



中论文德律师事务所  
ZHONGLUN W&D LAW FIRM

# 中论文德

法律  
评论

2022年03月



中论文德法律研究院

内部资料  
免费交流

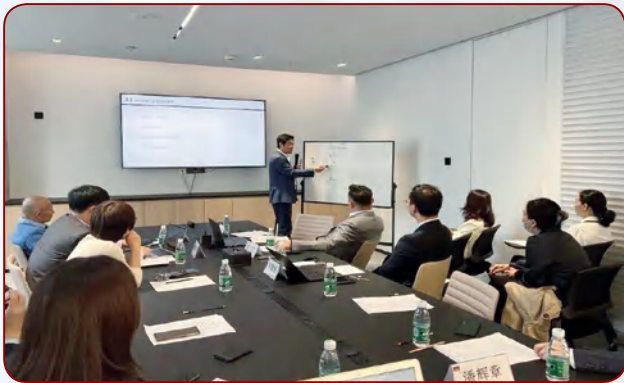




2021年12月15日上午，中南大学法学院中企海外合规与反腐败高端论坛暨“中企海外合规与反腐败法制研究中心”挂牌仪式暨“朋乐”奖教奖学金签约仪式在中南大学法学院举行。中伦文德（长沙）律师事务所主任田学军、高级合伙人王涛，中伦文德胡百全（前海）联营律师事务所主任林威律师，高级合伙人孙淘律师、沈天举律师，合伙人梁新越律师出席了签约仪式。



2021年12月16日，中伦文德律师事务所在北京总部多功能厅举办了新晋合伙人入伙签约及所徽授予仪式。会议由北京总所执委会委员张海军律师主持。中伦文德创始合伙人陈文律师和中伦文德总所主任李铮律师分别致辞。新晋合伙人律师胡高崇律师、汪艳祯律师、耿亚杰律师、张润宏律师、孙雪律师分别上台发言。他们从不同角度分享了他们晋升合伙人的感想和心路历程。



2021年12月16日下午，由中伦文德律师事务所破产重组法律专业委员会、中伦文德大湾区经济与法律发展研究中心和中伦文德胡百全（前海）联营律师事务所共同举办的“大湾区资管与重组峰会”在中伦文德前海办公室成功举办。此次峰会中，中伦文德胡百全（前海）联营律师事务所主任林威律师，中伦文德律师事务所合伙人、破产重组法律专业委员会主任刘培峰律师，广东昊乾律师事务所高级合伙人钱志敏律师、中伦文德（深圳）律师事务所高级合伙人陈康康律师分别做主题发言，四位主讲律师以其丰富的实务经验与参会嘉宾进行了现场答疑并共同探讨与交流。



2021年12月31日，EXTERRO发布了2021年度ACE LEGALTECH AWARDS。本次评奖主要赋予2021年在国际数据保护及法律科技领域做出突出贡献的律师、企业个人和团队，徐云飞律师凭借卓越的业务能力及客户的高度评价入选2021年度Top 15 Data Privacy Lawyers 榜单。



2022年1月12日，北京市中伦文德（南昌）律师事务所经江西省司法厅批准设立。南昌分所位于南昌红谷滩区中心区，华尔登商业中心30楼（整层），现有律师、助理、行政人员48人。南昌分所的人才经总所精心考核，从当地具有较高知名度、品行良好、专业能力强、执业经验丰富的律师中优选出来。中伦文德南昌分所将以其社会责任和使命，立足江西、服务江西。



2022年1月18日，中伦文德律师事务所举办了航空及通航产业法律委员会成立仪式及通航产业发展前景研讨会。会议由中伦文德执委会主任朱登凯律师主持。中伦文德创始合伙人陈文律师、欧美同学会企业家联谊会会长、中国通航产业协会会长徐昌东先生，前中国航空集团总法律顾问、中国航空立法专家、北京恒礼管理咨询有限公司董事长聂颖先生，中伦文德副主任夏欲钦律师，中伦文德合伙人、航空及通航产业法律委员会主任耿亚杰律师出席会议并致辞。

# 目录

## CONTENTS

Zhonglun W&D  
Law Firm

03/2022

主 编: 陈 文  
执行主编: 方登发  
编 委: 李 铮 李 刚 甄庆贵  
夏欲钦 林 威 王志坚  
陈云峰 温志胜 王爱国  
刘银栋 朱代恒 洪国安  
纪 斌 田学军

责任编辑: 熊美琦  
电 话: 64402232  
传 真: 64402915  
网 址: www.zhonglunwende.com  
地 址: 北京市朝阳区西坝河南路1号  
金泰大厦19层、10层、21层  
邮 编: 100028

# 中伦文德

Zhonglun W&D Law Firm 2022-03

### 事 务 所 文 化 论 坛

3 | 法律画像 姜耀雄

### 新 能 源 法 律

10 | “三调”取消宜林地分类后“林光互补”光伏电站该何去何从  
桂少华 周绍丰

### 环 境 保 护 法 律

13 | 建立黄河流域综合管理机制防治黄河水污染 魏大忠 许 潞

### 数 据 合 规 法 律

19 | 企业数据分类分级模式及相关问题的实务思考  
张润宏 徐云飞

### 刑 事 法 律

24 | 规范完善与精准辩护  
——网络不正当竞争引发犯罪辩护之探讨 娄 爽 史博文

### 民 商 事 法 律

31 | 在先起诉时未主张的从债权诉讼时效问题研究  
甄庆贵 葛隆文

34 | 用人单位管理人员被员工通过电信网络等方式  
人身攻击之法律应对 胡高崇 胡文杰

37 | 《公司法（修订草案）》的重大变化及相关建议  
黄冀蒙 王西巧仙

43 | 对《公司法（修改草案）》的修改建议（上） 姚正旺

47 | 从奥运会吉祥物“冰墩墩”浅析“权利用尽”  
知识产权原则的法律适用 于 斐



# CONTENTS

## 国际商事仲裁

- 50 国际商事仲裁之“仲裁地”问题探讨 林 威 李宇明  
54 关于在国际商会最新仲裁规则下新加坡国际商事  
仲裁律师费分配的研究 李炜昭 洪逸山

## 证券法律

- 59 分析软件事件引发的学习热情  
——上市公司信息披露两事 王向阳 郭 彦

## 国外法律

- 62 德国透明登记制度下有关披露最终受益人的合规要求 汪 黎

## 房地产法律

- 66 未取得预售许可证时开发商收取商品房预订款问题研究  
李 敏 徐乾宇

## 金融与保险法律

- 71 保险资管债权投资计划产品不予登记合规性  
原因之整理分析 郭文俊  
75 2021年度中国保险中介机构监管处罚之数据解读  
李政明 任雅茹

## 代理词专栏

- 82 借款合同纠纷案件代理词 陈禄堂 夏玉峰  
85 医疗损害责任纠纷案例代理词 邱建凯

## 人文风采

- 88 梦幻双奥之城 陈 文  
89 沁园春·冬奥 陈 文  
90 新年初雪游积水潭 方登发

## 事务所快讯

- 91 事务所快讯 编辑部

娄耀雄，北京市中伦文德律师事务所合伙人，中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员；北京通信法制研究会会长。

## 法律画像

□ 娄耀雄/文

“生命只有借助生物才能前进，生物是生命的载体。……遗传不仅传递特征，它同样传递一些能够改交这些特征的冲动，而这种冲动就是生命力。”<sup>[1]</sup>

——亨利·伯格森



娄耀雄

大数据给用户画像，判例库给法律画像。法律通过无数次对现实的规范、预测、回应、威慑和评价，渐露真容。

### 一、法律的救赎

霍布斯在《利维坦》里，描述了一切人反对一切人的状态。在生存竞争中，道德对不择手段是无能为力的，有效的是竞争规则和维护其权威的国家暴力。法律的救赎就是通过建立竞争规则，取代成王败寇的丛林法则，给残酷画出一条底线，从而避免了两败俱伤的结局。

#### （一）道德的场景

俄罗斯侵入乌克兰让我们知道，政治是不接受道德评价的。因为涉及生存，需要实力说话。人们只有活下来，才会考虑是否高尚的问题。这就是为何离生存越近的职业，职业道德越背离普世道德，比如，间谍说真话就掉脑袋，以撒谎为工作常态，与普世道德的“真”背道而驰；商人为控制价格，宁可把牛奶倒在地沟里也不贱卖给

穷人，与普世价值的“善”不相容。当然，你有权选择不做间谍和商人，而坚守真善美。但从事任何职业都是为了解决吃饭的问题，都与生存相关，都是屁股决定脑袋，只是程度不同罢了；所有职业者都必须坚守职业立场，无论善恶。只是在不同行业中，普世道德和职业要求的张力不同而已。大部分职业者并不时刻面临普世道德与职业要求的冲突；但有的职业，这种冲突会一直存在，比如外交官、政治家、律师。

在成为业界翘楚和遵守道德上，我们会面临二难选择：恪守道德，只能成为沉默的大多数；要想快速成功，就要走近路，要遵守潜规则。使用潜规则不是一个道德问题，而是一种冒险，是用将来被明规则审判的风险豪赌眼前的快速成功。于是，眼见起高楼，眼见楼塌了。我们先不说潜规则的具体内容，遵循潜规则本身就与道德相悖，属于不诚。大部分精英都是说一套、做一套；能说的不能做、能做的不能说。不信？可以看看刘邦、曹操、朱元璋、斯大林、特朗普的传记。正如伏尔泰所说，“倘若伟大是指得天独厚、才智超群、明理诲人的话，象牛顿先生这样一个十个世纪以来杰出的人，才是真正的伟大人物；至于那些政治家和征服者，哪个世纪也不短少，不过是些大名鼎鼎的坏蛋罢了。”<sup>[2]</sup>

然而，潜规则下的不诚，就像间谍撒谎，并不接受道德评价，他们只是一种竞争手段而已。道德的适用场景限于非竞争环境，竞争环境下有规则而无道德。道德的本质是利他，而竞争的目的是超越对手，甚至消灭对手，利他会增加对手的竞争力，使自己难以胜出。伏尔泰为何说征服者“不过是些大名鼎鼎的坏蛋罢了”？因为他们要想成为征服者，必须消灭对手，或让其臣服。这是一场你死我活的竞争，稍有道德感（利他、仁慈、讲义气），则会被对手消灭。正如马基雅弗利在《君主论》中所说<sup>[3]</sup>，为了征服，君主应当使用诡计，而非守信。

竞争是残酷的，道德无法确立恶的底线。如果没有竞争规则，权力竞争就是一场株连九族的灭门和复仇，商业竞争就是一场劣币驱逐良币，无奸不商、无商不奸的欺诈比赛。

## （二）利他的表演

虽说竞争中无道德，但有时也能发现道德的影子。比如，决斗中的绅士风度，战场上救助将死的敌人，企业家捐款，商人给对手介绍交易机会等。如果没有竞争规则赋予上述义举以功利，比如捐款可以抵税，这些义举的真正动机就值得我们反思了。

竞争中的道德分两种情况：要么，利他于场外观众，并未增加对手的竞争力；要么，虽利他于对手，但以长远的眼光看，是一种投资行为，未来对手的回报会超过当下自己竞争力的削减。

第一种情况，利他于观众，而非对手。这种情况不是在竞争中出现的，并不违反“竞争无道德”的结论。在成王败寇的权力竞争中，“能不杀则不杀”是一种道德，但不杀的都是对自己无潜在危险的人；稍有威胁，襁褓中的婴儿也不会放过。商业道德也属于这种情形，商业利他只利于对手以外的人，并未增加对手的竞争力，与竞争无关。

那么，更深层的问题是，这些义举即使不增加对手的竞争力，也有损于自己的竞争力，竞争者为何要如此？原因在于，他从观众说他“善”所获的收益也许很大。好的口碑就是未来的机会，这种收益几乎是无限的，所以，商人大都“显得”道德高尚。以企业捐款为例，考虑到广告效应，捐款带来的口碑收益往往大于财富减少对己方竞争力的损害。大碗或商人喜欢在人多时候祭拜，或者在办公室建个祠堂，目的是展示给观众或竞争对手，自己是有底线的、是追随“善”的、是不会唯利是图的一一其实，他越缺什么，越炫耀什么。商人的捐款和教徒的捐款有本质差异，前者是以“善”的名义进行长远投资，后者在本世无所图（我们姑且把信徒对来世的投资也称为“善”。人是自私的动物，如果把对来世的投资从“善”中去除的话，则人间无善可言。）

第二种情况，利他于同行。要想在竞争中胜出，就要超越同行，对同行的利他行为会削弱自己的竞争力。那么，为何要利他于同行呢？原因有二：（1）在明显的竞争中，如果对手与自己实力相差悬殊，即使利他于对手，竞争结果也没有



悬念，行善并不妨碍自己获胜。比如，马拉松比赛中，一个选手会扶起另一个摔倒的选手，但在100米比赛中见不到这种善举。(2)在不显见的竞争中，同行相助，对自己竞争力造成的损害并不明显，比如，把商业机会推荐给对手，因为市场很大，利他并不必然导致自己的竞争力受到显见的贬损。这种善举还会带来两个收益：受益者回报和旁观者赞许。其实，这并不是道德问题，而是一种长远投资。

综上，在竞争场景下所有利他的目的都是利己。竞争中看起来感人的利他，并非出自道德，而是一种长远的投资。没有规则约束的竞争，道德顶多催生出一出伪君子们的表演。

### (三) 残酷的底线

法律的救赎，就是给竞争中的残酷画出底线，把不择手段的伤害降到最小。这条底线闪耀着人类文明的光辉，是利益相关方博弈后达成的共识，是在无知之幕下达成的“最大的最小值(maximin)”。罗尔斯在《正义论》中论述了如何确立正义，“正义原则是在一种‘无知之幕’(veil of ignorance)的后面选择出来的”。<sup>[4]</sup>在无知之幕后，每个人处于原始的平等地位，无法预知未来和自己在未来的处境，每个人必须考虑自己最坏的结果，所以，使每个人考虑的最坏结果变得最好，就成为了所有人的共识。这就是分配的正义原则。在竞争中，法律就是要画出这个边界，使得最惨的人也不至于最差，因为每个人都可能成为那个最惨的人。

法律确定的竞争规则，为残酷画出了底线(当然，法律还有其他作用，比如保护公共利益、保护效率和竞争秩序等)。如果大家共同服从这个规则(结果规则)下的分配结果，即以这种规则下得到的结果为正义，并且按照这个结果确定程序规则(过程规则)，从而把竞争成本减到最小，那么，这种规则约束下的竞争对双方都是有利的。我们以宪法为例。在宪法诞生前(或者实际起作用之前)，权力竞争只接受丛林法则，赢家改写历史、自己定义善恶，输家成为阶下囚，甚至被诛杀九族；权力更迭的成本通常需要一个民族花几十年，甚至上百年来消化。宪法建立了权力竞

争的底线，在共同的规则约束下，权力更迭只是竞选经费的付出。同样，在其他竞争场景下，没有法律约束的竞争会变得不择手段，导致两败俱伤。法律是罩在所有竞争者头上的必须遵守的铁律，从而减少了双方的竞争成本。

需要说明的是，虽然竞争中无道德，但竞争规则却埋藏着道德。道德对竞争的作用是在建立规则时被考虑进去的。所以，道德是立法者的事，而不是竞争者的事。最后，我们回到开头的话题，为何有了国际法，俄罗斯还要侵犯一个主权国家？由于国际法没有高于国家的力量维护其效力，严格说，国际法不是传统意义上的“法”，对双方不构成强制性约束，所以，国际争端也就仍然靠实力说话、遵循丛林法则。

## 二、法律的谦卑

法律的谦卑和科学的傲慢形成鲜明对比，其中的原因值得玩味。科学的确有傲慢的资本：在最近二百年的时间里，科学极大地增加了生产力(最近200年生产力的提高超过了过去5000年的增长)、提高了生活质量(让人更懒惰、更贪婪、更具破坏力)、延长了人类寿命(1850年的平均寿命为40岁，现在是72岁)。法律的确应该谦卑，按照民事案件的证明标准(证据优势原则)，理论上错案率可能达到49%；按照刑事案件的证明标准(排除合理怀疑)，理论上错案率可能达到5%；另外，不服一审而申请二审、再审、以及无法执行的案件，不计其数，法律没有理由不谦卑。

### (一) 傲慢的科学

科学的傲慢已经到了不可一世的地步，不仅喊出了“人定胜天”的口号，还把一切无法被现有科学理论证实的学说认定为歪理邪说。我们以中医为例，其不符合现代医学范式，也不符合科学的基本特征，即不可重复(辨证、确诊和药方一人一个样，看人下药)，不可实验(中医的“阴阳”、“金木水火土”都没有解剖学依据，其理论无法通过实验证实)。然而，中医具有实实在在的疗效，就是管用。这种疗效是现代医学无法解释的。我们只能说，这源于现代科学不够完美，

等科学发展到可以测量阴阳、元气、虚实了，中医就具备科学特征了。就像 200 年前电磁场理论出现前，人们不相信自然界中存在电磁波一样。

其实，有关科学和非科学之争，只是“现在的科学”和“未来的科学”之争，当后者颠覆了前者，结论也许就变了。以牛顿为代表的经典物理学是对以亚里士多德为代表的经验物理学的超越，在此之后，经典物理学又被以爱因斯坦为代表的量子物理学超越。牛顿物理学适用于低速物体，当物体以光速运动时，牛顿物理学就不适用了，要适用量子力学。在量子力学产生之前，人们只知道牛顿力学在光速环境下是错的，按照它计算的天体的位置与观测到的不符，但不知为什么。物理学是发展的，再过一千年，量子力学的使用场景也许被重新定义。进步，就意味着证

伪、否定原有范式，提出新的理论，然后，继续证伪。如果以发展的眼光看待科学，从未来的视角看，过去的科学必然存在局限性，在过去的科学的评价体系下，某些学说是伪科学的结论，未来也许会被颠覆。亚里士多德时代，经验物理学解释不了比萨斜塔的实验，直到经典物理学的出现；牛顿时代，经典物理学解释不了微观粒子的运动，直到量子力学的出现。同样道理，很多不被科学承认的玄学，效果可以被反复检验，但从现代科学视角看，其原理荒谬；对其原理解释有待科学迈入一个新时代，建立新的范式。

## （二）谦卑的法律

泛科学主义者需要学会的不是崇拜科学，而是敬畏自然，承认人类的无知和科学始终处于发





展和自我否定中的事实。在这一点上，科学要好好向法律学习。法律制度中充满了纠错机制：立法后的法律解释和法律修改，反映出法律的自我调整心态，以及适应不断变换的事实之诚惶诚恐；执法中的各种严格的程序安排和对行政权力的高度限制，都反映了法律适用于现实的谨慎。尤其是在司法过程中，法律的谦卑体现得淋漓尽致。司法判决是在小心翼翼地试探中得到的，即使是这样，仍然不敢承认司法判决的绝对正确，所以预留了各种名目的纠错机制。

在事实查证阶段，司法的抗辩制留给了双方足够的机会发表相反观点；证据规则最大限度地排除了假证据导向虚假事实的可能；诉讼程序要求的当面质证、证人出庭接受盘问都是为了避免虚假事实的出现。在法律适用上，各方和法官都有权对适用的法律提出意见，法官还可以针对案情重新解释法律。可以看出，上述制度安排反映了司法对规则的适用性采取谨慎的、可反驳的态度。在对待既有判决上，也反映出法律的谦卑，其制度中的上诉、再审、检察机关的抗诉都反映出司法对自身运作结论的谨慎。

可以看出，无论在立法、执法和司法领域，法律流露出的从来都是谨慎戒备的谦卑，从来不敢说那个规则是绝对正确的、是不可改变的，或不可被重新解释的；相反，法律一直强调，“我可能错了，我已经为纠正我的错误预留了制度，我随时接受旨在推翻自己的审判。”

### 三、法律的语境

很多关于人和世界的争论，都涉及语言问题。维特根斯坦说，“当语言休假时，哲学问题就产生了。”<sup>[5]</sup> 有关利益分配的问题，表面看是正义问题，其实只是立场问题。这些问题没有对错，只是如何平衡利益才能让各方感到公正而已。有时双方争得不共戴天，其实是不理解对方的立场和围绕该立场建构的语境。在法庭辩论中，双方根据自己的立场，建构各自叙事的语境，再以此为背景，进行法律推理，从而得到自己的结论。

司法判决也一样。法官首先得到了结论，再根据捍卫该结论的立场，建构法律事实的叙事语境，并以此为背景，进行法律推理，最后得到判

决。同样的事实，不同时代的法官会有不同的判决，那主要是由于规则不同；但是，同一时代，使用同一规则的法官也会出现不同的判决，而且判决书说的都有道理。这是为什么？原因很简单，这是由法律的工具主义决定的。权力博弈后需要什么结果，法官必须给出这个结果，否则换法官。我们最关心的是，法官是如何做到的。法官的技巧就在于，他们在判决书里建构了适用某个规则的语境，然后，触发该规则，得到结论。法律推理本质上不是科学证明，而是说服，他不需要从逻辑上推导出一个结论，只要让争议双方和公众觉得他说的有理，就可以了。在这个过程中，有三个方面值得讨论：

(1) 法官是先有结论，再根据这个结论寻找判决的理由，这是由司法的工具性决定的；

(2) 法律推理不是证明，而是说服，是法官说服当事人和公众相信这个判决是公正的过程，所以，法律推理不是形式逻辑，而是非形式逻辑，属于修辞学、心理学研究的领域；

(3) 法官要深谋远虑地建构一个语境，使得其结论看起来理所当然，换句话说，通过这种语境，法官掩盖了先有结论、后有推理的心路历程，而让判决书看起来是从事实和规则必然推出的结论。

#### (一) 法律工具主义

法律是政治的工具。很多情况下，产生判决结果的真正原因不是判决书里写明的，而是权力、政策、舆情、法官个人偏好等综合性因素作用的结果，其中可能包含潜规则。法官需要用判决书将不能明说的决定性因素产生的结果进行正当化包装，使之看起来更像是单纯适用规则的结果。

于是，司法的工具性特征与法治社会的规则至上，构成一对矛盾。法官化解这对矛盾的方法就是建构一个语境，从而触发一个规则（或不触发一个规则），从而得到已有的结论。比如，按照规则，原告应该胜诉，但公共利益会受到损害，于是，只能判决原告败诉。这时，法官对规则的解释凸显了司法技巧，使得判决在不违反“规则至上”的法治原则下，实现了政治正确。

除了作为政治的工具，法律不能至上以外，

“法律至上”还会与秩序、效率、道德等其他价值目标冲突，这时就需要法律解释，以维护各种价值的平衡。另外，在很多案件中，法官由于忌惮舆情，不得不去迎合民意。在这些过程中，法律的工具性要求法官用法律去解释一个不是法律得到的结论。比如，河北律师乔占祥诉铁道部春节期间火车票涨价案<sup>[6]</sup>，按照价格法，乔占祥应该胜诉；但若如是判决，全国人民就会要求铁道部退票（退票潮会破坏秩序），于是，法官通过建构“规则初创期”的语境，推理出不能触发该规则，从而豁免了铁道部的法定义务。

## （二）证明和说服

法律推理本质上是说服的过程，属于非形式逻辑。按照通说，司法判决就是一个三段论，大前提是法律，小前提是事实，结论是判决，推理过程就是判决书。其实，法律推理要比三段论复杂得多，其中很少是三段论（形式逻辑），绝大部分是非形式逻辑。简单说，形式逻辑和非形式逻辑的差别在于，前者属于证明，后者属于说服。

证明，是逻辑推理中达到100%的证明力的推理，即绝对正确，比如数学证明、三段论、种属归类。1加1在任何情况下都等于2，苹果100%属于水果，这些都是证明。证明必须是100%的真，只存在于理念上。比如数学证明，在这个世界上存在之前，1+1就等于2了。1+1=2是理念上的事，与这个世界无关。

说服，是从理性和感性上打动他人，让其相信某结论为真。说服通常需要使用修辞学、心理学，甚至包括表演（法庭演说）、道具（证据）、从众效应和心理暗示（比如品格证据）等，以便全方位打动对方，使其确信某结论比其他竞争性结论“更应当被接受”。比如张三是杀人犯，或者，黑天鹅不存在。说服只需达到一定的证明力，不需要100%证明。

法律推理本质上属于说服。法官通过判决书，说服双方当事人和公众，事实认定正确、法律适用恰当、判决公正。首先，对于事实证明，不可能达到100%，任何证据都不可能100%证明昨天下雨（录像可能伪造，气象局证明可能由于被买通），用证据“证明”只是用证据做道具来说服，

使他人更容易相信某个结论。其次，对于规则（大前提）的选择和适用，必然包含价值判断，价值问题不是逻辑问题，无法证明，只能说服。

由于以下原因，规则的选择和适用都是可反驳的，即达不到100%的绝对真：

（1）大前提自身错误（比如，天鹅都是白色的）或者缺乏适用的大前提（法律真空）。规则存在上述缺陷的原因在于，立法者不是神，法条不可能穷尽所有情形，这就需要对规则的解释、比较、说服；

（2）规则不适用（涵摄不触发该规则），比如，拐卖儿童罪处五年以上十年以下有期徒刑，但亲生父母由于养不活孩子而出卖，是否属于拐卖？（本案事实是否落入规则假定部分）；

（3）规则冲突，两个以上规则都被触发，如何确定冲突规范？

对规则的选择需要类比推理，这是典型的说服过程，即说服他人相信我的类比更恰当，更接近事物的本质。在法典法系，规则是高度概括的，既不可能穷尽所有情形，也不可能直接对应具体案情，规则的选择就是将本案事实与规则假定部分进行类比的过程。在判例法系，发现规则的过程就是类比个案事实和判例事实的过程。如果本质相似，则适用判例规则；不相似，则不适用。

## （三）如何建构法律语境

为解释结论的正当性，就要适用某个规则，或者不适用某个规则。这就要求对规则进行解释。对规则是否适用于个案的解释，是通过操纵涵摄完成的。涵摄（subsumption），是确定事实是否属于法律规范中假定部分的类比过程。如果事实落入规则假定部分的外延，则触发该规则；如果没有落入，则该规则不适用。比如，某甲买春，妓女已收工，不做，某甲强制发生性行为，并扔下了2000元，是否构成强迫交易罪？该罪的假设部分是：以暴力、威胁手段，实施下列行为之一，情节严重的，（二）强迫他人提供或者接受服务。判断本案事实是否落入上述假定部分的外延，就是涵摄。法官通过操纵涵摄，就可以触发或者不触发一个规则。

涵摄是一个类比过程，即本案情形是否可以



归入规则的假定部分。有关归类，包含对规则假定部分的本质抽象、本案事实的本质抽象，二者对比发现一致性或不一致等复杂的思维过程。类比得到的结论是非常主观的，仁者见仁、智者见智。法官对涵摄的解释，构成判决书中最重要的说理部分，即为什么触发或者不触发某个规则。这部分判决书内容，建构了一个特殊的语境，我们可以称之为“触发语境”。如果法官想适用该规则，则将此语境建构成触发模式；如果不想适用该规则，则将此语境建构成“非触发语境”。

语境的建构并不复杂。当法官想要适用一个规则，就要建构触发语境，对案件事实的叙述就要朝着规则假定部分的方向进行，对事实和规则假定部分的拆分要点（该要点在刑法上被称为“犯罪的构成要件”）进行一致性铺陈；反之，当法官不想适用一个规则，就要建构非触发语境，对案件事实的叙述就要朝着规则假定部分的相反方向进行，对事实和规则假定部分的拆分要点进行不一致性铺陈。这样，通过建构语境，就可以控制涵摄的结果，由此决定事实是否落入规则假定部分的外延，进而控制是否触发该规则。

## 书虫的幻想

我是蠹鱼，人们叫我书虫  
为了不朽，钻入书中

人类的世界看起来很大、很精彩  
其实，只有一张床和一支枪

他们在床上广种薄收  
企图通过传递 DNA 获得永生  
但不朽的只有基因  
生命只是基因在时间中穿梭的载体  
在我啃掉的书里，有  
偷情后的一无所有、强奸后的死刑、  
性侵后的化学阉割、通奸后的敲诈

但，这些都阻挡不了男人们奔赴雄性的使命  
为了稳妥，不能把鸡蛋放到一只篮子里

我追求的不朽，在书里的语境  
无论多少年后，只要文字还被共享  
我的生命就在流传  
我此生卑微，没有文字记载我的历史  
所以，我钻到书中  
当两页天地交融，沉甸甸的文明压住我  
在偷藏的语境，与文明厮守

我躺在笔画搭建的世界  
看书页变黄  
看铁链拴住一个 DNA 传递工具  
我听见枪声  
那是人类庆祝权力的鞭炮  
坦克的履带像绞肉机  
把文明绞成馅，喂了熊  
互联网时代，没有皇帝再去焚书，  
书，是我的金字塔  
语境，是我的天堂

## 注释：

- [1]【法】亨利·柏格森著，肖聿译：《创造进化论》，北京联合出版公司，2013年11月第一版，第213页。
- [2] 伏尔泰：《哲学通信》的“第十二封信”：“谈掌握大位培根”。
- [3]【意】尼利洛·马基雅维里：《君主论》第十八章，“那些曾经建立丰功伟绩的君主却不重视守信，而是懂得怎样运用诡计，使人们晕头转向，并且终于把那些一本信义的人们征服了。”
- [4] 罗尔斯著：《正义论》，哈佛大学出版社所属 Belknap 出版社 1971 年版，第 12 页。转引自沈宗灵：《现代西方法理学》，北京大学出版社 1992 年 6 月第一版，第 115 页。
- [5]【奥】维特根斯坦著，李步楼译：《哲学研究》，商务印书馆，1996 年 11 月第 1 版，第 29 页。
- [6] 北京市高级人民法院行政判决书【(2001) 年高行终字第 39 号】原文如下：“虽然，《价格法》第 23 条规定，‘制定关系群众切身利益的公用事业价格、公益性服务价格、自然垄断经营的商品价格等政府指导价、政府定价，应当建立听证会制度。’但，由于在铁道部制定《通知》时，国家尚未建立和制定规范的价格听证制度，要求铁道部申请价格听证缺乏具体的法规和规章依据。据此，上诉人乔占祥请求认定被上诉人铁道部所作《通知》程序违法并撤销该具体行政行为理由不足。”

中伦  
文德



□桂少华/文

桂少华律师，中伦文德合伙人律师，新能源法律专业委员会主任；中国政法大学法学学士，韩国国际法律经营大学国际法硕士；执业领域主要集中在与能源、环境保护、金融、建设工程等相关的投融资及争议解决法律服务。



□周绍丰/文

周绍丰，2019年加入中伦文德，中国政法大学法学学士，长期从事能源、自然资源与环境保护领域的投资并购法律服务。

## “三调”取消宜林地分类后“林光互补”光伏电站该何去何从

2018年9月，国务院统一部署开展第三次全国国土调查（以下简称“三调”），以2019年12月31日为标准时点汇总数据。“三调”历时3年，汇集了2.95亿个调查图斑，全面查清了我国陆地国土利用现状等情况。目前，“三调”主要数据已经发布，部分省市也已开始在内部试用“三调”数据成果。笔者注意到，相比于第二次全国土地调查，“三调”取消了宜林地、无立木林地、其他无立木林地等分类，而这将会给“林光互补”光伏电站在光伏场区（光伏组件阵列区）的用地合规性方面带来较为深远的影响。

### 一、“林光互补”光伏电站对光伏场区用地的要求

光伏电站通常由升压站和综合楼、光伏场区、进场道路和场内道路、集电线路和送出线路等部分组成。根据《森林法》和《森林法实施条例》的相关规定，对于升压站和综合楼、道路和输电线路的杆、塔基础等涉及占用林地的情形，用地单位应办理永久使用林地的审批手续。对于堆料场、临时施工道路和杆、塔基础施工平台等涉及临时占用林地的情形，用地单位还应办理临时使

用林地的审批手续。那么，在光伏电站的光伏场区也存在占用林地的情形时，用地单位是否需要办理相应的林地使用审批手续呢？若需要办理，是永久还是临时使用林地的审批手续呢？

为支持光伏产业健康发展，规范光伏电站建设使用林地，国家林业局于2015年11月27日发布了《关于光伏电站建设使用林地有关问题的通知》（林资发〔2015〕153号）。按照该通知规定，对于森林资源调查确定为宜林地而第二次全国土地调查确定为未利用地的土地，应采用“林光互补”用地模式，“林光互补”模式光伏电站要确保使用的宜林地不改变林地性质；用地单位在施工期应按照临时占用林地办理使用林地手续，在运营期与林地权利人签订补偿协议，通过租赁等方式使用林地。

换言之，只有在国土上显示为未利用地，且于林业上显示为宜林地的土地，将其用于“林光互补”光伏电站的光伏场区建设才可被视为未改变林地用途，用地单位无需办理光伏场区用地范围内的永久使用林地审批手续，但在施工期需要办理临时使用林地的审批手续。需特别注意的是，“在国土上显示为未利用地”“于林业上显示为宜



林地”“林光互补”这三者之间属于并列关系，即应同时满足。只要未满足前述任何一个条件，光伏场区涉及占用林地的，均应办理永久使用林地的审批手续。

## 二、国土部门和林业部门认定的土地地类存在不一致的情形

国土部门和林业部门对同一块土地的地类认定不一致，主要是由于国土部门和林业部门执行的技术标准不一致造成的。国土部门执行《土地利用现状分类》(GB/T21010-2007)，而林业部门执行《森林资源规划设计调查主要技术规定》(GB/T26424-2010)和《中华人民共和国林业行业标准——林地保护利用规划林地落界技术规程》(LY/T1955-2011)。国土部门土地调查中的林地只包含有林地、灌木林地、疏林地、未成林地、采伐迹地和火烧迹地、苗圃地，而不包

括宜林地、其他无立木林地和林业辅助生产用地。按照森林资源规划设计调查的统计口径，有林地、灌木林地中的经济林地包含了土地调查中的部分园地，林业辅助生产用地中包含部分建设用地，宜林地和其他无立木林地中包含了部分荒草地、裸地等政府规划用于发展林业的土地。

在国土部门土地调查认定的园地、草地中，如果经县级人民政府批准实施的林地保护利用规划及林地落界成果将这些土地划为林地的，应按照林地进行管理。同理，对于国土部门土地调查认定为草地、荒地、裸地等未利用地的土地，如果已经县级人民政府批准实施的林地保护利用规划及林地落界成果将这些土地划为林地的，属于《中华人民共和国森林法实施条例》第二条第四款规定的县级以上人民政府规划的宜林地，应按照林地进行管理。

上述不一致情形的客观存在，正是国家林业



局出台“林资发【2015】153号”文的基础。但在“三调”完成后，国土部门和林业部门的“两张图”将统一为“一张图”。也就是说，在适用“三调”数据后，“在国土上显示为未利用地”而“于林业上显示为宜林地”的不一致情况将不复存在。

### 三、“三调”取消了“宜林地”的分类

2020年11月17日，自然资源部办公厅发布《国土空间调查、规划、用途管制用地用海分类指南（试行）》（自然资办发【2020】51号）。该指南将林地划分为乔木林地、灌木林地、竹林地和其他林地，将其他林地细分为疏林地、未成林地、迹地、苗圃等林地。“三调”工作方案用地分类与该指南中的林地分类相一致。需要注意的是，红树林地并不属于林地的范畴，而是属于“三调”中新增的一级地类“湿地”。

用地用海分类名称、代码和含义

代码	名称	含义
03	林地	指生长乔木、竹类、灌木的土地。不包括生长林木的湿地，城镇、村庄范围内的绿化林木用地，铁路、公路征地范围内的林木，以及河流、沟渠的护堤林用地
0301	乔木林地	指乔木郁闭度 $\geq 0.2$ 的林地，不包括森林沼泽
0302	竹林地	指生长竹类植物，郁闭度 $\geq 0.2$ 的林地
0303	灌木林地	指灌木覆盖度 $\geq 40\%$ 的林地，不包括灌丛沼泽
0304	其他林地	指疏林地（树木郁闭度 $\geq 0.1$ 、 $< 0.2$ 的林地）、未成林地，以及迹地、苗圃等林地

笔者近期在河北省、山西省、江苏省、辽宁省等地区开展新能源电站项目的法律尽职调查时，当地自然资源主管部门均答复“三调”已取消了宜林地分类。目前，《中华人民共和国林业行业标准——林地分类》（LY/T1812-2009）和《国家林业局关于光伏电站建设使用林地有关问题的通知》（林资发【2015】153号）等文件均在修订之中。

### 四、取消宜林地分类对“林光互补”光伏电站的影响及建议

由于“三调”已取消了宜林地分类，先前

被划为宜林地的光伏场区用地可能被调整为非林地或者其他类型林地，“林光互补”光伏电站所要求的“在国土上显示为未利用地、在林业上显示为宜林地”已丧失了前提条件，而“林资发【2015】153号”文等政策文件尚未修订公布，因此，目前“林光互补”光伏电站的用地合规性存在较大的不确定性。若光伏场区用地被调整为其他不适宜建设“林光互补”光伏电站的地类，不排除存在被相关主管部门认定为违法用地的法律风险。

笔者曾就该问题咨询过多个地区的国土和林业主管部门，一些地区的自然资源主管部门答复称目前“三调”数据与林地数据尚在对接融合，新一轮国土空间规划和林地保护利用规划正在编制，有关光伏场区林地地类的认定需要以将来对接融合后的结果为准，目前还无法判断是否需要办理或补办林地使用审批手续；一些地区的林业主管部门答复对于已并网和办理林地使用审批手续的项目，将继续认定为“林光互补”光伏电站，对于正在建设中的项目，将以开工建设时的时间节点和政策文件确认是否需要办理林地使用审批手续。

2022年1月28日，自然资源部办公厅下发《关于开展2022年卫片执法工作的通知》（自然资办发【2022】3号）。该通知要求“2022年7月31日前，省级自然资源主管部门要将上半年卫片执法成果和报告报部，2023年3月31日前，完成2022年全年度卫片执法成果审核及汇总分析，将年度卫片执法成果报部”。对于光伏场区的用地合规性问题，我们建议“林光互补”光伏电站的业主单位及时向当地自然资源主管部门申请查询光伏场区用地在“三调”中被调整为了何种地类，并对2022年上半年卫片执法保持密切关注；同时，基于谨慎原则，业主单位也可以向当地自然资源主管部门书面请示被调整后的地类是否适宜“林光互补”光伏电站建设，以及是否需要办理或补办林地使用审批手续。







□ 魏大忠/文

魏大忠律师，北京市中伦文德律师事务所合伙人；中华全国律师协会环境、资源与能源法专业委员会委员；北京市律师协会宪法专业委员会主任、刑法专业委员会委员；北京市法学会环境与资源法委员会理事；曾获得“北京市律师行业奥运工作专业贡献”。



□ 许 璐/文

许璐，北京市中伦文德律师事务所实习律师，法律硕士，曾任职于北京市王玉梅律师事务所、北京盘古氏投资有限公司等。主要从事于企业法律顾问、知识产权等相关业务。

## 建立黄河流域综合管理机制防治黄河水污染

黄河是中国的母亲河，开展《黄河保护法》的专门立法、从制度上保障黄河全流域综合治理和可持续性发展目标的实现，既是黄河保护的重点难点，也是黄河高品质发展的迫切需求。

### 一、国内外流域立法情况

“一条河流一部法律”是现代水资源生态保护立法的成功经验。莱茵河、田纳西河的治理结果，都是注重流域综合立法、践行流域治理理念、建立流域综合保护机制的成功案例。2021年3月1日实施的《中华人民共和国长江保护法》（以下简称《长江保护法》）是综合性流域立法在我国的首次尝试。填补了我国在流域综合性立法领域的空白，具有里程碑式意义。这些成功经验都值得黄河保护立法学习和借鉴。

#### （一）美国田纳西河流域管理立法情况

田纳西河是美国第八大河流，地跨7个州。要实现田纳西河流域的统一开发管理，必须有联邦统一立法的保证。1933年在罗斯福总统的倡导下，美国国会通过了《田纳西河流域管理局法》。通过立法，为田纳西河流域包括水资源在内的自然资源有效开发和统一管理提供法律保证。

在田纳西河流域综合治理中最值得借鉴的经验是流域管理机构——田纳西河流域管理局的设立。田纳西河流域管理局是以《田纳西河流域管理局法》为基础设立、主要负责统筹田纳西河流域综合开发和治理的非政治化国有机构，被誉为“美国历史上第一次巧妙地安排，整个流域及其居民命运的有组织尝试。”

该局在田纳西河的开发治理上做出诸多贡献。它在田纳西河及其支流先后共建造20座新水坝，改建5座原有水坝，使美国雨量最大的地区之一的田纳西河流域再没有经历洪水泛滥。通过监测流域各水库的水质，防止水电站尾水排放对生物产生有害影响，并与流域内各机构、社区共同致力于改善水质的活动，为流域内居民、企业以及水生生物等提供洁净的水环境。在教育农民方面，该局举办示范农场、试验站和流动图书馆，提供职业教育设施，帮助农民改良土壤、学会科学种田、培养保护环境意识。还进行了制定文化规划的尝试，改变该地区的风俗习惯，提高文化水平。由此可见，综合流域治理是对流域生态作整体化布局和管理规划。流域经济发展、自然资源利用、环境污染治理、人文关怀、文化风俗，都是流域综合治理中不可割裂的重要组成。

相较于黄河水利委员会作为流域内水行政主管的角色，田纳西河流域管理局的管理方式颇具特色，享有更多的自主决策权，并非仅局限于执法权。它作为美国最大的公共电力公司，可以跨越一般程序，直接向总统和国会汇报，从而避免了一般行政程序和其他部门的干扰，在享有政府权力的同时，又具备私人企业的灵活性和主动性。在对田纳西河流域长达几十年的综合治理中，田纳西河流域管理局起到了关键性作用，赢得了良好效果和口碑。它向人们揭示了流域经济的开发和管理必须从资源的比较优势出发，还要同时带动流域区内的社会经济全面发展。作为自由市场经济下的国有部门，其依法管理的职权和类似企业的经营行为，对中国的流域治理具有十分有益的启迪作用。

## （二）莱茵河流域管理立法情况

莱茵河是欧洲西部第一长河，流经法国、德国、荷兰等多个国家。20 世纪以来莱茵河遭到一

系列严重污染，一度成了欧洲最大的下水道。工业排放的废料、轮船排出的废油、居民排放的污水、废渣以及农业使用的化肥农药，使水质遭到严重的污染，成为生物学意义上的“死亡之河”。为此流域内各国先后签署了《莱茵河防治化学污染公约》《莱茵河流域行动计划》《莱茵河保护公约》以求共同解决水资源开发利用、水污染防治、水资源退化等问题。2000 年欧盟颁布了《欧盟水框架指令》从水资源利用、水资源保护、防洪抗旱和栖息地保护等方面作出规定。在上述莱茵河法律体系的约束下，治理效果显著，莱茵河流域管理被誉为国际流域管理的典范。负责莱茵河流域管理的机构是全流域 9 个国家及欧盟代表共同组成的保护莱茵河国际委员会、以及莱茵河国际水文委员会和莱茵河航运中央委员会。莱茵河流经国也在其各自领域内建立了流域管理机构。

长久以来黄河流域废弃物任意排放、水土污染严重，进而导致黄河生态失衡，水生生物多样



性受损严重，洪水问题突出，次生灾害频发等情况与莱茵河情况极为相似，莱茵河保护法律体系中关于水污染治理的立法经验值得黄河流域立法借鉴。该法律体系的核心在于流域内各国每6年必须制定一次流域联合治理规划，树立一体化系统生态修复理念，建立统一的监测系统用于9个跨国界断面的监测，建立针对突发性污染事故的水质预警系统，规定某些化学物质的统一排放的标准，确保全面实现水资源保护目标。既实现了各区域各国之间联防联控，也实现了规划、治理与时俱进。

### （三）长江河流域管理立法情况

《长江保护法》是一部保护长江全流域生态系统，推进长江经济带绿色发展、高质量发展的专门法和特别法。相较于涉水四法（即《水法》《水污染防治法》《防洪法》和《水土保持法》）“自上而下”的立法和“单向立法”而言，《长江保护法》应当被描述为“横切面”立法，是将与长江流域有关的各种要素、各种社会关系综合起来，融合到一部法律里进行规范。

针对流域水污染问题，《长江保护法》着重从改善水环境质量和防范水环境风险两方面进行规定。在改善水环境质量方面，制定更加严格的地方水环境质量标准，加强总磷污染控制，强化排污口分类管理以及加强长江流域农业面源污染防治。在防范水环境风险方面，加强固体废物非法转移和倾倒的联防联控，对沿江垃圾填埋场、加油站、矿山、化工园区和化工项目等地下水重点污染源及周边地下水环境安全隐患开展调查评估，建立长江流域危险货物运输船舶污染责任保险与财务担保相结合机制，并禁止在长江流域水上运输剧毒危险化学品和国家规定禁止通过内河运输的其他危险化学品。

基于《长江保护法》这一流域立法的地位，流域管理机构的作用显得更为重要，是执行中央政策、衔接地方省级政府以及相关职能部门的重要纽带。《长江保护法》提出建立国家和地方两级流域协调机制，立足长江流域特点，超越“部门”与“地方”结构，在保留既有的管理体制基础上，推动长江流域管理机制从“条块分割”到“统

筹协调”的重大变革。在国家层面规定了“国家建立长江流域协调机制，统一指导、统筹协调长江保护工作，审议长江保护重大政策、重大规划，协调跨地区跨部门重大事项，督促检查长江保护重要工作的落实情况。”在地方层面，该法规定了地方的协作机制是长江流域各地方之间的流域协同治理机制，主要目的是各行政区从生态环境的系统性和整体性出发，共同对生态破坏、环境污染等跨界公共问题进行合作协调，在法规、标准、规划的制定与监督执法等方面形成生态环境保护治理合力。

《长江保护法》是符合中国实际情况的第一部流域综合立法，对黄河的治理具有十分重要的借鉴作用。

## 二、黄河水污染防治的立法现状

十八大以来，我国加快了生态文明制度建设。为了推进生态文明建设，以《中华人民共和国环境保护法》（以下简称《环境保护法》）、《中华人民共和国水法》（以下简称《水法》）、《中华人民共和国水污染防治法》（以下简称《水污染防治法》）为核心的水污染防治法律体系，相继得到了重新修订，以适应新的环境和形势。上述法律在流域管理、污染治理、与时俱进的监管方向等制度上做出一定尝试和突破，但是对流域管理、特别是针对黄河流域的管理过于笼统，无法顾及到流域的方方面面、无法满足各流域具体的和迫切的要求。

### （一）《环境保护法》

《环境保护法》作为一部综合性和基础性的环保法律，被称为环境法中的“宪法”。2015年1月1日修订实施的新《环境保护法》对流域水污染防治具有重要指导意义。进一步明确了政府对环境保护的监督管理职责，完善了污染物总量控制、环境监测和环境影响评价、跨行政区域联合防治等环境保护基本制度，强化了企业防治污染的主体责任，使监测机构、生态补偿、排污许可等制度更加完善。这部法律的修订和颁布实施，对水污染防治、生态文明建设推进，都具有重要意义。



但是《环境保护法》对于各流域间的自然环境和经济环境存在差异等问题无法面面俱到，流域管理规定过于笼统，对水污染流域控制的适用性、可操作性并不强。

## （二）《水法》

《水法》从合理开发、利用、节约和保护水资源入手，突出水利事业的发展方向就是实现水资源的可持续利用。建立取水许可制度等多项制度，在水资源权属、取水权确立等方面有所突破。确立了流域管理与区域管理并存的管理体制。明确了国务院水行政主管部门负责全国水资源的统一管理工作，对缺乏统一管理、各施其政的状态做出变革。各级人民政府也相继确立了行政主管部门，在全国范围内初步建立了从中央到地方的水法规体系和水行政执法队伍，使我国水资源走上了依法管理的轨道。

但是《水法》仍有诸多难以克服的问题：该部法律依然是对区域管理体制的妥协，未明确规定解决矛盾冲突的原则。以行政区域管理为主的体制不可避免产生地方保护主义。法制不统一与地方保护干扰会造成各机构权责不明，最终导致水污染的流域控制难以真正得到贯彻落实。依托《水法》明确了水利部作为国务院水行政主管部门，并下设了有长江水利委员会、黄河水利委员会等七大江河湖泊的流域管理机构，在水利部授权下、对所辖范围内的水资源进行监管。这虽然是中国在流域管理领域跨出的一大步，但其职权过于单一，层级不高。地方水行政主管部门职能和作用十分有限。在流域监管方面难以突破。

## （三）《水污染防治法》

《水污染防治法》是我国水污染防治的最基本法律依据，对水污染的流域控制作出基础性、具体性的规定。加强了流域管理机构对水污染进行流域控制的力度并赋予其多方面的权力。河长制是该部法律对河湖管理的一项制度创新，也是我国水环境治理体系和保障国家水安全的制度创新。同时突出、加强了对农业和农村的水污染防治规定，保障饮用水安全，加大惩罚力度，提高违法成本。

但是，《水污染防治法》对流域综合治理仍然存在局限性。该部法律是针对生态系统的局部功能进行的制度设计，忽视了流域作为有机整体性，一定程度上割裂了流域系统的内在联系，难以实现流域生态系统诸多要素的优化配置。在监管体制上仍是环保部门统一监督管理、各部门分工负责的监管制度，这仍是流域管理与区域管理并存的模式，与真正意义上的流域综合管理尚有差距。

## （四）其他

除上述法律以外，还有《水污染防治行动计划》运用系统思维解决水污染问题，为我国推进水污染防治提供了规范基础。《水污染防治行动计划》也被称为《水十条》是我国环境保护领域的重大举措，是建设生态文明、落实依法治国、推进依法治水的具体方略；以完善顶层设计和加强指导协调的方式推进跨界水环境补偿机制来改善水质，适应经济新常态的迫切需要；推进水环境管理战略转型。

但是，《水污染防治行动计划》仍存在多部门、多龙头交叉管理的问题，对于各流域各区域的具体情况无法一一顾及。

现有的法律规范体系为黄河流域水污染防治提供了良好的制度基础，也积累了大量的生态保护和污染防治的经验，对依法治黄起到了巨大的推动和保障作用。但在治理黄河的实际操作中，仍然存在现行法律法规之间缺乏协调统一、原则性倡导性规定过多等诸多问题，黄河水污染防治、黄河流域综合监管、黄河生态可持续性发展的水平仍然有待提高。

## 三、黄河水污染防治方面的立法建议

黄河流域生态的综合治理、黄河水污染防治需要不断地与时俱进，既要借鉴国外流域综合管理机制和水污染防治的经验，也要弥补目前法律体系的不足。在公众参与、流域综合管理机制、协调黄河保护法与现有法律的关系等方面仍需要积极探索。

### （一）立法保障公众广泛参与

保护环境、防治水污染，并非一个机构或一个部门单打独斗就可以做到的。必须发动广大群众积极参与立法、执法、司法、守法全过程。各国在环境立法中，都强调了公众参与的重要性。例如莱茵河的治理过程中，德国颁布的《环境信息法》中规定了公众参与的详细方法，包括听证会制度、顾问委员制度以及通过各种方式获取监测报告等，这就保证了流域管理措施能够切实符合广大公众的利益。黄河保护法应当是从立法层面保障公众参与的权利：

1、在立法上保障对黄河保护法的宣传。明确由谁宣传、向谁宣传、怎么宣传等问题。引导公众形成正确的环保观念和环保法治意识。社会各界只有充分了解环境保护关乎其切身利益，才能产生共鸣。

2、充分保障公众的知情权。立法应当规定政府职能部门定期公布关于黄河水环境保护的信息公开范围和查阅途径。接受公众的监督和质询。公众只有及时而全面了解了黄河水环境实际状况，才能更加积极主动地参与到黄河水环境保护行动当中去。

3、强化公众话语权。通过立法明确规定公众参与黄河水环境保护的详细途径、方法和程序，保障公众表达意见的途径和方法。使公众环保意识高涨，以各自不同的方式主动自觉地参与到保护黄河当中去。

### （二）建立统一高效的流域综合管理机制

流域综合管理机制是指流域综合管理机构的设置、管理权限的分配、职责范围的划分以及机构运行和协调的机制。其核心是管理机构的设置和职权划分。科学、高效的流域综合管理机制是实现流域可持续化管理的前提和保障，合理有效的统一监管可以大幅度提高黄河流域水污染治理效率，高效落实污染防治工作。

1、建立科学合理的黄河流域综合管理机构。提高黄河流域综合管理机构的行政层级，直接对国务院负责、受国务院直接领导。并使之成为具有水利、环保、农林、财政等职能的流域综合管

理部门。黄河流域内各级地方政府下设地方黄河流域综合管理机构，减少从中央到地方的管理层级，直接受国家层面的黄河流域综合管理机构“条条管辖”。使黄河流域综合管理机构的决策、执法、监管更具灵活性和效率性。建立健全黄河流域内各个地方流域综合管理机构之间的横向沟通机制，成为有机统一的整体，形成保护黄河的合力。

2、优化黄河流域综合管理机构的行政管理职权。一是授予黄河流域综合管理机构必要的制约手段。对排污控制和排污许可等方面拥有强制执行和处罚的权利。目前，黄河水利委员会并没有列入各级政府序列中，地方政府仅设立了水行政主管部门来对接黄河水利委员会的部分职能，导致黄河水利委员会的行政作用得不到各级政府良好的支撑，导致其执法权十分有限。二是黄河流域综合管理机构应当具有自主经营权。行使综合管理职能的机构必须具有相应经济实力，目前流域综合管理机构的经费完全来自财政拨款，难以维系其达到利用经济和市场手段带动流域内生态绿色发展和可持续性经济增长的目的，所以机构需自主发展经济创收。三是赋予黄河流域综合管理机构对水污染防治的执法权，与森林执法、公安执法、城管执法、海关执法相等同。四是增强流域综合管理机构的自主权，使其拥有绝对的管理权力。黄河流域综合管理机构制定统一标准、规划、政策，各级地方黄河流域管理综合机构根据各自的需求提出具体的流域管理措施、方法，并负责具体执行与实施。在流域综合管理的框架制度下，对支流与地方机构的适当分权，将流域综合管理落到实处。

### （三）借鉴国外流域水污染防治立法的同时协调黄河保护法与现有法律体系的关系

1、定期协作，联防联控，步调一致。黄河流域9省必须定期通报各行政区域内水污染治理现状，并在此基础上定期联合制定流域治理规划，针对水污染防治不断变化的实际情况，及时调整治理方向和治理手段。树立一体化系统生态修复理念，确保各地区签订生态补偿协议有据可依，保障上下游之间的生态补偿制度顺利有效的

运行。使谁受益谁付费的原则有法可依、有法必依。建立统一的监测系统用于各个省界、行政区域边界黄河流域断面的监测，建立针对突发性污染事故的水质预警系统，规定某些化学物质的统一排放的标准，规定城乡污水排放统一标准，确保全面实现水资源保护目标。

2、建立水污染风险预防机制。依照目前的水环境现状，预防和维护在未来的水环境监管中具有重要意义。水污染风险预防原则在各国都得到了极大的关注。例如在德国环境法中，风险预防是一项最基本的原则，其核心内容为“社会应当通过认真提前规划和阻止潜在的有害行为来寻求避免对环境的破坏”。历经几十年的治理，黄河水污染在部分方面已经得到了较为良好的治理，成绩有目共睹。但是城市和工业污染的治理任务依然繁重，不仅要维护好已经取得的良好成果，还要进一步巩固部分工业污染的治理、黑臭水体的整治等污染减排成效。并且农业面源污染的防治仍然亟待突破。农业的种植业、养殖业和城市初期雨水等面源污染在一些地方正在由原来的次要矛盾上升为主要矛盾。黄河保护法应当从制度上确保流域管理机构在积极有效推进现有污染源重点整治的同时，提前制定规划以预防潜在的污染行为和有害来源，提前规范有害经营行为，力争实现人与水环境和谐发展。

3、科学高效处理黄河保护立法与现有规范之间的冲突，协调二者之间的关系。首先，黄河保护法需要与《环境保护法》《水污染防治法》《水十条》等法律规范的立法宗旨、立法目的、基本原则相一致，不得与上位法相背离。环境保护、治理水污染应当于黄河治理相辅相成，协调统一。其次，在制定黄河保护法时，应当吸取现有制度在实施过程中发现的问题和存在的不足，既要反映流域现状也要回应法治现状。第三，协调黄河保护法与各行政区域内的法规、规范之间的关系、协调各行政区域之间的规范冲突。针对跨行政区域水污染纠纷频繁发生、权力之间重叠与冲突的问题，应当充分考虑黄河流域独特的地理条件、自然矿产资源、民族特色等实际差异，建立沟通、协调、协同机制。在制定黄河保护法时，参照各省、各地区制定的原有地方性法规、规章

和管理办法，发挥各地区社会各界的积极性，因地制宜，使黄河保护法在现有规范的基础上，更契合实际，符合流域的现实要求。在防治流域水污染所面临的新形势、新要求下，以法律制度为流域水污染防治保驾护航，通过宏观把控和经济协调，实现社会效益与经济效益的统一。

#### 四、结束语

“黄河之水天上来，奔流到海不复回。”对于母亲河，中国人有说不尽的感情。黄河对中国人民、中华文化乃至整个亚洲文化都有着不言而喻的重要性。但随着中国经济的发展、环境问题的不断恶化，母亲河“生病了”，出现“无鱼、无水”、“重污染”等的诸多环境问题。党的十八大以来，党中央一直牵挂着母亲河的保护与治理。2021年国家颁布实施了首部流域立法《长江保护法》。随之而来的黄河流域保护立法也呼之欲出。综合性流域特别法须立足于全流域整体和长远利益，不论是《长江保护法》还是将来的《黄河保护法》都是对立法模式的不断探索、变革和创新。虽然相比于现行环境保护立法模式，流域立法已经向前迈进了一大步，但仍需要进行不停总结和完善的时代要求，环境立法必须不断探索、改革，与时俱进，才能更好的建设美丽中国。

#### 注释：

- [1] 注释（网络资源）：作者：陈岩；文章名：黄河流域综合管理机构模式研究，网站名称：豆丁网；网址：<https://www.docin.com/p-1925342553.html>
- [2] 注释（网络资源）：作者：李卓、朱晓叶；文章名：黄河流域水污染防治立法问题研究，网站名称：知网；网址：<https://www.cnki.net>
- [3] 注释（网络资源）：作者：“中国环境监察”微信公众平台；文章名：专访吕忠梅：《长江保护法》的背景、意义与价值，网站名称：“中国环境监察”微信公众平台；网址：中国法学会环境资源法学会研究会：<http://www.riel.whu.edu.cn/view/10171.html>。
- [4] 注释（网络资源）：作者：郭玉川；文章名：黄河流域生态保护立法：模式、原则及体系构建，网站名称：知网；网址：<https://www.cnki.net>
- [5] 注释（网络资源）：作者：刘佳琪；文章名：《莱茵河保护公约》的协调机制及其开展，网站名称：知网；网址：<https://www.cnki.net>
- [6] 注释（网络资源）：作者：董战峰；文章名：解读《长江保护法》为长江经济带绿色发展立规矩；网站名称：推动长江经济带发展网；网址：[http://cjjd.ndrc.gov.cn/gongzuodongtai/quanweifabu/zhengcejiedu/202101/t20210104\\_1264141.htm#:~:text=2020年](http://cjjd.ndrc.gov.cn/gongzuodongtai/quanweifabu/zhengcejiedu/202101/t20210104_1264141.htm#:~:text=2020年)





□张润宏/文

张润宏律师，中伦文德合伙人，执业领域包括网络安全和数据合规、信托、私募股权投资、房地产及建设工程、证券领域（IPO、优先股、新三板、债券）、企业并购、PPP等领域。



□徐云飞/文

徐云飞律师，中国人民大学法学硕士，中伦文德律师事务所合伙人，中伦文德网络安全与数据合规专业委员会主任、东亚法律事务专业委员会执行主任、竞争与合规专业委员会副主任。执业领域：投资并购、电信及互联网监管、网络安全与数据合规、劳动、争议解决和其他一般公司法务等。

## 企业数据分类分级模式及相关问题的实务思考

日前，国家层面频繁颁布有关数据和信息安全法律法规及相关配套制度，其严格和密集程度令相关市场主体咋舌。很多未雨绸缪的企业已开始咨询或是委托专业机构开展相关合规自查工作，我们也接到一些客户的咨询，其中最受关注的一个问题就是如何开始体系化的数据合规自查和整改工作，能否直接提供一个合规的工作方案和工作内容？而我们今天的话题“数据分类分级”就是我们理解的企业开展合规工作的逻辑起点，这也是企业了解自己掌握数据家底的一个过程，只有对自己有清晰的认识，才能在逐渐趋严的数据监管环境下获得更长足的发展。

2021年9月，国家信息安全标准化技术委员会发布《数据分类分级指引（征求意见稿）》（以下简称“《指引》”），虽然该文件并未生效，但其规定的相关内容仍然具有重大借鉴意义。本文将依据该文件的相关分类分级方式，从企业实操层面出发提供合理的数据分类分级建议。

本文仅代表作者在目前实践中的一些个人的思考，起到抛砖引玉的作用，欢迎留言交流。

### 1. 数据识别

我们在接受客户服务邀请时，首先为相关企

业提供初步服务方案，这份初步方案中会包含有数据分类分级工作的前置程序，即数据识别。数据识别就是根据一定的要求和标准对企业全部数据进行甄别，按照本文提供的一些思路筛选出不同的数据种类和类别，并摘录形成数据资产清单。

需要强调的是，这里的数据识别应该理解为全数据识别（准确的说是全数据资产的识别<sup>[1]</sup>，不具备资产价值和利用价值的已记录数据本身并不具有识别的必要。《指引》的文意与此有一定冲突，不过这些不影响整体的行文逻辑和结论，本文不再展开分析），即自行核查日常经营中收集、储存、保留的各类数据信息（不含不具备资产价值的信息，下同），只有在准确的完成识别工作后才能正式进入数据分类分级合规体系的完善和搭建工作。

### 2. 数据分类分级的前置性问题思考

#### 2.1 数据分类分级的责任主体范围

有客户咨询一般市场化的民营企业是否有必要建立和完成数据分类分级工作呢？

《网络安全法》《数据安全法》《个人信息保护法》（以下简称“三法”）三部法律对此规定

确有其模糊性,无论是对责任主体(《数据安全法》规定为国家)的规定还是存在分级要求的遗漏等。不过我们认为,三法的陆续实施,其实正说明数据分类分级工作在具体应用场景中的责任主体和内容是不同的。同时,这也反应出顶层制度设计者对数据安全保护思路和工作路径谨慎的态度。

数据的分类分级管理并非新鲜事物,且不说最近几部相关领域的分类分级规范性法律文件和征求意见稿已经公示,尤其是在《数据安全法》《个人信息保护法》实施前后,很多部委已经对行业内的数据分类分级问题提出了管理要求。如:《工业数据分类分级指南(试行)》《科学数据管理办法》《证券期货业数据分类分级指引》和本文重点分析的未来有普遍适用价值的《数据分类分级指引(征求意见稿)》等等。

可见,我们理解,已经由相关主管部门制定规范性要求的,作为数据处理者的企业应履行数据分类分级的法定义务,对于暂时并未下发规范性文件行业,我们认为相关企业也应尽早完成数据分类分级工作。因为,在可期的未来相关法规和政策会逐步落实和完善,未履行数据分类分级义务的企业可能会面临相关行政处罚。

## 2.2 已规范行业更新分类标准的考量

上文提到的类似工业领域、证券期货领域等已经由行业监管部门颁行数据分类分级制度,是否有进一步调整或是重新分类的必要呢?

我们认为是有必要的。先来看看证券领域的规定,《证券期货业数据分类分级指引》6.4条规定:“本标准推荐的分类分级方法,从业务条线出发,首先对业务细分,其次对数据细分,形成从总到分的树形逻辑体系结构,最后,对分类后的数据确定级别”即数据分类“依据自身业务特点对产生、采集、加工、使用或管理的数据进行分类”;数据分级“是以数据分类为基础,采用规范、明确的方法区分数据的重要性和敏感度差异,并确定数据级别”。此外,还有一些金融机构的相关数据分类分级规范要求也是采取这种思路,在这里可以统一总结为一种“自下而上”<sup>[2]</sup>的分类方式。即不回避特殊行业在经营中的组织管理流程和管理方式,并通过这种方式和流程来

分别归类不同的数据,接着进一步按照重要性和敏感度进行定级。这种方式从整体看是一种企业自发和非强监管形式的数据管理体系,重在制度建设和管理效果,与国家提倡的“自上而下”(不排除未来强制推行)的分类管理存在一定的差别(上文脚注部分提到的文章中有关于“自下而上”分类的理解和弊端,有兴趣的可以自行查阅)。

《数据安全法》征求意见稿曾经明确要求各地区、各部门确定本地区、本部门以及相关行业、领域的重要数据目录,对列入目录的数据进行重点保护。虽然后续正式稿仅是协调有关部门制定目录,也就是强制意味稍有缓释,但是从国家管理的趋势看,我们认为“自上而下”的数据分类分级方式才是适应国家监管目的数据管理模式。

因此,我们建议已经有相关分类分级制度的行业或是企业仍然需要注意借鉴“自上而下”的分类分级管理思路,结合行业要求重新进行数据分类工作。

## 2.3 分类分级的范围

数据分类分级是否仅限于重要和核心数据?

我们认为,数据分类分级并不仅仅限于重要数据,数据内容和体系复杂多元,任何数据都有其代表的价值和法益。处理和使用数据时中涉及不同主体不同层次的利益,不重要的信息并不意味着不会产生价值,不意味着在遭到破坏后不会产生实际的权益损失。还有,同样安全程度的数据一旦数量、程度、维度、领域等发生变化的,则极有可能具备与重要或核心数据一样的安全及经济价值。

因此,分类分级工作应是全数据的分类分级,而不是识别出重要和核心数据并对这些数据进行分类分级。

## 3. 数据分类分级的具体实施

### 3.1 数据的分类

分类可以理解为将识别后的初步数据清单结合本文确定的分类原则来最终确定清单中的每个数据项在分类清单中的具体位置,即确定数据项所属的类别。

### 3.1.1 基本数据分类（一级分类）

《指引》中明确了基本的数据分类标准，及公共数据、个人信息、法人数据三类。在识别过程中需要注意的是，《指引》确认了三类数据的优先级，当具体数据中存在两类或三类数据集合成一个数据集的情形时，按照采取个人>公共>法人的就高原则确认，即当具体数据集确认为高一档数据时，则按照该数据中高一档数据内容的分类标准完成具体数据的分类分级。比如：公司某数据集，其中同时涉及公共数据、个人信息和公司数据信息，则该资料信息因归为个人信息分类。

《指引》中在原则部分将国家核心数据、重要数据（重要数据的定位混乱，其到底是个类别的概念还是级别概念？如《汽车数据安全若干规定》<sup>[3]</sup>、《网络安全法》<sup>[4]</sup>、《数据安全法》<sup>[5]</sup>中体现其是个类别概念；而《工业和信息化领域数据安全管理办法（试行）（征求意见稿）》<sup>[6]</sup>中则体现为一个级别概念；核心数据与此问题类似不再展开）与个人信息、法人数据并列（细则中 6.3 也将四个数据类型并列），属于类别概念的分类。而《指引》的具体细则和其展示的图 1 中，则将国家核心数据、重要数据纳入级别概念的分类，如果这种情况不做调整，则会在实践中产生分类混乱，建议未来在正式稿中进一步明确。我们理解从逻辑上分析的话，国家核心数据、重要数据应是结合危害程度来确定的，归为级别概念更为合理。

### 3.1.2 基本数据二级及多级分类

#### （1）个人信息的二级分类

《指引》规定了关于个人信息的两个分类方式，我们建议选择按照个人信息的敏感程度分类方式，即分为一般个人信息与敏感个人信息。不建议选择按照私密程度进行分类，是因为法规层面私密信息与个人隐私的基本人格权容易产生边界混同的情况，不利于分类工作开展。

《指引》附录 A 中还有对一般个人信息与敏感个人信息的进一步分类（一级类别和二级类别）。我们建议在二级分类层可以先按照这两个分支看展分类工作，不过从实际的分类效果看，大多数企业暂时没有必要针对个人信息进行更为

复杂的多层分类。

#### （2）公共数据的二级分类

《指引》规定公共数据中政务数据原则上优先参考国家或当地的电子政务信息目录进行分类，也可参考 GB/T 21063.4-2007《政务信息资源目录体系 第 4 部分：政务信息资源分类》<sup>[7]</sup>等相关电子政务国家标准等进行数据分类。其他公共数据则在存在公共数据目录的情形下，按照公共数据目录分类，如不存在的则按照服务行业领域分类或是从公共数据开放程度和条件的角度进行分类。

可见，公共数据分类的类别有其规范性要求，受国家、地方政府及行业公共数据公开目录形式的约束。

#### （3）法人数据的二级或多级分类

《指引》规定法人数据可分为业务数据、经营管理数据、系统运行和安全数据三类，没有特殊行业标准的可以参考执行。通常的工业类企业可以参考《工业数据分类分级指南（试行）》的规定从数据域领域的分类维度展开，分为：研发数据域（研发设计数据、开发测试数据等）、生产数据域（控制信息、工况状态、工艺参数、系统日志等）、运维数据域（物流数据、产品售后服务数据等）、管理数据域（系统设备资产信息、客户与产品信息、产品供应链数据、业务统计数据等）、外部数据域（与其他主体共享的数据等）<sup>[8]</sup>；还有汽车领域将车联网信息服务数据分为六大类<sup>[9]</sup>，然后每个大类又分若干小类。上述领域在法人数据二级或是多级分类这个维度层面已经具有直接适用的基础，相关企业可以直接参考。

还有一种分类方式，在适用时更为细致，即从行业主体的角度考虑来进行行业细分，如：《互





联网平台分类分级指南（征求意见稿）》中的相关分类方式，首先把互联网平台这一特殊行业的主体整体分成六大类，然后根据平台的连接属性和主要功能进一步确定平台所属的具体二级类型。平台类型确定后，在把上面的分类规则结合二级分类中的属性，可以很轻松的完成平台企业的数据分类工作。

需要注意的是，《指引》规定法人数据仅用于组织的业务生产、经营管理及信息系统管理，并不包括客户的个人信息<sup>[10]</sup>。结合上文的数据分类就高原则，如果此时混同有个人信息的，则应归类为个人信息。

### 3.2 数据的分级

#### 3.2.1 分级的要素和级别

《指引》规定，数据定级应针对国家安全公共利益、个人合法权益及组织合法权益这些危害对象，并根据危害程度（数据一旦遭到篡改、破坏、泄露或者非法获取、非法利用后，所造成的危害的大小）开展。《指引》罗列了四个程度的危害，从低到高可分为轻微危害、一般危害、严重危害、特别严重危害。

《指引》根据数据一旦遭到篡改、破坏、泄

露或者非法获取、非法利用，对国家安全、公共利益或者个人、组织合法权益造成的危害程度，将数据从低到高分成公开级（1级）、内部级（2级）、敏感级（3级）、重要级（4级）、核心级（5级）五个级别。

#### 3.2.2 数据分级方式

分级应在完成数据分类后的基础上，结合上述危害程度，进行统一判定。我们这里参考《指引》罗列的参考定级方式，也可以再细化（见表1）。

需要注意的是，根据《指引》要求，国家核心数据属于核心级（5级）；重要数据的级别不低于4级；敏感个人信息不低于4级，一般个人信息不低于3级，组织内部员工个人信息不低于2级（员工信息的泄露后的危害为何会低于一般个人信息？内部数据涉及个人信息的我们理解不应该差别化对待，此处建议修改），个人标签信息不低于2级；有条件开放的公共数据级别不低于2级，禁止开放的公共数据不低于4级。我们的疑问是，个人信息（3级）和公共数据（4级）这两种不同类型数据合并后，按照个人信息处理的（就高原则）确定为个人数据，但是因为包含有4级的公共数据，那么重新确认的分类分级标准是否应为4级的个人信息呢？从《指引》规定

表1

最低级别	危害对象	危害程度	一般特征
5级	国家安全	严重危害、特别严重危害	一旦遭到篡改、破坏、泄露或者非法获取、非法利用，可能危害国家安全、国民经济命脉、重要民生、重大公共利益
5级	公共利益	特别严重危害	
4级	国家安全	轻微危害、一般危害	一旦遭到篡改、破坏、泄露或者非法获取、非法利用，可能危害国家安全
4级	公共利益	严重危害	
4级	个人合法权益	特别严重危害	
4级	组织合法权益	特别严重危害	
3级	公共利益	一般危害	一旦遭到篡改、破坏、泄露或者非法获取、非法利用，可能对公共利益造成一般危害，或对个人、组织合法权益造成严重危害，但不会危害国家安全
3级	个人合法权益	严重危害	
3级	组织合法权益	严重危害	
2级	公共利益	轻微危害	一旦遭到篡改、破坏、泄露或者非法获取、非法利用，可能对个人、组织合法权益造成一般危害，或对公共利益造成轻微危害，但不会危害国家安全
2级	个人合法权益	一般危害	
2级	组织合法权益	一般危害	
1级	个人合法权益	轻微危害	一旦遭到篡改、破坏、泄露或者非法获取、非法利用，可能对个人、组织合法权益造成轻微危害，但不会危害国家安全、公共利益
1级	组织合法权益	轻微危害	

来看，这个结论是否可行有待观察，希望未来可以明确。

### 3.2.3 重定级的考虑

《指引》明确规定了需要重新定级的几种情形<sup>[11]</sup>，而实践中确实有重新定级的必要。不过动态的处理情形过于繁杂，本文不再进一步讨论和分析，企业主体可以先行完成静态分类分级工作，然后制定相关分类分级的自查规范，结合《指引》内容定期进行数据的重新定级工作。

## 4. 数据分类分级的管理和保护措施

### 4.1 数据分类分级的审核和标识管理

《指引》明确要求企业需要组织安全、业务、数据等部门对数据分类分级结果进行评审和完善，最后才能发布实施，并应制作数据分类分级清单。同时对完成分类分级的数据资产进行标识，而后续需要根据标识出的不同类型级别的数据进行及时的维护、管理和定期更新。

评审和标识工作有利于保障数据分类分级的准确性，后期的管理离不开准确完成归类定级的数据。

### 4.2 数据分类分级的保护

《车联网信息服务 数据安全技术要求》中对不同敏感等级的数据在分级后又进一步的规定了分级后的安全保护制度，是一种分级保护的思路：

数据等级	保护等级
一般数据	基本级（数据安全保护的基本要求）
重要数据	基本级、增强级
敏感数据	

而在金融领域，《金融数据指南》中并未直接规定不同级别的金融数据的保护措施，而是要求5级-3级金融数据一般针对特定人员公开，且仅为必须知悉的对象访问或使用；2级金融数据一般针对受限对象公开，通常为内部管理且不宜广泛公开；1级金融数据一般可被公开或可被公众获知、使用。直观感觉是在不同级别金融数据的特征的过程中间接提及了对金融数据在访问和使用环节中应当注意的事项，并非一整套保护制度和

针对性措施。

实操中，我们建议未来企业可以加入数据分类的考量因素，按照类别和级别“纵横”布置的数据定位方式，分别就不同类别和级别的数据设计针对性的数据保护措施。

总之，数据分类分级在数据合规领域是一项核心的基础性工作，通常工作量很大，但不可或缺。首先，如前所述，数据分类分级是一个数据资产盘点的过程，企业在数据识别和梳理的基础上摸清自己的家底。其次，在此基础上，企业可以构建或调整自己的数据安全体系或数据管理体系。例如，从安全角度，数据分类分级完成后，企业可以明确不同类别、等级的数据在不同场景的安全策略；可以根据数据的类别和级别，划分、确定或调整相关人员的管理权限；可以更好地实现数据资产化，为业务线提供更精准的数据服务。因此，未来数据的分类分级，不仅将是一项合规义务，也将成为一项核心竞争力。

### 注释：

- [1] 从文意直观理解，《指引》未就三类数据外再单独对无任何属性或价值的数据进行专门区分，但是《指引》全文强调需要分类的数据为数据资产，隐含着非资产价值的本身并无分类必要的意思。但是因为无效、无意义、无价值的的数据是大量存在的，而且存在重新组合、恢复的数据具备价值属性的可能，因此我们建议未来还是应该在正式稿中对此作出一个明确的说明。
- [2] 摘自《洪延青：国家安全视野中的数据分类分级保护》，文章来源《中国法律评论》2021年第5期专论（第71-78页）。
- [3] 《汽车数据安全管理办法》第三条规定：本规定所称汽车数据，包括汽车设计、生产、销售、使用、运维等过程中的涉及个人信息数据和重要数据。
- [4] 《网络安全法》第37条规定：关键信息基础设施的运营者在中华人民共和国境内运营中收集和产生的个人信息和重要数据应当在境内存储。
- [5] 《数据安全法》没有将重要数据和个人信息并列进行描述，但是全文通篇来看，还是可以清晰的体现二者为并列的两个数据类型。
- [6] 《工业和信息化部领域数据安全管理办法（试行）（征求意见稿）》第七条：工业和信息化部按照国家有关规定，根据数据遭到篡改、破坏、泄露或者非法获取、非法利用，对国家安全、公共利益或者个人、组织合法权益等造成的危害程度，将工业和电信数据分为一般数据、重要数据和核心数据三级。
- [7] 《政务信息资源目录体系 第4部分：政务信息资源分类》附录A做了相关分类，企业可以参考进行数据分类：如：综合政务；经济管理；国土资源、能源；工业、交通；信息产业；城乡建设、环境保护；农业、水利；财政；商业、贸易；旅游、服务业；气象、水文、测绘、地震；对外事务；政法、监察；科技、教育；文化、卫生、体育；军事、国防；劳动、人事；民政、社区；文秘、行政；档案；综合类；综合类。
- [8] 《工业数据分类分级指南（试行）》第六条
- [9] 《车联网信息服务 数据安全技术要求》第5条“车联网信息服务分类”
- [10] 《指引》5.3.1条b)项；
- [11] 《指引》6.4条规定，数据安全定级完成后，出现下列情形之一时，应重新进行定级：a) 数据内容发生变化，导致原有数据的安全级别不再适用；b) 数据内容未发生变化，但数据时效性、数据规模、数据应用场景、数据加工处理方式等发生变化；c) 多个原始数据直接合并，导致原有的安全级别不再适用合并后的数据；d) 因对不同数据选取部分数据进行合并形成的新数据，导致原有数据的安全级别不再适用合并后的数据；e) 不同数据类型经汇聚融合形成新的数据类别，导致原有的数据级别不再适用于汇聚融合后的数据；f) 因国家或行业主管部门要求，导致原定的数据级别不再适用；g) 需要对数据安全级别进行变更的其他情形



□ 姜爽/文

姜爽律师，北京中伦文德（天津）律师事务所合伙人，南开大学经济法、公共管理双硕士，北海国际仲裁院仲裁员，上市公司独立董事，曾荣获中央电视台社会与法频道“优秀公益律师称号”。执业前在天津市公安局和天津市国资委任职多年。



□ 史博文/文

史博文，北京中伦文德（天津）律师事务所实习律师，毕业于天津工业大学法学院，获法学硕士学位。法学理论功底扎实，熟悉商事法律与经济法。曾在学术期刊、学术辑刊与大学学报上发表过多篇论文。专业方向为公司法律事务、合同纠纷、常年法律顾问业务等。

## 规范完善与精准辩护 ——网络不正当竞争引发犯罪辩护之探讨

进入 21 世纪第二个十年的中后期，“数字经济时代”呼啸而来。2021 年 3 月 11 日，十三届全国人大四次会议表决通过了关于国民经济和社会发展第十四个五年规划和 2035 年远景目标要件的决议。在《十四五规划纲要》中，建设以 5G、云计算、大数据、物联网等为主要内容的“数字经济”赫然在列，这标志着我国从传统经济时代逐步迈向数字经济时代。

在针对既往不正当竞争行为的司法规制研究中，《反不正当竞争法》蕴含的民事诉讼与行政处罚二元规制结构，对传统经济领域的竞争秩序起到了重要的维护作用。但是，针对网络不正当竞争引发的网络刷单、恶意评价、流量劫持等新型行为，研究力度和深度不足，造成相关行为在引发社会危害、符合犯罪构成要件并被刑事追诉时，只能通过将传统罪名进行扩张解释来予以定罪处罚。<sup>[1]</sup>这就使得针对网络不正当竞争引发的犯罪，在处理上不够完善和规范，也为律师开展辩护提供了较大的空间。本文通过对网络不正当竞争引发犯罪的行为类型进行列举，结合相关典型案例归纳总结辩护思路，并结合行为类型的共性规律提出辩护重点，给出相关建议，希望可以给代理此类犯罪辩护工作的律师同仁有益的启

示，并对规范完善此类案件的立法研究工作带来裨益。

### 一、网络不正当竞争可能引发犯罪的行为类型

网络不正当竞争行为包括多种多样的表现形式，比如，通过网络销售仿冒知名商品特有的名称、包装、装潢的商品、假冒他人注册商标的商品以及冒用他人企业名称的商品；利用网络对商品的质量、性能、产地、生产者等作引人误解的虚假宣传；网络交易中的欺骗性有奖销售、巨奖销售；利用互联网侵害竞争对手的商誉；网页抄袭；侵犯商业秘密等，对于可能引发犯罪的行为类型，大体包括以下几类：

#### （一）“刷单炒信”行为

“刷单炒信”行为，是指在网络交易平台上通过刷单方式炒作商家信用的行为，属于以虚构交易、编造用户评价等方式进行虚假或者引人误解的宣传，欺骗、误导消费者的行为。《网络交易管理办法》第 14 条规定：“网络商品经营者、有关服务经营者提供的商品或者服务信息应当真实准确，不得作虚假宣传和虚假表示”；第 19 条



规定：“不得以虚构交易、删除不利评价等形式，为自己或他人提升商业信誉等不正当竞争方式损害其他经营者的合法权益、扰乱社会经济秩序”。但《网络交易管理办法》作为部门规章，其规范层级较低，无法对刷单炒信行为进行有效震慑。

网络不正当竞争中的“刷单炒信”行为，在行为构成要件上来看较为贴近非法经营罪。但我国《刑法》第225条规定了四种非法经营行为，分别为“未经许可经营法律、行政法规规定的专营、专卖物品或者其他限制买卖的物品的；买卖进出口许可证、进出口原产地证明以及其他法律、行政法规规定的经营许可证或者批准文件的；未经国家有关主管部门批准非法经营证券、期货、保险业务的，或者非法从事资金支付结算业务的；其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”，并没有可以直接适用“刷单炒信”行为的类型化条款，因此仅能适用“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”这一一般条款。但过度适用一般条款，可能导致沦为“口袋罪”，违反罪刑法定的原则。

## （二）入侵计算机系统行为

近年来，入侵计算机系统行为的一个突出表现，即为分布式拒绝服务攻击（Distributed Denial of Service，简称DDOS攻击）被经常运用到网络不正当竞争行为之中。这与我们生活中常见的“报复软件”如短信轰炸，“呼死你”等违法软件与平台具有相似性。DDOS攻击模式为多个处于不同位置的攻击者，同时对一个或数个目标发起信息攻击，利用被攻击网站的正常操作系统，采用欺骗与伪装的形式进行网站的重复运行与点击，使得被攻击网站充斥大量要求回复的信息，消耗网络带宽或系统资源，导致网络或系统不胜负荷以至于瘫痪而停止提供正常的网络服务。

根据《刑法》第285条，《全国人民代表大会常务委员会关于维护互联网安全的决定》《最高人民法院、最高人民检察院颁布的《关于办理危害计算机信息系统安全刑事案件应用法律若干问题的解释》》等有关规定，非法入侵国家事务、国防建设、尖端科学技术领域的计算机信息系统，或者入侵公民、法人计算机信息系统非法截获、

篡改、删除他人电子邮件或者其他数据资料，侵犯公民通信自由和通信秘密，情节严重的分别以非法入侵计算机信息系统罪、非法控制计算机信息系统罪、非法经营罪等定罪处罚。

## （三）流量劫持行为

流量劫持指的是行为人通过各种应用程序与外部病毒修改网页访问路径、强制弹出新窗口等方式，强制用户访问特定网站，从而造成原客户欲访问的网站流量损失的情形。根据目前的法律规定，无法将流量劫持行为具象化为具体的罪名，因此，《刑法》对流量劫持行为是否加以干预，在司法界具有极大的争议，具体表现为劫持手段认定对技术要求较高、侵害主体涉及面广与罪名适用存在争议等问题。

笔者认为，在网络世界，流量大小直接决定着特定用户变现能力的强弱，因此流量具有强烈的财产属性。未经本人许可，他人不能非法劫持。劫持流量，与非法占有或窃取他人财产没有本质区别。我国目前虽还未设定“劫持流量罪”，但并不能因此认定劫持流量行为不构成犯罪。流量劫持行为不仅使得特定或不特定用户因流量损失而遭受经济损失，更因行为人对计算机系统的侵入而给网络系统正常运行带来安全隐患，符合《刑法》第286条关于破坏计算机信息系统罪的构成要件。

## （四）散布虚假事实，诋毁他人商誉行为

2018年，吉利和长城两家汽车企业发生了大规模的水军攻击事件，起因为一张手机截图。该截图显示，一头像为“吉利汽车”的网友在一个名为“吉利汽车公关分群5”的微信群中，部署安排水军对长城汽车品牌的攻击与抹黑。同年10月18日，长城汽车发表声明反对恶意抹黑与攻击，同时内涵吉利汽车拥有海量水军。随后吉利汽车官方微博发文辟谣。至此，双方的口水战达到顶峰。本案虽并未最终诉诸法律，但其是典型的“散布虚假事实，诋毁他人商誉”的行为，只是案件真相是吉利汽车购买水军抹黑与攻击长城汽车，还是长城汽车自导自演侧面诋毁吉利汽车的商誉，已不得而知。根据《刑法》第221条规定，

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行为构成损害商业信誉、商品声誉罪。

## 二、网络不正当竞争犯罪的典型案例和辩护思路

针对网络不正当竞争可能引发的相关犯罪，笔者分别对刷单行为涉嫌非法经营罪，入侵计算机系统行为涉嫌非法入侵计算机信息系统罪，流量劫持行为涉嫌破坏计算机信息系统罪，利用“水军”诋毁他人涉嫌损害商业信誉罪的典型案例进行了研究，并结合相关判决分别总结了辩护思路。

### （一）刷单行为涉嫌非法经营罪

2017年6月20日，全国“刷单炒信入刑第一案”在浙江省杭州市余杭区人民法院公开宣判，90后刷单组织者李某某通过创建平台、组织会员刷单炒信并从中牟利，共收取平台管理维护费、体验费及任务点销售收入至少30万元，另收取保证金共计50余万元，犯非法经营罪被一审判决五年六个月，连同曾因侵犯公民个人信息被判有期徒刑九个月并罚，决定执行有期徒刑五年九个月，并处罚金92万元。经法院经审理查明

明：被告人李某某通过创建“零距网商联盟”网站和利用YY语音聊天工具建立刷单炒信平台，吸纳淘宝卖家注册账户成为会员，并收取300元至500元不等的保证金和40元至50元的平台管理维护费及体验费，并通过制定刷单炒信规则与流程，组织会员通过该平台发布或接受刷单炒信任务。会员在承接任务后，通过与发布任务的会员在淘宝网上进行虚假交易并给予虚假好评的方式赚取任务点，使自己能够采用悬赏任务点的方式吸引其他会员为自己刷单炒信，进而提升自己淘宝店铺的销量和信誉，欺骗淘宝买家。其间，被告人李某某还通过向会员销售任务点的方式牟利。从2013年2月至2014年6月，被告人李某某共收取平台管理维护费、体验费及任务点销售收入至少人民币30万元，另收取保证金共计人民币50余万元。法院认为，被告人李某某违反国家规定，以营利为目的，明知是虚假的信息仍通过网络有偿提供发布信息等服务，扰乱市场秩序，且属情节特别严重，遂依据相关法律规定，以非法经营罪判处有期徒刑。

根据本案的判决结果与法官说理，组织“刷单”行为是否构成非法经营罪的主要争议要点有两个：一是，是否属于非法经营罪条款中的“违反国家规定”；二是该行为是否归入属于“其他



严重扰乱市场秩序的非法经营行为”。基于刑法中并未明确规定组织“刷单炒信”的行为构成何种犯罪，这使得理论上存在着无罪辩护的可能。但深入研究就会发现，该行为的无罪辩护在当前时代背景与司法实践中难度极大。一是非法经营罪本身是兜底罪名，无罪辩护的空间相对较弱；二是“社会背景”与“政策指向”不允许“刷单炒信”行为在现阶段存在无罪判决；三是首例“刷单入刑”主审法院余杭法院系最高人民法院法研所互联网司法研究中心科研基地，因此，该院在互联网领域的基层裁判实践是一种全国关于此类案件如何进行审理的风向标。

鉴于无罪辩护成功可能性不大，因此对此类犯罪的辩护应立足于罪轻辩护，并主要围绕以下三种辩护思路。

1、规范性文件层级之辩。我国《刑法》第225条规定的非法经营罪构成要件包括：违反国家规定、有下列非法经营行为之一、扰乱市场秩序、情节严重等。所谓“国家规定”，根据《刑法》第96条之规定与中国人大网法律释义与问答中的记载，<sup>[2]</sup>包括全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律和决定，国务院制定的行政法规、规定的行政措施、发布的决定和命令。因此，如非违反上述规范性文件之规定，则不满足非法经营罪的构成要件。

2、从犯之辩。“刷单炒信”行为达到刑事评价标准大多需要多人组成团队，关于这些涉案人员的定性，除去平台的创建者及实际出资人之外，其他人根据其在共同犯罪中所起到的作用都被认定为从犯的可能。因此，办理此类案件需要结合当事人在犯罪团伙中的角色考量其在共同犯罪中的地位和作用，除此之外，还要对其是否参与犯意的提起、参与共同犯罪的时间以及在犯罪过程中所起到的作用进行综合判断，争取从犯的量刑情节。

3、数额之辩。根据《解释》的规定，个人非法经营数额在五万元以上或者违法所得数额在二万元以上，单位非法经营数额在十五万元以上或者违法所得数额在五万元以上，则达到入罪标准，“情节特别严重”（对应五年以上刑期）则要求数额达到上述标准的五倍以上。此类案件中，反映

非法经营数额或者违法所得的证据包括银行交易明细、支付宝交易记录、审计鉴定材料以及相关言辞证据，因此，进行数额辩护需要对上述证据进行全面细致审查，对于重复计算、错误计算的项目主张予以排除。

## （二）入侵计算机系统行为涉嫌非法入侵计算机信息系统罪

2010年3月至5月间，被告人范某某伙同被告人文某通过后门程序进入最高人民检察院反渎职侵权厅等网站后台，修改网页源代码，对网站首页进行修改，以提高其他网站在搜索引擎的排名，从而达到非法获利的目的，二被告人获利共计人民币6000元。2011年2月18日，朝阳法院以非法侵入计算机信息系统罪、非法控制计算机信息系统罪，分别判处被告人范某某、文某有期徒刑一年六个月，罚金人民币二千元和有期徒刑一年，罚金人民币一千元。

在司法实践中，非法侵入计算机信息系统罪、非法控制计算机信息系统罪与破坏计算机信息系统罪极易混淆。从法益保护角度来看，非法控制计算机信息系统罪侵犯的法益为计算机信息系统的保密性和控制性，保护的是计算机信息系统合法占用人、控制人的使用权或控制权。而破坏计算机信息系统罪侵犯的法益是计算机信息系统的运行安全，保护的是各种计算机信息系统功能及计算机信息系统中存储、处理或者传输的数据和应用程序。因此，客观上存在的删除、修改、增加、干扰行为并非区分两罪的关键，关键在于这些客观行为的实施是导致计算机信息系统本身不能正常运行还是剥夺了计算机信息系统控制、使用人的控制、使用权。就本罪辩护而言，主要有以下三种辩护思路。

1、数量之辩。司法实践中应当严格依照法律规定，采用将被告人抓获时被告人已经实施非法控制的计算机信息系统数量来认定。如被告人与某主体签订了对目标服务器进行远程控制合同，但并未真正实施对目标服务器的远程登录与控制，并未在目标服务器中安插相应的控制程序，则不应认定为被告人实施了非法控制计算机信息系统的行为。因此，在辩护工作中，应该主张非



法控制计算机信系统的数量以行为人被抓获时核实确认的数量为准，以此来降低被告人的社会危害性。

2、金额之辩。仔细厘清被告人的合法业务收入和非法业务收入，将合法收入刨除在非法控制计算机信息系统违法所得之外。此外，根据《最高人民法院最高人民检察院关于办理危害计算机信息系统安全刑事案件应用法律若干问题的解释》第11条第3款的规定，对被害人经济损失的认定仅限于非法控制计算机信息系统的行为所造成的直接经济损失和必要费用，不包括预期收益。因此，在计算损失时，要提出予以剔除的辩护意见。

3、从犯之辩。此类犯罪往往是共同犯罪，因此要特别注重被告人在犯罪中的地位和作用。首先，如被告人在领导的命令、指挥下参与对目标服务器的非法控制犯罪，则可主张被告人为作用较小的主犯。其次，如被告人只是负责技术层面的工作人员，只是负责编写程序，提供维护、升级等技术性工作，收取固定的劳务费用，没有参与公司利益分配，则可主张被告人是在共同犯罪中起次要作用或者辅助作用的从犯，从而能够从轻甚至减轻处罚。再次，如被告人是从事资金结算、人事管理的工作人员，则可主张为从犯甚至无罪。最后，如被告人只是单纯投资入股，对公司运作经营模式完全不清楚的股东，则可主张无罪辩护。由于非法控制计算机系统犯罪手段科技含量较高，隐蔽性强，公司股东如果甚少参与公司讨论、决策活动，则难以清楚了解公司背后的运作经营模式，即在客观上没有对计算机信息系统实施非法控制的行为，主观上也不存在非法控制计算机信息系统的故意，则可主张不构成非法控制计算机信息系统罪。

### （三）流量劫持涉嫌破坏计算机信息系统犯罪

2015年5月20日，上海市浦东新区人民法院判决被告人付宣豪、黄子超犯破坏计算机信息系统罪，分别判处有期徒刑三年，缓刑三年，这是我国第一起“流量劫持”入刑案件。2013年底至2014年10月，被告人付宣豪、黄子超等人租

赁多台服务器，使用恶意代码修改互联网用户路由器的DNS设置，进而使用户登录“2345.com”等导航网站时跳转至其设置的“5w.com”导航网站。被告人付宣豪、黄子超等人再将获取的互联网用户流量出售给杭州久尚科技有限公司（系“5w.com”导航网站所有者），违法所得超75万元。在上海市浦东新区人民法院判决前，此类行为多以民事纠纷解决，比如2013年百度起诉奇虎360，后者在百度搜索栏的关联词列表里添加了奇虎360自营网站的关联词。法院认定这一“搭便车”行为属于不正当竞争。值得注意的是，在此后不久的2015年和2017年，重庆市渝北区人民法院、沙坪坝区人民法院也先后作出了两例“流量劫持”刑事判决，但被告人以非法控制计算机信息系统罪、非法获取计算机信息系统数据罪定罪。

如上所述，流量劫持行为可能构成破坏计算机信息系统罪、以非法控制计算机信息系统罪或非法获取计算机信息系统数据罪，对于此类犯罪的辩护思路，主要有以下三种。

1、犯罪对象之辩。破坏计算机信息系统罪的犯罪对象是计算机信息系统或者其功能，或者其存储处理传输的数据和应用程序。根据两高发布的《最高人民法院、最高人民检察院关于办理危害计算机信息系统安全刑事案件应用法律若干问题的解释》第11条规定，计算机信息系统被扩张解释，从而包括了网络设备、通信设备及自动化控制设备等具备数字化处理功能的操作系统的相应设备，但是破坏计算机信息系统罪和利用计算机实施的犯罪仍然是有所区分的。根据《刑法》第287条规定，诈骗、信用卡诈骗、贪污受贿、挪用公款、非法获取公民信息、窃取国家秘密等犯罪，都可以使用计算机系统实施，但其本身不属于破坏计算机信息系统罪，律师可以此罪与彼罪的界限之分为当事人进行有效辩护。当被告人的行为不构成破坏计算机信息系统罪，构成其他犯罪时，辩护人只应强调当事人行为不符合破坏计算机信息系统罪的犯罪构成，而不应就当事人构成何种犯罪而向公诉人作出提示。

2、违反规范性文件层级之辩。根据《刑法》第286条规定，破坏计算机信息系统罪的构成要

件要求当事人对计算机信息系统功能的删除、修改、增加、干扰等行为必须违反国家规定，如果当事人的行为并没有违反国家规定，则不构成刑法所规定的破坏计算机信息系统罪。本罪条文所指的违反国家规定，并不是一般意义上的国家规定，而是指全国人民代表大会及其常务委员会所制定的法律和决定，以及国务院所制定的行政法规规定的行政措施、发布的决定和命令。也就是说，当事人只有违反了全国人大及常委会和国务院这两个主体所发布的相关法规，才会构成本罪，违反部门规章、地方性法规、地方政府的规范性文件，并不会构成本罪，而只属于一般的违法行为。律师应深入研究当事人违反的规范性文件属于哪一层级，在此基础上确立未来的辩护方向，是无罪辩护还是罪轻辩护。

3、后果严重性之辩。根据《刑法》第286条之规定，破坏计算机信息系统罪的入刑标准为“造成严重后果”。根据《最高人民法院、最高人民检察院关于办理危害计算机信息系统安全刑事案件应用法律若干问题的解释》第4条规定了“后果严重”和“后果特别严重”的具体情形。由于计算机信息系统科技含量较高，而计算机接入网络空间后，每时每刻都在发生大量的人机互动，如何认定后果严重，在举证上存在困难。如果律师发现公诉机关对“后果严重”这一基础犯罪事实举证存在困难，则可以作为突破口进行辩护。<sup>[3]</sup>

#### （四）利用“水军”诋毁他人涉嫌损害商业信誉罪

2012年6月，内蒙古一家企业的女职员袁某在没有事实依据的情况下，捏造并书写了“某工程公司出现内部工作人员职务犯罪，让国家损失10亿元”的短文，其中载明该工程公司在海外项目投标过程中恶意竞争，公司高管从中抽成并中饱私囊，损害了国家利益。后来，袁某又花费数千元指使其在文学网站上结识的网友，以发一条给两角钱的酬劳，雇用“网上水军”在百度、新浪、搜狐、网易等网站的论坛里发布和转载帖子，希望通过网上炒作引起纪检部门的重视。该工程公司怀疑有人蓄意攻击，利用不明真相的网民制造舆论，无奈之下向警方报案。法院经审理认为，

被告人利用互联网捏造并散布虚伪事实，严重损害他人商誉的行为情节严重，已构成损害商业信誉罪。鉴于被告人系初犯，到案后如实供述犯罪事实，依法对其从轻判处有期徒刑6个月，并处罚金3000元。

就本罪辩护思路而言，区分罪与非罪的最重要的因素在于对合法批评行为与损害商誉行为之间界限的明晰。根据《最高人民法院关于审理名誉权案件若干问题的解释》的相关规定，消费者对生产者、经营者、销售者的产品质量或者服务质量进行批评、评论，不应当认定为侵害他人名誉权。但借机诽谤、诋毁，损害其名誉的，应当认定为侵害名誉权。新闻单位对生产者、经营者、销售者的产品质量或者服务质量进行批评、评论，内容基本属实，没有侮辱内容的，不应当认定为侵害其名誉权；主要内容失实，损害其名誉的，应当认定为侵害名誉权。简而言之，要做到“合法批评”，必须满足两大要件，一是批评、评论内容须基本属实；二是不得诽谤、诋毁、侮辱。实践中经常发生一些消费者通过正常渠道反映生产者、经营者的商品有假冒伪劣的情况；或者新闻媒体对一些商誉较差的生产、经营者予以公开披露、曝光的，对于这类正当批评，即使揭露的事实中有部分非基本事实存在出入，但由于其基本事实的属实，上述公开披露、曝光的行为应当属于合法行为，应予以支持和保护。

因此，律师在本罪的辩护工作中，应当严格划清违法与犯罪的界限，在辩护工作中，要以损害商业信誉和商品声誉罪的构成要件为标准认定罪与非罪，对于那些确实具有损害商誉性质的行为，应当鉴别其危害程度，如果确系情节显著轻微，损害后果不大的，可依照《刑法》第13条做无罪辩护。在具体的辩护工作中，律师还应围绕构成本罪的客观要件进行辩护。首先，就犯罪行为而言，“捏造并散布”，二者缺一则不构成本罪。其次，行为人“捏造并散布”的必须为虚假事实，即有事实依据的批评性言论不构成本罪。再次，“捏造并散布”的虚假事实严重损害了被害人的商业信誉与商品声誉。最后，给被害人造成的损失达到“重大”或存在“其他严重情节”。

### 三、网络不正当竞争犯罪的辩护重点及相关建议

综合刷单行为涉嫌非法经营罪、入侵计算机系统行为涉嫌法入侵计算机信息系统罪、流量劫持涉嫌破坏计算机信息系统犯罪、利用“水军”诋毁他人涉嫌损害商业信誉罪等网络不正当竞争引发犯罪的典型案例和辩护思路，可总结出该类犯罪的辩护重点，并提出相关建议。

#### (一) 网络不正当竞争引发犯罪的辩护重点

1、重点关注犯罪涉及的金额。行为人实施不正当竞争行为的目的无非有二：为己牟利或诋毁对手。前者如刷单炒信、流量劫持及雇佣水军吹捧己方产品等行为，后者如雇佣水军诋毁对手、捏造虚假事实诬陷对手等行为。根据本文上述部分对网络不正当竞争行为可能涉及犯罪的论述，该类犯罪在是否构罪、处罚力度等方面最重要的衡量标准即为“数额”。此类数额分为两种情况：利用不正当竞争行为为己获取的非法利益数额与利用不正当竞争行为诋毁他人，给他人造成的损失数额。因此，在进行网络不正当竞争犯罪的辩护时，必须对交易记录、交易明细、流量检测记录等证据进行全面细致审查，对于重复计算、错误计算的项目主张予以排除。

2、重点关注当事人实施犯罪的主观方面。根据上述部分对网络不正当竞争犯罪的陈列与论述，可知该类犯罪主观方面均为“故意”。在律师辩护工作中，可设法证明当事人在实施相应行为时主观方面并非“故意”，或促使公诉人对当事人实施相应行为时主观方面为“故意”提交确实且充分的证据。如无充分证据证明当事人实施相应行为时主观方面为“故意”，则对律师的辩护工作极为有利，甚至可能实现“无罪辩护”。

3、重点关注对社会危害性的准确评估。网络不正当竞争犯罪中，犯罪构成要件要求“情节严重”、“后果严重”等造成严重社会危害后果。律师在辩护工作中，须依据《最高人民法院、公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定》进行深入研究，对当事人实施的不正

当竞争行为所造成的情节、后果与社会危害性进行全面评估并提出有力证据，从而争取对当事人更为有利的判决。

4、重点关注有利量刑的情节。在辩护过程中，应充分利用当事人自首、坦白、立功、从犯地位等法定的有利于当事人从轻、减轻处罚的量刑情节。结合认罪态度好、真诚认罪悔罪、初犯、偶犯、积极退赔以及平时一贯表现良好等等酌定从轻处罚情节，争取取得相对较轻的量刑结果。

#### (二) 对网络不正当竞争犯罪的研究建议

迄今为止，我国《刑法》尚未有关于“网络不正当竞争犯罪”的专门规定，因此，只能通过将传统罪名进行扩张解释来定罪处罚，这虽然给律师一定的辩护空间，但也表现出对于网络不正当竞争类犯罪的立法不足。鉴于此，笔者提出如下建议，以供参考：

1、进一步加强对网络不正当竞争引发犯罪的调查研究工作，了解、掌握网络行业以及网上交易中不正当竞争行为的表现形式、特点及其变化趋势，研究、探索对网络行业实施有效监管、对利用网络从事不正当竞争行为进行有效打击的方式、方法。

2、对典型案件进行深入分析，对律师的辩护意见进行认真听取和准确把握，通过深入了解不同的意见来有力推动对于网络不正当竞争引发犯罪的公正审理和有效预防，做到公开、公平、公正。

3、针对网络不正当竞争犯罪开展专门立法，解决此类犯罪“无法可依”的现状，并严格遵照罪刑相适应的原则，严肃区分罪与非罪，此罪与彼罪，以及不同罪名之间的罪行轻重。

#### 参考文献：

- [1] 孙道萃. 网络不正当竞争犯罪的司法巡思与立法应对 [J]. 华南师范大学学报 (社会科学版), 2019 (05): 142-153+192.
- [2] 《刑法中规定的“违反国家规定”是什么意思?》. 载中国人大网, <http://www.npc.gov.cn/npc/c2369/200204/c56fcfe120764479b21f736028916d8c.shtml>, 2021年10月3日访问
- [3] 吴昉昱. 流量劫持的刑法评价及入罪思路研究 [A]. 上海市法学会. 《上海法学研究》集刊 (2019年第3卷 总第3卷) [C]. 上海市法学会, 2019: 12.







□ 甄庆贵/文

甄庆贵律师，中伦文德副董事长、高级合伙人；伊利诺伊理工大学芝加哥肯特法学院国际比较法LLM，对外经济贸易大学国际经济法专业法学硕士，北京大学法学和哲学学士。擅长领域：公司、投融资、知识产权（含反垄断与反不正当竞争）、并购重组、企事业单位改制、外商投资、房地产开发等法律事务。



□ 葛隆文/文

葛隆文，北京市中伦文德律师事务所律师，山东大学法学学士、中国海洋大学国际法学硕士，业务领域：争议解决、企业法律顾问等。

## 在先起诉时未主张的从债权诉讼时效问题研究

在借贷关系的法律实践中，当事人在起诉时未能将涉案的全部债权包含在诉讼请求中，仅主张了主债权和部分从债权（仅指如利息债权、违约金债权等从债权，不包含抵押、保证等具有从属性的担保债权，下同），或者仅主张了主债权的情形均有可能发生。这通常体现在当事人的诉讼请求中并未包含“支付利息/违约金至实际清偿之日”或类似的表述。该种情形的出现，可能是当事人有意对自身权利做如此处置，也可能是因当事人的疏忽、代理律师的疏忽或者双方的共同疏忽，亦可能是因在法院窗口立案时，立案法官要求将相应的利息数额确定至起诉之日，故而诉讼请求中的利息只主张到起诉日。不论出现这种情形的原因为何，如果当事人在获得生效法律文书后另行主张之前起诉时未主张的从债权，这种主张能否获得法院支持就成为了需要被关注的现实问题。

鉴于这部分当时未主张的从债权在在先诉讼起诉时尚未发生，与之前已经主张的部分既不相同亦不重复，故当事人另行主张该部分从债权不构成“一事不再理”的情形，具有相应的事实和法律依据。但在现实情况中，当事人提起在先诉讼并获得相应生效法律文书后，如果不是遇到特殊情形（如被告破产等），可能不会在两三年

的时间内就这部分未主张的从债权向法院再次起诉。因为《中华人民共和国民事诉讼法》明确规定：“被执行人未按判决、裁定和其他法律文书指定的期间履行给付金钱义务的，应当加倍支付迟延履行期间的债务利息”，单从当事人预期可以获得的清偿金额来看，被告/被执行人在迟延履行期间加倍支付的债务利息应该足以弥补当事人的损失，当事人另行再次提起诉讼的必要性不是很大。而即便当事人于两三年后另行起诉，被告也可能会以超过诉讼时效为由进行抗辩。因此，诉讼时效问题就成为了当事人的主张能否获得法院支持的关键。

本所律师在最近代理的一起破产债权确认纠纷中就遇到了前述情形，现以该案为例，就其中涉及的相关法律问题梳理和分析，以期抛砖引玉。

### 一、案情简介

本所律师代理的当事人在2012年就借款合同起诉时，并未将全部利息债权包含在当时的诉讼请求之中，而是仅主张了截至起诉日时的利息债权。获得相应胜诉判决后，因被告无力清偿，经当事人申请，案件进入执行程序。后，被告于2019年进入破产程序，当事人在进行破产债权申

报时，除前述生效法律文书已经确定的债权外，将自起诉日至被告破产申请受理日这一期间发生的利息债权（即起诉时未主张的利息债权）一并进行了申报。因被告的破产管理人以超过诉讼时效为由拒绝将该利息债权认定为当事人的破产债权，当事人决定提起破产债权确认之诉。该案于2021年4月份在当地中级法院立案，本所律师代理了该案在当地中级人民法院的一审程序及之后在高级人民法院的二审程序，并在一审判决未采纳本所律师代理意见、认定当事人主张部分债权已经超过诉讼时效的情况下，获得了高级人民法院二审判决的认可，成功实现改判，维护了当事人的合法权益。

## 二、焦点问题分析

回顾该案所涉及的相关法律问题，本所律师认为该案的焦点问题主要在以下两个方面：

（一）该案主张的利息债权能否适用司法解释中关于部分债权诉讼时效中断的规定

《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》第九条规定：“权利人对同一债权中的部分债权主张权利，诉讼时效中断的效力及于剩余债权，但权利人明确表示放弃剩余债权的情形除外。”由此可知，适用该条司法解释的前提是：另行起诉所主张的利息债权与在先判决所认定的债权属于同一债权。经分析，当事人在该案中所主张的利息债权符合前述司法解释中规定的“同一债权”，可以适用该条关于诉讼时效中断的司法解释，主要理由如下：

首先，当事人在该案中所主张的利息债权与在先判决中已经确定的主债权和利息债权均以同一份《借款协议》为产生依据，且该部分利息债权依的产生依附于主债权而存在、在在先起诉时尚未发生，自然与主债权归属于同一债权。

其次，即便利息债权与在先起诉的主债权不是完全意义上的同一债权，但单就利息债权来说，当事人在该案中所主张的利息债权与在先判决中已经确定的利息债权亦属于同一利息债权中的不同部分，区别不过是前者尚待发生而后者已经发



生。

最后，当事人从未以任何形式明确表示放弃该部分当时尚未发生的利息债权，被告的破产管理人以当事人当时未主张该笔利息债权为由推定当事人“放弃”该债权，既无事实依据亦无法律依据。

## （二）中断的诉讼时效从何时起重新计算

既然当事人在该案中所主张的利息债权可以适用前述司法解释中关于诉讼时效中断的规定，则“已经中断的诉讼时效从何时起重新计算”就成为了该案能否获得法院支持的关键。

首先，当事人在该案中所主张利息债权的发生期间横跨数年（从2012年起至被告破产申请被受理的2019年止）。虽该案是在2021年正式立案，但考虑到争议利息债权所发生的时间在《中华人民共和国民法典》生效之前，故该案应适用《中华人民共和国民事诉讼法总则》中关于诉讼时效中断的相关规定。

其次，《中华人民共和国民事诉讼法总则》第一百九十五条第三项规定：“权利人提起诉讼或者申请仲裁的，诉讼时效中断”，《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》第十一条第五项规定：“人民法院应当认定申请强制执行与提起诉讼具有同等诉讼时效中断的效力”。综合前述法律和司法解释的规定，当事人对在先主债权和利息债权的起诉及申请强制执行已经对该案利息债权的诉讼时效产生了中断效果。

最后，《中华人民共和国民事诉讼法总则》第一百九十五条规定：“从中断、有关程序终结时起，诉讼时效期间重新计算”。在该案中，虽然被告已经进入破产程序，但《中华人民共和国企业破产法》第十九条规定：“人民法院受理破产申请后，有关债务人财产的保全措施应当解除，执行程序应当中止”，据此，当事人依据在先判决申请启动的强制执行程序在被告的破产程序开始时仍未终结，当事人仍在对相应债权进行主张，该案所涉及的诉讼时效仍在中断状态，相应的诉讼时效期间尚未开始重新计算。故，当事人在该案中对相关利息债权的主张仍在诉讼时效之内。被告的破产管理人关于“中断的诉讼时效应在先诉讼起诉时（即2012年）开始重新计算，当事人对该案的起诉已经超过了两年的诉讼时效”的主张未获得法院支持。

## 三、反思与建议

虽然当事人在本所律师的帮助下成功避免了数百万元的损失，且“另行主张在先诉讼中未主张的部分利息债权”的操作在理论和实践上也具有可行性，但从便捷当事人、简化维权流程和节约司法资源的角度出发，相关当事人在就主债权起诉时，应将所涉及的利息等从债权（不论是否已经发生）全部包含在相应的诉讼请求之中，即明确要求被告“支付利息 / 违约金至实际清偿之日”，以避免后续繁琐、耗时的诉讼程序。代理律师在协助委托人准备和起草相关文件时，也应额外注意并向委托人提示该问题。

中伦  
文德





□胡高崇/文

胡高崇律师，中伦文德律师事务所北京总所合伙人，主要业务领域涵盖争议解决、劳动雇佣与员工激励、公司合规及企业法律顾问服务。加入中伦文德之前，胡高崇律师供职于国内另一家知名律所，先后担任律师及合伙人；胡律师也曾经长期在北京市某法院从事审判工作，审理千余起案件，类型涵盖合同纠纷、劳动争议等。



□胡文杰/文

胡文杰，中伦文德律师事务所北京总所律师助理，主要业务领域为劳动与雇佣争议解决等。

## 用人单位管理人员被员工通过电信网络等方式人身攻击之法律应对

### 一、引言

涉及名誉权的侵权行为有可能发生在名人身上，也有可能发生在普通人身上，比如可能会发生在有“过节”的亲戚朋友之间，也可能发生在基于履行职务行为而遭人怨恨的公司管理人员身上。在用人单位日常用工管理中，员工与上级主管的矛盾时有发生，甚至还有员工在离职后，因为工作矛盾通过辱骂短信、网络小作文等手段对公司管理人员进行人身攻击。原本是管理人员与员工的正常履职行为，却因劳动关系的解除而招致员工的怨恨，进而升级为对管理人员之人格尊严进行伤害。由此本文想探讨，在用人单位管理人员正常履行职务的过程中，收到员工的辱骂短信或被员工在网络平台上不实指控时，应该寻求怎样的法律救济。

### 二、用人单位管理人员被员工通过电信网络等方式人身攻击后救济路径的选择

从降低时间、金钱等维权成本的角度出发，在被员工通过电信网络等方式人身攻击以后，用

人单位管理人员可以通过谈判、协商等非诉讼手段自力救济；但在自力救济无效后，用人单位的管理人员可以通过如下三种救济路径维护自身权利：行政救济、民事救济、刑事救济。比较而言，行政救济通常是适用门槛较低且较为简便的路径，民事救济需要经过较长的法律程序且救济力度一般，而刑事救济方式的启动，对于管理人员受到人身攻击的程度及后果的要求较高，通常需要达到犯罪的标准。

#### （一）行政救济：向公安机关报警

通常而言，收到辱骂短信或发现人身攻击的网络文章时，被侵权人均可以报警，请求警方处理。《治安管理处罚法》第42条规定，多次发送淫秽、侮辱、恐吓或者其他信息，干扰他人正常生活的，可以处以罚款或拘留。具体而言，达到行政处罚标准需要同时满足以下两个条件。

第一，数量标准：即受到辱骂短信的次数应达到“多次”。《公安机关执行〈中华人民共和国治安管理处罚法〉有关问题的解释（二）》第8条则进一步对上述法律规定中的“多次”明确

为三次及以上。

第二，结果标准：即“干扰他人生活”，即应该对收到短信者的正常生活造成困扰。通常表现为：行为人反复、经常发送淫秽、侮辱、恐吓等信息或其行为遭到斥责、拒绝后仍然不停地发送，或者在夜间他人入睡以后发送等情形。

例如，贵州某考生连续半个月发了71条短信辱骂工作人员，后公安机关认定其行为已经构成寻衅滋事，根据治安管理处罚对其行政拘留10日。

实践中，如果只收到一条或者一次辱骂短信，警方一般不会给出行政性处罚，通常不受理或仅仅只要求对方赔礼道歉和教育训诫。

## （二）民事救济：向法院提起民事诉讼

需要说明的是，被侵权人在向公安机关报警后，无论公安机关是否给予员工相关行政处罚，被侵权人均可以作为原告提起民事诉讼，要求对方赔礼道歉、支付精神损害抚慰金；若存在经济损失，被侵权人还可以要求员工予以赔偿，但作为原告的被侵权人此时需要提供误工费、交通费凭证等能够证明实际损失存在的证据材料。

### 1. 民事案件案由的确定及当事人的列明

一般而言，收到辱骂短信或发现相关网络文章后，原告可以通过人格权或名誉权纠纷为案由进行起诉。除了可以将侵权员工列为被告，如果侵权行为是以发表网络文章的形式进行的，根据《民法典》第1195条的规定<sup>[1]</sup>，被侵权人有权通知平台方采取删除、屏蔽等必要措施，如果平台方未及时采取措施，就损害扩大的部分应当与侵权人承担连带责任。同时，如果平台方明知侵权人正在利用平台损害被侵权人的利益而不予阻

止，也应当承担相应的责任，被侵权人可在后续的民事诉讼中将平台方列为共同被告。

### 2. 诉讼请求的列明及民事责任的承担

实践中，被侵权人可以要求法院判令侵权人立即停止侵害、赔礼道歉、要求精神损害赔偿及赔偿实际损失等。

通常而言，停止侵害、向原告方赔礼道歉是法院支持概率较大的诉讼请求。例如在（2020）粤1973民初15986号案件中，尽管法院认为原告要求被告在报纸上公开道歉的主张超出了必要限度，但法院最终也判令侵权人通过短信或电话向原告赔礼道歉。

同时，法院关于精神损害赔偿的诉讼请求审查则相对严格。法院会结合侵权人实施的侵权行为存续时间、范围等案情确定是否支持相关诉请。如果名誉权侵犯没有客观造成相应范围内社会评价的降低，则被侵权人关于损害赔偿的诉求可能得不到支持。如（2020）闽05民终3309号的判决中，被告以短信方式辱骂原告，原告以名誉权为由提起诉讼。法院认为，“只有在行为人实施的侵权行为影响到社会公众对受害人的客观评价时，才构成名誉权的侵害”，因此当行为限定在小范围内时，且没有证据证明施害人的行为导致被害人在响应范围内社会评价有所降低时，关于损害赔偿的诉求是无法得到支持的。再如，（2020）粤1973民初15986号案件中，法院认为：被告长期短信辱骂等行为确给原告的生活、工作造成了一定的影响，但原告未举证证明由此造成的损失，故本院酌定精神抚慰金为500元，对原告诉求超出部分不予支持。

## （三）刑事救济：向法院提起刑事案件的自诉

《刑法》第二百四十六条规定：以暴力或者其他方法公然侮辱他人或者捏造事实诽谤他人，情节严重的，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。前款罪，告诉的才处理，但是严重危害社会秩序和国家利益的除外。通过信息网络实施第一款规定的行为，被害人向人民法院告诉，但提供证据确有困难的，人民法院可以要求公安机关提供协助。



《最高人民法院、最高人民检察院关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》第二条规定，利用信息网络诽谤他人，具有下列情形之一的，应当认定为刑法第二百四十六条第一款规定的“情节严重”：（一）同一诽谤信息实际被点击、浏览次数达到五千次以上，或者被转发次数达到五百次以上的；（二）造成被害人或者其近亲属精神失常、自残、自杀等严重后果的；（三）二年内曾因诽谤受过行政处罚，又诽谤他人的；

#### （四）其他情节严重的情形。

从上述法律规定中可以看出，受到前员工侮辱诽谤达到刑事责任标准的，用人单位管理人员可以寻求刑事救济，启动刑事自诉程序；但在已经危害了社会秩序和国家利益时，可以直接由公安机关启动公诉程序或者由自诉案件转公诉案件。<sup>[2]</sup>

### 三、用人单位管理人员被员工通过电信网络等方式人身攻击后的证据固定

#### （一）收到辱骂短信时的证据固定

在收到辱骂短信时，一方面，被侵权人应当妥善保留短信，防止误删，同时截图留存或者予以公证。另一方面，被侵权人可以通过代缴话费或联系通讯服务商等方式获取号码持有人姓名，以证实侵权人之身份。

如果侵权人通过匿名号码发送辱骂短信，被侵权人同样可以先采取上述两种措施。可以先行找到号码的持有人或登记人，如果该持有人或登记人与侵权人有关，则可以进一步获取证人证言。如果该登记人与侵权人无关，则可以通过法院请求公安机关或通信运营商定位发送短信的IP地址的方式确认发送者。但这种方法司法机关内部的审批程序较为严格，如果仅是简单的民事纠纷，而被侵权人起诉时没有指向具体的侵权人，则法院倾向于裁定不予受理。

（二）发现网络文章、网络论坛上指控信息的证据固定

与收到辱骂短信一致，被侵权人发现网络上的侵权信息时，应当第一时间截图保存，如有必要，可以进行公证，防止侵权人删除的情况。如果侵权人系匿名在网络上发帖，则可以通过向网络平台投诉、举报或者将网络平台列为第三人或者共同被告的方式，向网络平台施加压力，要求网络平台通过披露注册人的注册信息（比如电话、身份证号、注册姓名）等方式，确定侵权人的身份。值得注意的是，若被侵权人急于解决问题的话，可能会从事“有偿删帖”活动，此种操作方式存在合规风险，不建议采取。

### 四、结语

总体而言，用人单位管理人员在被员工通过电信网络等方式进行人身攻击时可选择的救济路径是多样的。当被侵权人基于正常履职而遭到怨恨，因此被辱骂或指控时，从保护合法权益的角度出发，被侵权人可以报警请求警察处理。公安机关会根据被辱骂的情形再进行具体判断，并给出相应的处理措施。一般而言，没有造成具体侵害时，公安机关通常以批评教育为主。发送短信辱骂的行为对被侵权人造成一定干扰时，发送人需要承担一定的行政责任。同时，被侵权人也可以以人格权或名誉权为由向法院提起民事诉讼。在侵害后果更为严重的情况下，被侵权人可以启动刑事自诉程序，要求侵权人承担刑事责任；若危害了社会秩序和国家利益的，也可以直接启动公诉程序或者自诉转公诉。

#### 注释：

- [1] 《民法典》第1195条：“网络用户利用网络服务实施侵权行为的，权利人有权通知网络服务提供者采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施。通知应当包括构成侵权的初步证据及权利人的真实身份信息。网络服务提供者接到通知后，应当及时将该通知转送相关网络用户，并根据构成侵权的初步证据和服务类型采取必要措施；未及时采取必要措施的，对损害的扩大部分与该网络用户承担连带责任。权利人因错误通知造成网络用户或者网络服务提供者损害的，应当承担侵权责任。法律另有规定的，依照其规定。”
- [2] 《民法典》第1197条：“网络服务提供者知道或者应当知道网络用户利用其网络服务侵害他人合法权益，未采取必要措施的，与该网络用户承担连带责任。”
- [2] 2020年7月7日，受害者吴妍到浙江省杭州市某小区楼下取快递时，被便利店店主即某偷拍了视频。即某随后与朋友何某“开玩笑”，编造“少妇出轨快递小哥”聊天内容，发至微信群。通过不断转发，谣言在互联网发酵。2020年8月7日，吴妍报警。2020年12月25日，根据杭州市余杭区人民检察院建议，杭州市公安局余杭分局对即某、何某以涉嫌诽谤刑事立案侦查。至此该案件性质发生了重大转变—由一起自诉案件转为了公诉案件。2021年4月30日，取快递女子被造谣案一审宣判：两被告人犯诽谤罪，判一缓二。





□ 黄冀蒙/文

黄冀蒙律师，毕业于中国政法大学，北京中伦文德（天津）律师事务所合伙人。擅长债券发行、私募基金、专项尽职调查、国有产权交易、公司投资并购等非诉法律事务，同时在知识产权纠纷诉讼及商事仲裁等方面具有丰富的经验。



□ 王西巧仙/文

王西巧仙律师，擅长公司治理、金融非诉等商事法律业务。执业以来，主要负责参与资产证券化、私募基金、公司债发行、股权并购、非金不良债收购重组等非诉法律服务及民商事诉讼等业务，为客户提供了优质的法律服务。

## 《公司法（修订草案）》的重大变化及相关建议

2021年12月20日，第十三届全国人大常委会第三十二次会议对《中华人民共和国公司法（修订草案）》（以下简称“修订草案”）进行了审议，12月24日，修订草案向社会公开征求意见。

修订草案在现行《公司法》13章218条的基础上，实质新增和修改70条左右，在公司的设立、退出制度，公司资本制度和公司组织机构设置、国有出资公司、一人公司方面做出了诸多的突破与完善。本文对修订草案的重大变化进行评析，以供参考讨论。

### 一、强化了中国共产党对国家出资公司的领导

习近平总书记强调，坚持党对国有企业的领导是重大政治原则，必须一以贯之；建立现代企业制度是国有企业改革的方向，也必须一以贯之。要把加强党的领导和完善公司治理统一起来，建设中国特色现代国有企业制度。中国特色现代国有企业制度，“特”就特在把党的领导融入公司治理各环节。

2017年国务院办公厅发布《国务院办公厅关于进一步完善国有企业法人治理结构的指导意见》（国办发【2017】36号，以下简称36号文）

要求“明确国有企业党组织在法人治理结构中的法定地位，发挥国有企业党组织的领导核心和政治核心作用，保证党组织把方向、管大局、保落实”。

现行《公司法》（2018年修订）仅在第十九条规定“在公司中，根据中国共产党章程的规定，设立中国共产党的组织，开展党的活动。公司应当为党组织的活动提供必要条件”，并没有明确党组织在法人治理结构中的法定地。

2021年5月，中共中央办公厅印发了《关于中央企业在完善公司治理中加强党的领导的意见》（以下简称《意见》），并发出通知，要求各地区各部门结合实际认真贯彻落实。《意见》提出，中央企业党委（党组）是党的组织体系重要组成部分，在公司治理结构中具有法定地位，在企业发挥把方向、管大局、促落实的领导作用。

修订草案在延续保留第十九条（修订草案第十七条）规定的基础上，依据党章规定、36号文及意见要求，增设一条专门明确党在国家出资公司中发挥领导作用。修订草案第一百四十五条规定“国家出资公司中中国共产党的组织，按照中国共产党章程的规定发挥领导作用，研究讨论公司重大经营管理事项，支持股东会、董事会、监

事会、高级管理人员依法行使职权”。

## 二、完善国家出资公司特别规定

修订草案第六章单列了国家出资公司的特别规定，删除了原“国有独资公司”一节，替换为“国家出资公司”单独成章，明确国家出资公司是指国家出资的国有独资公司、国有资本控股公司，包括国家出资的有限责任公司、股份有限公司。相较于《企业国有资产法》(中华人民共和国主席令第5号)第五条的规定“本法所称国家出资企业，是指国家出资的国有独资企业、国有独资公司，以及国有资本控股公司、国有资本参股公司”，修订草案规定的国家出资企业并不包括国有资本参股公司。

修订草案同时规定，国务院或者地方人民政府可以授权国有资产监督管理机构或者其他部门、机构代表本级人民政府对国家出资公司履行出资人职责。扩大了原《公司法》第六十四条规

定的国有独资公司是指国家单独出资、由国务院或者地方人民政府授权本级人民政府国有资产监督管理机构履行出资人职责的有限责任公司的范围，履行出资人职责的主体范围进行了扩大。

另，修订草案首次肯定了“一人股份有限公司”在我国的合法性，因此，国家出资公司既包含一人有限责任公司，亦包含一人股份有限公司。

## 三、允许公司选择单层制治理模式

修订草案分别对有限责任公司、股份有限公司、国有独资公司可以不设可以不设监事会或者监事进行了相关规定，具体内容如下：

有限责任公司——修订草案第六十四条规定“有限责任公司可以按照公司章程的规定，在董事会中设置由董事组成的审计委员会，负责对公司财务、会计进行监督，并行使公司章程规定的其他职权。在董事会中设审计委员会的有限责任公司，可以不设监事会或者监事”。



股份有限公司——修订草案第一百二十五条规定“股份有限公司可以按照公司章程的规定在董事会中设置由董事组成的审计委员会等专门委员会。审计委员会负责对公司财务、会计进行监督，并行使公司章程规定的其他职权。设审计委员会且其成员过半数为非执行董事的股份有限公司，可以不设监事会或者监事，审计委员会的成员不得担任公司经理或者财务负责人”。

国有独资公司——修订草案第一百五十三条规定“国有独资公司按照规定不设监事会或者监事，在董事会中设置由董事组成的审计委员会等专门委员会，审计委员会的成员应当过半数为外部董事。审计委员会负责对公司财务、会计进行监督，并行使公司章程规定的其他职权”。

修订草案规定设立董事会审计委员会可不设立监事会，但本次修正案仅明确审计委员会职权为对公司财务、会计进行监督，并未完全覆盖监事会职权范围，如监督高管并提出罢免建议或提起诉讼、提议召开临时股东会等，同时草案通过第七十九条扩张了监事会的权利。监事会与审计委员会两者职权分化的情形下，企业通常不会再保留监事会。因此如果立法设计审计委员会或者监事会可以择一设立，建议考虑两者的职权是否应该近似。

另，若审计委员会的董事成员全部为担任公司职务的董事，通常公司重大的财务、会计事项已经经过其审核甚至由其负责执行，因此由审计委员会监督由其审核过的事项，会形成既是运动员又是裁判员的情形，难以达到监督的目的。建议在立法层面对委员会的组成人数、委员所需具备的核心条件（如具备的会计技能、从业经验等）进行明确。

#### 四、增加“股权、债权”的出资方式

《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）（2020修正）》第十一条已经明确了股东可以其他公司股权出质，《公司注册资本登记管理规定（2014）》（国家工商行政管理总局令第64号）第七条亦规定债权人可以将其依法享有的对在中国境内设立的公司的债权，转为公司股权。修订草案第四十三

条从公司法角度直接明确了股东可以以股权、债权进行出资。

#### 五、公司治理方面的修订

1. 统一称为“股东会”，一人公司不设股东会

无论是股份有限公司还是有限责任公司，不再区分“股东会”和“股东大会”，统一称为“股东会”。同时，对于一人股份有限公司和有限责任公司，均不设“股东会”。

2. 删除了董事会、经理的法定职权改为概括性描述

修订草案第六十二条规定“有限责任公司设董事会。董事会是公司的执行机构，行使本法和公司章程规定属于股东会职权之外的职权”。第六十九条规定“有限责任公司可以设经理，由董事会决定聘任或者解聘。经理对董事会负责，根据公司章程的规定或者董事会的授权行使职权。经理列席董事会会议”。根据草案第一百二十四条及第一百三十一条的规定，关于董事会、经理的法定职权的规定同样适用于股份有限公司。

3. 公司可以没有董事

修订草案第七十条规定“规模较小的有限责任公司，可以不设董事会，设一名董事或者经理，行使本法规定的董事会的职权”。

4. 股份有限公司董事分为执行董事和非执行董事

修订草案第一百二十四条规定“股份有限公司设董事会，其成员为三人以上。董事会成员可以按照公司章程的规定确定为执行董事和非执行董事”。但修订草案并没有对执行董事、非执行董事的定义予以明确。

5. 国有独资公司应有外部董事

修订草案第一百四十九条规定“国有独资公司设董事会，依照本法规定行使职权。国有独资公司的董事会成员中，应当过半数为外部董事，



并应当有公司职工代表”，同样修订草案并没有对外部董事的定义予以明确。

已经失效的国务院国有资产监督管理委员会印发的《董事会试点中央企业专职外部董事管理办法（试行）》的通知第三条规定“本办法所称专职外部董事，是指国资委任命、聘用的在董事会试点企业专门担任外部董事的人员。专职外部董事在任期内，不在任职企业担任其他职务，不在任职企业以外的其他单位任职”。一些地方法规如天津市国资委党委、天津市国资委关于印发《市管国有企业外部董事管理办法》的通知第三条规定“本办法所称外部董事是指市国资委党委、市国资委（以下简称市国资两委）委派到企业专门担任董事的人员。外部董事在任期内不在任职企业任董事以外的其他职务”规定了外部董事的定义，但是地方法规的效力低并且避免各地方的定义不统一，建议在公司法层面明确外部董事的定义。

## 6. 董事会人数与职工董事进行了明确规定

修订草案第六十三条规定“董事会成员为三人以上。职工人数三百人以上的有限责任公司，其董事会成员中应当有公司职工代表；其他有限责任公司董事会成员中可以有公司职工代表。董事会中的职工代表由公司职工通过职工代表大会、职工大会或者其他形式民主选举产生”。第一百二十四条规定“股份有限公司设董事会，其成员为三人以上。董事会成员可以按照公司章程的规定确定为执行董事和非执行董事。本法第六十二条关于有限责任公司董事会职权的规定，第六十三条第一款关于董事会成员中职工代表的规定，第六十五条、第六十六条关于有限责任公司董事的任期、辞职和解任的规定，适用于股份有限公司”。

## 六、完善公司资本制度

### 1. 股份有限公司中引入“授权资本制”

修订草案第九十七条明确规定了“公司章程或者股东会可以授权董事会决定发行公司股份总

数中设立时应发行股份数之外的部分，并可以对授权发行股份的期限和比例作出限制”，即股份有限公司设立时只需发行部分股份，公司章程或者股东会可以授权董事会根据公司实际经营情况决定发行剩余股份。

授权资本制在公司股权控制中有重要作用。2005年盛大公司持有在美国上市的新浪公司19.5%的股权，拟对新浪公司进行恶意收购（根据当时美国法律持股20%即可进行财务合并报表）。为反击盛大的恶意收购，新浪管理层联合投行、律所，迅速地推出了毒丸计划，即当时新浪的股价是35美元，毒丸计划就是让除了盛大之外的所有的老股东用15块钱的超低价格购买新浪的新发股票，进行增持，稀释盛大股份，最终击退盛大的收购。但是万宝之争时万科却不能适用毒丸计划来阻止宝能，是因为美国实施的是授权资本制，即公司上市以后，它可以授权董事会进行资本扩张，也就意味着董事会不需要经过股东大会，可以随时发行新股。然而中国发行新股，必须通过股东大会，宝能已经是万科的第一大股东的情况下，开股东大会，是不可能同意一个针对自己的毒丸计划。通过上述例子，可以窥见授权资本制的优势。

### 2. 增加股东欠缴出资的失权制度

修订草案第四十六条规定“有限责任公司成立后，应当对股东的出资情况进行核查，发现股东未按期足额缴纳出资，或者作为出资的非货币财产的实际价额显著低于所认缴的出资额的，应当向该股东发出书面催缴书，催缴出资。公司依照前款规定催缴出资，可以载明缴纳出资的宽限期；宽限期自公司发出出资催缴书之日起，不得少于六十日。宽限期届满，股东仍未缴纳出资的，公司可以向该股东发出失权通知，通知应当以书面形式发出，自通知发出之日起，该股东丧失其未缴纳出资的股权。依照前款规定丧失的股权，公司应当在六个月内依法转让，或者相应减少注册资本并注销该股权”。相较于公司法司法解释三第十七条规定的除名制度而言，公司解除股东资格不需要召开股东会。但是股东丧失股权后的处理方式依旧存在不清晰之处，比如，公司并不

是股权所有人如何作为转让方转让股权，另外，登记部门在没有股东会决议的情况下是否进行公司变更，亦需要明确，以使失权制度能够实施落地。

### 3. 增加有限责任公司股东认缴出资的加速到期制度

《公司法》实行认缴制后，理论界和实务界围绕认缴资本制下股东出资期限能否加速到期而承担责任的问题，一直有不同的声音。公司法司法解释三第十三条第2款规定，股东负有按期足额缴纳其所认缴的出资额之义务，公司债权人有权请求未履行或未全面履行出资义务的股东在未出资本息范围内对公司债务不能清偿之部分承担补充赔偿责任。对此规定，在理论和实务界中倾向性认为，“未履行或未全面履行出资义务”并不包括“出资期限尚未届满”的情形，也就是说股东是享有期限利益的。

《破产法》第三十五条规定“人民法院受理破产申请后，债务人的出资人尚未完全履行出资义务的，管理人应当要求该出资人缴纳所认缴的出资，而不受出资期限的限制”，即公司破产申请受理后即丧失了期限利益。

最高人民法院关于印发《全国法院民商事审判工作会议纪要》的通知规定“在注册资本认缴制下，股东依法享有期限利益。债权人以公司不能清偿到期债务为由，请求未届出资期限的股东在未出资范围内对公司不能清偿的债务承担补充赔偿责任的，人民法院不予支持。但是，下列情形除外：（1）公司作为被执行人的案件，人民法院穷尽执行措施无财产可供执行，已具备破产原因，但不申请破产的；（2）在公司债务产生后，公司股东（大）会决议或以其他方式延长股东出资期限的”。九民会议纪要认为除外情形之外，股东还是依法享有期限利益的，除外情形的第2种情形比较好理解，属于恶意延长出资期限，实应加速到期。但第1种情形“已具备破产原因”由谁来审查，根据现有的法院体系，一般执行法官通常情况下不审查是否具备破产原因这种实质性问题，另外“不申请破产”是指谁不申请破产。如果执行阶段对是否破产的审查无异于破产

程序，那债权人直接根据破产法申请破产，并依据《破产法》第三十五条规定要求股东加速到期岂不是更直接？且如何追加股东，是直接追加为被执行人，还是另行起诉，另行起诉是否涉及一事不再理亦不明确。

而修订草案第四十八条直接规定“公司不能清偿到期债务，且明显缺乏清偿能力的，公司或者债权人有权要求已认缴出资但未届缴资期限的股东提前缴纳出资”。但是如何认定公司明显缺乏清偿能力呢？是如破产程序一样，债权人提出初步主张，公司来证明是否缺乏清偿能力吗？股东丧失期限利益的情形下，势必导致债权人利用该条款对股东滥加起诉，增加股东应诉的成本。

## 七、进一步强化控股股东和经营管理人员相关责任

### 1. 明确董事、高级管理人员忠实义务和勤勉义务

修订草案第一百九十条规定“董事、高级管理人员执行职务，因故意或者重大过失，给他人造成损害的，应当与公司承担连带责任”。

### 2. 强化董事、监事、高级管理人员维护公司资本充实的责任

修订草案第四十七条规定股东未按期或如实缴纳出资时，董事、监事、高级管理人员未采取必要措施，应当承担赔偿责任；第五十二条规定股东抽逃出资时，董事、监事、高级管理人员未采取必要措施，应当承担赔偿责任；第二百二十二条规定违反规定减少注册资本的，负有责任的董事、监事、高级管理人员应当承担赔偿责任；第二百零七条规定公司违反规定向股东分配利润的，负有责任的董事、监事、高级管理人员应当承担赔偿责任。上述规定同时适用于有限责任公司和股份有限公司。但上述条款的必要措施为何并不明确，且根据实际情况，董事一般由股东委派并经股东会选举产生，故董事系根据股东内部已经确定的意见在董事会中表决，并非表达本人意愿，且多数董事并不直接在公司担任职务，仅为专职董事。在此情况下，要求董事承

担过重的责任不合理。

### 3. 明确董事、监事、高级管理人员的连带责任

修订草案第一百九十一条规定“公司的控股股东、实际控制人利用其对公司的影响，指使董事、高级管理人员从事损害公司或者股东利益的行为，给公司或者股东造成损失的，与该董事、高级管理人员承担连带责任”。

## 八、允许股份有限公司发行类别股

港交所曾因“同股同权”机制错失了阿里巴巴。2013年阿里巴巴曾打算在香港上市，但因香港未实行“同股不同权”机制而改为远赴纽交所上市，共筹集了250亿美元，成为2014年全球规模最大的IPO。后香港交易所进行的25年来最大的上市制度改革于2018年4月30日正式生效，便利不同投票权架构的公司在香港上市。2019年11月26日，阿里巴巴集团控股有限公司以“同股不同权”架构在香港交易所挂牌上市，成为港交所上市制度改革后首家在香港第二上市的海外发行人。2014年5月22日，京东在美国纳斯达克证券交易所上市，成为继腾讯、百度后的中国第三大互联网上市公司。京东亦选择了双重股权制度，京东CEO刘强东所持的每股享有20票的投票权，能对公司经营进行有效的控制。

根据上述案例可知“同股不同权”机制，对中国本土科技型企业创始人来说无疑有极大的吸引力。我国现行的公司法实行的是“同股同权”机制，为适应市场经济的发展，尤其为吸引科技公司等创新公司，促进我国上市公司经营与长远发展，修订草案第一百五十七条规定公司可以按照公司章程的规定发行与普通股权利不同的类别股。

## 九、关于一人公司的修订

修订草案明确了一人公司既可是一人有限责任公司，亦可是一人股份有限公司，同时删除现行《公司法》第五十八条一人有限责任公司不能投资设立新的一人有限责任公司的规定。删除了现行《公司法》第六十二条“一人有限责任公司

应当在每一会计年度终了时编制财务会计报告，并经会计师事务所审计”的规定，但该变化并不是意味着一人公司不需要进行年度财务审计，而是在修订草案第二百零三条规定“公司应当在每一会计年度终了时编制财务会计报告，并依法经会计师事务所审计。财务会计报告应当依照法律、行政法规和国家统一的会计制度制作”，故，是从立法技术角度，为避免重复规定，删除了现行《公司法》第六十二条。

修订草案删除了一人公司股东应自证财产独立，否则应就公司债务承担连带责任的规定，即删除了现行《公司法》第六十三条“一人有限责任公司的股东不能证明公司财产独立于股东自己的财产的，应当对公司债务承担连带责任”的规定。但是从实体角度，债权人依旧可以依据修订草案第二十一条的规定“公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害公司债权人利益的，应当对公司债务承担连带责任”追究股东的责任，但是在诉讼程序中，债权人追究股东承担连带责任时，是否实行举证责任倒置并不清晰。《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（2020修正）》第二十条“作为被执行人的一人有限责任公司，财产不足以清偿生效法律文书确定的债务，股东不能证明公司财产独立于自己的财产，申请执行人申请变更、追加该股东为被执行人，对公司债务承担连带责任的，人民法院应予支持”，程序法层面关于一人公司举证责任倒置的规定尚未删除。综上，债权人追加股东承担连带责任时，是否实行举证责任倒置需要进一步明确。

除上述变化外，修订草案在简易减资、清算注销等方面亦进行了多处修订，鉴于本文篇幅所限，暂不予论述。修订草案为适应经济发展多方面进行了修订，对律师服务、公司治理、风控合规方面带来多方面的挑战。







□姚正旺/文

姚正旺律师，中伦文德律师事务所高级合伙人，银行金融部主要负责人，西南政法大学法学硕士。现为北京市律师协会银行金融法律专业委员会委员，主要从事银行金融、结构化融资、收购兼并及上述领域的诉讼仲裁等有关法律事务，在该等领域拥有丰富的实践经验。

吴昊律师，主要从事银行金融、公司证券业务。

田爱玲律师，主要从事银行金融、建设工程与房地产业务。

沈德凤律师，主要从事银行金融、公司证券业务。

卢鑫蕊律师，主要从事公司证券、民商事争议解决业务。

## 对《公司法（修改草案）》的修改建议（上）

2021年12月24日，经第十三届全国人大常委会第三十二次会议审议的《中华人民共和国公司法（修订草案）》正式向社会公开征求意见。这是继2005年《公司法》全面修订后的首次大修，作为规范经济生活的大法，《公司法》的修订必然会对公司的运营及管理规范产生影响。本次修订草案共15章260条，在现行《公司法》13章218条的基础上，实质新增和修改70条左右。该草案深入总结实践经验，修改思路清晰，修改内容系统全面、针对性强，重要制度的充实完善符合实际，基本可行，但也存在需要进一步完善的地方。本文将对新公司法修订审稿新变化、新规定、热点问题深度解读、提出修改建议，将研究成果分上、下两篇内容以飨读者，以期提出科学合理、具有可操作性的立法建议，为推动公司法修改发出律师实务届应有的声音。

### 一、公司内部监督失灵问题

鉴于在当下公司治理的三权分立结构下，监事会往往虚置，空有其表而无法实际发挥监督的作用。对此，本次修订草案第64条[1]和第125条[2]分别允许有限责任公司和股份有限公司可以选择单层制治理模式（即只设董事会、不设监事会）不再将监事会作为法定必设机构，对于设

有董事会审计委员会的有限责任公司，可以不设监事会或者监事，这也是本次修订草案中最重要的修改之一。

但对此修改，我们认为：公司内部监督失灵是一个普遍性的问题，没有监事会制度的国家如美国亦存在监督失灵。要改善这个问题，我们认为应当探寻问题出现的缘由，而不宜一刀切除监事会，故我们建议应针对在我国现行《公司法》制度下监事会/监事缺乏独立性的原因，并采取针对性的应对措施，具体如下：

第一，监事会缺乏独立性：监事会的成员包括股东代表和职工代表。股东代表由股东会选任，一般情况下，由于大股东控制了股东会的表决权，故选举出来的监事往往代表大股东的利益，难以监督同样由大股东选派的董事、经理。职工代表虽然由职工代表大会选派，但毕竟受雇于公司，要监督公司的管理者，实践中也存在很多现实困难。此外，由于公司财务一般由管理层控制，监事会报销行使职权的费用也较为困难。对此，我们建议在《公司法》修订时采取设置外部监事、改善股东会选任监事的表决机制、不得无故解除与职工监事的劳动合同、设立专项监督基金等方式加强监事会的独立性。

第二，监事会缺乏执行力：检查公司财务是

监事会的首要职权，但现行《公司法》未进一步规定该项职权如何行使，这导致在实践中缺乏明确的制度保障和引导。对此，我们建议在《公司法》修订时赋予监事会检查公司财务报告、年度财务预算方案、决算方案、利润分配方案和弥补亏损方案的主要权利，并明确具体的配套措施。

第三，监事会缺乏相应的激励和问责机制：实践中公司大部分监事都是兼职，对监事工作未付出足够的精力。对此，我们建议在《公司法》修订时明确监事享有报酬，相应的可以增加监事读职的责任。本次修订草案第一百八十二条将违反忠实义务的对象扩展至监事，与董事、高级管理人员一视同仁，即增加了监事的义务和责任。

综上，我们认为监事会/监事监督失灵的问题应当从多个方面进行综合改良，而不宜简单地替换为董事会审计委员会，尤其是审计委员会成员除应为董事会成员外，法律未对审计委员会成员的专业资质要求作出限制的情况下。建议《公司法》在修订时对审计委员会成员的专业资质作出指引性的规定，如来源于会计师等第三方审计机构，或来源于在公司内部内审、合规风控等专业板块专门资质的人员。

此外，如审计委员会仍然是内部设立的机构，建议进一步考虑是否能以类似于行业监管、市场禁入等方式将审计委员会的履职情况纳入到个人信用系统，督促审计委员以其专业能力来进行履职，从而让审计委员会这样的制度设计真正切实的起到对董事高管的监督职责，最大限度维护公司的合法权益。

## 二、授权资本制尚待优化

我们对本次修订草案中“授权资本制”[3]的理解是：设定公司的股份总额后，先发行一部分股份由发起人认购或募集，这部分先发行的股份即为注册资本，在市场监督管理部门登记备案后公司完成设立，剩余未发行的股份在限额范围内授权由董事会根据公司经营需要适时发行，超出限额范围的经股东会决议发行，发行并经投资人认购后则注册资本相应增加，再进行注册资本的变更登记。整体来看，该规则有助于降低股份公司的设立门槛，并提升了后续募资的效率，为

股份有限公司这种公司形式的进一步发展提供了更好的契机，也一定程度促进了国内多层次资本市场的建立。但我们认为修订草案中的“授权资本制”相关规定仍存在部分问题需要进一步探索、讨论和完善：

第一，修订草案第一百六十四条中“发行新股所代表的表决权数超过公司已发行股份代表的表决权总数百分之二十的，应当经股东会决议”，这里指的是“一次发行新股”还是“累计发行新股”，目前尚待明晰。对此，我们倾向性认为修订草案第一百六十四条中的“百分之二十”宜按照累计进行理解，同时也建议规定为累计发行新股不超过20%，否则实践中可通过“少量多次”的手段让该规则形同虚设。

第二，“授权资本制”的一个重要作用就是提升公司再发行新股时的效率，免去每次发行均需进行内部股东会决策和外部登记备案的程序，但按照目前修订草案的设定，注册资本以“已发行股份”为依据，则每次发行后还需要进行注册资本的变更登记，这在一定程度上有悖于“授权资本制”的初衷；另一方面，由于我国《公司法》注册资本制的基础仍需坚持，故该问题难以在《公司法》层面得到完全解决，因此我们建议在工商登记程序层面进行优化，或设置特别程序，有别于一般的“增发”登记，以达到在保持注册资本制的前提下，实现“授权资本制”便于后续股份发行的初衷。

第三，修订草案对于“授权资本制”的规定出现了如“股份总数、设立时应发行股份、已发行股份”等多项概念，且对此未进行明确释义，不便于法律主体更好的理解和执行法律规定。故我们建议对修订草案中的前述概念进行明确释义，让各概念间能够建立易懂且清晰的逻辑关系，有助于对法条的理解和适用。

## 三、类别股规定需进一步明确

为适应不同投资者的投资需求，修订草案新增第一百五十七条[4]、第一百五十八条[5]，对已有较多实践的类别股作出规定，包括优先股和劣后股、特殊表决权股、转让受限股等。

“同股同权”一直是我国现行《公司法》的

基本原则。然而，在投融资交易中，投资人往往希望获得回购权、清算优先权、否决权等类似境外交易实践中常见的优先权的特殊股东权利，从而来保护自身投资权益和降低风险。在此情况下，限于“同股同权”的制度原则和具体配套规定，很多权利无法体现在公司章程中，实践中大多通过股东协议等合同约定的方式将该等权益予以落实。针对此问题，本次修订草案授权股份有限公司发行类别股股份，并允许设置类别股表决机制，属于此次修订的一项制度突破，但对此制度，我们建议对以下问题进行进一步讨论和明确：

第一，修订草案对类别股的种类是以“列举+兜底”的方式进行规定。从列举的前三类股份来看，基本上和投融资交易中常见的优先分红权、清算优先权、超级表决权和股份转让限制相对应，但并未明确涵盖实践中常见的优先购买权、反稀释权等安排。故在《公司法》修订时，建议设立与优先购买权、反稀释权等此类权利相对应的类别股。

第二，就“经公司同意等转让受限的股份”而言，修订草案仅对“转让受限”列举了“经公司同意”这一种形式，并且似乎有仅能对“直接转让”进行限制和约束的倾向，但在投融资的实践中存在着转让需经投资人事先同意、不得向竞争者转让限制、间接转让限制（如不得设置质押等权利负担的限制）、优先购买权、锁定期限等多种形式的限制，故，对于修订草案第一百五十七

条第一款第三项文义中的“等”或者“转让受限”字，建议在《公司法》修订时，立法机关可以考虑根据目前实践情况进行扩大解释，明确转让受限的具体情形。

第三，目前修订草案列明的需要类别股东所持表决权三分之二以上通过的重大事项的前提是“可能对类别股股东的权利造成损害的”。从实操角度而言，该等前提的外延比较模糊和宽泛，容易产生争议。尤其在投融资交易中，从类别股投资人的视角，考虑到修订草案第一百一十九条第三款[6]规定的事项都比较重要，类别股投资人可能会要求该款规定的事项均需通过类别股股东会表决通过；反之，站在公司经营管理的角度来看，并不是任何的公司章程修改等事项都能给“类别股股东的权利造成损害”（比如注册地址的变更）。因此，如果任何增资、减资或者修改章程等事项都需要类别股股东所持表决权三分之二以上通过，也可能会影响公司决策的效率，故建议《公司法》修订时对该条的适用前提条件进一步明确和限定，实现保护类别股股东权益和公司整体利益的平衡。

#### 四、控股股东和经营管理人员责任承担规定模糊

本次修订草案在强化控股股东和经营管理人员责任方面，主要作出如下规定：

一是完善董事、监事、高级管理人员忠实义务和勤勉义务的具体内容，加强对关联交易的规





范，扩大关联人的范围，增加关联交易报告义务和回避表决规则。

二是强化董事、监事、高级管理人员维护公司资本充实的责任，包括股东欠缴出资和抽逃出资，违反本法规定分配利润和减少注册资本，以及违反本法规定为他人取得本公司股份提供财务资助时，上述人员的赔偿责任。

三是增加规定：董事、高级管理人员执行职务，因故意或者重大过失，给他人造成损害的，应当与公司承担连带责任。

四是针对实践中控股股东、实际控制人滥用控制地位侵害公司及中小股东权益的突出问题，借鉴一些国家法律规定，明确公司的控股股东、实际控制人利用其对公司的影响，指使董事、高级管理人员从事损害公司利益或者股东利益的行为，给公司或者股东造成损失的，与该董事、高级管理人员承担连带责任。

对前述规定，我们建议在《公司法》修订时关注如下问题：

第一，修订草案第四十七条 [7] 强化了经营管理人员维护公司资本充实的责任；但目前该规定仅适用于“设立时股东”瑕疵出资的情形，而实际上不仅在公司设立时可能存在股东瑕疵出资的情形，在公司后续增资时同样可能出现类似情形，但修订草案对此等情形下经营管理人员维护公司资本充实的责任未做明确规定，建议《公司法》修订时对后续增资等情况下的经营管理人员维护则本充实责任作进一步界定。

第二，修订草案第一百九十条 [8] 草案新增经营管理人员与公司共同对外承担连带责任的规定，体现了对董事、经营管理人员外部责任的要求。但此处并未明确“职务”的范围，也没有区分执行董事和非执行董事的责任要求，而公司实践中存在不参与实际经营管理的投资人委派董事（甚至非执行董事、独立董事），该等并未实际负责公司经营管理职务的董事因任职而面临的风险将进一步加大，建议《公司法》修订时进一步考虑董事责任险等风险平衡途径。

第三，修订草案第二百零七条规定：“公司违反本法规定向股东分配利润的，股东必须将违反规定分配的利润并加算银行同期存款利息退还

公司；给公司造成损失的，股东及负有责任的董事、监事、高级管理人员应当承担赔偿责任。”根据该条规定，股东分配利润和减资的决议需要由股东会作出决议，在此情形下，如何界定“负有责任的董事、监事、高级管理人员”尚不明确，建议在《公司法》修订时对此进一步进行明确。

（未完待续）

## 注释：

- 修订草案第六十四条规定：“有限责任公司可以按照公司章程的规定，在董事会中设置由董事组成的审计委员会，负责对公司财务、会计进行监督，并行使公司章程规定的其他职权。在董事会中设审计委员会的有限责任公司，可以不设监事会或者监事。”
- 修订草案第一百二十五条规定：“股份有限公司可以按照公司章程的规定在董事会中设置由董事组成的审计委员会等专门委员会。审计委员会负责对公司财务、会计进行监督，并行使公司章程规定的其他职权。设审计委员会且其成员过半数为非执行董事的股份有限公司，可以不设监事会或者监事，审计委员会的成员不得担任公司经理或者财务负责人。”
- 修订草案引入了“授权资本制”，主要规定于第九十七条、第一百六十四条，但仅上述两条并无法完全体现本次引入的“授权资本制”的含义，需要结合前后多条方能准确理解，相关条文如下：  
第九十六条规定：“股份有限公司章程应当载明下列事项：（一）公司名称和住所；（二）公司经营范围；（三）公司设立方式；（四）公司股份总数，公司设立时应发行的股份数，发行面额股的，每股的金额；（五）发行类别股的，类别股的股份数及其权利和义务；（六）发起人的姓名或者名称、认购的股份数、出资方式。”  
第九十七条规定：“公司章程或者股东会可以授权董事会决定发行公司股份总数中设立时应发行股份数之外的部分，并可以对授权发行股份的期限和比例作出限制。”  
第九十八条规定：“股份有限公司的注册资本为在公司登记机关登记的已发行股份的股本总额。在发起人认购的股份缴足前，不得向他人募集股份。法律、行政法规以及国务院决定对股份有限公司注册资本最低限额另有规定的，从其规定。”  
第九十九条规定：“以发起设立方式设立股份有限公司的，发起人应当认定公司章程规定的公司设立时应发行的股份。以募集设立方式设立股份有限公司的，发起人认购的股份不得少于公司章程规定的公司设立时应发行股份总数的百分之三十五；但是，法律、行政法规另有规定的，从其规定。”  
第一百六十四条规定：“公司章程或者股东会授权董事会决定发行新股的，董事会决议应当经全体董事三分之二以上通过。发行新股所代表的表决权数超过公司已发行股份代表的表决权总数百分之二十的，应当经股东会决议。”
- 修订草案第一百五十七条规定：“公司可以按照公司章程的规定发行下列与普通股权利不同的类别股：  
（一）优先或者劣后分配利润或者剩余财产的股份；  
（二）每一股的表决权数多于或者少于普通股的股份；  
（三）转让须经公司同意等转让受限的股份；  
（四）国务院规定的其他类别股。  
公开发行股份的公司不得发行前款第二项、第三项规定的类别股；公开发行前已发行的除外。”
- 修订草案第一百五十八条规定：“发行类别股的公司，有本法第一百一十九条第三款规定的事项，可能对类别股股东的权利造成损害的，除应当依照第一百一十九条第三款的规定经股东会决议外，还应当经出席类别股股东会的股东所持表决权三分之二以上通过。公司章程可以对需经类别股股东会决议的其他事项作出规定。”
- 修订草案第一百九十九条第三款规定：“股东会作出修改公司章程、增加或者减少注册资本的决议，以及公司合并、分立、解散或者变更公司形式的决议，必须经出席会议的股东所持表决权的三分之二以上通过。”
- 修订草案第四十七条规定：“有限责任公司成立后，设立时的股东未按期足额缴纳出资，或者作为出资的非货币财产的实际价值显著低于所认缴的出资额的，应当由该股东补足其差额并加算银行同期存款利息，给公司造成损失的，还应当承担赔偿责任；设立时的其他股东承担连带责任。董事、监事、高级管理人员知道或者应当知道设立时的股东有前款规定行为未采取必要措施，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。”
- 修订草案第一百九十条：“董事、高级管理人员执行职务，因故意或者重大过失，给他人造成损害的，应当与公司承担连带责任。”



□于 斐/文

于斐律师，中伦文德高级合伙人，北京市法学会中国法律文化研究会理事，北京市律师协会商标法律专业委员会委员，在十多年的司法实践工作中累积大量的民商事诉讼类案件以及非诉类业务的经验，业务领域主要包括：知识产权及不正当竞争、公司合规管理、证券与资本市场、房地产与建筑工程等法律领域；对工作恪尽职守、勤勉敬业，忠实于法律，竭力保护当事人的合法权益，在同行及客户中享有较高声誉。

## 从奥运会吉祥物“冰墩墩”浅析“权利用尽” 知识产权原则的法律适用

从2022年北京冬奥会的序幕开启，穿着冰糖葫芦外衣、憨态可掬的“冰墩墩”成为了大家都想拥有的最稀缺的奥运会吉祥物，一时间“一墩难求”，甚至海外的拍卖网站都在爆炒“冰墩墩”。在“冰墩墩”稀缺的状态下，大家在实现拥有一只“冰墩墩”的愿望时，更应该同时关注到知识产权法领域中的权利保护与法律适用。

“冰墩墩”作为冬奥会的吉祥物，北京2022年冬奥会和冬残奥会组织委员会已经注册取得了外观设计专利权，美术作品的著作权，尤其在商标方面，不但申请了中英文文字、图形商标，而且还是申请了三维立体商标以及45个商品与服务国际分类项目上的全类商标专用权，可以说“冰墩墩”取得了知识产权领域的全方位保护，大家可能一个不经意的行为就会侵犯了“冰墩墩”的权益，构成违法行为。对于普通商品而言，知识产权法领域“权利用尽”原则给与了权利保护一定的边界限制，但对于“冰墩墩”这样的奥运吉祥物情况又是如何呢？本文将重点论述知识产权法领域的“权利用尽”原则与“冰墩墩”享受的权利保护之间的法律关系。

### 一、什么是“权利用尽”原则

知识产权相关法律制度的确立和发展，一方

面是为了保护知识产权权利人的权利不受侵害，但同时也需要兼顾鼓励作品的创作传播、商誉的维护以及科技的不断创新进步，因此需要对知识产权权利人的权利边界有科学合理的限制，“权利用尽”原则就是基于此而产生的。具体而言，权利用尽原则（The Exhaustion Doctrine）是在专利法、著作权法、商标法等知识产权法领域普遍遵守的一项原则，根据这个原则，知识产权所有人或经所有权人授权的权利人将知识产权产品第一次通过合法的方式投入到市场后，那么知识产权所有人就丧失了对知识产权产品控制的权利，也就是“权利耗尽”或“权利穷尽”。

专利权用尽原则，最早由美国最高法院1873年在Adams诉Burke涉及专利权争议一案中，确立了权利用尽原则。该案的被告Burke从波士顿地区（A地）购买了专利产品“棺木盖”，然后运送回被告Burke日常居住地（B地）使用。这一专利产品在B地授权许可给Adams使用，于是，Adams就指控Burke侵犯了他被授权许可使用的专利权。最后，美国最高法院认为，因为被告是通过合法途径购买的专利产品，那么专利权人以及其他权利人就不应该再享有对专利产品的限制销售或使用的权利。

著作权法中的“发行权用尽”即“首次销售

原则”，是指作品经著作权人同意，一经首次合法销售，作品的再次流转就不受著作权人的控制，也就是说合法取得了作品原件或复制件的所有人可以不受限制的再次销售。

商标的作用是对商品来源的识别，销售商品的行为既包括对商品物权的转让，同时也是对商标权的使用行为。由于商标的使用需要经过商标权利人的许可，因此，第二次出售商品就存在商品所有权人与商标权利人的权利冲突。为了解决这一权利冲突，商标权用尽原则被逐渐认可和确立，该原则是指，商标权的所有人或经其授权依法享有商标权的权利人将其商品通过合法的途径投入到市场后，通过合法途径购买商品的第三人，就可以不受商标权人的限制将该商品转售或通过其他合法的方式将该商品让渡给他人。

“权利利用尽”原则本质上体现了一种权利保护与市场自由的平衡，在法律实践上世界各国的国内法及国际条约中也并没有对“权利利用尽”原则作出统一的规定。《与贸易有关的知识产权协定》(Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights 缩写 TRIPs) 中规

定：“在符合上述第3条与第4条的前提下，在依照本协议而进行的争端解决中，本协议的任何条款，均不得用于解决在知识产权权利利用尽问题”。因此，TRIPS 协议对于权利利用尽原则并没有比照国民待遇原则或者是最惠国待遇原则那样，要求 WTO 成员严格统一遵守，而是允许各成员国，根据各自的政治和经济利益自行决定权利利用尽原则的适用边界和尺度。在我国，普通商品的销售和转售、一般出版物的发行与转售基本上遵循了“权利利用尽”的原则，对于已经经过合法途径销售和发行的商品，原则上不禁止通过合法途径的转售。这样在保护知识产权人权利的同时也能够最大限度的保护市场自由流通的需要，起到了支持和繁荣市场经济运行的作用。

## 二、“权利利用尽”原则与“冰墩墩”权利保护的关系

“冰墩墩”作为 2022 年冬奥会的吉祥物同时属于奥林匹克标志，依法享受《中华人民共和国商标法》《中华人民共和国专利法》《中华人民共和国著作权法》《中华人民共和国广告法》《中华





人民共和国电子商务法》《中华人民共和国反不正当竞争法》《奥林匹克标志保护条例》等相关法律、行政法规的特殊保护，知识产权领域中的“权利利用尽原则”是否对“冰墩墩”的权利也具有相同的限制呢？根据《奥林匹克标志保护条例》第四条第二款规定：未经奥林匹克标志权利人许可，任何人不得为商业目的使用奥林匹克标志。第十条规定：未经奥林匹克标志权利人许可，为商业目的擅自使用奥林匹克标志，即侵犯奥林匹克标志专有权。由此可见，“冰墩墩”作为2022年冬奥会的吉祥物，并同时取得了外观设计专利权、全类商标专用权及美术作品的著作权，即便“冰墩墩”被通过合法的方式首次投放到市场后，依法取得“冰墩墩”物权的权利人，在未经知识产权权利人的许可的情况下，没有权利为商业目的包括为潜在的商业目的使用“冰墩墩”的权利，也就是说权利利用尽原则对“冰墩墩”是不适用的。

同时，根据《奥林匹克标志保护条例》第五条规定：本条例所称商业目的使用，是指以营利为目的，以下列方式利用奥林匹克标志：（一）将奥林匹克标志用于商品、商品包装或者容器以及商品交易文书上；（二）将奥林匹克标志用于服务项目中；（三）将奥林匹克标志用于广告宣传、商业展览、营业性演出以及其他商业活动中；（四）销售、进口、出口含有奥林匹克标志的商品；（五）制造或者销售奥林匹克标志；（六）可能使人认为行为人与奥林匹克标志权利人之间有赞助或者其他支持关系而使用奥林匹克标志的其他行为。因此，“冰墩墩”作为冬奥会的吉祥物，可能稍有不慎就会侵犯了“冰墩墩”的知识产权权利，需要承担侵权的法律责任。以下行为如未经知识产权

权利人的许可，均构成对“冰墩墩”知识产权的侵害：将做“冰墩墩”做成表情包在网络上传播，黄牛党倒卖正版的“冰墩墩”商品，制作“冰墩墩”样子的蛋糕、冰激凌等食品进行销售，以会员送福利、积分兑换、发放赠品等方式提供“冰墩墩”商品，购买“冰墩墩”商品进行再次销售，从国外进口“冰墩墩”商品，在核酸检测单上印制“冰墩墩”的图像等等。

“冰墩墩”吉祥物作为奥运会的标志，受到法律的特别保护，不受权利利用尽原则的限制，那么普通老百姓对“冰墩墩”的超级喜爱的热情，又如何实现呢？知识产权法一方面要保护权利人依靠智慧创造的财产，但知识的传播和创新也是人类社会得以不断发展的基石，所以知识产权法也要通过对权利人的权利给予一定的限制，以促进人类的智力财产发挥其功能和作用。为此，在“权利利用尽”原则之外，我国法律还特别规定了“合理使用”的情形，例如《著作权法》第二十四条规定了“合理使用的限制”，《商标法》第五十九条规定了“注册商标权利人无权禁止的行为”即商标合理使用制度，《专利法》第七十五条规定了“不视为侵犯专利的行为”。因此，如果不具有商业目的，仅为个人喜爱欣赏的目的使用“冰墩墩”，自制与“冰墩墩”形象同款或类似的蛋糕、雪人、玩具等行为，通常不会构成侵权。

总之，对法律的敬畏是对自由最好的保护，而对自由的向往才是法律真正努力的方向。正是有了法律的保护，“一墩难求”也在市场机制的有序运行中逐步走向“一户一墩”，“冰墩墩”的春天正在植根于我国法律规范建设与市场经济建设的双重沃土中生根发芽！

中伦  
文德



□ 林 威/文

林威律师，中伦文德律师集团副董事长、上海分所管理合伙人及中伦文德胡百全（前海）联营律师事务所主任，他具有中国法律执业资格，并为香港注册外法域律师。林威律师毕业于法国巴黎第二大学，获法学博士。林律师是提供与中国有关的境内外并购项目与市场监管法律事务的专家，曾为众多世界500强企业在华提供多方面综合法律服务。



□ 李宇明/文

李宇明，中伦文德上海分所合伙人。李宇明律师于2010年加入中伦文德，在合规和争议解决方面有丰富的法律服务经验。李宇明律师毕业于大连海事大学海商法、英国诺丁汉大学国际商法专业，并先后取得学士、硕士学位。李律师在2020年被上海市律师协会评审为公司、知识产权、金融证券保险等三个方向的专业律师。

## 国际商事仲裁之“仲裁地”问题探讨

摘要：仲裁地作为法律概念的重要意义在于，其决定了适用的仲裁程序法（lex arbitri），也决定了裁决能否依照《纽约公约》其他条约或国内法被承认和执行。在确定仲裁地时，以当事人意思自治为原则，如未明确约定仲裁地，不同仲裁机构对于仲裁地的认定有不同规定。针对外国仲裁机构以大陆作为仲裁地而作出的仲裁裁决，由于《仲裁法》立法较早，故出现了属性模糊的问题，但司法实践中就此类裁决效力多持肯定态度，该问题也有望通过《仲裁法》的修订而被根本解决。

关键字：国际商事仲裁、仲裁地、承认与执行

### 仲裁地的重要性

依据《民事诉讼法》第二百七十一条之规定，针对涉外经济贸易、运输和海事中发生的纠纷，当事人可以提交中华人民共和国涉外仲裁机构或

者其他仲裁机构仲裁。据此，涉外争议案件，依照当事方的约定，可被提交至境外的仲裁机构，如国际商会仲裁院（ICC）、香港国际仲裁中心（HKIAC）、新加坡国际仲裁中心（SIAC）等仲裁。本文所称之“国际商事仲裁”，也即指此类案件。

几乎每一起国际商事仲裁案件，在进入案件的实体审理前，都要先确定“仲裁地”（Seat of Arbitration）。仲裁地作为法律概念的重要意义在于，其与仲裁协议、仲裁程序的适用法律、仲裁裁决的籍属以及仲裁裁决的承认与执行等问题都息息相关。仲裁地决定了适用的仲裁程序法（lex arbitri）<sup>[1]</sup>，也决定了裁决能否依照《纽约公约》其他条约或国内法被承认和执行。

未免歧义，仲裁程序法与仲裁案件中适用的实体法律是不同的概念。在国际商事仲裁案件中，当事方在选择仲裁地时，通常会考虑一个与双方均无联系的地点，即一个中立地点，但这并不意味着当事方选择该仲裁地的法律作为解决实体争议的法律，当事方通常还会约定具体的争议解决适用法律<sup>[2]</sup>。相反，即便仲裁当事方在仲裁条款中

对于适用法律有约定，除非该等约定明确包括仲裁程序法律适用，否则仲裁程序法仍将依照仲裁地确定。

## 仲裁地的确定

首先需要说明的是，“仲裁地”与“开庭地”（Venue of Arbitration）的概念完全不同。“仲裁地”是一个法律概念，影响到裁决的承认、执行以及仲裁程序法律适用；而“开庭地”是一个地理概念，它既可以与“仲裁地”相同，也可以不同。例如，《香港国际仲裁中心〈联合国国际贸易法委员会仲裁规则〉仲裁管理程序》第12条“庭审地点”就规定：“当事人或仲裁庭可以依据《贸法委规则》决定以不同于庭审地点的地方为仲裁地。仲裁程序应在任何意义上被视为在仲裁地进行。”

当事人可以约定仲裁地，这是仲裁地确定的第一铁律。但是，实践中经常出现仲裁地未约定或约定不明的情形。在此情形下，一般需由仲裁庭或者负责进行仲裁的仲裁机构在仲裁程序开始时确定仲裁地。

一方面，一些国际仲裁机构的仲裁规则载明了默认仲裁地，在当事人尚未选择仲裁地的情况下适用。例如，《2018 香港国际仲裁中心机构仲裁规则》直接将仲裁机构所在地香港推定为“仲裁地”<sup>[3]</sup>。有趣的是，深圳国际仲裁院颁布的《关于适用〈联合国国际贸易法委员会仲裁规则〉的程序指引》（2019年2月21日起施行）第三条“仲裁地”规定，当事人对仲裁地有约定的，从其约定。当事人没有约定的，仲裁地为香港，除非仲裁庭另有决定。严格来说，该等规定与《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》第18条应由仲裁庭根据案情确定仲裁地的规则不尽相同，且将深圳国际仲裁院的仲裁裁决默认为在香港作出，也颇具争议。

另一方面，以《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》为例，部分仲裁机构规定由仲裁庭结合案件的各种因素确定“仲裁地”<sup>[4]</sup>。该等因素中，比较突出的法律因素包括：

- (a) 仲裁地的仲裁法律是否合适；
- (b) 仲裁地在下述方面的法律、裁定和惯例：

(一)仲裁程序过程中法院的介入，(二)司法复议的范围或撤销裁决的理由，和(三)仲裁员和律师代理方面的任何资格要求；以及

(c) 仲裁进行地以及因此也是仲裁裁决下达地所在国是否加入了《纽约公约》和（或）其他任何关于执行仲裁裁决的多边或双边条约<sup>[5]</sup>。

除了法律因素外，如果预计将在仲裁地举行听证，仲裁地的选择可能还涉及其他一些因素，其中包括：

- (a) 所在地对各方当事人和仲裁员是否方便，包括旅程；
- (b) 是否提供支助服务及其费用；
- (c) 争议事项所在地以及能否就近获取证据；和
- (d) 律师代理方面的任何资格限制<sup>[6]</sup>。

通常而言，在决定仲裁地时，仲裁机构或仲裁庭首要考虑的，是尽力保证仲裁程序能够有序、高效开展，并且在最大程度上能够被执行，同时，仲裁地的中立性、费用及便捷程度等也是重要的考量因素<sup>[7]</sup>。

在 Gramercy Funds Management LLC and Gramercy Peru Holdings LLC v. Republic of Peru<sup>[8]</sup> 一案中，仲裁庭裁定以巴黎作为仲裁地，仲裁庭就考虑的因素做了详细分析，包括巴黎是《纽约公约》的缔约国；巴黎是合适、可信的仲裁地；巴黎是中立的、与双方当事人无任何关联的仲裁地；巴黎是全球知名的仲裁地，其与仲裁相关的法律体系非常完备；巴黎便捷的地理和交通等。

## 外国仲裁机构将中国大陆作为“仲裁地”的法律认定

外国仲裁机构能否在中国大陆开展商事仲裁活动，也即外国仲裁机构管理的商事仲裁案件能否将仲裁地约定在大陆，在一段时间内在我国有较大争议。

一种观点认为，外国仲裁机构不得在大陆开展商事仲裁业务，该类仲裁条款应被认定无效，其主要理由包括：第一，外国仲裁机构不属于我国《仲裁法》第十条规定的仲裁委员会，因此其不得在大陆开展仲裁活动；第二，国际商事仲裁



属于商事性法律服务，在国际法层面受到 WTO《服务贸易总协定》调整，而我国并未承诺开放外国仲裁机构在内地从事商事仲裁服务贸易<sup>[9]</sup>；第三，如果允许外国仲裁机构在大陆仲裁，那么该等仲裁裁决不符合我国加入《纽约公约》时有关“所在国以外之国家领土内作成者”<sup>[10]</sup>的要求，也即难以作为外国仲裁裁决被承认和执行，另一方面也不属于我国《民事诉讼法》及《仲裁法》规定的能够执行的仲裁裁决，故将导致仲裁裁决执行上的法律适用困难。

另一种观点认为，尽管我国仲裁立法并不全面，在处理上述问题时存在法律适用和定性困难。然从吸引更多的外国仲裁机构到我国进行仲裁、提升我国在国际仲裁上的地位的战略角度上看，对此类案件应持肯定态度。对于域外仲裁机构管理下的仲裁庭或者仲裁员在我国境内进行仲裁，只要不违反我国法律禁止性的规定，就应当允许。换句话说，外国仲裁机构管理的仲裁以我国领域内某地点为仲裁地的，应予准许<sup>[11]</sup>。笔者赞同第二种观点。

在“旭普林”案<sup>[12]</sup>中，仲裁条款为：“Arbitration:15.3 ICC Rules, Shanghai shall apply”。江苏省无锡市中级人民法院经审理认为，本案系承认和执行国外仲裁裁决案。中国系《1958年纽约公约》的缔约国，且根据《1958年纽约公约》第一条规定，本公约对于仲裁裁决经申请承认及执行地所在国认为非内国裁决者，亦适用之。本案被申请承认和执行的仲裁裁决系国际商会仲裁院作出，通过其总部秘书处盖章确认，应被视为非内国裁决。

在“宁波工艺品”案<sup>[13]</sup>中，针对 ICC 在北京作出的仲裁裁决，宁波市中级人民法院在裁定书中称：“《1958年纽约公约》第1条第1款规定的适用范围有两种情形：……这里所指的是“非内国裁决”是相对“申请承认及执行地所在国”而言的，本案并非我国国内裁决，应当适用《1958年纽约公约》”，并以此支持了申请人的承认和执行申请。

在“龙利得”案<sup>[14]</sup>中，最高人民法院在给安徽高院的复函中认为：“当事人在合同中约定，因合同而发生的纠纷由国际商会仲裁院进行仲

裁，同时还约定“管辖地应为中国上海”（PLACE OF JURISDICTION SHALL BE SHANGHAI, CHINA）。从仲裁协议的上下文看，对其中“管辖地应为中国上海”的表述应当理解为仲裁地在上海。本案中，当事人没有约定确认仲裁协议效力适用的法律，根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第十六条的规定，应适用仲裁地法律即中华人民共和国的法律来确认仲裁协议的效力。《中华人民共和国民事诉讼法》第十六条规定，仲裁协议应当具有下列内容：（一）请求仲裁的意思表示；（二）仲裁事项；（三）选定的仲裁委员会。涉案仲裁协议有请求仲裁的意思表示，约定了仲裁事项，并选定了明确具体的仲裁机构，应认定有效。”

从以上三案可以看到，对于外国仲裁机构在国内仲裁的有效性，以往的司法实践中多呈支持观点，并且将该类裁决的性质认定为《纽约公约》项下的“非内国裁决”，以解决该等裁决属性模糊的问题。

然需要注意的是，已有学者指出，我国在加入《纽约公约》时作出了“商事保留”和“互惠保留”，将《纽约公约》的适用范围限定在“另一缔约国领土内作出的仲裁裁决”，排除了“非内国裁决”的适用，因此司法机关将外国仲裁机构在大陆作出的裁决认定为“非内国裁决”，值得商榷<sup>[15]</sup>。

2020年8月6日，广州市中级人民法院作出（2015）穗中法民四初字第62号民事裁定书，认定国际商会仲裁院仲裁庭在广州作出的仲裁裁决属于中国涉外仲裁裁决，应当按照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百七十三条、而非《承认及执行外国仲裁裁决公约》申请我国法院执行。该案再次引发理论和实务界关于外国仲裁机构在大陆地区作出的仲裁裁决性质的热烈讨论。

尽管对此问题仍存争议，但就目前的立法现状而言，无论将国际仲裁机构在大陆做出的仲裁裁决定义为“非内国裁决”还是“中国涉外裁决”，人民法院对该等裁决的效力多持肯定态度。

2020年6月29日，上海市一中院在（2020）沪01民特83号民事裁定书中曾对上述问题做过总结。该案约定的仲裁机构为 SIAC，仲裁地为

上海<sup>[16]</sup>，在支持了该等仲裁条款的效力的基础上，法院指出，“对于具体案件，司法不能以立法不明为由拒绝裁判。我国仲裁法在立法之初欠缺国际化视野，可以将之理解为在规范国内仲裁的同时附带对涉外仲裁作了部分特别规定。显然，当时我国的仲裁立法并不全面，且与国际商事仲裁存在着脱节…被申请人有关我国仲裁法在立法层面没有解决外国仲裁机构能否在我国进行仲裁的问题，并不能改变司法层面最高人民法院前述司法解释的有效意思。被申请人的相关辩称意见过于局限于强调我国仲裁立法存在的不足，而忽视了相关司法解释的法律效力及我国司法在顺应国际商事仲裁发展趋势、弥补仲裁立法不足方面所取得的进步。”

值得一提的是，尽管现行的《仲裁法》中并无“仲裁地”之规定，但在2021年7月30日发布的《仲裁法（修订）征求意见稿》中，首次明确了“仲裁地”的概念，即该意见稿第二十七条规定，当事人可以在仲裁协议中约定仲裁地。当事人对仲裁地没有约定或者约定不明确的，以管理案件的仲裁机构所在地为仲裁地。仲裁裁决视为在仲裁地作出。此外，《征求意见稿》第十二条允许外国仲裁机构在中国领域内设立业务机构、办理涉外仲裁业务的登记、备案。

无独有偶，2019年7月27日，国务院印发《中国（上海）自由贸易试验区临港新片区总体方案》后上海市司法局于2019年11月正式发布《境外仲裁机构在中国（上海）自由贸易区临港新片区设立业务机构管理办法》允许境外知名仲裁及争议解决机构经上海市人民政府司法行政部门登记并报国务院司法行政部门备案，在新片区内设立业务机构，就国际商事、海事、投资等领域发生的民商事争议开展仲裁业务。

以上安排，使得当事人约定由外国仲裁机构以中国大陆地区作为仲裁地并获得中国国内仲裁裁决成为可能。此类裁决甚至可能直接向具有管辖权的法院申请执行，而不再需要通过《纽约公约》进行国际仲裁裁决的承认和执行。

## 总结

“仲裁地”是国际仲裁案件进入实质审理之前必需确定的问题，该问题涉及到仲裁程序法的适用以及仲裁裁决能否被承认和执行。因此，当事方在缔约时，除了关注争议解决机构、法律适用等基本问题外，应当依照实际情况结合仲裁地法律规定，有效选择合适的仲裁地。在此基础上，本文还进一步探讨了当下应如何处理国际仲裁机构将大陆作为仲裁地的案件。值得肯定的是，司法实践中对于此类裁决的效力，多持积极、肯定的态度，未因立法之局限而固步自封，同时，立法部门也已关注到相关问题，并借《仲裁法》修订之机，予以妥善解决。

## 注释：

- [1] 仲裁适用的程序法律是指仲裁程序本身要遵守的法律规则，适用的法律将决定指定和质疑仲裁员有关的要求，仲裁过程中的司法协助（如临时禁令、财产保全、调查令等）如何进行，当事人是否能够并以何理由寻求司法救济或撤销一项仲裁裁决，哪些法院对仲裁的哪些程序有管辖权，以及在其他法域承认和执行仲裁裁决的条件等。
- [2] REDFERN AND HUNTER ON INTERNATIONAL ARBITRATION (6ed., 2015), Ggael Blackaby & Constantine Partasides QC, p 166
- [3] 《2018 香港国际仲裁中心机构仲裁规则》第 14 条规定，当事人可约定仲裁地。若未约定，仲裁地则为香港，除非仲裁庭参酌案件具体情况决定另一仲裁地更为合适。
- [4] 《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》第 18 条规定，各方当事人未事先约定仲裁地的，仲裁庭应根据案情确定仲裁地。裁决应视为在仲裁地作出。
- [5] 《贸法委员会关于安排仲裁程序的说明》29 段
- [6] Ibid. 30 段
- [7] International Commercial Arbitration (2nd Edition), Gary B. Born, p 2101
- [8] ICSD Case No. UNCT/18/2
- [9] 《外国仲裁机构在中国内地仲裁不可行》，李建，《法学》，2008 年第 12 期：130-136
- [10] 《纽约公约》第一条，仲裁裁决，因自然人或法人间之争议而产生且在申请承认及执行地所在国以外之国家领土内作成者，其承认及执行适用本公约。
- [11] 《司法应依仲裁地而非仲裁机构所在地确定仲裁裁决籍属》，高晓力，《人民司法》，2017 第 20 期
- [12] 江苏省无锡市中级人民法院（2004）锡民三仲字第 1 号
- [13] 浙江省宁波市中级人民法院（2008）甬仲监字第 4 号
- [14] 最高人民法院（2013）民四他字第 13 号
- [15] 《ICC 国际仲裁院在我国作成仲裁裁决的承认与执行——兼论《纽约公约》视角下的“非内国裁决”》，陈力，法商研究，2010
- [16] 2019 年 10 月 14 日，新加坡最高法院在 BNA V BNB AND ANOTHER [2019] SGCA 84 一案中，推翻了新加坡高等法院关于“争议提交至新加坡国际仲裁中心（SIAC）在上海仲裁”应理解为仲裁地为新加坡，新加坡法律为仲裁协议适用法的认定，最高法院上诉庭认为，“当仲裁条款中确定了唯一的地理位置时，应当假定该地点为当事人约定的仲裁地，因此‘在上海仲裁’的字面意思就是指将上海约定为仲裁地”。


 中  
文  
德



□李炜昭/文

李炜昭律师，北京市中伦文德（深圳）律师事务所合伙人律师，2005年毕业于武汉大学法学院取得法学学士学位，并在校完成金融学全部学位课程。主要执业领域包括商事争议解决、房地产与建设工程、不良资产处置、企业清算与重组。



□洪逸山/文

洪逸山现为北京市中伦文德（深圳）律师事务所实习律师，毕业于香港城市大学，拥有法学硕士学位。主要从事民商事争议解决、不良资产实质性重组及国际商事仲裁等法律事务。

## 关于在国际商会最新仲裁规则下新加坡国际商事仲裁律师费分配的研究

### 一、前言

随着国际商事仲裁的发展，律师费越来越成为当事人解决争议的最主要开支，ICC 在 2015 年的研究报告中指出，当事人的支出（包括律师费）占据了总支出的 83%，另外的 15% 是仲裁员收取的费用，2% 是仲裁机构收取的费用。

此外，随着“仲裁诉讼化”逐渐成为国际商事仲裁的一个趋势，仲裁过程中文件披露和证据规则等越来越向诉讼程序靠拢，由此导致仲裁给当事人造成越来越高的维权成本，甚至背离了其本身“高效”的制度设计初衷。与此同时，costs follow the events（一般定义为“败诉方需要支付胜诉方所有合理的开支”）这一英美法系原则也不再被绝大多数仲裁员全盘接受，更多的是将该原则作为一个出发点来考虑最终律师费在胜诉方和败诉方之间如何分配。这也给律师费分配带来极大的不确定性。

因此，在此背景下本文拟结合最近处理的相关案件，对在最新 ICC 国际商事仲裁规则下的新加坡国际商事仲裁律师费分配问题做一个研究与

总结。

### 二、法律框架——新加坡国际仲裁法案 (IAA) 的规定

本文分析的是在采用 ICC 最新的仲裁规则（以下简称“ICC rules”）的新加坡国际商事仲裁律师费应如何分配，因此需要结合仲裁地法律（仲裁地是新加坡）及 ICC rules 两者进行分析。仲裁地（the seat of arbitration）不等于开庭地（the place of hearing），仲裁地是一个法律上的特定概念，提供的是适用于该仲裁的法律框架（legal framework），能解决诸如管辖权异议、仲裁员更换、仲裁庭重组、临时仲裁措施及仲裁裁决是否有效等问题。而开庭地只是一个地理位置，不具备仲裁地的法律属性。因此，一个“仲裁地”在新加坡的仲裁案，实际开庭地可以结合实际需要约定在香港、伦敦或者上海。

新加坡的仲裁法分为两部分，关于国内仲裁的法律是 The Arbitration Act (Cap 10)，关于涉外仲裁法律是 The International Arbitration Act (Cap 143A)（以下简称 IAA）提供了一



个法律框架去规范仲裁地在新加坡国的所有涉外仲裁。若 ICC rules 与 The International Arbitration Act (Cap 143A) 具体规定存在冲突,前者是仲裁规则,后者是仲裁法,从效力上应该以后者为准。依据仲裁地 lex arbitri[1] 的法律理论分析,也应该是以后者为准。IAA 第 15 条对“存在冲突”做出如下限缩解释:(1) 如果 IAA 没有规定而仲裁规则做出了规定,不视为存在冲突;(2) 如果 IAA 作出了规定而仲裁规则没有相应规定,不视为存在冲突;(3) 如果 IAA 有相关规定,但并不是强制性规定 (mandatory rules),即允许当事人自行约定,当事人自行约定或选定了相关仲裁规则,亦不视为冲突。

IAA 在对利息 (interest),担保费用 (security for costs), 税费承担 (taxation) 做出了相关具体规定,但在律师费分配这一问题上的规定较为宽泛,所以其规定基本与 ICC rules 是相互补充的关系,基本不存在上述冲突的问题。

### 三、关于费用分配的相关案例

新加坡作为英美法系国家,不同于大陆法系,其法律体系是由成文法和判例法构成,在先的判例需要被遵循,因此在先案例也是考虑该问题的依据之一。

#### (一) 关于风险代理 (contingency fee) 费用

根据在先判例,无论在诉讼还是在非诉讼程序中,风险代理收费在新加坡是一直不被允许的,因此当事人若约定了风险代理,该约定大概率会被认定为无效 [2]。目前,被法律允许的律师费收费方式为基于时间的收费 (time-cost basis), 还有固定收费 (fixed-fee basis), 以及基于固定收费基础上的分阶段收费 (fee cap) [3], 这几种收费方式一般会得到仲裁庭支持。

#### (二) 关于第三方资助仲裁 (third party funding) 费用

第三方资助仲裁在许多国家存在争议,在 2016 年之前,双方约定第三方资助仲裁的费用不会被法院允许 [4]。但在 2017 年 1 月,新加坡发

布 Civil law (Amendment) Bill 2016 放开了这部分限制,并相应修改了其法律体系中“帮助诉讼”和“教唆诉讼”的概念。因此,现在当事人若有符合条件的第三方资助仲裁的约定将会被法院支持 [5]。

#### (三) 关于费用分配方式 (allocation of fees、costs follow the event)

IAA 和新加坡本地的仲裁机构都赋予了仲裁员非常大的权利去分配仲裁费用,IAA 并没有明确规定 costs follow the event (即败诉方需要在败诉的仲裁事项 (issue) 上支付胜诉方合理的或全部的费用) 这一英美法系的原则必须在新加坡仲裁中得到遵守,换言之,仲裁庭可以自行决定是否在仲裁中适用 costs follow the event。

在 VV and Another v VW [2008] SGHC 11 一案中,虽然败诉方最终被判决承担胜诉方的费用,但对费用的分配不合常理。即便如此,新加坡法院不会因为仲裁员对费用的分配违反公共政策 (public policy) 而否认该判决。换言之,在新加坡,仲裁员对于仲裁费的分配实际上有非常大的决定权 [6]。

在 VV and Another v VW [2008] SGHC 11 中,申请人与被申请人存在服务合同纠纷,申请人提起仲裁向被申请人索赔 92.7 万美元,被申请人提出两点抗辩理由并另外提出十项反请求共索赔 2000 万美元。仲裁员以不具备管辖权为由 dismiss 了申请人的所有仲裁申请,并裁决申请人应该支付被申请人 225 万美元的费用 (包括律师费,相关支出和证人费用)。申请人上诉到法院请求否决该仲裁裁决的效力,理由在于该裁决违背了新加坡的公共政策 (public policy), 因为该费用裁决 (cost award) 违背了比例性原则 (the principles of proportionality)。法院认为既然双方决定将争议提交给仲裁解决,则无论仲裁结果多么不合理,都不会影响到公共利益 (public good); 另外,新加坡并没有公共政策规定在仲裁中同样要适用在诉讼中的比例性原则,据此否决了申请人的上诉申请。本案可见,新加坡政府一贯持有有限干涉仲裁的政策与态度,新加坡法院对仲裁仅仅起到支持作用,而尽量不实质性地

干涉。

(四) 当事人在仲裁中的行为 (conduct of parties) 对费用分配的影响

新加坡仲裁员会特别考虑当事人在仲裁中的行为。高效是仲裁的一大特点也是当事人选择仲裁的一个原因, 若当事人一方存在恶意拖延仲裁程序的行为, 必然违背仲裁基本原则且损害各方利益, 因此即便案件胜诉费用也会相应少分。恶意拖延仲裁程序的行为包括: 过多的不合理的文件披露要求, 超出举证期限举证或者提供文书, 不配合仲裁员的程序指令, 虚假、夸大的仲裁请求或程序申请 (如为了拖延程序恶意提起管辖权异议, 或要求对方进行不合理的担保) [7]。

(五) 内部律师的费用 (internal legal costs)

内部律师的费用一般不会得到支持, 因为该部分开支并不由于该仲裁而产生, 而是公司运营过程中作为运营成本的必然开支, 但若公司内部律师的工作强度已经超出了一般的工作限度, 于此同时超出正常工作强度的这部分是必要合理

的, 且其工作与外部律师提供的工作不存在不合理重叠 [8], 这种情况下, 内部律师的费用也会得到仲裁员的支持。

#### 四、ICC rules 的相关规定

本文分析是对采用国际商会最新 ICC rules 的国际商事仲裁案件的分析, 因此在考虑上述新加坡法律 IAA 及相关案例的基础上, 需要将 ICC rules 的规定纳入考量。

(一) ICC rules 在这一问题的规定概述:

1、中国贸仲规则 (CIETAC Rules 2015), 英国伦敦国际仲裁院规则 (the LCIA Rules 2014), 联合国贸法会规则 (the UNCITRAL Rules 2010) 及海牙常设仲裁院仲裁规则 (the PCA Rules 2012) 将 costs follow the event 作为一个明确的前提和规定, 但 ICC rules 及其他主要的国际商事仲裁机构均没有这方面明确的规定。因此, 在 ICC 仲裁的案子不一定遵循 costs follow the event, 仲裁庭有权决定是否遵循。



2、世界上绝大多数的仲裁庭即便接受 costs follow the event, 也只是将其作为一个考虑的出发点, 最终还是要综合考虑各种因素并最终得出一个合理的分配比例 [9]。因此, 败诉方不必然需要承担胜诉方的费用, 即便承担也不必然需要承担全部费用。

3、ICC rules 强调需要对当事人在仲裁过程中的行为纳入考量, 具体如下:

ICC rules 该规定本身对仲裁费的规定主要集中在第 38 条, 根据第 38 条第四款 [10], 仲裁员在仲裁裁决中有权决定当事人费用的分配: 根据第 38 条第一款, 当事人可以主张的仲裁费用包括在该仲裁中当事人一方付出的合理的法律和其他开支 [11]; 在第 38 条第五款, ICC 给出了在分配当事人费用时的指引, 仲裁庭在考虑费用分配时应该将相关的情况纳入考量, 包括当事人是否有配合仲裁庭迅速高效仲裁的行为 [12]。

ICC rules 强调了当事人的行为会在分配仲裁费时纳入考量, 这是 ICC rules 的一个特点。如此规定的原因一方是面为了促进仲裁效率, 另一方面是也是从制度层面为当事人的不配合仲裁行为设置一个惩罚 (Sanction), 否则仲裁庭作为不具备强制执行力的裁判机构, 面对当事人的不配合行为将鲜有相对应的制衡措施。因此, 若一方当事人存在不配合仲裁的行为, 即便最终胜诉了, 在 ICC rules 下其主张律师费也无法全部得到仲裁庭支持。

## (二) 当事人不合适的行为或者恶意将影响律师费的分配

如上所述, 关于当事人不合适的行为或者恶意 (Improper Conduct/Bad Faith of the Parties) 将最终影响仲裁员在仲裁裁决中对双方律师费的分配。应该关注如下五个方面:

### (1) 仲裁程序中不合适的行为

比如当事人是否恶意提起平行诉讼、提起管辖权异议或以任何方式威胁仲裁庭或者对方当事人; 是否故意引导仲裁庭或者对方当事人做出特定行为以使得最终的仲裁裁决无效; 是否对仲裁员反复提出没有实质根据的质疑; 是否故意干扰仲裁程序, 比如单方联系仲裁员。

### (2) 文件披露程序中不合适的行为

比如是否不配合对方当事人提出的合理的文件披露的要求 (Document Production); 是否反复提出不合理的、超出范围的文件披露要求; 是否以不合理的方式保存证据或者销毁证据; 是否伪造证据。

### (3) 虚假的证人或者专家证词

### (4) 虚假的仲裁申请

### (5) 其他

如仲裁庭上态度过激, 不尊重仲裁员或对方当事人, 缺乏专业素养, 发表非实质性的明显不合理的抗辩。

## (三) 能被仲裁庭支持的律师费需要符合合理性标准 (reasonableness)

若律师费被仲裁庭支持需要满足“合理性”这一要求, 合理性一般从如下几点进行考量:

### (1) 成本 (如律师费) 与涉案标的总额比例是否适当

a. 考量律师工作量是否合理, 收费人员 (律师或者法律辅助人员) 的数量和水平是否合理;

b. 为本案件专门聘请的具有某方面专业能力的律师或者律师团队是否合理, 是否为赢得本案件所必须;

c. 无论是按照时间收费还是固定收费, 在仲裁的不同阶段, 双方约定收取的每阶段的律师费是否合理;

### (2) 费用产生本身是否合理

当考虑费用时, 是否合理不仅仅要标的总额进行比对, 还要从其自身看是否合理。因此, 并不是说大标的额就一定产生大的费用, 小标的额产生的费用就一定小, 小标的额的案子如果符合合理性的标准 (比如十分复杂), 一样可以产生很高的费用 [13]。具体考虑如下因素:

a. 仲裁案件整体的复杂性, 该案件结果对当事人各方的重要性;

b. 仲裁中是否存在不必要或者毫无根据的仲裁请求或者反请求;

c. 仲裁程序的长度和阶段, 特别是当事人各方是否不必要地延长了诉讼程序的时间和 / 或增加了诉讼程序的费用 (如: 由于多次申请文件披



露、其他程序提议而增加程序中不必要的步骤等)；

d. 当事人对于文件披露的要求响应是否及时；

e. 证人证词的长度，相关性及所涉范围是否合理、必要；

f. 专家证人证词的长度，相关性及所涉范围是否合理、必要；

g. 庭审的时长；

因此，仲裁庭会综合上述(1)成本(如律师费)与涉案标的总额比例是否适当，(2)费用产生本身是否合理综合考虑胜诉方主张的律师费是否合理，从而决定律师费在胜诉方和败诉方之间如何分配。

## 五、关于“Calder-bank”或者“Sealed” offers

Calder-bank offers 或者 Sealed offers 的目的一方面是促进当事人和解，节约仲裁资源加快仲裁进度，另一方面是节省当事人费用支出。适用 Calder-bank offers 或者 Sealed offers 的基本方式为：在仲裁裁决作出之前，被申请人可以以 Calder-bank offers 或者 Sealed offers 的方式向申请人出具“和解意向”，若申请人对和解的金额不满意，则该和解不成功，和解金额不会在仲裁裁决出具前向仲裁员披露，仲裁裁决照常进行而不会影响到仲裁结果 (without-prejudice)，但该和解金额会在仲裁裁决出具后向仲裁员披露，能起到“保护仲裁费用”的作用 [14]。

举个例子，若申请人向被申请人索赔 100 万美元，被申请人在裁决出来前想以 50 万美元与对方和解，于是被申请人向申请人发送 Calder-bank offers 或者 Sealed offers，但是申请人不同意该和解金额，执意继续进行仲裁。仲裁裁决出来后，若裁决金额大于 50 万美元，则证明申请人拒绝和解是正确的，和解金额确实过低，那 Calderbank offers 或者 Sealed offers 无法起到保护仲裁费用的作用，所有仲裁费用依旧需要被申请人承担；但若裁决金额小于 50 万美元，比如 30 万美元，则证明申请人拒绝和解是错误的，是申请人单方在不必要地延长仲裁程序，那 30 万

美元的仲裁费用需要被申请人承担，但是多出的 20 万美元的仲裁费用需要申请人自行承担，通过这个方法，“保护”了被申请人需要支付的仲裁费用。

因此，若被申请人觉得想要“保护”部分律师费（即节省最终承担胜诉方律师费开支），可以考虑采用 Calderbank offers 或者 Sealed offers 的方式尝试在仲裁裁决作出前与对方和解，或者就部分争议事项 (issues) 尝试进行和解，其他部分事项继续进行仲裁。

### 注释：

- [1] 即“仲裁地法”，仲裁地 (the seat of arbitration) 提供了“指引”指向仲裁地的法律，而不是其他的法律。
- [2] Singapore legal Advice : No Win No Fee: Contingency Fee Lawyers in Singapore. Last updated on January 13, 2022, <https://singaporelegaladvice.com/law-articles/contingency-fee-lawyers-singapore/>
- [3] 同注释 2
- [4] 禁止第三方资助仲裁同时是因为“帮助诉讼”和“救唆诉讼”在英美刑法中被禁止。
- [5] Singapore legal Advice : 6 Things You Need to Know about Third-Party Funding in International Arbitration. Last updated on April 21, 2017 <https://singaporelegaladvice.com/law-articles/6-things-you-need-to-know-about-third-party-funding-in-international-arbitration/>
- [6] Morgan lewis: INTRODUCTORY GUIDE TO ARBITRATION IN SINGAPORE, 2018. [https://www.morganlewis.com/-/media/files/supplemental/2018/international-arbitration-guide\\_singapore\\_180640.pdf](https://www.morganlewis.com/-/media/files/supplemental/2018/international-arbitration-guide_singapore_180640.pdf)
- [7] 同注释 5
- [8] ICC REPORT ON DECISIONS AS TO COSTS IN INTERNATIONAL ARBITRATION, 2015 (以下简称 ICC REPORT, 2015) .
- [9] 根据 ICC REPORT, 2015, 91% 的 HKIAC awards, 90% of SIAC awards, 绝大多数的 ICC awards 还有超过 50% 的 SCC awards 采取的都是这种方式。因此，败诉方承担胜诉方所有合理费用在仲裁中并不是必然的。
- [10] ICC rules article 38 (4) The final award shall fix the costs of the arbitration and decide which of the parties shall bear them or in what proportion they shall be borne by the parties
- [11] ICC rules article 38 (1) The costs of the arbitration shall include the fees and expenses of the arbitrators and the ICC administrative expenses fixed by the Court, in accordance with the scale in force at the time of the commencement of the arbitration, as well as the fees and expenses of any experts appointed by the arbitral tribunal and the reasonable legal and other costs incurred by the parties for the arbitration.
- [12] ICC rules article 38 (5) In making decisions as to costs, the arbitral tribunal may take into account such circumstances as it considers relevant, including the extent to which each party has conducted the arbitration in an expeditious and cost-effective manner.
- [13] VV and Another v VW [2008] SGHC 11: “the proportionality principle was not limited to a relationship between the amount involved in the dispute and the amount of costs awarded. The principle truly meant that when legal costs had to be assessed, all circumstances of the legal proceedings concerned had to be looked into, and not only the amount of the dispute though that was an important factor, especially when assessing whether the amount of work done was reasonable.”
- [14] 同注释 6



□王向阳/文

王向阳律师，北京市中伦文德律师事务所合伙人，北京市律协国资法律委员会副主任，中伦文德能源与环境委员会主任，曾被评为律协“优秀专业律师”，上市公司独立董事，太和智库研究员。王律师毕业于中国政法大学、北京大学法学院。王律师熟悉公司并购、融资、证券、金融信托等方面的事务，擅长处理经济类诉讼、仲裁以及执行，为多家央企、国企及上市公司提供常年或专项法律顾问服务。



□郭彦/文

郭彦，中伦文德执业律师，EXIN DPO，北京大学法律硕士、伊利诺伊理工芝加哥肯特法学院LM，北京市律师协会证券法律专业委员会委员，具有证券从业资格，主要执业领域为证券、投融资、公司等。

## 分析软件事件引发的学习热情

### ——上市公司信息披露两三事

今日这篇内容，笔者考虑再三，最终决定还是要写一下，只当做再次学习下面的内容好了，无对文中提及事件认定之意。

要说的事情从刚过去的礼拜六开始。笔者看到某交易软件推文，就点开看看。推文大致意思是某公司员工要投奔新东家的准备工作被现东家发现了，发现的方式是使用了专用的分析软件。现东家用分析软件的证据被一位好心同事转给了前面这位寻新机会的员工。

笔者初看推文时的疑问是“好心同事怎样拿到证据的？”紧接着的想法是“大概这是一篇软文。”不过此后，笔者就收到N篇相同内容的推文以及谈论此事件的多篇公众号文章。于是笔者在交易软件上做了检索，真是不查不知道，一查就真查到了多篇与此有关的文章。而且还发现文中的现东家是一家A股的上市公司。好奇心驱使，笔者就查看了公告，截止笔者礼拜天21:00查询时，除了有的推文中提及上市公司某销售人员如何回应外，未见上市公司的相关公告或提示。

既然官方没有公开的回复，出于谨慎，笔者不做认定。不过这事让我想起了信息披露，就想

在这里把上市公司信息披露的事情再跟各位共同学习、巩固下。

上市公司信息披露也不是新内容，笔者多次跟各位一起学习过。就法律体系而言，我们已经有法律、规章、规范性文件、指引等一系列的规则。这里不赘述各规范的名称，相信各位都很熟悉了。

至于基本原则，概括起来就是真实、准确、完整、及时、公平，不得有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏披露的信息，且披露内容应当简明清晰、通俗易懂。

信息披露的文件也不止一种，包括多种，比如：上市公司披露用的定期报告、临时报告；发行人的招股说明书、募集说明书、上市公告书；上市公司收购需要的收购报告书等。

上市公司的定期报告比较直观，像上市公司的年报、中报都属于这类报告。相对多且复杂的是临时报告。何为临时报告呢？估计有人说“定期报告以外的就是临时报告。”具体包括哪些呢？别急，笔者告诉各位。

简单讲就四个字——重大事件；详细点说需要两个条件，其一需要重大事件可能对上市公司

证券及其衍生品种交易价格产生较大影响；二是投资者尚未得知重大事件。此时，上市公司应当立即披露，说明事件的起因、目前的状态和可能产生的影响。

再细致地讲，笔者举例说明：公司的经营方针和经营范围的重大变化；公司的重大投资行为，公司在一年内购买、出售重大资产超过公司资产总额百分之三十，或者公司营业用主要资产的抵押、质押、出售或者报废一次超过该资产的百分之三十；公司订立重要合同、提供重大担保或者从事关联交易，可能对公司的资产、负债、权益和经营成果产生重要影响；公司发生重大债务和未能清偿到期重大债务的违约情况；公司发生重大亏损或者重大损失；公司生产经营的外部条件发生的重大变化；公司的董事、三分之一以上监事或者经理发生变动，董事长或者经理无法履行职责；持有公司百分之五以上股份的股东或者实际控制人持有股份或者控制公司的情况发生较大变化，公司的实际控制人及其控制的其他企业从事与公司相同或者相似业务的情况发生较大

变化；公司分配股利、增资的计划，公司股权结构的重要变化，公司减资、合并、分立、解散及申请破产的决定，或者依法进入破产程序、被责令关闭；涉及公司的重大诉讼、仲裁，股东大会、董事会决议被依法撤销或者宣告无效；公司涉嫌犯罪被依法立案调查，公司的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员涉嫌犯罪被依法采取强制措施。

除了上面的这些情形，下面这些情况出现也落入重大事件的圈，比如：公司发生大额赔偿责任；公司计提大额资产减值准备；公司出现股东权益为负值；公司主要债务人出现资不抵债或者进入破产程序，公司对相应债权未提取足额坏账准备；新公布的法律、行政法规、规章、行业政策可能对公司产生重大影响；公司开展股权激励、回购股份、重大资产重组、资产分拆上市或者挂牌；法院裁决禁止控股股东转让其所持股份；任一股东所持公司百分之五以上股份被质押、冻结、司法拍卖、托管、设定信托或者被依法限制表决权等，或者出现被强制过户风险；主要资产被查





封、扣押或者冻结；主要银行账户被冻结；上市公司预计经营业绩发生亏损或者发生大幅变动；主要或者全部业务陷入停顿；获得对当期损益产生重大影响的额外收益，可能对公司的资产、负债、权益或者经营成果产生重要影响；聘任或者解聘为公司审计的会计师事务所；会计政策、会计估计重大自主变更；因前期已披露的信息存在差错、未按规定披露或者虚假记载，被有关机关责令改正或者经董事会决定进行更正；公司或者其控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员受到刑事处罚，涉嫌违法违规被中国证监会立案调查或者受到中国证监会行政处罚，或者受到其他有权机关重大行政处罚；公司的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员涉嫌严重违纪违法或者职务犯罪被纪检监察机关采取留置措施且影响其履行职责；除董事长或者经理外的公司其他董事、监事、高级管理人员因身体、工作安排等原因无法正常履行职责达到或者预计达到三个月以上，或者因涉嫌违法违规被有权机关采取强制措施且影响其履行职责。

既然重大事件对上市公司如此重要，披露的时点也是关键。披露时点要是把握不准也会给信息披露义务人带来违规的风险。信息披露的时点有几个可用的标准，比如：董事会或者监事会就重大事件形成决议时；有关各方就重大事件签署意向书或者协议时；董事、监事或者高级管理人员知悉重大事件发生时。

现在消息出来的猝不及防，信息披露义务人怎么办？四个字——密切关注！密切关注媒体关于公司的报道，以及公司股票及其衍生品种的交易情况，及时向有关方面了解真实情况，履行信息披露义务。

当然信息披露可以暂缓，也可以豁免，这属于公司的自行判断。但是判断也需要有衡量的标准，像创业板的要求是，拟披露的信息存在不确定性、属于临时性商业秘密等情形，及时披露可能损害公司利益或者误导投资者的，可以暂缓披露。若想豁免披露，则需要拟披露的信息属于国家秘密、商业秘密等情形，且披露或者履行相关义务可能导致违反境内外法律法规、引致不正当竞争、损害公司及投资者利益或者误导投资者的。

要是已暂缓披露的信息被泄露或者出现市场传闻的，上市公司就要及时核实相关情况并披露。如果上市公司滥用暂缓、豁免程序，规避应当履行的信息披露义务，可能会被交易所采取监管措施或者予以纪律处分。

最后最后还要提醒一点，就是信息披露义务人。虽然惯常说法是上市公司信息披露，但信息披露义务人的范围不只限于上市公司，还包括上市公司股东、实际控制人、收购人等相关信息披露义务人。注意这里是“等相关信息披露义务人”，像上市公司董事、监事、高级管理人员，重大资产重组、再融资、重大交易有关各方等自然人、单位及其相关人员，破产管理人及其成员，以及法律、行政法规和中国证监会规定的其他人，都要承担信息披露义务，是信息披露主体。

上市公司信息披露的几个要点内容先跟各位分享到这里。新的一天，也是新的一周开始了！再过几个小时又要开始交易了，这个周末的事件沸沸扬扬，尚未平息，毕竟涉及上市公司，还是谨慎小心为好，笔者不评论。希望不会对它造成负面影响，不会让广大投资人的利润减损。





汪黎/文

汪黎律师，北京市中伦文德（昆明）律师事务所高级顾问。  
同济大学法学学士和法学硕士，德国柏林洪堡大学法律硕士。曾  
就职于德国恒乐律师事务所，参与多项中资企业在欧洲的投资并  
购项目，同时也为欧洲客户在中国境内的投资项目提供服务。主  
要业务领域包括跨境投资、并购重组、公司业务等。

## 德国透明登记制度下有关披露最终受益人的合规要求

为了应对反洗钱和打击资助恐怖主义的行为，欧盟致力于推动在欧盟层面建立统一平台，通过连接各成员国国内的信息登记系统，实现对欧盟境内的法人实体、信托及其它实体的最终受益人信息的统一披露。

为上述机制的实现及进一步转化欧盟指令为国内法，德国透明登记制度也进行了相应的调整与变革，随着德国《透明登记与金融信息法》（“透明登记法”）于2021年8月1日起生效，德国法下的所有法人实体和按照德国法登记的合伙企业对于其最终受益人都需要履行单独的登记义务，对于涉及直接或间接取得德国境内不动产的外国实体也要求履行登记义务，违反登记义务可能面临高额罚款。

对于在德国设有子公司或享有控制权益的中国投资者而言，需要督促相应的德国境内实体按照时间和程序要求尽快履行登记义务，以避免合规风险。

### 一、立法背景

因为消费文化、理念等多方面原因，迄今为止，德国是欧洲国家中仍在大量使用现金的国家之一，电子支付并未在德国大幅铺开，即使在新

冠疫情发生后各国提倡非接触式付款的背景下，超半数德国人仍选择使用现金进行交易。正是在这种具有区域特性的交易文化下，加之过去监管力度相对较弱，大量的洗钱活动也在德国悄然铺开，德国甚至成为欧元区的洗钱中心之一。

为打击洗钱和对于恐怖主义的资助行为，德国政府近年来也加强了其在反洗钱领域的立法。随着德国新《反洗钱法》于2017年6月26日起在德国正式生效（“2017年反洗钱法”），德国法下的法人实体和登记合伙企业均被要求在2017年10月1日前完成对其最终受益人的信息进行透明登记。透明登记的机关为联邦公报出版社（Bundesanzeiger Verlag GmbH）。

### 二、透明登记法下德国法人实体和登记合伙企业的登记义务

#### 1. 单独登记

2017年反洗钱法一方面要求德国法人实体和登记合伙企业履行最终受益人的登记义务，另一方面为了避免重复登记，为最终受益人的登记义务设立了豁免条款，对于负有最终受益人登记义务的实体而言，若相关的信息已经在其它特定登

记机构中披露或可追溯，包括德国商事登记簿、合伙企业登记簿、合作社登记簿、协会登记簿、企业登记簿等，即视为已经履行 2017 年反洗钱法下的最终受益人登记义务。对于上市公司而言，只要有关控制权路径的信息可以通过相应的文件和在德国登记机构中储存的电子数据可追溯，则无论是上市公司本身抑或其子公司均视为已经履行 2017 年反洗钱法下的最终受益人登记义务。

正是由于上述一系列豁免条款，导致虽然已经设立透明度登记制度，但从透明登记机关获取的信息摘要中，通常并没有有关最终受益人的信息，在进行所有权追溯的过程中，仍需要花费大量的时间和精力进行调查和查证。

透明登记法排除了 2017 年反洗钱法中设立的豁免条款，明确要求登记义务主体需要在已经完成的商事登记等之外，履行单独的最终受益人登记义务，并保持对相关信息的及时更新。这也要求具有披露义务的法律实体和登记合伙企业，在履行完毕首次的登记义务之后，仍需注意对相关信息的变动及时进行更新登记。

## 2. 最终受益人的判断标准

按照 2017 年反洗钱法第 3 条的规定，最终受益人判断的一般标准为：(a) 直接或间接持有或控制超过 25% 股本的自然人；或 (b) 直接或间接持有或控制超过 25% 表决权的自然人；或 (c) 直接或间接通过其他类似方式实施控制性影响的自然人。(a) 和 (b) 两项标准通常不存在争议，但 (c) 项标准因其本身的不确定性在实践中常常引发争议。在按照一般标准无法判断时，通常将公司的法定代表、管理股东和登记合伙企业中的合伙人视为最终受益人。需要注意的是，如果公司存在多名法定代表，则所有法定代表都有登记义务。特殊的情形是，如果公司持有自身股份，则在计算持股比例时需要将公司自身持有的股本扣除后再计算相关自然人在剩余股本中的持股比例。

在判断持股比例时，还需要注意，对于每一个涉及的法律主体都要进行股东的穿透，以确认每一个实体的最终受益人。

上述最终受益人判断标准仍然适用于透明登

记制度下判断最终受益人的情形。需要登记的信息包括最终受益人的姓名、出生日期、住址、所享有经济利益的类型和范围以及全部国籍。

## 3. 提交最终受益人信息的截止日期

由于透明登记法下的登记义务涉及德国境内的大量企业，因此立法者按照不同的公司类型设立了一定的宽限期，只要在截止日期前进行登记即可。对于股份公司 (AG)、欧洲股份公司 (SE) 和股份两合公司 (KGaA)，登记宽限期至 2022 年 3 月 31 日；对于有限责任公司 (GmbH)、合作社 (Genossenschaften)、欧洲合作社 (Europäische Genossenschaften) 和合伙企业 (Partnerschaft)，登记宽限期至 2022 年 6 月 30 日；对于其它类型的法律实体和登记合伙企业 (包括基金)，登记宽限期至 2022 年 12 月 31 日。对于在透明登记法生效日，即 2021 年 8 月 1 日之后设立的新公司而言，则不享有上述宽限期，应当及时履行登记义务。

透明登记簿的信息通常可被监管机构及相关利益群体查阅，例如律师、记者等。与之前一样，由于法律修订而首次必须向透明登记簿进行登记的最终受益人可以在说明，这种公开查阅在特定情况下可能会对最终受益人的实质性权益造成损害的前提下，要求限制访问信息。例如，披露相关最终受益人信息可能导致相关人员成为严重的刑事犯罪的受害人的情形，可能就属于对最终受益人的实质性权利造成损害的情况。

## 4. 新增查明和记录义务及股东的通知义务

透明登记制度中引入了查明和记录的义务。在法人实体或登记合伙企业没有收到任何有关最终受益人的信息，且其自身也未自行掌握相关信息的情形下，法人实体或登记合伙企业应当向其股东索取有关最终受益人的信息。对于前述提供信息的请求和所获得的信息必须记录在案。法律上尚未明确规定，对于要求提供信息的请求具体应该包含的内容。但是，就查明和记录义务而言，可考虑通过以下流程履行：(1) 首先，向所有股东提出信息要求。建议此等信息要求以书面形式





发送（纸质文件、邮件、传真等），以便作为后续的义务履行证明。在向所有股东索取信息的书面文件中，建议明确列明向透明登记机关披露最终受益人的义务和不遵守此等义务可能面临的处罚，从而要求股东披露相关信息。（2）若前述信息请求未得到答复，法人实体或登记合伙企业应（至少）再一次提出信息提供请求。再一次要求提供信息的请求文件中，可以考虑列明明确的信息提供截止日期。需要注意的是，对于前述的信息提供请求，应当以书面形式存档，以应对未来可能需要就履行义务情况进行说明的情况。

相应的，透明登记制度中引入了股东的通知义务。若股东认为最终受益人的信息发生变化，通常有义务通知具有登记义务的法人实体或登记合伙企业。前述规则在新的最终受益人信息已经可以通过透明度登记簿获得，或者股东明确知晓相关信息已经为具有登记义务的法人实体或登记合伙企业所知悉，的情形下不适用。股东的通知应当以书面形式进行，从义务履行的角度而言，相关的书面通知股东也应当进行存档。

## 5. 违反登记义务可能面临的处罚

若义务人故意或过失违反登记义务，则义务人可能被处以最高10万欧元的罚款。若属于严重、反复或系统性地违反，则可能被处以最高100万欧元的罚款或通过违法行为所获经济利益的两倍的罚款。如果仅仅是延迟登记，处罚通常轻于完全不登记，根据联邦行政办公室的罚款目录，不登记的罚款是延迟登记的罚款的五倍。此外，自2020年1月起，因违反透明登记义务而被罚款的最终处罚决定会通过网络形式公开，这对于企业的形象和声誉而言，显然会造成难以量化的负面影响。

## 三、透明登记法下涉及外国投资者取得德国境内不动产的登记义务

不动产行业通常是反洗钱领域监管较困难的行业，德国不动产行业同样如此。流入德国房地产的非法资金可以通过嵌套式的公司结构来掩盖。此外，通过一些税务安排技巧，可以将房地产企业的利润保持在较低的水平，最大程度的降

低税负。加上德国不动产的实际所有者可以很容易地保持匿名，因此，德国房地产市场被认为是洗钱的天堂。为加强对这一行业的监管，德国立法也不断改革，以适应现实监管的需求。自2020年起，外国投资者如果通过资产交易的形式取得德国境内的不动产，就需要履行向透明登记机关登记最终受益人的登记义务，而强化这登记义务的主要举措，就是要求德国公证师在对相关交易进行公证前，必须对最终受益人的登记义务履行情况进行核查，在确认已经完成登记后，才可以进行涉及不动产交易的公证。

随着透明登记法的生效，在透明登记机关就最终受益人进行登记的范围进一步扩展，不再限于资产交易，也涵盖了通过股份交易以及其它交易形式导致间接取得德国境内不动产的交易，这意味着未来外国投资者只要满足以下条件，将会触发登记最终受益人的义务：

(1) 通过资产交易取得德国境内的不动产；

(2) 通过直接或间接形式获得德国或国外公司至少90%的股本，而该德国或外国公司持有德国境内的不动产；

(3) 通过直接或间接形式获得德国或国外公司至少90%的受益权益，而该德国或外国公司持有德国境内的不动产。

显而易见的是，按照第(2)和(3)的标

准，对于中国投资者未来在德国开展的并购交易而言，只要并购标的公司持有德国境内的不动产，对于完成交易而言，在常规的审批或备案或登记手续之外，还将形成一项前置性的登记条件。

#### 四、对中国投资者的提示

透明登记制度下对披露最终受益人的合规要求，是在欧盟相关指令框架下，德国立法对最终受益人信息的整合和披露要求的细化，一方面满足了实施欧盟立法的要求，另一方面，也顺应当前全球对洗钱和资助恐怖主义活动愈趋严格的打击趋势。对于中国投资者而言，若在德国境内设有子公司、持有公司权益，应当及时敦促并落实相关义务申报主体及时对最终受益人的信息进行登记，以此避免可能发生的合规风险和面临的处罚措施。

在全球打击洗钱和资助恐怖主义活动的高压态势下，通过境外实体进行任何的洗钱或资助恐怖主义活动，已然面临更为严格的监管和处罚，对于跨境经营的中国投资者而言，准确及时地了解各投资目的国的监管措施、立法动态，已经成为日常风险合规管控的重要事项，积极遵守投资目的国的法律法规要求，既是开展全球合规经营的必然要求，也是树立合规经营企业形象的重要措施。

**中伦  
文德**



□李敏/文

李敏律师，中论文德律师事务所高级合伙人律师，毕业于清华大学建筑学院、法学院，主要从事房地产、信托、保险资金投资等业务。



□徐乾宇/文

徐乾宇，中论文德律师助理，毕业于清华大学法学院，主要从事房地产、金融、诉讼业务。

## 未取得预售许可证时开发商收取商品房预订款 问题研究

【前言】虽然我国当前相关法律法规和监管政策均严格禁止开发商在取得商品房预售许可证之前收取预订款，但实践中此种情况比较普遍。对于此种情况，目前我国政府相关部门的监管态度和做法不统一，有关司法机关的处理也不完全一致，本文主要对此问题进行相应的简要研究。

### 一、问题的提出

基于保护购房者的权益、房地产调控等目的，我国在上世纪九十年代建立商品房预售制度时即对商品房的销售进行严格的监管，也颁布了一系列的政策规定，其中，最重要的要求之一是开发商在向购房者销售商品房之前必须向政府部门申领相应项目的预售许可证，否则开发商将面临“无证销售”等一系列的问题和严重后果。

但我们必须注意的是，实践中虽然有一系列严格的监管政策，但目前开发商在取得商品房预售许可证之前与购房者签署相应的意向书、认购书、认筹书等文件，并以“订金”、“认购金”、“认筹款”、“预付款”、“诚意金”等名义收取预订款性质费用（本文中统称“预订款”）的情况仍然非常普遍。那么，对于实践中这一普遍存在的问

题，我们国家现行法律法规及政策持何种监管态度？实践中政府部门对此问题是如何处理的？司法机关对此又是何种处理方式？实践中如何进行处理才符合我国现行法律法规之规定？

### 二、现行法律法规及政策的主要相关规定

1、1994年颁布并最新于2019年8月修订的《中华人民共和国城市房地产管理法》第四十五条第一款规定：“商品房预售，应当符合下列条件：（一）已交付全部土地使用权出让金，取得土地使用权证书；（二）持有建设工程规划许可证；（三）按提供预售的商品房计算，投入开发建设的资金达到工程建设总投资的百分之二十五以上，并已经确定施工进度和竣工交付日期；（四）向县级以上人民政府房产管理部门办理预售登记，取得商品房预售许可证明。”该法第六十八条明确规定了违反上述规定的法律责任，该法第六十八条规定：“违反本法第四十五条第一款的规定预售商品房的，由县级以上人民政府房产管理部门责令停止预售活动，没收违法所得，可以并处罚款。”

2、1998年颁布并最新于2020年11月修订的《城市房地产开发经营管理条例》第二十二条明确规定：“房地产开发企业预售商品房，应当



符合下列条件：（一）已交付全部土地使用权出让金，取得土地使用权证书；（二）持有建设工程规划许可证和施工许可证；（三）按提供的预售商品房计算，投入开发建设的资金达到工程建设总投资的 25% 以上，并已确定施工进度和竣工交付日期；（四）已办理预售登记，取得商品房预售许可证明。”该条例第三十六条还明确规定了违反上述规定的法律责任，该条规定：“违反本条例规定，擅自预售商品房的，由县级以上人民政府房地产开发主管部门责令停止违法行为，没收违法所得，可以并处已收取的预付款 1% 以下的罚款。”

3、原建设部于 2001 年发布的《商品房销售管理办法》（建设部令第 88 号）第二十二条第一款明确规定：“不符合商品房销售条件的，房地产开发企业不得销售商品房，不得向买受人收取任何预订款性质费用。”该办法第三十八条和第四十二条也规定了违反上述规定的法律责任，其中：该办法第三十八条规定：“违反法律、法规规定，擅自预售商品房的，责令停止违法行为，没收违法所得；收取预付款的，可以并处已收取的预付款 1% 以下的罚款”；该办法第四十二条第一款第（六）项规定：“房地产开发企业在销售商品房中有下列行为之一的，处以警告，责令限期改正，并可处以 1 万元以上 3 万元以下罚款：（六）不符合商品房销售条件，向买受人收取预订款性质费用的。”

4、为了治理实践中普遍存在的无证销售的问题，住房和城乡建设部于 2010 年 4 月发布了《关于进一步加强房地产市场监管完善商品住房预售制度有关问题的通知》（建房【2010】53 号），强调：“加强商品住房预售行为监管。未取得预售许可的商品住房项目，房地产开发企业不得进行预售，不得以认购、预订、排号、发放 VIP 卡等方式向买受人收取或变相收取定金、预定款等性质的费用，不得参加任何展销活动……”

5、此后，2018 年 6 月住房和城乡建设部、国家市场监督管理总局等部门又发布《关于在部分城市先行开展打击侵害群众利益违法违规行为治理房地产市场乱象专项行动的通知》（建房【2018】58 号），再次强调重点整治“在取得商品

房预售许可前，以认购、认筹、预订、排号、售卡等方式向购房人收取或者变相收取定金、预订款、诚意金等费用”的行为。

除了国家层面的规定之外，在近年来的房地产调控过程中，各地政府也出台了大量的房地产调控政策，其中很重要的内容也是严格禁止在取得商品房预售许可前向购房人收取或者变相收取定金、预订款、诚意金等预订款性质费用的行为。根据上述规定以及我们检索到的其他规定，从目前来看，在开发商未取得商品房预售许可的情况下，相关法律法规并不禁止开发商与购房者订立房屋认购（预订）协议等不属于正式商品房买卖合同性质的法律文件，但明确禁止以认购、预订、排号、发放 VIP 卡等方式向购房者收取或变相收取定金、预定（订）款等费用，开发商实施该类行为可能会被政府部门给予行政处罚。

### 三、相关政府部门的通常处理方式

从我们目前通过公开方式查询的情况来看，各地对开发商取得预售许可证前收取商品房预订款的处理方式并不完全一样，具体而言：

1、以上海市为例，我们通过公开渠道检索了 2019 年至 2020 年期间上海市对开发商未取得商品房预售许可即收取购房者预订款的行为作出的行政处罚决定，处罚依据均为《商品房销售管理办法》第四十二条第一款第（六）项，实施的行政处罚不存在没收违法所得的情形，仅处以警告和罚款，罚款金额均在 1 万元以上 3 万元以下。

2、同时，我们也检索了 2018 年至 2021 年期间其他诸多省市对开发商违规收取预订款行为的行政处罚情况。从检索的情况来看，即便是同一政府部门作出的行政处罚决定，其处罚依据和处罚结果也不尽相同。一部分处罚决定以《商品房销售管理办法》第四十二条第一款第（六）项为依据，处以警告以及 1 万元以上 3 万元以下的罚款；一部分处罚决定以《城市房地产开发经营管理条例》第三十六条或《商品房销售管理办法》第三十八条为依据，没收违法所得，并处已收取的预付款 1% 以下的罚款。在后一种情况下，罚款数额不受《商品房销售管理办法》第四十二条第一款第（六）项规定的 1 万元以上 3 万元以下

的限制，如有违法所得可能会被没收，甚至存在极个别政府部门将已收取的预付款视为开发商的违法所得并予以没收的情况。以北京市为例，上述期间内我们共检索到10个政府部门对开发商违规收取预付款的行为作出的行政处罚决定，其中9个仅处警告或罚款，1个处以没收违法所得64,829.23元并罚款234,000元。<sup>[1]</sup>从金额上推测，该政府部门可能是以开发商违规收取的预付款从收取之日至商品房具备销售条件或实际签订商品房买卖合同之日的利息来确定开发商的违法所得数额。

#### 四、司法机关的态度

根据我们目前研究的情况，开发商因违规收取预付款被行政处罚后提起行政诉讼的案件不多，其中，政府部门将预付款视为违法所得并予以没收是开发商提起诉讼的主要原因。从目前来看，此类案件中，部分司法机关认定政府部门有权将预付款视为违法所得并予以没收，部分持相反观点。具体情况如下：

1、司法机关认定政府部门有权将预付款视为违法所得并予以没收的代表性案例：（1）江西省赣州市中级人民法院（以下简称“赣州中院”）于2020年8月就赣州市城市管理局、赣州佳业房地产开发有限公司城乡建设行政管理纠纷案

作出的（2020）赣07行终344号《行政判决书》中，该案二审法院赣州中院认为开发商是否向购房者退还预付款系其与购房者之间的民事法律关系，不影响政府部门将预付款视为违法所得予以没收，并进而判定政府部门有权将预付款视为违法所得予以没收；（2）四川省苍溪县人民法院于2020年8月就四川秦川物流配送有限公司与苍溪县住房和城乡建设局城乡建设行政管理纠纷案作出的（2020）川0824行初17号《行政判决书》中，法院认为由于开发商未能举证证明已将预付款退还给购房者，因此政府部门将预付款视为违法所得予以没收的行政处罚决定合法。

2、司法机关认定政府部门无权将预付款视为违法所得予以没收的代表性案例：（1）呼和浩特市中级人民法院（以下简称“呼市中院”）于2020年5月就内蒙古新家园房地产开发有限责任公司与呼和浩特市城市管理综合执法局行政处罚纠纷案作出的（2019）内01行终59号《行政判决书》中，该案二审法院呼市中院认为，开发商收取的预付款已经退还给购房者，不应作为违法所得，政府部门作出的没收违法所得的行政处罚决定违法；（2）安徽省利辛县人民法院于2018年6月就利辛县康迈置业有限公司与利辛县城市管理局城乡建设行政管理纠纷案作出的（2018）皖1623行初3号《行政判决书》中，法院认为政府



部门未区分开发商进行房屋开发的建筑成本以及收益，对开发商收取的全部预订款一并予以没收，处罚明显不当，也不符合行政处罚法的立法目的，政府部门作出的没收违法所得的行政处罚决定违法；（3）河南省濮阳县人民法院于2016年3月就濮阳市三冠实业有限公司与濮阳市城市管理综合执法局行政处罚纠纷案作出的（2016）豫0928行初9号《行政判决书》中，法院认为政府部门没有对开发商预售房屋的利润进行核定，按预售款的3%作为开发商的违法所得数额的主要证据不足，政府部门作出的没收违法所得的行政处罚决定违法。

综上，政府部门在对开发商违规收取预订款的行为实施行政处罚时，所依据的相关规定并不唯一确定，部分地方的政府部门可能依据《商品房销售管理办法》第四十二条第一款第（六）项处以警告以及1万元以上3万元以下的罚款，部分地方的政府部门也可能依据《城市房地产开发经营管理条例》第三十六条没收违法所得、并处已收取的预付款1%以下的罚款。<sup>[2]</sup>

## 五、作者观点及依据

如上所述，实践中政府部门对开发商违规收取预订款的行为确实存在两种不同的处罚依据及处罚结果，那么，政府部门在实施此类行政处罚时究竟应当如何处理？我们认为，开发商违规收取预订款的行为与擅自预售商品房的行为性质不同，因此，政府部门在对开发商违规收取预订款的行为给予行政处罚时，应当适用《商品房销售管理办法》第四十二条第一款第（六）项的相关规定进行警告或者处以1万元以上3万元以下罚款，而不应将预订款直接予以没收。主要理由如下：

1、从体系解释的角度来看，在《商品房销售管理办法》的制定过程中，其制定者充分考虑了开发商违规收取预订款的行为性质，将该行为与擅自预售商品房的行为进行了区分，分别确定了不同的行政处罚内容。

就《商品房销售管理办法》的内部体系而言，《商品房销售管理办法》对擅自预售商品房的处罚规定在第三十八条，行政处罚的内容为没收违

法所得、对收取预付款的可并处已收取的预付款1%以下的罚款；而《商品房销售管理办法》对违规收取预订款的处罚，同返本销售、售后包租、分割销售等行为一并规定在第四十二条<sup>[3]</sup>，行政处罚的内容为警告（并非没收违法所得）、并可处1万元以上3万元以下罚款（不受预付款1%以内的限制）。从规范条文的位置以及行政处罚的种类和幅度来看，《商品房销售管理办法》并未将开发商违规收取预订款的行为定性为擅自预售商品房的众多情形之一，而是认为两者是不存在包含关系的、性质不同的行政违法行为，因此对这两种行政违法行为规定了不同的行政处罚内容。

就《商品房销售管理办法》的外部体系而言，《中华人民共和国行政处罚法》（1996）（以下简称《行政处罚法》）赋予了《商品房销售管理办法》在一定范围内设定行政处罚的权力。《行政处罚法》第十二条<sup>[4]</sup>第一款规定：“国务院部、委员会制定的规章可以在法律、行政法规规定的给予行政处罚的行为、种类和幅度的范围内作出具体规定”，本条第二款规定：“尚未制定法律、行政法规的，前款规定的国务院部、委员会制定的规章对违反行政管理秩序的行为，可以设定警告或者一定数量罚款的行政处罚。罚款的限额由国务院规定”。由于《商品房销售管理办法》的性质为国务院部委制定的规章，《城市房地产开发经营管理条例》的性质为国务院制定的行政法规，且《城市房地产开发经营管理条例》（1998）的制定时间在《商品房销售管理办法》（2001）之前，因此，根据《行政处罚法》第十二条的规定，倘若《城市房地产开发经营管理条例》（1998）已经对政府部门给予开发商行政处罚的行为、种类和幅度进行了规定，那么《商品房销售管理办法》只得在《城市房地产开发经营管理条例》（1998）确定的行政处罚范围内作出具体规定；只有在法律以及包括《城市房地产开发经营管理条例》（1998）在内的行政法规都未对某一违反行政管理秩序的行为作出规定的情况下，《商品房销售管理办法》方能对该行为设定警告及罚款这两类行政处罚。事实上，在《商品房销售管理办法》制定之前，《城市房地产开发经营管理条例》（1998）



第三十九条<sup>[5]</sup>（同《城市房地产开发经营管理条例》(2020)第三十六条及《商品房销售管理办法》第三十八条）对擅自预售商品房的行政处罚已经作出规定。在此背景下，《商品房销售管理办法》在第四十二条第一款第（六）项对开发商违规收取预订款的行为设定了不同于《城市房地产开发经营管理条例》(1998)第三十九条的行政处罚种类与幅度，说明开发商违规收取预订款的行为与擅自预售商品房的行为性质不同，《城市房地产开发经营管理条例》仅对开发商擅自预售商品房的行为规定了相应的行政处罚，并未对开发商违规收取预订款的行为规定相应的行政处罚。因此，《商品房销售管理办法》根据《行政处罚法》第十二条第二款的规定，针对开发商违规收取预订款这一违反行政管理秩序、尚无法律或行政法规规制的行为，设定了处以警告可并处罚款的行政处罚规定，以作为政府部门对该类行为实施行政处罚的规范依据。

2、从法律关系的角度来看，开发商违规收取预订款所基于的法律关系与开发商擅自预售商品房所基于的法律关系并不必然相同，这也是《商品房销售管理办法》对这两种行为及其处罚作出区分的根本原因。

实践中开发商违规收取预订款的常见做法之一，是开发商与意向购房者之间签订认购书、预订书等协议，约定意向购房者认购某特定位置的房屋，并向开发商支付一定数额的预订款，待将来商品房预售或销售的条件具备后，双方再另行签订商品房预售合同或商品房买卖合同，同时将此之前支付的预订款抵作购房款。根据《中华人民共和国民法典》第四百九十五条第一款<sup>[6]</sup>的规定，此类协议性质上为预约合同，此时在开发商与意向购房者之间成立商品房预售（买卖）预约合同关系，而非商品房预售（买卖）合同关系。

而开发商要构成擅自预售商品房，首先意味着预售的商品房尚不具备预售条件，同时还意味着开发商与购房者之间已经建立了事实上的商品房预售合同关系（无论是否签订了书面合同、签订的合同名称是否为商品房预售合同），只有这

两个条件都满足，方可称之为“擅自预售”。因此，开发商擅自预售商品房的行为是基于开发商与购房者之间建立的事实上的商品房预售合同关系，而非开发商违规收取预订款时常常伴随的商品房预售（买卖）预约合同关系。

综上，从法律关系以及体系解释的角度考虑，开发商违规收取预订款的行为与擅自预售商品房的行为性质明显不同。我们认为，如果严格按照法律法规的规定确定开发商违规收取预订款行为的行政处罚，应当以上述《商品房销售管理办法》第四十二条第一款第（六）项的相关规定进行警告或者处以1-3万元的罚款，而不应将预订款直接予以没收。但需要说明的是，由于相关规定并不十分明确，且部分地方的政府部门和司法机关的处理态度不完全一致，若开发商存在违规收取预订款的行为，会存在预订款被处罚没收的风险，因此，实践中建议开发商注意此风险，尽量避免采取此种方式。

#### 注释：

- [1] 注：政府部门对同一开发商的同一商品房销售项目的多个同类型行政处罚决定以1个计。
- [2] 说明：政府部门对开发商责令停止违法行为或责令限期改正的性质属于行政命令，而非对开发商施以惩戒的行政处罚，故本文暂不讨论责令停止违法行为与责令限期改正的相关内容。
- [3] 《商品房销售管理办法》第四十二条  
房地产开发企业在销售商品房中有下列行为之一的，处以警告，责令限期改正，并可处以1万元以上3万元以下罚款。  
（一）未按照规定的现售条件现售商品房的；  
（二）未按照规定在商品房现售前将房地产开发项目手册及符合商品房现售条件的有关证明文件报送房地产开发主管部门备案的；  
（三）返本销售或者变相返本销售商品房的；  
（四）采取售后包租或者变相售后包租方式销售未竣工商品房的；  
（五）分割拆零销售商品住宅的；  
（六）不符合商品房销售条件，向买受人收取预订款性质费用的；  
（七）未按照规定向买受人明示《商品房销售管理办法》、《商品房买卖合同示范文本》、《城市商品房预售管理办法》的；  
（八）委托没有资格的机构代理销售商品房的。
- [4] 《行政处罚法》(1996)第十二条经修订，现为《行政处罚法》(2021修订)第十三条：国务院部门规章可以在法律、行政法规规定的给予行政处罚的行为、种类和幅度的范围内作出具体规定。  
尚未制定法律、行政法规的，国务院部门规章对违反行政管理秩序的行为，可以设定警告、通报批评或者一定数额罚款的行政处罚。罚款的限额由国务院规定。
- [5] 《城市房地产开发经营管理条例》(1998)第三十九条  
违反本条例规定，擅自预售商品房的，由县级以上人民政府房地产开发主管部门责令停止违法行为，没收违法所得，可以并处已收取的预付款1%以下的罚款。
- [6] 《中华人民共和国民法典》第四百九十五条第一款  
当事人约定在将来一定期限内订立合同的认购书、订购书、预订书等，构成预约合同。





□ 邬文俊/文

邬文俊律师，中伦文德律所合伙人、专职律师，中伦文德保险资金运用专业委员会副主任、中伦文德保险研究院副主任，中国人民大学法律硕士毕业，主要擅长金融保险、投融资、不良清收、争议解决等领域的法律服务工作。

## 保险资管债权投资计划产品不予登记合规性原因之整理分析

为规范非标准化债权资产（即“非标”）业务且统一规范资管产品的监管标准，人行、银保监会、证监会、外汇局于2018年4月27日共同发布了《关于规范金融机构资产管理业务的指导意见》（简称“《资管新规》”）。为规范保险资产管理机构开展保险资产管理产品业务，银保监会根据《资管新规》等规定于2020年3月18日发布了《保险资产管理产品管理暂行办法》；同时，中国银保监会办公厅于2020年9月7日发布了《关于印发组合类保险资产管理产品实施细则等三个文件的通知》（即《组合类保险资产管理产品实施细则》《债权投资计划实施细则》《股权投资计划实施细则》）；以及，中国保险资产管理业协会（以下简称“中资协”）于2020年9月11日发布了《债权投资计划产品登记管理规则》。自此，保险资管产品之一的债权投资计划于2020年9月起由原采取的“注册制”监管方式正式调整为“登记制”监管方式。

根据《债权投资计划实施细则》的相关规定，中资协仅对登记材料的完备性和合规性进行查验，不对产品的投资价值 and 风险作实质性判断。与此同时，中资协于2020年10月起在《产品登记注册动态》中披露了债权投资计划产品登记材

料的合规性、形式性、完整性以及产品关键信息系统填报错误等情况，并于2021年10月起在《产品登记注册动态》中增加披露了股权投资计划产品、保险私募基金产品的前述相关情况。

根据中资协截至2021年11月在《产品登记注册动态》中披露的相关合规性情况，我们对债权投资计划产品涉及合规性而不予登记的主要情况整理并简要分析如下：

### 一、投资项目的融资规模问题（涉及7次）

1、债权投资计划交易安排涉及重复融资情况：（2020.12/2021.02/2021.03）

2、债权投资计划未结合拟投项目应到位资本金及拟投项目自身是否已经存在其他债务性融资情况，综合计算用于拟投项目的规模：（2021.08/2021.11）

3、受托人及外部律师未依据《债权投资计划登记业务指引（第1号）》对项目可融资规模进行审慎核实：（2021.10）

4、受托人和外部律师未依据债权投资计划登记业务指引（第1号）对拟投项目的规模进行审慎核实。（2021.09）

### 【简要分析】

为禁止投资项目的超额融资，外部律师应当依据《债权投资计划登记业务指引（第1号）》第一条的规定核实债权投资计划的拟投规模是否符合监管规定。同时，需要注意的是在项目资本金未全部到位时的此时核算情况。

## 二、投资项目的总投问题（涉及6次）

1、投资项目已通过综合竣工验收并取得最终的产权证，受托人及外部律师依据可行性研究报告调整总投资金额，未就其发生变化的合理性出具明确意见；（2021.10/2021.11）

2、拟投项目为长租公寓，项目总投资金额确认依据不符合《债权投资计划登记业务指引（第1号）》第二条第（二）项的相关要求；（2021.11）

3、受托人和外部律师未对拟投项目的总投资金额发生变化的合理性出具明确意见；（2021.09）

4、拟投项目总投资确认依据不符合有关要求。（2020.11/2020.12）

### 【简要分析】

由于投资项目的总投规模影响到投资计划可投资规模（注：如何影响的相关原因参照上述投资项目的超额融资问题），因此，在实务中，投资项目总投的认定，或者根据投资项目的实际投入情况而对投资项目总投的调整（注：一般是增加总投）是外部律师需要发表法律意见的主要法律问题之一。前述总投问题涉及的主要监管规定为《债权投资计划登记业务指引（第1号）》第二条的规定，具体可研读该规定。

## 三、投资项目的项目资本金问题（涉及4次）

1、拟投项目为商业不动产项目，项目资本金来源不符合债权投资计划登记业务指引（第1号）第八条的相关规定；（2021.11）

2、受托人及外部律师未就融资主体的资本金来源是否合法合规出具完整意见；（2021.10）

3、受托人及外部律师未就投资项目是否符合“资本金符合国家有关资本金制度”的规定，以及以债权投资计划资金置换股东出资形成的项





目资本金是否符合 PPP 合同或 PPP 合作协议中对于 PPP 项目公司股东出资的相关要求进行全面审慎论证；（2021.07）

4、拟投资项目已投资本金到位比例未达到主管部门批复要求。（2020.12）

### 【简要分析】

投资项目的投资本金主要涉及到两个方面，一是影响到投资计划可投资规模（注：如何影响的相关原因参照上述投资项目的超额融资问题——《债权投资计划登记业务指引（第1号）》第一条核实债权投资计划拟投规模的计算中需要使用到项目资本金的相关情况）；二是投资项目的项目资本金到位问题（即拟投资项目的项目资本金应当满足国家的相关规定，如应到位的项目资本金比例等）。在前述第二个问题中，主要涉及到项目资本金的认定问题，即项目主体财务报表中哪个会计科目项下的款项可认定为投资项目的项目资本金，具体可依据《债权投资计划登记业务指引（第1号）》第八条第（二）项的相关规定进行认定。

## 四、投资项目的基础资产性质问题（涉及6次）

1、拟投资项目中包含写字楼，不符合《债权投资计划登记业务指引（第1号）》第六条关于基础设施项目认定标准的相关规定；（2021.11）

2、受托人及外部律师未审慎核实该债权投资计划的投资项目是否属于基础设施项目、是否符合“保险公司投资不动产，不得有下列行为：（四）直接从事房地产开发建设（包括一级土地开发）”的要求；（2021.10）

3、投资项目《不动产权证书》所载用途包含城镇住宅用地，受托人和外部律师未就投资项目是否为商业住宅类项目，债权投资计划在存续期内是否持续满足不得“投资开发或者销售商业住宅”出具明确意见；（2021.07）

4、拟投资项目为基础设施项目，建设内容包含酒店，不符合“以基础设施类不动产作为基础资产的债权投资计划，拟投资项目不得为办公、商场、公寓、餐饮酒店等商业不动产”的规定；

（2021.02）

5、拟投资项目为写字楼，不符合“以基础设施类不动产作为基础资产的债权投资计划，拟投资项目不得为办公、商场、公寓、餐饮酒店等商业不动产”的规定；（2021.01）

6、产品募集说明书中显示拟投资项目包含商业住宅，不符合保险资金投资不动产等相关规定。（2020.11）

### 【简要分析】

在实务中，由于保险机构投资能力、基础资产等不同，债权投资计划一般以“基础设施债权投资计划”或“不动产债权投资计划”进行发起设立。

在《中国银保监会关于优化保险机构投资管理能力监管有关事项的通知》（银保监发〔2020〕45号）发布之后，投资能力对保险机构的限制影响在减弱。

同时，根据《产品登记注册动态》的相关情况，基础资产的分类设置为交通、市政、能源、水利、商业不动产、保障房、其他。对于交通、市政、能源、水利属于基础设施并以其为基础设施基础资产设立“基础设施债权投资计划”，是无异议的。同理，对于商业不动产、保障房、棚改项目作为不动产并以其为不动产基础资产设立“不动产债权投资计划”亦是。

但是，如欲以商业不动产、保障房、棚改项目等不动产作为基础资产设立“基础设施债权投资计划”，之前无相关明确的监管指引，目前可参照《债权投资计划登记业务指引（第1号）》第六条的相关规定。

以及，保险资金一直以来受限于禁止投资开发或者销售商业住宅、禁止直接从事房地产开发建设（包括一级土地开发），因此，对于一些涉及到商业住宅的综合体项目或者说土地用途性质中涉及到住宅的项目，此类项目在保债实务中也是合规论证的难点之一。

## 五、投资项目的开发建设履行立项、开发、建设、运营等法定程序问题（涉及5次）

1、拟投资项目为商业不动产项目，外部律师

及受托人未审慎论证拟投项目证照取得情况是否符合《保险资金投资不动产暂行办法》第十一条的相关规定；（2021.11）

2、受托人和外部律师未论证拟投项目建设内容增加升级改造是否需要重新履行项目立项等法定程序；（2021.09）

3、产品登记材料披露，投资项目已开工建设，但尚未取得建设用地审批手续，不符合“履行项目立项、开发、建设、运营等法定程序”之规定；（2021.02）

4、投资项目未按照《保险资金投资不动产暂行办法》的规定取得国有土地使用权证、建设用地规划许可证等相应证照；（2021.01）

5、拟投项目未取得建设工程规划许可证及建设工程施工许可证。（2020.10）

### 【简要分析】

对于投资项目开发建设过程中需取得的证照的程度，如“两证”还是“四证”，各保险资管公司内部要求的尺度可能不一。监管机构对此之前可能只有原则性的明文规定或者内部严格审控，即履行项目立项、开发、建设、运营等法定程序。而目前，商业不动产项目可直接适用《债权投资计划登记业务指引（第1号）》第八条第（一）项的相关规定，即可投两类商业不动产项目——两证（土地证+地规证）、四证（四证齐全的在建项目），其他类型的基础资产项目可以参照适用。有些类别的基础资产项目的开发建设证照可能与商业地产项目不一样，但是，应当把握的总体原则是投资项目的证照取得应当与其开发建设的进度相匹配。

在实务中，近年受国家简政放权等因素的影响，可能有些证照合并或者非强制要求办理（仅需备案或登记），或者有些地域的地方政府允许部分证照先容缺办理，此类问题在保债实务中也是合规论证的难点之一。

## 六、其他问题（涉及5次）

1、拟投项目为公共租赁住房，管理人及外部律师未结合《关于保险资金投资股权和不动产有关问题的通知》及相关法律法规审慎论证拟投

项目是否符合保险资金投资不动产的相关监管规定；（2021.11）

2、拟投项目为一组项目，募集说明书未明确子项目应分别开立财务账户并确定对应资产；（2021.10）

3、受托人及外部律师未对投资项目（包括但不限于户数、面积等）是否全部纳入国家棚户区改造计划出具明确意见；（2021.07/2021.09）

4、融资主体以其对应收账款债务人享有的应收账款质押作为产品增信措施，交易结构设置仅从形式上满足产品增信要求，但该应收账款系融资主体内部以往来划款形成的多笔股东往来借款，还款来源最终来自于融资主体自身经营现金流，与债权投资计划还款来源高度重合，信用增级效力存在较大缺陷，不符合《债权投资计划实施细则》第七条“保险资产管理机构设立债权投资计划，应当确定有效的信用增级安排，信用增级方式与融资主体还款来源相互独立”的规定。（2021.06）

### 【简要分析】

上述的4个其他问题不是普遍性问题，在此不一一分析，在实务中遇到时参考即可。

综上，我们可以看出以上保险资管债权投资计划不予登记涉及合规性方面的主要原因主要涉及到投资项目的相关情况，即投资项目的融资规模、总投、项目资本金、基础资产性质、履行开发建设中的法定程序等。

同时，我们提示，在实务中，不仅是上述提及的投资项目的相关问题，保险资管债权投资计划产品各当事方（如：受托人、融资主体、担保主体、项目主体、托管人、独立监督人以及参与投资计划设立的专业机构）的主体合规问题也是特别需要注意的，限于篇幅，在此不予展开，后续再单独撰文。





□李政明/文

李政明律师，中伦文德高级合伙人、保险研究院院长，中国保险学会法律委员会副主任，中国保险保障基金风险评估专家委员会专家委员，中国法学会保险法学研究会理事，北京仲裁委员会仲裁员。主要执业领域：保险、资本市场 / 证券、不动产与建设工程等。



□任雅茹/文

任雅茹律师，中伦文德金融保险法律服务团队成员，主要从事金融保险、国际投资与贸易、争议解决等领域的法律事务。布鲁塞尔自由大学法律博士在读，布鲁塞尔自由大学国际商法硕士，中国人民大学法律硕士。

## 2021 年度中国保险中介机构监管处罚之数据解读

### 引言

2021 年是十四五规划的开局之年，也是不平凡的一年。我国保险中介市场发生了一些重要的变化，监管机构坚决开展保险中介行业的清理整顿工作，先后发布《银行保险机构消费者权益保护监管评价办法》《保险中介机构信息化工作监管办法》《关于进一步规范保险机构互联网人身保险业务有关事项的通知》等多部监管文件；我国出台了《中华人民共和国个人信息保护法》。2021 年监管机构更加严格，对保险中介机构合规经营和内控管理等问题毫不松懈，重点处罚。

这些举措表明，监管部门坚守严肃整治金融保险市场乱象的初心，进一步为保险行业打造良好的发展环境。在上述背景下，2021 年保险中介公司的处罚情况如何？有哪些重要的情况和特点？本文通过对监管处罚信息的梳理和分析，从处罚依据、处罚事由、处罚结果、处罚特点新情况等四个维度，整理分析处罚数据以及处罚背后的监管趋势和逻辑，希望为从业人员和相关方提供借鉴参考，以期促进我国保险中介行业的稳定健康发展。

### 一、保险中介机构处罚总体分布情况

根据中国银行保险监督管理委员会（以下简称“中国银保监会”）、各地方银保监局和银保监分局的公开披露数据统计，2021 年中国银保监会、各地方银保监局和银保监分局对保险中介机构共作出处罚 361 份，占罚单总量的 17%；罚单累计罚款金额达人民币 3,980 万，占比 13%。总体上看，监管针对中介机构的罚单具有“小而散”的特点，即处罚涉及的中介机构众多，金额较财险和寿险要少。

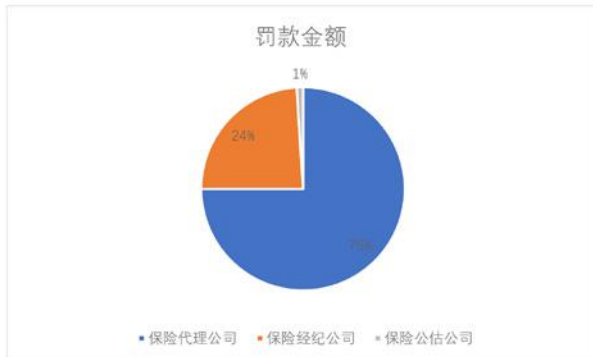
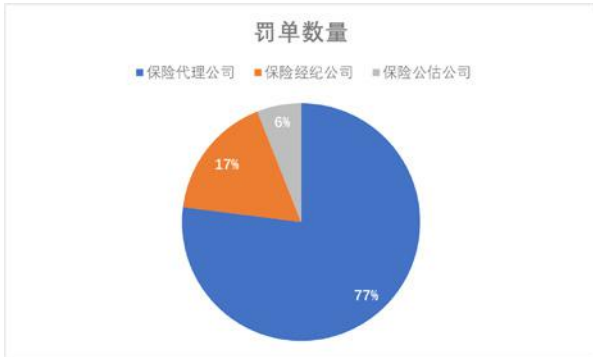
#### （一）保险中介机构 2021 年不同类型处罚情况

表 1 2021 年中国银保监会系统对不同保险中介机构行政处罚数量及比例表格

类型	保险代理公司	保险经纪公司	保险公估公司
罚单总数量	277	63	21
占比	77%	17%	6%
罚款金额	2984	956	39
占比	75%	24%	1%

注：数据来源于中国银行保险监督管理委员会官网。





其中，对保险代理公司出具罚单 277 份，罚款金额高达 2984 万元，占比高达 75%；对保险经纪公司出具罚单 63 份，罚款金额 956 万元；对保险公估公司出具罚单 21 份，罚款金额 39 万元。

## (二) 保险中介机构 2017-2021 年度不同年度处罚情况

表 2 2017 年 -2021 年中国银保监会系统对保险中介机构行政处罚数量表格

年份	2017	2018	2019	2020	2021
数量	147	412	274	336	361

注：数据来源于中国银行保险监督管理委员会官网。



从近几年度保险中介机构的处罚数量看，近三年出现逐年递增的趋势。具体而言，2021 年虽未超过 2018 年峰值的 412 件，但已是近三年处罚数量最多的一年，处罚数量突破 350 件。

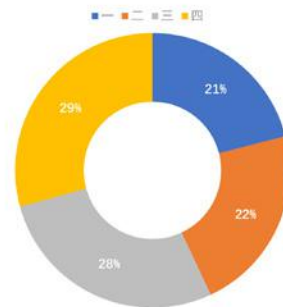
## (三) 保险中介机构 2021 年度各季度处罚情况

表 3 2021 年各季度中国银保监会系统对保险中介机构行政处罚数量表格

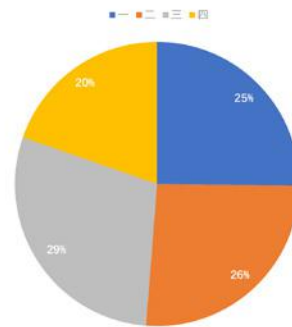
季度	一	二	三	四
罚款总额 (万元)	834	874	1100	1162
罚单数量 (张)	91	94	105	71

注：数据来源于中国银行保险监督管理委员会官网。

2021 年各季度银保监会系统对保险中介机构行政处罚款总额占比



2021 年各季度银保监会系统对保险中介机构行政处罚数量占比



从季度趋势上来看，前三季度监管对于中介机构所开出的罚单数量，出现每季递增的趋势，但该数量在四季度回落，另外，监管对中介机构的罚款金额在三季度突破千万级别。

## 二、2021 年保险中介机构处罚依据变化

近年来随着保险中介行业的发展和变化，监管部门处罚力度也持续加码，相关监管制度进一

步完善，结合行业新特点，覆盖市场新情况。从2021年监管处罚的情况来看，主要的和高频的处罚依据包括以下规定：

### （一）关于《中国银保监会行政处罚办法》的解读

《中国银保监会行政处罚办法》于2020年8月1日起正式施行，新增关于处罚的从重情形，主要包括四种情形：屡查屡犯的；不配合监管执法的；危害后果严重，造成较为恶劣社会影响的；其他依法从重行政处罚的情形。

此条款是2019年10月12日发布的《中国银保监会行政处罚办法（征求意见稿）》修改后新增的条款。该《中国银保监会行政处罚办法》反映出两个监管趋势，针对保险中介市场的顽疾有的放矢：针对保险中介行业内普遍出现的问题从重处罚；针对保险中介机构不配合执法或抗拒监管执法的情况从重处罚。

其整治的整体基调是：根据监管要求，保持对保险中介市场违法违规行为的高压态势，坚持露头就打、严查重处，形成规范诚信经营的市场氛围。防范化解保险中介领域各类风险隐患，分类施策、蹄疾步稳，维护保险中介市场秩序。推动保险机构完善内部管控和风险防范机制，促进保险中介行业高质量发展<sup>[4]</sup>。

### （二）关于《商业银行代理保险业务管理办法》的解读

《商业银行代理保险业务管理办法》于2019年10月10日生效。这是中国银保监会成立以来首次针对银行保险业务这个交叉地带的监管规范进行全面梳理与全流程监管规定。

商业银行应当由法人机构或其授权的分支机构在中国银保监会规定的监管信息系统中为其保险销售从业人员办理执业登记。执业登记事项发生变更的，商业银行法人机构或其授权的分支机构应当自该情形发生之日起5日内，在中国银保监会规定的监管信息系统中变更执业登记。商业银行保险销售从业人员只限于通过1家商业银行进行执业登记。商业银行保险销售从业人员通过保险公司执业登记的，具体办法由中国银保监会另行制定。

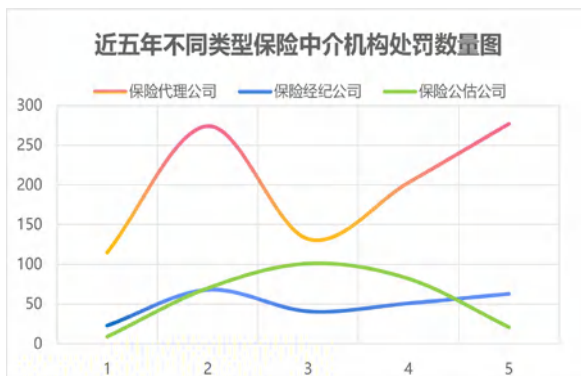
商业银行对保险代理业务应当进行单独核算，对不同保险公司的代收保费、佣金进行独立核算，不得以保费收入抵扣佣金。保险公司委托商业银行代理销售保险产品，应当建立商业银行代理保险业务的财务独立核算及评价机制，做到新业务价值、利润及费用独立核算，应当根据审慎原则科学制定商业银行代理保险业务财务预算、业务推动政策，防止出现为了业务规模不计成本的经营行为，防范费差损风险。

各类宣传材料应当按照保险条款全面、准确描述保险产品，要在醒目位置对经营主体、保险责任、退保费用、现金价值和费用扣除情况进行提示，不得夸大或变相夸大保险合同利益，不得承诺不确定收益或进行误导性演示，不得有虚报、欺瞒或不正当竞争的表述。

## 三、保险中介机构处罚情况及事由解析

2021年度共对保险中介机构开具罚单361份，其中，对保险代理公司出具罚单277份，近五年最多的一次；对保险经纪公司出具罚单63份，也相对较多；对保险公估公司出具罚单21份，较上一年度有大幅下降。

按照处罚金额排序，中介机构年度前五大违法违规事由为：“利用业务便利为其他机构牟取不正当利益”，“给予投保人、被保险人保险合同以外的利益”，“编制虚假报告、报表、文件、资料”，“聘任不具任职资格人员”，“未按规定制作并出示客户告知书”。

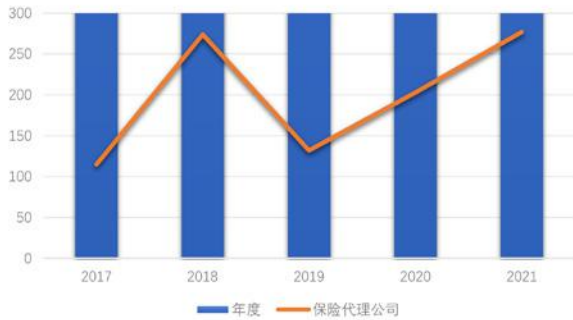


### （一）保险代理公司违规情况及事由分析

根据资料统计和分析，2021年保险代理公司

行政处罚达到近年来的最大值，277 份罚单；决定书记载的几项处罚事由为：①编制或者提供虚假的报告、报表、文件、资料；②给予投保人保险合同约定以外的其他利益；③未出示告知书或告知书不规范；④营业场所或股权变更未及时报告；⑤聘任不具有任职资格的人员；⑥任职人员超期；⑦虚列费用等。

近五年保险代理公司行政处罚趋势图



年度	2017	2018	2019	2020	2021
处罚数量	115	274	132	203	277

根据《保险代理人监管规定》保险代理人及其从业人员在办理保险业务活动中不得欺骗保险人、投保人、被保险人或者受益人，不得隐瞒与保险合同有关的重要情况，不得阻碍投保人履行如实告知义务，或者诱导其不履行如实告知义务，不得给予或者承诺给予投保人、被保险人或者受益人保险合同约定以外的利益。在签订保险合同时，不得利用行政权力、职务或者职业便利以及其他不正当手段强迫、引诱或者限制投保人订立保险合同；伪造、擅自变更保险合同，或者为保险合同当事人提供虚假证明材料。

保险公司、保险专业代理机构、保险兼业代理机构要进行执业资格登记，未按规定委托或者聘任个人保险代理人、保险代理机构从业人员，或者未按规定进行执业登记和管理的，由保险监督管理机构责令改正，给予警告，并处罚款。保险专业代理机构聘任不具有任职资格的高管人员的，由保险监督管理机构责令改正，处 2 万元以上 10 万元以下罚款；对该机构直接负责的主管人员和其他直接责任人员，给予警告，并处 1 万元以上 10 万元以下罚款，情节严重的，撤销任职资格。

## (二) 保险经纪公司违规情况及事由分析

据整理分析，2021 年保险经纪公司行政处罚数量较去年有所上升，63 份罚单；决定书记载的几项处罚事由为：①利用业务便利为其他个人谋取不正当利益；②编制虚假资料；③超出业务或区域范围；④欺骗投保人；⑤经营场所未放置许可证复印件；⑥聘任不具有任职资格的人员；⑦给予投保人合同外利益等。

近五年保险经纪公司行政处罚趋势图

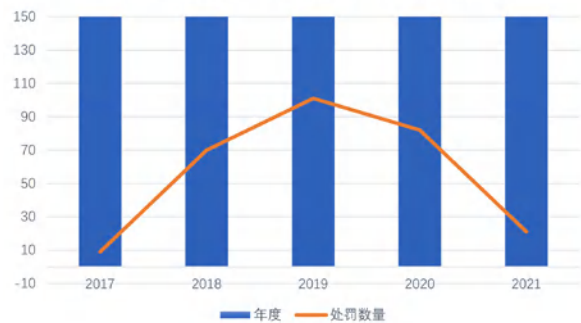


年度	2017	2018	2019	2020	2021
处罚数量	23	68	41	51	63

## (三) 保险公估公司违规情况及事由分析

根据统计和分析，2021 年保险公估公司行政处罚较上一年度下降很多，只有 21 份罚单；决定书记载的几项处罚事由为：①未按规定办理执业登记和管理②编制提供虚假材料③未按规定报送有关报告、报表、文件或资料④未按规定制作和使用或未出示客户告知书⑤未在营业场所显著位置放置备案表、营业执照⑥未按规定对该分公司部分保险公估从业人员开展培训教育等。

近五年保险公估公司行政处罚趋势图



年度	2017	2018	2019	2020	2021
处罚数量	9	70	101	82	21



## 四、2021年保险中介机构处罚数据分析

### （一）保险中介机构行政处罚的种类

2021年保险中介机构行政处罚决定书作出了包括罚款、警告、责令改正、责令停止接受新业务等事项。

### （二）保险中介机构重大处罚情况

#### 1. 年度罚单中单笔罚款金额之最

根据京银保监罚决字【2021】43号处罚决定书，北京巅峰同道科技有限公司收到本年度保险中介机构最高金额罚单，取缔违法业务活动，没收违法所得106.35万元，并处违法所得一倍罚款，罚没合计212.7万元。受罚原因为：未取得保险中介许可证从事保险中介业务。

#### 2. 年度罚单累计罚款金额之最

人保汽车保险销售服务有限公司2021年年度累计罚款金额合计510万元，罚单数量43张，平均每张罚单罚款超过10万元，处罚原因主要涉及利用业务便利为其他机构或者个人牟取不正

当利益及未按规定制作客户告知书。

#### 3. 年度罚单累计数量之最

人保汽车保险销售服务有限公司2021年年度累计被罚43次，总量为中介机构罚单数量之最，罚款总额为510万元。罚单中，处罚原因主要涉及利用业务便利为其他机构或者个人牟取不正当利益及未按规定制作客户告知书。

### （三）2021年保险中介机构处罚特点

银保监会下发的《2020年保险中介市场乱象整治工作方案》（以下简称《方案》），明确了保险中介市场在七个方面的乱象整治要点，将保险中介市场各参与主体业务、内控、营销及风险等情况均纳入整治工作。2021年进入后疫情时代，国内疫情基本可控，监管对于保险中介行业的经营成果真实性以及经营合规性的检查和处罚保持严格。除了保险机构和中介机构同查同处外，还对于性质严重、影响恶劣的机构和个人依法采取吊销业务许可证、撤销任职资格、市场禁入等处罚措施<sup>[1]</sup>。



### 1. 监管处罚仍属严格

《中国银保监会行政处罚办法》于2020年8月1日起正式施行，针对保险中介顽疾和不配合执法的情况，予以从重处罚。2021年延续这一监管处罚风格。

监管机构对保险中介机构处罚类型中的停止接受新业务分多个档位，其中最为严厉的为3年禁止接受新业务的处罚。2021年监管机构对部分保险中介机构采取罚款的行政处罚的同时，也给予停止新业务3个月到1年期限不等的处罚，被如此处罚的中介机构一定时期内无业务可做，会严重影响其经营效益，处罚之严格程度充分表达了监管层对规范保险中介市场的决心。

### 2. 保险中介机构处罚特点

#### (1) 保险代理机构

“编制虚假报表”处罚事由在2021年保险代理机构处罚中占比回升，监管层对扰乱行业发展的企业造假等不诚信行为“零容忍”，进一步营造良好的市场环境。“给予投保人保险合同约定以外的利益”占比依旧较高，综合来看，保险代理市场尚未脱离行业发展的“价格战”阶段，该违规行为频发，代理机构为寻求更多利润，给予投保人不正当利益以获取更多保险代理业务，该问题需要政府和监管机构积极妥善引导。

#### (2) 保险经纪机构

继上年度“利用业务便利为其他个人牟取不正当利益”取代2019年“编制或提供虚假报告、报表、文件、资料”为首要处罚事由后，2021年延续这一趋势，为监管处理保险经纪行业乱象之重点。中国银保监会《2020年保险中介市场乱象整治工作方案》明确将“虚构业务套取费用”作为中介市场的重点整治方向，既是对谋取不当利益手段的阻截，也是诚信经营的基本要求。“编制或提供虚假报告、报表、文件、资料”处罚占比也较高，依旧符合监管机构力求打造良好行业发展环境的趋势。

《2020年保险中介市场乱象整治工作方案》中将“是否建立完整规范的财务、业务档案，是否如实记载业务情况，是否按时如实报送报告及报表”列举为保险经纪机构乱象整治要点。根据2021年度行政处罚数据分析，这一违规现象得

到了有效遏制，保险中介行业运作管理更加规范化。

#### (3) 保险公估公司

从近几年处罚数量看，2017~2021年，公估机构全年处罚数量分别为9、70、101、82、21件，数量递增后略有下降。2021年行政处罚数量下降较多。处罚事由方面，“未按规定进行职业登记和管理”为主要处罚范畴，虽然行业整体更加规范，但业务人员管理问题依旧。保险公估从业人员执业登记的处罚，延续了2020年以来的“清虚工作”要求，有利于行业高效运行，企业健康发展。“编制虚假材料”作为另一高发的违规行为，与保险经纪和保险代理机构处罚重点保持一致。

## 五、保险中介机构未来发展与处罚情况展望

### (一) 保险中介机构未来发展展望

中国银保监会办公厅分别与年初2021年1月5日和2021年12月17日发布了《关于印发保险中介机构信息化工作监管办法的通知》和《关于明确保险中介市场对外开放有关措施的通知》。一是为了加强保险中介机构信息化工作与进程，二是为了促进保险中介市场进一步扩大对外开放。因此，保险中介机构未来应该朝着这两个方向多加努力并推进工作。

《关于印发保险中介机构信息化工作监管办法的通知》明确了保险中介机构应自主开展信息化工作，信息化工作与关联企业有关联的，保险中介机构应厘清与关联企业之间的信息化工作职责，各自承担信息安全管理责任。保险中介机构的重要信息化机制、设施及其管理应保持独立完整，与关联企业相关设施有效隔离，严格规范信息系统和数据的访问、使用、转移、复制等行为，不得违规向关联企业泄露保单、个人信息等数据信息。

《关于明确保险中介市场对外开放有关措施的通知》允许有实际业务经验并符合银保监会相关规定的境外保险经纪公司在华投资设立的保险经纪公司经营保险经纪业务，允许外国保险集团

公司、境内外资保险集团公司在华投资设立的保险专业中介机构经营相关保险中介业务，但外资保险专业中介机构在经营相关保险中介业务前，应依法依规备案或取得对应的业务许可，业务范围和市场准入标准适用银保监会关于保险专业中介机构的相关规定。

## （二）保险中介机构处罚情况展望

后疫情时代，政府通过多种途径和手段进一步释放经济活力，恢复社会发展。与此同时，保险中介监管仍未放松。为了推动保险中介行业高质量发展，中国银保监会印发了《保险中介机构信息化工作监管办法》并于2021年2月1日开始实行。其中有两点值得关注：一是“不符合要求不得经营保险中介业务”的监管要求，意欲解决保险中介机构信息系统建设不规范、信息化治理不完备、信息安全机制不健全等问题；二是“不得违规泄露数据”的监管要求，目的在于保险中介与关联企业相关设施有效隔离，严格规范信息系统和数据的访问、使用、转移、复制等行为，不得违规向关联企业泄露保单、个人信息等数据信息，用以解决部分保险中介机构与合作保险公司间的业务信息交互不透明，业务流程难以追溯，监管数据报送不准确、不及时的问题。

此外，在“去中介+新中介”双轮驱动的影响下，我国保险生态日益多元化与个性化，并表现出新的显著特征。鉴于互联网保险中介不断发展，有学者对“互联网+”背景下保险中介发展进行研究<sup>[3]</sup>，基于区块链技术的保险中介服务也开始萌芽<sup>[4]</sup>。目前互联网保险中介处罚案例相对较少，但随着传统线下保险中介企业的线上拓展和新兴互联网中介企业的蓬勃发展，将会有新问题新情况出现，也会有更多针对互联网保险中介业务的监管政策出台。同时，政府及有关方面加快建立健全监管机制与规则，注重加强行业正向引导，进一步优化保险中介市场结构，不断提高保险中介专业化水平，建立保险中介与保险公司的新型合作关系<sup>[5]</sup>。

## 参考文献

- [1] 中国银保监会官网
- [2] 中国银保监会《保险代理人监管规定》
- [3] 中国银保监会《中国银保监会行政处罚办法》
- [4] 中国银保监会《互联网保险业务监管办法》
- [5] 中国银保监会《商业银行代理保险业务管理办法》
- [6] 中国银保监会《关于印发保险中介机构信息化工作监管办法的通知》
- [7] 中国银保监会《关于明确保险中介市场对外开放有关措施的通知》
- [8] 中国银保监会《保险中介机构信息化工作监管办法》
- [9] 王立伟.“保险中介市场乱象问题不容忽视”. [EB/OL]. [https://mp.weixin.qq.com/s/8u6x\\_zaz5kxwoeKuHXjg](https://mp.weixin.qq.com/s/8u6x_zaz5kxwoeKuHXjg), 2019-06-12/2020-02-12
- [10] 张爽. 保险中介市场将从七方面治乱. 中国银行保险, 2020-05-29 (002)
- [11] 王丽娜, 张二月.“互联网+”背景下保险中介发展探究. 天津大学学报(社会科学版), 2020, 22 (5)
- [12] 常歆. 区块链技术下保险中介发展策略研究. 黑龙江工业学院学报, 2020年06期
- [13] 宋晴, 凌卫, 陈爱春. 新时期保险中介的发展现状、问题和对策. 全国流通经济, 2020年第21期

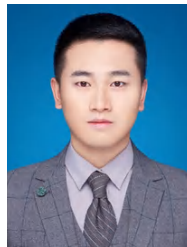
中伦  
文德





□陈禄堂/文

陈禄堂律师，北京市中伦文德律师事务所高级合伙人，西北政法大学法学学士，中国政法大学法学研究生。曾在工商银行从事信贷工作，拥有工行信贷员资格，曾参与工商银行大量不良资产的清收和处理工作。主要从业领域为不良资产处置业务、商事诉讼仲裁业务、知识产权诉讼、破产清算业务以及公司常年法律顾问业务。



□夏玉峰/文

夏玉峰律师，中共党员，北京市中伦文德律师事务所律师。北京市债法学研究会破产法专业委员会委员，中伦文德仲裁法律专业委员会秘书长。执业领域为：民商事争议解决、破产与清算、银行与金融、公司常年法律顾问。

## 借款合同纠纷案件代理词

### 笔者按：

本所高级合伙人陈禄堂与其团队主办律师夏玉峰近期承办了一起借款合同纠纷案件，该案件是一起典型的因政府招商引资而引发的争议。本案的第三人柴达木循环经济试验区某管理委员会与本案的被告青海某科技有限公司签订了《总部搬迁补偿协议》，约定被告按照协议的约定将总部及部分产业搬至第三人所在辖区，第三人会分步给予被告资金奖励600万元；但因资金预算来源问题，经第三人协调，由第三人的全资子公司即本案的原告青海某建设有限公司向被告提供借款。而后第三人并未按照协议的约定向被告支付补偿款，以单方通知的方式向被告发布解除通知，并且明确作出不再按照协议的约定履行支付补偿款的义务。原告在得知第三人不再向被告支付补偿款的情况下，立即起诉被告要求被告归还借款本金180万元及其违约金54万元。本所律师代理本案被告青海某科技有限公司，经过本所律师的努力，最终取得了驳回原告全部诉讼请求的结果。以下是本所律师在代理本案过程中撰写的代理词，欢迎大家批评指正。为保护客户隐私，对于各方当事人的名称已进行了优化处理。

### 尊敬的审判长：

贵院受理的原告青海某建设有限公司与被告青海某科技有限公司借款合同纠纷一案，本所律师陈禄堂和夏玉峰受被告青海某科技有限公司的委托和北京市中伦文德律师事务所的指派，担任被告的诉讼代理人。现代理人根据本案庭审及经举证质证查明的案件事实，提出如下代理意见：

一、被告认为对于被告归还借款期限的约

定是清楚而明确的，不存在原告在庭审中所述的约定不明确的情况。

原告、被告及第三人于2017年6月30日签订的《借款合同》是三方的真实意思表示，不违反法律和行政法规的强制性规定。因此，该《借款合同》依法成立并生效。依法成立并生效的合同应当按照合同约定的具体内容对合同各方主体产生约束力，合同中的任何一方主体不能单方突破合同中的约定。《借款合同》第五条明确约定：

“经各方协商,乙方(即本案被告)自收到丙方(即本案第三人)的奖补资金之日起,即刻向甲方(即本案原告)归还借款。逾期未归还的,每逾期一日,按照借款金额万分之五的标准向甲方(即本案原告)承担逾期违约金。”该条款是三方经过协商之后确定的,对于还款的期限约定的十分清楚而明确,即被告收到第三人支付的奖补资金当日为被告向原告归还借款的时间。如果被告逾期,还将承担违约责任。

原告认为依据《中华人民共和国民法典》的相关规定,本案关于还款期限的约定是不明确的,对此,被告认为原告的观点是错误的。《中华人民共和国民法典》第六百七十五条的规定:“借款人应当按照约定的期限返还借款。对借款期限没有约定或者约定不明确,依据本法第五百一十条的规定仍不能确定的,借款人可以随时返还;贷款人可以催告借款人在合理期限内返还。”该条款适用于借款合同中的双方关于归还借款的期限是没有约定或者约定不明确,本案并不属于这种情况。因此,原告所主张的观点属于法律适用

错误。

二、本案的产生完全是由于第三人柴达木循环经济试验区某管理委员会的违约行为导致的,本案被告并不存在任何违约行为。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第十一条第一款规定:“行政机关为实现公共利益或者行政管理目标,在法定职责范围内,与公民、法人或者其他组织协商订立的具有行政法上权利义务内容的协议,属于行政诉讼法第十二条第一款第十一项规定的行政协议。”由此可知,行政协议虽然与行政机关单方作出的行政行为相似,都是为了实现公共利益或者行政管理目标,但与单方行政行为不同的是,它是一种双方行为,是行政机关和行政相对人通过平等协商,以协议方式设立、变更或者消灭某种行政法上的权利义务的行为。协议一旦订立,双方都要依照协议的约定履行各自的义务。

具体到本案,被告青海某科技有限公司与第



三人柴达木循环经济试验区某管理委员会签订的《总部搬迁协议》属于行政协议。在行政协议的订立、履行过程中，不仅行政协议的相对方应当恪守法定权限，不违背法律、法规的强制性规定，履行协议约定的各项义务，行政机关也应严格遵守相关法律、法规的规定和协议的约定。被告已经按照《总部搬迁协议》中的约定履行完毕了协议中约定的税务清缴和工商变更登记工作，那么第三人柴达木循环经济试验区某管理委员会就应当按照《总部搬迁协议》中第三条的约定向被告支付资金奖励。本案的产生完全是由于第三人的违约行为导致的，被告并不存在任何违约行为。

三、第三人柴达木循环经济试验区某管理委员会作出的《关于解除“总部搬迁协议”“借款协议”的函》其本质就是一种出尔反尔、违法违约行为，不能产生解除《总部搬迁协议》和《借款合同》的法律效果。

行政机关既然选择以缔结行政协议的方式“替代”单方行政行为，则应于缔结协议后，切实避免再以单方行政行为径令协议相对方无条件接受权利义务变动。如果出尔反尔，不仅显失公平，亦违背双方当初以行政协议来形塑当事人之间法律关系的合意基础。尽管行政机关基于行政协议和行政管理的公共利益目的被赋予一定程度上的单方变更权或解除权，但这种行政优益权的行使，通常须受到严格限制。

首先，必须是为了防止或除去对于公共利益的重大危害；其次，当作出单方调整或者单方解除时，应当对公共利益的具体情形作出释明；再

次，单方调整须符合比例原则，将由此带来的副作用降到最低；最后，应当对相对人由此造成的损失依法或者依约给予相应补偿。尤为关键的是，行政优益权是行政机关在《民法典合同编》的框架之外作出的单方处置。如果是因为相对方违约致使合同目的不能实现，行政机关完全可以依照行政协议的约定采取相应的措施，尚无行使行政优益权的必要。

具体到本案，第三人柴达木循环经济试验区某管理委员会于2021年8月3日作出的《关于解除“总部搬迁协议”“借款协议”的函》既不是为了防止或除去对于公共利益的重大危害，也没有对公共利益的具体情形作出释明，而且也不符合比例原则，更没有对被告的损失依法或者依约给予相应补偿。其本质就是一种出尔反尔、违法违约的行为，违背双方当初以《总部搬迁协议》来形塑双方之间法律关系的合意基础。因此，对于这样的违法违约行为不能产生解除《总部搬迁协议》和《借款合同》的法律效果。

综上所述，第三人作出的《关于解除“总部搬迁协议”“借款协议”的函》不能产生解除《总部搬迁协议》和《借款合同》的法律效果。《总部搬迁协议》和《借款合同》依然具有法律效力，按照《借款合同》的约定：“乙方（即本案被告）自收到丙方（即本案第三人）的奖补资金之日起，即刻向甲方（即本案原告）归还借款。”因第三人尚未向被告支付资金奖励。因此，被告向原告偿还借款的时间尚未届至，被告目前无需向被告偿还借款。

中伦  
文德





□ 邱建凯/文

邱建凯律师，知识产权专业律师，毕业于大连理工大学和中国政法大学，分别获得工业自动化专业学士学位和法学专业学士学位，具有专利代理人资格。擅长知识产权的诉讼和非诉业务，已办理专利复审、专利无效、商标复审、商标无效、专利诉讼、商标诉讼案件上百件，撰写专利新申请、答复审查意见超过千件。

## 医疗损害责任纠纷案例代理词

### 笔者按：

本律师代理了一医疗损害责任纠纷案件被告（医院）一方的一审诉讼。

案件的情况是，患者在医院手术治疗后，预后并不理想，还出现了神经损伤的并发症；患者一方认为医院存在过错，因而起诉到法院；医院一方则认为，神经损伤属于手术产生的合理并发症，医院不存在过错。在一审过程中，患者一方还申请了对医院的诊疗行为是否有过错进行鉴定。鉴定意见认为，医院存在过错，过错的原因力大小为次要至同等之间。

本律师仔细分析了鉴定意见，发现鉴定意见的观点有自相矛盾之处，因而提交了代理词，请求法院对鉴定意见进行实质审查，以避免完全依据鉴定意见进行判决的误区。

总之，医疗损害责任纠纷案件中存在着“一鉴定就有责任”的对医院一方的不利情况，作为医院一方的代理人需要严格审查鉴定机构的鉴定意见，向法庭充分发表意见，以保护医院的合法权益。

以下是本律师代理本案的一审代理词，分享给大家指教。为保护当事人隐私，当事人的名字都是用的化名；其他不便公开的信息也隐去。

尊敬的审判长、审判员：

王青与\*医院（以下简称“\*医院”）医疗损害责任纠纷一案，北京市中伦文德律师事务所邱建凯律师作为被告\*医院的诉讼代理人参加了本案的开庭审理。

本代理人对原告（患者）王青因患有\*综合征以及产生的神经损伤的手术并发症所遭受的痛苦表示深深的同情，并衷心希望患者王青能早日战胜病魔、恢复健康；但是，本代理人作为被告

\*医院的诉讼代理人，要依法履行职责，依法维护\*医院的合法权益。

根据诉讼各方提交的证据材料、鉴定机构的鉴定意见，以及庭审中对本案事实的调查情况，本代理人认为：\*医院对患者王青的诊断正确，依据诊疗规范进行的治疗，在诊疗活动中没有过错，不应承担侵权责任，因此请求法院依法驳回患者王青对\*医院的全部诉讼请求。具体代理意见如下：

一、北京\*司法鉴定中心的鉴定意见有诸多矛盾、错误之处，人民法院应对其鉴定意见进行实质审查

1. \*医院不存在告知和术前准备不充分的过错

鉴定意见所述“医方术中变更手术方式未履行对患者及其家属进行书面告知的义务”明显有误，鉴定意见所述溶栓介入治疗、术中选择自体大隐静脉旁路转流的分析明显逻辑错误（见鉴定意见书第9页第1段）。

\*医院病案第9页（病程记录第2页）倒数第1-4行记载，手术前一天，主治医师“充分向患者及家属交待病情，告知手术必要性及手术风险，并告知其开刀手术、介入治疗手术及保守治疗等不同治疗方式优缺点，患者家属要求行开刀探查术。”

\*医院病案第44页手术知情同意书第一页第2-3行明确记载，“该患者临床诊断为\*综合征，拟在全麻麻醉下行开刀探查术”

\*医院病案第44页手术知情同意书第一页倒数第7行明确记载，“术中根据具体情况决定手术方案。”

\*医院病案第43页手术知情同意书第二页，有患者家属和主治医生的签字。

显然，鉴定机构由于专业受限，并未真正理

解\*医院的手术方式；对原告的手术方式总体上是开刀探查术，术中根据具体情况在决定手术方案，并不存在术中变更手术方式的问题；

并且术中决定手术方案在前述的手术知情同意书都有记载，患者及其家属知情并且签字同意手术，也不存在未书面告知的情况。

况且，如前病程记录及手术知情同意书所示，开刀手术、介入治疗手术及保守治疗等不同治疗方式优缺点，\*医院已经综合考虑，也已经告知了家属，患者家属知情并且签字同意开刀手术，放弃保守治疗等其他方式；

在医患双方都认可采用手术治疗的情况下，鉴定机构所述的溶栓介入治疗方式完全不能成立。

鉴定机构所述术中选择自体大隐静脉旁路转流，\*医院采用的手术方案，都只是手术的一种具体方式，医生要根据患者具体的情况选择适用；一般患者年龄较大的考虑自体大隐静脉旁路转流，\*医院认为：原告王青手术时是18周岁，比较年轻，\*医院采用的手术方案更适合，手术前已经充分预案采用该手术方案，并告知了家属，如上所述家属知情并签字同意；

鉴定机构不顾原告的具体情况，认为应当用自体大隐静脉旁路转流术，一是不符合患者实际情况，二是没有依据，三是自体大隐静脉旁路转

流术手术创面远远大于\*医院采用的手术方案，实际上更容易引起神经损伤等手术并发症。

综上，\*医院并不存在告知和术前准备不充分的过错。

2.\*医院不存在对神经损伤未尽到高度谨慎注意义务的过错

鉴定机构没有任何分析说理，也没有任何依据，直



接认为有神经损伤的情况，\*医院就是未尽到高度谨慎注意义务，显然犯了“有损伤就有过错”这样一个逻辑不成立的错误（见鉴定意见书第9页第2段）。

并且，鉴定机构所述\*医院未尽到高度谨慎注意义务的意见与其自身的分析也前后自相矛盾：鉴定意见书第10页最后一行至第11页第2行记载，“由于神经进入的区域，行走位置表浅，加上神经组织娇嫩，对牵拉、压迫缺血性损伤的耐受力较差，故患者的损害后果为可预料但难以完全避免的手术并发症之一”。

综上，鉴于患者的损害后果为可预料但难以完全避免的手术并发症，\*医院并不存在对神经损伤未尽到高度谨慎注意义务的过错。

3.\*医院不存在手术操作未尽到高度谨慎注意义务的过错

鉴定机构所述的北京医院的检查是在2020年6月，\*医院给患者做的手术是2020年1月，离开手术日期已经近5个月，时间跨度这么大，患者在2020年6月检查出的感染，如何能认定是2020年1月手术造成的呢？

鉴定机构对这一点实际上也是难以确认的，因此采用了“感染的原因不排除手术操作未尽到高度谨慎注意义务”的措辞，这本身就是逻辑不严谨，说明该鉴定意见观点只能是推断，不是定论：

况且，如果推论的话，同样不能排除患者自身原因造成的感染。如\*医院病案第13-36页的病程记录所示，患者在\*医院住院期间，有一半的时间是私自外出，没有住在\*医院，这完全可以推论患者自身原因造成的感染可能性更大些。

综上，\*医院不存在手术操作未尽到高度谨慎注意义务的过错。

#### 4. 鉴定意见缺少患者自身过错的认定

如\*医院病案第13-36页的病程记录所示，患者出现神经损伤症状后，\*医院积极予以营养神经治疗（详见病历第13页开始），请骨科相关专家协助会诊（详见病历第17页）。建议营养神经治疗的同时行手术探查，其患者及家属商议后拒绝；多次建议手术探查，其仍拒绝（详见病历第17页开始）。继续建议康复科功能锻炼促进神

经恢复，患者拒绝专科或转院（详见病历第21页）。

患者不配合治疗，多次外出。（详见病历第22页）。

患者不配合治疗的行为，导致了错失神经修复的最佳时机，因此患者的损害有其自身过错原因。

鉴定机构对患者自身的过错情况，没有进行详细审查，没有进行认定，显然也是错误的。

## 二、关于损害赔偿费用

我方坚持认为\*医院没有过错，不应承担侵权责任，无侵权责任则不应赔偿任何费用，仅就赔偿的标准等问题发表意见如下：

1. 原告在\*医院的医疗费共\*元，其中医保已经支付了\*医院元，原告实际只支付了\*元；

2. 原告要求的营养费没有医疗机构或鉴定机构的确认需要加强营养的意见，因此要求营养费是没有依据；

3. 原告要求的住院伙食补助费标准过高，没有依据；

4. 原告要求营养费、住院伙食补助费的依据的住院天数也是错误的，原告在\*医院住院时，有一半时间是私自外出没有住在\*医院的；

5. 原告的交通费、在外院的治疗费，应当提供发票等证据，没有发票证据的，真实性不予认可；另外，这些交通费、在外院的治疗费都是原告在\*医院期间私自外出产生的，与\*医院无关，与本案也不具有关联性；

6. 原告要求的精神损害赔偿，也没有法律依据；

7. 全部赔偿费用，确认真实性并且与本案有关联的情况下，应按确定的各方责任比例承担，如果法院认定\*医院不承担责任的，\*医院不应赔偿任何费用。

综上所述，\*医院对患者王青的诊疗没有过错，无过错就无责任；请人民法院严格审核本案的鉴定意见，避免“一鉴定就有责任”的误区，坚持以审判为中心，依法维护\*医院的合法权益。



## 梦幻双奥之城

陈 文/文

—2022年2月4日

七律

立春节气第一天，  
雪霜鸟巢透温暖，  
严寒北京迎冬奥，  
五星红旗映五环，  
冰花高悬火炬燃，  
九十一国健儿欢，  
二零零八一挥间，  
双奥之城冰雪年。

## 沁园春·冬奥

陈 文/文

—2022年2月20日于冬奥鸟巢闭幕式

北京冬奥，  
寒风刺骨，鸟巢暖洋。

看世界各国，  
争先恐后，派员进京，  
来参冬奥。

首钢跳台，U型赛场，  
只等翊凌展英豪。

至今日，我中华健儿，  
分外骄傲。

遥想十届奥运，  
惜长春泪洒单刀会。

国弱无竞技，  
无限惆怅；

中华崛起，无人敢挡。  
改革开放，国运正当，  
双城奥运震天响。

眺远望，  
量五洲四洋，  
唯我国强。



## 新年初雪游积水潭

方登发/文



瑞雪连天舞，新春大地回。  
池融禽竞渡，风静鸟频飞。  
玉涌山间寺，空灵梵语微。  
松携冰萼蕊，梅绽暗香蕾。  
水墨何人画，烟云几处挥。  
楼台歌暖响，亭榭映清辉。  
载酒潭西去，咏诗树杪归。  
遥闻钟鼓远，直下海疆陲。  
红日一轮霁，彩霞万里晖。



## 事务所快讯

### ▲ 热烈祝贺中伦文德成立纽约分所

2022年1月6日，中伦文德法律专业服务公司 ZLWD LAW GROUP, P.C. (以下简称“纽约分所”)于美国纽约设立。纽约分所的办公室位于纽约皇后区。皇后区 (Queens County) 位于美国纽约市东，是纽约五区中面积最大、人口第二多的区，总面积460平方千米。皇后区的经济总量位列纽约第二，并呈现出经济结构的多样性。相信纽约分所的设立，将为中伦文德涉外业务注入新动能，服务国家经济内外双循环大局！

### ▲ 中伦文德上海分所管理层履新会议顺利召开

2022年1月26日，北京市中伦文德律师事务所上海分所管理层履新会议顺利召开。会上，北京市中伦文德律师事务所董事长陈文律师宣布了中伦文德上海分所新一届管理团队暨执委会名单：陈云峰律师任中伦文德上海分所主任，滕云律师任中伦文德上海分所执委会主任，黄敏律师任中伦文德上海分所执委会委员，刘运律师任中伦文德上海分所执委会委员，程晓鹏律师任中伦文德上海分所执委会委员。

### ▲ 中伦文德举办数据合规律师前景及数据合规业务交流讲座

为提升中伦文德律师事务所在网络安全与数据合规领域的服务意识和能力，中伦文德特别邀请了北京策略律师事务所执行主任庞理鹏律师和 DPO 培训机构负责人珠海山竹科技有限公司 CEO 向丽女士来所，进行以“数据合规律师的前景及数据合规业务交流”为主题的交流讲座。本次讲座于2021年12月1日下午举行，由中伦文德合伙人、网络安全与数据合规专委会主任徐云飞律师主持。

### ▲ 西安市法学会公司与金融法研究会成立大会暨学术研讨会成功举办

2021年11月28日上午，西安市法学会公司与金融法研究会成立大会暨学术研讨会在西安财经大学翠华西校区顺利举行，中伦文德西安分所作为承办方出席了本次会议。

### ▲ 中伦文德（西安）律师事务所成为百家首批“崇军荟”崇军企业成员单位，为军人提供优质法律服务

2021年12月8日上午，西安市退役军人服务协会成立大会暨崇军荟企业授牌仪式在西安建国饭店召开。会议围绕“让军人成为全社会尊崇的职业”，汇聚社会力量，做好退役军人服务保障工作展开。中伦文德（西安）律师事务所（以下简称“我所”）荣幸成为百家首批“崇军荟”崇军企业成员单位，我所高级合伙人周敏律师作为我所代表出席此次授牌仪式。

### ▲ 中伦文德西安美国纳斯达克上市业务成功再下一城！

近日，北京市中伦文德（西安）律师事务所再度成功签约中环金融集团（香港）有限公司，担任该公司负责的“天天充电”美国纳斯达克证券市场首次公开发行并上市项目之独家中国法律顾问，为天天充电项目所涉的中国法律提供相关法律服务。此次签约是继翰林亿讯在美国纳斯达克上市之外的又一重要境外上市业务。

### ▲ 中伦文德助力国家中小企业发展基金有限公司第二批子基金完成签约落地

截至2021年12月10日，国家中小企业发展基金有限公司（以下简称“母基金”）顺利完成第二批共8支子基金的签约设立工作。北京市中伦文德律师事务所长期担任母基金常年法律顾问，全程参与母基金设立与运营的法律服务工作。已针对第一批、第二批子基金遴选工作多次组织开展反向尽职调查，并协助母基金完成相关协议的谈判、修订等多项具体实务工作。北京市中伦文德

德律师事务所主任、高级合伙人李铮律师带领的专业团队提供了积极高效的服务，成功助力此次子基金签约落地。

### ▲ 中伦文德李铮律师入选涉案企业合规第一批第三方监督评估机制专业人员名单

2021年12月16日，中华全国工商业联合会涉案企业合规第三方监督评估机制管理委员会发布了《涉案企业合规第三方监督评估机制管理委员会关于公布第一批第三方机制专业人员的决定》，聘请北京市中伦文德律师事务所高级合伙人李铮律师等207名同志为第一批第三方监督评估机制专业人员，聘期至2023年12月。

李铮律师将作为第一批专业人员对涉案企业合规承诺进行调查、评估、监督和考察，其结果将作为人民检察院依法处理案件的重要参考。

### ▲ 中伦文德律师受邀参加国家发展和改革委员会“一带一路建设促进中心”座谈会

2021年12月17日上午，中伦文德律师事务所合伙人、董事长陈文律师，中伦文德北京总所主任、高级合伙人、中伦文德“一带一路”发展战略研究院院长李铮律师，中伦文德付启琮、黎万奇律师一行四人在国家发展和改革委员会“一带一路建设促进中心”（以下简称“一带一路建设促进中心”）会议室参加座谈会。

### ▲ 中伦文德李晓娟律师团队代理客户在比特币“挖矿”案件中大获全胜

2021年12月15日，北京朝阳法院公开开庭审理并宣判了一起因比特币“挖矿”迟迟未见收益而引发的服务合同纠纷，法院一审认定合同无效，判决驳回原告要求支付巨额比特币收益的诉讼请求。目前，该案是否会进入二审程序、一审判决是否会生效尚不明确。但是，在2021年11月份，北京市中伦文德律师事务所（“中伦文德”）收到北京市东城区法院（“东城法院”）作出的一份关于比特币“挖矿”纠纷案件的《民事判决书》，判决驳回原告的全部诉讼请求，目前本案件判决已经生效。本案件由中伦文德合伙人李晓娟律师及实习律师黄威为被告代理，大获全胜！

### ▲ 魏大忠为公安部第一研究所做专题讲座

2021年12月22日，公安部第一研究所常年法律顾问、北京市中伦文德律师事务所律师魏大忠应邀为公安部第一研究所做了题为《防范经营风险，保障高质量发展》的专题讲座。公安部第一研究所党委书记赵水芳主持讲座并做了总结讲话。公安部第一研究所领导班子成员、各部门和下属各单位负责人约100人听取了讲座。

### ▲ 中伦文德上海分所支持无障碍电影发展

2021年12月23日，上海光影之声无障碍影视文化发展中心（以下简称光影之声）的负责人韩颖老师与其团队成员五人拜访中伦文德律师事务所，向中伦文德上海分所合伙人黄阳阳律师送上锦旗，感谢她为无障碍电影的发展作出的贡献。

### ▲ 中伦文德成功入选航天金租法律服务供应商

2021年12月，北京市中伦文德律师事务所成功入选航天科工金融租赁有限公司（简称“航天金租”）综合类、资本市场债务与股权、争议解决（诉讼与仲裁）领域的法律服务供应商。航天金租是全国第一家航天央企控股的金融租赁公司，成立以来在为航天科工集团内重点核心客户提供上游供应链融资及下游贸易链融资的同时，一直坚持以国家战略为导向，为实体经济服务，依托“军民融合”产业为基础，拓展实体经济及战略性新兴产业业务。本次法律服务由北京总所合伙人李志平律师负责，服务团队成员还包括孙熙捷律师和马竞律师助理。

**▲ 中伦文德再次入选北京城市副中心投资建设集团有限公司律师库**

近日，中伦文德律师事务所创始合伙人陈文律师、高级合伙人甄庆贵律师、张海军律师、武坚律师等组成律师团队，代表中伦文德再次入选北京城市副中心投资建设集团有限公司（“北投集团”）2022-2024 年度律师库，入库的四个领域分别是：企业常年法律顾问服务、企业并购法律服务、房地产与建设工程法律服务、知识产权法律服务。

**▲ 中伦文德胡百全（前海）联营律师事务所成功入选 2021 年东莞银行律师事务库**

2021 年 12 月 10 日，东莞银行股份有限公司 2021 年律师事务所库招标项目入库结果公布，中伦文德胡百全（前海）联营律师事务所成功中标，入选非诉讼类库。

**▲ 中伦文德昆明分所垂直马拉松挑战赛“RUN RUN UP”**

2021 年 12 月 10 日上午，由同德昆明广场·【昆明 269】写字楼主办的“同心同德 聚力共赢 RUN RUN UP”昆明广场 269 米垂直马拉松开跑。北京市中伦文德（昆明）律师事务所作为本次赛事的协办单位之一热情参与，并倾情赞助上百份法律服务超值大礼包。

**▲ 中伦文德济南分所执行主任付春律师被聘为第三届商河县政府法律顾问（专家库成员）**

2021 年 5 月，付春律师积极参与“第三届商河县人民政府法律顾问（专家库成员）”公开竞聘，并提交了自身在金融证券、基金、政府投融资、政府专项债券、公司法务等业绩及相关研究成果、荣誉。经过商河县人民政府综合考察审核认定，通过了“第三届商河县人民政府法律顾问（专家库成员）”公开选聘。2021 年 12 月，商河县人民政府向付春律师颁发了《商河县第三届政府法律顾问（专家库成员）》聘书。

**▲ 中伦文德与中南大学法学院战略合作里程碑——“中企海外合规与反腐败法制研究中心”成功挂牌**

为深化与高校的合作、加强对涉外法律人才的培养，12 月 15 日上午，中南大学法学院中企海外合规与反腐败高端论坛暨“中企海外合规与反腐败法制研究中心”挂牌仪式暨“朋乐”奖教奖学金签约仪式在中南大学法学院举行。中伦文德（长沙）律师事务所主任田学军、高级合伙人王涛，中伦文德胡百全（前海）联营律师事务所主任林威律师，高级合伙人孙淘律师、沈天举律师，合伙人梁新越律师出席了签约仪式。

**▲ 中伦文德·长沙顺利协办湖南省第十四届研究生创新论坛“工程法治与学科交叉”分论坛暨长沙理工大学第十七届研究生博力学术论坛**

12 月 18 日，由北京中伦文德（长沙）律师事务所协办的湖南省第十四届研究生创新论坛——“工程法治与学科交叉”分论坛暨长沙理工大学第十七届研究生博力学术论坛在长沙理工大学云塘校区顺利召开。论坛由湖南省人民政府学位委员会、湖南省教育厅主办、长沙理工大学承办。中伦文德长沙分所高级合伙人罗学民、常芸出席此次论坛。

**▲ 中伦文德昆明分所申思洪律师当选政协昆明市五华区第十届委员会委员，并出席第十届委员会第一次会议**

在五华区政协换届中，根据昆明市委、五华区委关于五华区政协换届工作的规定，经提名推荐、民主测评、个别谈话、查验验证、发布公示与决议通过等环节，2021 年 12 月 31 日政协昆明市五华区第九届委员会常务委员会第三十三次会议审议通过了政协昆明市五华区第十届委员会委员名单。北京市中伦文德（昆明）律师事务所合伙人申思洪律师当选政协昆明市五华区第十届委员会委员，界别属于中国民主建国会五华区基层委员会。

**▲ 中伦文德与悦刻国际达成合作协议**

近日，北京市中伦文德律师事务所昆明办公室与悦刻国际签订了《合规专项法律服务协议》。双方团队将致力于 RELX 品牌国际业务合规及策略应对研究，为悦刻

国际实施海外战略保驾护航。

**▲ 祝贺中伦文德天津分所邓懿律师、娄爽律师、刘冬军律师晋升高级合伙人，张奕律师、黄国富律师、高志成律师、满如华律师晋升非权益合伙人**

2021 年 12 月 15 日，天津分所召开本年度第三次合伙人会议，对原合伙人邓懿律师、娄爽律师、刘冬军律师晋升高级合伙人事宜，以及张奕律师、黄国富律师、高志成律师、满如华律师晋升非权益合伙人事宜进行表决。上述律师分别述职并经全体合伙人表决一致通过。

**▲ 中伦文德天津分所高级合伙人袁伟明律师参加并主持 2021 环太律协资本市场法治国际论坛分论坛**

12 月 18 日，由环太平洋律师协会和华东政法大学联合主办，国际法学院承办的“2021 环太律协资本市场法治国际论坛”在华东政法大学交谊楼举行。本次论坛聚焦“资本市场法治国际合作新机遇”，来自国内外的专家学者将就资本市场跨境合作与争议解决机制以及《中华人民共和国期货和衍生品法》的立法等前沿问题展开研讨。以“资本市场跨境合作与争议解决机制、《中华人民共和国期货和衍生品法》（草案）修法建言”为主题的分论坛由环太律协跨境投资委员会副主席张海燕及天津分所高级合伙人袁伟明律师主持。

**▲ 中伦文德济南分所荣获 2021 年度“优秀律师事务所”**

2021 年 12 月 21 日，济南市公共法律服务协调指挥中心召开 2021 年度 12348 市公共法律服务热线及信访值班律师工作座谈会，济南市司法局党委副书记、副局长周瑛出席会议并讲话。会上宣布，济南分所被评为“优秀律师事务所”荣誉，予以表彰。

**▲ 中伦文德天津分所 12 位律师通过事务所晋升机制晋升为非权益合伙人**

2021 年 12 月 28 日，事务所召开高级合伙人会议，对吕焱律师、黄冀蒙律师、孙慧博律师、张凌霄律师、贝艳律师、孙秋实律师、林新华律师、南优敏律师、刘政育律师、王西巧仙律师、王倩律师、张森律师共 12 位律师晋升非权益合伙人事宜进行表决。晋升律师分别述职并经全体高级合伙人表决一致通过。

**▲ 中伦文德天津分所在贵州省湄潭县鱼泉街道完小设立“中伦文德励志奖助学金”，签署《“中伦文德励志奖助学金”捐赠协议书》**

2021 年 12 月，为了全面推进素质教育，鼓励学生刻苦学习，鼓励教师精心育人，天津分所在贵州省湄潭县鱼泉街道完小设立“中伦文德励志奖助学金”，自 2021 秋季学期至 2024 年春季学期结束共 6 学期，分别设置“优秀奖学金”“进步奖学金”“奖教金”“中考升学奖”“优秀班级管理团体奖”等奖项，且双方约定奖教金获得者可来天津交流，以奖励品学兼优的学生和在人才培养中有突出贡献的优秀教师。

**▲ 中伦文德李政明律师为中国政法大学民商经济法学院学生颁发奖学金**

12 月 29 日下午，2020-2021 学年中国政法大学民商经济法学院中伦文德律师事务所奖教金、奖学金颁奖仪式在逸夫楼 3038 会议室举行。北京市中伦文德律师事务所高级合伙人李政明，学院党委书记王洪松，奖教金获奖教师李蕊、冀放，奖学金获奖学生和相关年级辅导员老师参加仪式，仪式由 2021 级辅导员陈莹蓝主持。

**▲ 中伦文德胡百全（前海）联营律师事务所成功入选兴业银行律师库**

2021 年 12 月 30 日，兴业银行股份有限公司中山分行 2022 年律师事务所库入库结果公布，中伦文德胡百全（前海）联营律师事务所成功入库，在服务期内，中伦文德胡百全（前海）联营律师事务所将为兴业银行中山分行持续提供专业法律服务。

**▲ 中伦文德当选深圳市版权协会副会长单位**

2021 年 12 月 30 日，深圳市版权协会在深圳召开的第四次会员大会，通过无记名投票选举产生了第五届理



事会、监事会成员。腾讯科技（深圳）有限公司当选第五届会长单位，中伦文德胡百全（前海）联营律师事务所和深圳报业集团、深圳广电集团、中兴通讯、宇龙计算机公司等共十家单位共同当选副会长单位。中伦文德胡百全（前海）联营律师事务所副主任周力思律师代表中伦文德出席会员大会并接受副会长单位证书。

#### ▲ 中伦文德入选农信银资金清算中心法律服务供应商

近日，北京市中伦文德律师事务所收到农信银资金清算中心 2022-2023 年常年法律顾问服务采购项目中标通知书，中伦文德成功入选农信银资金清算中心法律服务供应商。在服务期内，中伦文德将为农信银资金清算中心持续提供专业法律服务。本项目由中伦文德银行业法律专业委员会主任、高级合伙人姚正旺律师牵头，并得到多名合伙人和律师的大力支持，进一步展现了中伦文德高度的团队协作精神及在银行金融领域精湛的专业水准。

#### ▲ 中伦文德入选中国石油天然气集团有限公司一级律师库

近日，中国石油天然气集团有限公司一级律师库（2022-2024）入库招标项目入库结果公布，北京市中伦文德律师事务所成功中标，入选最具分量的综合包，以及房地产、建设工程等核心专业包。在三年服务期内，中伦文德将有机会为中国石油集团公司提供综合包（包括公司、能源、建设工程、并购重组、银行与金融、争议解决等领域）以及房地产、建设工程等专业包项下的多领域法律服务。

本项目在陈文董事长亲自关心协调下，由中伦文德高级合伙人姚正旺律师、王向阳律师、武坚律师牵头，并得到多名合伙人和律师的大力支持，展现了中伦文德业务的专业性与高度团队合作精神。

#### ▲ 中伦文德中标担任中国移动政企分公司法律顾问

近日，中伦文德律师事务所通过招投标竞争，成功中标中国移动通信有限公司政企客户分公司（简称“中国移动政企分公司”）2021-2022 年度外部法律顾问选聘项目，成为该公司的常年法律顾问。本次投标工作中由中伦文德律师事务所高级合伙人武坚律师牵头，参与的团队人员包括娄耀雄律师、朱传炉律师、徐云飞律师、张晋宏律师、许璟律师、田亚男律师、于亚萍律师、徐征律师和实习律师及律师助理王梦婷、张凌翔、刘涛、徐娇、谢娜娜等。

#### ▲ 中伦文德代理客户在贸仲反转赢得“最低保证采购量条款”仲裁案的重大胜利

2021 年 12 月 31 日，北京市中伦文德律师事务所（“中伦文德”）收到中国国际经济贸易仲裁委员会（“贸仲”）作出的生效《裁决书》：对方（申请人）仲裁请求金额为 435 万元，仲裁委最终裁决我方客户（被申请人、A 股上市公司企业）仅象征性承担 5.5 万元，驳回了申请人请求金额的 99%。中伦文德为客户争取了远超预期的代理结果，送给客户一份新年贺礼，获得了客户的高度赞扬。

本案客户（上市公司）系中伦文德杭州分所的常年法律顾问单位，本案管辖在北京，由北京总所的张海军律师（执委、高级合伙人）、史家律师（非权益合伙人）及刘雨鑫律师助理等组成律师团队进行代理，杭州分所张彦周律师（杭州分所主任）作为牵头人，共同为客户提供服务，充分发挥了中伦文德总所与分所在区域配合、一体化服务方面的优势。

#### ▲ 中伦文德助力客户设立百亿绿色基础设施投资基金

2021 年 12 月 31 日，北京首只百亿规模绿色基础设施发展基金合同签约落地，北京市中伦文德律师事务所为客户发起设立该基金提供全程法律服务。北京市中伦文德律师事务所作为本项目的专项法律顾问，为本项目提供全程、专业、高效的法律服务，服务内容包括起草、审阅起草基金文件、参与谈判等。北京市中伦文德律师团队由高级合伙人李敏律师负责，经办律师包括张冰梅律师、姚思婧律师等。

#### ▲ 中伦文德多项法律服务入选《北京市公共法律服务项目（产品）目录（2021 年）》

近日，北京法律服务网上传了《北京市公共法律服务项目（产品）目录（2021 年）》。此次目录具体包括：政府相关业务法律服务项目 37 个、刑事法律服务项目 3 个、民商法律服务项目 80 个、涉外法律服务项目 4 个。北京市中伦文德律师事务所（以下简称“中伦文德”）的 6 项法律服务项目成功入选该目录，分别是“SPAC 海外融资法律服务”、“公司并购（含法律尽职调查）法律服务”、“跨境遗产继承法律服务”、“涉外仲裁法律服务”、“政府引导基金对私募基金管理机构反向尽职调查法律服务”、“资产证券化专项法律顾问服务”。

#### ▲ 中伦文德律师事务所多名合伙人入选上海仲裁委员会新一届仲裁员名册

近日，上海仲裁委员会发布了新一届（第七届）仲裁员公告，中伦文德律师事务所林威律师、滕云律师等入选，彰显了中伦文德在商事仲裁及争议解决领域专业的法律服务能力和综合实力。中伦文德律师事务所上海分所高级合伙人林威律师、滕云律师均具有丰富的大型案件承办经验和知识储备。两位律师入选上海仲裁委员会的仲裁员名册，定会遵循中国法律、参照国际惯例、按照上海仲裁委员会规则，独立、公正、专业、高效地解决各项争议纠纷。

#### ▲ 中伦文德济南分所顺利召开 2022 年度第一次执委会会议暨第一次全体律师会议

2022 年 1 月 3 日，中伦文德（济南）律师事务所顺利召开 2022 年度第一次执委会会议暨第一次全体律师会议，李晓宁律师、付春律师、张永亮律师等本所合伙人律师、执业律师、律师实习人员参会。

#### ▲ 中伦文德天津分所温主任一行莅临本所座谈交流

1 月 5 日，北京市中伦文德（天津）律师事务所温志胜主任和刘政育律师莅临沈阳分所，就律所建设、人才培养及业务合作等议题与沈阳分所律师进行了座谈交流。

#### ▲ 中伦文德助力深圳顺丰集团成功发行 2022 年度第一期超短期融资券

2022 年 1 月 7 日，顺丰泰森成功面向合格投资者公开发行 2022 年度第一期超短期融资券，发行规模为 5 亿元人民币，发行期限 265 天。中伦文德在继 2020 年度、2021 年度服务顺丰泰森的超短期融资券发行的基础上，继续作为顺丰泰森的专项特聘法律顾问，为 2022 年度的发行提供专业法律服务。本次法律服务由北京总所合伙人李志平律师负责，服务团队成员还包括孙熙婕律师和马竞律师助理。

#### ▲ 中伦文德南昌分所陈刚律师、温孝英律师被选为南昌市第二届市级人民监督员

2022 年 1 月 7 日，南昌市司法局发布《关于选任南昌市第二届市级人民监督员的决定》洪司发[2022]1 号文件，南昌分所创始合伙人、监事会主席陈刚律师，高级合伙人温孝英律师被选任为南昌市第二届市级人民监督员。

#### ▲ 中伦文德广州分所党支部与广州医药行业协会党支部开展“百所联百会”暨党建结对共建活动

近日，为扎实开展“我为群众办实事”实践活动，深化民营企业法律服务工作，构建法治化营商环境，助力民营经济健康发展，深入推动“百所联百会”机制，加强党建工作互动交流，构建“资源共享、优势互补、互相促进、共同提高”的党建工作新格局，在此基础上，北京市中伦文德（广州）律师事务所党支部和广州医药行业协会党支部携手开展“百所联百会”暨党建结对共建活动。

#### ▲ 中伦文德广州分所党支部召开十九届六中全会精神学习会暨党史党课专题讲授

2022 年 1 月 14 日下午三点，北京市中伦文德（广州）律师事务所召开了 2021 年终总结大会，律所全体人员参



加本次会议。律所主任余树林对律师事务所的全年的工作进行回顾总结并发表讲话，疫情之下的坚守是极其不易的一年，但对于律所工作存在的不足之处，有则改之，无则加勉，并鼓励全体律师新的一年不忘初心，砥砺前行。

**▲ 湖南省司法厅党组副书记、副厅长方华堂一行莅临中伦文德·长沙所检查指导工作**

2022年1月11日，新年伊始，湖南省司法厅党组副书记、副厅长、省律师行业党委书记方华堂莅临北京中伦文德（长沙）律师事务所指导、检查党建工作，全国律师协会副会长、省律师协会会长、省律师行业党委副书记杨建伟，省律师协会秘书长汤力勃等陪同调研。

**▲ 北京总所李铮主任莅临中伦文德大连分所指导工作**

2022年1月11日，北京市中伦文德律师事务所主任、高级合伙人、执委会委员李铮律师莅临大连分所听取汇报、指导工作。大连分所陈申蕾主任就本所上一年度的人事、财务、业务等方面工作情况向李铮主任做了汇报，并介绍了大连分所未来在吸收人才、业务拓展、制度建设等方面的设想及措施。大连分所各位律师及律师助理也畅谈了上一年度的工作进展和工作心得。李铮主任就大连分所取得的阶段性成绩给予了高度评价，并就未来的发展给予宏观指导及具体建议。

**▲ 中伦文德多个业务领域、多位律师荣登《钱伯斯大中华区法律指南 2022》榜单**

2022年1月12日，钱伯斯（Chambers and Partners）发布了《钱伯斯大中华区法律指南 2022》（Chambers Greater China Region 2022）榜单，该指南汇集了大中华区所有司法管辖区，包含中国大陆、中国香港、中国澳门和中国台湾四个区域的领先律所和领先律师排名。中伦文德凭借卓越的专业能力与优势团队，多项业务领域和多名律师荣登该指南，显示了中伦文德进而有为的发展态势。中伦文德将进一步面向全世界客户，提供更全面、优质、高效的专业法律服务。

**▲ 中伦文德荣登 THE LEGAL 500 2022 亚太地区榜单**

2022年1月12日，国际法律评级指南 THE LEGAL 500 公布了 2022 亚太地区榜单（The Legal 500 Asia Pacific 2022）。北京市中伦文德律师事务所（以下简称“中伦文德”）凭借卓越的市场表现和专业的法律服务荣登该榜单，充分彰显了中伦文德在相关法律服务市场的专业实力与影响力。

**▲ 北京中伦文德（天津）律师事务所凭借优秀专业能力荣登《钱伯斯大中华区法律指南 2022》天津地区公司（商事）领域榜单**

2022年1月12日，钱伯斯（Chambers and Partners）发布了《钱伯斯大中华区法律指南 2022》（Chambers Greater China Region 2022）榜单，该指南汇集了大中华区所有司法管辖区的领先律所和领先律师排名。中伦文德凭借卓越的专业能力与优势团队，多项业务领域和多名律师荣登该指南，天津所凭借优秀专业能力荣登天津地区公司（商事）领域榜单，显示了事务所进而有为的发展态势以及卓越的专业能力。

**▲ 中伦文德太原分所中标“山西省国有资本运营有限公司律师事务所框架协议”采购项目**

近日，在太原分所合伙人张秋峰副主任律师团队精心准备与不懈努力下，成功代表太原分所中标“山西省国有资本运营有限公司律师事务所框架协议”采购项目，成为备选库成员律师事务所，拟为山西省国有资本运营有限公司及其直属子公司提供诉讼、仲裁代理等法律服务。

**▲ 中伦文德上海分所助力统一企业胜诉知识产权侵权案件**

近日，天津市第三中级人民法院做出的北京统一饮品有限公司诉天津统一集团有限公司、天津统一集团科技有限公司之商标侵权及不正当竞争案民事判决书生效，并全文刊发于最高人民法院裁判文书网，就此宣告长达两年之久的“真假李逵之争”纠纷，最终以原告北京统

一饮品有限公司所代表的统一企业方取得全面的胜诉。此案中，中伦文德上海分所接受原告委托后，以高级合伙人林威律师、合伙人邓瑜律师牵头组建诉讼团队，并由合伙人邓瑜律师、合伙人李宇明律师及资深律师郭泠泠律师、牛琦律师具体执行案件处理事宜。

**▲ 中伦文德重庆分所成功入库重庆市公证处、重庆市中信公证处“遗产管理人”推荐库**

2021年11月19日，重庆市公证处公布“遗产管理人（机构）”首批入库备案名单，重庆分所成功入库。2022年1月12日，重庆市中信公证处公布首批遗产管理人名录，重庆分所凭借专业的律师团队、优质的服务理念及丰富的法律服务经验，再次成功入库。

**▲ 中伦文德成功举办 IPO 及资本市场监管高峰研讨会**

2022年1月14日，由中伦文德公司与证券专业委员会、中伦文德大湾区经济与法律发展研究中心主办的 IPO 及资本市场监管高峰研讨会在中伦文德胡百全（前海）联营律师事务所圆满举行。

由于疫情原因，本次研讨会部分主讲人只能线上参与，但丝毫不影响与会者的热情，许多来自企业、律所的法务人员、财务人员、企业家、律师都来到现场参与研讨会。

**▲ 中伦文德南昌分所律师梁成意博士受邀参加全国工商联法律服务工作会议**

2022年1月14日，中伦文德南昌分所律师梁成意博士作为江西省工商联直属会员商会法律服务中心主任，受邀参加全国工商联法律服务工作会议。会议由全国工商联法律部部长涂文同志主持。由于疫情原因，会议采取了线上和线下相结合的方式，各省级工商联在线上参加了会议，江西省工商联副主席周华爱参加了会议。

**▲ 中伦文德重庆分所与重庆市国信公证处签署战略合作协议**

2022年1月19日，北京市中伦文德（重庆）律师事务所与重庆市国信公证处战略合作签约仪式在本所会议室举行。此次战略合作旨在进一步深化公证与律师交流合作，构建“公证+律师”法律服务共同体。重庆分所高级合伙人、监事王祖惠与重庆市国信公证处副任何朋城作为双方代表签署战略合作协议。

**▲ 中伦文德成功举办 2022 年度第二次全体合伙人会议暨 2021 年度表彰大会**

2022年1月20日下午，北京市中伦文德律师事务所（以下简称“中伦文德”）在北京总部多功能厅举办了中伦文德 2022 年度第二次全体合伙人会议暨 2021 年度表彰大会。本次会议通过线上和线下相结合的模式进行，总结和盘点了上一年度的优秀合伙人、优秀专业委员会主任、优秀律师、优秀律师助理、优秀秘书及优秀行政人员取得的成绩，表彰先进。会议由中伦文德北京总所副主任张海军律师主持。

**▲ 中伦文德助力诚达药业在深圳证券交易所创业板成功挂牌上市**

2022年1月20日，诚达药业股份有限公司（以下简称“诚达药业”，代码：301201）在深圳证券交易所创业板正式挂牌上市。诚达药业本次公开发行股份 2417.4035 万股，发行价格为 72.69 元/股，募集资金总额为 17.57 亿元。中伦文德高级合伙人张彦周律师、张晓霞律师，合伙人刘晓琴律师、曹春芬律师，资深律师李帅、陈宏杰，项目组成员丁成铭、肖达夫、李晨、刘欣馨组成的团队共同为诚达药业本次发行上市项目提供了全方位、高质量的法律服务。

**▲ 中伦文德四位律师受聘为中山大学法律硕士研究生校外导师**

根据教育部和司法部就实施法律硕士专业学位（涉外律师）研究生培养项目下发的相关通知，为贯彻落实习近平法治思想，着力培养涉外法治人才，中伦文德胡百全（前海）联营律师事务所与中山大学就该项目达成



合作，签署了联合培养合作协议。

2022年1月21日，中山大学法学院召开了法律硕士（涉外律师）研究生暨涉外法治人才培养工作会议。中伦文德胡保全（前海）联营律师事务所主任林威、副主任周力思、高级合伙人孙淘、合伙人梁新越四位律师受聘为该联合培养项目的校外导师。

#### ▲ 中伦文德沈阳 2021 年度总结表彰大会成功举行

2022年1月21日，北京市中伦文德（沈阳）律师事务所举行“新征程 再出发”——2021年度工作总结表彰会。律所主任宋俊伟、高级合伙人孙冰、杜青国、李法婕与全所律师及行政人员共聚一堂，总结2021年度工作成就，规划2022年度工作蓝图，表彰年度优秀律师。

#### ▲ 中伦文德济南分所成为济南市资本市场发展促进会会员单位

2022年1月23日，济南市资本市场发展促进会在济南召开2022年资本市场展望暨济南市资本市场发展促进会第三届第二次会员大会。会上，罗斯会长做了《济南市资本市场发展促进会2021年工作总结及2022年工作计划》报告，并公布了新会员单位名单。济南分所作为司法部最早批准设立的第一批合伙制并扎根于中国并面向国际的大型综合性律师事务所的分所，经申请考察，荣幸成为济南市资本市场发展促进会会员单位。

#### ▲ 中伦文德重庆分所组织学习贯彻党的十九届六中全会精神

2022年1月24日，北京市中伦文德（重庆）律师事务所召开会议，组织全体律师学习党的十九届六中全会精神。会议由党支部书记曾杰同志主持。会上，曾书记传达了十九届六中全会精神，并指出，习近平总书记的重要讲话和六中全会精神，思想含量、知识量十分丰富，意义极为重大，影响极为深远。学习贯彻习近平总书记的重要讲话和六中全会精神，要深刻领会总结党的百年奋斗重大成就和历史经验的重大意义，深刻领会习近平总书记重要讲话精神，深刻领会“两个确立”的决定性意义，深刻领会党的百年奋斗的初心和使命和重大成就，深刻领会中国特色社会主义进入新时代的历史性成就和历史性变革，深刻领会党的百年奋斗的历史意义和历史经验，深刻领会以史为鉴、开创未来的重要要求。

#### ▲ 中伦文德常州分所助力 IDG 百亿级“零碳基金”落地龙城金谷

2022年1月24日，IDG资本联合基金战略投资方香港中华煤气有限公司共同宣布成立零碳科技投资基金（以下简称零碳基金），该基金将落户常州市龙城金谷南区。

北京市中伦文德（常州）律师事务所顾青团队、傅琥团队作为龙城金谷的常年法律顾问，以及主要出资方式武进区产业投资基金的专项法律顾问，全程参与了基金设立的筹备工作和谈判过程，提供了专业、精准、务实的法律意见，助力零碳基金落户龙城。

#### ▲ 中伦文德李云海律师团队代理计算机软件开发合同纠纷案件获得最高人民法院二审维持为客户减少大量损失

2022年1月，最高人民法院就某计算机软件开发合同纠纷案件作出终审判决，对方（二审上诉人，一审原告、反诉被告）诉讼请求金额为1100余万元，最高院终审判决我方客户（二审上诉人，一审被告、反诉原告）支付约300万元，中伦文德李云海律师团队为我方客户减少了大量损失，获得客户的肯定。该案因一份时间跨度约十年的计算机软件开发合同争议引起，中伦文德律师代理的我方客户为计算机软件开发合同的委托人。

#### ▲ 中伦文德多位律师荣登《商法》2021 年度“The A-List 法律精英”榜单

2022年1月24日，法律媒体《商法》(China Business Law Journal)正式公布了2021年度“The A-List 法律精英”榜单。《商法》通过年度调研，从来自企业法务、高管和律师同行的提名中，甄选出200位中国业务优秀律师，其中100位来自中国所，100位来自外资产所，以表彰他们在本年度之杰出表现和贡献。北京市

中伦文德律师事务所（以下简称“中伦文德”）高级合伙人胡高崇律师、合伙人赵冰凌律师、上海分所高级合伙人滕云律师凭借在过去一年里广受客户及业界认可的专业实力和出色表现入选该榜单。

#### ▲ 中伦文德助力目乐医疗股票定向发行项目通过审核

2022年1月24日，杭州目乐医疗科技股份有限公司（以下简称“目乐医疗”）收到全国中小企业股份转让系统有限责任公司出具的《关于对杭州目乐医疗科技股份有限公司股票定向发行无异议的函》（股转系统函[2022]1157号），公司股票定向发行申请获得通过。中伦文德律师事务所为目乐医疗本次股票定向发行项目提供专项法律服务。中伦文德高级合伙人张彦周律师团队为本次股票定向发行提供了全方位、高质量的法律服务，服务范围包括法律咨询、尽职调查、出具法律意见书等。中伦文德律师凭借资本市场领域丰富的经验、专业高效的法律服务及勤勉尽职的工作态度赢得了客户的高度认可。

#### ▲ 中伦文德航空及通航产业法律委员会副主任等任命及新年计划会议隆重举行

2022年1月25日，北京市中伦文德律师事务所举办了中伦文德航空及通航产业法律委员会副主任等任命及新年计划会议。会议由中伦文德航空及通航产业法律委员会主任、合伙人耿亚杰律师主持。会议任命北京总所合伙人魏大忠律师、合伙人孙长征、上海分所高级合伙人滕云律师、合伙人王佳玲律师为中伦文德航空及通航产业法律委员会副主任，中伦文德总所合伙人母波律师为航空及通航产业法律委员会秘书长。

#### ▲ 中伦文德天津分所高级合伙人娄爽、律师华亚飞承办的案件入选“首届律师公益（社会责任）典型案例”

2022年1月26日，法治日报社联合中国政法大学律师学研究中心面向全国开展的“首届律师公益（社会责任）典型案例”评选结果重磅揭晓，天津分所高级合伙人娄爽、律师华亚飞公益代理的“8.12”天津市和平区无差别杀人刑事附带民事诉讼案件被评为“参与重大事件处置十大典型案例”。

#### ▲ 中伦文德助力深圳市人才安居集团成功发行 2022 年第一期短期融资券

2022年1月28日，深圳市人才安居集团有限公司成功发行2022年度第一期短期融资券，发行规模为10亿元。中伦文德律师事务所在此次短期融资券的注册、发行过程中提供了全程法律服务。此次短期融资券发行工作由中伦文德朱登凯律师团队、周力思律师团队提供法律服务，团队成员包括雷锐芝、李超、李小鹏、苏晓芸、欧阳俊、宁宁、余思阳、赵津、肖亚卓。

#### ▲ 中伦文德助力深圳市人才安居集团成功发行 2022 年第一期中期票据

2022年1月28日，深圳市人才安居集团有限公司成功发行2022年度第一期中期票据，发行规模为5亿元。中伦文德律师事务所在此次中期票据的注册、发行过程中提供了全程法律服务。此次中期票据发行工作由中伦文德朱登凯律师团队、周力思律师团队提供法律服务，团队成员包括雷锐芝、李超、李小鹏、苏晓芸、欧阳俊、宁宁、余思阳、赵津、肖亚卓。

#### ▲ 中伦文德助力深圳市人才安居集团成功发行全国首单租赁住房绿色中期票据

2022年1月28日，深圳市人才安居集团有限公司成功发行2022年度第一期绿色中期票据，发行规模达到上限金额10亿元。中伦文德律师事务所在此次绿色债务融资工具的注册、发行过程中提供了全程法律服务。本期绿色中期票据发行工作由中伦文德朱登凯律师团队、周力思律师团队提供法律服务，团队成员包括雷锐芝、李超、李小鹏、苏晓芸、欧阳俊、宁宁、余思阳、赵津、肖亚卓。



### ▲ 中伦文德高级合伙人李铮律师入选冬奥会公益法律服务团

近日，随着北京冬奥会进入倒计时，首都公共法律服务工作者积极行动，北京市律师协会、北京仲裁委员会（北京国际仲裁中心）成立冬奥会公益法律服务团，发挥专业优势、助力冬奥盛会。中伦文德北京总所主任、高级合伙人李铮律师成功入选冬奥会公益法律服务团名单。

### ▲ 中伦文德李政明律师、林威律师受聘为深圳国际仲裁院仲裁员

根据《中华人民共和国仲裁法》和《深圳国际仲裁院条例》经深圳国际仲裁院（又称“华南国际经济贸易仲裁委员会”“粤港澳大湾区国际仲裁中心”“深圳国际仲裁委员会”，英文简称 SCIA）第二届理事会第十八次会议审议，新一届《深圳国际仲裁院仲裁员名册》于 2022 年 2 月 21 日起启用。北京市中伦文德律师事务所高级合伙人李政明律师、林威律师与国内外多位专家老师一起，受聘为深圳国际仲裁院新一届仲裁员，聘期三年，自 2022 年 2 月 21 日起至 2025 年 2 月 20 日止。

### ▲ 诚挚祝贺王佳玲律师和张力律师成为中伦文德上海分所合伙人

2022 年 1 月，中伦文德上海分所迎来了两位新合伙人，王佳玲律师加入了中伦文德上海分所担任合伙人，张力律师顺利晋升为中伦文德上海分所合伙人。

### ▲ 中伦文德助力岱鳌集团优化股权架构及进行股权激励

近日，上海岱鳌实业集团有限公司（以下简称“岱鳌集团”）委托北京市中伦文德（常州）律师事务所（以下简称“中伦文德常州分所”）就股权架构优化及股权激励方案提供专项法律服务。本次项目由中伦文德常州分所团队担任独家专项顾问。

### ▲ 中伦文德常州分所协助龙城金谷创投基金完成备案

在 2021 年的尾声收到喜讯，北京市中伦文德（常州）律师事务所协助常州龙城金谷创业投资合伙企业（有限合伙）完成在中国证券投资基金业协会的基金备案。

### ▲ 中伦文德常州分所胡孙全律师成功办理涉餐饮侵害商标权及不正当竞争案

2022 新年伊始，中伦文德常州分所知识产权团队收到办案的好消息。江苏省苏州市中级人民法院以（2021）苏 05 民初 1883 号作出民事裁定，准许原告上海辣府餐饮管理有限公司变更诉讼请求，并撤回对原告常州市钟楼区南大街辣之府火锅店起诉。涉案侵害商标权及不正当竞争纠纷，原告诉请赔偿经济损失及维权合理费用 300 万元，我所知识产权团队代理被告应诉。本案由律所主任顾青律师牵头负责，知识产权部胡孙全律师主办，实习律师袁诗倩参与，最终取得了预期的办案效果。

### ▲ 中伦文德常州分所协助武进区首支百亿级基金落地并完成备案

在 2022 年伊始，北京市中伦文德（常州）律师事务所协助常州市武进区产业投资基金合伙企业（有限合伙）落地并完成了在中国证券投资基金业协会的基金备案，该基金系常州市武进区首支百亿级基金，也是中伦文德常州分所基金团队 2022 年完成的首支百亿级基金项目。

### ▲ 中伦文德常州分所姜伟文律师受聘为溧阳市委市政府法律顾问成员

2022 年 2 月 15 日，常州分所姜伟文律师有幸受聘为溧阳市委市政府新一届法律顾问成员。姜伟文律师也是上一届的溧阳市政府法律顾问成员，对一些疑难复杂的行政处罚、行政复议案件提供了专业意见，代理的晋某某诉溧阳市政府的工伤认定行政复议案件，经江苏省高院二审维持了溧阳市政府的行政复议决定，收到了良好的社会效果和法律效果。

### ▲ 中伦文德重庆分所高级合伙人凌忠实律师受聘为重庆市医药教育研究会医事法律专业委员会委员

近日，重庆市医药教育研究会医事法律专业委员会

委员名单正式公布，重庆分所高级合伙人凌忠实律师受聘担任重庆市医药教育研究会医事法律专业委员会委员。

### ▲ 中伦文德深圳分所高级合伙人陈康康律师主办案件入选第四届“一带一路”法律服务典型案例

2022 年 2 月 15 日，由法治日报社主办的第四届“一带一路”法律服务典型案例入选名单揭晓。北京市中伦文德（深圳）律师事务所高级合伙人陈康康律师办理的“维护牙买加海外华侨在国内合法拆迁继承权益”项目，从数百份案例中脱颖而出，入选维护“一带一路”沿线国家公民、侨胞合法权益典型案例。

### ▲ 中伦文德高级合伙人陈康康律师主办案件入选第四届“一带一路”法律服务典型案例

2022 年 2 月 15 日，由法治日报社主办的第四届“一带一路”法律服务典型案例入选名单揭晓。中伦文德高级合伙人陈康康律师办理的“维护牙买加海外华侨在国内合法拆迁继承权益”项目，从数百份案例中脱颖而出，入选维护“一带一路”沿线国家公民、侨胞合法权益典型案例。中伦文德入选的“维护牙买加海外华侨在国内合法拆迁继承权益”项目，有效地维护了海外公民、侨胞的合法权益，具有良好的社会效应，向全社会积极传播了正能量。中伦文德将继续发挥专业优势，为“一带一路”沿线国家、企业、公民以及我国广大海外华侨提供专业的法律服务。

### ▲ 中伦文德上海分所高级合伙人陈永兴律师获聘首批中共黄浦区委法律专家库成员

2022 年 2 月 17 日下午，中共黄浦区委第二届法律顾问和第一批法律专家库成员聘任仪式举行。北京市中伦文德律师事务所上海分所高级合伙人陈永兴律师获聘首批中共黄浦区委法律专家库成员。本次活动旨在巩固深化法律顾问制度，为黄浦进一步深化依法治国实践，全面建设法治城区奠定新的基础。此次获聘的 5 位区委法律顾问及 10 位区委法律专家库成员将致力于最大化发挥政策文件“法律把关人”作用、普法教育“金牌宣讲员”作用及法治实践“高端智囊团”作用，助力黄浦区落地实施“法治上海、法治政府、法治社会”三大规划，在城市更新、金融贸易、公平竞争、基层治理、依法治企等领域寻找制度创新突破口，形成创新引领优势，为法治上海建设贡献黄浦的智慧和力量。

### ▲ 江西仙桃商会罗双喜会长一行莅临中伦文德南昌分所指导交流

2022 年 2 月 21 日，江西湖北商会常务副会长、江西仙桃商会会长、江西迪安科技有限公司总经理罗双喜，江西湖北商会副会长、江西仙桃商会常务副会长、江西瑞可德文化传媒有限公司总经理王诗鹏，上海宝冶厦门分公司华中区域公司总经理龚鹏一行莅临南昌分所参观交流，中伦文德南昌分所律师梁成意博士热情接待了商会一行。

### ▲ 热烈祝贺中伦文德南昌分所程锋律师当选省律协财税法律专业委员会副主任

近日，江西省律协公布了财税法律专业委员会组成人员，其中，南昌分所创始合伙人、党支部书记、管委会副主任程锋律师当选省律协财税法律专业委员会副主任。

### ▲ 知识产权及货代风险防范研讨会成功举办

2022 年 2 月 24 日，由主办方中山市律师协会、中山市贸促会与中伦文德律师事务所知识产权专委会、海事海商专委会，承办方中伦文德胡百全（前海）联营律师事务所共同举办的知识产权及货代风险防范研讨会在中伦文德前海办公室圆满结束。本次研讨会吸引了各行各业的企业家、律师同仁及媒体到场与主讲嘉宾们一起探讨知识产权与国际货代实务问题，现场高朋满座。







2022年1月4日，北京市中伦文德（西安）律师事务所高级合伙人周敏律师及其他志愿者向雁塔区退役军人事务局的抗疫志愿队捐赠物资，为一线抗疫人员送去温暖心意。2022年1月6日，周敏律师参与接收外地捐赠物资，西安市退役军人协会志愿者队将部分爱心物资捐赠至胡家庙干休所。周敏律师作为西安市退役军人服务协会法务顾问，积极参与到协会志愿者团队中，为抗疫物资捐赠保障工作贡献力量。



近日，北京市机关第九届“友联杯”篮球友谊赛圆满结束，获得本届篮球赛前三名的分别为北京市市场监管局、北京市教委和北京市发改委，中伦文德律师事务所荣获最佳组织奖。中伦文德高级合伙人陈禄堂律师作为律所代表参加了颁奖仪式，并与各参赛单位进行友好交流。中伦文德律师事务所共组织20余名律师、职工组成篮球队报名参加，其中高级合伙人陈禄堂律师为领队，主任、高级合伙人李铮律师为教练。



2022年1月18日，北京冬奥村（冬残奥村）正式启动闭环管理，进入赛时状态。1月27日，北京冬奥村正式开村。北京冬奥村赛时将各国运动员及随队官员提供住宿、餐饮、医疗等保障服务，赛后北京冬奥村将作为北京市人才公租房，面向符合首都城市战略定位的人才配租。北京市中伦文德律师事务所（“中伦文德”）作为北京冬奥村项目的常年法律顾问，通过提供优质的法律服务，为项目建设添砖加瓦，为本届冬奥会的成功举办贡献了一份法律人的力量。



2022年1月20日，诚达药业股份有限公司（以下简称“诚达药业”，代码：301201）在深圳证券交易所创业板正式挂牌上市。诚达药业本次公开发行股份2417.4035万股，发行价格为72.69元/股，募集资金总额为17.57亿元。中伦文德高级合伙人张彦周律师、张晓霞律师，合伙人刘晓琴律师、曹春芬律师，资深律师李师、陈宏杰，项目组成员丁成铭、肖达夫、李晨、刘欣馨组成的团队共同为诚达药业本次发行上市项目提供了全方位、高质量的法律服务。



2022年1月21日，由北京国际法学会主办、北京市中伦文德律师事务所（以下简称“本所”）承办的“后RCEP时代：新机遇、新挑战、新问题”主题研讨会在本所第8会议室成功举办。来自首都经济贸易大学、对外经济贸易大学、北京科技大学、中国社会科学院、外交学院等单位的北京国际法学会会员及相关专家、学者，通过线上和线下两个维度共同参与了本次研讨会。本所多名律师也参与现场交流。



2022年1月24日，中伦文德重庆分所与西南政法大学签署协议，共建教学科研实践基地。重庆分所管委会主任朱代恒，管委会副主任曾杰、杨帆、贾月琴、蒋伯勇、谢明华及西南政法大学民商法学院副院长李兆玉出席签约仪式。重庆分所管委会副主任谢明华和西南政法大学民商法学院副院长李兆玉代表双方签署《共建教学科研实践基地协议书》。

主 编：陈 文

执行主编：方登发

编 委 会：李 铮 李 刚 甄庆贵 夏欲钦 林 威 王志坚 陈云峰 温志胜 王爱国 刘银栋 朱代恒 洪国安 纪 斌 田学军

# 中伦文德律师事务所

## ZHONGLUN W&D LAW FIRM

北京·上海·成都·石家庄·天津·武汉·太原·济南·广州·深圳·南京·杭州·长沙·福州·重庆·沈阳·烟台·西安·青岛·昆明·海口·香港·伦敦·纽约

北京市朝阳区西坝河南路1号金泰大厦19层、10层、21层

19/10/21F, Golden Tower, No.1, Xibahe South Road, Chaoyang District, Beijing,  
100028

总机(Tel): (010)64402232

传真(Fax): (010)64402915

[www.zhonglunwende.com](http://www.zhonglunwende.com)