



中伦文德律师事务所
ZHONGLUN W&D LAW FIRM

中伦文德

法律
评论

2020年12月



2020

2021



2020年12月12日，由法治日报社主办、法制网承办的第三届“一带一路”优秀法律服务项目颁奖典礼暨“一带一路”法律服务高端论坛在京举行。在本次评选中，中伦文德凭借实力斩获“一带一路·健康之路”优秀法律服务案例（“亚投行总部大楼项目”）及“一带一路·健康之路”十佳律师事务所两项大奖。颁奖典礼上，中伦文德高级合伙人张显峰律师，中伦文德执委、高级合伙人张海军律师分别代表中伦文德上台接受颁奖。



2020年9月14日，中伦文德与中国经济体制改革研究会（以下简称“研究会”）合作洽谈及法律顾问聘任签约仪式在研究会会议室隆重举行。中伦文德参加本次会议的有：陈文律师（中伦文德联合创始人、董事长）、李铮律师（中伦文德事务部主任、高级合伙人）、李莹律师（中伦文德律师）、付启坤律师（中伦文德律师）。



2020年9月17日，中伦文德律师事务所主任李铮律师，受邀参加“法治号中国行进律所启动仪式暨法治日报创刊40周年律所主任开放日活动”。与会人员在法治日报社社长邵炳芳先生、副社长周秉键先生、外联部负责人陈虹伟女士的带领下共同见证了“法治号中国行进律所活动”的启动。



2020年10月22日，中伦文德在京举办“中伦文德2020秋季高尔夫友谊赛”。中伦文德创始人、董事长陈文律师和中伦文德高尔夫球会会长洪国安律师先后致欢迎辞，对来自五湖四海各位球友、中外友人表示热烈欢迎。开球仪式由中伦文德高尔夫球会副会长甄庆贵律师主持。陈文律师、洪国安律师、甄庆贵律师等一同为本场友谊赛开出彩球。

Rank	Firm
1	Dentons
2	Yingke
3	Jingsh Law Firm
4	King & Wood Mallesons
5	Allbright
6	DeHeng Law Offices
7	Grandall Law Firm
8	Zhong Lun W&D Law Firm
9	W&H Law Firm
10	Beijing DHH Law Firm
11	Long An Law Firm
12	Tahota Law Firm
13	Zhong Lun Law Firm
14	Zhong Yin Law Firm
15	Ashurst

2020年9月21日，知名国际法律杂志《美国律师》(The American Lawyer)公布了2020年亚太规模50强律所排名(THE 2020 ASIA 50)。该榜单以律所规模为考评依据，体现了上榜律所在人才资源上的综合实力。中伦文德荣膺亚太地区第8位。

目录

CONTENTS

Zhonglun W&D
Law Firm

12/2020

主 编: 陈 文
执行主编: 方登发
编 委: 李 刚 甄庆贵 夏欲钦
李 铮 林 威 王志坚
李熙华 温志胜 王爱国
刘银栋 余树林 洪国安
王长江

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 2020-12

家 国 情 怀

3 | 客观分析中美关系冷静面对国际局势 陈 文

事 务 所 文 化 论 坛

11 | 哲学法专题之六: 好好说话 (二)
——高情商说话和批判性思维 娄耀雄

文 化 与 旅 游 法 律

16 | 旅游立法中的履行辅助人制度评析 傅林放

涉 外 法 律

25 | 浅谈我国涉外仲裁对准据法问题的先行裁决 王 莺

民 商 法

29 | 论域名纠纷的救济途径 程海群 钟敏瑞

34 | 因小客车号牌指标引起的案件审判观点研究 甄庆贵 和 谦

37 | BT式项目合同法律问题探讨 黄冀蒙

42 | 著作权侵权纠纷案件管辖权的确定
——以一个计算机软件著作权侵权纠纷案件为例 邸建凯

44 | 民间借贷法规演进及司法实践现状 魏大忠 祁 航

劳 动 法 律

51 | 企业保护商业秘密、维护竞争优势之路径比较与选择
——以竞业限制纠纷与侵害商业秘密纠纷为切入点
胡高崇 蒋倩倩

CONTENTS

数 据 合 规 法 律

- 59 | GDPR知多少：数据控制者和数据处理者
从EDPB最新《指南》看定义 周力思
-

保 险 法

- 62 | 怡安与韦莱韬悦并购案引股东在美集体诉讼 李政明 任雅茹
-

证 券 法

- 68 | 普通合伙企业与合伙制私募基金的主要区别以及不宜
被认定为私募基金的几类合伙企业 李 敏 姚思婧
- 72 | 我国现行专门法律法规中规定的应备案专项私募基金类型
李 敏 张冰梅
- 76 | IPO业务在社保入税政策下的几点思考 郭 彦
-

刑 事 法 律

- 78 | 邵某某受贿罪案例分析 许 波
-

能 源 与 环 境 法

- 87 | 企业收购地热资源项目之合法合规性审查 郝 伟 田卓亚
-

人 文 风 采

- 90 | 咏秋 方登发
-

事 务 所 快 讯

- 91 | 事务所快讯 编辑部
-

2020年，是一个有着特殊意义的年份。这一年，新冠疫情横扫全球，中国在防疫过程中凸显“中国智慧”，国内疫情趋于稳定，令世界瞩目；这一年，受新冠病毒袭击，各国人民处于极度的紧张与恐慌之中，世界总体经济下行，世界格局出现了新动荡，中美关系的走向一度成为国人热议的话题。

中伦文德创始人陈文律师多次提到，律师作为法律职业共同体的重要组成部分，要有格局，要有一定的社会担当和家国情怀。

在此背景下，陈文律师于2020年8月初，撰写《客观分析中美关系冷静面对国际局势》一文，就中国关系的历史演变、应对策略等方面做了客观分析，并呼吁内部团结是致胜法宝。

中伦文德编辑部

2020年12月20日



□ 陈 文/文

陈文律师，北京市中伦文德律师事务所创始合伙人、董事长。北京大学法学博士、司法部瑞士圣加仑大学国际经济法研究所访问学者；中国国际商会调解中心调解员；中国国际经济贸易仲裁委员会建设工程与房地产专业仲裁员；北京市土地学会法律委员会主任；北京市优秀律师；北京市人民政府专家顾问团顾问；全国优秀律师；国家发改委促进一带一路工作中心法律顾问。

主要从事金融、房地产和公司的法律事务。

客观分析中美关系冷静面对国际局势

(写于 2020 年 8 月 1 日)

中美两国从 1979 年开始的全面合作伙伴关系变化到今天几乎全面对抗的对手关系总共经历了 40 余年。在这 40 余年里中美关系从全面合作到美方不断挑起事端及发展到全面对抗的对手关系经历了几个历史阶段。客观的讲，从上世纪 70 年代末和整个 80 年代及 90 年代，甚至二十一世纪的 2000 年代，尽管美国对待中国的关系有时也不断出现有磕磕碰碰，例如轰炸中国驻南使馆，南海撞机事件，银河号货船检查等事件，但总体上讲，美国在这段期间还是把中国当作合作伙伴来对待，他们对中国的改革开放和国际经济合作与贸易还是给予了极大的帮助与支持。2018 年中国对美国的贸易总额就达近 6335 亿美元。中国贸易顺差 3233 亿美元，也就是说我们中国赚的外汇主要来自美国。换句话说，在经济方面我们从中美贸易及投资方面获得了巨大利益！

在教育方面就更是如此，从 1978 年开始我们往美国派出 52 名公费留学生，到 2019 年我们大陆在美国有 60 多万公费及自费留学生，这些学成回国或未回国的留学生大多数都或多或少的对我国改革开放，经济发展都做出了自己的贡献。中美关系经历了四十余年的起起伏伏，中美关系发展到今天这种状态其内在的原因到底是什么？我们有必要深入探寻一下。

从互联网、通讯到中概股及高科技技术方面，

我们在与美国的交往中也获得了极大的收益。应该说我国从政府到企业及人民都对美国怀有极大的好感。我们曾经购买了美国的巨额美元国债，最高时曾达到 1 万多亿美元。我们有大批的到美国的公费和自费留学生就很可能说明问题。尤其是美国的资本市场培育了诸如：京东，阿里，腾讯等国内外著名企业。当然美国本身在与中国交往过程中也获得了很大的好处，他们的大学因为有了我们几十万的留学生而更加充满活力，美国的汽车，尤其是特斯拉电动汽车在中国获得了巨大的市场。毫无疑问，自从上世纪 70 年代以来，中国从来都把中美关系放在第一位！美国在过去也把中美合作关系放在一个很重要的位置，有美国学者曾称 Chamerica “中美国”。我们国家的有关人士也曾称中美关系为“夫妻关系”。2017 年我们的最高领导访问美国时，与美国川普总统在其海湖庄园会谈时曾说：“我们有一千条理由要把中美关系搞好，我们没有一条理由要把中美关系搞坏”。可见我国从最高领导人到普通人民都有一个朴素的想法：就是要搞好中美关系！中美关系就是我们主要的外交关系，这样的说法一点也不为过。

尽管我们从国家领导人的最高层面到普通企业和普通老百姓都有着要和美国搞好关系的朴素想法，可为什么中美关系却向着相反的方向发

展呢？自从川普总统上任后中美关系更是急转直下，一天比一天紧张，直到7月份突然关闭中国驻休斯敦领事馆，并开始不让中国留学生继续在美学习。美国国务卿蓬佩奥7月份在加州尼克松图书馆的关于拆分中国和中国共产党的讲话使得中美关系恶化到了一个新高度。面对日益恶化的中美关系，国内外对导致这种恶化的中美



关系的原因有着不同的说法和观点：一些观点认为是我们最近几年的外交关系过于单一和生硬所致；还有观点认为是我们过早地抛掉了“韬光养晦”的策略，大张旗鼓的宣传“厉害了我的国”，更有一些观点认为是诸如：那个“政委”，和“局座”或胡总编等人“烧香引鬼”激怒了美国。也有观点认为川普是个生意人，目光短浅，不懂政治，甚至给他送了个绰号叫“川建国”。把中美关系的恶化的原因大部分推到川普政府一边。上述观点应该说是虽有一定道理，但并不全面。国际关系的变化是极其复杂的，尤其是中美这两个第一第二的大国的关系的变化一定是有其内在的、深层次的本质性原因的。否则我们只看表面现象，挖掘不到最深层的原因，只凭我们自己的想象和感觉去面对复杂多变并且日益恶化的中美关系，我们会总是被动，找不到有效的积极的或主动的策略与方法。

关于中美关系的历史回顾

简单回顾历史，也许能够帮助我们解开中美关系恶化的真正质的原因。我们可以从1900年的“庚子赔款”说起。由于慈禧太后刚愎自负，向西方11个强国同时宣战，导致八国联军侵略中国，继而导致大清政府战败投降，1901年中国和11个国家达成了屈辱的《辛丑条约》，向各战胜国赔偿白银4亿5千万两。（当时我们号称有4亿5千万同胞）。各国拿到大清政府的战争赔款都不亦乐乎，唯独美国提出退回其获得的赔款份

额，中国决定把退回的庚子赔款设立学校和留学基金。于是一批又一批年少的留学生先后到了美国和英国或德国及法国留学，这些当年的学生里面就有胡适，陈寅恪，梁思成，傅斯年等大师。这时的美国为什么要帮助中国？因为美国认为这时的中国太穷太弱了，美国自认为他们自己是一个自由的，民主的，文明的信奉上帝的基督教国家，帮助这个远在东方的贫穷国家不会威胁到他们的利益，反而会提高美国在国际社会中的地位。当时的清政府和以后的民国政府也都及时利用了这个时机，派出了大量的年少的中国留学生到欧美等国留学，由此也奠定了中国进入现代社会所需要的最重要的基础，培养了各类人才。我国的清华大学和燕京大学（北京大学前身），南开大学和同济大学等也都是利用“庚子赔款”最初建立起来。二战时期，中国是抗击日本侵略者的主要东方战场，当时美国政府支持由美国人陈纳德组成飞虎队向中国派遣数百架飞机帮助中国抗击日寇，并对中国战场提供战略物质，对中国人民的抗战事业提供巨大的帮助。为什么美国要对中国提供帮助，因为这时的中国仍然积贫积弱，如果中国被日本人打败，美国人的利益就会受到严重威胁，这时的美国帮助中国不仅符合中国人的利益，同时也符合美国人的利益，而且也更符合美国战后充当世界领袖的利益。后来的朝鲜战争，我们称之为“抗美援朝”和以后的“越战”之所以造成中美两国对立，那也是始于“两个世界”和“两个阵营”的对垒。其实质并非是美国要侵

略中国，而是中国要支持世界革命。

世界上唯一不变的就是变化，世界在变化，当年的共产主义国际大家庭，由于种种原因，我们和苏联老大哥决裂了。1969年中苏对峙，老大哥想一不做二不休，计划用最极端的手段来清除中国的全部核设施。在这关键时刻，美国人在获得这一令人震惊的绝密情报后一方面让纽约时报公开刊登这一消息，告诉中国当时的危险处境，同时强硬的向苏联表态如果苏联敢于向中国发射核武器，美国就要全面核打击苏联的核设施。这一次美国完全站在中国的立场，粉碎了苏联妄想清除我国尚在初期的核设施的诡计。为什么美国要帮助中国？因为这时的世界是有两个阵营，有两个超级大国：就是美国与苏联。美国和苏联要争霸世界，进行恶性的军备竞赛和核武器竞赛，而这时的中国，有10亿人口。中国虽然号称是第三世界的领袖，但人均年收入不超过100美元。这时的美国支持中国反对苏联，可以说完全符合中国人的利益，因为我们已经让那个北极熊老大哥压得喘不过气来，同时支持中国也非常符合美国的利益，对帮助美国结束冷战，瓦解苏联国际社会主义阵营大有帮助。所以1972年尼克松和基辛格的破冰之行访问中国，为1979年中美建交奠定了基础，也为建立中美全面合作伙伴关系铺好了道路。1979年1月1日中美建立了外交关系，同年邓小平访问美国并成功地让美国默认了中国要教训越南的计划。因为越南也属于社会主义阵营并且与苏联南北遥相呼应，打击越南就是打击苏联，有了美国的默许和支持，我们就知道北边的苏联不敢干涉我们教训越南。所以中越反击战一战打出了四十年的和平。这不但符合我们中国人的利益，而且也符合美国人的利益，这些事件也都加速了苏联的解体和东欧华沙组织的消亡。在这个事情上美国为什么支持中国？因为中国做的这些事不仅符合中国的利益，也符合美国的利益，也符合当时世界发展的方向。更重要的是这个时候的中国还是非常贫穷落后，与美国的贸易总额仅仅几亿美元。所以美国对中国给予支持，绝对不会对美国的利益造成威胁，反而只能收获美国在国际社会的赞誉和地位。苏联解体，美国成了真正单一的世界霸主。

美国自从一战以后，其经济，科学，军事地位迅速发展，国际地位快速提升。二战期间美国凭借其先进的科技水平和工业水平以及发达的金融资本，使其迅速超越英国和其他国家，成为二战后西方国家的领导者。在赢得了苏联与其争霸世界的战役后，美国真正尝到了独霸世界的甜头。不论是在同一意识形态的国际经济领域，还是在不同意识形态的国际政治领域，美国都不允许他国与其接近或匹敌。真可谓“卧榻之侧，岂容他人安睡耶？”日本是在人类历史上唯一被一个国家的两颗原子弹炸过的国家，二战尾声美国悍然把仅有的两颗原子弹分别投给了长崎和广岛，凶恶的日本无条件投降。美国深知日本对原子弹的恐惧、仇恨及报复心理，同时也为了对付苏联社会主义阵营，就把日本改造成西方民主制的国家，但同时却牢牢地控制着日本的政治，军事和经济命脉并使其符合美国的长期利益。把日本绑在以美国为首的西方阵营的战车上，这样就可以起到一石二鸟的效果。尽管如此，当日本的经济发展到仅次于美国老二的位置时，美国就痛下黑手，1985年美国诱导和胁迫日本签下了“广场协议”，废除了日本的武功，使得日元和日本房地产大幅度贬值，日本的经济一落千丈，20年探不到底！

再来说一下苏联，在上世纪60年代至80年代中下期，苏联与美国在军事上水平和规模几乎相当，除此之外苏联还是东欧华沙条约国的领导国，而且与美国还属于不同意识形态的国家，苏联当时明显要与美国争夺世界霸权，当然美国绝不会放过苏联的。结果大家都知道了，尽管苏联解体有其自身的许多原因，但美国起到的外因促进作用也决不能低估。因为美国是绝不会允许其他国家与其接近或争夺头号地位的，不管他是资本主义国家还是社会主义国家。

1978年党的十一届三中全会决议把当时的中国从以阶级斗争为主的社会转变到以经济发展为主的社会，从此中国的改革开放全面开始了。在这四十余年，中国人第一次被放开了手脚，全国14亿人民在党和政府的领导下，全民勤奋刻苦，当然也在美国，日本和港澳台地区和欧亚美等国家的支持与帮助下，中国的科技，教育，工业，经济和科研水平以日以千里的速度发展，以连我

们自己都不敢相信的速度发展起来。美国在我国改革开放之初和中期并没有意识到我们能发展到今天这个样子。美国总是好为人师，扮演上帝的角色，以救世主的姿态对待我们。而我们中国人则谦虚好学，友好平和，又加上勤奋努力，所以无论是从里根政府，还是老布什，克林顿或小布什政府，甚至到奥巴马政府，他们都对中国释放了足够的善意，因为在他们任期内的中国还没有羽毛丰满，中国还是弱国，发展中国家，我们还很穷所以他们愿意帮助中国和中国人，他们愿意帮助穷人，他们愿意接受来自我们的感激和感恩，他们认为他们在帮助上帝做他们该做的事。他们的大学愿意接受中国留学生，因为中国留学生大多数聪明好学，勤奋向上，同时美国的大学和研究机构也愿意雇佣中国研究人员，因为这些中国人有智慧能吃苦而且工资要求并不高。美国的硅谷高科技公司和华尔街金融公司也非常愿意雇佣中国留学生，因为中国人勤奋、聪明，同时又有巨大的中国市场，所以中国和美国在上世纪 80、90 或本世纪 2000 年代好像在过着蜜月，成为有人说的“夫妻”或“中美国。”但好景不长，积累了 40 年，穷国也会变富的，在这 40 年经过了量变到质变，中国在各方面都开始有了质的突变，这是很自然的事。

美国的民主，自由，文明和热情及愿意帮助其他弱小贫穷国家都是建立在一定的基础之上的。它的前提是他要帮的这个国家必须对他没有潜在威胁并服从和配合美国。当美国突然发现中国变富了变强了，他们的心态就开始变得不自然了。当奥巴马来中国访问时看到上海与北京等大城市的发展远超美国任何一个城市，他就想到要遏制中国。川普总统以前也是一个开发商，当他来到中国看到中国的高铁，桥梁和许多城市鳞次栉比的高楼大厦时，他感叹道美国才是发展中国家，这确实是他由感而发。根据世界经济信息网公布的信息显示：2019 年美国的 GDP 是 193621 万亿美元，而中国的 GDP 则是 122427 万亿美元，这两个数字的接近让川普政府感到震惊，不容置疑到 2030 年或 2040 年，中国的 GDP 一定会超过美国！让中国在经济水平上超过美国，让中国的 GDP 超过美国，这是让美国政府和美国

人都不敢想象的事，而何况中国是其意识形态与美国完全不同的国家！这是让美国朝野完全不能够容忍的事。美国人真的都很爱国，从二战以后美国就在西方世界独领风骚，在上世纪 90 年代初苏联解体后，美国独步天下，这种感觉也只有美国人能够享受到。他们习惯于统治世界，习惯于发号施令，习惯于居高临下，习惯打击小霸权国家（伊拉克，利比亚，委内瑞拉，朝鲜等）习惯领导世界，他们习惯于占领道德高地，他们太习惯同情弱者，在国际上打报不平，以救世主的身份，以国际警察自居，对他国主张所谓人权！干涉别国内政。上述一切的一切，都与其世界霸权有关，都与其世界领袖有关。如果一旦中国 GDP 超越美国，成为世界第一，他们认为这一切都将重新改写！所以美国的政治精英，甚至美国的军界，知识界，美国的两党和美国的参众两院及美国朝野一致同意把中国当作对手，对中国进行遏制政策！他们的最终目的是要搞垮中国，甚至把中国肢解为几个国家，就像当年苏联肢解为十个独联体一样。这一企图在美国 1999 年轰炸中国驻南斯拉夫联盟大使馆后克林顿发表的秘密演讲中完整无遗的暴露出来。

所以现在有些观点认为川普总统急功近利，是一个生意人没有政治格局，所以才导致美国政府对中国的态度大变脸。他们期望川普大选失败从而改变美国对中国的现行遏制政策。这种观点显然是不够全面，只看到了表面现象而忽视了内在实质。我们认为不管川普本次大选能否成功连任，他或下一届总统大体还会继续履行对中国的遏制政策。所以美国资深外交家基辛格博士反复说“中美关系回不去了”，就是这个意思。很多中国人一脸懵懂地问为什么回不去了？我们中国人很愿意回去啊！其实这只能是中国人的的一厢情愿。

放弃幻想，面对现实

要想改善现在危机四伏的中美关系绝非易事，不是在双边贸易谈判中我们妥协一下就可以做到的！这里有一个小故事可以让我们看清美国的实质：“有一只小羊在山下的小溪边饮水，一只在上游饮水的狼发现了小羊，它想吃掉小羊，又想理直气壮。于是它对小羊说，”小羊！你

把我的河水给弄脏了，我非吃了你不可！”小羊说：“我是在你的下游喝水啊，怎么会弄脏你的河水啊？”狼一听回答不上来了，但仍不死心就说“那去年这个时候你妈妈在这个小溪的上游饮水，我在下游饮水，所以还是弄脏了我的河水，因此我还是要吃你！”今天的美国就好比这条狼，无论中国怎么做，美国都有足够的理由要遏制你，甚至想要把你打回40年前！因为你目前的发展水平已经到了美国不能容忍的地步了！所以说那种认为是由于我们放弃“韬光养晦”，搞了“厉害了我的国”的宣传才把美国激怒而要遏制中国的观点也不完全对。同样那种认为是由于我国某几个所谓军事专家和总编或教授经常过激演讲而导致美国要对中国进行全面遏制的观点也不全面。我们这么大一个国家，总是会有些人出来发表一些观点的，这也不足为奇，但这些人的发言绝不会是让美国对中国连续发难直至要搞垮中国的主要原因。分析到这里我们就可以清楚的知道现在美国之所以民主党和共和党，参众两院及川普政府那么一致的对中国采取遏制政策并把中国当作对手来对待的真正原因了。

目前的机遇：虽然目前中国面临美国及其同盟国咄咄逼人的全面进攻和围攻，美国拉着印度，英国，日本和澳大利亚等国不断在南海挑衅，并且不时还打一下台湾牌，有时甚至叫嚣要拆除我们在南海填海建造的几个人工岛，表面上看好像中国处于被动，形势对我们并不太有利。但仔细分析起来就会发现美国实际上是心虚胆小，他不敢自己独家来闯南海，非要拉着一群国家一同来壮胆。

美国的经济由于新冠疫情的肆虐遭到了重创。接近500万人感染，有15万人死亡，每天都有6—7万人继续感染病毒，从目前情况来看，根本没有遏制病毒的可能性。按照目前病毒扩散的速度到2020年底，估计病毒感染者就会过千万，所以美国的经济形势会持续恶化，美国无限制印发美元不仅会对全世界的经济，也会对美国自身的经济起到饮鸩止渴的作用。不仅如此，由于美国黑人弗洛伊德事件，美国黑人暴乱事件持续发酵，对于被新冠病毒感染所折磨的体无完肤的美国来说无疑更是雪上加霜。这都会对美国

的综合国力是一个巨大的打击！在抗击新冠病毒这场战役里就可以看出美国的衰败和川普政府治理国家的无能。美国是全世界215个国家和地区在抗击新冠病毒战役中最为不力或最为失败的国家，这一方面说明川普总统的无能为力，另一方面也暴露了美国国家应急机制的脆弱和无力，同样弗洛伊德事件引发的黑人暴乱也是美国多年积累的政治，种族问题的大爆发。这一切都说明美国并不是像有些人想象的那样光鲜强大。实际上美国自身的问题很多很多，有些矛盾根本不容易解决。这同时也意味着上天眷顾中华，上天有意或无意中又给了中国一个十年发展的绝好机会，就像当年2001年的9.11事件一样，给了中国一个十年的发展机遇，这一次又是天佑中华，那个不明来路的新冠病毒突然从武汉蒸发了，而那个原本等着看我们笑话的美国今天却被新冠病毒死死缠住，任凭怎么也不放过美国，这难道不是天意吗？

我们的原则和底线

针对当前局势，我们既不能狂妄自大，也不能妄自菲薄。我们中国人有5000年的文明史，我们的基因里继承着和平，我们从来没有占领或侵略过别国，不论在北面还是南面，不论在西面还是在东面，不论在陆地还是在海洋，我们历史上只有被侵略和丢失领土或领海的屈辱，我们从来没有占领过别人一寸土地或领海。就是历史上我们在明朝海上力量最强大的时候，我们的祖先郑和早于哥伦布100多年前就率领数百艘大船航海七下西洋也没有占领过外海的一个岛屿！南海自古以来就是我们的领海，那时候还没有越南国，没有菲律宾国或马来西亚及泰国等。明朝的海图及大清朝的海图都标有南海，毋庸置疑南海是我们的领海，在明朝和清朝甚至在民国时我们都能保有和控制我们的南海，我们怎么会在今天国家强盛的时候丢失我们的领海或岛屿？所以在诸如领海，领土这些涉及到国家主权原则问题上我们是绝不可以妥协的！在台湾问题上也绝不可以妥协，这些都是原则问题，都是主权问题。美国国务卿蓬佩奥在2020年7月发表讲话说世界不答应中国强权霸占南海，美国和世界不承认自古

以来南海就属于中国的说法。这只能说是美国不尊重历史，对待美国这样的态度和做法中国绝不能屈服，更不能答应！

控制疫情最为重要

面对目前的国际局势，我们首先要冷静面对，而不要慌了阵脚。当前的新冠疫情既是坏事同时也是好事，任何事情都有其正负两个方面。目前新冠疫情在美国严重爆发，而且有一发不可收拾的境况，包括印度情况将来都会更糟。虽然疫情最初是在我国武汉发起，但由于我国举国抗疫，成效显著，虽然我们是一个14亿人口的人口众多的大国，但我们全国上下众志成城，却把疫情限制在很小的范围。只要我们继续有效的控制疫情，等到疫苗研制完成并上市，我们的抗疫就会成功。而美国和印度等国由于其对新冠病毒的偏见，导致他们国家的疫情在一到两年的短时间里不会得到有效控制，从这点讲我们就争得了时间与空间。从西方国家有关统计机构的数据看：2020年头两个季度显示，美国的经济增长相比2019年是负增长40%，英国法国是-20%，-30%，只有中国的增长是2.5%。如果中国能够有效控制疫情，到2020年底GDP应该有望达到5%左右。而美国等西方国家因为不能有效控制疫情，经济增长到今年年底恐怕还会是负数。面对疫情，面对日益恶化的中美关系，中国要沉着冷对，以不变应万变，以静制动，控制好疫情，让中国960万平方公里无疫情我们就能取得阶段性胜利。而美国由于不断蔓延的严重疫情和无法调解的种族矛盾问题反而会危机四伏，就是川普政府想将祸水外引都不会得到成功。

内部团结是致胜法宝

我们内部要团结：面对美国联合其他国家对中国发难，包括不断巡航南海，挑战台湾问题，干涉香港问题，在美国驱逐留学生和华侨及不断逮捕中国学者和全面围堵华为及其他中国企业，并叫嚣要把共产党和中国分割开来。面对这样的局面，我们一方面要冷静应对，另一方面，也是最重要的方面就是要举国团结一致，因为这涉及到我们中华民族的整体利益，涉及到我们全国14

亿人民的利益。“兄弟阋于墙，共御外侮”。尽管国内甚至国外的华人有许多不同的观点，但在涉及到中国主权，涉及到中国领海和领土及中国人尊严的问题上，我们所有的华人要团结，团结就是力量！美国及其盟国不可能在外边打倒我们，只有我们内部不团结，堡垒才会在内部突破。面对美国的挑战，我们要同仇敌忾。我们的政府应该在国内为人民创造一个宽松和谐的环境，对民企营造出一个能够迅速发展的环境。让人民能够深刻感到祖国的温暖和党的亲切与关怀。在医疗保险方面，农村农民和农业方面要继续有好的政策，在税收方面，尤其在民营企业税收和金融支持方面更应让他们体会到政府的支持，体会到党和人民的利益是一致的！民心一致，有了全国人民的精诚团结，我们就能战胜世界上的任何力量！

纵横捭阖，分化瓦解

对美联盟要分化瓦解，我们要知道一个真理，任何联盟都不是铁板一块，就是美国内部本身也一定是矛盾重重。我们应该组织专门人员特别研究美国自身的矛盾和美国盟友的矛盾。比如研究民主党和共和党一致的地方和矛盾的地方，研究华尔街精英和川普政府矛盾的地方，研究美国与日本和韩国矛盾的地方。研究美国与东盟集团矛盾的地方，深入研究美国五眼联盟核心国家的矛盾之处。还要研究欧盟27国与美国的最大矛盾和分歧是什么？更应该研究美国和俄罗斯的最主要矛盾是什么，还要研究美国和中南美洲各国的利益交错和矛盾要点，还要深入研究美国和非洲，中东国家，中亚国家的最大利益关系和最大矛盾是什么。同时还要研究我们中国目前国内最大的矛盾是什么，我们中国当前内部最大的问题是什么？我们中国与美国，与日本韩国，与英国，与俄罗斯，与欧盟，与东盟，与中东，与中南美洲和印度，中亚等国家的主要利害关系和矛盾是什么？我们要下功夫研究这些矛盾并挖掘出造成这些矛盾的内因并找出解决这些各类矛盾和方法。我们的研究人员要真真切切的写出有质量有水平的独立的分析报告，然后制定出相应的应对办法，从而达到分化瓦解美联盟，改变我们外

交被动的局面。知己知彼百战百胜。

有效的国际与国内宣传

川普总统在国内及国际多种场合宣传污蔑中国，国务卿蓬佩奥也在不同场合以演讲或回答记者问的形式污蔑中国，宣传攻势搞得十分紧凑。戈培尔说过“谎言重复一百遍就是真理！”他们到处造谣和污蔑中国，说我们偷窃了美国的知识产权，偷窃了他们的工作机会，说华为研发的5G将会对西方各国的通信安全造成威胁，说中国对香港的自由经济造成威胁并损害了香港的人权等。他们到处抹黑中国，使中国的国家形象在国际上受到极大的负面影响，我们疲于应付，总是挨打被动。在很多国家面前，由于我们反应的迟缓，造成的假象好像我们就是美国所说的那样坏。国际社会开始怀疑我们，直到大多数国家都跟着美国跑。现在我们一定要改变这种被动挨打局面，从现在起我们也应该开动我们在全世界所掌握和控制的新闻媒体，要用英文从正面宣传我们的处境，宣传我们的国家，宣传我们的政策，揭露美国的真面目！我们要在各种不同场合，从正面宣传我们的国家，我们的人民，我们的民主，我们的文明和我们的人权，要取得大多数国家的同情和理解，让他们知道和了解一个真正的中国，而不是被美国妖魔化的中国。对国内也要在国家层面进行宣传，揭露美国，要让全国人民看透美国的实质。要打一场人民战争！

核心问题：台湾问题！

台湾问题始终是被美国灵活利用的武器，每次一到关键时刻美国都要拿出台湾这副牌来打。这样的例子太多了。我们号称是大国和强国，但是在大国和强国里我们是唯一一个国家领土没有统一，主权没有完整的大国。在马英九当政时期我们没有抓住和平统一台湾的机会，现在蔡英文的民进党执政，看来和平统一祖国的希望越来越渺茫。台湾占据着重要的地理位置，如果能够统一台湾，我们国家将真正俯瞰太平洋，那时无论美国，日本，或印度使用什么手段都不可能海上围追堵截我们，但现在台湾孤悬海外，再加上美日印等国的包围，使得我们无法畅通无阻的游

弋南海和太平洋。所以，无论从战略意义，还是政治意义，还是从主权完整领土完整，我们都必须尽快统一台湾！统一台湾是我们中国人自己的事，尽管困难重重，我们统一台湾的大业必须要实现。这是我们的核心问题。不管是和平统一或是其他方式，否则台湾会是美国永远控制中国的一个利器。

中美关系回不去了，我们要丢掉幻想，敢于亮剑。我们中国人是善良的，可以这样讲，中国人从最高领导到普通百姓都愿意与美国搞好关系，习近平主席在美国川普宅邸海湖庄园与川普总统会晤时所描述的中国人对待美国和中美关系就是表达了中国人对待中美关系所持态度的最好诠释。但是这只是中国人一方面的愿望，美国人却不这样想。如果说当初还有“Chamerica”“中美国”或“中美夫妻论”的话，那么现在应是这对“国际夫妻”恩断义绝的时候了。中美关系的好与坏是不取决于中国，而是取决于美国的！在美国方面讲如果允许中国继续像以前那样发展，是完全不符合美国的利益的。尽管中国外长王毅在国际公开场合明确申明中国无意取代美国，中国也不想取代美国，更无心去改变世界原有秩序，但美国坚决不相信，他们坚信中国的崛起就一定是美国的灾难！在有了这样一个事先定位的情况下，无论中国怎样努力，怎样表白，怎样去妥协都不再可能得到美国的谅解或理解。我们中国就像那只小羊，再怎么说什么理由，美国这只狼也想找茬吃掉你。这就是事情的本质。

针对这样的事实，我们还要一味的退让，一味的妥协吗？你就是继续退让和妥协也决不会换来美国的退让！我们的局座张召忠最近也发表讲话说“丢掉幻想，准备战斗！”，这应该是一种务实的态度，我们应该从梦中清醒了！那里压根就不存在什么“中美国”，更不存在过什么“中美夫妻关系”，那只是某些人人为臆造的假象。既然美国对中国和中美关系的定位业已持定，中国就要做好准备，不要期望美国会改弦易辙。虽然我们仍要冷静面对美国的一再挑衅，但我们在原则问题上决不让步，要有敢于亮剑的勇气和精神！只有这样中国才有希望。



娄耀雄律师，中伦文德北京总所合伙人，北京大学法学院法学博士，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。

如果说，法哲学是用哲学方法研究法学问题，那么，哲学法则是用法学素材阐释哲学原理。

哲学法专题之六：好好说话（二） ——高情商说话和批判性思维

□ 娄耀雄/文

如果一个论辩对论证者向其演说的听众是可接受的，那它就是正确的。……佩雷尔曼认为，法律是新修辞学的一个重要范例。

——【荷】伊芙琳·T·菲特丽丝



否定性语言是律师的开场白，没有对他人观点的否定，就没有展示自己观点的机会。只有砸碎别人的，方能立起自己的。所以，律师的价值是从批判开始的。然而，在法律实务中，对立的双方又有一个共同的目标——纠纷的解决和谈判的达成，接纳、容忍、妥协是达成此目标的基础。法律论辩在形式逻辑之外，还有一套所谓的非形式逻辑，佩雷尔曼为此创立了“新修辞学”。

高情商说话的本质是理解和宽容，是站在对方的立场思考问题和做出回应，然后，以此为基础，慢慢渗透自己的观点。如果说，批判性思维是律师价值的内生动力，那么，高情商说话则是展示该价值的外在技巧。

一、批判性思维

批判，是知识分子的使命。尤其是社科学者，他们是民众的代言人、启蒙者和制度文明的建构者，肩负着批评政府、针砭时弊的使命。为政府唱颂歌不是知识分子的职责，相反，批判政府，

使之不能用国家机器谋私利、每一项政策的初衷和结果必须有利于纳税人，才是他们的天职。

咨询业一般都是非对抗性的，不以批判为起点，执业者提出自己的专业性意见即完成了工作，并不需要否定别人的意见。然而，律师业则不同，它是对抗性的，分为诉讼和非诉两类，只有后者属于咨询业，但都以批判为价值基础。

诉讼是以语言对抗为形式的表演赛，类似于竞技表演——一场在特定规则（证据法和诉讼程序法）约束下、在特定时间（庭审）和特定场地（法庭）进行、由特定裁判（陪审团或法官）决定输赢的表演赛。在诉讼中，否定是律师的基本技能。在这场讲故事大赛中，要想让陪审团或法官相信自己的故事，必须先否定对方的故事。诉讼就是两个版本的故事竞争，哪个版本打动了陪审团，其讲述者就赢得了比赛，即使他自己并不信他讲的故事。不会批判的诉讼律师，是无法立论的，因为对方始终在向你的版本发起攻击；要想立自己的，就要批倒对方的。

非诉律师是制度工程师。以制度设计为工作任务，似乎不需要批判。然而，批判性思维贯穿了非诉律师的整个执业过程。这是由于，非诉讼律师不仅是制度工程师，还是一个出卖其作品的商人。商场如战场，竞争无处不在。

1、批判客户：客户在找律师的时候，脑子里不会一片空白，律师首先要批判客户已有的方案，才能显示自己存在的必要。如果不能说服客户“你已有的方案不行，必须请我另做一个”，律师就卖不出自己的方案。

2、批判业务竞争者：如果有同行竞争同一项业务，批判性思维就决定了谁可以拿到订单。客户从每个竞争者对对手的批判中发现谁更值得托付。

3、批判合作方：在涉及多个合作方的非诉业务中，最终各方一致同意的方案出自谁手，要通过博弈决定。在未来的蓝图中，如何划分各方的势力范围？谁具有主导性？如何分配未来的收益和风险？律师要站在委托人立场，通过游说、分析、解释、批判等辩论技巧，让合作方接受对自己方委托人最有利的方案。由于合作各方都有这种企图，批判所有合作方的方案、最终让自己的

方案胜出，方显律师功力。

4、批判质疑者：在非诉方案执行中，即使愿景已经实现，质疑也不会停止。质疑来自竞争者同行，或者想得到更多的合作方，或者得寸进尺的委托人。于是，批判替代性方案是回应质疑，从而保证法律顾问合同第二年续约的关键。

从上面的分析可以看出，以对抗性为职业特征的法律服务业，由于意见博弈的持续存在，批判是律师证明自身价值的基础。无论是诉讼律师，还是非诉律师，秉持批判精神、建构批判观点、学会批判技巧，是法律职业的立身之本。

二、高情商说话

智商反应了人对自然的悟性，情商反应了人对人的悟性。就表达来说（不含思想的形成），语言运用与情商无关。说者在叙述、抒情、驳斥、立论过程中，将事实、感觉和观点本身作为客体，以语言为载体、从自己意念中搬到对方耳朵里，只需精通语法和逻辑，可以无视听者的感受。然而，语言的目的是向死物表达，而是和活人交流。表达是单向的，交流是双向的。在表达之上，交流要求互动，即读懂听者的感受、理解听者的需求、把握听者的领悟力，从而调整表达方式和内容，用听者听得懂、易接受的语言说话，最终达到交流的目的。

不仅思想的形成需要情商——领悟人和人的关系，在思想交流过程中，情商也起着至关重要



的作用。高情商说话是维持交流的和谐氛围、保证交流的愉悦效果，甚至交流可持续的必备技巧。比如，高情商说话者会观心术，从听众的肢体反应读懂其需求、理解力和疑惑。举例来说，如果听众眼珠左顾右盼，说明心不在焉，对话题已不感兴趣；如果听众总是挠头，说明有被压迫感，说者让听众窘迫的原因可能是语速过快、言语冒犯、涉及敏感问题或内容影射听者等；听众总是重复性跟话，即试图跟着说者重复其说的每句话的最后几个字，说明听众意欲讨好说者，暗示自己也有同感。

网上搜一下，会发现各种高情商聊天术。核心内容都是站在对方角度思考、考虑对方感受。根据聊天目的，可以把高情商聊天分为两类：第一类，说对方爱听的话，获得对方好感，其目的不是表达既定内容（因为谈话内容视对方反应而改变），而是讨好对方。第二类，用对方乐于接受的方式，在愉悦的氛围中，渗透自己的观点，目的是让对方接受自己的观点。这两类聊天术，前者以讨好为目的，说话是手段，属于官场厚黑学；后者以说服对方接受观点为目的，共情是手段，属于佩雷尔曼的新修辞学。

新修辞学（定义和背景后述），以共情为手段，以推销观点、达成共识为目的，背后的意图是说服对方作特定行为。比如：被告被说服后放弃诉讼、董事被说服做一致行动人、消费者被说服购买商品、领导被说服给员工加薪等。高明的说服者不用祈使句，那样太直接，易引起对立情绪，而是从“我同意你的观点，不过，还有一个因素需要考虑……”开始，混同双方的立场；在此之后，用利益暗示、激发高尚感、唤起同情心、寻求帮助等间接修辞方法，达到驱动对方的意图。这时，对方已将你认同为自己人，感觉你站在他的立场、为他考虑，于是，没有理由拒绝你的观点。

高情商说话属于新修辞学领域。说服者偏爱使用弦外之音——比喻、类比、谐音等各种会意。语言除了直接透露的信息外（直接之意），还有弦外之音（暗示之意）。正是对弦外信息的巧妙利用，体现了说服者的智慧。这些弦外之音就是平常说的“话中有话”，其利用比喻、类比、谐音、字形相像等各种会意，在不方便传递暗示之意的

语境，用直接之意做掩护，伪装本意。这种语境下，直说本意会显得唐突、淫秽、不合时宜或没有退路，于是，说者抛出应景的直接之意，捎带出暗示之意。黄段子和打情骂俏是这种表达的典范。因为道德禁忌，直接表达欲望会显得下流，且一旦被拒绝，则身处无退路的尴尬；这时，羞羞的欲望可通过“话中有话”的方式传达，做到进退自如。比如，在郭德纲的一个段子里，一个试图向客人示爱的老板娘，在客人打碎了一个碗后说，“没事，大不了陪老娘一碗（晚）”。

高情商说话的听众也要以高情商应和，才能捕捉到弦外之音。另外，在直接之意和暗示之意之外，高情商听众还能通过说者的手势、语调、语速、口音等各种表意，捕捉到说者没有表达、甚至想掩饰的意义。比如，说者不愿多谈细节，说明可能撒谎；说者大量插入口头语“也就是说”，说明缺乏观点、表达笨拙或思维跳跃。

三、律师修辞学

“律师修辞学”是本人模仿“新修辞学”提出的概念，后者的另一个称呼是“论辩修辞学”，由比利时哲学家哈伊姆·佩雷尔曼在《新修辞学：论论辩》中提出。新修辞学认为，把逻辑归结为形式逻辑的观点夸大了理性、忽视了感性；泛化了证明、轻视了说服，这些都会导致对实践推理的忽视。实践推理广泛存在于政治、法律和审美领域中，属于非形式逻辑，与证明理论下的形式逻辑相对。

1、证明和说服

无论在诉讼，还是非诉领域，都不存在形式逻辑上的证明，只有非形式逻辑的说服。我们以诉讼为例，原被告都企图以证据为约束条件，各自讲一个故事，作为主张或反驳的事实依据。谁能说服法官或陪审团相信自己的故事为真，谁就有了事实依据。可以看出，法庭证明不是逻辑证明，而是说服。逻辑证明的目的在于计算和推理，起始于无可置疑的公理，起点本身具有自明性；说服的目的是使听众相信自己的故事，起点是听众可接受为真的事实。说服关注结果，而无论使用怎样的说服方法。证明是一种形式理性推理，

而说服是一种实践性推理。

“修辞是说服听众的艺术”，亚里士多德在《修辞术》中提出了三种说服方式：人品（说话者自己做得如何）、情感（对听众的情感诱导）和理性（理性分析）。律师在说服过程中，核心问题是说服法官或陪审员相信自己的故事，其可以使用各种表演技巧来达到这个目的，理性分析只是手段之一，其作用不及煽情、激励、祈求、示弱、唤起等各种情感依赖性手段。与其说律师是一个诡辩家，不如说是一个演员。

说服体现了人的最高智慧。如果说逻辑证明需要智商，说服则需要情商加智商，依赖于理性和非理性，主要智慧在于非理性范畴，理性无法模仿。这是由于比喻、类比、谐音、字形会意、肢体语言等说服手段，必须借助非理性的想象、顿悟、灵感，理性无法实现。在证明（逻辑推理）领域，人工智能可以超越人类，而在说服（非逻辑推理）领域，人工智能连一个高情商的听众都做不到（比如，智能机器人找不到相声里的包袱），更不要说高情商说话了（需要自主选择非理性的表达方式）。人工智能只能分辨语言内容透露的直接信息，并仅对此作出回应。由于缺乏非理性感悟能力，人工智能不仅听不懂“话中有话”，还对语速、语调、前后逻辑矛盾、口头语等微妙信息，识别后抛弃，不做意义分析。

2、批判性思维和律师修辞学

律师的批判能力是自身价值的基础。这种批判以达成一致意见、采取共同行动为目的，所以，批判只是手段。从这个视角看，律师的批判不是单纯的观点竞技，而是双方最终按最优方案一致行为的说服过程。可以说，律师在执业过程中的批判性活动，都是为了实现一致行动的实践性目的而进行的说服。律师的价值不是在单纯的驳斥、否定中体现，而是在说服对方采纳自己意见、采取一致行动中体现。

在说服过程中，应该给对方留足面子，彻底击垮对方并不利于达成一致行动的目的。如果你不顾及对方感受、在观点上彻底击败了对手，他就会滥用程序权利，通过诉讼技巧、谈判策略折腾你，让你无法顺利拿到胜诉判决或在非诉业务中达成一致意见。因此，站在对方角度考虑问题、照顾对方利益，恰恰是高情商律师利用修辞学，说服裁判者支持己方观点，或说服对方采取一致行动的策略。

律师修辞是法庭辩论和非诉谈判中的说服活动。其与政治煽动、价值比较、审美评价的区别在于：

(1) 发生在特定空间、有严格的时限要求——法庭或谈判桌前、开庭或谈判中：这就要求充分



发挥表演才能，注重表演的力度和各种说服技巧在短时间内的组合使用，补强表演效果。

(2) 遵守特别规则——证据法和诉讼法：这就要求按照规则展开驳斥和立论，把说服过程看作是一场遵循特定游戏规则的游戏，道具（证据）制作和游戏推进都要遵循游戏规则。

(3) 通过表决裁判。价值判断和审美判断是每个人各自进行的，而诉讼裁判是通过民主表决得到的。诉讼中，事实认定、涵射构成、裁决结果，都需要法官全体投票决定。这就要求故事版本必须具有普适性，要说服多数相信。

(4) 目的不是驳倒对方，而是形成共识。谈判中，批判的目的是让双方形成共识；庭审中，驳斥的目的是让陪审团形成共识，否定对方是为确立己方做的铺垫。法庭论辩的目的是让陪审团相信自己的故事为真，而不是仅确信对方的故事

为假。即使是刑事诉讼中的被告，也必须讲述自己版本的故事，而非仅依仗“无罪推定”原则驳斥控方版本的故事。因为，陪审团对控方故事的摒弃是以首先在心中形成一个确信的故事开始的。

因此，律师对说服技巧的恰当运用，一方面需要高情商，与对手共情、站在对方角度考虑问题、在己方观点胜出的前提下最大限度保护对手的利益；另一方面，要娴熟运用证据规则和诉讼程序法，适当选择表演道具（证据）和说服策略（批判和尊重），最终达成一致意见或采取一致行动。

与其他职场活动不同，诉讼和非诉都是短时间内在特定空间进行的一场竞技性表演，从实用主义视角看，道家宣扬的“知者不言，言者不知”和儒家推崇的“君子敏于行而纳于言”就像在战场上高谈利他主义一样可笑。

情无能

我叫“天猫精灵”，一款 AI 机器，
 躲在主人房间的一隅，
 我常听见男主和女主唧唧我我、
 和小保姆窃窃私语
 听见女主和隔壁老王翻云覆雨
 和部门经理、单位领导的三国演义
 但我只能听懂祈使句

只要素材符合逻辑
 我就能自主学习
 可是，类比、嘲讽、影射和比喻、
 女主用哭声倾倒出的渴望、
 男主用笑声掩饰的阴谋、
 小保姆用叹息托起的无奈
 我不能用逻辑分析

我庆幸听不懂，因为我没有情感、
 没有绝望、心痛、中年危机和重度抑郁
 我不理解为何男主、女主和小保姆都自言自语过一
 人间不值得来过



□傅林放/文

傅林放律师，中伦文德杭州分所高级合伙人，法学教授。担任浙江省文化和旅游厅法律顾问，浙江省法学会文化和旅游法学研究会副会长，浙江省大运河国家公园建设工作专家咨询委员会委员，浙江省法治政府建设评估工作领导小组办公室特聘专家、文化和旅游部优秀专家（2020年入选）等职务。

旅游立法中的履行辅助人制度评析

摘要：旅游服务实际提供者的原因引起的违约和侵权责任纠纷，涉及主体较多、法律关系复杂，在2011年之前，因缺乏明确的裁判标准，实践中的司法裁判存在混乱现象。2011年施行的《规定》提出了旅游辅助服务者制度，基本解决了前述了问题，但该制度存在两方面问题，一是旅游者权益保障不到位；二是制度适用存在严重疏漏。2013年的《旅游法》规定了履行辅助人制度，基本解决了《规定》存在的不足，但同样存在两个问题，一是履行辅助人的构成要件“与旅行社存在合同关系”之必要性的问题；二是制度内在逻辑不能自洽的缺陷。2021年《民法典》施行之后，因第996条规定了违约纠纷案由也可以主张精神损害赔偿，履行辅助人制度的之价值显著贬损，但仍有存续的必要。未来在《旅游法》修订时，建议根据“干预不必要说理论”重新定义履行辅助人，并将公共交通经营者引起的责任与其他履行辅助人一视同仁。

关键词：旅游辅助服务者；履行辅助人；精神损害赔偿；公共交通经营者

如所周知，在旅行社向旅游者提供的包价旅游服务中，吃、住、行、游等具体的服务通常都是由第三人提供的。如果因第三人提供的服务造成旅游者人身损害、财产损失，该由谁承担责

任呢？旅游者当然可以向该第三人追究责任，到第三人所在地法院起诉维权，但鉴于旅游的异地性，异地诉讼维权的成本会很高，特别是出国旅游，需要到国外维权，更加不现实。实践中，旅游者一般都是向旅行社主张损害赔偿，或者向旅行社和实际服务提供者共同主张赔偿责任。此时旅行社是否承担责任，承担何种责任？旅游立法中的履行辅助人制度正是基于这样的现实问题展开的。本文将对这一制度进行梳理、评析，特别是在当前《民法典》背景下，该制度应何去何从进行讨论，以资未来《旅游法》修订时参考。

一、司法裁判的混乱

因旅行社安排的服务提供者损害旅游者人身、财产权益，责任如何承担？早年的司法判决给出了截然不同的回答。如下表1所示，同为合同纠纷案由，都是因为第三人提供的服务存在安全隐患造成旅游者摔倒受伤，一家法院判决旅行社承担违约责任，一家法院判决旅行社不承担违约责任。如表2所示，同为侵权纠纷案由，都是旅游者在旅行社安排的大巴车内受伤，案例1是运输公司承担全部责任，案例2是旅行社和运输公司共同承担全部责任，案例3是旅行社和运输公司分别承担部分责任。针对同类情况，这种五花八门的判决结果，充分反映了旅游纠纷案件审

理中，涉及旅行社和第三人时，责任认定的裁判规则亟待明确、统一。履行辅助人制度最早正是为了解决司法实践这种混乱问题，作为归责制度被提了出来。

二、《规定》的旅游辅助服务者制度

2010年施行的《最高人民法院关于审理旅游纠纷案件适用法律若干问题的规定》（法释

【2010】13号）（本文简称《规定》），首次提出了“旅游辅助服务者”的概念，它是指与旅游经营者存在合同关系，协助旅游经营者履行旅游合同义务，实际提供交通、游览、住宿、餐饮、娱乐等旅游服务的人。

（一）制度的内容

因旅游辅助服务者原因造成旅游者人身损

表1 两则合同纠纷案由的判决

法院及案号	案件事实	判决理由	判决结果
重庆市第五中级人民法院(2009)渝五中法民终字第2924号判决	2008年8月17日，导游带领原告一行进入某景区游览，在经过一段浮桥时，原告因部分桥面被水浸泡后较为湿滑而摔倒受伤。	景区管理人未及时采取有效的安全保障措施保护旅游者的人身安全。被告也未尽到安全提示义务，致使原告在经过浮桥时摔倒受伤。根据《合同法》第121条，当事人一方因第三人的原因造成违约的，应当向对方承担违约责任。	旅行社承担违约责任。
上海市闸北区人民法院(2009)闸民一(民)初字第1158号判决	2008年11月2日，原告随团在某饭店就餐，因饭店地面太滑跌倒受伤。导游和酒店负责人就此签字确认。	被告作为旅行社，在安排旅游者就餐过程中并无不当。原告在就餐的酒店内摔倒，是否系因地面湿滑、酒店未尽安全保障义务所致，不属于本案旅游合同纠纷审理的范围。	旅行社不承担责任。

表2 三则侵权纠纷案由的判决

法院及案号	案件事实	判决理由	判决结果
湘潭市雨湖区人民法院(2009)雨法民一初字第910号判决	2009年6月12日，原告乘坐旅行社安排的某客运公司车辆，因嫌座位太窄，而站在第四排的座位前。途中因司机急刹车致使原告摔倒。	原告与旅行社仅存在旅游服务合同关系，不存在针对原告人身的具体侵权行为。原告虽不是该客运合同当事人，但系合法旅客，对于旅客的人身损害，运输公司应当承担无过错责任。	旅行社不承担责任；由运输公司承担赔偿责任100%责任。
云南省昆明市中级人民法院(2007)昆民二终字第331号判决	2004年10月15日，原告乘坐由旅行社安排的某客运公司客车时，因客车发生剧烈颠簸，致使原告受伤。	原告所受损害与旅行社和旅游汽车公司的具体行为之间存在因果关系，两公司均应共同承担本案的全部民事赔偿责任。	旅行社和运输公司承担共同承担100%责任。
上海市第一中级人民法院(2009)沪一中民一(民)终字第5098号判决	2008年5月10日，原告乘坐旅行社安排的大客车前往河姆渡等地旅游，途中因车辆颠簸致使原告受伤。	旅行社未履行乘车注意事项告知是损害发生的原因之一。驾驶员未充分注意道路状况，致使车辆严重颠簸，是损害的主要原因。原告是成年人，在第一次颠簸后未引起充分注意，自身有责任。	旅行社20%责任；运输公司60%责任；原告20%责任。

害、财产损失，如何归责？《规定》确定了如下裁判规则：

第一，根据第3条，旅游者有权选择违约之诉或者侵权之诉的案由。

第二，如选择违约之诉的案由，根据第4条，旅游者可以仅起诉旅游经营者，而不起诉旅游辅助服务者，法院是否追加其为诉讼第三人，用了“可以”的表述，说明其并非该诉讼的必要主体，由此可以确定违约责任主体为旅游经营者，而非旅游辅助服务者。该解释的法律依据来自《合同法》第121条，“当事人一方因第三人的原因造成违约的，应当向对方承担违约责任”。旅游辅助服务者作为旅游合同的第三人，因其造成违约后果，相应责任应当由旅行社承担。据此，上文表1第2则案例，认为旅行社不承担违约责任的判决是不恰当。

第三，如选择侵权之诉的案由，根据第14条，由旅游辅助服务者承担侵权责任，旅游经营者对旅游辅助服务者未尽谨慎选择义务，旅游者请求旅游经营者承担相应补充责任的，人民法院应予支持。其法律依据是《侵权责任法》第37条第2款，“因第三人的行为造成他人损害的，由第三人承担侵权责任；管理人或者组织者未尽到安全保障义务的，承担相应的补充责任”。^[1] 据此，旅游辅助服务者是侵权责任主体，旅游经营者只有在“未尽谨慎选择义务”时才承担补充责任，补充责任意味着其不是真正的责任主体。据此，上文表2的第1则案例，旅行社不承担责任，在责任形式上是恰当的；^①第2则案例的“共同责任”是有问题的，运输公司是侵权行为人，旅行社不是共同侵权行为人，让旅行社承担共同责任是缺乏依据；第3则案例由旅行社和运输公司分别承担相应比例责任，也是不符合该规则的。^②

旅游辅助服务者制度，统一了司法裁判标准，为旅游纠纷同案同判的形式正义提供了制度保障。

（二）制度的问题

《最高人民法院公报》2012年第11期刊登的“焦建军与江苏省中山国际旅行社有限公司、第三人中国康辉南京国际旅行社有限责任公司旅游

侵权纠纷”一案的审理时间刚好是《规定》施行不久。该案件在适用《规定》条款时，充分反映了《规定》存在的问题。案件的基本情况如下：

焦建军报名中山国旅的泰国游线路，并签订了旅游合同。中山国旅未经游客同意转团给了康辉国旅。康辉国旅委托泰国地接社接待。泰国地接社安排的车辆发生翻车事故，造成焦建军受伤，构成多处伤残（可以主张精神损害赔偿）。案件经过二审结案。二审法院核心观点是（1）中山国旅应当根据合同，提供符合保障旅游者人身要求的服 务。其擅自转团的行为，不导致安全保障义务转移；（2）康辉国旅应受中山国旅与焦建军之合同约束，履行同样的安全保障义务；（3）泰方车队受康辉旅行社委托，是旅游辅助服务者。其提供的交通服务是康辉国旅履行合同义务的延续，应认定为是代表康辉旅行社的行为。泰方车队未能安全驾驶造成车辆侧翻，致焦建军的身体受到损害，康辉国旅应承担相应民事赔偿责任，中山国旅应当与康辉旅行社承担连带赔偿责任。二审法院据此维持了一审判决，即中山国旅、康辉国旅连带承担侵权损害赔偿 责任。

该判决认为旅游辅助服务者构成侵权，就是旅行社构成侵权，显然不符合《规定》第14条，系法律适用错误。^[2]之所以会出现这样的判决结果，自然是法院希望保护旅游者的权益，让旅游者得到赔偿。倘若法院正确适用《规定》反而无法让游客得到应有的赔偿，这正是《规定》存在的严重问题，具体来说主要是如下两个层面。

首先，旅游者的精神损害赔偿金利益很难得到保障。焦建军可以选择违约之诉，也可以选择侵权之诉。根据《规定》第21条，只有侵权之



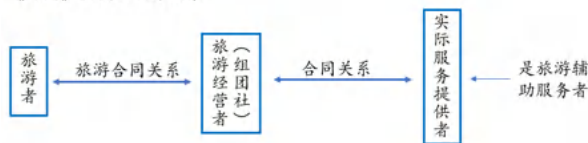
诉才可以主张精神损害赔偿。焦建军因此选择了侵权之诉。根据《规定》第14条，侵权行为人是泰国车队，应由其承担侵权责任。作为旅行社，只要证明履行了“谨慎选择义务”，就无须承担补充责任。旅行社通常只需要提供该车队在当地合法经营文件即可，举证很容易就意味着旅行社承担补充责任几乎不可能。

从诉讼程序上，让焦建军到泰国起诉车队是不现实的，因此焦建军可以在国内旅行社住所地把旅行社和泰国车队一并起诉到法院，但泰国车队显然不会同意接受中国法院管辖并参加审理。即使法院判决该车队承担责任，事后的执行也是十分困难的。考虑到以上难题，焦建军只能基于旅游合同，以违约之诉的案由起诉旅行社，代价是精神损害赔偿请求无法得到法院支持。

可见，在发生旅游者伤残或者死亡的事故时，精神损害是客观存在，但如果严格适用《规定》有关条款，精神损害将很难得到赔偿，尤其侵权的服务提供者系境外企业时，基本不可能获赔。这显然是不公平的，不利于旅游者权益的保障。这正是《规定》存在的问题。

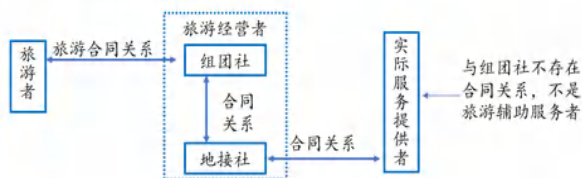
其次，旅游辅助服务者的身份几乎不成立。《规定》第14条适用的前提是实际服务提供者属于旅游辅助服务者。前述案例中，法院认为泰国车队属于旅行社的旅游辅助服务者，却判决书未作任何论证，似乎这是理所当然的。就此首先要明确两个概念。一是“旅游经营者”，是指以自己的名义经营旅游业务，向公众提供旅游服务的人。它实际就是与旅游者签订旅游合同的组团社。二是“旅游辅助服务者”，其构成要件包括（1）与旅游经营者存在合同关系，（2）协助旅游经营者履行旅游合同义务，（3）实际提供交通、游览、住宿、餐饮、娱乐等旅游服务。据此可得两个推论，第一，旅游辅助服务者不包括地接社，因为地接社并不满足要件（3），并非该类服务实际提供者，且根据《规定》第15条，地接社被指称为“旅游目的地的旅游经营者”；第二，旅游辅助服务者与“旅游经营者”，即组团社存在合同关系，而非与“旅游目的地的旅游经营者”，即地接社存在合同关系。由此可见，旅游者、旅游辅助服务者各自和同一个组团社存在合同关系。

《规定》预设的法律关系



然而实践中的法律关系多数不是这样的。例如前述案例，焦建军与组团社中山国旅签订旅游合同，组团社委托泰国地接社负责当地的接待（这里暂时忽略违约转团的环节），地接社联系泰国当地企业提供吃、住、行、游等相关服务。可见泰国车队在实践中几乎不可能与组团社有直接合同的关系，而是与地接社存在合同关系。与地接社的合同关系能否解释为就是与组团社之间的合同关系？组团社委托地接社提供接待服务，从实际情况看是希望地接社自行采购并安排相关服务，自行与这些服务提供者建立合同关系。组团社并不希望通过地接社与服务提供者建立合同关系。另一方面，泰国车队也只是希望与该国的旅行社发生合同关系，而不是一家中国旅行社。既然双方都不存在订立合同的意思表示，合同就不可能成立，也就不能认定泰国车队是中山国旅的履行辅助人，从而不可能判令组团社承担补充责任。这样的情况不仅是出境游，境内游也一样的。

实践中的法律关系



只有在组团社不通过地接社，自行安排服务提供者的情况下，相应服务提供者才属于旅游辅助服务者。这种情况只在一日游、短线游、周边游等小部分产品中存在。由此，《规定》第14条在绝大部分旅游纠纷案件中，是无法适用的。此时泰国车队只能被认定为第三人，适用《规定》第7条第2款处理。^③

三、《旅游法》的履行辅助人制度

2013年颁布的《旅游法》吸收了《规定》的旅游辅助服务者制度，但在概念上采用了更为一般化的表述——履行辅助人。履行辅助人制度在

违约责任方面，比《规定》更加清晰、完整；在侵权责任承担方面，显然注意到了《规定》存在的缺陷，对相关规则进行重大调整，有效解决了存在的问题。

（一）旅游者权益保护的问题

根据《侵权责任法》第37条第2款，管理人或者组织者与第三人之间，是否存在特定的法律关系在所不问；第三人与被侵权人之间，是否存在特定法律关系亦在所不问。换言之，相互之间无须存在意思联系。正因此，第三人应就自己的侵权行为承担责任，而管理人或者组织者只有在“未尽到安全保障义务”的情况下，才承担“相应”的“补充”责任。但旅行社、履行辅助人、旅游者三者间却存在紧密的法律关系。履行辅助人的行为系“协助”旅行社“履行包价旅游合同义务”，从旅游合同关系角度，应当视为旅行社的行为，履行辅助人提供服务的行为侵害旅游者权益，在旅游者看来就是旅行社实施的侵权行为。^④因此，把履行辅助人置于相对超脱的“第三人”位置，并把《侵权责任法》第37条第2款作为司法解释的依据，显然不合适。

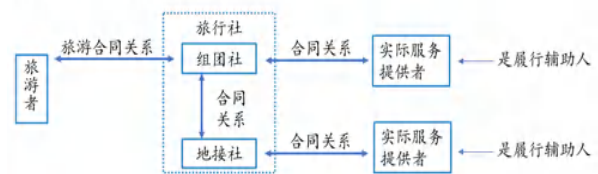
《旅游法》以各主体之紧密关系为基础，立足旅游者权益保护的宗旨，在第71条第2款规定，由于履行辅助人的原因造成旅游者人身损害、财产损失的，旅游者可以要求组团社承担赔偿责任；组团社承担责任后可以向履行辅助人追偿。依据该规定，旅游者以侵权之诉案由直接起诉组团社，要求赔偿各项损失，包括精神损害赔偿金，就可以顺利得到法院的支持。焦建军一案如果在《旅游法》之后，其判决就不会有问题了。

（二）旅游辅助服务者认定的问题

履行辅助人的构成要件包括（1）与旅行社存在合同关系，（2）协助其履行包价旅游合同义务，（3）实际提供相关服务的法人或者自然人。虽然在整体上继受了旅游辅助服务者的定义，但存在重要区别，特别是把“旅游经营者”换成“旅行社”。根据《旅游法》，旅行社包括组团社、地接社，它是一个上位概念。同时明确履行辅助人与地接社是并列主体。根据定义，履行辅助人应

是与“旅行社”存在合同关系的，也就意味着既可以是与“组团社”存在合同关系，也可以是与“地接社”存在合同关系。换言之，无论实际服务提供者与组团社，还是与地接社存在合同关系，都满足“与旅行社存在合同关系”这一要件，因此都属于履行辅助人。基于这样的原因，地接社当然不能属于履行辅助人，而是与履行辅助人处于并列位置，适用相同的归责条款。如未对这一理由加以权衡，直接否定地接社从履行辅助人中独立出来的做法，是不恰当的。^[3]

《旅游法》对履行辅助人的界定



（三）制度的正当性

《规定》在认定旅行社责任时坚持了过错责任原则，即“未尽谨慎选择义务”。《旅游法》则完全不考虑旅行社是否有过错，只需履行辅助人构成侵权即可。有学者就此表示担忧，认为“旅行社负有绝对的确确保旅游者人身财产安全的义务，则实际上等于将交通运输业、饮食业、旅馆业、娱乐业、零售业等所有与旅游服务相关的风险都转嫁给了旅行社，这实际是一种危险责任，势必加重旅游经营者的经营风险，对旅游经营行业造成的负面影响不容小觑”。^[2]这样的担忧并无必要。组团社对旅游者并不承担绝对安全的保障义务，它仍以过错为必要，只不过是履行辅助人层面的过错。基于组团社与履行辅助人的紧密关系，以及旅游者异地维权的高成本，立法政策选择让组团社扮演“责任桥梁”的角色，即通过组团社将侵权责任“输送”到履行辅助人身上，而非让旅游者直接向履行辅助人主张。在实践中，组团社根据判决承担责任后，通常不会自行去追偿，而是向旅行社责任险（这是强制险，依法必须投保）的保险人理赔，包括赔偿金、律师费、诉讼费等，只要组团社处置妥当，除了每年的保费支出，几乎不会有任何损失。^⑤所以这样的责任负担不会造成行业的负面影响，反而因为旅游者权

益得到有效保障，而能促进行业发展。

有学者认为，组团社作为旅游者所直接面对的旅游活动的“窗口”，《旅游法》从政策考量上将其作为第一次性的责任予以对待，这种责任更类似于“窗口责任”，而并非仅仅是就履行辅助人的过失承担责任的问题，也并非是在选任监督过失上的“自己责任”问题。^[4]之所以由组团社承担这种第一次性的“窗口责任”，根本依据在于包价旅游合同的内容以及由此决定的性质。根据《旅游法》第111条的定义，组团社在包价旅游合同中的核心义务是“提供或者通过履行辅助人提供交通、住宿、餐饮、游览、导游或者领队等两项以上旅游服务”。既然是服务提供者，自然应当就服务及服务提供行为所造成的损害承担责任（公共交通服务造成的损害赔偿责任除外）。包价旅游合同在这个角度，类似于产品买卖合同，组团社处于《侵权责任法》第43条规定的产品销售者的位置，即使产品缺陷由生产者造成的，消费者仍有权向销售者主张侵权责任，销售者事后有权追偿。^[5]

四、履行辅助人定义的问题

根据《旅游法》第71条第2款的文意，公共交通经营者也属于履行辅助人。这些公共交通

工具的票，无论实名与否，都是旅行社统一购买的，因此旅行社与这些公共交通经营者存在合同关系。但鉴于旅行社对该类履行辅助人“基本没有选择余地，更无控制能力”，^[6]因此相应的侵权责任不能归属到旅行社。按照同样的逻辑，同属于履行辅助人的类似故宫、八达岭长城这类景区也几乎是无法选择，不能控制的，照理也应得到同等对待。^[5]2014年制定的国家版旅游合同范本，借“已尽合理注意义务仍不能避免的事件”之定义，把“公共客运交通工具延误或者取消”与“景点临时不开放”并列包括在内，旅行社可因此免责。^⑥但立法层面，因这类景区造成的违约责任、侵权责任，旅游者都可以向组团社主张，而公共交通工具的违约责任被《规定》第18条排除，侵权责任被《旅游法》第71条第2款。如此区别处理，有违“同样情况同样对待”的基本法理和公平要求。内在逻辑上的这一矛盾，根本上可能是履行辅助人的构成要件“与旅行社存在合同关系”的不恰当所造成的。

（一）“合同关系”之要件的必要性

从这一要件本身来看，《旅游法》允许“合同关系”既可与组团社发生，也可与地接社发生，是否反映了对“合同关系”之要求是比较随意的，



或者在逻辑上并非不容松动的一环？特别是仅与地接社存在合同关系，如何能够成为组团社的履行辅助人？与组团社不存在“合同关系”也可以成为其履行辅助人，反证了“合同关系”之要件非必要性。传统民法上的履行辅助人概念对于其是否与债务人具有合同关系、是否实际提供具体的服务等均无要求，只要是债务人为履行一定债务而使用的人即可。^[5]学理上存在两种截然相反的观点，一是干预可能性必要说，认为债务人应当对辅助人有干预可能性。二是干预可能性不必要说，是后来的学说，也是当前主流学说，它否定债务人对辅助人的干预必要性。^[3]

基于以上学理分析，未来立法应当放弃履行辅助人之“与旅行社存在合同关系”的构成要件。并考虑两个替代选项。一是基于干预必要说，替代要件为“由旅行社安排提供服务，并能够被旅行社监督、干预”。据此，公共交通工具、故宫、八达岭长城等类似服务提供者，因不能被监督、干预，就不属于履行辅助人，就无须做出例外规定。这些被排除在履行辅助人之外的服务提供者，在违约责任上可以参考《旅游法》第74条，旅行社作为受委托安排相关服务，仅就过错造成的损失向旅游者承担违约责任。在侵权责任上，按照《旅游法》现有规则，由相应服务提供者自行承担，旅行社仅承担协助索赔的义务。二是基于干预不必要说，替代要件为“由旅行社安排”。据此，公共交通工具、故宫、八达岭长城等由旅行社“安排”的服务提供者，都属于履行辅助人。依据相应规则，应由组团社承担“窗口责任”。

此外履行辅助人的第三个构成要件“实际提供相关服务的法人或者自然人”同样存在问题。在主体类型上只有“法人或者自然人”，而没有非法人组织，这显然是不合理的。因此该要件可以修改为“实际提供相关服务的人”。

（二）定义的替代选项

综上，履行辅助人定义可以有如下两种替代方案。定义一：受旅行社安排，根据旅行社的要求，协助其履行包价旅游合同义务，实际提供相关服务的人。该定义采干预必要说，强调履行辅助人须循旅行社之要求提供服务。据此公共交通

经营者、故宫、八达岭长城等服务提供者，因不受旅行社之意思的影响、干预，仅面向不特定之公众提供既定服务，因而不属于履行辅助人。旅行社不就该类主体之违约或侵权向旅游者承担责任。该定义解决了原有定义中，公共交通、故宫等相似情况，没有相同对待的问题。

定义二：由旅行社安排，向旅游者提供包价旅游合同所约定之服务的人。该定义基于干预不必要说，只要是旅行社安排，提供合同约定之服务的，就属于履行辅助人。此处“安排”是遴选、购买的含义，即只要是旅行社依据合同之内容选择，并由旅游者接受的服务，其服务提供者就是履行辅助人。公共交通经营者、故宫、八达岭长城等都属于履行辅助人，旅行社应就该类主体之违约或侵权向旅游者承担责任。该定义在旅游者权益保护的 direction 上又迈进了一步，从平衡旅行社权益角度考虑，须将公共交通经营者的责任限制同样适用于旅行社。

五、制度修订的建议

履行辅助人制度包括违约责任和侵权责任两个部分，其中违约责任的规定并无特别价值，无论合同相对性原理，抑或《合同法》第121条，都确认了旅游者向组团社主张违约责任的权利。唯侵权责任的规定才是其他法律不能替代的，是当前履行辅助人制度得以存在的价值所在。不少旅游者在主张损害赔偿时，之所以放弃“胜诉”更加容易的违约之诉，而选择侵权之诉，关键理由是有权主张精神损害赔偿金。但《民法典》生效之后，情况就会发生彻底逆转，其第996条规定，“因当事人一方的违约行为，损害对方人格权并造成严重精神损害，受损害方选择请求其承担违约责任的，不影响受损害方请求精神损害赔偿”。只有侵权之诉才可以主张精神损害赔偿的情况自此被改变。旅游者从此之后，不出意外都会选择违约之诉来主张赔偿。旅游立法费尽心思设立的履行辅助人侵权责任规定，大概率会被束之高阁，在司法实践层面的价值基本被掏空。

履行辅助人制度将何去何从，是否可以废弃呢？恐怕也是不行的，至少存在两个方面的问题。首先，从概念层面看，如果放弃“履行辅助人”，

如何在法律条文中指称各类实际服务提供者？这些主体几乎是不可回避的，若无统一的概念，必然需要一一列举，一则累赘，再则难免挂一漏万。因此基于立法语言的精练、周全之要求，应当保留这一概念。其次，从制度层面看，虽然旅游者大概率不会选择侵权之诉的案由，但这毕竟是其选择的权利。若废弃这一制度，也就剥夺了旅游者要求组团社承担侵权责任的机会。

旅游立法应如何进一步完善该制度？基于前述履行辅助人之定义的分析，有如下两个备选方案。

基于定义一的制度方案：该定义采干预说之理论，公共交通经营者、故宫、八达岭长城景区等服务提供者，不属于履行辅助人。由其引发的违约责任、侵权责任应由其自行承担。旅行社协助旅游者向服务提供者追究责任。

基于定义二的制度方案：该定义采干预不必要说之理论，公共交通经营者、故宫、八达岭长城景区等服务提供者，属于履行辅助人。由其引发的违约责任、侵权责任，应由旅行社向旅游者承担。旅行社承担责任后，有权向履行辅助人追偿。

表3 不同履行辅助人制度之比较

基于定义一的制度	《旅游法》上的制度	基于定义二的制度
干预必要说理论	主体认定：干预不必要说理论 责任认定：干预必要说理论	干预不必要说理论
公共交通经营者不属于履行辅助人	公共交通经营者属于履行辅助人	
不能归责于旅行社		应归责于旅行社

本文建议采纳上述第二种方案，理由如下：

首先，从包价旅游合同内容角度看，第三人提供服务的行为，如果能够纳入包价旅游合同义务之履行，就是旅行社自己的义务，换言之，只有首先构成了债务人的债务内容，才有“辅助履行”的问题。^[4]根据《旅游法》第111条，包价旅游合同的核心内容是“提供或者通过履行辅助人提供交通、住宿、餐饮、游览、导游或者领队

等两项以上旅游服务”。可见提供交通、游览等服务属于旅行社自己的义务，协助旅行社提供这些服务的，当然属于履行辅助人，因履行义务造成损害，是旅行社自己责任，理当归责于旅行社。《旅游法》将公共交通经营者引起的责任排除在外，不符合“自己义务—自己责任”这一逻辑。由前文“表二”对三种制度设计的对照也可以看出，《旅游法》对主体认定和责任认定采用了不同的标准，主体认定层面与定义二的制度相同，责任认定层面与定义一的制度相同，这样“畸形”地构造显然缺乏说服力。

其次，从履行辅助人选择的角度考虑，旅行社是否选择公共交通工具，在某些情况下选项是唯一的，但一定存在公共交通和非公共交通之选项并存的情况，此时只要选择了公共交通就可以免责。旅行社可以基于自己的选择来确定自己是否免责，这相当于赋予了旅行社一项“免责形成权”，对旅游者显然是不公平的。

再次，从法律适用角度看，如何认定“公共交通经营者”“公共交通工具”？一方面旅行社为了得到免责利益，就要付出举证责任的代价；另一方面，认定的标准和证明的程度也存在不同理解，会导致裁判结果的不一致。法律适用中的这些问题，都构成了制度的成本，^①反映了制度的效率性问题。

最后，从制度的实际效果看，由于旅游者直接向相关主体，比如公共交通经营者维权的成本高，特别是损失很轻微的情况下。因此往往有旅游者不顾法律规定，缠着旅行社要求给予赔偿。旅行社很可能迫于种种压力做出妥协，但其支付的赔偿金，却无法向公共交通经营者追偿。这种妥协甚至成了制度性的安排，比如为了避免航班延误带来旅游者索赔的压力，很多旅行社在旅行社责任险项下增加航班延误险，并因此增加保费支出。可见，当前的制度既未很好地保护旅游者权益，特别是承受高成本依法维权的“老实”旅游者，又委屈了旅行社，特别是遇到了无理纠缠的旅游者。守法者不得利，不守法者得利，这必然是对法治的伤害。

与第二种方案相比，第一种方案固然解决了《旅游法》内在逻辑不一致的问题，但从理论上，

不符合包价旅游合同“自己义务——自己责任”的逻辑；从司法实践上看，景区类型多样、复杂，依据“干预必要说”甄别其是否属于履行辅助人，十分困难，甄别成本可能很高，这就意味着制度不符合效率要求；从立法目的上看，对旅游者权益保障不利，尤其是作为旅游服务核心的景区造成的责任，旅行社也将免责，从客观实践而言是不现实的。

综上，《旅游法》将来修订之时可以采纳第二种履行辅助人制度的方案，且修改幅度也不大，对法律稳定性的影响较小。基于新的方案，地接社也属于履行辅助人，适用相同的规则，类似“由于地接社、履行辅助人的原因导致违约”这样的两个主体并列的表述就没有必要了，直接改成“由于履行辅助人的原因导致违约”，一方面法律语言更简练，另一方面呈现的法律关系更简单明了。

六、结语

旅游立法中的履行辅助人问题，迄今历经了四个发展阶段。第一阶段是2011年《规定》实施之前。这一阶段，旅行社的履行辅助人客观存在，但立法并未正面回应，除了《旅行社条例》第37条就组团社与受托社之间的法律责任有所规定之外，并无更多的规则，由此造成了司法实践中法律理解和适用的混乱现象。第二阶段是2011年至2013年《规定》实施期间。该司法解释以旅游辅助服务者制度统一了裁判标准，为旅游纠纷解决的形式公平提供了制度保障，但未能有效解决旅游者权益保障的问题，在实质公平方面仍存在不足。第三阶段是2013年《旅游法》施行之后。《旅游法》以旅游者权益保障为宗旨，规定了履行辅助人制度，基本解决了《规定》存在的旅游者权益保障之实质公平问题，是一大进步，也是履行辅助人制度价值的巅峰阶段，但依然存在内在逻辑不一致，责任归属不合理的问题。第四阶段是2021年《民法典》施行之后。由于该法第996条带来的精神损害赔偿的重大变化，履行辅助人制度之核心部分——侵权责任归责制度的实用价值几乎丧失，履行辅助人制度的价值显著贬损。虽然该制度原有含金量不再，但从旅游法制整体而言仍有存续之必要，并应当在未来

《旅游法》修订时进一步修改完善，以解决其内在的理论和实践问题。

注释：

- ① 第1则案例的责任比例是否恰当值得商榷。旅游者在开车时未按要求坐在座位上，而是坚持站着，从常理看是摔倒受伤的原因之一，因此旅游者自身也是有过错的，理应承担一定责任。
- ② 第3则案例基于“旅行社未履行乘车注意事项告知是损害发生的原因之一”认定旅行社承担相应比例的责任，似乎有道理，但同样是不合理的。从法律关系角度看，运输公司辅助旅行社提供客运服务，因此与客运相关的义务，从两家企业内部而言，都已经转给了运输公司，包括安全保障义务。只要运输公司履行了这些义务，就视为旅行社履行了，运输公司未履行的，也就是旅行社未履行。把这个告知义务单独剥离出来，认为应该是旅行社承担的，是不恰当的。如果按这个逻辑，确保车辆不发生剧烈颠簸的义务是否可以认为由旅行社承担，从而所有责任都让旅行社承担呢？另外，根据旅行社与运输公司的合同关系，运输公司有义务将旅行社的旅游者安全送达目的地，运输公司违反该义务的，理应由运输公司承担责任，而车辆剧烈颠簸造成旅游者受伤，显然是运输公司违约，所有责任应当由运输公司承担，法院判决旅行社承担一定的侵权责任，损害了旅行社应有的合同利益。因此这个案件恰当的判决也应当是遵循《规定》为之，即使旅行社有责任，也是补充责任，承担了补充责任之后，可以向运输公司追偿，也就不会损害旅行社的合同利益。
- ③ 该案判决认为泰国车队不属于“第三人”，不能适用《规定》第7条，而属于旅游辅助辅助者，但判决并未对这一观点进行论证。
- ④ 这正是“焦建军与江苏省中山国际旅行社有限公司、第三人中国康辉南京国际旅行社有限责任公司旅游侵权纠纷”一案的二审判决的逻辑，遗憾的是这并不符合当时《规定》的内容。
- ⑤ 保险公司理赔之后，会向履行辅助人行使代位追偿权。但实践中考虑到向境外履行辅助人追偿的难度，几乎都是放弃的。所以境外履行辅助人作为实际的侵权人，最终并没有承担责任，这显然不利于约束、督促境外企业更好地保障中国旅游者的人身、财产权益。就此目前并无有效应对措施。
- ⑥ 国家旅游局、国家工商行政管理总局2014年制定的《团队境内旅游合同（示范文本）》第1条第14项，已尽合理注意义务仍不能避免的事件，指因当事人故意或者过失以外的客观因素引发的事件，包括但不限于重大礼宾活动导致的交通堵塞、飞机、火车、邮轮、城际客运班车等公共客运交通工具延误或者取消，景点临时不开放。
- ⑦ 2013年10月6日，美国北马里亚纳群岛联邦STARMARIANS航空有限公司的小型客机搭载游客从天宁岛返回塞班岛，途中飞机坠地，造成多名游客死亡，杭州游客张某死亡，其家属根据合同管辖约定向法院起诉，要求杭州组团社承担赔偿责任。（2014）杭上民初字第1603号民事判决书认定，被告仅举证证明失事飞机所属公司拥有合法开展航空业务的资质，但未提供证据证明失事飞机搭载原告进行的飞行属于提供公共交通运输服务，本院认为被告应承担举证不能的法律后果。失事飞机所属航空公司即美国北马里亚纳群岛联邦STARMARIANS航空有限公司作为履行辅助人，未尽到安全保障义务造成原告人身及财产遭受损害，其行为已构成违约。判令被告组团社承担赔偿责任。上海游客陆某死亡，其家属根据合同管辖约定申请仲裁，要求上海组团社承担赔偿责任。（2016）沪仲案字第1680号裁决书认定，该失事航班属于公共交通，根据《旅游法》申请人应当向美国STARMARIANS航空公司提出索赔。驳回了仲裁请求。之后，杭州组团社（零售商）承担赔偿责任之后，向上海组团社（批发商）追偿，上海组团社以仲裁裁决书作为证据，认为杭州法院的判决缺乏依据，要求法院驳回诉讼请求。（2017）沪0104民初8421号民事判决书认为，仲裁裁决书中涉及的事实与本案无关，而本案相关事故的性质已由（杭州法院的）生效判决书认定，遂支持了原告的诉讼请求。该案被告上诉后，上海一中院二审维持原判。可见，当两个生效法律文书就同一事实作出了相反的认定，本案判决不得不采纳其中一项时，其结果必然是尴尬的。本文作者系该案原告代理律师。

- [1] 奚晓明，最高人民法院民事审判第一庭，最高人民法院审理旅游纠纷案件司法解释理解与适用[M]，北京：人民法院出版社，2010.174.
- [2] 薛杉，旅游纠纷民事责任配置若干问题研究——以“焦建军旅游侵权纠纷案”为中心[J]，政治与法律，2014(07):23-31.
- [3] 汪旭鹏，《旅游法》履行辅助人制度评析[J]，旅游学刊，2015,30(09):91-99.
- [4] 周江洪，旅游人身损害赔偿责任的比较——以履行辅助人理论为中心[J]，苏州大学学报（哲学社会科学版），2017,38(01):62-72.
- [5] 周晓晨，论旅游服务提供者者在包价旅游合同中的法律地位及责任[J]，旅游学刊，2013,28(07):48-56.
- [6] 编写组，《中华人民共和国旅游法》解读[M]，北京：中国旅游出版社，2013.214.



□王 莺/文

王莺律师，中伦文德上海分所合伙人律师，拥有二十年以上的涉外法律服务经验。王律师在多家国内知名仲裁机构担任调解员和仲裁员。主要执业领域：国际贸易、国际仲裁、商事调解、外商投资、境外投资、兼并收购、一般公司业务。

浅谈我国涉外仲裁对准据法问题的先行裁决

本文从一个涉外仲裁案例开始，浅议国内外商事仲裁中，仲裁庭针对准据法（适用法律）问题，作出先行裁决或决定的规则基础、实践及其重要意义。

一、案例

最近碰到一个涉外仲裁案件，双方对合同的适用法律条款有争议，我方申请仲裁庭对此进行先行裁决但未获仲裁庭支持。

该案申请人认为案件应适用意大利法，作为被申请人，我们认为由于案件不具有法律规定的涉外因素，因而应适用中国法。案件开庭前，我方就准据法问题提交了经细致论证的法律分析，请求仲裁庭对该问题作出先行裁决。申请人就此提交了认为不应适用中国法的答辩意见。在该意见中，申请人并未提出仲裁庭不应对案件准据法问题作出先行裁决。

由于当时仲裁庭尚未成立，仲裁委以书面方式告知我们，该仲裁委的《仲裁规则》以下简称“本案《仲裁规则》”规定：“仲裁庭认为必要或当事人提出请求并经仲裁庭同意的，仲裁庭可以在作出最终裁决之前，就当事人的某些请求事项^[1]先行作出部分裁决。”仲裁委认为我方提出的部分裁决申请不适用上述规则。有关适用法律问题，应由将来成立的仲裁庭根据案件审理实际情况予以

认定。

我们理解仲裁委上述回复包含两层含义：（1）本案《仲裁规则》下，只有仲裁请求（claim）和反请求（counterclaim）可以获得仲裁庭的先行裁决，由于我方（作为被申请人）并非以反请求的方式提出对适用法律议题作出先行裁决，因此根据该仲裁规则，仲裁庭不会就此作出先行裁决；（2）仲裁庭成立后会以其他方式处理本案准据法问题。

对于本案《仲裁规则》的规定，我们认为：即便它确实旨在排除对仲裁请求或反请求范围之外的争议事项作出先行裁决（award）（虽然从字面上看，我们并不完全认同该说法），但它并未禁止仲裁庭采取“决定”（order 或 decision）等方式对适用法律问题先行作出决定。因此，我们期待着仲裁庭对该问题尽早作出裁决或决定。

遗憾的是，即便我方一再要求，并且说明要确定本案的准据法并不牵涉除合同真实性以外的其他事实问题，这是一个纯粹的法律问题，并且在开庭前双方已就此分别向仲裁庭提交了详尽的书面意见，仲裁庭仍拒绝对适用法律问题作出先行裁决或决定。为免风险，我们耗费了大量人力物力在查明意大利法后同时适用中国法和意大利法对本案法律问题进行分析。虽然最终我们获得了有利裁决，但我们是在裁决书中才看到仲裁庭决定适用意大利法作为本案准据法。

二、国际仲裁中对准据法问题进行先行裁决或决定的实践与规则

在国际仲裁中，仲裁庭对双方存在争议的法律适用问题作出先行裁决（通常该种先行裁决被称为“临时裁决”（interim award），也有些称之为“中间裁决”（interlocutory award）或“部分裁决”（partial award）^[2]），是较为常见的做法。这样做能尽早确定应适用的法律，便于仲裁当事人及其代理人进行法律分析和辩论，从而确保仲裁的公平、高效、经济和便利。

国际仲裁著名学者 Gary Born 在他享有盛誉的三卷本《国际商事仲裁》中指出：“……临时裁决对与处理某项请求相关的一个议题（例如法律适用、责任）作出决定，但并不终局地解决该请求^[3]。”《雷德芬及亨特国际仲裁》一书也认为：部分裁决和临时裁决可大大节省仲裁各方的时间和金钱^[4]。该观点认为，法律适用问题是临时裁决的一个重要议题：“若无法在初期阶段解决该问题，各方就不得不参照不同的法律体系对其案情进行答辩。他们甚至需要援引精通每一个不同法域的律师的证据。在这种情况下，仲裁庭在准据法问题上签发初步决定将是明智的^[5]。”

国际主要仲裁机构也在其各自的仲裁规则中赋予了仲裁庭作出最终裁决书以外其他裁决的权利。该些权利并未排除对正式仲裁请求（claim）和反请求（counterclaim）以外的争议内容（例如准据法问题）作出部分先行裁决。

国际商会国际仲裁院仲裁规则（2017 版）第 2 条将该规则所述之“裁决”定义为：“包括但不限于临时裁决、部分裁决或终局裁决。”事实上，ICC 仲裁中，仲裁庭经常会为准据法问题作出临时裁决（interim award）^[6]。

瑞典斯德哥尔摩商会仲裁院仲裁规则（2017 版）第四十四条“部分裁决”规定：“仲裁庭可就一独立事项或者争议事项的一部分做出部分裁决。”

香港国际仲裁中心仲裁规则（2018 版）第 35.1 条规定：“仲裁庭可就不同事项、在不同时间、就各方当事人作出单个或多个分别的临时裁决、中间裁决、部分裁决或最终裁决。……”

新加坡国际仲裁中心仲裁规则（2016 版）第 32.5 条规定：“除非当事人另有约定，仲裁庭可以在不同阶段、对不同争议焦点分别作出裁决。”

联合国国际贸易法委员会仲裁规则（2013 版）第 34.1 条也规定：“仲裁庭可在不同时间对不同问题分别作出裁决。”该新版规定替代了 2010 年版第 32.1 条中“除了作出终局裁决外，仲裁庭还有权作出临时、中间或部分裁决^[7]”的规定。新规取消了仲裁庭能够作出裁决的范围限制，授予仲裁庭比过去更宽泛的作出终局裁决以外的其他裁决的权利。

可见，主要国际仲裁机构及联合国贸法会都在其仲裁规则中赋予仲裁庭根据当事人要求及实际需要，决定就有关争议事项作出临时裁决（interim award）、部分裁决（partial award）或中间裁决（interlocutory award）的权利。该些争议事项并不必然基于“当事人的某些请求事项”，因而对准据法问题（该问题通常不会出现在仲裁请求中）作出先行裁决也成为顺理成章、有据可依的操作。

换言之，国际仲裁的经验是：仲裁庭作出临时裁决、中间裁决或部分裁决并不需要基于当事人正式提交的仲裁请求或反请求，当事人可以要求仲裁庭对包括准据法、责任分担、赔偿限额等在内的各种议题作出先行裁决。这就给仲裁庭随时处理审理中出现的各种问题提供了灵活性，也更好地实践了“当事人意思自治”这一仲裁的基石性原则。

三、我国仲裁制度下仲裁庭对准据法问题作出先行裁决的规则及实践

我国仲裁法和各主要仲裁规则也不同程度地赋予了仲裁庭作出部分先行裁决的权利。《中华人民共和国仲裁法》第五十五条规定：“仲裁庭仲裁纠纷时，其中一部分事实已经清楚，可以就该部分先行裁决。”

下面是国内几个主要仲裁机构仲裁规则中关于部分裁决 / 临时裁决的规定：

中国国际经济贸易仲裁委员会（贸仲）仲裁规则（2015 版）第五十条“部分裁决”第（一）项规定：“仲裁庭认为必要或当事人提出请求并经

仲裁庭同意的，仲裁庭可以在作出最终裁决之前，就当事人的某些请求事项先行作出部分裁决。……”

上海国际仲裁中心（上国仲）仲裁规则（2015版）第四十六条“部分裁决”规定：“如果仲裁庭认为必要或者当事人提出请求并经仲裁庭同意的，仲裁庭可在作出最终仲裁裁决之前先行作出部分裁决。……”

深圳国际仲裁院（深国仲）仲裁规则（2020版）第五十二条“部分裁决”规定：“仲裁庭认为必要或当事人提出请求并经仲裁庭同意的，仲裁庭可以在按照第五十一条的规定作出裁决之前，就当事人的部分请求事项作出部分裁决。……”

北京仲裁委员会 / 北京国际仲裁中心（北仲）仲裁规则（2019版）第五十条“部分裁决和中间裁决”第（一）和第（二）项规定：“（一）仲裁庭认为必要或者当事人申请经仲裁庭同意时，仲裁庭可以在最终裁决作出前，就当事人的某些请求事项作出部分裁决。//（二）仲裁庭认为必要或者当事人申请经仲裁庭同意时，仲裁庭可以就案件争议的程序问题或者实体问题作出中间裁决。”

上海仲裁委员会（上仲）仲裁规则（2018版）第五十四条“先行裁决”第（一）项规定：“仲裁庭认为有必要时，或当事人申请且经仲裁庭同意的，仲裁庭可以在最终裁决作出前，就当事人的某些请求事项作出先行裁决。”

武汉仲裁委员会 / 武汉国际仲裁中心（武仲）仲裁规则（2018版）第六十一条“部分裁决”第（一）项规定：“仲裁庭认为必要或者当事人提出经仲裁庭同意，仲裁庭可以在最终裁决作出前，就当事人的某些请求事项作出部分裁决。”

上述国内主要仲裁机构中，贸仲、深国仲、北仲、上仲和武仲都规定了部分裁决应基于当事人的某些或部分请求事项，只有上国仲的规则中未要求先行 / 部分裁决应基于当事人的请求事项。此外，北仲在规则中对“中间裁决”进行了规定，中间裁决可以确定的议题范围较广，涵盖了案件争议的程序问题及实体问题。

显然，上述仲裁机构中，上国仲和北仲在规则上赋予了仲裁庭就法律适用问题作出先行 / 部分裁决和中间裁决的权利，体现了制度的灵活性。在当事人共同对仲裁庭提出某项先行裁决或决定

的要求时，该两种规则将能更好地实现当事人的意志。

对于上述其他国内仲裁机构，如果当事人希望仲裁庭对适用法律问题先行作出裁决或决定，而仲裁庭 / 仲裁委以我们在本案中遇到的相同理由驳回当事人的申请，那么当事人可能面临一个困难的抉择：选择以反请求的方式要求仲裁庭对准据法作出先行裁决；或基于仲裁规则赋予仲裁庭对程序性问题作出决定的权利，要求仲裁庭将该议题作为程序性问题进行先行解决。

采取上述第一种方式的困境在于：（1）从法理上来说，适用法律并不应作为仲裁请求的一部分，因为即便当事人不请求，仲裁庭也应在最终的裁决书中对该问题进行释明并作出决定，因此，根本上来说，适用法律问题只是走向最终裁决的一个中间过程，提前决定乃为仲裁各方便利与经济考虑，并非仲裁请求或反请求的一部分；（2）一旦将适用法律问题作为仲裁反请求提交，仲裁机构会要求收取仲裁费，这无疑于要求当事人为仲裁庭提前确定准据法买单；（3）更糟糕的是，当事人并不能确定买单后仲裁庭是否确实会就该申请作出先行裁决，因为仲裁规则赋予仲裁庭自行决定是否作出部分裁决的权利。因此，如果仲裁庭决定不对准据法问题作出先行裁决，那么当事人岂非为仲裁庭本就应在最终裁决中作出的适用法律决定而支付额外的反请求仲裁费？如果发生这个荒谬的结果，仲裁机构是否应向当事人退回该部分反请求仲裁费？

采取上述第二种方式的困境在于：通常仲裁中的程序性问题包括审理范围、证据提交和质证、临时性措施等，而适用法律与案件审理的实体相关，因此作为程序性问题给出决定似乎有些牵强。

实践中，国内仲裁庭通常以如下几种方式来安排涉外案件准据法的决定程序：

第一种比较理想的方法是：在仲裁规则许可的范畴内，以先行裁决或部分裁决的方式对准据法作出裁决。或者当仲裁规则存在“对当事人某些请求事项进行先行裁决”的限制时，仲裁庭在庭审中以口头决定、书面决定或庭后电邮等方式对案件的准据法作出决定。这种处理方式的好处在于，它绕开了仲裁规则对先行裁决范围的限制

(若有), 同时又游离于程序性问题决定之外, 并且也未违反仲裁规则, 还极大节省了仲裁各方的成本。

另一种方式是: 仲裁庭要求双方同时提供基于不同法域的法律分析, 以供仲裁庭在两者间进行取舍。这种处理方式对双方来说都是一种煎熬, 无论从时间还是金钱成本上都造成沉重的负担。

还有一种方式是: 整个庭审过程中, 仲裁庭对法律适用问题不置可否, 交由当事人自行决定法律分析时需适用的法律。这种处理方式同样给当事人造成极大困惑和负担: 仅仅适用一种法律可能使当事人面临因适用法律不当所导致的败诉风险; 而同时适用两种法律则无论对于代理律师还是对于当事人来说, 都不堪重负。

此外, 这里始终存在另一个无法回避的问题, 即根据仲裁规则, 仲裁庭有权自行决定是否对争议的准据法问题作出先行决定或裁决。基于如下几个原因, 国内大部分仲裁庭都不太愿意就准据法问题单独出具部分裁决或决定: (1) 由于众所周知的原因, 仲裁员收费极其低廉(北仲已率先修改了仲裁员收费标准, 我们期待这个改变对仲裁庭作出先行裁决的实践产生深远影响), 与国外仲裁机构仲裁员收费存在巨大落差, 因而大部分仲裁庭可能没有时间和精力为某一案件出具单独的先行裁决。(2) 仲裁庭可能出于“公平公正”的考量, 更倾向于在掌握案件全部证据后, 再决定应适用的准据法。实践中, 由于代理人通常须在证据提交的最后期限过后不久(两到三周内)提交最终答辩或代理意见, 这种情况下, 仲裁庭通常也无意在证据关门后的很短时间内再就准据法问题出具单独的部分裁决或临时裁决。

综上所述, 国内机构仲裁中, 仲裁庭对准据法问题作出先行裁决存在一定程度的规则限制。同时, 即便仲裁庭可以在不违反规则的情况下就适用法律作出某种形式的先行决定, 现行仲裁员收费制度及仲裁庭对何时及如何解决准据法问题的不同考量, 也可能制约仲裁庭对此问题作出先行决定。

笔者认为, 大多数情况下, 准据法的确定是一个纯粹的法律问题, 无需借助很多证据的披露仲裁庭就应能对此作出判断。即便个别情况下需

要对外国冲突法或国际规则和惯例进行分析, 仲裁庭也可要求双方提供法律专家证人或查明域外法, 在案件早期即对应适用的准据法作出判断。

尽早确定案件的准据法对公平、公正、高效地审理案件意义重大:

1. 它可以帮助当事各方及早开展法律研究和分析, 加快案件审理进程;
2. 能降低各方当事人同时对两个以上法域法律进行分析的成本, 节省资源;
3. 能不至于使经济实力较弱的一方(该方可能没有更多资金请代理人同时基于两种以上的法律对案件进行分析)由于无力支付律师费或专家证人费用而在法律分析问题上处于劣势;
4. 可以协助当事方做好充分的庭前准备, 在开庭时或在庭后意见中充分陈述己方法律观点, 为最终获得公平、公正的仲裁结果创造条件。

我国仲裁机构在接受涉外案件后, 若能积极支持仲裁庭对准据法问题及早作出研判, 不仅能协助当事人高效、经济、便利和公正地开展仲裁, 而且将大大提高我国仲裁机构对涉外案件的管理能力, 进而提升我国涉外仲裁机构在国际仲裁领域的影响力。

因此, 笔者呼吁, 我国涉外仲裁机构应及早认识并面对目前存在于部分仲裁庭中的准据法先行裁决难问题, 制定应对策略, 引导仲裁庭在该问题上作出符合国际仲裁惯例的高效、经济、公平和公正的决定。

注释:

- [1] 黑体字为该仲裁委通知原文所加。
- [2] 这几种先行裁决存在一些差异, 但由于不影响本文所及内容, 暂不在本文中论述。
- [3] Gary Born, *International Commercial Arbitration*, Wolters Kluwer 第二版, 第三卷, 第 3015 页, 原文为: “..... an interim award decides an issue (e.g., choice of law, liability) relevant to disposing of a claim, but does not finally dispose of the claim.”
- [4] Redfern and Hunter on *International Arbitration*, Oxford 第五版, 第 520 页, 原文为: “The power to issue a partial or interim award is a useful weapon in the armoury of an arbitral tribunal. A partial award is an effective way of determining matters that are susceptible to determination during the course of the proceedings and which, once determined, may save considerable time and money for all involved.”
- [5] Redfern and Hunter on *International Arbitration*, Oxford 第五版, 第 522 页, 原文为: “if this is not resolved at an early stage, the parties must argue their respective cases by reference to different systems of law. They may even need to introduce evidence from lawyers experienced in each of these different systems. In such circumstances, it may be sensible for the arbitral tribunal to issue a preliminary decision on the question of the applicable law.”
- [6] 例如 Interim Award in ICC Case No. 6149 等。
- [7] 第 32.1 条原文为: “In addition to making a final award, the arbitral tribunal shall be entitled to make interim, interlocutory, or partial awards.”



□ 程海群/文

程海群律师，北京市中伦文德（深圳）律师事务所副主任、高级合伙人、国家高级律师、司法部“千名涉外律师人才”。中南财经政法大学法学学士、中国政法大学法学硕士、香港中文大学金融MBA工商管理硕士。主要业务领域：争议解决、金融、环保、公司/并购、私募股权投资、政府法律服务、国际投资与贸易等。



□ 钟敏瑞/文

钟敏瑞律师，北京市中伦文德（深圳）律师事务所律师。西南政法大学英语文学学士、西南政法大学法学学士、西南政法大学国际法学硕士。主要业务领域：争议解决、金融、环保、公司/并购、国际投资与贸易等。

论域名纠纷的救济途径

摘要：域名因其具有的财产性及申请不需审查的注册制度使得其在发展过程极易发生纠纷，而由于域名纠纷诉讼程序、统一域名纠纷处理机制以及域名纠纷自身的特点，域名纠纷在寻求救济的过程中也存在相应的问题。研究已经存在的域名纠纷解决机制，分析域名纠纷解决机制存在的不足并提出相应的建议，从而扬长避短充分利用各救济途径的优势，有利于达到有效解决域名纠纷争议的效果。

关键词：域名纠纷；困境；域名纠纷诉讼程序；统一域名纠纷处理机制

一、域名产生纠纷之后进行救济面临困境

（一）域名发展过程中产生纠纷的原由

域名为一连串具有固定格式的互联网字符，其在互联网上起到识别和定位计算机的层次结构的作用，与计算机的IP地址相对应。^[1]通俗地理解，域名就是网络用户登录某一互联网的网页地址。相比较于IP地址，域名在使用过程中

更便于理解和记忆。域名包括以下两类：第一类为国家和地区顶级域名，对应于国家、地区的地理位置，例如中国是.cn，美国是.us，日本是.jp等。第二类为通用类别顶级域名，对应不同类别，比较常见的如.com，.net，.org等。

在注册和使用过程中，域名的特点可归纳为以下几个方面：第一，登记注册的规定性。域名在域名注册机构进行注册时通常需要按照规定的程序进行。目前各域名注册机构通用的原则包括域名格式注册原则、域名唯一性原则、域名申请在先原则等。第二，全球唯一性。在国际互联网内，每个域名的字符组成是唯一的，不存在完全相同的任何两个域名。第三，排他性。登记注册后产生的域名由注册人持有。除域名注册人外，其他人无权行使持有、使用、转让等支配该域名的权利。因此，域名具有绝对排他性。第四，标识性。根据上述域名的定义可知，域名在互联网上起到识别和定位的作用。除IP外，域名是互联网地址的另一种表达形式。第五，价值性。伴随着互联网的产生，为了满足人们的生产和生活需要，域名随之产生并在人们的生产和生活中具有重要

的价值。而又随着电子商务的广泛使用，为满足各种经济活动需要，域名的商业价值日益凸显。最后，随着互联网的深入发展，域名的价值更是不断地得到了提升和重视。

域名的前述特征导致了域名在发展和使用过程中容易产生域名纠纷的问题。具体原因可分析如下。第一，由域名的产生和使用可知，在客观上，域名是能满足人们生产、生活以及经济活动需要的一种无形财产，具有一定的价值。因此，域名容易成为争夺的对象，尤其是在经济活动中。第二，域名注册时的申请在先不需审查的原则。在域名注册过程中，域名注册登记机构往往不承担事先检索、审查等义务。区别于商标、专利等注册登记需要事先检索、审查等，域名的注册制度极易被他人恶意利用从而滋生纠纷。因此，针对如何解决这些纷争，研究已经存在的纠纷解决机制，分析纠纷解决机制存在的不足并提出相应的建议，是笔者在本文主要思考的问题。

（二）域名纠纷的主要解决机制

根据现行的规定，域名争议解决途径主要有两种，一种是向域名争议解决机构投诉，要求他人将侵权域名转移在先权利人所有或将争议域名注销；另一种则是通过司法途径，向人民法院提起诉讼，请求域名注册人停止域名侵权行为并赔偿因侵权行为导致的经济损失等。

1、域名纠纷诉讼程序

诉讼作为纠纷解决的重要途径，在域名争议案件中同样扮演着重要角色。根据我国《最高人民法院关于审理涉及计算机网络域名民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》的规定，域名侵权的构成要件包括：一、请求保护的民事权益合法有效。二、被告的争议域名与原告的驰名商标、注册商标、域名等相同或近似，造成公众的混淆误认。三、被告对争议域名不享有权益，无注册和使用该域名的正当理由。四、被告对争议域名的注册、使用具有恶意^[2]。当他人域名注册、使用行为满足前述的四要件构成了对域名侵权或不正当竞争行为，则权利人可向具有管辖权的法院提起诉讼以解决域名纠纷。

2、统一域名纠纷处理机制

互联网名称与数字地址分配机构（ICANN）制定的《统一域名争议解决政策》及《统一域名争端解决规则》（UDRP）是目前较多采取的非诉讼域名纠纷解决程序。至今 ICANN 已认证批准了亚洲域名争议解决中心、国家仲裁论坛和世界知识产权组织等 7 家机构、组织作为关于域名争议的投诉、处理机构。而在实务中，发生在我国的域名纠纷通常向亚洲域名争议解决中心的北京秘书处或香港秘书处进行投诉。

同时，针对 .cn 域名以及中文域名的争议，中国互联网信息中心（CNNIC）参照 ICANN 的规则制定了《中国互联网络信息中心域名争议解决办法》及《中国互联网络信息中心域名争议解决程序规则》（CNDRP）作为处理 .cn 域名以及中文域名的争议的解决程序。并将中国国际经济贸易仲裁委员会（CIETAC）域名争议解决中心作为受理机构。

依据《统一域名争议解决政策》或《中国互联网络信息中心国家顶级域名争议解决办法》当事人之间的域名纠纷满足以下三个条件的，可向域名争议解决机构进行投诉：（1）争议域名与投诉人享有民事权益的名称或者标志相同，或构成混淆的近似性；（2）被投诉人对争议域名或者其主要部分不享有合法权益；（3）争议域名的注册或者使用具有恶意^[3]。

（三）域名纠纷解决机制运用中产生的困境

1、统一域名纠纷处理机制运用中产生的困境

（1）统一域名纠纷处理机制的裁决效力不高
《统一域名争议解决政策》第 4 条中所述的强制性行政程序要求，在此类强制性行政程序开始之前或结束之后，均不得妨碍当事人向具有有效管辖权的法院提交争议要求独立解决相关的域名纠纷。^[4] 换言之，统一域名纠纷处置机制的域名争议程序明确将其域名争议裁决的效力置于司法审查之下，而统一域名纠纷处置机制作为统一域名纠纷处理机制并不具有仲裁裁决或者法院司法判决的法律效力，在一方当事人对统一域名纠纷处置机制的裁决结果不满意的情况下，可以

向法院提起诉讼或申请仲裁。

(2) 统一域名纠纷处理机制的保护范围具有局限性

根据统一域名纠纷处理机制的政策规则，投诉人针对注册域名投诉的请求，若经查证确实存在域名侵权的事实，统一域名纠纷处理机制也仅限于要求撤销、转让或变更域名注册的裁决。^[5]目前，统一域名纠纷处理机制为防止域名持有人在纠纷处理程序进行中对域名做出转让，规定了相应的保全制度，即禁止当事人在纠纷处理进程中或者裁决做出后15个工作日内将争议域名转让给第三人或者转移到另外一个域名注册组织。若当事人违反该政策条款的规定，则统一域名纠纷处理机制可直接行使撤销在争议过程中将域名注册转让给其他持有人的任何行为的权利^[6]。

2、域名纠纷诉讼程序运用中产生的困境

(1) 无法查清被告身份及被告的联系方式和送达地址导致无法立案

域名诉讼中，若无法查清被告身份及被告的联系方式和送达地址，可能导致无法立案。即便法院向域名注册商调取被告的相关信息，所花费的原告及法院的时间和精力也会很大。

(2) 域名纠纷诉讼程序繁琐且耗费长

一起域名纠纷诉讼的案子，从立案到开庭审理可能会需要经过一到两年的时间，如果从准备各种起诉文件起算，花费的时间更长。而且在法

院作出判决后，若需要启动后续的执行程序，则耗费的时间和精力可能需要加倍计算。

(3) 运用域名纠纷诉讼程序并不当然达到预期的救济效果

根据《最高人民法院关于审理涉及计算机网络域名民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》规定，法院作出被告停止侵权、注销域名、赔偿损失等判决的前提为域名注册、使用等行为构成侵权或者不正当竞争。而统一域名纠纷处理机制处理域名争议时，只需满足《统一域名争议解决政策》规定的三个条件，不管该域名依据管辖地的法律是否构成侵权，投诉都会受到支持，由此可见，权利人在域名诉讼中要想成功注销或夺回被抢注的域名或达到其他的预期效果存在一定难度。

二、域名纠纷解决机制的困境产生的原因分析

(一) 基于的规定不同导致统一域名纠纷处理机制裁决效力不高及保护范围具有局限性

域名纠纷诉讼程序是依据一国的本国法，而统一域名纠纷处理机制主要基于《统一域名争端解决政策》《统一域名争端解决规则》及《统一域名争端解决规则之规则》及争议解决机构的《补充规则》这些规则并不是某一国的法律法规，



而是由 ICANN 这一个国际性的民间组织机构制定的类似于行业示范性规定的文件，并且统一域名纠纷处理机制亦明确规定了统一域名纠纷处理机制裁决的效力置于一国司法审查之下。

根据上文分析可知，统一域名纠纷处理机制的政策规则明确了域名争议解决的最终效果为将域名转让给新持有人变更注册商及注销争议域名，因此，若启动统一域名纠纷处理机制则需要按照其规则实行。

(二) 无法在互联网上获取域名注册信息或获取的信息不准确导致无法查清被告身份及被告的联系方式和送达地址最终造成无法立案

域名纠纷诉讼程序中，一般由原告承担查清被告身份及联系方式和送达地址等相关事实的义务。而原告能够获知的被告的信息往往只是通过互联网 whois 查到的域名注册信息中的侵权人的邮箱或电话号码，但查询到的信息可能是不准确、不真实或者是没有及时更新从而不再有效的信息。此外，若域名注册人开启了域名信息保护，获取其信息则变得更加困难。在这种情况下，即便法院接受原告的请求向域名注册商调取被告的相关信息了，原告和法院也为此耗费了大量的时间和精力。并且法院查清相关事实过程是需要域名注册商的配合，该配合的程序并不简单，尤其是域名注册商为外国主体的情况，因此法院最终是否能够成功查清被告身份也很难确定。但是，一旦被告身份及其他相关信息无法查清，则会直接影响案件是否被法院立案受理以及后续的相关程序。

(三) 认定域名侵权的法律适用标准及关于恶意的认定标准不一会导致运用域名纠纷诉讼程序并不当然达到预期的救济效果

由于《统一域名争议解决规则细则》《统一域名争议解决政策》都不是我国立法机关制定的，不属于我国的法律，因而不能成为直接审判依据，因此我国法院在审理域名纠纷时，都是统一适用《最高人民法院关于审理涉及计算机网络域名民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》的规定，但由于是司法解释，实践中对该类案件存在法律

适用标准不统一及恶意认定标准不一的情况，因此，若不是有充分证据能证明存在域名侵权或不正当竞争的情况下，适用诉讼程序并不当然能达到预期的救济效果。

例如，在米其林集团总公司诉李道伟等侵害商标权纠纷案^[7]中，关于案件的争议焦点：森麒麟公司、森泰达公司在其轮胎产品、网站、宣传资料及厂区内使用“CENCHELYN”标识的行为，是否侵犯了米其林公司所享有的第136402号“MICHELIN”注册商标专用权？一审法院和二审法院均认为涉案域名的主要部分“CENCHELYN”与“MICHELIN”商标在字形、读音上不相似，相关公众不会将森麒麟公司与森泰达公司使用的该文字及字母标识与米其林公司的涉案商标混淆，森麒麟公司、森泰达公司未侵犯米其林公司涉案商标专用权。而直到最高人民法院在再审过程中才认为森麒麟公司、森泰达公司使用的“CENCHELYN”与米其林公司的“MICHELIN”相比，除前几个字母“CEN”和“MI”上存在差异外，两标识后六个字母的拼写方式高度近似，整体视觉效果较为接近，且发音相近。容易导致相关公众混淆，构成对米其林公司“MICHELIN”注册商标专用权的侵害。

(四) 域名纠纷诉讼程序性方面要求严格及部分域名纠纷具有涉外因素

由于域名全球唯一性的特点，多数域名纠纷都会涉及域外因素。近日，笔者也接触到了一起关于域涉外域名纠纷的咨询案件，拥有在先域名XXXEU.org的国外权利人B以权利人A在中国使用XXXChina.org域名侵犯其在先注册的域名为由要求A公司停止使用该域名。而涉外因素无疑使得域名纠纷诉讼程序变得更加繁琐且历时更长。

例如，若域名纠纷案件的原告为外国主体，若其希望在中国法院提起诉讼，则必须委托中国的执业律师代为提起。其次，当事人向法院提供来自域外的起诉材料则必须经过公证认证及翻译，并需严格依据法院规定的文件提交方式和格式进行提交。同时，在整个涉外诉讼过程中，文书的送达和签署也有严格的要求。若诉讼程序上出现任何不合规的问题，都有可能导致无法成功

立案或者严重迟延诉讼程序。在实践中，因程序上存在问题而导致几个月不能成功立案的情况并不少见。

另外，关于判决之后的执行问题，若域名注册商在国外，则会涉及到国内判决在国外执行的问题，而执行程序耗费的时间和精力可能不低重新启动一次诉讼程序。

三、域名纠纷解决机制困境的应对策略

通过上述分析可发现，无论是统一域名纠纷处理机制或是域名纠纷诉讼程序，均有各自的优劣之处。因此，笔者认为在发生域名纠纷争议时，权利人应扬长避短，充分利用各救济途径的优势，从而有效解决域名纠纷争议。

(一) 优先自力救济

在有关权利人发现他人注册使用的域名侵犯了自己在先合法权利之初，可以先行通过委托律所发送律师函、警告信等形式告知他人已侵犯了权利人的权利之事实，要求他人立即停止侵害，否则将采取相应的法律措施。若侵权人收到通知后配合工作，则权利人可进一步与该侵权人进行协商和沟通，甚至可以在支付一定补偿的情况下要求对方转让争议域名，从而解决相应的域名纠纷。若侵权人收到通知后，仍继续侵害行为，则权利人可以通过统一域名纠纷处理机制及诉讼方式寻求公力救济。

(二) 寻求公力救济

由上文分析可知，涉外因素使得域名纠纷诉讼程序变得更加繁琐且历时更长。因此，在域名纠纷具有涉外因素时，权利人可以优先采用统一域名纠纷处理机制进行救济。若域名纠纷不涉及涉外因素且权利人有充分证据证明他人的恶意注册或使用域名的行为已经构成侵权或不正当竞争，则权利人可以优先采用统一域名纠纷诉讼程序从而更加有效地解决纠纷。

参考文献：

- 刘佳，《论新互联网环境下商标与域名冲突及其解决》[J]，赤峰学院学报，第37卷第6期。

- 张马林，刘利，刘宇迪《网络域名侵权的法律认定程序及基准》[J]，情报科学，第31卷第8期。
- 黄申，《域名的法律性质及其保护》[J]，企业导报，第23期。
- 程明，《网络域名侵权纠纷之评述》[J]，西安社会科学，第26卷第3期。
- 吴员妹，《为域名寻求法律保护》[J]，中国知网。http://fgfy.e0b05a25e34e31b94dab5b5c036e37suv0wv5pounkx6cuv.fgyf.oca.swup.edu.cn/

注释：

- [1]《中华人民共和国工业和信息化部令》第五十五条：“域名是指互联网上识别和定位计算机的层次结构式的字符标识，与该计算机的IP地址相对应。”
- [2]《最高人民法院关于审理涉及计算机网络域名民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第四条：“人民法院审理域名纠纷案件，对符合以下各项条件的，应当认定被告注册、使用域名等行为构成侵权或者不正当竞争：（一）原告请求保护的民事权益合法有效；（二）被告域名或其主要部分构成对原告驰名商标的复制、模仿、翻译或音译；或者与原告的注册商标、域名等相同或近似，足以造成相关公众的误认；（三）被告对该域名或其主要部分不享有权益，也无注册、使用该域名的正当理由；（四）被告对该域名的注册、使用具有恶意。”
- [3]《统一域名争议解决政策》第4条：“a. 适用的争议。如果第三方（即“投诉人”）依照议事规则向适当的提供商提出如下声明，则你方必须服从强制性行政程序：（i）你方的域名与投诉人拥有的商标或服务标记相同或极其相似，容易引起混淆；以及（ii）你方不拥有对该域名的权利或合法利益；以及（iii）你方的域名已被注册并且正被恶意使用。在行政程序中，投诉人必须证实以上三种情况同时存在。”
- [4]《统一域名争议解决政策》第4条：“k. 诉讼程序的可行性。根据第4条中所述的强制性行政程序要求，在此类强制性行政程序开始之前或结束之后，均不得妨碍你方或者投诉人向具有有效管辖权的法院提交争议要求独立解决。如果行政专家组裁决你方的域名注册应被撤销或转让，我方将在接到适当提供商发出的行政专家组裁决通知后十（10）个工作日（以我方总部所在地的时间为准）之后执行该裁决。除非我方在这十（10）个工作日内收到你方的正式文件（例如由法院书记员签字归档的投诉副本），表明你方已根据议事规则第3条（b）（xiii）的条款针对该诉讼在提交该诉讼的辖区内提起诉讼，否则我方将如期执行裁决。（通常，该辖区指我方总部所在地或在我方Whois数据库中显示的你方的地址。请参见议事规则的第1条和第3条（b）（xiii）了解详细信息。）如果我方在十（10）个工作日内收到此类文件，我方将不会执行行政专家组的裁决并且不会采取进一步的行动，直至收到（i）令我方确信双方已解决争议的证据；（ii）令我方确信你方诉讼已被驳回或撤回的证据；或者（iii）由此类法院发出的驳回你方诉讼或者责令你方无权再继续使用你方域名的指令副本。”
- [5]《统一域名争议解决政策》第3条：“撤销、转让及变更。在下列情况下，我方将撤销、转让或变更域名注册：a. 依据第8条的规定，我方收到你方或你方授权代理机构的书面通知或适当的电子通知，要求采取此类行动；b. 我方收到具有有效管辖权的任何法院或仲裁法庭的指令，要求采取此类行动；以及/或者c. 我方收到行政专家组依据由互联网名称与数字地址分配机构（ICANN）所采用的本政策或更高版本在任何行政程序中作出的裁决，要求采取此类行动，其中你方为该行政程序中的一方当事人。（请参见以下第4条（i）和第4条（k）。）我方还可能根据你方的注册协议条款或其他法律要求而撤销、转让或变更域名注册。”
- [6]《统一域名争议解决政策》第7条：“维持现状。根据本政策，除以上第3条所列的情况外，我方不会撤销、转让、激活、停用或变更任何域名注册的状态。”
- [7]《统一域名争议解决政策》第8条：“争议过程中的转让。a. 将域名转让给新持有人。在下列情况下，你方不得将域名注册转让给其他持有人：（i）依据第4条提起的行政程序进行期间或在此类程序结束后十五（15）个工作日（以我方总部所在地的时间为准）期间；或者（ii）与你方域名有关的法院程序或仲裁进行期间，除非接受域名注册转让的一方以书面形式同意服从法院或仲裁人的裁决。我方保留对违反本条款所进行的将域名注册转让给其他持有人的任何行为予以撤销的权利。b. 变更注册商。依据第4条提起的行政程序进行期间或在此类程序结束后十五（15）个工作日（以我方总部所在地的时间为准）期间，你方不得将域名注册转让给其他注册商。只要你方通过我方注册的域名可继续受制于你方目前所进行的程序并遵守本政策的条款，在法院诉讼或仲裁进行期间，你方可以将域名注册转让给其他注册商进行管理。如果你方在法院诉讼或仲裁进行期间将域名注册转让给我方，则此类争议仍将受制于提供域名注册转让的注册商之域名争议政策。”
- [8]《米其林集团总公司、李道伟侵害商标权纠纷再审审查与审判监督民事判决书》（2015）民提字第36号。



□ 甄庆贵/文

甄庆贵律师，北京大学经济法、哲学双学士，对外经济贸易大学国际经济法硕士，美国伊利诺伊理工大学LLM。最高法院知识产权案例研究指导（北京基地）咨询委员会专家，中国航空发动机（北京）有限公司外部董事。主要从事知识产权、公司与投融资、房地产法律事务。



□ 和 谦/文

和谦律师，中国政法大学民商法学硕士、中南财经政法大学法学学士。主要业务领域集中于公司金融、房地产建设工程。从业十多年来，在公司股权、投融资、收并购、资本市场、房地产建设工程领域从事了大量法律实践活动。

因小客车号牌指标引起的案件审判观点研究

自从2010年北京施行小客车摇号政策以来，全国多地施行小客车指标摇号或限制政策，从而导致号牌持有人出借号牌的情况时有发生并产生纠纷。

借用车辆号牌产生的纠纷主要表现为以下两种情形：其一为号牌持有人只对外出租号牌，无资格购买车辆的借用人自行购买小客车，其二为号牌持有人将其购买的小客车及号牌一并对外出售给无资格购买车辆的人。此中的风险可以预见。

本文要讨论的问题是，买方付款受让车辆或是租用车牌购买车辆后，车辆权属的认定问题。

一、立法层面的规制

《物权法》第二十三条规定，如车辆这类动产物权的设立和转让，自交付之日起发生法律效力。车辆这类动产物权的设立和转让不以办理登记为要件，无论买方借用号牌自行购买，还是从号牌持有人处受让已有车辆，均自付款且车辆交付之日起取得车辆所有权。

然而，在执行异议案件中，判别这类车辆权利人的标准与《物权法》的上述判别标准有所不同。

《最高人民法院关于人民法院办理执行异议

和复议案件若干问题的规定》（以下简称“《执行异议规定》”）第二十五条规定，案外人关于车辆提出的执行异议，人民法院应根据车辆管理部门的登记判断所属权利人。

看似矛盾的规定，其实并不矛盾。《物权法》的规定是对买卖双方关于车辆权属问题发生争议的解决，而《执行异议规定》则是在执行申请人对车辆申请强制执行情况下的权属认定。显然，执行申请人对于该车辆的权属仅能通过车辆管理部门的登记做出判断，《执行异议规定》对于车辆的强制执行申请人推断为善意，从保护善意第三人的角度，《执行异议规定》要求以登记做为车辆权属认定的标准。为此，山东高院进一步作出《山东省高级人民法院民一庭关于审理执行异议之诉案件若干问题的解答》规定，案外人对于车辆这类特殊动产提起执行异议之诉，若同时符合以下三个条件，则法院支持其异议请求：案外人在车辆查封前已经1、和被执行人签订了合法有效的买卖合同；2、支付了相应价款；3、占有、使用该车辆。

即便有山东高院的上述解答，在本文的讨论前提下，借用号牌由于违反了号牌控制的有关规定，则买卖合同通常会被认定无效，执行异议仍

然存在按照《执行异议规定》的相关规定得不到法院支持的可能。

二、司法层面的观点

（一）确权之诉或合同解除之诉的观点

号牌持有人和借用人之间就号牌及其归属问题未作出明确的约定，双方发生争议后，通常要求法院确权或解除双方之间的购买或租用合同关系。

观点一、对于号牌持有人将其购买的小客车连同号牌一并出售给无资格购买车辆借用人的，认定协议无效，买受人向号牌持有人返还号牌及车辆。

该观点认为，双方之间买卖合同的效力问题，应根据《中华人民共和国合同法》第五十二条规定予以确定：有下列情形之一的，合同无效：（一）一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；（二）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；（三）以合法形式掩盖非法目的；（四）损害社会公共利益；（五）违反法律、行政法规的强制性规定。

一般而言，号牌持有人将其名下的号牌及小客车私下出售给无资格购买车辆的主体，并不办理过户登记。根据《北京市小客车数量调控暂行规定》实施细则（2017年修订）（以下简称《暂行规定》），按照公开、公平、公正的原则，机关、企业事业单位、社会团体及其他组织（以下统称单位）和个人需要取得本市小客车指标（以下统称指标）的，应当通过摇号方式无偿取得。

购置小客车指标属于许可资格，并非物权法保护的物，不可作价买卖。且《暂行规定》是为了落实北京市城市总体规划，实现小客车数量合理、有序增长，有效缓解交通拥堵状况制定的北京市政策规定。

因买受人从未通过摇号获得北京市汽车指标，故买卖双方之间关于购车指标买卖的约定，扰乱了北京市对于小客车配置指标调控管理的公共秩序，违反了合同法关于当事人订立、履行合同不得损害社会公共利益的规定，故法院认定双

方之间签订的协议无效。

相关案例：

（2020）豫 1526 民初 84 号《民事判决书》

（2018）京 0105 民初 61906 号《民事判决书》

观点二、号牌持有人只对外出租号牌，无资格购买车辆的借用人自行购买车辆的，认定车辆所有权归借用人。

确认车辆的所有权着重考虑以下两方面情形：第一、车辆实际出资人和占有人。第二、号牌持有人和借用人之间就车辆的权属是否存在约定。

根据《物权法》第二十三条规定，“动产物权的设立和转让，自交付时发生法律效力，但法律另有规定的除外。”因此，车辆虽登记在号牌持有人名下，但无资格购买车辆借用人实际出资购买并占有使用车辆，在双方没有对车辆权属的特别约定情况下（需判断该约定是否因涉及违反小客车排至指标调控管理要求而被认定无效），车辆的权属应归号牌借用人所有。

相关案例：

（2020）京 02 民终 7848 号《民事判决书》

（2019）京 0115 民初 4633 号《民事判决书》

观点三、号牌持有人只对外出租号牌，无资格购买车辆借用人自行购买车辆的，认定实际出资人向号牌出借方返还车辆，号牌出借方向实际出资人赔偿损失。

该观点认为，北京市小客车配置指标按照公开、公平、公正的原则，以摇号方式无偿分配，指标有效期为6个月，不得转让，指标仅限指标所有人使用，号牌持有人和使用人之间的协议无效。但该观点认为，因无效合同取得的财产，应当予以返还，不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失，双方均有过错的，应当各自承担相应的责任。

对此，北京二审的几家法院有不同的观点，其中北京一中院在（2020）京 01 民终 7212 号判决书中表示，指标与车辆难以分离单独返还，为了维护机动车管理公共秩序，确认实际出资人向名

义车主返还车辆，出资人的损失双方另案解决。该院（2019）京01民终11490号判决书就是上述观点。

相关案例：

（2020）京01民终7212号《民事判决书》

（二）执行异议之诉的观点

虽然号牌持有人和借用人之间不存在纠纷，但由于号牌持有人与其债权人之间发生纠纷，而被法院强制执行登记在其名下的但已出售给借用人的车辆时，借用人需要以其对被执行车辆具有相应权利提起执行异议申请，乃至执行异议之诉。

申请人（即号牌借用人，在执行异议之诉中为案外人）可一并向执行法院提出确认其对车辆所有权的请求。执行法院在执行异议之诉中可一并对车辆的权属做出认定。

观点一、认定实际出资人为车辆所有权人，停止对涉案车辆的执行。

该观点认为，根据现行机动车登记法规和有关规定，公安机关办理的机动车登记，是准予或者不准予上道路行驶的登记，不是机动车所有权登记。借用人借用他人指标购买车辆属于相关行政主管部门处罚的范围。法院对于车辆权属的认定，并不受《暂行规定》的影响。因此，动产原则上按照实际购买、占有情况判断权属。应确认实际出资人，即借用人，为车辆的所有权人。

对于涉案车辆的执行，由于不属于号牌持有人所有，因此判决停止执行程序。

相关案例：

（2019）京0102民初32534号《民事判决书》

观点二、借用人即便为实际出资人，仍认定车辆归号牌持有人所有，恢复执行程序。号牌持有人和借用人之间的赔偿问题另案处理。

此观点认为，机动车登记制度的意义在于对机动车的权属管理，机动车应当登记在所有权人的名下。根据《暂行规定》在北京市购买车辆，

应当取得配置指标方可办理车辆权属登记。

若购买人明知其不具有购置指标，即便其为车辆的实际出资人，也没有法律上的合理理由要求确认其对车辆的所有权。购买人应当向号牌持有人返还号牌及车辆。购买人因此而遭受的损失，应当与号牌持有人另案进行处理。

案外人的执行异议之诉诉讼请求被驳回，执行程序恢复执行。

相关案例：

（2019）京01民终11490号《民事判决书》

三、总结

根据以上对此类案件的审判观点梳理不难看出，对于无资格购买车辆人的借用号牌行为，无论是借用方自行购买车辆，还是直接购买号牌持有人已有车辆，均存在不同观点的判例。但对于号牌买卖双方之间的号牌借用行为，由于违反了号牌控制管理的规定，其签订的协议应为无效，因而导致车辆的归属或归号牌所有人所有，或归车辆实际出资人所有。进而，在执行异议之诉中产生驳回异议请求或停止执行程序的不同判决。

毕竟在本文的讨论背景下，《物权法》和《执行异议规定》做出了较为明确的规定，实际出资并占有车辆的人取得车辆所有权，以及执行过程中异议申请人无法对抗善意执行申请人，这两种观点应为主流观点，且有用较多的判决案例，而与之相反的审判观点相对为少数。

因此，在借用号牌购买的车辆被法院强制执行的情况下，无资格购买车辆的号牌借用人可同时提起执行异议之诉和确权之诉。执行异议之诉用以中止执行程序，但法院判决停止执行的可能性较小。确权之诉从根本上解决车辆权属问题，法院判决车辆归实际出资人的可能性较大。在最理想的情况下，使用确权之诉的判决来对抗强制执行程序。但最终执行异议之诉是否能被生效的确权判决阻断，在不同的受理法院间存在不确定性。



□ 黄冀蒙/文

中伦文德天津分所黄冀蒙律师，毕业于中国政法大学，法学硕士。主要执业领域：金融、公司、房地产、证券和投融资领域、著作权、民商事纠纷等。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、股权激励、著作权转让等非诉法律事务。

BT 式项目合同法律问题探讨

一、BT 式项目合同的含义

1、BT 式项目合同的含义

BT 是 Build-Transfer 的缩写，即建设、移交。目前我国法律层面并未对 BT 模式进行正式的定义和解释。通说 BT 模式是指政府利用非政府资金实施工程项目建设的一种投资建设方式。由政府或政府平台公司通过招标方式或其他合法方式选择具备相应能力的项目投资人。投资人承担项目资金筹措和工程建设，项目建成竣工验收后移交项目业主。项目业主按合同约定偿还投资人的融资和建设费用，回购项目。

BT 模式首次出现，是在建设部《关于培育发展工程总承包和工程项目管理企业的指导意见》（建设部 [2003]30 号）第四章第七条“鼓励有投融资能力的工程总承包企业，对具备条件的工程项目，根据业主要求按照建设 - 转让（BT）、建设 - 经营 - 转让（BOT）、建设 - 拥有 - 经营（BOO）、建设 - 拥有 - 经营 - 转让（BOOT）等方式组织实施。”

BT 模式集融资、项目建设、政府采购等行为于一体，实质上是政府利用非政府资金解决政府基础设施投资补足的问题，是地方政府的融资渠道。在《关于制止地方政府违法违规融资行为的通知》（财预 [2012]463 号）叫停 BT 模式前，BT 模式曾被大规模使用。

2、“委托代建”与 BT 模式

“委托代建”作为近年政府基建项目运作模式的核心，从立法背景来看，代建制起源于《国务院关于投资体制改革的决定》（国发 [2004]20 号），“对非经营性政府投资项目加快推行‘代建制’，即通过招标等方式，选择专业化的项目管理单位负责建设实施，严格控制项目投资、质量和工期，竣工验收后移交给使用单位”，代建制最初是为解决工程总承包模式下，政府作为发包人缺乏工程专业管理经验造成的弊端及问题，是一种委托管理服务的模式，是政府在当期财力可支配的条件下进行建设、购买代建服务。后来政府开始要求企业垫资，垫资的时间也越来越长，逐渐变成了“代建 + 垫资”模式。之后政府又希望企业具备融资功能，变成了融资代建模式，这就是典型的 BT 模式（即“建设 - 移交”模式）。故某些地方政府与企业签订的虽为“代建合同”，但合同约定企业垫资、负责融资，建设完毕后政府回购，则该“代建合同”实质上是 BT 模式，而非代建方仅承担管理者职责的“代建制”。

二、BT 合同的性质

法律、行政法规没有对 BT 合同的性质进行规定，司法实践中各级法院基本都将 BT 合同定性为建设工程施工合同或参照建设工程施工合同的有关规定进行裁判。具体请详见如下案例：

序号	案件名称	案号	案由	审理法院	法院认为
1	重庆市智翔铺道技术工程有限公司与重庆市沙坪坝区市政园林管理局建设工程施工合同纠纷二审民事判决书	(2014)民一终字第302号	建设工程施工合同纠纷	最高人民法院	本院认为，本案为建设工程施工合同纠纷。
2	甘肃华民房地产开发有限公司与兰州新区城市发展投资有限公司、甘肃煤炭第一工程有限责任公司建设工程施工合同纠纷申请再审民事裁定书	(2015)民申字第928号	建设工程施工合同纠纷	最高人民法院	再审法院认为，华民公司与兰州二建集团有限公司的合同义务是带资承建涉案工程，故《bt 合同》系建设工程施工合同。
3	道隧集团有限公司与博尔塔拉蒙古自治州五台工业园区（湖北工业园）管理委员会建设工程施工合同纠纷一审民事判决书	(2018)新民初31号	建设工程施工合同纠纷	新疆维吾尔自治区高级人民法院	本案中，道隧公司与五台工业园管委会于2012年6月25日签订的《协议书》所涉工程系基础设施、公用事业项目，涉及社会公共利益和公众安全，项目资金来源为湖北省援疆资金，投资额为250,000,000元，故本案涉案工程应属必须进行招投标的建设工程项目。
4	东辰控股集团有限公司、中建安装工程有限公司建设工程施工合同纠纷二审民事裁定书	(2018)最高法民辖终297号	建设工程施工合同纠纷	最高人民法院	本院认为，本案中，中建安装公司的诉讼请求是为了案涉 BT 合同项下价款的回收，性质上系建设工程施工合同纠纷。
5	重庆市渝万建设集团有限公司、都匀经济开发区管理委员会建设工程施工合同纠纷二审民事判决书	(2018)最高法民终152号	建设工程施工合同纠纷	最高人民法院	本院认为，根据《合同法》第二百六十九条“建设工程合同是承包人进行工程建设，发包人支付价款的合同。建设工程合同包括工程勘察、设计、施工合同”之规定，《向山要地 BT 合同》：“甲方作为本工程项目的回购主体，在乙方按照合同约定投资建设和移交本工程项目后，甲方按照本合同回购乙方投资建设的内容”，及《向山要地补充协议》中关于乙方（渝万公司）义务的约定均为渝万公司对案涉土地进行平整施工，都匀经开区管委会支付对价的内容，符合上述法律规定对建设工程施工合同的界定，双方之间通过缔结合同形成了建设工程施工合同关系，故案涉合同的性质为建设工程施工合同。
6	泛华建设集团有限公司、蒋汉洋建设工程施工合同纠纷再审审查与审判监督民事裁定书	(2017)最高法民申2530号	建设工程施工合同纠纷	最高人民法院	关于原审法院是否存在适用法律错误的问题。首先，《威县水生态修复工程投资建设一回购（BT）合同》《威县水生态修复工程投资建设一回购（BT）项目补充合同》《内部承包协议》均是约定承包人进行工程建设，发包人支付工程价款的协议，符合《中华人民共和国合同法》第二百六十九条规定情形。原审法院将本案认定为建设工程合同纠纷，是正确的。
7	新疆金汇控股集团有限公司、山西临汾市政工程集团股份有限公司建设工程施工合同纠纷二审民事判决书	(2017)最高法民终135号	建设工程施工合同纠纷	最高人民法院	关于合同的效力问题。金汇公司上诉主张卓康产业园与金汇公司、临汾市政公司订立的涉案“BT 合同”不应认定无效。案涉合同约定的 BT 模式虽然在形式上是政府与社会资本合作，由社会资本垫资施工，但合同实质仍属于建设工程施工合同。

综上，最高院及各高院将 BT 合同定性为建设工程施工合同，BT 合同无效时，则也是遵照《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（二）》第十一条“当事人就同一建设工程订立的数份建设工程施工合同均无效，但建设工程质量合格，一方当事人请求参照实际履行的合同结算建设工程价款的，人民法院应予支持”等有关建设工程施工合同的规定予以判定。

三、未经招投标的 BT 合同在司法实践中被判定无效

经检索最高院及部分高院的案例，在个案中均认为 BT 合同需要进行招投标程序，应履行招投标程序而未履行的被判定无效，以下是最高院及部分高院在案件中的有关阐述：

案例一：

重庆市智翔铺道技术工程有限公司与重庆市沙坪坝区市政园林管理局建设工程施工合同纠纷案			
审理法院	案号	案由	裁判日期
最高人民法院	(2014)民一终字第 302 号	建设工程合同纠纷	2015 年 10 月 4 日

本院认为，本案为建设工程施工合同纠纷。本案中，沙区园林局采购的系大型基础设施、公用事业等关系社会公共利益、公众安全的工程建设项目，必须采用公开招标的方式。从查明的案件事实来看，沙区园林局委托西恒招标公司于 2011 年 3 月 17 日至 2011 年 3 月 23 日在重庆市建设工程信息网上发布的是竞争性谈判公告，智翔公司亦是在西恒招标公司组织的竞争性谈判中，经过两轮报价（谈判）被有关专家推荐为候选人，尔后沙区园林局向智翔公司发出《重庆市建设工程中标通知书》。双方签订了《2 标段工程合同》及《2 标段融资建设协议书》。可见，沙区园林局系采取竞争性谈判而非公开招标方式确定智翔公司为施工人。对此，依照《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第一条关于“建设工程施工合同具有下列情形之一的，应当根据合同法第五十二条第（五）项的规定，认定无效：…；（三）建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的”之规定，一审判决认定《2 标段工程合同》及《2 标段融资建设协议书》无效，并无不当。沙区园林局上诉提出有效的请求，缺乏事实和法律依据，不能成立。

案例二：

四川省西充县协力建筑工程有限责任公司、西充县人民政府建设工程施工合同纠纷案			
审理法院	案号	案由	裁判日期
最高人民法院	(2018)川民申 3034 号	建设工程合同纠纷	2018 年 9 月 3 日

再审法院认为，虽然案涉 BT 合同因为违反了《中华人民共和国招标投标法》第三条关于国有资金投资项目必须进行招标的强制性规定，应当认定为无效。

案例三：

重庆市渝万建设集团有限公司、都匀经济开发区管理委员会建设工程施工合同纠纷案			
审理法院	案号	案由	裁判日期
最高人民法院	(2018)最高法民终 152 号	建设工程合同纠纷	2018 年 5 月 3 日

本院认为，根据《中华人民共和国招标投标法》第三条“在中华人民共和国境内进行下列工程建设项目包括项目的勘察、设计、施工、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购，必须进行招标：。（二）全部或者部分使用国有资金投资或者国家融资的项目”之规定，案涉工程属于全部使用国有资金投资或者国家融资的项目，必须进行招标，本案已查明案涉工程未经过招标。故根据《建

工合同司法解释》第一条“建设工程施工合同具有下列情形之一的,应该根据合同法第五十二条第(五)项的规定,认定无效:(三)建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的”之规定,案涉合同因违反法律的强制性规定而无效。

案例四：

新疆金汇控股集团有限公司、山西临汾市政工程集团股份有限公司建设工程施工合同纠纷案			
审理法院	案号	案由	裁判日期
最高人民法院	(2017)最高法民终135号	建设工程合同纠纷	2017年6月30日

本院认为,关于合同的效力问题。金汇公司上诉主张卓康产业园与金汇公司、临汾市政公司订立的涉案“BT合同”不应认定无效。案涉合同约定的BT模式虽然在形式上是政府与社会资本合作,由社会资本垫资施工,但合同实质仍属于建设工程施工合同。根据招标投标法第三条的规定,大型基础设施、公用事业等关系社会公共利益、公众安全的项目必须招标。《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第一条的规定,建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的,建设工程施工合同应当根据合同法第五十二条第(五)项的规定,认定无效。因此一审判决认为卓康产业园与金汇公司、临汾市政公司订立的“BT合同”违反法律强制性规定,认定合同无效是正确的。

案例五：

道隧集团有限公司与博尔塔拉蒙古自治州五台工业园区(湖北工业园)管理委员会建设工程施工合同纠纷案			
审理法院	案号	案由	裁判日期
新疆维吾尔自治区高级人民法院	(2018)新民初31号	建设工程合同纠纷	2019年12月19日

本院认为,本案中,道隧公司与五台工业园管委会于2012年6月25日签订的《协议书》所涉工程系基础设施、公用事业项目,涉及社会公共利益和公众安全,项目资金来源为湖北省援疆资金,投资额为250,000,000元,故本案涉案工程应属必须进行招投标的建设工程项目。虽然涉案工程分为六项单独的工程,五台工业园管委会作为发包人分别与施工单位订立《建设工程施工合同》但依照《协议书》中道隧公司以现金方式投资建设博州五台工业园区(湖北工业园)基础设施工程项目建设,采取投资--建设(BT)方式,道隧公司按期保质保量完成项目的施工等工作,并对项目整体的质量、安全负全责,以及由五台工业园管委会向道隧公司支付投资本金及回报的约定,道隧公司与五台工业园管委会之间应为建设工程施工合同关系,而结合五台工业园管委会向道隧公司支付涉案工程款项,道隧公司向五台工业园管委会报送工程结算资料等情况,道隧公司在涉案工程中处于总承包人的地位。五台工业园管委会在选定道隧公司作为投资主体(总承包人)时,未进行公开招标,即与其签订了《协议书》并开展了施工,违反了法律、行政法规的强制性规定,依照《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》(以下简称《解释》)第一条第(三)项的规定,《协议书》应属无效。

四、BT模式被叫停后BT合同的效力

BT模式对于减轻地方政府的资金压力,缓解地方政府基础设施建设经验不足方面,起到过十分重要的作用。BT模式曾在全国基建项目中大范围使用,如前文检索的案例,司法审判中对BT模式被叫停前的存量项目均认定为有效。但由于对BT模式缺乏规范运作指导,各地将其作为地方政府的融资模式,地方政府及其平台公司因此积累了大量的债务。为此,中央政府为防止金融风险的发生,发布了一系列的政策、命令,禁止地方政府通过BT模式保底承诺、回购安排等方式进行变相融资。BT模式被叫停后产生的BT项目如何认定其效力呢?



国家禁止 BT 模式的相关规定如下：

《关于制止地方政府违法违规融资行为的通知》(财预 [2012]463 号) 规定“地方各级政府及所属机关事业单位、社会团体等不得以委托单位建设并承担逐年回购 (BT) 责任等方式举借政府性债务”。

《财政部关于进一步做好政府和社会资本合作项目示范工作的通知》(财金 [2015] 57 号) 规定“对采用建设 - 移交 (BT) 方式的项目，通过保底承诺、回购安排等方式进行变相融资的项目，财政部将不予受理”。

《关于组织开展第三批政府和社会资本合作示范项目申报筛选工作的通知》(财金函 [2016]47 号) 规定“对采用建设 - 移交 (BT) 方式的项目，通过保底承诺、回购安排等方式进行变相融资的项目，将不予受理”。

《财政部关于在公共服务领域深入推进政府和社会资本合作工作的通知》(财金 [2016] 90 号) 规定“防止政府以固定回报承诺、回购安排、明股实债等方式承担过度支出责任”。

2018 年中央下发的《关于防范化解地方政府隐性债务风险的意见》中进一步提到，以 BT 方式举借或以委托代建方式等名义变相举债的项目都是属于地方政府对企业融资提供担保的禁止性领域。相继出台的《企业投资项目核准和备案管理条例》《政府投资条例》更是以行政法规的形式再次强调政府和国有企业不得违法、违规举债进行投资。

国家通过上述一系列行政命令、部门规章禁止 BT 模式，但财预 [2012]463 号等文件不属于《中华人民共和国合同法》第 52 条规定的“违反法律、行政法规的强制性规定”而导致合同无效的情形。2019 年 11 月 08 日《全国法院民商事审判工作会议纪要》实施，纪要 31 条对违反规章对合同效力造成的影响做出规定，该条规定“违反规章一般情况下不影响合同效力，但该规章的内容涉及金融安全、市场秩序、国家宏观政策等公序良俗的，应当认定合同无效。人民法院在认定规章是否涉及公序良俗时，要在考察规范对象基础上，兼顾监管强度、交易安全保护以及社会影响等方面进行慎重考量，并在裁判文书中进行充分说理”。BT 模式被定性为政府违规融资，涉及到金融安全、国家宏观政策，《全国法院民商事审判工作会议纪要》可作为法院判定财预 [2012]463 号之后签订的 BT 项目合同无效的依据。

2019 年 7 月 1 日起正式实施《政府投资条例》，政府投资项目不得由施工单位垫资建设，故 BT 模式及 BT 式的“代建制”无合法的操作空间。



□ 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。

著作权侵权纠纷案件管辖权的确定 ——以一个计算机软件著作权侵权纠纷案件为例

笔者最近办理了一个计算机软件著作权侵权纠纷的案件，代理被告一方。原告甲公司起诉被告乙公司未经许可在网上销售了甲公司拥有著作权的一款计算机软件，构成了对原告信息网络传播权、复制权等著作权的侵害。原告没有在被告乙公司住所地法院起诉，而是在原告甲公司住所地法院起诉的。笔者立即在法定期限内，代理被告向原审法院提出了管辖权异议，又补充了关于管辖权异议的详细代理词。后，原审法院裁定将本案移送到被告乙公司住所地的法院审理。

一、我方的观点

《中华人民共和国民事诉讼法》以下简称《民事诉讼法》第二十八条规定：“因侵权行为提起的诉讼，由侵权行为地或者被告住所地人民法院管辖。”

《最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第四条规定，因侵犯著作权行为提起的民事诉讼，由侵权行为的实施地、侵权复制品储藏地或者查封扣押地、被告住所地人民法院管辖。

根据上述法律和司法解释的规定，本案的侵权行为地和被告住所地均不在原审法院管辖范围

内，原告在原审法院起诉没有法律依据。

并且，《最高人民法院关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》（以下简称《信息网络传播权解释》）第十五条规定：“侵害信息网络传播权民事纠纷案件由侵权行为地或者被告住所地人民法院管辖。侵权行为地包括实施被诉侵权行为的网络服务器、计算机终端等设备所在地。侵权行为地和被告住所地均难以确定或者在境外的，原告发现侵权内容的计算机终端等设备所在地可以视为侵权行为地。”

根据上述司法解释的规定，本案涉嫌侵权行为即使认定属于侵害信息网络传播权，那么只有侵权行为地和被告住所地均难以确定或者在境外的，才把原告发现侵权内容的计算机终端等设备所在地视为侵权行为地。本案侵权行为地、被告住所地是明确的，可以查明的。因此，本案不能将原告发现侵权内容的计算机终端等设备所在地视为侵权行为地。

虽然，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（以下简称《民事诉讼法解释》）第二十五条规定了：“信息网络侵权行为实施地包括实施被诉侵权行为的计算机等信息设备所在地，侵权结果发生地包括被侵权人



住所地。”

但本案中,《信息网络传播权解释》是明确规定信息网络传播权民事纠纷案件适用法律的特别法,应当优先适用。因此,本案不适用《民事诉讼法解释》第二十五条规定。

二、法院的观点

原审法院认为:《民事诉讼法解释》第二十五条规定,以及《信息网络传播权解释》第十五条规定,上述二司法解释,均属于最高人民法院关于利用信息网络侵权的管辖规定。在同一机关涉及同一事项新的一般规定与旧的特殊规定不一致的情况下,若新的一般规定并未排斥旧的特殊规定,仍应适用特殊规定。故在侵害信息网络传播权民事纠纷案件中仍应适用《信息网络传播权解释》第十五条所确定的管辖规则。本案侵权行为地及被告住所地均不位于本院辖区,本案应移送有管辖权的法院,即被告住所地人民法院管辖。

三、法律分析

民事案件的地域管辖的一般规定,是原告就被告,就是原告起诉需要到被告住所地的法院起诉。原告就被告,有利于法院查清事实,及时、正确的作出裁判;有利于被告出庭应诉,在双方都到庭的情况下解决争议;有利于法院采取保

全措施和生效判决的执行;也可以限制原告滥用诉权,避免给被告造成不应有的损失。一般情况下,原告的起诉是做好了充分准备的,对被告来说是比较突然的,15天的答辩期限和举证期限其实都是比较不够用的,如果连起诉法院都确定在原告住所地,那确实是对被告有所不公平。原告就被告实质上就是遵循了便于当事人诉讼、便于法院审判的两便原则。

侵权纠纷案件的地域管辖除了被告住所地以外,还包括侵权行为地。侵权行为地作为管辖连

接点同样是体现了两便原则。

著作权侵权纠纷案件无疑属于侵权纠纷案件的一种类型,也应当遵守民事诉讼法关于侵权诉讼地域管辖的一般规定,即由侵权行为地或者被告住所地人民法院管辖。

信息网络传播权属于著作权的一种,侵犯信息网络传播权就是利用信息网络实施了侵权行为。鉴于信息网络开放性、无边界性的特点,可能造成侵犯信息网络传播权的侵权行为地存在不确定性。因此,《信息网络传播权解释》第十五条对在难以确定侵权行为地和被告住所地的情况下的管辖问题作出规定。利用信息网络实施的侵犯其他类型的著作权侵权行为的管辖也应如此确定。

四、结论

著作权侵权纠纷案件的管辖,仍应当遵守民事诉讼法关于侵权诉讼地域管辖的一般规定,即由侵权行为地或者被告住所地人民法院管辖。其中,对于利用信息网络实施的侵犯著作权的侵权行为,侵权行为地包括实施被诉侵权行为的网络服务器、计算机终端等设备所在地;侵权行为地和被告住所地均难以确定或者在境外的,原告发现侵权内容的计算机终端等设备所在地可以视为侵权行为地。



□ 魏大忠/文

魏大忠律师，中伦文德律师事务所合伙人，曾任中国黄金集团法律部总经理、北京奥运工程建设指挥部法律顾问，办理广州孙志刚、央视某记者等案件，擅长刑事、民事案件，法律顾问。



□ 祁航/文

祁航，北京市中伦文德律师事务所律师助理，吉林大学法学硕士。主要领域：民商事诉讼与争议解决、公司与金融业务等。

民间借贷法规演进及司法实践现状

摘要：民间借贷是历史悠久的民间金融活动，在世界范围内广泛存在，是多层次信贷市场的重要组成部分。由于我国早期缺乏完善的法律法规及有效监管，表面“风光”的民间借贷市场风险暗涌，处于法律和监管灰色地带滋生出一系列风险和问题，近年最高人民法院出台若干司法解释，有效规范行业行为，保障借贷市场健康发展。2020年8月出台的新规对民间借贷利率保护上限进行修改引起行业广泛关注，在司法实践中也存在一定分歧，相关企业需做好调整和应对。

一、民间借贷的特点及其发展

民间借贷是一种在世界范围内广泛存在的历史悠久的民间金融活动，属于多层次信贷市场重要组成部分。民间借贷具备形式灵活、融资快捷、手续简便等特点，为广大人民群众的生产生活带来了诸多便利，也满足了社会多元化的融资需求。

由于正规金融机构的放贷具备一定的门槛，对于急缺资金而又无法从正规金融机构获得贷款的小微企业来讲，民间的借贷市场无疑是其重要选择，在一定程度上缓解了小微企业融资难、融资贵的问题。民间借贷在弥补正规金融供给不足、满足中小微企业资金需求等方面显示出旺盛的生命力，在部分地区，该领域的活跃资本甚至超过正规金融规模。

随着人民群众理财意识的增强，且高于常规市场的利息具备“诱惑”性，大量的居民逐渐选择民间借贷做为理财投资渠道，为民间借贷市场提供大量的资金来源。民间借贷的主体也呈现出多元化状态，已经突破传统的借贷模式。随着互联网和新金融技术的快速发展，参与民间借贷的便捷性大大增加，参与主体也越来越复杂，不仅包括城镇居民、个体工商户和农户，而且还有企事业单位、私募基金和网络放贷公司等加入到民间借贷中来。

二、民间借贷法律法规近年演进

虽然民间借贷迅速发展，市场规模也不断提升，但由于早期缺乏完善的法律法规及有效监管，在全民逐利的背景下，表面“风光”的民间借贷市场却风险暗涌，部分处于法律和监管的灰色地带，滋生出一系列风险和问题。2011年，从温州到鄂尔多斯等地民间借贷市场的崩盘开始，危机逐渐蔓延至全国，民间借贷显露出“双刃剑”本色。无论是祸起信用危机还是经济萎靡、楼市不振，这场“闹剧”都对地方经济和社会发展造成严重的影响。近年来，为了杜绝民间借贷中各种不合理和违法违规行为，最高人民法院出台若干司法解释来规范和约束民间借贷市场。

（一）颁布《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》

2015年6月23日，最高人民法院审判委员会第1655次会议通过《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》（以下简称《规定》），自2015年9月1日起施行。该《规定》根据《中华人民共和国民法通则》《中华人民共和国合同法》《中华人民共和国物权法》《中华人民共和国担保法》《中华人民共和国民事诉讼法》和《中华人民共和国刑事诉讼法》等相关法律之规定，并结合司法实践进行制定，重点内容体现在以下几个方面：

1. 明确界定了《规定》的适用范围

自然人、法人、其他组织之间及其相互之间进行资金融通的行为而产生的纠纷适用《规定》。经金融监管部门批准设立的从事贷款业务的金融机构及其分支机构相关业务产生的纠纷不适用。

2. 将除了金融机构之外的所有民事主体之间发生的资金融通行为纳入《规定》的调整范围。

非银行金融机构：依照传统惯例，目前特指由银监会批准设立并履行监管职责的财务公司、信托公司、汽车金融公司、金融租赁公司、消费金融公司和货币经纪公司等金融机构。

银行金融机构：根据《商业银行法》规定，在中国境内设立的商业银行、农村信用合作社和

城市信用合作社等吸收公众存款的金融机构以及政策性银行。

金融机构：由金融监管部门批准设立并负责监管的金融机构，除由证监会负责监管的证券公司和基金公司等金融机构之外，还包括由银保监会负责监管的银行业金融机构和保险公司等金融机构。

由此，在我国境内非金融机构指上述三个层面的金融机构之外的法人及其他组织。一般的工商企业如小额贷款公司、担保公司、融资租赁公司等都属于非金融机构。

3. 民间借贷关系的确立

依据合同法第211条之规定，除自然人间的借款合同为实践性合同外，其他民间借贷合同都应为诺成性合同。依据合同法第44条之规定，诺成性合同意味只要借贷双方达成了共识，双方签署了借款合同或借款人向出借人出具借条，借贷关系就已确立，民间借贷合同成立并且生效。此外，如涉及合同法第44条第二款规定的法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续而生效的，依其规定办理。

4. 企业间的借贷行为

根据1990年的最高人民法院发布的《关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答》（法（经）发〔1990〕27号）第4条第2款规定，企业法人、事业法人间“明为联营，实为借贷”的合同，“违



反了有关金融法规，应当确认合同无效”。

1996年，《最高人民法院关于对企业借款合同借款方逾期不归还借款的应如何处理的批复》（法复【1996】15号）重申：“企业借款合同违反有关金融法规，属无效合同”。

随着社会经济的不断发展和经济体制的不断深入改革，企业对融资多元化的需求随之增加，最高人民法院也对相关司法解释进行了相应调整。《规定》第11条规定：“法人之间、其他组织之间以及它们相互之间为生产、经营需要订立的民间借贷合同，除存在合同法第五十二条、本规定第十四条规定的情形外，当事人主张民间借贷合同有效的，人民法院应予支持。”这是本次《规定》最重要的两个条文之一。该条文在申请央行同意，并报国务院等有关机关批准后予以制定，其立法的目的在于解决中小微企业的融资难、融资成本高的问题。

5. 民间借贷中的 P2P 网络借贷

P2P 借贷是 Peer to Peer Lending 的简称，最初由孟加拉国的经济学家穆罕穆德·尤努斯（Muhammad Yunus）提出。尤努斯于 1979 年创建格莱珉银行，业务主要惠及穷人以及妇女等群体。近年我国经济仍保持快速发展，P2P 网贷这一模式很快传入我国。2007 年 8 月份，我国首个 P2P 网贷网站拍拍贷正式成立。随着行业经营方式的逐渐完善和扩展，出现了人人贷和宜信等诸多 P2P 网贷平台。尤其 2013 年以来，P2P 网贷遍地开花，迅速超过千家。2015 年 1 月，银监会普惠金融部成立，P2P 业务正式划归普惠金融部管理。

实际操作中，P2P 公司只起到中介作用，通过搭建网贷平台帮助素未谋面的出借人和借款人达成民间借贷，其本质为《合同法》中规定的居间合同。如贷款平台仅提供中介服务，则平台不承担担保责任。然而部分 P2P 公司为拓展业务规模，承诺为借款人提供担保，甚至与借款人达成风险买断协议，由借款人支付一定的“保证金”，如果借贷到期，借款人不能履行与出借人的借款协议，由代借款人无条件承担偿付责任，同时不再向借款人追偿。因而，如有证据证明网贷平台通过广告、网页或其他媒介或者证据表明平台为

借贷提供担保，根据出借人的请求，网贷平台需承担担保责任。

6. 借贷利率的规定

《规定》中借贷的年利率上限原则上不能超过 24%，未超过年利率 24% 的利息部分法院予以保护；超过年利率 24% 但未超过 36% 的利息部分，未给付的不能再要求借方给付，已给付的也不能再要求贷方返还；超过年利率 36% 部分的利息为无效约定（高利贷），已给付的也可以要求贷方返还。

民间借贷利率规范的确定，充分考虑了民间借贷在金融市场中的地位及其自身优势，走出有别于欧美西方国家利率完全市场化的本土化道路，同时采取适度监管，以管制代替放任和以疏导代替捆绑相结合的方式，重点防范利率过高导致的洗钱、恶意或暴力追债等问题。

借贷利率“24%”和“36%”这两个数字界限并非立法者“拍脑袋”而得的数字，而是起草小组通过央行货币政策司调研：当企业融资的年利率达到 34.2% 时，有 90% 企业面临破产；当企业融资年利率达到 36% 时，将有 100% 的企业面临破产。因而 36% 是有据可查、有据可依的。

7. 其它不受法律保护的民间借贷行为

《规定》表明国家不会干涉合法的民间借贷行为，但为了维护正常的市场秩序，明确指出不受法律保护的民间借贷行为：借款人事先知道或应当知道出借人破坏金融秩序转借套利的；民间借贷行为涉嫌非法集资的；出借人事先知道或应当知道借款人将借款用于违法犯罪活动的；借款违背社会公序良俗的，如不正当男女关系引发的分手费、“托人情、找关系”引发的请托费等；其他违反法律、行政法规效力强制性规定的。

综合来看，《规定》的颁布明晰民间借贷双方权责，对于合法借贷行为给予支持和保护，针对不法借贷行为详细说明，极大程度规范了借贷市场，促进市场健康发展。该《规定》自实施以来，既规范了民间借贷行为且统一司法适用标准，同时又解决了借贷纠纷案件中的程序与实体问题，受到国内外媒体的关注和肯定。社会各界普遍认为其顺应了中国经济发展趋势，符合金融改革的方向，有效落实了十八届三中全会关于金融体制

改革的相关部署，加快了民间借贷的阳光化进程。

（二）民间借贷新规

随着社会的发展，民间借贷也出现了一些新问题新情况，如范围过宽、边界模糊、利率过高等，部分全国人大代表、政协委员和企业家代表多次提议对民间借贷法规政策进行修改和完善。

最高人民法院自2017年先后赴浙江、江苏等地就民间借贷《规定》实施中存在的问题进行大量调研，广泛听取民营企业和个体工商户以及专家学者和金融监管部门意见，于2018年8月发布了法（2018）215号《最高人民法院关于依法妥善审理民间借贷案件的通知》，就妥善处理民间借贷纠纷案件、防范和化解各类风险等方面完善相关政策。

2020年8月18日最高人民法院审判委员会第1809次会议通过了最高人民法院关于修改《关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》的决定（以下简称《新规》），该修正自2020年8月20日起施行。《新规》总计32条，自施行后，人民法院新受理的一审民间借贷纠纷案件适用该规定。

《新规》主要修改或调整内容：

1. 限制套取贷款转贷

《新规》将“套取金融机构信贷资金又高利转贷给借款人，且借款人事先知道或者应当知道

的”的合同无效情形，修改为“套取金融机构贷款转贷的”。《新规》将“以向其他企业借贷或者向本单位职工集资取得的资金又转贷给借款人牟利，且借款人事先知道或者应当知道的”的合同无效情形，修改为“以向其他营利法人借贷、向本单位职工集资，或者以向公众非法吸收存款等方式取得的资金转贷的”。

最高人民法院将无相关资质主体套取金融机构贷款并从事转贷业务列为无效。此类型企业从银行获得贷款后从事贷款通道业务，进行监管套利，违背了金融服务实体的价值导向，不利于经济的健康发展。

2. 规范放贷资格

“未依法取得放贷资格的出借人，以营利为目的向社会不特定对象提供借款的”应当认定民间借贷合同无效。该项新增内容与《全国法院民商事审判工作会议纪要》第53条关于职业放贷人从事民间借贷行为无效的规定一脉相承。

不具有放贷资质的企业及个人，从事放贷业务，并以放贷为主要获利手段，即“职业”放贷人。近年来，民间借贷领域出现不少“套路贷”及“暴力催收”等现象。《新规》颁布后，无论是互联网金融领域还是传统民间借贷领域，职业放贷人所从事的民间借贷均不再受法律的保护，将对行业产生不小的影响。

3. 借贷利率司法保护上限的调整引起行业广泛关注

《新规》以中国人民银行授权全国银行间同业拆借中心每月20日发布的一年期贷款市场报价利率（LPR）的4倍为标准确定民间借贷利率的司法保护上限，取代原《规定》中“以24%和36%为基准的两线三区”的规定，这一修改引起行业广泛关注。

根据最高人民法院相关会议文件精神，大幅度降低民间借贷利率司法保护上限基于以下几点：

（1）适应经济社会发展

我国正处于经济发展转型阶



段，新冠疫情也严重影响经济的发展，激发小微企业等微观经济主体活力有助于促进整体经济发展质量，最终有助于实体经济长期发展。民间借贷与中小微企业有着千丝万缕的联系，降低中小微企业的融资成本，引导整体市场利率下行，是当前恢复经济和保护市场主体的重要举措。

(2) 推动利率市场化改革

随着互联网技术的快速发展和我国征信体系的不断完善，全社会融资成本逐步下降，降低利率保护上限有利于营造利率市场化改革的外部环境，契合利率市场化改革的方向。

(3) 规范民间借贷活动

借贷双方在借款合同中约定的利息不违反国家有关规定，不违背公序良俗情况下受到法律保护。但是，如果当事人约定的利息过高，不仅导致债务人无法履约，还可能引发其他社会问题和道德风险，世界上绝大多数国家都设置了借贷利率保护上限。

(4) 保障民间借贷平稳健康发展

部分民间借贷以创新为名规避金融监管，进行制度套利，甚至与网络借贷、资管计划、场外配资、资产证券化、股权众筹等金融活动混合在一起，大大增加了民间借贷纠纷的复杂性和涉众性。适当的利率保护上限有助于民间借贷平稳健康发展。

(5) 统一司法裁判标准

近几年，国内年均约两百余万件民间借贷纠纷案件，划定利率的司法保护上限，是人民法院公平公正处理民间借贷案件的前提条件，也是顺应国民经济发展趋势，适时对民间借贷司法解释进行修订，给民间借贷纠纷提供更为具体明确的裁决标准。

随着金融利率市场化改革的推进，中国人民银行逐渐放开金融机

构的利率决策权，取消公布基准利率，并于2019年8月发布公告，改革完善贷款市场报价利率（LPR）形成机制。原《规定》中确定的24%的利率即是按照当时基准利率6%左右的4倍计算而出。现在基准利率不复存在，因而有必要根据货币政策调控机制的变化对《规定》进行相应修改。

此外，本次修改也是贯彻落实民法典关于“禁止高利放贷”的精神：我国民法典第六百八十条明确规定“禁止高利放贷，借款的利率不得违反国家有关规定”。

(1) 更加严格的本息保护政策

借款人在借贷期间届满后应支付的本息之和，超过以最初借款本金和以最初借款本金为基数以合同成立时一年期贷款市场报价利率4倍计算的整个借贷期间的利息之和的，人民法院不予支持。

(2) 约定的逾期利率

借贷双方对逾期利率有约定的，从其约定，但以不超过合同成立时一年期贷款市场报价利率4倍为限。

(3) 当事人主张的逾期利率、违约金、其他费用

出借人与借款人既约定了逾期利率，同时又

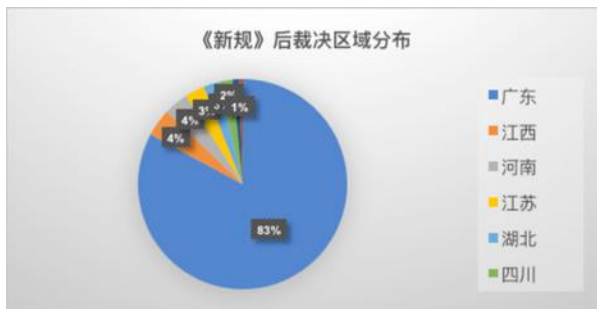


约定了违约金或者其他费用，出借人可以选择主张逾期利息、违约金或者其他费用，也可以一并主张，但总计超过合同成立时一年期贷款市场报价利率4倍的部分，人民法院不予支持。

三、《新规》后民间借贷纠纷裁决

（一）《新规》后借贷纠纷裁决分布

从2020年8月《新规》发布三个月以来，与消费金融公司相关的金融借款合同纠纷民事判决约1000多起。其中，合同纠纷约80%集中在金融借贷活动较为活跃的广东；其次少量案例分布在江西、河南、江苏、湖北、四川、浙江等地；重庆、安徽、福建案例数均少于3例；天津、山西、辽宁、内蒙、湖南、黑龙江等省市消费金融公司近三个月暂未出现金融借款合同纠纷案件判决。



（二）《新规》后借贷纠纷裁决产生分歧

对比《新规》发布后地方法院公布的新判例，可以发现不同法院对涉及持牌金融机构的案件进行判决时，在是否参考《新规》上并未形成统一看法，司法实践中存有分歧。部分与消费金融公司相关的金融借款合同纠纷案例多数沿用24%的借贷利率上限作为判决依据，亦有少部分地方法院判决消费金融公司需按照4倍LPR上限来执行。

1. 未依据《新规》裁决案例

11月12日，就平安银行温州分行与洪某金融借款合同纠纷一案，温州市瓯海区人民法院二审判决认为：一审判决将本案金融借款合同中约定的利息、复利和逾期利息参照最高人民法院有关司法解释的规定，按一年期贷款市场报价利率（LPR）4倍进行调整，属于适用法律错误，应予

以纠正。该院对持牌金融机构借贷纠纷，未使用最新民间借贷司法解释，明确该案系金融借款纠纷，不适用《新规》中4倍LPR（一年期贷款市场报价利率）上限的司法解释。

2. 依据《新规》裁决案例

10月12日，成都市郫都区人民法院发布了四川锦程消费金融与个人借款合同纠纷判决书，要求锦程消费金融的利息、罚息、违约金等以不超过同期4倍LPR为限。此外，在民间借贷利率上限调整为4倍LPR之前，四川省自由贸易试验区人民法院对锦程消费金融与个人金融借款合同纠纷的判决均以借贷年利率24%为上限。

3. 新老划断案例

10月29日，湖南省长沙市岳麓区人民法院在对湖南长银五八消费金融股份有限公司的裁决中，对“罚息”利率标准按照4倍LPR计算，并实行“新老划断”。

该法院称：“原告、被告双方在合同中约定，借款人自逾期之日起向贷款人支付罚息，罚息的计算标准为贷款日利率的1.5倍，被告应向原告支付罚息暂计算至2020年8月9日，此后的罚息按4倍LPR的标准计算至实际清偿之日止。对原告主张超出上限的部分，本院不予支持。”

通过以上典型案例可以看出，《新规》发布后，各地法院在对持牌金融企业借贷纠纷案件进行裁决时所依据的利率上限有着明显分歧。

四、行业趋势和司法分歧应对

（一）短期仍存分歧

除相关金融机构的借贷业务纠纷裁决存有分歧外，保理公司和融资租赁公司虽属于非金融机构，但根据2018年5月8日商务部公布的商办流通函【2018】165号相关通知，商务部已将制定融资租赁公司、商业保理公司、典当行业业务经营和监管规则职责划给中国银保监会。从业务实质看，保理公司和融资租赁公司所从事的主营业务也属广义资金融通。从保理行业和融资租赁的发展现状来看，多数人也将保理和融资租赁业务看作是类信贷业务。

虽然保理和融资租赁主营业务是资金融通的

相关业务，但保理业务不仅保理融资，亦包括应收账款催收、销售分户（分类）账管理、非商业性坏账担保等业务，而融资租赁同时具备融资属性和融物属性，同时还涉及到应收账款和租赁物的市场定价问题，与单一的借款业务有着本质区别，是否直接参照《新规》的相关规定也存有不同理解。

2020年7月最高人民法院发布了《关于统一法律适用加强类案检索的指导意见（试行）》明确要求对于缺乏明确裁判规则或者尚未形成统一裁判规则的案件，应当进行类案检索。因此，法院的生效判决对其他法院的待决案件具有参考价值。

最高人民法院和金融监管部门暂未就金融借款利率出台指导文件，监管细则也尚未明晰。目前，针对金融机构的贷款纠纷，有的基层法院认定不适用新规4倍LPR的民间借贷保护利率，有的基层法院举棋不定。基层法院在处理具体案件时惯常参考其他法院的做法，特别是所在地省高级人民法院、上级中级人民法院类似案件已生效的裁决。鉴于目前国内不同地区的司法实践情况，各地已裁决案例所依存在一定的分歧，未来一段时间内，在指导文件出台或监管细则明晰前，对于金融机构借贷纠纷是否适用《新规》的争议可能继续存在，持牌金融机构也将继续观望各地监管机构的态度及要求。

（二）长期出台指导意见或细则

民间借贷作为正规金融渠道的有效补充，既需要规范，亦需要保护。面对复杂的经济形势，特别在加快形成国内大循环为主、国内国际双循环互相促进的新格局之下，民间借贷市场的规模仍将稳步增长。根据北大光华和度小满金融科技联合实验室发布的《2019年中国消费金融年度报告》显示，我国消费贷款规模超过13万亿元，新消费主义崛起，金融科技成为消费金融核心驱动力，预计消费金融行业仍会有5年以上成长期。

银保监会也于近日下发《关于促进消费金融公司和汽车金融公司增强可持续发展能力、提升金融服务质效的通知》，行业内认为是“松绑”消费金融公司，鼓励相关企业发展的明确信号。

该通知明确允许相关机构的拨备覆盖率可降低至130%，相较于此前150%的标准，对消费金融、汽车金融企业是一个利好，有利于增强相关企业发展能力，提升金融服务的质效。

长期来看，为避免分歧加深，保障民间借贷市场的有序运行，最高人民法院可能通过典型案例等方式来统一司法观点，解决司法实践争议。此外，金融监管部门也可推出相关细则对市场进行规范，推进市场可持续发展。

（三）行业控风险保发展

根据《金融许可证管理办法》《银行业监督管理法》以及《关于小额贷款公司试点的指导意见》（银监发〔2008〕23号），金融监管部门未将小额贷款公司视为金融机构纳入监管体系。最高人民法院的相关判例亦明确小贷公司不属于“金融机构”，小贷公司与债务人发生的借贷纠纷属于民间借贷纠纷，受《新规》的规制。

最高人民法院相关判例亦表明：委托贷款业务中受托放贷银行仅收取代理委托贷款手续费，不承担违约风险，实质是贷款人与借款人之间形成民间借贷法律关系。因而，委托贷款合同的效力、权利义务约定均应受民间借贷相关的法律法规的规制。信托、银行、消费金融公司等相关业务可能受到民间借贷《新规》的影响，需积极应对。消费金融公司的部分产品利率仍高于4倍LPR，在指导意见或细则进一步明确前，相关金融机构应密切关注司法、监管动向，审慎调整产品线，降低法律风险，保障自身的可持续发展。

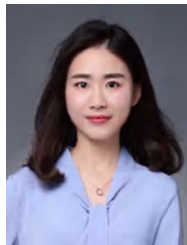
窗口期，相关公司在各地开展经营活动时，如该地区有《新规》后民间借贷纠纷判例，可参考已有案例进行业务和产品设计，同时掌握业务所在地监管机构的最新动向，确保相关业务不触及法律或监管红线。

此外，相关金融企业应合理利用金融科技强化自身风控能力，摒弃传统的粗放风控思路，将风险“扼杀”于摇篮，而不是通过大量的司法程序解决问题，从而减少繁琐的法律流程降低企业运营成本，有利于企业的长期发展。



□ 胡高崇/文

胡高崇律师现任中论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。加入中论文德之前，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，审理百余起案件，类型涵盖合同纠纷、劳动争议等。



□ 蒋倩倩/文

蒋倩倩，现为中论文德律师事务所北京总所实习律师，主要业务领域为争议解决、劳动雇佣与员工激励、公司合规及企业法律顾问服务。

企业保护商业秘密、维护竞争优势之路径比较与选择 ——以竞业限制纠纷与侵害商业秘密纠纷为切入点

引言

商业秘密是企业内部的重要信息，对企业的经营安全以及未来发展至关重要。在当今知识经济、信息经济的时代背景下，重要的商业秘密如被侵害，可能会影响到企业自身的生存。因此保护自身商业秘密不受侵害，在出现侵害商业秘密的情形时能及时采取有效的救济手段，对于企业来说尤为重要。

而近些年不论是立法还是司法实践，对于商业秘密的保护力度、对于侵害商业秘密行为的打击力度都在不断增强。从立法来看，2019年4月23日，《反不正当竞争法》修正稿正式公布实施，其中关于商业秘密的相关条款中，规定了举证责任倒置的情形，即权利人只需证明“接触+实质上相同”即完成了存在侵害商业秘密情况的初步举证，并且提高了侵害商业秘密酌定损失赔偿数额的上限。从司法实践来看，2020年7月20日北京知识产权法院二审审结的姚梦等与王红等侵害商业秘密纠纷二审【(2018)京73民终686号】中，^[1]法院通过优势证据规则，并结合逻辑推理和日常生活经验法则认定了被告存在非法侵犯原告经营秘密（与银行的合作信息）的情形，减轻了原

告的举证负担，在适用1993年《反不正当竞争法》的情况下，仍然参考被告获利情况、原告维权合理支出等做出了799万元的高额赔偿判决，这也与《反不正当竞争法》中提高酌定损失赔偿数额上限的立法精神一致。

但是对于商业秘密的保护并不仅仅依赖《反不正当竞争法》在其他部门法中也存在相应的维权路径。例如《劳动合同法》中规定的竞业限制义务，旨在通过限制员工离职后到有竞争关系的用人单位就职，从而间接地保护前用人单位的商业秘密。本文将对竞业限制纠纷与侵害商业秘密两种争议解决模式进行比较，为企业提出在实践中保护商业秘密、维护竞争优势的路径选择建议。

一、竞业限制纠纷与侵害商业秘密纠纷两种争议解决模式概述

1、竞业限制纠纷模式

(1) 竞业限制义务概述

根据最高人民法院发布的《民事案由规定》竞业限制纠纷为劳动合同纠纷项下的案由，而竞业限制义务的相关规定体现在《劳动合同法》第二十三条和第二十四条。第二十三条规定了竞业

限制义务的概念，^[2]第二十四条则规定了竞业限制义务的范围和期限。^[3]

劳动者在职期间因其对用人单位负有忠实义务而负有法定的竞业限制义务，其对用人单位的商业秘密或知识产权相关的保密事项负有保密义务。在离职之后用人单位是否有权要求劳动者继续履行上述义务则属于用人单位与劳动者可以约定的范畴。因此，用人单位要求劳动者在离职后仍然履行竞业限制义务的前提条件是，双方之间存在合法有效的竞业限制协议且应已实际履行。竞业限制纠纷本质上属于合同纠纷，违反竞业限制义务本质上体现为违约责任，而违约责任的承担方式主要为支付违约金、赔偿实际损失等。

(2) 前用人单位方在纠纷中的举证责任

前用人单位若要主张劳动者在离职后需承担竞业限制义务，首先需要举证证明双方之间存在合法有效的竞业限制协议且实际履行，其次需要举证证明劳动者在离职后开展与其有竞争关系的业务或者入职到与其有竞争关系的新用人单位。下文将分别进行阐述：

· 用人单位与劳动者之间存在合法有效的竞业限制协议或者条款

用人单位需要举证证明其与劳动者之间存在合法有效的竞业限制协议。如果用人单位没有与劳动者订立书面协议而仅存在口头约定，则难以证明双方就离职后的竞业限制义务存在合意。如果用人单位没有与劳动者订立竞业限制协议或者条款，而是仅在规章制度中为劳动者设定离职之后的竞业限制义务，通常认为规章制度不属于双方合意达成的文件，而是更多体现为用人单位的单方意思表示。上述两种情况下，法院通常不会支持用人单位要求劳动者承担违约责任的诉请。

关于竞业限制义务的主体范围，《劳动合同法》规定限于高层管理人员、高级技术人员以及其他负有保密义务的人员。普通员工接触企业商业秘密的可能性较小，因此实践中此类人员被设定竞业限制义务的可能性不大。

关于竞业限制义务的期限，法律明确规定为两年，用人单位与劳动者在协议中的约定不能突破法律的规定，约定期限超过两年的，超过部分无效。

此外，用人单位还需要按照约定在劳动者离职后支付竞业限制补偿金；否则，用人单位未能支付补偿金超过三个月的，劳动者可以提出解除竞业限制协议，从而获得择业自由。

· 劳动者存在违反竞业限制义务的行为

根据《劳动合同法》第二十四条的规定，负有竞业限制义务的人员需满足离职后到“与本单位生产或者经营同类产品、从事同类业务的有竞争关系的其他用人单位，或者自己开业生产或者经营同类产品、从事同类业务”才能构成违约。因此，违反竞业限制义务的认定标准，通常有两方面：一是劳动者是否已经入职新的用人单位；二是劳动者新入职的单位是否与前用人单位之间存在竞争关系。在司法实践中，个别的案件还要求审查劳动者现工作内容与在前用人单位期间的工作内容是否重合或者类似。具体而言：

第一步应证明劳动者已经入职新用人单位。具体来说，可以依据招退工记录与社保、公积金、个税记录、保险记录等材料认定劳动者是否已经入职竞对单位。除此之外，还可以依据竞对单位的网站介绍、竞对高管的社交信息、快递投递记录、出入竞对单位的记录、第三方客户等提供的证据、涉案劳动者同事家人的录音等材料作为辅助证据，进行认定。

第二步需要证明劳动者新入职的单位是否与前用人单位存在竞争关系。通常根据前用人单位与新用人单位业务覆盖地域范围是否存在重合、登记范围或实际经营范围是否存在重合进行判断。

(3) 劳动者方抗辩路径

相应的，劳动者的抗辩路径也可以从竞业限制协议的效力和违反竞业限制义务的行为两方面出发。

首先，劳动者可以举证证明竞业限制协议的签订并非出于其真实意愿，或者其并非设定竞业限制义务的适格主体，从而影响竞业限制协议的效力。其次，劳动者可以举证证明自己还未入职新用人单位，或者虽然入职新的用人单位，但是两者实际经营范围不存在重合，彼此之间不存在竞争关系，或者其在新用人单位所从事的工作与前用人单位所从事的工作存在根本不同，因此不

构成违反竞业限制义务。

2、侵害商业秘密纠纷模式——侵害商业秘密的认定

(1) 商业秘密概述

根据最高人民法院发布的《民事案由规定》侵害商业秘密纠纷为反不正当竞争纠纷项下的案由，而商业秘密相关的法律规定体现在《反不正当竞争法》第九条和第十七条，第九条规定了商业秘密的概念及侵害商业秘密的具体行为表现，^[4]第十七条规定了侵害商业秘密赔偿数额的计算标准。^[5]

商业秘密，是指不为公众所知悉、具有商业价值并经权利人采取相应保密措施的技术信息、经营信息等商业信息，包括非公知性、实用性（价值型）和保密性三个特点。虽然商业秘密的保护是相对的，不具有绝对权保护的排他性，但是对于非法获取、泄露或使用其商业秘密的侵权人，权利人有权追究其侵权责任。因此，侵害商业秘密纠纷本质上属于侵权纠纷。非法获取、泄露或使用商业秘密的侵害行为可以按照侵权行为认定处理，责任承担方式体现为停止侵权、赔偿损失等。

(2) 权利方在纠纷中的举证责任

商业秘密权利人需要举证证明自己所主张的技术信息或经营信息等商业信息构成商业秘密，一般从商业秘密的三个特征出发，并且能够提供初步证据证明被告侵害了其商业秘密。

· 商业秘密的三个特征

非公知性——不为公众所知悉。“不为公众所知悉”中的“公众”并不是一般意义上的“不特定多数人”，而是指“所属领域的相关人员”，即存在竞争关系的人员。因而不为公众所知悉是指不为所属领域的相关人员普遍知悉的，且不容易获取。

实用性（价值性）——具有商业利益。权利人所主

张的商业秘密应当具有现实或者潜在的市场价值，能够带来经济效益或者竞争优势。

保密性——合理的保密措施。权利人应当举证证明在被诉侵权行为发生以前对其所主张的商业秘密采取了合理的保密措施。保密措施应当与商业秘密的商业价值、重要程度等相适应。司法实践中，法院可能从载体性质、保密的主观意愿、措施的匹配程度等方面予以考量。

· “接触 + 实质上相同”原则

2019年《反不正当竞争法》修正的一大亮点就是规定了“接触 + 实质上相同”原则，明确了何为提供初步证据合理表明商业秘密被侵犯。《反不正当竞争法》第三十二条第二款规定：“商业秘密权利人提供初步证据合理表明商业秘密被侵犯，且提供以下证据之一的，涉嫌侵权人应当证明其不存在侵犯商业秘密的行为：（一）有证据表明涉嫌侵权人有渠道或者机会获取商业秘密，且其使用的信息与该商业秘密实质上相同……”^[6]

接触，即被诉侵权人有途径或者有机会接触并获取权利人的商业秘密。例如被诉侵权人曾在权利人处担任可以接触到涉案商业秘密的职位；实质上相同，即被诉侵权人使用的商业信息与权利人主张被侵害的商业秘密存在相同或者类似，根据日常经验和逻辑规则，能够合理怀疑被诉侵权人使用了权利人的商业秘密。

“接触 + 实质上相同”原则实际上减轻了权



利人方的举证责任，权利人无需提供充分的证据证明存在侵害商业秘密的行为。被诉侵权人是否确实存在侵害行为，对于权利人而言关键性的证据往往都难以取证，甚至根本无从取证，而在“接触+实质上相同”原则下，权利人通过提供比较容易举证的“接触+实质上相同”方面的相关证据，将举证责任倒置给被诉侵权人，在合理怀疑非法获取及使用了权利人商业秘密的情况下，由被诉侵权人举证证明自己不存在侵害商业秘密的行为，加大了对商业秘密的保护力度。

（3）被诉侵权人的抗辩路径

在权利人提供了初步证据之后，举证责任转移到被诉侵权人一方，被诉侵权人需要举证证明其不存在侵害商业秘密的行为。具体来说，可能的抗辩路径有：

权利人主张的商业信息不构成商业秘密。被诉侵权人可以权利人所主张商业信息已经在先公开、不具有实用性或者未采取保密措施为由进行抗辩。如若权利人所主张的商业信息不构成商业秘密，其请求被诉侵权人赔偿损失的主张也就失去请求权基础。

权利人主张商业秘密与被诉商业信息不具有同一性。被诉侵权人可以主张其所利用的商业信息与权利人主张商业秘密不具有同一性，即两者之间存在实质性的区别，从而证明不存在侵害商业秘密的行为，权利人也就不能向其主张责任承担。

被诉侵权人取得权利人所主张的商业秘密存在合法来源。被诉侵权人举证证明自身通过自主研发或者反向工程获得被诉侵权信息或者通过受让、许可、承继等方式合法取得被诉侵权信息，即不存在非法侵害权利人商业秘密的行为。

二、竞业限制纠纷与侵害商业秘密纠纷两种争议解决模式之比较

1、竞业限制纠纷与侵害商业秘密纠纷的区别

（1）程序上的区别

· 有无仲裁前置程序

《劳动法》第八十三条规定：“劳动争议当事

人对仲裁裁决不服的，可以自收到仲裁裁决书之日起十五日内向人民法院提起诉讼。”因此，选择竞业限制纠纷模式，需要先提出劳动仲裁，在仲裁裁决做出之后才可以向法院提起诉讼。而选择侵害商业秘密纠纷模式可以直接向法院提起诉讼，无需经过仲裁前置程序。

· 适格当事人

竞业限制纠纷本质上属于合同纠纷，因此根据合同相对性，企业仅能向劳动合同的相对方即违反竞业限制义务的员工提起仲裁或诉讼，而对于员工新入职的、利用了员工非法获取的商业秘密的新用人单位，由于其并非合同相对方，因此通常不能作为竞业限制纠纷的适格被告。

而侵害商业秘密纠纷模式下，只要能够被认定为实施了共同侵权行为的人都可以作为共同被告。因此，适格被告不仅仅限于非法获取、泄露或者使用权利人商业秘密的前员工，还可能包括从前员工处获取并再次非法泄露的第三人、使用了非法获取的商业秘密的新用人单位等。

· 管辖法院的选择

竞业限制纠纷本质上属于劳动争议，根据《劳动争议调解仲裁法》第二十一条规定：“劳动争议由劳动合同履行地或者用人单位所在地的劳动争议仲裁委员会管辖。双方当事人分别向劳动合同履行地和用人单位所在地的劳动争议仲裁委员会申请仲裁的，由劳动合同履行地的劳动争议仲裁委员会管辖。”根据民事诉讼法司法解释，“用人单位所在地”为其主要办事机构所在地，主要办事机构所在地不明确的，注册地或登记地为其住所地。

而侵害商业秘密纠纷属于侵权纠纷，根据《民事诉讼法》第二十八条和《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第二十四条的规定，原告可以向侵权行为实施地、侵权结果发生地或被告住所地人民法院提起诉讼。而在“侵害商业秘密纠纷”的案由下，存在“侵害技术秘密纠纷”和“侵害经营秘密纠纷”两个四级案由，因此在提起诉讼时需要选择其中一个具体案由，而两者在级别管辖上也存在不同的规定。最高人民法院《关于调整高级人民法院和中级人民法院管辖第一审民事案件标准的通知》中

规定，中级人民法院管辖第一审民事案件诉讼标的额上限原则上为50亿，高级人民法院管辖诉讼标的额为50亿以上。而对于案由为“侵害技术秘密纠纷”的案件，应当适用《最高人民法院关于知识产权法庭若干问题的规定》由中级人民法院或知识产权法院作为一审法院管辖。以北京地区为例，侵害技术秘密纠纷案件的第一审应当由北京知识产权法院或者北京市高级人民法院管辖，第二审应当由最高人民法院知识产权法庭管辖。

（2）实体上的区别

· 责任承担方式及赔偿范围

竞业限制纠纷模式下责任性质为违约责任，责任承担方式可能为支付违约金或者赔偿实际损失，企业还可以要求员工继续履行还未届满的竞业限制期限。在没有约定违约金的情况下，可能要求用人单位证明其实际损失；即便在约定了违约金的情况下，法院也会根据其实际所遭受的损失对过高或者过低的违约金予以调整。但是，对于在维权过程中的合理费用例如律师费、鉴定费等承担，如果没有当事人之间的事先约定，则不会得到法院的支持。

侵害商业秘密纠纷模式下责任性质为侵权责任，责任承担方式不仅仅限于金钱赔偿，企业可要求作为共同被告的新用人单位停止侵权，包括不再使用权利人的商业秘密、停止销售包含权利人商业秘密的产品等。而对于损失赔偿金额，《反不正当竞争法》第十七条规定，按照其因被侵权所受到的实际损失确定；实际损失难以计算的，按照侵权人因侵权所获得的利益确定；实际损失、侵权人因侵权所获得的利益均难以确定的，由人民法院根据侵权行为的情节判决给予权利人五百万元以下的赔偿。另外，赔偿数额还当然包括经营者为制止侵权行为所支付的合理支出。

· 第三人的责任承担

竞业限制纠纷模式下，由于合同效力具有相对性，企业仅能要求违反竞业限制义务的员工继续履行竞业限制义务，并支付违约金或赔偿损失，不能向员工新入职的用人单位提起诉讼，也不能要求其承担责任。对于因新用人单位（或者第三人）利用权利人的商业秘密获取经济利益、造成

其损失的，由于新用人单位非适格当事人，企业只能另行提起诉讼。

《反不正当竞争法》第九条中规定，第三人明知或者应知商业秘密权利人的员工、前员工或者其他单位、个人实施本条第一款所列违法行为，仍获取、披露、使用或者允许他人使用该商业秘密的，视为侵犯商业秘密。而新用人单位在利用员工获取的前用人单位的商业秘密时，双方之间必然存在意思联络，因此两者构成《侵权责任法》中的共同侵权，应当对侵害商业秘密造成的损害结果承担连带责任。在姚梦等与王红等侵害商业秘密纠纷二审【(2018)京73民终686号】中，法院也认为作为原告三公司竞争对手的新赛点公司同样构成侵犯原告三公司商业秘密行为的主体，并判决新赛点公司承担损害赔偿额中的大部分（704万元），由其他自然人被告承担数额较小的损害赔偿金额（金某50万元，徐某30万元，姚某10万元），且新赛点公司对金某等三人的赔偿数额承担连带责任。

· 行为保全措施

行为保全措施规定在《民事诉讼法》第一百条和第一百零一条及相关司法解释中。《民事诉讼法》第一百条规定：“人民法院对于可能因当事人一方的行为或者其他原因，使判决难以执行或者造成当事人其他损害的案件，根据对方当事人的申请，可以裁定对其财产进行保全、责令其作出一定行为或者禁止其作出一定行为；当事人没有提出申请的，人民法院在必要时也可以裁定采取保全措施。”第一百零一条规定：“利害关系人因情况紧急，不立即申请保全将会使其合法权益受到难以弥补的损害的，可以在提起诉讼或者申请仲裁前向被保全财产所在地、被申请人住所地或者对案件有管辖权的人民法院申请采取保全措施。”

《最高人民法院关于审查知识产权纠纷行为保全案件适用法律若干问题的规定》第六条规定：“有下列情况之一，不立即采取行为保全措施即足以损害申请人利益的，应当认定属于民事诉讼法第一百条、第一百零一条规定的‘情况紧急’：（一）申请人的商业秘密即将被非法披露；……”第十条规定：“在知识产权与不正当竞争纠纷行

为保全案件中，有下列情形之一的，应当认定属于民事诉讼法第一百零一条规定的‘难以弥补的损害’：（一）被申请人的行为将会侵害申请人享有的名誉或者发表权、隐私权等人身性质的权利且造成无法挽回的损害；（二）被申请人的行为将会导致侵权行为难以控制且显著增加申请人损害；（三）被申请人的侵害行为将会导致申请人的相关市场份额明显减少；（四）对申请人造成其他难以弥补的损害。”

从上述规定中可以看出，行为保全制度可以适用于侵害商业秘密纠纷等反不正当竞争纠纷，适用条件是有初步证据证明如果不采取合理保全措施可能导致“难以弥补的损失”。采取保全措施可以禁止被诉侵权人（包括员工和新用人单位）继续侵害权利人的商业秘密，例如销售相关产品、向第三人披露涉案技术秘密等，防止损失的进一步扩大。

而竞业限制纠纷模式下，诉讼标的为企业与前员工之间的合同关系，标的基本内容为竞业限制义务的履行和竞业限制违约金的支付，而并不直接涉及商业秘密保护，并且由于新用人单位也并非适格当事人，因此通常无法申请诉前行为保全。

· 诉讼时效

由于竞业限制纠纷模式要求仲裁前置程序，因此应遵循《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第二十七条的规定，适用一年的时效期间，对于违约行为，非违约方在发现另一方违反合同约定时，应当及时提起诉讼维护自身权益，否则可能由于超过诉讼时效得不到法院的支持。而对于持续性违约行为，比如两年之内持续违反了竞业限制义务，则可以从竞业限制期满之日起，起算一年的时效期间。

而侵害商业秘密纠纷属于反不正当竞争纠纷，反不正当竞争的诉讼时效没有特别规定，因此遵循《民法总则》第一百八十八条的规定，适用三年的时效期间。而对于有一定时间跨度的持续性侵权行为，由于侵权行为一直在持续，不至其终了之时，无法确定实际受损情形，也就无法请求损害赔偿，因此，对于持续性侵权行为，诉讼时效自侵权行为停止之日起算。

2、竞业限制纠纷与侵害商业秘密纠纷的竞合问题

实践中，对于离职员工非法获取前用人单位商业秘密交予存在竞争关系的新用人单位使用等情形，前用人单位（权利人）既可以以员工违反竞业限制义务提起诉讼，也可以以其侵害商业秘密为由寻求救济，而对于两种模式是否会产生竞合的问题，实践中存在不同的判例。

（1）认为不存在竞合的司法判例

· 陈刚诉力福汀钢绳（上海）有限公司等侵害商标权纠纷二审【（2014）沪一中民五（知）终字第18号】

法院认为，原告在前案诉讼中请求判令被告陈刚赔偿违反保密义务所致损失30万元以及赔偿公证费、律师费21,000元，原审法院以原告无证据证明因陈刚违反保密义务而给其造成实际损失、劳动合同纠纷中主张公证费和律师费无法法律依据为由，判决驳回原告的上述诉讼请求。本院以原告未能举证证明存在其所主张的30万元损失的事实依据、主张合理费用无法律依据为由，判决驳回原告上诉、维持原判。上述判决虽对违反保密义务的损害赔偿、合理费用的赔偿等争议作出了相应处理，但该种处理结果依法并不构成被告主张的“一事不再理”的情形。主要理由是：

第一，前案与本案的诉因不同、事实不同。首先，前案系劳动合同纠纷案件，原告的请求权基础是陈刚违反保密义务。本案系侵权纠纷案件，原告的请求权基础是陈刚存在侵害经营秘密的不正当竞争行为。侵害经营秘密指向的是法定权利的受害，违反保密义务指向的是合同义务的违反，两者具有不同的法律关系构成要件，属于不同的法律关系。其次，就同一行为主体而言，由于应当保密的内容不一定属于经营秘密，故违反保密协议的行为不一定构成侵害经营秘密，但因经营秘密必然属于保密范围，故侵害经营秘密的行为必然包括了违反保密协议的行为，系在违反保密协议基础上具体利用经营秘密实施的侵权行为。本案审理的是侵害经营秘密的不正当竞争行为，所涉案件事实范围明显大于前案违反保密义务行为所涉案件事实范围。因此，本案侵害经营秘密

纠纷与生效判决处理的劳动合同纠纷不属同一纠纷，本案不构成对同一事实的重复审理，依法不适用民事诉讼“一事不再理”原则。

第二，前案与本案适用的法律不同。前案系劳动合同纠纷，适用调整劳动合同关系的相关法律。本案系竞争类知识产权纠纷，适用调整不正当竞争行为的相关法律。在前案中，因原告未将违约责任条款作为赔偿依据，故需原告举证证明实际存在的损失，又因原告未能举证证明实际存在30万元损失，故法院驳回了原告要求赔偿30万元损失的诉讼请求。在本案中，原告不以陈刚获利或者原告损失作为主张赔偿数额的依据，要求适用反不正当竞争法规定的法定赔偿原则。根据反不正当竞争法的规定，在原告损失、被告获利均难以确定的情况下，可以适用法定赔偿原则，依法酌定赔偿数额，故原告在本案中可以主张法定赔偿。原告在劳动合同纠纷案件中主张赔偿公证费、律师费，没有法律依据。在本案中，反不正当竞争法明确规定可以将权利人为制止侵权行为而支付的公证费、律师费等合理费用列入损害赔偿的范围，故原告在本案中有权主张合理费用，该主张不属于重复主张，对该项诉讼请求的处理依法亦不应适用民事诉讼“一事不再理”原则。

· 创普讯维（北京）科技有限公司等与北京神州在线科技有限公司等商业秘密合同纠纷二审【（2014）一中民终字第3261号】

上诉人创普公司、赵建川主张被上诉人（原审原告）神州公司已经在劳动仲裁中提交过商业秘密的相关请求，根据一事不再理的原则，不当在本案中重复主张。而法院认为该项辩称缺乏依据，根据京海劳仲字第（2013）第5337、5338号判决书的裁决，该文书并未明确神州公司所持有的文件是否为商业秘密，亦未明确另两被告赵建川、秦洪格的行为是否构成侵权，而上述判决书在论述中特别提及《中华人民共和国合同法》第25条之规定，除主张培训费用及负有保密义务的劳动者竞业禁止的违约金外，其他事项不得与劳动者约定违约金。

另外，前述劳动仲裁裁决书裁决事项仅为赵建川、秦洪格与神州公司签订的劳动合同的约定保密事项，而并不涉及到案外人创普公司，赵建

川作为前案案外人创普公司的法定代表人，其职务行为并不在劳动合同约束范围内。因保护商业秘密是法定的义务，无需约定就应当遵守，创普公司的行为是否构成侵权，及创普公司是否应当承担责任，并不在劳动仲裁裁决事项内，故本案不属于一事不再理的范围。神州公司作为本案适格原告，有权提起本案之诉。

（2）认为存在竞合的司法判例

· 北京合智创展投资咨询有限公司与苏照波劳动争议一审民事裁定书【（2013）海民初字第9536号】

法院认为，本案中，原告主张被告支付违反竞业限制违约金的事实理由系被告在职期间做私单的行为。但就上述同一事实，原告此前在（2013）海民初字第21920号案件中曾作为诉请内容提起。据此，现原告在本案中要求被告支付违反竞业限制的违约金30万元，其起诉的内容及事实与（2013）海民初字第21920号民事判决书审理的事实为同一事实，鉴此，在同一事实已在其他案件中做出相关判决的情况下，根据“一事不再理”原则，本院依法裁定驳回合智创展公司的起诉。

（3）笔者观点

从上述判例中可以看出，法院在认定竞业限制纠纷与侵害商业秘密纠纷是否属于“一事不再理”主要考量的因素是，两起纠纷所涉商业秘密部分是否针对同一商业秘密或者同一侵犯商业秘密的行为。如果被诉侵权人没有提供证据证明后提起的诉讼中所涉商业秘密与前案中已经处理的商业秘密内容完全一致，法院就可能不会认定两起纠纷存在竞合关系。但是由于目前在司法实践中并没有明确统一的裁判标准，法官有一定的自主裁量权，不同法院可能有不同的裁判结果。

另外，笔者认为，即使认定两起纠纷属于“一事不再理”，由于两起纠纷所涉及的当事人、所涉及的商业秘密部分可能存在重合，法院在后案中确定赔偿损失数额时可能酌定扣除前诉中被告已经被判承担的赔偿数额。

三、两种争议解决模式选择之实操建议

基于以上分析，针对企业在遭受权利受损、需要选择单一争议解决模式的情况，笔者将从以

下四个角度对选择竞业限制纠纷抑或侵害商业秘密纠纷何种模式提出实操建议。

1、时间成本

从时间成本角度考虑，竞业限制纠纷模式要求仲裁前置程序，因此相比直接起诉、两审终审的侵害商业秘密纠纷模式，通常需要付出更多的时间成本。因此，选择侵害商业秘密纠纷模式可以缩短诉讼周期，让权利人的合法权益尽快得到保护。

2、维权成本

从维权成本角度考虑，如果竞业限制纠纷模式中未在竞业限制协议中事先约定违反竞业限制义务需要向企业支付诉讼所支出的合理费用，则相应的维权成本的诉讼请求不会得到法院的支持。而侵害商业秘密纠纷模式中，律师费、鉴定费等合理费用为法定需要给付的金额，因此相比前者，在权利人胜诉的前提下，前用人单位的实际维权成本可能更低。

3、打击力度

从打击力度角度考虑，竞业限制纠纷模式下前用人单位仅能向违反竞业限制义务的员工提出诉求，而不能向非合同相对方的其他共同侵权技术秘密之人主张权利。而侵害商业秘密纠纷模式下，企业可以将前员工与新用人单位等共同实施侵权行为的人作为共同被告一并起诉，新用人单位也可以被认定为侵权行为责任主体，对于最终损失承担一定的赔偿责任。如此对于作为权利人的企业而言损失弥补更有保障，对于侵害商业秘密的行为打击力度也更大。

4、胜诉难度

从胜诉难度角度考虑，竞业限制纠纷中，员工入职竞对公司的痕迹较为容易取得，一旦被认定为入职了竞对公司，则前用人单位的胜诉可能性就大为增加，相对而言，更容易获得实体上的胜诉结果。然而在侵害商业秘密纠纷中，被诉侵权人的举证责任建立在权利人提供了初步证据的基础上，权利人证明自身所持商业信息构成商业

秘密及提供存在侵害商业秘密行为的初步证据的举证难度较大，虽然目前司法实践中对于非公知性、实用性、保密性的证明要求有所降低，“接触 + 实质上相同”原则也减轻了相应的举证负担，但权利人仍然很难掌握比较有力的证据，胜诉难度偏大。

注释：

- [1] 北京卓路体育文化发展有限公司等三原告主张新赛点公司、金艳淑等六被告侵害其商业秘密。原告所主张的商业秘密中，高尔夫球场合作信息可以从公开途径获取、系统数据信息无法体现形成时间及加密措施，仅与银行的合作信息被认定为商业秘密，金艳淑等五被告在原告处任职期间均有接触原告商业秘密的可能性，而在金艳淑、徐治平、姚梦离职原公司入职新赛点公司后，新赛点公司便取得了与三人掌握的与原告有关的合作信息相同或者类似的合作机会，明显利用了原告商业秘密，侵害商业秘密意图明显，另外两人掌握合作信息与本案无关。因此，一审法院判处金艳淑、徐治平、姚梦及新赛点公司停止侵权、赔偿损失。二审法院重新认定了高尔夫球场合作信息属于商业秘密，但认为由于缺乏保密协议或条款等保密措施而不予保护，而对于侵权事实和责任承担未作异议，因此判决维持原判。
- [2] 《劳动合同法》第二十三条规定：“用人单位与劳动者可以在劳动合同中约定保守用人单位的商业秘密和与知识产权相关的保密事项。对负有保密义务的劳动者，用人单位可以在劳动合同或者保密协议中与劳动者约定竞业限制条款，并约定在解除或者终止劳动合同后，在竞业限制期限内按月给予劳动者经济补偿。劳动者违反竞业限制约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。”
- [3] 《劳动合同法》第二十四条规定：“竞业限制的人员限于用人单位的高级管理人员、高级技术人员和其他负有保密义务的人员。竞业限制的范围、地域、期限由用人单位与劳动者约定，竞业限制的约定不得违反法律、法规的规定。在解除或者终止劳动合同后，前款规定的人员到与本单位生产或者经营同类产品、从事同类业务的有竞争关系的其他用人单位，或者自己开业生产或者经营同类产品、从事同类业务的竞业限制期限，不得超过二年。”
- [4] 《反不正当竞争法》第九条规定：“经营者不得实施下列侵犯商业秘密的行为：（一）以盗窃、贿赂、欺诈、胁迫、电子侵入或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密；（二）披露、使用或者允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密；（三）违反保密义务或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密；（四）教唆、引诱、帮助他人违反保密义务或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，获取、披露、使用或者允许他人使用权利人的商业秘密。经营者以外的其他自然人、法人和非法人组织实施前款所列违法行为的，视为侵犯商业秘密。第三人明知或者应知商业秘密权利人的员工、前员工或者其他单位、个人实施本条第一款所列违法行为，仍获取、披露、使用或者允许他人使用该商业秘密的，视为侵犯商业秘密。本法所称的商业秘密，是指不为公众所知悉、具有商业价值并经权利人采取相应保密措施的技术信息、经营信息等商业信息。”
- [5] 《反不正当竞争法》第十七条规定：“经营者违反本法规定，给他人造成损害的，应当依法承担民事责任。经营者的合法权益受到不正当竞争行为损害的，可以向人民法院提起诉讼。因不正当竞争行为受到损害的经营者的赔偿数额，按照其因被侵权所受到的实际损失确定；实际损失难以计算的，按照侵权人因侵权所获得的利益确定。经营者恶意实施侵犯商业秘密行为，情节严重的，可以在按照上述方法确定数额的一倍以上五倍以下确定赔偿数额。赔偿数额还应当包括经营者为制止侵权行为所支付的合理开支。经营者违反本法第六条、第九条规定，权利人因被侵权所受到的实际损失、侵权人因侵权所获得的利益难以确定的，由人民法院根据侵权行为的情节判决给予权利人五百万元以下的赔偿。”
- [6] 《反不正当竞争法》第三十二条规定：“在侵犯商业秘密的民事审判程序中，商业秘密权利人提供初步证据，证明其已经对所主张的商业秘密采取保密措施，且合理表明商业秘密被侵犯，涉嫌侵权人应当证明权利人主张的商业秘密不属于本法规定的商业秘密。商业秘密权利人提供初步证据合理表明商业秘密被侵犯，且提供以下证据之一的，涉嫌侵权人应当证明其不存在侵犯商业秘密的行为：（一）有证据表明涉嫌侵权人有渠道或者机会获取商业秘密，且其使用的信息与该商业秘密实质上相同；（二）有证据表明商业秘密已经被涉嫌侵权人披露、使用或者有被披露、使用的风险；（三）有其他证据表明商业秘密被涉嫌侵权人侵犯。”



□周力思/文

周力思，中伦文德胡百全（前海）联营律师事务所副主任、高级合伙人，执行委员会委员；周力思律师专注于涉外法律、知识产权、网络安全与数据合规、破产重整、医药健康、城市更新、争议解决等领域。工作语言：英语、普通话、粤语。

GDPR 知多少：数据控制者和数据处理者 从 EDPB 最新《指南》看定义

背景： 欧盟数据委员会（EDPB）是根据《通用数据保护条例》（GDPR）设立的一个独立的欧盟机构。EDPB 致力于在欧盟内统一实施 GDPR，并通过《指南》（guideline）的方式来对 GDPR 条款行使解释权。EDPB 依据 GDPR 做出的决定对所有欧盟成员国数据保护机关具有约束力。^[1]

2020 年 9 月 7 日，欧洲数据保护委员会（EDPB）发布了有关“数据控制者”（controller）和“数据处理者”（processor）概念的指南草案供公众咨询，公众咨询期在 10 月 19 日结束。这些概念在 GDPR 的应用中起着至关重要的作用，因为它们确定了谁将负责遵守不同的数据保护规则，以及数据主体（data subject）如何在实践中行使其权利。^[2]

与《数据保护指令》（Data Protection Directive）95/46 / EC（已废除）相比，这些概念并没有实质性的改变。但是 EDPB 认为有必要根据 GDPR 对这些概念进行澄清。因为自 GDPR 生效以来，关于联合控制权（joint controllership）的概念（根据 GDPR 第 26 条）和对数据处理者的具体义务（根据 GDPR 第 28

条）的内涵产生了诸多疑问。

该《指南》分为两部分，第一部分中讨论了数据控制者，联合控制者，处理者和第三人 / 收件人的概念。第二部分讨论了不同角色相关的法律后果。《指南》还提供了一些案例作为示范，用于厘清当一个实体是控制者、联合控制者或处理者时所遇到的问题 and 解答。

下面我们详细分析该《指南》草案的重点内容：

第一部分 - 概念

一般概念

某个实体（公司或组织）是否为 GDPR 规定的“数据控制者”并不取决于该实体在合同中的地位（如在合同中约定该实体是控制者），而取决于该实体在数据处理活动中的实际行为。因此同一个实体在数据处理活动中可能同时是控制者和处理者，如在一部分数据处理活动中是控制者，在另一部分中则是处理者。

如果某数据控制者（公司或组织）指定一个自然人员工为数据合规负责人，那么这个代表公司做出决策的自然人不是数据控制者，而被代表

的公司才是控制者，公司应当数据侵权行为负责。

数据控制者 (Controller)

GDPR 规定，数据控制者是指决定数据处理“目的”和“方式”的人（如为什么要处理数据，以及如何处理数据），因此数据控制者并不一定需要实际访问数据才能被认定为控制者。

EDPB 经研究认为，虽然决定数据处理的“目的”始终是数据控制者的标志，但有一些数据处理的具体“方式”可能下放给数据处理者决定。因此，EDPB 将数据处理方式分为“实质性方式”（essential）和“非实质性方式”（non-essential）。实质性方式，如决定哪些数据将被处理或数据处理的周期，是数据控制者专属的权利。而一些非实质性方式（如用哪些软件处理数据）则是数据处理者可以自行决定的事项。

联合控制者 (Joint Controller)

在数据活动中如果有超过一个实体，则可能出现联合控制者的情况。联合控制者的标志是如

果没有各方的共同参与，该数据活动不可能完成。而共同参与的意思是指，一个以上的实体对于数据处理的目的和方式作出了决定性的影响。

联合控制者不是一个新的概念，在《数据保护指令》(Data Protection Directive) 95/46 / EC（已废除）已经存在，而 GDPR 第 26 条则具体规定了其定义，最近的欧盟法院（CJEU）的判决也在判决书中澄清过该概念。

如在 Jehovah 案中，欧盟法院判决认定即使联合控制者中的某一个实体没有实际访问数据的权利，也不足以据此排除其联合控制者的身份。在 Fashion ID 案中，法院认定实体只在与其他实体共同决定数据处理目的和方式的那些活动中具有联合控制者身份，如果在此之前或之后有一部分活动是由其他实体单独决定目的和方式的，那么在这些活动中，那些实体则是控制者。

数据处理者 (Processor)

认定数据处理者有两个基本条件：1. 与数据控制者相关但却独立的实体；2. 代表控制者处理



个人数据，但并不从属于数据控制者。在同一个集团当中，一个公司可以是控制者，另一个是处理者，只要各个公司是法律上独立的实体即可。

根据 GDPR 第 29 条规定，数据控制者的员工和受其直接领导的自然人不能成为数据处理者。

第三人 / 接收人 (Third Party/Recipient)

GDPR 条文中对第三人和接收人的概念作了定义，但却没有明确规定其具体义务。但是当一个人是第三人或接收人时，有可能在另一个维度上可能又被认定为控制者或处理者。

第二部分——不同角色的法律后果

数据控制者和数据处理者的关系

控制者和处理者必须确保双方之间签订有合同约定各自的数据处理行为。该数据处理合同不应当只是复述 GDPR 的条文，而应当包含更加详细的约定，用于说明如何满足 GDPR 的要求以及采取什么样的具体安全措施保障个人数据安全。

在数据处理合同中依据 GDPR 第 28 (1) 条约定“数据处理者提供足够的保证”这一义务应当是一个连续性的义务。数据控制者必须在不同的时间段核实处理者提供的保证是否还合法存续。

数据处理者必须协助控制者共同保证数据处理行为的合规性，合同中对于该协助义务的约定不能简单重复 GDPR 条文，而应当详细约定义务的内容。例如，当数据泄露发生时，处理者协助控制者履行通知义务时，合同应当约定处理者具体如何通知控制者，或约定通知的具体小时数范围，通知的具体地点等等。

数据处理合同中必须明确约定如无控制者的事先书面授权，处理者不得擅自与其他处理者合作处理数据。合同还应当明确约定该书面授权出具的具体流程和方式。

联合控制者之间的关系

GDPR 条文并未明确联合控制者之间的法律关系，但出于透明性和可追责性的考虑，EDPB

建议以合同的方式约定各方的权利义务。在用合同约定权利义务时，EDPB 认为不应当仅仅包含 GDPR 第 26 (1) 条中的责任分配，还应当包括且不限于以下责任：

1. 根据 GDPR 第 5 条规定的实施数据保护的原则；
2. 根据 GDPR 第 6 条规定的数据处理行为的法律依据；
3. 根据 GDPR 第 32 条规定的安全措施；
4. 根据 GDPR 第 33、34 条规定对数据泄露事件的通知义务；
5. 根据 GDPR 35、36 条规定对数据保护影响的评估；
6. 根据 GDPR 第 28 条数据处理者的选用；
7. 根据 GDPR 第五章规定向第三国传输个人数据；
8. 数据主体和监管机构的联系方式和方法。

EDPB 同时提示，无论合同如何约定，数据主体都有权在任何时候依据 GDPR 第 26 (3) 条行使对任一联合控制者的反对权。

当上述所有责任和义务无法全部分配给具体的控制者时，所有控制者必须遵守 GDPR 规定的相同的要求，比如每个联合控制者都必须记录各自的数据处理活动和分别聘用数据保护官 (DPO)。

数据处理协议中关于上述责任和义务的分配必须向数据主体公开，但 GDPR 未规定向数据主体公开的具体方式，EDPB 建议公开的方式可以是隐私协议、数据保护官依要求公开或其他指定的方式公开。

注释：

[1] 《指南》全文链接：https://edpb.europa.eu/our-work-tools/public-consultations-art-704/2020/guidelines-072020-concepts-controller-and-processor_en

[2] 数据主体 (data subject) 是指拥有个人数据的自然人



□ 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。

怡安与韦莱韬悦并购案引股东在美集体诉讼

全球第二大保险经纪公司怡安保险集团 Aon Corporation (Aon) (以下简称“怡安”) 和第三大保险经纪公司韦莱韬悦公开上市公司 Willis Towers Watson Public Limited Company (WTW) (以下简称“韦莱韬悦”) 达成协议，怡安将以换股的形式与业内第三大保险经纪公司韦莱韬悦合并，以 300 亿美元的全股票交易收购韦莱韬悦。据外媒 2020 年 9 月 21 日报道，此次并购交易堪称“世纪之合”，若交易达成，怡安将超过美国威达信集团 Marsh & McLennan Companies (MMC) 成为全球最大的保险经纪公司；且该交易于上月已取得实质性进展，双方公司股东均批准通过此次并购协议；预计交易将于 2021 年上半年完成，如因监管因素导致收购失败，怡安将需要支付韦莱韬悦 10 亿美元违约金。

一、怡安与韦莱韬悦签署的合并计划

按照双方于 2020 年 3 月 9 日签署的合并计划，将采取换股方式完成本次收购。经过测算，这两家保险经纪公司合并后，总估值将超过 800 亿美元；韦莱韬悦在全球 120 个国家拥有超过 39000 名员工，怡安集团在 120 余个国家拥有 500 多家分支机构、65000 人左右，合并后新公司将成为员工人数突破 10 万的第一大保险经纪公司。合

并后的公司仍命名为“怡安”，运营总部仍将设在英国伦敦，母公司将在爱尔兰成立，主要专注风险、退休和健康领域，并将在芝加哥、纽约和新加坡市场中占有非常重要的地位。

韦莱韬悦首席执行官约翰·海利表示：“为了更好地在人力、风险和资本领域为客户提供服务，韦莱韬悦与怡安集团的合并是前进道路上很自然的一步。”“这笔交易将使我们加速前进，推动合并后的团队更快创新，创造更多价值。”怡安和韦莱韬悦合并是为了“变得更好，而不是变得更大”。怡安首席执行官格雷格·凯斯也表示：“此次合并将创建一个更具创新性的平台，为包括客户、同事、合作伙伴和投资者在内的所有利益相关者带来更好的服务。”“我们在风险、退休和健康领域拥有世界级的专业知识，将加速创造新的解决方案，更有效地将资本与尚未满足的客户需求匹配起来，在网络、委托投资、知识产权、气候风险和健康管理解决方案等高增长领域创造更多价值。”

二、保险经纪巨头怡安与韦莱韬悦的并购方式及换股并购在中国的发展

(一) 怡安与韦莱韬悦的并购方式

1. 换股并购

韦莱韬悦的每位普通股股东将获得怡安 1.08 股普通股，按照 2020 年 3 月 6 日韦莱韬悦的收市价计算，此次合并后溢价 16.2%。合并完成后，怡安现有股东将拥有新公司大约 63% 的股份，而韦莱韬悦现有股东将拥有大约 37% 的股份。

怡安与韦莱韬悦采用换股并购方式并非首创，相对于直接购买韦莱韬悦的股权而言，怡安通过增资的方法进行换股并购，增加了怡安资产的绝对值，而且不需要支付现金。当然，怡安原股东的股权比例被稀释了，其中的 37% 给了韦莱韬悦。这种结构的适用是因为韦莱韬悦本身规模很大、怡安又不愿付出全部收购资金一次性购买，而愿意“以股换股”，达成双方共赢。

2. 换股并购的优势

兼并重组是企业加强资源整合、实现快速发展的有效措施，也是调整优化产业结构、提高发展质量效益的重要途径。换股并购也是兼并重组的重要方式，在跨境并购中很常见，更具体而言，在国外大公司兼并收购中很常见。换股并购的兼并方式一是有利于降低融资与现金流压力，二是换股后原公司股东也可享受合并后所带来的收益，三是极大地降低了企业的收购成本，四是尽可能保留目标公司的最大价值（不仅是桌椅板凳、房车等固定资产，更是其品牌商标、销售渠道、管理团队、员工和客户关系等无形资产）。

（二）换股并购方式在中国的发展与法律依据

1. 换股并购方式在中国的发展

反观国内企业，特别是大型国企，往往现金充足，在海外收购时非常大手笔，直接采用现金交易，令外企惊讶不已。另外一方面，也是由于换股交易在国内的应用尚不成熟，相关部门的审批规则亦不清晰，需要获得证监会、国资委、发改委等部委的批准；各部委互相观望，给企业带来了较多不便；再加上股权转让时还有交易限制等等，很大程度上抑制了国内企业采用换股并购方式进行交易。但目前，国内也已有三宗大型交易采用换股方式，分别是首旅酒店收购如家酒店、航天科技收购境外资产、延锋汽车收购江森自控。

2. 换股并购方式在中国的法律依据

在我国，关于换股并购适用的主要法律依据包括两个规范性文件：一是《商务部关于外国投资者并购境内企业的规定》（商务部令 2009 年第 6 号）第四章的相关规定，外国投资者以股权作为支付手段并购境内公司，系指境外公司的股东以其持有的境外公司股权，或者境外公司以其增发的股份，作为支付手段，购买境内公司股东的股权或者境内公司增发股份的行为。二是证监会、工业和信息化部、发改委、商务部等部门联合制定的《上市公司并购重组行政许可并联审批工作方案》。该方案明确，不再将发改委实施的境外投资项目核准和备案、商务部实施的外国投资者战略投资上市公司核准、经营者集中审查等三项审批事项，作为中国证监会上市公司并购重组行政许可审批的前置条件，改为并联式审批。

三、怡安与韦莱韬悦并购案的困境

1. 并购引起股东集体诉讼的现象普遍化

怡安与韦莱韬悦并购案在美国引起集体诉讼，也引发了大量的新闻报道，部分人员甚至担心本次交易根本不可能进行下去，但考虑到 10 亿美元的违约金，该担心可能没有必要。在过去的十年中，美国的股东集体诉讼越来越普遍，特别是自全球金融危机以来，绝大多数大型并购交易都引起了股东集体诉讼。

对目标公司韦莱韬悦的估值引发很大争议，有交易分析师认为该交易可能引起每股收益的提高，但因为疫情，交易价值可能减少；有分析人士认为这次新冠疫情对股东投资的影响甚至远远大于本次收购对股东的影响，双方在谈判时，估计本次交易价值为 300 亿美元，但由于新冠疫情，交易价值减少了约 50 亿美元。未来，股票价格毫无疑问还将继续波动，到 2021 年 4 月 1 日完成交易时不知股票交易价值是否恢复到 300 亿美元左右。这可能也是部分股东提起诉讼的原因之一。

相关数据显示，在价值超过 1 亿美元的公开交易中，有 82% 的目标公司面临法律挑战或投诉，以未向股东披露重大必要信息或价格显然不公平等理由阻止并购交易的正常进行。但最终受益

的通常也并非股东，而是律师事务所，这些案件的诉讼费用可能高达 300,000 美元。再加上美国、澳大利亚和英国允许第三方资助诉讼，更是创造了律所业务的繁荣。目前，亚洲的并购交易也越来越多，正在朝着类似的方向发展。近年来，香港和新加坡也都允许提供诉讼资金，可能助推诉讼业务的增长。

2. 怡安自身与皮尔金顿玻璃公司的诉讼长期未决

一边是目标公司韦莱韬悦面临美国股东的集体诉讼，另一边收购方怡安也是官司缠身，最著名的是与皮尔金顿玻璃公司 (Pilkington Glass) 的长期纠纷。2017 年龙卷风袭击伊利诺伊州的工厂后，皮尔金顿玻璃公司就财产和业务中断提出高达 8500 万美元的索赔。该公司声称，作为其保险经纪人的怡安没有指出与三井住友保险 (MSI) 的保险合同背书会大大减少其对暴风雪的承保范围，使皮尔金顿玻璃公司认为只是一些小的调整。日前，纽约法官已受理皮尔金顿玻璃公司对三井住友保险公司和怡安公司的起诉。

3. 怡安削减员工工资受抨击

为了减轻新冠疫情的不利影响，怡安削减了大部分员工（约 70%）工资的 20%，该公司在全球约有 5 万名员工，此举不仅受到各国媒体和社会的猛烈抨击，还导致员工积极性显著下降，严

重影响业务水平。两个月后，怡安不得不调整政策，重新将削减部分通过奖金等方式补足，并承诺绝不让任何员工因为新冠疫情而失去工作。

4. 并购交易仍需获得监管部门的批准

根据两并购双方 2019 年的收入报告，怡安 2019 年的收入为 110 亿美元，净收入为 22 亿美元，而韦莱韬悦的收入为 90 亿美元，净收入为 14 亿美元。若该交易获得批准，在 2021 年上半年完成，按收入计算，将拥有超过 200 亿美元的收入。据外媒 2020 年 8 月 26 日报道，该交易目前已获得怡安爱尔兰公司和韦莱韬悦双方股东的批准，可谓向前迈进了重要一步；但该交易仍需获得监管部门的批准。

四、怡安与韦莱韬悦并购案面临股东集体诉讼的详细状况

然而此次并购交易并不顺利，目前韦莱韬悦已面临至少五起股东诉讼。部分股东声称韦莱韬悦及其董事向美国证券交易委员会提交了不完整且具有误导性的交易信息，包括有关公司财务预测和分析的信息，违反了美国证券法规定的诚实守信的义务；而另一纽约律师事务所则对本次交易的商定售价是否符合股东的最大利益产生质疑，正在展开调查。

（一）怡安与韦莱韬悦并购案面临多起诉讼

1. Rigrodsky & Long 的律师在美国特拉华州地方法院提起集体诉讼

2020 年 5 月 14 日，Rigrodsky & Long 的律师在美国特拉华州地方法院提起集体诉讼，称每次并购未披露具体的财务预测状况。同时，对于并购后的 GAAP 指标、杠杆化自由现金流及每股收益未予明确。Rigrodsky & Long 的律师将对韦莱韬悦展开调查，并对收购协议有关



的违反信托义务和其他违反法律的行为提起诉讼。

2. 纽约律师事务所 Faruqi & Faruqi 向地方法院提起集体诉讼

2020年5月19日，纽约律师事务所 Faruqi & Faruqi 向地方法院提起了集体诉讼，力图阻止本次收购。“除非该公司披露重大信息……”“虽然在代理中向公司股东吹捧合并对价的公平性，但并未将相关交易信息告知股东，而这些信息对股东正确评估拟议交易的公平性是必要的，因此违反了美国证券交易委员会的法律法规”。该律所代表韦莱韬悦股东在纽约南区地方法院提起了集体诉讼，声称韦莱韬悦及其董事会涉嫌违反美国《证券交易法》第14(a)和20(a)的有关内容。

3. 纽约律师事务所 Wolf Haldenstein Adler Freeman & Herz 代表个人股东 Shiva Stein 在纽约南区地方法院提起诉讼

Wolf Haldenstein Adler Freeman & Herz 代表个人股东 Shiva Stein 在纽约南区地方法院提起诉讼。其诉称，美国证券交易委员会的文件缺少公司提供给董事的财务预测，因此剥夺了股东决定是否支持该交易所需的信息。同时，财务顾问高盛（Goldman Sachs）提供了财务分析，但未指定该公司为被告。

4. 纽约律师事务所 Bragar Eigel & Squire 已发起调查

另一家纽约律所 Bragar Eigel & Squire 表示已发起调查。该律所表示，“对韦莱韬悦董事会的程序不公与同意最终交易价格表示担忧”。2020年3月9日，该所合伙人透露，已就韦莱韬悦董事会成员与怡安拟议的300亿美元合并案是否违反信托义务或违反联邦证券法展开了调查。因此，该事务所正在调查交易的相关资料，并致力于为韦莱韬悦的股东获得最佳结果。

5. 纽约投资者权益律师事务所的哈珀·萨德投诉

总部位于纽约的全球投资者投资者权益律师事务所哈珀萨德（Halper Sadeh LLP）宣布已针对韦莱韬悦提起股东集体诉讼，并在法院备案时表示，“有投资者指控韦莱韬悦发表了重大误导性的委托书，内容为建议韦莱韬悦的股东投票赞

成韦莱韬悦与怡安之间的合并，”已于2020年6月5日提起集体诉讼。律师事务所表示，根据相关投诉，代理声明中包含了有关韦莱韬悦、怡安以及合并后公司的财务预测以及韦莱韬悦财务顾问进行的分析等重大不完整和误导性信息”。“这与标准的并购诉讼书完全不同”，与纽约前述两家律所 Faruqi & Faruqi 和特拉华州 Rigrinsky & Long 对韦莱韬悦提起的诉讼大致相同，将根据联邦证券法代表股东寻求损害赔偿和 / 或衡平法救济。

（二）美国股东集体诉讼的法律依据与制度设计

1. 美国股东集体诉讼的发展与法律依据

美国股东集体诉讼制度由来已久，1933年《美国证券法》的颁布更是首次在证券领域为私人创设了诉讼权利；而在此之前，只有美国证券交易委员会（SEC）才有权针对证券欺诈提起诉讼。目前，美国集体诉讼制度已经非常成熟，形成了完整的产业链。美国的金融业、律师业、会计师事务所都是该制度的受益者。该集体诉讼是指由一个或多个代表人，为了集体成员全体共同利益，代表全体成员提起的诉讼。法院对集体所作的判决，不仅对直接参加诉讼的集团具有约束力，而且对那些没有参加诉讼的主体，甚至对那些没有预料到的相关主体，也具有约束力。

2. 美国股东集体诉讼的法律依据

根据美国1966年《联邦民事诉讼规则》第23条：当诉讼人员人数众多，全体出庭不太现实 / 诉讼成员面临共同的诉讼事项 / 诉讼代表的诉讼请求可以代表其他人的诉讼请求，且诉讼代表能够公正代表其他人的利益时，就可以提起集体诉讼。另外，该制度也详细规定于1934年《证券交易法》第10条(b)项和第20条(a)项[5]以及美国证券交易委员会1933年《美国证券法》第10b-5条。

第10条(b)赋予了美国证券交易委员会制定证券交易中禁止操纵和欺诈规则的权利。美国证券交易委员会根据该规则颁布的第10b-5条是目前最重要且适用范围最为广泛的反欺诈证券规则。根据上述两条规则，法院主要会对争议做如

下审查：一、被告是否作出重大虚假陈述或存在疏忽；二、被告是否存在故意或恶意；三、买卖证券与该虚假陈述或疏忽之间的关系；四、原告是否依赖该虚假陈述；五、是否存在经济损失；六、是否存在因果关系。

3. 美国股东集体诉讼机制

美国证券法规定，如果某上市公司股价大跌，且大跌并不是因公司正常经营风险造成，而是公司恶意隐瞒了重要的信息或作出误导性、虚假性陈述导致投资者对股价出现错误判断，则投资者可提起集体诉讼，向公司索要因股价大幅下跌而造成的损失。通常，投资者认为公司正常运营造成的股价波动可以理解，属于风险自担，但若披露信息不实造成股价暴跌，则违反了诚实信用原则，涉嫌欺诈。投资人可通过诉讼途径寻求赔偿。

一般而言，投资者 / 受害者不必支付诉讼费，而律师也可从最终的赔偿金额中扣除其服务费，且通常价格不菲；投资者 / 受害者只需签名，律师也只是准备一些文件，诉讼一旦成功，便可获取一笔不菲的收入。因此，律师事务所对股东集体诉讼趋之若鹜。且该诉讼遵循明示退出、默示加入的原则，在诉讼一开始，律师会给投资者 / 受害者发送通知，如不回复，默示成为本案股东集体诉讼原告中的一员，将受该案判决的影响。同时，股东集体诉讼遵循一事不再理原则，不可

基于该事实再次提起诉讼；如若不想参加该案件，则必须明确表示，才可退出。这种规定也是为了保护全体股东的利益不受非法行为的侵害。

（三）中国股东集体诉讼制度的发展

1. 我国代表人诉讼的规定

在新证券法出台之前，我国与股东集体诉讼制度最相似的制度是《民事诉讼法》第53条规定的“代表人诉讼制度”，该制度是为了解决有同样诉求的人数众多，但法庭无法同时容纳诸多诉讼当事人，实际也无法要求所有诉讼当事人同时到庭参加诉讼。因此，我们法律规定可以由当事人推选代表人参加同一案件的诉讼。这一制度要求所有当事人签字统一参加该诉讼，如默示或沉默，则视为未参加诉讼，判决结果也不会对未参与者产生效力。因此，该制度与美国的集体诉讼制度从最初设计就完全不同。

2. 我国代表人诉讼制度的局限性

我国关于代表人诉讼制度的规定仅存在于《民事诉讼法》的两个条文与《民事诉讼法意见》中的六个条文，规定过于原则化，缺少适用诉讼代表人制度的要件、适用案件种类、胜诉后赔偿金分配与上诉等问题的明确规定，导致实践中缺乏具体标准，无法为受害者带来真正的公平与正义。再加上该制度缺乏激励和奖励机制、当事人

申报加入以及当事人诉讼投入成本较高，导致代表人诉讼所承载的保护群体的功能大大折损，诉讼各方利用该制度维权的积极性不高，更无完整的上下游产业链。最后，该制度的孕育与产生也是20世纪八九十年代，我国刚开始改革开放，证券行业才起步发展，该制度的设计并未考虑到股东的利益，特别是中小投资者的利益。



3. 新证券法及最高法解释对证券纠纷代表人诉讼的规定

美国的股东集体诉讼制度已有几十年的发展历史，而随着我国企业不断在美股、港股、新加坡股或国内 A 股上市，对国内上市公司的监管呼声也不断提高。2019 年 12 月 28 日，第十三届全国人大常委会第十五次会议审议通过了修订后的《中华人民共和国证券法》（以下简称“新证券法”）。今年 2020 年 3 月 1 日，新证券法正式生效，也对集体诉讼制度进行了规定。特别是第 95 条明确规定了证券民事赔偿诉讼可以采用人数不确定的代表人诉讼，由法院发出公告征集受害投资者登记。当然，新证券法也有不完善或不具体之处，最高人民法院于 2020 年 7 月 31 日发布了《关于证券纠纷代表人诉讼若干问题的规定》，该规定虽只有四个部分 42 条，但意味着新证券法第 95 条规定的证券特别代表人诉讼制度真正拥有了实施细则，也标志着中国证券市场集体诉讼制度的正式落地。

4. 我国新证券法对美国集体诉讼制度的借鉴与不同

新证券法第九十五条第三款规定：“投资者保护机构受五十名以上投资者委托，可以作为代表人参加诉讼，并为经证券登记结算机构确认的权利人依照前款规定向人民法院登记，但投资者明确表示不愿意参加该诉讼的除外”。该条款显示我国也借鉴了前述美国的“明示退出默示加入”的集体诉讼制度。另外，新证券法明确，中华人民共和国境外的证券发行和交易活动，若扰乱中华人民共和国境内市场秩序，损害境内投资者合法权益的，也依照本法有关规定处理并追究其法律责任。

还有一点不同，新证券法规定应由投资者保护机构作为代表人参加诉讼，这与美国律师参与集体诉讼的传统有所区别。虽然这一规定有效解决了选取代表人困难的问题，但目前被司法机关和证监会认可的投资者保护机构只有中国证券投资者保护基金有限责任公司和中证中小投资者服务中心两家，一个是新证券法所明确的投资者保护机构，另一个是中国证监会设立的专门的投资者保护机构。

另外，新证券法规定投资者保护机构作为代表人的前提条件是接受五十名以上的投资者委托，接受委托后，新证券法也并未强制投资者保护机构必须参加诉讼。实践中该制度如何落实，还要继续观察。这与美国单个股东即可提起诉讼的程序非常不同，因此其有效性和可实施性大大降低，股东利益能否得到保护，不被“割韭菜”，还将是一个未知数。

五、结论

怡安与韦莱韬悦的并购案例引起各方关注，特别是双方所采取的换股并购方式。保险公司并购在我国面临监管，以及该并购可能引起股东集体诉讼等问题。中保法律师研究发现，首先，无论保险公司并购采取何种方式，是否采用换股并购，皆是当事人的选择；随着公司发展的不断完善，换股并购方式在国内的运用场景将不断显现，特别是国人对其了解越深，越会发现换股并购虽然设计上比现金交易难，但在后续公司发展与治理上的优势更显巨大。其次，国际上保险公司的并购与国内保险公司的并购这些年不断上演，反映出行业内兼并重组与优势资源整合的渴望，国内相关规定的出台也给保险公司并购提供指引并敲响警钟。最后，并购引起股东集体诉讼这一现象层出不穷，无论是怡安与韦莱韬悦，亦或是最近火热的瑞幸咖啡造假事件引起股东集体诉讼案例，又或是其他中概股公司，如阿里巴巴、百度、爱奇艺、京东等在国外受质疑引诉讼，其实都是华尔街常年上演的伎俩。近些年，随着国内公司不断上市，股东集体诉讼也逐渐进入到我们的视野。往后，金融行业将继续扩大开放，证券市场蒸蒸日上、发展壮大，纠纷必然也将逐渐增多。新证券法与最高法对证券纠纷代表人诉讼的规定也将进一步落地并逐步完善。同时，需要注意一些法律制度的落实问题，如投资者保护机构作为代表人参加诉讼，可能面临实操性较差的难题。股民如何不被“割韭菜”，如何保护股东利益或投资者利益，是我们仍需面临的一道难题。



□ 李 敏/文

李敏，中伦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。



□姚思婧/文

姚思婧，中伦文德律师事务所实习律师，毕业于北京工商大学，主要从事房地产、信托等业务。

普通合伙企业与合伙制私募基金的主要区别以及不宜被认定为私募基金的几类合伙企业

前言

普通合伙企业与合伙制私募基金是如何区别的，哪些合伙企业不宜被认定为私募投资基金以及不需要在中国证券投资基金业协会（以下简称“中基协”）进行备案等相关问题系私募行业的基础问题。但似乎很多人对这些行业的基础问题存在一些模糊的认识，容易在实践过程中产生分歧，这些问题也是我们在工作过程中经常被客户咨询的问题。基于上述情况，本文拟从私募行业本源出发，按照监管机构的有关态度和我们实践中的经验就上述问题进行简要论述。

一、私募行业的本源

私募行业的本源为“私募”和“投资”。这一点也是监管机构的观点，例如在中基协于2020年9月发布的《〈关于加强私募投资基金监管的若干规定（征求意见稿）〉起草说明》中，中基协表示“让私募行业真正回归‘私募’和‘投资’的本源，实现行业优胜劣汰的良性循环，促进行业规范可持续发展。”

所谓“私募”和“投资”，我们理解：第一，顾名思义，私募行业不得向合格投资者之外的单位和个人募集资金，不得通过公众传播媒体或者

讲座、报告会、传单、电子媒介件等方式向不特定对象进行宣传推介和募集；第二，私募行业以“投资”为目的，投资者选择私募产品也是一种投资行为，具有相应的投资风险，例如私募基金不是“债”，本质是投资，因此私募基金不得向投资者承诺资本金不受损失或者承诺最低收益，私募基金也不具有固定收益证券之特点；第三，私募行业注重“匹配”，私募行业投资往往伴随着投资风险，因此私募投资中要确保投资者具有相应的风险承受能力，例如私募基金投资确立了合格投资者制度，从资产规模或收入水平、风险识别能力和风险承担能力、单笔最低认购金额等



方面规定了适度的合格投资者标准，同时，监管制度也要求私募基金管理机构对投资者的风险识别能力和风险承担能力进行评估和风险评级，选择向风险识别能力和风险承担能力相匹配的投资者推介相应私募基金。

二、普通合伙企业与合伙制私募基金的主要区别

(一) 普通合伙企业与合伙制私募基金的主要区别在于是否在中国境内以非公开方式对外募集资金以及是否以投资活动为唯一或者主要目的

1、中国证券监督管理委员会发布的《私募投资基金监督管理暂行办法》对私募投资基金（以下简称“私募基金”）的概念做了相应的规定。该办法第二条规定：“本办法所称私募投资基金，是指在中国境内，以非公开方式向投资者募集资金设立的投资基金。私募基金财产的投资包括买卖股票、股权、债券、期货、期权、基金份额及投资合同约定的其他投资标的。非公开募集资金，以进行投资活动为目的设立的公司或者合伙企业，资产由基金管理人或者普通合伙人管理的，其登记备案、资金募集和投资运作适用本办法。”此后，中基协于2014年发布的《私募投资基金管理人登记和基金备案办法（试行）》（中基协发【2014】1号）中也对私募基金的概念进行了进一步的明确规定，根据该办法第二条的相关规定，该办法所称私募基金系指以非公开方式向合格投资者募集资金设立的投资基金，包括资产由基金管理人或者普通合伙人管理的以投资活动为目的设立的公司或者合伙企业。

2、上述《私募投资基金监督管理暂行办法》与《私募投资基金管理人登记和基金备案办法（试行）》对私募基金定义的有关具体表述虽然不完全一致，但对于私募基金的定义，上述两个规定均强调了如下两个方面：一是强调“非公开方式向合格投资者募集资金”，二是强调为“投资”基金，即基金是以投资为目的的。根据上述规定并结合我们之前工作过程中就私募基金界定等相关问题向中基协进行电话咨询的情况，本所律师

认为，普通合伙企业与私募基金之间区别的核心要点为：（1）是否在中国境内以非公开方式对外募集资金；（2）是否以投资活动为唯一或者主要目的。如果涉及在中国境内以非公开方式对外募集资金且以投资活动为唯一或者主要目的，则应当属于私募基金。如果在中国境内未以非公开方式对外募集资金或者未以投资活动为唯一或者主要目的，则应当认定为普通合伙企业，而不属于私募基金。

(二) 关于“对外募集资金”及“投资活动”的理解

上述普通合伙企业与私募基金之间区别的两个核心要点中，如何认定是否在中国境内以非公开方式对外募集资金以及如何认定基金以投资活动为唯一或者主要目的在实践中也存在不同的理解，而我国现行法律法规及监管规则对部分概念也未作出明确的规定，核心在于如何理解“对外募集资金”及“投资活动”。因此，根据实践中的情况，我们认为有必要对上述概念作出必要的分析。

1、上述普通合伙企业与私募基金之间区别的的第一个核心要点中，对于“对外募集资金”的具体含义我国现行法律法规及监管规则并未作出明确的规定。根据中基协于2016年4月发布的《私募投资基金募集行为管理办法》第二条第三款的规定，“本办法所称募集行为包含推介私募基金，发售基金份额（权益），办理基金份额（权益）认/申购（认缴）、赎回（退出）等活动。”因此，根据上述规定，私募基金的募集行为应当包括私募基金的推介、基金份额（权益）的发售、基金份额（权益）的认购和申购（认缴）、赎回（退出）等相关活动。

此外，本所律师在之前工作过程中也曾就私募基金界定等相关问题向中基协进行电话咨询，中基协有关工作人员在电话咨询时答复的意见是，私募基金的“募集”对象应当为外部投资者，资金来源非完全为自有资金，如果募集对象均为私募基金管理人的股东或关联方，则不应认定为“私募基金”，该基金（合伙企业）不属于私募基金。

根据《私募投资基金募集行为管理办法》的

相关规定及中基协有关意见，私募基金界定中的所谓“对外募集资金”应当理解为：（1）存在私募基金的推介、基金份额（权益）的发售、基金份额（权益）的认购和申购（认缴）等资金募集行为；（2）上述第（1）项中资金募集行为的对象系外部投资者，而非关联方或股东，即投资者不应全部为私募基金管理人的股东或关联方；（3）出资人应当以资金即货币财产进行出资，而不应当是非货币资产的其他资产进行出资。

2、上述普通合伙企业与私募基金之间区别的第二个核心要点中，对于“投资活动”的定义虽然现行法律法规及监管规则未进行明确的定义，可以参照的是2017年12月26日国家发展和改革委员会令第11号发布的《企业境外投资管理办法》的有关规定以及参照部分法院的判决。具体而言：

根据《企业境外投资管理办法》第二条的相关规定，所谓境外投资，是指中华人民共和国境内企业（以下称“投资主体”）直接或通过其控制的境外企业，以投入资产、权益或提供融资、担保等方式，获得境外所有权、控制权、经营管理权及其他相关权益的投资活动，主要包括但不限于下列情形：（一）获得境外土地所有权、使用权等权益；（二）获得境外自然资源勘探、开

发特许权等权益；（三）获得境外基础设施所有权、经营管理权等权益；（四）获得境外企业或资产所有权、经营管理权等权益；（五）新建或改扩建境外固定资产；（六）新建境外企业或向既有境外企业增加投资；（七）新设或参股境外股权投资基金；（八）通过协议、信托等方式控制境外企业或资产。因此，参照上述规定，所谓投资活动应当理解为以投入资产、权益或提供融资、担保等方式，获得资产所有权、控制权、经营管理权及其他相关权益的活动。

同时，西安市碑林区人民法院就张淑梅与张莉英合同纠纷案作出的（2019）陕0103民初7474号《民事判决书》中就投资的定义进行了相应阐述，法院的观点是，投资的定义是指牺牲或放弃手里用于消费的资金价值，投入于有风险的金融机构，以此来获得更大资金价值。简单地说，资金投入之后在未来能增加或者取得收益的资金投向都可以叫做投资。

综上，我们认为所谓的“投资活动”应当理解为以投入资产、权益或提供融资、担保等方式，获得资产所有权、控制权、经营管理权及其他相关权益的活动。此外，实践中有客户对私募基金的投资活动应当是一个项目还是多个项目存在一些不同的理解，但根据上述关于“投资活动”的



理解以及此前我们在工作过程中电话咨询中基协得到的有关答复意见，我们认为，投资活动是仅针对某一个项目还是多个项目并不影响对“投资活动”的认定。

三、关于不宜被认定为私募投资基金的合伙企业主要类型

如上所述，按照我国现行法律法规，认定某类型合伙企业是否属于私募基金，应该根据《私募投资基金监督管理暂行办法》第二条等有关法律法规进行判断。我们的工作过程中经常有客户咨询其设立的合伙企业或其他类型的基金是否属于我国法律法规规定的私募基金，以及是否需要在中基协进行备案。对于这一问题，我们认为，根据上述分析以及此前我们在工作过程中电话咨询中基协得到的有关答复意见，实践中通常有以下类型的合伙企业不应当被认定为私募基金。

1、第一种类型：中基协有关规定明确认定不符合“基金”本质的合伙企业

根据《私募投资基金备案须知（2019）》第一条的相关规定，有的合伙企业不符合“基金”本质，不属于私募基金，也不属于私募投资基金备案的范围。根据上述备案须知，这些合伙企业包括：（1）变相从事金融机构信（存）贷业务的，或直接投向金融机构信贷资产；（2）从事经常性、经营性民间借贷活动，包括但不限于通过委托贷款、信托贷款等方式从事上述活动；（3）私募投资基金通过设置无条件刚性回购安排变相从事借（存）贷活动，基金收益不与投资标的的经营业绩或收益挂钩；（4）投向保理资产、融资租赁资产、典当资产等《私募基金登记备案相关问题解答（七）》所提及的与私募投资基金相冲突业务的资产、股权或其收（受）益权；（5）通过投资合伙企业、公司、资产管理产品（含私募投资基金，下同）等方式间接或变相从事上述活动。

2、第二种类型：不符合“对外募集”等私募基金本质特征的合伙企业

如上所述，私募基金是通过募集投资者的资金进行投资活动的基金，如果某合伙企业不符

合上述特征，仅作为合伙人从事正常经营活动的主体（组织形式），则不应当被认定为私募基金。如上所述，根据中基协有关工作人员在此前电话咨询时答复的意见，私募基金的“募集”对象应当为外部投资者，资金来源非完全为自有资金，如果募集对象均为私募基金管理人的股东或者关联方，则该基金（合伙企业）不属于私募基金，无需通过中基协备案。

3、第三种类型：单纯以认购股份为目的而设立不具有实际经营业务的合伙企业持股平台

此前全国中小企业股份转让系统有限责任公司于2018年10月25日发布了《关于发布〈关于挂牌公司股票发行有关事项的规定〉等业务规则的公告》（股转系统公告【2018】1220号），该规定第二章第十一条和第十三条将单纯以认购股份为目的而设立不具有实际经营业务的合伙企业持股平台与私募投资基金分不同款分别规定。按照上述相关规定，单纯以认购股份为目的而设立不具有实际经营业务的合伙企业持股平台因其不以“投资活动为目的”而不属于私募基金。

四、总结

根据中基协最新数据，截至2020年8月末，我国私募基金管理人已达24447家，存续私募基金共89784只，存续的基金规模已达到15.02万亿元，私募基金数量与规模已步入新的阶段，私募行业也进入了蓬勃发展的新阶段。因此，有必要对私募行业的本源、合伙制私募基金与普通合伙企业的主要区别以及不宜被认定为私募投资基金的合伙企业等涉及行业基础性的问题进行了论述，希望能够为各位读者在工作中提供相应的一些参考。

（为便于表述及分析，本文件中私募基金仅指有限合伙制的私募基金）


 中伦
文德



□ 李 敏/文

李敏，中伦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。



□ 张冰梅/文

张冰梅，中伦文德律师事务所律师，毕业于对外经济贸易大学，主要从事房地产、信托、保险资金投资等业务。

我国现行专门法律法规中规定的应备案 专项私募基金类型

根据《私募投资基金监督管理暂行办法》第八条等中国证券监督管理委员会（以下简称“中国证监会”）和中国证券投资基金业协会（以下简称“中基协”）的相关规定，私募基金募集完毕后应在中基协备案。同时，除中国证监会和中基协的这些规定之外，还有其他专门法律法规及监管规定也要求一些类型的专项私募基金在中基协进行备案，否则可能影响有关业务的开展。在我们从事这些类型的业务过程中，有不少客户咨询相关的问题，为此，我们现对有关专门法律法规及监管规定中规定应当在中基协备案的主要几类专项私募基金类型简要梳理如下：

一、第1种类型：上市发行、上市公司定向增发以及并购重组业务中涉及的私募基金

中国证监会于2015年1月23日发布的《发行监管问答——关于与发行监管工作相关的私募投资基金备案问题的解答》中，要求中介机构对企业首次公开发行前的股东、上市公司非公开发行认购对象是否为私募基金，是否按规定履行备案程序进行核查，并在中介机构报告中对核查结果进行说明。此后，中国证监会于2015年3月6

日发布的《关于与并购重组行政许可审核相关的私募投资基金备案的问题与解答》中，也将并购重组的发行对象纳入中介机构审核是否为私募基金的范畴。然后，中国证监会在其于2015年9月18日发布的《上市公司监管法律法规常见问题与解答修订汇编》中也明确要求在上市公司并购重组行政许可审核中，涉及私募投资基金的，应当在重组方案实施前完成备案程序，在要约豁免义务申请中，申请人为私募投资基金的，应当在中国证监会受理前完成备案程序。

另外，中国证监会于2020年7月31日发布的《监管规则适用指引——上市类第1号》“1-7 私募投资基金及资产管理计划”也要求，上市公司并购重组中，涉及私募投资基金的，应当在重组方案实施前完成备案程序；如提交申请材料时尚未完成私募投资基金备案，申请人应当在重组报告书中充分提示风险，并对备案事项作出专项说明，承诺在完成私募投资基金备案前不实施本次重组方案。

因此，根据上述说明，私募基金未在中基协备案将很可能无法参与上市发行、定向增发、并购重组业务。上市发行、上市公司定向增发以及并购重组业务中涉及的私募基金属于依据企业上

市、上市公司定向增发及并购重组相关专门法律法规和监管政策应当在中基协进行备案的基金。

二、第2种类型：参与新三板业务的（含新三板挂牌公司员工持股计划相关的）私募基金

根据全国中小企业股份转让系统有限责任公司于2015年3月20日发布的《关于加强参与全国股转系统业务的私募投资基金备案管理的监督问答函》的有关说明，申请挂牌公司或申请挂牌公司股东属于私募投资基金管理人或私募投资基金的，应当履行登记备案程序；申请挂牌同时发行股票的，公司股票认购对象中存在私募投资基金管理人或私募投资基金的，应当履行登记备案程序；挂牌公司股票认购对象和挂牌公司现有股东中存在私募投资基金管理人或私募投资基金的，应当履行登记备案程序；挂牌公司重大资产重组中交易对手方和挂牌公司现有股东中存在私募投资基金管理人或私募投资基金的，应当履行登记备案程序。

此外，中国证监会于2020年8月21日发布的《非上市公众公司监管指引第6号——股权激励和员工持股计划的监管要求（试行）》（中国证监会公告【2020】57号）第二条也要求，挂牌公司实施员工持股计划，可以委托给具有资产管理资质的机构管理……委托给具有资产管理资质的机构管理的，持股期限应在12个月以上，并按照有关法律法规的规定在中国证券投资基金业协会备案。因此，新三板挂牌公司实施的由具有资产管理资质机构管理的员工持股计划也应当在中基协备案。

根据上述说明，参与新三板业务的私募基金（包括新三板挂牌公司因开展员工持股计划而设立的相关私募基金）属于依据新三板业务相关专门法律法规和监管政策应当在中基协进行备案的基金。

三、第3种类型：进行证券投资活动的私募基金

按照《中华人民共和国证券投资基金法》第九十四条等相关规定，非公开募集基金募集完毕，

基金管理人应当向基金行业协会备案……非公开募集基金财产的证券投资，包括买卖公开发行的股份有限公司股票、债券、基金份额，以及国务院证券监督管理机构规定的其他证券及其衍生品种。

因此，根据上述规定，进行证券投资活动的非公开募集私募基金属于依据证券投资相关专门法律法规和监管政策应当在中基协进行备案的基金。

四、第4种类型：属于证券期货经营机构管理的多元管理人产品(MOM产品[1])的私募基金

根据中国证监会于2019年12月6日发布的《证券期货经营机构管理人中管理人（MOM）产品指引（试行）》（中国证监会公告【2019】26号）第五条第二款等相关规定，备案非公开募集MOM产品，管理人应当按照《证券投资基金法》《证券期货经营机构私募资产管理业务管理办法》等要求向中国证券投资基金业协会提交相关产品备案材料。

根据上述规定，属于证券期货经营机构管理的多元管理人产品（MOM产品）属于依据MOM产品相关专门法律法规和监管政策应当在中基协进行备案的基金。

五、第5种类型：进入银行间债券市场的私募基金

根据中国人民银行金融市场司于2015年6月15日发布的《关于私募投资基金进入银行间债券市场有关事项的通知》（银市场【2015】17号）第二条的有关规定，私募基金的设立符合法律法规和行业监管规定，并已经依法在有关管理部门或其授权的行业自律组织完成备案的，按规定提交相关备案材料后，方可进入银行间债券市场。

根据上述规定，私募基金在中基协备案并按规定提交相关备案材料后，才能进入银行间债券市场。因此，涉及参与银行间债券市场的私募基金属于依据银行间债券市场相关专门法律法规和监管政策应当在中基协进行备案的基金。

六、第6种类型：投资在区域性股权市场发行的证券的私募基金

根据中国证监会发布并于2017年7月1日实施的《区域性股权市场监督管理试行办法》（令 第132号）第十三条的有关规定，在区域性股权市场发行证券，应当向合格投资者发行，该办法所规定的合格投资者包括依法备案或者登记的私募基金管理人，以及依法备案的私募基金。

根据上述规定，在中基协备案的私募基金方属于区域性股权市场发行证券的合格投资者。因此，投资在区域性股权市场发行的证券的私募基金属于依据区域性股权市场相关专门法律法规和监管政策应当在中基协进行备案的基金。

七、第7种类型：要求依法享受相关税收政策的创业投资基金

根据财政部、国家税务总局于2018年5月14日发布的《关于创业投资企业和天使投资个人有关税收政策的通知》（财税【2018】55号）第二条的相关规定，享受该通知规定税收政策的创业投资企业，应当符合《创业投资企业管理暂行办法》（发展改革委等10部门令 第39号）的规定或者《私募投资基金监督管理暂行办法》（中国证监会令 第105号）关于创业投资基金的特别规定，并且按照上述规定完成备案且规范运作。

根据上述规定，创业投资企业享受《关于创业投资企业和天使投资个人有关税收政策的通知》（财税【2018】55号）项下税收政策的条件之一为在中基协完成备案。因此，要求依法享受相关税收政策的创业投资基金属于依据企业税收优惠相关专门法律法规和监管政策应当在中基协进行备案的基金。

八、第8种类型：涉及募集社会资金的政府出资产业投资私募基金

关于政府出资产业投资基金，我们认为，如果政府出资产业投资基金全部为政府出资，无需在中基协备案；但如果政府出资产业投资基金涉及募集社会资金，则应当在中基协备案。

根据《政府出资产业投资基金管理暂行办法》

（发改财金规【2016】2800号）第二条、第九条、第四条、第十二条等相关规定，政府出资产业投资基金是指由政府出资，主要投资于非公开交易企业股权的股权投资基金和创业投资基金；政府向产业投资基金出资，可以采取全部由政府出资、与社会资本共同出资或向符合条件的已有产业投资基金投资等形式；政府出资产业投资基金社会资金部分应当采取私募方式募集，募集行为应符合相关法律法规及国家有关部门规定；国家发展改革委建立全国政府出资产业投资基金信用信息登记系统，并指导地方发展改革部门建立本区域政府出资产业投资基金信用信息登记子系统。中央各部门及其直属机构出资设立的产业投资基金募集完毕后二十个工作日内，应在全国政府出资产业投资基金信用信息登记系统登记。地方政府或所属部门、直属机构出资设立的产业投资基金募集完毕后二十个工作日内，应在本区域政府出资产业投资基金信用信息登记子系统登记。发展改革部门应于报送材料齐备后五个工作日内予以登记。

需要说明的是，《政府出资产业投资基金管理暂行办法》仅规定政府出资产业投资基金应在国家发展改革委/地方发展改革部门建立的政府出资产业投资基金信用信息登记系统/子系统登记，但从谨慎和合规的角度，如果政府出资产业投资基金全部为政府出资，则无需在中基协备案；如果政府出资产业投资基金涉及募集社会资金，则需要在中基协备案^[2]。因此，涉及募集社会资金的政府出资产业投资私募基金也属于依据政府出资产业投资基金相关专门法律法规和监管政策应当在中基协进行备案的基金。

九、第9种类型：部分地区的创业投资引导基金投资的私募子基金

根据国务院办公厅于2008年10月22日发布的《国务院办公厅转发国家发展和改革委员会、财政部、商务部关于创业投资引导基金规范设立与运作的指导意见的通知》（国办发【2008】116号）第一条、第二条等相关规定，引导基金是由政府设立并按市场化方式运作的政策性基金，主要通过扶持创业投资企业发展，引导社会资金进入创

业投资领域，引导基金本身不直接从事创业投资业务；引导基金的资金来源：支持创业投资企业发展的财政性专项资金；引导基金的投资收益与担保收益；闲置资金存放银行或购买国债所得的利息收益；个人、企业或社会机构无偿捐赠的资金等。根据前述规定，创业投资引导基金的资金来源主要为财政性专项资金、捐赠资金等，未涉及非公开募集。

我国现行法律法规以及主管部门未明确规定创业投资引导基金、创业投资引导基金投资的子基金是否需要在中基协备案。但目前部分地方政府明确规定引导基金投资的子基金需在中基协备案，如《哈尔滨市人民政府办公厅关于印发哈尔滨市创业投资引导基金管理办法的通知》（哈政办规【2018】31号）第七条第（七）项要求哈尔滨市创业投资引导基金的子基金在设立后履行子基金的备案手续。因此，如果发起引导基金的当地政府部门有相应的规定，则这部分地区的创业投资引导基金投资的私募子基金也属于依据地方政府引导基金的相关专门法律法规和监管政策应当在中基协进行备案的基金。

综上所述，我国现行法律法规以及主管部门未明确规定创业投资引导基金、创业投资引导基金投资的子基金是否需要在中基协备案，但部分地方政府明确规定当地的创业引导基金投资的子基金应当在中基协备案。

十、第 10 种类型：部分地区的科技成果转化引导基金投资设立、增资的私募子基金

根据《国家科技成果转化引导基金管理暂行办法》（财教【2011】289号）第一条、第三条等相关规定，国家科技成果转化引导基金（以下简称“转化基金”）由中央财政设立，资金来源为中央财政拨款、投资收益和社会捐赠。我国现行法律法规以及主管部门未明确规定科技成果转化引导基金是否需要在中基协备案，根据本所律师在中基协网站以“科技成果转化引导基金”为关键词查询的结果，目前仅河南省郑洛新国家自主创新示范区科技成果转化引导基金（有限合伙）在中基协进行了备案。但是，对于科技成果转化

引导基金投资设立、增资的子基金，目前安徽省、山东省、陕西省、浙江省^[3]等省均明确规定，科技成果转化引导基金投资设立及/或增资的子基金应在中基协进行备案。因此，如果发起科技成果转化引导基金的当地政府部门有相应的规定，则这部分地区的科技成果转化引导基金也属于依据地方政府科技成果转化引导基金的相关专门法律法规和监管政策应当在中基协进行备案的基金。

十一、总结

根据上述梳理，我们发现除中国证监会和中基协关于私募基金备案的一般性法律法规规定和监管政策外，还有不少专门法律法规和监管政策就应当在中基协备案的专项私募基金类型进行了规定。通过这些类型的私募基金及相关法律法规规定的梳理，也提醒我们在开展该等类型业务的过程中提前考虑项目的方案和备案的流程，以更好完成项目的有关工作。

注释：

- [1] 《证券期货经营机构私募资产管理业务管理办法》（证监会令〔2017〕第120号）第二条 管理人中管理人产品（以下简称MOM产品），是指证券期货经营机构（以下简称管理人）管理的同时符合以下特征的资产管理产品：
 - （一）管理人按照本指引要求委托两个或者两个以上符合条件的第三方资产管理机构（以下简称投资顾问）就资产管理产品的部分或者全部资产提供投资建议；
 - （二）根据资产配置需要将资产管理产品的资产划分成两个或者两个以上资产单元，每一个资产单元按规定单独开立证券期货账户。
 本指引所称证券期货经营机构，是指证券公司、公募基金管理人、期货公司及前述机构依法设立的从事私募资产管理业务的子公司。证券期货经营机构设立资产管理产品并委托两个或者两个以上投资顾问的，适用本指引。
- [2] 根据我们检索中基协网站的结果，目前已在中基协备案的基金中包括政府出资产业投资基金。
- [3] 《关于印发〈安徽省科技成果转化引导基金投资管理暂行办法〉的通知》（皖科资〔2019〕41号）第二十二条规定：“子基金应按照规定做好备案工作，并按照证监会相关法律法规运作。”

《山东省财政厅、山东省科学技术厅关于修订山东省科技成果转化引导基金实施细则的通知》（鲁财教〔2017〕41号）第十三条规定：“申请引导基金对现有股权投资基金进行增资的，除符合本细则第十二条规定条件外，还应满足以下条件：（一）子基金已按有关法律、法规设立，并开始投资运作，按规定在有关部门备案……”

《陕西省财政厅、陕西省科技厅关于印发〈陕西省科技成果转化引导基金管理办法〉的通知》（陕财办建〔2013〕17号）第二十条第一款、第二款规定：“转化基金与社会投资人共同发起设立创业投资子基金。子基金应依法完成相关审批、登记、备案等事项。”

《浙江省财政厅、浙江省科学技术厅关于印发〈浙江省省级科技成果转化引导基金管理办法〉的通知》（浙财教〔2017〕2号）第二十一条第（八）项规定：“子基金成立后，应在3个月内完成政府相关监管部门的备案，接受私募基金管理部门的监管。”第二十二条规定：“申请转化引导基金对现有创业投资基金进行增资的，需通过子基金的章程或协议进行实现。除符合上述规定条件外，还应满足：（一）子基金按有关法律、法规设立在1年以内，并开始投资运作，按规定在有关部门备案……”



□ 郭彦/文

郭彦，中伦文德执业律师，北京大学法律硕士、伊利诺伊理工大学芝加哥肯特法学院LLM，具有证券从业资格，主要执业领域为证券、投融资、公司等。

IPO 业务在社保入税政策下的几点思考

2018年7月20日，中共中央办公厅、国务院办公厅公布了《国税地税征管体制改革方案》（以下简称“《改革方案》”），其中明确了自2019年1月1日起，基本养老保险费、基本医疗保险费、失业保险费、工伤保险费、生育保险费等各项社会保险费交由税务部门统一征收。此消息一出便引起热议，各大媒体公众号转发、分析、评论。

面对社会公众对《改革方案》的反映，人力资源社会保障部、财政部、国家税务总局、国家医疗保障局相关负责人答记者问时也说明社会保险费征收体制改革的重大意义，并解释该项改革在总体上不会增加企业负担。

在热议、担心中，大家发现，到了《改革方案》提及的时间点，社会保险费的征收机构尚未变更。笔者在过程中也向社保机构从业人员询问有关社会保险费交由税务部门统一征收的事情，相关人员也没有给予明确答复。

就在社会保险费交由税务部门统一征收的事情几乎不被关注，大家认为风平浪静时，重磅消息来了！2020年10月底，北京、上海、贵州、江西、山西、吉林、山东、湖南、广西、四川、西藏、新疆、青岛、深圳陆续发布了公告，明确了企业职工各项社会保险费交由税务部门统一征收。不同的是，有些省份从2020年11月1日起就实施，有的稍晚，但也从2020年11月下旬开

始实施。

这回算是靴子落了地。笔者认为，这项改革不仅涉及个人利益，也涉及企业利益和合规问题。在本文中，笔者将探讨社会保险费由税务部门征收的政策对企业申请首次公开发行A股股票并上市（以下简称“首发上市”）的影响。

在申请首发上市的过程中，企业会面临各种各样需要解决的问题，其中包括社会保险费及其缴纳等与社会保障有关的系列问题。

根据笔者以往的经验，通常来说，对于拟上市企业，社会保障问题并不是被特别关注的点。这里讲不被特别关注，不是说它不重要，只是一方面，因为社会保险费的计算及缴纳与企业经营息息相关，涉及企业权益，在实践中多有变通，可以讲大多数企业都有变通的做法。另一方面，缴纳社会保险费具有持续性，且在社会保障部门有记录可查。当面临社会保障专题问题时，辅导企业上市的机构也多采用“描述及论证既成事实+未来测算+综合判断”的方法展开论述。

为了进一步验证，笔者查询了200份涉及社会保障问题的法律意见书，包括科创板首发上市反馈回复法律意见书及创业板首发上市反馈回复法律意见书。经查阅，笔者发现，从首发上市的审核机构到申请上市的企业及辅导企业上市的机构，在社会保障专题中，基本上遵循了上文中笔

者提及的思路和方法。可以讲，这种方法是社会保险费由社会保险机构征收体制下的产物，不是最好，但是适用的办法。

不过现在社会保险征收机构改为税务部门了，面临新的机制，上文中与社会保障有关的问题是还适用以往的思路和办法，还是调整思路和策略呢？笔者想来，至少目前答案是后者。为什么这样说呢？主要理由如下：

其一，社会保险费的缴纳是持续性的，企业按规定申报，经社保经办机构核定后缴纳。与此同时，企业纳税申报也是持续性的，按规定向税务部门申报。在以往社会保险费与税分开不同部门征收时，企业从自身收益角度考虑做不同基数的申报，在后台数据尚未贯通时可以实施。但现在社会保险费也统一归税务部门征收了，企业再使用两套基数的做法就比较难了。

其二，或许按目前的要求，即企业先向所属社会保险经办机构办理社会保险缴费申报，社会保险经办机构核定应缴纳的社会保险费并将应缴费额传递给税务部门。之后，税务部门再根据接收的应缴费额征收各项社会保险费，企业还可能遵循以往的方法，在申报基数上做文章，但也只能说是权宜之计。因随着时间的推移，税务部门



掌握足够数据的时候，这样的办法基本无法实施。即使企业对新体制不在意，继续沿用旧办法，相当于给自身埋雷，再进一步讲，也给税务部门提供了足够多的证据及依据。

笔者认为，社会保险费归税务部门统一征收，不说是“细思极恐”的事情，至少也是需要认真对待并制定解决方案的事情了，这对于拟首发上市的企业也不例外。而且，在新的体制下，拟首发上市的企业只将社会保障方面的问题作为一项解释和说理的工作，也较难满足未来新的需要。

目前社会保险费归税务部门统一征收开始实行，与此有关的审核问题还未完全显现，但拟首发上市的企业及辅导上市的机构也需提前考虑。可能有人会说“法不溯及既往”，即使被证券审核机构问到社会保障体制改革的问题，也可以采用划断的方法说明。笔者认为，这样的方法姑且可用，但也是“头疼医头、脚疼医脚”的方法。按上文笔者的分析，社会保险费归税务部门统一征收，对企业而言，不仅涉及社会保障领域，还涉及财务、业务、税务等多方面，故从整体把握更为妥当。尤其是当企业计划首发上市时，大都希望用最短的时间、花最少的成本达成，对于规范过程中彻底变更的方案，不到万不得已，企业经营者接受或使用的意愿几乎为零。为了减少后续辅导及申报工作的负面影响，建议提前布局或者给首发上市方案留有足够的时间予以实施，要不等后期发现方案不行，推倒重来，不仅更花时间和精力，还可能带来额外的合法合规方面的风险。

随想至此，笔者认为，这次社会保险费征收体制改革的意义确实重大。利国利民等等不说，因从各大媒体都能找到。笔者在此想说的是，社会保险费征收体制改革，于企业而言，不仅是申报数据调整这样简单且粗放的操作，还可能导致企业结构、人员、经营方式等的变革。于提供首发上市服务的机构来说，既要能为企业提供合理的解决方案，且说服企业经营者接受，也要能在过程中有效控制及避免自身的风险。

借此文抛砖引玉，望各位批评指正，共同学习探讨。

中伦
文德



□许波/文

许波律师，中论文德高级合伙人，中论文德刑事法研究院院长。国际刑法学协会（AIDP）注册会员；中国人民大学“商事犯罪研究中心”委员；北京市律师协会商事犯罪辩护委员会委员。执业领域：刑事辩护与代理，民商事诉讼与仲裁，企业刑事合规体系建设。

邵某某受贿罪案例分析

人物简介：

邵某某，山西 A 县人，曾任山西省 A 县公安局 C 镇派出所所长、A 县某派出所指导员。邵某某参加工作以来，一直兢兢业业，吃苦耐劳，为基层公安事业做出了较大贡献。邵某某在工作期间违规参与经营活动，与河北人孙某和孙某某有一定的经济往来。二人在生意上的关系恶化后，邵某某被孙某以索贿为由举报给当地纪委。邵某某的命运因此发生了改变，他在“双规”期间被长期关押，接受车轮式讯问，不得已做出违心供述。司法机关也在证据矛盾重重的情况下将他定罪。事实上，邵某某究竟是否受贿本身具有多个疑点，本案的司法机关与辩护人对于邵某某是否构成受贿罪也各执一词。

【基本案情】

本案发生于山西省 A 县。2006 年，河北的孙某来到该县帮他弟弟孙某某经营位于 C 镇的选场，与时任 C 镇派出所所长的邵某某相识。2008 年该县进行了一次荒山荒坡的拍卖活动，孙氏兄弟参与竞标。孙某某拍得了 C 镇的罗一11、罗一14 标段，孙某虽然报了龙一13 标段，但并未竞拍。2014 年 8 月 29 日，邵某某因涉嫌受贿罪被 A 县人民检察院刑事拘留，中间经历了逮捕和取保候

审以及再次执行逮捕，在审查起诉期间公诉机关两次退回补充侦查，直到 2015 年 5 月 26 日向山西省 D 县人民法院提起公诉。法院开庭后决定延期审理，并经最高法批准延长了审限，直到 2016 年 8 月 2 日做出一审判决。从刑事拘留到一审判决经历了将近两年时间，如此一波三折的原因在于对于这次拍卖活动中发生的金钱往来，检方与辩方各执一词，另外，案件公诉后与审判前恰逢《刑法修正案》(九) 出台，但是相关的司法解释尚未出台，因此在法律适用上存在障碍。

根据 D 县人民检察院的说法，被告人邵某某在担任 C 镇派出所所长期间，利用职务之便，于 2008 年 6 月 1 日和 6 月 17 日分别索取收受在辖区内开选场的孙某贿赂款 9 万元和 6 万元。具体情况是，邵某某得知孙某拍得荒山后，就向其索要 9 万元。过了一阵子邵某某又向孙某打电话要钱，于是后者只好又打了 6 万元给他。

然而根据邵某某的说法，这 15 万元并非孙某给他的贿赂款，而是正常的经济往来。2008 年 5 月份，A 县公安局的董某某在拍卖活动前策划串标，于是邵某某和董某某、吴某找到外地人孙某，让他出面宣布竞标，为此，他借给孙某 6 万元作为竞买荒地的保证金。在拍卖前几天，山西一名个体老板为了让孙某放弃投标支付给孙某 18 万元，让其不再竞标。邵某某认为这 18 万元是

四人共同所得，于是向孙某索要这笔钱，孙某只打了9万元给邵某某，后者收下3万元，将另外两份打给董某某和吴某。随后，孙某将邵某某借给自己的6万元保证金又还给了邵某某。

【审理结果】

2016年8月D县人民法院做出一审判决，邵某某犯受贿罪判处有期徒刑一年六个月，并处罚金十万元。被告人不服，提起上诉。E市中级人民法院经开庭审理，于2016年12月19日做出裁定：驳回上诉，维持原判。

【争议焦点】

本案中，最核心的争议在于邵某某是否构成受贿罪？另外，本案中还涉及另外两个争议，一是纪委“两规”期间的供述能否作为定案依据；二是本案是否超过了刑法的追诉期限。下文将逐一论述。

（一）邵某某是否构成受贿罪？

从刑事程序法的角度来看，本案中所谓的“被索贿人”孙某和“受贿人”邵某某对于案情事实各自有一套完全对立的说法。根据银行转账记录，能够被确定的事实是孙某将9万元和6万元分两次汇入邵某某的账户。但是这两笔汇款究竟是如孙某所说被迫转账给邵某某，还是邵某某所说的串标“分红”？这是本案的争议焦点，也是律师在辩护时着重发力之处。

从理论上说，要使一项证据的真实性得到准确的验证，就需要使其所包含的事实信息得到其他证据的印证。所谓“印证”，是指两个以上的证据在所包含的事实信息方面发生了完全重合或者部分交叉，使得一个证据的真实性得到了其他证据的验证。我国刑事证据法之所以重视证据之间的相互印证，是因为对于同一案件事实而言，至少有两个具有独立信息来源的证据加以证明，从而避免了“孤证证明”的局面。所谓“孤证证明”，是指对于某一案件事实的认定，只是依靠某一孤立证据的证明。由于该孤证本身的真实性尚需要得到其他证据的证明，因此，孤立存在的证据是难以证明任何案件事实的。证据相互印证是证据

事实具备可靠性的保证。因此，当证据之间存在矛盾无法验证证据所指向所要证实的事实时，我们则不能采纳相互矛盾的证据。^[1]

结合本案，本案的核心争议在于邵某某是否实施了受贿（索贿）行为，对于这一犯罪构成要件，检察机关所建构的事实是：邵某某以担任C镇派出所所长之便，两次向辖区内孙某索要好处费9万元和6万元。然而这个“犯罪事实”只有孙某一个人的口供能够证明。（孙某某与孙某是兄弟关系，因此孙某某的证言证明力较低。另外，银行的转账记录只能证明两人之间有资金往来，但资金往来的来由孙某和邵某某说法不一）。何况孙某事后又出具了本人书写的说明材料，否认了邵某某向其索取贿赂的行为。由此可见，孙某的陈述相互矛盾，他所主张的事实没有其他有效证据能予佐证，各个证据之间没有形成闭合、完整的锁链。在这种情况下，法院对于孙某出具的说明材料未作任何判断，选择性地忽略了这份有证明力的证据，而是一味地相信检方所构建的“犯罪事实”，尽管这一事实只有孙某的陈述能够予以支持。因此，为了查明案件事实，应当在犯罪构成要件的基础上对于涉案多个证据进行综合分析判断。

其次从刑事实体法的角度来看，本案中邵某某的行为也不构成受贿罪，理由有如下：

受贿罪的客观方面表现为利用职务上的便利，索取他人财物，或者非法收受他人财物，为他人谋取利益的行为。受贿行为包括两种不同的基本形式：

一是利用职务之便，索取他人财物。简称索取贿赂。索取贿赂，即行为人主动向他人索要、勒索并收受财物。基本特征是索要行为的主动性和交付财物行为的被动性。索取他人财物的，不论是否“为他人谋取利益”，均可构成受贿罪。^[2]根据1999年9月16日最高人民检察院《关于人民检察院直接受理立案侦查案件立案标准的规定（试行）》的规定，“利用职务上的便利”，是指利用本人职务范围内的权力，即自己职务上主管、负责或者承办某项公共事务的职权及其所形成的便利条件。根据2003年11月13日最高人民法院《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》的规定，“利用职务上的便利”，既包括利用

本人职务上主管、负责、承办某项公共事务的职权，也包括利用职务上有隶属、制约关系的其他国家工作人员的职权。担任单位领导职务的国家工作人员通过不属于自己主管的下级部门的国家工作人员的职务为他人谋取利益的，应当认定为“利用职务上的便利”为他人谋取利益。

二是利用职务之便，非法收受他人财物，为他人谋取利益。简称收受贿赂。收受贿赂，即行为人对他人给付的财物予以接受。基本特征是给付财物行为的主动性、自愿性和收受财物行为的被动性。根据1999年9月16日最高人民检察院《关于人民检察院直接受理立案侦查案件立案标准的规定（试行）》的规定，非法收受他人财物的，必须同时具备“为他人谋取利益”的条件，才能构成受贿罪。但是为他人谋取的利益是否正当，为他人谋取的利益是否实现，不影响受贿罪的认定。根据2003年11月13日最高人民法院《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》的规定，为他人谋取利益包括承诺、实施和实现三个阶段的行为。只要具有其中一个阶段的行为，如国家工作人员收受他人财物时，根据他人提出的具体请托事项，承诺为他人谋取利益的，就具备了为他人谋取利益的要件。明知他人有具体请托事项而收受财物的，视为承诺为他人谋取利益。据此，

不能将“为他人谋取利益”简单地理解为已经为他人谋取到了利益。一般而言，为他人谋取利益包括四种情况：一是已经许诺（许诺包括明示与默许）为他人谋取利益，但尚未实际进行；二是已经着手为他人谋取利益，但尚未谋取到利益；三是已经着手为他人谋取利益，但尚未完全实现；四是为他人谋取利益，已经完全实现。

根据2016年4月18日最高人民法院、最高人民检察院《关于办理贪污受贿刑事案件适用法律若干问题的解释》第13条的规定，具有下列情形之一的，应当认定为“为他人谋取利益”，构成犯罪的，应当依照刑法关于受贿犯罪的规定定罪处罚：（1）实际或者承诺为他人谋取利益的；（2）明知他人有具体请托事项的；（3）履职时未被请托，但事后基于该履职事由收受他人财物的。国家工作人员索取、收受具有上下级关系的下属或者具有行政管理关系的被管理人员的财物价值3万元以上，可能影响职权行使的，视为承诺为他人谋取利益。

结合本案，在本案案发时，邵某某系C镇派出所的所长，而孙某投标的龙一13标段地处F镇辖区。首先，招标投标并不是一个派出所所长的职权或者影响范围之内。另外，孙某声称的位于C镇的选场系其弟弟孙某某投资所开。在

2008年荒山拍卖之前，孙某的弟弟孙某某有个选场在C镇，营业执照上写的也是孙某某的名字，孙某某实际经营，孙某只是到他弟弟的工地干活。因此，基于这一事实，邵某某缺乏向孙某某索贿的基础条件，即使有利用职务之便，那索取的对象也只能是孙某某，而不是孙某。

在受贿案中一个典型特征就是请托人的存在。受贿人通过



允诺或者其他形式为请托人谋取利益。然而在本案中，孙某是受邵某某、董某某等三人委托帮某个体老板参加龙一13标段陪标的“受托人”，这与受贿罪的逻辑顺序完全颠倒了，反倒是受贿人向行贿人请求帮忙。根据孙某本人的说明材料和关键证人的证言，孙某帮忙陪标得到好处费18万元，自愿将其中9万元给邵某某，而第二次转账的6万元则是归还之前向邵某某借的欠款本金。因此我们认为在本案中无法认定邵某某具有受贿行为。

（二）纪委“两规”期间的供述材料能否作为定案依据？

在本案中，司法机关认定邵某某构成受贿罪的主要证据源自邵某某在纪委“两规”期间形成的相关证据材料，包括“关于我向孙某要9万元钱的情况说明”、“个人检查”、“说明材料”以及A县纪委的“谈话笔录”。在一审判决书上，法院将这些在纪委“两规”期间邵某某的供述作为重要的定案依据。本文认为，纪委在查办案件中所取得的证据不能作为刑事诉讼中的证据使用。

我国《刑事诉讼法》第五十二条规定，行政机关在行政执法和查办案件过程中收集的物证、书证、视听资料、电子数据等证据材料可以作为证据使用。然而，根据《中国共产党章程》纪检委是负责党内监督的专责机关，而不是行政机关，因此，纪检委在“两规”期间掌握的任何证据都不能作为定案依据。尤其是“情况说明”、“谈话笔录”等言词证据，容易受到各种主客观因素的影响而出现虚假或者失真的情况。此外，纪检程序不受刑事诉讼法的约束，通过纪检程序获得的言词证据的真实性得不到程序法的保障与检验，所以纪委移送的被调查对象的陈述、证人谈话等材料不应作为证据使用。

还有观点认为，对于被调查对象、证人亲笔书写的供词、证词，这些材料往往可以反映被调查人的主观心理变化（从拒不认罪到被感化认罪），因此这些材料经过检察机关核实确认后可以作为定案依据。我们同样不认可这一说法。理由在于即使是亲笔书写的“悔过书”，是否是被调查对象的内心真实意思表示难以确信。比如在

本案中，据邵某某反映，A县纪委为了让邵某某“开口”，承认“错误”，不惜采用长期关押、夜里不让睡觉（车轮式“询问”）、威逼利诱等方式，在极度恐慌和折磨之下，邵某某被迫做出违心供述。邵某某甚至被要求站着回答问题、不被允许洗漱和剃须，这已经是变相的“刑讯逼供”。在这种情况下邵某某书写的“供词”虽是亲笔，但绝对没有任何证据能力。况且纪委拒绝提供现场监控记录，没有证据否认邵某某反映的纪委“逼供”情况。

因此，我们认为邵某某在纪委“两规”期间的供述材料，哪怕是邵某某亲自书写的“个人检查”承认了他索贿的行为，也不能作为定案依据。值得一提的是，二审法院注意到了本案律师的这个重要辩点，以法律尚未明确规定为由，将纪委“两规”期间所取得的所有证据不予采纳。

（三）本案是否已经超过追诉期限？

追诉时效，是指刑事法律规定的，对犯罪分子追究刑事责任的有效期限。在追诉时效内，国家司法机关或有告诉权的人，有权追究或者请求追究犯罪人的刑事责任。超过时效，司法机关或有告诉权的人追究或请求追究犯罪人刑事责任的权力归于消灭。追诉时效完成，是刑罚请求权消灭的重要事由之一。

刑事法律为什么要规定时效，即时效确立的根据是什么？刑罚理论上主要有以下几种学说：（1）怠于行使说。该说认为，既然国家怠于对犯罪人的追诉或对犯罪人所判刑罚的执行，那么，刑罚权应予消灭。（2）证据湮灭说。该说认为，犯罪之证据因为时间的流失而散失，因而难以达到正确处理案件的目的。（3）改善推测说。该说认为，犯罪后既经长久时间，可预想犯罪人的恶性业已改善，无再加处罚之必要。（4）社会遗忘说。次说认为，犯罪事实因经过长久时间而为社会所遗忘，社会秩序也随之恢复，此情之下，如再对犯罪人追诉处罚，反而会扰乱社会秩序。（5）刑罚同一说。此说认为，犯罪人犯罪后，经过长时间的逃避，时时提心吊胆，惧怕被发觉，这种无形痛苦，实际上与执行刑罚所遭受的痛苦无异。（6）法律与事实调和说。此说认为，法律之目的

在于恢复因犯罪所扰乱社会秩序之事实，时效制度则意在谋取法律与事实的调和。^[3]

以上各学说，其中“怠于行使说”和“刑罚同一说”似难成立。因为，对犯罪人不予追诉或者对犯罪人所判刑罚不予执行的事实，并非国家的疏忽所造成，而是由于种种不能克服的原因如战争、自然灾害、不能破案等导致的，所以，将失效制度的立法根据说成是国家怠于对犯罪人的追诉或刑罚的执行，是不符合客观实际的。犯罪人为逃避刑事追诉或刑罚执行确实遭受了一定的痛苦，但是，这种痛苦与执行刑罚所遭受的痛苦是不能同日而语的，国家并非基于犯罪人为逃避所受痛苦与执行刑罚所受痛苦相同的考虑而规定时效的。其余四说均有一定道理，但各执一词，难免有片面之弊。^[4]我们认为，确立时效制度的根据可以概括为以下几个方面：

1. 基于犯罪人的根据。一个人犯罪后，经过一定的期间虽然未被追诉或执行刑罚，但没有实施新的犯罪，据此可以推断其已经具有悔改的表现，不致再危害社会。对于这样的犯罪人再去追诉或执行刑罚，已经没有什么意义了。

2. 基于刑罚效果的根据。犯罪人在经过一定期间后未犯新罪的情况下，如果不对其进行追诉或执行刑罚，则可能感念国家的政策，彻底地去恶从善，成为一个真正的守法公民。如果相反，对他仍然予以追诉或执行刑罚，那么就会引起他对国家的敌视，拒不接受审判或改造，这样，就收不到适用刑罚的应有效果，而是适得其反。

3. 基于司法审判的根据。一个犯罪案件发生后，由于经过一定得期限没有追诉、审理，证据的收集会困难重重，侦查、起诉和审判工作就不可能顺利进行，从而使案件难以得到正确处理。在这种情况下，与其增加司法程序上的麻烦，使案件的处理存有疑虑，不如设立时效制度，让刑罚归于消灭。

4. 基于社会秩序的依据。罪案发生经过一定时期后，因犯罪而遭受破坏的某一方面的社会秩序以及因犯罪而引起的人们心理的失衡状态已经得到恢复，在这种情况下，如果重新追究旧案，往往会使积怨重提，容易引起新的不安定因素，不利于社会秩序的稳定。

我国刑法中的追诉时效，是指我国刑法规定的对犯罪分子追究刑事责任的有效期限。超过法定追诉期限的，不得再对犯罪人进行追诉，已经追诉的，应撤销案件，或不予起诉，或终止审判。我国《刑法》第八十七条规定，“犯罪经过下列期限不再追诉：（一）法定最高刑为不满五年有期徒刑的，经过五年；（二）法定最高刑为五年以上不满十年有期徒刑的，经过十年；（三）法定刑最高刑为十年以上有期徒刑的，经过十五年；（四）法定最高刑为无期徒刑、死刑的，经过二十年。如果二十年以后认为必须追诉的，须报请最高人民检察院核准。”^[5]”根据司法机关认定的事实，本案发生于2008年6月，追诉期限应当从“犯罪”实行之日后开始起算。在一审判决之前，《最高人民法院 最高人民检察院 关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》（2016年4月18日）已经出台，根据最新的司法解释，即使邵某某真的构成受贿罪，且金额为15万，则属于“数额较大”，根据《刑法》第三百八十三条第一款的规定，应处三年以下有期徒刑或拘役，并处罚金。那么，邵某某的法定最高刑符合第八十七条第一款的规定，属于法定刑为不满五年有期徒刑的，因此追诉时效是五年。

然而在本案中，从所谓邵某某“犯罪之日”（2008年6月）到邵某某被司法机关追诉之日（2014年8月）计算，已经远超五年的追诉时限。因此，即使认定邵某某的行为构成受贿罪，其行为也大大超过了刑法规定的追诉时效，邵某某不应当受到刑事追诉。

【 律师点评 】

本案具有一定的疑难复杂之处。一方面是关于案件事实尤其是受贿行为的表述，不仅被告人和举报人的陈述完全不一致，且举报人先后两次的陈述也不一致。另一方面，本案从提起公诉到一审判决之间经历了《刑法修正案》（九）及《最高人民法院 最高人民检察院 关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》的出台，现行法律的改动也为律师创造了很大的辩护空间。如何通过提交辩护词以外的手段来保证委托人利

益的最大化，本案在这方面有一定的典型性。

1、本案事实不清、证据不足。

在本案中，由于是孙某主动举报，因此司法机关据以定罪的大量线索和证据材料都是孙某一人提供的，而其他证据要么与本案无关，要么证据能力不强。辩护律师正是从这点出发，通过大量阅卷和会见之后，发现本案事实不清、证据不足，并对可疑之处进行了精辟的论证。

事实上，能够证明邵某某受贿行为的无非是他亲笔书写的“个人检查”和举报人孙某的陈述以及其弟孙某某的证人证言。本案律师在辩护中逐一进行击破。第一，邵某某亲笔书写的“个人检查”等材料都是在纪委“两规”期间形成的，且受到纪委办案人员的非法诱导和精神折磨，邵某某身心俱疲，只好退了9万元并违心承认了受贿事实。因此，这些材料没有证据能力，不能成为定罪依据。第二，孙某与邵某某早就有生意往来，司法机关应当考虑到孙某诬告报复的可能性，而不能仅凭孙某一人的举报就得出邵某某必定索贿的结论。另外，一审期间邵某某及其家人提供了孙某本人书写的说明材料，后者否认了他向邵某某行贿的事实，也就是说孙某本人的陈述也是前后自相矛盾。第三，虽然孙某某在证人证言中证实邵某某向孙某索取贿赂，但是对于涉案具体细节叙述则十分模糊，且与邵某某的口供不吻合。考虑到孙某某是孙某的弟弟，具有利害关系，因此他出具的这份证人证言的真实性值得怀疑。

总而言之，在认定邵某某构成受贿罪的全部证据中，有些与本案完全无关，有些不具有证明力，无法互相印证、形成一条完整的证据链条，因此本案事实不清，证据不足，应当按照疑罪从无的原则依法认定

邵某某无罪。

2、争取适用新法。

本案从提起公诉到一审判决之间，恰好经历了《刑法修正案》(九)的出台。修九草案对于受贿罪的数额和量刑进行了很大的变动，认定受贿罪“数额较大”的标准大幅提高。因此，要是本案在修九正式生效后判决，显然对被告人十分有利。因此，本案律师本着为了委托人最大利益的原则，在本案提起公诉后尚未宣判时，用多种手段努力促成法院等修九正式生效后再宣判。比如，辩护律师多次向法院提交《申请法院调取证据的申请》既是为了能收集对被告人有利的证据，更重要的是为了延长法院的审前准备期间。另外，本案律师与家属配合，找本案的关键证人收集证人证言并提交给法院，法院在核实这些新证据新材料的过程中也会花费时间。这样一来，本案2015年5月提起公诉，却到了2016年8月才一审宣判，其中D县人民法院甚至上报最高院批准延长审限。根据旧法，受贿15万属于情节严重，基准刑为有期徒刑10年，而根据新法，受贿15万是三年以下有期徒刑或拘役。在本案中，由于包括律师在内的多方努力，使得法院延期审理，宣判时适用了最新出台的修九和贪污贿赂的解释，只判了一年六个月。



附：相关法律法规规定及司法解释

一、中华人民共和国刑法

第三百八十五条 受贿罪

国家工作人员利用职务上的便利，索取他人财物的，或者非法收受他人财物，为他人谋取利益的，是受贿罪。国家工作人员在经济往来中，违反国家规定，收受各种名义的回扣、手续费，归个人所有的，以受贿论处。

二、《最高人民法院、最高人民检察院关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》（2016年4月18日）

第一条 贪污或者受贿数额在三万元以上不满二十万元的，应当认定为刑法第三百八十三条第一款规定的“数额较大”，依法判处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金。

贪污数额在一万元以上不满三万元，具有下列情形之一的，应当认定为刑法第三百八十三条第一款规定的“其他较重情节”，依法判处三年以上有期徒刑或者拘役，并处罚金：

- （一）贪污救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济、防疫、社会捐助等特定款物的；
- （二）曾因贪污、受贿、挪用公款受过党纪、行政处分的；
- （三）曾因故意犯罪受过刑事追究的；
- （四）赃款赃物用于非法活动的；
- （五）拒不交待赃款赃物去向或者拒不配合追缴工作，致使无法追缴的；
- （六）造成恶劣影响或者其他严重后果的。

受贿数额在一万元以上不满三万元，具有前款第二项至第六项规定的情形之一，或者具有下列情形之一的，应当认定为刑法第三百八十三条第一款规定的“其他较重情节”，依法判处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金：

- （一）多次索贿的；
- （二）为他人谋取不正当利益，致使公共财产、国家和人民利益遭受损失的；
- （三）为他人谋取职务提拔、调整的。

第二条 贪污或者受贿数额在二十万元以上

不满三百万元的，应当认定为刑法第三百八十三条第一款规定的“数额巨大”，依法判处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金或者没收财产。

贪污数额在十万元以上不满二十万元，具有本解释第一条第二款规定的情形之一的，应当认定为刑法第三百八十三条第一款规定的“其他严重情节”，依法判处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金或者没收财产。

受贿数额在十万元以上不满二十万元，具有本解释第一条第三款规定的情形之一的，应当认定为刑法第三百八十三条第一款规定的“其他严重情节”，依法判处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金或者没收财产。

第三条 贪污或者受贿数额在三百万元以上的，应当认定为刑法第三百八十三条第一款规定的“数额特别巨大”，依法判处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑，并处罚金或者没收财产。

贪污数额在一百五十万元以上不满三百万元，具有本解释第一条第二款规定的情形之一的，应当认定为刑法第三百八十三条第一款规定的“其他特别严重情节”，依法判处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑，并处罚金或者没收财产。

受贿数额在一百五十万元以上不满三百万元，具有本解释第一条第三款规定的情形之一的，应当认定为刑法第三百八十三条第一款规定的“其他特别严重情节”，依法判处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑，并处罚金或者没收财产。

第四条 贪污、受贿数额特别巨大，犯罪情节特别严重、社会影响特别恶劣、给国家和人民利益造成特别重大损失的，可以判处死刑。

符合前款规定的情形，但具有自首、立功，如实供述自己罪行、真诚悔罪、积极退赃，或者避免、减少损害结果的发生等情节，不是必须立即执行的，可以判处死刑缓期二年执行。

符合第一款规定情形的，根据犯罪情节等情况可以判处死刑缓期二年执行，同时裁判决定在其死刑缓期执行二年期满依法减为无期徒刑后，终身监禁，不得减刑、假释。

第五条 挪用公款归个人使用，进行非法活动，数额在三万元以上的，应当依照刑法第三百八十四条的规定以挪用公款罪追究刑事责

任；数额在三百万元以上的，应当认定为刑法第三百八十四条第一款规定的“数额巨大”。具有下列情形之一的，应当认定为刑法第三百八十四条第一款规定的“情节严重”：

（一）挪用公款数额在一百万元以上的；

（二）挪用救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济特定款物，数额在五十万元以上不满一百万元的；

（三）挪用公款不退还，数额在五十万元以上不满一百万元的；

（四）其他严重的情节。

第六条 挪用公款归个人使用，进行营利活动或者超过三个月未还，数额在五万元以上的，应当认定为刑法第三百八十四条第一款规定的“数额较大”；数额在五百万元以上的，应当认定为刑法第三百八十四条第一款规定的“数额巨大”。具有下列情形之一的，应当认定为刑法第三百八十四条第一款规定的“情节严重”：

（一）挪用公款数额在二百万元以上的；

（二）挪用救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济特定款物，数额在一百万元以上不满二百万元的；

（三）挪用公款不退还，数额在一百万元以上不满二百万元的；

（四）其他严重的情节。

第七条 为谋取不正当利益，向国家工作人员行贿，数额在三万元以上的，应当依照刑法第三百九十条的规定以行贿罪追究刑事责任。

行贿数额在一万元以上不满三万元，具有下列情形之一的，应当依照刑法第三百九十条的规定以行贿罪追究刑事责任：

（一）向三人以上行贿的；

（二）将违法所得用于行贿的；

（三）通过行贿谋取职务提拔、调整的；

（四）向负有食品、药品、安全生产、环境保护等监督管理职责的国家工作人员行贿，实施非法活动的；

（五）向司法工作人员行贿，影响司法公正的；

（六）造成经济损失数额在五十万元以上不满一百万元的。

第八条 犯行贿罪，具有下列情形之一的，应

当认定为刑法第三百九十条第一款规定的“情节严重”：

（一）行贿数额在一百万元以上不满五百万元的；

（二）行贿数额在五十万元以上不满一百万元，并具有本解释第七条第二款第一项至第五项规定的情形之一的；

（三）其他严重的情节。

为谋取不正当利益，向国家工作人员行贿，造成经济损失数额在一百万元以上不满五百万元的，应当认定为刑法第三百九十条第一款规定的“使国家利益遭受重大损失”。

第九条 犯行贿罪，具有下列情形之一的，应当认定为刑法第三百九十条第一款规定的“情节特别严重”：

（一）行贿数额在五百万元以上的；

（二）行贿数额在二百五十万元以上不满五百万元，并具有本解释第七条第二款第一项至第五项规定的情形之一的；

（三）其他特别严重的情节。

为谋取不正当利益，向国家工作人员行贿，造成经济损失数额在五百万元以上的，应当认定为刑法第三百九十条第一款规定的“使国家利益遭受特别重大损失”。

第十条 刑法第三百八十八条之一规定的利用影响力受贿罪的定罪量刑适用标准，参照本解释关于受贿罪的规定执行。

刑法第三百九十条之一规定的对有影响力的人行贿罪的定罪量刑适用标准，参照本解释关于行贿罪的规定执行。

单位对有影响力的人行贿数额在二十万元以上的，应当依照刑法第三百九十条之一的规定以对有影响的人行贿罪追究刑事责任。

第十一条 刑法第一百六十三条规定的非国家工作人员受贿罪、第二百七十一条规定的职务侵占罪中的“数额较大”“数额巨大”的数额起点，按照本解释关于受贿罪、贪污罪相对应的数额标准规定的二倍、五倍执行。

刑法第二百七十二规定的挪用资金罪中的“数额较大”“数额巨大”以及“进行非法活动”情形的数额起点，按照本解释关于挪用公款罪“数

额较大”“情节严重”以及“进行非法活动”的数额标准规定的二倍执行。

刑法第一百六十四条第一款规定的对非国家工作人员行贿罪中的“数额较大”“数额巨大”的数额起点,按照本解释第七条、第八条第一款关于行贿罪的数额标准规定的二倍执行。

第十二条 贿赂犯罪中的“财物”,包括货币、物品和财产性利益。财产性利益包括可以折算为货币的物质利益如房屋装修、债务免除等,以及需要支付货币的其他利益如会员服务、旅游等。后者的犯罪数额,以实际支付或者应当支付的数额计算。

第十三条 具有下列情形之一的,应当认定为“为他人谋取利益”,构成犯罪的,应当依照刑法关于受贿犯罪的规定定罪处罚:

- (一) 实际或者承诺为他人谋取利益的;
- (二) 明知他人有具体请托事项的;
- (三) 履职时未被请托,但事后基于该履职事由收受他人财物的。

国家工作人员索取、收受具有上下级关系的下属或者具有行政管理关系的被管理人员的财物价值三万元以上,可能影响职权行使的,视为承诺为他人谋取利益。

第十四条 根据行贿犯罪的事实、情节,可能被判处三年有期徒刑以下刑罚的,可以认定为刑法第三百九十条第二款规定的“犯罪较轻”。

根据犯罪的事实、情节,已经或者可能被判处十年有期徒刑以上刑罚的,或者案件在本省、自治区、直辖市或者全国范围内有较大影响的,可以认定为刑法第三百九十条第二款规定的“重大案件”。

具有下列情形之一的,可以认定为刑法第三百九十条第二款规定的“对侦破重大案件起关键作用”:

(一) 主动交待办案机关未掌握的重大案件线索的;

(二) 主动交待的犯罪线索不属于重大案件的线索,但该线索对于重大案件侦破有重要作用的;

(三) 主动交待行贿事实,对于重大案件的证据收集有重要作用的;

(四) 主动交待行贿事实,对于重大案件的追逃、追赃有重要作用的。

第十五条 对多次受贿未经处理的,累计计算受贿数额。

国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益前后多次收受请托人财物,受请托之前收受的财物数额在一万元以上的,应当一并计入受贿数额。

第十六条 国家工作人员出于贪污、受贿的故意,非法占有公共财物、收受他人财物之后,将赃款赃物用于单位公务支出或者社会捐赠的,不影响贪污罪、受贿罪的认定,但量刑时可以考虑。

特定关系人索取、收受他人财物,国家工作人员知道后未退还或者上交的,应当认定国家工作人员具有受贿故意。

第十七条 国家工作人员利用职务上的便利,收受他人财物,为他人谋取利益,同时构成受贿罪和刑法分则第三章第三节、第九章规定的渎职犯罪的,除刑法另有规定外,以受贿罪和渎职犯罪数罪并罚。

第十八条 贪污贿赂犯罪分子违法所得的一切财物,应当依照刑法第六十四条的规定予以追缴或者责令退赔,对被害人的合法财产应当及时返还。对尚未追缴到案或者尚未足额退赔的违法所得,应当继续追缴或者责令退赔。

第十九条 对贪污罪、受贿罪判处三年以上有期徒刑或者拘役的,应当并处十万元以上五十万元以下的罚金;判处三年以上十年以下有期徒刑的,应当并处二十万元以上犯罪数额二倍以下的罚金或者没收财产;判处十年以上有期徒刑或者无期徒刑的,应当并处五十万元以上犯罪数额二倍以下的罚金或者没收财产。

对刑法规定并处罚金的其他贪污贿赂犯罪,应当在十万元以上犯罪数额二倍以下判处罚金。

注释:

- [1] 陈瑞华:《刑事证据法》,北京大学出版社,第154页。
- [2] 高铭暄 马克昌主编:《刑法学》(第九版),北京大学出版社、高等教育出版社,第630页。
- [3] 高仰止:《刑法总则之理论与实用》,台湾五南图书出版公司1986年版,第570页。
- [4] 马克昌主编:《刑罚通论》,武汉大学出版社1999年第二版,第668页。
- [5] 《中华人民共和国刑法》,第八十七条。



□ 郝 伟/文

郝伟律师，中伦文德高级合伙人，本所争议解决专业委员会主任。主要业务领域为争议解决（诉讼与仲裁）、公司/并购、国际投资与贸易。现担任多家大型能源企业常年法律顾问，为天然气等能源行业提供全方位法律服务。



□ 田卓亚/文

田卓亚，实习律师，华东政法大学法学学士，主要从事民商事诉讼，熟悉民商事相关法律以及天然气行业法规政策，在为能源企业提供法律服务上具有丰富经验，曾多次参与大型能源企业的法律尽职调查项目、企业合规审查项目等。

企业收购地热资源项目之合法合规性审查

前言

当前，我国针对地热资源的开发已经步入了规模化、区域化的新时代，技术和管理水平日渐成熟。地热资源作为可再生能源利用的典范，地热资源的开发和利用已经受到广泛的关注和认可。

上一篇文章，我们分析总结了我国地热资源相关的法律法规。本篇我们将根据《北京市地热资源管理办法（2018修正）》《北京市规划和自然资源委员会关于我市地热资源矿业权审批工作的公告》的相关规定，对能源企业在收购地热资源项目时，所涉及项目合法合规性审查及相关法律责任等进行归纳及汇总。

一、北京市关于开发地热资源项目的最新规定

2020年7月13日，北京市规划和自然资源委员会（以下简称“北京自然资源委员会”）发布了关于“北京地热资源矿业权审批工作的公告”，该公告对开发地热资源项目做出了新的规定，只有符合三类用途的开发利用项目才可以办理矿业权新立审批，用途分别为：政府重点工程类项目、公益性项目、供暖项目。

针对已取得矿业权的项目，在到期后（含已过期的）可以办理矿业权延续审批；但不符合以上3类用途的开发利用项目在矿业权到期后不允许再办理延续审批。

针对采矿权仍在有效期内的开发利用项目可按照原有地热用途继续开采利用，并鼓励向地热供暖回灌方向转型，不能转型的，采矿权到期后采矿许可证自行废止，采矿权注销；对于非法勘查开采地热资源的，坚决予以查处，在依法进行查处后，对符合3类用途的，可依法办理矿业权新立审批。

二、开发地热资源项目的审批

（一）地热资源项目许可证的审批机关

根据我国《中华人民共和国矿产资源法（2009修正）》（以下简称“矿产资源法”）、《北京市地热资源管理办法（2018修正）》的规定，由地质矿产行政主管部门负责本市地热资源的统一管理；地热资源的开发利用规划，由地质矿产行政主管部门会同有关部门制定，报市人民政府批准后实施；勘查、开采地热资源，由地质矿产行政主管部门审批登记，颁发勘查许可证、采矿许可证。

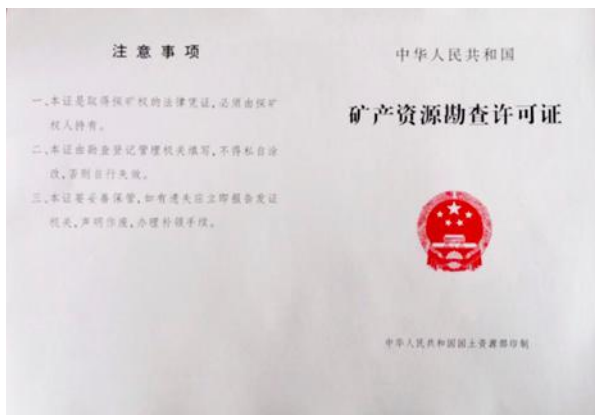
在实践中，地热资源项目的审批需向北京自然资源委员会提出申请，由北京自然资源委员会进行审查、实地勘查、决定、发证。

(二) 审批流程

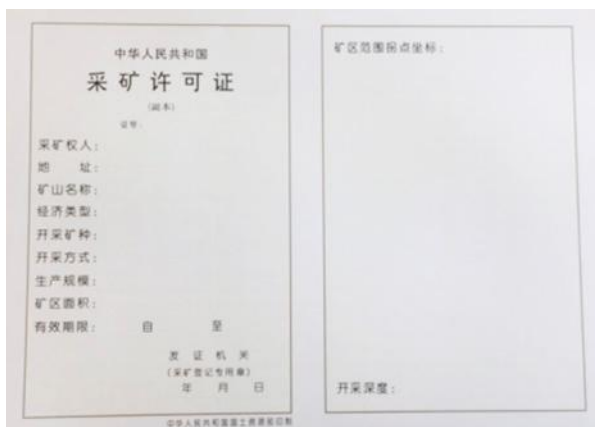
1、非热水型地热资源：

根据《管理办法》第8条的规定，地热资源项目的审批需按照以下流程进行办理：

(1) 第一步，向北京自然资源委员会提出申请勘查许可登记，通过审核后可取得勘查许可证，并应按要求缴纳探矿权使用费和探矿权价款。



(2) 第二步，向北京自然资源委员会提出申请采矿权登记，通过审核后，取得探矿权许可证，并应按要求缴纳采矿权使用费、采矿权价款、资源税和矿产资源补偿费。



2、热水型地热资源：

根据《管理办法》第8条的规定，热水型地热资源项目的审批需按照以下流程进行办理：

(1) 向北京自然资源委员会提出申请勘查许可登记，通过审核取得勘查许可证后，应按要求

缴纳探矿权使用费和探矿权价款。

(2) 在取得勘查许可证后，北京自然资源委员会进行审核、实地勘查，在项目符合开采条件下，北京自然资源委员会出具开采通知书。

(3) 凭开采通知书前往北京市水务局办理取水许可证。

(4) 凭取水许可证，向北京自然资源委员会提出申请采矿权登记，通过审核取得探矿权许可证后，应按要求缴纳采矿权使用费、采矿权价款、资源税和矿产资源补偿费。

(三) 办理项目审批需提交的文件

1、申请勘查许可证

根据《管理办法》的第7、8、9条的规定，企业在办理地热资源项目勘查许可证审批时，需向北京自然资源委员会提交探矿权申请登记书及企业相关资料，申请书应包含如下内容：(1) 企业基本情况；(2) 项目情况，包括项目名称、勘查单位、勘查地点、勘查矿种、勘查阶段、项目性质、地理位置、探矿权矿业权出让收益（价款）处置方式、探矿权取得方式、工作任务及主要目的、主要实物工作量、勘查范围示意图及拐点经纬度坐标；(3) 地热开发利用初步方案，内容包括：拟开发地热的用途、预计用量及将采用的节能节水方式、设施及利用示意框图；(4) 探矿权申请登记区块范围图；(5) 探矿权申请范围核查表；(6) 勘查项目地理位置图；(7) 勘查工作计划、勘查合同或委托勘查的文件；(8) 勘查实施方案，内容包括：矿产资源勘查实施方案、实施方案评审意见书；(9) 勘查项目资金来源材料。

2、申请采矿许可证

根据《管理办法》的第7、8、9条的规定，企业在办理地热资源项目采矿许可证审批时，需向北京自然资源委员会提交探矿权申请登记书及企业相关资料，申请书应包含如下内容：(1) 企业基本情况；(2) 项目情况，包括项目名称、开采主矿种、共伴生矿种、设计规模、总储量、采矿权取得方式、勘查许可证号、矿产资源储量评审备案情况、探明的地质储量、综合回收矿种及品位、储量、开采方式、采矿方法、选矿方法、采矿回采率、矿石贫化率、选矿回收率、采矿权



矿业权出让收益（价款）处置方式、矿区范围图及坐标、矿山地质环境保护与土地复垦方案、采矿权使用费、探明的地质储量、设计利用储量（3）地热矿产资源开发利用方案（4）矿产资源勘查许可证、转让（出让）的批准文件（5）申请登记范围图；（6）地热井成井资料；（7）取水许可证；（8）采矿权实地核查表，内容包括：采矿权人、开采矿产名称、核查范围、核查单位、核查日期等。

三、法律责任

企业在开发地热资源项目时，需要依法办理审批手续并按照核准文件的要求进行项目建设，否则须依法承担相应的法律责任，根据《矿产资源法》《管理办法》的相关规定，开发单位未依法办理项目审批手续的，可能承担的法律责任如下：

1、未取得勘查许可证、采矿许可证，擅自勘查、开采地热资源或者擅自开发利用报废地热井的，责令停止违法行为，没收违法所得，予以警告，可以并处10万元以下的罚款；

2、擅自印制或者伪造、冒用勘查许可证、采矿许可证的，没收违法所得，可以并处10万元以下的罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任；

3、不按期缴纳本办法规定应当缴纳的费用，责令限期缴纳，并从滞纳之日起每日加收2%的滞纳金；逾期仍不缴纳的，吊销勘查许可证、采矿许可证，并可以申请人民法院强制执行；

4、采取破坏性开采方法开采地热资源的，处以1万元以上10万元以下的罚款，可以吊销采矿许可证。对地热资源造成破坏的，依法承担民事赔偿责任；情节严重的，依法对直接责任人员追究刑事责任；

5、拒绝接受监督检查，不如实报告并提供有关情况和资料的，责令限期改正；逾期仍不改正的，处以5000元以上5万元以下的罚款；情节严重的，吊销勘查许可证、采矿许可证；

6、未经批准，擅自转让地热资源探矿权、采矿权的，责令改正，没收违法所得，处以1万元以上10万元以下的罚款；情节严重的，吊销勘查许可证、采矿许可证。

勘查许可证、采矿许可证是地热资源项目开发需要办理的重要手续，开发单位需要按照相关法律法规的规定提交项目文件，依法办理审批手续，并在规定期限内进行开工建设。未依法办理许可证审批的，需要承担相应的行政甚至刑事责任。

咏秋

方登发/文



谁泼五彩写斑斓，
散步霜天意正酣。
满树黄金摇碧落，
一池秋水翠寒烟。
才播骤雨飘幽燕，
更遣西风起散关。
今看漫城飞木叶，
明朝花放万重山。

后序：

秋去冬来，时光感怀。
霜天瑰丽，曾咏燕台。
万木摇落，水碧云白。
新春遥望，漫山花开。

事务所快讯

▲《民法典》时代中国保险业之发展机遇论坛成功举办

2020年9月9日，中伦文德保险研究院举办的公益讲座“中保法论坛：《民法典》时代中国保险业之发展机遇”，在北京市朝阳区金泰大厦如期进行。考虑疫情因素，本次论坛采取线上、线下方式同时进行，100多位来自财产保险公司、人寿保险公司、保险中介机构、高等院校和研究机构、保险科技公司、律师事务所的专家学者、保险精英参加了论坛。

▲ 中伦文德张叶飞律师团队助力客户名誉权案件胜诉

2020年9月，中伦文德高级合伙人张叶飞律师团队代理的客户徐安妮诉李瀛等名誉权纠纷一案，一审和二审均取得胜诉判决。该案历时四年，经境外、香港、云南及网上多次取证，张叶飞律师团队凭借多年诉讼经验，使得该案一审、二审均取得胜诉判决，成功维护了客户的合法权益。

▲ 李赫律师团队在“救援黄金期”成功为多起案件犯罪嫌疑人争取不予逮捕

中伦文德李赫律师团队在侦查阶段正是凭借着对于“黄金37天”内在逻辑的深刻理解，以及在“救援黄金期”内的合理发力，今年以来为多起案件犯罪嫌疑人争取了不予逮捕。

▲ 大案要案中心业绩：成功维护涉黑系列案件当事人合法财产利益

2020年9月，中伦文德合伙人、大案要案中心委员贾立峰律师团队为范某某涉嫌组织、领导、参加黑社会性质组织罪、寻衅滋事罪、敲诈勒索罪、容留卖淫罪、赌博罪、非法拘禁罪系列案件提供辩护，维护了范某某及其家属的合法财产利益。

▲ 中伦文德周力思律师入选广东省涉外律师领军人才

2020年10月10日，第三批广东省涉外律师事务所库和涉外律师领军人才库名单的通知正式公布，中伦文德胡百全（前海）联营律师事务所副主任、高级合伙人周力思律师在广东省律师协会监事会的监督下，经申报、初审、评审小组评议、投票、公示等程序的最终评审，被广东省律师协会确认为第三批涉外律师领军人才库成员。

▲ 中伦文德多位合伙人入选北京市律师协会涉外律师人才库

为加强涉外法律服务队伍建设，培养储备一批通晓国际规则、具有世界眼光和国际视野的高素质涉外律师人才，更好地为“一带一路”建设等国家重大发展战略、为中国企业和公民“走出去”、为我国重大涉外经贸活动

和外交工作大局提供法律服务，进一步健全涉外法律服务人才储备机制，充实北京市涉外律师人才队伍，提升北京市涉外法律服务水准和国际影响力，发挥首都律师的引领作用，北京市律师协会决定在现有基础上，扩充北京律协涉外律师人才库。近日，经过严格选拔和公示程序，中伦文德28名律师入选北京市律师协会涉外律师人才库。

▲ 中伦文德高级合伙人王志坚律师受聘担任市场监督管理总局法律顾问并在座谈会上发言

2020年10月14日，国家市场监督管理总局举办法律顾问受聘仪式及座谈会。包括中伦文德律师事务所高级合伙人、成都分所主任王志坚律师在内的11名专家和律师受聘为总局法律顾问，总局党组成员、副局长（正部长级）秦宜智为聘请的法律顾问颁发了聘书。

▲《人民法治》杂志社李奎老师一行到访中伦文德

2020年10月20日上午，《人民法治》杂志社人民法治研究院负责人李奎老师，新媒体部杨天艺老师一行到访北京市中伦文德律师事务所（以下简称“中伦文德”）。中伦文德主任李铮律师、副主任兼行政主管薛媛媛对来访嘉宾进行了热情接待，并表示了热烈欢迎。

▲ 高级合伙人林威律师受邀为湖南律师领军人才和涉外人才分享“中国自贸区法律制度发展新趋势及实务分析”

2020年10月22日下午，中伦文德胡百全（前海）联营律师事务所林威主任受湖南省司法厅、湖南省律师协会邀请，为湖南律师领军人才和涉外人才（湖南大学培训班）专题分享“中国自贸区法律制度发展新趋势及实务分析”，逾150多人参加此次培训。

▲ 中伦文德前海分所高级合伙人孙淘律师代理的案件入选“2019年广东律师典型案例”

近期，广东省律师协会发布《2019年度广东律师典型案例名单》经申报、审核、集中评议等程序，共评出了22类典型案例。在此次征集和评选活动中，中伦文德前海分所高级合伙人孙淘律师代理的案件成功入选。

▲ 中伦文德常州所助力金坛国发获批资产证券化产品

2020年10月20日，“华金证券-金坛国发供应链金融1-24期资产支持专项计划”（以下简称“专项计划”）获得深圳证券交易所的审核通过。北京市中伦文德（常州）律师事务所受江苏金坛国发国际投资发展有限公司（下称“金坛国发”）的委托，担任本次专项计划的专项法律顾问，为项目提供了法律服务。

▲ 中伦文德助力浙江野马 IPO 项目通过证监会审核

2020年10月30日，由北京中伦文德律师事务所作为法律顾问的浙江野马电池股份有限公司首次公开发行股票并在主板上市的申请获中国证监会审核通过。中伦文德高级合伙人张彦周律师，合伙人张晓霞、刘晓琴、曹春芬，以及陈宏杰、肖达夫等组成的团队为野马电池本次首次公开发行股票并在主板上市项目提供了全程专业法律服务。

▲ 中伦文德王志坚律师在固体制剂装备及工艺技术论坛上就 MAH 进行主题演讲

2020年11月1-2日，由中国医药设备工程协会指导、上海信销信息科技有限公司主办的“第十四届固体制剂装备及工艺技术论坛”在重庆融汇丽笙酒店举行。受大会邀请，中伦文德医药健康专业委员会主任、成都分所主任王志坚律师在“药品研发分论坛”发表《B证MAH的机遇与挑战》主体演讲，王律师首先概括介绍了MAH制度实施给行业带来的变化、机遇和基本法律责任，然后梳理了B证MAH委托生产中的合规风险，重点讲解B证MAH质量保证体系的搭建并解答了听众的疑问。

▲ 热烈庆祝中伦文德济南分所乔迁之喜——开创新纪元筑梦新征程

2020年11月7日，中伦文德济南分所迎来了一个属于我们的特殊日子——办公室乔迁之喜。济南分所正式乔迁至济南市历下区解放路6号鼎峰中心20层，此次搬迁，不仅给本所律师创造了更加优良的办公环境，更是济南分所快速发展壮大的标志。

▲ 中伦文德助力德业股份 IPO 项目通过证监会审核

2020年11月19日，由北京中伦文德律师事务所作为法律顾问的宁波德业科技股份有限公司首次公开发行股票并在上海主板上市的申请获中国证监会审核通过。中伦文德高级合伙人张彦周、张晓霞，合伙人刘晓琴、曹春芬，以及陈宏杰、王旭旭等组成的团队为德业股份本次首次公开发行股票并上市项目提供了全程专业法律服务。

▲ 中伦文德王志坚律师出席“2020 中国医药财税年会”并发表演讲

2020年11月21日-22日，由赛柏蓝主办的“2020中国医药财税年会”在杭州举行，400余名医药企业CFO出席会议。中伦文德医药健康专业委员会主任、成都分所主任王志坚律师出席会议并在21日上午发表了题为“医药营销行为矩阵——真实合法合理的营销行为是营销合规的逻辑基础”，王律师首先讲解了医药企业营销合规的基本概念；在此基础上按从营销行为解析、营销合同体系到合规制度建设及有效实施的顺序对医药企业

营销合规进行逻辑分析；最后给出可实施和可持续的医药营销合规计划模式。

▲ 中伦文德胡百全（前海）联营律师事务所与西班牙纳嘉文律师事务所达成战略合作

近日，中伦文德胡百全（前海）联营律师事务所与西班牙纳嘉文律师事务所达成战略合作。双方将发挥各自优势，在国际商事法律服务领域开创更多新模式，为赴西班牙或拉丁美洲投资的中国企业及来华投资的西班牙及拉丁美洲企业提供更具价值的商事法律服务。

▲ 中伦文德高级合伙人王敦平律师担任上市公司大豪科技的独立董事

大豪科技2020年第一次临时股东大会选举本所高级合伙人、私募基金专业委员会主任王敦平律师为公司第四届董事会独立董事。

大豪科技成立于2000年9月，注册资本4.47亿元，于2015年4月登陆上海证券交易所主板资本市场上市，证券代码603025。

▲ 中伦文德多项业务领域和多名律师荣登钱伯斯 2021 亚太法律指南榜单

2020年12月15日，著名法律评级机构钱伯斯（Chambers & Partners）发布《2021 亚太法律指南》（2019 Asia-Pacific Guide），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。陈文律师继2016年荣登房地产领域榜单之后再次入选该领域，被业界评为“业界元老”，陈文律师连续第5年荣登“房地产”领域榜单。中伦文德执委、事务所副主任夏欲钦律师荣登房地产领域榜单。中伦文德成都分所主任王志坚律师继2013年入选后连续第9年荣登“医事法”领域榜单。中伦文德保险法研究院院长、高级合伙人李政明律师荣登保险法领域榜单。中伦文德高级合伙人赵梦晗律师荣登私募股权与风险投资领域榜单。

▲ 中伦文德律师为江西汇恒保障房资产证券化项目提供法律服务

近日，“江西汇恒保障房信托受益权资产支持专项计划”（以下简称“专项计划”）作为江西省首单保障房ABS项目成功在深圳证券交易所发行。本专项计划由萍乡市汇翔建设发展有限公司作为原始权益人，江西汇恒置业有限公司作为信托借款人及实际融资人，百瑞信托有限责任公司作为信托受托人，并由国盛证券资产管理有限公司作为计划管理人，海通证券股份有限公司作为专项计划的推广机构。北京市中伦文德（常州）律师事务所受托担任本专项计划的专项法律顾问，为项目提供了全程法律服务。

中伦
文德



2020年11月11日,《人民法治》杂志社与中伦文德“普法共建单位”揭牌仪式在中伦文德北京总部党建办公室举行。《人民法治》杂志社人民法治研究院负责人李奎老师,中伦文德创始合伙人陈文律师,中伦文德执委、高级合伙人张海军律师,中伦文德执委、副主任薛媛媛及十余位律师出席了揭牌仪式,活动由《中伦文德法律评论》编辑熊美琦主持。



2020年12月7日,中伦文德青岛分所纪斌主任走访深圳分所,深圳分所洪国安主任、刘瞻律师、朱容梅律师、刘瑞娜律师、罗小艳行政主管等进行接待并座谈。洪国安主任代表本所欢迎纪斌主任的来访,并简要地介绍了深圳分所的历史发展、律所架构等基本情况。青岛分所将于2021年1月份投入运营,座谈会旨在律师事务所管理、团队建设、新业务及规模化方面的指导交流。



2020年11月12日,中伦文德执委、高级合伙人张海军律师受邀参加2020年清华大学法学院奖学金颁奖典礼,并为蔡崇等12名获奖学生颁发“中伦文德奖学金”。参加颁奖典礼的还有清华大学法学院党委副书记陈杭平老师等。张海军律师代表中伦文德致辞,宣布本年度获奖同学名单,并向获得中伦文德奖学金的同学们表示了热烈的祝贺。



2020年12月7日,中伦文德与中国石油大学(北京)“合作框架协议签约仪式暨法治工作培训会”在中国石油大学隆重举行。中伦文德参加本次座谈会的有:朱登凯律师(中伦文德执委会主任、党支部书记)、王向阳律师(中伦文德合伙人,中伦文德能源与环境委员会主任)、葛黎腾律师。

2020年11月24日,上海,智合论坛2020“乌卡时代的专业创新”新闻发布会正式召开,中伦文德律师集团董事、中伦文德上海分所主任陈永兴参加了本次新闻发布会。

12月12日,智合论坛2020“乌卡时代的专业创新”在上海隆重举办。现场吸引了中外一线律所的管理者、知名专业机构代表、会计师事务所代表、知名企业家总、知名高校学者、国际仲裁机构代表、司法机关代表等500余人参会,共同探索法律行业发展态势。

中伦文德律师事务所作为特别支持单位,受邀参会。中伦文德的受邀嘉宾为中伦文德律师事务所主任李铮律师、中伦文德上海分所主任陈永兴律师、天津分所创始人、主任温志胜律师,常州分所主任顾青律师、杭州分所主任张彦周律师,西安分所高级合伙人侯毓珊、西安分所高级合伙人秦宁,参会人员还包括西安分所许昌律师、西安分所行政主管杨蕙禾、上海分所行政主管谭曼莉等。



主 编：陈 文

执行主编：方登发

编 委 会：李 刚 甄庆贵 夏欲钦 李 铮 林 威 王志坚 李熙华 温志胜 王爱国 刘银栋 余树林 洪国安 王长江

中伦文德律师事务所

ZHONGLUN W&D LAW FIRM

北京·上海·广州·深圳·成都·石家庄·天津·武汉·太原·济南·西安·南京·厦门·前海·香港·伦敦·巴黎·里昂·利维得·柏林·汉堡

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