



# 第七届浙江律师论坛获奖

## 论文集

# 法律顾问的传承与创新

第七届浙江律师论坛获奖论文集

浙江省律师协会 编

浙江省律师协会 编  
二〇一七年九月



浙江省律师协会  
LAWYERS ASSOCIATION  
OF ZHEJIANG

地址：杭州市天目山路238号华鸿大厦A座12楼  
电话：0571-88855077 传真：0571-87755608  
邮箱：zjslxh@vip.163.com  
网址：www.zjbar.com

## 一条大河波浪宽

霍姆斯在其名著《普通法》中这样写道：“法律研究的目的是——一种预测，即对公共权力通过法院的工具性的活动产生影响的预测。”霍氏此语一言道破了作为法律顾问的律师在经济社会发展中的作用。经由法律顾问的这种预测和判定，律师帮助社会成员得以认知法律，促使其行为符合法律，使得社会成员的目标和法律的目标趋向一致。毋庸讳言，作为法律顾问的律师对社会的这种贡献日益受到社会的肯定和重视。

律师业内流传有一句话：世界上两件事是最难的，一是把你自己的思想装进别人的脑袋里，二是把别人的钱装进你自己的腰包里，很不幸，这两件事都让律师摊上了。这第一件难事通常指的是律师的工作状态。律师把纷繁复杂的社会现象逐一厘清，对照其日夜念兹在兹的法律条文和晦涩莫测的精奥法理，让社会成员接受法律的指引；这第二件事是指出了律师法律服务的有偿性，更强调了律师的这种有偿性服务并非巧取豪夺，而是社会成员在得到服务以后心甘情愿的付出。两件事其实反映出了律师业的两项特质，而律师的法律顾问业务恰恰是把这两项特质体现得淋漓尽致的一项律师业务。

律师法律顾问业务的收入构成了律师业务收入的基础部分，为律师奠定了其进一步拓展事业的经济基础，这是律师重视法律顾问业务的重要原因之一。而律师法律顾问业务的服务对象传统上是以政府机构、企事业单位为主，近年来又有了农村村社、城市社区、社会组织等新的服务对象。这些服务对象是我国经济社会发展的重要力量，在一些方面还发生着决定性的作用，其对经济社会发展影响力可谓大矣。影响有影响力的人，这是律师常年法律顾问业务的基本工作模式，律师正是通过这种影响，让法治理念深入人心，让法律规则指引人的行动，法律顾问，善莫大焉！

法律顾问业务是对律师智慧的最大考验，一个优秀的法律顾问律师，无疑是一个智慧、知识、技能的集合体。对社会的认知是律师做好法律顾问工作的基础，社会各类元素的日益增加和复杂化对律师认知能力的要求越来越高。社会成员除了对法律顾问律师的认知能力和专业技能有着极高的期望外，他们往往还希望律师能够在处理复杂、棘手的疑难杂症时得心应手，长袖善舞。近年来，律师在法律顾问业务领域的专业化、类型化正是回应社会需求不断细分、服务需要更加精细的现实。由此，才有我们看到的法律顾问业务不断地衍生出新的服务类型、服务模式和服务内容。

作为律师传统业务的法律顾问，在律师业的发展史上绝对是值得浓墨重彩书写的一页。鉴于法律顾问业务是律师业务的基础、基本，这项业务的发展、传承形成了一条脉络分明的基线，这就是贴近生活，贴身服务，这几乎已成为律师法律顾问业务的一种固有传统，基因强大、生生不息。这也是历尽世事荡涤而这一业务依然常新常青的原因。中办、国办于2016年6月印发的《关于推行法律顾问制度和公职律师、公司律师制度的意见》是十八大以来中央依法治国战略在法律顾问业务领域的一项重要宣示。《意见》所解决的不仅仅是对法律顾问制度的推崇，更重要的是《意见》强化了制度的落地和可操作性。这对长期在法律顾问领域奋斗的律师来说无疑是一个福音。当然，新时

代对于律师法律顾问业务的挑战也显而易见。当阿尔法狗在围棋领域战胜人类之时，律师们敏感地感受到了科技革命对传统业务的快马加鞭。互联网对律师业的推进和改造同样提醒和鞭策着律师的法律顾问业务，人工智能快速地进入法律服务业，法律机器人从容不迫的应对各类专业问题，律师行业还是矜持地、不卑不亢地端着？抑或是将法律江湖拱手相让？充满着淡定和智慧以及激情的律师们会有第三种选择——让暴风雨来得更猛烈些吧！律师更善于把这种挑战转化为自我革命、自我发展的机遇。阿尔法狗们能做的事儿，就让它们去做吧！阿尔法狗们能做的事儿，如果我们做起来开心，我们就继续做吧！我们应当有充分的信心，在阿尔法狗面前继续长久地保持着人类的尊严，因为我们必定是阿尔法狗们的主人！我们必定会做出阿尔法狗们做不到的事儿！律师业正是因为有了律师业这样一种面对挑战的传统，我们在律师法律顾问领域涌现出了层出不穷的创新：类型化分工、法律体检、项目化服务、平台式法律顾问、互联网+法律顾问……，凡此种种，各类创新探索永不停步。律师业正是因为有了这样一种面对挑战的传统，才有了今年浙江律师“法律顾问的传承与创新”这一主题、才有了这一本饱含浙江律师激情和智慧的《第七届浙江律师论坛获奖论文集》。这一切，是浙江律师对社会变革的深情回眸和无限展望。

法律顾问是律师的专业工作，与律师业的专业化发展进程一样，遵循的是一样的专业化的规律。专业化需要慎密的思考和谋划，专业化也需要实践以后的提炼和升华，专业化更是律师走向职业化、正规化的必由之路。法律顾问业务的发展概莫能外，专业化也是其必由之路。律师法律顾问业务的专业化是由律师在实践中总结提炼的点滴成就汇集而成，点滴汗水汇成涓涓细流，聚精会神，集思广益，终能汇成大河。这条大河，不仅是律师法律顾问业务的大河，也必将是中国律师业发展的大河。抬望眼，一条大河波浪宽！

浙江省律师协会副会长 冯震远  
2017 年 9 月

目 录

1、竞业限制约定及其制度设计  
——以浙江省的用人单位为视角 .....(1)

2、论招标投标合同的实质性变更和正当变更  
——兼论政府法律顾问合同审查服务的风险与控制 .....(10)

3、购房人“不属于破产财产”请求权对工程优先权影响及其处理  
.....(16)

4、简论建筑施工企业法律顾问风控服务要点  
.....(24)

5、浅议对被收购建筑施工企业承建项目尽职调查思路的构建  
.....(30)

6、企业法律顾问服务的标准化构建  
.....(37)

7、“附赠花园”衍生的权利冲突及物权规则探析  
.....(45)

8、认定商品房宣传资料效力的实证分析  
——基于浙江法院 111 个判决的考察 .....(51)

9、预购商品房抵押权预告登记相关事务问题研究  
.....(61)

10、房屋买卖中物权期待权制度的法律完善  
.....(70)

11、破产债权确认程序若干问题探讨  
——法院裁定确认债权后债权人救济途径的发掘 .....（80）

12、破产程序中担保问题研究  
.....（89）

13、论破产中解除债务人财产保全措施的程序完善  
.....（97）

14、论管理人对待履行房屋租赁合同的处理  
——以破产企业为出租人为例 .....（103）

15、法治视域下律师担任政府法律顾问工作的角色定位及其实践  
.....（111）

16、行政协议的认定与审查规则探析  
——以政府法律顾问为视角 .....（117）

|                                               |       |
|-----------------------------------------------|-------|
| 17、论成年意定监护在私人财富管理领域的创新运用                      | (123) |
| 18、论有限责任公司章程对股权转让的限制                          | (129) |
| 19、从万科股权之争再议上市公司双重股权结构设置                      | (136) |
| 20、浅析股权动态调整设计                                 | (143) |
| 21、企业生命周期视角下公司治理中“三黑”危机及应对<br>——从“国美控制权争夺案”说起 | (151) |
| 22、平台式法律服务参与“一带一路”建设的必要性和可行性探索                | (159) |
| 23、中国企业基于美国破产法 363 条收购海外高新技术知识产权资产的法律风险控制     | (165) |
| 24、台湾秘密保持命令制度引鉴及实务探讨                          | (173) |
| 25、论专利侵权判定中被控技术方案的证据载体<br>——以侵权产品实物证据缺失为视角    | (178) |
| 26、市场价值视野下商标侵权损害赔偿问题研究                        | (185) |
| 27、我国上市公司反收购措施的法律分析与设计                        | (192) |
| 28、资本溢价的法律问题                                  | (205) |
| 29、“一带一路”背景下企业跨境涉税法律服务创新研究                    | (211) |
| 30、丧偶女性行使生育权的法律思考<br>——以首例死后人工生殖判决为例          | (220) |
| 31、房屋计税依据明显偏低时“正当理由”的认定相关实务问题研究               | (227) |
| 32、消费语境下的欺诈和知情权研究                             | (234) |
| 33、从法院判例分析股东出资责任加速到期之实现路径<br>——以注册资本认缴制为视角    | (240) |
| 34、论无追索权保理中卖方法律风险及对策                          | (245) |
| 35、融资类贸易的法律风险                                 | (252) |

|                                                      |       |
|------------------------------------------------------|-------|
| 36、房地产项目收购法律实务<br>——原理、路径及案例诠释                       | (264) |
| 37、徘徊在自由门外的“技术无罪”<br>——以电信诈骗中帮助行为的正犯化为视角             | (273) |
| 38、禁止重复评价原则在刑事辩护实务中的适用探析<br>——以交通肇事罪禁止重复评价原则为例       | (280) |
| 39、在楼市热潮中静析约定解除权                                     | (286) |
| 40、房屋土地征收法律服务的更新与发展<br>——政府非诉法律服务的新视角解构              | (293) |
| 41、再谈网约车司机和“互联网+”带来的新法律问题<br>——网约车平台公司之间灵活用工关系的困惑及建议 | (301) |
| 42、论电子劳动合同的效力及法律风险防范                                 | (309) |
| 43、刍议自媒体账号的财产规则 and 法律服务<br>——以微信公众号为例               | (313) |
| 44、互联网交易平台法律责任研究                                     | (323) |
| 45、论民事诉讼的电子化<br>——以浙江法院电子商务网上法庭为例                    | (331) |
| 46、网红经济中律师业务的探索与思考                                   | (337) |
| 47、网络互动直播中的侵权风险及其防范                                  | (350) |
| 48、超越“三段论”的司法裁判<br>——以指导案例为样本的实证研究                   | (358) |
| 49、论律师与法务的冲突和对策                                      | (375) |
| 50、互联网背景下的企业法律顾问服务面临的挑战与机遇                           | (383) |
| 51、Web 缓存新鲜度检测值在现有设计抗辩中的运用                           | (388) |
| 52、家族财富传承中的金融工具分析<br>——法律金融双重视角下家族财富传承管理模式初探         | (394) |

## 竞业限制约定及其制度设计 ——以浙江省的用人单位为视角

浙江浙同律师事务所 吴逢刚

【内容摘要】用人单位在进行竞业限制约定的制度设计时，主体上应当仅限于《劳动合同法》第二十四条规定的涉密人员；形式上则应从保密（竞业限制）制度，合同（协议）中的竞业限制条款，尤其是专门的竞业限制协议等形式上进行全面的设计；竞业限制补偿金的标准，能协商达成一致的，可约定在劳动合同履行地的最低生活保障标准的基础上浮一定的幅度，约定具体的标准有难度的，则笼统约定为按照法定的标准执行，具体执行时，则在劳动者离职前十二个月平均工资的 30% 和当地最低工资标准中就高适用；补偿金发放时应当从收款账号、联系方式等方面进行管理，约定在劳动者拒绝受领时，可以用提存的方式消灭债；违约金条款的设计，可以选择罗列多种计算方法并约定就高适用的方式进行设计。

【关键词】竞业限制约定 生效条件 补偿金 违约责任 制度设计

### 引言

因劳动者离职引发用人单位的商业秘密泄露，是严重困扰用人单位人事管理工作的一个常见问题。随着市场经济的建立，商业秘密的重要性日益凸显。从法律层面上看，在《劳动合同法》实施前，用人单位保护商业秘密的主要手段是依据《反不正当竞争法》第十条、第二十条和第二十五条以及国家工商行政管理局的规范性文件等规定主张民事侵权责任。但囿于侵犯商业秘密的行为隐蔽性强，举证责任对商业秘密的权利人来说相对过重，在民事法律实践中严重影响了对权利人的商业秘密保护。

随着《劳动合同法》及相关司法解释和各地指导意见的实施，在《劳动法》第二十二条、第一百零二条规定的基础上，为用人单位与劳动者之间约定保守商业秘密和竞业限制等行为提供了比较明确的法律规则。

### 一、问题的提出

试举一例：陈某系甲公司员工，双方于 2009 年 4 月 13 日起先后签订两份《聘用合同》，最近一期合同期限自 2012 年 4 月 8 日起至 2015 年 4 月 7 日止，合同约定：（1）本合同所称“薪酬”包含工资、加班工资，各类奖金、各类津贴，社保企业承担部分费用，保密补偿费，竞业限制补偿费等，……；（2）乙方（即陈某）合同期间以及合同解除或终止后贰年内不得在浙江省区域内供职与甲公司经营同类产品、从事同类业务或者有其他竞争关系的其他用人单位，或自营与甲公司构成竞争的业务；（3）乙方应始终保守甲方产品价格信息、客户信息、甲方内部经营管理信息等商业秘密；（4）甲方已按约支付给乙方竞业限制和保密的经济补偿金，乙方违反本条任何一项义务的，应全额

返还已支付的经济补偿金，并按经济补偿金等额支付违约金。

陈某在甲公司实际工作期间，甲公司按月向陈某发放工资，其中工资表中工资组成部分包括基本工资、保密补贴、竞业限制补偿金等，陈某在其中签字予以领取，此外甲公司还向陈某发放了“工资以外款项”，在发放凭证中注明了款项用途为竞业限制补偿金，期间为发放后的两年，陈某亦签字予以领取。另查明，2013年5月下旬陈某离开甲公司处不再继续工作；甲公司经营范围主要是汽车配件的销售，而丙公司系由自然人包某、刘某与陈某三人共同出资于2013年2月成立，其经营范围包括了汽车配件销售。

以上事实有申请人即甲公司提供的聘用合同2份、工资表、工资以外款项发放凭证、甲公司离职手续、甲、丙两公司基本情况等证据和庭审笔录予以证实。<sup>[1]</sup>

前引竞业限制争议纠纷案（以下简称为“前引案例”）历经“一裁两审”，用人单位的仲裁请求、诉讼请求和上诉请求均被驳回。该案主要涉及到竞业限制约定的主体、形式、生效条件，以及补偿金和违约金的标准等问题，在未涉及该类争议中最大的难题，即举证不能的问题的情况下，仍然败诉，在反映保护用人单位权益的难度大方面具有一定的代表性。

本文以前引案例涉及到的竞业限制约定未被支持的教训作为切入点进行分析，并尝试从浙江省内用人单位的制度设计角度提出一些建议，确保用人单位的合法权益。本文所称的竞业限制约定，既包括劳动合同、保密合同等合同中的竞业限制条款，也包括专门的竞业限制协议。

## 二、问题的分析：竞业限制相关问题探析

### （一）竞业限制约定及其与商业秘密的关系

#### 1、竞业限制约定的性质

竞业限制制度的设计初衷是为保护用人单位的商业秘密和竞争优势，同时也要保障劳动者不因履行竞业限制义务而影响正常生存和生活，<sup>[2]</sup>在负有保密义务的劳动者离职后履行竞业限制义务的同时，能够原用人单位处获得约定或者法定的经济补偿。竞业限制约定是一种双务合同，同时也属于劳动合同解除或终止后的当事人义务，即劳动合同的后合同义务，劳动者在离开用人单位后保密期未届满的，应当在保密期内继续承担保密义务。有竞业限制约定的，在用人单位按约定支付经济补偿的同时应当遵守其竞业限制约定。<sup>[3]</sup>

#### 2、竞业限制与商业秘密的关系

《劳动合同法》第二十四条第一款规定：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。这意味着竞业限制是以用人单位拥有符合法定条件的商业秘密且有一定的保密要求为前提的。

用人单位保护商业秘密的手段，在《反不正当竞争法》确立的侵权之债外，还有合同之债的保护手段可供选择。竞业限制规则，早在《劳动合同法》实施之前，就已出现在《劳动法》、劳动部、国家科委和国家工商行政管理局的规范性法律文件中，但尚未普及，保护范围也主要为技术秘密，国家工商行政管理局1995年的文件中涉及到了经营信息方面的秘密。<sup>[4]</sup>也就是说竞业限制制度为用人单位保护商业秘密提供了一种新的实现路径。

[1] 参见杭州市劳动人事争议仲裁委员会杭劳人仲案字〔2013〕第201-1号仲裁裁决书，第4-5页。

[2] 参见浙江省杭州市中级人民法院（2014）浙杭民终字第1206号民事判决书，第7页。

[3] 参见王全兴：《劳动法》，法律出版社2008年7月第三版，第188-189页。

[4] 参见1994年7月5日《劳动法》第二十二条、第一百零二条，1994年9月5日劳动部《关于〈中华人民共和国劳动法〉若干条文的说明》第二十二条，1997年7月2日国家科委《关于加强科技人员流动中技术秘密管理的若干意见》（国科发政字〔1997〕317号），国家工商行政管理局《关于禁止侵犯商业秘密行为的若干规定》（1995年11月23日国家工商行政管理局令第41号公布、1998年12月3日国家工商行政管理局令第86号修订）。

### （二）竞业限制约定的生效条件

竞业限制约定的生效条件到底有三，还是有二，在最高人民法院法释〔2013〕4号司法解释出台之前争议颇大。两个没有争议的条件分别为：

1、主体条件。用人单位拥有符合法定条件的商业秘密；劳动者是负有保密义务的涉密人员。

国家工商行政管理局对商业秘密做出了明确的规定：商业秘密，是指不为公众所知悉、能为权利人带来经济利益、具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息。<sup>[5]</sup>

2、合意条件。用人单位须与劳动者经过协商，并以竞业限制条款或者协议的形式达成合意。

除此之外，有些地方的法律实务当中要求竞业限制约定生效还须满足：

3、用人单位按照约定或者法定的标准支付竞业限制补偿。前两个生效条件各方均不存歧见，唯独这第三个条件争议颇大，在实务当中各地不一，甚至在浙江省的司法实务中还出现了摇摆。

如浙江省高级人民法院“浙法民一（2009）3号意见”第四十条规定：用人单位与劳动者约定竞业限制但未同时约定经济补偿，或者约定经济补偿的数额明显过低、不足以维持劳动者在当地的最低生活标准的，属于《劳动合同法》第二十六条第（二）项规定的“用人单位免除自己的法定责任、排除劳动者权利”的情形，该竞业限制条款无效。四个月之后，浙江省劳动争议仲裁委员会“浙仲（2009）2号意见”第三十一条第一款的规定与“浙法民一（2009）3号意见”第四十条的规定完全一致。

到了2015年，浙江省高级人民法院“浙高法民一（2015）9号解答”在第二个问题的解答中规定：用人单位与劳动者约定了竞业限制，但未约定经济补偿或者约定的经济补偿过低的，不影响竞业限制条款或协议的效力……劳动合同解除或者终止后，因用人单位原因未支付经济补偿达三个月，劳动者此后实施了竞业限制行为，视为劳动者已以其行为提出解除竞业限制约定，用人单位要求劳动者承担竞业限制违约责任的，不予支持。

浙江省高级人民法院“浙法民一（2009）3号意见”第四十条的“竞业限制条款无效”的规定，与《深圳经济特区企业技术秘密保护条例》（1995年11月3日）第十九条规定的“自动终止”，以及《江苏省高级人民法院关于在当前宏观经济形势下妥善审理劳动争议案件的指导意见》（苏高法审委（2009）10号）第二条第二款第二项规定的“竞业限制条款对劳动者不具有法律约束力”，以及《江苏省劳动合同条例》2003年版<sup>[6]</sup>与2013年修订版<sup>[7]</sup>均有类似的规定，即竞业限制补偿金有无约定，约定标准的高低和有无及时发放等情形，均会影响到竞业限制约定的效力。

最高人民法院“法释〔2013〕4号司法解释”虽未明确用人单位未支付竞业限制补偿时不影响竞业限制约定的效力，但该解释第八条的规定能够反映出最高人民法院的态度，即用人单位未按照约定或者法定的标准支付经济补偿时，竞业限制约定并不当然无效。<sup>[8]</sup>因此，浙江省高级人民法院“浙

[5] 参见国家工商行政管理局《关于禁止侵犯商业秘密行为的若干规定》（1995年11月23日国家工商行政管理局令第41号公布、1998年12月3日国家工商行政管理局令第86号修订）第二条科学详尽地界定了商业秘密的含义。

[6]《江苏省劳动合同条例》（2003年10月25日江苏省第十届人民代表大会常务委员会第六次会议通过）第十七条第一款规定：用人单位与负有保守商业秘密义务的劳动者，可以在劳动合同或者保密协议中约定竞业限制条款，并应当同时约定在解除或者终止劳动合同后，给予劳动者经济补偿。其中，年经济补偿额不得低于该劳动者离开用人单位前十二个月从该用人单位获得的报酬总额的三分之一。用人单位未按照约定给予劳动者经济补偿的，约定的竞业限制条款对劳动者不具有约束力。

[7]《江苏省劳动合同条例》（2013年1月15日江苏省第十一届人民代表大会常务委员会第三十二次会议修订）第二十八条第二款规定：用人单位未按照约定给予劳动者经济补偿的，劳动者可以不履行竞业限制义务，但劳动者已经履行的，有权要求用人单位给予经济补偿。

[8]《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（四）》（法释〔2013〕4号）第八条规定：劳动合同或者保密协议中约定了竞业限制和经济补偿，劳动合同解除或者终止后，因用人单位原因导致三个月未支付经济补偿，劳动者请求解除竞业限制约定的，人民法院应予支持。

高法民一〔2015〕9号解答”与“浙法民一〔2009〕3号意见”在竞业限制约定的生效条件上出现了摇摆。

### （三）竞业限制补偿金的标准和发放

1、竞业限制补偿金的标准。按照法律、地方政府规章和司法解释规定的精神，约定的标准优先，但标准不可以畸低。

《江苏省劳动合同条例》<sup>[9]</sup>第二十八条第一款规定：用人单位对处于竞业限制期限内的离职劳动者应当按月给予经济补偿，月经济补偿额不得低于该劳动者离开用人单位前十二个月的月平均工资的三分之一。

《浙江省技术秘密保护办法》（2008年修订）第十五条规定：竞业限制补偿费的标准由权利人与相关人员协商确定。没有确定的，年度补偿费按合同终止前最后一个年度该相关人员从权利人处获得报酬总额的三分之二计算。根据该办法第二条的规定，该补偿标准针对的是技术秘密，即能为权利人带来利益、权利人已采取严格的保密措施、不为公众所知悉的技术信息，包括设计、程序、配方、工艺、方法、诀窍及其其他形式的技术信息。

也就是说，在浙江省范围内，在商业秘密权利人与负有保密义务的劳动者在没有约定竞业限制补偿标准，或者协商未达成一致时，如果需要保密的是技术信息，用人单位应当按照《浙江省技术秘密保护办法》（2008年修订）第十五条规定的标准计发竞业限制补偿费；如果需要保密的是经营信息，在未与负有保密义务的劳动者协商确定竞业限制补偿金标准时，可以参照在《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（四）》（法释〔2013〕4号）第六条规定的标准，即劳动者离职前十二个月平均工资的30%按月支付，如果劳动合同履行地最低工资标准更高的，则按该最低工资标准支付。

另外，用人单位在与劳动者约定竞业限制补偿金的标准时，应当注意浙江省高级人民法院的两个文件。浙江省高级人民法院“浙高法民一〔2014〕7号解答”对第十三个问题的解答中规定：竞业限制协议约定的经济补偿低于当地最低生活标准，劳动者已经履行了竞业限制义务的，可以要求用人单位按其解除或者终止劳动合同前十二个月平均工资的30%的月补偿标准补足差额；若该标准低于最低工资的，按最低工资标准补足差额。浙江省高级人民法院“浙法民一〔2009〕3号意见”第四十条规定，如果经济补偿的标准约定过低，不足以劳动者维持当地最低生活标准的，竞业限制条款无效。

前引两个《意见》的相关条款中都出现了“当地最低生活标准”的概念。以杭州市为例，杭州市主城区2016年最低生活保障标准为每人每月819元<sup>[10]</sup>，远低于2015年11月1日起执行的杭州市主城区最低工资标准1860元。<sup>[11]</sup>前引两个《意见》在实务中带来的困惑是如果约定的竞业限制补偿金标准高于最低生活标准，低于最低工资标准，则劳动者一方有无权利要求按照前述最高人民法院（法释〔2013〕4号）第六条规定的标准补足？答案是否定的，原因是《劳动合同法》、司法解释和《浙江省技术秘密保护办法》均规定了约定标准优先适用的原则，在不低于最低生活保障标准的情况下，公权力不宜干涉；但在约定的竞业限制补偿金低于当地最低生活保障标准的情况下，公权力则可以

根据劳动者的请求，补足与最高人民法院“法释〔2013〕4号司法解释”第六条规定标准的差额。

### 2、竞业限制补偿金的发放。

（1）在发放时间上，应当限定为离职之后。最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（四）》（征求意见稿）2011年5月的版本第13条规定，劳动关系存续期间，用人单位与劳动者约定了竞业限制协议，劳动合同解除或者终止后，劳动者请求用人单位在竞业限制期限内按月支付经济补偿的，应予以支持，但用人单位有充分证据证明在劳动合同存续期间已经向劳动者全部支付了竞业限制经济补偿的除外。其理由是，劳动关系存续期间的支付不能一概认为无效，劳动者免责，而是应判断支付是不是合理，对劳动者是否有利。<sup>[12]</sup>但在征求意见的过程中，遭到了以深圳市中级人民法院为代表的反对。反对意见认为，征求意见稿中的除外规定可能会被用人单位利用，在签订劳动合同时利用其优势地位约定将竞业限制经济补偿金包括在支付的工资中，从而架空竞业限制经济补偿的规定，不利于对劳动者权益的保护。因此，最高人民法院“法释〔2013〕4号司法解释”删除了该除外规定。

前引案例中，甲公司在陈某在职期间以工资和工资以外款项的形式发放了竞业限制补偿金名目的费用高达三十余万元，并在发放凭证上均有陈某的签字确认，在陈某辩称是其正常的工资和奖金时，裁判机构最终以“原告以其名义向被告发放工资，在工资组成部分中发放竞业限制补偿金，不符合法律规定，被告辩称是实际工资，以及工资以外领取的竞业限制补偿金实际是年终奖金，原告又无证据证明年终奖金有另行发放的事实，被告辩称合理可信”<sup>[13]</sup>，据此驳回原告的诉讼请求；仲裁机构则以“申请人亦仅是在履行聘用合同期间以月工资或者工资以外款项的形式向被申请人发放竞业限制补偿费……因双方并未对被申请人的实际工资报酬作出明确约定，而申请人亦未有证据证明其支付给申请人的工资报酬在剔除已支付的竞业限制补偿费后较同行业相对水平具有充分合理性，鉴于此本委认定申请人提出的请求所依据的相关约定，违反了劳动合同法有关竞业限制条款设置的相关规定，也与立法本意相背，据此对申请人提出的要求被申请人返还经济补偿、支付违约金及继续履行竞业限制义务的请求，本委不予支持”。<sup>[14]</sup>可见，浙江省的裁判机构也不支持离职之前支付竞业限制补偿金的做法。

（2）在发放形式上，竞业限制补偿金应当以现金形式发放。至于是按月逐月发放，还是按月一次性发放，最高人民法院法释〔2013〕4号司法解释未予明确。浙江省劳动仲裁院在《关于劳动争议案件处理若干问题的解答》（浙劳仲院〔2012〕3号）第十个问题的解答中规定，《劳动合同法》第二十三条仅规定了用人单位“在竞业限制期限内按月给予劳动者经济补偿”的补偿方式。用人单位如果在解除或者终止劳动合同时，一次性向劳动者支付了竞业限制补偿的，劳动者违反竞业限制义务时，用人单位可以向劳动者主张违约金。

### （四）竞业限制约定的违约责任

#### 1、竞业限制约定的违约责任形式，法定为违约金

竞业限制约定的违约责任，也是竞业限制约定中的关键问题之一。《劳动合同法》第二十三条将违反竞业限制约定的违约责任明确为支付违约金。

#### 2、违约金标准不宜畸高

违约金的主要功能是弥补因违约而给对方当事人造成的损害，并通过法律责任的事先约定来约

[12] 参见王林清：《劳动争议裁诉标准与规范》，人民出版社2011年版，第340页。转引自侯玲玲：《离职后竞业限制经济补偿争议之裁判标准》，《法学》，2012年第9期，第129页。

[13] 杭州市拱墅区人民法院（2014）杭拱民初字第18号民事判决书，第7页。

[14] 杭州市劳动人事争议仲裁委员会杭劳人仲案字〔2013〕第201-1号仲裁裁决书，第5页。

[9]2003年10月25日江苏省第十届人民代表大会常务委员会第六次会议通过，2013年1月15日江苏省第十一届人民代表大会常务委员会第三十二次会议修订。

[10] 参见“中国杭州网”：《杭州市人民政府关于调整城乡居民最低生活保障标准的通知》（杭政函〔2016〕98号），[http://www.hangzhou.gov.cn/art/2016/7/7/art\\_933506\\_1195976.html](http://www.hangzhou.gov.cn/art/2016/7/7/art_933506_1195976.html)，最后访问时间为2017年5月29日。

[11] 参见“杭州市人力资源和社会保障网”：《杭州市人民政府关于调整市区最低工资标准的通知》（杭政函〔2015〕144号），<http://www.zjhz.lss.gov.cn/html/zcfg/zcfgk/gzfu/71978.html>，最后访问时间为2017年5月29日。

束、防范日后违约行为的发生，尽可能降低未来违约发生的可能性。若违约金过分高于补偿金或实际损失，就会使违约金具有明显的惩罚性，一方面不利用合同义务的继续履行，另一方面也会使非违约方因此而投机并获利。<sup>[15]</sup>

因违约金标准约定过高，被裁判机关予以调整的不在少数。笔者认为，违约金虽可约定，但不能脱离补偿金的标准来约定违约金，补偿金与违约金应当保持一种正相关的关系。若用人单位认为竞业限制义务的违反会使其蒙受重大损失，为避免违约责任的发生就规定巨额的违约金以警示劳动者。那么用人单位也应顾及劳动者权益，在约定其违约责任的同时付给劳动者合理的补偿金。<sup>[16]</sup>

浙江省劳动争议仲裁委员会“浙仲（2009）2号意见”第31条第2款规定，用人单位与劳动者约定的竞业限制补偿费虽然高于当地的最低生活标准，但与双方约定的违约金相比显失公正的，仲裁委员会可以根据用人单位支付的补偿金标准，按照公平合理的原则对违约金予以适当变更。

3、违约金之外的其他违约责任形式

浙江省高级人民法院“浙高法民一（2015）9号解答”在第三个问题的解答中规定，劳动者违反竞业限制约定，用人单位要求劳动者返还竞业限制约定期间用人单位向劳动者支付的经济补偿的，应予支持。对劳动者履行竞业限制约定期间用人单位向其支付的经济补偿，用人单位要求返还的，不予支持。用人单位向劳动者一次性支付经济补偿的，应当将经济补偿数额进行折算，对劳动者违反竞业限制约定期间相对应的经济补偿予以返还。

前引案例中，甲公司即在竞业限制条款中就约定了劳动者“违反本条任何一项义务的，应全额返还已支付的经济补偿金”，合乎浙江省现行的规定。

（五）竞业限制争议案件的举证责任分配

《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》（法释〔2007〕2号）第十四条规定：当事人指称他人侵犯其商业秘密的，应当对其拥有的商业秘密符合法定条件、对方当事人信息与其商业秘密相同或者实质相同以及对方当事人采取不正当手段的事实负举证责任。其中，商业秘密符合法定条件的证据，包括商业秘密的载体、具体内容、商业价值和对该项商业秘密所采取的具体保密措施等。

该规定符合民事诉讼法的立法精神，其中“商业秘密符合法定条件”的证明难度不大，但“对方当事人信息与其商业秘密相同或者实质相同以及对方当事人采取不正当手段的事实”证明难度相当大。因为与权利人商业秘密相同或实质相同的对方当事人信息，通常也不会进入公知领域，为公众所知悉，商业秘密的权利人如何获知并用于与自己拥有的商业秘密作比对？获知的手段隐藏着侵权的风险，即如果获取的对方当事人的信息，与自己的商业秘密经过比对，不构成相同或者实质相同，则其积极主动搜集信息的行为很有可能会构成对对方当事人商业秘密的民事侵权。

现有的竞业限制规则，则允许用人单位与劳动者通过约定一些外在易见的行为属违约行为，只要劳动者实施了这些行为，即可认定为违约，可以有效降低用人单位相关的证明难度和取证风险，对用人单位而言，开辟了一条保护商业秘密的有效路径，用人单位应当善加利用，务尽其效，以有效地保护自身的合法权益。

前引案例中，甲公司调取了陈某与他人共同开办竞业性质的丙公司的工商注册信息，证明陈某存有竞业行为，其难度要比证明陈某利用其商业秘密而牟利要小得多。

三、问题的解决：竞业限制约定的制度设计

[15] 王利明：《违约责任论》，中国政法大学出版社2003年版，第629页。

[16] 刘哲：《离职竞业限制违约金问题探究》，《中国劳动关系学院学报》，2017年第1期。

基于前文论及的竞业限制约定的各个方面，浙江省的用人单位在进行竞业限制约定的制度设计时，需从以下几个方面把握。

（一）竞业限制的主体设计

竞业限制的主体，应当仅限于《劳动合同法》第二十四条所确定的范围，即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，不得随意扩大。严格地依法约定竞业限制的主体，用人单位可以避免意想不到的经济损失。如果用人单位随意扩大竞业限制的主体，就要支付相应的竞业限制补偿金，不但会影响到劳动者的自由择业等劳动权，也会给自身造成额外的经济损失。

（二）竞业限制约定的形式设计

竞业限制约定的形式，建议用人单位从依法制订的保密制度等规章制度，劳动合同、保密协议中的竞业限制条款，专门的竞业限制协议等形式进行详略得当的系统约定。在保密制度、竞业限制条款和竞业限制协议三种形式中，保密制度的效力较低，而竞业限制条款和竞业限制协议效力相当，但竞业限制协议可以约定得更详尽，更具操作性。

在竞业限制协议中，可以罗列常见的竞业行为加兜底条款的形式来界定违约行为。除此之外，笔者建议，可以将劳动者在离职后的竞业限制期限内的工作单位、工作内容、社保缴纳情况等情况约定为其协议中的告知义务。如有违反，应当承担相应的违约责任。

（三）竞业限制补偿金的标准设计

用人单位可以与劳动者约定合理的竞业限制补偿金标准，在此约定标准是优于法定标准适用的，但切忌出现标准畸低的极端情形出现。如果劳动者要求的补偿标准过高，难以协商达成一致的，则可以笼统地约定为按照法律规定的标准和支付方式履行。在履行过程中，如果需要保护的商业秘密，为技术信息或者既包含技术信息也包含经营信息的，竞业限制补偿金的标准，按照《浙江省技术秘密保护办法》第十五条规定的合同终止前最后一个年度的报酬总额的三分之二按年计算；如果需要保护的商业秘密仅为经营信息的，则按《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（四）》（法释〔2013〕4号）第六条规定的离职前十二个月平均工资的30%的标准按月计算。

总之，在浙江省内，用人单位与劳动者约定的竞业限制补偿金只要不低于劳动合同履行地的最低生活保障标准即可，上不封顶。但考虑到各地的最低生活保障标准有一个动态调整的过程，且违反竞业限制约定的违约金也与补偿标准存在着一定的正相关关系，该补偿标准宜留有余地，以保持适当的弹性。

（四）竞业限制补偿金的发放管理制度的设计

竞业限制补偿金的发放，是用人单位在竞业限制约定中的义务，关涉到劳动者的抗辩权。用人单位在进行相关制度设计时，应当将以下内容写进竞业限制约定中：

- 1、在约定竞业限制补偿金的发放时，明确约定劳动者的收款账号，并约定如收款账号发生变更，劳动者负有及时通知用人单位的义务。
- 2、并约定在给付不能时，用人单位可以依法申请提存公证

实务中发现，有些劳动者在离职后，采用注销原有工资卡等方式拒绝受领竞业限制补偿金，造成了用人单位的给付不能。笔者建议，用人单位在与劳动者进行竞业限制约定时，应当明确约定有关通知的送达方式，并约定联系方式发生变更后及时通知相对方的义务。用人单位在给付不能时按照约定的方式通知后，劳动者无回应的，视为拒绝受领竞业限制补偿金。

债权人迟延受领，使债务人无法履行，为保护其合法权益，尽早摆脱不合理的拘束，《合同法》

允许债务人提存（第 101 条第 1 款第 1 项）。<sup>[17]</sup> 用人单位可以选择将竞业限制补偿金向用人单位所在地的公证机关进行提存，以解除债务之拘束，并以约定的联系方式告知劳动者提存后的注意事项，包括五年的受领期，提存费用由债权人负担等。

提存作为债的消灭原因之一，是有法律依据的。最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》第一百零四条规定：债权人无正当理由拒绝债务人履行义务，债务人将履行的标的物向有关部门提存，应当认定债务已经履行。《合同法》第九十一条明确规定提存为合同权利义务关系终止的事由之一，第一百零一条第一项规定了债权人无正当理由拒绝受领，导致债务人难以履行债务的，债务人可以将标的物提存。司法部 1995 年发布的《提存公证规则》详细规定了提存的原因、条件、程序和法律效力等问题，规范了公证机关办理提存公证的行为，其中第五条规定：债务清偿期限届满，有下列情况之一使债务人无法按时给付的，公证处可以根据债务人申请依法办理提存：（一）债权人无正当理由拒绝或延迟受领债之标的的；（二）债权人不在债务履行地又不能到履行地受领的；（三）债权人不清、地址不详，或失踪、死亡（消灭）其继承人不清，或无行为能力其法定代理人不清的。该规则第六条规定了约定提存作为给付方式的，债权人未拒绝受领时，债务人亦可申请提存。

值得特别指出的是，如果用人单位采用在劳动合同解除或者终止时，一次性向劳动者支付竞业限制补偿金的，应当明确每月补偿金的标准，并注意与支付离职前工资报酬的区分，操作过程中全程留痕，并将符合证据要求的痕迹材料妥善保管，以备使用。

（五）竞业限制违约金条款的设计

竞业限制约定中的违约金条款，关系到竞业限制约定的效果，其重要作用显而易见。建议用人单位在约定违约金时，不以损失存在为前提地设置，以免除造成己方损失的证明责任。因为通常情况下，经济损失难以量化。

根据浙江省劳动争议仲裁院浙仲〔2009〕2 号文件第 31 条第 2 款的规定，违约金与补偿金的对比关系，是裁判机构判断违约金是否畸高应否调整的重要因素。参照最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》（法释〔2009〕5 号）第二十九条：当事人主张约定的违约金过高请求予以适当减少的，人民法院应当以实际损失为基础，兼顾合同的履行情况、当事人的过错程度以及预期利益等综合因素，根据公平原则和诚实信用原则予以衡量，并作出裁决。当事人约定的违约金超过造成损失的百分之三十的，一般可以认定为合同法第一百一十四条第二款规定的“过分高于造成的损失”。

因此，建议用人单位在与劳动者约定违约金时，采用多种计算方法并列，并以高者为准的约定：实际损失（含所受损失和所失利益）的 1.3 倍；竞业限制补偿金总额的 1.3 倍；衡量各种因素后所确定的固定金额。

在此基础上，浙江省的司法实务当中，裁判机构还会支持用人单位要求劳动者返还违约期间的竞业限制补偿金的诉求。因此，在进行制度设计时，应将该内容写进竞业限制约定。

四、结语

前引案例如果用现行的规则来审视，则甲公司与陈某之间的竞业限制约定有效，且陈某在职期间开办与甲公司竞业的丙公司的行为，被认定为违反竞业限制约定无疑。因陈某在职期间开办丙公司，已经以其行为向甲公司表明了离职后将不会履行竞业限制约定。甲公司有权利要求其承担违约责任，并继续履行竞业限制义务。当然陈某有权要求甲公司支付竞业限制补偿金，因无约定，竞业限制补

偿金的标准可以在其离职前十二个月平均工资的 30% 和当地月最低工资标准中就高适用。至于违约金金额，“退一赔一”的约定，明显高于司法解释所能容忍的限度，裁判机关根据陈某之要求予以调整在所难免。

竞业限制约定在保障用人单位的商业秘密和竞争优势方面，至关重要。用人单位应当充分利用现行规则，进行案例研究，立足于诉讼能胜，进行科学合理的制度设计，并且考虑到影响裁量尺度变动的常见因素，尽可能地留有余地，使制度保持一定的弹性，建立起“事前预防、事中管理和事后控制”的竞业限制管理体系。

参考文献

[1] 王全兴：《劳动法》，法律出版社 2008 年版。  
[2] 崔建远编：《合同法》，法律出版社 2003 年版。  
[3] 王利明：《违约责任论》，中国政法大学出版社 2003 年版。  
[4] 王林清：《劳动争议裁诉标准与规范》，人民出版社 2011 年版。  
[5] 董保华：《由竞业限制经济补偿争鸣引发的思考——兼与叶静漪教授商榷》，载《法学》，2010 年第 10 期。  
[6] 张妮等：《离职竞业限制协议的效力问题探讨——兼论商业秘密保护手段选择》，载《法学杂志》，2011 年第 10 期。  
[7] 贺伟：《离职竞业限制协议的裁判考量》，载《中国劳动》，2017 年第 2 期。  
[8] 刘哲：《离职竞业限制违约金问题探究》，载《中国劳动关系学院学报》，2017 年第 1 期。  
[9] 侯玲玲：《离职后竞业限制经济补偿争议之裁判标准》，载《法学》2012 年第 9 期。  
[10] 李长勇：《〈劳动合同法〉规定的竞业限制制度的几个问题》，载《齐鲁学刊》，2012 年第 1 期。

[17] 崔建远主编：《合同法》（第三版），法律出版社 2003 年版，第 214 页。

# 论招标投标合同的实质性变更和正当变更

## ——兼论政府法律顾问合同审查服务的风险与控制

浙江汇时律师事务所 蓝哲涵 姚佳燕

【内容摘要】政府投资项目日益增加，经过招标投标的合同在履行过程中经常出现需要对一些实质性内容进行变更的情况。虽然《合同法》赋予了双方当事人合同变更的权利，但《招标投标法》又限制了该权利，要求双方进行的变更不得违反备案合同的实质性内容，否则无效。在此情况下，不能认定任何涉及实质性变更都属于无效，需要厘清合同的正当变更与实质性变更。若合同履行的客观情况发生变化，双方当事人所作出的实质性内容变更不损害国家、社会以及其他人的利益，也不会造成双方利益失衡的情况下，应当认定是合同的正当变更，反之，则应为无效变更。律师担任政府法律顾问，必然涉及政府合同的审查和法律服务。由于政府投资项目往往投资巨大，合同变更成为合同审查和法律服务中的重要内容，顾问意见直接被顾问单位采用，并以此进行合同变更，存在巨大的责任，律师应当谨慎分析，准确给予建议，控制法律风险。

【关键词】政府合同 正当变更 实质性变更 招标投标 法律顾问

近两年来，财政投资工程出现井喷。根据《招标投标法》和《政府采购法》规定，这些财政投资工程合同绝大多数是通过招投标程序签订。这些工程的合同审查已经成为律师担任政府法律顾问的核心工作内容之一。在合同签订前对合同条款的审查有据可依，难度不大，风险也可以把控。但是由于规划改变、前期工作不到位、政策处理出现阻碍等各种原因，导致目前在招标投标合同履行过程中，会不同程度的出现合同变更情况，如施工范围增减、计价方式变更、工期延误导致的人工材料补差、保证金缴纳退还等。尤其是建设单位主动要求变更成为一种常态。对于法律顾问而言，经常见到的情况是建设单位和施工单位就变更问题发生争议，建设单位就会征求法律顾问的意见是否可以变更；另一种情况，就是建设单位直接通过会议纪要或者联系单等形式，直接进行变更，但在结算财审时发现问题，再交给法律顾问解决。在这些情况下，都会存在一个共同的问题，即招标投标合同签订后是否可以变更，如何变更才能取得合法性？

根据《合同法》规定，一般合同变更只要双方协商一致，另行签订一份建设工程合同或者补充协议即可。但就招标投标的建设工程而言，根据《招标投标法》第四十六条的规定，双方进行的变更不得背离招标投标文件和备案合同的实质性内容，否则会被认定变更无效。该条包含了两层意思：一是建设工程合同的签订应当依据招标投标文件；二是其他协议的内容不得违反建设工程合同和招标投标文件的实质性内容。但法律法规及司法解释并未对“背离合同实质性内容”作出明确的解释，司法实践中，对于发包人与承包人通过补充协议、会议纪要、往来函件、签证、联系单等洽商记录形式变

更工期、工程价款、结算方式以及工程项目性质的，到底是属于当事人正当变更合同还是变更中标合同的实质性内容没有统一的裁判标准，从而导致各地法院对于相似案件的判决差异较大，即使最高院所审判的案件，也有着大量的观点冲突。有的法官认为，合同履行的客观情况未发生根本性变化，对合同工期、工程价款等内容作出的变更构成实质性变更<sup>[1]</sup>；也有的法官认为，必须招标的项目出现纠纷时，应以备案的招标合同作为审理依据<sup>[2]</sup>；还有的法官认为，为赔偿一方停工损失而对工程价款结算方式进行变更约定，属于合同履行过程中的正常变更<sup>[3]</sup>。因建设工程的时期都较长，合同中出现设计变更或者其他客观情况发生变化是很普遍的，因此如何认定合同的正当变更还是背离合同的实质性内容是招投标领域争议和博弈的核心问题。

作为政府法律顾问，律师直接面对上述问题，无论法律理论和司法实践出现多大的争议，都必须第一时间给出有价值可接受的答案。更为重要的是，给出的法律意见必须充分考虑风险，一旦最终结果与律师意见不一致而形成损失，数额往往巨大，后果不堪设想。所以，作为政府法律顾问，对此问题必须作为重点问题予以考虑和研究。

### 一、现实案例引发对《招标投标法》第四十六条的重新思考

案例一“浙江某物资有限公司诉某国有公司买卖合同纠纷”案件。国有公司经过招投标，确定某物资公司为中标人，向其采购钢材。双方签订产品购销合同，约定分三阶段支付，第三阶段钢材单价以市场钢材价格行情下浮 40 元/t 计算，国有公司收货验收合格后十日内支付钢材款。在合同履行过程中，因国有公司资金紧张无法及时支付钢材款，双方另行签订补充协议，协议约定第三阶段钢材单价以市场钢材价格行情上浮 60 元/t 计算，费用按月结算，在结算后 5 日内付清。之后双方对于结算款项发生纠纷，物资公司起诉后，国有公司提出反诉，认为补充协议对备案的产品购销合同的钢材价款和支付期限进行了实质性的变更，应当认定为无效条款，物资公司多收取的货款应当予以返还。

案例二“某政府部门 PPP 项目合同变更”案。某政府通过 ppp 项目的法定程序，与社会投资人签订了正式合同。根据该采购文件和 ppp 合同，应当由社会投资人独资设立项目公司签订承继合同。但是社会投资人为了融资方便，设立了三个股东的项目公司。事情发生后，政府方面提出社会投资人的行为是否构成根本违约，如果允许该项目公司继续签订承继合同并履行，是否构成对采购文件和 ppp 合同的实质性变更。这个问题就由政府部门直接抛给法律顾问，案涉金额以亿计算的合同，法律顾问的压力和风险都被无限放大。

笔者认为，在案例一中，国有公司和物资公司合意提升钢材价格、变更钢材款的结算支付期限，实际是因为国有公司未能及时支付货款，为了赔偿物资公司的损失而而对工程价款和结算方式进行变更约定，其实质为关于损失赔偿的约定，属于合同履行过程中的正常变更。并不属于招投标过程中的“黑合同”，应当认定为有效变更，可以作为双方结算钢材款的依据。而案例二中，项目公司的股权结构实际上不影响股东对外承担有限责任，而社会投资人在 ppp 合同中是约定与项目公司承担连带责任的。所以项目公司的股权结构变化，并不会给社会投资人和项目公司的法律责任形成实质性的改变。只要在项目公司的公司治理和决策权上确保社会投资人享有决定权并承担全部责任，

[1] 北安市巨源房地产开发有限公司与绥化铁龙建筑工程有限公司建设工程施工合同纠纷申请再审案，见（2012）民申字第 754 号民事判决书。

[2] 德州信诚建筑有限公司与德州宏图房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷案，见（2013）德中民初字第 101 号民事判决书。

[3] 唐山凤辉房地产开发有限公司与赤峰建设建筑（集团）有限责任公司建设工程施工合同纠纷案，见（2015）民一终字第 309 号民事判决书。

即可以保证合同目的的实现。所以，对于这种违约行为形成对原采购文件和合同的实质性的违反，双方经过协商，对合同原约定进行必要的变更，并不适合直接确定为实质性的变更，有些变更也应当在正当变更的范畴内。

从上述两个案例中，我们可以看出合同变更在招投标领域中应用广泛，若不允许招投标双方对合同内容进行变更的话，则会导致合同难以继续履行，甚至出现工程烂尾、工程索赔等一系列后续问题，反而造成公共利益损失。而《招标投标法》第四十六条之所以规定不得再行订立背离合同实质性内容的其他协议，是为了保证招投标结果能够落到实处，防止招标人或投标人迫使对方在合同价格等实质性条款上作出让步，或者招标人与投标人串通影响公平竞争，损害国家和社会公共利益，但其并不禁止双方对于合同的正当变更。<sup>[4]</sup>因此，区分合同的正当变更和实质性变更就成为了招投标合同履行过程中的关键问题。

## 二、招投标合同正常变更的现实必要性和法律冲突的解决

《招标投标法》第三条以及《工程建设项目招标范围和规模标准规定》中对于招投标的工程建设的范围进行了规定。该范围很广，从而导致大部分财政投资建设工程都需要通过招投标形式签订，范围的扩大，同时也导致了纠纷的增多。另一方面，建设工期的工期长，工程因实际建造过程中可能会发生规划设计变更，材料价格上涨等情形，工程客观情况的变化会导致工程成本变化。<sup>[5]</sup>若再以备案合同确认双方的权利义务，会损害合同主体的利益，不利于合同的继续履行。法律赋予合同双方当事人的合同变更基本权利。当然，不得不考虑的是，政府部门一些项目仓促上马，在招投标后单方增减工程量，甚至根据部门领导的喜好随意变更合同的情况也存在。在这种情况下，也必须防止通过变更合同，损害施工方利益，或者双方会利用该权利另行签订“黑合同”，肢解工程，暗箱操作。在这个问题上，法律既要使当事人的合同变更权不受限制和排除，又要防止当事人通过签订“黑白合同”，作为不正当竞争的手段，达到损害国家、社会公共利益和他人利益的目的。<sup>[6]</sup>两种法律目的是相互冲突的。在法律相冲突的情况下，如何认定是否为实质性变更以及怎么适用法律条文成为了研究的重点。

《招标投标法》中并未明确哪些内容属于建设工程合同的“实质性内容”，从而导致司法实践中对于“实质性内容”极不统一。依照《合同法》第三十条、《招标投标法》第五十三条以及《招标投标法释义》中关于实质性内容的认定，笔者认为，建设工程合同的实质性内容应包括工程范围、工程价款、建设工期以及工程质量、解决争议方式等。至于其他的工程价款支付方式、风险范围、违约责任等，则要根据变更的程度结合招投标时的具体情况来判断是否损害了其他投标人的合法权益，是否对当时的中标结果产生影响等多重因素考虑。

如何认定合同的正当变更和实质性变更，最终确认招标人与投标人的权利义务，是司法实践当中的难题，因没有统一的裁量标准，更多地依靠的是法官的自由心证。笔者精选了最高院的相关案例，来分析其中的裁判准则（案例附后）。从最高院所作出的相关判决和裁定中，笔者归纳了以下几个裁判准则，以供大家辨别和区分合同的正当变更和实质性变更。

1. 首先要看《补充协议》的签订时间，如果签订的时间是在招投标之前，并且双方在招投标之后都是依照《补充协议》确定工程价款、工程质量以及工期等内容的，即使该协议经过备案，但因该协议违反《招标投标法》第四十三条的强制性规定，协议无效。经招投标后签订的《建设工程合同》因违反《招标投标法》第五十三条、第五十五条“不得串通招投标”而无效，但依照《建设工程施工合同解释》第二十一条，其可以作为双方结算工程款的依据。

2. 其次要结合客观情况，合同履行的客观情况未发生根本性变化，对合同工期、工程价款等内

容作出的变更构成实质性变更。双方经招投标后，规划设计、政府政策、材料价款等涉案工程的客观情况未发生变化，双方当事人就对工程价款、结算方式、工期等内容作出与备案合同不同的约定，构成对备案合同进行的实质性变更。

3. 再者要考虑合同签订的目的，如若是为赔偿一方停工损失或者逾期付款的利息而对工程价款结算方式进行变更约定，属于合同履行过程中的正常变更。双方对于的结算方式的变更，实质为赔偿损失的约定，并不损害国家、社会以及其他人的利益，属于合同的正常变更，应当认定为有效。<sup>[7]</sup>

4. 最后一点是从诉讼的角度出发，有时还是要看双方提供的证据能否证明双方对于实质性变更有无达成合意。如若提供的证据无法证明工程量的增加以及合同主体对结算方式以及工程量达成了新的合意的，仍应依照备案合同结算。如若能够证明的，则还要结合其他内容来具体判断变更是否有效。

另外，关于工程款价款的变更问题，最高院有两份截然不同的判决，一份判决认为应以合同履行中的变化是否超过备案合同的三分之一为据，三分之一以内属于正常范围，超过三分之一，则应认定为违反合同实质性内容，未备案合同为无效合同；另一份判决认为对工程价款约定了8%、4%的让利，已经构成对合同的重大实质变更，该让利条款无效。对于上述两份判决，笔者都没有找到具体的法律依据，但究其本质而言，就是关于变更幅度的问题。变更多大幅度会导致双方利益失衡，达到背离合同实质性内容的程度，需要正确界定，这里就是法官行使自由裁量权的问题了。<sup>[8]</sup>

实质上，该问题的核心的法学理论问题就是合同制度与招标投标制度的利益冲突。意思自治是契约的灵魂，也是《合同法》的立法宗旨，而《招标投标法》的目的则是维护招标投标的秩序，保护国家、社会公共利益。在公法与私法冲突时，应当如何适用？是这道司法难题的根本所在。有人认为，应当私法优先，因为招投标合同落脚点仍在双方的意思自治，应当予以保护。也有人招投标制度初衷就在于维护招投标秩序，应当优先保护公共利益。笔者认为，《合同法》和《招标投标法》作为同一层级的法律规范并不存在优先适用之说，在认定是否背离合同实质性内容时，既要尊重当事人的真实意思表示，同时也要考虑到招投标秩序的维护，双方当事人的利益不至于失衡。

综上，笔者认为若合同履行的客观情况发生变化、双方当事人所作出的实质性内容变更不损害国家、社会以及其他人的利益，也不会造成双方利益失衡的情况下，应当认定是合同的正当变更，反之，则应为实质性变更。

## 三、政府法律顾问在招投标合同法律服务中的风险防范

如前所述，在法律规范不明确，司法实践观点不一致，而政府招投标工程又在大量发生的情况下，政府法律顾问如何做好招投标合同法律服务中的风险防范是个值得研究和探讨的问题。

首先，政府法律顾问作为提供法律服务的专业人员，不是政府内部工作人员，是不能对招标文件的商务条款进行审核的，仅能对招标文件中的合同的合法性进行审查并发表法律意见。一般政府法律顾问是先审查政府部门的招标文件，经过招投标后再审查建设工程合同，此时容易把建设工程合同和招投标文件割裂开来，如若政府部门疏漏导致建设工程合同和招投标文件部分条款内容不一致，则会面临条款可能无效的法律风险。法律顾问在审查招投标合同都要出具法律意见，若因政府法律顾问未尽到审查义务导致合同条款无效甚至出现损失，此时法律顾问也将面临着相应的法律风险。为控制风险，建议政府法律顾问审查建设工程合同时，应当与原招投标文件进行对照，看其中是否有实质性内容不一致的地方，并及时与顾问单位沟通，避免建设工程合同部分条款因违背招投标文件而无效。

其次，若在合同履行过程中，如果出现工程变更的情况，政府部门一般要征求法律顾问意见。

[7] 浅谈建设工程施工合同纠纷类型及预防措施 [J]. 何佰洲, 万俊伟. 价值工程. 2016(23)

[8] 《最高人民法院建设工程施工合同司法解释的理解与适用》，最高人民法院民事审判第一庭编，人民法院出版社 2015 年出版，第 162 页

[4] 建设工程施工合同案件审判疑难问题研究 [J]. 潘军锋. 法律适用. 2014 (07)

[5] 建设工程招投标纠纷案件审判疑难问题研究 [J]. 李后龙, 俞淮南, 杨晓蓉, 潘军锋. 法律适用. 2017(07)

[6] 论建筑工程“阴阳合同”效力 [J]. 任晨悠. 中国政法大学. 2016 (04)

法律顾问应当慎之又慎，本着实事求是的原则，应当先要了解工程的基本概况，再看变更的内容是否为工程价款、建设工期、工程质量、结算方式、争议解决方式等重要内容，变更是否存在故意规避招投标限制、是否存在恶意串通、是否存在随意变更合同的情况，着重审查是否有损害国家、社会以及他人利益的可能，严守《招标投标法》的禁止性规定的底线，判定变更是否正当，就正当变更予以支持，对于不正当的变更坚决给出否定的意见。如果不能用上述归纳的裁判准则去进行判断，则法律顧問需要及时发出建议书，将相关依据和判例等认定实质变更和正当变更的参考依据提供给顾问单位，建议其向上级主管部门和专家，根据综合客观情况和各种因素予以进一步分析判断。但在法律顧問意见中需要明确因司法观点不统一，是否为实质性变更以及变更是否有效在司法实践中尚存有争议，法律顧問仅就法律问题做法律风险分析和提供法律意见，并且法律意见仅供参考，最终的决策权仍应交给政府部门。

再次，从诉讼的角度上而言，要培养政府工作人员的法治思维，尤其是证据思维，凡作出的行政行为或者意思表示都需要有相应证据能够证明，且证据能够符合客观、真实、合法三性。若政府部门和投标人对合同内容进行变更达成一致的意思表示，不能通过会议纪要或者单方出具工程联系单进行变更。通过会议纪要形式进行的变更，一方面投标人的参会人员是否有公司授权，能否代表公司做出变更合同内容的意思表示需要证据予以证明；另一方面若投标人不到场签字，则会议纪要不能约束投标人。对于单方出具的工程联系单而言，因没有双方签字，法院很难据此认定双方有达成一致的变更意思表示。法律顧問在法律服务过程中，应当明确提出，政府部门应当与投标人通过签订合同或者补充协议对备案合同进行变更，并且要经过相关部门的备案，以明确双方达成新的合意。

以上就是笔者关于合同正当变更与实质变更的论述，希望能借此引发思考，更好地规范招投标流程，解决政府投资项目的纠纷，保护权利人的合法权益，保障社会公共利益。

参考文献

- [1] 论引起建设工程结算纠纷的原因及法律措施 [J]. 谢满春 . 法制博览 . 2017(06)
- [2] 建设工程合同纠纷情势变更原则适用酌定论 [J]. 徐中华 . 法学杂志 . 2010(S1)
- [3] 建设工程合同法律风险防范研究 [J]. 杨志冰 . 华中科技大学 .2014 (01)
- [4] 建设工程施工合同纠纷案件审理中的问题和对策 [J]. 邹跃光 , 林跃轶 . 人民司法 .2007(09)
- [5] 建设工程施工合同法律效力问题研究 [D]. 胡晶晶 . 宁波大学 2014
- [6] 建设工程“黑白合同”的认定与处理 [J]. 杨鹏 , 刘尊知 . 人民司法 . 2009(14)
- [7] 建设工程合同中的工期迟延法律问题研究 [J]. 李秀武 . 东南大学 .2016 (03)
- [8] 我国招标投标法律规制的现状及其完善 [D]. 唐子雯 . 广西师范大学 .2014
- [9] 建设工程招投标纠纷案件审判疑难问题研究 [J]. 李后龙, 俞灌南, 杨晓蓉, 潘军锋 . 法律适用 .2017(07)
- [10] 建设工程施工合同审判新类型问题研究——《建设工程司法解释》施行十周年回顾与展望 [J]. 潘军锋 . 法律适用 .2015(04)

参考书目

- [1] 林一：建设工程施工合同案件审判实务，法律出版社 2015 版
- [2] 最高人民法院民事审判第一庭：民事审判指导与参考，人民法院出版社 2016 版

附：最高人民法院案例

| 法律文书                      | 案件                                                          | 裁判结果                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |
|---------------------------|-------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| (2017) 最高法民 申 328 号民事裁定书  | 四川省第一建筑工程公司与成都双流新兴建材有限公司、彭俊鑫建设工程施工合同纠纷                      | 在如何认定实质性内容的违反或背离上，关于工程价款一项，应以合同履行中的变化是否超过备案合同的三分之一为据，三分之一以内属于正常范围，超过三分之一，则应认定未备案合同为无效合同。                                                                                                                                                                                                                 |
| (2016) 最高法民 终 484 号民事判决书  | 通州建总集团有限公司与内蒙古兴华房地产有限责任公司建设工程施工合同纠纷                         | 《补充协议书》约定了案涉招投标工程的施工范围、工期、合同价款计算及给付方式、违约责任等招投标中的实质性内容，且签订时间在招投标之前。说明双方当事人招投标之前，已就投标价格、价款给付等影响招投标的实质性内容进行谈判，该《补充协议》因违反法律强制性规定而无效。                                                                                                                                                                         |
| (2016) 最高法民 申 2172 号民事裁定书 | 肇庆市建设工程有限公司与广东中核惠原工程有限公司建设工程合同纠纷                            | 2007 年施工合同不能作为结算工程款的依据。该无效合同虽经备案，但因在法定招标投标程序之前签订，不属于《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第二十一条规定的“备案的中标合同”。2008 年中标通知书不能作为结算案涉工程款的依据。该材料仅是一份通知肇庆公司中标的文件，并非是确定各方权利义务的建设工程施工合同。中标通知虽然也记载了工程规模、工程结算原则性标准等条款，却并未对建筑工程施工合同中的主要内容进行明确详细的约定，单凭中标通知书不能作为计算案涉工程造价的依据。本案应当以招投标之后签订的 2008 年施工合同及 2008 年补充协议作为结算工程造价的依据。 |
| (2015) 民申字第 3575 号民事裁定书   | 济宁森泰房地产开发有限公司、山东鸿顺集团有限公司与济宁森泰房地产开发有限公司、山东鸿顺集团有限公司建设工程施工合同纠纷 | 本案的争议焦点是：双方当事人签订备案的建设工程施工合同后，又签订补充协议约定了让利条款，让利条款能否作为结算的依据。最高法认为，工程价款属于影响合同当事人基本权利义务的实质性内容，双方在备案合同之外的两份补充协议中，对工程价款约定了 8%、4% 的让利，属于对备案合同实质性内容作了重大变更，并非一般的合同内容变更或其他条款的修改。因此，应当以备案的中标合同作为结算工程价款的依据，不能计算让利条款约定的部分。                                                                                            |
| (2015) 民申字第 401 号民事裁定书    | 秦皇岛长城环境设备有限公司与国网山东乳山市供电公司、乳山市热电厂买卖合同纠纷                      | 长城公司与供电公司经招投标后签订《工业品买卖合同》，约定其为供电公司提供脱硫装置一套，并负责设备的设计、制造及安装，价款结算方式为包干价结算。因工程设计变更及工期延误，工程出现增项。长城公司在诉讼中提供了《报价书》、《设计变更单》及其他证据材料，最高法认为，这些证据无法证明工程量的增加以及合同主体对结算方式以及工程量达成了新的合意。长城公司未能证明在签订《工业品买卖合同》时双方约定了明确具体的工程量，也未能证明在合同履行过程中工程量的增加以及合同双方对工程量的增加、工程款结算方式达成了新的合意，应当承担举证不能的法律后果。案涉工程应当依据招标合同价格确定。                |
| (2014) 民一终字第 67 号民事裁定书    | 中国对外建设有限公司与鞍山华创德隆房产开发有限公司建设工程施工合同纠纷                         | 有关工程范围、价款、质量、管辖争议条款等均是合同的实质性内容，在备案合同与未经备案合同约定的管辖条款不一致时，应当以备案合同确定案件的管辖问题。                                                                                                                                                                                                                                 |

## 购房人“不属于破产财产”请求权对工程优先权影响及其处理

浙江素豪律师事务所 吴文达 朱佳莹

【内容摘要】本文以房地产企业破产为背景。之前我们对购房人“不属于破产财产”请求权及其相关问题关注不多，但宁波东来置业公司破产重整案中“不属于破产财产”系列案的败诉，逼使我们重新审视该项制度。在该系列案中，我们代理工程承包人率先取得法院确认 6000 余元工程优先权的判决，但却遇到众多购房人的“围猎”。购房人推选代表或单独提出确认商品房“不属于破产财产”之诉，在所涉房商品房性质为商业、办公且尚未建成的情况下，一审基层法院、二审中院及再审高院均支持购房人的请求，让我们不得不面对破产商品房大部分为“不属于破产财产”的困境。

购房人“不属于破产财产”请求权以原破产法司法解释为依据，相关规定是否继续有效？购房人对“不属于破产财产”商品房到底享有何种性质权利？该购房人对商品房享有权利与工程优先权之间的优先顺位如何排序？“不属于破产财产”商品房最终应如何处理？等等。对上述相关问题的思考与整理形成本文。

【关键词】购房人“不属于破产财产”请求权 工程优先权 影响及其消除

### 一、问题的提出

工程价款优先受偿权（以下称：工程优先权）的法律依据是《合同法》第 286 条、最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复（法释〔2002〕16 号）（以下称：《工程优先权批复》）及其他相关规定。根据上述规定，工程优先权优于普通债权、抵押权，劣于已支付 50% 以上房款的消费者购房人优先权（以下或下称：消费者购房人优先权）。

购房人“不属于破产财产”请求权的法律依据是《原破产法司法解释》第七十一条。其中规定：“下列财产不属于破产财产：（五）特定物买卖中，尚未转移占有但相对人已完全支付对价的特定物（以下或称第（五）项或第（五）项规定）；（六）尚未办理产权证或者产权过户手续但已向买方交付的财产”（以下或称第（六）项或第（六）项规定）。《原破产法司法解释》第七十一条共有九项“不属于破产财产”规定，其余七项不是本文探讨的购房人“不属于破产财产”请求权的法律依据。同时，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定（二）》（自 2013 年 9 月 16 日起施行）（下称《破产法司法解释（二）》）第二条规定有“不应认定为债务人财产”的四种情况，也并非本文探讨的购房人“不属于破产财产”请求权的法律依据。

有人认为，商品房首先是一种特定物，只有具备“尚未转移占有但相对人已完全支付对价”条件，购房人就有权主张其所购的商品房“不属于破产财产”。同时，商品房也是需办理产权过户手续的财产，其如符合“尚未办理产权证或者产权过户手续但已向买方交付”条件，购房人对其所购房产也享有“不属于破产财产”请求权。

也有人认为，购房人“不属于破产财产”请求权只能适用第（六）项规定。理由是：商品房虽然是可以第（五）项规定中的特定物，也可以是第（六）项规定中需要办理产权过户手续的财产，特定物范围大，特定物包括全部不动产及动产中的特定物，需要办理产权过户手续的财产只限于不动产，最多可以扩张到船舶、汽车等特殊动产。因此，需要办理产权过户手续的财产一定是特定物，但特定物范围更广，二者是包含与被包含关系。由此可见，对商品房而言，第（五）项规定为普通性规定，第（六）项规定为特殊性规定，理应适用第（六）项的特殊性规定。

但不管如何，由于《原破产法司法解释》第（五）、（六）项规定的情况大量存在。许多房地产企业在破产时，其所开发的商品房尚未建成、尚不能转移占有，但购房人已可能付清全部房款。同时，商品房已建成、已交付、但尚未完成变更登记的的情形也存在大量。由于购房人量大，而破产房产企业一般除了其开发的商品房外很少有其他财产。就像前述宁波东来置业公司破产重整“不属于破产财产”系列案，工程承包人仍然享有工程优先权，但大部分商品房却“不属于破产财产”。如此，作为工程承包人必须会提出如下问题：

购房人“不属于破产财产”请求权以原破产法司法解释为依据，相关规定是否继续有效？购房人对“不属于破产财产”商品房到底享有何种性质权利？该购房人对商品房享有权利与工程优先权之间的优先顺位如何排序？“不属于破产财产”商品房最终应如何处理？等等。

### 二、关于相关规定的效力状态

购房人“不属于破产财产”请求权法律依据是《原企业破产法司法解释》第七十一条第（五）、第（六）项。如果该规定已经失效不可继续适用，则购房人“不属于破产财产”请求权对工程优先权的影响可就此正当消除，其他相关就再无探讨之必要。但相关规定的效力状态到底如何？对此，我们作如下分析。

（一）、我们认为，相关规定并非必然无效

有种观点认，《原企业破产法司法解释》其制定的依据是《企业破产法（试行）》。但该《企业破产法（试行）》已被之后出台的《企业破产法》（2007 年 6 月 1 日起施行）取代，特别是之后的《企业破产法》第一百三十六条明确规定：“本法自 2007 年 6 月 1 日起施行，《企业破产法（试行）》同时废止”。也即，《原破产法司法解释》适用已失去前提与基础。最高院也于裁定中反映其观点：“在《企业破产法（试行）》已经废止的情况下，针对该部法律所制定的《破产案件若干问题规定》原则上应不再适用”。<sup>[1]</sup>

但我们认为，新法取代旧法之后，以旧法为依据所作的司法解释并不必然无效。除非以旧法作为依据的司法解释为新法、新司法解释所明确废止、所排除适用，或与新法、新司法解释规定相矛盾。如我国对《民事诉讼法》曾有过多次修改，但并不意味着新的《民事诉讼法》出台之后之前众多的司法解释全部废止。如我们熟知的 2002 年 4 月开始实施的《关于民事诉讼证据的若干规定》至今仍在使用。

由此可见，相关规定是否仍然有效，关键不在于新法取代旧法，而在于原司法解释规定内容是否被新法所废止、排除适用，或是否与新法相冲突。

（二）、我们认为，相关规定因新司法解释排除适用而失效

具体如下：

其一、《原破产法司法解释》第七十一条规定：“下列财产不属于破产财产”；《破产法司法解释（二）》第二条规定：“下列财产不应认定为债务人财产”。鉴于《企业破产法》第一百零七条“债

[1] 中华人民共和国最高人民法院：（2016）民申 3384 号民事裁定书。

务人被宣告破产后，债务人财产称为破产财产”的规定，新、旧司法解释有关“不属于破产财产”与“不应认定为债务人财产”应属于同一概念；

其二、《原破产法司法解释》第七十一条共列举九项“不属于破产财产”，其中三项为《破产法司法解释（二）》第二条直接接受。另有三项，因《破产法司法解释（二）》改变《企业破产法（试行）》有关“已作为担保物的财产不属于破产财产”的规定，而其将列为债务人财产；

其三、《原破产法司法解释》第（五）、（六）项规定，即作为购房人“不属于破产财产”请求权的规定及第（九）项（破产企业工会所有的财产）的规定，《企业破产法》及《企业破产法司法解释（二）》均没有作出规定与安排。

我们认为，由于“不属于破产财产”与“不应认定为债务人财产”系同一概念，而新规定未将《原破产法司法解释》第七十一条第（五）、（六）项财产列入“不应认定为债务人财产”情形。显然，该规定条款已不能再作为“不属于破产财产”认定依据，也就不能成为购房人“不属于破产财产”请求的依据。也即，相关规定因新司法解释排除适用而失效。

（三）、但有人认为，相关规定仍然有效

但无论是学界或司法实务界，认为《原破产法司法解释》第七十一条第（五）、（六）项的规定可继续适用的大有人在，并可能仍为主流观点。

前述宁波东来置业有限公司破产重整“不属于破产财产”系列案中，单浙江高院受理的相关当事人提起的与确认“不属于破产财产”有关的再审案件或第三人撤销之诉案件（二审）共有三十余起，浙江高院在该三十余起裁判文书均确认《原破产法司法解释》第七十一条第（五）、（六）项规定仍然有效。并使用相同的理由驳回三十余当事人再审申请与撤销之诉。浙江高院认为：“《最高人民法院关于适用若干问题的规定（二）》第二条“下列财产不应认定为债务人财产——与《最高人民法院关于审理企业破产案件若干问题的规定》第七十一条均是对不属于破产财产的规定，后者系对前者的补充，两者并不矛盾”。其同时认为：“《最高人民法院关于审理企业破产案件若干问题的规定》第七十一条第（六）项系对房屋买卖特殊情形下的规定，而非仅是针对商品房买卖的规定，故二审认定永彦公司选定案涉房屋后，案涉房屋对于永彦公司而言就是特定物，从而适用该条第（五）项的规定，并无不当”。<sup>[2]</sup>

经查询，浙江高院上述观点并非是个别现象，北京、上海等高院在相关裁判也均持上述观点。<sup>[3]</sup>

学界中，中国人大法学院王欣新教授在《房地产开发企业破产中的房屋产权界定与合同履行》<sup>[4]</sup>一文认为：“《破产规定》虽是在旧破产法下制定的，但其第71条第6项的内容目前仍应具有法律效力。其一，在新企业破产法实施后，该司法解释并没有被明令废止，且该条内容与企业破产法及有关司法解释并不冲突，可以继续适用。其二，破产法及其司法解释与物权法等其他立法之间是特别法与一般法的关系，特别法在破产程序中具有优先适用的效力。其三，《破产规定》的目的就是要解决房地产开发企业破产时商品房产权登记中的特殊情况，以维护商品房买卖合同的正常履行，寻求实质公平，维护社会稳定”。

我们认为，上述裁定只有结论没有理由，上述文章的理由也难以让人信服。但我们不得面对省高院三十余个生效裁定与权威专家的观点，只能一边向最高院申请再审，一边寻找在裁定生效前下工程优先权的突围路径。以下我们以相关规定仍然有效为前提进行探讨。

### 三、购房人对“不属于破产财产”商品房享有权利的性质

在购房人提出“不属于破产财产”请求权之后，在商品房已被确认为“不属于破产财产”情况下，购房人对商品房享有何种权利？《原破产法司法解释》第七十一第（五）、（六）项只规定商品房可以被确认为“不属于破产财产”，但并未规定购房人对确认为“不属于破产财产”商品房享有何种权利。

由于规定不明确，造成购房人甚至包括许多工程承包人、律师、法官、专家学者中都有人认为，商品房确被认为“不属于破产财产”之后，购房人应取得该商品房的全部权利包括全部处置权，并可以完全排除工程优先权在内的其他权利的适用。

为界定购房人对“不属于破产财产”商品房的享有权利与工程优先权之间关系，完全有必要对其该权利的性质进行探讨。

（一）、其是购房人优先权一种

其一、我们认为，既然《原破产法司法解释》第七十一条第（五）、第（六）项赋予购房人“不属于破产财产”请求权，则在该请求权实现之后，购房人对被确认为“不属于破产财产”商品房应当享有别于其他债权人、可以对抗其他债权人的权利。否则，赋予购房人“不属于破产财产”请求权制度本身将毫无意义。因此，购房人对上述商品房必然享有优先权，该种优先权也必然是购房人优先权的一种。

其二、任何购房人最初的权利是债权，债权原则上不得对抗第三人债权，更不能对抗任何物权。而优先权就是排他性权利或对抗第三人的权利，故债权包括购房人债权原则上不具有优先权的性质。但在我国法律体系中，基于某些特别购房人债权的特殊考量，赋予一些特别购房人以对抗第三人债权甚至对抗物权的优先权。明确的法律规定不仅是购房人优先权存在的前提，也是购房人享有优先权条件、范围、顺位等方面的依据。同时，不同的法律规定将不同的购房人优先权相区别，每个法律规定成就的是一个特殊的有别于其他购房人优先权的优先权。

如：消费者购房人优先权，其法律依据为《工程优先权批复》第二条（消费者交付购买商品房的全部或者大部分款项后，承包人就该商品房享有的工程价款优先受偿权不得对抗买受人）；拆迁安置购房人优先权，其法律依据是《审理商品房司法解释》第7条第1款；协议经预告登记购房人优先权，其法律依据为《物权法》第二十条等。

将购房人对“不属于破产财产”商品房享的权利归类于购房人优先权的一种，理由是《原破产法司法解释》第七十一第（五）项、（六）项已明确该购房人取得优于其他权利人的权利，使该优先权成为购房人优先权的一种并与其他购房人优先权相区别成为可能。

（二）、该种购房人优先权表现形态

本文中的购房人优先权是一种大的概念，只要有法律规定购房人享有优于第三人的权利，我们均其归于购房人享优先。购房人优先权有许多种类，如支付消费者购房人优先权、拆迁安置购房人优先权、协议经预告登记购房人优先权等。购房人对“不属于破产财产”商品房享有购房人优先权只是其中的一种。

其一、购房人优先权表现形态

在探讨该种购房人优先权的表现形态之前，我们认为有必要对购房人优先权作为一类优先权共同表现形态先进行探讨。

购房人优先权作一类优先权其有相同的目的或内容，就是最终取得商品房预售合同约定的商品房的所有权。此与以商品房折价或变卖等取得款项优先受偿为目的、内容的担保物权、工程优先权

[2] 浙江省高级人民法院：（2016）浙民中3383号等30件裁定书。

[3] 北京市高级人民法院：（2015）高民终字第761号判决书。

[4] 王欣新：《房地产开发企业破产中的房屋产权界定与合同履行》，载《人民司法》2016年第7期。

等优先权有本质的区别。

但购房人优先权取得所购商品房的所有权目的、内容在遇到破产程序的特殊情况时，特别是遇到商品房不同的实物形态时，必然表现出不同表现形态。当商品房已建成且具备交付与变更登记条件时，购房人优先权的内容、目的表现为取得商品房所有权；当商品房未建成、不具备交付与变更登记条件时，购房人优先权的内容或目的表现为取得房地产企业破产时实物形态商品房的物权，也特定条件也可以表现为对该实物形态商品房折价、或变卖款项的优先受偿权。

#### 其二、消费者购房人优先权表现形态

在探讨该种购房人优先权的表现形态之前，我们认为有必要再对消费者购房人优先权表现形态进行类比性探讨

1、消费者购房人，当商品房已建成且具备交付与变更登记条件时，基于该等消费者购房人依法享有对抗抵押权、工程优先权的优先权，其有权要求管理人交付其购房的商品房并协助办理变更登记。可见，在该等情形之下，消费者购房人优先权表现为对该商品房享有（未完成变更记例外性）所有权。同时，消费者购房人完成商品房变更登记之前，负有清洁可以对抗其优先权的优先权（如有）的义务。但不管如何其应付清尚未付清的购房款；

2、当商品房未建成、不具备交付与变更登记条件时，由于消费者购房人无法要求管理人交付商品房也法要求其协助办理变更登记，消费者购房人的优先权体现为对该未完成商品房（期房现状）享有瑕疵物权（所有权）。在此需要指出的是，消费者购房人享有的优先权范围以期房现状为限，其已付房款高于瑕疵物权价的差额部分作为普通债权，同时负有清洁可以对抗其优先权的优先权（如有）的义务，包括优先权范围内应付未付购房款；

3、在破产程序中，对未建成的商品房有二种处理方式，或由管理人继续完成建造并在此基础上完成交付，或将商品房楼盘整体变卖，由承接者完成建造、交付。如由管理人继续建造的，因继续建造费用为共益费用，如消费者购房人主张建成后商品房所有权，则其应分摊继续建造费用。如在协商一致的基础上，消费者购房人主张以其瑕疵商品房折价以其已付房款为限享有优先受偿权也应得到保护。

#### （三）、该种购房人优先权表现形态

由此可见，消费者购房人优先权可以有三种表现形态：对建成商品房享有（未完成变更记例外性）所有权；对期房现状享有瑕疵所有权；目的不能达成时可享受优先受偿。

购房人对“不属于破产财产”商品房享有权利作为购房人优先权的一种，也应有上述基本相同的表现形态，但在表现形态也应有其特殊性。具体如下：

其一、消费者购房人优先权明确优先顺位规定，其优于工程优先权、优于担保物权。但《原破产法司法解释》第七十一第（五）、（六）并没有规定购房人对“不属于破产财产”商品房享有购房人优先权的优先顺位，其应按“同一物上多项他物权并存时，应当根据物权设立的时间先后确定优先的效力，但法律另有规定或者当事人另有约定的除外”的规则确定与其他同位顺优先权的优先效力。<sup>[5]</sup>

其二、与《原破产法司法解释》第七十一第（五）规定（特定物买卖中尚未转移占有但相对人已完全支付对价的特定物）关联的商品房，其在破产时的实物形态可以建成具备交付与办理变更登记的商品房，也可以未建成不具备交付与办理变更登记商品房。但购房人对第（五）项规定商品房享有的优先权利对现房只可以是（未完成变更记例外性）所有权；对期房只可是期房现状瑕疵所有权。

在商品房已被确认为“不属于破产财产”的情况下，购房人优先权不可包括优先受偿权。

其三、而与《原破产法司法解释》第七十一第（六）规定（尚未办理产权证或者产权过户手续但已向买方交付的财产）的商品房其实物形态只能是建成具备交付与办理变更登记的商品房。按前述，购房人对第（六）项规定商品房享有购房人优先权只能是（未完成变更记例外性）所有权。

由此可见，购房人对“不属于破产财产”商品房享有购房人优先权表现形态只有二种，即：对建成商品房享有（未完成变更记例外性）所有权；对期房现状享有瑕疵所有权。

#### 四、该种购房人优先权与工程优先的顺位问题

我们从三个侧面对该种购房人优先权（购房人对“不属于破产财产”商品房）与工程优先权顺位进行探讨。

##### （一）、以该购房人优先利与抵押优先权冲突的处理为视角

此为第一个侧面：从购房人对“不属于破产财产”享有的购房人优先权与抵押优先权冲突的处理，看该购房人权利与工程优先权的顺位。

购房人对“不属于破产财产”享有的购房人优先权与抵押权的冲突表现为：破产程序中，商品房（或在建工程）同时存在抵押权与该购房人优先利的情况。如此，应如何处理？

破产程序中，抵押优先权的法律依据为《企业破产法》第一百零九条的规定，其中规定：“对破产人的特定财产享有担保权的权利人，对该特定财产享有优先受偿的权利”。该种购房人优先权的法据依据为《原破产法司法解释》第七十一条第（五）项、第（六）项规定，其中规定：第（五）项、第（六）项规定的财产（商品房）“不属于破产财产”。但上述规定均没有明确二优先权的优先顺位。

在此情况下，应按“同一物上多项他物权并存时，应当根据物权设立的时间先后确定优先的效力，但法律另有规定或者当事人另有约定的除外”的规则确定二者的优先位顺。也即，二者的优先位顺原则上应以物权设立的时间先后确定。对此，《物权法》也有明确规定：其中第一百九十九条第（一）项规定：“同一财产向两个以上债权人抵押的，拍卖、变卖抵押财产所得的价款——抵押权已登记的，按照登记的先后顺序清偿；顺序相同的，按照债权比例清偿”。其中第一百九十一条第二款规定：“抵押期间，抵押人未经抵押权人同意，不得转让抵押财产——”。也即，如抵押在前，则在未经抵押权人同意的情况下，购房本身就是非法，不可形成购房人优先权。

而事实上，由于《原破产法司法解释》第七十一条第（五）项、第（六）项规定只能适用于破产程序，因此基于第（五）项、第（六）项规定产生的购房人优先权，其设立时间应在破产程序开始之时。而商品房的抵押优先权其设立时间应在破产发生之前，破产发生之后甚至破产发生之前的法定期限内按规定不可以为商品房设立抵押权。否则，就可能构成个别清偿而被撤销。

综上，当二者发生冲突时，因抵押优先权设立在先，其顺位要优于购房人对“不属于破产财产”商品房享有的购房人优先权。

从此该购房人优先权与抵押先权冲突的处理侧面，可以明确得出工程优先权顺位优于该购房人优先权的结论。具体如下：

其一、按规定，工程优先权优于抵押优先权。而购房人对“不属于破产财产”商品房享有的购房人优先权与抵押优先权系同一顺位的优先权，二者以设立时间先后确定优先顺位；

其二、工程优先权一般是先权利。无论购房人对“不属于破产财产”商品房享有的购房人优先权或抵押优先权，其享有优先权的条件是有商品房（包括现房或期房），而不管是期房或现房，均是由工程承包人之前投入资金、实物与劳动形成的。

##### （二）、以该购房人优先权表现形态（特殊所有权）为视角

[5] 池伟宏：《房地产企业破产重整中的权利顺位再思考》，载《法律适用》2016年第3期。

此为第二个侧面：从购房人对“不属于破产财产”享有的购房人优先权表现形态（特殊所有权）的角度，看该购房人权利与工程优先权的顺位。

按前述，该购房人优先权的表现形态为所有权。据此，有许多人认为，该购房人取得能够排除其他任何优先权的权利包括工程优先权。我们认为，这种观点是错误的。具体如下：

其一、按《物权法》第九条规定：“不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生法律效力；未经登记，不发生效力，但法律另有规定的除外”。按此规定，商品房作为不动产一种其所有权取得以完成变更登记为原则，以未完成变更登记但法律另有规定为例外。但无论是按照《原破产法司法解释》第七十一条（五）项或第（六）项规定，所涉商品房均未完成变更登记。因此，该购房人取得所有权属于法律另有规定的例外性情形。

其二、鉴于其是例外性规定，虽按规定其可享有所有权，但其享有所有权的状态是不完整的。按《原破产法司法解释》第七十一条第（五）项规定对商品房期房现状享有瑕疵所有权的购房人其取得完整所有权尚需完成续建、交付、权属变更登记；按第（五）项规定对商品房现房享有所有权购房人其取得完整所有权尚需完成交付与权属变更登记；按第（六）项规定对商品房现房享有所有权购房人其取得完整的所有权尚需完成交付与权属变更登记。

其三、按前述，不管如何，该购房人如要取得完整所有权必须完成权属变更登记。但按规定，在办理权属变更登记时，如在该商品房中仍设定有相关权利未清洁，包括工程优先权优、抵押权或法院的查封等未处理，则该商品房就无法办理权属变更登记。因此，该购房人优先权表现为特殊所有权的形态，必然产生一个问题，其在取得完整所有权之前，需要先对已附着该商品房中的权利包括工程优先权等进行清洁，这就必然产生一个该购房人优先权与工程优先权的优先顺位比较问题。

而该购房人优先权与工程优先权的优先顺位问题前述已明确，工程优先权优先于该购房人优先权。前述观点错误在于其以购房人已取得完整产权以完成变更登记为前提，以此推出该购房人优先权可以排除工程优先权的结论，实属以果为因，因果颠倒。

（三）、以普遍性规定与特殊性规定为视角

有人认为，工程优先权是基于《合同法》、《工程优先权批复》等普遍性规定取得，但购房人对“不属于破产财产”优先权是基于破产法的特殊性规定。因此，当二者相冲突时应根据特殊性规定效力优先普遍性规定的原则，认定该购房人优先权优先于工程优先权。

对此，我们认为：

其一、工程优先权与该购房人优先权同时《原破产法司法解释》第七十一条规定中，均属于“下列财产不属于破产财产”情形。该购房人优先权所涉条款为其中的第（五）、第（六）项，而工程优先权规定在其中的第（四）项。其中规定：“依照法律规定存在优先权的财产”（不属于破产财产）。工程优先权是一种法定优先权，工程承包人基于《合同法》第二百八十六条等规定对其施工范围内的工程折价或变卖所得款项享有优先受偿权。工程优先权当然属于其中规定的“依照法律规定存在优先权”情形。由此可见，前述中所谓的特殊性规定优于普通性规定根本没有基础。

其二、尽管《企业破产法司法解释》（二）未将“依照法律规定存在优先权的财产”列为第二条规定的“不应认定为债务人财产”情形，但同时未被列为“不应认定为债务人财产”还有《原破产法司法解释》第七十一条第（二）项规定的抵押物、留置物、出质物。根据《企业破产法》第一百零九条规定：“对破产人的特定财产享有担保权的权利人，对该特定财产享有优先受偿的权利”。工程优先权优于抵押权等担保物权，而该购房人与担保物权系同一顺位。因此，从普通性与特殊性规定也能得出工程优先权优先该购房人优先权的结论。

## 五、“不属于破产财产”商品房处理与工程优先权的保护

（一）“不属于破产财产”商品房的处理

其一、购房人按程序取得商品房完整所有权

商品房按《原破产法司法解释》第七十一条第（五）项、第（六）项规定被认定“不属于破产财产”之后，该购房人对商品房享有优先权，其表现形态为对现房享有所有权及对期房现状享有瑕疵所有权。对期房，购房人有权参与破产程序中续建，建成有权要求管理人交付并协助办理变更登记；对未交付的现房，购房人有权要求管理人交付并协助办理变更登记；对已交付的现房，购房人有权要求管理人协助办理变更登记；

其二、购房人取得完整所有权之前的清洁义务

购房人在取得完整所有权之前应履行的义务，除对参与破产续建的期房承担续建费用、对未付清房款的现房付清房款外，其主要的义务是对商品房中已设定权利的清洁义务。

购房人的清洁义务及涉到购房人优先权与需清洁权利优先顺位的比较。我们认为，如购房人优先权的优先顺位优于在商品房中设定的其他权利，则购房人可以基于优先顺位直接清洁在商品房中设定其他权利，而无需以支付对价的方式清除，并可取得对商品房的完整的所有权。如消费者购房人购买的商品房中如同时设立有工程优先权、抵押优先权，由于按规定消费者购房人优先顺位优先于工程优先权、抵押优先权，消费者购房人可以基于其优先顺位直接清洁工程优先权、抵押权等，并取得完整所有权。

但如果购房人的权利劣于在商品房中设定的其他权利，则购房人如要取得完整所有权其必须以支付对价的方式清除。由此可见，对“不属于破产财产”商品房享有优先权的购房人须用支付对价的方式清除该商品房中的工程优先权。

（二）、关于工程优先权的保护

有前述，该购房人必须用支付对价的方式清除商品房中的工程优先权。据此，如购房人拒绝或怠于履行清洁工程优先权的义务，则享有工程优先权工程承包人权利人可以向购房人主张工程优先权，并由该购房人确保工程优先权的实现。但由于这是一个新的问题，该情况下工程优先权的实现途径与方法及其他事项等均存在重大争议，仍需要通过探讨并制定规范加以解决。

其一、法院确认工程优先权在先，确认商品房“不属于破产财产”在后，二个生效的法律文书有没有矛盾？如无矛盾，确认工程优先权的判决将如何兑现？是否可以不通过诉讼而是通过执行程序解决？

其二、工程优先权的判决作为破产债权的凭证通过债权申报进入破产程序，但“不属于破产财产”商品房却通过“不属于破产财产”认定从破产财产中独立出来，附着在其中工程优先权是否也随之独立出来？

其三、由于商品房被认定为“不属于破产财产”之后，该商品房应已脱离管理人管理的范围，涉及的工程优先权当应向购房人提出，如果涉诉，也应以购房人为被告；

其四、以购房人被告提起的确认工程优先权之诉，是否与前述诉讼构成重复诉讼？诉讼请求特别是优先权金额如何确定？是否要待破产程序结束之后就未清偿部分提起优先权诉讼？

## 简论建筑施工企业法律顾问风控服务要点

浙江红船律师事务所 凌巧荣 罗君燕 陶 莉

【内容摘要】建筑施工企业与一般企业相比，风控特点明显；主要有：建筑施工企业有建筑施工资质要求，只能在其资质等级许可的范围内从事建筑施工活动；投标承包方式的竞争性；生产经营任务的不稳定性；合同履行持续时间长；合同体系的复杂性；合同履行过程中变化多；涉及利益主体众多；资金占用量大；建筑施工企业分级承包制的现状；纠纷多。律师提供法律顾问风控服务的主要内容包括防控来自发包方的风险、防控来自供应商、分包商的风险、防控来自施工班组和民工的风险、防控来自分公司及项目承包人的风险。笔者认为，团队化合作、专业化分工、重要项目全程跟踪服务是律师为建筑施工企业提供法律顾问风险控制服务的基本方法。

【关键词】建筑施工企业 法律顾问 风险控制服务

法律顾问服务是律师非诉服务的主要内容；法律顾问服务根据服务的对象不同，有国家机关法律顾问、企业法律顾问、事业单位法律顾问、社会团体法律顾问、其他社会组织法律顾问、私人法律顾问等等；根据服务内容的单一与否，可分为专项法律顾问服务和综合性法律顾问服务；根据服务时间确定与否，可分为按次提供法律顾问服务和长年法律顾问服务；我们通常所指的企业法律顾问服务是企业与律师事务所签约，指派律师在约定的期间内（一般不短于一年）持续为企业全方位地提供综合性的法律服务。

企业法律顾问服务根据企业类型、性质的不同，对法律服务的需求也就不同，故企业法律顾问服务根据不同的企业类型、性质，可以作进一步的区分；企业性质有国有、民营之分，有股份有限公司、有限责任公司、一人公司、合伙企业、个体工商户等之别，本文不再展开；企业类型，根据国家统计局 1985 年对三次产业的划分标准：（1）第一产业是农业（包括林业、牧业、渔业等），（2）第二产业是工业（包括采掘业、制造业、自来水、电力、蒸汽、热水、煤气业）和建筑业，（3）第三产业是除上述各业以外的其它产业，主要是服务业；故建筑业是第二产业中的一个类型，而非服务业；而根据营业税暂行条例第一条：在中华人民共和国境内提供本条例规定的劳务、转让无形资产或者销售不动产的单位和个人，为营业税的纳税义务人，应当依照本条例缴纳营业税。营业税暂行条例实施细则第二条：条例第一条所称应税劳务是指属于交通运输业、建筑业、金融保险业、邮电通信业、文化体育业、娱乐业、服务业税目征收范围的劳务；故按营业税暂行条例的规定，建筑业又属服务业。根据《建筑法》的规定，建筑企业包括从事建筑活动的建筑施工企业、勘察单位、设计单位和工程监理单位等。综上，根据企业类型区分，建筑施工企业不同于工业企业，不同于服务企业，也不同于非施工的其他建筑业企业。因此，以控制企业风险作为己任的法律顾问服务，在为建筑施工企业提供法律顾问服务时，除了提供一般企业的风险控制法律服务外，主要应当紧紧围绕建筑施工企业

的风控特点展开。

### 一、建筑施工企业风险控制的主要特点

建筑施工企业与其他企业相比，风险控制有其明显的特点：

1、有建筑施工资质要求，只能在其资质等级许可的范围内从事建筑施工活动。

根据《中华人民共和国建筑法》、《中华人民共和国行政许可法》、《建设工程质量管理条例》、《建设工程安全生产管理条例》、《建筑业企业资质管理规定》的规定，建筑施工企业资质分为施工总承包资质、专业承包资质、施工劳务资质三个序列；施工总承包资质、专业承包资质按照工程性质和技术特点分别划分为若干资质类别，各资质类别按照规定的条件划分为若干资质等级，分别由国务院住房城乡建设主管部门、省级住房城乡建设主管部门、设区的市级住房城乡建设主管部门许可。施工劳务资质不分类别与等级，由设区的市级住房城乡建设主管部门许可。有建筑施工资质要求，这是建筑施工企业区别于其他企业的基本特征。所以，挂靠、转包等违反资质管理的合同，会被认定无效。

2、投标承包方式的竞争性。

无论是国家投资的共公建设项目或民营投资的建设项目，一般都采取公开招标或邀请招标的方式确定施工单位，也就是建筑施工企业一般都需要通过投标竞争的方式来承揽业务。中标后再通过签订工程施工承包合同确定彼此的经济与法律关系。但由于建筑施工企业众多，竞争非常激烈，大多数企业只能依靠低价竞标方式来取得业务。建筑行业是较为典型的买方市场；这往往使建筑施工企业不可避免地处于风险的边缘。

3、生产经营任务的不稳定性。

采用投标方式承揽业务的不确定性导致了建筑施工企业经营生产任务的不稳定性；从某一个具体项目看，企业能否中标，一方面与企业的业绩、技术、管理、资金等综合实力密切相关，也与投标策略、掌握的市场信息等有很大关系，具体项目的中标具有较大的偶然性；一旦施工项目青黄不接，施工队伍就不能维持其稳定性、施工机械就会闲置、周转材料就会降低其利用效能、材料供应商就会提前清欠，导致陷入明知亏损的项目也要承揽的窘境；不知道明天的饭在哪里，加剧了建筑市场的竞争激烈度，为建筑施工企业的风险产生埋下了隐患。

4、合同履行持续时间长。

从项目前期考察开始，项目投标、签订合同、进行施工、通过竣工验收、二年质量缺陷期满、地基基础和主体结构以外的工程保修期满、直至地基基础工程和主体结构工程的保修期满，以现行设计规范规定的建设工程一般 50 年的合理使用年限计算，合同履行持续期间一般均要长达 50 余年。即使从签订合同到地基基础和主体结构以外的工程保修期满，最短也要长达 5 年以上。在如此长的合同履行期间，建筑施工企业的风险系数自然是非常高的。

5、合同体系的复杂性。

2013 年 4 月 3 日，住房与城乡建设部与工商总局发布了《建设工程施工合同示范文本（GF-2013-0201）》，该范本自 2013 年 7 月 1 日实施；此前已经使用 14 年的《建设工程施工合同示范文本（GF-1999-0201）》同时废止；2013 版合同范本包括协议书、通用条款、专用条款、11 个合同附件，协议书共计 13 条，通用合同条款共计 20 条，专用合同条款是对通用合同条款原则性约定的细化、完善、补充、修改或另行约定的条款，11 个附件中 1 个是协议书附件、10 个是专用合同条款附件，比较多地参考、引用了国际通用的 FIDIC 合同条款。如此复杂的合同体系，首先是签订好合同难度就很高。非熟悉该合同体系的人员，是很难签订好该合同的。其次，履行好该合同难度更高。从协议书、通

用条款、专用条款到附件，互有不同、互相关联、环环相扣，稍有不慎就会丧失权利或违约。

6、合同履行过程中变化多。

建设工程在实际施工期间，因设计完善、发包方需求变化等非建筑施工企业的原因，一般均有各种各样的设计变更，比如建筑材料的变更、使用功能的变更、施工工艺的变更等；因建设工程施工合同履行期长，材料涨跌、人工涨价、天气气候地质水文变化、行政命令、发包方的履约能力变化、其他施工参与方的履约能力变化等外在因素，也会给合同的履行带来重大的不确定性；当然，因建筑施工企业的履约能力变化、对项目的管理水平、特别是质量的管控等自身因素，也会给合同履行带来变化。总之，建设工程施工合同在履行过程中一般均有变化，区别只在于变化的量。正是由于建设工程施工合同在履行过程中变化多，也使建筑施工企业的风险管控难度增强。

7、涉及利益主体众多。

建设工程施工合同在实际履行中，涉及众多利益主体，比如发包方、监理单位、勘察单位、设计单位、专业分包单位（一般有桩基、围护、土方、门窗、消防、水电安装、强电、弱电、电梯、脚手架等）、建材供应商（如钢材、混凝土、砂浆、模板、砖、砂、石子等）、劳务分包商（木工、钢筋工、泥工、粉刷工班组等）、政府监管部门（质监、消防、劳动、规划、质检等）、发包方分包单位、发包方指定分包单位、发包方供应商、发包方指定供应商、预决算单位（预算、跟踪审计、结算审计）等。如此众多的利益主体，有摩擦、有纠纷也实属难免，建筑施工企业风险自然也难免。

8、资金占用量大。

一个建设工程，造价少则数百万元，多则数千万元、甚至上亿元；建筑施工企业往往需要先行垫资 10-50% 的工程款，发包方进度款支付比例一般也只在 50-80% 左右，故建筑施工企业除了自己垫资以外，也必然会对外拖欠一部分人工费和材料费。建设工程施工周期长，资金链也就拉长，无论哪个环节不慎，均有可能造成重大损失。

9、建筑施工企业分级承包制的现状。

浙江大部分建筑施工企业，内部大多实行自负盈亏的分公司、项目部、专项分包、施工班组分级承包制；无论是真实的内部承包，抑或以内部承包名义的挂靠，虽然效率较高、管理简便、管理成本较低、建筑施工企业资金压力减小，但分级承包制的项目管理，最本质的特点是自身经济利益独立于建筑施工企业，由此也使建筑施工企业对项目风险管理往往难以有效进行。

10、纠纷多。

建筑施工企业纠纷多，已是一个不争的事实；一个项目的失误往往会拖累、甚至拖垮整个企业；许多建筑施工企业，常常因一个项目经理或一个分公司出事而陷入倒闭或面临倒闭的境地，教训十分深刻。如果没有有效的风险管控机制，一个项目的开工，往往就是众多诉讼的开始；

二、为建筑施工企业提供法律顾问风险控制服务的主要内容

风险控制也叫风险管理，是指如何在一个肯定有风险的环境里把风险减至最低的管理过程。建筑施工企业的风险控制就是除一般企业的风险管理外，要对施工合同履行的全过程中存在的风险事前进行量度、评估和制定应变策略，事中进行有效监管和预防，事发后及时进行应对，以期最大限度地防止损失的发生或减少损失的产生。建筑施工企业的风险控制虽然范围广泛、千头万绪、内容众多，但其核心是项目和项目承包人。项目的风险控制是基础，如果每一个项目均赚钱而不产生风险，就消除了建筑施工企业的大部分风险；项目承包人的风险控制是根本，如果每一个项目承包人，无论项目赢亏均能自行处理、自行承担，建筑施工企业就没有风险，而且一个尽职的项目承包人，必然会对项目进行有效的风险管控，不太会发生超出预期的项目亏损。因此，法律顾问风险控制服

务就是要协助建筑施工企业建立起一套对项目 and 项目承包人的风控体系，其主要内容包括防控来自发包方的风险、防控来自供应商、分包商的风险、防控来自施工班组和民工的风险、防控来自承包项目承包人（包括分公司承包人）的风险。

1、防控来自发包方的风险。

防控来自发包方的风险，应紧紧围绕《建设工程施工合同》的签订和履行这个中心。《建设工程施工合同》是承揽项目的法律基础，具体可以分为四个阶段：合同签订以前、合同签订时、合同履行中、工程完工后。

（1）合同签订以前。主要一是对项目真实性的审查；二是对发包方履行能力的审查；三是量力而行投标。确保项目手续齐全，发包方资信良好、有履约能力，建筑施工企业能落实工期、技术、资金，项目具有赢利能力。

（2）合同签订时。要积极提供文本，弱化发包方招标时的霸王条款，纠正招标中明显不公平的条款，设置对己方有利的条款，比如发包方逾期完成结算审核以“送审价”为准的条款、工程款必须汇入建筑施工企业帐户、空白抬头的支票和未经背书的汇票视为款项未支付等等。

（3）合同履行中。对各类签证进行有效管理，比如工期签证、变更签证、质量签证、验收签证、索赔签证等，通过有效的签证将低中标、勤签证、高结算落到实处；对例会纪要、监理月报、往来函件等合同履行过程中形成的文件要有专人负责，将自己的主张、要求或对方存在的问题在各类文件体现出来；在施工中应当解决的事项，必须在施工中解决，绝不要等到竣工后解决等。

（4）工程完工后。应及时做好竣工备案资料的交接、及时结算和结算资料的签收、优先受偿权的行使、保修后的签单等。

2、防控来自供应商、分包商的风险。

项目在实施过程中，与供应商、分包商之间会形成众多的合同，如各种材料采购合同、钢管设备租赁合同、定作加工合同、各种分包合同（本节所称的分包商，是指有资质的合格分包商）等；该部分合同量大面广，应对每一份合同的签订、履行进行审核、监控，及时发现问题，提出建议；对每一份合同在履行中形成的单证进行动态管理，系统保管、票单相符、及时结算、支付到位。尤其是混凝土供应合同、钢管租赁合同、定作加工合同，应引起特别的重视，防止价格陷阱；对分包合同，应督促分包商及时支付所属民工工资，防止分包商欠薪而累及总包单位；各类付款手续应齐全，防止空白抬头的支票、未经背书的汇票流转等。

3、防控来自施工班组和民工的风险。

施工班组是特指无资质的劳务承包人招募民工承揽建设工程某一专业的施工劳务，俗称“清包工”、“小包”；“清包工”是建筑工程施工分级承包中的最后一个层级，既涉及到广大民工的利益，更与建筑施工企业的利益戚戚相关；按现行政府部门的管理要求，为确保社会稳定，如建筑施工企业没有相反的证据，施工班组长签署的民工工资清单，建筑施工企业必须无条件支付。长期以来，施工班组长或项目承包人充分利用该政府管理要求，背后组织民工、甚至组织非本工程施工人员恶意讨薪事件层出不穷，最后的结果大多是建筑施工企业额外化钱了事，建筑施工企业深受其害。为此，一是要与施工班组签订承包协议，明确权利义务；二是设置好一个传达室，对工地施工人员进行动态管理；充分利用现代技术，将施工人员考勤制度化；三是定期对工地施工人员的状态由施工班组长、项目承包人确认；四是逐步与有实力的劳务公司建立劳务分包关系；五是完善民工工资发放手续，发放到人。

4、防控来自项目承包人（包括分公司承包人）的风险。

项目承包人是對建筑施工企业项目经理或实际施工人的统称，包括有建造师资质注册在建筑施工企业的项目承包人、有建造师资质但注册在其他建筑施工企业的项目承包人、无建造师资质的项目承包人；分公司的承包人，相当于一个大的项目承包人，则是其下面可能不是一个项目，而是多个项目在同时施工。

前面已述，建筑施工企业的风险主要来自项目和项目承包人。项目风险是项目承包人与建筑施工企业共同面临的风险；但建筑施工企业还有一个更严重、更危险的风险源，即来自于分公司承包人、来自于项目承包人的风险。

建筑业分级承包制的现状一时难以改变，但我们法律顧問如能提供行之有效的方式方法，该类风险管控还是会有成效的。

由于分公司承包人、项目承包人在经济利益方面事实上实行单独核算，而如有不利后果建筑施工企业却不得不承受，因此，如何强化对分公司承包人、项目承包人的风险控制和管 理是风险控制的重要内容。

（1）签订好内部承包合同，预设好各种情形的应对措施；（2）慎审设立承包经营的分公司；（3）建立以分公司承包人、项目承包人任职资格审核为前提，项目可行性评审为前奏，与分公司承包人、项目承包人的合同管理为中心，资金管制为手段的对分公司承包人、项目承包人的风险管理体系。具体包括①做好拟任分公司承包人、项目承包人的背景调查。②做好项目可行性评审。③签好与分公司承包人、项目承包人的合同并进行严格的管理。④严格工程款收支管理制度。⑤对重要项目进行精算管理，确保监管到位。

### 三、如何为建筑施工企业提供法律顧問风险控制服务。

由于建筑施工企业面临多层、复合、交叉的风险源，故为建筑施工企业提供法律顧問风险控制服务责任重大。如何为建筑施工企业提供全面的、有效的风险控制法律服 务，可能方式、方法各异，但本人认为，团队化合作、专业化分工、重要项目全程跟踪服务是律师为建筑施工企业提供法律顧問风险控制服务的基本方法。

#### 1、团队化合作、专业化分工。

建筑施工企业风险控制点多、量大、专业众多、时间跨度长，单个律师知识、时间、精力的有限性，限制了服务的广度和深度，对建筑施工企业的法律顧問风险控制服务往往不尽如意。只有团队才能有效地调整、整合资源，提供全方位的法律服务；只有团队才能提供高质量、低价位、深入的的法律服务；只有不同法律专业的有机组合，才能满足建筑施工企业的风控要求，才能达成建筑施工企业的风控目标；只有依靠团队的力量，汇聚不同的专业人才，才能为建筑施工企业综合性的项目持续地提供专业的法律服务。为建筑施工企业提供高质量的法律顧問风险控制服务，律师事务所应当组建以建筑业专业律师为骨干，商事、房地产、劳动法、刑事律师参与的专业团队，根据建筑施工企业风控的不同需求，及时提供专业的法律服务。

#### 2、重要项目进行全程跟踪服务。

对重要建设工程项目由法律顧問团队提供全程跟踪法律服务，在嘉兴这样的地域较小、日常主要以人情为联系纽带的熟人社会 中，虽展开难度较大，但一旦实施，效果还是非常明显的。

无论项目实施的事前、事中或事后，专业的律师团队均有能力从法律的视角预测可能存在的风险；有能力把握预防、规避风险的机会、方式、方法；当风险来临时，也能有备迎之，以最小的代价、最简便的方式解决。

建筑施工企业与项目部之间松散型的结构可以通过法律顧問提供全程跟踪式法律服务的方式得

以强化，使建筑施工企业自始至终通过法律顧問的法律服务对项目风险进行有效的掌控。何况，项目法律风险管理不仅建筑施工企业需要，项目部本身也有需求。全程跟踪式法律服务必将给建筑施工企业和项目部带来双赢结果。建筑施工企业聘请法律顧問提供项目全程跟踪式法律服务，可以在与项目承包人签订的合同中约定，作为一项必备的管理举措，聘请法律顧問的费用列入建筑施工企业的管理成本，或与项目承包人分担。视项目规模及复杂程度，受聘法律顧問应参与项目的决策过程，每周定期到项目部提供服务，参加工地例会，所有合同及其他法律文件均需由法律顧問审核，大额资金支付前征求法律顧問意见。受聘法律顧問定期向建筑施工企业提供项目法律风险评估报告。与项目有关的所有法律文件如招投标文件、各类合同、验收资料、检测资料、签证单、往来函件、会议纪要等原件均交由受聘法律顧問分类管理，预防缺损。

#### 3、逐步推动建筑施工单位对项目进行过程实时精算定量管理。

建设工程是不同建材的复杂组合体，完成建筑产品又需要持续一个较长的过程，仅仅依靠预决算难以对各种建材的用量、人工、价格等进行精准核算，致使建筑施工企业对项目和项目承包人的风控难以实时定量，导致风控滞后，难免流于事后监督。因此，法律顧問的风控服务不仅要前移至过程之中、不仅要对项目和项目承包人在面上监管，更应对项目进行过程实时精算定量管理，彻底预防项目事后发现亏损而无法弥补，彻底预防项目承包人及其他项目管理人员利用管理漏洞、套取项目资金、将债务甩给建筑施工企业的不利后果发生。

（1）承接项目时的精算定量管理。双预算制：定额预算和实际市场成本精算的预算精算制。经精算，难以赢利或甲方付款、工期、结算等条件过于苛刻的项目坚决不接。

（2）对承接的项目按实际市场成本，分进度节点、材料、人工、机械，进行精算定量管理。从桩基工程、围护工程、地下室、±00 线、分层、主体结构完成、装饰、安装等每个施工节点，对各种材料、人工、机械、管理成本等进行事前定量精算和事中修正，在各种材料、人工、机械的合同履行及款项支付中，一旦发现偏离精算定量一定幅度的情形出现后，必须立即查明原因，将风险控制 在萌芽状态。

建筑施工企业一般均配备预算员，法律顧問应当将一般的工程预算纳入对项目和项目承包人的风控过程，使一般的工程预算转化为风控服务对项目进行过程实时精算定量管理的有效手段。

**结语：**建筑施工企业的风险控制是一个十分庞大的体系，建筑施工企业的管理人员和法律界专业人员虽屡有探索，却还正在启程中，业界也少有完善、成功的经验可以借鉴，因此，探索的空间非常广阔，值得我们律师去开拓、去努力。

### 参考文献

- [1] 袁华之著《建设工程索赔与反索赔》，法律出版社 2016 年 6 月第 1 版。
- [2] 林镡海著《建设工程施工合同司法解释》操作指南，法律出版社 2005 年 1 月第 1 版。
- [3] 最高人民法院民一庭编著的《建设工程施工合同司法解释的理解与适用》，人民法院出版社 2004 年 11 月第 1 版。
- [4] 《企业法律顧問在建筑施工企业的服务内容》，学优网，  
<http://www.gkstk.com/article/wk-78500000710556.html>
- [5] 应旭升著的《建设工程施工合同履行实务全梳理》，无论阅读，  
<http://qingmang.me/articles/1511469527474167377>。

## 浅议对被收购建筑施工企业承建项目尽职调查思路的构建

上海建纬（杭州）律师事务所 陈 沸 蒋 烽

【内容摘要】在建筑施工企业收购案中，对被收购建筑施工企业承建项目的尽职调查工作如何既能全面洞悉隐藏在承建项目中的风险源，又能突出重点把控重要风险点，是对法律尽职调查工作的重大考验。本文从项目层面风险排查工作着手，通过梳理不同类型的项目、项目中不同主线的法律关系、不同法律关系项下的风险点，努力构建一张“点、线、面”结合的“风险排查网”，从而布控风险源，轻重缓急、循序渐进地推进尽职调查工作。

【关键词】收购 建筑施工企业 承建项目 尽职调查 风险排查网

### 一、前言

近年来，工程建设领域中房地产开发企业之间的收购案较为多见，建筑施工企业之间的收购案较为少见。虽则少见，但隐藏在被收购建筑施工企业各层面的风险点却绝不亚于房地产开发企业。

以股权收购方案为例，显见的风险源可来自于目标公司、目标股权、子公司、承建项目与分公司等各层面，各层面体现的风险点不尽相同，对股权收购造成的影响也大小不一。尤其是源自承建项目与分公司层面的风险源更是体现了风险点较为密集、复杂且重大的特征，如拖欠工程款、工期延误、项目负责人卷款跑人等，一旦爆发转化为现实风险，轻则使项目亏损致收购方收益减少，重则拖垮建筑施工企业致收购目的完全落空。

然而，单就项目层面的尽职调查工作也非易事。如何既能全面洞悉隐藏在承建项目中的风险源，又能突出重点把控重要风险点，是对法律尽职调查工作的重大挑战。

### 二、项目层面法律尽职调查工作面临的挑战

项目层面法律尽职调查工作面临的挑战，至少可来源于以下几个层面：

#### （一）法律风险本身的特性

法律风险本身的诸多特性，如法律风险因素不可控制、风险是否爆发不可预见、风险后果幅度无法确定等<sup>[1]</sup>，会对项目层面的尽职调查工作造成一定障碍，在此，结合笔者自身的办案经验，列举几例：

#### 1、法律风险的不可控性

法律风险不仅源自目标企业本身，还可能源自不可知的第三方。前者如目标企业资金周转困难无法按约支付供应商材料款的情况下，就存在供应商通过合法乃至非法途径追讨材料款的风险；后者最为典型的如第三方实施的针对目标企业的侵权行为，此更是无法预测。即使是源自目标企业本身的法律风险，也存在目标企业或股东刻意隐瞒不利于目标企业有关事实的情况。正是因为企业在

经营过程中，存在着众多令企业自身主观意志所可控或不可控的法律风险因素，穷尽所有法律风险的排查几乎是一项不可能完成的任务。

#### 2、法律风险具有变动性

以在建工程项目工期延误问题为例，尽职调查时虽查明项目不存在工期延误风险，但后续施工过程中，可能会因建设单位不按约支付工程款、不及时提供图纸等因素导致工期延误。

#### （二）项目层面风险源密集复杂

项目层面风险源密集复杂的特性，可从建筑施工企业因承建项目会与不同主体产生多层次法律关系中得以体现。概言之，建筑施工企业因承建项目对外产生多条法律关系，包括但不限于：第一条线、建筑施工企业与上游建设单位之间的建设工程施工合同关系（以下简称“总承包建设工程施工合同关系”）；第二条线、建筑施工企业与下游专业分包单位、劳务分包单位、供应商、租赁商等之间的专业分包合同关系、买卖合同关系、租赁合同关系等；第三条线、建筑施工企业内部与其下属分支机构或在册职工之间的内部承包法律关系；第四条线、施工单位与住建局、税务局等行政机关之间的行政法律关系。每条线上又串联起不同的风险点且风险点呈现的方式、体现的重要度都不尽相同。

#### （三）尽职调查工作的有限性

一般而言，尽职调查工作都是在有限的期间内投入有限的人力、运用有限的方法展开的，而且针对建筑施工企业的尽职调查，对象与范围需囊括目标公司、目标股权、子公司、承建项目与分公司等各大层面，分配至项目层面的时间更是有限。受制于各项有限的条件，对项目层面的尽职调查工作自然无法涵盖所有的承建项目，即使是同一类进度的项目，也无法覆盖项目建设的方方面面。

#### （四）律师专业能力的局限性

在尽职调查过程中，收购企业往往也会派员前往在建工程项目现场，了解项目建设情况，从而为今后接管项目做准备。值得注意的是，律师与收购企业就关注的内容，无论从广度上还是深度上都有差别。以关注内容的广度角度为例，收购企业作为今后的“主人”，需关注项目安全、文明、质量、进度、造价、管理团队、施工技术、民工工资支付等方方面面；而律师事务所限于专业能力，对施工质量、安全、造价、技术等情况缺乏专业能力鉴别，更多关注其可以有所作为之处，如应收账款、工期等情况。

面对诸多挑战，如若不对项目层面尽职调查要点进行梳理，不区分尽职调查重点，“眉毛胡子一把抓”，势必使风险排查工作质量大打折扣。但问题是：如何有条不紊地对众多的法律风险点进行梳理？按照怎样的架构进行梳理？这是一项在尽职调查工作之初亟需解决之事。

本文试图从项目层面风险排查工作着手，通过梳理不同类型的项目、项目中多条主线的法律关系、不同法律关系项下的风险点，努力构建一张“点、线、面”结合的“风险排查网”，以期达到布控重要层面的重点风险，并以重点风险为突破口，实现“管中窥豹”推测类似项目共通法律风险的目的，从而为有序推进项目层面尽职调查工作架构思路。

### 三、风险排查网的构建思路

不言自明，项目层面“风险排查网”中的“面、线、点”，分别对应“项目层面”、“项目层面中的法律关系主线”与“法律关系主线下的风险要点”三大要素，将此三大要素有序编制在一起，“风险排查网”的框架可初步显现。具体操作进程上，“风险排查网”的构建，需历经项目筛选、梳理法律关系主线、明确审查风险要点三个主要步骤。

#### 第一步、项目筛选

建筑施工企业作为平台型企业，承建项目众多，以收款比例为划分点，可归为五类，即在建工程、

[1] 吴江水著：《完美的防范——法律风险管理中的识别、评估与解决方案》，北京大学出版社，2012年1月第4次印刷，第7页。

已竣工未结算工程、已结算未付至节点工程款的工程、已结算仅剩质保金的工程与质保金已结清的工程。

五类项目收款比例依序从低到高、收款风险由大到小，自然而然，关注度亦应由高到低。第五类工程因已结清质保金，收款比例最接近 100%，收款风险降至最低，故关注度最低，可暂不列入尽职调查范围。第四类工程因仅剩质保金，收款比例一般接近 95%，收款风险很小，故无需做重点审查。而其他三类项目收款比例一般从 70% 到 85% 不等，需作重点审查。

但受制于各项条件，亦无法就在建工程、已竣工未结算工程与已结算未付至节点工程款的工程作全面的审查，为此，可以在建工程项目作为重中之重，从在建工程项目层面抽选几个典型项目进行重点审查，基于项目层面法律风险的通性，以从在建工程项目层面发现的法律风险作为突破口来推论其他工程存在的法律风险。

第二步、梳理法律关系主线

如前所述，在众多条线的法律关系中，重中之重是第一条线，即总承包建设工程施工合同关系，一则关乎应收、二则风险点密集，因此需做重点审查。第二与第三条线主要涉及应付与内部管理，第四条线涉及行政管理，重要性次之，可做简要审查。

第三步、明确审查风险要点

各条主线上串联着不同的风险点，比如在第一条线总承包建设工程施工合同关系中，串联着合同无效、欠付工程款、工期延误、质量问题、安全问题、文明问题等风险点；在第二条线建筑施工企业与下游专业分包单位之间的专业分包合同关系中，串联着合同无效、欠付工程款、工期延误、质量问题、安全文明问题等风险点；在第四条线施工单位与住建局、税务局等行政机关之间的行政法律关系中，串联着无施工许可证下违法施工、拖欠农民工工资、偷税漏税等风险点。

虽则第一条线与第二条线上串联的风险点看似表述一致，但实则风险点呈现的方式、体现的重要度皆大相径庭。如同为合同无效，前者主要考察前手即建设单位与总承包施工单位之间有无取得建设用地规划许可证、有无取得建设工程规划许可证、是否存在必须进行招投标而未招标的情况、中标是否无效、有无资质、有无超越资质等影响双方之间建设工程施工合同无效的要素；后者主要考察后手即总承包施工单位与专业分包单位之间的专业分包合同是否存在转包、违法分包等无效要素。再比如同为欠付工程款，前者是从应收工程款角度考察建设单位有无拖欠施工单位工程款，后者是从应付工程款角度考察施工单位有无拖欠专业分包单位等下家的工程款。收付之间，孰重孰轻，比较显见。

历经三步构建的“风险排查网”示意图如下：



构建起的“风险排查网”，可起到的作用有：

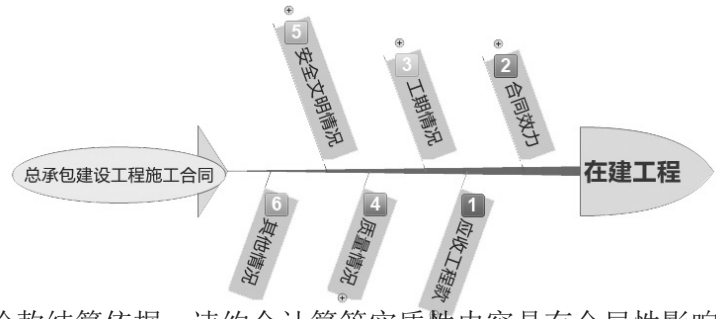
第一、在宏观角度，有利于整体把控项目层面的风险，为有鉴别、有选择地开展尽职调查工作提供指导。

第二、在微观角度，有利于甄别风险点，对于具体的风险点，可较为精确地定位至属于哪条主线上、哪类项目中特有或共有的风险点，从而避免归类错误而致评估不当的问题。

四、以在建工程项目为例的说明

为能更为清晰的呈现“风险排查网”的构建思路，本文以审查在建工程项目第一条主线即总承包建设工程施工合同关系中的风险点为例予以说明。

该类项目总承包建设工程施工合同关系中，主要考察建设工程施工合同的签约与履约情况，可以应收工程款为重点，结合合同效力、工期、质量、安全文明等风险点展开审查。示意图如下：

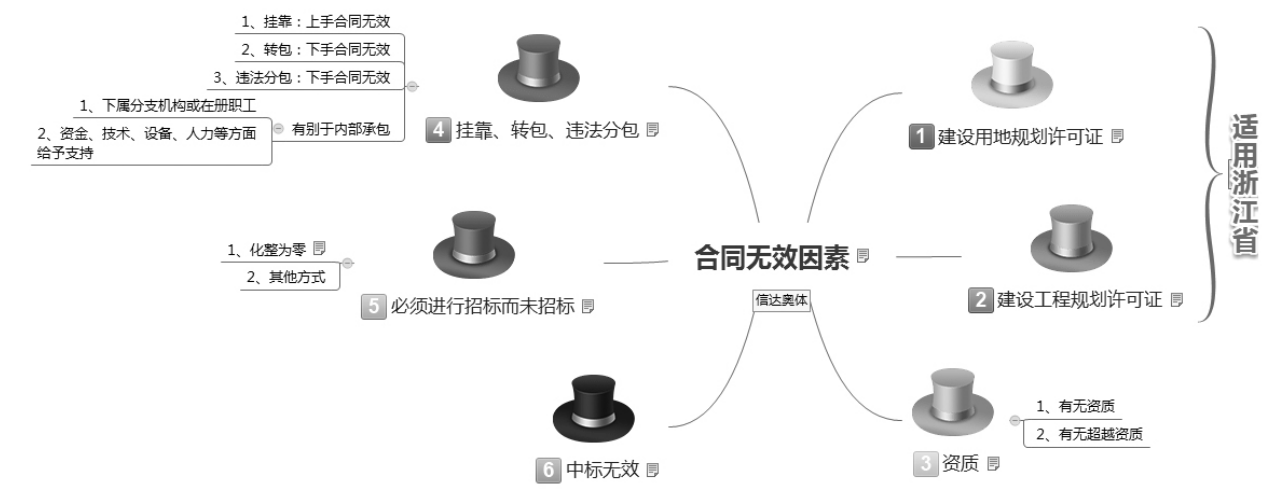


（一）合同效力

合同效力对工程价款结算依据、违约金计算等实质性内容具有全局性影响。

影响合同效力的因素，依据《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》和浙江省高级人民法院民事审判第一庭《关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干疑难问

题的解答》的规定，主要有：有无取得建设用地规划许可证、有无取得建设工程规划许可证、是否存在必须进行招投标而未招标的情况、中标是否无效、有无资质、有无超越资质、有无挂靠、转包、违法分包等几种因素，示意图如下：

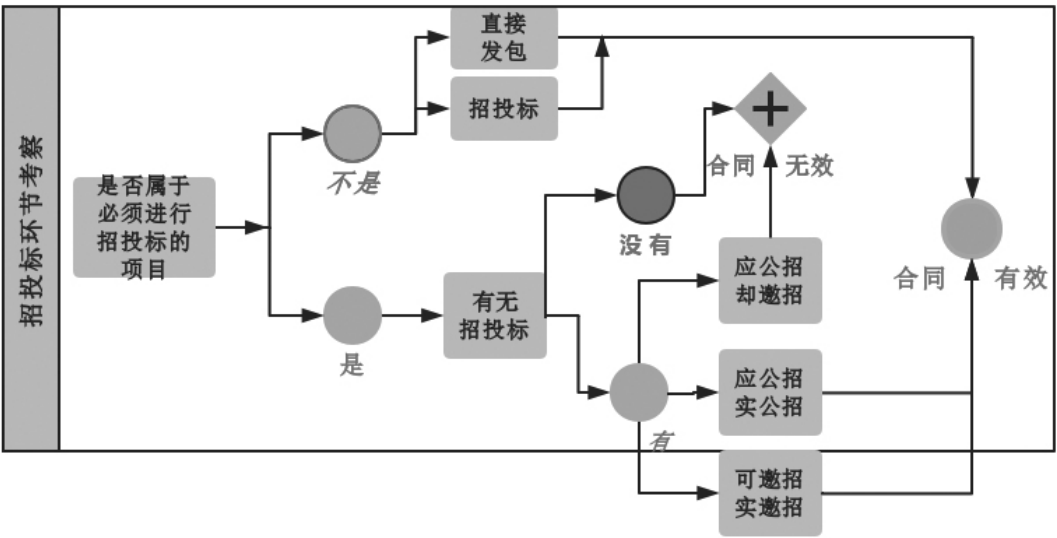


在该等因素中，因未取得建设用地规划许可证和建设工程规划许可证致合同无效是浙江省高级人民法院民事审判第一庭在《关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干疑难问题的解答》中明确的两项内容，其他皆为《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》明确的内容。

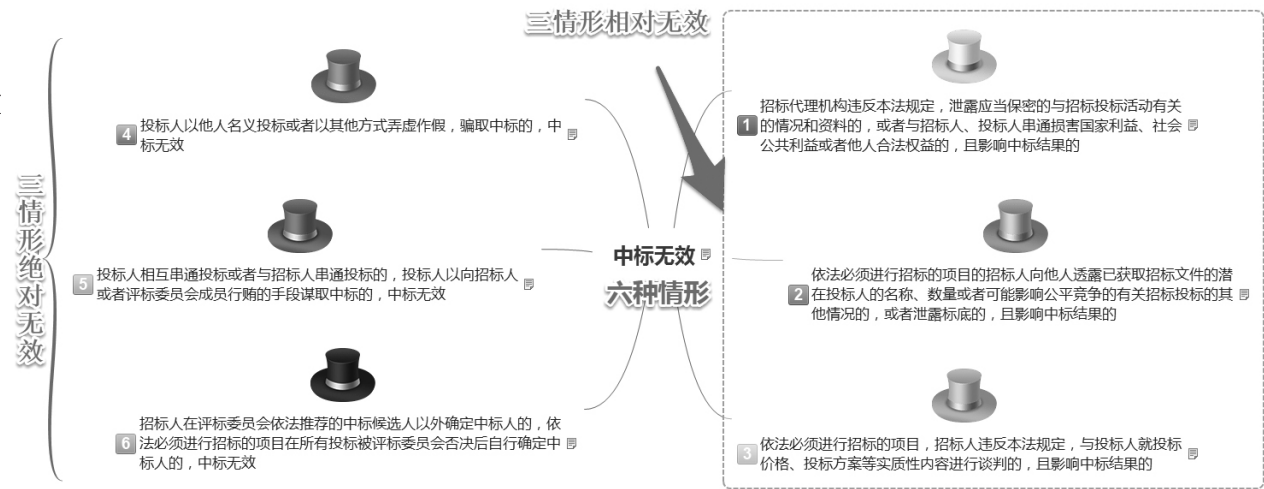
1、关于必须进行招投标而未招标

对必须进行招投标而未招标此因素的考察，历经两道环节。

第一道环节：判定项目性质是否属于必须进行招投标的项目，对此，可依据《招标投标法》、《招标投标法实施条例》、《工程建设项目招标范围和规模标准规定》等规范性文件予以识别。经判定，若不属于必须进行招投标的项目，则不影响合同效力；若属于必须进行招投标的项目，继续进行第二道环节：判定有无进行招投标。若项目未经招投标，则可直接判定合同无效。值得注意的另外一种情形是属于法定必须进行公开招投标的项目，却进行了邀请招标的，则亦导致合同无效。示意图如下：



2、关于中标无效



在这六种情形中，又区分了两类情形，一类是绝对无效的情形，只要该等行为发生，即会导致中标无效的后果，如上图左侧所示。另一类是相对无效的情形，虽然该等行为发生，但不一定会导致中标无效，只有在影响中标结果的情况下，才会导致中标无效，如上图右侧所示。

3、关于超越资质

对建筑施工企业有无超越资质承建项目的审查，注意前后两个规范性文件对此的差异性规定。以房屋建筑工程施工总承包企业一级资质企业为例：2001 年 7 月 1 日起施行的《建筑业企业资质等级标准》规定一级企业的承包工程范围为：可承担单项建安合同额不超过企业注册资本金 5 倍的下列房屋建筑工程的施工。(1) 40 层及以下、各类跨度的房屋建筑工程; (2) 高度 240 米及以下的构筑物; (3) 建筑面积 20 万平方米及以下的住宅小区或建筑群体。

而 2015 年 1 月 1 日起施行的《建筑业企业资质标准》对此规定：一级资质的企业可承担单项合同额 3000 万元以上的下列建筑工程的施工：（1）高度 200 米以下的工业、民用建筑工程；（2）高度 240 米以下的构筑物工程; 取消了“建筑面积 20 万平方米及以下的住宅小区或建筑群体”这一限定。

4、挂靠、转包与违法分包

对挂靠、转包与违法分包的认定，可依据《建筑工程施工转包违法分包等违法行为认定查处管理办法（试行）》予以认定。

需注意的是：挂靠行为影响的是前后两手合同的效力，既影响建设单位与总承包施工单位之间建设工程施工合同的效力，又影响总承包施工单位与挂靠人之间的挂靠协议的效力。

转包与违法分包两项因素影响的是后一手，即总承包施工单位与转承包人、违法分包合同的承包人之间的建设工程施工合同的效力，而不会影响前一手建设工程施工合同的效力。

（二）应收工程款

对应收工程款的审查主要包括两个层次：

第一层次：确定欠款数额

主要审查建设单位有无欠付目标企业进度款、欠款金额及时间等要素。审查签约要点包括：合同价、进度款支付比例、支付方式、应付时间；审查履约要点包括：上报申请进度款报表时间、申报金额、审批金额。

第二层次：确定债权顺位

主要审查要点包括：项目有无走账、项目能否适用建设工程价款优先受偿权、项目是否适宜折价或拍卖、目标企业有无放弃建设工程价款优先受偿权、承建项目有无被查封、有无被抵押等情况。

（三）工期情况

工期延误问题，可谓是工程管理中的通病，正所谓十个工程九个拖，而无论工程是国企管理还是民企管理。施工单位工期签证环节管理薄弱，原因林林总总，或因工期签证意识淡薄、或因管理不到位、或因碍于情面难以启齿等等。无论出于何种原因，终究为建设单位追究工期延误违约金留下了重大隐患。

对工期情况的审查，主要比对工期签约与履约情况，需得出的结论包括：在建项目工期有无延误、延误天数、预估违约金等。

审查签约要点包括：约定开工日期、开工日期的确定标准、约定竣工日期、竣工日期的确定标准、合同工期、工期是否约定可予顺延、约定工期顺延的事由、约定上报工期签证的期限、约定违约责任等。

审查履约要点包括：实际开工日期、应竣工日、有无上报工期签证、上报工期签证是否属约定的可予工期顺延的事项、上报期限是否在约定的期限内、上报签证监理与建设单位有无签收、监理与建设单位有无批准工期顺延及批准的工期顺延天数、预计竣工日期等。

（四）质量情况

质量为工程建设生命，众参建主体，包括建设单位、监理单位、设计单位、施工单位等都十分重视，工程施工技术日臻完善的今天，也较少发生桩基、基础、主体结构等主要工程部位的质量问题。因质量问题技术性非常强，受限于律师的专业能力，无法就质量问题本身进行鉴别，仅能进行书面审查。

审查签约要点包括：质量标准、违约责任；审查履约要点包括：已完工程是否已经验收合格、是否存在因质量问题被建设单位扣款的情况。

（五）安全文明情况

同上所述，安全情况也属技术性非常强的领域，受限于律师的专业能力，无法就安全隐患进行鉴别，仅能进行书面审查。

审查签约要点包括：安全文明标准、违约责任；审查履约要点包括：是否存在因安全文明问题被建设单位扣款的情况

（六）其他情况

主要审查在建工程项目有无涉诉或涉仲的情况、有无被政府有关部门处罚的情况。

五、结语

纷繁复杂的项目以及项目层面隐藏的密集复杂的法律风险点，对法律尽职调查工作提出了诸多挑战。面对挑战，如何实现既快又准，既能抓住重点又不失全面地识别与评估法律风险，是法律尽职调查工作参与者共同追求的基本目标。

本文努力构建的“风险排查网”以及运用“风险排查网”进行梳理、识别与评估风险，仅仅是一种尝试、一种办法，希望能抛砖引玉，获得更多资深专业人士的批评指正。

企业法律顾问服务的标准化构建

浙江素豪律师事务所 车金梦 张民元

【内容摘要】随着律师专业化分工以及人工智能的普及，未来律师提供企业法律顾问服务将从传统领域向更精细化、系统化、标准化的方向发展。根据中办、国办发布的关于法律顾问多项政策要求，律师提供企业法律顾问服务应打破原有传统模式，构建法律顾问服务模式的标准化，律师应在遵循中立性与独立性两项基本原则的前提下，建立法律顾问服务的讼回避制度、司法调解制度、参照上市公司独立董事制度建立绩效考核制度。法律顾问服务标准化的构建模式应通过从律师事务所建立法律顾问服务的企业标准开始，以自下而上的方式来制定国家标准及法律顾问法，并通过成立法律顾问行业管理协会，来完成企业法律顾问的规范化管理，从而实现企业法律顾问服务的标准化。

【关键词】企业法律顾问 法律顾问标准化 法律顾问制度

一、企业法律顾问制度的历史沿革

（一）企业法律顾问制度的研讨阶段

十一届三中全会召开后，政府逐渐放开对企业的经营管理自主权，越来越多的企业开始依法生产经营，以求降低法律风险，企业法律顾问制度在该阶段的发展脉络如下图：

| 时间     | 主体      | 文件名称                            | 地位或意义                                   |
|--------|---------|---------------------------------|-----------------------------------------|
| 1980.8 | 全国人大常委会 | 《中华人民共和国律师暂行条例》第 2 条            | 律师主要业务是接受国家机关、企事业单位、社会团体、人民公社的聘请，担任法律顾问 |
| 1986 年 | 国务院     | 《全民所有制工业企业厂长工作条例》第 16 条         | 国家第一次以行政法规形式确定法律顾问法律地位                  |
| 1987 年 | 原国家经贸委  | 《关于企业经济法律工作专业人员纳入经济专业职务系列的实施意见》 | 规定经济法律工作人员（即法律顾问）的任职条件及职责               |
| 1990 年 | 原国家体改委  | 《关于加强企业法律顾问工作的意见》               | 对该顾问的任职条件、工作机构及职责、权限提出规范性意见             |

（二）企业法律顾问制度的建立与发展阶段

1997 年人事部、原国家经贸委及司法部颁发《企业法律顾问执业资格制度暂行规定》，该制度的颁布实施代表着我国企业法律顾问制度进入深化发展阶段，企业法律顾问制度在该阶段发展建设如下图：

| 时间     | 主体或会议          | 文件名称                                       | 地位或意义                                                |
|--------|----------------|--------------------------------------------|------------------------------------------------------|
| 1997 年 | 人事部、原国家经贸委及司法部 | 《企业法律顾问执业资格制度暂行规定》                         | 对企业法律顾问执业资格的取得、注册、地位、权利、义务、机构设置、职责、奖惩、监督检查等问题作较为全面规定 |
|        | 原国家经贸委         | 《企业法律顾问管理办法》                               |                                                      |
| 2004 年 | 国务院国资委         | 《国有企业法律顾问管理办法》                             |                                                      |
| 2002 年 | 六部委及法制办        | 《关于在国家重点企业开展企业总法律顾问制度试点工作的指导意见》            | 规定开展企业总法律顾问制度试点工作的指导思想、原则、目标及实施等                     |
| 2004 年 | 国务院国资委         | 《关于在国有重点企业加快推进企业总法律顾问制度建设的通知》              | 提出中央企业及地方国有重点企业法制建设三年目标                              |
| 2007 年 | 国务院国资委         | 《关于进一步加快中央企业以总法律顾问制度为核心的企业法律顾问制度建设有关事项的通知》 | 对各央企中总法律顾问制度建设提出进一步要求，有力推动了总法律顾问制度的建设                |
| 2008 年 | 国务院国资委         | 《国有企业法律顾问职业岗位等级资格评审管理暂行办法》                 | 规范国有企业法律顾问职业岗位等级资格评审工作                               |
| 2009 年 | 原国家经贸委         | 企业法律顾问注册管理办法                               | 规定企业法律顾问的执业资格考试和注册管理，法律顾问定位是企业内部从事法律事务管理人员           |

（三）企业法律顾问制度的转型期与探索期

2014 年 7 月，国务院印发《关于取消和调整一批行政审批项目等事项的决定》，将企业法律顾问执业资格作为行政审批事项予以取消，标志着企业法律顾问制度进入重新探索与改革调整期。

企业法律顾问在该阶段发展建设如下图：

| 时间      | 主体或会议          | 文件名称                          | 地位或意义                                                            |
|---------|----------------|-------------------------------|------------------------------------------------------------------|
| 2013 年  | 中共十八届三中全会      | 《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》       | 提出普遍建立法律顾问制度                                                     |
| 2014 年  | 国务院            | 《关于取消和调整一批行政审批项目等事项的决定》       | 将企业法律顾问执业资格作为行政审批事项予以取消                                          |
| 2014.8  | 国务院国资委         | 《关于做好国务院取消部分准入类职业资格相关后续工作的通知》 | 对取消企业法律顾问执业资格考试之后的相关后续事物做指导性安排                                   |
| 2014.10 | 中共十八届四中全会      | 《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》     | 提出构建社会、公职、公司律师等优势互补结构合理的律师队伍                                     |
| 2015.12 | 中共中央办公厅、国务院办公厅 | 《关于完善国家统一法律职业资格制度的意见》         | 担任法律顾问的人员，应当取得国家统一法律职业资格，将法律顾问与法官、检察官、律师、公证员、仲裁员并列，确定为统一法律职业资格人员 |
| 2016.6  | 中共中央办公厅、国务院办公厅 | 《关于推行法律顾问制度和公职律师公司律师制度的意见》    | 提出法律顾问、公职律师、公司律师三项制度                                             |

纵观法律顾问制度与企业法律顾问制度的建设与发展历程，2015 年《关于完善国家统一法律职业资格制度的意见》才将法律顾问作为一项独立的“职业”重新提出来，显然，企业法律顾问制度的建设才刚刚开始。

二、标准化定位下企业法律顾问服务应遵循的原则

（一）企业法律顾问服务应坚持“独立性原则”

“独立性原则”<sup>[1]</sup>是指企业法律顾问选任和执业不受外力干扰的原则。包括企业法律顾问主体地位、专业地位两个方面。主体地位独立是指企业法律顾问的身份不是从属于聘请单位的内部员工，而是聘请单位从外部选聘的独立法律职业人员；专业地位独立是指企业法律顾问的专业判断和专业意见不受任何组织或个人干预，且企业法律顾问在专业服务中的言辞和执业行为享有法定的豁免权。

之所以提出企业法律顾问的“独立性”原则<sup>[2]</sup>，是因为该项原则是企业法律顾问服务大厦的基石，具体而言：1. 企业法律顾问若主体地位不独立，就无法置身于聘请单位之外做出专业判断和发表独立意见，当企业法律顾问与聘请单位之间存在身份上的依附或从属关系时，基于其身份限制，企业法律顾问只能服从于聘请单位的领导意志或群体意志，而丧失了企业法律顾问的专业判断能力，难以发挥其法律顾问的专业价值；2. 若企业法律顾问专业地位不独立，企业法律顾问发表的意见和建议的权威性便会受到质疑，当企业法律顾问的专业性判断不能成为企业经营决策的参考意见，而必须依赖于企业或者第三方重新论证和评价之后才可能被参考时，企业法律顾问的学术价值和专业价值便都失去意义。

（二）企业法律顾问应保持“中立性原则”

企业法律顾问服务所坚持的“中立性原则”<sup>[3]</sup>，是指企业法律顾问提供法律意见的普遍性和非特定性，不因为任何利益群体的影响而有特定的偏向。具体而言企业法律顾问的中立性原则包含以下基本意义：

1. 法律顾问主体身份中立。首先企业法律顾问并非简单意义为企业提供法律服务的专业人员，而应该是“取得法律职业统一资格后，从事相关法律服务满五年，向企业法律顾问行业管理机构提交申请并核准颁发《企业法律顾问执业资格证书》之后，专业从事企业法律顾问服务的资深法律人”，对于企业法律顾问服务在主观上已形成比较成熟的法律观，能够对遇到的企业法律问题有独立的判断能力；其次，企业法律顾问的主体身份，应该来自于独立于聘请单位主体之外的第三方，与聘请单位之间不存在利益关系，因而不会影响企业法律顾问做出中立性判断。

2. 企业法律顾问职责中立。法律所赋予企业法律顾问的职责范围应该是对于聘请单位的涉法事项做出独立性判断，提供中立性评价与建议，因而，企业法律顾问的服务范围便应该超越于企业自身的公司律师、公司法务和外聘律师代理法律事项之外，企业法律顾问的法定职责应该界定在“为企业宏观决策提供指导性法律意见、主持顾问单位发生纠纷的司法调解、对企业的公司律师、企业法务、外聘律师及企业管理人员的法律工作绩效进行考核”三项法定职责上。

3. 企业法律顾问组织管理的单一性与社团管理的中立性。企业法律顾问应该建立符合企业法律顾问自身服务特点的单一性组织，实现企业法律顾问的自治性管理，而不受其它利益群体的影响，才可以让企业法律顾问保持其独立性和中立性原则。企业法律顾问独立的社团管理，可以参考当前行业协会管理的成熟模式，在全国成立“中国法律顾问协会”，以协会的章程约束和管理全国企业法律顾问会员，实施企业法律顾问的“法律顾问资格准入制度”和“法律顾问教育培训制度”。

企业法律顾问的中立性原则，是企业法律顾问的立身之本，是企业法律顾问法定之责，是企业法律顾问的归属所向。中立，才可以成为顾问；若融合，便成为服务对象的一份子，也便失去了“顾

[1] 张民元：《建立律师、法律顾问、法官三级调解制度》http://www.sohu.com/a/129174739\_636343，2017 年 4 月 13 日访问；

[2] 张民元：《法律顾问制度需要立法》，http://www.sohu.com/a/128614788\_636343，2017 年 5 月 31 日访问；

[3] 《企业品牌法律顾问服务指南》http://www.cpbz.gov.cn/standardProduct/showDetail/726388817/355219.do，2017 年 5 月 31 日访问；

问”的应有之意。

三、标准化定位下企业法律顾问服务的体系构建

(一) 标准化体系中法律顾问的准确定义

企业法律顾问制度至今仍没有完善的框架体系，其直接原因是因为法律顾问的定义模糊，许多学者和法律顾问的实践者，均不能准确把控“法律顾问”究竟是什么职业，因此，在建立企业法律顾问服务体系之前，笔者先阐述一下“法律顾问”的准确定义<sup>[4]</sup>。

“顾问”是什么？百度的解释是：“顾问是一个职位，泛指在某件事情的认知上达到专家程度的人，他们可以提供顾问服务，顾问提供的意见以独立、中立为首要。例如：政治顾问，军事顾问、国家安全顾问”。百度的解释应该是一个公共的认知，要想当“顾问”，首先必须对某个领域的认知达到专家程度。笔者结合在此之前的相关论述，给法律顾问下个定义。笔者认为法律顾问是“取得统一法律职业资格后从事相关法律工作满五年，经本人向法律顾问行业管理机构提出申请并经审核颁发《法律顾问执业资格证书》之后，专业从事法律类顾问业务的法律专业人员”。

(二) 标准化体系中法律顾问的分类

根据企业法律顾问的定义，我们可以对实践中的法律服务分为两大类，一类为诉讼或仲裁法律事务，包括刑事、民事、经济、行政类诉讼事务，以及劳动、经济、行政、国际争议等仲裁事务；另一类为除了诉讼或仲裁之外的所有法律事务，统称为非诉讼法律事务。

而法律顾问的服务范围与非诉讼法律事务相同，可以简单地定义为：法律顾问是指为社会提供非诉讼法律事务的专业人员。鉴于非诉讼法律事务的服务对象不同，法律顾问又可分为政府法律顾问、企业法律顾问、社团法律顾问、私人法律顾问。企业法律顾问根据服务的范围和服务方式不同，可以分为综合法律顾问（又称为“常年法律顾问”）、专业法律顾问、专项法律顾问。

为便于读者的理解，笔者以图表的方式对企业法律顾问的分类作出对比：

| 类型     | 服务方式              | 职责范围          | 服务方法                          | 显著特点                                        |
|--------|-------------------|---------------|-------------------------------|---------------------------------------------|
| 综合法律顾问 | 常年型、综合型           | 涵盖企业所有的法律事务   | 咨询、培训、合同审查、制度审核、风险排查、法律体检等    | 以年度为单位服务与考核、提供粗犷型普及性法律意见、涉及企业所有领域           |
| 专业法律顾问 | 提供某一专业领域顾问服务      | 某一专业领域法律事务    | 专项法律体检、专业辅导与培训、专题工作报告、专业法律建议等 | 针对某一专业领域提供纵深型法律服务、提供专业型法律意见、针对专业有显著性提升与改进方案 |
| 专项法律顾问 | 为单个或多个独立的项目提供顾问服务 | 单个或多个项目涉及法律事务 | 尽职调查报告、可行性分析报告、法律策划、专项法律见     | 为独立的项目提供法律意见、独立的项目报告与法律意见书并对项目风险承担法律责任      |

(三) 企业法律顾问服务标准化体系的结构<sup>[5]</sup>

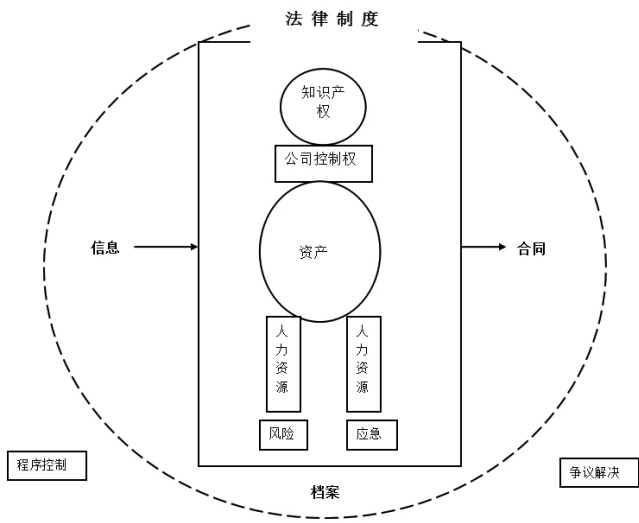
企业法律顾问服务不是一项孤立的“头痛医头，脚痛医脚”型的法律服务，而是一项针对企业各个环节与要素开展相互联系的法律类顾问服务。任何一家企业都有知识产权、公司控制权、资产、人力资源四大要素，有风险与应急两个支点，而前述要素与支点又均以信息、制度、合同、档案四种基本形式表现出来，任何一种类型的法律顾问服务均是通过对信息、制度、合同、档案四种形式载体的管理与改进，以推动其内部知识产权、公司控制权、资产、人力资源的发展与创新，防范风险，

[4] 张民元：《法律顾问的权威定义》，[http://www.sohu.com/a/128614422\\_636343](http://www.sohu.com/a/128614422_636343)，2017 年 4 月 30 日访问；

[5] 张民元：《企业法律顾问应该提供马杀鸡式法律服务》，[http://www.sohu.com/a/128396861\\_636343](http://www.sohu.com/a/128396861_636343)，2017 年 5 月 31 日访问；

处理应急，以达到企业持续稳定存续与发展，提升企业的核心竞争力。

企业法律顾问服务的标准化体系结构如下图：



四、改革与创新现行的法律顾问制度是实现标准化的前提

新常态下企业法律顾问服务制度根据社会实践发展和企业需求的变化，必须建立和完善三项企业法律顾问服务基本制度，以引导和规范企业法律顾问服务的标准化建设，三项基本制度为：企业法律顾问诉讼回避制度；企业法律顾问司法调解制度；企业法律顾问绩效考评制度。

(一) 企业法律顾问诉讼回避制度

企业法律顾问诉讼回避制度<sup>[6]</sup>：是指企业法律顾问作为具有独立性和中立性特征的第三方中介服务群体，不承接法律顾问聘请单位具体诉讼或仲裁等诉讼法律事务。该诉讼回避制度是企业法律顾问在接受委托单位提供法律顾问过程能够保持独立性和中立性的前提，也是企业法律顾问与公司律师、企业外聘律师、企业法务之间能和谐分工、各尽其职的制度基础。

企业法律顾问诉讼回避制度，从狭义上讲就是企业法律顾问不承接具体的个案诉讼（不打官司），不代理委托人的所有诉讼案件。该制度的最基本的精神和要旨就是要求企业法律顾问只为企业提供宏观的法律策划与决策参考、提供法律纠纷的司法调解、提供法律服务事项的绩效考核，而将具体的诉讼事务以及具体的法律服务事项交给公司律师、企业外聘律师、企业法务去完成，企业法律顾问对于具体的法律事务只是以第三方中介身份独立地评价公司律师、企业外聘律师、企业法务以及企业经营管理人员的工作业绩。

企业法律顾问的诉讼回避制度，在当前法律服务的现状和法律服务的基本国情来看，这项制度仍然是一种假设。鉴于该项制度的建立与完善将涉及法律服务人员的利益竞争，要从实践上真正建立与实施企业法律顾问的诉讼回避制度还是一件任重而道远的艰辛历程。

但即使如此，企业法律顾问的诉讼回避制度，仍然是企业法律顾问发展和改革过程中不可逾越的制度底线，只有建立和完善企业法律顾问的诉讼回避制度，但有可能实现企业法律顾问的独立性原则，才能保持与完善企业法律顾问的中立性，也才有可能实现企业法律顾问作为独立的第三方主持企业内部法律纠纷的司法调解，实现企业法律顾问、公司律师、企业外聘律师、公司法务的和谐分工。

[6] 张民元：《建立法律顾问诉讼回避制度》[http://www.sohu.com/a/128758780\\_636343](http://www.sohu.com/a/128758780_636343)，2017 年 5 月 10 日访问；

（二）企业法律顾问的司法调解制度

企业法律顾问司法调解制度<sup>[7]</sup>：是指通过立法赋予企业法律顾问独立的司法调解权，让企业法律顾问在调解企业内部纠纷，化解企业内部矛盾过程中，通过调解所形成的由法律顾问签名的调解文书，赋予其强制执行的司法效力。

企业法律顾问司法调解制度，类似于现行体制下的人民调解制度，只不过是將这种人民调解的司法调解权赋予给所有资深的企业法律顾问，让企业法律顾问在企业内部都有相应的司法调解权，有效分解法院处理诉讼纠纷的压力，创造和谐社会环境。

司法调解作为企业法律顾问一项最基础的法定职能，需要有相应的制度来加以保障，否则企业法律顾问的司法调解得不到社会民众的支持，企业法律顾问无法树立起资深法律人的权威地位，企业法律顾问即使非常乐意参与司法调解，也不会形成企业法律顾问司法调解的市场，社会公众遇到纠纷，仍然只会诉诸诉讼。

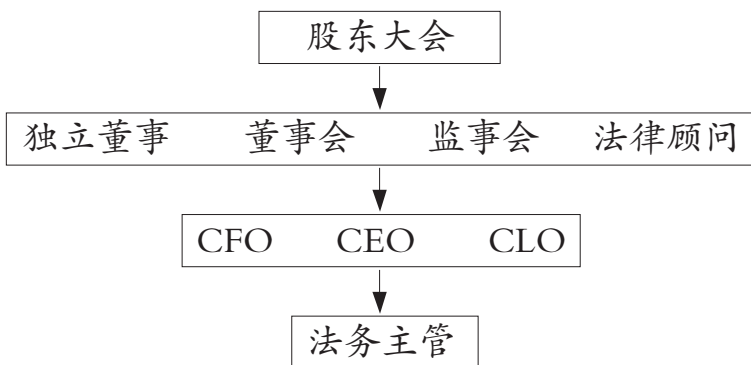
企业法律顾问的司法调解制度，在没有创新型的法律制度出台之前，这项制度也只能是一项假设，因为赋予企业法律顾问司法调解权，并不是依靠笔者和相关学者几篇文章所可以解决的，而必须在得到社会民众的认可和社会实践发展中，当企业法律顾问的司法调解上升为的社会需求的必须时，才有可能推动立法的发展，以立法的方式赋予企业法律顾问司法调解权，企业法律顾问的司法调解制度才有可能得以建立和完善。

（三）企业法律顾问绩效考评制度

企业法律顾问绩效考评制度：是在诉讼回避制度和司法调解制度均成功建立的前提下，完善企业法律顾问工作职责的一项制度。绩效考评制度的目标与宗旨是建立和完善企业法律顾问职责分工和责任权限，以制度的形式赋予企业法律顾问法定的绩效考评职责，即包括对公司律师、企业外聘律师、企业法务、管理团队及相关部门员工的法治管理能力与法治管理质量提供法律评价与绩效考核，以供公司决策层在考评绩效和薪酬考核中参考。

简而言之就是企业法律顾问以第三方中立的身份对公司法律事务管理做出独立判断，该职责类似于上市公司的独立董事的职能，但又不同于独立董事，上市公司的独立董事，作为董事身份，更侧重于参与企业经营管理与决策，而作为企业法律顾问，其侧重点应该在企业的风险控制与法律监督，所以其职责应该更接近企业的监事会，所以企业法律顾问也可以称为企业“独立监事”。笔者以图例的方式来说明企业法律顾问在企业中的位置与法律架构定位<sup>[8]</sup>。

图表：以股份有限公司为例，阐述企业法律顾问的定位



从上图表中可以看出，企业法律顾问在股份有限公司中角色和地位，应该是和监事会处于同一

水平线上，在角色上相当于股份有限公司的“独立监事”。其法定职责与公司监事基本相同，只不过法律顾问独立于公司之外，不在公司的编制序列里，接受股份有限公司股东大会聘请之后，以法律顾问身份发表“独立性”和“中立性”的法律意见，开展法律评价，行使法律监督。

五、企业法律顾问服务标准化的实现路径

（一）企业法律顾问服务标准化必须依靠立法先行

法律顾问作为一项法律职业，存在其特殊性，在一定程度上体现了中国特色的社会需求。在英美法系为主导的西方立法体系中，法律作为体现统治阶级意志的国家机器，其主要出发点是维护私人财产权，作为以私人财产权保护为核心的法律体系框架下，西方法律人的工作重心也是以维护当事人的私有财产权为天职，而在以公有制为主体的国家，维护私人财产权只是法律体系中的一部分，公有制经济体制下的法律人核心工作任务是维护国家利益和社会公共利益，维护社会的公平正义才是法律人的核心工作职责。而法律顾问职业作为维护社会公平正义的一支重要力量，必须以立法的方式来确认其主体身份和地位<sup>[9]</sup>。正如法官、检察官、律师都有相应的《法官法》、《检察官法》、《律师法》一样，解决法律顾问的主体身份和社会定位问题，必须通过《法律顾问法》的立法才能实现。

《法律顾问法》立法的实现，并非从一开始就必须以国家基本法的形式出现，企业法律顾问的立法活动的最初源头应该从律师事务所建立法律顾问服务的企业标准开始，浙江素豪律师事务所于2017年4月在国家标准委企业标准平台发布的《品牌法律顾问服务指南》<sup>[10]</sup>，便是企业法律顾问服务立法活动一种有益的尝试。

在律师事务所建立和发布企业法律顾问服务企业标准的基础上，各县市律师协会及省级律师协会至中华全国律师协会，均有职责收集各自管辖地域范围内共性的企业法律顾问服务标准，经过整理和讨论后，上升为各级律师协会的团体标准，并在国家标准委团体标准平台上发布实施，以指导各地企业法律顾问服务的工作。

司法部作为律师的行业管理部门，可依职权收集和整理各省级律师协会和中华全国律师协会发布的企业法律顾问服务的团体标准，经过分析整理并按一定的程序提交讨论之后，以行业标准的形式向国家标准委申请备案并发布实施，同时也可以将相应的企业法律顾问的规范性文件按国家标准制订的程序制修订之后，报国家标准委审核发布实施，出台企业法律顾问服务的国家标准。

总之，法律顾问立法活动，可以遵循以律师事务所发布企业标准为起点，逐步上升为律师协会团体标准，升级为司法部发布行业标准，再进而上升国家标准委颁布的国家标准，以标准推动全国人大常委会和全国人大启动《法律顾问法》的立法起草工作和法律制修订工作。

（二）企业法律顾问服务标准化必须依靠行业管理

企业法律顾问的管理应该通过在全国设立“法律顾问协会”、各个省市设立“法律顾问协会地方分会”的方式来实现。但在目前法律顾问主体身份定位不明，权限职责划分不清的状态下，依靠法律顾问从业人员自发组织成立行业协会，几乎是不现实的。现实状况下的许多法律顾问协会，均不是按照中办、国办的指导意见来建设的，许多行业协会仍在传统的法律顾问体制框架下运行，有许多法律顾问协会的会员均不属于取得统一法律职业资格的法律人。许多协会之间也没有统一的管理规程，而是各行其道，各自为阵。因此建立统一的全国性的“法律顾问协会”便成为建设与提升企业法律顾问制度的当务之急，且必须在政府的引导下按章建设，才能保证协会的管理能力，才能

[9] 张民元：《法律顾问制度需要立法》，[http://www.sohu.com/a/128614788\\_636343](http://www.sohu.com/a/128614788_636343)，2017年5月31日访问；

[10] 《企业品牌法律顾问服务指南》<http://www.cpbz.gov.cn/standardProduct/showDetail/726388817/355219.do>，2017年5月31日访问；

[7] 张民元：《建立律师、法律顾问、法官三级调解制度》，[http://www.sohu.com/a/129174739\\_636343](http://www.sohu.com/a/129174739_636343)，2017年4月13日访问；

[8] 张民元：《法律顾问的职业定位》，[http://www.sohu.com/a/127861387\\_636343](http://www.sohu.com/a/127861387_636343)，2017年5月31日访问；

实现协会的规范管理职能。

企业法律顾问行业协会的建立与完善，可以参照当前行业管理协会的通行做法，由法律顾问的主管部门司法部牵头，按照中办、国办关于法律顾问建设的文件精神，组织相关资深法律顾问发起筹备，符合相应的发起及会员规模人数之后，报国家民政局批准设立，以《法律顾问协会章程》为纲领性文件，管理和协调全国的法律顾问服务工作。

各省级和地方可参照全国法律顾问协会的模式，依照全国《法律顾问协会章程》设立各省级和地方法律顾问分会，统一规范和管理各地方法律顾问服务工作。

尽管在没有明确的《法律顾问法》出台之前，组建全国性的“法律顾问协会”并没有相应的法律依据，但根据中办、国办将法律顾问定位为一项独立的法律职业的基本精神来看，成立全国性的“法律顾问协会”不应该只是一种假设，而应该是提上议事日程的行业管理必须。

## “附赠花园”衍生的权利冲突及物权规则探析

上海建纬（杭州）律师事务所 陈 沸 朱春苗

【内容摘要】因“附赠花园”引发的各类纠纷，实质上隐含了出卖人、首层业主、小区其他业主之间各方权利和利益的冲突与博弈，其中最本质的是首层业主对附赠花园专有使用权的享有与物权法第73条规定的绿地使用权原则上由业主共有之间的矛盾。如何在现行法律框架下，妥善处理各方矛盾与冲突、厘清各方当事人之间的权利义务，是实务中亟待解决的重要问题。

【关键词】附赠花园 公共绿地 权利冲突 物权规则

根据2007年10月1日施行的《中华人民共和国物权法》第73条规定，建筑区划内的绿地，属于业主共有，但属于城镇公共绿地或者明示属于个人的除外。即住宅小区内的绿地，除法律规定的特定情形外，应属全体业主共有。但在商品房销售过程中，为提高首层房屋溢价率，弥补首层房屋实际存在的湿度大、采光差等缺陷，许多房地产开发企业（以下统称为出卖人）采取“买一赠一”的销售方式，即业主购买首层房屋，出卖人附赠与物业毗邻花园之使用权。由此，首层房屋有了“附赠花园”的加持，其销售价格亦是扶摇直上，部分小区更是产生了首层房屋价格远高于小区房屋均价的情形。但由于各种因素叠加作用，在合同实际履行过程中，“附赠花园”销售模式导致的后果是，相关各方争执不断。如何在现行法律框架下，妥善处理各方矛盾与冲突、厘清各方当事人之间的权利义务，是实务中亟待解决的重要问题。

### 一、附赠花园凸显绿地率指标虚化之困境

绿地率是指居住区用地范围内各类绿地面积的总和占居住区用地面积的比率；居住区内绿地应包括公共绿地、宅旁绿地、公共服务设施所属绿地和道路绿地。<sup>[1]</sup> 绿地率是反映居住区内可绿化的土地比率，它为搞好环境设计、提高环境质量创造了物质条件，为此属于必要指标。<sup>[2]</sup> 《住宅设计规范》（GB 50368-2005）第4.4条规定，新区的绿地率不应低于30%；公共绿地总指标不应少于1 m<sup>2</sup>/人。《杭州市城市绿化管理条例实施细则》第5条规定，居住区人均公共绿地面积应符合以下标准：居住区级不低于1.5平方米；小区级不低于1平方米；组团级不低于0.5平方米。但实际上由于严格执行绿地率指标，对出卖人而言，属于增加成本而无法直接产生经济效益的行为，故往往易导致绿地率指标趋于虚化。而出卖人通过附赠花园的形式允诺首层业主可对公共绿地单独享有使用权，实际上损害了其他业主的合法权益，若剔除附赠花园部分绿地面积，其他业主可享有的人均公共绿地面积及整个小区的绿地率实际上都无法达到法律规定之标准。但实践中，出卖人通常是将允诺首层业主单独使用的绿地面积依然计入小区绿地率并可通过有关行政部门的竣工验收，而现行法律法规并未对该种情况下绿地率的计算规则进行相应的规范，且出卖人又往往是通过制定统一的合同条款的方式

[1]《城市居住区规划设计规范》（GB 50180—93）（2016年版）第2条。

[2]《城市居住区规划设计规范》（GB 50180—93）（2016年版）第11条。

使其他所有业主放弃公共绿地使用权，在这种情况下，业主以绿地率未达标为由主张权利恐难实现，实际上经笔者检索中国裁判文书网，也暂未检索到业主以此为由主张损害赔偿的案例。

## 二、专有使用权<sup>[3]</sup>与物权规则之衔接

### （一）私赠花园与立法意旨的背离

出卖人未经全体业主同意，擅自采用赠送花园的销售方式，在纯排屋或别墅社区中，因各业主都可享有毗邻花园的专有使用权，各业主之间存在着一致默契，就各毗邻花园的权利占有、使用、维护等问题一般不易产生冲突。但现在更多的小区是，出卖人为了满足项目规划的容积率要求，同时获得房屋的高溢价率，往往采取拉高拍低的“高低配”方式建设项目，如高层+洋房、高层+排屋等，此时，洋房或排屋一楼“私有花园”对小区绿化率和公共空间的严重侵占，为业主间的利益冲突与矛盾埋下了伏笔。

我国《物权法》第73条规定，建筑区划内的绿地，属于业主共有，但属于城镇公共绿地或者明示属于个人的除外。也即住宅小区内的绿地原则上应属全体业主共有，全体业主皆享有使用权。故出卖人未经其他业主同意与首层业主单独约定附赠一楼花园的，将会损害其他业主的“经济和生态权利”<sup>[4]</sup>，在其他业主持有异议的情形下，实际上无法履行，其他业主有权要求开放花园，进入花园休憩、娱乐，共同行使对小区花园及绿地的使用、管理等权利。

### （二）私赠他人之物与无权处分

小区公共绿地属全体业主共有，出卖人未经业主同意擅自向首层业主赠送毗邻花园专有使用权的行为，其效力颇有争议。第一种观点认为：该行为侵害了其他业主的合法权益，系损害社会公共利益之行为，应属无效。第二种观点认为：该行为系出卖人之无权处分行为，需经全体业主或业主大会追认为有效，若不予追认或拒绝追认的，则该行为归于无效。第三种观点认为：该行为系出卖人之无权处分行为，合同有效，出卖人无法履行的，应承担违约责任。

笔者倾向于以上第三种意见。首先，出卖人未经其他业主同意擅自将全体业主共有之花园使用权赠与单个业主，确已损害小区其他业主的合法权益，但能否就此归入“损害社会公共利益”的范围，从而适用《合同法》第52条第4项之规定径直认定其无效？笔者认为该观点殊值商榷，存在不恰当扩张法律适用范围、动辄以损害公共利益为由否认合同效力之嫌。其次，认定无效不利于保护买受人即首层业主之权益。在合同无效的情形下，业主仅能根据《合同法》第42条之规定追究出卖人之缔约过失责任，而无法直接适用违约责任的规定，依据通说，信赖利益以恢复买受人订约之前状态为目的，其赔偿范围一般以不超过履行利益为限，故将该约定认定为无效，实际上等于放纵出卖人的该等不当行为，不利于保护首层业主合法权益。再次，根据我国《物权法》第15条之规定所确立的处分行为与负担行为相区分的原则，无权处分人处分他人之物，合同约定系负担行为应为有效。至于《合同法》第51条所述之“无处分权的人处分他人财产”，应将其理解为仅对“处分行为”而言，负担行为不包括在内，更为契合<sup>[5]</sup>。最后，根据《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第3条“当事人一方以出卖人在缔约时对标的物没有所有权或者处分权为由主张合同

[3] 参见最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院建筑物区分所有权、物业服务司法解释理解与适用》，人民法院出版社，2009年出版，第77页：“……以前我们在起草楼顶平台的归属问题时，有一稿曾经用了‘专有使用权’这一概念……但在征求意见中，专家学者们几乎异口同声地对‘专有使用权’这一用语表示不同意，其理由是，根据物权法定原则，物权的种类是法定的，《物权法》没有‘专有使用权’的规定，其他法律也没有专有使用权的规定，司法解释不能创设新的物权类型，因此，建议删去这一用语。我们认为，这一意见是正确的……基于此，我们后来删去了‘专有使用权’的表述。”本文为行文方便，暂使用“专有使用权”这一表述。

[4] 参见杨振玎：《小区绿地专有制度研究》，载《辽宁科技大学学报》，2011年4月，第34卷第2期。

[5] 参见王泽鉴著：《民法学说与判例研究》（第四册），北京大学出版社，2009年版，第102页。

无效的，人民法院不予支持”之规定，最高院力图遵循《物权法》第15条规定之精神，理顺负担行为与处分行为之间的联系，使负担行为之效力归于《合同法》调整范围，而处分行为之效力适用《物权法》的规制，此规定应系最高院对无权处分行为效力的明确表态，即在对无权处分情形下，合同实为有效，真正效力未定的应为处分行为的效力及物权变动的结果。综上，笔者认为，出卖人私赠花园之行为，应系无权处分，该约定有效，出卖人不能履行的，应承担违约责任。

### （三）业主专有使用权之适用条件

如前所述，出卖人将毗邻花园赠与首层业主的行为，应属有效，而出卖人能否实际履行该约定，使首层业主可自由行使其专有使用权，从而实现其排他使用毗邻花园的目的则需审查该约定是否已满足一定之条件。笔者认为，业主可对毗邻花园享有专有使用权的，应包含两种情形：经规划确定可专属使用或经全体业主同意。前者毗邻花园使用权应为首层业主单独所有；而后者毗邻花园使用权应仍为全体业主共有，首层业主仅是根据全体业主之共同意思表示而享有专有使用权。

第一种情形：经规划确定可专属使用。笔者认为，根据《最高人民法院关于审理建筑物区分所有权纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第2条<sup>[6]</sup>之规定，应认定花园、绿地亦是可包括在“露台等”之范围内。在此情形下，首先，该花园在规划上应专属于特定房屋，这里的规划，是指与规划有关的所有文件，而不仅仅是规划图，如经规划行政主管部门批准的施工首层图就明确表明了小区的首层房屋是否有专门附属于该房屋的绿地，绿地面积有多大。<sup>[7]</sup>其次，出卖人应在商品房买卖合同将首层业主享有毗邻花园单独使用权之事实予以明确，并在附图上划定花园的面积及界线。最后，根据《物权法》第73条之规定，出卖人还应通过公示、沙盘模型、广告、合同、划定花园界线等方式“明示属于个人”，使小区其他业主可知悉该花园的权利归属状态。

第二种情形：经全体业主同意。在实践中，花园部分经规划审批为“专属于特定房屋”的情形较少，且花园部分亦很难取得产权登记，业主难以通过不动产权登记证书等公示其专用使用权之存在。故大部分小区花园或绿地是属于全体业主所共有的。在此情形下，首层业主欲实现对毗邻花园之专有使用权，应通过合同约定或管理规约、业主大会决议等形式取得全体业主之同意。管理规约或业主大会基于绿地使用管理、维护的需要，对事实上只能由特定业主使用的绿地设定为该特定业主享有专有使用权，一则可以减少全体业主对该绿地的养护成本，二则可以充分利用该绿地。<sup>[8]</sup>

在该条件下业主专有使用权的取得，首先，相应花园部分设计应已经过规划部门的审批。该规划审批应仅是指，相应花园部分设计已经规划审批确定作为绿地之用途；其次，该附赠花园由首层业主享有专有使用权应经全体业主同意。实践中，一般是出卖人在商品房买卖合同中列入附赠花园专有使用权条款，由业主签字确认，或是由全体业主召开业主大会等形式决定对花园使用权之归属与利用。因小区业主作为公共绿地的共同共有人，根据《物权法》之规定，有权决定公共绿地的使用、维护等各项事宜。在施鸿跃与蔡关健、浙江萧山农村合作银行物权保护纠纷案<sup>[9]</sup>中，浙江高院即认定，法律允许全体业主通过业主大会决议、管理规约等形式对共有部分的用途作出改变或对共有部分进行处分，本案中，蔡关健提交的“萧山商城花园业主大会决议”显示，商城花园小区已通过业主大

[6] 《最高人民法院关于审理建筑物区分所有权纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第2条第2款规定：规划上专属于特定房屋，且建设单位销售时已经根据规划列入该特定房屋买卖合同中的露台等，应当认定为物权法第六章所称专有部分的组成部分。

[7] 参见最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院建筑物区分所有权、物业服务司法解释理解与适用》，人民法院出版社，2009年出版，第56页。

[8] 参见高圣平：《建筑区划内绿地的权利归属研究—兼评〈建筑物区分所有权司法解释（征求意见稿）〉第3条第1款》，载《政治与法律》，2009年第2期。

[9] 案号：（2015）浙民提字第76号。

会决议的形式同意保留诉争绿地上的景观，在此情形下，施鸿跃关于拆除诉争绿地上假山、水池、水井、石栅栏，恢复绿地的诉讼请求不符合全体业主之共同意思表示，本院难以支持。

#### （四）“授权条款”的效力之争

在实践中，出卖人一般是通过制定统一的合同条款如“买受人明确知悉并同意一楼物业毗邻花园部分由其他业主专属使用，买受人对该花园由其他业主专有使用之事实无异议，且其后亦不得通过任何方式主张上述权利”并将其列入购房合同中，要求业主在购房时统一签字确认上述条款。但不少业主由于种种原因，在合同签订尤其是房屋交付后，会对毗邻花园使用权之归属提出异议，并由此产生与出卖人、首层业主之间的种种纠纷屡见报端，进而引发人们对出卖人制定的前述“授权条款”的效力争议。

质疑该条款效力的主要理由是，该“授权条款”系出卖人为重复使用而预先拟定，并在合同订立时未与买受人协商的格式条款。根据我国《合同法》第 40 条之规定，提供格式条款一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的，该条款无效。笔者认为，能否认定为格式条款应从以下两方面认定：首先，应审查出卖人是否已经以合理方式提请业主注意前述授权条款的存在并已明确理解其含义；其次，结合各住宅小区具体情况分析该条款是否存在明显权利义务分配失衡之情况，如在极端情况下可能出现的因附赠花园导致小区内可供业主公共活动之绿地几近于无或非常之少，此时，应认定为对业主权利的严重剥夺及侵害，从而判定为无效条款。否则，应认定该条款属于业主之真实意思表示而为有效。在柯静静与宁波世贸新里置业有限公司商品房预售合同纠纷案<sup>[10]</sup>中，浙江高院即认定，涉案绿地虽为业主共有的绿地，但涉案 7 号地块上的房屋均为别墅，涉案地块上的房屋《商品房买卖合同》为格式文本，其附件八第二十四条对绿地均作出相同约定，可视为全体业主对绿地使用达成的公约，业主包括柯静静对相邻绿地的独立使用有实现可能。在该案例中，法院即对上述“授权条款”之效力予以认可并将其视同为“全体业主对绿地使用达成的公约”。

#### 三、业主擅自改建花园、搭建围墙所涉之法律问题

在业主实际使用出卖人附赠之花园的过程中，基于各业主实际使用需求，出现了部分业主私自改造花园的情况，如铲除草皮、铺设地砖或硬化地面等方式，更有甚者在花园里种植菜蔬、蓄养家畜，完全改变了原花园所承载的观赏及美化环境的功能。另外，部分业主为增强花园的私密性，明确各自所占有的“领地”范围，采取了擅自加设围墙或栅栏的界线划分方式，还有些业主砌起了高高的实心砖墙，俨然将原属公共绿地的花园部分设置成了专属的私有城堡。

#### （一）公法层面：侵害城市规划许可法律制度

笔者认为，业主擅自改造花园的行为侵害了城市规划许可法律制度，扰乱了城市规划的管理秩序，属违法行为，业主应依法自行拆除上述违法建筑或构筑物并将花园恢复原状。《中华人民共和国城乡规划法》第 40 条第 1 款规定：“在城市、镇规划区内进行建筑物、构筑物、道路、管线和其他工程建设的，建设单位或者个人应当向城市、县人民政府城乡规划主管部门或者省、自治区、直辖市人民政府确定的镇人民政府申请办理建设工程规划许可证。”第 64 条规定：“未取得建设工程规划许可证或者未按照建设工程规划许可证的规定进行建设的，由县级以上地方人民政府城乡规划主管部门责令停止建设；尚可采取改正措施消除对规划实施的影响的，限期改正，处建设工程造价百分之五以上百分之十以下的罚款；无法采取改正措施消除影响的，限期拆除，不能拆除的，没收实物或者违法收入，可以并处建设工程造价百分之十以下的罚款。”故业主未办理规划许可手续而擅自改造花园的，其建设行为应属违法，根据上述法律规定，业主应负有拆除违法建筑或构筑物、

恢复原状的义务。在郭峰、楼媚霞与杭州市西湖区城市管理行政执法局规划行政处罚纠纷<sup>[11]</sup>案件中，法院亦是循着这一思路，从而认定郭峰、楼媚霞未取得建设工程规划许可证而在房屋南侧空地上搭建木地板，并设置木质围栏的行为违反了《中华人民共和国城乡规划法》第 64 条之规定，杭州市西湖区城市管理行政执法局作出的责任郭峰、楼媚霞自行拆除违法建（构）筑物，恢复原状的行政处罚决定事实清楚、证据确凿，适用法律正确，故而驳回了原告郭峰、楼媚霞要求撤销行政处罚的诉讼请求。

#### （二）私法层面：背离业主公约与物业管理规定

即便是根据全体业主授权或同意，首层业主对毗邻花园可享有专有使用权，但业主在行使该权利时，亦不是无限制的，相反，其权利的行使应受到小区内部业主制定的业主公约及物业管理制度的约束。在实践中，无论是出卖人赠与业主使用权的合同条款还是业主公约及小区物业管理规定，一般都会对业主的专用使用权的行使范围进行约定，业主不得随意破坏、改造花园，或是业主应保证其花园应与整个小区的环境绿化、园林设计相协调等，业主违反上述义务的，应当承担恢复原状等法律责任。在《最高人民法院公报》2007 年第 9 期刊登的“青岛中南物业管理有限公司南京分公司诉徐献太、陆素侠物业管理合同纠纷案”中，法院在裁判文书说理部分即明确指出，即使徐献太、陆素侠对于该庭院绿地具有独占使用权，鉴于该庭院绿地属于小区绿地的组成部分，根据物权的公益性原则，徐献太、陆素侠在使用该庭院绿地时亦应遵守业主公约、物业管理服务协议关于小区绿地的管理规定，不得擅自破坏该庭院绿地，损害小区其他业主的合法权利。故此法院最终判决业主自行拆除在房屋南阳台外庭院绿地内改建的水泥地、鱼池、花台，恢复庭院绿地原状。

#### 四、管理规约或业主大会能否收回公共绿地使用权

如前所述，就小区内公共绿地，首层业主可经全体业主同意而取得花园专有使用权，但在实际履行过程中，因首层业主对附赠花园进行不正当之使用等问题，业主间争议频发。此时，全体业主能否再通过管理规约或业主大会之决定而收回花园使用权，恢复为由全体业主共同使用？

笔者认为，专有使用权系经全体业主（包括管理规约或业主大会）同意或授权而取得，其性质应系“共有人之间依约定由部分共有人或他人占有共有物的特定部分而使用的权利，此种约定属于共有物分管契约”<sup>[12]</sup>。既属契约，在符合规定条件下根据各共有人一致之意思表示应可变更或终止。首层业主既然可通过全体业主同意的方式而取得花园专有使用权，且该权利的取得一般是无偿的、长期的，若其他业主无法通过其他任何途径恢复绿地之共同使用权，那该专有使用权将变为实质上的“所有权”，与物权法相悖。小区管理规约是业主自治的成果及体现，系全体业主对小区管理事宜之一致意思表示，对业主具有法律拘束力。且根据《物业管理条例》第 17 条第 1 款规定，管理规约应当对有关物业的使用、维护、管理，业主的共同利益，业主应当履行的义务，违反管理规约应当承担的责任等事项依法作出约定。因此，管理规约有权对共有物及共有事务的管理进行规定，并约束全体业主，而管理规约则一般是由业主召开业主大会的方式进行制定和修改的。根据我国《物权法》第 76 条规定，对于制定和修改建筑物及其附属设施的管理规约、有关共有和共同管理权利的其他重大事项等的，应当经专有部分占建筑物总面积过半数的业主且占总人数过半数的业主同意。故笔者认为符合上述物权法规定之程序及条件所作变更公共绿地使用、管理权限之决定应有效。

#### 五、出卖人未能履行“附赠花园”约定时的法律责任

[11] 案号：（2015）浙杭行终字第 110 号。

[12] 参见高圣平：《建筑区划内绿地的权利归属研究—兼评〈建筑物区分所有权司法解释（征求意见稿）〉第 3 条第 1 款》，载《政治与法律》，2009 年第 2 期。

[10] 案号：（2016）浙民申 143 号。

出卖人与业主订立合同后，应按照合同约定履行义务，在出卖人无法按照合同约定向首层业主交付花园或无法交付符合合同约定条件的花园的情况下，首层业主应有权要求出卖人承担违约责任，其中有争议的问题是业主能否主张撤销或解除合同。笔者认为，当业主购买一楼房屋的前提是基于附赠花园的存在，且该花园对该房屋价格的确定具有重大影响，出卖人未能完全履行交付花园义务的，业主可根据案件具体情况主张撤销或解除购房合同。如在帅绍武、王淑萍与浙江圣豪房地产开发有限公司商品房销售合同纠纷案<sup>[13]</sup>中，法院即认定尽管案涉房屋的花园产权属业主共有，但对案涉房屋而言具有独立的使用价值，应当视作双方房屋交易的一部分；案涉楼盘系高端住宅，消费者对房屋品质要求相对较高，而门前独立使用的花园大小以及形状足以影响消费者的购房决定。该案中，人行出入口的面积足有 20 平方米，不仅使案涉房屋的花园分成两东西两块，且形状也变成了不规则，法院由此认定案涉房屋东南角是否存在 20 平方米的人行出入口会对帅绍武、王淑萍的购房决定产生重要影响，而圣豪公司在销售房屋时并未明确告知帅绍武、王淑萍在花园中存在人行出入口，且无证据证明帅绍武、王淑萍在买房时应当知道上述事实，故法院认定构成重大误解，从而撤销双方签订的购房合同。

#### 六、结语

庭院既是房屋的物质空间，也是人们的精神空间，“宅中有园、园中有屋、屋中有院、院中有树”寄托了人们对于美好生活的追求和向往，但“美好”背后隐藏的法律风险亦是不可忽视。对此，笔者建议，完善立法，从规范附赠花园情境下绿地率计算规则、界定专有使用权适用之范围与条件、明确全体业主授权条款之效力等方面细化法律法规，同时倡导各方当事人提高法律意识，遵守法律规则，如出卖人与业主在购房之初即应充分明确附赠花园使用权之性质，并在合同中划定花园使用与管理的四至范围及法律界限等，且业主在实际使用过程中，亦应遵守法律法规及业主公约、物业管理制度等规定，合理使用公共绿地，共同营造美丽、生态、文明、和谐的小区环境。

## 认定商品房宣传资料效力的实证分析

### ——基于浙江法院 111 个判决的考察

上海建纬（杭州）律师事务所 王 钦 徐 琼 黄 博

【内容摘要】发放商品房宣传资料是开发商宣传楼盘、吸引购房人的主要方式，而宣传资料的说明和允诺常与购房者的预期不符，由此所引发的纠纷在司法实践中屡见不鲜。该类案件的争议焦点往往是该宣传资料内容的法律效力问题。尽管相关司法解释对此进行了特别规定，但是在司法实践中对该条款的适用仍然存在诸多的争议。因此，笔者拟从中国裁判文书网等网站上搜集相关判决，试图通过对浙江各地法院判决的梳理，探究浙江法院对宣传资料效力认定的裁判思路和处理态度。

【关键词】商品房宣传资料要约要约邀请

#### 一、引言

发放宣传资料是开发商推销商品房的一种重要方式，图文并茂的宣传资料对购房者具有强烈的吸引力，很多时候其中描绘的内容对购房者是否订立合同起着重大影响。因此，当购房者认为实际交付的房屋与宣传资料不符时，双方容易引发矛盾以致争讼，而争议焦点主要在于在未载入商品房买卖合同的宣传资料内容能否被视为合同内容。

对宣传资料内容效力的规定，主要体现在《中华人民共和国合同法》第十五条（下称“《合同法》”）和最高院颁布的《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第三条（下称“《解释》”）。但因对上述条款理解的不一致，在司法实践中对该条的适用存在诸多的争议，各地法院裁判亦有所差别。

从广义上讲，宣传资料属于商业广告的一种类型。《合同法》第十五条明确规定宣传资料原则上属于要约邀请，但宣传资料的内容如符合要约规定，视为要约。<sup>[1]</sup>笔者通过分析《解释》第三条整理出，未载入商品房买卖合同的宣传资料内容，如要被认定为合同内容，必须同时符合以下三个条件：

- （一）描述的商品房及相关设施在开发规划范围之内；
- （二）说明和允诺是具体确定的；
- （三）对商品房买卖合同的订立和房屋价格的确定有重大影响。<sup>[2]</sup>

通过上述分析，笔者认为裁判差别主要源于对宣传资料内容是否具体确定，对商品房买卖合同的订立及房屋价格的确定是否有重大影响均没有可量化的、明确的标准。因此笔者拟从通过对相关公开的裁判文书梳理，探究司法机关对宣传资料效力认定的裁判思路和处理态度。

[1] 参见《中华人民共和国合同法》第十五条

[2] 参见《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第三条。

[13] 案号：（2015）浙杭民终字第 2569 号。

二、对相关裁判文书的研究

（一）裁判文书的研究方法

考虑到裁判文书的权威性和稳定性，本文检索裁判文书的范围为浙江省内有关商品房宣传资料效力认定的二审和再审判决或裁定。笔者在“中国裁判文书网”、“浙江法院公开网”、“无讼案例”上搜集相关裁判文书，初步收集到相关裁判文书 182 份。经过笔者筛选，排除了 71 份争议焦点与宣传资料的效力问题无关的裁判文书。其后笔者对 111 份裁判文书逐份进行摘选和概括，最终形成“浙江法院对宣传资料的效力认定表”。<sup>[3]</sup>（注：最后检索时间为 2017 年 5 月 26 日 17:00）

需要说明的以下几点：

- 1、囿于部分判决和裁定不在网上公布，本文选取的判决和裁定不能涵盖浙江省法院有关商品房宣传资料效力认定的所有案件；
- 2、囿于调解书不在网上公布，故下表无法包括调解结案的案件；
- 3、鉴于部分案件为集体诉讼案件，由于案情较为类似，裁判结果也较为相似，故笔者将该类集体诉讼判决总结成为一个裁判要旨。统计分析时作为一个计数单位进行分析。

[3] 检索方法：逐一输入以下关键词：“浙江省”、“二审”或“再审”、“判决”或“裁定”、“宣传资料”、“说明和允诺具体确定”、“对商品房买卖合同的订立以及房屋价格的确定有重大影响”。借此确定一个较为清晰的案例范围，其后通过逐一阅读和筛选来确定裁判文书样本范围。

浙江法院对宣传资料的效力认定表

| 序号 | 案例名称                                         | 广告及宣传资料的内容                                                                                                                                                                                       | 裁判文书院 | 裁判要旨                                                                                                                                                                                               |
|----|----------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 1  | 乔桂华等与杭州保利建霖房地产开发有限公司商品房预售合同纠纷 <sup>[4]</sup> | 1、“举步尽享从幼儿园、小学到中学的一站式教育资源，其中浙师大附小丁蕙小学已签约入驻，其余院校计划于 2015、2016 年建成”。<br>2、“X 就在地铁 3 号线旁（规划），同协路、秋石高架、水上巴士多重路网皆咫尺之距，武林门、钱江新城、西湖等主城核心转瞬即达”。<br>3、“本形象广告内容仅供参考，所有内容一律以买卖合同约定的版本为准，市政配套规划最终以政府规划审批为准”。 | 杭州中院  | 1、市政配套设施并不在保利建霖公司开发规划范围内。<br>2、除宣传彩页外被告并没有辅助以明确的公建指标的说明。关于学校和地铁的介绍不符合要约的两个构成要件，即内容具体确定和表明经原告同意，被告即受该意思表示的约束。<br>3、宣传彩页及原告签署的《浙江省商品房买卖合同》和《合同补充协议》均明确宣传资料为要约邀请，市政配套设施不属于合同内容。原告在签署合同时应当知晓上述内容及法律后果。 |
| 2  | 卢军彪等与杭州云恒置业有限公司商品房预售合同纠纷 <sup>[5]</sup>      | 1、对房屋及相关设施的陈述主要提及了英国皇家园林景观、中央水景、喷泉等，其他内容则是对楼盘整体环境的介绍。<br>2、游泳池只有楼书中的图片。                                                                                                                          | 杭州中院  | 1、游泳池只有图片，没有明确具体的文字表述，难以认定为“具体确定的说明和允诺”。<br>2、交付时的主要变化是中央水景调整为了园林，该变化对合同的订立及房屋价格确定的影响并不属于重大的范畴。                                                                                                    |
| 3  | 丁岳梁等与杭州三盛房地产有限公司商品房销售合同纠纷 <sup>[6]</sup>     | 在楼书及住宅产品说明书中宣传将在小区内建造网球场。                                                                                                                                                                        | 杭州中院  | 3、楼书和《补充协议书》中明确：“广告、楼书、沙盘及其他宣传资料属于要约邀请，不作为合同的组成部分。构成要约。                                                                                                                                            |
| 4  | 卞张某某等与杭州万科置业有限公司 <sup>[7]</sup>              | 1、卫浴空间可做成由洗浴、洁面化妆、洁面化妆、如厕三个独立功能空间组成的卫浴；玄关柜可做成高低错落 13 层层放置空间，可摆放不同种类的鞋子约 40 双。<br>2、“本手册为要约邀请，买卖双方的权利义务以合同为准”。                                                                                    | 杭州中院  | 1、原告未能提供证据证明宣传资料对合同的订立以及房屋价格的确定有重大影响。法院根据现有证据，结合现场查看情况和生活经验，亦无法认定该要件已具备。<br>2、宣传资料中明确：本手册为要约邀请，买卖双方的权利义务以合同为准。                                                                                     |

[4] 详见杭州市中级人民法院（2015）浙杭民终字第 3501—3517 号判决书  
[5] 详见杭州市中级人民法院（2015）浙杭民终字第 1190、1189、1313、967、966、944 号判决书  
[6] 详见杭州市中级人民法院（2013）浙杭民终字第 3265、3261 号判决书  
[7] 详见杭州市中级人民法院（2010）浙杭民终字第 26、663 号判决书

|    |                                              |                                                                                                                         |                    |                                                                                                                                                                                |
|----|----------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 5  | 周某、周某为与被告上杭人杭州良渚文化村开发有限公司 <sup>[8]</sup>     | 1、“本宣传册系对不特定人的要约邀请，买卖双方的权利义务以商品房买卖合同约定为准”。<br>2、教堂“预计2009年末投入使用”、青少年活动中心“预计2009年开放”、“将引进”体育中心、“白鹭郡南规划有商业中心与幼儿园”等内容。     | 杭州中院               | 1、宣传资料中明确：本手册为要约邀请，买卖双方的权利义务以合同为准。<br>2、宣传资料表述的是“预计”、“计划”，没有明确具体交付时间。因此宣传资料中对基督教堂、体育中心、青少年活动中心、幼儿园的说明或允诺不能视为具体确定。                                                              |
| 6  | 费秀琴等与桐庐五鑫房地产开发有限公司合同纠纷 <sup>[9]</sup>        | 《宣传画册》的画面反映有湖景公园，有平台水景。                                                                                                 | 杭州中院               | 湖景公园、水景的大小均没有文字或数字标注，不符合司法解释之“具体确定”的条件。                                                                                                                                        |
| 7  | 汪凤仙与休斯顿投资管理（杭州）有限公司商品房预售合同纠纷 <sup>[10]</sup> | 1、“36.8%绿化率”、冲浪沙滩”、“海尚会馆”“海尚会馆和沙滩由菲律宾景观建筑师设计”等。<br>2、“本案正在完善中，具体以政府部门最终审定文本图则为准，所有图片和文字不构成要约”。                          | 杭州中院               | 1、宣传资料中明确示明上述图片与文字不构成要约。作为购房人，对于未在书面合同中明确约定，而仅在宣传资料中予以说明的，对其是否订立商品房买卖合同以及影响房屋价格的说明与允诺应尽充分的谨慎注意义务。                                                                              |
| 8  | 卢胜华与桐乡市国创置业有限公司商品房预售合同纠纷 <sup>[11]</sup>     | 1、“国际新能源市场总占地约96亩，总建筑面积约15万平方，共分两期，其中一期为太阳能馆，二期规划有光伏馆、风能馆、生物质能馆、综合馆、低碳酒店、会议中心、能源博物馆等”。<br>2、“国际新能源市场一期一太阳能馆，目前招商100%完成” | 嘉兴中院（省高院驳回购房者再审申请） | 1、宣传资料描述已经超出开发规划范围，相关宣传内容亦非针对案涉商品房本身或相关设施。<br>2、该宣传资料仅概括称国际新能源市场分两期，却无具体体的开发建设时间、方位、结构、面积等，不符合“说明和允诺应具体确定”的条件。<br>3、卢胜华既无证据证明其系因相信宣传资料内容从而签订商品房买卖合同，亦无证据证明该宣传内容对其购房价格的确定有重大影响。 |
| 9  | 周东等与海宁卡森地产有限公司商品房预售合同纠纷 <sup>[12]</sup>      | 开发商印制的《XX产品价值读本》载明：“立面选用全干挂石材”。                                                                                         | 嘉兴中院               | 构成要约。                                                                                                                                                                          |
| 10 | 杨东与吉翔置地集团有限公司商品房预售合同纠纷 <sup>[13]</sup>       | 开发商在媒体刊登的“城南小学（规划中）的学区房源”。                                                                                              | 嘉兴中院               | 该宣传所涉的学校并非案涉商品房开发规划范围内的房屋及相关设施，故不能认定为要约。                                                                                                                                       |

[8] 详见杭州市中级人民法院（2010）浙杭民终字第568号判决书  
[9] 详见杭州市中级人民法院（2014）浙杭民终字第1181号判决书  
[10] 详见杭州市中级人民法院（2013）浙杭民终字第655号判决书  
[11] 详见嘉兴市中级人民法院（2015）浙嘉民终字第256号判决书  
[12] 详见嘉兴市中级人民法院（2016）浙04民终875、876号判决书  
[13] 详见嘉兴市中级人民法院（2015）浙嘉民终字第992号判决书

|    |                                               |                                                                                                                                                                           |      |                                                                                                                                                                                       |
|----|-----------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 11 | 顾其、顾佳润与浙江厚源房地产开发有限公司商品房预售合同纠纷 <sup>[14]</sup> | “首创Outlets品牌购物、嘉年华游乐、影视娱乐中心三位一体的商业模式”，集旅游、购物、娱乐、休闲为一体的大型综合商业主题街区，并拥有Outlets、酒吧、KTV会所、影视城、五星级酒店、嘉年华游乐园等众多现代业态。                                                             | 嘉兴中院 | 1、五星级酒店、影视城、国际嘉年华游乐园等经营项目只是对将来发生情况的渲染，并非开发商注册经营范围内的事项，不能认定为是开发商的开发规划范围内。<br>2、没有明确具体的建成标准或投入运行的时间。<br>3、原告也未能举证证明上述宣传对其商品房买卖合同的订立及房屋价格的确定有重大影响。                                       |
| 12 | 刘群利等与宁波保利置业有限公司商品房预售合同纠纷 <sup>[15]</sup>      | 1、宣传视频及宣传册中有：“保利城超级8套配套”，包含“一站式购物广场、风情商业街、3D图书馆、五星级酒店、8厅影院、乡村音乐会馆、艺术博物馆、拍卖厅”；“西面紧贴活水清溪，河滨游步道和亲水平台与生活亲密互动，临河而居……”。<br>“本印刷品所载图文均为宣传所需，仅供参考。双方权利义务以最终所签订的商品房买卖合同及政府批文为准”字样。 | 宁波中院 | 1.宣传册及宣传视频中载明的保利城八大商业配套、小区西面河道及河道绿化均不属于开发规划范围内。<br>2.宣传视频及宣传册中的描述均非具体、确定。<br>3.原告在未能举证证明被告交付的园林景观景观设计价值降低或对其所购房屋的价值产生重大影响。<br>4.补充协议已明确排除了宣传册、宣传视频的广告内容作为合同条款，且相关条款亦已通过加粗、加黑处理提醒原告注意。 |
| 13 | 方运鏊等与宁波大港置业有限公司商品房预售合同纠纷 <sup>[16]</sup>      | 1、“三室二厅二卫有独立餐厅带转角落地窗”小区内十六项设施有“人造沙滩、沙坑、溢水景墙、观景水池”。<br>2、“所示图片与文字均为示意性质，仅供参考，不构成合同附件，具体内容均以政府有关部门审批为准，解释权归开发商所有”。                                                          | 宁波中院 | 1、被告发放的宣传资料均注明了“所示图片与文字均为示意性质，仅供参考，不构成合同附件，具体内容均以政府有关部门审批为准，解释权归开发商所有”。<br>2、原告不能证明对商品房买卖合同订立以及房屋价格的确定产生了重大影响。                                                                        |
| 14 | 姚锋、干晨燕与宁波中江房地产开发有限公司商品房预售合同纠纷 <sup>[17]</sup> | 广告资料中有“英国著名豪宅海德堡的增值已是物业销售时的60余倍”，“中江浅水湾的德系精工雕琢为物业增值已经铺垫上了厚重的红地毯”的宣传。                                                                                                      | 宁波中院 | 1、上述宣传非被上诉人“就商品房开发规划范围内的房屋及相关设施所作的说明和允诺”；<br>2、也不“具体确定”，故难以被认定为系被上诉人发出的要约。                                                                                                            |
| 15 | 钱晓宇等与宁波金庭房地产开发有限公司商品房预售合同纠纷 <sup>[18]</sup>   | 广告中有关规划总面积约5000平方米，布置近1/3占地面积的绿地等内容。                                                                                                                                      | 宁波中院 | 该表述用了“约”、“近”等字样，该说明和允诺并不具体确定。                                                                                                                                                         |

[14] 详见嘉兴市中级人民法院（2012）浙嘉民终字第367号判决书  
[15] 详见宁波市中级人民法院（2015）浙甬民二终字第724—728、730—732号判决书  
[16] 详见宁波市中级人民法院（2010）浙甬民二终字第550、551、592—595号判决书  
[17] 详见宁波市中级人民法院（2015）浙甬民二终字第574号判决书  
[18] 详见宁波市中级人民法院（2008）甬民二（一）终第36号判决书

|    |                                                    |                                                                                                                                                         |      |                                                                                                                                                                               |
|----|----------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 16 | 朱隆伟与温州市中梁华成置业有限公司商品房预售合同纠纷 <sup>[19]</sup>         | 1、宣传资料中称“南湖塘河公园2014年6月30日竣工、2013年8月1日国宾大道正式通车”、“2014年开通，轻轨S1线问鼎温州”、“北大、北师大附属学校意向入驻南湖”、“超大规模泳池”、“24K纯金镶嵌超星级会所”等。<br>2、注明广告内容仅供参考，不构成合同要约，最终以实际交付或政府批文为准。 | 温州中院 | 1.周边公园、路网属于商品房规划范围外的市政配套设施，不属于开发建设范围。<br>2.广告宣传资料载明“北大、北师大附属学校考察南湖国际新城后，意向入驻南湖”，首先表明仅仅是达成入驻意向，其次入驻地点并未指向涉案商品房所处的南滨锦园，故该项宣传内容尚不够明确具体。“超大游泳池、五星级会所”均无明确具体的衡量标准，该项宣传内容不足以构成合同要约。 |
| 17 | 潘德雷与温州居士达房地产开发有限公司商品房预售合同纠纷 <sup>[20]</sup> （构成要约） | 宣传资料中醒目地标明涉案房屋的“子爵89公馆三室两厅两卫（优化后）”、“户型优化图”、“户型原始图”、“优化后可利用面积约24平方米”等内容。                                                                                 | 温州中院 | 1、宣传资料标明了涉案商品房面积优化前后效果图之间的差异，展示了涉案房屋的一个重要卖点是赠送优化面积，该事实对涉案商品房买卖合同的订立有重大影响。<br>2、从宣传资料的内容可以看出，该优化面积所做的说明和允诺具体明确。                                                                |
| 18 | 王胜泽与华润置地森马实业（温州）有限公司商品房预售合同纠纷 <sup>[21]</sup>      | 销售广告和宣传资料有关于超五星级酒店和国际商务公寓项目的宣传内容。                                                                                                                       | 温州中院 | 1、超五星级酒店和国际商务公寓项目不在涉案商品房开发规划范围内。<br>2、《商品房买卖合同》附件约定“出卖人的广告、楼书、沙盘、示范单位及其他宣传资料仅作为潜在购房在选择、参观楼盘的参考，属于要约邀请。”                                                                       |
| 19 | 朱景木等与德清德蓝置业有限公司商品房销售合同纠纷 <sup>[22]</sup>           | “以喷泉水景为中心的入口景观广场作为社区门户”等文字介绍，附喷泉水景的楼盘鸟瞰效果图。                                                                                                             | 湖州中院 | 1、喷泉水景并非为满足买受人购房的特定心理需求或者购房目的，一般而言，是否建有喷泉水景并不会影响到买受人购房与否的决策。<br>2、原告并未提供证据证明喷泉水景之说明对案涉商品房合同的订立及房屋的价格的确有重大影响。                                                                  |
| 20 | 何娥妹等与浙江中捷房地产开发有限公司商品房销售合同纠纷 <sup>[23]</sup> （构成要约） | “约2000平方米的浪漫中庭花园，绵绵水景犹如一串湛蓝的玉带，嵌入社区之中等内容。”                                                                                                              | 台州中院 | 广告载明有约2000平方米的中庭花园，且附有效果图，这属于对商品房环境性质量的陈述，已构成具体确定的说明和允诺。                                                                                                                      |
| 21 | 张曼菁与绍兴中设置业有限公司商品房销售合同纠纷 <sup>[24]</sup>            | 广告承诺赠送的价值人民币4万元的空调和2万元的露台，或折价人民币6万元的诉请。                                                                                                                 | 绍兴中院 | 该允诺并未明确空调的型号、露台的面积等可将标的物特定化的内容，内容并不具体确定。                                                                                                                                      |

[19] 详见温州市中级人民法院（2015）浙温民终字第1330号判决书  
[20] 详见温州市中级人民法院（2016）浙03民终1919号判决书  
[21] 详见温州市中级人民法院（2015）浙温民终字第477号判决书  
[22] 详见湖州市中级人民法院（2015）浙湖民终字第332、335、457—459号判决书  
[23] 详见台州市中级人民法院（2013）浙台民终字第714—730、734—737、739、741—765号判决书  
[24] 详见绍兴市中级人民法院（2015）浙绍民终字第1876、1871、1872、1873号判决书

（二）案例情况概述

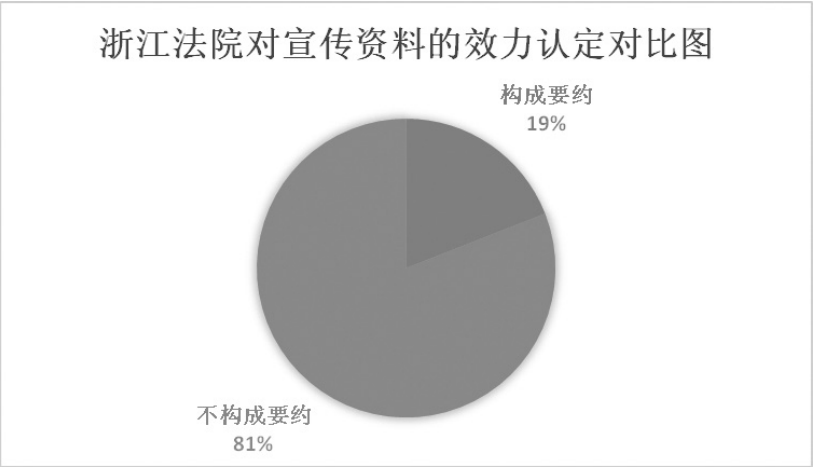
这111个案例的基本状况如下：

从分布地区上看，杭州市有30个，嘉兴市有6个，宁波市有16个，温州市有3个，湖州市有5个，台州市有47个（大部分为集体诉讼），绍兴市有4个，可以说有相当广泛的地域代表性。

从分布年份上看，这111个案例的审理时间在2009年与2016年之间，可借以观察到近8年来浙江各地法院对商品房宣传资料的认定态度的区别以及总体的倾向性。

从认定构成要约的裁判要旨中分析，认定构成要约的裁判要旨共有4个，分别为第3、9、17、20号，裁判法院分别为杭州中院、嘉兴中院、温州中院和台州中院，裁判年度分别为：2013年、2016年、2016年和2013年。说明浙江省存在认定商品房宣传资料构成要约的判决，且审理时间在2013-2016年，属于较近的年份。

上述21个裁判要旨中，仅4个裁判要旨认定宣传资料构成要约，所占比例约为19%；相比之下，有17个裁判要旨认定宣传资料不构成要约，所占比例约为81%。依据上述数据，笔者制作了如下饼图：



从上图可以明显地看出，浙江省各地法院对宣传资料的效力认定问题，总体上保持一个谨慎的态度，除非特别具体明确的宣传描述，一般是不支持构成要约的。从法律逻辑上来讲，这样结果是可以理解的。商品房宣传资料本身定性为要约邀请，被视为要约仅仅作为一个例外而存在，因此实践中法院不会轻易做出这种认定。

三、对法院考量依据和援引情况统计分析

从上文我们已知，浙江省各地法院对宣传资料的效力认定问题，总体上保持一个谨慎的态度，一般是不支持构成要约的。清楚了这样一个基本态度后，在认定商品房宣传资料的效力这个问题上，法院一般从哪几个方面考量仍是一个悬而未决的问题。沿着上述思路，笔者通过分析上述表格总结出，法院一般从以下五个方面来考量在具体案情中如何认定商品房宣传资料的效力。

1、是否针对开发规划范围内的房屋及相关设施。首先明确宣传资料对开发范围外的房屋及相关设施所作的说明和允诺不属于《解释》第三条中可以认定构成要约的情形；

2、是否具体确定。“具体确定”要求说明和允诺不是抽象的、笼统，且不存在不同解释的可能；

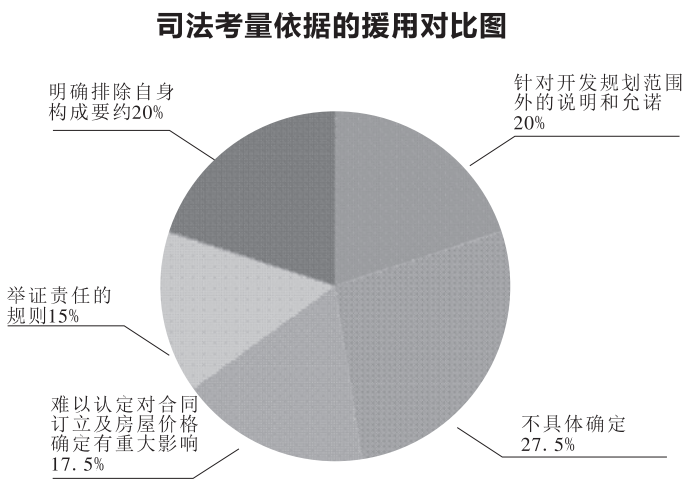
3、对合同订立及房屋价格确定是否有重大影响。由于语言本身的模糊性及理解的不一致，对“订立合同及房屋价款的确定有重大影响”没有一个比较明确的标准，因此，在实践中该点的认定大多依据法官的自由裁量；

4、遵循举证责任的规则。购房者对宣传资料是否满足上述构成要件负有举证责任。如果购房者不能证明宣传资料满足上述构成要件，则应承担举证不能的不利后果；

5、是否排除自身构成要约。很多开发商不仅在楼盘的宣传资料中明确图片与文字不构成要约，还会在购房合同和补充协议中约定宣传资料仅作为参考，属于要约邀请。这样的做法在不少裁判文书中亦有相关体现，部分法院引用该类做法作为排除宣传资料构成要约的依据之一。

基于现实中法院的主流态度认为在证据不充分的条件下，商品房宣传资料难以构成要约。那法院究竟是从哪几些方面来否定宣传资料构成要约的呢？笔者顺着上述思路，先筛选出法院认定不构成要约的裁判要旨，然后从各裁判要旨中统计出上述各个考量依据被援用的次数，并计算其在总援用次数中的比例。最后形成图表如下：

| 司法考量依据的援用情况表 |                       |      |       |
|--------------|-----------------------|------|-------|
| 序号           | 司法考量依据                | 援用次数 | 援用比例  |
| 1            | 针对开发规划范围外的说明和允诺       | 8    | 20%   |
| 2            | 不具体确定                 | 11   | 27.5% |
| 3            | 难以认定对合同订立及房屋价格确定有重大影响 | 7    | 17.5% |
| 4            | 举证责任的规则               | 6    | 15%   |
| 5            | 明确排除自身构成要约            | 8    | 20%   |
| 总计           |                       |      | 40    |



在认定宣传资料不构成要约的考量依据中，被援用次数最多的首先是“宣传资料不具体确定”。其次为“宣传资料是针对开发规划范围外的说明和允诺”和“宣传资料明确排除自身构成要约”。上述两个考量依据被援用次数相同，同位列第二。“难以认定宣传资料对合同订立及房屋价格确定有重大影响”位列第三。最少被援用的是“遵循举证责任的规则”。五种司法考量依据被援用的次数和比例都较为均衡。

#### 四、对如何认定宣传资料的效力之思考

接下来笔者将逐一论述各个司法考量依据，并结合 21 个裁判思路的共性和个性，试图总结出浙江各地对各个司法考量依据的认定思路和处理态度。

##### （一）如何认定说明和允诺构成“具体明确”

最高院民一庭编著的《商品房买卖合同司法解释问答》中指出，审查商品房销售广告中的说明

和允诺是否具体、确定，要审查其说明是否有清楚明白的具体内容和事项，允诺是否有明确的标准和肯定的含义，要注意结合具体的事实加以认定。<sup>[25]</sup> 笔者根据上述判例的汇总分析，发现浙江各地法院在裁判思路是有以下共识：

①宣传资料如果表述没有具体到可以衡量的标准，一般难以认定为“具体明确”；如例 16 中，温州中院认为宣传资料描述的“超大游泳池、五星级会所”均无明确具体的衡量标准，故该项宣传内容不足以构成合同要约。

②宣传资料中如果无具体的建设面积、时间、方位、结构、型号等数字标注或文字描述的，一般难以认定为“具体明确”；如例 8 中，嘉兴中院认为宣传资料仅概括称国际新能源市场分两期，无具体的开发建设时间、方位、结构、面积等，不符合“说明和允诺应具体确定”的条件。

③宣传资料如采用“约”、“近”“预计”等表述，一般难以认定为“具体明确”；如例 15 中，宁波中院认为宣传资料用了“约”、“近”等字样，该说明和允诺并不具体确定。

总体来说，说明和允诺的是否“具体确定”更多地属于个案判断的问题。从上述三点裁判共识总结中，可以看出大多数浙江法院对“具体明确”的标准是要求较高的，只有笼统模糊描述是很难获得法院对认定宣传资料构成要约的支持。如“繁华枢纽”、“贵族品质”、“轻奢风格”等模糊、不明确的描述性语言，只能被视为要约邀请；对开发规划范围内的层高、容积率、绿地面积（绿化率）等做出了详细描述，如“X 平方米花园”、“X 米层高”则很有可能被认定为“具体明确”。

##### （二）排除宣传资料构成要约条款的效力

上述案例中，有的开发商在宣传资料中明确其中的图片和文字不构成要约，有的开发商在《商品房买卖合同》和《补充协议》中明确宣传资料为要约邀请，试图借此排除了宣传资料构成要约的适用。笔者通过研读上述判决发现，在 21 个裁判要旨中，8 个裁判要旨支持在宣传资料中排除构成要约的效力，且都在判决书中引述这一事实作为其裁判依据。这样的处理说明这样的条款是具有实际效果的，且得到法院的支持。

此外，有的购房者试图主张该类条款构成格式条款，从而请求法院判定该类条款无效，但并未获得法院的支持。如例 12 中，法院认为，相关合同条款并不存在免除自己责任、加重对方责任或排除对方主要权利之情形，相关条款亦已通过加粗、加黑处理提醒原告注意，故对购房者认为相关条款系无效的格式条款的主张，不予支持。综上，开发商在宣传资料和购房合同中排除宣传资料构成要约条款，能得到部分法院的支持。

##### （三）对合同订立及房屋价格确定是否有重大影响的认定

因为不同的购房者有不同的价值观念，如有人青睐的是房屋户型好，有人中意的是交通便利，有人看重小区周围的教育资源等，因此很难根据日常生活经验推定出某一项“说明和允诺”对特定买受人的影响力。所以对如何认定“订立商品房买卖合同及商品房价款的确定有重大影响”没有一个比较明确的标准，只能由法官根据具体的事实和证据进行分析后自由裁量。因此浙江各地法院要求购房者提供充分的证明，除非特别明确的情形，大部分法院难以认定某项因素对合同订立及房屋价格确定具有重大影响。如例 19 中，法院认为，喷泉水景并非为满足买受人购房的特定心理需求或者购房目的，一般而言，是否建有喷泉水景并不会影响到买受人购房与否的决策。

##### （四）对是否属于“开发规划范围内的房屋及相关设施”的认定

解决该问题的关键是如何理解“开发规划范围”和“相关设施”。“开发规划范围”可以各地

[25] 最高人民法院民事审判第一庭：《商品房买卖合同司法解释问答》，法律出版社出版 2003 版，P28。

规划局批准的规划设计图纸为准。至于“相关设施”，应当包括基础设施和相关配套设施，前者包括供暖、供电、供水、小区内景观和道路、停车场等。后者则包括商品房规划范围内的配套设施，如商业、服务业、医疗、教育和公共交通等配套设施。<sup>[26]</sup>

上述案例中，许多商品房宣传资料包含对商品房周围设施及环境的宣传，而部分设施是在商品房开发规划范围外的，例如地铁、学校、医院等。浙江各地法院的裁判思路均较为谨慎，严格按照《解释》的规定，认为宣传资料对在商品房开发规划范围外的房屋及相关设施所作的说明和允诺为要约邀请，不为合同内容。

综上所述，浙江各地法院对商品房宣传资料是否构成要约问题，总体上还持一个谨慎严格的态度，除非常具体明确的宣传描述，一般是不支持构成要约的。法院的裁判思路大致是，首先让购房者对宣传资料符合《解释》第三条的构成条件承担的证明责任，再查看宣传资料及商品房买卖合同（包括补充协议）有无明确排除宣传资料构成要约的文字说明，一般在无上述文字说明且宣传资料符合《解释》第三条的三个条件，才可能认定宣传资料构成要约。

## 预购商品房抵押权预告登记相关实务问题研究

上海建纬（杭州）律师事务所 徐 琮 王 钦 周 丰

【内容摘要】商品房预售制度自香港引入后，为大陆房地产市场注入了极大活力。但对按揭的理解与适用，大陆有别于香港，由此也带来诸多问题。在预购商品房抵押权预告登记阶段，购房者一旦违约断供，银行是否可实现优先受偿权保护自身权益存在疑问。对此，各地法院裁判观点也不尽一致。本文拟通过观察我国预购商品房抵押制度的演变，结合近期司法案例，就预购商品房抵押权预告登记制度中银行的优先受偿权问题进行分析并提出建议。

【关键词】预购商品房按揭抵押权 预告登记优先受偿权

### 一、导言

商业模式创新是推动社会发展的重要力量。商品房预售作为一种创新模式，在房地产领域实现了将来物、期待权的流通。大陆目前的预售制，源于香港的“楼花预售”，被认为是“中国人第五大发明”。<sup>[1]</sup>我国成文法层面的确认，以1994年《城市房地产管理法》为标志。房地产开发周期长、准入门槛高、前期资金不足的现象较为普遍。将未来利益变现，反哺当下建设，是预售制度产生的动因。它肩负着增加商品房供给、活跃房地产市场的使命。预售制仅仅松绑了房地产开发资金的取得方式，而资金源于消费者购买能力。后者是前者的必要条件。1997年，建设部颁行了《城市房地产抵押管理办法》，“购房人在支付首期规定的房价款后，由贷款银行代其支付其余的购房款，将所购商品房抵押给贷款银行作为偿还贷款履行担保”，即实践中常说的“按揭”。此后，我国的房贷业务总额从1998年的426亿元飞速增长为2011年的10.46万亿元。<sup>[2]</sup>国家统计局数据显示，2017年1-4月，房地产开发企业到位资金47221亿元，其中个人按揭贷款7662亿元，同比增长14.5%。商品房预售给开发商提供了建设资金，而按揭制度则提供给消费者以置业资本，兼顾了供给端和需求端。

我国大陆按揭制度源自香港，却与后者有着极大的不同，有学者甚至认为按揭被引入我国大陆，与其说是制度的引入，倒不如说是称谓的引入。<sup>[3]</sup>申言之，香港继承英美法系按揭概念，虽有本土化改造，但本质上仍要求债务人将对预购商品房享有的权益，即对预购商品房所有权的期待权，转移给银行。具体而言，香港要求按揭人将按揭财产以信托形式交银行持有，并将有关业权文件交银行存放。<sup>[4]</sup>此时，银行是名义上的所有人。在按揭人违约时，按揭权人享有出售或取得占有按揭财

[1] 雷兴虎蔡科云：《中国商品房预售制度的存与废——兼谈我国房地产法律制度的完善》，《法学评论》2008年第1期（总第147期）

[2] 余蓉：《论预购商品房抵押权预告登记的效力》，《江苏警官学院学报》2012年第2期。

[3] 蒋万来：《评我国房地产业界对“按揭”的曲解》，《法学》2004年第6期。

[4] 周小明：《信托制度比较研究》，法律出版社1996年版，第13页。

[26] 最高人民法院民事审判第一庭：《商品房买卖合同司法解释问答》，法律出版社出版2003版，P30-31。

产的权利。<sup>[5]</sup> 但在我国大陆版“按揭”中，购房者向银行办理按揭时，并不将其对预购商品房所有权项上的期待权转移给银行，而为银行创造了一个新的期待权：设立正式抵押的期待权。这样的“异化”产生了许多新问题。于香港版按揭中，购房者断供导致的后果是失去对预购商品房回赎权，银行得以预购商品房折价、拍卖、变卖所得价款清偿。而在大陆版按揭中，由于预抵押登记未转化为正式抵押登记，银行是否享有优先受偿权或存疑问。本文即针对此疑问展开论述。

二、预购商品房能否设立抵押

以预购商品房进行抵押贷款是时代发展的产物，成文法在适应时代背景变化的过程中适时做出了调整。

| 编号 | 时间   | 规范性文件                         | 规定                                                                              | 是否可以抵押 |
|----|------|-------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------|--------|
| 1  | 1994 | 《中华人民共和国城市房地产管理法》             | 第四十八条房地产抵押，应当凭土地使用权证书、房屋所有权证书办理。                                                | ×      |
| 2  | 1995 | 《中华人民共和国担保法》                  | 第三十四条第（六）项依法可以抵押的其他财产                                                           | ？      |
| 3  | 1997 | 《城市房地产抵押管理办法》                 | 第三条本办法所称预购商品房贷款抵押，是指购房人在支付首期规定的房价款后，由贷款银行代其支付其余的购房款，将所购商品房抵押给贷款银行作为偿还贷款履行担保的行为。 | √      |
| 4  | 2000 | 最高人民法院关于适用《中华人民共和国担保法》若干问题的解释 | 第四十七条以依法获准尚未建造的或者正在建造中的房屋或者其他建筑物抵押的，当事人办理了抵押物登记，人民法院可以认定抵押有效。                   | √      |
| 5  | 2007 | 《中华人民共和国物权法》                  | 第一百八十条债务人或者第三人有权处分的下列财产可以抵押：……（五）正在建造的建筑物、船舶、航空器；……（七）法律、行政法规未禁止抵押的其他财产。        | √      |
| 6  | 2008 | 《房屋登记办法》                      | 第六十七条有下列情形之一的，当事人可以申请预告登记：……<br>(二) 以预购商品房设定抵押；                                 | √      |
| 7  | 2016 | 不动产登记暂行条例实施细则（国土资源部令 63 号）    | 第七十八条 申请预购商品房抵押登记，应当提交下列材料：……                                                   | √      |

对于预购商品房进行抵押，我国法律及司法解释所持有的立场是逐渐开放、包容的。但是，需要指出的是，购房者与开发商签订预售合同后，购房者仅拥有请求开发商于约定时间交房的权利。在房屋竣工并办理所有权证（“小产证”）之前，购房者并不拥有所有权，不能将不动产本身进行抵押。<sup>[6]</sup> 易言之，按揭期间，买方向银行呈递的抵押标的并非物权，而是某种权益。有观点认为，购房者抵押的是自身对未来房屋享有所有权的乐观预期，是一种期待权。虽然，在我国较严格的物权法定原则下，期待权法理上能否设立抵押，在学术界存在不同观点。但实践中以预购商品房进行抵押是可行的。

1997 年 6 月 1 日施行的建设部《城市房地产抵押管理办法》对预购商品房的抵押仅需在“抵押

合同上作记载”（2001 年修订本保留了该规定）。<sup>[7]</sup> 虽是对经济活动中实际需求的灵活应对，但也反映出具体抵押登记规则的缺乏。

2007 年的《物权法》备受期待，对我国物权界定与保护居功至伟。在众多成就或创新当中，预告登记制度占了一席之地。弱小的请求权在实现之前，存在极大的不确定性。在吃下预告登记这颗菠菜后，它却对在后发生的不动产处分行为，拥有了对抗的能力。在抵押合同上的记载、他项权利证书之间，预告登记增加了具有物权对抗效力的中间状态。这既有利于购房者获得银行贷款，也有利于金融风险的防范。事实也证明，自 2007 年以来，各地房屋登记机构相继开展了预告登记业务，而大量的预告登记集中于预购商品房抵押预告登记这单一类型。<sup>[8]</sup> 但是，究其本源，这仍是对债权请求权的强化，并未完成向物权的进化。经预告登记的债权请求权具有一定的物权效力，但是预告登记不包含支配利益，不能和物权相提并论。

2016 年 5 月 30 日，国土资源部印发《不动产登记操作规范（试行）》，对预购商品房抵押权预告登记的申请材料做出明确规定：除预告登记所需的一般材料外，还需提供不动产登记证明、不动产抵押合同以及主债权合同。鉴于，此时购房者还未拥有所有权，前述不动产登记证明应指预购商品房的预告登记证明。基于同等原因，预抵押登记后，权利人仅能获得“预告登记证”，载明权利人、义务人、债权数额以及业务种类为预购商品房抵押权预告登记，而非“他项权证”。抵押的房地产在抵押期间竣工后，当事人须在抵押人领取房地产权属证书后，重新办理房地产抵押登记。权利人在拥有他项权利证书之前，预抵押登记证明的效力如何，是否视为抵押权已设立？抵押权人是否可就抵押物优先受偿？

三、抵押权预告登记是否设立现实的抵押权

《物权法》第五条确立了“物权法定”的基本原则。在我国不动产抵押采用“登记要件主义”的模式下，预抵押登记并不设立正式抵押权。认为抵押权设立的观点，可能是几组概念边界模糊所致。具体分析如下：

（一）预告登记 vs 本登记

我国 1995 年的《担保法》第四十一条规定，当事人以本法第四十二条规定的财产抵押的，应当办理抵押物登记。抵押合同自登记之日起生效。<sup>[9]</sup> 《物权法》第九条确立了不动产物权变动遵循“登记生效主义”的基本原则。抵押权因登记行为而设立。“不登记、无抵押”应该是明确的。然而，预抵押登记的“登记”二字则有混淆视听之嫌。有观点即据此认为，抵押房产已办理预抵押登记，且银行已收到相关登记手续，保证责任应予免除。<sup>[10]</sup> 本文认为，《担保法》和《物权法》所要求的登记应为本登记，而不包括预告登记。本登记以现实存在的不动产物权为登记对象，而预告登记的对象则是将来发生的不动产物权变动。《不动产登记暂行条例实施细则》第七十八条第二款规定，预购商品房办理房屋所有权登记后，当事人应当申请将预购商品房抵押预告登记转为商品房抵押权首次登记。可见，当购房者获得房屋所有权证、具备办理抵押条件后，应当为银行设立抵押权首次登记，此时的登记方为本登记，自本登记行为成就时，抵押权始设立。从物权法就不动产登记的体

[7]《城市房地产抵押管理办法》(2001 年修订本)第三十四条第二款：以预售商品房或者在建工程抵押的，登记机关应当在抵押合同上作记载。抵押的房地产在抵押期间竣工的，当事人应当在抵押人领取房地产权属证书后，重新办理房地产抵押登记。

[8] 陈亚菁：《预告登记的实践适用及法律效力》，《中国房地产》，2013 年第 05 期。

[9] 该规定因有混淆抵押合同效力与物权变动效力之嫌，后被《物权法》第 15 条修正：“当事人之间订立有关设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同，除法律另有规定或者合同另有约定外，自合同成立时生效；未办理物权登记的，不影响合同效力”。

[10] 参见（2016）黔 01 民终 165 号

[5] 关于英美法、香港法上按揭制度的介绍，请详见路晓晖：《预售商品房按揭法律问题研究》[D]. 上海：复旦大学，2009:9-12

[6] 最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法通则〉若干问题的意见（试行）》第 113 条规定，以自己不享有所有权或者经营权的财产作抵押，应当认定抵押无效。

系规定及用语表述方式看，除非明确为“预告登记”的，否则，“登记”一词一般均指本登记。<sup>[11]</sup>

#### （二）预抵押登记 vs 在建建筑物抵押登记

有观点认为，在建建筑物抵押权依《物权法》一百八十七条之规定自办理抵押登记时设立，预购商品房在本质上等同于在建建筑物，其抵押权亦应自预抵押登记之时设立。<sup>[12]</sup>该观点除了同样混淆了预告登记与本登记（在建工程得依《房屋登记办法》、《不动产登记暂行条例实施细则》进行本登记）之外，还忽略了预购商品房和在建建筑物之间的本质差别。不动产登记制度之所以赋予在建建筑物以正式抵押登记而将预购商品房排除在外<sup>[13]</sup>，是因为合法建造的建筑物，在合法建造事实行为成就时即可原始取得所有权。登记并非取得所有权的必要条件，仅为后手交易之便。它是预购商品房买受人取得所有权的前提。另外，预抵押登记与在建建筑物抵押登记的法律意义大相径庭。两者在抵押人、抵押客体、担保对象等方面存在区别。<sup>[14]</sup>因此，前者须在购房者获得房屋所有权证书的情形下，方能办理正式抵押登记。

#### （三）其它

如前所述，从规范层面加以考量，抵押权并非预抵押登记应有之义。在实际操作中，即使认可抵押权设立，也可能名过其实。预购商品房尚未建成，在购房者未持有所有权证，即使认定银行具有优先受偿权，其也难以就所谓的抵押物优先受偿。从形式上承认抵押权而无抵押权的实际利益，仅能起到隔靴搔痒的功效。

认定预抵押登记并未设立正式抵押权，不仅是规范、实践层面的“不能为之”，或许也暗含裁判者的“有意为之”。《最高人民法院公报》2014年第9期刊载了“中国光大银行股份有限公司上海青浦支行与上海东鹤房地产有限公司、陈思琦保证合同纠纷上诉案”。在该案例中，法院认为预告登记并未使银行获得现实的抵押权。上海市第二中级人民法院将该案例评选为精品案例，并在评选理由中认为，在虚假房屋预售套取银行贷款的情况下，银行债权将得不到抵押权保障，这会倒逼银行在发放此类贷款时，审慎审核商品房预售的真实性，防止贷款被套取，进而保障国家房地产金融政策的贯彻落实和金融秩序的维护。<sup>[15]</sup>判决，不仅是对具体权利、义务的分配，还诉说了司法者更高的价值关切。

#### 四、是否有优先受偿权？

法律有许多基本原则，债权平等是其中之一。原则身后往往有例外追随。优先受偿权是对债权平等的突破。原则的设立是基于效率的考量。原则，是实践中正面经验的总结，是被刻意培养的思维惯性。面对价值选择时，遵从惯性可省却纠结与争执。“例外”则增加社会甄别与思考的成本，须审慎处之。

在前文的讨论当中，有观点以及司法案例认为，预抵押登记时抵押权已经设立。不论这种观点是否正确，据此前提推导出银行享有优先受偿权，也能自圆其说。吊诡之处在于，在认定抵押权未设立的基础上，是否还能承认优先受偿权？

#### （一）肯定优先受偿权

司法实践中认为预抵押登记未设立抵押权而具有优先受偿权，主要理由有三个方面。因所涉按

[11] 司伟：《预购商品房抵押权预告登记权利保护的法律基础与路径选择》，《人民司法·案例》2016年第14期。

[12] 如（2016）浙01民终922号民事判决书认为，“正在建造中的房屋即预售房屋可以作为抵押物，且以预售房屋抵押的，只要办理了预告登记，该抵押即为有效抵押，并依法享有优先受偿权”

[13] 《不动产登记暂行条例实施细则》第七十五条：“当事人申请在建建筑物抵押权首次登记时，抵押财产不包括已经办理预告登记的预购商品房和已经办理预售备案的商品房。”

[14] 参见（2016）粤06民终7042号

[15] 参见 <http://www.shezf.com/view/jpa/detail.html?id=303>，2017年6月28日最后访问

揭流程、断供至诉的情况较常见，本文略去案情简介，仅摘裁判要旨如下，以窥各地法院审判思路于一斑：

#### 1、公示公信说：（2016）粤20民终410号

裁判要旨：涉案房地产虽未办理正式抵押登记，但经过抵押预告登记，可以向社会公开，使第三人了解和知悉此权利设立和变动情况，具有公示性，可以产生对抗第三人的效力。因此，当债务人不履行上述债务时，银行有权以该财产折价或者以拍卖、变卖该财产所得的价款优先受偿。

该审判思路实际上包含两个观点：（1）抵押预告登记行为的存在，应视为第三人对预购商品房上设有权利负担的情形已经知悉，由此产生对抗第三人的效力；（2）将前述“对抗效力”进一步解读为预抵押登记权利人的优先受偿权。所有的登记都是对某种利益的宣示。预抵押登记的对抗效力，体现在请求权的保全。申言之，预抵押登记权利人，请求义务人办理正式抵押的权利，不因后者的物权处分行为而消灭。这是对《物权法》第二十条的直接理解与适用。至于，该公示公信力何以推导出优先受偿权，在类似裁判文书的说理中存在断层。

#### 2、过错说<sup>[16]</sup>：（2015）浙民申字第809号

裁判要旨：尽管涉案房产抵押仅办理了抵押权预告登记，并不直接产生设定物权的效力，但是杭州联合银行蒋村支行对预告登记无法转为正式抵押登记并无过错，一、二审判决赋予抵押权人对抵押物享有优先受偿权，并无不当。

涉及守约方、违约方的责任分配时，过错理论不失为一个顺手的工具。预告登记权利人不因义务人的过错而权利受损、义务人不因其过错而获益。这样的观点符合生活常理，与法律塑造的价值观亦契合。然而，此间存在的“相对性”易被忽略。即，过错理论仅能分配守约方与违约方之间的责任。优先受偿权，是抵押权人得就标的物的交换价值优先于普通债权人以及其他后顺位权利人而实现其债权<sup>[17]</sup>，涉及债权人之间的利益分配。易言之，在购房者、银行这对法律关系中，购房者的其它债权人作为第三人，同样不得因购房者的过错而权利受损。否则，其它债权人为购房者过错而买单，将违背责任自负原则。因此，过错理论或许并不契合优先受偿权的应用。

#### 3、利益平衡说：（2016）浙10民终1597号

裁判要旨：银行无法登记为抵押权人的原因在于债务人下落不明，银行并无过错。在此情形下，如不赋予银行对涉讼房产享有优先受偿权，将债务人的违约结果转为由守约方承担，有违合同诚信、公平原则，不符合物权法立法旨意。赋予银行对商品房处置价款优先受偿权，有利于平衡保护各方当事人利益，保障交易安全和稳定。

该裁判思路所涉过错理论，在前文中已作分析，不再赘述。法院以诚实信用、公平的基本原则，结合个案具体情形进行利益分配，是自由裁量权的体现。但是，应用原则断案，是规则缺乏的无奈之举。从维护交易安全和稳定出发，仍无法回避优先受偿权法定的追问。

综上，肯定优先受偿权的审判思路存在某种程度上的断层，其理由与依据仍显薄弱。

但我们进一步对《物权法》第二十条进行假设分析，若非预告登记权利人同意，对预购商品房的处分将无法发生物权效力；其他普通债权人直接提起对办理预告抵押登记过的预购商品房处分的确认没有法律依据，通过债权生效判决启动对预购商品房的司法处置并对执行款参与分配，我们认为司法处置预购商品房时应尊重《物权法》第二十条赋予预告抵押权人的权利，那么普通债权人通

[16] 另参见林秀荣、陈光卓：《抵押权预告登记权利人无过错时有权对商品房优先受偿》，《人民司法·案例》2016年第14期

[17] 申卫星：《民法学》，北京大学出版社2013年版，第312页。

过对办理预告抵押登记过的预购商品房的处分来得到债权清偿的当然性是存在疑问的。

一般地，预告抵押权人往往根据合同约定提起要求对预购商品房进行拍卖、变卖并对所得价款享有优先受偿权的诉讼请求，若法院响应预告抵押权人的拍卖、变卖预购商品房之诉请，应视为法院对预告抵押权人同意对办理预告抵押预购商品房处分的确认，若不同时响应其对拍卖、变卖所得价款享有优先受偿权的诉请，则显失公平；故法院赋予预告抵押权人对拍卖、变卖所得价款的优先受偿权，既解决了直接司法处置与《物权法》第二十条的冲突，也解决了普通债权人的部分债权清偿问题，存在正当性基础。

#### （二）否定优先受偿权

司法实践对于预抵押登记优先受偿权的看法存在较大分歧。最高人民法院对此观点较为明确，除在 2014 年以公报案例的形式表明立场外，2015 年还以裁定书的形式直接表示“在建房屋抵押预告登记并不产生债务人不履行债务时从拍卖在建房屋的价款中优先受偿的法律后果，而只是对将来建成房屋所作的一种事先约束，以约束债务人以将来建成房屋作为抵押标的物”。<sup>[18]</sup>许多法院也都遵循了这一严格的物权法定审理思路。《担保法》第三十三条、《物权法》第一百七十条确立了担保物权的优先受偿权。抵押权的设立，是优先受偿权的权利来源。优先受偿权具有法定性。<sup>[19]</sup>实践中亦有法院认定权利人对于预抵押登记不能转化为抵押登记不存在过错，但是因优先受偿权的法定性，权利人无法直接获得。<sup>[20]</sup>在失去权利来源时，是否能以公平原则、维护交易安全等理由，以司法自由裁量赋予优先受偿权存在疑问。

在倾向于肯定优先受偿权的浙江地区，近年来也发出了不同的声音。杭州市中院在（2016）浙 01 民终 1415 号民事判决书中认为，银行与购房者就案涉房屋仅办理了预购商品房抵押权预告登记，并未办理抵押权登记手续，依法不产生抵押权设立的法律效力，银行对该房屋不享有优先受偿权。否定说，在司法审判中渐居主流地位。

除前述规范与司法实践层面之外，银行对于抵押权未设立这一结果，在订立合同之时已有所预期。银行提供的按揭贷款格式合同中，一般约定开发商承担的连带保证责任是从合同签订之日起至合同项下房产办理完毕房屋所有权证书及房屋他项权证并交于银行之日止。有的甚至会注明不包括预登记。<sup>[21]</sup>可见银行订立合同时不仅预见其间风险，还做了必要的防范措施加以规避。银行和开发商均是在明知“预购商品房”不能设立抵押权的前提下，介入商品房预售交易的，而银行之所以愿意接受预抵押登记，是为了将来取得预购人的现房抵押权，开发商之所以愿意提供连带责任保证，则是因为这种现房抵押权将来能为其解套，这是符合业界的认知的。<sup>[22]</sup>

否定优先受偿权的审判思路，坚持物权法定原则，因抵押权尚未设立、银行不享有优先受偿权。鉴于否定说立法依据明确、论证逻辑清晰，最高院和全国大多数法院都遵循这一思路。然而，否定说也并未解决所有问题。从某种程度而言，对各方主体的权利保护，尤其是对承担连带保证责任的开发商来说，在法律程序的末端——执行阶段，往往成了最终“受害者”。若银行根据预抵押登记不能享有优先受偿权，在其向正式抵押转化的过程中又存在种种不确定风险。立法强行区分期房抵押与现房抵押的意义在哪里？即使将立法假设为“任性的、存在缺陷的”，那么银行也会在实践中将仅为空头支票的预告登记证弃如敝屣。风险具有传导性，在银行不能获得优先受偿权，仅作为普通债权人参与房屋拍卖款的分配后仍无法获得完全清偿时，其将转而向开发商主张保证责任。虽然

开发商往往仅承担阶段性保证责任至他项权证办出时止。但在某些极端情形，购房者恶意拖延办理产权证，则开发商将无法从保证责任的桎梏中脱身。于此，开发商将成为风险的最终承担者。对其而言，不尽公平也难以获得适当救济。浙江部分法院的审判思路，是否可视为对该疑问的回应？首先，根据 2016 年 3 月 1 日施行的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国物权法〉若干问题的解释（一）》第四条要求“转移不动产所有权，设定建设用地使用权、地役权、抵押权等其他物权”的行为须经预告登记的权利人同意，否则不生物权效力。预抵押登记期间，虽然正式抵押权尚未设立，但未经银行同意，购房者无法转让预购商品房，亦无法在其上设立其他物权。购房者的权利因预抵押登记而停滞。在此期间，并不会和其它债权参与预抵押物的利益分配，银行拥有唯一的期待利益。唯转为正式抵押，该期待利益方可落地。《物权法》及其解释，将预购商品房可期待的优先受偿力唯一赋予了预抵押登记权利人，且因该登记的公示力，购房者其它潜在债权人并不期待从预抵押物上在银行之前获得清偿（事实上，根据前述物权法解释，未经银行同意，预购商品房无法进行任何的物权处分，其它债权人自然无法获得任何程度的清偿）。据此认为，经司法解释释明后的《物权法》第 20 条，可以作为银行优先受偿权的法定依据。其次，《浙江省高级人民法院民事审判第二庭关于商事审判若干疑难问题解答》浙法民二 [2010]15 号问答 26 中表示，购房者断供时，银行对抵押期房主张优先受偿权的，应等期房变现后办理正式的房屋抵押登记，再以抵押房屋折价或者以拍卖、变卖房屋所得的价款优先受偿。易言之，除《物权法》及其解释能为优先受偿权肯定说提供一些佐证之外，抵押权本身也可成为优先受偿权的正当性基础。鉴于前述，预抵押登记本身因本登记的缺失，未设立正式抵押权。但具体到个案中，开发商完成竣工验收备案，预购商品房事实上已经从“花”结成了“果”。后续大产证、小产证、他项权证的办理仅是程序事宜，不存在客观障碍。唯程序履行过程中，各参与主体“主观配合”仍为不确定因素。倘若预抵押登记人自身不存在过错，因其它主体过错而妨碍正式抵押的设立，并不构成优先受偿权的阻却事由。浙江法院从法理上认可“应等期房变现后办理正式的房屋抵押登记”再优先受偿；从实践操作上认为不存在客观障碍，通过司法强制手段将房屋所有权从开发商处转至购房者处，再将预抵押登记转化为正式抵押登记，仅拖延了纠纷解决周期、增加了各方成本，故直接认定银行享有优先受偿权系基于未来抵押权，而非现时抵押权。唯此种未来抵押权的成立已不存在客观障碍。

综上所述，基于物权法定原则，抵押权未设立时，银行无优先受偿权是基本立场。但法院依个案情形，在得出抵押权设立不存在客观障碍的判断后，赋予银行优先受偿权，不会侵害到其它债权人的预期，无悖于债权平等原则。

#### 五、各方风险分析及应对

本文虽对实践中出现的优先受偿权肯定说提出了自己的论证，但从最高院观点和其它各地实践来看，否定说仍是主流观点。基于此，参与各方尽量规避不确定性风险，仍有必要。

##### （一）预抵押登记权利人

##### 1、要求购房者配合进行抵押登记

1995 年《担保法》规定，应当办理抵押物登记的，抵押合同自登记之日起生效。然《物权法》第十五条对此作出修正，将抵押合同效力与抵押权之设立分而视之。因此，即使预抵押登记人未获得正式抵押权，抵押合同仍为有效。银行有权依据抵押合同要求购房者配合办理抵押登记（若购房者不配合，银行可根据法院生效判决申请强制执行），且开发商为尽早逃离保证责任的束缚亦会积极配合。另外，预告登记虽不能设立正式抵押，但对以将来发生不动产物权变动为目的的请求权具有保全效力。实践中，银行一审阶段未办理正式抵押被法院驳回优先受偿的诉请，在二审阶段办理

[18] 参见（2015）民申字第 766 号

[19] 解志国：《民法上优先受偿权的几个问题》，载《法商研究》1997 年第 5 期（总第 61 期）

[20] 参见（2016）皖 02 民终 893 号、（2016）粤 06 民终 7042 号

[21] 参见（2016）浙 01 民终 3959 号

[22] 常鹏翱：《预购商品房抵押预告登记的法律效力》，载《法律科学》2016 年第 6 期

了正式抵押后，仍可获得二审法院的支持。<sup>[23]</sup>

需要特别指出的是，在预抵押登记落地，转为正式抵押登记前，可能由于其它债权人的介入使得预抵押权利的实现愈发扑朔迷离。在预抵押期间，因购房者其它债权人申请，预购商品房被法院预查封。此时，预查封的介入能否阻碍预抵押落地？有观点认为，所有权预告登记转正式登记不会侵害预查封效力及其所保护的债权。正相反，所有权预告登记转正式登记，恰恰使预查封转为正式查封，申请查封的债权人利益更能获得保护。因此与《最高人民法院、国土资源部、建设部关于依法规范人民法院执行和国土资源房地产管理部门协助执行若干问题的通知》（法发[2004]5号）的精神并行不悖，登记机构可以办理。但是，根据《物权法》第一百八十四条第（五）项规定，“被查封的财产不得抵押”。法发[2004]5号文第二十二条第一款规定，“国土资源、房地产管理部门对被人民法院依法查封、预查封的土地使用权、房屋，在查封、预查封期间不得办理抵押、转让等权属变更、转移登记手续”，并且，购房者进行所有权登记后，预查封将自动转为正式查封。因此，预查封实际上排斥了在后的抵押权正式登记。<sup>[24]</sup>但是，本文认为，《物权法》第一百八十四条第（五）项、法发[2004]5号文第二十二条第一款应解读为，在（预）查封后，不能设立一个崭新的抵押权。其正当性在于，（预）查封具有公示力，潜在的抵押权人可以预期在（预）查封后，其抵押权无法设立。然而，在预抵押登记语境下，该“抵押权”并非崭新的，其因预告登记而具有延续性、溯及力。登记机关依权利人申请将其转为正式登记应无障碍。申言之，首先，预告登记同样具有公示力，人民法院进行（预）查封时，应知道标的上负有抵押，只是囿于制度原因，暂无法进行正式登记。预抵押登记的公示在前，预查封的公示在后，在后行为公示力应弱于前者。其次，在所有权登记之前，银行无法促使购房者为其办理他项权证，其对于权利停滞状态并无过错。若在购房者进行所有权登记后，排斥抵押权预告登记转为正式登记，事实上银行将目睹预告登记罹于三个月的除斥期间，而无法通过自身任何努力进行补救。最后，根据《物权法》第二十条第二款之规定，预告登记后，未经预告登记的权利人同意，处分该不动产的，不发生物权效力。司法机关无法绕过银行，径行处分查封标的，清偿其它债权。江苏省高级人民法院执行局赵培元法官认为，银行申请预抵押登记转换手续后，可以比照知识产权法中对专利申请优先权的规定，使银行申请登记的效力溯及至预告登记之日，自房屋预告登记之日即具备正式抵押登记之效力。<sup>[25]</sup>武汉大学王荣珍博士认为，我国应该参照德国法上规定，在强制执行程序中规定，查封登记后，办理正式登记的条件具备的，预告登记应可以推进到本登记，至此，查封登记自动消灭。<sup>[26]</sup>

面对预抵押登记转换过程中的不确定性风险，实践中部分房管部门进行了探索与变通。在进行抵押预告登记时，在备注栏注明在房屋建成进行所有权初始登记后，双方当事人自愿将预抵押登记转为正式抵押登记，并要求双方签字确认。<sup>[27]</sup>此举对交易安全与效力均有裨益，且可降低行政成本，让法律有效率地追求公平正义，值得借鉴。

## 2、追究购房者违约责任

《不动产登记暂行条例实施细则》第七十八条第二款规定，预购商品房办理房屋所有权登记后，当事人应当申请将预购商品房抵押预告登记转为商品房抵押权首次登记。因此，购房者获得所有权证书乃不动产得以进行抵押登记的必要条件。在特殊情形当中，购房者因种种原因未能获得不动产

所有权证书，不具备办理抵押登记的条件，银行则难以寻求物权法和担保法的救济，只能将目光转向合同法。具体而言，（1）若因开发商未能办出“大产证”、妨碍购房者获得“小产证”，继而传导到银行难以进行抵押登记，银行只能通过解除合同或者请求替代履行的损害赔偿，其设立抵押权的请求权从而转化为损害赔偿请求权。预告登记虽能保障抵押权设立请求权，但权利人仍应意识到抵押权有不能设立之风险。（2）若因购房者原因未能办出所有权证书从而阻碍抵押权的设立，则可参照《合同法》第四十五条“当事人为自己的利益不正当地阻止条件成就的，视为条件已成就”。法院可依职权追加开发商为第三人，判决开发商协助进行所有权登记，并判决在所有权证办出后，预抵押登记人可持该判决单方办理抵押权登记从而实现抵押权。<sup>[28]</sup>

### 3、要求开发商承担保证责任

按揭贷款合同往往要求在银行获得他项权利证书之前，开发商承担阶段性保证责任。既然银行未获得抵押权，无法就房屋享有优先受偿权，则开发商仍受制于保证责任。银行可要求开发商承担保证责任。

### 4、优先受偿权救济

尽管大多数案例显示，预抵押登记阶段，抵押权并未设立，权利人并不享有优先受偿权。但部分案例仍根据预抵押登记权利人“是否具有过错”而加以区分，认为银行对预告登记无法转为正式登记并无过错，赋予其对抵押物享有优先受偿权并不当。<sup>[29]</sup>因此，银行应具备风险防范意识，在设立抵押条件成就时，积极敦促开发商协助购房者办理抵押登记。

## （二）开发商

### 1、事先的风险防范

防患宜于未然，开发商在与银行、购房者签订相关合同时即应做好风险隔离措施。例如，在签订《按揭贷款合作协议》中应设置因银行原因未能及时办理抵押登记的免责条款、在《商品房买卖合同》中约定因购房者原因逾期办理所有权证时的违约责任等。另外，有的法院认为，阶段性保证的设立初衷在于降低因正式产权登记未完备导致的债权清偿风险，促使开发商及时完成项目开发建设、积极协助办理产权登记手续。若开发商已完成涉案房屋的开发建设，并已完成产权初始登记，不存在急于建设、办理产权过户等情形，应当认定其阶段性保证责任已经免除。<sup>[30]</sup> 综上，对于开发商而言，除了关注工程建设本身、完成初始登记之外，还需对购房者断供风险进行把控，在符合办理房屋所有权登记的情况下，积极敦促购房者办理，并积极通知、协助银行办理正式抵押登记。在购房者出现断供风险时，应积极协助银行提起诉讼并对涉案房屋进行查封，以获得执行顺位利益。在这一过程当中，应规范文书的送达和签收，在出现纠纷时，可作为己方积极履行义务的佐证。

### 2、协助银行主张优先受偿权

正如前述，优先权否定说虽为主流，但在司法实践中，银行主张优先受偿权之请求仍有可能获得法院支持。因此，从风险防范的角度看，开发商在诉讼过程中协助银行主张优先受偿权，亦有可能获得成功从而免除自身的保证责任。若预抵押财产不足以清偿债务，开发商应根据《担保法》第28条，主张银行应先就预抵押财产实现债权，开发商仅就不足部分承担保证责任并请人民法院在判决主文中明确其向债务人追偿的权利。

### 3、行使合同解除权

当银行不能主张或实现优先受偿权、开发商承担保证责任时，在房屋市场价格上涨较多时，开发商应积极行使解除与购房者之间的买卖合同，收回房屋实现溢价以减少损失。

[28] 同注释 11

[29] 参见前述“抵押权未设立，特定情况下仍享有优先受偿权”之案例

[30] 参见（2016）浙民申 1180 号民事裁定书

[23] 参见（2016）粤 05 民终 706 号、（2016）苏 03 民终 5241 号

[24] 刘守君：《预购商品房抵押权预告登记转本登记受预查封的限制》，《房地产产权产籍》双月刊 2016 年第 5 期

[25] 赵培元 程洁：《抵押预告登记与法院预查封登记在正式登记条件具备时的司法处理》，《人民司法·案例》2014 年第 04 期

[26] 王荣珍：《不动产预告登记制度研究》[D]. 武汉：武汉大学，2013:121

[27] 同注释 25

## 房屋买卖中物权期待权制度的法律完善

浙江六和律师事务所 孟德荣 高允超

【内容摘要】我国现有法律框架下对房屋买卖中物权期待权的规定较少，且规定之间存在构成要件“量”与“质”的差异：在同一种物权期待权中，“量”的差异体现在构成要件数量规定不一致，“质”的差异体现在对同一构成要件内在规定的不一致。如此规定易造成已登记抵押权、法院查封以及消费者物权期待权三者之间优先顺位的混乱，以及法院判决之间的矛盾和冲突等诸多问题。本文旨在通过科学重构房屋买受人物权期待权的分类，维护首套购房者生存权这一更高价值以及顺应国家对刚需购房的倾斜政策；通过完善、统一在诉讼案件、执行案件中同一类房屋买受人物权期待权的构成要件，理顺对房屋买受人在诉讼程序、执行程序中的保护。

【关键词】房屋消费者物权期待权 一般房屋物权期待权 首套住房物权期待权 非首套住房物权期待权 必要共同诉讼制度

买受人物权期待权滥觞于德国，经德国帝国法院 1920 年判决确认<sup>[1]</sup>并逐渐被其他大陆法系国家所接受。买受人物权期待权是指对于签订买卖合同的买受人，在已经履行合同部分义务的情况下，虽然尚未取得合同标的物的所有权，但赋予其类似所有权人的地位，其物权的期待权具有物权效力<sup>[2]</sup>。“没有任何一个法律概念能像期待权一样预示着进入了法学的奇妙世界，学问也就由此开始了”<sup>[3]</sup>，这是德国联邦最高法院法官 Wolfgang Kruger 教授所说的话，他曾经指出：“在所有法律人学习过程中所必须面对的法律制度和法律概念当中，唯有期待权，令人惊诧地散发出一种奇特魅力，很久以来它便是经常挂在学生嘴边的一个词，并且用来解决一些案件”，这一表述提示了期待权研究的理论价值和实践意义。

我国一般教科书对期待权的描述模式是，民事权利“以是否已具备全部成立要件为标准，可分为既得权和期待权。已具备全部成立要件的权利亦具备现实性之权利，属于既得权。一般的权利属之。反之，尚未全部具备成立要件的权利，即将来有实现可能性的权利，称为期待权。如……”<sup>[4]</sup>，这种介绍并没有深入期待权的本质，如什么是期待权，具备什么条件才足以构成期待权，期待权如何保护等。同时，我国现行法律法规及司法解释等尚未出现“期待权”一词，只是在零星的几个司法解释中有个别条文对房屋买卖中的物权期待权有所涉及，但这些条文一是规定得比较简单粗略，二是适用过程中易产生冲突，故房屋买卖中物权期待权制度亟待完善。

### 一、实务困境：司法解释对房屋买卖中物权期待权规定的混乱与不足

[1] 申卫星：《所有权保留买卖买受人期待权之本质》，载于《法律研究》，2003 年第 2 期；

[2] 最高人民法院执行局：《〈关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定〉的理解与适用》，人民法院出版社 2015 年版，第 422 页；

[3] 申卫星：《期待权基本理论研究》，中国人民大学出版社 2006 年版；

[4] 梁慧星：《民法总论》，法律出版社 1996 年版；

（一）对涉及房屋买卖中物权期待权的司法解释的梳理

我国涉及房屋买卖中物权期待权的司法解释有：

1、《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》（以下简称《工程价款优先受偿权批复》）；

2、《最高人民法院、国土资源部、建设部关于依法规范人民法院执行和国土资源房地产管理部门协助执行若干问题的通知》（以下简称《协助执行通知》）；

3、《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》（以下简称《查封扣押冻结规定》）；

4、《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《执行异议和复议规定》）。

《执行异议和复议规定》第 28、29 条对房屋买卖中的物权期待权作了分类，即一手房（仅限商品房中的住宅）买受人在满足构成要件的情况下构成房屋消费者物权期待权，二手房（无用途限制）买受人在满足构成要件的情况下构成一般房屋物权期待权<sup>[5]</sup>，现按照上述分类对上述司法解释中对房屋买卖中物权期待权规定的构成要件梳理如下（表一）：

|                    | 诉讼案件中<br>可适用的司法解释              | 执行案件中可适用的司法解释                                                  |                                                                                                         |
|--------------------|--------------------------------|----------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 房屋消费者<br>物权期<br>待权 | 《工程价款优先受偿权批复》（2002.06.27）第 2 条 | 《协助执行通知》（2004.03.01）第 15 条第三项                                  | 《执行异议和复议规定》（2015.05.05）第 29 条                                                                           |
|                    | 消费者交付购买商品房的<br>全部或者大部分款项。      | 办理了商品房预售合同登记备案<br>手续或者商品房预告登记。                                 | （1）查封之前已签订买卖合同；<br>（2）用于居住且名下无其他居住房屋；<br>（3）已支付的价款超过合同约定总价款的 50%。                                       |
| 一般房屋<br>物权期<br>待权  | 无                              | 《查封扣押冻结规定》<br>（2005.01.01）第 17、19 条                            | 《执行异议和复议规定》（2015.05.05）第 28 条                                                                           |
|                    |                                | （1）已经支付全部价款；<br>（2）实际占有；<br>（3）对未办理过户登记没有过错<br>（第 19 条未提及该要件）。 | （1）查封之前已签订买卖合同；<br>（2）查封之前已占有；<br>（3）已支付全部价款或者已按照合同约定支付部分价款且将剩余价款按照人民法院的要求交付执行；<br>（4）非因买受人自身原因未办理过户登记。 |

（二）上述司法解释对房屋买卖中物权期待权规定的混乱与不足

1、在消费者物权期待权方面，上述司法解释造成已登记抵押权、法院查封与消费者物权期待权之间优先顺位的混乱

《执行异议和复议规定》第 29 条尚且对物权期待权作了时间上的限制，即“查封之前已签订买卖合同”，但《工程价款优先受偿权批复》第二条对消费者物权期待权未作任何时间上的限制，即无论消费者物权期待权成立于何时，只要“消费者交付购买商品房的全部或者大部分款项”后，就优先于工程价款优先受偿权，当然也就优先于抵押权。

对此，《〈关于建设工程价款优先受偿权问题的批复〉的理解与适用》中也作了明确说明“当

[5] 最高人民法院执行局：《〈关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定〉的理解与适用》，人民法院出版社 2015 年版，第 431、432 页；

商品房的买受人对商品房的请求权与承包人的优先受偿权相冲突时，如何确定哪种权利优先？对此有三种观点：一是认为《合同法》规定的承包人的优先受偿权是绝对的，不应当有例外的情形，因而承包人对消费者购买的商品房也享有优先受偿权。只有如此才能充分保护承包人的合法权益。二是按照时间先后顺序确定哪种权利优先。既然商品房的买受人所享有的请求权与承包人的优先受偿权都有一定物权性质，根据“时间在先，权利在先”的原则，当二者发生冲突时，以成立时间之先后确定其优先次序。三是消费者的权利优先。甚至有人认为，消费者为购买商品房交付的定金都可以对抗承包人的优先受偿权。法释〔2002〕16号批复（即《工程价款优先受偿权批复》）认为消费者交付购买商品房的全部或者大部分款项后，承包人就该商品房享有的工程价款优先受偿权不得对抗买受人”<sup>[6]</sup>。

同时，司法实践中法院也在这样判决，即无论消费者物权期待权成立于何时，只要“消费者交付购买商品房的全部或者大部分款项”后，就优先于抵押权，如广州市中级人民法院(2016)粤01民终8193号民事判决书（广州银行股份有限公司五羊支行等诉许茵等房屋买卖合同纠纷案）等，但这易造成已登记抵押权、法院查封与消费者物权期待权之间优先效力的混乱，如对于同一套房屋分别案涉三个不同的民事案件，三个案件中的权利人分别要求的权利及时间先后顺序如下（表二）：

|                  | 案件一                     | 案件二                    | 案件三                      |
|------------------|-------------------------|------------------------|--------------------------|
| 权利人对同一套房屋要求的权利种类 | 抵押权已登记，要求判令实现抵押权（简称权利①） | 因民间借贷，权利人申请法院查封（简称权利②） | 房屋消费者物权期待权（简称权利③）        |
| 权利设立时间           | 最早                      | 中间                     | 最晚<br>（合同签订等要件均晚于另外两案权利） |

上述三案件中权利人要求的权利的优先效力比较如下（表三）：

|           | 权利优先效力比较结果<br>（“>”表示权利优先） | 原因                  | 综合比较结果（“>”表示<br>权利优先） |
|-----------|---------------------------|---------------------|-----------------------|
| 案件一与案件二比较 | ①>②                       | 先抵押登记后法院另案查封，则抵押权优先 | 因为①>②且②>③，所以①>③。      |
| 案件二与案件三比较 | ②>③                       | 《执行异议和复议规定》第29条     |                       |
| 案件一与案件三比较 | ①<③                       | 《工程价款优先受偿权批复》第二条    | ①<③                   |

通过表三可知，将案件一与案件二的比较、案件二与案件三的比较进行综合，可得出权利①>权利③，但通过案件一与案件三比较，又得出权利①<权利③，综上可知，在消费者物权期待权方面的两个司法解释即《工程价款优先受偿权批复》第二条与《执行异议和复议规定》第29条在适用上是存在矛盾和冲突的，造成了法律体系的逻辑不自洽。

2、将表一横向比较可以看出，无论是针对房屋消费者物权期待权的规定，还是针对一般房屋物权期待权的规定，上述现行有效的不同的司法解释规定之间存在构成要件“量”与“质”的差异：在同一种物权期待权中，“量”的差异体现在构成要件数量规定不一致，“质”的差异体现在对同一构成要件内在规定的不一致，以上造成法律适用上的困境

如对于房屋消费者物权期待权的规定而言，《执行异议和复议规定》第29条要求用于居住且名下无其他居住房屋，而《工程价款优先受偿权批复》第二条并未有此要求，只要求有消费者的身份即可，即名下已有一套及以上住房的消费者也可享有消费者物权期待权；

[6] 最高人民法院研究室：《合同司法解释理解与适用》，法律出版社2011年版，第266页；

对于一般房屋物权期待权的规定而言，《查封扣押冻结规定》第17条要求已经支付全部价款，而《执行异议和复议规定》第28条要求已支付全部价款或者已按照合同约定支付部分价款且将剩余价款按照人民法院的要求交付执行。

3、将表一纵向比较可以看出，存在司法解释对房屋买卖物权期待权案件的诉讼和执行规定的构成要件不同一，易造成法院判决之间的矛盾和冲突，甚至存在无法可依的困境

对房屋消费者物权期待权的诉讼案件（本文所说的“诉讼案件”如无特别说明，均指除执行异议之诉外的一般诉讼案件）而言，此种性质的诉讼案件只能依据《工程价款优先受偿权批复》第二条，而无法适用执行案件才能适用的《协助执行通知》第15条第三项、《执行异议和复议规定》第29条，而《工程价款优先受偿权批复》第二条又与《协助执行通知》第15条第三项、《执行异议和复议规定》第29条对房屋消费者物权期待权构成要件规定不一致。

最典型的不一致就是《工程价款优先受偿权批复》第二条与《执行异议和复议规定》第29条对消费者名下住宅套数要求不同，这易造成法院判决之间的矛盾和冲突，如银行作为抵押权人对开发商名下的案涉房产优先受偿的判决已经生效，此时消费者（名下已有一套或以上住宅）物权期待权人选择通过执行程序救济亦或诉讼程序救济将有截然不同的结果，如下（表四）：

|              | 原告或申请人请求 | 法院裁判结果 | 法院裁判依据                             |
|--------------|----------|--------|------------------------------------|
| 执行异议         | 排除银行执行   | 不支持    | 《执行异议和复议规定》第29条要求“买受人名下无其他用于居住的房屋” |
| 第三人撤销之诉或申请再审 | 撤销生效判决   | 支持     | 《工程价款优先受偿权批复》第二条只要求“消费者”身份         |

对一般房屋物权期待权的诉讼案件而言，如二手房交易中的物权期待权诉讼案件，此种性质的诉讼案件就无法可依，因为《查封扣押冻结规定》第17、19条以及《执行异议和复议规定》第28条只能在执行案件中适用，而唯一适用于房屋物权期待权诉讼案件的司法解释《工程价款优先受偿权批复》第二条也无法适用于此处，因为该条明确适用于“消费者”，而消费者是相对于经营者而言的，只有从经营者处购买商品的人才能称为消费者，而二手房交易的买受人显然不能成为消费者<sup>[7]</sup>，故《工程价款优先受偿权批复》第二条只适用于一手房买卖。但当前法院对二手房交易中一般房屋物权期待权诉讼案件的判决书中引用的司法解释较乱，存在大量引用《工程价款优先受偿权批复》第二条以及《查封扣押冻结规定》第十七条等的现象，如下（表五）：

| 审理法院         | 案号                 | 判决书引用的司法解释                      |
|--------------|--------------------|---------------------------------|
| 天津市第一中级人民法院  | (2017)津01民终字第1604号 | 《查封扣押冻结规定》第十七条、《工程价款优先受偿权批复》第二条 |
| 四川省南充市中级人民法院 | (2014)南中法民终字第1218号 | 《工程价款优先受偿权批复》第二条                |

4、上述司法解释对房屋消费者物权期待权的规定过于宽松，尤其是未规定可供第三人查询的物权期待权的公示方式，不仅易造成法院判决之间的矛盾和冲突，更将对登记抵押权人造成不公平

上述司法解释针对房屋消费者物权期待权不仅规定不一，而且《工程价款优先受偿权批复》和《执行异议和复议规定》在第三人对抗房屋消费者物权期待权方面，均未在房屋消费者物权期待权构成要件中规定可供第三人查询的物权期待权已经存在的公示方式，如网签、购房合同备案、预告登记等（虽然《协助执行通知》作了类似规定，但实务中大量适用的司法解释是《工程价款优先受偿权批复》和《执行异议和复议规定》），这就极易造成法院判决之间的矛盾和冲突，如同一套房屋先

[7] 最高人民法院执行局：《〈关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定〉的理解与适用》，人民法院出版社2015年版，第432页；

设立了抵押登记，后又出卖给第三人且第三人构成物权期待权，举例如下（表六）：

| 案件当事人            | 受诉法院 | 诉讼请求             | 判决结果 |
|------------------|------|------------------|------|
| 抵押权人诉抵押人         | A 法院 | 对抵押物拍卖价款<br>优先受偿 | 支持   |
| 买受人诉出卖人<br>（抵押人） | B 法院 | 协助买受人办理过户        | 支持   |

表六中两个不同法院的判决就出现了矛盾和冲突，虽然这种矛盾和冲突可以在执行过程中依据《执行异议和复议规定》第 28 条、第 29 条得以解决，但上述两个不同法院的两份已经生效的判决书确确实实是矛盾和冲突的，这无疑将削弱司法判决的公信力和权威性，也将造成当事人的诉累。

如果表六中抵押权人诉抵押人案件中双方同意调解，法院在调解书中确认以该房抵债，那么在抵押权人凭调解书到房产部门将案涉房屋过户到自己名下后，另案的物权期待权人将无法通过执行程序获得救济，只能提起第三人撤销之诉或申请再审，这无疑也将造成当事人的诉累，再者，若又有新的买受人从抵押权人处受让案涉房屋且完成过户登记，即案涉房屋进入市场流转中，则物权期待权人非但无法通过执行程序获得救济，提起第三人撤销之诉或申请再审也将徒劳。

司法解释未规定物权期待权可供第三人查询的公示方式，也将对已登记抵押权人造成不公平，因为抵押权人在抵押登记时是无法知晓该房屋之上是否存在消费者物权期待权的。再者，目前哪怕抵押权人抵押登记在前（此时房屋之上压根不存在消费者物权期待权），房屋消费者物权期待权成立在后，按照《工程价款优先受偿权批复》，房屋消费者物权期待权照样优先于已登记的抵押权，完全未考虑此时房屋消费者物权期待权人是否有过错或是否恶意（因抵押权登记在前，消费者在购买房屋时完全可以查询到该房屋之上有抵押权，但消费者却仍然购买该房屋，应承担不利后果，即权利优先级上应劣后于已登记在前的抵押权）。

5、《执行异议和复议规定》第 29 条在表述上存在的问题将造成该条与《执行异议和复议规定》第 28 条在适用上出现困境

《执行异议和复议规定》第 28 条“金钱债权执行中，买受人对登记在被执行人名下的不动产提出异议，符合下列情形且其权利能够排除执行的，人民法院应予支持：（一）在人民法院查封之前已签订合法有效的书面买卖合同；（二）在人民法院查封之前已合法占有该不动产；（三）已支付全部价款，或者已按照合同约定支付部分价款且将剩余价款按照人民法院的要求交付执行；（四）非因买受人自身原因未办理过户登记”。

《执行异议和复议规定》第 29 条“金钱债权执行中，买受人对登记在被执行人房地产开发企业名下的商品房提出异议，符合下列情形且其权利能够排除执行的，人民法院应予支持：（一）在人民法院查封之前已签订合法有效的书面买卖合同；（二）所购商品房系用于居住且买受人名下无其他用于居住的房屋；（三）已支付的价款超过合同约定总价款的百分之五十”。

按照《执行异议和复议规定》第 29 条的表述，买受人只有满足《执行异议和复议规定》第 29 条所列的三个条件，买受人才能对登记在被执行人房地产开发企业名下的商品房提出排除执行，但矛盾之处在于：如果买受人对登记在被执行人房地产开发企业名下的商品房提出排除执行，不符合《执行异议和复议规定》第 29 条所列的三个条件，却符合《执行异议和复议规定》第 28 条所列的四个条件，那么此时买受人要对登记在被执行人房地产开发企业名下的商品房提出排除执行能否获得法院支持呢？

这种探讨是极有价值的，因为《执行异议和复议规定》第 28 条和第 29 条最核心的区别在于是

否要求买受人名下无其他用于居住的房屋，但从房地产开发企业处购买商品房的不仅只有买房用于居住的自然人，还有买房用于其它用途（如员工宿舍、员工福利分房）的名下不止一套商品住宅的法人或其它组织，如果按照《执行异议和复议规定》第 29 条的表述，这些法人或其它组织买受人要对登记在被执行的房地产开发企业名下的商品房提出排除执行，只有满足《执行异议和复议规定》第 29 条所列的三个条件才可，而《执行异议和复议规定》第 28 条“只适合于非房地产开发企业的房屋的买卖过程”<sup>[8]</sup>，那么这些名下不止一套商品住宅的法人或其它组织将无一符合条件获得保护。而如果上述法人或其它组织是从二手房市场购买的上述房屋，就可以依据《执行异议和复议规定》第 28 条获得保护，这明显属于司法解释的表述问题导致的对购房者权利保护的缺位。

6、上述对房屋消费者物权期待权的司法解释的规定，将与最高人民法院《关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《商品房买卖司法解释》）第 8 条的规定存在冲突和矛盾

《商品房买卖司法解释》第 8 条规定，“具有下列情形之一，导致商品房买卖合同目的不能实现的，无法取得房屋的买受人可以请求解除合同、返还已付购房款及利息、赔偿损失，并可以请求出卖人承担不超过已付购房款一倍的赔偿责任：（一）商品房买卖合同订立后，出卖人未告知买受人又将该房屋抵押给第三人”，且《〈关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释〉一书（最高人民法院民事审判第一庭著）对《商品房买卖司法解释》第 8 条的理解与适用》一书（最高人民法院民事审判第一庭著）对《商品房买卖司法解释》第 8 条的理解与适用也认为“抵押权作为一种担保物权，依据物权优先于债权的原则，在房地产开发企业不履行偿还贷款义务时，可对该抵押房屋的折价、变卖的价款优先受偿，而买受人因其通过商品房买卖合同对该房屋享有的只是债权请求权，没有对抗第三人的效力，也不能请求免除设定于房屋之上的抵押负担。这种情况下，买受人的债权处于一种极为不稳定的地位，只要房地产开发企业不履行到期贷款债务，银行就可对该抵押物的房屋行使抵押权，请求优先受偿，而买受人的债权无法实现，只能依据《合同法》请求违约赔偿或者解除合同”<sup>[9]</sup>。

故依据《商品房买卖司法解释》第 8 条第一项的规定，哪怕房屋消费者物权期待权人的商品房买卖合同订立在前，也无法对抗在后登记的抵押权人，房屋消费者物权期待权人只享有债权，只能主张违约赔偿或者解除合同，而无法主张房屋过户至其名下，这明显与《工程价款优先受偿权批复》、《执行异议和复议规定》对房屋消费者物权期待权的规定冲突和矛盾。

### 二、对房屋买卖中物权期待权制度的法律完善

（一）对现有司法解释中房屋买受人物权期待权分类的重构

#### 1、严格限制物权期待权的适用范围

《执行异议和复议规定》第 29 条的适用范围仅限于一手房，且仅限商品房中的住宅，故司法解释对此种情况下的物权期待权的适用范围作了严格限制，但《执行异议和复议规定》第 28 条规定的物权期待权的适用范围扩大至全部“不动产”，笔者建议将《执行异议和复议规定》第 28 条规定的物权期待权的适用范围从全部“不动产”规定为“住宅”，理由如下：一是鉴于物权期待权实质仍属债权，而法律又赋予其对抗物权的效力，故对物权期待权的适用范围应严格限制；二是将“住宅”买受人在符合一定条件下规定构成物权期待权，是对居住权这种价值的保护；三是与《执行异议和复议规定》第 29 条仅限于一手房中住宅相呼应，成为对二手房（限住宅）物权期待权的规定。

[8] 赵江龙：《案外人执行异议之诉的审查规则》，载于《高杉 LEGAL》，2016 年 4 月 11 日一期；

[9] 最高人民法院民事审判第一庭：《〈关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释〉的理解与适用》，人民法院出版社 2003 年版，第 95 页；

2、对房屋买受人物权期待权分类的重构

《执行异议和复议规定》第 28 条和第 29 条以买受人是不是消费者作为区分，第 28 条规定的是一般买受人，第 29 条规定的是一手房的消费者（这也说明二手房买受人只能适用第 28 条），且第 28 条规定的条件严格，第 29 条规定的条件宽松。

至于第 29 条条件宽松的原因，《〈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〉的理解与适用》一书（最高人民法院执行局著）对《执行异议和复议规定》第 29 条的理解与适用认为“房屋消费者物权期待权保护，也叫弱者保护，是指在执行程序中，基于对消费者生存权这一更高价值的维护，赋予消费者对买受房屋的物权期待权以排除执行的效力”<sup>[10]</sup>，故第 29 条规定了“所购商品房系用于居住且买受人名下无其他用于居住的房屋”这一要件来体现特殊保护的是消费者的“生存权”，但这也带来一个问题，即二手房买受人购买的案涉房屋也可能是“用于居住且买受人名下无其他用于居住的房屋”，也关乎买受人“生存权”，但此时就因为买受人购买的是二手房，只能适用《执行异议和复议规定》第 28 条这一对期待权严格的规定，而无法适用《执行异议和复议规定》第 29 条这一对期待权宽松的规定，这与维护首套购房者生存权这一更高价值相违背，也与国家对刚需购房的倾斜政策相矛盾。

以上说明《执行异议和复议规定》第 28 条和第 29 条以买受人是不是消费者作为区分标准是不科学的，至于应以什么标准来做区分，应当借鉴目前各个城市对购房首付比例和贷款利率采取不同政策的区分标准，即购房人是首套住房还是二套住房。不管是一手房还是二手房，只要买受人购买的是首套住房，就符合《〈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〉的理解与适用》一书对《执行异议和复议规定》第 29 条的理解与适用中所说的对“生存权这一更高价值的维护”，故应以买受人购买的是否为首套住房作为房屋买受人物权期待权分类规定的标准，即分为首套住房物权期待权和非首套住房物权期待权。

（二）房屋买卖中物权期待权构成要件的重构

1、对非首套住房物权期待权构成要件的重构与统一，如下（表七）：

| 诉讼：此次笔者建议的规定                                                                                                                                                           | 诉讼：现有规定 |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------|
| 非首套住房的买受人符合下列情形，主张优先于抵押权的，人民法院应予支持：<br>（一）在抵押权登记之前已签订合法有效的书面买卖合同且已合法占有该不动产，或在抵押权登记之前买卖合同已网签；<br>（二）已支付全部价款，或者已按照合同约定支付部分价款且将剩余价款按照人民法院的要求交付法院；<br>（三）非因买受人自身原因未办理过户登记。 | 无       |

[10] 最高人民法院执行局：《〈关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定〉的理解与适用》，人民法院出版社 2015 年版，第 431 页。

| 执行：此次笔者建议的规定                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | 执行：现有规定（《执行异议和复议规定》第 28 条）                                                                                                                                                                   |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 金钱债权执行中，非首套住房的买受人对登记在被执行人名下的不动产提出异议，符合下列情形且其权利能够排除执行的，人民法院应予支持：<br>金钱债权执行中，非首套住房的买受人对登记在被执行人名下的不动产提出异议，符合下列情形且其权利能够排除执行的，人民法院应予支持：<br>（一）在人民法院查封之前已签订合法有效的书面买卖合同且已合法占有该不动产，或在人民法院查封之前买卖合同已网签；<br>（二）已支付全部价款，或者已按照合同约定支付部分价款且将剩余价款按照人民法院的要求交付执行；<br>（三）非因买受人自身原因未办理过户登记。<br>但买受人签订合法有效的书面买卖合同且已合法占有该不动产之前，或在买卖合同网签之前，抵押权已经登记，而上述查封系依抵押权人申请的，则买受人请求排除执行，人民法院不予支持。 | 金钱债权执行中，买受人对登记在被执行人名下的不动产提出异议，符合下列情形且其权利能够排除执行的，人民法院应予支持：<br>（一）在人民法院查封之前已签订合法有效的书面买卖合同；<br>（二）在人民法院查封之前已合法占有该不动产；<br>（三）已支付全部价款，或者已按照合同约定支付部分价款且将剩余价款按照人民法院的要求交付执行；<br>（四）非因买受人自身原因未办理过户登记。 |

对于非首套住房物权期待权在执行案件中的构成要件，此处完善主要是对《执行异议和复议规定》第 28 条前两项作了改造，《执行异议和复议规定》第 28 条对于一般房屋物权期待权的公示要求体现在“在人民法院查封之前已合法占有该不动产”，但除了占有，买卖合同网签也应可作为一种公示方式，故对此作了添加。

对于非首套住房物权期待权在诉讼案件中的构成要件，主要体现与抵押权的对抗，因为非首套住房物权期待权的诉讼案件主要就是与抵押权的对抗，在此也将买卖合同网签作为一种公示方式作了添加。

2、对首套住房物权期待权构成要件的重构与统一，如下（表八）：

| 诉讼：此次笔者建议的规定                                                                                                                                                                                                                                                                    | 诉讼：现有规定（《工程价款优先受偿权批复》第二条）                                                                                                                                      |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 首套住房买受人符合下列情形，主张优先于抵押权的，人民法院应予支持：<br>（一）在抵押权登记之前已签订合法有效的书面买卖合同且已合法占有该不动产，或在抵押权登记之前买卖合同已网签；<br>（二）所购商品房系用于居住且买受人名下无其他用于居住的房屋；<br>（三）已支付的价款超过合同约定总价款的百分之五十。                                                                                                                       | 消费者交付购买商品房的全部或者大部分款项后，承包人就该商品房享有的工程价款优先受偿权不得对抗买受人。                                                                                                             |
| 执行：此次笔者建议的规定                                                                                                                                                                                                                                                                    | 执行：现有规定（《执行异议和复议规定》第 29 条）                                                                                                                                     |
| 金钱债权执行中，首套住房买受人对登记在被执行人名下的不动产提出异议，符合下列情形且其权利能够排除执行的，人民法院应予支持：<br>（一）在人民法院查封之前已签订合法有效的书面买卖合同且已合法占有该不动产，或在人民法院查封之前买卖合同已网签；<br>（二）所购商品房系用于居住且买受人名下无其他用于居住的房屋；<br>（三）已支付的价款超过合同约定总价款的百分之五十。<br>但买受人签订合法有效的书面买卖合同且已合法占有该不动产之前，或在买卖合同网签之前，抵押权已经登记，而上述查封系依抵押权人申请的，则买受人请求排除执行，人民法院不予支持。 | 金钱债权执行中，买受人对登记在被执行的房地产开发企业名下的商品房提出异议，符合下列情形且其权利能够排除执行的，人民法院应予支持：<br>（一）在人民法院查封之前已签订合法有效的书面买卖合同；<br>（二）所购商品房系用于居住且买受人名下无其他用于居住的房屋；<br>（三）已支付的价款超过合同约定总价款的百分之五十。 |

对于首套住房物权期待权在执行案件中的构成要件，此处完善主要是对《执行异议和复议规定》第 29 条第一项作了改造，《执行异议和复议规定》第 29 条对于首套住房物权期待权无公示要求，如前文所述，这不仅易造成法院判决之间的矛盾和冲突，更将对登记抵押权人造成不公平，故此处完善将占有房屋或买卖合同网签作为公示方式在首套住房物权期待权构成要件中作了添加。

对于首套住房物权期待权在诉讼案件中的构成要件，主要体现与抵押权的对抗，因为首套住房物权期待权的诉讼案件主要就是与抵押权的对抗，在此也将占有房屋或买卖合同网签作为公示方式作了添加。

（三）建立涉房屋物权期待权案件中抵押权人与期待权人的必要共同诉讼制度

因为在上述第（二）条中，对于无论是首套住房物权期待权构成要件，还是非首套住房物权期待权构成要件，均将占有房屋或买卖合同网签作为公示方式作了添加，故对于表六中的两类案件，物权期待权均有可供第三人查询的物权期待权的公示方式，故有必要建立抵押权人与期待权人的必要共同诉讼制度，一是可以避免法院之间的判决相互冲突，二是可以减少诉累。

在房屋存在抵押权登记，而房屋物权期待权人只起诉出卖人（抵押人）要求协助房屋过户的情况下，目前很多法院的判决均以涤除抵押权需要抵押权人同意，出卖人（抵押人）单方无法协助过户为由驳回房屋物权期待权人的诉讼请求，如 (2016) 浙 01 民终 3568 号（魏建芳与杭州清盛置业有限公司商品房销售合同纠纷上诉案）、(2016) 浙 01 民终 3574 号（宁培昱与杭州清盛置业有限公司商品房销售合同纠纷上诉案）、(2014) 粤高法民一申字第 45 号（朱凯琳等与广州国利大厦建设开发有限公司等商品房买卖合同纠纷申请案）、(2014) 粤高法民一申字第 46 号（黄伟雄与广州国利大厦

建设开发有限公司等商品房买卖合同纠纷申请案）、(2014) 粤高法民一申字第 47 号（伦妙珍与广州国利大厦建设开发有限公司等商品房买卖合同纠纷申请案）、(2014) 粤高法民一申字第 48 号（源智慧等与广州国利大厦建设开发有限公司等商品房买卖合同纠纷申请案）等判决书，此时物权期待人只能在执行过程中依据《执行异议和复议规定》第 28 条、第 29 条得以解决，这无疑将削弱司法判决的公信力和权威性，也将造成当事人的诉累。如前所述，如果表六中抵押权人诉抵押人案件中双方同意调解，法院在调解书中确认以该房抵债，那么在抵押权人凭调解书到房产部门将案涉房屋过户到自己名下后，另案的物权期待权人将无法通过执行程序获得救济，只能提起第三人撤销之诉或申请再审，这无疑也将造成当事人的诉累，再者，若又有新的买受人从抵押权人处受让案涉房屋且完成过户登记，即案涉房屋进入市场流转中，则物权期待权人非但无法通过执行程序获得救济，提起第三人撤销之诉或申请再审也将徒劳。

三、结语

不动产处于普罗大众的基本生活资料地位，尤其在强调“无恒产者无恒心”的我国，但当前司法解释对房屋买卖中物权期待权规定的混乱与不足，急切地呼唤对房屋买卖中物权期待权制度进行完善。笔者建议，通过对房屋买受人物权期待权分类的科学重构维护首套购房者生存权这一更高价值以及顺应国家对刚需购房的倾斜政策，通过对同一类房屋买受人物权期待权在诉讼案件和执行案件中构成要件的完善、统一来理顺对房屋买受人在诉讼程序和执行程序中的保护。对不动产买受人的权利予以公平保护，对于增强老百姓对法律公平的信心无疑将发挥重要作用。

## 破产债权确认程序若干问题探讨

### ——法院裁定确认债权后债权人救济途径的发掘

浙江大公律师事务所 冯 坚 王鹏权 范平淹

【前言】破产债权的核查确认是破产案件的一项关键步骤，直接关系到破产债权人的根本利益。《中华人民共和国企业破产法》确定了“管理人审查—债权人会议核查—法院裁定或判决”的债权审查确认模式，但略为抽象、原则。以往对破产债权确认程序的探讨多局限在管理人审核、债权人会议核查、法院审查阶段，很少将目光放在法院裁定确认债权后的救济途径上。本文从我国破产业务实践出发，结合各地法院关于破产债权确认之诉纠纷案件的审判现状，将破产债权确认程序分成了两个阶段，一是法院裁定确认债权前的核查、审查阶段；二是法院裁定确认债权后的救济阶段。在对破产债权核查、审查中的有关问题探讨的基础上，着重发掘了法院裁定确认债权后债权人的救济途径，并结合民事诉讼中的第三人撤销之诉制度，就债权人异议之诉的诉讼期限、诉讼主体的制度设计及裁定变更程序提出了一点新的建议。

【关键词】破产债权 破产债权确认之诉

#### 一、债权人会议能否以决议形式对破产债权进行核查

《企业破产法》第 58 条第 1 款规定：“依照本法第五十七条规定编制的债权表，应当提交第一次债权人会议核查。”根据该条规定，破产管理人应当在债权审核完毕后，提交第一次债权人会议进行核查、确认。但债权人会议应当如何行使核查权，《企业破产法》未作规定，这也成为实践中的一大难题。对债权人会议核查的对象一般认为是管理人编制的债权表记载的有关债权的数额、性质、债权人等有关内容。关于核查的方式，一般采用债权人会议成员向管理人提出书面询问的方式。然而，债权人会议在对破产债权核查后是否应形成核查结论，实践中做法不尽相同。陕西高院认为债权人会议应对债权核查结果作出决议<sup>[1]</sup>，广东高院认为债权表应经债权人会议依法确认<sup>[2]</sup>。从本文检索到的破产债权确认纠纷类案件中也可以发现实践中此种做法很常见。珠海市延兴石油化工发展公司破产清算案中，债权人在第二次债权人会议上对珠海延兴公司的债权表进行了表决，并形成了会议表决决议。后珠海延兴公司管理人依据债权人会议表决结果和债权人的书面确认制成债权表，向珠海

市中院提交申请确认，珠海市中院裁定确认了第二次债权人会议表决通过的债权表<sup>[3]</sup>。其他如中国科技国际信托投资有限责任公司破产清算案中，也有此种做法<sup>[4]</sup>。

但安吉法院在汤双喜与浙江诸安建设集团有限公司、浙江钱能燃油有限公司普通破产债权确认纠纷一案中否定了上述做法。该案中，汤双喜为维护自己的权益，向法院提出的其中一点事实和理由便是认为，债权人会议应当对债权登记表进行核查并进行表决<sup>[5]</sup>。对此，安吉法院认为，债权人会议对决议事项进行表决的前提是核查债权金额和性质，在债权尚未确定具体金额和性质的情况下，将债权核查事项列入决议事项是与表决制度运行原理相冲突。《企业破产法》第 61 条仅将核查债权事项列入到债权人会议的职权范围，但并未规定该事项为决议事项。债权的金额或性质的确定，不应通过民主表决，而是应通过事实和法律来确定<sup>[6]</sup>。湖州中院二审维持了一审观点<sup>[7]</sup>。

上述两种不同做法，本文倾向于后者。破产债权是否存在是一个事实问题，应通过证据予以证明，并不存在表决的前提，法院裁定确认债权依据的应该是债权发生的事实，而非决议<sup>[8]</sup>。加之，《企业破产法》第 59 条第 2 款已将“债权的确认”作为债权人参加债权人会议行使表决权的基础，《企业破产法》已将债权的确认权划给法院，必须通过“法院裁定”和“诉讼判决”两种途径进行确认。故在债权人的债权未经人民法院确认前，其债权尚是一种未知债权，由债权人通过表决的形式对债权进行核查缺乏相应的基础，也存在逻辑上的矛盾。事实上，在《企业破产法（试行）》颁布后，债权人会议确认债权与表决制度的冲突问题就屡遭诟病。故在现有法律框架内，不宜再由债权人会议以表决的形式对债权的核查结果作出决议。

#### 二、破产债权审查中的相关问题

##### （一）法院是否应当对无异议债权进行实质审查

人民法院在对破产债权进行审查确认时是否需要进行实质审查，学界存在不同观点。通说认为，当债务人、债权人对债权表记载的事项无异议时，可由人民法院根据现有的证明材料予以裁定确认，无须再进行实质审查。但个别观点认为，人民法院在裁定确认前应当对无异议的债权是否存在危害他方利益，是否存在虚假破产，是否存在意思表示不自由等情形进行适当审查<sup>[9]</sup>。事实上，该问题是与管理人的破产债权审查权密不可分的。

《企业破产法》第 57 条第 1 款将破产债权的审查权赋予了破产管理人，形成了“管理人审查—债权人会议核查—债权人异议—法院裁定确认或判决”的破产债权审查确认模式。管理人在破产债权的审查、确认程序中承担了主要的实际工作，处于破产债权审查的第一道防线上，管理人在编制债权表时需要对债权是否可以确认、确认的数额、债权的性质和有无担保等实质性内容进行分析、

[3] 珠海市中级人民法院（2013）珠中法民二初字第 5 号。

[4] 北京市第二中级人民法院（2013）二中民初字第 14272 号：“中科信管理人在确认上述债权前，曾将债权确认事宜提交债权人会议审议核查，但经债权人会议表决，没有获得通过。”

[5] 安吉县人民法院（2016）浙 0523 民初 2421 号：“2015 年 2 月 12 日上午九点，由安吉县人民法院主持召开了第一次债权人会议，但此次会议并没有对管理人制作的登记表进行核查，也未进行表决，该登记表越权认定的被告诸安公司享有优先权依法应当无效，且该工程款数额，由此形成的债权均存疑。”

[6] 安吉县人民法院（2016）浙 0523 民初 2421 号。

[7] 湖州市中级人民法院（2016）浙 05 民终 1608 号：“债权人会议作为全体债权人的意思表示机构，是全体债权人的自治性组织，破产法仅赋予债权人会议核查债权的职权，若允许债权人会议对债权金额及性质进行自由表决，不仅有悖破产法规定，更易致债权处于不确定状态。”

[8] 青海高院似乎传达了此种意思。《青海省高级人民法院关于规范审理企业破产案件的实施意见》第十二条：“第一次债权人会议由人民法院主持，人民法院应根据债权人会议的意见，依据债权发生的事实，依法裁定确认债权。”

[9] 邵长富、王振兴：《破产债权确认中的法院审查权》，载第二届中国破产法论坛论文集，第 554 页。

[1] 《陕西省高级人民法院关于审理企业破产案件若干问题的指导意见》第二条第 14 点规定：“债权人对债权人会议确认债权的决议提出异议的，人民法院应当采用书面或者开庭的方式进行审查。异议成立的，应当裁定撤销该项决议；异议不成立的，应当裁定驳回异议申请。”

[2] 广东省高级人民法院《全省部分法院破产审判业务座谈会纪要》第五条规定：“对于《企业破产法》第五十八条第二款规定的债务人、债权人均无异议并经债权人会议依法确认的债权表记载的债权，人民法院可根据管理人的申请径行作出裁定予以确认。”

判断，故破产管理人对破产债权的审查应当是实质审查。该观点也已得到北京高院的肯定<sup>[10]</sup>。当然，破产管理人对破产债权的实质审查是有限度的<sup>[11]</sup>。

鉴于管理人在审核确认债权时已对申报债权进行了实质审查，破产法也赋予了债权人、债务人异议权。加之，破产程序中债权人人数众多，尤其是一些大型破产案件甚至有成千上百的债权人，要求法院对每一份债权进行实质审查必然会使整个破产程序的周期拉长，无法体现管理人的工作成果，造成诉讼效率的降低和诉讼资源的浪费。故对债权表记载的债权人、债务人无异议的债权，人民法院在裁定确认时无须再进行实质审查，可根据管理人的申请径行作出裁定<sup>[12]</sup>。至于，法院裁定确认后发现确有错误时如何救济，本文将在下文予以评述。

#### （二）法院裁定确认债权的时间节点

破产债权的确定是债权人行使表决权的前提。债权人通过行使表决权形成债权人会议决议的形式行使债权人会议的多项职权。因而，法院确认债权或确定临时债权赋予表决权是形成债权人会议决议的前提。在第一次债权人会议上，管理人在债权核查结束后会先申请法院确认债权和确定临时债权，根据法院口头裁定确认的债权及决定的临时债权，再由债权人对管理人提交的《停止债务人营业的报告》、《债务人财产管理方案》、《债务人财产变价预案》、《管理人报酬方案》进行表决<sup>[13]</sup>。

但是，第一次债权人会议的议程通常较多，虽然在债权核查阶段赋予了债权人对债权异议的权利，但提出异议的时间点被限定在管理人申请法院确认债权前，较为仓促；而且，管理人对债权人的异议情况也需要时间核实，在异议债权人较多的情况下，极易遗漏或出错。另外，根据我国《企业破产法》第 62 条第 1 款规定，从债权申报截止到第一次债权人大会召开之间仅有约两周时间，管理人对会议资料的准备以及债权审核情况与债权人沟通的时间非常有限，且许多债权人往往是在债权申报期限届满的最后一至两天才来申报，管理人很难在第一次债权人会议前完成全部债权的审核工作，即便完成了审核也难免会出现差错。在这种环境下，如果法院径行裁定确认了无异议债权，但事后发现管理人登记债权存在差错，债权人提出的异议被管理人遗漏等情形，不仅会使原本通过的决议的基础受到质疑，而且通过何种程序变更已为裁定确认的债权也存在疑问。

针对实践中遇到的此类问题，有观点建议法院采谨慎态度，在第一次债权人会议上暂不裁定确认债权，先将所有债权均确定为临时债权并赋予债权人相应的表决权，待第一次债权人会议结束后，给予债权人一定的异议期间，充分保障债权人的异议权，同时留给管理人一定的时间查漏补缺。异议期届满后，再由管理人将无争议或虽提出异议但经管理人解释或说明后予以认可的债权另行编制成册，申请法院予以裁定确认并制作债权确认的民事裁定书。该建议虽在一定程度上保障了债权人的异议权，也能降低因管理人自身原因出现错误的几率，但也存在一些弊端。一方面，均认定为临时债权会引发部分债权明确清晰的债权人的不满，对管理人接管以后的工作成果产生怀疑；另一方面，大量确定临时债权并赋予表决权的做法也会让人怀疑管理人是否在利用临时债权制度操控会议表决

结果。此外，该种做法仍未能解决超过异议期后的债权争议问题。故本文认为，法院裁定确认债权后出现债权争议的问题不应通过临时债权制度来解决，而应利用其他法律程序予以纠正，法院仍应在债权人行使表决权前根据管理人的申请裁定确认债权。

#### 三、债权人异议中的相关问题

##### （一）债权人异议能否采口头方式

破产案件审理中，管理人一般会要求债权人以书面方式提出异议，而不受理口头异议，如要求债权人填写管理人制作的《债权异议表》。对此，本文认为，一方面我国破产法未明确将债权人提出异议的方式限定于书面方式，管理人单方制定的债权核查规则将异议方式限定为书面缺乏法律依据；另一方面，破产案件中部分债权人往往文化程度较低、多未受过法学教育，加之上文所述的异议时间仓促，一时无法很好的组织语言进行表述，如果不允许其通过口头方式提出异议，既是对其异议权的不当限制，也会导致其提交的书面异议材料与真实意思有所偏差，给管理人的工作造成困扰。故债权人的异议方式不应仅限于书面方式，宜参照起诉制度<sup>[14]</sup>，以书面为原则，以口头为例外，债权人以口头方式向管理人提出的，管理人应予以记录。

##### （二）债权人异议是否应提交相应证据

司法实践中，债权人的异议往往五花八门，有些对债权本金有异议，有些认为利息计算有问题，有些对债权是否享有优先权持有异议，有些对他人的债权持有异议，而有些仅是对自己债权申报材料的重申。本文认为，对于债权人异议是否应提交证据的问题应区别对待。债权人对利息计算等相关法律适用问题持异议的，说明相应的法律依据即可；对债权是否真实存在、是否享有优先权等事实问题持异议的，应当进一步提交证据材料；债权人仅是对债权申报材料进行重申的，无须进一步提交证据材料；债权人对管理人债权数额登记错误等文字错误提出异议的，说明即可。

##### （三）债权人异议后法院能否径行确认债权

实践中，在债权人提出债权异议后，管理人一般会将该部分债权暂时转为临时债权，并申请法院赋予其表决权，在会议结束后再进一步核实。但是，如上文所述，债权人的异议并非都能成立，故对债权人的异议也要区别对待，不能因债权人提了异议就一律确定为临时债权。如果管理人审查后认为债权人提出的异议明显无事实和法律依据，应向其说明和解释，但不应以此为由将异议债权转为临时债权。如在广东肇庆市永安燃料公司与陕西延长石油工贸有限公司破产债权确认纠纷一案中，债权人对其他债权人的债权提出异议后，管理人认为事实和理由明显不能成立的，仍申请法院确认了被异议债权。<sup>[15]</sup>但若债权人提出了对自己的债权不利且不影响其他债权人的异议，或是对管理人因各种原因导致的债权人姓名登记错误、债权数字计算错误或其他文字错误的异议，管理人应当根据其异议直接进行修改，不应将受异议债权整体转为临时债权，否则会对表决基础产生不利影响。例如，管理人审核确认的债权为 8000 万，但债权人提出异议称其只申报了 800 万，管理人登记债权数额有误，此时管理人应直接将债权核减至 800 万元，而不应将 8000 万转为临时债权。因此，债权

[10] 《北京市高级人民法院〈企业破产案件审理规程〉》第 169 条规定：“管理人应当在第一次债权人会议之前对债权进行实质审查，确定债权的性质、数额、担保财产、是否超过诉讼时效、是否超过申请执行时效等情况。”

[11] 如对已经发生法律效力裁判文书所确定的债权，管理人可直接予以确认。若其他债权人对该发生法律效力裁判文书确定的债权数额、性质等有异议的，应通过其他法律途径解决。

[12] 该观点也已得到广东高院的认可。《全省部分法院破产审判业务座谈会纪要》第 5 条规定：“对于《企业破产法》第 58 条第 2 款规定的债务人、债权人均无异议并经债权人会议依法确认的债权表记载的债权，人民法院可根据管理人的申请径行作出裁定予以确认。”

[13] 青海高院将法院裁定确认债权的时间点限定在第一次债权人会议。《青海省高级人民法院关于规范审理企业破产案件的实施意见》第 12 条：“第一次债权人会议由人民法院主持，人民法院应根据债权人会议的意见，依据债权发生的事实，依法裁定确认债权。”

[14] 《民事诉讼法》第 120 条第 2 款规定：“书写起诉状确有困难的，可以口头起诉，由人民法院记入笔录，并告知对方当事人。”

[15] 广东省高级人民法院（2015）粤高法民二破终字第 3 号：2012 年 3 月 30 日珠海延兴公司被宣告破产，永安公司与陕西延长公司作为债权人皆向珠海延兴公司破产管理人申报债权。其中陕西延长公司申报债权为 53380349.09 元，该数额包含（2008）西仲裁字第 320 号裁决书所确认的款项。破产管理人经审核后仅确认（2008）西仲裁字第 320 号裁决书所认可的本金及部分利息，共计 34459010.09 元。2012 年 10 月 22 日，珠海延兴公司召开第二次债权人会议并对债权进行表决，永安公司在债权人会议上对陕西延长公司的债权提出异议。2013 年 4 月 1 日法院作出（2012）珠法破字第 1-3 号民事裁定书，确认珠海延兴公司债权人会议通过的债权表。该债权表中既包含了永安公司的债权，也包含了陕西延长公司 34459010.09 元的债权。永安公司于 2013 年 4 月 3 日提起诉讼，要求不予确认陕西延长公司的债权。

被异议后并不意味着法院不能确认债权，管理人应根据不同情况作相应处理。

#### 四、债权人异议之诉中的相关问题

##### （一）债权人异议之诉的诉讼期限

《企业破产法》第 58 条第 3 款规定：“债务人、债权人对债权表记载的债权有异议的，可以向受理破产申请的人民法院提起诉讼。”但提起债权异议之诉的诉讼期限，《企业破产法》未作明确。

实践中对此存在不同观点和做法。

最常见的做法是由管理人进行指定<sup>[16]</sup>，通常管理人会在《债权核查规则》中载明债权人向管理人提起诉讼的期限为债权核查结束后的 15 天<sup>[17]</sup>。这“15 天”一般认为是源自《企业破产法》第 64 条第 2 款<sup>[18]</sup>关于债权人请求法院撤销债权人会议决议的期限。但在债权异议之诉的审判实践中，该种指定期间的做法认可度不高。如上虞市红祥化工有限公司与浙江绍兴天源纺织印染有限公司普通破产债权确认纠纷一案中，绍兴越城法院认为即便债权人同意了债权核查规则中关于 15 天起诉时限的规定，也不能剥夺债权人法定的起诉权利<sup>[19]</sup>。张福林与江苏国银投资有限公司破产债权确认纠纷一案中，江苏高院亦持相同观点<sup>[20]</sup>。可见，管理人能否指定异议之诉的期限也存在探讨的余地。也有观点认为，应根据《企业破产法》第 4 条<sup>[21]</sup>的规定，适用两年诉讼时效之规定，自当事人知道或应当知道争议发生之日起起算。当然，在《民法总则》实施后，该种观点将变更为三年。另有观点认为，债权人在破产财产分配前均可提起异议之诉，在债权人提起异议之诉后，管理人应当将其分配额提存。

对于上述三种做法，本文认为均有待商榷。如果不限制时限或适用普通诉讼时效，意味着争议债权可能长期处于一种不确定状态。而进入破产程序的企业一般已不能清偿到期债务或者存在不能清偿到期债务的可能，债务人的财产处于一种极易流失的状态，要实现破产挽救濒临破产的企业和使债权人获得清算更高的清偿率的目标，就必须迅速地了解债权债务关系，把债务人从沉重的债务负担中解脱出来。因此，破产程序不可能因为争议债权的未确定而停滞不前，这就需要对债权异议之诉提起的时限作一个限定，这样既能保障债权人公平参与的权利，又能保证破产程序的正常进行。但是，如果将时限限定在破产财产分配前，可能会导致债权人在破产财产分配阶段无端提起异议之诉，阻碍破产财产的分配，损害其他债权人的利益。管理人单方指定债权异议之诉时限的做法，主体的合法性和期限的合理性上也都缺少法律支持，争议发生后极易被法院否定。考虑到异议之诉的诉讼时限问题通常发生在法院裁定确认债权后，与下文要探讨的法院裁定确认债权后如何救济的问题会有所交叉，故本文将在讨论完救济模式后，再提出异议之诉诉讼期限的完善建议。

##### （二）法院裁定确认债权后，能否提起异议之诉

通过破产债权确认纠纷案件检索可以发现，各地法院对债权裁定确认后债权人提起的债权确认

之诉持不同态度，主要有以下几种做法：

##### 1、以未超过异议之诉期限为由，进行实体审理

部分法院将焦点放在了异议之诉的期限上。如上文提及的上虞市红祥化工有限公司与浙江绍兴天源纺织印染有限公司普通破产债权确认纠纷案以及张福林与江苏国银投资有限公司破产债权确认纠纷案，均是以未超过期限为由，对案件进行了实体审理。

##### 2、以违反“一事不再理”为由驳回起诉

从检索情况来看，以违反一事不再理为由驳回起诉的判例较多<sup>[22]</sup>，其中说理较为充分的是中国农业银行股份有限公司深圳市分行与中国科健股份有限公司、中国东方资产管理公司深圳办事处破产债权确认纠纷一案。该案中，深圳中院认为当事人的起诉，不能违反“一事不再理”的民事诉讼基本原则。发生法律效力判决、裁定、调解书，当事人应当履行，不得以同一诉讼标的、同一事实理由再次提起诉讼。破产法已赋予了债权人向管理人异议及向法院起诉的权利，故破产法对于异议债权人债权的保护，在程序上和实体上都有明确的规范。对于管理人确认的债权表有异议的债权人，应按照破产法的相关规定，积极行使权利。而对于债权表中各债权人均无异议的债权，须经人民法院以裁定的形式予以确认，该裁定在法律上赋予债权表以实体确定效力和程序强制效力。同时，该裁定亦为法院对各方当事人无异议的实体性权利的确认，具有与生效之判决等等的既判效力。破产法及相关的民事诉讼法律并没有规定当事人对法院作出的债权确认裁定不服时可以提出上诉，所以，法院一旦作出裁定确认即发生法律效力，即终审裁定效力。因此，对于债权表记载的债权如有异议，异议人应当在法院作出确认裁定前提起诉讼。如果允许债权人或债务人在法院的确认裁定作出后还可提出异议并起诉，实际上是对法院已发生法律效力裁判所认定的法律事实、法律关系又提起诉讼，有违民事诉讼法“一事不再理”的基本原则<sup>[23]</sup>。

##### 3、回避上述问题，直接对案件进行实体审理

郑雄伟与直立汽配有限公司破产债权确认纠纷案中，郑雄伟在法院裁定其债权为 0 元后，向法院提起破产债权确认之诉。直立汽配有限公司管理人认为，郑雄伟的债权已经法院裁定确认为 0 元，应予驳回。但一、二审法院均未对该答辩意见予以评述，而是直接对案件实体进行了审理<sup>[24]</sup>。韩睿与南陵宝钜汽车城有限公司破产管理人破产债权确认纠纷案中，管理人辩称南陵法院已依法裁定确认原告所享有的债权数额为 0，原告依法提起普通民事诉讼程序违法，原告可以申请再审。法院审理后认为韩睿有权提起确认之诉，未阐述理由<sup>[25]</sup>。

上述各地法院虽然存在不同做法，但案件的最终处理结果却高度一致，即维持法院原确认债权的裁定。

##### 4、利息、违约金等债权未被确认的，仍可起诉

怀化市鑫都硅业有限公司与瑞田钢业有限公司、苍南金瑞投资管理有限公司等普通破产债权确认纠纷案中，苍南法院裁定确认鑫都公司对金瑞公司享有 4008838.58 元的本金债权，但对违约金没有予以确认，温州中院认为鑫都公司有权就金瑞公司应承担的违约金债权提出破产债权确认的诉讼请求，并确认了鑫都公司对金瑞公司享有违约金普通破产债权 134696.98 元<sup>[26]</sup>。

在暂时搁置债权异议诉讼期限的前提下，本文认为法院作出债权确认裁定后，债权人仍可提起破产债权确认之诉，法院应进行实体审理，理由主要有以下几点：首先，现行法律未禁止债权人在

[22] 南通市崇川区人民法院崇商初字第 00797 号；南通市中级人民法院（2017）苏 06 民终 94 号；益阳市赫山区人民法院（2014）益赫民二初字第 512 号；六安市中级人民法院（2014）六民二初字第 00490 号；

[23] 广东省高级人民法院（2013）粤高法民二破终字第 11 号。

[24] 德清县人民法院（2013）湖德商初字第 354 号；湖州市中级人民法院（2014）浙湖商终字第 467 号。

[25] 南陵县人民法院（2015）南民二初字第 00136 号；芜湖市中级人民法院（2015）芜中民二终字第 00335 号。

[26] 温州市中级人民法院（2014）浙温商终字第 2231 号。

[16] 实践中，也有法院会在民事裁定书中指定诉讼期限。【江苏省高级人民法院（2015）苏商终字第 00169 号：“原审法院于 2013 年 9 月 17 日作出（2012）泰中商破字第 0001-3 号民事裁定书，裁定国银公司管理人提交的债权表上债权人的债权成立，并明确载明债务人、债权人对债权表有异议的，可以自收到该裁定之日起十五日内向原审法院提起诉讼。”】

[17] 北京市高级人民法院《企业破产案件审理规程》第 174 条区分了三种情况：①债务人、对他人债权有异议的债权人的异议诉讼期限为债权人会议核查债权结束后 15 日内；②对本人债权有异议的债权人提起异议诉讼的期限未作规定；③对于有担保的债权，管理人应将审查情况书面告知担保人，担保人有异议的，可以要求管理人更正。管理人不予更正的，担保人可以在收到不予更正决定之日起 15 日内，向受理破产案件的人民法院提起债权确认诉讼。逾期未起诉的，上述债权确定。

[18] 《企业破产法》第 64 条第 2 款规定：“债权人认为债权人会议的决议违反法律规定，损害其利益的，可以自债权人会议作出决议之日起十五日内，请求人民法院裁定撤销该决议，责令债权人会议依法重新作出决议。”

[19] 绍兴市越城区人民法院（2016）浙 0602 民初 1116 号。

[20] 江苏省高级人民法院（2015）苏商终字第 00160 号。

[21] 《企业破产法》第四条规定：“破产案件审理程序，本法没有规定的，适用民事诉讼法的有关规定。”

债权确认后提起异议之诉。当事人的诉权属“民事基本制度”，只有法律明确禁止性规定才能限制。其次，《企业破产法》虽赋予了债权人向管理人异议及向法院起诉的权利，但未规定法院裁定确认债权的时间点。如前述，我国未规定债权人核查债权的方式，以决议形式形成核查结论也存在逻辑矛盾，法院口头裁定确认债权时间仓促；加之，各债权人之间信息不对称，通常无法第一时间判断其他债权人的债权是否有误，若不允许债权人事后起诉，有失公允。另外，债权确认后提起异议之诉并不违反“一事不再理”原则。“一事不再理”原则包含两方面，一是禁止重复起诉；二是判决既判力的效果。《民事诉讼法司法解释》第 247 条第 1 款<sup>[27]</sup>已对重复诉讼作了规定，因确认债权不是诉讼的结果，毫无疑问不构成重复诉讼；至于既判力，应探讨的是：民事裁定是否具有既判力。民事裁定主要用于解决程序问题，个别情况下可用于实体问题的处理。一方面，我国未明确规定既判力制度，更未确定裁定的既判力，学理上亦认为裁定不具有既判力<sup>[28]</sup>；另一方面，确定债权的裁定关乎实体权利，在诉讼法理上，关乎当事人实体权利的判断，需要当事人双方充分的辩论，否则会被认为是对当事人的突然袭击<sup>[29]</sup>。故在我国未设置完备的债权审核程序和债权确认程序的情况下，不宜承认确定债权裁定的既判力。最后，以起诉方式对已生效的判决和裁定进行救济在民事诉讼制度中有制度依据。如在公示催告程序中，利害关系人可以作为原告以通过除权判决获得权利的人为被告向法院提起诉讼获得普通诉讼程序的救济。又如第三人撤销之诉中，第三人有证据证明发生法律效力判决、裁定、调解书的部分或者全部内容错误，损害其民事权益的，可以向作出判决、裁定、调解书的人民法院提起诉讼获得救济。综上，本文认为，应允许债权人在债权确认后提起异议之诉获得救济。

（三）现有法律框架下，法院裁定确认债权后的其他救济途径

上文提到，因破产案件的复杂性，管理人在工作中难免会出现失误。那么，如果因管理人工作失误导致法院错误确认债权，在债权人不愿意提起异议之诉的情况下，有无其他救济程序？我国现有法律虽未作出直接规定，但本文认为在现有法律框架下仍有救济的途径。

《企业破产法》第 4 条规定：“破产案件审理程序，本法没有规定的，适用民事诉讼法的有关规定。”《企业破产法》未规定裁定确认债权后的救济途径，故应从《民事诉讼法》中寻找相应的法律依据。相比于民事诉讼法中普通程序和简易程序等一般诉讼程序，破产程序最接近于“特别程序”。破产案件所涉及的法律关系十分复杂，并不仅仅限于民事法律关系，而特别程序实际上也是包括了若干不同种类的民事权益争议、非民事权益争议的案件的程序<sup>[30]</sup>。1991 年 4 月 9 日通过的《中华人民共和国民事诉讼法》第十九章中原本规定了“企业法人破产还债程序”，后因 06 年《企业破产法》的出台，07 年修订《民事诉讼法》时将该破产程序从中剔除。这种变化正好说明了破产程序也是民事诉讼中的一种特别程序。而我国对特别程序的救济已做了规定，《民事诉讼法司法解释》第 374 条规定：“适用特别程序作出的判决、裁定，当事人、利害关系人认为有错误的，可以向作出该判决、裁定的人民法院提出异议。人民法院经审查，异议成立或者部分成立的，作出新的判决、裁定撤销或者改变原判决、裁定；异议不成立的，裁定驳回。”因此，在现有法律框架下，债权人或者管理人认为法院确认债权的裁定有误的，可以引用该条款直接向法院提出异议，法院经审查后，如果认

[27] 《民事诉讼法司法解释》第 247 条第 1 款：“当事人就已经提起诉讼的事项在诉讼过程中或者裁判生效后再次起诉，同时符合下列条件的，构成重复起诉：（一）后诉与前诉的当事人相同；（二）后诉与前诉的诉讼标的相同；（三）后诉与前诉的诉讼请求相同，或者后诉的诉讼请求实质上否定前诉裁判结果。”

[28] 张卫平：《民事诉讼法（第四版）》，法律出版社，2016 年版，第 437 页。

[29] 如日本，对于诉讼要件的判断有条件承认其判断的既判力。所谓有条件，即关于这些事项当事人双方需要充分辩论，否则造成对当事人的突然袭击。（张卫平：《民事诉讼法（第四版）》，法律出版社，2016 年版，第 437 页）

[30] 张卫平：《民事诉讼法（第四版）》，法律出版社，2016 年版，第 450 页

为确认的债权中确有错误的，应当作出新的判决或裁定撤销或改变原裁定。

### 五、债权人异议之诉的制度设计与安排

（一）债权人异议之诉诉讼期限的具体制度设计

实践中对异议之诉的诉讼期间的差异化做法的争议主要集中在两个方面，一是主体的合法性，二是期限的合理性。确定期限的主体合法性问题可直接通过立法予以明确。在确定期限合理性的问题上，本文认为应视异议对象区别对待。

1、对自己债权的性质、数额等提出异议宜借鉴债权人会议决议撤销制度

如果债权人只是对自己的债权性质、数额提出异议，本文认为，实践中参考债权人会议决议撤销制度将异议期限定为 15 天是合理的。因为，管理人在审核债权过程中会多次与债权人沟通，将不予确认债权或核减债权的情况提前告知债权人，并提醒债权人及时补充提交申报材料。换言之，债权人对自己债权的审核情况心里早就有所准备，而且债权人对自己的债权情况往往更为清楚，也有充分的时间维护自己的权益。设定较短的诉讼期限既是督促债权人及时维护自己的权利，也能保障破产程序能迅速、顺利推进。

2、对他人的债权性质、数额等提出异议的期限宜借鉴第三人撤销之诉

第三人撤销之诉是 2012 年修改后的《民事诉讼法》所新设立的一项诉讼制度。案外第三人可以以诉的形式撤销他人之间已经生效的判决、裁定和调解书，以维护自己的民事权益。债权人提起异议之诉与第三人撤销之诉制度在目的、功能上都非常相似。一方面，破产案件各债权人之间存在利害关系，他人债权被确认或被确认为优先债权，意味着其他债权人可分配的财产会减少，法院的确认债权裁定会影响到其他债权人的利益。另一方面，第三人撤销之诉的一个要件是“因不能归责与本人的事由未参加诉讼”。案外第三人没有参加诉讼，程序权利就无法得到保障，如果案外第三人参加了他人之间的诉讼，则该第三人可以在该诉讼中，通过行使相应的诉讼权利维护自己的民事权益。对比我国债权确认程序，债权核查和审查制度很不完善，信息不对称，债权人往往无法在第一时间知晓其他债权人的债权情况，其程序权利也无法得到保障，两者如出一辙。故本文认为债权人对他人的债权性质、数额有异议的，可参考“第三人撤销之诉”<sup>[31]</sup>，将提起异议之诉的诉讼期限确定六个月。

3、债权人异议之诉诉讼期限的起算点

本文认为，异议之诉的诉讼期限应自债权人权利受到实际侵害之日起计算。如果债权人因自己的债权未被确认提起异议之诉的，因通常法院不会对未确认的债权作出裁定，也不会向其送达裁定书，故起诉期限应自接到管理人不予确认通知书之日起计算，当然如果法院对不予确认债权也进行裁定，如有的法院裁定债权为 0 元<sup>[32]</sup>，应自法院确认债权的裁定送达之日起计算。此外，债权人对自己的债权被部分确认或债权性质有异议的，异议之诉起诉期限应自法院确认债权的裁定送达之日起计算。债权人对其他债权人的数额或性质有异议的，也应自法院确认债权的裁定送达之日起起算。

（二）债权人异议之诉诉讼主体的具体制度安排

债权人异议之诉分为两种，一种是债权人对自己的债权提起异议诉讼；另一种是债权人对他人

[31] 《民事诉讼法》第 56 条第 3 款：“前两款规定的第三人，因不能归责于本人的事由未参加诉讼，但有证据证明发生法律效力的判决、裁定、调解书的部分或者全部内容错误，损害其民事权益的，可以自知道或者应当知道其民事权益受到损害之日起六个月内，向作出该判决、裁定、调解书的人民法院提起诉讼。人民法院经审理，诉讼请求成立的，应当改变或者撤销原判决、裁定、调解书；诉讼请求不成立的，驳回诉讼请求。”

[32] 德清县人民法院（2013）湖德商初字第 354 号；湖州市中级人民法院（2014）浙湖商终字第 467 号。南陵县人民法院（2015）南民二初字第 00136 号；芜湖市中级人民法院（2015）芜中民二终字第 00335 号。

破产法》未作规定。对此，笔者认为，在债权人异议之诉被告的确定上应作如下制度安排：

1、债权人对自己的债权有异议向法院提起诉讼的，应将债务人列为被告<sup>[33]</sup>，管理人代表债务人诉讼。如有其他异议人否认债权的，可将其他异议人作为第三人。

2、债权人对他人债权有异议向法院提起诉讼的，亦可参照第三人撤销之诉<sup>[34]</sup>，应将债务人、受到异议债权人列为共同被告<sup>[35]</sup>。如果存在多个异议债权人对同一债权人的债权有异议的，应区别处理：如果多个异议债权人同时起诉的，应适用诉的合并进行合并审理；若某异议债权人起诉后，又有债权人起诉的，先起诉的债权人应作为原告，后起诉的债权人列为第三人。

（三）异议之诉成立后，改变原裁定的程序性操作

关于异议之诉成立后，如何改变原债权确认裁定有不同意见。

第一种观点认为，法院应根据异议之诉的审理情况作出相应判决，若异议之诉成立导致判决内容与原债权确认结果不一致的，管理人应根据判决书内容重新编制债权表，提交债权人会议核查，并申请法院作出新裁定变更原裁定。

第二种观点认为，债权异议之诉经审理后，若异议之诉成立导致判决内容与原债权确认结果不一致的，法院应通过判决直接撤销或变更原裁定。

上述做法各有利弊，本文更倾向第二种做法。第一种做法主要是依据《民事诉讼法司法解释》第 374 条。新的判决与原债权裁定不一致，说明原裁定属于《民事诉讼法司法解释》374 条规定的“裁定有错误”，法院作出新判决说明“异议成立”，而由管理人提交债权人会议进行核查和说明，能够保证全体债权人的知情权和核查权。但是，在法院已作出判决后，再重新提交债权人会议核查，核查完再由法院作出裁定，程序显得过于繁琐复杂，亦会给法院增加很多工作量。况且在法院已作出判决的情况下，债权人会议的核查也只是形式，债权人的异议无法阻止法院的判决，并不能起到保障核查权的作用。第二种做法虽看似有违民事诉讼惯例<sup>[36]</sup>，其实不然。一方面，我国对实体权利的权威性判定原则使用判决，个别才使用裁定，而债权人异议之诉的审理涉及当事人的实体权利，以判决改变涉及当事人实体权利的裁定，在诉讼法理上不存在障碍；另一方面，在第三人撤销之诉制度出台后，已大量出现以判决形式撤销裁定的做法<sup>[37]</sup>，有司法实践依据。

### 结语

破产债权的确认是债权转化为破产债权的最终环节也是最核心的环节。本文一方面结合司法判例对债权核查和审查阶段中的相关问题进行了常规探讨；另一方面，跳出了债权核查和审查阶段，将重点放在了发掘债权确认后的救济途径上。实际上，该问题在实践中已频频出现，但探讨多见于司法判例，尚未引起破产法专家学者的高度重视。本文研究层面尚浅，有些观点也只是蜻蜓点水，泛泛而谈，破产债权的确认制度内容丰富，仍有许多问题值得进一步深入研究。

## 破产程序中担保问题研究

国浩（杭州）律师事务所 吴正绵

【内容提要】由于金融机构“嫌贫爱富”的特性，我国中小企业普遍存在融资难的问题。为了满足金融机构的放贷要求，企业主之间以及集团内企业成员之间互保情况比比皆是。如果担保链中某一家企业进入破产程序，将会产生如何在破产程序中处理担保问题的难题，如主债务人破产情况下担保人是否要承担破产案件受理日之后的利息问题，主债权人能否在破产程序尚未终结前起诉担保人的问题，还有在法院裁定确认破产债权后，管理人在每次分配破产财产前是否要扣除债权人从其他连带债务人处获得的清偿款并重新认定破产债权。由于对上述问题尚未有明确的法律规定，理论上对于该问题有不同的看法，实务中各个法院及管理人操作方法各不相同。本文拟就该问题进行研究，以期解决实务中碰到的难题。

【关键词】破产债权 担保债权 从属性原则 公平原则

自《中华人民共和国企业破产法》（以下简称“企业破产法”）实施以来，全国各级法院已经受理了数万起企业破产案件。由于我国中小企业“融资难、融资贵”和互保现象大量存在的普遍状况，几乎每个破产案件都存在担保债权问题。由于各个法院和管理人做法不尽相同，如果不从理论上统一意见并在实务上统一操作方法，将有违《企业破产法》的公平原则，客观上也损害了债权人的合法权益，更有损法律的尊严。

### 一、问题的缘起——一个值得细细品味的案例

浙江天听纸业有限公司（以下简称“天听公司”）、浙江班班纸业有限公司（以下简称“班班纸业公司”）、浙江荣昌纸业有限公司（以下简称“荣昌公司”）和浙江天听亚伦纸业有限公司（以下简称“天听亚伦公司”）均系自然人赵某控制下的企业，自 2008 年开始委托东方国际集团上海荣恒国际贸易有限公司（以下简称“荣恒贸易公司”）代理进口废纸业务及国内购货业务。2009 年 3 月 10 日，荣恒贸易公司与天听公司、天听亚伦公司、荣昌公司、班班纸业公司签订还款协议一份，协议载明荣昌公司欠荣恒贸易公司人民币 2,066,587.28 元，天听公司欠荣恒贸易公司人民币 4,670,750 元，天听亚伦公司欠荣恒贸易公司 22,739,838.66 元，所有欠款均由各方承担连带保证责任，担保期间自应付款之日起两年<sup>[1]</sup>。该协议同时约定天听公司、天听亚伦公司、荣昌公司、班班纸业公司协议签订之日起至 2009 年 12 月每个月需要归还人民币 50 万元至人民币 4,477,175.94 元不等。

2009 年 6 月 25 日，经浙江省龙游县人民法院裁定，天听亚伦公司、荣昌公司进入重整程序。同年 9 月 1 日，经浙江省浦江县人民法院裁定，天听公司进入重整程序。同年 7 月 20 日，荣恒贸易

[33] 因债务人属于有与债权人有利害关系的债之相对方。

[34] 民事诉讼法司法解释》第 298 条：“第三人提起撤销之诉，人民法院应当将该第三人列为原告，生效判决、裁定、调解书的当事人列为被告，但生效判决、裁定、调解书中没有承担责任的无独立请求权的第三人列为第三人。”

[35] 因法院对债务人和债权人之间发生的债之法律关系予以了确认。

[36] 法院一般以新判决改变原判决，以新裁定改变原裁定。

[37] 如林良兴与林丽秀、李联英、邓某某、邓某某、邓某某、邓国龙第三人撤销之诉一案中，一审法院判决撤销海南省儋州市人民法院作出的（2013）儋调确字第 4 号民事裁定，二审海南第二中院维持原判【海南省第二中级人民法院（2015）海南二中民一终字第 525 号】；许玻诉李贵芳、周作红、周玮第三人撤销之诉一案中，耒阳法院一审判决撤销（2014）耒民三初字第 196-1 号民事裁定第一项【耒阳市人民法院（2015）耒民一初字第 774 号】；永州市永高林业有限公司与广东嘉耀木业有限公司、嘉汉板业（湖南）营林有限公司撤销之诉纠纷一案中，永州中院判决撤销（2013）永中法立民保字第 6 号民事裁定书【永州市中级人民法院（2015）永中法民二重初字第 1 号】。

[1] 具体内容参见上海市高级人民法院（2010）沪高民二（商）终字第 60 号民事判决书和上海市第一中级人民法院（2009）沪一中民四（商）初字第 22 号民事判决书，该案十分复杂，同时涉及破产撤销权等复杂情况，由于篇幅所限，在此仅引用与本文论述问题有关的内容。

公司向天听亚伦公司申报债权人民币 30,094,696.69 元，其中原始债权人民币 21,739,838.66 元，孳息债权人民币 1,264,933.43 元，或有债权人民币 7,089,924.60 元。同日，荣恒贸易公司向荣昌公司申报债权人民币 30,094,696.69 元，其中原始债权人民币 2,066,587.28 元，孳息债权人民币 108,151.40 元，或有债权人民币 27,919,958.01 元。同年 11 月 4 日，荣恒贸易公司向天听公司申报债权人民币 30,094,696.69 元，其中原始债权人民币 28,477,175.94 元，孳息债权人民币 1,617,520.75 元。

之后，荣恒贸易公司向上海市第一中级人民法院起诉，要求班班纸业公司对人民币 28,477,175.94 元承担连带保证责任，并偿付以该款为本金自 2009 年 5 月 26 日起至实际支付之日止按银行同期贷款利率计算的利息损失。

## 二、主债务人破产的情况下，如何处理担保人的担保债务

### （一）担保人的保证范围

《企业破产法》第四十六条第二款规定，“附利息的债权自破产申请受理时起停止计息。”《企业破产法》第一百二十四条同时规定，“破产人的保证人和其他连带债务人，在破产程序终结后，对债权人依照破产清算程序未受清偿的债权，依法继续承担清偿责任。”未进入破产程序的担保人能否享受到《企业破产法》第四十六条第二款的停息保护及如何理解担保人的担保范围，实务中存在不同做法：

第一种做法，上海市第一中级人民法院在上述案件中认为“根据法律规定，附利息的债权自破产申请受理时起停止计息。因此，本案主债务的利息依法应计算至三主债务人的破产申请受理时止，班班纸业公司作为担保人，其应承担的担保范围应以主债务人的债务为限，故班班纸业公司对此的抗辩意见成立，应予采纳。”<sup>[2]</sup>

第二种做法，最高人民法院在乐山电力股份有限公司与中国外贸金融租赁有限公司保证合同纠纷一案中认为，“对于乐山电力公司关于一审法院判决其在乐电天威公司破产清算后仍承担保证责任，并承担从 2014 年 12 月 17 日起至付清之日止的违约金，以及乐山电力公司向乐电天威公司追偿违约金的追偿时间截止至 2014 年 12 月 17 日止属于适用法律错误的主张，没有法律依据，本院不予支持”。<sup>[3]</sup>

### （二）理论分析

《中华人民共和国物权法》第一百七十二条第一款规定，“设立担保物权，应当依照本法和其他法律的规定订立担保合同。担保合同是主债权债务合同的从合同。主债权债务合同无效，担保合同无效，但法律另有规定的除外。”《中华人民共和国担保法》第五条规定，“担保合同是主合同的从合同，主合同无效，担保合同无效。担保合同另有约定的，按照约定。”从民法理论上看，以上两个法条均属于担保债权从属性的规定，目前很多学者和实务部门以该理由坚持担保人无需承担破产案件受理日之后的利息。从《企业破产法》第四十六条第二款来看，主债务人的债务金额可能会因为破产法的停息规定而少于原合同约定的金额，但是笔者认为破产程序中，担保人的担保范围不应该受到主债务人停止计息的影响：

#### 1、从属性原则不应当成为破产程序中担保人停息的理由

根据担保债权从属性原则，担保债务的范围以主债务的范围为限，因此主债务如果减免，担保债务同样应当予以减免。但《企业破产法》第九十二条和一百零一条在重整程序和和解程序中分别规定，债权人对债务人的保证人和其他连带债务人所享有的权利，不受重整协议和和解协议的影响。

既然《企业破产法》已经有明文规定担保从属性例外的情况，再以担保从属性原则要求对将担保人的利息也计算至破产案件受理日的理由不能成立。

#### 2、从担保制度的目的本身出发，应当优先保护债权人利益

《中华人民共和国担保法》第一条就开宗明义地规定，该法制定的目的是“保障债权的实现”，因此担保制度的设立是对债权人获得足额清偿的一种保障。如果主债务人不能清偿，担保人应当积极担保该债务获得清偿。担保制度的终极目标应当是不在任何情况下使债权人的利益受到损失，在担保人利益和债权人利益发生冲突的情况下，应当从“保障债权的实现”角度出发优先保障债权人利益。因此，主债务人破产的情况下，债权人有权向担保人收取破产案件受理之后的利息。

#### 3、从破产停息保护制度的设立目的出发，担保人也不该享受破产停息保护

由于破产程序涉及多个债权人，每笔债权一般无法获得全部清偿，孳息计算的时点必须予以明确以便计算出具体的债权金额。“附利息的债权如果在破产程序开始后仍处于计息状态，则它们的数额在程序期间处于变动状态。”<sup>1</sup> 如果不及时停息，那么每次分配之前，需要对破产债权再次进行计算，不仅增加了工作量，而且会使原有生效的破产债权裁定书或判决书出现反复的情况，既损害了司法文书的权威，也违反了破产程序的公平和效率原则。因此，“为了破产程序的顺利进行，有必要在债权人申报债权时确定债权的具体数额。”<sup>2</sup> 而对于担保制度而言，由于不像破产程序中涉及众多债权人的情况，因此不需要停止计息以便裁定确认具体债权。

#### 4、向担保人收取破产案件受理日后的利息，不违反担保人提供担保时的真实意思表示

在担保合同设立时，担保人已经预见担保的范围包括了本金、利息、违约金和其他孳息，如果主债务人不及时归还，担保人可能需要承担主债权人收到全部款项之前的所有本金和孳息。因此，担保人承担破产案件受理日之后的利息，不违反担保人订立合同时的真实意思表示，该担保条款应当予以尊重和认可。如果担保条款约定在主债务人破产的情况下，担保人承担担保责任的范围以主债务人的债权为限或者担保的利息也计算至破产案件受理日，则担保人无需承担破产案件受理日之后的利息。

#### 5、从境外破产法立法来看，担保人也不应该享受破产法停息保护

从境外国家地区立法来看，对于破产程序中的利息有两种处理方式：

第一种如德国《支付不能法》第三十九条<sup>3</sup>、日本破产法第九十九条之规定，破产受理的利息列为破产债权，但在清偿顺序中劣后于其他债权。如果依照该立法规定，由于破产宣告之后的利息仍属于破产债权，只是劣后于其他债权，在破产企业未清偿该部分劣后债权的情况下，由于该部分债务仍未消灭，担保方需要就该部分债务承担责任。

第二种如法国商法典第二编第 621-48 条、我国台湾地区破产法第一百零三条之规定，不列为破产债权。法国商法典第二编第 621-48 条第一款同时规定：保证人和共同债务人不得援引本款的规定。也就是说停止计算利息的规定不得被保证人和共同债务人作为不承担该利息债务之抗辩。台湾破产法虽未明确规定，但其在第 149 条第一款中规定：破产债权人依调协或破产程序已受清偿者，其债权<sup>[4]</sup> 未能受清偿之部分，请求权视为消灭。台湾法院在（五一台上二二四三）一案中认为，破产法第 149 条规定免责之效力仅及于破产人，至破产人之共同债务人及其保证人，并无引用该条之规定主张免除责任之余地。因此，即使未将破产后的利息列入破产债权的立法例，也均未将该利息债务作为债务消灭处理，更没有将此作为保证人免除该部分债务的依据。

综上，从境外国家和地区的立法来看，一般均规定了共同债务人及保证人不得将停止计息作为

[4] 需要特别注意的是，此处采用的是“债权”表述，而不是“破产债权”

[2] 详见中国裁判文书网公布的上海市第一中级人民法院（2009）沪一中民四（商）初字第 22 号民事判决书。

[3] 详见中国裁判文书网公布的最高人民法院（2016）京民终 45 号民事判决书，类似判决还包括山东省高级人民法院做出的（2015）鲁商终字第 105 号民事判决书。

保证责任部分免除的抗辩依据。

### （三）结论

综上，在主债务人破产的情况下，除非担保合同另有约定，担保人仍然要承担法院受理主债务人破产案件之后的利息，直至该债权清偿完毕。由于对于主债务人而言，破产案件受理日之后的利息不属于破产债权，因此担保人清偿之后，不能再向主债务人行使追偿权，担保人只能自行承担相关法律责任。

## 三、破产程序进行中债权人与担保人诉讼案件的处理

### （一）实践中的不同做法

实践中，部分债权人会在主债务人进入破产程序且破产程序尚未终结前，直接起诉保证人要求承担保证责任。对于该类案件的处理，实务中存在不同做法：

1、该案中止审理，待破产程序终结后继续进行。如最高人民法院在审理鹤壁市经济发展建设投资有限公司与中国信达资产管理公司郑州办事处保证合同纠纷一案中认为，“但因债务人鹤壁市建筑陶瓷厂破产案件尚未终结，债权人在破产程序中能否受偿，以及受偿的数额还无法确定；担保人鹤壁市经济发展建设投资公司应当承担担保责任的范围也不能确定。因此，本案应当中止审理，待破产案件终结后再进行处理。”<sup>[4]</sup>

2、该案正常审理，但是判令在破产程序终结后担保人才需要承担担保责任。如本文开头提到的二审法院上海市高级人民法院在荣恒贸易公司诉天听公司、班班纸业公司等案件所做出的（2010）沪高民二（商）终字第 60 号民事判决书中认为，“被上诉人作为债权人在申报债权、参加破产程序的同时，又提起本案诉讼，要求作为连带共同保证人的上诉人承担保证责任并无不当。由于破产程序尚未终结，被上诉人从主债务人处获得清偿的部分尚未确定，为避免双重受偿等情况的出现，本院确认上诉人应在天听公司、天听亚伦公司、荣昌公司破产程序终结后，对被上诉人未受清偿的部分承担还款责任。”

3、按照正常案件予以处理，判令担保人立即承担担保责任。如本文开头提到的一审法院上海市第一中级人民法院在审理上述荣恒贸易公司与天听公司、班班纸业公司、荣昌公司和天听亚伦公司保证合同纠纷案件中，判决“班班纸业公司于判决生效之日起十日内向荣恒贸易公司支付人民币 28,477,175.94 元及相应的利息（利率按银行同期贷款利率，起算日为 2009 年 5 月 26 日，其中人民币 23,806,425.94 元部分计至 2009 年 6 月 25 日，人民币 4,670,750 元部分计至 2009 年 9 月 1 日）……”。再如笔者办理的某股份制银行起诉酆某、陈某等自然人保证合同纠纷案件中，一审法院也判令担保人在判决生效之日起一个月内归还本息，并承担至给付之日止的利息。

### （二）理论分析

笔者认为，在破产程序进行过程中，债权人有权直接起诉担保人要求承担担保责任，而且该案件无需中止审理：

1、正如最高人民法院在宁夏荣恒房地产集团有限责任公司与中国信达资产管理股份有限公司宁夏回族自治区分公司保证合同纠纷一案<sup>[5]</sup>中所述，“一审适用《破产法》第二十条规定并无不当。该条第一款规定“人民法院受理破产申请后，已经开始而尚未终结的有关债务人的民事诉讼或者仲裁应当中止”，但第二款同时规定“在管理人接管债务人的财产后，该诉讼或者仲裁继续进行”。举重以明轻，此条仅针对破产债务人或以破产债务人及担保人一并提起的诉讼，在破产程序开始后应当中止，但“在管理人接管债务人的财产后，该诉讼或者仲裁继续进行”，说明法律并未禁止在破

产程序中或破产程序终结前向连带保证人单独提起的诉讼。”

2、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》（法释〔2000〕44 号，以下简称“担保法司法解释”）第四十四条规定，“保证期间，人民法院受理债务人破产案件的，债权人既可以向人民法院申报债权，也可以向保证人主张权利。债权人申报债权后在破产程序中未受清偿的部分，保证人仍应当承担保证责任。债权人要求保证人承担保证责任的，应当在破产程序终结后六个月内提出。”根据该规定，主债务人破产的情况下，债权人对于是否申报债权具有选择权。主张要求破产程序终结后保证人才能要求担保人承担保证责任的理由无非就是从避免双重清偿<sup>[6]</sup>或者超额清偿的角度出发，但是如果债权人选择不申报破产债权，则就不存在双重清偿或超额清偿的问题。即使债权人申报债权，如果债权人同意将所有债权转让给担保人或者同意在破产债权中扣除担保人所支付的清偿款<sup>[7]</sup>，该问题也可以得到有效避免。一概认定债权人只有在破产程序终结后方可要求担保人承担保证责任，不符合立法的目的，也侵犯了债权人的权利。

3、依照现有规定，在主债务人破产的情况下，债权人可以选择暂时不申报债权而直接起诉承担连带担保责任的担保人要求承担担保责任，由于该做法不违反《企业破产法》和《担保法司法解释》，法院一般会直接判决担保人承担担保责任。在判决生效后，如果破产财产尚未分配完毕，债权人此时可以再向管理人申报破产债权，进而通过破产程序获得清偿。由于生效法律文书具有拘束力，管理人也无权否认债权人申报的债权<sup>[8]</sup>，实际上仍然无法避免债权人获得双重清偿的后果。考虑到破产程序动辄持续一年以上，该情况发生的可能性大大增加，实务部门必须对此引起重视。尤其是连带债务人享受不到破产企业破产案件受理日开始的停息保护制度，连带债务人也具有主动还款的动机。因此今后有必要规定，债权人申报对主债务人破产债权前，生效法律文书已经判令担保人承担担保责任的，债权人申请对该法律文书执行时，该执行案件必须中止执行，并且在破产程序终结前不得继续执行，担保人也无需承担该段时间的迟延履行利息。担保人自愿履行的，该清偿债务行为有效，但优先清偿破产债权部分的款项<sup>[9]</sup>。

4、根据最高人民法院对《关于担保期间债权人向保证人主张权利的方式及程序问题的请示》的答复（[2002]民二他字第 32 号），“根据《最高人民法院关于适用若干问题的解释》第 44 条第 1 款的规定，在上述情况下，债权人可以向人民法院申报债权，也可以向保证人主张权利。因此，对于债权人申报了债权，同时又起诉保证人的保证纠纷案件，人民法院应当受理。在具体审理并认定保证人应承担保证责任的金额时，如需等待破产程序结束的，可依照《中华人民共和国民事诉讼法》第 136 条第 1 款第 5 项的规定，裁定中止诉讼。人民法院径行判决保证人承担保证责任，应当在判决中明确应扣除债权人在债务人破产程序中可以分得的部分。”

### （三）结论

在主债务人进入破产程序时，债权人在破产程序终结前起诉担保人的，应当按照如下原则进行

[6] 参见最高人民法院宁夏荣恒房地产集团有限责任公司与中国信达资产管理股份有限公司宁夏回族自治区分公司保证合同纠纷一案（案号：（2013）民二终字第 117 号）判决书。

[7] 但是破产债权中扣除担保人清偿金额得意实施的前提是担保人清偿后可以及时告知管理人，否则就算担保人还款，管理人也会由于不知道还款事实而无法扣减该部分金额。

[8] 只不过依照《企业破产法》第五十六条的规定，如果债权人未在法定期间内申报债权，债权人要审查和确认补充申报债权的费用而已，并不影响债权人获得清偿的实体权利。

[9] 依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》（法释〔2009〕5 号）第二十一条的规定，债务人除主债务之外还应当支付利息和费用，当其给付不足以清偿全部债务时，并且当事人没有约定的，人民法院应当按照下列顺序抵充：（一）实现债权的有关费用；（二）利息；（三）主债务。但考虑到根据现有规定，在破产案件终结前，破产企业的连带债务人无需承担担保责任，因此笔者认为应当优先清偿先到期的破产债权部分金额。

[5] 参见最高人民法院（2013）民二终字第 117 号民事判决书。

处理：

1、在债权人同时申报债权的情况下，法院必须判决在破产程序终结后担保人方需就破产程序未受清偿部分承担担保责任。但由于最终债权人通过破产程序获得清偿的金额不确定，因此该判决书的主文是否具有明确可执行性以及诉讼费负担问题如何确定，仍值得进一步研究。

如果债权人同意将申报的债权转让给担保人，由于不存在重复清偿或超额清偿的情况，债权人可随时要求担保人清偿债务。同时，作为担保人一旦承担保证责任，也必须在第一时间将清偿情况告知管理人，以避免重复清偿或超额清偿的情况。

2、在债权人未申报破产债权的情况下，法院可判令担保人立即承担担保责任<sup>[10]</sup>。但为了避免超额清偿的情况出现，但如果债权人取得生效法律文书之后同时申报破产债权的，执行程序必须中止，待破产程序终结后债权人方可要求担保人承担担保责任，而且担保人无需承担破产案件受理日至破产程序终结期间的迟延履行利息。

3、根据最高人民法院关于对云南省高级人民法院就如何适用《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第四十四条请示的答复（〔2003〕民二他字第49号），《担保法司法解释》“第四十四条第二款规定的债权人应在破产程序终结后六个月内要求保证人承担保证责任的规定，仅适用于债务人在破产程序开始时保证期间尚未届满，而在债权人申报债权参加清偿破产财产程序期间保证期间届满的情形。”因此，如果法院受理破产案件之前，保证期间已经届满的，债权人在破产程序终结之后六个月内仍然无权要求保证人承担责任。

4、破产程序终结前，债权人无法请求保证人承担保证责任情况下，如果破产程序终结之后六个月内债权人未要求保证人承担保证责任的，保证人的保证期间届满，保证责任解除。即使在破产程序终结后六个月内，合同约定的保证期间尚未届满的，债权人仍要在破产程序终结后六个月内要求保证人承担保证责任。如保证合同约定，保证期间为主债权届满之日起满2年，法院受理主债务人破产案件的时间为2017年1月1日，受理时主债权尚未到期，法院出具终结破产程序裁定书的时间为2018年1月1日。依据《企业破产法》第四十六条第一款的规定，主债权视为到期，虽然依据合同约定债权人必须在2018年12月31日之前要求保证人承担保证责任，但债权人仍然要根据破产程序终结之日起六个月内（2018年6月30日之前）要求保证人承担保证责任。

5、破产程序终结前，债权人无法请求保证人承担保证责任情况下，担保人自愿履行债务时优先清偿破产债权部分的款项，如有多余的才用于清偿破产案件受理日之后的孳息。

#### 四、其他问题

（一）法院裁定确认债权后连带债务人承担担保责任时的处理

在多次分配破产财产时，如果最后一次分配前，连带债务人清偿了部分债务的情况下，管理人是否要调整法院裁定确认的债权金额并在重新计算后进行分配，实务中有不同的做法，理论中对此也未有深入的研究。有观点认为，法院破产债权裁定书也属于法律文书，经过裁定之后应当具有既判力，不能随意更改。但笔者认为，由于在法院裁定确认债权之后债权人已经自其他地方获得清偿，正如民事判决之后债权人获得清偿一样，执行时债务人也可以提出抗辩扣除该部分金额，该种做法不违反既判力原则。同时，笔者认为有必要区分连带债务人的性质和清偿的具体情况进行分析：

1、在破产企业为担保人的情况下，主债务人自行清偿债务的，依据担保债权从属性原则，必须扣除主债务人清偿的金额，重新认定参与分配的债权额。

2、在破产企业为主债务人的情况下，担保人自愿清偿部分债权的，只要债权人未获得超额清偿的，就不应该予以扣减。如在某公司重整案件中，法院裁定通过的重整计划规定普通破产债权共分两期清偿，比例分别为5%和20%，法院裁定确认A公司债权额为100万元。在A公司领取首期清偿款后，担保人B公司向A公司归还50万元，由于债权人获得清偿的金额未超过100万元，因此在第二期分配时不当扣减债权人自B公司受领的50万元清偿款。实际上，在破产程序终结后，公司应当承担的担保责任为75万元，目前B公司提前归还该笔款项，实际上属于B公司与A公司之间的内部关系，与破产企业无关。如果要求将担保人清偿的金额予以扣除，那么管理人又要以清偿金额债权确认B公司破产债权<sup>[11]</sup>，然后B公司受领清偿款之后再再清偿款归还给A公司，该种做法人为地拖延了破产程序的进程，有违破产法的效率原则。如果债权人在破产程序获得的清偿金额加上从担保人处获得清偿的金额超过债权额的，此时主债权消灭，根据担保债权从属性原则，管理人可以将债权确认给担保人。综上，在主债务人破产的情况下，除非债权人已经获得超额清偿，否则管理人无权将担保人的清偿款自破产债权中扣除<sup>[12]</sup>。

3、在破产企业为担保人的情况下，其他担保人清偿部分债务的，在债权人未获得全额清偿的情况下，实际上该担保人归还的金额不超过其对于债权人应当承担的金额，担保人提前归还该部分款项，实际上属于该担保人与债权人之间的个人关系，管理人在清偿时不应当修改法院裁定确认债权的金额。

（二）担保人破产时，主债务人还款责任的处理

笔者认为，主债务人未破产而担保人破产时，主债务人不受破产程序限制，应当承担随时还款的责任：

1、破产企业之所以承担责任，原因在于为主债务人提供担保。《企业破产法》第一百二十四条中的“连带债务人”应该不包括主债务人，否则会出现如果担保人不破产，主债务人需要立刻还款，但是在担保人破产的情况下，主债务人在担保人破产终结之前，不需要承担还款责任，但是需要继续承担破产案件受理日之后利息的怪事。该种结果，无论按照何种解释，都不属于立法者和司法解释制定者的真实意图。《担保法司法解释》第四十四条第二款的规定与《企业破产法》不同，“债权人要求保证人承担保证责任的，应当在破产程序终结后六个月内提出”，根据反向解释的法律解释方法，债权人要求主债务人承担责任，不受破产程序的制约，可以依照原协议约定的时间要求主债务人承担责任。

2、《企业破产法》四十六条第一款规定，“未到期的债权，在破产申请受理时视为到期”。根据该规定，在主债务尚未到期的情况下，如果担保人破产的，对于担保人而言，该债务视为到期。但从实际情况来看，该债务毕竟尚未到履行期，笔者认为应当依照法律约定和合同约定扣除受理日至到期日之间的利息。如原合同存在利率约定的，确认债权时需要按照该约定利率扣除破产案件受理日至约定到期日的利息，如不存在利息约定的可以扣除依照人民银行同期贷款利率计算的利息以确认其债权。考虑到主债务毕竟尚未到期，到期后主债务人可能履行债务，建议先由管理人在主债

[11] 笔者认为，该种情况下，属于A公司破产债权清偿时的执行问题，不需要B公司重新申报债权，也无需法院裁定确认，否则会出现实质上为一笔债权，但是出现两次裁定的情况。

[12] 《企业破产法》第五十一条第一款规定，“债务人的保证人或者其他连带债务人已经代替债务人清偿债务的，以其对债务人的求偿权申报债权。”笔者认为，该条文不包括法院裁定之后保证人或者其他连带债务人付款的情况。如果此时保证人或连带债务人支付部分付款，管理人将该部分债权确认给担保人，并扣减债权人对应的债权额，此时可能会出现债权人为了取得担保人的该部分清偿款，起诉担保人。如果担保人同意扣减该部分清偿款，则债权人又获得部分清偿，然后又享有该部分清偿对应的债权，进而出现无限循环的情况。

[10] 该情况下，为避免债权人未申报债权的情况下，担保人申报债权后将破产财产分配款转移而逃避债务，债权人可申请法院将保全该债权。

务到期前先行提存该清偿款，并由管理人提前要求主债务人归还破产企业代偿的该款项<sup>[13]</sup>。如果主债务人向破产企业归还该代偿款项的，则管理人可以将该款项清偿给债权人。如果经过主债务人提供替代担保，债权人同意免除破产企业债务的，则管理人将该部分清偿款重新交由其他债权人进行分配。

### 五、结束语

从《企业破产法》的规定和担保法的价值取向来考虑，除非破产企业的连带债务人与债权人另有约定，破产企业的连带债务人不应当适用《企业破产法》第四十六条第二款的停息保护制度，破产企业的连带债务人对于法院受理破产案件之后的利息仍然应当承担责任。根据现有规定，如果债权人已经申报破产债权，在破产程序终结前，债权人不能要求破产企业的连带债务人<sup>[14]</sup>承担责任，但是在债权人采取将债权转让给破产企业的连带债务人等避免超额清偿方式的情况下，债权人可在破产程序期间要求破产企业的连带债务人承担责任。同时，债权人在必须在破产企业破产程序终结之日起六个月内要求破产企业的连带债务人承担责任。

### 参考文献

- [1] 王卫国：《破产法精义》，法律出版社，2007 年版，第 135 页。
- [2] 本书编写组：《〈中华人民共和国企业破产法〉释义及实用指南》，中国民主法制出版社，2012 年版，第 133 页。
- [3] 原德国破产法第 63 条对于利息的规定是采用“除斥债权”的立法模式，即不作为破产债权，德国《支付不能法》修改了原德国破产法的规定。具体内容参见[德]支付不能法：杜景林、卢湛译，法律出版社，2002 年 11 月版，第 24 页。
- [4] 王波：“债务人被宣告破产而破产程序尚未终结、债权人在申报债权的同时又向担保人主张权利的，案件应当中止审理——鹤壁市经济发展建设投资公司与中国信达资产管理公司郑州办事处保证合同纠纷上诉案”，载最高人民法院民事审判第二庭主编：《民商事审判指导（2005 年第 1 辑）》，人民法院出版社，2005 年 11 月版，第 152 页。

作者简介：吴正绵

## 论破产中解除债务人财产保全措施的程序完善

浙江青风律师事务所 张 烨

【内容提要】《企业破产法》第 19 条明确了人民法院受理破产申请后，对债务人财产产生了解除保全、中止执行的影响。但该条文作为仅有的“应当解除”的实体性规范，没有配套的“应当如何解除”的程序性规范，导致实践中在有解除权的人民法院怠于行使解除权的情况下，破产管理人和破产管辖法院在这一问题上耗费不必要的时间和精力。在程序价值意识变革的司法改革背景下，完善破产中解除债务人财产保全措施的程序规范当为改革的题中之意。

【关键词】破产程序 债务人财产 保全措施

企业因不能清偿到期债务且资产不足以清偿全部债务被裁定进入破产程序后，根据《企业破产法》第 19 条之规定，涉及债务人财产的保全措施应当解除。由此可见，解除债务人财产的保全措施作为破产管理人接收破产企业财产的重要形式之一，对企业破产程序（特别是清算程序）有着举足轻重的影响。从破产案件处置效率的角度出发，破产管理人对于债务人财产接收的速度关系到破产程序的进度和债务人财产处置利益最大化的程度。但在实践过程中，针对解除债务人财产保全措施的程序规定并不完善，导致管理人在破产财产的接收中遇到一系列的问题，延长了破产财产的接收和处置时间。因此，完善破产中解除债务人财产的保全措施的程序是破产法内在效率性的必然要求。

### 一、解除债务人财产保全程序的法律梳理

根据程序法定原则，所有的实体性权利的实现都应当有对应的程序规则作为实现途径和媒介。只有实体性权利的规定而没有程序性规范的支持，这种实体性权利只能是停留在纸面上的权利。从这个层面来理解，论证解除债务人财产保全程序，我们先从现有法律的层面做梳理。

#### （一）解除债务人财产保全程序的法律依据

目前，关于解除债务人财产保全程序的相关法律规定主要集中在《企业破产法》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》中。

在《企业破产法》中，针对解除债务人财产保全措施的法律依据就是第 19 条，“人民法院受理破产申请后，有关债务人财产的保全措施应当解除，执行程序应当中止”。该条文是解除债务人财产保全程序的最重要的法律依据之一。从民事诉讼法的有关规定来看，对债务人财产的保全措施，其目的在于保证判决的执行，即为了保证个别清偿的实现，这与破产法所要实现的概括式公平清偿目的不符。因此，在人民法院受理破产申请后，有关债务人财产的保全措施应当解除。解除保全措施，意味着在债务人财产上施加的查封、扣押、冻结等决定失去效力，该财产的法律属性恢复到保全措施实施以前的状态，便于破产管理人接管该财产并将其纳入债务人财产的范围，依法予以处置。

在《企业破产法》之后，2013 年实施的最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定（二）》对解除债务人财产的保全措施在第 7 条作如下规定，“对债务人财产已采取保全措施的相关单位，在知悉人民法院已裁定受理有关债务人的破产申请后，应当依照企业破产法第十九条的规定及时解除对债务人财产的保全措施”。这是对《企业破产法》第 19 条的再次确定

[13] 按照《中华人民共和国担保法》第三十一条、《中华人民共和国物权法》第一百七十六条等有关法律规定，担保人只有在实际承担担保责任之后才可以行使追偿权，但笔者认为，在破产案件中，管理人只要预留该款项，就可以确保破产企业可以承担法律责任。在主债务尚未到期的情况下，管理人将该部分清偿款予以提留而不直接分配，并未损害债权人利益。为了避免管理人先向债权人清偿债权，再向破产企业追偿带来的不必要麻烦，建议可以先由管理人和主债务人沟通，让主债务人和债权人沟通替代破产企业担保或其他有关措施，进而减少清偿和追偿带来的不必要麻烦。

[14] 此处的“连带债务人”不包含主债务人。

及范围的延伸，将解除保全措施的单位的范围从法院延伸到其他单位，诸如公安机关、税务机关及其他法律授权部门的保全措施等。

在《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》与解除债务人财产有关的是第 165 条和第 515 条。第 165 条是对有权解除债务人财产保全主体的一个限制性规定，即“人民法院裁定采取保全措施后，除作出保全裁定的人民法院自行解除或者其上级人民法院决定解除外，在保全期限内，任何单位不得解除保全措施”。从立法初衷上来看，该条文是为了避免其他法院滥用权力解除保全带来的纠纷，但是实践中因为该条文的存在，导致破产中异地法院怠于解除债务人财产保全时，破产管辖法院不能自行解除债务人的财产保全。第 515 条是对破产程序与执行程序衔接和转换的规定，从该条文不难发现，在债务人的同一财产上不能同时并存两种性质冲突的执行程序。执行程序是个别执行的程序，而破产程序具有执行程序所没有的价值与功能，其本质上是概括包含执行程序。因此，从该条文来看，是对破产中解除债务人财产保全措施的一种指令性的强制规定。

#### （二）破产中债务人财产保全的阶段

依据民事诉讼法的规定，保全措施是指人民法院根据当事人或者利害关系人的申请，或者依职权对当事人的财产采取保护措施，以保证将来生效的判决得以执行的制度。因破产企业被裁定进入破产程序前，涉及企业的债权人的诉讼活动阶段不一，根据不同诉讼阶段的保全来划分，破产中债务人财产的保全可以分为以下几个阶段：

1、诉前财产保全。这种保全阶段是指债权人在起诉前因情况紧急，不立即申请财产保全将会使其合法权益受到难以弥补的损害，而向人民法院申请采取财产保全措施。在债务人被裁定进入破产程序后，受理债权人诉前保全申请和起诉的人民法院不能实时了解债务人已经进入破产程序，因而极有可能在债务人被裁定进入破产程序后，有管辖权的法院仍然作出诉前保全的裁定。

2、诉讼中的财产保全。这种保全阶段是指在案件受理后，人民法院对于可能因当事人一方的行为或者其他原因，使判决不能执行或者难以执行的案件，根据对方当事人的申请或者认为必要时对当事人的财产采取的保全措施。这类保全阶段应当是最为常见的保全阶段，一般诉讼中的保全都有较长的保全期限以确保直至生效法律文书作出前，保全财产能够不被处置。

诉讼中的保全，其绵延性较长。在债务人进入破产程序后，其参与的诉讼活动有可能已经存在生效的判决文书但没有进入执行程序的情况。在这种情形下，只要该财产保全没有被作出保全裁定的法院解除，那么该保全裁定的效力将维持到保全期限终止之日止。

3、执行保全。即在涉及债务人的法律文书生效后，债权人可以向有执行管辖权的人民法院申请保全债务人的财产。人民法院可以参照《民事诉讼法》第 100 条之规定作出保全裁定，对债务人的财产采取查封、扣押、冻结的保全措施。

### 二、解除债务人财产保全程序的实践问题

#### （一）保全解除的具体期间规定缺失

从理论的角度分析，《企业破产法》19 条规定的保全措施的解除是人民法院受理破产申请的当然效力之一，即一旦人民法院受理了破产申请，附加于债务人财产之上的保全措施自然解除，而不需要人民法院另行作出宣告保全措施失去效力的裁定。但在实践中，远远没有理论研究的所分析的方便简单，对于保全措施的法律效力，民事诉讼法及司法解释已经明确，管理人在调查债务人财产的具体情况时，人民法院作出的保全措施仍登记在案，并没有因管理人提供破产裁定文书和管理人身份证明文书当然失效。在没有作出保全措施的法院出具解除保全裁定的情况下，管理人不能对债务人的财产进行有效的接管。

根据对解除债务人财产保全程序的法律梳理中不难发现，虽然《企业破产法》对破产中解除债务人财产明确规定为“应当”的强制性要求。此处，从法理的角度分析“应当”，“应当”明确的是行为主体必须作为或不作为的义务，是一种强制性的法律规定，表明破产中解除债务人财产保全的必要性价值。但是，当前《企业破产法》中并没有对如何解除债务人财产保全程序做明确的规定，特别是如何解除的程序性规定和具体时间性规定。这样一来，导致破产案件管辖法院和破产管理人在实际工作中接管、处置债务人财产的无序性和低效率。

#### （二）缺乏对保全单位怠于解除保全的监督机制

在当前破产案件的实践中，管理人在接受债务人财产、处理解除债务人财产保全解除事宜时，按照《企业破产法》对于管理人职责的要求以及 2011 年中华全国律师协会发布的《律师担任破产管理人业务操作指引》第 11 条规定，管理人接管债务人财产时，发现债务人财产在人民法院受理破产申请前被依法采取保全措施及人民法院受理破产申请后仍未解除的，或发现债务人财产在法院受理破产申请前被依法采取执行措施但在法院受理破产申请后仍未中止的，管理人应该通知有关人民法院解除保全措施或者中止执行措施，以便管理人有效地接管该项财产。管理人认为有必要申请裁定受理案件申请的人民法院通知有关人民法院予以解除保全措施或者中止执行措施的，管理人应当向裁定受理破产申请的人民法院提出申请。

管理人依职责向作出保全裁定的人民法院（或者单位）发出通知（告知）函件并附债务人破产裁定的法律文书后，但作出保全的人民法院（或者单位）即使收到管理人的告知函件后，通常不会与管理人核实情况，也不会通知管理人关于解除债务人财产保全的工作进度，其与管理人及破产管辖法院之间缺乏有效和良性的沟通。一旦做出保全裁定的人民法院（或者其他保全单位）怠于解除保全，在现行法律规范体系中没有规定人民法院（或者相关单位）怠于履行解除义务的责任，缺乏对其怠于履行解除义务的监督机制的情况下，管理人及破产管辖法院只能不厌其烦的通过电话沟通、实地沟通，经过漫长的等待和拉锯战后才能得到应有的处理。

#### （三）破产案件管辖法院是否可以直接解除保全存疑

在《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 165 条对于解除债务人财产保全的主体做了限缩性规定，要求人民法院裁定采取保全措施后，除作出保全裁定的人民法院自行解除或者其上级人民法院决定解除外，在保全期限内，任何单位不得解除保全措施。实践中，管理人依据《企业破产法》第 19 条之规定，向作出财产保全的人民法院发出告知函要求其解除对债务人财产保全的措施。碰到有解除权的人民法院不履行解除的义务时，为了节约破产财产的处置时间（特别是债务人财产中有市场行情看好的财产），实现债务人财产处置利益的最大化，破产管辖法院应当有权行使解除债务人财产保全的权利。

虽然上述观点并没有破产法律依据支持，但破产程序作为民商事领域中的一种特殊程序，其设立的目的之一就是通过对破产程序的运作，公平、高效的实现债务人合法退出市场。根据《企业破产法》第 3 条“破产案件由债务人住所地人民法院管辖”的规定，已经明确破产案件管辖采取属地原则，其出发点就是以地域优势确保破产案件得到及时、全面、有效的办理，因此，对破产中债务人财产保全的解除权也应当与民事诉讼的规定区分，得以限制性“特殊化”。

### 三、完善破产中解除债务人财产保全措施程序的意义

#### （一）完善破产法具体程序规定的内在需要

作为实体法律的实现手段的程序规范，其功能和作用在于提供实体性权利义务实现的途径，促进实体权利义务实现的效率。程序倡导冷静、公开、证据、对话、严谨、负责。完备的程序规定可

以确保法律决定的理性。因此，部门法律法规实体内容的实现，都应当有完备的程序性规定予以支持。

市场经济的发展速度与水平要求破产法律法规的与时俱进。当前实施的《企业破产法》是基于1986年《破产法》（试行）修订后实施的，大体上是属于域外法律的移植，其植根的市场经济发展水平与法律规范的体系不相适应。从破产法的实施目标分析，要实现植根于市民社会的市场主体得到平等保护、公平保护债权人的一般利益以及提供一个公平、公正清偿债务的司法程序的目标，必须要健全破产法的具体程序规定，以程序规定的完善促进破产案件的处理更具操作性、效率性和利益平衡性。

完善破产中解除债务人财产保全的程序，就是解决破产法律法规实施中的程序漏洞，使得在实践中，破产案件的参与人都有规可循，有法可依。

（二）有利于提高管理人接收、处置债务人财产的效率

破产管理人作为破产案件受理后依法成立的、在法院的指导和监督之下全面接管债务企业并负责债务人财产的保管、清理、估价、变卖和分配等事务的专门机构，是破产程序中重要的参与主体之一。

根据破产法的设定，管理人在破产程序中既有权利又有义务。基于权利的角度，从《破产法》第25条的规定来看，破产管理人主要的权利之一是对债务人财产的接管权。破产程序一经开始，破产人失去对其所有财产的管理与处分权，该财产转变为破产财产，应由破产管理人接收。以接管对象为标准，将接管权划分为财产接管权和文件接管权。在财产接管的过程中，因债务人涉诉导致财产处于被保全的状态，管理人仍有权接收被保全的财产。基于义务的角度，从《破产法》第27条的规定来看，“破产管理人应当勤勉尽责，忠实履行职务”，管理人对于接收、处置债务人财产应当勤勉尽责，不可懈怠。

完善破产中解除债务人财产保全措施程序，对于破产管理人而言，有利于管理人更好的行使相关的权利，提高管理人接收、处置债务人财产的效率，及时处置债务人财产达到破产利益的最大化。

（三）增加法院保全、执行与破产程序的协调性

广义的民事诉讼涵盖了诉讼、保全、执行、破产在内的多种程序，相应的程序均在民事诉讼法和具体的司法解释中予以明确。但是对于各种程序之间的衔接和转换一直是民事诉讼理论和实务研究的重点和难点之一。

当前，对于执行程序与破产程序的衔接主要规定在《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513至516条。条文明确了民事诉讼执行程序依法转破产程序进行的程序，在执行过程中，发现债务人企业缺乏清偿能力无法全部清偿债务时，应及时启动破产程序，通过破产程序积极追收债务人财产，实现对债权人的公平清偿。这对健全企业退出机制、保障债权公平清偿、妥善化解执行积案、合理节约司法资源等具有重要的意义。近年来，最高人民法院和各地市人民法院也在积极探索执行程序与破产程序的衔接，制定了一系列如《最高人民法院关于执行案件移送破产审查若干问题的指导意见》、《浙江省高级人民法院关于执行程序与破产程序衔接若干问题的纪要》等程序性操作规定予以试点探索。

对于民事保全程序与破产程序的衔接的法律规定仅有《破产法》第19条的规定，且缺乏对应的程序性操作规范，使得在具体程序转换的过程中，出现拖延滞缓的情况。这种现状虽不会导致紧急性的不良后果，但是对破产案件的办理进度和法院的司法形象带来了消极的影响。因此，完善破产中解除债务人财产保全措施程序，势必促进保全程序与破产程序的衔接，增加法院保全、执行与破产程序的协调性。

#### 四、破产中解除债务人财产保全措施程序完善的建议

（一）设立解除债务人财产保全的程序性规定

总结当前解除债务财产保全措施的核心问题，就是程序性规定的缺失。设立解除债务人财产保

全的程序性规定，使得破产管理人和破产管辖法院有法可依是最为直接有效的方法。

首先，在程序规定中应当明确解除财产保全措施的主体。破产法第19条规定，人民法院受理破产申请后，有关债务人财产的保全措施应当解除，但具体是由受理破产案件的人民法院解除还有由破产管理人予以解除并没有明确。因此，在程序性规定中，结合破产案件的特殊性，特别是在2007年实施的破产法确定管理人制度以来，管理人作为负责实施对债务人财产的管理、处分、清算、重组与和解方案的拟订和执行等事务的专门机构，具有较强的应对破产案件中突发和现存的各种问题的综合能力。为充分发挥管理人的作用，使得移植的西方破产管理人制度得以在我国破产实务操作更加先进化、专业化，应当确立破产管理人解除保全措施的具体操作主体。

其次，明确具体解除的期间。管理人在取得法院的选任决定书（裁定书）之日起15日内，以书面形式向有解除权的人民法院（或其他单位）告知债务人进入破产程序的事实，并附破产裁定书及联系方式。有解除权的人民法院（或其他单位）在收到管理人的函件后，应当在5日内向管理人核实破产案件的情况，必要时，可以在前一期问的基础上延长5日与作出破产裁定的法院进行核实。在核实无误后，应当在7日内作出解除债务人财产保全的裁定。异地法院解除保全不方便的，可以参照《民事诉讼法》第229条的规定，委托破产案件管辖法院予以办理。

再次，明确拒不解除财产保全措施的法律后果。有解除权的人民法院（或其他单位）不按照上述期间规定予以解除的，管理人可以依法寻求有监督权的机关进行法律监督。关于监督的具体内容，下文将作详细说明。如果作出保全措施的人民法院或行政机关不予解除，因此造成债务人财产损失的，管理人或债务人有权要求国家赔偿。

（二）明确解除保全措施的监督手段

没有法律责任和缺乏法律监督的程序必定不能得到切实的运作。基于此，对于完善破产中解除债务人财产保全的程序，除了完善程序本身的具体规定外，还应当明确对具有解除权的人民法院（或相关单位）行使权利的监督方式和法律责任。通过法律监督，减少因没有监督导致的时间性资源的浪费，促进司法资源的优化配置。横向比较当前有效的法律监督手段，法院内部监督和外部检查监督是较为有效的监督手段。因此，要明确解除债务人财产保全的法律监督手段，我们认为，应当将这两种监督手段运用到破产法实践中来。

从法院内部监督的的角度来看，当前法院司法改革背景下，各地法院均已经推行建立中国特色社会主义审判权力运行体系，建立以法官为中心的员额制度，推进法院人员的正规化、专业化、职业化建设。因此，当出现人民法院在接到管理人的告知函件和法律文书后，怠于办理债务人财产保全解除事宜的，应当由对应的员额法官进行负责，督促审判辅助人员按照程序规定及时予以办理。对于不能及时办理的，应当通过书面通知的方式与管理人和破产管辖法院沟通。

从外部监督的角度来看，虽然在《企业破产法》中没有对检察机关的监督权予以明确，但破产程序从广义上来说仍属于民事诉讼程序，根据《民事诉讼法》第十四条“人民检察院有权对民事诉讼实行法律监督”的规定，破产程序也应当纳入下检察监督的范畴中。按照解除债务人财产保全程序的时间性规定，有解除权的法院在规定期限内没有解除保全措施，管理人有权向法院所在地的人民检察院提出意见，要求同级检察机关对法院怠于行使解除权的行为进行监督。

（三）有条件赋予破产案件管辖法院直接解除保全措施的权利

从便于破产案件迅速、高效处置的角度出发，破产管辖法院应当有权直接解除债务人的财产保全措施。当前《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165条虽然对解除债务人财产保全作出了限缩性的规定，但是并没有直接明确该条文是否适用于破案程序这样的特殊程序，不能仅以此条文否定破产管辖法院的解除权。

当前法律设置为什么不赋予破产管辖法院直接解除权，究其原因，大抵是基于破产管辖法院受

理破产审理后，依职权解除债务人的财产保全措施，但在破产案件审理的过程中审查发现破产申请不符合破产条件被裁定驳回破产申请，那么之前的保全措施又被解除的情况下，就有可能出现破产企业的债权人争相查封，导致以前曾查封过的债权人得不到继续查封，从而影响权利人清偿的顺序和清偿的比例。

因此，结合破产管辖法院直接解除债务人财产保全的利弊，应当有条件的赋予破产案件管辖法院直接解除保全措施的权利。这里所指的有条件是当破产案件同时满足以下几个条件时，破产管辖法院才有直接解除债务人财产的权利，具体包括：

1、破产管理人向破产法院提出要求直接解除债务人财产的申请。在这种情况下，表明管理人已经依照法定程序履行了职责，在明确得不到应有的解除保全措施的结果的情况下，以效率性为先的情况下，依法向法院提出申请。

2、有解除权的法院（或其他单位）在规定的期间内没有解除保全。根据设计的解除债务人财产保全程序中，明确规定了有解除权的法院（或其他单位）应当依照法定的期间解除保全，并与管理人、破产管辖法院进行及时有效的沟通与对接。因此，假如有解除权的法院（或其他单位）怠于行使权利，将成为破产管辖法院有权直接解除债务人财产保全的重要条件之一。

3、债务人财产的保全申请人已经向破产管理人行使申报债权的权利。这一条件的设置，就是在一定程度上对债权人权益的一种关注和保护。在债权人已经向管理人申报债权的前提下，表明债权人已经关注了解债务人进入破产程序的事实，会依照管理人的通知有序参与破产程序并行使权利。可以防止在破产申请不符合破产条件被裁定驳回破产申请的情况下，债权人可以在裁定作出时及时了解个中原因，采取有效的维权措施。

**结语：**破产程序作为市场经济中企业合法退出竞争的保护机制，弥补了债务人单纯依靠自力救济的的不足。为持续发挥这种程序的运行效益，应当逐步完善包括解除债务人财产保全程序在内的缺失与不足，实现司法效果、社会效果的统一。

参考文献

[1] 李培进：《企业破产法的理论与实践》，中国政法大学出版社 2011 年版，第 57 页。  
[2] 张文显：《法理学》，北京大学出版社 2007 年版，第 120 页。  
[3] 谢佑平：《程序法定原则研究》，中国检察出版社 2006 版，第 17 页。  
[4] 姚彬，孟伟：《破产程序中管理人制度实证研究》，中国法制出版社 2013 年版，第 172 页。  
[5] 李永军：《破产法——理论与规范研究》，中国政法大学出版社 2013 版，第 100 页。  
[6] 马彪：《浅议法律监督和舆论监督》，《山西省政法管理干部学院学报》2010 年 2 期，第 27 页。  
[7] 张纬武：《“应当”和“可以”的另一种法哲学解读——兼论对现代法学的启示》，《江西社会科学》2013 年第 4 期，第 136 页。  
[8] 陈云生：《法律监督的价值与功能》，《法学杂志》2009 年第 10 期，第 12 页。  
[9] 林燕：《破产管理人制度及其相关问题研究》，《法制博览》2016 年第 2 期，209 页。  
[10] 李永军：《我国〈企业破产法〉上破产程序开始的效力及其反思》，《法学杂志》2011 年第 2 期，第 42 页。  
[11] 曹守晔、杨悦：《执行程序与破产程序的衔接与协调》，《人民司法》2015 年第 21 期，第 23 页。  
[12] 王卫国：《中国破产法的特点与程序正义》，《中国法律》2011 年第 5 期，第 32 页。

论管理人对待履行房屋租赁合同的处理

——以破产企业为出租人为例

浙江凯麦律师事务所 王语秋

**【内容提要】** 各国破产法对于尚未履行完毕的合同，均对管理人赋予了选择权，管理人可选择继续履行或解除合同；同时，为了维护市场交易的安全与稳定，平衡各部门法的价值与功能，各国破产法对管理人的合同解除权进行了一定限制。另外，对于合同解除后的处理也进行了规定。其中，房屋租赁合同涉及物权与债权的交叉，特别是当破产企业为出租人时，应当在立法与实践限制管理人对此类合同的解除权，并在变价程序中适用“买卖不破租赁”、“优先购买权”等规定。同时，管理人应正确认定损害赔偿请求权与财产返还请求权的性质，宜将承租人主张返还的租金、押金、装饰装修残值补偿等视为取回权或共益债务；对于装饰装修补偿，管理人应结合合同约定，分析承租人主张的补偿款的实质为残值补偿还是违约责任或损害赔偿，对于违约责任或损害赔偿性质的赔偿款，应拆分为普通债权。当然，除了选择解除与继续履行，若存在不合理低价交易的，管理人还应积极行使撤销权。但是，管理人撤销债权人通过与债务人签订房屋租赁合同，以其对债务人享有的债权来抵扣租金的个别清偿行为的，法律层面的实践意义不大，但在税务处理上将有所区别。

**【关键词】** 破产 待履行合同 房屋租赁合同 解除 撤销

一、管理人对待履行房屋租赁合同的解除权

（一）待履行房屋租赁合同的界定

我国《企业破产法》第 18 条规定，人民法院受理破产申请后，管理人对破产申请受理前成立而债务人和对方当事人均未履行完毕的合同有权决定解除或者继续履行，并通知对方当事人。管理人自破产申请受理之日起二个月内未通知对方当事人，或者自收到对方当事人催告之日起三十日内未答复的，视为解除合同。

由此可见，我国对于待履行合同的定义为“债务人和对方当事人均未履行完毕的合同”。对此，日本破产法的定义为“破产人及其合同的对方当事人在破产程序开始之时均未履行完毕的双务合同”，德国破产法的定义为“在破产程序开始时尚未为债务人和对方当事人履行或完全履行的双务合同”。<sup>[1]</sup>可见，虽然表述略有不同，但从合同的存续时间以及互负债务的双务合同性质的角度来看，主流大陆法系国家的立法的定义还是趋于一致的。特别说明的是，在《企业破产法》颁布施行前的《中华人民共和国企业破产法（试行）》中，清算组可以解除的是“破产企业未履行完毕的合同”，由此可看出，一方面，现行《企业破产法》中的规定更加符合立法趋势，另一方面，对管理人的合同解

[1] 王欣新，乔博娟，“论破产程序中未到期不动产租赁合同的处理方式”，法学杂志，2015 年第 3 期，第 61 页。

除权的范围也进行了一定的限制。

在研究管理人对房屋租赁合同的解除权之前，有必要先讨论这样一种常见的情形是否属于管理人有权解除的合同范围：当破产企业为出租人时，若承租人已经将租期内的租金全部支付完毕，是否还属于“双方均未履行完毕的合同”？

笔者认为，尽管承租人已经支付完毕了租期内的全部租金，此时，仍属于“双方均未履行完毕的合同”。理由是，在房屋租赁合同这一双务合同中，承租人的义务并非仅交付租金即履行完毕，还负有妥善保管、维护租赁物，按约定的用途使用租赁标的物，按约定遵守是否可以转租、装修改造等义务；另外，出租人的义务也并非仅交付房屋的使用权即履行完毕，而是在租赁期内，还负有对房屋保证使用、管理、监督等义务，其义务具有阶段性和持续性，只有在房屋租赁合同履行期限届满后，出租方的义务才履行完毕。<sup>[2]</sup> 在司法实践中，也有法院明确地指出，租期尚未届满的房屋租赁合同属于“双方均未履行完毕的合同”。<sup>[3]</sup>

（二）国外立法考察及评述

#### 1、美国破产法对管理人拒绝<sup>[4]</sup> 房屋租赁合同的规定

美国破产法第 365 条（h）（1）规定：“（A）如果管理人拒绝履行债务人是出租人的未到期的不动产租约，并且（i）管理人的拒绝导致违约，使得承租人依据条款性质、禁止破产的另行规定或其他承租人达成的协议，享有终止合同的权利；承租人遂得以以拒绝履行为由终止租约；或（ii）如果租约的有关条款已经生效，承租人可以保留其依据租约享有的权利，为平衡该租约条款和更新或延展禁止破产的另行规定赋予的可强制执行的权利，这些权利包含或附属于不动产权利”。<sup>[5]</sup>

可见，美国破产法把不动产租赁合同作为特殊的合同，当债务人为出租人时，对管理人拒绝这类合同作了限制。在实践中，出租人拒绝租约的案例极为少见，<sup>[6]</sup> 有学者指出，这样的规定就像空中楼阁，没有用武之地。但是，这并不能说明这样的规定就没有适用价值，从另一个方面来看，出租人极少拒绝租约的情况，也可以说是该规定发生威慑作用的一个反面例证。<sup>[7]</sup>

#### 2、德国破产法对管理人拒绝房屋租赁合同的规定

德国破产法第 108 条规定了长期债务关系的延续，即债务人关于不动产标的或房屋的使用租赁和收益租赁关系，以对破产财产具有效力的方式延续。<sup>[8]</sup> 另外，德国破产法第 110 条还对破产管理人对于破产程序开始后租金债权的处分权进行了限制。即，“（1）债务人作为不动产或房屋的使用租赁或收益租赁的出租人在破产程序开始前对以后的使用租赁与收益租赁租金债权作出处分的，此种处分仅对破产程序开始时正在进行的那个日历月的使用租赁或收益租赁的租金有效。破产程序在该日历月的第十五日后开始的，处分也对下一个日历月有效。”

（三）对管理人行使房屋租赁合同解除权的建议

与国外立法不同，我国《企业破产法》对于待履行合同的管理人解除权仅做了一般规定，<sup>[9]</sup> 这显然是不够的。本文将从理论与实务的角度出发，探讨当破产企业为出租人时，管理人应如何行使对房屋租赁合同的解除权。

#### 1、限制管理人的解除权

笔者认为，在上述情形下，应以限制管理人的解除权为一般原则；由于租赁合同的存在将导致承租房屋价值明显贬损或严重影响变价的，经管理人报请人民法院同意后，方可解除。理由是，大多数情况下，承租人基于对租期的可期待性，往往在经营、生活上都对承租房屋有一定的依赖性。若管理人可随意解除，这将严重影响市场交易的稳定性与可期待性。

人民法院受理破产申请后，管理人依据租赁合同的期限、变价难度、解除后对承租人的影响等因素进行综合考虑，若认为需要解除原房屋租赁合同的，可与承租人进行协商解除。如果承租人不同意解除，管理人须报请人民法院同意后方可解除。例如，出租人将房屋部分进行出租，由于一部分上设立了租赁权，使得管理人或新的买受人改变房屋用途变得很困难，严重影响了变价，甚至难以出售时，管理人可以申请法院同意解除。<sup>[10]</sup>

在实务操作时，建议管理人与每户承租人做好沟通工作，与每户承租人就解除合同意向、承租房屋是否与其他房屋可以分割、租金押金支付情况等做好书面询问笔录。

另外，若继续履行房屋租赁合同的，则可以借鉴美国的立法，免除破产企业对出租房屋的维护、修理等义务。

当然，在实践中，管理人还可以根据原租赁合同对于债务人与承租人约定的合同解除条款，结合合同的履行情况，解除原租赁合同。例如，承租人是否违反转租约定、房屋用途、从事违法活动、欠付租金达到解除条件等等。不过，这不属于本文的讨论范围，故在此不做赘述。而对于实务中产生的低价出租，以及承租人以对出租人的债权所产生的本息抵作租金的，本文将在第三部分讨论。

#### 2、适用“买卖不破租赁”以及“承租人优先购买权”规定

若管理人与承租人协商解除，或报请人民法院同意解除原租赁合同的，管理人应适用“买卖不破租赁”以及“承租人优先购买权”的规定。值得提醒的是，根据我国的司法实践，破产财产中不动产的变价主要通过司法拍卖实现，为避免纠纷，管理人在实务操作中应按照 2017 年 1 月 1 日起施行的《最高人民法院关于人民法院网络司法拍卖若干问题的规定》，提前通知承租人参与竞买。

### 二、管理人解除房屋租赁合同后处理

（一）损害赔偿请求权与返还财产请求权的性质

从世界范围来看，规定有待履行合同规则的破产法大多明文赋予了非破产方损害赔偿请求权。<sup>[11]</sup> 《日本破产法》第 54 条规定，破产管理人解除待履行合同的，合同对方当事人就损害赔偿可以行使作为破产债权人的权利。在破产财团之中现存破产人取得的对待给付的，合同的对方当事人可以请求将其返还。其不存在的，就其价款可以行使作为财团债权人的权利。日本破产法上的财团债权，相当于我国《企业破产法》中的共益债权。因此，日本破产法将非破产方损害赔偿请求权的性质一分为二，即非破产方因合同解除而享有的损害赔偿请求权的性质为破产债权，视为普通债权按

[9] 我国《企业破产法》第 18 条规定，民法院受理破产申请后，管理人对破产申请受理前成立而债务人和对方当事人均未履行完毕的合同有权决定解除或者继续履行，并通知对方当事人。管理人自破产申请受理之日起二个月内未通知对方当事人，或者自收到对方当事人催告之日起三十日内未答复的，视为解除合同。管理人决定继续履行合同的，对方当事人应当履行；但是，对方当事人有权要求管理人提供担保。管理人不提供担保的，视为解除合同。

[10] 赵俊伟，“破产程序中未到期租赁合同处理规则研究”，辽宁大学法学院硕士论文，2016 年，第 15 页。

[11] 兰晓为，“破产法上的待履行合同研究”，武汉大学法学院博士论文，2010 年，第 6 页。

[2] 详见最高人民法院（2012）民提字第 73 号民事判决书。

[3] 详见绍兴市中级人民法院（2014）浙绍民终字第 823 号民事判决书。

[4] 美国破产法使用的是“reject”，而非“terminate”或“avoid”。

[5] 11 USC. § 365 (h), 中文翻译参见李飞主编，郑冲等译，《当代外国破产法》，中国法制出版社，2007 年版，第 520 页。

[6] [美] 大卫·G·爱泼斯坦等著：《美国破产法》，韩长印等译，中国政法大学出版社，2003 年版，第 240 页。

[7] 李志伟，“论破产法上的待履行合同”，中国政法大学法学院硕士论文，2009 年，第 33 页。

[8] 王欣新，乔博娟，“论破产程序中未到期不动产租赁合同的处理方式”，法学杂志，2015 年第 3 期，第 68 页。

比例清偿；而因破产程序开始之前所为之给付无法得以返还而享有的损害赔偿请求权的性质为共益债权。<sup>[12]</sup> 日本学者石川明先生认为，由于标的物在破产之前即已承受了租赁权的负担，因此，使其原封不动地构成破产财团是适当的。出租人的破产应不受租赁的影响，作为破产者的出租人的租金债权构成破产财团。<sup>[13]</sup> 许德风教授解释道，日本《破产法》对相对人的保护更进一步，按照该法第 54 条第 2 款，破产管理人选择解除合同的，若在破产财团之中现存破产债务人取得的对待给付的，合同的相对当事人可以请求将其返还，该请求权为取回权；当原物不存在时，就其价额可以行使作为共益债权人的权利。<sup>[14]</sup>

根据美国破产法的规定，如果管理人拒绝履行债务人是出租人的未届期的不动产租约，并且管理人的拒绝导致违约……承租人遂得以以拒绝履行为由终止租约。<sup>[15]</sup> 在此情况下，承租人可以选择将该租视为因拒绝而终止，就其因租约被拒绝所遭受的任何损失，向破产财产主张债权。该债权构成普通的无担保债权。<sup>[16]</sup>

上述日本及美国破产法对不动产租赁合同解除后产生的损害赔偿与返还财产请求权的认定，代表了两种观点，一是作为共益债权或取回权，二是作为普通债权。两种不同的处理方式的背后，是各国破产法立法者对于破产程序中管理人解除待履行合同是否有合同溯及力的不同理解。

认为有合同溯及力的拥趸认为，根据《合同法》的一般原理，解除合同使双方恢复到缔约前的状态，最直接的法律后果应当是恢复原状。若双方当事人均未履行完毕合同义务时，管理人可以选择解除合同，此时对方当事人有权要求恢复原状。如果破产企业接受的对价给付仍存在于破产财产中，对方当事人的该项请求应当认定为共益债务，得请求于破产财产中随时拨付，否则对方享有同时抗辩履行权，即在管理人因解除合同而使得双方发生返还的效力，管理人向对方主张返还时，对方得对其形式同时履行抗辩权。<sup>[17]</sup>

对此合同溯及力持否定态度的学者大多诟病溯及力很有可能沦为破产企业与个别债权人串通以规避破产无效行为制度与撤销权制度的工具。<sup>[18]</sup> 另外，还有学者提出了待履行合同的解除效力具有可选择性的观点。即，为照顾和保护非违约方的合法权益，并为破产财产的利益考虑，可确定这样一种模式：合同解除原则上产生恢复原状的效力，但相对人得针对是否恢复原状作出选择，法律对一些特殊的双务合同的解除效力另作限制的除外，如继续性合同。<sup>[19]</sup> 理由是，继续性合同用《合同法》第 97 条来处理非常不合适，因为“面对从性质上来讲对已经履行的部分不可能恢复原状的合同，当初设计最好的是让这一类合同从决定解除之时向后无效，过去履行的让它有效，非常爽快、非常方便判断。”<sup>[20]</sup> 这一观点的提出，又有人诟病这与破产法的精神相悖，对作为非破产方的合同当事人的保护过犹不及。

有人认为，我国关于管理人解除合同的损害赔偿请求权的立法体例参照了美国破产法，应当认定为破产债权，作为普通债权来处理，其依据是我国《企业破产法》第五十三条规定，管理人或者债务人依照本法规定解除合同的，对方当事人以因合同解除所产生的损害赔偿请求权申报债权。

但其实不然，相反地，在司法实践中对不动产租赁合同解除产生的损害赔偿请求权与返还财产请求权没有作区分，混淆了两者的法律性质，机械地理解与使用该规定，严重损害了承租人的合法权益。<sup>[21]</sup>

在合同解除的溯及力问题上，笔者认为，应当遵循《合同法》的精神，认定管理人解除合同，具有溯及既往的效力。因此，在管理人决定解除合同后，作为非破产方的承租人理应享有财产返还请求权。

#### （二）破产程序中管理人解除不动产租赁合同后的处理

如果管理人根据《企业破产法》第 18 条选择解除不动产租赁合同的，在实践中，作为非破产方的承租人一般会就预付租金、押金、装饰装修损失补偿、维修损失，以及其他损失向管理人进行债权申报。因此，如何正确认定上述款项的性质是管理人必须面对的问题。

##### 1、预付租金、押金

对此有人认为，应当将预付租金、押金、装饰装修损失补偿、维修损失等因财产或费用返还义务而产生的债务，都作为属于共益债务。<sup>[22]</sup> 在研究不动产租赁权时，学界常常有债权物权化的声音。德国有学者将住房租赁合同看作是房屋上的“物权性负担”的一种。<sup>[23]</sup> 如果在这一基础上承认债权与物权区分的相对化，把基于债权合同取得的租赁权也看作是“物权”或至少承认其有“物权的属性”，那么破产中待履行合同制度参照处置物权的规则调整不动产租赁合同便是有充分依据的。从法教义学的基础上看，各国破产法通常都会规定破产财团的概念，即“破产申请受理时属于债务人的全部财产”<sup>[24]</sup>。若将该概念作反面解释，即可得出他人的房屋租赁权可构成破产财产的所有权的限制，从而不属于破产财产的结论。<sup>[25]</sup>

虽然我国《企业破产法》中并未明确规定，但有个别地方法院的指导意见中作出了解答。例如，《北京市高级人民法院审理民商事案件若干问题的解答之五〔试行〕》第 51 条，关于破产程序中，对于破产企业出租的房屋土地的处理问题，北京市高级人民法院的回答是：

“破产企业出租的房屋土地无租赁期限的，可以随时解除租赁合同，但应留给承租人合理的时间。破产企业出租的房屋土地有租赁期限但未到期的，应区别情况处理：

（1）如果承租人的各项财产情况表明可以继续使用，且该位置适于承租人发展的，则可以考虑继续履行租赁合同。继续履行的，拍卖时应向竞拍人做出说明，适用买卖不破租赁的原则。

（2）如果该地点作其他开发更有价值，解除合同更有利于财产变现的，应解除合同。解除合同的补偿属于共益债权性质，在解除合同时向承租人优先支付。”

笔者认为，管理人不宜将承租人主张返还的预付租金与押金，视为破产债权，该主张在法律性质上应认定为合同解除后的财产返还请求权，借鉴债权物权化以及合同解除溯及力的理论，以及日本破产法对此关于取回权的规定，在实务中可以认定为取回权或共益债务。

当然，在实践中还有很多细节问题值得探讨。承租人若提出以押金抵扣租金的主张，管理人应当如何处理？笔者认为，应当分为两种情况来讨论。第一种情况是管理人决定继续履行合同的，此时，无论是根据《企业破产法》第 42 条第 1 款规定<sup>[26]</sup>，还是上述对于财产返还请求权的观点，看似

[21] 王欣新，乔博娟，“论破产程序中未到期不动产租赁合同的处理方式”，法学杂志，2015 年第 3 期，第 70 页。

[22] 王欣新，乔博娟，“论破产程序中未到期不动产租赁合同的处理方式”，法学杂志，2015 年第 3 期，第 70 页。

[23] See Staudinger—Emmerich, 2003, 578 Rn. 7; Vorbem. Zu § 535 Rn. 24 ff. BGF.

[24] 如我国《企业破产法》第 73 条，美国破产法第 541 条，德国破产法第 35 条等。

[25] 许德风，“论破产中尚未履行完毕的合同”，法学家，2009 年第 6 期。

[26] 《企业破产法》第 42 条规定，人民法院受理破产申请后发生的下列债务，为共益债务：（一）因管理人或者债务人请求对方当事人履行双方均未履行完毕的合同所产生的债务。

[12] 兰晓为，“破产法上的待履行合同研究”，武汉大学法学院博士论文，2010 年，第 6 页。

[13] [日] 石川明著：《日本破产法》，何勤华、周桂秋译，中国法制出版社，2000 年版，第 60 页。

[14] 许德风，“论破产中尚未履行完毕的合同”，法学家，2009 年第 6 期，第 98 页。

[15] 11 USC. § 365 (h)，中文翻译参见李飞主编，郑冲等译，《当代外国破产法》，中国法制出版社，2007 年版，第 520 页。

[16] 李志伟，“论破产法上的待履行合同”，中国政法大学法学院硕士论文，2009 年，第 32 页。

[17] 孙应征，“破产法法律原理与实证解析”，人民法院出版社，2004 年，第 105 页。

[18] 兰晓为，“破产法上的待履行合同研究”，武汉大学法学院博士论文，2010 年，第 143 页。

[19] 韩长印，“破产宣告对未履行合同的效力初探”，法商研究，1997 年第 3 期，第 56 页。

[20] 梁彗星，“合同法的成功与不足”，中外法学，2000 年第 1 期，第 98 页。

管理人应当支持该主张。但是，此时租赁合同仍需继续履行，尚未解除或终止，由于押金的担保属性，管理人应当在合同解除或终止时，待与承租人结算完毕后，方可返还押金。第二种情况是管理人决定解除合同的，无论是根据《企业破产法》第 40 条<sup>[27]</sup>关于破产抵销权的规定，抑或依据上述财产返还请求权的观点，管理人应当支持承租人关于押金抵扣租金的主张。在司法实践中，这一观点也得到了人民法院的认同。<sup>[28]</sup>

### 2、装修装饰补偿

对于承租人主张的装修装饰物补偿，笔者认为，管理人不应简单一刀切地认定，而应当根据合同约定、履行情况，具体问题具体分析。

首先，对于承租人装修装饰物的补偿问题，由于承租房屋的装修涉及民法上的强迫得利以及添附等问题，管理人应先根据《合同法》、《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第 10、11、12 条的规定，对承租人提交的租赁合同、装修合同、发票等证据，认定承租人是否享有装修装饰补偿债权及其金额。

其次，如果合同约定出租方解除合同时，应赔偿的装修装饰款明显带有违约责任或损害赔偿责任的，则管理人应对承租人申报的装修装饰款进行分别处理，即对于装修装饰残值的补偿款，宜认定为共益债务或取回权。

那么，对于带有损害赔偿性质的赔偿款应该如何认定呢？笔者认为也应当按照申报的债权的性质区别对待。尽管，最高人民法院《关于审理企业破产案件若干问题的规定》（法释〔2002〕23 号）第五十五条规定：“下列债权属于破产债权：……（五）清算组解除合同，对方当事人依法或者依照合同约定产生的对债务人可以用货币计算的债权；……以上第（五）项债权以实际损失为计算原则。违约金不作为破产债权，定金不再适用定金罚则”，似乎管理人解除合同产生的违约金均不应作为破产债权，即管理人对该笔债权（违约金）不予认定。但是，这种一刀切的做法也是有失公平的。最高院民二庭《破产法司法解释的理解与适用》载道，“其中不作为破产债权的违约金是指惩罚性违约金和未发生实际损失的违约金，如果是补偿性违约金而且相对人有实际损失的，该违约金可以作为损失计算方法而成为破产债权的组成部分”。因此，笔者认为，管理人对惩罚性违约金以及将来或有损失的违约金应不予认定，但对以实际损失为限的违约金（其实为残值补偿款），还是应当按照上文所述，按共益债务或取回权处理。

### 三、管理人对房屋租赁合同撤销权的行使

在实践中，管理人经常会遇到债权人与破产企业签订房屋租赁合同，约定以债权人对破产企业享有的债权来抵扣租金的情况。例如：2014 年 5 月，公司 A 向公司 B 借款 1000 万元，借期自 2014 年 5 月 10 日至 2014 年 11 月 10 日，月利 1 分，利随本清。借款期间，公司 A 因受担保链、资金链影响，已严重资不抵债。借款到期后，公司 A 无力支付本息，双方于 2015 年 12 月 1 日签订《房屋

租赁合同》，公司 A 将其所有的 1 号厂房出租给公司 B，租金为每月 10 万元（与市场价相当），租金从公司 B 对公司 A 享有的本息债权中抵扣，无须支付其他对价，租期 5 年，租期到期后仍未抵扣完毕的，租约自动延续。嗣后，人民法院于 2016 年 4 月 1 日裁定受理了对公司 A 的破产清算申请。

当管理人遇到此种情形时，理论上有三种选择路径：一是选择继续履行，二是选择解除，三是选择撤销个别清偿行为。当然，出于维护其他债权人的利益，管理人一般不会选择继续履行。有人认为，管理人与其行使破产撤销权，倒不如选择提起请求撤销个别清偿行为纠纷之诉。因为在上述案例中，公司 B 通过承租破产企业 A 房屋的形式，使其原本只能作为普通债权得以清偿的债权在实质上获得了“优先受偿”的效果。

但笔者认为，管理人若选择撤销个别清偿行为的实践意义不大。理由是，撤销个别清偿行为的法律后果是，对于债务人个别清偿行为的交易相对人而言，在其将所受清偿的财产或利益返还之后，相对人因被撤销的债务清偿行为而消灭的债权连同所有的从权利和担保物权均予恢复，可以申报债权参加破产分配。<sup>[29]</sup>即，公司 B 应当向管理人支付之前的租金，并就相应的债权向管理人进行债权申报。这一法律后果看起来，使得破产企业能够全额收取租金，并且在破产财产变价后，只需就相应债权按比例清偿。但是，公司 B 若要求按照《企业破产法》第 40 条主张抵销权，那么，当不存在《企业破产法》第 40 条但书中的例外情形时（其实在实践中，管理人要证明但书的情形也是很困难的），由于公司 B 对破产企业 A 的租金债务是在破产申请前形成的，因此，公司 B 有权行使破产抵销权。也就是说，此时相当于该笔租金仍旧抵销了公司 B 对破产企业 A 的债权。

需要指出的是，虽然从法律后果的角度来说，撤销个别清偿行为的实践意义不大，但对于税务处理上还是有一定区别的。比如，若上述案例中的公司 A 与公司 B 系关联公司，那么，当管理人未撤销个别清偿行为的，破产企业 A 作为支付利息的一方，管理人应当根据《财政部、国家税务总局关于企业关联方利息支出税前扣除标准有关税收政策问题的通知》（财税[2008]121 号），在利息扣除上注意特殊限额问题：在计算应纳税所得额时，企业实际支付给关联方的利息支出，不超过以下规定比例和税法及其实施条例有关规定计算的部分（金融企业为 5: 1；其他企业为 2: 1），准予扣除，超过的部分不得在发生当期和以后年度扣除。另外，如果公司 A 能够按照税法及其实施条例的有关规定提供相关资料，并证明相关交易活动符合独立交易原则的；或者该企业的实际税负不高于境内关联方的，其实际支付给境内关联方的利息支出，在计算应纳税所得额时准予扣除。也就是说虽然超出这个比例，但没有逃税嫌疑和事实，也可以扣除。<sup>[30]</sup>

不过，如果租金明显低于市场价，管理人仍然可以通过《企业破产法》第 31 条第 2 款<sup>[31]</sup>进行提起破产撤销权纠纷。

### 参考文献

#### 一、著作

- 1、王欣新，《破产法》，中国人民大学出版社，2011 年。
- 2、孙应征，《破产法法律原理与实证解析》，人民法院出版社，2004 年，第 105 页。

[29] 王欣新，“破产法”，中国人民大学出版社，2011 年，第 124 页。

[30] 李舟，“企业关联方借款利息的两难困境”，载“中道财税”，网址：<http://www.chinaacc.com/shuishou/nsfd/zh1703304616.shtml>，2017 年 3 月 30 日最后访问。

[31] 《企业破产法》第 31 条第 2 款规定：“人民法院受理破产申请前一年内，涉及债务人财产的下列行为，管理人有权请求人民法院予以撤销：（二）以明显不合理的价格进行交易的；”。

[27] 《企业破产法》第 40 条规定，债权人在破产申请受理前对债务人负有债务的，可以向管理人主张抵销。但是，有下列情形之一的，不得抵销：

（一）债务人的债务人在破产申请受理后取得他人对债务人的债权的；

（二）债权人已知债务人有不能清偿到期债务或者破产申请的事实，对债务人负担债务的；但是，债权人因为法律规定或者有破产申请一年前所发生的原因而负担债务的除外；

（三）债务人的债务人已知债务人有不能清偿到期债务或者破产申请的事实，对债务人取得债权的；但是，债务人的债务人因为法律规定或者有破产申请一年前所发生的原因而取得债权的除外。

[28] 绍兴市柯桥区人民法院（2012）绍民初字第 1600 号民事判决，法院认为，根据《中华人民共和国企业破产法》第 40 条之规定，关于承租人主张押金在其应付的租金中抵销之诉请，由于利息损失发生于破产申请之后不应抵销之外，押金抵销租金符合上述法律之规定，亦符合公平之原则，理由正当，本院予以支持。

二、期刊文献

- 1、王欣新，乔博娟，《论破产程序中未到期不动产租赁合同的处理方式》，法学杂志，2015 年第 3 期。
- 2、许德风，《论破产中尚未履行完毕的合同》，法学家，2009 年第 6 期。
- 3、韩长印，《破产宣告对未履行合同的效力初探》，法商研究，1997 年第 3 期。
- 4、梁彗星，《合同法的成功与不足》，中外法学，2000 年第 1 期。

三、学位论文

- 1、兰晓为，《破产法上的待履行合同研究》，武汉大学法学院博士论文，2010 年。
- 2、李志伟，《论破产法上的待履行合同》，中国政法大学法学院硕士论文，2009 年。
- 3、赵俊伟，《破产程序中未到期租赁合同处理规则研究》，辽宁大学法学院硕士论文，2016 年。

四、译著

- 1、[美] 大卫·G·爱泼斯坦等著：《美国破产法》，韩长印等译，中国政法大学出版社，2003 年版。
- 2、[日] 石川明著：《日本破产法》，何勤华、周桂秋译，中国法制出版社，2000 年版。
- 3、李飞，郑冲等译，《当代外国破产法》，中国法制出版社，2007 年版。

五、外国著作

- 1、Staudinger—Emmerich, 2003, 578 Rn. 7; Vorbem. Zu § 535 Rn. 24 ff BGF.

## 法治视域下律师担任政府法律顾问工作的角色定位及其实践

浙江震瓯律师事务所 蒲晶琰 麻法全

【内容提要】党的十八大以来，政府法律顾问制度经历了从地方试点到普遍建立，从法律咨询到刚性审查的转变。伴随着这种转变，律师如何在传承政府法律顾问工作的基础上进行创新尤为迫切，笔者提出首要的是明确其角色定位，在不同定位的基础上进行体系化思考、采用专业化工具和实施团队化协助将是做好政府法律顾问工作的有益探索。

【关键词】角色定位 立法者 裁判者 辩护者 实践

1989 年，司法部发布了《关于律师担任政府法律顾问的若干规定》，对政府法律顾问的职责、选聘做出了比较细致的规定，随后各地纷纷开展了政府法律顾问制度的实践探索。经过二十多年的发展，政府法律顾问制度已在各级政府在不同层面展开。截止 2014 年底，我国约有 23500 名律师受聘各级政府部门的法律顾问，约占全国律师总数的 1/10，多个省份构建了省、市、县三级政府法律顾问体系。<sup>[1]</sup>

党的十八大以来提出“普遍建立法律顾问制度”。党的十八大以来，中央又明确提出“推行政府法律顾问制度，建立法制机构人员为主体、吸收专家和律师参加的法律顾问队伍，保证法律顾问在制定重大决策、推进依法行政中发挥积极作用”，并要求“建立行政机关内部重大决策合法性审查机制，未经合法性审查或经审查不合法的，不得提交讨论”。并先后发布《法治政府建设实施纲要（2015-2020 年）》、《关于推行法律顾问制度和公职律师公司律师制度的意见》，对政府法律顾问制度进行顶层设计，进一步明确了该项制度的指导思想、功能定位，旨在规范“政府立法”行为、提升行政决策水平和促进政府严格执法。在新的法治视域下，探讨政府法律顾问的角色定位，加强政府法律顾问制度的专业化、规划化和团队化建设，显得尤为迫切。

### 一、政府法律顾问角色的转换与提升

政府法律顾问制度从无到有，从地方试点到普遍建立，不仅是制度应用的扩展，更是制度内涵的深化。在政府法律顾问制度探索上，其最初和最重要的角色定位应该属于“法律咨询”，如广西壮族自治区就规定政府法律顾问的角色定位为“主要为本级人民政府（本部门）重大政策措施和规范性文件制定、政府重要立法项目、重大行政复议案件等提供法律咨询、论证服务，……”<sup>[2]</sup> 浙江省人民政府也曾规定，“法律顾问履行下列职责：（一）为省政府的重大决策提供法律咨询意见……”<sup>[3]</sup>

[1] 李旺荣：《建立完善政府法律顾问制度》，《人民日报》2014 年 1 月 15 日。

[2] 参见《广西壮族自治区人民政府办公厅关于建立政府法律顾问制度的意见》（桂政办发〔2015〕4 号）。

[3] 参见《浙江省人民政府法律顾问工作规则》，载 <http://www.zjfdb.gov.cn/n134/n135/c118907/content.html>，2017 年 5 月 20 日访问。

。各地对政府法律顾问制度的定位虽有不同，但普遍存在将政府法律顾问定位为“咨询者”。

2015 年颁布的《法治政府建设实施纲要（2015-2020 年）》明确，要“建立行政机关内部重大决策合法性审查机制，未经合法性审查或经审查不合法的，不得提交讨论。”并明确政府法律顾问队伍在制定重大行政决策、推进依法行政要发挥积极作用。有学者将这种转变称之为政府法律顾问从“法律咨询者”到“法治守护者”的转变。<sup>[4]</sup>

笔者认为，新形势下，政府法律顾问制度从随意设置到刚性要求，工作角色从选择性的咨询服务到前置性的合法审查已然成为趋势，并将在法治中国的建设中走向更加常态化、规范化和专业化的道路。正如有论者指出的：“我国政府法律顾问制度要向专业性、独立性方向发展，法律顧問需要发表结论性意见并为其发表的法律意见承担法律责任，否则所谓的法律顧問就是一种没有实质约束力的咨询功能，不能发挥法律顧問的应有作用。”<sup>[5]</sup>

## 二、政府法律顧問的角色定位及其內涵

中共中央办公厅、国务院办公厅于 2016 年 6 印发的《关于推行法律顧問制度和公职律師公司律師制度的意見》中明确，“党政机关法律顧問履行下列职责：1. 为重大决策、重大行政行为提供法律意见；2. 参与法律法规规章草案、党内法规草案和规范性文件送审稿的起草、论证；3. 参与合作项目的洽谈，协助起草、修改重要的法律文书或者以党政机关为一方当事人的重大合同；4. 为处置涉法涉诉案件、信访案件和重大突发事件等提供法律服务；5. 参与处理行政复议、诉讼、仲裁等法律事务；6. 所在党政机关规定的其他职责。”

根据《关于推行法律顧問制度和公职律師公司律師制度的意見》规定的六大职责，笔者认为政府法律顧問的职责具有综合性和复杂性，并兼有传统意义上的立法者、裁判者和辯护者等三种不同的功能角色。要完成这样超难度的工作，对任何一个群体都是一种挑战。但事实上，在法律领域，即便是同一个问题，不同职业群体都会产生不同的看法并得出不同的结论。美国著名法学家德沃金曾把律師和法官对调整某案件的法律产生歧义称为“法律的命题”。并认为“有关法律的分歧有两种：其一，关于法律的经验性分歧，即律師和法官们一致同意有关法律的根据，但对这些根据是否适用于具体案件，意見不一；其二，关于法律的理论性分歧，即他们对法律的根据产生分歧。”<sup>[6]</sup>并以埃尔默案（剥夺以谋杀为手段获取遗产的人的继承权）为例进行了深入的分析。

在政府法律顧問的角色定位中，不同的角色也同样要有不同的思维习惯和价值理念。

### 1. 政府法律顧問的“立法者”角色。

在政府法律顧問工作中，“参与法律法规规章草案、党内法规草案和规范性文件送审稿的起草、论证”，其实质上就是行政立法（包括制定规范性文件）。根据我国《立法法》的规定，地方立法和行政立法主要是补充法律规则，且这种补充不能够超越立法权。如《立法法》第八十二条规定，“地方政府规章可就下列事项作出规定：（一）为执行法律、行政法规、地方性法规的规定需要制定规章的事项；（二）属于本行政区域的具体行政管理事项。设区的市、自治州的人民政府根据本条第一款、第二款制定地方政府规章，限于城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等方面的事项。”之所以会兴起行政立法这种补充的形式，主要是和现代社会行政职能的迅速扩张密切相关的。一般认为，议会（立法机关）时间不够，法律的技术性强、法律需要灵活性以及针对新问题和紧急情况的处理需要是现代行政立法存在和迅速发展的原因。<sup>[7]</sup>如温州的执业律師积极参与《温州市物业管理

条例》、《温州市市容和环境卫生管理条例》等立法工作，并在 2016 年有 6 名律師被聘为第一批温州市政府立法专家库成员<sup>[8]</sup>。

从性质上来说，行政立法主要是在立法留有空隙而属于次级性、行政性、具体性的事项上进行补充。<sup>[9]</sup>正是这种补充的性质，有学者认为地方立法是受限的，并指出在我国“统一、分层次”的立法体制下，中央立法权限得到凸显，地方在法律规定的权限范围内，行使有限的立法权。<sup>[10]</sup>如《立法法》第八十条就规定，“没有法律或者国务院的行政法规、决定、命令的依据，部门规章不得设定减损公民、法人和其他组织权利或者增加其义务的规范，不得增加本部门的权力或者减少本部门的法定职责。”

因此，在担任政府法律顧問的立法者角色时，除了应对规范性文件所需解决的现实问题外，最主要职责应该是进行法律法规草案的合法性审查。这就需要在法律的框架体系内熟悉立法权限，全面审查相关规则体系能否进行补充，在补充的事项中，是否有都符合法律的目的。美国著名大法官霍姆斯认为，“在合乎逻辑的形式的背后的，是相互竞争的立法根据的相对价值和重要性的判断，这种判断常常是一种下意识的说不清楚的判断，这是真实存在的，而且还正是整个过程的根基和关键。你可以为任何结论找到一个合乎逻辑的形式。”<sup>[11]</sup>

### 2. 政府法律顧問的“裁判者”角色。

在政府法律顧問工作中，“为重大决策、重大行政行为提供法律意见”、“参与处理行政复议等法律事务”，其实质就是作出裁决。为重大决策、重大行政行为提供合法性审查意见，或者担任行政复议的陪议员，事实上就是在相互冲突的主张中作出裁决，给出合理审慎的决定。

“在许多案件中，要么不止有一个可适用的法律规则，要么没有任何足够的、可适用的法律规则。”<sup>[12]</sup>因此，作为一个裁判者，政府法律顧問有时需要为重大决策、重大行为行为以及行政复议案件作出一个合法、合理的裁决。

众所周知，随着现代国家行政职能的扩张，行政立法山头林立，法律文本修改频仍，想针对一个社会问题找到准确的法律法规依据并不是一件容易的事。这也是，党的十八大以来提出要设立政府“权力清单”的主要原因。特别是在存在法律冲突或者法律漏洞的情况下，如何进行裁判非常值得关注。

### 3. 政府法律顧問的“辯护者”角色。

在政府法律顧問职责中，“参与合作项目的洽谈，协助起草、修改重要的法律文书或者以党政机关为一方当事人的重大合同；为处置涉法涉诉案件、信访案件和重大突发事件等提供法律服务；参与处理诉讼、仲裁等法律事务”所履行的就是辯护者的职责，也就是为维护政府的合法权益所进行得辯解和论证。

对律師而言，由于职业特点（千方百计使被代理人胜诉），因此他们毫无选择地从有利于被代理人胜诉的结论出发。挖空心思去寻觅有关前提（先例、规则和原则以及一切足以适用于法院重视的标准）<sup>[13]</sup>。因此，法治程度高的国家都非常重视政府法律顧問参与法律事务，如美国约有 18000 多名政府律師为联邦及地方政府提供法律服务，尤其是有关民事或刑事案件；在新加坡也有 200 多

[8] 参见《这些法规落地 温州律師是催生者》,http://news.66wz.com/system/2017/03/29/104978280.shtml,2017 年 5 月 20 日访问。

[9] 张淑芳：《论行政立法的价值选择》，《中国法学》2003 年第 4 期。

[10] 向立力：《地方立法发展的权限困境与出路试探》，《政治与法律》2015 年第 1 期。

[11][美]戴维·奥布莱恩 编，何帆、姜强、刘媛、黄琳娜、林娜译，《法官能为法治做什么——美国著名法官讲演录》，北京大学出版社 2015 年 4 月版，第 144—145 页

[12] 张乃根：《西方法哲学史纲》（第四版），中国政法大学出版社 2012 年 1 月版，第 230 页。

[13] 张乃根：《西方法哲学史纲》（第四版），中国政法大学出版社 2012 年 1 月版，第 250 页。

[4] 宋智敏：《从“法律咨询者”到“法治守护者”——改革语境下政府法律顧問角色的转换》，《政治与法律》2016 年第 1 期。

[5] 吕立秋：《政府法律顧問制度分析和展望》，《中国法律评论》2015 年第 2 期。

[6] 张乃根：《西方法哲学史纲》（第四版），中国政法大学出版社 2012 年 1 月版，第 336 页

[7] 王名扬：《王名扬全集·英国行政法、比较行政法》，北京大学出版社 2016 年 1 月版，第 98—99 页。

名政府律师协助处理与政府相关的事务。<sup>[14]</sup>

在法治中国建设背景下,“民告官”进入 2.0 时代,行政诉讼将会越来越多,政府也亟需专业人士代理参与维护合法权益,保障行政决策的顺利实施。如根据有关数据统计,2010-2014 年,各级人民法院共受理各类行政案件 166 万件,审结 163.5 万件,分别比前五年上升 16.3%、15.2%。<sup>[15]</sup> 相比较而言,辩护者的角色是律师群体最为熟悉的,也是最擅长处理的。

### 三、律师担任政府法律顾问的传承与创新

在依法治国新要求下,律师在建设社会主义法治国家中有更广阔的空间和美好的前景。孟建柱曾在全国律师工作会议上指出,律师可以发挥自身优势,推动提高科学立法、民主立法水平;可以参与法治政府建设,促进政府提高依法决策水平;也可以履行好辩护、代理职责,帮助司法机关全面准确查明事实,正确适用法律。<sup>[16]</sup> 在律师担任政府法律顾问工作中,工作角色从法律咨询者到法治守护者的转变,不仅需要工作的传承,更需要创新。

(一) 法治视阈下律师担任政府法律顾问工作的挑战。

机遇和挑战总是伴随而生,法治中国建设要求加强法律服务队伍建设,为律师事业描绘了新的发展前景同时,也对律师业的改革发展提出了新的要求。就律师担任政府法律顾问领域,我们也能感受到这种悄然的变化。

#### 1. 政府法制部门的挑战。

在新的政府法律顾问体制中,首先得到强化的是政府法制部门。如《关于推行法律顾问制度和公职律师公司律师制度的意见》中明确指出,“建立以党内法规工作机构、政府法制机构人员为主体,吸收法学专家和律师参加的法律顾问队伍”,并提出具体时间表,要求“在 2017 年底前,中央和国家机关各部委,县级以上地方各级党政机关普遍设立法律顾问、公职律师,乡镇党委和政府根据需要设立法律顾问、公职律师”。从各地的实践看,政府法制部门在不断地补充力量,不少执业律师、法律专家进入公务员队伍担任公职律师。在这种形势下,律师担任政府法律顾问工作的服务需求势必受到一定的冲击,不少政府法律顾问业务甚至包括代理行政复议、行政诉讼业务都将可能由公职律师包揽。

#### 2. 体制机制设计的挑战。

党的十八届四中全会指出,要健全依法决策机制,把公众参与、专家论证、风险评估、合法性审查、集体讨论决定确定为重大行政决策法定程序,并提出“未经合法性审查或经审查不合法的,不得提交讨论”。如果这种新的体制机制全面实施,担任政府法律顾问的律师往往会被充当救火队员的角色。政府部门会在重大决策前,为了保证程序的合法性,仓促寻找政府法律顾问为自身决策的合法性论证寻找背书。

在原有的法律咨询角色中,政府法律顾问往往只需要参加会议讨论,并提出自己的法律意见便可,有时甚至不需要给出明确的合法或非法的结论。但在刚性的合法性审查制度下,政府法律顾问必须要给出明确的意见并可能要承担相应的责任和风险。如延续很多地方的做法,在微薄的收入激励和紧张的时间要求下,担任政府法律顾问的律师又要尽快熟悉案情、部门法规则并给出准确的合法性审查结论,这无疑是一种前所未有的挑战。

[14] 王祥修:《外国及香港政府法律顾问制度对我国内地的启示》,《理论与现代化》2014 年第 5 期。

[15] 周强:《最高人民法院关于行政审判工作情况的报告》,2015 年 11 月 2 日在第十二届全国人民代表大会常务委员会第十七次会议上的报告

[16] 孟建柱:《依法保障执业权利 切实规范执业行为——充分发挥律师队伍在全面依法治国中的重要作用》,2015 年 8 月 20 日在全国律师工作会议上的讲话

#### 3. 行政职能拓展的挑战。

我们都知道,现代行政行为随着行政职能的拓展变得种类繁多、规则多变,作为执业律师想短时间内成为各个部门行政法领域的专家是不现实的。因此面对政府法律顾问工作,执业律师必须时刻保持学习者的心态,根据不同的案件与时俱进,不断掌握相关专业的知识。

(二) 法治视阈下律师担任政府法律顾问工作的若干建议。

笔者认为,法治新要求中的政府法律顾问需要更加专业化。律师可以立足政府法律顾问的辩护者角色,不断拓展裁判者和立法者职能,成为行政程序法乃至行政立法的专家,这是现实可行的。当然,律师担任政府法律顾问最基础的还是从从行政机关的决策和重大行政行为的职权依据、程序要求、证据材料等方面进行形式审查,看行政机关的行政行为是否证据确凿、是否适用法律法规正确、是否符合法定程序。其实现路径是要建立体系化的思维、采用专业化的工具并提供团队化的服务。

#### 1. 体系化的思维。

正如法国社会学家涂尔干所指出的,我们越是接近高等社会形态,劳动分工就越发达。<sup>[17]</sup> 在当下的法律体系中,越来越呈现出部门化、专业化的趋势。当然,随之而来的也会产生信息壁垒,规则冲突。在政府法律顾问工作中,掌握体系化的思维能够有效的解决行政争端。

笔者曾在工作中碰到这样的案例:

案例 1: 某公司一车间属于超过批准期限的临时建筑,其所在区域已经取得建设用地规划许可证、土地使用权和缴纳市政基础设施配套费,并曾取得建设工程规划临时许可证。问该临时建筑能否认定为合法建筑。

通过查询相关规定,对于超过批准期限的临时建筑物是否属于合法建筑,在政府行政体制上还确实存在规则冲突的问题。如《浙江省违法建筑处置规定》第三条规定,“本规定所称违法建筑,是指未依法取得规划许可或者未按照规划许可内容建设的建筑物和构筑物,以及超过规划许可期限未拆除的临时建筑物和构筑物”。另外,《国有土地上房屋征收与补偿条例》第二十四条规定,“对认定为合法建筑和未超过批准期限的临时建筑的,应当给予补偿;对认定为违法建筑和超过批准期限的临时建筑的,不予补偿。”因此,从法律法规规定看,超过批准期限的临时建筑属于违法建筑,征收中也应不予补偿。

但是,根据《温州市违法建筑认定标准》第四条的规定,临时建筑“已取得建设用地规划许可、土地使用权,且已经按照规定缴纳城市基础设施配套费的”,可“不认定为违法建筑”另外,根据《某区征收国有土地上未登记房屋认定实施办法》,前述建筑物可视为合法建筑。由此可见,《温州市违法建筑认定标准》和《浙江省违法建筑处置规定》关于涉案车间三的认定存在不同的结论。由此,是否可以直接根据《关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要》规定得出“下位法的规定不符合上位法的,人民法院原则上应当适用上位法”的结论呢?

笔者认为还不一定。根据《浙江省违法建筑处置规定》第三条规定,“设区的市人民政府或者县(市)人民政府可以根据城乡规划法律、法规,结合本行政区域城市、镇规划或者乡、村庄规划的实施情况,制定违法建筑的具体认定标准;具体认定标准,应当向社会公布,并报上一级人民政府备案。”由此可见,《温州市违法建筑认定标准》虽然和上位法有冲突,这种冲突也可能被认为是上位法所默认的。另外根据行政允诺理论,即便《温州市违法建筑认定标准》、《某区征收国有土地上未登记房屋认定实施办法》不符合上位法的精神,但因为已经颁布并生效,很可能被认为是行政机关在特定情况下对违法建筑合法化的承诺。

在政府法律顾问中,类似的规则冲突情形很多,但如果掌握了体系化的思维方式在理解中就会

[17][法国]埃米尔·涂尔干著,渠东译,《社会分工论》,生活读书新知三联书店 2013 年 03 月版,第 10 页。

迎刃而解。

2. 专业化的工具。

人们常说，工欲善其事，必先利其器。法律作为一门社会科学，也有其方法和工具。这些工具将有助于我们化解法律难题。

美国社会法学家庞德曾将法律的适用过程分三个步骤：1. 发现法律，即在法律制度的众多规则中确定将要适用的某一规则，或者，在没有可适用的规则时，以既定材料为基础，根据法定方式创设新的规则；2. 解释法律，即根据已确定的规则、包含的原意和适用范围，确定其意义；3. 适用法律，即将已发现和经解释的规则具体适用于特定的案件。<sup>[18]</sup> 在具体的法律适用中，德国司法实务界常常采用“归入法”。即针对某一个案件应当选择哪条法律规定来作为合适的抽象规则，然后把这条抽象规则分解成各个部分和各个要件，并逐一与事实作出比较。对每一个要件的审查最后都应该得出一个结论，一旦对一个规定的所有要件都得出了结论，那么要决定这条规则的所有要件是否得到了满足就不再是难事了。<sup>[19]</sup>

笔者在工作中遇到过这样一个案例：

案例 2：某日，政府领导在开展食品安全督查中，发现存在活鸭屠宰现象，该由哪个机构适用何种法律依据进行监管。当地农林局提出“活鸭屠宰现象”属于动物屠宰加工场所的监管问题，因此依据《浙江省活禽交易管理办法》认定“活鸭屠宰现象”为“活禽交易”并提出“对定点屠宰场外家禽屠宰，没有管理和处罚的法律法规依据”。

笔者在接到法律咨询后，对相关法律法规进行了全面的检索。最后提出根据《动物防疫法》第二十条的规定，我国对兴办动物饲养场（养殖小区）和隔离场所、动物屠宰加工场所实行防疫许可制度。未取得动物防疫条件合格证的，不得兴办。同时，该法第七十七条规定，“兴办动物饲养场（养殖小区）和隔离场所，动物屠宰加工场所，以及动物和动物产品无害化处理场所，未取得动物防疫条件合格证的”，由动物卫生监督机构责令改正，处一千元以上一万元以下罚款；情节严重的，处一万元以上十万元以下罚款。因此，我们认为农林局就“活鸭屠宰现象”中的兴办动物屠宰加工场所问题具有管辖权。并提出如果能进一步核实该“活鸭屠宰现象”现场还具有活禽交易行为，那么根据《食品安全法》、《浙江省活禽交易管理办法》等法律法规的规定市场监督管理部门也具有相应的监管职责。

3. 团队化的协作。

鉴于政府法律顾问工作的专业性、复杂性和多元性，仅凭单独的法律顾问很难完成政府交予的工作。有学者就曾提出分类实施的办法，如一些具体的法律事务，如行政复议、行政诉讼、仲裁等工作可以由律师事务所来完成，而一些宏观的政策、政府重大决策的论证、法律法规的清理与制定应由法学理论水平高的法学专家组成顾问团来参与工作。<sup>[20]</sup>

笔者认为采取律师事务所内部政府法律顾问团模式将是有效的应对举措。但笔者所指的法律顾问团和当下常见的“团而不聚”的法律顾问团有所不同。首先是法律顾问团的成员应该是分类分层而且是专业齐备的，不仅要选择领军律师领衔，还有选聘年富力强优秀中青年律师和相当数量的兼职律师、助理人员加入法律顾问团。其次顾问团内部要形成专兼结合、业务分明的工作组，根据政府法律顾问工作的角色定位负责顾问团日常工作组织。再次要健全顾问团工作制度，采取季度例会和重要决策法律论证协商制度等工作模式，并形成法律顾问工作日志和工作成果。

[18] 张乃根：《西方法哲学史纲》（第四版），中国政法大学出版社 2012 年 1 月版，第 230 页。

[19] 《法律适用方法—物权法案例分析》国家法官学院、德国国际合作机构著，中国法制出版社，2013 年 11 月，第 19 页。

[20] 邓乐：《关于完善我国政府法律顾问制度的思考》，《黑龙江省政法管理干部学院学报》2015 年第 6 期。

## 行政协议的认定与审查规则探析

### ——以政府法律顾问为视角

浙江潮乡律师事务所 王维斌 柯盛华

【内容提要】新行政诉讼法将行政协议争议纳入受案范围，自此对行政协议案件的性质起到了定纷止争的作用。行政协议兼具行政性及合同性，这种混合特性决定了对行政协议的审查不可能单独适用行政法或民事法律的相关规则。行政协议虽然纳入行政诉讼受案范围，但相关的识别标准、救济程序及法律适用等均不明确，司法实践中也无成熟经验可供借鉴，以至于行政协议纠纷已经成为当前行政管理和行政诉讼的一个难题。作为政府法律顾问，为保障行政机关依法行政，首先必须正确识别行政协议和民事协议，并在类型化基础上对行政协议的订立、履行、变更、解除等方面进行合法性和合约性审查。本文试图对行政协议的识别和类型化进行简要分析，并从政府法律顾问的角度，对行政协议的审查规则，以及相对人不履行行政协议时行政机关的救济途径予以具体阐述。

【关键词】行政协议 民事合同 政府法律顾问 合法性审查 合约性性审查 非诉行政执行

近些年来，行政协议作为一种全新的国家治理方式，已经在行政管理实践中被广泛应用于土地房屋征收、市政公用、环境处理、资源交易等领域。而且，新修订的行政诉讼法也已将行政协议纳入行政诉讼的受案范围。但国内有关行政协议的法律规范较为残缺，理论研究不够深入，行政审判实践更是粗犷，而且行政协议兼具有行政性和合同性的特质，以至于行政协议纠纷已经成为当前行政管理和行政诉讼的一个难题。为此，作为政府法律顾问在审查行政协议时，一定要认识到其中的不确定性和复杂性，避免因审查不当而导致行政机关在事后的诉讼中败诉甚至于承担赔偿责任。笔者结合自身的工作经验，并借鉴既有的行政诉讼判例，着重就行政协议的识别及审查规则提出一些不成熟的建议或观点，以期对从事政府法律顾问和行政诉讼的律师同仁有所裨益。

#### 一、行政协议的认定标准

对行政机关拟定的各种合同、协议进行审查是政府法律顾问的一项重要工作。在新行政诉讼法颁布实施之前，由于法院对行政协议和民事协议纠纷案件统一适用民事诉讼程序，政府法律顾问对不同种类协议进行合法性审查的方式并无明显差别。但新行政诉讼法实施后，行政协议和民事协议纳入不同的诉讼程序，且行政机关无权就行政协议提起诉讼，这给政府法律顾问对行政协议的审查工作带来了新的挑战。何为行政协议？何为民事协议？行政协议和民事协议的界限究竟在哪里？一言之，如何识别行政协议，是政府法律顾问首先应当解决的难题。

##### （一）行政协议的法律特征

根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》（以下简称《适

用解释》) 第十一条第一款的规定, 行政协议, 是指行政机关为实现公共利益或者行政管理目标, 在法定职责范围内, 与公民、法人或者其他组织协商订立的具有行政法上权利义务内容的协议。依据这一规定, 并与民事合同相比较, 可见行政协议具有如下特征:

第一, 行政协议的当事人一方是行政机关, 另一方系公民、法人或者其他组织, 而且具有优势地位的行政机关是不可缺少的主体。这就意味着当双方均为行政机关或平等主体的自然人、法人或者其他组织时, 所签订的协议就不属于行政协议的范畴, 自然不受行政诉讼法的调整。第二, 行政机关签订协议的目的是为了实现公共利益或者行政管理目标。行政机关本身并非协议的受益者, 真正的受益者是社会和国家。第三, 行政协议以双方意思表示一致为前提。行政协议属于双方行政行为, 双方的行政行为须以双方意思表示一致为前提, 行政机关不得以欺诈、胁迫、趁人之危等方式签订行政协议。第四, 行政协议具有行政法上的权利义务内容。行政机关是为履行公法上的权利和义务而签订协议的, 签订行政协议的主要目的或占支配地位的目的是为了实施国家行政管理, 产生、变更或消灭行政法律关系。第五, 行政机关签订行政协议必须是“在法定职责范围内”, 法定职责范围之外签订的行政协议无效。有别于民事合同, 为实现特定的行政管理目的和满足公共利益的需要, 在必要时应赋予行政机关行政优益权。行政优益权是指国家为保障行政主体有效地行使职权、履行职责, 赋予行政主体职务上或物质上的许多优先和受益条件, 简言之, 行政优益权是国家为行政主体行使职权提供的行为优先条件和物质保障条件,<sup>[1]</sup> 其中一项重要的优益权就是单方变更和解除协议权。当然, 行政机关只有在协议订立后出现了由于公共利益的需要或法律政策等的重大调整, 必须变更或解除时, 才能行使该项权力, 并对由此造成相对人合法权益的损失予以补偿。

#### (二) 行政协议的区分要点

行政协议既有行政性, 又有合同性, 这就意味着既要准确区分行政协议和民事合同, 又要合理区分行政协议和一般行政行为。但是, 目前我国行政协议实践, 首先面临的难题还是如何区分行政协议和民事合同。为便于正确认定行政协议, 理论界提出了多种判断标准, 主要观点有三种: 一、契约标的理论, 即行政协议是以发生、变更或消灭行政法上的法律关系为标的; 二、“三标准”理论, 即以“合同主体”+“公务目的”+“特殊权力保留条款”作为行政契约的特征; 三、混合标准, 即将契约标的理论和“三标准”理论共同作为行政协议的判断标准。<sup>[2]</sup> 事实上, 上述标准看似清晰, 实则抽象, 实践中难以把握。要正确认定行政协议, 关键还在于厘清其与民事协议的区别。

除协商一致这共同特征外, 行政协议与民事协议的区别主要体现在以下三方面: 第一, 缔约双方的地位不同。民事协议双方地位完全平等, 而行政协议双方当事人的法律地位并不是完全平等的, 行政机关系行政管理一方, 而相对方系被管理一方, 且行政机关依法享有行政优益权。第二, 协议订立的目的不同。订立行政协议的主要目的是实现公共利益或者行政管理目标, 而订立民事协议的目的是为了实现个人或组织的利益; 第三, 协议的内容不同。行政协议内容主要是调整行政法律关系, 而民事协议只涉及民事法律关系。行政协议中行政机关一方履行协议的主要方式是通过实施行政管理职权实现的, 而对于行政相对方来说, 履行协议的主要方式是履行行政法上的义务。

由此看来, 判断某一协议是行政协议还是民事协议, 简单易行的标准是从合同主体入手, 即行政机关作为合同主体签订的合同首先推定为行政合同, 然后再结合协议的目的和内容来确定其是在形成、变更和消灭行政法律关系还是民事法律关系。也就是说, 签订协议的主体一方是不是行政机关, 只是构成行政协议的一个必要条件, 但并不能成为区分行政协议和民事协议的核心标准, 因为行政

机关也可以平等的民事主体身份签订民事协议。如李国柱诉内蒙古自治区巴彦淖尔市司法局越权解除租赁合同及行政赔偿申请再审案中, 巴彦淖尔市司法局就其所有的砖厂与李国柱签订租赁合同的行为, 不在其法定职责范围内, 该租赁合同也不具有行政法上权利义务的内容, 故不属于行政协议, 而属于平等主体间的民事合同, 法院据此驳回了李国柱的再审申请。<sup>[3]</sup>

#### (三) 行政协议的基本类型

新行政诉讼法第十二条规定: 人民法院受理公民、法人或者其他组织提起的下列诉讼: ……(十一) 认为行政机关不依法履行、未按照约定履行或者违法变更、解除政府特许经营协议、土地房屋征收补偿协议等协议的; ……”。《适用解释》第十一条第二款规定: 公民、法人或者其他组织就下列行政协议提起行政诉讼的, 人民法院应当依法受理: (一) 政府特许经营协议; (二) 土地、房屋等征收征用补偿协议; (三) 其他行政协议。就行政协议的规定层面来讲, 上述规定是目前为止最为权威的规范, 但也不难看出立法对于行政协议的范围和类型缺乏确定性和系统性, 这对于行政协议的适用和审查实践显然是相当不利的。

为此, 学者杨科雄从行政机关在签订行政协议时优势地位的强弱出发, 将行政协议分为从属性的行政协议和合作性的行政协议, 这一分类方式对于行政协议的识别和审查无疑是独到而又富有成效的。具体来说, 从属性的行政协议是指行政主体基于优势地位和行政相对人签订的行政协议, 并规定协议履行期间行政主体具有一定的优益权, 其中绝大多数是行政机关在不违反法律禁止性规定的情况下订立的替代行政处罚、行政许可等行政行为的协议。主要有土地、房屋征收征用补偿协议、政府特许经营协议、国有土地出让合同等国有自然资源使用权出让协议、以及行政和解协议等; 而所谓合作性的行政协议则是指行政主体以优势地位不那么明显的合作者等身份而非管理者的身份与个人或者组织签订的协议。国有资产承包经营、出售或者出租协议、公私合作协议 (PPP 协议)、政府采购协议是为其典型。<sup>[4]</sup>

比较后不难发现, 从属性行政协议的行政性更强而合同性较弱, 而合作性行政协议则正好相反。既然行政机关在签订行政协议时优势地位的强弱有别, 以及行政机关与相对人协商自由程度不一, 也就决定了对从属性行政协议和合作性行政协议进行审查时, 无论是审查的深度还是广度均应有所区别, 万万不可千篇一律。

#### 二、行政协议的审查规则

基于新行政诉讼法将行政协议争议纳入行政诉讼且未赋予行政机关诉权的现实, 政府法律顾问在审查行政协议时也应有所对策和思路。笔者结合自身工作经验对行政协议审查应遵循的一些原则和审查内容作一些阐述。

##### (一) 行政协议的审查结构

行政诉讼法第六条规定: 人民法院审理行政案件, 对行政行为是否合法进行审查。行政协议属于行政行为的一种, 故行政协议类案件当然也遵循合法性审查原则。基于诉讼风险考量, 政府法律顾问对行政协议的审查与法院同样应遵循合法性审查原则。但是, 行政协议毕竟不同于一般的行政行为, 两者的本质区别不在于行政性而在于合同性, 即行政协议是基于行政机关与行政相对人协商一致而订立的, 协议订立后若非因法定事由双方均应严格履行, 否则应承担违约责任, 故对行政协议还应遵循合约性审查原则。因此, 对行政协议的审查, 要遵循合法性与合约性审查并举的原则, 既要审查其合法性问题, 又要审查其合约性问题。

[1] 伊强: 《论行政优益权》, 载《学理论》2011 年第 6 期, 第 26 页。

[2] 阎磊: 《论“行政契约”的判断标准》, 载《西安电子科技大学学报》(社会科学版) 2011 年第 6 期, 第 96 页。

[3] 最高人民法院 (2015) 行监字第 1183 号行政裁定书。

[4] 杨科雄: 《试论行政协议的识别标准》, 载《中国法律评论》2017 年第 1 期, 第 65 页。

有观点认为，由于行政合同的功能及行政主体在合同中的主导地位，行政合同更应当被看作是采用合同形式的行政活动，所以，对行政合同的审查应当以合法性审查为重心。<sup>[5]</sup>

笔者认为，合法性审查与合约性审查在顺位上确有先后之分，首先应审查行政协议本身的合法性，在存在行政机关单方变更、解除协议时，还应审查变更、解除行为的合约性，包括审查行政机关是否存在违约、违约原因及过错大小，并及时对行政机关作出风险提示。

#### （二）行政协议的审查内容

行政协议的司法审查内容包括合法性和合约性两方面，其中合法性审查又包含协议本身的合法性审查及行政机关单方变更、解除协议的合法性审查。

##### 1、合法性审查方面

###### ①审查协议的双方主体是否合法

依据职权法定原则，行政机关签订行政协议必须是与其依法享有的行政职权密切相关的协议，行政机关越权签订的行政协议是无效的行政协议。作为行政相对方，应当符合缔约的条件。如果行政相对方不符合法定条件，行政协议也将无效。如原告项荣香诉被告阿荣旗房屋征收安置办公室行政协议一案中，因涉案房屋实际占用人与产权登记人不一致，原告项荣香与第三人杨坤关于被征收房屋产权存在较大争议。被告征收办未尽谨慎审查义务，在未查明争议事实的情况下，与房屋占有人即第三人杨坤签订的征收补偿安置协议，不具有法律效力，法院据此判决确认被告与第三人杨坤签订的国有土地上房屋征收补偿安置协议无效。<sup>[6]</sup>

###### ②审查协议的内容是否合法、公平合理

行政协议的订立是为了更好地实现公共利益，行政协议的条款不能与法律、法规的禁止性规定相抵触，不得违反法律规范的明确规定，否则应为无效，此外协议的内容应当公平合理。如杨志勇与明光市人民政府拆迁行政协议案中，杨志勇与明光市人民政府及第三人明光街道办事处签订的补偿安置协议中涉及违法建筑的补偿约定违反法律规定，应属无效，法院据此判决确认该部分约定无效。<sup>[7]</sup>

###### ③审查订立协议的程序和形式是否合法

行政程序的公正与合法，直接关系到实体内容的合法与正确。审查行政协议，亦应注重对协议的缔结程序、形式进行审查。协议缔结程序，法律法规有明确规定的，应遵其规定。如协议的签订违反相关的法定程序，则协议应属无效。法律法规没有明确规定的，也应遵循行政正当程序原则，如履行告知、听证等义务，这有利于平衡行政协议双方的关系，促进行政机关依法行政，妥善保护行政相对人的合法权益。如朱安莉与明光市人民政府拆迁行政协议案中，明光市政府在征收土地申报未被批复前即组织实施征收土地行为，且在朱安莉未提供有效权属证明的情况下，与其签订补偿安置协议，该补偿安置协议签订时缺乏征收依据且违反法定程序，法院据此判决确认征收补偿安置协议书无效。<sup>[8]</sup>行政协议的缔结是行政管理目标实现的特定形式与途径，应该采用书面形式，以明确双方的权利义务，同时产生行政行为的“公定力、确定力、拘束力”。行政法律、法规明确规定协议以书面形式订立而当事人没有订立书面协议的，其发生纠纷很可能被法院判决确认协议无效。故政府法律顾问在审查行政协议时，对相关事项的履行情况要主动向行政机关了解清楚并及时提供法律意见。

###### ④审查行政机关单方变更、解除协议行为的合法性

行政机关因法定事由享有单方变更、解除协议的行政优益权，这是行政协议特殊目的的需要。作为严格履行协议的例外，行政机关采取单方行为必须要有事实根据和法律依据，没有事实根据和法律依据的单方行为属于事实不清、主要证据不足、适用法律错误的行政行为，如发生行政诉讼将会被法院判决予以撤销。如萍乡市亚鹏房地产开发有限公司诉萍乡市国土资源局行政协议案中，亚鹏公司要求按双方签订的国有土地使用权出让合同中的约定更正土地用途登记，国土资源局则答复称，若变更土地用途，则亚鹏公司应补交土地出让金。法院认为，亚鹏公司要求国土资源局更正具有正当理由，国土资源局认为若变更土地用途则应补交土地出让金缺乏事实和法律依据，且有违诚实信用原则，遂判决国土资源局对相关证载土地用途予以更正，并撤销其作出的应补交土地出让金的决定。<sup>[9]</sup>

笔者认为，行政机关单方变更或解除协议必须符合下列条件：一、法律法规明确规定；二、法律政策等修改；三、公共利益需要；四、程序正当合法。这也是政府法律顾问审查行政机关单方变更或解除协议时应关注的重点。

##### 2、合约性审查方面

①审查协议的签订是否系双方真实意思的表示，意思表示是否清晰无歧义，是否存在欺诈、胁迫等情形，协议的约定是否符合合同法关于邀约、承诺的相关规定，是否约定了违约责任，违约责任条款是否公平合理等。

②在行政机关根据协议约定解除或终止协议时，审查行政机关和相对方是否严格履约，是否有充分的事实依据证实对方违约以及对方的违约行为足以导致行政机关必须解除或终止协议，当事人的违约行为应当承担何种违约责任等。

#### （三）行政协议的审查依据

行政协议兼具行政性与合同性，对于行政协议所涉的“行政法律关系”，应适用行政法律规范，在理论和实践上已无疑义。然而，因其“合同性”的客观存在，民事法律规范是否同样适用，则一直争论不休。《适用解释》第十四条规定：人民法院审查行政机关是否依法履行、按照约定履行协议或者单方变更、解除协议是否合法，在适用行政法律规范的同时，可以适用不违反行政法和行政诉讼法强制性规定的民事法律规范。该条规定将行政协议案件审查的法律适用范围明确界定为行政法律规范及不违反行政法和行政诉讼法强制性规定的民事法律规范，从而为民事法律规范的适用提供了直接的法律依据。之所以规定行政协议案件可适用民事法律规范，笔者认为是基于两方面原因：其一，因为行政协议与民事合同存有诸多相同或相似，为适用相同的法律原则或规则创造了前提条件；其二，在行政法上关于行政协议的立法远不如民事合同的立法完备和成熟，私法与行政法发展的不平衡性进一步支持了私法规范适用于行政合同的可能性。法律虽规定了民事法律规范的可适用性，但并无规定如何适用民事法律规范。笔者认为，民事法律规范的适用应遵循下列规则：1. 补充适用。对行政协议的审查，应优先适用行政法律规范，对行政法律规范未规定的，才补充适用民事法律规范。2. 适用民事法律规范的内容受限，一般限定于协议的效力、要约与承诺、行政相对人的行为能力、双方是否履约、违约责任等。3. 适用民事法律规范不得违反行政法和行政诉讼法的强制性规定，不能违反法律保留、法律优位、比例原则等行政法原则。

行政诉讼中的法律适用原则同样也适用于政府法律顾问审查行政协议，此为题中应有之义，故不再赘述。

#### 三、行政协议相对人违约的救济途径

[9] 江西省萍乡市中级人民法院（2014）萍行终字第10号行政判决书。

[5] 吕忠梅：《行政合同司法审查若干问题思考》，载 <http://www.civillaw.com.cn>，于2017年5月25日访问。

[6] 内蒙古自治区阿荣旗人民法院（2015）阿行初字第13号行政判决书。

[7] 安徽省滁州市中级人民法院（2015）滁行初字第14号行政判决书。

[8] 安徽省滁州市中级人民法院（2015）滁行初字第8号行政判决书。

新行政诉讼法在排除了行政机关的诉权后，对于相对人不履行行政协议时如何救济并未予以规定，而且无论是在法律学界还是法院系统内远未形成共识，以致于实践中出现了行政机关乃至于人民法院对于相对人违约的行政协议纠纷束手无策，只能被动等待的情况。因此，对于相对人不履行行政协议时行政机关如何救济，确实是亟待解决的现实问题。

如前所述，我国行政诉讼制度是一种单向性的诉讼模式，行政机关在行政诉讼中不能以原告身份起诉相对方。在新行政诉讼法出台之前，行政机关因相对方不履行行政协议或不适当履行行政协议，可以参照民事合同纠纷以原告身份起诉相对方，而新行政诉讼法出台后，这种救济途径已经被阻断。笔者认为，在目前法律尚无具体规定的情况下，根据“有权利必有救济”的原则，该种情形可以通过非诉行政执行程序予以解决。理由是：我国目前的非诉行政执行，是一种“官告民”的非诉讼体制，如果相对人对行政协议既不提起行政诉讼又不履行约定义务的，行政机关可以在书面催告后申请人民法院强制执行，如此既可获得权利救济，又将受到司法机关一定的审查制约，程序正当性也会得到一定保证。考虑到相对人不履行协议的情况比较复杂，与一般的非诉执行案件有很大的不同，故法院对此类案件的审查应适用听证审查的方式，以便给相对人充分表达意见的机会。至于审查的内容，人民法院应当对协议的合法性、有效性以及双方履行协议等情况进行全面审查，然后作出准予或不准予执行的裁定。目前浙江省高级人民法院正在部分基层法院开展这项工作试点，试点成效如何尚有待观察。

当然，鉴于立法尚未明确相对人违约时可以采取非诉行政执行的救济途径，从便利行政管理并降低操作风险角度出发，有必要结合行政协议兼具行政性和合同性的特质，于行政协议中预先约定相对人不履行行政协议的，行政机关可以申请人民法院按照非诉行政执行方式强制相对人履行该行政协议。如此安排，可以有效解决行政机关和人民法院采用非诉行政执行方式进行法律救济的合法授权问题。

但我们应当认识到非诉执行制度中的听证程序，并不是真正意义上的司法审查制度，并不能在程序上充分保障当事人的权利，尤其是当事人的诉讼权利。从长远考虑，笔者还是认为应当采取立法或出台司法解释的方式，对行政机关的权利救济途径予以明确和完善。

#### 四、结束语

新修订的行政诉讼法将行政协议纳入了行政诉讼的受案范围，统一了对行政协议性质的认识，同时为政府法律顾问对行政协议的审查指明了方向。但行政协议毕竟具有行政性与合同性的双重属性，在目前法律规范尚不健全的情况下，行政机关如何充分运用行政协议行使行政管理职能、政府法律顾问如何依法尽职审查行政协议并保障行政协议得到切实履行，是摆在法律人面前的一个不小课题，并有待于法律界的深入研究和广泛实践。

## 论成年意定监护在私人财富管理领域的创新运用

浙江智仁律师事务所 祝双夏 孙怡薇

【内容提要】今年初，琼瑶丈夫插管之争引发了国人对成年意定监护制度的大讨论。在这之后，新出台的《民法总则》规定了成年意定监护制度，它改变了我国以往的以法定监护制度为主的监护模式，将成年人对自身监护人及监护内容的自主决定意识放在了监护顺序的首位，成为尊重成年人意思自治的一个突破。不仅于此，成年意定监护制度也带给了私人财富管理领域一种新思路与新方法，该制度基于法律赋予的其宽广的职责、特殊的履行期间、灵活的设立方式，必将成为私人财富管理领域一种不可或缺管理工具。然而由于仅是原则性的立法，有关成年意定监护在实施过程中的监督主体、监护人职责范围、意定监护协议生效要件尚存在着一系列的问题亟须解决。本文以私人财富管理为视角，探究家事律师如何在原则立法的情况下，通过协议约定等方式来解决意定监护中可能出现的问题，以期能充分地利用意定监护制度来维护其意思自由与合法权益。

【关键词】私人财富 管理工具 监护人职责 监督机制 协议生效

#### 【案例引入】

2017年5月12日，成都公证处出具了一份意定监护公证，这是自《民法总则》出台后全国范围内首例意定监护公证。

据悉，该份意定监护公证的当事人张某是一位92岁的老人，意定监护主要涉及的内容为指定其中一名子女成为其丧失部分或全部民事行为能力后的监护人，特别强调在其生命弥留之际是否抢救、如何抢救均由该子女决定。张某在与公证员的沟通过程中表达了其办理意定监护公证的意图，因张某信任该子女，由其作为监护人能够完全按照张某的意愿处理财产、人身等事宜；其次，张某选择公证是希望能够通过法律手段保证该子女的决定不受其他子女的干扰。

公证处最终依据《老年人权益保障法》第二十六条的法律规定以及即将施行的《民法总则》第三十三条的立法精神为张某办理的意定监护公证。

在目前针对意定监护制度的规定均为原则性概括条文，无任何实施细则的现状下，然而意定监护设立、执行时随时可能遇到法律问题、产生争议甚至导致无效。如何对于这类风险问题进行预防规避？通过此文，笔者以期与各位做些探讨。

#### 一、成年意定监护制度的立法背景与现状

成年意定监护制度作为一个我国近两年来出现的新制度，相关的立法规制必然存有尚未完善之处。笔者以为，一味地呼吁立法重构不如尝试在实务中通过协议条款的约定，尽可能弥补立法缺失，以民法中“法无禁止即可为”之原则，充分利用律师以往的办案经验来识别风险，再对协议约定进行补充调整。凡之所问皆溯之所源，在对具体问题进行分析前，对成年意定监护制度的立法目的（包

括背景及现状）正确把握仍是十分必要的。

（一）成年意定监护制度的产生背景

二十世纪六十年代，成年监护制度改革开始，从欧洲的法国、德国到亚洲的日本以及我国台湾地区都基本完成了成年监护制度的改革，确立了新型的成年监护制度。<sup>[1]</sup>大规模的修改工作舍弃了以监护人为中心的近代成年监护制度，转向以被监护人意愿及利益为核心的现代监护制度。<sup>[2]</sup>促使监护制度变革的原因在于人口老龄化现象的出现和“人权”监护理念的产生。

1、社会老龄化趋势的催生

成年监护制度并非是一个一蹴而就的事情，它的完善是随着社会人口特征的变化而开始的，而现代社会人口老龄化现象的出现是将成年监护制度从笼统的监护制度中剥离并独立的直接原因。在民法典制定之初，起草者受限于社会环境，难以预见高龄化社会的到来，而随着医疗水平的提高，老年人数逐渐增多，相应地，因高龄而导致辨识能力部分丧失的人群范围也随之扩大，这类高龄人开始寻求对“自我决定权”的保护。原因在于，不同年龄阶段的人的辨识能力不尽相同，六十年代之前的成年监护制度通过将高龄者统一认定为限制或者无民事行为能力人，不分残存能力地直接剥夺或限制其能力，这与其本人的自主意识相违背，与其剩余意识能力不符合。

2、“自主决定权”与“生存正常化”人权模式的内在驱动

因行为能力欠缺的成年人在进行民事交易过程中往往会引起所作行为是否具有法律效力的争议，也往往会因辨识能力不足而被侵害自身权益。为了维护本人及第三人的权益以及保障民事交易的稳定安全，近代大陆法系国家选择通过强制性规定对成年监护制度采取规制，通常做法为，在将其行为能力依照法律规定进行强制认定后，直接介入监护人与欠缺行为能力人之间形成监护关系，将被监护人的行为效力与监护人的意思表示挂钩，从而做到对争议行为的约束，为被监护人提供保障。

然而，这样的做法实质上是对因高龄而导致辨识能力下降的人的行为能力与自由进行了过度剥夺。这种制度安排带有很强的歧视色彩，侧重对被监护人财产权益的保障而忽视了被监护人的身心康宁，漠视被监护人的内心意愿以及个性化需求，无视被监护人残存的意志和认识水平，将被监护人完全隔离在社会生活之外，这种制度安排明显超过了必要的限度。<sup>[3]</sup>

从上述两点阐述中不难发现，成年监护制度与未成年监护制度具有很大的差别，成年监护制度更注重被监护人本人的意思自治。基于此，各国对成年被监护人的管理也逐渐从他治为主的保护转向自治为主的辅助，其中的意定监护制度是对被监护人意思自治的重要方式。我国对成年监护的法律设计虽未能参与到六十年代全球性修法运动，但是自 2015 年《老年人权益保障法》（以下简称《老年人保障法》）修订中首次出现意定监护后，我国对成年监护的立法理念也开始从以接管被监护人事务为主向以维护被监护人自治意思为主转变。

（二）我国成年意定监护制度的立法现状

《老年人保障法》第二十六条确立了针对老年人的意定监护制度，该规定是我国现有的成年意定监护的先声。而后，不久前颁布的《民法总则》中的第三十三条规定将老年人扩大为具有完全民事行为能力的成年人，该条规定是对成年意定监护制度的概念性界定。《民法总则》中的第三十五条首次明确“尊重被监护人的真实意愿”的原则。《民法总则》中第三十四条、第三十六条分别对监护人不履行监护职责应当承担法律责任和监督监护人的方式做了概括规定。《民法总则》中除第

三十三条规定外其余条款同样适用成年意定监护外的其他监护制度。

二、我国成年意定监护制度在实践中存在的缺陷

（一）成年意定监护制度中监督与管理机制的缺失

民法总则中关于监护人监督制度的规定主要体现在第三十四条第三款以及第三十六条申请撤销监护人资格的规定。仅通过两个原则性的且覆盖全部监护制度的条文很难全面地对成年监护监督制度进行规制，具体缺陷表现为：

1、成年监护监督主体不明确

虽然第三十六条第五、六款以列举的方式规定了可以申请撤销监护人资格的主体，但是对日常监督管理主体及方式并未有其他立法。且由于自然人、组织机构以及法院三者的地位、监督能力等不同，笼统地将公私权力主体规定在同一个法条仍有值得商榷之处。

2、成年监护监督内容含糊

《民法总则》明确的法院可依申请撤销监护的规定过于笼统，监护在实际操作过程中具有内部性、私密性，一旦监护人出现怠于履行监护职责，不尊重被监护人的自主意识，实施越界行为等情形，如果没有固定、明确的监督规范，监督人在获取了解上确实存在一定难度。加上我国目前法律给予监护人的权限太宽泛而被监护人又缺乏部分意识能力，使得监护人可以很容易滥用监护权利，从而出现被监护人合法权益被侵犯的情况。

因此，这种“泛社会化”的责任在实践中可能成为有关单位相互推诿和逃避责任的理由，导致如果真的出现监护问题，我们无法找到适格的监督人，最终导致监督制度名不副实。<sup>[4]</sup>如果将监护一直放置在监管的真空地带，对被监护人的合法权益的保护恐难维系。

（二）监护人职责不明确

依照民法总则的规定，包括成年监护在内的监护人职责范围主要为被监护人的人身、财产及其他合法权益，对于成年人的监护人来说，还增加了最大程度地尊重被监护人的真实意愿的保障协助内涵。但总体而言，成年人的监护人的职责权限太宽泛太笼统，缺乏具体监护事项容易导致监护人监护职责不明晰，进而导致在判断监护人实施的履行监护职责行为是否合法，监护人是否应当受到保护，监护人是否应当承担法律责任等问题上出现争议。在这样的制度架构下，实践中经常出现监护人损害被监护人权益而被监护人救济难，以及监护人相互争夺或推诿监护权的情况，最终使得原本具有良好愿望的监护制度因缺乏操作性而达不到立法目的。

（三）监护人履行职责时间结点模糊

《老年人权益保障法》第二十六条以及《民法总则》第三十三条规定均对监护人履行监护职责时间作出了规定即“在该成年人丧失或者部分丧失民事行为能力时”，但是这一规定看似具有明确的生效要件实际上不具有可操作性。这里，笔者先分享一个案例即李春平失智后引发的财产争夺纠纷。2016 年 8 月李春平被确诊患有“阿尔茨海默症性痴呆”，随后中科联合企业管理有限公司出示了一份资产管理协议书，近亲属代表韩某出示了一份由李春平本人签字的授权委托书，双方就李春平财产管理权问题产生了纠纷。案子争议点之一在于这两份委托书效力应当如何认定，因为李春平本人居住在北京，而其亲属都居住在国外，无法确定李春平成为限制民事行为能力人的时间点，故这两份委托协议书何时生效便无从知晓，双方以监护人身份作出的财产处理行为是否有效也成了难题。

本案虽然发生在《民法总则》出台之前，笔者以为，案中李某签署的授权委托书（内容为：特

[1] 注释：杨立新，《〈民法总则〉制定与我国监护制度之完善》，《法学家》，2016 年 01 期。

[2] 注释：李国强，《我国成年监护制度运行中的问题及其立法修改趋向》，《当代法学》，2014 年 06 期。

[3] 注释：段东升，《〈民法总则〉编纂与我国成年监护制度之重塑》，《知与行》，2017 年第 1 期。

[4] 注释：李欣，《〈民法总则（草案）〉第 34 条和第 29 条评析——以成年监护监督制度为中心》，《安徽大学学报》，2016 年第 6 期。

委托韩琳打理我的所有财产，做我的唯一监护人）的法律性质与意定监护协议有相似之处，由此及彼，意定监护中对于监护人履行职责时间结点的法律规定也会存在着难以界定的风险，由于被监护人患病后意识处于逐渐弱化的过程，则在实践中可能会导致被监护人与监护人双方权利面临被侵犯的双重风险：对于被监护人来说，假设监护人在其尚为完全民事行为能力人时私下作出的处理财产的行为，且该行为直到被监护人被认定为限制或无民事行为能力人之后才被知晓，那么被监护人在维护合法权益时需要举证说明当时其确系完全民事行为能力人，而这样的举证说明存在一定难度，因此不利于被监护人权利保护。对于监护人来说，当其依照协议履行监护职责后，如果其他具有财产利害关系的人基于各种原因对其作出的处分财产行为有效性提出质疑，则其需要证明其处分行为确系被监护人成为限制或无行为能力后作出的，除非监护人在履行期提前固定鉴定报告等证据，否则也可能陷入举证不能的处境。

### 三、家事律师将成年意定监护运用在私人财富管理领域的新思路

在撰文之前笔者刚接到一个关于意定监护的咨询，当事人想要通过设立监护人的方式将财产交由律师进行管理，确保在其成为限制或无民事行为能力人之后，律师能够按照其意愿管理这些财产，以防纷争。笔者在此次咨询中受到启发：成年人意定监护将会是与信托、保险、遗嘱等工具并列的全新的私人财富管理工具，特别是现在国内信托立法并不完善的情况下。（1）在立法尚未完善的情况下，律师完全能够借鉴国外意定监护制度的立法经验，并通过协议条款约定的方式来弥补立法缺陷；（2）意定监护协议虽然不存在债务隔离等功能，其核心特点在于对被监护人意思自治的尊重，这是其他工具不能比拟的；（3）与信托相比，其没有将财产所有权进行转移，更加契合中国人的财产观念，与遗嘱相比，其不以订立人死亡为生效要件，可以在生前补强订立人的财产支配行为能力；（4）意定监护中监护人的职责范围不局限于财产，更包括了被监护人的人身权利，覆盖范围比其他管理工具更全面。基于此，笔者希望通过下文叙述，具体谈谈在实务操作中如何通过草拟各项条款达到弥补立法缺陷，维护被监护人自主决定权的目的。

#### （一）以“衔接一制衡原则”双向构建监护与监督主体选任机制

在主体选定上，笔者主张以“衔接与制衡”为原则。衔接的对象是监护人，制衡的对象是监督人。

首先对于监护人的选任，笔者认为将监护人与遗嘱执行人选为同一人为宜。意定监护协议与遗嘱实质上都是对订立人财产进行管理分配的制度，这两种制度最大的共同点在于需要尊重订立人的意愿。订立人在选任执行人和监护人时必然会考虑到的问题就是执行人或者监护人是否会在自己失去控制能力时滥用权利，导致财产的管理与分配违背自己的意愿。因此，在目前的实践中，在为当事人起草遗嘱文书时，为了使遗嘱能够顺利执行，常会建议立遗嘱人指定无利害关系人作为遗嘱执行人。鉴于此，如果由该执行人作为监护人再配合完善的监督制度一定程度上能够避免滥用权利的问题。

在日本意定监护的实践中，虽然日本立法未对监护人的范围加以限制，但目前在日本社会，监护人多为法律工作者，其中多数法律工作者为律师，律师凭借自己的专业知识，为障碍者提供保护，并收取费用。<sup>[5]</sup>由此可见，在无利害关系人中律师这类具有专业技能的人更适宜成为意定监护中财产管理的监护人，在做财富规划中，我们可以充分利用意定监护这一工具，使得订立人的财产无论是在其生前还是身后都能够按照其意愿进行管理使用。

其次是对监督人的选任，因我国对监督人的范围、数量没有明确的限制，这也就为协议约定监督人创设了条件。笔者认为，监督人的选任以在法定监护人范围内为宜。设立监督人的目的是为了制约监护人，起监督作用，从而保证监护人始终在职责范围内行使权利。如前文所述，监护涉及的相关事项具有内部性，隐秘性，如果将家庭外成员、组织机构甚至法院作为监督的直接责任人，容

易导致“监督泛社会化”。此外，因社区、居（村）委会、法院这类主体管辖事项较多，做到对个体问题的定期及时跟踪反馈具有很大的难度，加之会产生较高的监督成本，如果监护监督人更多地由前述主体担任，监督制度最终会流于形式。因此，笔者认为，监督人的设立在具有利害关系人中选任为最佳，以除此之外的自然人为次优。至于组织机构类监督人，则应处于被动监督的地位，即定期询问了解监护人、监督人情况，并及时对应当撤销监护人资格的情况提出申请。

最后，笔者认为，在拟定意定监护协议时，有必要单独起草一份监护监督协议附后，用于约定选任监督人以及其监督职责等事项。此份监护监督协议有两个好处，第一可以对监督制度进行全面完善的约定，第二可以作为意定监护协议生效要件（第二点好处笔者在下文会有详细阐述）。

#### （二）以“横向—纵向角度”全面明确监护人职责

监护人因职责不明导致的风险上文已述，在此不赘。如何能够全面明确监护人职责，笔者认为要从横向、纵向两个角度对意定监护协议进行补充约定，横向指的是职责类别，纵向指的是被监护人行行为能力程度。

从职责类型（横向）来说，在《民法总则》对监护人职责范围的界定不难得出，现代成年监护的监护对象包括监护人的人身与财产权利。也就是说，根据监护的具体情况，成年监护的内容除了管理被监护人的个人财产外，通常会涉及因保护被监护人的利益而作出有关人身与医疗的决定。本文所说的职责类别大致分为财产管理、人身管理和医疗决定。

##### 1、财产管理

虽然监护人在监护期间有权管理被监护人的财产，并实施与财产有关的行为。但是，仍有必要在协议中约定一份行为清单即增加一类需要事先征求被监护人的行为种类。参考德国等国的立法，其明确要求监护人转让、出租、抵押被监护人居住的房屋的，须事先经被监护人住所地的民政部门批准。因此，在我国意定监护实践中，可以通过合同约定的方式将某些重大财产处理行为进行列举式规定，并约定需要获得诸如监护人、本人之类的特定人的同意的条款。

##### 2、人身管理

为了保护被监护人的利益，监护人在特殊情况下可限制被监护人的人身自由，如被监护人因心理疾病或精神上的障碍可能发生自杀或严重自残危险的，以及对被监护人进行必要的身体检查、治疗而被监护人不予配合的。

##### 3、医疗管理

监护人有权代表被监护人接受医疗机构就对被监护人进行诊断和治疗方案所进行的告知，并据此做出医疗决定。<sup>[6]</sup>

此外，笔者认为，在每个不同职责范围内可以指定不同的监护人，例如在财产管理方面指定具有专业能力的人员进行管理，在人身及医疗管理方面则指定自己的亲属来决定，以求取得最好的监护效果。

从被监护人行行为能力上来说，除因意外事故导致被监护人直接丧失民事行为能力的情况外，被监护人具有的行为能力在衰老包括患病期间是一个不断减少的过程。而相对应的，每个阶段被监护人可以实施的与其智力、精神健康状况相适应的民事法律行为范围也不同，因此，可以在监护人职责中对不同阶段监护人负有征询、报告义务作出具体规定。对于此部分协议的约定可以借鉴日本的成年监护制度，日本修改后的成年人法定监护有三个层级：对于因精神上的障碍而欠缺辨识事理能力且已经处于常态的人”，可以实行监护；“对于因精神上的障碍而辨识能力明显不足的人”，可以实行保佐；“对于因精神上的障碍而辨识事理能力不足的人”，可以实行辅助。

[5] 注释：沐晶，《论我国成年意定监护制度的完善》，硕士论文，华东政法大学，2016年。

[6] 注释：洪满杰，《〈民法总则（草案）〉成年监护制度的问题与不足》，《北京航空航天大学学报》，2017年第1期

因此，在拟定意定监护协议时可以预先设立被监护人意思能力层次，并针对意思能力的不同程度，决定监护人履行职责范围的大小和需要征询本人意见事项的多少。

（三）以约定方式加设意定监护协议的生效要件

以“李春平案”为例，意定监护协议的生效条件如果按法律规定的丧失行为能力为准，那么在一个行为能力逐渐退化的过程中，从有到无的时间结点极有可能界定不明，从而产生行为效力问题。笔者认为，不妨考虑将选任意定监护监督人时对应的时间作为意定监护协议的生效要件。龙卫球版的草案建议稿也有过类似的规定<sup>[7]</sup>，这类做法的好处在于，通过在法律既定的生效要件下增设一个能够得以被明确判断的时间结点，从而避免因界定时间结点不明而产生问题。

考虑到立法中未纳入此种形式的生效条件，故很多学者主张的“意定监护与行为能力脱钩”和“法院个案审查”暂时无法在实践中采用。因此，如果要将意定监护监督人的选任作为生效要件，就目前来说，可行的做法为，在意定监护协议中补充约定条款，内容主要为合同生效以监督协议生效为准，如可以设立“意定监护协议在监护监督协议公证完成后生效”等条款。

（四）现行法律框架下律师事务所作为意定监护人的可行性分析

就目前情况看，以律所作为设立人的意定监护人比律师个人更具操作性及优势。原因主要有以下两点：

第一，律师个人在执业期间不能以律师身份作为意定监护人。《律师执业行为规范》中第三十四条规定<sup>[8]</sup>，设立人必须与律所签订委托代理合同，也就是说形成监护关系的双方当事人是委托人与律师事务所。此外，我国法律未规定成年私人专业监护人制度规定。<sup>[9]</sup>

第二，律所相较于律师而言更具有稳定性、风险承受系数更高。监护职责与其它事务工作不同，其需要维持的时间更持久，而基于监护过程中待处理的事项具有私密性，因此监护人在一定情况下只能是一个管理人，也就是说，委托人自行为能力缺失后到死亡前这段期间内，需要有一个长时间、固定的人员代为处理相关事务。而律师作为一个自然人比较律所法人而言将面对更多的意外。此外，在面对因侵害被监护人权益需要担责时，律所也具有更强的承受能力。

基于上述两点，笔者认为在意定监护约定时，应当委托律师事务所作为监护人。并且笔者建议在协议中需要特别约定以下内容：第一，约定律所仅就财产管理方面负有监护职责。第二，指派具体律师代为处理监护职责内的相关事宜。第三，约定如果指派律师出现不适宜履行职责的情形，需双方协商一致重新确立具体执行人（以及委托人已处于欠缺行为能力阶段的处理方案）。包括对合同的变更、撤回、解除等行为都应当加以完善的补充约定。

#### 四、结语

成年意定监护制度是在尊重被监护人意思自治的基础上对被监护人人身、财产以及其他合法权益的重要保障，但是由于该制度尚未形成完善的立法規制，使得其在具体实践操作中还不能完全实现立法者期望的“尊重被监护人意愿”与“维护被监护人利益”这两大效果。为了充分发挥意定监护制度的上述效果，并且创新运用其在私人财富管理领域的工具作用，应当以律所作为意定监护人，并辅之以意定监护协议中条款约定、监护监督协议的配置等方式更好地保证被监护人的自由意志的实现以及维护各项合法权益。

[7] 注释：该项委托合同须以公证形式订立，自登记完成生效。受托人应在委托人丧失或部分丧失行为能力之后，立即到民政部门进行登记。北航法学院课题组（龙卫球主持）：《中华人民共和国民法典·通则编》草案建议稿

[8] 注释：律师应当与委托人就委托事项范围、内容、权限、费用、期限等进行协商，经协商达成一致后，由律师事务所与委托人签署委托协议。

[9] 注释：该制度适用的典型国家为美国，成年私人专业监护人指，具有实际监护工作的专业人士由行为能力欠缺的被监护人或家庭成员申请，经法院审核指定后，与被监护人形成私人监护业务关系的个人，常见的有律师、社会工作者、信托人员、会计师、医疗机构的护士等。

## 论有限责任公司章程对股权转让的限制

浙江乾勇律师事务所 李 林

【内容提要】笔者从司法实务审判中的章程约定强制退股案为本文的切入点，通过实证研究及比较研究方法，论证有限责任公司章程对股权转让的限制。接着，通过类型化的分析，对章程约定强制转让、禁止转让、限制转让作深入的分析论证。公司股东在股权转让过程中，常常因章程对股权转让存在限制，导致股东权无法正常行使，从而使公司陷入僵局，损害公司和小股东的利益。笔者通过初始章程与章程修正案的效力问题进行分析，从学理、司法实践分析，引导公司股东合理制定章程中关于限制股权转让的规定。最后，笔者指出公司法上章程对股权转让限制的立法不足，并提出完善公司立法或进一步明确司法解释的建议。

【关键词】有限公司 章程 初始章程 限制转让

### 一、问题的提出—从章程约定的强制退股案例谈起

#### （一）典型案例

2012年2月，浙江省杭州市某山水集团有限公司（以下简称山水集团）的经营层及中层干部共同投资设立了一家投资有限公司，该公司是山水集团的股东。李某某为山水集团所属分公司经理，2013年2月10日在投资公司登记股东张某某的名下出资2000万元。根据公司章程约定和股东之间订立的投资协议约定，公司股东因被免职或在退休时，必须将自己所持有股权转让给山水集团的经营管理者，三年内股权转让价为股东出资额加中国人民银行同期同档贷款利息。2014年2月，山水集团解除了李某某分公司经理的职务，山水集团董事长张某某即要求李某某将持有的股权转让自己，但遭到了李某某的拒绝，张某某遂起诉李某某。

一审法院判决：被告李某某将持有的公司股权转让给张某某；张某某在受让上述股权的同时给付李某某股权转让款2000万元及利息；山水集团在上述股权转让后五日内对股东名册、出资证明作相应变更；第三人王某某对上述股权转让应予以协助。

#### （二）上述案例评析

在上述案例中，一审法院判决被告李某某将持有的公司股权强制转让给张某某，由张某某向刘某某支付相应对价的股权转让款，笔者认为，对于本案中强制转让股权认定上，采纳了公司章程约定自由的意思自治原则，这也符合公司法的规范。从法律角度上讲，《公司法》赋予了公司章程可以自由选择或排除适用的权利，股东之间经意思表示一致，可以对章程的具体条款作出特别的约定。而且在不违背现行《公司法》强制性的规定前提下，允许作出严于或宽于公司法的规则。股东之间股权的自由转让，基于公司章程对于股东意思自治选择的内部规定，除非与法律法规强制性规定相冲突，否则在适用上优先于公司法规范。因此上述股权转让行为合法有效。

笔者认为，对于经过包括被除名股东在内的全体表决权一致同意的退股条款，应当尊重公司章程自由约定效力。理由是这些一致同意的章程条款，事实上是对股东之间对投资期限约定了一个到

期的条件。从根本上讲，该类特别事项的发生时投资协议的到期标准，与特定事项相关联的股东退出共同投资关系，其余股东另行组成新的投资关系，这种新的关系以除名后的新章程为标志。由此，应参照公司成立时章程制定一致通过为原则，对除名条款应当附加一致同意的特别表决要求。鉴于此，笔者认为，在上述案例中，倘若不加区别地认可公司章程对强制退股的规定，则有可能引起法律风险。因此，对于未经一致同意的强制退股条款，笔者也持否定态度。

### （三）各国《公司法》章程限制股权转让规定

从各国立法例来看，2005年的日本《公司法典》既允许公司在设立之初就设定该限制，也允许在公司成立之后通过修改章程规定这一限制；其中，在《日本商法》第204条第1款规定，股份可向他人转让，但不妨碍章程中规定转让时需经董事会同意的条款。

德国《有限公司法》规定股权转让，公司章程可以规定一些条件，可以特别规定股权转让须公司同意。当然，公司章程也可禁止股权转让。德国《有限公司法》规定股份可转让，章程可就此规定其他条件。英国公司法，公司章程可以对股权转让作出限制，其中，章程规定可转让的，股东才能转让股权和相关权益，说明公司章程限制股权转让也是允许的。

结合国外的公司法律分析，众所周知，各国《公司法》对公司章程限制股权转让均作了相应的细致规定，比较我国《公司法》限制股权转让条款的规定，就可以看出我们国家的《公司法》则规定的比较单一，相对过于简单。这一限制转让的规定，出现在《公司法》第71条第4款。同时，我们认为股权强制转让具备法理基础的，基于有限公司具有人合性，通过公司初始章程特别约定，当特别约定的情形出现即可。因此，施天涛教授认为，有限责任公司与股份有限公司相比较，股东人数相对较少，而且这种“人合性”也比较强，这种“人合性”主要体现在股东之间的那种人情关系和相互信任关系。诚然，公司股东之间需要建立相对稳定的关系，股权转让需作出必要的限制。正如笔者所例举的上述司法案例，这就是一种属于在初始章程中约定公司股东离开公司时，势必要对其持有的股权进行转让的特殊情形。这也是我国公司法区别于国外公司法的地方，我们无论从公司章程约定的股权转让程序性事项分析，还是作为私权处分性事项的“另有规定”，对于股权转让的限制而言，笔者的观点是持肯定态度。

## 二、公司章程限制转让的类型化分析

### （一）公司章程强制股权转让

公司章程强制约定股东股权转让，通常这种类型的限制常见于经过改制的企业中，公司章程中明确约定，基于章程规定的某项事由所附条件成就时，股东的股权可强制回收。我们平时所言的公司章程强制转让股权的事由存在以下几种情况：1、股东资格前提型。例如，司法实务中的一个有限责任公司，当它的股东出现死亡，或者离开公司后，作为合法的继承人，其相应的股权不能得到继承。因为，公司章程规定，必须由公司进行强制回购该股东的股份。2、违法违章型。当有限责任公司的股东被司法机关判决应当承担刑事责任的、被公司除名的，其持有的股份按原价转让给其他职工，公司章程对其作了限制条件。

### （二）公司章程禁止股权转让

我国《公司法》对于禁止股权转让的情形，没有作出列举性的条文规定，因此在理论上出现争议颇多。公司章程能否予以约定？国内学者都持有不同的学术观点。我们所讲的，公司章程约定禁止股权转让，通常指的是公司章程直接禁止股权对外转让，约定公司股东终身不得转让股权；也可能是公司名义上允许股权自由转让，又另行规定但书，写明股权转让须经全体股东一致同意，而这事实上造成了和直接禁止转让一样的法律后果。例如，山水集团公司章程约定，“不得禁止股东转

让股权。”看起来似乎特别重视了股东之间的人合性，而实际上违反了公序良俗原则，从而彻底否定了股东通过股权转让退出的司法救济途径。面对禁止股权转让的情形，曾有学者认为，有限责任公司股东转让其股权是其退出公司的法律途径之一，在公司未落入僵局时，只能通过转让来实现退出，同时认为股权转让为固有权，不得通过公司章程来剥夺。比如，学者王建文持此种观点，其认为，公司章程可以完全禁止股权转让。

### （三）公司章程限制股权转让

关于公司章程可否限制股权转让，其实从某种意义上讲，与章程禁止股权转让有相似之处，但也有本质上的不同。限制股权转让，一般理论界学者都主张认为可行的观点。公司章程限制股权转让，指的是根据我国《公司法》第七十一条第三款的相关规定，限制股权转让，通过股东之间达成的协议，就章程设置转让条件。一般理论上指的是公司章程给股权转让设置障碍，却不会从实质上影响股权转让的发生。基于所谓《公司法》规定的公司自治与股东自治原则，其允许有限责任公司章程对股权转让自由以限制或鼓励。那么在这里所表述的限制意义，通常理解为除前两款规定以外的情形，我国《公司法》第71条第4款同样也规定了股权转让的效力，这也是符合《公司法》的立法目的。

目前，地方各级人民法院在审理公司股权转让纠纷案件时，通常认为公司章程的限制非合同法中的效力性强制性规定，不会导致股权转让协议无效，只要该股权转让协议符合合同成立生效要件，则该限制原则上不影响股权转让协议的效力。例如：在实践过程中，若无故开除某位股东资格，或者无故强迫某个股东，经股东会决议向其指定的股东出让股权的行为。笔者认为，公司在章程中对股东股权转让作出特别约定，而且在没有违反法律的禁止性规定的前提下，理应得到保护。

### 三、公司初始章程和章程修正案的效力分析

如果，我们从法律上对公司章程进行分类的话，有限责任公司的章程一般可以分为初始章程和章程修正案。笔者认为两者之间是有区别的，其法理基础亦不同。故在司法实务中，往往对公司初始章程和章程修正案的效力认定也存在不同的观点。笔者认为，对其章程限制股权转让的效力问题而言，首先，我们要审查该章程是否系全体股东通过的初始章程，还是基于资本多数决由股东会讨论表决通过的修订章程；其次，我们对于涉及个别股东固有权是否具有合同属性。我们认为在有必要时候，通常往往对章程约定的特别条款，需要作出解释，从而来认定其是否合法性。

#### （一）关于初始章程限制股权转让效力

目前，司法实践中关于初始章程的效力问题，包括两种初始章程限制性的规定，简单通俗的讲就是所谓强制性限制与禁止性限制。笔者认为，实际上，这两种章程限制其股权转让，从法理上讲，其基本上是相同的。就初始章程限制对股权转让是否有效而言，关键要看股权转让合同的约定是否违反法律或章程的约定。例如，在司法实践中存在这样的情形，在公司初始章程限制股权转让中，如果当时章程规定，以“出资时的价格”强制转让股权价格计算等内容时，这一约定是否有效呢？根据某位学者提出的观点来看，认为这一约定合法有效。笔者对部分学者的观点亦表示接受。针对受限转让对股权转让效力的影响，存在违反公司章程规定的情形，像这样的章程书面约定，显然是违背股东平等原则，被强制转让的股东有权对此申请撤销或确认部分无效。这背后隐藏的法理学的考量，其实就是如何平衡股东的退出权和保障章程得到遵守。笔者认为，若恪守诚实信用的原则，只要不违反法律规定，我们不应主动去否认该约定的效力，这也有助于维护交易的安全，无疑体现了公司自治原则，从而使公司制定的初始章程限制股权转让具有法律约束力。

#### （二）关于修订章程限制股权转让的效力

我国司法实践中，对于修订章程限制股权转让的纠纷案件中，通常法院的判决是，一般都是按照类似按照资本多数决原则修改章程。一般情况下，法院对公司股权转让限制规定案例作出裁判时，

往往根据个案的不同，法官结合客观实际，进行全盘考虑。因此，司法审判实务中，各地法官的裁判标准尚未统一，因而作出的判决也不同。即言之，会产生不同地区的各级法院裁判标准不一的原因，事实上，这与我国《公司法》在立法条文上对于公司章程“另有规定”的理解和解释有一定的关系。而且对《公司法》关于章程对股权转让限制理论研究不够深入有必然联系。接着，笔者在本文前述案列的基础上进一步对此进行理论上的阐述：

（1）关于原始章程和章程修正案是否具有相同的法律效力

对于原始章程与章程修正案，是否具有相同的法律约束力问题，本文就上述问题也从理论上进行了阐述。笔者认为应该将两者区别对待，原始章程是公司原始股东在公司设立时相互博弈的结果，是各方利益的最优选择，即使是中小股东，在条款的设定与修改上都拥有着全面的话语权，当其不满足章程的制度设计时，完全可以选择减少投入或者干脆退出，所以公司的原始章程反映了股东的全体意志。而对于章程的修正案，根据《公司法》的相关规定，公司章程的修改只需经过代表有三分之二以上表决权的股东表决即可通过，而表决权又是和股东的出资比例相关，这就意味着章程修正案很可能是资本多数决的产物，而非所有股东的一致意思表示。因此，在判断违反章程转让股权的效力时应当有所区分，只有当章程修正案也是经过全体一致通过达成的，此时的章程修正案才具有和原始章程同样的效力。至于公司章程修正案效力的相关认定问题，笔者认为可以参照《德国有限责任公司法》的相关规定，在章程约定的股东义务之外再行设定义务的，须经全体股东一致同意。如果达成一致协议，则可认为具有同样的效力。

（2）股东资本多数决原则下修订章程的限制

从《公司法》理论上分析，章程修正案规定限制股权转让的效力究竟如何？这也是公司法当中一个值得研究的领域。因为学者观点都有所不同，还未形成统一的观点。个别股东私权能否以股东资本多数决原则，即通过股东会决议加以限制。笔者认为，公司股东通过资本多数决原则修订章程的效力问题，关键首先要看修订的内容，其次要看被限制股权的股东是否同意。如果章程修订时，所表述的内容是关于公司整体利益，或者是公司运行方面的自治性规范的内容，一般都可认定为有效。但是如果仅仅是对于个别股东私权利的限制，必须考虑该股东是否同意，否则修订无效。学者钱玉林认为，以公司章程修正案的方式作出“另有规定”的，如果在没有经受此约束的股东同意的前提下，修正案“另有规定”欠缺合同存在的基础，这样也就难以排除适用公司法规定的效力问题。

#### 四、我国《公司法》章程对股权转让的限制

从司法实务和理论上分析，公司法章程对于股权转让限制，在公司法的发展影响巨大。我国现行《公司法》也规定了章程对股权转让的限制，其中主要表现在《公司法》第 71 条第 4 款。通过这个条文的规定，显然提升了有限公司章程的法律地位，更加强调了股东意思自治，也肯定了公司章程对有限责任公司股权转让效力的影响。这一立法目的明确，旨在赋予有限责任公司根据自身实际情况制定股权转让的具体规定，以满足各公司由于经营战略、股权结构等的不同进行差异化选择。笔者认为，我国《公司法》理论及司法实践中也存在一些不足之处：

（一）未充分考虑小股东的合法权益

从有限公司生产经营的市场规定而言，设立公司的目的是合法合规的从事生产经营，然而，股东作为投资者的利益绝不容予以忽视。而在现实中，大股东侵犯小股东利益的现象也时有发生，这可以从《公司法》第 43、44 条规定中予以解读出内在含义，大股东可以通过控制权来达到实施修改公司章程的目的，逼迫小股东退股，如果单单只考虑公司章程的规范效力，《公司法》里所强调的立法目的，其“推定同意”可能难以实现。在司法实践领域，新设立一家有限责任公司往往存在一

个大股东和若干个小股东组成。享有绝对公司控股权的一般往往是大股东，若公司存在一股独大的现象，因此也往往会存在小股东的合法权益时有被侵害的可能。因此，我们在制定公司初始章程时就要充分考虑小股东的合法权益，防止大股东滥用股东权，损害小股东合法权益。

（二）对公司章程的授权没有限度

众所周知，有限公司章程的订立，代表每个股东意思表示的真实一致，针对公司章程就股权转让进行限制，是否要取得股东明确的授权。我国《公司法》一般在公司章程制定过程中也很少有具体约定权限的问题。笔者在本章之前也有论及，我国《公司法》的现有规定，理应是有限责任公司股权转让所需符合条件的最低标准，公司章程可以在此基础上作出进一步限制或禁止。但是，在司法实践中，我们会通常考虑到我国《公司法》规定的关于股权对外转让限制的条件，与其他国家相比，要求略高些。如果对公司章程的授权不设定上限，则容易导致公司章程规定过于严苛，从而造成对股权转让自由原则的违背，使投资者面临风险增大，这显然不利于公司整体和股东利益。

（三）未明确规定股权转让之后的法律后果

我国新《公司法》对于不符合章程规定的股权转让的法律后果，在法律并没有作出明确规定，这是公司法立法上的一个缺陷。如果股东在股权转让过程中，违反章程的约定，应作何种处理，在司法实践中存在法律上的争议。公司法规定只是对股权转让的具体程序，受让主体作了任意规定，并没有规定何种情形必须转让，也没有授权章程可以强制转让股权的内容。然而我国《公司法》并未进一步论述违反公司章程的股权转让效力究竟如何认定。

#### 五、笔者对公司章程限制股权转让的几点建议

（一）应准确解读《公司法》第 71 条的相关规定

最近几年以来，司法实践中因《公司法》第 71 条第 4 款而引发的公司诉讼纠纷案件比较普遍，其中多数争议源于对《公司法》上章程“另有规定”的解读。

回归到司法实践审判领域里，有种观点认为，章程仅能对股东向公司以外的第三人转让股权及其他股东优先权的行使方式作出不同于《公司法》的规定，而不能强制股东转让其股东权。笔者认为，此规定限缩性的解释是符合立法旨意的，但更多专家学者倾向于将《公司法》第 71 条第 4 款解释为：公司章程可以自由规定股权转让，其中设置条件予以限制。不难发现，我国现行《公司法》规定的过于笼统，由于立法用语不够准确，又缺乏立法理由的说明，因此导致本条款的立法目的的实质上已经被误解。因此，我们在解读该法律条文时候，应结合前三款的具体内容，这样才能融会贯通，理解立法者的原意。

（二）应正确区分章程合理限制股权转让的效力问题

笔者认为，有限责任公司本身具有的显著特征涉及公司人合性，因此对公司内部事务作出的制度性安排，与股东个别意思无涉。并不直接涉及作为私权性质的股权。如前所述，关于股权转让涉及程序性规定的按“另有规定”进行处理，因此对该部分内容的公司章程的“另有规定”不能依照合同原理作出说明。无论是采一致同意规则的初始章程还是采资本多数决原则的章程修正案，其所作的“另有规定”，均具有正当性的法理基础，符合公司法自治法制定与修改的逻辑。从某种意义上讲，公司章程对股东处分权明确特别约定的情形，与股东个别意思相关，应当按另有规定从其规定。因此，任何对个别股东的股权转让所作的不同安排，其本质上属于对股东私权的一种处分行为，除依法定程序予以限制或剥夺外，理应尊重各方股东的真实意思。

实践中，针对有限公司章程限制股权转让法律效力的问题，现行司法裁判和以往比较有很大的差别。之前无论是在司法实务还是在理论研讨中，部分学者认为，章程限制股权转让是无效的，更

无法对抗善意第三人。而目前的司法裁判思路又似乎陷入了另一个极端，公司章程是全体股东意思表示的集合，只要公司章程不违反法律规定，任何股东都有义务遵守，依约履行合同的权利义务。笔者认为，当我们能真正区别出公司章程合理限制股权转让的效力问题，这也许更符合公司整体和股东的利益。

（三）应充分保障公司股东的司法救济权

针对如何判断章程对股权转让的限制是否合理的问题，通过上述案例综合分析，笔者认为，司法实践中应加强规范司法审判，统一裁判尺度，确保股东相应权利。

1. 依法保障公司小股东退出权。

笔者认为，应当充分保障小股东的司法救济权，允许小股东转让股权，实现其退出权。“在闭锁型公司，对于少数股东而言，退出权相当重要，因为如果没有退出权，他们的利益就处于由控制地位的股东带来的极大风险中”，汉密尔顿的这一论述指出了问题的关键，当股东非居于控制地位，其话语权将不被得到重视，随之而来的是他们的利益完全不由自己掌控，甚至于公司不得不陷入停滞对抗的状态而不能得到解脱，不但浪费极大的社会资源，也会造成人力物力的大量损耗。如果公司章程并未给股东退出公司设置根本性的障碍，即股东继续留在公司成为强求时，能获得救济予以退出，那么通常应当认定该章程的效力，保障小股东的股东权。

2. 赋予股权受让人请求强制购买权。

强制购买权是公司法赋予股东的一项重要权利，通常指在股东退出公司时，要求其他股东强制购买其相应股份的权利。笔者认为，其公司章程可明确约定股东在股权转让时，赋予受让股东的强制购买权。对于受让人优先购买权的实现，可以借鉴《韩国商法》的规定。而在我国《公司法》中，赋予受让人请求强制购买的权利，一般是在受让人明知公司章程有限制性规定时仍与转让人进行股权转让交易。倘若股权转让的受让人存在过错，其权益就不应得到保护。但股权转让合同的效力也不能完全否定，因为还存在公司有可能追认，或达到章程规定条件的可能，赋予主体双方各自一次机会的选择，当达到合同生效条件具备时，其双方签订的转让股权合同应认定为合法有效的合同。因此，我们应当认定该合同处于效力待定状态，是对各方利益平衡的最佳方法，也是股权受让人请求强制购买权得以顺利实现的有效保障，从而起到保护公司整体利益受损害。

3. 赋予小股东因情势变更的司法救济权。

公司章程作为公司设立时期，股东之间形成的一个长期契约，如果可以比照《合同法》上情势变更原则进行处理，那么对股东的保护也将更加有力。公司章程制定于公司设立之初，股东对于很多事项没有进行充分考虑，而后，一旦公司股权结构、经营环境等发生变化，小股东既无权修改公司章程，又没有充分能力维护自身利益，当公司被大股东滥用权利时，就会显得更为尴尬的局面。因此，在公司章程中列明强制转让或者限制转让的特定情形，应当认为是可预见的，此时公司章程中约定的条款应当视为短期契约，理应得到遵守，这也是公司自治的意志体现。

**结语：**公司章程是公司规范运作的重要依据，被喻为“小宪法”。有限责任公司限制股权转让是否具有正当性，关键要看公司章程如何约定。因此，规范公司自治性，对有限责任公司设定适宜的章程尤为重要。公司章程的限制具有一定的界限，若违反规定，可能导致章程被撤销或被确认无效。文章通过对章程限制股权转让相关问题进行论证，进而说明了公司章程的重要性，鉴于我国《公司法》的法律条文对章程限制股权转让的具体事项，在立法上不够明确，导致各个地区的人民法院作出的司法裁判不一。故笔者认为，我们可以借鉴各国先进的立法模式，进一步完善《公司法》的司法解释，以期指导司法实践。

参考文献

[1] 作者：范健、王建文《公司法》（第二版），法律出版社 2008 年版。  
[2] 作者：施天涛《商法学》，法律出版社第四版（2010 年）。  
[3] 作者：刘俊海《现代公司法》，法律出版社 2008 年版。  
[4] 作者：钱玉林《公司法实施问题研究》，法律出版社。  
[5] 作者：俞智渊《公司僵局的预防与破解》，法律出版社。  
[6] 作者：葛伟军《英国公司法原理与判例》，中国法制出版社 2007 年第 1 版。  
[7] 作者：[德] 托马斯·莱赛尔，吕迪格·法伊尔合著《德国合资公司法》第 3 版，高旭军，单晓光等译，法律出版社。  
[8] 作者：罗伯特·w. 汉密尔顿：《美国公司法》，齐东祥等译，法律出版社，2008 年版。  
[9] 作者：史友兴《除名条款引发的股权之争》，载《中国审判新闻》2008 年第 12 期。  
[10] 作者：罗培新：《抑制股权转让代理成本的法律构造》，载《中国社会科学》，2013 年第 7 期。  
[11] 作者：钱玉林《公司章程对股权转让限制的效力》，载《法学》2012 年第 10 期。  
[12] 作者：肖海军《瑕疵出资股权转让的法律效力》，载《政法论坛》2013 年第 2 期。  
[13] 作者：雷桂森《公司章程越权条款研究》，载《人民司法应用》2012 年第 1 期。  
[14] 作者：王建文《股权转让之公司章程限制与强制：法律依据与制度空间》，载王保树主编《实践中的公司法》，2008 年 9 月出版。  
[15] 作者：李拥军《有限责任公司章程限制股权转让的效力分析》，内蒙古大学硕士学位论文，2015 年 5 月 25 日。  
[16] 作者：周坚《有限责任公司股权转让效力研究》，吉林大学硕士学位论文，2016 年 5 月。  
[17] 作者：迟庆龙《论章程对股权转让的限制》，华东政法大学专业学位硕士学位论文，2015 年 4 月 27 日。

## 从万科股权之争再议上市公司双重股权结构设置

浙江中行律师事务所 朱 妙

2015 年 7 月至 2017 年 1 月，万科的控制权到底归谁成了大家茶余饭后最大的谈资，也是资本市场最热门的话题，在发达资本主义国家，如 google、HP 等国际知名上市公司都采用双重股权结构。在我国，无论是学界还是监管层，对双重股权结构都保留审慎态度，但此次万科股权之争因影响大、持续时间长等原因使得“双重股权结构”被再一次推上舆论的风口浪尖。

### 一、万科股权争夺战<sup>[1]</sup>

#### （一）发展历程

万科公司是我国房地产市场的龙头企业，在过去的十余年间，在王石等管理层的努力下，万科公司成为房地产行业知名名牌。2015 年 7 月至 12 月期间，宝能系通过二级市场收购迅速成为万科公司最大股东，其强势收购行为也直接威胁到公司原有管理层的稳定，其明确表态要求万科原有管理层让位，对此万科管理层公开表示不欢迎收购并联合券商、华润等组织反击。2016 年 8 月，恒大地产横空出击，突然从二级市场收购了万科近 5% 的股份，使万科股权之争情况变得更为复杂。各方对股权之争各怀心思。一时间法学界、金融界、监管层纷纷出谋画策，希望能尽早结束这场股权之争“闹剧”。2017 年 1 月 12 日万科公司发布公告，华润将所持万科股权将悉数转让给深铁。至此本次资本大战正式落幕，但越来越多的人提出：“如果万科能实行双重股权结构，那么王石就不用担心被夺权了，看看京东的刘强东就知道了。”

#### （二）主要原因及影响

万科公司是在深交所上市的境内上市企业。万科公司的股权结构最大的特点是分散，而万科多次成为争夺的目标，最大的原因也在于他的股权分散。此次的股权和控制权争夺战给万科公司以及 A 股资本市场引起的动荡可谓波澜起伏，引起资本市场震荡。自 2015 年 7 月宝能举牌万科开始，万科股价一直不隐定，中间曾一度停牌半年。股价不隐定同时也伴随着公司业绩的下降，2016 年 7 月万科销售收入环比下降 36.4%，创历史新低。国际信用评级机构警告，如果万科股权纠纷持续，如果罢免现任管理层成为事实，将重新考虑万科公司的信用等级，这意味首万科公司的融资成本势必会增加，净利润会降低，并最终影响市场对万科公司的整体估价。

### 二、双重股权结构概述

#### （一）双重股权结构的内涵<sup>[2]</sup>

双重股权结构是指：“公司发行 A、B 两种不同类型的股票，其中 A 股为普通股，B 股为特殊股，B 股的投票权高于 A 股一般为后者的十倍甚至数百倍。”双重股权结构的主要目的在于能使公司的创始人或创始团队仅仅凭借自己所持有的少数股权而获得对公司更多的控制权，其作用在于能使公

司的管理层相对稳定，能使创始人或创始团队对公司持续经营充满信心即而能将精力都投入到公司的技术创新上。<sup>[3]</sup>

#### （二）双重股权的产生及发展历程

双重股权最早起源于美国，1898 年 International Silver Company 发行 900 万股优先股和 1100 万股普通股（普通股无投票权）。1902 年，该公司的普通股也拥有了投票权，但该类普通股的投票权相当于优先股的二分之一。19 世纪末 20 世纪初，随着企业的快速发展，大量家族企业和金融控股公司开始进军资本市场，寻求融资机会。这些公司管理层为了不丧失对公司的控制权，纷纷采用发行普通股这种方式，以此来排斥外部资本控制公司。“双重股权”制度在这些企业中被广泛应用，但与此同时这一制度也受到了不少批评，在学术界和实务界引发了强烈的争论。反对者认为“双重股权”制度严重损害了股东民主和平等。纽约证交所从 1925 年开始拒绝普通股的发行上市，从 1940 年开始要求上市公司不得发行减损股东表决权的类比股的发行，“一股一权”原则得到了普遍认可。<sup>[4]</sup>

19 世纪 80 年代，随着资本市场上公司收购行为的增加，为防御企业被收购，发行分类股的市场呼声越来越高，在这种情形下，如果纽交所仍然坚持“一股一票”原则而不做任何突破，则将面临现有的上市公司不得不考虑做出退市的决定。美国证券交易委员会在 1988 年颁布了证券交易委员会规则 19c — 4（Rule 19c — 4）<sup>[5]</sup>，但该规则随限被哥伦比亚特区上诉法院宣布无效。1992 年，纽约证券交易所正式放弃了一股一权制度，并参照 Rule19c-4 修改了上市规则。明确允许不同等投票权的股票上市交易。<sup>[6]</sup>

除美国外，加拿大、日本等国陆续制定法律规范双重股权结构以鼓励公司自治，维护资本市场稳定。现今国外关于双重股权结构的研究无论在理论还是实践方面均已成熟，而我国法律并未就该制度给予明确肯定。<sup>[7]</sup>

### 三、双重股权结构对我国公司法的挑战

#### （一）是否违背股权平等原则

我国公司法最重要的原则即股权平等原则。<sup>[8]</sup>学者也将此原则称为一股一权原则。<sup>[9]</sup>有学者担心，在双重股权结构公司中因为存在普通股和优先股两种不同性质的股票，股东在行使权利时其权利范围和行为也将受到不同的限制，这样势必对传统公司法强调的“一股一权”原则相冲突。<sup>[10]</sup>但是笔者认为从公司契约自治的角度来看，公司的治理应尽可能地多采用任意性规范，以便给公司股东或管理层更多的自由决定权。<sup>[11]</sup>公司的契约自由理论为双重股权结构制度存在的合理性和可行性提供了强有力的说服力。在双重股权结构公司，创始人或创始人团队具备专业的技术和管理能力，从公司长久发展角度来看，大股东们也愿意与之达成公司上市后采用双重股权结构的契约。双方之所以

[3] 高依云：《双重股权结构的利弊分析与立法建议》，载时代金融，2016 年第 8 期。

[4] 张舫：《美国一股一权制度的兴衰及其启示》，《现代法学》2012 年 3 月第 34 卷第 2 期。

[5]Rule 19c — 4 规定：股东的股票权应当受到保护，非特殊情况下不得通过以下形式被稀释：(a) 以对拥有 10% 以上股份的股东为例,对其投票权进行限制,即为对拥有股票超过一定数额的股东的投票权进行限制的形式之一可称之为股票封顶计划；(b) 限制持股时间未达到一定期限的股东行使其投票权；(c) 已发行股份可被高投票亦或低投票权股份所替代；(d) 高投票权的新发行股份是股票分红的限制条件之一。

[6] 梁上上：《论股东表决权——以公司控制权争夺为中心展开》，法律出版社 2005 年 6 月版，第 105 页。

[7] 叶勇、徐秋子：《一股一权的法经济学反思》，载《中国外资》2014 年第 1 期，第 216—219 页。

[8] 如我国《公司法》第 126 条规定：“股份的发行，实行公平、公正的原则，同种类的每一股份应当具有同等权利。”《公司法》第 130 条也规定：“股份的发行，实行公开、公平、公正的原则，必须同股同权，同股同利。”

[9] 刘俊海：《股份有限公司的股东权保护》，法律出版社 2005 年版，第 136 页。

[10] 魏永强：《双重股权结构屈公司资本结构的合理选择吗》，《特区经济》，2012 年第 10 期。

[11] 王文钦：《公司治理结构之研究》，中国人民大学出版社 2005 年版，第 51—82 页。

[1] 方翼飞：《万科股权之争：双重股权结构的契机》，载《北方经贸》2017 年第 1 期。

[2] 梁上上著：《论股东表决权—以公司控制权争夺为中心展开》，法律出版社 2005 年版，第 115 页。

能达成这类契约，与其说是大股东们权衡利弊后所做出的退让，更可以说是一种双赢，会使得公司上市后股价飙升，大股东们获得更多的利益，且大股东或新加入的股东在加入公司前已知晓公司实行双重股权结构，对公司经营决策的表决、股东加入和退出等事项均通过契约达成一致。笔者认为作为公司普通股股东都自愿让渡一部分权利，而作为公司外部的监管者又为何要否认这一制度呢，且股东权利和股东义务是相对应的，双重股权结构并不违反股权平等的原则。

（二）是否剥夺了多数股东的控制权

在实行双重股权结构的公司中，股东持股多并不意味着必然能控制公司，这确实在一定程度上剥夺了多数股东的控制权，但从实践层面来看，许多信息科技类公司，前期的资本投入成本较高，而创始人或创始团队往往只专注技术研发，在缺少前期开发资金的情况下，创始人或创始团队不得不通过稀释股权的形式来换取外部资金，但提供资金的外部投资者却未必真正懂得公司的运营和管理，导致真正懂技术懂管理的人不再经营管理公司，公司最后走向衰败。公司控制权高度集中必然伴随着道德风险。<sup>[12]</sup> 内部控制在巨大私利的诱惑下，难免会引发道德风险。因此，制订双重股权结构公司股票权利规则和中小股东权利的配套保护制度变得尤为关键。

（三）是否损害了少数股东的制衡权

任何一家公司的中小股东均处于劣势地位，其权益往往受到控股股东和高管侵害。尤其是在股权高度分散的上市公司，中小股东想要抗衡公司管理层是异常艰难的，而公司管理层有时为了自身利益或受外界的利益驱动会在一定程度上做出损害中小股东利益的决策。实行双重股权结构的公司需要建立一整套比普通上市公司更加完善的监管制度才能有效约束控制股东的行为，如建立更完善的公司信息披露机制和侵权法律责任机制。

（四）是否适合所有上市公司

双重股权结构制度在发达国家已日趋成熟，在美国和加拿大允许各国企业在其境内上市采用双重股权结构。笔者认为，双重股权结构是否适用于所有的上市公司主要还是取决于两个因素，其一这一制度是否具有合理性，其二这一制度的使用是否会损害到大部分股东的权益。<sup>[13]</sup> 目前境外上市的阿里巴巴、京东等公司都是实行双重股权结构的代表，但该一制度是否能长远发展并广泛运用于我国企业学者和公司高管的态度不一致，争议也比较多，笔者也对此持保留意见。

#### 四、双重股权结构在我国司法实践中的可行性分析

（一）法律障碍之破除

我国《公司法》虽然未明文规定双重股权结构的合法性，但也未明文禁止其存在。《公司法》第 127 条<sup>[14]</sup>、第 131 条<sup>[15]</sup> 的规定为双重股权结构施行保留了空间。《公司法》第 127 条规定同种类的股份具有同等权利，这也恰恰符合双重股权结构的本质精神。虽然目前为止国务院作出规定的“其他种类的股份”只有优先股一种<sup>[16]</sup>，但“优先股”的出台为其他种类股票的发行开了一扇窗。目前为止我国法律及部门规章虽然没有授权上市公司自行设置不同表决权股票，也没有针对不同表决权股票上市发行的相关规定。但从世界经济整体的发展趋势来看，越来越多的国家承认双重股权结构

的合法性，从证券市场的长远发展考虑，承认双重股权结构是早晚的事，与其让阿里巴巴、京东等这样的优质企业流失国外资本市场，还不如在国内为其提供便利的条件，实现双赢。

（二）与公司民主并不冲突

很多学者认为双重股权结构违背了“公司民主原则”，但笔者认为这一观点具有片面性。“所有的公司都包括经济主体为了最大化共同利益所自由达成的合同关系。”<sup>[17]</sup> “合同的最大特征就是意思自治，公司的表决机制可以在合同中自由约定，法律不加以强制性规定。而政府民主的目的是服务更大化而不是财富最大化。”<sup>[18]</sup> 公司的股票通常按财富进行分配，政治领域的投票权是按照人头分配，两者投票的目的和意义不同，因此政治领域“一人一票”的投票规则不应该得到公司领域的效仿。《公司法》第 43 条<sup>[19]</sup> 规定公司章程可对股东的投票权作出例外的规定，每个公司都可根据自身情况选择不同的投票规则，只要该规则能提升公司的整体价值。《公司法》允许公司突破“一股一权”原则这是双重该股权制度之于有限公司、上市公司的重要实践。

笔者认为，一股一权只是公司法规定中的其中一项原则，公司可以在其基础上进行各种投票规则的设计与补充。政治领域中的民主并不能被误导为禁止双重股权结构的合理依据，只要是能够最大化体现公司价值的股权结构设计即是合理的。

（三）与公司监督并不冲突

投票权规则也是监督管理层的措施之一。<sup>[20]</sup> 公司的大部分股东是投机性股东，因此他们对于公司的管理细节基本没什么太大兴趣。尤其是股份相对分散的上市公司，股东想采取一致行动极为困难，因此股东对于管理层的监督难免会失败，这些是“一股一权”原则在公司监管层面所面临的不足，双重股权结构在“一股一权”原则的基础上进一步扩大了公司控制和收益的分离程度。“一股一权”原则下控股股东利用自己绝对优势的投票权，完全控制了公司的决策机构和执行机构，中小股东的表决权在此显得微不足道，公司的内部监督失效；而双重股权结构使得外部资本市场对公司的监督失效。在双重股权结构下，公司管理层不用担心公司被敌意收购，因为收购者只能够收购 A 类一般股股东的股票，这类股票拥有极少的表决权，收购者要想达到其收购目的必须付出极大的代价，而往往在这种压力下他们都会选择放弃。

因此笔者认为，没有一个投票规则可以完美的监督公司的管理层。无论公司采用怎样的制度设计，最终总会有这样或那样的不足。有些公司依赖独立董事制度对公司管理层进行监督，有些公司通过公司业绩来考核管理层的薪资，有些公司则依赖司法领域更加严厉的规则等等。不存在完美的监督机制，更不存在不会带来监督成本的投票规则，公司治理过程中有些成本是难以避免的，孰优孰劣也并无合理的科学依据。

#### 四、构建我国双重股权结构的建议

伴随着我国综合国力的提升，上市公司在公司治理和发展的过程中必然会遇到许多制度上的困惑和障碍，传统的单一股权结构已明显不太适应新兴企业的发展。随着阿里巴巴、京东等优质企业在境外上市，作为监管部门也应适时地调整相关配套制度，吸引和留住国内更多的优秀公司在境内上市。

（一）将双重股权结构纳入法治轨道

如笔者在上文所述我国现行法律法规并没有对双重股权结构给予明确的否定，《公司法》第 131 条又明确地表态：国务院针对特殊的股权可进行特殊的考量。也就是说，从本质上来说出台双重股

[17] 罗培新著：《公司法的合同解释——法学论丛》，北京大学出版社 2004 年 4 月版，第 78 页。

[18] 张希：《论民主政治及其制约因素》，《政治与法律》2002 年 04 期。

[19] 《公司法》第 43 条规定：股东会会议由股东按照出资比例行使表决权；但是，公司章程另有规定的除外。

[20] （三）与公司监督并不冲突

投票权规则也是监督管理层的措施之一。

[12] 罗培新：《公司法学研究中的法律经济学含义——公司表决权规则为中心》，载《法学研究》2006 年第 5 期。

[13] 刘道远：《效率与公平：公司法制度设计的价值选择——以阿里巴巴“合伙人”结构风波为例》，载《中国工商管理研究》2013 年第 12 期，第 35-38 页。

[14] 《公司法》第 127 条规定：股份的发行，实行公平、公正原则，同种类的每一股份应当具有同等权利。

[15] 《公司法》第 131 条规定：国务院可以对公司发行本法规定以外其他种类的股份，另行做出规定。

[16] 优先股是指依照《公司法》，在一般规定的普通种类股份之外，另行规定的其他种类股份，其股份持有人优先于普通股股东分配公司利润和剩余财产，但参与公司决策管理等权利受到限制。国务院于 2013 年 11 月 30 日下发的《国务院关于开展优先股试点的指导意见》规定，推出了优先股试点。

权结构并不会和现有的法律法规产生冲突，能够顺利的保障将双重股权写入到法律的新篇章中去。此外，“优先股”的试点和推广也已有三年多时间，市场对于特殊股权的试探运用也日趋成熟，引入双重表决权股的具体过程可参照优先股，既有迹可循，也降低推行难度。因此笔者认为可制定双重表决权业务实施细则，并适时出台《交易所双重股权结构试点管理办法》。可就双重股权结构的试点广泛征求各行业企业、券商、创投等机构的意见，做到选取典型、逐步放开试点。

（二）设计完善的双重股权结构上市规则

1、明确双重股权结构适用主体

虽然双重股权结构的优势显而易见，但是其也并非适用于全部的企业或公司，按照美国等国家的经验来看，双重股权结构对创新型或高新企业更适合，像是为了创新型或高新企业量身定做的。笔者认为，我国目前上市公司不宜也不可能大规模采用双重股权模式，应当仅考虑在创业板采用。<sup>[21]</sup>在我国现阶段，创业板被视为主板市场的重要补充，主要是为了解决科创企业、中小企业的融资和发展需求而设立，这些企业的共性是科技含量高、技术密集型、低规模性、普遍缺乏资金。双重股权结构在创业板的上市模式可以建立双重股权结构禁止进入的行业指导目录，凡是指导目录以内的行业，应禁止设立双重股权结构条款。

2、明确高表决权 B 类股的持有主体

双重股权结构设计初衷是为了实现公司创始人或创始团队对公司的控制，保持公司管理层人员以及公司决策的相对稳定，使公司创始人或创始团队、管理层能专注从事公司的技术创新、决策定位，从而推动产业升级和公司的持久发展。在公司上市之前，监管机构需严格审查公司 B 类股的股东是否是公司创始人或创始团队成员，这里的审查不仅是形式上的审查，更应该是实质上的审查。另外监管机构需审查公司的主要股东是否就公司实行双重股权结构达成一致意见。

3、规定设置双重股权结构的时段

笔者认为从保护中小投资人的角度来看，不宜让创始人及其团队在任意时间设置双重股权结构，可以规定双重股权结构只可以在 IPO 时设立。监管机构要针对申请的企业进行综合评估，明确该企业是否有实行双重股权结构的必要，且企业做出这种股权结构选择是否是经过了股东的一致同意。<sup>[22]</sup>如果公司上市后确有发行 B 类优先级股的需要，那么在这种情况下对于这种特殊的事项必须要引进特殊的表决机制，这些都是出于保护中小投资利益和践行公平原则的考虑。

4、设置分类表决机制

2004 年颁布的《关于加强社会公众股股东权益保护的若干规定》当属我国首次承认分类表决制<sup>[23]</sup>的法案。《国务院关于开展优先股试点的指导意见》的第一章第五条<sup>[24]</sup>和《优先股试点管理办法》

的第十条<sup>[25]</sup>中都规定了优先股的分类表决机制，这是出于保护优先股股东的需要，防止其他股东利用表决权上的优势做出损害优先股股东利益的行为。毫无疑问，这些规定对于我们设计双重股权结构中的分类表决机制有着很大的启示和借鉴意义。

笔者认为可以在公司出现如下情形时适用分类表决机制：“（1）修改公司章程中对 A 类普通股股东权益产生影响的；（2）单次或累计减少公司注册资本超过 10%；（3）公司合并、分立、解散或变更公司组织形式；（4）进行关联交易；（5）发行 B 类优先级股。”出现如上情形时必须 A 类普通股与 B 类优先级股同时满足三分之二多数通过时才可以生效。

5、限制 B 类股的表决事项和最高表决权比例

在双重股权结构的公司中，高表决权 B 类股股东持有的表决权有绝对的优势，为了保护普通股股东的利益，可规定 B 类股股东限制表决的事项。比如在对影响公司重大发展的决策性事务中可以为 B 类股股东设置高于普通股股东十倍甚至百倍的表决权，以此保障公司日常经营事项的高效率决策，可允许 B 类股股东在一般经营事项表决中行使 60% 的优先表决权，以此来增加普通股股东对于公司经营事项的决策参与权，而当遇到事关公司未来发展的重大决策事项时（除前文所述应适用分类表决机制的事项外），应对 B 类股股东的表决权做出更严格的限制，如规定其行使不超过 50% 的优先表决权。这样一来，既提高公司管理效率，也保障了普通股股东对公司的决策参与权。

6、限制 B 类股的转让

如上文所述 B 类股的持有主体应仅限于公司的创始人或现有的管理团队，同时笔者认为可以禁止 B 类股的自由转让，或者规定转让后即变成普通股。这样可以有效规避恶意转让 B 类股获利的行为，也有利于保障中小股东的合法权益。

（三）建立并完善中小投资者权益保护的配套制度安排

1、完善“强制信息披露”的制度

证监会颁布的《上市公司信息披露管理办法》第二章、第三章和第六章明确规定了上市公司信息披露规则及相关人员违反规定需承担的法律責任，笔者认为根据《上市公司信息披露管理办法》11 条，实行双重股权结构的公司招股说明书中应着重披露潜在的投资风险。<sup>[26]</sup>在上市前的招股说明书中，应着重披露、提示公司特殊的股权结构可能会对 A 类股投资者带来的影响。实行双重股权结构的公司因公司创始人或创始团队、管理层所掌握的公司 B 类股较多，因此对创始人和高管个人信息的披露显得尤为重要。对公司将发生重大情况，比如签订重大合同、关联交易、进行重大投资等可能侵害 A 类一般股股东利益或公司利益的行为列入临时报告的触发条件之一，并要求董事及高管签署书面确认意见，若未尽到如实披露的义务则面临被追究个人责任的风险。

2、加强独立董事和监事的监督责任

证监会颁布的《关于在上市公司建立独立董事制度的指导意见》规定上市公司董事会成员中应当至少包括三分之一独立董事。<sup>[27]</sup>笔者认为因为双重股权结构公司 A 类股股东的权益更难得到保障，

[25] 出现以下情况之一的，公司召开股东大会会议应通知优先股股东，并遵循《公司法》及公司章程通知普通股股东的规定程序。优先股股东有权出席股东大会会议，就以下事项与普通股股东分类表决，其所持每一优先股有一表决权，但公司持有的本公司优先股没有表决权：（一）修改公司章程中与优先股相关的内容；（二）一次或累计减少公司注册资本超过百分之十；（三）公司合并、分立、解散或变更公司形式；（四）发行优先股；（五）公司章程规定的其他情形。上述事项的决议，除须经出席会议的普通股股东（含表决权恢复的优先股股东）所持表决权的三分之二以上通过之外，还须经出席会议的优先股股东（不含表决权恢复的优先股股东）所持表决权的三分之二以上通过。

[26] 《上市公司信息披露管理办法》第 11 条：“发行人编制招股说明书应当符合中国证监会的相关规定。凡是对投资者作出投资决策有重大影响的信息，均应当在招股说明书中披露。”

[27] 中国证监会《关于在上市公司建立独立董事制度的指导意见》第一条第三款。

[21] 刘道远：《效率与公平：公司法制度设计的价值选择——以阿里巴巴合伙人结构风波为例》，载《中国工商管理研究》2013 年第 12 期，第 35—38 页。

[22] 陈云俊：《我国上市公司引入双重股权结构的立法建议》，载《时代金融》2014 年第 8 期，第 160—166 页。

[23] 在股权分置情形下，作为一项过渡性措施，上市公司应建立和完善社会公众股股东对重大事项的表决制度。下列事项按照法律、行政法规和公司章程规定，经全体股东大会表决通过，并经参加表决的社会公众股股东所持表决权的半数以上通过，方可实施或提出申请：（1）上市公司向社会公众增发新股（含发行境外上市外资股或其他股份性质的权证）、发行可转换公司债券、向原有股东配售股份（但具有实际控制权的股东在会议召开前承诺全额现金认购的除外）；（2）上市公司重大资产重组，购买的资产总价较所购买资产经审计的账面净值溢价达到或超过 20% 的；（3）股东以其持有的上市公司股权偿还其所欠该公司的债务；（4）对上市公司有重大影响的附属企业到境外上市；（5）在上市公司发展中对社会公众股股东利益有重大影响的相关事项。

[24] 除以下情况外，优先股股东不出席股东大会会议，所持股份没有表决权：（1）修改公司章程中与优先股相关的内容；（2）一次或累计减少公司注册资本超过百分之十；（3）公司合并、分立、解散或变更公司形式；（4）发行优先股；（5）公司章程规定的其他情形。上述事项的决议，除须经出席会议的普通股股东（含表决权恢复的优先股股东）所持表决权的三分之二以上通过之外，还须经出席会议的优先股股东（不含表决权恢复的优先股股东）所持表决权的三分之二以上通过。

因此对于双重股权结构公司独立董事制度应制定更严格的限制性规定：比如全体董事候选人都必须通过提名委员会提名，而不是采用股东大会议案的方式提名，防止 B 类股股东利用其表决权的优势控制董事会；保证在公司部分独立董事在 A 类股股东中提名产生；公司召开的董事会必须独立董事到会人数过半数；因双重股权结构公司大多是高科技、创新型企业，对于独立董事的任职要求往往高于传统行业，因此法律应规定独立董事只能在一家上市公司任职。在对双重股权结构公司监事人员的选任上，笔者认为监事候选人的提名也通过提名委员会，监事会中也应保证有 A 类股股东的代表，尽可能地选任专业人士当双重股权结构公司的监事。

3、控制人股东滥用控制权情况下，引入赔偿承诺制度

在实行双重股权结构的公司中，B 类控制人股东持有高表决权票，公司大部分事项的决策是由其做出的，为防止 B 类控制人股东受自身利益驱动或外界利益诱惑做出不利于公司的决策，需要对其行为进行约束。如果 B 类股股东做出严重侵害公众股东和公司利益的行为，就要对其决策所靠民的公司损失承担一定的经济赔偿责任，且公司在一定情况下享有先诉抗辩权。

## 浅析股权动态调整设计

浙江三道律师事务所 宋桂明 吴雨浓

【内容提要】随着市场经济的发展，股权设计已成为公司发展的一项重要保障机制。基于笔者在股权设计实务中所遇到的问题而言，公司股东往往在出资等问题上存在颇多争议，而提升公司股东的贡献度与忠诚度的关键便在于公司股权设计中的动态调整机制。本文通过系统化地对股权动态调整设计进行法律界定及深入研究，从股权动态调整设计的本质及法理基础入手，分析股权动态调整设计的必要性，并从实务角度对股权动态调整设计的表现形式及实现路径予以剖析，以期能够为创业者在股权架构的调整机制上提供新思路。

【关键词】股权设计 动态调整 协商机制

### 一、股权动态调整设计的本质及法理基础

#### （一）股权动态调整设计的本质

关于股权的动态调整设计，目前理论界的主要研究都集中于员工股权激励中的动态股权调整机制，并有学者提出“动态股权制”，即指公司中拥有企业资本的经营者和管理者为主要对象，通过竞争上岗，将关键岗位、关键人的股本与公司新增的净资产挂钩，实行分层次的按劳动、按资本、按贡献“三位一体”的分配，促进资本保值增值，谋求可持续发展的一套激励和约束新机制。<sup>[1]</sup>但笔者认为，除了员工股权激励中的动态股权调整机制外，股权的动态调整设计在实践中有更多的应用场景，比如创业者为避免将公司股权一次性的配置完毕，通过设置股权池的机制，将预留的一部分股权放在股权池中，股东通过事先约定，根据项目开展的阶段和个人的贡献来分配该预留部分的股权，从而进行二次股权调整。<sup>[2]</sup>

因此笔者认为，股权动态调整设计究其本质是提前对股权架构的变动制定细化规则，人为地制定股权变动的情形与条件，当出现预设的变动情形时，对股权进行增加或减少的调整，如果仅仅在员工股权激励中讨论和定义股权动态调整设计不免过于狭隘。

#### （二）股权动态调整设计的法理基础

股权动态调整设计属于私法自治的范围，所谓私法自治，是指在私法范围内，法律给予个体极为广泛的机会，以法律划定一个宽阔的任意范围，允许其依照自己的自由意愿，去塑造同他人之间的相互法律关系。

就公司法领域而言，私法自治理论表现出商事主体在个人意志的支配下追求利益的最大化。公司实现自治权的主要方式是通过公司发起人共同制定章程或签订股东协议的方式予以实现，以限定股权的内容，以及权利行使的具体方式。

[1] 曾庆宗. 动态股权分配法 [J] 企业管理, 1999, 10:23-24.

[2] 戴培洪. 创业期即需做好股权架构设计——万科股权之争留给我们的启示 [J]. 中国高新区, 2016, 11:83-86.

对于股权设计而言，公司自治的作用一方面在于限制股权设计可能造成的不利影响，保障股东群体之利益；另一方面在于实现资本的自由流动，完善资源的合理配置。股权设计的根本性原因在于权利本身具有的可流动、可转让性，这种流动性的存在为股权动态调整设计提供了可行性依据。<sup>[3]</sup>随着市场经济的不断发展，以及法制化进程的不断完善，我国《公司法》的不断修改，从对公司的“管治”思维向公司进行“自治”作出变化。我国《公司法》中最有魅力的一句话就是“公司章程另有约定的除外”，这句话规定了公司章程可对公司管理的部分事项进行自行约定。

二、股权动态调整设计的必要性

国务院国有资产监督管理委员会、中华人民共和国财政部、中国证券监督管理委员会于 2016 年 8 月联合颁布的国资发改革 [2016]133 号《关于国有控股混合所有制企业开展员工持股试点的意见》中明确员工持股方案应对持股员工条件、持股比例、入股价格、出资方式、持股方式、股权分红、股权管理、股权流转及员工岗位变动调整股权等操作细节作出具体规定，并将动态调整作为国有企业改革员工持股的原则之一，该意见规定要坚持股权的动态调整，建立健全股权内部流转和退出机制，避免持股固化僵化，由此可见动态调整的重要性。具体而言，股权动态调整的必要性主要体现在以下三个方面。

（一）应对目前出资多元化趋势的需要

随着社会经济的发展，股东的出资形式趋向于多元化。股东不仅以货币和可用货币估价且可依法转让的非货币财产作价出资，还会以市场资源、人力资源、信息资源等具有人身依附性的企业资源作价入股。

企业资源可以根据不同分类标准划分为多个种类，但就是否可作为股东出资财产而言，企业资源可以分为两类：一类是依法可作为股东出资财产的资源，另一类是依法不能作为股东出资财产的资源，主要包括人力资源、信息资源、技术资源、品牌资源和文化资源等。关于该类资源，其对企业的重要性主要通过以下两个层面来论证。

其一，根据我国《公司法》第 28 条、第 30 条及相关司法解释的规定，对于以货币财产出资的股东，若出资不实则应当向公司足额缴纳出资，并向已按期足额缴纳出资的其他股东承担违约责任；对于以非货币财产出资的股东，若发现作为设立公司出资的非货币财产的实际价额显著低于公司章程所定价额时，应当由交付该出资的股东补足其差额，并向已按期足额缴纳出资的其他股东承担违约责任。公司债权人请求未履行或者未全面履行出资义务的股东在未出本息范围内对公司债务不能清偿的部分承担补充赔偿责任的，人民法院应予支持。而对于以非货币财产出资的，应当办理财产权转移手续。我们可以发现，我国法律对于股东出资不到位的情形的确进行了惩处规定，但对于不能作为股东出资财产的企业资源的不到位情形却留下完全的法律空白。于是实务中出现了大量股东在入股之前承诺对接相关资源，可事后却并未使得资源定期到位的情形。因此，根据对该类企业资源的到位情况进行相应的股权调整，便在法律空白的衬托下显得尤为重要。

其二，光谈法律空白还不够，关于不能作为股东出资财产的资源，似乎没有明显的物质载体而看似无形，但它们却成为支撑企业发展的基础。在当今社会对于企业而言，更能带来无可比拟的独特优势。比如人力资本，作为股东的出资财产，其重要性亦不容小觑。人力资本出资立法全国范围内早在 2008 年上海浦东、2006 年温州等地区就已经开展初步试点。自 2017 年 1 月 1 日起，广东自贸区横琴片区出台全国首部人力资源出资办法，鼓励企业家、创业者、管理人才、营销人才、技术人才以其自身知识、技能、经验出资入股。可见对于未被纳入公司法规定的出资财产，也因其实在实

[3] 马莲. 股权变动法律问题研究 [D]. 长春: 吉林大学, 2014.

务中所显现的重要性而被允许评估作价入股。在实务中的一次培训课上，我们对三百余名创业者做过一个实验，让大家列举出自己认为重要的挑选合伙人的标准，大家的说法都各不相同，因为我们在股权设计实战中亦是如此，每家公司都有其不同的需求，需求是个性化、差异化的，但是在大家所列的答案中我们惊喜地发现，其中有 80% 的人所列的答案标准都集中于下图的右侧，而只有约 20% 的创业者的答案集中于下图的左侧。下图左侧的要素是《公司法》所规定的股东法定出资范围，而右边所列的这些标准和资源则是《公司法》没有规定且又是创业者在实践过程中最为关注的，所以既然《公司法》没有规定，那么自然就需要在股权设计方案中对这些问题进行明确。否则一旦出现分歧，将无规则可循，轻则易陷入僵局，重则对簿公堂。

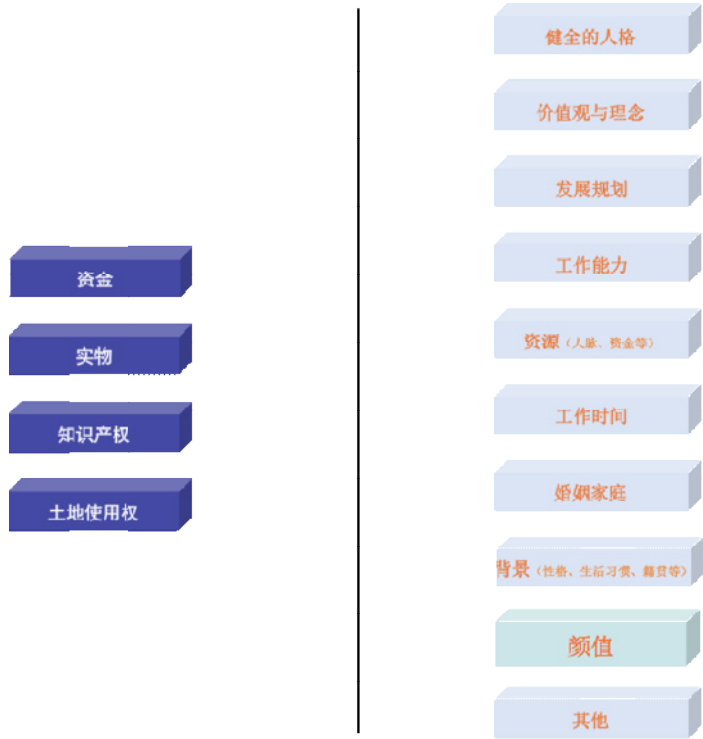


图 1.1 挑选合伙人的标准

由此，我们可以得出对于《公司法》没有规定且又是创业者在实践过程中最为关注的企业资源，我们必须把握其对于企业的重要性，并在股权设计方案中进行细化规定。若在以该类资源作为合作条件时，若对股权予以一次性分配，则未来在股东的资源到位情况上很大程度将存在不确定性，因此，为了促进股权的公平、合理分配，需要提前设计股权的动态调整机制以解决未来资源到位情况的不确定性。

（二）应对衡量股东贡献度的需要

在公司的经营过程中，衡量股东的贡献度绝不仅及于股东的出资体量，对于公司的经营发展而言，股东在各个层面都应当发挥自身的资源价值，而对于股东的贡献度势必需要通过动态的衡量来体现它的价值增减。否则股东只要在首次出资后就成了甩手掌柜，这绝不是社会希望看到的创业企业的发展局面。

北京七八点创业投资有限公司创始人何德文谈到“股权分配中间有很多变量，即使分完了也有很多后遗症”。<sup>[4]</sup>股权资源不同于其它企业资源可以不断地复制叠加，它不能在原有的基础之外增加

[4] 冯珊珊. 创业公司的“股权架构师” [J]. 首席财务官, 2016, 06:72-75.

比例，而只能在其内部进行不同结构的比例调整，这是由其不可替代性所决定的。而一百家企业就有一百种不同的股权架构设计，其作为企业发展的顶层设计，其意义不容小觑。企业在成长，股东也会跟着企业一起成长，由于股东在企业的发展过程中或许会为企业拉动某方面的助力需求，因此对于股权设计方案中的股权分配条款，不能仅仅关注该股东在企业设立初始为企业带来了什么，对于初创企业而言，更应当聚焦的是该股东在企业未来发展的几年中将为企业创造怎样的成绩，提供多大的价值。特别是在股权激励中当中，对于给予激励对象的股权数量的确定，很大程度上取决于对激励对象的未来价值的评判，因此在这种情况下就需要对股权作出一定的动态调整，以实现未来价值与现实价值的相互匹配。

（三）应对股权纠纷日益增长的需要

近年，引起各方争论的“宝万股权之争”不禁让人思考在企业享受主板上市融资便利的同时，也必须接受一个不容置疑的事实，即若是企业创始人和核心创始合伙人的股权架构设计以及公司章程的法律设计未做到足够的严谨性，那么无论企业的体量有多大，都随时存在替他人做嫁衣的股权风险。而如今企业的所有者对于股权结构的意识淡薄，又为企业的未来发展埋下了一颗致命的灰色炸弹。从前些年影响力极大的国美黄光裕控制权之争以及餐饮巨头真功夫家族企业的家族股权内斗，到“罗辑思维”分家，“西少爷肉夹馍”的合伙人散伙，不合理的股权结构设计导致重伤企业元气甚至是创业失败的案例比比皆是。

根据笔者对中国裁判文书网的数据统计<sup>[5]</sup>，截止至 2017 年 4 月 22 日，已公布的 2016 年度全国与公司有关的纠纷的裁判数量已达到了 24204 起，较 2015 年度的 23116 起又有所增长。自 2012 年至 2016 年，全国与公司有关纠纷数量呈逐年增长态势，其中又以股权转让纠纷尤其突出，在 2016 年度的数据统计中，股权转让纠纷占与公司有关的纠纷数量达到 45.85% 的第一大比重，而股权转让则直接涉及到公司的股东构成及股权的架构。虽然数据统计时仍有大量 2016 年未审结的案例和未公布的与公司有关的纠纷案例，但是从目前公布的案例数据来看，与公司有关的纠纷最多的就是股权转让纠纷中，随之便是股东资格确认纠纷、股东知情权纠纷，以及公司决议有关纠纷。导致这些纠纷产生的很大的原因都是因为公司没有进行相应的股权设计，而这不断警醒我们进行股权设计的重要性。

三、股权动态调整的表现形式及实现路径

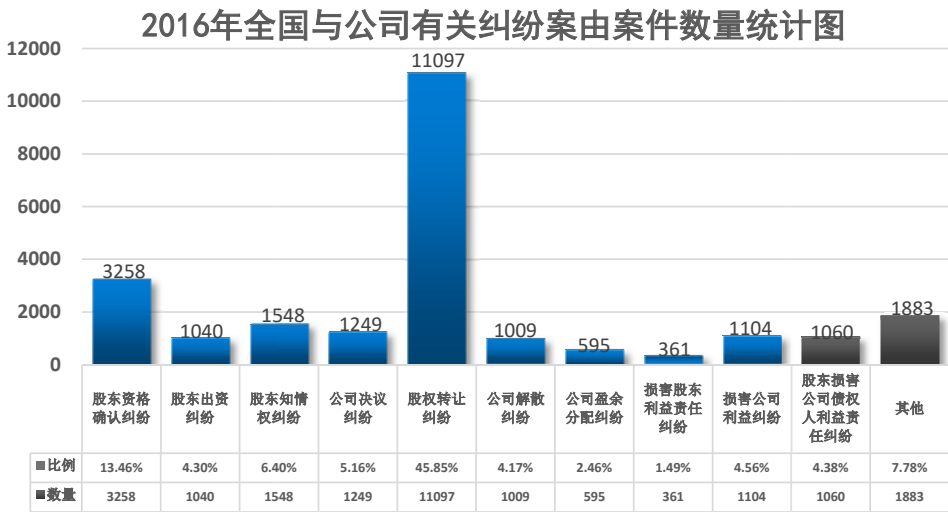


图 1.2 2016 年全国与公司有关纠纷各类案由案件数量统计图

[5] 图表数据截至 2017 年 4 月 22 日来源于中国裁判文书网。

（一）股权动态调整设计的表现形式

1、股权增量调整

以增量的形式来实现股权的动态调整，因不涉及到股东的“既得利益”，所以总体较减量的调整形式而言更易于被其它股东所接受。根据增量股权的来源，该种增量调整方式可以细分为以股权转让的形式实现对目标股东股权的增加和以定向增资的方式实现对目标股东股权的增加。

（1）以股权转让的形式实现对目标股东股权的增加。这种方法指的是大股东将自己事先预留的股权附条件地赠予或转让给达成相应目标的股东或激励对象，因为根据《公司法》的规定，在股东之间若无特殊约定的情况下，股东内部转让股权无需经过其它股东的同意，因此这种调整形式的可操作性较强，程序上也更为灵活简便，但是由于调整股权的来源为大股东所持有的股权，如此前未做相应的股权预留，将会影响大股东控制权的实现。

（2）以定向增资的方式实现对目标股东股权的增加。类似于股权的附条件赠予或转让，股权的定量增加也是以增量的方式对股权进行动态调整，但是其实现的途径并非是存量转让，而是以增资扩股的形式得以实现增量调整。除了考虑对未达成目标的股东或激励对象对增资的认购权予以附条件地限制之外，笔者更推荐以下这种定量增加的方式——如果公司在经营过程中有相应的可分配利润，而且股东或激励对象在达成相应的目标之后有望使公司的利润得到提升，那么可以在此后几个年度中，将利润中的增长超额或全部利润合理地分配给该些人员。而分配给该些人员的利润由其用于转增公司的注册资本，如此操作，将会使未达到相关考核标准的股东或激励对象所占的股权比例因为注册资本金的增加而予以相应的稀释，从而实现股权的动态调整。

值得一提的是，虽然以定向增资的方式对股权进行动态调整对于大股东的控制权影响较小。但根据《公司法》第四十三条的规定，公司增资需要经过股东会三分之二以上表决权的股东通过，因此这种动态调整的实现方式在程序性上较为复杂，且因需要经过股东会特别多数才可通过，因此在实际操作过程中，所受的变数较大，程序上较为复杂。

2、股权减量调整

（1）以股东回购的方式实现对目标股东股权的减少。与以上的方式都不同，以减量的方式实现股权的动态调整，即由大股东按照一定的价格回购未达成目标的股东或激励对象所持有的股权。这种方式较上述的增量方式而言，在实现动态调整上更为直接。但是毕竟直接回购意味着将股东已经拿到手中的股权又得还回去，一般的股东或激励对象对于这种调整形式都难以接受，所以往往在实现上有一定的难度，并且容易引发纠纷，需要在前期进行股权细化设计，约定具体的回购情形、回购价格及回购主体。

①关于回购情形。在现实中每家公司的情况各不相同，因此所考虑约定的回购情形也不尽相同。笔者建议在设置约定的回购情形时通常应从两个角度进行考虑，一个是股东的主动退出，另一个是股东的被动退出。

第一，股东的主动退出，是指股东主动要求退出创业项目，放弃其所持有的股权，包括股东主动要求对内或对外转让公司股权，要求公司回购其股权，要求就公司对其所持有的股权进行定向减资。在实务中通常会考虑到股东的退出对创业项目会有一定的冲击，并且考虑到公司创业团队在创业前期的艰辛付出，一般对股东对外转让股权持谨慎支持的态度，为了提高创业项目的稳定性和成功率，通常会建议创业者在退出机制中约定一定的禁止退出的年限。该年限约定的长短通常取决于公司的实际情况和需求，但需要注意的是，设置一定退出期限的目的并不是限制股东的“人身”自由，而仅是在不同期限的回购价格上设置差别。

第二，股东的被动退出，是指当出现股东之间所约定的某些退出情形时，就要求相应股东强制性地转让其股权，剥夺其股东身份。关于股东的强制退出，不同性质的股东所要考虑的情况不尽相同，比如说激励对象中的员工股东，由于这部分股东同时兼具劳动者和股东的双重身份，因此在强制退出的情形设计时就要考虑到该部分股东的劳动关系问题。

②关于回购价格，笔者认为其需要与上述股东的退出情形相互匹配。

第一，股东主动退出的情形下回购价格的确定。由于股东主动退出最大的限制条件是时间，因此在回购价格的设计上可以考虑根据时间来进行设置。如股东之间约定五年之内不能退出，那么在价格的设置上可以约定五年内按原价进行回购，超过五年可以按照其它较高的价格进行回购。对于较高价值的确定，通常按照公司的估值、公司的净资产或者按照一定的年利率等进行计算，并按照各个价格的孰高原则确定最终的回购价格。若一家公司的股东约定五年之内不能退出，那么是否可以约定若股东在五年内主动退出的，按照低于原价，甚至是设置零元回购呢？我们认为这种约定在原则上是不可取的，因为根据公平原则、诚实信用原则以及禁止权利滥用原则，我们在设计相应的股权回购价格时要考虑到一定的公平性和合理性。因此，如果设计极为不公的回购条款，一旦引发纠纷，极有可能会因为显失公平而被法院撤销相关的约定，从而导致适得其反的尴尬局面。但是如果公司在成立后经营不善而一直处于亏损的状态该怎么办？如果让股东按原价退出岂不是从某种意义上来说退出的股东还能避免相应的经营风险，其实按照前述的以孰高原则确定回购价格的逻辑，在这种情况下也可以根据公司净资产、原价、公司估值的孰低原则来确定相应的回购价格，并且如果股东因退出给公司造成实际损失的，也可约定要求其承担赔偿责任。

第二，股东被动退出的情形下回购价格的确定。由于股东被动退出的情形大多属于其有主观过错的情形，因此对于这种情况的回购价格设计，应当具有一定的惩罚性。因此我们可以根据上述方法——根据公司净资产、原价、公司估值孰低的原则来确定相应的回购价格，并且如果股东给公司造成实际损失的，也可约定要求其承担赔偿责任。

③关于回购主体，在回购主体的选择上要考虑公司的实际情况和相关回购主体的支付能力。一般公司在选择上会确定以下几种回购主体：一是大股东或实际控制人。从公司控制权等角度考虑一般由公司的股东或实际控制人进行回购，并由其同退出的股东签署相关法律文本，而回购的价款一般也由大股东进行承担。二是由各股东按其错持股比例进行平摊。但是考虑到大股东在有时也会出现购买力不足的情况，所以我们通常在相应条款中设计回购经回购主体同意的，可以由各股东按股权比例进行回购，如遇特殊情况的由股东会按重大事项表决程序通过。三是经过股东会程序同意的第三方主体进行回购。考虑到公司在实际发展的需要，也可以经过股东会程序同意由第三方主体对退出股东的股权进行回购，以实现老股东退出和新股东进入的同步完成。

（2）以减资的方式实现对目标股东股权的减少。这种退出方式是指公司减少注册资本来实现股东的退出，其实质是公司回购了退出股东的出资。

这种方式的好处是其它股东不需要另行筹集股权的购买款，但是前提是需要公司其他股东的同意以及配合，因为，公司减资至少需要三分之二以上表决权股东同意，同时，公司减资的程序比较复杂，需要编制资产负债表、财产清单、公告与债权人协商债务偿还或担保事宜等等，并且公司减资还需要进行公告公示其整个周期流程也比较长。受制于上述原因公司的减资程序适合于股东之间分歧较小，且对外债务不多的公司。

（3）以公司回购的方式实现对目标股东股权的减少。股东除了以转让股权、减资的方式进行退出之外，《公司法》第七十四条还规定了股东请求公司回购股权的退出方式，该条规定有下列情

形之一的，对股东会该项决议投反对票的股东可以请求公司按照合理的价格收购其股权，（一）公司连续五年不向股东分配利润，而公司该五年连续盈利，并且符合本法规定的分配利润条件的；（二）公司合并、分立、转让主要财产的；（三）公司章程规定的营业期限届满或者章程规定的其他解散事由出现，股东会会议通过决议修改章程使公司存续的。同时该条规定自股东会会议决议通过之日起六十日内，股东与公司不能达成股权收购协议的，股东可以自股东会会议决议通过之日起九十日内向人民法院提起诉讼。由此可见，《公司法》在公司回购股权的问题上无论是前提条件还是程序规定上都极为严格。

因《公司法》规定一般情况下公司不得自持其股权，因此公司在回购股东股权之后又将进行减资程序，这无非又为该种退出方式增加了复杂的程序。

（二）股权动态调整设计的实现路径

1、调整规则的细化与量化

（1）调整规则实体上的细化与量化。对企业而言，相关实体资源的投入标准及对激励对象的考核机制的细化、量化程度将是股权动态调整的基础。股权动态调整的依据就来自于此，因此如果需要对股权布局进行动态调整，笔者建议要对相关标准尽可能的进行细化和量化，并建立起相应的考核机制，关于考核机制公司可根据每年考核指标确定评分系数，并根据评分系数确定分配比例，具体考核指标及评分标准，可以由公司另行制定相应的制度。

（2）调整规则程序上的细化与量化。除了在实体上要对相关资源的投入程度进行细化和量化以外，对股权动态调整的程序也要进行提前的细化安排，在具体的程序规则制定上建议应注意以下几点：

首先，一般建议应当先明确调整的总协调人，由总协调人负责拟定股权调整标准，而在总协调人的选任上我们建议选择对公司人员有充分的了解，对全局有一定的把控的股东且该股东，关于总协调人，建议不得参与后期股权动态的调整，与各方没有利益冲突关系，相对较为公平与客观。

其次，相关的调整标准要经过股东会的审议批准，这是因为股权的动态调整涉及到对股东利益的重大影响，因此相关标准要经过全体股东的讨论并且相关标准还要经过股东会的审议和批准。

再次，涉及到被调整的相关股东，应该根据工作岗位职责以及股权调整标准，提交用于自评的《工作报告》，作为考核的依据。同时总协调人根据《工作报告》所反映的工作情况主持进行互评并对最终的调整范围进行确定。

最后，建议股东会对各涉及调整股东的分配条件及分配比例审查确认，条件满足后，完成登记等相关程序。

（3）调整规则细化与量化的设计示范。“成熟条款”常见于投资协议中，其中“成熟”一词来源于英文的 **vesting**，在常用的投资协议中除了成熟外，也被翻译为“兑现”或者“释放”。其在投资协议中的一般表现形式为创始股东和投资人之间进行约定，创始人在投资人进入之后，其所持的股权在所约定的成熟期内逐步“成熟”，在成熟期内可享受分红权和表决权，但是如果要进行转让，只能就已成熟的条款进行转让，未成熟的部分只能以极低的价格转让给投资人，这种形式从外观上来看类似于股权激励中的限制性股权，但究其本质实际上是一种通过在现有权利上增设权利负担的形式，来实现在不变的存量中进行动态调整的形式。

①按工作时间设置成熟条件。在分期成熟的模型下可以按照公司的实际需求来确定股权成熟的条件，最直观也是最常见的设置形式为时间，即可在一定时间内平均设置成熟速度，如约定的成熟期为4年，每年成熟25%；也可以在一定时间内加速或减速实现股权成熟，如约定成熟期为4年，第一年成熟10%，第二年成熟20%，第三年成熟30%，第四年成熟40%等，减速反之。

②按项目进度设置成熟条件。因为项目的进度和一些资源的投入有着直接的关系，且考虑到一些处于初创阶段的企业或是按照项目制经营的公司，项目的进度是实际控制人或投资人首要关心的内容，因此可以按照项目的进度来对成熟条件进行约定，如针对公司的技术开发人员可设置这样的成熟条件，当其完成产品的设计工作可成熟 10% 的股权，完成产品的研发并制作出样品可成熟 20% 的股权，当产品上市后可成熟 30% 的股权，最后产品在质保期内无发生召回或验证缺陷问题的可成熟最后的 40% 股权。

③按融资进度设置成熟条件。如果对公司融资有较高目标的也可按照融资的进度来设置相应的成熟条件，融资的进度可以按照融资的轮数来进行设置如当公司完成 A 轮融资时可成熟 40%，当完成 B 轮融资时可成熟 60%；当然如果对于融资轮数目标不确定的，也可以按照融资的数量来进行设置相应的成熟条件，如当融资 500 万时可成熟 15%，当融资达到 1000 万时可成熟 20%，当融资达到 5000 万时成熟 30%，当融资达到 1 个亿时可成熟剩余的 35%。

④按项目业绩设置成熟条件。按照项目业绩设置成熟条件，是最直观的调整形式，而这种条件的形式在设计上也比较简单，只要约定相应的业绩目标和成熟比例即可。

2、建立协商讨论机制

除了细化和量化，股权动态调整的另一个要义在于协商和沟通，股权动态调整的目的在于为了公司更好的发展，而非令公司和股东陷入不必要的纠纷之中，而纠纷的避免很大程度取决于各方股东对于调整机制的接受程度，而接受程度的高低则来自于调整机制的制定和事实有无经过充分的协商。

首先，在是否要进行动态调整以及以何种方式进行调整，这一问题上就需要各方达成合意和共识，切忌由大股东来单方面决定是否进行股权的动态调整以及制定相应的调整的规则；

其次，在制定调整标准和考核机制的过程中要充分发挥民主，各方股东要对细化和量化的衡量标准进行充分的协商，在标准的制定中完整的听取和采纳各方股东的意见，使得相关规定在制定伊始就尽可能的消除各方的不满情绪；

再次，对于调整的比例制定也要进行协商，避免过于偏激的调整方案的制定；在考核过程中也要充分的协商，听取相关股东和激励对象关于没有达成目标的原因和看法，考虑是否合情合理，是否需要进行调整，在怎样的范围内进行调整这些都要进行协商；

最后，在调整的过程中也要中也要进行充分的协商，对于回购或授予的价格确定要经过双方充分的沟通，避免因此产生相应的纠纷。

**结语：**由于对该论题尚处在研究，本文在论证和描述方面还有一些欠缺的地方，虽然经济学领域对股权动态机制具有一定的研究成果，但笔者并未对此进行细致研析。因此笔者日后将结合相关经济学知识予以探究，以期能从理论和实务两个层面对股权动态调整设计一命题探究新思路，新方向。

企业生命周期视角下公司治理中“三黑”危机及应对

——从“国美控制权争夺案”说起

北京大成（杭州）律师事务所 吴爱华

**【内容提要】**公司治理是什么？是董事会,是股东会(股东代表大会),是监事,是职工代表大会等,这些观点,似是而非,亦正确,又不完全正确。那么，公司治理到底是什么，其本质为哪些？企业生命周期有什么样的规律？本文试从“国美控制权争夺战”这一经典案例入手，从企业生命周期的规律出发，着眼于揭示公司治理的本质，挖掘出每个周期内公司治理的表现，如何因案施策、因时制宜，应对公司治理里三“黑”危机。文章认为，公司治理，归根结底，管理企业内部各种关系的总和，包括不同功能的子系统，所有者子系统、经营者子系统、监督子系统和市场子系统等。具体来说就是解决三种“黑”与“被黑”的关系问题，一是股东之间相互黑的问题；二是经理人黑老板的问题；三是公司实际控制人黑利益相关者的利益问题。结合企业生命周期规律，以及各阶段出“三黑”危机的概率，针对不同企业的特点找到解开“三黑”危机之谜。

**【关键词】**公司治理本质生命周期危机

“国美控制权争夺案”由来和实质

1987 年，国美电器控股有限公司在百慕大注册成立。2004 年，在香港交易所上市。2006 年 7 月，国美收购永乐，陈晓出任国美集团总裁，与国美集团董事局主席黄光裕共同执掌国美电器。2008 年，黄光裕出事入狱。实际掌控国美经营控制权的陈晓，采取引入贝恩资本、高管激励等有效举措，带领国美走出困顿。但是陈晓此番举动，引发黄光裕的不满。2010 年 8 月 4 日，黄光裕提出召开特别股东大会，提议撤销国美在股东周年大会上通过的涉及增发的一般授权，同时要求撤销陈晓执行董事和董事局主席，撤销孙一丁执行董事职务。双方矛盾恶化，开始了“口水战”。

2010 年 9 月 28 日，国美电器召开特别股东大会，就董事局高管人员、股东周年大会一般授权等议案投票表决。表决结果为，黄光裕方面提出的五项决议中，仅“撤销国美电器在股东周年大会通过的配发、发行及买卖公司股份的一般授权”这一项获得通过，其他的包括撤销陈晓执行董事兼董事会主席职务、撤销孙一丁、邹晓春执行董事职务等四项决议均遭否决。“黄陈之战”，陈晓胜出。

回顾整个事件前因后果，不难发现，“国美控制权争夺案”实质是一场“股东会主义”与“董事会主义”的较量，是“董事会中心主义”引发的控制权之争的公司治理危机，是经理人“黑”老板较为成功的典型案件。

此案引发了的关于公司控制权方面广泛深入的思考。我国是大陆法系，在公司治理尊崇“股东会中心主义”，而不是“董事会中心主义”。但近年来，从我国公司的运行实践表明，“股东会中

心主义”某种程度让位于“董事会中心主义”是现实发展的客观要求。同时，企业有其自然的生命周期，在其生命全周期内，如何掌握其控制权，不仅是一场较量，更是一本学问。本文基于企业生命周期及理论研究，试从企业生命的各个周期的特征出发，分析在不同阶段公司治理及治理系统，使其所发挥的治理效能，从而找到造成公司治理系统的不平衡状态的根本问题，提出相应的解决思路，进一步完善完善公司治理的模式，促进企业更好地向前发展。

一、公司治理及治理体系

实践中，公司治理及其治理系统的研究，我们一般是以所有者与经营者之间的委托代理关系为出发点，从股东、经营层之间的内部权力控制来设计和建立公司治理系统。而并未过多考虑外部环境，诸如公司自身的生命周期各个阶段的不同特点和需要等客观因素，来考虑对公司治理的影响。

因为公司生命周期是动态的、发展的而且是富有规律的，公司治理系统应该遵循企业生命周期规律，公司治理系统内部在企业不同的发展阶段必然发生动态变化。我们应该只有充分了解这些变化和差异，才能建立真正有效管用的公司治理系统。

(一) 公司治理

公司治理在理论研究上有广义和狭义之分，狭义上的公司治理侧重于传统公司以股东利益为中心而设计的有关公司所有权配置的制度安排；广义上的公司治理则引入利益相关者理论，不仅包括公司内部机构的治理，还包括公司外部的市场体系及其他利益相关者的治理。<sup>[1]</sup> 公司治理是管理企业内部各种关系的总和。限于篇幅和表达重点，本文所论及的公司治理主要侧重于从狭义的角度，研究公司内部治理行为，分析处于不同企业生命周期的公司治理系统，以有效地进行公司治理。

(二) 公司治理体系

公司治理，从系统的角度看，是一个相对开放的系统，是内部治理与外部治理的统一。根据利益相关者理论以及企业治理相关理论和实践，构成公司治理系统的部件包括股东、债权人、股东大会、董事会、监事会、经理层、消费者、供应商、雇员等等，这些部件通过既定的运作机制相关联，构成不同功能的子系统，这些子系统共同构成的公司治理系统。<sup>[2]</sup> 笔者认为，公司治理系统呈开放式，会随着时间的推移而有所不同。但总体来说，该治理系统可由所有者子系统、经营者子系统、监督子系统和市场子系统等四个子系统组成。

从公司内部机构的治理角度来看，公司治理核心问题是所有者（股东）与经营者（经理）之间的委托代理关系。<sup>[3]</sup>

第一，所有者子系统由股东、债权人以及股东（代表）大会及其运作机制构成。股东是企业的所有者，股东大会（股东代表大会）是企业的最高权力机构，股东通过股东（代表）大会的组织形式和运作机制对公司经营活动进行监督控制。

第二，经营者子系统由董事会、经理层、公司组织机构及运作机制构成。董事会是公司决策机构，董事会有其自身的组成部件和内部结构，包括董事、董事会会议以及董事会下属可能设置的薪酬委员会、提名委员会、审计委员会和战略委员会等。经理人是公司经营战略的执行人。董事会与经理人核心是授权关系。公司通过经营者子系统相应的组织机构及运作机制，实现企业联系内外部联系，并根据外部环境作出迅速反应。

第三，监督子系统由监事会、职工代表大会、工会及其运作机制构成。其中，监事会是监督机构，

主要负责对企业的董事、经理人员履行职务时的违法乱纪行为进行监督，它由股东大会（股东代表大会）产生，向股东大会（股东代表大会）负责，是企业所有者监控企业经营者经营行为的有效工具。此外，公司员工还会通过职工（代表）大会、工会等组织，参与公司治理，履行监督职责。因此也是监督子系统的有效组成部分。

第四，从利益相关者理论的角度来看，利益相关者通过从外部对公司施加约束和监督，来保障自身的利益不受侵害，这是治理公司的根本目的。<sup>[4]</sup> 市场子系统，主要是指包括公司外部的市场体系及其他利益相关者的治理，如消费者、供应商等利益群体，公司与其之间的交往要遵循市场运行法则、规范等，构成公司治理系统的市场子系统。

有学者从另外一个层面解释公司治理系统，公司治理本质为管理企业内各种关系的总和。具体来说就是解决三种“黑”与“被黑”的关系问题，一是股东之间相互黑的问题；二是经理人黑老板的问题；三是公司实际控制人黑利益相关者的利益问题。<sup>[5]</sup> 其中前两者狭义上的公司治理，第三种为广义上的治理。作为企业老板，如何防止其他股东“黑”自己，主要涉及股权结合设计、控制权争夺、公司章程制定等问题；与此同时，要防止经理人“黑”自己，比如，主要涉及董事会制度、信息披露制度和股权激励制度等内容。笔者认为，马永斌教授的观点通俗易懂，也简明扼要地道明了公司治理的某种“本质”。和前文所述的“所有者子系统、经营者子系统、监督者子系统、市场子系统”表达的内涵基本一致。

二、企业生命周期里的公司治理

(一) 企业生命周期及理论

爱迪斯 (1997) 在他的《企业生命周期》一书中，指出企业的生命周期要经历成长阶段（企业的孕育期、婴儿期与学步期、青春期、盛年期）与老化阶段（稳定期、贵族期、官僚期与死亡期）。企业的成长与老化主要通过灵活性与可控性这两大因素之间的关系表现出来。他认为“企业年轻时充满了灵活性，但控制力却不一定总是很强；企业老化时，关系变了，可控性增加了，但灵活性却减少了。”灵活性强，企业变革相对容易，但控制水平较低；控制力强的企业往往缺乏灵活性，缺乏变革的意向。在不同的阶段，企业可能会陷入不同的陷阱中。如在学步期，企业易陷入创业者陷阱；在青春期，面临新人与元老的矛盾。理查德 L• 达夫特 (1999) 在总结拉芮 E• 格利纳、罗伯特 E• 奎恩和克姆• 卡麦尔森等人的理论基础上，提出组织发展经历四个主要阶段：创业阶段、集体化阶段、规范化阶段、精细化阶段，并从结构、产品或服务、奖励与控制系统、创新、企业目标、高层管理方式等六个方面对组织在这四个阶段的特点进行描述。同样的，在这四个发展阶段中，企业面临着不同的危机。国内学者杨杜 (1996) 从规模与业务范围探讨企业成长理论，他认为企业的长期发展过程是一个有原始多元化、小规模生产到专业化大规模生产，再到多元化持续成长的过程。

笔者认为，企业生命周期到底分为哪几个阶段并不重要，各种划分阶段大同小异，不同划分均由其合理性。要将企业生命不同周期的特点凸显出来，从来明确相应阶段最应适用的公司治理模式，这是重中之重。为简便表达观点，笔者不妨将企业生命周期大致经历四个阶段：创立期、成长期、成熟期和衰退期四个阶段。每个阶段均具有明显的特征，公司治理系统的运作机理不同，应不同阶段的差异制定具体治理措施。

(二) 企业生命各阶段的公司治理

[1] 孙绪鑫：《基于企业生命周期的公司治理系统研究》，企业之窗 2017 年第 4 期

[2] 同上。

[3] 石莹、赵建：《企业管理、公司治理与治理公司的概念界定及其联系：制度经济学视角 [J]》，理论学刊，2009(01)。

[4] 石莹、赵建：《企业管理、公司治理与治理公司的概念界定及其联系：制度经济学视角 [J]》，理论学刊，2009(01)。

[5] 马永斌，《公司治理之道——控制权争夺与股权激励》，P2，清华大学出版社，2013 年 5 月第 1 版。

企业组织形态及所处发展阶段的不同决定了企业具有不同特点的治理结构和管理模式。<sup>[6]</sup>

1. 各阶段公司特点及公司治理的内容

(1) 创立期。企业创立初期，企业组织结构简单，生产经营者与管理者经常合二为一，管理体制采取集权模式，企业主往往既是老板，又是经理员工（打工者），企业主既负责公司的规划发展，又负责具体事务。企业家是企业的灵魂，拥有很高的权威。此时，公司生产规模比较小，员工也不会太多，一般情况就几十号人。这时候管理对企业家来说相对比较容易，信息在老板和员工之间基本上是对称的，对员工面对面的监督也比较容易。产品市场份额比较低，固定成本相对大，资本主要是股东投入的股本和少量的债务，企业盈利能力较低，现金流转不顺，一般会出现财务困难，企业的重心在于如何获得生存。

因此，创立阶段的公司治理，重点是健全经营者子系统，关键是建立授权体系和核心管理团队。

(2) 成长期。企业基本形成了自己产品系列，产品市场份额稳步提高，市场竞争能力逐渐增强，业绩增长速度加快，市场子系统效能越来越大，股东可能够获得较好的持续的利润，所有者子系统效能较创立初期来说，作用表现不如创立期；成长期，企业会在保持现有较快发展的速度的同时，不断寻求新的业务和利润的增长点。

随着企业的发展,企业管理层的决策管理和风险管理的逐渐增强,所有权与经营权正在逐渐分离,企业此时一般会采取“合作治理类型”<sup>[7]</sup>分权经营管理模式逐渐得到完善,有管理经验的职业经理人不断被吸收到企业中来,监督机制更加规范,因此经营者子系统更加重要,监督子系统逐步完善并发挥出更大的效能。因此，成长期的企业应重点健全经营者子系统和市场子系统，关键是建立与市场战略相匹配的核心管理团队及授权体系。

(3) 成熟期。企业通过成长期的发展，取得了原料和销售的控制权，基本形成了比较完整的产业链，市场子系统效能逐渐降低；企业资金雄厚、技术先进、人才资源丰富、管理水平提高，具有较强的生存能力和竞争能力，股东有稳定的投资回报，对企业的关注度下降，所有者子系统效能低下。成熟后期，经营管理工作比较规范，但由于进入成熟后期，企业效益可能开始下降，成本或许可能开始上升，企业内部会滋生官僚主义倾向，经营者子系统的效能表现不明显，甚至效能低下。企业处于成熟期阶段，员工通过职工大会、职工代表大会、工会等组织形式，积极参与到公司治理，监督公司经营行为。

成熟期的企业，提升经营者子系统的能力，充分发挥监督子系统的效能，显得尤为重要。因此，重点为健全监督子系统和经营者子系统，建立有效的监督权、控制权，加强风险管理，有效防止经营者决策失误或腐败对企业造成重大损失。

(4) 衰退期：企业产品市场份额逐渐下降，尝试的新产品或失败，或被市场所接受存在障碍，市场子系统难以发挥作用；企业管理阶层，较大程度存在“人心散”的局面，他们创业激情或许不足，享受主义、官僚主义抬头，部门之间合作也不够畅通，甚至相互推诿责任，经营者子系统效能较为低下。企业逐渐出现亏损，出现股东抛售、转让股份，所有者子系统效能低下，员工逐渐失业、税收逐渐减少，可能发生资产流失，经营者以权谋私等，引发社会负面影响，监督子系统需要更加坚固，有效发挥机能。

衰退期的企业应重点健全监督子系统，此时公司治理系统就等同于监督子系统，关键是处理好企业衰退对社会、员工的不利影响。

2. 各阶段公司治理可能存在的“三黑”问题及表现形式

(1) 各阶段或然的“三黑”问题

A. 创立期可能的“三黑”问题

如前所述，企业在创业期，所有者多为经营者，股权集中在少数几个人手上，所有权和经营权未呈现分离的状态，公司组织机构尚未规范化，制衡机制几乎不存在，组织结构也不明晰，但内部的沟通和协调直接、容易，有利于企业的运营。因此时生存是其首要目标，企业关注的是人力物力投放于技术、产品和服务，公司治理结构相对简单灵活。

此阶段，公司治理结构表现为内部监控模式，“三黑”问题，及经理人“黑”老板的情况不常见，股东之间相互“黑”的情况也不常见，公司控制权人“黑”利益相关者（主要是债权人）的情况，也相对来说，发生的概率并不大。

B. 成长期可能的“三黑”问题

处于成长期，市场对企业产品的接受度逐渐提高，企业盈利能力不断增强，此时企业的重要目标是扩张市场，加快占据市场份额。企业为了做大做强，会向市场进行融资。融资从来源性的角度看，可分为内源性融资和外源性融资。其中，内源性融资是指企业通过内部积累的方式实现融资，包括原始资本投资、利润转投资和折旧。外源性融资是指企业通过一定的途径或借助某种工具获得外部资金，包括债权融资和股权融资。显然，企业要想迅速做大做强，仅靠内源性融资是远远不够的，必须靠源源不断的外源性融资。

企业逐步引入战略投资者，原有创立者合二为一的权力开始出现分离。如创立者采用股权融资，既不断稀释自己的股权，吸引新的股东进入公司。而股权融资，往往会使得股东之间的关系变得较为复杂，由于利益诉求不同，控制权大的股东可能会侵占控制权小的股东，即股东“黑”股东的情形就会发生。

同时，随着企业组织规范化，企业权力机构、管理机构和监督机构之间的权限界定开始明晰，权责利逐步形成制衡机制。当信息不对称、监督困难、利益不一致时，代理、监督成本亦会因此而增加，就会出现经理人“黑”老板的问题，经理人应该选择的“用手投票”可能就会变成“用脚投票”。

成长期的公司治理结构，因为存在关键控制人以及引入战略性大股东而更多的仍然是一种内部监控模式，需要有序的部门设置，细化管理规范和流程，引入职业经理人，初步建立内部决策监督机制和激励机制（包括股权激励机制等），在这个阶段，股东互“黑”、经理人“黑”老板、公司控制权人“黑”利益相关者（主要是债权人）的情况都有可能发生。

C. 成熟期可能“三黑”问题

企业进入了成熟期后，关注的重点转向保持市场份额，而运营、盈利和发展能力的滞缓促使企业向外寻求能为企业带来新动力的投资者，出现了多元化的股权特征，企业的绝对控股格局向二元或多元控股的制衡格局发展。此时，要针对成长期可能出现的“三黑”问题，尤其是经理人“黑”老板的情形，制定相应的更有有效的激励机制，注重内部激励机制与外部市场条件的相协调，设置合理标准，同时避免股东因拒绝支付较高的监督成本而疏于参与公司治理，依赖外部市场机制以实现自身的利益。

成熟期的公司治理结构因股权相对分散而开始转为市场监控模式，对组织结构进一步细化，加强内部监督机制和更为有效的激励机制，成为常态。在这个阶段，“三黑”现象要视具体情况分析是否可能发生，如董事会制度完善，股权激励制度比较合理，则股东互“黑”、经理人“黑”老板的情况发生的概率就会降低，公司控制权人“黑”利益相关者（主要是债权人）的情况有可能发生。

D. 衰退期可能的“三黑”问题

[6] 王春：公司治理模式的权变分析—基于企业生命周期理论 [J]. 企业发展，2009(09).

[7] 王春：公司治理模式的权变分析—基于企业生命周期理论 [J]. 企业发展，2009(09)

处于衰退期的企业，产品研发创新能力、企业的运营能力、盈利能力和发展能力均可能出现严重不足的局面，内部股东间的“搭便车”效应明显，投资者更多的是关注公司的短期收益而不是长久的治理，“用脚投票”成了常态。

这个阶段，在追逐利益的驱使下，容易出现“短视”行为，“三黑”现象即股东互“黑”、经理人“黑”老板，以及公司控制权人“黑”利益相关者（主要是债权人），只要具备条件，发生的概率均较大。

#### (2) “三黑”问题表现形式

##### A. 股东互“黑”的问题表现形式

控制权一旦集中在少数大股东的手上，就可能导致大股东掠夺小股东权益的问题发生。因此，大股东控制公司后，会利用公司的资源优势，损害其他股东尤其是小股东的利益。比如将公司的资源转移到自己占绝大多数股份的企业中。股东“黑”股东的常见表现形式有：不公平的关联交易、资产置换、金融运作（抵押担保）、转移风险，以及“分红 + 配股”等。

##### B. 经理人“黑”老板的表现形式

经理人“黑”老板，对企业家利益侵犯主要有两层含义，一方面是经理人不能以股东（老板）的利益为首要诉求，在决策考虑上，并不是优先考虑股东的利益，而是自己的利益；另一方面是经理人有意图利用手中的权利为自己谋私利。经理人“黑”股东（老板）主要表现为贪污腐败、不合理的职务消费、不作为和短期行为等四种形式，其中，贪污腐败行为，为直接侵害老板的资产，是最主要最常见的形式，不合理的职务消费是一种普遍行为，不作为（偷懒行为）则是常见行为，短期行为则是比较隐蔽的，难以防范、让人头疼的经理人“黑”老板的行为。

##### C. 公司的实际控制人“黑”利益相关者的利益表现形式

利益相关者的范围很广，既包括前面两种“黑”的主体和对象，又包括其他的利益相关者。公司的实际控制人“黑”利益相关者的利益，主要表现在损害债权人的利益。表现形式较为广泛，比如为损害公司债权的利益，以公司的资产和信誉，对外提供不必要的担保；以低于市场价的手段处置公司资产，以及第一种“黑”，即股东“黑”股东（常常表现为“大股东‘黑’小股东”）当中使用的手段，均能在一定程度上，表现为公司的实际控制人“黑”利益相关者。由于此处为相对广义的公司治理问题，限于篇幅和主题，笔者不作赘述。

#### 三、企业生命周期里公司治理中“三黑”危机的应对

##### (一) 结合所有权、控制权等安排，对企业治理机制重新认识和编排

公司治理应当动态化的眼光来研究，对其治理模式当然要也要动态化的视觉才可能得出更为靠谱的结论。公司治理中为何出现“三黑”现象，归根结底为由于企业所有权、控制权的分离，导致了利益不一致。

不难发现，如果我们将所有权和控制权的状态拆分组合，就会形成不同的公司治理模式。国内学者陈维政和赵昌文(2000)指出，企业的所有权安排不外乎三种模式：两权合一，即所有者和经营者合二为一；两权相对分离，即所有权与经营权相对分离；两权完全分离，即所有权和经营权完全分离的模式，法人财产权与出资人所有权逐步分离。这种关于企业所有权安排的划分是符合实际情况，并且撇开所有制等问题，将不同所有制的企业放在同样的环境中进行研究。

所有权与控制权的不同安排，产生了三种治理机制<sup>[8]</sup>：

1. 两权合一情况下的治理机制。由企业所有者独占剩余索取权和剩余控制权的模式，即企业所有者拥有决策权、管理权、奖惩权和任命权等控制权力，并且对企业收入在扣除所有固定的合同支付

余额（利润）的要求权。在这一阶段，企业要面临的主要治理问题是企业主个人或家族决策的问题，如何能使经营决策科学化、合理化，减少企业主的决策偏差，以保证企业目标的实现。据前文所述，由于所有权和控制权的统一，公司治理中的“三黑”现象，除第三“黑”即公司的实际控制人“黑”利益相关者发生的概率高一些外，其余两“黑”发生的概率要低。

2. 两权相对分离的情况下治理机制。所有者和经营者两职分设，经营者参与部分剩余索取权和控制权的分配。在这一阶段，企业已经开始面对委托代理问题，如何减少代理成本，如何有效地激励和约束经理人员。

3. 两权完全分离的情况下治理机制。出资人通过股东大会行使权力，由于决策权分散、信息不对称等原因，无法控制企业的经营决策，而经营者逐步控制企业，成为企业真正的所有者。这一阶段的主要治理问题是内部人控制的问题，经理层或大股东拥有信息优势，出资人对经理层缺乏直接的监督和控制，容易出现经理层或大股东侵害其它出资人利益的现象。

笔者认为，所有权和控制权分离，是导致“三黑”现象的根源所在。因此所有权和控制权分离的程度越大，越容易产生本文所指“三黑”现象，也是要引发重视。

##### (二) 针对各阶段可能发生的“三黑”问题，采取有针对性的举措

##### 1. 股东“黑”股东（或股东互“黑”）的解决思路

股东之间互“黑”是个很严重的问题，解决不好，企业将会面临很大问题，股东的财富得不到保证，投资也就失去了兴趣，企业发展将面临无水之源、无本之木的境地。

##### A. 非上市公司中的思路

对于非上市公司，主要解决思路是通过公司章程来确定相应的权利义务。股东权利的保护，就是加强对小股东权利的保护，因为公司中存在控股股东，大小股东之间存在利益冲突的情况，多半是大股东可能利用其在公司中的优势地位在利益上欺压小股东。甚至在所有权和控制权不存在严重分离的情况下，如何保护小股东的合法权益，是值得思考的。

对小股东的利益保护，关键在于，公司控制权的合理配置。那么公司控制的配置，一方面取决于《公司法》等各种法律法规；另一方面，是以公司章程、投资协议等为代表的股东自治文件。

##### (1) 充分享有《公司法》等明确赋予股东的法定权利

股东的法定权利主要包括两个方面，一是以“享有资产收益”为代表的财产权，二是以“参与重大决策和选择管理者”为代表的身份权。财产权是指取得财产性剩余索取权的权利，属于自益权，包括分红权、剩余财产分配请求权、新股认购请求、异议股东股份请求收购权、出资转让权、股权的优先受让权等。身份权主要股东参与公司决策、经营、管理、监督和控制的权力，属于公益权，属于要和其他股东共同行使的权利。主要包括股东大会召集请求权、知情权、质询权、表决权、提案权、请求解散权以及诉讼权等。

##### (2) 设计“个性”公司章程保护股东合法权益

《公司法》赋予股东的权利为法定权利，具有普适性。考虑到各个公司的不同，在法定权利的基础上，需要对股东权利在公司章程中做一些特殊的设计和安排，这些权利我们不妨称之为“章定权利”。章定权利是指有公司章程等自治文件所赋予股东的权利。新公司法有个革命性的变化，就是在若干章节都赋予股东通过公司章程等自治文件来完善股东权利的保护。只要章程的约定没有违反法律的规定，这些约定就受到法律的保护。

公司章程记载的事项分为强制记载事项、推荐记载事项和任意记载事项。其中任意记载事项，就给股东们在约定公司董事会职责，股东权力、限制以及调节的办法，以及公司配置权分配等留了

[8] 转引自，刘革、陈维政，企业生命周期与治理机制的不同模式选择，《财经科学》2003年第5期（总第200期）

很大空间。建议在公司章程制定中，要围绕保护股东的知情权、提案权、表决权和投资收益权等做明确的约定。如表决权中可能涉及的“一股一票制度”、“累积投票制度”、“代理投票制度”，以及“表决权排除制度”等，都需要做明确的约定和事先的安排，才能更好地保护中小股东的权利。再比如，投资收益权中，为了保护中小股东的权益，建议在章程中事先约定“强制性分红政策”、特殊情况下的股份回购请求权等等。

#### B. 上市公司中的思路

股东“黑”股东问题在上市公司中，表现为上市公司控制性股东对非控制性股东利益的剥夺，或者称为控制性股东对上市公司的掏空行为。前者为控制性股东把原本属于非控制性股东的利益通过一定的形式进行盘剥。后者是控制性股东通过一定的手段将上市公司的利益悄悄地转移到自己手中。比如上市公司控制性股东，通过关联交易、金融运作（抵押、担保等）、资产置换、转移风险、配股分红等，甚至是内幕交易、低价定向增发新股等形式，实现利益的转移。

解决思路是通过加强法律对中小股东的保护、股权制衡、更加独立完善的董事会制度、透明的信息披露以及机构投资者的监管等途径，来防止股东互“黑”的问题。如，建立更加独立董事会制度，是的董事会不受控制性股东的控制显得尤为重要。此外，完善独立董事制度，真正解决“独立董事真的独立了，就不’懂事’了，独立董事‘懂事’了就不独立”相关问题。

#### 2. 经理人“黑”老板的解决思路

解决经理人“黑”老板的根源是作为老板的股东与经理人存在信息不对称、监督困难和利益不一致的情形。所以要解决经理人“黑”老板的问题，就要尽量让两者之间的信息对称、监督尽量容易一些、利益尽量一致一些。

重点是做好监督管控和利益激励。前者如，加强董事会制度建设，通过以董事会制度为核心的约束机制，合理配置控制权，使得信息尽量对称起来，监督容易一些，以解决本文前述提及的经理人“黑”老板的，诸如贪污腐败、不合理的职务消费、不作为和短期行为几个问题。针对激励方面，要通过股权、期权或其他长期激励性报酬等形式进行有效的奖励，做到老板和经理人在利益上尽量一致。

#### 3. 公司的实际控制人“黑”利益相关者的解决思路

公司的实际控制人“黑”利益相关者的问题，是广义上公司治理方面的问题。在股东“黑”股东（或股东互“黑”）、经理人“黑”老板的解决思路，同样适用于此问题的解决。如完善股东大会制度、董事会制度、信息披露制度、独立的外部审计制度和公司控制权市场等，是防止公司的实际控制人“黑”利益相关者的重要武器。此外，加强外部监管，如证监会的事前、事中和事后监管，也提供有效的解决思路。

综上所述，本文以从“国美控制权争夺案”开篇，该案例可谓经理人“黑”老板的经典案例，管中窥豹可见一斑。通过案例的分析，我们了解了企业生命周期和曲线有其内规律，生命周期各阶段公司治理也有其特点，只有结合考虑，深入剖析公司治理系统和架构，发现公司治理中的“三黑”，拨开迷雾才能看到本质，寻根溯源才能找到解决问题的真正钥匙。

## 平台式法律服务参与“一带一路”建设的必要性和可行性探索

北京德恒（温州）律师事务所 蔡国庆 黄冰莹

【内容提要】“一带一路”囊括了亚洲、欧洲、非洲的数十个国家，各国的法律环境错综复杂，法律体系存在显著差异，法律服务在“一带一路”建设中将发挥重要功能。为“一带一路”建设提供优质高效的法律服务，是司法行政机关和法律服务工作者的重要职责。然而，“一带一路”的特殊性决定了参与“一带一路”建设的法律服务既面临机遇也面临重大挑战，传统、单一模式的法律服务已然无法满足“一带一路”建设对法律服务的需求，法律服务只有融入并主导综合性的服务平台才能更好地发挥其为“一带一路”建设保驾护航的职责。笔者经过近几年的实践，在北京德恒律师事务所的支持下，分别成立了德恒世界温商发展服务中心以及德恒“一带一路”联合服务机制，为平台式法律服务参与“一带一路”建设进行了理论及实践探索。本文将以平台式法律服务参与“一带一路”建设的必要性及可行性作为探索主题，结合笔者近几年的上述实践经验，分四部分对平台式法律服务为什么以及怎么样参与“一带一路”建设进行论述。

【关键词】平台式法律服务 “一带一路” 机制 多维度

### 一、平台式法律服务的概念及特征

#### 1、什么是平台式法律服务

所谓平台式法律服务模式即以平台化的服务机构为平台化的企业群提供专业服务，相较传统点对点与点对面模式的法律服务而言，平台式法律服务是一种平面对平面模式的法律服务模式，它力图突破单纯提供法律服务的视角，将法律服务融入更为宏大与全面的平台之内。简而言之，律师事务所将在平台式模式下组织政府机构、社会团体、银行、券商、会计师、税务师、资信评估机构、保险公司等服务团体组成强大的第三方服务联盟，为特定类型的企业群体提供全方位、立体化的法律服务。

从法律经济学角度看，平台式法律服务模式的本质在于打造一个成本较低的、完备的、可循环的“生态圈”，通过平台的规范与机制，有效激励多群体之间的互动，完成服务，达成共赢。

#### 2、平台式法律服务的特点及优势

##### （1）从单边直线性模式到多元生态圈模式的进阶

在传统法律服务模式下，无论是单个律师服务单个企业还是律师团队服务单个企业，其从本质上说都属于单边的、直线性的法律服务模式。而平台式法律服务模式则是一种多元的生态圈模式。即，平台式法律服务的服务提供方已不再是单一的律师团队，而是按照客户需求，有选择地组合成包括政府机构、社会团体、银行、券商、会计师、税务师、资信评估机构、保险公司等组成的第三方服

务联盟，依据某一类企业甚至多类型企业的集合研发服务产品或进行服务。

#### （2）从静态模式到动态模式的进阶

传统法律服务更偏向于一种静态模式，其形式固定并僵化。相比传统法律服务模式而言，平台式法律服务则更偏向于一种动态的模式。即，该平台中参与者是互动的，服务方之间、被服务方与服务方之间、被服务方之间均因共同的或者相类似的状况而相互交流、相互效法、相互促进，服务方和被服务方有时会角色互换，从而动态地促进平台的价值理念与目标的相互依赖、扶持、共进；同时，该平台中的参与者亦是有效更新的，平台通过本身的规范与机制筛选适合与其共同存在、成长的参与者，达到优胜劣汰的目的。

#### （3）有机组合机制

在平台式服务模式下，可实现如下几类有机组合：首先是提供服务方与接受服务方的有机组合。接受服务方可单独根据自身的项目需要或发展需要，亦可在平台中选择与其类似的的他方联合，共同在服务方中按需并择优选择服务机构。其次是接受服务方与服务、产品的有机组合。被服务方可以选择一组服务产品也可挑选几组服务产品，甚至可以按照自身要求提出量身定做的需求。由于平台的综合性给有机组合提供了可能和便利。<sup>1</sup>

### 二、“一带一路”的理念及其特殊性

#### 1、一带一路的平台理念

“一带一路”是“丝绸之路经济带”和“21 世纪海上丝绸之路”的简称，其充分依靠中国与有关国家既有的双多边机制，借助既有的、行之有效的区域合作平台，积极发展与沿线国家的经济合作伙伴关系，共同打造政治互信、经济融合、文化包容的利益共同体、命运共同体和责任共同体。

“一带一路”的设想是对古丝绸之路的传承和提升。作为以贸易为主要载体的跨国战略合作的设想，“一带一路”东接亚太经济圈，西进欧洲经济圈，沿途连通中亚、东南亚、南亚、西亚和东非等地，打破了原来的点状、块状的区域发展模式。梳理“一带一路”所涉及的所有亚非国家和地区，则能更为完整的了解这一战略的深远意义。“一带一路”建设跨越不同地域，不同发展阶段，不同文明，是各方共同打造的全球公共产品。从提出“一带一路”倡议到“一带一路”国际合作高峰论坛召开，至今有 100 多个国家参与到合力推进“一带一路”建设、携手构建人类命运共同体的行动中。<sup>2</sup>

因此，一带一路的精髓理念即是构建 21 世纪全球合作的大平台。

#### 2、“一带一路”建设的风险

“一带一路”战略是涉及亚欧非 65 个国家（含中国）、44 亿人口，贯穿欧亚大陆，东连亚太经济圈、西接欧洲经济圈，涵盖政治、经济、外交、安全等诸多领域的综合性战略，必然会面临全球化的系统性挑战，对于“走出去”的企业而言，其将面临东道国社会动乱和治安、违约、征收、国有化、投资回报、宗教文化、法律制度与政策等各种风险。概括而言，对于企业“走出去”而言，如下几方面的风险需要重点考虑：

（1）“一带一路”沿线国家和地区在政治制度、意识形态方面差异巨大，导致不同国家对“一带一路”的决策及具体项目的合作等方面态度不同，行动上协调难度加大，尤其是中东、中亚等地区的国家，国内政治形势错综复杂，使得“一带一路”沟通协商尤其是基础设施的共建存在很大不确定性；

（2）“一带一路”沿线国家在经济政策及经济发展水平方面存在差异。有些国家经济制度程度、金融环境较稳定，有利于国家间的经济合作，但有些国家市场发育不健全，经济政策趋于封闭，有严重的地区贸易保护心理，并对跨境贸易征收高额关税等；

（3）“一带一路”横跨欧亚大陆，各国文化差异性不可低估，巨大的文化差异将带来误解和摩擦，文化上能否相互认同与包容将成为“一带一路”面临的巨大挑战。<sup>4</sup>

因此，“一带一路”建设所面临的风险对于“走出去”企业而言属系统性风险，错综复杂的投资环境必然需要更加系统、全面、综合的第三方服务配合“一带一路”的投资建设。

### 三、法律服务通过平台模式参与“一带一路”建设的必要性

#### 1、单一、传统法律服务模式已不能满足一带一路建设的需求

在单一、传统的法律服务模式下，律师团队对投资项目提供的服务主要基于本国法律对项目的合法合规性进行判断，同时根据项目需要出具相关法律文件。而在境外投资中，涉及的问题不仅仅是当地的法律法规，目标国家的法律、政策、环境标准以及经济文化等与投资项目均有着千丝万缕的联系，法律服务若脱离对其他因素及环境的综合判断则显得独木难支，只有将目的国的法律、政策、环境标准、经济文化等均研究清楚，才能获得真实的投资与贸易决策的依据。观察许多在海外投资失败的案例，许多技术问题最终变成法律问题；许多经济问题最终变成政治问题；许多人与人之间的文化与沟通问题最终演变为外交冲突。对于企业和国家来说这些都是应该避免的。

目标国家的信息、政策、法律、标准、风土人情和风险评估，单靠律师团队或单一的法律服务是绝不能完成的。在“一带一路”沿线还有些国家和地区仍有炮火硝烟，政治生态不稳定，经济体系极为薄弱，金融信用较低，市场风险很大，很多公司机构也缺乏有效的风险管理与应对能力，迫切需要一个能够提供综合性专业服务支撑体系。

#### 2、法律服务如何通过平台的多维度参与一带一路建设

“一带一路”国策的特殊性及其在建设过程中面临的风险决定了参与“一带一路”建设的第三方服务必须有不同于传统的模式和手段。具体到法律服务而言，法律服务不仅要通过平台的优势增加法律服务本身的维度，更要通过平台结合其他第三方服务提升法律服务质量与效果，具体分述如下：

#### （1）增加法律服务自身维度：前期研究、中期服务、后期纠纷解决

传统的法律服务基本上是单纯的项目操作时的具体服务，但法律服务参与一带一路建设时则需要以多维度的姿态体现。

首先，“一带一路”涉及国家疆域辽阔，相应的法律法规也有巨大差异，缺乏统一标准。“一带一路”项目往往因缺少信息沟通，将面对陌生的国度、难以理喻的法律法规与经营习惯、劳工行为与人文环境等问题。因此，相较以往在国内的法律服务，参与一带一路建设的法律服务还应做好前期对被投资一国或诸国法律制度、经营习惯等的摸底调研，只有在做好上述前期调查研究并对当地法律制度深入了解与掌握的基础上，才有可能进一步开展项目操作时的具体法律服务。

其次，在项目具体操作提供法律服务时，“走出去”的企业面临东道国社会动乱和治安、违约、征收、国有化、投资回报、宗教文化、法律制度与政策等各种风险。参与建设“一带一路”的过程中需要注意许多方面，以海外投资并购基本流程来看，需要通过可靠渠道找到项目，精准确定目标并进行尽职调查，通过谈判签署并购协议，之后交易交割，再进行并购或投资后的整合。在各环节还要对交易进行税务筹划并应对反垄断等方面的审查。因此，相较传统的法律服务，一带一路建设中的法律服务将面临更大的操作难度。

再次，经过广泛调研发现，一些“走出去”的企业，遇到纠纷不愿意去别国法院打官司，对国际仲裁也心存疑虑。“从结果来看，针对涉案标的最大的诉讼或仲裁的结果，50% 的受访对象以和解、调解结案。”<sup>3</sup> 国际商事调解则秉持“和为贵”的中国传统理念，并非止步于眼前纠纷的化解和当前利益的恢复，而是着眼于未来。在传统的国际商事纠纷中，诉讼及仲裁制度的话语权主要掌握在西

方发达国家手中，在“一带一路”建设中发展国际商事调解是中国提升国际纠纷解决话语权的重要突破口。中国具有悠久的调解历史和丰富的调解文化，以此为基础吸收现代调解经验，构建一套具有中国特色又符合国际商事纠纷解决需要的调解制度，有利于提升中国在国际纠纷解决中的话语权，增强国家的软实力和国际影响力。

#### （2）其他服务类型维度的综合

一带一路建设的法律服务既要依据每个项目的落地实时研究目标国家的政策、法律、金融、商务、文化等，又要依据平台的资源长期收集、整合、储备目标国家的动态信息。因此，法律服务需要利用平台优势，共同针对目标国家进行国别研究。

#### （3）通过平台跨地域综合

“一带一路”涉及国家多、人口众、地域广，在服务“一带一路”相关项目中，单凭中国国内相关服务机构踏出国门服务于他国项目必然难以全面适应当地的需求，此时，跨地域多方服务机构的合作则是“一带一路”项目的必要支持。法律服务通过整合目标国家的服务机构或类似平台以进行多边协作，通过不同国家服务机构咨询及服务的有效整合以提升法律服务的质量及效果。

#### 3、法律服务通过平台参与一带一路建设的优势

如前文所述，平台式法律服务模式的本质在于打造一个成本较低、完备、可循环的“生态圈”，通过平台的规范与机制，有效激励多群体之间的互动，完成服务，达成共赢。而法律服务通过平台方式参与“一带一路”建设相较传统法律服务模式而言必然存在如下几方面优势：

##### （1）信息获取方面的优势

各服务机构通过平台整合形成合作关系后，对于“一带一路”建设过程中的各方信息可形成互通。简言之，原先仅靠律师团队获取项目信息的狭窄渠道将大面积拓宽，在项目信息获取方面相较传统法律服务模式而言将形成巨大优势。

##### （2）身份认可方面的优势

传统法律服务模式下，单一的律师团队或律师事务所获得市场及客户的认可主要靠服务能力及服务效果，其市场认可度和信誉度很难通过其他方式得到质的提升；而法律服务通过平台模式参与项目时，平台本身的综合信誉及市场认可度可同时为法律服务团队进行背书以进一步提升法律服务团队的市场接受和认可程度。

##### （3）资源共享达到服务市场扩增的优势

平台的聚集功能可将各服务机构及被服务方自身所拥有的各项资源进行整合，实现资源价值的飞跃，达到1加1等于10，2加2等于100的效果。

##### （4）能力互补提升服务质量与效果的优势

法律服务通过平台模式参与“一带一路”建设最大的优势则在于，律师团队在结合其他第三方服务机构参与一带一路项目的过程中，其他服务方的能力可对法律服务进行补足，通过互动、共进可全面提升法律服务的质量和效果。

#### 四、实例探索——平台式法律服务参与一带一路建设的可行性

##### 1、德恒世界温商发展服务中心

笔者于2015年6月18日发起成立德恒世界温商发展服务中心（简称温商中心），该平台以为全球温商提供专业化的第三方服务为宗旨，凝聚全球温商的文化、社会、金融、人力等资本和资源，引进并联合国际一流的金融、法律、会计、教育、营销策划、商会和政府机构，打造全球温商服务

体系。为提升温商综合实力、协助温商国际化，温商中心与全球500余家商会、侨团建立合作关系，在全球设立100余家服务点，初步建立了温商“一带一路”服务体系。近期，温商中心还将推出温商一带一路服务云平台，利用互联网技术将全球针对温商特性筛选出来的壹佰个服务团队推送给全球温商，为温商在一带一路投资、国际工程建设和商事合作提供服务。

温商中心利用平台的延伸性，联合在非洲的温商发起成立了温州市中非商会。商会成立后，利用在非会员与国内企业家的对接，利用外交部非洲司的信息资源，利用中国人民友好协会的支持，多次组织会员、温州市政府官员到非洲考察。2017年3月26日，由温州市中非商会主办的“中国—马达加斯加工商领袖峰会”在北京钓鱼台国宾馆举行，德恒律师事务所为温州市中非商会企业代表地豪集团与马达加斯加总统府总统项目·领土整治和装备部在该峰会中签署《在马达加斯加共和国北部地区建设旅游项目和经济特区的谅解备忘录》提供全程法律服务，包括前期谈判、备忘录起草、后期跟踪等，该项目现正在有序推进中。

温州市中非商会还组织包括律师、会计师、税务师、政府机构专业人员、智库成员对非洲各国进行国别研究，并形成国别研究报告，供会员对非投资参考，引导和帮助会员规避对非投资风险。

##### 2、德恒一带一路服务机制

2015年10月，德恒与中国五矿化工进出口商会、中国产业海外发展协会、中国开发性金融促进会、中国民营经济国际合作商会、世界温商发展服务中心及意大利CBA律所、奥地利WolfTheiss律所、哈萨克斯坦国际商会等机构发起一带一路服务机制（The BeltandRoadServiceConnections，BNRSC），该机制作作为国际服务资源整合平台，联合海内外咨询、法律、会计、金融、科技、企业、商会和政府机构，集中优势资源，协助中国和沿线国家的企业在“一带一路”经济区域投资、合作、创办实业、并购、融资过程中，评估投资环境和识别投资风险，提出应对策略、提供专业的系统服务。通过法律咨询、项目推介和服务与争端解决等方式，为“一带一路”建设提供强大的专业支持，这是一种以多层次资源配置为核心的市场专业服务机制。

一带一路服务机制成立后，充分发挥平台优势，先后参与组织了中国中部国际产能合作论坛、“一带一路”中国—伊朗合作发展国际研讨会、“一带一路”中国—哈萨克斯坦合作发展国际研讨会等国际交流活动场，充分发挥了聚贤引能、合作共赢的服务对接作用。德恒律师事务所，作为一带一路服务机制的发起单位，依托遍布全球的36家分支机构，已为一带一路几十个国家的上百个项目提供了法律支持，其中包括一带一路中巴经济走廊上第一个能源项目——投资20亿美元的巴基斯坦卡西姆然电厂项目和习近平主席助签的哈萨克斯坦阿斯塔纳轻轨项目。此外德恒利用自身在资本市场的领先优势，在我国上海证券交易所收购哈萨克斯坦证券交易所的项目中做出了重要贡献。2016年8月9日—11日，德恒承办的“丝绸之路经济带”新疆·克拉玛依论坛（2016）“园区建设”分论坛吸引了来自巴基斯坦、伊朗、哈萨克斯坦、吉尔吉斯斯坦以及国内园区、企业150余位代表参加，共签署了4个项目合作备忘录，项目资金达数亿美元，极大地提升了一带一路服务机制的影响力，从而丰富法律服务的手段，拓展法律服务范围，提升法律服务能力，进而加快北京德恒律师事务所的国际化步伐。

##### 五、结语

在全球化的背景下，一带一路战略给中国政府及企业带来了巨大的平台资源。法律服务要抓住机会勇于担当，搭建平台介入其中，整合资源有序推进，提升能力有机更新，为国家开疆辟土，为企业保驾护航。

参考文献

[1] 蔡国庆：《平台式法律顾问服务模式的构建和探索》  
[2]http://baike.baidu.com/link?url=AnWzdAPjZaPX671OKwO7vdg2FJD75OATdeXpGMw\_AdUY6T0vh87jbJe9WP9Cr7gY8fa2x\_R4u4oSrOS\_U6EglHpCTxvMnpFUWvJc1mUsjjvJE6hak\_4xyoh0ElO71tjv  
[3] 中国公司法务研究院《2015—2016 中国企业“走出去”调研报告》p28  
[4] 梁晨：《一带一路面临的风险与挑战》，《传承》，2016 (2) :93—95

中国企业基于美国破产法 363 条  
收购海外高新技术知识产权资产的法律风险控制

浙江六和律师事务所 王红燕 金 莲

【内容提要】美国破产法对公司破产规定了清算程序和重整程序。在重整程序中，美国破产法第 363 条赋予了破产公司或管理人极大的权利对破产公司的资产进行出售、出租和“使用”，从而为中国企业迅速、方便地购买境外公司尤其是海外高新技术知识产权提供了一条路径。虽然第 363 条存在许多优势，例如时间短、资产无负担、出售终局性等，但从 363 条的立法以及运作程序而言，仍然存在一定风险，中国企业需要进行充分的海外知识产权收购尽调以控制交易的风险。

【关键词】跨国收购 美国破产法 363 条 海外知识产权收购 风险控制

一、美国破产程序简介

美国破产法典的破产程序主要包括第 7 章 - 清算案件、第 9 章对市政当局债务进行调整的案件、第 11 章 - 重整案件等。其中，公司的破产主要适用于第 7 章清算程序和第 11 章重整程序。<sup>[1]</sup>

第 7 章清算程序，又称直接破产，既适用于公司也适用于个人。

第 11 章重整程序，虽然并没有明文规定仅适用于公司，但实践中大多数都为公司而非个人。而该章中的 363 条则直接授权管理人可以出售、出租和“使用”债务人的资产<sup>[2]</sup>，从而使得破产企业拥有资金维持企业运作。通过第 363 条出售破产企业的资产，可以使得一些潜在的买家及时迅速地获得他们需要的一些资产，为中国企业提供了一个良好的机会。

二、美国破产法典第 363 条

（一）正常业务项目 vs 非正常业务项目第 363 条核心的实体条款是（c）（1）与（b）（1）。（c）（1）规定了正常业务项目的出售、出租和“使用”无需获得法院批准可直接进行，而（b）（1）则规定了非正常业务项目需要得到法院的批准才可以进行出售、出租和使用。

正常业务项目和非正常业务项目的没有清晰界限。目前，依据美国相关判决，有如下方式：1.“横向的”和“纵向的”标准<sup>[3]</sup>。横向标准包括企业常规业务，纵向标准为根据横向标准扩大，即企业的行为与其常规业务相联系；2. 直觉标准<sup>[4]</sup>。该标准是指如果此项买卖或者交易提交给法官并告知债权人，是否会得到近乎一致的答复，如果答案是否定的，那么该笔交易不能认定为正常项目；3. 库存标准<sup>[5]</sup>。

[1] 韩长印，《美国破产法》，中国政法大学出版社 2003 年版，第 4 页

[2]USC11Bankruptcy, § 363.Use,sale,orleaseofproperty（详细条文见附件）

[3]56B.R.31(Bankr.D.Minn.1985)WaterfrontCompanies,Incv.Johnston

[4] 85B.R.235(Bankr.E.D.N.Y.1988)SelgarRealtyCorp.

[5] 74B.R.5(W.D.Ark.1986)HilyardDrillingCo.,Inc.

库存商品的出售被认为是正常业务范围，而非库存商品的出售，只要与债务人提起第 11 章申请之前所具有的相关特性相符合，也需被认为是正常业务。总体而言，除去上面因一些美国判例而产生的标准，美国法院也会遵守“个案标准”（case by case）来判断是否属于正常业务项目。

相对于经过法院批准的资产的出售，未经过法院程序的资产出售会存在更大的风险，在本文第三节会进行详细的描述。

(二) 非正常业务项目的一般程序

一般而言，破产公司或者管理人会寻找一位潜在的买方（Stalking-horse）与其签订资产购买协议（Asset Purchase Agreement），双方设定此次交易的最低值。双方签订资产购买协议之后，潜在的买方需要支付一笔订金（通常是资产额的 10%）。然后，破产公司或管理人作为卖方，会根据 363 条向法院申请两个单独的听证和两个单独的法院裁决。如果，潜在的买方最终未能够在拍卖会上购得该出售的资产，往往资产购买协议中会约定对潜在卖方的补偿（俗称“分手费”），该补偿金额可以由协议进行约定，也可以由法院进行最终确定。

1. 提交申请

当破产公司或者管理人达成协议之后，破产公司或者管理人会就该协议向法院提出出售申请，请求法院批准该资产的出售。

2. 通知 - 提出异议

通知利益相关者，一般而言包括下列人员<sup>[6]</sup>：

- (1) 对任何出售资产有兴趣的担保债权人；
- (2) 资助破产案件的一方（DIP）；
- (3) 政府机构和税务机关；
- (4) 任何出售资产涉及的合同、租赁及许可的非债权人缔约方；
- (5) 破产案件中形成的所有官方委员会；
- (6) 有意购买任何资产的人员或实体；
- (7) 其他利益相关者以及那些提前告知要求获得通知的人。

3. 要求出售的听证会与法院批准

法院通过考虑听证会上各方提出的意见，最终做出裁决决定是否将管理人或破产公司要求出售的资产进行出售。

4. 拍卖<sup>[7]</sup>

为了确保出售获得更好的价格，一般会使用拍卖程序。破产拍卖通常在破产公司律师律所的会议室（或法院以外的其他地点）举行。出席拍卖会的有卖方（即破产公司或管理人）和卖方的律师，投资银行家和 / 或财务顾问，担保债权人，任何官方委员会，每个“合格 的买方”。管理人或破产公司在拍卖开始之前会宣布目前最高或最好的出价，并宣布拍卖时每次加价的最低数额。

买方将会有多次机会提高出价。如果需要，买方也可以有多次“休息”，他们可以在单独的房间中进行会议和 / 或致电其委托人进行商讨。

在拍卖结束时，破产公司或管理人在与其律所，破产委员会和有担保债权人商量后，选择符合其业务范围的最高或最高出价，宣布后此次拍卖将正式结束。

5. 最终交易的听证会和法院批准

在上述拍卖程序结束后，破产公司或管理人将向法庭申请第二次听证会，即交易听证会，获取批准最终交易的裁决。在交易听证会上，卖方将向破产法庭对于拍卖过程和交易作出陈述。法院最终做出是否批准该项交易的裁决。

通常而言，法院会要求一个非正常业务项目的出售必须具备“业务正当性”，并且该出售是符合债权人的“最大利益”或者出于“善意”，而且出售资产的价值和价格必须公平<sup>[8]</sup>，例如对于出售的专利权应作价合理。另外，该资产的出售对于破产公司整个重组程序起到的作用，以及该资产的价值在出售后是上升还是下降也是法院会考虑的重要因素。<sup>[9]</sup>

若出售资产上设有担保，如果管理人或破产公司提交的购买价格不足以支付所有债权并且债权人反对该交易，那么法院也不会批准该资产的出售。<sup>[10]</sup>

该批准交易的裁决对于买方而言，是最重要的文件，是保证买方获得资产之后免受债权人索赔等其他任何第三方的主张的保证。

(三) 优点

根据第 363 条购买知识产权资产，相比于普通的跨国股权并购而言，存在更大的优势。首先，时间上具有明显的优势，第 363 条下面的知识产权资产出售基本在两三个月内可以完成。然后，出售具有终局性。第 363 条（m）项规定，若法院批准某项知识产权资产出售，该批准法令不能够通过上诉进行撤销或者修改或者无效。其次，经法院批准出售的知识产权资产不会存在产权负担，但是可能根据法律要求买方承担破产公司业务的全部或部分责任。<sup>[11]</sup>再者，性价比高。通过第 363 条出售的知识产权资产一般是破产公司运营比较成熟的资产，破产公司因为某些原因不得已进行破产重组，而出售价格往往比较合理，不会像普通资产在出售时价格较高甚至出现“中国溢价”。

三、 美国破产法典第 363 条存在的风险及控制措施

（一） 正常业务项目下的知识产权资产购买

本文已经在上文讨论了第 363 条区分正常业务项目和非正常业务项目，正常业务项目的出售无需得到法院的批准，破产公司或管理人可以直接进行出售，但是因为没有法院的监管，这种出售往往会比法院批准的交易存在更大的风险。

因为正常业务项目的界限不明，在破产公司或管理人和买方达成买卖协议后，债权人可能向法院进行起诉，提出该知识产权资产并非属于正常业务项目从而要求法院取消该交易，命令买方交出该资产。所以，对于不清楚美国破产法流程和买卖资产性质的中国买方而言，不经过法院批准的交易会存在着极大的风险，因此需要在和卖方的买卖协议中进行更多的约定以保护自身的利益。另外，本文第二节中，提到了法院区分正常业务项目和非正常业务项目的标准，买方在购买知识产权资产时可以进行参照，从而判断准备进行的交易是否是正常业务项目的出售。

（二） 非正常业务项目下的知识产权资产购买

一般而言，资产购买协议包括出售资产的定义、资产的售价、买方需要支付的押金、交割日、卖方和买方单独的声明与保证、双方对交割前后一些事项的同意、买方的义务以及其他杂项。对于出售知识产权，一般会以穷尽的方式列在资产购买协议后作为附件。除了一开始潜在的买方，参与

[8] 韩长印，同注 3，第 179 页

[9]AndrewRosenblatt, “AssetSalesinBankruptcy” ,February2010,availableathttps://www.chadbourne.com/Shedding\_Assets\_Quickly\_in\_Bankruptcy\_projectfinance

[10] 杨萍，利用美国破产法第 363 条收购美国破产企业，Uncategorized，2013 年 8 月 29 号

[11] 杨萍，同上

[6] Neil E. Herman, “Key Elements Of The Section 363 Sale Process” , August 20, 2013, available at https://www.law360.com/articles/465264/key-elements-of-the-section-363-sale-proce ss

[7] NeilE.Herman, 同上

拍卖的其他买方一般也都需要与卖方签订类似的资产购买协议（或条款清单）。该资产购买协议是对买方和卖方的双重保障。

作为买方而言，应注意以下部分：

第一，资产及购买价格

资产购买协议会对出售的资产进行详细的描述，并且对于交易价格由什么组成进行详细的描述。买方对于这两个内容必须进行详细的了解，确保资产的状况以及交易价格所包括的支出。

第二，订金的约定

订金在资产购买协议中不是必须的，但是一般为了保证买方的稳定性，会要求其支付资产总价的 5%-10% 左右。一个典型的知识产权资产购买程序中，该笔金额需在拍卖程序开始之前交付给指定的第三方中介机构。若拍卖失败，该笔订金会被返还。

第三，时间节点及国内审批问题

随着外汇管理局 2016 年年底政策<sup>[12]</sup>的进一步紧缩，目前中国企业资金汇出受到外汇局的严格管控，这也直接导致很多企业境外收购项目的“流产”。例如，万达收购 DCP 失败，并被诉需支付高昂的“分手费”。在目前很多资产购买协议中，也会有条款涉及中国政府机构的审批并约定时限，若在约定时限内没有获得批准，则该购买协议终止。

第四，知识产权法律尽职调查

法律尽职调查是收并购尤其是海外收购中很重要的一部分，尤其是海外高新技术企业知识产权收购更需要法律尽职调查。一般而言，如果是卖方寻找到的潜在买家，在签订资产购买协议后，会有较为充足的时间进行尽职调查，但如果是后续才加入参与拍卖的买方，相对而言不会有太多的时间进行尽调。在有限的时间里，如第 363 条程序下的资产收购如果不能完成全部的尽调，则需要挑选此次交易买方最看重的资产进行调查。笔者曾经为山东 XK 集团根据美国破产法第 363 条收购美国一家破产医药企业提供了法律服务。笔者团队与美国律师合作，调查了资产购买协议中所列明的资产状况。因为时间因素，笔者团队与美国律师就卖方资产中的知识产权进行了重点的调查，例如，资产协议中列明全球的专利及许可情况，一一对其进行检索并要求卖方提供全部专利证书及许可协议进行核对，并对资产购买协议的知识产权条款做了重点设计与安排。就海外高新技术知识产权收购而言，应注意权利获得本身是否存在瑕疵、许可协议审查、是否存在权利负担以及政府合规的审查等方面：

1. 权利获得本身是否存在瑕疵

例如发明人审查，若发现有发明人受雇于他人则需要论证和分析共有权方面的问题以确保权利本身没有瑕疵。

2. 是否存在许可协议及许可协议的审查

第三方权利是指卖方之前通过协议就计划出售的知识产权向第三方授予的某种权利。

3. 其他政府合规审查

购买一项美国高新技术领域的知识产权前，作为买方律师基于收购后未来的商业考虑，应对对应的产品的做政府合规核查，比如 BIS 合规，BIS 指美国商务部工业与安全局（Bureau of Industry and Security），产品出口首先要判断产品是否需要出口许可即确定 ECCN 编码，如需要则要在 BIS 的网站上进行许可申请，并提交相应材料。

4. 是否存在政府资助

若购买标的知识产权尤其是高新技术领域的专利存在政府资助，则该等购买可能会受到政府的规制或返还政府资产。

四、 结语

相较于普通的跨国股权收购程序，美国破产法第 363 条无疑为中国企业购买海外资产如知识产权资产提供了一条捷径。但是，破产知识产权资产的购买程序可能是非常简单和基础的，也可能是非常复杂的。如果中国企业希望通过美国破产第 363 条购买知识产权资产，但又从未接触过该等业务，可以从小型的项目入手且尽量选择通过法院批准的交易，仔细地阅读资产购买协议等文件，并且进行充分的尽调，对出售的资产进行充分的了解。同时，买方需要明确自身的需求，并制定相应管理计划。

[12] 汇发 [2017]3 号《国家外汇管理局关于进一步推进外汇管理改革完善真实合规性审核的通知》

## 【附件：美国破产法 363 条】

## §363. Use, sale, or lease of property

(a) In this section, "cash collateral" means cash, negotiable instruments, documents of title, securities, deposit accounts, or other cash equivalents whenever acquired in which the estate and an entity other than the estate have an interest and include the proceeds, products, offspring, rents, or profits of property and the fees, charges, accounts or other payments for the use or occupancy of rooms and other public facilities in hotels, motels, or other lodging properties subject to a security interest as provided in section 552(b) of this title, whether existing before or after the commencement of a case under this title. (b)(1) The trustee, after notice and a hearing, may use, sell, or lease, other than in the ordinary course of business, property of the estate, except that if the debtor in connection with offering a product or a service discloses to an individual a policy prohibiting the transfer of personally identifiable information about individual stop persons that are not affiliated with the debtor and if such policy is in effect on the date of the commencement of the case, then the trustee may not sell or lease personally identifiable information to any person unless—

(A) such a sale or such lease is consistent with such policy; or

(B) after appointment of a consumer privacy ombudsman in accordance with section 332, and after notice and a hearing, the court approves such a sale or such lease—

(i) giving due consideration to the facts, circumstances, and conditions of such a sale or such lease; and

(ii) finding that no showing was made that such a sale or such lease would violate applicable nonbankruptcy law.

(2) If notification is required under subsection (a) of section 7A of the Clayton Act in the case of a transaction under this subsection, then—

(A) notwithstanding subsection (a) of such section, the notification required by such subsection to be given by the debtor shall be given by the trustee; and

(B) notwithstanding subsection (b) of such section, the required waiting period shall end on the 15th day after the date of the receipt, by the Federal Trade Commission and the Assistant Attorney General in charge of the Antitrust Division of the Department of Justice, of the notification required under such subsection (a), unless such waiting period is extended—

(i) pursuant to subsection (e)(2) of such section, in the same manner as such subsection (e)(2) applies to a cash tender offer;

(ii) pursuant to subsection (g)(2) of such section; or (iii) by the court after notice and a hearing. (c)(1) If the business of the debtor is authorized to be operated under section 721, 1108, 1203, 1204, or 1304 of this title and unless the court orders otherwise, the trustee may enter into transactions, including the sale or lease of property of the estate, in the ordinary course of business, without notice or a hearing, and may use property of the estate in the ordinary course of business without notice or a hearing.

(2) The trustee may not use, sell, or lease cash collateral under paragraph (1) of this subsection unless—

(A) each entity that has an interest in such cash collateral consents; or

(B) the court, after notice and a hearing, authorizes such use, sale, or lease in accordance with the provisions of this section.

(3) Any hearing under paragraph (2)(B) of this subsection may be a preliminary hearing or may be consolidated with a hearing under subsection (e) of this section, but shall be scheduled in accordance with the needs of the debtor.

If the hearing under paragraph (2)(B) of this subsection is a preliminary hearing, the court may authorize such use, sale, or lease only if there is a reasonable likelihood that the trustee will prevail at the final hearing under subsection (e) of this section. The court shall act promptly on any request for authorization under paragraph (2)(B) of this subsection.

(4) Except as provided in paragraph (2) of this subsection, the trustee shall segregate and account for any cash collateral in the trustee's possession, custody, or control.

(d) The trustee may use, sell, or lease property under subsection (b) or (c) of this section—(1) in the case of a debtor that is a corporation or trust that is not a moneyed business, commercial corporation, or trust, only in accordance with nonbankruptcy law applicable to the transfer of property by a debtor that is such a corporation or trust; and

(2) only to the extent not inconsistent with any relief granted under subsection (c), (d), (e), or (f) of section 362.

(e) Notwithstanding any other provision of this section, at any time, on request of an entity that has an interest in property used, sold, or leased, or proposed to be used, sold, or leased, by the trustee, the court, with or without a hearing, shall prohibit or condition such use, sale, or lease as is necessary to provide adequate protection of such interest. This subsection also applies to property that is subject to any unexpired lease of personal property (to the exclusion of such property being subject to an order to grant relief from the stay under section 362).

(f) The trustee may sell property under subsection (b) or (c) of this section free and clear of any interest in such property of an entity other than the estate, only if—

(1) applicable nonbankruptcy law permits sale of such property free and clear of such interest; (2) such entity consents;

(3) such interest is a lien and the price at which such property is to be sold is greater than the aggregate value of all liens on such property;

(4) such interest is in bona fide dispute; or

(5) such entity could be compelled, in a legal or equitable proceeding, to accept a money satisfaction of such interest.

(g) Notwithstanding subsection (f) of this section, the trustee may sell property under subsection (b) or (c) of this section free and clear of any vested or contingent right in the nature of dower or curtesy.

(h) Notwithstanding subsection (f) of this section, the trustee may sell both the estate's interest, under subsection (b) or (c) of this section, and the interest of any co-owner in property in which the debtor had, at the time of the commencement of the case, an undivided interest as a tenant in common, joint tenant, or tenant by the entirety, only if—

(1) partition in kind of such property among the estate and such co-owners is impracticable;

(2) sale of the estate's undivided interest in such property would realize significantly less for the estate than a sale of such property free of the interests of such co-owners;

(3) the benefit to the estate of a sale of such property free of the interests of co-owners outweighs the detriment, if any, to such co-owners; and

(4) such property is not used in the production, transmission, or distribution, for sale, of electric energy or of natural or synthetic gas for heat, light, or power.

(i) Before the consummation of a sale of property to which subsection (g) or (h) of this section applies, or of property of the estate that was community property of the debtor and the debtor's spouse immediately before the commencement of the case, the debtor's spouse, or a co-owner of such property, as the case may be, may purchase such property at the price at which such sale is to be consummated.

(j) After a sale of property to which subsection (g) or (h) of this section applies, the trustee shall distribute to the debtor's spouse or the co-owners of such property, as the case may be, and to the estate, the proceeds of such sale, less the costs

and expenses, not including any compensation of the trustee, of such sale, according to the interests of such spouse or co-owners, and of the estate.

(k) At a sale under subsection (b) of this section of property that is subject to a lien that secures an allowed claim, unless the court for cause orders otherwise the holder of such claim may bid at such sale, and, if the holder of such claim purchases such property, such holder may offset such claim against the purchase price of such property.

(l) Subject to the provisions of section 365, the trustee may use, sell, or lease property under subsection (b) or (c) of this section, or a plan under chapter 11, 12, or 13 of this title may provide for the use, sale, or lease of property, notwithstanding any provision in a contract, a lease, or applicable law that is conditioned on the insolvency or financial condition of the debtor, on the commencement of a case under this title concerning the debtor, or on the appointment for the taking possession by a trustee in a case under this title or a custodian, and that effects, or gives an option to effect, a forfeiture, modification, or termination of the debtor's interest in such property.

(m) There is no reversal or modification on appeal of an authorization under subsection (b) or

(c) of this section of a sale or lease of property does not affect the validity of a sale or lease under such authorization of an entity that purchased or leased such property in good faith, whether or not such entity knew of the pendency of the appeal, unless such authorization and such sale or lease were stayed pending appeal.

(n) The trustee may avoid a sale under this section if the sale price was controlled by an agreement among potential bidders at such sale, or may recover from a party to such agreement any amount by which the value of the property sold exceeds the price at which such sale was consummated, and may recover any costs, attorneys' fees, or expenses incurred in avoiding such sale or recovering such amount. In addition to any recovery under the preceding sentence, the court may grant judgment for punitive damages in favor of the estate and against any such party that entered into such an agreement in willful disregard of this subsection.

(o) Notwithstanding subsection (f), if a person purchases any interest in a consumer credit transaction that is subject to the Truth in Lending Act or any interest in a consumer credit contract (as defined in section 433.1 of title 16 of the Code of Federal Regulations (January 1, 2004), as amended from time to time), and if such interest is purchased through a sale under this section, then such person shall remain subject to all claims and defenses that are related to such consumer credit transaction or such consumer credit contract, to the same extent as such person would be subject to such claims and defenses if the consumer had such interest been purchased as a sale not under this section.

(p) In any hearing under this section—

(1) the trustee has the burden of proof on the issue of adequate protection; and

(2) the entity asserting an interest in property has the burden of proof on the issue of the validity, priority, or extent of such interest.

## 台湾秘密保持命令制度引鉴及实务探讨

北京大成（宁波）律师事务所 黄 妙

【内容提要】科技创新与交流是大陆与台湾经贸活动中的重要组成部分，而对于知识产权的保护及完善的知识产权法律体系是科技产业健康快速发展的重要保障。两岸都十分重视知识产权的保护，制定了一系列与知识产权保护相关的法律规定。秘密保持命令乃台湾民事诉讼程序中的重要特色制度之一，依本文就台湾该制度之规定、司法实践及实务操作进行阐述，并结合大陆之实际情况，对大陆企业及律师在处理知识产权事务的过程中借鉴并合理应用此制度提出相关建议。

【关键词】台湾秘密保持命令制度 知识产权诉讼 商业秘密保护 涉外法律风险

### 引言

台湾是大陆第七大贸易伙伴和第六大进口来源地<sup>[1]</sup>，两岸的经贸往来较为频繁，科技创新与交流是两岸经贸活动中重要的组成部分。近几年来两岸科技创新交流与合作得到了两岸科技、产业及学术界的高度重视，在两岸科技主管部门的共同努力和推动下，合作领域日趋广泛，交流形式越发多样，合作渠道不断拓宽<sup>[2]</sup>。与此同时，两岸都十分重视知识产权的保护，2010年6月29日双方签订《海峡两岸智慧财产权保护合作协议》，就双方加强两岸知识产权保护交流合作，提升两岸知识产权的创造、运用、保护与管理等方面内容进行了协商约定。另，2009年4月26日双方签订的《海峡两岸共同打击犯罪及司法互助协议》，就民事、刑事领域提供相关的司法协助合作，为两岸知识产权纠纷的协作处理提供了合法依据。由于两岸法律在立法渊源上不尽相同，如何运用两岸不同的知识产权诉讼制度，为企业知识产权保护方案进行决策，熟知两岸的知识产权诉讼相关制度尤为重要。之前已有不少学者发表文章对台湾的知识产权案件审理法及其主要的诉讼规则予以介绍，但对于其中一项特殊的保密制度，目前国内尚无学者或实务界进行介绍。本文特就台湾知识产权案件审理中的一项特殊制度——秘密保持命令作一介绍，以供业界及律师同行在台湾进行知识产权诉讼时参考适用。

台湾在民事诉讼过程中设立了秘密保持命令制度，该制度系借鉴日本的营业秘密保护制度<sup>[3]</sup>。大陆企业及律师同行若在台湾进行知识产权案件诉讼时，正确地适用该项制度，将有利于大陆企业在台湾进行民事诉讼时对相关商业秘密予以合法保护，以避免诉讼过程中商业秘密的泄密而造成无法挽回的损失，同时降低律师同行因违反秘密保持命令而导致的法律风险。本文将就相关内容作以下顺序陈述，第一章为台湾现行的营业秘密保持命令制度的介绍；第二章为秘密保持命令核对后的相

[1] 商务部台港澳司，《2016年1月至10月大陆与台湾贸易、投资情况》，<http://www.mofcom.gov.cn/article/tongjiziliao/fuwzn/diaoca/201611/20161101988321.shtml>，2016年11月30日访问。

[2] 中国科技技术交流中心工作动态，《科技部海峡两岸科学技术交流中心会见台湾科技主管交流访问团》<http://www.cstec.org.cn/zh/work/detail.aspx?id=5558>，2016年4月12日访问。

[3] 沈冠伶：《智慧财产权保护事件之证据保全与秘密保护》，《台大法学论丛》，2007年第1期。

关措施及应对方式；第三章为违反秘密保持命令的风险提示。

第一章 台湾秘密保持命令制度

一、台湾秘密保持命令

台湾的秘密保持命令指“在证据等诉讼资料中，如有包含营业秘密时，法院经营业秘密人持有人声请，就没该营业秘密为禁止使用或开示之命令。”<sup>[4]</sup>秘密保持命令是台湾民事诉讼程序中的特殊程序，该项命令的制定系参照日本特许法中关于秘密保持命令之规定。具体实施细则由台湾司法院制定，所依据的上位法为台湾《民事诉讼法》《智慧财产案件审理法》（以下简称“审理法”）及《营业秘密法》等。台湾的秘密保持命令制度旨在对民事诉讼（及知识产权案件诉讼）中所涉的当事人或第三人商业秘密进行保护，当事人及第三人可依法申请不公开审理，并对于案件审理过程中可接触相关商业秘密文件的当事人，向法院申请作出营业秘密保持命令的裁定，明确接触到该商业秘密的当事人不得在诉讼以外的目的使用及向第三方公开该商业秘密文件，从而鼓励商业秘密持有人在诉讼过程中提供资料，协助法院查明案情作出公正判决。<sup>[5]</sup>

二、秘密保持命令的具体操作规定

台湾司法院就秘密保持命令制度作了三个具体的细则性规定，分别为《秘密保持命令之说明》《法院办理秘密保持命令作业要点》及《法院办理秘密保持命令作业要点总说明》，现就秘密保持命令的具体操作介绍如下：

1. 秘密保持命令的相关主体

依据台湾《审理法》第 11 条规定，①有权提出秘密保持命令的申请主体，台湾称为“声请人”，为案件当事人或第三人，其中当事人为原告或被告。②被申请人主体，台湾称为“相对人”，即经法院裁定须遵守秘密保持命令的主体，包括他造当事人（即对方当事人）、代理人、辅佐人（协助当事人就专业性问题进行解答的人）或其它诉讼关系人。③出具命令裁定书的主体为审理该案件的法院，法院经当事人或第三人之申请，对被申请人作出秘密保持命令民事裁定。

2. 受命令保护的营业秘密

根据台湾《营业秘密法》第 2 条规定：“本法所称的营业秘密，系指方法、技术、制程、配方、设计或其它可用于生产、销售或经营之资讯，且符合下列要件者：①非一般涉及该类资讯的人所知的；②因其秘密性具有实际或潜在的经济价值的；③秘密持有人已采取合理的保密措施。”这一定义与大陆规定的商业秘密定义基本相同。

因此，案件当事人在向法院申请秘密保持命令时，需在申请书中依据上述法条规定，将需进行保密的商业秘密予以明确或列举说明。并且根据《审理法》第 11 条规定，法院支持核发秘密保持命令的营业秘密，系当事人在书状中涉及的内容，或已调查或应调查的证据中，涉及到了当事人或第三人的营业秘密，因此相应的营业秘密的范围限制在诉讼程序中提交的材料。

3. 秘密保持命令申请书的写作要件

根据《审理法》第 12 条、《智慧财产案件审理细则》第 20 条及《秘密保持命令之说明》的规定，声请状应记载下列事项：①应受秘密保持命令之人，声请状记载之受秘密保持命令人应为自然人，并应记载其个人住所或居所。②声请状中记载应受命令保护之营业秘密，得以间接引用方式揭露，以供法院判断是否符合营业秘密要件为已足，无须揭露营业秘密之内容。③前项声请状中应明确记载下列要件事实：书状记载或证据内容，涉及当事人或第三人之营业秘密；营业秘密如经开示，

或供该诉讼以外之目的使用，有妨害当事人或第三人基于该营业秘密之事业活动之虞，而有限制其开示或使用之必要；至秘密保持命令声请时止，应受秘密保持命令之人并未从阅览书状或调查证据以外方法，取得该营业秘密。

第二章 秘密保持命令核发后的相应措施

一、法院的保护措施

秘密保持命令核发后，声请人应向法院提出封存载有营业秘密之书状及书面，但有必要时，得同时声请限制阅览。<sup>[6]</sup>副本部分，法院得将秘密部分隐去后送达对方的诉讼代理人。而法院收受该载有营业秘密之卷证、资料后，应交由专人保管，并另备保险箱保管，必要时设监视系统。<sup>[7]</sup>

根据《审理法》第十五条规定，对于曾发秘密保持命令之诉讼，如有未经限制或不许阅览且未受秘密保持命令之人，声请阅览、抄录、摄影卷内文书时，法院书记官应即通知声请命令之人。法院书记官自声请命令之当事人或第三人受通知之日起十四日内，不得将卷内文书交付阅览、抄录、摄影。声请命令之当事人或第三人于受通知之日起十四日内，声请对请求阅览之人发秘密保持命令，或声请限制或不准许其阅览时，法院书记官于其声请之裁定确定前，不得为交付。

二、命令相对人的对应措施

法院经声请人申请，依法作出营业秘密保持命令裁定，该裁定书自送达相对人，即营业秘密保持命令之人时，应就相关营业秘密予以保密，不得将营业秘密公开或该案件诉讼以外之目的使用。但有下列情况的，相对人不再受秘密保持命令的限制。

1. 秘密保持命令的不适用

根据《智慧财产案件审理细则》第 23 条规定：“法院就秘密保持命令之声请，于裁定前得询问当事人、应受秘密保持命令之人、关系人或为其他必要之证据调查。”应受秘密保持命令之人，包括对方当事人、代理人、辅佐人或其它诉讼关系人，在声请前除查看诉状或证据调查等方式以外的方法，已取得或持有该营业秘密的，该秘密保持命令将不适用于他们。

在实务中，存在下列情形可以证明声请人的营业秘密已公开的事实：①在本起诉状中或其它案件陈述中已公开相关的营业秘密，所涉案件可以在大陆发生的或在其它国家发生的；②相关的营业秘密已是已公开的技术如专利技术；③企业自身宣传时公开的信息；④其它如在竞争对手或其它渠道已获取的信息。

2. 秘密保持命令的撤销

根据《审理法》第 14 条规定：“受秘密保持命令之人，得以其命令之声请欠缺第 11 条第 1 项之要件，或有同条第 2 项之情形，或其原因已消灭，向诉讼系属之法院声请撤销秘密保持命令（本案裁判确定后，则向发秘密保持命令之法院声请）。”在实务中，此类案件多发生在专利侵权案件诉讼过程中，被告在产品侵犯原告的专利权，而被告特就被控产品存在技术秘密向法院申请秘密保持命令。作为原告方可主张该技术已为专利申请时公开而撤销该秘密保持命令。法院在收到原告的撤销申请后，经查明被告主张的技术秘密已不符合《审理法》第 11 条，以原告作为秘密保持命令之人并未自阅览书状或调查证据以外方法，取得该营业秘密为由，对命令裁定予以撤销。若技术不构成相同相似，则被告的秘密保持命令不予撤销，原告仍需遵守该命令裁定。<sup>[8]</sup>

第三章 违反秘密保持命令的法律风险

[6] 参前注 4，王伟霖文。

[7] 黄国昌：《营业秘密在智慧财产权诉讼之开示与保护－以秘密保持命令之比较法考察为中心》《台北大学法学论丛》，2008 年第 68 期。

[8] 参前注 4，王伟霖文。

[4] 王伟霖：《论智慧财产案件审理法规定的秘密保持命令》，《法令月刊》，2007 年第 7 期。

[5] 参见台湾智慧财产法院《秘密保持命令之说明》

核发秘密保持命令后，被裁定为秘密保护命令之人的相对人应遵守该命令及保护相关的营业秘密，以避免秘密保持命令之外的人看到相关营业秘密。企业及其负责人、法定代表人、雇员以及代理律师等列入秘密保持命令的相对人在今后涉诉或比营活动中应注意以下几点：①在之后提起的诉状中如果有涉及秘密保持命令申请人的营业秘密的，避免直接陈述该营业秘密的内容，若需使用秘密保持命令中的内容请间接引用；②在诉状起草、修改、提交时，均需由秘密保持命令相对人本人操作，避免由其它人员、律师或助理代为处理。<sup>[9]</sup>③受秘密保持命令之人，其住所或居所有变更时，应向法院说明。因此当事人及其诉讼代理人对于受有保持命令之代理人、承办人员若发生变动，应留有其联络方式，随时向法院告知他的更新地址情况。若违反秘密保持命令擅自使用或泄露秘密的，依据《审理法》《营业秘密法》等规定，需承担民事责任及刑事责任。

一、民事责任

根据《营业秘密法》第 10 条规定，依法令有守营业秘密之义务，而使用或泄漏者，为侵害营业秘密的情形之一。同样依据该法第 11 条、第 12 条及第 13 条规定，被害人有权请求排除侵害行为及销毁侵权相关的物品，同时可请求损害赔偿，具体的赔偿请求依下列情形择一请求：①以被害人的损害计算，若被害人无法证明其损害时，可以按其使用时依通常情形可得预期利益，减去被侵权后使用该营业秘密所得收益的差额，作为其损失；②以侵害人因侵权行为所得收益计算，若侵害人不能证明其成本或必要费用时，以侵害行为人的全部收入作为其所得收益进行赔偿。另法院在判决赔偿额度时，若侵害行为为故意，经被害人请求，法院可以在酌定损害额度以上赔偿，但最高不能超过证明损害额的三倍。同时，该法第 12 条规定，被害人提起诉讼主张损害赔偿的诉讼时效为二年，除斥期间为十年。

依据上述法律规定，对于违反秘密保持命令的相对人，被害人可以在提起民事诉讼时主张赔偿损失。另基于大陆与台湾双方签订《海峡两岸共同打击犯罪及司法互助协议》第十条规定，双方同意基于互惠原则，于不违反公序良俗的情况下，相互认可及执行民事确定裁判与仲裁判断（仲裁裁决）。因此，若大陆企业或个人违反秘密保持命令时，台湾法院作出的民事判决书，可通过两岸的司法协助协议到大陆予以执行。

二、刑事责任

就违反秘密保持命令的刑事责任规定，台湾《智慧财产案件审理法》及《营业秘密法》均有所规定。《审理法》第 35 条规定，“违反秘密保持命令者，处三年以下有期徒刑、拘役或科或并科新台币十万元（约折人民币二万余元）以下罚金”，并且该项罪名，为告诉乃论，即与大陆的刑事自诉案件相同，不告不理。另，《审理法》第 36 条规定，违反秘密保持命令者，实行双罚制，即法人之负责人，法人或自然人的代理人、受雇人或其他从业人员，因作为秘密保持命令的相对人，即需遵守秘密保持命令的行为人，若违反该命令除以上行为人需承担刑事责任外，其相应的法人或自然人也科以第 35 条规定的罚金。因此，若台湾企业违反秘密保持命令，行为人须承担刑事责任或处以罚金，同时行为人所代表的法人或自然人适用双罚制，需承担支付罚金的法律责任。

《营业秘密法》第 10 条规定，依法令有守营业秘密，而以不正当方法使用或泄漏者为侵害营业秘密；该法第 13-1 条第一项规定，取得营业秘密后进而使用、泄露者，处五年以下有期徒刑或拘役，并科以新台币一百万元以下一千万元以下罚金；另该法第 13-2 条规定，意图在外国、大陆地区、香港或澳门使用，而犯第 13-1 条第一项各款之罪的，处以一年以上十年以下有期徒刑，并科以新台币

三百万以上五千万以下罚金。同时该法第 13-4 条亦规定了与《审理法》相同的双罚制。

以上两个法律对于违反秘密保持命令的刑事责任的量刑标准不一致，从法律的制定时间看《营业秘密法》的订立晚于《审理法》，从新法优先于旧法原则，作者认为在量刑上应适用《营业秘密法》，但目前为止台湾无一例违反秘密保持命令的刑事案件，因此无法在实践上予以考证。<sup>[10]</sup>

结合大陆与台湾双方签订《海峡两岸共同打击犯罪及司法互助协议》相关规定，若刑事责任适用《审理法》中的规定，依据协议第四条合作范围的约定，“双方同意采取措施打击双方均认为涉嫌犯罪的行为”，而大陆刑法中目前尚无违反秘密保持命令的罪名，该项刑事责任对大陆企业及相关大陆行为人无约束力。但若适用后制订的《营业秘密法》的规定，若违反秘密保护命令，相关行为人将被追究刑事责任。

结语

台湾的秘密保持命令制度于 2007 规定于台湾《智慧财产案件审理法》中，是台湾民事诉讼法程序中的一项特别制度，从台湾的司法实践来看，主要发生在知识产权纠纷案件的审理过程中，尤其是专利纠纷和营业秘密纠纷案件。本文通过对于台湾该项特别制度的介绍，建议大陆企业及律师同行，在处理与台湾企业诉讼纠纷时，特别在台湾进行诉讼时，能充分运用该项制度对自身的商业秘密予以保护，同时在被裁定为秘密保持命令相对人时，需注意对命令中所涉的商业秘密不予使用亦不予公开，避免引发不必要的法律风险。

附录：

本文引用台湾相关规定如下：

- 1、《台湾民事诉讼法》
- 2、《智慧财产案件审理法》
- 3、《智慧财产案件审理细则》
- 4、《营业秘密法》
- 5、《秘密保持命令之说明》
- 6、《法院办理秘密保持命令作业要点》
- 7、《法院办理秘密保持命令作业要点总说明》

引用两岸协议如下：

- 1、《海峡两岸共同打击犯罪及司法互助协议》
- 2、《海峡两岸智慧财产权保护合作协议》

[9] 范晓玲：《智慧财产案件审理法启动专利侵权案件的新挑战－以定暂时状态假处分、证据收集及 秘密保持命令为核心》，《全国律师》2007 年第 4 期。

[10] 李杰清：《析论智慧财产刑事案件之秘密保持命令－以日本法权衡司法正义与营业秘密保护之观点》

## 论专利侵权判定中被控技术方案的证据载体

### ——以侵权产品实物证据缺失为视角

浙江素豪律师事务所 骆俊峰

【内容提要】专利侵权诉讼中，当涉诉侵权产品实物证据缺失的时候，专利权人维权的案例基本都以败诉收场，此问题的关键在于其没有清楚认识被控侵权技术方案的客观载体。若具有符合证据规则的涉嫌侵权产品实物，则被控侵权技术方案的载体在于实物，可以将实物上的被控技术方案与专利技术方案进行比对，两者技术比对客观且具体。然而，在没有侵权产品实物证据的情况下，仅有涉嫌侵权产品的图片或公证过的图片作为证据，所谓被控技术方案的客观载体也仅限于二维的图片，很难全面反映产品的技术方案，也就增加了败诉的风险。

【关键词】专利侵权 被控技术方案 全面覆盖原则 公证保全

#### 一、引言

专利侵权司法实践中，被控技术方案的认定至关重要，其直接用于与专利权利要求书中的技术方案进行比对，依据是否全面覆盖的判定原则得出是否侵权的结论。客观的技术方案必然依附于特定的载体，在侵权诉讼中，该种载体作为证据形式而存在，为证据载体。被控侵权产品的实物是被控侵权技术方案最直接的物质载体，通过剖析实物证据上的技术方案是否被专利技术方案所覆盖，从而进行侵权判定。然而，随着电子商务经济的迅猛发展，知识产权的维权工作出现了一些新的问题。其中，最明显的，就是取证环境和证据表现形式的改变。通过互联网取证的模式逐渐得以应用，专利权人可以通过其他证据形式体现被控技术方案。<sup>[1]</sup>然而，在诸多专利维权实践中，缺失了作为证据的侵权产品实物，而是通过其他证据形式得以体现，在这种情况下，法院应当重新审视被控技术方案的载体以及技术方案本身在侵权判定中的影响。

文中的三个典型案例，法院均着重审查了被控技术方案的客观证据载体，并将载体上反映的技术方案参与技术比对，以此进行侵权判定。案例一，原告孙某与被告宁海某塑料制品厂侵害发明专利权纠纷案，宁波市中级人民法院结合原告的举证，判定被告不构成专利侵权；案例二，原告杭州某制冷电器厂与被告杭州某科技有限公司侵害实用新型专利权纠纷案，上海知识产权法院通过综合评价双方证据以及技术方案的客观载体，同样判定被告不构成专利侵权；案例三，原告杭州某制冷电器厂与被告杭州某科技有限公司侵害外观设计专利权纠纷案，该案与案例二的当事人及证据完全一致，但上海知识产权法院却判定构成专利侵权。这三个案例存在一个共同点，即原告均缺失侵权产品实物证据，三个案例中的被控侵权技术方案的证据载体均为公证书，尤其是案例二和案例三，法院认定被控技术方案依附于二维的图片，然其所反映的技术方案或设计方案在参与比对时的效果是不一样的，因此，得出了一个构成侵权，而另一个不构成侵权的结论。但是，何谓被控侵权技术方案及其客观载体？客观证据载体上的技术方案或设计方案又是如何决定技术比对环节的呢？通过

对侵权产品实物证据缺失为视角的案例分析，对专利权人维权将会存在何种启示？下文将应用基础理论并结合该三个司法实践案例展开分析。

#### 二、被控侵权技术方案及其客观载体

我国《专利法》第 59 条规定了专利权的保护范围，是关于“周边限定论（Peripheral Definition System）”与“中心限定论（Central Definition System）”的折中解释论，通过权利要求书的内容确定发明或者实用新型专利权的保护范围，说明书及附图用于解释权利要求的内容。外观设计专利权的保护范围主要在于图片或者照片中的该产品的外观设计，文字性的简要说明同样用于解释其保护范围。当具体分析时，学院式的规则首先要求确定专利权的保护范围以划定权利边界，然后判断被控侵权行为是否落入了该边界。然而，实务操作中，不结合具体被控技术方案，仅仅凭空谈论专利权的保护范围，不但十分困难，甚至没有任何意义。专利权保护范围的确定与侵权行为的判定，两者密切相关。认定某一实施行为构成专利侵权，则表明该专利权的保护范围应当被解释为足以囊括该种行为的程度；认定另一实施行为不构成专利侵权，则表明该专利权的保护范围不应当被解释为足以囊括该种行为的程度。<sup>[2]</sup>专利权的保护边界通过权利要求书授权文本在公示上具有明确性，但具体的保护边界则需要结合被控技术方案才能被解释确定。因此，被控技术方案以何种证据形式呈现，将直接影响专利侵权判定中技术比对环节的客观基础，也将决定案件的整体裁判结果。

发明或者实用新型专利侵权判定的比较对象是被控侵权的客体与专利权客体。所谓被控侵权客体，是指在纠纷中被控诉的涉嫌侵权产品的实物上体现的技术方案或实际上使用的技术方法，是对要解决的技术问题所采取的利用自然规律的技术手段的集合，通常由技术特征来构成并体现。<sup>[3]</sup>技术方案可以分解成不同技术特征，或者称之为“小的技术功能或作用”，诸多小的技术功能或作用有机堆积成整体的技术方案。特定的技术方案能够完成行为主体所欲求的技术目的，并能够用语言文字进行主观性的表述。因此，被控侵权技术方案，是指在具体案件中，被指控侵害专利权人技术方案的被控侵权客体的全部技术特征的有机组合体。

专利侵权纠纷中，被控技术方案与专利技术方案通常需要依附于特定的载体而表现。发明是指对产品、方法或者其改进所提出的具有创造性水平的技术方案，即发明通常被分为产品发明与方法发明。对于产品发明，其技术方案主要通过有形的产品本身得以体现，如机器设备、装置、构件用具等制造品发明；又如化学物质、组成物等材料的发明，这些产品本身就能解决具体技术问题并产生特定技术效果。对于方法发明，它是利用自然规律系统地作用于一个物品或物质，使之发生新的质变或者成为另一种物品或物质的手段与步骤，诸如制造方法、操作方法、加工方法、将产品用于新用途的方法等。在产品发明中，技术方案的特定载体就是产品本身，其本身具有的理化特征的组合可以解决特定的技术问题；至于方法发明，其技术方案的载体就是作用于客观物质的手段与步骤，通过物质的变化使技术方案的效果得以体现。事实上，被控侵权技术方案相对于专利技术方案在实际适用上更具体，即专利技术方案有可能仅仅停留在方案层面而尚未产业化；但是被控侵权技术方案几乎都已经量化生产或运用，否则权利人也很难发现其侵权行为以及因侵权而造成的损失。从法律性质而言，被控侵权技术方案与专利技术方案的区别就在于，专利技术方案是经过国家专利行政部门审批授权的。

实用新型专利被称为“小发明”或者“结构专利”，是指产品形状、构造或者其结合并且适于实用的新的技术方案，主要体现在产品的内外结构方面，其对于创造性要求较低。外观设计主要从

[2] 尹新天：《中国专利法详解》，知识产权出版社 2012 年 9 月第 2 版，第 429 页。

[3] 冯晓青：《专利法律知识应考教程及同步练习》，知识产权出版社 2010 年 6 月第 2 版，第 56 页。

[1] 石现升，李美燕：《互联网电子证据运用与司法实践》，载于《北京航空航天大学学报（社会科学版）》2016 年第 2 期，第 49-54 页。

一般消费者的视觉感官出发，指产品的形状、图案或者其结合以及色彩与形状、图案的结合所作出的富有美感并适于工业应用生产的新设计，特别强调产品给人的美感。<sup>[4]</sup> 实用新型技术方案或者外观设计的设计方案都需要依赖于特定的客观物质，被控侵权技术方案的载体也是如此，通常在诉讼中就被称为被控侵权产品。

在被控侵权产品实物存在的情况下，被控侵权技术方案的具体载体就是被控侵权产品，诉讼中将被控侵权产品所体现的技术方案与专利权技术方案进行比对，若被控侵权技术方案的技术特征全面覆盖或等同覆盖了专利保护的发明创造技术方案的全部必要技术特征，即构成专利侵权；否则，就认定不落入专利权保护范围。<sup>[5]</sup> 在实务操作中，可以通过合法手段获取被控侵权产品，如公证保全产品、网络公证购买等形式产生证据链，即证明涉嫌侵权产品系被控行为人生产、销售，继而将被控产品与权利要求进行技术特征比对。然而，通过分析诸多案例，专利权人并未获得符合证据链要求的被控侵权产品实物，仅仅有公证书的销售图片等作为证据，在这种情形下，何谓被控侵权技术方案，技术上是否可以认定专利侵权？

### 三、缺乏实物证据情况下发明或实用新型专利的侵权判定

#### （一）侵权产品实物证据缺失的主要原因

由于涉嫌侵权产品的制造加工过程均在涉嫌企业或个人的厂房区域内，专利权人获得相关侵权行为的物证会很困难，尤其是方法专利的取证。即使通过秘密潜入车间所拍到的生产视频也会因为取证不合法而不被采纳。若请求法院保全证据，涉嫌侵权行为人在收到起诉副本后，极有可能已将相关设备全部转移或更换。在当前专利司法实践中，法院诉前证据保全极少采用的情况下，专利权人就会缺乏实物证据。关于被控侵权产品，其除了在厂房内制造外，还会出现在市场流通领域。在经销商销售产品时，专利权人随同公证人员购买取证时，经常会被拒绝；而专利权人自行购买时，则会由于购买程序不到位而无法形成证据链；这些情况也都导致专利权人无法获得涉嫌侵权实物证据。

电子商务的兴起极大地改变了传统社会的经济形态，并改变着社会方方面面的现实。<sup>[6]</sup> 例如，随着电子商务的飞速发展，消费模式已经发生巨大改变，网络平台上的山寨产品以及涉嫌侵权产品的营销也有了新的途径。相应的，专利权人维权的途径也悄然发生改变。在很多司法案例中，专利权人会委托公证人员将涉嫌侵权产品的网上销售页面进行保全，这些材料会尽可能反映涉嫌侵权产品在网络平台上的价格、产品展示图、使用状态图以及部分技术参数等。公证机构会最终形成一份公证文书，专利权人将此份文件作为主要证据提交法院，以证明被控侵权人构成专利侵权。

#### （二）发明专利侵权纠纷中被控技术方案的证据载体及侵权判定

在发明专利侵权纠纷中，如案例一，原告孙某诉被告宁海某塑料制品厂侵害发明专利权纠纷案，原告指控被告侵害了其享有的一种名称为“有上下左右供水结构和拼接插槽的绿化砖与拼接的绿化体”、专利号为 ZL201110164479.9 的发明专利权。<sup>[7]</sup> 孙某向法庭递交了四川省成都市蜀都公证处(2016)川成蜀证内经字第 17139 号公证书，该公证书记载了被告的企业主体信息以及被指控侵权的数款产品。法院经审理认为，原告自带的产品实物并非来源于被告且无其他证据证明其与被告存在关联性，不能作为技术比对的依据。原告主张以其公证书中记载的数款产品图片作为被诉侵权技术方案的客

观存在，故应当将公证书中记载的被诉侵权产品图片作为被诉侵权技术方案与涉案专利权利要求进行比对。由于该涉案专利系发明专利，欲进行比对，首先要判断图片能否完整并清晰地展示和反映相应的技术方案。由于图片展示角度的局限性，使得所有产品的箱体底面技术特征和部分产品左右壁面外侧技术方案在图中不可见。在没有侵权产品实物印证的情况下，所有产品的图片所反映的被诉侵权技术方案的技术特征与原告涉案专利技术特征存在诸多区别点。如涉案专利权利要求 1 记载的“有上下左右供水结构”，而从图片上看，无法反映出被诉侵权技术方案有左右的供水结构；“塑料通过有冷却系统的注塑模具一次性整体注塑成基体”，这属于产品加工过程的技术特征，但公证书的图片由于其局限性，无法仅从图片确定该项技术特征；公证书中记载的型号为 2512 小花盆 25\*12\*11cm、3319 垂直花盆 33.3\*19\*14cm、1/8 弧形 29\*19\*14cm 不具备涉案专利权利要求 1 记载“种植空间至少由倾斜顶面和两个竖直支撑内壁面构成”的技术特征，被诉侵权产品是设置挂钩与钢架连接，实现支撑和稳固的作用，涉案专利是通过竖直支撑的内壁面使花盆无需悬挂，就可以独立支撑于地面，并可往上叠放，而被诉侵权产品由于没有竖直支撑内壁面，叠放会倾倒，需借助背面的挂钩与钢架相连，实现稳固，两者的手段、功能、效果明显不同，两者并非等同的技术特征；……；以及诸如此类未能在公证书图片中反映出来而记载于专利权利要求 1 中的技术特征等。由于该发明专利权利要求 1 涉及很多产品的复杂内部结构，而这些结构没有呈现在公证书所记载的图片中，事实上也不可能全部呈现在二维的图片中。因此，将图片作为侵权技术方案的载体进行技术比对，其结果往往是无法全面覆盖涉案专利权利要求的保护范围。最高人民法院《关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释》（简称《专利侵权司法解释》）第七条规定，被诉侵权技术方案的技术特征与权利要求记载的全部技术特征相比，缺少权利要求记载的一个以上的技术特征或者有一个以上技术特征不相同也不等同的，应当认定其没有落入专利权的保护范围，不构成专利侵权。宁波市中级人民法院依据《专利法》第五十九条以及《专利侵权司法解释》第七条的规定，认定被诉侵权技术方案没有落入涉案专利权的保护范围，判决驳回原告的全部诉讼请求。

#### （三）实用新型专利侵权纠纷中被控技术方案的证据载体及侵权判定

实用新型专利权与发明专利权在类似情况下的侵权判定原则基本一致。如案例二，原告杭州某制冷电器厂诉被告杭州某科技有限公司侵害实用新型专利权纠纷案，原告指控被告侵害其享有的一种名称为“清洗方便的过滤器”、专利号为 ZL201020172676.6 的实用新型专利权。<sup>[8]</sup> 该案中，原告提交了(2014)浙杭钱证内字第 27521 号公证书以证明被告在阿里巴巴网站销售涉嫌侵权产品，公证书中有产品的外观图片；此外，原告还自行网购了一件产品作为涉嫌侵权产品，但是在庭前该产品及外包装已经由原告自行拆封。被告主张该自行购买的产品不符合证据规则，不应当作为技术比对的基础，而只能将公证书及其记载的内容作为被控侵权技术方案的证据载体并参与技术比对。法院经审理认为，原告提交的被控侵权产品实物已自行拆封，实物及外包装上均未标注有任何生产者信息，且该实物外观与公证书中记载的被控侵权产品图片也存在较大差异：滤筒下部旋钮形状不同，旋钮上方数字圆环差异，以及上部滤管的横向箭头标记和雪花型突起差异等。原告提供的在案证据无法证明被告销售给原告的一台过滤器即是公证书中所指控的被控侵权产品，也无法证明该被控侵权产品实物与被告销售给原告的过滤器产品具有对应性，故无法证明该被控侵权产品实物系由被告生产、销售，该产品实物不能作为证据与权利要求 1 的全部技术特征进行比对。因此，该案中所谓的被控侵权技术方案的载体同样是公证书中涉嫌侵权产品的图片。由于实用新型专利保护的客体是产品的形状、构造或者其结合所提出的适于实用的新的技术方案，而二维的图片很难反映涉嫌侵权产品的

[8] 上海知识产权法院（2015）沪知民初字第 154 号民事判决书。

[4] 冯晓青：《知识产权法》，中国政法大学出版社 2015 年 2 月第 3 版，第 191 页。

[5] 在实务操作中，可以通过合法手段获取被控侵权产品，如公证保全产品、网络公证购买等形式产生证据链，即证明涉嫌侵权产品系被控行为人生产、销售，继而将被控产品与权利要求进行技术特征比对。然而，通过分析诸多案例，专利权人并未获得符合证据链要求的被控侵权产品实物，仅仅有公证书的销售图片等作为证据，在这种情形下，何谓被控侵权技术方案，技术上是否可以认定专利侵权？

[6] 电子商务的兴起极大地改变了传统社会的经济形态，并改变着社会方方面面的现实。

[7] 浙江省宁波市中级人民法院（2016）浙 02 民初 75 号民事判决书。

详细的内外结构。上海知识产权法院法院认为，由于被控侵权产品所采用的技术方案仅能从图片中反映，而依据图片无法认定被控侵权产品是否具有权利要求 1 中的“所述的清洗骨架与一能带动其旋转的旋钮固接，所述的旋钮与所述的滤筒可转动连接”的技术特征，该原告提供的证据不足以证明被控侵权产品的技术特征全面覆盖了原告专利权利要求 1 记载的全部技术特征，不能认定被控侵权产品落入原告涉案专利保护范围，法院判决驳回原告的全部诉讼请求。

#### （四）案例启示

从上述两个案例中可知，发明与实用新型专利由于涉及产品的内外结构、或者成分、方法、步骤等，这些技术特征的比对要尽可能采用侵权产品的实物，仅有公证保全的涉嫌侵权产品的图片是无法证明专利侵权的，因为二维的图片很难全面反映三维立体的产品内外构造及其组合方式。专利权人在侵权诉讼实务中，要尽可能通过合法手段获得被诉侵权产品的实物，并且形成证据链表明实物就是被告生产、销售的。暂且不论能否构成相同侵权或等同侵权，至少在某种程度上可以进行实物与权利要求的技术特征的比对，这比上述两个案例的情况会更接近于胜诉裁判，对维护专利权人的合法权益具有重大作用。在当前电子商务快速发展的情况下，出现了一种公证购买的知识产权取证手段，也被称为“网络购物保全公证”。该种取证方式，就是在传统网页公证保全的基础上，进一步在公证处电脑上在线下单，将涉嫌侵权产品网购至特定的收货地址，在公证人员的监督下启封包装，并用相机对寄送的涉嫌侵权产品外包装以及包装袋、货品、票据等分别拍照或摄像，经专利权人或委托代理人现场确认后再由公证处重新黏贴封条，以此作为实物证据提交法庭；所拍摄的相关照片经打印后与摄像光盘一并附在公证书后面，直观地反映充分取证的过程。<sup>[9]</sup>司法实践中，已经有少数专利权人意识到利用此种取证方式进行维权，但大部分专利权人尚不能有此意识，如上述两个案例中的专利权人就是如此，倘若他们在庭前除了网页公证之外还能公证购买涉嫌侵权产品的实物作为证据，则其胜诉的概率将会明显提高。

#### 四、缺乏实物证据情况下外观设计专利的侵权判定

发明和实用新型在仅有公证书中记载的产品图片的情况下，基本不能判定构成侵权。然而，对于外观设计则不能一概否定，如果公证书中产品的各个角度图片足够多，充分展示了产品的全部或主要外观特征，当涉嫌侵权产品的外观与外观设计相同或者近似，则极有可能构成专利侵权。如案例三，原告杭州某制冷电器厂诉被告杭州某科技有限公司侵害外观设计专利权纠纷案，原告指控被告侵害其享有的一种名称为“前置过滤器（DJS-1-3T）”、专利号为 ZL201030153865.4 的外观设计专利权。<sup>[10]</sup>由于该案与前述的实用新型案件系同一款涉嫌侵权产品，原告同样提供了一份公证书作为证据，即 (2014) 浙杭钱证内字第 27521 号公证书。此外，原告也自行在被告的阿里巴巴网站店铺购买了一件涉嫌侵权产品，在庭前该产品也已经被拆封。法院没有将此款产品作为被控侵权产品与外观设计专利进行比对，具体理由与前述相同。然而，外观设计专利保护的是产品的外观上的形状、图案、色彩或其结合，这些属于二维图片可以呈现的。该案的关键就在于公证书的图片是否能全面或主要反映涉嫌侵权产品的整体外观特征，并与外观设计专利进行比对。上海知识产权法院经审理认为，虽然仅能清晰看见产品的主视图，但主视图已能反映产品外观，虽无法进行左右视图、后视图的比对，亦不影响整体的比对；被控侵权产品的图片与外观设计专利两者均呈 T 形，上部是横向有进水口和出水口的滤管，中部是竖向的圆筒形过滤网和透明外壳构成的滤筒，滤网上包围格状骨架，滤筒下部是旋钮、排水管和阀门，两者各部分组成及形状均基本一致。滤管上有否凸起管道的

区别属于整个外观设计的次要部位，且差别细微，以一般消费者的注意程度，对两者整体视觉效果并不产生实质性影响。法院依据《专利法》第五十九条、《专利侵权司法解释》第八条、第十条及第十一条的规定，判决被控侵权产品的设计与涉案外观设计专利在整体视觉效果上无实质性差异，构成近似设计，被控侵权产品落入原告专利权保护范围。

#### 五、关于被控实物证据缺失下侵权责任的承担方式以及维权启示

专利侵权行为在英文中一般称为“Patent Infringement”，其有别于普通民事侵权行为“Tort”。“Tort”本意为扭曲、伤害，其法律含义是行为人因故意或者过失而给权利人造成的伤害，侵权构成与否主要从行为所产生的后果的角度来说，更注重行为人主观因素的考察；而“infringement”是指“落入边界或者圈子的实施行为”，其主要是从客观行为落入权利客体保护范围的角度而言，并不在乎行为人主观过错程度如何。<sup>[11]</sup>专利权是一种无形财产，是权利人“以公开换保护”而得来的一种类似于垄断性质的财产权性权利，任何以生产经营为目的，未经专利权人许可或法律的特别许可而实施了全面覆盖权利要求记载的全部技术特征的行为，均构成专利侵权。<sup>[12]</sup>根据被控侵权技术方案与专利技术方案系相同或等同，专利侵权行为也被分别区分为字面侵权原则（literal infringement）或等同侵权（infringement under doctrine of equivalents）。<sup>[13]</sup>

我国专利法规定的专利侵权民事责任的承担方式就是停止侵权行为和赔偿损失，这是由于专利权的无形财产权的法律属性所决定的。<sup>[14]</sup>在停止侵权行为方面，依据《专利法》第十一条的规定，在技术方案落入权利要求保护范围构成侵权时，存在五种具体“实施专利”的行为，即制造、进口、销售、许诺销售、使用。在其他相同情况下，不同的实施方式所体现的侵权程度以及所对应的判赔金额的基准是不同的，如制造行为的侵权程度明显比销售行为要严重，前者的判赔金额也会比后者更高；同理，销售行为也比许诺销售行为要严重。对于发明专利和实用新型专利而言，在缺失具体涉嫌侵权实物证据而仅有二维的产品图片作为证据的情况下，是很难被法院采信并认定为侵权的，讨论其具体实施方式就没有任何意义。如前述的发明与实用新型专利案件中，法院均驳回了原告的全部诉讼请求。然而，对于外观设计专利而言，仅有公证书中的二维产品外观图片是极有可能被认定为侵权的。而且，电商平台网站上侵权产品的展示行为属于“在商店橱窗中陈列、在展销会上展出或者以发布广告等方式作出销售产品的意思表示”，这是一种许诺销售行为。<sup>[15]</sup>在前述的“前置过滤器（DJS-1-3T）”外观设计案件中，法院也认为“被告在其阿里巴巴网站中展示的被控侵权产品构成许诺销售”。因此，法院判决被告承担停止许诺销售行为的侵权责任。而在赔偿损失方面，《专利法》第六十五条规定了四位阶的赔偿计算方式，即权利人损失、侵权人获利、许可使用费的合理倍数、法定赔偿。但是，依据中南财经大学知识产权研究中心的研究数据显示，统计 2008 年以来的专利侵权案件的裁判结果可知，约 97.25% 的判决采用了法定赔偿方式，且平均赔偿只有 8 万元。<sup>[16]</sup>究其原因就在于权利人的侵权损失很难计算、侵权人的获利不仅难以计算而且更难取证、许可使用费不具有参考价值或者有些专利根本未曾许可。在“前置过滤器（DJS-1-3T）”外观设计案件中，法院综合考虑许诺销售行为的侵权程度和专利权人的维权成本等因素，按照法定赔偿条款判定其赔偿原告合理费用合计 1 万元。显然，该赔偿款还不足以抵掉原告为此花费的律师代理费，在某种程

[11] 尹新天：《中国专利法详解》，知识产权出版社 2012 年 9 月第 2 版，第 428 页。

[12] 张晓东，林衍华：《专利诉讼实务教程》，华东理工大学出版社 2014 年 9 月第 1 版，第 82 页。

[13] 吴观乐：《专利代理实务》，知识产权出版社 2008 年 4 月第 2 版，第 510 页。

[14] 参见最高人民法院原知识产权审判庭庭长蒋志培 2003 年在全国法院系统专利审判工作座谈会上的总结讲话。

[15] 尹新天：《中国专利法详解》，知识产权出版社 2012 年 9 月第 2 版，第 102 页。

[16] 李黎明：《专利侵权法定赔偿中的主体特征和产业属性研究》，载《现代法学》2015 年第 4 期，第 170—183 页。

[9] 网络购物保全公证助力知识产权维权, [http://www.nbsfj.gov.cn/art/2016/4/13/art\\_491\\_285358.html](http://www.nbsfj.gov.cn/art/2016/4/13/art_491_285358.html), 2016 年 12 月 13 日访问。

[10] 上海知识产权法院（2015）沪知民初字第 153 号民事判决书。

度上是不划算的。其问题的关键，还在于前文所述的取证方式不当而导致的问题，原告没有认识到被控侵权技术方案的客观证据载体。

综上所述，在缺失侵权实物作为被控技术方案之证据载体的情况下，仅仅具有公证书中的图片作为被诉侵权技术方案的唯一客观载体，是很难认定相关被诉侵权技术方案落入了专利权的保护范围，尤其是关于发明和实用新型专利侵权纠纷当中，这对于专利权人维护自身合法权益是相当不利的。诚然，实践当中也存在极个别案例，相关产品的结构极为简单，确信通过二维图片能够反映实用新型专利结构特征的情况下，仅依据公证书作为比对基础便可能胜诉；但这种案例极少，而且随着公众知识产权意识的不断强化，此类简单结构产品的维权案例将趋于为零，不建议专利权人采用此种取证方式维权。在当前电子商务时代，专利权人取证能力通过互联网手段得到了加强，其在维权过程中，若能在网页保全的基础上较好的利用网络公证购买的手段保全涉嫌侵权产品，一方面可以证明被诉侵权人存在销售甚至生产行为，而且拥有了涉嫌侵权产品的实物作为技术比对基础，众多案例表明，这将极大提高专利权人维权的胜诉概率；网页公证保全的证据可以清楚显示产品的网上销售数量，而由于同等产品数量的前提下，生产或销售行为相对于许诺销售或使用行为而言对专利权侵害的程度更大，侵权获利也更多，被告应当承担的侵权责任也更重，此种取证方式会增强法院的合理信赖源，在整体上提高我国专利侵权诉讼判赔的金额；以此增加了被诉侵权人的侵权成本，有利于降低侵权产品的市场份额，维护了专利权人的合法权益。

参考文献

[1] 张晓都. 专利民事诉讼法律问题与审判实践 [M]. 北京：法律出版社，2014：1.  
[2] 石现升，李美燕. 互联网电子证据运用与司法实践 [J]. 北京航空航天大学学报（社会科学版），2016(2)：49–54.  
[3] 尹新天. 中国专利法详解 [M]. 北京：知识产权出版社，2012：428.  
[4] 张晓东，林衍华. 专利诉讼实务教程 [M]. 上海：华东理工大学出版社，2014：82.  
[5] 吴观乐. 专利代理实务 [M]. 北京：知识产权出版社，2008：510.  
[6] 冯晓青. 专利法律知识应考教程及同步练习 [M]. 北京：知识产权出版社，2010：56.  
[7] 文希凯. 专利法教程 [M]. 北京：知识产权出版社，2013：29–34.  
[8] 吴汉东. 知识产权法 [M]. 北京：法律出版社，2014：160–166.  
[9] 尹佳子. 论方法专利侵权诉讼中举证责任的分配 [J]. 中国发明与专利，2017(3)：83–86.  
[10] 齐爱民，徐亮. 电子商务法原理与实务 [M]. 武汉：武汉大学出版社，2010：2.  
[11] 最高人民法院知识产权审判庭编. 最高人民法院知识产权司法解释理解与适用 [M]. 北京：中国法制出版社，2016：54.  
[12] 张玲. 论专利侵权赔偿损失的归责原则 [J]. 中国法学，2012(2)：124–126.  
[13] 罗东川. 专利法重点问题专题研究 [M]. 北京：法律出版社，2015：144.  
[14] 李永明. 知识产权侵权损害法定赔偿研究 [J]，中国法学，2002(5)：176.  
[15] 李黎明. 专利侵权法定赔偿中的主体特征和产业属性研究 [J]. 现代法学，2015（4）： 170–183.

## 市场价值视野下商标侵权损害赔偿问题研究

浙江子城律师事务所 刘润涛

【内容提要】 商标侵权损害赔偿的判定长期困扰司法审判，赢了官司输了市场与追逐利益的商业维权现象并存，如何合理评估商标的市场价值和厘清商标市场价值与侵权损害赔偿的关系，对解决商标侵权损害赔偿难题具有重要意义。文章从理论上分析商标市场价值的影响因素及其与侵权损害赔偿的辩证关系入手，剖析当前实务中商标侵权损害赔偿司法实践及其存在的问题，提出完善商标侵权损害赔偿制度和法律适用的建议。

【关键词】市场价值 商标侵权 损害赔偿

维护权利的排他性和寻求赔偿救济是知识产权诉讼的两大目标，通过损害赔偿救济达到填平权利人的损失、剥夺侵权人的获利、惩罚侵权人的侵权故意等目的。知识产权侵权损害赔偿的正当性、规范性和可预期性一定程度上导致上诉率较高、诉讼拖延，损害了法制的统一，影响了司法权威。<sup>[1]</sup>对知识产权审判机关而言，被举证难、维权成本高、赔偿额低的外部评价与举证不足、赔偿额并不低的内部评价的分歧长期困扰，不仅不利于定纷止争，也不利于知识产权法律共同体的形成。如何通过知识产权市场价值的司法发现促进知识产权损害赔偿制度与实践的良性运作，维护知识产权人合法权益，保护技术创新和品牌创造的积极性，维护公平竞争的市场秩序，迫切需要理论与实践支撑。

### 一、商标市场价值的影响因素

“商标法与量子力学有某种共同之处，不确实性原则在这两学科中都处于中心位置”。<sup>[2]</sup> 商标司法不确定性集中体现为商品类似、商标近似、商标市场价值判断和确定等方面。尽管如此，这些不确定因素是有规律可循的。商标的市场价值是客观存在，商标的市场价值与显著性、知名度和商标使用积累的商誉密切相关。从法律意义上看，商标的市场价值归纳起来主要受两类因素影响。

第一类因素：商标使用的因素。如商标是否实际使用以及使用的主体、使用的商品、地域范围、持续时间、广告投入、商品质量、售后服务以及商标的知名度、商标的质押登记、商标受保护情况等。

[1] 如周乐伦与新百伦公司“百伦”“新百伦”商标侵权纠纷案，广州市中级人民法院在查明新百伦公司获利 1.958 亿的事实基础上，（2013）穗中法民出资第 574 号民事判决中判令新百伦公司赔偿周乐伦 9800 万元。新百伦公司不服、提起上诉，广东省高级人民法院（2015）粤高法民三终字第 444 号民事判决改判新百伦公司赔偿周乐伦 500 万元。浙江省高级人民法院在“卡斯特”商标侵权纠纷的二审判决（2012）浙知终字第 166 号中在认定商标侵权的基础上，判令法国卡思黛乐兄弟简化股份有限公司赔偿李道之、上海班提酒业有限公司经济损失及合理开支 33734546.26 元。法国卡思黛乐兄弟简化股份有限公司不服，向最高人民法院申请再审，最高人民法院经审查决定提审，并作出（2014）民提字第 25 号民事判决，撤销温州市中级人民法院、浙江省高级人民法院的一审、二审判决，判令法国卡思黛乐兄弟简化股份有限公司赔偿李道之、上海班提酒业有限公司经济损失 50 万元。

[2] Jeremy Philips, Trade Mark Law: A Practical Anatomy, Oxford University Press, 2003. P xvii. 转引自彭学龙：《商标法的符号学分析》，法律出版社 2007 年版，第 3 页。

商标的生命在于使用，商标使用类因素是决定商标市场价值主要方面。商标的市场价值集中体现为经持续使用建立起的商标与特定商品来源的联系和积累的商誉，也即消费者对相关商品或者服务的积极评价。商标是识别商品或服务来源的标识，企业的所有经营努力和回报，最终都附着在商标、商号等商业标识载体上，商标承载着相关公众对商品和服务积极评价，也是商标的市场价值所在。

第二类因素：商标自身的因素。如商标文字选择、图案设计等显著性和识别功能，商标是否已经核准注册，商标核准注册的商品或服务的类别和范围，商标注册的地域范围，商标注册是否经过异议、无效等授权确权程序等。由于商标是由标志、商品、权利主体构成的有机统一体，商标三元结构中任何一个要素都与商标的市场价值息息相关。其中，商标标识的设计成本，商标核准使用的商品所处的行业、市场容量和份额、商标附加值，商标所有人的整体经营状况特别是市场开拓能力、甚至是法定代表人的个人状况等都直接影响商标的市场价值。

所以，商标市场价值作为一种客观存在，但商标市场价值的确定需要事实发现机制，并非天马行空，而需科学的规则，商标价值评估即是发现商标市场价值的有效方法。但商标的市场价值因商标使用处于动态变化中，而价值评估是一个静态的方法，且商标市场价值的评估主要是一个会计学问题，与有形资产和一般的无形资产评估相比具有较大的差异性，在商标市场价值评估过程中，需要对这种差异性给予高度重视。否则，无法真正反映商标的市场价值。

## 二、商标市场价值与侵权损害赔偿关系

商标法保护的不仅是商标标识本身，商标通过使用在市场竞争中形成的商标与商品来源的联系、并由市场决定的财产价值，才是商标法律保护的实质。“给商标权所蕴涵的财产价值赋予财产权的地位是对商标保护的最佳手段”。<sup>[3]</sup> 商标侵权救济中通过商标的市场价值方法确定侵权损害赔偿，符合商标的财产属性和市场竞争功能，具有科学性和可预见性。商标侵权损害赔偿只有充分反映商标的市场价值，赔偿的范围、强度与商标的市场价值相适应，才能真正维护公平有序的市场环境。

虽然商标侵权行为的认定以及商标权的保护范围、强度都与商标的市场价值密切相关，但商标市场价值的影响因素众多，表现形式多样，如生产或销售利润的降低、售量的减少或应增未增、侵权人侵害他人商标对商标市场价值的侵夺、市场份额的挤占等，这些影响因素和表现形式与特定的侵权行为之间需要建立一种法律上的因果关系。所以，要正确界定民法意义上的侵权损害赔偿与商标市场价值的关系，不能当然用商标的市场价值替代侵权损害赔偿的确定，而更应关注商标侵权行为和实际损失之间的因果关系以及侵权人因商标侵权行为而带来的利益，即商标的市场价值因特定的商标侵权行为受损害的程度。其中，尤其需要处理好三对关系：商标的市场价值与其他商业标识的市场价值的关系、被控侵权商品上商标市场价值与商标核定使用的全部商品的整体价值的关系、商标对侵权产品的贡献度与商标侵权损害赔偿的关系。因为商标使用过程中往往与商品包装装潢、企业名称、域名等其他商业标识结合在一起，应当将商标市场价值与其他商业标识的市场价值进行明确的分割；就注册商标本身而言，注册商标核定使用的商品类别和数量众多，商标侵权案件中的商标价值评估，应区分商标整体价值与被控侵权商品上商标价值；商标侵权损害赔偿中，采用权利人损失和侵权人获利都需要考虑商标的贡献率问题。采用权利人损失方法时，需考量权利人的损失在多大程度上系因侵权人在侵权商品上使用侵权商标导致的，采用侵权人获利时，需同时考虑权利人商标和侵权人商标使用情况，厘清哪些获利是因侵权人在侵权商品上使用侵权商标带来的。“贯彻商标权保护的比例原则，如运用好商标近似、商品类似、混淆等弹性因素，使商标权保护的强度

与商标的显著性程度、知名度高低等相适应，使损害赔偿与商标在侵权中的贡献率相适应”。<sup>[4]</sup>

## 三、商标侵权损害赔偿司法实践及存在问题

根据《民法通则》的规定，民事责任的承担方式有十种之多。<sup>[5]</sup> 商标权主要是一种财产权，商标侵权民事责任的承担方式主要是两种：停止侵害、赔偿损失。一般商标侵权行为不会导致的商标权人商誉的贬损和社会评价的降低，很少适用消除影响、赔礼道歉等民事责任。<sup>[6]</sup> 在判定构成商标侵权的情况下，基于诉请判令承担停止侵权这种民事责任，司法实践中几乎没有争议，长期困扰商标侵权纠纷审判的主要是损害赔偿问题。

商标侵权损害赔偿的前提首先有赖于损害的发生，这是个事实问题。但是，事实的发现必须按照一定的规则、通过特定的证据加以证明，这又是个法律问题，并且主要是证明问题。根据《商标法》及相关司法解释的规定，商标侵权损害赔偿的确定方法主要有权利人损失、侵权人获利、许可使用费的合理倍数、惩罚性赔偿、法定赔偿等。尽管有多种方法可以选择适用，但商标侵权损害赔偿难题一直未能破解。

### （一）权利人损失

2013 年《商标法》第三次修改把权利人的实际损失和侵权人获得利益的顺序进行了调整，体现了侵权损害赔偿责任的恢复功能和填平精神。根据相关司法解释，“因被侵权所受到的损失，可以根据权利人因侵权所造成商品销售减少量或者侵权商品销售量与该注册商标商品的单位利润乘积”。<sup>[7]</sup> 理论上讲，这种方法体现了我国商标侵权赔偿制度的损益相抵原则和全面赔偿原则，以及保护商标的市场价值的理念。但实践中这计算方法具体操作遇到很多困难。

首先，商标权人提供的销售数量等经营数据很难辨识真伪。实践中，经营主体多套账本登记现象较为普遍，商标权人提供的商品销售减少量数据真实性查证困难。

其次，侵权商品或服务并不一定与注册商标商品或服务实际相同或属于竞争性的商品。即使在竞争的情况下，也很难证明涉案具体侵权行为与被侵权商品销售数量减少或应增未增之间存在法律上的因果关系。除了侵权行为导致权利人损失外，国际秩序、市场格局、经营管理水平以及资本等众多因素都会造成权利人商品销售数量的变化，甚至有些即使出现侵权行为的情况，商标权人的商品销售数量不减反增，如何证明被侵权商品销售数量的减少及其与商标侵权之间法律上的因果关系？或者说商标侵权行为对商品销售数量减少的贡献率。

再次，严格意义上来说，“单位利润”不是个法律概念，财务术语中根据利润来源不同可以分为主营业务利润、营业利润、利润总额或者净利润，其计算结果差异明显。由于法律界定不明，司法实践中尽量回避，很少做如此精细化计算。

### （二）侵权人获利

“侵权所获得的利益，可以根据侵权商品销售量与该商品单位利润乘积计算；该商品单位利润无法查明的，按照注册商标商品的单位利润计算。”<sup>[8]</sup> 相关司法解释明确了侵权获得利益的计算方法，但也存在操作上的问题。

[4] 孔祥俊：《商标法适用的基本问题》，中国法制出版社 2014 年版，第 334 页。

[5] 《中华人民共和国民法通则》第 134 条规定，民事责任的承担方式主要有：（一）停止侵害；（二）排除妨碍；（三）消除危险；（四）返还财产；（五）恢复原状；（六）修理、重作、更换；（七）赔偿损失；（八）支付违约金；（九）消除影响、恢复名誉；（十）赔礼道歉。

[6] 极少数商标侵权纠纷中商标权人能证明由于侵权行为导致了其商誉贬损和社会评价的降低，法院支持了商标权人消除影响、赔礼道歉的诉讼请求。

[7] 最高人民法院《关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第 15 条。

[8] 相关司法解释明确了侵权获得利益的计算方法，但也存在操作上的问题。

[3] 郑其斌：《论商标权的本质》，人民法院出版社 2009 年版，第 2 页。

首先，侵权商品销售量很难确定。在连续商标侵权案件中，侵权商品销售数量很难查证，常见的购买公证证据保全往往只是用于固定侵权行为，无法确定侵权商品数量。少数案件中商标权人举证侵权人公开的财务报表，但财务报表中一般不直接记载销售数量，或者即使报表反映了销售数量，在侵权人使用多个商标的情况下很难确定使用权利人主张的特定商标的商品销售数量。

其次，司法实践中利润的采用混乱，有的是将侵权人在侵权期间由侵权所获得的销售收入扣除成本后都作为赔偿额，包括所有缴纳的税额都应一并赔偿被侵权人，即按主营业务利润；有的是按主营业务利润减去各种费用及投资收益等，即以利润总额计算；还有在利润总额基础上扣除其他支出（如税金等），以净利润作为认定侵权人获利的基准并用于确定赔偿数额。

再次，在侵权人的利润难以查明的情况下，能否按照权利人提供的注册商标商品的单位利润进行替代？理论上，侵权商品销售量与注册商标商品的单位利润乘积计算出的结果既不是侵权人获利，也不是权利人的损失，作为确定侵权人获利的依据缺乏正当性。实践中，侵权人利润与注册商标商品的利润几乎不可能一致，必然会出现要么赔偿不充分，要么过度赔偿的问题。

虽然修改以后的《商标法》确立了举证妨碍制度，规定人民法院为确定赔偿数额，在权利人已经尽力举证，而与侵权行为相关的账簿、资料主要由侵权人掌握的情况下，可以责令侵权人提供与侵权行为相关的账簿、资料；侵权人不提供或者提供虚假的账簿、资料的，人民法院可以参考权利人的主张和提供的证据判定赔偿数额。但是，商标侵权纠纷中，大量的小规模生产经营者没有健全的内部管理制度和完整的财务账簿、资料，机械地让其承担举证妨碍责任，不符合市场实际，容易引发新的问题。

#### （三）许可使用费合理倍数

商标许可谈判和许可使用费的确定是一种市场选择的结果，能够真实地反映在特定条件下商标的市场价值，以许可使用费的合理倍数确定侵权损害赔偿数额，既能反映商标的市场价值，又体现了司法定价对侵权行为的矫正。但是，这种侵权损害赔偿计算方法也存在着适用上的局限，体现在：

首先，这种方法通常仅适用于有在先商标许可或类似的商标许可供参考的情形，商标权人未曾作出过许可或找不到类似的商标许可费可供参考时，这种方法就丧失了适用的前提。

其次，商标许可费因不同经营能力的被许可人、许可时间、地域范围等差别而各不相同，对案外人的许可费在多大程度上对被控侵权案件有参考价值，还需要结合个案进行具体分析。“合理倍数”如何确定，同样缺乏明确的标准，进一步削弱了以许可使用费的合理倍数判定损害赔偿的可操作性。

#### （四）惩罚性赔偿

惩罚性赔偿兼有补偿商标权人损失、惩罚侵权和防止继续实施侵权等多重功能，商标法第三次修改后引入了惩罚性赔偿制度，对完善商标侵权损害赔偿制度具有重要意义。尽管如此，商标侵权惩罚性赔偿的适用需要满足严格的条件，即一是侵权人主观存在恶意，二是情节严重，三是可以确定权利人损失、侵权人获利或许可费的数额基数。

首先，一般情况下商标侵权的判定无需考察侵权人的主观状态，即使在侵权损害赔偿的确定方面，侵权人的主观心态也只是考虑的因素之一。但惩罚性赔偿中，侵权人的主观恶意是必备条件，而司法实践中对何谓“恶意”、“情节严重”的认定较为谨慎，标准较高，导致惩罚性赔偿的适用范围太窄。

其次，适用惩罚性赔偿是建立在以权利人损失、侵权人获利或许可费合理倍数为依据的基础上，而不能以法定赔偿为基数确定，在损失、获利、许可费等难以查明的情况下，惩罚性赔偿的计算基础事实上是不存在，进一步限制了惩罚性赔偿的适用。

再次，最终确定惩罚性赔偿数额，按照《商标法》规定的一倍以上三倍以下，但到底是一点五倍、两倍还是三倍，或是其它，需进一步考虑哪些因素，也缺乏具体指引。

#### （五）法定赔偿

在权利人损失、侵权人获利与许可费合理倍数等都难以确定的情况下，法定赔偿为权利人救济提供了可能，法定赔偿制度的正当性、合理性和对司法效率的贡献不容否认。知识产权法律创设法定赔偿制度，其立法目的就是为了解决因知识产权无形性而导致的损害赔偿计算难的问题，其在商标侵权损害赔偿司法实践中发挥了重要的作用，实务部门的调研报告也用数据作出了有说服力的证明。<sup>[9]</sup>但是，目前司法实践中对法定赔偿的适用泛滥且步入了一个恶性循环怪圈，即权利人怠于举证，故判赔数额较低；判赔数额较低，故不愿积极举证。

首先，司法实践中法院适用法定赔偿时对权利人积极举证的人力、财力和时间投入没有充分关注和积极认可，给权利人及其代理人传递出积极举证无用的信号。

其次，法定赔偿缺乏明确、统一的判断标准，易使判决发生对法的确定性、可预见性和一致性以及个案的公正性和合理性的价值取向相违背，如何在法定赔偿幅度内确定具体的赔偿数额予以适当规范显得至关重要。

再次，法定赔偿过度适用，导致商标损害赔偿偏离了赔偿救济的目的与宗旨，法律效果与社会效果背离。一方面，有些案件适用法定赔偿可能变相为恶意侵权人提供了庇护，另一方面，有些案件适用法定赔偿对显得对侵权人过于严苛，甚至助长了商业维权，这些都偏离了损害赔偿的填平原则和全面赔偿原则。

#### （六）约定的赔偿金

按照约定的赔偿金（违约金）确定商标侵权损害赔偿，相关司法解释作出了明确的规定，<sup>[10]</sup>商标侵权纠纷司法实践中也得到了运用。<sup>[11]</sup>但这种方法受合同相对性的影响使其适用范围非常局限，纠纷发生后对约定的赔偿金是否合理也容易产生争议。

### 四、市场价值视野下商标侵权损害赔偿法律适用的完善

尽管商标法等相关法律、司法解释明确规定了商标侵权损害赔偿制度及其具体适用，但制度制定及运行未充分关注商标的市场价值，导致商标侵权损害赔偿的失范。为此，基于商标的市场价值，提出完善商标侵权损害赔偿制度建议，以期对解决司法实践方面存在的问题有所裨益。

#### （一）形成在市场关系中认识知识产权价值的观念

知识产权是市场中的权利，而非抽象的、停留在法律规定上的权利。商标侵权损害赔偿法律适用存在的很多问题根源不在于法律规定本身，而在于对商标价值认识的不到位。司法实践中普遍存在从侵权商品的单位价格、数量等角度确定商标侵权损害赔偿的数额，未充分关注商标的市场价值。所以，“知识产权是一种市场关系中的权利。与此相应，我们对于著作权、专利权、商标权和商业秘密的价值，应当放在市场竞争关系中加以认识。”<sup>[12]</sup>当然，认识上也要防止一种错误倾向，即简单地将损害赔偿与知识产权的市场价值划等号，直接以知识产权的价值评估数额或者侵权人的销售

[9] 参见长沙市中级人民法院：《知识产权民事案件损害赔偿额判定状况（2011—2015）》，[http://mp.weixin.qq.com/s?\\_\\_biz=MjM5NzU5ODEzNw==&mid=2665200757&idx=3&sn=9adc03b624b8ac72a6b498cd0a87e136](http://mp.weixin.qq.com/s?__biz=MjM5NzU5ODEzNw==&mid=2665200757&idx=3&sn=9adc03b624b8ac72a6b498cd0a87e136)，2016年6月12日查询；宋健：《知识产权损害赔偿责任问题探讨——以实证分析为视角》，《知识产权》2016年第5期，第14—15页。

[10] 最高人民法院《关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第16条规定，“侵权人因侵权所获得的利益或者被侵权人因被侵权所受到的损失均难以确定的，人民法院可以根据当事人的请求或者依职权适用商标法第五十六条第二款的规定确定赔偿数额。……当事人按照本条第一款的规定就赔偿数额达成协议的，应当准许”。

[11] 参见（2015）浙绍知终字111号民事判决书。

[12] 李明德：《关于知识产权损害赔偿的几点思考》，《知识产权》2016年第5期，第9页。

数量与销售利润的乘积作为知识产权损害赔偿数额，这也是对知识产权市场价值的误读。

（二）准确把握商标市场价值的特殊性

商标权包含商标专有使用权和禁止权，专有使用权范围与禁止权范围不同，前者是在核定使用的商品上使用核准注册的商标，后者包含相同类似的商品上使用相同近似的商标，商标的市场价值不仅由专有使用权的市场价值组成，更包含禁止权对应的市场价值。在对商标价值进行评估的时候更多地是从注册商标专用权角度，但在确定商标侵权损害赔偿时，商标市场价值的评估应以注册商标禁止权范围为维度。而且，在禁止权保护范围内，在相同商品上使用他人相同的商标，与类似商品上使用近似的商标，对商标市场价值的影响和给权利人造成的损失显然是有区别的，确定损害赔偿时应针对商标侵权具体形态进行区别对待。

（三）尝试运用假象的许可费计算方法

由于很多案件中没有许可费可供参看，许可使用费方法适用的范围变得很窄。在专利侵权纠纷中，美国司法实践创造性地运用假象谈判确定许可费的方法，典型案例是 Georgia Pacific 案，在该案中，法院假定如果专利权人和被许可人在合理且自愿的情况下签订许可协议，从侵权之日起算所可能达成的许可费，一个理性的专利权人为专利权的实施转化愿意收取的许可费，一个精明的被许可人为达到企业目标而获得目标专利所愿意支付的许可费，该许可费能够使被许可人有利可图，且也能让权利人所接受，并且法院结合专利权人曾经获得的许可费、侵权人在其他许可中缴纳的许可费、许可的性质和范围、专利权人的许可策略、专利权人与被许可人之间的关系、专利权的期限、专利产品的获利情况等十五个因素来确定假设的许可费。<sup>[13]</sup> 这种方法对确定商标侵权损害赔偿有借鉴意义，作为许可使用费合理倍数方法中确定许可使用费的一种补充手段，可一定程度上克服许可使用费合理倍数方法确定侵权损害赔偿适用上的局限。

（四）坚持和完善法定赔偿的适用

法定赔偿作为商标侵权损害赔偿确定的主要方法，对提高审判效率、实现利益平衡发挥了重要作用，应予坚持。当然，针对法定赔偿在商标侵权损害赔偿中存在的问题，建议从商标市场价值角度对法定赔偿加以规范。

首先，建议法院对法定赔偿适用进行释明，引导双方当事人积极举证，提交其商标市场价值因侵权受损的证据并以此主张侵权损害赔偿的依据、方法和过程，司法裁判加强对当事人积极举证的充分认可、鼓励，承认和支持当事人举证的人力、财力和时间投入，以及审计、鉴定等合理成本。

其次，制定适用法定赔偿方法确定损害赔偿数额的具体指引，适当限制自由裁量。深入研究影响知识产权侵权损害赔偿数额的指标和因素，并将通过法定赔偿方式确定损害赔偿数额的指标和因素进行类型化，然后对不同类型类型的指标和因素进行细化。如可将确定损害赔偿数额的指标和因素分为知识产权的市场价值指标、权利人损失或侵权人获利指标、主观过错指标。以商标市场价值为核心指标，根据商标市场价值的高低将法定赔偿 300 万以下分为诸如 10 万以下、10 万以上 50 万以下、50 万以上 100 万以下、100 万以上 200 万以下、200 以上 300 万以下等五档，然后根据权利人损失的证据和侵权人获利的证据及侵权人主观过错或权利人主观懈怠的证据对五档进行调整并最终确定损害赔偿数额。浙江省高级人民法院在充分调研的基础上专题研究知识产权损害赔偿问题，根据权利信息和侵权信息构建的层次分析法，对发现商标的市场价值、规范法定赔偿的适用具有积极

意义。<sup>[14]</sup> 当然，有确凿证据证明权利人损失或侵权人获利明显超过法定赔偿最高限额的情况下，也可在法定赔偿限额以上酌定赔偿。

所以，法定赔偿适用上采用定性与定量相结合的方法，实现法定赔偿的正当性和可操作性的平衡，既防止法定赔偿适用的任意，也避免过于机械和不合时宜。

（五）充分支持维权开支等合理费用

商标侵权法定赔偿方法确定的赔偿额偏低，而且往往将律师费等维权开支包含其中，未体现对律师的服务优质优价的认可，无法调动专业律师的积极性，不利于知识产权法律服务的发展。所以，建议判决将合理的律师费用从赔偿及总的维权费用中单列出来，在律师费的判决支持上充分体现对代理律师积极举证、律师服务优质优价的激励，促进知识产权专业律师额专业化发展。

针对商标侵权纠纷二审甚至是再审期间的律师费等维权开支的主张是否属于增加诉讼请求的问题，相关司法政策指出，“如果当事人在一审诉讼中已就律师费、差旅费等合理开支提出诉讼请求，二审期间就新增加的上述费用请求增加赔偿数额的，不属于民事诉讼法司法解释第三百二十八条‘增加独立的诉讼请求’的情况，法官可以对上述费用的赔偿数额重新作出判决，并在判决书中说明理由”，<sup>[15]</sup> 值得肯定。

（六）完善损害赔偿配套制度

商标侵权损害赔偿难题的解决不仅在于对损害赔偿问题认识的深化，还依赖于损害赔偿配套制度的构建和完善，《民事诉讼法》、《资产评估法》等相关法律为商标侵权损害赔偿制度的运行提供了积极的保障，特别是行为保全、举证妨碍、无形资产评估等制度的明确立法对保障商标侵权损害赔偿良好运行将发挥重要作用。当然，这些损害赔偿配套制度要发挥出积极效用，也要避免一些误区，如以市场价值评估为例，在商业秘密侵权纠纷中往往会对商业秘密的价值进行评估，但技术信息和经营信息的价值评估与商业秘密的竞争优势之间并不存在必然联系，对公知信息进行评估，同样能评估出价值，所以对市场价值的评估应充分注意商标、商业秘密类知识产权等无形资产的特殊性。

结 语

侵权损害赔偿问题长期困扰司法审判，司法实践多从侵权商品的单位价格、数量等角度确定商标侵权损害赔偿，未充分关注商标的市场价值，改变这种习惯思维和路径依赖，也许正是解决侵权损害赔偿难题的出路。以商标市场价值为导向，更加注重侵权损害赔偿及其配套制度运行的有效性，鼓励当事人积极举证，增强损害赔偿数额的精准性，弥补商标权人的损失，剥夺侵权人的获利，保护商标的市场价值。当然，也不能矫枉过正，要合理界定商标市场价值在具体侵权案件中的作用与表现，充分考虑商标市场价值对被控侵权商品利润的贡献。

[14] 参见陈国猛主编：《浙江省知识产权民事司法保护报告（2015）》，法律出版社 2016 年 11 月。

[15] 参见北京市高级人民法院《当前知识产权审判需要注意的法律问题》（2016 年 5 月施行）第四部分“其他问题”中“关于二审新增律师费、差旅费等费用的处理问题”。

[13]GEORGIA-PACIFIC CORPORATION, v. UNITEDSTATES PLYWOOD CORPORATION, 318 F. Supp. 1116; 166U. S.P.Q. (BNA) 235, 1970。

## 我国上市公司反收购措施的法律分析与设计

浙江六和律师事务所 赵箭冰 俞琳琼

【内容提要】 上市公司的收购与反收购是证券市场上的重要经济活动。围绕着公司控制权的争夺和冲突，收购方与被收购方因各自利益诉求的不同而互相制约和博弈。如何构建合法有效的反收购措施体系，已日渐成为上市公司关注的焦点和需要研究的重要课题。目前，我国关于上市公司反收购的法律法规仍处于缺失状态，导致实践中相关主体均缺乏有效的指引，各类反收购措施层出不穷而又屡遭质疑，难以实施。由此，对我国上市公司的反收购措施进行全面的法律评析和恰当的预先设计，已成为上市公司的当务之急。本文从上市公司反收购措施基本理论、常见反收购措施的分析研判、如何制定合法有效的反收购措施等三个方面，阐述了作者对上市公司构建反收购措施体系的法律思考，以期为该等措施的制订和实施提供有益的借鉴。

【关键词】上市公司反收购章程法律分析设计

收购是企业之间实现资源优化配置的有力手段。在转型升级、兼并重组的过程中，随着产业整合需求的增加及资本市场并购机制的完善，企业往往通过更加便捷高效的收购行为，实现迅速扩大生产经营规模、降低交易成本、进军新的行业、提升企业综合实力的目标，这一现象在上市公司的收购中显得尤为明显，特别是那些估值偏低、控股不明显、股权较为分散的上市公司。在上市公司收购过程中，收购双方因各自利益诉求的不同而互相制约和博弈，各种深层次的冲突和矛盾贯穿整个收购始末，由此引发被收购方制定各种反收购措施，为保护己方及相关主体的权益而展开激烈的防卫战。

然而，在实践中，许多上市公司的反收购措施并未取得预期效果。究其原因，除去我国关于上市公司反收购的法律法规仍处于缺失状态，实践中收购与反收购的博弈双方缺乏有效指引等因素之外，反收购方就其制定或采取的反收购措施未能进行充分的法律可行性论证和恰当的设计，是导致反收购措施未能如愿实施的重要因素。

为此，本文试从上市公司反收购措施基本理论、常见反收购措施的分析研判、如何制定合法合理的反收购措施等三个方面阐述作者对上市公司如何构建反收购措施体系的法律思考和基本方法，以期为该等措施的制订和实施提供有益的借鉴。

### 一、上市公司反收购措施的基本理论与立法概况

#### （一）上市公司反收购措施的基本理论

##### 1、上市公司“收购”概念及基本意义

“收购”一词在我国法律上并无明确定义，一般多指为取得目标公司股份 / 股权或控制权而采取的一系列对股权 / 股份的购买行为。对上市公司的收购以是否经过上市公司同意为标准划分为二种形

式，经过上市公司同意的收购称为协议收购，未经上市公司同意的收购被称为恶意收购。目前，理论界和实务界对投资者以取得上市公司控制权为目的的非协议收购行为的评判并不统一。否定观点说认为，该种收购行为因未经上市公司同意而属于“恶”行，收购者被称为“门口的野蛮人”，其行为属于恶意收购或强制收购。肯定观点说认为，不违反法律强制性规定的自由收购行为具有积极意义，能够促进市场经济自主发展、改善上市公司治理结构、促进公司的经营管理等，应当予以支持。检视现行法律法规及规章中关于上市公司收购的内容，恶意收购并非我国现行法律中有所定义的法律概念，现行法律并无禁止、限制投资者自由收购上市公司股票的规定，评价某收购行为是否合法并不以收购目的作为唯一判断依据。目前已有的规定也大多为规范性要求，允许投资人收购上市公司，为上市公司引入竞争机制预留了通道，在一定程度上可规范、监督上市公司管理层积极履行职责，提升公司价值。因此，对不违反强制性规定的收购行为，不应以上市公司单方面的主观判断而不加甄别地一概否定。相反，如果上市公司出现内部人控制的情形，损害了公司和股东的利益，则应受到法律的制约。因此，笔者认为，将收购者未与上市公司控股股东或管理层达成合意即自主收购上市公司的行为称之为“非协议收购”似显得客观中性，较为妥当。

上市公司的收购（包括非协议收购）具有诸多积极意义。诸如：第一，有利于制约和监督上市公司管理者。拥有公司所有权的公司股东与拥有公司控制权的管理者两者之间形成委托关系，为了有效监督作为受托人的管理者，公司股东可以通过一系列制度和行为进行约束。上市公司收购作为其中的一种手段，可起到制约和监督上市公司管理者的积极作用；第二，有利于实现股东的权益。一般情况下，在收购事件中，收购方的公司和被收购的公司的股票价格均会出现上涨，从而使得股东利益得到较大的提升。第三，有利于优化资源配置，促进社会进步。企业间通过收购形成规模经营，可在生产技术、经营管理、生产效率等方面进行相互流通，从而降低社会成本、促进技术革新，最终促进社会经济福利最大化。

##### 2、上市公司“反收购”概念及基本意义

“反收购”所针对的“收购”，一般具有如下特征：第一，目标公司管理层未知悉或未同意收购方的收购行为；第二，该等收购行为将导致目标公司控制权转移或将对其经营决策产生重大影响；第三，收购行为一般通过证券交易或一致行动人（往往尚未披露）进行；第四，是否需要对该种收购行为进行“反收购”，一般由目标公司管理层自由心证决定。

“反收购”在我国目前法律上并无正式定义，其也非上市公司股东所享有的法定权利。上市公司股东、管理层等采取反收购措施，一般均旨在预防或阻止收购者通过收购目标公司股份而取得相对或绝对的控制权或对公司的重大决策产生重大影响力。因此，可将“反收购措施”定义为，上市公司为了对抗未来或有的非协议收购行为而制定和实施的一系列抵御性措施。

上市公司反收购的积极意义在于：第一，有利于维护公司的长远利益，防止收购人的短期行为。可以维护公司原有经营方针和策略计划的稳定性和延续性，确保公司独立自主经营的权利不受到干扰，有利于公司的长远发展。第二，有利于保护公司现有股东的合法权益。在公司出现价值被低估而导致收购发生时，强有力的反收购措施可以保证股东提升其议价能力，为其带来更高的溢价收入，或成功阻止股份被出售，从而最大化其股东权益，有效抵制对公司不利的收购。第三，有利于维护公司利益相关者的共同利益。第四，有利于防止收购后垄断局面的出现，确保市场具有良好的经济秩序。

但是，需要注意的是，上市公司反收购措施如果运用不当，则将会带来诸多消极影响，诸如：成为管理层滥用权力的屏障；不合理的收购价格将迫使收购方以高于预期的成本收购目标公司，会

导致社会资源浪费；收购完成后，侵害收购方作为股东所享有的权利；错误行使反收购权可能同时损害目标公司、股东及利益相关者的共同利益；以限制股东权利为核心的反收购措施将因违法而无效，会导致权力义务的不确定性，引起相关主体间的争议和纠纷。因此，只有在为维护公司及广大股东合法利益的前提下，目标公司管理层才可以采取合法的反收购措施。

### 3、上市公司反收购措施的基本类型

市场竞争的本质为自由竞争，进攻与防守相伴而生。上市公司大股东为了维持其对公司的控制权，必然会设置一些反收购的机制以防止大权旁落。一般可分为：

（1）事前防御性措施和事后对抗性措施。前者是指在非协议收购发生之前即提前预设各种防范性反收购措施，未雨绸缪，诸如后文提及的提前设置股权架构、采取分级董事会制度、特殊事项议事规则、各种提名限制条款、降落伞计划、交叉持股等；后者是指在非协议收购发生时所采取的反收购应对措施，诸如后文提及的白衣骑士、资产出售、股份增持、债券转化及债务提前到期等。

（2）需股东大会批准或授权的反收购措施和管理层有权自由裁量的反收购措施。前者主要涉及需要对公司章程进行修改的反收购措施；后者一般指在章程授权范围内的资产处置类条款等。

此外，还有一些其他的分类方式，限于篇幅，不作赘述。

#### （二）上市公司反收购措施的立法概况

##### 1、代表性国家和地区对于上市公司反收购措施的立法概况

反收购措施的制订，其本质是解决公司法人内部治理结构问题，主要是安排好目标公司股东与经营者之间的权利义务关系。反收购主要涉及决定权主体、股东和经营者在收购与反收购层面可享有的权利及需承担的义务。目前多个国家和地区均对非协议收购和反收购有明确的立法规定。

第一，关于反收购决定权。股东大会决定权模式（典型代表为英国、我国香港地区等）：非经股东大会多数同意，董事会不得抵御非协议收购，以防止管理层操纵反收购。公司管理层决定权模式（典型代表为美国）：股东大会不享有反收购决定权，管理层有权决定反收购并具有广泛的权力，同时，通过董事信义义务及经营判断准则等董事责任机制和其他股东保护机制对反收购行为进行规制。两种模式的最大共同点是高度保护股东权益。

第二，关于具体的反收购类型和措施。比较常见的有：

一是限制收购者的股东权利：如设置双重股权架构，提升管理层所持股份的表决权，做到无论股东如何变更，管理层都拥有绝对多数的表决权；设置一定的条件，如收购者未能满足该等条件，则限制其表决权；限制收购股东提案权；提升特殊议案的表决通过比例；限制收购者对公司董事会董事的提名权等。

二是提高收购者的收购成本：如要求收购者在未达到披露条件时即提前披露持股比例，以限制或延缓其收购股份的进度；对收购者撤换现有董事、管理层、辞退员工等设置较高的赔偿额；赋予董事及管理层拥有以低价购买股份的特权或允许提前行权，或向老股东定向增发股份，以稀释收购者的股份；目标公司在对外借贷或发行债券时明确附加关于反收购配合的条款，如规定当目标公司面临非协议收购时，未到期债务可加速提前到期或可将债券转换为公司股份；回购已发行在外的股份；管理层新设控股公司，以目标公司资产及未来收益进行担保对外融资，并向目标公司发出要约收购，以与非协议收购股东形成竞争；以信息披露不完整、涉嫌垄断等为由提起诉讼，拦阻或阻碍收购进度。

三是降低目标公司资产的价值及对收购方的吸引力：如目标公司大量出售公司优质资产或核心业务、购入不良资产或负担巨额债务，以使公司失去吸引力或短期内进行财务恶化。

四是寻求其他第三方的帮助：将公司优质资产以较低价格出售给友好第三方；与友好第三方互

相持股。

除此之外，还有诸如选择溢价回购非协议收购者已持有的目标公司股份、目标公司反向收购非协议收购方的股份或请求 / 说服其他第三方对非协议收购方的股份进行收购等方式。

上述方法被通俗形象地称为“毒丸计划”、“降落伞计划”（包括金、银、锡降落伞）、“驱鲨剂”、“焦土政策”（包括“虚胖战术”、“冠珠出售”）、“白衣骑士”、“白衣护卫”、“绿票讹诈”、“帕克曼防御”等。

需要注意的是，上述策略的使用需要具备一定前提条件，诸如：应当有法律法规的支撑或许可、有上市公司章程的明文规定或授权，有合法有效的合同、协议作出明确具体的约定等，以其有针对性的内容作为规则依据。

### 2、我国对于上市公司反收购措施的立法概况及问题分析

（1）缺乏对收购和反收购的专门立法。现阶段我国暂无关于公司收购与反收购的专门立法。

（2）规制反收购的相关立法或规定较为分散和模糊。第一，《公司法》和《证券法》等规范经济领域的重要法律也无关于反收购的特别规定，仅有个别条款（如董事勤勉和忠实义务、股份回购制度、公平价格条款等）作出了原则性规定，但这些规定因其抽象性和模糊性在实践中均无法被直接适用。第二，目前对上市公司反收购的规制主要体现在中国证券监督管理委员会的《上市公司收购管理办法》及散见于其他法律文件中，但大部分规定也存在过于原则而缺乏可操作性的情况，导致实践中理解不一，且因其效力层级较低，缺乏权威性和普适性。

（3）反收购决策权归属主体不明。目前我国法律并无对该问题作出明确规定。从规制反收购的相关条款可以看出，股东大会和董事会均有权对部分反收购措施作出决定。如，《公司法》规定股东大会有权决定公司合并、分立、解散等重大事项；《上市公司收购管理办法》规定董事因其负有勤勉和忠实义务，在作出反收购决策时应当维护公司和股东合法权益，未经股东大会同意，不得擅自处置公司资产、担保、贷款等事项。可见，现行法律对于股东大会和董事会决定反收购的权力范围并未作出明确规定，给实践应用带来困难。

（3）缺乏董事、监事和高级管理人员勤勉义务和忠实义务的判断标准和责任承担规定。我国目前立法并未规定前述人员勤勉义务和和忠实义务的判断标准（仅对忠实义务以列举方式作出了消极规定），导致该等义务的判断与实际履行缺少清晰明确的评判准则。在实践中将无法判断前述人员在实施反收购措施时是否存在违反前述义务的情形。

（4）缺乏反收购措施的判断标准和操作指引。目前法律既没有规定反收购措施的判断标准和主要内容，也没有规定违法反收购措施应承担的责任和免责条件，既导致上市公司章程规定或修改的反收购内容存在被监管部门予以限制或禁止的风险，也导致上市公司面临处罚时缺乏申辩的依据。

（5）缺乏完善的反收购损害救济制度。目前法律并未对在反收购中遭受损失之利益主体的救济途径作出明确规定，导致该等主体的合法权益受损。

### 3、境外反收购立法的借鉴意义

关于反收购措施决定权。股东大会 / 管理层中心主义模式，均会导致使反收购决定权高度集中于控股股东 / 管理层手中，存在利用各自优势地位而滥用权利、损害其他利益相关方（尤其是中小股东）的风险。因此，可在股东大会中心主义和管理层决策模式两者之间寻求平衡点，诸如采取折中方式，规定经过股东大会批准后董事会有权实施反收购，但在特殊情形下，董事会有权直接采取反收购措施。

关于具体的反收购类型和措施。由于每个国家和地区的立法体系、历史背景及现阶段目标之差异，对于反收购类型和措施不能照搬照抄，而要根据我国国情、实际需求及实施的法律、政治、经济政

策环境，加以区别对待。

## 二、目前我国上市公司反收购措施存在的问题与评析

### （一）常见反收购措施及其法律分析

#### 1、限制收购方的股东权利

##### （1）关于设置双重股权架构（同股不同权）及限制收购股东表决权的反收购措施

该反收购措施的主要内容为：将收购股东与原有股东之股权所对应的股东权利进行区别对待，表现为“同股不同权”，诸如增加管理层持股表决权、限制或剥夺收购股东的表决权等。

对该反收购措施的法律分析如下：

根据我国《公司法》第四条、第二十条第一款、第二十二条第一款、第一百零一条至第一百零三条、第一百二十六条第一款之规定，《证券法》第三条、第四条、第八十五条之规定，及中国证券监督管理委员会《上市公司收购管理办法》第三条第一款、第六条第一款、第七条第一款、第八条、第八十条第二款之规定，可以看出：第一，前述规定均鼓励上市公司与其他第三方进行股份交易、投资者可通过收购等形式取得控制权，以此来促进上市公司治理结构的完善和经营管理的提升。第二，与有限责任公司可以在章程中对股东表决权等权利作出自由规定相不同的是，上市公司股东实行同股同权。

因此，如果设置同股不同权的双重股权结构，提升或增加管理层所持股份的表决权、减少或限制收购股东相应的表决权，该等做法的问题就显现出来：第一，既缺乏法律依据，也与现行法律规定不符，目前难以施行。第二，该种措施即使被股东大会表决通过，则其合法性和效力性也会受到质疑。第三，由现有股东通过表决，提前对未来收购方股东的相应权利加以限制或为其增设额外义务，也违背公平原则。

##### （2）关于提高收购方股东自行召集和主持股东大会持股要求的反收购措施

提高收购方股东自行召集和主持股东大会持股要求的主要内容为：根据《公司法》第一百零一条之规定，有权自行召集和主持股东大会的股东，仅需满足连续 90 日以上单独或合计持有公司 10% 以上股份即可。但是为了限制符合前述条件的收购方股东行使该等召集和主持权，目标公司将该等条件中的持股时间加以提高，比如规定只有连续 270 日以上单独或者合计持有公司 10% 以上股份的股东才可以自行召集和主持股东大会等。

对该反收购措施的法律分析如下：

如果公司章程将“连续 90 日以上”这一法定要件提升至“连续 270 日以上”，则会出现以下问题：第一，剥夺部分股东行使召集和主持股东大会的权利，势必破坏原有公司治理秩序，限制了股东权利的正常行使，严重损害股东的合法权利。第二，将会增加公司出现僵局的可能性，也会对反制大股东滥用股东权利造成不便。

##### （3）关于提高股东行使提案权之资格标准的反收购措施

提高股东行使提案权之资格标准的主要内容为：根据《公司法》第一百零二条的规定，有权提出临时提案的股东，其只需达到单独或者合计持有公司百分之三以上股份即可。实践中，有的公司章程在法定条件“持股 3% 以上股份”之外，增加对于收购方股东连续持股期限的要求，比如要求持股达到 180 天等。

对该反收购措施的法律分析如下：

该等以持股时间及持股比例为核心要素的限制股东提案权条款，主要是为了维持公司管理层和经营业务的稳定，一方面有助于阻止收购人在取得上市公司股份后立即要求改选董事会，但另一方

面也提高了股东行使提案权的资格标准：第一，股东提案权与提名权是股东行使股东权利，参与公司自治的核心内容和主要方法。将法定条件界定为“持股 3% 以上股份”，充分考虑了公司效率与保障股东权利，故在此之外作出持股时间与持股数量等限制，均将严重影响股东权利之行使，导致其合法权利被剥夺或限制，从而破坏公司治理秩序。第二，将导致出现同股不同权的情形，不当地排除收购方股东参与公司治理之权利或提高了相关要求。

##### （4）关于提高收购方所提特定议案表决通过标准的反收购措施

该反收购措施的主要内容为：为了防止收购方（包括其一致行动人）在收购完成后，对目标公司享有控制权或对重大事项产生重要影响力等，在公司章程反收购条款的设计中，提高针对收购方（包括其一致行动人）所提特定议案表决通过的标准。比如，针对收购方（包括其一致行动人）所提的关于购买或出售资产、对外投资、对外担保等内容之议案，将该等议案的表决通过标准加以提升，要求必须由出席股东大会所持表决权四分之三或五分之四以上通过方能形成决议。

对该反收购措施的法律分析如下：上市公司将收购方提出的特定议案表决通过的标准进行大幅度提高，以此限制收购方带来的影响，将会单方面增加该等议案的通过难度，阻碍收购方股东正常行使股东权利；同时也会导致部分股东将对收购方股东提出的议案产生较多的否决权，甚至出现一票否决的情形，并且存在阻碍公司的发展、侵犯公司及股东合法权益的可能性。但是，如果就公司全部特别事项提升其表决通过的标准，则属于公司章程自治范围，此类条款应属有效。

#### 2、强化管理层的控制权

##### （1）关于降低收购者需要提前披露收购信息之法定持股比例的反收购措施

要求收购者降低披露收购信息持股比例的主要内容为：为维护交易秩序、保障股东的知情权，《证券法》第八十六条及《上市公司收购管理办法》第十三、十四条均规定收购方在持股比例达到 5% 时负有公开进行信息披露的义务。但是，为数不少的上市公司在其章程中规定，投资者在股权比例达到 3% 时即需向公司董事会作出书面报告，该等义务同样适用于将来的增持或减持行为；并且，还规定了针对收购方违反此信息披露义务的制裁措施，诸如收购方应当对其他股东负有由此导致的损失赔偿义务；如收购者在股权比例达到 3% 时未履行规定的信息披露义务或未予以改正，则其股份所对应的表决权将会被限制或禁止，等等。

对该反收购措施的法律分析如下：

根据《证券法》第八十六条第一款、第二百一十三条之规定，《上市公司收购管理办法》第三条第二款之规定，收购方持有上市公司已发行股份达到百分之五时，必须履行报告和信息披露的义务。但是，对于公司章程规定收购者在达到百分之五前即负有信息披露义务，且上市公司董事会有权决定在该等情形下是否同意其增持股份，否则就限制其股东权利的反收购机制，会存在以下问题：第一，该等规定目前缺乏法律依据。同时，《证券法》第二百一十三条规定收购人未依法履行收购的公告、发出收购要约等义务将面临责任承担，由此，前述降低披露收购信息持股比例的章程规定，可能会因不符合前述法律规定而受到质疑。第二，《上市公司收购管理办法》第三条第二款规定，收购者在相关信息披露前负有保密义务。因此，提前披露信息显然违反了上述规定。第三，从信息披露的立法目的来看，是为了维护证券交易市场的秩序和广大投资者的权益，如果提早披露，会引起不必要的市场波动。第四，也会加大收购者的收购成本，有悖公平原则。上市公司将持股比例降至 5% 以下，则将在交易秩序、交易自由、交易效率、披露成本等方面增加收购方的收购难度。第五，提前披露收购信息，对于那些并无收购上市公司意愿的普通投资者而言，也是一种限制，该限制违反了公平原则。第六，未经特定股东同意，在公司章程中增设针对该等特定股东所需承担的额外义务，

剥夺其相关表决权，将损害其基于“同股同权”原则所享有的股东权利。因此，除非法律法规另有规定或收购股东明确同意外，该等反收购机制存在被监管部门质疑的风险；即便通过实施，一旦出现纠纷诉诸法院，其合法性和有效性缺乏法律支持，存在较大的法律风险。

（2）关于在上市公司控制权发生变更时，对董事、高级管理人员实行高额补偿（也称为“金色降落伞计划”）以及启动股权激励机制的反收购措施

该反收购措施的主要内容为：公司被非协议收购时，在未出现法定或约定事由时，未经公司董事、监事或其他高级管理人员同意，不得于任期届满之前解除其职务（包括导致其主动提出辞职的情形）。否则，该等人员享有要求公司额外支付高额经济赔偿金、补偿金或提前执行股权激励计划之请求权。同时，公司还应按照《劳动合同法》及具体劳动合同、聘任协议等相关规定或约定，向该等人员支付经济补偿金或其他赔偿金、违约金等。如此，则可增加收购者的收购成本，以阻却其收购。

对该反收购措施的法律分析如下：

非协议收购者收购上市公司股份的目的，一方面是为了取得投资回报，另一方面是为了取得上市公司的控制权，以便实现更大的效益。因此，在取得上市公司的控制权后，必然会对公司管理层作出调整。此时，对被免任、辞退的管理层人员作出补偿，既合乎情理也符合《劳动合同法》等法律规定。但是，对补偿标准需要进行合理设计，以避免补偿额过高从而影响公司业绩、损害上市公司和股东的权益，或导致出现该等人员涉嫌违反忠实义务、进行不当利益输送等。在此，设置反收购措施存在一定空间。

（3）关于对收购股东任免董事、监事作出限制的反收购措施

①提高收购股东行使董事或监事改选提案权的持股比例和持股时间

该反收购措施的主要内容为：修改后的章程对股东有权提出关于董事或监事改选的提案额外创设了一定要求，比如将其限定为持股比例和持股时间均同时达到一定要求：须连续两年以上单独或合计持有公司 15% 以上股份的股东才能提名候选人且提名人数受限（如规定每一提案所提候选人不得超过全体董事的五分之一），或要求将应经董事会（或监事会）提名委员会评议通过作为提名董事、监事候选人的先决条件。

②将股东董事或监事改选提案权与其他义务相挂钩，即有条件地剥夺收购方提名董事、监事候选人的权利。比如，规定收购股东持股达到一定比例时应当进行信息披露，否则不具有提名董事、监事候选人的权利。

③限制对董事会（或监事会）的改选比例和改选频率，实行分期制度。如规定在董事会（或监事会）任期届满后，继任董事会（或监事会）成员中至少应有三分之二以上的原任董事会（或监事会）成员连任，在每年度内更换的董事（或监事）不得超过全部董事会（或监事会）成员的四分之一等；一定期限内只能选举或更换董事、监事一次；同时就该等分期制度的修改表决比例设置特定的绝对多数条款，如规定必须一定比例（如三分之一或过半数）股东出席股东大会且取得出席会议的绝对多数（如四分之三）股东同意才能修改关于分期制度。

对上述① - ③项反收购措施的法律分析如下：

作为股东参与公司自治的核心权利，股东提名权属于法定权利，除法律强制性规定之外，章程对收购股东的提名权进行部分限制或禁止显然是不公平的。章程在持股时间、持股数量、提名人数等方面对股东行使提名权进行诸多限制，或要求股东提名的董事或监事候选人应经董事会或监事会提名委员会评议通过，或限制违反信息披露义务股东的提名权，该等要求均在一定程度上限制了股东提名权的行使。而董事在任期届满后是否连任，应由股东重新选举决定，如章程直接规定一定比

例的董事可直接连任，则明显构成对股东自由选择管理者权利的侵犯。此外，还需注意章程前述反收购规定是否存在过度维护现任高管地位、导致公司形成内部人控制、不利于股东对高管人员履职的监督、损害公司及股东利益的情形。

④限制收购股东提名的董事身份和任职资格条件

该反收购措施的主要内容为：在公司章程中为收购股东提名的董事设置某些特定的积极条件、限制或禁止某些特定的消极条件。诸如：将董事会职工代表的比例和要求做一定提升，如规定董事会中的职工代表应当占全体董事人员的二分之一，且须在公司连续工作满一定年限；要求特定股东提名的董事、监事等候选人应具备一定期限的工作经验与业务知识，如应当具备曾在本公司（包括控股子公司）任职的工作经历，或具备与公司目前经营或主营业务相同的工作经验；规定董事长和副董事长必须从任职连续一定期限以上的董事中产生等。

对该反收购措施的法律分析如下：

《上市公司章程指引》第九十六条、第九十八条、《公司法》第一百零八条第二款的相关规定，为上市公司实施关于董事身份和任职限制的反收购机制提供了法律空间。

第一，根据上述规定，公司章程可以对董事的身份作出专门的规定，例如可以充分运用职工董事的名额，确保董事人员的稳定性。

第二，根据上述规定，可以对董事的任职资格条件加以提升，例如，担任董事必须在上市公司任职超过一定的年份，或对公司所从事的经营业务具备特定的专长和资质等，以便限定收购股东所提名董事人选的范围。当然，该等要求应当同时适用于现股东的董事提名权。因此，实践中部分上市公司在章程作出修改，将对于董事的特定要求（诸如要求提名的董事候选人应当具备一定年限以上的公司同类或相似业务相关管理经验，并应当具备达到某种程度的专业水准）仅分配给收购方及其一致行动人，而未明确现股东是否受此约束，则会因仅单独限制收购股东董事提名权而存在一定的风险。

（4）关于赋予或扩大目标公司董事会职权的反收购措施

该反收购措施的主要内容为：

第一，实施“白衣骑士”或“白衣护卫”计划，为公司长远利益之考量，董事会可为公司选择其他的收购者，主动寻找关联公司或其他第三方与非协议收购方进行竞价收购；与管理层、原大股东签订一致行动协议，对股份进行部分转让，并要求关联公司或其他第三方锁定所持股权或吸纳流通在外的股份，给非协议收购方设置障碍。该计划目前并无限制或禁止性规定，在实践中存在一定可为空间。

第二，互相持股。上市公司与关联公司或其他友好公司之间相互持有对方股权，由于该等股权结构相对更稳定，能够灵活地相互交换股权，因此，可以迅速扩大持股比例，较大程度地阻碍非协议收购者的侵入。

第三，调整公司股权结构、处置公司资产及债权债务、提起诉讼等。目标公司大量出售公司优质资产或核心业务、购入不良资产或负担巨额债务、对外借贷或发行债券时明确附加关于反收购配合的条款、以信息披露不完整、涉嫌垄断等为由提起诉讼等。

对该反收购措施的法律分析如下：

在不违反法律强制性规定及损害公司、其他股东权益之前提下，董事会在面临非协议收购时，无需获得股东大会同意即可直接采取章程未规定的其他反收购措施。鉴于公司治理与公司、股东合法权益之平衡，董事会的职权不应做无限制的扩大适用，因此，该等措施的实施应当具有严格的限

制条件，否则极易导致大股东或董事会滥用职权。比如：董事会及董事所作出的决策应当有利于维护公司及其股东的利益；其行为应当严格遵循董事勤勉义务、忠实义务之要求及公司所规定的其他要求，应当公平公正地处理与包括收购方在内的全体股东之间的关系，不得针对收购方设置专门的障碍；董事会的职权范围不得及于章程规定需由股东大会决议才能做出的事项（比如重大资产处置、对外投资、调整公司主要业务、股权激励、股权调整等）；应当规定董事违反前述内容对公司及其他股东所应承担的损失赔偿责任等；如特定股东意图通过董事会采取无需经股东大会授权的反收购行动，则也会破坏公司正常治理，导致滥用权利，因此，对该等赋权规范应当根据实际情况予以限制或禁止。

（二）修法建议

1、制定统一的专门的收购与反收购法律或系列法律规范，逐步完善反收购法律体系

可将专门的上位法与其他不同位阶的部门规章或规范性文件进行配套使用，形成系统性反收购法律体系。上位法可就反收购作出相对原则性的规定，诸如收购与反收购的定义、反收购的合法性判断标准、反收购决策权的归属主体及各自的权限范围、反收购所涉及的实体性及程序性规定、反收购措施的类型和种类、公司自治的空间、法律责任及救济途径等。其他部门规章或规范性文件可在上位法范围内作出具体细化的规定。

2、明确反收购的判断标准

诸如，反收购措施的动机和目标（比如维护个人利益、公司和股东利益）、所造成的社会影响（是否违反强制性规定、损害社会公共利益、违背社会公序良俗、扰乱社会经济秩序）、作出反收购措施决策的程序合法性问题（是否履行信息披露义务、是否履行相关表决程序）、举证责任分配问题（是否适用举证责任倒置）、免责条款（在何种情形下即便损害了相关方的合法权益，也可免除或减轻责任承担）等。

3、明确反收购措施的主要内容和适用条件

诸如，确定反收购措施的类型和种类、每种反收购措施的适用条件。

4、明确反收购的监督机制和司法救济途径

诸如，需要规制管理层行为并明确勤勉义务和忠实义务的判断标准、充分发挥独立董事作用；明确司法救济的范围和途径等。

三、我国上市公司反收购措施的设计

（一）我国上市公司制定反收购措施需要考虑的基本原则

1、自由与限制平衡原则

绝对肯定或否定反收购均有偏颇。完全自由的反收购行为，将导致权利被滥用，也会使公司失去被良性收购促进发展的机会；被过度限制的反收购，则将无法抵御破坏性收购。因此，需要在两者之间寻求一个平衡点。

2、维护公司、股东及其他相关方利益原则

上市公司反收购措施应当着眼于维护和实现公司、股东（包括中小股东）及其他相关方的合法权益，设置适当的规则，避免出现滥用管理层权力、滥用控股股东或实际控制人优势地位或反收购措施设置失当的情形，从而损害公司、股东及其他相关方的权益。

3、体现管理层忠实义务和勤勉义务原则

根据《公司法》第一百四十七条的规定，公司管理层人员除应遵守法律法规和公司章程外，还

对公司负有勤勉义务和忠实义务。但是，我国目前立法仅对该等勤勉义务进行了原则性规定，并未对判断标准作出明示，导致其在实际履行中缺少清晰明确的评判准则，容易引起争议。因此，公司在设置反收购措施时，可对董监高勤勉义务的判断标准进行事先规定，作为评价反收购措施设置得当与否的标准之一。

4、股东利益平等原则

实践中，公司股东可通过投资合作、协议安排、取得股权等方式享有对公司的控制权或决策重大事项的影响力，但该等权利的实现一般均需通过对公司的表决权而实现。目前我国法律严格遵循“同股同权”的公司治理架构，如反收购措施的制定将会限制或禁止收购方股东享有其所对应的股东权利，则将会因违反前述“同股同权”原则而被认定为无效。因此，反收购措施的制定应当体现维护公司现有及将来全体股东合法权益这一原则。

5、兼顾诚实信用、践行社会责任的原则

根据《公司法》第四条的规定，公司在社会经济活动中，除应遵纪守法、维护股东权益外，还应当遵守社会公序良俗、商业道德，承担一定的社会责任。因此，公司制定的反收购措施，应当贯彻前述原则。

6、信息公开原则

信息公开对保护投资者权益、稳定交易市场等方面具有重要意义。因此，收购双方在收购过程中均应当做到：第一，收购方披露的信息必须为完整真实、全体股东有权获得与收购和反收购有关的充分资料、信息应当公开披露给每一位股东；第二，管理层应当向全体股东及收购方披露其对本次收购的意见、理由及自身在该收购中的利益冲突。

（二）我国上市公司反收购措施的可为空间和设计思路

1、通过上市公司章程制定反收购措施

作为公司宪法，章程是公司意思自治的体现，其效力不仅及于公司、全体股东和管理层，也对整个经济市场的交易环境和秩序带来影响。因此，为了避免将来被认定为无效或可撤销，章程内容的制定及修改均应体现全体股东的意思自治，同时也需要明确其自治的权力边界。上市公司在章程中制定反收购措施时，章程修改必须在修改议案的提出主体、表决程序、表决内容等方面遵循法定及约定程序。同时，章程修改的内容也必须符合法律强制性规定，未经特定股东同意，不得擅自创设针对该等特定股东将来行使股东权利的禁止或限制性规定，或增设额外的义务，也不得新设其他股东可享有的权利。此外，也不能损害其他股东（尤其是中小股东）债权人或其他相关主体的合法权益。根据前文分析，在确保合法性和妥适性的前提下，章程可在诸多方面设置反收购机制。比如：

（1）公司章程可以对董事的身份作出专门的规定，例如：鉴于职工董事系由上市公司职工代表大会选举产生，而法律规定董事会席位的一半可由高级管理人员和职工代表担任，因此，职工董事的席位具有相对较高的稳定性，不会随收购股东的意愿而被任意免任，公司章程在此具有可为空间，可通过提升职工董事比例（至多不超过董事会席位的一半）以防范收购股东快速控制董事会。

（2）公司章程可以对董事（也可包括监事、高级管理人员）的任职资格条件加以提升，例如：明确规定除职工代表外，全体董事应当具备某类普遍的概括性要求，如：应具备与公司经营业务相关的专业知识，以便在审核权限范围内的公司事务时具备相关经验，作出科学合理的判断；应当具备一定的财务知识，确保对公司财务信息能够作出全面正确的理解与分析；在履行监督职责时，应当对被监督方所涉及的业务具备相关的经验和技能，作为其作出监督判断的有力支撑。此外，针对公司在特殊岗位特聘的董监高，因其对公司实际运营享有较高权限或承担较重职责，除可用上述勤

勉义务的一般性内容进行规范外，还可有针对性地另行制定特别内容。需要注意的是，针对董事的任职条件要求应适用于所有股东提名的人选，而非仅针对收购方及其一致行动人提名的人选，否则将有悖于“同股同权”之原则。

如此，可增加收购方委派或变更董事的难度，从而在一定程度上确保董事人员的稳定性。

#### （3）对管理层设置合法合理的补偿机制

根据《公司法》相关规定，对管理层的报酬事项属于章程自治范围，也可部分授权给董事会行使。当公司控制权发生移转时，在章程修改中增添关于管理层人员无故遭受解聘时的经济补偿条款无可厚非。收购完成后，依照章程规定、《劳动合同法》相关规定及聘任合同、劳动合同相关约定等，对被免任、辞退的董事、监事、高级管理人员作出补偿符合规定，也符合公平原则。可见，上市公司设置反收购机制在这一方面存在一定的法律空间。但是，对于补偿的标准，需要有一个合理的设计，以避免补偿额过高从而损害上市公司和股东的权益。诸如：第一，需要避免出现关联交易、不当利益输送等情形的发生，需要根据对公司业绩的影响程度，结合董事勤勉义务和忠实义务进行考量；第二，应合理设置补偿金数额，防止将来成为拦阻所有收购者的障碍；第三，不得损害公司、其他股东（尤其是中小股东）、债权人及其他相关主体的合法权益；等等。

#### （4）章程可就公司特别事项设置合适的议事规则

依据《公司法》第一百零三条第二款之规定，对于特别事项，应经出席股东所持表决权三分之二以上通过，诸如修改章程、合并与分立、增减注册资本、解散或变更公司形式等。在章程自治范围内，增加特别决议事项的内容及其表决通过的标准并无不当。实践中，有上市公司章程规定，公司重大事项的决议需经无关联关系的股东以高于公司法所规定之表决比例（比如四分之三以上）才能通过。如此，通过扩大公司需要进行特别表决的事项内容及提升该等表决的通过标准，可在一定程度上降低收购方股东对公司产生的影响程度，从而起到反收购作用。需要注意的是，此类条款的设计仍需慎重，比如：第一，对重大事项的判断应立足于公司利益，而非仅针对特定股东，否则将涉嫌变相限制收购方及其一致行动人行使提案权。第二，该等条款的设置，应当考虑公司及股东、其他相关主体的利益，不得滥用大股东权利，也不得出现一票否决之情形。否则，将提高公司僵局发生的风险概率，也会不利于公司及股东利益的维护。第三，概因此等条款针对的是包括控股股东、收购股东在内的全体股东，需要设置合适的表决通过比例，以不影响现有控股股东所提议案的正常表决通过。

#### （5）章程可以规定董事会（监事会）实行分级制度

如前文所分析，对于董事会（监事会）的任期届满后的改选，如设置强制性改选数量的限制，将会因存在限制收购方股东行使提名权而存在效力问题。因此，为了避免该等情况，可在章程中将全体董事（监事）依任期划分为若干小组，不同小组设置不同的任期。如此，全体董事（监事）的任期可分批分次到期，如将来公司被非协议收购，则可有效地延缓收购方迅速控制董事会（监事会）等管理机构的进度。董事会在收购方控制董事会之前，可据此达到反收购目的。需要注意的是，应当考虑章程前述反收购规定是否存在将过度维护现任高管地位、导致公司形成内部人控制、不利于股东对高管人员履职的监督、损害公司及股东的利益之情形。如有，则应当加以纠正。

### 2、通过其他途径制定反收购措施

#### （1）事先设置合理的股权结构

为了避免将来出现或减少非协议收购的情形，上市公司在设立之初就应当对公司的股权及控股架构进行合理设置，确保公司控制权或对重大事项的影响力不被转移。

第一种：自我控股。公司设置股权架构时，应当拥有处于绝对控股或相对控股地位的股东，具

体持股比例需要视具体情况而定，该等持股比例可在公司设立时即予以确定或通过后续增持股份实现。

#### 第二种：制定管理层和员工股权激励计划

目标公司通过启动员工股权激励计划或员工期权行权（标的股票总数比例最高可达股本总额的10%），可减少外部流通股，从而阻碍收购。

《上市公司股权激励管理办法》第九条第（十二）项对上市公司股权激励机制的设置作出了明确的规定，上市公司应当在股权激励计划中载明发生控制权变更等事项时股权激励计划的执行。同时，根据前述《上市公司股权激励管理办法》第四十二条第一款、第四十三条之规定，已经股东大会审议通过的股权激励计划执行时，无需重新履行股东大会决议和证监会报审程序，在取得证券交易所确认后即可办理登记结算事宜。需要注意的是：第一，《上市公司股权激励管理办法》对于在首次提交给股东大会审议的股权激励方案中预设相关反收购条款并未作出限制或禁止性规定，只是禁止在已审批通过的股权激励计划中新增反收购条款。因此，在首次股权激励计划中安排反收购措施具有可行性。如此，上市公司在公司控制权有发生变更的可能之前，可提前对股份、股票期权等权利的行权预设一定的规则，进而启动反收购机制。第二，根据《公司法》规定，禁止公司直接或者通过子公司向管理层提供借款，因此，管理层或员工不能通过向目标公司贷款来收购本公司股权，对此，管理层和员工行权的资金来源，是采用该类反收购措施所应关注的问题。

#### 第三种：制定与关联公司或其他友好公司互相持股的计划

可规定上市公司在未发生非协议收购时即可与关联公司或其他友好公司之间相互持有对方股权，本质是互相出资。由于该等股权结构相对更稳定，也可构成一致行动人，相互间可以灵活地交换股权从而扩大对目标公司的持股比例，因此可较大程度地阻碍非协议收购者的侵入。需要注意的是，互相持股占用公司大量资金从而对公司流动资金产生影响，并且如果持股一方公司经营恶化，则会影响另一方的相关权益，也存在双方同时被其他非协议第三方收购的可能性，因此需进行综合考量。

#### （2）制定股东一致行动条款

通过股东一致行动条款可增强那些无明显控股股东或股权相对分散之公司股权的稳定性。如规定，公司遇公开收购或非协议收购时，前五名股东必须保持意思表示及其行动的一致和统一，违约者股东应对其他股东承担赔偿责任。

#### （3）制定寻求“白衣骑士”或“白衣护卫”基本方案

在面临非协议收购时，公司可提前预设寻求“白衣骑士”或“白衣护卫”基本方案，主动寻找关联公司或其他第三方与破坏性收购方进行竞价收购；与管理层、原大股东签订一致行动协议，对股份进行部分转让，并要求关联公司或其他第三方锁定所持股权或吸纳流通在外的股份，给非协议收购方设置障碍。需要注意的是，在寻找“白衣骑士”或“白衣护卫”时，应当设置符合公司利益的一定要求，防范其后续转变为非协议收购者的风险。

#### （4）采取司法途径进行反收购

收购方违反我国法律对上市公司收购条件或程序的规定，如未按照要求在持股比例达到5%后进行信息披露，则目标公司或股东可提起控告、申诉或者诉讼，以终止或中止收购方的收购行为，可在一定程度上拖延收购进程，为采取反收购策略争取更多空间。此外，对于取得上市公司控制权的非协议收购者，任意解聘董监高成员，对公司造成实际损害，成为破坏性收购者的，可以依法提起相应的诉讼，以维护广大中小股东和其他利益相关者的合法权益。

上市公司在非协议收购发生之前或发生后，可结合自身实际情况及需求，采取一种或综合运用

多种反收购措施进行应对。但应当严格遵循我国法律的强制性规定，避免触犯限制或禁止性规定、侵害公司及其他股东的利益。此外，反收购措施的适用前提应当被严格限定在非协议收购行为将会对公司造成不利的后果这一范围内。如过某收购行为有利于上市公司资源优化配置、进行技术革新、有助于公司长远发展、增加股东权益，则应当积极促成该交易，否则便违背了股东利益最大化原则。

#### 四、结论

综上，现行法律规定并未对收购上市公司行为作出明确的限制，其原则是鼓励市场交易和市场竞争，对于反收购机制仅有部分原则性规定，也未明示将来可为的空间。虽然一些上市公司已经通过章程修改等方式对反收购措施作出了创设性规定，但仍有部分内容面临监管部门的质询。因此，未来仍需对该等反收购措施的合法性和有效性加以关注。总的来说，上市公司在公司自治范围之内预设反收购机制必须考虑股东利益和公司利益，全面审视条款的合法性和妥适性，既要遵循“同股同权”的基本原则，避免限制、禁止收购股东的法定权利或为其创设额外义务，又要在反收购措施与公司管理层权利之间寻求利益的均衡点，防止将反收购条款沦为管理层实现自身利益、大股东滥用权利的工具，确保维护公司正常治理结构和市场交易秩序，维护社会公平正义。不过，无论如何，上市公司设置了反收购的栅栏，在一定程度上将会对门外的非协议收购者起到一定的阻吓作用，使其因可能面临的高额收购代价、被约束的权利、额外的义务及法律风险等因素而延缓或停止进攻，转而去“访问”那些门口没有栅栏的目标。

#### 参考书目

- 1、徐国军：《上市公司控制权之争：宝万之争法律分析》，《法制与社会》，2017 年 2 月。
- 2、刘运宏：《上市公司市场化收购的公平与效率问题研究：以〈证券法〉修改为视角》，中国法制出版社 2014 年版。
- 3、李曜：《管理层收购后的中国上市公司治理问题》，世界图书出版公司 2013 年版。
- 4、陈聪、何礼果：《中国上市公司反收购法律问题研究》，《西南科技大学学报》，2009 年 10 月。
- 5、巫文勇：《中外上市公司收购法律制度比较研究》，《理论探讨》，2005 年 4 月。

## 资本溢价的法律问题

浙江训和律师事务所 邹毅强

【内容提要】资本溢价是指企业投资者在投资过程中注入企业的资金高于其所占注册资本比例的现象，通常表现为企业的溢价增资。目前，最高人民法院已经通过判例的形式明确了资本溢价协议的法律效力。然而，实践中的资本溢价仍然涉及到成为对赌协议的法律风险、所有权法律风险和税收法律风险。为此，笔者建议通过制定公司章程明确公司利润分配方式、避免签订违背投资风险共担原则的条款以及注重个税的缴纳等几个方面共同应对和防范法律风险。

【关键词】资本溢价 溢价增资 法律风险

导论：近年来，企业资本溢价现象逐渐成为公司实务中一大热点话题。随着私募股权投资基金的发展与成熟，越来越多的新兴企业通过溢价增资的方式以获得成长。例如蒙牛公司在 2002 年通过与三家私募股权投资基金达成资本溢价协议的方式实现融资；德豪润达公司曾通过“高溢价”的方式投资于维美盛景公司（美国纳斯达克上市公司）；东盛集团在 2005 年通过接受资本溢价的方式引入战略投资者。上述案例表明，越来越多的私募股权投资基金和企业战略投资者倾向于通过资本溢价的方式加入到新兴企业。这表明资本溢价方式对于初创企业的拓宽融资途径、优化公司结构、促进企业成长甚至是最终的 IPO 上市都具有持久而深远的意义。

#### 一、资本溢价概述

##### （一）资本溢价的定义

资本溢价是指企业在筹集资金的过程中，投资人的投入资本超过其注册资本的数额。该项差额是按投资人的出资额与其在新增注册资本中应占的份额数的差异计算的。<sup>[1]</sup>资本溢价是企业不同时期投资者为平衡利益而形成的产物，通常的初创企业在公司运营初期面临着探索市场、开放产品等风险，因此初期设立公司投资者所需投入的成本较高。因此为了平衡原投资者所承担的这一部分企业风险，新加入的投资者往往需要投入比原先投资者更多的资金才能加入公司，而这多出的资金便构成了企业的资本溢价。根据会计法律法规的规定，投资比例部分的出资额一般计入“实收资本”，溢价部分计入“资本公积”。

##### （二）资本溢价的分类

根据资本溢价主体的不同，司法实践中一般将其分为两类：

##### 1、原投资者注入的资本溢价

原投资者注入的资本溢价主要发生在公司设立阶段，可以依据出资方式分为两类：（1）实物出资。在公司设立时，若公司创办者存有实物出资的情况，由于实物资产评估值与实际价值存在着客

[1] 王美涵：《财务百科全书》，辽宁人民出版社 1993 年版，第 1669 页。

观上的偏差，此时便极易产生资本溢价或折价的情况。若实物实际价值高于最初的评估价值，此时便发生资本溢价；反之，便是资本折价。（2）货币出资。当股东选择以货币出资的方式设立公司时，若个别股东实际缴纳的出资额大于其认缴额度，此时也发生资本溢价。

#### 2、新加入投资者的资本溢价

新加入投资者的资本溢价主要发生在公司重组阶段。此时，新投资者注入的出资额便发生了资本溢价。新加入投资者的资本溢价具有较大的差异性，由不同公司本身性质、运营状况、新投资者加入的时间和权利设置等方面原因而定。

### 二、资本溢价的合法性

司法实践中时有发生对资本溢价协议效力问题的争论，法学界对于资本溢价是否合法的问题也一直存有疑问。在现有立法方面，无论是《公司法》还是其他司法解释均未对资本溢价的问题予以明确规定。然而，2012 年最高人民法院通过发布公报案例<sup>[2]</sup>的形式认可了资本溢价协议的合法性，在深圳启迪公司与郑州国华等公司股权确认纠纷案中，最高法院认为“股东的实际出资数额和持权比例应属于公司股东意思自治的范畴”。对此，笔者基本赞同最高法院的判决结果，具体理由有以下两点：

#### （一）资本溢价的约定属于公司自治

资本溢价约定的效力是否合法，其实质是公司意思自治与法律规制的边界问题。

首先，公司自治是现代《公司法》的基本原则之一，其强调法律应该充分尊重公司股东的意思表示和行为活动。在公司活动没有侵犯第三方利益或严重损害股东利益的情况下，司法机关应当保持必要的谦抑避免过早介入。资本溢价的约定，其实质是公司不同时期的投资者对于公司结构的制度性安排，是基于全体股东真实意思表示下所达成一致的协议。因此，法律应当充分尊重公司股东对于公司内部结构的治理活动。

其次，资本溢价协议的约定并不违反强行法的规定。在当前既有的《公司法》和其他相关司法解释中，目前没有法律法规否定资本溢价协议的效力。显然，资本溢价协议不具有非法性。因此，认定资本溢价协议无效的理由于法无据。

再次，资本溢价约定不会影响公司对外的交易安全。资本溢价的前提是公司已经将投资比例份额计入“实收资本”，针对于其他的溢价部分已经完全计入了“资本公积”，因此这样的安排并不会影响到公司债权担保等对外基本功能。

最后，资本溢价的约定也不会损害其他股东或后续投资者的利益。如上文所述，资本溢价通常是企业不同时期投资者为平衡利益而形成的产物。由于新加入的投资者没有经历公司初创时摸索和开拓市场阶段的风险，若以相同投资额度加入势必会造成公司利益分配不公，这也不符合“收益与风险相一致”的商法精神。

#### （二）资本溢价具有广泛的社会基础

资本溢价的概念出现更多的是在会计学之中，《会计词典》、《财务百科全书》中都有关于资本溢价概念的详细论述。财政部制定的《企业会计准则应用指南》中甚至是对资本溢价的会计处理也作出了明确的规定。由此可见，在商事活动中对资本溢价约定的操作已然十分成熟，司法实践中资本溢价约定协议更是屡见不鲜。由此可见，资本溢价已然具备了广泛的社会基础，法律应当明确其效力以维护正常商事活动的秩序与稳定。

### 三、资本溢价的法律风险

[2] 《最高人民法院公报》，2012 年第 1 期，最高人民法院〔2011〕民提字第 6 号判决。

#### （一）成为对赌协议的风险

所谓对赌协议，是指收购方（包括投资方）与出让方（包括融资方）在达成并购（或者融资）协议时，对于未来不确定的情况进行一种约定。<sup>[3]</sup>对赌协议与资本溢价协议在许多方面都存在着共性，例如对赌协议中投资方的资金通常在注入公司后仅有少部分作为公司注册资本而其余多数一般计入资本公积，此时便产生了资本溢价现象；又例如两者在公司利润分配问题上一般都约定“不按照注册资本的比例分红”的状况。考虑到目前最高法院已经通过“海富投资案”<sup>[4]</sup>明确否定了对赌协议的法律效力，因此资本溢价协议若操作不慎还是具有成为对赌协议的可能。有鉴于此，我们需要对两者之间的区别进行必要的鉴别：

#### 1、资本溢价是对赌行为中的一种表现方式

对赌协议的本质是一种期权，资本溢价只是对赌协议具体操作过程中产生的一种现象，两者并不完全一致。在对赌协议中，由于融资公司的初创注册资本往往较小，而股权投资时会作较高的估值，若投资者投资金额全部计入增加的注册资本，则与估值调整协议中约定的投资者持股比例难以相符，因此一般只将小部分作为增资，其余大部分投资记入资本公积金项下。<sup>[5]</sup>由此可见，对赌协议的根本目的在于投机谋利，而资本溢价协议的出现只是股东对于公司内部结构的再调整。

#### 2、对赌协议违反了投资风险共担的原则

一般认为对赌协议具备了一定程度上射幸合同的性质，这也是投资者签订合同的动机所在。对赌协议射幸性的特点便决定了投资方与融资方之间必定只能有一方是赢家，投资方与融资方立场鲜明对立，双方不合理的利润分配方式显然也违反了《公司法》中风险共担的基本原则。而资本溢价行为本身虽然也并不一定遵守按照出资比例营利的特点，但是其本身并不违反投资风险共担原则。具体表现在当公司营利时，投资人与其他股东共享收益；当公司经营发生亏损时，投资人与其他股东共担损失。

#### 3、对赌协议往往具有涉外性

对赌协议的涉外性主要是对赌协议的主体中通常有一方是海外机构。考虑到我国目前的金融管制仍然较为严格，而我国创业公司在成长初期又需要融资，对赌协议便为外国机构投资者投资国内提供了一条较好的途径。然而，《中华人民共和国中外合资经营企业法》第八条规定了对企业利润按照合营各方注册资本比例进行分配，考虑到《中外合资经营企业法》属于公司法律法规领域中的特别法，因此投资者在涉及域外因素时应当优先适用《中外合资经营企业法》的规定。“海富投资案”中最高法院正是基于《中外合资经营企业法》的规定判定对赌协议无效。然而，资本溢价活动并不一定具有涉外性，其应当属于公司经营活动过程中较为常见的行为。

#### （二）所有权法律风险

资本溢价协议的所有权法律风险主要表现在投资溢价款一旦注入公司后便难以返还。

首先，《企业会计准则》规定的变化直接影响了溢价款项的性质。在 1993 年财政部的《企业会计准则》规定中明确规定了资本公积金属于所有者权益。而 2016 年颁布的《企业会计准则》则将其所有者权益的概念改为了股东权益的概念，明确排除了《物权法》上的所有权概念。据此，由于企业投资者不再享有溢价款项的所有权而并不能要求返还。

[3] 马晖：《设定有利对赌标准是维护利益的关键》，《中国储运》，2017 年第 2 期。

[4] 最高人民法院（2012）民提字第 11 号判决书（<https://wenku.baidu.com/view/eb3115d0ad51f01dc281f164.html>）。

[5] 俞秋玮、夏青：《如何看待融资公司作为“对赌”主体的效力》，《人民法院报》，2014 年第 7 版。

其次，最高法院在两则判例中也显示出了上述观点。在最高院（2013）民提字第 226 号中<sup>[6]</sup>，法院的裁判要旨直接表明：“股东在注册资本之外的出资，不属于借款债权，而应当属于资本公积金。资本公积金属于公司的后备资金，股东可以按出资比例向公司主张所有者权益，但股东出资后不能抽回，也不得转变为公司的债务计算利息，变相抽逃。”而在另一则最高人民法院再审（2013）民申字第 326 号案例中<sup>[7]</sup>，法院再次重申上述观点，在此基础上还进一步强调了股东向公司已交纳的出资无论是计入注册资本还是计入资本公积金，都形成公司资产，股东不得请求返还。

### （三）税务法律风险

资本溢价的税务风险主要是指股权溢价增资过程中的涉税问题。首先需要强调的是资本溢价转增股本本身具有两个过程，即资本溢价的溢价本身列入到资本公积金和资本溢价的资本公积金在转增注册资本两个方面。可以明确的是资本溢价的溢价本身列入资本公积金过程显然不需要缴纳任何税收，因此本文仅对溢价增资的资本公积转增股本过程中涉及的税收问题进行探讨。

《国家税务总局关于股份制企业转增股本和派发红股征免个人所得税的通知》（国税发〔1997〕198 号）第一条规定“股份制企业用资本公积金转增股本不属于股息、红利性质的分配，对个人取得的转增股本数额，不作为个人所得，不征收个人所得税”。

《国家税务总局关于原城市信用社在转制为城市合作银行过程中个人股增值所得应纳个人所得税的批复》（国税函〔1998〕第 289 号）第二条规定：“国税发〔1997〕198 号文件中所说的资本公积金，指股份制企业股票溢价发行收入所形成的资本公积金。将此转增股本由个人取得的数额，不作为应税所得征收个人所得税。而与此不相符合的其他资本公积金转增股本部分，应当依法征收个人所得税”。其后，国税发〔2010〕54 号文件对此再次重申。

上述三项国税总局的文件是目前溢价增资的资本公积转增股本过程中税收问题主要的法律依据。从法规的文字表述我们不难看出，对于股份制有限责任公司以股票溢价发行形成的资本公积转增股本目前不征收个税。

对于有限责任公司溢价增资部分转增注册资本是否需要缴纳个税的问题主要有两种观点：

第一种观点认为根据国家税务总局相关文件的规定，只有股份有限公司资本溢价的溢价部分才能被称为股票溢价，有限责任公司的溢价款转增股本并不能因此而免税。

第二种观点认为个税的征收不应当与公司的性质有关，因为任何公司的溢价部分转增注册资本的实质过程是一样的，至于是否属于股票溢价只是名称而已，并不影响溢价增资的性质。因此，有限责任公司的溢价款转增股本也不能征收个税。

笔者赞同第二种观点。首先，仅对有限责任公司征收个税的做法有违《税法》征税公平原则的精神。税收公平原则强调征税机关应该根据不同征税人的具体状况制定税收标准。显然，股份有限公司无论是公司规模、经营状况还是税收承担的能力都应当远远高于有限责任公司，因此这种区别对待的政策并不合理。其次，司法实务界有相关学者专门针对此问题做过实证研究，实证研究<sup>[8]</sup>的结果表明，对有限责任公司不征收个税的做法并不会侵蚀国家的税基。相反，征收个税在一定程度上甚至会打击有限责任公司投资者的积极性。

### 四、风险应对措施

如上所述，资本溢价协议在司法实践中存在着成为对赌协议的风险、财务风险和税务风险。为

规避上述三种风险，笔者建议司法实践中从以下几个方面进行着手应对：

（一）签署协议时应当遵循投资风险共担原则，避免成为对赌协议

考虑到资本溢价是对赌行为的一个重要表现特征，为防止混淆，应当尽量避免签订诸如“差额补足条款”、“资金补偿”等具有明显射幸性质的条款。在签署协议时应当遵循投资风险共担原则，合同中设置的营利和风险承担方式应当保证双方相一致，防止一方以另一方受损而获益对赌性质的条款出现。事实上，资本溢价协议最初产生的目的便是为了维护不同股东之间的利益平衡。

（二）通过制定、修订公司章程明确公司利润分配方式

资本溢价协议的另一个重要问题便是溢价款能否参与公司利润的分配。根据《公司法》第三十四条规定：“股东按照实缴的出资比例分取红利；公司新增资本时，股东有权优先按照实缴的出资比例认缴出资。但是，全体股东约定不按照出资比例分取红利或者不按照出资比例优先认缴出资的除外”。可见，在公司章程或全体股东没有约定的前提下，公司的利润分配应当按照出资比例分配，因此溢价款无权参与利润分配。若实践中的投资人要求资本溢价部分参与利润分配，其应当通过公司章程或与全体股东作出明确约定才具有法律效力。

（三）溢价增资时应当慎重

资本溢价协议在实践过程中一般表现为溢价增资，考虑到资本溢价协议具有的所有权法律风险，笔者建议应当从以下三个方面应对风险：

1、在涉外性质的公司操作时应当谨慎

从总体来看，我国《公司法》的行政管制色彩仍然较为浓厚，这一点在《中外合资经营企业法》上表现的更为直观。作为我国公司法律法规的特殊法，《中外合资经营企业法》第八条规定明确排除了公司利润分配由股东意思自治的空间，即各投资方只能依据所占据的注册资本比例参与公司的利润分配。因此在有涉外因素介入时，溢价增资协议约定应当遵守强行法的规定。

2、投资者签订合同应当慎重

（1）一般情况下溢价增资后财产即属于公司所有，投资人无法收回

从最高人民法院公布的两则判例来看，资本溢价中的溢价款无论是计入注册资本还是计入资本公积金，都直接认定为公司资产。除非有法律明确的规定，否则任何投资人都不能要求公司返还溢价款。

（2）溢价增资协议具有法律效力，股东事后后无法反悔

最高人民法院（2011）民提字第 6 号案例明确承认了溢价增资协议具有法律效力，在没有违反强行法规定和损害第三方利益的前提下，其他股东应当遵守合同的约定。因此，其他股东事后反悔重新要求确认股东份额的主张法院不会予以支持。

（四）有限责任公司溢价增资部分转增注册资本需缴纳个税

如上文所述，对于有限责任公司的溢价部分转增股本是否征税在理论上存在着较大的争议。尽管许多学者认为该款的规定有违反《税法》公平征税原则的嫌疑，但是从司法实践中各地的案例来看，对有限责任公司资本溢价的溢价部分转增注册资本过程征收个税是更为常见的现象。因此，笔者建议实务中还是以缴纳个税更为妥当，以防范逃、漏税等法律风险的发生。

### 五、结语

综上所述，考虑到企业资本溢价问题存在的法律风险较多，且在会计的处理上也较为复杂。因此，笔者建议实践中的公司在涉及该类问题时，应当尽量寻求律师事务所、会计师事务所或其他相关机构共同协助处理该类问题，最大程度上地防范资本溢价协议给公司带来风险。

[6]《商事审判指导·商事裁判文书选登》，2014 年第一辑，总第 37 辑，《再审申请人江门市江建建筑有限公司与被申请人江门市金华物业投资管理有限公司、江门市金华投资有限公司执行异议之诉》（审判长王富博，代理审判员吴景丽、张颖）。

[7]《新潮集团与浙江玻璃集团等增资纠纷申请案》（[http://www.pkulaw.cn/case/PFnl\\_1970324839204038.html](http://www.pkulaw.cn/case/PFnl_1970324839204038.html)）。

[8] 华税律师事务所：《有限责任公司：资本溢价转增资本征税不公平》，《财会信报》，2016 年第 4 期。

参考书目

- [1] 王美涵：《财务百科全书》，辽宁人民出版社 1993 年版。
- [2] 《最高人民法院公报》，2012 年第 1 期，最高人民法院〔2011〕民提字第 6 号判决。
- [3] 马晖：《设定有利对赌标准是维护利益的关键》，《中国储运》，2017 年第 2 期。
- [4] 最高人民法院 (2012) 民提字第 11 号判决书  
（<https://wenku.baidu.com/view/eb3115d0ad51f01dc281f164.html>）。
- [5] 俞秋玮、夏青：《如何看待融资公司作为“对赌”主体的效力》，《人民法院报》，2014 年第 7 版。
- [6] 《商事审判指导·商事裁判文书选登》，《再审申请人江门市江建建筑有限公司与被申请人江门市金华物业投资管理有限公司、江门市金华投资有限公司执行异议之诉》（审判长王富博，代理审判员吴景丽、张颖），2014 年第一辑，总第 37 辑。
- [7] 《新湖集团与浙江玻璃集团等增资纠纷申请案》  
（[http://www.pkulaw.cn/case/PFnl\\_1970324839204038.html](http://www.pkulaw.cn/case/PFnl_1970324839204038.html)）。
- [8] 华税律师事务所：《有限责任公司：资本溢价转增资本征税不公平》，《财会信报》，2016 年第 4 期。

“一带一路”背景下企业跨境涉税法律服务创新研究

浙江六和律师事务所 郭 芳 王敏志

【内容提要】“一带一路”背景下，中国企业“走出去”蔚为壮观。尤其是在近期有关“供给侧改革”措施的大力推进下，我国企业跨境贸易和投融资业务增长迅猛。从服务企业跨境投资与贸易的实践来看，“走出去”企业通常关注的涉税法律风险主要包括投资所在地相关国别的税法环境、征管制度以及其与中国的税收协定情况和中国境外所得抵免政策等。但从认识论角度出发，实质上的企业跨境贸易及投融资有关涉税法律风险至少还包括基于交易定性的税务处理风险、基于实质课税的纳税调整风险、基于程序权利的保障风险，这就需要跨境企业从宏观和微观、形式与实质、实体和权利等多维度予以积极应对，同时也是涉外律师开拓涉税法律服务的重要机遇。

【关键词】“一带一路” 跨境贸易及投融资 交易定性 实质课税 程序权利

一、企业跨境涉税法律服务市场亟待关注

（一）企业跨境贸易和投融资业务发展较快

在近期有关“一带一路”和“供给侧改革”措施的大力推进下，<sup>[1]</sup>我国企业跨境贸易和投融资业务增长迅猛。2016 年，我国企业共对“一带一路”沿线的 53 个国家进行了非金融类直接投资 145.3 亿美元，同比下降 2%，占同期总额的 8.5%，主要流向新加坡、印尼、印度、泰国、马来西亚等国家地区。对外承包工程方面，2016 年我国企业在“一带一路”沿线 61 个国家新签对外承包工程项目合同 8158 份，新签合同额 1260.3 亿美元，占同期我国对外承包工程新签合同额的 51.6%，同比增长 36%；完成营业额 759.7 亿美元，占同期总额的 47.7%，同比增长 9.7%。<sup>[2]</sup>以上数据表明，我国企业从事跨境贸易及投融资，尤其是“一带一路”新政以来，对相关国家的投资、贸易、承包工程、劳务合作等正呈新兴态势。

在这一变革浪潮中，中国财经报（财政部官网转载）直接以《2016 年，中国成为全球跨境并购最活跃收购国》为题，总结提炼了“2016 中国并购合作联盟并购高峰论坛”上的丰硕成果。<sup>[3]</sup>在刚刚落幕的北京“一带一路”国际合作高峰论坛上，各方表达了对开放、包容和普惠的全球化的广泛认同。而上述投资、贸易、承包工程、劳务合作旺盛的需求正是法律服务走向国际化的历史机遇。<sup>[4]</sup>

[1] 详见《中央经济工作会议：去产能去库存去杠杆降成本补短板》，载财经网，<http://new.caijing.com.cn/economy/20151221/4037032.shtml>，2016 年 9 月 15 日访问。

[2] 详见《2016 年对“一带一路”沿线国家投资合作情况》，载商务部“走出去公共服务平台”<http://fec.mofcom.gov.cn/article/fwydyl/tjsj/201701/20170102504239.shtml>，2017 年 5 月 25 日访问。

[3] 详见《2016 年，中国成为全球跨境并购最活跃收购国》，转引自中国财经报 2016 年 12 月 20 日，载财政部网站，[http://www.mof.gov.cn/zhengwuxinxi/caijingshidian/zgcjb/201612/t20161220\\_2486201.html](http://www.mof.gov.cn/zhengwuxinxi/caijingshidian/zgcjb/201612/t20161220_2486201.html)，2017 年 6 月 10 日访问。

[4] “根据（5 月）15 日公布的“一带一路”国际合作高峰论坛圆桌峰会联合公报，各方达成了 14 项合作举措，将根据这些举措携手推进“一带一路”建设和加强互联互通倡议对接的努力。这为国际合作提供了新机遇、注入了新动力，有助于推动实现开放、包容和普惠的全球化。”参见《“一带一路”峰会联合公报发布，力推 14 项合作举措》，载搜狐网 <http://business.sohu.com/20170516/n493169543.shtml>，2017 年 5 月 25 日访问。

与此同时，全国律协业已组织优秀涉外律师参与其中。“中华全国律师协会主编的《“一带一路”沿线国家法律环境国别报告》的推出适逢其时，将为展现出相关国家律师的风采和才能，发挥应有的作用。”载搜狐网 <http://cul.sohu.com/20170511/n492575147.shtml>，2017 年 5 月 25 日访问。

对法律服务从业人员及其团队提出了更高的要求，一方面，该项法律服务是集合了公司法、证券法、税法、并购重组、财务以及政府监管法律的协同法律体系<sup>[5]</sup>；另一方面，也是附着于企业跨境战略、基于业务定性和风险的综合服务体系。<sup>[6]</sup>

（二）企业跨境涉税法律争议事项日益突出

与此同时，一方面，不少境外投资的企业“对我国涉外税法缺乏必要的研究”、“境外投资的财务管理和会计核算水平参差不齐”；<sup>[7]</sup>比如，“一些企业遇到了国际税务争议、承包国外工程购买国内设备和原材料如何退税、境外已缴税款国内如何抵免等难题；”<sup>[8]</sup>也有“越来越多的‘走出去’企业开始关注和重视投资目的国的反避税政策”。<sup>[9]</sup>以跨境投资并购为例，无论是非居民企业以股权投资方式参与国内企业经营活动，还是我国企业在实施“走出去”战略时采取的海外融资借壳上市的方式，这些都对现行税收政策的国内法和国际法协调、税种协调、征管协调等提出了挑战。

另一方面，税务总局及时出台了“执行协定维权益”、“改善服务谋发展”等十项措施，<sup>[10]</sup>为企业减少跨境投融资税务风险保驾护航。后 BEPS（BEPS，税基侵蚀和利润转移，行动计划内容参见表 1）时代，在 G20 杭州峰会上，与会二十国集团领导人和相关嘉宾国、国际组织也将国际税收纳入“全球金融治理”体系之中，<sup>[11]</sup>提出了“拓宽税基”、“提高税款征收透明度和效率”、“重点打击骗税和逃税”等指导原则。<sup>[12]</sup>以积极面对税基权重改变、各国税制趋同、国际税收竞争加剧的挑战。<sup>[13]</sup>各地税务部门也在“探索跨国税源管理新径提升依法治税绩效”<sup>[14]</sup>问题，研究发达国家企业分享海外经济利益的经验。<sup>[15]</sup>上述双向互动的税企关于“走出去”企业涉税风险管理意识也同样成为社会广泛关注的热点。<sup>[16]</sup>

[5]To meet the needs of clients pursuing business strategies that cross the Canada–United States border, Osler has developed deep expertise in key areas of cross–border business law, including corporate, securities, tax, M&A, corporate finance, financial services, corporate governance, and pensions and benefits law……See <https://www.osler.com/>，visit at 11th June,2017.

[6]See <https://www.cliffordchance.com/content/dam/cliffordchance/>，visit at 11th June,2017.

[7] 中国国际税收研究会：《中国居民企业对外投资与劳务税收研究报告》，中国税务出版社，2010 年 11 月版，第 107 页。

[8]《山东 5 家企业现身说法：“走出去”企业如何破解三大税收难题》，原载于《中国税务报》，2015 年 6 月 29 日，转引自国家税务总局税收服务“一带一路”战略专题，<http://www.chinatax.gov.cn/n810219/n810744/n1671176/n1671201/c1707430/content.html>，2016 年 9 月 15 日访问。

[9]《“走出去”企业也有可能被反避税调查》，原载于《中国税务报》，2015 年 10 月 22 日。转引自国家税务总局税收服务“一带一路”战略专题，<http://www.chinatax.gov.cn/n810219/n810744/n1671176/n1671201/c1856219/content.html>，2016 年 9 月 15 日访问。

[10] 详见《国家税务总局关于落实“一带一路”发展战略要求 做好税收服务与管理工作的通知》（税总发〔2015〕60 号）。

[11] 详见《二十国集团领导人杭州峰会公报》，载 G20 杭州峰会官网，[http://www.g20.org/hywj/dncgwj/201609/t20160906\\_3392.html](http://www.g20.org/hywj/dncgwj/201609/t20160906_3392.html)，2016 年 9 月 15 日访问。

[12] 详见《二十国集团领导人杭州峰会公报》之附件三《二十国集团深化结构性改革议程》，载 G20 杭州峰会官网，<http://g20.org/hywj/dncgwj/201609/P020160908651756355073.pdf>，2016 年 9 月 15 日访问。

[13] 中国国际税收研究会，《中国居民企业对外投资与劳务税收研究报告》，中国税务出版社，2010 年 11 月第 1 版，第 22 页。

[14] 金亚萍：《探索跨国税源管理新径提升依法治税绩效》，载《国际税收》，2015 年第 5 期。

[15] 徐海荣、王敏志：《日本分享企业海外经济利益的经验及借鉴》，载《国际税收》，2011 年第 7 期。

[16] 近年来，学界和实务界参与广泛讨论便是例证。学术界如：陈有湘、董强，《构建“一带一路”战略下的国际税收风险应对机制》，载《税收经济研究》，2015 年第 6 期；朱为群、刘鹏，《“一带一路”国家税制结构特征分析》，载《税务研究》，2016 年 7 月；蓝相洁，《中国与东盟国家直接税的比较与协调》，载《税务研究》，2016 年 3 月等；实务界如：郭伟，《“走出去”企业境外所得涉税管理的困境和出路》，载《国际税收》，2005 年 12 月；张丽丽，《境外投资税收筹划——以在荷兰成立合资公司为例》，载《黑龙江对外经贸》，2011 年第 1 期；刘伟、刘明佳、刘倩，《跨境资本运作背景下相关反避税问题探讨》，载《国际税收》，2015 年第 11 期；吕俊山：《企业海外投资税务风险的分段管理与整体控制》，载华东政法大学国际税法研究中心 2016 年“一带一路”与中国国际税收政策高峰论坛资料，2016 年 5 月。

表 1：税基侵蚀和利润转移（BEPS）行动计划一览表

| 序号 | 行动计划名称                    | 序号   | 行动计划名称            |
|----|---------------------------|------|-------------------|
| 1  | 应对数字经济的税收挑战               | 8-10 | 确保转让定价结果与价值创造相匹配  |
| 2  | 消除混合错配安排的影响               | 11   | 衡量和监控 BEPS        |
| 3  | 制定有效受控外国公司规则              | 12   | 强制披露规则            |
| 4  | 对利用利息扣除和其他款项支付实现的税基侵蚀予以限制 | 13   | 转让定价文档和国别报告       |
| 5  | 考虑透明度和实质性因素，有效打击有害税收实践    | 14   | 使争议解决机制更有效        |
| 6  | 防止税收协定优惠的不当授予             | 15   | 制定用于修订双边税收协定的多边协议 |
| 7  | 防止人为规避构成常设机构              |      |                   |

（三）企业跨境涉税法律需求呈现阶段式发展

晚近研究资料表明，税企在有关跨境税务风险的关注度上也有着如下进阶式发展。

第一阶段，在跨境投融资业务中，传统企业往往关注投资标的所在地一系列特殊税种，比如并购实务中，投资印度的企业首先关注印度该国除联邦税以外还有哪些地方税种，比如地方城市政府征收的财产税、入市税，以及供水、排水等公用设施的使用税等。<sup>[17]</sup>

第二阶段，从新近征管和服务企业税务风险管理的实践来看，“走出去”企业通常还关注的税务风险主要包括投资所在地相关国别的税法环境、征管制度以及其与中国的税收协定情况和中国境外所得抵免政策等。比如目标国有关税制改革的内容。以印度尼西亚为例，学界和实务界早已开始跟踪其税制变化，并评估其对跨境企业的影响。<sup>[18]</sup>

当然，更为显著的进步意义在于，有研究表明，在目前的公司治理体系下，反映股东利益的关键指标是每股收益（EPS），在这个指标中，税收是一个重要的影响因素。尽管在计算息税前折旧摊销前利润（EBITDA）时并不会体现有效税率带来的影响，但后者仍然会对公司的其他财务指标，如净资产收益率（ROE）、加权平均资本成本（WACC）产生影响。<sup>[19]</sup>为此，越来越多的企业，尤其是已经作为投资主体或希望在境外设置离岸实体的中国居民企业而言，在从事跨境业务已不再仅仅停留在前两项涉税法律风险或需求，而开始从宏观策略向微观案例拓展、从制度形式向筹划方案深入、从实体要件向征管程序延伸等。此为第三阶段涉税服务需求的显著变化。

二、企业跨境业务涉税法律服务产品亟待整合

在刚刚颁布的《涉税专业服务监管办法（试行）》（国家税务总局公告 2017 年第 13 号）中，给予律师从事涉税法律服务的重大契机。而从实践来看，尽管企业跨境业务发展较快、涉税法律服务市场需求较大，但真正可供企业选择的涉税法律服务产品仍然稀缺并缺乏整合，律师在各服务中介从事跨境涉税事项处理的业务领域还较为单薄，其在企业跨境服务的先天优势——参与方案设计、决策部署、跨境协调、文本制作、争议解决等——尚未充分发挥。为此，从企业跨境涉税风险出发，

[17] 详见《中国居民赴印度投资税收指南》，载国家税务总局税收服务“一带一路”战略专题，<http://www.chinatax.gov.cn/n810219/n810744/n1671176/n1671206/c2069854/part/2078818.pdf>，2016 年 9 月 15 日访问。

[18] 谢宇航、陈永正：《印度尼西亚财产税改革的经验及其对我们的启示》，载《经济研究参考》，2013 年第 71 期。高久川、莫宇亭、吴振林、祁静：《浅议印尼公司境外税务研究及对对策》，载《价值工程》，2012 年第 31 期。

[19] 经合组织著，廖体忠、李俊生编译，《税基侵蚀与利润转移解析与应对》，中国税务出版社，2015 年 10 月第 1 版，第 22 页。

整合企业跨境涉税法律服务产品，在当下显得尤为重要。

（一）基于交易定性的税务处理风险及其法律服务

目前从事海外经营的 enterprise 的主要方式包括：货物或服务输出方式，比如，出口、提供服务、离岸外包服务、技术合作、合作勘探和开采以及海外分销等；海外派遣，比如对外承包工程、对外劳务合作等；设立分支机构，比如代表处、分公司、子公司、集团总部等。而“引进来”的方式除了传统外商投资企业以外，还包括因并购业务所引发的返程投资、VIE（Variable Interest Entities，可变利益实体）控制等。上述贸易和投融资方式中，均会产生不同类型的税务处理方式。

表 2：海外企业经营方式及涉税处理一览表

| 序号 | 走出去 / 引进来 | 经营方式                              | 税收考量                        |
|----|-----------|-----------------------------------|-----------------------------|
| 1  | 货物或服务输出方式 | 出口、提供服务、离岸外包服务、技术合作、合作勘探和开采以及海外分销 | 跨境增值税、出口退税、企业所得税劳务发生地原则等    |
| 2  | 海外派遣      | 对外承包工程、对外劳务合作                     | 常设机构、企业所得税、个人所得税、协定待遇等      |
| 3  | 设立分支机构    | 代表处、分公司、子公司、集团总部                  | 常设机构、企业所得税、个人所得税、集团内劳务税务处理等 |

为此，海外经营企业应重点防范因涉税案件独特的属性而使得跨境投融资项目极易产生税务遵从不确定性的风险。

一是涉及税种类型的交易定性争议。比如针对“引进来”企业的有关涉税稽查案件，如权利义务双方对股息、利息的不同处理问题<sup>[20]</sup>，产生类似于“混合错配”的税务处理风险；<sup>[21]</sup>再以“走出去”企业的反避税调查实践为例，同样是境外注册公司，不同的税法适用条件将导致不同的税务处理后果，比如“境外注册中资控股企业”和“受控外国企业”的理解和适用问题，其所得税处理规则就有明显的不同。<sup>[22]</sup>以至于影响协定待遇认定所应适用的协定条款不同。<sup>[23]</sup>除此之外，海外企业还应注重对增值税反避税影响因素的分析和预判。<sup>[24]</sup>也应关注海外接受服务的退税可能。

二是涉及税收管辖的交易定性争议。比如近期备受关注的某股权转让案件，<sup>[25]</sup>因非居民间接股权转让产生税收管辖权以及扣缴义务人纳税义务的异议。<sup>[26]</sup>对于间接转让非居民股权是否具有合理商业目的以及经济实质提前做出预判。而于此相关的跨境企业架构设计方案不在少数，由此产生了较多税收管辖权的争议以及面对因逃避缴纳税款产生双重不征税效果的征管措施。近期个别中东国

[20] 详见赵涛、钟铃，《股息红利变借款？税务人员说 NO!》，载《中国税务报》，2015 年 4 月 29 日，转引自中国转让定价网，《江西南昌国税局首例非居民将股息红利变借款案成功查结共查补税款 1600 余万元》，2016 年 9 月 15 日访问。

[21] 详见经济合作与发展组织著，国家税务总局国际税务司译，《消除混合错配安排的影响》，OECD/G20 税基侵蚀和利润转移（BEPS）项目 2015 年成果最终报告（Ⅱ）第 2 项行动计划，中国税务出版社，2016 年 3 月第 1 版，第 15 页。

[22] 根据《国家税务总局关于境外注册中资控股企业依据实际管理机构标准认定为居民企业有关问题的通知》（国税发〔2009〕82 号）（后经《国家税务总局关于依据实际管理机构标准实施居民企业认定有关问题的公告》（国家税务总局公告 2014 年第 9 号）部分修订）的规定，如境外企业依申请或依职权被认定为中国居民企业，其在税前利润适用税率和税后利润分配上，与《国家税务总局关于印发〈特别纳税调整实施办法（试行）〉的通知》（国税发〔2009〕2 号）中的“受控外国企业”不同。

[23] 详见《近亿元多缴税款如何从西班牙退回中国》，原载于中国税务报，2015 年 6 月 29 日，转引自国家税务总局官网，http://www.chinatax.gov.cn/n810219/n810744/n1671176/n1671201/c1707444/content.html，2016 年 9 月 15 日访问。

[24] 详见翁武耀：《欧盟增值税反避税法法律问题研究》，中国政法大学出版社 2015 年 8 月版。

[25] 详见《非居民企业间接转让居民企业股权的所得应当缴纳企业所得税——浙江高院判决儿童投资基金诉杭州西湖区国税局税务征收案》，载《人民法院报》，2016 年 6 月 23 日。

[26] 比如类似印度沃达丰间接股权转让案件。案例资料来源如：Vodafone International Holdings.V Union of India.(No.733 of 2012) (arising out of S.L.P.(C) No.26529 of 2010)(India),see https://indiankanoon.org/doc/115852355/, 2016 年 9 月 15 日访问。

家对税基侵蚀问题同样予以了高度关注。<sup>[27]</sup>再比如，海外经营企业还应注意特许权使用费、技术服务费及其在货物贸易中的核算方式，不同的结算方式会影响到课税要素以及税收管辖的一系列问题，以至于忽视税收筹划在贸易中的影响。

三是涉及纳税主体的交易定性争议。比如，因权利义务双方对关联交易定性模糊而产生的反避税风险。实务中，对 VIE 拆解中的税务调查争议便是例证。<sup>[28]</sup>再比如，基于不同国别对于合伙制是否穿透适用税法的不同规则冲突，对常设机构利润归属的不同认定标准产生的纳税主体争议，对集合投资工具产生的征税困境等，以及在上述争议之后的双重征税影响的消极影响等。

四是涉及纳税义务时点的交易定性争议。比如并购重组（资产流动）、外包劳务（人员流动）、第三方支付（资金流动）等不同业务场景中是否分别配备延迟纳税、核定课税、差额计税的政策规定。以及类似于享受税收优惠等特定类型的公司是否进行导管安排，从而引发税收竞争，产生纳税义务的区域争议等。还有一种情形是，即便是没有导管安排，鉴于协定条款对于股权占比的要求，从而使得享受税收优惠是一项附条件的政策，尤其要引起海外经营企业的重视。

实务中的上述风险表明，“交易定性在税法分析中占有举足轻重的地位。交易定性围绕认定纳税主体、税收客体的有无、定性和量化以及由此延伸的税收管辖权等税企争议的关键环节展开。”<sup>[29]</sup>为此，为妥善应对该类交易定性相关的涉税法律风险，从事海外经营的 enterprise，应及时搭建较为完善的国际税务管理体系，或设置相应的内控管理岗位，或委托第三方机构进行有效评估；建立较为先进的国际税务管理制度和工作方法，系统排查涉税风险；建立总部与海外公司的跨境税务信息沟通机制和共享平台以及可以适应国际化税务管理工作的法务、财务、税务专业管理团队。从而，在确保信息对称、法律关系清晰、应对力量及时的基础上，对交易定性税法适用确定性有充分的把握，以上便是涉外律师提供并完善其涉税法律产品的重要空间。实务中，涉税法律服务的从业律师需要在对国际税收协定、税收安排、情报交换协定以及其他涉税法律文本中寻找法解释学相关的注脚以及国际私法的灵活运用。

（二）基于实质课税的纳税调整风险及其法律服务

在当前涉税实务中，基于税法本身所具有的制定法漏洞、不足、空白等局限性而开展的税收筹划不胜枚举，以至于 OECD 和 G20 国家商讨设立一个可靠的税收筹划方案数据库，以管控、应对、防范所谓的“恶意税收筹划”对税务机关征管能力的挑战。<sup>[30]</sup>这一系列有关“防止税收协定优惠的不当授予”、“考虑透明度和实质性因素，有效打击有害税收实践”、“防止人为规避构成常设机构”等措施也分别被列入 OECD/G20 有关 BEPS（BaseErosionandProfitShifting, 税基侵蚀和利润转移）项目的第 5 至 7 项行动计划。这一彰显实质课税原则的行动计划，在各国相继出台有关 GAAR（General

[27]"PressTV—Iran losing \$20 billion a year to tax evasion". Retrieved 11 June 2015. See https://en.wikipedia.org/wiki/Taxation\_in\_Iran#cite\_note-PTV2-9.

[28] 详见《税总打击跨国避税 VIE 模式将受影响》，载《中国经营报》，2015 年 3 月 28 日。转引自新浪财经网，http://finance.sina.com.cn/stock/hkstock/sdpl/20150328/010121830028.shtml，2015 年 3 月 28 日，2016 年 9 月 15 日访问。

[29] 参见滕祥志，《税法的交易定性理论》，载《法学家》，2012 年第 1 期。另，正如 Kevin Holmes 教授在其代表作《国际税收政策和重复征税协定：原则和适用》的开篇中所提到的“The way in which that country’s tax laws impact on the entity will have consequences for the manner in which the entity is taxed domestically. Thus, the tax regimes of each county become interrelated.”详见 International Tax Policy and Double Tax Treaties,An Introduction to Principles and Application,P1.,IBFD,2007.

[30] 详见经济合作与发展组织著，国家税务总局国际税务司译，《强制披露规则》，OECD/G20 税基侵蚀和利润转移（BEPS）项目 2015 年成果最终报告（Ⅲ）第 12 项行动计划，中国税务出版社，2016 年 3 月第 1 版，第 523 页。

Anti Avoidance Rules, 一般反避税规则)条款之时便已经备受瞩目。<sup>[31]</sup>而于此同时,有关滥用协定待遇、滥用税收优惠政策、滥用公司组织形式等非合理商业目的行为被统一归入到没有经济实质的筹划实体而被主张征税。比如,“走出去”企业在投资所在国的项目实体因被认定为实质上的 PE (Permanent Establishment, 常设机构),而需要对该实体的所有收入在当地课税。<sup>[32]</sup>再比如,各国对受控外国企业国籍管辖权的扩充等。<sup>[33]</sup>

从企业交易实质出发,跨境贸易和投融资问题的税收(主要为企业所得税)可分解为四个层次,分别是经营利润、股息红利、股权转让所得、清算所得等:

一是经营利润所得。海外经营企业应重点关注不同国别的直接税影响,<sup>[34]</sup>包括但不限于生产、研发、销售(分销)中的转让定价问题、研发、技术等经营中的税收优惠政策、作为费用列支的特许权使用费问题的税务处理、非居民承包工程劳务认定及其常设机构利润归属、关联融资的资本弱化影响等。

二是股息红利所得。企业应重点关注投资目标国和我国的税收协定有无享受协定优惠的持股比例条件、税收饶让政策等。比如,如果企业有中间业务实体是注册在避税地或低税率地区,且是一个 SPV (Special Purpose Vehicle, 特殊目的公司),是否有被穿透适用的税收风险;如果是一份基于信托、基金、保险等“集合投资工具”所间接传导的商业计划,缔约国双方是否有相关分红享受不征税待遇的政策;<sup>[35]</sup>境外受控公司是否适用 CFC (Controlled Foreign Corporation, 受控外国企业)规则,其所留存利润会否被视同股息分配征税等;<sup>[36]</sup>控股层级较多而是否排除适用境外所得抵免制度等。需要注意的是,是否还有公司制下的所得税抵扣制度,从而避免经济上的双重征税。

第三和第四分别是股权转让所得和清算所得,前者除涉及直接转让还是间接转让问题外,还应注意缔约国双方对于“劳务发生地和价值创造地”的理解;<sup>[37]</sup>后者涉及未分配利润的处理规则,尤其是其与投资成本(实收资本、注册资本)之间的计算依据等。

通过上述四个层次的分析,海外经营企业应当关注不同投资架构下利润层次和所得计税依据的区分。这在节税或者税收管辖权国别的征税抗辩上均有重要的意义。比如企业所得税和代扣代缴的企业所得税之间就有密切的联系,再比如利润分配与否与投资转让所得的计税依据也有着紧密的联

[31] 详见徐海荣、王敏志,《论我国一般反避税条款的适用难点与立法建议》,载《税务研究》,第2012年第9期。另,我国新近出台的有关一般反避税、特许权使用费等对外支付、非居民间接股权转让、特别纳税调整修订文件等政策规定有:《一般反避税管理办法(试行)》(国家税务总局令第32号)、《关于非居民企业间接转让财产企业所得税若干问题的公告》(国家税务总局公告2015年第7号)、《关于企业向境外关联方支付费用有关企业所得税问题的公告》(国家税务总局公告2015年第16号)、《关于规范成本分摊协议管理的公告》(国家税务总局公告2015年第45号)、《关于完善关联申报和同期资料管理有关事项的公告》(国家税务总局公告2016年第42号)、《关于完善预约定价安排管理有关事项的公告》(国家税务总局公告2016年第64号)等。

[32] 《企业境外吃哑巴亏“走出去”税务风险咋应对》,载《人民日报》,2015年1月12日,转引自搜狐财经,http://business.sohu.com/20150112/n407716338.shtml,2016年9月15日访问。

[33] 鲁文•S•阿维约纳著,熊伟译,《国际法视角下的跨国征税——国际税收体系分析》,法律出版社2008年11月版,第23页。

[34] 蓝相洁,《中国与东盟国家直接税的比较与协调》,载《税务研究》,2016年第3期。

[35] 基金本身作为协定注释条款中的“集合投资工具”是否穿透适用,即基金本身是否仅作为会计核算主体,然后由基金持有人直接纳税,且符合不征税处理的条件。详见经济合作与发展组织著、国家税务总局国际税务司组织翻译,《OECD 税收协定范本及注释》,中国税务出版社。另外,作为“集合投资工具”类型的基金或其他金融衍生品也与此相类似,存在是否应设计较为特殊的流转税制度。参见张帆、肖慕鸿:《OECD 国家金融衍生品税制比较及对我国的启示》,《财会月刊》,2010年11月,第82-84页。

[36] 一般而言,考虑中间实体如果注册在低税率地区的话,是否符合中国 CFC 规则,如果利润留在中间实体,则被“视同股息分配”而提前征税;反之,有无受控外国企业的安全港规则,可以在该实体注销时,再通过境外所得抵免制度进行税收处理。

[37] 详见《提出“利润应在经济活动发生地和价值创造地征税”的总原则并为 G20 所接受》,载《人民日报》,2016年5月17日,转引自税屋网,http://www.shui5.cn/article/78/88152.html,2016年9月15日访问。

系等。

和交易定性的涉税风险不同的是,即使在既定的课税要素下,企业不当使用非合理商业目的的理由,哪怕是分步实施、拆分适用,也都将面临实质课税的风险。为此,正确认识法律形式与经济实质的关系和理解其交易本身的层次,对海外经营企业应对上述实质课税的纳税调整而言至关重要。

可见,对涉外从业律师而言,提供涉税法律产品也需要在会计基础、税法实务等方面具备一定知识结构,并善于从投融资方案、关联业务往来、各国(地区)税收协定(税收安排)中寻找合法、合规的商业契机。

### (三) 基于程序权利的保障风险及其法律服务

有别于实体权利的争议和抗辩依赖于对交易定性和实质课税的标准、条件、准则的把握,海外经营企业有关程序性权利则取决于对税收协定、情报交换协定以及其他合同条款的法律风险预判。新近有关程序性涉税风险动态包括我国于2013年8月27日签署的《多边税收征管互助公约》,<sup>[38]</sup>以及新近我国税务部门努力推动的金融账户涉税信息自动交换(目前,已与其他95个国家和地区共同承诺实施金融账户涉税信息自动交换标准)。<sup>[39]</sup>以 CRS (OECD 共同申报准则)背景下的税收遵从为例,2017年5月9日,国家税务总局通过其官网发布了《非居民金融账户涉税信息尽职调查管理办法》(国家税务总局公告2017年第14号),7月1日起,我国境内金融机构将对存款账户、托管账户、投资机构的股权权益或债权权益以及具有现金价值的保险合同或年金合同开展尽职调查。

表 3: 100 个税收管辖区承诺 CRS (共同申报准则) 情况表一览表

| 序号 | 首次交换信息     | 税收管辖区域                                                                                                                                                                                                                                          |
|----|------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 1  | 2017 年 9 月 | 安圭拉、阿根廷、比利时、百慕大、英属维尔京群岛、保加利亚、开曼群岛、哥伦比亚、克罗地亚、塞浦路斯、捷克、丹麦、爱沙尼亚、法罗群岛、芬兰、法国、德国、直布罗陀、希腊、格陵兰、根西岛、匈牙利、冰岛、印度、爱尔兰、马恩岛、意大利、泽西岛、韩国、拉脱维亚、列支敦士登、立陶宛、卢森堡、马耳他、墨西哥、蒙特塞拉特、荷兰、挪威、波兰、葡萄牙、罗马尼亚、圣马力诺、塞舌尔、斯洛伐克、斯洛文尼亚、南非、西班牙、瑞典、特克斯和凯科斯群岛、英国                            |
| 2  | 2018 年 9 月 | 安道尔、安提瓜和巴布达、阿鲁巴、澳大利亚、奥地利、巴哈马、巴林、巴巴多斯、伯利兹、巴西、文莱达鲁萨兰国、加拿大、智利、中国、库克群岛、哥斯达黎加、库拉索岛、多米尼克、加纳、格林纳达、中国香港、印度尼西亚、以色列、日本、科威特、黎巴嫩、马绍尔群岛、中国澳门、马来西亚、毛里求斯、摩纳哥、瑙鲁、新西兰、纽埃、巴拿马、卡塔尔、俄罗斯、圣基茨和尼维斯、萨摩亚、圣卢西亚、圣文森特和格林纳丁斯、沙特阿拉伯、新加坡、圣马丁、瑞士、特立尼达和多巴哥、土耳其、阿拉伯联合酋长国、乌拉圭、瓦努阿图 |

由此可见,海外经营企业或个人应注重自身所处税收环境,以及充分运用相关程序性权利措施保障实体权利不被侵害或减损。具体而言,上述程序性权利包括:

一是双重征税的磋商申请权利。一方面,海外经营企业应当关注境外所得税收抵免制度,以及不同跨境架构下对享受该抵免政策的不同影响。<sup>[40]</sup>同时,还要考虑对海外经营收入,是反映在个体

[38] 根据《国家税务总局关于〈多边税收征管互助公约〉生效执行的公告》(国家税务总局公告2016年第4号),经国务院批准,我国于2013年8月27日签署了的《多边税收征管互助公约》。《公约》已于2015年7月1日由第十二届全国人民代表大会常务委员会第十五次会议批准。2015年10月16日,我国向经济合作与发展组织交存了《公约》批准书。根据《公约》第二十八条的规定,《公约》已于2016年2月1日对我国生效,自2017年1月1日起开始执行。

[39] 详见《国税总局反避税拓展至股权交易》,载中国新闻网,http://www.chinanews.com/cj/2015/11-11/7617110.shtml,2016年9月15日访问。

[40] 艺阳,《“走出去”企业的最优税筹》,载《公司理财》2010年9月。

自然人名义还是公司实体名义在我国所得税制度（包括抵免制度）上的区别。另一方面，在现有我国与其他国家所签订的避免双重征税的协定条款中，往往都签订有“自第一次征管通知之日起三年内”，纳税人享有向缔约国另一方申请避免双重征税的权利（这一权利是否包含“二次调整”<sup>[41]</sup>的认定，还存在争议）。<sup>[42]</sup> 国税总局还专门制定了相互协商程序的操作指引和表证单书。<sup>[43]</sup> 实务中，不少企业在境外遭受不公正税收待遇未及时启动相互协商程序，而错失权利保障的磋商时效。<sup>[44]</sup>

二是情报交换的抗辩申请权利。同样，在现有我国与相关国家和地区所签订的情报交换协定中，往往都会有“被请求国拒绝请求的事由”，<sup>[45]</sup> 在所罗列的事由中，又往往要求“穷尽其国内的调查手段”等。另外，在新近有关金融账户涉税信息自动情报交换的国际间征管安排中，“走出去”企业和个人尤其应注意实务中，关注该交换信息规则的进展。<sup>[46]</sup> 尤其是，有关涉税信息交换中的形式审查和实质审查风险责任等。

三是预约定价的谈签申请权利。作为转让定价风险的防范措施之一，缔约国一方当事人根据协定第九条以及其国内有关转让定价法律而提出预约定价申请，是跨国公司和主管税务机关间达成税收遵从协议的重要体现。同时，于此相关但不同的是，还要关注相关税收管辖权有关税法不确定性问题的事先裁定程序等。

四是基于文档要求的佐证权利。比如经营所得的审计、年报、企业生产经营情况、合同资料；基于关联交易往来的同期文档；有关资产、股权、债权、期权转让的估值报告；向我国（或缔约国另一方）申请《税收居民身份证明》用以享受协定缔约国协定待遇；向金融机构提供的声明文件或第三方涉税信息尽职调查报告等。

五是税收争端解决的司法或准司法途径、行政救济通道。一方面，企业是否能充分应用税务行政听证、复议、诉讼、国家赔偿，乃至磋商、仲裁<sup>[47]</sup> 等途径保障其程序性权利；另一方面，企业是否能通过当前国税总局为保障“一带一路”企业税收权益所设立的国际税收咨询中心、当地使领馆参赞部门、主管税务部门等机构，获得及时的行政救助服务等。

综上，作为“一带一路”背景下，企业从事跨境贸易和投融资交易的配套措施，梳理涉税程序

性权利，有助于从时效、救济机会、证据准备和证明力测试等多维度，为实体权利保驾护航。尤其是通过适用缔约国间有关协定相应条款、通过设计交易合同中的争端解决约束条款、通过跨境服务机构所能提供的专业咨询方案，充分挖掘个中程序性价值，这对于项目投资目的地处于不同法律体系、不同法律语境、不同法律文化背景而言，往往意义重大。以情报交换涉税服务为例，涉外律师应当尽快整合律所和同行资源，对家族财富传承、税法遵从合规、境外投融资处理等领域的相关事项进行梳理，符合情报交换框架要求和对客户的监管服务需求。律师，尤其是在相关税收管辖权具有执业资质或合作团队的律师在上述争议事项处理中，具有天然的法律服务优势，而且有必要再方案设计之前就参与企业战略的决策以规避上述实体瑕疵和程序风险。

### 三、企业跨境业务涉税法律服务前景展望

如前所分析，企业跨境贸易和投融资业务有关涉税法律风险既有赖于对交易定性问题的宏观把握，也有赖于对实质课税问题的微观判定，更取决于对程序性权利的法律保障。在有关税收优化的方案中，建议海外经营企业在决策前，从内控管理、第三方咨询、协商（谈判）、司法途径的争端解决、避免双重征税的磋商等多种角度，引入涉税法律风险防范机制，从而构建跨境贸易和投融资业务的涉税风险管理体系。

这些都是涉外律师从事跨境涉税法律服务的重大机遇和挑战。在服务企业跨境投融资和贸易中，要求涉外律师更多在如下方面体现服务业绩和专业技能：

一是综合判定项目尽职调查、法律尽职调查、财务尽职调查的信息披露和风险提示，必要时就项目、法律、财务问题配套以专门的税务考量或税务尽职调查。

二是在跨境贸易和投融资协议中体现对涉税合规条款的风险设置和权利保障，必要时对交易对方约束以必要的保函，避免涉税风险的转嫁风险。

三是注重不同组织形式背景下的税务筹划方案，分国别考虑合伙、公司、基金、信托等形势下的“走出去”方式及其税务问题，提前预判转让定价、股份退出、人员流动、技术输出等方面的国际税收风险等。

四是在与客户商谈、涉及跨境投融资或贸易方案时，重点把握实体涉税权利和程序涉税权利，充分保障客户利益在跨国协调、跨境风险中的利益最大化，并通过合法合规纳税，争取到当地主管税务机关的涉税文件合规和获得税收领域的国民待遇保障。

综上，从国际税法遵从以及税务机关、金融机构、纳税人等角度看，涉税法律服务在国际税收领域面临重大历史机遇和挑战。涉税法律环境已经进入全球化视角，需要律所及其从业人员紧跟形势，对客户的税收遵从安排不能再停留在避税地结构、关联业务往来安排等方面，其需要从目前企业跨境服务的市场需求出发，从涉税法律风险的产品种类着手，从法律服务在企业跨境的战略内涵进一步整合和完善落脚，以期最大限度在平衡国家利益前提下为客户利益服务。

[41] 有关二次调整（Secondary adjustments），详见：OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, OECD, 2010,p.151.

[42] 比如，《中华人民共和国政府和印度尼西亚共和国政府关于对所得避免双重征税和防止偷漏税的协定》第 25 条相互协商申请第 1 条规定，“当一个人认为，缔约国一方或者双方所采取的措施，导致或将导致对其不符合本协定规定的征税时，可以不考虑各 缔约国国内法律的补救办法，将案情提交本人为其居民的缔约 国主管当局，或者如果其案情属于第二十四条第一款，可以提 交本人为其国民的缔约国主管当局。该项案情必须在不符合本 协定规定的征税措施第一次通知之日起，三年内提出。”

[43] 详见《关于发布〈税收协定相互协商程序实施办法〉的公告》（国家税务总局公告 2013 年第 56 号）。

[44] 详见李文，《企业境外投资要防范 5 类涉税风险》，载《中国税务报》，2016 年 6 月 24 日，转引自中国会计视野，<http://news.esnai.com/2016/0624/135662.shtml>，2016 年 9 月 15 日访问。

[45] 比如，《中华人民共和国政府和百慕大群岛政府关于税收情报交换的协定》第 7 条拒绝请求的可能中规定，“当请求与本协定不相符时；当请求方未穷尽其领土内除可能导致不适当困难外的获取情报的一切方法时；当被请求情报的披露将违背被请求方的公共政策（公共秩序）时”三种情况。需要指出的是，也有不少学者从纳税人权利角度，提出了国际情报交换中纳税人的参与权等权利。比如林德木，《论国际税收情报交换程序中的纳税人的参与权》，载《税收与经济》，2003 年第 2 期；付惠妹，《完善国际税收情报交换中纳税人权利保护的法律思考》，载《企业经济》，2011 年第 4 期。

[46]Implementation Handbook Sandard for Automatic Exchange of Financial information in Tax Matters. See <http://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/implementation-handbook-standard-for-automatic-exchange-of-financial-account-information-in-tax-matters.htm>。

Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information in Tax Matters, See [http://www.oecd-ilibrary.org/taxation/standard-for-automatic-exchange-of-financial-account-information-for-tax-matters\\_9789264216525-en](http://www.oecd-ilibrary.org/taxation/standard-for-automatic-exchange-of-financial-account-information-for-tax-matters_9789264216525-en)。

[47]OECD 范本提供了解决税收争议的重要途径是相互协商程序，海外经营企业除此之外，还应关注新加入的强制仲裁条款，不同国别间是否采纳或保留，但无论如何，这代表了国际税收争端处理的最新趋势。

## 丧偶女性行使生育权的法律思考

### ——以首例死后人工生殖判决为例

浙江震舟律师事务所 邵汉军 张 驰

【内容提要】舟山市定海区人民法院作出了国内首起丧偶女性要求继续履行人工生殖术的判决，判令医院继续履行手术。死后人工生殖因触及伦理和法律困境，涉及生育权、亲权、代际平等诸多问题，在当前仍饱受争议。在生育权性质方面，应当坚持人格权说，并承认男性在私法领域的生育权。基于对因亲权关系所产生的抚养、继承等法律关系中的利益衡平，应将亡者父母的意愿纳入是否准许的考虑范畴。是否准许死后人工生殖应当坚持个案审查，并从多层面予以综合评价。

【关键词】丧偶女性 生育权 死后人工生殖

逝者可以生育后代么？这在曾经可谓是天方夜谭般的想法，随着现代生殖医学技术的发展，特别是体外受精、胚胎冷冻保存技术的发展，已经成为了现实。但与之相伴的，是现代医学技术的应用对社会伦理、家庭婚姻以及现行法律制度的强烈冲击。2016 年底由舟山市定海区人民法院审理的杨某某诉舟山市某医院医疗服务合同纠纷一案，是国内首例正式进入司法审判程序的死后人工生殖案例，受到了包括中央媒体、地方媒体以及互联网门户媒体的多方关注和报道。

#### 一、案情介绍

原告杨某某与其丈夫周某于 2013 年登记结婚。婚后，双方因不孕到被告舟山市某医院就诊，并于 2016 年 2 月 24 日签署《体外受精—胚胎移植（IVF-ET）知情同意书》，同意由被告为其施行“体外受精—胚胎移植”术。在实施了取卵术和体外受精术后，杨某某、周某与被告于 2016 年 3 月 18 日签署《胚胎冷冻知情同意书》，同意被告采用低温保存技术保存胚胎 5 个至 2017 年 3 月 21 日。《胚胎冷冻知情同意书》载明：若“我们夫妇一方或双方均死亡而没有留下有关冷冻胚胎的处理遗嘱”，则“我们允许生殖中心终止胚胎冷冻保存”；“终止冷冻的胚胎”作“胚胎在体外退化”处理。2016 年 5 月 12 日凌晨，丈夫周某所乘坐的渔船失联，后经搜救发现该船已经沉没，周某下落不明。2016 年 7 月，原告杨某某要求被告医院继续实施胚胎移植手术，但被告以“原告现系单身，按照相关规定不得实施该手术”为由予以拒绝。后杨某某与舟山市某医院对簿公堂，要求判令被告医院继续履行胚胎移植手术。在诉讼过程中，原告丈夫周某的父母均表示支持原告继续手术，希望原告为周某生育后代。

被告拒绝为原告继续实施胚胎移植手术的理由大致有三个方面。第一，根据卫生部颁布的《人类辅助生殖技术和人类精子库伦理原则》（以下简称《伦理原则》）中的社会公益原则规定，医务人员必须严格贯彻国家人口和计划生育法律法规，不得对不符合国家人口和计划生育法规和条例规

定的夫妇和单身妇女实施人类辅助生殖技术。原告的丈夫因海难事故失踪，原告属于单身妇女的范畴，故被告不能为原告实施胚胎移植手术。第二，根据《伦理原则》中的知情同意原则，人类辅助生殖技术必须经夫妇双方自愿同意并签署书面知情同意书后，方可实施。现原告丈夫下落不明，无法签署知情同意书，实施胚胎移植手术的必备程序无法完成，被告也就无法为原告实施该手术。第三，根据《伦理原则》中的保护后代原则，如果有证据表明实施人类辅助生殖技术将会对后代产生严重的生理、心理和社会损害，医务人员有义务停止该技术的实施。显然原告若通过胚胎移植手术生育了孩子，孩子一出生就没有父亲，必然会对其生理、心理、性格等方面带来不利影响。

经过庭审，法院在判决书中对被告提出的三个原则依次予以了回应，认为：

第一，原告丈夫虽因海难事故下落不明，但目前从法律上讲尚不能认定其死亡，故原告应系已婚妇女，而非单身妇女。即便原告丈夫死亡，原告亦有别于社会公益原则中所指称的“单身妇女”情形。故被告继续为原告实施人类辅助生殖技术不违反社会公益原则。

第二，由于周某下落不明，确实无法就胚胎移植术签署知情同意书。但周某事发前已签署了先前其他手术的相应文书，从中可知周某对于通过人类辅助生殖技术生育子女已表达了明确的意愿，不应拘泥于周某不能签署新的知情同意书这一形式问题。故被告继续为原告实施人类辅助生殖技术不违反知情同意原则。

第三，物质能力不应作为公民行使生育权利的约束条件，何况现无证据证明原告缺乏抚养子女的能力。孩子出生于单身家庭，不能就此断言孩子会因此遭受严重的生理、心理和社会损害，且目前并无证据证明存在医学上、亲权上或其它方面于后代不利的情形。故被告继续为原告实施人类辅助生殖技术不违反保护后代原则。

对于《胚胎冷冻知情同意书》中终止胚胎冷冻保存的约定，法院认为，首先周某在法律上尚不能认定死亡，夫妻一方死亡的情形并不存在。其次，实施人类辅助生殖技术过程中获得的胚胎处置权应视为生育权的延伸，具有人身专属性。该条约定的实质是，原告夫妇放弃冷冻胚胎后，被告有权对胚胎作体外退化处理，但本案中周某没有留下冷冻胚胎的处理遗嘱。根据《合同法》规定，当有两种以上解释时，应当作出不利于提供格式条款一方的解释。

综上，法院判决支持原告的诉讼请求。

#### 二、由死后人工生殖案引发的法律思考

2004 年在广东曾发生过一起类似的死后人工生殖纠纷，但该起纠纷最后是以卫生部特别批复获准手术的方式得以解决。因此，浙江舟山发生的这起案件不仅是国内首例正式进入司法程序的死后人工生殖纠纷，也是首例由法院判令医疗机构继续履行人工生殖术的判例。法官在判决书中进行了较为充分的说理，兼顾法理与情理，是一篇较为温情的判决书。本文下面仅就本案中涉及的部分法律问题展开简单思考，以求抛砖引玉。

##### （一）丧偶女性是否拥有生育权？

这里首先涉及到的是生育权的权利性质问题——生育权究竟属人格权还是身份权？如果认为生育权是人格权，那么不论婚姻状况，所有自然人都是生育权的权利主体，丧偶女性自然也享有生育权；反之如果生育权被视为身份权的一种，则仅有在合法有效的婚姻关系之下的男女才享有生育权。国际上，1974 年通过的《世界人口行动计划》将生育权定义为“所有夫妇和个人都享有自由并负责地决定生育孩子的数量和生育间隔并为此而获得信息、教育和手段的基本权利。”1984 年的《墨西哥城宣言》和 1994 年的《国际人口与发展大会行动纲领》也均重申了前述定义。显然，这些国际条约将生育权视作一项人与生俱来的基本人权，认为生育权是自然人无差别享有的权利。人权本身是

一个宪法概念，具体到民事权利领域，生育权当属人身自由范畴，应为人格权。

但由于长期以来推行计划生育政策，我国立法并没有完全照搬前述国际公约中的生育权定义，而是“将生育权问题与计划生育问题紧密相连”。<sup>[1]</sup> 身份权论者认为，计划生育是一项写入《宪法》的基本国策，而根据《人口与计划生育法》、《婚姻法》等法律的规定，计划生育的义务主体是夫妻双方。从权利与义务的对应性来看，“计划生育的义务是建立在夫妻共同享有生育权基础上的，只有共同享有权利，才可能共同履行义务”。<sup>[2]</sup> 因此，生育权也应仅限于妻子或丈夫的特定身份。从实证角度来看，非婚生子女的出生在各地普遍被认为违反了计划生育的相关政策和法规，需要缴纳一笔数额不菲的社会抚养费，<sup>[3]</sup> 子女的入户上学等更为实际的问题在具体操作中也往往步履蹒跚。一项被遭受非难和消极评价的权利很难被视为是一种法律权利，因为其正当性是残缺的。另外还有学者以权利实现方式为切入点，认为生育权在私法意义上是请求权性质的，不能被归入具有典型支配权性质的人格权，应属身份权。<sup>[4]</sup>

当前理论界，人格权说相对占优，本文亦持此观点，理由主要有四。第一，生育与婚姻是相对分离的。在人类发展史上，婚姻较生育来看是后来者，是人类社会发展到特定阶段的产物，而生育却是人类生存繁衍的必须。因此，生育的基础和实质是人类的生存繁衍，“它的发展是单独成体的，婚姻家庭无法决定其是否需要变化”。<sup>[5]</sup> 现代社会中，生育更早已不再是婚姻的义务，不再是婚姻的必然结果。第二，身份权说下的生育权无法解释非婚受孕女性处置腹中胎儿的合法性来源。若采身份权说，包括未婚先孕、通奸受孕、强奸受孕等在内的怀孕女性因不具有合法的妻子身份，不具有决定是否生育胎儿的自由。此种情况下的生育与自然现象无异，堕胎的合法性来源难以周全，对女性利益的保护存在明显缺陷。第三，请求权与人格权并不是处于同一坐标系中非此即彼的一对权利关系。请求权的划分以权利指向的对象是特定还是不特定为标准，其对称是支配权，而非人格权。即便认为生育权在行使过程中具有部分请求权性质，也不能以此便推导出生育权属身份权，因为身份权与人格权一样，本质上都是一种具有排除外界干预效能的支配权。第四，以国家政策作为判断民事权利属性的依据，是将相对稳定的民事权利属性置于易于变动的政策的禁锢之下。我国在建国之初提倡女性生育，直到 82 年才将计划生育确立为基本国策并写入《宪法》，2013 年底实行有条件的“二孩”政策，2016 年又开始实施“全面二孩”政策。地方上，部分省份对非婚生子女的社会抚养费调控已经有所松动，子女落户入学也更为人性化。若计划生育政策在将来遇有重大变革、甚至被废止，则身份权说下的生育权属性又将随之颠倒往复，这无疑是荒唐的。

（二）男性是否拥有私法意义上的生育权？

在本案中，原告丈夫周某在法律上尚未死亡，其法律人格尚存，因而与原告的夫妻关系并未终结。因此，本案存在一个看似无须讨论但又无法回避的问题：原告杨某某的行为是否侵犯了丈夫的生育权。这里还有一个先决性问题需要探讨——男性是否拥有生育权？这似乎是一个更加无须探讨、显而易见的问题——《人口与计划生育法》第十七条规定：“公民有生育的权利”。然而有一种观点认为，《人口与计划生育法》在法律部门上属于行政法，该法赋予公民生育权的意义在于对抗国家对计划生育权力的滥用，而不是夫妻间在私法领域的相互对抗。私法意义上的生育权仅现于《妇女权益保障法》，

该法第五十一条规定“妇女有按照国家有关规定生育子女的权利，也有不生育的自由。”至此，女性拥有了对抗丈夫滥用夫权的尚方宝剑，从而避免了女性沦为男性的生育工具。但在男性层面，这种私法意义上的生育权却一直没有得到法律的明确承认。这种对生育权予以公私法上的划分无疑是具有重要价值的，但认为“私法意义上的生育权则是妇女专属”<sup>[6]</sup> 的观点则让人难以认同。周永坤教授原本仅是试图论证丈夫无权提出己方生育权遭受妻子侵害的诉求，文章本该到此终止。但最后所得出丈夫根本不具有私法意义上生育权的结论，则割裂了生育过程中男女双方的共同意思与相互配合，过度强调了女性在生育过程中的绝对意志，未免有矫枉过正之嫌。女性可以拒绝男性的生育权，同样的，男性当然也可以对女性提出的生育请求说不，这便是私法意义上的消极生育权。可以试想，如果男性在婚姻关系中不存在制衡女性的生育权，那么男性不也就沦为生育工具了么。

本文认为，男性同样拥有私法意义上的生育权，理由有三：第一，“国家尊重和保障人权”是《宪法》的基本内容，生育权利作为一项基本人权应当无差别的及于每一个公民；第二，人格权作为自然人与生俱来的权利并不依赖于法律的明文规定，“一般人格权”的高度概括性<sup>[7]</sup>就是一例明证；第三，从男女平等的基本法律原则中不难推出男性同样拥有生育权。与女性生育权相类似，男性生育权同样包括生育的积极权利和不生育的消极权利两方面内容。不过与女性生育权相比较而言，男性生育权在我国是受到限制的——在女方怀孕之后，男方的生育权便在事实上趋于消灭。<sup>[8]</sup> 因为男方已经参与了受孕过程，完成了自己的生物角色，对于在接下来究竟是否要产下胎儿则完全是女方的人身自由，男方无权干预。这也是出于对在生育过程中承担了更多风险的女性的一种特殊照顾。

实际操作中，完整的人工生殖术由取卵、体外受精、胚胎冷冻、胚胎移植等若干个小手术共同组成，患者夫妻须在每个步骤都签署“知情同意书”才能进行相应阶段的手术。但本案中由于丈夫下落不明，客观上无法在最后的胚胎移植知情同意书上签字，医院据此认为进行手术有违医学伦理中的知情同意原则。首先应当明确，此处医院所欲保护的患者知情同意权实际上与生育权同义。严格来说，原告丈夫也确实有出于某种考虑而在最后关头放弃继续进行人工生殖术的可能。法院在本案中认为丈夫周某无须作出新的意思表示的理由有二：第一，周某在出事前已经签署了四份与手术相关的知情同意书，结合传统观念与人之常情，有理由相信原告实施胚胎移植术不违背周某的意愿；第二，法院认为包括取卵、体外受精、胚胎移植等在内的手术是整体意义上的人工生殖医疗服务合同的共同组成部分，即便周某不作出新的意思表示，也不妨碍原告要求继续履行合同。本文认为，丈夫周某在法律人格仍然存在的情况下未作意思表示，与民事行为领域的沉默（即不作为的默示）有相似之处。<sup>[9]</sup> 依据我国法律规定，沉默在原则上不产生任何意思表示，不具有任何法律效果。<sup>[10]</sup> 但沉默可以“作为解释的要素而具有意义，也就是通过解释而获得意义”。<sup>[11]</sup> 尚未生效的《民法总则》第 140 条第 2 款已经对此作出了部分回应：在“符合当事人之间的交易习惯”时，沉默也可视为一种意思表示。此种解释的逻辑是，当事人间的先行为使一方当事人有理由在后续交易中信赖另一方在沉默中所蕴含的类似意思表示。法院的上述第一个理由实际上就是对沉默的一种解释性运用。以此类推，不必拘泥于法院基于第二个理由而对“继续履行合同”的认定。假设丈夫在下落不明前仅仅保存了自己的精子，而未与医院签署人工生殖医疗合同，按照对沉默的解释性意思表示，我们同样有理由

[6] 周永坤：《丈夫生育权的法理问题研究——兼评〈婚姻法解释（三）〉第 9 条》，《法学》，2014 年第 12 期。

[7] 《民法总则》第 109 条：“自然人的人身自由、人格尊严受法律保护。”

[8] 《婚姻法司法解释（三）》第 9 条“夫以妻擅自中止妊娠侵犯其生育权为由请求损害赔偿的，人民法院不予支持”即是肯定了丈夫的私法救济行为。根据“无救济则无权利”的法谚，孕后丈夫的生育权在事实上已不复存在。

[9] 下落不明人根本并不知晓其配偶请求继续履行合同的行为，故严格说来，并不能理解为有包括沉默在内的任何意思表示。

[10] 《民通意见》第 66 条：“不作为的默示只有在法律有规定或者当事人双方有约定的情况下，才可以视为意思表示。”

[11] 杜景林：《民商事往来中沉默的法律责任》，《法学》，2014 年第 2 期。

[1] 幸颜静：《论生育权在私法领域的存在——兼解读婚姻法司法解释（三）第九条》，《中华女子学院学报》，2011 年第 11 期。

[2] 汤擎：《单身女性生育权与代际平等——评〈吉林省人口与计划生育条例〉第 30 条第 2 款的非合理性》，《法学》，2002 年第 12 期。

[3] 2016 年实施的《广东省人口与计划生育条例》第四十七条第三款的规定豁免了未婚生育第一胎所需要缴纳的社会抚养费，但同时也责令男女双方应补办结婚登记。因此，这一较为特殊的规定并未承认未婚男女生育子女的合法性。

[4] 同注 1。

[5] 亢光：《单身女性生育权的法哲学思辨》，《医学与社会》，2005 年 6 期。

推定丈夫对妻子请求施行人工生殖术是持肯定态度的，因为储存精子的先行为已经明确表达了将来进行生育的一种意愿，<sup>[12]</sup>且与社会普遍的伦理道德观念也无背反。但若是丈夫并未储存精子、亦未冷冻胚胎的情形下，则不应当认可妻子以人工生殖方式实现生育权。因为此时受孕必然使用精子库中他人的精子，所生育的子女与丈夫无血缘上的联系，构成对下落不明丈夫的人身利益的重大影响，故不得推定其同意。

（三）死后人工生殖侵犯了谁的权益？

首先，死后人工生殖并未侵犯亡者的生育权，因为亡者根本不具有生育权。自然人的民事权利能力始于出生，终于死亡，包括生育权在内的人格权利全部随权利人死亡而“尘归尘，土归土”。但亡者的姓名、肖像、名誉、荣誉、隐私等人格利益依然受到法律保护，只不过权利主体转化为了亡者的近亲属。<sup>[13]</sup>理论上来说，亡者生前所享有的生育权也应当在变换形态后由其近亲属共同概括享有。有学者提出，亡者父母所享有的这种权利实际上是一种“基因遗传权”，但在传统的生育权研究中并未被纳入讨论视野，亡者父母的权利“在狭义生育权的理论框架内无法得到保障”。<sup>[14]</sup>显然，“基因遗传权”与生存配偶的生育权可能发生冲突，而且这种冲突的对立形式不仅存在于积极的“基因遗传权”与消极的生育权之间，还可能发生在消极的“基因遗传权”与积极的生育权之间。因“基因遗传权”并未被广泛承认，消极行使“基因遗传权”往往是借助其他民事权利的外衣来实现的，其实现形式一般来说有两种：第一种是在死体取精的情形中，<sup>[15]</sup>除妻子之外的亡者近亲属如以损害亡者遗体（身体权的死后转化）为由拒绝实施死后取精术，则与妻子的生育权发生冲突；第二种是在亡者留有存储的精子或胚胎的情形中，除妻子之外的亡者近亲属以对精子或胚胎因继承而享有共有权为由，<sup>[16]</sup>拒绝妻子擅自处分作为遗产的精子或胚胎，从而与妻子的生育权发生冲突。

在大多数情况下，饱受丧子之痛的亡者父母是希望能够延续后代以维系哀思之情的，但也不应排除亡者父母拒绝儿媳使用含有自己遗传信息的精子或胚胎而人工受孕的情形。这是基于权利作为一种自由意志本质的考量。在更现实的层面上，如果女方可以自主决定使用男方的遗传信息人工受孕，则无疑将给亡者父母强行添设一层亲属关系，而由此所引发的抚养、继承等一系列亲属法律关系将完全超出亡者父母的可预见范围。例如，在亡者父母未立遗嘱的情形下，人工生殖的子女作为死者的直系血亲可以代位继承亡者父母的遗产；在类似本案中男方虽无实际生还可能但在法律上仍然“存活”的情形下，人工生殖还会导致所生育的子女可以直接继承男方在被宣告死亡后的遗产。因宣告死亡制度中申请顺位的存在，<sup>[17]</sup>女方作为处于第一申请顺位的配偶可以决定男方的“生”或“死”，且基于对子女的监护权，人工生殖子女所继承的遗产也是由女方实际控制的。照此，亡者的遗产分配可能始终处于悬而未决、任人摆布的状态，这对于同样作为第一顺位继承人的亡者父母来说显然是不利的，特别是在亡者父母与儿媳关系恶化的情况下。

本文认为，亡者的身后利益并不由其身前的某位亲属独占享有，如果准许丧偶女性使用亡夫的遗传信息进行人工生殖，在制度设计时应当充分考虑亡者父母的意愿，或者在赋予丧偶女性单方行使死后人工生殖请求权的同时，对这种权利予以一定期限限制，超出期限则必须经亡者父母的书面

[12] 且这种意愿往往正是男方为了预防不测。

[13] 理论上来说，亡者生前所享有的生育权也应当在变换形态后由其近亲属共同概括享有。有学者提出，亡者父母所享有的这种权利实际上是一种“基因遗传权”，但在传统的生育权研究中并未被纳入讨论视野，亡者父母的权利“在狭义生育权的理论框架内无法得到保障”。

[14] 万广军，杨遂全：《论基因遗传权的保护——以单身女性生育权和死刑犯父母人身权为视角》，《法治论丛》，2010年第6期。

[15] 典型的死体取精案例是2005年在台湾地区发生的孙吉祥案。

[16] 在著名的胚胎继承案中，无锡中院作出的二审判决肯定了胚胎的可继承性。参见（2014）锡民终字第01235号民事判决书。

[17] 尚未生效的《民法总则》并未规定宣告死亡的申请顺位。

同意。

（四）代际平等能否阻却死后人工生殖

2002年出台的《吉林省人口与计划生育条例》突破性地率先获准“达到法定婚龄决定不再结婚并无子女”的单身女性可以人工生殖方式生育一个子女。该条例一出便引起各界激烈讨论，有学者从代际平等的角度直接指出，“单身女性生育权的满足，实质上是建立在对其子女正当权利的无情剥夺上；单身女性寻求自身精神慰藉的代价是其后代的精神痛苦”，“违背了人类生存和发展中必须遵循的，当代人和后代人在利用自然资源、满足自身利益、谋求生存和发展上权利均等的代际平等原则”。<sup>[18]</sup>代际平等关注的是当代人类与未来世代人类间的可持续发展问题，是建立在责任考量的基础之上的。<sup>[19]</sup>在代际平等的视角下，生育并不是单纯的自然行为或私人行为，更会导致社会责任的产生，而单身女性生育子女可能导致的代际社会问题至少有：亲权关系上的先天缺陷使得子女更易处于因监护人死亡或其他原因而无人抚养的不利境地；子女在培养健全人格的过程中因父系缺失而可能遇到障碍；社会观念上的歧视可能给子女造成心灵创伤。

但同时应当明确的是，代际平等并不是一个法律概念，属社会学、伦理学层面范畴。<sup>[20]</sup>本案中的代际平等问题便是以围绕原告的请求是否违反《人类辅助生殖技术和人类精子库伦理原则》中的“保护后代原则”的表现形式产生争议的。虽然《人类辅助生殖技术和人类精子库伦理原则》仅是卫生部出台的规范性文件，不具有私法领域的拘束力，<sup>[21]</sup>但这也并不意味着“法无禁止即自由”这句法谚能够得到全无障碍的套用。

在全国人大及其常委会制定的法律及国务院制定的行政法规均未明令禁止死后人工生殖的背景下，代际平等可以借助“公序良俗”和“禁止权利滥用”二原则的外衣“嫁接”到民事法律领域，而法律原则在司法领域的适用不可避免地会产生法律弹性和司法自由裁量。本文认为，任何试图仅通过抽象的逻辑推演或价值判断便将代际平等这一原则性概念规则化为简单的允许或禁止死后人工生殖的尝试都是轻率的，死后人工生殖所包含的情感因素和可能导致的社会责任问题并不是仅由明确而单一的法律规则即可妥善处理的。出于代际平等或后代保护原则的考虑而应否准许丧偶女性进行死后人工生殖，应当坚持由医疗机构、卫生主管部门或法院进行个案审查。审查的内容至少应当包括：第一，丧偶女性决定生育子女并非纯粹仅出于对亡夫的缅怀或慰藉，因为生育所产生的抚养、监护责任是长期的、稳定的，而单纯的情感抚慰难以成为生育责任的产生源头；第二，丧偶女性能否提供除她自己以外的其他监护人或监护备选人，以补强子女在监护保护层面的缺陷；第三，丧偶女性或其父母、公婆在物质条件上应当满足适合子女健康成长的一定标准。如此审查似乎是对丧偶女性的不公，但人工生殖毕竟不同于自然状态下的生育，人为地创造一个可能面临巨大痛苦和不幸的生命不应该不是基于审慎的考察和权衡的。

（五）“单身妇女”称谓是否足够严谨？

卫生部出台的《人类辅助生殖技术和人类精子库伦理原则》中有规定：“医务人员必须严格贯彻国家人口和计划生育法律法规，不得对不符合国家人口和计划生育法规和条例规定的夫妇和单身妇女实施人类辅助生殖技术。”我们注意到，这里采用了“单身妇女”这一称谓。“单身妇女”并不是一个法律概念，其内涵与外延在整部文件中均未予以进一步明确，故其严谨性值得推敲。从文

[18] 同注2。

[19] 周光辉，赵闯：《跨越时间之维的正义追求——代际正义的可能性研究》，《政治学研究》，第2009年第3期。

[20] 刘志刚：《单身女性生育权的合法性——兼与汤擎同志商榷》，《法学》，2003年第2期。

[21] 参见（2014）锡民终字第01235号民事判决书：“医院不得基于部门规章的行政管理规定对抗当事人基于私法所享有的正当权利。”

义上来理解，“单身”的外延不仅仅包括未婚、离婚、丧偶这些对婚姻状况的描述，还可以涵盖至恋爱状态和分居状态。如在一般理解上，处于热恋中的男女不被认为是“单身”，因工作原因于外地生活而与家人在物理上较远分离的人则可能被认为是“单身”。<sup>[22]</sup> 根据“单身妇女”在《人类辅助生殖技术和人类精子库伦理原则》中所处的位置和体系来分析，因其与“夫妇”置于并列地位，我们尚较易推出这里的“单身”指代当前没有缔结婚姻关系的事实状态，包括从未结过婚、离异后未婚以及丧偶未婚三种情形。同时，该条规定的设置目的在于“严格贯彻国家人口和计划生育法律法规”，因而除获准未婚女性人工生殖的吉林省以外，其他地区的未婚女性均属该规定所禁止人工生殖之列。

由此可见，针对本案被告提出原告违反社会公益原则的抗辩，判决书中所回应的“即便原告丈夫死亡，原告亦有别于社会公益原则中所指称的‘单身妇女’情形”，实际上是对《人类辅助生殖技术和人类精子库伦理原则》中的“单身妇女”进行了限缩解释，排除了丧偶女性，而这一限缩解释的运用应当说是有违背“严格贯彻国家人口和计划生育法律法规”的立法目的之嫌的。为避免理解上的不一致，本文建议将《人类辅助生殖技术和人类精子库伦理原则》中的“单身妇女”改为更具法律严谨性的“未婚女性”，同时对未婚女性中的丧偶女性的人工生殖请求予以特别规定。

## 房屋计税依据明显偏低时“正当理由”的认定相关实务问题研究

上海建纬（杭州）律师事务所 王 钦 徐 琮 黄 博

【内容提要】随着国内的房地产市场空前繁荣，房产交易在人们的生活中越来越频繁地发生。为规避高额房产交易的税费，买卖双方通常以签订“阴阳合同”的方式来避税。而税务机关也采取相应的方式来防止税款流失。其中核定征收是最常见的一种方式，其法律依据是《税收征收管理法》第三十五条，该条列举了在若干情形下税务机关有权核定应纳税额。其中一种情形是“纳税人申报的计税依据明显偏低，又无正当理由的”<sup>[1]</sup>，但相关法律法规却没有明晰“正当理由”的概念或是具体情形，以致实务中纳税人和税务机关就此频发争议。笔者拟从司法实践的角度出发，试厘清房产交易税收征管中“正当理由”的具体情形。本文未作特殊说明的，均是针对房产交易税收征管中的“正当理由”的表述；“避税”均指不合法的避税行为。

【关键词】房产交易计税依据正当理由核定征收实质课税原则

### 一、引言——从最高人民法院（2015）行提字第13号判决谈起

2017年4月7日，最高人民法院判决了广州德发房产建设有限公司（以下简称“德发公司”）与广东省广州市地方税务局第一稽查局（以下简称“稽查局”）再审一案。具体案情为：德发公司于2004年通过拍卖方式以1.3亿港元的价格将估值近5.3亿港元的房产卖给唯一竞拍人。稽查局认为该交易存在诸多疑点，通过调查2003年至2005年期间周边楼盘的交易价格，认定德发公司的交易价格过低。最终稽查局依据《中华人民共和国税收征收管理法》（以下简称“《征管法》”）第三十五条第一款第六项规定，作出税务处理决定，要求德发公司补缴税款及滞纳金。<sup>[1]</sup>

德发公司对税务处理决定、行政复议决定、人民法院的一、二审判决皆不服，坚持申请再审，在二审结案四年后被最高人民法院提审。<sup>[2]</sup>最终最高人民法院依法撤销了一、二审的判决和部分税务处理决定。

该案最大的争议焦点在于德发公司以涉案房产的拍卖成交价格作为计税依据申报纳税是否属于“计税依据明显偏低，又无正当理由”的情形。《征管法》和《中华人民共和国税收征收管理法实施细则》（以下简称“《实施细则》”）均未明确规定“正当理由”的概念，也未列举出构成正当理由的具体情形。税收法律法规的确定性不仅是税务机关依法行使行政权力的一种最重要的基础，更是人们依法纳税的最重要的指引向导。如果法律法规对“正当理由”的概念无法界定清楚，不仅会导致税

[22] 如《国务院关于工人退休、退职的暂行办法》第十一条第二款规定：“对于单身在外地工作的工人，退休、退职后要求迁到家属所在地居住的，迁入地区应当准予落户。”《国务院办公厅转发劳动人事部关于落实西藏离休退休人员跨省安置问题的请示的通知》中有“凡单身在藏的，允许到配偶所在地安置”的表述。

[1] 参见《中华人民共和国税收征收管理法》第三十五条第一款第六项

[1] 以上是笔者根据最高人民法院（2015）行提字第13号再审行政判决书摘录整理的。

[2] 廖仕梅：《从民法视角探析核定征收—基于“最高院提审广州德发公司案”的分析》，载《财政监督》2015年第25期

务机关自由裁量权过大，也会导致部分纳税人滥用“正当理由”以逃避税款的征收，最终引发税务机关与纳税人屡屡发生争议。

正因如此，本文将从地方性文件对“正当理由”细化规定的展开，并结合司法实践中判例和法学理论分析，尝试逐步厘清构成“正当理由”的具体情形。

二、地方文件对“正当理由”的细化规定

《征管法》和《实施细则》分别作为法律和行政法规应当是具有原则性和指导性的，考虑到地方的差异，在上述两部法律法规中直接规定“正当理由”的具体情形，不能完全适用于全国各地。而且作为法律和行政法规其条款设置也无法做到事无巨细，面面俱到。所以对“正当理由”的具体细化应当由地方性法规、地方政府规章或者地方规范性文件来构建。

沿着该思路，笔者在网上检索了全国各地的地方性法规、地方政府规章和地方规范性文件关于“正当理由”的规定。由于文章篇幅有限，不能将各地的文件逐一列举，故笔者选取部分有代表性的地方性文件进行比对，找出各地文件对“正当理由”规定中的共性和区别。为方便读者阅读和比较，制作了如下表格：

| 地方性文件中构成“正当理由”的具体情形 |          |                                    |                                                                                                                                                                                                    |
|---------------------|----------|------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 序号                  | 发布单位     | 文件名称                               | 构成“正当理由”的具体情形                                                                                                                                                                                      |
| 1                   | 广州市地方税务局 | 《住宅存量房交易计税价格异议处理办法》                | 第五条税务机关认定的正当理由包括以下情形之一：<br>（一）由法院裁定、判决和仲裁机构裁决的房屋权属转移，以生效法律文书载明的价格为计税价格；<br>（二）通过具有合法资质的拍卖机构依法公开拍卖的房屋权属转移，以拍卖对价为计税价格；<br>（三）房屋曾发生重大意外事件或存在功能性结构破损等严重质量问题的；<br>（四）其他情形。                              |
| 2                   | 湖南省地方税务局 | 《湖南省存量房交易计税价格异议处理办法》               | 第七条 有以下情形之一者，主管地税机关可以采信纳税人申报的计税价格，法律、法规另有规定的除外：<br>（一）由法院裁定、判决和仲裁机构裁决的存量房转移价格；<br>（二）通过具有合法资质的拍卖机构依法公开拍卖的存量房转移价格；<br>（三）交易双方为直系亲属的；<br>（四）存量房曾发生重大意外事件或者存在功能性结构缺失、破损等严重质量问题的；<br>（五）主管地税机关认可的其他情形。 |
| 3                   | 江苏省地方税务局 | 《关于进一步加强存量房评估工作的通知》（苏地税发[2014]58号） | 四、严格按照规定进行争议处理。.....对于纳税人提出的正当理由，并能提供合法、有效资料的，经地税机关审核确认后，进行计税价格调整。具体调整幅度由当地地税机关集体研究确定。以下情况可视为正当理由：<br>（一）法院判决；<br>（二）亲属（三代以内直系血亲）间交易；<br>（三）房屋客观上有明显缺损等严重质量问题；<br>（四）税务机关认定的其他情形。                  |

|   |                 |                                        |                                                                                                                                                                                                                                                                              |
|---|-----------------|----------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 4 | 福建省宁德市地方税务局     | 《宁德市地方税务局存量房交易税收管理规程》及其解读              | 《规程》第九条有下列情形之一的，地方税务机关应认为纳税人申报价格偏低有正当理由：<br>（一）由人民法院裁定、判决和仲裁机构裁决的房产权属转移，并出具生效法律文书载明的。<br>（二）通过具有合法资质的拍卖机构依法公开拍卖的房产权属转移。<br>（三）房产曾发生重大意外事件或存在功能性结构破损等严重质量问题的。<br>《规程解读》：<br>十六、有正当理由应提供什么资料？<br>第（一）项纳税人应提供法院判决书（调解书、裁定书）、房屋所有权证、双方身份证明等合法有效资料，经征管单位审核无误后，按法院判决（调解、裁定）价格申报纳税； |
| 5 | 浙江省财政厅、浙江省地方税务局 | 《浙江省财政厅、浙江省地方税务局关于实行房屋交易最低计税价格管理办法的通知》 | 三、实行房屋交易最低计税价格征管的要求各地实行房屋交易最低计税价格管理办法后，当纳税人申报的房屋交易价格高于房屋交易最低计税价格时，按纳税人申报的房屋价格征税；当纳税人申报的房屋交易价格低于房屋交易最低计税价格时，除下列情况外征管机关按房屋交易最低计税价格征税。<br>1. 因房屋本身质量问题，纳税人申报的交易价格低于房屋交易最低计税价格的，经征收机关核实，按核定的价格作为计税价格。<br>2. 由法院裁定、判决和仲裁机构裁决的房屋权属，以司法裁定的价格为计税价格。<br>3、税收法规另有专门规定的。                |

通过比较上述地方性文件所列举的“正当理由”具体情形，笔者认为具有以下共性：

- 1、均是通过列举的形式明确构成“正当理由”的情形；
- 2、均认为房屋本身质量问题和法院的判决可以成为纳税人申报价格偏低的“正当理由”；
- 3、除了福建省宁德市地税局的文件中未规定兜底条款，其他文件均有兜底条款。

此外，上述地方性文件也存在如下差异：

1、对于裁判文书所确定的交易价格能否成为计税依据明显偏低的“正当理由”这个问题，不同地方的地税局存在不同的观点。

- （1）江苏省地税局认为只有法院的判决才能成为计税依据明显偏低的“正当理由”；
- （2）广州市、湖南省、浙江省地税局认为除了法院的判决，还有法院的裁定和仲裁机构的裁决确定的交易价格可以成为计税依据明显偏低的“正当理由”；
- （3）宁德市地税局认为除了上述文书，法院的调解书也可以成为计税依据明显偏低的“正当理由”。

2、宁德市、广州市、湖南省地税局均认为通过具有合法资质的拍卖机构依法公开拍卖形成的拍卖对价能成为计税依据明显偏低的“正当理由”。

3、江苏省和湖南省地税局均认为直系亲属间交易形成的价格能成为计税依据明显偏低的“正当理由”。

各地方性文件大都采用逐一列举的方式对构成“正当理由”的情形加以明确。笔者对此产生了新的疑问，部分纳税人是否会利用上述合法的形式来达到其避税的非法目的？对于“正当理由”的具体列举是否又会引发税务机关和纳税人之间新的争议？

三、司法机关中对“正当理由”的认定观点

顺着该思路，同时为了探究司法机关对“正当理由”的认定，笔者在“中国裁判文书网”、“浙江法院公开网”、“北大法宝”、“无讼案例”等网站上搜寻相关判决，探究司法实践中是如何认定房屋计税依据明显偏低时的“正当理由”。通过搜索和筛选，笔者发现在实践中，纳税人和税务机关之间对于“能否成为计税依据明显偏低的正当理由”这个问题时有争议发生。囿于文章篇幅所限，下文笔者将分析部分有代表性的判决，以探究司法机关对正当理由的认定观点。

以下是笔者检索到对“正当理由”的认定有涉及的三份判决书的部分节选，通过分析法院对“正当理由”认定，发现地方性文件规定的不足，不断完善税法中“正当理由”的规定。

（一）法院观点一：拍卖不能绝对地排除税务机关的应纳税额核定权——最高人民法院（2015）行提字第13号

本文开头已介绍过该案的基本案情，此处不再赘述。最高院在该案的判决书中阐述了这样的观点：“拍卖行为的效力与应纳税款核定权，分别受民事法律规范和行政法律规范调整，拍卖行为有效并不意味税务机关不能行使应纳税额核定权，另行核定应纳税额也并非否定拍卖行为的有效性。保障国家税收的足额征收是税务机关的基本职责，税务机关对作为计税依据的交易价格采取严格的判断标准符合税收征管法的目的。如果不考虑案件实际，一律要求税务机关必须以拍卖成交价格作为计税依据，则既可能造成以当事人意思自治为名排除税务机关的核定权，还可能因市场竞价不充分导致拍卖价格明显偏低而造成国家税收流失。因此，有效的拍卖行为并不能绝对地排除税务机关的应纳税额核定权，但税务机关行使核定权时仍应有严格限定。”<sup>[3]</sup>

最高院的判决对全国各地法院的司法实践都具有示范效应，所以对判决结果的考虑必须慎之又慎。如果不考虑案件实际，径直判决税务机关以拍卖成交价格作为计税依据，则可能导致两个不利的后果：

1、本次拍卖是一人竞拍，其市场竞价并不充分而且是以远低于市场估值的价格拍下的，导致因拍卖价格明显偏低而造成国家税收的流失；

2、以判决的形式明示，在某种程度上可以形式合法的拍卖为名排除税务机关的核定权，从而达到逃避税款征收的目的。其后果将不仅是造成国家收入的直接损失，更破坏了公平、合理的税收原则，违背了税收法律法规的立法意图，使其公正性、严肃性受到影响。

正因如此，该案中最高院采用了将民事行为效力和行政权力相区分的思路，把拍卖行为的效力与应纳税款核定权分离。在无法否认拍卖行为的效力的前提下，最高院保障了国家税收的足额征收，并平衡好纳税人和税务机关双方的利益冲突。

税法和民法在对同一行为进行规制的时候，难免会出现适用上的冲突。最高院在该案中的态度为：拍卖行为即使符合民法上的意思自治原则，但不能绝对地排除税务机关的应纳税额核定权。这正是实质课税原则的价值体现。实质课税原则的价值就在于弥补对法律僵化适用的不足，强调根据实际情况，在形式相同的条件下对特殊行为予以差别处理。与此同时，最高院也表明了对该原则的使用需加以严格限定，这反映了税收要素法定原则，也是形式正义的要求。

（二）法院观点二：调解书既不能成为申报价格偏低的正当理由，也不能成为计税价格应以真实交易价格为准的依据。——苏州市姑苏区人民法院（2016）苏0508行初374号

案情简介：原告孙某与案外人范某签订房屋买卖合同一份，约定由原告向范某出售房屋一套，价格为225万元。后双方发生争议，范某向当地法院提起民事诉讼。在法院主持下，原告与范某达

成调解协议，双方同意继续履行上述合同。原告向被告地税局申报缴纳房产交易税款，并提交了存量房买卖合同等申请材料，该合同显示房屋价款154万元。地税局经审查认为，原告申报的价格过低，并依据相关法律法规对该交易核定计税价格约265万元。原告提出异议并主张按法院生效的调解书确认的房屋成交真实价格225万元作为计税价格。

裁判要旨：“因纳税申报价格与真实交易价格并非同一概念，无论纳税义务人申报的价格真实与否，均需经过存量房交易纳税评估系统的专业评估方能确认能否作为最终计税价格。原告所述民事调解书虽具有法定效力，但该调解书仅是原告与案外人范某就合同履行达成的意思自治，并不涉及法院对交易价格的确认，即使如原告所述225万元为双方真实交易价格，未经规定程序评估，仍不能直接作为最终计税价格，故民事调解书既不能成为原告154万元申报价格偏低的正当理由，也不能成为计税价格应以真实交易价格为准的依据。”<sup>[4]</sup>

苏州市姑苏区人民法院的判决，对调解书持以下意见：

1、无论纳税义务人申报的价格真实与否，均需经过存量房交易纳税评估系统的专业评估方能确认能否作为最终计税依据。

2、民事调解书虽具有法定效力，但调解书仅是原告与第三人达成的意思自治，并不涉及法院对交易价格的确认。

3、民事调解书既不能成为原告申报价格偏低的正当理由，也不能成为计税依据应以真实交易价格为准的依据。

（三）法院观点三：“防止群体事件发生，化解社会矛盾”能成为计税依据明显偏低的正当理由——乌鲁木齐市中级人民法院（2014）乌中行终字第95号

案情简介：新疆维吾尔自治区地方税务局稽查局（以下简称“稽查局”）对新疆瑞成房地产开发有限公司（以下简称“瑞成公司”）开展税务稽查。稽查局认定瑞成公司在2010年以低于市场价格销售给某公司离退休职工住宅属于“价格明显偏低并无正当理由”的情形，计税依据应按同期市场价格进行调整并补缴税款。瑞成公司不服并向法院提起行政诉讼。

裁判要旨：瑞成公司应其上级主管部门要求，为解决国企老职工住房困难，化解信访突出问题，瑞成公司以低于同期销售价格20%向某公司离退休职工优惠售房。此举应视为瑞成公司解决老国企退休职工住房困难，防止群体事件发生，化解社会矛盾的善意之举。税务局简单地将此认定为“明显低于市场价格，无正当理由的”，并以此为由对瑞成公司处以罚款显属错误。<sup>[5]</sup>

从乌鲁木齐市中院的判决中，我们可以看出其要旨为：

1、解决老国企退休职工住房困难，防止群体事件发生，化解社会矛盾，其本质就是维护社会稳定。

2、判断能否成为“合理理由”要从社会公益等综合角度考虑，社会公共利益能够成为“正当理由”，税务机关不能简单僵化地看待“正当理由”。

#### 四、对如何认定“正当理由”的思考和建议

为厘清构成“正当理由”的具体情形，必须先搞清楚《征管法》第三十五条第一款第六项的立法本意。笔者认为其立法本意是从切实保障国家税收的角度出发的，而税法是无法穷尽所有的避税方式，因此需要设置一些模糊的兜底条款，使税法在不可避免地出现漏洞时能继续发挥其作用，增加其适用的可能性，从而保障国家税收得到切实的维护。从客观角度来看，计税依据明显偏低又没

[4] 孙小兵与江苏省苏州工业园区地方税务局第一税务分局、江苏省苏州工业园区地方税务局行政复议一审行政判决书——苏州市姑苏区人民法院（2016）苏0508行初374号

[5] 新疆维吾尔自治区地方税务局稽查局与新疆瑞成房地产开发有限公司税务行政处罚二审行政判决书——新疆乌鲁木齐市中级人民法院（2014）乌中行终字第95号

[3] 广州德发房产建设有限公司与广东省广州市地方税务局第一稽查局再审行政判决书——最高人民法院（2015）行提字第13号

有正当理由的交易安排就存在避税的嫌疑。因此《征管法》第三十五条第一款第六项应运而生。但如因法律的不明确反而产生漏洞，那权力行使不当、权力滥用乃至权力寻租就会有机可乘。正因如此，对该条款的运用应当在地方文件中采用恰当准确的用语，使之相应地明确化，尽量避免漏洞的产生。

在税务实践中，各地税务机关依照这样的理念因地制宜地出台地方性文件，以期尽量避免漏洞的产生。而现实情况层出不穷，上述判决与各地文件之间的分歧正说明了地方性文件不尽完善。笔者通过对上述地方性文件所列举的构成“正当理由”的具体情形加以分析，并提出相关的建议，以期为税务机关和司法机关在处理相关问题时提供参考。

（一）正当理由的情形之一——经过公开、公平的合法房屋拍卖

一般而言，依照法定程序进行的拍卖活动，由于经过公开、公平的竞价，不论拍卖成交价格的高低，都是充分竞争的结果，较之普通的销售方式更能客观地反映商品价格，可以视为市场的公允价格。如果没有法定机构依法认定拍卖行为无效或者违反拍卖法的禁止性规定，原则上通过拍卖方式形成的成交价格，税务机关一般应予认可和尊重，不宜轻易启动核定程序，以行政认定取代市场竞争形成的计税依据。<sup>[6]</sup>

但是，如果拍卖价格明显低于存量房交易纳税评估系统的核定价格，纳税人又没有提出合理的理由说明拍卖价格为何明显偏低，而且税务机关还发现拍卖形式存在瑕疵，例如：①只有唯一竞买人；②拍卖保证金门槛设置过高；③交易双方存在关联关系等情形，让税务机关有合理的理由怀疑该拍卖的竞价不充分，那税务机关就有权进行核定征收。

综上所述，税务机关一方面需要尊重以拍卖方式形成的成交价格，另一方面不能简单认定房屋交易经过拍卖就是其构成价格偏低的正当理由。笔者建议税务机关在纳税人申报的拍卖价格明显偏低时，可以限期让其提供相应证明材料解释拍卖价格偏低的原因。如果确实有合理的理由，并且拍卖形式没有存在瑕疵让税务机关质疑。如此形成的成交价格，税务机关一般应予认可。

（二）正当理由的情形之二——部分裁判文书

1、判决所认定的交易价格须结合相关证据审核

鉴于司法的专业性，法官一般是仅对案件的法律问题进行审理和判决。对于房屋价格是否符合市场价格规律，法官是没有相关的专业知识加以评判的，这一般也不是法庭审理的重点。笔者建议税务机关应当仔细审核判决的内容，只有房屋交易价格成为法院认定的事实时，该明显偏低的价格才有可能具有正当理由。对于仅经原被告方陈述的交易价格是单从判决的形式上无法得出其明显偏低具有正当理由的结论的。因此笔者认为税务机关须结合相关证据（例如：房产评估机构出具的价格评估报告）佐证才能认定法院判决的交易价格即使明显偏低也具有正当理由。

2、裁定所认定的交易价格须结合相关证据审核

民事裁定，是人民法院对程序问题进行处理时所做的判定。<sup>[7]</sup>裁定主要是针对程序性事项，因此笔者认为税务机关审核纳税人提交的法院裁定时，不能仅依据裁定书有对价格有描述就简单认定该价格有正当理由导致其明显偏低。税务机关应当综合评估纳税人提交的各项证据材料（例如：引发该裁定的判决及相关证据材料），在解释清楚低价的合理性之后才能认定价格明显偏低具有正当理由。

3、调解书确定明显偏低的交易价格不能成为计税依据

调解书是人民法院根据双方当事人达成的调解协议制作的法律文书。调解书既是对双方当事人协

商结果的记载，又是对人民法院确认当事人调解协议的证明。<sup>[8]</sup>另，人民调解委员会或仲裁机构所出具的调解书的性质与法院出具的调解书类似。调解书本质是原被告双方意思自治的结果，是双方就权利义务达成的合意，并不涉及相关机构对交易价格的确认。组织调解的人员没有相应的专业知识去确认该价格是否反映正常的市场价格，更没有职责去确认。从其自身的属性上分析，调解书不能构成价格明显偏低的正当理由。否则可能导致纳税人滥用调解书的形式来避税。税务机关对以调解书为计税依据进行纳税申报要保持警惕，防范部分纳税人以调解书的形式来达到其避税的非法目的。

4、仲裁机构的裁决所认定的交易价格须结合相关证据审核

仲裁是指发生争议的双方当事人，根据其在争议发生前或争议发生后所达成的协议，自愿将该争议提交中立的第三者进行裁判的争议解决制度和方式。<sup>[9]</sup>囿于仲裁机构专业性仅限于法律问题，主要是针对案件中法律问题根据仲裁规则进行审理和裁决，所以仲裁机构对房屋价格是否符合市场价格规律是很难有能力去评判的。笔者认为税务机关在依据仲裁机构的裁决认定价格偏低具有正当理由时，还是要坚持审慎原则。因此笔者认为税务机关须结合相关证据（例如：房产评估机构出具的价格评估报告）佐证才能认定仲裁机构裁决的交易价格即使明显偏低也具有正当理由。

（三）正当理由情形之三——房屋具有严重质量问题

从理论上分析，房屋客观上具有严重质量问题以致房屋的价值降低，进而导致房屋交易价格明显偏低应属于合理的正当理由。如果纳税人认为计税评估价格过高，则应提供证明交易房产具有严重质量问题的全部书面材料。税务机关应当对申请理由和书面证明资料进行书面审核，主要是判断纳税人申诉理由和审核资料的合理性、真实性、合法性和有效性。紧接着的问题是如何认定房屋具有严重质量问题，该质量问题对房屋价格又具有多大的影响？由于上述问题专业性较强，笔者建议税务机关可以委托具有公信力和较高资质等级的第三方评估机构进行质量鉴定和价格评估，参考专业人士的评估结果，重新核定计税依据。这样得出的计税依据依据较为科学合理，这样不仅能让税务机关认可，也能让纳税人信服。至于相关评估费用，笔者认为这属于税务机关执行公务的合理开支，应由主管税务机关承担。

当然，因异议而开展的存量房价格评估以纳税人提出为前提。如存量房评估系统生成的计税依据高于纳税人申报价，而纳税人无异议，则直接以计税评估价格作为计税依据。

五、结语

各省各市已在尝试总结本地的税收征收的经验并制定相应的地方性文件去明确“正当理由”的具体情形。虽然可能存在一定的瑕疵，但这不意味这些尝试没有意义。相反，笔者认为这些尝试都是极有价值的，正是通过这些尝试和司法机关在裁判文书中对其的部分否定，我们才能从中汲取经验和教训，进而完善现有的地方文件。笔者透过现阶段地方文件和司法机关的裁判文书看到了各级地方税务机关和司法机关对于明晰构成“正当理由”具体情形的积极努力。笔者认为“正当理由”是动态的和发展的，税务机关不能僵化地看待“正当理由”，而应具体问题具体分析。笔者建议各地税务机关通过不断完善构成“正当理由”的具体情形，使之与时俱进，以规范税务机关的核定征收行为和纳税人的行为，共同营造和谐共赢的纳税环境。

[6] 广州德发房产建设有限公司与广东省广州市地方税务局第一稽查局再审行政判决书——最高人民法院（2015）行提字第13号

[7] 宋朝武：《民事诉讼法学》中国政法大学出版社2008版，第380页。

[8] 宋朝武：《民事诉讼法学》中国政法大学出版社2008版，第244页。

[9] 江伟：《仲裁法》，中国人民大学出版社2009年版，第12页。

## 消费语境下的欺诈和知情权研究

浙江安瑞律师事务所 陈 勇

【内容提要】消费者在购买产品或服务时，享有了解产品和服务真实情况的权利。知情权体现消费者要求了解和经营者主动告知形态。然而，在消费行为即将发生，或者主观预知可能交易时，经营者往往不主动告知，甚至是以欺诈方式误导消费者。欺诈是否必然属于损害知情权；侵害知情权是否一定构成消费欺诈？侵害知情权和消费欺诈，如何识别和区分，对于消费者权益保护具有重要指向意义，也直接对经营者诚信经营行为具有重要规制意义。

【关键词】消费知情权欺诈

我国现行《消费者权益保护法》“以下简称《消法》”第 8 条对消费者知情权的内容做了相应的规定，即消费者享有知悉产品真实情况的权利和询问经营者产品信息的权利。该法第 55 条规定了经营者存在欺诈行为的，可以要求增加最高三倍的赔偿金额，最低为 500 元。但是，《消法》对知情权的范围内容做了具体规定，而对消费欺诈并未明确定义。因此，对于何谓知情权，何谓消费欺诈，实践中也产生了不同理解、解释。

2015 年 3 月 31 日，黄女士与新力虎公司签订《温州新力虎汽车销售服务有限公司汽车买卖合同》，约定：由黄女士向新力虎公司购买路虎揽胜运动版产地为英国的越野汽车一辆，车辆销售价格为 104.8 万元；特别注明该合同所称汽车是指由汽车销售企业出售的新车。2015 年 4 月 1 日，黄女士向新力虎公司支付全额车款，新力虎公司也于当日向黄女士交付了揽胜运动 2995CC 越野车，并为车辆购买了相应保险。2015 年 4 月 27 日，黄女士缴纳车辆购置税并在丽水市公安局交警大队办理了车辆号牌登记。在涉案车辆销售前，新力虎公司对其变速箱控制模块进行了更换，但新力虎公司未向黄女士告知上述情况，黄女士认为新力虎公司的行为系属销售欺诈，遂成诉讼。

在上述案件中，一审法院认为，认定构成欺诈应符合如下四个要件，即欺诈方客观上实施了欺诈的行为，主观上有实施欺诈的故意，被欺诈方基于欺诈的行为作出错误的判断并据此作出错误的意思表示。一审法院基于新力虎公司明知真实情况而未主动告知且希望或放任交易完成的结果，进而认定存在欺诈。新力虎公司隐瞒更换变速箱控制模块的行为，显然是为了追求或放任黄女士与其订立汽车买卖合同的结果，其主观故意十分明显。同时，援引了最高人民法院第 17 号指导案例支持了黄女士的主张。

该案因新力虎公司不服而提起上诉，经二审法院审理。二审法院认为，经营者未主动告知消费者相关信息损害消费者知情权的行为，还应具备故意隐瞒的主观恶意，才能构成欺诈。新力虎公司不具有故意隐瞒的主观恶意，其行为不构成欺诈。同时，二审法院认为“故意隐瞒真实情况，诱使对方当事人做出错误意思表示”应当以经营者具有主观恶意为要件，并不等同于经营者没有向消费者主动告知会影响一般消费者消费选择的真实信息，使消费者在不了解该真实信息的情况下做出购买或接受服务的意思表示，也不能仅以此为由来推定经营者具有主观恶意，否则损害知情权即等同

于构成欺诈。同时，目前没有法律法规或其他成文规范明确规定经营者进行 PDI 操作更换配件后的告知义务。最终，二审法院以侵害消费者知情权为由判决赔偿 35 万元而驳回其他诉讼请求。此后，经黄女士向浙江省高级人民法院申请再审而被驳回。

从上述案例中，我们可以看到法院在一审和二审时，对同一事实的认定是否属于侵害消费者知情权，或消费欺诈，在司法实践中确实存在的歧义，困惑和争议。司法裁判存在较大的主观认知局限和能动性。由于消费欺诈和知情权被侵害，表现在客观方面确实有近似的情形，而判定行为人的行为是否具备主观故意，则是识别是否构成消费欺诈的前提和基础。在我国通常的司法实践中，对行为人的主观故意的认定，又往往是以行为人的客观行为的行为表现为基础，这就增加了认定的难度。

### 二、消费欺诈。

近年来，诸如“天价鱼”“天价虾”事件、虚假广告等热点问题屡见报端，严重损害消费者权益，换言之即属于经营者对消费者进行欺诈的具体表现。

何谓欺诈？梁慧星认为：“所谓欺诈，指故意欺骗他人，使其陷于错误判断，并基于此错误判断而为意思表示之行为。”王利明教授主编的《民法》一书也认为：“所谓欺诈，是指故意告之对方虚假情况，或者故意隐瞒真实情况，诱使对方基于错误判断作出意思表示。”根据最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见（试行）》第 68 条的规定，将一方当事人故意告知对方虚假情况，或者故意隐瞒真实情况，诱使对方当事人作出错误意思表示的，而予以认定为欺诈。司法实践中，法院对消费者欺诈案件的判决援引的法律条文均是上述最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见（试行）》第 68 条的规定予以认定。欺诈的法律后果是导致民事行为或合同无效，合同中欺诈，只有在损害国家利益的情形下才可以认定无效，一般情形下属于可撤销或可解除。国家工商总局 1996 年颁布的《欺诈消费者行为处罚办法》（已废止，以下简称办法）第二条对消费欺诈下了一个定义，其认为经营者经营过程中，采取虚假、伪造等各种不正当手段欺骗、误导消费者，损害消费者权益的，构成欺诈消费者行为。据此，笔者认为消费欺诈是指在消费过程中，经营者故意告知消费者虚假情况，或者故意隐瞒真实情况，诱使消费者作出违背真实意思的购买行为。

笔者曾办理的一个案件，瑞安某公司先后获得中国名牌产品培育委员会“中国著名品牌”证书并在央视进行广告投放。此后，该公司生产的产品外包装时将“中国著名品牌”和“央视广告品牌”进行了标注并对外销售。权某在该公司购买了数十个该品牌产品，并开具了发票。事后，权某以消费欺诈为由将该公司起诉至法院。一审法院认定，中国名牌产品培育委员会“中国著名品牌”和“央视广告品牌”均属于无效，而判决认定属于消费欺诈，并退一赔三。公司不服一审判决，以“中国著名品牌”是否有效不影响其持有相应证书的事实，且央视广告品牌不构成商标标识，仅系表示在央视进行广告投放的事实说明为由上诉至二审法院。二审法院经审理认为，无效品牌仍构成消费欺诈，而维持了一审判决。

笔者以为上述案例，实则一审和二审法院未进一步明确该公司是否存在故意隐瞒真相或告知虚假情况的情形，而以品牌是否有效为审查基础，进而认定为消费欺诈，显然违背了欺诈的主观故意构成。那么，消费欺诈具体有哪些情形呢？

（一）消费欺诈的情形。我国《消法》第二十条第一款规定了经营者对商品或服务信息不得做虚假或引人误解的宣传。如前述 1996 年版《办法》第三条以列举式明确了消费欺诈包括假冒商品、缺斤短两、谎称正品、虚构低价、商品信息虚假、虚假宣传、诱导消费等方式销售商品的 12 种情形和 1 款兜底其他情形。国家工商总局 2015 年 3 月 15 日施行的《侵害消费者权益行为处罚办法》对于消费欺诈行为列举了 21 种情形。由此，笔者认为无论从法律条文或部门规章来讲，无法穷尽列

举欺诈消费者行为。虽然，部门规章不作为消费者侵权民事纠纷案件的审理依据，但应当说仍具有较强的参考价值。从司法实践来讲，法院判决认定经营者欺诈的，也是综合案件的经营者一方是否隐瞒或虚构致使消费者被欺骗或误导而认定和判决。

网络消费语境下，众多商家为了曝光率和点击率存在刷单造信誉和评价的行为。但对于此种情形是否属于消费欺诈范畴同样存在一定争议。

（二）消费欺诈的构成。如前述按摩产品消费欺诈一案，法院均认定所标注的“中国著名品牌”不具有法律效力而认定存在误导消费者的情形构成欺诈，但这种分析并未考虑经营者的主观故意。实质而言，消费欺诈必当具有主观故意隐瞒或主观故意虚构的一个主观恶意即经营者明知而不告知的。但对于消费欺诈中的主观方面是否存在过失，法律条文中并没有明确规定。从近年来的司法判决中，认定经营者的主观故意均以是否明知为前提，并未考虑过失的主观心态。但是否明知与“中国著名品牌”是否有效并不等同，任一经营者而言对于通过正当途径取得的品牌荣誉，无法也不能接受法律上的无效。换言之，经营者对于是否无效并不存在明知，也不存在法律允许推定为“明知”。

其次，消费欺诈应有被欺骗或被误导的行为结果。无论是被欺骗还是被误导，均是违背消费者真实意思表示的表象。如价格欺诈中，经营者一般先提高商品价格，再标以最低折扣价出售，致使消费者误认为存在价格优惠。那么，又该如何理解“职业打假”行为？职业打假给行为人带一定甚至非常可观的收入，但是对于打假人法律并未明确规定属于什么性质。从打假人的认识来，属于明知有诈而买之既他的行为结果与经营者的欺诈没有因果关系，也不存在被误导和被欺骗的情形。在余杭区法院一则判决显示，程某以宜家公司生产的商品无生产执行标准构成欺诈为由，将宜家诉至法院。该案经法院审结认为，商品标签未标示执行标准仅属于瑕疵，不必然构成欺诈；且程某在多家法院均以此为由进行诉讼，进而认定程某并未产生误解而作出错误意思表示。因此，该院判决驳回了诉讼请求。<sup>[1]</sup>虽然部分法院以职业打假人并不属于消费者范围予以认定不构成消费欺诈，实践中仍然存在一定争议。最高人民法院 2014 年 3 月 15 日实施的《关于审理食品药品纠纷案件适用法律若干问题的规定》第三条规定，因食品、药品质量问题发生纠纷，购买者向生产者、销售者主张权利，生产者、销售者以购买者明知食品、药品存在质量问题而仍然购买为由进行抗辩的，人民法院不予支持。该司法解释的实施意味着，对商品质量问题是否明知，均不影响对经营者行为欺诈性质的认定。

（三）消费欺诈免责例外情形。司法案例中，经营者往往以购买者不属于《消法》意义上的消费者；存在知假买假；不存在经济损失等为由抗辩不承担消费欺诈的赔偿责任。实际上依据《消法》第五十五条第一款的规定，明确了构成欺诈即应当承担责任，而不具有法定事由的免责。从 2015 年 3 月 15 日施行的《侵害消费者权益行为处罚办法》中，笔者找到了工商行政管理部门认定欺诈的列外情形，即在第十六条第一款的规定，经营者有本办法第五条第（一）项至第（六）项规定行为之一且不能证明自己并非欺骗、误导消费者而实施此种行为的，属于欺诈行为。换言之，当经营者可以证明自己并非欺骗、误导消费者而实施此种行为的而可以免除行政处罚的责任。上述规定所陈述的六种情形包括商品或服务不符合保障人身、财产安全要求；销售失效、变质的商品；伪造产地、伪造或者冒用他人的厂名、厂址、篡改生产日期、伪造或者冒用认证标志等质量标志或者伪造或者冒用知名商品特有的名称、包装、装潢的商品用于销售；商品或服务侵犯他人注册商标专用权等情形。

笔者认为，如上述六种情形下如何证明经营者的主观并非欺骗或误导，仍具有一定难度。上述情形中分别包含了质量标准、商标侵权、假冒等商品的，参考销售者侵害商标权利免责的规定即可

以说明商品的来源者以及提供明确合法来源说明的，则不构成消费欺诈。虽然，在消费者侵权案件中不能直接适用部门规章，但此类免责情形仍可以构成经营者不属于故意欺骗、误导消费者的合法事由。

### 三、消费者知情权。

消费者知情权，指消费者在购买、使用的商品或者接受的服务的过程中，所享有的获取与商品或者服务相关的真实、充分、准确、适当信息的权利。现代意义的消费者知情权源于美国总统肯尼迪在 1962 年 3 月 15 日向国会提交的消费者权利法案中，首次明确提出了消费者在购买商品和接受服务的过程中有权获得商品和服务的相关信息。1985 年 4 月 9 日，联合国大会通过了第 39/248 号决议，在该决议中大会通过了《消费者保护准则》（Standard of Consumer protection of the United Nations）。这部具有世界意义的消费者保护纲领性文件的一般性原则中就规定“使消费者有机会取得足够资料，让他们能够按照个人愿望和需要作出知情的选择”。<sup>[2]</sup>

市场经济活动中，消费者往往追求物美价廉，而经营者要求利益最大化。二者即为相互依存和相互矛盾的关系。作为市场交易的两大主体，因经营者与消费者掌握的信息不对称性，导致经营者极有可能利用信息优势而隐瞒真实情况，损害消费者权益。据此，我国《消法》（1993 年版）第 8 条规定，消费者享有知悉其购买、使用的商品或者接受的服务的真实情况的权利。消费者有权根据商品或者服务的不同情况，要求经营者提供商品的价格、产地、生产者、用途、性能、规格、等级、主要成份、生产日期、有效期限、检验合格证明、使用方法说明书、售后服务，或者服务的内容、规格、费用等有关情况。2014 年新版的《消法》对此未做修改，沿用了上述条文规定。在二手商品交易中，消费者还有权了解购买时间、使用情况、发票凭证等信息。我国《消法》中规定的非商品直观销售如网购、邮购等形式下，消费者具有七天无理由退货的权利即是保护消费者知情权的体现，赋予消费者七天之内充分了解所购买商品的性能、质量等权利，在一定程度上避免了信息不对称的权益损害。同时，还明确了网络销售交易平台对于经营者信息具有披露义务，与知情权相适应。笔者认为，所谓消费者知情权是消费者重要权益部分，消费者所需知悉商品或服务的内容均可由法律规定予以明确例举，经营者应当予以遵守。

（一）经营者主动告知事项。商品的技术性和服务的专业化，致使消费者在消费时增加信息获取和认知上的难度。但经营者具有天然追求商品交换价值的目的，其对于商品或服务信息的垄断因此具有相当的经济需求。这也促使经营者以损害消费者权益为代价而获取经济利益。因此，无论网络时代还是传统消费，分散的、孤立的消费者个人，无法与经营者主体制造的信息障碍相抗衡。

如前述，根据我国《消法》第 8 条规定而体现在消费的商品或服务上，均有相应的标签信息予以明示。如我国《广告法》第 8 条规定，广告中对商品的性能、功能、产地、用途、质量、成分、价格、生产者、有效期限、允诺等或者对服务的内容、提供者、形式、质量、价格、允诺等有表示的，应当准确、清楚、明白。再如我国《旅游法》第 9 条第 2 款的规定，旅游者有权知悉其购买的旅游产品和服务的真实情况。在《产品质量法》体现为产品包装应当真实，需要具备检验合格证明，标注产品名称、生产厂名、厂址，标明产品规格、等级、所含主要成份的名称和含量、使用期限以及警示标志等信息。笔者认为，上述规定均体现了国家对消费者的特殊保护，经营者应当履行如实公布商品、服务信息的义务，即体现了消费者对商品或服务信息的真实信息享有知悉权利，且商品或服务信息体现在包括但不限于法律规定罗列的如性能、生产者等内容。在互联网交易背景下，网络商品经营者还应当依照国家工商行政管理总局第 49 号令《网络商品交易及有关服务行为管理暂行办法》第十三条的规定主动向消费者说明商品或者服务的名称、种类、数量、质量、价格、运费、配送方式、

[1]（2016）浙 0110 民初 11345 号程浩诉宜家公司一案余杭区法院判决  
<http://www.zjsfgkw.cn/document/JudgmentDetail/5081797>

[2] 高腾远，消费知情权的保护——以消费信息义务为视角法制与社会 2013.10 上

支付形式、退换货方式等主要信息，采取安全保障措施确保交易安全可靠，并按照承诺提供商品或者服务。

（二）消费者主动了解事项。对商品或服务信息知悉，构成消费者整个消费过程的基础和前提，也是消费者在使用商品、接受服务过程中保障安全的提前条件。商品、服务通过消费者直观感受，产生初步认识如食品通过试吃去感受口感、味道；车辆通过试驾体验车辆的舒适性和操控感。但这些信息在传统交易中仍存在了解程度上的障碍比如询问商品来源是可能被隐瞒真实来源途径。再如网络消费发达的今天来讲，买个车买个房可以鼠标一点轻松实现。但消费者在购买前往往只能通过经营者公布的图片、文字内容进行了解，而这些信息又属于虚拟，无法产生直观感受。此时，消费者会采取直接向经营者询问的手段进行信息了解。

相对应的，体现在经营者的义务上为《消法》第二十条规定经营者对消费者就其提供的商品或者服务的质量和使用寿命等问题提出的询问，应当作出真实、明确的答复。尽管，法律明确规定了经营者如实告知的商品或服务信息的义务，但实践中仍存在隐瞒的情形。比如常见的，网络销售中所谓“外贸尾单”等即存在以次充好的情形。再如进口商品中存在大量未以中文标签表示的情形，仅仅有外文标注，这种情形在微商圈中多以“海外正品代购”或水货的名义进行销售。这也极易造成消费者无法真实了解信息。

（三）无义务告知事项。纵观《消法》、《中华人民共和国消费者权益保护法实施条例（送审稿）》、《浙江省实施〈中华人民共和国消费者权益保护法〉办法》等，均没有对经营者对商品、服务信息披露的情形作出例外的规定。但笔者认为，对于经营者而言涉及的商品、服务信息，均应当予以告知和明示而仍然存在例外情形。曾有报道称，某消费者因头皮屑太多而坚持使用宝洁公司的飘柔洗发去屑产品，但未见成效。该消费者即要求宝洁公司说明去屑功能，但被该公司以属于商业秘密为由而拒绝。<sup>[3]</sup>正如可口可乐公司对于可口可乐饮料的配方予以设置极其严密的保护措施一样，其配方不属于消费者知情权范围。

前述路虎车一案中，二审法院即以法律、法规等未规定 **PDI** 更换措施的披露义务，而认定无主动告知义务，属于侵害知情权的范畴。这一逻辑似乎并不能成立。既然从法律法规上来讲并没有告知义务，也就等于经营者没有任何过错，又何来侵权？也就不符合侵权行为一般法理。换言之，无主动告知义务的事项，消费者也未主动要求了解的情形下，不存在知情权侵害行为。实践中，车辆出厂取得合格证的情形下，消费者均认为已经完成制造生产且检验合格，具备出售条件。**PDI** 作为新车交付前的检查程序，其目的是为了保证车辆的安全性和原厂性能，对于未通过 **PDI** 的车辆应当不具有新车交付的条件，该事项应当纳入经营者告知义务。2013 年 11 月，中国质量万里行曾报道，进口大众甲壳虫同车不同配涉嫌消费欺诈。出现同车不同配竟是因为设计配件工艺的改进所导致，但原因在于汽车生产历史上最后一批原配件仍被使用。那么，设计和工艺的改进导致商品出现配置不同是否应当告知消费者也并未有明确法律规定。

（四）告知内容的具体表现形式。前述已经论述消费者知情权中存在的三种情形。对于前述经营者主动告知和消费者主动了解事项的表现形式如何确定呢？除了法律法规明确规定的告知事项如产地、配料、厂商等信息外，还应当通过明确经营者应当分别以店堂告知或提示消费者对于不明确事项，可以主动向经营者提出了解。此外，对于有条件的经营者明确其服务说明义务、增加 **PPT** 演示说明、**APP** 链接、二维码设计等说明义务。同时，笔者认为在事关消费者具体权益时，应由法律或司法解释确定举证责任倒置，由经营者提供证明自己充分履行告知义务的责任。

通过上述分析，可以知道消费者知情权的范围和维护消费者知情权包括消费者行使权利和经营

者履行相应义务等方面，但是对于消费者权益所保护的知情权中规定的经营者信息披露存在一定被动回应，导致消费者知情权保护仍处于弱势，极易产生权益侵害行为。

#### 四、辨析与结论。

消费欺诈存在的宽泛性和常态化，与法律制约手段缺乏密切相关。制约手段的缺乏又和法律依据不足密切相关。笔者认为：只有严格规范经营者的消费欺诈行为，才能有效保护消费者的知情权。只有让消费者享有充分行使知情权的权利，才能有效制约经营过程中的消费欺诈的发生。

笔者认为消费欺诈和侵害知情权两种从二者的主观形态、表现形式与行为后果予以分析，应当确立更明确的司法认定标准，以规范消费保护。首先，主观形态而言，侵害消费者知情权未予以划分主观故意或者过失形态；而消费欺诈则往往以经营者的主观恶意等故意为主观形态。其次，表现形式而言，侵害消费者知情权一般为不履行告知义务；而消费欺诈则表现为经营者故意为之如使用假冒商标、夸大功效等，一般表现为宣传上夸大其词或价格上给予虚假优惠。如前述路虎赔偿案二审法院即认为 **PDI** 未告知属于侵害知情权而非故意隐瞒事实。再次，行为后果而言，侵害消费者知情权往往表现为经营者不愿透露给消费者相关商品或服务信息而致使消费者对商品或服务存在不了解；但消费欺诈往往表现为经营者故意告知消费者夸大的或虚假的信息，使得消费者被误导而作出违背真实意思的购买行为，进而不正当促成交易。

通过上述分析，笔者认为现有《消费者权益保护法》虽规定了，消费欺诈的三倍赔偿或不低于五百元的赔偿制度。但仍需要法律或司法解释进一步予以规定，消费欺诈应当明确其构成需要具备主观恶意、具体表现形式的列举式规定。同时，可以增加消费欺诈导致损失的具体认定标准。

对于如何给予消费者充分行使知情权，建议给予明确消费者行使方式和经营者履行方式。因此，笔者认为从消费者行使方式而言，需要给予消费者贯穿售前、售后整个交易过程，有权通过各种方式主动了解商品和服务的全部信息。同时，笔者认为可以增加经营者义务，如前述的几种告知形式可以在法律中予以明确。

公平、理性、有序的市场环境是我们的根本追求，更是我们建立具有中国特色市场经济的根本和基点。经营者侵害消费者知情权行为与其消费欺诈具有极其相似的构成，即使消费者了解的信息不真实或被隐瞒信息，致使实践中难以作出准确区分。因此，只有消费者权益获得更多保障，进一步规范经营行为，加大消费欺诈行为的违法成本，才可能营造诚信交易的市场氛围。

#### 参考文献

- [1] 王玲智 . 祝子涵 《浅议旅游者消费知情权的保护》[J]. 企业导报 2014 年 11 期。
- [2] 郭孝玲《网络交易中消费者知情权法律保护研究》[C]. 西南政法大学 2013 年。
- [3] 高腾远，《消费知情权的保护—以消费信息义务为视角》[J] 法制与社会 2013.10 上。
- [4] 闫丽 .《网络消费欺诈的法律规制》[J]. 山东省农业管理干部学院学报 2013 第 30 卷第 1 期。
- [5] 胡学军 .《论消费欺诈诉讼案件证明难题的化解路径—以一个最高人民法院公报案例为样本的分析》[J] 证据科学 2010 年第 18 卷第 4 期
- [6] 颜辉 . 朱骏《消费欺诈之阻却事由探究》[J]. 镇江高专学报 2014 年第 27 卷第 2 期。
- [7] 新力虎案判决文书：浙江省高级人民法院（2016）浙民申 3158 号、温州市中级人民法院（2015）浙温商终字第 2257 号、温州市龙湾区人民法院（2015）温龙开商初字第 397 号民事判决书

[3] 消费者质疑飘柔去屑功效宝洁称涉及机密没法告知 <http://www.northnews.cn/2014/1020/1759470.shtml>

## 从法院判例分析股东出资责任加速到期之实现路径

### 一以注册资本认缴制为视角

浙江星韵律师事务所 邴朝祥

【内容提要】 注册资本认缴制下,允许股东自由约定出资期限和出资方式,如公司不能清偿到期债务,但股东认缴出资期限尚未届至,此时,能否视为公司股东未履行或未全面履行出资义务,即公司股东的出资责任能否“加速到期”。部分法院的案例对此问题持肯定观点,但法院的裁判思路,尚存在不足,本文在法院裁判思路的基础上,经过修改和完善,提出了实现股东出资责任加速到期的路径,而且也对公司法的完善提出了修改建议。

【关键词】 资本认缴制 时间利益 加速到期

自注册资本认缴制实行以来,针对公司对外不能清偿到期债务(本文仅限于公司正常经营期间,不包括解散和破产之情形),股东认缴的出资期限又未到期,作为债权人能否要求公司股东提前出资对公司债务承担责任呢?即股东出资责任能否加速到期问题,无论是司法实务界,还是理论界,争议较大,本文在法院判例的基础上,经过修改和完善,提出了股东出资责任加速到期实现的路径,同时亦对公司法的完善提出了修改建议,以期对今后的公司立法有所裨益。

#### 一、法院判例之观点

##### (一)“重大变故说”

在上海普陀区人民法院“首例注册资本认缴出资案”中<sup>[1]</sup>,法院认为,认缴制下公司股东的出资义务只是暂缓缴纳,而不是永久免除,在公司经营发生了重大变化时,虽然认缴期限未至,但债权人可以要求公司股东缴纳出资,以用于清偿公司债务。股东出资认缴出资是一种承诺,对股东会产生一定的约束作用,同时对于相对人(例如债权人)来说,也会产生一定的预期。但是,任何承诺、预期都是在一定条件下作出的,这样的条件有可能会产生重大变化。在条件发生重大变化、足以改变相对人(债权人)预期的时候,如果再僵化地坚持股东一直到认缴期限届满时才有出资义务,只会让资本认缴制成为个别股东逃避法律责任的借口。当公司发生重大变故的情况下,公司股东采取认缴制的时间利益就失去了基础。两相比较,在审理中由法院判决股东缴纳出资以清偿债务,要比判决中不判决股东缴纳出资,转而在破产程序中缴纳出资,更加能够保护债权人的利益和市场正常经济秩序。

##### (二)“经营困难说”

在绵阳照耀商贸有限公司与绵阳中豪实业有限公司、龙莉、邓红买卖合同纠纷一案中<sup>[2]</sup>,认为,

如果经过审理查明,发现公司已经停止经营,即使股东认缴期限为届满,只要公司对外不能清偿债务的,债权人可以根据《公司法解释三》第十三条的规定,要求股东承担补充赔偿责任。

##### (三)“内部约定说”

佛山市华夏绿宝建材有限公司与佛山市顺德区圆源货运代理有限公司、杨忠江、周宇晨、周红香公路货物运输合同纠纷一案中<sup>[3]</sup>,法院认为,股东在公司章程中约定的认缴期限、认缴金额以及出资方式等系股东之间以及股东与公司之间的内部约定,对债权人等第三人不具有约束力,不具有对抗效力,债权人有权请求股东出资责任加速到期。

##### (四)“无实际出资说”

在嘉发家具实业有限公司与深圳市苏林实业发展有限公司、林寿雄、苏宽、惠州市苏林家具有限公司租赁合同纠纷一案中<sup>[4]</sup>,法院认为,公司股东认缴出资后,但实际出资为零,未履行作为股东的出资义务,对公司不能清偿的债务应承担补充赔偿责任。

### 二、法院判例之价值考量

上述案例中,法院对于股东出资责任加速到期持肯定态度,但实务中,亦有法院对此问题持否定意见,如在江苏博恩大宗商品交易有限公司与张家港保税区熙泰进出口有限公司、陈仪等买卖合同纠纷一案中<sup>[5]</sup>,法院认为:认缴制下,不可避免的对债权人保护造成了缺少,有必要规范股东认为行为,但如何规范,特别是能否直接裁判加速到期未届期的股东承担出资责任这一问题上,理论界目前尚存在很大分歧,未形成共识;如加速到期是对认缴制的突破,且这种突破实质上是加重了股东个人的责任,这种对个人责任的科处,在法无明确规定的情况下,不宜对相关条款做扩大解释;股东认缴的金额、期限都明确记载于公司章程,作为一种公示文件,债权人应当知道这一事实,在交易过程中对此风险也应予以预见,故以保护债权人预期利益为由来论证加速到期的正当性,理论略显不足;而且股东未出资的金额都有一定限额,如允许单个债权人通过诉讼直接向股东主张清偿责任,那么势必会造成对其他债权人的不公平,无法平等地保护全体债权人的利益;债权人并不是只有通过诉讼来直接判定加速到期才能对债权人利益予以救济,如可以通过认定行为无效来规制股东转移公司财产行为、可以通过适用《破产法》来实现股东出资义务加速到期等等。债权人可以通过这些法律明确规定的方式来维权。因此,在理论存有较大分歧,法无明文规定的情况下,以诉讼方式通过突破认缴制来判定股东责任加速到期,进而让出资不实的股东承担补充责任,无法律依据。

##### (一)“重大变故说”之裁判思路

在该案中,法院的裁判思路是:当公司发生重大变故时,不能僵化的一味坚持股东只有认缴期限届满才有出资义务,否则,不符合平衡保护债权人和公司股东利益的立法目的。从保护债权人角度考虑该判例的思路,确实能够保护债权人的利益,防止公司股东滥用期限利益,但是,如何理解“重大变故”,实践中缺乏具体的裁判尺度,容易造成实务中适用的混乱,发生巨额债务虽然是公司的重大事项,但是多少金额算是巨额债务?是与公司的注册资本或实缴资本相比还是与公司的资产相比?是不是只要公司对外不能清偿债务就可认定为“重大变故”?如果是这样,“认缴制”就失去了应有的改革价值。

##### (二)“经营困难说”之裁判思路

在该案中,法院的裁判思路是:公司只要出现经营困难,如停产、歇业、关闭等。公司股东出

[3] 广东省佛山市顺德区人民法院(2015)佛顺法乐民初字第1060号判决书。

[4] 广东省惠州市中级人民法院(2016)粤13民终2276号判决书。

[5] 江苏张家港市人民法院(2016)苏0582民初3630号民事判决书。

[1] 孙超:《法官解读:认缴≠任性!上海法院首例注册资本认缴出资案判决》,来源:《知产库》2015年8月5日。

[2] 四川省绵阳市涪城区人民法院(2015)涪民初字第2055号判决书。

资义务就可以加速到期，债权人可以要求认缴但未届期股东承担补充赔偿责任。实际上，经营困难也是一种“重大变故”，所以，该观点与“重大变故说”非常相似，有利于保护债权人的利益。但是，有些问题无法回避，首先，如何判断公司经营困难，难度比较大，而且缺乏可操作性；其次，公司一时困难，不代表公司一直困难；再次，如果公司正常经营，但是也无法清偿债务，是不是就不能加速股东的出资义务。另外，既然公司已经经营困难了，选择走“破产程序”是不是更方便？该案的裁判思路尚存在诸多完善的地方。

（三）“内部约定说”之裁判思路

在该案中，法院的裁判思路是：股东在公司章程中约定的认缴期限、认缴金额以及出资方式等系股东之间以及股东与公司之间的内部约定，对债权人等第三人不具有约束力。该案的思路从股东约定的认缴期限系内部约定为出发点，对债权人不具有约束力为切入点，确实能够很好的保护债权人的利益，但是，在认缴制下，企业信用信息公示制度逐步完善，股东认缴的出资额、出资方式、出资期限等属于公司章程记载的事项，而且也是通过信用信息公示系统应当向社会公示的事项，债权人通过公示系统很容易获取股东的出资信息，股东的认缴出资期限，具有一定的公示效力，若债权人明知股东缴纳出资期限未到并与公司交易，在交易过程中对此风险应予以预见，债权人应尊重股东期限利益的消极义务，不能简单的以“内部约定为由”来否定其对外效力。

（四）“无实际出资说”之裁判思路

该案中，按照法院的裁判思路，公司股东既然认缴了一定比例的注册资本，多少总要出资一部分，不能一直是零出资。但在认缴制下，由于取消了股东首期出资金以及出资比例的限制，虽然认缴一定的金额，在认缴期限未届满之前，股东实际出资为零，应属正常现象，也符合公司注册资本认缴制修改的本意。实务中，大量的“一元公司”、“零元公司”很多，法律并没有禁止这类公司设立。而且公司股东实际出资为零，并代表公司没有资产，如办公设备、知识产权、应收账款等，公司运营过程中也会需要股东投入资金。实收注册资本为零，不代表股东实际出资或投入为零，即使是所谓“皮包公司”、“空壳公司”之类，股东多少也会投入一部分资金。“无实际出资说”实际上把“注册资本零实缴”等同于“股东零投入”。

三、最高人民法院之倾向性观点

在 2015 年最高人民法院民事审判第二庭庭长杨临萍在关于当前商事审判工作中的若干具体问题的讲话中提到“目前还要特别注意债权人请求股东提前履行出资义务以偿债的问题。对此，有不同的认识：一种意见认为，债务人公司无法清偿到期债务，而股东又有出资款未到期，此时通过出资义务加速到期的方式即可以解决债务清偿问题，所以应当许可此时出资义务加速到期，债权人可以直接向股东主张清偿债务。另一种意见认为，如果公司不能清偿单个债权人到期债权，那么其往往也资不抵债，或者明显缺乏清偿能力，或者有丧失清偿能力可能。此时按照《企业破产法》第二条，公司已经符合破产条件，所以更应当保障全体债权人的利益。单个的债权追及诉讼不尽符合《企业破产法》第三十一、三十二条的精神。债权人应当申请债务人破产，进入破产程序后再按照《企业破产法》第三十五条使股东出资义务加速到期，最终在真正意义上保护全体债权人利益。以上两种意见中，我们倾向于按照后一种意见处理。”<sup>[6]</sup> 该观点被视为最高人民法院的倾向性意见，但在实务判例中，该倾向性意见并没有被法院普遍性接受。

四、股东出资责任加速到期之路径分析

根据上述案例可以看出，人民法院虽然对股东出资责任加速到期持肯定意见，但是经过前文的

分析发现，人民法院的裁判思路都或多或少存在这样那样的问题，尚有许多完善的地方，尤其是如何平衡债权人与股东之间的利益问题。本文在上述法院裁判思路的基础上，经过修改和完善，认为可以从以下几个方面实现股东出资责任加速到期。

（一）通过“释明权”认定股东出资责任是否能加速到期

“释明权”又称阐明权、阐释权，一般是指在当事人的主张及陈述的意思不明确、不充分、不适当的情况下，法院审判人员通过对当事人的发问、提醒、解释等方法，启发当事人把不明的予以澄清，不充分的补充充分，不适当的予以排除、更正的职权，以促使当事人作出适当的声明和陈述、促使当事人举证，以证明案件事实的权能。

在债权人起诉公司股东要求其对公司债务不能清偿的部分在未出资本息范围内承担补充赔偿责任的诉讼过程中，为了保持公司经营稳定性，可向公司股东释明不履行出资义务的法律后果，为存在公司继续经营意愿的股东提供可行的机会，自动提前履行出资偿还债务。如果公司股东充分遇见到了不履行出资义务的法律后果仍不愿意提前履行出资义务，尤其对于一些无赖公司或休眠公司而言，以破产的方式退出市场运营应是淘汰信用较差公司的最佳契机，也是公司债权人利益得以保障的最终途径。<sup>[7]</sup>

1、如被告股东明确表示或以自己的行为表明认缴期满后不履行缴纳出资义务之情形。

如案件审理中，经过审判人员释明，被告股东明确拒绝履行其认缴的出资义务，这一点不难理解。另一种情形是被告股东以自身的行为表明不会履行其认缴的出资义务，如拒绝到庭参加诉讼、拒绝回答是否履行出资义务等，针对这种情况，本文认为，可以判决股东出资责任加速到期，即原告要求被告股东承担补充赔偿责任的请求给予支持。认缴制下，股东的出资义务不是免交，而是缓缴，股东在公司设立时承诺会在一定时间内缴纳注册资本，公司股东这样的承诺，可以认为是其对社会公众包括债权人所作的一种承诺。该承诺对股东会产生一定的约束作用，同时对于相对人（如债权人）来说，也会产生一定的预期。如果股东明确拒绝履行或以自己的行为不履行承诺，参照《合同法》第一百零八条：“当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行合同义务的，对方可以在履行期限届满之前要求其承担违约责任。”之规定，债权人要求股东在其认缴期限届满前履行出资义务，符合法律规定。

2、如被告股东承诺会按期缴纳认缴出资义务之情形。

经过释明后，被告股东表示在认缴期限届满后会按照认缴金额及时履行出资义务的，说明该股东有继续经营公司的意愿，不希望公司退出市场，而且公司目前正常经营，发展有前景，公司只是暂时困难。针对这种情况，如某个或几个股东愿意提前履行出资义务进而化解公司破产的风险，我们应该给予鼓励；如股东承诺认缴期限届满前会履行出资义务但目前没有提前履行出资义务的能力，即使判令股东承担补充赔偿责任，最终估计也执行不了，不如解除股东的后顾之忧，本文认为，人民法院可不支持原告要求公司股东承担补充赔偿责任的诉讼请求。应告知原告如被告股东认缴期限届满后未履行出资义务的，可通过破产程序要求股东提前履行出资义务。

实务中，需严格审查被告股东在审理中承诺认缴期限届满后会履行出资义务，但是实际上并不会履行出资义务，如认缴期限届满前，故意延长认缴期限，这种情况下，债权人虽然可以通过其他途径追究股东责任，但是股东的这种行为，明显是利用认缴期限的时间利益来故意拖延债务的履行，此时应赋予债权人可请求股东提前履行出资义务来保护自身的权益。如公司出现被吊销营业执照、停止营业等情形，但公司股东为了防止提前履行出资义务，在庭审中故意承诺履行认缴出资义务，

[6] 杨临萍：《最高人民法院关于当前商事审判工作中的若干具体问题的讲话》（2015 年 12 月 24 日）。

[7] 林晓镭、韩天岚、何伟：《公司资本制度改革下股东出资义务的司法认定》，《法律适用》，2014 年第 12 期。

这种情形也可参照《合同法》第一百零八条的规定，要求股东提前履行认缴出资义务。

（二）重建《公司法解释三》第十三条第二款之规定。

为了避免审判实务中认定标准的不统一，可以通过修改《公司法解释三》第十三条第二款的内容。目前《公司法解释三》第十三条第二款的内容是“公司债权人请求未履行或者未全面履行出资义务的股东在未出本息范围内对公司债务不能清偿的部分承担补充赔偿责任的，人民法院应予支持；未履行或者未全面履行出资义务的股东已经承担上述责任，其他债权人提出相同请求的，人民法院不予支持。”有的学者认为，可以对该条款做扩张解释，“未履行或者未全面履行出资义务的股东”，可以扩张解释为包括出资期限未届期并未实缴全部认缴出资义务的股东。<sup>[8]</sup>

本文认为，不如直接对该条款进行修改重建，如构建为：“公司债权人请求未履行或者未全面履行出资义务的股东在未出本息范围内对公司债务不能清偿的部分承担补充赔偿责任的，人民法院应予支持；未履行或者未全面履行出资义务的股东已经承担上述责任，其他债权人提出相同请求的，人民法院不予支持。未履行或者未全面履行出资义务的股东包括因出资期限尚未届满，而未对公司全面履行出资义务的股东。”这样可明确“未履行或者未全面履行出资义务的股东”包括出资期限未届满的股东。避免司法实务中因对该条款的不同理解而引发的争议，有利于规范司法裁判统一，维护司法权威性。

## 论无追索权保理中卖方法律风险及对策

浙江凯麦律师事务所 胡煜菡 史莉佳

【内容提要】无追索权保理对于卖方相对有利。但是，卖方对于未来应收账款转让的合规性、保理商行使追索权的具体情形等，仍具有顾虑和疑问，甚至有卖方要求法律顾问在法律意见书中论证业务是否构成“真实出售”。目前我国对于未来应收账款的规定各不相同，导致实践中存在困惑；对于可行使追索权的例外情形，我国只规定了“商业纠纷”，并无进一步细化规定。基于以上情形，国家应进一步统一、完善立法；作为法律顾问，应当从“真实出售”的表象看到卖方的实质需求，着重关注合同中商业纠纷、卖方义务及陈述与担保条款，防止保理商享有过于宽泛的追索、反转让权利；同时，卖方应当做好买方的资信调查，防范并积极应对商业纠纷的发生。

【关键词】无追索权保理 未来应收账款 真实出售 商业纠纷

### 一、问题的源头

目前，中国在立法上仅对银行的保理业务规范进行了规制，并没有对银行和卖方之间的权利义务及责任承担作出规定。在笔者碰到的法律服务中，即使是相对有利于卖方的无追索权保理，也让作为卖方的客户感到忧虑重重：担心未来应收账款“一揽子”转让给银行的行为是否合规；担心保理合同只是贴着“无追索权保理”的标签而未改变其“有追索权保理”的实质；甚至有顾问客户想要了解这样的保理是否构成“真实出售”。作为法律顾问当如何应对这些风险，相应的立法还有怎样的完善空间？笔者将从实践出发，对上述问题进行阐述。

### 二、无追索权保理的定義与性质

在 19 世纪的英美，保理商（factor）以自己的名义为卖方接收和销售货物，这就是保理（factoring）的起源<sup>[1]</sup>。随着时间的推移，保理商开始为买方提供信用担保、在实际销售前向供应商（卖方）付款等服务<sup>[2]</sup>。我国最早的保理业务开始于 1987 年，1992 年中国银行北京分行与美国国民保理公司之间签署的相互保理协议标志着中国保理业务的正式开始<sup>[3]</sup>。现在的保理业务，是以卖方向银行或保理商转让其应收账款为前提，集应收账款催收、管理、坏账担保及融资于一体的综合性金融服务，其核心在于资金融通和坏账担保，这也是卖方最看重的功能<sup>[4]</sup>。

依据《商业银行保理业务管理暂行办法》（以下简称“保理办法”），保理业务有诸多分类，而无追索权保理是与有追索权保理相对应的保理分类。在无追索权保理下，若买方卖方之间不存在“商业纠纷等情形”，即使买方无力清偿应收账款，保理商也不可以反转让应收账款、要求债

[1]Elizabeth A. Martin,"factor", Oxford Dictionary of Law (5th edition). Oxford: Oxford UP, 2003, Page 196.

[2]Encyclopedia Britannica. "Factoring", Encyclopedia Britannica Ultimate Reference Suite. Chicago: Encyclopedia Britannica, 2012, Page 322.

[3] 石启辉、雷良海：《经济全球化下我国加快发展国际保理探讨》，载《商场现代化》，2006 年总第 474 期，第 63 页。

[4] 服务，其核心在于资金融通和坏账担保，这也是卖方最看重的功能

[8] 李建伟：《认缴制下股东出资责任加速到期研究》，（人民司法）2015 年 09 期。

权人回购应收账款或归还融资。<sup>[5]</sup> 目前经过多年实践，无追索权保理业务的基本性质已经达成共识<sup>[6]</sup>，具体如下：

1、以应收账款转让为核心

如上所述，成功办理无追索权保理之后，卖方将不再享有收回账款的权利也无需对债务人进行催收，这些权利义务几乎毫无保留地转让给保理商。如果从实质上判断，该业务仅为“以应收账款为质押的贷款”，则该业务不能被认定为保理业务<sup>[7]</sup>。

2、合同之无名性及有效性

在《合同法》明文规定的十五类合同中并不包括保理合同，在《最高人民法院关于当前商事审判工作中的若干具体问题》（以下简称“《商事审判若干问题》”）中，也说明“其属于无名合同”。从而，无追索权保理合同，适用合同法总则的规定，并可参照分则或其他法律类似规定；只要不具有《合同法》第五十二条规定的合同无效情形，均应当认定有效。

3、无追索权保理兼具其他特殊性

根据保理业务的范围，保理商还同时提供坏账担保、融资服务等一系列的服务。此外，无追索权保理还对保理商的追索权存在一定限制性。因此，保理业务以债权转让为核心，兼具其他特殊性。

三、无追索权保理中的卖方法律风险

鉴于保理商、商业银行目前风控能力、资信调查水平、风险分散和坏账担保能力尚缺乏<sup>[8]</sup>，虽然无追索权保理已在我国有 14 年历史，国内实务中仍偏向于有追索权保理为主<sup>[9]</sup>。发展无追索权保理业务，有利于促进我国产业结构的改革，提升我国信用体系的建立以及商业银行的宏观经营环境<sup>[10]</sup>。但是，关于保理业务的相关立法尚不健全，这给银行和卖方都带来了法律风险。具体而言，无追索权保理业务中，卖方可能面临的风险如下：

（一）立法不健全的法律风险

在提供法律服务的过程中，卖方时常追问，我国是否有专门法律来规制保理（特别是无追索权保理）业务。同时，他们对于“未来应收账款”的转让也存在疑虑，十分谨慎。很遗憾，我国目前尚未有完备、专门的立法规制保理业务，未来应收账款转让的规定也在各立法中存在不一致的情况。

1、不健全的法律监管体系

我国关于无追索权保理业务的规定不健全，主要体现在两个方面：其一，中国的保理业务起步较迟，目前，国内尚无专门的法律来规制保理业务，更没有专门针对无追索权保理的法律法规来明晰无追索权保理中各方的权利义务。在实务中，保理业务主要的法律依据是《中华人民共和国合同法》79-83 条、《商业银行保理业务管理暂行办法》、《中国银行业保理业务规范》。而《保理办法》和《保理规范》，一个是部门规章，一个是行业规范，法律位阶相对较低。这两份规定也没有针对不同类型的保理业务给予具体的规则和业务规范，这使得不同地区、不同保理商或银行的做法不确定性很大。最重要的是，相关规定只是站在银行的立场上，而忽略了卖方的权利义务。另一方面，我国各行业

[5] 《商业银行保理业务管理暂行办法》第六条、第十条第（二）款。

[6] 冯嘉：《保理实务中法律风险分析》，发布于 2015 年 1 月 7 日，载威科先行官网 <http://law.wkinfo.com.cn/professional-articles/detail/NjAwMDAwMTc0NzY%3D?searchId=dac1f9de9695442eab33b47a305c4362&index=1&q=%E4%BF%9D%E7%90%86%E5%AE%9E%E5%8A%A1%E4%B8%AD%E6%B3%95%E5%BE%8B%E9%A3%8E%E9%99%A9%E5%88%86%E6%9E%90>，最后访问时间 2017 年 5 月 27 日。

[7] 《商业银行保理业务管理暂行办法》第六条。

[8] 《中国商业银行发展报告 2013》，商务部市场秩序司，2014 年 2 月，第 22 页。

[9] 王磊、李苏宁：《中国保理业务：回顾 2014 年与展望 2015 年》，载《金融会计》，2015 年 4 月，第 32 页。

[10] 孙迎冬、张玉：《国内保理法律浅析》，载《河北金融》，2012 年第 4 期，第 66 页。

监管协调机制不足，企业信用体系不健全，专业人才匮乏<sup>[11]</sup>。这导致无追索权保理的市场认知度不高，行业规模也较小。

2、未来应收账款转让的规定冲突

针对上述情况，作为法律顾问，往往需要花费很多精力为客户梳理法律法规的规定，向他们解释其中的逻辑和各法规之间的位阶及关系，减轻他们对于无追索权保理业务的抗拒感、不安感。而对于客户未来应收账款的担忧，国内立法尚存在立法不一致的困惑。

我国《保理办法》明文规定，商业银行“不得对未来应收账款开展保理业务”<sup>[12]</sup>，其主要目的是要控制、防范风险<sup>[13]</sup>。但是对此问题各规范、各地区都有不同规定：依据《中国银行业保理业务规范》、上海的保理法规，保理业务可以包含未来应收账款的转让；而《商业保理企业管理办法（试行）》、广州、天津等地法规则尚未明确是否应当就“未来应收账款”进行转让。

实践中，保理商和卖方往往通过“保理池”<sup>[14]</sup>的形式避开这条禁令，即卖方承诺在授信期间内持续稳定转让合格应收账款予保理商并形成应收账款池，在满足保理融资敞口余额不高于应收账款池余额的前提下，保理融资的期限可以超过具体每笔应收账款的期限。这种做法已经普遍施行，但是实际上与《保理办法》是相违背的。虽然司法实践中，这样的操作应当不会导致保理合同无效<sup>[15]</sup>，但《保理办法》的规定仍然会产生很多的疑虑。笔者认为，既然《保理办法》已经与实践脱节，宜修改这样的禁止性规定，允许未来应收账款的转让，并针对未来应收账款转让的风险控制、资信调查给予进一步的规定。毕竟，在贸易往来日益频繁的今天，繁琐的办理程序只会提高交易成本，影响保理业务的交易量。与其在源头上禁止未来应收账款的转让，不如允许转让，但加强风控，从而与实践接轨，与市场情势接轨。

（二）银行行使追索权情形的不确定性

我国在无追索权保理中对于银行可以行使追索权的情形，没有任何具体规定，只说明“商业纠纷等情形”下银行可能行使追索权。在办理无追索权保理的过程中，客户往往会担心保理无法构成“真实出售”，或者担心银行行使追索权的法律基础过于宽泛。

1、透过“真实出售”表象，洞察客户本质需求

事实上，我国并没有“真实出售”的概念。“真实出售”也不是针对保理业务而存在的问题，而是美国资产证券化业务在企业破产过程中可能碰到的问题。简单来说，若企业就某一资产做了资产证券化业务，则只有该资产证券化业务被认定为是“真实出售”，相应的资产才能够在企业破产的时候不被认定为是破产人自己的资产，从而可以免于破产清算，实现“破产隔离”<sup>[16]</sup>。当这次资产证券化交易被视为“真实出售”，相应的资产权益与风险就会全部转移给特殊目的机构（即 SPV），卖方就自此不再对资产享有权利也不再负担义务。<sup>[17]</sup>关于真实出售的法律依据是美国破产

[11] 信用与电子商务研究所：《< 中国商业保理行业发展报告 2015> 正式发布》，载商务部国际贸易经济合作研究院官网：<http://www.caitec.org.cn/article/gzdt/xshd/201604/1721.html>，最后登录时间 2017 年 5 月 27 日。

[12] 《商业银行保理业务管理暂行办法》第十三条。

[13] 《银监会有关部门负责人就保理业务管理暂行办法有关问题答记者问》，载中国银行业监督管理委员会官网 <http://www.cbrc.gov.cn/chinese/home/docView/1F3CD8CA018E4AE98F6F603AA974F1C0.html>，最后登录时间 2017 年 5 月 27 日。

[14] 《国内保理应收账款池融资》，载平安银行官网 <http://bank.pingan.com/gongsi/rongzi/guonei/shouzhangkuanzhirongzi.shtml>；《保理池融资》，载民生银行官网 [http://www.cmbc.com.cn/cs/Satellite?c=Page&cid=1356495600898&currentId=1378261590939&pagename=cmbc/Page/TP\\_PindaoLayout](http://www.cmbc.com.cn/cs/Satellite?c=Page&cid=1356495600898&currentId=1378261590939&pagename=cmbc/Page/TP_PindaoLayout)；《保理池》，载江苏银行官网 <http://www.jsbchina.cn/CN/gsyw/cgsyw/gjyzzl/8109.html>。最后访问时间 2017 年 5 月 27 日。

[15] 《最高人民法院关于商事审判中的若干具体问题》提到，未来应收账款不会导致合同无效。

[16]Jonathan C. Lipson, Secret Liens: Then End of Notice in Commercial Finance Law, Emory Bankruptcy Developments Journal (2005), Page 468.

[17] 彭冰：《资产证券化的法律解释》，北京大学出版社 2001 年 11 月第一版，第 91 页。

法（Bankruptcy Code）和统一商法典（U.C.C.）第九条<sup>[18]</sup>的规定。判断真实出售的标准，则由美国各州法院通过自由裁量权决定<sup>[19]</sup>。

在中国的法律体系中，并没有判断“真实出售”的标准，在律所出具法律意见的过程中，很难就“真实出售”的问题给出令客户满意的标准答案。但是作为法律顾问，可以穿透这个问题的表象，抓住客户的实际需求。当客户提出“真实出售”的问题时，往往是出于以下顾虑：其一，如果卖方破产，银行是否会将应收账款反转让给卖方？其二，在哪些情形下银行有权反转让应收账款，或向卖方追索？故笔者将从上述这两个角度出发，解答相应疑问。

#### 2、卖方破产时银行的反转让权利

虽为无追索权保理业务，大多数无追索权保理合同仍会有针对“未支付保理费用”、“虚假陈述”、“违反约定”、“破产情形”等问题进行约定，相应的救济措施往往是保理商或银行有权中止合同、反转让或追索应收账款<sup>[20]</sup>。也就是说，待到卖方破产（或濒临破产）时，应收账款有极大的可能被反转让给卖方，从而仍然会被认定为卖方的破产资产。

在笔者经办的无追索权保理合同中，在卖方破产或“有任何事项在银行看来很可能导致卖方破产”的时候，银行有权终止合同。一旦合同终止，“所有银行尚未给予融资的应收账款，应全部反转让给卖方”。这样的条款为卖方留有的余地在于，已经给予融资的应收账款不会被反转让；但是也应当注意，银行在判断是否存在破产可能的时候，具有主观随意性。虽然银行不会轻易终止合同，但是如果协议不在其他地方进行约束，这样的规定势必对卖方存在巨大的威胁，将卖方置于极为不利的地位。好在，银行在合同中对于“破产”的定义和范围，给出了细化的规则和评判标准，相关的评判标准仍是较为合理的。因此，针对破产的问题，需要向卖方指出的是：不存在绝对意义上无追索权的保理，在濒临破产时，卖方可能遇到反转让及融资资金短缺的风险；对“破产”的评判规则，应当进行谨慎确认以规避风险。

#### 3、银行行使反转让或追索权利的情形分析

对于保理商行使追索权的条件，依据是《保理办法》关于无追索权保理的定義：“在无商业纠纷等情况下无法得到清偿的，由商业银行承担应收账款的坏账风险”。但是“商业纠纷等情况”具体是哪些情形，相应范围应如何划定，不论是《保理办法》还是《中国银行业保理业务规范》（以下简称“《保理规范》”），均未给出具体的规定。

在“保理第一案”云南省纺织品进出口公司诉中国银行北京市分行、中国银行云南省分行保理合同纠纷案<sup>[21]</sup>中，云南省高院基于中国银行加入国际保理联合会的事实，根据民法通则 142 条适用国际惯例的相关规定<sup>[22]</sup>，认为在无国内法可适用的情况下，可以参照《国际保理通用规则》（以下简称“保理通则”）。依据该规则 2010 版第二十七条的“争议”条款，可以发现《保理通则》中的“争议”与“商业纠纷”是类似的概念：

“一旦债务人拒绝接收货物或发票或提出抗辩（defence）、反索（counterclaim）或抵消（set-off）

（包括但不限于由于第三方对与账款有关的款项主张权利而引起的抗辩），则视为争议发生。”

这一规定可以作为“商业纠纷等情形”之定义的参考，但是《保理通则》在中国直接适用的可能不大（主要仍需依据《保理办法》的规定），且其仅仅针对国际双保理中两家保理商之间的权利义务进行规制，其借鉴意义不够强。在实务中，可行使追索权的情形是由保理商或银行和卖方的保理合同约定的具体内容决定的，其情况可能千差万别。

在笔者近期审阅的无追索权保理合同中，原本是没有对反转让权有任何限制的。唯一的相关条款写着“除非付还事宜（Repayment Event）达成，银行无需反转让应收账款”。经过与银行方的协商，最终“无需”改为了“不得”，从而确保了银行不可任意反转让应收账款的前提。虽然有这样的约定，且无追索权条款中也表明，“除非付还事宜或商业纠纷事宜（Commercial Dispute Event）发生，否则不得行使追索权”，但实际上，合同还约定了合同终止事宜（Termination Event）。当终止事宜发生时，所有银行尚未支付融资款的应收账款都将被反转让给卖方。也就是说，在本次无追索权保理中，保理商可以行使追索（或反转让）权的情形有三类：

1. 商业纠纷事宜，包括：（1）全部或部分应收账款或基础合同对买方无效或不可执行；（2）买方声称卖方违约或存在违约行为，从而有权拒绝付款，或买方提起争议，抗辩，反索或抵消。
2. 付还事宜，包括：（1）存在商业纠纷事宜；（2）卖方实质上违反保理协议下的义务且在保理商发出更正请求后 5 个工作日内仍不更正；（3）不论何种原因（买方无力偿还情形除外），卖方的转让行为对买方无效或不可执行；（4）卖方关于保理业务的服务费用所作出的承诺被证明在做出处是虚假的陈述。
3. 终止事宜，包括：（1）卖方停止向买方供货 / 提供服务；（2）卖方违反保理合同中的约定；（3）卖方没有按时向银行支付费用；（4）卖方发生或可能发生破产；（5）已弃权的应收账款权利人撤销或可能撤销弃权行为。

实践中，上文所述的约定方式也是较为普遍的<sup>[23]</sup>。也就是说，银行行使追索权的情形，不仅仅局限于严格意义上的“商业纠纷”，相关情形的内容可能涉及的面很广，需要法律顾问一一确认，并积极争取缩小相应范围。此外，商业纠纷的认定往往并不要求买方提出的抗辩、抵消、反诉等真实有效的存在。在这种前提下，如果买方因财务困难而出现信用风险，人为制造商业纠纷，此时保理商为了避免引火烧身，维护自身利益，往往趋向于立即认可商业纠纷事实，而向卖方追索，从而使得卖方的利益受损。在此情形下，需要法律顾问在审阅合同的过程中，对有追索权情形的具体标准进行分析，防止银行有过于宽泛的反转让或追索权利。在笔者经办的保理合同中，针对同一条款就与银行协调、增减了数次，其目的就在于保障卖方的法律地位，有效限缩银行行使追索权的范围，确保银行审慎对待反转让、追索权利。

#### 四、无追索权保理业务中降低卖方风险的法律对策

只有完善立法，才能从根本上降低卖方的法律风险。与此同时，在保理业务过程中，卖方应积极处理好与买方、保理商的关系，审慎对待保理合同约定的内容。具体对策如下：

##### （一）统一、完善立法

如上文所说，我国对于保理业务，没有专门立法，没有高位阶立法，更没有针对不同类型的保理予以区别化的规定；对于未来应收账款的转让，我国没有统一的规制；对于“商业纠纷”没有具体的定义，保理商可以任意扩大自己行使追索权的情形范围，对于卖方极为不利。

法律的不完善，使得原本就处于弱势的卖方更加没有地位，也迫使卖方在订立保理合同的时候

[18]See U.C.C. CHAPTER 9—102(1).

[19] 黄荷懿：《我国资产证券化“真实出售”之探析与完善刍议》，载《法学杂志》2010 年第 10 期，第 142 页。

[20]Haywood A. Barnes, Are Factoring Transactions "True Sales"? Should Factors Care?, Nov. 16, 2012, published in <http://www.jdsupra.com/legalnews/are-factoring-transactions-true-sales-54023/>, login time 27th May, 2017.

[21] 云南省高级人民法院 (1997) 云高经终字第 39 号《云南省纺织品进出口公司诉中国银行北京市分行、中国银行云南省分行保理合同纠纷案》。

[22]《民法通则》第一百四十二条：涉外民事关系的法律适用，依照本章的规定确定。中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同中华人民共和国的民事法律有不同规定的，适用国际条约的规定，但中华人民共和国声明保留的条款除外。中华人民共和国法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约没有规定的，可以适用国际惯例。

[23] 林凯：《国际保理的法律风险与防范》，载《福建法学》2003 年第 3 期，第 15 页。

面临难以预料的风险。所以从这个层面上说，法律的不完善是影响卖方法律地位、增加卖方法律风险的最根本原因。我国目前，应从以下三方面完善保理业务方面的立法：

第一，应统一立法。分散性的立法现状应当尽快得到改变，建立统一的立法，专门规制保理业务势在必行。立法不应仅仅站在保理商的角度，而应当站在双方（保理商与卖方）甚至三方（保理商、买方、卖方）的权利义务角度，全面、具体地建立起相应的行业规范。

第二，修改与实际不相符的规定，统一各规范的规则并对粗放的规定予以细化。如上文所述，各个立法对于未来应收账款的问题态度不一。对于银监会颁布的《保理规则》，银行却自己绕开规定办事，这可谓是一个悖论。笔者认为，在贸易往来频繁的今天，立法应当与实践相一致，不应再对未来应收账款转让施加过多限制。针对无追索权保理业务，亦应当尽快明确“可以行使追索权”的范围，并针对相应的情形给出一定的评判标准。

第三，增强资信调查、各方监管的业务规范。虽然目前我国各地保利协会不断出台新的业务规范，但是我国的风控水平、资信调查水平仍有待提高。

#### （二）审慎对待合同，关注卖方实质需求

目前，在存在这么多法律空白的情况下，卖方的权利义务很大程度上需要依赖于保理合同。也就是说，法律的不完善实际上使得保理合同的内容有太多的不确定性，保理合同的具体约定会存在严重的个体差异。另一方面，在保理业务中，保理商、银行往往具有更强势的法律地位，保理合同由他们出具，而法律对于合同约定的内容却，没有一定限制，这就使得卖方的权益很难得到保证。

作为法律顾问，应当认识到，卖方虽为相对弱势的一方，但依旧是一个独立的商事主体。在面对保理合同的时候，应当具有一定的前瞻性、审慎性，确保卖方的法律地位。虽然卖方关注的“真实出售”问题难以适用于国内的无追索权保理业务，但是，仍可以针对卖方破产前后应收账款的处理及相应风险予以梳理、解决：一方面，应提醒卖方，无追索权保理并不代表被转让的应收账款在破产时必然与卖方资产剥离，因为一旦卖方破产，部分应收账款会被反转让给卖方。另一方面，应审慎对待保理合同，专注于具体条款的规定，有效避免风险发生，防范于未然。正如上文所述，商业纠纷、保理合同违约、卖方破产等事项，是保理商和银行都非常关注的焦点，银行也往往会针对上述事项约定其具有一定的追索权、反转让权。因此，作为法律顾问，在协助卖方审核合同的过程中，应当注意商业纠纷的范围界定是否过于宽泛，卖方在合同中的义务、陈述与担保条款的规定是否过于严苛。对于过于严苛的规定，应当予以明确，并协商要求修正；对于过于模糊的规定，应当予以细化，以明确相应权责。

#### （三）避免商业纠纷的发生

在无追索权保理中，商业纠纷是保理商行使追索权的主要依据。为了避免商业纠纷，卖方应严格履约，按时按质按量交货，并保证所有转让的应收账款都是正当、合法有效的，从而确保债务人不会提出抗辩或反索等。在保理业务过程中，一旦纠纷发生，卖方需积极交涉，尽快采用协商<sup>[24]</sup>或法律手段<sup>[25]</sup>解决纠纷，以期在合理期间内妥善解决，从而避免被追索。如果是卖方自身责任导致的履约瑕疵或贸易纠纷，则卖方应积极补救，将风险和损失降低到最低程度。如果是买方故意引发人为贸易纠纷，则应积极交涉，查明真相，取得保理商的信任和支持，使买方的非法企图无法得逞。

另外需要注意的是，在签订保理合同前，法律顾问应建议卖方认定资信可靠、信誉卓著、认真负责的保理商；同时也应当建议卖方选择可靠的买方，确保所转让应收账款对应的买方具有良好的

资信和财务状况，从而从源头上杜绝买方无端制造商业纠纷的可能。

#### 结语

作为商事主体，卖方在办理保理业务的过程中，仍应当秉持审慎的态度，仔细分辨其中的风险。卖方追求的“真实出售”，虽不能适用于中国无追索权保理业务，但法律顾问应当透过现象看本质，对于破产前后应收账款的处理及相应风险给予提示和解决；对于不合理的条款，应当与银行、保理商积极协商，以争取主动地位；同时，应提醒卖方注重对买方、保理商资信的调查，从源头上防止不必要的争端发生。不论如何，一部明晰、详尽的专门立法，一份权利义务对等的合同，以及资信良好的买方和保理商，都是卖方减少自己风险和损失的关键所在。

#### 参考文献

[1]Elizabeth A. Martin, "factor", Oxford Dictionary of Law (5th edition). Oxford: Oxford UP, 2003.  
[2]Encyclopedia Britannica. "Factoring", Encyclopedia Britannica Ultimate Reference Suite. Chicago: Encyclopedia Britannica, 2012.  
[3] 石启辉、雷良海：《经济全球化下我国加快发展国际保理探讨》，载《商场现代化》，2006 年总第 474 期。  
[4] 吴其平：《商业银行无追索权保理业务法律问题研究》[D]。  
[5] 冯嘉《保理实务中法律风险分析》，2015 年 1 月 7 日，载威科先行官网。  
[6] 王磊、李苏宁：《中国保理业务：回顾 2014 年与展望 2015 年》，载《金融会计》，2015 年 4 月。  
[7] 商务部市场秩序司：《中国商业银行发展报告 2013》，2014 年 2 月。  
[8] 孙迎冬、张玉：《国内保理法律浅析》，载《河北金融》，2012 年第 4 期。  
[9] 信用与电子商务研究所：《< 中国商业保理行业发展报告 2015> 正式发布》，载商务部国际贸易经济合作研究院官网。  
[10]《银监会有关部门负责人就保理业务管理暂行办法有关问题答记者问》，载中国银行业监督管理委员会官网。  
[11]《国内保理应收账款池融资》，载平安银行官网。  
[12]《保理池融资》，载民生银行官网。  
[13]《保理池》，载江苏银行官网。  
[14] 最高人民法院：《最高人民法院关于当前商事审判工作中的若干具体问题》，2015 年 12 月 14 日。  
[15]Jonathan C. Lipson, Secret Liens: Then End of Notice in Commercial Finance Law, Emory Bankruptcy Developments Journal (2005).  
[16] 彭冰：《资产证券化的法律解释》，北京大学出版社 2001 年 11 月第一版。  
[17]Uniform Commercial Code.  
[18] 黄荷懿：《我国资产证券化“真实出售”之探析与完善刍议》，载《法学杂志》2010 年第 10 期。  
[19]Haywood A. Barnes, Are Factoring Transactions "True Sales"? Should Factors Care?, Nov. 16, 2012, published in <http://www.jdsupra.com>.  
[20] 云南省高级人民法院(1997)云高经终字第 39 号《云南省纺织品进出口公司诉中国银行北京市分行、中国银行云南省分行保理合同纠纷案》。  
[21] 林凯：《国际保理的法律风险与防范》，载《福建法学》2003 年第 3 期，第 15 页。

[24] 在保理业务的合同中，约定的协商解决期限一般是 90 天甚至更短（目前《保理通则》的规定为 180 天）。

[25] 目前《保理通则》的规定为三年，一般个体在合同中约定的时间会更短。

## 融资类贸易的法律风险

北京大成（宁波）律师事务所 徐立华 毕秀娟

【内容提要】融资性贸易是贸易方为获得短期融资或增持信用之目的，通过贸易关系而进行融资的一种贸易形式。本文从真实案例出发，介绍了融资性贸易产生的背景、参与各方的地位及交易目的、在目前大宗商品领域常见的典型的融资性贸易的交易结构及真实案例。通过案例的分析，概括融资性贸易纠纷的显著特征。按照贸易关系还是按照借贷关系进行法律调整，是该类型案件的焦点所在。笔者通过对各省高院、最高法院相关裁判案件的分析，总结了目前司法实践中法院的判决情况及区分的重要标准。文中分析了该贸易形式中蕴含的民事责任风险及可能涉及的刑事责任风险。另外因近年来大量国企参与其中，造成了国有资产的严重流失，该贸易形式也引起了国家国资部门的广泛关注。最后，作者根据自己承办案件的经验，对融资性贸易的法律风险防范提出了自己的建议。

【关键词】融资性贸易 贸易模式 贸易与借贷

随着国内银行信贷对民营企业的收紧，多数中小型民营企业缺乏足够的资信，很难从银行融资解决流动性资金不足的问题。银行信贷明松实紧，民间信贷用款成本不断上升，导致不少企业资金链条极度紧张。当企业需要融资而又无法从银行获得贷款时，往往通过买卖、联营、存单、票据、委托理财、工程垫款、典当交易等形式进行变相融资，而融资性贸易即是其中的一种常用形式。

在融资性贸易方式下，从贸易外表看，与一般常见的货物买卖合同无异，买卖双方往往通过书面贸易合同，约定出卖人将某货物直接卖与买受人或买受人指定的第三人，货款由买受人或买受人指定的第三人付至出卖人，从而实现货物流转。但事实上，此种贸易形式下往往隐藏着另一层法律关系：资金需求方通过中间方或代理方的参与，通过远期付款或关联企业的资金周转，运用各种贸易手段，最终实现融资。

交易过程中涉及买卖关系、委托关系、借贷关系等各种法律关系，还可能涉及刑事犯罪。有的明知为托盘融资，仍积极参与其中，以求可以通过赚取差价、代理费或短期扩大营业收入而分得一杯羹；但有的对背后的融资行为毫不知情；有的仅赚取了微薄的利润却成了巨额大宗商品纠纷的被告；有的则实为借款人却因无法收回借款而假戏真做要求下家交付货物；有的则因巨额诈骗而锒铛入狱。各种贸易行为乱象环生。在石化产品、钢材贸易等大宗商品贸易中尤为凸显，大量企业参与其中，当贸易过程中产品价格发生较大的波动或乙方偿付能力出现问题时，产生了大量连环纠纷。

### 一、融资性贸易的典型形式

“融资性贸易”是指参与贸易的各方主体在商品及服务价值交换过程中，依托货权、应收帐款等财产权益，运用各种贸易手段，实现获得短期融资或增持信用目的，从而增加贸易主体的现金流量。

具体来说，此类贸易形式根据运转方式的不同可划分为以下几种形式：

#### （一）委托采购托盘贸易形式

##### 1、典型的委托采购托盘贸易模式

###### （1）贸易结构及资金、货权流向

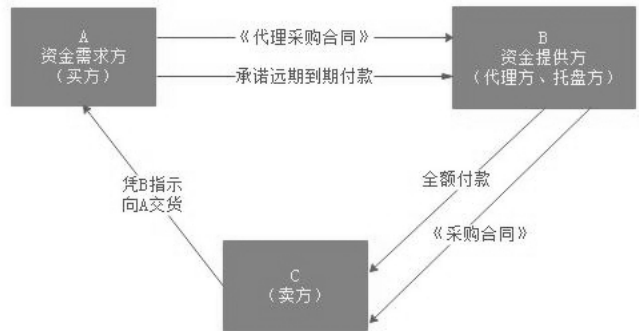
托盘方与买卖双方企业分别签订采购合同或委托采购合同等，利用账期，为其中一方企业提供融资的贸易形式。

简单的托盘业务一般存在三方主体：资金需求方（买方）、卖方（出货方）、托盘方（资金提供方）。资金需求方（买方）需求资金，向托盘方（资金提供方）融资。

资金需求方 A（买方）与代理方 B（资金提供方）签订《代理采购合同》约定以代理方名义，向资金需求方（买方）指定的卖方 C（一般为资金需求方即买方的关联公司）进行采购。代理方 B（资金提供方）与卖方 C 签订《采购合同》后，全额向卖方 C 付款，卖方 C 直接向资金需求方 A（买方）交货，而资金需求方 A（买方）与委托代理方 B（资金提供方）签订《代理采购合同》约定远期付款。通过这样的贸易形式，资金需求方 A（买方）通过帐期实现了融资，代理方 B 通过垫付资金赚取了代理费。

在该模式中，代理方 B 为了保证资金安全，往往会要求资金需求方 A（买方）提供保证人或担保物。

贸易模式图如下：



#### （2）典型案例

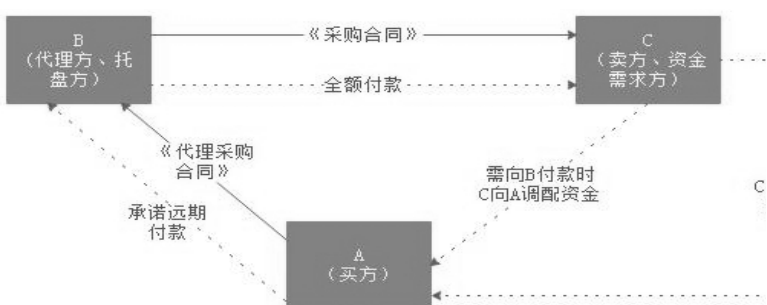
迁安联合钢铁集团旗下唐山建源钢铁有限公司始建于 1992 年，系中外合资企业；厦门成大进出口贸易有限公司是象屿集团旗下的一家全资上市 (600057) 子公司，主要从事金融类服务。双方签订《内贸代理采购协议书》，约定成大公司受建源公司的委托，以自己的名义向建源公司指定的供货商兴辰公司采购二级冶金焦，甲方最迟应在乙方应向甲方指定供应商支付货款 6 个月期承兑汇票到期日内付清全款；以三个月银行承兑汇票支付货款，付款 90 日内交完货。吕金弟向成大公司出具《保证书》一份，吕金弟自愿为上述合同项下建源公司应履行的合同义务及应付款项，在最高额 3085.20 万元的范围内承担连带保证责任。同日速传公司、建源公司及成大公司签订《监管协议书》，约定建源公司将《最高额浮动抵押担保协议书》项下其拥有处分权并存放于河北省迁安市杨店子镇东厂区内的冶金焦，交由速传公司监管。

##### 2、仅为融资而进行托盘业务的模式及资金、货权流向

部分需求资金的卖方 C 为了使用资金，联合自己实际控制的企业 A，在没有真实采购和销售的情况下，不进行货物交割，让自己实际控制的的企业 A 委托托盘方 B（资金提供方）向卖方 A 采购，卖方 A 收取托盘方 B 资金后挪作他用，当自己实际控制的企业 A 需要向托盘方 B 付钱的时候，卖方

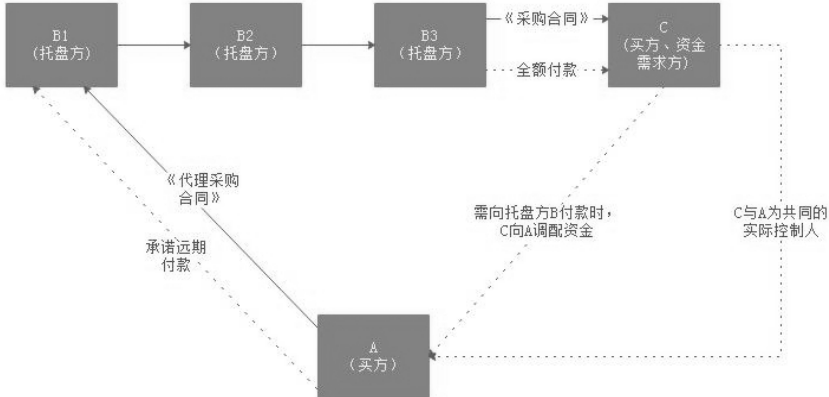
C 对款项进行调配，以自己实际控制的企业名义 A 向托盘方 B 付款。

贸易模式图如下：



部分需求资金的卖方 C 如资金链紧张，往往会为了延长付款期限，会寻找第二家、第三家托盘方，作为原托盘方的下游买家付款，以延长自己的付款周期。

贸易模式图如下：



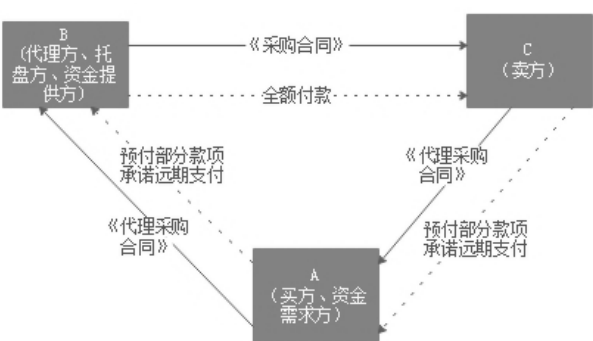
3、预付部分货款循环委托采购托盘贸易模式

(1) 贸易结构及资金、货权流向

资金需求方 A（买方）与代理方 B（资金提供方）签订《代理采购合同》约定以代理方名义，向资金需求方（买方）指定的卖方 C（一般为资金需求方即买方的关联公司）进行采购，并向代理方 B（资金提供方）预付部分货款，代理方 B（资金提供方）与卖方 C 签订《采购合同》后，全额向卖方 C 付款，卖方 C 直接向资金需求方 A（买方）交货。而同时卖方 C 又委托资金需求方 A（买方）采购同样货物。

通过这样的贸易形式，资金需求方 A（买方）通过帐期实现了融资，代理方 B 通过垫付资金赚取了代理费。而货物并未实际流转，资金需求方始终保持了货物的控制权。

贸易模式图如下：



(2) 典型案例

供方天恒公司（托盘方、资金输出方）与需方豫玉都公司（资金需求方）、签订编号为《代理采购协议》一份，约定：由天恒公司代理豫玉都公司向科弘公司采购总价 3502.2 万元的镀锌钢卷，豫玉都公司向天恒公司支付代理费 28 万元，钢厂的信誉风险全部由豫玉都公司承担；科弘公司向天恒公司出具了自愿为豫玉都公司在 TH080807 号合同项下的所有债务承担连带责任保证的《担保函》一份。豫玉都公司于合同签订前支付总货款的 43% 给天恒公司，作为购货保证金，出货时豫玉都公司交齐余款后提货；在收到豫玉都公司保证金后天恒公司以银行承兑汇票方式一次性付清该合同项下所购全部货款给科弘公司；不论科弘公司是否交货，豫玉都公司应于天恒公司出票日期 87 天内付清全部货款，不得以任何理由延付或拒付，科弘公司的信誉风险全部由豫玉都公司承担。协议签订当日，豫玉都公司向天恒公司支付了购货保证金 1500 万元。天恒公司收到该保证金后，即按代理采购协议约定，与科弘公司签订了编号为 KH08SC070101 的《销售合同》。2008 年 8 月 8 日，天恒公司以银行承兑汇票方式向科弘公司支付货款 3500 万元。科弘公司后因资金链断裂停产，并拒绝对任何客户发货。

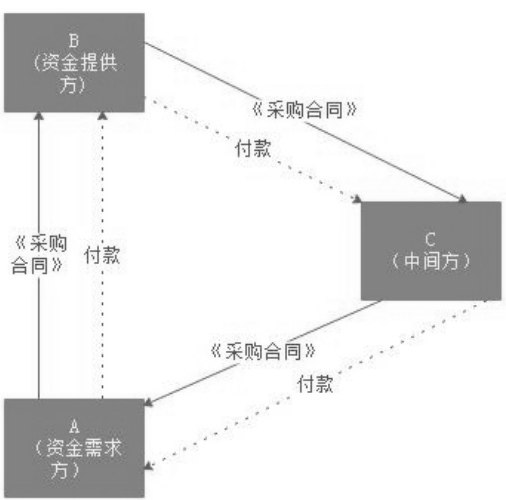
4、循环贸易模式

(1) 贸易结构及资金、货权流向

循环贸易是通过企业之间签订内容相同的多份买卖合同，形成一个闭合的货物流转回路，帮助融资方取得在一定时间内的资金使用权，同时无需发生实际的货物流转。

在循环贸易中，资金需求方 A 需要融资，因交易主体资格限制等原因，通过让中间公司赚取差价等条件让中间公司 B 充当媒介，A、B、C 公司间分别订立货物买卖合同，且往往合同订立时间相同或相近，资金提供方 B 依据《采购合同》向中间方 C 支付货款，中间方 C 向依据《采购合同》向资金需求方 A 支付货款，A 取得货款后，实现融资。货权凭证最初由 A 公司提供，并最终流向 A 公司，在整个交易过程中，A 公司并不需要实际交付货物，而取得了货款在一定期间内的使用权。

贸易模式图如下：



在某些复杂的循环贸易中，随着中间环节的增加，货权凭证或最终的资金最终可能会流向 A 的关联企业而非直接流向 A 公司。

(2) 典型案例

2013 年 7 月 23 日，中铁公司与中石化台州公司签订《燃料油销售合同》一份，约定中铁公司向中石化台州公司购买 1# 燃料油 2600 吨，单价 6800 元，合同金额 17680000 元。同日，航泰石油

公司与中石化台州公司签订《燃料油采购合同》一份，约定中石化台州公司向航泰公司购买 1# 燃料油 2600 吨，单价 6780 元，总金额 17628000 元。同时，航泰公司又与中铁公司签订《销售合同》一份，约定航泰公司向中铁公司购买 1# 燃料油 2600 吨，单价 6890 元，总金额 17914000 元，如航泰公司逾期付款，应承担每日万分之五的银行资金利息。

2013 年 7 月 25 日，中铁公司向中石化台州公司汇款 17669899.6 元；中石化台州公司收到上述款项，扣除 52000 元获利后，于 2013 年 7 月 27 日向航泰公司汇款 17628000 元，后航泰公司因资金链断裂，一直未向中铁公司付款。

## 二、融资性贸易法律风险分析

### （一）融资性贸易过程中的法律风险

如果贸易链条运作正常，资金缺乏企业可以解决资金困难，中间企业可以赚取一定的利润或短期迅速扩大营业收入，扩大营业业绩，且出资方能获得相应利益，实现共赢局面。也有大量的上市公司的下属单位或财务并表单位为做大业绩，而加入其中。但一旦任何一个环节出现问题，将面临重大风险。<sup>[1]</sup>

#### 1、中间企业面临巨大的资金风险

贸易合作方的还款能力、资金实力和还款意愿对资金风险起着关键性作用，也就是说贸易合作方的信用风险很重要，直接影响到贸易资金风险的大小。从贸易模式看，中间企业没有控制货物，而中间企业预付的资金已被对方掌控，资金结算很难在其监管能力范围内，风险隐患不言而喻。

尤其在宏观经济形势下行的情况下，贸易合作方的风险更会顺风而下，向提供融资性贸易支持的中间企业传递，进而形成中间企业的巨大债务。为了相应降低贸易的资金风险，即使贸易合作方的关联企业提供了信用担保，但如果发生系统性风险或事件，不但会使资金风险得不到缓解，更可能会由于关联关系使资金风险进一步扩大。

在融资性贸易中，经常可以看到离岸公司的身影。融资方利用其控制的离岸公司，充当贸易链条中的上游或下游客户，且这些离岸公司均注册于境外，公司注册资本、股东出资情况、公司偿付能力、公司资信状况均难以准确了解。一旦离岸公司出现违约，则中间企业诉讼难度大、周期长，且存在无法执行的风险。

#### 2、被法院认定签订合同无效的法律风险

资金需求方一旦陷入困境，无法清偿债务，资金融出方如诉诸法律，将会由于此类融资性贸易不具有贸易实质性，存在被法院认定为以贸易为手段开展的企业间资金拆借的法律风险，很可能一方面被判相关合同无效，包括贸易合同、担保合同等。

#### 3、存在虚开增值税发票的刑事责任风险

在融资性贸易中，由于上下游客户都由他人控制，上下游客户之间有时还存在关联关系，很多贸易事实上不存在真实性，但往往又必须开具增值税专用发票，且通常以开票次数为货物的周转次数，按《刑法》规定，无真实贸易的属于虚开增值税发票范畴。另外，一旦对方企业利用中间公司开具的融资性贸易发票偷逃增值税，面临被追究刑事法律责任的风险。

### （二）融资性贸易已造成了国有资产的严重流失

1、大量资金雄厚的国企主动或被动参与其中，融资性贸易成为近年来造成国企巨额损失的重要原因之一

从 2013 年以来，全国各地陆续发生了一些重大资产损失案，而这些案件都涉及国企参与融资性

贸易的问题。

以钢贸行业为例，2012 年华东地区爆发“钢贸危机”后，大量的融资性买卖浮出水面，中铁物质公司、中远公司、五矿集团、中储公司、中外运公司、厦门建发等众多大型知名国有企业或上市公司因从事托盘融资买卖而纷纷卷入诉讼当中，相关问题至今尚未完全化解。

广东省物资集团属下广东航兴公司、省金属回收公司对佛山民营企业金型公司钢材贸易业务逾期债权本金 11 万元、预计损失风险超过 5 亿元；广弘国贸公司与江西民企赣州新能源公司的稀土贸易、与台山金润公司的铝制品贸易以及与山西长治的煤炭贸易三个项目逾期债权超过 1.5 亿元；广业公司属下岭南公司原总经理石云保以违规签订合同的方式，造成 2000 多万元国有资产损失风险。

### 2、国企参与其中的原因及制度背景

在融资性贸易中，大量国有企业参与其中，国企与民营企业进行大宗商品贸易，国企作为资金输出方，与民营企业签订贸易合同。民营企业和个人往往缺乏融资途径，而国企一般有大量闲置资金，且银行信用良好。民营企业想借用国企资金，但国企普遍面临上级部门的严格审批，无法向中小型企业提供借款。同时，国企经营模式不灵活、不适应市场，业务难以大规模开展，但若以贸易之名进行，一方面国企可以逃避上级的审批和监管，另一方面又可以短期迅速提高营业收入，扩大营业规模，国企管理层可以在短期内获得更佳的考核结果，也为某些国企管理人员提供获取非法收益的寻租空间。

### 3、国家国资委及各省级国资委高度重视并多次发文规范

国企表面上进行贸易活动，实际上成为民企的资金提供方。但一旦外部环境恶化，上下游企业信用发生风险，资金链断裂，作为资金提供方的国企将成为最终买单人及损失承受方。针对上述情况，国资委多次专门发文，严禁国企参与融资性贸易，各省国资委也制定了相关规定加强对贸易业务的审批监管，严控贸易风险，但仍有大量国企在各种利益诱惑下涉入其中。

## 三、融资性贸易纠纷的特点

融资性贸易纠纷相较于普通的贸易案件及借贷案件存在以下显著特征：

第一，此类案件中从书面证据上看多反映的为贸易关系、代理关系，而且有借贷融资关系的书面约定，但从资金流向、货物流转、商业惯例上看存在借贷的嫌疑。

第二，在此类案件中，一般至少涉及三方主体，且大量域外公司、离岸公司参与其中，但在复杂的托盘贸易中，存在多个托盘关系，涉及多方托盘主体。

第三，一旦此类贸易过程中发生纠纷，往往一方主张贸易法律关系，另一方主张借贷法律关系。

第四，因存在多方主体间的多个合同，一个诉讼纠纷的发生往往引起循环链条中的多个主体间的循环诉讼。

第五，此类纠纷常见于大宗商品领域，且涉案金额巨大。

第六，此类纠纷多发生于大型国企、民企之间，社会影响面广。

在融资性贸易纠纷中，认定为贸易关系还是借贷关系直接决定案件的判决走向。两种不同基础法律关系的选择决定了案件的管辖法院、诉讼时效、责任承担主体、过错程度甚至赔偿金额等。因此，根据融资性贸易纠纷的特点正确识别纠纷的类型有着重要的意义。

## 四、融资性贸易纠纷案件的司法实践现状

据大数据统计，此类纠纷在 2010 年前发生率仅占有民间借贷类案件的 0.8%，而在 2010 年之后，此类纠纷发生数量不断增加，尤其是在 2014 年之后，此类纠纷更是如雨后春笋般涌现。由于此类纠纷没有直接的法律、法规、司法解释的规定，在司法裁判过程中各地法院意见均不一致，有些甚至

[1] 石睿，《全面解析融资性贸易纠纷的七大模式》，《天同诉讼圈》（微信公众号），2015 年 11 月 15 日。

大相径庭。

在司法实践中，各方主体会根据对方的偿债能力、地域管辖等因素来选择有利于自己的基础法律关系起诉并组织证据，而面对此类案件中，倘若各方无法就基础法律关系达成一致，法院作出的事实认定及判决也大相径庭。

结合司法现状，目前法院在审理此类案件时主要有以下两种观点，归纳如下：

（一）观点一：遵循外观主义，确认贸易关系

在司法实务中，部分法院认可以融资为目的的贸易具有其独立存在的价值，遵循外观主义的原则，确认双方之间存在贸易关系。

其中的典型案例如：

在常熟科弘材料科技有限公司、常熟星岛新兴建材有限公司与上海上实国际贸易集团浦东有限公司买卖合同纠纷中，上海市高级人民法院审理后认为，“科弘公司与上实浦东公司签订的采购合同以及上实浦东公司与星岛公司签订的销售合同，符合连环买卖合同的特征。虽然科弘公司与星岛公司是关联企业，但关联企业间存在交易并不违反法律规定，不能因为关联企业参与了连环买卖合同，就认定是自买自卖的行为。在本案合同签订后，上实浦东公司付清了全部货款，科弘公司向上实浦东公司开具了提货单和增值税发票，星岛公司按约将合同金额 15% 的预付款支付给了上实浦东公司，证明各方就连环买卖已经实际履行，各方之间存在真实的交易。科弘公司认为系争合同系以买卖为名的企业间融资，缺乏充足的依据。”<sup>[2]</sup>

在天津冶金集团贸易有限公司买卖合同纠纷中，最高人民法院审理后裁定“本案双方当事人之间签订的是精煤买卖合同，合同关于标的物质量、价格、给付方式、时间、到货地点等条款约定清楚，并进行了公证，冶金贸易公司从所属企业以一次 1000 万元一张的承兑汇票向吉祥煤业公司共计付款 1.5 亿元。吉祥煤业公司进行了少量供货。吉祥煤业公司申请再审认为本案名为买卖实为借款，但吉祥煤业公司不能提交借款合同、利息、还款期限、担保等足以使借款合同成立的证据。本案诉争合同也没有以买卖合同为名实为借款合同中通常体现出来的违约条款、返利条款等特别约定，以显示与正常买卖合同不一样的借款特性，故一、二审判决认定本案为买卖合同关系证据确实、并不缺乏。”<sup>[3]</sup>

另外，在上海市第一中级人民法院 (2008) 沪一中民四 ( 商 ) 终字第 1090 号案件、最高人民法院 (2013) 民一终字第 62 号案件、黑龙江省哈尔滨市香坊区人民法院 (2014) 年香民二民初字第 48 号案件中，法院依据不同的理由与法律观点，均认定双方借贷关系不成立，应当按照各自的贸易关系履行义务。

（二）观点二：遵循意思主义，据实认定借贷关系

在此种观点下，法院在处理此类纠纷时，往往直接否认外在的买卖合同的效力，认为应当从当事人订立合同的真实意思角度出发，从而认定双方借贷关系或融资关系。

其中的典型案例如：

在查莉莉与杭州天恒实业有限公司、上海豫玉都钢铁贸易有限公司、常熟科弘材料科技有限公司企业借贷纠纷中，尽管一审、二审法院均认定双方的买卖关系成立并有效，但在最高人民法院再审过程中，最高院认为“再审期间，查莉莉、豫玉都公司、科弘公司向本院提供了王小玲的询问笔录、天恒公司已完成交易明细、查莉莉与天恒公司法定代表人赵彤的电话录音及 2007 年 8 月 20 日、2008 年 2 月 20 日三方之间的两次交易合同等证据材料，这些证据材料构成了一个完整的证据链，共

[2] 参见上海市高级人民法院 (2010) 沪高民二 ( 商 ) 终字第 20 号民事判决书

[3] 参见最高人民法院 (2014) 民申字第 1894 号民事裁定书

同印证了本案中所涉的钢卷买卖，是科弘公司、豫玉都公司、天恒公司以货物买卖形式掩盖的企业间的融资交易。天恒公司并不具有从事融资贷款业务的资质，其与豫玉都公司、科弘公司采用虚假贸易形式进行的借贷活动，违反了国家相关金融法规的禁止性规定，属于以合法形式掩盖非法目的行为。根据《合同法》第五十二条第三款的规定，本案当事人签订的《代理采购协议》、《代理采购合同》、《销售合同》均属无效合同。因，《代理采购协议》无效，天恒公司请求豫玉都公司支付 28 万元代理费没有法律依据，本院不予支持。”<sup>[4]</sup>

（三）目前司法判决中各方的民事责任

在融资性贸易中，一般存在三方主体：资金需求方（买方）、卖方（出货方）、托盘方（资金提供方）。根据贸易结构的不同，可能还存在代理方、延伸的第二家、第三家托盘方。多个主体间，一旦发生诉讼，责任的承担，根据目前法院判决的情况来看，主要存在如下几种责任承担方式：

1、合同无效，各方承担返还原物责任

在此类案件中，若当事人间的买卖合同被法院人认定无效，对于合同无效的法律后果，应当由按照无效的法律规定进行处理。

2、按照参与方的过错程度承担相应的责任

在名为借贷实为买卖的案件中，若各方参与人明知企业间借贷交易行为，仍然参与，则证明其主观上存在过错，应当按照其过错程度对借款人的损失承担相应的责任。该观点在最高人民法院作出的 (2010) 民提字第 110 号案件中得到印证。

在最高人民法院作出的 (2010) 民提字第 110 号判决中，法院认为：“查莉莉、豫玉都公司、天恒公司作为融资交易的参与者，明知企业间的借贷交易非法，仍然参与，其在主观上均有过错，对于本案融资交易无效所造成的天恒公司的损失均应承担相应责任。根据其过错程度，按照公平原则，查莉莉、豫玉都公司应当对于科弘公司不能清偿天恒公司的损失部分，各承担三分之一的赔偿责任，天恒公司自行承担三分之一的损失。”

3、按照共同侵权原则承担连带赔偿责任

若借款人利用上下游关联公司，对资金出借方隐瞒事实真相，造成其财产的损失，并从中获利，构成对资金出借方的共同侵权，应当资金出借方承担连带赔偿责任。该观点在上海市铁路运输中级法院 (2007) 沪铁中民初字第 10 号判决中得到体现。

在上海市铁路运输中级法院 (2007) 沪铁中民初字第 10 号判决中，法院认为，“长椿公司与浦东公司、物润公司三者之间分别签订的买卖合同实质为企业间借款合同，违反了国家金融法规，为无效合同。长椿公司和物润公司向浦东公司隐瞒事实真相，两者行为直接结合造成了对浦东公司财产的损失，构成了对浦东公司的共同侵权，应当对长椿公司的借款总额及产生的利息承担连带赔偿责任。”

### 五、从典型案例看融资性买卖与真实买卖关系的本质区分

笔者认为，关于融资性买卖与真实买卖关系的本质区分应当根据当事人的交易目的、标的物是否实际交付流转、交易过程是否符合常理、当事人一方是否只收取固定收益而不负担买卖风险等，结合交易惯例，综合判断交易性质是否为融资性买卖。

（一）最高人民法院典型案例的审理思路

1、天恒案

在天恒案中，最高人民法院综合案涉的《代理采购协议》、《代理采购合同》、《销售合同》

[4] 参见最高人民法院 (2010) 民提字第 110 号民事判决书

等证据材料，认为“在 2008 年 8 月 7 日一天之内，科弘公司既委托豫玉都公司为其购买钢卷，又向豫玉都公司出售相同规格和数量的钢卷（由天恒公司代理采购），买入单价 8015 元，卖出单价 7800 元，高买低卖，净亏 965350 元，完全违背商业常理。在我国，镀锌钢卷的买卖并不存在专营或者限制经营的情况，本案中科弘公司和豫玉都公司之间也不存在联系沟通方面的障碍，豫玉都公司一面接受科弘公司委托采购钢卷，另一面又额外支付 28 万元代理费委托天恒公司向科弘公司购买镀锌钢卷，这种循环采购行为显然有悖交易惯例。”

“查莉莉、豫玉都公司、科弘公司向本院提供了王小玲的询问笔录、天恒公司已完成交易明细、查莉莉与天恒公司法定代表人赵彤的电话录音及 2007 年 8 月 20 日、2008 年 2 月 20 日三方之间的两次交易合同等证据材料，这些证据材料构成了一个完整的证据链，共同印证了本案中所涉的钢卷买卖，是科弘公司、豫玉都公司、天恒公司以货物买卖形式掩盖的企业间的融资交易。”

“天恒公司并不具有从事融资贷款业务的资质，其与豫玉都公司、科弘公司采用虚假贸易形式进行的借贷活动，违反了国家相关金融法规的禁止性规定，属于以合法形式掩盖非法目的行为。”

## 2、天津冶金案

在内蒙古吉祥煤业有限公司与天津冶金集团贸易有限公司买卖合同纠纷一案中，最高人民法院认为祥煤业公司认为本案名为买卖实为借款，但吉祥煤业公司不能提交借款合同、利息、还款期限、担保等足以使借款合同成立的证据。本案诉争合同也没有以买卖合同为名实为借款合同中通常体现出来的违约条款、返利条款等特别约定，以显示与正常买卖合同不一样的借款特性，故而裁定驳回再审。

### （二）从典型案例看融资性买卖与真实买卖关系的本质区分

#### 1、当事人的交易目的

从形式要件上看，融资性买卖完全符合一般买卖的特征，因此很多情况下确实被作为买卖纠纷进行了审理。融资性买卖与借贷法律关系的根本区别在于，在融资性买卖交易中，资金提供方只希望获取固定收益（利息），而没有承担经营风险的意思；但在真实买卖关系中，合作双方则是各自承担经营风险，一方对另一方没有回报保底承诺。

融资性买卖与一般买卖之间的根本区别在于当事人的真实效果意思为融资而非买卖。一般而言，对交易行为的性质认定应以外在表示行为为准，即遵循表示主义原则，具体到商法领域就是遵循外观主义原则。但当交易行为明显有悖于一般交易常理，以至于使人有理由质疑当事人意思与表示不一致，存在掩盖非法目的、规避法律限制之嫌时，则应采取意思主义，对当事人的真意进行探究。

笔者认为，在天恒案件中，科弘公司低买高卖，赚取高额利息差，从而实现收益。从交易目的上看，显然该公司并非出于货物买卖的意思表示，而只希望收取固定利息，因此，该交易并非真实的货物买卖合同关系，而是融资性贸易关系。

#### 2、标的物是否实际交付流转

在此类案件中，区分双方存在贸易关系还是借贷关系的关键之一在于涉案的货物所有权是否转移。货物所有权是所有权人依法对自己财产所享有的占有，使用，收益和处分的权利。所有权是物权中最重要也最完全的一种权利，具有绝对性、排他性、永续性三个特征，具体内容包括占有、使用、收益、处置等四项权利。

在有些案件中，借款人为掩盖借款融资的事实，会使其实际控制的某货物发生存储位置的转移或货主的流转，在外观上实现货物所有权的转移，但事实上，不论是该批货物存储地址的变更抑或是货主的变更，其本质上都是处于借款人的实际控制下，因此，不能认定双方存在真实的货物流转

关系。

货物所有权的转移与货物流转不同，所有权的转移是指货主的实际变更，其既可能伴随着货物的流转，也可能不发生货物的转移。而货物的流转则仅仅是指货物存放地址的转移。

笔者认为，在天津冶金案中，货物发生实际流转，且吉祥煤业公司不能提交借款合同、利息、还款期限、担保等足以使借款合同成立的证据，无法形成完整的证据链，因此，法院认定融资借贷关系不成立。

#### 3、交易过程是否符合常理

融资性贸易根据贸易参与者以及贸易意图的不同，其模式亦不尽相同。较为典型的一种模式为：出借资金的企业先作为买入方对外签订买卖合同，将资金以货款形式支付出去，经过一定期限后，再作为卖出方签订另一个标的物数量、质量等相同或相似的买卖合同，从而在参与交易各方之间形成一个闭合的资金往返路径。在这一循环中，贷款方以货款形式回收资金。

在这种贸易中，借款企业低卖高买，形式上在从事亏本的交易，实质上是支付借款利息。借款企业先卖后买同种商品，低价卖出、高价买入，且不考虑市场的实际价格而预先就约定了不利于自己的价差，形式上是在从事完全亏本的生意，不符合常理。

笔者认为，正如最高人民法院在天恒案件中所指出的，该公司低买高卖，一面接受科弘公司委托采购钢卷，另一面又额外支付 28 万元代理费委托天恒公司向科弘公司购买镀锌钢卷，显然有悖交易惯例。

#### 4、是否存在关联公司交易

在融资性贸易中，除位于中间环节作为资金出借方的企业（通常为具有资信实力的国有企业）外，其余上下游通常为同一人控制的上下游关联公司，通过上下游的关联性实现贸易链条的闭合与融资。

在融资性贸易中，通常以一单或几单货物为依托，利用上下游关联企业循环使用，开展多轮“走单、走票、不走货”的贸易。在极端情况下，融资方会串通仓储物流公司开具无真实货物对应的虚假提单、仓单等虚假凭证，而上下游公司不经手货物，只做货物所有权单据转移。在钱款上，上下游公司通过中间企业开出的远期票证贴现后获得融资，资金回笼后再通过下游公司将货款支付给中间企业，中间企业赚取上下游贸易货款之间的价差，作为借出资金的利润。

#### 5、是否存在体现借款合同特征的条款约定

在融资性买卖中，当事人为掩盖真实交易目的，往往在签订买卖合同外不再另行签订借款合同，因此，当事人在买卖合同中可能会增加关于目的条款、返利条款的约定以此明确双方的权利义务。因此，在审查双方买卖合同中，若存在此类条款，可以作为区分融资性买卖与真实买卖关系依据之一。

笔者认为，除上述几点外，法院在审理此类案件时往往根据是否存在自买自卖的现象、是否开具足额发票、涉案合同的签订日期是否符合常理等多方面因素进行区分融资性买卖与真实买卖关系，在综合各方面因素的基础上认定双方的权利义务关系。

### 六、融资性贸易类案件中涉及的刑事责任问题

此类案件中，因涉及多方主体的权益，法律关系复杂，争议金额较大，且存在书面证据与真实交易目的不符、上下游企业多为关联公司或一方指定的公司等特殊性，除民事诉讼外，众多诉讼中，涉及刑事责任问题。

#### （一）民事案件利用刑事手段取证及刑民交叉问题

在融资性贸易纠纷中，部分企业为证明主要负责人间存在事先对借贷为真实交易目的的共识，而通过刑事报案的手段，获取相关主要证人的证言，以取得有利证据。

部分案件中，中间企业被动参与却承担巨额损失，会选择以诈骗等罪名为由，至公安机关报案，要求追求实际获取利益方的刑事责任。

因很多案件已经法院判决，公安机关往往以已民事审判为由，拒绝刑事立案侦查，很多企业面临民事案件无法执行到位、刑事案件又无法立案的尴尬局面。

另外，部分案件中还涉及到大量的国有资产流失，这些案件中往往会有国企内部人员，明知真实交易目的而违规交易、违规审批，甚而从中谋取不正当利益，致使国有资产产生重大损失。

#### （二）融资性贸易纠纷中常见的刑事罪名

在此类案件中，从刑事责任承担的角度上来看，可能涉及的罪名如下：

##### 1、虚开增值税发票罪

在当事人开展融资性贸易过程中，为增强贸易行为的表面真实性，掩盖犯罪行为，在没有真实交易，仅存在钱款往来的情况下，一般会相互开具发票。故这类交易中，可能涉及虚开增值税发票、骗取出口退税、抵扣退税的行为，进而构成虚开增值税发票罪、逃税罪等。

##### 2、诈骗罪、合同诈骗罪、信用证诈骗罪

在融资性贸易案件中，出卖人与买受人在签订、履行合同过程中，出卖人采取虚构事实或者隐瞒真相等欺骗手段，骗取对方当事人的款项，却不履行合同交付义务。

因在此类贸易中大量交易不需货物的现场交割，而是通过货权凭证的转移来完成交货。这样的交易模式，给犯罪分子提供了空间，部分犯罪分子通过伪造货权凭证等手段进行一票货物多笔买卖的诈骗行为，尤其涉及外贸领域，利用一货多买以及信用证规则进行诈骗的情形屡有发生。

国内犯罪分子往往利用离岸公司作掩护，利用国外离岸公司开设离岸公司账号，且国内司法机关对离岸公司管辖难度大、公安部门对离岸公司经济侦查难度大等因素而进行诈骗活动。

##### 3、高利转贷罪

在我国，企业间资金拆借仅限出于生产经营目的，而发放融资进行金融借款亦需要特定的资质。但在此类案件中，大型企业甚至国有企业因拥有良好的银行资信，向商业银行申请贷款后以货款的形式支付给民营企业，赚取利息收益。在此过程中，若该利益收益金额较高，符合高利转贷罪的立案标准，则很可能构成该罪，承担相应的刑事责任。

##### 4、国家机关工作人员签订、履行合同失职被骗罪

国家机关工作人员签订、履行合同失职被骗罪是指国家机关工作人员在签订、履行合同过程中，应当预见自己严重不负责任可能发生被诈骗致使国家利益遭受重大损失的结果，由于疏忽大意而没有预见，或者已经预见而轻信能够避免，严重不负责任被诈骗，致使国家利益遭受重大损失。在此类贸易过程中，国有企业的工作人员因严重不负责任的行为致使企业利益受到严重损害，则可能构成该罪。

##### 5、贪污贿赂、渎职罪

在融资性贸易的案件中，资金出借方如为具有资信实力的国有企业，则为手中有权里的国企负责人提供了权利寻租空间。因此，此类案件的背后极容易牵涉入贪污贿赂、渎职类犯罪行为。

#### 七、融资性贸易中的风险防范

##### （一）加强对贸易背景真实性的审核，加强签约前的资信调查

当事人通过审核相关交易单据、关联交易情况、交易过程等，严格审查交易的真实性。另外，加强同海关、外管、税务、同业及媒体的沟通，全面了解企业资信状况、还款能力、主业盈利能力。监测贸易融资金流向以及还款资金流入，并对供应链上优质客户进行系统开发，加强贸易企业的

流程全链条控制。另外，在对贸易公司进行资信调查时，应当从严从深，通过现场考察、实地评估对贸易合作方及担保人的资信状况进行深入了解把控，准确判断风险。

##### （二）落实担保控制措施

在开展交易时，应当要求对贸易合作方提交足额保证金或足额的抵质押物，并办理登记手续。若贸易方无法提交足额保证金或抵质押物，则应当要求对方公司股东或者信用担保能力较强的自然人或法人提供无线连带责任保证，落实风险控制措施，尽最大可能降低风险。

##### （三）完善货物管理制度

企业在开展货物贸易时，应当完善货物管理制度，落实对买卖货物的相关核查、实地勘验、交货流程、监管制度及动态监管措施。

##### （四）加强资金监管

对开展此业务的合作方与业务方进行动态监管，强化客户资信评估。强化财务资金管理，认真执行资金授权、批准、审核等相关制度，通过企业内外部力量加强监督。对销售金额特别巨大的贸易，上下游客户账户应与银行签署三方共管协议，监督资金往来，确保专款专用。

##### （五）加强市场风险预警机制

及时了解市场价格波动情况及趋势，加强风险管理，当价格波动剧烈时，应通过提高保证金，加大担保金额以降低风险，在条件允许的前提下，还可要求企业对融资性贸易商品采用套期保值对冲现货风险，以便对抗市场变化带来的跌价冲击。

##### （六）重视关于管辖法院的约定，及时通过诉讼手段降低风险

贸易方在签订货物贸易合同过程中应当注重管辖法院的约定，选择更为方便、有利的管辖法院。贸易方一旦发现风险，应当立即考虑运用诉讼手段，并申请人民法院采取保全措施，查封、冻结相对方的财产，必要时可以运用刑事手段维护合法权利。

##### （七）加强从业人员队伍建设

多方培养和引进国际业务专业人才，加强国际金融形势分析和风险分析，做好典型案例交流，进一步熟知业务特点和实质，强化风险意识。完善贸易融资制度建设，加强内控制度培训，强化职业道德及案件警示教育，全面加强操作风险管理，提高操作风险防范能力。

#### 八、结语

融资性贸易作为近年来广泛存在的贸易形式，是在银行信贷政策对民营企业不断收紧、国企存在大量闲置资金、国企内部对经营业绩考核指标的管理等环境下应运而生的。

一方面，融资性贸易通过资金及货物的流转，解决了部分企业的短期资金需求，繁荣了贸易，扩大了营业收入，但同时也产生了大量的纠纷，并导致很多大型企业因此而资不抵债进而破产，更为某些不法分子提供了违法犯罪的温床。

对融资性贸易纠纷，目前最高人民法院没有专门的司法解释予以规范，但最高人民法院对该类型案件的判决，以明确指明了各方的风险所在及将面临的责任承担。因此，企业应不断拓宽业务渠道，对风险较大的业务模式进行积极转型，以打造自己的核心竞争力。

法律的适用不能滞后于社会经济的发展，更需要积极推动之。融资性贸易是我国经济社会发展的产物，司法实务部门在实践中不应消极回避或采取简单、僵硬的处理办法。在具体司法处理时，不仅应该追求个案的公平和正义，还应该引导市场交易的价值取向。

## 房地产项目收购法律实务

### ——原理、路径及案例诠释

浙江六和律师事务所 刘珂 曹怡骏

【内容提要】在当前房地产行情下，房地产企业或出于形成规模效益之目的、或出于企业转型升级的需求，亦或出于占据房地产细分市场的目的，纷纷加入项目收购的大军，收购市场火爆。而就房地产项目收购的模式而言，包含了股权收购模式、资产收购模式和混合收购模式三大类，三种模式均存在其优劣，需要交易主体结合交易目的、面临的收购障碍以及后续工程建设的需求等因素综合考量。而对于复杂的危机项目的收购而言，作为交易主体或顾问律师必须充分考虑到被收购方的资产解缚需求与收购方的资金安全保障需求，基于详尽的尽职调查、合适的方案选取，设计最优交易构架，并在执行过程中勤与主管部门沟通，熟悉实务操作，方能实现各方的共赢。

【关键词】土地取得 资产收购 股权收购 危机项目收购

#### 一、引言

近年来，随着房地产市场黄金时代的逝去，以及房地产市场调控政策的频频出台、土地供应结构的调整，房地产行业的竞争逐步加剧。突破传统的拿地方式，通过房地产项目收购短、频、快地获得土地（或在建工程）储备，进而扩充资产规模，以实现弯道超车成了众多房地产企业的选择。与此同时，一二线土地市场火爆，高价地开发蕴藏风险，部分房企资金链断裂，房地产项目收购整合成为了市场物竞天择、优胜劣汰的手段。

根据万得资讯数据统计：2016年，房地产行业收购案宗数为198宗，涉及金额为4014.83亿元，同比上升43%；2015年收购案宗数为343宗，涉及收购标的物价值为2815亿元，同比增长11%。可以预见的是，这一“大鱼吃小鱼，小鱼吃虾米”的现象或将延续，有实力的房企将通过收购重组变得更强大，而一些中小房企难逃被收购的命运。<sup>[1]</sup>然而不容忽视的是在这一轮的收购狂潮之下，表面风光无限，实则暗流涌动，收购方稍有不慎即会被拖入债务危机的泥沼，收购失败的案例不胜枚举。因此，只有明晰收购的目的，并结合行业、财务、法律考量选择恰当的收购方式，隔离风险，才能真正做到“知之愈明，行之愈笃”，以实现收购方与被收购方的双赢。

#### 二、房地产项目收购理论概述

##### （一）房地产项目土地的取得方式

房地产项目开发前期阶段，最为重要的就是土地的取得，这也是房地产开三大核心要素“钱、地、人”之一。正所谓巧妇难为无米之炊，土地取得即是房地产企业站稳脚跟、确保市场占有率的基础。从现行的法律规范和制度而言，房地产公司取得项目土地主要有三种方式：

##### 1. 公开市场招拍挂取得项目土地

根据《土地管理法》、《招标拍卖挂牌出让国有建设用地使用权规定》规定，我国依法实行国有土地有偿使用制度，土地使用权出让，由市、县人民政府有计划、有步骤地进行。工业、商业、旅游、娱乐和商品住宅等经营性用地以及同一宗地有两个以上意向用地者的，应当以招标、拍卖或者挂牌方式出让。

在一定程度上，经营性用地招拍挂的出让方式以“公开、公平、公正”的市场方式确定土地使用权人，解决了靠关系拿地、暗箱操作的弊病，但价高者得的评价标准，也推动了土地价格的野蛮生长。中国指数研究院统计表明，2016年以来，全国300个城市各类土地成交出让金2.9万亿元，同比增长32.4%，其中住宅用地土地出让金大幅增长42.3%。<sup>[2]</sup>

另外，地方政府也频频推出政策，调整土地公开出让竞价方式，意图为土地市场降温。以杭州市2017年3月新出台的政策为例：当溢价率达到50%时地块所建商品房屋须在取得不动产权登记证后方可销售；溢价率达到70%时锁定限价，转入竞报自持比例；当有两个或两个以上的竞买人投报自持面积比例为100%时，转入投报配建养老设施的程序。但即便如此，土地价格与自持比例还是屡屡创下新高。

由是观之，对于资金规模不够雄厚的房地产企业而言，想要在公开市场通过招拍挂的模式与行业“寡头”竞价，取得项目土地可能性俨然极小。

##### 2. 通过产业园区PPP、特色小镇项目取得项目土地

近年来，不论是从政策层面而言，亦或是市场变化趋势而言，产业地产已成为政府、企业、资本关注的焦点。国土资源部办公厅《产业用地政策实施工作指引》明确指出，要充分认识产业用地政策的重要意义，优化土地资源配置，推动大众创业、万众创新，释放新需求、创造新供给，推动新产业、新业态蓬勃发展。与之相关的，自2016年以来特色小镇在中央的指导和地方推动下也呈现遍地开花之势，特色小镇培育、开发工作如火如荼。

诚然，在产业园区PPP、特色小镇项目开发过程中，土地的取得方式更加灵活，政策更加优惠，除了通过公开市场招拍挂外，农村集体经营性建设用地可有条件入市交易，各类产业用地均可采取长期租赁、先租后让、租让结合方式使用土地。因此，在相关参与主体当中，我们也不难发现除了传统制造业企业、金融资本企业外，也出现了不少房地产开发企业的身影。

但需要注意的是，产业园区PPP、特色小镇项目重在“招商和运营”，随着产业用地政策的规范化、特色小镇培育政策明朗化，妄图以产业园区PPP、特色小镇为名，行房地产开发之实将会变得愈发困难。

##### 3. 资本市场收购项目（项目公司）取得项目土地

所谓在资本市场收购项目（项目公司）取得项目土地，指的是房地产企业通过收购其他项目公司股权或者国有土地使用权及在建工程（即资产）的形式以取得项目土地。

其中在股权收购模式下，收购方通过收购被收购方全部或者部分股权的形式，以实现为目标公司的收购（或控制），从而自然获得目标公司项下的项目土地。在资产收购模式下，收购方以出具货币资金为代价通过协议转让、产权交易平台公开转让或司法拍卖等形式，取得项目资产的所有权。无论采取股权收购、资产收购亦或混合式收购的模式取得项目土地，相较于其他两种土地取得方式而言，其成本通常相对低些、操作方式更加灵活多变，同时对于收购方案的成本筹划及风险把控的要求非常高，考验房地产企业及顾问律师的综合能力。

综上所述，从当前房地产项目土地取得的三种方式来看，通过房地产项目收购的形式取得项目用地较为经济、灵活，竞争相对较小，这也解释了为何越来越多的房地产企业开始加入到收购的大

军中来。

（二）房地产项目收购的目的

房地产项目收购行为均有其重要的动因，了解相关动因、内涵及价值选择，有利于我们理解企业行为的背后逻辑，并在收购模式的选择与风险把控上更好地设计方案。

1. 形成规模经济效益之目的

收购是对企业资产补充与调整的重要手段，为了确保企业营业收入及利润目标的实现，通过资产收购及股权收购迅速获得大量的土地储备及在建工程，可以壮大资产规模，解决企业短期经营业绩的问题。<sup>[3]</sup>实际上，当前房地产行业的规模效应已经尤为显著，根据 CRIC 公布的《2016 年 1-10 月中国房地产企业销售 TOP100》排行榜，TOP3 房企恒大、万科、碧桂园的销售金额总和 9001.2 亿元，相当于第四位至第十位总和 9042.1 亿元，200 强房企总销售额集中度已超 50%，在中国房地产市场上占据了“半壁江山”。<sup>[4]</sup>因此，大型房地产集团倾向于通过项目收购的形式形成规模效益，占领市场，达到“强者愈强”的目的。

2. 实现企业升级转型之目的

随着近期中央和地方对于房地产调控政策的加剧，越来越多的企业，特别是主营业务并非房地产开发的企业选择撤离房地产行业。这其中既有像深大通、海航投资这类因房地产业务板块亏损，选择止损、剥离房地产业务的公司。也有类似物产中大这样虽然房地产业务盈余，但基于“二元法则”，主动在房地产市场拐点出售资产，以调整资产结构，推进公司业务向资产经营、物业服务、养老服务、代建服务等其他方面转型的企业。

无论如何，在房地产行业内部整合加剧、行业集约化的背景之下，对于缺乏核心竞争力的公司而言，企图赚的盆满钵满已非易事，趁早将低效资产剥离，主动“被收购”，还可以在得到稳定现金流的同时，为企业的后续转型发展提供保障。

3. 占据细分领域市场之目的

就整个房地产行业而言，领跑者们已经基本形成了竞争格局，地产开发领域俨然是一片“红海”，中小房地产企业只有在垂直细分领域才存在新的机会与机遇。

基于此，部分房地产企业开始在物业、健康、医疗、金融等房地产细分领域寻求更多的机会，以宜华健康（000150，原宜华地产）为例，其自 2014 年以来即全面转型进军养老产业和网络医院领域，通过收购、参股的模式成功介入医疗行业，并且得到了资本市场的认可，估值在一年上涨近 10 倍。因此，有目标的选择项目收购标的、占据细分市场，并深根行业，不失为一种好的选择。

三、房地产项目收购模式分类

房地产收购从模式上而言，主要包括资产收购、股权收购两种基本模式以及混合交易模式（即资产收购与股权收购的混合，股权收购与债权投资的混合，股权收购、债权收购与资产收购的混合等）。鉴于房地产项目的复杂性，交易主体需要就收购目的、法律、财务、税务、地方政策、项目客观情况等综合考量，以选取最为合适的交易模式。

（一）资产收购模式及其优劣

资产收购指的是收购方通过出具货币资金（或者以股、债等其他形式）直接购买被收收购方名下的房地产项目的交易模式。细分而言，包括：1. 在建工程转让（含国有土地使用权转让）。这亦是房地产项目收购中最常见的模式之一，收购方通过协议方式或产权交易平台公开转让方式收购被收购方名下缓建或停建的在建工程项目，并在收购后完成后续开发建设。2. 参与司法拍卖。对于陷入危机的房地产企业，资产通常已被债权人诉讼查封，进入执行程序或破产清算程序后，其房地产

项目会进行司法拍卖，收购方即可通过参与司法拍卖的形式，竞拍取得房地产项目的所有权。

资产收购模式的最大特点即在于资产与资金直接置换，收购方与被收购方之间的法律主体地位不发生变化。其优点在于：1. 不存在或有负债风险。由于资产收购不涉及股权变动，被收购方的一切债务仍由其自行承担，对于收购方来说，不会因被收购方的债务或潜在担保等妨碍、拖累项目过户后的开发进程，无疑可以降低商业风险。2. 有利于树立收购方的良好形象及品牌商誉。资产收购完成后，房地产项目的后续开发、销售以收购方的名义进行，被收购方前期开发的问题、影响可得以消弭，如收购方的最终开发的项目品质获得认可，还可以增加其品牌商誉。3. 尽调成本较低。如前所述，由于资产收购不涉及或有负债问题，在尽职调查过程中关注的焦点主要在于资产的产权是否明晰、资产过户的前置审批条件、资产过户手续、税费承担、有无抵押查封等权利限制问题上，尽职调查的成本相对较低。4. 项目交割较为顺利。资产收购方案执行需要与各债权人、施工单位等进行多方磋商，一旦资产收购能成行，项目现场交割问题也就迎刃而解。

但与此同时，资产收购模式存在如下一些弊端：1. 收购受限于投资规模限制。根据《城市房地产管理法》的规定，按照出让合同约定进行投资开发，属于房屋建设工程的，完成开发投资总额的 25% 以上方可进行转让；《国有土地使用权出让合同》（格式合同）亦会在合同中直接援引该规定予以明确约定。因此，不符合上述投资规模要求的项目，无法通过资产收购形式进行交易。2. 沟通成本较高（通过司法拍卖形式不涉及）。如标的资产已经被查封或者抵押的，需要投入较大的时间和人力成本与相关债权人、法院、行政职能部门进行协商，以解除标的项目的权利限制，才能完成过户、进行后续开发建设。3. 手续相对繁琐，耗时较长。通过资产收购模式进行交易的，开发主体发生变动，开发涉及的各类证照需要重新申办，甚至可能面临调整用地面积、容积率、土地用途等经济技术指标的风险，需要耗费一定时间。4. 如项目已经进行销售（预售），在资产过户前需要与买受人解除《商品房买卖合同》并解除备案手续后，方可办理土地使用权过户手续。

（二）股权收购模式及其优劣

股权收购指的是收购方通过出具货币资金（或者以股、债等其他形式）收购项目公司股东所持有的项目公司全部或者大部分股权，继而成为项目公司的控股股东，以实际享有项目公司名下房地产项目资产及开发经营收益。具体包括通过股权转让交易、增资扩股方式收购项目公司（多见于风险投资或私募股权投资）、股权投资与债权投资并行等模式。

股权收购模式的最大特点，即股权收购后的开发主体不变，仅控股股东或实际控制人发生了变更。其优点在于：1. 交易成本相对较低。特别是收购危机项目公司，由于其已资不抵债，股权转让价款低。同时，理论上股权转让只涉及所得税和印花税，不涉及土地增值税、契税等缴纳，成本相对拍卖和资产转让相对较低（但如被认定为以转让股权名义转让房地产行为，仍存在按照土增税的规定征税的可能性，因此需要专业人士协助筹划收购方案）。2. 时间节省，开发衔接顺利。由于股权收购模式下，开发主体并未发生变更，无需重新办理开发的各项手续，时间相对节省。3. 可以规避资产收购中所强制要求的完成投资总额百分之 25% 的规模限制，有利于被收购方尽早转让项目。4. 即使存在商品房销售的情况，也不影响股权收购方案的执行。

但股权收购模式也存在着如下弊端：1. 或有负债风险大。股权转让后，收购方需要承继项目公司原股东的权利义务，若项目公司原股东存在隐瞒公司债务的情况的，对被收购方而言风险很大，且目前不存在能够确保隔离此类风险的措施。2. 尽职调查成本高。如前所述，由于股权收购涉及或有负债问题，在尽职调查过程中除了关注资产情况外，还需要对于项目公司的债权债务情况全面梳理，尽职调查难度大、时间长、成本高、且难以穷尽。3. 沟通成本较高。如标的资产已经被查封或者抵押的，

需要投入较大的时间和人力成本与相关债权人、法院、抵押登记部门进行协商，以解除标的项目的权利限制，才能进行后续开发建设。

（三）交易模式选择的参考因素

综上所述，不论是采取资产收购还是股权收购，亦或是混合收购模式进行交易，都存在各自的优劣：

| 基本模式一：资产收购模式   | 基本模式二：股权收购模式   |
|----------------|----------------|
| 不存在或有负债风险；     | 存在或有负债风险；      |
| 尽职调查相对简单，成本低；  | 尽职调查难度大，成本高；   |
| 项目手续变更耗时长；     | 项目资质、证照延续，耗时短； |
| 受到 25% 投资规模限制； | 不受 25% 投资规模限制； |
| 受到商品房销售的限制；    | 不受商品房销售的限制；    |
| 不可沿用历史亏损。      | 可以沿用历史亏损。      |

有鉴于此，在房地产项目收购交易模式的选择过程中，作为交易的主体或其顾问律师，必须在做好行业、企业、法律、财务、债权债务等尽职调查的基础上，充分考虑如下因素，选择最适合该项目的交易模式。

1. 本次项目收购的目的及被收购方的基本情况

对于以房地产业务规模效益、增加市场占有率为目的的收购方而言，能够短、频、快地完成项目收购，取得在建工程（土地）储备是收购的主要目的。因此，如根据尽职调查的结果，拟被收购的项目公司资产产权清晰、管理规范，且不存在较大的或有负债风险的，可以采取股权收购模式进行交易，以迅速建设、去化，抢占市场。反之，如果是深耕细分领域市场为目的，强调品牌商誉，风险承受能力不强的收购方，采取资产收购的模式进行交易则更为稳妥。

2. 交易模式下可能存在的法律、地方政策障碍

根据《城市房地产管理法》的规定，出让土地上的项目资产转让受到投资规模必须达到 25% 的限制（有关投资额的审核，需要根据被收购方提供的合同、发票，以及立项批复中关于总开发投资额确定的标准，进行测算）。如果项目存在先天投资规模不达标的缺陷的，则不得以资产收购的模式进行转让。

而如果是以股权收购的模式进行交易的，则必须确保符合《公司法》的相关规定，其余原股东需放弃优先购买权。另外，对于房地产项目所在地政策的规范也必须引起足够重视。例如海南省国土资源厅即曾出台《关于充分发挥土地调控作用促进房地产业平稳健康发展的通知》（琼土环资用字 [2010]3 号）明确房地产用地在规定时限内投资额未达到开发投资总额 25% 的，土地使用权严禁转让、联营合作、作价出资（入股）、抵押、严禁以股权转让为名，变相违规转让土地使用权。因此，如不了解当地政策贸然签订股权转让协议，则很可能产生无法办理工商变更登记、交易目的无法实现的后果。

3. 交易涉及的税费承担及计价规则

税收问题对于房地产项目收购而言是一个大问题，也在很大程度上影响着收购价格的确定。传统的股权收购模式下，交易涉及的税费成本较为低廉，不涉及增值税（原营业税）、土地增值税、

契税等，主要仅涉及被收购方股权溢价产生的所得税等。而资产收购模式下，交易过程中即涉及到被收购方的土地增值税清算，并同时涉及增值税、所得税、契税等，税收成本较高。

但随着“营改增”的全面实行，资产收购模式与股权收购模式交易之间的税负差异已不显著。根据财税 [2016]36 号文及《不动产进项税额分期抵扣暂行办法》的规定，2016 年 5 月 1 日后取得并在会计制度上按固定资产核算的不动产，以及 2016 年 5 月 1 日后发生的不动产在建工程，其进项税额可分两年从销项税额中抵扣。因此，从长期来看，资产收购的税负成本大幅下降。

4. 交易后的工程后续建设问题

对于尚未开发完毕的房地产项目进行收购，无论采取何种收购模式，均必须考虑到项目工程的后续建设问题及成本。

采取资产收购模式直接转让标的资产的，则面临着办理国有土地使用证过户、建设用地规划许可证、建设工程规划许可证、建筑工程施工许可证等变更手续，以及重新申请开发资质等手续。同时，被收购方已经委托勘察、设计、监理和施工的，收购方还需要考虑概括承继合同项下权利义务（变更合同主体）亦或是重新招投标，确定新的工程施工单位、勘察、设计、监理等单位；如收购方确定更换相关单位的，需做好工程资料的收集以及工程质量验收或检测工作。

采取股权收购模式控制项目的，收购方自然延续了原项目公司的开发资质和证照，与勘察、设计、施工单位之间的合同也应延续使用。但如收购方需要更换勘察、设计、施工单位的，则必须考虑相应的时间成本和需要承担的违约责任，同时也同样需要做好工程资料的收集以及工程质量验收或检测工作。

四、危机房地产项目收购实例

房地产项目收购本身即是一项浩大的工程，绝非易事。而对于危机房地产项目的收购，则更是难上加难。

危机房地产项目一般都具有如下特征：首先，被收购方通常已经穷尽了一切融资手段，项目资产束缚重重。项目公司名下的土地使用权、在建工程均已设定抵押、可售的预售房亦多被销售或用于以房抵债等。并且由于被收购方资金链断裂的原因，债权人多已起诉查封项目资产。其次，项目停建时间较长，现场杂乱、工程资料缺失。由于被收购方资金出现问题，无法及时付清工程款项，施工单位通常已经停工，且项目现场由施工单位实际占据、把控。同时，由于款项支付不到位的原因，项目相关的勘察、设计、施工资料、监理资料也由勘察单位、设计单位、施工单位、监理单位持有。再次，被收购方往往资不抵债，维稳压力较重。由于房地产项目的特殊性，债权人相对繁杂，既包括正常的购房户、也包括施工单位、金融债权人、税务机关、行政机关、劳动者等等，人数众多，对于项目当地政府、交易双方而言都面临着较大的维稳压力。但也正是基于危机房地产项目上述复杂的实际情况，对于收购方而言才有可能在风险中寻觅机遇，以相对低的价格取得项目，完成后续开发后赚取利润。

因此，不论作为收购方亦或是被收购方的顾问律师，都需要牢牢把握住交易主体的心态和诉求，才可能设计出合理的交易架构，促成收购的顺利完成。

对于收购方而言，关注的最主要的问题是投入资金的安全。就好比遇到有人（被收购方）晕倒在地，我们作为施救方（收购方）首先必须确保施救环境安全（即尽职调查），在确保施救环境安全及施救保护措施落实的情况下，方能实行 CPR（心肺复苏计划），即施救者首先要保障好自己的安全，方能救助他人。也就是说在设计交易构架的过程中，收购方出资用于项目收购的款项都应当匹配的相应的担保措施，即使收购失败，被收购方进入破产清算 / 重整，也能够保障收购方投入的资金能够

有对应的抵押物以确保优先得到受偿。

对于被收购方而言，关注的最主要的问题则是资产的解缚。因此，在交易构架的设计中，要抓住痛点，确保收购方的资金能够优先用于项目资产抵押、查封措施的解除，以盘活项目、尽快回笼资金。

下面，笔者就一服务的危机房地产项目收购实例进行介绍，以飨读者。

#### （一）项目情况简介

2008 年，杭州某置业有限公司（以下简称“被收购方”）以出让方式取得了杭州市区一块土地，用地性质为商业、办公用地，项目规划 40 层，工程建设规模约 8 万平方米。

2010 年，项目取得建设工程施工许可证，开工建设，项目预计完工时间为 2013 年 11 月底。

2014 年 10 月，项目已建设至 25 层，后因项目资金链断裂，项目停工。同时，被收购方实际控制人涉及非法集资类犯罪，项目土地已被公安查封。

被收购方对外负债约 7.5 亿元，其中工程债权约 0.8 亿元，抵押贷款债权约 4.5 亿元，担保债权约 2 亿元，劳动债权约 400 万元，其余为普通债权。后续项目建设仍需投入成本近 3 亿元。

2016 年 8 月，项目委托评估，根据评估机构出具的《评估报告书》，项目按照开发现状的在建工程价值为 8.5 亿元，项目在评估时点按同类区域类似项目标准建设、达到交付使用标准后的市场价值（售价）为 14.5 亿元。

此后，收购方某资产管理公司与被收购方进行洽谈，拟收购该项目。

#### （二）项目实施操作步骤

##### 1. 前期分析，完成尽职调查

笔者接受收购方的委托于 2016 年下旬开始与被收购方进行沟通、分析，并对项目情况、被收购方进行了法律尽职调查。

法律尽职调查围绕着项目资产情况（土地使用权、在建工程）、公司股东情况、诉讼情况、相关合同履行情况、债权债务情况、税务情况、劳动关系等方面展开，结合被收购方提交的资料、网络查询及相关主管部门的查询、核实，经梳理，发现项目存在如下一些情况，需要引起交易双方的重视：

（1）被收购方股东持有的被收购方股权已经全部被抵押、查封，股东在所担保的债权清偿完毕 / 与债权人协商一致之前无法进行变更。

（2）被收购方已取得房地产开发企业经营暂定资质，但资质已经过期，后期继续开发建设仍需申请重新核定资质等级，需要交易双方根据收购的进度做好相应的准备。

（3）根据被收购方与国土资源局所签订的《国有土地使用权出让合同》的约定，项目 25% 的建筑面积（最低不小于 15000 平方米，并以层为单位）为自留用房面积，自留用房应以层为单位相对集中留足，不得分割转让。

但同时，根据收购方了解到的当地的政策，土地出让合同约定自留比例的经营性用地，用地单位确需销售或分割转让部分土地和地上建筑物的，按合同规定的用途和现行市场评估时点的差价补缴土地出让金，并签订土地出让补充协议，土地登记用途不作调整。

（4）项目尚未取得预售许可证，项目因故停工后，被收购方未自停工之日起一个月内向当地住房和城乡建设局提交停工报告。若恢复施工的，需做好复工前准备工作（包括但不限于：提交复工报告、施工单位复工准备事项、验施工许可证等），并及时向当地住房和城乡建设局申请复工。同时，项目的竣工时间已经超过《国有土地使用权出让合同》及补充协议所约定的时间，依约应向国土部门承担相应的违约金，且该等违约金数额较大。

（5）被收购方的主要资产，即国有土地使用权和在建工程，均存在抵押、查封等权利限制。

（6）根据评估报告，假设开发的情况下，不考虑税收、或有负债的情况下，项目有一定的毛利润。

##### 2. 选定收购方式、设计交易框架

根据上述尽调报告及尽调结论，笔者和收购方认为被收购方债务情况比较复杂、存在较大的或有负债风险，不考虑采取股权收购的形式进行交易。

与此同时，根据尽调和收购方实地踏勘了解情况，项目工程主体已接近结顶，项目一旦正常复工建设，能够在短期内取得预售许可证进行销售，回笼资金。而采取资产收购的形式涉及到开发主体的变更和证照的更换等，时间成本较高，进而导致财务成本较高，资金回笼较慢。

鉴于此，经过笔者与收购方决策层探讨后，决定采取“债权收购+债权投资+资产收购+股权收购”的混合模式进行交易，即先行收购优先债权，并协商解除项目查封、抵押；同时，交易双方办理股权转让手续；此后，收购方继续投入资金续建工程，并办理在建工程抵押，项目共管；项目取得预售许可证后，适时受让 / 处置项目全部资产。

##### 3. 与债权人协商，收购优先债权

收购方与被收购方达成《合作协议》后，收购方先行与抵押权人进行了协商，以低于债权本息原值的价格收购抵押权人的债权，以掌握后续资产处置的主动权。

基于抵押权的优先性，即使收购失败，项目无法继续开发（或进入司法拍卖程序），在扣除所欠的工程价款约 0.8 亿元后，收购方可获得的分配金额也足以覆盖该笔债权收购所支付的转让价款，甚至还有部分溢价。

##### 4. 办理股权转让手续，控制项目开发主导权

鉴于标的公司的股权系抵押给抵押权人，在优先债权收购后，适时释放抵押权及解除查封。收购方与被收购方根据《合作协议》的约定，根据标的公司资产负债情况及评估报告结果合理作价，办理股权转让手续。股权转让手续的办理，并非为了以后能通过股权处置获得相应的溢价，而是为了后续项目的顺利开发掌握项目开发的主导权。

##### 5. 解除财产限制，准备项目复工手续

抵押债权收购后，收购方、被收购方与经侦积极协商，与集资犯罪受害人达成和解协议（与各个集资犯罪受害人交底透露合作事宜，并明确），解除对项目土地使用权查封。查封解除后，收购方可以就后续投入的资金办理在建工程抵押，在保障后续投入资金有对应的抵押物的前提下，向被收购方融资，用于项目后续的开发建设。

同时，收购方与被收购方员工积极协商，收购其劳动债权，并支付了债权转让价款，使劳动者配合将持有的项目原证照、工程资料等移交收购方，清除后续复建的障碍。

##### 6. 请求政府召开协调会议，推动项目进程

根据政府相关会议纪要，目前政策允许项目原 25% 的自持部分，在补交土地出让金后，进行分割转让。为此，收购方、被收购方特请求区人民政府召开协调会议，与国土等职能部门进行沟通，争取参照该允许销售 25% 自持部分的政策，获取更大的利润空间。

同时，鉴于项目已经严重逾期竣工，收购方、被收购方也请求在政府协调会中能够明确减免相关违约金，以支持项目重组和被收购方的债务清偿。

目前，上述项目正在有条不紊的推进过程中，收购方与被收购方的诉求基本都得到了满足。

#### （三）项目小结

综上，笔者认为在项目收购的实践操作过程中，需要注意如下要点：

### 1. 尽职调查要“细”

项目收并的尽职调查包括法律的尽职调查、行业的尽职调查、财务的尽职调查等各个方面。在法律的尽职调查过程中，收购方应当重点关注项目的资产权利限制情况、核查土地使用权出让合同中关于开发、转让的限制性条件、开竣工的违约责任、诉讼查封情况等等，并针对可能发生的法律风险点预备应对措施。在行业、财务尽职调查过程中，收购方则应当关注到项目的规划、定位，当地的房地产政策态势，以及同地段、同类物业的去化情况和价格，对项目价值做出科学、合理的判断。

### 2. 政府沟通要“勤”

危机项目的被收购方往往负债严重，债权人众多，政府的维稳压力较大；并且项目一般因资金链断裂停工了一段时间，对于区域整体形象不佳。政府对于此类项目的收购往往是乐见其成的。因此，作为交易当事人应当把握契机，勤与政府主管部门交流沟通，争取在税收上、土地限制条件解除等方面的优惠政策，更好的促成项目收购的达成。同时，特别是采取资产收购模式的收购项目，后期涉及到资产权利限制的解除、工程续建的手续重新办理等事宜，通过勤与主管部门协商沟通，可以争取特事特办，节约时间成本。

### 3. 实务操作要“熟”

危机项目收购有时候就是和时间赛跑，以项目收购款项支付后，资产交割为例。通常而言，危机项目的资产的转让需要办理如下手续：（1）司法查封的解封；（2）注销抵押权登记；（3）递交交易文件、申报纳税；（4）缴清交易税费、领取不动产权证书。而如果项目的交易为大宗资产转让，按照不动产登记部门的规定，抵押权注销登记、过户办理均需要进行公示，同时，缴纳税费的金额需要税务部门进行核算确认，耗时较长。如果收购主体和顾问律师实务操作熟练，事先准备齐备办理资产转让的全套文本，并和税务机关、不动产登记部门充分沟通，将能有效缩短办理过户登记所需时间，减少资产被再次查封的风险。

## 五、结语

如前所述，房地产项目收购已是大势所趋，能够准确把握这一市场脉搏，合理定位、充分规划，选择切合项目实际的收购模式的房地产企业将能获取优厚的收益和回报，本文对交易主体及顾问律师的实务操作或将有所启示。

## 参考文献

[1] 陈琳：《并购潮来袭，房地产竞争格局或将改变》，详见：<http://news.163.com/16/1125/05/C6MPF61U00014Q4P.html>

[2] 中国指数研究院：《中国房地产市场 2016 总结 & 2017 展望》，详见：<http://fdc.fang.com>

[3] 周济：《房地产企业并购实务手册》，人民邮电出版社 2017 年第 1 版，第 121 页。

[4] 克而瑞研究中心：《2016 年中国房地产企业销售 TOP200 榜单发布》，详见：<http://www.cricchina.com/research/Details/6633>。

## 徘徊在自由门外的“技术无罪”

### 一以电信诈骗中帮助行为的正犯化为视角

浙江大公律师事务所 季慧雯 谌波平

【内容提要】电信诈骗犯罪作为近时期司法机关打击的重点对象，电信诈骗中技术服务提供者的刑法规制问题也逐渐被重视，技术帮助行为的主犯化、独立化对传统共犯理论提出了新的挑战，帮助行为正犯化的引入为司法实务提供了新的理论支撑，并已在相关的刑法条文中有所体现。本文以帮助行为的正犯化为视角，解读电信诈骗中技术服务提供者的刑法规制及相应罪名的刑法适用问题，探求刑事案件的有效辩护。

【关键词】电信诈骗 技术无罪 刑法规制 帮助行为正犯化

#### 一、案例简介

某电信诈骗集团通过技术手段获取他人微信、QQ 等账密信息实施诈骗犯罪，由于微信、QQ 账号登录过程中会产生大量的图文验证码，诈骗集团为实现批量自动化操作，向某 OCR 技术服务提供商购买了图文验证码的识别服务。案发后，该诈骗集团及该技术服务提供者被一举查获，OCR 技术服务提供者提出自己没有共同犯意、尽到审查义务、“技术无罪”的无罪辩解。继“快播案”后，“技术无罪”成为了电信诈骗犯罪案件中众多技术服务提供者的主要辩解意见。技术支持作为电信诈骗犯罪得以实现的重要帮助因素，面对“技术无罪”的辩解刑法如何进行规制，本文拟从帮助行为正犯化的视角，结合“技术中立”与“技术无罪”概念探讨电信诈骗中技术服务提供者的刑法规制路径。

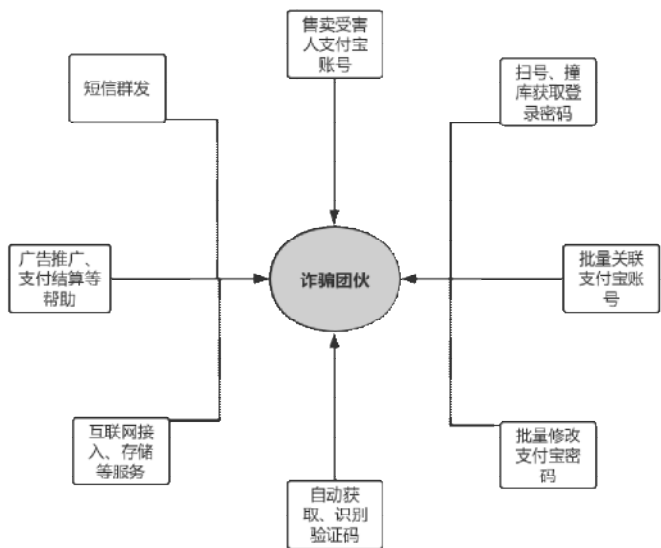
#### 二、电信诈骗中技术服务的概述

近年来，随着互联网的日益发展，一方面互联网极大地改变了生活方式，以致人们对其依赖度越来越高。另一方面，利用网络技术实施诈骗、盗窃等侵财类犯罪也日益增多，传统的盗抢骗等犯罪逐渐转移到网络空间，而诈骗等犯罪的手段和方式也都发生了变化，更多的是借助网络技术，这类技术不乏通用合法技术，这些技术所有者或者提供者的行为如何定性司法实践中做法不一，有些以诈骗、盗窃共犯论，有些则以独立的正犯论。譬如，上文案例中的图文识别这项技术最终被用于电信诈骗，该技术服务提供者的行为如何定性？技术是否真的无罪？

##### （一）电信诈骗中技术帮助行为的类型

电信诈骗是指犯罪分子通过电话、网络和短信方式，编造虚假信息，设置骗局，对受害人实施远程、非接触式诈骗，诱使受害人给犯罪分子打款或转账的犯罪行为。电信诈骗的实现，离不开现代互联网技术、通信技术、计算机信息技术等信息技术的帮助（以下简称“技术帮助行为”）。在实践中，电信诈骗已经呈现出产业链的发展模式，各个环节都有相应的技术服务提供者，如典型的支付宝诈

骗案件中，涉及到的技术服务支持就多达十多项。（如下图所示）



在互联网的时代背景下，结合多种信息技术的推动，电信诈骗已成泛滥之势，在网络空间中，各犯罪人可以更为畅通的交流、沟通，实现信息、技术共享，犯罪成本更低，犯罪的破坏力却越发增强。

（二）电信诈骗中技术帮助行为的特征

信息技术的帮助俨然已经成为电信诈骗得以实施必备、也是最为关键的因素，充斥于网络空间中的信息技术服务提供者的帮助行为的社会危害性甚至已经超过了实行行为的危害性，帮助行为对于犯罪的实现具有了比实行行为更为重要的作用、地位。电信诈骗中的技术帮助行为具有如下特征。

1、技术服务提供者主观上的中立性

电信诈骗中的技术服务提供者虽然客观上为诈骗正犯的犯罪行为提供了帮助，但在主观上，行为人与实施诈骗犯罪的正犯并没有全面、充分的意思联络，也即二者之间不存在“通谋”，否则就应定性为共同犯罪，按照共犯的认定与处罚即可。另外，技术服务提供者与正犯之间也不具有完全的共同利益，技术服务提供者的获利也与正犯不具有完全的相关性。

2、技术服务的重复性

电信诈骗中的技术服务提供者一般与诈骗实施者有着长期、持续性的服务关系，技术服务具有重复实施的特点。

3、服务对象的不特定性

技术服务的提供者通过互联网实现服务的宣传、交易，其受众是不特定的多数人，技术服务提供者借助网络实现“一对多”的帮助，这一特性也导致其行为对法益所造成的潜在威胁和客观损害都增强。

4、技术服务的“通用性”与“专用性”并存

电信诈骗中技术服务的“通用性”（也称“中立性”）是指该项技术广泛应用性，并非仅针对实施诈骗犯罪而开发的专项技术，如支付结算、广告推广、网络存储、通讯传输等技术广泛应用于各业务领域，无法从技术的内容上判定帮助行为人具有刑事可罚性。技术服务的“专用性”是指针对实施电信诈骗犯罪而开发的专用技术，如盗号、修改密码、恶意木马程序等。

三、电信诈骗中技术服务提供者的刑法规制路径

（一）共犯评价模式的挑战

1、共犯从属性对帮助行为入罪的限制

共犯从属性理论认为共犯行为的法益侵害性不是直接作用于法益，而是通过正犯行为间接地侵害，况且在行为表现上也是引起或者促使他人实施正犯行为，进而完成犯罪<sup>1</sup>。帮助行为可罚性的前提在于通过正犯间接威胁或者侵害到了法益，不存在没有正犯的共犯<sup>2</sup>。上述观点充分论述了共犯从属性的核心。在电信诈骗中，共犯从属性对技术帮助行为刑法规制的限制主要体现在以下几点：

第一，技术服务提供者的“主犯化”。

技术服务提供者的“主犯化”是指，在电信诈骗中，技术服务提供者在整个犯罪链条中起到主要作用，甚至超过了诈骗行为人的作用，因而在刑法的规范评价中具有了主犯的地位。这也是前文论述的技术帮助行为具有“技术服务的重复性”、“服务对象的不特定性”的体现。帮助行为在犯罪中起到了主要作用，其行为的社会危害性也逐渐超过了实行行为，这已经远远背离了人们对传统共犯理论的认知。

第二，技术服务提供者的“独立化”。

首先，技术服务提供者主观的独立化。传统的共同犯罪中，帮助行为与实行行为往往具有较为密切的犯意联络，在主观层面具有高度的一致性，共同犯罪人之间必须存在意思联络，在犯罪意思上相互沟通<sup>3</sup>。而在电信诈骗中，基于网络空间信息传播的共享性和无间性，技术服务提供者与诈骗行为人通常不需要进行犯意联络，也彼此不认识。虽然二者在客观上都作用于同一犯罪，但二者的目的和动机并不一致，技术服务提供者可能出于谋取经济利益的目的，甚至有可能只是为了检验其技术的先进性，通过互联网收集技术改进的数据。而诈骗行为人则直接以非法占有他人财产为目的，获取非法利益。

其次，技术服务提供者客观行为的“独立化”。在共犯理论体系下，帮助行为成立犯罪需要依托于实行行为的犯罪构成，帮助行为为实行行为创造条件、提供便利，二者相互配合以达到犯罪目的。反观在电信诈骗中，技术服务提供者与诈骗行为人在客观上并不具有一致性。一方面，二者行为的实施时间不一致，很多情况下，技术服务提供者在诈骗行为人犯意产生前就已经将相关的技术发布到网络空间中，二者行为实施的时间并不具有紧密性。另一方面，二者的共同合作并不具有必然性，技术服务提供者通过网络进行广泛传播，而诈骗行为人获得该种技术帮助并不具有必然性，诈骗行为人会寻求多种技术的帮助来达到行为目的，诈骗行为人购买了相关的技术服务后，最终也不一定会实施诈骗行为。

2、共犯语境下法益保护的失衡

第一，技术帮助行为的社会危害性有可能超过诈骗实行行为。我国刑法对于帮助犯没有明确的刑罚适用规定，若参照《刑法》总则对从犯处罚的规定，则需对技术帮助行为从轻、减轻处罚，但在电信诈骗中，技术服务帮助行为对诈骗结果的实现往往具有更为重要的作用，其产生的社会危害性可能超过诈骗实行行为。根据共犯理论，将技术帮助行为比照正犯从轻处罚，有可能无法达到罪行相适应的目的。

第二，诈骗正犯不构成罪或者正犯未归案情况下定罪量刑的困境。电信诈骗案件中，经常出现单个诈骗实行行为人未达到追诉标准或者未归案的情况，基于共犯的从属性，则无法对技术服务提供者的帮助行为进行归罪，由此导致法益保护的失衡。

（二）帮助行为“正犯化”评价模式的确立

1、帮助行为“正犯化”的法理基础

第一，主观说。帮助行为人对于正犯行为的目的、犯罪意图具有一定的认知，但该种认知应区别于帮助犯的认知。德国学者罗克辛认为，在行为人对正犯的犯罪意图有明确认识的基础上，如果帮助者对正犯可能或者必然造成的危害结果持有直接故意的态度，对帮助者应当以帮助犯论处。如果行为人对于正犯的犯罪意图仅有不确定的犯罪意图，在主观上持间接故意的态度，由于间接故意的态度会被信赖原则的存在而否定，对于行为人不宜认定为帮助犯<sup>4</sup>，对于帮助行为人直接认定为符合构成要件的正犯。

第二，客观说。一方面，客观说认为帮助行为的可罚性在于帮助行为是否制造了不被法律允许的危险，这也是结果无价值理论的重要体现。另一方面，客观说将构成要件理论和因果关系论的条件说相结合来确定正犯概念，这是一种扩张正犯的概念，通俗的理解就是对刑法分则规定的构成要件结果的发生有促进作用的都属于正犯<sup>5</sup>。因果关系通常包括心理性的和物质性的关系，心理上的因果关系在于强化正犯实行行为的内心确定性，增强正犯实施犯罪行为的犯意和达到目的内心确信，物质上的因果关系在于帮助行为为正犯实行行为实现犯罪目的具有客观上的帮助。

第三，综合说。首先，综合说认为帮助行为的正犯化要求帮助行为人认识到其所提供的帮助行为被他人利用或者可能被利用，且对行为可能造成的危害结果有认识或者认识的可能性，但不要求二者之间具有共同的犯罪故意。其次，电信诈骗中技术服务提供者之所以受到刑事归责，其核心在于技术服务提供者客观上对电信诈骗行为人提供了便利，二者之间具有一定的因果关系<sup>6</sup>。但该种因果关系的建立，应以帮助行为造成了法律所不允许的法益受到侵害的风险为前提。

为了求证，笔者查阅了大量资料，借鉴了美国三个知名的侵权案例：

1984 年美国的索尼案确立了“技术中立原则”：最高法院多数法官认为索尼公司销售的录像机“具有实质性非侵权用途”，即除了录制有版权的节目，也能录制没有版权的节目以及具有其它的功能。

2001 年纳普斯特案件确立了“避风港原则”：当服务提供者知道用户在利用其服务或软件实施违法行为后，有必要采取合理措施予以制止，否则构成对侵权行为的帮助。

格罗科斯特案创设的“引诱规则”，当有证据表明服务或软件的提供者意图并鼓励用户将其服务或软件用于侵权用途时，提供该服务或软件的行为本身，就足以构成侵权行为。

通过上述三个案例的援引，笔者认为综合说对帮助行为人单独定罪的主观要件和客观要件均提出了合理要求，更加符合犯罪主客观要件统一的基本理论。

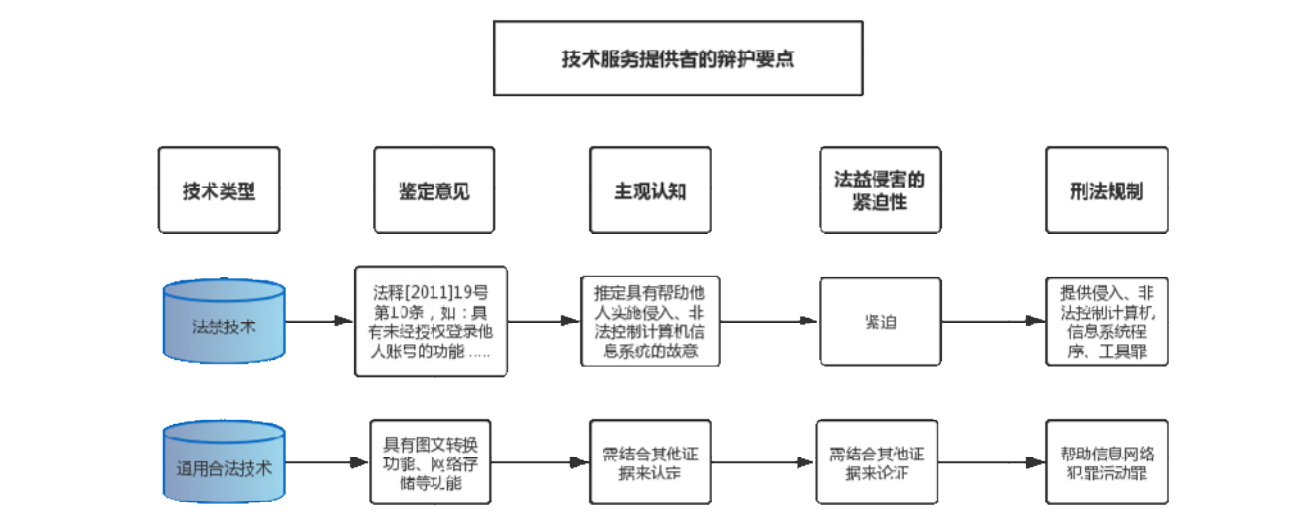
#### 2、我国刑法对电信诈骗中技术帮助行为“正犯化”的法律规定

随着电信诈骗的高发态势，对于电信诈骗中技术服务提供者的刑法规制难题也引起了立法者的重视，并新设了相应的罪名，主要为：《刑法修正案（七）》增设了第 285 条第 3 款的规定：“提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具罪”；《刑法修正案（九）》增加了第 287 条之二规定的：“帮助信息网络犯罪活动罪”。

新的罪名设立后，随之而来的就是刑法的适用问题，在司法实践中，作为技术服务的提供者经常以“技术中立”、“主观不明知”、“不具有审查义务”等理由为自己的行为辩护。由于电信诈骗手段的多样性、复杂性，技术服务的高科技性，以及信息资源的高度共享与传播便捷性，对技术服务提供者帮助行为的定罪量刑成为了司法实践中的难点，诸多的争议焦点也没有较为统一的裁判标准。那么，提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具罪、帮助信息网络犯罪活动罪作为电信诈骗中技术帮助行为正犯化的主要适用罪名，有哪些辩护点，又如何进行裁判，笔者以帮助行为的正犯化为解读视角试做一番探讨。

#### 四、电信诈骗中技术服务提供者的辩护要点——技术无罪并非万能之辩

作为新型犯罪，司法实践中电信诈骗中技术服务提供者行为定性存在争议，一方面鉴于网络技术的陌生与专业，不论是公检法承办人还是辩护人，都存在知识短板。另一方面，公检法等司法机关从业人员缺乏办理新型犯罪案件的技能与经验，无法在证据认定上作出合理说明与解释。在处理这类案件时司法从业人员普遍缺乏统一认知，也无统一的法律适用标准，辩护人也通常仅以“技术无罪”作为万能辩点，但该思路已被快播案所验证并非“铁卷丹书”。笔者结合近年来办理的多起技术服务提供者案件，梳理了一些思路供大家参考。



#### （一）从技术帮助行为的类型辩护

电信诈骗中的技术帮助行为按照技术性质可以分为如下两类：法禁技术、通用技术。这种分类方法主要基于技术本身可能被非法利用的可能性进行划分，这样便于对技术帮助行为的刑罚该当性进行探讨。

1、法禁技术，如电信诈骗中的撞库、改号软件，具有获取、修改他人账号密码的功能，通常被认定为属于两高《关于办理危害计算机信息系统安全刑事案件应用法律若干问题的解释》法释[2011]19号第二条规定的“专门用于侵入、非法控制计算机信息系统的程序、工具”。这类技术就好比毒品、枪支、淫秽物品应被国家禁止或者限制在市场上流通。对于这类技术服务的提供者若达到追溯标准即可认定为提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具罪。

2、通用合法技术（也称“中立性技术”），如图文识别技术、通讯技术、网络存储技术等，这类技术的本身不具有危害性，国家也未对其有禁止或者限制在市场上流通的规定。

对于通用合法技术的提供者，由于这类技术应用广泛，通常技术提供者不具有法定的审查义务，违法性认知较低，这也是以“技术中立”、“技术无罪”作为辩护理由出现最多的类型。在对这类技术帮助行为进行刑罚考量时，应结合其主观认知和对法益所造成危害的迫切性来考量。

第一，若技术服务提供者对于技术服务的接受者实施诈骗等犯罪行为不知情，自然不构成犯罪。

第二，若技术服务提供者对技术服务的接受者实施诈骗行为有或然性的认识，则应考虑技术服务对诈骗罪所保护的法益是否造成了迫切的危险性，若是，则可认定为帮助信息网络犯罪活动罪；反之，则不应认定为犯罪。如卖菜刀者，在案发的数月前，一人找其买刀，告知系因与邻居吵架意图报复，在此种情况下，卖刀者将菜刀卖给他，对于购买者的真实意图没有确定的认知，卖刀行为对于他人的生命安全并不会形成紧迫的危险性，该卖刀行为不应认定为犯罪；若是在店前吵架的一方突然冲入店内要求购买菜刀，则该菜刀被用于犯罪的可能性极大，买刀的后果可能或者应当被预知，

若其仍将菜刀卖给吵架的一方，并最终造成了人员伤亡的后果，则卖刀者应受到刑罚责罚<sup>7</sup>。

（二）从主观认知辩护

我国刑法对于提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具、帮助信息网络犯罪活动罪的罪状描述中均有“明知”的要求，因而对技术服务提供者主观认知的辩护显得尤为重要。主观认知进行推定时的核心标准在于：外部行为的明显犯罪性与帮助行为的相当关联性。<sup>8</sup>

1、明知的内容。本文讨论的两罪均为帮助行为的正犯化，故在主观方面并不要求技术服务提供者具有与诈骗实行行为人同样的犯罪故意，但必须达到明知他人正在利用或者很可能利用自己的技术服务提供实施诈骗或者其他与计算机信息网络相关的犯罪行为。

2、明知的认定。上文将电信诈骗中的技术帮助行为分为两类，在对技术服务提供者的明知进行认定时也有不同的认定标准。

第一，法禁技术。例如盗号、改密这类技术本身就是专门用于侵入、非法控制计算机信息系统的程序、工具，故推定该类技术的提供者具有帮助他人实施侵入、非法控制计算机信息系系统的故意。

第二，通用合法技术。如果技术服务提供者在出售技术或者提供服务的过程中严格遵守了规制行业秩序的前置性法律规范，则说明该行为属于合法行为，不存在成立帮助行为正犯化的条件；若该类技术并无法定的前置性法律规范的约束，该类技术通用、合法的特性决定了技术服务提供者对于技术被用于违法犯罪的认知可能性较小，技术的广泛应用性，也使得服务提供者不具备进行违法性审查的可行性。另外该类技术的可替代性强，只有在特定时空条件下才会形成对法益侵害的危险性。

对于图文验证码识别技术，有人认为虽然技术为OCR技术，但其识别的对象为验证码，从而推定技术服务提供者主观上有帮助他人实施犯罪的故意。笔者认为，图文验证码是否属于计算机设定的安全程序，可结合2017年6月1日起实施的《中华人民共和国网络安全法》第二十三条的规定<sup>[1]</sup>，同时国家互联网信息办公室会同工业和信息化部、公安部、国家认证认可监督管理委员会等部门制定了《网络关键设备和网络安全专用产品目录（第一批）》，该产品目录中并不包括验证码。另外，更不可单纯地以图文验证码识别技术使得批量操作具有可能性，在没有任何法律依据的情况下认定图文验证码识别的非法性。

（三）从程序、工具的鉴定辩护

1、鉴定机构的资质。

最高人民法院、最高人民检察院《关于办理危害计算机信息系统安全刑事案件应用法律若干问题的解释》法释[2011]19号第十条规定：“专门用于侵入、非法控制计算机信息系统的程序、工具”“计算机病毒等破坏性程序”难以确定的，应当委托省级以上负责计算机信息系统安全保护管理工作的部门检验。该条中所指的鉴定部门可参考《计算机信息系统安全保护条例》第六条的规定：“公安部主管全国计算机信息系统安全保护工作。国家安全部、国家保密局和国务院其他有关部门，在国务院规定的职责范围内做好计算机信息系统安全保护的有关工作”。司法实践中，这类案件的鉴定往往不一定是由省级以上的资质部门做出，辩护人可以从鉴定机构的合法性方面进行辩护。

2、鉴定意见的结论

电信诈骗中对相关程序、工具的鉴定意见，是据以定罪量刑的重要依据，鉴定意见的结论是否明确指明涉案的程序、工具属于法释[2011]19号第十条中所规定的专门用于侵入、非法控制计算机

信息系统的程序、工具。如电信诈骗中用于识别图文验证码的软件，若鉴定意见只是表述为涉案软件具有图文转换（即OCR技术）的功能，那么该软件应只是上文论述的“通用合法技术”，对于技术服务提供者行为的定性应结合其主观认知和其行为对法益遭受侵害所造成的迫切危险性来认定。

五、结语

（德）拉伦茨曾说：“法律解释者都希望在法律中寻获其时代问题的答案”。电信诈骗作为互联网时代新型犯罪模式，其中技术服务提供者的刑法规制，传统共犯理论已无法对其行为的刑事可责性做出完整的解释，笔者站在专业刑辩律师的角度，以帮助行为的正犯化为视角，以疑问为导向，探求认定标准，思索辩护要点，以期抛砖引玉，不当之处，欢迎指正。

参考文献

[1] 许家汉：《共犯中止问题研究》，华侨大学硕士论文，2014年度。  
[2] 张伟：“帮助犯概念与范畴的现代展开”，载《现代法学》2012年第4期。  
[3] 高明暄、马克昌主编《刑法学》，北京大学出版社、高等教育出版社2012年版，第165页。  
[4] 张伟：《中立帮助行为探微》，载《中国刑事法杂志》2010年第5期。  
[5] 王小波：《正犯与共犯的关系》，广西师范大学硕士论文，2015年度。  
[6] 黎宏：《论中立的诈骗行为之定性》，在《法律科学》（西北政法学报）2012年第6期。  
[7] 陈洪兵：《中立行为的帮助》，法律出版社2010年版，第180页。  
[8] 刘宪权：《论信息技术滥用行为的刑事责任》，载《政法论坛》2015年第6期。

[1]《中华人民共和国网络安全法》第二十三条：网络关键设备和网络安全专用产品应当按照相关国家标准的强制性要求，由具备资格的机构安全认证合格或者安全检测符合要求后，方可销售或者提供。国家网信部门会同国务院有关部门制定、公布网络关键设备和网络安全专用产品目录，并推动安全认证和安全检测结果互认，避免重复认证、检测。

## 禁止重复评价原则在刑事辩护实务中的适用探析

### ——以交通肇事罪禁止重复评价原则为例

浙江天讼律师事务所 朱 艇 金君瑶

浙江咏墨律师事务所 张莹莹 周海灵

【内容提要】禁止重复评价原则是现代刑事司法的重要理念之一，但我国目前没有对禁止重复评价原则作出明文规定，导致司法实践中对禁止重复评价原则理解不同，经常出现同案不同判的情况，不仅造成了司法混乱，也不利于司法公正，最终影响司法公信力。本文以交通肇事罪为视角，以 2016 年度台州地区交通肇事案件为分析样本，结合裁判要旨中采纳禁止重复评价原则的部分典型判例，对当前我国司法实践中交通肇事案件禁止重复评价原则适用的现状进行分析，在此基础上进一步对禁止重复评价原则的对象、时间和适用范围等方面展开探讨，以期在一定程度上解决司法实践中对于禁止重复评价原则的适用瓶颈。

【关键词】禁止重复评价原则 交通肇事 对象 时间 范围

#### 一、问题的提出

案例一：吴某酒后驾驶小型轿车与前方奚某驾驶的二轮电动车发生碰撞，造成奚某重伤。案发后，吴某让其女友王某顶替，交警部门认定吴某承担事故主要责任。某县人民法院认为，吴某酒后驾驶机动车发生重大交通事故后逃逸，致一人重伤，且负事故主要责任，其行为已构成交通肇事罪，判处吴某有期徒刑三年。

案例二：晋某酒后驾驶小型客车与罗某驾驶的无号牌二轮电动车发生碰撞，造成罗某重伤。事故发生后，晋某叫其姐夫赵某顶替，交警部门认定晋某承担事故主要责任。某县人民法院认为，晋某酒后驾驶机动车发生重大交通事故，致一人重伤，因肇事后逃逸承担事故主要责任，交警部门在认定晋某承担事故主要责任时已对其“逃逸情节”作了评价，不应再将“逃逸情节”作为加重的量刑情节重复评价，判处晋某拘役六个月，缓刑一年。

案例三：被告人何某醉酒后驾车与被害人罗某发生碰撞后逃逸，经鉴定，被害人罗某损伤程度为重伤二级。另查明，何某醉酒后驾驶机动车在道路上行驶，是导致此事故发生的直接原因，即使排除何某的“逃逸情节”，何某也应承担此事故的主要以上责任，交警部门认定何某承担事故全部责任。法院审理认为，被告人何某醉酒后驾驶机动车的情节已作为其承担事故主要以上责任的原因进行评价，故不再作为“酒后、吸食毒品后驾驶机动车辆的”情形进行重复评价，“逃逸情节”只能作为交通肇事罪的定罪情节而非加重情节。

案例四：被告人蒋某醉酒后驾车与被害人郑某发生碰撞后逃离现场，经鉴定，被害人郑某损伤

程度为重伤一级。另查明，被告人蒋某醉酒后驾驶机动车是导致此事故发生的直接原因，即使排除“逃逸情节”，也应承担此事故的主要责任。法院审理认为，被告人蒋某的“醉驾情节”虽在交通事故认定时已经评价了一次，但属于行政法上的评价，不影响在刑法的定罪阶段再评价一次，因此被告人的行为构成交通肇事后逃逸。

从上述四个典型案例，我们可以发现对于同属“酒后、逃逸情节”的交通肇事案件，在目前司法实践中的处理结果却大相径庭。其中就涉及到在考虑交通肇事罪定罪情节时优先适用“酒后情节”还是“逃逸情节”，如果是优先适用“酒后情节”，则“逃逸情节”将作为加重情节，基准刑将在三年以上有期徒刑，如案例一；如果是优先适用“逃逸情节”，则“酒后情节”仅作为酌定的从重量刑情节，基准刑将是在三年以下有期徒刑，如案例二。

再如对于“酒后情节”已作为事故责任认定依据进行过一次行政评价后，能否再次进行刑法评价问题。有的司法机关认为应当禁止重复评价，如案例三；而有的司法机关认为行政法律评价和刑法评价分属不同的评价主体，两者是由不同的主体作出的性质不同的法律评价，相互并不矛盾，并不违反禁止重复评价原则，因此“酒后”或“逃逸”等情节虽在交通事故责任认定上已经评价了一次，但并不影响在刑法的定罪、量刑阶段再评价一次，如案例四。

事实上，上述四个案例之所以会出现迥然不同的判决结果，归根结底主要是由于刑事司法实务中对于禁止重复评价原则的理解存在争议，而这种现象在目前司法实践中普遍存在。

#### 二、台州地区交通肇事案件禁止重复评价原则的适用现状

除了上述四个案例，笔者还调取了至今已公布的 2016 年台州地区所有的交通肇事案件<sup>[1]</sup>，在统计的 186 个判例中，因为“酒后”、“无证”、“逃逸”等情节涉及到交通事故责任认定问题的就有 30 件。大多数法院认为，“酒后”、“无证”、“逃逸”等情节虽已作为交通事故责任认定依据，但仍可以作为定罪、量刑的情节。根据判决书载明的内容，其中就有两件即狄某甲因为“酒后”、“逃逸”以及林某因为“无证”、“逃逸”被认定为承担事故主要责任，但“逃逸”情节仍继续作为加重情节，均被判处三年以上有期徒刑，显然是违反了禁止重复评价原则。具体数据情况见下表：

交通肇事罪涉及重复评价（台州 2016 年判例）

| 违反交通法规类别 | 造成结果 | 数量 |
|----------|------|----|
| 酒后、逃逸    | 死亡   | 6  |
| 酒后、逃逸    | 重伤   | 1  |
| 无证、逃逸    | 死亡   | 11 |
| 无证、逃逸    | 重伤   | 5  |
| 无证、酒后    | 死亡   | 3  |
| 无证、酒后    | 重伤   | 2  |
| 无证、酒后、逃逸 | 死亡   | 1  |
| 无证、酒后、逃逸 | 重伤   | 1  |
| 总计       |      | 30 |

#### 三、当前禁止重复评价原则在交通肇事案件的适用现状及部分典型案例

##### 1. 适用频率低

笔者查询了无讼案例，其收集的交通肇事罪案例共计 297205 例，而其中判决书中出现关键词“重复评价”的仅为 620 例，占比为 0.2%。这其中有很大部分原因是由于案件本身不存在重复评价的事

实基础，但也有部分原因是由于司法机关未对案件中存在的“禁止重复评价”问题予以重视，而辩护人在辩护时也未提出针对性的辩护意见。

#### 2. 争议焦点集中

在涉及“禁止重复评价”的判例中，其中大多数判例主要针对的是“逃逸”情节，且主要集中在“逃逸”情节作为交通肇事罪的构罪要件进行过一次评价后不能再次在量刑阶段进行重复适用，极少数判例涉及了“逃逸”作为认定事故责任依据后不能在量刑阶段进行重复评价，如（2016）云 0425 刑初 62 号刑事判决书认为：“交警部门在认定被告人普某某承担事故主要责任时已对其逃逸行为作了评价，本案中承担事故主要责任系本案基本犯的重要构成要件之一，被告人普某某的逃逸行为已经作为定罪情节作出过评价，不应再将逃逸行为作为加重的量刑情节重复评价。”

#### 3. “酒后”等情节重复评价难认定

对于重伤型的交通肇事案件，根据最高人民法院《关于审理交通肇事刑事案件具体应用若干问题的解释》（下称《解释》）第二条第二款第（一）至（五）项规定，负事故全部或者主要责任，具有上述五种情形的构成交通肇事罪，在司法实务中又以“酒后”、“无证”情形较为常见。相较于“逃逸”情形而言，目前司法实务中对于上述五种情节如果已作为交通事故责任依据后再次在定罪阶段进行适用情形，认定属于重复评价较为罕见。

如“酒后”情节，笔者查询到的案件仅有（2015）佛顺法刑初字第 1944 号刑事判决书：“何某甲醉酒后驾驶机动车的情节已作为其承担事故主要以上责任的原因进行评价，故不再作为《解释》第二条第二款第（一）项“酒后、吸食毒品后驾驶机动车辆的”情形进行重复评价”。还有一例是笔者亲办的二审案件（2017）浙 10 刑终 89 号：“刑法罪刑相适应原则要求，在定罪量刑时不能对同一犯罪构成事实进行重复评价。原判认为行政法和刑法分属不同评价主体，即使交通事故责任认定评价了醉驾行为，定罪时可再次评价，该观点有违禁止重复评价原则”。

#### 4. 无罪辩护空间大

由于交通肇事罪成立的前提条件之一是需要承担事故责任，而交警部门在认定事故责任时往往会将“逃逸”等情节予以适用，基于禁止重复评价原则，“逃逸”等情节不能进行多次不利评价，因而对满足交通肇事罪的全部构罪要件提出了更高的要求。如（2015）阜刑二终字第 0015 号判决书：“交警部门的责任认定书认定李某负事故主要责任的理由是李某交通肇事后逃逸。该认定是依照行政法规的推定责任，而非刑法中因果的认定。交警部门是以李某逃逸而认定其负主要责任，不是负主要责任而逃逸，李某的行为不构成交通肇事罪”，据此维持了一审宣告李某无罪的判决。在审查起诉阶段，也有如台椒检公诉刑不诉【2015】61 号：“本案中逃逸行为已作为承担事故主要责任已予评价，不能再次将逃逸行为作为入罪的情形予以双重评价，故王某某的行为不构成交通肇事罪”，据此对王某某做出绝对不起诉决定。

通过上述分析可见，禁止重复评价原则的理解与适用已成为刑事司法实践中亟需破解的难题，但由于目前我国没有对禁止重复评价原则作出明文规定，由此产生了法律适用上的困惑。

#### 四、禁止重复评价原则的具体适用探析

禁止重复评价原则实质上是“一事不再理”、“禁止双重危险”等诉讼法原则在实体法上的延伸，是指任何人不得因同一犯罪行为受到两次或两次以上的刑事处罚，但禁止重复评价的适用对象、时间、范围究竟是什么？这些都是禁止重复评价原则亟需解决的问题。

##### （一）禁止重复评价的对象

对于该问题，学理上众说纷纭。陈兴良教授认为“禁止重复评价原则是指在定罪量刑时，禁止

对同一犯罪构成事实给予两次或两次以上的法律评价。”<sup>[2]</sup>周光权教授认为“禁止重复评价原则，应为禁止对同一量刑情节重复进行适用。”<sup>[3]</sup>还有的观点认为“禁止重复评价原则指的是禁止对与被告人刑事责任有关的要素作多次评价。”<sup>[4]</sup>而台湾著名法学家林山田教授认为：“禁止重复评价乃谓禁止对法条所构成之构成要件要素，在刑罚裁量中再度当做刑罚裁量事实，重加审酌，而作为加重或减轻刑罚之依据”。<sup>[5]</sup>

笔者认为，要界定禁止重复评价原则的对象，应从重复评价原则所体现的价值来进行考量。由于禁止重复评价原则从根本上来说是为了保障犯罪嫌疑人、被告人的合法权益，行为人所犯罪行为应与其承担的刑事责任相适应，不得重罪轻罚，亦不得轻罪重罚，即一方面要保障犯罪嫌疑人、被告人的基本人权，另一方面，要做到罪责刑相适应。基于此，有些学者就认为“禁止重复评价的对象应为与犯罪嫌疑人、被告人定罪量刑有关的一切行为或事实。”<sup>[6]</sup>对此观点，笔者也表示赞同。

##### （二）禁止重复评价的时间

陈兴良教授认为“作为刑法原则的禁止重复评价只能发生在同一诉讼之内，这是它与刑事诉讼法原则一事不再理的根本区别。”<sup>[7]</sup>在笔者代理的涉及重复评价问题的交通肇事案件中，公诉人曾当庭提出“行为人在两年内实施三次以上盗窃行为，虽然前两次盗窃行为已经进行过行政处罚，但仍可与第三次相加从而构成盗窃罪”的观点，试图推翻禁止重复评价原则，但该观点事实上是未能充分理解禁止重复评价的适用时间，禁止重复评价的适用时间应当是在同一诉讼过程中对定罪量刑有关的一切行为或事实进行二次或二次以上价值评价，而刑法并不排斥在不同诉讼中将已经受到刑罚处罚的事实（行为、情节）作为评价行为人身危险性的因素。

##### （三）禁止重复评价的范围

正如上文所阐述的，禁止重复评价的对象为与犯罪嫌疑人、被告人定罪量刑有关的一切行为或事实。笔者下面将结合上述几个交通肇事案件所反映的“酒后”、“逃逸”等情节已作为交警部门认定事故责任的依据，能否再作为定罪、量刑的情节进行探讨。具体来说，禁止重复评价的范围即禁止在定罪阶段对同一行为或事实进行重复评价；禁止在定罪、量刑阶段中对同一行为或事实进行重复评价；禁止在量刑阶段对同一行为或事实进行重复评价。

##### 1、禁止对同一行为或事实在定罪阶段重复评价

根据刑法第 133 条及《解释》，我们可以看出，交通肇事罪的认定，是以事故责任的认定作为基础的，事故责任的大小直接关系到被告人是否构罪的问题。

有些学者提出：“禁止重复评价原则的适用是有条件的，如果犯罪过程中嫌疑人实施了特定的犯罪行为或情节并因此导致了该类犯罪的抓获概率降低，那么，对于该特定的犯罪行为或情节进行重复评价，不仅保证了威慑充足性，而且还具备了经济合理性。”<sup>[8]</sup>主张在交通肇事罪的定罪和量刑阶段可以对“逃逸”情节进行重复评价的观点，恰恰遵循的就是这一逻辑，认为只有坚持对交通肇事后逃逸行为的重复评价和高压惩罚才能对逃逸行为保持足够的威慑效果。

对上述观点，笔者不敢苟同。《中华人民共和国道路交通安全法实施条例》第 92 条规定：“发生交通事故后当事人逃逸的，逃逸的当事人承担全部责任。但是，有证据证明对方当事人也有过错的，可以减轻责任。当事人故意破坏、伪造现场、毁灭证据的，承担全部责任。”之所以这样规定，其用意在于督促肇事者及时救助被害人，履行法定的基本义务，最大限度地保护被害人的利益，进而保持社会秩序的稳定性。这种责任推定，是因为肇事者逃逸而导致无法分清责任时而设定的，但

无法分清责任是因为肇事者逃逸所致，其有重大过错，将责任推定给逃逸者并无不当。因此在民事诉讼领域，被害人可直接根据交警部门作出的交通事故责任认定书上关于责任的认定，要求侵权人承担相应的民事赔偿责任。

但是在刑事领域，笔者认为交通肇事罪的认定，是以事故责任的认定作为基础的，事故责任的大小直接关系到被告人是否构罪的问题。“酒后”、“无证”、“逃逸”等情节如果已经作为事故认定的依据，即已作为定罪的要素予以评价了一次，则不能在定罪阶段再次适用，如案例二、三，否则就违反了禁止重复评价的原则。正如托马斯·阿奎那所言：“法律之所以为人所信仰，并不仅仅在于它的苛严与威仪，更在于它的慈悲心。过分严厉的刑罚对公平正义的遵守和破坏都表现出极端性。”

#### 2、禁止对同一行为或事实在定罪、量刑阶段重复评价

禁止对同一行为或事实在定罪、量刑阶段重复评价，是指对于已经作为认定被告人构成某项犯罪的行为或事实，不得在量刑中对该事实或行为予以重复评价，即已经作为构罪要素的情节，不得再作为量刑情节，这在司法实践中已经达成了部分共识。如浙江省高级人民法院《关于在审理交通肇事刑事案件中正确认定逃逸等问题的会议纪要》中明确规定：“肇事者根据《解释》第二条第二款第（六）项规定，因交通肇事后逃逸而构成犯罪的，由于“逃逸情节”已经成为构成犯罪的要件，不能重复评价为加重情节，故对肇事者应判处三年以下有期徒刑或者拘役的幅度内量刑。”

但略微遗憾的是，笔者也发现在我国刑法条文中对于同一行为或事实在定罪、量刑阶段存在重复评价的情形，如《刑法》385 条规定：“国家工作人员利用职位上的便利，索取他人财物的，是受贿罪”，而 386 条又规定：“索贿的从重处罚”，可见，对于同一“索贿”情节，刑法规定其即作为受贿罪的构罪要件，又作为从重处罚的量刑情节，显然存在重复评价情形。

对同一行为或事实在定罪、量刑阶段禁止重复评价，那么上述案例一、二所反映的司法实践中同案不同判的情形也就迎刃而解了。如果被告人同时具有“酒后、吸食毒品后”、“无证”等和“逃逸”两种情节的，根据禁止重复评价原则，不管交警部门是将“酒后”、“吸食毒品”、“无证”等情节作为事故认定的主要依据，将“逃逸”作为定罪情节；还是将“逃逸”作为事故认定的主要依据，将“酒后”、“吸食毒品”、“无证”等作为定罪情节，均应判处三年以下有期徒刑，不存在上述所称的三年以下或者三年以上有期徒刑同罪不同罚的问题。

#### 3、禁止对同一行为或事实在量刑阶段重复评价

根据罪刑均衡原则，对犯罪分子决定刑罚的时候，应当根据犯罪的事实、性质、情节和对社会的危害程度依法进行判处。禁止对同一行为或事实在量刑阶段重复评价，是指司法机关在量刑时，对某一行为或情节已作为量刑轻重予以考量，不得再次进行评价，对此在司法实践中没有太大争议。但笔者也注意我国对于毒品犯罪案件中的毒品累犯和再犯的规定，根据《全国部分法院审理毒品犯罪案件工作座谈会纪要》：“对同时构成累犯和毒品再犯的被告人，应当同时引用刑法关于累犯和毒品再犯的条款从重处罚”，对此，笔者认为，累犯和毒品再犯具有相同的价值属性，即对被告人的同一情节两次适用从重处罚的规定，显然违反了禁止重复评价的原则。

#### 五、结语

禁止重复评价是现代刑事司法重要理念，作为保护犯罪嫌疑人、被告人合法权益重要原则，成为刑事法上一种国际性的通行原则，在当代刑事立法和刑事司法中得到初步贯彻和体现。然而“由

于并未能将该原则上升到法律明文规定程度，只是司法实务界在刑罚裁量时常发生对此原则有意跃过不予衡量，甚至故意违背的现象，导致刑事裁判在实务操作中的不统一性。”<sup>[9]</sup> 此种现象的频繁发生不利于我国法治国家的建设和发展，违背了刑法学界和司法实务界对该原则的认同需求。基于此，笔者以交通肇事罪为视角，对我国目前禁止重复评价的具体适用进行探析，认为我国必须加强对禁止重复评价原则的相关立法工作，加快相关法律条文的修正工作，以符合我国刑法学的发展趋势。

#### 参考文献

[1] 所有的数据均来自中国裁判文书网。  
[2] 陈兴良：《禁止重复评价研究》，《法学论坛》，1993 年第 4 期。  
[3] 石金平、游涛：《刑法重复评价相关问题研究》，《中国刑事法杂志》，2010 年第 3 期。  
[4] 刘为军、郭泽强：《禁止重复评价原则研究》，《山东公安专科学校学报》，2003 年第 2 期。  
[5] 林山田：《刑法通论》，台湾三民书局 1984 版，第 431 页。  
[6] 熊亚文：《刑法上禁止重复评价原则之界定》，《黔南民族师范学院学报》，2014 年第 1 期。  
[7] 陈兴良：《禁止重复评价研究》，《法学论坛》1993 年第 4 期。  
[8] 陈友乐：《禁止重复评价原则研究》，华东政法大学 2011 硕士学位论文。  
[9] 杨圣坤：《交通肇事逃逸重复评价背后的经济学问题》，《黑龙江政法管理干部学院学报》，2014 年第 3 期。

## 在楼市热潮中静析约定解除权

浙江天赞律师事务所 徐 芳

【内容提要】近期在楼市动荡的热潮中，房产除了居住性功能之外，其投资性价值发挥着愈演愈烈的作用，在巨额利益的驱使下，使得全民皆房，同时也衍生出大量的商品房解除权纠纷案件。因我国解除权制度规定的过于原则且缺乏明确性，所以，已有的相关规定难以满足当前复杂的经济环境，出现了大量的同案不同判的司法现状。为此，笔者先从成文解除权制度开始分析，提出当下约定解除权行使的难点问题，通过众多典型案例，总结出现今判定约定解除权的新原则——明确性、失权性、一次性等。并且通过代理的实务案件，解析新原则的适用，以期对统一司法裁判有所裨益，避免法律沦为趋利工具，维护法治公平正义。

【关键词】商品房买卖合同纠纷 约定解除权 新原则

衢州楼市自 2015 年调控新政出台后，出现了明显的抑制效果，房屋单价整体控制在 5-6 千元以内，但随着 2016 年新楼盘的持续推出，楼市便开始持续升温，在 2016 年底出现单价过万的现象，尤其在 2017 年 4 月 18 日的土拍现场，已经拍出了成交楼面价超过 1.1 万元的价格，衢州房价破 2 万元将指日可待。有段子手在网上发出致衢州朋友的一首打油诗：昨日还能买西区，今朝只能买南区；本月还嫌西区贵，下月沈家也奔溃；今天西区不买房，明天七里去看房；今日全款变首付，明日首付变车库；出去旅游四五天，回来少个卫生间。据衢州房产超市网统计数据显示，4 月上半月（4.01-4.15）衢州市共备案各类商品房 1281 套（其中含安置工程项目——江畔人家备案 321 套），比 3 月上半月备案的 392 套增加了约 226.79%；备案面积 158969.71 m²，相比 3 月上半月备案面积增长了约 295.13%。<sup>[1]</sup>也正是在如此热烈的楼市潮中，房价的裂变不仅仅让衢城百姓、甚至是全省几乎是全国人民变得人人皆房，都十分关注如何合理置业、投资，确保财产的保值、增值。

可谓是“天下熙熙皆为利来，天下攘攘皆为利往”<sup>[2]</sup>，在如此高额的楼市利益诱惑之下，衍生出了大量的商品房买卖纠纷。买贵了要求解除合同，取回资金另行投资；卖低了也要求解除合同，取回房产另觅高价。因此，全国出现了大量的关于合同解除权的案件，但因现有法律对解除权这一民法领域内基础性权利规定的过于原则，导致案件出现了大量的同案不同判的现象，对于裁判解除多年来一直存在不同的声音<sup>[3]</sup>。因此，如何在现今楼市热潮中，合理维护好各方当事人的合法权益，避免法律沦为“趋利”工具，彰显法之价值，值得每个法律人深思和研究。

### 一、实务案情<sup>[4]</sup>

[1]《4 月上半月衢州市区楼市备案狂飙至 1281 套》来自衢州房产超市网，<http://qz.fccs.com/news/201704/5129075.shtml>，2017 年 4 月 19 日

[2] 司马迁，《史记》第一百二十九章，《货殖列传》

[3] 邢利利，《合同解除之实务问题研究》，吉林大学硕士学位论文，2015 年 11 月

[4]（2016）浙 0824 民初 1554 号案件、（2017）浙 08 民终 177 号案件

2014 年 1 月 6 日，原、被告签订《浙江省商品房买卖合同》一份，约定被告负有在 2014 年 9 月 30 日前将符合下列条件的房屋交付给原告：1、建设工程经竣工验收合格，并取得建设工程竣工验收备案证明或验收会议纪要；2、取得法律、行政法规规定应当由规划、公安消防、环保等部门出具的认可文件或批准使用文件；3、用水、用电、用气、道路、排污等，具备商品房正常使用的基本条件。原告一直关注房产的进展，并且提前与设计公司、施工单位签订了相关合同，拟对整个房产进行设计和装修施工。被告于 2014 年 12 月 26 日通知原告收房，原告发现该小区内具有渗水现象，因此，与其他业主一起与被告进行协商，沟通维修事宜，之后，原告还发现该 800 多万的独栋别墅有价无市，不具有投资价格，而且因为家人工作变动的缘故，需要迁居它地，为此，原告以 600 余万的价格对外出售，但至今仍无人问津。为此，原告委托律师提出解除合同，并且经原告律师调查，发现当地住建部门关于商品房竣工备案的顺序要求与上位法的规定正好颠倒，因此，原告通过两次行政诉讼，撤销了涉案房产按照当地住建部门要求进行的竣工备案表，并于 2015 年 8 月 13 日向被告以律师函的形式提出解除合同。之后，原告又以交付的房产《房屋建筑工程竣工验收备案表》被撤销视为自始未取得以及逾期取得《浙江省建设工程竣工规划核实确认书》、房屋存在质量问题三大原因，即被告交付的房屋不符合法律规定及合同约定为由，向法院提出诉讼要求行使约定解除权、解除双方之间的合同关系并主张包括购房款及其利息损失、律师费、设计费等在内的壹仟余万元的损失赔偿。

一审法院判令双方之间的合同关系于 2015 年 8 月 13 日解除，在判决生效之日起十五日内返还 818 万的购房款并按照银行同期贷款基准利率支付利息；驳回原告的其他诉讼请求。

被告不服一审判决，提起上诉。被上诉人（原告）未及时行使解除权并以其实际行为放弃了该解除权，上诉人认为被上诉人（原告）不享有合同约定内容的解除权，因此，双方之间的合同关系未因被上诉人（原告）函告解除。

由此可见，本案根本的焦点问题就在于约定解除权上，究竟原告在什么情形下享有约定解除权，原告是否正确行使了约定解除权，约定解除权属于恒有性权利还是时效性权利，解除权是否可以默示放弃以及放弃解除权的法律后果等都与本案密切相关。

### 二、我国解除制度

我国关于解除权的相关规定并没有集中出现在法律规定中，反而是以散落的方式罗列于相关的法律、司法解释之中。根据整理出来的、与本案相关的法律、司法解释，我们不难看出，我国最早关于解除权的规定出自《中华人民共和国民事诉讼法通则》第 115 条，但有约必履、解除权不得擅用的基本原则却确立于《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）第 8 条，约定解除权以及法定解除权的情形在《合同法》93、94 条中规定，至于解除权该如何行使仅在《合同法》96 条中有原则性的体现，借助两大司法解释《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》（以下简称《合同法解释二》）第 24 条以及《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第 15 条，规定了异议期，明确对解除权的异议必须在异议期内提出，否则将无法得到法院的支持。此外，作为约定解除权以及法定解除权的例外，在《合同法解释二》第 26 条中，规定了情势变更解除权。解除权行使之后的法律后果，则简单地规定在了《合同法》第 97 条中。

由此可见，我国的解除制度主要以《合同法》29 个相关条文为主要内容，以第 8 条合同严守、当事人不得随意解除为基本原则，确立了以 93 条、94 条为中心，建立了我国合同解除体系。<sup>[5]</sup>但同时我们也不难发现，对于在合同法占据极其重要地位的合同解除制度，在我国却规定的过于潦草，原则，缺乏操作性、全面性，难成体系，弹性空间巨大，不同的司法者确实可以做出完全不同的理解和判决，也根本无法解决前述实务案件中的相关难题。

[5] 陈坚，《合同司法解除研究》，湖南大学博士学位论文，2012 年 4 月

因此，有必要结合当前楼市热潮对解除权制度进行进一步的研究，就其行使方式、法律后果等问题依据相关的法律原则、规定进行新的论证，重新解读约定解除权，以期统一裁判思路。

### 三、约定解除权适用新解

#### （一）明确性原则

所谓约定解除权，是指当事人双方在合同中约定，在合同成立以后，没有履行或没有完全履行之前，由当事人一方在某种解除合同的条件成就时享有解除权，并可以通过行使合同解除权，使合同关系消灭。我国《合同法》第 93 条第 2 款规定，“当事人可以约定一方解除合同的条件，解除合同的条件成就时，解除权人可以解除合同”。由此可见，约定解除权的合同是确认解除权，其本身并不导致合同的解除，只能在当事人实际行使解除权后方可导致合同的解除。此外，约定解除权行使的前提不仅仅在于合同中有约定了解除条件，而且若要发生解除的效果还要必须完全按照约定的解除条件来行使，也就是说，不能说合同中约定了一方在一定条件下享有解除权，就代表一方有权任意地解除合同，一方在行使解除权时必须明确符合约定的解除条件以及情形。

正如株洲沃德房地产开发有限公司与株洲尚格香溢房地产开发有限公司、湖南尚格置业有限公司合资、合作开发房地产合同纠纷申请再审民事裁定书（2014）民申字第 914 号《中华人民共和国最高人民法院民事裁定书》本院认为部分认定，根据上述协议条款的约定，适用违约责任条款的条件是“未按期、按比例投入所需资金，如时间超过 30 日， . . . 有权解除合同”；沃德公司主张香溢公司违约主要是指未及时制定成本概算报沃德公司确认，行政违法行为损害了沃德公司的合同利益、擅自抵押合作用地等行为，其主张的这些违约行为均非上述违约责任约定的违约情形，因此，二审判决对该请求不予支付，理据充分。<sup>[6]</sup>由此可见，不论是约定解除权的行使还是违约责任的承担，必须严格明确对应约定的情形，若请求行使解除权的情形并非系合同中明确约定的解除情形的，那么即便对方的行为构成了违约，那么一方也无权以行使约定解除权为由来解除合同。

#### （二）失权性原则

法律不保护躺在权利上睡觉的人，若一方当事人怠于行使约定解除权，会使双方之间的契约关系长期处于不确定的状态，导致当事人无所适从，究竟应当是继续履行还是终止合同，因此，法律也明确了当事人应当在一定期限内行使约定解除权。若在该除斥期间内不行使解除权，则将导致失权的法律后果。但本文此处的失权性原则，并不是因行使期间的消极渡过而失权，却是特指在当事人享有解除权时，因做出了继续履行合同的的行为而抛弃该解除权所导致的失权。

民事私权的抛弃包括明示抛弃与默示抛弃。私权的明示抛弃是指权利人通过口头或书面形式，直接或间接明确告知义务人放弃行使权利。私权的默示抛弃又称私权的推定抛弃，是指权利人虽不为口头或书面通知，但通过行为体现了抛弃权利的意思表示，亦有学者称其为“相反行为”导致的权利抛弃。<sup>[7]</sup>

在商品房买卖合同纠纷中，最为典型的便是买受人逾期付款导致房开公司享有约定解除权，但逾期付款之后解除权人不仅接收了款项还出具了收据，那么能否认定房开公司以其继续履行合同的的行为默示抛弃权利，并且导致该约定解除权至此消灭。就该问题，司法实践中争议并不大，基本倾向于肯定态度。认为在合同中，当事人约定房开对付款人逾期付款的行为享有解除权，但逾期之后又出具了收据，应认定此行为不仅是对付款的确定，同时表明解除权人愿意继续履行合同，以默示的方式放弃了解除权。<sup>[8]</sup>也就是说结合房开公司在享有约定解除权时，以其收款等行为可以判断出房

[6]（2014）民申字第 914 号《中华人民共和国最高人民法院民事裁定书》第三页

[7] 孙鹤,《论合同约定解除权的默示抛弃----- 从关品三诉山东亿达环保技术工程有限公司说起》,法学论丛,2008 年 2 月,第 99 页

[8]《盛泰公司以延期支付部分尾款为由诉李大伟商品房买卖合同纠纷案》，引自北大法宝 CLI.C.4247353

开公司具有放弃行使解除权的真实意图以及表明此意图的外在行为，是解除权人对合同权利的自愿放弃，并且没有再行主张合同权利的意图，该弃权行为直接产生相关权利消灭的法律后果 --- 失权。

#### （三）一次性原则

合同中约定了在何种情形下，一方依约享有约定解除权，若在合同的履行过程中，对方出现多次同种违约情形，那么另一方是否因此就享有同样多次的约定解除权呢？关于这个问题，之前在司法实务界一直存在争议，一种观点认为，应当以当事人意思自治为原则，只要合同没有约定同种违约行为，对方仅享有一次解除权的，那么当事人有权就每次出现的同一违约行为向对方主张解除权。但也有观点认为，应当以保障合同稳定性为原则，既然当事人在第一次出现违约情形时，放弃了向对方主张合同解除权，只要合同中没有强调约定在如此情形下，当事人可反复享有解除权的，那么则视为当事人仅享有一次行使解除权的权利。

在众多的商品房买卖合同纠纷中，以刊登于人民法院报上的重庆一中院所判决的鼎金公司诉何雪商品房预售合同纠纷一案为最新主流观点。该案件中何雪与鼎金公司签订了商品房买卖合同，约定了何雪须分三次支付相应的购房款，若逾期超过 30 的，则鼎金公司有权解除合同。合同签订后，何雪仅按约向鼎金公司支付了第一期的房款，而第二期的房款逾期支付超过了 90 天，但鼎金公司接收了该笔款项并出具收据，当何雪向鼎金公司再次逾期 30 天后支付最后三百余万元尾款时，鼎金公司则将该款项如数退回，并向法院起诉主张合同解除权。渝北区人民法院经审理认为，何雪确实出现两次逾期支付超过 30 天的事实，虽然鼎金公司第一次接收了该款项，抛弃了解除权，但第二次的拒收行为也依约产生了解除合同的权利，因此，判令支持原告的诉请。何雪不服提起上诉，重庆一中院认为就本案而言，鼎金公司与何雪之间系因涉案房屋的买卖关系而建立联系，房价的涨跌、房款能否按期支付、房屋能否依约交付、产权能否如期转移过户对双方而言具有重大利益关系。正如新解第二大失权性原则所述，从鼎金公司在何雪逾期付款时接收房款并出具收据的先前行为，进而得出鼎金公司对约定解除权已自愿放弃的这一结论，因此，支持何雪的上诉请求。此外，该案例的编写法官认为，从法律效果层面上看，鼎金公司在约定解除权消灭后再以相同理由主张享有新的约定解除权缺乏法律依据，法院不应支持；从社会相关层面上看，本案的判决结果既能实现买卖合同双方当事人的交易目的，又有利于维护正常、稳定的房地产市场交易秩序，推荐社会经济的繁荣发展，亦能为广大民众所接受。<sup>[9]</sup>

通过该判决我们可以清楚的知晓约定解除权乃一次性权利，即便在合同履行过程中一方当事人再次出现违约行为，基于守约方之前所作出的继续履行合同的的选择以及出于维护市场交易稳定性的考虑，司法实务界认为此时守约方已经丧失了再次解除合同的权利。

#### （四）其他参考原则

##### 1、诚实信用原则

《合同法》第六条规定“当事人行使权利，履行义务应当遵循诚信原则” 应当根据诚实信用原则作为民事活动的基本原则，合同的解除也应当根据诚实信用原则进行。关于诚信原则的理解可以从两个方面来分析，其一，若合同当事人获得约定解除权的前提是约定的解除条件是否成就，如果合同解除条件的成就是合同当事人恶意促成的，合同解除的效果并不发生，《合同法》第 45 条规定：“当事人对合同的效力可以约定附条件，附生效条件的合同，自条件成就时生效；附解除条件的合同，自条件成就时失效；当事人为自己的利益不正当地阻止条件成就的，视为条件已成就；不正当地促成条件成就的，视为条件不成就。”由此可见，对条件“成就”与否的判定不应当简单的看待结果，

[9] 陈娅梅、顾鲁晓,《约定解除权的消灭及其法律后果----- 重庆一中院判决鼎金公司诉何雪商品房预售合同纠纷案》，人民法院报,2014 年 11 月 20 日,第 006 版

还应当分析这种“成就”是属于自然“成就”，还是人为恶意促成，若属于后者，则违背了诚信原则。<sup>[10]</sup>其二，解除权人在享有解除权时，应当秉持诚实信用原则，应当“从一而终”。何为“从一而终”？在现今的司法实践中，之所以会出现如此之多的解除权纠纷案件，究其缘由，如前所述，皆因利起。面对现如今巨额的楼市利润，很多人往往会改变初衷，以解除权为套利工具，根据不同的时机去选择行使或放弃。因此，对于如此的解除权人，应当按照民法最基本的诚信原则，来限制其行使解除权，以维护法律最基本的正义以及社会价值。

#### 2、必要性原则

在司法实践中，解除权的行使或放弃还应当适当考虑当事人达成合同的初衷目的以及是否会导致社会利益的明显失衡，来确定是否具有解除的必要性。

双方当事人订立合同之初的目的在于获得双方均取得预期的合同利益，结合商品房买卖合同的特征，出卖人就是为了获取售房款，而买受人正是为了获得心仪的房产，而解除权的行使往往应当发生于合同在履行过程中出现了特殊情况导致与订立合同时的初衷背道而驰的情形中，而且这些特殊情况往往直接导致了双方签订合同的目的无法现实。也就是说若房产的出卖人因此而无法取得房款，或者买受人因此而无法取得房产的情形下，才有必要考虑解除权的司法适用，若仅仅是房款小部分不足或房产存在瑕疵问题的，均无必要确认当事人解除合同的效果。

此外，若一旦合同解除会给社会或双方当事人带到明显失衡的后果，那么在司法实践中也应当慎重考量解除权行使的必要性。合同的稳定性是社会交易秩序的基础，生效合同或在履行过程的合同一经解除，会对社会交易造成巨大的破坏，并且还会面临着众多的社会以及法律后果。因此，在司法实践中也应当考虑社会以及法律后果，确定解除的必要性。

#### 四、实务分析

结合本文总结出的约定解除权适用新原则，剖析前述实务案例，可完全解决案件中的各个难点问题。

（一）原告的起诉理由并不享有约定解除权，错误混淆了合同中约定解除权的违约条款，因此，原告违反了确定性原则，而不应当享有约定解除权。

1、依据双方签订的《浙江省商品房买卖合同》的约定，原告所诉请的各项理由均不享有约定解除权，原告关于解除合同的诉请缺乏事实以及法律依据。

结合原告在起诉状中的陈述，其主张解除双方之间的合同关系的理由系因被告交付的房产不符合合同的约定以及法律的规定，具体体现在以下三个方面。其一，原告认为被告在交付房产时未取得规划核实确认书；其二，原告认为涉案房产的竣工验收备案表被撤销应视被告自始未取得；其三，原告认为被告交付的房产存在漏水的质量问题。但结合双方签订的《浙江省商品房买卖合同》的约定来看，假定原告所诉称的三大问题均客观存在，则第一、第二点涉及合同的第9条内容，即交付条件的约定，而该条款中并未约定在瑕疵交付情况下，原告享有解除合同的权利。此外，关于第三点质量问题的约定，依据合同第12条第4款的约定，漏水的质量问题并非系结构性质量问题，应当通过维修解决，也没有约定在出现漏水时原告享有解除合同的权利。由此可见，原告诉称解除合同的理由均缺乏合同依据，因此，原告所主张的事实与理由无法支持其关于解除合同的诉请。

2、原告错误混淆了合同第九条以及第十条交付瑕疵以及逾期交付的违约责任。

原告之所以主张被告交付的房产不符合交付条件来解除合同，就是错误混淆了合同第九条以及第十条的违约责任造成的。

合同第九条明确约定了交付的期限以及条件，而合同第十条约定的是逾期交房的违约责任，而

且我们需要注意的是第十条第一段中明确“除合同第九条规定的特殊情况以外，出卖人如未按本合同规定的期限将该商品房交付买受人使用”，由此可见，第十条仅仅涉及交付期限问题而未约定交付条件问题，因此，享有约定解除权的违约责任仅仅存在于逾期交付的情形下，而不出现于瑕疵交付的情况中。

假如原告所述，若被告交付的房产确实存在未取得规划确认书、竣工备案登记表等情形，那么，被告仅仅违反了合同第九条的关于交付条件的约定，而该条款中并未约定在不符合合同约定交付条件下，被告应当承担如何的违约责任，更未约定在此情况下，原告有权解除合同。但这并不意味着被告无需承担违约责任，原告可依据合同法第107条规定，当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任，由此可见，在此情况下，原告有权要求被告采取相关的补救措施、继续履行来依法取得确认书以及登记表，也可以要求被告承担因未取得相关证书而给原告造成的损失，但无权以此来解除合同，要求被告承担解约情形下的赔偿责任。

（二）合同中明确约定了行使解除权以及放弃解除权的内容，而原告以其默示的行为选择了继续履行合同，因此，依据失权性以及一次性原则，原告已经丧失了合同中的约定解除权。

1、本案中，合同在约定了解除条件的同时，也明确约定了解除权行使以及放弃的方式以及该两种选择所对应的处理方式，由此可见，应当按照双方当事人的约定来确认原告究竟是主张行使解除权还是放弃行使解除权。

依据《商品房买卖合同》第10条第1款第2项的约定，“出卖人未按本合同规定的期限将该商品房交付买受人使用，逾期超过90日后，买受人有权解除合同”，该内容可以证实，该合同明确约定了解除权的成就条件。但该内容并没有终结，而是在该内容后直接约定“买受人解除合同的，出卖人应当自买受人解除合同通知到达之日起并办理完成退房手续后30天内退还全部已付购房款，并按买受人累计已付购房款的1%向买受人支付违约金”，由此可见，这个内容就明确了权利人该如何去行使解除权并且在行使解除权后应当获得多少违约金。众所周知，权利属于民事私权与义务不同，享有权利并不代表权利人必须要行使权利，权利人完全可以放弃该权利，因此，该项条款不仅约定了前述内容，还约定了“买受人要求继续履行合同的，合同继续履行，自本合同第九条规定的最后交付期限的第二天起至实际交付之日止，出卖人按日向买受人支付已付房价款万分之一的违约金”。由此可见，我们不能割裂来看待合同中关于约定解除权的设定内容，合同中约定的解除权是随着权利人的实际行为而产生行使和放弃这两种截然不同、不可逆转的法律后果。并且从选择继续履行合同的约定来看，一旦权利人选择继续履行合同，则双方之间的合同就产生继续履行的法律效果，那么，解除权就自然丧失，由此可见，该合同约定了以继续履行合同作为放弃解除权的行使方式。

2、结合原告的实际行为，证实原告选择了继续履行合同，而放弃、丧失合同约定解除权。

（1）在合同解除条件成就后，原告以业主（利害关系人）的身份提起行政诉讼，确认双方之间的合同关系继续履行。依据原告向法院提交的行政诉讼一、二审的判决书，原告确认其为行政行为的直接利害关系人，由此可见，在交付逾期之后，原告仍选择继续履行合同来依法享有和行使业主的权利。

（2）在合同解除条件成就后，原告以业主的身份参与房产维修事宜并向被告提出要求。

从被告举证的2015年4月15日会议纪要上“东方广场业主一致要求”、“业主签名”等字样可以证实原告确认其为涉案房屋的业主，并也以该业主身份来参与会议、发函、要求被告解决房屋渗漏水的维修问题，由此可见，原告已经作出了继续履行合同的意思表示。

（3）原告按照合同关于继续履行合同的违约金支付标准向被告主张违约金的赔偿。

[10] 杜峰，《论买卖合同中约定解除权之限制》，法制与社会，2015年11月（中），第91页

如前所述，在合同解除条件成就后，原告有权选择继续履行合同、放弃行使解除权，并且在此情况下，还可以获得从最后交付期限的第二天起至实际交付之日止，每日已付房款万分之壹的违约金。结合被告举证的 2015 年 4 月 27 日致被告的函，证实原告明确向被告主张“自 2014 年 10 月 1 日至 2015 年 4 月 30 日”的违约金，而其中 2014 年 10 月 1 日恰好正是合同约定的最后交付期限的第二天，由此可以，原告的这一主张证实其已明确选择继续履行合同，而放弃行使合同解除权。

（4）在解除合同的条件成就后，原告仍与设计以及施工单位签订相关装修装饰合同，也可以证实原告明确不主张解除合同，而是选择继续履行合同。

从原告自己提供的房屋装修合同、设计合同、相关打款凭证可以证实，在原告收到被告发出的《入住通知书》，明知解除合同条件已经成就的情形下，还与装修单位签订装修合同并支付相应款项，其行为证实原告明确选择继续履合同行，放弃行使合同解除权的事实。

（三）根据其他参考性原则，法院不当支持原告的解除权。

1、原告在本案中主张解除合同的行为系违反诚实信用原则的行为，不仅破坏了交易的稳定性还进一步扩大了损失的发生，因此，不当得到支持。

诚实信用原则是民法的基本原则，简称诚信原则，要求人们在民事活动中应当诚实、守信用，正当行使权利和履行义务。如前所述，原告在本案合同解除条件成就时，放弃行使合同解除权而选择继续履行合同，向被告以业主的身份主张维修、违约金，以行政诉讼的形式去撤销被告的备案登记表，但却在原告履行了维修义务并且积极努力再次取得备案登记表的过程中，反而主张解除双方之间合同。这一行径就是典型的违反诚实信用原则的行为，若这一行为得到法院的支持，则民事交往过程中的交易行为将严重缺乏稳定性，当事人无法合理预见自己行为的法律后果，也将严重破坏了正常的交易秩序。

此外，依据被告举证的四份现场平面图，证实原告在涉案房产施工阶段就已向被告提出对房屋原电梯设计等进行变更、改造的方案，事实上被告也是按照原告的设计变更的要求对涉案房屋进行了变更施工，若通过走访涉案房产小区内的其他住户房产，可以发现涉案房屋明显与初始设计完全不同，因此，涉案房产当属原告特别定制的房屋。征对特别定制房屋的这一专属性标的物，原告更不当任意地解除双方之间的合同关系。

2、目前原告所诉称的三大解约事由均不存在，因此，本案中根本就没有必要解除合同。

即便诚如原告诉称被告于 2015 年 3 月 13 日取得了规划确认书，于 2016 年 7 月 5 日再次以复核的形式确认涉案房产通过各项竣工验收并予以备案；结合法院对涉案房产现场的走访，发现原告所诉称的漏水问题根本不存在。由此可见，原告所诉称的三大解约事由目前均已不存在，也就是说涉案房产完全符合合同以及法律的规定。众所周知，解除合同系对合同关系以及社会交易秩序的严重破坏，仅有在不得不解除合同的情形，才能慎用。因此，本案中根本没有必要也无需通过解除合同的途径进行救济。此外，本案还涉及当地房地产业验收、备案倒置的客观现状，应严防出现通过提起行政诉讼来实现解约目的大规模趋利滥诉现象。

综上所述，根据本文总结的解除权新解的基本原则，原告不仅错误行使而且也丧失了合同中的约定解除权，考虑到本案的社会效应以及失衡的解除后果，原告所主张的解除权不当得到支持。

## 房屋土地征收法律服务的更新与发展

### ——政府非诉法律服务的新视角解构

浙江金道律师事务所 何云笑 邵 鑫

【内容提要】随着城市化进程的加快、公民权利意识的觉醒以及因征收建设导致的矛盾纠纷频发的现状，政府作为征收主体在房屋土地征收工作中需要律师提供专业高效法律服务的需求急剧上升。但律师面对这样的机遇，似乎并没有做好应有的准备。本文拟从政府非诉法律服务的新视角，来解构、解读和分析房屋土地征收中法律服务的更新与发展，提出征收法律服务的四个新维度，并从深度专业化、服务精细化、运行模块化等新视角对已有服务项目进行总结与提炼，尝试探索征收乃至政府非诉法律服务的新蓝海和新愿景。

【关键词】房屋土地征收 政府法律服务 非诉 新蓝海

#### 一、引言

近年来，随着我国城乡建设与发展步伐不断加快，重大项目、重大产业、重大平台不断启动和实施。国家要发展，要全面建成小康社会，势必面临不动产等关键资源要素的重新规划、整合和布局。如今年杭州市就全面启动“城中村改造五年攻坚计划”，将对 200 余个村社进行大面积的建设改造，其主要实施方式就是进行征收或收购。除此之外，地铁建设、亚运会场馆建设、道路、河道、隧道等重要基础设施建设项目同时上马，城市的格局即将重新调整，大规模的房屋土地征收已经或者即将启动。

但需要认清的是，尽管经济发展的大环境为律师介入政府相关房屋土地征收工作提供了良好契机与大好的舞台，但广大律师面对这样的机遇，似乎并没有做好完全的准备。面对政府及其部门作为征收主体日益迫切的专业化、规范化的法律需求，律师在提供相关服务过程中仍未能摆脱“装点门面”的花瓶角色，没有能够从宏观角度全程参与相关征收工作，律师只在开会的时候列席，或在征收指挥部坐班。绝大多数情况下未能提供专业有效的法律解决方案，特别是在面对政府征收任务紧迫的情况下不能坚守法律的底线，未能提示相关法律风险，造成部分征收工作中有律师参与和没有律师参与并没有实质差异的窘境。这反过来又影响了政府对于律师的信任和依赖程度，也使得律师法律服务始终不能突破在低端徘徊的窘境，难以上升到预期的新高度。

正是这种困境，促成笔者对律师应当为政府相关征收工作提供什么样的法律服务以及律师应当怎么样为政府相关征收工作提供法律服务的深层次思考。

这种思考既是对原有律师为政府征收提供法律服务工作优缺点的总结和升华，也是对新形势下

政府征收工作对律师提供法律服务要求的归纳和提炼，更是对这两者不断来回穿梭反复比较的论证和鉴别。有理由相信，只要律师能提供更为专业、高效的法律服务，政府的需求还远远没有被开发出来，广阔的法律服务新市场将被进一步开拓。

## 二、背景与路径——房屋土地征收法律服务的现实需求

### （一）法律服务的背景

长期以来，由于制度、法规的不完善，加之具体操作中的诸多问题，使征收成为政民矛盾、公私争议激发的“聚集区”和诉讼纠纷的“突出部”。究其原因，主要包括：

#### 1. 制度体系的错综繁杂，适用法律规范的无所适从

在立法层面，房屋土地征收的国家级主干法律较少，且效力等级较低，地方各级立法又进度不一，规定内容不尽相同<sup>[1]</sup>。在体系层面，因为涉及土地性质的不同，适用法律规范又互不一致。在实务层面，不同征收对象所面临的补偿相差亦较大，征收主体的工作难度、工作要求又全然不同。

#### 2. 征收动因的多样，实施主体的多元

法律规定征收只能基于“公共利益”，但实践中，由于征收工作源于地方政府，因此就带来多种多样的实施目的<sup>[2]</sup>。如有的出于增加土地拓展城市发展空间的需要，有的出于完成土地出让增加财政税收的需要，有的出于整理原有资源提升基础设施的需要，有的出于改善形象而招商引资发展经济的需要等等。不同的动因，引发不同的行为方式，产生不同的结果，其中的法律问题亦各不相同。

此外，征收主体名义上都是市、县人民政府，但实践中却十分复杂，有的是政府下属的行政部门，有的是国有企业，有的是多部门组成的临时性指挥部，有的还会包含村、社等基层组织。诸多单位，其政治、法律地位不同，各自经济、社会利益不一，往往也会带来无形的矛盾和冲突。

#### 3. 利益诉求重大，均衡协调困难

不同的主体有着不同的诉求，在面临自身重大利益的重新调整、分配时尤为显著。房屋土地征收涉及大额财产的变化，不少人期待能够获得更大的利益，对于征收谈判有“力争到底”的动力。此时的征收主体不仅仅是面临完成一个项目任务，而更应注重法律适用的公平和区域内的统一平衡，稍有不慎，就有可能会产生大规模连锁反应甚至群体性事件<sup>[3]</sup>。

### （二）现实的法律服务需求

从根本上来说，房屋土地征收是利益再分配的过程，同时也是行政法律行为。而律师一方面可以在法治化的要求下，为该行为的执行进行评估、把控和风险防范；另一方面，律师也便于协调利益各方的不同诉求和化解由此引发的争议矛盾。因此，征收自然而然就有律师提供法律服务的现实需求。

当然，仅从满足风险防范和化解矛盾还是不够的，与其他政府法律服务一样，征收法律服务也有其相应的使命，律师亦应在多方法律主体之间形成有效张力，使相关行为均能在法律的框架内得到处理和解决，始终将问题纳入法治的轨道。概言之，无论争端是什么，两造为谁，均应一断于法。

因此，房屋土地征收有较大的现实法律服务需求，且伴随法治进程的逐步加快，这一趋势将愈发显现。

#### 1. 征收对象法律适用审查的需求

在我国，土地按性质分为国有和集体所有，由此带来征收过程中一系列的不同。在房屋土地征

收中，对于国有土地上的房屋征收和集体土地上的房屋征收就面临不同的处置问题：其一，因国有土地不涉及土地所有权的转换，而仅对地上建筑物或附属物（房屋为主）进行征收和补偿，适用的法律法规依据主要为《国有土地上房屋征收与补偿条例》（以下简称“《征收条例》”）；其二，集体土地则除房屋外，还要涉及土地所有权的变更，故主要适用的是《土地管理法》；其三，国有土地上房屋征收和集体土地上房屋和土地征收相应的主体不同，前者为市、县级人民政府，以作出征收决定的方式予以实施，后者则为国务院或省级人民政府批准，由市、县级人民政府予以实施；其四，两者补偿标准不同，国有土地上房屋征收补偿以原有面积为准，集体土地上房屋土地征收补偿则以原有面积加户口为参考标准，且实践中差异很大。

因此，必须要厘清征收的对象，究竟是对国有土地上还是对集体土地房屋进行征收，并进而根据不同的对象，审查适用不同的法律法规和政策，避免行为主体的不适格和超越了法律权限等不必要的法律风险。

#### 2. 征收目的合法性审查的需求

根据现行法律，都必须遵循“为了公共利益”而征收这一基本原则<sup>[4]</sup>，但实践中对于“公共利益”的不同理解<sup>[5]</sup>，已经成为一些征收项目的主要争议焦点，变成“公所公有理，婆说婆有理”的罗生门。

此时，由作为第三方的法律服务机构即专业律师来参与、帮助政府审查、澄清征收目的的合法性，通过释法说理，可以有效减少误解和冲突。

#### 3. 征收程序法律规制的需求

征收有一定的法律程序，如在旧城区改造项目中，多数被征收人不同意补偿方案的，还要召开相关听证会。在一些省市，还会规定不符合相应的比例的征收行为将会被视为无效（或终结）。在补偿环节，也有较多程序性约束，一旦违反相关程序，可能会被判为违法或撤销，最终导致征收的夭折，产生重大法律、政治风险。只有在事前高度注意、提前介入，才能规避日后的法律风险。律师能有效帮助征收主体进行程序法律合规性审查，进一步完善工作流程体制，打好“补丁”，杜绝、减少后续风险的产生。

#### 4. 征收实体利益公平处理的需求

征收会影响被征收人的切身利益。被征收人最关注的，莫过于补偿是否合理、到位，而征收主体所关注的，则是补偿是否公平、合理。因此对于相关利益的衡量、把控，以至最终利益分配（补偿）的合理化，就是双方共同的关注点。律师的参与，能够协调、敦促征收主体和被征收人双方按照同样一个尺度——市场标准，来确保利益的公平划分，这既是合法的，又是合理的。能有效化解不必要的争议和矛盾，也使征收行为始终置于法律的范畴内。

## 三、传统与创新——征收法律服务的四个新维度

结合已有相关征收工作中提供法律服务的实践，对照高端非诉法律服务标准化、可视化、规范化的总体去世和要求，笔者概括出征收法律服务要求的四个新维度：

### （一）维度一：促进政府征收行为规范化

十八大以来，随着中央关于依法治国和依法行政系列重要文件的出台，以及《行政诉讼法》等重要法律法规的修订和完善，对地方政府相关具体行政行为合法化、合理化甚至规范化提出了更高要求。

在政府内部对行政行为已经从原仅仅要求合法化、合理化升华到规范化的要求之后，律师无

[1] 韩露：《国有土地上房屋征收与补偿条例》之不足与完善，成都行政学院学报，2013(1):36—40。

[2] 罗丹：我国城市房屋征收与补偿法律问题研究，武汉工程大学，2012。

[3] 顾大松：论我国房屋征收的社会稳定风险评估机制的功能定位及其架构——一个风险规制的行政法学视角，江苏行政学院学报，2012(4):130—136。

[4] 房绍坤：论征收中“公共利益”界定的程序机制，法学家，2010（5）：45—52。

[5] 吴蔚波：我国房屋征收中“公共利益”的法律界定与程序规范，东南大学学报：哲学社会科学版，2016（6）:133—149。

论是作为政府的常年法律顾问还是征收指挥部的专项法律顾问，均可以发挥专业优势，提供更为有效的法律服务。

参与政府相关征收工作的律师应当树立全程服务的理念，为政府相关征收工作合法化、合理化和规范化保驾护航，从最开始的作出房屋征收决定到最后的申请强制执行，专业律师团队应该全程参与行政决策过程，参与征收补偿政策的确定和出台，对相关政策合法合规情况进行审查，出具专业化的法律意见。

（二）维度二：保障各产权人权益平等化

由于《征收条例》明确规定被征收人即为被征收房屋的所有权人，因此在征收工作中如何确认被征收房屋的合法所有权人就是关系到整个征收工作成败的关键所在。

根据《物权法》的相关规定，房屋等不动产采用登记公示制度，原则上来说相关不动产的权属应以不动产登记簿的登记为准。但在实际征收过程中，无论是国有土地还是集体土地上的征收，对于被征收房屋所有权人的确定都没有这么简单。具体来说，最常见的两种情况分别是未经登记建筑的认定，以及由于历史原因相关房屋权属确实不明。

就未登记建筑的认定问题，各地实际上都有具体操作细则，律师所能起到的作用较为有限。以杭州地区而言，根据《杭州市人民政府关于贯彻实施〈浙江省国有土地上房屋征收与补偿条例〉的若干意见》：“1983年12月10日前已建成的房屋可参照合法建筑补偿标准予以补偿，但在不属于本单位或个人用地范围内搭建的未登记建筑，仍应认定为违法建筑，不予补偿也不作为安置依据。”但实际操作过程中，规划部门未必保存有1983年版的航空拍摄图，因此相关征收部门实际上还要结合临近年份的航空拍摄图进行参考认定<sup>[6]</sup>。在此过程中，律师可以作为鉴证方或独立核查方，向相关规划部门调取查阅有关航空拍摄图，以明确未登记建筑是属于参照合法建筑补偿标准认定予以补偿，还是作为违章建筑不予补偿。

真正有难度也是可以发挥律师作用的是第二种情形。由于历史的原因，我国相关法律法规的建立健全主要是近三十年，而部分房屋实际上在此之前就已经存在。如某集体企业在上世纪七十年代建造了职工宿舍，后来该企业从集体所有制企业改制为股份合作制企业，最后又改制为有限公司，而在改制过程中上级主管单位在同意企业改制的批复文件中并未对房屋等不动产的处置情况予以明确，甚至在相关资产评估报告中也未予体现。此外，上级主管单位由于历史原因已不存在，该房屋本身实际上现在是由原集体所有制企业的职工在使用和管理。对于这种情况下房屋所有权的认定不仅关系到被征收人的确定，甚至还关系到国有资产保护的问题。因为根据相关集体企业改革改制的相关历史沿革，房屋、土地等不动产实际上大多上划给其上级主管单位，而集体企业的上级主管单位又主要是国有企业，甚至是人民政府及其部门本身，如果处理不当，极有可能造成国有资产流失的重大法律风险。

在这种情况下，律师应当通过各种途径调查核实相关房屋的所有权人，包括向规划、国土、房管、档案管理、发改、国资等部门进行调查取证，也包括向工商部门调取相关企业内档，向上级主管单位或其承继单位进行调查取证，向原有出具资产评估报告、审计报告甚至出具法律意见的中介机构进行访谈，然后根据相关情况做出综合分析，出具专业的法律意见，为征收部门或指挥部做出决策提供依据。

归根结底，在相关房屋征收工作中，对于各类产权人，无论是国有、集体还是私有性质的单位

或个人，律师均应该配合征收单位的工作，核查相关财产的归属情况，切实保障各产权人权益都可以获得有效保障。这也是律师通过提供法律服务为社会治理、法治建设作出贡献的有效途径和方式。

（三）维度三：推动纠纷解决方式非诉化

随着征收工作在全国如火如荼地展开，相关矛盾纠纷也不断激化和升级。通过裁判文书网、无讼阅读等相关搜索，无论是“征收”还是“拆迁”，均有上万的裁判案例，可以断定的是，真正由此引发的社会矛盾还远远大于这个数字，甚至在新闻中还时有非法强拆甚至自焚抗拆事件的发生。

可以认为，是否有律师参与政府相关征收工作，应当体现在社会矛盾能否以最理性、最温和的方式化解方面来衡量区别。律师既可以通过传统法律服务过程中的坐班值班等方式及时跟踪相关矛盾的产生，更可以参与补偿标准的制定，还可以通过前期制作相关普法宣传资料及公告、案例等方式进行法制宣传，已达到化解征收单位与被征收人之间的潜在敌对关系。

（四）维度四：实现征收工作流程标准化

在提供征收法律服务过程中，服务律师可以协助征收单位在项目最开始的阶段就制定工作流程，并明确在各流程中所需要出具的文书（包括但不限于告知书、承诺函、公告等）或协议，以及具体的要求及规范，实现征收工作流程标准化。

在现有征收过程中，甚至曾发现相关征收单位在全部空白协议中盖章，最终签署仅由部分工作组的工作人员参与的情况。而如果实现征收工作流程标准化，则可以完全避免这种情况的发生。

对于服务律师团队而言，流程标准化对律师服务工作提出了更高要求，传统作坊式的单打独斗根本难以适应这样的法律需求，它意味着服务律师工作的专业分工和团队协作，甚至要求服务律师团队采用项目管理的理念和方式提供服务。

在项目启动阶段，需要律师深入了解征收工作的具体背景，明确征收单位与律师对接的具体负责人员和经办人员，确定是否需要提交法律服务意见书、法律方案报价等文件，并明确征收单位对于律师工作的具体范围和要求。

在项目执行阶段，主办律师应当根据征收单位的具体需求，明确团队服务律师的角色、定位和权限，安排各项任务时，应当同时交代项目背景和任务的性质，给予明确的工作思路交底，给予必要的指导，提醒可利用的资源，明确时间、质量、格式等方面的要求。还应该特别注重过程监控及变更控制。

在项目收尾阶段，服务律师应当就全阶段征收工作中律师参与的全部环节进行总结和归纳，并提交相关工作成果。在项目服务过程中，应收集客户项目审批、重要文件、重要事项或节点的报道、图片等客户端有保存价值的资料，在项目归档时与业务文件一并提交客户并归档保存。

#### 四、总结与展望——房屋土地征收法律服务的新蓝海

（一）征收法律服务的经验性总结

1. 深度专业化，构建“大客户服务”的理念

专业化是客户对不断细化法律需求所提出的必然要求，律师行业内日益高涨的共识。征收或者收购，不是一个单纯的以物换物的行为，更不是什么不需要法律、不需要技术的工作，反而是最能体现法律作用，最需要高度专业化来规范的重大法律行为。

因此，笔者认为征收法律服务需要实现深度专业化，而深度专业化的要求，主要体现在几个方面：

一是发现问题的专业化。通常征收过程中的问题，基本都是法律问题，如签约谈判，实质可以理解为公主体与私主体之间的建立合同关系。既是法律问题，律师就应当发现并找出其中的法律关系，进行分析并给出建议，杜绝和减少存在的法律风险。

[6] 杨志、占雅茹：对《杭州市区国有土地上房屋征收范围内未登记建筑认定办法》的思考，浙江国土资源，2016（5）：51-52。

二是找法找依据的专业化。律师所有的工作，都应该有相应的法律规范作为依据（请求权基础），这不仅是指找到现行的法律条文、司法解释，还要能找到以前的、可以作为参考的法规政策和实际判例，即使确实没有法规，也应找到相应的法理作为专业支撑。

三是分析问题的专业化。法律工作要求我们对表象的、事实性的问题进行抽丝剥茧，还原成法律关系，在专业上作出可靠的判断，能成为真正有效的解决方案，供客户选择。

四是表达方式的专业化。律师既需要熟练运用法言法语，在面对客户时，也需要通俗易懂的表达。法言法语在于找法、用法和分析，通俗易懂在于判断、沟通和下结论。只有专业的分析与表达，才能让人最终信服。

为此，在理念上要首先树立“大客户”（Key Account）服务的态度，具体而言就是要认真分析客户的需求，努力增加客户的价值。法律服务必须首先从研究政府这个大客户的实际需求入手，既要考虑大客户的显在需求，又要考虑其潜在需求或隐性需求。只有当大客户的隐性需求变成显性和长期需求，让客户体会到律师是以实现客户基础价值为核心，以创造附加价值为目标的，唯有如此，才能不断增强客户的黏度。

## 2. 服务精细化，健全服务政府工作体系

传统的服务方式和内容，已不能满足日益激烈的市场竞争和客户不断增长的价值需求。在房屋土地征收这项传统老业务上，律师应当发扬“工匠精神”，做到精益求精，实现服务精细化，或许是应对时代和现实要求的必然选择。

服务精细化，要求是服务理念的转变、服务方式的调整和服务水平的提升。如对于整体流程的掌控和把握（是否可控、是否及时、是否精准），对于细节问题的研究和处理（是否及时、是否认真、是否重视），对于客户期望值的判断和理解（是否准确、是否超预期）等，都可以体现出服务的精细、认真和到位。

第一，全面考虑，全程谋划。房屋、土地征收是一个阶段，一个过程，从项目进程来看，客户可能会委托全过程的法律服务，也可能会委托一部分的法律服务。但征收本质上是一项系统工程，律师介入后，应当全面考察可能涉及的法律问题和法律关系，包括行政的、民事的，诉讼的、非诉的，物权的、债权的等等，要统筹全局，为客户提供一揽子解决方案。

第二，标准化作业，抓住每一环节。任何行业都有相应的操作规范或标准。征收法律服务是典型的非诉业务，服务周期长、涉及面广、问题多，且可复制性强，为提高效率，保证质量，很有必要设置一种标准化的服务样板或模式。该种标准化样板或模式，应当充分体现该项业务的特性，通过征收全过程的研究，做好分类与解构，量化服务内容，便于节点掌控。同时，可以做出操作指引，引导和帮助客户以及团队成员尽快熟悉业务内容，成为一种可复制、可迅速转化并有竞争力的新型法律服务体系。

第三，以人为本，让客户拥有“极致”体验。蒋勇律师说“极致”体验并不是指追求完美无瑕的服务，只要超出客户的预期即可。每一个客户都会对向自己提供服务或产品的供应商有相应的心理预期，这种心理预期因人而异，作为服务或产品的提供方，律师应当掌握和了解这种预期。政府客户通常并不会期望律师的介入能产生多大的经济效益，甚至认为请律师只是为了完成任务，装点门面。其实在这种预期下，法律服务达到“极致”或者“超满意”反而更容易实现。如在行政征收中，政府只要求律师按合同约定进行坐班咨询，有事提供法律意见，但律师若能定期主动总结工作汇编成册，并按阶段向客户作汇报沟通，对一些重要的资料进行整理、归纳，为客户建立服务工作档案，势必会超出客户原有的预期，轻而易举的达到了“极致”的初级阶段。而如果律师能主动为客户考

虑今后财务、审计、行政责任方面可能遇到的法律风险，或者主动为客户提供非合同内的增值服务，甚至主动参与客户的专项问题研究，提供专业意见，就能让客户收获一次次的惊喜，反复增加客户的“极致”体验。

第四，提升格局，健全政府法律服务的工作体系。政府法律服务内容涵盖较广，房屋土地征收仅为其中一部分，但精细化的服务应当渗透到客户法务需求的任何方面。律师在政府法律活动作用的增强，不应仅是一个自上而下的重视，更应当是一个自下而上的“质”的转变。换言之，法律服务本身的“蝶变”是关键之因素，而精细化的服务则应是重中之重。在作为客户的政府都倡导“工匠精神”的当下，律师以及法律服务还有什么理由不追求精益求精、品质优先呢？

## 3. 运行模块化，树立行业领域优质品牌

所谓模块化，是一种处理复杂系统分解为更好的可管理的工作方式。从有效应对处理复杂问题，提高工作效率效能出发，对相关法律服务内容用模块化来进行分割，组织和打包，使每个模块完成一个相对特定的子功能，然后将所有的模块按某种方法组装起来，形成一个服务工作整体，进而完成整个系统所要求的功能，是一种可以充分尝试的新思路。

例如，可以按照律师服务方式方法来分，将法律、政策咨询类服务纳入“征收法律咨询与参考”模块（服务产品），将签约谈判、矛盾调解类服务纳入“征收法律签谈协商和调解”模块（服务产品），将企业、住户资产尽调纳入“征收法律尽职调查”模块（服务产品）等等。当然，每个模块（服务产品）均有若干子模块，模块的划分具有相对性和灵活性，视具体项目进行。

如此模块化运行的意义，在于发挥团队律师不同的专业所长，做到人尽其才。模块化区分的方式，可以有效应对诸多繁杂的问题，通过按内容或项目或流程的划分，集聚不同的专才，整合广泛的资源，做好分工与合作，最终为客户带来更好的服务体验。

模块化运行的另一大意义在于，可以逐步树立行业领域的优质品牌和创新服务产品。在行业细分的当下，组团服务可能是提升品质、产生实效的一种新的选择。任何一个律师个体都不可能独立做好所有的法律业务，蜻蜓点水式的服务不会带来能力本身和行业口碑的提升，更不会带来持续的业务发展，倡导新的核心竞争力是当务之急。模块化运行与团队化建设在某种程度上不谋而合，后者是关注的是律师个体，前者关注的是服务项目本身，处理好两者关系，可以让团队融合推进项目优质完成，让项目质量打响团队品牌，达到相辅相成的互利共赢局面。既可以带动服务能力的提升以及项目的成功，也可以在市场内树立新的优质品牌。

## （二）未来法律服务的蓝海与愿景

法律需求市场伴随着文明与法治的进步而迅速扩大，未来的法律服务，应该是广阔的蓝海，同时具备细分、专业和可分享的特点。

### 1. 法律需求的新常态——服务覆盖更为全面

从趋势上看，全程化的法律服务已逐步成为客户的内在要求。

一方面，征收已不再是某一个环节或是一项具体的事务，而是从头到尾的系统性工程，从酝酿、论证、决策、（执行）到评估（检查），无不渗透着法律的要素和影响，法律需求也就应运而生。

另一方面，全面性已是对律师服务团队接受委托的迫切要求，即只有能综合解决客户不同需求（或者有系统解决方案）的服务力量才具备新的核心竞争力。无论政府征收项目，还是其背后所包含的延伸内容，都将带来新的法律需求。客户的整体需求已经成为新常态，专业律师应当帮助其培养客户法律消费需求，不能再拘泥于征收行为本身和传统的咨询式服务，而要有纵深发展的理念。

## 2. 应对对策的新常态——服务水平更为专业

即使存在大量的业务机会或新的契机，那也未必就属于你的。获得新业务机会的根本内因还在于自身服务的水平和品质。既然需求的变化已然成为新常态，那更为专业的服务就更应当成为新的常态：

其一，服务理念和意识应当更为专业。房屋、土地征收既是传统业务，又是可挖掘新内容的业务，其具有相当的可持续性，应有意识地去培养和发掘，若不具备相应的服务理念，仅仅把其当作普通的简单法律咨询业务，甚至仅从狭隘的专业角度去理解，那就很难将法律服务做大做强，更遑论开发出新的事业和蓝海。

其二，服务能力应当更为专业。这主要包含法律业务素养、客户营销水平、关系维护处理能力等的专业化。

## 3. 行业发展的新常态——律师地位更为重要

从总体上来说，律师或者法律服务，在政府非诉领域存在可有可无、可上可下的悲凉。这或许是地方政府的理念和认识尚未达到法治新的要求。但律师自身能力、水平以及道德素养的问题也成为影响行业形象的重要原因。高水平全面建成小康社会的进程中，不能缺少律师的身影。政府征收过程中，其实有很多的新的法律服务内容，如果停留在初始阶段，并不重视也未开发或者不能解决其中的法律问题，那不仅仅是业务的流失，更会导致地位的进一步弱化。

因此，要突出律师和法律服务的作用，关键在于始终具备超高的职业敏感度、超强的职业自信、较高的职业道德和执业水准，让客户并不局限于诉讼才找律师，而扩大到行政决策全过程，让当事人主动、愿意找律师，增加政府的法律服务需求，使律师成为解决问题的核心，让法律服务成为政府工作的重要倚靠，逐步改变和树立行业在全社会中的新的形象。

# 再谈网约车司机和“互联网 +”带来的新法律问题

## ——网约平台公司之间灵活用工关系的困惑及建议

浙江劳动律师事务所律师 邵蕙菁 方 华

【内容提要】《网络预约出租车经营服务管理暂行办法》草案中，曾提到网约车司机和网约车平台公司之间存在劳动关系。但是，2016 年 11 月，新政《暂行办法》出台后，对网约车司机和网约车平台公司之间是否存在劳动关系，并没有做出明确的规定。《暂行办法》第 18 条虽然提到了网约平台公司和网约司机之间可以签订劳动合同，但也提到可以签订其他协议——根据工作时长、服务频次，网约车平台公司可以和司机签订劳动合同或协议，明确权利义务。对该条文的理解，笔者曾写学习论文，提出“只要工作时长、服务频次高，网约平台公司就必须和司机签订劳动合同，而不能签订协议，如果签订协议的，视为无效”的想法。但是，主流的观点是，企业可以自主决定签订劳动合同或协议，签订协议的司机属于灵活用工。平台公司本身也倾向于认为，公司和网约车司机签订协议后，双方之间就是经济合作关系。对这个问题，目前，其他国家、我国，均缺少法律规定。由此笔者产生了网约车司机和网约平台公司之间的关系该如何定性的困惑。笔者再次提笔，对网约车司机和网约平台公司之间的关系提出了问题，并层层分析，结合理论和实践，对签订协议的网约车平台公司和网约车司机的用工关系，分两种情形，区分提出了“经济从属性劳动者”和“经济合作伙伴”的定性概念。最后，从降低网约平台公司用工成本、保护网约车司机基本生存权的角度，提出了几点建议。仅供学习参考之用。

【关键词】网约平台公司和网约车司机 用工关系 困惑 灵活用工关系 网约车司机基本生存权

### 【提出问题】

网约车司机和网约平台公司之间的用工关系如何定性？网约车司机的权益如何得到保障？

网约车是“互联网 + 出租车 + 交通”的一种新的模式。<sup>[1]</sup>通过网络平台预约叫车，相比传统的出租车服务，乘客通过手机 APP 随时叫车，方便出行。但是，这种新的商业模式，从最初进入中国市场，一直遭到出租车行业和政府管理部门的抵触。直到 2016 年 11 月实施的《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法》，网约车才加入了出租车管理行业，网约平台公司的网约叫车服务在特定的行政许可范围内获得了合法的经营资格。那么，网约车司机的权益如何得到保障，网约车司机和网约平台公司之间的用工关系的定性问题，是不得不考虑问题。

虽然，这个行业在中国属于一个新兴行业，但是网约车司机是否能享受最低工资保障、加班工资、养老保险待遇、工作受伤是否享受工伤待遇等权益问题，也许将会在未来发生争议。美国本土 Uber

[1] 新闻 . 编辑：燕子 . 《新增出租车经营权有期限无偿使用》 . 中国新闻网 . 《深圳晚报》 .2017.2.28

诉讼案件<sup>[2]</sup>、英国 Uber 公司被判向两名独立的合同工支付最低工资案<sup>[3]</sup>，“网约工劳动争议首案——7 厨师起诉“好厨师”A P P 案<sup>[4]</sup>作为“网约工”劳动争议首案的提起，意味着在网约平台公司和网约工——网约司机间会发生劳资纠纷的趋势。

所以，笔者认为，当网约车司机长期为网约车平台公司提供驾驶服务后，有关普通职工工资、工伤、生病、退休等问题会逐步显露，如果发生未来纠纷该如何处置——这些涉及网约车司机权益的问题，最根本的基础就是：和网约平台公司签订协议的网约车司机之间究竟是劳动关系还是独立的合同关系（经济合作关系或经济承包关系）？定性两者关系，考虑网约车司机的权益保护方法，还是有意义的，可以起到未雨绸缪预防未来的纠纷的作用。

#### 【分析问题】

##### 一、网约车司机和网约车平台公司之间用工关系的定性问题

新政并没有规定两者间一定存在劳动关系，而是采用了可选择的劳动合同关系和独立合同关，公司和司机之间是灵活用工方式。但是，对除签订劳动合同的司机外，和平台公司签订协议的司机和公司之间不是劳动关系，那么双方之间一定是经济合作伙伴关系吗？

（一）困惑：《暂行办法》有关网约车司机和网约平台公司之间用工关系的规定该如何理解。

1、困惑：如何解读《暂行办法》第 1 8 条。

（1）对《暂行办法》第 18 条不同的理解。

对网约平台公司与网约车司机之间的关系，究竟是雇员，还是独立的承包者？《暂行办法》第 18 条，并没有作出明确的规定，笔者认为理解上还有争议。该条规定：“网约车平台公司应当保证提供服务的驾驶员具有合法从业资格，按照有关法律法规规定，根据工作时长、服务频次等特点，与驾驶员签订多种形式的劳动合同或者协议，明确双方的权利和义务。”

是否可以理解为“如果驾驶员在公司长时间工作、服务频次多，成周期状，双方之间就是劳动关系？”

还是可以理解为“即使该驾驶员在该公司工作时间长、服务频次多网约平台公司可以通过和驾驶员签订合作协议，免除签订劳动合同？”

如果按第一种理解，工作时间、服务频次作为区分签订劳动合同、其他协议的实质标准，那么就说明了网约车平台公司不可以单方面决定和司机签订其他协议，如果不考虑这些实质标准签订的其他协议为无效，也说明了网约车司机和平台公司之间存在劳动关系。

如果按第二种理解，工作时间、服务频次不作为区分区分劳动关系还是经济合作关系的实质标准，平台公司和司机之间可以自由签订其他协议约定双方之间是经济合作关系。

同时，笔者认为，由平台公司提出还是由司机方提出签订何种方式的协议，又可分两种情况：一种情况：如果职工工作时间长、服务频次多，以网约车为专职工作，且主要收入来源于平台预约出租车，那么由职工主动提出是签订劳动合同还是其他协议，只有在职工不要求签订劳动合同的情况下，双方方可签订其他协议，约定双方是经济合作伙伴关系。另一种情况，平台公司有权单方面提供其他协议，要求和司机签订经济合作协议，而不签订劳动合同。

那么究竟该如何理解适用《暂行办法》第 18 条呢？第 18 条对网约车司机和网约车平台公司之间的关系，并没有很明确地定性，笔者曾写过文章讨论过，事后发现争议较多，因此才有了继续再

写这问题的论文，从不同的角度来分析该问题。该问题缺失法律、争议越多，思考空间越大，写相关文章更有意义。

（2）困惑：如认定网约车司机和网约车平台公司之间随意签订协议，认定经济合作关系，而不是劳动关系，将会影响乘客和司机的利益。

主流观点是：网约车司机和网约平台公司之间有劳动合同关系和其他协议关系，双方之间是灵活用工关系。主流观点对不签订劳动合同的网约车司机和公司之间存在劳动关系持否定观点，倾向于经济合作伙伴关系。但是，私家车车主没有经营资格，需要有网约车预约平台，经批准方可工作，网约平台公司始终处于主动签约位置，所以，一般情况下，采用 C2C 模式的用车，即如滴滴出行，私家车较多，签约的主动权在公司，签订经济合作协议的签订就决定了双方是经济合作关系，将会影响司机和乘客权益。

第一，从影响司机权益的角度分析：网约车司机需要有网约车平台公司的资质才可以从事出租车运输服务，如果网约平台公司单方面要求和司机签订经济合作协议，而不签订劳动合同，网约车司机将不能享受劳动者的权益。而网约车司机的报酬不会太高：和同类行业职工的中等月收入相类似或略高些，但他却要承担汽车购置成本、营运的成本、又不能享受社会保险待遇、基本工资待遇、加班工资待遇、工伤保险待遇等，普通职工能获得的权益保障而网约车司机却不能获得，长期合作，非常容易产生劳资纠纷。

第二，从保障乘客安全和利益的角度分析：如果网约车司机和平台公司之间是经济合作关系，那么当发生侵害乘客利益的损害赔偿事故时，网约车司机将成为独立的赔偿方，平台公司仅需承担部分赔偿责任。如果发生乘客投诉事件，司机和平台公司方之间是平等的合作关系，就不存在平台公司的监管问题。

同时，笔者认为，如果认定为经济合作关系，乘客发生交通事故，相关理赔款的执行风险将会增加：理论上，司机是车主，又是实际侵权人，应由车主即司机承担大部分赔偿责任，平台公司承担小部分赔偿责任或不赔偿；在商业保险范围的赔偿责任，超过保险理赔范围的款项，由司机承担。那么，乘客交通事故索赔案的执行是否能全部执行到位就存在风险。如果司机没有能力支付或拒绝支付的，乘客将会面临执行终结，却仍然无法获得赔偿的风险。

相比下，司机如果是公司职工，司机的侵权行为属于职务行为，那么由网约平台公司承担全部赔偿责任。

（3）困惑：网约车平台公司和网约车司机之间的用工关系无法明确定性。

对网约车司机和平台公司之间的关系，法律是缺失的。即使《暂行办法》出台，对该问题也没有予以明确。

首先，根据《暂行办法》第 18 条语言逻辑机构，该条的语意为第一，工作时间长、服务频次等只是作为签订劳动合同或协议的考虑因素；第二，公司可与驾驶员签订多种形式的劳动合同或协议。因此，第 18 条的理解是：办法并没有明确工作时长、服务频次是区分劳动合同或协议的实质依据。同时，将签订劳动合同或协议的主动选择权单方面赋予企业。

再次，官方意见对网约车司机和网约车平台公司之间是否存在劳动关系，并没有明确表态，却用了灵活用工的术语来笼统地概述双方之间的关系。

灵活用工处理方式，常见于特殊劳动关系领域，而特殊劳动关系本身由于法律缺失，究竟属于劳动法调整范围还是属于民法调整范围至今存在争议。因此，笔者认为即使把网约车司机和网约车平台公司之间的关系纳入“特殊劳动关系”的研究范畴，也不能直接认定《暂行办法》明确了双方

[2] 作者：钱童心.《Uber 遭遇劳工难题》.《劳动法苑》.2016.11.1.

[3] 钱童心.《Uber 遭遇劳工难题》.《劳动法苑》.2016.11.1.

[4] 田丹丹.《“网约工”身份之问：我是谁的员工》.，《人民法院报》.2016.8.15.

之间一定存在劳动关系。

交通运输部副部长刘小明在 2016 年国新办新闻发布会上表示，《暂行办法》征求意见稿里明确要求签订劳动合同的相关内容，并根据网约车中存在兼职等特殊情况，现行的规定更多采用了灵活用工的处理方法。刘小明又说：“目前，国际上对网约车也没有形成定论和一致性的意见，即使在网约车的发源地美国，不同的州也是实施不同的管理策略，其定位、劳动关系、价格管理等方面还处于探索过程中”。<sup>[5]</sup>

再是，根据现行网约车平台公司两种操作模式使用的不同用工处理方式，《暂行固定》采取了慎重的态度，并没有明确规定平台公司和驾驶员之间存在劳动关系。

当前网约车主要分为两类：**B2C 模式**，是以神州专车、首汽约车为代表，车辆来自专业租赁公司；**C2C 模式**，是以滴滴、优步、易到为代表，车辆基本都来自私家车加盟。**B2C 模式**，平台公司与网约车司机签订正式的劳动合同，使其成为公司正式员工；**C2C 模式**，网约车司机具有相当的自主权，并不完全隶属于公司。<sup>[6]</sup> **C2C 模式**，以私家车加盟形式加入，这和传统出租车经营模式中的由车主出资买车再挂靠有经营权的出租车公司相似。挂靠车主一般和出租车公司签订经济承包协议，出租车司机领取份子钱，司法实践一般不认定双方之间存在劳动关系（江苏高院 2010 年出租车代班驾驶员和出租车公司确认劳动关系典型案例除外）。

再是，《暂行办法》的立法宗旨是保障运营安全和乘客合法权益，并不像劳动法那样明确是保护劳动者合法权益。

司机恶意骚扰乘客等一些网约车平台恶性安全事件频发，让专车新政的出台提上了议程。<sup>[7]</sup> 网约车平台对驾驶员招录问题存在把关不严的问题，市民乘车安全得不到有效保障；网约车交通违法多、交通事故多；乘客投诉得不到及时有效处理；出租车驾驶员和企业强烈反映，网约车采用补贴、低价等促销手段，妨碍公平竞争。因此，《暂行办法》规定在网约车合法的经营地位外，更注重的是保障运营安全、乘客合法权益以及网约车平台公司的合法经营问题，强调的是对网约车司机的管理，而并没有把保障网约车司机的权益作为立法考虑的宗旨。

该办法第一条规定：“为了更好地满足社会公众多样化出行需求，促进出租汽车行业和互联网融合发展，规范网络预约出租车经营服务行为，保障运营安全和乘客合法权益，根据国家有关法律、行政法规，制定本办法”。

因此，新政更多的是侧重于政府对网约车平台公司的经营管理的监管和为保障营运安全，赋予网络预约出租车合法的经营权以及为保障乘客安全的角度设定网约车司机招入的资质，而并没有太多的去考虑如何维护网约车司机的权益，也没有把网约车司机和网约车平台之间的用工关系严格控制在劳动法适用范围内。

（二）困惑：网约车司机和网约车平台公司之间的用工关系的定性缺少法律依据。

《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法》是交通运输部等七部门联合制定的，但效力等级很低，并不是法律，属于部门规章制度层级低。除了暂行办法外，没有其他的法律、法规对该问题进行特别规定，这方面法律是缺失的。

1、我国民法、劳动法、劳动合同法等相关法律对传统的出租车司机与公司之间是否存在劳动关系一直以来均没有明确的规定，各地的司法实践认识不一。而网络预约出租车属于出租车管理范畴，

因此，也缺少法律规定。

出租车司机和出租车公司之间的用工关系是否属于劳动关系，在法理层面；属于特殊劳动关系讨论的内容，在法律层面，缺失相关法律规定。而建设部、交通部等部委 2002 年 2 月 20 日发布《关于进一步加强城市出租汽车行业管理工作的意见》第四条第（三）项规定“各地经营企业应与驾驶员签订劳动和经济合同，并向驾驶员告知合同的主要条款。各城市可结合实际情况推行示范合同。企业应按国家有关规定为驾驶员及时、足额缴纳养老、医疗、失业等社会保险。”该意见，也提到了劳动合同和经济合同的两种选择，但倡导签订劳动合同。因此，当新政将网约车纳入出租车管理中，也延续了以往的规定。

2、即使美国本土，对 Uber 司机的是属于经济合作者还是雇员只有部分城市有政令，而没有法律规定。即使有城市通过政令的方式规定 Uber 司机是雇员，但不影响我国共享经济模式下的用工模式。

Uber 本土美国法院和市政府也无法明确该公司到底算出租车服务公司呢？还是一个技术平台？那些使用自家车辆的司机究竟是 Uber 的员工呢？还是 Uber 口中的合作伙伴，也就是自由职业者？<sup>[8]</sup> 这些，美国法律并没有规定。虽然，2015 年加州的案例：加利福尼亚劳工委员办公室表示 Uber 司机是雇员。不过在加州的案例中，并没有产生具体的法令条款，因此仍然无法对日后的判决产生影响。<sup>[9]</sup>

美国的《国家劳工关系法》认为工会应该由雇员（Employee）组成，并不涉及“合同工（Contractor），在美国，有权力参加工会活动、加入工会或组建工会的，都应该是企业的正式雇员。<sup>[10]</sup> 美国西雅图市议会的投票结果，允许 Uber、Lyft 以及其他其他汽车共享应用的司机成立工会，意味着西雅图政府将成为美国政府第一个将 Uber、Lyft 等共享用车应用平台下的司机从法律层面上定义为雇员的城市。西雅图的新法令将会让共享经济公司承担更多的责任，虽然这样的劳动关系可能偏离了“共享经济”概念的设定，但更加符合社会发展状况的需求。我们国家是大陆法系侧重于法律规定，而英美法系侧重于判例，因此，西雅图的新政令对我国不会产生实质性影响。<sup>[11]</sup> 同时，2015 年加州的案例：加利福尼亚劳工委员办公室表示 Uber 司机是雇员。不过在加州的案例中，并没有产生具体的法令条款，因此仍然无法对日后的判决产生影响。<sup>[12]</sup>

（三）定性：和网约车平台公司签订协议且通过网约车平台赚取主要或全部收入的网约车司机和公司间的用工关系的定性：“经济从属性劳动者”。

除网约车平台公司和网约车司机签订劳动合同外，网约车司机和网约车平台公司签订的协议，如经济合作协议、承包协议等，笔者倾向于将网约车司机定性为经济从属性劳动者。

“经济从属性劳动者”是在劳动者和个人承包人之间的灰色地带，具体特征如下：1）通常与雇主之间存在某种劳务合同，形式上市自雇人员或个体经营者；2）其收入的全部或主要部分依赖于某一个特定雇主。<sup>[13]</sup> 介于独立承包人和劳动者之间的特殊劳动者，国际劳工组织称之为经济从属性劳动者。<sup>[14]</sup> 外包是一种特殊劳动关系形态，是国际劳工组织规定和国外劳动法已成为共识的观点。其中包括了个人承包人。个人承包者，国外通常称独立承包人（independent contractor）、自雇人员或

[8]wangzeyi.Uber 加州合法地位受质疑：或遭封杀 .2014 .6.15

[9] 麦玮琪.《合同工 V 雇员：Uber 司机为什么被西雅图定义为后者》.www.ifanr.com.2015.12.29.

[10] 麦玮琪.《合同工 V 雇员：Uber 司机为什么被西雅图定义为后者》.www.ifanr.com.2015.12.29.

[11] 麦玮琪.《合同工 V 雇员：Uber 司机为什么被西雅图定义为后者》.www.ifanr.com.2015.12.29.

[12] 麦玮琪.《合同工 V 雇员：Uber 司机为什么被西雅图定义为后者》.www.ifanr.com.2015.12.29.

[13] 全兴.黄昆.《涉承包劳动关系的法律问题研究》2007 年社会法学年会论文集 .2007 第 187 页 .

[14] 黄昆《.特殊劳动关系法律规制存在的问题及完善》.中国人民大学民商事法律科学研究中心.劳动争议与社会保险纠纷司法对策文集.北京：人民法院出版社 2011 年版.第 13 页 .

个人经营者。<sup>[15]</sup> 德国 1997 年、1999 年，联邦民事和劳工法庭两度裁决“经济从属性”卡车司机应为雇员或“准雇员”，而不是独立的个人。因为，这类经济从属性劳动者，虽然自己提供生产工具，组织性属性较弱，和雇主签订的是劳务合同或经济承包合同等，但是他的全部收入来自该特定的雇主。虽然，工作方式为灵活用工，但是仍然受到雇主单位制度的约束和管理，并且一旦失去雇主提供的工作机会，就失去了获得工作报酬的机会。且这类经济从属性劳动者收益微利或无利。所以，把这类群体定性为独立的个人，缺少法理依据。但是实践中却又缺少法律规定，因此，有观点认为是劳动关系，也有认为不是劳动关系。

网约车和传统出租车行业不同点，在于共享经济的商业模式。已 Uber 为例，虽然会有一些利用业务时间成为 Uber 司机，但大部分群体是每日早出晚归的全职司机，他们通过 Uber 赚钱。<sup>[16]</sup> Uber 司机分为 3 类：专职（38%）、以 Uber 兼职（31%）、以 Uber 为专职再兼职其他工作（30%）。68%Uber 司机，Uber 是他们的主要收入来源。<sup>[17]</sup>Uber 司机需要自己承担车辆保养成本。一直以来因“共享经济”，被否认和公司有雇佣关系，仅仅定义为“合作伙伴”<sup>[18]</sup>。其实，如果运用“经济从属性劳动者”这一特殊劳动关系法律概念运用和网约车平台公司签订协议的私家车司机，虽然不能明确网约车司机和网约车平台公司是否一定是劳动关系，但是网约车司机的合法权益将会得到理论和实践的保护基础。

（四）定性：以其他工作为专职，以网约车平台公司为兼职，主要生活来源并非来源于网约车平台公司的司机，司机网约车平台公司签订经济合作协议的，倾向于认定为经济合作关系。

劳动合同法并没有禁止兼职行为，兼职的单位也应该和劳动者签订劳动合同，意味着兼职人员也可以成为劳动者。但是网约车司机具有特殊性，网约车司机提供自己的私家车，利用共享经济平台，利用网约车平台公司经营网络预约出租车资质，平台的收入不是司机的主要经济来源。在这种情况下，网约车司机和网约车平台属于经济合作伙伴，而不是经济从属性劳动者，更为客观。

## 二、如何维护网约车司机的维护？

虽然，7 厨师诉“好厨师 APP”案，厨师方败诉，被驳回要求支付加班工资等诉请，法院认定厨师和平台公司不存在劳动关系。同样，和平台公司签订协议的司机，不被认为是职工或雇员，而被认为是独立的经济合作者，他们的报酬、社会保险、养老待遇、工作受伤赔偿问题，是否因为双方之间不存在劳动关系的定论而被剥夺呢？笔者认为，即使双方之间不被认定劳动关系，在减轻平台公司成本的前提下，也应该保障司机如下基本生存权益，并通过下属途径予以保障。

（一）赋予专职从事网约车服务的司机，主动选择是签订劳动合同，还是其他协议的方式。

笔者认为，如果赋予专职、朝九晚五工作的网约车司机有主动选择劳动合同或其他协议的权利，能和谐双方的用工关系。无论是 B2B 还是 C2C 模式的平台公司，无论是公司有专车，还是私家车加入，司机都有先选择签订劳动合同的权利，再放弃签订劳动合同的情况下，再签订其他协议。

再建议政府部门制定“其他协议”的基本格式和内容，并且该协议需要政府管理部门鉴证和备案。如果平台公司用自己的协议签订，该协议内容违法或没有让职工先签订劳动合同或职工要求签订劳动合同的情况下，但仍签订协议，政府管理部门需要指出错误，并建议改正。

政府部门设立相关的行政管理机构，负责制定该流程的材料，并对平台公司进行监管，来维护

企业和职工双方的权益。

（二）通过平台公司在政府账户里保存“保证金”的方式，保障网约车司机的基本生存权。

网约车司机自己需要承担购车、运营成本，再根据派单数分配待遇，他实际所得：从平台公司获得报酬再扣除营运成本。他的收入是微利甚至有时候会出现零利。

如果认定他们和平台公司之间存在经济合作关系，那么司机和平台公司之间属于平等的合作关系，司机需要对营运承担风险，包括在营运期间没有收入的情况。

这样操作，究竟公平、公正吗？是否会引起司机和平台公司对立的矛盾呢？

司机和平台公司之间是不对等的，不仅仅是信息的不对等，经济也是不对等的。仅仅认定司机经济合作伙伴关系，让司机承担经营无收入的风险（由司机承担汽车购置和运营成本的情况下），当司机无法保障他基本生活的情况下，会选择离开这个行业。因此，从长远看，对平台公司本身的发展也是不利的。

如果派单量不足（（排除司机自己取消订单外），网约车司机扣除车辆营运成本外，所得收入不能达到当地最低工资标准时，或者网约车司机患病，在规定的医疗期内，不能出车，笔者认为，平台公司需要保障司机的基本生存权，让司机在自己努力工作的情况下，能保证基本的生活。当然，生意差没有收入或收入过低，这种情况一般发生情况不会太多。

但是，司机患病不能出车的情况是有可能发生的，司机在生病期间没有经济来源，但是他的购车成本、运营成本中的保险费、保养费都已前期投入，驾驶员的资质都是审查备案的，不可能找他人代替开车。因此，在他生病期间会出现零利的情况，笔者建议可以参照职工医疗期的规定，保障他基本的病假工资，建议病假期参照相关规定。

建议通过平台公司每季度或每年度，根据网约车司机的人数，设定政府指定专项账户存入保证金，用保证金来保障司机的基本生活。当没有发生特殊情况，保证金在满一定期限后可以退换。

如果平台公司不存入保证金的，将会受到政府主管部门提出建议。同时，笔者提出设想，在双方的协议约定，平台公司出资给司机购买商业保险，予以应急。

再是，笔者提倡公益组织有一笔公益基金，可以对特别困难的职工，以“春风行动”、“困难补助”等方式，经审查符合条件者，予以批准适量的补助款。

（三）平台公司承担司机一定范围内的部分工伤事故补偿或赔偿责任，保障基本生存权。

根据最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释的规定，雇员在雇佣中受伤的，雇主承担赔偿责任。而承揽人在完成工作中造成自身损害的，由承担人自己承担损失，除定作人、指示或者选任有过失的，应当承担赔偿责任。因此，如果司机和公司签订经济合作协议或承揽协议，司机在工作中受伤，平台公司是不需要承担赔偿责任的。

同时，由于司机和公司不存在劳动关系，司机在工作中受伤，也不能申报工伤。

如果司机发生交通事故没有过错，或部分过错，还能从交通事故保险款中获得赔偿。如果他在交通事故中全责，保险公司没有理赔，他的生活无法保障。而普通的职工，工伤待遇的赔偿是依据“无过错责任”原则（上下班途中发生交通事故，职工全责，不能被认定工伤。但如司机是职工，出交通事故一般属于履行工作受伤，笔者认为适用无过错责任），即使职工对工伤的发生有过错，单位也需要赔偿责任。显然，网约车司机在遭受事故伤害时，地位是非常弱的。

还有，如果交通事故很严重，司机伤残级别较高，而交通事故的车辆投保金额不足以补偿所有损失的，司机将如何保障继续治疗的费用和基本的生存问题等等，都是现实生活中会遇见的问题。

那么，平台公司是否需要司机承担工伤赔偿责任。笔者建议，从保障司机基本生活权益出发，

[15] 欧洲雇佣和工业关系术语词典：英国卷 .Michael Terry and Linda Dickens,European Employment and Industrial Relations Glossary:United Kindon,sweet and Maxwell,1991,p58

[16] 麦玮琪.《合同工 V 雇员：Uber 司机为什么被西雅图定义为后者》.www.ifanr.com.2015.12.29.

[17] 麦玮琪.《合同工 V 雇员：Uber 司机为什么被西雅图定义为后者》.www.ifanr.com.2015.12.29.

[18] 麦玮琪.《合同工 V 雇员：Uber 司机为什么被西雅图定义为后者》.www.ifanr.com.2015.12.29.

如果交通事故的保险款不能或不够理赔的或者第三方侵权第三方不能赔偿，足以影响司机的基本生存权。平台公司至少应保障司机看病的医疗费、建议休息期间的最低工资、护理费等基本费用，保障司机的基本生存权。

（四）平台公司不得随意终止协议，协议中对企业违约的，应约定违约金，违约金的数额可以双方在协议中提前约定，该违约金应保证司机失业期间的基本生活。

网约车司机的稳定性，能保障运营安全和乘客的安全。同时，网约车司机协议或工作的稳定，也是作为人基本的生存权的保证。平台公司不得无故终止或解除合同，司机可以选择要求继续履行合同或要求公司支付一定数额的违约金。

笔者曾就网约车司机和网约车平台公司的用工关系写过一篇小文章，但在那篇文章完成后，又和一些同仁交流后，发现了不足的部分。这次，从另一个角度，层层论述，提出困惑，对困惑进行了分析，得出了法理上的结论，并提出了一些建议。以上论述，仅供学习、思考、研究之用，不代表目前的法律规定。供大家一起探讨、学习！

最后，希望与同仁一起，在学习的路上，不断思考、学习！

## 论电子劳动合同的效力及法律风险防范

浙江六和律师事务所 王旭东 泮美丹

【内容提要】《网络预约出租车经营服务管理暂行办法》草案中，曾提到网约车司机和网约车平台公司之间存在劳动关系。但是，2016年11月，新政《暂行办法》出台后，对网约车司机和网约车平台公司之间是否存在劳动关系，并没有做出明确的规定。《暂行办法》第18条虽然提到了网约车平台公司和网约车司机之间可以签订劳动合同，但也提到可以签订其他协议——根据工作时长、服务频次，网约车平台公司可以和司机签订劳动合同或协议，明确权利义务。对该条文的理解，笔者曾写学习论文，提出“只要工作时间长、服务频次高，网约平台公司就必须和司机签订劳动合同，而不能签订协议，如果签订协议的，视为无效”的想法。但是，主流的观点是，企业可以自主决定签订劳动合同或协议，签订协议的司机属于灵活用工。平台公司本身也倾向于认为，公司和网约车司机签订协议后，双方之间就是经济合作关系。对这个问题，目前，其他国家、我国，均缺少法律规定。由此笔者产生了网约车司机和网约平台公司之间的关系该如何定性的困惑。笔者再次提笔，对网约车司机和网约平台公司之间的关系提出了问题，并层层分析，结合理论和实践，对签订协议的网约车平台公司和网约车司机的用工关系，分两种情形，区分提出了“经济从属性劳动者”和“经济合作伙伴”的定性概念。最后，从降低网约平台公司用工成本、保护网约车司机基本生存权的角度，提出了几点建议。仅供学习参考之用。

【关键词】电子劳动合同电子证据劳动合同

### 一、电子劳动合同的法律效力

#### （一）电子劳动合同的运用

在现代企业管理中，越来越多的企业实行无纸化管理与办公，数据化管理贯穿着传统劳动关系建立、履行、解除等各个环节。随着企业人员的不断扩大，纸质合同签署与寄送的效率低下等使劳动合同签署问题日渐凸显，尤其是分公司与员工众多的企业。电子劳动合同能有效节约企业人力成本与时间成本，电子劳动合同也越来越多的被企业所运用。

#### （二）电子劳动合同的法律效力

《劳动合同法》第十六条规定：劳动合同由用人单位与劳动者协商一致，并经用人单位与劳动者在劳动合同文本上签字或者盖章生效。劳动合同文本由用人单位和劳动者各执一份。

实践中最常见的电子劳动合同形式主要是电子邮件劳动合同与通过平台签署电子劳动合同。对其法律效力分析如下：

#### 1、通过电子邮件形式签署的劳动合同法律效力分析

在实践中经常有用人单位向劳动者通过电子邮件的形式发送“offer”或劳动合同相关内容。以

电子邮件形式达成的劳动合同是否属于书面劳动合同？电子邮件是对双方口头约定内容的确认，这种方式可以将双方协商条款固定下来，其核心与纸质合同并无不同。从内容来看，邮件内容如果具备了上述《劳动合同法》第十七条的规定的必备条款，电子邮件中明确了岗位要求、用工期限、工作内容和工作地点、劳动报酬、工作时间以及劳动条件等基本权利义务条款的，则具有法律效力。另外从《合同法》第十一条对合同的“书面形式”作出了相应的规定，即“书面形式是指合同书、信件和数据电文（包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件）等可以有形地表现所载内容的形式”。因此虽然是通过电子邮件的形式，但仍可以真实的表现双方意思自治，只要符合生效的条件，可以认定为双方合意达成了有效的劳动合同。

根据《民事诉讼法》第六十三条的规定，电子数据属于法定的证据种类之一，电子邮件具有证据效力，司法实践中也倾向于认可电子邮件形式订立的劳动合同属于书面形式的劳动合同。

#### 2、通过平台签署的电子劳动合同文本的法律效力分析

《合同法》第十一条规定：民事合同的书面形式是指合同书、信件和数据电文（包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件）等可以有形地表现所载内容的形式。2013 年商务部颁布的《电子合同在线流程规范》，明文规定了纸质合同和电子合同是具备完全等同的法律效力。根据《电子签名法》第四条规定：电子劳动合同是电子数据的一种，能够有形的表现所载明内容，且可以随时调取查用，因而属于“书面形式”。电子文本、电子数据、邮件等电子证据，这种书面形式是对于传统纸质劳动合同的一种突破。

#### 二、电子劳动合同实务中存在的障碍与困境

按照现行劳动法律规定，用人单位与劳动者建立劳动关系，需要订立书面劳动合同。目前绝大多数用人单位仍然采取纸质合同的管理方式，这样给企业的管理带来成本的增加和管理合同的难度。因此电子劳动合同将成为未来的发展方向。但就目前的环境来看，实现电子劳动合同尚有一定的难度，主要表现在：

（一）签订电子劳动合同效力的认定：一方面尽管在内容与形式上符合法律规定的电子劳动合同一般被认定为有效的劳动合同，但是实务中劳动管理部门还未能接受电子劳动合同备案。另一方面实践中书面劳动合同并不拘泥于纸质合同，同时书面劳动合同不能只存在与电子形式，它需要通过某种方式形成固化的证据形式。由于电子化操作是通过账号登录的方式实现的，很难确定是否为当事人本人的操作，并且电子数据具有可更改的特点，这造成了判断电子数据所表现的内容是否为当事人的真实意思的困难。

（二）劳动合同产生争议时如何有效固化证据形式：电子证据的具有高科技性、易篡改与灭失，电子证据存储于手机或其他电子设备中，对其进行提取、固定和使用则通常需要通过一定的技术手段进行转化。

（三）缺乏第三方监管：目前电子合同签约平台或电子证据公证与保全公司等，尽管许多已与政府相关部门进行合作，但对第三方的平台认证并未有明确的认可与监管。

#### 三、电子劳动合同操作中的法律风险防范

##### （一）电子劳动合同签署要点

在民事诉讼实务中衡量证据是否具有证据资格主要通过对证据的客观性、关联性及合法性来判断。电子劳动合同作为电子证据形式之一，同样须从证据的三性进行审查与认定其证明效力。故签订一份合法有效的电子合同，除了内容与形式符合劳动法等相关法律规定，同时还在形式上是“电子化”的，这就要求在签署电子劳动合同的时候还需符合以下条件：签署主体实名认证与电子签章（签

名）。

##### 1、签署主体实名认证

无论是采取电子邮件形式签署劳动合同还是通过平台签署电子劳动合同，均需对签署主体进行实名认证，以明确签署主体及确保合同效力。个人注册的邮箱账号、平台账号因其非实名注册，故双方的主体身份较难以判定。若不能证明使用者系当事人，则该类电子证据在法律上无法认定与案件具有关联性；在发生争议时如劳动者不自认的情况下则难以确定主体。

##### 2、适当使用电子签章

自《电子签名法》实施后，电子印章（签名）就具有了合法地位。电子印章（签名）就是一个能够识别出具体盖章人（签名人）的电子数据密钥。

（1）适用情形。除了法律法规规定不适用电子文书的情况，都可以约定使用电子印章。

（2）不适用情形：涉及婚姻、收养、继承等人身关系的；涉及土地、房屋等不动产权益转让的；涉及停止供水、供热、供气、供电等公用事业服务的；法律、行政法规规定的不适用电子文书的其他情形。

##### 3、注意电子证据保全与公证

2015 年最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第一百一十六条第二款规定：“电子数据是指通过电子邮件、电子数据交换、网上聊天记录、博客、微博客、手机短信、电子签名、域名等形成或者存储在电子介质中的信息。”

因为电子证据具备易篡改、易消逝的特性，在劳动争议纠纷中电子证据作为证据的时易受到真实性和客观性的质疑，签署电子证据时需做好电子证据固定与保全。实践中条件允许的企业建议采用目前较被广泛使用的第三方在线签约、存证平台。

##### （二）合同文本确保合法与合理

劳动合同订立应遵循公平原则，核心含义就是要求劳动合同当事人的权利与义务相一致。无效的劳动合同不受国家法律的承认和保护。用人单位在制定电子劳动合同文本模板时，确保内容符合法律规定，劳动合同应当具备以下条款：1、用人单位的名称、住所和法定代表人或者主要负责人；2、劳动者的姓名、住址和居民身份证或者其他有效身份证件号码；3、劳动合同期限；4、工作内容和工作地点；5、工作时间和休息休假；6、劳动报酬；7、保险待遇；8、劳动保护、劳动条件和职业危害防护；9、法律、法规规定应当纳入劳动合同的其他事项。

##### （三）电子劳动合同内容更改时的处理

《劳动合同法》第三十五条规定：用人单位与劳动者协商一致，可以变更劳动合同约定的内容。变更劳动合同，应当采用书面形式。变更后的劳动合同文本由用人单位和劳动者各执一份。

如签署的是电子劳动合同，任何一方不能单方在第三方平台进行修改，建议补充签订电子劳动合同，同时增加保存劳动者已阅读并同意变更的相关证据予以强化，可以选择以下方式予以补强：

1、补充签署电子劳动合同对增删或修改的条款予以确认；

2、将需要确认对方是否阅读的信息用网络变成一个加密的 URL，以证明电子信息对方是否已经阅读。

当然企业除采取上述措施之外，也可以使用 MD5、SHA1、RIPEMD 以及 HAVAL 等对发出的电子数据进行单向电子签名加密，有效地利用国家认可的第三方认证平台加密手段来确认文件的真实性。

##### （四）明确电子邮件与平台当事人主体信息

企业采用电子劳动合同的方式一般包括使用电子邮件或第三方合同签署平台。为明确劳动者使用电子数据账号主体的信息，建议在劳动者入职时，在条件允许的情况下，建议要求员工通过 CAS 认证中心等第三方认证机构对个人身份、电子邮箱等进行认证，确保该邮箱或账号系员工个人所有。

同时建议企业通过腾讯、新浪、网易等第三方网络平台提供的邮箱，向事先约定的劳动者的电子邮箱发送前述文件，并在员工入职登记表中明确：“用人单位向劳动者通过以下电子邮箱发送电子邮件的，24 小时后视为劳动者已收到并已知悉邮件内容。”

（五）通过第三方平台进行电子证据取证与存证全程化处理

尽管电子劳动合同越来越多的被使用，但在目前司法实践中对于劳动争议案件，电子证据的认定往往存在一定难度。用人单位必要时可以向公证机关进行公证与保全；也可以选择可信度较高的第三方平台进行合同生成、签署、证据保存、取证、公证全程化实时的系统，以确保电子劳动合同证据的合法性。

（六）建议有效使用目前已有的技术手段

将对邮箱与第三方平台，运用技术手段来完善数据生成、保存、调取、使用等一系列安全程序及安全措施。在电子签名的同时增加指纹识别、人脸识别、声纹识别、密码认证、数字加密、时间戳等新的安全措施。

（七）加强对第三方公共信息平台的监管

建立一个可靠的第三方公共信息平台，将有助于实现用人单位和劳动者在第三方平台上完成有效的身份认证和电子劳动合同签署，同时有助于实现劳动合同履行过程中有效监管，确保劳动合同签署主体不能单方修改电子劳动合同。

互联网新兴技术的发展，企业数据化管理取代或大部分取代纸质化管理已经成为时代发展的趋势，电子劳动合同与传统纸质劳动合同具有相同的合同要素，但在合同订立、生效、履行、违约救济等各个环节，又表现出区别于传统合同的独特性，尽管还处于探索阶段，但其自身优势使其存在巨大的市场，需经时间的检验和不断完善，企业在使用电子劳动合同的同时务必需防范存在的法律风险。

## 参考文献

[1] 城玉红：《论电子证据在民事诉讼中的运用》，《法制与社会》，2015(3)。

[2] 胡瑞：《电子证据在民事诉讼中的应用》，《电子商务》，2015(1)。

## 当议自媒体账号的财产规则和法律服务

### ——以微信公众号为例

浙江嘉瑞成律师事务所 方钧亮

【内容提要】人类进入“众媒时代”，人人都是自媒体。《民法总则》回应互联网时代需求，将网络虚拟财产纳入法律保护，但遗憾未明确其权利客体。该文以微信公众号为例，提出账号内真正与不真正虚拟财产的区分原则：除账号本身属于网络虚拟财产外，其余大多是不真正网络虚拟财产。在此基础上，该文拟定一套可操作的账号权利归属和利用方案，并比较微信公众号“账号迁移”功能提示风险防控要点，希望为实务中合理解决网络账号财产规则等现实问题提供思路。

【关键词】自媒体 网络账号 微信公众号 网络虚拟财产 民法总则

## 引言

一百年前的人类发现灵魂有重量，约莫 21 克，<sup>[1]</sup> 虽是无稽之谈，却为之着迷，我们自古就有原始的渴望——希望一切抽象、无形、精神的事物与物质世界产生强烈联系，触手可及。

时空流转，百年后的人类用通信、计算机和其他信息技术创造出虚拟世界，初具赛博空间（Cyberspace）<sup>[2]</sup> 雏形。中国版赛博空间的当下雏形，则是自媒体的繁荣，例如微信，在事实上“统治”着中国人民的手机：2016 年底，微信的月活跃用户已达 8.89 亿<sup>[3]</sup>，约占中国总人口数的 64%，其中 21% 的用户每天主动打开微信超过 50 次，17% 的用户使用微信超过 4 小时<sup>[4]</sup>。在生产消费关系的另一侧，微信公众号的数量则早早超过 1200 万个<sup>[5]</sup>，人们投入大量劳动和金钱，创造了叹为观止的“众媒时代”繁荣。

然而与一切混沌中诞生的革命性创造一样，“低法治状态”<sup>[6]</sup> 的脆弱平衡时时刻刻都可能被打破。

[1] 美国马塞诸塞州黑弗里尔的医师邓肯·麦克杜格尔，通过测量死者逝世前几秒的体重突然变化，论证人类灵魂的重量即那突然失去的 21 克体重。当然，这个观点很快被证伪，但却影响深远。MacDougall, Duncan. "The Soul: Hypothesis Concerning Soul Substance Together with Experimental Evidence of The Existence of Such Substance." American Medicine, 1907.

[2] 赛博空间（Cyberspace）是哲学和计算机领域的抽象概念，指在计算机及计算机网络里的虚拟现实，是以知识和信息为内容的新型空间，是人类用知识创造的人工世界。赛博空间里，主权、法律、财产等现实世界的规则都将重新定义。近年来，世界各国争相角逐赛博空间的控制权。参见牟承晋：《人类奔向网际空间时代——揭示任意扩张赛博空间理念的谬错》，载 <http://www.cwzg.cn/theory/201702/34272.html>，2017 年 5 月 9 日访问。

[3] 截至 2016 年末，中国大陆总人口 13.83 亿人。参见国家统计局：《中华人民共和国 2016 年国民经济和社会发展统计公报》，载 [http://www.stats.gov.cn/tjsj/zxfb/201702/t20170228\\_1467424.html](http://www.stats.gov.cn/tjsj/zxfb/201702/t20170228_1467424.html)，访问时间：2017 年 5 月 9 日。

[4] 企鹅智库：《微信影响力报告》，载 <http://tech.qq.com/a/20160321/007049.htm>，访问时间：2017 年 5 月 9 日。

[5] 艾媒咨询集团：《2016 年 APP 与微信公众号市场研究报告》，载 <http://www.iimedia.cn/46539.html>，访问时间：2017 年 5 月 9 日。

[6] “低法治状态”下的市场竞争是经济全球化后的经济新现象，冯象教授指出知识产权和劳工法方面问题尤重，笔者认为虚拟经济方面也是同样状况。参见冯象、李一达：《知识产权的终结——“中国模式”之外的挑战》，载《文化纵横》，2012 年第 3 期。

人类再次发出困惑的呐喊，虚拟世界的一切人、一切物、一切精神和社会关系，难道都是梦幻泡影吗。我，现实中物质的我，难道不对虚拟“化身”及关联的全部事物享有权利——成为我所支配的财产吗<sup>[7]</sup>。答案似乎不言自明，却又难以名状。国内外数十年来的研究可谓汗牛充栋，遗憾无定论。而就在世界经济曲折复苏的这些年，中国迅速发展为最大的数字经济国之一，即将施行的《民法总则》划时代地将虚拟财产和数据纳入法律保护，尽管笼统，相较止步于虚拟物品具有财产价值这个观点是否可笑的那些声音<sup>[8]</sup>，我们确实走得更远了。

而我不禁联想到一个雷蒙德·卡佛式的提问——当我们法律人谈论网络账号时我们在谈论什么？我们说的网络账号究竟是否属于虚拟财产，它们的权利客体是什么，到底谁支配这些财产，我们能利用这些财产做什么，为此律师能提供什么样的法律服务？

本文以自媒体账号为主要研究对象，结合长期为微信公众号矩阵运营公司提供法律顾问服务的经历和思考，试图回答上述几个问题。由于领域内问题新颖，争议较多，本文观点多有不成熟之处，盼方家斧正。

### 一、自媒体账号的财产性

乍一看，网络账号只是一串记录在磁盘空间上的字符组合，在计算机系统语言中表现为人类不能识读的二进制代码。若论代码占据的磁盘空间大小，或虚拟社区成功运营后的边际成本，都可说是微乎其微，不值一提。但网络账号的财产性至少能从这两个典型方面体现：

#### （一）账号具有使用价值

账号的使用价值，来源于账号实现的功能——作为用户身份与账号内容一致性的凭证。本质上，这就跟银行卡、动车票、保险单等具有物质实体的凭证如出一辙，倘若丧失一致性认证的功能，物质凭证就与废纸、废料无异。自媒体账号也是如此。我们承认物质凭证的使用价值，当然也应承认网络账号的使用价值。

#### （二）账号具有财产价值

洛克认为，人的劳动使原本公共共有的事物脱离它的自然安置状态。从它与劳动混合的那刻起，人就能使之成为自己的财产，并排斥他人权利。如不是这样，自然安置状态下存在着的共有事物，也就毫无用处了。<sup>[9]</sup> 洛克的理论是典型的劳动价值论，很好地解释了自媒体账号的财产价值。

#### 1. 服务提供者的劳动投入

例如，微信公众号于 2012 年 7 月上线，从最初的虚拟社区开发，到功能不断迭代，从虚拟社区启动所需的硬件设备和网络环境，再到用户指数级增长后的运营维护，无不基于服务提供者在劳动和金钱上不计其数的投入。公众号之所以为公众所用，完全依赖于此。

#### 2. 用户的劳动投入

不只如此，用户的行为也赋予自媒体账号更高的财产价值。毕竟，账号终归由人使用，无论社交、生活还是游戏，都免不了用户直接的劳动投入。而自媒体账号在人力资源集中方面的特点，就更为

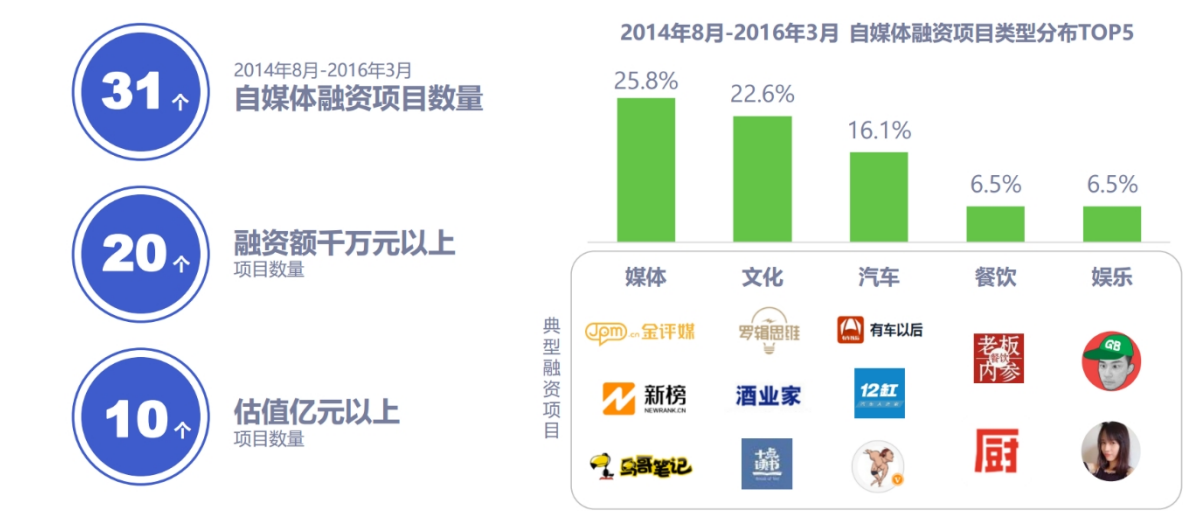
明显了。此外还有资金投入，据统计，63.8% 的用户对微信公众号高级开发和运营做了投资，其中近 30% 的投资额超过 1 万元，甚至有 3% 超过 50 万元<sup>[10]</sup>。不断投入并运营成功的自媒体账号在资本市场受到青睐，正处商业价值爆发期，如“一条”、“罗辑思维”等账号就获得了超亿元的风投融资，恐怕，这是其他类型网络账号所难以匹敌的。

### （三）财产性的基本结论

在前两个方面的考察中，自媒体账号的经济价值通过现实世界既有规则被很好地度量，其财产性是毋庸置疑的。当然，财产性的分析仅限于自媒体账号、网络店铺账号、游戏账号这些基于民事法律关系的网络账号，并不是所有的网络账号都具有财产性，比如我们律师常用的律师综合管理平台的账户是行政管理性质，显然不具有财产性。

## 二、自媒体账号的权利客体

图 1：自媒体账号融资概览和分布<sup>[11]</sup>



财产性，是我们进一步讨论自媒体账号权利客体的前提。但要特别强调，网络账号不是单一的财产类型，在典型错误里，人们首先不加区分地将网络账号整体定性为网络虚拟财产，其次又对网络虚拟财产的权利客体模棱两可、语焉不详，或索性避而不谈。这也是本文将研究范文限定在自媒体账号的原因之一，因为不同账号类型的技术特征有着显著差异，权利客体的判断如果不是具体问题具体分析，很容易犯下以偏概全的错误，错误理论指导实践，律师不可能提供好的法律服务。

#### （一）网络虚拟财产辨别

《民法总则》没有规定网络虚拟财产的内涵和外延，所以需要我们自己仔细甄别。放眼所及，自媒体账号中的大部分虚拟物品只不过是传统财产类型的数字化、网络化，它们能在现有法律框架内寻求到司法保护，律师提供法律服务时只需按图索骥，无需过多纠结。这些财产，我们姑且称它们为“不真正网络虚拟财产<sup>[12]</sup>”。

如何辨别真正或不真正网络虚拟财产，判断方法有二：

[7] 当然，财产并非一个人的全部权利。如郑成思先生所概括：“是否一切‘权’都是财产权，当然不是，人身权也是私法领域重要的权利。反过来，是否一切财产都反映着权利，答案却似乎是肯定的。……”参见郑成思：《知识产权论》，法律出版社 1998 年版，第 7 页以下。转引自林旭霞：《虚拟财产权研究》，法律出版社 2010 年版，第 20 页。

[8] See F. Gregory Lastowka & Dan Hunter, the Laws of the Virtual Worlds, 92 California Law Review 37( 2004) , p.37. 此外，国内学者杨向华先生就曾指出，如果虚拟财产属于财产，那么，虚拟财产的产生意味着社会总财富的增加，虚拟财产的消灭意味着社会总财富的减少。果真是这样的话，应当建议国家将现今国内所有游戏中的虚拟财产纳入每年的国内生产总值才对，但党和人民肯定都不会答应这样做。参见杨向华：《网络游戏虚拟财产法律性质浅议》，载《湖南公安高等专科学校学报》，2004 年第 4 期。转引自江波：《虚拟财产司法保护研究》，北京大学出版社 2015 年版，第 77 页。

[9] [英] 洛克：《政府论（下篇）》，叶启芳、瞿菊农译，商务印书馆 1996 年版，第 19 页。

[10] 中国信息通信研究院：《微信经济社会影响力研究》，载 [http://tencentresearch.com/Public/Uploads/file/20160321/20160321154703\\_28907.pdf](http://tencentresearch.com/Public/Uploads/file/20160321/20160321154703_28907.pdf)，访问时间：2017 年 5 月 9 日。

[11] 数据来源：TalkData 移动数据研究中心：《2016 自媒体行业洞察报告》，载 <https://www.talkingdata.com/index/files/2016-06/1466476167127.pdf>，访问时间：2017 年 5 月 13 日。

[12] 笔者认为“不真正网络虚拟财产”一词较好地反映了网络物品财产类型复杂性的一面。参见刘明：《网络虚拟财产权权利客体研究》，载《社会科学研究》，2015 年第 2 期。

1. 从权利来源判断

用户对网络虚拟财产的权利，只能来源于服务提供者与用户之间的基础法律关系。若财产的形成与服务提供者没有直接关联，它就属于“不真正网络虚拟财产”。

2. 从权利客体的价值基础判断

网络虚拟财产的使用价值、财产价值主要取决于网路服务的有用性。独立于网络服务或虚拟社区仍具备使用价值、财产价值的，即为“不真正网络虚拟财产”。<sup>[13]</sup>

（二）“不真正网络虚拟财产”示例

通过规则运用，以微信公众号为例，我们判断属于“不真正网络虚拟财产”的包括但不限于：

1. 文字、图片、影音等内容物

这些内容物在公众号中称之为文章素材，属于用户或他人智力创作成果的数字化。尽管此刻附于公众号，但也能从中脱离，在任何空间或平台中存续。因此属于传统的知识产权客体。

2. 公众号菜单等账号功能的二次开发

用户可能自行或委托第三方进行二次开发，但这种开发不是对账号自身的改造，而是通过 API 接口实现的功能扩展，类似国际太空站与某个国家太空舱的临时对接。它们也是独立网络账号的知识产权客体。

3. 公众号的商誉

商事主体运营下的公众号，多为订阅号或服务号，存在商誉与商事信用一说，它们与服务提供者并无直接关联，不属于真正网络虚拟财产。对于商誉权，相对的主流观点，将商誉权归入知识产权客体<sup>[14]</sup>，实践中主要通过《反不正当竞争法》提供了保护。

4. 公众号的商事信用

王利民教授认为商事信用权已被商誉权包含<sup>[15]</sup>，另有观点认为，商事信用是经济活动中的基于人格利益而主要体现为经济利益的一种特殊权利，具有一定的可转让性和可继承性<sup>[16]</sup>。我国立法未予明确，但相关原则和关联性权利散见于《反不正当竞争法》、《破产法》、《消费者权益保护法》等，司法实践中多以商誉权和《反不正当竞争法》予以保护。

值得一说的是，虽然商事信用权在微信公众号作用体现不明显，但对于淘宝店铺，通过阿里巴巴公司关联的蚂蚁金服进行网贷等融资活动，商事信用起到了非常关键的作用。蚂蚁金服为平台用户开通名为“芝麻信用”的信用评估业务，根据用户的大数据信息形成特定的信用评分，据此作为融资额度的依据。那么该信用评分是不是网络虚拟财产，还是属于《民法总则》规定的数

5. 公众号的关注用户

我们很容易将公众号的关注功能、具有人格属性的关注用户和公众号的商誉三者相混淆。关注功能是账号组成部分，归源于账号本身。关注用户是商业模式设计的一环，目的是为了虚拟社区用户之间的互动，是否关注公众号，是由虚拟社区用户的合意决定的。也就是说，关注用户不可能是网络虚拟财产，它一定程度上反映了商誉，但不是商誉本身。

（三）权利客体的基本结论

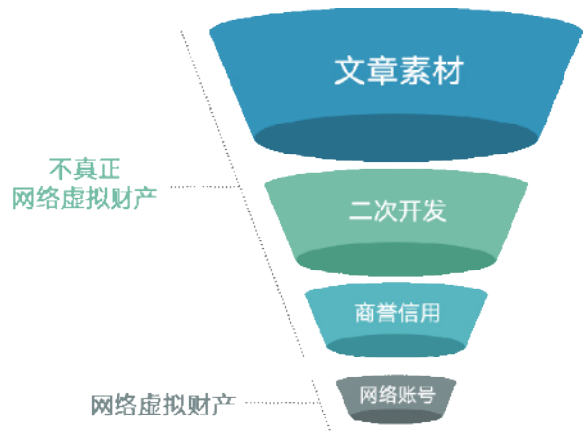
[13] 同上。

[14] 参见范敦强：《商誉权的法律属性及其保护模式》，载《上海政法学院学报》，2015年第3期。

[15] 参见王利民：《人格权研究》，中国人民大学出版社2012年版，第587页。

[16] 参见沈恬：《论商事信用权及其法律保护》，上海：华东政法大学硕士学位论文，2015年。

图 2：自媒体账号财产类型



在能够周延的范围内，我们可以得出一个自媒体账号权利客体的基本结论，结论的一部分确信，另一部分存有争议：

当我们谈论某个自媒体账号，通常是在广义上指账号的里里外外，在微信公众号的例子里，包括生成网络空间的账号，商业逻辑中最具价值的关注用户，具有稀缺属性的赞赏等进阶功能，投入劳动和资金完成的二次开发功能，当然也包括塑造了公众号良好商誉的文章素材。然而，广义的自媒体账号是一个集合网络虚拟财产、知识产权、商誉权和其他各类权利的综合体，只有其中狭义的自媒体账号概念——网络账号本身（包括服务提供者设计的附属功能）——属于网络虚拟财产，其余存在于公众号内的虚拟物品均属“不真正网络虚拟财产”之列。

“罗马的归罗马，凯撒的归凯撒”，律师提供与网路账号相关的法律服务，首当其中的，就要识别账号内的不同财产类型及其权利客体，据此适用不同的法律规范。

但有争议的，是网络虚拟财产的权利客体又到底属于什么，我们应当适用什么样的财产规则解决当前的实际问题，这是我们后文要继续探讨研究的问题，再在探讨的基础上，考虑律师可以提供的法律服务。

（四）网络虚拟财产权利客体刍议

关于网络虚拟财产权的权利性质，学界主要有物权说、债权说、知识产权说、人格权说和新财产说，各学说之间相去甚远，相互不能说服。虽然物权说在漫长争论中，逐渐占据主流，但从《民法总则（草案）》三次审议的条文变化来看，物权说最终也未获得立法者支持。

一审稿第一百零四条规定“物包括不动产和动产。法律规定具体权利或者网络虚拟财产作为物权客体的，依照其规定”。然而，二审稿和最终审议通过版本中，又均删去了物权客体的表述，仅仅留下“法律对数据、网络虚拟财产的保护有规定的，依照其规定”的原则性保护。

立法者担忧的，是物权客体无法完整覆盖到虚拟财产的复杂属性，毕竟虚拟财产仍是发展中的概念<sup>[17]</sup>。笔者当然认同法律必须追求稳定，立法者暂不为虚拟财产定性是足够审慎的，但审慎不能解决现实问题。一揽子的、系统的立法策略固然理想，却也丧失了解决当下问题的机会。

在笔者看来，自媒体网络账号作为网络虚拟财产，本质上与物权最为接近，具有“物”的属性

[17] 朱巍：《为什么说删掉虚拟财产和数据信息是一件大好事》，载 [http://opinion.china.com.cn/opinion\\_89\\_153489.html](http://opinion.china.com.cn/opinion_89_153489.html)，访问时间：2017年5月9日。

和特征，除了前文谈到的财产性外，还有：

1. 在法律上具有排他支配和管理的可能<sup>[18]</sup>

服务提供者在事实上可以排他支配和管理网络账号，这是物权的核心特征之一，例如限定对象、时间地开放网路服务，增加或删除服务功能，也可以对用户行为进行管理，包括惩戒措施。用户也可以通过账号密码的控制，取得对账号的排他使用。而且，对网络账号的支配，也不再限于实际占有状态，而是通过权利上的联系实现<sup>[19]</sup>，比如服务器可以是租赁的，用户则依赖于网络服务协议、电信通讯协议的履行实现支配目的。

2. 存在需要一定空间，与传统的物在存在方式上有相似性<sup>[20]</sup>

网络账号不像传统的物一样占据现实空间，但其存在也需要另一种空间形式。首先，电子数据在现实空间中已经占据磁盘空间。其次，虚拟空间是磁盘空间的扩展和延续，它真实存在，不是假象或幻想。它与现实空间不但相似，并且依存于现实空间。

因此，我们至少可以在解决实际问题中运用物权理论，这是当前最有效、便利思路，可谓瑕不掩瑜。毕竟，无论是法院裁判还是律师提供法律服务，即便我们处理问题时没有法律规定可供对号入座，但也不能以此为由拒绝裁判或解决问题。

### 三、自媒体账号的财产规则设计

#### （一）财产归属规则

既是财产，自然要问财产归谁？律师可以为网络服务提供者提供账号财产归属规则的设计。

狭义的自媒体账号的所有权归为服务提供者所有，是当前最普遍的做法。例如，《微信公众平台服务协议》就规定“帐号的所有权归腾讯公司所有，用户完成申请注册手续后，获得微信公众帐号的使用权”；<sup>[21]</sup>而用户，当然也普遍认为网络账号应当归自己所有，特别是用户在账号上的投入和收益非常可观的时候。双方的冲突似乎不可调和。

那就让我们回到洛克的劳动价值理论。服务提供者和用户都在通过劳动价值理论主张财产权利，到底谁更应该享有财产权利，这就需要考察谁的劳动对于自媒体账号的财产价值更有决定性。

对于自媒体账号，甚至绝大部分的网络账号，其功能和使用价值归功于服务提供者的事先劳动和投入，用户添加的这部分劳动，事实上都不是对网络账号本身的创造性劳动，归根结底都属于“不真正网络虚拟财产”。事实上，用户本来也就没有途径对网络账号添加创造性劳动，要是有的话，那他的身份很可能是一名不太道德的黑客。

显然，律师如果参与服务协议的设计，将网络账号的所有权归服务提供者所有是一项合理的选择。少量情况下，网络账号的所有权可能归用户所有，比如服务提供者愿意作出有期限的所有权让渡，再比如网络账号自身的技术特征决定的情况。

换句话说，在大多数时候，用户也不应该享有所有权。如果应该，超过 1200 万微信公众号用户就对磁盘存储区域按份共有，并且随着账号的不断增加，共有人的份额自动递减，这是非常荒唐且可笑的结果。而且，所有权是绝对权，服务提供者也就不能对账号施加干涉，同时还要负担永远（至少足够久）维持服务运转的义务，这是相当可怕的，要知道，服务关闭本是家常便饭，也是商业规律。

#### （二）财产利用规则

[18] 参见杨立新、王中合：《论网络虚拟财产的物权属性及其基本规则》，载《国家检察官学院学报》，2004 年第 6 期。

[19] 参见林旭霞：《虚拟财产权研究》，法律出版社 2010 年版，第 107 页。

[20] 同上。

[21] 参见腾讯公司：《微信公众平台服务协议》，载 [https://mp.weixin.qq.com/cgi-bin/readtemplate?t=home/agreement\\_tmpl&type=info&lang=zh\\_CN](https://mp.weixin.qq.com/cgi-bin/readtemplate?t=home/agreement_tmpl&type=info&lang=zh_CN)，2017 年 5 月 9 日访问。

物权的内容包括占有、使用、收益和处分，后三种是律师应当关注的重点。

1. 账号使用权

账号使用权是用户最主要的权利。用户之所以能对账号占用使用，绝大多数情形里，是基于服务提供者在与用户签订的服务协议中明确约定将使用权授予用户享有。将所有权由服务提供者享有，但通过协议控制，基于合同义务的使用权让与实际上足够覆盖用户对虚拟财产所享有的权利，并且满足用户的利益需求。若再进一步地需求，则可能来自于对财产继承等方面的问题了。

也就是说，至少在自媒体账号的问题上，给予用户账号所有权并无太多必要性。账号所有权能够带来的，更多的可能是来自于绝对权那份“安全感”。

2. 账号收益权

除非服务协议有约定，收益权一般也不应当由用户享有。服务提供者的服务目的就是获取收益，其收益就来自于对财产的所有权，和其他服务行为，自然无法将收益权对外让渡。像公众号这类商业价值相对高的自媒体账号，用户的收益来自于对“不真正网络虚拟财产”的利用，比如文章阅读打赏、广告和各种销售行为。再由用户享有收益权是不符合基本商业逻辑的。

3. 账号处分权

处分权是自媒体账号利用规则的核心，也是服务提供者与用户利益矛盾的焦点。几乎清一色的，网络服务者在明确禁止用户转让账号使用权，如《微信公众平台服务协议》就规定“帐号使用权禁止赠与、借用、租用、转让或售卖”，而权利若不能方便流转，对用户限制就过重，特别是商事主体的经济利益无法得到保障。

我们暂且不去深究协议约定的效力，但有趣的一点是，大多数人也没有把转让禁止当回事，也包括服务提供者自己。服务提供者限制转让的目的，更多在于平台管理和秩序维护，使用权转让与否对其经济利益通常没有影响。但对用户不一样，在利益的驱逐下，公众号的非官方交易早已形成一套成熟“黑市”规则，颇具虚拟社区自治意味，知名的有 A5 公众号交易平台<sup>[22]</sup>、鱼爪虚拟资产交易平台的<sup>[23]</sup>，事业可谓红红火火。在这些平台上，要么是对商事主体采取股权收购方式，要么以更粗笨的协议控制方式授予网络账号的密码，同时约定出让方应配合公众号的年检，以及不能违约使用密码找回功能等。前者不能称之为使用权转让，且普适性较差，后者则交易安全堪忧。但无论如何，服务提供者的态度是放任自流的，也或许是揣着明白装糊涂。

笔者认为，在所有权归属服务提供者所有的前提下，服务提供者建立普遍的网络账号准让制度是市场经济的现实需求。排除技术特征原因导致的不便转让，应该允许符合资格要求的双方交易流转使用权。即使网络服务终止——现实中再正常不过了，就像 2016 年底发生的“360 个人云盘”关闭事件<sup>[24]</sup>，服务提供者只需要将属于用户的财产返还即可，包括会费和数据。至于服务提供者所担忧的管理、秩序问题，在技术上没有障碍，不是一个真实存在的问题。反而禁止转让造成了眼下大量注册登记用户与实际使用用户不一致的局面，这才是导致虚拟社区秩序混乱的罪魁祸首，可谓南辕北辙，不利于虚拟经济的蓬勃发展。

#### （三）财产规则基本结论

法律最终是否对网络账号的财产规则作出系统性立法，我们不得而知。但至少在当下，虚拟社区仍有很大自主空间去要筹划、安排财产的归属和利用。几乎所有情形下，这项工作由服务提供者

[22] 访问地址：<http://gzh.a5.net>

[23] 访问地址：<http://about.yuzhua.com>

[24]360 云盘：《360 云盘服务转型公告》，载 <https://yunpan.360.cn/upgradeannounce.html>，2017 年 5 月 11 日访问。

事先完成，用户并无参与磋商的机会，因而律师为强势一方的前者服务，就需要考虑到虚拟社区各方利益平衡，而不是滥用优势地位。应当说，由服务提供者享有所有权、用户享有使用权，再由服务提供者建立使用权的准让制度，这是平衡双方利益、解决虚拟社区运营开始到终结的利益分配的最佳机制。当然我们也不排除对自媒体账号财产规则做其他个性化设计，只要是充分考虑了虚拟社区技术特征、商业逻辑的理性选择，剩下的就是市场规律的问题。

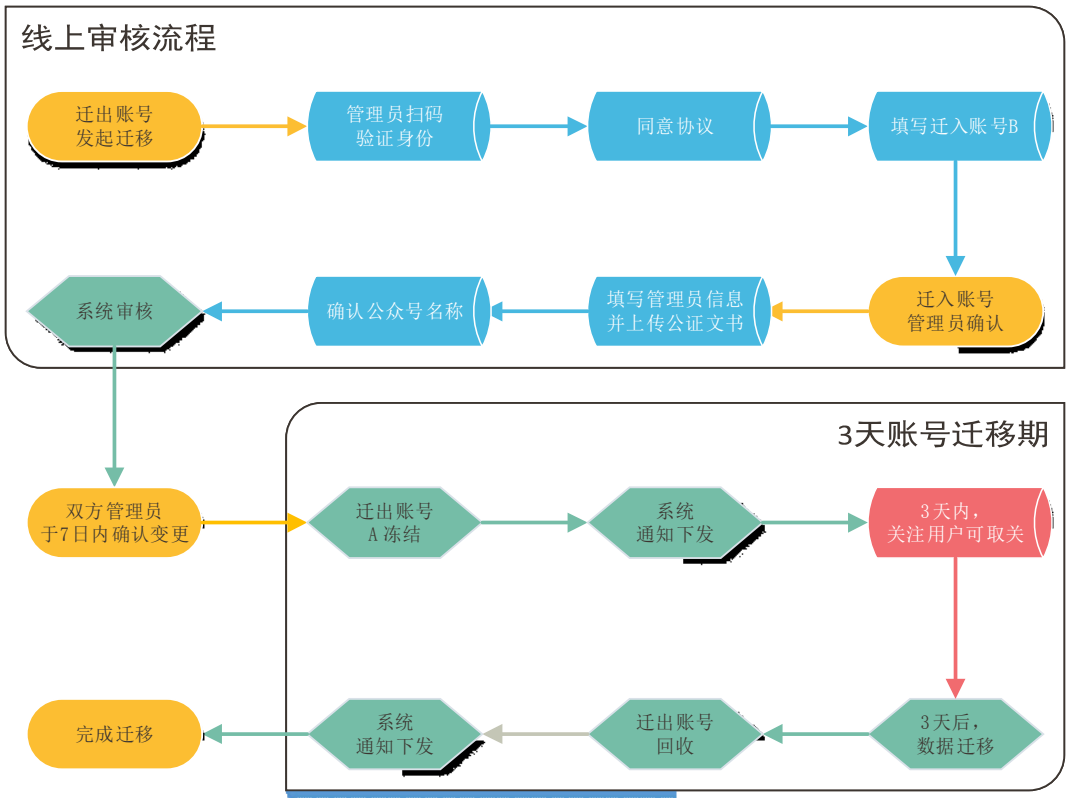
四、自媒体账号“账号迁移”的风控设计

自 2017 年 2 月 28 日起，微信公众号启动“账号迁移”功能的公测<sup>[25]</sup>，功能一经推出，市场一片叫好，还有一片的怨声载道。不少用户称之为服务提供者变相提供账号转让功能，进而一些用户抱怨有“革命不够彻底”之嫌。表面上看，似乎微信公众号也改弦更张，允许账号使用权转让了。但事实并非如此，这不过是现实中又一曲线救国、却十分有趣的选择。

当然，这也不再是纸面上的权利分配，而是现实中真实发生、新类型的交易，其交易规模和频次只会与日俱增，如何在现实交易中把握风险控制，是我们关注的重点。

（一）“账号迁移”的本质

图 3：微信公众号“账号迁移”流程



当前允许迁移的类型，有组织类公众号相互迁移，以及个人类公众号向组织类迁移。迁移前，迁出和迁入方需完成迁移申请的公证。迁移的内容默认包括全部的关注用户、违规记录，文章素材可自主选择是否迁移。公众号的名称可选择保留原名称，或改为新名称。迁移过程中，关注用户可在收到通知后的三天内选择不被迁入新的公众号。迁出方的公众账号（或称之为微信号）由系统回收，

迁入方必须以自有的公众账号接收迁移内容。<sup>[26]</sup>

微信公众号的“账号迁移”与账号使用权转让相去甚远，仍是禁止转让。迁移并不是在特定账号上发生用户主体信息的变更，其本质是迁出方账号的使用权回收消灭：公众账号由所有权人回收，在另一边，所有权人与迁入方建立服务关系，授予该方另一个账号的使用权。是两个账号，但服务提供者两者建立了一个“不真正网络虚拟财产”转让的渠道，实现对用户最具商业价值的那部分财产的流转。

从解决实际问题的角度看，“账号迁移”的曲线救国值得嘉许，也维持了《微信公众平台服务协议》“帐号使用权禁止赠与、借用、租用、转让或售卖”规则的一贯性。不管是这种使用权回收模式，还是前文笔者倡议的使用权转让模式，都应该成为服务提供者与用户利益平衡的制度选择，只要双方愿意接受即可。

需要特别强调的是，“账号迁移”功能保障用户利益的同时，也充分尊重虚拟社区用户合意，没有将关注用户作为公众号用户的某项财产而予强制迁移，这也是值得其他网路服务提供者制定规则时积极参考借鉴的地方。

但也有遗憾。网络账号使用权并非毫无价值，账号是有唯一性的，账号字符也不是随机的无意义组合，是一种稀缺资源，醒目的账号往往很有商业价值，原账号的使用权由新的公众号主体继受取得对维持商誉也有好处。可能在服务提供者看来，关注用户对公众号的识别，主要以来公众号名称和服务提供者审核通过的认证标识，因此忽略账号使用权的价值。这是公众号“账号迁移”功能的不足之处。

再者，公众号对于账号使用权的继承，仍旧没有任何突破。淘宝在这方面走得相对更远一些，早在 2013 年 3 月就有了淘宝店铺“过户”功能的尝试，虽然支持的过户类型有限，但明确准予继承<sup>[27]</sup>的开放态度十分抢眼，或许这跟淘宝店铺具有更多虚拟不动产的属性不无关系。当然，从制度设计来讲，虚拟账号是否当然继承，如何继承，被继承人是否享有“被遗忘权”，这都是要专门另文讨论的问题了。笔者的基本观点是可以继承，但应当保障死者的隐私权，就像对现实世界财产，我们也有损毁、掩藏的权利。

（二）法律服务 and 风险控制

众媒时代兴起，自媒体账号的收购必然集聚成潮，微信公众号“账号迁移”功能的推出便是积极信号。律师为客户提供服务应当非常深刻地理解双方的商业模式，熟悉业务流程，仔细甄别财产归属并做好交易的风险控制。

1. 价值评估

本文观点中公众账号使用权，其商业价值有限，毕竟用户付出的劳动和资金的对象不在于取得账号使用权，该使用权甚至是可以主动或被动的注销而轻易消灭。因此，尽管估值在很多时候有“拍脑袋”成分，但律师帮助客户评估公众号价值应当格外关注劳动和资金真正流向的地方，对权利构成复杂的自媒体账号内财产归属有清晰、准确的把握，以此判断公众号流转时哪一些财产要纳入价值评估，评估时以什么样的权利客体来对待。

2. 税务处理

由此也产生另一个问题，由于用户只享有公众账号的使用权，无论是使用权转让的方式，还是“账

[26] 规则总结自本文撰写当时腾讯公司提供公测功能，不排除腾讯公司修改的可能。

[27] 截至本文截稿前，淘宝店铺支持的过户类型有过世继承、家产继承、结婚、协议离婚、判决离婚、近亲属。参见淘宝网：《店铺过户常见问题》，载 <https://helpcenter.taobao.com/learn/knowledge?version=old&id=5703391>，访问时间：2017 年 5 月 11 日。

[25] 微信派：《微信公众平台“账号迁移”流程开始公测》，载 <https://mp.weixin.qq.com/s/jHoNDdKxYfqobRKuAoBCgw>，2017 年 5 月 11 日访问。

号迁移”，按照会计处理准则，用户很难将运营公账号期间的投入纳入成本项目，而只能列入费用项目，由此导致所得税的税基偏高，甚至有全额计税的风险。作为知识产权的文章素材也是如此。那么，律师需要提请客户注意比较在不同取得方式之间的税费成本。

3. 知识产权瑕疵担保

需要特别提醒的是，目前的公众号“账号迁移”不能迁移文章的原创标识，对迁入方的知识产权保护是有缺漏的。对此，律师应当提请客户注意风险，并在协议对知识产权保护有更细致的规划。特别是，文章素材上的知识产权权利瑕疵担保义务，对丧失了原创表示保护的迁入方显得愈为重要。

4. 交易关键时间节点的把握

微信公众号属于综合类财产权，需要把握不同类型财产的权属变动特点，安排相应的转让款支付时间节点。在“账号迁移”的情形里，大原则上以迁移程序结束作为关键节点。应当要知道，交易双方对迁移规则的不了解，或服务提供者的系统和规则修改等，都有可能急剧加重交易失败的风险，例如，许多用户直到签署协议、办理公证、即将结束迁移程序时，才发现新的公众账号无法使用公众号的原名称，因服务提供者要求公众号的名称具有唯一性，而该名称在虚拟社区内存在多个使用者，这些并存名称几乎无法通过投诉渠道解决。

另外，在账号使用权转让的情形里，用户取得账号和密码就能实现对网络虚拟财产的排他性支配，即取得对网络账号的直接占有，这种交付属于现实交付，是交易的关键时间节点。

5. 关注用户取消关注的风险

用户关注是微信公众号商业价值的核心部分，但恰恰这部分在迁移过程中存在非常大的不确定性。关注用户不是公众号用户的财产，却是交易价款的主要构成来源，如果将关注用户纳入商誉考量，可商誉只能在企业整体转让时体现价值，确实是个难解的新颖问题。暂且只能将关注用户减少量作为减少价款的条件，当减少量达到特定标准时，很可能合同目的就无法实现，合同需要解除。

结语

2015 年，虚拟现实（VR）技术的浪潮再度兴起，相信无需多候就能走入寻常百姓人家。塞伯世界离我们从未如此地近，如此地充满可能性。到那时候，人类也必然比任何一个时代都还要困惑，就像我们曾经怀疑的——灵魂是否有重量，那么虚拟世界又是否有“重量”呢。又如卡多佐大法官曾感慨的，“当我决定一个案件时……如果可以适用某个司法的先例，在什么时候我会拒绝遵循这一先例？当没有可以适用的先例时，我又如何获得一个规则而同时又为未来制定一个先例？……”<sup>[28]</sup>

接受困惑、探寻先例，正是我们这代法律人的历史使命。

## 互联网交易平台法律责任研究

浙江金奥律师事务所 洪友红 季露妍

【内容提要】在高新电子信息技术产业化时代，互联网交易平台建设推动了信息服务业及全球电子商务的发展。互联网交易平台作为信息汇聚，数据和商品交易、服务的场所，在民事侵权纠纷及刑事犯罪中，将互联网交易平台经营者纳入责任主体的范畴，彰显互联网交易的公平正义，顺应社会责任的要求，维护互联网及社会的稳定。互联网交易平台在不同的法律关系显示其特定的法律地位，但交易平台并非独立的责任主体，其运营模式等均为交易平台经营者的意思表示，则应由互联网交易平台的经营者作为主体承担法律责任。本文主要分析互联网交易平台经营者在信息数据处理及商品交易过程中可能涉及的责任，回顾与我国有关互联网交易平台的立法现状。

【关键词】互联网交易平台、法律责任、数据及交易

### 引言

目前通过互联网搜索引擎的搜索，“互联网平台”一词搜索显示率非常高。但对于互联网平台的含义理解众所纷纭，有的人认为是互联网上交易场所，也有的人认为是交易信息聚集区。我们认为互联网交易平台就是为现实交易目的在互联网上设立的网络空间。这含义中包含设立交易平台的经营者以及在平台中存在交易双方或者多方；交易标的包括产品、服务和相关信息；在网络空间中存在虚拟交易场所，可以用数据显示和标识以供交易双方或多方以及消费者辨别确定。这些互联网元素综合集聚，显示平台交易性质，形成人们认知的网络空间。

其中，互联网交易平台的经营者是经有关行政部门注册登记并领取营业执照和其他法定许可证，从事互联网平台运营并为交易双方或多方提供服务的自然人、法人和其他组织。它是网络空间所有人，拥有占有、使用、收益和处分的权利，同样，应承担相应的责任。

网络空间是经营者向国家网络信息管理部门申请并核准登记拥有网络使用范围。网络空间在法律上具有物权、债权和股权性质，网络空间的数据具备商业价值，为经济和商业发展提供大量依据，这就是大数据时代的经营魅力。

相较于传统的交易形式，互联网交易平台的经营模式具有多样化的特性。在不一样的平台运营情形下，互联网交易平台作为买卖主体、交易场地所有者、信息数据媒介或委托代理的法律地位。

#### 一、互联网交易平台的法律地位

互联网交易平台是商品服务信息集中汇聚的网络空间，这本身只是为了交易数据显示的虚拟场所，为交易双方或多方提供交易服务。然而，互联网交易平台的经营者是具备责任能力的主体，在享受权利的同时履行多种义务，并承担运营互联网交易平台而产生的法律责任。

从交易平台产生的法律关系看，交易平台的经营者设立交易平台后。与管理部门建立管理与被

[28][美]本杰明·卡多佐：《司法过程的性质》，苏力译，商务印书馆1998年版，第1-2页。

管理关系；与买卖双方建立网络服务合同关系；与平台交易双方形成新型中介关系等。由此可见，互联网交易平台并非独立责任主体，其平台经营模式、交易规则设立、信息发布和修改以及交易双方产生纠纷的调解仲裁机制，都是平台经营者的自由意思表示。

确认互联网交易平台的法律地位，对交易平台的法律责任的承担包括优先行赔偿责任、连带清偿责任抑或连带赔偿责任、补充责任具有重大的现实意义。根据现有的平台经营模式，可以将互联网交易平台的法律地位理解为以下几种：

一是买卖合同法律关系中的卖方，主要的交易平台类型为自营交易平台。自营交易平台是指经营者设立平台仅供自己产品交易，其设立的网络空间为自己产品展示和交易。互联网交易平台直接作为买卖合同的一方当事人，订立买卖合同。合同签订过程中，互联网交易平台作为卖方应当注意审查买房的主体资格，预防合同诈骗，特别注意交货的时间、地点和方式的约定，关系买卖双方的利益实现和标的物毁损灭失风险承担。作为买房也应当注意格式条款的约定，并对标的物核心事项进行明确。

二是租赁合同法律关系中的出租方，互联网交易平台经营者本身不参与商品买卖或者提供服务，仅仅是将其合法享有的交易平台出租给供货商等其他主体使用，获得收益。收益方式也存在多样化，如会费制度、直接租金收益等。在互联网交易平台的购置商品或者享受服务时，如消费者的合法权利受到侵害，同时，平台存在未依法履行自身义务的情形下，应当对消费者承担相应的责任。

三是居间合同法律关系中的居间人，交易平台向委托人报告订立合同的机会或者提供订立合同的媒介服务，委托人支付交易平台报酬，交易平台主要负责与第三人订约居中斡旋，传达双方意思，起牵线搭桥的作用，除非保护委托人外不介入合同内容的签订，<sup>[1]</sup>如人人二手车 APP 等二手交易平台。

四是代理合同法律关系中的代理人，特别是电子代理人。代理人系根据代理约定，向被代理者收取一定佣金（或者免费），全权或在一定的授权范围内，代表被代理人或者授权单位，在代理期限内行使被代理者的权力，完成相关的使命或者任务。互联网交易平台本身依靠电子信息技术发展，在代理合同关系中会涉及到电子代理人。我国还没有在法律法规中明确规定电子代理人的内涵和外延。据中国经贸新词词典解释：“电子代理人是指在没有人检查的情况下，独立采取某种措施对某个电子信息作出反应的某个计算机程序、电子的或其他的自动手段。”<sup>[2]</sup>在电子合同的签订中，双方当事人可以通过电子数据交换、电子邮件，或网页点击等方式来进行要约和承诺。一般情况下，电子代理人法律行为的效果归属于电子代理人的使用人。

上述从不同角度分析了法律地位，合同关系侧重买卖和服务本身，租赁关系更多的是对传统交易方式中商场经营模式的信息化延伸，居间关系体现网上交易平台的实用功能增加数据和信息传递，代理关系特别是电子代理显现互联网交易的特殊性和便捷性。

## 二、互联网交易平台的法律义务

法律规定的不断完善，对互联网交易平台的法律义务也更加明确，主要义务如下：

### （一）合法设立、注销

互联网交易平台是平台经营者申请并经核准设立的。经营者可以自行向国家有关部门申请设立，也可以委托互联网交易公司代理设立。不论自行设立还是代理设立，必须国家符合规定的条件和程序。条件包括：一是硬件设施，包括网络平台经营者取得“三证合一”的工商登记，并取得国家互联网登记中心备案核准的网络域名包括国内域名或国际域名。同时具备办理工商登记需要的设施，取得

营业执照、组织机构代码证、税务登记证等；二是计算机系统，包括取得 ICP 许可证；三是管理人员、计算人员、客服人员，四是除上述条件外法律、法规、规章规定的其他条件。程序为：一互联网交易平台经营者注册“三证合一，一照一码”的经营公司；二向国家互联网登记中心申请了域名，取得域名备案核准证书；三办理交易平台增值电信业务经营许可证（ICP）；四如交易平台涉及广告的，需要办理《广告经营许可证》，涉及文化的，还需要办理《文化经营许可证》，涉及金融产品的，还需办理银行业务许可证等等；五交易规划备案。

注销主要依据《公司法》的相关规定。

### （二）平台经营者信息公示

平台经营者应当在其网站主页面或者从事经营活动的网页显著位置公示以下信息：(1) 营业执照、组织机构代码证、税务登记证以及各类经营许可证；(2) 互联网信息服务许可登记或经备案的电子验证标识；(3) 经营地址、邮政编码、电话号码、电子信箱等联系信息及法律文书送达地址；(4) 监管部门或消费者投诉机构的联系方式。(5) 法律、法规规定其他应披露的信息。<sup>[3]</sup>

在网络空间的交易中识别民事责任主体并不容易，交易平台往往并非直接显示平台现实经营者，而往往以例如“某某网”、“某某网站”、“快速贷”“易拍贷”等形式出现，这就需要认真加以识别确认。

### （三）交易平台设施及运行环境维护

平台经营者应当保障交易平台内各类软硬件设施的正常运行，维护消防、卫生和安保等设施处于正常状态。

平台经营者应按照国家信息安全等级保护制度的有关规定和要求建设、运行、维护网上交易平台系统和辅助服务系统，落实互联网安全保护技术措施，依法实时监控交易系统运行状况，维护平台交易系统正常运行，及时处理网络安全事故。

日交易额 1 亿元人民币以上（含 1 亿元）的第三方电子商务交易平台应当设置异地灾难备份系统，建立灾难恢复体系和应急预案。

### （四）数据存储与查询

电子商务第三方平台应当记录、保存平台上发布的商品和服务信息、交易信息，并确保信息真实、完整、准确。商品和服务信息、交易信息保存时间自交易完成之日起不少于三年（网贷平台的信息数据留存期限为自借款合同到期起 5 年）。

站内经营者有权在保存期限内自助查询、下载或打印自己的交易信息。

（五）对站内经营者的管理与引导，主要包括站内经营者注册资料等必要信息汇总整理和站内经营者行为规范制定。为确保信息准确及有效，交易平台应审查和认定涵盖企业法人和个体工商户的营业执照等相关资料和许可。

### （六）检查监控售假行为、销售违禁品等行为，并报送涉嫌违法信息等

法律、行政法规禁止交易的商品或者服务，电子商务经营主体不得销售或者提供。在监控过程中，平台应当做到以下：一是平台在知道商品为假货时，应及时采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施；二是平台在收到权利人合格的侵权通知时，应及时采取必要措施，并通知被投诉人；三是平台应建立侵权投诉的机制，供权利人发出侵权通知；四是依法向有权机关报告发现的违法情况，在收到有权机关命令时，按照法定程序提供协助，交易平台依据平台服务协议和交易规则对经营者实施警示、暂停或者终止服务等措施的，应当及时公示，并将涉嫌违法的信息报送有关部门；五是应对卖家的

[3] 《第三方互联网交易平台服务规范》

[1] 百科——《居间合同》

[2] 陈亮 . 电子代理人与传统代理人的比较分析 [J]，襄樊，职业技术学院学报，2008（6）

身份资料（包括真实名称、地址和有效联系方式）进行审查，在消费者购买到假货后的投诉过程中，应将上述资料向消费者披露。<sup>[4]</sup>

### 三、互联网交易平台责任承担适用

#### （一）互联网交易平台的民事侵权或者合同违约承担

##### 1、互联网交易平台知识产权的侵权责任

平台经营者应当建立适当的工作机制，依法保护知识产权。对于权利人附有证据并通知具体地址的侵权页面、文件或链接，平台经营者应通知被投诉人，同时采取必要措施保护权利人合法权益。

平台经营者应通过合同其他方式要求站内经营者遵守《商标法》、《反不正当竞争法》、《企业名称登记管理规定》等法律、法规、规章的规定，不得侵犯他人的注册商标专用权、企业名称权等权利。电子商务第三方平台违反规定，明知平台内经营者实施侵犯知识产权行为未采取必要措施的，将承担侵权责任。

##### （1）自营型互联网交易经营者的直接侵权责任

互联网交易经营者以自己名义进行侵权行为的，应当承担侵权责任；未明确注明被控侵权交易信息或相应交易行为由他人利用其网络服务提供或从事的，推定由其提供或从事，并承担相应的侵权责任。

##### （2）合营型互联网交易经营者的间接侵权责任

若互联网交易经营者与网络卖家合作经营，或从网络卖家的经营行为中直接获得经济利益，且应当知道被控侵权行为通过其网络服务进行的，则推定其有过错，并承担相应的侵权责任。

间接侵权责任的认定，应当以间接侵权人明知或应当知道侵权行为的发生，“明知”是指当事人主观上实际意识到直接侵权行为必然发生或已然存在；“应知”是指互联网交易经营者已经获得了足以促使合理谨慎者调查潜在侵权行为的信息。

侵犯知识产权的法律责任有：1、民事责任，主要有停止侵害、消除影响、赔礼道歉、赔偿损失等；2、行政责任，主要有责令停止侵权行为，没收违法所得，没收、销毁侵权品，罚款等；3、刑事责任，主要有拘役、罚金、有期徒刑等。

##### 2、平台发布信息的法律责任

（1）广告：平台经营者对平台内被投诉的广告信息，应当依据广告法律规定进行删除或转交广告行政主管机构处理。

第三方交易平台应约束站内经营者不得发布虚假的广告信息，不得发送垃圾邮件。

对于国家明令禁止交易的商品或服务，提供搜索服务的第三方交易平台在搜索结果展示页面应对其名称予以屏蔽或限制访问。

（2）信息：第一，在平台上从事经营活动的，应当公布所经营产品的名称、生产者等信息；涉及第三方许可的，还应公布许可证书、认证证书等信息。

第二，网页上显示的商品信息必须真实。对实物（有形）商品，应当从多角度多方位予以展现，不可对商品的颜色、大小、比例等做歪曲或错误的显示；对于存在瑕疵的商品应当给予充分的说明并通过图片显示。发现站内经营者发布违反法律、法规广告的，应及时采取措施制止，必要时可以停止对其提供网上交易平台服务。

第三，投诉人提供的证据能够证明站内经营者有侵权行为或发布违法信息的，平台经营者应对有关责任人予以警告，停止侵权行为，删除有害信息，并可依照投诉人的请求提供被投诉人注册的

[4]《电子商务行业大数据打假 2.0》报告之平台治理假货的法律义务和责任

身份信息及联系方式。

第四，平台经营者应承担合理谨慎信息审查义务，对明显的侵权或违法信息，依法及时予以删除，并对站内经营者予以警告。

#### 3、平台对于泄露信息、恶意差评的法律责任

##### （1）泄露信息

用户依法享有对其个人信息自主决定的权利。个人信息，是指互联网交易经营者在交易活动中收集的姓名、身份证件号码、住址、联系方式、位置信息、银行卡信息、交易记录、支付记录、快递物流记录等能够单独或者与其他信息结合识别特定用户的信息。

互联网交易经营者收集用户个人信息，应当遵循合法、正当、必要原则，事先向用户明示信息收集、处理和利用的规则，并征得用户的同意。禁止采用非法交易、非法入侵、欺诈、胁迫或者其他未经用户授权的手段收集个人信息。互联网交易平台应当建立健全内部控制制度和技术管理措施，防止信息泄露、丢失、毁损，确保电子商务数据信息安全。

互联网交易经营者利用网络公开自然人个人隐私和其他个人信息，造成他人损害的将承担侵权责任，用户有权请求互联网交易经营者中止相关行为。

##### （2）恶意差评

根据《网络交易管理办法》有关规定，从事电子商务活动，不得实施下列损害电子商务信用评价的行为：

第一，以虚构交易、删除不利评价、有偿或者以其他条件换取有利评价等形式，为自己或者他人提升商业信誉

第二，违背事实的恶意评价损害他人商业信誉

第三，骚扰或者威胁交易对方，迫使其违背意愿作出、修改、删除商品或者服务评价

第四，篡改或者选择性披露电子商务经营主体的信用评价记录

第五，发布不实信用评价信息

第六，其他违反法律法规以及客观、公正、合理原则的信用评价行为。

恶意差评的法律后果，并《网络交易管理办法》未明确规定，但行为过程中如有触犯现有法律如刑法等的规定，依照规定承担责任。

#### 4、互联网交易平台的损害赔偿责任 --- 先行赔付

电子商务经营主体应当全面、真实、准确披露商品或者服务信息，保障消费者知情权和选择权。

商品生产者、销售者应当对其提供的商品质量负责，服务提供者应当对其提供的服务质量负责。消费者通过电子商务第三方平台购买商品或者接受服务，其合法权益受到损害的，可以向商品生产者、销售者或者服务提供者要求赔偿。

电子商务第三方平台不能向消费者提供平台内经营者的真实名称、地址和其他有效联系方式的，消费者可以要求电子商务第三方平台先行赔偿；电子商务第三方平台向消费者赔偿后，有权向平台内经营者追偿。

消费者在电子商务第三方平台购买商品或者接受服务，与平台内经营者发生争议时，电子商务第三方平台应当积极协助消费者维护自身合法权益。

#### （二）互联网交易平台的刑事责任

互联网交易平台设立者应当依法诚实信用，合法合规经营，为网络提供公平环境，如果经营中能犯刑事，构成犯罪的，依法追究刑事责任，从司法实战上，网络交易平台涉及刑事案件主要有以

下几类：

1、侵犯公民个人信息罪：网络平台中“公民个人信息”，是指以电子或者其他方式记录的能够单独或者与其他信息结合识别特定自然人身份或者反映特定自然人活动情况的各种信息，包括姓名、身份证件号码、通信通讯联系方式、住址、账号密码、财产状况、行踪轨迹等。而网络交易平台通过个人注册帐号和监控等方式，容易获得个人信息。交易平台因违反国家有关规定向他人出售或者提供公民个人信且具备严重情节的，就会构成侵犯公民个人信息罪。

法条规定：最高人民法院、最高人民检察院《关于办理侵犯公民个人信息刑事案件适用法律若干问题的解释》第二百五十三条之一【侵犯公民个人信息罪】

2、拒不履行信息网络安全管理义务罪：

网络交易平台要积极履行法律、行政法规规定的信息网络安全管理义务，如果经监管部门责令采取改正措施而拒不改正的，并造成诸如致使违法信息大量传播的，致使用户信息泄露，致使刑事案件证据灭失等严重后果的就会构成此罪。该罪的犯罪主体是网络交易平台即网络服务提供者，属于法人犯罪。如果网络交易平台可以证明自己的先前行为符合法律法规或监管部门责令的改正措施不合法或者自己因客观原因无法做到责令的改正措施或者在未采取措施后没有造成严重后果或这两者间没有因果关系都可以防范此罪。

法条规定：最高人民法院、最高人民检察院《关于办理侵犯公民个人信息刑事案件适用法律若干问题的解释》第二百八十六条之一【拒不履行信息网络安全管理义务罪】

3、侵犯知识产权犯罪共犯

根据最高人民法院《关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的解释》规定：明知他人实施侵犯知识产权犯罪，而为其提供互联网接入、服务器托管、网络存储空间、通讯传输通道、代收费、费用结算等服务的，以侵犯知识产权犯罪的共犯论处。

根据主客观相一致的原则，平台虽然在客观层面为侵犯知识产权的行为提供了帮助，但其在主观上是没有帮助的故意，而且缺乏有效的规制机制或技术手段来防止侵权行为的发生，也不构成过失。因此在此情况下，网络平台不构成侵犯知识产权犯罪的帮助犯。

4、非法吸收公众存款罪

非法吸收公众存款罪指违反国家金融管理法律规定，向社会公众（包括单位和个人）吸收资金的行为，构成要件是 1 非法性：未经批准吸收资金 2 公开性：向社会公开宣传，3 公众性：面向社会公众，4 获利性：承诺在一定期限内以货币、实物、股权等方式还本付息或者给付回报。而且网络交易平台涉及大量的资金交易通过公开面向公众的方式融资并且必然会承诺在一定期限内以货币、实物、股权等方式还本付息或者给付回报。因此网络交易平台特别是 P2P 这类融资平台很容易被推定为非法吸收公众存款。

目前刑法的对与非法吸收公众存款的认定已经远远不能适用金融市场网络化的发展。由于缺少行政法规没有对融资行为的合法与非法提供明确的界限，导致很多融资行为被认定为非法，

5、集资诈骗罪

集资诈骗罪是指以非法占有为目的，使用诈骗方法非法集资，数额较大的行为。由于网络交易平台涉及资金数量大，人数众多，并且以虚假空传手段将资金集中起来，支付宝高额回报，造成不良后果，构成集资诈骗犯罪。

如果网络交易平台为他人向社会公众非法吸收资金提供帮助，从中收取代理费、好处费、返点费、佣金、提成等费用，构成非法集资共同犯罪的，应当依法追究刑事责任。

6、非法经营罪是违反国家规定，非法经营，扰乱市场秩序，理论上认为是指未经许可经营限制经营、买卖的物品、许可证或批文，以及其他如电信业、证券、期货业等的非法经营，扰乱市场秩序、情节严重的行为。如果采用国家禁止营销方式（比如非法直销，传销等）进行经营的，也可认定为非法经营罪。

如自销型网络交易平台违反规定进行经营的，构成非法经营罪

如平台明知他人非法经营而给予提互联网空间的，作为非法经营罪的共犯。

（三）互联网交易平台的行政责任

电子商务第三方平台违反规定，不履行义务的，由各级人民政府有关部门责令限期改正；逾期不改正的，责令停业整顿，并处以罚款；情节严重的，吊销营业执照，并处以罚款。

不正当竞争的法律责任。第三方交易平台同时利用自有平台进行网上商品（服务）交易的，不得相互串通，利用自身便利操纵市场价格，扰乱市场秩序，损害其他经营者或者消费者的合法权益。电子商务经营主体违反《中华人民共和国反不正当竞争法》的规定，依照《中华人民共和国反不正当竞争法》的规定予以处罚。

电子商务经营主体违反以下规定，各级人民政府有关部门可以责令其限期改正；逾期不改正的，可以罚款、责令停业整顿、吊销营业执照。

（四）平台关于网络安全方面的法律责任

《中华人民共和国网络安全法》该法于 2017 年 6 月 1 日起正式施行，《网络安全法》调整范围包括了网络空间主权，关键信息基础设施保护，网络运营者、网络产品和服务提供者义务等内容。对于互联网平台的责任规定主要有以下几条：第九、十、二十二、二十四、二十五、二十八、四十二、四十七和五十六条。《网络安全法》对互联网交易平台的安全资质、内部技术、制度等有了具体规定，这将作为互联网交易平台发展的一个衡量标准，同时，《网络安全法》也提高市场准入门槛，对平台发展运行也提出了更高的要求。

四、完善互联网交易平台的法律责任制度

互联网交易平台系非传统交易的核心，且如上述述互联网交易平台又有着不同的法律地位，则构建互联网交易平台的法律责任制度就是一项重中之重的系统项目。这就要求在完善互联网交易平台自身的制度的基础上，辅以周边制度保障。

一是互联网交易平台应当对在平台上展销的商家（卖方）的信用实行严格的审查。互联网交易平台应当制定平台自身统一的严格的符合法律规定的信用评估机制，评估应当结合市场监督管理局的信用信息、法律系统的信用信息，不能因人而异。商家在平台开户时，向平台提交相应的信息予以审查，如审查结果商家存在信用缺陷的，给予商家一定的改正期限，改正期限后仍不能达到平台标准的，则不予开设展销；如审查通过的，则对商家的信用进行划分等级。凡是在互联网交易平台设立展销的商家，均对其进行实时评估。互联网交易平台应当要求商户每季度按照平台标准提供，销售过程中退货、消费者满意度、平台投诉等情况予以整合，并出具书面的报告。互联网交易平台根据自身的后台系统及商家的报告，对商家的信用进行重新评估，如发现有信用问题的商家，除形式审查外，应当进行实质审查。对查处结果互联网交易平台提出书面一次警告并给予建议，商家不予改正的，则进行二次警告并中止服务，直至信用符合平台标准，无法整改的，则终止服务。对违反法律规定，情节严重的，应立即终止服务，并将相关材料移送司法部门。

二是互联网交易平台应构建信息公开制度，特别是自营式平台，并在平台首页设立信息公开专栏。信息公开分为自主公开和依申请公开，自主公开主要包括商家的工商登记基本信息，并定期在

平台依据信用制度所作出的信用评估、平台销售情况及消费者评价等。针对商家和卖家确有纠纷的，依申请，经审查双方身份和交易情况，公开相应的信息。

三是互联网交易平台设立分块运营制度。针对现在的互联网交易现状，特别需要正视的是产品的真假。互联网平台可以将商家分为官方及非官方，线上线下一体店及专营线上商户等等。不同的模块，互联网平台承担不同的审查义务并针对品牌提供产品是否为正品的官方查询途径。

#### 结束语

互联网交易平台伴随信息科技互联技术不断创造出新的模式、业态和格局，打破区域边界概念，实现数据交换、买卖交易及资源共享，如 " 互联网 + " 公共资源交易平台模式创新等等。只有不断规范平台制度，控制平台法律风险，明确平台责任承担，才能够让平台竖起安全保障的可持续航行之帆。

#### 参考文献

- [1] 余天琦：《在线交易平台的法律地位及法律责任研究》，暨南大学，2005 年 4 月
- [2] 岳婷：《网络交易平台提供商法律责任研究》，北方工业大学，2010 年
- [3] 张曦文：《C2C 网上交易平台法律责任问题研究》，沈阳师范大学，2013 年
- [4] 朱珊：《网络交易平台提供商的侵权责任研究》，北京邮电大学人文学院，2009 年
- [5] 吴仕清,丁国民:《论网络交易平台经营者的法律责任》,哈尔滨学院学报,第 37 卷第 7 期,2016( 7 )
- [6] 自昌前：《网络交易平台经营者法律责任研究》，重庆邮电大学学报( 社会科学 ), 2015 ( 1 )
- [7] 刘笑含：《网络交易平台服务商帮助侵权责任研究——以 23 个典型案例判决为研究视角》，华东政法大学，2011
- [8] 罗斌：《网络服务提供者侵权责任形态研究》，法律适用，2013 ( 8 )
- [9] 廖玉松,钱腾飞,陈杭燕:《论电子商务中的电子代理人》,滁州职业技术学院学报,第九卷第 2 期,2010 ( 6 )
- [10] 张帆，《网络服务提供者侵犯著作权的归责原则浅析》，青岛行政学院学报，2007 ( 1 )

## 论民事诉讼的电子化

### ——以浙江法院电子商务网上法庭为例

浙江金道律师事务所 王潭海 陈家欣

【内容提要】民事诉讼的电子化是一次诉讼方式的重大变革，也是互联网时代的必然产物。电子化诉讼有利于提高纠纷解决效率，方便法官审理案件，同时也减少了诉讼当事人的诉讼负担。目前我国已经通过立法明确认可了电子化诉讼，各地人民法院也热烈开展了对电子化诉讼的探索与尝试。作为一种崭新的诉讼形式，电子化诉讼不可避免地会对传统民事诉讼制度造成一定的冲击；电子化诉讼的数据安全性、稳定性仍需进一步加强。通过升级电子化诉讼的硬件设施、完善电子化诉讼的举证质证程序、重视电子诉讼数据安全，进一步完善、推广电子化诉讼，更好地发挥电子化诉讼的优势。

【关键词】诉讼电子化 网上法庭 数据安全

#### 一、民事诉讼电子化的含义

民事诉讼的电子化是指将民事诉讼活动中诸如立案、送达、审判、调解、执行等程序通过计算机技术及互联网媒介进行，从而完成对案件的审理，达到定纷止争的效果。

不论大陆法系国家还是英美法系国家，民事诉讼的电子化已经成为世界各国司法变革的共同趋势。德国于 2001 年颁布了《送达改革法》，2005 年颁布了《司法通讯法》；美国自 1995 年以来，就在民事诉讼中大量运用现代科技，大部分的州法院均已开始运用电子起诉、电子案卷管理、电子送达、视频作证等技术；英国、芬兰等国家也纷纷制定了电子诉讼程序规则。<sup>〔1〕</sup>

与传统诉讼活动相比，电子化诉讼具有以下特点：

1. 诉讼效率较高。电子化诉讼的主要诉讼活动是利用计算机及互联网完成的，案件材料即刻发送、即刻送达，显著缩短了传统诉讼中材料传递、送达的时间。
2. 诉讼成本较小。对于当事人而言，由于电子化诉讼的主要工作是直接在网上完成的，减少了许多中间环节，降低了传统诉讼中的交通、沟通、询问、传达等摩擦成本。
3. 方便法官审判。电子化诉讼程序中，案件立案、材料送达均在网上实现，相较于传统的纸质材料，电子材料方便法官审阅和查询，司法文书可以进行模版化制作，能够显著提高法官的工作效率。

目前，浙江省内法院普遍实施了网上立案，基本实现了诉讼文书网上公开。此外，为探索网上纠纷在网上解决的司法运行机制，浙江省高级人民法院还设立了电子商务网上法庭试点，网上法庭于 2015 年 8 月 13 日正式上线。最初试点法院包括杭州市西湖、滨江、余杭 3 个基层人民法院和杭

〔1〕高育玲．试论民事诉讼程序的电子化运作〔J〕．中共乐山市委党校学报，2015（7）．

州市中级人民法院，目前试点单位在不断扩充中。

## 二、民事诉讼电子化的内容

一般来说，诉讼电子化包括网上立案、电子送达、电子证据、网络庭审、远程作证、在线调解、判决网上公开、网络司法拍卖等内容，也就是说，在条件允许的情况下，电子化诉讼基本可以涵盖传统民事诉讼的全部程序。目前，浙江省内法院已经普遍实施了网上立案与裁判文书网上公开。在部分案件中，电子送达、网络庭审、远程作证、在线调解、网络司法拍卖等也已经应用。下面以浙江法院电子商务网上法庭为例进行介绍。

### （一）网上立案

浙江省内法院已经普遍应用了网上立案，各法院官网上均有“网上立案”链接，且立案系统统一为“浙江法院律师服务平台”。从现有的网上立案系统来看，律师、当事人、法官均可使用网上立案系统，但三者进入系统的通道有所不同。其中，法官凭法院工作账号、内网邮箱、或其他内部账号登陆；律师凭执业证号登陆；当事人是自然人的，凭身份证号，当事人为法人的，凭组织机构代码证。登陆系统后，系统会根据使用人身份的不同，要求提供不同的立案材料，并引导用户完成材料的提交。

浙江法院电子商务网上法庭使用的是另一套独立的系统，使用方法也有所不同。首先需要进行注册、填写相应的账户信息并进行实名认证。然后根据诉讼身份的不同，分别进入原告通道与被告通道。在原告通道中，首先需要确定起诉的纠纷类型，目前浙江法院电子商务网上法庭还处于试点阶段，加入试点的法院及能受理的纠纷类型为：（1）杭州市余杭区人民法院：电子商务交易纠纷、著作权纠纷；（2）杭州市西湖区人民法院：电子商务小额借贷、著作权纠纷、婚姻家庭纠纷；（3）杭州市滨江区人民法院：电子商务著作权、商标权纠纷；（4）马鞍山市雨山区人民法院：电子商务交易纠纷、婚姻家庭纠纷；（5）杭州市中级人民法院：知识产权、交易纠纷二审案件；（6）丽水市遂昌县人民法院：电子商务交易纠纷；（7）温州市鹿城区人民法院：：交通事故责任纠纷、财产保险合同纠纷；（8）杭州市下城区人民法院：信用卡纠纷；（9）义乌市人民法院：电子商务著作权纠纷、商标侵权纠纷；（10）丽水市莲都区人民法院：电子商务著作权、商标侵权纠纷、电子商务交易纠纷；（11）浙江省缙云县人民法院：电子商务交易纠纷；（12）台州市路桥区人民法院：合同纠纷；（13）台州市黄岩区人民法院：电子商务交易纠纷、合同纠纷。

在网上法庭立案过程中，传统诉讼中需要送达给当事人的《民事诉讼须知》、《诉讼风险告知书》、《廉政监督卡》等材料已经在纠纷类型确定前在立案系统中进行了告知。另外，目前利用浙江法院电子商务网上法庭进行立案的案件，都必须接受为期 15 日的诉前调解程序，如果调解不成功则正式提交给法院立案庭，并由原告在线缴纳诉讼费。此外，如果被告明确拒绝网上法庭审理，则原告必须按照传统程序向有管辖权的法院提起诉讼。也就是说，目前浙江省试点的网上法庭审理必须经双方当事人同意才可进行。

### （二）电子送达

《民事诉讼法》第八十七条规定：“经受送达人同意，人民法院可以采用传真、电子邮件等能够确认其收悉的方式送达诉讼文书，但判决书、裁定书、调解书除外。”因此，我国法律已经明确除判决书、裁定书、调解书外，其余诉讼文书可采取电子送达，且电子送达与直接送达、邮寄送达等传统方式有同等的法律效力。

电子送达前，法院一般会通过短信进行通知，发送的电子文书可以下载保存在电脑中。此外，法院还会提供一组签名码用于签收法律文书。签名码一般是一组 16 位数字组合或者 6 位的数字与字

母组合，包含在法院发送的通知短信中。<sup>[2]</sup>

### （三）电子证据

实际上，电子证据早已参与到民事诉讼当中。1999 年的《合同法》第十一条规定：“书面形式是指合同书、信件和数据电文（包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件）等可以有形地表现所载内容的形式。”虽然当时并未明确电子证据这一概念，但是在法律规定及实务审判中已经涉及到了电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件等电子证据。2004 年颁布的《电子签名法》对于数据电文的形式要求、保存要求、审查认定的规则做了较为详细的规定。2012 年修订后的民事诉讼法正式将电子数据与书证、视听资料等并列作为单独的证据类型。2015 年正式实施的《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》中，以列举的方式详细规定了作为民事证据类型的电子数据，并明确区分了电子数据和视听资料。至此，电子证据制度规范已经非常成熟。

在电子证据的认定上，目前人民法院对于电子证据的采信还比较慎重：对于单个的电子证据一般不能采用，需要结合其他证据综合认定；对于能够形成证据链条，有其他证据印证的电子证据可以采信；经过公证的电子证据可以免去当庭演示环节，直接把公证文书作为证据出示。

### （四）网络庭审

根据民事诉讼法的有关规定，对于简易程序审理的民事案件，当事人有权就开庭方式进行选择，在经当事人双方同意且人民法院准许的情况下，可以采用视听传输技术等方式开庭。<sup>[3]</sup>目前只有简易程序审理的民事案件可通过视听传输技术开庭。

2007 年 1 月 4 日，福建省沙县人民法院曾利用 QQ 网络视频审理了原告李某远在秘鲁利马市、被告陈某在福建沙县的跨国婚姻纠纷案，这是比较早的使用网络视听传输技术开展案件审理的案例。据报道，在网络审理过程中，主审法官使用的网名是“高桥法院”，QQ 号码 499XXXX62，原告李某使用网名“小李飞刀”，QQ 号码 604XXXX47。<sup>[4]</sup>整个庭审活动仅花费了两个小时，既提高了诉讼效率，又减轻了当事人的诉讼负担。

在浙江法院电子商务网上法庭申请立案的案件，如果诉前调解程序未能解决纠纷且对方当事人未拒绝使用网上法庭，则案件转入网上法庭庭审。当事人需要将传统纸质文本转换成电子数据提交网上法庭，在线进行举证质证，并进行视频庭审。视频庭审的加入方式也非常简单，在浏览器中打开电子商务网上法庭页面后，输入对应的庭审码即可参加庭审。与早期网络庭审相比，现阶段的网上庭审一般会通过法院专门开发的视频通讯系统进行，而不再需要像早期那样通过 QQ 等第三方视频通讯工具进行。适用专门的网上庭审系统，既解决了庭审过程的录音录像问题，也增加了网络庭审的权威性。

### （五）远程作证

目前我国民事诉讼中证人出庭率较低，以经济较为发达、司法环境较好的上海地区为例，上海市黄浦区人民法院近年审理的刑事案件的证人出庭率仅有 5%；而在民事诉讼中，证人的出庭率也只有 10%。有 35% 的证人拒绝作证，其余证人仅愿提供书面证言。<sup>[5]</sup>较低的证人出庭率会严重影响司法审判的质量与效率。对于证人而言，出庭作证对其并无直接的好处，并且有可能使自己受到纠纷牵连，作证不当还有可能要承担法律责任。另一方面，出庭作证、参加诉讼活动还耗费了较多的时间与精力，

[2] 《最高人民法院电子送达须知》，2015 年 1 月 20 日，<http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-13085.html>

[3] 参见《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》第二百五十九条：“当事人双方可就开庭方式向人民法院提出申请，由人民法院决定是否准许。经当事人双方同意，可以采用视听传输技术等方式开庭。”

[4] 刘敏. 电子时代中国民事诉讼的变革【J】. 人民司法（应用）,2011(5).

[5] 暨秉恒. 民事诉讼中证人出庭制度的反思与建构【J】. 上海政法学院学报（法治论丛），2013（4）.

这一系列原因导致证人出庭作证的积极性不高。

我国《民事诉讼法》已经明确规定了在一定情形下,经过人民法院许可,证人可以通过书面证言、视听传输技术或者视听资料等方式作证。<sup>[6]</sup>浙江省高级人民法院发布的《浙江法院阳光司法实施标准》(浙江省高级人民法院审判委员会 2011 年 2 月 25 日第 2259 次会议讨论通过)也规定了“所有证据应当依法在法庭上公开。能当庭认证的,应当当庭认证。逐步提高证人、鉴定人的出庭比率。证人、鉴定人因故不能出庭或者征得各方当事人同意的,可以通过双向视听传输技术手段远程或在相关场所作证、接受询问。”

相较于提供书面证言或视听资料作证,通过视听传输技术实现证人作证的优势主要在于,主审法官、双方当事人均可在庭上对证人进行发问,更有利于法官探明案件事实。与传统的证人到庭作证相比,通过视听传输技术进行作证允许证人在一个相对熟悉的环境进行作证,减轻证人参加诉讼活动的不适感,能够提升证人出面作证的意愿。同时,通过视听传输技术进行作证也节省了证人的时间与精力,降低了当事人与法院的诉讼成本。

#### (六) 在线调解

与司法判决相比,调解更有利于化解双方当事人之间的矛盾。同时,当事人对于通过调解方式达成的文书认可度更高,也更愿意主动履行通过调解确定的义务。因此,我国人民法院一直非常重视调解工作在司法审判活动中的作用。在电子化诉讼过程中,调解也被赋予了新的形式。

2017 年 2 月 16 日,最高人民法院举行了在线调解平台试点启动仪式,公布了《关于在部分法院开展在线调解平台建设试点工作的通知》,北京、河北、上海、浙江、安徽、四川 6 个高级人民法院和上海海事法院被确定为试点法院。<sup>[7]</sup>以浙江省正在试行的电子商务网上法庭为例,调解更是贯穿了案件的整个审理过程。在案件立案前,网上法庭会组织 15 日的诉前调解,该诉前调解程序不可省略。调解员会联系当事人,通过在线、电话或视频进行调解。如果调解不成功,起诉状才正式提交给法院立案庭,立案通过后会通知被告应诉。在案件审理过程中,法院也还会对当事人进行调解,许多案件最终得以调解结案。除此之外,浙江法院电子商务网上法庭官网专门为调解服务设立了一个链接。点开后可以看见杭州、温州、丽水、台州、金华、衢州等地的调解员,调解员的擅长领域与联系方式均可查询,既方便了当事人选择调解员进行调解,也对当事人选择调解方式解决纠纷形成了引导。

#### (七) 判决网上公开

2014 年 1 月 1 日,我国正式实施裁判文书网上公开制度。<sup>[8]</sup>最高人民法院在互联网设立中国裁判文书网,统一公布各级人民法院的生效裁判文书。根据规定,除了涉及国家秘密、个人隐私、未成年人违法犯罪、调解结案的案件及其他确实不宜在互联网公布的案件外,人民法院的生效裁判文书均应当在互联网进行公布。

从某种意义来说,裁判文书公开制度使得每一个社会成员都成为了“陪审员”与“监督者”,极大地提高了司法裁判的透明度与公正性。同时,裁判文书网上公开使得更高级法院作出的相似案例充分发挥了案例的指导与借鉴价值,促使相似案件的判决结果趋同,大大减少了同案不同判的情形。

#### (八) 网络司法拍卖

网络司法拍卖,是指人民法院依法通过互联网拍卖平台,以网络电子竞价方式公开处置财产的

行为。<sup>[9]</sup>网络司法拍卖是诉讼电子化在执行阶段的体现,而且根据《最高人民法院关于人民法院网络司法拍卖若干问题的规定》(法释【2016】18 号)的规定,除非法律另有规定,网络司法拍卖应当作为人民法院以拍卖方式处置财产的首选方式。<sup>[10]</sup>目前人民法院与国内的电商平台淘宝、京东等均有合作,两家网站均专门设立了用于进行司法拍卖的互联网拍卖平台。以淘宝司法拍卖平台为例,截至 2016 年 3 月,全国已有 28 个省区市超过 1300 家法院入驻淘宝司法拍卖平台进行涉诉资产处置,成功处置标的物总金额约 1200 亿元。<sup>[11]</sup>

由于淘宝、京东等电商平台有稳定的用户群体,因而通过该平台发布的拍卖信息非常透明,杜绝了暗箱操作的可能。此外,网上参与竞拍也非常便利,使得竞拍突破了地域限制,极大地提高了拍卖参与率。与传统拍卖方式相比,网络司法拍卖不收取佣金,有利于实现各方利益的最大化。

### 三、民事诉讼电子化对传统民事诉讼制度的冲击

#### (一) 诉讼电子化与直接言词原则之间的冲突

直接言词原则也成口证原则,是指法官亲自听取双方当事人、证人以及其他诉讼参与人的当庭口头陈述和法庭辩论,从而形成对案件事实的内心确信,并据此作出裁判。直接言词原则产生于 19 世纪的德国,它是针对封建时期纠问式诉讼制度实行的书面审理和间接审理原则而提出来的,其目的是为了去除侦查的法官及审判的法官进行书面审理程序(邮递传送案卷)所带来的重大缺失。<sup>[12]</sup>

在电子化诉讼中,由于更加追求诉讼效率,将会采取与传统庭审形式不同的网络庭审。虽然网络庭审极大地方便了诉讼参与人,但是在网络庭审中,司法裁判活动的仪式感却被削弱了。由于法院很难控制当事人参加庭审的环境,如何维护庭审活动的庄严性与权威性就成为一个问题。另一方面,受制于电子设备的清晰度、网络的流畅度,法官很难像传统庭审中那样清晰的体会当事人的神情、态度、语气,从而形成内心确信。在这种情况下,法官可能会更加依赖书面材料以及自己的主观判断来审理案件,而与直接言词原则的要求背离。

#### (二) 诉讼电子化与数据的真实性、安全性的冲突

相较于传统诉讼,电子化诉讼更加依赖网络及计算机技术,因此,网络与计算机技术本身的安全性与稳定性会对电子诉讼产生直接的影响,而且这种影响是多方面的:

一是对于网络庭审的影响,早期网络庭审采用 QQ 等第三方视频软件进行,网络的不稳定可能造成庭审过程中断。证人通过网络远程作证时,由于证人提供证据对一方当事人不利,有可能被当事人雇佣黑客恶意打断作证甚至篡改证词。

二是对于案件材料的影响。计算机漏洞可能导致储存有案件材料的电脑遭遇黑客攻击或病毒袭击,造成数据丢失甚至被恶意篡改,在这种情况下,电子化诉讼的效率优势将不复存在。

三是对于电子数据类的证据本身,由于其容易被修改,真实性很难确定,在民事诉讼中,除非经过鉴定或公证,电子数据的采信比例很低。而且对于电子数据这种新型的证据形式,部分公证机关不愿进行公正或者不能进行公证,进行鉴定也有相当的技术难度,这都成为了制约电子数据作为案件证据的因素。

#### (三) 诉讼电子化与举证质证规则的冲突

诉讼电子化的另一大特点就是案件材料的电子化,也就是包括法律文书、证据在内的案件材料都应当首先进行扫描、拍照,录入审判系统以方便法官审理。这在方便法官审理、案件归档的同时,

[6] 参见《民事诉讼法》第七十三条规定:“经人民法院通知,证人应当出庭作证。有下列情形之一的,经人民法院许可,可以通过书面证言、视听传输技术或者视听资料等方式作证:(一)因健康原因不能出庭的;(二)因路途遥远,交通不便不能出庭的;(三)因自然灾害等不可抗力不能出庭的;(四)其他有正当理由不能出庭的。”

[7] 姚炎中.最高法启动在线调解平台建设试点工作北京等 6 个高级法院和上海海事法院先行先试[J].人民法治,2017(3).

[8] 参见最高人民法院《关于人民法院在互联网公布裁判文书的规定》(法释[2013]26 号)。

[9] 参见《最高人民法院关于人民法院网络司法拍卖若干问题的规定》(法释[2016]18 号)第一条。

[10] 参见《最高人民法院关于人民法院网络司法拍卖若干问题的规定》(法释[2016]18 号)第二条。

[11] 参见《中国青年报》,2016 年 3 月 24 日。

[12] 宛锦春,田仁湛.论直接言词原则在我国诉讼制度上的实现[J].湖南社会科学,2011(4)。

也带来了一个问题，即难以实现对证据原件的核对。

《民事诉讼法》第七十条明确规定：“书证应当提交原件，物证应当提交原物。提交原件或者原物确有困难的，可以提交复制品、照片、副本、节录本。”在传统民事审判中，如果不能提供证据原件，就有可能面临证据真实性不被认可，证明效力大打折扣的境遇。在电子化诉讼中，证据原件的核对工作目前尚无较好的解决办法，仍然依靠的是将原件交至法院，由法院组织核对的方法，这在一定程度上消磨了电子诉讼的效率优势。

#### 四、电子化诉讼的完善与推广

电子化诉讼是未来民事诉讼活动的变革方向，值得我国进行探索、完善与推广。但是，电子化诉讼毕竟是一种新的诉讼形式，不可避免的会对现行民事诉讼制度与民事诉讼原则产生冲击，因此，有必要对电子化诉讼加以完善，并对相应的民事诉讼制度进行适当调整，以更好地发挥电子化诉讼的优势。

##### （一）升级电子化诉讼的相关设备

电子化诉讼非常依赖网络及计算机技术，对于硬件设施的要求较高。在硬件设施不完善的地区，电子化诉讼不具备推广的条件。而且，电子化诉讼的设备不完善可能造成很多问题，有可能严重危及数据安全，影响网络庭审、证人远程作证的正常进行。硬件设施会直接影响到电子化诉讼的诉讼效果与诉讼安全。

另一方面，电子化诉讼与直接言词原则的冲突中，有相当一部分是可以通过硬件设施的升级来解决的。例如通过提升摄像头、麦克风与宽带性能，提高拍摄的清晰度与图像传输速度，确保法官能够清晰看到当事人的言行举止。此外，通过 VR（虚拟现实）硬件，可以在网络诉讼过程中模拟庭审现场，增强网络庭审的仪式感，维护法庭纪律与法庭尊严。

##### （二）完善电子化诉讼举证质证程序

对于电子化诉讼举证质证程序的完善，一方面要确保举证、质证规则符合法律规定，举证、质证过程充分实现了对瑕疵证据的识别与排除，同时还要使质证结果获得双方当事人的认可；另一方面，也要重视电子化诉讼中的举证、质证效率，尽可能减少中间环节，维持电子化诉讼高效的特点。

具体来说，可以将电子化诉讼中的举证、质证与庭审适当进行分离，将证据原件的核对准备工作在开庭前完成，并辅助以技术手段提高核对效率。以杭州市余杭区人民法院在浙江法院电子商务网上法庭审理的“王甲诉被告深圳乙公司、天猫公司产品责任纠纷案”为例，开庭前原告就通过邮寄的方式将涉案产品寄给承办法官，作为证据提交。开庭当天，核对快递单号后由书记员当场拆封进行展示，对证据进行核对的过程的实时影像直接通过网络传递给原被告双方，实现对证据的质证。

##### （三）维护电子化诉讼的数据安全

计算机与网络安全一直是计算机及网络技术应用过程中不得不面对的一个问题，对于电子化诉讼而言，更应当将计算机与网络安全摆在首位。维护电子化诉讼的数据安全有以下几个方面的工作：

首先，应当加强电子化诉讼系统本身的安全性，在电子化诉讼系统开发时就应当设计相应的防范黑客入侵、病毒攻击的功能。其次，应当加强对系统使用人员的身份认证措施，对法官、当事人、律师登陆通道进行区分，并排除其他无关人员，防止案件材料被人为篡改。再次，应当对司法机关工作人员进行电子化诉讼培训，促使其养成良好的电脑、网络使用习惯，制定合理的电子化诉讼系统操作规范，降低使用过程中发生风险的概率。最后，应当严格区分内、外网，及时将案件材料备份整理到只连接内网的计算机中，或者储存在只读格式的储存媒介中，防止数据丢失。

## 网红经济中律师业务的探索与思考

浙江光大律师事务所 严恒系 高 进

【内容提要】网红经济的出现，致各种声音不绝于耳，吹捧者有之，批判者亦有之。然法律人却鲜有声音，亦鲜有作为，法律系研究社会实用之法则，对新生事物不应持观望态度，应积极参与，以保障各方之合法权益，笔者是以作此文。该文通过阐述网红、网红经济的概念，分析网红经济的商业模式，判断得出网红经济的发展趋势；进而提出网红经济中存在的及可能发生的法律风险，以引导读者思考在网红经济中存在的法律问题；在此基础上引出网红经济中的律师业务，并对网红经济中的律师业务的探索及服务模式建立提出自身的考量。希望该文有助于律师同仁了解网红经济，并对有志于参与网红经济建设的同仁提供有益参考。

【关键词】网红 网红经济 法律服务 探索 思考

### 一、网红经济

#### （一）网红的概念及演变

网红，即网络红人。“网红”一词最初被大众熟知时，主要是指一群外貌姣好、通过分享展示其精心修饰个人美丽容颜照片以及日常穿衣搭配和美妆护肤经验的达人，现指具有个性化魅力或特质，借助互联网媒介通过极强的互动能力吸引大量粉丝关注从而走红，并能通过网络平台实现收益的人。其范围不仅包括借助高颜值、擅长自我营销的美女、帅哥，还包括在各类网络平台上各种垂直领域的行业领导者或意见领袖（包括但不限于游戏、动漫、美食、摄影、股票、宠物等行业领域内都存在的具有影响力的人）。

随着科技的发展，互联网技术荡平了传统社会的成名壁垒。同时，借助互联网技术的发展，网红至今经历了三个阶段（见图1）。

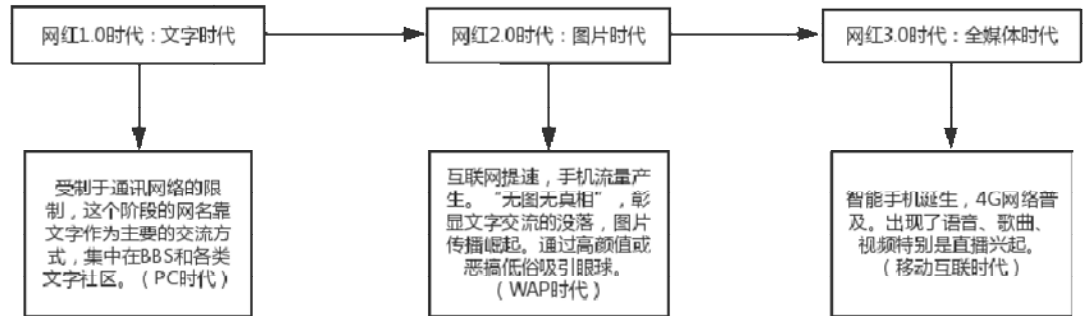


图1 网红发展历程

#### （二）网红经济的定义、产生原因及商业模式

1. 什么是网红经济？

网红经济是粉丝经济的一种具体表现形式，也是互联网经济的一种具化表现。在百度百科上搜索“网红经济”得到的结果（见图2）：



图2 网红经济

笔者认为，上图中的定义缩小了网红经济的范围，未能全面概括网红经济的类型和产业属性。网红经济是互联网时代的经济现象，是一种新经济，对其所作的定义应当包含该经济现象中现有的全部的资本运作内容。因此，相对而言，笔者更认同在MBA智库百科中搜索得到的关于“网红经济”的定义：“网红经济，是指依托互联网特别是移动互联网传播及其社交平台推广，通过大量聚集社会关注度，形成庞大的粉丝和定向营销市场，并围绕网红IP（Intellectual Property）衍生出各种消费市场，最终形成完整的网红产业链条的一种新经济模式。”

2. 网红经济的产生原因

了解一种经济现象的产生原因，有助于我们理解经济现象背后的内容，并为我们解读经济现象中存在的法律问题提供帮助。网红经济的产生并快速发展的原因，主要有以下几方面：

首先，消费主流年轻化。80和90后的年轻人是目前消费主流，也是互联网新文化的塑造者和追随者。他们一出生就浸泡在互联网环境里，充满好奇，极具个性。而网红本身就是一个个鲜明而独特的性格和人格，十分符合年轻人对于自我的定义和认同。相比较明星，年轻人更喜欢网红。因为网红贴近生活，呈现喜怒哀乐，让粉丝感同身受其生活方式和价值观。

其次，传统营销的困境。传统营销可以通过线下营销和线上广告。线下扩张成本越来越高，实体店品牌号召力下降，店铺打折吸引力锐减，大牌明星出场费屡创天价。线上通过淘宝电商平台导流或者是百度搜索引流的效率逐渐下降。传统的线上和线下营销面临困境，品牌商迫切需要重新寻找新的高效方式。通过网红，品牌商找到的一种高效推广宣传自身产品的全新方式。网红利用自身在社交网络积累的大量社交资产以及其精准营销的优势，通过意见领袖导购方式大大提升了其宣传的有效性和转换率。

再次，信息爆炸需要引导。互联网带来的信息爆炸，让用户接触产品信息更容易，但用户选定产品的时间成本却要急剧增加。用户渴望值得信任的人来引导，即共享其知识和经验。用户依靠网红，

快速和碎片化地获取自己真正需要的，可以帮助解决问题的知识和经验。用户在获取信息的同时，满足更高情感层次的需求：共鸣和认可。这种心理需求的满足反过来加深用户对网红的粘性。

最后，全频道网络 (Multiple Channel Network) 的形成。网民们的社交和娱乐的表现形式越来越多样和全面。短视频和视频直播的流行，电子竞技市场的火爆，网络综艺，网络电影电视剧等网生内容的蓬勃发展，这些信息传播技术的成熟和普及，为网红诞生提供土壤和舞台，为网红吸引粉丝以及变现提供多元化平台，大力推动了网红经济的发展。<sup>[1]</sup>

同时，我们也要关注到互联网时代下第三方支付平台的快速发展，也为网红经济的发展提供了支付变现条件。

3. 网红经济的商业模式。

由于网红平民化、廉价以及精准营销的特点，其商业价值正在被逐渐挖掘。相较于粉丝经济的“漫灌”营销，网红经济由于网红在特定领域的专业性，能够更精准地将产品导向粉丝需求，从而实现“精灌”营销。<sup>[2]</sup>在网红经济的商业模式中，主要的成员包括小型社交平台、综合社交平台、网红、孵化/经纪公司、网络平台、产品供应平台或品牌商，具体运营模式请见下图（图3）。

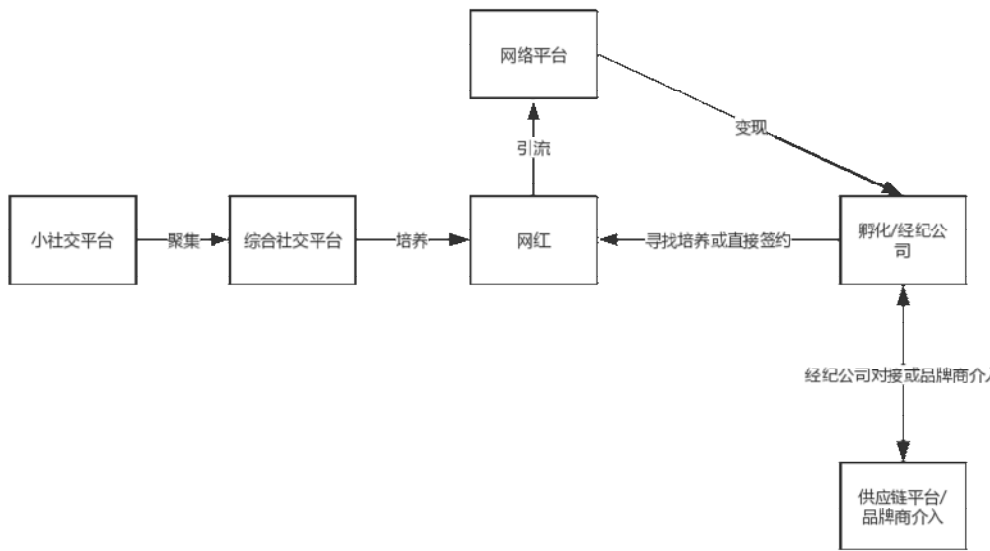


图3 网红经济运营模式

（资料来源：网络资料，中国银河证券研究部）

也许，图3中的内容尚不明确，读者们一时无法理解，为了更为清晰详细地解释网红产业链的商业模式，笔者从《2016年中国网红生态研究报告》中选取了一张2016年中国网红产业链图谱（见图4），以供读者直观感受网红经济中的产业链。

[1]MBA 智库：<http://wiki.mbalib.com/wiki/%E7%BD%91%E7%BA%A2%E7%BB%8F%E6%B5%8E>

[2] 投资数据库：《网红产业链深度解析》，微信公众号，2016-3-19



图 4 2016 年中国网红产业链图谱  
（数据来源：《2016 年中国网红生态研究报告》）

（三）网红经济的发展趋势

网红经济脱生于互联网经济，其是通过粉丝经济实现其价值。同时因为网红所代表的是自媒体的影响力，其与脱生于传统媒体的明星相较，有着其天然的优势：更亲民、更屌丝、更能够理解大众的喜怒哀乐。正因为上述优势，才让网红经济得以快速发展，并有了可以延续的生命力。

在 2016 年的两会期间，政府在工作报告中首次提到新经济。笔者认为，网红经济是符合新经济发展思路的。网红经济带来的实际上是供应链的变革，事实上也使得微小企业进一步细化到个人品牌，同时在网红经济中蕴藏着结合文化、零售等第三产业的可能性。这不禁让笔者想起，微信公众平台推广前期的一句广告词：“再小的个体，也是一种品牌。”不得不佩服腾讯公司在开发微信时作出的大胆而精准的预测，其对当前经济的发展趋势的判断令人赞叹。同时，本文通过分享两张选取自《2016 年中国网红生态研究报告》中的数据图，以此作为网红经济发展趋势的直观总结。（见图 5、图 6）



图 5 2016 年中国网红产业发展趋势小结  
（数据来源：《2016 年中国网红生态研究报告》）



图 6 2016 年网红产业链向生态化发展  
（数据来源：《2016 年中国网红生态研究报告》）

## 二、网红经济中存在的法律问题

无论是传统经济，还是互联网经济，都需要在一国的法律体系下进行，均无法脱离一个国家的整体发展水平，因此，其模式不可能是完美无暇的。其必然存在相应的风险，在其经济模式中，必然有需要防范和关注的问题。网红经济作为互联网经济的一种表现形式，同样有着需要我们关注和解决的一些风险，笔者试图通过梳理以下三组关系（见图 7），和各位同仁一起探讨在网红经济中存在的及可能引发的法律问题：

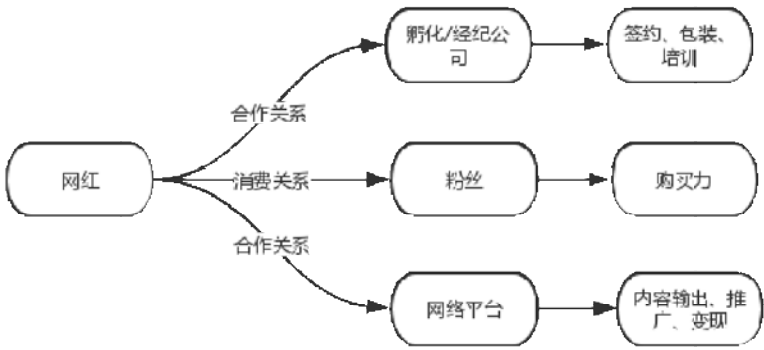


图 7 网红关系链

### （一）网红和经纪公司等孵化器之间的关系

一些已然具备一定实力的网红会选择自己组建团队，创办自己的经纪公司。但多数人在成为网红前，或者在成为小有名气的网红后希望增加曝光率、提高知名度，往往只能选择一家经纪公司来为自己做前期或者进一步的包装和推广工作。由此，网红和经纪公司之间便建立了合作关系，在双方的合作中，将产生一系列的法律风险问题，笔者提供以下两方面内容供大家思考研讨：

第一，网红和经纪公司等孵化器之间建立的合作关系是基于《劳动法》调整的劳动关系，还是《合同法》调整的合同关系？

网红和经纪公司等孵化器之间建立的合作关系是双方之间的基础法律关系。我们必须探寻在双方之间形成的这种代为推广的合作中的真实法律关系，以便于我们正确解决由此而引发的各类纠纷。

通常在网红和经纪公司等孵化器之间所签订的合同均以“合作协议”或“委托代理协议”为名，

在合同中亦都明确约定签订合同的个人要服从经纪公司安排，要积极参与经纪公司为其选定的各项活动，如违反相关约定，亦都设定了高额的违约金。那么，问题来了：当网红参加某项活动发生意外时，经纪公司是否需要对其负责？这个问题与网红和经纪公司之间存在的基础法律关系有直接关联。由此可见，无论何种经济，其基础法律关系的确认都直接关乎合作双方在法律中的权利义务。

第二，网红和经纪公司等孵化器之间建立的合作中的利益分配及责任承担方式。

在前述第一部分内容中，我们向大家介绍了网红经济的商业模式，当中也涉及了网红和经纪公司等孵化器之间的合作方式。在这种合作方式中，网红和经纪公司的利益分配模式虽然存在合同约定，但双方之间的合同通常是由经纪公司单方提供，双方之间的结算方式的约定亦由经纪公司订立。在网红发展初期，其借助经纪公司发展壮大自身力量，双方之间可能暂无相关纠纷，但随着网红的逐渐成长和知名度的不断提升，网红和经纪公司关于利益分配方案的合理性，必将遭到网红的质疑，双方之间必然需要对利益分配方式进行重新协商，当然通常为留住成熟期的网红，经纪公司会做出让步，但若经纪公司不予妥协，则最初由经纪公司提供的利益分配方式的条款效力如何，则成为法律人需要关注和解决的问题。同时，多数经纪公司除了包装、打造网红外，也是网红变现的供应链中的重要角色。其为网红提供供应链中的产品，从而赚取运营的差价，那么当其选择的产品出现纠纷时，其应当与网红承担怎样的法律责任，是法律人应当予以关注和解决的内容。

（二）网红和粉丝之间的关系

这组关系是网红经济中最为重要的环节，它是网红经济得以维持的生命。在这组关系中，至今存在三种主要经营收益方式：第一种方式是网红通过网络平台直接获利，我们称之为“一次获利”或“虚拟获利”（如直播打赏、微博问答等）；第二种方式是网红通过引导粉丝进入其他网络平台进行购物获利，我们称之为“二次获利”或“实物获利”（如引流到淘宝店铺、京东店铺等）；第三种方式是网红通过网络平台推广他人产品，我们称之为“代言获利”或“广告获利”。（见图8）

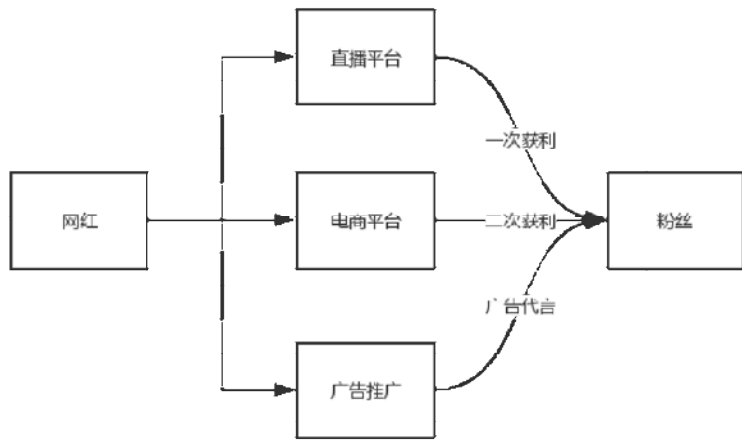


图8 网红经济的变现模式

在上述三种收益方式中，分别存在不同的法律风险问题：第一种收益方式中的法律风险在近期的微博中已初现端倪，一个不满10周岁的孩子（限制民事行为能力人）通过绑定父母的银行卡对在某平台直播的网络主播进行巨额打赏，行为人实施的这个民事行为的效力及举证责任的分配倍受法律人关注；第二种收益方式中，对网红自行开设的店铺，其作为经营者，因产品致人损害，由其承担相应的赔偿责任，应无异议，但在经纪公司代运营的情形中，网红和经纪公司之间的责任分配，在上文中已经提及这是我们需要考虑和解决的问题；第三种方式中，网红通过网络平台发布推广信息对产品进行推广的行为，是否适用广告法中对明星代言的法律规则，对此问题法律人亦应当有

所关注和研究。

（三）网红和网络平台之间的关系

本文所指的网络平台，包括内容平台、推广平台及变现平台。不同类型的网红，其所运营的模式有所不同，其具体所指的网络平台亦有所不同。本文仅以电子竞技视频解说类网红为例，分析其运营模式中的具体网络平台：首先，对电子竞技视频解说类网红而言，其是通过录制解说视频并将录制的视频上传至优酷、腾讯、乐视等视频网站从而积累粉丝关注度，因此，对其而言，优酷、腾讯、乐视等视频类网络平台是其内容平台；其次，该类网红利用微博、微信公众平台等自媒体网络平台，对其录制的解说视频进行宣传推广，并在该网络平台与粉丝进行互动，由此可知，微博、微信公众平台等社交网络平台是其推广平台；最后，网红通过在淘宝、牛铺等电商类网络平台开设店铺，并引导粉丝前往该网络平台进行购物消费以实现变现，或直接通过网络直播平台进行直播获取粉丝礼物进而实现变现，因此可知，淘宝、牛铺等电商类网络平台及直播类网络平台是其变现平台。（见图9）

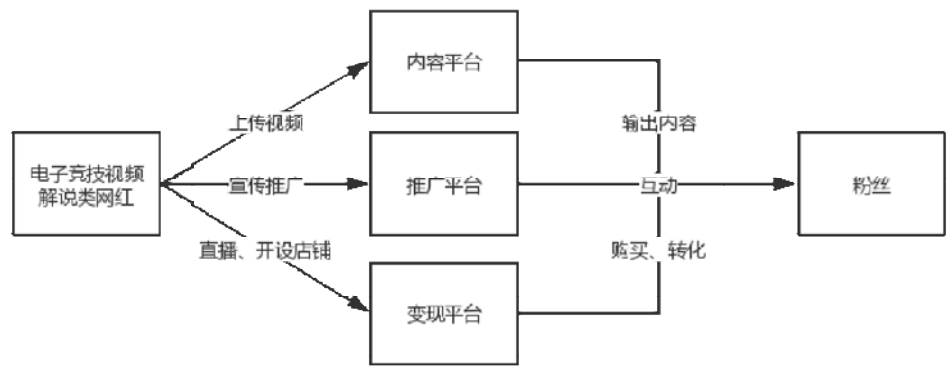


图9 电子竞技视频解说类网红的变现模式

通过上图，我们可知网络平台在网红经济中承担着连接网红和粉丝的重要责任。同时，网红和各类网络平台之间亦存在不同的合作内容，其合作中也必然存在着不同的法律风险问题，我们仍以电子竞技视频解说类网红为例：

首先，我们来看在内容平台与网红之间的合作中，网红通过选择，确定在某个内容平台发布自己录制的解说视频进而积累粉丝关注度，在积累一定的粉丝关注度后，网红会选择与某个内容平台签订合作协议，授权部分视频的独家播放权，但因一些内容平台之间存在战略联合，往往就会出现在没有得到网红许可的情况下，将网红发布的视频投放至其他平台。在网红的发展初期，此类行为有助于网红的推广和成长，但网红的关注度成长到一定阶段，质量低劣的视频网络平台亦容易损害网红的形象，网红和内容平台之间围绕视频投放权利的问题，值得法律人关注和研究；

其次，在推广平台和网红之间的合作中，网红在推广平台使用的往往是网络昵称，而并非真实姓名，因网红通过上传录制的解说视频而积累了粉丝，所以入驻推广平台便拥有了一定量的粉丝群体，同时在网红进驻前或者进驻一段时间，即可发现网红的网络名称已在网红之前被他人抢注或者在网红入驻后迅速被模仿，从而成为他人吸引和截流粉丝的手段，此类现象亦是法律人可以关注和研究的问题；

最后，在变现平台和网红之间的合作中，亦有法律人需要关注的法律问题：例如网红通过在电商类网络平台开设店铺，因产品质量引发的纠纷，网络平台和网红之间的承担责任的方式；电商类网络平台上出现仿冒网红的店铺，侵权人和网络平台承担责任的方式；电商类网络平台通过竞价排名损害网红店铺的行为的认定；以及网红在直播类网络平台进行直播遭受语言攻击等行为侵害时，

网络平台和侵权人之间的责任承担问题。

三、互联网时代下网红经济中律师业务的初探与思考

网红经济是移动互联时代的新经济现象，也是互联网经济的一种形式，在这种现象背后隐含着诸多的法律问题，我们已经在前述内容中进行充分讨论。同时正因为存在着需要研究的法律问题，才说明在这种经济现象中存在着大量的律师业务可以开拓。笔者认为，律师的经济价值就在熟悉经济运行的规律下发现经济运行中的风险并根据其运行模式在法律范围内提出我们的解决和防控方案。

本文文首的导语中，笔者就已提出法律人在面对新现象时应有“参与感”，作为青年律师，我们应当有更多的担当和思考，我们应当去承担起更多的社会责任。当然，实际上很多律师同仁在初次接触网红经济时，不知道在此类经济现象中能做什么；也有一些同仁希望加入到互联网经济大潮中，但却不知道应该学点什么或者以何种途径、方式开拓业务。因此，笔者试图在本文中结合自身参与办理的一些案件感受，与各位同仁共同探讨、分享关于互联网时代下网红经济中律师业务拓展和思考：

（一）网红经济中的律师业务初探

通常，我们习惯把办理的案件是否以庭审为中心，将律师业务分为诉讼业务和非诉讼业务。本文即按照此分类方式，与大家一同探索在网红经济中的律师业务：

1. 网红经济中的诉讼类法律服务

（1）为网红提供针对侵权、仿冒行为的法律服务。

在本文的前述讨论中，我们已经了解多数网红的获利模式是通过在内容平台输出内容吸引粉丝关注、逐步积累粉丝，并通过社交平台进行推广宣传，以及开展与粉丝之间频繁的良性互动，最后达到将粉丝引流至电商平台完成变现目的。

在这种模式中主要存在两种侵害网红权益的现象：第一种现象是行为人在推广平台（如微博、微信公众平台等社交平台）抢先注册或者在网红注册账号后立即注册与之昵称近似之账号，并在推广平台内通过复制、扩散网红在内容平台发布的信息或者复制其推广平台内的信息，从而达到混淆之目的，以此骗取粉丝流量增加其账号的关注度，并在后期通过推广他人产品或与他人建立商业合作牟利；第二种是行为人发现网红名称在电商平台内具有极高的关注度，从而在电商平台以网红名义开设与网红所在领域相关的网络店铺，并利用电商平台设置域名、关键词等功能，仿冒网红在电商平台开设的店铺，从而实现其“傍网红”牟利之目的。（见图 10）

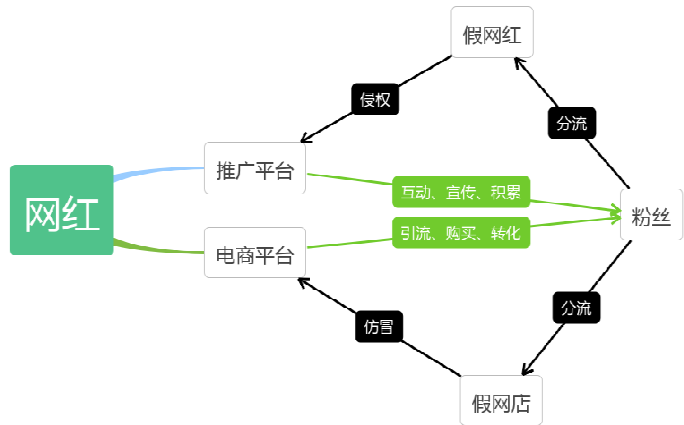


图 10 网红经济中的仿冒侵权

上述两类侵权纠纷，是笔者接触较多的案件类型，笔者建议在出现上述纠纷时，律师在接受委

托后，可以通过为网红办理公证固定侵权内容，向推广平台或者电商平台发送律师函要求其提供侵权人的注册信息，并要求推广平台或者电商平台注销或关闭相应的侵权账号。对拒绝提供侵权人注册信息或拒绝关闭相应账号的推广平台或电商平台，可以向人民法院提起诉讼，要求其提供侵权人的注册信息，并要求推广平台或者电商平台承担连带责任，以维护网红的合法权益。网红通过努力使自身具备商业价值，却被他人轻易侵权、仿冒，针对此类行为提起的诉讼不仅可以提高网红店铺的可辨识度和可靠性，同时也可以对不诚信的经营行为进行惩治，达到规范市场、鼓励创新的目的。

（2）为网红提供针对恶意抢注商标行为的法律服务。

恶意抢注商标行为，是“傍网红”行为的升级版。侵权人通常在开设店铺前或开设店铺的同时，向商标局申请注册网红名称的商标。在网红因店铺侵权提起维权诉讼时，侵权人通过向法院提供商标受理或商标注册的凭证，以达到阻止维权诉讼继续进行的不正当之目的。

针对此类情况，笔者建议律师在接受委托后，需要区分商标的受理情况，根据受理阶段，提供不同的法律服务。若商标尚未注册，律师在接受委托后，可以对侵权人向商标局提出的商标申请提出异议，要求商标局对申请注册的商标不予注册；若商标已经注册，律师在接受委托后，可以通过协助网红收集证据，并向商标评审委员会提出宣告该注册商标无效的请求；若商标评审委员会做出维持注册商标的裁定，律师可以代为网红向人民法院提起诉讼。

（3）为网红提供针对网络平台或经纪公司拖欠款项行为的法律服务。

本文前述内容已说明，文中所指的网络平台包含内容平台、推广平台及变现平台。以输出内容为导向的网红为例，在其成熟期，即网红已积累大量粉丝、拥有较高知名度，其输出内容已受到大量粉丝追捧的情况下，网红有了选择内容平台的权利，通常内容平台为了增加竞争优势，往往会与此类网红签订独家的发布协议，网红可从内容平台的运营者处直接取得利益；同时，网红成熟期中的网红亦可通过推广平台提供的服务功能（例如微博问答、微信公众平台小程序等）直接获得利益。但上述两种方式中尚未存在拖欠款项之情形，且并非所有网红均可实现上述两种途径的获利。因此，上述情形并非我们讨论的法律服务内容。

下文主要针对变现平台及经纪公司存在拖欠款项之情形中的法律服务内容展开论述：首先，我们在上文中提到变现平台包括电商类平台和直播类平台。针对电商类平台，我们需要区分两种情况：第一种是网红自行开设的店铺，此类情况网红自担风险，自负盈亏，亦不存在拖欠款项之情形，故并非我们讨论之对象；第二种情况是经纪公司代为运营，从电商类平台取得的收益由经纪公司代为收取，在合同约定的日期进行款项分配，在此种情况下，便存在经纪公司拖欠款项不予支付的情形。其次，在直播类平台中，网红通过直播平台进行直播时，粉丝通过购买直播平台提供的虚拟币向网红赠送礼物，网红在直播结束后，需要将虚拟礼物和直播平台进行兑换，方能完成变现。在这种变现模式中，因直播平台拖欠款项之新闻已屡见不鲜，网红和直播平台之间亦容易因直播平台拖欠款项而引发纠纷。最后，选择和经纪公司等孵化器订立协议的网红，其经济收入通常是由经纪公司等孵化公司代为收取，或者由经纪公司等孵化公司以工资形式支付，在此类模式中，亦存在拖欠款项之情形。

在上述情形中，笔者建议律师在接受网红委托后，首先应当对网红与网络平台或经纪公司之间的协议进行分析，确认款项的支付方式，根据双方协议的约定内容确定法律服务方案，以保障网红的合法权益。在笔者接触的案件中，直播平台或经纪公司往往借助其自身优势，在与网红签订的协议中设定了诸多不合理条款，往往也加大了网红诉讼维权的难度和成本，基于经济效益考虑，对于此类案件，笔者建议在接受委托审查合同后，先向拖欠款项的直播平台或经纪公司发送律师函，大

型的直播平台或经纪公司因其公司经营需要，往往也不希望出现诉讼情形影响其正常经营，故在收到律师函后，往往也愿意与网红对拖欠款项进行协商处理。

（4）为网红或经纪公司提供对“打假集团”提起的针对网红店铺的诉讼的法律服务。

网红经济的异军突起，成为了很多人关注的重点，其中包括早已具有规模的打假集团。他们通过对在电商类平台开设店铺进行变现的网红或经纪公司（代运营），实行实时监督，并由专人负责针对网红开设的店铺中存在的违规行为或瑕疵行为发起购买、提起投诉。通常，网红或经纪公司为避免纷争，会按照投诉者的要求予以赔付。但不乏投诉中有不合理之诉情，亦有相当数量的网红店铺对投诉置之不理，投诉者在诉求无法满足之情况下即会提起诉讼。

针对此类诉讼，笔者结合自身办理的案件，建议律师在代理过程中，应当仔细分析打假集团提出的诉讼请求及事实理由是否符合法律规定，对其提供的证据是否能够支持其诉讼请求进行具体审查，对打假集团提起的诉讼请求和证据并不充分的诉讼行为要予以回击，以维护网红的合法权益；对网红经营的店铺中确实存在不规范行为的，要向网红说明诉讼风险，并尽量协助其促成调解，以减少损失。

2. 网红经济中的非诉讼法律服务

（1）为网红或经纪公司提供网络页面审查的法律服务。

在上文诉讼法律业务中，我们已经讨论了关于打假集团针对网红店铺实施的打假诉讼。同时，我们都知道非诉讼法律服务之目的是以防范和规避风险为前提。因此，在打假集团实施打假行为前，律师可以为网红或经纪公司以网红名义开设的网络店铺提供网络页面审查服务，针对其网络页面中存在的侵权现象提供处理建议及方案，以避免其遭受打假之诉讼。（该项法律服务不仅适用于网红店铺，亦适用于所有从事销售产品的电商企业）

在此类业务中，笔者建议律师在开展网络页面审查时，应当着重关注《广告法》中的禁止性条款，对违规情形应当予以充分说明，告知委托人违反相应规定的后果，同时律师应当及时关注相关网络平台的规则变动，并将网络平台的规则作为页面审查报告的重要依据。

（2）为网红提供其与经纪公司或网络平台之间订立的合同进行风险审查的法律服务。

网红经纪公司等孵化公司在市场中寻找培养对象进行签约，或与已经具有一定知名度的网红签约，从而通过包装、推广等一系列商业运作，成功塑造网红形象；同时前文已述，以输出型的网红为例，成熟期的网红具备了选择内容平台的权利，在选定内容平台后，双方会就合作内容签订协议，并遵照协议履行。

在上述的商业模式中，经纪公司等孵化公司与网络平台的运营企业因其自身拥有雄厚的资本及社会资源，其在与网红订立合同时，往往属于强势一方，双方之间签订的合同版本亦由其提供，其在合同的权利义务设定中，通常会加重网红的责任，而减免自身的相关义务。在上述情况下，律师可以为网红群体提供合同风险提示、合同修订等审查性法律服务，以避免网红群体在签订合同后，与网红经纪公司或网络平台之间因合作事项发生纠纷时处于被动状态的局面。

在此类业务中，笔者建议律师在承办时，着重关注合同中涉及的合作方式、双方权利义务、款项支付等重要条款。以合作方式为例，在合作方式中经纪公司或网络平台往往会扩大合作内容，要求网红参与与合作项目无关的，但有利于经纪公司或网络平台扩大自身影响力的活动，律师可以帮助网红将合作内容圈定在与合作项目有关的活动范围内。

（3）为网红提供私人法律顾问服务。

私人法律顾问的概念早已提出，但却迟迟未能实现。网红经济的来临，为私人法律顾问的市场

开拓提供了条件可能，成熟期的网红属于高收益人群，但其并非法律专业人士，其在经营、生活、财产等诸多方面又对法律服务有极大需求，且因其收益可观，其能够为私人法律服务买单。

此类业务是定制性服务，在提供服务时，应当根据网红的类型和发展需求制定服务方案。笔者接触较多的网红类型为直播类和电子竞技类，其服务需求主要集中在个人经济纠纷和投资中的法律问题。在提供投资类法律服务时，笔者建议全面了解网红参与的投资事项，针对相关事项提供书面报告。

（4）为网红或经纪公司提供品牌化战略法律服务。

如今的网红经济已经不是刚起步的状态，无论网红经济领域，还是单个领域内网红经济的规模都令人惊叹。然而，网红经济如何继续良性发展？如何突破竞争激烈的现状？这些问题已然成为每个网红和孵化器最头疼和最应思考的问题。毋庸置疑，网红经济实施品牌化战略是他们未来一段时间内应该要走的道路。<sup>[3]</sup>

品牌战略是以品牌 DNA 为中心建立品牌识别系统、整合企业一切价值活动，表现在市场和消费者面前的就是营销传播活动，最大限度、合理利用品牌资产、产品、包装、形象、广告、公关、新闻、终端、服务、整合和传播。<sup>[4]</sup>

当然，网红品牌建立是商业运作者应当予以关注的问题，但如何确保网红所建立的品牌不被他人所侵害，以及在品牌建立过程中应当注意哪些法律问题，却是法律人需要关注和解决的问题。品牌化战略法律服务是针对网红经济发展中具有品牌意识和竞争意识的网红或经纪公司所提供的保障其品牌权益和维护其长期发展的全方位的法律服务，下图（图 11）是笔者关于该项法律服务的一些初步探索和思考。

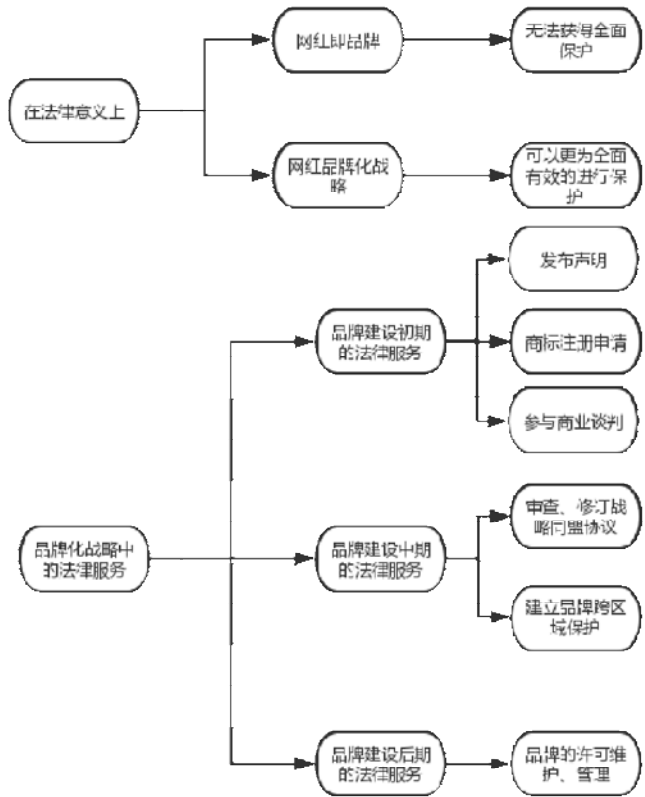


图 11 网红经济中的品牌化战略服务

[3] 袁国宝、谢利明：《网红经济：移动互联时代的千亿红利市场》，企业管理出版社，2016 年 5 月第 1 版，P164。  
[4] 同上引，P167。

（二）网红经济中律师业务的相关思考

1. 关于网红经济中律师业务服务模式的思考

在前述的律师业务初探中，我们讨论了关于网红经济中律师业务的具体内容，包括诉讼法律服务和非诉讼法律服务。但在互联网时代背景下，不管是诉讼还是非诉讼法律服务，想仅凭一己之力在互联网时代背景下谋得网红经济中的利益，显然是不现实的，也是对客户群体极为不负责任的一种行为表现。

因此，笔者认为，针对网红经济中律师业务的开展，必须以组建和成立具备统一作战能力的团队为前提，必须有完整的服务模式链条，以便于我们为客户提供及时高效和全方位的法律服务。下图（图 12）是笔者关于网红经济中律师业务服务模式建立要求的思考。

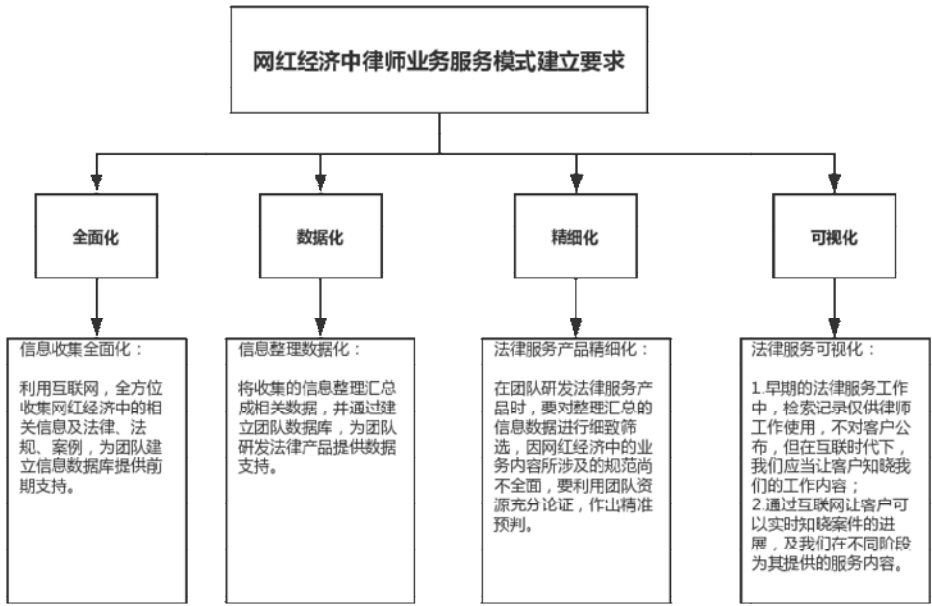


图 12 网红经济中律师业务服务模式建立要求

2. 关于网红经济中律师业务拓展渠道的思考

我们如何在网红经济中得到案源？这可能是多数律师同仁所关心的。下图（图 13）是笔者围绕网红经济中律师业务拓展问题的思考总结，仅供大家参考。



图 13 网红经济中律师业务拓展方式

结语

在网红经济中存在着诸多和传统经济相同的业务领域，但因为渠道发生了变化，我们就必须重新审视和发现问题的本质，总结和探究其背后的原理。不论网红能走多远，网红经济一定会为这个时代带来新契机，所以希望全体年轻的律师同仁能在这个契机中把握弯道超车的最佳时机。

参考文献及书目

1. 徐志斌：《社交红利》，北京联合出版公司，2015 年 10 月第 5 次印刷。  
2. 徐志斌：《社交红利 2.0：即时引爆》，中信出版集团股份有限公司，2016 年 2 月第 5 次印刷。  
3. 马梅、朱晓明、周金黄、季家有、陈宇：《支付革命：互联网时代的第三方支付》，中信出版社，2014 年 8 月第 5 次印刷。  
4. 尹许可、王肖华、龚佃选：《浅析网红经济的运营与发展》，《江苏商论》，2017 (1) :248-249。

## 网络互动直播中的侵权风险及其防范

浙江海浩律师事务所 杨 琴

【内容提要】2016 年以 PGC 和 UGC 为主要模式的网络互动直播凭借其独特的优越性特点开启了“全民直播”的时代到来，但与之同时出现的是侵犯信息网络传播权、发布违法违规互联网广告侵害消费者合法权益、侵犯用户隐私权等不容忽视的侵权风险。通过健全规范网络互动直播的法律法规、建立多方监管机制、加重查处和处罚力度、培养守法合规诚信的互联网经营意识、建立迅捷的纠纷处理机制等措施做好侵权风险防范，对推动网络互动直播积极健康发展具有重要意义。

【关键词】网络互动直播；信息网络传播权；互联网广告；隐私权；法律风险防范

经过二十多年的发展，中国已进入了互联网时代。互联网深刻改变着我国政治、经济、文化、社会生活的各个方面，互联网的治理也成为了国家治理的重要组成部分，网络空间的法治化建设日益重要。

2017 年 1 月 22 日，中国互联网络信息中心发布第三十九次《中国互联网络发展状况统计报告》，该报告中显示：“截止到 2016 年 12 月份，我国的网民数量高达 7.31 亿人，网络的普及率高达 53.2%，我国手机互联网用户数量达到 6.95 亿人，在上网群体中占比更是高达 95.1%，其中，网络直播用户数量达到 3.44 亿人，占比 47.1%。”<sup>[1]</sup> 互联网的飞速发展和普及，为网络直播创造了必要的前提条件。2016 年被称为“网络直播元年”，网络直播平台数量已经超过 200 家，且融资数额巨大。网络互动直播平台的出现引爆“全民直播”时代的到来。

我国现阶段的网络直播产业链相对完整，这个产业链主要包括平台运营商、技术厂商、用户、广告主和直播平台。，伴随着网络直播的不断创新与发展，侵权纠纷频发，我国传统法律规范面临挑战。

### 一、网络互动直播概述

网络互动直播是指众多互联网用户（包括专业用户与普通用户）以互联网网络系统作为媒介，在同一时间、不同空间观看网络直播主播在联网设备上通过摄像头、录屏等方式所呈现的内容，并在网络直播平台进行互动，它经历了从文字互动到语音互动，再到视频互动的过程。4G 技术的普及、流媒体技术的成熟、PC 端和 APP 端的不断完善等使得现在的网络互动直播在近几年得到飞速发展，

不同网络直播运用的运营模式是不同的，PGC 模式和 UGC 模式是目前占据主流地位的二种运营模式。PGC 全称 Professional Generated Content，是专业生产互联网信息内容的一种模式，优酷土豆、腾讯等视频网站均已经建立起完善 PGC 系统。UGC 全称 User Generated Content，是普通大众生产互联网信息内容的一种模式。随着去中心化、讲究个性化、更加开放、注重信息共建共享的 Web2.0 时

代的到来，互联网用户通过互联网这一媒介将自己创造的东西展现给其他的互联网用户，此时的互联网用户不再仅仅是单一的浏览者角色，还是创造者角色，常见的包括新浪微博、知乎、Twitter、WIKI 等。

网络互动直播往往是兼用上述两种运营模式，两种模式优势互补、各展所长，信息来源更加的广泛、内容更加丰富多彩，吸引不同需求的用户。PGC 依靠其专业性吸引用户，例如在熊猫 TV 直播的暴走漫画、大胃王、小葱秀和斗鱼 TV 直播的财经讲堂等；而 UGC 则依靠其内容的原创性和突出的个性化吸引用户，例如 YY 直播的天佑、阿哲和熊猫 TV 的南枪掌门李锦、刘杀鸡等。兼具 PGC 和 UGC 两种模式的网络互动直播最具代表性的产物就是“用户打赏”，例如全民 TV 的打赏礼物“王者之星”、战旗 TV 的“勇士利剑”等。

### 二、网络互动直播中常见侵权行为分析

#### （一）侵犯信息网络传播权

##### 1、信息网络传播权的概念

我国《信息网络传播权保护条例》第二十六条规定：“信息网络传播权，是指以有线或者无线方式向公众提供作品、表演或者录音录像制品，使公众可以在其个人选定的时间和地点获得作品、表演或者录音录像制品的权利。”保护信息网络传播权的核心即是“取得权利人许可”，取得授权许可是我国法律规定的作品提供行为的本质法律特征，网络作品也不应例外。<sup>[2]</sup>《著作权法》第二十四条对此也作了明确规定。

##### 2、网络互动直播侵犯信息网络传播权主要方式

在众多网络互动直播平台中，有着大量的通过录屏等方式直播影视作品的行为，例如熊猫 TV 的影评专区、斗鱼 TV 的视听点评、虎牙直播的“一起看”和动漫专区等，存在着或多或少的侵犯信息网络传播权的行为。

现有网络直播平台对侵犯信息网络传播权的防范措施主要有两种，一种是通过与网络主播签订合同时声明主播提供在线直播活动或上传已录制节目时，主播应承诺对所发布的内容拥有合适、充分的著作权或相关授权。另一种主要是通过网络互动直播平台的超级管理员不定时的抽查网络主播直播间，对其正在播放的影视作品等版权进行后台查询等措施，若是侵犯版权问题，则会提醒禁止播放，扣分直至查封。但上述措施起到的作用并不尽如人意。

网络直播侵犯信息网络传播权有两种方式，一种是直接侵权，另一种是间接侵权。

根据北京高院于 2010 年印发《关于审理涉及网络环境下著作权纠纷案件若干问题的指导意见（一）》（试行）（以下简称《审理规定》）第二条第一款第二项中的规定<sup>[3]</sup>、《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》第三条的规定<sup>[4]</sup>，常见的直接侵权行为包括：网络互动直播未经授权擅自提供表演、录音录像制品的转播、下载等。若网络主播

[2] 詹启智 . 信息网络传播权论 [M]. 中国政法大学出版社 ,2014:40.

[3]《关于审理涉及网络环境下著作权纠纷案件若干问题的指导意见（一）》（试行）第二条第一款第二项中规定：“将作品、表演、录音录像制品上传至或以其他方式置于向公众开放的网络服务器中，使作品、表演、录音录像制品处于公众可以在选定的时间和地点下载、浏览或以其他方式在线获得，即构成信息网络传播行为，无需当事人举证证明实际进行过下载、浏览或以其他方式在线获得的事实。”

[4]《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》第三条规定：“网络用户、网络服务提供者未经许可，通过信息网络提供权利人享有信息网络传播权的作品、表演、录音录像制品，除法律、行政法规另有规定外，人民法院应当认定其构成侵害信息网络传播权行为。通过上传到网络服务器、设置共享文件或者利用文件分享软件等方式，将作品、表演、录音录像制品置于信息网络中，使公众能够在个人选定的时间和地点以下载、浏览或者其他方式获得的，人民法院应当认定其实施了前款规定的提供行为。”

[1] 中国互联网络信息中心 . 第三十九次中国互联网络发展状况统计报告 [EB/OL]. [2017-05-26]http://chuangye.yjbys.com/news/599433.html.

在网络直播平台直接播放没有获得授权许可的影视作品，并因此获得人气、“用户打赏”等经济利益是为非法所得。

根据《审理规定》中第七条<sup>[5]</sup>、第十一条第一款<sup>[6]</sup>的规定，常见的间接侵权行为包括：未遵守“通知删除”规则帮助侵权；明知主播侵权，却仍选择“无视”放任其侵权行为的继续等。如果网络直播平台从间接侵权行为中获取直接经济利益时，其应承担更多的注意义务与责任。一些网络互动直播平台虽然自己没有提供分享、下载、点播等服务，但是在默示的情况下对主播进行直播的侵权作品构成间接侵权。

根据从熊猫 TV、斗鱼 TV 等直播平台的影视专区收取的虚拟礼物价值统计来看，网络主播播放影视作品的获利是十分可观的，这种直播对主播的硬件要求较低，只需要一台联网通电的计算机自动播放影片即可，低廉的成本投入、较高的收入吸引了大量的影视主播，而这也让网络直播平台影视专区成为侵犯信息网络传播权的重灾区。

### 3、网络互动直播侵犯信息网络传播权频发的原因分析

（1）缺乏有效监管。由于网络直播平台不能够二十四小时时刻对每个网络主播直播影视作品进行监控，同时缺乏外部的监管机构，这就为侵害信息网络传播权留下违法空间。甚至有的网络直播平台为了吸引更高的人气，得到更大的市场份额，获得经济利益，监管宽松，放纵主播对信息网络传播权的侵犯，导致肆意侵权行为横行。

（2）审查不到位。目前的网络直播平台不会对网络主播直播的影视作品来源进行审查，因为《审理规定》中第八条第二款<sup>[7]</sup>的规定对此予以免责。即使影视作品是网络主播非法下载，只要查证正在播放的该影片拥有版权即可。这一“洗白”的做法损害了著作权人、合法版权拥有者等主体的合法权益。

（3）滥用“避风港”原则。部分网络主播会在网络互动直播平台中提供站外视频点播链接，平台会在链接跳转时提示平台对站外链接不予承担责任。很多站外点播链接长期放在网络互动直播平台影视专区的显眼位置上，但作为重要受益方的平台往往采取消极被动的监管办法，若合法版权人未通知、起诉平台要求其删除、断开链接等，网络互动直播平台一般都会放任该行为。“以盗播换市场”、“先侵权后赔偿”甚至成为部分网络互动直播平台盈利的主要模式之一。

（4）损失难以计算。《著作权法》第四十九条<sup>[8]</sup>规定了“三种侵权损失计算方法：实际损失计算法、侵权利益计算法；法定数额计算法。但实践中，著作权人和与著作权有关的权利人的实际损失难以计算，而直接侵权人网络主播以及间接侵权人网络互动直播平台的实际获利远大于表面展现的部分“虚拟礼物”获利（网络互动直播平台只能看到免费的“虚拟礼物”获利以及赠送“虚拟礼物”最

[5]《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》第七条规定：“网络服务提供者在提供网络服务时教唆或者帮助网络用户实施侵害信息网络传播权行为的，人民法院应当判令其承担侵权责任。网络服务提供者以言语、鼓励网络用户实施侵害信息网络传播权行为的，人民法院应当认定其构成教唆侵权行为。网络服务提供者明知或者应知网络用户利用网络服务侵害信息网络传播权，未采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施，或者提供技术支持等帮助行为的，人民法院应当认定其构成帮助侵权行为。”

[6]《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》第十一条第一款规定：“网络服务提供者从网络用户提供的作品、表演、录音录像制品中直接获得经济利益的，人民法院应当认定其对该网络用户侵害信息网络传播权的行为负有较高的注意义务。”

[7]《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》第八条第二款：“网络服务提供者未对网络用户侵害信息网络传播权的行为主动进行审查的，人民法院不应据此认定其具有过错。”

[8]《中华人民共和国著作权法》第四十九条规定：“侵犯著作权或者与著作权有关的权利的，侵权人应当按照权利人的实际损失给予赔偿；实际损失难以计算的，可以按照侵权人的违法所得给予赔偿。赔偿数额还应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。权利人的实际损失或者侵权人的违法所得不能确定的，由人民法院根据侵权行为的情节，判决给予五十万元以下的赔偿。”

多的前几名榜单获利），且难以统计播放侵权影视作品获利、是否因侵权影视作品获利等问题，使得被侵权人确认索赔数额难上加难，维权人的维权收益甚微甚至低于其所需付出的维权成本，而侵权人的侵权成本甚微甚至还收益颇丰，这极大地打击了权利人维权积极性，助长了侵权人的嚣张气焰。

### （二）发布违法违规互联网广告侵害消费者合法权益

#### 1、互联网广告及合法合规性要求

《互联网广告监督管理暂行办法》（以下简称《暂行办法》）第三条第一款规定：“互联网广告是指通过各类互联网网站、电子邮箱、以及自媒体、论坛、即时通讯工具、软件等互联网媒介资源，以文字、图片、音频、视频及其他形式发布的各种商业性展示、链接、邮件、付费搜索结果等广告。”随着网络互动直播经济的日益成熟，互联网广告成为网络主播收益的主要组成部分。

一般情况下，卖家是互联网广告的广告主，网络主播是互联网广告的广告发布者，网络互动直播平台是互联网广告的互联网信息服务提供者。而根据《暂行办法》第四条、第五条<sup>[9]</sup>、《广告法》第二条的规定<sup>[10]</sup>，网络主播在广告中扮演着不同的角色，若网络主播自己开设网店，并在自己直播过程中给自己的网店产品自行发布广告，网络主播是广告主身份<sup>[11]</sup>；若网络主播收取他人广告费，在直播过程中只是给他人产品发布广告，网络主播是广告发布者身份；若网络主播收取他人广告费，给产品代言，网络主播是广告代言人身份。

但无论网络主播在网络广告中扮演什么样的角色，其广告都应当真实、合法，不得含有虚假或者引人误解的内容，诚实守信，不得欺骗、误导消费者。当网络互动直播平台的网络用户从网络主播推广的互联网广告中购买商品时，网络用户就转化为消费者的角色，受到《广告法》<sup>[12]</sup>、《消费者权益保护法》<sup>[13]</sup>等的保护。

[9]《互联网广告监督管理暂行办法》第四条规定：“本办法所称互联网广告经营者，是为广告主提供互联网广告设计、制作、代理服务的自然人、法人或者其他组织。本办法所称互联网广告发布者，是指为广告主或者广告主委托的互联网广告经营者，在自有或者他人互联网媒介资源发布广告的自然人、法人或者其他组织。本办法所称广告代言人，是指广告主以外的，在互联网广告中对商品、服务作推荐、证明的自然人、法人或者其他组织。”第五条规定：“符合下列情形之一的广告主、广告经营者、广告代言人、互联网信息服务提供者，同时为互联网广告发布者：（一）对互联网广告内容具有最终修改权、决定权的；（二）发布存储于本网站的广告信息的网站经营者；（二）在自设网站自行发布广告的广告主；（四）本办法第十二条规定的利用他人互联网媒介资源，发布存储于本网站的广告信息的广告经营者；（五）通过微博、论坛、即时通讯工具等各类互联网自媒体资源为商品或者服务作推荐、证明的广告代言人。”

[10]《中华人民共和国广告法》第二条规定：“在中华人民共和国境内，商品经营者或者服务提供者通过一定媒介和形式直接或者间接地介绍自己所推销的商品或者服务的商业广告活动，适用本法。本法所称广告主，是指为推销商品或者服务，自行或者委托他人设计、制作、发布广告的自然、法人或者其他组织。本法所称广告经营者，是指接受委托提供广告设计、制作、代理服务的自然人、法人或者其他组织。本法所称广告发布者，是指为广告主或者广告主委托的广告经营者发布广告的自然、法人或者其他组织。本法所称广告代言人，是指广告主以外的，在广告中以自己的名义或者形象对商品、服务作推荐、证明的自然人、法人或者其他组织。”

[11] 朗胜 . 中国人民共和国广告法释义 [M]. 法律出版社 ,2015:5.

[12]《广告法》第二十八条规定：“广告以虚假或者引人误解的内容欺骗、误导消费者的，构成虚假广告。广告有下列情形之一的，为虚假广告：（一）商品或者服务不存在的；（二）商品的性能、功能、产地、用途、质量、规格、成分、价格、生产者、有效期限、销售状况、曾获荣誉等信息，或者服务的内容、提供者、形式、质量、价格、销售状况、曾获荣誉等信息，以及与商品或者服务有关的允诺等信息与实际情况不符，对购买行为有实质性影响的；（三）使用虚构、伪造或者无法验证的科研成果、统计资料、调查结果、文摘、引用语等信息作证明材料的；（四）虚构使用商品或者接受服务的效果的；（五）以虚假或者引人误解的内容欺骗、误导消费者的其他情形。”第五十六条规定：“虚假广告造成消费者损害的，其广告经营者、广告发布者、广告代言人明知或者应知广告虚假仍设计、制作、代理、发布或者作推荐、证明的，应当与广告主承担连带责任。”

[13]《消费者权益保护法》第四十五条规定：“消费者因经营者利用虚假广告或者其他虚假宣传方式提供商品或者服务，其合法权益受到损害的，可以向经营者要求赔偿。广告经营者、发布者发布虚假广告的，消费者可以请求行政主管部门予以惩处。广告经营者、发布者不能提供经营者的真实名称、地址和有效联系方式的，应当承担赔偿责任。广告经营者、发布者设计、制作、发布关系消费者生命健康商品或者服务的虚假广告，造成消费者损害的，应当与提供该商品或者服务的经营者承担连带责任。社会团体或者其他组织、个人在关系消费者生命健康商品或者服务的虚假广告或者其他虚假宣传中向消费者推荐商品或者服务，造成消费者损害的，应当与提供该商品或者服务的经营者承担连带责任。”

## 2、网络互动直播中常见的非法违规广告侵权行为分析

网络互动直播中主播涉及的广告范围广泛，其中不乏存在大量的“山寨”高仿、伪劣、走私、涉黄涉暴等我国法律法规明令禁止买卖的商品和服务。

在网络主播发布的互联网广告中，违法违规商品的广告主不具备《暂行办法》第九条规定<sup>[14]</sup>的营业执照、相关的行政许可证明文件、合法合规商品等要求，且大多数的违法违规广告产品都是网络主播明知或是应知的，但依然为其做广告推广，违反了《暂行办法》第十条第二款的规定<sup>[15]</sup>，而作为互联网信息服务提供者的网络互动直播平台疏于监管责任违反了《暂行办法》第十条第三款的规定<sup>[16]</sup>。

## 3、对违法违规广告侵权行为救济困难的原因分析

（1）责任主体不明确。违规违法的网络广告存在方式主要的二类：第一种是网络主播明示方式插播广告；第二种是网络主播及网络互动直播平台默示方式推广广告，主要有两种手段，一是通过将违规产品的名称改为谐音字活用拼音来代替，以此来规避平台监管，二是通过广告主给网络主播刷“虚拟礼物”或是开通会员、“守护”等获得特权，达到一定数额后广告主用户将会名列网络直播中显眼位置或是被抬上麦序在容易被用户看到的地方，而广告主用户的名称即是广告内容。对于明示方式，责任主体较为明确；但对于默示方式，责任主体则难以确定，网络用户通过刷“虚拟礼物”或是开通特权等方式从而占据显眼位置，借此打广告，与网络主播和网络互动直播平台间无具体广告协议，但是主播或平台是明知或应知的，并从中获取包括直接经济利益、人气流量等在内的利益，双方是达成了一种默认的共识。因此，获利且消极对待的网络互动直播平台以及网络主播并不能以没有签订广告合同、网络用户昵称自由等逃避法律责任，他们有义务在合理时间内要求该类网络用户及时更改或封停这种恶意推广广告的用户名，否则应视为违法违规互联网广告的相关责任主体，为推广广告的网络用户通过给网络主播刷“虚拟礼物”或开通特权等花费应当视为广告费用。

（2）消费者权益保护能力弱。网络互动直播“粘性”的特点使得大量网络用户对其喜爱的网络主播是极其信任的，容易陷入虚假广告的陷阱中。网络互动直播中客户流动性大，不需要实名认证，昵称更改自由，而非法违规的互联网广告没有登记备案，当消费者合法权益受到虚假广告的侵害时，广告主的真实身份信息难以查询，且因缺少网络主播推广广告时的截图、录屏、录音等证据，使得网路互动直播平台、网络主播承担责任的取证变得非常困难。网络用户依网络主播推广的广告购买商品时大多是由网络用户与卖家直接联系交易，并没有像淘宝、京东等专业正规的第三方交易平台，也就没有专业的售后纠纷解决渠道，消费者侵权救济困难。最终被侵权的消费者往往会因为受骗金额低、取证难、诉讼成本高等原因而放弃维权。

## （三）侵犯用户隐私权

隐私权是指自然人享有的私人生活安宁与私人信息秘密依法受到保护，不被他人非法侵扰、知悉、

搜集、利用和公开的一种人格权，而且权利主体对他人在何种程度上可以介入自己的私生活，对自己是否向他人公开隐私以及公开的范围和程度等具有决定权。<sup>[17]</sup> 隐私权作为一种基本的人格权利受到《宪法》保护。

在“全民直播”的今天，为了吸引高人气、获得更高的经济收益等利益驱使网络主播侵犯公民隐私权频发。最典型也最常见的侵犯公民隐私权的事件就是户外直播中主播通过滴滴、优步等打车软件招揽乘车客户，并由隐藏摄像头将车内情景进行实时现场直播，在当事人不知情的情况下引诱当事人说出网络用户感兴趣的个人隐私问题，以此满足网络用户的猎奇心理。在未经乘客当事人同意的情形下，网络主播私自将其影音影像上传至网络，且通过直播获取大量网络用户关注、间接或直接的经济利益，同时也侵犯了乘客的肖像权。我国《治安管理处罚法》第四十二条规定，“偷窥、偷拍、窃听、散布他人隐私的，处 5 日以下拘留或者 500 元以下罚款；情节较重的，处 5 日以上 10 日以下拘留，可以并处 500 元以下罚款。”当事人还可要求户外主播停止网络直播侵权、返还获利，并承担损害赔偿等责任。若网络互动直播平台明知或应知，并与该户外主播签订了劳动合同，户外主播的直播行为属于职务行为，网络互动直播平台应当承担侵权损害赔偿责任。

## 三、网络互动直播中侵权法律风险防范建议

### （一）健全规范网络互动直播的法律法规

互联网时代在极大地促进了人类社会飞跃发展的同时，互联网侵权也开始在虚拟的网络空间蔓延。除了被直接移植到互联网中的传统违法行为外，传统违法行为还融合了互联网自身特性出现了异化，产生了新的违法行为。互联网中出现的新的违法行为使得传统法律法规面临挑战。

完善有效的互联网立法是促进互联网发展，实现有效管理的法律基础。应对新型互联网犯罪需要提高互联网法律法规的立法位阶，推动互联网专项立法。目前，我国在互联网方面的法律法规大多是行政法规、部门规章、规范性文件等，缺少高位阶法律层面的法律法规。通过高位阶互联网立法，加强规制互联网的法律效力，从而提高对网络互动直播法律规制的针对性和可操作性。

### （二）建立多方协作的复合监管机制

经济市场的稳定规范发展，监管是关键。

网络互动直播平台作为监管的“第一道防线”，是直播内容的第一层“过滤网”，应严格遵守法律法规，注重公序良俗，自觉加强公司内部对直播内容的审核管理，严禁触碰法律“红线”，为广大网络用户提供绿色健康的直播内容。第三方监管机构作为专业系统的监管机构，是直播内容的第二层“过滤网”；国家监管机构作为国家方面的机构，是直播内容的“最后一层过滤网”，同时也是最重要的一层“过滤网”。将网络直播平台、国家监管机构、第三方监管机构三者有机结合起来，共建多方协作的复合监管机制，将网络互动直播严格监管于我国法律法规范围内，促进我国的网络互动直播和谐发展。

要尽快明确网络互动直播的监管机构及其职责。目前对网络互动直播的监管机构涉及公安部门、文化部门、广电部门、工商部门等，但各个部门之间的职责不清，大大降低监管效率与质量，因此，厘清监管机构关系、明确部门职责对网络互动直播的高效监管至关重要。

### （三）加重查处和处罚力度

促进网络互动直播监管常态化。监管部门、工商部门、司法部门等部门联合执法，不应只是在某一时间段内加强查处搞“行动”，这样极易造成网络互动直播平台在“行动”时间段内“重点监管”，而在平时却放松监管以谋取可能的经济利益，应该更加强调平时的查处力度，落实 7×24 小时监管

[17] 张新宝. 隐私权的法律保护 [M]. 群众出版社 ,2004:12.

[14]《互联网广告监督管理暂行办法》第九条规定：“广告主利用自有互联网媒介资源发布其生产经营的商品或者服务的广告，应当符合下列要求：（一）依法取得工商行政管理机关核发的营业执照，以及法律、行政法规规定的与商品或者服务相关的行政许可证明文件；（二）广告所介绍的商品或服务应当符合法律、行政法规和部门规章的规定。（三）利用自有互联网媒介资源通过他人互联网媒介资源发布广告的，该资源经营者应当是符合本办法第四、五、十二条规定的互联网广告经营者或者发布者。不得通过违法违规的网站发布广告。”

[15] 告产品都是网络主播明知或是应知的，但依然为其做广告推广，违反了《暂行办法》第十条第二款的规定

[16]《互联网广告监督管理暂行办法》第十条第三款规定：“互联网信息服务提供者对于使用其互联网媒介资源的广告主、广告经营者、广告发布者，应当查验其营业执照以及与其商品或者服务相关的法律、行政法规规定的行政许可等经营资格证明文件，签订书面合同（含电子合同），并存档备查；对于在该互联网媒介资源直接显示的广告内容以及其它存储于本网站的广告信息，还应当履行本条前两款规定的互联网广告发布者的义务。”

值班制度。

拓宽对违法违规直播的投诉举报渠道。在网络互动直播页面不仅要设立直播平台自身的举报系统，还要有链接到国家打击互联网违法犯罪的网络举报系统，例如中国互联网违法和不良信息举报中心、网络违法犯罪举报网站等，完善相应的网络直播举报制度，做到真正、高效、严格的对违法违规网络互动直播行为的举报和查处。

网络互动直播平台应建立直播视频同步保存的数据库系统，当网络主播进行直播时，网络互动直播平台自动对其直播内容进行同步保存，即有利于平台自身以及国家监管机构的不定时、全面地抽查监管，也有利于被侵权人维权时证据的取得。在严格监管的同时对可能存在的违法行为予以证据固定，为被侵权人维权追偿提供了基础保障，维护了社会公共利益，同时也维护了广大公民合法权益不受非法侵害。

通过相关法律法规等明确网络互动直播各方主体的相关法律责任，加重对违法主体的惩罚力度。当网络用户合法权益遭到非法侵害时，能够积极行使我国宪法和法律赋予的权利维护自身合法权益，并获得与被侵害权益相匹配的损害赔偿，而侵权人能得到与其侵权、犯罪行为相匹配的惩罚，不仅包括民事赔偿责任，严重的违法行为应追究行政责任，直至刑事处罚。

（四）培养守法合规诚信的互联网经营意识

守法合规、诚实守信既是对我国优秀传统道德文化的继承与发扬，同时也是我们每个人适应时代发展的要求。

在互联网这一开放自由程度极高、隐蔽性、虚拟性的特殊网络空间中，遵纪守法、诚实守信的重要性尤为突出。当人们提起“人与人之间最基本的信任”时不再只是成为一句笑谈，而是应该真正的落在实处，为互联网经营提供一个最基本的、良好的市场环境。

加强普法教育与宣传，通过普法工作进课堂、进社区、进公司等尽可能让更加广泛的社会群众懂法、守法、用法，提高公民、公司的法律意识。在公园、广场等人民群众日常生活的地方建立法制宣传广场、法制宣传公园等，让人民群众在休闲的同时轻松愉悦、潜移默化地增加对法制知识的了解。充分利用新媒体优势，通过微信、QQ、短信等与人民大众生活密切相关的通讯工具及时发布与时俱进的法制宣传信息，扩大法制宣传覆盖面。丰富全国法制宣传日、“普法周”、“普法月”等节日的普法宣传形式，通过组织法律专业人士对群众的法律问题进行现场解答、发放法制宣传资料、举办法制知识竞赛等活动让法律更真切的走进人民的日常生活中去。建立、健全各种“诚信黑名单”制度，不仅在日常生活中与人诚信，还要在市场经济中树立正确的诚信经营观念。

（五）建立迅捷的纠纷处理机制

2015 年以来，电子商务网上法庭、知识产权网上法庭等网上法庭相继在浙江杭州上线，网上法庭的出现极大的解决了当事人异地诉讼难的问题，法官、诉讼双方当事人可以通过同步网络视频方式进行开庭审理案件，节省了司法资源与成本，便捷了双方当事人司法诉讼，保障了当事人积极维护合法权利的实现，对推动我国司法进步具有重要意义。

除了较为迅捷的司法诉讼纠纷处理，还应设立一个司法诉讼之前的网络纠纷协调解决机构。由于在网络互动直播中，被侵权人数量大，但是每人所涉及的被侵权数额却相对较小，大量的侵权纠纷是可以不通过司法途径、通过协调机构解决的。由国家设立协调纠纷解决机构作为司法诉讼前的纠纷处理选择，不仅能够更好的使侵权人承担与其侵权行为相匹配的侵权责任，保护被侵权人的合法权益，还能够节约司法成本，提高司法效率。

四、结语

互联网发展过程中所带来的各类问题已经深刻地影响到了人们现实社会生活中的方方面面，网络互动直播中的互联网侵权与维权矛盾问题日益尖锐突出，网络直播中的侵权问题对现实社会中正常的经济秩序和社会稳定带来了一定的冲击，对国家的治理能力提出挑战，针对网络互动直播的法治化建设刻不容缓。

就我国目前的网络互动直播管理来看，位阶较低且不完善的法律法规、不健全的监管体系等难以维护网络用户的合法权益不受非法侵害。因此，我们应加快互联网相关的专项立法建设，积极推动完善监管体系、制度的建立，严厉打击网络直播中的违法者及违法行为等，以更好地促进网络互动直播合法、合理、健康、稳定发展为目标。

### 参考文献

- [1] 詹启智. 信息网络传播权论 [M], 北京：中国政法大学出版社 ,2014.
- [2] 王迁, 王凌红. 知识产权间接侵权研究 [M]. 北京：中国人民大学出版社 ,2008.
- [3] 冯军, 黄宝忠, 邹星, 李法宝. 版权保护法制的完善与发展——基于欧盟经验与中国实践的视角 [M]. 北京：社会科学文献出版社 ,2008.
- [4] 朗胜. 中华人民共和国广告法释义 [M]. 北京：法律出版社 ,2015.
- [5] 张新宝. 隐私权的法律保护 [M]. 北京：群众出版社 ,2004.
- [6] 新华网新闻. 文化部公布第二十五批违法违规互联网文化活动查处结果 [EB/OL]. [2017-05-28] [http://news.xinhuanet.com/legal/2016-07/12/c\\_1119207586.htm](http://news.xinhuanet.com/legal/2016-07/12/c_1119207586.htm)
- [7] 于志刚. 传统犯罪的网络异化研究 [M]. 北京：中国监察出版社 ,2010.
- [8] 毕波. 论网络视频侵权的防范和规制 [J]. 赤峰学院学报 ,2016,4.
- [9] 中央网络安全和信息化领导小组办公室，国家互联网信息办公室政策法规局. 中国互联网法规汇编 [M]. 北京：中国法制出版社 ,2015.
- [10] 张平, 郭凯天. 互联网法律法规汇编 [M]. 北京：北京大学出版社 ,2012.
- [11] 李亚, 武洁, 黄积武, 黄硕. 直播平台商业化风口 [M]. 北京：机械工业出版社 ,2016.
- [12] 张新宝. 互联网上的侵权问题研究 [M]. 北京：中国人民大学出版社 ,2003.
- [13] 张志安. 网络空间法治化——互联网与国家治理年度报告 (2015)[M]. 北京：商务印书馆 ,2015.
- [14] 张志安. 互联网与国家治理年度报告 (2016)[M]. 北京：商务印书馆 ,2016.
- [15] 王健. 网络法的域外经验与中国路径 [M]. 北京：中国法制出版社 ,2014.
- [16] 工业和信息化部电信研究院政策与经济研究所，腾讯互联网与社会研究院. 中国互联网法律与政策研究报告 (2013)[M]. 北京：电子工业出版社 ,2014.
- [17] 中国互联网协会. 互联网法律——“互联网+”时代的法治探索 [M]. 北京：电子工业出版社 ,2016.

## 超越“三段论”的司法裁判

### ——以指导案例为样本的实证研究

浙江煜华律师事务所 林 鑫

【内容提要】“三段论”裁判是成文法国家的司法机关在进行司法裁判活动时所使用的一种最基本的思维方法。然而，典型的三段论裁判在司法实践中面临着一些困境。本文通过实证研究的方法，分析困境的起因、解决途径的种类以及后果对解决途径选择的反作用。这些困境可以归纳为法律漏洞、概念不确定和结论非正义三类，而这三种类型恰好对应了三段论中的大前提缺失、小前提证成困难和通过纯粹理性演绎的结果不符合法学的价值要求三个方面。从困境的解决途径上来看，主要为法律解释和演绎新规则两种方式。困境类型和对应的解决途径尽管不是一一对应，但存在着高度的关联性，法律漏洞和结论非正义型的困境往往通过演绎新规则实现证成，而概念不确定型的困境往往通过法律解释实现证成。然而，规则演绎和法律解释均存在着多条路径，裁判者最终会根据自己内心的良知对不同的可能结果进行衡平，确定一个最符合法律价值要求的结果，进而选择对应的解决路径，形成一种结果倒逼演绎过程的裁判过程，实现对三段论裁判的改善。

【关键词】三段论 法律漏洞 不确定概念 正义 后果导向

#### 一、引言

##### （一）研究背景

在诸如我国这样的成文法国家，法官的裁判思维基本上表现为“法律依据——法律事实——裁判结论”<sup>[1]</sup>样式的逻辑过程。这种过程是一种“三段论”的演绎过程<sup>[2]</sup>，其中大前提为法律规则<sup>[3]</sup>，小前提为法律事实。在这个逻辑公式中，如果大前提正确，小前提正确，那么推论也必定正确。根据我国的宪政结构，司法裁判原则上并不对法律规则的合法性、合理性进行审查<sup>[4]</sup>，故大前提的正确性无需在司法实践中证成。因此，司法裁判的正确性就转化成了法律事实认定的正确性。此观念被

[1] 也即《民事诉讼法》第7条规定的“以事实为根据，以法律为准绳”。

[2] 逻辑三段论的演绎过程表现为：大前提  $T \rightarrow R$ ，小前提  $S=T$ ，则可得出推论  $S \rightarrow R$ 。拉伦次将具有构成要件  $T$  和法效果  $R$  的规范与案件事实  $S$  之间的涵射成为“确定法效果的三段论法”。参见梁慧星：《裁判的方法》，法律出版社，2012年版，第5页。孙海波：《告别司法三段论？——对法律推理中形式逻辑的批判与拯救》，载《法制与社会发展（双月刊）》，2013年第4期。

[3] 法律规则是与法律原则相对应的概念，其上位概念为法律规范。法律规则结构的要素存在多种学说，但大致表现为权利义务、行为模式以及法律后果。因法律原则的结构中，并不存在行为模式和法律后果，故能够作为逻辑三段论中的法律规范应当是法律规则，其中大前提中的  $T$  为行为模式， $R$  为法律后果。

根据新的《行政诉讼法》规定，行政诉讼中，法院可以对国务院部门和地方人民政府及其部门制定的规范性文件进行合法性审查。

[4] 根据新的《行政诉讼法》规定，行政诉讼中，法院可以对国务院部门和地方人民政府及其部门制定的规范性文件进行合法性审查。

概念法学派推崇到了极致，他们认为，只要法律制度能够被人类理性设计像“自动售货机”一样，那么上孔投入相同的事实，下孔就会吐出相同的判决。<sup>[5]</sup>然而，这种想法夸大了法律制度形式合理化所可能达到的程度和相应的确定性程度，到目前为止，类似事实没有产生类似判决的现象，在任何一个社会的法律制度都难以完全消除，即使排除法官司法不公的因素。<sup>[6]</sup>

对于三段论的讨论，国内外学者已有较多论述，以概念法学派为代表的学者对此极力推崇，而以经济法学、社会法学、自由法学、利益法学等学派为代表的学者对此提出了不同程度的批评。正因为争论的激烈，逻辑三段论的价值以及缺陷得以体现得淋漓尽致。

在我国的司法实践中，可以肯定地讲，逻辑三段论扮演着所有裁判逻辑中最重要的角色。但如果司法过程就如“自动售货机”那样，那么国家就不再需要法官，人工智能技术可以更好地完成裁判任务<sup>[7]</sup>。2004年，山东淄博区人民法院就进行了一项“创举”——设计司法裁判软件。在不足三年的时间里，山东省就在各地中院普遍实行了电脑量刑。但紧接着，该种模式就受到了强烈地批评，“这样一种定罪量刑自动化、迅速化的操作系统，简直就像一台不停运转的绞肉机那样令人不寒而栗”<sup>[8]</sup>。电脑量刑随之不了了之。

由此可见，司法裁判的过程并不是简单的逻辑三段论，除了纯粹理性的逻辑之外，必然有一些超越“三段论”的因素存在。本文并无意探讨逻辑三段论的优劣，而是试图通过实证研究的方法，在形成既判力的法律文书中，寻找三段论裁判的困境来源、困境解决途径的种类和后果对途径选择的反作用。

##### （二）研究样本

作为本文研究样本的案例，首先必须保证案例裁判的正确性。从我国的裁判实践来看，随着法官遴选的严格化、业务分工的专业化以及法官学院的出现，法官的裁判水平正在不断提高，但尽管如此，法官在裁判过程中仍不可能尽善尽美，甚至还会受到各种非法律因素<sup>[9]</sup>的干扰。已经有学者指出，法官的“认知流畅度”对司法裁判产生了重要的影响<sup>[10]</sup>，甚至受到一顿早餐的感受、进行裁判的时间等因素的影响，如法现实主义者弗兰克调侃的：“正义乃法官早餐所食之物”<sup>[11]</sup>。因此，本文在选取研究样本时，这些偶然的、非法律的因素对司法裁判造成的影响必须剔除。

要确保裁判的绝对正确性这几乎是不可能的，因此我们只能退而求其次，确保裁判在当前的法律语境下是正确的，或者说在最高审判机关已经形成了较为统一的观点。于是，本文将目光放在了最高人民法院（以下简称“最高院”）公布的指导案例上。

自2012年起，最高院陆续发布了16批、87个指导案例。根据最高院于2010年11月26日发布的《关于案例指导工作的规定》（法发〔2010〕51号）可以看出，“指导案例”具有社会性、疑难性、新颖性、典型性等特点，并且是经过最高院审判委员会讨论决定。因此，这些案例代表了我国最高审判机关的倾向性观点，可以认为在现今就是正确的裁判。同时，最高院将“指导案例”的作用定位为“各级人民法院审判类似案例时应当参照”。因此，指导案例对于我国司法裁判有着重要的意义，

[5][德] 马克思·韦伯：《经济与社会（下卷）》，林荣远译，商务印书馆，1997年版，第206页。

[6] 郑成良：《论法律形式合理性的十个问题》，载《法制与社会发展（双月刊）》，2005年第6期。

[7] 与法官裁判相比，人工智能在逻辑分析上有着巨大的优越性，人工智能不会犯逻辑错误，能够实现“同案同判”，并且数据计算、信息搜索、信息储存、信息传递等领域有着极高的效率。

[8] 季卫东：《电脑量刑辩证观》，载《政法论坛》，2007年第1期。

[9] 法现实主义研究者发现，影响法官裁判的因素中包括政治、舆论、意识形态和管理制度等非法律因素。

[10] 认知流畅度”是指认知主体在处理信息、做出评价或者判断时体验的信息加工过程的难易程度。参见李学尧、葛岩、何俊涛：《认知流畅度对司法裁判的影响》，载《中国社会科学》，2014年第5期。

[11] 转引自李学尧、葛岩、何俊涛：《认知流畅度对司法裁判的影响》，载《中国社会科学》，2014年第5期。

甚至具有准法律渊源的性质，是本文研究样本的不二之选。最高院在《关于案例指导工作的规定实施细则》（法〔2015〕130号）中进一步明确了，应当参照的是相关指导性案例中的裁判要点部分。因此，考虑到在每一个案例中实际均存在多个争议焦点，本文只对裁判要点部分对应的法律关系裁判进行分析。同时，考虑到作者能力有限，故在指导案例中排除刑事案件、行政案件、纯粹程序性规定案件以及如知识产权类、海事海商类专业性较强的案件，将研究对象限缩为23个民事案件<sup>[12]</sup>。

二、超三段论的适用范围

如前文所述，在司法裁判中，三段论的裁判是一种原则，而超越三段论的裁判是一种例外。既然这是一种例外，对于采用超越三段论进行裁判就应当严格限制。因此，本文首先要分析的是何种情况下才能够采用超越三段论的裁判方式。

梁慧星教授认为“法律解释必先由文义解释入手，且所作解释不能超过可能的文义”<sup>[13]</sup>。因此，本文以文义解释为标准，如果仅需通过文义解释就能够使得三段论演绎顺利地展开，那么便属于典型的三段论裁判。该23个指导案例中，其中仅有案例9号<sup>[14]</sup>和案例66号属于典型的三段论裁判（如表1所示），从比例上看仅占到研究样本的8.7%。当然，这样一个微小的比例也是理所当然的，因为如果可以以典型的逻辑三段论就能够得出结论的裁判，本身就不符合遴选指导案例时的“疑难性”要求。

| 案例编号 | 大前提                                                         | 小前提                           | 结论                           |
|------|-------------------------------------------------------------|-------------------------------|------------------------------|
| 9    | 有限责任公司的股东具有清算义务。                                            | 非实际控制人或者未实际参加公司经营管理的股东仍为公司股东。 | 非实际控制人或者未实际参加公司经营管理的股东有清算义务。 |
| 66   | 离婚时，一方隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产，对隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产或伪造债务的一方，可以少分或不分。 | 被告汇款给案外人的行为属于隐藏、转移夫妻共同财产。     | 对被告可以少分。                     |

表 1

除上述两个样本外，其余21个样本中均不同程度地出现不能直接适用逻辑三段论的情形，比例高达91.3%，本文着重研究该21个样本。根据该21个案例的情况，本文将不能直接适用逻辑三段论的情形归纳为法律漏洞、概念不确定、结论非正义三大类。

（一）法律漏洞

通俗的讲，法律漏洞就是没有对应的法律，也即三段论中的大前提缺失。尽管对于是否存在法律漏洞的问题，理论上在着巨大的争议<sup>[15]</sup>。本文认为，不同学派之所以引起争议是源于对“法”概念的分歧，如自然法学派实际上也没有否认实然法中存在着漏洞，只是他们将“自然法”直接引入到了“法”的概念当中。利益法学派的代表人物赫克认为，法律有两个理想：完全的安定性和完全的妥当性，但立法者不可能同时实现完全的安定性和完全的妥当性，因此即使最好的法律也存在漏

[12] 该23个案例分别为1号、8号、9号、10号、15号、17号、18号、19号、23号、24号、33号、50号、53号、54号、57号、64号、65号、66号、67号、72号、73号、74号、75号案例。其中第54号案为执行异议之诉，但其解决的是一个实体法问题，故也作为本文的研究样本。其余64个案件中，刑事案件14个，行政案件17个，知识产权案件20个，海事、海商、航空案件4个，执行、诉讼程序类案件9个。

[13] 梁慧星：《民法解释学》，法律出版社，2015年8月第4版，第216页。

[14] 即指导案例9号：上海存亮贸易有限公司诉蒋志东、王卫明等买卖合同纠纷案。为便于论述，该案例简写为“案例9号”。本文正文部分其他案例名称按照同样方式书写。指导案例序号按照最高法院官方网站公布的序号编排。参见：<http://www.court.gov.cn/shenpan-gengduo-77.html>，最后于2017年5月23日核对。

[15] 如自然法学、纯粹法学、概念法学认为法律本身是不存在漏洞的，但自由法学、科学法学、利益法学、现实主义法学均表达出法律存在漏洞的意思。参见梁慧星：《民法解释学》，法律出版社，2015年8月第4版，第250-252页。

洞。<sup>[16]</sup> 我国的司法语境中，作为裁判依据的“法”自然是指实然法。特别的，能够作为三段论中大前提的法应当是指实然法中的法律规则<sup>[17]</sup>。因此，就本文的研究范畴而言，法律漏洞是存在的。

在21个研究样本中，有4个案例涉及法律漏洞，占比为23.81%，分别为案例10号、15号、53号<sup>[18]</sup>、73号。表2展示了各案例中具体存在的法律漏洞。本文以案例15号为例做具体分析。

| 案件编号 | 裁判依据                                                                 | 裁判要点                                                                                                                   | 法律漏洞                                                 |
|------|----------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------|
| 10   | 《中华人民共和国公司法》 <sup>[19]</sup> （以下简称为《公司法》，下同 <sup>[20]</sup> ）第22条第2款 | 人民法院在审理公司决议撤销纠纷案件中应当审查：会议召集程序、表决方式是否违反法律、行政法规或者公司章程，以及决议内容是否违反公司章程。在未违反上述规定的前提下，解聘总经理职务的决议所依据的事实是否属实，理由是否成立，不属于司法审查范围。 | 对于“解聘总经理职务的决议所依据的事实是否属实、理由是否成立是否属于司法审查的范围”存在法律漏洞。    |
| 15   | 《民法通则》第4条、《公司法》第3条第1款、第20条第3款                                        | 1. 关联公司的人员、业务、财务等方面交叉或混同，导致各自财产无法区分，丧失独立人格的，构成人格混同。<br>2. 关联公司人格混同，严重损害债权人利益的，关联公司相互之间对外部债务承担连带责任。                     | 对于“关联公司是否可以构成人格混同”存在法律漏洞。                            |
| 53   | 《物权法》第208条、第223条、第228条第1款                                            | 2. 特许经营权的收益权依其性质不宜折价、拍卖或变卖，质权人主张优先受偿权的，人民法院可以判令出质债权的债务人将收益权的应收账款优先支付质权人。                                               | 对于“应收账款质权的实现方式”存在法律漏洞。                               |
| 73   | 《合同法》第286条、《破产法》第18条                                                 | 符合《破产法》第十八条规定的情形，建设工程施工合同视为解除的，承包人行使优先受偿权的期限应自合同解除之日起计算。                                                               | 对于“因发包人原因导致建设工程停工，并导致建设工程施工合同解除的优先权行使期限的起算时间”存在法律漏洞。 |

表 2

在案例15号中，原告徐工集团工程机械股份有限公司（以下简称“徐工机械公司”）主张被告成都川交工贸有限责任公司（以下简称“川交工贸公司”）、成都川交工程机械有限责任公司（以下简称“川交机械公司”）、四川瑞路建设工程有限公司（以下简称“瑞路公司”）承担连带责任。庭审中，法院查明<sup>[21]</sup>：川交公司的股东为王永礼、倪刚；瑞路公司的股东为王永礼、倪刚；川交工贸公司的股东为张家蓉（占90%股权）、吴帆，而张家蓉系王永礼之妻。

法院援引的其中一条裁判依据为《公司法》第二十条第三款<sup>[22]</sup>。根据该款规定，“公司股东滥用……，应当对公司债务承担连带责任”，故该款规定规制的法律主体是公司股东。在该案中，川交工贸公司、川交机械公司、瑞路公司并非母公司与子公司之间的关系，而是同一实际控制人下的关联公司。如果徐工机械公司主张股东王永礼对川交工贸公司承担连带责任，那么根据《公司法》

[16] 赫克：《利益法学》，津田利治译，庆应大学法学研究会丛书，第13页。转引自梁慧星：《民法解释学》，法律出版社，2015年8月第4版，第251页。

[17] 前注2已就该观点做出说明。

[18] 案例53号中有两条裁判要点，其中第二条裁判要点为法律漏洞。

[19] 部分法律法规在指导案例发布之后发生修改，本文均采用2017年5月23日时最新的条文编号及内容。

[20] 因本文系实证分析，均采用中华人民共和国法律，故为了表述简洁和便于阅读，法律均采用简称。如《中华人民共和国公司法》简称为《公司法》。

[21] 法庭实际查明的股东情况包括两公司成立以来的股东情况，本文根据论述需要，已对查明情况进行删减。

[22] 《公司法》第二十条第三款：公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害公司债权人利益的，应当对公司债务承担连带责任。

第二十条第三款的规定，则形成一个非常典型的三段论裁判。然而，徐工机械公司并没有主张川交工贸公司的股东对其承担连带责任，而是主张该三关联公司承担连带责任，因此并没有对应的法律规则，形成了法律漏洞。

（二）法律概念不确定

与法律漏洞是否存在的争议相比，法律概念存在不确定性几乎是法律界的共识。如概念法学派的代表人物哈特认为，“除了一些明确的标准情况之外，还存在一些模糊的情况”<sup>[23]</sup>；新自然法学派的代表人物富勒则认为，“对法律的明确性的要求不能过分，一种华而不实的明确性可能比老老实实的含糊不清更有害”<sup>[24]</sup>。从法律中的概念来看，很多概念本身就是模糊的，比如“合理方式”、“严重困难”、“显失公平”、“善意”等等，而即便是一些乍一看非常清晰的法律概念，但“一旦出现了词的指称范围的边缘地带的事例，不确定性就跟着出现了”。<sup>[25]</sup>比如《物权法》第 212 条规定：质权自出质人交付质押财产时设立。“交付”一词本身是一个非常清晰的词，但在案例 24 号中，在判断金钱质权是否形成时，金钱的“交付”变成了一个模糊概念。

在 21 个研究样本中，其中有 16 个样本是涉及到概念不确定的，比例高达 76.19%。该 16 个样本分别为案例 1 号、8 号、17 号、18 号、19 号、23 号、24 号、33 号、50 号、53 号<sup>[26]</sup>、54 号、57 号、64 号、72 号、74 号、75 号。表 3 展示了这些样本中具体存在的不确定概念。其中因为概念本身模糊导致的不确定案件比例为 31.25%<sup>[27]</sup>，因出现概念边缘的情形导致的不确定案件比例为 68.75%。

| 案件编号 | 裁判依据                        | 裁判要点                                                                                                                                                                               | 不确定概念及不确定的类型                  |
|------|-----------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------|
| 1    | 《合同法》第 424 条                | 房屋买卖居间合同中关于禁止买方利用中介公司提供的房源信息却绕开该中介公司与卖方签订房屋买卖合同的约定合法有效。但是，当卖方将同一房屋通过多个中介公司挂牌出售时，买方通过其他公众可以获知的正当途径获得相同房源信息的，买方有权选择报价低、服务好的中介公司促成房屋买卖合同成立，其行为并没有利用先前与之签约中介公司的房源信息，故不构成违约。            | “利用”，因出现概念边缘导致的不确定。           |
| 8    | 《公司法》第 182 条                | 公司法第一百八十三条将“公司经营管理发生严重困难”作为股东提起解散公司之诉的条件之一。判断“公司经营管理是否发生严重困难”，应从公司组织机构的运行状态进行综合分析。公司虽处于盈利状态，但其股东会机制长期失灵，内部管理有严重障碍，已陷入僵局状态，可以认定为公司经营管理发生严重困难。对于符合公司法及相关司法解释规定的其他条件的，人民法院可以依法判决公司解散。 | “公司经营管理发生严重困难”，因概念本身模糊导致的不确定。 |
| 17   | 《消费者权益保护法》第 2 条、第 55 条第 1 款 | 1. 为家庭生活消费需要购买汽车，发生欺诈纠纷的，可以按照《消费者权益保护法》处理。                                                                                                                                         | “消费者”，因出现概念边缘导致的不确定。          |

[23] 哈特：《法律的概念》，张文显等译，中国大百科全书出版社 1996 年版，第 3 页。  
[24] 转引自沈宗灵：《现代西方法理学》，北京大学出版社 1992 年版，第 60 页。  
[25] 郑成良：《论法律形式合理性的十个问题》，载《法制与社会发展（双月刊）》，2005 年第 6 期。  
[26] 案例 53 号中第一条裁判要点为不确定概念。  
[27] 其中案例 33 和案例 54 中均有各一条裁判要点属于概念本身模糊、一条出现概念边缘的情形，故在计算数量比例时每一个案例各按 0.5 计算，下一比例 68.75% 亦同。

|    |                                         |                                                                                                                                                                                                                                                               |                                                              |
|----|-----------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------|
| 18 | 《合同法》第 39 条、第 40 条                      | 劳动者在用人单位等级考核中居于末位等次，不等同于“不能胜任工作”，不符合单方解除劳动合同的法定条件，用人单位不能据此单方解除劳动合同。                                                                                                                                                                                           | “不能胜任工作”，因概念本身模糊导致的不确定。                                      |
| 19 | 《侵权责任法》第 8 条、《道路交通安全法》第 16 条            | 机动车所有人或者管理人将机动车号牌出借他人套牌使用，或者明知他人套牌使用其机动车号牌不予制止，套牌机动车发生交通事故造成他人损害的，机动车所有人或者管理人应当与套牌机动车所有人或者管理人承担连带责任。                                                                                                                                                          | “共同故意”，因出现概念边缘导致的不确定。                                        |
| 23 | 《食品安全法》第 148 条第 2 款                     | 消费者购买到不符合食品安全标准的食品，要求销售者或者生产者依照食品安全法规定支付价款十倍赔偿金或者依照法律规定的其他赔偿标准赔偿的，不论其购买时是否明知食品不符合安全标准，人民法院都应予支持。                                                                                                                                                              | “消费者”，因出现概念边缘导致的不确定。                                         |
| 24 | 《侵权责任法》第 26 条、《道路交通安全法》第 76 条第 1 款第（2）项 | 交通事故的受害人没有过错，其体质状况对损害后果的影响不属于可以减轻侵权人责任的法定情形。                                                                                                                                                                                                                  | “过错”，因出现概念边缘导致的不确定。                                          |
| 33 | 《合同法》第 52 条第 2 项、第 58 条                 | 1. 债务人将主要财产以明显不合理低价转让给其关联公司，关联公司在明知债务人欠债的情况下，未实际支付对价的，可以认定债务人与其关联公司恶意串通、损害债权人利益，与此相关的财产转让合同应当认定为无效。<br>2. 《合同法》第五十九条规定适用于第三人为财产所有权人的情形，在债权人对债务人享有普通债权的情况下，应当根据《合同法》第五十八条的规定，判令因无效合同取得的财产返还给原财产所有人，而不能根据第五十九条规定直接判令债务人的关联公司因“恶意串通，损害第三人利益”的合同而取得的债务人的财产返还给债权人。 | 1. “恶意串通”，因概念本身模糊导致的不确定；<br>2. 58、59 条中的“第三人”，因出现概念边缘导致的不确定。 |
| 50 | 《民法通则》第 57 条、《继承法》第 19 条、第 28 条         | 1. 夫妻关系存续期间，双方一致同意利用他人的精子进行人工授精并使女方受孕后，男方反悔，而女方坚持生出该子女的，不论该子女是否在夫妻关系存续期间出生，都应视为夫妻双方的婚生子女。<br>2. 如果夫妻一方所订立的遗嘱中没有为胎儿保留遗产份额，因违反《继承法》第十九条规定，该部分遗嘱内容无效。分割遗产时，应当依照《继承法》第二十八条规定，为胎儿保留继承份额。                                                                           | “婚生子女”，因出现概念边缘导致的不确定。                                        |
| 53 | 《物权法》第 208 条、第 223 条、第 228 条第 1 款       | 1. 特许经营权的收益权可以质押，并可作为应收账款进行出质登记。                                                                                                                                                                                                                              | 1. “应收账款”，因出现概念边缘导致的不确定。                                     |
| 54 | 《物权法》第 212 条                            | 当事人依约为出质的金钱开立保证金专门账户，且质权人取得对该专门账户的占有控制权，符合金钱特定化和移交占有的要求，即使该账户内资金余额发生浮动，也不影响该金钱质权的设立。                                                                                                                                                                          | 1. “交付”，因出现概念边缘导致的不确定<br>2. “特定化”，因概念本身模糊导致的不确定              |
| 57 | 《担保法》第 14 条                             | 在有数份最高额担保合同情形下，具体贷款合同中选择性列明部分最高额担保合同，如债务发生在最高额担保合同约定的决算期内，且债权人未明示放弃担保权利，未列明的最高额担保合同的担保人也应当在最高债权限额内承担担保责任。                                                                                                                                                     | “放弃”（权利），因出现概念边缘导致的不确定。                                      |

|    |                              |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          |                                 |
|----|------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------|
| 64 | 《合同法》第 39 条                  | 1. 经营者在格式合同中未明确规定对某项商品或服务的限制条件，且未能证明在订立合同时已将该限制条件明确告知消费者并获得消费者同意的，该限制条件对消费者不产生效力。<br>2. 电信服务企业在订立合同时未向消费者告知某项服务设定了有效期限限制，在合同履行中又以该项服务超过有效期限为由限制或停止对消费者服务的，构成违约，应当承担违约责任。                                                                                                                                                 | “免除或者限制其责任”，因概念本身模糊导致的不确定。      |
| 72 | 《物权法》第 186 条、<br>《合同法》第 52 条 | 借款合同双方当事人经协商一致，终止借款合同关系，建立商品房买卖合同关系，将借款本金及利息转化为已付购房款并经对账清算的，不属于《物权法》第一百八十六条规定禁止的情形，该商品房买卖合同的订立目的，亦不属于《最高法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第二十四条规定的“作为民间借贷合同的担保”。在不存在《合同法》第五十二条规定情形的情况下，该商品房买卖合同具有法律效力。但对转化为已付购房款的借款本金及利息数额，人民法院应当结合借款合同等证据予以审查，以防止当事人将超出法律规定保护限额的高额利息转化为已付购房款。                                                     | “流押”、“民间借贷合同的担保”，因出现概念边缘导致的不确定。 |
| 74 | 《保险法》第 60 条第 1 款             | 因第三者的违约行为给被保险人的保险标的造成损害的，可以认定为属于《保险法》第六十条第一款规定的“第三者对保险标的的损害”的情形。保险人由此依法向第三者行使代位求偿权的，人民法院应予支持。                                                                                                                                                                                                                            | “第三者对保险标的造成损害”，因出现概念边缘导致的不确定。   |
| 75 | 《环境保护法》第 58 条                | 1. 社会组织的章程虽未载明维护环境公共利益，但工作内容属于保护环境要素及生态系统的，应认定符合《最高法院关于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《解释》）第四条关于“社会组织章程确定的宗旨和主要业务范围是维护社会公共利益”的规定。<br>2. 《解释》第四条规定的“环境保护公益活动”，既包括直接改善生态环境的行为，也包括与环境保护相关的有利于完善环境治理体系、提高环境治理能力、促进全社会形成环境保护广泛共识的活动。<br>3. 社会组织起诉的事项与其宗旨和业务范围具有对应关系，或者与其所保护的环境要素及生态系统具有一定联系的，应认定符合《解释》第四条关于“与其宗旨和业务范围具有关联性”的规定。 | “专门从事环境保护公益活动”，因概念本身模糊导致的不确定。   |

表 3

以案例 24 号为例，在该案例中，被侵权人有着特殊的体质状况，且其特殊体质对于损害也确实存在着一定的关联性。鉴定意见认为，“其个人体质的因素占 25%”。被告方依据《侵权责任法》第 26 条<sup>[28]</sup>规定主张减轻其责任。此时，在判断个人的特殊体质能够构成《侵权责任法》第 26 条规定的“过错”时，“过错”就变成了一个模糊的概念。

[28] 《侵权责任法》第 26 条：“被侵权人对损害的发生也有过错的，可以减轻侵权人的责任。”

（三）结论非正义

除了前文所述的法律漏洞和不确定概念之外，在 21 个研究样本中还有案例 65 号和 67 号两个样本，占比为 9.5%。这两个样本有一个共同的特征，从三段论的角度来看，其大前提和小前提均是明确的。因此，该两个案例本可以通过三段论的演绎得出裁判结论，而指导案例却没直接有采用这些明确的大前提和小前提进行三段论演绎。

在案例 65 号中，大前提为超过诉讼时效提起诉讼的，丧失胜诉权；小前提中应当判断业主大会提起诉讼时是否已经超过了诉讼时效。很显然，业主大会提起诉讼时，债务人履行期届满早已超过两年。因此，对应的结论应为业主大会丧失胜诉权。然而，指导案例并没有以此做出上述三段论的裁判结果，而是认为并没有超过诉讼时效，理由是：（1）专项维修资金是为特定目的而设的基金；（2）专项维修资金是为特定范围的公共利益而确立的法定义务；（3）允许某些业主不缴纳的裁判结果违背公平原则。严格来说，上述三点理由并没有任何一条是直接根据时效判断的要件以推翻三段论演绎的，而是从专项维修资金的设立目的和法律后果进行评价的。

在案例 67 号中，大前提为分期付款的买受人未支付到期价款的金额达到全部价款的五分之一的，出卖人可以要求买受人支付全部价款或者解除合同<sup>[29]</sup>；小前提中则应当判断被告未支付股权转让款是否达到全部价款的五分之一。被告逾期支付股权转让款的金额为 150 万元，超过了总价款 710 万元的五分之一。对应的结论自然应当为原告可以要求解除合同。然而，该案例中从一审至二审，直至申请再审，三级法院均未适用上述三段论演绎的结果，理由是：（1）标的为股权，并非物；（2）合同目的能够实现；（3）诚实信用原则；（4）维护交易安全。与案例 65 号类似的，该四点理由并未直接针对三段论演绎，而是结合法律原则、法律后果等综合衡量的。

（四）小结

在 23 个研究样本中，除了 2 个案例为典型的三段论外，其余的 21 个案例为超三段论的裁判。在该 21 个超三段论的裁判中，概念不确定案件的比例最高，为 67.39%<sup>[30]</sup>；结论非正义的比例最低，为 8.70%。具体见图 1 所示。

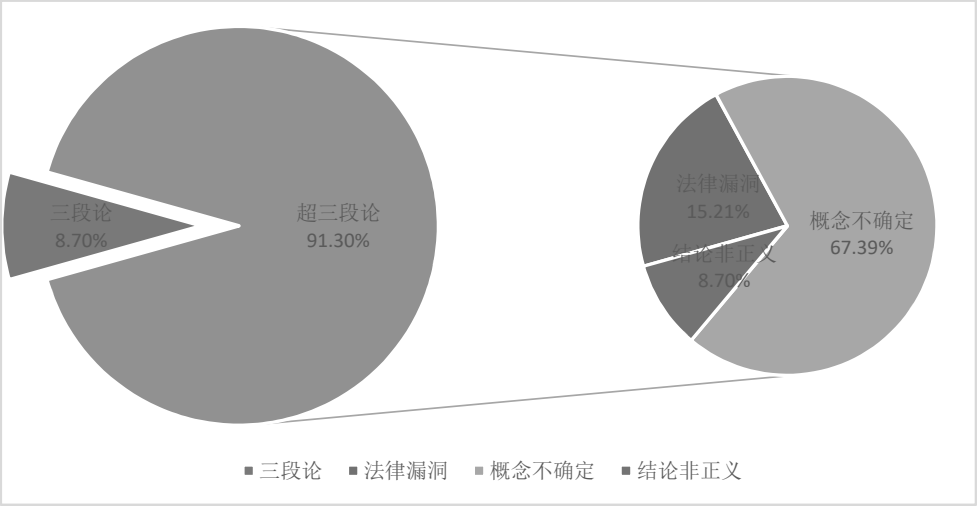


图 1

[29] 值得注意的是，《合同法》该条款实际上位于分则中买卖合同的部分，但《合同法》第一百七十四条同时规定：“法律对其他有偿合同有规定的，依照其规定；没有规定的，参照买卖合同的有关规定。”

[30] 案例 53 号因同时涉及概念不确定和法律漏洞，故在该两类计数时各按 0.5 个案例计算。图 1 中法律漏洞的 15.21% 亦同。

有意思的是，三种超三段论裁判的起因恰好对应了三段论中的三个要素，法律漏洞针对三段论中的大前提的，即大前提缺失；概念不确定针对三段论中的小前提，即因为法律概念的不确定导致小前提证成困难；结论非正义针对演绎结论，即如果按照三段论进行机械地演绎，演绎的结论将与法律价值严重不符，导致结果非正义。

进一步归纳我们可以发现，超三段论裁判的适用可以归结为两类：一类是来自于三段论裁判本身固有的缺陷，因三段论结论的正确性取决于大前提和小前提的正确性，故一旦大前提缺失或者小前提证成困难，则三段论裁判就陷入了困境；另一类是来自法律的价值判断，尽管三段论的大前提和小前提清晰、正确，但是按照三段论的裁判结果并不被法律的正义观所接受——这也是作为社会的司法裁判和作为纯粹理性的逻辑学推演的重要区别。然而“正义”本身也是一个模糊的概念，从这个概念出现至今一直存在着巨大争议。但是正如本节在论述不确定性时所述，尽管“正义”这一概念的边缘存在模糊，但我们仍然存在一些几乎没有争议的、朴素的正义，比如在案例 65 号中就流露出一种如一句古老的法谚所描述的那样的正义观——“任何人不得因为自己的错误行为而获得利益”。

三、三段论困境的解决路径

三段论推理是最精确的推理方法之一，在大前提和小前提均正确的情况下，可以确保推理结论 100% 的正确性。因此，经常被认为是司法裁判中最根本的方法，但也正因为三段论裁判所追求的这种“精确性”，导致其适用范围受到了限制，经常出现适用困境。这种特征就好像康德所称的“二律背反”一样，是一种不可调和的、由三段论演绎本身的性质所决定的矛盾。前文提到利益法学派的赫克关于法的安定性和妥当性的辩证观实际也有此意。

然而，在面临一起诉讼时，现代法律价值观又要求裁判者不得拒绝裁判。因此，裁判者必须通过适当地方式来解决这些困境。从该 21 个研究样本来看，解决此类困境的方法大致可以分为法律解释和演绎新规则两种方式来解决。

（一）通过法律解释的证成

法律解释是法学方法论中最重要的部分之一。台湾学者郑玉波将解释方法大致分为文理解释和论理解释<sup>[31]</sup>。如前文所述，如果从条文的文义中可以当然得出某一个含义，那么在小前提的外部证成时并不存在困境。因此，本节所称的“法律解释”主要是指论理解释。

在 21 个研究样本中，多达 18 个样本都是通过法律解释的方法实现证成的。从这些样本中可以发现，17 个概念不确定型的样本全部都采用了法律解释的方法实现小前提的证成，除了这 17 个概念不确定型的样本外，另有 1 个法律漏洞型的样本也采用了法律解释的方法，为案例 10 号。在案例 10 号中，《公司法》并未就“解聘总经理职务的决议所依据的事实是否属实、理由是否成立”这一问题是否属于司法审查的范围进行规定，从而形成了法律漏洞。指导案例中采用“反对解释”的解释方法，认为既然《公司法》22 条第 2 款并未规定该些内容属于司法审查的范围，那么就应当认为不属于司法审查的范围。

尽管从已经形成的裁判文书来看，法律解释是一件容易的事，甚至很多时候在裁判文书中并不表露具体的解释过程。但无可厚非的是，法律解释本身是一门非常深奥的学问。更关键的是，法律解释存在非常多的方法，这便又造成了一个困境——如何选取恰当的解释方法，这个问题将再下文

中继续提及。

（二）通过演绎新规则的证成

在其余的 4 个案例和案例 53 号的第 2 条裁判要点中，出现了一种非常特别的解决方法——先通过演绎形成新的裁判规则，再依据该裁判规则进行裁判<sup>[32]</sup>。其中，案例 15 号、53 号、73 号为法律漏洞型的案件，案例 65 号、67 号为结论非正义型的案件。可以发现，在出现法律漏洞时，除了案例 10 号采用反对解释外，其余均采用演绎新规则的方法进行论证。而在结论非正义型的两个样本中，全部采用了演绎新规则的方法。

裁判者在演绎新规则时，往往从一些法律原则或者甚至是一些法学原理出发（如表 4 所示）。比如案例 15 号、67 号等中采用了诚实信用原则作为演绎的基础，案例 53 号采用了私法范畴内“私法自治”和“法无禁止即自由”的法学原理。需要指出的是，在案例 73 号中，作者尚未找到相对明确的演绎基础。

| 案件编号 | 困境类型  | 演绎的基础                                                          | 演绎形成的新规则                                                                                                                    |
|------|-------|----------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 15   | 法律漏洞  | 1. 诚实信用原则；<br>2. 人格独立突出表现为财产独立。                                | 关联公司之间可以进行人格否定。                                                                                                             |
| 53   | 法律漏洞  | 1. 私法自治；<br>2. 法无禁止即自由。                                        | 应收账款的质权实现，可以直接判令要求债务人将应收账款优先支付给质权人。                                                                                         |
| 65   | 结果非正义 | 1. 具有公共性、公益性；<br>2. 公平原则。                                      | 业主拒绝缴纳专项维修资金，并以诉讼时效提出抗辩的，人民法院不予支持。                                                                                          |
| 67   | 结果非正义 | 1. 标的为股权，并非物 [33]；<br>2. 合同目的能够实现；<br>3. 诚实信用原则；<br>4. 维护交易安全。 | 有限责任公司的股权分期支付转让款中发生股权受让人延迟或者拒付等违约情形，股权转让人要求解除双方签订的股权转让合同的，不适用《合同法》第一百六十七条关于分期付款买卖中出卖人在买受人未支付到期价款的金额达到合同全部价款的五分之一时即可解除合同的规定。 |
| 73   | 法律漏洞  | 无明确的演绎基础。                                                      | 符合《破产法》第十八条规定的情形，建设工程施工合同视为解除的，承包人行使优先受偿权的期限应自合同解除之日起计算。                                                                    |

表 4

（三）小结

从该节的实证分析中可以发现，困境形成原因与困境解决路径基本上是可以对应的：如果三段论的困境是因为概念不确定导致小前提证成困难，则基本上采用法律解释的方法来解决；如果三段论的困境是因为存在法律漏洞或者三段论演绎的结论不符合正义的要求，则基本上通过演绎新规则的方法来解决。但这种对应关系也并非绝对的，比如案例 10 号的法律漏洞就采用了“反对解释”的法律解释方法。尽管这两类路径归纳起来是容易的，但在运用时远没有想象的那么简单。放诸三段论裁判，法律解释是为了解决一个事实是否能够对应大前提中的行为模式，实际上这个过程隐含着“休谟问题”，即是否能从实然性的事实判断推导出应然性法律判断，尽管在实际适用时，裁判

[31] 文理解释也即前文所称的“文义解释”，参见郑玉波：《民法总则》，三民书局 1997 年版，第 20-21 页。

[32] 本文将该种过程简称为“演绎新规则”。

[33] 该理由实际上并不成立（详见前注 29），故真正对演绎起到决定性作用的在于后三条。

者可能并未考虑此问题。同样的，在演绎新规则的过程中，如何判断演绎出的新规则是否是一条善的、正义的规则，这也是一个难题。

#### 四、后果导向的裁判

前文分析了三段论裁判的困境和对应的解决路径。然而，仍有一个难题摆在眼前：法律解释的方法多种多样，采用不同的解释方法可能产生不同的结果；通过演绎创造新规则时，如果采用不同的演绎基础，则可能产生不同的演绎结果。那么既然如此，究竟是什么原因决定了裁判者选择这样一种解释方法或者选择这样一些演绎基础呢？本文认为，这个问题的答案是裁判的结果。这个答案也许是出乎意料的，因为传统法学认为，裁判的结果是通过演绎得出来的，如果再用结果去衡量演绎是否正确、是否恰当，这是本末倒置、不能“自洽”的。然而，通过这些案例的研究，我们不得不承认裁判者正在有意无意地通过裁判的后果调整着三段论演绎的过程。下面通过三个方面例子具体阐述这个观点。

##### （一）公平原则对裁判演绎的反作用——以案例 65 号为例

案例 65 号中，业主大会起诉业主要求支付专项维修资金，然而该案业主于 2004 年取得房产证之后，业主大会于 2010 年才向其主张专项维修资金，故该业主主张此时起诉已经超过诉讼时效。前文已就该案的裁判理由作了简要归纳，此处，我们着重分析关于其中关于公平原则的适用。

在该案的裁判理由中，裁判者论述到“如果允许某些业主不缴纳维修资金，……这违背了公平原则……”。该理由清楚地展现出，裁判者在试图对比裁判超过时效和不超过时效这两种不同裁判结果的公平性，其认为如果裁判超过时效，这些没有按约缴纳的业主不但不用交纳费用，而且还能够享受到按约缴纳的业主所带来的利益。换句话说，履约者需为违约者的行为埋单，这是明显违背公平原则的。

如果按照逻辑三段论的裁判方法，裁判者不应当先考虑裁判结果，而是应当专注于大前提、小前提的演绎，最终得出裁判结果。若采用传统的三段论裁判方法，作者倾向于认为诉讼时效已经超过，因为无论是法定之债还是意定之债，只要是债权请求权原则上均受到诉讼时效的约束，而裁判理由中关于维修资金属于法定义务的理由并不能有效地否定该三段论演绎。很明显，裁判者是在比较了不同裁判结果的公平性之后，再去寻找如何论证这样一个裁判结果的。

##### （二）诚实信用原则对裁判演绎的反作用——以案例 10 号、案例 15 号为例

案例 10 号和案例 15 号均是公司法领域的案例，且均出现了法律漏洞。案例 10 号中，关于解聘总经理职务的决议所依据的事实是否属实、理由是否成立是否属于司法审查范围法律并没有明确的规定；案例 15 号中，关联公司是否可以构成人格混同法律也没有明确的规定。然而在处理该两案时，案例 10 号采用了反对解释的方法，认为既然法律只规定了人民法院需要审查“会议召集程序、表决方式违反法律、行政法规或者公司章程，或者决议内容违反公司章程”，那么反过来，如果不属于这些情形的，人民法院就不能审查。

案例 15 号中，《公司法》只规定了在一定情况下，股东和公司两个法律主体之间可以进行独立人格的否认。那么如果按照案例 10 号中采用的反对解释方法，可以得出这样的结论：既然法律只规定了股东和公司之间可以人格否认，就意味着同一实际控制人下的关联公司之间并不能做出人格否认。然而，指导案例并未采用反对解释的方法，而是“参照”《公司法》第二十条第三款规定进行裁判。

两个同一领域、同一困境的案例，但最终却采用了完全不同的方法来解决这个困境。在案例 15 号中，裁判者存在着这样一种裁判思路：川交机械公司、瑞路公司的行为和危害结果与公司法》第二十条第三款的情形相当，但如果采用反对解释的方法，则川交机械公司、瑞路公司无需为川交工

贸公司承担连带责任，而这样的裁判结果明显“违背了法人制度设立的宗旨，违背了诚实信用原则”。从裁判者的这个思路可以看到，裁判者仍然是先比较了不同裁判结果，其最终做出这样的判决结果并不是因为三段论演绎本身能够得出这样的结果，而是这样的判决结果是符合诚实信用原则的。

##### （三）社会效果对裁判演绎的反作用——以案例 19 号为例

案例 19 号中是一起主体关系较为复杂的机动车交通事故责任纠纷案，肇事货车的驾驶员为林则东，实际所有人为卫广辉，而该车所套用的鲁 F41703 车牌登记货车的车主为福山公司，实际所有人为卫德平；肇事客车的驾驶员为周亚平，登记的车主为朱荣明。在该案例中，裁判者认为，朱荣明既不能支配案涉客车也未从中获益，故不承担责任。福山公司和卫德平明知套牌而不阻止，且提供方便，故对林则东、卫广辉部分的赔偿义务承担连带责任。

本案系一侵权责任案件，在确定福山公司和卫德平是否属于共同侵权时，需考虑其行为与损害结果之间是否有因果关系。然而，在该案中并没有证据证明肇事货车是一辆不合格的车辆，从因果关系的文义解释来看，套牌的行为并未增加上路车辆的危险性，该车辆是否为套牌与损害结果是否发生及损害结果的大小并没有因果关系。从这个意义上看，福山公司和卫德平并不需要承担侵权责任。指导案例并没有采纳这种严格的文义解释。

如前文所述，法律解释应当先按照文义解释进行，在文义解释无法判断时，才能再考虑其他的解释方法。因此，裁判者做出这样的裁判并不是按照法解释学的要求，而是其考虑到如果不这样裁判，将“纵容不符合安全技术标准的机动车通过套牌在路上行驶，增加道路交易的危险性，危及公共安全”。也就是说，指导案例采用扩张解释的原因是按照文义解释的裁判结果将产生非常负面的社会效果，而采取扩张解释能够更好地引导民事主体遵守法律规则，进而减少将来发生事故的可能性。

##### （四）小结

从本节的分析可以看到，即便是在成文法国家的司法裁判过程中，很多时候裁判者也并非完全按照逻辑三段论的要求，从大前提、小前提出发演绎裁判结果，而是先就可能的裁判结果进行比较，通过各种利益的衡平，先确定一个裁判结果，进而对该裁判结果进行形式论证。

本文通过对样本的分析，将民事案件裁判者考量的因素大致归纳为公平原则、诚实信用原则以及社会效果。当然，实践当中影响裁判者考量的因素可能还远远不止这一些。

另一方面，在同一个案件中，这些因素并非相互排斥了，更多时候裁判者会同时就这些因素进行衡平。如案例 65 号中，裁判者同样考虑了社会效果；案例 15 号中，裁判者也同样考虑了公平原则。

#### 五、结语

本文以最高院发布的指导案例作为样本，研究三段论裁判在这些样本中的适用情况。从比例上看，仅有 8.7% 的案例采用了典型的三段论裁判，其余 90% 多的案例均为非典型的三段论裁判。本文将这些非典型三段论的起因归结为法律漏洞、法律概念不确定和结果非正义三大类，而这些起因恰巧分别对应了三段论中的三个构成要素，也即大前提缺失、小前提证成困境、演绎结果的不可接受性。同时，三类起因与解决方案之间存在着高度关联性，其中法律概念不确定多通过法律解释的方法实现小前提的证成，而法律漏洞和结果非正义往往通过演绎新规则的方法来解决。当然，同样一种原因带来的困境，在不同案件中并不必然会采用同样的解决方法，而是视案件的不同情况而定。

[34] 郑成良：《论法律形式合理性的十个问题》，载《法制与社会发展（双月刊）》，2005 年第 6 期。

[35] 季卫东：《法律解释的真谛（上）——探索实用法学的第三道路》，载《中外法学》，1998 年第 6 期。

[36] O.W.Holmes: The Common Law Boston, Little,Brown, and Co., 1881, P1. 转引自孙海波：《告别司法三段论？——对法律推理中形式逻辑的批判与拯救》，载《法制与社会发展（双月刊）》，2013 年第 4 期。

最终究竟是什么决定了裁判者选用这种解决方案而不是那种解决方案呢？这也正是本文试图阐释的一个观点：形式逻辑并不必然优先，在进行司法裁判时，同样存在着裁判结果倒逼裁判路径的情形。在一般情况下，适当地牺牲实质正义而保全形式正义，这是“立法者预料之中的事情”，但当个案正义的牺牲超出了立法者预计的范围时，这就背离了法律制度的目的。<sup>[34]</sup>法律议论不仅仅是演绎性的推论还要根据命题进行合情合理的讨论。<sup>[35]</sup>

如霍姆斯大法官一个著名的论断，“法律的生命不在于逻辑，而一直在于经验。时代的迫切需要、流行的道德理论和政治理论、公共政策的直觉，甚至法官与其同事们所共享的偏见，无论是公然地还是下意识地，在决定人们所服从的规则方面所起的作用远远超过了‘三段论式推理’”<sup>[36]</sup>。波斯纳大法官也有类似的论述，他认为经济思考总是在司法裁决的决定过程中起着重要的作用，即使这种作用不明确甚至是鲜为人知<sup>[37]</sup>。在司法裁判过程中，裁判者所做出的裁判结果并非简单的基于逻辑三段论得出，同时还融入了多种价值进行衡平，形成一种以结果倒推演绎的过程的思考过程。因此，司法裁判的过程并非是一个纯粹理性的推理过程，“法官基于良知对衡平的追求，正是司法过程最重要的特征”<sup>[38]</sup>。

这样看来，逻辑三段论并没有想象中的那么固不可化。但正如开篇所言，本文并无意颠覆逻辑三段论在司法裁判中的重要性，相反的，恰恰是提倡在三段论裁判基础上的超越。可以看到，尽管指导案例中存在着大量裁判结果倒逼裁判路径的情形，但无一例外，这些案件在最终书写裁判逻辑时仍回归到了形式逻辑的三段论当中。实际上，在有关法律议论的新近文献中，人们所看到的确实三段论的复兴。<sup>[39]</sup>司法三段论发展到今天已不同于传统的典型三段论，他不再是一种完全封闭和机械的演绎系统，而是愈发地展现出了一定程度的灵活性和开放性，具体表现为作为推理之大前提的法律规定相对于活生生的个案事实，具有一定程度的伸缩空间，恩吉施关于“目光在法律规定与案件事实之间交错往返”的观点，是一种彰显了实践和时代特质的改头换面的三段论。<sup>[40]</sup>而正是因为这种灵活性和开放性，使得三段论可以摆脱“机械”的标签，法律的价值也能以一种更人性的方式得以实现。

附录：（注：本附录系作者研究时的阶段性成果，并非论文正文部分，附于文后旨在便于读者阅读和指正，请编辑老师根据需要决定去留。）

| 案件编号 | 法律依据                                    | 裁判要点                                                                                                                                                                               | 类型  | 说明                                                | 解决方案  |
|------|-----------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|---------------------------------------------------|-------|
| 1    | 《合同法》第 424 条                            | 房屋买卖居间合同中关于禁止买方利用中介公司提供的房源信息却绕开该中介公司与卖方签订房屋买卖合同的约定合法有效。但是，当卖方将同一房屋通过多个中介公司挂牌出售时，买方通过其他公众可以获知的正当途径获得相同房源信息的，买方有权选择报价低、服务好的中介公司促成房屋买卖合同成立，其行为并没有利用先前与之签约中介公司的房源信息，故不构成违约。            | 不确定 | “利用”，因出现概念边缘导致的不确定。                               | 解释    |
| 8    | 《公司法》第 182 条                            | 公司法第 182 条将“公司经营管理发生严重困难”作为股东提起解散公司之诉的条件之一。判断“公司经营管理是否发生严重困难”，应从公司组织机构的运行状态进行综合分析。公司虽处于盈利状态，但其股东会机制长期失灵，内部管理有严重障碍，已陷入僵局状态，可以认定为公司经营管理发生严重困难。对于符合公司法及相关司法解释规定的其他条件的，人民法院可以依法判决公司解散。 | 不确定 | “公司经营管理发生严重困难”，因概念本身模糊导致的不确定。                     | 解释    |
| 9    | 《公司法》第 20 条、第 183 条                     | 有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东，应当依法在公司被吊销营业执照后履行清算义务，不能以其不是实际控制人或者未实际参加公司经营管理为由，免除清算义务。                                                                                                  | 三段论 |                                                   |       |
| 10   | 《公司法》第 22 条第 2 款                        | 人民法院在审理公司决议撤销纠纷案件中应当审查：会议召集程序、表决方式是否违反法律、行政法规或者公司章程，以及决议内容是否违反公司章程。在未违反上述规定的前提下，解聘总经理职务的决议所依据的事实是否属实，理由是否成立，不属于司法审查范围。                                                             | 漏洞  | 对于“解聘总经理职务的决议所依据的事实是否属实、理由是否成立是否属于司法审查的范围”存在法律漏洞。 | 解释    |
| 15   | 《民法通则》第 4 条、《公司法》第 3 条第 1 款、第 20 条第 3 款 | 1. 关联公司的人员、业务、财务等方面交叉或混同，导致各自财产无法区分，丧失独立人格的，构成人格混同。<br>2. 关联公司人格混同，严重损害债权人利益的，关联公司相互之间对外部债务承担连带责任。                                                                                 | 漏洞  | 对于“关联公司是否可以构成人格混同”存在法律漏洞。                         | 演绎新规则 |
| 17   | 《消费者权益保护法》第 2 条、第 55 条第 1 款             | 1. 为家庭生活消费需要购买汽车，发生欺诈纠纷的，可以按照《消费者权益保护法》处理。<br>2. 汽车销售者承诺向消费者出售没有使用或维修过的新车，消费者购买后发现系使用或维修过的汽车，销售者不能证明已履行告知义务且得到消费者认可的，构成销售欺诈，消费者要求销售者按照消费者权益保护法赔偿损失的，人民法院应予支持。                      | 不确定 | “消费者”，因出现概念边缘导致的不确定。                              | 解释    |
| 18   | 《劳动合同法》第 39 条： 第 40 条                   | 劳动者在用人单位等级考核中居于末位等次，不等同于“不能胜任工作”，不符合单方解除劳动合同的法定条件，用人单位不能据此单方解除劳动合同。                                                                                                                | 不确定 | “不能胜任工作”，因概念本身模糊导致的不确定。                           | 解释    |

[37] 朱全景：《法经济学：法律的经济分析和经济的法律分析》，载《法学杂志》2007 年第 3 期。  
[38] 徐昕：《司法过程的性质》，载《清华法学》，2010 年第 2 期。  
[39] 季卫东：《法律解释的真谛（上）——探索实用法学的第三道路》，载《中外法学》，1998 年第 6 期。  
[40] 孙海波：《告别司法三段论？——对法律推理中形式逻辑的批判与拯救》，载《法制与社会发展（双月刊）》，2013 年第 4 期。

|    |                                   |                                                                                                                                                                                                                                                               |        |                                                         |          |
|----|-----------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------|---------------------------------------------------------|----------|
| 19 | 《侵权责任法》第8条、《道路交通安全法》第16条          | 机动车所有人或者管理人将机动车号牌出借他人套牌使用，或者明知他人套牌使用其机动车号牌不予制止，套牌机动车发生交通事故造成他人损害的，机动车所有人或者管理人应当与套牌机动车所有人或者管理人承担连带责任。                                                                                                                                                          | 不确定    | 套牌是否构成“共同侵权”                                            | 解释       |
| 23 | 《食品安全法》第148条第2款                   | 消费者购买到不符合食品安全标准的食品，要求销售者或者生产者依照食品安全法规定支付价款十倍赔偿金或者依照法律规定的其他赔偿标准赔偿的，不论其购买时是否明知食品不符合安全标准，人民法院都应予以支持。                                                                                                                                                             | 不确定    | “消费者”，因出现概念边缘导致的不确定。                                    | 解释       |
| 24 | 《侵权责任法》第26条、《道路交通安全法》第76条第1款第（2）项 | 交通事故的受害人没有过错，其体质状况对损害后果的影响不属于可以减轻侵权人责任的法定情形。                                                                                                                                                                                                                  | 不确定    | “过错”，因出现概念边缘导致的不确定。                                     | 解释       |
| 33 | 《合同法》第52条第2项、第58条、第59条            | 1. 债务人将主要财产以明显不合理低价转让给其关联公司，关联公司在明知债务人欠债的情况下，未实际支付对价的，可以认定债务人与其关联公司恶意串通、损害债权人利益，与此相关的财产转让合同应当认定为无效。<br>2. 《合同法》第五十九条规定适用于第三人为财产所有权人的情形，在债权人对债务人享有普通债权的情况下，应当根据《合同法》第五十八条的规定，判令因无效合同取得的财产返还给原财产所有人，而不能根据第五十九条规定直接判令债务人的关联公司因“恶意串通，损害第三人利益”的合同而取得的债务人的财产返还给债权人。 | 不确定    | 1. “恶意串通”，因概念本身模糊导致的不确定；<br>2.59条中的“第三人”，因出现概念边缘导致的不确定。 | 解释       |
| 50 | 《民法通则》第57条、《继承法》第19条、第28条         | 1. 夫妻关系存续期间，双方一致同意利用他人的精子进行人工授精并使女方受孕后，男方反悔，而女方坚持生出该子女的，不论该子女是否在夫妻关系存续期间出生，都应视为夫妻双方的婚生子女。<br>2. 如果夫妻一方所订立的遗嘱中没有为胎儿保留遗产份额，因违反《继承法》第十九条规定，该部分遗嘱内容无效。分割遗产时，应当依照《继承法》第二十八条规定，为胎儿保留继承份额。                                                                           | 不确定    | “婚生子女”，因出现概念边缘导致的不确定。                                   | 解释       |
| 53 | 《物权法》第208条、第223条、第228条第1款         | 1. 特许经营权的收益权可以质押，并可作为应收账款进行出质登记。<br>2. 特许经营权的收益权依其性质不宜折价、拍卖或变卖，质权人主张优先受偿权的，人民法院可以判令出质债权的债务人将收益权的应收账款优先支付质权人。                                                                                                                                                  | 不确定+漏洞 | 1. “应收账款”，因出现概念边缘导致的不确定。<br>2. 对于“应收账款质权如何实现”存在法律漏洞。    | 解释+演绎新规则 |
| 54 | 《物权法》第212条                        | 当事人依约为出质的金钱开立保证金专门账户，且质权人取得对该专门账户的占有控制权，符合金钱特定化和移交占有的要求，即使该账户内资金余额发生浮动，也不影响该金钱质权的设立。                                                                                                                                                                          | 不确定    | 1. “交付”，因出现概念边缘导致的不确定<br>2. “特定化”，因概念本身模糊导致的不确定         | 解释       |

|    |                                                         |                                                                                                                                                                                                                                                                        |     |                                                           |       |
|----|---------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|-----------------------------------------------------------|-------|
| 57 | 《担保法》第14条                                               | 在有数份最高额担保合同情形下，具体贷款合同中选择性列明部分最高额担保合同，如债务发生在最高额担保合同约定的决算期内，且债权人未明示放弃担保权利，未列明的最高额担保合同的担保人也应当在最高债权限额内承担担保责任。                                                                                                                                                              | 不确定 | “放弃”（权利），因出现概念边缘导致的不确定                                    | 解释    |
| 64 | 《合同法》第39条                                               | 1. 经营者在格式合同中未明确规定对某项商品或服务的限制条件，且未能证明在订立合同时已将该限制条件明确告知消费者并获得消费者同意的，该限制条件对消费者不产生效力。<br>2. 电信服务企业在订立合同时未向消费者告知某项服务设定了有效期限限制，在合同履行中又以该项服务超过有效期限为由限制或停止对消费者服务的，构成违约，应当承担违约责任。                                                                                               | 不确定 | “免除或者限制其责任”，因概念本身模糊导致的不确定。                                | 解释    |
| 65 | 《民法通则》第135条、《物权法》第79条、第83条第2款《物业管理条例》第7条第4项、第54条第1款、第2款 | 专项维修资金是专门用于物业共用部位、共用设施设备保修期满后的维修和更新、改造的资金，属于全体业主共有。缴纳专项维修资金是业主为维护建筑物的长期安全使用而应承担的一项法定义务。业主拒绝缴纳专项维修资金，并以诉讼时效提出抗辩的，人民法院不予支持。                                                                                                                                              | 非正义 | 1. 为特定目的而设的基金；<br>2. 为特定范围的公共利益而确立的法定义务；<br>3. 违背公平原则。    | 演绎新规则 |
| 66 | 《婚姻法》第47条                                               | 一方在离婚诉讼期间或离婚诉讼前，隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产，或伪造债务企图侵占另一方财产的，离婚分割夫妻共同财产时，依照《婚姻法》第四十七条的规定可以少分或不分财产。                                                                                                                                                                                | 三段论 |                                                           |       |
| 67 | 《合同法》第94条、第167条                                         | 有限责任公司的股权分期支付转让款中发生股权受让人延迟或者拒付等违约情形，股权转让人要求解除双方签订的股权转让合同的，不适用《合同法》第一百六十七条关于分期付款买卖中出卖人在买受人未支付到期价款的金额达到合同全部价款的五分之一时即可解除合同的规定。                                                                                                                                            | 非正义 | 1. 标的为股权，并非物；<br>2. 合同目的能够实现；<br>3. 诚实信用原则；<br>4. 维护交易安全。 | 演绎新规则 |
| 72 | 《物权法》第186条、《合同法》第52条                                    | 借款合同双方当事人经协商一致，终止借款合同关系，建立商品房买卖合同关系，将借款本金及利息转化为已付购房款并经对账清算的，不属于《物权法》第一百八十六条规定禁止的情形，该商品房买卖合同的订立目的，亦不属于《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第二十四条规定的“作为民间借贷合同的担保”。在不存在《合同法》第五十二条规定情形的情况下，该商品房买卖合同具有法律效力。但对转化为已付购房款的借款本金及利息数额，人民法院应当结合借款合同等证据予以审查，以防止当事人将超出法律规定保护限额的高额利息转化为已付购房款。 | 不确定 | “流押”、“民间借贷合同的担保”，因出现概念边缘导致的不确定。                           | 解释    |
| 73 | 《合同法》第286条、《破产法》第18条                                    | 符合《破产法》第十八条规定的情形，建设工程施工合同视为解除的，承包人行使优先受偿权的期限应自合同解除之日起计算。                                                                                                                                                                                                               | 漏洞  | 对于“因发包人原因导致建设工程停工，后建设工程施工合同解除的优先权行使期限的起算时间”存在法律漏洞。        | 演绎新规则 |

|    |                  |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            |     |                              |    |
|----|------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|------------------------------|----|
| 74 | 《保险法》第 60 条第 1 款 | 因第三者的违约行为给被保险人的保险标的造成损害的，可以认定为属于《保险法》第六十条第一款规定的“第三者对保险标的的损害”的情形。保险人由此依法向第三者行使代位求偿权的，人民法院应予支持。                                                                                                                                                                                                                              | 不确定 | “第三者对保险标的造成损害”，因出现概念边缘导致的不确定 | 解释 |
| 75 | 《环境保护法》第 58 条    | 1. 社会组织的章程虽未载明维护环境公共利益，但工作内容属于保护环境要素及生态系统的，应认定符合《最高人民法院关于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《解释》）第四条关于“社会组织章程确定的宗旨和主要业务范围是维护社会公共利益”的规定。<br>2. 《解释》第四条规定的“环境保护公益活动”，既包括直接改善生态环境的行为，也包括与环境保护相关的有利于完善环境治理体系、提高环境治理能力、促进全社会形成环境保护广泛共识的活动。<br>3. 社会组织起诉的事项与其宗旨和业务范围具有对应关系，或者与其所保护的环境要素及生态系统具有一定联系的，应认定符合《解释》第四条关于“与其宗旨和业务范围具有关联性”的规定。 | 不确定 | “专门从事环境保护公益活动”，因概念本身模糊导致的不确定 | 解释 |

## 论律师与法务的冲突和对策

浙江腾飞金鹰律师事务所 金 鹰

【内容提要】企业法务与外聘律师共同致力于企业风险的管理、防范及化解，但岗位及职业的特性决定二者各自的优势及缺陷。在实际工作中部分企业法务与外聘律师的职责模糊且存在配合上的问题。本文从企业法务与外聘律师的管理模式、利弊分析着手，对企业法务与外聘律师的工作职责进行探讨，以期为企业法律事务管理及价值创造提供参考。

【关键词】企业法务 外聘律师 管理模式 利弊分析 职责

“价值是一个表征意义的范畴，用以表示事物所具有的对主体有意义的。可以满足主体需要的功能和属性的概念。”<sup>[1]</sup> 律师工作之于企业的价值是作为客体的律师工作对所服务企业所具有的意义。企业外聘律师具有自己独特的价值优势，因而即使企业内设法务部，对外聘律师的需求也依然强烈。企业法务<sup>[2]</sup>是企业法律事务的另一个重要参与者，良性的企业法务、外聘律师关系有助于企业风险控制与争议解决，可适应企业持续发展需求且能为企业创造价值。但如何正确处理二者的关系并使之达到良性状态，理论与实务届尚无统一的结论。“法务人俱乐部”公众号上曾推出《法务与律师之间的任务边界和责任划分》一文，该文结合法务与外聘律师所处理任务的特点，如信息获取简易程度、地理位置、是否涉及预防性法律工作等对企业法务与外聘律师的任务和责任进行了划分，但列举式的分析未能全面揭示企业法务与外聘律师的职责范围，需进一步对此进行研究。

近期我们工作中出现的一些关于企业法务与外聘律师之间的事件，更引起了我们对于此问题的思考。本人所在的律师事务所与某集团保持常年法律顾问合作关系，但该集团聘请了高级法务经理之后一度忽视、排斥甚至拒绝与律师的合作。该集团对外投资时过于相信企业法务的判断，未聘请律师进行尽职调查及法律风险分析，未能发现所投资项目的潜在风险，结果导致数亿的投资损失。与之相反，部分企业过度依赖外聘律师，甚至连几千元的合同也交由外聘律师处理。过于忽视或过度依赖外聘律师，都不能充分发挥律师的价值。

为深入探讨以上问题，2016 年 10 月 14 日，浙江省杭州市房地产业协会法律专业委员联合杭州市房地产业协会法律专业委员会在浙江腾飞金鹰律师事务所召开“公司法务与外聘律师工作边界与配合”研讨会，本次会议邀请了国内知名企业的法务专家参会<sup>[3]</sup>并就该问题进行了深入研讨，本文系在该基础上撰写而成。

[1] 参见张文显：《法哲学范畴研究》（修订版），中国政法大学出版社，2001 年 10 月版第 192 页。

[2] 企业法务一般指在企业内部从事法律工作的人员，包括企业法律顾问、公司律师以及其他具备法律知识，解决法律问题的工作人员等。

[3] 如滨江集团、旭辉集团、上海三盛宏业投资（集团）有限责任公司、广宇集团股份有限公司、钱江新城投资集团、杭州市城建开发集团有限公司、杭州中房信息科技有限公司等国内知名企业纷纷派法务主管、专家参会。

### 一、国内企业法律风险管理模式概述

基于企业发展阶段、规模及业态等差异，企业管理法律风险的模式大体上可分为三种模式，即，

1. 外聘律师主导型，公司的内部管理架构中不设置法务部门或者法务部门规模小，企业的法律事务基本全部交由外聘律师事务所处理；2. 法律事务自主型，企业设置专门的法务部门，配备专业的法律风险管理团队，基本上可以自主解决合同审核、诉讼处理、企业融资、并购等方面的法律事务；3. 法务团队兼外聘律所型，企业内部设置法务部门，同时也聘请律师事务所，法务团队与律师事务所合力完成企业的风险防控工作。

不同模式下企业法务与外聘律师在企业法律风险管理体系的侧重点可能有所区别，但聘请律师作为企业的顾问已然成为常态。企业法务与外聘律师并存状态下的冲突与协调成为摆在企业法律风险管理实操层面的一个难题，但我们可以通过对比企业法务与外聘律师处理法律事务的优势与不足进而寻求解决之道。

### 二、比较视野下企业法务与外聘律师处理法律事务优劣观

企业法务与企业具有岗位及人事上的隶属性，律师事务所与企业签订法律服务协议，指派律师为所服务企业提供法律服务。企业法务与外聘律师的岗位特性决定了各自的优劣势，下面予以分析。

#### （一）企业法务的优势

##### 1. 信息掌握全面

法务人员长期处在公司工作的一线，对公司的经营状况、运营模式、常规风险等较为熟悉，针对企业出现的法律问题能够更为深入的挖掘有关信息，可以提供更为切合企业发展实际的方案。

法务人员长期工作在某个特定领域如房地产、专利、互联网等，更容易获取行业一线的详细信息。

##### 2. 反应及时

企业在日常运营过程中出现法律问题的时候，企业法务的反应速度较之于律师会更为迅速。首先，法务的工作地点就在企业内部，可以在第一时间前往现场了解有关情况。其次，企业内部人员之间的沟通会更为顺利，有利于及时反应并进行反馈。

##### 3. 稳定性强

法务人员一般都会较为长期稳定的工作在某一企业内部。长期稳固的劳动关系有助于建立稳固的法律风险管理体系，比如对于某一房地产项目，法务人员从项目的立项到后期开发逐一跟进，了解项目的开发过程及中间可能出现的问题，对风险的把控具有连续性、稳定性。

#### （二）企业法务的不足

##### 1. 地位上弱势

在整个企业管理组织架构中，企业法务处于弱势地位。首先，企业法务受制于管理层的约束。“如果法律人在企业没有一定的行政地位，往往会处于‘人微言轻’的境地，当作为法律人与行政人的角色发生冲突时，法律人往往无可奈何地屈从于行政人，法律的尊严在行政权威面前颜面扫地。”<sup>[4]</sup>其次，与业务部门相比，法务部门处于边缘化地位。利益驱动及导向下，法务部门的意见不被业务部门重视。

##### 2. 思维上迎合

企业法务思维上具有迎合管理层的特征。一方面是由于企业法务的弱势地位决定的。另一方面企业法务基于职业发展需要，当提示风险会与领导决策相背离时，部分法务人员会主动选择迎合管理者的意志，隐瞒潜在风险。

[4] 张浩：《论公司律师制度的困境与构建》，载《行政与法》，2016 年 4 期。

##### 3. 精力上分散

企业法务除了要承担风险防控工作之外还要配合企业完成其他经营管理工作，法务兼职行政或者其他岗位的现象也不罕见。我国企业法律顾问设置比例低、作用小<sup>[5]</sup>，因而在专注程度上有所欠缺。

##### 4. 专业上局限

企业法务主要是从非科班出身的法律人中选任，“选拔内部人员进行法律知识和职业培训后充当法务的做法也屡见不鲜。”<sup>[6]</sup> 尽管我国推行企业法律顾问<sup>[7]</sup> 及公司律师制度来提升企业法律事务管理水平，但大多数企业在选聘企业法务时并不严格参照应聘者的职业资格。即便是专职律师转行从事法务工作，但亦因专业及个人精力等因素限制了法务管理的水平。

#### （三）外聘律师的优势

##### 1. 地位上独立

律师相较于企业法务而言具有独立性，“律师职业的从业者系地位独立、行业自治的特殊人群”<sup>[8]</sup>，“律师职业价值的直接体现是维护当事人利益，律师职业价值的实现方式是提供法律服务”<sup>[9]</sup>。律师非企业的员工，不会受制于企业领导及管理制度的约束，根据事实及法律作出的专业判断更具有可靠性，因而律师的建议更容易被企业的管理者所倾听、采纳。

律师的有效独立能够保障当事人的实体性利益、程序性利益以及信赖利益。<sup>[10]</sup> 基于独立第三方的作用，即使依据事实与法律得出的建议与企业管理者的现行决策相左，律师也依然会进行专业化的提示，这是由律师的专业化特质及律师伦理价值所决定的。

专业的独立第三方可为决策带来提供专业支持，增强决策的说服力及可接受性。杭州律师十大影响力案件（2012-2016）—杭州铁路东站枢纽东、西广场区块配套设施项目非诉案<sup>[11]</sup> 系由本所承办，杭州铁路东站枢纽东、西广场区块配套设施项目西广场工程采用 BT 方式组织实施，并由上海建工和长峰公司联合体实施。后因承建方资金断裂出现停工，在谈判的过程中因涉及多方利益及各方主体观念存在差异，在该问题的解决上出现不同的意见，如诉讼或非诉解决的争议、整体处理（含合同解除、造价结算、违约责任等）或分割处理的争议。内部的分歧兼之 G20 背景下工程进度的要求，项目发包方联系本所寻求专业支持。本所在处理的过程中采取“变更、解除、索赔”之步骤，首先变更工程范围，将原施工范围进行变更，将承建方无法继续施工部分划分出去重新发包，保证工程进展。其次解除合同并进行场地移交，最后进行结算和索赔。分步走的模式保障了工程进度且减少了不必要的讼累为杭州 G20 工作的顺利召开提供了支持。该案件的顺利解决很大程度上得益于独立第三方之地位，律师的专业、独立地位在提出方案时不受政府部门利益的羁束，居中作出权威判断。政府部门的决策也因律师的介入有了决策依据。谈判的相对方避免了因政府部门意见不一致而难以抉择的困境。律师的独立第三方地位在很大程度上可以化解各方利益僵局从而促进事项的解决。

##### 2. 思维上客观

独立第三方地位有助于律师从客观的角度分析法律问题，准确完整的将法律意见呈给所服务企业。上文中某集团投资失败案中，事后我们曾与该集团法务经理（该投资事件后被辞退）交流投资失败的原因，该法务经理表示该投资项目投资肇始他就发现了潜在的风险，但若将该风险如实上报

[5] 参见蓝志凌：《中小企业常见法律风险管理》，复旦大学 2014 年硕士论文。

[6] 赵莹：《我国企业法务制度完善研究》，武汉理工大学 2012 年硕士论文。

[7]2014 年 7 月国务院发布《关于取消和调整一批行政审批项目等事项的决定》，取消了企业法律顾问准入类职业资格。

[8] 参见周济生、刘卫星：《律师职业内涵探析》，载《河南社会科学》2008 年第 1 期。

[9] 参见李传斌：《律师职业的根本价值思考》，载《社科纵横》2010 年 9 月。

[10] 向明：《律师独立的价值解析》，载《湘潭大学学报》（哲学社会科学版）2010 年第 6 期。

[11] 杭州律师：十大影响力案件！（一），参见 <http://mt.sohu.com/20161207/n475203803.shtml>，2017 年 5 月 4 日最后一次访问。

会影响部分领导的业绩,便存侥幸心理未提示投资风险,进而导致巨额投资损失。由此看出思维上的客观性是律师与企业法务的一个重要区别。

3. 专业上权威

“律师是法律专家,精通法律,具有法律服务的能力和条件,能够切实满足社会主体对法律内容的了解以及正确行使法律权利和维护自身合法权利的需要。”<sup>[12]</sup> 律师以风险防范和化解为主业,专注于对法律问题的研究和解决,专业性寓于工作之中亦于工作中提升。“法律服务的核心是律师围绕客户合法需求的满足,将其专业资源、人脉网络不断地体现和运用。”<sup>[13]</sup> 现在的律师事务所经常以律师团队的形式服务于某个企业或者企业集团,团队律师都有其擅长的领域,优势互补,从而更好地服务于企业。律师的专业性使得其具有了较高的权威性。

(四) 外聘律师的不足

1. 及时反应存在障碍

律所与企业的办公场所一般都存在地域上的距离,企业在遇到问题的时候律师往往不能第一时间到达现场提出解决方案。律师提供服务时也存在精力分散的问题。一位律师可能服务多家企业,繁多的事务可能会导致律师的反应时间延滞。“尤其是在实际的运作中,由于企业及律师事务所都同时面临很多事务,企业因为遇到诉讼或者遭到处罚等已发生的具体案件时才会通知律师,而律师也经常因为自身事务繁忙,难以对企业可能面临的风险和存在的隐患提供事前预防,导致企业聘用的法律顾问变成了企业的‘消防队员’。”<sup>[14]</sup>

2. 顺畅沟通存在障碍

外部性的因素导致律师在调查、核实有关事实时存有障碍。律师对企业的人员、架构及管理体制不熟悉,影响沟通的效率;基于企业内部管理及考核的考虑,一些企业人员提供的资料及信息存在不完整甚至拒绝提供,律师通过沟通获取信息的完备性不足。律师对于行业具体情形的了解程度不如企业法务全面、深刻,这也会导致沟通时存在语境障碍。

3. 传统律师服务模式的缺陷

传统律师“单兵作战”的服务模式难以适应企业多样化的需求。因律师个人精力及专业的限制,传统律师服务模式下法律服务的广度及质量可能难以保证。

三、企业法务与外聘律师履行职责的误区

外聘律师与企业法务履行职责的理想状态是二者合力促进法律事务的解决,服务于企业的经营业务及发展战略。然而在实践中二者在履行职责及配合时存在误区,突出表现在以下方面。

(一) 过度依靠律师

部分企业在内部已设立法务部的情况下仍将全部或大部分法律事务交由律师处理。出现这种情况大致可能是因为以下原因:第一,部分企业的管理者认为既然已经支付了顾问费用,就应由律师最大限度的提供法律服务,以体现支出律师费用之价值;第二、部分企业的法务习惯性将工作推给外部律师,以逃避因出具法律意见所应承担的风险;第三、部分企业的法务部人员的法律事务解决能力尚不足,需要外部律师承担其工作内容。

(二) 拒绝使用律师

这种情况多发生于法律事务自主型的企业,因法务部门的人员配备齐全甚至还有专业的划分<sup>[15]</sup>,具有强大的法务管理及处断能力,因而法律事务基本自主,不愿意或者将极少的事务交由律师处理。即使企业外聘了律师,但基于对业务的自信或者对业绩的考量,不愿意让外聘律师参与有关法律事务的处理。

(三) 争夺事务处置权

基于内部管理、考核、晋升等因素的考虑,法务人员需要展现其工作量以及工作能力。律师事务所基于其企业之间的法律服务合同,也要展示其服务内容。律师与法务人员工作内容、业绩上的一致性导致二者利益上的冲突,进而产生争夺法律事务处置权的现象。冲突的产生会消解二者的配合能力,弱化企业风险防控力。

(四) 争夺业绩归属

企业法务与外聘律师工作具有同质性,有时二者出现争夺业绩归属的现象,尤其是对重大事项成功处置之后,二者有时会故意夸大自身作用。争夺荣誉势必会影响二者的配合,敌对甚至贬低对方绝非二者关系的正常状况。

四、企业法务与外聘律师的工作职责划分标准

基于以上分析,我们需考虑外聘律师与企业法务的职责范围是什么?如何划定他们的边界?二者工作职责的划分应与他们的工作内容相关,风险防控、争议解决、价值创造是法律服务的三个重要维度,也契合了企业不同的目标需求。

“企业法律风险管理应遵循企业的价值目标。”<sup>[16]</sup> 为此我们从法律服务的风险防控、争议解决及价值创造三个维度并结合特殊事项进行逐一分析。

(一) 风险防控

企业风险防控往往是指非讼事务,注重法律风险的事前防范且与企业内部管理联系比较密切,我们可根据以下情况在进行细致的划分。

1. 工作重要性

企业高度重视且与企业发展密切相关的事项,如涉及重大决策,企业改制、重组等交由实力强大的外聘律师团队处理较好。对于非重要事项如涉及金额较小或其他对企业发展产生非重要影响的事项,企业法务可自主解决。

2. 任务复杂性

如待处理事务涉及法律关系复杂、工作量大、涉及利益较多等,企业法务人员难以把握或无法再规定时限完成或存有利害关系,宜将该项事务交由律师处理。如事情比较简单则以企业内部处理为佳。

3. 事务疑难性

对于企业经常重复出现的简单事务,如重复出现的采购、租赁合同,催缴、催收函件等,一般法务人员经培训后即可处理。而对于非经常性出现的事务如企业改制、发债等,交由外聘律师处理更好。

4. 反馈时效性

法务人员的地缘性优势可以使其在第一时间获悉待处理任务的有关信息,如待处理的事项企业

[12] 谢佑平、陈奋:《论法律秩序与律师功用》,载《河北法学》2010年第11期。

[13] 张华:《基于律师团队服务管理的集成化法律服务研究》,载《法治研究》2007年第12期。

[14] 韩旗:《从法律角度看企业内部控制——兼论律师事务所对企业内控的作用》,复旦大学2012年硕士学位论文。

[15] 如大众报业集团根据现实情况,法律事务处(后称“法律事务中心”)设置了清欠办公室、综合办公室、新闻诉讼室和合同审查室,全面负责集团清债、诉讼、仲裁、起草和审查合同、修订集团内部规章制度等各项法律工作。参见陈颖:《论企业集团法务管理体制的构建》,载《山东行政学院学报》2012年第6期。

[16] 李刚、张晓健:《律师在企业法律风险管理中的价值导向》,载《中国律师》2012年第9期。

内部流程的风险识别与防控设计或时效要求急迫且在法务部能力范围之内则以内部处理为佳。

#### （二）争议解决

公司面临诉讼时，虽然企业法务（尤其是法务部门相对强大的企业）与外聘律师均可处理诉讼事宜，但律师是天然的风险防控者，不仅可以凭借专业解决个案还可以从公司、行业现状及发展趋势提出有效的建议和意见。企业诉讼事宜最好交由律师处理，对于诉讼标的小、影响不大的、重复率高的诉讼可由律师参与案件评估并出具意见后交由企业法务处理。

复杂争端的解决除了通过诉讼途径外，还可以通过谈判等方式予以解决，上文杭州铁路东站枢纽东、西广场区块配套设施项目非诉案即是以在律师参与下取得令人满意的效果。非讼争议解决问题处理者的要求更高，往往是在丰富诉讼经验的指引下方能妥善的处理有关事务，对于此类事项律师更具有优势。

#### （三）价值创造

“中小企业的发展对律师法律服务层次提出了新的要求。一些中小企业已经不满足于律师提供的争议解决或风险防范等传统的止损法律服务，而更希望律师服务能全面介入中小企业的发展，通过法律服务参与企业价值的创造甚至直接为企业创造价值。”<sup>[17]</sup> 律师可以凭借专业及其他资源优势为企业的发展提供商业意见、交易机会和战略支持。由于企业法务的内部职能属性限制，为企业创造外生性价值在一定程度上成为专属于律师的价值及职责。

#### （四）特殊要求事项

##### 1. 法律及行业要求

对于部分法律事项法律法规要求必须交由律师处理，如 IPO 上市、私募基金管理人备案等，法律规定这类事项必须有律师事务所出具的法律文书。

##### 2. 任务特殊性要求

对于某些事项，法务与外聘律师都可以处理，但若企业管理者认为对该项重大、敏感，需要审慎处之、严控风险或者交易对手对有关事务特别要求律师处理，交由律师处理较为妥当。反之，企业的管理者或者其他有关主体认为企业法务足以应对或者基于保密性的考虑没有必要交由外聘律师处理时，企业法务内部解决为好。

不同的企业可参照以上几点并结合个体的特殊性划定法务与外聘律师的工作边界，但最大限度的发挥法务与外聘律师的价值是进行律师与法务工作界分需着重考虑的因素。

#### 五、企业法务与外聘律师履职冲突的对策

外聘律师与法务应以服务于企业的发展为导向，二者相互推诿或排斥都非应为之行为。外聘律师与企业法务应相互配合，共同致力于法律风险管理的目标。

#### （一）企业法务协助外聘律师工作

##### 1. 做律师与企业沟通的桥梁

律师外部人员的属性导致其在处理问题的过程中难以迅速找准切入点。公司法务人员要主动介入，为外聘律师的工作提供指引和帮助，如告知其有关事项的经办人员、企业管理流程及责任领导等。当企业对外聘律师的工作提出要求时，法务人员要及时将信息传达给律师并告知工作内容及目标。

##### 2. 为律师工作提供事务性协助

当企业将法律事务交给外聘律师处理时，企业法务人员将有关信息初步整理并告知外聘律师已有材料证据并配合外聘律师开展进一步的工作。外聘律师向企业反馈的过程中，企业法务为企业管

理层解释律师在事项处理中所为之工作及作用。

#### 3. 协助律师为企业创造价值

“律师的经济价值在于创造社会价值。”<sup>[18]</sup> 以本人所在的浙江腾飞金鹰律师事务所为例，除为浙江乃至长三角领域的房地产、工程企业提供法律支持外还利用长期积累的专业优势及客户资源为顾问单位提供新的商业机会、发掘新的商业增长点，妥善解决顾问单位的现实需求。

律师借助其行业及专业优势为企业创造价值，这既是新的法律服务趋势也是律师工作有别于法务工作的一大优势。法务需协助律师工作，实现律师为企业创造价值功能。

#### （二）外聘律师指导企业法务做好日常工作

企业法务的发展前途如何与其工作业绩息息相关。外聘律师在与企业法务人员配合的过程中要有意识的帮助企业法务人员成长。

##### 1. 充当后盾

当企业法务人员遇到难以把握的事项，外聘律师可充当后盾，为其提供专业法律支持及建议。律师应有协助意识，而非与法务人员争夺任务处置权。

##### 2. 提升业务能力

就专业性而言，外聘律师的业务水平一般要高于企业法务。外聘律师应定期为法务人员提供专题培训，以提升其业务能力。

##### 3. 甘做幕后英雄

外聘律师所处理的事项经常会有企业法务的参与，外聘律师在进行业务汇报的时候应有意识的向管理层提及企业法务的积极作用，尽量避免跟法务人员争夺“功劳”、“业绩”，要善于做幕后英雄。

#### （三）发挥外聘律师独立第三方作用

##### 1. 外聘律师角度

外聘律师自身要注意发挥好独立第三方作用，要发挥专业优势，做好风险防控、争议解决等常规业务，提升客户的信赖力度。敢于将企业潜在风险予以提示、化解，尽管可能与企业管理层的利益或思路相违背。除此之外律师还要关注企业的战略方向及发展模式为企业创造价值，如为房地产企业拓展融资渠道、提供项目整合信息等。

##### 2. 企业法务角度

企业法务人员在遇到敏感问题时不愿、不敢或不能向管理层反馈意见时应善于利用律师独立第三方作用，请律师将自己不便表达之意见向企业管理层汇报，达到既完成工作任务又规避职业风险的目标，企业法务要“善于利用程序设计来保护自己”从而更好的实现职业发展。

发挥好外聘律师独立第三方作用可以实现企业、律师与法务的三方共赢。

#### （四）外聘律师提升团队协作能力

传统的“单兵作战”、“万金油”式的律师服务模式已经不能适应现代企业的发展要求。专业化与团队化成为法律服务市场的趋势。浙江腾飞金鹰律师事务所采取“横向分工、纵向把关”的团队服务模式专注于房地产、工程领域的法律风险控制与危机处理，获得了当事人、媒体、同行和政府的普遍认同，这充分表明了专业与团队的力量。

#### （五）共同提高企业法律风险管理水平

法律防控风险是企业健康运营的保障。“而在企业管理，尤其是法律风险管理方面，律师可以充分把握企业整体目标和业务活动目标的制定和衔接，及时协助企业调整工作重点和业务程序，从

[17] 朱智慧、刘大佳：《从挽回损失到创造价值——谈律师服务中小企业的重点与提升》，载《中国律师》2012年第9期。

[18] 吕良彪：《律师价值的再回味》，载《中国律师》2010年第1期。

而合理分配企业管理资源，使企业在其风险偏好范围内实现既定目标。”<sup>[19]</sup> 企业法务与律师的合力方可实现企业法律风险管理水平的提升。当法务与外聘律师在风险防范、危机处理、重大事项决策等方面的处置能力较高时，法务部门及律师的话语权将会增加，这对于法务的个人发展和外聘律师业务都大有裨益。

#### 六、结语

外聘律师与企业法务都以运用法律来为企业的管理、运营、危机处理提供服务，尊崇法律人的价值、理性与信仰，“通过共同的法律话语（进而形成法律文化）使他们彼此间得以沟通，通过共享共同体的意义和规范，成员间在职业伦理准则上达成共识，尽管由于个体成员在人格、价值观方面各不相同，但通过对法律事业和法治目标的认同、参与、投入，这一群体成员终因目标、精神与情感的连带而形成法律事业共同体。”<sup>[20]</sup> 随着法治的进步，企业的管理者越来越重视企业法律事务工作，国家层面也出台了促进企业法务与律师工作发展的相关政策<sup>[21]</sup>，在此背景之下，企业法务与律师应充分协作，充分发挥专业特长，为企业提供争议解决、风险防控及价值创造之服务。

#### 参考文献

- [1] 张文显：《法哲学范畴研究》（修订版），中国政法大学出版社，2001 年 10 月版第 192 页。
- [2] 张浩：《论公司律师制度的困境与构建》，载《行政与法》，2016 年 4 期。
- [3] 谢佑平、陈奋：《论法律秩序与律师功用》，载《河北法学》2010 年第 11 期。
- [4] 张华：《基于律师团队服务管理的集成化法律服务研究》，载《法治研究》，2007 年第 12 期。
- [5] 周济生、刘卫星：《律师职业内涵探析》，载《河南社会科学》2008 年第 1 期。
- [6] 李传斌：《律师职业的根本价值思考》，载《社科纵横》2010 年 9 月。
- [7] 向明：《律师独立的价值解析》，载《湘潭大学学报》（哲学社会科学版），2010 年第 6 期。
- [8] 陈颖：《论企业集团法务管理体制的构建》，载《山东行政学院学报》2012 年第 6 期。
- [9] 李刚、张晓健：《律师在企业法律风险管理中的价值导向》，载《中国律师》2012 年第 9 期。
- [10] 朱智慧、刘大佳：《从挽回损失到创造价值——谈律师服务中小企业的重点与提升》，载《中国律师》2012 年第 9 期。
- [11] 吕良彪：《律师价值的再回味》，载《中国律师》2010 年第 1 期。
- [12] 张文显、卢学英：《法律职业共同体引论》，载《法制与社会发展》2002 年第 6 期。
- [13] 蓝志凌：《中小企业常见法律风险管理》，复旦大学 2014 年硕士论文。
- [14] 赵莹：《我国企业法务制度完善研究》，武汉理工大学 2012 年硕士论文。
- [15] 韩旗：《从法律角度看企业内部控制——兼论律师事务所对企业内控的作用》，复旦大学 2012 年硕士学位论文。
- [16] 杭州律师：十大影响力案件！（一），<http://mt.sohu.com/20161207/n475203803.shtml>，2017 年 5 月 4 日最后一次访问。

[19] 李刚、张晓健：《律师在企业法律风险管理中的价值导向》，载《中国律师》2012 年第 9 期。

[20] 参见张文显、卢学英：《法律职业共同体引论》，载《法制与社会发展》2002 年第 6 期。

[21]2016 年 6 月，中共中央办公厅、国务院办公厅印发了《关于推行法律顾问制度和公职律师公司律师制度的意见》，并发出通知，要求各地区各部门结合实际认真贯彻执行。

## 互联网背景下的企业法律顾问服务面临的挑战与机遇

浙江六和律师事务所 黄伟源 王紫橙

【内容提要】近年来不断涌现法律电商平台，从最初提供中介服务的平台到提供法律材料搜索的工具再到以交易法律产品为主业的交易平台的出现，互联网与法律服务的结合越来越全面和深入，这一趋势引起了法律服务提供者的担忧，特别是以提供法律咨询和法律文书起草等工作为主的企业法律顾问服务的律师对于互联网的冲击表示担忧和抗拒，在此背景下，笔者试着通过对互联网给企业法律顾问服务带来的挑战和机遇进行分析，就如何正确对待互联网提供一些个人的看法和建议。

【关键词】企业法律顾问服务 互联网 挑战 机遇

#### 一、引言

李克强总理在第十二届全国人民代表大会上作《政府工作报告》时首提“互联网+”行动计划，标志着互联网与传统行业相互交融的“互联网 2.0”时代的正式来临。在这场信息技术革命的时代浪潮下，固有的生产、营销、商业等传统行业开始遭受互联网的冲击，依托着信息技术发展起来的“互联网+”行业正在以高速发展的姿态占领市场。

法律服务业身处于这一场信息技术的革命中，也经受着“互联网+”带来的挑战。法律服务市场好比一座金字塔，最底层的是模式化、流程化的服务，例如公司注册、商标注册等服务，这是最早遭受互联网冲击的业务领域，随着互联网的不断深入发展，身处中位的以提供法律咨询和法律文书审核为主的企业法律顾问服务也开始在这个“互联网 2.0”时代开始受到影响。一方面，如雨后春笋般涌现的法律电商平台为客户特别是中小企业提供了更为多元、高效以及廉价的法律顾问服务选择；另一方面快捷便利的信息技术缩短了客户和律师之间的距离，对律师的服务响应速度提出了更高的要求。但是，我们也应注意到互联网给法律顾问服务注入了新的理念，带来了新的机遇，例如利用互联网开展多渠道的宣传，利用大数据进行高效的法律检索以及互联网催生的新的服务市场等等。

因此，如何利用互联网的浪潮将挑战化为机遇，在信息技术的革命中勇立潮头，将是企业法律顾问服务亟待解决的问题。

#### 二、互联网背景下企业法律顾问服务面临的挑战

挑战一——法律电商平台便捷化、低廉化、产品化的服务

电商平台是“互联网+”背景下最具有代表性的产物，无论是对哪一行业来说，电商平台的出现都对固有的商业模式产生或大或小的冲击，比如淘宝对于零售店铺，京东对于线下超市，支付宝对于商业银行等，法律电商平台对于企业法律顾问服务也是如此。

法律服务的电商平台起步较晚，最先一批成立的是 2003 年创立的找法网以及 2004 年的法律快车，这一代的电商平台主要通过介绍律师以及免费提供简单问题咨询的服务扮演着中介平台的角色，这一批法律电商平台基本未涉及企业法律顾问服务这一板块，主要针对的是传统的咨询与诉讼业务，

对企业法律顾问服务并未产生较大的影响。随着“互联网+”理念的不断发展，出现了以快法务、绿狗网为代表的立足于出售法律服务产品的交易平台，该类平台的交易模式一般是将法律服务产品化，平台对于不同类型的产品进行明码标价，客户点击购买后便由平台指派符合要求的律师。以绿狗网的企业法律顾问产品为例，绿狗网将法律顾问服务按照企业规模以及服务时间和内容划分为6种不同的产品供客户选择，所需要的费用基本是传统律所的1/5。此外，绿狗网还单独提供包括合同代书、合同审核、股权激励方案等细分内容的产品，价格也普遍为传统律所的1/5。

法律电商平台的法律服务，与传统律所相比，价格更为低廉，委托方式更为便捷，将法律服务包装为产品的交易平台的出现无疑会对传统律所的企业法律顾问服务产生了较大影响。

挑战二——信息技术的发展提高了企业法律顾问的服务要求

互联网对于传统律所的企业法律顾问服务产生的影响，除了在外部分增加竞争之外，也对企业法律顾问的服务本身提出了更高的要求。在电子邮件、微信等社交软件并不十分普及的时代，顾问律师的服务一般都是在线下完成的，耗费的时间也比较长。然而随着智能手机、社交软件的普及，拉个工作群或者发个邮件，客户可以随时随地地向律师发送法律服务需求，这在一定程度上意味着律师的工作时间被客户所支配，无论是下班之后亦或是周末时间，律师都要做好随时工作的准备。而且互联网时代的快节奏也使得客户对律师的工作效率变得挑剔，对律师的工作效率要求越来越高，在这种情况下，律师需要不断压缩自身的休息时间，提高工作效率来满足客户日渐严苛的要求。

挑战三——数据共享动摇了传统企业法律顾问的权威

在互联网尚不发达的时代，非法律专业人士很难接触到法律信息，也缺乏主动了解律所和律师的渠道。互联网通过实现数据的共享解决了此前信息闭塞的问题，一方面意味着即便不是法律专业人士，通过上网搜索也能获得一些基础性的法律信息，例如只需在搜索引擎中输入想要的合同模版类型就会出现几十份甚至上百份的合同模版，对于一些交易模式不是很复杂的合同而言，网上的合同模版已然够用，在这种情况下专门聘请法律顾问就显得不是十分必要。此外，一些简单的法律问题也可以通过上网搜索得到解答。在这种法律知识透明化的背景下，特别是对于一些中小企业而言，就会出现与其花高价聘请法律顾问，还不如先通过网络搜寻答案，等遇到难题无法解决的时候再寻求专业服务的想法。打破信息不对称在另一方面也意味着律所和律师信息的透明化，在此之前成为企业的法律顾问意味着除法律顾问所包含的服务之外，这个企业的诉讼业务和非诉业务一般都会由顾问律师承包，即使顾问律师可能对IPO业务不熟悉，因为在信息不对称的时代，企业无法得知精于IPO业务的律师，也无法核实顾问律师是否真如其所言的专业。然而，数据共享使得一切都变得透明，企业在寻找律师的时候也不再以熟人介绍为本，而是更加主动和理性。

### 三、互联网背景下企业法律顾问服务的机遇

机遇一——有利于利用互联网打造自身的宣传平台

传统律所的法律顾问业务的来源较为单一，主要依靠熟人介绍，或通过招投标等方式主动攻关而来，因此在传统模式之下发展企业法律顾问服务对于律师而言特别是青年律师而言是艰难的，因为刚进入这个行业人脉不足没有机会去结识更多的企业家，且资历不足在投标等活动中缺乏竞争力，即使拥有浑身的本领也没有机会得以施展。

然而互联网的出现给更多的律师搭起了展现自我的平台，近年来微博、微信等社交媒体的发展促进了自媒体的蓬勃，改变了法律人的宣传方式，可以说绝大部分的律师事务所以及律师都在通过自己的公众号、微信号等自媒体与外界沟通，表达观点，宣传自我，其中最具代表性的当属北京市天同律师事务所创立的“无讼”产品。2014年开始推送的“无讼阅读”将阅读群定位为法律人，立

足于分享法律理论和实践问题，开创了专业法律阅读的先河，此后推出的“无讼案例”、“无讼办法”、“无讼合作”以及“无讼club”更是奠定了“无讼”产品在法律自媒体的领军地位，于此同时其幕后经营者天同律师事务所也一跃成为全国的顶尖律所。此外，以“如是娱乐法”为代表的立足于细分法律专业领域的公众号也为律师展现自我提供了很好的平台，因为此类公众号的受众除了法律人之外还包括该细分领域的经营者，律师通过约稿或者主动投稿的方式在此类公众号发表观点不仅可以宣传自我，更为重要的是可以让更多的企业家看到。

因此无论是对于律师事务所还是律师而言，充分利用互联网这一张“网”将带来众多的机遇。

机遇二——信息时代为企业法律顾问服务提供技术支持

互联网与法律服务结合的产物除了法律电商平台之外，还有扮演着技术支持的法律工具的角色，这一类型的“互联网+”的产物不仅没有给企业法律顾问服务带来威胁，反而提供了坚实的技术保障。

首先，以提供法条和案例检索为代表的法律工具类平台，比如说“北大法宝”、“中国裁判文书网”等检索平台的出现实现了法律资源的公开化，为律师搜集资料提供了便利；其次，越来越多的专业公众号的诞生给律师提供了学习思考的平台，因为时间和精力有限，每个律师只会选择1-2个业务方向做为自身的专业领域，然而在工作过程遇到的问题却是多种多样，而且法律法规和司法判例也在不停的更新，因此一个可以及时提供最新资讯并进行分析总结的公众号对于律师而言具有十分重要的意义。此外，还有类似于法言、无讼这类尚在完善阶段的法律人社区，为律师之间相互交流、信息共享、提供了合作平台。

机遇三——互联网催生新的法律服务需求

互联网与传统产业的结合促使新产业的诞生，例如互联网与金融行业的结合产生了第三方支付平台、P2P信贷等互联网金融，互联网与传统零售业的结合产生了淘宝、天猫等在线购物平台，这些新兴产业的产生给律师带来了新的市场，特别是对于青年律师而言更是一个很好的发展机会。首先，因为这些新兴产业的法律服务市场不同于传统产业已被资深律师占领，目前绝大部份还处于空白状态，如果青年律师可以抓住机遇深入研究，那么很有可能成为该领域的领军人物。其次，互联网行业目前还处于发展时期，无论是立法层面还是行业本身都处于摸索阶段，在发展过程中必将会出现很多合法合规、风险控制等方面的问题，这都离不开律师的专业服务。

### 四、互联网背景下企业法律顾问服务何去何从

互联网与企业法律顾问服务的碰撞是时代发展的必然，互联网也的确会给企业法律顾问服务带来一些冲击，但笔者认为，互联网只是提高法律服务质量、效率和提高律师自我宣传渠道的工具，并不会取代和颠覆传统的以律师为主体的企业法律顾问服务。

（一）互联网无法取代律师的主体地位

首先，就企业法律顾问服务本身而言，与其它一些可以被标准化的比如说公司注册等业务不同，其特点在于私人订制，虽然时常能遇到的合同类型大致只有几类，法律问题背后所蕴含的原理也大同小异，但是每个企业所面临的交易模式，商业规划等不同都会影响合同的条款以及法律问题的决策，这些都是目前产品化的法律服务所无法提供的，当然不排除将来人工智能的发展。

其次，法律问题对于任何一家企业而言都是严肃的，每个决定都可能会直接影响到企业的发展，这一特性决定了企业在选择服务律师的时候都秉持着谨慎的态度，很少有企业会简单地通过法律电商平台直接进行聘请法律顾问，这也是为什么大部分的电商平台还是以推荐律师为主的原因，从这一角度而言，电商平台作为互联网与法律服务的产物更多的是充当着律师宣传与中介平台的角色，背后真正的服务者仍然是律师。

再次，企业法律顾问作为企业的风险管控者和救火员，需要参与到企业方方面面的管理中，对企业的大小决策献言献策，这对于企业和顾问律师之间的信任度有着很高的要求。因为任何一个决策都关乎企业的利益，若企业对顾问律师的专业度不信任的话，法律顾问工作的开展将面临较大的困难，而信任的培养需要时间的积累，并不是简单的通过几个电话或者几百字的介绍就能形成，因为这是在屏幕那一方的电脑程序无法完成的。

（二）互联网带来的两大变革

互联网作为一项技术，其所蕴含的新思路和新技术为企业法律顾问服务带来的更多的是变革的机会，笔者认为，互联网为企业法律顾问服务带来了两大变革，一是减少了搜索成本，提供法律检索的互联网平台通过公开法律法规、裁判文书提升了法律公开化的同时提高了律师的工作效率，而近期推广的法院网上立案系统更是解决了异地立案浪费时间和金钱成本的问题。二是解决了信息不对称的问题，一般而言，当事人从通过朋友介绍或者律所推荐找到合适的律师，到与律师见面讨论案件通常会花费3天以上的时间，而且每个律师精通的领域不会超过三个，这意味着花费时间和精力也不一定会找到一位合适的律师。而另一端的律师也时常被案源所困扰，特别是青年律师，需要不断的进行自我推广才能拉到案源，以介绍律师为主业的电商平台的出现在一定程度上解决了这一痛点，对于客户而言可以足不出户通过平台寻找到精通于该领域的律师，而律师也可以借助平台进行自我推广以此获得案源。

（三）用“网”捕鱼

综上笔者认为，面对互联网“入侵”企业法律顾问服务的时候不必惊慌，也无需以敌对的姿态加以阻止，互联网所带来的技术革命正是解决目前企业法律顾问服务的痛点所需要的，作为从业者的我们需要做的是怎样用好这一张“网”来为自己捕到更多的鱼。

笔者认为可以先从以下几个方面着手，第一，利用互联网拓展业务来源。从介绍律师的电商平台到微博、微信公众号等自媒体为律师提供多样化的自我宣传渠道，互联网的信息共享为律师增加了与客户交流的机会。然而值得注意的是，无论律师将简历撰写地如何完美，个人公众号编制地如何精彩，在这个“内容至上”的社会，最终将这种交流转化为业务依靠的还是律师的专业程度和职业素养。第二，关注“互联网+”所衍生的新兴产业和细分产业。互联网不仅改变了人们的消费模式，也带来了新的创业模式，互联网金融、云计算、物联网等产业的兴起都将成为企业法律顾问服务新的增长点。一方面这些新兴企业在发展前期因为缺乏相应的监管会出现野蛮生长的现象，然而政府一旦出台相应政策，便会出现大量合法合规，风险控制等方面的问题，为律师带来了新的机会。另一方面相较于传统行业成熟稳定的法律顾问体系，新兴产业的出现特别是为青年律师提供了无限的可能，若能把握时机潜心研究很有可能会成为这些领域的领军者。第三，充分利用互联网大数据和搜索工具为顾问工作服务。顾问律师对于企业而言扮演着私人医生的角色，需要为发生在企业不同环节的问题，以及不同行业的企业发生的问题进行“诊断”。然而律师所精通的领域有限，法律法规司法判例却在日益变化，这时运用好搜索法律法规、司法判例的检索工具对于提高律师的工作效率有很大的帮助。

五、结语

总之，互联网对于企业法律顾问服务而言并不是“狼来了”的存在，企业法律顾问服务的服务主体在看得到的未来仍是律师，互联网尚不具有颠覆行业的能力。互联网选择了企业法律顾问服务，对于企业法律顾问行业来说意味着注入了全新的理念和机会；对于法律顾问行业的从业者而言，用好互联网这个“网”将为自己捕到更多的鱼，争取更多的机会，因此，我们有什么理由不去拥抱互联网呢！

参考文献

[1] 尹燕德、朱林海、丁伟晓等：《法律服务如何对接互联网时代》，<http://www.lawyers.org.cn/info/b7d3c6c949cd4c62abaf6b2525340f9a>，2017年6月20日最后一次访问。

[2] 京都律师事务所：《2016年度互联网法律服务行业调研报告——“互联网+法律”，敢问路在何方》，[http://www.360doc.com/content/16/0820/19/31014543\\_584609754.shtml](http://www.360doc.com/content/16/0820/19/31014543_584609754.shtml)，2017年6月20日最后一次访问。

## Web 缓存新鲜度检测值在现有设计抗辩中的运用

浙江训和律师事务所律师 朱 挺

【内容提要】网络图片作为电子数据证据真实性较难确定，司法实践中人民法院一般会结合其他因素进行综合认定，并以高度盖然性原则确认待证事实的存在。Web 缓存新鲜度检测值并非反映图片本身属性，而是反映原文档修改或未修改的状态，通过修改原文档数据不能篡改该值从而具有证据真实性。同时该值与涉案专利申请日进行比较，可增强或削弱现有设计抗辩，故在现有设计抗辩中得以运用。

【关键词】现有设计 WEB 缓存 新鲜度检测 Last - Modified

随着互联网的迅速发展和广泛应用，网络文件传输呈指数增长，其中包含大量的多媒体文件，比如图片、视频等。司法实践中，网络图片作为对比设计越来越常见。但人民法院对网络图片的证据认定比较谨慎，一般结合其他因素综合认定网络图片的证据真实性。而涉及域外网站或非知名网站，由于其资信情况、管理状况、技术手段等与国内知名网站存在差异，审判实践中对网络图片采信与否存在争议。为此，若通过其他证据来证明网络图片上传时间，会增强网络图片作为在先公开证据的真实性与可信度。

### 一、网络证据在现有设计抗辩中的运用与局限

#### （一）现有设计的定义

我国专利法对现有设计有明确的定义。《专利法》第二十三条第四款规定：本法所称现有设计，是指申请日以前在国内外为公众所知的设计。

由于我国对实用新型和外观设计专利申请不作实质性审查，这客观上导致很多实用新型和外观设计专利权不是非常稳定。实践中也经常存在外观设计专利因现有设计或抵触申请<sup>[1]</sup>而被宣告无效。

#### （二）实施现有设计不构成侵权

《专利法》第二十三条第一款规定：授予专利权的外观设计，应当不属于现有设计。第六十二条规定：在专利侵权纠纷中，被控侵权人有证据证明其实施的技术或者设计属于现有技术或者现有设计<sup>[2]</sup>的，不构成侵犯专利权。

如果被告能够提供对比设计，证明其实施的设计属于现有设计，则不构成专利侵权，亦无须承担侵权责任。故现有设计抗辩是司法实践中较为常见的抗辩理由。但现有设计抗辩能否成功的关键

在于被告能否提供合法有效的对比设计。

#### （三）网络图片的证据属性及证明力

互联网中存在大量的网络信息，其中包括文本信息和非文本信息（也称多媒体信息）。例如在外观设计专利申请日前已经有相同设计或无实质性差异的产品进行公开销售，那么该产品展示图片可以作为在先公开的对比设计。

在《民事诉讼法》第六十三条规定的八种证据<sup>[3]</sup>类型中，笔者认为网络图片应当属于电子数据证据，是法定的独立证据类型，经查证属实的电子数据证据可以作为直接证据认定案件事实。

司法实践中，对电子数据证明力的审查判断是一个比较复杂的环节。网络电子证据呈现在网络用户面前的、具有直观性的表现形式是网页，而要确定网页内容的真实性则必须查明网页内容与后台数据是否具有一致性，这对举证方来说很难做到。而网页数据客观上也确实存在易编辑性、易修改性，司法机关仍需要结合其他因素对电子证据进行综合认定。

最高人民法院在“董健飞与吴树祥、国家知识产权局专利复审委员会外观设计专利权无效行政纠纷案”<sup>[4]</sup>中指出，在审查判断以公证书形式固定的互联网站网页发布时间的真实性与证明力时，应考虑公证书的制作过程、网页及其发布时间的形成过程、管理该网页的网站资质和信用状况、经营管理状况、所采用的技术手段等相关因素，结合案件其他证据进行综合判断<sup>[5]</sup>。即实践中司法机关采取高度盖然性原则来认定待证事实的存在。

由于高度盖然性原则的预期不确定性，实务中形成了一些机械的判断标准，比如电子数据的采集必须“两个网站以上”“管理资信好的知名网站”“由网站给出证明”等。但并非所有案件都存在前述的条件。

#### （四）网页快照的运用与局限

司法实务中一直在探索将网页信息作为证据使用的方法和途径。其中网页快照在专利诉讼中应用得较多。笔者以“网页快照”为关键词在中国裁判文书网检索案例，截至本文撰写之日，得到 198 例司法判例，其中大多数为知识产权纠纷案件。

以百度快照为例，百度快照是搜索引擎通过蜘蛛爬虫（spider）自动抓取互联网上的第三方网站网页，再将抓取到的网页进行备份、建立索引（即多媒体文件的链接），储存到百度网站自己的服务器缓存里。这样，每个被百度收录的网页，在百度上都存有一个纯文本的备份。但百度只保留文本内容，而涉及到图片、音乐等非文本信息，快照是直接从原网页调用。

由于网页快照只是缓存原网页的文本信息，并不含多媒体信息（如图片、音频、视频），也就是说，客户浏览网页快照所看到的照片是搜索引擎通过技术手段从第三方网站调取，而非网页快照当时形成。也正因为网页快照的这个技术特点，网页快照中的照片可能是后期添加或修改的照片，所以网页快照一般用于现有技术抗辩，而难适用于现有设计抗辩。

本文笔者提出的分析单一多媒体文件（例如一张网络图片）的 Web 缓存新鲜度检测的 Last-Modified 值，针对的是多媒体文件本身，而非整个网页，与网络快照的运用存在区别。笔者通过分析文件的形成时间，以判断是否为在先公开。这一方法虽与网页快照一样，均适用了 web 缓存的技术手段，但在效果上有显著差异。

[3] 《民事诉讼法》第六十三条规定，证据包括：（一）当事人的陈述；（二）书证；（三）物证；（四）视听资料；（五）电子数据；（六）证人证言；（七）鉴定意见；（八）勘验笔录。

[4] 再审申请人董健飞与被申请人吴树祥、一审被告、二审上诉人国家知识产权局专利复审委员会外观设计专利权无效行政纠纷案〔（2015）知行字第 61 号〕

[5] 最高人民法院知识产权案件年度报告（2015 年）摘要（2016 年）：“36. 电子证据真实性和证明力的审查判断”。

[1] 对于抵触申请的定义，《专利审查指南（2010）》第五章第 5 条指出：在涉案专利申请日以前任何单位或者个人向专利局提出并且在申请日以后（含申请日）公告的同样的外观设计专利申请，称为抵触申请。其中，同样的外观设计是指外观设计相同或者实质相同。

[2] 根据最高人民法院《关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释》第十四条第二款规定：被诉侵权设计与一个现有设计相同或者无实质性差异的，人民法院应当认定被诉侵权人实施的设计属于专利法第六十二条规定的现有设计。

## 二、Web 缓存技术及新鲜度检测方式

### （一）Web 缓存技术的概念

Web 缓存技术是一种在本地存储经常访问的信息的一种技术<sup>[6]</sup>。Web 缓存是可以自动保存常见文档副本的 HTTP 设备。在计算机系统设计 中，通常在处理器芯片上使用缓存的内存来访问最近使用过的数据<sup>[7]</sup>。当 Web 请求抵达缓存时，如果本地有“已缓存的”副本，就可以从本地存储设备而不是原始服务器中提取这个文档。<sup>[8]</sup>

### （二）Web 缓存的实现原理

Web 缓存的基本思想是以存储空间换取 Internet 带宽<sup>[9]</sup>。客户端第一次访问原始服务器的页面时，缓存就保留了第一条服务器响应的副本。本地副本可能存储在内存、本地磁盘，甚至附近的另一台计算机中。如果客户端后续仍要继续访问网页的，缓存则通过获取后继请求查找本地副本，而无须访问原始服务器，并将响应回送给客户端。这样可以减少流入/流出原始服务器的、被浪费的重复流量。

### （三）Web 缓存的优点

随着网络的迅速发展，网络上传输的信息不再是简单的文本信息，声音、图片、动画、视频等大容量的多媒体信息有了更多的传输需求。如果客户端都是直接向原始服务器访问，必然带来网络拥堵。

在网络带宽资源受限情况下，使用缓存有下列优点：1. 减少了冗余的数据传输，节省了你的网络费用；2. 缓解了网络瓶颈的问题，不需要更多的宽带就能够更快地加载页面；3. 降低了对原始服务器的要求，服务器可以更快地相应，避免过载的出现；4. 降低了距离时延，因为从较远的地方加载页面会更慢一些。

### （四）缓存的新鲜度检测

HTTP 通过缓存将服务器文档的副本保留一段时间。在这段时间里，都认为文档是“新鲜的”，缓存可以在不联系服务器的情况下，直接提供该文档。但一旦已缓存副本停留的时间太长，已缓存副本的使用期（age）时长超过了新鲜生存期（freshness lifetime），此时该文档副本会因新鲜度不足而暂缓向客户端提供。缓存需要做一次新鲜度检测：与原始服务器进行确认，询问服务器该文件是否有任何更新。如果原始服务器资源改变，缓存服务器可以向原始服务器获取当前的副本。

但也存在这样一种情况：缓存的副本已经过期，但原始服务器上的内容与缓存内容仍然相同，缓存服务器重新获取相同内容的副本意义不大，反而浪费网络带宽。为避免给缓存服务器和原始服务器增加不必要的操作和负载，HTTP 为客户端提供了一种方法，仅当资源改变时才请求副本，这种特殊请求称为有条件的请求<sup>[10]</sup>。有条件的请求是通过以“If-”开头的有条件的首部来实现。

### （五）两种新鲜度检测方式

If-Modified-Since 与 If-None-Match 是两种较为常见的请求首部用于缓存副本的新鲜度检测，相对应的 Last-Modified 值与 ETag 值是 HTTP 使用的两种主要验证码。

If-Modified-Since 是一种从生命周期法变化而来的基于命令驱动的机制，该方法是只有当缓存对

象被请求并且超过有效期时才会刷新对象。<sup>[11]</sup>If-Modified-Since 请求首部用来发起条件请求。如果在此期间内容被修改了，最后的修改日期就会有所不同，原始服务器就会送新的文档。否则，服务器会注意到缓存的最后修改日期与服务器文档当前的最后修改时间相符，会返回一个 304 Not Modified 响应。

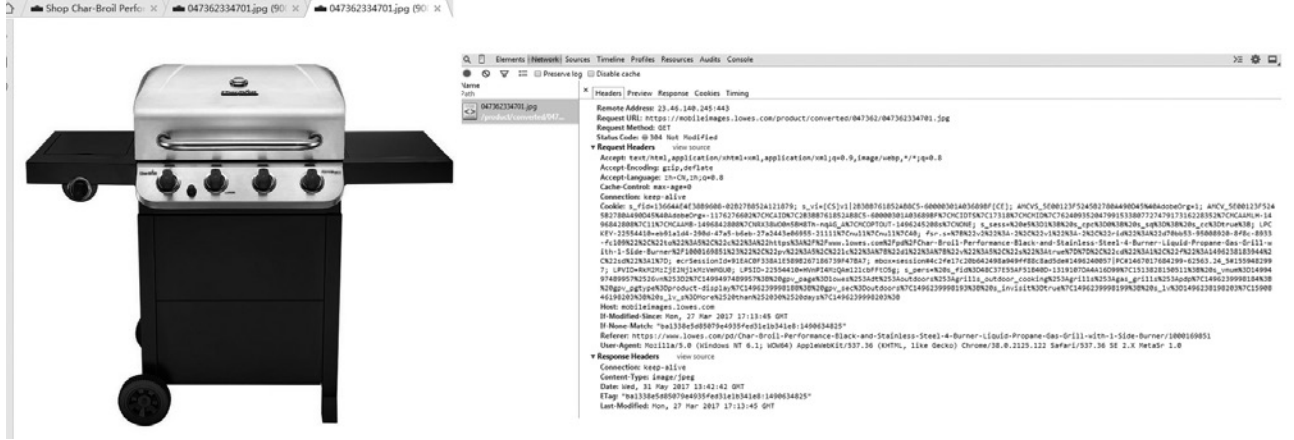
HTTP 对每个请求响应时都会包含一个“Last-Modified”域以指出该对象的上一次修改时间。由于请求对象都是在一台服务器上的文件，因此 Last-Modified 值可能就是服务器的文件系统所提供的最后修改时间。<sup>[12]</sup>

If-None-Match 验证相比较 If-Modified-Since 验证更为严苛，它是客户端在 If-None-Match 首部中使用之前原始服务器响应给客户端的唯一标识，该标识体现在 ETag 首部中，例如下图的唯一标识是“ba1338e5d85079e4935fed31e1b341e8:1490634825”。

If-None-Match 的验证过程，做一个拟人化比喻就是，客户端在对服务器说：“如果你那里页面的最新版本标识与我这个标识不同，就把这个页面的最新版本发给我”。所以一旦服务器中该图片资源发生改变，服务器将会把该页面的最新版本发给客户端。最新资源版本响应给缓存服务器之后，缓存中对应的 ETag 首部就携带了新的且唯一标识服务器资源的值。

Last-Modified 值与 ETag 值两者可以一起使用。在技术手段上看，If-Modified-Since 验证属于弱验证，If-None-Match 验证属于强验证，ETag 值验证增强了 Last-Modified 值的真实性和可靠性。

例如：我们访问图一的网络图片，缓存进行新鲜度检测之后，原始服务器返回“304 Not Modified”响应，说明缓存文档副本并未丧失新鲜度，即缓存文档的最后修改时间与原始服务器上最后修改时间相符。如图二所示，该图片最后修改时间为 2017 年 3 月 27 日。



（图一）

## 三、运用 Last-Modified 值的可行性

### （一）Last-Modified 值不易篡改

通过分析 Web 缓存的工作原理可知，缓存文档存储于本地内存、磁盘，甚至附近的另一台计算机中，利害关系人在原始服务器上修改文件反馈于客户端的缓存副本信息只能是原文档修改或未修改的状态，以及 Last-Modified 值。即利害关系人在原始服务器修改文件，反馈于缓存的信息将是原文档已经被修改，最后修改时间为利害关系人修改原文件的时间。综合分析，因 Last-Modified 值（即

[11] 贺琛，陈肇雄，黄河燕：《Web 缓存技术综述》，《小型微型计算机系统》，2004 年 5 月，第 25 卷第 5 期，第 840 页。

[12]David Gourley,Brian Totty,Marjorie Sayer,Sailu Reddy,Ansbu Aggarwal 著，陈娟、赵振平译：《HTTP 权威指南》，人民邮电出版社 2016 年版，第 545 页。

[6] 黄敏，张卫东，李众立：《Web 缓存技术的应用与研究》，《计算机工程与设计》，2003 年 5 月，第 24 卷第 5 期，第 30 页。

[7] 贺琛，陈肇雄，黄河燕：《Web 缓存技术综述》，《小型微型计算机系统》，2004 年 5 月，第 25 卷第 5 期，第 836 页。

[8] David Gourley,Brian Totty,Marjorie Sayer,Sailu Reddy,Ansbu Aggarwal 著，陈娟、赵振平译：《HTTP 权威指南》，人民邮电出版社 2016 年版，第 170 页。

[9] 刘晓梅，李兰芬：《Web 缓存的实现原理》，《山东大学学报（工学版）》，2003 年 8 月，第 33 卷第 4 期，第 450 页。

[10] David Gourley,Brian Totty,Marjorie Sayer,Sailu Reddy,Ansbu Aggarwal 著，陈娟、赵振平译：《HTTP 权威指南》，人民邮电出版社 2016 年版，第 378 页。

最后修改时间)并非体现图片本身的属性,利害关系人修改原文件的行为可能改变图片本身的属性,但不可能改变其反馈于缓存的最后修改时间数值。故该值不太可能在原始服务器上被篡改。

另外,从新鲜度检测原理来看,该 Last-Modified 值亦不容易被修改。新鲜度检测时客户端通过 If-Modified-Since 和 If-None-Match 请求首部用来发起条件请求,一旦原始服务器中资源发生改变,反馈结果必然是最后修改时间的改变,同时缓存副本中携带新的且唯一的代表原资源的标识,该验证过程是基于 Web 缓存技术,具有不可逆性。即使利害关系人在原始服务器中篡改数据,也不可能篡改缓存服务器中的 Last-Modified 值与 ETag 值。

加之该证据在实务中普及程度不高,笔者查阅相关文件及司法判例,并未发现有将 web 缓存新鲜度检测值用于现有设计抗辩的实例。Last-Modified 值在司法实践中的运用仍为空白,利害关系人通过技术手段进行篡改的可能性不大。

#### (二)可运用空间巨大

据统计,Web 应用系统中需要处理的数据约有 20%-50% 是短时间内不会发生变化的。<sup>[13]</sup> 如果我们需要的多媒体文件,比如图片、视频等缓存副本尚在新鲜生存期内,无须进行新鲜度检测即可读取。那么我们通过读取 Last-Modified 值可以与外观专利权申请日进行比对。

如果我们的多媒体文件资源在原始服务器中未改变,那么通过 If-Modified-Since 与 If-None-Match 条件请求,缓存文件无须修改,仍然沿用之前的副本。此时我们通过读取 Last-Modified 值仍可以与专利申请日进行比对,分析是否可用于现有设计抗辩。

实务中大量的外观设计专利诉讼都涉及网络图片的取证问题。而针对网络图片的取证目前并没有非常成熟的手段。如前所述,网页快照技术因其技术特点,一般适用于发明专利或实用新型专利的现有技术抗辩,而在外观设计专利纠纷中难以适用。因此,通过分析单一网络图片的缓存信息,得出该图片的最后修改时间,以最后修改时间与专利申请日进行比较,为外观设计专利纠纷诉讼提供一种新的取证方式。

#### 四、Last-Modified 值的运用

因 Last-Modified 值的获取运用了 Web 缓存技术,利害关系人无法通过原始服务器对该值进行修改,从而具有一定客观性和真实性。而 Last-Modified 值反映了网络图片的最后修改时间,将图片最后修改时间与涉案外观设计专利申请日的比较,可以得出网络图片的设计早于专利申请日还是晚于专利申请日的结论。

Last-Modified 值在实务中的具体运用,笔者认为若该值早于申请日可证明涉案专利存在在先公开证据,被告在诉讼中可进行现有设计抗辩,或将该网络图片作为无效宣告的证据;若该值晚于申请日则证明该图片在申请日后被修改,可用于削弱现有设计抗辩。

#### (一)早于申请日的增强证明力作用

笔者代理被告浙江某某某户外家具有限公司与原告王某某侵害外观设计专利权纠纷案,原告有一个名称为“休闲椅靠背”的外观专利,该专利的申请日期为 2015 年 5 月 14 日。域外某知名零售网站中有一张产品图片,该图片设计与涉案专利设计相同。通过查看该图片的 Web 缓存新鲜度检测的 Last-Modified 值,发现该图片最后修改时间为 2015 年 1 月 1 日,可以证明该网络图片至迟于 2015 年 1 月 1 日发布,早于原告专利申请日即 2015 年 5 月 14 日。该图片初步判定可以作为现有设计抗辩及无效宣告现有设计的证据。

结合该零售网站系世界 500 强知名网站,网站管理者已经声明该图片上传时间早于申请日,且在网站的销售页面中有一买家附图评论,该附图亦早于申请日,故该产品图片可以作为现有设计的对比设计。

故笔者认为 Last-Modified 值若早于涉案专利申请日的,可以起到增强对比设计证明力的作用。

#### (二)晚于申请日的削弱证明力作用

笔者代理原告朱某某诉义乌市某某汽车用品厂侵害外观专利权纠纷案,原告名称为“车载饮料架”的外观设计专利申请日为 2015 年 7 月 17 日。被告提供两份网页电子数据公证作为对比设计,一份公证书附件证明韩国 gmarket 购物网站上有销售与涉案专利设计相同设计的产品,且该产品销售的最早文字评论时间为 2015 年 2 月 27 日,早于原告专利申请日;另一份公证书附件证明国内 pcpop 购物网站上有销售相同设计的产品,且显示该产品上市时间为 2011 年 4 月,早于原告专利申请日。

被告认为通过网站管理者标注的上传时间或买家评论时间可以确定对比设计早于申请日。但笔者认为网页本身包含了文本信息与非文本信息两类,其中非文本信息(如网络图片)存在事后添加或者修改的可能性。如网页快照的技术一样,文本信息保存于服务器的缓存中,但非文本信息则仅保留链接,需要通过第三方网站临时获取。被告提供的对比设计图片不排除利害关系人临时添加或修改的可能。

为证明合理怀疑的可能性,笔者通过查看对比设计图片的 Web 缓存新鲜度检测 Last-Modified 值,发现该两份对比设计图片最后修改时间均晚于申请日,存在事后被编辑或修改可能性,以此实质削弱对比设计的证明力。

#### (三)Last-Modified 值取证步骤

笔者以获取目标图片的 Last-Modified 值(即最后修改时间)为例,具体取证步骤如下:

1. 打开浏览器。2.url 栏输入目标网站网址。3. 选择目标图片。4. 点击大图,弹出新窗口。然后在大图上按右键“新标签打开”。5. 新标签中显示大图(附件)。6. 点击工具——开发者工具——选择 Network——右键刷新——点击目标图片——选择“Headers”。7. 将该开发者工具页面最大化——页面截屏——打印(附件)。8. 关闭窗口。

#### 五、结语

在专利诉讼中,难以避免的涉及将网络图片作为在先公开的证据,而分析该网络图片的上传时间或形成时间显得尤为重要。笔者代理的前述两案,均提供了 Web 缓存新鲜度检测 Last-Modified 值电子证据的公证,但尚未有生效裁判文书对该证据证据性进行论证。笔者以“Last-Modified 值”“Web 缓存”“新鲜度检测”为关键词在中国裁判文书网检索裁判文书,目前未有生效裁判文书对 Web 缓存信息及 Last-Modified 值证据性进行评析。可见,Web 缓存新鲜度检测值在现有设计抗辩中的运用仍为空白,笔者希望通过个案为现有设计诉讼取证提供一种新方法。

[13] 高飞,侯瑞春,周志明:《Web 页面缓存技术在业务系统中的应用》,《计算机技术与发展》,2010 年 1 月,第 20 卷第 1 期,第 209 页。

## 家族财富传承中的金融工具分析

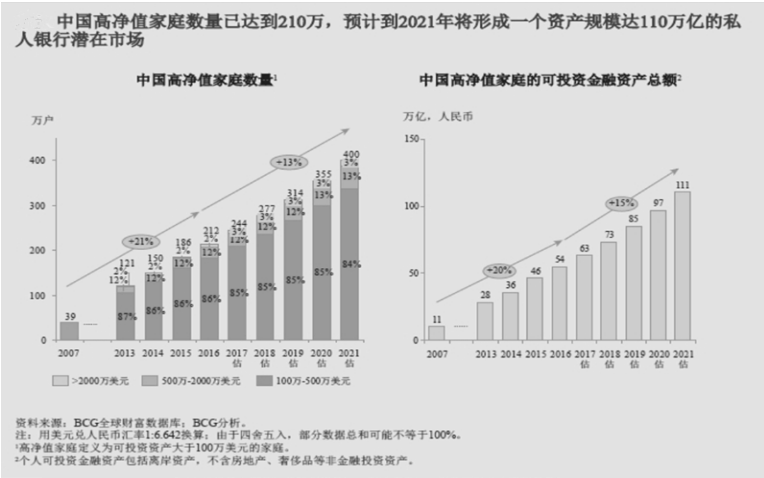
### ——法律金融双重视角下家族财富传承管理模式初探

浙江五联律师事务所 沈宇锋 王晋寅

【内容提要】改革开放以后，我国经济迅猛发展，同时也促使了个人和家庭财富的快速集聚。随着首代创业者年龄的增长，财富保障及传承已成必须面对的难题。财富传承隐患诸多，如果处理不好，轻则家庭失和分崩离析，重则整个家庭迅速衰弱。文章就目前我国家族财富传承中的几类常见金融工具进行了分析，并在此基础上就最迫切需要解决的家族财富传承管理模式进行了初步探讨，并对各产品设计的要点、法律问题进行了阐述，以期为家族财富传承产品的设计提供思路。

【关键词】家族财富传保险 信托 私募基金

改革开放以来，我国经济一直保持着高增长的态势，高净值客户群体规模也呈现逐年扩大趋势。如图表一所示，截止至 2016 年，中国高净值家庭（即家庭投资金融资产超过约 100 万美元的家庭）数量达到 212 万户，其中资产在 500-2000 万美元的家庭达到 25.44 万户，资产超过 2000 万美元的家庭达到 4.24 万户，这些高净值家庭形成的高净值财富市场总额达 54 万亿元人民币。预计到 5 年后的 2021 年，中国高净值家庭数量将达到 400 万户，其中资产在 500-2000 万美元的家庭将达到 52 万户，资产超过 2000 万美元的家庭将达到 12 万户，形成一个规模达 110 万亿人民币的高净值财富管理市场。通过上述数据我们可以发现，中国高净值群体规模巨大且将持续增长，这为家族财富管理和传承的服务提供了市场基础。



（图表一）源自《中国私人银行 2017》

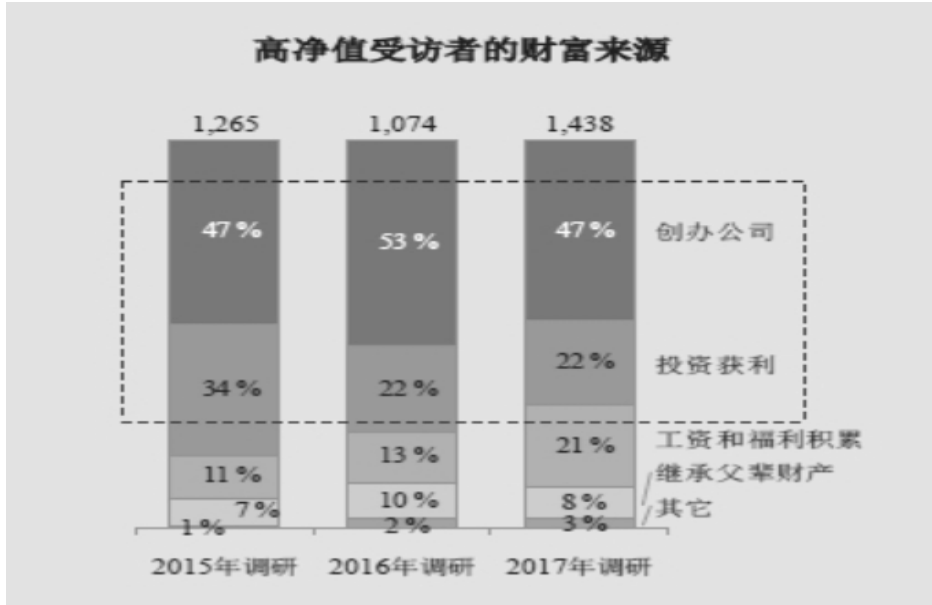
#### 一、家族财富传承规划发展的必然性

##### （一）财富拥有者的老龄化

我们不能忽视这样一个事实，我国的财富积累主要是在 1979 年改革开放之后，而高净值人群更集中于上世纪 50 年代至 70 年代人群。以 2017 年福布斯中国富豪榜前 100 名为例<sup>[1]</sup>，年龄低于 45 岁的企业家只有 12 人，年龄大于 45 岁的企业家高达 88 人。上榜的企业家虽然大多仍能叱咤风云，但从很大程度上折射出我国高净值人群高龄化的现象。也就是说，在未来 5-10 年内，大部分企业家都存在家族财富传承的需求。

##### （二）家族企业的传承需求

如图表二所示，我们可以发现，在高净值群体中，相当一部分是通过创办企业积累财富。但随着这些企业创办者年龄的增长，企业的传承问题逐渐显现：继承人管理能力弱、继承人传承意愿低、企业传承仓促、企业的经营宗旨难以适应时代变化的需求等。所以提前进行家族财富传承规划，运用专业机构的能力为家族企业作出合理安排，有助于家族财富延绵传承。



（图表二）源自《中国私人银行 2017》

##### （三）有助于规避家族风险

高净值人士通过对自身财产结构、家族成员情况等各方面进行充分梳理和权衡，有针对性的使用不同财富传承工具能有助于化解家族风险、实现家族财富的有效传承。高净值人士没有好好运用财富传承工具的悲剧例子很多，其中台湾王永庆家族就是其中的典型。台塑集团创始人王永庆于 2008 年突然死于美国，由于其资产状况极为复杂，生前也没有制定相关的遗产规划，其遗产财富必须由妻子与子女共同协商处理，但其妻妾子女众多，财富分配难以协调，导致家族各继承人长期处于激烈的遗产争夺战中，进而影响企业集团的有效运作，最终影响整个家族的存续发展。

##### （四）有助于合理合法避税

虽然我国目前仍未开征遗产税，但随着税收体制的完善，未来遗产税的征收也是在所难免。2013 年 2 月在《关于深化分配制度改革的若干意见》中已经提到征收遗产税的具体方法。一旦遗产税真的开征，高净值人士的财富在其死后将面临巨额的损失，进而影响其家族成员的切身利益。所

[1]<http://www.didown.com/news/54894.html>

以高净值人士应当提前做好财富传承规划，运用金融工具合理合法达到避税效果。目前，家族信托产品以及相关保险产品等金融工具在家族财富传承领域均有合理合法避税效果。

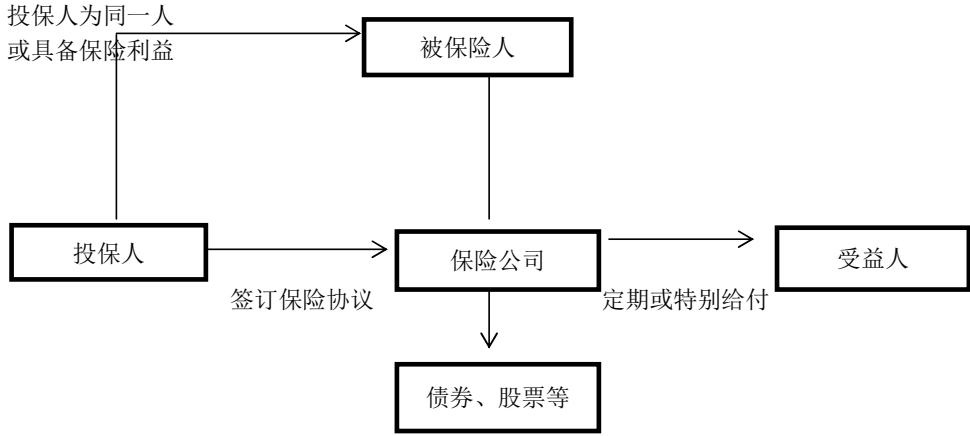
二、家族财富传承中的金融工具分析

家族财富传承涉及诸多问题，包括由哪些人继承、继承人的继承比例、税收税率的高低、财富的保值增值等等。按照我国目前的民法体系，如果不考虑金融工具属性，较为普遍的路径选择大多为遗嘱和赠与这两类，但由于遗嘱和赠与只能解决财产权的归属问题（遗嘱解决财产权的未来归属，赠与解决财产权的现实归属），但并不能解决家族财富传承中的其他复杂问题（如企业控制权、破产隔离、税务筹划、动态调整、保值增值等）。因此要解决上述复杂的问题并保障家族财富的平稳，必须在法律和金融双重视角下选择和设计家族财富传承管理模式。笔者根据目前各种金融工具的特征结合家族财富传承的实务操作，在本文中着重分析保险、家族信托、私募基金等三类金融工具在家族财富传承中的具体应用。

（一）保险作为财富传承金融工具的分析

1、保险的含义

保险<sup>[2]</sup>是指投保人根据合同约定，向保险人支付保险费，保险人对于合同约定的可能发生的事故因其发生所造成的财产损失承担赔偿责任，或者当被保险人死亡、伤残、疾病或者达到合同约定的年龄、期限等条件时承担给付保险金责任的商业保险行为。保险的目的就是为了防范风险，在突如其来的意外之后还能得到保障，但随着社会的发展也逐渐演化成为一种规划管理财富的金融工具。



（图标三）保险当事人关系

2、保险在财富传承中的功能

（1）保险具有资产保值、增值功能。

我国的《保险法》规定人寿险公司不能主动申请破产，只能是被收购或是重整；财产保险公司可以破产，但肯定要先对客户的权益进行转移或清偿，因此不必担心保险公司的倒闭问题。就是说法律已经保证了保险客户资金的安全性和稳定性，也意味着只要买了保险，保单所约定的收益必会得到对付。这样的刚兑保障对于家族财富传承资金来说非常具有吸引力。同时保单具有预定利率，可以给客户一个固定的、长期的、可测算的稳定现金流，确保家族财富的保值、增值功能。

（2）保险具有避税功能。

根据《个人所得税法》第四条第五款：保险赔款免纳个人所得税，但保险法并未规定投资型保

[2] 中华人民共和国保险法第二条

险产品收益也免交个人所得税。大家需要注意的是，保险赔款和保险收益是不同的：前者指出险后获得的理赔款，这部分个人免交所得税；后者指的是投资型保险的利息、红利等，这部分个人需要缴纳所得税。因此的保险的避税功能主要是对保险赔款的运用和操作，在办理此类业务时，受益人即财富继承人获得的实际是被保险人的死亡身故保险金，并且只能是身故后的保险赔款。

（3）保险具有融资功能。

保险产品特别是大额寿险保单，一般都具有较高的现金价值。因此，利用保单贷款融资的功能，便可以将保单抵押给银行，进而获得现金。这其中，客户通过更低资金获得了保单的同时，也通过巨大的杠杆，获得了更多现金流。

（4）保险具有保密功能。

高净值人士在购买保险时无须对外公开，制定的受益人及收益份额也不被外人所知。在充分保密的情况下，即实现了财富所有权的转移，也为继承人提供了保障。

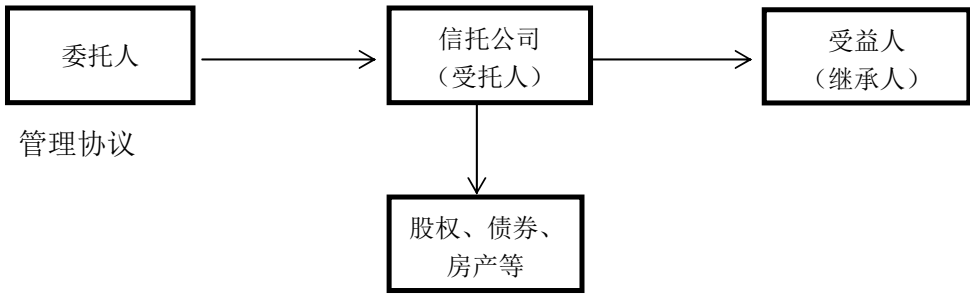
（5）保险可个性化定制。

高净值人士在利用保险进行财富传承时，可与保险公司进行商议，设计定制具有灵活性的保单，就受益人、收益率、收益时间等作出自由安排。具有较强的个性化，能充分体现投保人的个人意愿。

（二）家族信托作为财富传承金融工具的分析

1、家族信托的含义

信托<sup>[3]</sup>是指委托人基于对受托人的信任，将其财产权委托给受托人，由受托人按委托人的意愿以自己的名义，为受益人的利益或者特定目的，进行管理或者处分的行为。家族信托就是信托机构接受委托，以实现高净值人士的财富管理及传承为目标，代为规划、管理委托人家庭资产的财产管理方式。



（图表四）信托财富管理方式结构

2、家族信托在财富传承中的功能

（1）延续控制的功能。

家族信托产品一般是专门设计制作的，委托的财产也是需要长期管理的，所以家族信托计划通常是一个长期的信托计划。家族信托计划的受托财产包括但不限于现金、股权、不动产等。家族信托在保障家族财富传承的前提下，将家族财产的所有权与管理权实现分离与独立。这样的分工能够很好地解决家族内部优秀继承者承接不及时难题，家族财产能够在专业的团队中有效运作，保证家族财产的增值与控制。从而实现将委托的财产及其收益分阶段、分期限地分配于各继承人，进而促进保障整个家族的团结、稳定与发展。

（2）资产隔离功能。

家族信托在成立时就将信托资产所有权转让予受托信托机构，但委托人仍具有资产的财产权，

[3] 中华人民共和国信托法第二条

受托机构仅是管理受托资产并按信托计划给受益人分配收益，也就是说家族信托的所有权与财产权是相分离的。根据我国《信托法》第十五条、第十六条规定，信托财产的资产隔离功能主要体现下在以下三方面：第一、信托财产独立于委托人未设立信托的其他财产；第二、信托财产独立于受益人的其他财产；第三、信托财产独立于受托人的固有财产。这种法律规定的安全隔离设置一方面要求信托机构自有财产与委托资产相隔离，就算受托机构破产，也不能将信托财产用于清偿受托机构的债务。另一方面实现了委托人委托资产与其其他资产之间的隔离，就算委托人负债累累或是破产，债权人也不能要求以信托资产来偿还债务。

（3）财富传承功能。

家族信托可以解决包括家族财产的传承、防止子女挥霍家产、抚养未成年子女、照顾和扶助特殊家族成员、传承家族企业等多种财富传承功能。一方面，家族信托具有很强的灵活性；另一方面，家族信托还可以通过引入外部机构实现家族财富平稳传承。

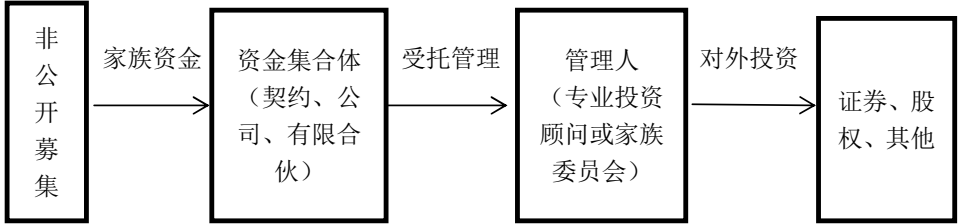
（4）税务筹划功能。

家族资产一旦放进家族信托计划，依据相关法律，该资产的所有权就不在属于家族，那么也就无法将该部分资产纳入遗产范畴，家族继承人也就无需支付相应遗产税等税收。

（三）私募基金作为财富传承金融工具的分析

1、私募基金的含义

私募基金是中国独有的说法，作为“私募”和“基金”的结合体，在《证券投资基金法》等相关法律法规中，都以“非公开募集基金”代之。虽然私募基金在我国法律上没有一个明确的定义，但其主要是指募集方式为非公开，以面向特定的合格投资者募集资金为目的而设立的基金，家族私募基金则是指由家族资金作为募集资金来源的私募基金，因此也可以称之为家族基金。在中国证券投资基金业协会公开的备案私募基金信息中，也陆续出现一批直接以“家族财富”等为名的私募基金。目前这些家族私募基金主要分两种：一是私募公司自己成立的，目的很明确，就是要做家族财富管理业务；二是高净值客户基于自身财富管理需求而聘请专业团队成立私募基金管理人帮助自己打理家族资产。本文所指的家族基金就是后者。这类家族私募基金，一方面可以做到深度定制化，达到自己的特殊需求；另一方面是私密性更强，可以满足高净值客户隐私保护的要求。



（图表五）家族私募基金投管流程图

2、私募基金的功能

（1）实现家族财富的自我管控。

不少高净值人士对其他金融工具存在质疑：或是认为投资收益过低，不利于家族财富的增值；或是对金融机构管理人存在疑虑，不放心将财产交于管理等等，家族私募基金恰能帮助高净值人士解决担忧。私募基金可以由自己投资并设立的，目的简单明确，就是通过自身或是聘请专业人士来打理家族财富管理业务。这样既可以实现对财富地控制，又能实现财富的规划和传承。

（2）保密功能。

家族私募基金由家族自身投资设立，私募基金的投资策略、投资方式等相关信息更为保密，很

难被外界所知。这对于运作资金体量较大的家族私募基金而言，可以有效地防范信息外泄所造成的投资风险。同时，家族私募基金对于家族自身财富资产规模、家族成员个人财富信息等隐私也可以起到很好的保护作用。

（3）投资灵活性。

私募基金可投资的领域较为广泛，根据《私募投资基金监督管理暂行办法》的规定，私募基金可投资于股票、股权、债券、期货、期权、基金份额以及投资合同约定的如红酒、艺术品等其他投资标的。因此家族资金通过私募基金可以根据市场形势和自有资金管理规模，灵活进行投资配置，确保家族财富管理需求的多样性并可以根据市场形势投资优势项目，追求利益的最大化。

（四）家族财富传承金融工具的比较

保险、家族信托及私募基金是我国目前最主要的几种家族财富传承管理类金融工具。作为财富传承金融工具，这几种金融工具均有财富保值增值、保密及传承等功能。但比较之下，家族信托与私募基金所涉及的资产领域更为宽泛，包括但不限于现金、证券、股权、动产、不动产等。同时，家族信托与私募基金个性化体现更为明显，高净值人士可以根据自己的特殊情况制定传承方案。另家族信托与家族私募基金的期限通常是自由约定，甚至可以做到没有时限限制，而保险必会受到期限限制。在避税方面保险与家族信托明显优于私募基金，私募基金避税功能相对较弱。综上比较，金融传承工具中，保险、家族信托和私募基金各有优势和不足。

| 项目   | 保险                                                       | 家族信托                                                                | 家族私募基金                                                  |
|------|----------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------|
| 实现方式 | 在保单中约定继承人为受益人                                            | 信托机构接受委托，制定家族信托方案                                                   | 私募机构接受委托，制定私募基金投资方案                                     |
| 设立门槛 | 部分存在门槛                                                   | 存在门槛                                                                | 100 万以上                                                 |
| 优势   | 1、财富保值增值；<br>2、降低税负成本；<br>3、融资功能；<br>4、保密功能；<br>5、个性化安排。 | 1、财富保值增值；<br>2、降低税负成本；<br>3、资产隔离；<br>4、保密功能；<br>5、延续控制；<br>6、个性化安排。 | 1、财富保值增值；<br>2、保密功能；<br>3、延续传承；<br>4、个性化安排；<br>5、投资灵活性。 |
| 不足   | 无法实现财富隔代延续传承；资金运用缺乏自主性和灵活性                               | 资金运用缺乏自主性和灵活性                                                       | 没有避税功能；没有资产隔离功能；                                        |
| 期限   | 期限长，被保险人死亡时结束                                            | 无上限，自由约定                                                            | 无上限，自由约定                                                |

（图表六）财富传承工具比较

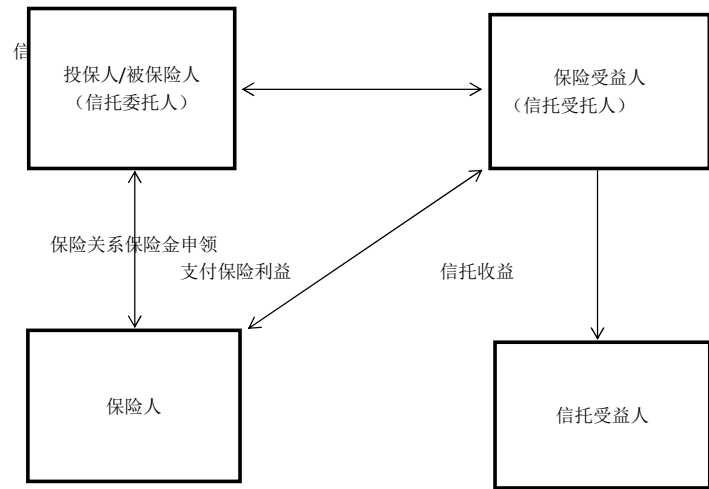
三、家族财富传承管理模式金融工具模型

通过分析保险、家族信托和私募基金这三类金融工具在家族财富传承中的特点，大家可以发现各类金融工具在家族财富传承中都具有自身的优势，同时也具有一定的不足。虽然越来越多的高净值人士希望通过金融工具来实现财富传承，但当前我国财富传承的金融产品还是结构单一，且各自存在一定的缺陷，不能满足复杂的财富传承需求。因此从家族财富传承管理模式的产品设计角度，则可以充分发挥各类金融工具的特点和优势，通过各种金融工具之间的嵌套运用，来满足高净值人士家族财富传承的相关需求。下面笔者就分别通过“保险 + 信托”、“私募 + 信托”这两类家族财富传承产品模型来实证分析此类嵌套运用的优势和特点。

（一）“保险 + 信托”家族财富传承管理模型

鉴于我国目前金融机构的发展水平，保险与信托在家族财富传承领域的混合运用已不存在任何实质上的技术障碍与法律障碍。保险与信托的的混合运用不仅可以加强保险与信托的互动发展，还

有利于双方发挥各自领域的优势，实现资源共享，达到共同发展的目的

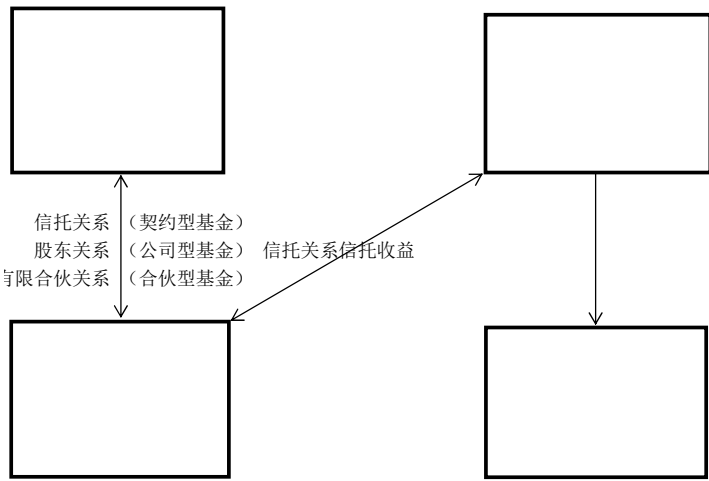


(图表七) “保险 + 信托” 结构

保险与信托的混合运用是以信托为底层结构构建起来的，以上图表七为例，高净值人士以自己为被保险人，信托公司设立的家族信托计划为受益人进行投保，并将保单交给信托公司保管。高净值人士与信托公司约定，以将来的保险金作为信托财产，再以高净值人士指定的人为信托受益人，设立家族信托。在保险期满或出险后，保险金从保险公司进入家族信托计划，信托公司通过运作信托计划根据信托合同的约定来向信托受益人支付信托收益。保险与信托的混合运用使保险资金得到更好的规划利用，财富传承的时效也得到了延长，充分发挥了保险和家族信托这两类金融工具在家族财富传承中的优势和作用。

(二) “私募 + 信托” 家族财富传承管理模型

如图表八所示，私募基金与信托的混合运用跟保险与信托的混合运用在交易结构上并没有太大的差异。高净值人士将资产交由家族私募基金管理人，再由管理人作为信托委托人与信托公司设立家族信托，约定以将来的私募基金收益作为信托财产，以高净值人士指定的家族成员作为信托受益人，设立私募基金收益信托。在私募基金收益后，资金从私募基金流向信托公司，信托公司运作私募基金收益向信托受益人支付收益。这样既能运用私募基金实现利益最大化，也能运用信托方式实现家族资产的合理分配及延长家族财富传承的时效。



(图表八) 私募基金与信托混合运用的结构

四、结语

笔者在对各金融工具在家族财富传承中的作用特点进行分析后，通过在法律和金融双重视角下对家族财富传承管理模式进行了初步探讨，但由于篇幅所限，实务操作中很多实际的复杂问题在文本中均未能涉及。由于家族财富传承并非一项传统法律业务，而是包括了婚姻家庭、继承、公司、税务、金融、涉外等多专业领域的新兴综合法律业务。因此这类业务对于有志于从事该领域的律师同仁们提出了更高的专业要求和挑战。当下高净值人群对财富传承管理的需求日益多样化，而传统单一的法律服务和金融产品已经无法满足高净值人群财富传承管理的需求，专业金融律师和金融机构需要向提供全方位的法律金融解决方案转型，同时这也成为诸多金融机构新的利润增长点和律所等第三方中介机构新的业务开拓点。笔者也期待本文能够为有志于从事家族财富传承业务的专业律师提供多一点的帮助和启发，共同努力去开拓家族财富传承法律业务的蓝海。

参考文献

[1] 姚蕾：《家族企业代际传承问题研究》，硕士学位论文，东北财经大学，2007 年。  
[2] 张恒：《家族信托在中国民营企业股权治理中的应用研究》，硕士学位论文，上海交通大学，2013 年。  
[3] 张建棣：《信托收益所得税法律制度研究》，博士学位论文，中国政法大学，2002 年。  
[4] 张钟予：《中国信托业财富管理模式转型研究》，硕士学位论文，西南财经大学，2012 年。  
[5] 中国农业银行私人银行：《私人财富传承与保障法律问题解决方案》，人民出版社 2015 年版。

