押权人有权收取该抵押财产的天然孳息或者法定孳息，但是抵押权人未通知应当清偿法定孳息义务人的除外。”而租金的法律性质就是抵押物所产生的法定孳息，因此，在符合前述规定条件的情况下，抵押权人有权收取抵押物的租金。但有疑问的是，《民法典》第 412 条规定的措辞仅仅是“抵押权人有权收取抵押财产的孳息”，但有权收取孳息是否就等同于有权就孳息优先受偿存在争议。

对于这一问题，本文认为，答案应该是肯定的，抵押权人有权收取孳息实质上就是肯定了抵押权人对租金享有优先受偿权。理由在于，《民法典》第 412 条规定抵押权人有权收取抵押物租金的前提之一是，约定实现抵押权的情形发生，抵押权人有权行使并实现抵押权。此时，法律单设一条规定抵押权人有权收取抵押物的孳息，其立法目的当然是要确认抵押权人对孳息的优先受偿权，否则单独立法就失去意义。设想，如果抵押权人对抵押物孳息只有收取权而无优先受偿权，是否意味着其他普通债权人也有权收取、有权就抵押物孳息获得公平受偿？按照这一逻辑继续推演，抵押权人和普通债权人都能收取孳息、都能就孳息获得清偿，那《民法典》规定抵押权人的孳息收取权意义何在？因此，从立法目的解释来看，《民法典》第 412 条规定的抵押权人有权收取孳息，应当理解为抵押权人对抵押物孳息享有优先受偿权。从实务判例的情况来看，笔者检索到的最高院案例中，大多对此进行模糊处理，不做明确的表态，仅有一例（2019）最高法执监 479 号案例的裁判观点可作为本文观点的有力佐证，在该案中最高院明确指出：“抵押权的本质是以抵押物的交换价值保证抵押债权的实现，在法院查封该财产后，租金作为抵押物交换价值的一部分，应当算入抵押权优先受偿的范围内。”

除此之外，抵押权人收取抵押物租金还需遵循《民法典》第 412 条规定的前提条件，即：（1）债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形；（2）抵押财产被人民法院依法扣押。这里的“抵押财产被人民法院依法扣押”应如何理解，实务中已形成统一意见，即：“扣押”不只是字面意思，人民法院对抵押物采取查封等保全措施的，也应理解为“扣押”，进而也可以认为满足抵押权人收取租金的条件之一。另外，还有一个延伸问题值得注意，在抵押财产被人民法院查封、扣押后，抵押权人仅能收取查封、扣押之后的租金（孳息），在此之前的租金则不包括在内。

（二）抵押权和租金质权的优先顺位冲突

实践中，抵押人除了用抵押物担保抵押权人的债权实现外，有时还会将抵押物的租金为第三人设立质权。由于《民法典》第 412 条规定抵押权人有权收取抵押物被扣押后的孳息，但在此之前的孳息仍由抵押人所有，其另行为第三人设立质权并无违法之处。但是，当发生《民法典》第 412 条规定的抵押权人收取抵押物租金的情形时，就会产生抵押权人对租金的优先受偿权和第三方基于质权对租金收益的优先受偿权的冲突。司法实务中对于这一问题，较为统一的点是：应当按照优先权的设立先后顺序判断哪一种权利具有优先顺位，但恰恰存在争议的地方又在于：如何判断抵押权人对于租金的优先受偿权和租金质权的设立先后顺序？而这一争议问题的认定，核心又在于抵押权人对租金的优先受偿权以哪个时间节点为标准进行确定？对此，即使在最高院也存在不同的观点。

其中一种观点认为，抵押权人对于租金的优先受偿权应按照抵押权登记设立的时间予以确定，

这也就意味着，只要抵押权登记设立之后再设立的抵押物租金质权，均不具有优先于抵押权的效力。例如，在（2020）最高法民申 2988 号案例中，抵押权于 2016 年 1 月 26 日登记设立，而抵押物租金质权则是 2016 年 11 月 21 日办理出质登记，基于此，最高院就认为：“.....。庄泰公司则对案涉房产租金收益，仅是相较于无担保的普通债权人享有优先受偿的权利。且从现行法律规定看，对于同一财产向两个以上债权人抵押的，法律确立了根据是否完成公示以及公示先后情况来确定清偿顺序的规则。显然，本案中庄泰公司所享有的质权并不足以对抗天津银行的抵押权。”

相反，另一种观点则认为，抵押权人对于租金的优先受偿权应以人民法院查封、扣押抵押财产的时间予以确定。如果质权登记设立是在抵押权人申请法院查封、扣押抵押物之前，那么，租金质权优先于抵押权，反之则是抵押权优先。这一观点具有代表性的是最高院专委刘贵祥法官作为审判长审理的（2016）最高法民终 542 号案例，在该案中，最高院认为：“另案中天津隆侨公司于 2011 年 7 月 22 日为国联公司的债权设立抵押权，2012 年 4 月 18 日江苏高院查封案涉九处房产，2013 年 8 月 12 日江苏高院通知天津远东百货暂停支付租赁合同项下租金。而本案中应收账款质权系于 2013 年 1 月 22 日经登记设立。显然，本案应收账款质权设立之时，抵押财产即案涉九处房产已被江苏高院另案查封，但尚未通知法定孳息即案涉租金的清偿义务人天津远东百货。在此情况下，另案抵押权的效力是否应当及于法定孳息，关键在于对物权法第一百九十七条第一款关于通知的法律后果如何判断。”虽然该案最终的焦点问题指向了抵押权人通知承租人支付租金是否是抵押权优先效力及于租金的前提条件，但是，其底层逻辑仍然是先认可抵押权人对租金的优先受偿权的设立时间，应按照《民法典》第 412 条规定的时间节点予以确定，也就是在人民法院查封扣押抵押财产，以及是否以通知承租人为前提（该案的焦点问题）。而该案最终经过说理认为：“抵押财产被法院扣押后，即使抵押权人怠于通知，抵押权效力已经及于孳息，但清偿义务人因不知抵押财产被扣押的情况而将法定孳息支付给抵押人的，仍产生清偿的效力，抵押权人不得主张清偿无效，即不得对抗清偿义务人。.....。物权法第一百九十七条规定的对法定孳息清偿义务人的通知，并非抵押权效力及于法定孳息的生效要件，而系对抗要件。”换言之，该案最终确定的结论是：抵押权人自查封、扣押抵押财产之日起对抵押物租金享有优先受偿权，而租金质权是否优先于抵押权，则要看其登记设立的时间是否早于抵押权人查封、扣押抵押财产的时间。对此，最高院法官麻锦亮编著的《民法典担保注释书》一书中也持相同的观点，本文不再引述。

四、结语

行文至此，可见“租抵并存”情形下的争议显然比一般认知要多且复杂，特别是对于债权人（抵押权人）而言，如若处理不好抵押权和租赁权、租金权益的冲突，虽然最终不会实质影响抵押物的拍卖处置，但是很可能将丧失对抵押物租金的收取权，也可能因为租赁关系的存续而影响拍卖成交的可能性，进而无法从抵押物的拍卖处置中受偿。因此，本文梳理“租抵并存”情形中的诸多争议问题并就其中的主流观点进行分析、研究，希望能为抵押权人在设立抵押权、实现抵押权的各个环节提供审查、尽调的标准，尽可能让风险可控，发生风险时有解决方案。

Co-opetition for GBA core ports to lead coordinated development of the port cluster

伍方凌

伍方凌，福建三明人，浙江万里学院法学院讲师，大连海事大学海商法专业博士（英国斯旺西大学联合培养博士），浙江省法学会海商法学研究会副秘书长，北京德和衡（宁波）律师事务所实习律师，主要研究领域：海商法、国际法。

ABSTRACT： Construction of the Guangdong-Hong Kong-Macau Greater Bay Area has been put in the position of an important national strategy in China, and its implications on interested parties as well as associated social and economic effects have been discussed extensively. The proposal of GBA aims to pursue further regional development, and the Outline Development Plan for the GBA is expected to propel the process of collaboration in the region. From the perspective of port cluster, the strategy of co-opetition is adopted here for core ports of the GBA to circumvent fierce competition and collaborate. Considering that the engagement of all parties concerned is required to translate the vision into reality efficiently, this article aims to identify impediments to their cooperation and seek feasible solutions accordingly. The base underpinning the proposal of GBA is elaborated together with related national and municipal plans. And then the obstacles to effective cooperation are discussed. Finally, possible orientation is described for relevant ports to work together and explore synthetic development while excelling themselves.

Keywords: Guangdong-Hong Kong-Macau Greater Bay Area, port cluster, co-opetition, development strategies

1. Introduction

The development of bay areas around the world, especially New York Bay Area, San Francisco Bay Area and Tokyo Bay Area, has proved that bay area economy could make a leading growth pole of national economy. While turning to deeper reform and wider opening-up, China officially put forward to construct Guangdong-Hong Kong-Macau Greater Bay Area (the Greater Bay Area, GBA) in 2017. This area is comprised of two special administrative regions (SARs), Hong Kong and Macau, and nine cities in the Pearl River Delta (the PRD) region in Guangdong Province led by Guangzhou and Shenzhen, covering a land area of 56,000 square kilometers. And it is expected to be transformed into a megalopolis that could function as a bridgehead of economy to invoke further development and moderate the influences result from protectionism and instability of international economy.

Generally, current developments of member cities are favorable to the Greater Bay Area initiative. With a population of 86 million by the end of 2023, this area contributed more than $1.98 trillion to China's GDP. According to an analysis launched by PwC titled as New Opportunities for the Guangdong-Hong Kong-Macau Bay Area, although the "9+2" cities are at different stage of development, the advantages of the GBA in various industries, for example, manufacturing, tourism, insurance, finance and technology industry, are obvious. Also, the report suggests that Hong Kong, Shenzhen and Guangzhou could play as three poles of the GBA. In terms of transportation and connectivity, each of them has an outstanding port that could play as facilitator to the GBA initiative because ports are natural foundation of bay areas, and all the three ports are listed top ten container ports worldwide in 2023. Besides, the GBA initiative enjoys strong support from central government. Owing to its superior geographical location, Guangdong has always been the forefront of reform and opening-up, and the whole area is critical to the Belt and Road initiative. However, despite all these favorable conditions, the underlying problems facing the Greater Bay Area are also multi-faceted. In addition to external challenges originating from the instability and uncertainty of international situation, the stakeholders themselves need to explore innovative development models to stimulate sustainable development. For example, competition among Hong Kong, Shenzhen and Guangzhou towards cargoes from PRD region is intensive. And the rising competition from Guangzhou and Shenzhen originated from improvement of facilities and service levels makes it difficult for Hong Kong to maintain dominance in the region. Judging from container throughput, it has already been surpassed by Shenzhen in 2013, and Guangzhou in 2018. Such homogenization and competition would result in misallocation of resources and repetition of infrastructural projects. Therefore, to develop into a competitive port cluster, the Greater Bay Area ought to coordinate the top-ranking ports with proper repositioning and circumvent fierce competition. Regarding coordination, government-backed arrangements would help to promote cooperation in the region. Meanwhile, policy instruments would bring variety with actors at different levels involved in the process of management (Nursey-Bray et al. 2018, 76).

The engagement of all stakeholders is fundamental to cope with cross-boundary issues effectively, and it is advisable for all parties involved to seize the opportunities and proactively participate in the process of collaboration, leveraging their respective advantages and bridging the gap between their development so as to realize joint advancement.

Since 2015, stakeholders of GBA have been making efforts to strengthen regional cooperation. During this period, certain transboundary plans were concluded and have been carried out concurrently with their municipal plans. In 2019, the Outline Development Plan of the GBA (the Outline Plan) was unveiled. The national plan determines the strategic position and roles of main stakeholders, which can be a guideline for port positioning in the region and streamline relevant policies. Although unable to make arrangement for the dislocation development of ports in detail and lack of operability is the inherent defectiveness of general layouts, the general vision of synthetic development is clear. So, after fully appreciating the need for coordination, this paper aims to thoroughly analyze relevant policies and define feasible port positioning arrangements for the GBA, turning inter-port competition into coordination within the port cluster.

2. The GBA Initiative

2.1 Trials towards regional cooperation

In 2008, The Outline of the Plan for the Reform and Development of the Pearl River Delta (2008-2020) first put forward the idea of "bay area" in PRD region, and it refers to an internationally dynamic and competitive city cluster. The same idea was underlined by the Report to the Eighteenth National Congress of the Communist Party of China in 2012, and later in the same year, Chinese President Xi Jinping also expressed his hope for Guangdong Province to foster a more competitive international city cluster together with Hong Kong and Macau on his visit to Guangdong. These early planning were carried out before the concept of Guangdong-Hong Kong-Macau Bay Area, so relative policies were expressed in ways like reinforcing the economic cooperation and communication in PRD and Pan-PRD region.

In 2015, National Development and Reform Commission, Ministry of Foreign Affairs and Ministry of Commerce of China established the Vision and Actions on Jointly Building Silk Road Economic Belt and 21st-Century Maritime Silk Road, the top design for Belt and Road Initiative (the BRI). While introducing China's Regions in Pursuing Opening-up, it mentioned to build the Guangdong-Hong Kong-Macau Big Bay Area. Since then, various national planning and government documents mentioned to promote the construction of such a bay area. In 2016, the Outline of the 13th Five-Year Plan for the National Economic and Social Development of the People's Republic of China provided a visionary five-year plan for all relevant fields including the development of Hong Kong and Macau, and it expected to deepen cooperation between the mainland and the two SARs as well as promote the construction of Guangdong-Hong Kong-Macau Bay Area. The year of 2017 can be regarded as a milestone to GBA initiative. It is when

the Government Work Report of China clearly announced to study and finally draw up a development plan for a city cluster in the GBA to strengthen cooperation. For the first time, Guangdong–Hong Kong–Macau Greater Bay Area was referred to by central government's annual report. In July 2017, the Framework Agreement on Deepening Guangdong–Hong Kong–Macau Cooperation in the Development of the Greater Bay Area (the Framework Agreement) was signed by National Development and Reform Commission, Government of Guangdong Province, Government of the Hong Kong Special Administrative Region (HKSAR) and Government of the Macau Special Administrative Region. Besides, the report delivered at the 19th National Congress of the Communist Party of China also declared to emphasize the development of the GBA, making it the key point of the cooperation between the mainland and the two SARs under "One Country, Two Systems", the basic policy of China while dealing with Hong Kong, Macau and Taiwan affairs.

In 2018, the strategy of coordinated regional development was listed as one of the nine recommendations given by the Government Work Report, and it requested all stakeholders to give play to their comparative advantages and foster a new arrangement for regional development. When it comes to the arrangement for GBA development, it expressed to establish and implement an outline plan, and comprehensively promote cooperation between the mainland and the SARs. Compared to that of 2017, this report is slightly different in terms of the development course and importance of the GBA initiative. Instead of regarding the GBA initiative as part of affairs concerning cooperation with Hong Kong and Macau, it became part of the strategy of coordinated regional development together with the coordinated development of Beijing, Tianjin and Hebei, and the development of Yangtze Economic Belt, which enhanced the importance of the GBA strategically. Finally, after three–year exploration, the Central Committee of the Communist Party of China and its State Council unveiled the Outline Plan in 2019, macroscopically defined the strategic positioning of the GBA and its spatial layout. According to the mega plan, the GBA will target at a vibrant world–class city cluster capable of catching up with San Francisco, New York and Tokyo Bay areas and take part in international competition in a higher level. To achieve this, the plan requests all cities to participate in and leverage their comparative advantages, among whom Hong Kong, Macau, Guangzhou and Shenzhen will play as the core engine to proactively lead the regional development, and the other cities will play as key node cities to support and interact with the nucleus. Based on the establishment of the outline plan, the Government Work Report of 2019 took further steps to expect coordination in terms of rules and regulations.

So far, the policy structure supporting GBA initiative has come into being, and guided by the 13th five–year plan and the following 14th five–year plan which emphasizes construction of a world–class port cluster, efforts were made to promote the development of the bay area. To date the 14th five–year plan has gone further than halfway, the achievement of building the Guangdong–Hong Kong–Macau Big Bay Area is

conspicuous and its steady pace is noticeable. And it can be expected that in the coming years the status of the GBA initiative as a national strategy would lead to further sustainable development under the umbrella of the Outline Plan.

2.2 Expectations regarding maritime industry in GBA

As is mentioned above, ports are the foundation of bay areas, and it is necessary for the GBA to coordinate the development of ports within this area, especially the ports of Hong Kong, Guangzhou and Shenzhen. In China, governments at different levels are still able to intervene or steer port development, by means of policy instruments, they determine the allocation of resources available, and thereby impact the division of roles of ports involved (Wand and Slack 2004, 360).

According to relevant policies, the stance took by the State Council of China regarding regional cooperation is to enable the mainland and two SARs to exploit international market together. In fact, since 1997, the continuous prosperity and stability of Hong Kong has been regarded as an important part of the overall development strategy of China with its position as an international shipping center stressed all along. So far, the five Five-Year Plans since 2001 all planned to maintain such position of Hong Kong, and also, policies from different levels were established to support ports in PRD region to coordinate and cooperate with Hong Kong. Among which, the National Plan for the Layout of Coastal Ports established in 2006 planned a PRD region port cluster to consolidate Hong Kong's position as an international center, and to emphatically develop PRD ports based on the advantages of Hong Kong originates from its international position. And the proposal regarding cooperation on infrastructure with Hong Kong put forward by the Outline of the Plan for the Reform and Development of the Pearl River Delta (2008-2020) is to integrate port resources of the PRD estuary to shape a port cluster, to elevate the modernization of ports of Guangzhou, Shenzhen, Zhuhai and meanwhile differentiates their roles from Hong Kong, seeking common development in a complementary way (Loh and Booth 2012, 136). In 2007, the Framework Agreement listed the promotion of connectivity as priority in cooperation, among all measures put forward, the formation of an international port cluster is expected with Hong Kong leveraging its strength as an international shipping center. This proposal is further specified by the Outline Plan for the GBA and the 14th five-year plan, aiming at building an international hub for transportation and logistics which is globally influential. Based on the same requirement on infrastructure, the Outline Plan draws a blueprint for a port cluster. And the position of ports of Hong Kong, Guangzhou and Shenzhen was set as follows:

· Hong Kong should be the international shipping center within this area, and the emphasis of its future development is to explore and expand high-end maritime services such as marine insurance, maritime law and disputes resolution.

· Guangzhou and Shenzhen, resources are to be utilized to strengthen their comprehensive capacity of international shipping services and enhance their capacity of infrastructural facilities including port and

fairways, joining hands with Hong Kong to form a complementary and mutually beneficial system of port and shipping.

To grasp the whole perspective of such prospect, it is necessary to fully understand the notion of "port cluster". Generally, a port cluster can be regarded as a group of ports that is characterized by geographical concentration, interconnection and internal linkages (De Langen 2004). Interconnection is critical to a port cluster because it propels division of roles and cooperation among players, therefore strengthens linkages, and according to De Langen (2004), linkage entails both competition and complementary interaction between players. Besides, the Outline Plan emphasized to enhance the international competitiveness of the GBA port cluster. As is indicated by Haezendonck (2018, 1), ports may turn to collaboration to maintain competitive strength, and collaboration may be a preferable choice for an integrated port cluster to achieve competitive advantages. While collaboration can be divided into vertical and horizontal collaboration. The former one developed with upstream and downstream stakeholders is termed as "coordination" and the latter one developed with competing ports is termed as "cooperation", or "co-opetition" as was used by Song (2003, 32). In addition, planning coordination among relevant government sectors is also crucial given that efficient administration is elemental to the development of a port cluster. Under general planning and layout, ports within the cluster will coordinate and function complementarily to work together as a system while fully leveraging their respective advantages. So, the establishment of a port cluster in this area requires all stakeholders to follow and contribute to the overall objective, to cooperate bearing regional interests in mind all the time while maximizing individual interests.

3. Bottlenecks for efficient implementation

For quite some time, there have been substantial differences between capacities of Guangdong and the two SARs of China. While gradually, the rapid development of Guangdong Province as the pioneer of reform and opening-up keeps narrowing the gap between their general development levels. After years of exploration and implementation of "One country, two systems", good foundation for cooperation among Guangdong and Hong Kong, Macau has been established. However, to implement division of roles and efficient administration in the region, there are still two main barriers to be removed, the institutional and administrative obstacle and the conflict of planning. This section targets at these challenging bottlenecks that impede efficient multilateral cooperation within ports of GBA from the perspectives of Guangdong-SAR contestation.

3.1 Institutional obstacles

To strengthen cooperation and enhance comprehensive competitiveness of the region, the Outline Plan draws the blueprint of a port cluster in the area. However, regional coordinated development is not an easy goal to reach. Take San Francisco Bay Area as an example, the powers of state or regional agencies and the enforcement of regional plans are limited by "home rule" provisions that prevent state interference on local affairs (Smith 1967, 757; Pay

1995, 73; Brunetti 1991, 1107). Similarly, coordination within GBA is restrained by the autonomy of the SARs. Under the principle of "One country, two systems", the nine mainland cities of GBA and the two SARs are under different institutional systems, and the two special administrative regions of China may act with autonomy to a large extent according to the "two systems" setup. Article 124 of Hong Kong Basic Law makes it clear that HKSAR government should be the one responsible for defining its functions and responsibilities in respect of shipping, which means that HKSAR government retains sovereignty over shipping affairs. As bay area development is a transboundary affair, it is inevitable to coordinate different stakeholders. So, since the Greater Bay Area initiative came into being, it has been being controversial whether or not should SARs align themselves with mainland cities, some even argue that such interference may rock the intention or arrangement of "One country, two systems", and the process of bay area development may obscure or even obliterate the boundary between "two systems", which will eventually lead to assimilation. Under such circumstances, proper arrangement capable of balancing coordinated development and autonomy of SARs becomes crucial.

Taking a closer look at the Outline Plan, it can be found that "cooperation" and "coordination" are used repeatedly, while such macro and abstract expression solely is not operable, and it may be difficult to realize the division of roles and complementary interaction among ports in PRD region. Although the general vision does make it clear for the main cities to pursue synthetic development and governments at different levels, as main actors to carry out such plan, should coordinate and cooperate with each other accordingly, it is still unclear about how all these players should remove the political and systematic barriers to coordinate. Instead, whether all government sectors can fully appreciate the requirements of national planning and whether they are willing to make necessary compromise for the good of regional development are all variables during the process of coordinated development. After all, local governments may have their vested interests to protect in the development of ports under their administration (Wang and Slack 2004, 359), while regional development plans may lead to biased or lopsided arrangements as it is not easy to uphold all stakeholders with limited resources.

3.2 Challenging administration

To realize efficient administration in GBA, it is inevitable to analyse its management structure. For bay areas, administration commonly involves more than one administrative unit, and such transboundary characteristics means difficulties in administration. The management of different units are subject to different governments, each of them has the authority to deal with issues within its jurisdiction, however, when it comes to transboundary issues, nothing will be the same. They may hold different attitudes difficult to coordinate even if they can be organized to negotiate, and such organization itself is not easy without proper arrangements. In addition to this common part that contributes to the challenging nature of bay area administration, different level of governments also plays a role when it comes to the GBA. According to

the following figures, the administration of the three ports involves governments of Guangzhou municipality, Shenzhen municipality and HKSAR. It is worth mentioning that the former two governments are at different statues from HKSAR government, and the gap between their statues would make it difficult to coordinate as it is not easy to answer questions like who exactly should take the lead to forge cooperation, should it be elected among these bodies or should it be designated above?

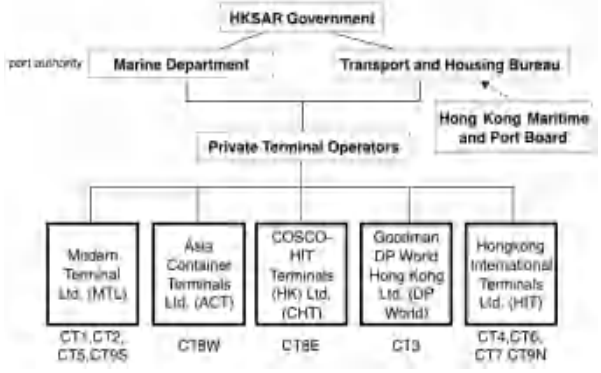


Figure 1. Administrative and ownership structure of port of Hong Kong

Source: Extended based on Song (2003, 37).

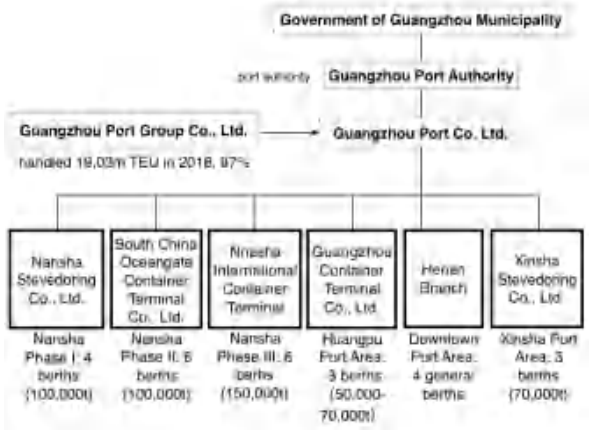


Figure 2. Administrative and ownership structure of port of Guangzhou

Source: Based on information retrieved from https://www.tianyancha.com/, last consulted on 20 Dec. 2024.

Of course, there is another important stakeholder concerning the development of ports, the terminal operators, especially the private operators. As illustrated in figure 1, the Marine Department and the Transport and Housing Bureau are departments of HKSAR Government responsible for administration of maritime and port industry, the former one is mainly responsible for navigation, certification and safety affairs and the latter one is mainly responsible for planning. In Hong Kong, government owns the land while the ownership of port facilities belongs to private terminal operators (Song 2003, 37), in the context of container terminals, MTL, DP World, ACT, CHT and HIT, and the last three are all invested by HPH. Owing to such allocation of ownership, while drafting policies regarding port development, the Bureau would take advisory proposals of Hong Kong Maritime and Port Board (MPB)[①] seriously, which to certain extent represents the interests of the private sector.

On the contrary, the ownership structure of the other two ports can be much simpler. Although the ownership of Shenzhen terminals seems intricate, it can be streamlined if we focus on their holding companies. According to statistics from Guangzhou Port Group, it handled 24.24m TEU of the container throughput of Guangzhou port in 2023, as the main contributor to container transport of Guangzhou, we hereby chose it as the representative of container terminal operators of Guangzhou port for ownership analysis. As holding company of Guangzhou Port Co., Ltd., Guangzhou Port Group Co., Ltd. is invested solely

① Hong Kong Maritime and Port Board is a non-governmental body aiming at bridge government and the industry, and it is highly involved in port development planning process by advising the government on formulation of policy and strategies.

by the State-owned Assets Supervision and Administration Commission of the State Council, and the terminals are operated either by subsidiary company of Guangzhou Port Co., Ltd. or controlled by it. So, it can be deducted that most container handling capacity of Guangzhou port is under control of corporations invested by national assets. Compared to which, the ownership structure of Shenzhen port is relatively complex. As illustrated by figure 4, China Merchants Port Group, Modern Terminals Ltd. (holding company of Dachan Bay Modern Port Development Co., Ltd., controlled by The Whalf Limited, a HK enterprise) and HPH TRUST (holding company of Yantian International Container Terminals) are the three main investors of the six container terminals of Shenzhen, and among which only China Merchants is state-owned.

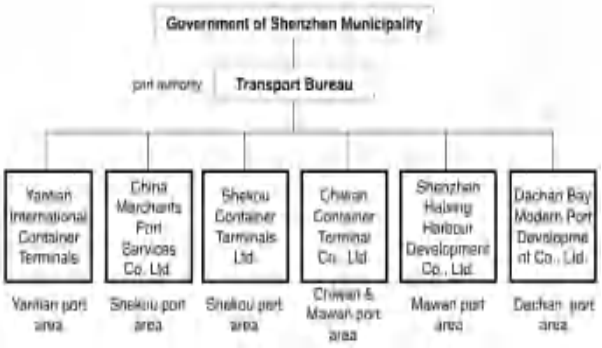


Figure 3. Administrative structure of port of Shenzhen
Source: Based on information retrieved from http://www.cmport.com.hk/EN/business/Default.aspx and https://www.dcbterminals.com/sc/about-us/#key-milestones, last consulted on 20 Dec. 2024.

The difference in administrative and ownership structures of the core ports makes it necessary for the GBA to set up a proper regime for efficient communication and coordination. Lack of efficient communication regime may lead to inefficient administration which directly influences the development of port clusters, and the involvement of private terminal operators makes it even more indispensable as well as challenging. To be specific, the feasibility of efficient administration counts on whether local governments and other stakeholders, including port operators, can figure out a feasible route to do what HKMPB has been doing, bridging government and industry. In other words, without further designation, the GBA initiative may turn out to be a symbolic umbrella under which no actual effect and efficiency of clustering can be guaranteed.

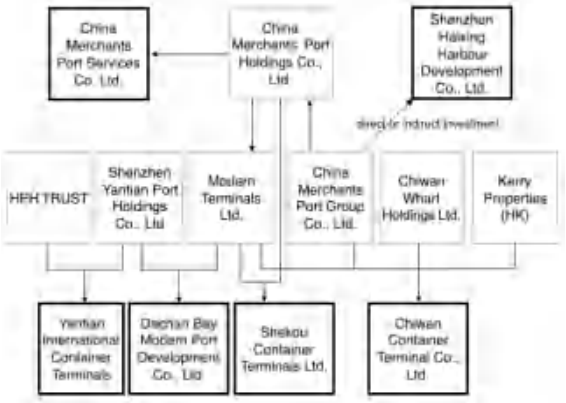


Figure 4. Ownership structure of port of Shenzhen
Source: Based on information retrieved from https://www.cmport.com.hk/EN/business/Default.aspx, last consulted on 20 Dec. 2024.

3.3 Conflict of planning

According to Wang and Slack (2004, 359), governments at different levels may have different attitudes towards the development of one certain port, and their attitudes towards the port would influence nearby ports. To define such difference in GBA, this section refers to multilateral policies, planning and reports made by different governments or councils from the perspective of port of Hong Kong. On the one hand, its development is under guidance of national and local

planning, and on the other, it is influenced by decisions made by nearby port authorities, mainly governments of Guangdong, Guangzhou and Shenzhen in this context as relevant national planning has already been discussed above.

National attitude towards the development of Hong Kong is explicitly expressed by the Outline Plan, and its whole idea is to consolidate Hong Kong's position as international shipping center and support Hong Kong to develop high-end maritime services. And the local attitude mainly refers to the Study On The Strategic Development Plan For Hong Kong Port 2030 and the Consultancy Study On Enhancing Hong Kong's Position As An International Maritime Centre, because these documents are widely used as foundation of Policy Addresses of Hong Kong Transport and Housing Bureau (THB).

As for the influence from nearby port authorities, the development of Hong Kong may be influenced by development strategies of Guangzhou and Shenzhen in this context. As an international maritime center, Hong Kong has thrived for decades, and it is nowadays famous for free business environment and advanced shipping and services industries. While Guangdong put forward to develop into an international hub and to foster cluster of high-end maritime services, propel the development of international transshipment business and turn itself into an international transshipment center in 2018. Although it also stressed to deepen cooperation with Hong Kong, such planning is confusing. On the one hand, is the international hub different from the notion of international center or are they the same designation? On the other, how exactly can the two nodes cooperate while they are competing for a hub, especially that they are geologically in proximity to each other? Having overlapping hinterlands, fierce competition can be expected without proper arrangement for them to target different business sectors or involve in different specialization. Furthermore, Guangzhou is planning to develop into an international shipping center and to cultivate cluster of maritime services industries, and Shenzhen is also planning to build a world-class container hub and to cultivate high-end maritime services. Such positioning and prospects of local governments would lead to overlapping capabilities and competition. It is shown in figure 5 that the ports in question are in close geographical proximity, and they are all top-ranking ones in terms of capability. Like the scenario described by Wang and Slack (2004, 359), current competition situation among these ports is imaginable and fiercer competition may follow as a result of homogenization.

Figure 5. Major container ports in Pearl River Delta updated to 2018

Source: Clarksons.

Port sector and shipping sector of Hong Kong were facing fierce competition in the past few years. Study on the Strategic Development Plan for Hong Kong Port 2030 reveales the weakened attractiveness of Hong Kong to South China cargoes. To which,

Shenzhen and Guangzhou may be the major contributors. For years, they keep catching up and bring rising competition, depriving Hong Kong from competitive advantages. Of course, owing to common owners, HPH and MTL, the competition between Shenzhen and Hong Kong may not be as tense as that between Guangzhou and Hong Kong. In recent years, the growth rate of Guangzhou is relatively high. And it is planning to step forward for more international business, as planned, it will develop into a container hub and international shipping center, by then, the main throughput contributor of Hong Kong, the international transshipment will inevitably be influenced. And this is why fiercer competition can be expected in the region. Without coordination of various planning which involves allocation of resources, these core ports may keep following the routes set by local authorities and destine for lose-lose situation.

4. Moving from competition to co-opetition

4.1 Further interpretation of the Outline Plan

In the context of a regional port system, national and regional planning are common options to promote integrated development, and the involvement of resources allocation therein would influence the positioning and development orientation of ports concerned, especially those in competition (Wang and Slack 2004, 361). Considering that core ports of Hong Kong, Guangzhou and Shenzhen are in competition, it is crucial and elemental that actors at higher levels can make rational arrangements. The Outline Plan stresses to enhance international competitiveness of PRD port cluster and anticipates a complementary and mutually beneficial system for the three core ports. However, there is no more detailed arrangement, and insufficient practicability that follows would lead to various possibilities of implementation.

To better understand such complementary and mutually beneficial system and figure out the optimal route to circumvent competition and homogenization, similar expressions employed by the Outline Plan can be referred to. There are two sorts of cities in the spatial layout part of the Outline Plan, core cities and key node cities, and the core cities of Hong Kong, Macau, Guangzhou and Shenzhen will act as core engines to lead regional development by leveraging their comparative advantages, and the other nine cities are to deepen reform and innovation, forming key node cities with distinct characteristics, complementary positioning and strong competitiveness to interact and cooperate with core cities. Apparently, a complementary system is where all parties of a group are supposed to strengthen their comparative advantages and to complement and support mutually. So, what should be done by the core ports of GBA is to leverage their distinct advantages and cooperate in a complementary way. In addition, instead of a Hong Kong-centric port cluster, we prefer to describe the port cluster of GBA as a polycentric one. Considering that Hong Kong, Guangzhou and Shenzhen are all placed as core cities in the national plan, and their respective ports are placed as equal partners in the complementary and mutually beneficial system, there should not be hierarchical differences among them. Based on discussions on the rationality for constituents of a regional port system to cooperate theoretically and the co-opetition theory that has been proved a strategy

for seaports to cooperate and compete with each other, we figure that co-opetition can be implemented as a model to instruct coordination of GBA core ports.

4.2 Positioning of ports concerned

Dislocation development can be adopted by core ports of GBA to avoid homogeneous competition, and it can be realized through strengthening their respective comparative advantages either in port location situation or in hinterland industrial structure. Brooks et al. (2010, 31) evaluated location situation of ports by two criteria, proximity to foreland and proximity to hinterland, or intermediary and centrality as designated by Hayuth and Fleming (1994, 188). Also, Brooks (2010, 31) indicated that deficiency in intermediacy can be offset by hinterland centrality, and vice versa. Hong Kong has long been being a world-famous international shipping center, although relatively far from hinterlands owing to the relocation of manufacturing industries to PRD region, its proximity to international market and shipping lanes helps generate in-transit and transhipment traffic according to Hayuth (1994, 188). As for the ports of Guangzhou and Shenzhen, nearness to manufacturing base including Dongguan and Foshan can generate traffic from and to PRD region, while in the meantime, they are relatively peripheral in terms of proximity to international market. Therefore, it can be said that none of these ports are in perfect position from the perspective of location, and this is why cooperation can come into play.

Hinterland industries mean cargo flow and volume to ports, and the ports in question should take full advantage of their hinterlands' characteristic industries by all means. Hong Kong is an international trade centre, and such status helps secure certain seagoing traffic for port of Hong Kong. Besides, its superior high value-added maritime service industries are also great contributors to its comparative advantages. As we have discussed above, Hong Kong is supposed to be one center of the polycentric system, and it should develop with the objectives of self-strengthening and regional cooperation. As an international shipping center, Hong Kong should fight to strengthen its maritime service industry and maintain attractive to cargo flow considering that such position is the origin of its attractiveness to domestic and overseas cargoes. What's more, the development of its shipping service industry would also enhance the competitiveness of GBA as a whole, and its neighbors, including Guangzhou and Shenzhen would also benefit from it. Its shipping services may also cater for cargo flow of Guangzhou and Shenzhen, thereby the advantages of Hong Kong can support them to attract cargoes form more distant inland hinterlands. Thereby the economic benefits of the port cluster may increase as a larger shipping centre, and this undoubtedly favours the long-term development objectives of GBA.

For quite some time, the relocation of Hong Kong's manufacturing industries has promoted the growth of Guangdong's shipping industry greatly, especially ports of Shenzhen and Guangzhou. However, the comparative advantages brought by manufacturing industries with labour-intensive light industries as pillar may not be able to sustain due to higher wages required (Cheng and Mo 2004, 303). Therefore, Guangdong is trying to cooperate with neighboring provinces for resources and cheaper labor supply, and

meanwhile, it is also supposed to upgrade its manufacturing industries. According to the Outline Plan, the inner ring of GBA can be regarded as a triangle which consists of Hong Kong-Shenzhen, Guangzhou-Foshan and Macau-Zhuhai (see Figure 6), among which Zhuhai and Foshan are to focus on advanced machine-building industries, and Shenzhen, Dongguan are to cultivate specialization in electronic and information industries. The emphasis or orientation of manufacturing industries upgrade for main cities is apparent. Therefore, port of Shenzhen will mainly target at electronics and e-commerce segment accordingly and cooperate with Hong Kong in areas like technology, innovation and modern services, and port of Guangzhou will mainly cater for the machineries from hinterlands located at the west-bank of the Pearl River. In addition, Guangzhou will develop into a comprehensive logistics hub that has deep connection with the whole Pan-PRD region. As has been indicated by Rodrigue (2010, 12), hinterland connection means a lot to port competitiveness, so more efforts should be made to develop inland ports and improve connectivity. Certainly, the expanded hinterlands developed hereby may have radiation effect in Hong Kong and Shenzhen thanks to the connectivity realized by Humen Bridge, Hong Kong-Zhuhai-Macau Bridge and Shenzhen-Zhongshan corridor.

Figure 6. The triangular spatial layout of GBA
Source: NECI Map Viewer.

4.3 Efficient management mechanism and rational development strategies

The momentum of integration in the system demands better co-ordination among authorities concerned and co-ordination embodies in efficient management and rational decision-making. To construct a world-class port cluster, the three participating core ports of Hong Kong, Shenzhen and Guangzhou are expected to join their hands together to figure out an efficient mechanism for co-management, by which consensus regarding regional integration can be reached to orientate the actions taken by individual participators, such as drafting local port development strategies.

It is challenging to enhance involvement for deeper integration in the context of GBA cluster because institutional barriers among the communities hinder the free flow of resources to certain extent. So, institutional innovation is necessary given that deeper integration requests full engagement to serve the best interests of individual stakeholders without conflicts. According to Cheng and Mo (2004, 294), Guangdong and Hong Kong have established strong economic links since 1980s, and bilateral discussions regarding cooperation arrangements come along with it. To elevate regional development to a new level, integration requested by the Outline Plan is not limited to economic integration, however, the efforts and mechanisms that promotes economic integration can undoubtedly provide reference to streamline co-management mechanism in the new era.

As for development strategies of individual ports, they should be tuned in accordance with national

planning considering that the constituents of current policy framework are in conflict and intense competition between core ports of Hong Kong, Guangzhou and Shenzhen is foreseeable. As indicated by Cheng and Mo (2004, 299), competition and lack of co-ordination would lead to repetition of major infrastructural projects, and this is not favorable to the integrated development of GBA. Therefore, local governments must take the contradiction between their development strategies and national planning into consideration and adjust accordingly so that dislocation development and co-opetition can be achieved. For example, it is necessary to differentiate the international shipping centre Guangzhou expects from what Hong Kong has been doing all along. Strategies concerning the development of port of Guangzhou should handle its relationship with Hong Kong deliberately under the consensus of coordination, that is to say, they should be drafted to emphasize the comprehensive transportation hub function of Guangzhou and make feasible arrangements for dislocation development.

5. Conclusion

The Guangdong-Hong Kong-Macau Bay Area is expected to foster an advanced port cluster with international competitiveness by national government authorities. To reach such objective, it is necessary to understand what makes a port cluster. This article presents that a port cluster should be characterised by efficient administration and internal linkages which can be achieved by competition and complementary interaction. Based on the layout set by the Outline Plan, core ports of Hong Kong, Shenzhen and Guangzhou should be regarded as equal partners of the cluster, and accordingly, the strategy of co-opetition can be implemented for collaboration and to strengthen their internal linkages.

Co-opetition entails balance between competition and cooperation. After comparing a series of development strategies involving the ports in question, it is revealed that homogenization and competition can be expected while cooperation mechanism is not in position. This paper points out that dislocation development strategy is the way out of homogenization, and the division of their roles shall be directed by proper strategies aiming at common interests. Therefore, in this paper, the comparative advantages of the core ports of the GBA port cluster are discussed respectively, and it is suggested that these core ports should make full advantage of their comparative advantages for complementary interaction. And another important challenge is to set up a consultative and co-ordination mechanism for all parties concerned to embark on a broader stage, breaking the barriers to co-management to avoid mutual conflict and boost joint development.

References

[1] Guangdong-Hong Kong-Macao Greater Bay Area: About the GBA, <https://www.cnbayarea.org.cn/introduction/content/post_165071.html>,2023(accessed 20 Dec. 2024)

[2] BMT Asia Pacific: Study on the Strategic Development Plan for Hong Kong Port 2030 (Executive Summary),

<https://www.hkmpb.gov.hk/document/ES_Eng.pdf>, (accessed 20 June, 2019)

[3] BMT Asia Pacific: Consultancy Study on Enhancing Hong Kong's Position as an International Maritime Centre, < https://www.hkmpb.gov.hk/document/8870_IMC_Final_Report.pdf >, (accessed 20 June, 2019)

[4] Brunetti K. A., 1991, It's Time to Create a Bay Area Regional Government, Hastings Law Journal 42 (04), 1103-1142.

[5] China Daily, Vision and Proposed Actions Outlined on Jointly Building Silk Road Economic Belt and 21st-Century Maritime Silk Road, < http://language.chinadaily.com.cn/2015-03/30/content_19950951.htm>, 2015 (accessed 21 May 2019)

[6] China Daily, Report on the Work of the Government - Delivered at the Fifth Session of the 12th National Congress of the People' Republic of China on March 5, 2017, <http://language.chinadaily.com.cn/2018npc/2017-03/17/content_35734680.htm>, 2017 (accessed 21 May 2019)

[7] China Daily, Secure a Decisive Victory in Building a Moderately Prosperous Society in All Respects and Strive for the Great Success of Socialism with Chinese Characteristics for a New Era - Delivered at the 19th National Congress of the Communist Party of China, < http://language.chinadaily.com.cn/19thcpcnationalcongress/2017-11/06/content_34188086.htm>, 2017 (accessed 21 May 2019)

[8] China Daily, Outline Development Plan for the Guangdong-Hong Kong-Macau Greater Bay Area, < https://language.chinadaily.com.cn/a/201902/19/WS5c6b6b4da3106c65c34ea19d.html>, 2019 (accessed 19 May 2019)

[9] China Daily, "One country, two systems" Policy in HK, <http://www.chinadaily.com.cn/opinion/2014-06/11/content_17577473_11.htm>, 2014 (accessed 22 May 2019)

[10] Christine Loh, Veronica Booth, The Fair Winds Charter-A Model PPP in Hong Kong, 7 Eur. Procurement & Private Partnership L. Rev. 129 (2012).

[11] De Langen P. W., The performance of seaport clusters; A framework to analyse cluster performance and an application to the seaport clusters of Durban, Rotterdam and the Lower Mississippi, Copenhagen: Copenhagen Business School, 2004.

[12] Dong-Wook Song, 2003, Port co-opetition in concept and practice, Maritime Policy & Management, 31:1, 29-44.

[13] Hayuth Y., D. Fleming, 1994, Concepts of strategic commercial location: the case of container ports, Maritime Policy and Management, 21:3,187-193.

[14] Hezendonck E. and Langenus M., 2018, Integrated ports clusters and competitive advantage in an extended resource pool for the Antwerp Seaport, Maritime Policy and Management, DOI: 10.1080/03088839.2018.1471535.

[15] Joseph Y. S. Cheng, Mo Shixiang, 2004, Evolution of the Pearl River Delta development strategy, Journal of Comparative Asian Development, 3:2, 281-307.

[16] Mary Brooks, Robert J. McCalla, Athanosios A. Palla, Larissa M. Van der Lugt, 2010, Strategic cooperation in peripheral ports: The case of Atlantic

Canada's ports, Canadian Journal of Transportation, 4:1, 29–42.

[17] Pay G., 1995, California's Civil War–Regional Management in the Bay Area, Environs: Environmental Law and Policy Journal, 18 (02), 72–79.

[18] PwC, New Opportunities for the Guangdong–Hong Kong–Macau Greater Bay Area, <https://www.pwccn.com/en/research–and–insights/greater–bay–area/publications/new–opportunities–for–the–guangdong–hong–kong–macau–greater–bay–area.html>, 2017, (accessed 15 May 2019)

[19] Rodrigue J. P., 2010, Maritime transportation: Drivers for the shipping and port industries, International Transport Forum 2010.

[20] Smith D. U., 1967, San Francisco Bay: Regional Regulation for Its Protection and Development, California Law Review, 55 (03), 728–779.

[21] Song D.–W., 2003, Port co–opetition in concept and practice, Maritime Policy and Management, 30:1,29–44.

[23] State Council, 2016, Guiding Opinions of the State Council on Deepening Pan–Pearl River Delta Cooperation.

[24] Transport and Housing Bureau of Hong Kong, Study on Economic Contribution of Maritime and Port Industry 2016, <https://www.hkmpb.gov.hk/document/Study_on_Economic_Contribution_of_Maritime_and_Por.pdf>, (accessed June 20, 2019)

[25] M. Nursey–Bray, P. Fidelman, M. Owusu, Does co–management facilitate adaptive capacity in times of environmental change? Insight from fisheries in Australia, Marine Policy 96 (2018) 72–80.

[26] Wang, J. J., Slack B., 2004, Regional Governance of Port Development in China: A Case Study of Shanghai International Shipping Center, Maritime Policy and Management, 31:4, 357–373.

Annex 1. Local planning and prospect towards development of core ports in GBA

Hong Kong–Port and related
1. reinforce its position as a favorable city for maritime business and springboard for mainland shipping companies to operate internationally and bridge foreign companies and mainland market 2. provide abundant berth capacity for large ocean vessels, upgrade container handling facilities for ocean and inland vessels 3. become ideal hub for transshipment in South China and distribution center 4. expedite construction of logistics facilities, including warehousing and storage
Shipping
expand the presence of commercial principals such as ship managers, owners and operators
Maritime Business Services
1. maintain sizable maritime service cluster, continue to provide a wide range of maritime services to local and international shipping industry 2. enhance capacities in high value–added maritime services (ship finance, maritime insurance, maritime law and arbitration, etc.)
Guangzhou–Port and related
1. construct international shipping center and optimize layout: Nansha as center for container and car transportation, Huangpu as international logistics node and regional hub with cluster of maritime services, Xinsha as regional hub, regional logistics node and comprehensive area for harbor industries 2. expedite improvement of infrastructure, widen fairways and enhance capacity (add 30m tonnages and 5m TEU in 2020)

3. propel construction of free trade port 4. international cruise home port and recreation terminals 5. 600m tonnage and 25m TEU throughput in 2020, 750m tonnages and 36m TEU in 2035 6. enlarge warehousing and storage capacity, increase 600 thousand square meters in 2020
Shipping
1. explore creative ship registration pattern and administrative regime, set up registration center of South China, fight for pilot port of second registration system to enlarge fleet scale and reach more than 40m tonnages in 2020 2. develop combined transportation, especially river-ocean and ocean-rail combined transport, and perfect concentration and distribution system 3. apply for pilot port of policy on tax rebate at port of departure, strengthen planning and construction of dry ports 4. more than 60 thousand registered port and shipping related enterprises in total in 2020
Maritime Business Services
1. cultivate cluster of maritime services industries, set up comprehensive shipping finance service system of Greater Bay Area, improve services business including settlement, broking, insurance and legal services 2. explore construction of offshore finance service platform 3. provide more convenient arbitration service in Nansha free trade zone, foster first-class shipping arbitration center 4. strive to develop shipbuilding, maintenance and equipment servicing and supply
Shenzhen-Port and related
1. world-class container hub, 280m tonnage and 28m TEU throughput in 2020, shift general and bulk transportation, change concentration and distribution pattern 2. international hub, construct international shipping center with HK, explore the pattern of joint harbor

3. invest in infrastructure construction, construct or upgrade berths and fairways, including 200,000 dwt container berths 22 barge berths in Dachan Bay, to meet the requirement of 200,000 dwt containerships 4. develop cruise and yacht recreation business and construct cruise home port
Shipping
1. optimize concentration and distribution structure, enlarge cooperation scale with dry ports 2. construct multimodal transport network, the proportion of transshipment (>25%) and ocean-rail combined transport (>1%) container throughput reach more than 26% till the end of 2020 3. establish free trade port preliminarily till 2020 4. encourage scale development of enterprises specialized in shipping agents and ship management, etc. 5. encourage ship registration and offer subsidy to projects on registration, inspection and seaman training
Maritime Business Services
1. expedite cultivation of high-end maritime services, including finance and build cluster of shipping services headquarters, insurance, legal services, information and freight indexes services 2. develop shipping finance creatively, including set up safe and convenient settlement network, provide finance leases for special vessels and offshore engineering equipment 3. encourage enterprises specialized in ship broking to support their scale development 4. develop marine insurance complementary to that of HK

Main aspects of local planning and prospect regarding port development are organized in accordance with the division of maritime and port industry sectors made by Hong Kong Transport and Housing Bureau.

欧盟碳边境调节机制的影响和中国因应

——以涉外法治建设为视角

王海军，刘创

王海军，北京德和衡律师事务所高级权益合伙人、执行副总裁。在政府法律顾问、环境保护、知识产权领域均具有丰富的法律实践经验。王海军律师是中华人民共和国生态环境部、国家国际发展合作署、国家信访局等国家部委的法律顾问。曾参与多部环境立法项目，代理的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，案件维权团队也荣获2015年度CCTV年度法治人物。

刘创，北京德和衡律师事务所律师助理，香港城市大学法律博士学位。曾于国家国际发展合作署驻场工作，积累了丰富的政府法律顾问的工作经验。深入研究环保税与欧盟碳边境调节机制（CBAM），擅长运用专业知识剖析法律问题，为客户提供精准、高效的法律解决方案。

摘　要：随着全球气候变化问题的日益严峻，欧盟推出的碳边境调节机制（CBAM）成为国际气候治理的重要举措之一。在“一带一路”倡议进一步推进的背景下，CBAM的实施为中国与欧盟等国家在气候合作与贸易往来中的法律互动提出了新的要求。中国需要在确保符合全球气候治理框架的同时，维护自身的经济利益和国际竞争力。基于此，中国应积极参与国际气候治理的规则制定，坚持多边主义立场，强化与其他发展中国家的合作，从法治视角应对全球碳关税带来的挑战。通过加强涉外法治建设，中国不仅可以有效应对CBAM的短期冲击，还能为全球绿色可持续发展贡献法律智慧与中国方案。

关键词：碳边境调节机制；“一带一路”；“双碳”战略目标；“碳泄露”

一、问题和背景

在全球气候变化日益严峻的大背景下，国际社会对碳排放的监管愈发严格，全球气候治理进入了新的阶段。欧盟作为全球环保政策的先行者之一，2023 年推出了碳边境调节机制（CBAM）。该机制要求欧盟以外的国家或地区的高碳排放产品在进入欧盟市场时，必须购买与欧盟排放配额价格挂钩的碳排放证书，确保欧盟市场的绿色低碳转型不受全球高碳排放国家价格竞争的影响。CBAM 不仅是一项气候政策，它还在一定程度上影响国际贸易规则，给中国及“一带一路”沿线国家带来了巨大的挑战。在共建“一带一路”发展倡议及“双碳”战略背景下，中国如何应对这一新兴的贸易和气候政策，保障国内企业在国际市场中的竞争力，成为一个亟待解决的法律和政策问题。

在当下这一背景下，中国的涉外法治建设显得尤为重要。习近平总书记在党的二十大报告中明确提出，要“加强重点领域、新兴领域、涉外领域立法，统筹推进国内法治和涉外法治，以良法促进发展、保障善治”。[①]在 CBAM 的框架下，中国要强化涉外法治建设，积极参与国际气候治理的规则制定，强化与其他发展中国家的合作，共同应对碳关税带来的挑战。

本文将从分析欧盟碳边境调节机制的立法进程和基本内涵入手，结合我国涉外法治建设的背景，深入探讨该机制的法理基础与实施路径，最后尝试提出我国该如何通过法治途径应对其带来的潜在影响。通过这一研究，本文旨在为中国企业应对 CBAM 提供法律思路，保障中国出口企业在国际贸易中的权益及竞争力。

二、碳边境调节机制的具体内容

（一）制度考量

1、预防碳泄露，降低减排压力。

碳泄露（carbon leakage）指的是由于不同国家在气候政策上的差异，导致高碳排放企业将生产转移到气候政策宽松的国家或地区，或从这些国家进口产品，从而使得全球实际排放的温室气体并没有减少进而影响全球减排效果。欧盟通过碳排放交易体系（EU ETS）实施严格的减排措施，旨在减少区域内的碳排放。然而，由于全球范围内气候政策的不统一，欧盟内部的严格减排可能导致欧盟部分产业向碳排放较高、政策宽松的国家迁移，从而造成碳排放的外溢现象。为了防止这一问题，欧盟提出了 CBAM 机制，即通过对进口产品按欧盟碳排放定价标准征收碳税，以确保进口商品承担和欧盟本土商品相同的碳成本，从而减少碳泄露现象。

2、维护企业竞争力，巩固本土产业优势地位。

欧盟严格的气候政策使得部分高碳排放产业的生产成本上升，与此同时，一些气候政策宽松的国家由于碳成本较低，不能提供价格更具竞争力的产品，这使得欧盟的企业面临着较大的市场压力，并促使许多生产活动向碳排放较高的国家转移，导致欧盟内部产业分流和就业流失。CBAM 通过对进口产品按欧盟标准征税，强制拉平企业的碳成本，变相的削弱他国人力、能源、监管等成本优势[②]，保障了欧盟内部产业的竞争力。

① 中国共产党第二十次全国代表大会文件汇编[M]. 北京:人民出版社,2022:1–186。

② 石红、陈宜霖 、郝冠琦 ，等：欧盟碳边境调节机制跟踪研究及应对建议 [J]. 汽车与配件 ，2021(23): 43–45。

3、增强气候领导力，占据气候标准制定高地。

作为全球气候治理的主要参与者之一，欧盟始终致力于在国际气候舞台上扮演领导角色。欧盟通过一系列政策措施，如《欧洲绿色协议》和《巴黎协定》，推动全球气候治理，但在后《巴黎协定》时代，欧盟的气候影响力在全球范围内面临衰退。[①]为重塑气候领导地位，欧盟认为，必须充分调动包括贸易政策在内的所有政策工具，而CBAM 便是这一战略的重要组成部分。欧盟通过制定“欧盟标准”的方式，能够以气候标准为条件，在刺激内部企业进行绿色转型的同时迫使他国采取更强有力的气候政策，牢牢掌握气候标准制定的领导力。

（二）立法进程

CBAM 的立法进程反映了欧盟应对气候变化及维护全球竞争力的战略意图，平衡发达国家和发展中国家的差距和责任、协调欧盟内部气候和经济的利益是 CBAM 机制无法逃避的命题。尽管碳边境调节机制作为一个理论概念并非新颖，但欧盟在推动这一机制从理论到实践的过程中，经历了漫长且复杂的立法过程。2019 年，欧盟发布《欧洲绿色协议》，提出了包括建立 CBAM 在内的一系列气候行动计划。该协议明确指出，欧盟在推进减排的同时，也要保持产业的竞争力，防止因全球气候政策的差异而使本地区产业受到不公平竞争的影响。[②]2020 年，欧盟委员会正式启动了 CBAM 的立法进程，并在 3 月发布了《碳边境调节机制影响评估报告》，详细分析了实施这一机制的可能影响。2021 年 7 月，欧盟委员会正式公布了 CBAM 的提案细则，提案指出，CBAM 将与 EU ETS 紧密结合，要求进口商按欧盟碳排放市场的价格标准支付碳关税。[③]最终，2022 年 6 月，欧洲议会表决通过了对 CBAM 提案的修正案，进一步扩大了其适用范围，并将间接碳排放纳入征税范围，增强了这一机制的执行力。此外，修正案还明确了 CBAM 实施的具体时间表，并将其纳入欧盟“绿色新政”与“Fit for 55”计划的框架中。[④]在欧盟内外不断的反对声中，2023 年 5 月 16 日，CBAM 走完所有立法程序，正式成为欧盟的一项法律开始生效。

（三）实施路径

根据欧盟公布的实施细则，可以将 CBAM 的实施要点归纳为以下三个方面：

1、涵盖范围：从纳入的产品范围来看，CBAM 主要针对碳泄露风险较高的行业，根据欧盟委员会的提案，初期 CBAM 主要覆盖六类行业，这些行业的生产过程通常伴随着大量的温室气体排放，且在全球范围内的排放强度差异较大。具体包括：钢铁、铝、水泥、化肥、氢和电力。从核算的范围来看，区别于碳足迹的核算方式，CBAM 仅计算产品的直接排放和间接排放。不同产品的核算范围不同，具体核算范围见表 1：

表一：CBAM 的产品核算范围

	水泥	化肥	钢铁	铝	氢	电力
报告单位	每吨					每兆瓦时
温室气体类型	CO2	CO2;N2O	CO2	CO2、PFCs	CO2	CO2
（过渡期）报告的排放类型	直接排放+间接排放					直接排放
（正式实施期）报告的排放类型	直接排放+间接排放		直接排放（视审阅情况而定）			直接排放

① 寇静娜、张锐.疫情后谁将继续领导全球气候治理—欧盟的衰退与反击 [J]. 中国地质大学学报 (社会科学版), 2021, 21(1): 87-104。

② 魏圣香：气候治理与国际贸易协调视角下欧盟碳边境调节机制的应对，上海大学学报（社会科学版），2024，41（5）：2-3。

③ European Commission，European Climate Law，https://climate. ec. europa.eu//eu-action/europeanclimate-law _en.

④ European Commission，European Green Deal: Commission Proposes Transformation of EU Economy and Society to Meet Climate Ambitions，at https: //ec．europa．eu /commission /presscorner/detail /en /IP_21_3541，Oct．10，2023.

2、实施进程：根据 CBAM 法案，CBAM 在正式实施前将增加一个过渡期，过渡期从 2023 年 10 月 1 日开始至 2025 年 12 月 31 日结束。第二阶段是从 2026 年 1 月 1 日开始至 2034 年 12 月 31 日结束，为全面实施阶段。第三阶段是指 2035 年 1 月 1 日以后。从 CBAM 的实施日期，不难看出 CBAM 对于 EU ETS 的补充作用，欧盟从 2026 年开始降低对企业特别是工业行业的免费碳排放配额，到 2034 年将不再发放免费配额。免费碳配额的减少无形中增加了企业的成本，不免对欧盟的工业造成一定的影响，这就使得欧盟一直担心的碳泄露成为可能。CBAM 承担了配合 EU ETS 对碳配额分配进行调整的责任，在欧盟的企业失去免费配额的同时 CBAM 强制要求欧盟境外的企业缴纳相同的碳成本，维护“贸易公平”，这是 CBAM 一种非常理想化的计算逻辑。

3、运行流程：在具体实施过程中进口商必须首先获得 CBAM 认证，并在每年的 5 月 31 日之前，向 CBAM 登记处提交上一年度进口产品的碳排放数据。该数据应以每吨二氧化碳为单位，反映进口货物在生产过程中所产生的碳排放。根据申报的碳排放量，进口商需购买相应数量的 CBAM 证书。每吨二氧化碳的排放量对应一个证书，证书的价格将根据市场情况和碳排放额度的供需关系浮动。如果进口商在第三国已经支付过碳税或碳价（例如，在原产国的碳交易市场上），这些费用可以在购买 CBAM 证书时进行抵扣，从而减少需要购买的证书数量。每年进口商需对上一年度的碳排放数据进行结算，如果账户内有多余的证书，欧盟委员会会通过平台进行回购，从而减少碳市场的过剩证书。欧盟委员将对所有进口商的账户进行重置，确保证书的有效性与年度申报周期相匹配。在过渡期内企业只需进行碳排放数据申报，并不需要缴纳费用，过渡期结束后，进口商才开始为其进口商品支付相应的碳排放费用。

三、碳边境调节机制的本质

（一）CBAM 的气候单边主义实质

CBAM 作为欧盟气候政策的重要组成部分，表面上旨在预防碳泄露、推动全球减排，其背后深藏着气候单边主义的实质，该机制的影响不仅在于对碳泄露的预防，更在于它打破了全球气候治理中的基本原则，即“共同但有区别原则”。根据《京都议定书》规定，全球气候治理应遵循“共同但有区别原则”，即发达国家应承担更多的减排责任，而发展中国家则根据各自的国情负担不同的减排任务。这一原则旨在解决全球气候治理中发达国家和发展中国家之间的矛盾，特别是考虑到发达国家在历史上对温室气体排放的贡献较大，以及发展中国家在减排技术和资金方面的不足。然而，欧盟通过 CBAM 实施碳关税政策，在全球范围内将同等的碳排放标准强加给所有国家，无论其发展水平如何，这直接挑战了“共同但有区别原则”的公平性。

首先，CBAM 的凭证定价机制与 EU ETS 挂钩，使得所有向欧盟出口的国家的相关产品必须按照欧盟的碳排放定价标准进行调整。这意味着，无论是发达国家还是发展中国家，都需要遵循相同的碳排放标准，从而使得出口国在与欧盟的竞争中处于不利地位。对于发展中国家而言，由于其产业和经济结构多为依赖碳密集型产品，强制适用欧盟的减排标准将导致其生产成本上升，影响其全球市场竞争力。

其次，CBAM 的实施不仅忽视了各国之间在

气候治理责任上的差异，还将碳泄露的责任转嫁给了发展中国家。在碳泄露问题的预防上，按照“共同但有区别原则”，应由发达国家承担减排责任和预防碳泄漏的主导责任[①]，然而，欧盟通过 CBAM 的实施，将这一责任转嫁到发展中国家身上，这不仅违背了公平分配责任的原则，还可能导致全球气候治理的失衡。

CBAM 的实施实际上推动了一个以欧盟为中心的气候治理框架。尽管该机制声称要为全球气候治理作出贡献，但它的实施实际上是在强化以欧盟为中心的全球气候治理框架。通过“强制性碳价格”机制，欧盟将其市场价格与全球碳排放成本紧密挂钩，从而影响其他国家的气候政策和市场行为。这不仅令欧盟能够在全球范围内主导碳定价，还可能影响国际气候谈判，削弱其他国家在气候治理中的话语权与自主性。CBAM 作为欧盟的气候政策工具，尽管在短期内可能对减排产生一定效果，但其本质上反映了欧盟在全球气候治理中的单边主义倾向。通过强制要求所有贸易伙伴遵循欧盟的碳排放标准，CBAM 不仅削弱了全球气候治理中的公平性，也加剧了全球气候政策中的不平等，最终可能导致发展中国家的利益受损。

（二）CBAM 的贸易保护主义实质

通过对进口产品征收基于 EU ETS 碳排放价格的附加费用，CBAM 加剧了全球市场的不平等竞争，对其他国家的出口产生了不利影响，具有明显的贸易保护主义特征。以下几个方面可以清晰体现出 CBAM 的贸易保护主义本质：

首先，CBAM 构建“绿色贸易壁垒”，剥夺出口国利益。在历史上，贸易壁垒经历了从关税、反倾销到技术性贸易壁垒等逐步演变。如今，“绿色贸易壁垒”已经成为新的贸易限制形式，CBAM 正是通过环境措施向全球市场输出这一新的壁垒。具体来说，CBAM 不仅仅是一个单纯的关税，它结合了欧盟内部的碳排放标准，要求进口商承担与欧盟企业一致的碳排放费用。这一措施使得与欧盟有贸易往来的国家，尤其是发展中国家，面临额外的经济负担，进一步限制了它们进入欧盟市场的能力，从根本上剥夺了出口国的利益。

此外，CBAM 具有不公平的定价机制，忽略了各国间的发展差异。CBAM 依据欧盟碳排放交易市场确定的碳交易价格，要求进口商购买相应的碳排放凭证。由于 EU ETS 是欧盟区域内的专有市场，其碳交易价格并未考虑全球各国在气候治理方面的差异与实际条件。与欧盟相比，许多发展中国家并未建立类似的碳排放交易市场，且其能源生产和消费模式以化石燃料为主，碳排放密集度较高。这些国家的企业需要为履行 CBAM 规定的碳排放标准承担额外的成本，这无疑加剧了它们在与欧盟企业竞争时的劣势。CBAM 未经过与其他国家的协商与共识，将 EU ETS 的碳定价机制强加给发展中国家，忽视了各国在减排技术、经济水平等方面的天赋禀异。

最后，CBAM 限制了他国的出口意愿，营造了不平等的国际竞争环境。CBAM 的碳凭证价格由欧盟市场的供需关系决定，具有明显的市场优先性。这种“优先欧盟利益”的定价机制必然会导致国际市场的扭曲，使得欧盟的高碳产品在国际市场中处于有利地位。无形的竞争壁垒必然会降低出口国的出口意愿，加剧了国际贸易的不平等，彰显了欧盟推动贸易保护主义的战略意图。

① 孟国碧.碳泄漏：发达国家与发展中国家的规则博弈与战略思考[J]. 当代法学, 2017, 31(4): 38–49。

四、碳边境调节机制的双重影响

（一）对中国气候治理的影响

1、削弱中国在全球气候治理中的话语权

中国一直是全球气候治理的重要参与者，积极支持并推动《联合国气候变化框架公约》和《巴黎协定》等多边气候治理框架。中国一直倡导“共商共治”的气候治理理念，而 CBAM 作为一种单边气候措施，忽视气候治理的正义，是对当下多边气候治理格局的一种严重破坏。[①]同时，CBAM 的推出可能会刺激其他发达国家效仿欧盟，采取类似的气候政策导致全球气候治理逐渐倒向“气候单边主义”模式，例如澳大利亚要建立自己的 CBAM，2024 年 10 月完成可行性评估；英国的 UK CBAM 将于于 2027 年开始运行，覆盖的行业包括铝、水泥、陶瓷、化肥、玻璃、氢、钢铁。这种趋势不仅会削弱中国倡导的多边协作精神，还可能进一步强化发达国家主导的“碳俱乐部”，使中国在全球气候治理中的影响力下降。[②]此外，中国一直致力于推动全球气候治理，但 CBAM 强行将气候问题与贸易问题捆绑，设置贸易壁垒，使得发达国家与发展中国家之间的矛盾激化，阻碍多边气候协商进程，进而影响中国推动全球气候合作的努力。[③]

2、阻碍中国“双碳”战略目标的实现

2021 年 3 月 15 日，中央财经委员会第九次会议提出，“实现碳达峰、碳中和是一场广泛而深刻的经济社会系统性变革，要把碳达峰、碳中和纳入生态文明建设整体布局，拿出抓铁有痕的劲头，如期实现 2030 年前碳达峰、2060 年前碳中和的目标”。“双碳”战略目标是我国根据国情和发展阶段量身定制的旨在实现经济社会发展的绿色转型的重大决策。为了应对 CBAM 的实施要求，中国需要加快国内碳交易市场的建设和企业减排措施的推行。然而，过快的推进可能导致政策不够精细，忽视市场机制的成熟度和风险管理，影响政策的稳定性和可持续性，从而影响“双碳”目标的实现。

3、挑战中国碳排放交易市场的独立性

虽然中国的碳市场仍在起步阶段，尚未与 EU ETS 等国际碳市场完全对接，但未来如果与欧盟碳市场发生联动，中国可能需要接受欧盟的碳排放数据标准和市场规则。这种联动和认可对中国出口企业至关重要，毕竟只有通过欧盟认可的碳费用才可以在 CBAM 规则下进行抵扣。然而这种强加的“欧盟标准”可能限制中国在碳市场建设中的独立性，影响国内碳市场规则的制定和实施。

（二）对中国参与国际贸易的影响

1、增加出口产品的碳成本

随着 CBAM 的实施，中国企业出口到欧盟的产品，尤其是高碳排放产品，将面临额外的环境成本。根据 2022 年的数据[④]，机械、运输类产品和化学品等高碳排放产品占据了中国出口欧盟的主要份额。在 CBAM 框架下，中国出口企业需要购买 CBAM 凭证来支付碳排放的相关费用，这部分碳成本直接导致出口成本增加，削减企业利润，降低国际竞争力。随着 CBAM 覆盖的产品范围扩大，更多企业将面临类似的成本压力，一些影响

① 刘勇：气候治理与贸易规制的冲突和协调——由碳边境调节机制引发的思考［J］. 法商研究，20（2）:46-59。
② 吴必轩：美欧和解钢铝贸易争端，推动“碳俱乐部”成为贸易武器 [N]. 经济观察报 , 2021-11-04。
③ 徐昕、吴金昌：欧盟碳边境调节机制的实质、 影响及中国因应——基于全球气候治理与国际贸易双重视角。
④ 数据来源: 根据中华人民共和国海关总署(http: / / stats.customs. gov. cn /)数据整理得出。

较大的出口企业甚至会退出市场，中国对欧出口环境进一步恶化。

2、抑制低碳转型进程与产业竞争力下降

面对 CBAM，中国出口企业除了支付不菲的 CBAM 费用外还有另外一个选择就是加快企业的低碳转型。低碳转型虽然能减少碳排放成本，但也可能因高额投资而导致企业的资金运作和技术竞争力受限。当下我国的产业结构和低碳技术水平尚与发达国家存在差距，从技术上来说发达国家具有更加成熟的低碳技术，转型成本和速度要超越我国。从低碳转型的质量上来说，即使我国企业能够提高转型的速度，这种“跃进式”的转型也会使得其产品质量无法得到保证，仍然难以和发达国家的低碳产品处于同一起跑线。[①]在这种情况下，低碳转型可能无法迅速弥补这些差距，导致中国企业难以在国际市场与发达国家的同类企业抗衡。

3、影响产业结构与长远发展

CBAM 的实施对中国产业结构的调整和长期发展也带来了深远的影响。中国目前的产业结构依赖于一些高碳排放的传统行业，如钢铁、水泥、铝业和化工等，这些行业在全球市场占据重要地位，并且是中国出口的主要来源。随着 CBAM 的实施，这些高碳排放行业将面临巨大的成本压力，迫使企业不得不进行低碳转型。然而，产业转型并非短期内能够完成的任务，特别是中国的高碳行业普遍技术水平较低，且转型所需的资本投入巨大，如果中国企业无法及时适应 CBAM 带来的政策压力，可能会导致产业链上游的高碳排放行业和中下游的低碳技术产业之间的失衡，进而影响整个产业链的竞争力。

从长期来看，CBAM 不仅加速了产业的绿色化转型进程，也迫使中国加快调整经济结构。对于部分高碳排放企业而言，CBAM 可能导致生产成本大幅上升，甚至出现出口规模缩减的现象，限制了这些产业的长远发展潜力。

五、中国的法治应对

CBAM 的出台，标志着全球气候治理和国际贸易法领域的重大变革。习近平总书记强调：“加强涉外法治建设既是以中国式现代化全面推进强国建设、民族复兴伟业的长远所需，也是推进高水平对外开放、应对外部风险挑战的当务之急。”本文将从国内法治和涉外法治结合的总体理念出发，尝试为应对 CBAM 提出切实有效的中国方案。

（一）坚持以多边主义参与气候治理

气候变化是全球性的挑战，需要全球共同努力应对，中国一直以来积极主张公平与共享的原则，反对单边气候措施所带来的不平衡影响。中国应始终坚持气候治理领域的多边主义立场，强化在联合国气候变化框架公约（UNFCCC）中的作用，推动全球气候治理规则的公平性与协调性。面对欧盟单边主义倾向和 CBAM 的潜在不公，在《巴黎协定》的框架内，中国应通过联合国及其他多边机构，呼吁全球加强气候行动的合作，拒绝“伪多边主义”和单边气候措施。[②]作为“一带一路”倡议的重要推动者，中国在全球气候治理中的作用日益重要。中国应利用这一倡议平台，推动绿色“一带一路”建设，通过提供技术援助、政策指导和资金支持，帮助沿线国家发展低碳经济和绿色基础设施项目。同时，中国还可以通过

① 李岚春、陈伟：欧美碳边境调节机制比较及对我国影响与启示研究［J］.世界科技研究与发展，2023（6）:703-712。
② 邹雨佳:《伪多边主义: 欧盟参与气候变化治理的行为分析》，载《区域国别学刊》2023 年第 3 期，第 125 页。

“一带一路”平台推动跨国气候合作，特别是与发展中国家的碳市场合作与气候资金的共享。在UNFCCC 的框架下，各国在协商过程中达成的多边共识可以有效应对 CBAM 的冲击。

（二）积极适用经贸规则应对碳关税

CBAM 的特殊性体现在它是一个将气候治理和贸易规则交织在一起的机制，在这种情况下，中国需要积极利用国际经贸规则与气候规则之间的互动，寻找平衡与对接的途径。尽管 CBAM 通过立法程序已经实现其在欧盟内部的合法化，但是在欧盟之外针对 CBAM 的合法性仍存在很多争议。世界贸易组织（WTO）规则将是中国应对 CBAM 的一个非常好的选择，中国可以联合其他发展中国家对 CBAM 可能侵犯的非歧视原则、国民待遇原则等进行法律挑战，证明欧盟具有通过碳边境调节机制构筑“绿色贸易壁垒”的政治和经济意图。

（三）促进气候治理国际法治体系的协调

格拉斯哥气候变化大会达成决议：全球碳交易市场链接的具体细则将在两年内完成谈判，这标志着全球碳交易市场的合作成为可能。[①]在此背景下，为了有效应对 CBAM 和全球气候治理中的挑战，中国可以通过 UNFCCC，推动“原因者负担”原则的确立，促使所有国家根据其在全球气候治理中的责任来承担相应的减排义务。在此基础上，各发展中国家可以调整碳排放权的分配制度，建立更加公平的全球减排框架，确保少数利益不被忽视。

其次，中国应推动全球碳排放交易市场的链接，特别是通过“一带一路”倡议，促进沿线国家的碳交易市场建设，提升全球碳交易市场的协同效应。通过完善国内碳排放交易体系，与国际市场进行对接，中国能够在全球气候治理中占据有利地位，推动更加公平与有效的减排机制。

最后，中国要加强涉外法治建设，积极参与国际谈判与规则制定。CBAM 的制定和实施完全忽视了发展中国家的发展速度和经济利益，构筑“绿色贸易壁垒”，使得发展中国家承担了本不应该承担的环境成本和经济成本。我国要坚决反对欧盟单方面强行制定气候规则，片面维护本区域内企业竞争力的霸凌规则和行为。一方面，我国要运用法治思维和法治方式有效地利用好 WTO 争端解决机制应对 CBAM 规则，另外一方面，也要持续关注 CBAM 的发展动态，在各个关于气候治理的国际会议中积极发声，推动建立更加公平合理的气候规则。

欧盟 CBAM 的推出对全球气候治理与国际贸易规则产生了深远影响，尤其是对中国及“一带一路”国家的经济发展和气候治理带来了挑战。在此背景下，中国应坚持习近平总书记强调的涉外法治建设，协调国内国外法治的协调统一，坚守气候治理的多边主义立场，促进气候规则与经贸规则的有效互动。在综合国内、国际两个大局的背景下，中国将不仅能够有效应对 CBAM 带来的风险，还能充分利用 CBAM 的积极方面，促进企业转型，实现绿色发展，早日达成“双碳”战略目标，为全球气候治理贡献中国智慧，助力实现可持续的全球绿色发展目标。

参考文献：

[1] 中国共产党第二十次全国代表大会文件汇编[M]。北京人民出版 2022：1–186。

[2] 石红、陈宜霖、郝冠琦，等：欧盟碳边境

① 曾文革、高颖：《碳中和时代共同但有区别的责任原则新样态及其规则完善》，载《理论月刊》2023 年第 2 期，第 135 页。

调节机制跟踪研究及应对建议[J].汽车与配件，2021（23）：43-45。

[3] 寇静娜、张锐：疫情后谁将继续领导全球气候治理—欧盟的衰退与反击[J].中国地质大学学报（社会科学版），2021，21（1）：87-104。

[4] 魏圣香：气候治理与国际贸易协调视角下欧盟碳边境调节机制的应对上海大学学报（社会科学版），2024，41（5）：2-3。

[5] European Commission, European Climate Law, https://climate. ec. europa.eu/eu-action/ europeanclimate-law_en.

[6] European Commission, European Green Deal: Commission Proposes Transformation of EU Economy and Society to Meet Climate Ambitions, at https: //ec.europa.eu /commission /presscorner/detail /en /IP_21_3541, Oct.10,2023.

[7] 孟国碧：碳泄漏：发达国家与发展中国家的规则博弈与战略思考[J].当代法学，2017，31（4）：38-49。

[8] 刘勇：气候治理与贸易规制的冲突和协调——由碳边境调节机制引发的思考[J].法商研究，2023（2）：46-59。

[9] 吴必轩：美欧和解钢铝贸易争端，推动“碳俱乐部”成为贸易武器[N].经济观察报，2021-11-04。

[10] 徐昕、吴金昌：欧盟碳边境调节机制的实质、影响及中国因应——基于全球气候治理与国际贸易双重视角。

[11] 数据来源：根据中华人民共和国海关总署（http: / / stats.customs. gov. cn / ）数据整理得出。

[12] 李岚春、陈伟：欧美碳边境调节机制比较及对我国影响与启示研究[J].世界科技研究与发展，2023（6）：703-712。

[13] 邹雨佳：《伪多边主义：欧盟参与气候变化治理的行为分析》，载《区域国别学刊》2023年第3期，第125页。

[14] 曾“文革”、高颖：《碳中和时代共同但有区别的责任原则新样态及其规则完善》，载《理论月刊》2023年第2期，第135页。

一览美国加密货币监管现状

田小皖

田小皖律师，北京德和衡律师事务所高级联席合伙人，中国政法大学法学学士、美国西北大学法学硕士、中国人民大学金融学硕士，具有中国及美国法学教育背景及实践经验，拥有 TEP（Trust and Estate Practitioners）资格。田律师在家族财富传承与配置、跨境资产配置、离岸信托、移民与税务居民身份规划方面从业多年，客户及落地资源丰富，是中国家族信托保护人业务推动者。

美国的加密货币行业涵盖了多种业务，包括加密货币交易所、钱包服务、初期代币发行（ICO）、挖矿、支付处理、智能合约、质押服务等。美国对于加密货币采用联合监管的模式，不同业务可能受到不同的执法机构监管。下文将通过对不同部门、其典型执法案例以及相关法律规范的介绍，展现美国对加密货币的监管图景。

I. SEC[①]

美国证券交易委员会（United States Securities and Exchange Commission, SEC）是根据美国 1934 年《证券交易法》（Securities Exchange Act of 1934）设立而成、直属美国联邦政府的独立机关、准司法机构，负责美国的证券监督和管理工作，旨在保护投资者利益、促进资本的形成，并维护证券市场的公平有序运作。

SEC 有非常大的管辖权限，其定义的虚拟资产不仅限于虚拟货币，还包括 NFT、稳定币等其他形式的虚拟资产以及由虚拟资产衍生出来的金融产品，主要以豪威测试来判断是否在其管辖范围内。为进一步帮助从业主体分析加密资产是否属于“投资合同”而应被纳入“证券”的定义，SEC 于 2019 年 4 月 3 日发布了一份名为“虚拟资产是否属于投资合同的分析框架”（Framework for “Investment Contract” Analysis of Digital Assets）[②]的指导文件，旨在帮助从事虚拟资产业务的发行方或其他主体，分析其虚拟资产是否属于“投资合同”而应被纳入“证券”的定义，从而需要遵守 SEC 的相关规定并履行合规义务。

SEC 以“Regulation by Enforcement”的形式划定加密资产是否属于“证券”的监管尺度。除了国会立法层面授予 SEC 的管辖权外，由于美国法院的判例是重要的法律渊源之一，SEC 还可以通过行政执法的方式不断拓宽自己对于加密资产各个方面的管辖权，主要方式有两种：（1）SEC 以违反美国证券法为由，对加密资产公司以及创始人、高管提起民事诉讼，通过法院判决确定管辖权，如尚未结束的 SEC v. Ripple 案件；（2）SEC 同样以违反美国证券法为由，对加密资产公司以及创始人、高管进行行政处罚，并通过法院确定管辖权，包括自 2022 年以来 SEC 对币安的 BNB token、Coinbase 等平台上的一些加密资产是否属于未经注册的“证券”进行的调查、以太坊从 POW 转到 POS 之后 SEC 认定其属于“证券”，以及近期认定 FTX 的 FTT token 属于“证券”从而深度介入 FTX 的破产重组案件。

SEC 的管辖范围甚至不只限于美国。在 SEC v. Telegram Group Inc.案中[③]，SEC 在将 Telegram 发行的虚拟货币 Gram 认定为证券之后，在 Telegram 发行前紧急向法院申请了禁令。尽管 Telegram 是注册在英国并在迪拜运营的实体，由于其针对部分美国人发行虚拟货币，并且没有向公众披露关键的信息，SEC 就以保护美国投资者的利益为由对 Telegram 的发行采取了监管执法。这一案件造成的另一影响是，SEC 对 SAFT（Simple Agreement for Future Tokens）或类似的代币预售框架是否可以规避美国证券法的登记要求表示了质疑：1. 针对初始发行阶段，SEC 认为其实质上存在公开发行的性质，且初始投资人事实上扮演“承销商”的角色，故不得适用 Securities Act of 1933 Section 4（a）（2）或 Regulation D Rule 506 规定

① SEC 针对加密货币的执法与诉讼案件汇总 https://www.sec.gov/spotlight/cybersecurity-enforcement-actions

② https://www.sec.gov/corpfin/framework-investment-contract-analysis-digital-assets

③ https://www.sec.gov/files/litigation/complaints/2019/comp-pr2019-212.pdf

的私募注册豁免情形；2. 针对公开发行阶段，SEC 认为部分 SAFT 项目下发行的 Token 实际上满足豪威测试的要件，属于证券。

SEC v. Ripple 案件也是 SEC 对加密货币监管的一个重要节点，为 token 是否属于“证券”的认定问题提供了新思路。2020 年 12 月，SEC 对 Ripple 及其创始人提起了诉讼，称从 2013 年开始，Ripple 及其创始人多次、通过多种方式发行和销售了（Offered to Sell or Sold）Ripple 的 Token XRP，以换取超过数 10 亿美元的资金。但是 Ripple 及其创始人没有向 SEC 登记其对 XRP 的发行和销售，也没有获得任何 SEC 的注册豁免，从而违反了证券法 Section 5 有关证券发售的相关规定。这一案件中最受关注的争议焦点是“Token XRP”是否应该被定性为证券。法院认为，大部分“投资合同”的底层标的仅仅是商品（Standalone Commodity），不一定符合“证券”的定义。如何判断交易是否构成“投资合同”，还是需要根据交易的经济实质和背景因素来考虑[①]。同样的道理，适用于 XRP Token。法院回避了最受争议的 Token 定性问题，而是通过判断 Token 交易的经济实质来看 XRP 不同方式的发售是否构成“证券”的发售。最终，法院认定 XRP 的机构销售（Institutional Sales），即 XRP 私募轮针对机构专业投资者的融资符合豪威测试的三项标准，构成“证券”发售，而 XRP 的交易所销售（Programmatic Sales）、其他途径的发售（Other Distributions）均不构成“证券”发售。但是，SEC 已经对该案提起上诉，这一决定尚不具有约束力。关于如何认定“证券”的豪威测试和本案的后续，将在以后的文章中详细说明。

➢比特币现货 ETF

SEC 对比特币现货 ETF 的态度值得关注。2024 年 1 月，SEC 表示已通过加急模式批准了现货比特币 ETF 上市交易。获批的现货比特币 ETF 发行机构包括：Grayscale、Bitwise、Hashdex、iShares、Valkyrie、Ark 21Shares、Invesco Galaxy、Vaneck、WisdomTre、Fidelity 及 Franklin。其中许多 ETF 都与 Coinbase 合作作为其托管合作伙伴。自批准通过以来，这些美国现货基金的流量创下了纪录，总共带来了约 520 亿美元的收入。本次批准，是 SEC 其罕见的妥协。比特币现货 ETF 早在 2013 年提出，在此后长达 10 年的时间里，SEC 的现任主席 Gary Gensler 及其前任主席 Jay Clayton，都拒绝允许此类产品推出，理由是比特币价格波动剧烈、担心投资者保护问题、市场操纵的可能性等。转折点发生在 2023 年 8 月，灰度（Grayscale Investments）在与 SEC 的关键诉讼中获胜，法院裁定 SEC 必须重新考虑 Grayscale 的 Bitcoin 现货 ETF 申请。该案一出，人们对现货比特币 ETF 呼声日益增长，SEC 对比特币 ETF“开绿灯”也是众望所归。比特币现货 ETF 的获批预示着数字资产市场可能站在一个新的历史起点，长期来看，其存在将显著提升数字资产的合规性和可投资性，改善市场深度和流动性，还将有助于减少市场波动。

➢自托管钱包

2023 年 6 月，SEC 对 Coinbase 提起诉讼[②]，指控其在未经注册的情况下非法经营加密资产证券业务，至少从 2019 年开始，Coinbase 通过作为加密货币交易的中间人运作，赚取了数十亿美元，同时逃避了旨在保护投资者的披露要求。2024 年 3 月，法院作出判决[③]，基本支持了 SEC 的指控，

① https://www.nysd.uscourts.gov/sites/default/files/2023-07/SEC%20vs%20Ripple%207-13-23.pdf

② https://www.sec.gov/files/litigation/complaints/2023/comp-pr2023-102.pdf

③ https://storage.courtlistener.com/recap/gov.uscourts.nysd.599908/gov.uscourts.nysd.599908.105.0.pdf

但唯独裁定驳回了关于 Coinbase 钱包的诉讼请求，理由是 SEC 未能证明 Coinbase 向客户提供钱包服务构成了“经纪活动（brokerage activities）”，充当“经纪人（broker）”。加密钱包提供了一种存储和管理有关加密资产的信息的方法，包括与加密资产相关的“私钥”。由于“私钥”本地存储在用户设备上，因此除了实际有权访问该设备的人之外，没有人可以代表该用户进行交易。因此，加密钱包应用经常被描述为“self-custodied”，即自托管。Coinbase 通过 Coinbase 钱包为客户提供这些托管功能。该钱包是独立于 Coinbase 平台的独立产品，客户通过在设备上下载单独的程序来使用钱包。此外，与 Coinbase 平台上持有的资产不同，Coinbase 并不对通过钱包交易的加密资产进行托管，因为通过钱包持有的资产是“自托管”的。本案中，法院认为 Coinbase 无法控制用户的加密资产或通过钱包进行的交易，该钱包产品只是为用户在市场上其他 DEX 上安排交易提供技术基础设施。Coinbase 首席执行官 Brian Armstrong 表示，这对整个行业的自托管钱包应用程序来说都是一个重大胜利[①]。

II. CFTC

美国商品期货交易委员会（Commodity Futures Trading Commission, CFTC）是美国政府于 1974 年设立的独立机构。美国国会授权 CFTC 管理和执行美国 1936 年《商品交易法》（Commodity Exchange Act of 1936，CEA）及其颁布的法规，主要负责监管美国商品期货、期权和金融期货、期权市场，旨在促进公众利益和金融市场的健全，以保护市场参与者及公众不受欺诈、市场操纵和其他破坏市场秩序行为的侵害。

早在 2015 年，CFTC 就对比特币实施了监管。在对 Coinflip, Inc.的执法行动中，CFTC 就将比特币定义为 CEA 项下的“商品”。根据 CEA 的规定，参考构成商品的加密资产价格的期货、期权、掉期和其他衍生品合约均受 CFTC 监管。Coinflip, Inc. 运营一家名为 Derivabi 的比特币金融交易平台，为投资者撮合比特币期权合约，在运营期间未遵守 CEA 及 CFTC 的监管规定履行合规义务，因此受到 CFTC 的监管执法处罚。此外，CFTC 对那些被视为商品的加密资产进行市场操纵的行为拥有管辖权。例如，CFTC 向美国纽约南区地方法院提起民事执法诉讼，指控 Avraham Eisenberg 通过“预言机操纵（oracle manipulation）”非法挪用 Mango Markets 超过 1.1 亿美元的数字资产。这是 CFTC 针对涉及所谓去中心化数字资产平台交易的欺诈或操纵计划的首次执法行动，也是第一次涉及“预言机操纵”的行动。

在 CFTC 官网 Digital Assets 的专栏中，有关于虚拟资产（主要涉及虚拟货币）的信息，明确告诉公众：虚拟资产，包括所有虚拟货币，属于“商品”。这使 CFTC 有权力监管虚拟资产市场上的欺诈和市场操纵等行为，但是，CFTC 暂时没有资格对不涉及保证金、杠杆或融资的现货市场的虚拟资产交易进行监管。

2022 年，《数字商品消费者保护法》（Digital Commodities Consumer Protection Act，“DCCPA”）通过了修订，这一法案赋予 CFTC 对“数字商品”（一种可替代的数字形式的个人财产，可以在人与人之间拥有和转让，而无需依赖中介）交易和

① In Q1, the court ruled on our motion to dismiss, dismissing the SEC's claim regarding Coinbase wallet, which was a significant win for self-custodial wallets across the industry.
https://investor.coinbase.com/events-and-presentations/events/event-details/2024/First-Quarter-2024-Earnings-Call/default.aspx

数字商品平台的专属管辖权，授权其注册和监管现货交易所，使现货交易所与其他商品交易所遵循相同的规则。该法案还将不被视为证券的加密货币重新定义为数字商品。同年 6 月，美国民主党参议员 Kirsten Gillibrand 和共和党参议员 Cynthia Lummis 联合提出了一项跨党派的负责任金融创新法案（Lummis-Gillibrand Responsible Financial Innovation Act，RFIA）。RFIA 涵盖了 SEC 和 CFTC 的管辖权划分、稳定币监管、数字资产相关的银行业务、数字资产的税务待遇以及部际协调，以及设立数字资产咨询委员会等，聚焦于灵活性、创新性、透明度和消费者保护，以便将数字资产融入现有法律框架，并为不断发展的行业提供确定性。就备受争议的 SEC\CFTC 管辖权之争的问题，RFIA 赋予 CFTC 对所有非证券的同质（fungible）数字资产（包括辅助资产，ancillary asset）的现货市场的排他管辖权，与 CFTC 目前对杠杆交易的已有管辖权形成补充；将“数字资产”和“数字资产交易”纳入 CEA 中的监管体系中，进一步明确数字资产在通常情况下不属于证券，免受 SEC 监管（除非明显构成证券）。

➢典型监管案例

2021 年 9 月 14 日，CFTC 对 Tether 和 Bitfinex 交易所提起诉讼，指控两家公司捏造交易量和挪用客户资金并涉嫌违反反洗钱法等。CFTC 指出，Tether 和 Bitfinex 交易所在 2016 年至 2019 年间，通过以下方式捏造交易量：使用 Tether 公司自己的资金进行交易；使用第三方资金进行交易；使用未经授权的帐户进行交易。在经过一年多的诉讼后，Tether 公司和 Bitfinex 交易所于 2022 年 10 月与 CFTC 达成和解，和解协议包括以下内容：Tether公司向CFTC支付4100万美元罚款；Bitfinex因允许美国居民进行零售交易而被罚款 150 万美元；Tether 公司将在未来三年内向 CFTC 提供定期储备报告，并聘请一名独立审计师对其储备进行审计。[①]

2020 年 10 月，CFTC、FBI、美国司法部（DOJ）联合起诉 BitMEX 及其创始人高管。起诉状中指出，BitMEX 向美国投资者提供加密货币衍生品的杠杆交易服务，而 BitMEX 则充当某些交易的交易对手；同时，BitMEX 没有向 CFTC 注册为商品期货交易商；BitMEX 的高管未能实施合规措施，违反了《反洗钱法》和《反恐怖主义法》。BitMEX 的四名高管同时被起诉，其中三人被捕。最终，BitMEX 与 CFTC 达成和解协议，并同意支付 1 亿美元罚款。作为协议的一部分 BitMEX 还需实施一系列合规措施，以确保其交易平台符合 CFTC 监管标准。

2023 年 3 月 CFTC 同样以不合规的期权、期货交易与违反 KYC（Know your customer）、反洗钱合规义务等原因对币安提起了诉讼，详情可参考《美国如何“围剿”币安？》一文。

➢Ooki DAO —— 对 DAO（decentralized autonomous organization）的监管[②]

Ooki DAO 的前身是名为“bZx”的 DeFi 协议，主要用途是为链上提供虚拟资产质押实现杠杆交易，由从头寸建立到平仓的两种数字资产之间的价格差异决定最终盈利。由于 bZx 是一个基于区块链的 DeFi 协议，因此没有第三方中介机构来托管用户资产。bZx 最初是由 bZeroX LLC 及其创始人 Tom Bean 和 Kyle Kistner 在 2019 年开发并维护的，由于其偏向中心化的运营模式且在经营中出

① https://www.cftc.gov/PressRoom/PressReleases/8450-21

② https://www.cftc.gov/PressRoom/PressReleases/8715-23
https://www.cftc.gov/media/8736/enfookidaoorder060923/download

现了一定的问题，CFTC 很早就开始关注其运营问题。为了防范监管机构对 bZx 提起诉讼以及隔离个人风险，创始人在 2021 年 8 月决定成立 bZx DAO，通过将 bZx DeFi 控制权从 bZeroX LLC 整体转移给 bZx DAO 的方式实现了组织形式的转变，更名为 Ooki DAO。创始人在社群中公开宣称“DAO 可以有效防范监管机构的执法”。

讽刺的是，2022 年 9 月 22 日，CFTC 对 bZeroX LLC 及 Tom Bean 和 Kyle Kistner 提出指控，认为该组织：（1）非法提供数字资产商品交易；（2）从事只有注册期货佣金商户（futures commission merchants，FCM）才能进行的活动；（3）未履行《银行保密法》（BSA）要求的 KYC 等合规措施。同时，CFTC 在美国加州北区地方法院提起联邦民事执法诉讼，指控 Ooki DAO 同样违反了上述法律。CFTC 诉请包括民事赔偿、罚款，以及涉及 Ooki DAO 后续运营的各项禁令。

本案最终以法院支持 CFTC 的“不应诉裁决”结束，裁判 Ooki DAO 因经营非法交易平台和非法充当 FCM 而承担民事责任，处 643,542 美元的罚款，并命令永久关闭 Ooki DAO 的网站并从互联网上删除其内容。其中最受关注的一点是，法院认为 DAO 作为一种“非法人组织”（Unincorporated Association，UA 组织），符合 CEA 定义下的“人（Person）”，可以被作为被诉主体承担相应法律责任。这一认定的影响是，监管执法机构可以以此为突破口，对链上 DAO、DeFi、DEX 项目进行监管；参与 DAO 治理的成员将可能承担 DAO 的连带法律责任。

➢SEC v. CFTC 监管冲突

SEC 和 CFTC 之间存在长期的加密货币的管辖权限问题。加密货币通过豪威测试的情况下，将适用 SEC 的严格监管要求。SEC 倾向于认为所有代币（或数字金融资产）都可以轻易通过豪威测试而被认定为是证券，进而需要受到限制和监管，导致 SEC 和 CFTC 出现监管重合的问题。例如，币安于 2023 年先后被两个机构起诉，两者对币安的指控内容存在很多相似之处。

近期 SEC 的监管中心有所转移，逐渐偏向基于区块链技术和智能合约的去中心化金融系统（Decentralized Finance，DeFi）。DeFi 项目包括了借贷、稳定币、交易所、支付系统等各种金融服务，如果 DeFi 项目都在 SEC 监管范围内，那么几乎所有的数字金融资产都需要根据美国证券交易法律的规定进行注册。在智能合约交易中，加密货币可能作为期货、期权、衍生品进行交易，同样涉及 CFTC 的监管和批准。这在加密货币市场上引起了较大的争议。

针对管辖争议问题，美国国会于 2023 年提出了两项法案，分别是 Financial Innovation and Technology for the 21st Century Act（FIT21）和 Blockchain Regulatory Certainty Act。FIT21 将建立一个监管美国加密货币市场的制度，制定消费者保护措施，重点厘清 SEC 和 CFTC 对于数字资产的监管范围和权限，以 CFTC 作为数字资产的主要监管机构和非证券现货市场的监管机构，它将更清楚地定义某种加密代币是证券还是商品（去中心化程度低的数字资产归类为证券，由 SEC 监管；反之则归类为商品，由 CFTC 监管）。此外，FIT21 引入了一系列强化消费者保护的举措，包括但不限于：确保客户资金隔离存储以维护安全性，设立代币发行团队的锁定期以促进长期创新抑制短期投机行为，设定年度销售限额以防止市场过热，以及加强信息披露以提高透明度，就在本周四，2024 年 5 月 23 日，美国众议院以 279 票对 136 票正式通过了 FIT21，标志着加密行业在国会

取得了最重要的立法成就。参议院将在月底进行投票，未来该法案能否最终通过并成为法律，值得进一步关注。但 SEC 主席 Gary Gensler 仍然对该法案表示强烈反对，认为其会危及现有的证券法规并造成监管空白。[①]

III. OFAC

近年来，随着资助恐怖活动、犯罪企业和其他威胁的交易在全球范围内快速蔓延，财政部海外资产控制办公室（OFAC）在联邦政府的国家安全工作中发挥着越来越重要的作用。OFAC 的监管权限源于 1977 年通过的《国际紧急经济权力法》（IEEPA）以及《国家紧急状态法》（NEA）的规定，负责监督美国的所有金融交易，并可制裁任何对国家安全构成威胁的个人、实体或国家。OFAC 管理和执行所有基于美国国家安全和对外政策的经济和贸易制裁，包括对一切恐怖主义、跨国毒品和麻醉品交易、大规模杀伤性武器扩散行为进行金融领域的制裁。[②]

随着虚拟货币和其他新技术的出现，各参与交易的实体利用新兴技术逃避检测手段，OFAC 在执法工作中面临着前所未有的挑战。对此，OFAC 依赖其《经济制裁执法指南》（Economic Sanctions Enforcement Guidelines）、经济制裁计划（sanctions programs）和许可机构（licensing authority），进行调查和执法来处罚不良行为者。OFAC 会在其网站上定期公布更新指定受制裁的对象与制裁计划。

OFAC 的制裁方式有两类——一级制裁和次级制裁。一级制裁针对美国人与实体以及存在美国连接点的情况下的非美国人与实体；违反一级制裁的，除了面临行政罚款外，也可能被追究刑事责任（包括另行处以刑事罚金、对负责人处以监禁）。譬如，在币安案件中，除了支付与 OFAC 的和解金以外，币安还另行支付了与司法部的和解金，赵长鹏还受到美国司法部的关于洗钱的刑事指控。次级制裁针对不存在美国连接点的非美国人与实体，体现其“长臂管辖”的特点；次级制裁主要通过将制裁对象拉入特别指定国民和被冻结人员清单中（Specially Designated Nationals and Blocked Persons List, SDN 清单）、非 SDN-中国军工融合企业清单（Non-SDN Chinese Military-Industrial Complex Companies List，NS-CMIC 清单）等制裁清单的方式进行，常见后果主要是经济性的，包括自然人被禁止入境、在美国的资产被冻结、限制美元账户交易、无法获得美国金融机构的贷款和支付等服务。

OFAC 针对加密货币领域的执法行动的集中在两点：违反制裁规定为受制裁地区用户处理交易、为美国境内外非法网络活动提供洗钱服务等实质性的协助、赞助或金融和技术上的支持。

2020 年 12 月，OFAC 和比特币交易平台 BitGo 就其 2015 年至 2019 年期间违反针对克里米亚地区、伊朗、叙利亚和古巴等制裁要求的指控达成和解，BitGo 同意支付 98,830 美元罚款。根据和解协议，OFAC 经调查后确认 BitGo 有 183 项明显的违规行为，同时认定 BitGo 内部的合规程序存在缺陷，没有对用户做尽职调查和阻止受制裁地区（乌克兰克里米亚地区、古巴、伊朗、苏丹和叙利亚）的人员使用其非托管安全数字钱包管理服务。根据用于登录 BitGo 平台的设备相关的 IP 地址数据，BitGo 应当清楚知悉这些用户位于受制裁

① https://www.coindesk.com/policy/2024/05/22/secs-gensler-says-house-bill-would-undermine-regulators-crypto-capital-markets-oversight/?_gl=1*1k1unij*_up*MQ..*_ga*MTIwODUwMDgwMi4xNzE2NDA0MjA2*_ga_VM3STRYVN8*MTcxNjQwNDIwNi4xLjAuMTcxNjQwNDIwNi4wLjAuMjA0MzM1MDI3NA..

② https://ofac.treasury.gov/sanctions-programs-and-country-information

的司法管辖区，然而 BitGo 没有任何措施阻止此类用户访问其提供的服务，违反了关于该等地区的制裁法令。[①]此后，OFAC 对其他支付服务商的执法行动中也提出了类似的指控——“为受制裁地区的实体处理交易”，如 Bitpay（加密货币支付服务提供商）、Bittrex（提供加密货币与托管钱包服务）、Kraken（虚拟货币交易所）、Poloniex（虚拟货币交易所）、CoinList（虚拟货币交易所）以及币安。该等平台均存在因合规措施未实施或实施不足而未能有效识别制裁地区用户的情况，最后以赔偿和解金等方式与 OFAC 达成和解。

针对第二项监管重点，OFAC 将加密货币交易所 SUEX、Garantex 添加到特别指定国民和被冻结人员清单中（Specially Designated Nationals and Blocked Persons List, SDN List）[②]，原因是涉嫌为大量的勒索软件、暗网等加密货币犯罪活动提供了洗钱服务。2024 年 3 月 25 日，OFAC 宣布对俄罗斯的 13 个实体与 2 个个人实施制裁，其中包括加密货币交易所 Bitpapa 和 NetEx24，以及向受制裁的俄罗斯银行提供技术帮助的金融科技公司 B-Crypto、Masterchain、Laitkhaus 和 Atomaiz 等，据 OFAC 称，B-Crypt 与 SDN 名单中的 Rosbank 合作，为俄罗斯出口商使用虚拟货币进行跨境结算提供便利，而 Masterchain 和 Laitkhaus 则与俄罗斯中央银行、Sberbank 和其他受制裁的俄罗斯银行合作发行区块链代币（blockchain-based tokens）。[③]与以往针对加密货币交易所的制裁不同，此次制裁金融科技公司，是直接针对受制裁的俄罗斯金融机构建立其逃避制裁所需的基于区块链的支付轨道（blockchain-based payment rails）的能力。随着制裁力度加大，俄罗斯金融机构将继续寻求替代支付方式。今后，可能会看到 OFAC 继续关注俄罗斯对加密货币和其他替代支付方式的使用。

除了对提供加密货币服务的平台进行制裁，OFAC 在对 Tornado Cash 的执法[④]中将制裁对象扩大到加密货币地址。2022 年 8 月 8 日，OFAC 将混合器 Tornado Cash 以及其所服务的部分加密货币地址加入 SDN 清单，原因是该混合器在提供匿名化交易服务过程中，实际协助洗钱价值超过 70 亿美元。这一制裁导致数量众多的普通用户的账户被冻结，因此非盈利组织 Coin Center 及一些账户被冻结的当事人共同对美国财政部及时任部长提起了诉讼，认为 OFAC 依据 IEEPA 对 Tornado Cash 进行的制裁属于越权行为。IEEPA 的主要内容之一是授权冻结外国主体在美国的资产并禁止与之相关的交易，而原告认为 Tornado Cash 作为智能合约仅是一种计算机代码，不属于 IEEPA 项下的外国实体（这是 OFAC 将 Tornado Cash 列入 SDN 清单的法定依据），Tornado Cash 也并不在其所运行的智能合约中有任何“财产利益”。2023 年 10 月，法院在裁决中指出，Tornado Cash 属于组织结构和服务功能的实体，符合可被制裁的实体类型，而非单纯的自主计算机软件；其次，IEEPA 规定的“财产利益”应做宽泛解释，也包括法律上不可直接执行的利益，Tornado Cash 可以

①OFAC Enters Into $98,830 Settlement with BitGo, Inc. for Apparent Violations of Multiple Sanctions Programs Related to Digital Currency Transactions, https://ofac.treasury.gov/media/50266/download?inline

② Publication of Updated Ransomware Advisory; Cyber-related Designation https://ofac.treasury.gov/recent-actions/20210921
Treasury Sanctions Russia-Based Hydra, World's Largest Darknet Market, and Ransomware-Enabling Virtual Currency Exchange Garantex https://home.treasury.gov/news/press-releases/jy0701

③ US Treasury's OFAC sanctions Russia-based crypto exchanges and fintech's for facilitating sanctions evasion https://www.trmlabs.com/post/us-treasurys-ofac-sanctioned-russia-based-crypto-exchanges-and-fintechs-for-facilitating-sanctions-evasion

④ U.S. Treasury Sanctions Notorious Virtual Currency Mixer Tornado Cash, https://home.treasury.gov/news/press-releases/jy0916

从智能合约支持的交易中获取代币收益，因此其本身及相关加密货币地址可以被 OFAC 实施制裁。

➢建立针对 OFAC 监管的合规框架

OFAC 于 2019 年 5 月 2 日发布了《合规承诺框架》（A Framework for OFAC Compliance Commitments），该框架并非强制性法规，但 OFAC 强烈建议受到美国司法管辖的主体，以及与美国、美国人开展交易或者使用美国产品或服务的外国实体，制定、实施及定期更新其内部的制裁合规体系（sanctions compliance program，“SCP”），且每个 SCP 应当包含至少以下五个必要合规要素：

（1）管理层承诺：高级管理层应当审查批准 SCP，确保公司合规部门有足够权限、资源执行 SCP，在公司推广合规文化，采取必要的措施防止违反 OFAC 规则；

（2）风险评估：对特定客户、产品、服务和地理位置作出制裁风险评估，以发现相关风险，协助决策和内控；

（3）内部控制：制定书面政策和程序，进行充分内部控制以识别、阻断、升级、报告和记录可能被 OFAC 禁止的活动，迅速有效的应对内部控制漏洞；

（4）合规测试和审计：测试和审计工作应向高级管理层汇报，且应当独立于被审计行为，并由具备足够权限、技能、专业能力和资源的人员进行，以反映对 OFAC 制裁相关风险综合客观的评价；

（5）培训：向员工和利益相关者（例如客户、供应商、业务伙伴和相对方）提供信息和指导，并为高风险员工提供专门的培训，相关培训范围、频次应适当，且资料应便于获取，如果发现负面的测试&审计结果，应当立即对相关人员采取培训或其他纠正措施。

建立完善的 SCP 可以帮企业降低违反 OFAC 法规的风险，降低被制裁的概率，同时也是 OFAC 制裁体系中的减轻情节之一，如果企业已制定和执行有力的 SCP，即使未来仍因违法事项受到制裁，所受处罚也会相对减轻

IV. FinCEN

美国金融犯罪执法局（Financial Crimes Enforcement Network，FinCEN）成立于 1990 年，在 2001 年 9.11 事件后，因《美国爱国者法案》的要求被纳入美国财政部，成为其下属机构。FinCEN 的权利来自美国《银行保密法》（Bank Secrecy Act, BSA），该法明确规定了如果虚拟货币业务涉及虚拟货币的产生（获取）、转移、交易等行为，则应当受到 BSA 的规制。FinCEN 主要负责 BSA 的监督和管理工作，从事反洗钱（Anti-Money Laundering, AML）、打击恐怖主义融资（Combating the Financing of Terrorism, CFT）和 KYC 等方面具体工作，一方面，负责防范和惩罚国内外洗钱活动、打击恐怖主义融资和其他金融犯罪，另一方面负责收集和分析金融交易信息，通过研究金融机构的强制性披露信息，追踪可疑人员和活动。FinCEN 可以对违反 AML 等合规要求的公司处以民事罚款并协助、为 DOJ 的刑事调查提供证据支持。

FinCEN 将虚拟货币认定为货币[①]。2013 年 3 月，FinCEN 发布 Application of FinCEN's Regulations to Persons Administering, Exchanging, or Using Virtual Currencies，确定加密货币交易服务

① https://www.federalregister.gov/documents/2021/01/15/2021-01016/requirements-for-certain-transactions-involving-convertible-virtual-currency-or-digital-assets

提供商为货币服务企业（Money Service Business，MSB），在此框架下，加密货币交易平台须获得FinCEN许可，实施全面的反洗钱风险评估和报告机制。2019年5月9日发布的“Application of FinCEN’s Regulations to Certain Business Models Involving Convertible Virtual Currencies”[①]，明确了向美国人提供服务的虚拟货币“管理方”（如虚拟货币发行方，ICO相关项目方）和“兑换方”（如CEX、DEX这些虚拟货币交易所），如满足“资金传输者”（Money Transmitter）的定义，则属于BSA下的货币服务企业（Money Service Business，MSB）。所以，所有从事虚拟货币交易业务的主体都需要遵守BSA以及相关金融监管的规定并履行合规义务。FinCEN的合规义务包括要根据BSA向FinCEN进行登记、报告、接受FinCEN的监管、建立相应的反洗钱合规体系、收集客户信息并报告可疑的金融活动等一系列要求。

➢MSB支付牌照与AML

根据BSA规定，任何从事MSB业务的主体需要向FinCEN进行注册登记，但仅是因代理关系提供服务的主体除外，申报主体应当提供明确的代理人名单。从事以下业务的被认定为MSB货币服务业务：Money Orders（支付账单）、Traveler's Checks（旅行支票）、Money Transmission（货币传输）、Check Cashing（支票兑现）、Currency Exchange（货币兑换）和Prepaid Access（预付访问）。从事MSB业务的企业，其所有人和控制人（Owner or Controlling Person）是MSB牌照的申报义务人。进行MSB注册登记后，企业还需要满足日常信息报送与合规要求，包括但不限于：制定有效的AML合规计划；指定合规负责人，根据BSA的合规要求制定企业政策和内部管理程序，并持续监督和维护合规计划的运行；报告现金交易（业务中的交易主体在一天内进行现金收入或支出的货币交易，总额累计超过10,000美元时，企业应当向FinCEN报告，提交FinCEN Form 112）；报告可疑交易活动（当企业了解、怀疑或有理由怀疑从事MSB所涉交易存在问题，且涉及金额超过2,000美元时，应当将所涉及可疑交易活动向FinCEN报告，提交FinCEN Form 111）；定期申报。企业应每两年进行更新注册，如果根据州法发生所有权或控制权变化的，超过10%的表决权或股权利益的转让的，或代理人数量增加超过50%的，也需要更新注册。

2015年，FinCEN对Ripple Labs Inc.进行了70万美元的监管处罚，原因是Ripple Labs Inc.及其子公司XRP II, LLC故意违反BSA的规定，在未向FinCEN申请MSB牌照的情况下从事其虚拟货币XRP的销售及兑换，并且未能建立相应的反洗钱合规体系，未能收集客户信息并报告可疑的金融活动。[②]

2020年10月19日，FinCEN对Larry Dean Harmon，即Helix和Coin Ninja可兑换虚拟货币混币器的开发者、管理者及主要操作者处以6000万美元的民事罚款。Coin Ninja违反了BSA和相关的反洗钱法规。Harmon将Helix和Coin Ninja用作混币器，以协助客户匿名进行比特币交易。FinCEN指控Harmon故意未能：（1）注册为货币服务业务（MSB），（2）实施和维护有效的反洗钱计划，以及（3）提交可疑活动报告。FinCEN指控Harmon先生利用Helix和Helix Light进行类似于混合器的交易，包括与Grams暗网网站有关的

① https://www.fincen.gov/resources/statutes-regulations/guidance/application-fincens-regulations-certain-business-models

② https://www.fincen.gov/news/news-releases/fincen-fines-ripple-labs-inc-first-civil-enforcement-action-against-virtual

交易。Helix 向客户收取费用，以将比特币发送到与客户的 Grams 帐户关联的指定钱包地址，客户会将比特币发送给 Helix，后者随后会将比特币传输到在许多不同的加密货币交易所持有的 Helix 拥有的帐户，然后，Helix 将把 Helix 拥有并保存在另一个比特币地址的比特币传输给客户，从而从而打破公共分类账上交易历史记录的链接，交易无法再追溯到客户。

2023 年，币安因违反 BSA、AML 义务和多项制裁计划被 OFAC 和 FinCEN 等监管机构起诉，支付天价罚款后和解。详见《美国如何“围剿”币安？》。

2024 年 4 月 25 日，FBI 发布了一则关于加密钱包的警告公告（Alert on Cryptocurrency Money Services Businesse）[①]。公告提醒美国人不要使用未按美国联邦法律注册为货币服务业务（MSB）的加密货币传输服务。FBI 还提供了 FinCEN 的官方工具，让用户可以查询一家公司是否注册为 MSB。

V. IRS

美国国家税务局（Internal Revenue Service），隶属于美国财政部。2014 年 3 月，IRS 出于税收目的，将虚拟资产定义为“财产（Property）”[②]，与 CFTC、SEC 和 FinCEN 的定义都不相同。IRS 设置了针对虚拟资产相关交易的征税指导，适用于财产交易的一般税收原则也适用于使用虚拟资产的交易。在 IRS 于 2014 年发布的虚拟资产总括性文件 IRS Notice 2014-21 之后，IRS 又于 2019 年发布了 Revenue Ruling 2019-24 文件[③]，对虚拟资产相关交易的税收问题进行了进一步的细化。2022 年 10 月，IRS 发布了关于非同质化代币（NFTs）的新指南（Revenue Ruling 2022-25），明确了这些代币的税务处理方式。预计该提案将于 2023 年 12 月 31 日之后开始的纳税年度生效，但目前仍然需要通过审批程序。

2024 年 1 月 1 日开始，新的税务报告法已在美国生效，所有在贸易或业务过程中收到 10000 美元或以上加密货币的美国人都必须在 15 天内向 IRS 提交报告。[④]2024 年 1 月 22 日，IRS 提醒纳税人，在提交 2023 年联邦所得税表时，必须再次回答数字资产问题并报告所有数字资产相关收入，数字资产包括可兑换的虚拟货币和加密货币、稳定币和不可兑换代币（NFTs）。[⑤]

尽管 IRS 早在 2014 年就发布了关于加密货币税收的指导，但随着市场的不断演进，现有的税收规则已难以满足监管需求。在此背景下，IRS 于 2024 年 4 月 18 日发布第一个专用于数字资产交易的税务报表草案 1099-DA，1099-DA 表格将适用于 2025 年的纳税申报制度。[⑥]这一表格旨在为加密货币交易提供一个更加明确和标准化的报告框架，要求经纪商报告其客户的数字资产交易信息，包括代币代码和钱包地址等详细信息。这将有助于计算投资者在交易数字资产时产生的应税收益或损失。此外，该表格还将提供关于交易的详细信息，如交易日期、数量、成本基础和销售价格等，从而使得税务机构能够更准确地评估纳税人的税务责任。

① https://www.ic3.gov/Media/Y2024/PSA240425
② https://www.irs.gov/businesses/small-businesses-self-employed/digital-assets
③ https://www.irs.gov/pub/irs-drop/rr-19-24.pdf
④ https://news.bitcoin.com/new-crypto-tax-law-takes-effect-in-us-transactions-of-10000-or-more-must-be-reported-to-irs-within-15-days/#google_vignette
⑤ https://www.irs.gov/newsroom/taxpayers-should-continue-to-report-all-cryptocurrency-digital-asset-income
⑥ https://www.irs.gov/pub/irs-dft/f1099da--dft.pdf

➢IRS-CI（国税局刑事调查局）

IRS-CI是美国国税局的刑事调查部门，多年来调查税务和金融犯罪，在数字领域的金融犯罪也是他们的管辖范围。CI特工领导了对币安及CZ的刑事调查，为刑事指控和民事处罚提供了依据。调查中收集到的证据证明，该公司及其创始人没有制定有效的反洗钱计划，该公司没有按照联邦法律的要求注册为汇款人，而且该公司故意违反了IEEPA相关的制裁措施。2023年8月24日，据美国财政部新闻稿，司法部对 Roman Semenov 和 Tornado Cash 的第二位联合创始人 Roman Storm 提起了诉讼，后者被联邦调查局和国税局逮捕，指控其串谋洗钱、串谋经营未经许可的资金传输业务以及串谋违反制裁规定。[①]本案中，CI特工利用他们的金融专业知识来跟踪加密货币交易的流程，并瓦解试图隐瞒其资金犯罪来源的主要洗钱组织，这一诉讼是IRS-CI与美国和国外执法伙伴合作的成果。

➢加密货币税收制度

根据IRS的定义，加密货币都被归类为财产而不是货币，并遵守财产交易的一般税收原则。这意味着大多数加密货币交易都需要缴纳资本利得税（capital gains tax）。IRS将加密货币广泛定义为“记录在加密安全分布式账本或任何类似技术上的价值的数字表示形式”。根据这个定义，加密货币包括但不限于可兑换虚拟货币、加密货币、稳定币和不可替代代币（NFT）。

根据现行法规，以下加密货币交易被视为所得税事件并须遵守所得税规则：通过空投接收加密货币；来自DeFi借贷的加密货币收入；来自区块奖励和交易费用的加密货币挖矿收入；从流动资金池和计息账户接收加密货币；接收加密货币作为工资、补偿等。如果投资者通过空投或硬分叉等方式获取新的加密货币，一般需要将获取时的公平市场价值纳入其成本基础，并缴纳相应的所得税。

需缴纳资本利得税的加密货币交易包括：将加密货币转换为法定货币；赠送加密货币；使用加密货币购买商品和服务；将一种加密货币兑换成另一种加密货币。在从事需缴纳资本利得税的加密货币交易时，投资者需要通过售价减去成本基础来计算资本利得或损失，并缴纳相应的资本利得税。

对于铸造代币（minting tokens），IRS尚未明确阐明铸造代币（包括公开铸造NFT或铸造生息资产）是否会触发应税事件，可能需要未来的法规或裁决来明确。一种可能的观点是，铸造代币类似于加密货币挖矿，因为它们都涉及到使用计算资源来创建新的数字资产，则铸造代币可能会按照所得税规则进行征税。

针对 DeFi 而言，虽然目前还没有关于 DeFi 交易的任何明确的IRS指导，但由于加密货币质押（Staking）在美国被视为收入征收所得税，因此从税收的角度来看，通过DeFi平台赚取的收益很可能也被视为收入，从而适用所得税规则。

IRS 建议加密货币投资者应尽可能具体识别他们处置的资产。这意味着，如果投资者能够具体识别他们正在处置的资产，他们可以使用特定识别（Spec ID）方法中的成本基础方法，例如HIFO、LIFO和FIFO。一旦选择了成本基础方法，在计算损益时必须始终如一地应用它。

➢报告义务

根据新的税务报告法，从事贸易或商业的美国加密货币用户，应向IRS报告任何1万美元及

① https://www.justice.gov/usao-sdny/file/1311391/dl?inline

以上的加密货币交易，这就引起了新规范何时适用的问题。例如，有人提出将加密货币作为“爱好”的人不受新规则限制。他们认为美国大多数临时加密货币投资者没有出于税收目的进行“交易或业务”。对于投资者来说，要成为交易者或企业，他们必须向美国国税局进行名为 sec 475 的税务选择。目前这只适用于高频股票交易者。因此，根据现行税收规定，加密货币投资者（即使他们想进行交易或开展业务）从技术上讲无法进行“交易或业务”。

经纪商（包括数字资产交易平台、数字资产支付处理商和某些数字资产托管钱包提供商）将需要向投资者出具 1099-DA 表格[①]，以便在 2025 年 1 月 1 日或之后进行数字资产的销售或交换。此表格将报告总收益，并在某些情况下报告收益、损失和成本基础信息。

Coinbase 和 PayPal 等支付平台向接受加密货币商品或服务付款的个人发放 1099-K 表格。1099-K 表格报告了纳税年度内收到的加密货币付款总金额。然后，纳税人应在 1040 表格上报告这些收入。

VI. Fed

美联储（Fed）在监管加密货币方面，一直与银行监管机构密切合作以制定一致的方法。美联储监督副主席 Michael S. Barr 在演讲[②]中表示，几十年来，联邦银行监管机构已经阐明了对管理、监控和控制安全与稳健风险的监管期望。这些期望通常是基于原则的——这意味着它们可以应用于各种情景。鉴于人们对加密资产活动的兴趣日益浓厚，Fed 努力提供清晰透明的指导。2022 年 8 月，Fed 发布了一份针对从事或寻求从事加密货币相关活动的银行的监管指导信，[③]提醒公司考虑从事与加密相关的活动时，首先要确保活动合法，并且有足够的控制措施来确保这些活动能够以安全和稳健的方式进行并遵守所有适用法律。信中还提醒银行需要就与加密资产相关的活动和监管事宜通知 Fed。2023 年 1 月 3 日，委员会和其他银行监管机构（货币监理署、联邦存款保险公司）发布了另一份联合声明，建议银行关注一系列关键风险。[④]这些风险的范围包括，加密货币参与者的欺诈、诈骗风险，洗钱和恐怖主义融资，以及稳定币运行风险。[⑤]1 月下旬，委员会发布了一项政策声明，表示无论受监管银行的存款保险状况如何，委员会都将对包括加密资产相关活动在内的活动采用相同的许可标准。[⑥]发行稳定币或美元代币的银行必须证明他们有适当的控制措施以安全和稳健的方式这样做。2 月 23 日，Fed 通过与其他银行监管机构联合发布的另一份声明进一步明确了监管预期。[⑦]该声明强调，各监管机构需要

① 1099-K 表格主要用于报告电子支付渠道的收入情况，如在线购物平台、信用卡支付系统、第三方支付服务等。

② *Supporting Innovation with Guardrails: The Federal Reserve's Approach to Supervision and Regulation of Banks' Crypto-related Activities* https://www.federalreserve.gov/newsevents/speech/files/barr20230309a.pdf

③ SR 22-6 / CA 22-6, “Engagement in Crypto-Asset-Related Activities by Federal Reserve-Supervised Banking Organizations,” https://www.federalreserve.gov/supervisionreg/srletters/SR2206.htm.

④ Board of Governors of the Federal Reserve System, “*Joint Statement on Crypto-Asset Risks to Banking Organizations*,” news release, January 3, 2023, https://www.federalreserve.gov/newsevents/pressreleases/bcreg20230103a.htm.

⑤ 重点强调的八个具体风险如下：（1）加密货币参与者之间的欺诈或诈骗风险；(2) 托管实践、赎回和所有权方面的法律不确定性；(3) 加密货币公司声称拥有存款保险；(4) 加密资产价值的波动性；(5) 稳定币的风险；(6) 相互关联的加密货币参与者的传染风险；(7) 可能不公平、欺骗或滥用，对散户和机构投资者、客户和交易对手造成重大损害的行为；（8）风险管理缺乏“成熟性和稳健性”。

⑥ Board of Governors of the Federal Reserve System, “Federal Reserve Board Issues Policy Statement to Promote a Level Playing Field for All Banks with a Federal Supervisor, Regardless of Deposit Insurance Status,” news release, January 27, 2023, https://www.federalreserve.gov/newsevents/pressreleases/bcreg20230127a.htm.

⑦ Board of Governors of the Federal Reserve System, “Agencies Issue Joint Statement on Liquidity Risks to Banking Organizations Resulting from Crypto-

了解与某些加密行业附属存款相关的流动性风险，希望银行评估和管理其资金来源的流动性风险。

Barr 还强调了稳定币存在的特殊风险。任何发行以美元计价货币的实体应接受 Fed 的审慎监管和监督。稳定币发行者宣称其负债可以按面值兑付，但实际支持资产的价值可能波动且不能立即变现，存在操作风险。当价值和流动性不匹配时，会出现挤兑风险。

VII. FASB

财务会计准则委员会（FASB）发布了会计准则更新 Accounting Standards Update（ASU），旨在改进某些加密资产的会计和披露。ASU 要求实体在每个报告期以公允价值计量加密资产，以提高透明度并降低加密资产会计实践的复杂性。这一变化也强化了在企业资产负债表上写上比特币的合理性。

VIII. OCC

OCC（货币监理署）隶属于美国财政部，是联邦银行最早的监管机构，负责管理国家银行和储蓄协会。其职责包括授予国民银行特许经营权、审查设立与合并的申请、执行相关法规，以及发出终止令、罚款、取消特许经营权等。RFIA 授权了 OCC 可以依照国家银行法为发行稳定币的机构颁发特殊存管机构牌照，规定了特殊存管机构的资本要求、社区贡献计划、恢复和解决计划以及特殊控股公司监管等方面的具体细则。

2021 年 11 月 8 日，OCC 发布了 1179 号解释函[①]，主要针对以下两点为加密货币的监管提供了指导：1.明确了国家银行和联邦储蓄协会可以参与特定加密货币相关活动的条件，例如为加密货币资产提供托管服务、持有充当加密货币资产的存款等稳定币储备，以及参与区块链网络和相关技术；2.OCC 设立可从事加密货币相关活动的国家信托银行的权力。解释函中概述了这些银行必须满足的监管框架和要求，以确保它们在金融体系内安全稳健地运营。该解释旨在明确受监管金融机构与加密货币相关的允许活动范围，强调适当风险管理和遵守现有法律法规的必要性。

IX. FTC

FTC（联邦贸易委员会，Federal Trade Commission）成立于 1914 年，由主席与四名委员组成。作为一个独立机构，FTC 不受美国总统的直接控制。FTC 成立的初衷是为了执行反垄断法，但 1938 年之后保护消费者也成为其使命之一。如今，隐私保护和信息安全已经成为其重要的工作内容。在 2010 年《多德–弗兰克金融改革与消费者保护法案》（Dodd–Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act）设立消费者金融保护局（Consumer Financial Protection Bureau，以下简称 CFPB）之前，FTC 对《公平信用报告法》（Fair Credit Reporting Act，以下简称 FCRA）有规则制定权。FCRA 后被 2003 年的《公平和准确信贷交易法》（the Fair and Accurate Credit Transactions Act of 2003，FACTA）和《格雷姆–里奇–比利雷法案》（the Gramm–Leach–Bliley Act of 1999，GLBA）修

Asset Market Vulnerabilities," news release, February 23, 2023, https://www.federalreserve.gov/newsevents/pressreleases/bcreg20230223a.htm.

① Bank Activities: Chief Counsel's Interpretation Clarifying Authority of a Bank to Engage in Certain Cryptocurrency Activities and Authority of the OCC to Charter a National Trust Bank
https://www.occ.gov/news–issuances/bulletins/2021/bulletin–2021–57.html

订。GLBA 要求 FTC 和其他监管金融机构的政府机构实施法规，以执行法案的金融隐私条款，FTC 对任何金融机构或其他不受其他政府机构监管的金融机构都有管辖权。

2023 年 7 月，FTC 以未能维持流动资产或最低准备金等原因对 CELSIUS NETWORK INC.等关联公司以及 Alex Mashinsky（Celsius 前 CEO）等 Celsius 高管提起诉讼。[①]FTC 称，“至少从 19 年到 2022 年 6 月，被告欺骗消费者将其加密货币资产转移到 Celsius 平台，并谎称其存款是安全的，并保证以‘无风险’的方式为消费者赚取利润，还保证保持足够的储备，供客户随时收回该货币，因为 Celsius 有‘数十亿美元的流动资金’，但事实上，被告挥霍了消费者的存款，包括进行无担保和无担保的贷款，也没有保持足够的流动性资金，Celsius 甚至于还声称其是银行业的一个安全替代机构”。FTC 还阐述了被告在商业活动中做出的虚假称述。

因此，FTC 认为，被告的做法和行为违反 FTC Act 和 GLBA，并构成虚构、欺诈、欺骗等行为。最终，FTC 与 Celsius 达成了和解，永久禁止该平台处理消费者资产，并指控三名前高管通过虚假承诺存款安全且随时可用，来欺骗消费者将加密货币转移到该平台。

➢联邦立法

从 2022 年开始，随着加密货币在主流社会的普及，美国国会推出了多项法案，旨在为新兴行业提供更多指导。2022 年 4 月，民主党参议院 Patrick Toomey 提出了一项《图米稳定币法案》（Stablecoin TRUST Act），旨在为稳定币建立监管框架，并将数字资产整合到现有的税收和银行法中，刺激数字资产领域的创新。该法案授权了发行稳定币的三种主体：国家有限支付的稳定币发行方、被保险存款机构和汇款业务商，为稳定币发行者制定了标准要求，并将稳定币和证券区分开来，并对设计稳定币和其他虚拟货币的交易实施隐私保护。

2023 年出现了多项立法和监管进展，反映了数字资产领域监管清晰度和监督的需要。这些进展涵盖了多个重要方面，包括支付稳定币的发行和监管、数字资产的定义、市场结构和税收等。

共和党参议员 Bill Hagerty 提出了《支付稳定币透明度法案》（The Clarity for Payment Stablecoins Act of 2023），旨在规范支付稳定币。该法案规定，只有特定实体，例如受保存款机构的子公司、联邦合格的非银行支付稳定币发行人以及州合格的支付稳定币发行人，才有权发行已颁布的支付稳定币。联邦非银行发行人将受到类似银行的监管，包括资本、流动性、风险管理和合规标准。该立法将支付稳定币归类为非证券。

2023 年 7 月，国会推出了 RFIA 的更新版本，旨在在区块链公司和利益相关者之间不断蔓延的破产浪潮中提供更好的消费者保护。另一项立法进展是与 FIT21 一起提出的 Market Structure Act。该法案旨在明确 CFTC 和 SEC 在数字资产行业的监管角色。它授予 CFTC 对数字商品市场的控制权，并明确了代币的分类，指出投资合同本身并不将代币归类为证券。

➢州立法

许多州政府已经提出或通过了影响加密货币和区块链技术的法律，其中大部分活动发生在立法部门。州一级的监管方法通常有两种。一些州试图通过非常有利的法规来推广这项技术，这些法规将加密货币排除在州证券法和货币传输法规

① https://www.ftc.gov/legal-library/browse/cases-proceedings/222-3137-celsius-network-inc-et-al-ftc-v

之外。这些州希望利用对该技术的投资来刺激当地经济并改善公共服务。怀俄明州就是其中最有代表性的例子。它通过立法，允许设立一种新型银行或特殊目的存款机构，这些以加密货币为重点的银行可以同时充当托管人和受托人，旨在让企业安全合法地持有数字资产。该州还通过了旨在简化 DAO 成立的立法。通过发布 DAO 补充法案，怀俄明州成为第一个监管 DAO 并将其视为有限责任公司（“LLC”）形式的州。该州迄今为止最有野心的尝试是颁布《怀俄明州稳定代币法案》。该法案为怀俄明州发行美国首个政府发行的稳定币铺平了道路。邻近的犹他州也效仿怀俄明州，颁布了自己的《去中心化自治组织法案》，允许未注册为营利性企业实体或非营利性实体的 DAO 在法律上与国内 LLC 有等同的法律地位。此前，犹他州允许使用数字资产向政府机构付款。加利福尼亚州州长否决了拟议的《数字金融资产法》，该法案禁止交易所和其他各方从事数字金融资产业务活动，除非获得该州金融保护和创新部的许可。

然而，越来越多的州要求区块链公司获得汇款许可证和严格遵守州蓝天证券法，从而使区块链公司在其境内运营变得更加困难。在过去的一年里，包括佛罗里达州和哥伦比亚特区在内的多个州修改了其汇款法规，将虚拟货币或加密货币纳入其中，并要求某些中介机构拥有州颁发的许可证。去年，多州联盟也纷纷成立，以保护其州证券法免受区块链领域一些最大公司的侵害。2023 年 6 月 6 日，在加利福尼亚州和纽约州等九个州组成的工作组进行调查后，并在美国证券交易委员会的协助下，每个州都对加密货币交易所 Coinbase 及其母公司开展了执法行动，指控 Coinbase 的质押奖励计划构成了违反州证券法的未注册证券销售。另外五个州联盟向 Nexo Inc.提交了禁令申请，指控 Nexo 在其州内提供未注册证券，违反了其州蓝天法。2023 年 1 月 19 日，Nexo 与多州联盟达成和解，总额为 2250 万美元。与其他行业一样，一个清晰的模式正在浮现：经济规模较大的大州计划监管区块链技术，而较小的州则寻求成为区块链利益相关者的监管避难所。

➢联邦与州法冲突

如果联邦法和州法之间存在矛盾或冲突，就会导致法条竞合问题。这可能会给市场参与者和监管机构带来困扰，影响监管的有效性。例如，2019 年，纽约州金融服务局（NYDFS）起诉 OCC，声称 OCC 颁发的特殊目的国民银行牌照（Special Purpose National Bank Charters，SPNB）不符合《国家银行法》（National Bank Act）的规定。主要原因是 SPNB 牌照下的主体是“金融科技公司”（fintech companies），不属于存款接收方，并非《国家银行法》规定的从事银行业务的主体。因此，主张 OCC 颁发 SPNB 牌照没有法律依据。

法院经审理认可 NYDSF 的主张，认为 OCC 将牌照许可范围扩大到非存款接受主体，超出了法定权限，因此命令 OCC 暂停授予牌照。可见联邦层面的立法并不完全具有优先权。因此，联邦法层面设置的规定最终需要与州法律协同，才能够顺利推行，应确保支付牌照双层监管模式下的合作和信息沟通，减少监管漏洞与风险。

梳理完各部门、联邦和州队加密货币的监管现状后，不难看出，除了反洗钱（AML）、客户尽调（KYC）、资金和数据安全等方面的基础合规要求，还需要从事加密业务的企业针对技术安全和商业模式进行合规管理，如要求企业证明在网络安全、数据保护、私钥管理等方面的技术保障，防止黑客攻击或者资金损失；要求对于企业商业

模式、内部的风控管理和评估机制进行审查，并定期提交经审计的财务报告和合规报告等。

目前，由于美国尚未形成一套综合、完善的监管框架，难以针对性地进行合规工作。以Coinbase为例，长期以来，Coinbase一直是业内公认的合规程度最高的加密货币交易平台。Coinbase的目标是通过以可信、安全和合规的方式提供由加密技术支持的金融服务来实现这一目标。迄今为止，Coinbase已拥有超过1.08亿用户，业务遍及一百多个国家。[①]Coinbase的业务模式具有以下特征：（1）主要运营三类业务：数字货币等数字资产交易、托管等数字资产服务、区块链技术研发等其他服务，数字资产交易是主要营收来源；（2）与其他头部数字资产交易所相比，Coinbase的数字证券、数字货币产品种类较少，且未提供期货等衍生产品，合规性强是其主要优势。Coinbase 业务模式高度合规化，在多个国家和地区持有牌照。尽管如此，Coinbase 仍在美国遭受了极大的监管重压。

自2017年，Coinbase已持有美国虚拟货币提供商和纽约州货币转账业务的运营许可证。根据其运营许可证条款，Coinbase 必须建立和维护合规的反洗钱计划，并同意接受纽约州金融服务部（NYDFS）的监督，NYDFS负责确保纽约金融服务业的安全和稳健发展。2020年初，NYDFS通知Coinbase 在其 2018/19 年度的监督安全性和稳健性检查中发现的问题。因此，Coinbase 承诺审查其合规计划，并在2020年晚些时候聘请了一家外部咨询公司进行独立评估。最终报告于2021年2月提交，提出了若干改进建议，Coinbase 相应地制定了覆盖反洗钱（AML）和制裁的整改计划。然而，在2020年和2021年期间，Coinbase的新客户和交易量呈指数级增长，其金融犯罪合规系统和控制措施并未同步发展和扩展。其中最严重的不合规问题涉及Coinbase的反洗钱、反恐融资合规计划，尤其是在监管客户开设账户和交易监控义务方面。[②]

Coinbase 针对新客户开设账户的 KYC、EDD（尽职调查）在新用户爆炸式增长的情况下“不成熟也不充分”，主要体现在：没有知情的客户风险评级的客户档案；缺乏对客户风险评级的质量保证；客户文件仅包含一份带照片的身份证件副本；最低限度的客户身份验证，忽略不准确或不完整的信息；在没有账户目的和预期年度活动等基本信息的情况下开设账户；对高风险客户的EDD未及时完成；粗略、不完整的EDD报告。

交易监控（TM）是有效的反洗钱合规计划的另一个基石，使公司能够识别、调查和报告潜在的可疑交易。如果经过优化并得到优质客户 KYC 数据的支持，交易监控将不仅仅是事后检测控制；它还可以防止犯罪分子利用金融机构为非法活动提供便利。到2021年底，Coinbase的合规性已经不堪重负，大量积压的未经审查的交易监控警报”，使其平台面临被犯罪分子和其他不良行为者利用的风险。监管机构将容量规划和“缺乏足够的合规人员”视为警报建立的根本原因。

2023年6月，SEC起诉Coinbase，指控其开展非法证券交易业务。SEC称，至少从2019年开始，Coinbase就以“虚拟货币交易中介”的角色赚取了数十亿美元。SEC认为，Coinbase提供的13种数字资产符合证券条件，但其从未注册为经纪人、国家证券交易所或清算机构，从而规避了证

① www.coinbase.com

② NYDFS Consent Order https://www.dfs.ny.gov/system/files/documents/2023/01/ea20230104_coinbase.pdf

券市场的披露计划，由此认为其核心业务从根本上来说是非法的。Coinbase 回应了 SEC 的指控，表示已努力确保遵守金融法规，并坚称自己提供的产品不符合证券资格。

美国其他州的监管机构也在对 Coinbase 施加压力。例如，阿拉巴马州证券委员会已联合加利福尼亚州、伊利诺伊州、肯塔基州、马里兰州、新泽西州、南卡罗来纳州、佛蒙特州、华盛顿州和威斯康星州的监管机构对 Coinbase 发起了诉讼，指控 Coinbase 的质押计划违反了该州的证券法。根据法院要求，Coinbase 有 28 天的时间可以向 ASC 解释其质押计划未违反州证券法的原因。

面对美国的监管压力，Coinbase 开始积极向欧洲市场扩张。Coinbase 国际和业务发展副总裁 Nana Murugesan 表示，公司将继续在全球范围内寻求监管合规。目前，Coinbase 已在爱尔兰获得了电子货币机构许可证和 VASP 注册；在德国获得了加密资产许可证；并在欧盟其他大型成员国（包括西班牙、意大利和荷兰）获得了多项国家注册。Coinbase 表示期待与爱尔兰、德国和其他主要欧盟成员国的监管机构合作，在 MiCA 法规推出后充分发挥这一行业的潜力。

涉外多元一体化商事争端解决机制实证研究

张美萍、张澄澄 ①

张美萍律师，二级律师，北京德和衡律师事务所常务副主任、高级权益合伙人，北京德和衡（青岛）律师事务所主任，司法部全国千名涉外律师人才、山东省首批公司法及涉外领域双专业律师。张美萍律师专注公司法律事务、跨境投融资与并购、国际贸易、境内外重大民商事争议解决等，并在上述领域业绩丰富。

张澄澄律师毕业于中国人民大学法学院，后赴日本庆应义塾大学取得法学硕士学位，专业基础扎实，执业以来，参与办理了团队内诉讼案件和非诉讼事务，在国际贸易、投融资业务、金融业务、争议解决领域具有丰富的实践经验。服务过的客户包括山东港口集团、山东港口国际贸易集团、山东港口金融控股有限公司、青岛港 QQCT、青岛财通集团、青岛云路先进材料技术股份有限公司、青岛云路新能源科技有限公司等。多篇论文获省、市级表彰及华东律师论坛优秀论文一等奖。

摘　要：最高人民法院发布的《关于设立国际商事法庭若干问题的规定》第十一条提出构建调解、仲裁、诉讼“一站式”国际商事纠纷解决机制，其核心在于在争议前和争议阶段，争端解决机制即可以提供相关几乎所有的法律服务，包括争议解决，即我国在“一带一路”倡议下所提出的“诉讼—仲裁—调解”三位一体争端解决机制。本文将基于现有商事争端解决方式的制度构建及运行机制，结合《工作指引》所特别规定的中立评估程序的工作要求，探讨如何构建符合区域发展特征的多元化一站式商事争端解决机制。

关键词：多元化国际商事争端解决机制；国际商事仲裁；国际商事法庭诉讼；国际商事调解

① 张美萍，北京德和衡（青岛）律师事务所，高级权益合伙人
张澄澄，北京德和衡（青岛）律师事务所，实习律师

随着对外开放水平的不断提高，涉外商事活动蓬勃发展，包括国际贸易、跨境航运、服务贸易、对外投融资等在内的多领域、多层次涉外商事活动均呈现出数量显著增加，规模不断提升的突出特征。与此同时，涉外商事争端数量也随之增长，如何有效解决涉外商事争端，降低企业涉外商事争端解决成本，节约高效之维护我国企业之合法权益，已经成为一个亟待解决的突出问题。

根据最高人民法院 2022 年 10 月 28 日在第十三届人民代表大会常委会上所做的关于人民法院涉外审判工作情况的汇报，仅 2021 年全国法院受理的一审涉外民事案件即达到 2.73 万件；与此同时，中国国际经济贸易仲裁委员会公布的数据显示，2021 年，仅贸仲受理的涉及 93 个国家和地区的涉外、涉我国港澳台地区案件即达到 636 件。全国涉外商事争端案件呈现出数量多、标的大、案件情况复杂的突出特点。

自 2018 年以来，最高人民法院切实贯彻中共中央办公厅、国务院办公厅《关于建立“一带一路”国际商事争端解决机制和机构的意见》重大部署，建立了诉讼与调解、仲裁有机衔接的“一站式”国际商事纠纷多元化解决机制。2023 年 12 月 29 日，最高人民法院更是发布了《“一站式”国际商事纠纷多元化解决平台工作指引（试行）》（以下简称《工作指引》），以进一步推动实现多跨协同，聚合多元机构，一体化解决商事争端机制。

本文将基于现有商事争端解决方式的制度构建及运行机制，结合《工作指引》所特别规定的中立评估程序的工作要求，探讨如何构建符合区域发展特征的多元化一站式商事争端解决机制。

一、国际商事争端解决的模式及运行机制：诉讼与仲裁

最高人民法院发布的《关于设立国际商事法庭若干问题的规定》第十一条提出构建调解、仲裁、诉讼“一站式”（one-stop shop）国际商事纠纷解决机制，其核心在于在争议前和争议阶段，争端解决机制即可以提供相关几乎所有的法律服务，包括争议解决，即我国在“一带一路”倡议下所提出的“诉讼—仲裁—调解”三位一体争端解决机制。

现阶段要完善涉外多元一体化商事争端解决机制的一个重要问题，便是阐明包括诉讼、仲裁、调解在内的、不同涉外商事争端解决机制，各自在我国现有法律法规、规范性文件以及签订的国际条约背景下如何运行。

（一）国际商事仲裁

1、国际商事仲裁的制度构建与适用范围

（1）我国国际商事仲裁制度的现有制度背景

要讨论国际商事仲裁制度，首先必须确认国际商事仲裁中“国际”与“商事”的界定。我国于 1986 年正式加入了《关于承认及执行外国仲裁裁决公约》（“《纽约公约》”），后又于 1994 年 8 月 31 日正式颁布《中华人民共和国仲裁法》（“《仲裁法》”），可以说，《仲裁法》是在参照了包括《纽约公约》在内的相关国际性法律文件的基础上制订的。基于此，确认了与国际商事仲裁惯常做法相接轨的商事仲裁原则。《仲裁法》不仅适用于国内仲裁，同时也适用于国际商事仲裁。

我国成文法律对国际商事仲裁适用的特殊规则集中见于《仲裁法》第七章，但须指出的是，该

章在立法层面上具有突出的指向性特征。一方面，国际商事仲裁除特殊规定外，适用于《仲裁法》的一般规则；另一方面，第七十三条也明确规定，国际商事仲裁规则可以由中国国际商会依照本法和民事诉讼法的有关规定制定。基于此规定，隶属于中国国际商会（中国国际贸易促进委员会）的中国国际经济贸易仲裁委员会（“CIETAC”）于 1988 年、1994 年、1995 年、1998 年、2000 年修订了详细的仲裁规则，目前，作为我国最主要的国际商事仲裁机构，2000 年 CIETAC 仲裁规则广泛适用于我国的国际商事仲裁。由此可见，无论是从立法或实践的角度而言，在我国国际商事仲裁中，均呈现出国际商事仲裁与国内仲裁的差异性特征。

（2）我国国际商事仲裁适用争议的范围

鉴于此立法及实践特征，国际商事仲裁具有特殊的法律地位，在适用主体、对象、程序方面都与国内仲裁有所差异，在适用法律及法院的司法监督程度上也存在不同。因而在适用这一争议解决模式时，对于所涉争议“国际性”的考虑便成为了一个重要问题。目前，综合各国立法及有关仲裁的国际法律文本，对于所涉争议的“国际性”考量主要基于当事人国籍、当事人住所或惯常居所地、争议与法律关系性质、以不同营业地为基础的复合标准等。

根据 CIETAC 仲裁规则的规定，目前，CIETAC 受理的国际商事争议包括当事人一方或双方为外国人或无国籍人，当事人各方的住所、营业地位于中国境外，当事人各方位于同一国家但仲裁地位于该国之外，法律事实、争议标的位于国外所提起的仲裁，均可被 CIETAC 受理，可被认定为国际商事仲裁。整体而言，CIETAC 对于国际商事争议的国际性认定采取复合标准，呈现出相对宽松与多元化的特征。

除了“国际性”特征外，在适用国际商事仲裁制度时，另一个需要考虑的问题便是对于“商事争议”范围的界定。目前《纽约公约》对于适用纠纷的范围采取通用的“商事保留”原则，即允许缔约国将其于公约项下的义务限定于根据其本国法而被认为是商事关系的范围内，实质上将商事争议决定权交由缔约国确认。需要指出的是，1986 年我国加入《纽约公约》时，即声明了此原则，即只对根据我国法律认定为属于契约性或非契约性商事法律关系所引起的争议适用该公约。根据 1987 年最高人民法院《关于执行我国加入的〈承认及执行外国仲裁裁决公约〉的通知》第二条的规定，前述商事法律关系具体是指由于合同、侵权或者根据有关法律规定而产生的经济上的权利义务关系，而外国投资者与东道国政府之间产生的争议则不在此列。

2、国际商事仲裁的特点

必须指出的是，目前国际商事仲裁已经成为国际商事争议最常用的争端解决方式，这是基于国际商事仲裁的特征所形成的。整体而言，国际商事仲裁具有管辖与程序上的灵活性、裁决的可执行性以及仲裁结果的保密性三项突出优势。

（1）管辖与程序上的灵活性

国际商事活动的首要特点就是其国际性，商事活动的国际性将直接引发各方当事人对争议解决条款的根本性冲突。毫无疑问，一方当事人在本国法院拥有的诉讼优势是显而易见的，此种优势体现在法律适用、审理程序、语言等多种方面，并将进一步引发活动各方对外国法院的合理不信任。因此，国际商事活动各参与方往往极难通过商事谈判解决此类冲突。

因而，在此基础上，选择相对成熟完善的适

用法律及仲裁管辖机构对于商事活动各参与方而言，无论从时间、金钱成本上，都将被视为相对合理的选择。根据伦敦玛丽皇后大学国际仲裁学院于 2010 年发布的国际仲裁统计数据，超过 40% 的律师倾向于选择英国法作为管辖法律。换言之，国际商事仲裁迎合了国际商事活动中不同国籍的参与人规避特定国家管辖法院和适用法律的需求，在管辖上基于谈判成本呈现出突出的灵活性特征。

此外，仰赖于国际仲裁中的意思自治原则，当事人可以通过仲裁协议或仲裁条款的约定对于仲裁程序进行灵活选择；同时，仲裁员的选择制度也保证了当事人可以选择具有丰富专业背景及仲裁经验的专业仲裁员。目前，国际商事仲裁所涵盖的商事活动内容丰富、领域庞大，尤其是对于建筑、金融服务、能源等专业性较强的行业领域，选择具有对应专业背景的仲裁员也能够有效增加当事人的信任感，以高效定纷止争。

（2）仲裁裁决的可执行性

国际商事仲裁的另一个突出优势在于其仲裁裁决的可执行性。目前，《纽约公约》已拥有 170 余个成员缔约国，《纽约公约》第三条明确规定，各缔约国应承认仲裁裁决具有拘束力，并依援引裁决地之程序规则及下列各条所载条件执行，在此基础上设定的法律框架以及涵盖全球主要经济体的缔约国范围无疑极大地保证了仲裁裁决的可执行性。

同时，《纽约公约》除了为仲裁裁决的承认与执行划定了应然的程序范围，同时也规定了“承认或执行适用本公约之仲裁裁决时，不得较承认或执行国内仲裁裁决附加过苛之条件或征收过多之费用。”此条有利于提升仲裁裁决在世界各国执行时的便利性和经济性，以拉近国际商事仲裁裁决与国内本土裁决的距离，从而有效地保证了国际商事仲裁裁决的可执行性。

（3）仲裁结果的保密性

相较于传统商事诉讼，国际商事仲裁制度的另一个突出特征即在于其保密性。我国《仲裁法》第四十条明确规定：“仲裁不公开进行。当事人协议公开的，可以公开进行，但涉及国家秘密的除外。”相较于传统诉讼以公开为原则，不公开为例外的立法取向而言，商事仲裁呈现出鲜明的以保密为原则，公开为例外的特征。

仲裁的保密性，一般而言，指仲裁案件不公开审理，仲裁程序的内容、仲裁过程中展示的证据、仲裁裁决等仲裁关联信息不对当事人以外的人披示，具体的保密性要求则主要体现在保密的主体、保密的阶段和保密的对象两部分。其一，就保密的主体而言，国际商事仲裁的各参与方，包括仲裁当事人、仲裁员及其他仲裁机构相关工作人员均受保密义务的约束；其二，就保密的阶段而言，国际商事仲裁的各参与方，不仅在仲裁程序期间应当负有保密义务，在仲裁结束后也不得向其他第三方透露案涉相关信息及裁决结果；其三，就保密的对象而言，与仲裁相关的各类文书，包括形成的文件、证据、裁决理由、裁决结果等，均在保密范围内。

可以说，在贸易全球化的大背景下，出于对己方商业秘密、运作策略、声誉及客户的保护，国际商事仲裁因其保密性愈加受到国际商事主体的青睐。

3、我国国际商事仲裁制度所面临的问题

（1）临时仲裁制度的缺位

从国际商事仲裁的层面来看，相较于境外其他较为成熟的仲裁机构，我国仲裁机构在包括临时仲裁制度（ad hoc arbitration）等制度的搭建上仍然缺乏相关立法及有效的衔接机制。

临时仲裁（ad hoc arbitration），与机构仲裁相对应，广义上指仲裁庭没有固定的章程、办公地点、程序规则等，仲裁规则、仲裁程序以及仲裁庭与仲裁员选择上依赖于双方当事人的意思自治；相较于机构仲裁，临时仲裁的灵活性自是不言而喻的。

如前所述，我国对于商事仲裁的制度建设仍集中见于《仲裁法》，《仲裁法》生效于 1995 年，现行版本共经历 2009 年、2017 年两次修正，整体上仍是一部典型的机构仲裁法。除第十六条规定仲裁协议应当涵盖选定的仲裁委员会作为必要内容外，第十八条更是确认仲裁协议对仲裁事项、仲裁委员会没有约定或约定不明确的，如无法达成补充协议，则仲裁协议无效。可以说，在现有的《仲裁法》立法背景下，仲裁案件的申请与受理均需要基于特定仲裁机构，实质上否认了临时仲裁。

自 2016 年以来，基于《最高人民法院关于为自由贸易试验区建设提供司法保障的意见》（以下简称“《司法保障意见》”），相关机构、协会陆续发布了包括《中国海商法协会临时仲裁规则》《横琴自由贸易试验区临时仲裁规则》（以下简称“《横琴规则》”）《深圳国际仲裁院关于适用〈联合国国际贸易法委员会仲裁规则〉的程序指引》《中国海仲临时仲裁服务规则》《海南国际仲裁院协助临时仲裁工作规则（试行）》《深圳国际仲裁院关于适用〈联合国国际贸易法委员会仲裁规则〉的程序指引》《中国海仲临时仲裁服务规则》《海南国际仲裁院协助临时仲裁工作规则（试行）》在内的一系列仲裁规则及仲裁协助规则，其中《横琴规则》在临时仲裁规则设定的基础上，还提供了临时仲裁向机构仲裁转化的制度设计，具有鲜明的代表性。此外，2023 年 11 月，上海市发布了《上海市涉外商事海事临时仲裁推进办法（试行）》，较为详细地从临时仲裁适用范围、仲裁指定机构、仲裁规则、裁决、费用等方面进行了试验性的制度设计。

但是，必须指出的是，前述相关临时仲裁规则、协助规则以及其他规范性文件由于立法层级较低，适用范围仍然极其有限，仅具有个别性的约束力。尽管 2021 年《仲裁法（修订）征求意见稿》第七章就涉外仲裁进行了“约定仲裁机构—专设仲裁庭”的双轨制机构设置，但是由于该修订稿尚处于征求意见阶段，严格意义上而言，目前我国涉外商事仲裁尚无确定的，具有普遍性的临时仲裁制度依据。

但是，正如 Redfern 教授所述，临时仲裁的主要缺点在于其可发挥的所有效率有赖于当事人及其律师的合作，并同时得到仲裁地法律制度的支持。现有征求意见稿虽在第七章原则上为涉外仲裁提供了临时仲裁路径，但并未进行其他衔接性的具体规定，在整体制度构建上仍存在较大缺位。

（2）国际商事仲裁裁决国籍属性与生效问题

对于国际商事仲裁另一个需要着重考虑的问题便是国际商事仲裁裁决的效力问题，而目前我国对国际商事仲裁裁决的国籍属性规定不明确将极大程度地影响相关裁决的生效。

从国内法角度来说，目前我国国内法并未对仲裁裁决的国籍属性标准作出明确的规定，但是从《民事诉讼法》的文义解释以及实践层面，内地法院在确定仲裁裁决的国籍时，仍然采取以仲裁机构管理机构所在地作为仲裁裁决国籍的判断标准。这便引发了我国国内法与《纽约公约》在适用上的空缺，因为根据《纽约公约》的规定，仲裁裁决的国籍属性由仲裁地决定。客观来说，无论是适用仲裁地标准抑或是仲裁机构标准，从法

理上来说并无太大差异，我国现有《仲裁法》《民事诉讼法》适用仲裁地标准也是我国仲裁制度立法的行政性特征所带来的。但是必须指出的是，在国际商事仲裁机制日益复杂，国际商事仲裁类别越发多样的现实背景下，这一差异不可避免地会带来适用上的不便——外国仲裁机构在中国境内的分支机构所作出的仲裁裁决便属于此类。

外国仲裁机构在中国境内的分支机构作出的仲裁裁决，或者无分支机构但依据外国仲裁机构仲裁规则在中国境内作出的仲裁裁决，难以被单一认定为境内仲裁裁决，同时因其在中国境内作出，亦难以适用《纽约公约》。

但是，需要指出的是，事实上近年来已不乏相关法院裁定判例，认定外国仲裁机构在中国境内作出的仲裁裁决视为中国涉外仲裁裁决，进而可以适用中国《民事诉讼法》的规定——2020 年广州市中院作出的（2015）穗中法民四初字第 62 号民事裁定书便属于此类。

（二）国际商事法庭诉讼

1、中国国际商事法庭（CICC）与国际商事法庭的定位

国际化是国际商事法庭构建的首要目标之一，但是，在实践中，国际商事法庭诉讼与国际商事仲裁的关系在世界各国有所差异，并进而引发了国际商事法庭诉讼制度上的立法差异。

整体而言，欧洲及亚洲的国际商事法庭对于国际商事仲裁持有不同态度，此种不同态度引发了立法取向的差异。如果说，欧洲大陆国家组建国际商事法庭是英国脱欧之后欧陆国家寻求国际法治治理能力，对抗日益严重的“消失的审判”的必然选择；那么以新加坡为首的亚洲国家设立国际商事法庭的目标则是完善国际商事仲裁制度中特有的弊端，进而建立多元化的商事争议解决机制。

以新加坡国际商事法庭（SICC）为例，新加坡国际仲裁中心（SIAC）作为亚洲最主要的仲裁机构之一，在实践过程中已经形成了较为成熟且稳定的国际商事仲裁制度。但是，需要指出的是，在国际商事仲裁制度在新发展的过程中，这一制度的特有弊端一直以来也饱受诟病。有学者指出，事实上，现有的国际商事仲裁制度本身也具有包括过度形式化、保密原则所引发的合法及道德困境、一审终审制所导致的缺乏上诉审查机制的公平性风险以及无法将不同意仲裁程序的第三方纳入争议解决程序等特有缺陷。可以说，相较于欧陆国家国际商事法庭更加关注与国际商事仲裁机构的竞争性关系，亚洲国家在构建国际商事法庭诉讼制度上，更加关注于如何弥补国际商事仲裁制度的弊端，进而完善国际商事争议解决机制。

2018 年，根据《最高人民法院关于设立国际商事法庭若干问题的规定》，中国国际商事法庭（CICC）正式成立，事实上，CICC 于成立初期，即旨在整合多元化纠纷解决机制，从立法取向与目的上而言，更加接近于 SICC。

2、国际商事法庭诉讼与国际商事仲裁规则的若干创新实践

要讨论国际商事法庭诉讼，一个需要讨论的重要问题便是其从法理建设上与国际商事仲裁的区别所在。一直以来，学界及实践界存在一种倾向，即国际商事法庭诉讼的主要实践意义在于处理部分不具有可仲裁性的国际商事纠纷案件。此外，国际商事仲裁本身也具有缺乏上诉机制、费用相对较高、缺乏强制性的当事人追加制度等固有弊端。本节将结合 SICC 及 DIFA 国际商事法庭的相关实践进行分析。

（1）新加坡国际商事法庭（SICC）：国际商事法庭诉讼仲裁化

正如前文所述，国际商事仲裁的典型特征在于允许当事人行使程序意思自治，而在实践中，国际商事法庭诉讼也吸纳了这一精神，以促进程序灵活性，满足商事争议解决的需求。因而无论是 SICC 抑或我国 CICC 的制度实践中，都不可避免地出现了国际商事法庭诉讼仲裁化的特征。

以 SICC 为例，目前 SICC 国际商事法庭诉讼仲裁化特征主要体现在以下几个方面：其一，允许当事人通过意思自治选择管辖、确定举证程序及外国法查明程序，进而促进程序灵活性；其二，任命具有外国国籍的法官，并披露法官名单及国籍等信息，允许外国律师出庭代理；其三，采取不同于传统诉讼的一审终审制度，限制当事人的上诉权及上诉范围；其四，允许庭审保密进行。

可以说，在国际商事法庭诉讼仲裁化的过程中，SICC 采取了相对比较灵活、创新的制度设计模式，但是必须指出的是，这一仲裁化特征仍然存在破坏程序正义和法院公共机构职能的风险，因而在我国构建国际商事法庭诉讼制度的过程中，要特别留意仲裁化的限度。

就 CICC 而言，可以看到的是，在制度创新方面，CICC 创造性地吸纳了一审终审制及国际商事专家委员会制度，在立法取向上吸收了仲裁化的特征。但是，需要指出的是，考虑到我国现有的司法制度及法院作为公共机构职能的特点，CICC 在制度搭建过程中，仍然存在可继续推进的仲裁化措施及应基于国情予以坚持的基本诉讼制度。

整体而言，就可继续推进的仲裁化措施，CICC 的主要问题仍然集中于出庭语言、诉讼代理人国籍及选择以及证据查明等程序性方面。其一，目前 CICC 不接受将英语作为出庭语言，但可以经当事人要求提供翻译，在当事方接受的情况下可以直接提交英文证据，实践中对于出庭语言的选择上并无明确、具体的适用规定；其二，CICC 对于外籍律师的选择也存在诸多限制，从某种程度来看限制了域外法查明的效率与适用的准确性，考虑到我国现有律师制度的特征，笔者虽不支持吸纳外籍律师作为诉讼代理人出庭，但也认为可以采取有限度地允许外籍律师以法律顾问或专家的方式针对涉外法律问题参与诉讼；其三，对于域外证据的查明及适用，现有国际公约虽极大地减轻了证据查实所带来的压力，但是仍然有可以进一步优化的可能和空间，比如域外证据查明在实务案件中的客观与准确性问题，当然域外查明确实免除了当事人域外证据及法律查明资料的提供义务。

与之相对的是，就一审终审制以及保密程序等仲裁化制度，则更宜采取谨慎的态度。其一，与《民事诉讼法》不同的是，CICC 实行一审终审制度，一方面而言确实提高了诉讼及审判效率，但从另一层面来说，在涉外商事纠纷多数面临标的金额大、案情及法律关系复杂的现实背景之下，一审终审制并不利于保障当事人权益，为当事人提供必要的救济渠道；其二，目前 SICC 采取的国际商事法庭诉讼保密制度在学界仍存在较大争议，有学者指出，涉外商事法庭本质上仍然是具有公共属性的国家机构，其权力及合法性来源于国家，保密的法庭程序并不利于国际商事法庭作为法院的公共职能和基于庭审所带来的公开利益，这一点同样适用于 CICC 在我国的实践。

（2）迪拜国际金融中心（DIFC）：国际商事法庭诉讼判决提交仲裁制度

2008 年，阿联酋在其迪拜国际金融中心的基础上与伦敦国际仲裁院（LCLA）合作，成立了迪拜国际金融中心仲裁机构（即 DFIC–LCIA 仲裁中心）；后该机构虽于 2021 年被第 34 号法令确认

解散，但其在一定时间内采取的国际商事法庭诉讼判决提交仲裁制度仍有一定启发。

2015 年，DIFC 发布第 2 号指南，旨在确认国际商事法庭诉讼判决提交DIFC–LCIA机构仲裁的法律制度。根据该指南，DFIC 法院作出的金钱支付判决，在判决债权人、判决债务人双方经书面约定双方可将相关争议提交仲裁的前提下，判决债权人可根据指南要求将根据 DIFC 指南第 36.30 条生效的生效判决提交 DFIC–LCIA 提交仲裁。此外，涉及雇佣合同及消费者合同的金钱支付争议不适用这一制度。

相关仲裁条款的所有方面，包括但不限于其存在、有效性、解释、履行、解除和适用的救济均受迪拜国际金融中心法律的管辖和解释；仲裁地或法定地点应为迪拜国际金融中心，仲裁所用语言为英语，DIFC–LCIA 应根据 DIFC–LCIA 仲裁规则第 5.4 条任命独任仲裁员审理。

但是，需要指出的是，正如第 2 号指南所点明的，相关仲裁条款旨在为判决债权人提供额外的而非替代的救济措施以执行其判决。因此，判决债权人可以在选择将判决支付争议提交仲裁之前或之后，在可行使执行判决所有权利的法庭通过一般资产执行的方式进行执行，判决债务人无权以存在相关提交仲裁条款为由在任何此类国家法院拒绝此类执行。

可以说，这一制度本身是建立在《纽约公约》对国际商事仲裁裁决执行的保证基础上。但是，随着 2021 年阿联酋政府宣布裁撤 DIFC–LCIA 机构法令的颁布，原有 DIFC–LCIA 的仲裁条款效力也遭受了重大冲击，新加坡法院、美国法院亦在此后作出数起不认可相关仲裁条款的裁决。但是，这一制度从法理及实践逻辑上，仍然能够为我国商事法庭诉讼判决的执行思路提供一定借鉴。

二、国际商事争端解决的模式及运行机制：国际商事调解

（一）国际商事调解制度的内容及特征

2018 年 12 月，联合国大会审议通过《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》（以下简称《新加坡调解公约》），构建了一个统一高效的国际商事调解协议直接执行机制。我国作为《新加坡调解公约》的签署国之一，无论是在《关于设立国际商事法庭若干问题的规定》以及《工作指引》中，均强调于国际商事争端解决过程中可依据当事人意愿进行调解，以高效定纷止争。

但是，必须指出的是，目前，在国际商事调解中仍然存在一定的实践困境：其一，目前我国尚无专门性国际商事调解法，相关规定只是散见于《民事诉讼法》《仲裁法》等法律法规中，这直接导致在调解实践中当事人更多地依赖于调解机构指定的规范细则，在此基础上，境内商事调解机构独立制定的规范细则往往存在与《新加坡调解公约》等国际通用规则概念衔接、对应缺位问题；其二，我国长期坚持排他性的机构管理模式，即只有以调解机构的名义作出的调解协议才能经司法确认获得法律效力，这极大地限制了调解机构及人员的选择，缩小了可进一步予以承认及执行的调解协议范围，导致衔接困难；其三，调解员数量规模较小、选定范围较为有限，目前，我国尚未建立统一的国际商事纠纷调解员准入机制，也未安排定期的技能培训或考评，在推动多元化争端解决机制建立的过程中必然会面临队伍规模、水平与商事活动主体繁杂、多样的止纷诉求冲突的尴尬境地。

搭建“诉讼—仲裁—调解”三位一体争端解决机制另一个必须面临的重要问题就是调解协议

作为国际商事调解这一非对抗性争端解决机制的成果其是否具备实际执行的效力问题。事实上，在我国，调解协议作为解纷结果的记录形式之一，一般被视为对双方当事人具有拘束力的“民商事合同”，即调解协议本身不具强制执行力，需通过第三方的确认程序才能获得司法上的效力。如何实现调解协议在境内的承认与执行，并将此程序融入多元一体化商事争端解决机制也是一个需要解决的重要问题。

（二）如何适用国际商事调解：调诉对接机制的搭建

整体上而言，目前国际商事调解实践中分为独立商事调解与混合式商事调解两种模式。其中，独立商事调解独立于其他争议解决方式，由单独设立的商事调解组织或者独立聘请的调解员组织开展，本文不再赘述。而混合式商事调解，作为近年来多元化纠纷解决机制的重要组成环节，近年来已经成为商事争议解决过程中需要重点关注的问题。

整体而言，目前我国的调诉对接机制整体采取以仲裁庭或国际商事法庭为主导的模式，具体可以分为以下几类：

1、审理前调解

审理前调解指的是双方当事人在正式审理之前，先行暂停仲裁或诉讼程序，进行调解，如果调解成功，则仲裁或诉讼程序结束，如果调解失败，则继续进行仲裁或诉讼程序。

这一模式的突出特征是调解介入早，能够极大地节约时间及金钱成本，对于部分案情简单、当事人争议较小的案件，能够有效解决争议，避免后续支出。但是，因实质并未进入诉讼或仲裁阶段，案件事实相对不够清晰，对于部分相对比较复杂的案件，不利于真正维护当事人的利益。

2、审理中调解

审理中调解指的是在仲裁或诉讼程序启动后，双方当事人达成调解合意，双方先行调解，调解不成再恢复诉讼或仲裁程序。

此种模式的主要争议内容在于调解员由谁来担任，部分观点认为，诉讼参与人（如仲裁员）担任调解员，由于存在调解过程中与当事人私下会晤的情况，可能导致存在后续调解不成，恢复仲裁程序后的公正审理风险。

3、裁决/判决前调解

裁决/判决前调解指的是当胜利程序结束后，双方当事人达成调解合意，进行调解程序。此种模式的突出优点在于，审理程序有利于案件事实查明以及双方当事人对于己方利益的准确判断，调解成功率高，并且执行难度较小。

但是，由于审理程序基本已经结束，此种模式从节约时间及金钱成本的角度而言，难以取得理想化的结果。

从实践角度而言，对于国际商事法庭诉讼与商事调解的衔接模式，《工作指引》第十七条作出了明确规定，调解不成的，国际商事调解机构或者专家委员应当在三个工作日内将《调解情况表》及案件相关材料送交国际商事法庭，国际商事法庭视立案情况进行立案或推进审理。这一规定从某一层面上解决了调解及国际商事法庭诉讼程序的衔接问题。

而对于国际商事仲裁与商事调解的衔接模式，受限于仲裁机构的选择及分布，目前，对于调解及仲裁程序的衔接仍然只能依靠各仲裁机构的独立操作规定，并无明确的统一规定。

三、对策与建议

（一）加强事前评估，精准对接需求

必须指出的是，在目前国际商事纠纷情形、法律关系愈发多样，适用各国法律及争端解决方

式愈发复杂的背景之下，当事人如何选择合适的争端解决机制，以求定纷止争，保障自身合法权益显得尤为重要。

针对这一问题，《工作指引》首次创造性地从操作层面明确了中立评估制度在多元一体化商事争端解决机制的工作模式及操作方法，该制度作为完善多元一体化商事争端解决机制的重要配套设施，具有重要的指导和完善意义。

《工作指引》第四条规定当事人在提交调解、仲裁或者诉讼前申请中立评估的，应当选择中立评估功能，由专家委员根据当事人的陈述以及有关证据，对证据效力、事实认定、法律适用等进行分析评估，出具中立评估意见，当事人可以根据中立评估意见自行和解，也可以申请参与中立评估的专家委员主持调解。

可以说，这一制度本身即具有突出的现实意义，但必须指出的是，在专家委员的选择、中立评估的结果效力仍然需要审慎考虑。根据《工作指引》第六条的规定，专家委员被选定为中立评估员后，可以组织召开评估会议，对证据效力、事实认定、法律适用等进行分析评估，出具中立评估意见；此外，参与评估的专家委员可以主持进行调解，但不参与除调解以外的其他任何程序。通过这一模式，《工作指引》基本实现了中立评估程序与商事调解的有效衔接，但对于中立评估程序与商事法庭诉讼、商事仲裁的衔接暂无明确规定。

（二）司法支持仲裁结合适度司法监督

国际商事仲裁作为多元化争端解决的一个重要组成部分，近年来支持国际仲裁司法政策也已成为各国法院在商事仲裁上的重要立法与价值取向。可以说，为最大限度地发挥国际商事仲裁在解决国际纠纷中的突出优势与重要功能，司法支持仲裁的立法结果与司法取向具有其必要性。

而这一倾向在实践中的主要表现有以下两点：其一，就仲裁程序的选择与仲裁协议的认定，司法机关应当秉承着遵循意思自治的谦抑性原则，尊重当事人对程序的选择；其二，在仲裁结果的实际执行方面，除符合法律规定的特定情形外，司法机关应当秉承着不轻易撤销仲裁裁决的态度，并依法支持仲裁裁决的执行，打通国际商事仲裁在争议解决上的“最后一公里”。

但是，同时必须指出的是，国际商事仲裁仍然具备一裁终裁的基本程序特征，结果一旦作出，当事人便没有办法申请再次审理，这便决定了意思自治下的商事仲裁势必呼唤司法监督。正如有学者所指出的那样，“毫无约束的意思自治绝非法治所追求的”，国际商事仲裁的私力救济与契约性的特质势必需要司法系统在尊重意思自治的基础上对于仲裁庭的程序合法进行监督。

（三）合理设计国际商事法庭诉讼程序，兼顾公平与效率

“公平是程序制度的首要价值目标，程序真正永恒的生命基础在于其公平性。”诚然，国际商事法庭诉讼程序近年来呈现出突出的仲裁化特征，有利于简化国际商事法庭诉讼程序，高效解决涉外商事争端。但是这一趋向是有其自身发展限度的，在国际商事法庭的程序设置上不宜全盘借鉴国际经验，而应适当限度国际商事法庭诉讼程序的仲裁化，在提高争议解决效率的基础上兼顾程序公平与实质公平。

其一，对于部分国际化的程序设置，如法律选择、审判语言、外国法的查明以及境外证据的公证认证方面，相关诉讼程序可以吸收国际商事仲裁的有效经验，减少当事人负担。

其二，对于包括审级设置以及庭审公开等实

质性诉讼程序的设置上则应采取审慎的立法态度与取向。国际商事法庭诉讼程序本身作为由国际商事法庭所主导的诉讼程序，保留两审终审的程序特征本身即有其现实意义，无需同化于诉讼程序——庭审公开也亦是如此。

国际商事法庭的程序设置的最终目的绝不在于提供“另一种国际商事仲裁选择”，而在于提供“另一种国际商事争端解决机制”，这一立法取向在未来的国际商事法庭诉讼程序设置中也是必须坚持的重要内容。

（四）借鉴境外实践经验，探索调仲诉转化机制

国际商事仲裁、国际商事法庭诉讼、国际商事调解作为三种互有差异又相互联系的国际商事纠纷解决机制，在实践中的选取差异从极大层面上基于形成结果与文书的可执行性。如前所述，国际商事仲裁裁决受《纽约公约》的影响，整体上相较于判决、调解书等具有更加可预见的可执行性，这也是国际商事仲裁的突出优势之一。因而，通过判决转化、调解书/和解协议转化为仲裁裁决的方式在现有体系构建背景下具有一定的借鉴意义。

其一，从仲调转化实践层面，国内机构已有实践经验。2023 年 10 月，深圳国际仲裁院（SCIA）修订调解中心规则，第十三条“调解与仲裁相结合”明确指出，各方当事人达成和解协议的，为使和解协议的内容具有可强制执行的法律效力，任何一方当事人可依据和解协议中的仲裁条款，申请深圳国际仲裁院按照其申请仲裁时实施的《仲裁规则》的规定，根据和解协议的内容作出仲裁调解书或者裁决书。这一制度依赖于现有《纽约公约》的国际仲裁裁决执行体系，从一定程度上可以保证 SCIA 调解中心和解协议的执行，具有极大的借鉴意义。

其二，从仲诉转化实践层面，原 DIFC-LCIA 国际商事法庭诉讼判决转化也极具借鉴意义，对于我国国际商事法庭的制度构建具有启发。

参考文献：

[1] 刘沁予.《国际商事法庭的诉讼仲裁化及其限度》[J].国际法研究，2024，（02）：143-160.

[2] 林婧，刘萌.《中国国际商事争议预防机制的构建》[J].商事仲裁与调解，2023，（04）：95-105.

[3] 郭子平.《我国国际商事调解特区立法：问题争议、解决机制及制度贡献》[J].深圳大学学报（人文社会科学版），2023，（04）：13-25.

[4] 刘晓红.《论我国民商事纠纷多元化解决机制的现代化》[J].东方学，2023（02）：162-178.

[5] 欧福永，黄思瑞.《我国国际商事仲裁中心建设路径探析》[J].中国法治，2024，（05）：85-89.

[6] 叶珊珊.《国际商事法庭对国际商事仲裁的影响——以新加坡国际商业法庭和伦敦商事法庭为例》[J].北京仲裁，2019，（01）：60-79.

[7] 陈磊，时界，黎家祺.《“三位一体”国际商事争端解决机制中仲裁制度的革新——从国际商事法庭与国际商事仲裁机构的关系切入》[J].仲裁研究，2021，（01）：1-12.

[8] 沈伟，芦心玥.《仲裁法》如何更加国际化——基于《仲裁法（修订）（征求意见稿）》主要条款的考察[J].湖南大学学报（社会科版），2024，38（03）：125-131.

大资管背景下跨境投资通道拓宽与策略多样化的思考

——以《香港互认基金管理规定（修订草案征求意见稿）》为视角

郑宏敏

郑宏敏，北京德和衡（广州）律师事务所青年律师工作委员会秘书长、执业律师，广州国际商贸商事调解中心调解员。中南财经政法大学民商法学硕士研究生在读，中级经济师，高级企业合规师，具备基金、证券从业资格。十年中东地区法务工作经验，擅长沙特新设投资一站式法律服务、沙特投资、并购等法律尽职调查与文件起草审查、沙特公司治理与合规、沙特当地法律争议解决，外国判决、仲裁裁决在沙特的执行等出海沙特全流程法律业务。

摘　要：资产管理作为连接资金端和资产端的中心环节，随着居民财富的积累逐渐兴起，我国资产管理迈入高质量发展的大资管新世代。在此背景下，港地基金互认制度作为大资管时代跨境投资的重要制度创新，展现出其独到优势。2024 年 6 月 14 日，中国证监会就《香港互认基金管理规定（修订草案征求意见稿）》向社会公开征求意见。新规拟允许香港互认基金投资管理职能转授予与管理人同集团的海外资产管理机构，将互认基金客地销售比例限制由 50%放宽至 80%，放宽信息披露媒介，取消宣推材料备案要求。而以香港互认基金为代表的跨境资管产品仍需面临诸多现实挑战，如持有方式有待进一步优化，税收问题、费率问题对投资者投资决策与最终收益的影响，跨境交易的复杂性带来交易效率问题和相关风险。以上问题的解决离不开相关部门加强监管协调。以基金互认等制度为代表的港地互联互通机制的不断深化，对于促进粤港澳大湾区深度融合，推动中国高水平对外开放，巩固提升香港国际金融中心地位具有重大意义。

关键词：大资管，跨境投资，互认基金

一、大资管新时代与香港互认基金

（一）大资管时代历史沿革

大资管是对目前我国资产管理行业环境的一种泛指。广义的中国大资管产业链包括财富管理（上游）、资产管理（中游）和资产创设及交易所，以及底层的交易及资本中介服务、金融信息数据服务/金融 IT、资产托管/保管/外包服务等等（下游）。资产管理作为连接资金端和资产端的中心环节，通过产品的创设和服务的提供，将不同风险和收益特征的资产与多样化的资金相匹配，以满足居民和企业的投融资需求。

资产管理行业随着居民财富的积累逐渐兴起，在过去近三十年内历经了公募基金主导、银信合作主导、多元化跨步前进、规范稳健发展阶段。如今，财富管理和资产管理已经成为广大民众关注的核心议题，同时也是宏观调控的重点领域。当前国际上针对如何提升整体资本市场活力制定了许多政策，社会各界也开始热议大资管时代的到来。大资管时代通常被认为是指中国资产管理行业在近年来的快速发展阶段。近年来，业界将资管元年定于 2013 年；将 2016 年定义为资管监管元年；随着“资管新规”过渡期收官，资管行业“供给侧改革”的阶段性结束，站在一个新的制度起点再出发，2021 年一般被定义为我国新资管之年，资产管理迈入高质量发展的新阶段。

这些定义明确地反映了对财富管理和资产管理的高度关注。当前对这一问题的关注与时代特征以及整体宏观环境密切相关。从时代特征来看，整个世界正经历着百年未有之大变局，近年来其演变步伐愈发加快。宏观环境的急速演变将带来资产和财富定价模式以及管理模式的革命性变化。这种转换会带来什么效应？在宏观、中观和微观程度会有什么变化？是每一个人必须要思考的问题。

随着监管政策的逐步放开和业务创新，资产管理行业进入了一个竞争加剧、创新活跃、混业经营的时代。以下是大资管时代的几个关键特征：第一，监管放松与业务创新。自 2012 年以来，监管部门对资产管理行业进行了一系列的放松监管和创新政策推动，这些政策打破了传统金融机构之间的壁垒，促进了资产管理行业的多元化和混业经营。第二，市场参与者的多样化。大资管时代使得更多的市场参与者能够参与到资产管理中来，参与者通过提供多样化的资产管理服务，满足了个人和机构对资产保值增值的需求。第三，普通投资者的自主选择权增强。大资管时代为拥有小额资产的投资者大众提供了更多的自主选择权，使他们能够自主选择可信赖的机构为自己的资产进行保值并且增值。[①]这种自主选择权的增强，使得资产管理更加民主化和个性化。总之，大资管时代标志着中国资产管理行业从传统模式向现代模式的转变，是一个充满挑战和机遇的时代。

（二）香港互认基金与市场现状

得益于过去三十多年的财富积累，中国在基础设施、定价体系和配置体系方面处于全球优势地位。在国际资本市场和金融市场中，中国仍然是最擅长操盘的国家之一，这主要从人类历史来

① 参见郭锋主编：《证券法律评论》（2020 年卷），中国法制出版社 2020 年 5 月出版。

看，中国的经济增长奇迹暗示了重要的机遇，即中国金融的深化和发展。[①]

跨境基金互认（Mutual Recognition of Funds）是国际资产管理领域市场开放下的一项成熟制度安排，指允许境外注册并受当地监管机构监管的基金产品向本地居民公开销售。[②]2015 年 7 月 1 日，中国证监会与香港证监会启动了基金互认，允许符合一定条件的内地及香港基金按法定程序获得认可或许可在对方市场向公众投资者进行销售，是两地监管共同推出的制度创新，两地投资者进行跨境资产配置的又一重要途径。互认基金可以分为两类：内地公募基金到香港市场展开销售称为“南下互认基金”；香港注册的基金可以向内地销售，称为“北上互认基金”，即香港互认基金。香港互认基金是指依照香港法律在香港设立、运作和公开销售，并经中国证监会批准在内地公开销售的基金。通俗来讲，就是香港的基金拿到内地来卖，这些香港基金主要投向香港及亚太地区的股票、债券等证券。

香港互认基金在跨境投资产品的舞台上，展现出了其他类型产品所不具备的独到的优势。这一机制彻底打破了传统额度限制，仅依据两地精心商定的销售比例进行微调，为投资者铺设了一条更为宽松、便捷的市场准入路径。此外，互认基金以其多样化的份额设计，特别是融入对冲功能的份额类型，为投资者提供了强有力的工具，以有效抵御汇率波动带来的潜在风险，保障投资组合的稳健性。在投资体验方面，多数产品提供了定期派息及收益再投资的双重选项，赋予了投资者根据个人财务规划灵活调整收益分配方式的权利，进一步增强了投资的灵活性。同时，互认基金在信息披露上的高标准严要求，为投资者构建了一个透明、可信赖的投资环境。

二、《香港互认基金管理规定（修订草案征求意见稿）》修订情况

2024 年 4 月 19 日，中国证监会发布了五项资本市场对港合作措施，助力香港巩固提升国际金融中心地位，其中就包括了优化基金互认安排。《香港互认基金管理规定》是五项资本市场对港合作措施的落实举措之一。6 月 14 日，中国证监会就《香港互认基金管理规定（修订草案征求意见稿）》向社会公开征求意见，意在进一步优化内地与香港基金互认安排，更好满足两地投资者多元化投资需求。[③]

相比 2015 年中国证监会发布的《香港互认基金管理暂行规定》，本次最新公布的《香港互认基金管理规定（修订草案征求意见稿）》做出了如下修改：

（一）允许香港互认基金投资管理职能转授予与管理人同集团的海外资产管理机构 ④

2015 年 7 月 1 日，中国证监会曾就《香港互认基金管理暂行规定》相关咨询作出解答。关于“如何理解《暂行规定》第四条第（二）项中的‘互认基金管理人是未将投资管理职能转授予其

① 参见刘元春：《迎接大资管时代的变革与挑战》，载新浪财经，https://finance.sina.com.cn/zl/bank/2023-11-03/zl-imzthywu7194287.shtml ，2024 年 11 月 29 日访问

② 参见沈红波：《相通则治进：资本市场开放下的股票“南北通”制度建设》，载《金融市场研究》2024 年.08 期。

③ 参见程丹：《证监会拟放宽互认基金客地销售比例限制》，载《证券时报》2024 年 6 月 15 日。

④《香港互认基金管理规定（修订草案征求意见稿）》第四条 香港互认基金在内地公开销售，应当符合以下条件并经中国证监会注册：……（二）管理人在香港注册及经营，持有香港资产管理牌照，最近 3 年或者自成立起未受到香港证监会的重大处罚；未将投资管理职能转授予其他国家或者地区的机构，但获转授机构与管理人同属一个集团，且其所在国家或地区证券监管机构与中国证监会签订监管合作谅解备忘录并保持有效监管合作关系的情形除外。

他国家或者地区的机构’的规定”这一问题，中国证监会明确指出，“香港基金管理人可以将互认基金的投资管理职能转授给在香港运营、持有香港证监会相关牌照的投资机构，但不能将投资管理职能转授给在香港之外运营的投资机构。”这意味着互认基金的投资管理只能由香港土投资团队独立承担，既不符合国际资管机构的展业需要，也不符合在香港市场上的运行实践。受限于地区因素，香港本地机构团队的研究范围多数仍以香港市场为核心，辐射亚太区域，从而使得其投资范围与内地已有基金产品较为趋同、对内地投资者吸引力有限，难以做到真正的全球资产配置。

《香港互认基金管理规定（修订草案征求意见稿）》允许互认基金投资管理职能转授予集团内海外关联机构，这一修订内容有助于互认基金管理人在同集团其他国家、地区投资机构的帮助下扩展投资能力圈，有利于基金管理人整合集团在人才、系统、投研实力、客户服务等方面的资源，丰富投资范围及投资策略，通过资产的全球化构建更加多元的投资组合，控制单一国家或地区市场波动的影响，为投资者提供更优资产配置解决方案。

同时，为保护投资者利益，《香港互认基金管理规定（修订草案征求意见稿）》要求获转授机构所在地限于已与证监会签署监管合作谅解备忘录并保持有效监管合作关系的国家或地区。根据证监会公布的最新数据显示，证监会已经与美国、日本、法国、印度、越南、韩国等 67 个国家和地区的境外证券（期货）监管机构签署合作备忘录。

（二）将互认基金客地销售比例限制由 50% 放宽至 80%[①]

据统计，截至 2024 年 3 月末，中国证监会已注册的香港互认基金数量共 39 只，涉及 20 家香港持牌资产管理机构，38 只已在内地公开销售，合计销售保有净值约 251 亿元人民币。[②]随着投资观念的成熟，内地投资者日益重视资产配置的多元化，希望通过投资相关性较低的不同类型和不同国家/地区市场的资产分散风险，控制投资组合的波动，因此对海外资产配置需求日益高涨。

现行制度要求互认基金“在内地的销售规模占基金总资产的比例不高于 50%”；该项规定意味着内地投资者可认购的互认基金规模最大不能超过中国香港投资者的已购买总额。截至 2023 年年末，规模 10 亿元以下的香港互认基金 28 只，数量占比 72%；其中 15 只互认基金的总规模甚至不足 5 亿元。由于单只基金规模较小，互认基金可能因接近比例上限而暂停申购，或在市场行情波动下遭遇大规模赎回而被动超标。因此，在要求两地销售规模对等的情况下，中国香港基金管理人能从中国内地获取的市场增量较为有限，一定程度上影响了资管机构参与基金互认的积极性。

本次《香港互认基金管理规定（修订草案征求意见稿）》按照稳步有序、逐步放开的原则，将互认基金客地销售比例限制由 50%放宽至 80%，这意味着更多的香港基金可以进入内地市场，同时内地基金也能更广泛地渗透到香港市场，为两地投资者提供更多选择。投资者购买对方市场的基金产品会更加便利，增加市场的流动性、投资机会，有效扩大基金市场规模。

①《香港互认基金管理规定（修订草案征求意见稿）》第四条：……（五）基金成立 1 年以上，资产规模不低于 2 亿元人民币（或者等值外币），不以内地市场为主要投资方向，在内地的销售规模占基金总资产的比例不高于 80%。

② 转引自吴晓璐：《中国证监会修订<香港互认基金管理暂行规定>》，载《证券时报》2024 年 6 月 15 日。

（三）放宽信息披露媒介，取消宣推材料备案要求[①]

《香港互认基金管理暂行规定》发布于2015年7月，当时实施的《证券投资基金销售管理办法》在信息披露方面仍要求宣传推介材料需向证监局备案。随着《公开募集证券投资基金销售机构监督管理办法》自2020年10月1日起实施，公募基金已取消了备案要求，仅要求存档备查，本次《香港互认基金管理规定（修订草案征求意见稿）》作出了适应性修订。同时，本次修订中亦放宽了信息披露媒体方面的要求，表述由“中国证监会指定”改为“符合中国证监会规定条件”，方便了相关机构在香港互认基金信息披露方面的操作。

三、跨境投资通道之多元化发展

经过9年的发展，香港互认基金规模持续增长，愈发受到投资者的青睐。在发展过程中，香港互认基金呈现出了以下几个局限性特征——

（一）从市场层面看，香港互认基金短期规模贡献相对有限

从资金流向来看，2016–2023年，香港互认基金累计净认购额从78亿元增长至174亿元。资产规模方面，2017年第一季度至2023年第一季度，香港互认基金中来自内地投资者的资产规模从77亿元人民币增长至138亿元人民币，占香港公募基金整体规模比重从0.08%增长至0.12%，占在港注册的公募基金规模比重从0.84%增长至1.15%。整体而言，当前香港互认基金对于本地市场的资管规模贡献相对较小。

（二）从产品层面看，香港互认基金多元化程度有待提升

从投资区域来看，香港互认基金投资区域以亚太为主，全球投资产品占比相对较低。具体而言，投资于亚太、亚洲的产品数量占比约51%，投资于仅大中华或仅香港的产品数量占比约14%、11%，投资于全球的产品占比仅约24%。而从以上产品内地及香港投资者持有合计规模分别占比70%、2%、3%，25%来看，投资者对香港互认基金投资区域的进一步拓展也呈现出明显需求。

（三）短期内南北互认基金超额收益并不显著

从香港互认基金业绩表现来看，2023年股票型、混合型基金平均收益率为–2.7%、5.3%，同期MSCI亚太地区指数收益率为8.8%；债券型基金平均收益率1.6%，而同期MARKIT IBOXX亚洲美元债券总体指数收益率6.7%，相较而言，香港互认基金短期内超额收益并不显著。

（四）香港互认基金整体费率较高

在费率方面，香港互认基金中的股票型、债券型、混合型基金平均申购费率为2.2%、1.5%、2.8%。相比之下，内地股票型、债券型、混合型QDII基金平均最高申购费率仅为0.7%、0.5%、1.0%。香港互认基金的平均持有费率为1.5%、1.1%、1.3%，内地股票型、混合型、债券型QDII

①《香港互认基金管理规定（修订草案征求意见稿）》第八条：基金管理人应当将应予披露的信息通过符合中国证监会规定条件的全国性报刊或者基金代理人的网站等媒介披露，并保证投资人能够按照基金法律文件约定的时间和方式查阅或者复制公开披露的信息资料。《香港互认基金管理规定（修订草案征求意见稿）》第十六条：香港互认基金管理人自行或者委托其他机构制作适用于内地市场基金产品宣传推介材料的，应当事先经代理人审查，出具合规意见书，并存档备查。基金销售机构自行制作的香港互认基金宣传推介材料，应当事先经基金销售业务负责人和合规风控负责人（或者合规风控人员）审查，出具合规意见书，并存档备查。

基金平均持有费率仅 1.0%、0.9%、1.8%。

鉴于香港互认基金的以上局限性表现，跨境投资通道的多元化选择成为理之自然。目前，除互认基金外，境外投资通道主要还有如下几类：

第一类，QDII 基金。QDII 基金最早发行于 2007 年，发行机构为国内公募基金公司，资金投向海外市场，购买途径与普通公募基金产品一致，交易货币为人民币，这种投资方式也是中国内地投资者最为熟悉的方法。然而，QDII 的外汇额度限制严格，导致多数基金触发限购，并且开放申购的基金产品中以被动型基金为主。因此，QDII 基金虽然在 2021 年以来发行扩张较快，但是投资者依旧受到开放期、投资策略的限制。

第二类，QDLP。QDLP 起源于 2012 年，上海率先启动 QDLP 试点，发行机构主要是外资机构，资金投向海外市场，可持有人民币购买，投资者要求满足合格投资者条件，属于私募基金。由于募集门槛较高，信息透明度有限，QDLP 的投资者受众较少。

第三，外币理财产品。发行机构通常是银行和理财子公司，以外币定期存款、外币理财为主，交易货币为外币，因此需要投资者具有足够外币储备。

四、关于以香港互认基金为代表的跨境资产产品之挑战与前瞻

香港证监会数据显示，截至 2024 年 6 月 30 日，在内地与香港基金互认安排下，获认可在香港销售的内地基金有 43 只，而获批在内地销售的香港基金则有 40 只；同期香港及内地基金的累计净认购额分别约为 278 亿元及 9.1 亿元。今年第二季度，香港及内地基金分别录得约 22 亿元的净认购额及约 6000 万元的净赎回额。[①]《香港互认基金管理规定（修订草案征求意见稿）》发布后，2024 年 10 月 21 日，香港证监会更是宣布将于 2024 年 11 月 4 日推出基金认可简易通道“基金简易通”，将在六个月的试行期（截至 2025 年 5 月 4 日）内监察基金简易通的运作，并在正式采纳前做出适当的调整。在这一新机制下，合资质的简易基金将在申请后的 15 个工作日内被授予认可（之前这一处理时间通常在 1.5 至 2.5 个月），加快简单基金的认可流程，以提升香港市场的吸引力。[②]

在上述政策背景下，以香港互认基金为代表的跨境资管产品的进一步提升与发展，仍需面临诸多现实挑战。

（一）香港互认基金的持有方式有待进一步优化

受限于中国香港法律以及行业实践，与内地基金的直接登记安排不同，内地投资者并不会被基金登记机构直接登记于基金登记机构的持有人名册上。基金登记机构仅将名义持有人代名持有的本基金的基金份额合并载于其名下。名义持有人为内地代理人或者其他机构，是指经内地投资者委托代其持有基金份额，并获基金登记机构接纳作为基金份额持有人载于基金登记机构的持有人名册上的内地代理人或其他机构。[③]

内地投资者需通过名义持有人行使信托契约等基金法律文件规定的基金份额持有人权利及履

① 参见国家外汇管理局《香港基金内地发行销售资金汇出入情况表（截至 2024 年 6 月 30 日）》，载国家外汇管理局，https://www.safe.gov.cn/guangdong/2024/0805/2835.html，2024 年 8 月 6 日访问。

② 参见王蕊：《最快 15 天！香港证监会优化基金互认流程》，《证券时报》2024 年 10 月 22 日。

③ 参见赵泽：《证券持有账户体系的国际比较与制度完善》，中央国债登记结算有限责任公司 2023 年博士后研究工作报告。

行相应的基金份额持有人义务。内地投资者在提交本基金的申购申请时，应通过书面等方式确认名义持有人安排，同意委托名义持有人代为持有基金份额，成为该基金份额法律上的拥有者，而内地投资者是该基金份额的实益拥有人，实际享有基金份额所代表的权益。这一名义持有人的代持方式，仍有待于制度创新的进一步优化。

（二）税收问题是影响内地个人投资者在享受香港互认基金带来的全球资产配置机遇的重要因素

内地个人投资者在享受香港互认基金带来的全球资产配置机遇时，需留意税收因素的影响。根据《财政部 国家税务总局关于内地与香港基金互认有关税收政策的通知》[财税〔2015〕125 号]规定，内地个人投资者通过基金互认从香港基金分配所取得的收益需征收 20%的个人所得税 ①，对个人通过基金互认买卖香港基金份额取得的转让差价收益暂免征收个人所得税至 2027 年 12 月 31 日 ②。所以，内地个人投资者购买香港互认基金，需要依法为基金分配收益缴纳个人所得税；同时，需要依照香港税法缴纳印花税。税收因素是影响投资者最终受益的重要因素，会成为投资者选择具体跨境投资产品的评估依据之一。③

（三）香港互认基金申购费、管理费等费用较高

香港互认基金布局海外投资，费率相对内地公募基金较高。如前文所述，互认基金前端申购费率均值超过 2%，最高达 4.5%；管理费率均值 1.24%，最大值 1.87%。托管费与 QDII 基金相比较低，一般不收取赎回费。但多数基金会在申购费、管理费、托管费之外再额外增设一个全年经常性开支（比率跟管理费率相当，甚至高于管理费率）。费率问题也是投资者在做出投资决策时需权衡的要素之一。

（四）跨境交易的复杂性导致香港互认基金申购赎回效率较低

跨境交易的复杂性导致香港互认基金申购赎回效率较低。申购确认时间不一，目前 39 香港互认基金中，一般在 T+1 到 T+4 之间；赎回确认时间与申购确认时间一样，而赎回到账时间一般长达 T+6 到 T+10 之间，以上时间、天数均为交易日。由于涉及两地信息的核对、资产的交割结算等繁琐流程，投资者往往需要耐心等待，相较于部分 QDII 基金在特定渠道实现的 T+3 或 T+4 快速到账，这无疑增加了跨境投资者资金的时间成本。

（五）香港互认基金暂停申购的风险

根据《香港互认基金管理暂行规定》，如基金不符合香港互认基金的条件，包括但不限于资产规模低于 2 亿元人民币或等值货币，或在内地的销售规模超过基金总资产的 50%等，则该基金将暂停内地的销售，直至该基金重新符合香港互认基金的条件。即使《香港互认基金管理规定（修订草案征求意见稿）》将这一比例提高至了 80%，香港互认基金仍存在暂停申购的风险。

随着资产管理行业的日益复杂和混业经营，

①《财政部 国家税务总局关于内地与香港基金互认有关税收政策的通知》[财税〔2015〕125 号]：“一、关于内地投资者通过基金互认买卖香港基金份额的所得税问题：3. 内地个人投资者通过基金互认从香港基金分配取得的收益，由该香港基金在内地的代理人按照 20%的税率代扣代缴个人所得税。”

② 参见《关于延续实施沪港、深港股票市场交易互联互通机制和内地与香港基金互认有关个人所得税政策的公告》（财政部 税务总局 中国证监会公告 2023 年第 23 号）。

③ 参见高金平：《证券投资基金管理人和投资人涉税问题分析》，载《中国税务》2017 年第 03 期。

带来了更多监管挑战和潜在的金融风险。国内资本市场改革步入深水区，香港与内地互联互通不断扩容深化。《香港互认基金管理规定（修订草案征求意见稿）》重点解决了投资管理转授权受限和内地销售额度不足两个主要问题，预计本次修订将促进港地跨境投资的发展，为投资者提供更加多元化的资产配置路径。宽松与多元化的跨境投资通道仍离不开相关部门加强监管协调，以确保市场的稳定和健康发展。以基金互认等制度为代表的港地互联互通机制的不断深化，对于促进粤港澳大湾区深度融合，推动中国高水平对外开放，巩固提升香港国际金融中心地位具有重大意义。

参考文献

[1]《香港互认基金管理规定（修订草案征求意见稿）》。

[2]《财政部 国家税务总局关于内地与香港基金互认有关税收政策的通知》[财税〔2015〕125号]。

[3]《关于延续实施沪港、深港股票市场交易互联互通机制和内地与香港基金互认有关个人所得税政策的公告》（财政部、税务总局、中国证监会公告2023年第23号）。

[4] 郭锋主编:《证券法律评论》(2020年卷)，中国法制出版社2020年5月出版。

[5] 刘元春:《迎接大资管时代的变革与挑战》，载新浪财经，https://finance.sina.com.cn/zl/bank/023-11-03/zl-imzthywu7194287.shtml，2024年11月29日访问。

[6] 沈红波：《相通则治进：资本市场开放下的股票“南北通”制度建设》，载《金融市场研究》2024年08期。

[7] 程丹：《证监会拟放宽互认基金客地销售比例限制》，载《证券时报》2024年6月15日。

[8] 吴晓璐：《中国证监会修订<香港互认基金管理暂行规定>》，载《证券时报》2024年6月15日。

[9] 国家外汇管理局《香港基金内地发行销售资金汇出入情况表（截至2024年6月30日）》，载国家外汇管理局，https://www.safe.gov.cn/guangdong/2024/0805/2835.html，2024年8月6日访问。

[10] 赵泽：《证券持有账户体系的国际比较与制度完善》，中央国债登记结算有限责任公司2023年博士后研究工作报告。

[11] 高金平：《证券投资基金管理人和投资人涉税问题分析》，载《中国税务》2017年第03期。

论合同纠纷中违约金的法律适用

——以一起涉港股份转让合同纠纷为例

易燕

易燕，北京德和衡律师事务所高级权益合伙人、常务副主任、刑民交叉业务四部部门主任、刑民交叉业务中心副总监，北京市律协民法研究会副主任，北京市朝阳区律师协会宣传与联络工作委员会副主任，北京市朝阳区律协家族办公室和财富管理委员会委员。擅长业务领域：公司常年法律顾问和企业合规、婚姻家庭继承、合同纠纷、刑民交叉类犯罪刑事辩护等，拥有丰富的执业经验。

摘　要：违约金条款在合同领域中使用非常广泛，关于违约金条款如何设置，在发生合同纠纷后，违约金条款是否合法有效和可执行，该条款应如何理解和适用等问题是备受关注的广泛问题。香港法下如违约金条款被认定为具有惩罚性，则该条款通常被认定为无效而不可执行。而内地违约金条款所约定的违约金范围即使高于法律规定，也不会整体不被认同。通常以不高于损失的百分之三十作为判断标准，在过分高于或者低于实际损失的情况下，当事一方有权请求法院或仲裁机构予以调整。本文作者通过代理的一起涉港股份转让合同纠纷为例，梳理了内地和香港关于违约金条款的不同规定，对处理涉港合同纠纷时如涉及违约金条款如何选择适用准据法以及如何约定提供借鉴和建议。

关键词：合同纠纷 违约金 惩罚性赔偿 违约金调整 法律适用

一、引言

在合同中预先设置违约金，一方违约后，守约方能否利用合同中约定的违约金条款向违约方主张救济，是合同纠纷中经常遇到的问题。违约金制度源远流长，不管是在大陆法系还是英美法系的合同编中都占据重要地位。缔约方通常会在合同中拟定违约金条款，明确规定违约方在违约情形下应支付的违约金数额。两大法系对于惩罚性违约金的态度存在重大分歧[①]，违约金的执行受到不同司法辖区法律适用的影响：香港地区遵从英美法系立场，适用“Cavendish 案”[②]判定标准，认为合同中的惩罚性违约金条款是无效的，只承认赔偿性的违约金[③]，且香港法律不允许调低支付违约金额部分执行无效的惩罚性条款；而内地并未严格区分赔偿性违约金与惩罚性违约金，更加尊重当事人对于违约金条款的约定。但前提是不得“过分高于”实际损失，同时，内地法院或仲裁机构可以根据当事人的请求酌情减少违约金数额。

此外，关于违约金约定中的资金占用利息的约定，香港地区与内地规定也各不相同，香港地区对利息有明确的法律规定，超过年息百分之四十八的实际利率属于犯罪；而内地法律对于民间借贷案件设置了 4 倍 LPR 红线[④]，不支持超过法定利率上限部分的利息，但并不直接认定为犯罪。

笔者通过本人实际办理的一起在中国国际经济贸易仲裁委员会的实际案例中关于违约金条款的约定，双方就该条款是否有效具有巨大争议。本文通过研究香港特别行政区和中国内地针对违约金条款的约定是否有效以及内地和香港的不同法律规定，从而指出香港地区和内地关于合同纠纷中违约金的不同法律适用问题，以期为实务提供借鉴意义。

二、香港与内地关于违约金规定的不同立场

香港法律主要是延用英国法中的散见于其他法律规定和案例，根据香港地区判例，违约金条款具有惩罚性时无效，而内地法律不禁止违约金条款的惩罚性，当当事人约定的违约金超出损失的 30%时可以请求法院予以酌减。上述不同规定的产生与两地区法系、法律制度保护倾向等因素有关。

（一）香港地区关于合同中违约金条款的规定

香港地区关于违约金的规定主要存在于判例当中，根据相关判例，当违约金条款是具有惩罚性的罚金条款时，该约定无效。

1.香港地区关于违约金条款的规定

在香港法中，订约方在合同中加入算定损害赔偿（liquidated damages）条款，约定一方违约时须支付指定金额给守约方，但该条款的指定金额必须是双方就损失所作的真诚评估（a genuine pre-estimate of loss），而不是为了阻吓违约方违约而约定的条款，否则属于不可强制执行的罚金条款。[⑤]

上述相关规定来源于英国的 Cavendish Square

① 徐海燕：《惩罚性违约金例外酌减制度的解释与重构——契约自由与契约正义的平衡视角》，载《法学杂志》2023 年第 2 期，第 105 页。
② Cavendish Square Holding BV *v.* Talal El Makdessi（[2015] UKSC 67).
③ 王利明：《司法调整民事违约金的法理与规则》，载《检察日报》2024 年 7 月 17 日，第 3 版。
④ 《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》第 25 条。
⑤ 莫欣影：《违约金酌减规则——内地与香港法律的不同视角》，载微信公众号“商法 CBLJ”，2022 年 06 月 17 日上传。

Holding BV 诉 Talal El Makdessi 案[①]。中国香港特别行政区法律是基于英国的普通法，虽然英国判例在如今不再具有约束力，但中国香港特别行政区的法院还是会继续从中寻求指引——尤其是像 Cavendish 案一样的从英国最高法院做出裁决的、在整个普通法系内具有影响力的案件。在 Cavendish 案中，因构成罚金条款而不可执行的违约金条款有三个构成要件：①违约金条款在合同中规定的是合同的次要义务，而不规定合同的主要义务；②请求支付违约金的守约方享有正当权益；③违约金条款规定的金额与守约方的正当权益相当。

中国香港特别行政区的上诉法院在 Bank of China Ltd and Eddy Technology Co Ltd 案[②]中，认可并采用 Cavendish 案中的区分标准，认为被告没有证据表明违约条款不合情理、明显过高或显失公平，因而原告在被告违约时按照违约条款的明确规定追回其全部权利，这一行为并不具有惩罚性质[③]。

此后，Law Ting Pong Secondary School and Chen Wai Wah 案[④]、Dragon Access Holdings Ltd and Lo Chu Hung 案[⑤]、China Great Wall AMC（International）and Royal Bond Investment 案[⑥]等案件进一步确认 Eddy Technology 案中的立场，并认可 Cavendish 案测试已构成中国香港特别行政区法律的一部分。

2.香港法下违约金和逾期利息的关系

在贷款合同中，关于超期未付款项的违约行为，第 163 章《放债人条例》第 22 条规定，“任何放债人订立的贷款协议”均可以约定“如根据该协议须向放债人支付的款项，不论是本金或是利息，到期而有所拖欠”，在利率不超过下述 48% 之规定的情况下，“放债人有权就该笔款项收取单利，由拖欠日起计至该笔款项付清为止，其实际利率不得超逾在没有拖欠的情况下就该本金收取的实际利率”。由此可见，根据香港地区的法律法规，合同双方当事人不仅能约定在协议还款期限内的利息，也可以约定在还款期届满之后未还款项产生的利息，即逾期利息。

首先，在香港法下逾期利息和违约金性质相似，可以共存。与内地法律规定类似，香港法下的逾期利息和违约金一样都属于违约方因违约行为而承担的额外负担，都属于违约方应担的违约责任；且从判例看来，香港法律并不禁止合同当事人同时约定逾期利息和违约金，亦不禁止合同守约方在诉讼和仲裁中同时请求违约方支付事先约定的逾期利息和违约金。

其次，笔者认为，在香港法下逾期利息属于违约金的一种。如前所述，在香港法下，逾期利息的限制为利率不超过 48%，违约金的限制为不能具有惩罚性。而在司法实践中，逾期利息在利率不超过 48%的同时，也应满足违约金的非惩罚性之限制。典型如 Bank of China（Hong Kong）Limited 诉 Eddy Technology Company Limited 案[⑦]中，原告守约方请求被告违约方按照合同约定支

① Cavendish Square Holding BV *v.* Talal El Makdessi（[2015] UKSC 67).

② Bank of China (Hong Kong) Ltd *v.* Eddy Technology Co Ltd（[2019] HKLRD 493).

③ Mr Lo also contended that the retrospective charging of default interest constituted a penalty. However, the underlying premise of the submission is that the Plaintiff charged retrospective default interest. With respect, there is no factual foundation for this submission.... The Defendants had no evidence to show that the default rates are extravagant, exorbitant or unconscionable.

④ Law Ting Pong Secondary School *v.* Chen Wai Wah([2021] HKCA 873).

⑤ Dragon Access Holdings Ltd *v.* Lo Chu Hung（[2020] HKCU 4002).

⑥ China Great Wall AMC (International) *v.* Royal Bond Investment([2021] HKCFI 2882).

⑦ Bank of China (Hong Kong) Ltd *v.* Eddy Technology Co Ltd（[2019] HKLRD 493).

付逾期利息，被告以该逾期利息之约定具有惩罚性而无效进行抗辩，香港上诉法院对该抗辩理由进行审查，最终参照前述英国 Cavendish 案，对于该约定的惩罚性不予认定，驳回被告上述抗辩。因此，在香港法下，逾期利息无疑属于违约金的一部分，逾期利息条款亦应遵循非惩罚性之限制。

（二）内地违约金条款的效力认定以及法律适用

违约责任制度是合同当事人之间的合意具有法律拘束力的保障，违约金是违约责任的外在体现之一。违约金具有担保债务履行的功能，同时又具有惩罚违约人和补偿无过错一方当事人所受损失的效果。《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民法典>合同编通则若干问题的解释》（法释〔2023〕13 号）规定，约定的违约金超过造成损失的百分之三十的，人民法院一般可以认定为过分高于造成的损失。[①]

借款合同是金钱债务关系最主要的类型。我国《民法典》第 676 条规定了借款人逾期归还借款的责任：借款人未按照约定的期限返还借款的，应当按照约定或者国家有关规定支付逾期利息。借款合同的利息，以 2020 年 8 月 20 日为节点，2020 年 8 月 20 日之后新受理的一审民间借贷案件，借贷合同成立于 2020 年 8 月 20 日之前，当事人请求适用当时的司法解释计算自合同成立到 2020 年 8 月 19 日的利息部分的，人民法院应予支持；对于自 2020 年 8 月 20 日之后到借款返还之日的利息部分，适用起诉时《规定》的利率保护标准计算，即不得超过合同成立时一年期贷款市场报价利率（LPR）的四倍。

违约金条款是合同条款的一部分，主合同不成立、未生效、无效或者被撤销，违约金条款不发生效力。应当注意的是，合同解除后，解除权人有权依据约定的违约金条款请求对方承担违约金责任。而因违约金的性质是“以补偿性为主，以惩罚性为辅”，故其责任一般以实际损失为前提，但需要考虑其是否具有惩罚性的性质。

（三）香港和内地法律关于违约金法律适用的异同

1.违约金条款设置的目的不同

香港法认为，违约是合同履行中的一部分，是应当受法律保护的正常的商业考量，法律上不做道德上的评价，所以在审查违约条款时会采取更为中立的立场。在《商品售卖条例》[②]中规定，“凡货品属易毁消性质，或未获付款的卖方向买方发出其拟另售的意向通知，而买方未有在合理时间内支付货价或提供货价的支付，则未获付款的卖方可将货品另售，并可向原买方就其违约所造成的任何损失追讨损害赔偿。”香港法延用普通法下违约金条款，其背后的核心宗旨是为使当事方免于证明实际损失的麻烦与困难。而内地法认为，违约是破坏合同履行的行为，具有可谴责性。合同中违约金的设置主要是为了对违约责任进行追究，防止合同双方中任何一方发生违约的情况，如果出现实际的违约行为，那么就应该按照合同中违约金的约定情况来对另一方进行赔偿。

2.不同规定的法律适用

香港并没有针对合同的专门法典，而是通过使用普通法、衡平法、条例、附属立法和习惯法等一系列形式约定的合同规则。这一点与内地法律体系有很大的不同。香港的商务协议常明文规定出现违约时，须支付的损害赔偿额。要做到这

① 姚明斌：《金钱债务迟延违约金的规范互动——以实践分析为基础的解释论》，载《华东政法大学学报》2015 年 18(04)期，第 82–92 页。
② 查询自网站<电子版香港法例>。

一点，可以确定明确的金额，也可纳入公式，用以计算相关金额。该等条款被称为“议定款额条款”或“算定损害赔偿条款”。尽管条款如此称呼，该条款所规定的是算定损害赔偿还是违约罚款，须由法庭决定。如果是违约罚款，则不可执行。①

在内地，交易讲求诚实信用，违约金作为一种传统的民事责任形式，由于具有预先确定性的特点，便于当事人在订立合同时估算成本和收益，以及其所伴随的风险。不仅能够确保交易顺利进行，还可以维护市场秩序。但是违约金约定不能过分高于实际损失，且通常需要提供实际损失的证据。如果过分高于实际损失，则一方通常可以申请法院或者仲裁机构予以调整。

3.不同法律制度所保护权利的倾向性区别

香港法对合同中的违约金认定采取“完全认可”和“完全不认可”两种方式；内地法对违约金的态度则是在审查合法合理性的同时，尊重当事人的意思自治，是保障诚实守信原则的实现。违约金条款在法律规定的范围内予以认可，超过法律规定的部分不予认可，不会采取完全不认可或者完全否定的方式。

三、不同法域下违约金条款的法律后果案例比较分析

（一）涉港股份转让合同纠纷案

1.案情介绍

A 公司、D 公司与 B 公司签订《股份转让合同》，约定：A 公司和 D 公司向 B 公司转让其合法持有 100%的 C 公司股份，B 公司向 A 公司支付相关股份转让对价。甲、乙作为 B 公司的实际控制人，为 B 公司提供履约担保，并承担违约连带责任，各方当事人在合同及补充协议中同时约定，如 B 公司未按时支付股权转让价款或出现违约行为，应向 A 公司支付股份转让价款以及占用资金的利息补偿金（利息补偿金按照月息率 3%计算），股份转让价款余额及利息补偿金对应的复利（以每天 0.5%的标准计算复利），以及按照《股份转让合同》约定的履约保证金 1 亿元支付违约金，双方约定如发生争议，适用香港法。约定期限届满，B 公司未按约支付剩余股份转让款，针对 B 公司的违约行为，A 公司向中国国际经济贸易仲裁委员会提起仲裁，要求 B 公司支付合同及补充协议约定的股份转让价款及对应的利息补偿金、复利、1 亿元的违约金，后 A 公司变更仲裁请求，将复利请求撤回，要求 B 公司支付股份转让价款及对应的利息补偿金、1 亿元违约金。

2.双方争议焦点

本案的争议焦点为：当事人在合同中约定的利息补偿金、复利和履约保证金的约定是否冲突，违约金条款是否属于香港法中无效的“惩罚性条款”？

3.双方观点

A 公司主张：当事人在《合同》及《补充协议》中约定的利息补偿金、复利和履约保证金并不冲突，约定的违约金以及利息不属于惩罚性条款。首先，本案当事人双方均是拥有丰富商业经验的商人，案涉《合同》及《补充协议》是在公平基础上达成的共识；其次，B 公司的违约行为给 A 公司造成巨大损失，应以违约后果和守约方合理商业利益作为判断是否是过分离谱、夸张或不合情理的实际标准，B 公司除逾期支付股份转让

①《香港法下，如何认定（合同）是否具备法律效力？》，载深圳市蓝海法律查明和商事调解中心网，http://www.bcisz.org/html/falvxinxihua/1225.html，2024 年 11 月 15 日最后访问。

款外，还存在拖欠缴纳税费款项 6000 多万元等多项违约行为，给 A 公司造成了巨大的经济损失；最后，本案实际年息 36%比《放债人条例》[①]规定的过高息率 48%还相去甚远。因此，A 公司根据《合同》及《补充协议》追索的违约金应受到仲裁庭的支持。

B 公司主张：本案约定的利息补偿金、复利、违约金条款共同构成了香港法下的惩罚性赔偿条款，属于无效不予执行的惩罚性条款。根据香港法律，违约条款约定的金额必须是当事人在订立合约时针对因某一特定违约事项而可能导致守约方遭受损失做出的一个真实的估算，不存在夸张的、过高的、不合情理的情形；同时，违约金金额或利率设置的目的是弥补违约损失，而不是为了恫吓对方。本案对于同一违约行为，按照年息 36%计算的利息补偿金和 1 亿元违约金计算所得的赔偿金额也约为最后一期股份转让价款的 1.67 倍，对于日 0.5%计算的复利，第一年的年利率将达到 222.68%。综上，本案约定的违约金条款属于无效的惩罚性条款，不能被执行。A 公司虽然撤回复利请求，但其目的仍在于规避惩罚性违约赔偿条款无效的问题，A 公司只主张其中某一个或两个条款所约定的违约赔偿金或者单独讨论其中的一个或两个条款，并不能使无效的惩罚性条款变为有效条款。因此，A 公司变更后的仲裁请求也不能得到仲裁庭的支持。

4.仲裁裁决结果

仲裁庭认为，根据香港法律，欲判断某个违约损害赔偿条款是否构成无效的惩罚性条款，应重点审查该等条款是否具有如下特点之一：第一，相应的违约金金额是否是守约人基于对违约可能造成损失的真诚估算而确定的，是否存在夸张的、过高的、不合情理的、不成比例的情形；第二，出现违约时相应的利率是否增加、是否具有溯及力；第三，相应的违约金金额或利率设置的目的是弥补违约损失，还是为了恫吓对方使得其不敢违约；第四，相关违约金是否存在不区分违约情形轻重而一律要求支付该等违约金的情形。本案约定的利息补偿金、复利、违约金条款明显过高，且不区分违约轻重一律适用，已经超出弥补违约损失的目的，属于过高的、夸张和不合理的惩罚性条款，故不应被执行。

后 A 公司将复利请求撤回，主动调减违约金金额，由于 A 公司主张违约赔偿所依据的合同条款属惩罚性的无效条款，且香港法律不允许仲裁庭通过调低支付违约金额以部分执行该等无效的惩罚性条款，其据此提出的仲裁请求亦无法得到仲裁庭的支持。B 公司拖欠缴纳税费款项 6000 多万元等多项违约行为，给 A 公司造成重大的经济损失，但由于 A 公司未能提供相应证据予以证明，仲裁庭不予认定。综上，仲裁庭未支持 A 公司关于违约金的仲裁请求。

（二）内地一起典型违约金约定过高案件

1．案情介绍

在（2023）最高法民申 2927 号案件[②]中，当事人在《框架协议》约定，借款一方在贷款期内发生违约情形的，深圳某公司和/或委贷银行有权要求项目公司按照自违约情形发生之日（含）起至违约情形消除之日（不含）止委托贷款本金总额的每日 0.1%向深圳某公司支付违约金。针对重庆某甲公司等的违约行为，深圳某公司在一审中自愿按照年利率 24%调整计算自 2018 年 1 月 1 日

① 香港法第 163 章《放债人条例》第 24 条。

② 最高人民法院(2023)最高法民申 2927 号民事裁定书。

起至贷款提前到期日 2019 年 1 月 7 日止的违约金，并扣减重庆某甲公司等应支付的利息。原审法院对深圳某公司的此项请求予以支持，未调整违约金的数额。重庆某甲公司认为原审法院未调整违约金金额，适用法律存在错误，申请再审。

2. 争议焦点

对于《框架协议》中约定过高的违约金，深圳某公司在一审中自愿按照年利率 24%调整违约金，原审法院未调整违约金金额，适用法律是否存在错误?

3.双方观点

重庆某甲公司（再审申请人；原审被告）：本案中，原审法院在深圳某公司并未提交证据证明其因重庆某甲公司的违约存在实际损失的情况下，即按照 24%的利率上限认定违约金标准而未作调整，明显缺乏事实和法律依据。根据民事诉讼举证分配规则，当事人主张约定的违约金过高并请求予以适当减少的，应当承担举证责任；相对人主张违约金约定合理的，也应提供相应的证据。在再审申请人一方已经履行相应的举证责任，而深圳某公司未举证证明违约金约定合理的情况下，原审判决将举证不能的不利后果让再审申请人一方承担，属于举证责任分配不当。鉴于原审判决适用法律存在错误，请求再审本案。

深圳某公司（被申请人；原审原告）：重庆某甲公司作为违约方应按照合同约定支付违约金，深圳某公司要求支付违约金应以发生实际损失为前提，根据相关法律规定，重庆某甲公司主张违约金过高，应由其承担举证责任。且二审判决生效后，经法院强制执行，重庆某甲公司已经履行了判决义务。因此，再审申请人的再审事由不能成立，请求驳回其再审申请。

4.法院裁判结果

再审法院认为，根据当时有效的《中华人民共和国合同法》[①]相关规定，当事人可以约定一方违约时应当根据违约情况向对方支付一定数额的违约金，也可以约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法。约定的违约金过分高于造成的损失的，当事人可以请求人民法院予以适当减少，人民法院应当以实际损失为基础，兼顾合同的履行情况、当事人的过错程度以及预期利益等综合因素，根据公平原则和诚实信用原则予以衡量，并作出裁决。本案一审中，针对重庆某甲公司等的违约行为，深圳某公司主动按照年利率 24%调整计算违约金，并未超过当时法律保护的上限，原审判决对深圳某公司的此项请求予以支持，适用法律并无不当。重庆某甲公司虽主张违约金数额过分高于深圳某公司的实际损失，但并未提供证据予以证明，自应承担相应法律后果，故其关于原审判决未调整违约金数额属于举证责任分配不当、适用法律错误的再审理由亦不能成立。

（三）内地和香港地区案件不同法律后果评析

1.内地与香港关于逾期利息的规定不同

香港地区允许在合同中同时约定违约金与利息，根据《放债人条例》，但年利率总计不得超过 48%，超过年息百分之四十八的实际利率属于犯罪。在上述涉港股份转让合同纠纷案中，仲裁庭并未适用《放债人条例》，而是将复利、利息补偿金、1 亿元违约金整体认定为无效的惩罚性条款。

内地法律同样允许在合同中同时约定违约金与利息，根据《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》第 29 条的规定

① 《中华人民共和国合同法》第 114 条。

“出借人与借款人既约定了逾期利率，又约定了违约金或者其他费用，出借人可以选择主张逾期利息、违约金或者其他费用，也可以一并主张，但是总计超过合同成立时一年期贷款市场报价利率四倍的部分，人民法院不予支持”[①]。在内地案件中，深圳某公司按照年利率 24%调整计算违约金，并未超过当时一年期贷款市场报价利率四倍，最终原审法院支持了该项请求。

2.内地与香港处理违约金有效性的标准不同

从比较法来看，英美法系把一切形式的惩罚性违约救济排斥于合法的违约救济之外，只承认赔偿性的违约金，受损害方只能要求违约方赔偿其损失，这就决定了在合同中加入惩罚性条款是无效的[㉑]。与英美国家不同，大陆法系国家并未将赔偿性违约金与惩罚性违约金严格区分开来[㉒]。

3.违约金过分高于实际损失的后果不同

在涉港股份转让合同纠纷案中，尽管 A 公司撤回复利请求，只主张股权转让价款及 1 亿元的违约金，调整后的利率虽在有效范围内，但因违约金条款整体被认定具有惩罚性而不可执行，且香港法律不允许调低支付违约金额以部分执行该等无效的惩罚性条款。

与香港地区不同，在违约金过分高于实际损失的情形下，内地法律并不会直接将违约金条款认定无效，内地法院或仲裁机构可以根据当事人的请求酌情减少违约金数额，且调整后的违约金条款能够得到执行。在（2016）京 03 民终 13939 号[㉔]案件中，违约方在二审中提出违约金过高，请求减少违约金的，二审法院结合具体案情，综合考虑当事人过错程度、预期利益、公平原则、诚实信用原则等因素，重新确定了违约金的标准。

根据《民法典》第五百八十五条规定“当事人可以约定一方违约时应当根据违约情况向对方支付一定数额的违约金，也可以约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法……约定的违约金过分高于造成的损失的，人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求予以适当减少”[㉕]。可以看出，内地法院或仲裁机构对于违约金酌减规则，具有一定的裁量权，但此种裁量权并不是任意的，应当受到《民法典》和相关司法解释的严格限制。

四、违约金条款的不同选择和法律适用

基于上述研究结果，本文笔者对香港和内地法律关于违约金条款应如何理解和适用，结合自身的经验，从理论和实务不同视角出发，进行探讨。

（一）对两种不同规定的理解和评价

如前文所述，香港法律和内地法律在违约金的规定上存在不同之处，下面笔者将简要论述对两种制度的理解和看法。

1.香港地区的违约金制度

香港地区对于违约金的认定仅具有“赔偿性”色彩，一般不认为需要通过司法干预来实现其“惩罚性”。关于利息，香港于 1980 首次年出台《放债人条例》（已由 2022 年 12 月 30 日颁布的第 208 号法律公告修订），用于规范经营性放贷秩序。虽然香港法律对于借贷的年利率保护非常宽

① 《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》第 29 条。

㉑ 参见沈四宝、王军、焦津洪：《国际商法》，对外经济贸易大学出版社 2002 年版，第 316–318 页。

㉒ 郭丹云：《各国立法上违约金性质比较研究》，载《河北法学》2025 年第 6 期，第 148 页。

㉔ 北京市第三中级人民法院(2016)京 03 民终 13939 号民事判决书。

㉕ 《中华人民共和国民法典》第 585 条。

松，但香港地区的法院，对于违约金和利息的认定，具有较为极端的认定模式，要么全部支持，要么完全不支持。可以说，在违约金和利息的规定上，香港法律在合同约定的范围上保护的更为宽松，但在合同约定的效力认定上，缺乏弹性。

2.内地的违约金制度

无论是对违约金还是利息的认定，即使存在因违反法律强制性规定而无效的违约金和利息，内地法院也不会因此而对所有违约金和利息一并不予支持，而是会根据实际损失和过错等因素，对约定的内容在合理范围内予以支持。内地法律对于违约金的认定具有“惩罚性”色彩，而对利息仍然界定了法律所允许的范围，内地法律将超过法定利率上限的民间借贷界定为一种金融违规行为或非法金融活动，但不直接认定为犯罪，而是通过民事判决一律不支持超过合同成立时一年期贷款市场报价利率四倍的合同约定（以下简称“四倍红线”）为折中方案，实现对民间借贷的利率管制。

3.关于不同规定的立法评价

对于香港法律和内地法律关于违约金制度的不同规定，从立法角度上，香港地区的法律和内地法律各有优势，也均存在缺陷。笔者认为，应当根据地区差异，结合市场经济发展的需求，更为灵活地兼采众长。

笔者认为，香港法律和内地法律在利息及违约金上的最大不同在于，法律在保证整体公正的情况下，是否能最大限度地不干预双方关于惩罚性违约金的契约效力。笔者的观点是，内地法律对惩罚性违约金的干预是更为适度的。首先，内地法律对利息和违约金的约定并非完全不予干预，而是在合理范围之内予以认可，对畸高的部分约定不予认可，这种适当的保护满足了立法上的公正性要求。其次，民事法律的意思自治原则是民法与刑法和行政法等法律的根本区别，在保持公平的基础上，尊重合同方的意思自治，对双方自愿遵循的惩罚性条款予以承认，是对双方作为民事法律主体的尊重。再次，在市场经济高速发展的今天，各种新的交易模式层出不穷，各合同主体间的利益考量更为复杂多变，法律应当在保证基本的公平合理的范围内，适当地保护市场运行的灵活性。事实上，最近英美法系或开始关注违约赔偿另一层面的法经济学原理：“首先，惩罚因素可以被认为是违约方以书面保险的形式支付给无过错方的一份保证金，特别是在难以准确计算的主观期望值方面；其次，这些条款能传达合同当事人的可靠性和履约能力的信息，降低交易成本。英国法院在算定损害赔偿条款方面的立场已经发生了变化，香港法院也开始运用英国最高法院在 Cavendish Square v Talal El Makdessi and ParkingEye （2015）一案中的测试方法。”[29]

（二）对涉港合同纠纷准据法的选择和适用

在不违反法律强制性规定的前提下，涉港合同纠纷中合同方到底约定适用香港法律还是内地法律，从约定适用准据法的角度，提供如下参考建议：

1.从保护合同中弱势一方的角度上来看，为了防止优势方利用优势地位，以畸高的违约责任对弱势方进行压迫，香港法对采取这种方式的优势方进行了惩罚性的司法认定，即对所有惩罚性违约金都不予认可，而内地法对这种利用优势地位的方式不做否定性评价，更加尊重商业上的意思自治。从这个角度出发，如本方在合同关系中

[29] 莫欣影：《违约金酌减规则——内地与香港法律的不同视角》，载微信公众号“商法 CBLJ”，2022 年 06 月 17 日上传。

处于弱势地位，可考虑适用香港地区的法律，以最大程度地保护平等地位；如本方在合同关系中处于强势地位，比如大型国央企等强势甲方，可考虑适用内地的法律，以保证交易中的优势地位。

2.从违约的可能性角度考虑，香港法的立法精神偏重于在订立契约时的合理性；内地法偏重于在解决纠纷时的公平性。例如：香港法认为“为了恫吓合同方不敢违约而设置的超过实际损失的条款”是不正当的、不合法的；而内地法对此类条款没有限制，对违约金原则上以双方的合同约定为准。这种差异也与商业习惯和民间文化的不同有关，判例法地区强调交易的公平，将违约视为商业活动的一部分。而内地法强调秩序，为了保证双方履行合同，只要有合同作为依据，就并不排斥惩罚性的措施。从这个角度出发，如果本方在合同中承担较为核心的义务，或承担较多义务，具有更高的违约风险，则可以考虑适用香港地区的法律，这样可以最大限度地避免违约后的损失；反之，则应当适用内地法律，以最大程度地恫吓和约束违约一方，在对方发生违约时，也可以最大程度地挽回损失。

总之，关于涉港合同纠纷到底选择适用香港法还是内地法，违约金条款如何设置以及违约金金额和计算方式的约定，均应当以公平公正的方式且不能违反法律的强制性规定为基础，同时不管是适用香港法还是内地法，违约金条款的设置最好均不要设置过高的惩罚性赔偿条款，约定比较适中的违约责任条款，同时交易双方也应当以诚实守信为基础，全面履行合同中约定的义务。

参考文献：

[1] 徐海燕.惩罚性违约金例外酌减制度的解释与重构——契约自由与契约正义的平衡视角[J]法学杂志，2023（2）：85-106.

[2] 王利明.司法调整民事违约金的法理与规则[N]检察日报，202407-17（3）.

[3] 刘勇.《民法典》第676条（逾期利息支付义务）评注[J]清华法学，2023，17（04）：175-192.

[4] 史晋川.中小金融机构与中小企业发展研究：以浙江温州、台州地区为例[M]杭州：浙江大学出版社，2003：53-56.

[5] 李骐.论香港合同法中的违约故济——兼与我国合同制度比较[J]法律问题，1991（01）：36-40，63.

[6] 王小能，刘德恒.中国内地与香港两法域私法冲突与应对[J]北大法律评论，2000（3）：230-275.

[7] 许德风.违约金司法酌减的依据及其限度[J]法学，2024（4）：110-123.

[8] 姚明斌.违约金的类型构造[J]法学研究，2015（4）：147-163.

[9] 姚明斌.违约金双重功能论[J]清华法学，2016（5）：134-150.

[10] 张力，赵自轩.英国罚金判断新标准在我国违约金调减中的运用[J]河北法学，2017（9）：23-36.

[11] 姚蔚薇.对违约金约定过高如何认定和调整问题探析——《合同法》第114条第2款的理解与适用[J]法律适用，2004（4）：13-15.

[12] 郭丹云.各国立法上违约金性质比较研究[J]河北法学，2005（6）：148-152.

新《公司法》视野下回购型对赌协议履行困境及裁判路径分析

甘永辉，陈小文

甘永辉，北京德和衡（深圳）律师事务所高级权益合伙人，擅长领域为公司、证券与资本市场、私募基金、金融，主要著作包括《备战新三板--互联网+企业的融资之道及法律实务》《资本市场法律实务操作全书》《证券诉讼法律实务--以大数据分析为视角》等。

陈小文，北京德和衡（深圳）律师事务所执业律师，中南财经政法大学法学硕士，业务领域为公司、证券、私募基金，已发表《操纵证券交易市场民事责任纠纷的认定——基于实证案例研究》《公司收购路径的选择：股权收购与资产收购》《基金托管人的法律责任实证分析》等多篇实务文章。

摘　要：《九民纪要》施行后，有关回购型对赌协议之争从合同效力转向合同可履行性问题，特别是在当下退出难的困境之下，对赌协议的履行难问题愈发突出。究其原因，现行司法裁判更多着眼于公司资本维持原则下债权人利益保护的角度。新《公司法》施行后，有限责任公司减资以等比例减资为原则，例外情形下定向减资则需全体股东一致同意。《九民纪要》的规定将减资作为股权回购型对赌下投资方要求公司履行义务的前置程序，而新《公司法》关于不同比例减资的例外约定似乎使得回购型对赌陷入履行悖论。针对回购型对赌事实上的履行难问题，在公司偿债能力相关规则尚未建立以前，只能依靠裁判思路在价值选择及利益平衡间作出适当调整，以缓解实践困境。

关键词：公司法；对赌；股权回购；减资；资本维持原则

一、问题的提出

《全国法院民商事审判工作会议纪要》（法〔2019〕254号）（以下简称“《九民纪要》”）施行后，原则上认可了投资方与目标公司对赌的效力，但在实际履行中仍需遵从《公司法》中有关对赌的审查性规定，例如减资回购情形下对股东是否涉及抽逃出资的审查。从现行规定及司法实践来看，除特殊情形下的回购，例如涉及国资[①]的回购，对于投资方与目标公司对赌的问题，似乎已经逐渐从合同效力之争转向合同履行之争，而在合同履行中，公司资本维持原则、债权人利益保护成为实践中法院审查股权回购型对赌协议在履行时是否存在实质性障碍的关键理由。在当下退出难的困境之下，投资方与目标公司的回购对赌中，法院从公司资本维持原则的角度出发，在公司对赌失败时，倾向于保护债权人利益的裁判思路，导致商事交易中股权回购协议在履行中往往容易陷入僵局。

二、从合同无效到合同履行不能

被学界称为“对赌第一案”的“海富案”[②]中，终审法院最高院认为投资方海富公司与目标公司的业绩对赌使得海富公司取得相对固定的收益，脱离了公司的经营业绩，因此以损害公司和债权人利益为由，否定了海富公司请求目标公司支付补偿款的请求，但对于目标公司的股东应根据交易协议支付海富公司补偿款的诉求，最高院认为并未损害公司及债权人的利益，予以支持。据此，“海富案”也被认为是确认投资方与目标公司对赌无效，但与目标公司的股东对赌则有效的经典判例。

到了“瀚霖案”[③]，最高院从目标公司提供担保时，投资方尽到了形式审查义务，以及原公司法第十六条[④]的立法目的出发，认可了目标公司对回购义务人价款的支付承担连带责任的主张。“瀚霖案”中，最高院并未从公司资本维持原则或保护公司债权人利益的角度论述，从而否认目标公司为回购提供担保条款的效力。对于这一裁判视角的转变，有学者认为这体现了在公司对外担保规则下，则无需按照资本维持原则项下的规则审查合同的效力或规制其履行。[⑤]目标公司为股东的回购提供担保不同于经常性交易，作为资本性交易，仍需考虑的问题在于，在回购义务人不具备履约能力的情况下，目标公司提供的担保责

① 自2024年6月19日国务院办公厅印发《促进创业投资高质量发展的若干政策措施》（“《创投十七条》”），《创投十七条》以来，各地也陆续发布相应的政策，旨在缓解国资面临的退出困境。例如，2024年7月19日，上海市人民政府办公厅发布《关于进一步推动上海创业投资高质量发展的若干意见》（“《意见》”），《意见》中就优化国有资本考核与评价机制提出，建立健全适应创业投资行业特点的长周期考核评价机制，强化“募投管退”全流程管理。深化国有创业投资企业市场化运作试点，鼓励国有创业投资企业内部实施有效的管理人员约束和激励机制，并与投资效益相结合，持续探索跟投、评估、事前约定股权退出等创新。优化评估管理，允许评估备案管理单位制定估值管理制度，科创类项目投资以估值报告为价格参考依据。2024年7月31日，广东省人大颁布《广东省科技创新条例》，明确指出，省人民政府科技、财政、国有资产监督管理等部门对国有天使投资基金、创业投资基金的投资期和退出期设置不同考核指标，综合评价基金整体运营效果，不以国有资本保值增值作为主要考核指标。

2024年8月16日，湖北省人民政府办公厅印发《湖北省科技金融质效提升行动方案》（“《方案》”），《方案》指出，政府投资引导基金参股区域创投母基金存续期限和投资期限放宽至10年，省内财政及国资出资比例上限提高到90%，省政府投资引导基金对省内科创天使类投资根据政策目标完成情况给予最高100%收益让渡，科创天使投资损失容忍率提高至50%。完善省政府投资引导基金和国资母基金绩效考核评价办法，实施差异化分类考核和尽职免责制度，注重整体效能评价，不对单个项目盈亏和短期收益进行考核。

② 最高人民法院（2012）民提字第11号民事判决书。

③ 最高人民法院（2016）最高法民再128号民事判决书。

④ 《中华人民共和国公司法》（2023年修订）第15条。

⑤ 参见王毓莹：《对赌纠纷裁判的法律适用逻辑与诉讼体系定位》，载华东政法大学学报2021年第5期，第114页。

任事实上变成了单向财产流出，这种情况下，同样需要从公司资本维持原则的角度进行考量。这也是在“瀚霖案”之前，法院通常以涉嫌抽逃出资为由否认目标公司为回购提供担保条款的效力之关键原因。实际上，在“瀚霖案”中，尽管最高院转换了裁判思路，但遗憾的是，在认可担保条款效力的同时，最高院并未对目标公司担保责任的履行，担保责任和公司资本维持原则之间的平衡关系进行论述。[①]

2019 年“华工案”[②]中，终审法院江苏省高院最终支持投资方要求目标公司作为回购义务主体的请求，在裁判中明确了关键一点，即在不存在法律强制性规定无效或违反公司章程规定的情况下，投资方与目标公司的对赌是有效的。对于要求目标公司履行回购义务是否违反公司资本维持原则及损害债权人利益的观点，法院结合目标公司的经营状况及利润情况，认为承担回购责任并不会减损目标公司的资产，进而导致其偿债能力降低。且在要求目标公司回购后，公司及股东可以按照法律及公司章程约定履行法定的减资程序完成回购，案涉回购具备法律及事实上的可履行性。

2019 年 11 月，《九民纪要》正式公布，同样的，《九民纪要》认可了投资方与目标公司对赌的效力，但与此同时也指出，如公司未按照抽逃出资的规则进行审查，履行减资程序的，投资方的请求将无法得到支持。

从“华工案”到《九民纪要》，其中关涉的一个重点问题在于区分对赌协议的效力和可履行性。尽管协议的效力不受影响，但部分学者也表示，在违反公司资本维持原则或是未完成减资程序的情况下，是否将导致对赌协议的履行障碍？[③]

从公司资本维持原则的角度出发，禁止公司在未完成减资的情况下回购投资方的股权，更大程度上是从维护公司债权人的利益的角度考虑，但问题在于，实质上，如果站在债权人利益保护的立场来看，投资方同样是公司的债权人，在这一层面上，牺牲投资方这一债权人保护公司其他债权人，对于与公司对赌的投资方而言，是否同样意味着另一种不对等。另外，也有学者认为，将履行减资程序作为目标公司履行回购义务的前置程序，存在着因果倒置的逻辑错误，实质上剥夺了投资方处置股权的选择路径。[④]

在目标公司作为回购义务人的情形下，应区分合同效力与合同履行之间的关系，即便合同不具备履行的可能性，但不能据此否认合同的效力。在股权回购型对赌情形下，目标公司对投资方负有金钱给付义务，按照通常理解，金钱给付债务仅存在事实履行不能，不涉及法律履行障碍。仅在该事实履行障碍违反法律强制性规定时，可能构成法律履行不能，例如《九民纪要》中所指向的股东涉及抽逃出资、违反公司债权人保护原则时，投资方无法要求目标公司进行回购。也有学者认为，这里的事实履行不能和法律履行不能实际上难以区分。[⑤]更重要的是，比起将减资程序作为目标公司履行回购义务的条件，是否可以尝试采用延迟履行的方式，例如参考域外法律实践中要求目标公司以分期偿还的方式履行股权回购项

① 参见刘燕：《“对赌协议”的裁判路径及政策选择——基于 PE/VC 与公司对赌场景的分析》，载法学研究 2020 年第 2 期，第 146 页。
② 江苏省高级人民法院（2019）苏民再 62 号民事判决书。
③ 参见贺剑：《对赌协议何以履行不能?———一个公司法与民法的交叉研究》，载法学家 2021 年第 1 期，第 157 页。
④ 参见张保华：《对赌协议下股份回购义务可履行性的判定》，载环球法律评论 2021 年第 1 期，第 96 页。
⑤ 参见注 6。

下的给付义务。另外，值得思考的是，在新《公司法》施行后，逐渐向董事会中心主义倾向的趋势下，能否更多地发挥董事会在决策、责任划分及承担等方面的作用，关系到公司利润分配、减资决策程序等问题，最终影响公司回购义务的履行，有助于克服股权回购的履行难题，仍有待新法实施后实务操作中的践行[①]

三、特殊情形下的合同效力及履行

在不存在法定无效事由的情况下，投资方与目标公司之间的对赌是有效的。而在国有企业[②]参与对赌中，根据《企业国有资产交易监督管理办法》及相关的国资监管规定，国有企业的产权转让需向国资监管机构履行报批审核程序、进行审计评估、在公开的产权交易市场转让，俗称“进场交易”。如在未履行前述“前置程序”的情况下，国有企业投资方要求目标公司进行股权回购，达成的股权回购性质的协议是否因违反国资监管规定而无效，或者合同具备效力但不具有可履行性？从现有的实践案例及裁判观点来看，法院对这一问题的看法不尽相同。

盐业集团股权回购案[③]中，尽管不同之处在于，国有企业盐业集团是作为回购义务人，但对于投资方与回购义务人签署的股转合同效力这一关键问题，最高院认为，从《公司法》和《企业国有资产监督管理暂行条例》的立法文义和目的来看，国有资产交易应当经过国资管理部门的批准后生效，该股转合同在未履行主管部门的前置审批程序的情况下，欠缺必要的生效要件，应认定为股转合同未生效，尚未生效的合同自然也就不具备履行条件。

与之相反的是南京报业集团一案[④]，本案中的各方均为国企，南京报业集团再审抗辩中试图援引盐业集团股权回购案的先例，主张案涉对赌协议未经审批未生效。然而，最高院在南京报业集团案中指出，案涉对赌协议含《增资协议》及约定回购事宜的《备忘录》，《增资协议》事先已经过审批，在法律及行政法规没有强制性规定的情况下，各方基于真实意思表示达成具有关于回购事宜的《备忘录》，应认定为该《备忘录》已生效。

除了审批程序影响对赌协议的效力，在回购型对赌下，如未进场交易、未评估的情况下，是否影响协议效力？安联公司股转纠纷案[⑤]中，最高院在确定涉诉协议效力的裁判思路是，标的股权系国有资产，各方应按照国有资产转让的程序及手续进行，但转让方的上级主管机关对标的股权的转让没有异议，且转让方的国资监管机构省国资委出具的意见也表明标的股权没有脱离国资管理机关的监管，据此，尽管标的股权没有在公开的产权交易市场进行，同时履行评估备案，但不宜认定标的股权的转让是无效的。与最高院这一裁判思路类似的还有中航研究院回购案[⑥]、广东省粤科公司回购案[⑦]、佛山盈赛公司回购案[⑧]

① 参见潘林：《股份回购中资本规制的展开——基于董事会中心主义的考察》，载法商研究 2020 年第 4 期，第 128 页。
② 《企业国有资产交易监督管理办法》第四条所指的国有及国有控股企业、国有实际控制企业，本文暂不作区分。
③ 最高人民法院（2016）最高法民申 410 号民事裁定书。
④ 最高人民法院（2022）最高法民申 232 号民事裁定书。
⑤ 最高人民法院（2015）民二终字第 399 号民事判决书。
⑥ 北京市第二中级人民法院（2021）京 02 民终 13186 号民事判决书。
⑦ 广州市中级人民法院（2020）粤 01 民终 4286 号民事判决书。
⑧ 佛山市中级人民法院（2023）粤 06 民终 4350 号民事判决书。

等。

盐业集团股权回购案中，最高院再审和二审法院江苏省高院在合同效力的认定上，观点是一致的，并未从案涉合同是否因违反法律、行政法规的强制性规定无效的角度进行论证，对于欠缺生效要件的合同，实际上处于一种不确定的状态，在这种情况下，评判其是否因违反规定对当事人不具有约束力也就不存在实际的意义。而在南京报业集团案中，最高院认为有关回购事宜的《备忘录》已生效的主要理由在于，案涉各方并无关于《备忘录》需事先审批生效的约定，这也是该案区别与盐业集团股权回购案的重点，即盐业集团股权回购案中各方在此前达成的会议纪要中认可回购事项需经审批生效的安排。

笔者理解，以当事人对关于回购事宜的协议是否事先需经审批是否认可，以此来作为确定案涉回购性质的协议属于已生效或是未生效状态的理由，值得商榷。如从《公司法》及《企业国有资产监督管理暂行条例》等国资监管规定的立法目的及文义解释的角度出发，认为审批程序是合同生效要件，未经审批的合同自然不具备生效要件和可履行性。若认为审批条件不属于《企业国有资产法》及《企业国有资产监督管理暂行条例》法律及行政法规中明确规定的生效要件，则不能以未报批为由认为合同尚未生效。

对于未对标的股权进行评估、特别是未进场交易是否成为阻却合同效力这一问题，司法裁判中也尚无明确的定论。认可合同效力的裁判观点主要认为，国有资产产权转让需履行进场交易等程序规定的目的在于防止国有资产流失，在取得国资监管机构批准的情况下，可以实现该目的，既不属于合同客观履行不能的原因，也不违反法律及行政法规的强制性规定，不能据此否定合同效力。否定合同效力的法院[①]则认为，评估、进场交易程序属于《企业国有资产法》规定的内容，未按照法定交易方式进行的股权转让违反了法律的强制性规定，应属无效合同。

四、对赌协议履行僵局及司法困境

前述论及，除涉及国资回购等特殊情形下的对赌，《九民纪要》施行后，投资方与目标公司对赌时，法院从公司资本维持原则及债权人利益保护原则出发，一般审查公司是否事先履行了减资程序，仅在公司已履行完减资程序但仍未履行回购义务的情况下，法院才会要求公司相应地承担违约责任。

2023 年修订的新《公司法》[②]明确规定公司减资时以同比例减资为原则，有限责任公司全体股东另有约定的除外。按照《九民纪要》的规定，如投资方要求公司履行股权回购义务，应事先要求公司履行减资的前置程序，而按照新《公司法》同比例减资的规则及例外规定，不同比例减资的，需全体股东一致同意。据此，如公司怠于履行减资程序或因其他股东意见的分歧等导致公司无法完成减资程序的情况下，投资方可否诉请法院要求公司履行减资程序？

在海南塑胶新增资本认购纠纷一案[③]中，最高院认为，减资属于公司内部的自治事项，公司法已经明确规定经股东会决议后公司减资的程序，目前尚没有明确的法律规定法院可以强制公

① 北京市第三中级人民法院（2020）京 03 民终 13060 号民事判决书。

② 《中华人民共和国公司法》（2023 年修订）第二百二十四条第三款 公司减少注册资本，应当按照股东出资或者持有股份的比例相应减少出资额或者股份，法律另有规定、有限责任公司全体股东另有约定或者股份有限公司章程另有规定的除外。

③ 最高人民法院（2020）最高法民终 223 号民事判决书。

司减资，在法律没有明文规定的情况下，司法不宜直接干预公司减资问题，违背公司自治的立法原则。新《公司法》施行后，实践中法院对于减资可诉性问题的态度依然延续之前的通说。如此一来，如在公司未启动减资程序的情况下，投资方诉请法院要求目标公司回购股权，基于公司资本维持原则及债权人利益保护原则，存在被法院以公司未完成减资程序为由不予支持的可能。如投资方直接诉请要求公司履行减资程序，基于公司自治原则，该随附义务请求仍然无法得到支持。

五、结语

从平衡投资方与目标公司之间利益的角度，《九民纪要》支持股权回购型对赌协议的效力。但在实践履行上，受制于资本维持原则的底线，对赌协议仍存在重重履行障碍，特别是现行规定下减资似乎成为股权回购的“前置”程序的情况下，减资程序的不可诉性、资本维持原则导致合同实际履行不能，其中既涉及公司法的组织属性，也牵涉到合同法的私法属性。对于投资方而言，除了在对赌协议中事先将减资决议的通过作为公司的义务加以约束，暂时仍没有更好的途径解决这一僵局问题。对于公司而言，无法促使投资方将标的股权对内或对外转让给第三方，同时又无可分配利润的情况下，允许投资方减资退出自然成了最次的选择。对于司法实践而言，如何在尊重各商事主体意思自治的前提下，破解原有的困境和僵局，在适用资本维持原则、维护债权人利益与投资方退出之间寻找利益平衡点，可能是实务中无法回避的问题。

《公司法》新理念与规则的法人本质逻辑解读

潘克三

潘克三律师，北京德和衡律师事务所执业律师，民商法学硕士。执业经验 18 年。主要从事公司法律顾问业务和资本市场业务。

摘　要：本文尝试从民法对法人本质追问的且近结论入手，引出修正拟制说的自洽逻辑，认为利益与意志的独立性是法人独立人格的两大支柱。沿此认识，《公司法》着重修订公司资本制度与公司治理制度的要旨，是铸牢公司作为“ 人 ”的利益与意志的独立性，其优化公司组织机构设置、强化董事义务与责任、重塑公司资本制度的新规，都可用法人本质的应然逻辑加深理解，并可厘清可能存在的认识分歧。

关键词：修正拟制说、新公司法、公司治理制度、公司资本制度

2023 年《公司法》着重对公司资本与公司治理两大核心制度作了修改完善。其问题导向聚集了全面推行注册资本认缴登记制后，过度放松出资管制，出现的公司设立乱象、公司独立人格被轻视及其与公司治理失范推波助澜的问题。为此，《公司法》矫正了放松出资管制的过枉，同时以优化组织机构设置为主线，加强了董事会在公司治理中的地位，更以前所未有力度夯实了董事责任。其鲜明的立法态度可认为是，认真对待公司，铸牢公司作为“人”的利益与意志的独立性。这无疑是法人本质认识的一次重大刷新。基于我国民商合一的立法体例，民法与公司法的解释论都应与时俱进。本文不揣冒昧，尝试沿法人本质的逻辑主线，对《公司法》两大核心制度的新规予以解读，以供探讨，并就教于大家。

一、《公司法》两大核心制度修改完善的法人本质逻辑基点

（一）民法对法人本质追问的且近结论

民法对法人本质的追问是其基本信念的当有逻辑。民法经由长期文明史确证的基本信念是，人类的每个人皆享有平等的权利能力，因为他们是唯一赋有自由意志的实体，此一理由也决定了个人唯基于自己的意思为自己形成法律关系。故而，作为民法上的“人”，重要的是，他应当具有自我意识，应当自主地决定自己的存在，相对于他人则应当承担起责任。[①]一言以蔽之，应当具有意志。于是，法人何以得具法律人格，须直面有无意志、若没有又当如何型构的逻辑拷问，而对之作出的回答势必关联法人构造及法人内外法律关系的认识，因而是应当解析的第一原理。

法人本质认识迄无定论。[②]然而，透过岁月积淀的实证经验辨析，源于 19 世纪德国民法典制定时期的拟制说与有机体说（容后辨析仅有机体说为真正实在说）的经典争论已使结论且近，而宛如“旁观者”的组织体说似已揭晓了结论。

拟制说否认法人有其固有意志，因而认为，仅有自然人是天生的且是预设为法律秩序的法律主体，法人只是借助于法律的创设才得与自然人一样享有权利能力。[③]这按该法律学说的创建者[④]萨维尼的论断，权利能力是与个体的人的概念相叠合的，仅仅是为了某一法律目的才扩张地、通过纯粹拟制赋予法人。[⑤]法人仿佛是人，但其实不是道德的、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。[⑥]前述最后一句话便是拟制说对法人意志如何型构的特征诠释，也被有机体说的代表者基尔克痛斥为，把法人当成了“一个孩童或者一个疯子一样”的“法律残疾”[⑦]。

① [德]卡尔•拉伦茨：《德国民法通论》，王晓晔、邵建东、程建贡、徐国建、谢怀栻译，法律出版社 2003 年版，第 56 页。
② 参见谢鸿飞：《论民法典法人性质的定位——法律历史社会学与法教义学分析》，载《中外法学》2015 年第 6 期，第 1509 页。
③ 参见[德]托马斯•莱赛尔:《德国民法中的法人制度》，张双根译，《中外法学》2001 年第 1 期，第 28 页。
④ 法人本质的最古说法即拟制说，可从罗马法传统中找到其意念元素，并在 13 世纪教皇英诺森四世的裁决用语中得见其最早得名，但未形成法律学说。是萨维尼秉承康德自由意志哲学将拟制观念建立于他以意志理论为基础的权利主体理论之上，且其理论甚巨，仿佛与拟制说划上等号。参见谢鸿飞：《论民法典法人性质的定位——法律历史社会学与法教义学分析》，载《中外法学》2015 年第 6 期，第 1511 页；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，第 19~20 页。
⑤ 参见[德]弗里德里希••卡尔•冯•萨维尼：《萨维尼论法人的概念》，田士永译，王洪亮校，载《中德私法研究》（第 9 卷），北京大学出版社 2008 年版，第 38 页。
⑥ 转引自[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 67 ~ 68 页。
⑦ 参见[德]奥托•基尔克：《私法的社会使命》，杨若濛译，商务印书馆 2021 年版，第 52 页。

与拟制说针锋相对，有机体说则极力主张法人之实体乃为具备团体意思之社会有机体[①]。与个人一样，它的意志和行动的能力，决不是由法律创造出来的。[②]为阐明这一论断，有机体说的显著之点是以机关理论作补充，把依照团体内部的“法律”来表达意志并行使活动能力的个人或个人集团称为法人机关，并把法人机关看成是法人的法律肉体[③]，一如口、眼等器官之于人的行为，并非是一个人代理另一个人，而是仅存在法人一个人格，即由它的机关来表达其意志和行为的人格。[④]

以上拟制说与有机体说的争论，形成了法人意志认识的对立两极，若以排中律和岁月积淀的实证经验透视，虽迄无定论却已使结论将近。一方面争论迄无定论实已表明拟制说的法人无固有意志论断未被根本动摇。尽管有机体说对拟制说矮化法人为“法律残疾”的批判痛快淋漓，并其旨趣是为法人自由设立开辟道路[⑤]，因而博得了许多共鸣，并因此一度在欧陆颇受重视成为通说[⑥]，可是，当争论褪去激情，有机体说极力主张的法人有其固有意志，反倒被批评为“拟人化”或“生物化”地过于先验[⑦]，其主要纰谬在于将法人机关视为法人的血肉之躯，这就产生了集体意志和集体自觉的幻觉错误，不仅在解释机构、基金会和一人公司时会产生困难，而且，还会对意志的理解制造障碍，因为这样一来，集合体只能被理解为“超人”。[⑧]然而，一种总的精神和集体心理的存在无法在经验上被探知，团体意志或共同意志是实体意志的观点，与经验可验证的事实并不相容，并为哲学、社会学和法学文献的主流学说所拒绝。[⑨]所以，直面事实，有机体说的立论已确定地落败。另一方面争论迄无定论同样也表明拟制说的确被有机体说戳中了痛点，即其忽略了社团结构对于法人意志的建构意义，实对法人一经拟制所具有的社会实在性与精神实在性看得很不够[⑩]。尤其当今公司，像长于变形的“物种”，不仅不会因年老而死亡，而且还可以随意创造“后代”，拥有永生不灭的“特权”[11]，显然无法用“法律残疾”去诠释。各国法律实践，并没有国家把法人一直当作被代理的“人”，实对拟制说与实在说各有取舍[12]，尤其对于法人责任能力均按健全人对待。德国民法典经历法人本质激烈争论过后最终采取了类似的调和主义。[13]英国枢密院虽认为公司乃拟制实体，却发展了归属理论，将符合公司章程和公司法相关规定的董事和股东（通过股东会决议）的意志和行为归属于公司。[14]该等法

① 史尚宽：《民法总论》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 140 页。
② 参见[法]莱翁•狄冀：《宪法论》，钱克新译，商务印书馆 1959 年版，第 348 页。
③ 参见[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 70 页。
④ 参见[法]莱翁•狄冀：《宪法论》，钱克新译，商务印书馆 1959 年版，第 348 页。
⑤ 参见[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，第 28 页。
⑥ 参见谢鸿飞：《论民法典法人性质的定位——法律历史社会学与法教义学分析》，载《中外法学》2015 年第 6 期，第 1516 页。
⑦ 参见[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 70 页。
⑧ 参见[德]贡塔·托伊布纳：《企业社团主义：新工业政策与法人的“本质”》，仲崇玉译，载《南京大学法律评论》2006 年第 1 期，第 26 页。
⑨ 参见[德]马蒂亚斯•波恩：《团体决议的社会学性质》，关华鹏译，载王洪亮、张双根、张谷、朱庆育、田士永主编：《中德私法研究（21）：私法上的决议》，北京大学出版社 2022 年版，第 45 页。
⑩ 参见[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，第 29~30 页。
11 参见[英]约翰·米克尔思韦特、[英]阿德里安·伍尔德里奇：《公司简史》，朱元庆译，北京大学出版社 2021 年版，第 4 页。
12 参见温士扬主编：《中国民法》，北京大学出版社 2023 年版，第 67 页。
13 德国民法典的立法理由书虽言法人是人为创造的缺乏意思的权利载体，可是法典第 31 条又规定法人应对董事会及其成员的职务行为引起的侵权责任后果承担责任，实采行了法人与机关构成一体的实在说立场。参见龙卫球：《民法总论》，中国法制出版社 2001 年版，第 367 页。
14 参见黄辉：《现代公司法比较研究：国际经验及对中国的启示》（第二版），清华大学出版社 2020 年版，第 129~130 页；[英]保罗•戴维斯：《英国公司法精要》，樊云慧译，法律出版社 2007 年版，第 43～48 页。

律实然状态表明，拟制说虽未被根本动摇却须修正，可明确的修正之问，是法人尽管无固有意志，但可否建构归属它的实在行为意志呢？这或许也是拟制说需加以深刻回答的法人凭何拟制和怎样拟制的问题，不然“石头+代理人”也可拟制为人显属悖论，还可能滑向法律专断主义[①]。

沿此认识，蓦然回首，组织体说犹如为拟制说须当作出的修正提供了现成的“修正版”。

组织体说系由法国学者米休、萨莱耶所倡，完善于20世纪初[②]，晚于拟制说与有机体说，因其不否认法人的社会实在性，被学界习惯认为是实在说的一个分支[③]。然而，究其实在性的逻辑前设非直指意志，而是其定义的权利主体该当具备的两种构成要素——利益和代表、捍卫该利益的意志，并以利益为基本要素；并且，按该说的具体说法，两种构成要素既可以具备于同一实体，如完全自知其行为的个人，还可以分离开来立足于不同执掌者之上，如无行为能力的自然人和法人。[④]故而，在组织体说看来，如在无行为能力的自然人那里观察的一样，法人该当具有的利益与意志要素系由不同执掌者执掌，譬如公司，其利益执掌者是那些对于特定目的事业有共同目的追求的股东所组成的集合体；而意志的执掌者则是依法选举产生的董事会并实赖董事会中按照一定意志生成规则发挥作用的董事个人——这也容易理解——它不可能是全体股东，否则就滑向了有机体说的先验的“集体意志”或“共同意志”。[⑤]从而，就像有监护人的自然人，纵然代表利益的那个意志在形而上学的意义不属于法人，只要在社会上和实践上能把这种意志归属于法人，其即是法人自己的意志。[⑥]

于是，尽管组织体说对法人意志的理解是一种自话自说，却如同对拟制说与有机体说做了“中和”。一方面它明显与拟制说一样，认为只有个人的意志才是真实的意志，不存在基尔克所说的先验的团体意志[⑦]；但它这一点又扬弃了拟制说，如同让拟制说接受了基尔克的批评，不再陌生地对待社团结构，而令代表机关中的个人或其集体按一定生成规则决定的意志获得法人意志的资格，使法人具有可归属于它的实在行为意志。另一方面它在对待社团结构上，也与有机体说划清了界限，即它所说的代表机关显然不包含法人成员集体，外延小于有机体说的法人机关；更重要的，它不认为代表机关与法人躯干和精神合一，而系通过米休所称的“代表关系”[⑧]，将法人的利益身躯与意志头颅连结起来，从而揭示出代表机关不免会发生的外部性问题，避免了有机体说的“同一人格说”的难以自圆其说。例如，当代表机关成员背离法人目的范围和利益恶意妄为造成他人损害时，不会像有机体说认为是法人“肉体在动”，一律让法人“顶雷”，而可认为全然无法人行为，由妄为者承担侵权责任，或当法人依法须对受害者承担严格责任时，让妄为者承担终局责任。同样，当法人代表越权行为时，除非相对人不知或不应知，也应认为不存在法人行为。这明显更切

①参见[法]莱翁•狄冀：《宪法论》，钱克新译，商务印书馆1959年版，第346页。
②仲崇玉：《法人组织体说的内涵、旨趣及其启示》，载梁慧星主编：《民商法论丛》（第63卷），法律出版社2017年版，第9页。
③参见史尚宽：《民法总论》，中国政法大学出版社2000版，第140页。
④参见[法]莱翁·狄冀：《宪法论》，钱克新译，商务印书馆1959年版，第351~352页。
⑤参见[法]莱翁•狄冀：《宪法论》，钱克新译，商务印书馆1959年版，第350~354页；仲崇玉：《法人组织体说的内涵、旨趣及其启示》，载梁慧星主编：《民商法论丛》（第63卷），法律出版社2017年版，第20页。
⑥参见[法]莱翁•狄冀：《宪法论》，钱克新译，商务印书馆1959年版，第352页。
⑦仲崇玉：《法人组织体说的内涵、旨趣及其启示》，载梁慧星主编：《民商法论丛》（第63卷），法律出版社2017年版，第17页。
⑧[法]莱翁•狄冀：《宪法论》，钱克新译，商务印书馆1959年版，第353页。

合法人实际图景和法律的实然状态。总之，组织体说就像从拟制说为法人明确一个监护意义的代理人，到借鉴有机体说为法人建构一个社会上和实践上均认可的代表和捍卫其利益的“意志头颅”，赋予了法人意志以建构的实在性。但这很清楚，该等法人意志明显不是先天固有的，实是“藉着法来授与其组织法上的实在”，“接近于在法以前唯有承认自然人的实在之拟制说的主张”[①]，故若沿有无固有意志的逻辑前设，组织体说不该归为实在说，而应归为拟制说，并因此，其就像拟制说已经作出了当须的修正，不妨以拟制说为体、以组织体说为用，将组织体说重新阐释为修正拟制说。

小结以上分析，法人何以得为“人”的自洽逻辑已明：法人绝非先天有其固有意志而先于法律存在，注定为法律拟制的产物，与自然人不是一个价值位阶——这一点非常重要——实系表明，自然人本身就是目的，而法人是法律基于特定的目的而建构的。[②]举例来说，一个具有反社会目标的黑社会组织也能够形成组织体的要素，法律却不能赋予其法律人格，而对于自然人，法律绝无限制其为民事主体的理由。[③]然而，法人需要拟制也能够拟制，是以其可建构的利益与意志的独立性为应然条件，譬如公司，其得以拟制为“人”的前提，首先是存在一种应受法律保护的利益，其即股东旨在通过共同创建基业长青的特定目的事业所谋求获得的相互一致的利益，并该等利益一俟公司成立便以公司的独立利益为其存在形式；且同时，法律与实践亦承认代表和捍卫该等利益的意志可由股东选举的董事及其组成的董事会执掌，从而公司一经拟制也就实际获得了其利益与意志的独立性，能够维系作为一个“人”的实在地存在。也由此不难认识到，利益独立性是公司拟制为“人”的必要性，而意志独立性是民法上的“人”始终如一的内在规定性，两者是公司得具法律人格的不可或缺的人格要素。这应是民法与公司法融贯法人本质认识的应然逻辑基点。

（二）《公司法》对两大核心制度修订的要旨概览

沿上文修正拟制说的自洽逻辑，总览《公司法》两大核心制度修订要旨，其显然深刻触及了公司何以为“人”的应然条件问题。

勿需赘言，我国《公司法》立于社会主义市场经济体制逐步建立完善的国情，走出了一条从管制型公司法到自治型公司法的演化轨迹[④]，由此公司从《公司法》制定之初较难企及的“庞然大物”，逐渐趋于“平民化”，及至2013年《公司法》推出注册资本认缴登记制，普通公司的设立门槛已然为零，几乎人人“唾手可及”。[⑤]这种变化的积极作用自不待言，但也出现了把公司“工具化”地随意“消费”的泥沙俱下问题，包括设立睡眠或僵尸公司、出资长期不实缴的空壳公司、形同儿戏的“天价出资”“千年出资”公司，乃至专靠“概念”起家滥用“资本操作”的“空手套”公司等等。在此等乱象之下，本该为现代企业制度圭臬的公司治理，呈现向业主型或合伙型企业滑坡或退化，甚至公众公司和上市公司中，也屡屡上演被大股东随意操控财务造假、市场圈钱、再掏空公司，把中小股民当作“韭菜”进行收割，

①刘得宽：《法人之本质与其能力》，载刘得宽：《民法诸问题与新展望》，中国政法大学出版社2002年版，第500页。
②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2019年版，第156页。
③参见仲崇玉：《法人组织体说的内涵、旨趣及其启示》，载梁慧星主编：《民商法论丛》（第63卷），法律出版社2017年版，第21页。
④参见冯果：《整体主义视角下公司法的理念调适与体系重塑》，载《中国法学》2021年第2期，第68页。
⑤参见朱慈蕴：《中国公司资本制度体系化再造之思考》，载《法律科学》2021年第3期，第48~49页。

把公司作为少数人敛财或造富的“机器”的严重背信甚至违法犯罪问题[①]。显然，这些问题的要害是只有公司之名却无公司之实，缺少了公司作为“人”该有的利益与意志的独立性。因此，《公司法》对两大核心制度作出的修订无异于表明，无论法律对公司如何纡尊降贵，公司都须有作为“人”的必要的规范强制，铸牢公司利益与意志的独立性。

首先是应秉持利益与意志的独立性设立公司。这按《公司法》完善的新规，不妨简化理解为，在公司设立之际，股东须将出资交付或附限期地承诺交付公司，并将公司经营控制权交与发起股东推举的董事及其组成的董事会以求实现。其中，将出资交付或附限期地承诺交付于公司，形成公司资本，公司基业长青的目的事业及其独立利益正衍生于此；而将控制权交付于董事及其组成的董事会，则建构了公司独立意志的形成机制。就此不难引申认识，《公司法》强化股东出资约束的显著意义，是坚固公司独立利益赖以存在的基石；而着重加强董事会在公司治理中的地位，并按其相关规定，即使一人公司也需设有董事（第75条、第128条），则是牢固公司独立意志的机制基础，因而，绝不可简单或片面理解成是向管制型公司法“走回头路”，或是过多地干涉了公司自治。

其次是应恪守利益与意志的独立性运维公司。公司一经拟制而具有的社会实在性，是以维护其一经拟制所建构的公司利益和意志的独立性为充分必要条件，这针砭时弊，就是要做到公司与设立它的股东、尤其控股股东在利益（重要的是公司利益赖以存在的财产）和意志上的高度分离。还须认识，公司超越个体的卓越发展能力及其永续机制，乃至创造“重塑地理、战争、艺术、科学”等“非比寻常的故事”[②]，都蕴育于其利益与意志的独立性的交互作用的力量。现代公司，股东利益只聚合性地表现在公司利益当中，公司利益明显高于股东利益，公司在追求股东利益同时，可以顾及员工、消费者、环境、居住地区等的利益[③]，并被倡导与社会双向可持续发展，承担起社会责任，这些都应看作是公司的两个独立性在更高发展阶段发挥作用的结果。公司的独立利益与意志，静如支柱、动如车轮，在公司存续和发展中须臾不可偏废或脱离。而《公司法》对于公司资本与公司治理具体制度作出的完善，容后详析，正是构筑让公司永葆独立人格的机制。

总之，认真对待公司、铸牢公司利益与意志的独立性，是《公司法》对两大核心制度修订的最深刻要旨，也是民法和公司法的解释论首当刷新的法人本质的观念性认识。

二、《公司法》优化公司组织机构设置的法人组织体建构之维

当展开对《公司法》两大核心制度的解读，公司组织机构及其职权的优化设置，无疑是型构公司意志的一个剖面，理当先予解析。并且，这也正是前文将法人意志归结为将代表机关中的个人或其集体按一定生成规则决定的意志归属于法人，但对其中的生成规则尚未解析而有待解析的问题，此在公司的语境之下，必然是股东和董事分别作为公司利益与意志要素的执掌者的交互作

①参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国民法典总则编理解与适用》，人民法院出版社2020年版，第427页。
②参见[英]约翰·米克尔思韦特，[英]阿德里安·伍尔德里奇：《公司简史》，朱元庆译，北京大学出版社2021年版，第4页。
③[德]克里斯蒂娜•温德比西勒：《德国公司与合伙法（第24版）》，殷盛、王杨译，中国人民大学出版社2023年版，第333页。

用机制。

（一）修正拟制说逻辑下的公司组织体建构的基本关系

按照公司作为“人”的利益与意志要素分别由股东与董事执掌理解，公司组织体必然包含两对基本关系：

1.股东之于公司的关系。这按股东执掌公司利益理解，必然是股东作为公司的“缔造者”和“最终受益人”，决定公司设立及存续的目的和控制其实现，包括向公司输入资本使公司成立、决定公司特定目的事业范围、选举和更换董事会成员，以及决定影响公司目的实现的其它重大结构事项等，其核心可概括为对公司目的控制。股东有三大控制领域：对公司章程的控制、对公司管理层的控制和对公司经济盈余的控制[①]，归根结底是对公司目的控制。还须认识，股东只有对公司目的控制才充分必要和可能，这是由股东集体行动必然采行的资本多数决原则所决定。不难理解，股东或发起人为设立公司一致签署章程的行为是控制公司目的的第一步，但当公司进入存续时期，公司目的和结构事项需因时循事作出必要调整时，由于股东利益多元性和风险偏好差异，以及不可避免的信息不对称，再求一致决就会像寻找两片相同树叶一样困难，或若硬要一致决，不免会以迟缓或不决为代价，还可能导致被少数派股东倒逼作出逆向选择，故而，以资本多数决的决议行为取代一致决的共同行为是一种必然选择。资本多数决是每个股东都可以本于自利追求而非他利追求参与表决，却应服从于向公司输入资本较多的多数股东作出的抉择，这恰体现了一种合于目的控制的利益博弈理性，即向公司输入资本越多、承担风险越大、越有资格对公司目的范围和风险偏好作出抉择；而他们作出的抉择，依一般经验法则，也通常是有利于少数股东的水涨船高的选择，不失利益博弈的均衡和股东对公司目的控制的实现。因此，股东应然地且最有可能地是控制公司目的，这也就决定了股东会在公司治理中的恰当定位是目的控制经营的场所，并仅限在此意义上方可被喻为最高权力机关，但不言而喻，股东会不适合充当支配公司经营行为的意思机关，更不可能是总意机关和万能机关。

2.董事之于公司的关系。这按董事执掌公司意志理解，公司作为“人”的意志系由董事及其组成的董事会具体执掌。正如民法学理通识认为的，唯董事会为公司的意思机关、代表机关和执行机关，就公司一切之事务代表公司并为其执行。[②]董事管理公司在公司发明之初即为一种事实和惯例[③]。而今，董事会对外代表公司并在内部关系上领导业务，具有代表权和业务执行权，几乎是现代公司团体化组织结构的特征。[④]并且，公司越是脱离业主型或合伙型企业的封闭性越应如此。对之，以意志实在性的逻辑观察，根本的理由是实在意志仅存在于个体意志的规律使然，即当不可能奢想“集体意志”和“共同意志”的存在，则相对于股东，董事更适合作为公司意思担当人，且董事会的决议机制不仅适合于董事集体作出决策，而且不失董事个人为其行为对公司负责的责任理性。具言之，董事是由股东选举的理论上最

①[英]保罗•戴维斯：《英国公司法精要》，樊云慧译，法律出版社 2007 年版，第 17 页。
②参见史尚宽：《民法总论》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 172 页。
③仲继银：《董事会与公司治理》（第 3 版），企业管理出版社 2018 年版，第 45 页。
④参见[德]克里斯蒂娜•温德比西勒：《德国公司与合伙法（第 24 版）》，殷盛、王杨译，中国人民大学出版社 2023 年版，第 322 页。

能领导公司业务的人，依法对公司负有忠实勤勉义务，不代表个人利益而应对公司的最大利益负责，无股东那样的利益多元性和信息不对称问题，最适合充当公司如何行为的意思担当人。同时，董事虽按通行立法例被要求以董事会集体行动，按一人一票的表决规则作出董事会决议，但该表决机制明显不是利益博弈，是服从真理的责任理性（服从于董事本人代表和捍卫公司利益的理性确信，董事不能证明自己基于适当的信息为公司利益获得了合理确信，即使站在了多数人一边也不能免责）；且重要的是，决议过程非是深受有机体说影响被误解的对董事个人意见的“化合”，实际是对事先确定的议案作出抉择性表决，核心是运用思想交流与说服机制[①]——现代公司还存在独立董事的监督机制，以期收到“克服有限理性及消减个人偏见”[②]等集体决策功效，而且若对议案再追根溯源，每位董事是理所当然的提案人，当然最主要的提案者通常是那些被冠以董事长或总经理头衔的企业家，由此可一直穿透到“主宰”公司沉浮的关键人物，与谁在牵着公司意志走的日常现象观察相符。因此，尽管支配公司行为的意志会以董事会决议的形式作出、或当涉及目的控制事项时还需经股东会决议的审议批准，但从议案提出到董事会表决，董事个人意志并没有被扼杀，决议结果可追溯至每位董事独立地为公司作出的思考、判断和决断，体现“每个董事都是独立的受托人……应当首先独立承担个人责任”[③]。总之，当股东选择了董事，董事对于公司如何行为的意志起着决定性作用，董事会因此是董事集体行动，集中代表、捍卫公司利益，主宰公司经营的场所，是名副其实的意思机关、代表机关和执行机关。

以上解析可见，公司组织体的基本结构关系，明显不是深受有机体说影响而习惯认为的，股东会是高高在上的“最高权力”“最高意思”机关，董事会受命于股东会、其职权源于股东会的职权分化与委托[④]的从属关系；而更像是“股东（股东会）——公司”“公司——董事（董事会）”的耦合结构，在此耦合结构中，尽管股东会以目的控制经营，某种意义上对公司经营行为具有终极的控制力，但董事会却是公司真正的“意志中枢”，有其不依赖于股东会的独立性，两者之于公司的关系，就如同是一艘满载股东意愿的航船，航行目的与航线故然重要，但能否抵达目的彼岸，更考验驾驶舱里的船长和舵手，董事和董事会无疑是公司的船长和舵手。

（二）公司组织体基本关系的公司决议机制的再认识

前述股东控制公司目的、董事执掌公司意志的组织体基本关系的横断分析，还可能过于笼统，若沿公司意志决定的决议过程作立体和动态观察，则更为清晰。

首先，当立体动态地观察公司意志决定过程，并非是由股东会“总意”或“总成”，更宜把董事会看成是生发公司意志的“策源地”和“发动机”。对此，最不该忽略却被熟视无睹的一个基本事实是，无论股东会决议还是董事会决议，都是针对事先所确定的决议事项即议案作出，议案被事先确定这点可以揭秘，不论股东会还是董事会都不

①参见仲崇玉：《法人组织体说的内涵、旨趣及其启示》，载梁慧星主编：《民商法论丛》（第 63 卷），法律出版社 2017 年版，第 19 页。
②参见林少伟：《董事义务研究》，法律出版社 2023 年版，第 29~31 页。
③叶林：《公司治理制度：理念、规则与实践》，中国人民大学出版社 2021 年版，第 153~154 页。
④梁开银：《我国公司法定代表人规则的重塑》，载《法商研究》2023 年第 1 期，第 96 页。

具备天然的意思能力，议案提出者对生成公司如何行动的意思至为关键。于是，股东会之于公司意志决定的作用，即便是对于公司目的控制事项，除了于公司设立时由发起股东一致签署章程给出“第一推动力”之外，嗣后只待目的事项的议案被提出时才付诸行动。公司运行实际由董事会负责，股东会由董事会负责召集，因此股东会的决议事项大都由董事会（或者担任董事的控股股东）决定[①]，所以必然主要依赖于其法定召集权人董事会。例如当公司因经营需要触发增资、减资或重大资产重组事项时，先由董事会专门委员会进行论证，必要时委托独立的专业机构出具相关专业意见，之后制作议案提交董事会表决，若表决通过才会发出召开股东会通知，最后由股东会决议批准。可见，就公司意志决定的常态过程，股东会往往是一个消极批准机关，并不存在传说中的罗马元老院一样的整日争论、辩驳和合议进而产生出“公意”的股东会。[②]而由于董事就公司一切之事务代表公司并为其执行，是时刻为公司思考如何行为的意思担当人，董事会才真正是生发公司意志的“意志中枢”。

其次，从公司决议的效力传导路径考察，也正如民法学理一般认为的，不论股东会决议还是董事会决议，均面向公司为之（视公司为永恒的一方），对公司产生效力，进而决议的实质拘束力是全体股东、董监事和高级管理人员均应尊重和服从生效的决议。[③]也就是说，股东会决议对于董事和董事会产生的约束，是通过决议对于公司生效而形成的实质拘束力来实现，并不是直接作用于董事会，这就好比是股东会向公司、公司再向董事会发出的“两道指令”。正是这样的关系原理，董事会对于股东会决议也不意味着一概地服从，其作为公司意志的执掌者，对于股东会决议的效力也有审查的权力和义务——尤其当股东会召集例外不是董事会自己时更是如此。董事的忠实勤勉义务始终是面向公司而非股东会的，只有合法有效的股东会决议才对董事会产生拘束力。[④]《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（四）》第 1 条明确董事对于无效和不成立股东会决议的诉权，实同此理。这也进一步看出股东会与董事会并非全然的从属关系。

以上公司意志决定过程更清晰可见，是董事会充当公司的“大脑”，负责公司作为“人”的如何行为和执行，其必然具有除股东目的控制事项之外的广泛职权，这若以剩余权力归属说作为界定股东会抑或董事会中心主义的判断标准[⑤]，可毫不隐讳说是董事会中心主义。放眼全球，股东和董事之间权力分配存在“全能论”与“平等论”两种基本模式，前者主张股东至上，董事会从属于股东会；后者虽明定股东会作为公司最高权力机构，却将全面经营权力赋予董事会，唯有董事能够行使这些权力。[⑥]显然，如上修正拟制说的解析明显支持后者。

（三）《公司法》优化公司组织机构设置的基本关系透视

①林一英：《新〈公司法〉对股东权利保护的完善》，载《法律适用》2024 年第 2 期，第 22 页。
②参见邓峰：《中国法上董事会的角色、职能及思想渊源：实证法的考察》，载《中国法学》2013 年第 3 期，第 105 页。
③参见[德]迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社 2001 年版，第 167 页。
④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，第 155 页。
⑤刘斌：《董事会权力的失焦与矫正》，载《法律科学》2023 年第 1 期，第 165 页。
⑥参见[美]杰弗里•N.戈登，[德]沃尔夫–格奥尔格•林格编《牛津公司法与公司治理手册（上册）》，罗培新、李诗鸿、成阳、张立扬、张文研译，上海人民出版社 2022 年版，第 775~776 页。

《公司法》对公司组织机构及职权的优化设置主要包括，对股东会职权“瘦身”，删除了“决定公司的经营方针和投资计划”“审议批准公司的年度财务预算方案、决算方案”两项职权（第59条），不言而喻，该等职权归于了董事会；而规定董事会职权的条文（第67条），引人注目的变化是删除了“对股东会负责”的表述，并新增一款规定“公司章程对董事会职权的限制不得对抗善意相对人”，后者明显是以董事会拥有支配公司经营的广泛职权为“潜台词”；再则，允许由董事组成的审计委员会替代监事会行使监督的职权（第69条、第121条和第176条）；将经理职权由法定变为根据公司章程或者董事会的授权行使（第74条、126条）等。从而，明显可见，董事会成为组织机构职权调整的“转承起合”之点，并其地位明显得到加强。这承接前文公司组织体基本关系的解析，不难作出如下具体解读：

1.《公司法》对股东会职权的“瘦身”体现了向控制公司目的事项的聚焦。无需赘言，股东会职权中被删除的两项职权事项，明显属于公司经营决策范畴，之前列于股东会职权，实留有计划经济时期管控企业投资与资金使用的痕迹。若以股东控制公司目的的视角观察，或许对于脱胎于业主型或合伙型企业不久的单一经营公司，尚有股东控制的意义，但对于经营日益多元化和大型化的现代公司，因其牵涉纷繁复杂的项目投资、收益与风险评估，并因此需要处理庞大的信息，此仅就股东信息不对称一点而言，便不可行或徒具形式。故而，将之删除，合乎股东控制公司目的的理性。并引申理解，《公司法》对股东会职权“瘦身”，更显著意义是打破了“由董事会制订方案、股东会审议批准”的权力位阶式的分权控制思维，不再对股东会职权作万能式的解释或职权设定，而合乎逻辑地将股东会职权限定于股东能够真正控制的目的事项上来。由此预示，当出现权属不清时，应以股东控股公司目的的规则识别，而不是一味蚕食、缩减[①]董事会的权力。

2.《公司法》对董事会权力的扩张突显对其意思机关、代表机关和执行机关地位的实化，确立了董事会中心主义。《公司法》第67条关于董事会职权的规定，虽未表现出明显的条项的加强，但若联系《公司法》对股东会、经理和监事会规定的变化作体系解读，则很清楚，股东会职权“瘦身”，不言而喻赋予了董事会除股东目的控制事项之外的广泛经营权；同时，将经理职权由法定变为由董事会授权，是将经理定位为董事会业务执行的辅助人，由此，董事会可根据公司实际需要，更灵活调整其与经理的关系，合理选择让自己成为事必躬亲型、战略管理型或作为监督者的系统维护型的董事会[②]，将业务执行权力在日常决策、战略规划、经营评价乃至系统督导等方面作出最优细化和分层；这若再联想到《公司法》允许董事会审计委员会吸收监事会职权，不难看出，当董事会选择让自己作为系统维护型的董事会时，更能聚焦对经理层的垂直监督。总之，《公司法》不仅使董事会地位获得了加强，还为以董事会为中心结点，选择性地建构公司组织结构提供了灵活的自治空间，这完全贯穿了董事会执掌公司意志、主宰全面经营的修正拟制说逻辑，确立了董事会中心主义。

3.《公司法》对于监事机构的选项规定表现了拱卫公司利益的监督理性。按照《公司法》的新

①甘培忠、马丽艳：《董事会中心主义治理模式在我国公司法中的重塑》，载《财经法学》2021年第5期，第101页。
②参见邓峰：《中国法上董事会的角色、职能及思想渊源：实证法的考察》，载《中国法学》2013年第3期，第100~101页。

规，公司在由谁执行监督问题上，既可以是原有的由股东会选举董事会和监事会的双层模式，也可以是新规定的由董事会审计委员会取代监事会的单层模式，或者较小的有限公司也可以不设监事机构。该多元化模式，破除了以往分权制衡的监督思维定式，将监督机制建筑于维护公司利益的责任本位而非分权制衡的权力本位之上。同时，在监督什么和监督方式上，也相应突破了双层模式下主要对财务及经营行为的平行监督，尤其是当采行了单层模式后，监督机制等于建在董事会的堡垒内部，可对董事和高级管理人员就公司一切事务所为的意志决定和执行进行全方位、全过程的监督，监督方式因而可以是超前、同步与事后监督并举，以及平行与垂直监督并行。总之，公司监督的职能，终归为捍卫公司利益服务，只唯效果，不拘架构和形式。

三、《公司法》全面强化董事义务与责任的公司意志独立性机理

《公司法》在优化公司组织机构设置、扩张董事会权力的同时，完善规定了董事信义义务，并以多达 11 个条款规定了董事损害赔偿责任[①]。这延续前文公司组织体基本关系解析，不仅是《公司法》确立董事会中心主义的另一种新规表现，更是体现董事之于公司“代表关系”的机理，而将公司治理问责机制向以董事为重心的全面和彻底夯实。

（一）以董事执掌公司意志为主线，完整确立了董事信义义务戒律

按照公司组织体基本关系，既然股东只以目的控制经营，董事及其组成的董事会执掌公司意志，享有广泛的经营权，则不言自明，公司治理的核心问题是如何使董事为公司的最大利益使用权力或者作出行为，防免董事发生背信公司利益的外部性问题。这与现代经济理论立于其观察到的公司所有权与控制权分离的现象与趋势，将委托——代理问题作为公司法的基本问题，并认为公司法改革的关键在于发现“广泛委托董事会决断经营”与“通过结构性或其他法律规则以及最终的责任确保控制董事”之间的真正平衡[②]，几乎是异曲同工，它们都呼应了公司法上的一条普遍性戒律：董事信义义务是恰当且亘古不变的核心主题[③]。

沿此认识，检视《公司法》对董事义务作出的细化完善，当深刻把握《公司法》集中于第 180 条完整切实地确立了董事信义义务的戒律。其完整确立表现在，《公司法》一改修法前偏重规定忠实义务，而对勤勉义务仅点到为止，且两类义务司法裁判标准不明的状况[④]，对两类义务的内涵和行为标准都作出了清晰界定。规定忠实义务是以公司利益至上，“避免与公司利益冲突”和“不得牟取不正当利益”；规定勤勉义是为公司的最大利益，“尽到管理者通常应有的合理注意”。其切实确立表现在，《公司法》第 180 条第 3 款

①该 11 个条款涉及情形包括利用关联关系损害公司利益（第 22 条）、未及时履行催缴出资义务（第 51 条）、股东抽逃资金（第 53 条）、董事会的决议违法或违反章程或股东会决议（第 125 条）、股份公司违规为他人提供财务资助（第 163 条）、执行职务导致公司损害（第 188 条）、执行职务中故意或者重大过失给他人造成损害（第 191 条）、慑服于控股股东和或实际控制人从事损害公司或股东利益行为（第 192 条）、违法分配利润（第 211 条）、违法减资（第 226 条）以及未及时履行清算义务（第 232 条）。

②参见[德]马蒂亚斯•赖曼，[德]莱因哈德•齐默尔曼：《牛津比较法手册》，高鸿钧、韩世远、耿林、王洪亮、张芝梅、吕亚萍、鲁楠译，北京大学出版社 2019 年版，第 1155~1156 页。

③[美]莱纳·克拉克曼[美]亨利·汉斯曼等著：《公司法剖析：比较与功能的视角（第 2 版）》，罗培新译，法律出版社 2012 年版，第 14 页。

④参见施天涛：《公司法上的受信义务：评新〈公司法〉的相应修改》，载《财经法学》2024 年第 3 期，第 52~53 页。

还将控股股东、实际控制人构成事实董事的情形纳入了信义义务规制，这加上公司经理等高级管理人员原本即是法律明定的信义义务的并行义务人（这依其辅助执行人的定位更可理解是从董事义务派生），这样，以董事执掌公司意志为义务基础的信义义务，成为了《公司法》一以贯之的根本性义务规范，并可理解，《公司法》第 180 条等于为公司法上的根本性义务规范奠基。

在此需探讨和厘清的是，《公司法》第 179 条通过拆分修订前的第 147 条，将董事应当“遵守法律、行政法规和公司章程”的规定单列，其是否意味着董事在信义义务之外还有“守法（合规）义务”的第三种义务[①]，不无疑问。从修正拟制说视角分析，守法义务首先是公司作为“人”的义务，而法律有强制性或任意性规定，强制性规定又区分为效力性与管理性，表明法律理想与现实总有差距，存在容错、以罚代管或者存在从倡导到强制或者正好相反的可能变化，故实际生活中会有愿以接受处罚来规避更高守法成本的“效率违法”[②]现象。另外，法律也不禁止股东会以决议豁免董事违反章程的责任。因此，正如自然人不免偶尔犯错一样，既然不可能要求公司只做模范的守法“公民”，也不可将董事守法义务具化为实质性义务。这换一种视角，如若董事将公司置于相对于自然人更不利的地位，则实际是让董事承担了保护第三人的作用[③]。因此，不该将守法义务具化为董事的第三种义务。在德国，守法义务通常被认为是董事会注意义务的核心，[④]且通说认为董事仅有义务使公司遵守侵权行为法上的行为义务[⑤]，亦即不得侵害他人的绝对权和不能以违背善良风俗的方式侵犯他人的利益。这接近于我国对于效力性法律规定的理解。若如此，守法义务本就在信义义务统辖之内[⑥]，故而，对于《公司法》第 179 条的规定，宜理解是一种原则性、宣示性规定，不宜作为董事的一种单独义务。

（二）切中董事可能发生的外部性问题，全面夯实了董事责任

《公司法》多达 11 个条款规定的董事损害赔偿责任，可归纳为两个方面的责任：董事违反信义义务对公司的损害赔偿责任，以及董事执行职务中故意或重大过失给第三人造成损害也应承担的赔偿责任。这正可以董事之于公司的“代表关系”的机理予以贯通理解。

1.董事违反信义义务对公司的损害赔偿责任。无需赘言，由于董事与公司并非实在说认为的“部分与整体”关系，而系依法建构性的“代表关系”，所以，当董事违反对公司负有的忠实或勤勉义务时，是其发生了外部性问题，理当向公司承担损害赔偿责任，且该责任的性质显然是一种违反法定义务的侵权责任。这也相应破除了以往司法实践囿于委托或委任关系解析董事对公司的义务与责任，进而对其责任性质是违约责任抑或侵权责任的犹疑[⑦]，并可清晰理解《公司法》对于董事违

①邹海林：《公司法上的董事义务及其责任配置》，载《法律适用》2024 年第 2 期，第 44 页。
②施天涛：《公司法上的受信义务：评新〈公司法〉的相应修改》，载《财经法学》2024 年第 3 期，第 53 页。
③参见杨大可：《德国股份法规范中的董事守法义务》，载《法治社会》2022 年第 3 期，第 122 页。
④[德]马蒂亚斯•哈伯萨克：《股份公司董事会的守法义务》，李依怡译，载《中德私法研究 21：私法上的决议》，北京大学出版社 2022 年版，第 215 页。
⑤Zöllner/Noack,in:Baumbach/Hueck,GmbHG,§ 43Rn.23a;Thole,ZHR173(2009),504,512,521;Habersack,in:FSU.H.Schneider,S.905,912.转引自杨大可：《德国股份法规范中的董事守法义务》，载《法治社会》2022 年第 3 期，第 122 页。
⑥施天涛：《公司法上的受信义务：评新〈公司法〉的相应修改》，载《财经法学》2024 年第 3 期，第 54 页。
⑦叶林：《董事义务和赔偿责任的分析框架》，载《人民司法》2024 年第 16 期，第 32 页。

反忠实或勤勉义务的责任构成与责任配置。

具体而言，关于董事违反忠实义务的责任，《公司法》第 186 条将董事侵占公司财产、收受贿赂、未经报告和决议批准进行关联交易、侵占公司商业机会和违反竞业限制等诸种违反忠实义务情形“一网打尽”，为其规定了“所得的收入应当归公司所有”的统一责任后果，这也被认为是建立了董事违反忠实义务的归入责任[①]。但按侵权责任构成认识，其并非是一种特殊责任形式。虽然按该法条的文义，其责任成立要件包括“违反义务的行为”和“义务人获得利益”，未出现过错、因果关系的要件，也不论公司是否受有损失。但可以认为过错要件已为董事违反忠实义务的行为所吸收，而“义务人获得利益”亦即不证自明的公司受有损失，将之与损害等同，可简化对损害后果及因果关系的审查认定，且这也合理，因为公司除勒令董事承担归入责任外，还可以立即收回被侵占的利益或商业机会，能够避免扩大的损失。所以违反忠实义务的责任仍符合侵权责任的一般构成要件。

而关于董事违反勤勉义务的责任则更应从侵权责任一般构成要件去把握。结合条文体系，应认为《公司法》第 188 条关于董事“执行职务违反法律、行政法规或者公司章程的规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任”的规定，内含了董事违反勤勉义务的一般责任条款，并据此，“违反义务的行为”和“造成损失”以及同样不言自明的“过错”和“因果关系”，便构成该责任的构成要件。上述法条表述中，虽区别于忠实义务加上了“执行职务”的约束，但这正是勤勉义务只有在执行职务时才存在的特征，而非特殊要件。另外，《公司法》另有 6 个条文分别规定了董事在怠于催缴出资（第 51 条）、协助股东抽逃出资（第 53 条）、不当提供财务资助（第 163 条）、违法分配利润（第 211 条）、违法减资（第 226 条）以及未及时履行清算义务（第 232 条）情形下对公司的损害赔偿责任，它们实质是董事违反勤勉义务的具体情形，将之责任分列规定，是突出问题导向，但完全可以纳入前述一般条款一体把握。

2.董事对第三人的损害赔偿责任。《公司法》第 191 条突破性地规定，董事执行职务，故意或者重大过失给他人造成损害的，“也应当承担赔偿责任”。该条规定在传统法人本质认识下，被认为是一个挑战性的话题，因为不论按拟制说还是实在说，发生侵权行为，只能或董事或公司一个责任人，不可能出现“也”让董事一道承担责任的法理。但按修正拟制说，董事执行职务的人格并非“不分青红皂白”一律为公司的人格所吸收，当董事执行职务行为严重背信法人目的，违反保护他人的法律规定时，应认为是董事发生了外部性问题，该等侵权行为本不该归属于公司行为，而应认为是存有故意或重大过失的董事的个人侵权行为；但若考虑是公司（作为股东聚合利益的本体）为自己利益选择了董事，基于填补损害的实质公平要求并避免公司反向寻租逃避，法律不免除公司责任，即让公司承担严格责任，则此际完全可以是董事与公司“两个人”的责任并存。可见，这为《公司法》第 191 条董事“也”应当承担赔偿责任提供了合乎逻辑的解释。

不仅如此，沿上述逻辑理解董事对第三人的损害赔偿责任，应对其责任范围和责任形态合乎逻辑地作出必要的限定和明晰。结合上文对董事不存在具化的“守法（合规）义务”的理解，董事

①参见邹海林：《公司法上的董事义务及其责任配置》，载《法律适用》2024 年第 2 期，第 47~49 页。

对于第三人承担责任的情形应只限于其执行职务行为违反了侵权法上的行为义务的情形。例如“毒奶粉”“问题疫苗”等侵害第三人人身权、财产权等绝对权的情形，“e 租宝”非法集资案中违反保护性法律的情形，以及在公司丧失清偿能力、濒临破产的情形下，董事仍任由负债扩大和经营恶化而违反商事领域的善良风俗的情形等。[①]也就是说，董事对于第三人的责任基础并非“董事对第三人负有信义义务”或“将董事对公司责任转换扩张为对第三人责任”[②]，实质违反的是任何人都负有的不得造成他人损害的一般注意义务而非特别义务[③]，所以，不仅对于侵权行为要严格限缩，更不可将董事第三人的责任扩大到公司违约情形。这是其一。其二，董事“也”承担责任的形态，如作上述限定理解，不难明晰，就大多数违法侵权行为而言，公司难谓是真正侵权行为人，只负有严格责任，侵权行为人应是始作俑者的董事，故最可能的责任形态是不真正连带责任，即由始作俑者的董事承担终局责任。当然在“效率违法”情形下，也可能构成连带责任或补充责任。总之，可视具体案情，适用《民法典》第 1168 条至第 1172 条的规定甄别而定。

（三）将信义义务的戒律一以贯之，对“鸠占鹊巢”控股股东及实际控制人予施以有效规制

《公司法》第 180 条第 3 款和第 192 条，通过引入事实董事、影子董事制度，将控股股东、实际控制人架空或操纵董事会的滥权行为纳入董事信义义务规制，课以董事一样的对公司或第三人损害赔偿责任。这也坚持了董事执掌公司意志的基本逻辑，使公司法上的根本性义务规范和责任规范一以贯之，避免对控股股东或和实际控制人“另起炉灶”规制可能引起的逻辑冲突。其要言大义，就公司外部关系而言，是使债权人确信交易的另一方当事人是公司，而不是公司的股东[④]；而就公司内部关系而言，体现股东与董事是“两股道上跑的车”，而不发生角色的冲突。后者具言之，即股东在实际执掌公司利益之界域内，只有权利并无义务，而且股东无论大小，在股东会上，均以自我利益行事，无义务无私地行动，即使控股股东也不例外——因为他们买卖股份都是为了掌握权力，他们应当能够运用这一权力[⑤]。但是，如果股东滥用其控制权，直接插手或架空董事会，导致董事会失灵或“监守自盗”，则其已“鸠占鹊巢”，从而，理当让其承担董事一样的违反对公司忠实与勤勉义务的责任。这样，既不会放纵控股股东和实际控制人的滥权行为，又可将防范控股股东与实际控制人的滥权行为的关口前移，更有助于把董事会的防线做实。

沿此认识，对于何为事实董事或影子董事的判定，应以董事执掌公司意志的机理去甄别，避免“虚无”或“泛化”。基于董事会以集体行动行使其职权，应认识事实董事无疑是控股股东和实际控制人架空了董事会（或不设董事会时的董事），使其失灵，成为没有行动的摆设，公司经营管理实际由实际控制人一手操纵，这正是需要克服的将公司沦为少数人玩偶的“工具”的现象。但如果董事会正常运作，控股股东及实际控制人对于自己提名或指派的董事施加影响甚至是下达指令，却不应认为构成事实董事或如后分析的影子董事。

①参见刘斌、梅龄丰：《董事对第三人责任的教义学展开》，载《经贸法律评论》2024 年第 4 期，第 62~63 页。
②刘贵祥：《关于新公司法适用中的若干问题》，载《法律适用》2024 年第 6 期，第 25 页。
③参见汤欣、李卓卓：《董事对第三人责任的理论基础与规范构造》，载《法律适用》2024 年第 3 期，第 82 页。
④范健、赵敏：《论公司法中的严格责任制度》，载《中国法学》1995 年第 4 期，第 67 页。
⑤[美]拉里•E.利伯斯坦（LarryE.Ribstein）著：《非公司制组织的兴起》，罗培新译，法律出版社 2018 年版，第 220 页。

公司实践中，不仅控股股东及实际控制人会强势提名或选派董事，风险投资家也经常通过谈判磋商委任董事，而且还存在职工董事的惯例，这些“选区”董事存在，毫无疑义与董事应追求的“公司的最大利益”会有某种潜在冲突，但所有法域都视之为合理存在，却没有为此为“选区董事”设置特定义务[①]，其原因可理解是，只要董事会实质控制公司意志，则“选区董事”是可容忍的股东利益博弈在董事会中的延续，且“选区董事”如同血液里的红白细胞的对立统一一样，终归所有董事统一的信义义务是压倒一切的约束，“选区”利益总会在“公司的最大利益”下妥协，并获得正当和可持续性地实现。由此，对于影子董事而言，虽其行为表现是控股股东及实际控制人对董事下达“指示”，却不包含对前述“选区董事”下达指示的情形，而是超出“选区”界域压迫和操纵了整个董事会或董事会中的多数，令董事会变成了“传声筒”或“道具”。即影子董事对于董事的控制应该是指董事会作为一个整体而不是单个董事的遵循。[②]显然，这种极端情况在母子公司之间才极有可能发生，不可能过泛。

小结本部分的解析，不难看到，《公司法》已完整建构了问责于董事包含事实董事或影子董事的公司治理问责机制，让董事责任“长牙带刺”，构筑了公司维系其独立人格的坚固堡垒。不妨认为，法律上董事的引入，就是为了在赋予公司独立人格，使股东仅以出资额为限承担有限责任的同时，设立一个追究“无限”责任的通道[③]。就此意义而言，董事会中心主义，绝不仅是只加强董事职权，也包括让董事对公司和对被公司行为造成损害的第三人承担责任，或一定意义上的终局责任，后者是认识《公司法》确立董事会中心主义最不该忽略的意义。

四、《公司法》重塑公司资本制度的公司利益独立性机理

《公司法》对公司资本制度作出的修改完善，主要是有限公司在认缴登记制不变前提下，加入5年的认缴期限限制（第47条第1款）；股份公司不论发起设立还是募集设立均实行实缴出资制（第98条第1款、第100条、第101条）；同时新增了股东转让未完全出资的股权仍应承担补充或连带责任的规则（第88条）、股东在催缴宽限期仍未出资的失权制度（第52条）等，从而系统完成了公司资本制度的一次转型重塑。

公司资本制度可实质地反映立法者对公司本质的理解。[④]《公司法》对公司资本制度的转型重塑，若以修正拟制说解析，实质是对公司资本之于公司利益独立性认识的一种否定之否定的提升，宣示了资本三原则的理性回归。

（一）公司资本是公司利益赖以存在的基石，不可“空头支票”的出资

按照法人拟制的应然条件理解，始于股东出资的公司资本，如同是对公司的“十月怀胎”，是公司独立利益赖以产生和存续的基石。而且，公司作为一项伟大发明，其最原始的功能是为筹集巨额资本所需[⑤]，不存在“无资本而立”的逻

①参见[美]安德鲁•S•戈尔德、[美]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347–348页。
②SeeReLo–LineElectricMotorsLtd.[1988]Ch.477.转引自郑彧：《实质董事的法律规制：因何、为何与如何》，载《财经法学》2024年第3期，第88页。
③参见仲继银：《董事会与公司治理》（第3版），企业管理出版社2018年版，第50页。
④参见刘凯湘：《公司资本制度的创新与不足》，载《上海政法学院学报》2024年第2期，第12页。
⑤朱慈蕴：《公司资本理念与债权人利益保护》，载《政法论坛》2005年第3期，第126页。

辑。然而不容忽视的是，受现代社会将筹资和融资过度创新或“包装”的影响，似乎公司“出生”的逻辑可以颠倒，就像伊索寓言中头顶鲜奶的姑娘，可用一种以鲜奶换鸡蛋孵得小鸡、再下更多的蛋孵更多的鸡的“概念”而“创立”公司。在此情绪之下，任何对于公司初创资本要求不仅被认为是多余，而且被看作是自由创造和发展的绊脚石。但是，世界从来没有哪个头顶鲜奶的姑娘梦想成真，因为即便她没有忘乎所以地预演她骄傲地拒绝一切求爱者的摇头，不铸成将鲜奶全部倾洒的大错，她也会在实现梦想的某一步因没有足够的力量储备或者遭遇自然变故而半途而废，这后一点正是公司在商事领域取代私人的根由。所以，指望用“空头支票”攫取财富，归根到底不过是贪婪的赌徒的自我狂热以及赌徒们和被诱骗的吃瓜群众的零和游戏而已，与社会真正的财富创造和流转秩序根本背离[①]。而且，股东除出资外别无其他义务，如果连出资义务都成了“空头支票”，那就是奢望公司成为坐享财富的“永动机”，果真如此，也就没人愿意成为股东以外的其他人，这不仅毁了公司这种现代企业制度，也毁灭了股东自己。

沿此认识，《公司法》在出资制度上，对有限公司改采限期认缴制、对股份公司改采实缴出资制，是剑指“空头支票”的出资行为，向弱化公司主体地位，将公司工具化的各种皮包公司、空壳公司、概念公司说“不”，以伸张公司独立人格的利益要素之维，铸牢公司独立利益赖以存在的基石，使公司回归其成就超越股东一己之力的目的事业的功能轨道上来。而股份公司与有限公司出资制度有别，体现股份公司面向成熟或快速成长期企业，注重以发行股份方式筹集更大资本的功能，故施以直接的资本真实缴纳原则；而有限公司无疑面向创业性企业，保留注册资本实缴的一定灵活性。

还应认识，《公司法》剑指“空头支票”的出资行为的更严厉的配套措施，是实质新增了股东出资的“终生”责任制度。这即《公司法》第 88 条规定的，股东转让未届出资期限的股权，应对受让人后续未按期足额缴纳出资承担补充责任；转让已届出资期限却未出资或未完全出资，应与受让人在出资不足的范围内承担连带责任，或当受让人不知道且不应当知道存在出资瑕疵，则仍由转让者本人承担责任。这体现股东一旦认缴出资即应对该出资实缴负责到底，并不因股权转让而消灭。无疑，其要旨是防止股东不负责地将股权转让给不具有实际出资能力的人，而给公司资本充实带来的风险，实质在确保公司资本充实与股权自由转让两者之间，确立以公司利益优先，让认缴出资的股东保证公司、公司债权人、公司其他股东的利益及风险不比股权未转让时更恶化[②]。照此理解，当出现股权多次转让时，为避免对股权自由转让作过多限制，应认为按照《公司法》第 88 条须承担补充责任或连带责任的，应一直“绑定”原始认缴出资的股东，而不必株连后手的再转让者，以兼顾股权转让自由转让。

此外，《公司法》第 52 条规定的股东未履行或未完全履行出资义务的失权制度意义也非常显著。按该条规定，股东未按期实缴出资，董事会可以代表公司以“清理门户”的方式，惩罚不诚信股东，维护公司资本的充实。并且结合《公司法》第 51 条新增的董事会对股东出资核查和催缴

①参见甘培忠：《论公司资本制度颠覆性改革的环境与逻辑及制度补救》，载《科技与法律》2014 年第 3 期，第 511 页。
②刘贵祥：《关于新公司法适用中的若干问题》，载《法律适用》2024 年第 6 期，第 14 页。

的义务与责任，以及《公司法》第 49 条将未完全履行出资义务股东的违约责任从向其他股东承担正确修改为向公司承担等一起解读，公司实质拥有了向股东追缴出资的应手“工具箱”，董事会有权以公司利益为先，择优选择催缴、要求股东向公司承担违约责任、让发起股东承担连带责任，以及在不损害公司资本充实前提下（当具备选择由他人受让或减资条件时），启动股东失权的更严厉措施，让股东逃逸出资无处遁形。

（二）公司资本是公司利益与股东可分配利益的分水岭，不可“岭下放水”侵蚀根基

公司独立人格的利益要素以公司资本为基石，不仅表现在公司因资本而立，更表现在因资本而存。这也对应了公司最原始的一种制度设计——公司须持有其资本并不得返还或分配给股东[①]。对此，以会计准则的语言转义，有二层含义：一层是股东投入到公司的出资构成公司法人的资本额，非经清算不得撤回；再一层是公司无盈利不分配。如果公司在向其股东分配之后，其净资产价值无法至少等于股本账户和股份溢价账户及公积金账户的金额之和，则公司不得向股东进行利润分配，并且公司回购持有本公司部分股份，以及寻求调低其股本和其他资本账户数额来促成股利分配的做法，不应试图规避前述规则。[②]上述第一层含义是公司作为独立法人其财产神圣不可侵犯的应有之义；而第二层含义，则是以公司资本为分水岭，以之划分和规制公司永续利益与股东可分配利益的关系。

比较法上，上述第二层含义中对于股东可分配利益的规制方法，又称资本维持法，或以资本为标尺的净资产判断法。然在此传统规制方法之外，还被提出一种与破产法标准衔接的偿债能力判断法。后者不依赖资本标准，而是以公司能够偿付一定期限内到期债务的能力为一揽子标准“挑战极限”，即只要公司清偿能力不成问题，就不必限制公司对股东的支付，且不论采取股息、资本返还、还是股份回购的方式，当然也不必区分何谓资本、何谓盈利。[③]不难认识，后一种规制方法也有金融创新的噱头之嫌，其虽然看上去更关注实质或公司资产价值的动态变化，却有“及时行乐”于投机者之嫌，尤其它在会计处理上所惯用的以公允价值或市值计量资产的“魔法棒”，很容易让金融投机者现时受益，导致公司“透支未来”[④]，也容易击穿公司独立人格的财产和利益的堡垒。所以，尽管资本维持法可能偏于审慎或保守，却是将“肉烂在锅里”，更有利于公司利益的基业长青，也不违背股东长远利益。总之，坚守资本维持原则，更符合法人本质逻辑。

我国《公司法》对于股东可分配利益的规制始终以资本维持法为逻辑底色。修订后的《公司法》第 53 条，更鲜明地确立了资本维持原则。

《公司法》第 53 条第 1 款延续之前的第 35 条“公司成立后，股东不得抽逃出资”的规定，重申了资本维持的原则。其表述中的“抽逃出资”的用语，虽是我国二十世纪八九十年代清理整顿公司过程中提出的概念[⑤]，本意是为约束“前脚出资后脚撤回”的假出资行为，但在司法实践中

①参见刘燕：《公司法资本制度改革的逻辑与路径》，载《法学研究》2014 年第 5 期，第 35 页。
②参见[英]保罗•L.戴维斯萨拉•沃兴顿：《论资本维持》，罗培新译，载《证券法苑》（2014）第 12 卷，第 408 页。
③参见刘燕：《公司法资本制度改革的逻辑与路径》，载《法学研究》2014 年第 5 期，第 46 页。
④参见[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 349 页。
⑤参见王军：《抽逃出资规则及公司分配制度的系统性改造》，载《法学研究》2021 年第 5 期，第 82~83 页。

已经被应用到“不得随意减少公司资本”的更广义的场合，例如对赌协议中的公司回购[①]，对出资款付息[②]等便相将出资收回的行为。因此，该第一款的表述早已不拘泥于字面文义，而具有禁止“返还资本”、“返还出资”或者禁止“返还与股本相当的财产”等“资本维持”的最本原的含义[③]，从而，应看作是确立了贯穿适用于利润分配、股份回购及减资等一系列涉及资本流出的“警戒水位”规则。再则，《公司法》第 53 条第 2 款吸收了《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》第 14 条的规定，明确“违反前款规定的，股东应当返还抽逃的出资；给公司造成损失的，负有责任的董事、监事、高级管理人员应当与该股东承担连带赔偿责任”，改变了修法前“股东不得抽逃出资”仅为孤立无援的抽象规则的状态，为之规定了明确的法律后果，使“股东不得抽逃出资”形成完全规范，并与《公司法》第 211 条对于违法分配利润、第 226 条对违法减资的责任后果精神一致，表明第 53 条第 2 款起着统领作用。因此，《公司法》第 53 条完整构成了公司法上侵蚀公司资本的一般裁判规则，并可发挥兜底条款作用，形成对违法不当的资本流出行为的严密规范和调整。

（三）公司资本是保护债权人利益的压舱石，不可轻言放弃

前述资本制度的分析尚未涉及债权人，但公司法从早期立法开始对于公司资本制度的设计，在更大程度上是考虑对于公司债权人的保护。尤其资本维持原则在两大法法系都曾被认可是保护债权人的公理，即股东向公司出资，是股东免于承担公司债务的对价；因之，出资形成的公司资本得首先用于保障清偿公司债务[④]，以对冲有限责任制度使债权人同时面对公司经营失败的剩余商业风险及内部人恶意侵害的不法风险[⑤]。

然而，比较法实践中，出于与上文述及的偿债能力判断法一脉相承的思潮影响，也出现淡化资本信用的认识倾向。我国学界有观点认为，资本信用的神话已经破灭，应从资本信用向资产信用转变。[⑥]可是，不能忽视，实践中的公司债权人，不论通过什么样的合同手段，也无法完全消除其诉诸于资产信用上的信息不对称问题，而同样需要保护的公司侵权之债的非自愿债权人，他们更没有条件和能力去考察、评估公司的资产信用。所以，若离开资本参照物，公司就像没有了“体重”物体。更何况，以法人本质视角观察，资本维持之于债权人保护的逻辑顺序是，通过防止公司资本免受不当流出的威胁，以此作为公司稳健运营的资本基础，进而才能保障公司独立人格，最终才能保护债权人的利益。[⑦]若抽离资本，这一切都可能坍塌。因此，公司资本作为公司信用基础不可轻言放弃。

《公司法》对于公司债权人的维护，除体系地观察彰显了坚守公司资本为保护债权人利益的压舱石的底色外，还突出表现在其对减资制度完善和新增股东加速出资制度上。《公司法》对于

①参见最高人民法院《全国法院民商事审判工作会议纪要》（法〔2019〕254 号）第 5 条，以及山东某某创业投资有限公司诉山东某某纸业有限公司、陈某 1、陈谋 2、陈某 3 等股权转让纠纷案（人民法院案例库入库编号：2024-08-2-269-003）。
②参见仪陇县某商贸有限公司诉刘某某、仪陇县供销合作社联合社等损害公司利益责任纠纷案（人民法院案例库入库编号：2023-08-2-276-001）。
③参见刘燕：《重构“禁止抽逃出资”规则的公司法理基础》，载《中国法学》2015 年第 4 期，第 185 页。
④参见王军：《公司资本制度》，北京大学出版社 2022 年版，第 297~298 页。
⑤岳万兵：《债权人保护的公司法逻辑——以行为法的功能缺失与组织法的功能填补为视角》，载《政治与法律》2014 年第 2 期，第 81 页。
⑥参见赵旭东：《从资本信用到资产信用》，载《法学研究》2003 年第 5 期，第 115 页。
⑦朱慈蕴：《中国公司资本制度体系化再造之思考》，载《法律科学》2021 年第 3 期，第 53 页。

公司减资制度完善的一大亮点，是区分实质减资和形式减资，新增了第 225 条形式减资的规定。这一区分，固然是为不产生资本向股东的净流出的减资提供程序简化便利，但无疑是以对公司债权人不构成实质影响为逻辑；并且，其规定公司形式减资后，在法定公积金和任意公积金累计未达到公司注册资本百分之五十前，不得分配利润，这也完全是出于对债权人保护的考虑。再则，《公司法》第 54 条新规定的，当公司不能清偿到期债务时，债权人有权要求未届出资期限的股东提前缴纳出资，这更是让债权人搭上了以公司资本担保债权实现的“直通车”。其理据尽管可以有多种解读，根本理由在于股东对公司出资形成的公司资本，担负着担保公司债权人的债权实现的特殊目的[①]。

小结以上分析，《公司法》对于公司资本制度修订的要旨，可概括是公司不可无资本、资本不可不充实、不可不恒久维持，从而破除了资本崇拜和资本虚无两种极端认识，重新树立“无资本无人格”的法人本质观念，是一次勇敢的“脱虚向实”。于是，源于德国的大陆法系的公司资本三原则的理论归纳，是最合乎法人本质的公司资本制度的科学表达。资本确定原则要求公司资本额应记载于公司章程，并在公司成立时认足或募足；资本维持原则要求公司维持与公司资本总额相当的财产即会计语言的净资产；资本不变原则要求公司非依法定程序变更章程，不得改变。[②]它们完整地勾勒了公司资本形成、维持、退出所应遵循的规则。《公司法》对于资本制度的修订，实质是向资本三原则的理性回归。

五、结语

按照民法对法人本质追问的且近结论，公司绝不是任由“合同束”塑造的扑朔迷离的集合体[③]，也不是涅槃而出的“集体意志、集体知觉和集体生命”[④]，而是拟制的但却是可为建构实在行为意志的“生命体”，其以利益与意志的独立性为其不可或缺的人格要素。沿此法人本质认识，2023 年《公司法》着重对公司资本制度和公司治理制度作出的修订，是立于中国实践对于公司法上的两大核心制度所作的一次更贴近法人本质的精细浇筑。其“公司治理篇章”，凸显董事执掌公司意志的必然逻辑，确立了董事会中心主义，将信义义务“一以贯之”为公司法的根本性义务规范，并令董事责任“具有牙齿”，还一网收尽董监高和控股股东及实际控制人，坚固了公司治理的“堡垒”；其“资本制度篇”，重树公司资本作为公司独立利益的人格要素的基石，强化股东出资义务约束，并将不得抽逃出资的原则建构为资本维持、退出所应遵循的一般原则。总之，沿法人本质解析《公司法》对两大制度作出的修订，更能发掘其内在深藏的意义。这也进一步说明，公司法并不是与民法“自然人逻辑”的“法外之地”。法人是民法基本信念播撒的种子，不管在公司法的“一亩三分地”开什么花、结什么果，其终归叶落归根。若离开法人本质的指引，公司法也就成了组织法学者叹息的“摩天大楼空余锈迹斑斑的钢架”，或者金融经济学眼里的“空洞的箱子”[⑤]。

①参见刘贵祥：《关于新公司法适用中的若干问题》，载《法律适用》2024 年第 6 期，第 13 页。
②参见江平主编：《新编公司法教程》，法律出版社 1994 年版，第 73 页。
③[美]弗兰克 H.伊斯特布鲁克，[美]丹尼尔 R.费雪：《公司契约论》，黄辉译，载《清华法学》2007 年第 4 期，第 139 页。
④[德]奥托•基尔克：《私法的社会使命》，杨若濛译，商务印书馆 2021 年版，第 51 页。
⑤参见[美]杰弗里•N.戈登，[德]沃尔夫–格奥尔格•林格编《牛津公司法与公司治理手册（上册）》，罗培新、李诗鸿、成阳、张立扬、张文研译，上海人民出版社 2022 年版，第 3 页。

新《公司法》下债权人主张股东出资加速到期研究

陆阳

陆阳律师，北京德和衡律师事务所金融业务中心总监、高级权益合伙人，仲裁员，中国政法大学硕士研究生兼职导师，北京市律师协会宣传联络工作委员会副主任、两区建设与营商环境法律事务专业委员会副主任，北京德和衡律师事务所新的社会阶层人士联谊会会长，法治日报专家，北京市创业投资法学研究会理事，荣获中央财经大学政信研究院政信智库暨“ PPP 智库 ”专家，钱伯斯大中华及全球榜单银行与金融领域领先律师。

专业领域 :银行与金融、商事争议解决、投资并购

周晓晨实习律师，北京德和衡律师事务所律师助理，西南政法大学法学学士、中国政法大学法律硕士。擅长于商事争议解决、银行与金融、投资并购等领域。曾参与多起金融领域诉讼案件，为蒙商银行、徽商银行、工商银行牡丹卡中心、中国生物物理学会、北京顺义科技创新集团、中建机械等多家单位提供法律服务。

专业领域：商事争议解决、银行与金融、投资并购

摘　要：新《公司法》第 54 条明确规定债权人可在公司不能清偿到期债务时主张股东出资加速到期，回应了针对加速到期制度的广泛争鸣。“ 公司不能清偿到期债务 ”的判断应采“ 停止支付 ”标准，即 :债权债务关系依法成立、债务已到期、债务人未完全清偿债务，至于债权人是否起诉、是否申请执行、公司客观上是否仍有资产等则在所不问。在非破产情形下，考量“ 公平清偿 ”的必要性不大，加速到期的股东出资应当采取个别清偿原则，这也符合代位权的逻辑构造。债权人对未届出资期限股东的强制执行路径有三 :直接申请强制执行、变更追加股东为被执行人、执行到期债权，三种路径将触发不同的执行流程，在适用入库规则的前提下，执行公司对股东的到期债权或将股东追加变更为被执行人仍有可能实现对债权人的个别偿付。

关键词 :股东出资加速到期，不能清偿，公司债权人保护，个别清偿

一、问题的提出

自引入认缴资本制以来，理论界与实务界对股东出资义务应否加速到期的问题一直莫衷一是、见解纷呈，立法关于股东出资加速到期的规定则呈现出适用条件逐渐宽松的态势。2006 年《企业破产法》第 35 条规定了公司破产情形下的股东出资加速到期，2008 年《最高人民法院关于适用<中华人民共和国公司法>若干问题的规定（二）》第 22 条规定公司解散时，股东尚未届期的出资应作为清算财产。此二为公司消亡情形下的股东出资加速到期，明显采取入库原则。2013 年认缴制改革后，无限期认缴制大大降低了公司的设立门槛，但是维持公司资本和保护债权人利益的措施并不齐备，带来较大的交易风险与信任危机，对此，不少学者曾提议扩大解释《最高人民法院关于适用<中华人民共和国公司法>若干问题的规定(三)》（以下简称《公司法解释（三）》）第 13 条规定中的“未履行或者未全面履行出资义务”，使股东未届期出资在公司债务不能清偿部分加速到期，但最终未形成一致意见。直至 2019 年，最高人民法院《全国法院民商事审判工作会议纪要》（以下简称“《九民纪要》”）第 6 条明确规定股东原则上享有期限利益，债权人主张股东出资加速到期并对公司债务承担补充赔偿责任的，限于公司实质性破产和公司在债务产生后延长出资期限的情形。该规定虽然效力上不足以在裁判中直接援引，却首次为债权人提供了一条主张未届出资期限股东对公司债务承担责任的路径。2024 年施行的新《公司法》第 54 条则第一次在公司法层面上对该问题作出明确回应，将“公司不能清偿到期债务”规定为股东出资加速到期的唯一条件，并规定公司或债权人均有权主张股东“提前缴纳出资”。

新《公司法》下的股东出资加速到期看似既不需要进入执行程序，也无需公司具有破产之实，但何为“公司不能清偿到期债务”，仍有待进一步论证。同时，仅从文义上看，债权人主张加速到期的效果是股东提前缴纳出资，使应缴未缴出资成为公司责任财产的一部分；但是最高人民法院在《法答网精选答问（第九批）》中提到，“由于新公司法对该问题无明确规定，目前仍应按《九民会议纪要》精神判令股东向债权人直接清偿”[①]，实践中亦出现判决未届出资期限股东直接对公司不能清偿部分向债权人承担责任，或者被追加为被执行人的案例。债权人主张股东出资加速到期后究竟应否直接受偿，存在截然相反的观点，尚未达成一致意见，难以为审判实践和执行实践提供指引与参考。在这一背景下，为平衡公司、股东以及债权人的合法权益，正确适用新《公司法》下的股东出资加速到期制度，有必要深入分析新法为债权人构建了何种行权路径，本文在此细化为以下三个问题：一是何为“公司不能清偿到期债务”？二是债权人主张股东出资加速到期的，应当“入库”还是“个别清偿”？三是可否申请执行未届期股东？应以何种方式申请？

二、股东出资加速到期的条件之争：何为不能清偿到期债务

围绕“公司不能清偿到期债务”的认定标准这一核心议题，学界形成了多种学说，包括“债务不能清偿说”“公司无财产可供执行说”“公

① 《法答网精选答问（第九批）》，载微信公众号“最高人民法院”，2024 年 8 月 29 日上传。

司资不抵债说”等。“债务不能清偿说”认为，只要公司未向债权人履行到期债务，就构成“公司不能清偿到期债务”，其客观上是否有能力偿还、债权人是否提起诉讼或申请强制执行公司在所不问，[①]此种观点实际上近似破产制度上的“停止支付”。“公司无财产可供执行说”认为，经过强制执行程序认定公司无财产可供执行，才属于“公司不能清偿到期债务”[②]。“公司资不抵债说”则与破产标准中的“支付不能”类似，公司资产不足以抵偿债务、客观上确实缺乏偿债能力的，方构成“公司不能清偿到期债务”。

本文认为，结合新《公司法》数次修订草案的变化以及《企业破产法》相关规定，系统化地分析立法原意，“公司不能清偿到期债务”的判断应采“债务不能清偿说”抑或“停止支付”标准，与执行程序和破产程序脱钩。一方面，新《公司法》在修订过程中曾经对该触发条件的表述作出调整，意在与破产标准相区分。《公司法（修订草案）》一审稿第 48 条对加速到期条件的表述为“公司不能清偿到期债务，且明显缺乏清偿能力的”，该标准实质上与《企业破产法》第 2 条第 1 款规定的企业破产构成要件重合，[③]且后者早已规定了公司破产情形下的股东出资加速到期。因此，《公司法（修订草案）》二审稿删除了“明显缺乏清偿能力”的表述，与破产要件相区分。另一方面，《最高人民法院关于适用<中华人民共和国企业破产法>若干问题的规定（一）》第 2 条已经明确规定了“不能清偿到期债务”的判断标准，即：债权债务关系依法成立、债务已到期、债务人未完全清偿债务。显然，该条文所确立的标准与债权人是否起诉、是否申请执行、公司客观上是否仍有资产等因素无关。从法律的稳定性与逻辑统一性的角度来看，采取了同样表述的新《公司法》第 54 条同样应当遵循前述标准。

相较于《九民纪要》，新《公司法》规定的股东出资加速到期触发条件不仅更为宽松，亦大大降低了债权人的举证难度和追责成本，在保证法人人格独立的同时回应公司资本充实原则的要求。“不能清偿”，亦或“客观清偿不能”，主要由破产制度解决，除需要额外消耗破产管理人费用、债权人会议费用外，还会对社会造成较大冲击，非理由充分外不宜随意启用；而“停止支付”亦即“主观清偿不能”往往系股东或董事促成，在信用记录不够全面、企业财产透明度较低、执行难的背景下，非破产情形下的出资加速到期展现出独特的功能价值，能够以更低的成本给股东（甚至未尽到催缴义务的董事）施加压力，倒逼公司诚信经营。[④]认缴资本制下的股东出资义务，既是约定义务，又是法定义务，[⑤]其相当于股东对公司承担的一种出资范围内的担保责任，当公司不能清偿到期债务时，股东即应当在认缴范围内替代清偿；[⑥]并且，认缴资本制赋予了股东边投资、边补资的自由，股东应当承担的义务底线是，至少要保证公司不沦为其转嫁经营风险的工具，危及

① 参见周珺：《论公司债权人对未履行出资义务股东的直接请求权》，载《政治与法律》2016 年第 5 期，第 99 页；林一英：《公司注册资本认缴登记制的完善》，载《国家检察官学院学报》2023 年第 6 期，第 44 页。

② 参见丁勇：《股东出资期限对抗的矫正与规制》，载《北京大学学报（哲学社会科学版）》2023 年第 6 期，第 156–157 页；李建伟：《认缴制下股东出资责任加速到期研究》，载《人民司法》2015 年第 9 期，第 56 页。

③ 参见林一英：《<公司法>第二次修订对公司法律制度的完善与未来展望》，载《法学家》2024 年第 4 期，第 93 页。

④ 参见蒋大兴：《论股东出资义务之“加速到期”——认可“非破产加速”之功能价值》，载《社会科学》2019 年第 2 期，第 110 页。

⑤ 参见钱玉林：《股东出资加速到期的理论证成》，载《法学研究》2020 年第 6 期，第 114–121 页。

⑥ 参见王涌：《论公司债权人对未实缴出资的股东的请求权》，载《中国工商报》2014 年 8 月 9 日，第 3 版。

与公司正常交易的债权人的合法权益，[①]这是平衡公司法人人格独立和资本充实原则的结果。

三、股东出资加速到期的效果之争："入库"抑或"个别清偿"

此次股东出资加速到期制度修法中，争议最大的问题即是提前到期的出资应当"入库"以为所有债权人平等受偿，还是由主张加速到期的债权人个别受偿。仅从第 54 条文义来看，条文明确表明债权人向未届期股东主张权利的，结果应为"入库"，但最高人民法院的回复以及现行《公司法解释（三）》和《九民纪要》的规定，似乎为个别清偿提供了路径。

（一）入库规则与个别清偿规则之比较

入库，即债权人依据第 54 条有权请求股东向公司出资，而非请求股东直接向债权人进行清偿。[②]主张入库规则的一大重要理由是债权的平等性，注重实现对全体债权人的公平清偿。[③]亦有观点认为加速到期制度并不符合代位权的构造，债权人以代位权为基础主张加速到期、从而实现个别清偿是不正确的，因为代位权的行使条件是两债权均已到期，而在股东出资加速到期的逻辑结构中，次债权到期是债权人行使权利的结果。并且，债权人在追加股东时往往会向法院申请财产保全，入库规则实际上并不妨碍其受偿。[④]还有学者指出，相较于对债权人，股东出资对公司经营更具有重要作用，货币出资可能盘活公司资产、恢复公司清偿能力，其入库较之个别清偿发挥的作用更大；[⑤]非货币出资更甚之，设备、技术等在公司和债权人处的价值截然不同，其效用反而可能使公司提高清偿能力、创造更大的价值，从而利好整体债权人。[⑥]

与条文文义所明确的入库规则相对的是，实践中出现了采取个别清偿方针的案例。在陈某与重庆某汽车科技有限公司、陈某明等股东出资纠纷案中，法院结合《公司法解释（三）》第 13 条规定与《公司法》第 54 条规定，判决未届出资期限的股东直接向债权人承担补充赔偿责任，[⑦]其落脚点在于，股东出资被加速到期后即触发司法解释第 13 条"股东未履行或者未全面履行出资义务"之条件。又如，西城法院在审结首例适用新法的加速到期案件中，认定股东出资加速到期后，债权人有权依据代位权规则，申请追加相关股东为被执行人。[⑧]支持个别清偿的主要理由在于，入库规则极有可能打击债权人的积极性，降低司法效率，入库后的债权人公平受偿在非破产情形下难以现实，[⑨]更何况，全体债权人的公平受偿也仅在破产情形下才有意义，在公司未破产的情形下，对"公平受偿"的考量必要性不大，个案的强制执行结果亦体现个别清偿，属于债权人之间的竞争。[⑩]

---

① 参见前注③，李建伟文，第 55 页。
② 参见王贺瑞主编：《中华人民共和国公司法释义》，法律出版社 2024 年版，第 83 页。
③ 参见赵旭东主编：《新公司法条文释解》，法律出版社 2024 年版，第 139 页–140 页。
④ 参见沈朝晖：《重塑法定资本制——从完全认缴到限期认缴的动态系统调适》，载《中国法律评论》2024 年第 2 期，第 60 页。
⑤ 参见刘斌：《出资义务加速到期规则的解释论》，载《财经法学》2024 年第 3 期，第 127 页。
⑥ 参见李宇：《股东对债权人直接承担出资赔偿责任：司法解释之误区与新<公司法>之否弃》，载《西南政法大学学报》2024 年第 5 期，第 109–110 页。
⑦ 重庆市江津区人民法院（2024）渝 0116 民初 5557 号民事判决书。
⑧ 《西城法院审结首例适用新公司法加速到期规则案件》，载微信公众号"北京西城法院"，2024 年 7 月 1 日上传。
⑨ 参见周游：《股东出资规则的体系性解释———以新<公司法>第 47–54 条为轴线》，载《交大法学》2024 年第 5 期，第 74 页。
⑩ 参见前注⑤，蒋大兴文，第 112 页。

本文认为，新《公司法》第 54 条下的股东出资加速到期采个别清偿规则为宜。首先，债权是典型的私权，具有相对性，债权人作为理性经济人，其主张加速到期的主要目的在于保障自己的债权，“先申请先得”的债权实现规则能够发挥奖勤罚懒的作用，产生更好的社会功效。[①]在公司具有多个债权人的情况下，公司也未必按照债权到期的先后顺序进行清偿，债权人催款的积极性、公司经营层面的考量等等因素均会影响债权人的受偿，更何况，公司债务在公司正常经营过程中本身就呈现一种动态变化的情状，在非破产情形下主张债权人平等受偿既不现实，亦欠缺必要性。其次，尽管债权人可能通过申请保全以争取得到优先受偿，但是在执行障碍大、财产线索难寻的背景下，这一路径未必顺利，反而会引致加速到期制度产生负外部性，降低债权人的积极性。另外，债权人先主张股东出资加速到期，再行使代位权要求股东直接清偿，符合代位权的逻辑构造，如果无法在同一个诉讼程序中解决，反而更降低司法效率。最后，如果公司确实资不抵债、丧失偿债能力，其他债权人可申请公司破产或由公司自身申请破产，以阻滞对申请加速到期的债权人的个别清偿，使加速到期制度与破产规则链接起来，实现公平受偿的效果，一言以蔽之，个别清偿并不会使其他债权人完全丧失主动权。[②]

（二）对个别清偿路径的修正

股东出资加速到期下的个别清偿，更加需要平衡公司、股东与债权人的利益，不宜贸然同时确立宽松的触发条件与个别清偿的行权效果，为此，应当对个别清偿路径进行一定的矫正与限制。

一方面，对于非货币出资不宜适用加速到期规则。区分非货币出资对公司与债权人的价值具有相当的合理性，股东以知识产权等非货币形式出资的，该出资本身对公司经营往往有重要作用，但对债权人而言，其价值可能大打折扣。保障非货币出资在公司的效用，不仅利于维持公司经营，亦对债权人合法权益和社会安定具有重要意义。另外，如若允许非货币出资加速到期并由债权人优先受偿，可能会为债权人与公司、股东恶意串通提供路径，违背禁止流押、流质的规则。

另一方面，加速到期应当受到债权人的债权数额与股东未出资数额之限制，特别是债权数额小于股东未出资额时，股东未出资额不应被全部加速到期。非破产情形下的股东出资加速到期，其作用意义在于使公司诚信经营、维护债权人对公司注册资本的合理期待，在公司不存在消亡事由的情况下，当股东未缴纳的出资额大于债权人的债权数额时，股东的期限利益仍应受到保护。考虑到加速到期规则的触发条件之宽松，此时公司应当及时变更工商登记，以降低诉累。

四、债权人主张股东出资加速到期与执行程序的衔接

债权人主张股东出资加速到期的究极目的，是实现自身债权的受偿，为此，有必要讨论新《公司法》第 54 条和与债权实现密切相关的执行程序的衔接。该问题亦受入库规则或个别清偿规则之争的影响，下文进行区分论述。

（一）直接依据加速到期判决申请执行公司及股东

① 参见朱广新：《债权人撤销权行使的法律效果》，载《财经法学》2024 年第 4 期，第 43–46 页。
② 参见刘贵祥：《关于新公司法适用中的若干问题》，载《法律适用》2024 年第 6 期，第 16 页。

在个别清偿规则下，债权人可以先一并起诉公司和未届出资期股东，经裁判确定债权并认定股东出资加速到期后，直接申请执行公司和股东。在入库规则下，债权人保障自身优先受偿的关键在于对公司账户进行保全，以及同执行部门沟通保证股东出资支付至保全的账户。总体而言，此种路径经实体审理既保障股东利益、查明出资情况，又可使债权人的债权得到确定，能够兼顾各主体的合法权益。

（二）变更、追加股东为被执行人

依据《最高人民法院关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》（以下简称《变更追加规定》）第 17 条规定，公司财产不足以清偿生效法律文书确定的义务的，债权人可以申请变更、追加未缴纳或未足额缴纳出资的股东为被执行人。此种路径实际上以公司财产经强制执行不能清偿为前提，未届期股东的地位近似于一般保证人，具有类似先诉抗辩权的权益。[①]

适用《变更追加规定》第 17 条可能存在障碍。该规定与《公司法解释（三）》第 13 条同样涉及解释“未缴纳或未足额缴纳出资”是否包含未届出资期限之情形的问题，结合过往司法实践、采取狭义的文义解释可知，未届期股东并不在条文涵摄范围内。如果新《公司法》第 54 条能直接适用于执行程序，则可认为公司财产经强制执行无法发生清偿效果，股东出资应予加速到期，此时该股东即属于“未缴纳或未足额缴纳出资”，能够被变更、追加为被执行人。但是，执行程序容易忽略对实体问题的审慎审理，不若两审终审制对股东程序权利的保障般周全。[㉑]并且，实践中，被变更、追加股东往往会在裁定后提出执行异议之诉，如此反而会使得裁定程序空转，降低执行效率。[㉒]该路径可实现个别清偿，与入库原则存在一定的冲突。

（三）采取对第三人到期债权执行程序

如采取入库规则，且变更、追加股东为被执行人的解释路径受阻或保全失败，则申请执行对第三人的到期债权或可提供解决思路。在执行法视角下，债务人所有的一切有价值、可直接清偿或通过变现清偿债务的财产均属于其责任财产，因此，不论是否届期，股东认缴的出资均属于公司责任财产，是执行标的，可依据《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>的解释》第 499 条规定，通过执行债权的方式实现对债权人的个别清偿，并以此降低入库规则导致的负外部性。[㉓]需注意的是，现行执行法体系下，次债务人可以在期限内对到期债权提出异议，法院不会进行实质审查，亦不会再继续执行，债权人只能通过诉讼程序获得救济，如欲通过该路径平衡股东与债权人的权益，还有待相关司法解释予以进一步的改造。

五、结语

新《公司法》第 54 条对股东出资加速到期规则的确立，结束了长久以来关于非破产情形下股东出资应否加速到期的争议，彰显了立法者对公司、股东及债权人利益的精妙平衡。“公司不能

① 参见张磊：《认缴制下公司存续中股东出资加速到期责任研究》，载《政治与法律》2018 年第 5 期，第 130 页。

㉑ 参见刘俊海：《论注册资本认缴制的兴利除弊：兼论期限利益与交易安全的动态平衡》，载《学术论坛》2024 年第 1 期，第 52 页。

㉒ 参见宋春龙：《股东抽逃出资补充责任诉讼程序研究》,载《河南财经政法大学学报》2024 年第 2 期,第 29 页。

㉓ 参见马登科、张翼：《未届期股东出资责任执行的构造解析》，载《西南政法大学学报》2024 年第 5 期，第 124–125 页。

清偿到期债务”的判断标准应为“停止支付”，将加速到期与执行程序和破产程序脱钩，降低债权人的救济成本与救济难度。股东加速到期的出资宜采取个别清偿原则，发挥“先申请先得”的债权实现规则对督促债权人行权、促进公司诚信经营的作用，产生更好的社会功效。就债权人主张股东出资加速到期与执行程序的衔接而言，存在直接申请强制执行、变更追加股东为被执行人、执行到期债权三种路径，三种路径将引致差异性的执行程序，变更追加股东为被执行人、执行到期债权或可在采取入库规则的情况下仍然实现对债权人的个别清偿，具体适用效果还有待实践的检验。

值得进一步思考的是，在限期认缴制逐步施行后，股东出资加速到期制度当何去何从。新《公司法》明确有限责任公司股东最长认缴出资期限为 5 年，并通过配套措施将过去无限期认缴制下的存量公司逐渐过渡到限期认缴制，这一改变能够提高公司的资本充实度，减少空壳公司和虚假出资现象，使得我国公司资本制度回归到资本维持原则的逻辑圆点。在这一背景下，以弥补无限期认缴制的漏洞为功能定位的股东出资加速到期制度的适用频率可能会在短暂增多后又逐渐减少——存量公司逐步过渡完成后，可能出现股东出资期限在诉讼程序终结前即届满的情况，此时法院对该问题的裁判必要性亦会下降。《九民纪要》确立股东出资加速到期的背景是无限期认缴制引发的交易乱象与信任危机，在限期 5 年的认缴制下，这一风险已经大大减小，股东出资加速到期制度是否仍有充足的作用空间，又是否需要进行进一步修订，不仅关乎公司法的制度完善，更涉及到市场主体的权益保护与交易安全的维系。未来，如何在保障股东合理期限利益与保护债权人合法权益之间找到更加精准的平衡点，将是包括加速到期在内的公司资本制度研究与实践持续探索的重要课题。

参考文献

[1] 周珺：《论公司债权人对未履行出资义务股东的直接请求权》，载《政治与法律》2016 年第 5 期。

[2] 林一英：《公司注册资本认缴登记制的完善》，载《国家检察官学院学报》2023 年第 6 期。

[3] 丁勇：《股东出资期限对抗的矫正与规制》，载《北京大学学报（哲学社会科学版）》2023 年第 6 期。

[4] 李建伟：《认缴制下股东出资责任加速到期研究》，载《人民司法》2015 年第 9 期。

[5] 林一英：《<公司法>第二次修订对公司法律制度的完善与未来展望》，载《法学家》2024 年第 4 期。

[6] 蒋大兴：《论股东出资义务之“加速到期”——认可“非破产加速”之功能价值》，载《社会科学》2019 年第 2 期。

[7] 钱玉林：《股东出资加速到期的理论证成》，载《法学研究》2020 年第 6 期。

[8] 王涌：《论公司债权人对未实缴出资的股东的请求权》，载《中国工商报》2014 年 8 月 9 日。

[9] 王贺瑞主编：《中华人民共和国公司法释义》，法律出版社 2024 年版。

[10] 赵旭东主编：《新公司法条文释解》，法律出版社 2024 年版。

[11] 沈朝晖：《重塑法定资本制——从完全认缴到限期认缴的动态系统调适》，载《中国法律评论》2024 年第 2 期。

[12] 刘斌：《出资义务加速到期规则的解释

论》，载《财经法学》2024 年第 3 期。

[13] 李宇：《股东对债权人直接承担出资赔偿责任：司法解释之误区与新<公司法>之否弃》，载《西南政法大学学报》2024 年第 5 期。

[14] 周游：《股东出资规则的体系性解释——以新<公司法>第 47–54 条为轴线》，载《交大法学》2024 年第 5 期。

[15] 朱广新：《债权人撤销权行使的法律效果》，载《财经法学》2024 年第 4 期。

[16] 刘贵祥：《关于新公司法适用中的若干问题》，载《法律适用》2024 年第 6 期。

[17] 张磊：《认缴制下公司存续中股东出资加速到期责任研究》，载《政治与法律》2018 年第 5 期。

[18] 刘俊海：《论注册资本认缴制的兴利除弊：兼论期限利益与交易安全的动态平衡》，载《学术论坛》2024 年第 1 期。

[19] 宋春龙：《股东抽逃出资补充责任诉讼程序研究》，载《河南财经政法大学学报》2024 年第 2 期。

[20] 马登科、张翼：《未届期股东出资责任执行的构造解析》，载《西南政法大学学报》2024 年第 5 期。

未届出资期限股权多次转让情形下的责任承担问题探究

曹钧、包宇航[①]

曹钧律师，北京德和衡（青岛）律师事务所高级权益合伙人，自 2000 年至今一直专注公司和证券等律师业务，主要从事公司首发上市、新三板挂牌、投融资、并购、股权激励、企业法律风险防控及公司纠纷案件等法律事务。

包宇航律师，北京德和衡（青岛）律师事务所执业律师，毕业于中国海洋大学，主要从事公司首发上市（IPO）、新三板挂牌、投融资（增发股票、发行债券和各类票据等）及公司纠纷案件等法律事务。

摘　要：股权是股东基于股东身份所获取的权利，股东身份的获取在于股东向公司进行投资的行为。由于股权具有流通属性，股东可以选择将自己的股权转让给他人以获取经济利益。所谓未届期股权转让，就是指股东转让自己享有的出资期限尚未到期的股权。新《公司法》第八十八条第一款首次规定了未届出资期限时转让股权，由转让人承担补充责任，但该条款在未届期股权经历多次转让时存在着难以规避的适用难点，这将会导致股权转让方在股权转让后仍然承担着难以估量的法律风险，进而降低股东转让股权的积极性，这将极大的遏制商事活动的活跃度。本文中，笔者将从交易主体身份识别、责任承担、善意受让人识别等角度论述我国未届出资期限股权转让的完善之道。

关键词：出资未届期；股权转让；出资义务；责任承担

① 曹钧，北京德和衡（青岛）律师事务所，高级权益合伙人
包宇航，北京德和衡（青岛）律师事务所，执业律师

一、问题提出

“股权是由股东出资而取得的，依法定或公司章程的规则和程序参与公司事务并在公司中享受财产利益的，具有转让性的权利。”[①]作为股东的一项独立权利，股权的财产属性不可忽视，股权的财产属性决定了其具有流通性的特点，其流通性使得转让方与受让方的身份呈现动态变化的特征。

新《公司法》第八十八条第一款首次规定了未届出资期限时转让股权，由转让人承担补充责任，但在实际适用中仍然存在着一定的问题。多次的股权转让是立法设计未能充分考虑的客观对象。[②]具体来说，因股权具备流通性的特征，那么商事活动中股权就存在被多次转让的可能，第八十八条的适用存在以下难点：其一，抽逃出资情形能否适用。其二，交易主体身份识别难点，股权多次转让交易链中存在一个主体兼具转让方、受让方的身份的情形，那么在具体交易过程中，如何识别交易主体身份？其三，新《公司法》第八十八条规定，转让方对受让方未按期缴纳的出资承担补充责任，此种无过错、无期限的责任承担方式严重侵害了老股东退出的自由，应当制定配套制度进行优化。其四，转让方承担补充责任后，是否有权向受让方追偿。

二、问题分析

（一）抽逃出资情形能否适用

《公司法》第八十八条第二款规定“未按照公司章程规定的出资日期缴纳出资或者作为出资的非货币财产的实际价额显著低于所认缴的出资额”[③]系指出资瑕疵的情形，抽逃出资是否同样适用第八十八条规定是实践中存在且无法忽视的一个难题。抽逃出资是否属于瑕疵股权？实践中存在争议，支持者认为，从债权人的角度来看，抽逃出资和瑕疵出资都会导致公司的偿债能力显著下降，要求转让方和受让方承担连带责任是理所应当的。而反对者认为，应当严格按照法律规定，《公司法》第八十八条只规定了瑕疵股权的转让方和受让方需要承担连带责任，并没有规定抽逃出资的情形，况且抽逃出资存在较强的隐蔽性，受让方难以察觉，如果将八十八条第二款扩大解释至抽逃出资行为，会使受让方承担过重的审查义务。[④]此外，抽逃出资行为的实施需要公司进行协助，公司作为协助方要求新加入的股东返还出资是明显有违公平原则的。

（二）交易主体身份识别

商事活动中，股权存在多次转让的情形，因此转让方、受让方是一个相对的概念。现假设同一股权经历了 3 次转让，前两次转让发生在出资期限届满前，后一次股权转让发生时出资期限已经届满，如果此时适用《公司法》第八十八条规定，由转让方承担补充责任，那么就会使补充责任的承担主体方面产生分歧。第一种观点认为，最后受让的股东是受让人，他之前的所有股东都是转让方。观点一采用的是扩张解释视角，无论

① 参见江平、孔祥俊：《论股权》，载《中国法学》2994 年第 2 期，第 74 页。
② 参见陈甦：《股权受让人出资责任的规则建构分析》，载《环球法律论》2023 年第 3 期，第 6 9 页。
③《公司法》第八十八条第二款规定，未按照公司章程规定的出资日期缴纳出资或者作为出资的非货币财产的实际价额显著低于所认缴的出资额的股东转让股权的，转让人与受让人在出资不足的范围内承担连带责任；受让人不知道且不应当知道存在上述情形的，由转让人承担责任。
④ 参见任某某、刘某某等损害公司债权人利益责任纠纷案，山东省高级人民法院民事申请再审审查民事裁定书（2022）鲁民申 7727 号；参见张曦：《关于抽逃出资后股权转让适用〈公司法解释三〉第 28 条的实证研究》，载《法律适用》2022 年第 2 期，第 255 页；

股权经历多少次转让，受让方都只是最后接手股东，前面的所有主体都被认定为转让方，都对现任股东未缴纳的出资承担补充责任，这种观点是为了保证公司注册资本的安全与稳定，进而要求所有转让方承担连带责任。第二种观点认为，未出资股权多次转让实际上构成债务加入，即公司作为债权人，转让方、受让方以及后续的转让方、受让方均为公司的债务人，属于《民法典》第五百五十二条规定的债务加入，因此所有的转让方、受让方都共同对未实缴出资承担连带责任。

笔者认为，以上两种观点都是不正确的，观点一将扩大前手所有的转让方的注意义务，股权在市场上经历多次转让，其背后的价值、公司经营状况、后续受让主体的经济实力都存在不确定性，将这种不确定风险转嫁给前面所有的转让方是明显不合适的，转让方应该只需要考量其直接后手的资本实力及经营能力，而不应该考虑除直接后手以外其他受让主体。此外，未出资股权的多次转让不能适用债务加入。根据《民法典》相关规定，债务加入中的债权人享有拒绝的权利，而新《公司法》中的股权转让是不需要经过公司同意的，股权转让方只需要书面通知公司即可，因此公司不享有债权人所具有的拒绝权，股权转让与债务加入是存在明显区别的，转让方与受让方之间不存在共同的债务关系，各方不需要对认缴的出资承担连带责任。

（三）转让方责任期限、顺位限制缺位

从《公司法》第八十八条条文内容来看，转让方所需承担的连带责任、补充责任是不要求转让方存在主观过错的，同时，该责任也没有具体的期限限制、顺位限制。学理上主张转让股东需承担责任的学者要么主张有期限的、有次序性的补充责任，[①]要么主张有过错的责任，如要求原股东具有逃避债权等不法目的，或者原股东使债权人产生了合理信赖。[②]对比之下，新《公司法》规定的转让方补充责任是极为严厉的。

没有期限、没有顺位限制的转让方责任，将对原股东退出造成极大障碍，除此之外也会增加个别股东的投机性，他们会通过将其他主体拉入交易链条的方式减轻自己的责任，同时，公司或者公司的债权人只会向交易链条中最富有的主体主张责任，这名富裕的主体可能并非是最具有归责性的股东，此种口袋式的归责方式将导致无辜主体被无端牵连。可见，多次转让中的转让人责任对老股东退出自由的影响是十分巨大的。

（四）补充责任终局性的思考

在内部关系上若没有特殊约定，转让人承担补充责任后是否享有对受让人的追偿权，值得探究。[③]关于承担补充责任的转让方是否享有向受让方追偿的权利，实践中主要存在两种观点。第一种观点认为，该补充责任系中间责任，转让人不是承担终局责任的主体，其在承担补充责任之后享有对受让方的追偿权。第二种观点认为，补充责任应当为终局责任，在责任体系的构建中，补充责任人的责任承担机制极其重要，股权多次转让的责任链条中，转让方承担补充责任的基础在于其自身的可归责性，该可归责性源于转让方在特定情形下的作为义务或保障义务。因此，当其未尽到相应义务时，导致损害发生，那么他的可归责性就会大于受让人，其承担的补充责任就应

①]参见王东光：《论股权转让人对公司债权人的补充责任》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2020 年第 2 期，第 289 页。
② 陈群峰、张衡：《论出资未届期股权转让后原股东的补充责任》，载《首都师范大学学报（社会科学版）》2022 年第 3 期，第 245—247 页。
③ 参见江平、孔祥俊：《论股权》，载《中国法学》2994 年第 2 期，第 77 页。

当属于终局责任，不能向受让方追偿。

另外，有观点认为《民法典》中存在明文规定，相关责任主体承担补充责任后享有追偿权，此处能否为《公司法》第八十八条提供参考？对于该观点，笔者认为不能参照适用。《民法典》第一千一百九十八条规定，宾馆、商场、银行、车站、机场、体育场馆、娱乐场所等经营场所、公共场所的经营者、管理者或者群众性活动的组织者，未尽到安全保障义务，造成他人损害的，应当承担侵权责任，因第三人的行为造成他人损害的，由第三人承担侵权责任；经营者、管理者或者组织者未尽到安全保障义务的，承担相应的补充责任。经营者、管理者或者组织者承担补充责任后，可以向第三人追偿。[①]该条明确了经营者、管理者等未尽到安全保障义务时应承担相应的补充责任，且明文规定了其承担责任后享有追偿权。《民法典》第一千二百零一条规定，无民事行为能力人或者限制民事行为能力人在幼儿园、学校或者其他教育机构学习、生活期间，受到幼儿园、学校或者其他教育机构以外的第三人人身损害的，由第三人承担侵权责任；幼儿园、学校或者其他教育机构未尽到管理职责的，承担相应的补充责任。幼儿园、学校或者其他教育机构承担补充责任后，可以向第三人追偿。[②]该条规定了教育机构在第三人对其相关学生侵权而未尽到管理职责时，要承担相应的补充责任，且同样赋予了其承担责任后向第三人追偿的权利。对比《民法典》与《公司法》中有关补充责任的规定，《民法典》的表述为“相应的补充责任”，从文义解释角度，此处的“相应的”表明了其承担责任的有限性，实质上只是对补充责任承担责任上限的合理限制，也就是其承担责任的范围并不是直接责任人不能承担责任的全部，而是基于其行为和主观过错等的限额责任，[③]与是否享有追偿权无关。

三、应对措施

（一）八十八条应当扩大至抽逃出资情形

笔者认为，抽逃出资的股权应当与瑕疵出资的股权同等对待。尽管抽逃出资与瑕疵出资存在明显的区别，但该区别不应当成为区分规则的实质理由。首先，瑕疵出资的违约行为与抽逃出资都是不法行为，行为实施主体应当对其违法行为承担违约或侵权责任。其次，二者就可归责性而言，抽逃出资的股东的主观恶意是明显高于瑕疵出资股东的。最后，就行为隐蔽性而言，瑕疵出资行为中非货币出资不实也是存在行为隐蔽性问题的，受让人也有可能对标的股权的瑕疵状态缺乏明知或应知的信息基础。因此，二者存在实质上的共性，而且在一定程度上，抽逃出资行为的严重程度是要高于瑕疵出资的，因此《公司法》第八十八条第二款情形应当扩大至抽逃出资，抽逃出资情形下的转让方与受让方应当在抽逃出资的范围内承担连带责任，受让人不知道且不应当知道存在上述情形的，由转让人承担责任。

（二）转让方仅对下家承担补充责任

笔者认为，未届出资期限股权的多次转让，

① 《民法典》第一千一百九十八条规定，宾馆、商场、银行、车站、机场、体育场馆、娱乐场所等经营场所、公共场所的经营者、管理者或者群众性活动的组织者，未尽到安全保障义务，造成他人损害的，应当承担侵权责任。因第三人的行为造成他人损害的，由第三人承担侵权责任；经营者、管理者或者组织者未尽到安全保障义务的，承担相应的补充责任。经营者、管理者或者组织者承担补充责任后，可以向第三人追偿。

② 《民法典》第一千二百零一条规定，无民事行为能力人或者限制民事行为能力人在幼儿园、学校或者其他教育机构学习、生活期间，受到幼儿园、学校或者其他教育机构以外的第三人人身损害的，由第三人承担侵权责任；幼儿园、学校或者其他教育机构未尽到管理职责的，承担相应的补充责任。幼儿园、学校或者其他教育机构承担补充责任后，可以向第三人追偿。

③ 郭明瑞：《补充责任、相应的补充责任与责任人的追偿权》，《烟台大学学报（哲学社会科学版）》，2011 年第 1 期，第 14 页。

转让方应当只对自己的下家承担补充责任。尽管股权可能经历过多次转让，但就每一次单独转让来说，每次股权转让中的转让方身份都只是针对其下家而言，对其上一手来说，其身份为受让方。具体来说，当受让方不能履行出资义务时，永远是其上一手转让方承担补充责任。这种方式极大地简化了责任追溯链，让出资责任的承担更加简化和直接，而且保护交易链条中的其他交易方，保障了交易的公平性。

（三）设置补充责任承担期限及顺位

笔者认为，可以从以下两种方式进行优化：

第一，设置转让方承担责任的期限限制，超过该期限的，转让方不再对受让方未实缴的出资承担补充责任。如德国有限责任公司法规定转让股东的责任期限是五年，[①]股份有限公司则是两年；[②]意大利规定了三年的期限；[③]澳大利亚则是规定了一年的期限。[④]

第二，增设顺位限制，转让方只对其下一手承担责任，对于后续交易链中的交易主体不再担责，这种责任承担方式使追责链条更加简明、直接。笔者认为此种方式比期限限制更具有可操作性及便利性。

（四）转让方补充责任的终局性

笔者认为，转让方的补充责任应当为终局责任，不应该赋予转让方追偿权。第一，如果赋予了转让方追偿的权利，将会导致转让方在一开始就不会审慎对待未届期股权转让问题，可追偿的补充责任，是相当轻微的责任状态，而且给予了转让方止损的途径，转让方仍然可以利用股权转让的方式规避实缴出资的义务。此外，由于实缴义务具有法定属性，转移方明知自己未完成出资义务，仍然将未出资的股权进行转让，从某种程度上属于是违反出资义务，具有一定程度的可归责性。就受让方来说，其作为现任股东，不履行股东出资义务，当然是有过错的，转让方的过错程度也不见得低于受让方，况且转让方应当能预见受让方的资本实力，若赋予追偿权，转让方在相当程度上会放任补充责任的发生，这将不利于公司资本的稳定性和安全性。第二，《公司法解释（三）》第十三条第二款规定了未履行或者未全面履行出资义务的股东在未出资本息范围内须对公司债务不能清偿的部分承担补充赔偿责任，而未规定其具有追偿权，但第十三条第四款却明确规定董事、高管有权向责任股东追偿。作为公司安全保障义务的责任人，董事、高管只是未尽到勤勉义务，其可归责性是要小于直接承担出资义务的股东的，因此不应当赋予转让方追偿权。

四、结语

股东权益保障与债权人保护是公司法适用中不可避免的争议问题。新《公司法》第八十八条规定的未届出资期限股权转让由转让方承担补充赔偿责任的条文，过于简略的规定将会造成司法实践中法律适用的障碍，尤其是在面对股权经历多次转让这一情形，将会导致责任承担主体、责任承担期限、责任承担顺位、补充责任终局性方

① 参见《德国商事公司法》，胡晓静、杨代雄译，法律出版社 2023 年版，第 33—34 页。
② 参见《德国商事公司法》，胡晓静、杨代雄译，法律出版社 2023 年版，第，第 92 页。
③ 参见《意大利民法典》，陈国柱译，中国人民大学出版社 2020 年版，第 407、433 页。
④ 在公司破产清算的情形若股东无法偿还剩余待缴付股款，则在一年内转让股权的原转让股东需要承担次位的偿还责任。参见黄辉：《现代公司法比较研究：国际经验及对中国的启示》（第 2 版），清华大学出版社 2020 年版，第 302 页。

面存在争议。因此，立法机关有必要出台相关司法解释对前述未尽问题进行以下几点明确：其一，《公司法》第八十八条第二款应当包含抽逃出资的情形，抽逃出资不应当与瑕疵股权区别对待，抽逃出资情形下的转让方与恶意受让方应当承担连带责任；其二，多次转让情形下，转让方仅对其下家承担补充赔偿责任；其三，条文中应当对补充责任设置一定的期限、顺位限制；其四，转让方承担补充责任后无权向受让方追偿。

参考文献：

[1] 李建伟.公司法学（第五版）[M].中国人民大学出版社，2022.

[2] [德]温德比西勒.[德]怀克.德国公司法（第21版）[M].殷盛译，法律出版社，2010.

[3] 奚晓明.最高人民法院关于《公司法司法解释（三）》、清算纪要理解与适用[M].人民法院出版社，2011.

广告作弊及其救济痛点解析

刘克江，周艾琳

刘克江博士，北京德和衡律师事务所党委书记、主任。刘博士先后在政府机关、国有企业和律所工作，拥有二十多年涉外律师从业经验，主要业务领域包括跨境投资并购、国际商事纠纷解决、房地产建工纠纷解决、反垄断法律事务等。曾获得法治日报社“一带一路·合规之路”优秀法律服务案例、“一带一路十佳律师”、2015-2018 年度北京市优秀律师等荣誉。刘博士还受聘担任中国政法大学兼职教授，中国人民大学法学院研究生校外实务指导老师等。2023 年被认定为朝阳区“凤凰计划”高层次人才。

周艾琳律师，北京德和衡律师事务所联席合伙人，北京知识产权法研究会竞争法专业委员会委员，专注于知识产权与娱乐法领域，为多家国内外知名生物医药公司、科技型企业、服装与美妆品牌、传媒机构、文化出版公司、教育机构以及知名艺人提供著作权、商标权、反不正当竞争等合规及相应的诉讼法律服务。

摘　要：网络信息技术的进一步发展，推动了数字广告的高速增长。与此同时，广告黑灰产也已经形成上下游分工、配合密切的产业链，不仅经济上令广告主遭受损失，心理上也令广告主们倍感煎熬，同时更摧残市场竞争秩序。广告作弊（特别是归因欺诈）便是广告黑灰产中的核心问题。目前针对广告作弊问题从识别、风控到启动法律程序维权都存在巨大困难，众多问题有待深入研究与妥善解决。本文以 CPI（cost per install）广告为例，从广告作弊的逻辑、方式与路径讲起，结合目前我国司法判例，解析相关问题的救济痛点。

关键词：广告作弊，归因欺诈，不正当竞争

引言

网络信息技术的进一步发展，推动了数字广告的高速增长。与此同时，广告黑灰产也已经形成上下游分工、配合密切的产业链，不仅经济上令广告主遭受损失，心理上也令广告主们倍感煎熬，同时更摧残市场竞争秩序。广告作弊（特别是归因欺诈）便是广告黑灰产中的核心问题。

根据腾讯灯塔《2018 年广告反欺诈白皮书》显示，2018 年黑产流量占比在 15%左右[①]；根据主要服务出海业务的商汇量科技 Mobvista《移动广告反作弊白皮书 2.0》显示，黑产流量占比在 11%左右[②]；根据占全球份额 65%的三方平台 AppsFlyer 资料推算，接入的黑产流量为 13%左右[③]；根据腾讯安全联合腾讯防水墙发布《2021 年移动广告反欺诈白皮书》，2021 年广告主因欺诈致损高达 220 亿人民币，这一数字比 2020 年预估的 180 亿增加了 22%。这些数字背后所体现的是广告作弊的频发以及有效风控、维权的困难。

检索案例发现，无论是国内还是国际，与广告作弊相关的案例少之又少，有一定影响力的便是 Uber 诉 Fetch Media 广告欺诈案（但并未走到审判这一步）和猎豹移动涉嫌归因欺诈案（最后也不了了之）。可以说，目前针对广告作弊问题从识别、风控到启动法律程序维权都存在巨大困难，众多问题有待深入研究与妥善解决。本文以 CPI（cost per install）广告为例，从广告作弊的逻辑、方式与路径讲起，结合目前我国司法判例，解析相关问题的救济痛点。

一、广告的归因逻辑

广告作弊手段基本都是围绕广告归因的逻辑来进行的。常见的归因逻辑包括以下 3 种。

（一）Click - Through 点击型转化

基础场景：张三正在刷 A 网站，看到了一个有意思的广告，这个广告宣称能够线上 0 利率借款，放款额度高。张三正好需要钱买一辆酷炫的摩托车，于是他点击了广告（Ad Click），转到了 Google Play Store（或者是 App Store，大同小异，存在略微不同）。张三浏览了产品介绍和评价，觉得不错，点了下载按钮（download）。下载完成后，张三打开 APP（First Open/Install）开始借钱买摩托。

这个场景中的逻辑最为简单：（1）客户点击广告；（2）广告调起应用市场，客户在应用市场中点击下载以及（3）下载完成后，打开 App。简言之，在此场景中，广告带来了一个安装。

图 1：Click - Through 点击型转化下的顾客旅程

（二）Click - Through Lookback Window 点击型转化归因窗口期

现在将场景复杂化。张三正在刷 A 网站，看到了一个有意思的广告，这个广告宣称能够线上 0 利率借款，放款额度高。张三正好需要钱买一辆酷炫的摩托车，于是他点击了广告（Ad Click），转到了 Google Play Store（或者是 App Store，大同

① 参见《2018 广告反欺诈白皮书：黑产“散户”基本被消灭，“集团化”成趋势》，https://www.163.com/dy/article/E62UIB6N05199DKK.html，最后访问日期：2024 年 11 月 17 日。

② 参见《Mobvista 移动广告反作弊白皮书》，https://mp.weixin.qq.com/s/asTQFG7jN3PSf499zwQlfA，最后访问日期：2024 年 11 月 17 日。

③ 参见《广告反作弊：媒体作弊产业链篇》，https://mp.weixin.qq.com/s/0NuVDCxk_czr6XvPHT51cg，最后访问日期：2024 年 11 月 17 日。

小异，存在略微不同）。张三浏览了产品介绍和评价，觉得不错，点了下载按钮（download）。开始下载后，张三收到短信，父母给了转了钱，赞助他买摩托车。此时张三已经忘了下载 APP 的事，N 天以后，突然发现手机里还有这么一个 APP，便打开了它。

在此场景下，能否认为这个安装（First Open / Install）是这个广告带来的，取决于广告平台，也取决于 N（这个 N 即 Lookback Window，归因时间窗或称归因窗口期）。一般来说，点击 Google Ads 广告后 30 天以内，产生的安装认为是 Google Ads 带来的（即 Google Ads 的归因窗口期是 30 天）；而其他广告平台是（点击后）7 天内。

因此在上述场景中，如果是广告点击 8 天后才打开 App，则认为这个安装是 Organic（即自然流量，这个安装不是由任何广告带来的）。但如果在 7 天内（窗口期内），则这个安装是 Non-Organic（非自然流量），即是广告带来的。

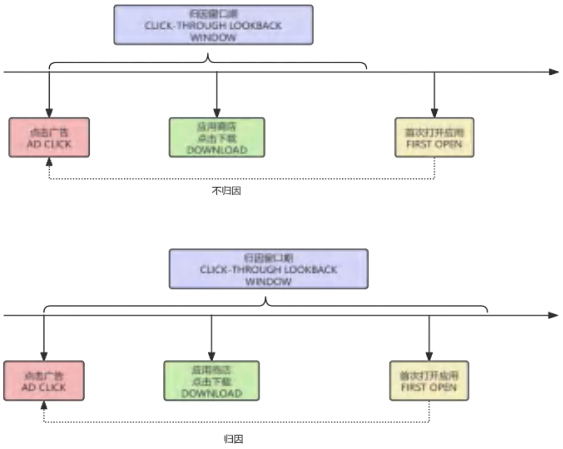


图 2：Click-Through Lookback Window 点击型转化归因窗口期中的顾客旅程

（三）View-Through Lookback Window 浏览型转化

现在考虑另一种情形，即客户没有主动点击（click）广告。张三正在刷 A 网站，看到了一个有意思的广告，这个广告宣称能够线上 0 利率借款，放款额度高。张三正好需要钱买一辆酷炫的摩托车。但是张三并没有点击广告，而是打开 Google Play Store（或者是 App Store，大同小异，存在略微不同）。张三浏览了产品介绍和评价，觉得不错，点了下载按钮（download）。下载完成后，张三打开 APP（First Open/Install）开始借钱买摩托。

上述情形下，客户没有广告点击（Ad Click）这个动作，故这种为 View-Through Conversion（简称 VTC）。而对于 VTC 的 Lookback Window（窗口期），一般约定为 1 天。

另一个核心问题是，什么能够定义为一个“View”？对于 Facebook，广告的任意一个部分出现在你的屏幕上就算一个“View”。对于 Google，如果是展示广告，广告的 50%展示超过 1 秒钟会被认为是一个 View（如果广告超过一定尺寸，那么 30%的部分超过 1 秒钟就算一个 View）[①]。

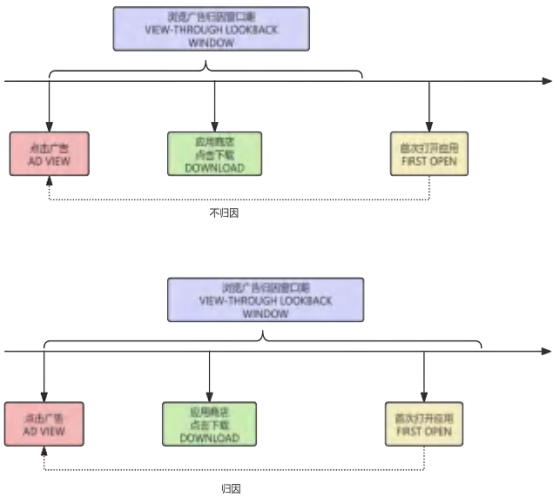


图 3：View-Through Lookback Window 浏览型转化归因窗口期中的顾客旅程

① 参见《从投放归因到 Cost Per Install》，https://mp.weixin.qq.com/s/KeUgQnkho-_aRqKtWnG72g，最后访问日期：2024 年 11 月 17 日

二、广告的归因逻辑广告归因模型(Attribution Model)

继续将场景复杂化。张三正在刷 A 网站，看到了一个有意思的广告，这个广告宣称能够线上 0 利率借款，放款额度高。张三正好需要钱买一辆酷炫的摩托车，于是他点击了广告（Ad Click），转到了 Google Play Store（或者是 App Store，大同小异，存在略微不同）。张三浏览了产品介绍和评价，觉得产品不怎么样，于是并没有下载。一两天后张三刷到了同一个产品的另外一条广告，他考虑了一下，点进去下载了 App，并且打开了该 APP。这时应该算哪个广告带来的安装呢？这就涉及归因模型的选择。

目前常见的归因模型有 6 种[①]：

1. 最后点击归因（Last-Click Attribution）

最后点击归因是最简单和最常见的归因模型。它将用户在完成目标行为之前最后点击的广告接触点作为唯一的贡献者。这种方法的优势在于其易于理解和实施，适用于短期活动或单一广告渠道的效果评估。然而，它也存在局限性，尤其是在多渠道营销中，它可能会忽略早期接触点的贡献。

2. 首次点击归因（First-Click Attribution）

与最后点击归因相反，首次点击归因将功劳归于第一个接触点。它有助于识别引导用户首次接触品牌的渠道或广告。这种方法可以帮助广告主了解初始广告的吸引力，但同样忽视了后续接触点的影响。

3. 线性归因（Linear Attribution）

线性归因模型将“功劳”在用户旅程中的所有接触点之间平均分配。它提供了一种更均衡的方法，认为每个接触点都对最终的转化有一定的贡献。这种模型适用于多渠道的复杂营销活动，帮助广告主更全面地了解用户旅程。

4. 时间衰减归因（Time-Decay Attribution）

时间衰减归因模型认为越接近转化行为的接触点，其影响越大。它通过赋予最近接触点更高的权重来反映这一点。这种方法适合于分析用户在购买决策过程中受到的近期广告影响，尤其是在用户行为迅速变化的情况下。

5. U 型归因（U-shaped Attribution）

U 型归因模型将大部分“功劳”分配给首次和最后一次接触点，其余的接触点获得较少的权重。这种模型反映了初次接触和最后推动转化的关键时刻，同时也考虑了中间接触点的辅助作用。

6. 数据驱动归因（Data-Driven Attribution）

数据驱动归因模型使用机器学习和算法，根据历史数据分析每个接触点对转化的实际贡献。这种方法最为精确，但也最为复杂，通常需要大量数据和高级分析工具。数据驱动归因可以识别最有效的营销组合和渠道优化策略。

目前市场中，最后归因模型是最常见的、最核心的归因模型。下文的分析也是基于最后归因模型。

三、广告作弊的分类

在全部广告作弊类型中，作弊者能够伪造在归因中使用的任一或两类“信号”（Signal）。这两类信号分别为广告交互（例如查看或点击）和应用活动（例如安装）。在此基础上，我们将广告作弊分为伪造广告交互（即归因欺诈，Spoofed

① 参见《一文读懂广告归因逻辑，向广告欺诈 Say Goodbye！》，https://mp.weixin.qq.com/s/deCms84CJ7ZqqE5fNKeyNw，最后访问日期：2024 年 11 月 17 日

Attribution）和伪造用户应用内活动（即伪造用户，Spoofed Users）[①]。

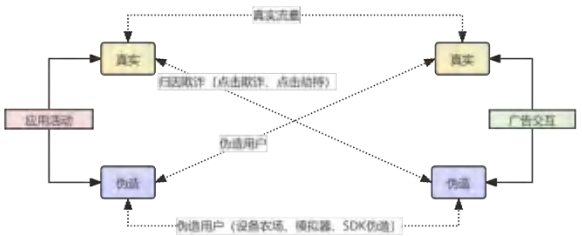


图 4：广告作弊的分类

（一）归因欺诈

归因欺诈，也称 Attribution Fraud、Spoofed Attribution、归因作弊、抢归因，是利用归因逻辑上的一些漏洞进行作弊的手段，通过发布虚假的曝光（View）/点击（Click），劫持真实用户产生的转化[②]。

1. 点击欺诈（Click Spamming）

点击欺诈（Click Spamming）也称点击泛滥（Click Flooding），流量方通过 Sever to Server 的方式向 MMP（Mobile Measurement Patner，第三方归因平台例如 AppsFlyer、Adjust、Kochava 等）上报大量的虚假点击数据[③]。而为了让这些假点击做的尽量逼真，流量方会采用如下技巧[④]：

（1）广告堆叠点击（Ad Stacking Clicks）：在单个广告展示位置中以层叠的方式放置多个广告，只有顶部广告可见。堆栈中的所有广告都按空间的每次展示或点击计费。欺诈者将多个广告投放到程序化广告活动中，并为未查看的广告创造收入。

（2）浏览点击（Views as Clicks）或“预缓存”：以点击方式发送视图，在广告显示之前点击它们。

（3）服务器到服务器的点击（Server2Server Clicks）：从 Adx 处获得流量直接给三方发送点击事件。

尽管使用上述技巧，但使用后的情形都具有相同的特征：高点击（Click），低安装（Install），低转化（Click-Install Rate），高 CTIT（Click Time to Install Time）[⑤]。

点击欺诈所造成的损失在于把部分免费的自然流量按照 CPI/CPS 支付给了流量主，因此其为危害程度相对较低。

2. 点击劫持（Click Injection）

点击劫持也叫安装劫持（Install Hijacking），即广告作弊者在手机上安装监听程序，只要有 App 安装就给归因平台发消息，声称用户点击了自己的广告。如果平台采用 Last-Click 归因方式，则收益被恶意作弊者获得[⑥]。

点击劫持的特征是：（1）CTIT 分布集中在 10 秒内；（2）绝大多数的 Ad Click Time 晚于 APP Store Download Click Time[⑦]。

点击劫持给相关主体造成的损失高，危害程度也大。流量一般是广告主从正规渠道买来的，而这些渠道一般是按照 CPC（Cost per Click，按照点击收费）或者 CPM（Cost per Mille，按照展示收费）计费。因此这些流量实际上，广告主已经付过费了，但是因为又归因给了这些欺诈流量，广告主还要再付一次钱给欺诈流量主。或者流量本

① 参见《CPI 广告常见作弊方法总结》，https://mp.weixin.qq.com/s/aK7UVfZYI7ilEUJrd_MUPQ，最后访问日期：2024 年 11 月 17 日。
② 同上。
③ 参见《投放流量作弊的几种姿势》，https://mp.weixin.qq.com/s/mLB5x_WNi5aSly3d3Czbow，最后访问日期：2024 年 11 月 17 日。
④ 参见《CPI 广告常见作弊方法总结》，https://mp.weixin.qq.com/s/aK7UVfZYI7ilEUJrd_MUPQ，最后访问日期：2024 年 11 月 17 日。
⑤ 参见《投放流量作弊的几种姿势》，https://mp.weixin.qq.com/s/mLB5x_WNi5aSly3d3Czbow，最后访问日期：2024 年 11 月 17 日。
⑥ 参见《广告反作弊：媒体作弊产业链篇》，https://mp.weixin.qq.com/s/0NuVDCxk_czr6XvPHT51cg，最后访问日期：2024 年 11 月 17 日。
⑦ 参见《投放流量作弊的几种姿势》，https://mp.weixin.qq.com/s/mLB5x_WNi5aSly3d3Czbow，最后访问日期：2024 年 11 月 17 日。

是免费的自然流量，但是被劫持后却得付钱给欺诈流量主[①]。

（二）伪造用户

伪造用户发生虚假应用内活动，常见的种类包括模拟器、设备农场（Device Farms）和 SDK 伪造。

1. 模拟器（Bots）

模拟器指的是作弊者通过自动化脚本或计算机程序模拟真实用户的点击、下载、安装甚至是应用内行为，伪装成为真实用户，从而骗取广告主的 CPI 等预算。其特征是 IP 离散度密集、新设备率过高、用户行为异常、机型/系统/时间等分布异常等。

2. 设备农场（Device Farms）

设备农场指的是广告作弊者购买大量真实设备进行广告点击、下载、安装和应用内行为，并通过修改设备广告跟踪符等方式隐藏设备信息[②]。其特征是是 IP 离散度密集、新设备率过高、用户行为异常、机型/系统分布异常等。就损害程度而言，其具有一定的杀伤力（虽没有点击劫持程度高），根源在于流量主花钱买了一堆没有后续行为的“僵尸”流量，并且不单要向流量主付费，还要给 MMP 付费。

3. SDK 伪造（SDK Spoofing）

SDK 伪造是指广告作弊者通过执行“中间人攻击”破解第三方 SDK 的通信协议后，在没有任何实际安装的情况下，使用真实设备的数据来发送虚假的点击和安装，以此消耗广告主的预算的作弊行为[③]。SDK sproofing 是最近几年新出现的欺诈方式。核心逻辑类似于网络安全里的重放攻击。对于 MMP 来说，无论是 Install 也好还是 Event 也好，所有的监测数据都基于 SDK 向 Server 发送的 SSL 加密链接。破解了这个就相当于可以凭空地向服务器发送不存在的数据[④]。SDK 伪造的特征是广告主后台数据和第三方数据不符。

SDK 伪造造成的损害程度颇高。SDK 伪造具有更高的隐蔽性，例如有些新型 SDK 恶意刷量子包，使黑产分子可以在用户完全无感的情况下，进行广告点击量和曝光量的刷量操作。恶意 SDK 主要承担着搜索关键词、亿量广告自动点击以及网页访问等刷量任务。其一旦入侵，用户应用设备将沦为流量黑产的刷量“肉鸡”。曝光量和点击量的异常，将导致广告主的大量广告费用流入黑产“口袋”。因此，造成营销资金损失的同时，可能还将导致广告主对广告效果的误判，，将对品牌和企业的营销决策带来负面影响[⑤]。

四、广告作弊的救济痛点

广告作弊已经形成上下游分工、配合密切的黑灰产业链，然而检索相关判例，却少之又少。这折射出广告作弊的救济存在诸多痛点。

（一）广告作弊的救济现状

本文所讨论的广告作弊并不等同于“刷量”（采用人工手段或技术手段为己方增加粉丝量、点赞量、好评、人气等），也不等同于“流量劫持”（即行为人通过技术手段诱导或强制用户访问特定网站或网页，从而造成他人流量损失的行

① 同上。
② 参见《CPI 广告常见作弊方法总结》，https://mp.weixin.qq.com/s/aK7UVfZYI7ilEUJrd_MUPQ，最后访问日期：2024 年 11 月 17 日。
③ 同上
④ 参见《投放流量作弊的几种姿势》，https://mp.weixin.qq.com/s/mLB5x_WNi5aSly3d3Czbow，最后访问日期：2024 年 11 月 17 日。
⑤ 参见《黑产在偷刷流量时，脑洞有多大？》，https://mp.weixin.qq.com/s/NEa-ZqjMg-qOZzo8Yzh0QA，，最后访问日期：2024 年 11 月 17 日。

为[①]），广告作弊实际是利用广告归因的逻辑与模型实施的欺诈行为，根本目的是通过（1）虚构的点击（Click）、展示（View）；（2）从其他投放平台盗取的或点击（Click）、展示（View）；或者（3）将自然流量错误归因等方式骗取广告主的广告费用，而这一行为本身亦可能损害市场内的同业竞争者（特别是当广告主在多个平台投放广告，作弊者从其他投放平台盗取的或点击、展示或安装），进而损害市场竞争秩序。

经过网络检索，目前有两个在先判决认定存在“刷量作弊”（实质是广告作弊）。

其一是 2024 年 7 月一审出判的某金融借贷类 APP 运营公司（甲公司），某广告公司（乙公司）推广合同纠纷案（尚未检索到该案二审判决，以下简称“某金融借贷类 APP 案”）。这个案件因判赔金额高达 550 万而颇具讨论度。

甲、乙公司（甲公司为甲方，乙公司为乙方）签订《线上广告投放框架协议》，约定 2022 年 4 月 26 日至 2023 年 4 月 25 日期间乙公司对甲公司产品进行线上推广，按照有效授信用户计算广告费用，有效授信用户的结算数据以甲方后台系统统计数额为准，结算周期为一个自然月，当月 6 日双方对上一结算周期内所有数据进行对账并出具数据清单。随后乙公司以甲公司未支付 2022 年 12 月至 2023 年 2 月广告服务费及利息约 120 万元为由将其诉至深圳市南山区人民法院。甲公司在案件中提起反诉，主张乙公司在推广过程中存在数据作弊行为，严重违反协议约定，主张乙公司应当退还服务费约 320 万元，并赔偿违约金约 620 万元。为证明乙公司存在数据作弊行为，甲公司提交了司法鉴定所出具的司法鉴定报告，报告内容显示甲、乙公司合作期间产生的广告数据存在异常情况并分析可能原因。而乙公司则主张甲公司未在案涉合同约定的异议期提出异议，并对甲公司在司法鉴定中提供数据的真实性、完整性提出质疑，从而否认其存在数据作弊行为[②]。

审理法院主要认定“流量推广方”营销推广过程中，相关数据存在以下异常：

（1）存在短期内广告链接点击量激增的情况；

（2）存在同一 IP 地址当天多次访问同一广告链接；

（3）出现多个已注册用户重复点击广告业提交注册账号；

（4）“流量购买方”利用第三方检测工具，发现多个访问广告链接的 IP 地址存在风险；

（5）大量用户存在短期内大规模线下聚集行为；

（6）同一电子终端的 APP 出现多次登录不同用户账号；

（7）用户提前结清率异常[③]。

基于对上述异常数据的认定，审理法院进而判定“流量推广方”（乙公司）存在数据作弊行为，驳回“流量推广方”所有诉讼请求，且“流量推广方”应退还“流量购买方”服务费 200 余万元，并赔偿违约金约 350 万元。

其二是江苏三步科技股份有限公司（以下简称“三步公司”）与网易传媒科技（北京）有限公司（以下简称“网易公司”）合同纠纷案（以下简

① 麦应华、方圆：《流量劫持的侵权规制路径探析》，https://mp.weixin.qq.com/s/Ln0bAH91AeeADAVv5CBQtw，最后访问日期：2024 年 11 月 17 日。

② 张柳锋：《遭遇刷量作弊，买量方如何维权》，https://mp.weixin.qq.com/s/ej_BT0lbmWx1ogDGSQYKWA，最后访问日期：2024 年 11 月 17 日。

③ 参见《重磅丨大数据反作弊 VS 虚假流量推广，法院判赔 550 万！（附判决书）》，https://mp.weixin.qq.com/s/PVBK2IumJL5LL9jm9lTFpA，最后访问日期：2024 年 11 月 17 日。

称“三步公司与网易公司合同纠纷案”）。2014年12月，网易公司（甲方）与三步公司（乙方）签订《推广合作协议》，约定甲方在乙方推广平台推广甲方享有权益的手机应用软件“网易新闻Android 客户端”,因网易公司未支付2015年11、12月推广费，三步公司将其诉至法院，网易公司以三步公司存在刷量作弊行为提起反诉。根据双方《推广合作协议》约定，数据统计以网易公司服务器数据为准，允许三步公司以指定方式进入该系统核实数据。为调取合格检材，一审法院主持主持双方到网易公司服务器上提取了 2015 年10月1日至12月31日三步公司履行涉案合同约定的推广义务产生的数据（包括设备类型、用户ID、IMEI、MAC、开始时间、结束时间、网络类型、IP、运营商、渠道、日期），并将数据交由电信终端产业协会协助调查其中的TAC码与对应的手机型号是否真实。该协会回函称，其将该院提供的 825747 条数据记录与全球移动通信系统协会 IMEI 数据库进行了对照分析，结果为：TAC 存在且与型号相符的记录为 14365 条，TAC 不存在的记录为 741071 条。

该案值得借鉴的核心内容是：是否可以使用分析手机 IMEI 码中 TAC 的真实性及与手机型号是否相符的方式来判断推广数据的真实性。一审法院指出[①]：

（1）三步公司为网易公司推广的是手机应用软件，并以在一个手机上安装完毕并启动作为一个有效激活用户，因此每个有效激活用户数据中必然包含其使用手机的相关数据，故以手机相关数据作为核查的基础，有事实依据。

（2）据电信终端产业协会网站上介绍，电信终端产业协会系我国移动终端设备 IMEI 码的核发与管理机构。IMEI 码即国际移动设备识别码，用以标识 TD-SCDMA、WCDMA 和 GSM 制式的移动终端设备，使每一个移动终端都具备全球唯一的设备识别号。同时，根据 2001 年 11 月 15 日开始实施的《移动电话机商品修理更换退货责任规定》，移动电话机销售者在销售时，应当开箱检验，正确调试，当面向消费者交验移动电话机商品；核对移动电话机主机机身号（IMEI 串号）和进网标志、附件的出厂序号（批号）、产品商标和型号；提供有效发货票，有效发货票应当注明主机机身号（IMEI 串号）、附件的出厂序号（批号）、产品商标及型号、销售日期、销售者印章、金额等内容。因此，每个有效激活用户的手机数据中应当含有 IMEI 码，并且该码应当具有唯一性。

（3）根据 IMEI 的编号格式，其包含有移动终端型号分配码 TAC。真实的推广行为所产生的数据中，手机的 TAC 应当与电信终端产业协会核发的一致，且与其手机型号相符。由此，通过对推广过程中产生的 IMEI 数据中 TAC 是否真实存在以及是否符合其手机型号进行分析，可以对 IMEI 数据的真实性作出判断。而电信终端产业协会作为我国移动终端设备 IMEI 码的核发与管理机构，对 IMEI 数据的判断具有权威性和客观性。

上述两案均为合同纠纷，所涉及广告作弊具体方式，虽并未在裁判中予以明确归类，但通过行为部分的描述，可以初步判断为伪造用户这一大类中的设备农场。

（二）广告作弊的救济痛点

如上文所述，广告作弊造成的最大损失在广告主一侧（包括金钱上的损失和商业策略上的长

① 参见北京市第一中级人民法院 (2019)京 01 民终 4462 号民事判决书。

远负面影响），损失相对较大的是竞争广告平台/流量主（当另一平台/流量主采取作弊手段，将应归因于一方的数据“抢夺”，必然导致该方的经济损失）。但无论是广告主一侧，还是广告平台/流量主一侧，其蒙受损失后的经济均存在致命痛点。

1.广告主侧

（1）发现异常数据的滞后性/数据核对的滞后性

上文所谈及的两个案件中，广告平台/推广平台均以“数据异议期”作为抗辩理由，即广告主并未在约定的异议期内提出异议、已支付相应推广费用。在某金融借贷类 APP 案中，审理法院认为，虽然双方就推广费用结算周期及方式做出约定，但并未限定甲公司核查存在恶意刷量行为的期限，基于数据核对具有一定的滞后性，甲公司在结算后提出异议具有合理性。在三步公司与网易公司合同纠纷案中，一审法院参照买卖合同检验期间规定确定买量交易合同的数据异议期，认为双方未限定对刷量数据的核查时间，网易公司主张其于 2015 年 11 月发现数据有问题，随即开始启动对合同履行期间所有数据的核查，并于 2016 年 3 月通知了三步公司，属于在合理期限履行了通知义务。同时，基于合同履行需遵循诚信原则，网易公司在结算后依然有权核对相关数据。

然而，也有部分法院基于数据异议期超期而未认定存在作弊行为的。例如北京派瑞威行互联技术有限公司（以下简称“派瑞公司”）等与爱普互动（北京）科技有限公司（以下简称“爱普公司”）合同纠纷案（以下简称“派瑞公司与爱普公司合同纠纷案”）中，双方争议焦点就是数据异议期。派瑞公司（甲方）与爱普公司（乙方）签署《合作协议》，约定由爱普公司推广唯品会软件产品，爱普公司因派瑞公司未支付 2016 年 3、4 月推广费而将其诉至法院，派瑞公司辩称爱普公司刷量作弊，未履行推广义务。一审法院指出，唯品会公司有充足时间以及可利用的技术手段进行反作弊筛查，但直至爱普公司起诉前亦未告知其存在作弊、刷单的情况[①]。该案中，唯品会公司虽然出具了结算说明提出经反作弊系统筛查后爱普公司实际应获得的结算金额以及提供了数据筛查的公证书，但均因超过协议结算节点而未被法院认可[②]。

很大一部分广告主并没有健全的反欺诈/反作弊体系（无论是技术层面，还是法律风控层面），导致其数据核对的滞后与发现异常数据的滞后。如果协议中未妥善预留和约定数据异议期，如未进行妥善数据核对，如在发现数据异常的蛛丝马迹后进行及时反馈，则极可能给予广告平台/推广平台/流量主机会以数据异议期已过且已进行结算为由，摆脱责任。

（2）数据鉴定的客观性与真实性

数据的异常，往往需要鉴定。在三步公司与网易公司合同纠纷案中，为调取合格检材，一审法院主持主持原被告双方到网易公司服务器上进行提取。但更常见的现象是，双方对数据鉴定的客观性与真实性存在巨大争议。新浪财经移动网络科技（北京）有限公司（以下简称“新浪财经公司”）与新普互联（北京）科技有限公司（以下简称“新普互联公司”）服务合同纠纷（以下简称“新浪财经公司与新普互联公司合同纠纷案”）中，喀什百思公司（乙方，再审时已注销，其相

① 参见北京市第三中级人民法院 (2019)京 03 民终 8951 号民事判决书。

② 张柳锋：《遭遇刷量作弊，买量方如何维权》，https://mp.weixin.qq.com/s/ej_BT0IbmWx1ogDGSQYKWA，最后访问日期：2024 年 11 月 17 日。

应诉讼权利义务由唯一股东新普互联公司承担）与新浪网公司（甲方）签订《新浪新闻-网络推广合作协议》（以下简称《协议》），约定甲方在乙方推广平台推广甲方软件“新浪新闻”。2017 年，新浪网公司针对该《协议》的权利义务转让给微海公司，微海公司更名为星潮闪耀公司。喀什百思公司以星潮闪耀公司未支付 2017 年 8 月至 10 月服务费为由将其诉至法院，星潮闪耀公司在诉讼中提出喀什百思公司存在数量作弊行为[①]。该案的核心争议点就是数据鉴定的客观性与真实性。一审中，法院委托鉴定中心对存储在星潮闪耀公司系统中的相关广告数据进行鉴定。但鉴定中心因无法确定相应的鉴定检材及双方技术约定或单方技术要求而终止鉴定，星潮闪耀公司亦未能提供其他有效证据证明数据造假，一审败诉。二审中，星潮闪耀公司自行委托评估机构并提交相关数据鉴定报告，同时积极采取申请恢复司法鉴定，申请通知专业知识人员、一审鉴定人员出庭等措施。但二审法院以星潮闪耀公司提交鉴定报告为单方委托，检材未经法庭质证，未经对方当事人认可等原因未采信该份报告[②]。在该案中，星潮闪耀公司与喀什百思公司已约定数据结算方式，但鉴定中心基于双方未就流量真实性的技术标准进行约定，亦未能在诉讼中就该标准达成一致意见而拒绝鉴定，导致星潮闪耀公司无法就其主张提供最为关键的证据。可见，如未妥善约定流量真实性的技术标准，也将导致广告主的救济困难。

（3）KPI 压力下，内外勾结

有时，公司部门发现流量有问题、数据异常，但是背负着 KPI 压力（例如缩减 CPI、CPS），可能会“睁一只眼，闭一只眼”继续划拨预算。更有甚者，鉴于广告作弊黑灰产的高利，不能排除个别人即使发现数据异常，仍然放任，以换取“汇报”。这些情况无疑严重增加广告主的维权难度，也都是广告作弊的救济痛点。

2. 竞争对手侧

竞争对手侧问题更加复杂。A、B 推广平台均为 X 公司进行广告推广，如 A 平台采用点击劫持或 SDK 伪造或其他方法，在特别是采用 Last-Click 归因方式时，本该归因给 B 平台的收益会被恶意的 A 平台获得。作为竞争对手 B 如何才能有效维权？笔者进行检索，尚无判例。

笔者认为作为受害方的竞争对手（非作弊者）面临的最大问题就是形成完整的证据链，甚至连找出有力的初步证据都困难。如提起诉讼，非作弊一方至少需要有证据证明：（1）某部分收益所对应的点击、安装等应归因于其；（2）但上述部分点击、安装等却归属于某一特定竞争对手；（3）该竞争对手实施了广告作弊。

广告作弊系基于技术的隐蔽行为（虽然根据作弊方法的不同，隐蔽性存在差别），在此情况下，凭借民事主体一己之力，几乎不可能掌握上述三方面证据以有效形成证据链。

这种情况就导致广告平台/推广平台陷入不良竞争、无序竞争，进一步导致黑灰产壮大、相关领域市场竞争秩序的加剧破坏。

五、结语：广告作弊需要深层次、多维度治理

通过上文的分析，可以看出广告作弊的治理需要深层次、多维度考量，包括制度、技术、法律相结合，也包括内部风控与外部治理机构相结合。目前多家互联网头部机构均推出了“广告反

① 同上。

② 参见北京市高级人民法院 (2021)京民再 148 号民事判决书。

欺诈”、“广告反作弊”方案，在具有预算的情况，可以考虑将其作为技术层面的后盾之一，以弥补内部监测的滞后。同时在内部制度层面，也应建立、健全广告反作弊的内部风控体系。特别是对于尚不采购第三方反作弊技术服务方案的企业，自身风控体系的合理性与能力至关重要。此外，在法律层面，对涉及广告推广的合同把关，发现数据异常时取证的指导与建议，日常法律宣贯，乃至发生纠纷后的诉讼策略把握，都能够有效缓解企业维权的困难、消除一定的阻碍。目前司法实践中对于广告作弊问题的判例与研究尚少，对相关问题的深入理解更极为困难，笔者也将持续关注，并结合新的立法、司法趋势进行再研究，以期寻找到广告作弊的更优救济方式，缓解相关痛点。

参考文献

[1] 北京市第一中级人民法院（2019）京 01 民终 4462 号民事判决书。

[2] 北京市第三中级人民法院（2019）京 03 民终 8951 号民事判决书。

[3] 张柳锋：《遭遇刷量作弊，买量方如何维权》，https://mp.weixin.qq.com/s/ej_BT0Ibm Wx1ogDGSQYKWA，最后访问日期：2024 年 11 月 17 日。

[4] 北京市高级人民法院（2021）京民再 148 号民事判决书。

[5] 《重磅|大数据反作弊 VS 虚假流量推广，法院判赔 550 万！（附判决书）》，https://mp.weixin.qq.com/s/PVBK2IumJL5LL9jm9lTFpA，最后访问日期：2024 年 11 月 17 日。

[6] 麦应华、方圆：《流量劫持的侵权规制路径探析》，https://mp.weixin.qq.com/s/Ln0bAH91AeeADAVv5CBQtw，最后访问日期：2024 年 11 月 17 日。

[7] 《CPI 广告常见作弊方法总结》，https://mp.weixin.qq.com/s/aK7UVfZYI7ilEUJrd_MUPQ，最后访问日期：2024 年 11 月 17 日。

[8] 《投放流量作弊的几种姿势》，https://mp.weixin.qq.com/s/mLB5x_WNi5aSly3d3Czbow，最后访问日期：2024 年 11 月 17 日。

[9] 《黑产在偷刷流量时，脑洞有多大？》，https://mp.weixin.qq.com/s/NEa-ZqjMg-qOZzo8Yzh0QA，，最后访问日期：2024 年 11 月 17 日。

[10] 《广告反作弊：媒体作弊产业链篇》，https://mp.weixin.qq.com/s/0NuVDCxk_czr6XvPHT51cg，最后访问日期：2024 年 11 月 17 日。

[11] 《一文读懂广告归因逻辑，向广告欺诈 Say Goodbye！》，https://mp.weixin.qq.com/s/deCms84CJ7ZqqE5fNKeyNw，最后访问日期：2024 年 11 月 17 日

[12] 《从投放归因到 Cost Per Install》，https://mp.weixin.qq.com/s/KeUgQnkho-_aRqKtWnG72g，最后访问日期：2024 年 11 月 17 日

[13] 2018 广告反欺诈白皮书：黑产“散户”基本被消灭，“集团化”成趋势》，https://www.163.com/ dy/article/E62UIB6N05199DKK.html，最后访问日期：2024 年 11 月 17 日。

[14] 《Mobvista 移动广告反作弊白皮书》，https://mp.weixin.qq.com/s/asTQFG7jN3PSf499zwQlfA，最后访问日期：2024 年 11 月 17 日。

环境监测弄虚作假行为的法律规制与立法建议

王海军，张家千

王海军，北京德和衡律师事务所高级权益合伙人，北京市律协能源自然资源与环保专业委员会主任，主要执业领域为政府法律顾问、环境资源、知识产权。自2016 年起担任生态环境部法律顾问，参与了许多立法项目，处理了大量与环境保护有关的行政复议和行政诉讼案件。同时，他也担任国家国际发展合作署、国家信访局等国家部委、政府机关的法律顾问。王海军律师曾代理康菲漏油案、腾格里沙漠污染案、木里矿区生态损害赔偿等知名诉讼案件，其代理的案件曾入选最高人民法院典型案例。

张家千，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等国家部委的常年法律顾问服务工作，协助办理行政复议、行政诉讼案件；同时，承担北方科技信息研究所、北京国际技术合作中心、中核工程咨询有限公司、中恒信国际科贸公司、赛飞特工程技术集团有限公司等企事业单位的常年法律顾问工作，为客户提供劳动人事、合同审核、法律文书起草等法律服务。

摘　要：环境监测制度是中国环境保护的核心组成部分，对于预防和解决环境问题至关重要。《中华人民共和国环境保护法》规定了国家环境监测体系的建立和规范，要求监测机构使用国家标准设备，确保数据真实性。随着科技的发展，现代环境监测技术提升了监测效率和准确性，为环境管理和决策提供数据支持。然而，技术进步也使得环境监测数据造假更隐蔽，对环境监测制度构成严重威胁。生态环境部已公开多起弄虚作假典型案例，凸显了相关问题。为规制环境监测弄虚作假现象，建议在环境法典编纂中增加相关规定，提高污染企业的违法成本。

关键词：环境监测 ;弄虚作假行为；碳排放数据弄虚作假

一、引言

环境监测制度是环境保护工作的重要组成部分，对于预防和解决环境问题具有重要作用。通过持续的环境监测，可以及时发现环境风险，采取相应的措施，保护和改善环境质量。《中华人民共和国环境保护法》第十七条规定："国家建立、健全环境监测制度。国务院环境保护主管部门制定监测规范，会同有关部门组织监测网络，统一规划国家环境质量监测站（点）的设置，建立监测数据共享机制，加强对环境监测的管理。有关行业、专业等各类环境质量监测站（点）的设置应当符合法律法规规定和监测规范的要求。监测机构应当使用符合国家标准的监测设备，遵守监测规范。监测机构及其负责人对监测数据的真实性和准确性负责。"明确了环境监测制度是我国生态环境保护制度的基本制度之一。

当前，随着科学技术的不断进步，环境监测在生态环境保护工作中发挥着越来越重要的作用。现代环境监测集成了大数据、人工智能、云计算、5G、物联网等先进技术，实现了对环境的实时、全面、精准监控。这些技术的应用不仅提升了环境监测的效率和准确性，也为环境管理和决策提供了强有力的数据支持。

但是，环境监测数据弄虚作假也随着技术的进步，变得更加隐蔽，难以发现。环境监测数据弄虚作假对环境监测制度是严重的破坏，它不仅违反了环保法规，也破坏了环境监测的公正性和准确性。根据生态环境部公布的信息，一些企业和第三方环保服务机构为了逃避监管和减少成本，采取了篡改、伪造自动监测数据等不法手段，对环境监测数据进行造假，最终导致了真实环境数据无法测算、无法监管的严重后果。

在我国全国碳排放权交易市场的组建、运行最初阶段，也出现了碳排放报告数据弄虚作假的问题。生态环境部于 2022 年 3 月 14 日公开了"中碳能投等机构碳排放报告数据弄虚作假等典型问题案例"，对中碳能投科技（北京）有限公司篡改伪造检测报告，授意指导制作虚假煤样等弄虚作假问题、北京中创碳投科技有限公司核查履职不到位，核查工作走过场问题、青岛希诺新能源有限公司核查程序不合规，核查结论明显失实问题、辽宁省东煤测试分析研究院有限责任公司涉嫌编造虚假检测报告问题进行了公开。可见，碳排放报告弄虚作假也成为了影响全国碳排放权交易市场平稳运行的主要问题。

因此，笔者认为，在环境法典的编纂过程中，应当将对环境监测数据弄虚作假的规制作为重点内容，结合碳数据弄虚作假的特征，通盘考虑，形成对环境数据弄虚作假的规制体系，从法律层面增加企业的违法成本，有效杜绝此类行为。

二、环境监测制度的历史沿革和规制环境监测数据弄虚作假行为的立法现状

从上个世纪七十年代至今，中国的环境监测制度经历了从无到有的发展历程。在此过程中，环境监测数据弄虚作假的行为也随之出现。随着环境监测制度的发展，相关规定中对环境监测数据弄虚作假行为的规制逐步细致化，建立起相应的法规制度体系。

1973 年至 1979 年是中国环境监测制度的萌芽期，在此期间，环境监测工作明确为环境保护部门的工作范畴，并在全国各地开展了一系列的试点工作。1973 年，第一次全国环境保护会议在北京召开，标志着中国环境保护事业的起步。会议制定了《关于保护和改善环境的若干规定》，

其中两次提到环境监测：“各级环境保护行政主管部门要严格建设项目的环境保护管理和日常监督监测工作”“加强基础环境科学和环境标准及监测技术的研究，大力推广应用科技成果”，为环境监测制度打下基础。1974 年，我国第一家环保监测机构北京市环境保护监测中心正式筹建，第一批共有 20 个重点城市和条件较好的地方开展试点工作，为未来在全国推广环境监测起到示范作用。

1979 年的《中华人民共和国环境保护法（试行）》第二十六条第四项规定：“国务院设立环境保护机构，主要职责是：……（四）统一组织环境监测，调查和掌握全国环境状况和发展趋势，提出改善措施；……。”首次在法律层面明确了环境保护机构的主要职责包括进行环境监测，并明确环境监测的目的是为了调查和掌握全国环境状况和发展趋势，提出改善措施。同年，中国环境监测总站批准建设，1980 年正式组建，主要作用是承担国家生态环境监测任务，引领生态环境监测技术发展，标志着我国正在逐步形成监测管理与组织体系。

1983 年，原城乡建设环境保护部出台《全国环境监测管理条例》，其中第二条规定：“环境监测的任务，是对环境中各项要素进行经常性监测，掌握和评价环境质量状况及发展趋势；对各有关单位排放污染物的情况进行监视性监；为政府部门执行各项环境法规、标准全面开展环境管理工作提供准确、可靠的监测数据和资料；开展环境测试技术研究，促进环境监测技术的发展。”该条例规定，全国环境保护系统设置四级环境监测站，承担环境监测相关指导、建设、发展和组织协调工作。除此之外，条例还规定了企业事业单位也需建立监测站，负责对单位的排污情况进行定期监测，及时掌握本单位的排污状况和变化趋势，并将监测数据和资料向主管部门以及当地环境监测站报送。在此时期，虽然企业需要向政府报送环境监测数据，但是由于技术限制，环境监测还是以政府监测为主，企业报送的环境监测数据为辅。

1989 年《中华人民共和国环境保护法》实施，第十一条第一款规定：“国务院环境保护行政主管部门建立监测制度，制定监测规范，会同有关部门组织监测网络，加强对环境监测的管理。”延续了 1979 年《中华人民共和国环境保护法（试行）》中关于环境保护行政主管部门组织管理环境监测的规定。1991 年，原国家环境保护局出台《环境监测质量保证管理规定（暂行）》《环境监测人员合格证制度（暂行）》和《环境监测优质实验室评比制度（暂行）》，从制度上进一步规范了对环境监测机构的管理。

1999 年，原国家环境保护总局印发《污染源监测管理办法》，首次明确了对环境监测弄虚作假的行为进行处罚。《污染源监测管理办法》第二十五条第二款规定：“对在污染源监测过程中弄虚作假、编造数据的污染源监测单位，由负责其资质认证的环境保护局取消其污染源监测资格。”由此可知，在环境监测制度开始建立的起步阶段，就已经出现了在检测过程中弄虚作假的行为。这一时期由于主要是以政府主导的监测机构进行监测为主，企业自主监测为辅，因此该办法并未规定对相关企业的处罚方式，只规定了对污染源监测单位取消污染源监测资格的处罚。一直到 2007 年原国家环境保护总局出台的《环境监测管理办法》中，对排污者自行环境监测作出了规范，并且进一步明确规定了对排污者在环境监测中弄虚作假行为的处罚方式：“排污者拒绝、

阻挠环境监测工作人员进行环境监测活动或者弄虚作假的，由县级以上环境保护部门依法给予行政处罚；构成违反治安管理行为的，由公安机关依法给予治安处罚；构成犯罪的，依法追究刑事责任。”

2005 年施行的《污染源自动监控管理办法》细化规定了不正常使用以及擅自拆除、限制、破坏水污染物自动排放监控系统、大气污染物排放自动监控系统、环境噪声排放自动监控系统所适用的行政处罚，这些行为造成污染物排放超标的，应当进行处罚，而实质上，上述行为所导致的后果也属于环境监测弄虚作假行为的类别。

2015 年开始施行的新修订的《中华人民共和国环境保护法》明确了环境监测机构和从事环境监测设备和污染防治设施维护、运营的机构，以及相关责任人，均须对弄虚作假造成的环境污染和生态破坏承担责任。为落实新环保法的上述规定，原环境保护部印发《环境监测数据弄虚作假行为判定及处理办法》，详细规定了环境监测数据弄虚作假的行为分类。2016 年，《最高人民法院 最高人民检察院关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释》将“重点排污单位篡改、伪造自动监测数据或者干扰自动监测设施，排放化学需氧量、氨氮、二氧化硫、氮氧化物等污染物”纳入严重污染环境的情形，环境监测数据弄虚作假行为入刑。上述规定出台后，对环境监测数据弄虚作假行为的规制具有行政与刑事两种手段，相关制度更加严密，对违法行为的打击更为有效。新环保法施行后，《中华人民共和国水污染防治法》《中华人民共和国大气污染防治法》《中华人民共和国土壤污染防治法》修订或者出台，其中也均规定了禁止篡改和伪造监测数据的条款。

全国碳排放权交易市场于 2021 年正式启动，2021 年 2 月 1 日起施行的《碳排放权交易管理办法（试行）》中仅在第三十九条规定了重点排放单位虚报、瞒报温室气体排放报告的，最高仅能处三万元罚款。2022 年，生态环境部通过碳排放报告质量专项监督帮扶发现部分机构存在碳排放报告数据弄虚作假的问题，对于这些违法企业，相关部门随后依据《碳排放权交易管理办法（试行）》第三十九条的规定对其进行了处罚，处罚力度较轻。2023 年 8 月的《最高人民法院 最高人民检察院关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释》明确，承担温室气体排放检验检测、排放报告编制或者核查等职责的中介组织的人员故意提供虚假证明文件的可能承担刑事责任。2024 年 5 月 1 日起施行的《碳排放权交易管理暂行条例》结合了实践中发现的问题，将碳排放报告弄虚作假的问题纳入其中，明确规定对重点排放单位“编制的年度排放报告存在重大缺陷或者遗漏，在年度排放报告编制过程中篡改、伪造数据资料，使用虚假的数据资料或者实施其他弄虚作假行为”的行为予以处罚。对技术服务机构出具不实或者虚假的检验检测报告，出具的年度排放报告或者技术审核意见存在重大缺陷或者遗漏，在年度排放报告编制或者对年度排放报告进行技术审核过程中篡改、伪造数据资料，使用虚假的数据资料或者实施其他弄虚作假行为的行为，也规定了相应的处罚方式。

三、环境监测数据弄虚作假的主要方式

《环境监测数据弄虚作假行为判定及处理办法》将环境监测数据弄虚作假的主要方式分为三类，分别是篡改监测数据，伪造监测数据，以及指示他人篡改、伪造监测数据。该办法还对上述

三种行为的主要情形作了详细列举，尽量囊括了当前存在的违法行为以及所采取的技术手段。

（一）篡改监测数据

《环境监测数据弄虚作假行为判定及处理办法》第四条规定："篡改监测数据，系指利用某种职务或者工作上的便利条件，故意干预环境监测活动的正常开展，导致监测数据失真的行为，包括以下情形：（一）未经批准部门同意，擅自停运、变更、增减环境监测点位或者故意改变环境监测点位属性的；（二）采取人工遮挡、堵塞和喷淋等方式，干扰采样口或周围局部环境的；（三）人为操纵、干预或者破坏排污单位生产工况、污染源净化设施，使生产或污染状况不符合实际情况的；（四）稀释排放或者旁路排放，或者将部分或全部污染物不经规范的排污口排放，逃避自动监控设施监控的；（五）破坏、损毁监测设备站房、通讯线路、信息采集传输设备、视频设备、电力设备、空调、风机、采样泵、采样管线、监控仪器或仪表以及其他监测监控或辅助设施的；（六）故意更换、隐匿、遗弃监测样品或者通过稀释、吸附、吸收、过滤、改变样品保存条件等方式改变监测样品性质的；（七）故意漏检关键项目或者无正当理由故意改动关键项目的监测方法的；（八）故意改动、干扰仪器设备的环境条件或运行状态或者删除、修改、增加、干扰监测设备中存储、处理、传输的数据和应用程序，或者人为使用试剂、标样干扰仪器的；（九）未向环境保护主管部门备案，自动监测设备暗藏可通过特殊代码、组合按键、远程登录、遥控、模拟等方式进入不公开的操作界面对自动监测设备的参数和监测数据进行秘密修改的；（十）故意不真实记录或者选择性记录原始数据的；（十一）篡改、销毁原始记录，或者不按规范传输原始数据的；（十二）对原始数据进行不合理修约、取舍，或者有选择性评价监测数据、出具监测报告或者发布结果，以至评价结论失真的；（十三）擅自修改数据的；（十四）其他涉嫌篡改监测数据的情形。"

从上述规定可知，篡改监测数据，主要指故意干预环境监测活动的正常开展，导致监测数据失真的行为，其中既包括了对原始数据进行改动，也包括了采取各种方式和技术手段，使监测出的数据发生变化，从而达到达标排放的目的的行为。因此，篡改监测数据并不单纯指在测出原始数据后进行修改，在更多情况下，篡改监测数据时，原始数据已经无法取得，也就无法查明污染企业超标排放污染物所造成的行为产生的具体影响。

（二）伪造监测数据

《环境监测数据弄虚作假行为判定及处理办法》第五条规定："伪造监测数据，系指没有实施实质性的环境监测活动，凭空编造虚假监测数据的行为，包括以下情形：（一）纸质原始记录与电子存储记录不一致，或者谱图与分析结果不对应，或者用其他样品的分析结果和图谱替代的；（二）监测报告与原始记录信息不一致，或者没有相应原始数据的；（三）监测报告的副本与正本不一致的；（四）伪造监测时间或者签名的；（五）通过仪器数据模拟功能，或者植入模拟软件，凭空生成监测数据的；（六）未开展采样、分析，直接出具监测数据或者到现场采样、但未开设烟道采样口，出具监测报告的；（七）未按规定对样品留样或保存，导致无法对监测结果进行复核的；（八）其他涉嫌伪造监测数据的情形。"

伪造监测数据意为在没有实质性的环境监测活动的情况下，凭空编造虚假监测数据。相关具体违法情形中，第五项"通过仪器数据模拟功能，

或者植入模拟软件，凭空生成监测数据的”和第六项“未开展采样、分析，直接出具监测数据或者到现场采样、但未开设烟道采样口，出具监测报告的”属于违法者存在未开展环境监测活动直接编造监测数据的行为，其他情形均为通过原始记录与电子存储记录不一致、监测报告与原始记录不一致、监测报告正副本不一致等行为，推定得出违法者没有开展环境监测活动，对环境监测数据进行编造的结果。伪造监测数据强调的是并没有开展环境监测活动，因此也就无从考证环境监测的原始数据，无法查明污染企业造成的生态环境损害后果。

（三）指使篡改、伪造监测数据

《环境监测数据弄虚作假行为判定及处理办法》第六条规定：“涉嫌指使篡改、伪造监测数据的行为，包括以下情形：（一）强令、授意有关人员篡改、伪造监测数据的；（二）将考核达标或者评比排名情况列为下属监测机构、监测人员的工作考核要求，意图干预监测数据的；（三）无正当理由，强制要求监测机构多次监测并从中挑选数据，或者无正当理由拒签上报监测数据的；（四）委托方人员授意监测机构工作人员篡改、伪造监测数据或者在未作整改的前提下，进行多家或多次监测委托，挑选其中“合格”监测报告的；（五）其他涉嫌指使篡改、伪造监测数据的情形。”

指使篡改、伪造监测数据主要指行为人没有直接实施篡改、伪造监测数据的行为，而是授意他人对监测数据进行篡改、伪造，干预数据监测活动等行为。由于篡改、伪造监测数据一般是为了使污染企业免于处罚，降低环保成本，因此企业内部工作人员指使他人篡改、伪造监测数据的情形较为普遍。

四、环境监测数据弄虚作假的案例分析

2022 年以来，生态环境部联合最高人民检察院、公安部开展深入打击危险废物环境违法犯罪和重点排污单位自动监测数据弄虚作假违法犯罪专项行动，并公布了相关典型案例，其中第四批、第九批、第十二批、第十五批是关于自动监控领域弄虚作假的典型案例，共计 26 个。笔者对这四批典型案例进行了分析。

（一）篡改、伪造监测数据的具体情形

在 26 个典型案例中，24 个为篡改监测数据案例，2 个为伪造监测数据案例。

经过分析、归类，根据《环境监测数据弄虚作假行为判定及处理办法》第四条对篡改监测数据的不同情形规定，典型案例中关于篡改监测数据的 24 个案例主要属于以下 4 个情形。

1.故意改动、干扰仪器设备的环境条件或运行状态或者删除、修改、增加、干扰监测设备中存储、处理、传输的数据和应用程序，或者人为使用试剂、标样干扰仪器。例如，高阳县宏业染织有限公司污水处理站员工担心因废水排放口出水水质不达标而受到公司处罚，擅自将自动监测采样探头放入盛有清水的塑料桶内，干扰正常采样、监测，持续时间长达 10 小时，导致自动监测数据明显失真。

2.稀释排放或者旁路排放，或者将部分或全部污染物不经规范的排污口排放，逃避自动监控设施监控。例如，肥东温氏畜牧有限公司工作人员用临时布设的软管将第四级氧化塘中黄褐色废水绕过总排口和自动监测设备采样点，直接抽至厂外沟渠流入下游河流。

3.故意更换、隐匿、遗弃监测样品或者通过稀

释、吸附、吸收、过滤、改变样品保存条件等方式改变监测样品性质。例如，凌源远达水务有限公司因担心出水超标，采用调配合格的水样装入水瓶代替实际水样进行检测，篡改 COD、氨氮等污染物自动监测数据，并通过超越管线将泥水混合物通过污水排放口排入河道长达 40 分钟，最终导致下游国考断面水质超标报警。

4.未向环境保护主管部门备案，自动监测设备暗藏可通过特殊代码、组合按键、远程登录、遥控、模拟等方式进入不公开的操作界面对自动监测设备的参数和监测数据进行秘密修改。例如，咸宁市祺乐针纺印染有限公司涉嫌利用自动监测设备内嵌软件，篡改生成虚假监测数据上传至生态环境部门监控平台。

根据《环境监测数据弄虚作假行为判定及处理办法》第五条对伪造监测数据的不同情形规定，典型案例中关于伪造监控数据的两个案例均为未开展采样、分析，直接出具监测数据或者到现场采样、但未开设烟道采样口，出具监测报告的情形，例如安徽绿实检测技术有限公司对六安市海洋羽毛有限公司开展的比对监测未遵守相关技术规范，采样人员违规使用标准样品代替实际水样开展比对；采样人员在未开展未对 pH 值、流量计开展比对的情况下，伪造了 pH 检测数据及相应检测记录；在废水排放口仅取样 1 份，实验室主任张某授意化验员江某根据现场监测时 COD 自动监测数据，伪造了 2 组 COD 检测数据及相应检测记录。

此外，篡改、伪造环境监测数据的行为发生时，部分同时存在指使篡改、伪造监测数据的行为。上述 26 个典型案例中，共有 4 个案例显示负责人存在“指使”“指派”相关工作人员实施篡改、伪造环境监测数据的行为。

从违法具体情形的角度分析，篡改环境监测数据占篡改、伪造环境监测数据的案件绝大多数。一方面，根据《环境监测数据弄虚作假行为判定及处理办法》中明确的篡改、伪造监测数据的定义和具体情形，篡改监测数据的情形较为具体，涵盖情形更多，而伪造监测数据的具体情形则限于对一些特定情况推定为伪造监测数据的情形，因此在实践中，更多情形符合篡改监测数据的定义，仅有少数情况属于伪造监控数据。另一方面，也体现出当前自动监控设施和监控网络较为完善，依托大数据、5G 等新技术，相对来说能够控制住未经监测，凭空捏造监测数据的情形发生，污染企业一般都会选择更为隐蔽、更难被监管部门发现的方式，对监测数据进行篡改。而篡改、伪造监测数据发生地点一般是污染企业之内，可以推断出企业内部一般存在对环境监测数据弄虚作假行为的默许或者鼓励，以及相关工作人员的合意，指使他人篡改、伪造监测数据的行为必然发生。

（二）行政责任、刑事责任和民事责任

根据生态环境部发布的典型案例通报，在 26 个典型案例中，共有 25 个显示已经对污染企业以及相关责任人员启动刑事程序或者已经作出判决。3 个已作出刑事判决的案例为：浙江宁波维欣家纺有限公司的 3 名涉案人员犯污染环境罪，分别判处有期徒刑 7 至 8 个月不等，并处罚金人民币 0.5 至 2 万元不等；福建泉州市晋江泉荣远东水处理有限公司犯污染环境罪，判处罚金人民币 1 万元，李某犯污染环境罪，判处有期徒刑七个月，并处罚金人民币 1 万元；高阳县宏业染织有限公司犯污染环境罪，判处罚金 50 万元，对 2 名涉案人员分别判处有期徒刑六个月、七个月，并处罚金 3 万元、5 万元。

共有 6 个案例显示，污染企业及其工作人员被行政处罚，其中包括未对污染企业以及相关责任人员启动刑事程序的案例：山西临汾市尧都区涌溪新型建材厂被处罚款 57.7 万元；浙江宁波维欣家纺有限公司被处罚款 55 万元整；云南玉溪金晨纸业有限公司被罚款 45.2 万元；河北保定高阳县宏业染织有限公司被处罚款 25 万元；山东聊城众泰中乾环保科技有限公司被处罚款 69.0625 万元；安徽绿实检测技术有限公司被责令停业整顿，并处罚款 10 万元，对该公司法定代表人处罚款 4.48 万元。

共有 5 个典型案例显示，当地政府已经启动了生态环境损害赔偿程序，其中江苏新沂众客食品有限公司已与新沂市生态环境局签订生态环境损害赔偿协议，缴纳生态环境损害赔偿金人民币 544136 元，并承诺开展生态修复。此外，经检索，湖北宜昌市湖北帝缘陶瓷有限公司已被环保组织提起环境民事公益诉讼。

由典型案例可知，篡改、伪造环境监测数据的行为，多数构成应当移送公安机关追究刑事责任的情形；部分案件先进行了刑事处罚，部分案件在作出刑事判决的同时进行了行政处罚。三个已经作出刑事判决的典型案例中，两件对公司和相关责任人员进行了处罚，体现了“双罚制”，还有一件对相关责任人员判处有期徒刑，对公司作出行政处罚。共有 19 件典型案例显示正在刑事程序中，生态环境部门将案件移送公安机关，未显示行政机关的处理结果。这是根据《环境保护行政执法与刑事司法衔接工作办法》第十六条的规定，对于已经向公安机关移送涉嫌环境犯罪案件，未作出行政处罚决定的，原则上应当在公安机关决定不予立案或者撤销案件、人民检察院作出不起诉决定、人民法院作出无罪判决或者免予刑事处罚后，再决定是否给予行政处罚。

五、碳排放数据弄虚作假的案例分析

关于碳排放数据弄虚作假的案例较少，因此，笔者主要对生态环境部 2022 年 3 月 14 日公开的中碳能投等机构碳排放报告数据弄虚作假等典型问题案例中所提到的 4 个案例进行分析。

4 个典型案例共涉及三类主体。中碳能投科技（北京）有限公司、辽宁省东煤测试分析研究院有限责任公司是受重点排放单位委托，编制碳排放报告的机构。北京中创碳投科技有限公司、青岛希诺新能源有限公司是受生态环境主管部门委托，对重点排放单位提交的碳排放报告进行核查的机构。此外，还涉及到委托中碳能投科技（北京）有限公司、辽宁省东煤测试分析研究院有限责任公司编制碳排放报告的重点排放单位。

碳排放报告编制机构弄虚作假行为的主要情形包括以下三种类型：一是篡改、伪造原始数据材料，包括伪造碳元素检测报告、编制虚假的元素碳含量检测报告、篡改收样日期和检测日期等；二是制作虚假样品送检，即授意指导企业制作虚假煤样进行碳元素检测；三是在编制碳排放报告时使用虚假数据，如虚报生产数据等。碳排放报告核查机构的弄虚作假行为主要包括以下三种，一是核查报告签名人员“挂名”，签名人员未参与核查工作就在报告上签名；二是违反核查程序，如在核查中未对环评、排污许可等重要文件进行核实；三是在出具核查报告时虚构内容，如在控排企业没有煤质检测原始记录的情况下，写明已核对原始检测记录。重点排放单位的弄虚作假行为则主要体现在根据碳排放报告编制机构的授意，伪造煤样送检。

由典型案例可知，碳排放数据弄虚作假与环

境监测数据弄虚作假存在许多不同之处。首先，当前环境监测的主要手段是自动监测，而对碳排放数据的监测则依赖于碳排放报告，出具碳排放报告的依据则是以煤样检测报告为主的相关原始数据，通过一系列的方式计算得出，因此，对于执法机关，主要通过现场检查发现环境监测数据弄虚作假的行为，而对于碳排放数据弄虚作假，需要通过相关专业人员对碳排放报告和相关原始数据进行检查才能发现。其次，碳排放数据弄虚作假的违法主体主要是相关技术检测机构，包括碳排放报告编制机构和核查机构，而环境监测数据弄虚作假的违法主体主要是污染企业。最后，目前对碳排放数据弄虚作假的行为以行政处罚手段规制为主。目前已有社会组织对违法企业提起环境公益诉讼，笔者团队代理了中碳能投科技（北京）有限公司等企业为被告的系列环境公益诉讼案，但是由于目前尚无明确依据和技术标准能够计算碳排放数据造假的行为所造成的生态环境损害，案件还在审理中。

六、立法建议

（一）明确环境监测的概念

目前，环境监测的定义没有相关明确规定，此处可以参考《生态环境 监测条例（草案征求意见稿）》第二条第二款对生态环境监测作出的定义：“本条例所称生态环境监测是指依照法律法规和标准规范，对环境质量、生态状况和污染物排放及其变化趋势的采样观测、调查普查、遥感解译、分析测试、评价评估、预测预报等活动。包括对大气、地表水、地下水、海水、土壤、声、光、热、生物、振动、辐射、温室气体等环境要素质量的监测，对森林、草原、湿地、荒漠、河湖、海洋、农田、城市和乡村等生态状况的监测，以及对各类污染物排放活动的监测。”其中不仅包括对大气、水、土壤、噪声等普遍认知中的污染物进行监测的活动，还包括了对温室气体的监测，满足现阶段对环境监测领域法律规制的需求。

（二）明确责任主体

环境监测弄虚作假行为涉及的主体众多，目前的规定中，尚未对相关责任主体所应当承担的责任完全明确，因此，建议在环境法典中梳理环境监测数据弄虚作假的责任主体，使相关环节中的所有责任者都明确自己应当承担的法律责任。

一是污染企业，其中还应当包括参与碳排放权交易的重点排放单位。对于污染企业的责任应当明确为谁受益，谁担责，在行政处罚层面，无论是否是工作人员擅自决定在环境监测过程中弄虚作假，均应由污染企业承担责任，除非有明确证据表明相关负责人对弄虚作假的行为禁止或者制止。

二是污染企业的责任人员，包括直接责任人员和企业负责人、分管领导、环保部门负责人等。出现弄虚作假行为，往往是企业内部多个工作人员共同实施，企业负责人等领导指使的结果。因此，需要明确出现弄虚作假行为时，相关工作人员均需承担责任。

三是环境监测机构及其工作人员，其中应该包括碳排放报告编制机构和核查机构等技术类的机构。对于弄虚作假的环境监测机构和工作人员，应当通过行业禁入、罚款、严重者入刑等多种手段进行规制。

（三）完善行政执法与刑事司法的衔接

目前 2023 年版《最高人民法院 最高人民检察院关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释》仍将环境监测数据弄虚作假行为入刑

限制在“重点排污单位、实行排污许可重点管理的单位篡改、伪造自动监测数据或者干扰自动监测设施，排放化学需氧量、氨氮、二氧化硫、氮氧化物等污染物”的范围内：主体必须是重点排放单位、实行排污许可重点管理的单位，排除了其他单位主体；限定自动监测数据、自动监测设施，排除了采用其他方式进行监测的情形；排放的污染物限制在需氧量、氨氮、二氧化硫、氮氧化物等污染物。而对于碳排放数据弄虚作假的行为，应当承担刑事责任主体则限制在相关机构的工作人员，对企业没有相关规定。对此，环境法典可以根据当前现有案例，适度扩大应当移送公安机关进行处理的情形，加大对环境监测数据弄虚作假行为的惩处力度。

此外，对于未作出行政处罚，已经移送司法机关而未作出生效判决的案件，如果所有责任主体均涉嫌刑事犯罪，可以暂停行政执法程序，而对于部分责任主体涉嫌刑事犯罪，部分责任主体未启动刑事追责程序的，应当及时按规定作出行政处罚。同时，可以结合联合信用惩戒制度对这种情形进行规制。

参考文献

[1] 简彦涛，王新友，马致远：《企业环境自行监测的历史沿革即重要性分析》，《资源与环境》，2021 年第 1 期。

[2] 华鑫：《环境监测数据造假行为入刑法律问题研究》，《公民与法》，2024 年第 2 期。

[3] 赵新锋，杨虹，罗望：《新形势下如何有效防范环境监测机构弄虚作假》，《环境监控与预警》，2017 年第 1 期。

[4] 吴季友，陈传忠，蒋睿晓，胡天洋，于勇：《我国生态环境监测网络建设成效与展望》，《中国环境监测》，2021 年第 2 期。

[5] 游大龙，阮强，胡涛：《环评中环境现状监测存在问题与对策分析》，《环境影响评价》，2015 年第 6 期。

[6] 付胜男，王亮，盛文龙，赵明：《新形势下企业环境自行监测的历史沿革及重要性》，《石油化工安全环保技术》，2019 年第 4 期。

[7] 刘海鸥：《环境污染犯罪案件中行政执法与刑事司法衔接的问题与对策》，《中国环境法治》，2014 年第 2 期。

[8] 祁娜娜，庞宠，张健：《重点排污单位自动监测数据造假排放污染物的司法适用——以<关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释>第 10 条为视角》，《江苏警官学院学报》，2023 年第 4 期。

论地理标志司法保护的完善

张天圆

张天圆律师，北京德和衡（济南）律师所管理主任，济南市律协专业委员会成员、山东省知识产权公共服务平台智库专家、山东政法学院研究生实践导师、济南市知识产权专家库成员。张律师自律师执业以来，专注于知识产权与公司业务领域的法律实务，具备专利代理人资格，专业于专利、商标、版权、商业秘密、公司股权与治理等领域，具备较强的综合业务能力和重大疑难复杂案件的处理能力。

摘　要：地理标志在我国经济发展中具有重要的作用，当前我国地理标志纠纷不断增多，侵权行为多样化。但是地理标志司法保护中存在侵权标准不统一、正当使用难以界定以及举证不明确的问题，并影响了司法保护的效果。为此，应在坚持私益与公益平衡的基础上，准确认定侵权行为的性质，严格确定合理使用的界限，合理分配地理标志纠纷中的举证责任。

关键词：地理标志；侵权标准；正当使用；举证责任；完善建议

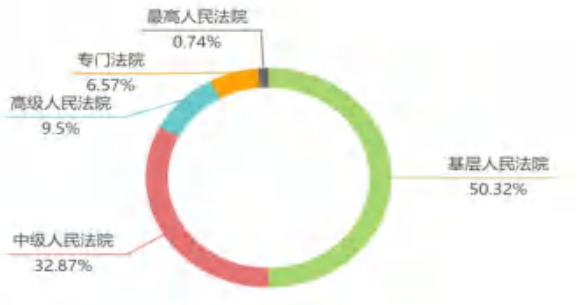
地理标志已经成为我国经济、特别是农业经济发展的一个重要元素，“由于地理标志是一种商业标志，同时是特殊地域条件以及历史文化传统的凝结，因此，地理标志的保护不仅具有经济价值，而且对当地的文化、社会都具有影响，其价值具有多元性。”[①]司法保护是地理标志的重要保护途径，不仅可以保护地理标志权利人的利益，同时也可以为地理标志产业的发展创造一个良好的环境。实践中，与地理标志相关的纠纷不断增多，但是由于我国当前关于地理标志的立法并不完善，导致地理标志司法保护存在许多争议，地理标志司法保护亟需完善。

一、地理标志司法保护的现状

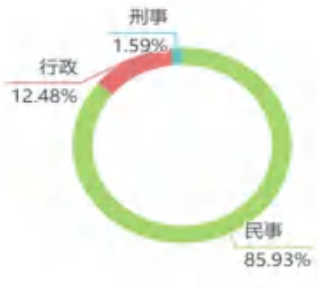
（一）案件受理情况

在威行先行以“地理标志”为关键词进行搜索，截止 2024 年 11 月 25 日，共检索到法律文书 4841 份，具体情况如下：

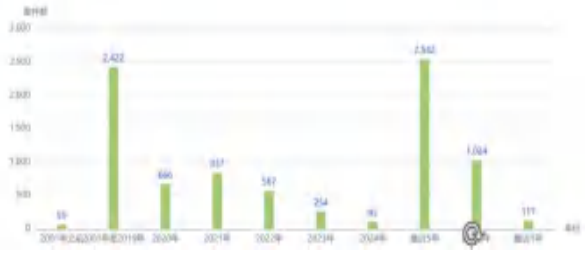
1.从法院级别来看，基层人民法院审理案件占比最多，共 2436 件，占比 50.32%。中级人民法院审理案件 1591 件，占比 32.87%。基层法院占比高的这一情形也与后面统计数据中涉地理标志案件的标的额不高相契合。



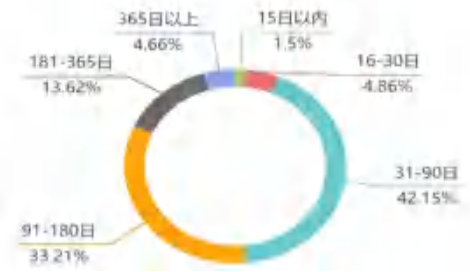
2.从案由来看，民事案件占据大部分，共 4146 件，占比超过 85%。行政案件 602 件，占比 12.48%。刑事案件 77 件，占比 1.6%。



3.从审理年份来看，近五年的案件审理量较之前有较为明显的增长，2001–2019 年共审理地理标志案件 2422 件，而在 2020 年至 2024 年 11 月共审理地理标志案件 2542 件。从案件数量来看，涉地理标志诉讼案件整体呈增长的趋势，这在一定程度上表明地理标志具有更高的市场价值和竞争力，易成为不法使用人侵犯的目标。需要注意的是，虽然案件数量总体上呈增长趋势，却呈波动式增长，而非持续增长态势。其中，2021 年地理标志案件受理量最大，为 837 件，2023 年却仅有 254 件，而 2024 年前 11 个月共审理不足百件。

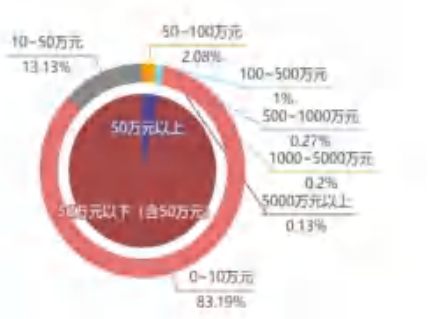


4.从标的额来看，大多数案件的标的额较低，不到 50 万元，其中 10 万元以下的占所有案件比例超过 80%，而 50 万元以上案件数量不足 3%。

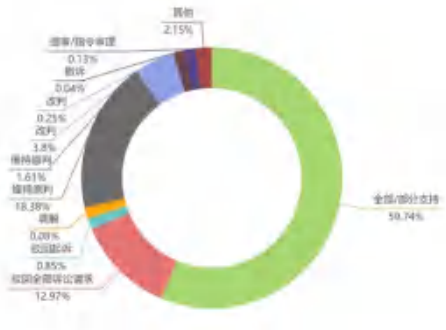


① 曾德国：《地理标志理论与实务》，知识产权出版社 2014 年版，第 112–113 页。

5.双审理期限来看相对较短，大部分案件可在 180 内审结，这不仅体现我国知识产权司法审判效率较高，也与案件标的额较小以及案件的复杂程度不高有密切关系。



6.从裁判结果来看，原告胜诉率较高，近 60%。这主要是因为地理标志权利人一般会委托专业的律师进行维权，因而在证据搜集、案情分析与法律运用上准备较为充分；而作为被告的多是一些小的经销商，法律意识相对较差，且受限于经济能力，发生纠纷时一般是自行参与诉讼，与原告相比，专业水平差距较大。



（二）侵权行为类型

《商标法》中并未对侵犯地理标志行为做专门规定，因而，司法实践中，对是否侵犯地理标志的认定一般参考商标法第五十七条进行认定。但是在 2024 年 1 月 2 日发布的《地理标志产品保护办法》（国家知识产权局令第 80 号）第三十条[①]对侵犯地理标志的行为做了较为详细的规定。依据以上法律规定，结合我国司法实践，侵犯地理标志权益行为主要有以下几种类型：

1.擅自使用或伪造地理标志名称及专用标志。即未获得地理标志保护、不享有地理标志权的经营者，擅自使用已被核准的地理标志名称、专用标志，或者伪造专用标志的行为。例如，非“西湖龙井”地理标志权利人未经授权，在其茶叶上标注“西湖龙井”地理标志名称或专用标志，误导消费者认为其产品来自该特定地区。

2.不符合地理标志产品标准和管理规范要求而使用该地理标志产品的名称。该行为一般是指虽然侵权产品由地理标志产品保护区域内的生产者生产，但因侵权产品不符合地理标志产品标准和管理规范要求而未被准予使用专用标志，但却擅自使用该地理标志名称。例如，虽未经证明商标权利人监督而擅自在某相同产品上标注地理标志字样。此外，还有一种类似侵权行为，即地理标志产品产区内的生产者以低价购买产地外的产品，在产地内冒充地理标志产品高价销售，凭借地理标志的品牌价值获取不法利益。

3.使用与地理标志相近、易产生误解的名称或标识。这类行为涉及使用与专用标志相近、可能误导消费者的文字、图案标志或名称，使消费者将该产品误认为地理标志保护产品。即使这些产品没有直接使用被核准的地理标志产品名称或专用标志，但其使用的名称、图案等方式与地理

① 第三十条　有下列行为之一，依据相关法律法规处理：（一）在产地范围外的相同或者类似产品上使用受保护的地理标志产品名称的；（二）在产地范围外的相同或者类似产品上使用与受保护的地理标志产品名称相似的名称，误导公众的；（三）将受保护的地理标志产品名称用于产地范围外的相同或者类似产品上，即使已标明真实产地，或者使用翻译名称，或者伴有如“种”“型”“式”“类”“风格”等之类表述的；（四）在产地范围内的不符合地理标志产品标准和管理规范要求的产品上使用受保护的地理标志产品名称的；（五）在产品上冒用地理标志专用标志的；（六）在产品上使用与地理标志专用标志近似或者可能误导消费者的文字或者图案标志，误导公众的；（七）销售上述产品的；（八）伪造地理标志专用标志的；（九）其他不符合相关法律法规规定的。

标志相近，容易被消费者误认为是地理标志产品。该情形是侵犯地理标志权益常见形态，且经常与合理使用抗辩理由结合。在调研过程中，根据大部分地理标志权利人反映的情况，课题组发现，未经许可在产品上标注与地理标志标识相近似标识是潍坊市较为常见的一种侵犯地理标志权益的行为。

4.假冒地理标志。是指非地理标志产品冒充地理标志产品的行为。因为地理标志与地理标志产品均需要经过申请与核准，其授权条件较为严格，因而一经核准，地理标志与地理标志产品便会产生附加价值，并得到消费者的青睐。地理标志与地理标志产品的这种溢价功能为不法使用人所关注，并在其产品上标注“地理标志产品”字样，或者使用地理标志与地理标志产品的专用标志，以此来获得不法利益。

5.通过电商平台侵权。随着电商平台的兴起，线上侵犯地理标志开始成为一种常见的侵权行为模式，并有多种表现形式。最常见的线上侵犯地理标志行为是通过电商平台直接销售侵犯地理标志产品，即网络平台上的商家未经授权，擅自使用地理标志（产品）名称、专用标志，或者伪造专用标志，在电商平台上销售侵权产品。此种行为与第一种侵权行为基本相同，不同的是侵权行为发生的环境，一个是线上，一个是线下。另外一种常见侵权模式为使用误导性信息，即侵权人在电商平台上的商品描述、链接标题、宣传页面等位置使用与地理标志相近、易产生误解的名称或标识，以及可能误导消费者的文字或图案标志，使消费者将其销售的商品误认为是地理标志产品。即使这些产品本身或包装上没有直接使用被核准的地理标志产品名称或专用标志，但由于侵权人在宣传中使用了误导性信息，也容易被消费者误认为是地理标志产品。

6.反向假冒。“反向假冒”源于英文“reverse passing off”，商标法第五十七条第五项规定了反向假冒行为，是指行为人未经商标专用权人许可，将其使用在商品上的商标去除后换上自己的商标，将他人的商品冒充自己的商品出售。地理标志中同样存在反向假冒行为，一般是指某一地理标志所有人（A）未经另一地理标志所有人（B）的许可，将 B 的地理标志产品上的地理标志去除后换上自己的（A）地理标志，将 B 的地理标志产品冒充自己的（A）地理标志产品销售。一些地理标志产品具有质优价廉的特点，因而有人将其地理标志产品购买后换上其他知名商标进行销售的情形时有发生。对于这种行为，因实施更换地理标志行为人身份不同，其行为性质亦不相同。如果更换人是其他地理标志权利人，也即在购买了他人地理标志产品后换上自己的地理标志，则该行为与商标法第五十七条第五项“未经商标注册人同意，更换其注册商标并将该更换商标的商品又投入市场的”规定的行为相同，属于显性反向假冒。如果更换人非地理标志所有人，购买他人地理标志产品后换上第三人的地理标志，该行为同时侵犯了两个地理标志的权益。对于被替换的地理标志权利人而言，更换人的行为阻碍了其地理标志产品商誉的建立，欺骗了消费者，其后果与反向假冒无异，应认定为隐性反向假冒行为。而对于第三人而言，更换人的行为与第一种侵犯地理标志权益行为相同，属于普通的侵犯地理标志行为。

二、地理标志司法保护中的问题

近几年，我国地理标志产业发展较为迅速，与地理标志相关的法律纠纷也不断增多，但是，目前我国地理标志司法保护中存在许多亟需解决的问题，为地理标志司法保护提出了新的挑战。

（一）侵权标准不统一

司法实践中，由于侵犯地理标志行为类型多样化，其性质也不尽相同，总体而言，可大体分为两种类型：

第一种类型为侵犯商标专用权。因地理标志可以注册为证明商标或集体商标，因而地理标志侵权属于侵犯商标专用权。但地理标志侵权认定标准存在两种不同观点：一是混淆标准说，认为侵犯地理标志与侵权普通商标相同，其构成要件亦应采用混淆标准；二是误认说，认为地理标志是特殊的商标，应将是否会造成相关公众对商品产地及品质的误认而非商品来源的混淆作为侵害地理标志商标的判断标准。

在北方渔夫“舟山带鱼”案[①]中，一审法院认为：北方渔夫公司未经许可，在同一种商品上将与“舟山带鱼”证明商标近似的“舟山带鱼段”文字突出使用，容易使相关公众对商品的来源产生混淆或者误认，侵犯舟山水产行业协会享有的商标权，二审法院维持一审法院判决。从判决内容可见，法院采用的混淆标准说。混淆标准说在地理标志授权确权案件中广为适用，如在“螺旋卡帕”案[②]中，虽然一审法院与二审法院的结果不同，但二者均采用了混淆说。

而在申马人“舟山带鱼”案[③]中，北京市第一中级人民法院认为：是否侵犯证明商标权利，不能以被控侵权行为是否容易导致相关公众对商品来源产生混淆作为判断标准，而应当以被控侵权行为是否容易导致相关公众对商品的原产地等特定品质产生误认作为判断标准。舟山水产协会主张申马人公司在商品外包装上突出使用“舟山带鱼”字样，容易造成公众混淆，因此构成侵权，是对法律的错误理解，实质上将证明商标与商品商标混同。是否突出使用，是否造成商品来源混淆，与是否侵犯证明商标权利无关。从其内容来看，一审法院采用的误认说。

第二种类型为构成不正当竞争，如搭地理标志便车的行为或者虚构的地理标志进行虚假宣传，即构成不正当竞争。构成不正当竞争行为同样有法可依，如 TRIPs 协议第 22 条第 2 款规定：就地理标识而言，各成员应向利害关系方提供法律手段以防止：（一）在一货物的标志或说明中使用任何手段标明或暗示所涉货物来源于真实原产地之外的一地理区域，从而在该货物的地理来源方面使公众产生误解；（二）构成属《巴黎公约》（1967）第十条之二范围内的不公平竞争行为的任何使用。而《巴黎公约》第十条之二规定：（1）本联盟国家有义务对各该国国民保证给予制止不正当竞争的有效保护。（2）凡在工商业事务中违反诚实的习惯做法的竞争行为构成不正当竞争的行为。（3）下列各项特别应予以禁止：a.具有采用任何手段对竞争者的营业所、商品或工商业活动产生混淆性质的一切行为；b.在经营商业中，具有损害竞争者的营业所、商品或工商业活动的信用性质的虚伪说法；c.在经营商业中使用会使公众对商品的性质、制造方法、特点、用途或数量易于产生误解的表示或说法。我国司法实践中同样也有许多认定构成不正当竞争的案例，例如在新近审理结束的“阳山”案[④]中，法院认为：在网络购物环境中，商品名称中关键词的设置对于增

① 北京市朝阳区人民法院（2011）朝民初字第 07241 号民事判决书，北京市第二中级人民法院（2011）二中民终字第 17259 号民事判决书。
② 北京市第一中级人民法院（2014）一中行（知）初字第 10698 号行政判决书，北京市高级人民法院（2016）京行终 2295 号行政判决书。其他类似案件可参考：“平阳黄汤”案，北京市高级人民法院（2019）京行终 9717 号行政判决书。
③ 北京市第一中级人民法院（2011）一中民初字第 9242 号民事判决书，北京市高级人民法院(2012)高民终字第 58 号民事判决书。
④ 上海市徐汇区人民法院（2024）沪 0104 民初 10547 号民事判决书。

加商品搜索量、提高交易机会至关重要。被告所售商品并非“阳山水蜜桃”，也没有合理理由，却将“阳山”设置为关键词，客观上利用了“陽山”水蜜桃的知名度和商誉，实现关键词引流，不当攫取了“陽山”水蜜桃生产者、销售者的交易机会，违反了诚信原则，构成不正当竞争，应承担停止侵权、赔偿损失的责任。

（二）正当使用难界定

地理标志的构成较为特殊，一般是由两个部分构成：地名与商品通用名称。《商标法》第五十九条第一款规定：“注册商标中含有的本商品的通用名称、图形、型号，或者直接表示商品的质量、主要原料、功能、用途、重量、数量及其他特点，或者含有的地名，注册商标专用权人无权禁止他人正当使用。”因而，虽然地理标志权利人通过商标注册取得了商标专用权，但是依据该规定，商标权专用权人无权禁止他人对地名与商品通用名称的正当使用。但这有可能会导致司法实践中的两难境地：一方面，地名与通用名称因缺乏显著性而不能阻止他人的正当使用，否则会影响他人对自己商品正常描述；另一方面，如果对他人对地理标志构成要素的使用不做限制，却又可能会削弱地理标志标示来源的功能以及对其保护力度。第五十九条第一款虽然规定了他人可以正当使用，但何谓“正当”却没有明晰的标准，增加了法律适用的难度。对于作为证明商标注册的地理标志而言，《商标法实施条例》第四条第二款规定：“以地理标志作为证明商标注册的，其商品符合使用该地理标志条件的自然人、法人或者其他组织可以要求使用该证明商标，控制该证明商标的组织应当允许。以地理标志作为集体商标注册的，其商品符合使用该地理标志条件的自然人、法人或者其他组织，可以要求参加以该地理标志作为集体商标注册的团体、协会或者其他组织，该团体、协会或者其他组织应当依据其章程接纳为会员；不要求参加以该地理标志作为集体商标注册的团体、协会或者其他组织的，也可以正当使用该地理标志，该团体、协会或者其他组织无权禁止。”依据该规定，只要商品符合地理标志条件的，证明商标所有人无权禁止他人的使用。但是“符合地理标志条件”的判断缺乏客观标准，给地理标志的保护带来困难。

司法实践中，正当使用是地理标志侵权纠纷中常被引为抗辩理由，并在一些案件中得到了法院的支持。在“盱眙龙虾”案[①]中，一审法院认为：证明商标是用以证明该商品或者服务的原产地、原料、制造方法、质量或者其他特定品质的商标。证明商标注册人的权利以保有、管理、维持证明商标为核心，如果证明商标中含有地名的，应当允许商品符合证明商标所标示的上述品质的自然人、法人或其他组织正当使用该证明商标中的地名。盱眙龙虾协会将包含地名的“盱眙龙虾”图文注册为证明商标，即用以证明龙虾的原产地为江苏盱眙地区，使用该商标的龙虾商品具有《管理规则》中所规定的特定品质。该证明商标中含有地名盱眙，因此盱眙龙虾协会作为该商标的注册人，不得剥夺商品确实产于江苏盱眙地区的自然人、法人或其他组织正当使用该证明商标中地名的权利。

（三）举证责任不明确

实践中，大部分地理标志作为证明商标注册，这也使得作为原告的地理标志权利人对相关事实的证明存在较大困难。《地理标志产品保护办法》

① 南京铁路运输法院（2016）苏 8602 民初 912 号民事判决书，江苏省南京市中级人民法院(2016)苏 01 民终 10680 号民事判决书。

第三条规定："地理标志产品应当具备真实性、地域性、特异性和关联性。真实性是地理标志产品的名称经过长期持续使用，被公众普遍知晓。地域性是地理标志产品的全部生产环节或者主要生产环节应当发生在限定的地域范围内。特异性是产品具有较明显的质量特色、特定声誉或者其他特性。关联性是产品的特异性由特定地域的自然因素和人文因素所决定。"因而，侵犯地理标志权与侵犯普通商标专用权存在较大的区别，侵犯地理标志权的举证责任更为复杂：

一是"谁主张，谁举证"是民事诉讼法的基本原则，作为地理标志权利人的原告应证明被告实施了侵犯地理标志权的行为，如以非地理标志产品冒充地理标志产品。然而，要举证此产品非彼产品在实践中存在较大的难度，特别是地理标志产品的地域性与特异性难以举证，如何证明案涉产品来自于限定的地域范围以及案涉产品具有"较明显的质量特色、特定声誉或者其他特性"，这是司法实践中的难点之一。

二是举证责任分配不明确。司法实践中，在涉地理标志案件中的举证责任分配上存在不同观点，有观点认为，应适用"谁主张、谁举证"的一般举证原则，由原告承担举证责任，也即证明被告的产品非地理标志产品；但也有观点认为，考虑到涉地理标志产品举证的实际难度，不应由原告承担所有举证责任，应由被告适当承担该举证责任。考虑到地理标志产品认定的复杂性，适当分配举证责任是较为合理的选择，但如何才能做到合理分配是此类案件的关键所在。

三、完善地理标志司法保护的建议

（一）私益与公益的平衡

私益与公益平衡是知识产权法的基本原则之一，既要赋予知识产权人一定的利益并对其予以充分保护，以激励创新；又要限制知识产权人的权利范围和使用方式，以维护公共利益。利益平衡原则同样适用于地理标志制度，与其他商标不同的是，地理标志因其构成的特殊性，自身带有公共属性，因而地理标志权利人的权利受到更多的约束与限制，不能滥用基于地理标志而产生的权益。在我国，地理标志可注册为集体商标或者证明商标，与之对应，实践中地理标志权利人滥用权利的情形主要有两种：一是作为集体商标的所有人，地理标志权利人恶意抬高入会标准或费用；二是作为证明商标的所有人，地理标志权利人任意制定检验标准。通过上述两种行为，地理标志权利人可以不正当地阻止他人对地理标志的使用，2021 年"潼关肉夹馍"系列维权案便是例证。对于系列维权案中使用"潼关肉夹馍"地理标志的行为，有的法院认为构成商标侵权行为，有的法院以不构成混淆为由而认定不构成侵权，而国家知识产权局则认为，"潼关肉夹馍"的注册人无权许可潼关区域外的第三人使用"潼关肉夹馍"，也无权禁止潼关区域内的经营者正当使用该地理标志，较好地平衡的地理标志注册人私益与社会公共利益的平衡。

（二）侵权行为性质认定

虽然《商标法》第十六条第一款对地理标志做了规定，但其仅适用于与地理标志相冲突的商标禁止注册和禁止使用，《商标法》中并没有对侵犯地理标志行为做出专门规定，因而，在发生涉地理标志侵权纠纷时只能适用《商标法》第七章"注册商标专用权的保护"中的相关规定。但是地理标志与普通注册商标存在较大差异，不能简单无差别地将普通注册商标的规定适用于地理标志。《地理标志产品保护办法》虽然对侵犯地

理标志产品的行为类型做了具体的规定，但该办法的性质为规章，法律效力较低。此外，《地理标志产品保护办法》第三十条虽然列举了侵权行为类型，但对行为的性质并未做出认定，而只是泛泛规定“依据相关法律法规处理”，这也导致司法实践中，对同一侵权行为可能出现定性不同的情形。

我国司法实践中，对于侵犯地理标志行为性质的认定上存在侵犯商标专用权以及构成不正当竞争两种观点。鉴于我国尚未对地理标志进行专门立法以及商标法对地理标志保护并未做特别规定的背景下，考虑到地理标志一般作为集体商标或者证明商标进行注册的实际操作情形，以及参考我国已有的司法案件，应根据案件的具体情况以及当事人的诉讼请求对侵权行为进行定性。对于同时提起侵犯商标专用权与构成不正当竞争的诉讼请求，可以参考《关于适用<中华人民共和国反不正当竞争法>若干问题的解释》第二十四条进行审理。首先应适用商标法关于商标侵权的一般规定，即主要依据《商标法》第五十七条与五十八条的规定，根据实际情况对侵权行为进行分析并定性：对于一般的侵犯地理标志权的行为，应依据《商标法》第五十七条判断是否构成侵犯商标专用权。而对于将地理标志作为企业名称中的字号使用并误导公众的，根据《商标法》第五十八条、《地理标志产品保护办法》第三十三条的规定，应依据《反不正当竞争法》判断是否构成不正当竞争行为。对于假冒地理标志的行为，如果是假冒他人的地理标志，此时发生竞合，地理标志权利人可选择适用《商标法》认定是否构成侵犯其商标专用权，或者适用《反不正当竞争法》第八条认定构成虚假宣传。如果仅是以非地理标志冒充地理标志，则应适用《反不正当竞争法》第八条认定构成虚假宣传。

（三）严格界定合理使用

1.地理标志纠纷中的合理使用是指地理标志权利人以外的人在生产经营活动中以合理的方式善意使用地理标志的行为。合理使用是地理标志侵权案件中常见的不侵权抗辩理由，其主要原因在于：作为一种特殊的商标，地理标志同样具有标识和区分商品来源的功能，商标法对地理标志的保护同样是对地理标志标识功能的保护，其目的也在于防止商品来源的混淆或误认，进而保护消费者和生产者的利益。地理标志注册人对其地理标志享有的权利实质上仅是对地理标志构成要素，也即特定符号的控制权，如果他人在非商标意义上使用相同或近似符号的行为，也即非以标识来源的方式使用地理标志的构成要素，地理标志注册人无权干涉。在前述申马人“舟山带鱼”案中，二审法院认为：证明商标是用来标示商品原产地、原料、制造方法、质量或其他特定品质的商标。证明商标是为了向社会公众证明某一产品或服务所具有的特定品质，证明商标注册人的权利以保有、管理、维持证明商标为核心，应当允许其商品符合证明商标所标示的特定品质的自然人、法人或者其他组织正当使用该证明商标中的地名。就本案而言，涉案商标系作为证明商标注册的地理标志，即系证明商品原产地为浙江舟山海域，且商品的特定品质主要由浙江舟山海域的自然因素所决定的标志，用以证明使用该商标的带鱼商品具有《管理规则》中所规定的特定品质。舟山水产协会作为该商标的注册人，对于其商品符合特定品质的自然人、法人或者其他组织要求使用该证明商标的，应当允许。而且，其不能剥夺虽没有向其提出使用该证明商标的要求，但商品确产于浙江舟山海域的自然人、法人或者其他组织正当使用该证明商标中地名的权利。但

同时，对于其商品并非产于浙江舟山海域的自然人、法人或者其他组织在商品上标注该商标的，舟山水产协会则有权禁止，并依法追究其侵犯证明商标权利的责任。但是亦有学者认为，二审法院对地理标志证明商标的权利范围及正当使用方式的解释值得商榷，其主要理由在于2002年《商标法实施条例》第六条第二款关于地理标志正当使用的规定与商标法中对含有地名的商标中的地名的正当使用不是一回事。[①]

2.司法实践中，涉及地理标志合理使用的情形主要是叙述性使用。叙述性使用亦称为描述性使用，是指经营者为描述自己的商品或服务的基本信息，善意合理地使用商品通用名称、图形以及直接表示商品或服务质量、主要原料、功能、用途等特点的标志。《商标法》第59条第1款规定：注册商标中含有的本商品的通用名称、图形、型号，或者直接表示商品的质量、主要原料、功能、用途、重量、数量及其他特点，或者含有的地名，注册商标专用权人无权禁止他人正当使用。最高人民法院在《关于充分发挥知识产权审判职能作用推动社会主义文化大发展大繁荣和促进经济自主协调发展若干问题的意见》中指出：商标侵权行为应以在商业标识意义上使用相同或者近似商标为条件，被诉侵权人为描述或者说明其产品或者服务的特点而善意合理地使用相同或者近似标识的，可以依法认定为正当使用。从上述规定来看，对注册商标中描述性因素，如通用名称或地名的使用在特定的情形下可构成合理使用。从构成要素来看，地理标志一般由“地名+通用名称”构成，而这两个构成要素是引发合理使用抗辩的主要原因。当前，司法实践中对于地理标志合理使用的认定并无统一的标准，作者认为应从以下几个方面掌握：

一是坚持利益平衡。作为商标的一种特殊形式，地理标志的功能同样在于标识来源，因而在对其保护时同样要坚持私益与公益的平衡。但是考虑到地理标志构成的特殊性，在坚持利益平衡的基础上，应对是否构成合理使用谨慎处理。一方面要保护地理标志注册人的利益，防止产生混淆。另一方面也要兼顾社会公益，防止描述性符号被垄断。如果地理标志注册人将地理标志构成要素垄断，并且以此来排斥他人的使用，则他人可能因此而不能准确地描述自己的商品。因而，如果对地理标志的使用方式是合理的，其目的只是为告知真相而不是欺骗公众，一般不会构成混淆，此时在认定是否构成侵权时应予以严格限定。

二是严格合理使用的构成要件。合理使用是对地理标志权利人私权利的限制，因而必须严格其适用条件。参考我国司法实践中对注册商标合理使用的做法，结合地理标志的特殊性，对地理标志的合理使用应至少满足以下要件：（1）从使用方式来看，描述性使用应是非商标性使用，且具有不可避免性，如不使用地理标志则无法真实地向消费者说明商品的来源或其他特征。（2）从使用意图来看，应是善意地使用。他人对地理标志的使用是为了对商品做如实的说明，使用方式中不得含有与商标注册人之间存在某种关系的任何暗示，不得不正当地利用地理标志所蕴含的商誉。（3）从使用后果来看，不会或至少不容易导致相关公众混淆误认。若未经地理标志权利人许可的使用有可能在商品的来源、关联和认可上造成消费者的混淆，或者被控侵权人的使用方式和目的及使用行为可能使相关公众对商品或服务的来源产生误认或混淆，则不属于合理使用。

① 冯术杰：《商标法原理与应用》（第二版），中国人民大学出版社2024年版，第144页。

实际操作中，无论是司法机关还是行政执法机关均应严格遵守以上要件，合理界定地理标志权利人私益与社会公共利益的平衡。对常见的使用行为是否构成合理使用提出以下参考意见：一是突出使用地理标志不构成合理使用。如未经地理标志权利人同意在其产品包装上以突出醒目的方式使用地理标志，这种使用方式足以导致消费者混淆，故意搭便车的可能性较大，一般不构成合理使用。鉴于地理标志在经济发展中的重要地位，且地理标志中蕴含公共利益，建议对地理标志予以较高程度的保护，只要使用人对地理标识进行滥用或假冒，足以唤起公众对某地理标志的美好印象，则可认定构成侵权。二是对系组合商标的地理标志的使用应具体情况具体分析。实践中，许多地理标志由图形与文字组合而成，此时如果他人将图形与文字同时使用，则不构成合理使用。如果只是对图形或者文字的单独使用，则应分析是否突出使用以及是否会导致消费者混淆，并参考第一种情形认定是否构成合理使用。三是网络中的使用，考虑到网络中使用的特殊性，网络中使用行为，如将地理标志作为网站或网店名称、链接标题、搜索关键词等，只要使用了地理标志中的全部文字，一般应认为不构成合理使用。

3.与合理使用抗辩相关的另一种抗辩理由是地理标志名称已经成为通用名称，属于公共资源。商标法意义上的“成为通用名称”指的是丧失显著性，即具有显著性的商标在经过长期使用之后丧失了显著性，不能起到区分来源的功能。地理标志虽然也是商标法中规定的商标类型，但是由于地理标志的特殊性，地理标志成为通用名称与商标成为通用名称的内涵并不完全相同。国家知识产权局 2020 年发布的《地理标志保护中的通用名称判定指南（征求意见稿）》第三条规定：“涉及地理标志保护的通用名称是指虽与某产品最初生产或销售的地点、地区或国家相关，但在我国已成为产品常用的名称。该名称在我国用以指代特定生产方法、特定规格、特定质量、特定类型或特定类别的产品。”参考该指南中的规定，地理标志成为通用名称是指地理标志失去了指向特定产地以及丧失了特定的特点。

地理标志中的通用名称并不是一个单纯的事实认定，而是涉及多方利益的保护。作为地理标志发源地，欧洲大部分国家对地理标志演变为通用名称采取严格的认定标准，不仅需要消费者主观上的认知，还需要客观上失去了指定功能。这主要是因为这些国家认为，地理标志由自然、历史、人文等多重因素而形成，地理标志因产品与产地存在客观联系而客观存在，不是因为消费者的主观认识而存在的，因此不应由于失去显著性而成为通用名称，只有产品不具备与产地有关联的质量特性，地理标志才演变为通用名称。[①]《地理标志保护中的通用名称判定指南（征求意见稿）》第七条规定：“判定与地理标志有关的通用名称是否成立时，应综合考虑以下要素：（一）名称在我国法律法规、国家标准或行业标准等规范中作为产品特定类型、类别使用的情况；（二）名称在我国出版发行的字典、辞典、工具书、报刊使用情况以及在我国互联网站的使用情况；（三）名称所指产品在我国市场生产、销售和流通时的使用情况；（四）名称所指产品在原产地之外，以不误导公众货物产地的方式进行生产的情况及其在我国开展贸易的情况；（五）其他可能造成该名称成为通用名称的因素。”结合该指南第三条规定，可以认为我国的做法与欧洲基本一致。

① 宋昕哲：地理标志保护中通用名称认定的独立标准，载《知识产权》，2021 年第 7 期，第 61–70 页。

虽然《地理标志保护中的通用名称判定指南（征求意见稿）》目前还是征求意见稿，但该指南关于地理标志是否演变为通用名称的判断原则较为合理，可予适用。也即，对地理标志保护中的通用名称的判断应采取更为严格的立场，应充分考虑到地理标志权利人、消费者、社会公众等各方面的利益。

（四）合理分配举证责任

如前所述，地理标志纠纷中存在举证难、举证责任不易分配的难题。《最高人民法院关于知识产权民事诉讼证据的若干规定》（法释[2020]12号）第一条规定：知识产权民事诉讼当事人应当遵循诚信原则人，依照法律及司法解释的规定，积极、全面、正确、诚实地提供证据。第二条规定：当事人对自己提出的主张，应当提供证据加以证明。根据案件审理情况，人民法院可以适用民事诉讼法第六十五条第二款的规定，根据当事人的主张及待证事实、当事人的证据持有情况、举证能力等，要求当事人提供有关证据。结合地理标志纠纷举证中的难点，对当事人的举证责任可做如下分配：

1.特定产地的举证责任。因为地理标志产品产自特定区域，地理标志权利人对地理标志产品的生产主体应该有一定程度的掌握，因而如果被控侵权人属于特定区域的主体，则案涉产品来自该特定区域的可能性较大，从盖然性角度出发，此时由地理标志权利人承担举证责任较为适宜，也即由地理标志权利人证明案涉产品非来自于特定区域。如果被控侵权人不属于该特定区域，则举证责任由被控侵权人承担较为适宜，也即由被控侵权人证明案涉产品来自于特定区域。在前述申马人“舟山带鱼”案中，因被控侵权人不是案涉地理标志所在行政区域，一审法院与二审法院均认为，被控侵权人作为涉案商品的生产者，对于涉案商品是否产自浙江舟山海域负有举证责任。而在“西山焦”案[①]中，二审法院认为：《商标法》第十六条第一款的规定旨在避免并非来源于地理标志所标示的地区的使用包含地理标志的商标的商品误导公众，从而保证使用包含地理标志的商标的商品，所具有的特定质量、信誉或者其他特征主要由该地理标志所标示地区的自然因素或者人文因素所决定。就法律条款的表述方式看，《商标法》第十六条第一款是从消极的、否定的方面作出规定的，“并非来源于”和“不予注册并禁止使用”的双重否定所表达的是一种肯定的内容，即商标中包含商品的地理标志的，只有在该商品来源于该地理标志所标示的地区且不会误导公众的情形下，才可以注册并使用。同时，商标注册虽然不以商标已实际使用为前提条件，但《商标法》所鼓励和倡导的是真实、公开、合法的商标使用行为，避免因单纯注册而不加以实际使用的商标注册行为，造成商标资源的浪费以及给其他经营者造成的商业标志使用上的障碍。因此，判断诉争商标的注册是否违反了《商标法》第十六条第一款的规定，亦应当从上述法律规定的精神实质出发，合理确定举证责任的分配，由商标注册申请人或者商标注册人承担举证责任，证明使用诉争商标的商品来源于地理标志所标示的地区且不会误导公众。如果商标注册申请人或者商标注册人不能提供证据证明使用诉争商标的商品来源于地理标志所标示的地区且不会误导公众，包括诉争商标未实际使用因而没有实际使用该商标的商品的情形，均应当认定该诉争商标的申请或

① 北京市第一中级人民法院（2014）一中知行初字第1463号行政判决书，北京市高级人民法院（2015）高行（知）终字第1568号行政判决书。

者注册违反了《商标法》第十六条第一款的规定。该案虽然是一起商标授权确权行政诉讼案件，但其举证责任分配理念与民事案件基本相同。

2.特定品质的举证责任。鉴于我国地理标志大多注册为证明商标，依据商标法第三条第碱款的规定，证明商标应由对某种商品或者服务具有监督能力的组织所控制。《集体商标、证明商标注册和管理办法》第五条规定：申请证明商标注册的，应当附送主体资格证明文件并应当详细说明其所具有的或者其委托的机构具有的专业技术人员、专业检测设备等情况，以表明其具有监督该证明商标所证明的特定商品品质的能力。依据以上法律规定，地理标志权利人依法应当具备一定的检测能力以履行其监督责任，因而案涉产品是否具有特定品质的初步举证责任应由地理标志权利人承担较为适宜。如果被控侵权人不认可地理标志权利人就案涉产品是否具有特定品质做出的检测结果，此时举证责任发生转移，即由被控侵权人承担后续的举证责任，也即被控侵权人应证明地理标志人出具的检测结果存在错误以及案涉产品具有特定品质。

结语

地理标志司法保护在促进地方经济发展、乡村振兴、保护商誉和品牌价值、维护市场秩序和公平竞争以及推动文化传承等方面都具有重要意义。在我国尚未制定专门的地理标志法律的前提下，司法部门在审理地理标志案件时，应坚持利益平衡原则，以现有商标法以及其他与地理标志相关法律中的规定，对不同侵权行为的性质进行准确认定，严格界定合理使用的范围，合理分配举证责任，既要保护地理标志权利人的合法利益，又要充分尊重地理标志天生具有公益性的特征，促进地理标志产业以及我国农业经济的更好发展。

医药企业品牌管理的重点与风险防范

孟爱华，杨启迪

孟爱华 律师 合伙人，韩国首尔大学法学硕士，在读博士，北京市律师协会竞争与反垄断法律专业委员会副秘书长，北京市朝阳区律师协会知识产权委员会委员，北京市法学会国际经济法学研究会会员，北京海归创新创业导师，沧州仲裁委仲裁员，海口国际商事调解中心调解员。

从业十多年来，孟律师办理过上千件知识产权案件和商事合同纠纷案件，能够为客户提供全面的知识产权战略制定、风险规避和商事争议解决方案。

杨启迪，中国政法大学 在读硕士研究生；北京德和衡律师事务所 实习生

摘　要：根据《Brand Finance2023 年全球最具价值医疗品牌榜单报告》显示，有四家中国医药品牌进入《全球最具价值医药品牌榜》25 强，除云南白药排名维持不变，其余三个品牌：国药集团、广药集团以及上海医药都取得了排名上升的成绩，国药集团排名最高，位居全球医药品牌第 11 名。[①]品牌不仅是企业经营的旗帜，也是企业的无形资产，通过塑造品牌，企业能够持续累积超越产品本身的附加利益。目前国内医药领域竞争愈发激烈，传统的医药批发及零售平台已经难以充分满足医药产品的商业化需求，无法为产品带来增值服务，竞争主体纷纷开始向打造知名医药品牌方向发力，品牌管理与运营成为医药企业的发展的重点环节。但由于医药行业的特殊性，其品牌的塑造与知名度提升是一个长期的过程，需要企业在品牌管理运营方面进行持续努力和创新，而且为了公众健康的考量，政策与法规还为行业的品牌运营设置了众多的雷区，稍有不慎就会触碰法律的红线。笔者将基于对行业的调研以及实务经验，从品牌建设、品牌使用、品牌宣传以及品牌维护四个角度展开，梳理医药行业品牌管理的全流程法律关注重点和风险点，以期为相关从业人员提供参考和指引。

关键词：医药企业，品牌管理，商标权

① 参见《2023 中国医药品牌价值和品牌强度评估报告》https://brandirectory.com/reports/chinese-pharma-2023-cn

一、品牌建设：商标的确权

商标是品牌打造的核心，我国商标法律体系下允许使用未注册的商标，但只有注册商标后权利人才能享有完整的商标专用权，才能为之后的品牌管理与运营奠定扎实的权利基础。

早年《国家工商行政管理局关于公布必须使用注册商标的商品的通知中》列明人用药品包括中成药（含药酒）、化学原料药及其制剂、抗生素、生化药品、放射性药品、血清疫苗、血液制品和诊断药品必须使用注册商标，虽然该文件业已失效，且商标法相关法律法规再未对药品商品作出类似规定，但《药品说明书和标签管理规定》尚有“药品说明书和标签中禁止使用未经注册的商标”的规定[①]，出于风险最小化和利益最大化考虑，医药企业打造品牌的第一步应当是进行商标的注册，不建议医药产品中使用未注册的商标。

（一）商标的注册

1、先申请原则

商标的注册遵循先申请原则，依照我国《商标法》第三十一条规定：两个或者两个以上的商标注册申请人，在同一种商品或者类似商品上，以相同或者近似的商标申请注册的，初步审定并公告申请在先的商标；同一天申请的，初步审定并公告使用在先的商标，驳回其他人的申请，不予公告；同日使用或者均未使用的，各申请人30日内自行协商；不愿协商或者协商不成的，国家知识产权局商标局通知各申请人以抽签的方式确定一个申请人，驳回其他人的注册申请。

2、商标注册的实质性条件

① 构成要素符合法律规定。商标标识应当属于文字、图形、字母、数字、三维标志、颜色组合和声音等，以及上述要素的组合。

② 构成要素具有显著性，便于识别。即某一件标志使用在指定商品或服务上，能够让相关公众认为其应该或者实际与商品或服务的特定出处有关。

③ 不与在先合法权利相冲突。此处的在先的合法权利是指在商标申请注册日之前已经取得的，除商标权以外的其他权利，主要包括其他知识产权及我国《民法典》中所规定的相关人身权，如姓名权、肖像权。

④ 不使用法律禁止使用或禁止注册的标志，具体规定于《商标法》的第十条、第十一条以及第十二条中，企业相关从业人员应当注意阅读《商标审查审理指南》中对《商标法》的第十条、第十一条以及第十二条的解读与举例以加深对上述条款的理解。[②]

⑤ 不与他人已注册商标相同或近似。不得在相同或类似商品上使用与他人已注册的商标相同或近似的商标，避免造成公众的误认与混淆。

⑥ 不得不以使用为目的恶意申请注册。商标法律体系下不允许恶意囤积商标的行为。

（二）医药行业商标注册的常见误区

1、商标带有功能误导性

医药企业在申请商标注册如商标的标识有明显的功能误导性极有可能被审查主体归为《商标法》第十条第一款第七项中“带有欺骗性，容易使公众对商品的质量等特点或者产地产生误认的”

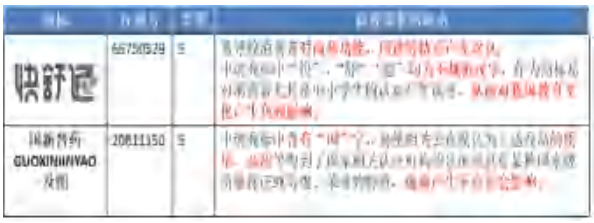
① 《药品说明书和标签管理规定》第二十七条：药品说明书和标签中禁止使用未经注册的商标以及其他未经国家食品药品监督管理局批准的药品名称。

② 《商标审查审理指南》下篇第三章。

的情况。欺骗性是指标志对其指定商品或者服务的质量等特点或者来源做了超过其固有程度或与事实不符的表示，容易使公众对商品或者服务的质量等特点或者来源产生错误的认识。比如将“万能”标志指定使用在“药品”商品上。①

2、有害社会主义道德风尚或存在不良影响

此处的不良影响内涵比较模糊，属于审查主体解释的空间较大的条款，所以医药企业在设计商标的时候需主动避免在商标上做噱头营销，且要谨慎使用花体字设计商标，标志中含有不规范汉字或系对成语的不规范使用容易误导公众特别是未成年人认知，也属于不良影响的范畴。



3、仅有商品通用名称

医药企业有在商品包装中标注商品通用名称的行规，因此也有很多企业习惯性将通用名称作为商标使用，但《商标法》明确规定仅有本商品的通用名称不得作为商标注册。而且《中华人民共和国药品管理法》第二十九条也明确规定：列入国家药品标准的药品名称为药品通用名称。已经作为药品通用名称的，该名称不得作为药品商标使用。

这里“仅”是指申请注册的商标中除本商品或者服务的通用名称、图形、型号以外并无其他构成要素，如果属于其他构成要素＋通用名称的情况则不属于禁止注册的范畴。

4、仅直接标识商品的质量、原料、功能等特点

“仅直接表示”是指申请商标仅由对指定商品或者服务的质量、主要原料、功能用途、重量、数量及其他特点，具有直接说明性和描述性的标志构成，或者商标虽然包含其他构成要素，但整体上仅直接表示。

（三）医药行业商标注册类别的选择

医药企业在申请商标时应当遵循“类别申请，群组保护”原则，根据企业自身需要选择注册类别，首先要全面覆盖企业现有的业务范围，在此基础上延伸到易混淆的商品类别，避免竞争者或其他市场主体的攀附，如果企业对未来几年内的业务有明确规划的，还应当囊括企业未来的业务范围。比如：药品研发、生产类企业的核心类别是：第 1 类（工业和科学用生物制剂等）；第 5 类（药品；医用营养品；医用营养食物；医用营养添加剂；）；第 3 类（不含药物的化妆品）；药品（药械）销售/零售/批发类企业的核心类别是：第 35 类（广告、零售批发服务、特许经营）；医疗机构服务、护理中心建设、保健、医美服务类企业：第 42 类（医疗、社会福利服务、卫生、美容服务等）；第 43 类（为消费准备食物和饮料的服务等）；第 44 类（医疗诊所服务、老年人护理中心、医院、心理专家服务、医疗设备出租、治疗服务、理疗、疗养院等）。

① 《商标审查审理指南》下篇第三章 2.7 条。

二、品牌使用：商标的维持

商标并非在注册完成后就万事大吉，企业在商标注册完成后更需要规范使用商标，以维持商标的有效性。通过使用增加商标和商品或者服务的联系，强化商标识别商品来源的功能是塑造出驰名的商标、知名的品牌的前提。

（一）商标使用过程中的注意事项

在使用商标的时候要注意注册商标需要在核定使用范围之外的商品上使用的，应当另行提出注册申请；注册商标需要变更注册人的名义、地址或者其他注册事项的，应当提出变更申请；使用过程中想改变注册商标的应当重新提出注册申请。不当的商标使用会导致权利人失权，《商标法》第四十九条明确规定商标注册人在使用注册商标的过程中，自行改变注册商标、注册人名义、地址或者其他注册事项的，由地方工商行政管理部门责令限期改正；期满不改正的，由商标局撤销其注册商标。

医药企业除了关注《中华人民共和国商标法》以及《商标审查及审理标准》的一般性规定，还应该重点排查是否在使用中违反了《药品说明书和标签管理规定》的特殊规定，比如第二十七条就规定了药品说明书和标签中禁止使用未经注册的商标以及其他未经国家食品药品监督管理局批准的药品名称。药品标签使用注册商标的，应当印刷在药品标签的边角，含文字的，其字体以单字面积计不得大于通用名称所用字体的四分之一。

（二）三年不使用撤销的风险防范

1、三年不使用撤销制度的概念

商标的资源是有限的，而且商标的价值在于使用，为了避免注而不用、囤积商标的行为《商标法》规定了“撤三”制度，商标没有正当理由连续三年不使用的，任何单位或者个人可以向商标局申请撤销该注册商标。

此处的使用，需要从法律角度解读根据《商标法》第四十八条本法所称商标的使用，是指将商标用于商品、商品包装或者容器以及商品交易文书上，或者将商标用于广告宣传、展览以及其他商业活动中，用于识别商品来源的行为。首先，商标注册人应当在核定使用的商品上使用注册商标。商标注册人在核定使用商品之外的类似商品上使用其注册商标，不能视为对其注册商标的使用。其次，使用必须是商标法意义上的使用，《商标法审查审理指南》就明确规定了以下情形，不被视为商标法意义上的商标使用：（1）商标注册信息的公布或者商标注册人关于对其注册商标享有专用权的声明；（2）未在公开的商业领域使用；（3）改变了注册商标主要部分和显著特征的使用；（4）仅有转让或许可行为而没有实际使用；（5）仅以维持商标注册为目的的象征性使用。

2、品牌管理策略：如何应对撤三危机

当企业面临其他单位或者个人提起的撤三时，存在两条应对的路径，本文分别梳理如下。

① 路径一：提供商标使用的证据。提供使用证据是应对撤三危机最常规的路径，企业需要提供在对方提起撤三之日之前三年内实际使用商标的证据，可以是自身使用商标的记录也可以是自身授权他人后，他人实际使用商标的证据。但仅提交下列证据，不视为《商标法》意义上的商标使用：1、商品销售合同或提供服务的协议、合同；2、书面证言；3、难以识别是否经过修改的物证、视听资料、网站信息等；4、实物与复

制品。

② 路径二：证明存在正当理由。当企业无法提供三年内实际使用证据的时候也不意味着商标必然被撤销，企业可以尝试证明自己对商标的不使用存在着正当的理由。《中华人民共和国商标法实施条例》第六十七条规定下列情形属于商标法第四十九条规定的正当理由：（一）不可抗力；（二）政府政策性限制；（三）破产清算；（四）其他不可归责于商标注册人的正当事由。依据最高人民法院印发《关于审理商标授权确权行政案件若干问题的意见》的通知第 20 条，商标权人有真实使用商标的意图，并且有实际使用的必要准备，但因其他客观事由尚未实际使用注册商标的，可认定有正当理由。

因为药品行业有其特殊性，需经国家有关部门的审核、批准及检验合格之后才能投入生产并进行销售，因此医药当医药企业的商标被提起撤三，而无法提供出使用证据时，就应当考虑是否是由于行业的审批要求才导致未实际使用，同时尽力去搜集可以证明可以体现企业对该商标存在真实使用意图的证据。比如，在贵阳新动力绿色食品有限公司与国家知识产权局撤销复审案中，法院就认可了争议商标虽未进入实际流通领域。[①]但新动力公司于指定期间就体现诉争商标的胶囊向相关行政部门提出注册申请，并多次进行检测的行为表明，其在为诉争商标的实际使用做必要准备；同时，结合食品药品监督管理部门出具的多份委托生产备案凭证，可以证明新动力公司在胶囊商品上具有真实使用诉争商标的意图，此时正当理由得证。

（三）商标通用化的风险防范

1、通用化撤销的概念

通用化撤销是商标使用不当失权的另外一个常见情况。商标的通用化，是指已经注册的商标成为其核定使用商品或服务上的通用名称。《商标法》第四十九条第二款规定，注册商标成为其核定使用的商品的通用名称的，任何单位或者个人可以向商标局申请撤销该注册商标，该条规制的即是一个标志成为注册商标后演变为通用名称而失权的情况。

在医药领域“阿司匹林”商标的通用化就是最典型的例子，“阿司匹林”原是拜尔公司注册商标，由于疗效显著“阿司匹林”在消费者中享有极高的知名度，且拜耳公司在早期没有及时向其他在同类药品中使用“阿司匹林”商标的厂家维权也没有纠正媒体和公众以“阿司匹林”指代所有的同类药，导致“阿司匹林”现已通用化为一类药品的代称，从“阿司匹林”的名称私权领域进入了公共领域。

2、品牌管理策略：如何避免商标因通用化而被撤销

① 积极维权，避免竞争企业将商标作为商品名称使用。在市场竞争中，经营者可能出于善意或恶意的目的使用他人的商标，甚至故意采取使得注册商标通用化的行为，而此时商标权人对于市场上的混淆行为是否有针对性地采取知识产权保护措施直接影响企业品牌竞争力。如“雪花”商标争议案中，拥有“雪花”组合商标的内蒙古金穗公司在商标侵权十余年后才针对多家面粉生产厂家提起侵权诉讼，此时“雪花”组合商标的显著性已经事实上随着“雪花粉”这一面粉名称的通用化而减弱。

② 注意宣传方式，避免用商标代替产品或

①① 参见（2018）最高法行再 87 号判决

者服务宣传。商标权人在使用其注册商标时未区分商标与商品名称的界线或对其商标进行过度宣传等行为，均可能导致消费者逐渐无法将注册商标与特定的商品或服务提供者相联系，使得注册商标成为一类商品的统称。

③ 增强风险意识，排查权威期刊、词典是否将商标作为名词收录，媒体是否有将企业注册的商标作为名词使用，及时交涉。期刊、词典和媒体的介绍报道会进一步推动和强化社会公众的认知，影响注册商标通用化的过程。如在“解百纳”商标案中，张裕公司针对图书报刊中将“解百纳”解释为葡萄品种或者特定葡萄酒口味的内容也没有及时向相关出版社或媒体提出异议，导致公众逐渐将“解百纳”误认为某一特定葡萄品种酿造的葡萄酒，严重影响了张裕公司后续的品牌布局。

④ 申请防御商标，通过这种防御性商标扩大专用权的保护范围，有效地防止其他竞争者妄想通过在另类商品上使用该商标进而分散其显著性，以最终达到淡化为通用名称的意图。

三、品牌宣传：营销过程中的法律风险防范

品牌营销是品牌管理的重要一环，广告营销不仅能增加企业品牌的可识别性，强化商标的显著性，更能够扩大商品的知名度，通过对商品特征的宣传打开销路。在当前医药市场竞争极为激烈的情况下，医药行业对通过广告营销获得竞争优势度存在严重的路径依赖，长年盘踞各行业广告投放额度前三名。[①]

但是医药行业的广告恰恰属于我国广告监管中的特殊领域，医药类的广告营销不仅需要遵守广告法法律体系下的一般规定，还需要符合专为医药行业设置的特殊规范，甚至针对医疗、药品、医疗器械、保健食品、药妆等不同的领域监管还提出了不同的合规要求。医药企业为了获得更好的宣传效果采用的营销手段往往会触犯行政监管的雷区。据北京市广告与网络交易监测中心发布的《北京市广告监测报告（2024 年上半年）》，医药行业相关领域的广告占传统媒体渠道涉嫌违法广告的 19%，而在互联网渠道中这一数据更是达到了惊人的 54%。[②]

图 1 北京市广告监测违法广告类别占比图（2024 年上半年）

2023 年 8 月末，国家市场监督管理总局集中曝光一批涉医药领域广告违法典型案例，体现了市场监管总局针对医药领域将持续加大广告监督执法力度，严厉打击违法违规广告的趋势。[③]复杂

① 参见孔德淇：《医药广告简单粗暴，为何却总能“成功”？》，载《国际品牌观察》2018 年第 2 期。
② 参见公众号“北京广告协会”：行业资讯： 北京市广告监测报告（2024 年上半年）https://mp.weixin.qq.com/s/KpoP5_iGumVfRQpUCHqQFQ.
③ 参见《市场监管总局集中曝光一批涉医药领域广告违法典型案例》，https://www.samr.gov.cn/xw/zj/art/2023/art_0617976369964a49a4ecad003

的法律规范、居高不下的广告违法概率和愈发严格的监管呼吁医药行业严肃对待品牌宣传过程中的法律风险，必须加大合规审查的力度。

根据我国《广告法》以及相关法律法规的表述，医药行业涉及广告可以根据商品类型不同分为医疗广告（指利用各种媒介或者形式直接或间接介绍医疗机构或医疗服务的广告）、药品广告、医疗器械广告、保健食品广告和特殊医学用途配方食品广告。相关从业人员在审查品牌宣传广告时既需要依据《广告法》《商标法》《反不正当竞争法》等法律法规排除广告宣传中的常规风险点，也需要参考医药行业的特殊规定和不同类型广告的特有规则排除行业特殊风险点，比如：《药品管理法》、《医疗器械监督管理条例》、《医疗广告管理办法》、《广告绝对化用语执法指南》《医疗美容广告执法指南》等。

在具体的审查过程中，可以根据以上的法律法规依次审查广告的内容中是否存在被法律禁止的内容、是否采用了被禁止使用的词汇以及广告进入公开领域之前是否履行了审批义务，并进行了特殊的标注。

（一）宣传内容的禁止

1、商品类型的限制

医药行业作为涉及公众健康的特殊领域，法律明确规定了部分的商品或服务不能够进行广告宣传、部分商品仅能够通过限定的渠道进行宣传。

根据我国《广告法》的规定，一般的处方药，只能在国务院卫生行政部门和国务院药品监督管理部门共同指定的医学、药学专业刊物上作广告。而麻醉药品、医疗用毒性药品、放射性药品等特殊药品，药品类易制毒化学品，以及戒毒治疗的药品、医疗器械和治疗方法，则属于绝对禁止宣传的类型，不可以通过任何的渠道以任何的形式进行广告宣传。

需要提醒是，医美行业或者医疗机构在推广医疗美容服务项目时没有意识到很多医美用品就属于医疗用毒性药品，比如常见的保妥适、衡力就是注射用 A 型肉毒毒素。比如 2021 年 5 月杭州科伊医疗美容诊所有限公司就因为在公司室外店招发布了“水光针、玻尿酸、肉毒素、光子嫩肤、皮肤管理”等文字宣传内容的广告被杭州市下城区市场监管局作出行政处罚，责令停止发布违法广告，并处罚款 20 万元。①

2、禁止妨碍社会公共秩序或者违背社会良好风尚内容

《广告法》第九条第七项规定，广告不得有妨碍社会公共秩序或者违背社会良好风尚的情形。妨碍社会公共秩序或者违背社会良好风尚需要依社会一般人的标准进行审查判断，比如医疗美容广告中制造“容貌焦虑”，将容貌不佳与“低能”“懒惰”“贫穷”等负面评价因素做不当关联或者将容貌出众与“高素质”“勤奋”“成功”等积极评价因素做不当关联的情形就属于与健康的价值观不符，违背了社会的良好风尚。又如某些医疗机构对外宣传去泰国可以做性别鉴定、试管婴儿、定制龙凤胎及试管婴儿的成功案例也属于典型的违反公序良俗的情形。相关从业人员在审查过程中应当具有一定的舆情敏感度。

3、禁止虚假广告

内容虚假或者引人误解，欺骗、误导消费者的广告属于虚假广告，虚假广告的具体表现形式

ee69232.html

① 公众号“杭州市市场监督管理局”：快看，杭州医疗美容领域 10 个典型案例，https://mp.weixin.qq.com/s/en_kadZNr5E3dkVrm1qeuQ.

包括（一）商品或者服务不存在的；（二）商品的性能、功能、产地、用途、质量、规格、成分、价格、生产者、有效期限、销售状况、曾获荣誉等信息，或者服务的内容、提供者、形式、质量、价格、销售状况、曾获荣誉等信息，以及与商品或者服务有关的允诺等信息与实际情况不符，对购买行为有实质性影响的；（三）使用虚构、伪造或者无法验证的科研成果、统计资料、调查结果、文摘、引用语等信息作证明材料的；（四）虚构使用商品或者接受服务的效果的；（五）以虚假或者引人误解的内容欺骗、误导消费者的其他情形。

医药广告中常见的被认定为虚假广告的情形主要是对功能做虚假的描述，实践中对功能的虚假描述还可能被认定为《反不正当竞争法》中规定的“引人误解的”商业宣传，构成不正当竞争。比如海市监处字〔2018〕604号行政处罚中某医疗器械有限公司实际仅对神经衰弱、失眠、便秘有辅助治疗作用却在广告中号称能够净化血液、使血液pH值保持弱碱性，治疗高血压、高血糖、颈椎疾病、帕金森、腰椎间盘突出、头痛、飞蚊症等疾病，就是典型的对功能的虚假描述，最终被认定为违反了《中华人民共和国反不正当竞争法》第八条第一款之规定，由市场监督管理局责令立即停止违法行为，作出了处罚款人民币50万元的行政处罚。

4、禁止变相广告

实践中为了获得消费者的信任，企业常常以某种形式来掩盖广告宣传的本质，较为常见是在广播电台、电视台中以新闻报道、养生节目中假借所谓专家、达人的名义介绍医药企业的产品或者服务。但此类行为一来不符合《广告法》第十四条关于广告可辨识性的规定，二来通过广播电台、电视台、报刊音像出版单位、互联网信息服务提供者以介绍健康、养生知识等形式变相发布医疗、药品、医疗器械、保健食品广告也是《广告法》明文禁止的。

除了《广告法》，行业相关的其他法律法规也对变相的广告宣传作出了禁止性的规范。如《医疗广告管理办法》第十六条规定禁止利用新闻形式、医疗资讯服务类专题节（栏）目发布或变相发布医疗广告。有关医疗机构的人物专访、专题报道等宣传内容，可以出现医疗机构名称，但不得出现有关医疗机构的地址、联系方式等医疗广告内容；不得在同一媒介的同一时间段或者版面发布该医疗机构的广告。

（二）广告用语的规定

1、不得使用驰名商标做宣传

《中华人民共和国商标法》第十四条第五款规定生产、经营者不得将“驰名商标”字样用于商品、商品包装或者容器上，或者用于广告宣传、展览以及其他商业活动中。如果不慎在广告中使用了驰名商标，存在被行政处罚的风险。比如安徽古南丰实业股份有限公司“古南丰”注册商标曾被认定为驰名商标，公司委托他人制作的广告中提及：“中国驰名商标、古南丰、徽派黄酒领袖、省级非物质文化遗产——本坊小缸酿造技艺”。2021年3月30日，黄山市市场监督管理局接到举报后进行核查，责令当事人停止违法行为，并处罚款10万元。当事人在法定期限内履行了行政处罚决定。[①]

2、不得使用绝对化词语

《广告法》第九条第一款（三）规定了广告

① 参见黄市监执法处字〔2021〕40号。

不得使用“国家级”“最高级”“最佳”等用语。这一类的绝对化用语存在误导消费者，贬损同类竞争者的嫌疑，因此法律明确予以禁止，并规定了“二十万元以上一百万元以下罚款”的行政处罚。在实际审查中需要避免使用“最”相关的词语（例如最佳、最好、最优）；与“一”相关的词语（例如中国第一、销量第一、No.1）；与“级/极”相关的词语（例如国家级）；与“首/家/国”相关的词语（例如独家、国礼）；与“品牌、排名”相关的词语（例如王牌、领袖、冠军）；没有具体依据的与“配方”相关的词语（例如纯天然、祖传），相关从业者应当特别关注《广告绝对化用语执法指南》中的详细规定。

3、规范引用数据

《广告法》规定广告使用数据、统计资料、调查结果、文摘、引用语等引证内容的，应当真实、准确，并表明出处。引证内容有适用范围和有效期限的，应当明确表示。广告中如果存在不规范引用数据或引用无源数据的情况会由市场监督管理部门责令停止发布广告，对广告主处十万元以下的罚款。

此类行为同时也可能构成《反不正当竞争法》中的虚假宣传的行为，而被处以更高额度的罚款。比如 2021 年 8 月 17 日，广州宝洁有限公司因旗下产品舒肤佳将没有充分科学论证的“去除 99% 细菌”进行突出标注，而被平顶山市市场监督管理局罚款 20 万元。行政处罚决定书指出，当事人在该产品外包装的以上标注是对其产品功能作引人误解的商业宣传，属欺骗、误导消费者。上述宣传使当事人生产销售“舒肤佳 TM 柠檬清新型香皂”和同类产品竞争时处于有利地位，损害其他经营者合法权益。上述行为属引人误解的商业宣传。[①]

4、特殊用语禁区

我国的法律法规还针对不同的广告类型设置了不同的用语禁区，从业人员需要依据广告的类型一一排查。比如《广告法》规定医疗、药品、医疗器械广告不得含有表示功效、安全性的断言或者保证的词汇，也不能有说明治愈率或者有效率的语句。保健食品广告中不得含有表示功效、安全性的断言或者保证；不能涉及疾病预防、治疗功能；不能声称或者暗示广告商品为保障健康所必需。

《药品、医疗器械、保健食品、特殊医学用途配方食品广告审查管理暂行办法》则规定了药品、医疗器械、保健食品和特殊医学用途配方食品广告不能含有“安全”“安全无毒副作用”“毒副作用小”；明示或者暗示成分为“天然”，因而安全性有保证等内容；不能含有“热销、抢购、试用”“家庭必备、免费治疗、免费赠送”等诱导性内容，“评比、排序、推荐、指定、选用、获奖”等综合性评价内容，“无效退款、保险公司保险”等保证性内容，怂恿消费者任意、过量使用药品、保健食品和特殊医学用途配方食品的内容。

（三）审批与标注的要求

1、审批规定

医疗、药品、医疗器械、农药、兽药和保健食品广告的应当在发布前由广告审查机关对广告内容进行审查；未经审查不得发布，会受到相应的处罚。

不同的类型的商品或者服务的广告还有不同的审批要求，《医疗广告管理办法》第三条规定

① 参见平市监处字〔2021〕62 号。

了医疗机构发布医疗广告，应当在发布前申请医疗广告审查，未取得《医疗广告审查证明》，不得发布医疗广告。《药品、医疗器械、保健食品、特殊医学用途配方食品广告审查管理暂行办法》第六条规定，医疗器械广告的内容应当以药品监督管理部门批准的注册证书或者备案凭证、注册或者备案的产品说明书内容为准。医疗器械广告涉及医疗器械名称、适用范围、作用机理或者结构及组成等内容的，不得超出注册证书或者备案凭证、注册或者备案的产品说明书范围。

此外《互联网广告管理办法》还补充规定了，广告审查后发布于互联网的，应当严格按照审查通过的内容发布，不得剪辑、拼接、修改，已经审查通过的广告内容需要改动的，应当重新申请广告审查。

2、标注要求

某些特殊的商品由于与公众健康密切相关，在广告宣传投放之前还需要在广告中进行特别的标注：

① 药品广告应当显著标明禁忌、不良反应，非处方药广告应当显著标明非处方药标识（OTC）和请按药品说明书或者在药师指导下购买和使用。

② 推荐给个人自用的医疗器械的广告，应当显著标明“请仔细阅读产品说明书或者在医务人员的指导下购买和使用”.医疗器械产品注册证书中有禁忌内容、注意事项的，广告应当显著标明禁忌内容或者注意事项详见说明书。

③ 保健食品广告应当显著标明“保健食品不是药物，不能代替药物治疗疾病”，声明本品不能代替药物，并显著标明保健食品标志、适宜人群和不适宜人群。

④ 特殊医学用途配方食品广告应当显著标明适用人群、“不适用于非目标人群使用”请在医生或者临床营养师指导下使用。

四、品牌维护：商标的侵权识别与维权

（一）侵权类型识别

1、侵犯普通商标

《中华人民共和国商标法》第五十七条规定除了兜底条款之外规定了六类侵犯注册商标专用权的行为，包括（一）未经商标注册人的许可，在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标的；（二）未经商标注册人的许可，在同一种商品上使用与其注册商标近似的商标，或者在类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的商标，容易导致混淆的；（三）销售侵犯注册商标专用权的商品的；（四）伪造、擅自制造他人注册商标标识或者销售伪造、擅自制造的注册商标标识的；（五）未经商标注册人同意，更换其注册商标并将该更换商标的商品又投入市场的；（六）故意为侵犯他人商标专用权行为提供便利条件，帮助他人实施侵犯商标专用权行为的。

这六类行为中最常见的是第二项，在相同或者相近似的商品上使用与注册商标相同或者相近似的商标。此类案件中侵权判断的难点在于商标相近似的认定，具体而言应从商标本身的形、音、义和整体表现形式等方面以相关公众的一般注意力为标准，采用隔离对比、整体比对和要部比对相结合的方法，判断商标标志本身是否相同或者近似。同时还应当充分考量注册商标的显著性和知名度因素。

以“汤臣倍健”诉“汤臣卫士”商标侵权案为例：[①]

① 参见（2019）鄂03民初223号一审判决。

图 2　被告使用商标

图 3　原告注册商标

原告是“汤臣倍健”“汤臣倍健及图”的商标的权利人，被告注册了“汤臣卫士”纯文字商标。在实际使用的过程中，被告故意将注册商标变更为如上图所示的“汤臣卫士及图”的组合商标的形式。在判断商标是否近似的过程中，法院认为，被控侵权标识与引证商标的构成要素相同，在图形的构图及颜色、中文文字及英文字母的排列方式、各要素组合后的整体结构上相同或近似，易使相关公众对商品的来源产生误认或者认为其来源与原告注册商标的商品有特定的联系。结合引证商标的知名度，足以认定被控侵权标识容易造成混淆、误认构成近似商标。

2、侵犯驰名商标

《商标法》第十三条规定为相关公众所熟知的商标，持有人认为其权利受到侵害时，可以依照本法规定请求驰名商标保护。与普通商标不同，若医药企业所持有的某商标能够被认定为驰名商标，则该商标权可获得跨类的保护，也即法律所规定的“就不相同或者不相类似商品申请注册的商标是复制、摹仿或者翻译他人已经在中国注册的驰名商标，误导公众，致使该驰名商标注册人的利益可能受到损害的，不予注册并禁止使用。”需要注意我国驰名商标的认定遵循个案认定、按需认定、被动认定的原则：

如果医药企业的商标足以被认定为驰名商标，且需要在诉讼中主张跨类保护的，可以主动向法院申请认定为驰名商标，获得更强的保护。诺和诺德制药有限公司诉沈阳市其乐大帝商贸有限公司侵害商标权及不正当竞争纠纷案就是医药企商标跨类保护成功典型，实现了从第 5 类（人用药品、药物等）到第 25 类（服装、鞋、手套）的跨类保护。[①]

3、构成不正当竞争

《反不正当竞争法》第六条经营者不得实施下列混淆行为，引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系：（一）擅自使用与他人有一定影响的商品名称、包装、装潢等相同或者近似的标识；（二）擅自使用他人有一定影响的企业名称（包括简称、字号等）、社会组织名称（包括简称等）、姓名（包括笔名、艺名、译名等）；（三）擅自使用他人有一定影响的域名主体部分、网站名称、网页等；（四）其他足以引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系的混淆行为。

医药行业中的同业竞争者侵犯商标权通常有攀附的目的，为了起到误导、欺骗消费者的作用，这些竞争者不仅会违法使用他人商标，还可能作出仿冒商品的外包装、使用与商标权人相同或者近似的企业名称等行为，这类行为还可能构成不正当竞争。企业在进行商标维权工作时，应当注意识别侵权人是否同时存在以上不正当竞争的行为，可以一并起诉。

① 参见（2018）最高法行再 87 号判决。

比如在稳健医疗用品股份有限公司诉苏州稳健医疗用品有限公司、苏州航伟包装有限公司、滑某侵害商标权及不正当竞争纠纷案中，被告不仅在同类产品中使用了其注册商标“稳健医疗”，还使用了稳健医疗用品股份公司的“稳健”的企业字号，该字号就属于在行业内具有一定影响力的企业名称。[①]原告就发现后同时以侵害商标权和不正当竞争为由起诉被告。法院认定作为成立在后的同业竞争者，在稳健股份公司企业名称在业内具有一定影响力情况下，擅自使用相同的“稳健”文字作为其企业字号开展相同商品的经营活动，其主观上明显具有攀附稳健股份公司商誉的目的。最终法院判决被告赔偿 100 余万元，原告成功维护了企业的品牌价值。

（二）品牌管理策略：如何实现全方位维权

1、发现侵权的初步处理

① 固定证据。如果侵权人侵犯了商标所有权人的注册商标专用权，企业实现维权的第一步也是最关键的一步就是及时固定证据以供后续的诉讼或者其他维权手段使用，可以采用公证、互联网电子信息保全等手段来固定对方的侵权证据。通过搜集证据、固定证据的过程也可以分析出侵权行为的范围和严重程度，以便进一步思考后续的维权路径选择。

② 发送警告函。如果对方的侵权行为范围较小、影响不大，或者说企业的维权目标是希望对方立即停止侵权，对侵权损害赔偿不作要求，可以考虑发送警告函。警告函发送后企业需要留痕，若后续争议无法解决，已发送的警告函可以作为维权的证据使用。

③ 在纠纷解决阶段双方可以首先尝试进行协商解决引起的纠纷，企业作为商标所有权人可以要求侵权人立即停止侵权行为，销毁侵权商标标识。

2、民事诉讼途径

① 提起民事诉讼。如果经过与商标侵权人的协商，仍然无法解决问题商标所有权人可以选择将争议提交法院进行诉讼解决，并提出要求停止侵权行为、赔偿经济损失、登报道歉和消除影响等。

② 要求惩罚性赔偿。《商标法》第六十三条第一款规定：“对恶意侵犯商标专用权，情节严重的，可以在按照上述方法确定数额的一倍以上五倍以下确定赔偿数额。”对方当事人存在多次侵权、警告后仍然侵权等恶劣行径的，及时保存证据，可以在诉讼中提出惩罚性赔偿。

3、行政投诉途径

根据《商标法》的规定，对侵犯注册商标专用权的，任何人可以向侵权人所在地或者侵权行为地县级以上工商行政管理机关控告或者检举，在投诉过程中投诉人需要准备好初步的证据材料向执法监督部门展现商标侵权的事实。

行政投诉的途径往往能起到意想不到的维权效果。工商行政管理部门有权查阅、复制与案件有关的合同、账簿等有关文件，询问当事人和证人，采用拍照、摄像等方式进行现场执法检查并记录于卷宗中，商标权利人可在工商部门行政处理后提起民事诉讼可以申请法院向工商部门调取相关证据材料。执法部门还可以对涉嫌侵权的产品清点数量、规格后查封，后续的民事诉讼中也能申请调取工商行政管理部门查处案件中的查封扣押产品。除了打击了侵权人的侵权行为实际上起到了为后续诉讼固定证据的作用。

① 参见（2022）苏民终 842 号判决。

4、刑事控告途径

商标侵权还可能构成刑事犯罪，权利人可以通过刑事控告的途径实现维权。我国《刑法》规定了假冒注册商标罪，销售假冒注册商标的商品罪，非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪这三种类型的商标侵权罪。

权利人可以通过直接向公安机关报案或者控告或者建议法院民庭向公安机关移送相关犯罪线索和证据两种方式来提起刑事控告。不过需要注意民事侵权和刑事犯罪的区别，侵权人的侵权行为只有“情节严重”“数额较大”等程度时，才构成犯罪，达不到相应程度的，则仅系一般的商标侵权行为，刑事诉讼程序中对于证据的要求相应地也更严格，权利人在民事诉讼中的证据在刑事诉讼程序不一定会被认可采纳。

参考文献

[1] 孔德淇：《医药广告简单粗暴，为何却总能“成功”?》，载《国际品牌观察》2018 年第 2 期。

[2] 黄市监执法处字〔2021〕40 号。

[3] 平市监处字〔2021〕62 号。

[4] （2019）鄂 03 民初 223 号一审判决。

[5] （2018）最高法行再 87 号判决。

[6] （2022）苏民终 842 号。

[7] 《2023 中国医药品牌价值和品牌强度评估报告》https://brandirectory.com/reports/chinese-pharma-2023-cn.

[8] 公众号“北京广告协会”：行业资讯：北京市广告监测报告（2024 年上半年）https://mp.weixin.qq.com/s/KpoP5_iGumVfRQpUCHqQFQ

[9]《市场监管总局集中曝光一批涉医药领域广告违法典型案例》，https://www.samr.gov.cn/xw/zj/art/2023/art_0617976369964a49a4ecad003ee69232.html

[10] 公众号“杭州市市场监督管理局”：快看，杭州医疗美容领域 10 个典型案例，https://mp.weixin.qq.com/s/en_kadZNr5E3dkVrm1qeuQ.

关键词竞价排名中的竞争法问题研究

杨光明，曾强

曾强律师，德和衡高级联席合伙人，曾供职于美的集团国际法务部。执业 8 年以来，专注于银行与金融资管纠纷、确认合同无效及解除、土地开发等重大疑难民商事纠纷的诉讼与仲裁，以及强制执行与保全，供应链金融等业务领域，为比亚迪、招商银行、渤海银行等多家上市公司、国有企业及金融机构提供法律服务，均取得良好结果。

杨光明律师，德和衡高级合伙人、深圳办公室创始合伙人。专注于以公司为主体的复杂商事争议诉讼与仲裁，擅长庭审对抗与节奏掌控，办案经验丰富，在银行金融、合同解除与无效纠纷、执行与保全、土地开发纠纷等领域深耕多年。同时担任深圳市南山区第八届人大代表、深圳国际仲裁院仲裁员、深圳市律师协会银行法律专业委员会主任等。

摘　要：在关键词竞价排名的商业实践中，因为经营者将与其有竞争关系的其他经营者的商业标识设置为关键词，从而获取相应的竞争优势，也因此引发了大量的不正当竞争纠纷案件，而根据关键词显性使用和隐性使用的不同分类，衍生出不同的裁判规则。关键词显性使用行为将特定关键词直接体现在搜索结果的网页链接标题或网页内容中，使之对消费者直接可见，因此，对消费者而言，该关键词实际上具有识别商品或服务来源的功能。如果使用的关键词是竞争者的商标，则关键词显性使用行为可以依照《商标法》的商标侵权规定进行规制；如果使用的关键词是《反不正当竞争法》第六条规定的企业名称、商品名称、装潢等商业标识，则可以依照《反不正当竞争法》第六条的规定进行责任认定，核心在于竞争关系、原告商业标识的知名度、关键词显性使用行为是否造成相关公众混淆或误认这三方面的认定。而关键词隐性使用一般不构成商标侵权，是否构成不正当竞争，实践中存在争议，但从《反不正当竞争法》的底层逻辑来看，应当对隐性使用行为给予否定性评价。

关键词：关键词竞价排名、关键词显性使用、商标侵权、不正当竞争、关键词隐性使用、商业道德、搭便车

一、引言

随着互联网技术和商业模式的快速发展，通过互联网展示自己的品牌和产品，往往更加便捷、高效，而且，随着移动互联网和搜索引擎技术的发展，互联网营销渠道逐步成为主流。在众多的互联网营销方式中，通过第三方搜索引擎购买关键词竞价排名，进而将自己的产品展示在搜索结果中靠前展示仍是占比较高的一种营销手段。但是，在关键词竞价排名的商业实践中，因为经营者将与其有竞争关系的其他经营者的商业标识设置为关键词，从而获取相应的竞争优势，也因此引发了大量的不正当竞争纠纷案件。而在现有的司法判例中，对于关键词竞价排名的竞争法问题，按照关键词显性使用和隐性使用的不同分类，衍生出不同的裁判规则。其中，对于关键词显性使用行为的定性和法律适用、责任承担等，司法实践已基本形成统一认识，并无过多的争议，但对于关键词隐性使用行为的定性、责任承担等问题，不论是在实务界还是学术界，都存在较大的争议，而争议的源头又涉及到法律价值和目标的选择和平衡。为此，本文试图梳理关键词竞价排名中涉及到的竞争法问题，并就其中的争议问题进行分析和探讨，以求教于大家。

二、关键词竞价排名概述

（一）竞价排名的商业模式及法律性质分析

按照百度百科对“竞价排名”的定义：“竞价排名，是一种按效果付费的网络推广方式。用少量的投入就可以给企业带来大量潜在客户，有效提升企业销售额和品牌知名度。竞价排名按照给企业带来的潜在客户访问数量计费，企业可以灵活控制网络推广投入，获得最大回报。”结合实践操作，关键词竞价排名的商业模式大致可以总结为：企业通过向搜索引擎平台付费的方式，设定搜索关键词（相应的关键词一般与企业的产品相关），当消费者通过搜索引擎用特定的关键词进行搜索时，付费企业的产品广告及相应网站链接就会在搜索结果的靠前位置进行展示，付费金额越高，展示位置越靠前。

实践中，知名度不高的企业在购买关键词竞价排名时，除了设置与自身产品相关的关键词之外，往往也会为了提高自身的曝光度和知名度而将与其有竞争关系的其他竞争者的商业标识、特定产品名称等设置为自己的关键词，而这也正是本文所要讨论的问题。这种行为因为涉及到与具有竞争关系的第三方的关系，因此，具有竞争法意义上的行为属性。而根据这类行为的不同类型，又可以分别归类到《反不正当竞争法》第六条的“混淆行为”以及第二条的原则性条款所规定的一般不正当竞争行为，具体将在后文详述。

（二）关键词竞价排名的行为类型

根据司法实践中行为人对关键词的使用方式的不同，关键词竞价排名行为可分为两类，分别是关键词显性使用行为、关键词隐性使用行为。其中，关键词显性使用是指，经营者在竞价排名过程中，既在搜索引擎后台将其他有竞争关系的经营者的商业标识、特定产品名称等设置为关键词，同时也在搜索结果中对消费者展示的网站链接标题或网页内的相关文本内容中使用了该关键词。其核心在于对消费者展示的内容中使用其他竞争关系的经营者的产品关键词，进而让消费者对这一关键词直接可见，并可能产生混淆或误认。反之，关键词隐性使用则是指，仅在搜索引擎后台将其他有竞争关系的经营者的商业标识、特定

产品名称等设置为关键词，但在搜索结果中对消费者展示的网站链接标题或网页内的相关文本内容中未使用或出现该关键词。

三、关键词显性使用的竞争法规制

如前所述，关键词显性使用行为将特定关键词直接体现在搜索结果的网页链接标题或网页内容中，使之对消费者直接可见，因此，对消费者而言，该关键词实际上具有识别商品或服务来源的功能，对进行显性使用的经营者来说，该使用行为则可以被定性为“商标性使用”。基于此，根据被使用的关键词的属性，关键词显性使用行为均可在《商标法》和《反不正当竞争法》下被规制，具体来说：

1、在使用的关键词是竞争者的商标的情况下，关键词显性使用行为可以依照《商标法》的商标侵权规定进行规制。具体而言，关键词显性使用构成商标侵权需要具备四个条件：（1）关键词显性使用行为构成商标性使用，即用于识别商品或服务来源；（2）被使用的关键词与竞争对手的商标相同或相似；（3）关键词显性使用的商品或服务与商标核准使用的商品或服务类别相同或相似；（4）造成相关公众混淆或误认。

在（2017）粤 0305 民初 1059 号案例中，深圳市南山区法院就较为详细的阐释了上述关键词显性使用构成商标侵权的判定规则：“二被告将‘微粒贷’设置为其 360 搜索的推广关键词，并在搜索结果的链接中使用了‘微粒贷’的标识，对此，本院评判如下：第一，《中华人民共和国商标法》第四十八条规定，.....。二被告的上述行为系将‘微粒贷’用于广告宣传的商业活动，用于识别商品来源的行为，属于对‘微粒贷’的商标性的使用；第二，原告的第 16577654 号‘微粒贷’商标核定使用的商品/服务项目包括金融服务、网上银行、通过网站提供金融信息等，而二被告通过其经营管理的‘www.tangcredit.com’网站提供理财等金融服务，与第 16577654 号‘微粒贷’商标核定使用的商品/服务项目属于同一种类的服务；第三，二被告在搜索结果的链接中使用的‘微粒贷’的标识与原告的‘微粒贷’商标相同；第四，被告与‘微粒贷’并不具有事实和法律上的联系，二被告将‘微粒贷’设置为其 360 搜索的推广关键词，并在搜索结果的链接中使用了‘微粒贷’的标识，事实上导致了二被告将其公司及产品信息强制性地推送给了意在搜索原告网站或产品的用户，使相关公众产生混淆和误认，这种行为违反了诚实信用原则，并有悖于公认的商业道德。.....，故二被告的上述行为属侵犯原告“微粒贷”商标的商标专用权的行为，.....。”

2、在使用的关键词不是商标而是《反不正当竞争法》第六条提到的企业名称、商品名称、装潢等商业标识的情况下，则可以依照《反不正当竞争法》第六条的规定进行责任认定。其中较为核心的责任构成要件是原被告之间是否具有竞争关系、原告商业标识的知名度、关键词显性使用行为是否造成相关公众混淆或误认。国家市场监督管理总局刚刚制定的《网络反不正当竞争暂行规定》第七条第二款也专门对关键词竞价排名中的不正当竞争行为进行了规定，其内容所体现的也正是这三个核心要件：“擅自将他人有一定影响的商业标识设置为搜索关键词，足以引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系的，属于前款规定的混淆行为。”

此外，第 29 号指导案例【（2012）津高民三终字第 3 号】也专门对关键词显性使用的不正当竞争属性进行了较为详尽的论述。该案中，天津

高院认为：“‘天津中国青年旅行社’是原告1986年成立以来一直使用的企业名称，原告享有企业名称专用权。‘天津青旅’作为其企业名称简称，.....，经过多年在经营活动中使用和宣传，已享有一定市场知名度，为相关公众所知悉，已与天津中国青年旅行社之间建立起稳定的关联关系，具有可以识别经营主体的商业标识意义。所以，可以将‘天津青旅’视为企业名称与‘天津中国青年旅行社’共同加以保护。.....，经营者擅自将他人的企业名称或简称作为互联网竞价排名关键词，使公众产生混淆误认，利用他人的知名度和商誉，达到宣传推广自己的目的的，属于不正当竞争行为，应当予以禁止。天津国青旅作为从事旅游服务的经营者，未经天津青旅许可，通过在相关搜索引擎中设置与天津青旅企业名称有关的关键词并在网站源代码中使用等手段，使相关公众在搜索‘天津中国青年旅行社’和‘天津青旅’关键词时，直接显示天津国青旅的网站链接，从而进入天津国青旅的网站联系旅游业务，达到利用网络用户的初始混淆争夺潜在客户的效果，主观上具有使相关公众在网络搜索、查询中产生误认的故意，客观上.....利用了天津青旅的企业信誉，损害了天津青旅的合法权益，其行为属于不正当竞争行为，依法应予制止。”

四、关键词隐形使用中的竞争法问题

尽管司法实践对关键词显性使用的认定已有统一认识，但对于关键词隐性使用却存在争议。如前所示，由于关键词隐性使用并不会在搜索结果的网页链接或者网页内容中使用竞争对手的商业标识等关键词，因此，对于消费者或者相关公众来说，不存在“商标性使用”竞争对手的商标或商业标识的行为。而且，因为隐性使用行为没有在消费者这一端展示、使用商业标识或商标，所以消费者似乎也不会产生混淆或误认。考虑到商标性使用和造成相关公众混淆是判定商标侵权最核心的两个要件，而关键词隐性使用并不具备这两个核心要件，因此，司法实践中对关键词隐性使用不构成商标侵权这一点并不存在争议。但是，由于《反不正当竞争法》本身就是对商业标识权益的补充性保护，同时在其第二条也明确要求公平、诚信的竞争，经营行为不得损害市场竞争秩序等，因此，关键词隐性使用行为能否受到《反不正当竞争法》的规制就成了司法实践和学术界的争议性问题，以下分别论述。

1、支持关键词隐性使用构成不正当竞争的案例和学术观点

司法实践中，“海亮案”【（2022）最高法民再131号】是认定关键词隐性使用行为构成不正当竞争行为的最经典、同时也是最具争议的案例，该案历经一审、二审、最高院再审三个诉讼程序，最终由最高院一锤定音，认定关键词隐性使用行为构成不正当竞争。从该案再审合议庭法官就该案撰写并发表在《人民司法》上的文章观点来看，支持关键词隐性使用构成不正当竞争主要有几个具有说服力的理由[①]：

（1）反不正当竞争法的立法目的主要是为制止不正当竞争行为，维护和保障市场公平竞争，稳定社会经济秩序。在《反不正当竞争法》列举的具体不正当竞争行为无法涵盖新形式的不正当竞争行为的情况下，可以依据该法第二条的原则性条款予以认定。

① 晏景、李丽、包硕合著，《竞价排名行为的司法认定》，原载于《人民司法》2023年第11期，转引自“人民司法杂志社”微信公众号同名文章，链接：https://mp.weixin.qq.com/s/QyC2A-hKBVEnBukRQow-oA。

（2）行为人将他人商业标识作为关键词获取的推广效果，是通过利用他人商业标识的知名度，而将原属于他人品牌的流量引至自身网站而获得的，该行为损害了他人的竞争利益。

（3）反不正当竞争法鼓励竞争自由和创新自由，但竞争自由和创新自由不得侵犯他人的合法权益，亦不得损害社会公共利益。将他人商标或企业名称设置为关键词隐性使用的行为，对网络用户造成了信息干扰，增加了搜索成本，同时亦妨碍了搜索引擎基本功能的正常发挥。

（4）对于并非通过诚信经营而是采取将他人商标或企业名称设置为关键词隐性使用的方式来获取竞争优势的方式和手段不应予以鼓励和提倡。如果对这种行为不加以规制，不仅使得经营者长期积累的市场成果无法获得保护，也必然会挫伤市场主体诚信经营的积极性，从而抑制了市场活力。

（5）满足消费者便捷、高效获取丰富而广泛信息的需求，有赖于搜索引擎通过不断优化算法、改进匹配模式等技术手段来达成，而不应以损害市场主体的合法权益以及破坏公平竞争秩序为代价。否则，将会对消费者权益造成更大程度的损害。

从上述支持的案例可以看出，认定关键词隐性使用构成不正当竞争的最关键的法律依据就在于《反不正当竞争法》第二条第一款、第二款的原则性条款，即："经营者在生产经营活动中，应当遵循自愿、平等、公平、诚信的原则，遵守法律和商业道德。本法所称的不正当竞争行为，是指经营者在生产经营活动中，违反本法规定，扰乱市场竞争秩序，损害其他经营者或者消费者的合法权益的行为。"正如最高院在"海亮案"中所提到的，市场竞争应当遵守诚信原则和商业道德，此外，该条提到的市场竞争秩序、经营者权益、消费者权益也被称之为"三元叠加法益"。此外，也有学者认为，关键词隐性使用以及其他需要通过《反不正当竞争法》第二条解决的不正当竞争行为，可称之为"搭便车行为"①，而搭便车行为在传统大陆法系的视角下一直被视为有违商业道德的行为并被法律和司法所禁止，而这也正是"海亮案"裁判观点的基底所在。对于关键词隐性使用行为，该学者也提出："应考虑到品牌得以形成市场知名度所需要的努力与投入、知名度的利用会给原告带来的损害（通过经营积累形成的知名度才赢得消费者的主动搜寻，而被主动搜寻的机会被他人夺走）和被告由此获得的竞争优势（消费者会认为搭便车者的产品与知名商品同一档次、品质、文化，将对知名商品的部分认知转移到竞争者之中）。在'畅想软件'案【笔者注：（2015）民申字第 3340 号案例】中，.....法院（最高院）即依据搭便车理论对被告利用他人知名度的行为给予了否定性评价，值得肯定。"②

2、认为关键词隐性使用不构成不正当竞争的案例和学术观点

支持这一观点的案例中，较为典型的是（2020）沪 0115 民初 3814 号案例，该案是上海市浦东新区人民法院发布 10 个互联网不正当竞争典型案例之一，该案裁判观点认为："关键词隐性使用是指将他人的商标、企业名称或其他商业标识添加为搜索关键词，使得网络用户在输入该关键词进行搜索时，推广链接能够出现在搜索结果的广

① 冯术杰：《"搭便车"的竞争法规制》，原载于《清华法学》2019 年第 13 期，转引自"清华法学"微信公众号同名文章，链接：https://mp.weixin.qq.com/s/-qWiC9snlhnX01TUYNVsBw。

② 同引注 2。

告区域内。本案中被告仅在后台将原告的 URL 设置为搜索关键词，在前端搜索链接的标题、描述部分及打开的网页中均不含有原告的任何商业标识。在推广链接的底部明确标注了“广告”字样、载明了被告的注册商标且显示在搜索页面的最下方，同时原告网站仍位居搜索结果首页的第一位。该种使用方式未破坏原告网站对于消费者的可见性，不会导致相关公众的混淆，未扰乱正常的市场竞争秩序，亦不违反诚信原则和公认的商业道德，不构成不正当竞争。”尽管如此，从该案的事实来看，认定关键词隐性使用不构成不正当竞争并不完全是对《反不正当竞争法》第二条理解和适用的偏差和争议，核心仍在于事实层面，即隐性使用行为是否损害市场竞争秩序、损害原告的合法利益。而该案虽然也有关键词的隐性使用，但原告的网页链接仍然是在关键词检索结果的最前端，也就是说隐性使用行为没有损害原告的流量展示机会和不正当的抢夺潜在的商业机会。所以，从结果导向来看，这一案例虽然是反对关键词隐性使用构成不正当竞争，但其基底仍然是《反不正当竞争法》第二条在个案中的理解和适用。

在学术观点方面，学者更多的从不应扩大和泛化《反不正当竞争法》第二条在个案中的适用展开研究论述。例如，熊文聪教授的《关键词隐性使用的正当性辨析》一文中就认为，在关键词隐性使用行为不构成《反不正当竞争法》第六条“混淆行为”的情况下，不应扩大适用第二条规定，其称之为“向‘反法’一般条款逃逸”。此外，该文章还认为，关键词隐性使用最核心还是要看是否导致消费者混淆或误认，而且，具有一定知名度的商业标识、商标所产生的流量和交易机会不应被视为私有权益[①]。另外，原最高人民法院法官孔祥俊教授也有撰文，认为从竞争自由、创新自由的角度看，应当谨慎的适用《反不正当竞争法》第二条去禁止或限制搭便车行为（笔者注：关键词隐性使用即属于此类）[②]。

3、本文观点：应当依据《反不正当竞争法》第二条规定对关键词隐性使用行为的正当性进行评判，进而判定其是否构成不正当竞争。

虽然反对将关键词隐性使用认定为不正当竞争行为的观点有很多，例如支持竞争自由和创新自由，流量和交易机会并非私有权益等等。但在本文看来，关键词隐性使用行为属于典型的“搭便车行为”，依照境外司法案例和学术文章的观点，“搭便车行为”被称之为不劳而获、不播种而收获的不正当、不道德的行为。即使是从竞争自由和创新自由的角度来说，关键词隐性使用不同于商标滑稽模仿等具有一定再创作的行为，隐性使用的行为人没有任何创新，完全是利用他人具有一定影响力的商业标识所带来的商誉来宣传自己的产品。正如“海亮案”中所提到的观点，如果不对关键词隐性使用进行规制和苛责，那么，未来市面上的经营者都不会投入财力和人力去经营自己的商品和商誉，只需要找准一个行业龙头就可以“不劳而获”的获取潜在的商业机会。

此外，本文还认为，之所以有观点提出竞争自由、创新自由的概念，虽然针对的是关键词隐性使用行为，但实质是在说竞价排名这种商业模式的创新。但是，无论是何种创新的商业模式，都应当遵循公平、诚信的商业道德，经营竞价排

① 熊文聪：《关键词隐性使用的正当性辨析》，载于“知产前沿”微信公众号，链接：https://mp.weixin.qq.com/s/GEZ-zWSPR-Gr-bZRvK9QhQ。
② 孔祥俊：《论“搭便车”的反不正当竞争法定位》，原载于《比较法研究》2023 年第 2 期，转引自“湘江青年法学”微信公众号，链接：https://mp.weixin.qq.com/s/prvtT_kjrj7MUQvOpEhpfg。

名的第三方平台应当保持中立。就好比在一个大型商场内，各个商家都是具有竞争关系的经营者，导购台类似于竞价排名平台，而竞价排名商业模式的机制就是，只要某一个竞争者的付费更高，他就可以告诉导购台，无论消费者询问的是否是他家的品牌和产品，都将顾客引导他家消费，这样的行为难言正当、公平和道德。而且，竞价排名平台只看付费高低、不看竞价排名的关键词是否含有其他竞争对手的商业标识，这本身就是一种不中立，不应当被鼓励。虽然竞争自由值得鼓励，但可以通过很多途径实现，在设置竞价排名的关键词时，用产品通用名称而非竞争对手的商业标识，也可以实现竞价排名本来的功能和效果。

当然，前述观点是站在关键词隐性使用行为可以受到《反不正当竞争法》第二条规制的底层逻辑所提出的，最终该行为是否构成不正当竞争，仍要依据第二条规定去判断相应的隐性使用行为是否侵犯“三元叠加法益”，是否违背诚信和商业道德。

五、结语

关键词竞价排名既是法律问题，也是商业层面的问题，其所带来的竞争法上的争议问题，也有赖于法律和商业两方面的共同解决。法律层面，“海亮案”的裁判观点值得借鉴和参照，不能机械的区分和限制《反不正当竞争法》第二条和第六条适用的情形和范围，也不应只考虑竞争自由而忽视诚信和商业道德。商业层面，竞价排名作为一种商业模式，其创新性值得赞赏和鼓励，但正如本文观点，与任何技术保持中立原则一样，竞价排名的第三方平台也理应中立。虽然这对于平台的审查义务来说也许会有加重，但这是在合理范围内的加重，关键词的设置到底只是产品通用名称还是附带了其他竞争对手的商业标识，对平台而言很容易审查和识别，抑或是要求经营者在设置关键词时提供相应的产品说明、品牌商标证明文件等，这样既可以中立审查，也可以在发生争议时主张免责。

感情投资型受贿条款的定性与适用

——推定说之再提倡

周金才，柴逸凡

周金才律师，北京德和衡律师事务所高级合伙人，常务副主任、刑事合规业务中心总监。北京市律师协会刑事诉讼法专业委员会副主任、北京市律师协会第十一届商事犯罪预防与辩护专业委员会副主任、北京企业法治与发展研究会商事犯罪中心副主任、法治日报社律师专家库成员、中国人民大学法律硕士实务导师。

柴逸凡律师，中国政法大学法学学士、刑法学硕士。

摘　要：我国刑法学界当前对感情投资型受贿条款的定性争论集中在教义学领域，相关学说受制于体系解释的一致性，也饱受司法干预立法的诟病。立足目的解释的推定说能够有效解决上述问题。“可能影响职权行使”与“为他人谋取利益”是推定事实的一体两面，不会动摇一般受贿罪的构成要件体系。准确结合推定规则的原理、规律和适用条件明确其适用规则，贴合办案人员的实际思路，具有实践指导意义。将“具体请托事项”由构成要素转向推定基础事实，在坚持官方立场的基础上，能够结合多种学说之长，形成对推定说的完善。

关键词：感情投资型受贿 法律推定 可能影响职权行使

一、问题的提出

“无论哪一种学说，都认为贿赂罪的基本成立要件是设定了‘职务行为与贿赂之间的对价关系’”[①]。权钱交易既是贿赂犯罪的核心，也是司法证明的关键。违法犯罪分子往往采取各种手段掩盖权钱交易关系，造成相关要件的证明困难。对于“为他人谋取利益”要件，我国最高司法机关曾通过司法解释对其范围进行了渐次扩张。2016年最高人民法院、最高人民检察院发布的《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《解释》）第十三条将“实际”“承诺”“明知”三种情况规定为“应当认定为为他人谋取利益”，同时规定“国家工作人员索取、收受具有上下级关系的下属或者具有行政管理关系的被管理人员的财物价值三万元以上，可能影响职权行使的，视为承诺为他人谋取利益。”该条第二款对应了实践中被称为“感情投资型”受贿的类型，就其性质，形成了如法律拟制说、推定说、注意规定说、危险犯说等意见。对于该条款的分析定性，不仅影响着感情投资型受贿的理解、认定，也触及我国当前受贿罪构成要件体系的合理性判断，其重要性不言而喻。综观各论点，对该条款在教义学上的研究较为深入，对于推定规则这一方向有所不足。本文在考察推定规则的原理与特征的基础上，回归《解释》立场，重新提倡将该条款定性为法律推定条款，并阐明该条款的适用规则，解决相关疑难问题，以期能够抛砖引玉，引起对推定规则的重视与讨论。

二、推定规则的概念、特征与原理

个案裁判的过程抽象来看是三段论的证成，即根据大前提（法律规范）和小前提（个案事实）得出结论。教义学分析明确法律规范的解释、适用，属大前提研究范畴，而推定规则明确个案事实认定方法，属小前提研究范畴。两者相互独立，又存在密切关联。

（一）推定规则的概念与特征

1.推定的概念

“推定”概念是研究者眼中的“哈姆雷特”。其众多定义的共相是：推定通过证明基础事实的存在，基于一定的经验法则，认定推定事实的存在。案件事实理想的认定方式是证明，即关于某一事实的证据达到一定的标准时，方对其认定。但特殊情况下某些事实无法证明，需依赖推定加以补充。例如，美国法中确立的“占有最近被盗窃之物者被推定为盗窃者”的规则中，虽然无法证明持有被盗物者盗窃了其持有的被盗物，但根据日常经验，被盗物通常都会由被盗者持有。对于这种情况，能够推断占有被盗物者盗窃了该物。但不能排除持有人系通过购买、捡拾等方式从盗窃者处获得了被盗物。因此，允许持有人解释其持有被盗物的原因。这种经验化的推断最终形成了推定规则。

2.推定的原理

推定的原理包括常态化的经验联系、社会价值取向和政策倾向等。一般来说，推定依据两事实间存在的高概率伴随关系，如民法中“动产的占有人推定为所有权人”。立法者也可能基于政策考量确立推定规则。例如，民法中关于“相互有继承关系的数人在同一事件中死亡时死亡顺序的推定”，并非基于死亡顺序的概率，而是基于便利确定继承顺序，减少继承纠纷的考量。实践中，绝大多数推定规则都同时具备两项因素，政

① [日]山口厚：《刑法各论（第2版）》，王昭武译，中国人民大学出版社2011年版，第719页。

策考量的因素可以在一定程度上允许某项推定规则中常态化联系的程度稍弱。

3.推定的特征

推定是无法以证据等确定的方式证明推定事实而采用的临时性认定事实的方法，由于推定事实是通过概率性的联系得出的，这意味着推定事实必然存在着错误可能性，也意味着当推定事实能够得到证明时，其必须让位于证明结果。因此，推定事实必须允许推定不利方反证推翻。其创制和适用都需进行一定限制。

（二）我国语境下的推定

不同法系下推定制度存在和发展的空间不同，应当强调，我国语境下的推定有一定特殊之处。

1.法律推定与事实推定

《牛津现代法律用语辞典》中指出，“在美国法中，最基本的划分是法律推定和事实推定。”[①]法律推定与事实推定的区别在于是否由法律予以规定。学理上，应否承认事实推定作为一种推定都存在较为激烈的争论。上述争论也当然地随着推定概念引入了我国。笔者认为：（1）事实推定在非判例法国家缺乏讨论基础。有学者指出，在英美法系国家讨论法律推定与事实推定的合理性在于其法官具有“造法权”。[②]我国除有法律规定，案件事实均满足证明标准得以证明，所谓的事实推定实际上是法官心证过程的组成部分，与间接证明无本质区别[③]。有论者认为，我国的案例指导制度中的推定适用属于事实推定。[④]但笔者认为，指导案例实际上是间接证明标准的范例。例如，检例第65号的指导意义指出：“……通过对间接证据证明的客观事实的综合判断，运用经验法则和逻辑规则，依法认定案件事实，建立从间接证据证明客观事实，再从客观事实判断案件事实的完整证明体系。”（2）事实推定的概念使推理与推定产生混淆风险。一般推理具备演变为推定的潜在可能性，其过程是动态的，两者的边界具有模糊性。如德国学者罗森贝克指出，事实推定仅仅是一种经验规则，并非真正的推定。[⑤]

综上，本文的立场是我国的推定规则仅包括法律推定，不包括事实推定。“推定是由法律规定并由司法人员做出的具有推断性质的事实认定。”[⑥]

2.我国推定规则的规范用语

当前我国立法中缺乏对于推定规则的原则性规定，规范用语表达不尽统一[⑦]。具体而言：（1）既可能使用“推定”“视为”“以…论”等表述，也可能不使用任何表述。例如，《最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第七条第二款规定：“在作品或者制品上署名的自然人、法人或者非法人组织视为著作权、与著作权有关权益的权利人，但有相反证明的除外。”又如，《中华人民共和国刑法》（以下简称《刑法》）第三百九十五条第一款规定：“……不能说明来源的，差额部分以非法所得论……”。再如，《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第一千二百三十条规定：“因污染环境、破坏生态发生纠纷，行为人应当就法律规定的不承担责任或者减轻责任的情形及其行为与损害之

① [美]布莱恩·A·加纳：《牛津现代法律用语词典》，法律出版社2003年版，第698页。
② 参见何家弘：《司法证明方法与推定规则》，法律出版社2018年版，第208页。
③ 参见胡印富、David Field：《澳大利亚刑事推定证据规则适用研究》，载《河北法学》2015年第4期，第106页。
④ 参见郑文革：《推定制度研究》，中国人民大学出版社2019年版，第107页。
⑤ 参见[德]莱奥·罗森贝克：《证明责任论》，庄敬华译，中国法制出版社2018年版，第217页。
⑥ 何家弘：《司法证明方法与推定规则》，法律出版社2018年版，第202页。
⑦ 参见龙宗智：《推定的界限及适用》，载《法学研究》2008年第1期，第108页。

间不存在因果关系承担举证责任。”（2）在非推定规则中使用可能引人误认的表述。例如，《民法典》第四百六十六条第二款规定：“合同文本采用两种以上文字订立并约定具有同等效力的，对各文本使用的词句推定具有相同含义。……”。因此，在对使用相关表达的条款定性分析时，应有为慎重地结合不同性质规范的特征，不能进行单纯的文义理解。

需要特别关注的是法律拟制和法律推定的区分。由于二者均使用上述相关词汇，尤以“视为”为甚，往往引发误认，有必要对两者进行概念上的区分。法律拟制是指通过法律赋予两种性质不同的事物以相同的法律内涵。笔者认为，区分关键在于：（1）性质不同。法律推定是事实认定规则，法律拟制不是。前者针对个案事实，后者针对法律性质，无涉事实认定；（2）效果不同。法律推定是可推翻的，法律拟制不可推翻。《昆士兰州刑法典》对刑事责任年龄的规定体现了这一区别。该法规定，低于十四周岁以下的未成年人其故意或者过失行为不具备刑事责任能力，除非能够证明在案发当时，其有能力知道不应做出这类行为，十周岁以下未成年人不对任何故意或过失的行为负刑事责任。[①]

3.刑事推定规则的价值衡量

基于刑法最后保障法的性质，刑事推定规则尤有别于一般推定规则。一方面，刑事法中素有无罪推定原则，可上溯至古罗马法中“Nemo praesumitur malus nisi probetur（除非有证据，任何人不得被推定为坏人）”的表达。另一方面，刑事推定制度的独立价值在于：（1）规范司法认定活动；（2）节约司法资源、提升司法效率；（3）落实刑事政策倾向。法律是价值衡平的艺术，但毋庸置疑的是，考虑到无罪推定原则的重要地位，刑事推定规则的设置和适用必须受到严格的限制。

刑事推定规则在我国中并不少见，既包括对有利于当事人的刑事推定规则和不利于当事人的刑事推定规则。前者如排除非法证据的相关规定等。后者如关于“明知”“非法占有目的”的推定等。对推定规则的设置来源，我国学者提出的“立法推定”和“司法推定”的分类[②]，一般推定规则可同时以立法推定和司法推定的形式创制，而刑事推定规则原则上应当仅以立法推定的形式创制。然而，鉴于司法解释、规范性文件在我国刑事法律体系中发挥的实际作用，在严格以法律形式创制的推定规则寥寥无几的情况下，需要承认以司法解释形式创制的刑事推定规则。但不宜过分放宽，应当将其限制在司法解释及其同等效力以上的规范以内。

（三）推定规则的效力

通常情况下，根据诉讼法中“Ei incumbit probation, qui dicit, non qui negat.（谁主张谁举证）”的原则，主张某项事实的一方负有举证责任。推定规则的效力与举证责任、证明责任密切相关。举证责任与证明责任是一对不易区分的概念，从文义出发，举证责任是提供证据的责任，证明责任是用证据证明待证事实的责任。但是，举证的目的是为了证明案件事实，证明案件事实也必须以举证为基础。[③]我国学理上对两者并未厘清严格的区分，而实务中更是长期以举证责任之名表达证明责任之内涵。

根据我国法律规定，举证责任在法律效果上

① 参见胡印富、David Field：《澳大利亚刑事推定证据规则适用研究》，载《河北法学》2015年第4期，第112页。
② 参见何家弘：《司法证明方法与推定规则》，法律出版社2018年版，第225页。
③ 参见何家弘：《司法证明方法与推定规则》，法律出版社2018年版，第273页。

使负担方承担着若证明不力，则其主张不能成立的后果。推定规则也是如此，在形式上，于基础事实得证时使推定事实处于准成立的状态；在效果上，使对推定事实的举证责任倒置。

三、感情投资型受贿推定说之提出

（一）相关定性观点与评析

1.法律拟制说

法律拟制是指将本不具有某种法律属性的事物通过法律规定赋予某种属性。具体到本条款，持该观点的学者认为，我国刑法规定成立受贿罪需要具备“为他人谋取利益”的构成要件，而感情投资型受贿不具备这一构成要件，该条款将本不应认定为受贿罪的感情投资型受贿拟制为受贿罪。①

笔者认为这一观点难以成立。首先，法律拟制说的前提不能成立。《解释》第十三条第二款表述为“……视为承诺为他人谋取利益。”认为其属于法律拟制的前提是感情投资型受贿不具备“为他人谋取利益”这一要件。从文义上不能当然得出感情投资型受贿不需要具备“为他人谋取利益”这一要件，而参考最高人民法院官方的解读文件《<关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释>理解与适用》（以下简称《理解与适用》），其中指出：“对于后者（感情投资型受贿），由于双方在职务活动中日常而紧密的关系，谋利事项要么已经通过具体的职务行为得以实现，要么可以推断出给付金钱有对对方职务行为施加影响的意图……”。显然，《解释》的制定者并不认为感情投资型受贿无需具备“为他人谋取利益”的构成要件，反而强调其是区分感情投资型受贿的要素之一。其次，在消解了法律拟制说的前提后，感情投资型受贿与普通受贿的法律性质相同，无需进行拟制。再次，行为人能够证明其行为系正常人情往来的，仍排除其构成犯罪。若以法律拟制的角度，则满足该条规定的条件，即成立犯罪，不存在反证的空间。最后，法律拟制说违反相关基本原则。正如持此观点的论者也提出并批评的，在刑法明确规定受贿罪的构成要件的前提下，通过司法解释将某一类不具有法定构成要件的行为拟制为受贿罪，显然违反了罪刑法定原则、混淆了立法与司法的界限。

2.提示规定说

提示规定说认为，该条款提示司法人员注意，“承诺为他人谋取利益”的承诺也包括概括的承诺。②换言之，在一定前提条件下，行为人收受了财物就可以理解为对赠方存在一种抽象的、概括的承诺，因而满足了“为他人谋取利益”要件。

笔者认为这一观点存在可商榷之处：首先，提示规定说效果与初衷背反。提示规定说的提出是为了坚持受贿罪“为他人谋取利益”要件，但“为他人谋取利益”要件的扩张已经到达了文义所能涵盖的边缘。如果认为，存在为他人谋取利益的可能性就已经满足了该要件的要求，则一方面超脱了该要件的文义，有类推解释之嫌。另一方面也让司法实务事实上不可能依据这一要件对行为罪与非罪做出判断，其结果或消解或架空该要件。正如有学者评论到：“法律拟制说在受贿罪构成要件之外创设了不需要‘为他人谋取利益的犯罪构成’，而注意规定说在受贿罪的构成要件之内消解了‘为他人谋取利益’的犯罪要素。”

① 参见陈兴良：《为他人谋取利益的性质与认定——以两高贪污贿赂司法解释为中心》，载《法学评论》2016 年第 4 期，第 9 页。
② 参见付立庆：《受贿罪中“为他人谋取利益”的体系地位：混合违法要素说的提倡》，载《法学家》2017 年第 3 期，第 127 页。

[①]其次，提示规定说使“具体请托事项”要素无法发挥作用。《理解与适用》明确强调：“在刑法没有规定赠贿、收受礼金方面犯罪的情况下，受贿犯罪谋利要件的认定需要把握住一个底线，这个底线就是《纪要》确立的具体请托事项。”可能性的范畴与受贿罪职权地位说之间形成了暧昧的联系，使“具体请托事项”失去了存在的空间。最后，这种观点与法律拟制说一样，使该条款失去了通过反证推翻结论的可能。

3.具体危险犯说

具体危险犯说认为，该条款通过“可能影响职权行使”的表述，将影响职权行使的可能性作为构成要件要素，也就将贿赂犯罪由确定影响职权行使的实害犯扩展到具体危险犯。[②]

需要明确，危险犯和法律推定是两种完全不同的法律技术。危险犯与实害犯的区别在于行为确实侵害了法益，还是具有侵害法益的风险。危险犯是对于某一类法益保护的前置。法律推定是对于推定事实认定的举证责任倒置。按照笔者在上文提及的三段论模型，危险犯属于大前提的范畴，法律推定属于小前提的范畴。前者解决的问题是法律应当如何设置，而后者是在已经确定的法律基础上认定事实。

有部分持具体危险犯说的学者同时肯定推定说，将具体危险犯的观点归纳在推定说中展开论述[③]，这种概括并不妥当：其一，推定说与具体危险犯说不存在实质关联关系。也有持该学说的论者不认同推定说。其二，虽然两种学说所处的范畴不同，但都基于对同一条款的解释，而对同一条款不能同时解释为危险犯的设置条款和法律推定条款。其三，推定说和抽象危险说的核心观点相互背离。因此，将推定说与具体危险犯说揉捏在一起讨论的做法是不可取的

具体危险犯说努力尝试克服前述两种学说存在的诸缺陷，但笔者认为仍有存在一定问题。首先，危险犯的构成要件与实害犯的构成要件是不同的，按照该说论者观点，感情投资型受贿的构成要件是“可能影响职权行使”，一般受贿的构成要件是“确定影响职权行使”。构成要件的改变已然超越了解释的范畴。例如，我国刑法对于破坏交通工具罪的危险犯和实害犯分别规定于第一百一十六条和第一百一十九条。因此，以抽象危险犯说的观点理解本条，此“受贿罪”与彼受贿罪实质有别，以司法解释的形式创制一种具有不同构成要件的受贿罪，无益于该学说想要规避其他学说存在的司法权僭越立法权的风险。

其次，由于作为构成要件要素的“可能影响职权行使”不具有实践中的可操作性，此观点论者提出，应当通过“明知有具体请托事项”的条件来证明“可能影响职权行使”。《理解与适用》强调具体请托事项的重要性是事实，但如果认为，构成感情投资型受贿罪，需要满足行为人明知有具体请托事项，就在法条适用上产生了冲突。“明知”的情形，《解释》第十三条第一款明文规定属于“为他人谋取利益”。行为人明知他人有具体请托事项收受财物的，直接适用《解释》第十三条第一款入罪，而无需适用第二款入罪。

（二）推定说的具体展开

综上所述，笔者认为《解释》第十三条第二款应定性为法律推定条款为宜。当前学界关于该条款定性的学说均或多或少偏离了该条款设置的

① 马春晓：《感情投资型受贿的规范本质与体系诠释》，载《法学评论》2023 年第 5 期，第 167 页。
② 参见车浩：《贿赂犯罪中“感情投资”与“人情往来”的教义学形塑》，载《法学评论》2019 年第 4 期，第 30 页。
③ 参见马春晓：《感情投资型受贿的规范本质与体系诠释》，载《法学评论》2023 年第 5 期，第 168 页。

初衷，因而深陷某些体系性的泥沼。而现有的推定说虽具备推定规则的一般形式，未能把握推定规则的实质。

1.向事实认定方法的回归

刑事法网的严密程度与刑法划定的犯罪行为的范围有关，但无论刑法规定了何种犯罪行为的范围，在个案中认定犯罪行为的成立，都需要先进行事实认定。固然，通过取消某一构成要件的方式也可以实现免除证明此项构成要件的效果，但在事实认定环节本身解决这一问题显然更直接、有效、经济。笔者认为《解释》试图解决的问题在于，在行为人刻意营造时空区隔的情况下，国家工作人员明知他人有具体请托事项、承诺为他人谋取利益，甚至已实际为他人谋取了利益是客观事实，但司法实践中由于证据不足无法证明。对于《解释》条文的理解，应把握好这一目的。

2.设置法律推定的依据

在处理感情投资型受贿上，设置法律推定的依据是：（1）该推定符合《解释》的目的。《解释》的目的在于解决实践中隐蔽较深、证明困难的受贿犯罪类型，以法律推定的方式替代对此类受贿犯罪中“为他人谋取利益”要件的证明。（2）该推定设置符合对推定条款的限制。如前文所述，推定条款的设置需要满足一定条件。其一，《解释》第十三条第二款设立的基础事实与推定事实之间确实具备常态性联系。上下级之间、行政管理方与被管理方之间通常具备权钱交易的现实动机，尤其是在双方具有超出一般人情关系的财物往来时。其二，该条款的设立符合我国严惩贪污贿赂犯罪的刑事政策。国家在某些领域创设推定规则体现了加强该领域风险控制的立法初衷[①]。其三，“一项推定通常不仅依据司法上对盖然性的评估，而且依据证明事实实际发生时所发生的困难。”[②]参考美国法对推定规则合宪性审查的“相对便利权衡标准”，如果就证据来源和提供证据的便利性而言，控方提供证明的难度过高，甚至不可能提供证明，而被告人容易举证证明，则创制推定规则具有必要性与合理性。具体到本条款，由于当事人更容易提供自己财务交往具有合法性的证据，该条款并未给当事人造成明显不合理的负担，且减轻了控方的证明负担，节约了司法资源。（3）该推定对受贿罪犯构成要件扰动最小。前文分析的学说对该条款的解释方式，都会造成教义学体系上牵一发而动全身的负担，尤其是或多或少涉及到“为他人谋取利益”要件的实质消解、职权行为说与职权地位说等争议较大的论题。法律推定说从事实认定的角度出发解释该条款，不会直接导致教义学上体系变化的负担。（4）域外立法例也存在关于受贿罪主观要素的推定规则。《联合国反腐败公约》第二十八条规定：“根据本公约确立的犯罪所需具备的明知、故意或者目的等要素，可以根据客观实际情况予以推定。”

四、感情受贿条款推定规则的的适用

（一）一般适用规则

1.推定规则适用的前提是案件事实无法证明

前文已述及，证明与推定均为事实认定方法，而根据证据裁判原则，推定是对证明的补充。因此，推定规则应当在案件事实无法得到证明时适用。华尔兹教授就指出：“……（法律推定）其前提是没有关于该特定事项的直接证据。”我国也有学者认为，我国刑事诉讼在本质上仍属职权主义模式，办案机关负有查明事实真相的责任。[③]《中

① 参见赵俊甫：《风险社会中的刑事推定——一种法哲学的分析》，载《河北法学》2009 年第 1 期，第 289 页。
② [美]约翰·W·斯特龙主编：《麦考密克论证据》，汤维建等译，中国政法大学出版社 2004 年版，第 663 页。
③ 参见杜邈：《刑事推定规则的特征、类型与司法适用》，载《法学论坛》2022 年第 2 期，第 57 页。

华人民共和国刑事诉讼法》（以下简称《刑事诉讼法》）第五十二条明确规定：“审判人员、检察人员、侦查人员必须依照法定程序，收集能够证实被告人有罪或无罪、犯罪情节轻重的各种证据。”因此，设置推定规则并不代表办案机关可以怠于查明案件事实。推定规则应当在案件事实确实无法得到证明时适用。

2.对推定规则的反驳

推定规则依据基础事实认定推定事实，对于推定规则的反驳，既可以是对于基础事实的反驳，也可以是对于推定事实的反驳，但两者有一定的区别。前者是对适用推定规则的反驳，后者是对于推定规则效力的反驳，集中表现为两者证明责任与证明标准的不同。基础事实的证明责任在于控方，推定事实的证明责任倒置于辩方。根据《刑事诉讼法》有关规定，控方在刑事诉讼中的证明标准应当达到“事实清楚，证据确实充分”的程度，在学理上解读为“高度盖然性”或“排除合理怀疑”的标准。考虑到控辩双方在刑事诉讼中的地位，基于保护被告人的原则立场，在倒置的责任中，不应要求辩方也达到控方相同的标准。有学者认为达到民事诉讼中“优势证据”的标准即可。[①]概言之，对基础事实的反驳并非一种证明责任，而是举证权利，只要能够形成合理怀疑，动摇控方的证明体系即可。而对推定事实的反驳是一种证明责任，应达到一定的证明标准，大致相当于民事诉讼中的证明标准。

需要强调，对于推定事实的反驳并非要求被告人证明其未利用职权为他人谋取利益，正如法谚所云：“Factum negantis probatio nulla est.（否定性的事实无证明可言）”。被告人实际上是通过说明收受财物的正当理由来证明不具有利用职权为他人谋取利益的动机。举例说明：经查明领导甲收取了其管辖区域内企业主乙银行转账 5 万元，控方认为应适用推定条款，推定甲承诺为乙谋取利益。但甲辩称，自己与乙是多年好友，乙因有事未能出席其子婚礼，转账礼金 5 万元。并提供了证据证明甲乙双方交往多年，转账时间与甲子婚礼时间相隔仅 2 日，且乙女结婚时甲也随礼 5 万元。应当认为甲对推定事实的反驳成立，不认定其构成感情投资型受贿罪。

（二）对“可能影响职权行使”的理解

对于作为法律推定规则的感情投资型受贿条款，“为他人谋取利益”是其推定事实，其在基础事实范围的认定上仍有争议。从教义学的视角，对感情投资型受贿条款规定的该类型受贿罪的入罪要素，仍存在两要素与三要素的争论，其中“具有上下级关系或行政管理关系”“收受财物价值三万元以上”作为要素基本没有疑问，关键在于对“可能影响职权行使”的理解。持两要素的论者认为，只要满足前两项要素，无需再对是否“可能影响职权行使”进行判断，其可以看作一种提示。[②]而三要素论的论者认为，“可能影响职权行使”也是本罪的入罪要素。

目前，可以认为三要素论基本占据了主流，而三要素论内大致可分为两种观点：其一，认为当满足其他两项要素时，推定“可能影响职权行使”成立；[③]其二，认为“可能影响职权行使”是一项实质判断要素。后者又包括综合全案因素认

① 参见郑文革：《推定制度研究》，中国人民大学出版社 2019 年版，第 204 页。

② 参见马春晓：《感情投资型受贿的规范本质与体系诠释》，载《法学评论》2023 年第 5 期，第 168 页。

③ 参见罗开卷：《感情投资型索取、收受财物行为之入罪要件论》，载《上海政法学院学报（法治论坛）》，2020 年第 5 期，第 98 页；参见邓晓明：《如何准确把握“感情投资”行为的定性处理——把握权钱交易本质特征 紧扣三个要件审慎认定》，载《中国纪检监察》2023 年第 11 期，第 50 页。

定和以是否存在具体请托事项认定。综合全案因素认定的观点认为，“可能影响职权行使”不仅是一项实质要素，而且是最重要的要素，其余两项要素是为了论证“可能影响职权行使”的存在，并不决定其存在。[①]而具体请托事项认定的观点未从文义与体系出发解读，但认为“可能影响职权行使”的司法判断标准是“行为人是否存在具体请托事项”。[②]

笔者的基本立场是两要素论，但与旧的两要素论不同，笔者认为“可能影响职权行使”应当与后文“视为为他人谋取利益”结合理解，具体理由是：其一，我国受贿罪的核心是权钱交易，按照通说观点，“权”是指职务行为，在刑法一般受贿罪的构成要件中体现为“利用职务便利”“为他人谋取利益”。正如有学者指出的：“‘为他人谋取利益’和‘利用职务上的便利’是职务行为的一体两面。”[③]因而在解释时，也应将二者结合理解。其二，在明确了《解释》第十三条第二款是推定规则的前提下，不难理解“可能影响职权行使”实质上是表达了推定规则中基础事实与推定事实之间的常态化联系，即国家工作人员在收受具备特定关系人大额财物时，有很大可能会利用职务便利为对方谋取利益。综上，两要素论中的两要素是推定规则中的基础事实，职务行为是推定事实。

旧的两要素论并未在准确定性推定规则的基础上阐明“可能影响职权行使”不作为基础事实的本质原因。三要素论中，认为“可能影响职权行使”推定成立的观点违反了推定制度不得二次推定的原则——推定的基础事实必须是无须证明的确定事项或者是已经得到符合证明标准的证明事实[④]该论点的根本问题在于没有正确理解“可能影响职权行使”和“为他人谋取利益”一体两面的关系。而认为“可能影响职权行使”是实质要素的观点，是在采纳具体危险说的立场下，将限制入罪的条件从对推定规则的反驳转移到“可能影响职权行使”中。对此笔者认为：首先，需承认，实质要素论的优势在于能够为实务提供具有可操作性的判断标准，能够发挥限制入罪的实际效果，并且在形式上将其作为入罪要素，形成了保护的前置化。但是，其一，前文已详述，采具体危险说会造成教义学体系的负担，尤其是强调“可能影响职权行使”作为一项独立的要素，更割裂了职权要件与谋利要件实是一体两面的理解，激化谋利要件实质消解、职权行为异化为职权地位等学理争议。其二，就本质而言，其认为应当结合各项因素判断是否实质性地“可能影响职权行使”与笔者的观点殊途同归。因为在实践中，即使采实质要素观点的实务人员，也不可能从正向判断行为人是否已经满足“可能影响职权行使”的标准，不满足的不予入罪。而同样是在假设行为人“可能影响职权行使”的前提下，从反面寻找可能推翻这一假设的合理解释。笔者的观点显然更贴合实务人员的办案思路。其三，无论是《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》中第三条第六项的部分因素，还是“具体请托事项”，都可以在推定规则下作为反驳要素发挥影响事实认定的作用。

① 参见王帅：《感情投资型受贿中“可能影响职权行使”的认定——基于300份裁判文书说理分歧的展开》，载《中国人民公安大学学报（社会科学版）》2023年第4期，第28–29页。

② 参见徐宏：《“感情投资”型受贿中“可能影响职权行使”的司法认定》，载《中国检察官》2021年第10期，第23页。

③ 叶良芳：《“为他人谋取利益”的一种实用主义诠释——<关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释>第13条评析》，载《浙江社会科学》2016年第8期，第32页。

④ 郑文革：《推定制度研究》，中国人民大学出版社2019年版，第148页。

综上，可大致称为“新两要素论”的观点结合了旧的两要素论和三要素论的合理之处，更具合理性。

（三）争议问题的处理

在认定《解释》第十三条第二款为推定规则的前提下，能够较为妥当地处理现存的争议问题。除上文已经论述过的对“可能影响职权行使”的理解等，还包括以下问题。

1.“3 万元以上”标准是否累计计算

感情投资型受贿适用中的一项争议问题是，对于该款中规定的“3 万元以上”，仅限于收受同一对象财物，还是也包括收受多个对象财物累计计算。从作为推定规则基础事实的角度出发，“3 万元以上”的标准是基于司法解释者认定，在收受超过这一标准的财物时，国家工作人员利用职权为他人谋利的可能性较大。就社会经验而言，收受某人的财物，意味着为此人谋利的可能增大。但收受多人财物，并不必然导致为某人谋利可能性增大。例如，在某次职务调动中，乙、丙、丁三人都有机会调任某职务，领导甲收受乙 3 万元财物与收受乙、丙各 1.5 万元财物相比，显然在收受乙 3 万元的情况下，更可能为乙谋取利益。再举一个极端的例子，领导甲收受 100 名下属每人 300 元拜年红包，显然不可能为该 100 人中的任何人谋取利益。此外，认为能够累计计算的观点在教义学上混淆了“职权行为”与“职权地位”的概念，即受贿罪中收受财物行为应当对应具体职权行为，而不能仅因国家工作人员具有职权地位就认定其构成犯罪，在讨论可能性的情况下也应当坚持这一观点。

2.“具体请托事项”立场的坚持

感情投资型受贿适用中的另一项争议问题是，是否应当坚持，若是则如何坚持“具体请托事项”的标准。前文提及，《理解与适用》指出认定感情投资型受贿应当坚持“具体请托事项”这一底线，但并未说明应当如何坚持。实务和学界对此都存在争议。有部分观点直接提出，感情投资型受贿就是不存在具体请托事项的受贿类型。[①]前文也评析了部分观点，其认为认定感情投资型受贿，需要给付财物方提出具体请托事项。在司法解释官方立场未明确改变前，应当谨慎采取前一种立场。对于后一种立场，由于《解释》第十三条第一款明确规定“明知”应当认定为“为他人谋取利益”，而给付人提出了具体请托事项，收受人仍不明知的情况实际不可能存在，其观点也难成立。本文的立场能够妥善解决这一困境。在将“具体请托事项”看作构成要素的立场下，这一要素必然应与行为人具备主客观关联，即或是行为人实现了具体请托事项，或是行为人主观上认识到了具体请托事项。无论是客观要素还是主观要素，都已被《解释》第十三条第一款所穷尽。依照本文立场，该要素不必然与行为人具备主客观联系。无论是“上下级或行政管理关系”还是“收受财物 3 万元以上”，其实质是在某些特定条件下，收受财物者为给付者谋取利益的可能性较大。在客观上具有具体请托事项的特定关系人之间形成权钱交易的可能性显然更大。例如，甲是乙的上级，但甲是否具备人事权显然直接决定了甲能否在人事调动中利用职权为乙谋取利益。因此，笔者认为应当将客观上具有可实现的具体请托事项作为该推定规则的基础事实。

① 参见邓晓明：《如何准确把握“感情投资”行为的定性处理——把握权钱交易本质特征 紧扣三个要件审慎认定》，载《中国纪检监察》2023 年第 11 期，第 50 页。

五、结论

我国受贿罪规范体系整体呈现出务实的倾向，在理论上长期存在较多争议。当前对感情投资型受贿条款的定性争论集中在教义学领域，由于需坚持体系解释的一致性，导致各种学说或多或少存在难以克服的问题。立足《理解与适用》表达的官方目的解释，将其定性为法律推定规则，将“可能影响职权行使”与“为他人谋取利益”结合理解为推定事实，能够避免在体系上对既存的构成要件体系产生干扰。准确结合推定规则的原理、规律和适用条件明确其适用规则，贴合办案人员的实际思路，具有实践指导意义。将“具体请托事项”由构成要素转向推定基础事实的理解，能够合理解决前者在《解释》第十三条第一款和第二款间形成的适用疑问，结合各学说合理之处的同时，坚持《理解与适用》提出的以“具体请托事项”为底线的立场。

参考文献：

一、著作类

[1][日]山口厚：《刑法各论（第 2 版）》，王昭武译，中国人民大学出版社 2011 年版。

[2][德]莱奥·罗森贝克：《证明责任论》，庄敬华译，中国法制出版社 2018 年版。

[3][美]布莱恩·A·加纳：《牛津现代法律用语词典》，法律出版社 2003 年版。

[4][美]约翰·W·斯特龙主编：《麦考密克论证据》，汤维建等译，中国政法大学出版社 2004 年版。

[5] 何家弘：《司法证明方法与推定规则》，法律出版社 2018 年版。

[6] 郑文革：《推定制度研究》，中国人民大学出版社 2019 年版。

[7] 张军主编:《刑事证据规则理解与适用》，法律出版社 2010 年版。

二、文献类

[1] 胡印富、David Field：《澳大利亚刑事推定证据规则适用研究》，载《河北法学》2015 年第 4 期。

[2] 龙宗智：《推定的界限及适用》，载《法学研究》2008 年第 1 期。

[3] 陈兴良：《为他人谋取利益的性质与认定——以两高贪污贿赂司法解释为中心》，载《法学评论》2016 年第 4 期。

[4] 付立庆：《受贿罪中“为他人谋取利益”的体系地位：混合违法要素说的提倡》，载《法学家》2017 年第 3 期。

[5] 马春晓：《感情投资型受贿的规范本质与体系诠释》，载《法学评论》2023 年第 5 期。

[6] 车浩：《贿赂犯罪中“感情投资”与“人情往来”的教义学形塑》，载《法学评论》2019 年第 4 期。

[7] 赵俊甫：《风险社会中的刑事推定——一种法哲学的分析》，载《河北法学》2009 年第 1 期。

[8] 杜邈：《刑事推定规则的特征、类型与司法适用》，载《法学论坛》2022 年第 2 期。

[9] 罗开卷：《感情投资型索取、收受财物行为之入罪要件论》，载《上海政法学院学报（法治论坛）》，2020 年第 5 期。

[10] 邓晓明：《如何准确把握“感情投资”行为的定性处理——把握权钱交易本质特征 紧扣三个要件审慎认定》，载《中国纪检监察》2023 年第 11 期。

[11] 王帅：《感情投资型受贿中“可能影响职权行使”的认定——基于 300 份裁判文书说理分歧的展开》，载《中国人民公安大学学报（社会科学版）》2023 年第 4 期。

[12] 徐宏：《“感情投资”型受贿中“可能影响职权行使”的司法认定》，载《中国检察官》2021 年第 10 期。

[13] 叶良芳：《“为他人谋取利益”的一种实用主义诠释——<关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释>第 13 条评析》，载《浙江社会科学》2016 年第 8 期。

社会调查报告在未成年人刑事案件中的适用探析

田鲁豫

田鲁豫，北京德和衡（济南）律师事务所执业律师，执业领域：公司业务、建设工程、民商事争议解决，2022 年被聘为济南市历城区人民法院特邀调解员。从业至今代理数十起诉讼案件，参与办理多家企业重整、投融资非诉案件，为多家大中型国有企业提供常年法律顾问服务，精通商事合同审查，具备扎实的法律功底及丰富的实务经验。

摘　要：近年来，未成年人犯罪频发，探究其成因预防未成年人犯罪以及挽救误入歧途的未成年罪犯帮助其回归社会尤为重要，在此过程中，未成年人社会调查报告发挥着关键作用。我国未成年人社会调查报告制度自 1991 年萌芽至 2012 年《刑事诉讼法》修改正式在立法上确立并发展延续至今，为未成年人刑事案件的审理、未成年罪犯的刑罚执行提供方案支持。但社会调查报告在制度层面多为原则性规定，可操作性较弱，在适用中存在属性不明、制作标准不统一、审查程序缺失、制作困难等情况。有必要从各方面入手完善未成年人社会调查报告制度以贯彻落实“教育、感化、挽救方针，教育为主、惩罚为辅”的处理原则。

关键词：社会调查报告；未成年人；刑事案件

一、社会调查报告概述

（一）社会调查报告制度的概念及确立

未成年人社会调查报告制度，是指，在刑事诉讼开始后，相关的案件主体对未成年犯罪嫌疑人、被告人的成长经历、犯罪原因、监护教育等情况进行细致调查并作出书面的社会调查报告，以此来作为侦查机关、检察机关和审判机关做出决定、裁定或判决的重要参考。

在国的未成年人社会调查报告制度最早起源于 90 年代，最高人民法院于颁布了《关于审理未成年人刑事案件的若干规定》于 1991 年。根据这些规定，案件审判人员要对未成年人进行必要的家访和调查在开庭前，以此了解未成年被告人的生活环境、成长经历等，社会调查报告制度由此开始初露头角。紧接着，公安部发布了《公安机关办理未成年人违法犯罪案件的规定》于 1995 年，在这一规定中，要求侦查人员首先要了解涉案未成年人的成长环境、受教育的程度等与未成年人成长有密切关系的相关情况在讯问未成年人之前。在 2001 年，最高人民法院发布的《关于审理未成年人刑事案件的若干规定》中，规定了对未成年人，控辩双方可以进行社会调查并作出报告，人民法院也可以委托有关的社会团体组织调查或自行调查根据需要和实际情况。随后，最高人民检察院发布《人民检察院办理未成年人刑事案件的规定》于 2002 年，规定检察人员可以根据需要，结合社会调查报告了解未成年人相关情况从而为办案提供参考，在审查起诉时。至此，公检法分别对未成年人社会调查报告制度做了规定。[1]

2006 年，最高检对此进行修改，规定检察院可以通过移送社会调查报告进行协助，对于简易程序中的未成年犯。2010 年，中央社会治安综合治理委员会、两高、两部、共青团中央发布《关于进一步建立和完善办理未成年人刑事案件配套工作体系的若干意见》以下简称《六部门意见》）规定，司法行政机关社区矫正工作部门负责社会调查报告，也可以联合或者委托共青团组织或其他社会组织进行。同时该意见明确社会调查应贯穿刑事诉讼始终。同年，两高三部联合颁布《关于规范量刑程序若干问题的意见（试行）》，规定社会调查报告应当在法庭上宣读并接受质证。这一项规定赋予了未成年人社会调查报告一定的证据属性。[2]

2012 年《刑事诉讼法》修改，第二百七十九条规定公、检、法根据情况可以对未成年人的有关情况进行调查。至此，在立法层面，我国正式确立了未成年人社会调查报告制度，为以后统一完善该制度奠定了基础。是未成年人社会调查报告制度的重要里程碑。

（二）社会调查报告对未成年人刑事案件的意义

近年来，未成年人犯罪频发，在社会上引起广泛的关注。相应的，在各界的广泛呼吁下，法学界的讨论下，《中华人民共和国刑法修正案十一》下调了刑事责任年龄。但是，下调刑事责任年龄的做法并不能从根源上减少未成年人犯罪的发生，要从成因方面入手方能降低犯罪概率。其中，未成年人社会调查报告制度发挥着十分重要的作用，其从未成年人成长环境、家庭教育等方面全面分析未成年人犯罪的成因，为预防未成年人犯罪工作提供可靠资料，以求从源头上减少未成年人犯罪的发生。根据我国刑法的规定，死刑不适用未成年犯罪人，对待未成年被告应当从轻或减轻处罚，且根据我国未成年人保护法的精神：坚持教育为主，惩罚为辅的原则，未成年人适用

刑罚较轻，在接受教育改造之后必然要回归社会。为使未成年人更好得融入社会避免其再犯罪，贯彻保护未成年人的精神，未成年犯罪人相应的改造工作便成为执行刑罚时的重中之重。未成年人社会调查报告通过了解分析未成年人家庭环境、心理活动等，对症下药提出可行性意见，以为未成年人进行社区矫正或回归社会提供重要参考。

二、社会调查报告在未成年人刑事案件中适用存在的问题

在立法层面，虽然 2012 年《刑事诉讼法》的修改正式确立了社会调查报告制度；实践部门最高人民法院、最高人民检察院、公安部均对此作出了回应，进一步修改了相关司法解释。但也都限于原则性规定，可操作性不强，适用中暴露出一些问题：

（一）社会调查报告属性尚待明确

社会调查报告是否属于证据，学界存在争议。主要有证据说和参考说。[3]

证据说几乎占据主流地位，该学说认为社会调查报告属于证据。社会调查报告具备证据三性：真实性，社会调查报告记录客观事实，虽包含工作人员的主观分析，但主观分析方法是客观合理的。关联性，根据《刑事诉讼法》第五十二条的规定，办案人员在收集证据时应该全面，包括定罪、量刑的所有证据。社会调查报告包含对未成年人成长经历以及犯罪原因等内容的记叙是法官洞悉未成年人犯罪动机判断其主观恶性的重要依据；社会调查报告所记录的未成年人监护教育情况以及未成年人犯罪后心理状态等是法官做出酌定量刑的重要参考。所以，社会调查报告具有关联性。合法性，社会调查报告制度由《刑事诉讼法》明文规定，制作主体由法律赋予其权力，主体合法；由法律规定之内容，故形式合法；制作方式合理合法；2010 年两高三部联合颁布的《关于规范量刑程序若干问题的意见（试行）》规定，社会调查报告应当在法庭上宣读并接受质证，由此看来，社会调查报告的适用程序合法。[4]由此，支持该观点的学者认为，社会调查报告符合证据三性，且适用时需要质证，故属于证据。

参考说则认为，社会调查报告不属于八种法定证据种类之一，其与案件事实的发生没有必然联系，不是证据。两高司法解释似乎也支持此种观点，表达为“参考”。

对于部分学者考虑到社会调查报告不属于八种法定证据类型之一，试图将其归类也无果便认为其不应认定为证据，笔者认为是否应认定为证据的讨论不应该拘泥于法律现有的拘束，否则便会使大量对于定罪量刑有用的材料排除在证据之外无法适用。对于关联性问题，笔者认为社会调查报告与发生的案件无关联，不能用来判断是否构罪，但其包含的主要内容正是法官量刑所需要考虑的因素，是法官量刑的重要依据，可以做为量刑证据。同时，笔者认为社会调查报告属于品格证据，对考量行为人的人身危险性和主观恶性、确定量刑轻重有一定的影响。[5]品格证据一词虽来源于英美法系，在我国立法中无明文规定，但司法实践中多有涉及。办案人员办理案件所参考的社会调查报告所呈现出的未成年人一贯表现、品德、行为特点等内容符合品格证据特点，实践中也一般如此适用。[6]

（二）社会调查报告的制作程序及标准尚待明确

1.社会调查报告制作主体不统一

《刑事诉讼法》规定公、检、法可以进行社

会调查。目前为止，根据最新的司法解释：《高检规则》规定人民检察院是进行社会调查的主体，同时规定了可以委托有关组织和机构；《高法解释》规定，人民法院为社会调查主体，并且可以委托社区矫正机构、共青团、社会组织等；《公安机关办理刑事案件程序规定》规定，公安机关是社会调查主体，但未规定是否可以委托进行或委托何种组织进行。2010 年的《六部门意见》表明，社会调查的主体为未成年犯罪嫌疑人、被告人户籍所在地或居住地的司法行政机关社区矫正工作部门，同时，可以联合相关部门开展，或委托共青团组织以及其他社会组织协助。

进行梳理后发现，可以进行社会调查的主体范围极广，在制度层面相关法律、司法解释、其他规范性文件等并没有形成统一规定。公检法三方分别解释，各执一词的现状很容易导致相互推诿造成制作延误或者交叉管理造成司法资源浪费情况的发生。同时，社会调查报告不仅只有单一的客观事实记载，还需要借用心理学、犯罪学、社会学等进行专业分析，多元且混乱的制作主体势必阻碍该制度的专业化，使社会调查报告的作用大打折扣，也不利于对制作主体的监管。

2.社会调查启动时间的滞后性

《六部门意见》阐明社会调查报告应贯穿刑事诉讼始终。但该意见以及相关法律法规、司法解释、规章等并未对此做出具体规定，限于教育和办案、量刑的参考。该原则性规定赋予办案人员极大的自由裁量权。按理来说，公安机关最先介入整个刑事诉讼，应当由公安机关来启动社会调查，但实践中并非如此，启动主体多为人民检察院或人民法院，体现了适用时间上的滞后性。这使社会调查报告在侦查阶段无法对公安机关是否提请批捕、采取何种强制措施发挥作用，在审查起诉阶段无法对检察院是否作出不起诉决定做出指导。

3.社会调查报告内容和形式单一

作为适用于不同未成年人的专一报告理应具备差异性，但实践中，社会调查报告却呈现内容单一、千篇一律的现象。对社会调查内容规定最为全面的是 2010 年的《六部门意见》，包括未成年犯罪嫌疑人、被告人的家庭情况、成长经历、社会交往、性格特点、是否具备有效社会帮教措施或者监护条件，以及涉嫌犯罪前后表现等情况。实践中往往生套模板对以上信息进行罗列，导致社会调查报告可用性不强。调查人员往往采用访谈形式来完成以上信息的收集，对象一般限于未成年人的父母、邻居、老师、同学以及未成年犯罪嫌疑人、被告人本人，此种方式虽然快捷高效，但样本过少，很难获得更为准确的数据。

（三）社会调查报告审查程序缺失

司法解释明确规定社会调查报告可作为办案、量刑的参考，该材料的质量直接决定了其适用效果。作为贯穿于整个未成年人刑事诉讼过程的重要材料，社会调查报告的审查应该受到重视，但相关立法均未对调查报告的审查程序、审查标准等作出规定。实践中，对于相关部门提交的社会调查报告一般直接采用并不进行复核，容易忽略调查人员是否采用了胁迫等非法手段，未成年犯罪嫌疑人、被告人是否遭受了不公正对待等问题，不利于对其人权的保护。某一制度的运行若监管不力极易造成义务主体的玩忽职守亦或是权利主体的权力滥用，正因如此，社会调查报告总体呈现质量不高的样态。所以有必要制定完整的社会调查报告审查机制，加强对报告的审查以保证该制度的良性运作。

（四）社会调查报告的适用存在困境

1、社会调查报告制度落实不到位

《刑事诉讼法》规定对于未成年人刑事案件“可以”进行社会调查制作社会调查报告，而不是“应当”，此种说法导致社会实践报告并未实现未成年人刑事案件的全覆盖适用。[7]实践中，对于未成年犯罪嫌疑人、被告人人数较多的案件或者异地犯罪嫌疑人、被告人有时不进行社会调查。对于第一类人数众多的案件，办案人员分身乏术，常常因为人手不够而不进行或对部分人不进行社会调查。但实际上，对于未成年人人数较多的案件更需要洞察其心理、家庭、教育因素以了解犯罪成因，防止此类案件再发生。对于第二类异地未成年人犯罪案件，由于需要跨地区调查，制作难度较高，成本巨大，通常办案人员也选择不制作社会调查报告。但笔者认为这不应成为社会调查报告适用对象不平等的借口，求方便图省事而剥夺未成年犯罪嫌疑人、被告人的应有权利本就有悖于司法公平公正的理念。

2、社会调查报告制作困境

首先，社会调查报告的制作耗时耗力，成本较高。尤其以员额制司法制度改革以来，相关部门人员调整，案多人少现象突出，加之以结案率作为司法工作人员考核要素之一，这样一项高消耗的工作便容易被搁置，但公正不该为效率让步，故形成一套完善的社会调查制度以使专人专责尤其重要。其次，调查人员往往难以取得未成年犯罪嫌疑人、被告人及其近亲属的信任，实践中总有不配合、取证难的状况发生，呈现出与未成年人关系越近、越了解未成年人品性的人所述情况越具主观性，天然得隐去对未成年人不利的因素。未成年人的年龄、性格特点等因素也可能导致未成年人不愿敞开心扉诉说事实。调查报告的制作困难重重。

三、完善社会调查报告在未成年人刑事案件中的适用

（一）社会调查报告应当遵循的原则

首先，制作社会调查报告应当遵循客观真实的原则。社会调查报告最重要的是客观事实记载，制作者的专业分析也是基于客观事实产生的，这就要求制作者必须投身实践，真正与被调查的人员进行交谈，采用科学的方法进行信息的收集与分析。其次，制作者应秉持中立原则，社会调查报告不应偏袒任何一方，只有在相对的两方中保持中立，才能理性分析事实，得出最准确的结论。最后，真正坚持落实《未成年人保护法》规定的“教育、感化、挽救”的方针，“教育为主、惩罚为辅”的原则，对所有未成年犯罪嫌疑人、被告人一视同仁，实现未成年人社会调查报告制度的全覆盖适用。

（二）明确社会调查报告属性及证明标准

社会调查报告应归属于量刑证据。目前对于争论的焦点基本可以概括为以下两点：第一，社会调查报告与案件事实关联性较弱；第二，社会调查报告不属于八种法定证据种类之一。但这并不能否认社会调查报告不具有证据属性。对于第一点，社会调查报告应用在量刑阶段，此时，犯罪事实已经明确，无需再证明，而社会调查报告要解决的是量刑事实并非定罪事实；对于第二点，陈瑞华教授认为“立法者在成文法中要想穷尽证据的所有表现形式，这几乎是不可能实现的目标”。[8]也就是说，不能因为《刑事诉讼法》未列举便否定一个材料可以作为证据。社会调查报告记载未成年犯罪嫌疑人、被告人的监护教育、成长经历、

犯罪原因等情况，以此反映未成年人的犯罪原因、主观恶性、人身危险性。其证据能力来自于其所记载的思想内容，故笔者认为社会调查报告符合书证特征。

认定社会调查报告为量刑证据之后便需要确定该证据的适用应该达到怎样的证明标准。按照我国《刑事诉讼法》的精神，根据严格证明标准，所有定罪量刑的证据均应该达到确实、充分。但对于社会调查报告这样一份较为特殊的证据是否也应如此？在对社会调查报告的属性进一步探究中，笔者认为，其应归属于量刑证据中的酌定量刑情节，与法定量刑情节相对，诸如“自首、立功、年龄”等。对于酌定量刑情节更易学界通说采优势证据规则。[9]既当社会调查报告所展示的内容达到了“基本断定”的高度盖然性即可。

（三）明确社会调查报告的制作标准

1.设立专门的调查机构

确立专门的社会调查机构有利于社会调查制度的专业化，所谓“术业有专攻”。专门的调查机构，专业的调查人员便会产生相对更专业的报告。同时，对于专门机构更利于实行监管和责任落实。在一系列法律法规、解释、其他规范性文件规定的调查主体中，司法行政机关社区矫正工作部门作为专门调查机关具备合理性。[10]

首先，在整个诉讼程序中，公安机关以及检察院本着打击犯罪的目的难免会做出不利于犯罪嫌疑人、被告人的分析和判断。作为审判机关的人民法院虽然处于中立地位，但若由其担任调查主体容易造成先入为主的情况发生，导致审判结果带有最初的感情色彩，不利于公正判决的做出。而司法行政机关社区矫正工作部门不参与刑事诉讼的各个阶段，是绝对中立的角色。其次，社会调查报告有一个很重要的作用便是判断未成年罪犯是否适用社区矫正以及如何进行社区矫正可以更好的对其进行改造。由社区矫正工作部门制作该报告加强了工作人员对未成年罪犯的了解，对未来制定适合未成年人的改造方案意义重大。可以说社会调查报告的功能决定了社区矫正工作部门更适合担当制作主体。最后，专门机构专门人员也可以缓解办案人员压力，可以把更多的精力放在案件的侦查审查审判上，从一定程度上帮助缓解案多人少的司法现状。

2.规定详细的制作程序

我国尚无社会调查报告制作程序的系统规定，有必要制定详细的程序规定。第一，社会调查报告需要调查人员走访调查取证，调查人员的数量应当规定为二人以上为宜。第二，调查人员应适用回避制度。第三，调查过程以及调查方法应当符合专业要求。第四，调查报告中的分析、结论应当由符合法律规定的材料、事实得出。第五，调查报告应当具备形式要件，此处可参考鉴定意见，应当记载调查委托人、调查机构、调查过程、调查方法、调查日期等内容，最后由调查机构及调查人员签字或盖章。

3.完善调查内容及调查形式

未成年人生活的整个大环境均有可能是未成年人实施犯罪的诱因，有必要对未成年人社会调查报告的调查内容进行细化。同时，每一份报告都应该详略得当，突出导致未成年人犯罪的主要因素。只有抓住主要矛盾才能更好地分析犯罪成因得出最适合未成年罪犯的改造方法。并且，调查时适当扩大调查样本也会产生更为科学全面的结论。作为重要的酌定量刑情节，除未成年人犯罪时的心理、犯罪成因以外，犯罪后的表现亦是重点调查内容，不仅是法官酌定采取何种执行方

式的重要参考，也是执行机关对于不同未成年人罪犯制定合适教育改造措施的重要依据。

调查方法上可以引入心理测评方式，《高法解释》第五百六十九条对这一方式作了规定，规定称，人民法院在未成年被告人及其法定代理人同意的前提下，根据实际需要，可以对未成年被告人进行心理测评。心理测评是当代较为科学的测试心理性格、潜意识等内容的方式，比起谈话方式得出的结论更具客观性。有必要扩张该方法的适用。

（四）规范社会调查报告的适用范围

对于立法表述“可以”而非“应当”尚需立法解决。未成年人的社会调查应当强制适用。本着对每个未成年人负责的态度，司法机关需要严格落实社会调查报告的适用范围，严禁差别对待。

可以建立异地委托协调机制。对于异地户籍未成年犯罪嫌疑人、被告人的社会调查难度更大，真实准确性更弱，所以有必要建立该机制以方便异地调查节约成本。同时，社会调查报告本身极为重要的作用便是为进行社区矫正提供参考，对于异地未成年犯罪嫌疑人、被告人由于无法执行社区矫正便丧失享有进行社会调查的权利显然是不合理的。故建立异地委托协调机制将对社会调查报告在未成年人刑事案件中实现全面覆盖提供支持。

（五）制定统一的社会调查报告审查程序

首先，从程序上审查社会调查报告的制作是否合法。第一，审查制作主体。制作主体是否由法律规定赋予其权力，调查人数是否符合法律要求，调查人员有回避事由的是否回避；第二，制作手段是否合法。在收集信息过程中，是否存在暴力、胁迫等手段，如若有应适用非法证据排除规则予以排除。

其次，从内容上审查社会调查报告是否合法。第一，报告是否具备形式要件，是否记载调查委托人、调查机构、调查过程、调查方法、调查日期等内容，是否有调查机构、调查人员签名或盖章；第二，内容记载是否客观属实，结论分析是否依据调查所得的客观材料运用科学方法得出；第三，社会调查报告展示的内容与现有物证、书证进行对比，内容是否有出入，如有出入应当重新调查或者补充调查。

最后，社会调查报告应该在法庭上进行质证。每一份对案件判决有影响的材料都应该允许控辩双方提出质疑，社会调查报告影响量刑，理应接受质证。控辩双方对报告有疑问的应当有申请调查人员出庭说明情况的权利，调查人员无正当理由拒绝出庭的，社会调查报告应当予以排除适用。

参考文献：

[1] 赵春雨 于靖民 唐 栋.对未成年人刑事案件社会调查制度的实践思考和完善建议[J].中华女子学院学报，2020，（3）：23-30.

[2] 杨柳青.试论未成年人社会调查制度——从社会调查的功能定位出发[J]海峡法学，2014，（3）：21-25.

[3] 周立武.论未成年人社会调查报告的审查与运用[J].青少年犯罪问题，2018，（4）：87-94.

[4] 杨晓曼. 未成年人刑事案件社会调查报告性质研究——基于证据法角度[J].哈尔滨师范大学社会科学学报，2019，（3）：60-63.

[5] 自正法.社会调查报告之证据效力[J].交大法学，2018，（4）：121-134.

[6] 上海市松江区人民检察院课题组.未成年人品格证据的刑事司法实践探索——以社会调查

报告为载体[J].上海法学研究，2020，（3）.

[7] 张凯骏 余丽.未成年人社会调查适用对象范围的思考[J].预防青少年犯罪研究，2020，（4）：11-16.

[8] 陈瑞华.证据的概念与法定种类[J].法律适用，2012，（1）：24-30.

[9] 李国莉.未成年人社会调查报告的证据法解析及量刑运用[J].学术交流，2013，（10）：61-65.

[10] 康相鹏.涉罪未成年人异地社会调查相关问题”研讨会综述[J].上海法学研究，2014，（5）：104-108.

转交贿赂过程中截留财物行为的定性研究

段启俊　何雨聪 *

段启俊，中国人民大学法学博士，一级律师，北京德和衡（长沙）律师事务所主任，湖南大学法学院兼职教授，全国律协刑事专业委员会委员，湖南省律师协会刑事专业委员会主任，上海国际贸易仲裁委员会仲裁员，北海国际仲裁院仲裁员，宁波仲裁委员会仲裁员，美国俄克拉荷马城市大学法学院访问学者。兼任中国刑法学研究会理事，湖南省刑法学研究会副会长，湖南省刑事法治研究会副会长，湖南省华夏廉洁文化研究会副会长，湖南省法学教育研究会副会长，国际刑法学协会暨中国分会会员，湖南省、长沙市政法机关重点案件评查专家，致公党中央法治工作委员会委员，致公党湖南省委会法律工作委员会主任，湖南致公麓商会副理事长，致公党湖南省直律政支部主委，湖南省、长沙市两级涉案企业合规审查评估组织专家等职。

何雨聪，湖南大学法律硕士，北京德和衡（长沙）律师事务所主任助理、实习律师，兼任德和衡研究院（湖南分院）秘书长。主要业务方向为金融纠纷与经济犯罪辩护。拥有证券从业资格及初级会计职称，具有学科复合背景。曾在长沙厚大法考担任民法学科主讲老师。

摘　要：转交贿赂过程中的“截留财物行为”，是指中间人在帮助请托人转交贿赂或代国家工作人员收取贿赂的过程中，利用转交的便利条件，私自截留部分或全部财物的行为。客观上不存在真实请托背景的，不属于截留行为；若借此骗取财物，应以诈骗罪论处。如果请托人或国家工作人员同意或默许中间人保留全部或部分财物，亦不属于截留行为，应在贿赂犯罪的范畴内进行评价。截留财物行为无法被转交贿赂所涉嫌的犯罪所包容评价。请托人为行贿而交付的财物无权请求返还，属于不受刑法保护的财物，因此中间人截留这些财物也不构成侵占罪。转交贿赂过程中截留财物的行为最终应被判定为无罪，中间人也无需承担法律责任，但被截留的财物应依据《刑法》第 64 条予以没收。

关键词：截留行为；中间人；贿赂犯罪；侵占罪；不法原因给付

* 段启俊，法学博士、一级律师，北京德和衡（长沙）律师事务所主任、湖南省律师协会刑事专业委员会主任、湖南大学法学院兼职教授；何雨聪，法律硕士，德和衡研究院湖南分院秘书长。

一、问题的提出

我国是一个人情社会。遇事“找关系”可以说是中国人心理与行为的重要文化特征，在相当程度上构成了中国人的社交逻辑。[①]然而，“找关系”往往涉及不法目的，可能构成贿赂犯罪，因此，尽管这种现象在日常生活中屡见不鲜，但却十分隐秘。而且，官员为了构建“防火墙”，实践中广泛存在着由中间人负责牵线搭桥的贿赂案件。在这些涉及中间人的案件中，由于参与人员众多，信息传递过程中容易产生误差，在口头上也不会明确提及给付的标的物及相应数额，财物的实际交付与否也难以核实。这种模糊性为中间人提供了“黑吃黑”的机会，他们可以利用转交的便利将用于贿赂的财物“截留”。而且，请托双方即便事后发现了这种行为，由于担心请托之事败露，也不敢轻易举报这种行为。

学界对这类截留行为多称之为“截贿”，并对其进行了较充分的研究，但对这类行为的定性问题，目前仍未形成共识。本文认为，原因之一在于学者们并未在同一层面上讨论该问题。无论是本文使用的“截留财物行为”还是学界使用的“截贿”，都并非规范的法律术语，其本身的语义就是模糊的。如果研究者在形式上使用同一概念，但总基于对同一概念的不同理解来讨论问题，得出的结论可能南辕北辙，共识也难以形成。因此，本文将首先从文义及规范层面对“截留财物行为”进行界定，并将不符合文义的情形剔除，从而确定本文讨论范围。原因之二在于，学者们习惯于在比较法理论层面探讨不法原因给付物是否具有刑法保护性，以此论证截留行为是否构成侵占罪，[②]却对本国实证法规定有所忽视。其实，我国存在有助于解决这一问题的司法解释性质文件[③]的相关规定。并且，关于不法原因给付能否请求返还的问题，实际上不必借道比较法理论，直接运用我国现行法条文就可以得出确定的结论。因此，本文将主要从现行法层面，而非理论层面讨论这一问题。希望本文的观点与论证思路能够为这一司法实践中的复杂问题早日形成共识尽到绵薄之力。

二、“截留财物行为”的范围界定

本文所称的“截留财物行为”，指的是中间人在帮助请托人转交贿赂或代国家工作人员收取贿赂过程中，利用转交的便利条件，私自截留部分或全部财物的行为。从文义角度，以下两种情形不属于本文所指的“截留财物行为”，应将其剔除出讨论范围。

（一）客观上没有真实请托背景的不是截留行为

既然本文讨论的行为主体是“中间人”，那就意味着除中间人外，还存在着请托人与国家工作人员双方；既然截留的对象是“用于贿赂的财物”，那就意味着这些财物不能是一般性的财物，因此，“截留财物行为”必须发生在真实的请托背景之中。

① 参见伍德志：《“关系”影响法律运作的原理、机制与后果》，载《法学》2023 年第 1 期，第 172 页。

② 以此种研究进路为出发点的文献可参见黄辰：《“截贿”行为定性的困境与破解》，载《北方法学》2021 年第 5 期；孙国祥：《“截贿”行为的刑法性质辨析》，载《法治研究》2016 年第 1 期；陈少青：《侵占不法原因给付物的法律规制——以刑民评价冲突的消解为切入点》，载《法律科学(西北政法大学学报)》2021 年第 3 期。

③ 司法解释性质文件尽管不是司法解释，属于非正式法源，但其在一定程度上反映了最高审判机关的意旨，实践中通常情况下会被采用。更详细的研究可参见聂友伦：《司法解释性质文件的法源地位、
规范效果与法治调控》，载《法制与社会发展》2020 年第 4 期。

有学者把“无能力介绍贿赂”“不打算也没有实施介绍贿赂”和“没有转交财物谎称已经转交”三种情形总称为“诈骗型”截贿。[①]但本文对该观点不敢苟同。如果中间人从未有为请托人办事的意愿或其自始并无处理相关事务的能力，在请托人交付财物后也未采取任何积极举动，则此种案件根本不存在真实的请托背景，也不存在所谓的中间人，根本不应属于本文讨论的范畴，或许称之为“骗贿”案件更为妥当。有学者与本文持相同观点，认为“由于根本就没有贿赂犯罪的客观事实，这些行为的实质是借贿赂之名、行诈骗之实，不应当纳入截贿的范围。”[②]

对这类“骗贿”案件，实务中几无争议地认为行为人为骗取财物而捏造虚假事由，应推定其自始具有非法占有目的并以诈骗罪论处。不过在这种情况下，请托人毕竟有行贿目的，依据传统理论，其仍然可能构成行贿罪的不能犯未遂，但对请托人通常无处罚必要性。

（二）由请托人或国家工作人员同意或默许的不是截留行为

所谓“截留”，按照现代汉语词典的解释，是指“扣留所经手的（物品、款项等）”。从中我们明显可以读出非自愿性的意味。这也是为什么一些学者在相同意义上使用“劫贿”的用语。由此，截留行为必须违背请托人或国家工作人员的意愿，从而将请托人及国家工作人员同意或默许让中间人保留一部分贿赂的情形排除出本文讨论范围。

实践中有一种较为常见的情形：请托人往往只关心请托事项能否办成，而对于中间人如何处分请托财物毫不关心，此时请托人通常交付给中间人的是所谓用于疏通关系的“活动经费”。即便请托人没有明确说明，双方也心知肚明，“活动经费”中除了请托所必要的花费外，还包含了给中间人的“介绍费”或“辛苦费”等报酬。此时，中间人保留一部分财物，因其并不违反请托人的意愿，并不是本文所讨论的截留行为。在这种情况下，以中间人实际转交的财物数额来认定贿赂犯罪既遂的数额即可。可以考虑一种极端情形：如果中间人利用其与国家工作人员的特定关系，没有转交任何财物就为请托人谋取了不正当利益，并事后将“活动经费”占为己有，且国家工作人员对中间人收受财物的事情并不知情，则可认定中间人构成利用影响力受贿罪。

实践中还有一些案例，国家工作人员对中间人保留一部分甚至全部财物完全处于默许甚至纵容的心态，此时国家工作人员与中间人变成了一个利益整体，中间人收钱就等同于国家工作人员收钱，此时不存在所谓的截留行为，通常发生在中间人系国家工作人员“特定关系人”的情况之下。何谓“特定关系人”？《关于办理受贿刑事案件适用法律若干问题的意见》（以下简称“受贿意见”）第 7 点第 2 款依据与国家工作人员的亲疏不同，将中间人区分为“特定关系人”与“特定关系人之外的其他人”两种类型，其中“特定关系人”是指与国家工作人员有近亲属、情妇（夫）以及其他共同利益关系的人。《受贿意见》还对这两种类型的中间人与国家工作人员构成受贿罪共犯作出了不同规定：特定关系人若要构成受贿罪共犯，需要其与国家工作人员存在通谋，并单独占有或事后共同占有财物（通谋+占有）；而对于特定关系人之外的其他人，若要构成受贿罪共犯，则要求其与国家工作人员存在通谋，并事后

① 参见孙国祥：《“截贿”行为的刑法性质辨析》，载《法治研究》2016 年第 1 期，第 68–69 页。
② 王飞跃：《截贿定性中的刑法评价问题》，载《湘潭大学学报》2020 年第 1 期，第 53 页。

共同支配且分享了财物（通谋+共同占有）[①]。由此可见，如果中间人是国家工作人员的情妇（夫）或是一些形成长期合作关系的掮客，中间人此时单独占有请托财物将被推定为符合国家工作人员的意愿（即国家工作人员具有“概括故意”[②]），此时中间人只要收受了财物，无论其是否转交给国家工作人员，其代为收受的财物都将全部计入受贿金额，并相应认定中间人与国家工作人员构成受贿罪共犯。

实践中法院的做法也支持上述观点。例如在“蒋勇、唐薇受贿案”中，蒋勇、唐薇系情人关系，共谋由唐薇出面设立公司为开发商办理规划手续和规划调整业务并收受钱财，利用蒋勇担任重庆市规划局领导的职务之便协调关系，解决调规问题。蒋勇还要求下属陈明关照唐薇的业务，陈明表示同意。后张某为相关项目规划事宜，请托唐薇到市规划局协调关系，陈明利用职务上的便利予以关照，唐薇共收受 273 万余元。法院认为，虽然唐勇对其情人唐薇通过其他国家工作人员职务行为收受贿赂的具体过程不知情，但两人之前有通谋，在外观上形成了利用蒋勇的职务之便为他人谋取利益，由唐薇收受财物的共同故意，属于事前通谋，构成受贿罪。[③]在该案中，唐薇系蒋勇的特定关系人，由于蒋勇与唐薇存在事前通谋，对唐薇收受财物持概括故意心态，故唐薇收受的 273 万余元应全部认定为受贿罪的既遂金额。可见，在这类中间人为特定关系人的案件中，根本就不存在所谓的截留行为。

因此，经过上文限缩，“截留财物行为”已经不再是一个约定俗成的生活用语，而是有着严格范围的特定术语。“截留财物行为”，指的是中间人在帮助请托人转交贿赂或代国家工作人员收取贿赂过程中，利用转交的便利条件，私自截留部分或全部财物的行为。从文义角度，客观上没有真实请托背景的“骗贿”案件，以及请托人或国家工作人员同意或默许中间人保留一部分财物的，不属于本文所指的“截留财物行为”，应将其剔除出讨论范围。

三、中间人截留财物无法被评价于贿赂犯罪及洗钱罪之中

中间人转交贿赂与截留财物，从自然意义上是一前一后的两个行为，即先有转交贿赂行为，再有截留财物行为。因此，要评价截留财物行为，不能“眉毛胡子一把抓”，首先需要在刑法上尽可能精准地对中间人转交贿赂在贿赂犯罪链条起到的作用进行评价，再分析能否以转交贿赂所涉嫌的犯罪来包容评价截留财物行为。若不能，才去考虑单独评价截留财物行为的问题。

（一）截留行为无法被评价于贿赂犯罪之中

如果中间人偏向请托人一方，接受请托人的委托，为请托人谋取不正当利益而代其转交请托财物，中间人与请托人可能构成行贿罪共犯。但是，如果请托人向中间人明确表明，要中间人将一定数额的财物转交给国家工作人员，但中间人违反忠实义务，未将财物全额转交给国家工作人员，此时中间人的截留行为显然会影响请托人与中间人行贿罪的既遂数额，同时也会影响国家工作人员受贿罪的既遂数额。但是在将请托人与中

① 参见尚晓阳：《如何把握非国家工作人员构成共同受贿犯罪的认定标准》，载《人民法院报》2021 年 9 月 2 日第 6 版，第 1 页。
② 概括故意理论在查办贪污贿赂犯罪中的运用，可参见赵远：《论概括故意的构造与司法运用》，载《法学评论》2015 年第 3 期，第 184 页。
⑥ 参见袁胜强、陈霞：《蒋勇、唐薇受贿案[第 585 号]——如何认定国家工作人员与特定关系人的共同受贿行为》，载最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办：《刑事审判参考》（总第 70 集），法律出版社 2010 年版，第 80 页。

间人的行贿数额在截留范围内予以扣减后，仍不能充分评价截留行为。因为，如果认为此时中间人具有非法占有目的，未按照请托人的意愿来忠实履行转交义务，这将导致请托人遭受所谓的“财产损失”。但是，有关贿赂犯罪的客体学说，诸如“职务行为廉洁性说”“不可收买性说”“公正性说”“复合的信赖利益说”等，都与“公私财物”的保护毫无关系，无法涵盖请托人因此遭受的“财产损失”。在此情况下，对于中间人接受请托人的委托转交财物，却将财物一部或全部截留的行为，不能被贿赂犯罪的共犯所包容评价，只能考虑能否在财产犯罪的视野下另行评价。

当中间人偏向国家工作人员一方，与国家工作人员达成通谋，代其从请托人处收取财物再转交给国家工作人员，中间人与国家工作人员可能构成受贿罪共犯。前文已述，如果中间人是国家工作人员的特定关系人，则在其代为收受财物并单独占有财物的情况下，收受的财物数额也会被计入受贿罪既遂数额，此时不可能存在所谓的截留行为。只有当中间人属于国家工作人员“特定关系人以外的其他人”——即其并非国家工作人员的情妇（夫），也未与国家工作人员形成稳定的合作关系，而只是偶然性地接受委托来转交财物时，中间人才有机会实施截留行为。按照前述《受贿意见》的规定，特定关系人之外的其他人，若要与国家工作人员构成受贿罪共犯，则要求其与国家工作人员存在通谋，并事后共同支配且分享了财物（通谋+共同占有）。[①]其中的“共同占有”要件，不是纯粹客观意义的事实上支配，也就是说，其不仅要求国家工作人员与特定关系人之外的中间人在客观上对请托财物具有事实上的支配力，还要求双方在主观上对请托财物具有共同控制或分配的意思表示。由此可知，如果特定关系人之外的中间人在向国家工作人员转交时私自截留部分财物，国家工作人员不知情的，尽管客观上该中间人也占有了部分财物，但均在国家工作人员主观故意之外，也不属于“共同占有”，不能因此认定该中间人对截留的数额构成受贿罪共犯。[②]因此，对于特定关系人之外的中间人接受国家工作人员委托来转交贿赂，却将财物一部分或全部予以截留的行为，同样不能被受贿罪的共犯所包容评价。

（二）截留行为无法被评价于洗钱罪之中

实践中，贿赂犯罪往往存在多个层次的中间环节。除了直接与国家工作人员联络的特定关系人外，通常还存在其他中间人，形成了一种链条：请托人⇆特定关系人外的其他人⇆特定关系人⇆国家工作人员。在这种情况下，如果某个中间人没有直接与国家工作人员建立联系，仅仅负责转交贿赂，并且对请托事项缺乏明确认知，同时也没有与国家工作人员共谋，事后更未共同占有贿赂，则该中间人不能与国家工作人员构成受贿罪的共犯。但是，实践中这类中间人往往涉嫌以提供相应资金账户或签订虚假咨询协议等方式来帮助国家工作人员转移贿赂犯罪所得，可能构成洗钱罪。

对于这类仅构成洗钱罪、但不构成受贿罪共犯的中间人，即使他们实施了截留行为，也不能将截留财物的数额评价于洗钱罪之中。原因在于，仅当中间人将财物转交给国家工作人员后，请托人交付的财物才在终局意义上转变为“贿赂犯罪的所得”。若中间人在转交过程中截留部分财物，

① 从《受贿意见》的规定来看，对“共同占有”的要求，是一般共同犯罪无需具备的条件，属于法律拟制。该规定的制定意图是为了避免把贿赂犯罪链条里的众多“马仔”全部纳入受贿罪共犯的打击范围。

② 参见尚晓阳：《如何把握非国家工作人员构成共同受贿犯罪的认定标准》，载《人民法院报》2021年9月2日第6版，第2页。

那么这部分截留的财物由于并未转交给国家工作人员，不应被认定为“贿赂犯罪的所得”，因此，截留的财物数额也应当在洗钱罪的既遂数额中被相应扣减，不能在洗钱罪之中进行评价。

综上所述，上文提及的所有截留财物行为均不能被转交贿赂所涉嫌的犯罪包容评价。对于这类截留行为，我们只能在其他犯罪体系下进行审视，以探讨是否可对其进行另行评价。

四、中间人截留财物不能构成侵占罪

如果要尝试对截留财物行为另行评价，则其可能涉及财产犯罪。前文已述，学界主要从财产犯罪的视角来研究中间人截留财物的行为，其牵涉的主要罪名为侵占罪。从犯罪构成来看，侵占罪的行为对象是“代为保管的他人财物”。所谓“代为保管”，不能对其仅作字面含义的解读，需对其作规范解释，其规范意义是“受委托占有的他人财物”。委托关系的发生的原因多种多样，如租赁、担保、借用、委托、寄存等。⑪中间人占有财物，正是基于请托人的委托，故而满足侵占罪的行为对象要求。但是，侵占罪的客观方面还要求“拒不退还”，如果中间人只是在事后私下截留这些财物，而请托人尚未发现也未提出返还请求，那么此时并不符合“拒不退还”的文义⑫。

此外，在认定截留财物行为是否构成侵占罪时，实质违法性的问题恐怕更为突出。在认定侵占罪时，我们必须考虑前置法中关于财产权利的界定。关于侵占罪的保护客体，传统观点认为是所有权，而新近观点则主张是返还请求权⑬，但不论持哪种观点，都与前置法中的财产权利界定紧密相关。可以假设此种情况：请托人基于不法原因向中间人交付财物后，再提起民事诉讼请求中间人返还财物，能否得到法院支持？如果民法不支持这一返还请求，刑法是否还有保护之必要？“按照法秩序统一性的原理，财产犯罪认定的逻辑不能和民法立场有根本性冲突。”⑭因此，在讨论中间人截留财物是否构成侵占罪时，我们必须对当事人在民事财产法上的权利义务关系进行界定。

从民事财产法的角度来看，请托属于一种委托合同。然而，若请托事项违反法律或违背公序良俗，依据《民法典》第 153 条，该委托合同将被认定为无效。一旦委托合同无效，依据《民法典》第 157 条的规定，原则上应“返还财产”，但如果特别法有其他规定，则依照特别法处理。《刑法》第 64 条便属于此处提及的特别法规定，该条规定，“违法所得”应被追缴，“供犯罪所用的本人财物”应被没收。由此可见，仅因违反民事法律导致的合同无效，法律在通常情况下是允许返还财产的；但若因违反刑法导致合同无效，则涉案财物通常会被视为违法所得或犯罪工具而被追缴或没收，此时就不允许返还财产了。因此，从财产法的角度分析，当请托人以行贿为目的向中间人交付财物后，不仅合同应被认定无效，财物也应被没收，请托人也相应丧失了请求返还财产的权利。

从法秩序统一性的原理来看，对于民法不予保护的财物，刑法更加没有保护的必要。既然请

⑪ 参见张明楷：《刑法分则的解释原理》（下册），高等教育出版社 2024 年版，第 863–866 页。

⑫ 实践中中间人大多截留的是作为一般等价物的金钱。在侵占对象为金钱的场合，“拒不退还”仅包含在提出返还请求时予以拒绝的情形，不能包含将财物消费、出卖、毁灭、赠与他人的情形。参见张明楷：《刑法学》（第 6 版），法律出版社 2021 年版，第 1264 页。

⑬ 参见柏浪涛：《侵占罪的保护法益是返还请求权》，载《法学》2020 年第 7 期，第 130–143 页。

⑭ 周光权：《财产犯罪：刑法对民法的从属与变通》，载《中国法律评论》2023 年第 4 期，第 44 页。

托人无权请求中间人返还用于行贿的财物，中间人从中截留一部分乃至全部财物，也不可能构成侵占罪。

五、结论

转交贿赂过程中的“截留财物行为”，是指中间人在帮助请托人转交贿赂或代国家工作人员收取贿赂的过程中，利用转交的便利条件，私自截留部分或全部财物的行为。需要明确的是，客观上不存在真实请托背景的，不属于截留行为；若借此骗取财物，则应以诈骗罪论处。另外，如果请托人或国家工作人员同意或默许中间人保留部分或全部财物，同样不属于截留行为，而应在贿赂犯罪的范畴内进行评价。本文所探讨的截留财物行为无法被转交贿赂所涉嫌的犯罪包容评价。同时，请托人为行贿而交付的财物属于不受刑法保护的财物，因此中间人截留这些财物也不构成侵占罪。因此，转交贿赂过程中截留财物的行为应被判定为无罪。

可能的后续问题是：虽然截留财物行为在刑法上无罪，但中间人是否需要承担其他法律责任？被截留的财物又应当如何处理呢？

第一个问题的回答是否定的，在现行法律框架内，中间人确实无需承担任何法律责任。如前所述，根据《民法典》第 153 条，请托人与中间人之间的委托合同应被判定为无效。既然合同无效，那么中间人的截留行为就不构成违约行为。相应地，中间人无需承担民事责任。中间人未违反行政法相关规定，也无需承担行政责任。

第二个问题的回答是，被截留的财物应当作为请托人的“犯罪所用之物”予以没收。虽然中间人截留财物的行为并不构成犯罪，且不需承担其他法律责任，但在请托人一侧，其是以行贿为目的将财物交付给中间人的。在此种情况下，即便被截留的财物因未实际交付给国家工作人员而未能既遂，但请托人对于这部分被截留的财物仍然构成行贿罪的预备犯或未遂犯。所以，这些被截留的财物仍然应被视作请托人的“犯罪所用之物”，并最终依据《刑法》第 64 条的规定予以没收。

CPTPP 协定视域下中国知识产权刑事保护的挑战与应对

杨俊彬

杨俊彬律师，法学学士，三级律师职称，执业九年。专长于刑事、商事诉讼与非诉讼案件处理，以及担任法律顾问。以其扎实的法律知识、商业洞察力和沟通技巧，深受客户信赖。尤其擅长处理疑难复杂案件，目前担任北京德和衡（兰州）律师事务所权益合伙人及管委会副主任，致力于提供卓越的法律服务。

摘　要：CPTPP 协定视域下，中国知识产权刑事保护面临诸多机遇和挑战。CPTPP 对其成员国的知识产权保护提出了较高的要求，特别是在刑事责任、侵权打击力度和跨境执法等方面。中国作为世界第二大经济体，已经在知识产权保护方面取得了显著进展，但在一些领域仍面临较大挑战，尤其是在刑事保护和国际合作方面。本文聚焦于 CPTPP 视域，探讨了 CPTPP 协议有关知识产权的刑事保护标准，提出了该领域目前面临的挑战，最后从刑事立法理念、刑事责任和司法体系等方面提出应对策略，以期为该领域提供一定参考。

关键词：CPTPP 协定，中国知识产权，刑事保护

2018 年 3 月 8 日，《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》（Comprehensive and Progressive Agree-ment for TPP，以下简称“CPTPP”）在智利正式签署。CPTPP 要求成员国在知识产权保护方面达到一定的标准，特别是在刑事责任和执法合作上。根据 CPTPP 的规定，成员国必须强化对知识产权侵权行为的刑事处罚，包括盗版、假冒商品、仿冒商标、侵犯商业秘密等行为 ①。并加强跨境执法合作，在打击跨国侵权活动时提供相互协作，特别是在信息共享、执法协助和司法援助等方面。同时，成员国需保护商业秘密，特别是要确保商业秘密不被非法获取、使用或披露，并对泄露商业秘密的行为加大刑事责任追究。CPTPP 协定视域下，虽然形成了较多开放性条款，为中国和其他经济体加入 CPTPP 指明了新方向，但中国想要实现该目标依旧面临较多困难。因此，研究 CPTPP 协定视域下中国知识产权刑事保护的挑战与应对具有实际意义

一、CPTPP 协议有关知识产权的刑事保护标准

（一）刑事犯罪入罪门槛较低

《贸易有关的知识产权协议》（Agreement On Trade- related Aspects of Intellectual Property Right，以下简称“TRIPS”）61 条之规定的“商业规模”进行了进一步阐释，CPTPP 在此基础上进行一定程度的调整，即将盗版侵权所涉及的商业规模理解为，为商业利益或经济收入目的而从事的行为 ②。可见，倘若谋利动机体现出较强的主观色彩，则与入罪的硬性要求是不相关的，考量的过程中以侵权产品价值的大小为重中之重，并将其具体数量纳入考虑范畴。这表明，如果行为人从主观上并不是为了谋利，但在实际上也形成了一定影响，也有一定可能面临刑事处罚。

（二）刑事犯罪惩治范围较大

虽然我国《商标法》针对侵权的内涵进行阐释，使其与侵犯注册商标专用权处在相同范围内，但在刑事责任的具体界定方面是空白的。侵犯著作权的行为存在一定特殊性，我国《著作权法》《刑法》中并未指出如果某主体对不法分子在犯罪的过程中进行帮助，那么对其如何处罚，也没有强调处罚教唆行为的类型和时间；侵犯著作权行为和网络环境相关的情况比较常见，从理论层面上讲，将其界定在“帮助信息网络犯罪活动罪”是较为合理的。CPTPP 第 18.77 条第 6、7 款详细指出了不同刑事的特点、处理方式，对其程序和措施进行具体概述，如果我国相关法律法规考虑到上述因素，为了与要求相匹配而进行调整，那么这些措施的执行也会比较畅通。

（三）商业秘密保护层级较高

CPTPP 第 18.78 条的构成内容之一是侵犯商业秘密行为，该条对商业秘密域外司法管辖的重视度较高，内容的核心点也在于其管辖，选择了非强制性规定的方式，即一个国家法院对跨境商业秘密案件的管辖权问题需要遵循一定的标准，以避免各成员国之间的法律冲突 ③。成员国应通过适当的国际合作机制解决跨境商业秘密侵权案件，特别是在一个国家的法院无法直接行使管辖权的情况下，如何协调处理跨国案件。且条款鼓励成员国之间就商业秘密的跨境案件进行司法协

① 王飙：《著作权刑事保护国际化新发展及我国应对》，中国人民公安大学,2024.
② 冯大：《CPTPP 知识产权刑事保护规则分析及中国应对》，信阳师范大学,2024.
③ 王飙：《著作权刑事保护国际化新发展及我国应对-以我国申请加入 CPTPP 为背景》，载《法制博览》2023,(24):5

助，包括信息共享、证据收集及案件处理。对跨国侵权案件，要求各方尽量避免司法管辖冲突，并寻求通过国际仲裁或调解等方式解决纠纷。

二、中国现行的知识产权刑事保护体系

（一）刑法对知识产权的直接保护

中国刑法对知识产权的保护关注度较高，也比较重视此方面的内容，不仅涵盖了打击上述犯罪的内容，也提出了哪些犯罪行为与计算机信息系统存在较强的关联性，对计算机信息系统造成破坏的程度不同，此种破坏行为为四种，刑法条文将该行为放在一个中心位置，认为其与入罪标准是等同的，将其界定在加强事前保护的范畴内，表现出我国刑法保护知识产权的坚定决心和有力措施。刑法还保护知识产权和知识产权相关的人身关系，这在著作权方面有所体现。这些作品可以是文字、音乐、戏剧、电影、美术、摄影、计算机程序等多种形式。著作权的核心目的是保护创作者的权益，确保其能够因创作劳动而获得相应的经济利益和精神奖励，同时也鼓励创作和传播新的文化成果。

（二）刑法对知识产权的间接保护

从知识产权的层面分析，我国刑法也将间接保护措施工作提上日程，以全链条打击为切入点，考虑到知识产权的特点和需求进行间接保护。随着时代的发展，我国破坏社会经济秩序犯罪有了显著变化，在犯罪模式方面的复杂程度更高，与产业化的标准一致，也逐渐走向链条化的发展方向，对权利人商誉的负面效应显著。所以，需将全链条打击放在重要位置，了解生产上游存在哪些违背知识产权保护的行为，结合新时代和法律法规的要求进行规制，由此打造出行之有效的知识产权保护模式。

三、CPTPP 协定视域下中国知识产权刑事保护的挑战

（一）规则标准差异上的压力

在改革开放持续推进的背景下，尽管我国成为 WTO 的一份子，与国际市场的联系更加密切，在很多方面均有了较大突破，CPTPP 的规则更加全面、相应标准的严格程度明显提升，但对于更高标准还存在相对较大的差距，也未依据现实因素做好充分的准备[①]。目前，我国对外贸易发展不断加快，企业在自主创新方面的弊端越来越明显，我国出口产品的影响因素和外部因素与之前不同，其中严峻的国际市场环境占据着重要位置。我国知识产权保护的力度不够大，还未形成完善、充分的保护措施，在 CPTPP 协定视域下的知识产权诉讼程序有所欠缺，也未形成相匹配的法律，相关条款较为笼统，在部门法中较为常见，尽管从救济措施的角度出发，对其形成一定程度的界定，并强调了损害赔偿的程度和具体操作，但很多内容的精细化程度不足，较为片面的内容占比较高，对侵权行为的打击有较大的上升空间。与西方发达国家的知识产权保护相比，我国还未取得较为理想的成绩，知识产权保护水平相对偏低，那么知识产权保护方面表现优异的国家出口商品，出现侵权的可能性更大。新时期背景下，当中国生产制造能力越来越强后，以及交通物流水平的发展迈上了新台阶，中国产品的扩展范围不断加大，逐渐在国际商品市场中站稳脚跟。但我国在

① 张燕龙：《CPTPP 侵犯著作权犯罪刑事责任条款及我国的应对》.载《华东政法大学学报》,2023,26(04):103-117.

知识产权方面并不属于排名靠前的国家，所以受到其他国家关注的情况比较常见。CPTPP 协定视域下，想要明确指出商业规模的内涵、现状是比较困难的，发展至不同阶段或一定程度容易由于被海关查获而停止，执法工作各方面更加繁琐、严格。

（二）CPTPP 现有成员对中国的打压

CPTPP 协定视域下，我国加入 CPTPP 的进程在该领域备受瞩目，如何有效满足 CPTPP 的要求及标准成为重要问题，随着该工作的不断推进，澳大利亚、新加坡、越南、加拿大等国也属于需要集中注意力进行关注的国家。同时，日本的原料和市场均未来源于本国，对国际市场的依赖程度较高，其认为经济一体化是尤为重要的，但其口中的经济一体化与常规意义上的经济一体化不同，而是以日本为主导的经济一体化，而纵观东亚区域经济一体化的历史进程，大国争夺经济主导权的现象长期存在，所以我国加入 CPTPP 同样面临着此成员的危害 [①]。CPTPP 协定视域下，CPTPP 对知识产权保护愈加重视，考虑到实际情况而采取了更大力度的保护，也要求不可出现侵犯衍生品的权利，从产品后续研究方面入手，结合时代发展和该领域现状进行保护。此种变化对我国知识产权发展的作用显著，体现出双向的特征。

（三）企业合规成本的增加

随着 CPTPP 对知识产权保护要求的加强，尤其是对刑事责任的严格规定，中国企业需要更加重视知识产权的合规性。这对于中小企业尤其是那些没有完善知识产权管理体系的企业来说，将带来较高的合规成本 [②]。具体表现为企业需要加强知识产权的内部审查和合规管理，确保不会侵犯他人知识产权或泄露商业秘密，企业可能需要投入更多资源来防范知识产权侵权风险，包括加强对员工的培训、保护技术和商业信息的安全等。

（四）跨境侵权案件的处理难度

CPTPP 要求成员国在跨境知识产权侵权案件中加强合作，确保能够有效追诉跨国侵犯知识产权的行为。对于中国来说，跨境知识产权侵权案件的复杂性较高，尤其是在与非 CPTPP 成员国或没有签署双边知识产权保护协议的国家发生争议时，如何有效协调国际司法和执法资源，将是一个重要挑战 [③]。此外，CPTPP 对知识产权保护的加强，可能会影响到中国在一些敏感领域的技术创新和研发。特别是在高新技术领域，如人工智能、大数据、半导体等，如何平衡技术创新与知识产权保护之间的关系，避免过度保护阻碍创新，将是中国面临的重要课题。

四、CPTPP 协定视域下中国知识产权刑事保护的应对策略

（一）以国家创新发展战略引领知识产权刑事保护体制建设

CPTPP 协定视域下，我国需从细微之处调整发展战略和比较关键的法律法规，着眼于知识产权刑事保护的相关政策与取得的成效，以现代化视角看待创新型国家建设，在此项工作中投入更多有价值的资源。因此，在完善相关知识产权保

① 李晨曦,周艳萍.：《CPTPP 协定视域下中国知识产权刑事保护的挑战与应对》，载《对外经贸实务》2023,(03):79-83+91.
② 傅启国,夏丽,王梦婷：《完善专利权刑事保护之构想》，载《广西政法管理干部学院学报》2021,36(02):1-
③ 何丹,郭志霄：《试论“两高”最新司法解释对企业知识产权保护的影响》.载《 法制与社会》2021, (06): 160-163.

护工作时，需将形成全球技术创新型大国这一战略作为切入点，考虑到知识产权犯罪立法的特征，明确其与刑事司法机关的契合度，将我国知识产权现状纳入考虑范畴，精准捕捉知识产权犯罪治理的要求和注意事项，对该体系展开全方位的研究和分析，明确其中存在哪些缺陷，思考知识产权犯罪与民事和行政保护存在哪些相同点与不同点，并从犯罪治理机制入手，加大对该机制的优化力度。在知识产权的刑事保护方面，国家应当完善相应的刑事法律体系，以应对日益严峻的知识产权侵权问题。CPTPP 协定视域下，国家创新发展战略应考虑如何将知识产权刑事保护纳入社会治理和法治建设的框架，建立起完善的打击假冒伪劣、盗版盗用、商业间谍等犯罪行为的法律机制[①]。且 CPTPP 的成员国强调跨国知识产权的保护与合作，国家应在制定创新发展战略时，重视与国际合作机制的对接。CPTP 协定视域下，与 CPTPP 其他成员国的合作可以在创新保护方面共享最佳实践和经验，同时推动知识产权刑事保护的跨国追诉与执法协作。

（二）建立适度介入与保护并举的刑事立法理念

CPTPP 协定视域下，我国需着眼于知识产权，采用行之有效的方式提升刑事保障水准。刑法对知识产权的保护受到广泛关注，此项工作要体现出科学、全面的特征，将社会利益的冲突点作为关注的重中之重，以谦抑的刑事介入作为一大目标，避免对知识产权的保护背道而驰。所以，从知识产权刑事领域的角度分析，需将二次违法原则应用起来。CPTPP 协定视域下，刑法的独立性更加突出，在该特征的影响下，尽管部分行为在本质意义上与民事侵权是有区别的，或者无法将其与行政违法混淆起来进行判罪，但也有一定概率属于成刑事犯罪。诚然，刑法的独立性是非常重要的，在很多刑事领域需引起重视和应用，但知识产权法和其刑法相对特殊，在法律移植性方面明显，而且与封闭性存在一定相似，因此以刑事的法律独立性来确定入罪行为在知识产权刑事领域是不合理的[②]。CPTPP 协定视域下，知识产权犯罪的判断不可继续采取早期单一思路完成，需提升对二次违法原则的关注度，了解该原则的侧重点，将其与实践相融合，只有在确定是否存在民事侵权或行政违法的前提下，才能得出是否属于刑法规制的结论。

（三）完善刑事责任和司法体系

为符合 CPTPP 的要求，中国应在刑法中进一步明确商业秘密侵权的刑事责任。可以考虑将恶意泄露商业秘密行为纳入刑事追责范围，并根据侵权行为的规模和性质设定适当的刑罚。这不仅有助于保护企业的技术创新和竞争力，还能增强国际合作中的法治信誉。同时，CPTPP 对知识产权侵权行为的刑事追责标准较为严格，尤其是在盗版、仿冒品等问题上，要求成员国加大处罚力度。CPTPP 协定视域下，中国可以通过修订《刑法》或《知识产权法》，提高盗版、假冒、仿冒品生产与销售等行为的刑事处罚标准，并确保执行力度[③]。CPTPP 协定视域下，需要加大对跨境侵权的惩治力度，确保这些行为不被“外包”或规避法律。

（四）强化跨境执法合作与国际合作

① 傅启国,罗震宇,李晓雨.:《我国商标权刑事保护的现状及完善》，载《中国市场监管研究》2020, (08): 23–27.
② 郎俊义,张国栋:《试论知识产权刑事保护领域侵权产品正品化计价问题》，载《中国应用法学》 2020, (04): 156–169.
③ 刘军华,丁文联,张本勇等:《我国知识产权刑事保护的反思与完善》，载《电子知识产权》2018, (05): 86–102.

CPTPP 要求成员国加强跨境执法合作，共同打击跨国知识产权侵权行为。中国应当在国际司法合作方面加大投入，积极与 CPTPP 成员国开展双边或多边司法合作，特别是在刑事案件中的信息共享、执法协作和追诉。CPTPP 协定视域下，中国可以通过签署相关协议，建立专门的跨境知识产权执法平台，简化跨境执法程序，提高跨境案件的处理效率。并且，除了传统的司法途径，中国可以加强与 CPTPP 成员国的合作，推动知识产权争议的非诉讼解决机制，如仲裁和调解。这一措施不仅能减轻司法压力，也能提高争议解决的效率，增强中国在国际知识产权保护中的话语权和合作意愿。最后，中国企业特别是中小企业在知识产权合规方面的意识和能力相对较弱。为了应对 CPTPP 的要求，中国应鼓励企业加强对知识产权的管理和保护，主要对技术人员和管理人员进行商业秘密保护、专利管理等方面的教育，CPTPP 协定视域下，企业应尽量避免未经授权的技术使用，避免侵犯他人知识产权。

（五）补齐知识产权实体法的短板

CPTPP 协定视域下，中国知识产权除了依据现实情况加大对刑事法律制度的优化及完善，分析立法架构的不足之处，了解入罪标准有无欠缺之外，还需将专利保护体制作为重点，明确 CPTPP 协定的标准后展开完善。首先，该领域需从立法的角度清晰界定相关内涵，对知识产权的定义和意义做出深入解读[①]。立法的各类规范不可较为模糊，要针对著作权法中的关于制作权、出版权、信息网络传播使用权等进行彻底分析，采取相呼应的方式，避免知识产权概念参差或矛盾的情况出现。其次，刑事规制对象同样要做出改变，秉持着规模化的理念。从国家法律的角度来看，刑法占据着举足轻重的位置，其权威性和严格性最高，此种强制手段在实践中的作用明显，需要注意的是，各个阶段均要与谦抑原则保持统一性，保障范围方面也是有明确要求的，只有行为真正使社会秩序十分混乱或受到不利影响，以及具体行为导致权利受到调整与影响，那么将会体现出保障⑫[②]。随着互联网和数字经济的迅速发展，版权法应当在数字内容、软件、在线平台的版权保护方面作出更清晰的规定。同时，应加大对网络盗版和数字盗版行为的惩罚力度。商标法完善：强化商标法的执行力度，打击假冒伪劣产品，提升商标侵权案件的法律效率，在国际商标注册体系中加强合作，促进跨境商标保护。

结论

综上所述，在 CPTPP 协定视域下，中国知识产权刑事保护面临着诸多新挑战，但同时也迎来了进一步完善与提升的契机。随着经济全球化进程的加速以及国际经贸合作的日益紧密，CPTPP 协定所设定的高标准知识产权刑事保护要求已不容忽视。从侵权行为界定的精细化到刑事处罚力度的强化，从数字环境下知识产权保护的新难题到跨境执法协作的复杂困境，这些挑战无疑对我国既有的知识产权刑事保护体系形成了冲击。然而，挑战亦是机遇。中国可借此契机，深入剖析自身在知识产权刑事保护方面存在的不足，积极借鉴 CPTPP 协定中的合理规范与先进经验。通过进一步完善刑事立法，使其更加精准地覆盖各类新型知识产权侵权犯罪形态；加强执法力度与效率，提升司法机关在处理相关案件中的专业素养

① 黄罕敏,李兰英.:《海峡两岸商标权的刑事保护:立法评述、相互借鉴与共同展望》，载《台湾研究集刊》2019, (04): 54–63.
② 蒋琼：《论国际条约视阈下知识产权刑事保护理念的嬗变及中国的应对》，载《知识产权》2015, (06): 104–108。

与协同能力；同时，大力推动国际合作，在跨境知识产权刑事保护领域构建更为有效的沟通与协作机制。

参考文献

[1] 王飙：著作权刑事保护国际化新发展及我国应对[D].中国人民公安大学，2024.

[2] 冯大清：CPTPP 知识产权刑事保护规则分析及中国应对[D].信阳师范大学，2024.

[3] 王飙：著作权刑事保护国际化新发展及我国应对–以我国申请加入 CPTPP 为背景[J].法制博览，2023，（24）：5–9.

[4] 张燕龙：CPTPP 侵犯著作权犯罪刑事责任条款及我国的应对[J].华东政法大学学报，2023，26（04）：103–117.

[5] 李晨曦，周艳萍：CPTPP 协定视域下中国知识产权刑事保护的挑战与应对[J].对外经贸实务，2023，（03）：79–83+91.

[6] 傅启国，夏丽，王梦婷：完善专利权刑事保护之构想[J].广西政法管理干部学院学报，2021，36（02）：1–6.

[7] 何丹，郭志霄：试论“两高”最新司法解释对企业知识产权保护的影响[J].法制与社会，2021，（06）：160–163.

[8] 傅启国，罗震宇，李晓雨：我国商标权刑事保护的现状及完善[J].中国市场监管研究，2020，（08）：23–27.

[9] 郎俊义，张国栋：试论知识产权刑事保护领域侵权产品正品化计价问题[J].中国应用法学，2020，（04）：156–169.

[10] 刘军华，丁文联，张本勇等：我国知识产权刑事保护的反思与完善[J].电子知识产权，2018，（05）：86–102.

[11] 黄罕敏，李兰英：海峡两岸商标权的刑事保护：立法评述、相互借鉴与共同展望[J].台湾研究集刊，2019，（04）：54–63.

[12] 蒋琼：论国际条约视阈下知识产权刑事保护理念的嬗变及中国的应对[J].知识产权，2015，(06）：104–108.

侵犯知识产权罪刑罚的立法修改与司法适用

贺志军 *

贺志军，湖南工商大学教授、研究生导师，刑法学博士、民商法博士后。北京德和衡（长沙）律师事务所律师，德和衡研究院湖南分院学术委员会副主任，企业法律风险研究中心副主任。中国犯罪学学会常务理事，中国刑法学研究会理事，湖南省律协知专委委员，湖南省“121”创新人才工程人选，长沙市政法案件评查专家。主持国家社科基金课题3项。擅长领域：刑事辩护、知识产权、法律顾问及民商经纠纷和涉外法律业务。

摘　要：2020年《中美经贸协议》对《刑法修正案（十一）》修改侵犯知识产权罪刑罚配置具有外驱影响，但此种刑罚修法可能对双边协议义务具有一定的误读之嫌。从《与贸易有关的知识产权协定》的折衷性威慑刑论演变到《中美经贸协议》的偏颇性威慑刑论，逐渐偏离均衡原则产生异化的风险。今后司法对侵犯知识产权罪适用刑罚时，应当明确恪守均衡原则以确保威慑刑论的正当限度，以消除由此带来的潜在弊端。

关键词：侵犯知识产权罪；刑罚；立法修改；司法适用

* 北京德和衡（长沙）律师事务所律师，法学博士、教授。本文系作者主持的国家社会科学基金项目“知识产权刑法解释的规范立场研究”（项目编号：23BFX109）的阶段性成果之一。

一、问题的提出

自 1997 年《中华人民共和国刑法》（下称《刑法》）设置“侵犯知识产权罪”专节以来，2020 年《中华人民共和国刑法修正案（十一）》（下称《刑法修正案（十一）》）系首次对该专节进行立法修改。刑罚修改是修法的重要内容，体现为：对于 5 个“两档刑期”之罪，第一档主刑的下限取消原来的拘役（和管制），全部提高至起点为 6 个月的有期徒刑，第二档主刑的上限从原来的 7 年有期徒刑提高到 10 年有期徒刑；对于“一档刑期”的销售侵权复制品罪，主刑的下限取消拘役而上限从原来的 3 年有期徒刑提高到 5 年有期徒刑。

该项刑罚修改明显具有“重刑化”特点。[①] 学界关于其刑罚轻缓化几乎一直是共识性主张，[②]甚至建议将自由刑上限降至 5 年以下。[③]那么，此种刑罚修法是否为优化侵犯知识产权罪的刑事治理所必须和有足够的合理性？联系该次刑法修正前签订有关条约的背景可以发现，中、美两国于 2020 年 1 月签署的《中华人民共和国政府和美利坚合众国政府经济贸易协议》（下文简称《协议》或“双边条约”）设置了侵犯知识产权罪的刑罚义务要求，一定程度上成为《刑法》进行修法的重要动因。既有研究成果基本都忽略了该条约义务因素而鲜及探讨。鉴此，本文拟从该双边条约之刑罚义务入手，来对我国侵犯知识产权罪刑罚的立法修改与司法适用展开学理反思。

二、立法修改检视：双边条约中侵犯知识产权罪刑罚义务的可能误读

（一）刑罚修改外驱因素：双边条约中的侵犯知识产权罪刑罚义务内容

根据《协议》中文文本之规定，第 1.27 条第 2 款规定了中国就侵犯知识产权罪的刑罚义务：第 1 项“过渡措施”要求强化对既有民事救济和刑事处罚的司法适用，与“刑罚修改”无关；第 2 项“后续措施”规定“（中国）应提高法定赔偿金、监禁刑和罚金的最低和最高限度，以阻遏未来窃取或侵犯知识产权的行为”，便是所谓侵犯知识产权罪“刑罚修改”义务之所在。

在这一“提高处罚义务”约束下，《刑法》修法采取“提高刑罚上下限”的“双升”模式似乎水到渠成，甚至在《刑法修正案（十一）》的草案一审稿与二审稿中均未涉及相关刑罚修改内容而直接在三审稿中才予以提出并获得通过。考察立法机关的相关修法和最高司法机关的相关司法解释修订情况可知，我国已对该“提高处罚义务”予以相应履约落实。可见，前述条约义务因素对《刑法》就侵犯知识产权罪的刑罚配置变动具有直接的外驱作用。这种作用不是偶然巧合的，而是按照有约必守的国际法原则和条约文义解释要求的必然结果。

值得探讨和追问的是，该项条约义务是否内含了“提高刑罚上下限”要求？下文对第 1.27 条第 2 款的具体义务要求展开分析。

① 参见欧阳本祺：《〈刑法修正案（十一）〉的重刑化倾向及其司法限制》，载《东南大学学报（哲社版）》2021 年第 3 期，第 29 页。
② 参见刘宪权、吴允锋：《侵犯知识产权犯罪理论与实务》，北京大学出版社 2007 年版，第 86 页。
③ 参见李旭：《我国知识产权刑法保护的路径选择》，湖南师范大学出版社 2021 年版，第 148–153 页。

（二）中英文本比对：双边条约中的侵犯知识产权罪刑罚义务再厘定

《协议》第 1.27 条第 2 款第 2 项的英文文本表述如下："China shall: …and (b) increase the range of minimum and maximum pre-established damages, sentences of imprisonment, and monetary fines to deter future intellectual property theft or infringements"。[①]该条款英文文本下，中国就相应的监禁（即有期徒刑）之刑罚义务到底是需要立法上修改法定刑，还是应着眼于司法实践上的判决宣告？

本文认为，从文义解释看，该条款中"increase"的宾语有两种可能：第一种是"increase A, B and C"，即涉及应"increase"的是"3 类制度"而非其"上下限"，"increase"的含义因"3 类制度"之差异而有别。第二种是理解为"increase the range of minimum and maximum A, B and C"，这里的 A，B 和 C 对应的分别是与法定赔偿金、监禁（有期徒刑）和罚金相关的内容，即"提升 3 类制度的上下限"。中文版本采取了第二种理解。然而，结合语言修饰关系和刑法教义学知识等，要求中国就侵犯知识产权罪需承担"提高监禁刑和罚金的最低与最高限度"义务不具有妥当性。理由是：第二种理解中"A, B and C"结构的"B"为"sentences of imprisonment"，"sentence"在《英汉法律词典》中（作为名词时）释义为"宣判，科刑，刑罚，判决（专指刑事判决，教会案件亦同/宣判）"，"sentence of imprisonment"释义为"判处徒刑，判处监禁"。[②]在涉知识产权的该"3 类制度"中，只有法定赔偿金具有"increase the range"的可能性。相反，依据《刑法》作出的监禁刑判决根本不存在上下限幅度的问题，故提高监禁刑判决"上下限"明显与刑理相悖，因为宣告刑必须基于法院查明的犯罪事实等个案地进行确定而根本不能笼统地予以提高的规律特征。即使勉强理解为监禁刑的法定刑，也与一般只提高上限而不存在同时还要提高下限的通常做法格格不入。另外，《刑法》"并处或者单处罚金"的无限额罚金配置模式也无需牵强地提高"上下限"。

在体系解释层面，该第 1.27 条第 2 款在知识产权刑法保护上并没有所谓的刑事司法"从重处罚义务"和刑事立法"提高法定刑义务"。《协议》第 1 章"知识产权"中涉及一般性的知识产权刑事保护的条款，主要是第 9 节"知识产权案件司法执行和程序"，本节是"知识产权案件司法执行和程序"，据此可确定仅涉及"司法"义务而非"立法"修改义务。尤其是，该第 1.27 条第 1 款"双方应规定（shall provide）足以阻遏未来知识产权窃取或侵权的民事救济和刑事处罚"，其使用的"provide"作为动词应取"to give sth to sb or make it available for them to use"即"提供，供应，给予"之义；相反，表达从法律上作出"规定"意义的应当采用固定的动词短语"provide for (sth)"才是，与如果采用"provide that"的从句表述大体一致。[③]由此，该第 1 款中"（shall）provide"实质正是"available"即司法意义上的"提供"，强调的是要在实践中事实上可使用；并非通常理解的在法律文本层面作出"规定"，因为规定本身并不能使刑事程序具有"可获得性"。[④]中文文本中采取"（立法）规定"而非"（司法）提供"

① See Para. 2, Art.1.27 (Deterrent-Level Penalties) of Economic and Trade Agreement Between the Government of the People's Republic of China and the Government of the United States of America.

② 《英汉法律词典》编写组：《英汉法律词典》（修订本），法律出版社 1998 年版，第 725 页。

③ 参见［英］霍恩比：《牛津高级英汉双解词典：第 9 版》，李旭影等译，商务印书馆 2018 年版，第 1709 页。

④ See IIPA, *IIPA Paper on Copyright Enforcement under the TRIPS Agreement*, October 2004, p.3.

的理解，似乎有失妥当。

综上，以上分析表明该条所述的“提高刑罚上下限”义务至少尚存在理解上的合理疑问。最起码地，所谓的“提高刑罚上下限”不应当是指“同时提高上下限”之“双升”，提高下限存在不合理性，“仅仅提高上限”是更合理的选择；《刑法》取消拘役（和管制）的“提高刑罚下限”修法，很可能是这一点上误读条约义务的直接结果。进一步地，“提高处罚义务”所涉范围采取英文版本所表述的“限定范围”之理解更为合适，即中国承担义务的是 3 类情形，即：扩大法定赔偿金的上下限的幅度范围，增加监禁刑（即有期徒刑）判决（数量），提高罚金（数额）。在某种程度上，《刑法》侵犯知识产权罪刑罚“双升”模式的立法修改有受双边条约义务的文本误读所致之嫌。

三、司法适用纠偏：侵犯知识产权罪威慑刑论的可能异化与合理应对

（一）司法适用中侵犯知识产权罪威慑刑论的可能异化

在条约层面，侵犯知识产权罪的刑罚义务主要肇始于 1994 年缔结的《与贸易有关的知识产权协定》（下称 TRIPS）第 61 条，并开启了该领域威慑刑论之先河。该条第 2 句就“刑罚救济”义务明确规定：一方面，要求“足以起到威慑作用”（sufficient to provide a deterrent），直接体现出威慑刑论特点；另一方面，也要求与“同等严重性的犯罪”（crimes of a corresponding gravity）的“刑罚水平相一致”（consistent with），符合报应刑论的要求。此种“折衷”色彩跟刑罚正当性根据兼有报应与预防两个层次的主流理论具有一致性。WTO 各成员纷纷在国内法中落实“刑罚救济”义务，威慑刑论在国际范围的侵犯知识产权罪领域内得到全面推广。

与 TRIPS 所采用“折衷”的威慑刑论不同，《协议》却带来了侵犯知识产权罪领域威慑刑论的某种异化。该第 1.27 条的标题“Deterrent-Level Penalties”已经明确、直接地宣示“威慑刑”。中文译本就“deterrent”采用的是与“威慑”不同的“阻遏”一词，实际上英文文本与 TRIPS 一样仍是“deter”及其衍生词“deterrent”；不过，中文语境里的“威慑”强调对“行为人”的心理产生强烈作用从而影响其相应的行为模式，显得过于强权令人有些反感，而使用“阻遏”一词则针对“行为”产生阻止效果更显得客观一些。该条文本上未有只字体现“均衡”理念；就其刑罚义务内容而言，更是因其重刑威慑要求偏离了 TRIPS“均衡”原则。比如，根据中文文本，《协议》第 1.27 条第 2 款第 2 项要求中国为提高“威慑”功能而要求承担监禁刑和罚金的上下限“双升”配置，是典型的“一刀切”式的威慑刑论之体现。迄今，可接触到的条约文本中此类“双升”刑罚配置义务规定是“前无先例”的，因而在正当性上存在明显的不足。

具体到我国来说，受该《协议》异化的威慑刑论影响的刑罚修改，也存在给侵犯知识产权罪刑罚适用带来风险的隐忧。

从理论维度看，重刑化的刑罚修改过于片面地强调威慑刑、为威慑而威慑，容易有意或无意地忽略对其他价值的兼顾，忽视罪刑均衡原则对威慑刑的制约。实际上，刑罚要实现有效的威慑则根本离不开报应刑的限制。威慑刑论在学界遭遇诸多批判而整体认可度不高，学界多主张将报应刑论与预防刑论相结合来阐释刑罚的正当性依据，单纯的威慑刑论在理论上几乎没有存在余地。

在某种意义上，将“刑罚威慑”置换为“利用刑罚严厉性进行威慑”是理论的误读。

从实践层面看，重刑化的刑罚修改面临司法适用的挑战。比如，按照《协议》第 1.27 条第 2 款第 1 项“过渡措施”的要求，要“通过适用法定上限或接近（法定上限）的从重处罚方式”来进行威慑，但直接“适用法定上限”的从重处罚在刑法领域是行不通的。正如学者所言，刑事法官应秉持“永远不是最严重的情形”的理念，铭记最严重的案件并未发生。[①]又如，重刑化的刑罚修改应当是以《刑法》的原有刑罚不足以实现“阻遏”目的为实际依据的；然而，“（原有）刑罚不足”的问题在司法实践中并不突出。早年对 1617 份判决的实证研究曾发现：被告人为 1 人的案件判决缓刑率超六成，被告人为 2 人的案件至少有 1 人被判处缓刑的比例也超过六成；案件最高实刑刑期在一年、二年、三年以下的案件，累计占比分别达四成、七成、九成。[②]多年来，侵犯知识产权罪案件的宣告刑远未接近原来法定主刑的上限，甚至少有进入第二档主刑的情形。

（二）侵犯知识产权罪刑罚司法适用的合理策略应对

作为总体应对思路，首当其冲的是恪守 TRIPS 在知识产权保护上的罪刑均衡要求以确保威慑刑论的正当限度。虽然《协议》采取较偏颇的威慑刑论，但并不意味着前述 TRIPS 之均衡原则对其刑罚义务没有适用的可能。相反，更是具有了应当予以适用的紧迫性，这既是源于对双边条约义务的理解应当在“遵守本国法律原则的基础上”（包括《刑法》第 5 条规定的罪责行相适应的基本原则）来进行履约的要求，又是源于多边条约可用于解释存在模糊含义的双边规则的国际法解释要求。

在修法后的既定刑罚配置条件下，需要通过“司法裁量”的规范化来最大限度地消除重刑化修法所带来的潜在弊端，具体可以从差异化设置量刑情节和重视实刑判决方面来展开。

一方面，侵犯知识产权罪的立法重刑化并不必然导致司法适用的同等重刑化在刑罚立法重刑化条件下司法实践不能再同向地强化乃至放大这种重刑化趋势，如学界所认同的，轻刑化是实现严而不厉的关键。就量刑情节等的差异化设置而言，在解释论上以侵犯知识产权罪的构成行为类型化为基础，在统一的法定刑幅度内实质地限定重刑的适用范围。比如，规定只有满足了某些特别量刑情节要求时，方可适用某一幅度的重刑，以“锁定”宣告刑的可能上限。对于列举有多种行为样态或者设置了选择性构成行为的罪名情形，法定重刑在不同的行为样态或种类的可适用性显然存在差异性，故必须进行相应的类型化量刑情节设置；对于其他的罪名，则可以有针对性地类型化设置。

另一方面，刑罚适用中尚需适当回应“增加刑罚判决数量”这一在双边条约的刑罚义务问题上的实质性关切点。其实，在 TRIPS 关于刑罚义务的第 61 条第 1 句和第 2 句中，使用的措辞便是“to be applied”和“available”，不仅指成员立法上有对知识产权侵权的刑事救济规定，而且要在实践中事实上被适用。显而易见，这里强调的是知识产权罪刑规范的司法实效问题。如前文所述，《协议》中文文本中知识产权刑罚“提高处罚义务”的实质内容，在英文文本中主

① 参见张明楷：《改变重刑观念 做到量刑合理》，载《新华月报》2013 年第 5 期，第 36–37 页。
② 参见贺志军、袁艳霞：《知识产权刑事司法：中国特色实证研究》，北京大学出版社 2016 年版，第 89 页。

要在宣告刑意义上的“增加监禁刑判决数量”即实刑判决率的提升。尽管双边条约中英文本的差异可能会掩盖这一关切，但在事实意义上其并不会随之自动消失，故在履约策略调整意义上进行相应的应对是有其意义和必要的。就监禁刑而言，解决双边条约之实刑判决关切的方案是需增加监禁刑的司法判决即提高刑罚的必定性。2009 年裁决的“中美 WTO 知识产权争端案”（WT/DS362）中，美国的诉求实质上是认为我国未能使必要的刑事救济“可获得”（availability）及“足以威慑”盗版和假冒行为。因此，在《协议》履约意义上，“增加刑罚判决数量”仍值得今后予以重视和合理应对。

四、结语

从本文分析可知，《刑法修正案（十一）》就侵犯知识产权罪的“重刑化”刑罚修改，具有《协议》下“有约必守”的驱动因素。如何理性认识此种立法修改，需以不断澄清条约不同文本的内涵和准确厘定条约义务为前提，并优化后续国内立法及条约谈判的应对之策。现阶段刑罚修改成为既定事实的条件下，则需要应当充分发挥 TRIPS 关于知识产权罪刑均衡原则对威慑刑论之弊的限定功能，重视司法纠偏来消除重刑化修法可能的负面影响。

三等奖

完善我国劳动合同制度的思考

——基于《劳动法典》编纂的视角

李乐平，贺彬兰

摘　要：在劳动法的法律体系中，劳动合同制度作为劳动法的核心支柱，具有特别重要的地位。我国劳动合同制度目前存在结构性矛盾、难以适应新型用工模式、劳动合同协商过程缺乏工会支持、劳动争议解决机制僵化等问题，借鉴德国、法国、北欧国家以及亚太国家的经验，我国在未来的《劳动法典》编纂中可以从以下几个方面进一步完善劳动合同制度：赋予劳动合同以多样性与灵活性，落实行业集体协商机制；分层设计解雇规范，建立平衡企业弹性与劳动者权益机制；增强工会职能，优化工会保障劳动合同职能机制；建立分层次的争议解决体系，筑牢劳动者权益保障机制。唯有如此，方能构建和完善真正适合中国国情的劳动合同制度，实现劳动者权益与企业利益的和谐共生，促进社会与经济的可持续发展。

农民土地权利在社区化背景下保护问题研究

孙甜甜

摘　要：中国一直以农业为主导产业，然而，其乡村地区的建设与进步却常常成为国家整体经济与社会发展中的一个短板。近几年，随着乡村振兴战略的大力实施以及各种政策不断向农村倾斜，对农村的改造工作提上日程，农村社区化跟随着时代的步伐不断发展。但是，农村现有生产生活模式与时代步伐不相适应，小农生产模式与发展之间的矛盾日益突出，农民土地权益纠纷也日渐增多。切实保障农民土地合法权益，不仅关系到新型农村社区化的发展，还关系到“三农”问题的有效解决，对国家的平稳健康发展也具有重大的意义。本文围绕“农民土地权益保护”的主题，本着作为一个生在农村长在农村“即使没有能力去改变，但是有责任去关注”的态度，从农村社区化发展现状、问题以及个人浅显的意见等方面进行阐述。

租赁合同约定解除权行使的限制

李娜

摘　要：《全国法院民商事审判工作会议纪要》第 47 条规定了轻微违约情形下的解除权限制制度。在这一规定的指导下，各地法院大多会在违约方仅仅轻微违约且不影响合同目的实现的情况下不予解除合同。对于在租赁合同中仅对解除权做了概括性约定的情况，法院的裁判意见大多为违约行为没有达到约定解除的条件。而对于约定了具体的解除条件的租赁合同，法院多会从诚实信用原则的角度考虑违约方违反合同约定的义务，是否产生了实性质影响，解除合同是否会导致双方利益失衡和合同双方的履约情况。另外，解除权除斥期间规则也是对约定解除权进行限制的重要因素。但是，基于继续性合同的特殊性，在轻微违约情形下一味地限制守约方解除权的行使有失公允。现有制度足以平衡租赁合同双方的利益。而且，租赁合同双方当事人之间的依存关系决定了双方当事人之间若丧失了信赖利益基础就会难以继续履行，此种情况下即便违约方的违约行为轻微，守约方的解除权也不应该被限制。

建筑房地产企业债权清收路径解析

马丽红

摘　要：近年来随着宏观经济增速的放缓和房地产市场长效机制的完善，一定程度上遏制了房地产市场过热的现象，行业投资和销售有所放缓。另一方面，我国房地产行业经过二十几年的发展，市场规模已接近峰值，加上人口红利消退，城市化速度放缓，房地产行业也进入调整期，相应的，建筑房地产企业面临的资金压力也日益增加，债权清收成了企业普遍关心的问题。但在追索债权过程中，建筑房地产企业往往会面临“赢了官司拿不到钱”的情况，导致企业陷入不仅为了追债花费了高额成本，也无法实现债权的窘境。本文即结合 2024 年 7 月 1 日生效的《公司法》和 2023 年 12 月 5 日施行的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》（以下简称“合同编通则解释”），探讨和梳理企业通过除了债务人以外的其他可能追索债权的主体，探讨了通过代位权、追究实控人、发起人、股东、董监高和高管责任等路径设计综合性争议解决方案的思路，以期为企业解决债权清收难的问题提供一些思路。其中，代位权和向股东追索存在相对充足的法律制度供给，且司法实务也有丰富的实践经验，可行性较高，值得予以高度重视。

抵押权与房屋共有权的冲突处理规则

杨光明、许惠茹

摘　要：本文聚焦于抵押权与房屋共有权冲突的处理规则，登记在夫妻一方名下但属于夫妻共同财产的房产因夫妻一方个人债务对外抵押，抵押权人能否顺利执行？未负债配偶方能否要求保留房产 50%份额不予执行？在执行领域，首封房产与房屋共有权的冲突处理，审判实践中已经形成相对稳定的处理方式，但抵押房产与房屋共有权冲突处理则尚未广泛传播。通过梳理相关法律规定与审判实践，明确判断抵押权是否有效需考量抵押人是否有权处分及抵押权人是否善意取得，进而细分出四种冲突处理情形。同时，对抵押权人善意取得的判断标准进行详细阐述，并指出抵押权无效后的执行处理规则，包括配偶方保留份额的方式等，最后强调抵押权人在接受房产抵押时应采取相应措施以降低风险。

请求权基础在诉讼代理中的运用

钱东辉

摘　要：请求权基础是原告请求法院支持自己诉讼请求的法律依据。三段论法律推理的逻辑结构是：法律规范规定了前提条件（假定）和法效后果（制裁），原告的诉讼请求，也就是法效后果得到法院支持，需要满足前提条件——假定，而假定是由法律规范已经规定好的法律要件组成，满足了法律要件对应的证据，则诉讼请求会得到支持。请求权基础分析法以请求权基础作为法律适用的根本，以要件事实作为两造对抗的基本元素，两造律师可以进行如下运用：

1、律师代理原告，需要选择最优的诉讼路径，原告律师要做的工作就是通过了解案情——分析确定原告的诉讼目标——寻找法律规范——确定法律要件——寻找（法律要件）对应的证据，从而说服法官，作出对己有利的判决。

2、律师代理被告，从诉讼请求分析，诉讼性质归入，请求权基础检索（法律依据），要件事实归纳，要件事实证据缺失抗辩，要件事实证据反驳等方面进行防御。对原告的诉讼请求进行分析，锚定原告拟适用的法律规范，审核原告提出的法律规范，再根据法律要件比对原告举证是否满足，或通过法律要件事实的抗辩和反驳，从而阻却原告的诉讼请求。

多层嵌套对合同效力的影响及投资者追偿问题浅析

甘永辉，陈小文

摘　要：2023 年 11 月，华软新动力层层投资，最终因管理人违约，底层资产无法按期赎回导致兑付困难的事件引发关注。纵观整个事件背后，究其原因，涉及私募基金多层嵌套的问题。对于私募基金多层嵌套，2018 年《资管新规》明确禁止资管产品多层嵌套，从法条文义来看，其中应包含对私募基金投资层级的限制。此后，中基协《登记备案办法》及备案指引要求穿透核查每一层级的投资者，防止变相的多层嵌套突破监管核查。《私募投资基金监督管理条例》中要求基金投资层级应遵守国务院金融管理部门的规定可以看作是正式明确私募基金应当遵守《资管新规》中有关多层嵌套的禁止性规定。在禁止私募基金多层嵌套的规定下，如各方违反该禁止性规定签署的投资合同等协议，其效力是否因违反法律行政法规的禁止性规定受影响？从实务中来看，法院观点不一。在多层嵌套下，投资者能否直接越过管理人，向次级管理人提起诉讼，要求次级管理人承担赔偿责任，如在合同相对性原则的规制下，显然不能，但在特殊情形下，如投资者已不能基于原合同下的请求权基础获得救济，从维护投资者利益的角度出发，部分法院也认可了投资者变相突破合同相对性原则的救济路径。

关于实际施工人情形下专业分包工程款的认定的探讨

裴虎斌，赵振东

摘　要：在建设工程领域，实际施工人这一主体对维护市场秩序、保障弱势群体权益意义重大。准确认定其身份是处理相关事务的关键，其认定标准重要性凸显。本文主要聚焦实际施工人认定标准及权利救济路径。在认定标准上，需多维度综合考量。合同签订情况至关重要，直接签订合同或虽未签但履行核心施工义务，都关乎身份认定。人力投入方面，从施工人员招募、组织到调配管理等环节，能体现其参与度，是重要参照。物力投入涵盖机械设备、原材料供应调配，资源主导提供方往往更符合实际施工人特征，助力认定。财力投入也不容小觑，像启动资金筹备、施工资金周转及工程款垫付等情况，都是衡量身份的关键要素，全面考量这些才能精准认定。而权利救济路径多样且各有条件，包括基于合同相对性向转包人、违法分包人主张权利的合同之诉，突破合同相对性，向发包人主张权利的条件与要求，在特定条件下通过代位权诉讼维护权益的适用情形，以及挂靠情形下实际施工人主张权利路径。通过对这些内容深入研究，以期为建设工程实践中处理实际施工人相关纠纷提供理论和实践指导，推动建设工程法律关系规范和谐，保障各方合法权益。

涉外法律服务的实务要点与现实意义

——以中国企业走出去典型案例为视角

张美萍，张澄澄

摘　要：近年来，国际政治形势波诡云谲，国家保护主义抬头，世界政局复杂多变。本文将从现有国际背景及中国涉外法律服务的发展路径与必要性出发，结合近年来中国企业“走出去”过程中遭遇法律风险的典型案例，分析涉外律师在从事涉外法律服务过程中所要关注的实务要点与应对策略。

Token 是不是证券？豪威测试与 SAFT 协议

田小皖

摘　要：本文探讨了美国加密货币监管中的“代币是否属于证券”问题，重点分析了豪威测试和 SAFT 协议在监管中的应用。豪威测试起源于 1946 年的 SEC v. W. J. Howey Co.案，是用来判断某种投资是否构成证券的四项标准。在加密货币领域，SEC 通过这一标准来判定代币是否属于证券。豪威测试对加密货币的认定影响深远，特别是在如何判断代币的投资性质上。

而在应对 SEC 监管时，SAFT（Simple Agreement for Future Token）协议被广泛采用。SAFT 模式属于投资工具的一种，其目的在于提供一种合法的不受监管部门禁止的功能性虚拟代币，同时帮助 ICO 发行人实现 ICO 项目的早期融资，但其仍存在许多缺点。

豪威测试为评估加密货币是否构成证券提供了明确的标准，对全球范围内的加密货币监管产生了深远影响。SAFT 协议作为一种创新的投融资工具，尽管在某些情况下可以帮助项目方规避部分监管风险，但其本身并非万能，仍需根据具体情况进行合规设计。随着监管环境的不断变化和发展，只有在确保合规的前提下，才能实现虚拟货币行业的长远稳定发展。

Relation between Cross-border Insolvency and Ship Arrests

--A Comparison of the English and Chinese Positions

伍方凌

ABSTRACT: In cross-border insolvency cases involving shipping companies, ships are a part or even the main part of the insolvency estate, while at the same time, they are also the object of maritime litigation preservation measures. When cross-border insolvency coexists with ship arrest, the position of the country where the ship is arrested on the foreign insolvency proceeding will largely affect the final results of the creditors' compensation. This Part selects representatives of major countries to analyze the two opposing views, including the position of English law, which is based on the general principle of recognizing foreign insolvency proceedings, and the position of Chinese law, which is based on domestic maritime litigation proceedings. With respect to the coordinated position of the two States, this paper focuses on the question of whether the two States recognize foreign insolvency proceedings where they parallel domestic admiralty proceedings and how they deal with their domestic admiralty proceedings where the debtor is insolvent in a foreign State. And it is suggested that adjustments should be made to Chinese insolvency law and due consideration should be given to the tendency of recognizing foreign insolvency proceedings while protecting the rights and interests of certain maritime creditors who are entitled secured status under maritime law.

简析对赌协议未约定情形下回购行权期限的认定因素

邱献霖

摘　要：对赌协议中的回购权属于形成权，在对赌协议未约定行权期限的情况下，人民法院或仲裁机构应当对于行权期限进行个案认定，在认定行权期限时，需综合考量个案中“自主选择空间”、“公司经营的商业预期”、“合同目的”、“回购条款的内容与性质”、“合同履行情况”、“市场变化与股价波动情况”、“行业惯例”等其他因素，在一般不超过 6 个月合理期限、最长不超过一年除斥期间的前提下，对行权期限进行认定。

和平合作的国际海洋秩序及其动因

伍方凌

摘　要：海洋秩序是国际社会普遍接受的国家间海洋关系准则和行为规范，以及由此形成的海洋权益结构和相应的运行机制。不同历史时期所形成的海洋秩序，都有其相应的海洋权益分配原则和制度，决定着一个国家在海洋实务活动中所享有的权利和利益，所以各国各个历史时期所能享有的海洋权益也是一个动态的范畴。当代国际海洋秩序是以《联合国海洋法公约》为框架定义的秩序。在这个框架下，海洋被划分为不同海域，主权国家在不同海域享有相应的海洋权益，承担着相应的国际义务，并以此作为沿海国与其他国家在特定海域的活动规范。《联合国海洋法公约》生效意味着，战争不再是国际海洋秩序主要的调节手段，和平合作成为国际社会在海洋利用与保护领域所作共同选择。

2016 年印度 BIT 范本对外国投资的影响及其对中印双向投资的启示

李清华

摘　要：在全球化背景下，印度作为一个新兴市场，其外商直接投资规模整体呈上升趋势，投资领域日益多元化。中印作为亚洲两大经济体，双边投资合作具有巨大的潜力和空间。BIT 范本作为海外投资政策最主要的表现形式，受到诸多渴望外资或希望进入他国市场的国家及其海外投资者的青睐，然而伴随着投资者利益与东道国权益保护的失衡问题，一些国家开始通过终止 BITs 或改革 BIT 范本的做法来寻求投资者利益和东道国管制权之间的平衡。印度在 2011 年 white 案后深刻认识到其 BIT 范本存在的问题，于 2012 年开始着手重新评审其 BIT 范本和政策，并于 2016 年出台新 BIT 范本。本文旨在探讨 2016 年印度 BIT（双边投资条约）范本对外国投资的影响，以及这一范本对中印双向投资的启示，文章通过印度 2016 年 BIT 范本台背景、主要内容、重大条款的变化等方面进行了全面的分析并进一步分析了自 2016 年 BIT 范本出台以来对印度外商直接投资的影响，并针对目前中印双向投资面临的障碍并提出了针对性的建议，以期推动中印双向投资合作迎来新的机遇。

全面注册制下从证券业务属性谈欺诈发行证券的罚与罪

秦辉

摘　要：欺诈发行证券，原是《证券法》及《刑法》不起眼的一个条款，但近年来尤其是全面注册制以后，上述“僵尸”条款被大大激活了。2024年7月5日，国务院办公厅转发中国证监会、公安部、财政部、中国人民银行、金融监管总局、国务院国资委《关于进一步做好资本市场财务造假综合惩防工作的意见》，该意见提出：对欺诈发行、严重财务造假的公司依法坚决予以退市，强化对相关机构和个人追责。按照之前惩防规律，对欺诈发行的行政和刑事打击案例将逐渐增多，波及的主体范围也将更广。今后该类行政处罚及犯罪指控既可能涉及上市公司及董监高，又可能涉及证券市场上的中介机构。

本文列举近年来典型的欺诈发行案例，阐述上市公司董监高、相关中介机构如何通过证券业务属性即财务性、政策性、专业性、与信息披露的相关性、保护法益的多重性等角度，如何通过重大性、追诉期限、《证券法》溯及力、发行文件等要点，提升自己在行政处罚听证和刑事犯罪指控方面申辩的有效性，提出重视民事、行政和刑事合规的紧迫性。

我国基础设施公募基金股债结构搭建实务环节涉及法律问题简述

安刚，于聘聘

摘　要：我国公募REITs普遍采用“公募基金+资产支持专项计划+项目公司（持有基础设施项目）”的交易结构形式。总的来说就是通过结构化的设计，最终实现公募基金通过资产专项计划间接持有项目公司，进而取得基础设施项目的完全所有权或经营权。公募REITs交易结构的搭建涉及资产重组、基金/专项计划设立和股权转让等主要环节。其中，股债结构搭建关系到REITs还本付息的来源情况，并且涉及主体多、程序复杂，该结构的作用尤显重要。股债结构搭建就是通过在专项计划和项目公司之间构建合理的股债比（股权和债权的占比），进而通过由项目公司向专项计划支付借款利息、利润分红的形式完成现金流的向上归集，即实现底层资产运营产生的现金流从项目公司到公募基金层的归集。结合项目公司层面是否有现存负债等因素，从上述角度讲股债结构的搭建主要分为项目公司层面直接构建以及引入SPV进行构建的方法，且上述方法又可进一步进行细分。在实务中关于股债结构的构建方式更加多样，且存在部分法律问题认定不明确的问题，也更进一步增加了此类交易的复杂性和不确定性。由此，股债结构搭建的问题不仅是公募REITs项目设立本身关注的一个重点问题，也是需提前与有关部门进行全面沟通的一个重要工作环节。

新《公司法》第 54 条的理解和法律适用问题探讨

易燕

摘　要：新《公司法》第 54 条是关于股东出资加速到期的法律规定，属于本轮公司法修订的重要新增条款之一，其重要性毋庸赘言。但是如何深入理解本条中股东出资加速到期的条件，如何具体适用二元请求权主体以及如何权衡入库规则和直接受偿规则的适用？目前，理论界和实务界对上述问题存在着不同观点，分歧很大。本文梳理破产法和原公司法相关司法解释和《九名纪要》的相关规定，从理论界和实务界对该条理解和适用存在的争议出发，本文作者力图对新公司法第 54 条作系统性解释，从多个维度追根溯源，对新公司法第 54 条应如何正确理解和统一法律适用提出目前存在的问题，也期待新公司法实施后能就目前存在的问题有配套的司法解释予以解决。

对赌协议股权回购及业绩补偿条款的争议法律问题研究

杨光明，曾强

摘　要：对赌协议中的业绩补偿条款的法律本质是股权转让法律关系中，投资人和融资方事先约定好，如果对赌目标未实现，那么可以认为融资方交付的股权价值与约定不符，进而要按照股权的实际价值调整股权转让对价款。实际上属于《民法典》第五百八十二条规定的“ 折减价款 ”这种瑕疵履行的补救措施的违约责任承担方式类型。因此，业绩补偿条款本质仍应属于违约责任范畴，但并非既有案例中认为的“ 约定违约金 ”性质，而是双方约定的折减价款条款；而股权回购条款的法律性质应认定为约定解除的条款。因此，股权回购权应当认定为形成权，其行权效果与合同解除无异，行权期限属于除斥期间；而业绩补偿权则是基于合同约定主张的折减价款的违约之债的请求权，行权期限则应适用诉讼时效。另外，即使合同约定业绩补偿和股权回购条款同时被触发时，投资人可同时主张，但实践中不应支持该主张；即使同时主张，也应二者择其一予以支持，或者在股权回购中扣减业绩补偿款，以使投资方的投资回报率维持在合理的范围内。

民营企业合规化管理的理解与实务

——基于律师承办企业合规业务的视角

姚耘杰

摘　要：民营企业合规管理是企业通过设计风险防控机制，确保企业遵守各类规则以实现自身利益最大化的一种公司治理方式。民营企业合规管理在业务实践中的范围包括对行政调查、刑事追诉、国际组织制裁及对民事责任的防控。不同规模的企业所受的外部压力及对合规的价值目标不同，企业应对经济处罚、资质评级、企业形象等因素进行交叉性考量。企业合规管理需要在树立正确合规管理观念的基础上，先构建企业合规化管理的常规模块，再聚焦自身业务领域建立专项合规计划。在合规管理开展的过程中，企业需要锚定合规需求层面的颗粒度，以确保业务的正常运转。部分新兴领域中，企业可以采取如“建立合规水位”“合规论证”等多样化的措施对尚无明确合规要求的业务场景进行探索。

论公司违法减资情形下股东的责任

余晓华，殷俊

摘　要：我国现行《公司法》安排的减资制度，本意是回应债权人利益保护，但是仅对公司减少注册资本时，须编制资产负债表及财产清单、通知，公告、清偿债务，提供担保等公司减资的程序性内容的规定，而未对公司违法减资应承担的责任和责任主体及债权人保护等关键问题作出回应。这不仅导致了股东与债权人、大股东与小股东之间的利益冲突，而且造成司法审判中也出现不同的处理方式，如公司违法减资应类推适用股东抽逃出资、股东瑕疵出资、或者股东依侵权法承担责任，导致公司违法减资缺乏独立的请求权基础，从而难以满足减资制度的立法本意。新《公司法》对填补了违法减资责任承担的漏洞，规定了违法减资情形下，股东对公司应当承担的责任，包括向公司退还其收到的资金，将减免的出资恢复原状，还规定了若给公司造成损失，违法减资的董事、监事、高级管理人员应承担赔偿责任。这一系列的措施很大程度上改变了对违法减资的程序性规范。但新《公司法》在法律层面上仍欠缺违法减资情形下股东对债权人的法律责任，为实务中的法律适用留下了不少争议空间，因此，还是有必要在总结我国司法实践经验的基础上，将公司减资未通知债权人时的股东责任明确规定于法律中。对此，应对股东承担责任的条件和范围作出明确限制，如在公司违法减资时，股东、董事承担补充赔偿责任最为适宜，即在公司的全部剩余财产不足以清偿债务时，由股东、董事对不足的部分承担补充责任，补充责任的范围仅限于股东减资的本息范围内，股东的责任范围恰与公司违法减资所减损的公司偿债财产数额一致，也足以使受损的债权人利益得以填补。

破产衍生诉讼中的公司发起人连带责任研究

应菲菲

摘　要：当企业破产成为“流行趋势”时，与公司发起人责任有关的破产衍生诉讼日益增加。基于对《公司法解释三》（2020）第十三条第三款的不同理解，司法实践中对发起人是否承担连带责任呈现了截然不同的裁判观点。为了正确解读《公司法解释三》（2020）的规定，需要对发起人连带责任规则进行系统的解构，这包括对于发起人概念的正确理解、对公司发起人定位的正确认识、理解资本充实责任的设置背景、理解《公司法》演变过程中注册资本认缴制的出现对发起人责任的影响。对公司发起人的界定实际涉及公司设立股东之间的协议关系、公司设立股东与公司之间的关系及公司设立股东与公司其他利益相关者之间的关系。而公司发起人之所以会被客以强制性责任，主要是为避免公司发起人利用信息不对称等损害外部债权人的利益。结合学界观点及最高人民法院在设计《公司法解释三》（2011）第十三条的条款内容时所呈现的内在逻辑，发起人在公司设立时所享有的职责、权力是其被客以资本充实责任的重要原因。而 2013 年《公司法》修订后，注册资本认缴制的实施客观上将发起人身份的存续期间及资本充实责任的期限大幅延长，导致权责不一致，进而使发起人责任长期处于不确定状态。

综合发起人概念、发起人责任的设置背景及《公司法》发展过程，我们认为当公司进入破产清算情境时，对公司发起人的责任需要做狭义解释。《公司法解释三》（2020 修正）第十三条理应结合《公司法》（2018 修正）第二十八条进行解读，并正确区分破产清算情境与《公司法解释三》（2020 修正）第十三条适用场景的不同。同时，由于在破产清算情境下，债权人对股东出资的期待利益有别于正常经营阶段，如仍扩张适用连带责任，则对发起人明显不公。

2023 年 12 月 29 日修订的《公司法》调整了股东出资期限、增加了董事对股东出资的管理责任。该等制度设计弥补了此前的漏洞，有力维护了各方利益。同时在权责一致的背景下，对破产清算情境下的公司发起人连带责任更应做狭义解释。

新《公司法》股东代表诉讼制度双管

贾明君，李丹

摘　要：双重股东代表诉讼制度，作为新公司法中的一项创新性增设，标志着股东权益保护机制的一大进步。该制度在构建上虽与单层股东代表诉讼制度共享诸多基本原则，却在其基础上实现了关键性的突破——它实现了从单层到多层的向上穿透，赋予了间接股东（即股东的股东）以代表诉讼的权利。这一看似简洁的穿透设计，实则凝聚了近二十年的法律探索与实践智慧，预示着未来还可能向更多层级股东结构的进一步拓展。

具体而言，双重股东代表诉讼制度在规则上与单层制度相似，均旨在当公司遭受不法侵害而怠于提起诉讼时，允许股东代表公司行使诉权。然而，其核心差异在于诉讼主体的扩展：单层制度仅限于直接股东，而双重制度则突破性地允许间接股东在符合一定条件下提起诉讼。这一变化不仅丰富了诉讼主体的多样性，也极大地拓宽了股东权益保护的覆盖面。

此穿透机制对公司架构和运营产生了深远的影响。首先，它增强了小股东的话语权，使他们即便在复杂的集团化公司结构中，也能通过法律途径有效维护自身权益，对抗大股东或管理层的侵权行为。其次，这一机制为解决公司内部僵局提供了新的视角和工具，特别是在集团化公司中，股东间的利益冲突和治理难题往往更为复杂，双重股东代表诉讼制度为这些问题的解决提供了更为直接和有效的法律途径。

此外，新公司法在增设双重股东代表诉讼制度的同时，还配套了一系列保障措施，如强化股东的知情权，以及向下穿透至孙公司的规定，这些措施共同构成了更加完善的股东权益保护网络。这些变化不仅提升了公司治理的透明度，也促进了公司内部治理结构的优化。

综上所述，双重股东代表诉讼制度的引入，不仅是对现有法律体系的补充和完善，更是对公司治理实践的一次深刻变革。它使得股东能够从一个更为微观和深入的层面审视并应对公司治理中的各种问题，为小股东权益保护、集团化公司管理以及公司内部僵局的解决提供了强有力的法律支撑。随着这一制度的逐步实施和完善，可以预见，类似的诉讼案件将会显著增多，进一步推动公司治理的规范化和法治化进程。

有限责任公司法定代表人变更与涤除的实务重构

吴杰

摘　要：长期以来法律实务中有关法定代表人与公司是何法律关系（委托代理或履职行为）、法定代表人变更登记属于公司自治还是民事纠纷，司法应否介入、法定代表人如何自我涤除等问题一直存在争议，在理论界也观点不一。本文将在修订后的《公司法》调整下，围绕近年来有限责任公司法定代表人变更和涤除实务中争议较多的问题进行实务重构，首先对有关法定代表人相关修订内容进行梳理，然后对法定代表人变更涤除的原因类型进行分析、再对不同涤除类型可选择的路径、司法审判观点与行政登记规范的差异，以及判决执行与行政登记衔接问题进行分析，明确今后类似问题的解决方案。

执行追加未届期股权转让历届股东的困境与完善路径探究

杨光明，许惠茹

摘　要：在新《公司法》出台后，出资未届期股权转让后的责任归属问题引发诸多讨论。学者多聚焦于新《公司法》第 88 条的理解、适用与批判建议，却鲜少从执行领域对该问题展开研究。然而在实践中，执行追加未实缴出资股东的需求日益提升，能否追加历届转让股东也随之成为一大亟待解决的难题。本文旨在深入剖析未届期股权转让情形下追加历届转让股东所面临的困境，通过对旧《公司法》下相关认定逻辑、审判实践的梳理，以及新《公司法》出台后的理论与实践变化分析，探讨从新公司法到执行领域的衔接问题。同时，对新公司法虽有规定但在实践中仍未解决的难题提出一些浅见，以期为相关司法实践和公司法的进一步完善提供参考。

AIGC 侵权认定困境与路径探寻

杨光明，邵婉仪

摘　要：本文深入探讨了生成式人工智能内容（AIGC）在快速发展和广泛应用中所引发的侵权新形态和法律挑战。文章首先界定了 AIGC 的概念和特征，分析了 AIGC 在知识产权和人格权方面的侵权案例。接着，文章讨论了 AIGC 侵权认定的困境，包括责任主体的确定、责任划分、归责原则以及避风港原则的适用性。最后，文章提出了解决 AIGC 侵权问题的路径，包括确立价值取向、明确责任主体、责任划分、适用过错原则，并参考避风港原则。文章强调，在鼓励技术创新的同时，应保护民事权益，实现技术发展与法律保护的平衡。

生态破坏类环境侵权案件股东责任问题研究

王海军，苟金阳

摘　要：法人人格独立和股东有限责任是现代公司法的基本原则，否认公司法人独立人格是例外随着社会经济生活的发展，关联企业应运而生，市场实践领域公司与股东存在人格混同现象频出，法人人格否认制度的适用面临着更高的要求和挑战。在我国生态文明建设，绿色低碳可持续发展的政策大背景下，生态破坏类案件常常因损害后果大而受到关注，生态破坏类侵权案件中，股东对于生态破坏的责任承担方式等问题亟待进一步明确。

文章结合实践领域典型案例，认为在环境侵权案件中，应通过“法人人格否认制度”和“环境法基本原则”双重主张，以此在案件中实现追究股东连带责任之法律效果。同时，为有效地防止股东利用有限责任原则逃避责任，倡议在生态环境法典，生态环境责任编明确如下：一是应适当宽松适用公司人格否认制度，但同时宽松适用应以生态修复目的为导向；二是应综合考量认定股东对于公司的“共同意志”幅度范围，以此适当确定股东环境侵权连带责任；三是生态破坏类环境侵权，应重点关注生产方式单一的采矿企业的责任主体和承担方式问题。

论 web2.0 环境下“用户生成内容”之著作权认定

胡若平

摘　要：Web2.0 时代的到来已然改变公众创作内容以及获取作品的方式，在经历了网站用户只能被动获取网站信息的 Web1.0 时代后，用户被允许在网络媒体平台上进行交互合作，主动创作并发布内容，形成了“全民创作”的热潮。由此，用户生成内容迅速进入大众视野，所带来的商业价值也引起了各大行业追逐与重视。同时用户生成内容作为新兴领域，也引发了著作权上的诸多问题，成为法学界的一大关注热点。

本文通过文献研究以及案例分析等研究方法，对用户生成内容的概念、著作权认定与冲突两方面问题进行研究分析。

关于用户生成内容的概念。本文通过对 2007 年世界经济合作与发展组织、2009 年欧盟委员会信息社会项目发布的两篇报告中以及国内各学者对用户生成内容这一概念的讨论分析，结合现下用户生成内容的发展现状，对用户生成内容的定义与特征进行总结说明。同时从概念入手，按照表现形式、发布平台以及创作方式三种分类标准对用户生成内容进行归纳分类。

关于用户生成内容的著作权认定与冲突。本文通过独创性标准分析用户生成内容是否成立作品，受到著作权法保护，并根据实践对权利归属进行把握。其次由三个案例入手：谷阿莫案、上海美影厂案、美国跳舞婴儿案，引出 UGC 在著作权领域中的矛盾与冲突。

论商业秘密惩罚性赔偿引入许可使用费标准必要性

陈瑶

摘　要：本文深入探讨了“全球 VR 第一案”——Facebook 旗下 Oculus 与 ZeniMax 的诉讼案件。案件中，Oculus 因侵犯版权和违反保密协议，被判赔偿 ZeniMax 共计 5 亿美元，但关于盗窃商业机密的指控被驳回。此案引发了关于 VR 技术发展、商业竞争与知识产权保护之间复杂关系的广泛讨论。

文章进一步分析了故意侵害知识产权行为的严重性，以及实施惩罚性赔偿的必要性。引用中国的《中共中央关于制定国民经济和社会发展第十四个五年规划和二三五年远景目标的建议》和《法治中国建设规划（2020 - 2025 年）》，强调了我国加强知识产权保护、实行侵权惩罚性赔偿制度的决心。

然而，文章也指出我国在商业秘密保护方面的立法技术存在不足，特别是在惩罚性赔偿数额的确定上。为此，建议在《反不正当竞争法》中引入许可使用费标准，以统一立法层次，并借鉴国外司法实践，提升商业秘密的保护力度。

最后，文章提出了通过第三方专业机构评估来确定商业秘密许可使用费数额的方法，为法院在审理类似案件时提供参考。这一建议旨在平衡知识产权保护与技术创新之间的利益，促进公平竞争和可持续发展。

跨国环境侵权在我国的冲突规则研究

王亓艳，杜祖乐

摘　要：经济全球化带动了商品、人员、资本在全世界范围内的活动，加之环境因子的流动性，环境侵权也从一国国内影响到其他国家，跨国环境侵权问题日益凸显，亟待法律规制。然而，我国如同世界上大部分国家，都没有制定专门的冲突规则来规制跨国环境侵权，而是适用一般侵权的冲突规则来处理跨国环境侵权领域的法律选择问题。但是，跨国环境侵权不同于一般侵权，具有主体地位不对等、涉及公共政策、跨国性等特点，应当制定专门的冲突规则。本文就跨国环境侵权领域专门冲突规则提出建议，环境侵权应当适用侵权结果发生地法律，受害人选择适用侵权行为实施地法律的除外；侵权行为发生后，当事人明示选择侵权行为实施地、侵权结果发生地或法院地法的，按照其协议。以上供学术界或实务界讨论。

我国海洋污染防治法律问题探究

朱璇

摘　要：在政府和科技发展的推动下，我国海洋经济快速发展，海洋产业体系日渐完备，但在海洋经济得到长足发展的同时，海洋污染问题也接踵而至。鉴于此，希望通过本文加深人们对海洋污染紧迫性、严重性的认识，增强社会对海洋保护的重视。本文共三部分内容：第一部分提出我国海洋污染问题的现状以及海洋污染对我国经济发展和群众健康的危害；第二部分分析我国海洋污染防治立法的现阶段情况以及缺陷；第三部分是针对海洋污染问题提出解决方案，包括可持续发展、普遍合作和依法治海等海洋保护法的立法原则、尽快制定海洋基本法、健全海洋公益诉讼制度以及完善海上执法活动等。

变化状态产品外观设计专利权的保护范围及法律观察

左殿勇

摘　要：外观设计专利权保护范围的界定一直是司法实践中的难点，而变化状态外观设计又属于一类特殊的外观设计，其保护范围的界定还存在特殊性。《专利司法解释二》的第 17 条就是专门为变化状态外观设计这一特殊类型的外观设计而制定的，有利于提高外观设计专利权边界的清晰化。但是“ 变化状态外观设计 ”的概念不清晰，司法解释中没有变化状态外观设计的定义，《专利审查指南》虽然有“ 变化状态产品 ”的定义但过于简洁，无法清楚界定现实中存在的千变万化的产品。这些问题会模糊社会公众的法律预期，也会给法律适用带来不确定性。

本文分以下三节研究：第一节介绍了我国关于变化状态外观设计的立法现状以及存在的问题。第二节以一件亲办案件为例，生动展现诉讼实践中各方当事人对于变化状态外观设计及其保护范围的解读以及法院对这一问题的司法态度，并给出了案例对于社会公众尤其是专利申请人的启示。第三节以更宏观的视野考察多个涉及变化状态外观设计的案例，发现案例之间的差异以及内在联系，并基于这些发现呼应第一节提出的立法中的问题以及第二节中的案例启示。

涉税贸易瞒骗的去罪化思考与修法建议

林倩

摘　要：跨境货物贸易，海关依据税则税率和货物价格，对进出口企业征收关税、增值税和消费税等，如果企业故意虚假申报货物价格、原产地和商品名称等，导致偷逃国家税款，则构成“ 贸易瞒骗 ”行为。法律应当如何适度惩戒“ 贸易瞒骗 ”偷逃税的行为？我国现行法律虽然没有“ 贸易瞒骗 ”的概念，但《海关法》第 82 条规定的走私行为，以及《刑法》第 153 条规定的走私普通货物罪，均包含“ 贸易瞒骗 ”的内容，即将瞒骗海关偷逃税款与偷运货物入境偷逃税款的行为，一律认定为走私普通货物，予以相同的处罚。笔者认为，“ 贸易瞒骗 ”行为性质不同于秘密偷运走私，但现行法律规定将“ 贸易瞒骗 ”等同于走私，处罚过于严苛，应将“ 贸易瞒骗 ”从走私犯罪中分离出来，并参考《税收征管法》和《刑法》对逃税罪的处罚规定，借鉴境外典型国家对“ 贸易瞒骗 ”行为的处理方式，对我国《海关法》第 82 条和《刑法》第 153 条的走私条款予以重新界定和修改，纠正“ 贸易瞒骗 ”行为过罚不当的司法现状。本文从“ 贸易瞒骗 ”与跨境偷运走私，“ 贸易瞒骗 ”与国内逃税行为，以及“ 贸易瞒骗 ”与国外贸易欺诈行为等三个维度，通过“ 贸易瞒骗 ”法律责任的比较分析，提出对我国现行法律的修改建议。

挪用资金罪中“本单位资金”的认定

周金才

摘　要：2023 年 7 月 14 日中共中央、国务院发布《关于促进民营经济发展壮大的意见》，对民营企业内部腐败的防范治理提出明确要求，此后，“ 两高 ”先后发布司法文件，强调保护民营企业产权，依法加大对民营企业工作人员腐败行为的惩处力度。保护民营企业产权的前提为明晰产权，尤其是对于挪用资金、职务侵占这类以单位财产作为侵害对象的犯罪，厘清犯罪对象范围，不仅是全面、及时保护企业资产的应有之义，也是罪刑法定原则的必然要求。因此，本文拟以挪用资金罪的犯罪对象“ 本单位资金 ”为切入点，结合相关法律法规、司法判例、法学理论以及自身办案经验，系统性梳理、讨论“ 本单位资金 ”的认定范围，以供司法实践参考。

关于人工辅助生殖技术的法律和道德思考

——“邹某某诉湖南省某保健院医疗服务合同纠纷案”案例分析

易燕，王亚楠，李睿琪

摘　要：“ 邹某某诉湖南省某保健院医疗服务合同纠纷案 ”基本案情是，邹某在丈夫去世后，要求湖南省某保健院履行邹某夫妇与其签订的人工辅助生殖技术医疗服务合同，利用邹某与丈夫之前在该医院保存的冷冻胚胎，为邹某实施胚胎移植手术。

本文从法律和道德两个角度分析该案例：从法律角度而言，邹某的诉求有债权、物权和人格权上的请求权基础，故邹某的请求在法律上应得到支持；从道德角度而言，诸如人工辅助生殖技术无益于后代成长、甚至会带来不利社会影响等对邹某的反对理由并不成立。

随着时代与观念的发展，该案件也带来了更多对此类生物技术的法律与道德思考。

行政拘留司法救济程序的反思与修正

汪敬涛

摘　要：行政拘留作为一种人身自由罚，处罚具有不可回复性，一旦执行完毕，无法实质补救。因应此种特性，现有处罚程序上设计了暂缓执行制度。但是暂缓执行制度由于决定主体与行政拘留执行主体混同，缺乏中立性，继而影响制度效果。而常规的事后诉讼救济模式一方面与宪法人身权条款不甚符合，另一方面与刑事司法程序宽严不成比例，在合法性与合理性两方面均有所不足。而行政拘留处罚程序司法化在不变动现有刑行整体处罚体系的前提下，仅对处罚程序作出部分修正，在事前引入司法程序，改法院被动介入为主动，既能通过增加程序成本促使行政机关审慎处罚，又可保障行政相对人的救济机会，提高司法能动性，是当下程序修正的最优方案。

对假冒注册商标罪中服务商标入刑规则的实务探析

刘向东，刘笑寒，马媛馨

摘　要：《刑法修正案（十一）》有针对性地提高知识产权的保护力度，增设“服务商标”为假冒注册商标罪的保护对象，此举结束了司法实践中关于服务商标能否作为本罪犯罪对象的争议。本文将以此为背景，解释修正案增设服务商标为本罪犯罪对象的缘由，并通过对司法实践现状的总结归纳，分析服务商标定罪的具体难点，并阐释其入刑规则如下：第一，关于本罪“同一种服务”的司法认定，应当站在接受服务的消费者角度，从其保护法益为“服务身份”的角度出发，采用实质和形式相结合的判断方法，形式上依照国家知识产权局出具的《类似商品和服务区分表》确定商标类别，实质上通过提供服务的外在表现形式、目的、对象等进行综合判断。第二，针对“使用相同服务商标”而言，行为人使用的商标和权利人的注册商标应当在客观上“基本无差别”，在主观上达到“足以让公众产生误导”的程度。此外，应当注意商标的使用必须是在服务过程或行为中使用，而非附属在销售商品的过程中使用，且面对单纯文字使用、混合多个竞品商标使用的行为时应当审慎判断。第三，关于法条规定的“情节严重”标准，应当采用与商品商标不同的标准，司法解释规定依照数额认定，但唯数额论的方法仍存在局限，亟待司法解释在列举式说明之外予以明确。

浅析《刑法修正案（十二）》背景下商业机会刑法保护的新策略

段志刚，刘笑寒

摘　要：2024 年 03 月 01 日，《刑法修正案（十二）》正式实施，正如全国人大常委会法工委刑法室负责人就《刑法修正案（十二）》草案答记者问时强调：“近年来民营企业内部人员腐败问题多发、易发，主要表现在侵占、挪用、受贿和背信等方面。”本次修订案旨在保护企业利益以及公平、自由竞争的市场环境，无疑是我国创新体制机制、强化协同联动、完善法治保障，不断提升营商环境的法治化水平的关键一步。在本次修订的几个罪名中，非法经营同类营业罪及为亲友非法牟利罪是直接针对商业机会的，而司法实践中对于打击侵犯商业机会犯罪的行为通常会以职务侵占罪与侵犯商业秘密罪论处。随着非法经营同类营业罪及为亲友非法牟利罪因本次修改犯罪主体扩大至民营企业，上述四个罪名在具体的法律适用上无疑会产生矛盾。本文通过分析职务侵占罪以及侵犯商业秘密罪的定罪逻辑，认为非法经营同类营业罪与为亲友非法牟利罪无疑在企业成本以及犯罪行为的针对性上具有更大的优势，应当成为保护商业机会的重点经营策略。

民营企业的刑法保护

——《刑法修正案（十二）》

王希娟

摘　要：随着经济发展，民营企业在国民经济中的地位愈发重要，“保护民营企业”成了各部门法调整的驱动力，在刑法语境中，“保护民营企业”则被具体化为通过刑法保护民营企业，《中华人民共和国刑法修正案（十二）》（下称《刑修（十二）》）于 2024 年 3 月 1 日正式施行，本次刑法修正案的重点之一就是从制度和法律上将平等对待国企、民企的要求落实下来，惩治民营企业员工通过各种非法手段进行的“损公肥私”的行为，加大对民营企业的保护力度，确立了平等保护非公企业财产利益的立法原则。同时，该修正案对侵犯民营企业合法权益的犯罪行为加大了打击力度，提高了刑罚幅度。上述刑法条文的修订，正是从刑事立法层面对民营企业要求平等保护的必要回应。

《刑法修正案（十二）》为民营企业提供了更全面的法律保护，体现了刑法在保护民营企业发展中的重要作用，同时对民营企业日常治理提出诸多启示，包括完善内部治理架构、明确行为“红线”“底线”以及建立合规文化制度，促使企业合法合规经营，提升风险意识等，也促使企业及相关人员重视合法合规，推动企业健康发展。未来民营企业也应积极响应，加强内部管理，共同营造良好的法治营商环境。

组织、协助组织卖淫罪中受雇佣管理人员行为定性之实证研究

黄玉梅，黄佳慧

摘　要：组织卖淫罪与协助组织卖淫罪虽然是独立罪名，但二者本质上是共同犯罪，协助组织卖淫罪作为帮助犯，相关司法解释将协助行为列举至五种，即为组织卖淫犯罪活动招募、运送人员或者充当保镖、打手、管账人等行为，这种帮助行为应只是在卖淫活动外围协助组织者实施主行为，其行为属性不应具备组织卖淫罪中的管理、控制特征，因此受组织卖淫者雇佣的管理人员，其行为性质的界定不能仅以其身份确定，对罪名的认定应当综合考虑是否符合管理、控制的实质性要素，再根据其所起作用大小确定主从犯身份。

杨某与 A 公司保险纠纷—表见代理认定、民刑关系处理及典型意义探究

李世军，姚博文

摘　要：以杨某与 A 公司保险合同纠纷案例为切入点，探讨表见代理在保险合同订立本文中的认定标准及法律后果，包括代理人外观表现与投保人善意无过失等认定要点，以及合同成立有效且保险人可追偿等后果；分析了民事纠纷与刑事犯罪竞合时刑事责任与民事责任在法律体系、合同成立判断、合同效力判断等方面的区别与联系，强调二者并行不悖；阐述了本案在保护投保人权益、维护经济秩序、促进保险行业健康发展、明确刑民交叉案件处理原则等方面的典型意义，为保险合同纠纷处理及相关司法实践提供了重要参考。

北京德和衡律师事务所全球布局

□ □ □ □

□ □ □□ □ □ □ □ □ □ □ □ □ □ □ □ □□□□
□ □ □ □ □ □ □ □□□□□□□□□□

□ □

□ □ □□ □ □ □ □ □ □ □ □ □ □ □ □ □□□□
□ □ □ □ □ □ □□□□

□ □

□ □ □□ □ □ □ □ □ □ □ □ □ □ □ □ □ □ □
□ □ □ □ □ □ □ □ □ □ □ □ □ □ □ □