



中伦文德律师事务所  
ZHONGLUN W&D LAW FIRM

# 中伦文德

法律  
评论

2021年12月



中伦文德法律研究院

内部资料  
免费交流



由赛柏蓝和信用医药卫生网主办的“2021 医药企业合规年会”于9月25、26日在北京举办，百余家企业参加。北京市中伦文德律师事务所、向日葵、药销通等参与承办。中伦文德一级合伙人、医药健康专业委员会主任、成都分所主任王志坚律师主持了9月25日上午的《法治新时代》、9月26日下午的《合规体系建设》两个环节，以及签约合作仪式。在9月25日下午《视野与方法》环节进行了《打造有效的医药企业合规重点领域》主旨演讲。



为深化与高校的合作，加强对人才的培养，10月12日，中伦文德胡百全（前海）联营律师事务所林威主任律师、中伦文德律师事务所上海分所高级合伙人滕云律师、中伦文德（西安）律师事务所丁国昌主任律师、澳大利亚悉尼新南威尔士大学中国区主任魏欣、中伦文德胡百全（前海）联营律师事务所合伙人何理律师一行五人到访西安交通大学法学院交流并看望校友。之后，中伦文德胡百全（前海）联营律师事务所，中伦文德律师事务所上海分所以及中伦文德（西安）律师事务所与西安交通大学法学院达成合作，双方进行了奖学金的捐赠签约仪式、战略合作协议签约仪式、以及赠送捐赠铭牌。



2021年10月15日上午，北京中伦文德太原律师事务所党支部副书记、合伙人孟唐西律师带领全所律师学习中共党史，讲述习近平总书记在陕西榆林考察时重要讲话。张富云律师首先谈到，习近平总书记的重要指示，不仅对陕西具有重大指导意义，也着眼于全国发展的大局。为我们有效应对挑战、加速高质量发展提供科学的思想方法与工作方法。陈建军律师呼吁各位律师学习习近平法治思想。陈律师谈到，习近平法治思想已经进入大学生的课堂，成为必修课。



2021 国际大学生 FinTech 创新大赛，是由香港中文大学（深圳）高等金融研究院和深圳数据经济研究院联合发起，面向国内外高校的本、硕、博学生举办的国际大赛。中伦文德律师事务所作为香港中文大学（深圳）高等金融研究院的常年法律顾问单位，以及国际大学生 FinTech 创新大赛唯一的律师事务所支持单位，集团副董事长洪国安、中伦文德合伙人律师赵嘉炜、中伦文德深圳所律师张茜受邀参加 2021 国际大学生 FinTech 创新大赛暨金融科技高峰论坛。



2021年11月11日，北京市中伦文德律师事务所与中央民族大学奖学金捐赠协议签约暨教育实践基地挂牌仪式在中伦文德第八会议室举行。中央民族大学（以下简称“民大”）法学院院长、博士生导师韩轶，民大教育基金会副秘书长丁汀，民大法学院办公室主任刘伟涛，民大法学院办公室杨杰莅临现场。北京市中伦文德律师事务所主任、高级合伙人李铮，副主任、行政主管薛媛媛，高级合伙人姚正旺，民大法学院的校友等出席了本次仪式。



2021年11月19日，中伦文德（西安）律师事务所召开专题学习会，进一步传达党的十九届六中全会精神，集体学习了《中共中央关于党的百年奋斗重大成就和历史经验的决议》和习近平总书记关于《决议》的说明，会议由党支部书记许昌律师主持，中伦文德（西安）律师事务所全体党员及部分群众参加了本次学习。

# 目录

## CONTENTS

Zhonglun W&D  
Law Firm

12/2021

主 编: 陈 文  
执行主编: 方登发  
编 委: 李 刚 甄庆贵 夏欲钦  
李 铮 林 威 王志坚  
李熙华 温志胜 王爱国  
刘银栋 余树林 洪国安  
王长江  
责任编辑: 熊美琦  
电 话: 64402232  
传 真: 64402915  
网 址: www.zhonglunwende.com  
地 址: 北京市朝阳区西坝河南路1号  
金泰大厦19层、10层、21层  
邮 编: 100028

# 中伦文德

Zhonglun W&D Law Firm 2021-12

### 事 务 所 文 化 论 坛

3 | 疑难案件和人工智能断案 姜耀雄

### 民 事 争 议 解 决

9 | 关于国企在解决纠纷中调解的障碍和建议 方登发 宋晶晶  
13 | OEM 贴牌代工的商标侵权问题研究  
许 波 王 珂 孙 埭

### 破 产 法 律

16 | 破产程序中担保物权与职工债权的清偿关系研究 武 坚 许 璟  
21 | 新冠疫情背景下德国破产法改革 汪 黎

### 证 券 法 律

25 | 北京证券交易所资本市场路径手册 甄庆贵 和 谦  
32 | 北交所, 资本市场新一轮盛宴 曹春芬  
38 | 20 厘米涨停是元宇宙, 还是现实世界  
——对 Z 公司信息披露事项的简要解读 郭 彦  
41 | 我国证券虚假陈述责任纠纷研究  
——以方正科技公司证券虚假陈述责任纠纷案为例 王澄辉

### 企 业 合 规

46 | 融资租赁公司数据合规的法律分析及建议 李云海 潘 越  
50 | 参与刑事合规 助力企业前行  
——浅议律师在企业刑事合规工作中的角色和作用 娄 爽 薛 垚  
55 | 企业风险管理之合同合规风险防控 张 琛

# CONTENTS

## 金融与保险法律

- 58 银行业金融裁判与执行前沿问题研究（下） 姚正旺 沈德凤  
64 2021年半年度金融中介机构监管处罚之数据解读  
武坚 祁航
- 

## 数据合规法律

- 74 《个人信息保护法》要点解读 徐云飞 李楠
- 

## 劳动法律

- 82 用人单位内部承包制度所引发的常见争议与合规实操建议  
胡高崇 胡文杰
- 

## 代理词专栏

- 86 产品责任纠纷案例代理词 邱建凯
- 

## 人文风采

- 89 沁园春·荆州怀古 方登发
- 

## 事务所快讯

- 90 事务所快讯 编辑部
-

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

## 疑难案件和人工智能断案

□ 娄耀雄/文

“按照批判法律研究的观点，一个法律文本被看成是一种社会的、文化的和政治的现象。法律文本的分析，旨在重构运用语言的和文本的技术，表达（或隐藏）一种特定意识形态的方式。”<sup>[1]</sup>

——【荷】伊芙琳·T. 菲特丽丝



娄耀雄

### 一、什么是疑难案件？

司法过程无非是查清事实、适用法律。所谓“疑难案件”，只有法律适用的疑难，而无事实查证的疑难。查清事实不存在疑难，是因为诉讼程序中的事实发现制度，就是在假定查不清事实基础上建立的。所谓“真相”，只是在特定时间（庭审）、特定场合（法庭）举行的一场讲故事比赛中，根据各方认可的游戏规则（证据规则和诉讼程序），陪审员举手通过的一个更可信的故事版本。

建立举证责任和自由心证制度，就是为了在无法查清事实的情况下，得出相对公平的结论。除非我们坐上比光速还快的火车，追上以光速向外传播的“客观事实”，我们无法“感知”真相，只能靠证据推演应当的“真相”——那只是一种个人化的观点。之所以说侦查技术是发展的，就是因为站在今天看昨天，有些事实永远查不清；其实，明天看今天也一样。于是，举证责任应运而生：法律承认了自己的无能，但又要解决争议，故而，把案件查不清的后果分配给承担举证责任

的一方。自由心证更反映了理性无法认知事实的残酷，于是，干脆把这项工作推给了感觉，甚至预感和灵感。法官或陪审员依赖这些非理性活动，顿悟了“真相”，拍着良心问自己：“我真的确信吗？”然后，不需要给出理由，在表决时举手公推一个故事版本即可。所以说，“真相”是民主选举得出的，而非科学证明得出的。

我们看到，司法在事实查证上的无能，通过民主表决的方式解决了。任何难以查清的事实，都可以通过以举证责任、自由心证、民主表决为代表的的事实发现程序——讲故事比赛，以及证据规则、证明标准、证据开示程序——讲故事规则，高效地、方便地、程序化地给出最终结论，即使与真相相去甚远。于是，事实问题，没有疑难，只有冤案——陪审员举手选出的“事实”（称为“法律事实”）与客观事实不一致。

而法律适用则不同。在判例法系，从成千上万的判例中，找到可以适用本案的规则并非易事。如果没有先例，只能由法官造法。如果对立的两个律师找到了不同的规则，法官还要判定哪个更适合本案。大陆法系的情况也类似，在规则真空、规则冲突、规则模糊（具有可解释性）时，规则本身成了最大的问题。这就是疑难案件的由来。

疑难案件是指缺乏可以适用的规则（大前提），无法直接使用三段论的案件。有三种情形会出现疑难案件：

（1）规则模糊，需要对现有规则做解释，从而覆盖该案情形；

（2）规则真空，没有可以适用的规则，需要创建一个适用于本案的规则（法官立法）；

（3）规则冲突，存在多个适用于本案的规则，需要选出一个规则，而放弃其他。

## 二、疑难案件中法律的作用

在疑难案件中，解释、选定或者创建规则，要么是权力博弈的结果（属于政治问题），要么是价值判断的结果（属于政策问题）。上述两种情况都不是逻辑问题。在没有既定规则可以适用时，保护谁的利益、放弃谁的利益，最终的决定力量有两个：权力博弈和价值判断。司法判决书的作用就是通过操纵规则系统，解释结论背后的

权力博弈或价值导向，使其结论看起来是从一个规则得到的理性结果，而不是肌肉较量出来的（权力博弈）或利益平衡得来的（价值判断）。

面对疑难案件，重要的是规则的产生，而非规则的运用。疑难案件是先有判决的结果（由权力博弈或价值判断决定），后有判决的理由（法律的解释）。在法治社会，任何利益、权力和正义的分配，都需要一个法制化的理由，权力博弈或价值判断也不例外。判决书看起来是在做逻辑推理，其实只是通过创立、选择或解释规则，对权力博弈或价值判断进行法制化包装，使结论看起来是从规则推出来的。

### 1. 对权力博弈的包装

法律是政治的工具。即使存在可适用规则，权力仍然会要求裁判者遵循其意志，而不按规则来。权力博弈是实力说话，胜者为王、败者寇（比如，法律为政治斗争的结果宣判），没有客观性可言。

下文中，我们只探讨法律对价值判断的包装，而不再提法律对权力博弈的包装。这是由于后者是“肌肉”较量的结果，没有学术价值；而前者是可以预期的，即使随时代、当权者、意识形态而变化，也具有实践理性可供挖掘。如果我们充分了解一个社会的历史、文化、道德、习惯、风俗，以及时代需求、舆论导向等意识形态特征，就可以把握当时的价值观和对判决的影响。

### 2. 对价值判断的包装

价值观导向，不仅是在规则真空、规则模糊、规则冲突场景下，确定准据规则的重要方法，还是改变依规则判决结果的背后动因。比如，河北律师乔占祥诉铁道部一案<sup>[2]</sup>，原告指出，铁道部就火车票春节涨价问题未举行听证会，违反了《价格法》第23条，“制定关系群众切身利益的公用事业价格、公益性服务价格、自然垄断经营的商品价格等政府指导价、政府定价，应当建立听证会制度。”属于程序违法，应予以撤销。铁道部的涨价程序违法是显而易见的，但法院的价值观是，社会秩序的价值高于个案公平，当二者冲突时，为保护前者，宁可舍弃后者。如果判决乔占

祥胜诉，将触发全国几亿人要求铁道部退票的连锁反应（有损秩序价值），于是，通过解释规则，认定铁道部的违法可以豁免（舍弃个案公正）。这是先有判决（根据价值观导向），后有判决理由的典型案例。法院为了正当化一个基于价值观的结论，通过解释法律，豁免了铁道部的法定义务，为这个结论进行了法制化包装。

其实，很多规则本身就反应了秩序高于个案公正的价值观导向。比如，被推定死亡的人又出现后，其与再婚配偶的夫妻关系并不恢复<sup>[3]</sup>；专利无效后，已执行的专利侵权判决不可以翻案<sup>[4]</sup>；文革中因参加批斗、刑讯逼供致人伤亡的案件是否追诉按照政策办理<sup>[5]</sup>。这些规则都反应了秩序高于个案公正的价值观导向。

### 三、疑难案件判决的非逻辑表达——法律论辩

判决书把价值判断的结果进行逻辑化包装，这个过程就是法律论辩，其主要方法是非形式逻辑的立论。法律论辩旨在从理性上说服读者接受价值判断的结论，包括以下方法：

#### 1. 类比论辩

这种方法的目的的是得到一个适用规则，即，通过事实类比，把一个案件的规则用于另一个案件。它也是判例法发现规则的典型方法：通过类比本案事实和判例事实，认定二者的本质相似——本质抽象在同一种价值观下进行；然后，本案直接借用判例规则。比如，100年前为了给快饿死的孩子偷面包被判无罪，现在饿得奄奄一息

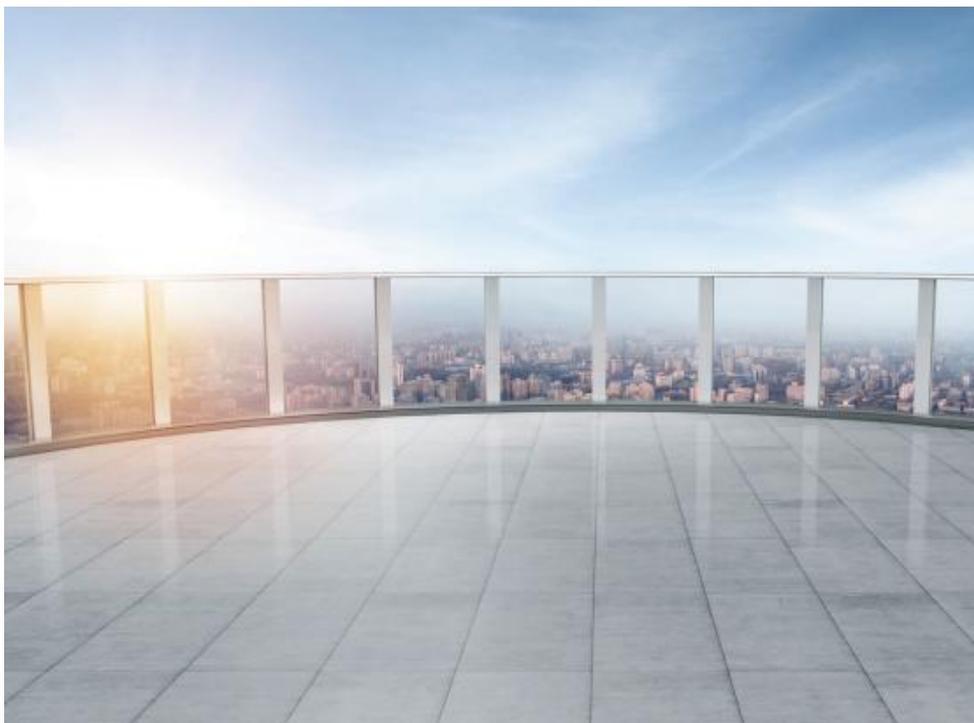
的人偷面包也应判无罪，因为二者事实本质相似——都是为了挽救生命而侵犯他人财产权。

价值判断在这种论辩中体现为：在同一个价值观下，发现了二者的本质相似，或者说，二者事实中隐藏着同一个价值观，例如本案的自我生命权大于他人财产权。

#### 2. 后果论辩

在论证一个规则不适用时，使用该方法。如果适用某规则，则会得到某种价值观下不可接受的后果，因此该规则不适用。比如，在没有建立“杀害被继承人丧失继承权”规则的地区（美国某些州），杀人者承担刑事责任后，还有权继承财产。此时法官会使用后果论辩来否决继承权：如果适用继承规则，赋予杀人者继承权，则会导致鼓励杀害被继承人的后果，因此，不能适用该规则。

上述案例中的价值判断是，判决对今后同类行为的指导价值大于个案公平。虽然杀人者已经为其行为承担了刑事责任，再让其承担民事责任（丧失继承权）属于额外处罚，违反罪刑法定原则，有失公平，但是，判决对社会警示效果的价值大于个案公平，为了不鼓励作恶，在刑事责任之外，还要额外剥夺杀人者的民事权利，以挫败将来同



类杀人者的作案动机。

### 3. 目的论辩

通过解释法律的目的而适用（或不适用）某规则。不同的价值观会有不同的目的解释，因此，规则是否适用（或不适用）是由价值观决定的。比如，在一个写着“禁止一切车辆入园”的公园，一个心肌梗死的老人突然倒地，保安拒绝一位救助者的汽车开进去拉人送医；老人死后，家属起诉公园。法官要支持家属，就要否定“禁止一切车辆入园”的规则在这种场景下的效力。然而，这个规则本身不带适用条件，法官只有通过目的解释，给这个规则的适用附加一个条件，即，立法者建立这一规则的目的是保护人权，而非损害人权，当其适用会损害人权时，违反了立法目的，则不适用该规则。在这种目的解释中，彰显了人权高于法治（规则权威性）的价值观。

### 4. 比较法论辩（也叫功利主义论辩）

在规则真空条件下，法官通常会根据功利主义的价值观判定谁的利益应当保护、谁的利益应当放弃。功利主义的价值比较法，适用于同阶位价值；对于不同阶位的价值，不可用价值比较法。比如，当生命权和财产权冲突时，不能进行价值比较，因为生命和财产不在一个阶位。这个论辩演化出了行政法中的比例原则，比如，在判断拆迁是否合理时，法官的说理在于，比较拆迁给公共利益带来的提高和给个人利益带来的损害是否成比例。

## 四、价值判断是人工智能的禁区吗？

法官能否被机器取代，是一个早有的话题，早到“人工智能”的概念出现之前。在简单案件中，事实（小前提）靠陪审团表决，法律（大前提）被输入机器，剩下的工作就是做一个三段论。这个形式逻辑推理不需要多少智商，机器可以取代法官。然而，对于疑难案件，选择规则本身就是一个难题。寻找规则的工作可以由具有人工智能的机器人替代吗？这也许是人工智能时代，法官细思极恐的问题。不仅如此，事实查证能否由机器人替代？这也是值得深思的问题，它引发了

陪审员下岗的讨论。

回答这两个问题基于以下假设：按照逻辑设计出来的机器人，其理性能够到达的高度是无限的，无论多么复杂的判断，只要是理性的，机器就能学会，只是早晚；机器人学不会的是非理性活动，包括顿悟、灵感、情感、预感、欲望、本能，因为这些不符合逻辑，且无法客观化，其设计者不能把这些因素进行逻辑化表达，进而写进驱动程序。换句话说，因为与生俱来的缺陷，机器无法超越理性。

### （一）机器人查明事实

机器人判案，需要解决两个问题：事实查明和寻找最适合的规则。第一个问题，事实查明依赖陪审员形成内心确认后的民主表决。当机器人聪明到可以进行“内心确认”的程度，就可以替代陪审员查明事实。内心确认的过程包括两个步骤：

（1）根据现有证据、个人经验和知识、双方律师的陈述，在陪审员心中形成自己的故事版本（“判断者版”）；

（2）分别将两个律师演出的故事版本与“判断者版”进行对比，相对逼近的那个就是自己支持的故事版本。

由于这两个步骤都是逻辑过程（归纳、抽象、计算、对比），具备足够智力的机器人可以替代陪审员进行事实查明。

附带说明的是，律师在法庭的立论过程更像是一场演出，而非演讲；证据和证人是他的道具；其目的是推销自己对案件事实的观点。这场表演基于对被煽动者（陪审员）心理活动的微妙拿捏、诱导和暗示，使之确信自己演出的故事版本为真，而对方的版本为假。这个过程中，律师的说服主要诉诸非理性煽动，机器人无法替代。

### （二）机器人适用法律

适用法律就是做三段论推理。在这个过程中，找到规则（大前提）是关键的一步，也是“疑难案件”之所以疑难的由来。寻找大前提的方法有二：发现规则和加工规则。

#### 1. 发现规则

发现规则，是指规则已经存在，只是散落在无数判例或法典里，有待找出来。

在法典法系，这是一件容易的事，只需对法典中的全部规则进行有限次的比较，找到最适合本案事实的即可。

在判例法系，发现规则的过程相对困难一些，需把在先判例输入计算机，将它们分别与在审案件进行比较，找到“本质相似度”最高的那个判例（注意，这种发现的过程是基于特定价值观的）；然后，抽象出其规则。这个过程包含四个步骤：

- (1) 对在审案件的事实进行抽象；
- (2) 对在先判例的事实进行抽象；
- (3) 比较上述二者的本质相似度，选择相似度最高的那个在先判例；
- (4) 从该在先判例中抽象出规则。

可以看出，上述过程都是逻辑过程，只要机器人聪明到具有事实抽象能力，就可以胜任发现规则这项工作。

## 2. 加工规则

加工规则，是指面对疑难案件，在规则真空、规则冲突或者规则模糊的情况下，如何创建规则、选定规则或解释规则。加工规则需要价值判断，即为达成一个价值目标，在特定场景下放弃什么、保护什么？以及当根据多个价值目标的选择结果发生冲突时，按照哪个价值目标做选择？这些显然不是逻辑可以解决的，属于意识形态范畴。这个问题的核心是一个哲学问题：机器人能否做价值判断？说的直白一些就是，电脑的决策程序是软件工程师用逻辑设计出来的，其按照逻辑运行，而价值判断不是逻辑判断，是有关善恶、正义、公平的判断，逻辑是否胜任这项工作？

### (1) 价值标准的本质

我们需要首先探讨价值标准的本质，然后才能回答逻辑是否胜任价值判断。与梦魇、顿悟、灵感、情感的非理性活动不同，价值标准的形成是群体无意识的理性归化，是长期的、全局的功利。这类似于看似主观的女性审美标准，其实是生育基因进化的理性选择：大胸利于哺乳，细腰利于判断未在孕期，大臀利于存储能量。

“善”的进化也是理性选择的结果。善一定有功利主义的支撑，只不过着眼点是远期的、共

同体的功利，而非个人的、眼前的功利。比如，动物保护主义者标榜的“爱心”，其实是保护有利于自己的动物。爱狗人士种族灭绝地屠杀四害（苍蝇、蚊子、蟑螂、臭虫）而不认为作恶，是因为狗利于人，而四害对人有害。又如，利他主义也可以从长远、全局的视角找到功利主义的解释，为了共同体在“人人反对人人的战争中”生存下来，人们需要结盟、互助，所以，利他成了“善”的普遍标准。

可见，“善”一定有利于长期的共同体利益，而“恶”正相反：价值标准的本质是长远的共同体功利。

### (2) 单一价值判断和复杂价值判断

既然价值标准是理性长期进化的结果，那么，按照理性运转的机器人就可以掌握这个标准。也就是说，机器人是可以做价值判断的。接下来的问题是，即使机器人可以胜任单一价值判断，比如选善行、选好人、选公平的结果，在复杂价值判断中，根据不同价值标准得到的结果不一致，此时如何抉择？我们通过下面的例子，说明复杂价值标准下判断的难度。在显失公平的撤销权案中，如果交易价格为市场价格的2倍，该交易是否应予以撤销？如果不可撤销，那高出市场价10倍呢？在这种案件中，公平和自由的价值标准发生了冲突，属于复杂价值判断。为保护公平，稍微偏离市场价格就应干预；而按照意思自治原则，无论多么离谱的交易价格，都是当事人的自由意志选择，公权力不应干预。

既然单一价值标准是着眼于远期、全局的功利主义进化的结果，那么，当根据两个价值标准作出的选择不一致时，只需要比较二者的功利结果即可。简单价值判断和复杂价值判断，都是理性活动。能胜任简单价值判断的机器人，一定能胜任复杂价值判断。在上述案件中，只需比较维持交易（遵循自由价值）或撤销交易（遵循公平价值）的总体社会功利值，维护大的功利即可。因此，只要人工智能足够发达，机器人就可以进行单一价值判断——单一价值标准下选“善”，以及复杂价值判断——多重价值标准冲突时选“优”，进而处理疑难案件。

### (三) 灵魂拷问

这样看来，机器人似乎是无所不能的。那么，它有禁区吗？在理性的世界，没有，和人类一样。每隔 18 个月，我们设计的 CPU 的速度会提高一倍、成本降低一倍，我们的理性没有上限；作为我们理性产品的机器人，在追求更快、更准、更省、更简单、更智能、更高效、更舒适的征途上，也没有上限。在理性的世界，他们和我们都是无所不能的，活久见！

机器人的禁区是非理性世界。由于机器人只能按照逻辑运转，其进行非理性活动的前提是其设计者对非理性行为的逻辑化表达。比如，让机器人“爱上”另一个机器人的前提是，程序员可以把爱逻辑化，用程序控制机器人何时爱，何时停止爱。由于程序员无法将情感、情绪、欲望、本能等非理性因素逻辑化，不能把这些写进机器人的控制程序，非理性领域一直会是机器人的禁区。

作为我们的工具，机器人和我们有一个共同的禁区：无法认知自身的意义——自己从哪里来？去哪里？存在的意义是什么？这些问题是超存在的，答案早于存在。“意义”是由制造者在制造前赋予客体的，其必然在客体的认知范围外。机器人不知道他们是人类制造的工具；养殖场的猪不知道他们是人类饲养的食物；那么，人类呢？其存在也许是为了给细菌和病毒提供一个供养它们的“宇宙”。无论你是否同意这种猜测，事实如此。

以下这些问题，我们问过，猪也问过，但机器人不会问，因为问这些问题本身就是非理性的：我们是谁制造的“机器人”？他们为何制造我们？他们又是谁的“机器人”？他们存在的意义只是为了制造我们吗？他们的他们又是谁？

### 四季歌

冬天的风  
吹着警笛  
拉着缘分的线  
奔向远方

缠住等在春天的人们

春天的阳光  
煦暖而魅惑  
引诱人们脱掉衣裳  
有缘人赤裸地抱在一起  
挥汗如雨，像在童话里

夏天的雨  
是倾盆的泪  
因为人走了  
缘未断，挂在树梢  
像叶子  
眺望挣扎、枯黄渐老

秋天的叶子  
凋谢是宿命  
躺在树下，等那张白布盖住全身  
那是黎明的霜  
一生攀附苟活，无暇仰望星空  
今夜，飘摇至此，卑微至此，此生至此

还好，与下个轮回只隔了冬天的风  
只是，不知来年春天  
在黑压压的钢筋鸽笼里  
那些身不由己的角色  
哪个是自己？

### 注释：

- [1]《法律论辩导论》，【荷】伊美琳·T·菲特丽丝著，武宏志等译，中国政法大学出版社，2018年8月第1版，第383页。
- [2]北京市高级人民法院行政判决书【(2001)年高行终字第39号】原文如下：“虽然，《价格法》第23条规定，‘制定关系群众切身利益的公用事业价格、公益性服务价格、自然垄断经营的商品价格等政府指导价、政府定价，应当建立听证制度。’但，由于在铁道部制定《通知》时，国家尚未建立和制定规范的价格听证制度，要求铁道部申请价格听证缺乏具体的法规和规章依据。据此，上诉人乔占祥请求认定被上诉人铁道部所作《通知》程序违法并撤销该具体行政行为理由不足。”
- [3]《民法典》第五十一条 死亡宣告被撤销的，婚姻关系自撤销死亡宣告之日起自行恢复。但是，其配偶再婚或者向婚姻登记机关书面声明不愿意恢复的除外。
- [4]《中华人民共和国专利法》第四十七条 宣告专利权无效的决定，对在宣告专利权无效前人民法院作出并已执行的专利侵权的判决、调解书，已经履行或者强制执行的专利侵权纠纷处理决定，以及已经履行的专利实施许可合同和专利权转让合同，不具有追溯力。
- [5]最高人民法院《关于在“文革”中因参加批斗、刑讯逼供致人伤亡的案件可否予以追诉问题的批复》最高人民法院《关于在“文革”中因参加批斗、刑讯逼供致人伤亡的案件可否予以追诉问题的批复》【(84)高检研函第8号】



□方登发/文

方登发律师，中伦文德律师事务所高级合伙人，中国人民大学法律硕士实务导师，毕业于中国人民大学，先后取得法学学士、经济学学士和法律硕士学位，北京市优秀律师。方登发律师主要从事于公司和金融、房地产等方面的法律事务。



□宋晶晶/文

宋晶晶，中伦文德律师事务所律师，法律硕士，主要从事于公司投融资、并购重组业务，风电、光伏等新能源并购业务，民商事争议解决等方面的法律事务。

## 关于国企在解决纠纷中调解的障碍和建议

### 前言

随着现代商业不断发展，通过调解解决行业领域争端的作用凸显，调解能够快速高效地解决企业间存在的经济纠纷，最大化地节约企业的诉讼成本与司法成本。但作为我国经济建设核心力量的国有企业，即便在可预见最终判决结果对企业较为不利的情况下，在经济纠纷案件中也往往较为排斥以调解的方式来解决诉争。

对于国企管理层而言确实面临着较大的决策压力，如何决策符合国有企业和国有资产的规定？究竟能否给予“让步”？如果可以增加或减免相关金额，那究竟增加或减少多少才算是“合理范围”内？如何确保增加或减免金额的合理性进而避免产生涉及国有资产流失、损失的决策风险？调解应按照什么程序进行才符合国有企业和国有资产管理规定？

由于上述问题，国企对于解决纠纷中是否调解内部通常难以在短时间内达成一致意见，有时可能会错过解决纠纷的良机。因此，调解在国企解决纠纷中是值得研究的课题。

### 一、国企在调解中的现实障碍

调解的基础在于争议双方各自作出一定程度的利益“让步”，以便迅速解决争议，节约诉讼成本，

以期在未来获取更大的利益。但对于国有企业而言，调解有可能意味着对眼前既有利益一定的“放弃”。这对于国企管理层而言本身就存在很大的决策风险，一则可能很难量化和评价相关“既有利益放弃”是否合情合理且符合保护国有资产的初衷；二则调解所带来的经济效益往往在短期内也难以显现。因此，国有企业管理层往往很难决定是否通过调解方式化解矛盾，尤其是在涉及较大金额或历史背景较复杂问题的争议中与对方协商达成一致。于是调解就在这样的背景下，成为了国有企业较少采用的矛盾化解方式。

笔者认为，于诉讼解决争议和非诉讼解决争议这两种方式而言，两者之间不存在孰优孰劣，关键是在具体案件中究竟选择哪一种方式更能有效保障当事人的利益，更能高效地解决争议化解矛盾。

### 二、国企在解决纠纷中调解的制度保障

为贯彻落实《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》以及中共中央办公厅、国务院办公厅《关于完善矛盾纠纷多元化解机制的意见》《关于深化律师制度改革的意见》最高人民法院近年来一直致力于深化改革多元化纠纷解决机制，倡导调解等非诉讼争议解决方式，制定和颁布了诸如《关于人民法院进一步深化多元

化纠纷解决机制改革的意见》等多个文件，并与包括司法部在内的国家相关部委就人民调解、律师调解、行业调解等领域联合发布改革试点文件，可谓自上而下推动“大调解”格局的快速发展。例如《最高人民法院关于民商事案件繁简分流和调解速裁操作规程（试行）》（法发【2017】14号）第九条对应当引导当事人委托调解进行了明确的规定<sup>[1]</sup>。

2020年初，北京高院对北京法院近年来出台的25个“多元调解+速裁”机制相关文件进行了梳理汇编，制定了包括190条条文及12个附件的《北京法院民事案件“多元调解+速裁”机制工作规范》作为指导分调裁审全流程、巩固深化前端审判格局的规范性文件，深入推进“多元调解+速裁”向前延伸，实现矛盾纠纷在诉讼前端快速化解、源头有效治理。倡导友好协商、互谅互让，最大限度地引导当事人以调解等方式达成调解协议，通过非诉讼途径化解矛盾纠纷。例如《北京法院立案阶段多元调解工作的规定》（京高法发【2016】369号）第八条对北京市各法院在标的上对诉前调解的适用范围作出划分<sup>[2]</sup>。还可以参考上海市国有资产监督管理委员会印发《市国资委监管企业重大法律纠纷案件管理实施意见》（沪国资委法规【2019】359号）第十九条关于企业通过调节方式解决重大法律纠纷的建议<sup>[3]</sup>，以及《上海市国有独资公司章程指引（2020版）》《上海市国有控股公司章程指引（2020版）》中关于“容错纠错”的规定<sup>[4]</sup>，国有企业管理人员在落实重大战略部署、推进改革创新、维护社会稳定等过程中勤勉尽责、未牟私利，出现存在容错情形且符合容错条件的失误偏差，经履行相关程序后，不作负面评价或者进行减责、免责。

从各级人民法院、相关中央及地方政府部门对于调解模式的大力推动和发展，到北京市地方性规定都免除了国有企业管理层“后顾之忧”，都为国有企业更积极主动地选择调解解决争议矛盾创造了条件。

### 三、国企在解决纠纷中调解的建议

根据前述法律法规及意见中，明确将“调解”方式纳入解决重大法律纠纷案件的程序，但前提

须符合“根据案件实际情况+综合评估企业利益+经决策程序+必要时由律所出具调解方案意见”的原则性要求。

基于上述原则性要求，为了进一步推动国有企业选择通过调解方式解决争议，本文认为可以研究、探讨并适时制定更为具体的操作指引。笔者建议，操作指引可以在以下几个方面进行细化：

#### （一）从细化程序方面给予具体指引

##### 1. 简单纠纷案件

为鼓励通过调解解决争议的简单纠纷案件制定类案评判标准，从整体国有企业层面上，可以从分析人民法院近年来受理涉及国有企业民商事案件的案由、涉案金额、诉讼主体数量、调解率等方面，为应该优先适用调解的各类案由案件制定更为具体的评判标准。例如，在房屋租赁合同纠纷案件中，若房屋租赁合同关系明确（不存在转租等情形），仅涉及简单的金钱给付（欠缴租金、水电费等）且金额低于100万元的，国有企业即应该优先选择通过调解方式解决争议。

##### 2. 重大纠纷案件

对于重大纠纷案件（如涉案金额超过5000万元以上的）而言，在国有企业对是否采用调解方式解决争议进行决策时，针对需要鉴定、评估、出具法律意见的相关事宜，明确规定须委托第三方专业机构进行。

在涉及重大法律纠纷案件是否进行调解的决策时，有必要从两方面入手对调解方案进行分析：第一，对涉及企业利益进行评估，尤其是在涉及需要确定公允市场价格、溢价、损失等事项时，须委托第三方评估、鉴定机构出具评估、鉴定结论并作为决策依据；第二，在调解方案的制定和决策过程中，应委托律师事务所共同参与，并针对调解方案出具专项法律意见。

对于案件经办律师而言，是否应该将调解作为诉讼方案，在受案时就应该提前预判，建议可如下两个维度进行预判：

##### （1）胜诉可能性

律师在受案时应根据现有证据材料及法律适用观点，对裁判结果作出预判。具体而言，对于证据材料，要特别关注关键证据的原件是否具备，

现有证据对于事实呈现是否存在缺陷；对于法律适用观点，要注重考虑争议焦点在类案之中是否存在“同案不同判”的现象，实务和学理上的争议是否较大。特别需要关注的是承办法官的态度，若法官极力劝说双方调解，说明法官难以通过裁判平衡利益。如果预判案件胜诉可能性接近“五五开”，那么考虑到为当事人争取稳妥而有利的结果，达成调解完全可以作为诉讼的重点目标。

### （2）调解的可行性

律师在受案时应积极与己方当事人深入沟通，对案件背景情况和诉讼对手情况作全面了解。民事诉讼中，大多数纠纷都发生在熟人之间，通过与己方当事人的沟通，律师往往能够了解争议产生的原因，以及对方的背景与性格。如果双方当事人的关系并未完全僵化，或者双方需求落差较小，则调解具有可行性。值得注意的是，如果双方矛盾显然无法调和且双方需求有明显落

差的，则应及早放弃促成调解的诉讼策略，否则只会拖延诉讼时间，增加己方当事人的时间成本。

### 3. 其他纠纷案件

对于既非简单纠纷案件又非重大纠纷案件的其他案件，可以通过进一步明确国有企业管理层在符合决策程序要求、勤勉尽责、未牟私利情形下不作负面评价的规定，来鼓励其主动选择调解程序。

借鉴前述“容错纠错”的规定，可以将国有企业管理层对调解的选择纳入“维护社会稳定”的范围内，并在调解的操作指引中进一步明确对符合决策程序要求、勤勉尽责、未牟私利的管理人员不作负面评价，同时也可以将在符合要求情形下达成的调解作为正面评价国有企业管理人员的“加分项”。当然，这一项规定的适用不仅限于前述类型案件，对于所有国有企业调解案件中的国有企业管理层决策责任，也应同样适用。



## （二）从规范调解方面进行指导管理

对国有企业而言，如果选择通过调解解决争议，则进一步需要把握调解的时机以及如何选择调解机构的具体程序，需进一步给予细化引导。对此，笔者具体建议如下：

### 1. 关于调解的时机把握

把握调解的时机至少是成功调解的一半。正确的时机，有助于己方在后续谈判中获取心理优势，如在错误的时机提出调解，对方当事人甚至法官都可能认为是己方信心不足的表现。律师对于调解的时机把握有赖于经验的积累，当然也有一定规律可循。一般而言，可根据案件的实际情况选择提出调解的时机。

#### （1）对于己方能够实现财产保全的案件

对于已实现财产保全的案件，笔者建议，提出调解的时机一般在完成财产保全之后。保全措施能让对方当事人的财产出现流动性障碍，此时提出调解可以占据谈判的有利位置。后续谈判中，可以将保全措施作为谈判抓手，给对方当事人施加压力，迫使对方接受调解条件。当然，即便占据优势，律师也应注意表达艺术与谈判技巧，张弛有度，避免逼急对方，反而导致谈判最终破裂。

#### （2）对于现有证据材料不利于我方的案件

对于证据不利于我方的案件，笔者建议，应该以合理的方式提出庭前调解。例如在证据原件缺失的案件中，对方在庭审前很可能不了解我方的证据准备情况，只能通过书面材料作出初步判断，此时为了合理掩盖己方劣势，充分利用庭前信息不对称的条件，应该在庭审前提出调解。

#### （3）对于判决结果难以把控的案件

对于现有证据材料充分，但法律适用争议较大、判决结果难以把控的案件，笔者建议，一般在庭审完成之后再提出调解。原因在于，庭审过程中律师有机会对对方劣势作明确揭示，通过庭审攻防可向对方施压，让对方对裁判解决的不确定性有充分的了解。

### 2. 选择合适的调解组织

在“多元调解+速裁”体系下，既有“老牌”人民调解，也有“新秀”行业调解、律师调解，不同类型的调解组织各有所长，如何选择合适的

调解组织需要一定的规范和引导。同时，为符合国有企业合规要求以及保证调解协议的可执行效力，调解协议能否被人民法院司法确认也至关重要，这一点与调解组织的资质有密切关联。

为消除国有企业在选择调解机构时的疑虑，建议国资委可与司法局、人民法院携手，共同对符合参与涉及国有企业争议案件调解的调解组织的资质进行入选评定和年度考核，“调解组织入库及考核”的模式有利于降低国有企业选择调解时的难度，并能发挥对调解组织资质和服务水平进行动态监控和专业评价的积极作用。

## 四、结语

国有资产管理工作的核心在于防止国有资产流失并实现国有资产的保值增值，两者兼顾缺一不可。在争议纠纷解决过程中，在稳步做好“防流失”工作的同时，如何更积极地通过调解来实现国有资产保护，对国有企业而言既有利于保障自身权益实现也有利于维护良好的营商环境，不断完善调解模式能让国有企业在面对矛盾争议时能放心地灵活选择、按需使用。

## 注释：

- [1]《最高人民法院关于民事案件繁简分流和调解速裁操作规程（试行）》（法发〔2017〕14号）第九条，下列适宜调解的纠纷，应当引导当事人委托调解：（一）家事纠纷；（二）相邻关系纠纷；（三）劳动争议纠纷；（四）交通事故赔偿纠纷；（五）医疗纠纷；（六）物业纠纷；（七）消费者权益纠纷；（八）小额债务纠纷；（九）申请撤销劳动争议仲裁裁决纠纷。其他适宜调解的纠纷，也可以引导当事人委托调解。
- [2]《北京法院立案阶段多元调解工作的规定》（京高法发〔2016〕369号）第八条，立案前调解前置程序工作适用于以下六大类纠纷：（一）机动车交通事故责任纠纷；（二）追索物业费、供暖费的物业服务合同纠纷、供用热力合同纠纷；（三）婚姻家庭、继承纠纷，包括婚姻家庭、继承、赡养、抚养、扶养等纠纷；（四）诉讼标的额在10万元以下的买卖合同纠纷；（五）诉讼标的额在10万元以下的民间借贷纠纷；（六）相邻关系、小额债务、消费者权益保护、医疗纠纷、其他物业管理等适宜调解的纠纷。
- [3]《市国资委监管企业重大法律纠纷案件管理实施意见》（沪国资委法规〔2019〕359号）第十九条，企业应当根据案件实际情况，综合评估企业利益，经相关决策程序后通过调解、和解方式依法协商解决重大法律纠纷案件。必要时，可请律师事务所等第三方机构对调解和解决方案出具专业意见。
- [4]《上海市国有独资公司章程指引（2020版）》第一百二十六条和《上海市国有控股公司章程指引（2020版）》第一百三十一条关于【容错纠错】规定，公司应根据相关规定，结合实际，聚焦改革创新发展的重点领域，制定相应的容错纠错制度。对公司管理人员在落实重大战略部署、推进改革创新、维护社会稳定等过程中勤勉尽责、未牟私利，出现存在容错情形且符合容错条件的失误偏差，经履行相关程序后，不作负面评价或者进行减责、免责。同时，应当对失误偏差予以纠正并完善制度机制。



□ 许波/文

许波律师，中伦文德北京总部高级合伙人、中伦文德刑事法律研究院院长。国际刑法学协会（AIDP）注册会员、北京师范大学法学院学生校外实习与实践教学导师、北京律协商事犯罪预防与辩护专业委员会委员、万合企业合规研究院高级研究员、央视社会与法频道《我是大律师》（《律师来了》）栏目公益/嘉宾律师、凤凰卫视特邀嘉宾律师。



□ 王珂/文

王珂律师，北京知识产权法研究会理事，北京知识产权法研究会专利法委员会副秘书长，北京律协竞争与反垄断委员会委员，是持有律师执业证和专利代理人资格证的“双证律师”，系国内较早专注于知识产权领域的专业律师。擅长知识产权领域的诉讼与仲裁、企业知识产权保护、企业知识产权刑事合规体系建设等。



□ 孙隽/文

孙隽律师助理，许波律师团队律师助理，英国萨塞克斯大学法律硕士。

## OEM 贴牌加工的商标侵权问题研究

OEM 贴牌代工（又称“涉外定牌加工”或者“涉外定牌代工”）的商标侵权问题，在商标纠纷领域是个老生常谈的问题，也是个常谈常新的问题。该问题最早出现在海关行政执法活动中，海关在扣留报关出口的 OEM 贴牌代工产品后发现自身难以判断相关商品是否侵害商标权，遂通知商标权人向法院寻求司法裁判结果。法院在审理该问题时亦出现了不同意见，有的认定侵权，有的认定不侵权，裁判观点不一，包括最高人民法院，在审理 OEM 贴牌代工同类案件时，既作出过认定侵权的裁判结果，也作出过认定不侵权的裁判结果。

作为制造业大国，中国企业为诸多世界知名品牌提供 OEM 贴牌代工服务，如果任由 OEM 贴牌代工的商标侵权定性继续混乱，将使众多代工企业的生产经营处于不安状态，故进一步厘清 OEM 贴牌代工的法律定性确有必要。笔者在本文中结合最高人民法院的几个典型判例对该问

题进行分析与解读。

一个比较典型的是（2014）民提字第 38 号判例。

基本案情为：莱斯公司在中国取得“PRETUL 及椭圆图形”注册商标专用权（核定使用商品包括五金锁具、挂锁等）后进行了知识产权海关保护备案。亚环公司受墨西哥储伯公司（简称“储伯公司”，该公司在墨西哥享有“PRETUL”、“PRETUL 及椭圆图形”等注册商标专用权）委托，为储伯公司代工“PRETUL”牌挂锁产品，协议约定亚环公司代工的产品须全部出口给墨西哥的储伯公司，不能在中国销售。在代工产品出口报关时，宁波海关以出口产品涉嫌侵害商标权为由予以扣留并通知莱斯公司。随后，莱斯公司以亚环公司侵害其商标权为由提起诉讼。

宁波中院一审认为：亚环公司的行为系接受境外商标权人授权委托而进行的涉外定牌加工情形，代工的所有“PRETUL”牌挂锁产品均出口

至墨西哥储伯公司，未在中国境内市场流通，不会在中国境内造成相关公众对商品来源的混淆，也不会对莱斯公司在中国的注册商标的识别功能造成损害，故挂锁产品本身不构成商标侵权。但是，亚环公司在挂锁的包装盒上标注了“PRETUL及椭圆图形”商标，落入莱斯公司的商标权保护范围，故挂锁产品的包装盒构成商标侵权。

浙江高院二审认为：尽管亚环公司的行为系接受境外商标权人授权委托而进行的涉外定牌加工情形，但是纵观我国法律、法规及司法解释均未对涉外定牌加工行为作出侵权的例外规定，故亚环公司代工生产的“PRETUL”牌挂锁产品及标注了“PRETUL及椭圆图形”商标的包装盒属于在同类商品上使用与莱斯公司注册商标相同、近似的商标，构成商标侵权。

最高法院再认为：亚环公司受墨西哥储伯公司委托，按照其要求代工挂锁产品，并将代工产品全部出口至墨西哥，代工产品上的相关标识不会在中国境内发挥商标识别功能，不具有使中国的相关公众产生混淆和误认的可能性。尽管亚环公司代工的产品上有“PRETUL”、“PRETUL及椭圆图形”等标识，但仅属于物理贴附行为，不属于商标法意义上的商标使用行为，故不构成商标侵权。

另一个比较典型的是（2016）最高法民再339号判例。

基本案情为：上柴公司在中国注册了“东风及图形组合”商标（核定使用商品包括柴油机、内燃机配件等）后进行了知识产权海关保护备案。常佳公司受印度尼西亚PTADI公司（简称“PTADI公司”，该公司在印尼享有“DONGFENG（东风）”注册商标专用权）委托，为PTADI公司代工柴油机及柴油机组件产品，协议约定常佳公司代工的产品须全部出口给印尼PTADI公司销售。在代工产品出口报关时，常州海关以出口产品涉嫌侵害商标权为由予以扣留并通知上柴公司。随后，上柴公司以常佳公司侵害其商标权为由提起诉讼。

常州中院一审认为：常佳公司的行为系接受境外商标权人授权委托而进行的涉外定牌加工情形，因全部代工产品均销往印度尼西亚，不进入中国市场流通，故常佳公司虽有在柴油机及柴油机组件产品上贴附“东风”标志的行为，但该行为不属于商标法意义上的商标使用行为，不构成商标侵权。

江苏高院二审认为：常佳公司的行为虽可以认定为涉外定牌加工，但并不是所有的涉外定牌加工均不侵权。本案中，上柴公司持有的“东风”商标为驰名商标，应当受到法律的特殊保护。而PTADI公司在印尼注册“东风”商标具有不正当性，其因在印尼注册和使用“DONGFENG（东风）”商标与上柴公司多次发生纠纷。常佳公司作为国内生产柴油机的同业竞争者，应当知晓上柴公司的驰名商标，其作为代工企业即负有合理的审查注意义务，但是常佳公司在接受印尼PTADI公司委托时并未对上柴公司的驰名商标尽到合理的注意和避让义务，故构成商标侵权。

最高法院再认为：商标使用的基本功能在于识别或区分商品来源。一般而言，不能起到识别或区分商品来源的商标使用行为，不会对商品来源产生误导或引发混淆，不构成商标法意义上的侵权行为。常佳公司作为定牌加工合同中的受托人，在接受印尼PTADI公司的委托代工业务时，已经审查了相关的商标权证书等资料，履行了审慎、适当的注意义务，常佳公司的定牌加工行为不构成商标侵权。

再一个比较有研究意义的是（2019）最高法民再138号判例。

基本案情为：本田株式会社在中国注册了“HONDA”商标（核定使用商品包括车辆及零



配件等)并进行了知识产权海关保护备案。恒胜集团接受缅甸美华公司(简称“美华公司”,该公司的常务董事吴某在缅甸享有“HONDAKIT”注册商标专用权并授权该公司使用)委托,为美华公司代工“HONDAKIT”牌摩托车产品,合同约定代工产品220套,全部销往缅甸。在出口时,昆明海关以出口产品涉嫌侵害商标权为由予以扣留并通知本田株式会社。随后,本田株式会社以恒胜集团侵害其商标权为由提起诉讼。

德宏中院一审认为:恒胜集团与美化公司所签合同为《销售合同》,在案证据不足以证明恒胜集团的行为是受美华公司授权委托而进行的贴牌加工行为,且恒胜集团在摩托车上贴附的商标图样与美华公司的授权商标不完全一致,突出了“HONDA”部分而缩小了“KIT”部分,构成商标侵权。

云南高院二审认为:恒胜集团与美化公司所签合同虽名为《销售合同》但实质为贴牌加工,通过合同内容和全部产品报关出口等事实可以认定恒胜集团的行为属于涉外定牌加工情形。恒胜集团生产的全部产品均要出口到缅甸,不进入中国市场,在产品上贴附的商标不会在中国境内起到识别商品来源的作用,故不属于商标法意义上的商标使用行为。同理,因全部产品均不进入中国市场销售,不会在中国境内产生损害后果,故不构成商标侵权。

最高院再审认为:恒胜集团的行为虽可以认定为涉外定牌加工行为,但并不能以涉外定牌加工为由认定其在产品上贴附商标不属于商标法意义上的商标使用行为,也不能把涉外定牌加工简单固化为侵犯商标权的除外情形。因为商标法意义上的商标使用行为不仅包括商品的市场流通环节,还包括生产、运输、出口以及回流国内等多个环节,在这些环节上商标都可能起到识别和区分来源的作用。恒胜集团在代工的摩托车产品上使用的“HONDAKIT”商标,既属于商标法意义上的商标使用行为,又具有造成相关公众混淆和误认的可能性,构成商标侵权。

通过以上判例,我们可以看到OEM贴牌代工的司法定性迄今为止也没有形成统一的意见。这个问题为什么会出现“横看成岭侧成峰,远近

高低各不同”的结果?主要因为这个问题的核心涉及到商标法的一个基本问题“什么是商标的使用”。对这个基本问题如果没有正确的认识,后续在做侵权判断时就会缺乏合理的逻辑起点,根基不稳,结论混乱。

商标法第四十八条规定:“本法所称商标的使用,是指将商标用于商品、商品包装或者容器以及商品交易文书上,或者将商标用于广告宣传、展览以及其他商业活动中,用于识别商品来源的行为”。该法条的前半句规定了商标使用的方式,后半句规定了商标使用的功能,前后两半句有机结合共同定义了商标法意义上的商标使用行为,缺少任一半句都难以构成商标法意义上的商标使用行为。

毋庸置疑的是,在OEM贴牌代工中,代工方将商标标志贴附在商品或商品包装上的行为满足商标法第四十八条前半句所规定的“将商标用于商品、商品包装或者容器以及交易文书上”要件。但是,OEM贴牌代工的行为模式决定了代工产品须全部直接出口至委托方指定的国家或地区,不进入中国市场流通,无法被中国市场的相关公众接触到,产品上贴附的商标标志难以在中国境内发挥识别或区分商品来源的功能,难以满足商标法第四十八条后半句所规定的“用于识别商品来源”要件。故笔者的倾向性意见是:OEM贴牌代工中贴附商标标志的行为不属于商标法意义上的商标使用行为,OEM贴牌代工不存在构成商标侵权的逻辑基础。

退一步讲,假设认为OEM贴牌代工中贴附商标标志的行为属于商标法意义上的商标使用行为,那么会不会构成商标侵权?通说认为:除商标法规定的特殊侵权情形外,“容易导致混淆的”是一般侵权情形(包括同类商品上使用相同商标以及同类或类似商品上使用相同或近似商标两种情形)的构成要件。由于OEM贴牌代工的产品并未进入中国市场流通,无法被中国市场的相关公众接触到,当然不会对中国市场的相关公众造成混淆。故笔者的倾向性意见是:OEM贴牌代工因缺乏“容易导致混淆”的构成要件而不构成商标侵权。



□ 武 坚/文

武坚律师，中伦文德律师事务所高级合伙人，中央财经大学博士研究生，《商法》“2018年中国业务优秀律师”，汤森路透ALB“2017年客户首选律师”，中国能源法研究会会员，北京律协并购重组专业委员会委员，朝阳区人民法院特邀调解员，具有上市公司独立董事资格、军工保密咨询证书和并购交易师证书。



□ 许 璟/文

许璟律师，中伦文德律师事务所律师，税法专业委员会秘书长，中央财经大学法律硕士（财税法方向），证券、基金从业资格。执业领域：合同、股权、不良资产、并购重组、诉讼和仲裁等。

## 破产程序中担保物权与职工债权的清偿关系研究

### 一、问题的产生

破产程序中，常会出现破产人的破产财产不足以清偿职工债权、但破产人尚存在被设定担保物权的特定财产的情形。此种情况下，被设定担保物权的特定财产，应先用于实现担保物权，还是先清偿职工债权？如何平衡担保物权人及职工之间的利益关系，从而实现维护市场经济秩序与保障劳动人民基本生存权的统一？回答上述问题，应从法学理论、我国法律规定及司法实践、国外先进规则、我们应如何借鉴国外先进经验角度进行分析，以下详述。

### 二、法学理论角度，担保物权与职工债权的优先关系

担保物权属于物权范畴。物权是指因物的归属和利用而产生的物上的权益，按照我国《民法典》的规定，物上的权益又包含所有权、用益物权、担保物权等。而担保物权就是在市场经济发展过程中，债权人为了降低债务人不按约履行债务产生损失的风险，提前在债务人或债务人指定的

第三人的特定财产上设定权利，在发生约定情形时，债权人以该特定财产优先受偿。此时，债权人也称为担保物权人。当实现担保物权的条件成就时，即使被担保的债权部分消灭，担保物权人仍然可以该特定财产的全部行使担保物权；该特定财产部分灭失，剩余的财产仍然为担保全部债权而存在。担保物权规则的设定，大大降低了债权人到期不能受偿的风险，增强了债权人参与市场经济活动的信心。因此，保护担保物权人的合法权益，使市场经济主体对自己的经济行为有准确预期，既维护了市场经济活动的秩序，也增加了市场经济主体的活跃性，促进了市场经济的繁荣。

职工债权属于债权范畴。本文仅讨论我国《破产法》第一百一十三条规定的就破产人财产享有一定优先受偿权的职工债权，即破产人所欠职工的工资和医疗、伤残补助、抚恤费用，所欠的应当划入职工个人账户的基本养老保险、基本医疗保险费用，以及法律、行政法规规定应当支付给职工的补偿金（以下简称“职工债权”）。从本质上看，职工债权就是因破产人欠付职工特定

款项，职工向破产人请求支付该特定款项的权利，属于债权范畴。

我国《民法典》第三百八十六条规定，“担保物权人在债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形，依法享有就担保财产优先受偿的权利，但是法律另有规定的除外”。由此可以看出我国立法者对担保物权和债权的态度，认为担保物权优先于债权，担保物权人就担保财产享受优先受偿权。而职工债权属于债权范畴，理论上是无法对抗担保物权的。

美国、德国破产法学界普遍认为，无论是否进入破产程序，担保物权都是最优先行使的权利。即使破产财产不足以清偿职工债权，也不能以设定担保物权的特定财产优先进行清偿。

### 三、我国现状

关于破产领域担保物权与职工债权之间的优先顺位关系，我国立法与司法实践认识不一。从立法角度看，立法者更加注重保护市场经济秩序，维护担保物权人的合法预期，保护担保物权人对担保物的优先权利。但从司法实践看，常出现法院在破产财产不足以清偿职工债权时，判令以破产人被设定担保物权的特定财产对职工进行清偿。具体如下：

#### （一）立法层面

我国《企业破产法》第一百零九条明确规定了对破产人特定财产设定担保的担保物权人的别除权。即担保物权人对该特定财产在担保物权范围内优先受偿，不受破产财产是否足以清偿职工债权的影响。同时，该法第一百三十二条规定了别除权适用的例外，“本法施行后，破产人在本法公布日之前所欠职工的工资和医疗、伤残补助、抚恤费用，所欠的应当划入职工个人账户的基本养老保险、基本医疗保险费用，以及法律、行政法规规定应当支付给职工的补偿金，依照本法第一百一十三条的规定清偿后不足以清偿的部分，以本法第一百零九条规定的特定财产优先于该特定财产享有担保权的权利人受偿”。即2006年8月27日之前产生的职工债权，未设定担保物权的破产财产不足以清偿的，以设定担保

物权的特定财产进行清偿，该财产上的担保物权人位列其后，待职工债权清偿完毕后，方可行使对该担保财产的担保物权。但2006年8月27日之后产生的职工债权，即使未设定担保物权的破产财产不足以清偿，也不能用已设定担保物权的特定财产优先清偿，担保物权人的担保物权优先受偿。

由此可以看出，立法者认为，担保物权有最优先受偿的权利，该权利凌驾于所有债权之上，远优先于职工债权。但立法者也考虑了一定的社会稳定因素，规定了用设定担保物权的特定财产对破产财产不足以清偿的职工债权进行清偿的特定情形，同时，又对该情形设定了严格限制。即2006年8月27日之前产生的职工债权才可以设定担保物权的特定财产优先受偿，否则，只能用破产财产进行清偿，不能清偿的，职工自行承担相应损失。

立法者对于担保物权的保护也体现在破产法及司法解释的相关表述上。在提到被设定担保物权的财产时，相关法条表述为债务人财产、特定财产，并未表述为破产财产。在如何清偿破产费用、共益债务、破产债权等法条中，均表述为以破产财产进行清偿。由此可见，立法者倾向于认为被设定担保物权的特定财产并非破产财产，其仅为保障担保物权人担保物权的实现而存在，优先于职工债权。然而，立法者并未明确阐述上述观点，纵观我国破产法及相关司法解释，并无任何一条规定明确定义破产人被设定担保物权的特定财产并不是破产财产，也未明确说明担保物权优先于2006年8月27日之后产生的职工债权。这反映了立法者的纠结心态。一方面，立法者从根本上认可担保物权优于债权的民法学理论原则，无论债权多么特殊，仍不能打破该原则。表明立法者注重维护民法体系的一致性，对于具体领域具体问题的规定与民法学基本理论原则保持一致，在宏观环境未发生改变的情况下，确保法律规定的稳定性和可预期性，避免前后矛盾。这也保护了市场经济主体对其经济行为所产生法律后果的预期，增强了市场经济主体对制度稳定的安全感，使其敢于投资、交易，从而促进市场经济的繁荣发展。另一方面，职工债权，尤

其是其中的职工工资，是实现职工生存权的基本保障。生存权，是最基本的人权，一个连生存权都无法保障的社会，何谈发展经济。因此，立法者又对此留白，为司法者留足操作空间。

## （二）司法实践层面

笔者搜集了破产程序中涉及担保物权与职工债权优先受偿顺序争议的案件，发现常有法院认定职工债权中的部分，尤其是在保障职工生存权范围内的职工工资债权优先于担保物权受偿。例如：

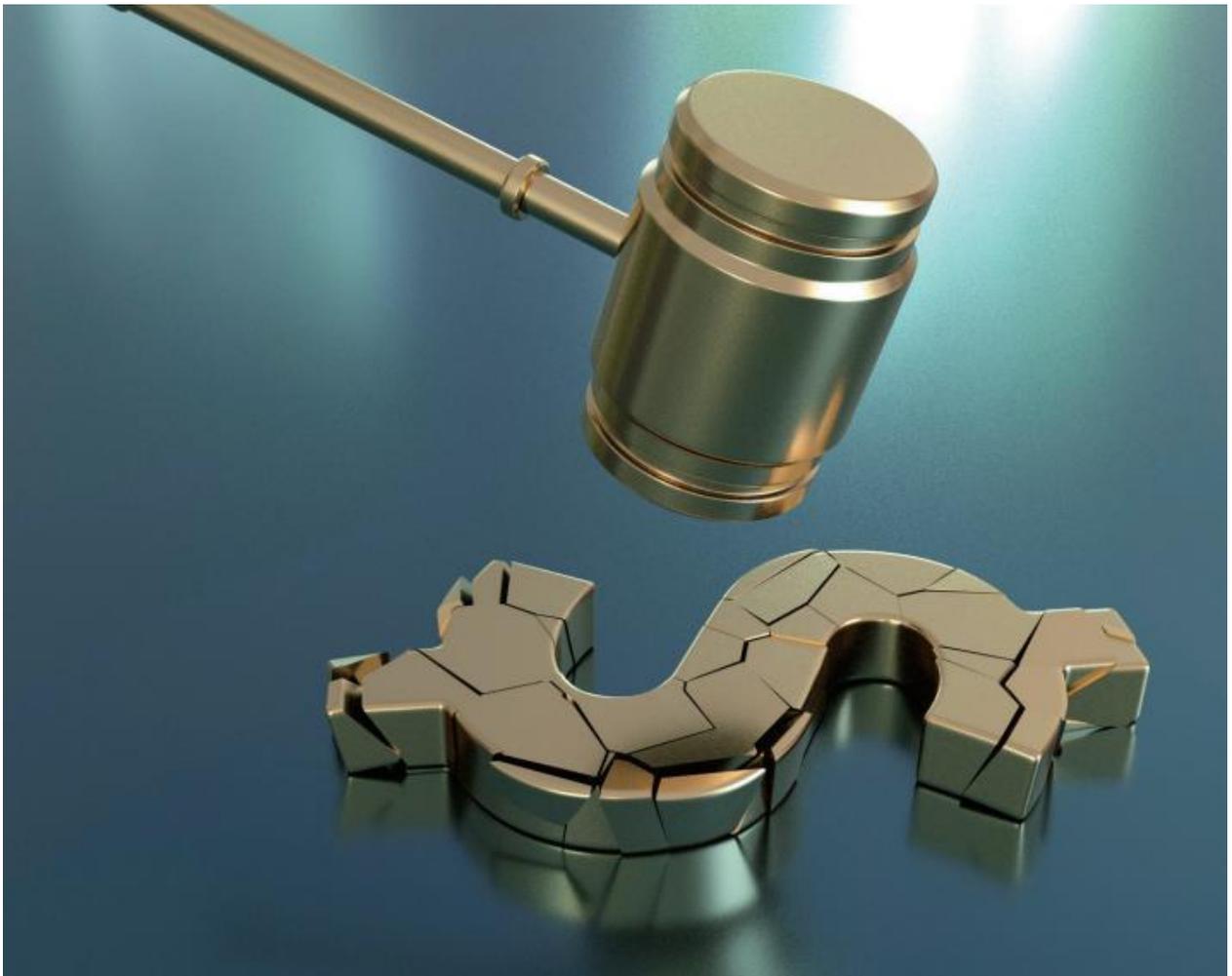
1. 广东省佛山市中级人民法院（2020）粤06民终10038号案

法院认为，本案涉及的职工工资经过行政机关的行政处理决定书确认。职工工资是基于劳动合同关系产生的，是维持劳动者生存权的特种债权，应当优先于其他债权（包括抵押权、质押权）

受偿。但在执行分配过程中，对职工工资予以优先清偿的目的是为了维持职工正常的基本生活，保障职工的生存权。若部分职工工资远远高于普通职工的平均工资，仍对其进行全部清偿，会导致其他债权人利益受损的后果，有悖于职工工资优先受偿的初衷。故一审法院在综合考虑了戴某、王某两人的工资收入及日常生活需要，结合当地职工平均工资标准，酌定两人在未超过当地职工平均工资的三倍范围内的工资债权优先受偿，其余部分作为普通债权参与分配，并无不当。

2. 浙江省台州市中级人民法院（2015）浙台执分终字第10号案

本院认为，目前法律虽对工资债权与抵押债权在受偿时孰先孰后未作明确规定，但理应确认工资债权在受偿时享有优先顺序。劳动报酬是劳动者提供劳动所获得的对价，劳动者获得劳动报酬是宪法赋予的基本权利，劳动报酬的实现对



于保障劳动者维系自身和家庭成员最起码的生存权具有重要意义。而抵押权保障的是民事主体的经营性利益。两者相比较而言，生存权显然比经营性利益更重要，工资债权应高于抵押权受到保护。而且赋予职工工资相应的优先权，更符合公平原则的要求，也有利于维护社会的和谐与稳定。

3. 重庆市第二中级人民法院 (2014) 渝二中法民异初字第 00001 号案

本院认为，民工工资关系到人民群众的切身利益，应以确保民工利益的实现为基本出发点，本着在多个债权人对同一被执行人申请执行，但被执行人的财产不足以清偿全部债务时，对其中拖欠劳动报酬的案件应优先执行的精神，作出参与执行分配顺序中民工工资优先于抵押权债权受偿的方案，直接体现了民生权利和财产权利相冲突时，应首先考虑民生权利的精神，符合当前构建和谐社会的法制理念。

由此，在司法实践层面，涉及职工债权及担保物权优先顺位之争时，我国法院通常将职工债权中满足职工基本生存所需的部分工资债权置于最高位置，将实现职工的基本生存权作为基本原则，认为该部分职工债权涉及职工及其家人的基本生存权，如果不对其予以优先保护，势必造成基本人权的丧失，不符合社会主义法治理念，不利于社会稳定和谐。另外，在维稳的大环境下，法院作为直面争议解决的最重要的公权力机关之一，维稳压力巨大，必须尽量避免出现“集体讨薪”、“群体上访”等事件。而破产案件中的劳动者，相较于担保物权人来说，经济上处于弱势地位，且通常情况下人数众多。这决定了法院在审理破产案件之前，就不可避免地将利益的天平导向弱者，尤其是弱势群体，最终裁判结果当然不可避免地更有利于劳动者。但是，职工债权中的哪些部分属于满足职工基本生存所需并应优先于担保物权进行保护，目前尚无明确规定，司法实践亦无统一标准，法院通常根据个案情况斟酌裁判，实践标准不一。有的法院认为，未超过当地平均工资 3 倍以内的工资属于满足职工基本生存权所需，应优先于担保物权进行保护，具有一定的可参考性。但社保、补偿金等是否构成

生存权的基本保障，是否应优于担保物权进行清偿，尚待明确。

## 四、国外先进规则

### (一) 美国破产法

美国破产法明确规定，对特定财产享有有效债权的债权人，例如担保债权人或信托收益人，对该特定财产享有优先受偿权。这类债权人可通过受领该特定财产或获得其交换价值来实现其债权。担保物权全部实现后，担保财产仍有剩余的，用于清偿普通无担保债权。<sup>[1]</sup>

§507 (a) 共列举了十类具有优先顺位的无担保债权。按照顺位高低进行排列，顺位较低的债权需在顺位较高的债权获得完全清偿之后方得受偿。各类债权可享有优先顺位的具体数额根据消费物价指数每三年调整一次。其中：第一类是家庭抚养费债权；第二类是破产案件的管理费用，以及可根据《司法及司法程序法》第 123 章予以确定的费用和支出；第三类是强制案件中，在破产申请提出破产救济令作出之间成立的债权；第四类是截止破产申请之时或债务人停止经营之日的较早者，之前 180 日内成立的雇员工资债权，但不得超过 12475 美元 / 人。

由此可见，美国破产法明确规定了担保物权具有最优先的权利，担保物权人可以被设定担保的特定财产优先受偿，待其担保物权全部实现后，该特定财产仍有剩余的，方可用于清偿无担保债权，而职工债权位列无担保债权清偿顺序的第四位，受偿顺位明显低于担保物权。<sup>[2]</sup>

### (二) 德国破产法

德国破产法明确规定，别除清偿的权利是为了保护破产中的担保权。原则上说，对债务人特定财产享有担保权的债权人，并不应得到该特定财产本身，而应得到该特定财产所体现的价值（以被担保的债权额为限）。因此，当债务人破产时，该类债权人不能取回担保物，此类物品应属于财团。该类债权人只能请求在所有其他无担保债权人之前以担保物优先受偿，也就是说，担保物变价后所得收益，优先用于清偿设定担保的债

权。该类债权全部获得清偿后，变价款还有剩余的，计入（应有）财团，用于清偿其他无担保债权。<sup>[3]</sup>

对于那些工作职位受到威胁的债务人雇员，《破产法》对其利益给予了特别关注。《破产法》第108条第1款规定：债务人的雇佣关系继续存在，且效力及于破产财团。也就是说，破产管理人首先还要继续雇用那些员工，并以财团支付他们的工资和报酬。但欠付的破产程序启动前的工资，仅成立简单破产债权。这条对雇员不利的规则，通过下面的方式得到进一步补偿：未支付给雇员的、程序启动前三个月的劳动报酬作为破产金，由劳工局支付。债务人承诺的企业退休金、养老金，如在破产程序启动前已定就，便成立简单破产债权，按照《企业养老法》第7条和第14条的规定，由养老保险协会承担。如果破产管理人在程序启动后不支付工资和报酬，则雇员可以从劳工局领取失业金。如果由于缺乏雇佣可能性或者无法用财团支付雇员报酬，破产管理人可在下一个可能的解约期限前，免于雇员工作。但这并不改变雇员的请求权。相反，雇员现在可以无限制地解除合同。如果破产管理人还不支付工资和报酬，则雇员再次获得领取失业金的权利。他们的报酬请求权仍然成立《破产法》第209条第1款第3项的（旧）财团债务。<sup>[4]</sup>

综上，德国破产法依然坚持最优先保护担保物权人的利益，明确规定担保物权优先于职工债权获得清偿，但也对职工利益进行了平衡，建立了完善的职工利益保障制度，例如：由劳工局支付给劳动者破产程序启动前三个月的尚未支付的劳动报酬、破产管理人在破产程序启动后不支付劳动报酬时的失业金，由养老保险协会支付债务人在破产程序启动前承诺并确定的退休金等。

## 五、如何借鉴

担保物权与职工债权的优先顺位之争，实际上就是财产权益与生存权益之争。生存权是人的基本权利，也是发展经济的基础，但保护财产权益，促进市场经济的繁荣，又更好保障了生存权，两者相辅相成，缺一不可。我国法院在处理破产

案件时，利益的天平过多倾向于职工债权，忽略担保物权，其实并不可取。尤其是我国破产程序中，担保物权人是银行的情况居多，如果缺乏对银行担保物权的保护，势必造成银行批贷时时设定更加严格的条件，中小企业融资将难上加难，在经济下行的今天，其将面临更加艰难的处境，更多劳动者将面临失业、降薪问题，保护劳动者生存权更加无从谈起。因此，如何平衡两者之间的关系，最大限度实现生存权保障与财产保护的统一，是值得我们思考的重要问题。对此，笔者提出以下建议：

首先，立法确定破产受理前一定时间范围内的职工债权、该职工债权中的一些类别、该类别中的一些金额可以作为实现职工生存权的职工基本债权，属于职工基本债权范畴的，由政府及企业保证金予以保障；不属于职工基本债权范畴的，按普通债权进行清偿。

其次，立法明确担保物权具有最优先受偿的权利，其他任何属性的债权，无论该债权多么特殊，都不能超越担保物权优先于债权的基本原则，从而最大限度地保护财产权益，增强市场经济主体参与市场经济活动的信心，刺激经济发展。

再次，学习发达国家经验，建立保障职工基本债权的制度和体系。可设立专门的破产职工利益保障机构，由国家拨付一定的财政资金，专门用于清偿不能得到支付的职工基本债权。

最后，要求符合条件的企业（如经营情况差、资产及负债比例达到一定临界点的）建立保证金账户，用于保障可能出现破产情形时职工基本债权的清偿，保证金数额可设定为相当于以企业平均职工工资为基数、一定时间范围以内的企业全部职工工资总额。

## 注释：

- [1] [美] 查尔斯·J. 泰步著，韩长印等译：《美国破产法新论》，中国政法大学出版社，2017年第3版中册，第731页。
- [2] [美] 查尔斯·J. 泰步著，韩长印等译：《美国破产法新论》，中国政法大学出版社，2017年第3版中册，第735页。
- [3] [德] 莱因哈德·波克著，王艳柯译：《德国破产法导论》，北京大学出版社，2014年11月第6版，第136页。
- [4] [德] 莱因哈德·波克著，王艳柯译：《德国破产法导论》，北京大学出版社，2014年11月第6版，第94、95页。



□汪 黎/文

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

## 新冠疫情背景下德国破产法改革

2020年，一方面，德国立法者为了应对新冠疫情可能引发的破产浪潮，对包括破产相关的法律法规进行了临时调整；另一方面，为了对欧盟有关预防性重整指令进行转化，同时对理论界和实务界就破产重整制度提出的变革要求做出回应，德国立法者对当前的破产重整制度进行了改革。

2021年1月1日新法大部分已生效，剩余部分也将于2022年7月17日生效。作为备受中国投资者青睐的投资目的国，中国投资者在德国拥有或参股了大量企业。长久以来，对于中国投资者而言，德国破产制度中最受关注的是管理层在公司面临破产风险但未及时申报时，可能面临的个人责任风险。但在新冠疫情席卷全球，对全球商业环境造成重大影响的背景下，无论是在德国公司担任高管的中国籍管理人员，抑或是德国公司的中国股东，鉴于公司陷入危困局面的可能性和不确定性增强，对破产制度的关注度也随之提高，在关注个人责任风险之外，也对公司破产风险的应对和处理给予了更高的关注。

### 一、改革背景

为应对新冠疫情带来的冲击，德国对破产规则进行了特殊调整，其中以《COVID-19破产中止法》为代表，在满足法律规定条件的前提

下，将企业的破产申请义务全面暂停至2020年9月30日，以避免发生大规模的破产浪潮。在此基础上，2020年9月19日，德国联邦司法和消费者保护部公布了有关修改重整和破产法的草案。2020年11月9日，德国联邦政府基于德国联邦司法和消费者保护部的草案，公布了德国联邦政府版草案（“联邦政府草案”）。联邦政府草案经修改后，于2020年12月29日在德国联邦公报上发布，形成最终的德国重整和破产更新法案（SanInsFoG，“破产重整更新法”）。破产重整更新法的核心部分是公司稳定和重整框架法案（StaRUG，“稳定和重整框架法”），在稳定和重整框架法之外，破产重整更新法也对与本次修改相关的法律法规进行了修改，包括民事诉讼法、破产法等。

破产重整更新法除对受新冠疫情影响可能造成的破产浪潮进行了预防外，也对欧盟有关预防性重整框架的指令（2019/1023）进行了转化，同时也对近几年来，德国实务界和学术界讨论颇多的部分待变革事项进行了处理。

本次改革的最大亮点在庭外重组方面。过去德国法律只允许基于所有债权人和股东都同意的前提开展庭外重组，否则只能经法院程序通过破产计划进行重组。这也意味着，若未能取得全面同意，对部分异议债权人或股东的强制批准只有

在法院主导的破产程序下具有可能性。然而，受制于破产重整本身对于债务人、债权人或股东权利可能造成贬损以实现平衡的特性，取得全面同意的难度不言而喻，这也就降低了庭外重组的可操作性，因此过去大部分破产重整只能通过法院破产程序进行处理。但众所周知，德国的破产程序是“全面破产程序”，因此对于破产债务人的资产会进行全盘处置和全面重组，这也就导致对于仅在某些方面需要进行重组调整，例如，仅需要对资本结构进行调整而无需对其业务进行重组调整的破产债务人，全面破产机制的僵硬固化的弊端难以克服，难以满足现实的需要。

当然，部分在联邦政府草案中提议设立的创新性机制，在最终的法律中并未被采纳，例如，草案为终止正在履行中的合同提供了可能性，以期对完成拟进行的破产重整计划提供更为灵活的辅助工具，但该提议在最终的法律文本中被删除，这也就意味着，终止正在履行中的合同，仍然只有在正式的破产程序中才具有可行性。

破产重整更新法的大部分规定已于2021年1月1日生效。但部分规定，例如有关公开重整的规定，将自2022年7月17日生效。

## 二、稳定和重整框架法下的破产重整的特点

### 1. 破产重整的程序特征

破产重整程序本质上是由债务人驱动的、破产程序之外的重整程序。公司原则上可以自行起草重整方案、与债权人协商、调整并形成最终方案。债权人或股东无权要求启动重整程序。法院的介入情形主要包括应公司请求，重整法院对制定的重整计划进行审查监督、发布包括禁止或暂缓对公司采取强制执行措施等稳定令，也包括在公司申请稳定令且该稳定令针对几乎所有债权人的情况下，由重整法院指定重整管理人等。

### 2. 启动破产重整的标准

按照德国破产法的规定，以下三种情形属于启动破产程序的法定情形：

(1) 丧失清偿能力 (Zahlungsunfähigkeit)；

(2) 存在丧失清偿能力风险 (Drohende Zahlungsunfähigkeit)；以及

(3) 资不抵债 (Überschuldung)。

按照破产重整更新法第29条，只有以上第(2)种情形属于可以适用破产重整程序的情形。换言之，若属于丧失清偿能力和资不抵债，则只能启动正式的破产程序，而无法适用破产重整程序。

需要注意的是，对于以上三种类型的破产风险，在破产重整更新法生效之后，将适用不同的破产风险判断期：

(1) 丧失清偿能力：按照德国联邦最高法院 (BGH-Bundesgerichtshof) 的判决，一般情况下，公司在三周的判断期内对到期债务出现超过10%的流动性短缺，即视为丧失清偿能力。但在特殊情况下，例如，预计短期内流动性缺口可以全部或几乎全部予以补足，可以排除适用该规则。

(2) 存在丧失清偿能力风险：判断标准通常为无力支付判断期内超过50%的到期债务的情形；判断期为24个月。

(3) 资不抵债：判断期为12个月。此前，按照新冠疫情特别破产法规定，若因新冠疫情导致的资不抵债，在2021年1月1日至2021年12月31日间，破产风险判断期从12月缩短为4个月。按照破产重整更新法，自2022年1月1日起，前述破产风险判断期应重新调整为12个月。

对于申报破产的最晚期限，之前的破产法对于丧失清偿能力和资不抵债类型的破产风险，都规定了自破产事由发生之日起三周的申报期限，但破产重整更新法对于资不抵债类型的破产申报期限由三周延长为六周，而丧失清偿能力的破产申报期限保持不变仍为三周。

按照破产重整更新法，在破产外重整程序实施期间，《德国破产法》第15a条规定的破产申报义务暂时停止。但需要特别注意的是，若企业在重整实施期间出现丧失清偿能力或资不抵债的破产事由，需要立即向重整法院报告；若未及时报告，管理层仍可能面临最高3年的刑事责任，并处罚金。重整法院将决定是否继续重整程序或终止重整程序转而启动破产程序。

### 3. 破产重整适用债权范围

破产重整可适用于几乎所有类型的债权，但不包括员工因劳动关系产生或与劳动关系有关的请求权，其中也包括在公司的养老金机制下所形成的权利；因恶意侵权产生的请求权以及政府罚款。破产重整计划可以对法人股东的股权进行调整（包括债转股、转让股权等），为了实现合理的清偿，对于属于《德国股份公司法》第15条所定义的集团内部关联公司所提供的担保，破产重整计划也可以对相应的担保权进行调整。

#### 4. 破产重整的管理人

在许多情形下，法院可以酌情决定任命一名管理人。但一些特殊情况下，例如在已经可以预见到一个或多个债权人分组将不能通过该组多数表决的形式通过破产重整计划，而只能通过适用跨组多数表决机制（详见第5部分）通过的情况下，法院应当指定管理人。

#### 5. 破产重整计划表决

权益受破产重整计划影响的债权人将分组进行表决。原则上，每一组持有债权超过该组总债权四分之三的债权人都表决同意通过，则破产重整计划视为通过。

为了避免因少数债权人或股东反对而对破产重整计划实施的形成阻碍，稳定和重整框架法设置了“跨组多数表决通过机制”，即对于未能通过四分之三多数表决通过的破产重整计划的债权人组，在满足特定情况的前提下，视为该组同意破产重整计划：

（1）由于破产重整计划，该债权人组内债权人几乎不可能处于比没有破产重整计划更差的境地；

（2）该债权人组内债权人的权益已经在破产重整计划中占恰当的份额，且

（3）债权人组中多数分组已达到该组表决要求通过破产重整计划；如果只有两个债权人组，则其中一组同意破产重整计划即可，但需要注意的是，在这种情况下，做出同意破产重整计划的债权人组不得仅由股东或劣后级债权人组成。

总体上看，稳定和重整框架法以“绝对优先规则”为原则，即普通债权人的债权具有优先性，原则上，受重整计划影响的劣后级债权人、债务人或债务人的股东均不得优先获得任何破产财产。但是，在受益人对债务人进行完全补偿的前提下，前述规则可不适用。此外，（1）若债务人或其股东由于其本身的特殊情况，其本身对于实



施破产重整计划而言具有重要意义，且债务人或股东已承诺在五年或更短的时间内为实施破产重整计划而提供合作；或（2）若对债权人权利的影响较小，尤其是在债权并不减少，只是期限推迟不超过 18 个月的情况下，“绝对优先原则”也不适用。

## 6. 破产重整期间暂缓执行

为了增加破产重整计划实施成功的几率，法院可应债务人的要求出具暂缓执行的稳定令（“稳定令”），作为维持公司稳定的一项辅助措施。稳定令有效期内，债务人的合同对方不得仅以债务人不履行为由拒绝履行合同义务或者主张权利终止或者变更合同。但是，债权人因债务人不履约而对债务人不履约部分对应的债权人义务主张拒绝履行的权利不受影响。同样，债权人申请启动破产程序的权利应在稳定令存续期间暂时中止行使。

稳定令的持续时间最长为三个月。对于债务人已经将破产重整计划提交债权人且该计划预计不能在一个月通过的条件下，对于权益受到破产重整计划影响的债权人，稳定令的持续时间可再延长一个月。在破产重整计划应债务人请求，由法院进行司法确认的情况下，稳定令的持续时间最长可为八个月。稳定令可适用于部分或所有债权人，但通常对不适用破产重整计划的债权人排除适用。

## 7. 破产重整期间的新融资

对于在破产重整过程中的新融资和临时或过渡性融资，通常被排除在后续正式破产程序中的撤销权范围之外，可理解为保护贷款方而设立的安全港规则。一旦债务人的重整计划得以实现，该撤销豁免权即告失效。但是，前述撤销豁免权不适用于股东贷款和根据德国破产法规定属于劣后级债权交易形成的债权。

根据稳定和重整框架法，在破产重整过程中，提供新融资或过渡性融资的贷款方，不会仅仅因为其知晓存在破产风险或公司申请破产重组这一事实，而面临需要承担贷款方侵权责任的风险。但需注意的是，该规定并未完全避免贷款方可能

面临的侵权责任风险。因为根据德国法律，对于提供周转贷款的贷款方来说，对已经处在破产危机中的公司提供贷款，而该等贷款仅仅起到拖延公司破产的作用，与此同时此等拖延损害了公司其他债权人的利益，则公司其他债权人有权向贷款方主张承担侵权责任。当然，贷款方的侵权责任风险，随着公司顺利周转渡过难关，或者在未能渡过难关，但贷方可以合理说明授予或延长贷款的理由的情况下，得以免除。因此，对于在破产重整计划中提供周转贷款的贷款方而言，仍需要具有充分理由说明提供贷款的合理性考量。

## 三、结语

长久以来，中国投资者对于海外投资企业的“破产”或“重整”怀有一种复杂的情绪，从某种程度上说，这甚至是一个“禁忌话题”。但无论是从法律风险角度，还是从实际情况出发，对破产重整领域的关注和了解，必不可少，也刻不容缓。尤其是在德国破产法框架下，因破产申报可能引发的管理层个人风险责任，对于在德国企业中担任高管职务的中国投资者而言，仍需时刻保持警惕。

正如稳定和重整框架法第 1 条所述“法人的管理层成员应持续监测可能危及法人持续经营的事态发展”。“危机预警系统”早已不是简单的口号，而成为或者应当成为公司合规系统中的重要一环，构成“快速识别风险、及时做出响应、迅速采取应对措施、圆满解决危机”这一闭环管理设计中的核心部分。

任何公司在经营过程中，都难免会遇到各种危机，投资者若能越早、越快地反应，除了能够挽救公司于危难之中，也将大大降低因此可能面临的法律责任甚至个人风险。若已经识别到相应的破产风险，及时聘用专业中介机构的介入，对于整个危机管理流程而言，其重要意义无须赘述。通常审计师可以从财务角度判断公司是否存在破产理由，而破产律师可以帮助投资者评估当前情况下，公司管理层以及投资者从法律层面应当或可以采取的措施，以最大化减小公司、公司管理层及投资者的法律风险。



□ 甄庆贵/文

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



□ 和 谦/文

和谦律师，中伦文德律师事务所非权益合伙人，中国政法大学 民商法学硕士、中南财经政法大学法学学士。多年投行工作经验。主要业务领域为公司 资本项下各类法律业务。从业十多年来，在公司股权、新三板、投 融资、并购重组领域从事了大量法律实践活动。

## 北京证券交易所资本市场路径手册

正当北京证券交易所（以下简称“北交所”）的诸项基本制度征求意见稿出台之际，精选层的公司心潮澎湃、创新层的公司憧憬无限、基础层的公司跃跃欲试、场外符合条件的公司内心又重燃希望之火。很多券商又开始招募新三板队伍，律所所也积极动员。新申报挂牌的企业数量从每月的十几家，不出意外的话，在几个月后迎来大幅度上涨。加上合格投资者标准的调整，投资者的范围进一步扩大，交投进一步活跃，新三板和北交所在最近两年将迎来一个窗口期。2021年度资本市场上最大的热点恐怕非“北交所”成立莫属。

### 一、如何成为北交所的上市公司

能够成为北交所上市公司的主体大体分为三种类型。

第一种是新三板精选层的挂牌公司，目前有一千二百余家。这类挂牌公司是北交所面向的最直接标的公司。如果挂牌已经满12个月，并且符合北交所上市的各项条件，便可以申请公开发行股份并在北交所上市。

第二种是新三板基础层的挂牌公司，目前有将近六千家。这类挂牌公司如果满足创新层的条件，可以在每年的五月份，向股转公司提出申请，调入创新层。然后在满足挂牌12个月并符合北

交所的上市条件后，提出发行上市申请。

第三种是场外符合新三板挂牌条件甚至条件更好的公司。这类公司首先需要在新三板挂牌。申请挂牌时，符合条件的可以直接进入创新层，没有进入创新层的进入基础层，然后走前两类挂牌公司的发行上市路径。

### 二、申请在新三板挂牌并进入基础层

《全国中小企业股份转让系统业务规则（试行）》自2013年12月30日修改至今始终指导着股转系统（即新三板、股转公司）的运行，对于维护新三板市场秩序，保护投资者合法权益起到了重要的作用，其中第2.1条规定了拟挂牌公司申请在股转系统挂牌应当具备的条件。

股份公司不受股东所有制性质的限制，不限于高新技术企业，但应当符合以下条件：

- 1、依法设立且存续满两年；
- 2、业务明确，具有持续经营能力；
- 3、公司治理机制健全，合法规范经营；
- 4、股权明晰，股票发行和转让行为合法合规；
- 5、主办券商推荐并持续督导；
- 6、股转公司要求的其他条件。

其中第1、3、4项均为律师需要重点关注的內容。

为了进一步明确上述挂牌条件的适用，股转

公司出台了《挂牌条件适用基本标准指引》(以下简称“标准指引”)。对上述六项挂牌条件进行了细化,形成了一套更为具体的标准。这套标准适用于拟挂牌公司申请股票在新三板基础层挂牌,或在基础层挂牌同时定向发行股票的情况。

根据作者以往的经验,拟挂牌企业通常在以下方面出现挂牌障碍。企业可以逐项对照,初步衡量自身是否符合挂牌条件。

### (一) 达到相关指标

设置财务指标主要是为了给拟挂牌公司的可持续经营能力设定客观的衡量标准。

1、最近两个完整的会计年度营业收入累计不低于人民币1000万元,该数据应当为经审计的财务数据。累计低于人民币1000万元的,需要同时满足另外两个条件:其一是研发周期较长,其二是最近一期末公司净资产不少于人民币3000万元。最近一期末是指申报基准日的当期期末,即两年一期的报告期末。

2、报告期末股本不少于500万元、每股净资产不低于1元。

### (二) 股权无瑕疵

拟挂牌公司在股转系统挂牌的目的之一是为公司股份赋予更好的流动性。既然要在二级市场上公开交易,那么作为交易标的物的拟挂牌公司股份应当不存在权属方面的瑕疵。

#### 1、合法出资

拟挂牌公司在设立后存在非货币出资的,应当评估作价,用于出资的财产不存在权属争议,且产权转移的出资手续已经办理完毕。以货币出资的,应当全部实缴,不存在抽逃出资、虚假出资等出资不实的情形。以国有资产出资的,还应当依法履行国有资产评估、登记等手续。

#### 2、权属清晰

拟挂牌公司股东所持有的公司股份应当权属清晰,不存在权属争议或潜在纠纷,包括代持行为。设立后存在股权转让的,应当按照《公司法》的相关规定,履行了相应的内部和外部的决策审批程序,并且交易真实,不存在纠纷。存在国有股权转让情形的,还应当遵守有关国有资产产权

交易的相关规定。

### (三) 合法合规经营

拟挂牌公司合法合规经营,是保障其挂牌之后市值稳定的一项基本条件。资本市场作为标准化的证券交易场所,拒绝违规经营企业进入,才能保障资本市场的繁荣和稳定。

1、拟挂牌公司及其下属子公司在挂牌申报前24个月内不得存在因重大违法、违规行为受到刑事或行政处罚的情况。如:环保部门、安全生产部门对拟挂牌公司作出的行政处罚。

2、拟挂牌公司控股股东、实际控制人在挂牌申报前24个月内不得存在受到刑事处罚,或涉嫌犯罪被司法机关立案侦查尚无明确结论的情况。上述主体在申请挂牌时不应被列为失信联合惩戒对象。

3、拟挂牌公司及其子公司的各项业务应当根据行业特点,遵守法律、行政法规和规章的规定,符合国家产业政策以及环保、质量、安全等要求。

除上述几点重要条件外,企业可以逐条对照标准指引中的要求,或参考《挂牌审查业务规则适用指引第1号》中更为详尽的要求,亦或请律师或券商等中介机构帮助企业逐项梳理,协助企业建立一幅符合自身条件的“资本市场路径图”。

## 三、申请进入新三板创新层

申请挂牌的公司首先要满足上文的挂牌条件,在满足挂牌条件的情况下,有两种进入创新层的方式。

第一种是成为新三板的挂牌公司后,在每年的4月30日,股转系统启动挂牌公司层级定期调整工作之时,满足创新层条件,申请进入创新层。

第二种是在申请挂牌的同时发行股份,并满足创新层的进入条件,挂牌时直接进入创新层。

### (一) 进入创新层的财务指标

根据《全国中小企业股份转让系统分层管理办法》(以下简称“《分层管理办法》”)的规定,挂牌公司进入创新层应当符合以下条件之一:

1、盈利能力指标。挂牌公司最近两年净利润每年均不低于1000万元。最近两年的加权平均净资产收益率平均不低于8%。申请进入创新层时的股本总额不少于2000万元。

净资产收益率，是指一个公司在一定期间的收益与它的净资产的比率。公司一定期间的收益是固定的，然而净资产是变化的，因为有收益的增减，也可能增加或减少股本等。加权平均的净资产收益率就是要考虑到期间公司净资产的变化，从而计算出的净资产收益率（ROE）。

2、成长性指标。最近两年营业收入平均不低于6000万元，且持续增长，年均复合增长率不低于50%。股本总额不少于2000万元。

这里的年均复合增长率是指营业收入的两年年均复合增长率。例如：某挂牌公司2018年营业收入为4000万元，2019年营业收入为5000万元，2020年营业收入为6500万元，那么该挂牌公司的年均复合增长率则为22.47%。并且由于最近两年的营业收入平均值低于6000万元，故而不符合成长性指标。需要注意的是，如果适用成长性指标在挂牌时同时申请进入创新层，那么需要会计师对报告期前一年的期末数据进行审计。

3、市值指标。最近有成交的60个做市或者集合竞价交易日的平均市值不低于6亿元，股本总额不少于5000万元。采取做市交易方式的，做市商家数不少于6家。

以上三个指标符合任意一种即可，相关数据均指经审计的数值。

## （二）进入创新层的其他条件

除了上述条件至少满足一项外，拟挂牌公司还需要满足以下条件：

1、公司挂牌以来完成过定向发行股票（含优先股），且发行融资金额累计不低于1000万元；这就是为什么挂牌时直接进入创新层的，需要在申请挂牌同时定向发行股份；

2、符合股转系统基础层投资者适当性条件的合格投资者人数不少于50人；

3、最近一年期末净资产不为负值；

4、公司治理健全，制定并披露股东大会、董事会和监事会制度、对外投资管理制度、对外

担保管理制度、关联交易管理制度、投资者关系管理制度、利润分配管理制度和承诺管理制度；设立董事会秘书（有些挂牌公司只有证券事务代表或信披负责人，而没有设置董秘）；

5、中国证监会和全国股转公司规定的其他条件。

## （三）进入创新层的禁止性条件

当然，即便满足上面的条件，甚至条件更好，如果存在以下禁止性条件的，依然不能进入创新层。

1、挂牌公司或其控股股东、实际控制人存在贪污、贿赂、侵占财产、挪用财产或者破坏社会主义市场经济秩序的刑事犯罪；存在欺诈发行、重大信息披露违法或者其他涉及国家安全、公共安全、生态安全、生产安全、公众健康安全等领域的重大违法行为；

2、挂牌公司或其控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员被中国证监会及其派出机构采取行政处罚；或因证券市场违法违规行受到全国股转公司等自律监管机构公开谴责；

3、挂牌公司或其控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员因涉嫌犯罪正被司法机关立案侦查或涉嫌违法违规正被中国证监会及其派出机构立案调查，尚未有明确结论意见；

4、挂牌公司或其控股股东、实际控制人被列入失信被执行人名单且情形尚未消除；

5、未按照全国股转公司规定在每个会计年度结束之日起4个月内编制并披露年度报告，或者未在每个会计年度的上半年结束之日起2个月内编制并披露半年度报告；

6、最近两年财务会计报告被会计师事务所出具非标准审计意见的审计报告；仅根据本办法第十一条第二项规定标准进入创新层的（即成长性指标），最近三年财务会计报告被会计师事务所出具非标准审计意见的审计报告；

7、中国证监会和全国股转公司规定的其他情形。

## （四）挂牌同时申请进入创新层

通常情况下，拟挂牌公司为了挂牌申请顺利通过审核，即便有急迫的融资计划，也会被建议

在挂牌完成后，再单独启动定向发行的工作。而有些拟挂牌公司在申报挂牌时财务数据满足进入创新层的要求，如果挂牌时不申请进入创新层，而在第二年4月30日定期分层调整时，可能会存在财务数据不符合要求的情况，则可以考虑挂牌同时定向发行股份，并申请进入创新层。挂牌同时申请进入创新层，其进入条件与挂牌后定期调入创新层的条件基本相同，只是要求在挂牌同时完成股份定向发行。拟挂牌公司可以权衡利弊，选择适合自身的进入创新层方式。毕竟在北交所上市才是挂牌公司的阶段性目标。

#### 四、公开发行股份并在北交所上市

我国发展多层次资本市场已有较长时间。创业板的服务对象定位于“三创四新”的成长型创新创业企业，科创板聚焦于“硬科技”型企业，北交所的定位则主要为“专精特新”型中小企业。2021年11月15日北交所已隆重开市。该所平移新三板精选层的主要业务规则，发行及上市条件亦无根本性差异。

新三板基础层和创新层由于不允许公开发行股票，因此不涉及证监会核准的问题（挂牌公司股东人数超过200人等个别业务除外）。然而在北交所上市，由于涉及向不特定合格投资者公开发行股票，则需要发行人既满足发行条件通过证监会的注册，又满足北交所的上市条件，才能顺利在北交所上市交易。

2021年10月30日，证监会发布了《北京证券交易所向不特定合格投资者公开发行股票注册管理办法（试行）》（以下或称《注册管理办法》），同日，北交所发布了《北京证券交易所股票上市规则（试行）》（以下或称《股票上市规则》）。上述两部规范性文件分别规定了发行人公开发行股票并向证监会注册的条件，以及在北交所上市的条件。

##### （一）发行条件

《证券法》对于股份公司首次公开发行股票作出统一规定，《注册管理办法》在此基础上进一步对发行人公开发行股票并在北交所上市的发行条件列专章予以规定。不同于其证券市场板块

的是，发行人必须是在新三板挂牌满十二个月的创新层公司。并不要求在创新层挂牌满十二个月，只要申请公开发行股份时满十二个月，且为创新层挂牌公司即可。

除此之外，发行条件还包括：具备健全且运行良好的组织机构；具有持续经营能力，财务状况良好；最近三年财务会计报告无虚假记载，被出具无保留意见审计报告；依法规范经营。以及消极条件：发行人及其控股股东、实际控制人最近三年内不得存在贪污、贿赂、侵占财产、挪用财产或者破坏社会主义市场经济秩序的刑事犯罪行为，最近三年内不得存在欺诈发行、重大信息披露违法或者其他涉及国家安全、公共安全、生态安全、生产安全、公众健康安全等领域的重大违法行为，最近一年内不存在受到中国证监会行政处罚的情形。

##### （二）上市条件

《证券法》明确规定，申请证券上市交易，应当符合证券交易所上市规则规定的上市条件。北交所成立之初，率先制订并颁布了《北京证券交易所股票上市规则（试行）》。

北交所制订的上市标准是以发行人的市值为中心，结合净利润、净资产收益率、营业收入及增长率、研发投入和经营活动产生的现金流量净额等财务指标而设置，一共设置四套上市标准，发行人可以根据自身情况选择一项具体标准进行申报。发行人在北交所上市委召开审议会议之前，因不符合申报时选择的上市标准，而需要变更标准的，可以选择变更，但需要具有充分的理由并说明。

发行人申请上市应当满足《股票上市规则》规定的其中一套市值及财务指标和其他条件，并不得存在消极条件。

四套市值及财务指标如下：

1、市值+盈利能力指标：市值不低于2亿



元，最近两年净利润均不低于1500万元且加权平均净资产收益率平均不低于8%，或最近一年净利润不低于2500万元且加权平均净资产收益率不低于8%。（加权平均净资产收益率的说明，见“进入创新层的财务指标”部分）

2、市值+成长性指标：市值不低于4亿元，最近两年营业收入平均不低于1亿元，且最近一年营业收入增长率不低于30%，最近一年经营活动产生的现金流净额为正。

3、市值+研发投入比例指标：市值不低于8亿元，最近一年营业收入不低于2亿元，最近两年研发投入合计占最近两年营业收入合计比例不低于8%。

4、市值+研发投入净值指标：市值不低于15亿元，最近两年研发投入合计不低于5000万元。

发行人的市值应当由保荐机构事先进行评估并需要充分说明评估的依据和方法，在确定发行价格后所得出的发行后总市值和申报时评估的市值差异较大的，还应当说明情况。

其他发行条件包括以下方面：

1、发行人体量要求：最近一年期末净资产不低于5000万元。

2、公开发行数量要求：向不特定合格投资者公开发行股份不少于100万股，发行对象不少于100人。

3、股本总额要求：公开发行后，公司股本总额不少于3000万元。

4、股东人数要求：公开发行后，公司股东人数不少于200人，公众股东持股比例不低于公司股本总额的25%；公司股本总额超过4亿元的，公众股东持股比例不低于公司股本总额的10%。

5、其他：北交所规定的其他上市条件。

消极条件包括以下方面：

1、发行主体及其控制人不存在重大违法犯罪情形：最近36个月内，发行人及其控股股东、实际控制人，存在贪污、贿赂、侵占财产、挪用财产或者破坏社会主义市场经济秩序的刑事犯罪，存在欺诈发行、重大信息披露违法或者其他涉及国家安全、公共安全、生态安全、生产安全、公众健康安全等领域的重大违法行为。

2、主要人员近期不存在证券市场监管处罚

情形：最近12个月内，发行人及其控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员受到中国证监会及其派出机构行政处罚，或因证券市场违法违规行为受到股转公司、证券交易所等自律监管机构公开谴责。

3、主要人员不存在刑事犯罪情形：发行人及其控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员因涉嫌犯罪正被司法机关立案侦查或涉嫌违法违规正被中国证监会及其派出机构立案调查，尚未有明确结论意见。

4、发行主体的控制人不得为失信被执行人：发行人及其控股股东、实际控制人被列入失信被执行人名单且情形尚未消除。

5、发行主体三年内合规披露定期报告：最近36个月内，未按照《证券法》和中国证监会的相关规定在每个会计年度结束之日起4个月内编制并披露年度报告，或者未在每个会计年度的上半年结束之日起2个月内编制并披露中期报告。

6、其他负面情形：中国证监会和本所规定的，对发行人经营稳定性、直接面向市场独立持续经营的能力具有重大不利影响，或者存在发行人利益受到损害等其他情形。

### （三）行业禁入

近日，北交所发布相关指引进一步明确，发行人应当符合国家产业政策，对于从事金融业、房地产企业，不支持发行上市。对于从事学前教育、学科类培训、产能过剩行业以及《产业结构调整指导目录》中淘汰类行业的发行人不得发行上市。

以上是一家有限公司完成北交所上市的整条路径。其中各个阶段的条件和要求无法面面俱到，在每项要求之下还可能包括一些更细的可量化的要求。如果一家有限公司已经轻松达到北交所的上述标准，那么继续稳健经营，做好上市时间表，一步步推进，未来可期。如果只是在创新层和北交所标准之间浮动，甚至有些勉强，那么聘请经验丰富的律所或券商等中介机构详细进行规划，将会是比较好的选择。

## 附：北京主要各区企业新三板挂牌的补贴政策摘录汇总

2018年5月，为进一步优化营商环境，推动企业上市发展，北京市政府办公厅出台《关于进一步支持企业上市发展的意见》加强对企业上市进行资金补贴，完善上市挂牌扶持政策体系，并明确责任单位。这些单位包括：市财政局、市金融局、各区政府等。随后，北京市各区及有关单位先后出台了具体的扶持政策。对于企业在新三板挂牌也给予不同程度的资金补贴和其他支持。

由于北京地区各区的政策散见于其各自的政府平台，作者特逐一收集，方便拟申请新三板挂牌的企业和中介机构查阅。需要说明的是，由于各区政策可能随市场情况随时变化，建议企业在使用时，及时向当地金融办等主管部门进行必要的核实。

### • 北京市人民政府办公厅《关于进一步支持企业上市发展的意见》（京政办发〔2018〕21号）

出台更有力度、更加精准的上市激励政策，在办公用房、人才引进等方面给予支持。制定支持企业在全国中小企业股份转让系统（新三板）、本市区域股权市场、机构间私募产品报价与服务系统挂牌、融资、并购等方面的政策。（责任单位：市金融局、市财政局、市人社局、北京证监局、中关村管委会、市经济信息化委、市国资委、市文资办、市科委、各区政府）

### • 北京市西城区人民政府办公室关于印发北京市西城区鼓励和支持企业上市发展办法的通知（西行规发【2018】4号）

对于在全国中小企业股份转让系统成功挂牌的企业，根据企业市场分层情况、企业经营发展情况和企业区域贡献情况进行综合指标量化评分，给予总额不超过150万元的区级专项资金支持。

对于从全国中小企业股份转让系统挂牌转入区政府认可的境内外资本市场上市的企业（包括在“新三板”和香港联合交易所两地挂牌上市的企业），可以参照境内外上市奖励标准申请专项资金支持。

### • 东城区关于鼓励企业上市挂牌融资的若干措施（修订版）（东政办发〔2020〕18号）

企业在新三板成功挂牌的，根据企业综合贡献、行业影响力，入选精选层后最高给予300万元的奖励，入选创新层后最高给予200万元奖励，创新层转入精选层的可申请补齐差额。从“新三板”转入上海证券交易所、深圳证券交易所上市的企业，参照境内上市的标准，补齐差额。

### • 海淀区关于支持企业上市发展的若干措施（2018年8月8日）

支持新三板挂牌企业规范运营，对新三板创新层企业给予每年10万元的补贴。鼓励新三板挂牌企业通过定增、发行优先股等方式融资。

### • 丰台区支持“新三板”挂牌企业发展实施细则（试行）（丰政办发〔2014〕23号）

企业在“新三板”挂牌后给予50万元资金支持，给予推荐其挂牌主办券商10万元的资金支持。

### • 大兴区支持企业上市工作暂行办法（2018年12月20日）

对在全国中小企业股份转让系统成功挂牌企业，奖励100万元。

### • 石景山区鼓励企业上市发展实施办法（石政发〔2019〕7号）

企业在全国中小企业股份转让系统成功挂牌，自挂牌后3年内累计融资达到3000万元的，给予一次性区级补贴资金100万元。对于从全国中小企业股份转让系统挂牌转入境内外资本市场上市的企业，

可以参照境内外上市补贴标准申请资金支持。

- 北京市怀柔区人民政府关于印发怀柔区促进区域经济转型发展专项资金支持政策的通知（怀政发〔2016〕15号）

企业上市融资奖励。对企业上市（挂牌）给予一次性奖励。其中，……对在全国中小企业股份转让系统挂牌企业，给予不超过100万元的一次性奖励。

- 北京市昌平区人民政府办公室关于印发《支持企业上市挂牌工作办法（试行）》的通知（昌政办发〔2021〕5号）

设立企业上市区级财政补贴资金，对拟在境内主板、中小板、创业板、科创板首发上市的企业，分阶段给予资金补贴：完成股份制改造并提交辅导备案，由中国证券监督管理委员会北京监管局通过辅导验收并取得相应证明文件的企业，给予区级财政补贴人民币100万元；企业成功上市后，募投资金主要投资在昌平或对昌平的税收贡献当年实现增长的，提供相关证明材料后，通过购置土地、购买或租赁房屋、项目建设补贴等方式，在第二年给予一次性不超过人民币200万元奖励。……在新三板精选层挂牌的企业，参照上市企业给予支持。……2018年5月21日之后上市的企业参照本办法享受区级补贴资金政策。

- 北京市顺义区人民政府关于印发《顺义区支持企业上市挂牌发展奖励办法》的通知（2021年7月20日）

上市培育企业在新三板基础层直接挂牌的或新迁入区的新三板基础层企业，且上一年度营业收入不低于5000万元或净利润不低于500万元的，一次性给予150万元资金支持；上市培育企业在创新层直接挂牌的或新迁入区的创新层企业，一次性给予200万元资金支持；上市培育企业由创新层升入精选层的，再给予300万元资金支持；新迁入区的精选层企业一次性给予500万元资金支持。

将持续督导关系迁入区内证券公司的本区新三板创新层及精选层企业，一次性给予10万元资金支持。

新三板企业成功转板或升层后，根据转板或升层后所属市场补齐差额。

- 平谷区关于进一步鼓励和促进企业上市办法（2018年12月6日）

企业在新三板上市成功后，可获得奖励资金150万元。已挂牌企业转板上市的，可以申请补齐专项支持资金的差额。

- 密云区关于进一步支持企业上市发展的意见（2018版）（密政发〔2018〕40号）

成功在“新三板”挂牌支持企业80万元。企业上市（挂牌）后，应在6个月内向区上市办递交兑现申请。



曹春芬/文

曹春芬律师，中伦文德合伙人律师，中共党员，北京大学法律硕士，律师执业16年，中伦文德公司与证券专业委员会副主任，中伦文德证券业务风险控制委员会委员、中伦文德私募基金业务风险控制委员会委员、中伦文德国有资产管理专业委员会副主任、中伦文德能源与环保专业委员会副主任、担任两家上市公司独立董事。

业务专长：1、非诉业务：IPO、新三板、投资并购、私募融资、企业债券、信托等2、诉讼业务：经济纠纷、知识产权纠纷等。

## 北交所，资本市场新一轮盛宴

北京证券交易所成立了！这无疑近期资本市场的头号事件。

笔者是最早做新三板业务的律师之一。记得最早做的项目还称“股份进入代办系统并公开转让”。遥想2013年-2016年，新三板市场异常火热，本团队仅2016年一年时间就帮助十二家企业在全国中小企业股份转让系统（新三板）成功挂牌，之后又做了十几家挂牌公司的定向发行、重大收购等。然而，进入2017年，新三板市场急剧下滑，身边的律师同行、券商、会计师朋友的新三板业务均进入萧条状态。2019年底至2020年初，新三板进行大刀阔斧改革，新三板法律法规发生了翻天覆地的变化，创新层、精选层推出。于是2020年，笔者著文《大刀阔斧改革，新三板或迎来新的春天》。

时隔一年多，2021年9月，北京证券交易所成立，并带动新三板联动改革，资本市场再次迎来新一轮盛宴。鉴于北交所的定位，北交所的成立无疑是我国中小企业的一大福音。借着中秋节，笔者对北交所成立前后的大事件、北交所相关制度等进行了认真研究，并形成此文，与大家分享，敬请批评指正。

### 一、北交所大事记



### 二、北交所相关制度规则

（一）第一批制度：《北京证券交易所向不特定合格投资者公开发行股票注册管理办法

(试行)》《北京证券交易所上市公司证券发行注册管理办法(试行)》《北京证券交易所上市公司持续监管办法(试行)》《北京证券交易所管理办法》(均为征求意见稿)

1、发布日期:2021年9月3日

2、发布主体:中国证监会

3、主题:关于就《北京证券交易所向不特定合格投资者公开发行股票注册管理办法(试行)》等规章公开征求意见的通知

为贯彻落实党中央、国务院关于变更设立北京证券交易所的决策部署,夯实改革制度基础,保障相关改革措施落实落地,我会起草了《北京证券交易所向不特定合格投资者公开发行股票注册管理办法(试行)》《北京证券交易所上市公司证券发行注册管理办法(试行)》《北京证券交易所上市公司持续监管办法(试行)》,并配套修订了《证券交易所管理办法》《非上市公众公司监督管理办法》《非上市公众公司信息披露管理办法》,现向社会公开征求意见。

(二)第二批制度:《北京证券交易所股票上市规则(试行)》《北京证券交易所交易规则(试行)》和《北京证券交易所会员管理规则(试行)》(均为征求意见稿)

1、发布日期:2021年9月5日

2、发布主体:北交所

3、发布文号:北证公告【2021】1号

4、主题:北京证券交易所关于上市规则、交易规则和会员管理规则公开征求意见的通知

为规范北京证券交易所上市公司持续监管、证券交易和会员管理等行为,维护市场秩序,保护投资者合法权益,根据《证券法》《证券交易所管理办法》《北京证券交易所上市公司持续监管办法(试行)》等法律法规、部门规章和规范性文件,本所起草了《北京证券交易所股票上市规则(试行)》(征求意见稿)、《北京证券交易所交易规则(试行)》(征求意见稿)和《北京证券交易所会员管理规则(试行)》(征求意见稿)等业务规则(详见附件),现向社会公开征求意见。

(三)第三批制度:《北京证券交易所向不

特定合格投资者公开发行股票并上市审核规则(试行)》《北京证券交易所上市公司证券发行上市审核规则(试行)》和《北京证券交易所上市公司重大资产重组审核规则(试行)》等业务规则(均为征求意见稿)

1、发布日期:2021年9月17日

2、发布主体:北交所

3、发布文号:北证公告【2021】2号

4、主题:关于就《北京证券交易所向不特定合格投资者公开发行股票并上市审核规则(试行)》等三件规则公开征求意见的通知

为落实北交所试点注册制要求,明确北交所向不特定合格投资者公开发行股票并上市、上市公司再融资和上市公司重大资产重组审核安排,维护市场秩序,保护投资者合法权益,根据《证券法》《北京证券交易所向不特定合格投资者公开发行股票注册管理办法(试行)》(征求意见稿)、《北京证券交易所上市公司证券发行注册管理办法(试行)》(征求意见稿)、《北京证券交易所上市公司持续监管办法(试行)》(征求意见稿)等法律法规、部门规章和规范性文件,本所起草了《北京证券交易所向不特定合格投资者公开发行股票并上市审核规则(试行)》(征求意见稿)、《北京证券交易所上市公司证券发行上市审核规则(试行)》(征求意见稿)和《北京证券交易所上市公司重大资产重组审核规则(试行)》(征求意见稿)等业务规则(详见附件),现向社会公开征求意见。

(四)第四批制度:《北京证券交易所投资者适当性管理办法(试行)》《北京证券交易所投资者适当性管理业务指南》

1、发布日期:2021年9月17日

2、发布主体:北交所

3、发布文号:北证公告【2021】3号/北证公告【2021】4号

4、主题:关于发布《北京证券交易所投资者适当性管理办法(试行)》的公告/关于发布《北京证券交易所投资者适当性管理业务指南》的公告

为了保障北京证券交易所（以下简称本所或北交所）市场规范发展，引导投资者理性参与本所市场证券交易，保护投资者合法权益，本所制定了《北京证券交易所投资者适当性管理办法（试行）》。经中国证监会批准，现予以发布，自发布之日起生效，实施时间另行通知。

为了加强投资者适当性管理，明确业务办理要求，北京证券交易所（以下简称本所）制定了《北京证券交易所投资者适当性管理业务指南》（以下简称《指南》），现予以发布，自发布之日起生效，实施时间另行通知。自本公告发布之日起，证券公司为投资者预约开通交易权限的，应当按照《指南》的要求，向本所报送合格投资者证券账户信息。

### 三、北交所市场定位

#### （一）政治高度

2021年9月2日，习主席在2021年中国国际服务贸易交易会全球服务贸易峰会上的致辞，“我们将继续支持中小企业创新发展，深化新三板改革，设立北京证券交易所，打造服务创新型中小企业主阵地。”

为贯彻落实习近平总书记关于“深化新三板改革，设立北京证券交易所”的重要指示精神和党中央、国务院的决策部署，在中国证监会的指导下，北京证券交易所成立。

#### （二）一个定位

以新三板精选层为基础，推动完善中国特色多层次资本市场体系，建设一个为创新型中小企业量身打造的交易所。

将精选层现有挂牌公司全部转为北交所上市公司，新增上市公司由符合条件的创新层挂牌公司产生。

#### （三）两个关系

一是北交所与沪深交易所、区域性股权市场坚持错位发展与互联互通，发挥好转板上市功能。二是北交所与新三板现有创新层、基础层坚持统筹协调与制度联动，维护市场结构平衡。

#### （四）“三个目标”

一是构建一套契合创新型中小企业特点的涵盖发行上市、交易、退市、持续监管、投资者适当性管理等基础制度安排，补足多层次资本市场发展普惠金融的短板。

二是畅通北交所在多层次资本市场的纽带作用，形成相互补充、相互促进的中小企业直接融资成长路径。

三是培育一批专精特新中小企业，形成创新创业热情高涨、合格投资者踊跃参与、中介机构归位尽责的良性市场生态。



## 四、北交所上市发行条件

<b>主体要求</b>	发行人在全国股转系统连续挂牌满12个月的创新层挂牌公司
<b>净资产</b>	最近一期末净资产不低于5000万元
<b>发行情况要求</b>	向不特定合格投资者公开发行（以下简称公开发行）的股份不少于100万股，发行对象不少于100人； 公开发行后，公司股本总额不少于3,000万元； 公开发行后，公司股东人数不少于200人，公众股东持股比例不低于公司股本总额的25%；公司股本总额超过4亿元的，公众股东持股比例不低于公司股本总额的10%；
<b>财务指标</b>	市值及财务指标应当至少符合下列标准中的一项： （一）预计市值不低于2亿元，最近两年净利润均不低于1,500万元且加权平均净资产收益率平均不低于8%，或者最近一年净利润不低于2,500万元且加权平均净资产收益率不低于8%； （二）预计市值不低于4亿元，最近两年营业收入平均不低于1亿元，且最近一年营业收入增长率不低于30%，最近一年经营活动产生的现金流量净额为正； （三）预计市值不低于8亿元，最近一年营业收入不低于2亿元，最近两年研发投入合计占最近两年营业收入合计比例不低于8%； （四）预计市值不低于15亿元，最近两年研发投入合计不低于5,000万元。前款所称预计市值是指以发行人公开发行价格计算的股票市值。
<b>负面清单</b>	（一）最近36个月内，发行人及其控股股东、实际控制人，存在贪污、贿赂、侵占财产、挪用财产或者破坏社会主义市场经济秩序的刑事犯罪，存在欺诈发行、重大信息披露违法或者其他涉及国家安全、公共安全、生态安全、生产安全、公众健康安全等领域的重大违法行为； （二）最近12个月内，发行人及其控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员受到中国证监会及其派出机构行政处罚，或因证券市场违规行为受到全国中小企业股份转让系统有限责任公司（以下简称全国股转公司）、证券交易所等自律监管机构公开谴责； （三）发行人及其控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员因涉嫌犯罪正被司法机关立案侦查或涉嫌违法违规正被中国证监会及其派出机构立案调查，尚未有明确结论意见； （四）发行人及其控股股东、实际控制人被列入失信被执行人名单且情形尚未消除； （五）未按照《证券法》规定在每个会计年度结束之日起4个月内编制并披露年度报告，或者未在每个会计年度的上半年结束之日起2个月内编制并披露中期报告； （六）中国证监会和本所规定的，对发行人经营稳定性、直接面向市场独立持续经营的能力具有重大不利影响，或者存在发行人利益受到损害等其他情形。

因在北交所上市的主体条件是在新三板挂牌满12个月的创新层挂牌公司，因此，让我们看一下创新层的进入条件：

<b>财务指标</b>	符合下列条件之一： （一）最近两年净利润均不低于1000万元，最近两年加权平均净资产收益率平均不低于8%，股本总额不少于2000万元； （二）最近两年营业收入平均不低于6000万元，且持续增长，年均复合增长率不低于50%，股本总额不少于2000万元； （三）最近有成交的60个做市或者集合竞价交易日的平均市值不低于6亿元，股本总额不少于5000万元；采取做市交易方式的，做市商家数不少于6家； 且：最近一期末净资产不为负值。
<b>融资</b>	公司挂牌以来完成过定向发行股票（含优先股），且发行融资金额累计不低于1000万元
<b>合格投资者人数</b>	符合全国股转系统基础层投资者适当性条件的合格投资者人数不少于50人
<b>公司治理</b>	制定并披露股东大会、董事会和监事会制度、对外投资管理制度、对外担保管理制度、关联交易管理制度、投资者关系管理制度、利润分配管理制度和承诺管理制度；设立董事会秘书；
<b>负面清单</b>	挂牌公司或其他相关主体最近12个月内或层级调整期间出现下列情形之一的，挂牌公司不得进入创新层： （一）挂牌公司或其控股股东、实际控制人存在贪污、贿赂、侵占财产、挪用财产或者破坏社会主义市场经济秩序的刑事犯罪；存在欺诈发行、重大信息披露违法或者其他涉及国家安全、公共安全、生态安全、生产安全、公众健康安全等领域的重大违法行为； （二）挂牌公司或其控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员被中国证监会及其派出机构采取行政处罚；或因证券市场违法违规行为受到全国股转公司等自律监管机构公开谴责； （三）挂牌公司或其控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员因涉嫌犯罪正被司法机关立案侦查或涉嫌违法违规正被中国证监会及其派出机构立案调查，尚未有明确结论意见； （四）挂牌公司或其控股股东、实际控制人被列入失信被执行人名单且情形尚未消除； （五）未按照全国股转公司规定在每个会计年度结束之日起4个月内编制并披露年度报告，或者未在每个会计年度的上半年结束之日起2个月内编制并披露半年度报告； （六）最近两年财务会计报告被会计师事务所出具非标准审计意见的审计报告；仅根据本办法第十一条第二项规定标准进入创新层的，最近三年财务会计报告被会计师事务所出具非标准审计意见的审计报告； （七）中国证监会和全国股转公司规定的其他情形。

## 五、北交所发行股票并上市流程

### （一）北交所审核

发行人申请公开发行股票，应当按照中国证监会有关规定制作注册申请文件，依法由保荐人保荐

并向北交所申报。北交所形成发行人是否符合发行条件和信息披露要求的审核意见。

## (二) 中国证监会注册

中国证监会收到北交所报送的审核意见、发行人注册申请文件及相关审核资料后，履行发行注册程序。

## (三) 完成公开发行

发行人完成向不特定合格投资者公开发行，公众股东持股比例等达到相应要求。

## (四) 申请在北交所上市

亮点：

1、北交所不再实行主办券商“终身”持续督导

由保荐机构履行规定期限内的持续督导职责：公开发行并上市的持续督导期设定为股票上市当年剩余时间及其后 2 个完整会计年度；上市公司发行新股的，为股票上市当年剩余时间及其后 1 个完整会计年度。

2、发行上市申请文件大大简化

根据证监会 9 月 17 日公布的《公开发行证券的公司信息披露内容与格式准则第 X 号——向不特定合格投资者公开发行股票并在北京证券交易所上市申请文件（征求意见稿）》：北交所 IPO 申请文件只有 29 项，相对创业板 IPO 减少了行业定位、纳税及原始财务报表相关财务资料、产权和特许经营权证书、重要合同、设立相关的文件等 32 项内容，仅增加了前次募集资金使用情况报告一项。

其中纳税及原始财务报表相关财务资料的减少，说明北交所 IPO 弱化了对于纳税申报财务数据的调整，有利于缩短企业申报上市的时间。

## 六、北交所融资特点

(一) 是突出北交所市场，引入授权发行、自办发行等灵活的发行机制，降低中小企业融资成本。

1、授权发行：上市公司年度股东大会可以

授权董事会向特定对象发行累计融资额低于一亿元且低于公司净资产 20% 的股票（以下简称授权发行）

2、上市公司向前十名股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员及核心员工定向发行股票，连续 12 个月内发行的股份未超过公司总股本 10% 且融资总额不超过 2,000 万元的，无需提供证券公司出具的保荐文件以及律师事务所出具的法律意见书。

3、上市公司申请向特定对象发行股票，可申请一次注册，分期发行【类似于债券市场】

## (二) 强化投资者合法权益保护

建立新股发行价格与二级市场交易价格挂钩机制，平衡新老股东利益。明确了“以竞价发行为原则，以定价发行为例外”的发行定价机制，防范向关联方低价发行进行利益输送。

## (三) 投资门槛降低

根据 2021 年 9 月 17 日发布的《北京证券交易所投资者适当性管理办法》(试行)：个人投资者参与北交所市场股票交易：1、申请权限开通前 20 个交易日证券账户和资金账户内的资产日均不低于人民币 50 万元（不包括该投资者通过融资融券融入的资金和证券）；2、参与证券交易 24 个月以上。

## 七、与北交所成立相呼应，新三板再次改革

(一) 2021 年 9 月 3 日，中国证监会发布关于修改《非上市公众公司监督管理办法》《非上市公众公司信息披露管理办法》的决定（征求意见稿）

其中，《非上市公众公司监督管理办法》修改稿突出监事会作用，删除“向不特定合格投资者公开发行”相关的条文内容，整体平移至北交所相关规定。

由于精选层平移至北交所，修改后的《非上市公众公司信息披露管理办法》删除了精选层相关规定。

(二) 2021年9月17日, 中国证监会发布修改《投资者适当性管理办法》的决定, 将创新层投资者准入资金门槛由150万元调整为100万元。

此外, 经查询股转系统, 业务规则(试行)、分层管理办法、挂牌公司治理规则、治理指引第1号(董事会秘书)、第2号(独立董事)等均已废止。笔者预测, 近期, 股转公司会陆续发布一系列相关规定的修改决定。

截至9月17日挂牌公司总体情况:

## 八、抓住机遇, 把握北交所给中小企业的红利

纵观北交所的成立前后及制度设计, 笔者深感这是国家给中小企业的一次资本市场红利, 笔者将北交所的亮点概括为以下几点:

- 政治高度: 习近平总书记高度重视中小企业发展, 明确指出“我国中小企业有灵气、有活

力, 善于迎难而上、自强不息”, 强调“中小企业能办大事”。

- 定位创业型中小企业, 与新三板形成统筹协调与制度联动, 取之新三板, 反哺新三板。

- 与沪深交易所坚持错位发展与互联互通, 可上可下, 任君驰骋!

- 程序简化: 实行注册制; 申请文件较沪深交易所减少一半。

- 投资者门槛降低, 增加市场交易活跃度。

- 不再由主办券商“终身”督导, 大大减轻企业负担。

- 引入授权发行、自办发行等灵活的发行机制, 特定发行不需要券商保荐意见和律师法律意见书, 降低中小企业融资成本。

抓住机遇, 把握北交所送给中小企业家们的红利吧! 资本市场新一轮盛宴已经拉开帷幕。

中伦  
文德

项目	精选层	创新层	基础层	合计
公司家数	66	1247	5948	7261
当日新增家数	0	0	0	0
总股本(亿股)	108.91	1296.31	3413.90	4819.12
流通股本(亿股)	50.79	775.88	2126.81	2953.48
成交股票只数	66	486	403	955
成交金额(万元)	105736.55	40641.93	6326.72	152705.19
成交数量(万股)	5349.97	6585.22	3394.54	15329.73

注: 当日大宗交易成交 1897.47万股、7059.38万元



□ 郭彦/文

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

## 20 厘米涨停是元宇宙，还是现实世界 ——对 Z 公司信息披露事项的简要解读

这一周，各位听得最多的恐怕就是元宇宙（Metaverse）了。好像一下子就冒出了这么个名字，而且让我们觉得有点不知所措的是，这三个字，单看哪个都认识，合一起就不知道为何物。而且，这三个字的威力可是无限，直接带动股市相关股票猛涨，有的股票价格直接 20CM 涨停。

其实，元宇宙也不是这周才出现的概念。就今年来说，笔者知道它是在三月份，当时有新闻报道，号称“元宇宙第一股”的美国 Roblox 在纽交所上市，上市当天股价暴涨 54%，市值超 400 亿美元。在其 IPO 前，Roblox 获得 1.5 亿美元 G 轮融资，估值约 40 亿美元。而且，腾讯也出现在了众多投资人。

在八月底，有消息称国内某大厂斥资收购 PICO，该举措被视为是对元宇宙的布局。此后，从 9 月 6 日开始，我们就感受到了 A 股市场元宇宙的热情和喜爱了。

笔者在这里并不是要做新闻报道或者行情分析，而是关注了近一周 A 股市场上的这家中宇头游戏公司（以下简称“Z 公司”），对元宇宙及自身业务的信息披露问题。

先来看看 Z 公司在本次元宇宙热潮中的信息披露过程。

### 一、初次披露

本次热潮，Z 公司对元宇宙的披露开始于本周一，即 2021 年 9 月 6 日。当日晚间 7 时许，Z 公司在其微信公众号中发布了一篇《元宇宙赛道崛起 网友老兵砥砺奋进踏征程》的文章，文章截图如下：

Z 公司一上来就在该篇文中介绍了元宇宙的火热，一众大佬已相中并各自布局在该赛道。随后便将话题转入游戏领域，说明游戏几乎被公认为是目前最好的元宇宙入口。之后就介绍了自身致力开发的一款游戏，具备了入局元宇宙赛道之势。

在文末，Z 公司再一次强调自身将运用元宇宙所需的技术，以展现该赛道下游戏产业的新面貌，并强调元宇宙是下一个时代红利，甚至是游戏业未来的发展方向。

### 二、股价涨势

2021 年 9 月 7 日，即 Z 公司发完上文后的次一交易日，Z 公司的股票价格快速上涨；且在随后的又一交易日保持了这一上涨态势。从下图可直观看到 Z 公司股价的涨势，持续到了本周五，

即 2021 年 9 月 10 日。

### 三、再次披露

2021 年 9 月 8 日，17:17，Z 公司通过证券交易所网站发布了一则公告，对连续两个交易日内（2021 年 9 月 7 日、2021 年 9 月 8 日）公司股票收盘价格涨幅偏离值累计超过 30% 的异常波动情况予以说明，并做风险提示。

### 四、笔者分析

虽然截止 9 月 10 日，尚未有交易所对上述事项的相关询问，但笔者对上述事情有一些疑问，即 Z 公司在其微信公众号披露的文章是否为应披露的重大事项，以及 Z 公司信息披露是否合规。

#### （一）重大事项

上市公司信息披露的基本原则有三，笔者认为其中一项与本文所述问题首要相关，即 Z 公司披露的元宇宙及自身将打造的游戏产品是否属于可能对公司股票交易价格或者投资决策产生较大影响的信息或事项？

关于此问题，笔者也困惑已久，毕竟影响投资决策或者股价走势是对未来的预判，可以讲是件仁者见仁、智者见智的事情。即使是上市公司或控制人被纪检监察机关留置，也有个是否影响其履行职责的条件。这样看来，就是更多地需要在实践中结合具体情形分析，立法者才没有做硬性的指标要求。

看 Z 公司上述事项，在 9 月 6 日 Z 公司初次披露前，元宇宙赛道已有行业内大厂或进入、或布局，可以说此赛道并不是一个全新的概念。若 Z 公司只是介绍元宇宙这个概念以及行业前景也不可厚非，但它偏偏在此背景下，又在先重述大厂对该赛道的抢占，再介绍自身将推出的、带有元宇宙特性的游戏产品，并在文末再一次重述元宇宙的未来前景，让大部分读者能直接认识到 Z 公司在元宇宙赛道的布局以及该产品的未来发展空间。而这，无疑也是对投资者的吸引，尤其是这个市场上的忠粉。

从这个角度分析，Z 公司的行为是有可能影响投资人做决策了。

这里又有一个问题，就是以谁为主体判断投资人的投资决策受到影响？笔者之前在另外一篇文章中探讨过该问题。笔者认为从投资者的视角出发，按法律上一般人的标准来判断更为适合。

#### （二）信息披露方式

按现在的规则，若有需要，Z 公司可以在非交易时段通过网络自媒体对外发布应披露的信息，但应当于下一交易时段开始前披露相关公告。

Z 公司在 9 月 6 日后未在指定媒体发布相应的公告予以说明，而是在 9 月 8 日，公司股价连涨两个交易日时，在盘后披露了股价异动公告，若按上文分析，至少在此事件的信息披露上，Z 公司的做法有不合规的嫌疑。

而且，从其在股价异动公告中的措辞也能看到笔者在此的初步推断。Z 公司在该公告中明确提示：

“……元宇宙是一个巨大的概念和模式，公司尚处于初步探索阶段，触及概念相对较浅，对应产品尚在研发中。目前新游戏上线时间和地区受到诸多因素影响，存在不确定性。

……公司郑重提醒广大投资者：《证券时报》《中国证券报》和巨潮资讯网（www.cninfo.com.cn）为公司选定的信息披露媒体，公司所有信息均以在上述指定媒体刊登的信息为准。”

不知道各位看到此有什么感想？笔者只知道，既然知道新产品尚在研发中，存在不确定性，为何要在自己的公众号上做如此引入遐想的披露？为何初次描述时对“不确定性”只字未提？既然知道信息披露有指定媒体，为何在公众号上披露后，不在应披露的媒体上主动披露？在公司股价连续上涨两个交易日后，又公告称指定媒体以外的披露都不做准？

此种做法似乎是以高涨的股价为见面礼，让大家忽略掉 Z 公司披露行为上的合规性问题了。

笔者以为 Z 公司完成上述公告应该就能告一段落静待市场反应，但又是笔者自信了。

9 月 9 日盘后，Z 公司继续在公众号发布了新的视频，还是元宇宙和新品游戏的介绍。而且这次更为直接，名称是《未来已来，……元宇宙游戏，敬请期待》。



笔者看到这条内容，只想说“逗你玩儿，没商量，作不作准？你猜！你猜！你猜猜猜！”难怪它在前一天发布那则公告，真是高手。在接下来的周五，它的股价依然在上涨。看到这里，各位是不是也产生了与笔者相同或类似的疑问？

比起新品特色，笔者更想知道，在上述事项中，Z公司后面要用哪些方式披露、要披露哪些内容、监管机构对此的反映等等。至少让Z公司出来讲讲自身对“影响投资决策”的理解。





□王澄辉/文

王澄辉，北京市中伦文德（西安）律师事务所专职律师，西北政法大学法学学士；专注于公司与商事，合规和风控业务，劳动争议以及上述领域相关争议解决；曾为陕西省水务集团，中国人民财产保险股份有限公司咸阳市分公司、陕西省广告协会、陕西广告产业园投资控股有限公司等提供法律服务。

## 我国证券虚假陈述责任纠纷研究

### ——以方正科技公司证券虚假陈述责任纠纷案为例

为使证券市场健康稳定的发展，保护投资者在进行证券交易活动时的利益不受侵害是重中之重。我国的证券市场正处于发展阶段，证券市场时常发生上市公司对投资者的侵害行为，而虚假陈述行为纠纷案当属侵害之首。如今，证券市场越来越繁荣，相应地证券监管力度也随之加强，众多投资者也提高了法律保护意识。随着立案登记制拓宽诉讼渠道，法院也增加了虚假陈述案件的立案数量。证券虚假陈述案件索赔主体数量庞大、赔偿金额巨大、赔偿范围之广难以掌控，并且此类案件审理具有专业性强、技术性高、裁量空间大等特点，一直是司法审理中的疑难重大复杂案件，尤其是证券虚假陈述行为的认定、因果关系的认定、系统风险的认定、确定股票买入均价计算方法，各地法院的裁判结果各不相同。本文选择以方正科技集团股份有限公司（以下简称“方正科技公司”）与卢某、杨某、蔡某、潘某证券虚假陈述责任纠纷一案作为典型案例进行分析，以期有利于今后司法实践中准确认定证券虚假陈述行为，保护投资者合法权益。

#### 一、案件基本情况

方正科技公司系一家于上海证券交易所上市的公司，2017年5月15日，中国证监会认为该

公司违反我国法律法规中对证券信息披露的相关规定，在2004年至2016年间的各期年报及半年报中均未向投资者公开其与关联公司之的关联关系和重要关联交易等相关信息，作出行政处罚。方正科技公司未披露关联交易的情形是：方正科技公司与其各经销商均被北大方正集团所控制，形成关联关系。2004年至2015年期间，方正科技公司通过上述关联经销商销售电子产品，年度交易金额达6-50亿余元，占上一年度净资产比例17%到325%。方正科技公司自2004年度起的各期年报均未依法披露与经销商的重大关联交易事项。此后，购入该公司股票的四名投资者以此为由向人民法院提起证券虚假陈述民事赔偿之诉，要求该公司赔偿投资者因证券虚假陈述行为而遭受的损失。本案由上海金融法院公开审理，一审法院的判决支持了投资者的大部分诉请，此后方正科技公司对一审法院判决不服向上海高级人民法院上诉。<sup>[1]</sup>二审法院最终对一审法院的审理过程以及判决结果予以确认。<sup>[2]</sup>

#### 二、争议焦点总结

一审及二审中双方当事人的争议焦点总结为：1. 方正科技公司信息披露违规行为是否构成证券虚假陈述侵权行为；2. 该虚假陈述行为与本

案投资者买入方正科技股票是否存在交易上的因果关系。3. 投资者损失或部分损失是否系由证券市场系统风险等其他因素所导致。4. 应以何种方法确定系争股票的买入均价以计算投资者的投资差额损失计算。

### （一）是否构成证券虚假陈述侵权行为

四名投资者认为，自2004年至2016年间，该公司与关联公司之间的关联交易金额总数已经高达四百多亿，已经严重影响到投资者的决策，并且根据该公司公开的财务信息显示，随着时间的推移，该公司关联交易占净资产的份额在不断下降，同时净利润也呈现出下降的状态，因此可以得出财务数据也受到了关联交易的影响。方正科技公司答辩称，自身并不存在欺诈投资者进行投资的主观故意，该公司自身也不知晓其与经销商之间存在关联关系，北大方正集团有限公司作为方正集团的总公司，即该公司的实际控制人，也未将该种关联关系向方正科技公司予以说明，方正科技公司才未将其与经销商之间的交易进行披露。除此之外，方正科技公司还认为，其虽然未披露与经销商之间的交易，但此种交易是真实存在且符合法律相关规定的，并不会对投资者产生虚假误导。

法院结合该公司未披露的关联交易的内容、会计程序、交易规模三个层面进行分析，且方正科技公司未提供证据证明其主观上不知晓控股股东与经销商之间的关联关系，认定方正科技公司的信息披露违规行为具有“重大性”，构成证券虚假陈述侵权行为。

### （二）是否具有交易上的因果关系

针对这一焦点，四名投资者认为《虚假陈述若干规定》采用的是推定因果关系，即只要买入方正科技公司股票的时间处于虚假陈述行为实施日至揭露日之间，就能推定存在交易上的因果关系。方正科技公司答辩称，投资者是基于本公司良好的盈利状况和受整体股市影响才购入股票，在四名投资者购入该公司股票期间公司盈利状况良好，同时整个A股市场处于“大牛市”状态，与方正科技公司的行为不存在因果关系。

一审及二审法院均认为，各个投资者基于不同的原因选择买入某公司的股票，如信赖虚假陈述行为、市场行情良好、公司发展良好等，众多的因素叠加起来促使投资者作出投资行为，这些主观性的决策因素无法加以细分。但投资者之所以选择方正科技公司的股票，一定是在对该公司已公开的各项信息进行了了解并产生信赖，如果这些投资者知晓关联交易信息，在这种情况下再作出投资行为显然是个未知数。因此，法院认为本案中投资者的投资行为与虚假陈述行为之间存在交易因果关系。

### （三）证券市场系统风险计算方法

在系统风险的认定和计算上，四名投资者认为，本案中不存在系统风险，即使存在也应当按照10%以内的比例进行统一酌情扣除。而方正科技公司则主张存在系统风险，应当采用“分段扣除法”予以扣除。

法院认为，本案中的四名投资者每人的投资时间、投资金额、投资数量情况均存在差异，系统风险对其影响也不仅相同，如果采纳其主张按照10%以内的比例“一刀切”，不能准确反映系统风险与不同投资者股价变化的关系，忽略了个体间的差异性有失公平。而“分段扣除法”人为地将投资者的损失以揭露日为分界线，分割成揭露日前后进行计算，只要揭露日前一日的收盘价低于投资者买入股票的价格，则投资者的损失均从该揭露日开始计算，这显然与法律所规定的投资者损失为揭露日前后的损失这一的初衷相悖。最终法院采纳了第三方专业机构所建议的“同步指数对比法”来计算系统风险。

### （四）股票买入均价计算方法的确定

在方正科技公司的行为构成虚假陈述的前提下，本案的重点内容就是分析投资者在本案中的投资差额损失问题，在该问题中，双方对案涉股票的买入均价的计算方法出现分歧。投资者提出本案中应当采用能实际反映投资者损失的方法，也即实际成本法，将投资者在实施日到基准日之间买进卖出个股的整体盈亏进行核算，其中扣除或叠加了投资者在揭露日前卖出股票的盈利或亏

损；而方正科技公司则认为股票买入均价的计算方法应当采用“先进先出法+普通加权平均法”，根据该方法，首先需要计算出四名投资者在实施日到揭露日期间按照时间顺序卖出的股票数量抵消买入的股票，得出一个总数，然后按照这个总数的实际买入价进行加权得出最后的买入均价。

一审法院和二审法院对双方主张的方法进行了分析，最终选择采纳第三方机构提出的“移动加权平均法”。

### 三、本案的法律分析

#### （一）证券虚假陈述行为的认定

证券法上的虚假陈述行为是指，信息披露义务人违反法定披露义务，在证券发行、证券交易的过程中，对重大事件作出与事实真相相背离的虚假记载、误导性陈述，或者在披露信息时发生重大遗漏的行为。

关于证券虚假陈述行为的认定标准，2014年《证券法》第二十条、第六十三条基本确定了三个标准，即“真实性、准确性、完整性”，而《虚假陈述若干规定》第十七条确立的认定标准是：（1）主体适格（信息披露义务人）；（2）特定时间阶段（证券发行或交易阶段）；（3）重大性（对重大事件作出虚假陈述行为）。目前在司法实务中，尚未形成统一的认定标准，但在认定过程中一般都会将虚假陈述行为的“重大性”作为审理焦点。

对于如何界定虚假陈述对象的“重大性”，通说认为，理性投资者决策标准指对理性投资者的投资决策产生重大影响的事件就是“重大事件”，这里的投资者指那些没有敏锐商业能力的一般投资者，其既不同于对自己的事务疏于管理，



没有尽到一般注意义务的人也不同于出于特定职业要求而对某些事项具有严格注意义务的人。<sup>[3]</sup>该理论的核心内容是若具有一般意义上的理性思维能力的投资者认为上市公司应予或未予披露的信息或对外披露的虚假信息会对其投资决策产生重大影响，若上市公司正确披露或表述与上市公司实际经营情况相符的某个信息会导致一般的理性投资者不再购买或继续持有该证券或卖出该证券，那么这些应予或未予披露的信息或对外披露的虚假信息就符合“重大性”的判断标准。

回到本案中，即便证监会没有对方正科技公司作出行政处罚，自2004年至2016年间方正科技公司与相关公司之间长期存在高度关联关系，且关联交易总金额已经高达四百多亿。但方正科技公司从未按照相关规定，主动向投资者披露相关信息，无疑损害了投资者了解、分析该公司经营状况的合法权益。尽管每个人的投资观念不尽相同，然而若投资者了解到该公司的利润中有大部分来自于与关联公司的关联交易，则可能会影响到投资者的投资决策，从而给投资者带来风险。方正科技公司从未对关联交易信息进行过披露，投资者对于交易的价格是否符合市场标准无从得知，由此可能怀疑该公司是否存在财务造假的行为，足以影响到投资者的下一步决策，并由此产生连锁反应对该公司的股票价格产生影响，显然符合“重大性”的认定标准。

#### （二）投资者损失结果与虚假陈述行为之间因果关系的认定

在侵权行为认定要件中，判断是否存在因果关系是重中之重。由于股票市场交易包含着不确定性与风险性，股市长期处在波动状态，各种因素都会影响到股票价格，显然认定投资者的损失与公司的虚假陈述行为之间是否存在因果关系与普通侵权责任纠纷相比难度增加不少。

在虚假陈述行为因果关系认定方面，学者赵万一主张采用因果关系两分法，将因果关系划分为责任成立与责任范围因果关系，并主张在责任成立因果关系认定中，实行举证责任倒置；在责任范围因果关系中，从原告的范围、被告承担责任的方式和损害赔偿额方面来认定。<sup>[4]</sup>学者刘道

远则主张采用英美法系的划分方式，将虚假陈述行为的因果关系认定划分为交易因果关系与损失因果关系。交易因果关系的认定采用英美的信赖推定原则，认定损失因果关系则以判断故意还是过失侵权为前提，对于故意侵权采取直接结果判断标准，对过失侵权采取合理预见标准。<sup>[5]</sup> 还有一些学者不主张对因果关系采取两分法，主张对整体采用因果关系推定<sup>[6]</sup>或主张对虚假陈述侵权行为整体采用相当因果关系认定标准，并与一定的举证责任倒置相结合。<sup>[7]</sup>

根据《虚假陈述若干规定》第 18 条的内容可知，该条文并没有要求投资者举证证明损失因果关系，投资者不需要证明上市公司的虚假陈述行为如何导致其投资损失，只须证明其在规定时间内买入、卖出或持有与虚假陈述直接相关的证券而导致其投资损失，人民法院就应当据此认定投资者的损失与虚假陈述行为具有因果关系。在本案中，从“交易因果关系”角度来看，自 2004 年至 2016 年间，方正科技公司从未披露过其与管理公司之间的关联关系与关联交易，但公开了其他相关信息。而投资者必然是在审阅方正科技公司已经公开的信息基础上，经过自己的判断产生信任，从而购买了该公司的股票。但如果方正科技公司选择披露关联交易信息，那么投资者是否还会继续投资行为显然成了问题，因此可以认定投资者在该公司证券虚假陈述行为实施日到揭露日期间购买该公司股票的行为与虚假陈述行为之间存在“交易因果关系”。同时，根据《虚假陈述若干规定》第 19 条的相关规定，证券虚假陈述损害赔偿中的因果关系会因其他因素的介入而发生中断，被告应当具有法定的五种情形之一方可对排除其虚假陈述与投资者的损失具有因果关系。本案中，方正科技公司也援引了该条款，但被告若是想以证券市场风险进行抗辩就意味着要承担严格的举证责任，必须证明其虚假陈述行为对投资者的损失没有任何影响，投资者的投资损失全部是由系统风险所导致。该公司以证券虚假陈述行为实施日到基准日期间，A 股市场整体都出现了较大幅度的波动，因此存在系统风险而否定损失因果关系，认为由于系统风险所导致的该部分投资损失应当在计算过程中予以扣除。但

市场波动不等于系统风险，只能说明证券市场可能存在风险，市场的整体走向不意味着所有股票价格都会顺应整体走向，若仅以市场波动为由认定系统风险存在显然有失偏颇。

### （三）证券市场系统风险的认定与计算

《虚假陈述若干规定》中虽然规定了在系统风险的影响下所造成的损失应当在损失计算中予以扣除，但是并未明确界定“系统风险等因素”的内涵与外延，学界尚未统一对“系统风险”的定义，对于系统风险的认定及计算方法也并未做出具体规定。

系统风险与外部整体市场相关，可能会对市场中所有股票的收益产生影响，这种风险是与证券市场相伴而生的，如果将系统风险也归结到虚假陈述人身上显然有失公平，造成虚假陈述人负担过重，因此在处理该类案件时，应当将系统风险所造成的损失予以扣除。在司法实务中，被告提供的拟证明案涉股票价格及投资者损失确实受到了系统风险等因素影响的指标，与法院最终用以确定该部分的具体影响比例而选取的参考指标存在较大差异。

各地法院在确定系统风险具体影响比例时采取了不同的计算方式：1. 依据大盘和行业指数的变动直接扣除系统风险比例（直接比例法）；2. 依据大盘和行业指数占个股指数变动幅度之比来计算（相对比例法）；3. 参考大盘和行业指数后酌情确定（酌定比例法），不在裁判文书中呈现具体的计算方式；4. 同步指数对比法和相对比例法相结合；5. 损失赔偿计算比例法。

大部分法院在审理过程中采用相对比例法对系统风险的原因力进行量化，而在方正科技案中，法院委托第三方专业机构进行分析计算，该机构选择采用了同步指数对比法和相对比例法相结合的方法来进行系统风险的认定，从而分别计算出本案中四名投资者的系统风险扣除比例。具体而言，先采用同步指数对比法，从投资者第一笔有效买入日起，假设投资者买卖方正科技股票时，同时买入卖出相同数量的指数，每一笔交易都同步对应指数的买入卖出，指数的价格取交易当日的收盘指数。揭露日后卖出或持有股票的，

假设也同步卖出或持有相应的指数。将每个投资者持股期间的个股跌幅与参考指数的平均跌幅进行对比，用相对比例法扣除系统风险的影响。相对比例法，则是指将投资者所持有的公司股票的下跌幅度与所参考的数个指数平均下跌幅度进行对比，证券系统风险的扣除比例就是各项指数的平均下跌幅度除以该公司股票下跌幅度得出的结果，该公司股票下跌幅度的计算方法为投资者买入股票的平均价格减去卖出股票的均价的差除以个股的买入均价，同理单个指数的下跌幅度计算方法为投资者买入股票期间所对应的指数的均值减去卖出股票期间所对应的指数均值的差除以买入股票期间所对应的指数均值，多个指数的平均下跌幅度就为单个指数下跌幅度除以指数的数量即可。

在方正科技公司案中，法院委托专业机构根据每个投资者的交易记录分别判断系统风险的影响力，在考察时间上覆盖了投资者个人的完整持股区间，且考虑了在不同交易时间点的交易股票数量，能够更加精确完整地反映各投资者在不同持股时期受到的市场风险影响程度，这样的裁判结果更符合公平原则。

#### （四）如何确定股票买入均价计算方法

在本案中，双方当事人对于如何计算证券买入均价产生分歧，四名投资者主张采用实际成本法来进行计算，而方正科技公司选择先进先出法+普通加权平均法。而法院委托的第三方机构则分别采用了实际成本法和移动加权平均法来计算投资者的买入均价。

法院在审理过程中，对上述几种方法均予以评析。以“实际成本法”计算，计算过程不仅受到证券买入价格的影响，也受到证券卖出价格的影响，事实上将投资者从实施日到揭露日的投资收益或亏损情况纳入考虑范围。从计算结果看，应用“实际成本法”可能导致畸高或畸低的买入均价，对于投资者或上市公司而言均有失公平合理。关于方正科技公司主张的“先进先出法+普通加权平均法”，由于证券系种类物，无法将买入或卖出的证券进行特定化，故“先进先出”仅是一种会计上的假设，但是实际中的股票是不可

能一一对应的，除非投资者将所有股票都抛售；而从法律对股票买入均价的相关规定看，法律的初衷是将证券虚假陈述行为实施日到揭露日这段时间内投资者购买股票的成本纳入计算中，但是用该方法进行计算时更加偏向于将揭露日前的股票价格作为买入股票的均价，因此很明显存在一定的缺陷。

法院最终选择“移动加权平均法”来计算投资者的买入均价，该方法考虑了从实施日至揭露日整个期间内投资者每次买入证券的价格和数量，同时剔除了因卖出证券导致的盈亏问题，能够较为客观、公允地反映投资者持股成本，避免畸高畸低的计算结果，易于为市场各方接受。就计算便利性而言，“移动加权平均法”的计算方式相对复杂，但随着技术进步，通过第三方专业机构运用计算机软件分析交易数据并计算结果，已经能够解决“移动加权平均法”带来的计算量问题，并不会给投资者救济增加困难。

## 四、小结

本文所引用之案例，系上海金融法院根据其发布的证券纠纷示范判决机制规定之后所选定的第一个示范性判例，可见本案的典型性和代表性。在审理证券虚假陈述损害赔偿案件时人民法院应综合分析该行为是否违背事实真相，是否违反证券法律法规，是否是针对重大事件，要正确区分虚假陈述的手段与目的，不能机械僵化地适用《虚假陈述若干规定》。另外，在分析证券虚假陈述损害赔偿中的因果关系时，要合理区分市场系统风险与虚假陈述行为对造成投资者损失结果的影响比例，以求最大化保护投资者的合法权益，促进资本证券市场的健康发展。

### 注释：

- [1] 上海金融法院（2018）沪74民初330号民事判决书。
- [2] 上海市高级人民法院（2019）沪民终263号民事判决书。
- [3] 翁晓健：《证券市场虚假陈述民事责任研究——美国证券法经验的反思与借鉴》，上海：上海社会科学院出版社，2011年版，第58页。
- [4] 赵万一：《证券交易中的民事责任制度研究》[M]。北京：法律出版社，2008：211。
- [5] 刘道远：《证券侵权法律制度研究》[M]。北京：知识产权出版社，2008：203-218。
- [6] 侯水平：《证券法律责任》[M]。北京：法律出版社，2005：37。
- [7] 傅长禄：《证券民事赔偿诉讼——最高人民法院证券民事赔偿司法解释的评述与展开》[M]。北京：法律出版社，2003：157。



□ 李云海/文

李云海律师，中伦文德金融法律专业委员会主任，法学博士。李律师目前担任中国银行间市场交易商协会非金融企业债务融资工具市场自律处分会议专家和清华大学x-lab创新导师。李律师的主要业务领域为金融、房地产、投资并购和争议解决。



□ 潘越/文

潘越律师，法律硕士，硕士毕业后就职于北京市中伦文德律师事务所，潘律师主要业务领域为银行与金融、房地产、争议解决和投资并购。

## 融资租赁公司数据合规的法律分析及建议

随着 2021 年 9 月 1 日《中华人民共和国数据安全法》(简称“《数据安全法》”)生效，我国正式着手从法律层面建立数据分类分级保护制度。《数据安全法》对数据分级保护提出了原则性的规定，并未直接给出明确的分级分类方法，由于重要数据在不同行业存在较大的差异性，目前一般由各行业监管部门结合实践制定行业标准。

现代金融业中，数据是一项重要资产，金融行业与数据处理的联系十分紧密。金融行业的数据中一般包含客户个人信息、内幕信息、未公开商业秘密等各项隐私信息，因此金融监管部门一向重视数据安全方面的监管。早在 2020 年 9 月 23 日，中国人民银行发布了《金融数据安全 - 数据安全分级指南》(简称“《金融数据指南》”)，用于“金融业机构”<sup>[1]</sup>开展电子数据安全分级工作。《金融数据指南》虽然在出台时仅为建议性质，但随着《数据安全法》的实施，数据分类分级成为金融业机构法定合规责任，所有符合要求的金融业机构均应参照《金融数据指南》及相关法律法规的要求开展数据分级分类保护工作。

在现行的法律框架下，受金融监管部门监管的融资租赁公司属于金融业机构，因此融资租赁公司应当参考《金融数据指南》的要求建立数据合规体系，合法的开展数据处理工作，避免出现的数据合规风险。本文将根据最新的立法动

态并结合融资租赁行业的业务特点，从数据的定义与分类分级标准、融资租赁行业涉及的数据合规风险等方面为融资租赁公司开展数据合规工作提供法律分析及建议。

### 一、数据的定义、分类与权属

《数据安全法》第三条<sup>[2]</sup>对数据及数据处理做了一个广泛的定义，任何以电子或者非电子形式记录的信息均属于数据，同时收集、存储、使用、加工、传输、提供、公开等行为均属于数据处理行为，受到《数据安全法》的规制。

对于数据的分类，根据 2021 年 9 月 30 日国家信息安全标准化技术委员会发布的《数据分类分级指引(征求意见稿)》(以下简称“《分级指引》”，尚未生效)规定，根据性质不同，数据可分为个人信息、公共数据和法人数据。

结合《民法典》《数据安全法》《分级指引》及《深圳经济特区数据条例》等法律法规，目前我国法律体系已对个人信息、公共数据、法人数据的分类做出了较为明确的规定：

#### (一) 个人信息

个人信息一般指以电子或者其他方式记录的与已识别或者可识别的自然人有关的各种信息，不包括匿名化处理后的信息。

根据《分级指引》附录 A 部分，个人信息又可分为一般个人信息与敏感个人信息。身份信息、生物识别信息、财产信息等一旦泄露或者被非法使用容易导致自然人人格尊严受到侵害或者人身、财产安全受到危害的个人信息被定义为个人敏感信息。

## （二）公共数据

公共数据一般指公共管理和服务机构在依法履行公共管理和服务职责过程中收集、产生的数据，及其他组织和个人在提供公共服务中收集、产生的涉及公共利益的数据。

根据《分级指引》5.2 条规定，公共数据优先按照国家、地方制定的电子政务信息目录和公共信息目录进行识别，在相关目录不明确时，可按照数据一旦遭到篡改、破坏、泄露或者非法获

取、非法利用是否可能危害公共利益的角度识别，公共数据的识别受国家、地方政府及行业规范性文件约束。

## （三）法人数据

法人数据指组织在生产经营和内部管理过程中收集和产生的数据。法人数据涉及的类型多种多样，且并未像个人数据和公共数据一样存在明确的生效法律规定，所以其识别难度较大。根据《分级指引》规定，数据进行分类时，应按照个人信息、公共数据、法人数据的优先次序识别，即可以被识别为个人信息、公共数据的数据不得被识别为法人数据。不属于个人信息、公共数据的公司业务数据、经营管理数据等可以被识别为法人数据。

根据数据形成方法，法人数据又可分为原始



数据和衍生数据。对于法人数据的权属问题，目前司法实践中普遍承认数据具有财产性质，企业对数据享有财产性权益，但数据具有无形、可复制、多元产生等特殊性质，导致一项数据可能对应了多个数据主体，其权属可能多元并存，并不完全适用以排他性为特征的所有权制度及知识产权制度。对于原始数据衍生的法人数据，如行业报告、可视化图表、统计数据等信息，当衍生法人数据不具体指向特定主体时，则该数据属于新创造的数据，一般认为其权属归属于加工者所有。但需要注意的是，参照《个人信息保护法》第73条<sup>[1]</sup>对个人信息脱敏的要求，有效的脱敏应当无法识别特定主体且不能复原主体信息。

## 二、融资租赁行业数据的分级

对于融资租赁行业的数据分级，应当主要参考《金融数据指南》的相关规定进行划分。《金融数据指南》第5.3条规定，根据金融业机构数据安全性遭受破坏后的影响对象和所造成的影响程度，将金融业数据安全级别从高到低划分为5个级别。不同级别之间的金融数据在访问和使用环节的保护措施和限制不同，其中1级金融数据可被公开或被公众获知、使用，2级金融数据一般针对受限对象公开，通常为内部管理且不宜广泛公开的数据，3级以上的金融数据仅针对特定人员公开，且仅为必须知悉的对象访问或使用。

金融数据安全等级对应表

安全级别		影响程度			
		轻微	中等	严重	非常严重
影响因素	国家安全	5	5	5	5
	公众隐私	3	3	4	5
	个人隐私	2	2	3	4
	企业权益	1	2	3	4

《分级指引》第4条数据分级分类框架中也根据数据泄露或非法利用，对国家安全、公共利益或者个人、组织合法权益造成的危害程度，将数据从低到高分成公开级（1级）、内部级（2级）、

敏感级（3级）、重要级（4级）、核心级（5级）五个级别。

当前，不同法律、法规对于数据的分级往往有交叉性的规定，因而现阶段融资租赁公司在开展数据处理业务时，很可能同时受到多部不同的法律、法规、规范性文件的约束，但在可预见的未来，随着行业相关法律、法规及规范性文件的出台，数据分级及合规标准将逐渐明确、细致。

## 三、融资租赁公司可能涉及的数据合规风险

融资租赁公司的开展的业务活动，与数据处理存在较为密切的联系，以个人信息及对租赁物的控制两种情况为例：

### （一）个人信息方面

融资租赁公司在进行融资租赁业务时，往往会要求租赁方法人、股东、担保人等自然人提供身份证明、资信证明、收入证明、财产证明等。这些信息均属于《数据安全法》下的个人敏感信息数据的范畴，一旦发生违法使用或出现泄漏，将严重损害数据主体的人格尊严、经济利益甚至可能危及其人身安全。虽说一般融资租赁业务交易过程中各方会签署保密协议，数据主体的经济损失可能通过起诉等方式获得救济，但名誉、人身等方面的损害往往无法挽回，容易引发更大的纠纷。

### （二）租赁物的控制和监测方面

在动产融资租赁业务开展过程中，特别是车辆、船舶、航空器等特殊动产融资租赁领域，出租人往往会采用加装GPS等手段来远程控制、监视、观测租赁物的使用以保障出租人的债权。

以车辆融资租赁为例，根据2021年10月1日国家网信办出台的《汽车数据安全管理办法（试行）》国家倡导汽车数据相关的处理者在开展汽车数据处理活动中坚持“车内处理”、“默认不收集”、“精度范围适用”、“脱敏处理”等原则，并且要求其在处理数据时必须符合相关的法律规定。

在汽车融资租赁业务实际开展过程中，出

租人往往会采取技术手段对租赁物进行控制与监测，出租人可以直接或者间接地通过技术手段获得租赁物的各种情况，从而推断出承租人或实际使用主体日常经营、生活轨迹等个人信息。一旦上述数据发生泄漏等安全事件，可能将对承租人或实际使用主体造成严重的损害，融资租赁企业也可能受到相应的监管处罚。

## 四、法律建议

### （一）建立数据分级分类合规体系

根据《数据安全法》第六章规定，未履行数据分类分级义务的企业可能会面临相关监管处罚。数据合规治理涉及到一个庞杂的法律体系，建议各融资租赁公司尽快开展体系化的数据合规自查工作。

首先应梳理并准确的识别公司现有的数据资产，进行数据资产盘点，并依据本文中金融数据安全等级对应表的判定方法，结合《数据安全法》《分级指引》《金融数据指南》等相关法律法规和企业自身的安全需求，对盘点后的数据进行安全等级判定。分类分级工作完成后，还需要针对各类各级的数据，建立与风险程度相符的制度，建立完善的数据分类分级合规体系。

### （二）处理数据时注意是否影响国家安全、公共利益

基于当前的国际政治环境，国家安全、公共利益是监管部门的主要关注点。《数据安全法》第二条规定“在中华人民共和国境内开展数据处理活动及其安全监管，适用本法。在中华人民共和国境外开展数据处理活动，损害中华人民共和国国家安全、公共利益或者公民、组织合法权益的，依法追究法律责任。”第三章提出国家建立数据分类分级保护制度与数据安全审查制度，对影响或者可能影响国家安全的数据处理活动进行国家安全审查，并对关系国家安全、国民经济命脉、重要民生、重大公共利益等数据属于国家核心数据，实行更加严格的管理制度。

根据目前的立法趋势，对可能影响国家安全、损害公共利益的数据，应当谨慎处理且一般不得

跨境处理。因此，融资租赁公司在进行融资租赁业务（特别是涉及跨境业务时），应特别关注业务涉及的数据是否存在影响国家安全、公共利益的风险。

### （三）处理数据时注意是否获得完整的授权

对于融资租赁公司在经营过程中合法收集、整理形成的各项数据，除经有效脱敏处理外，融资租赁公司使用相关数据必须按照法律规定获得数据主体的完整授权。因此，建议融资租赁公司根据《金融数据指南》及相应法律法规对数据进行分级分类后，再对分类的数据进行授权完整性评估，积极维护数据主体合法权益，降低融资租赁公司的法律风险。

另融资租赁公司可在业务合同中明确约定：数据主体授权融资租赁公司使用、处分在开展业务过程中获取的数据；在不损害数据主体利益的前提下，融资租赁公司向第三方披露数据等条款。

### （四）积极关注数据领域立法动向

《数据安全法》很多规定属于原则性的条款，各行业关于数据安全的规则将逐渐出台或完善，

我国目前对于融资租赁数据的规范悬而未决，暂未形成系统的、完整的法律依据，但趋势上融资租赁行业数据监管日益强化，融资租赁公司应关注立法或行业规定的最新动态，并根据新的法律法规制定和完善数据合规体系。

#### 注释：

- [1] 该标准中使用了“金融业机构”这一概念而非“金融机构”。虽然没有对金融业机构本身作出定义，但从文义理解“金融业机构”的范围应当大于金融机构，此标准中的金融业机构，应当包含金融租赁公司和融资租赁公司。
- [2] 《数据安全法》第三条：本法所称数据，是指任何以电子或者其他方式对信息的记录。数据处理，包括数据的收集、存储、使用、加工、传输、提供、公开等。数据安全，是指通过采取必要措施，确保数据处于有效保护和合法利用的状态，以及具备保障持续安全状态的能力。
- [3] 《个人信息保护法》第七十三条第（三）款：去标识化，是指个人信息经过处理，使其在不借助额外信息的情况下无法识别特定自然人的过程。



□ 娄爽/文

娄爽律师，北京中伦文德（天津）律师事务所合伙人，南开大学经济法、公共管理双硕士，北海国际仲裁院仲裁员，上市公司独立董事，中央电视台《律师来了》嘉宾，天津市保安协会监事长，天津工业大学法律硕士校外导师，无讼学院、英才苑府、万法通学院和厚大法律特聘讲师，曾荣获中央电视台社会与法频道“优秀公益律师称号”。执业前在天津市公安局和天津市国资委任职多年。



□ 薛焱/文

薛焱律师，北京中伦文德（天津）律师事务所专职律师，毕业于西南政法大学，硕士研究生。具有扎实的法学专业理论基础和丰富的实践经验，工作态度严谨、沟通能力强。专业领域为民商事诉讼和非诉讼法律事务，先后办理多起买卖合同纠纷、民间借贷纠纷案件、建设工程施工合同纠纷案件、票据纠纷案件、租赁合同纠纷案件、执行案件、法律尽职调查等。

## 参与刑事合规 助力企业前行 ——浅议律师在企业刑事合规工作中的角色和作用

**摘要：**近年来，“企业刑事合规”已经成为理论界和实务界的热门话题，专家学者建言献策、检察机关做出有益探索，取得了良好的法律效果和社会效果。特别是《关于建立涉案企业合规第三方监督评估机制的指导意见（试行）》的发布，意味着企业刑事合规制度正式步入规范化建设的轨道。作为执业律师，应该充分发挥专业优势，以不同的视角解读企业刑事合规政策，以适当的角色推进企业刑事合规工作，为构建企业刑事合规机制发挥积极作用。本文将对企业常见的刑事法律风险进行归纳总结，并对企业刑事合规的内涵和意义进行分析论证，在此基础上，就律师在企业刑事合规工作中扮演的角色和发挥的作用进行阐释和说明，希望对丰富企业刑事合规工作带来有益的启示。

**关键词：**刑事合规 法律风险 律师 作用

企业是最基本、最重要的市场活动主体，市场经济的腾飞离不开企业的规范发展，企业的“盛衰存亡”也会直接或间接地影响国家的强大和未

来。近年来，涉企刑事案件呈现出一定的上升趋势，对企业的生存、经济的发展造成了严重后果和不良影响。对此，习近平总书记指出“民营企业企业家要讲正气、走正道，做到聚精会神办企业、遵纪守法搞经营，在合法合规中提高企业竞争能力”。有鉴于此，优化营商环境、为企业保驾护航已经成为一项重要的国家政策，推进企业刑事合规改革，构建企业刑事合规机制则是这一政策关键落实的重要方式之一。

近年来，“企业刑事合规”已经成为理论界和实务界的热门话题，许多专家学者纷纷发表企业刑事合规相关的观点和著作，为企业刑事合规建言献策，最高人民检察院更是自2020年3月起，在上海浦东、上海金山、江苏张家港、山东郯城、广东深圳南山、广东深圳宝安等六家基层检察院开展企业合规改革试点工作，取得了良好的法律效果和社会效果。作为执业律师，也应该充分发挥专业优势，以不同的视角解读企业刑事合规政策，以适当的角色推进企业刑事合规工作，积极投身到推进企业刑事合规改革的大潮中，为构建

企业刑事合规机制发挥积极作用。本文，将对企业在经营发展中常见的刑事法律风险进行归纳总结，并对企业刑事合规的内涵和意义进行分析论证，在此基础上，就律师在企业刑事合规工作中扮演的角色和发挥的作用进行阐释和说明，希望可以丰富企业刑事合规工作带来有益的启示。

## 一、企业常见刑事法律风险

按照一般规律，企业都会经历发起创立、发展兴盛和衰败破产等阶段，在不同的阶段，企业会面临不同的刑事法律风险。

**（一）企业设立阶段刑事法律风险。**为成立企业，发起人需要实施一系列行为，这其中，其实就已经开始蕴藏着刑事法律风险，其中较为突出的就是注册资本认缴制和非货币财产作价出资引发的风险。

首先，为了更好地适应我国经济社会的发展，自2013年开始，公司注册资本由实缴制改为认缴制，取消了对公司设立时股东首次出资比例和缴足出资期限的限制，减轻了出资人的资金压力、降低了公司的设立门槛、激发了市场的活力，是国家鼓励民营经济发展的一项重要举措。但是，注册资本认缴制也诱发了一些刑事法律风险，其中最显著的风险在于，诱使部分企业出现虚报注册资本、虚假出资、抽逃出资等情形，引发了债权人要求出资不实、抽逃出资的股东承担赔偿责任等多种纠纷。

其次，《公司法》第二十七条规定，“股东可以用货币出资，也可以用实物、知识产权、土地使用权等可以用货币估价并可以依法转让的非货币财产作价出资”。该规定允许股东以非货币财产作价出资，这比货币出资的方式更为灵活，也更便于企业生产经营的需要。但是，以非货币财产出资也更易引发纠纷和法律风险，比如，出资人未对其用于出资的非货币财产进行价值评估，公司或其他股东要求认定出资人未履行出资义务；出资人未实际将非货币财产出资到企业；出资人对其用于出资的非货币财产不享有处分权，引发相关财产的实际权利人请求认定出资行为无效等。

无论是注册资本认缴制，还是非货币财产作

价出资，都可能引发出资人或企业涉嫌虚报注册资本罪，虚假出资、抽逃出资罪等刑事法律风险，给刚刚迈入起步阶段的企业带来沉重的打击。

**（二）生产经营阶段刑事法律风险。**企业在实际的生产经营中，不可避免的要与外部的多元主体打交道，面临的法律风险更是多元化、多样化。对于企业尤其是民营企业而言，其中资金、用工、税务一直是影响和制约企业发展的三大重要因素，相应也更容易引发刑事法律风险。

首先，企业在生产经营过程中对资金有着很大的需求，但企业尤其是民营企业“融资难”一直是一个难以彻底解决的棘手问题，这导致企业需要寻找其他的渠道解决资金问题。对于不规范的融资行为，极易引发刑事法律风险，涉嫌的具体罪名包括且不限于：非法吸收公众存款罪、集资诈骗罪、骗取贷款罪、贷款诈骗罪等，一旦涉及到相应罪名，企业不仅会造成经济损失，甚至可能面临刑事处罚。

其次，随着社会保障体系的改革和劳动法律法规的日趋完善，企业劳动用工的规范性越趋严格，一旦用工不规范或者风险控制不当，往往会给企业带来大量的劳动纠纷和不必要的经济损失，甚至可能涉嫌强迫职工劳动罪、拒不支付劳动报酬罪等。

最后，税务问题也一直是企业的“老大难”，企业可能涉嫌的与税收有关的罪名包括：逃税罪、逃避追缴欠税罪甚至抗税罪等；与发票相关且企业易触及的罪名包括：虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪，虚开发票罪等。

企业在生产经营过程中除了前述刑事法律风险，还可能面临市场交易、产品质量、知识产权等多种法律风险。有些风险是企业可以预知的，有些风险是企业难以预知的，尤其对于许多经营初期的企业，为了尽快在激烈的市场竞争中占有一席之地，将更多的关注如何盈利和扩大规模，忽视了企业潜在的法律风险和内部的规范化管理，一旦风险扩大，其后果对于整个企业的发展将是致命的。

**（三）企业破产阶段刑事法律风险。**企业破产清算对于保护股东和债权人利益发挥了重要作

用，也解救了许多陷入经营困境的企业，但是其中也存在一定的刑事法律风险，稍有不慎，就可能涉嫌构成相应的罪名。

企业破产清算中常见的刑事罪名大致可以分为两大类：与破产清算直接相关的罪名和与破产清算间接相关的罪名。与破产直接相关的罪名，包括：虚假破产罪，妨害清算罪，隐匿、故意销毁会计凭证、会计账簿、财务会计报告罪等。与破产清算间接相关的罪名，包括：职务侵占罪等。企业在破产阶段的不合规行为，可能为企业引发刑事法律风险，让已经陷入业绩低迷、资金周转困难的企业“雪上加霜”。

## 二、企业刑事合规的内涵和意义

企业作为市场经济的微观主体，在经营过程中会遇到各类风险，其中刑事风险对企业来说影响最大、危害性最大。企业的刑事法律风险从企业成立之初时就已存在，并且伴随着企业的整个生产经营过程，甚至在企业破产阶段依然存在，它不仅关系到企业的经济利益，甚至直接影响企业的“生死”，因此，企业通过建立完善的刑事合规机制来防范刑事法律风险具备必要性和紧迫性。

那么什么是企业刑事合规，其内涵和意义又是什么呢？陈瑞华教授认为：“所谓刑事合规，是指对于那些已经构成犯罪的企业，刑事执法机关以企业建立合规机制为依据，对其做出宽大刑事处理的法律制度。”<sup>[1]</sup> 最高人民法院发布的《关于开展企业合规改革试点工作方案》指出，开展企业合规改革试点工作，是指检察机关对于办理的涉企刑事案件，在依法做出不批准逮捕、不起诉决定或者根据认罪认罚从宽制度提出轻缓量刑建议等的同时，针对企业涉嫌具体犯罪，结合办案实际，督促涉案企业作出合规承诺并积极整改落实，促进企业合规守法经营，减少和预防企业犯罪，实现司法办案政治效果、法律效果、社会效果的有机统一。<sup>[2]</sup>

通过上述观点可以看出，“企业刑事合规”这一概念主要适用范围是“已经构成犯罪的企业”。但从实务角度出发，笔者认为，“企业刑事合规”的概念应当从更宽泛的范畴进行理解。企

业刑事合规不仅应当包括“事后刑事合规”，更需要涵盖“事前刑事合规”。所谓“事后刑事合规”，是指“案发”后，对于符合条件的涉案企业，进行一定期限的刑事合规考察，监督、帮助涉案企业建立、完善内部管理机制和控制机制，经考察合规的，由检察机关视情予以不起诉或在起诉后建议人民法院从轻、减轻处罚以及建议行政机关从轻或减免行政处罚。而所谓“事前刑事合规”，是指尚未“案发”，便由企业自发或律师指引下，形成的事前刑事合规机制，对企业潜在的或已经遇到的刑事法律风险进行检测、预防、化解，对于未达到量刑标准的刑事法律风险，及时作出内部处理，避免企业产生更大的损失。

事前刑事合规和事后刑事合规对于企业而言都至关重要，二者缺一不可，都具有其独特的价值和作用，具体体现在：

“事前刑事合规”适用于所有企业，每个企业都有必要建立事前刑事合规机制来防范和检测刑事法律风险。近年来，我国纠正了多起冤假错案，据统计，党的十八大以来，全国法院依法办理各类审判监督案件178万件、刑罚执行变更案件386万件，再审改判刑事案件1.1万件，依法纠正张氏叔侄案、呼格吉勒图案、聂树斌案等重大刑事冤错案件58件122人。<sup>[3]</sup> 但是也应该看到，无罪判决率正呈现逐年下降的趋势，律师在从事无罪辩护工作时面临重重困难。因而刑事案件一旦启动刑事侦查程序，如果没有强力的证据和事实，逆转的可能性将会很小，企业或企业家将陷入极为不利的境地。如果企业建立了事前刑事合规机制，及时对刑事法律风险进行检测和采取防范措施，并及时让律师介入到事前刑事合规建设和防控中，不仅有利于及时对企业的刑事法律风险进行识别和应对，也有利于一旦发生刑事立案，律师可以立即开展辩护业务，及时调整辩护思路和辩护方式，最大限度的为企业和企业家减轻和降低刑事法律风险带来的损失。

“事后刑事合规”则是给企业一个“亡羊补牢”的机会，对于在生产经营活动中涉嫌经济犯罪、职务犯罪等案件的企业，在同时符合认罪认罚；能够正常生产经营，承诺建立或者完善企业合规制度，具备启动第三方机制的基本条件；自

愿适用第三方机制这三个条件的情形下，由人民检察院根据案件情况决定是否适用合规改革。涉嫌经济犯罪、职务犯罪等案件的企业大多是由于企业内部长期管理不规范和企业管理者法律意识淡薄造成的，经过长期的累积，案情重大且复杂，一旦进入刑事侦查程序，可能需要经过数月甚至一两年的时间，不仅相关管理人员可能会被采取强制措施，企业很可能无法正常经营，给企业造成致命的打击，企业难以继续，不仅给企业带来严重的经济损失，也可能造成大量员工失业，形成社会的不稳定因素。而通过事后刑事合规，给企业开辟了一条“救生通道”，从而避免直接对涉案企业“一棍子打死”，在最大程度上减轻或避免企业因被定罪判刑而付出的惨痛代价，有益于纠正企业错误，促进企业规范发展，维护社会稳定。

### 三、律师在企业刑事合规工作中的角色和作用

从企业刑事合规的内涵和意义出发，企业建立完整、完善的刑事合规机制，既有利于企业治理，也有利于企业防范刑事法律风险及由此引发的其他风险，对于企业来说非常必要，且亟需构建。而企业刑事合规机制的构建，仅仅依靠企业自身的力量，无论是专业能力还是团队力量，都是远远不够的，必须依赖于外部律师的专业法律

服务。

2021年6月3日，最高人民检察院、司法部等多个部门联合发布《关于建立涉案企业合规第三方监督评估机制的指导意见（试行）》（以下简称“《指导意见》”），对企业合规改革前期试点工作的经验进行梳理和总结，进而为企业合规工作在全国范围内的开展确定了统一的规范。《指导意见》的发布，意味着企业刑事合规制度开始正式步入规范化建设的轨道。《指导意见》中的“第三方监督评估组织”，是对涉嫌刑事犯罪的企业在考察期内的合规承诺进行调查、评估、监督和考察，这些工作职责，与律师的专业能力和职业领域完全匹配，客观上为律师参与、介入企业刑事合规工作奠定了理论基础，搭建了业务平台。但同时，结合日常企业刑事合规方面的实务经验，以及前文对企业刑事合规内涵意义的分析，笔者认为，律师在企业刑事合规工作中发挥的作用不止于此。律师不仅可以“治疗”涉嫌刑事犯罪的企业，还应该为企业提供“保健”式的法律服务，最大限度避免企业发生刑事法律风险。笔者认为，律师在企业刑事合规工作中能够担任合规顾问、辩护律师、独立监管人等角色，并且能发挥不同但都至关重要的作用。

（一）合规顾问：协助企业构建事前刑事合规机制。作为企业的合规顾问，律师的主要作用在于，协助企业制定事前刑事合规计划，帮助企业

深层挖掘存在的刑事法律风险，有体系、有步骤、全面性的建立和完善企业刑事合规机制，具体包括：

一是，协助企业建立刑事合规工作机制。制定企业刑事合规章程、刑事合规管理规范、刑事合规计划；设计刑事合规组织体系、管理体系、风险评估体系；制定刑事合规工作实施程序；协助企业构建科学的企业刑事合规文化等，便于企业开展刑事合规工作时有理可依、有



据可循。

二是，协助企业建立及完善刑事法律风险报告机制，就企业管理、生产经营中可能涉及的刑事法律风险进行识别、评估，并根据不同等级的风险提出不同的整改建议，协助企业及时作出内部整改和处理措施，防止损失的进一步扩大。

三是，对企业进行刑事风险尽职调查，包括合规外部调查和合规内部调查。通过合规内部调查，对企业现有规章制度、组织结构、生产经营情况、人员管理情况等存在的问题及风险发表整改和完善建议；通过合规外部调查，发现企业与合作方交易活动、企业所处市场情况、法律环境等存在的风险，及时协助企业完善合规机制。

四是，协助企业应对行政执法与司法调查。一般而言，行政机关启动行政执法程序后发现涉嫌犯罪的企业，会移交公安机关或其他侦查机关启动刑事立案程序，因此，在行政执法阶段，企业便存在较大刑事法律风险，需要及时作出应对，避免风险扩大。律师一方面可以协助企业制定应对有关部门调查的指引和流程；另一方面，也可以接受企业委托，参与调查过程，协助企业依法应对行政执法和刑事执法的各个阶段，及时根据调查情况协助企业作出不同的应对措施，减轻或者化解企业刑事法律风险，从而最大限度地帮助企业挽回各种损失。

**（二）辩护律师：**提出适用企业合规的申请。作为涉嫌刑事案件企业的辩护律师，是律师的一项传统业务。在刑事合规新形势下，律师作为企业的辩护律师将会有更加丰富的意义。《指导意见》第十条规定，涉案企业、个人及其辩护人、诉讼代理人或者其他相关单位、人员提出适用企业合规试点以及第三方机制申请的，人民检察院应当依法受理并进行审查。因此，律师可以在侦查阶段就做好为涉罪企业的法律服务工作，积极与涉案企业沟通，充分掌握企业愿意认罪认罚、能够建立或完善企业合规制度、自愿接受监督和考察的相关证据，并以此为依据与检察机关进行充分沟通，提出适用企业合规的申请，建议检察机关提前介入侦查程序，及时启动企业刑事合规审查程序。

**（三）独立监管人：**参与企业合规监督考察。

根据《指导意见》的相关规定，律师作为独立监管人，主要负有的职责可以概括为“指导、汇报、举报”。主要包括：一是要求涉案企业提交专项或者多项合规计划，并明确合规计划的承诺完成时限；二是审查涉案企业合规计划的可行性、有效性、全面性，提出修改完善的意见建议，并根据案件具体情况和涉案企业承诺履行的期限，确定合规考察期限；三是定期或者不定期对涉案企业合规计划履行情况进行检查、评估、考核，协助检察机关对涉案企业进行监督考察；四是定期向检察机关提交企业监督考察的阶段性报告；五是如果发现犯罪嫌疑企业、犯罪嫌疑人尚未被办案机关掌握的犯罪事实的或者新实施的犯罪行为，应当中止第三方监督评估程序，并向负责办理案件的人民检察院报告。从律师作为独立监管人的职责可以看出，由律师参与涉案企业刑事合规流程，能够督促企业提供合规计划、履行合规计划、配合考察评估。帮助企业在涉案后采取补救措施及时止损，对违法行为进行整改，完善企业的经营管理相关制度和规范。

综上所述，刑事合规制度的推行，体现了宽严相济的刑事政策，为涉嫌刑事案件的企业“改过自新”开辟了道路，让涉案企业能够整改违法行为、建立和完善企业合规制度，提升企业治理水平和风险防范能力。刑事合规制度的推行，让律师在企业刑事合规业务中大有可为，“案发”前，律师可以协助企业建立事前刑事合规机制，提升预防和检测刑事法律风险的能力，避免风险进一步扩大；“案发”后，律师可以作为司法机关与企业良好互动的桥梁，并且可以指引、监督企业及时采取补救措施，依法合规进行整改，从而为优化营商环境、促进企业合规发展、提升经济水平、维护社会稳定贡献力量！

#### 注释：

- [1] 陈瑞华：《企业合规基本理论》（第二版），法律出版社，第11页。
- [2] 《最高检下发工作方案 依法有序推进企业合规改革试点纵深发展 第二期改革试点范围扩大至北京、浙江等十个地区》，载中华人民共和国最高人民检察院官网，[https://www.spp.gov.cn/xwfbh/wsfbt/202104/t20210408\\_515148.shtml#1](https://www.spp.gov.cn/xwfbh/wsfbt/202104/t20210408_515148.shtml#1)，最后访问日期 2021 年 9 月 11 日。
- [3] 《党的十八大以来全国法院再审改判刑事案件 11 万件》，载新华网，<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1681243429981419435&wfr=spider&for=pc>，最后访问日期 2021 年 9 月 11 日。



□张 琛/文

张琛律师，中共党员，中伦文德（西安）律师事务所律师。  
湘潭大学民商法学硕士。在民商事合同纠纷方面有着丰富的办案经验，思维严谨、逻辑清晰、细心勤勉，曾为多家企业提供法律服务。业务领域：合同纠纷、人身损害赔偿、婚姻家庭、劳动纠纷、企业法律顾问、企业商事谈判。

## 企业风险管理之合同合规风险防控

### 引言：

近年来，合规经营已经逐渐成为企业关注的热点。2018年8月，习近平总书记在出席推进“一带一路”建设工作五周年座谈会上指出，企业要规范投资经营行为，合法合规经营，成为共建“一带一路”的形象大使。作为市场经济的最主要的主体，企业该如何适应国家发展的大趋势，如何做到依法治企，如何主动的适应法律、拥抱监管，这是企业长远发展的核心要素之一，而企业合规体系的建立与完善已经成为新时代企业提高其竞争力的核心抓手。

中伦文德（西安）律师事务所调查与合规中心近年来在企业合规（特别是国企合规）、重点行业合规（煤炭、互联网、制造业）及专项刑事合规等诸多领域积累了丰富经验，并打造出了成熟的法律产品，为使企业及业界同仁树立起企业合规法律意识，我所将发布一系列专题文章，分享企业合规治理经验，倡导企业建立合规体系。本文将从合同合规风险角度进行探讨。

### 一、什么是合同合规风险？它对企业的发展有哪些影响呢？

合同合规风险是指企业在合同签订前、订立

时和履行过程中出现的各种风险。防范这类风险，需要企业不断的总结细化业务标准，强化合同管理流程。合同合规风险，很多时候可能会涉及到企业的全方面管理及运营风险。

合同是企业经营行为中最基本的法律文本。谈及合同，大家并不陌生，每个企业都会有很多合同，大到投融资合同、收购并购合同、框架合作合同等，小到日常业务合同、劳动合同、租赁合同、买卖合同等，因合同引发的法律风险是企业最为常见的合同纠纷，合同风险涉及企业生产经营的方方面面，从企业的成立到到企业的解散，从企业的对外经营到内部管理，可以说合同风险是渗透到企业的每个环节，与企业的其他法律风险相互交叉，综合而言企业最主要的合同风险是对外经营过程中，与其他市场主体签订的合同产生的纠纷。实际上，合同的风险贯穿于整个合同的始终，包括合同签订前、订立时、履行过程中，这就需要企业对合同有一个整体的把控，完善合同管理制度，促进企业的经济效益、防止不必要的诉讼发生。

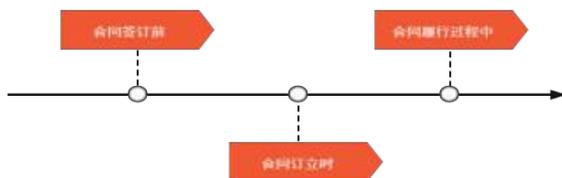
### 二、如何规避和防范合同合规风险？

从我们常年法律顾问的服务中可以看出，企业的人员通常会认为：合同风险，是律师和法务



部门的事，和业务部门、财务部门等都没有关系。其实这种认知是非常片面的，如上所述，合同风险贯穿于整个合同的始终，作为企业来说，无论是哪个部门，都应当时刻保持谨慎的态度，相互配合及时沟通反馈合同中出现的问题，建立合同管理制度，针对合同的订立、履行、终止等流程的监控，即以合同为主线，结合相关制度，企业各部门相互协作对合同的整体把控，以保证企业利益最大化。

由于合同风险出现的环节不同，本文将从合同签订前、合同订立时、合同履行过程中等方面进行分析和阐述。



#### 合同签订前的风险及防范：

很多企业都会惯性的认为合同还未签订不存在风险，殊不知合同签订前已经为合同埋下了众多风险隐患，这是很多企业容易忽视的环节。在合同签订前，企业需要对合同各方的主体身份进行审查，包括姓名、住址、联系方式、身份信息；该主体是否具备法律规定的履约能力；必要时，可对其主要亲属信息进行采集；如是法人及其他组织，需要审查其名称、营业执照；信誉状况、资质等级等情况；对一些特殊行业，还需审查对方的生产许可证、经营许可证或其他相应的资质。另外，还需要着重关注合同各方的资信情况，包括对公司股东情况、盈利能力、资产状况等进行综合评价其是否具备相应的履约能力。对交易各方有了一定的了解后选择信用良好、履约能力强的主体签订合同，避免后续在履行合同的过程中出现纠纷。

### 合同订立时的风险及防范：

在了解了交易对手的基本情况后，订立合同时，企业需要审查签约人是否有相应的代表权限或完备的委托手续，例如是否有符合法律规定的授权，授权是否明确具体，是否具备签约资格，或者是否具有表见代理身份等等。

其次，企业还需要在起草合同时注意审查合同条款内容的完整性和明确性。确保交易事项约定清楚，对合同的基本条款包括当事人的名称、姓名和住所；标的；数量；质量；价款或者报酬；履行期限、地点和方式；违约责任，解决争议的方法进行约定或审查，根据自身所处的合同地位不同，设置相应的合同条款，避免潜在的法律和商业风险。同时应当尽量使用明确的无争议的表达方式确立合同条款，避免在履行的过程中出现歧义。

最后，建议企业除内部的法务专员必须对合同进行审查外，还应当由企业的市场部门、财务部门、决策部门等涉及到合同履行的其它部门从本部门职能或本岗位职责进行充分的论证与审查。必要的时候，可以聘请专业的律师来协助企业进行合同文本的合法合规审查。

### 合同履行过程中的风险及防范：

企业与合同各方在签订合同的过程中，对相关内容进行了详细约定并明确了双方的权利义务，原则上各方只需要按照合同约定严格执行即可。但是，合同的履行是一个动态的过程，不可避免的会出现和订立合同时约定不一致的情况。可以说，订立一份好的合同只是合同交易的开始，控制好合同履行过程中潜在的风险才是最重要的环节。

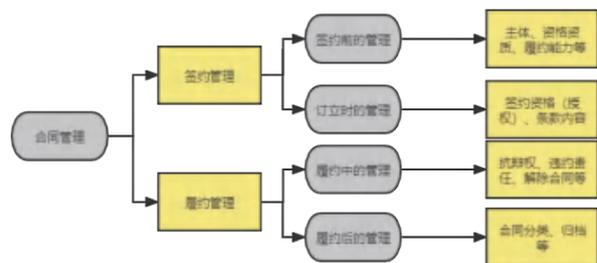
合同在履行中企业需要做到严格遵从诚实信用原则，履行各项合同义务；及时跟进合同相对方的合同履行情况，在对方出现不正常履行出现违约风险时，应当正确行使法定的抗辩权来保护企业自身的利益不受损失；在发生影响合同履行的情况时，应当积极履行通知义务，避免合同履行进程受阻；因对方违约遭受损失时应当正确适用违约条款，适当运用解除权，但要分清情况，

慎用解除权。同时，合同履行过程中应当充分留痕，避免当合同履行出现争议无法协商一致时陷入被动局面等等。

合同履行完毕后，企业的法务部门也应当对合同进行及时的归纳整理，分类存档，为日后签订和履行同类合同做好铺垫。

## 三、企业合同合规风险管理的建议

不难看出，合同的风险无处不在，为了确保企业交易的顺畅，企业内部应当建立起一套完整的适应企业发展的合同管理制度和流程，各部门应当及时有效的沟通，对合同进行整体评估和把控，及时发现合同各个阶段的风险并妥善处理，避免企业在经营过程中发生不必要的损失，发挥合同给企业带来利润、促进企业合规、反映企业动向的各种作用。在企业无法判断做出准确判断时，可寻求律师给出专业的建议来化解合同合规风险问题。



## 四、中伦文德（西安）律师事务所调查与合规中心

北京市中伦文德（西安）律师事务所中心已成功打造“企业合规管理构建指引”这一法律产品，为企业提供一站式合规问题解决方案，协助企业建立合规体系，愿以专业服务为企业成长保驾护航。





□姚正旺/文

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



□沈德凤/文

沈德凤律师，毕业于北京师范大学，获法律硕士学位，主要从事银行金融、公司证券及争议解决业务。

## 银行业金融裁判与执行前沿问题研究（下）

当前金融开放与创新力度持续加大，资本市场治理力度不断加强，《中华人民共和国民法典》及配套司法解释的出台对于提升资本市场治理能力，确保金融市场的健康发展具有重要意义。本文将对银行业金融裁判与执行中新型、疑难、前沿法律问题研究成果分上、中、下三篇内容以飨读者，以期在准确理解和适用法律、统一裁判规则上有所助益。

### 一、多笔业务项下“保证金”存于同一账户的保证金质押设立问题

实务中，银行存在多笔业务项下的“保证金”存于同一保证金账户的情形，此种情形下保证金能否设立及如何设立，在《民法典》实施后仍需要进一步明确。

原《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》（以下简称“原《担保法解释》”）第八十五条规定：“债务人或者第三人将其金钱以特户、封金、保证金等形式特定化后，移交债权人占有作为债权的担保，债务人不履行债务时，债权人可以以该金钱优先受偿。”依据该条规定，若在金钱这一特殊的财产上设立质权，至少要满足两个构成要件：一是金钱必须被“特定化”；二是移交债权人占有。在《民法典》实施前的案例中，有法院认为：“关于资金特定化，

可通过每账户仅存入单笔‘保证金’的方式实现特定化；亦可将多笔业务项下的‘保证金’存入同一账户，但应采取技术措施将不同业务的‘保证金’在同一账户中予以区分，避免相互混同而丧失特定化；并且，‘保证金’除划扣用于抵偿相应的主债务外，其金额不能随意发生变动”<sup>[1]</sup>。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》（以下简称“《担保制度解释》”）第七十条规定：“债务人或者第三人为担保债务的履行，设立专门的保证金账户并由债权人实际控制，或者将其资金存入债权人设立的保证金账户，债权人主张就账户内的款项优先受偿的，人民法院应予支持。当事人以保证金账户内的款项浮动为由，主张实际控制该账户的债权人对账户内的款项不享有优先受偿权的，人民法院不予支持。在银行账户下设立的保证金分户，参照前款规定处理。当事人约定的保证金并非为担保债务的履行设立，或者不符合前两款规定的情形，债权人主张就保证金优先受偿的，人民法院不予支持，但是不影响当事人依照法律的规定或者按照当事人的约定主张权利。”

《民法典》实施后，依照《担保制度解释》设立保证金质押，至少要满足两个构成要件：一是设立专门的保证金账户；二是保证金账户由债权人实际控制或设立。但是，对于多笔业务项下

的“保证金”存于同一保证金账户，其中还涉及了为多项债务的履行提供担保的情况，保证金质押能否设立及如何设立，《民法典》实施后出台的《担保制度解释》仍未明确。

#### 意见建议：

由于金钱“占有即所有”的特性，建议最高人民法院进一步出台司法文件明确多笔业务项下的“保证金”存于同一保证金账户能否设立保证金质押、各笔“保证金”之间是否应当区分以及如何区分等问题（如明确：多笔业务项下的“保证金”存于同一保证金账户，应当设立专门的保证金账户，并且满足保证金账户由债权人实际控制或设立；同时，多笔“保证金”之间应当通过财务记账、设立子账户等方式予以区分，若无法区分的，则不构成保证金质押）。

## 二、居住权与抵押权、租赁权并存时的权利冲突问题

### （一）居住权与抵押权并存时的权利冲突问题

《民法典》物权编第十四章新增居住权。目前阶段，尚未有匹配的相关司法解释文件、法院审判会议纪要以判断居住权与抵押权并存时，可能对彼此权利所产生的影响。

#### 权利冲突时的裁判思路：

居住权已设立。居住权具有物权的共性，即物上追及力。若某房产上已设立居住权，该房产不论辗转至何人之手，居住权人均可享有该居住权。

居住权未设立。甲和乙（房产所有人）签订居住权合同，但未及时登记，而乙又将房产转卖给丙。此时，居住权尚未设立，甲、乙之间仅存在债权关系。若该房产尚未办理所有权变更登记，甲可要求乙办理居住权登记；若该房产已办理所有权变更登记，甲仅能请求乙承担违约责任。

居住权设立在前。若居住权设立在前，根据物权优先效力，当债务人无法清偿债务，抵押权人要求优先受偿抵押物时，不应将抵押物上的居

住权进行涤除。

居住权设立在后。若居住权设立在后，根据物权优先效力，当债务人无法清偿债务，抵押权人要求优先受偿抵押物时，应参照抵押物上有租赁的情形进行处理。即先按照不动产上存在居住权进行询价和报价，若该不动产价值不足以清偿抵押权人的全部债权，则应涤除该不动产上的居住权后再进行询价和报价，保障抵押权人的权益。权利涤除后该不动产上设立的居住权归于消灭。

#### 意见建议：

鉴于后顺位权利人可通过查询登记簿知晓前顺位权利的存在，应自担顺位风险，故建议最高人民法院出台司法文件明确，房屋上同时设立居住权与抵押权时，依登记的先后顺序解决权利冲突；先抵押后设立居住权的，抵押权实现后，居住权对受让人不具有约束力；先设立居住权后抵押的，抵押权实现后，居住权在存续期间内对新所有权人继续有效。

### （二）居住权与租赁权并存时的权利冲突问题

居住权设立在前。居住权、租赁权在对房屋的使用权能上是互斥的，根据民法典第三百六十九条规定，已经设立居住权的房屋原则上不得再出租，但也有除外情形。例如设立居住权的房屋面积较大，在满足居住权人自身需求外，经所有权人同意，居住权人将多余房间出租给他人，使得同一房屋被居住权人和承租人同时占有。此时实际上是将房屋从物理空间上予以切割，并在居住人和承租人之间进行分配。

居住权设立在后。当所有权人出租房产后又设立居住权时，居住权人可否以物权优先原则，要求承租人返还其所占有的房产？民法典第七百二十五条规定：“租赁物在承租人按照租赁合同占有期限内发生所有权变动的，不影响租赁合同的效力。”但此规定仅针对“所有权”发生变动的情形。然居住权的权益内容为占有使用房产，若采取租赁权物权化规则，居住权人的全部权益将会落空。因此，笔者认为，此时应适用物权优先原则，居住权人有权请求承租人返还占有的房

产。承租人可请求出租人承担违约责任。

#### 意见建议：

值得注意的是，民法典正式实施后，可能会有部分历史遗留与居住权有关的租赁合同纠纷进入诉讼中。在居住权与租赁权并存且发生冲突时，笔者认为法官审理时不能机械地认定不符合法定设立条件而不认可其居住权的性质，而应当充分考虑当事人真实意思表示、居住权人是否已经合法占有涉案房产等因素综合判断，针对无偿设立的居住权更要考虑保护弱势群体、是否符合公序良俗等因素，体现法律之公平正义。建议最高人民法院后续出台相关司法解释、审判工作会议纪要、或类似指导案例，对于司法实践中出现的与居住权同时并存且冲突的租赁权类案件如何处理及规范予以指导并统一司法裁判尺度。

### 三、违法发放贷款罪

#### (一) 违法发放贷款罪立法条文及相关规定

违法发放贷款罪的法律渊源主要体现为刑法条文、刑事案件立案追诉标准及金融犯罪案件工作座谈会纪要，刑法修正案（十一）未对违法发放贷款罪进行修改，与该罪名有关的法律渊源具体如下：

1.《中华人民共和国刑法》第一百八十六条：违法发放贷款罪是指银行或者其他金融机构的工作人员违反国家规定发放贷款，数额巨大或者造成重大损失的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处一万元以上十万元以下罚金；数额特别巨大或者造成特别重大损失的，处五年以上有期徒刑，并处二万元以上二十万元以下罚金。银行或者其他金融机构的工作人员违反国家规定，向关系人发放贷款的，依照前款的规定从重处罚。

2.《最高人民法院、公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）》（公通字【2010】23号）第四十二条：银行或者其他金融机构及其工作人员违反国家规定发放贷款，涉嫌下列情形之一的，应予立案追诉：（一）违法发放贷款，数额在一百万元以上的；（二）违法发放

贷款，造成直接经济损失数额在二十万元以上的。

3.《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》（法【2001】8号）：银行或者其他金融机构工作人员违反法律、行政法规规定，向关系人以外的其他人发放贷款，造成50—100万元以上损失的，可以认定为“造成重大损失”；造成300—500万元以上损失的，可以认定为“造成特别重大损失”。对于单位实施违法发放贷款和用账外客户资金非法拆借、发放贷款造成损失构成犯罪的数额标准，可按个人实施上述犯罪的数额标准二至四倍掌握。由于各地经济发展不平衡，各省、自治区、直辖市高级人民法院可参照上述数额标准或幅度，根据本地的具体情况，确定在本地区掌握的具体标准。

#### (二) “数额特别巨大”等标准界定问题

违法发放贷款罪中“数额特别巨大”无法律规定；“特别重大损失”尽管存在300—500万元的规定，但鉴于作为“新法”的立案追诉标准规定（二）与作为“旧法”的座谈会纪要部分内容已出现不一致，“旧法”效力如何及是否可以继续适用存在疑问；单位犯罪的情况下，计算“特别重大损失”时将300—500万元的规定叠加二至四倍规定，最终会导致600万元—2000万元的自由裁量幅度空间，丧失了作为刑事法律渊源所要求的确定性。

#### (三) 意见建议：

建议最高人民法院会同最高人民检察院、公安部等出台司法文件，明确违法发放贷款罪中“数额特别巨大”和单位犯构成犯罪的数额具体标准，统一同类案件的裁判标准。

### 四、骗取贷款罪

#### (一) 骗取贷款罪原立法条文及相关规定

骗取贷款罪的法律渊源主要体现为刑法条文及刑事案件立案追诉标准，具体如下：

1.《中华人民共和国刑法》第一百七十五条之一：以欺骗手段取得银行或者其他金融机构贷款、票据承兑、信用证、保函等，给银行或者其他金融机构造成重大损失或者有其他严重情节的，处

三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；给银行或者其他金融机构造成特别重大损失或者有其他特别严重情节的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照前款的规定处罚。

2.《最高人民法院公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）》（公通字【2010】23号）第二十七条：以欺骗手段取得银行或者其他金融机构贷款、票据承兑、信用证、保函等，涉嫌下列情形之一的，应予立案追诉：（一）以欺骗手段取得贷款、票据承兑、信用证、保函等，数额在一百万元以上的；（二）以欺骗手段取得贷款、票据承兑、信用证、保函等，给银行或者其他金融机构造成直接经济损失数额在二十万元以上的；（三）虽未达到上述数额标准，但多次以欺骗手段取得贷款、票据承兑、信用证、保函等的；（四）其他给银行或者其他金融机构造成重大损失或者有其他严重情节的情形。

骗取贷款罪中“特别重大损失”、“其他特别严重情节”无法律规定；“其他严重情节”除“多次”外其他规定不明。部分观点认为，作为对行犯，可以参照违法发放贷款罪的相关标准对骗取贷款罪中的“特别重大损失”进行认定。该观点的问题在于：一是观点本身缺乏确切的法律依据；二是骗取贷款罪与违法发放贷款罪尽管确属对行犯，但二者保护的法益并不相同。骗取贷款罪主要保

护银行等金融机构的资金安全，违法发放贷款罪则主要保护金融机构信贷秩序。三是二者的基础刑及加重刑起刑点存在明显差异，不应简单类比适用。

## （二）刑法修正案（十一）对骗取贷款罪作出的修改

刑法修正案（十一）仅对骗取贷款罪作出修改，将刑法第一百七十五条之一第一款修改为：“以欺骗手段取得银行或者其他金融机构贷款、票据承兑、信用证、保函等，给银行或者其他金融机构造成重大损失的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；给银行或者其他金融机构造成特别重大损失或者有其他特别严重情节的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。”

刑法修正案（十一）删除了骗取贷款罪中基础刑部分“其他严重情节”的表述。基于此，仅在基础刑部分，骗取贷款罪便由结果犯、情节犯并行变为仅依据损失结果认定犯罪。司法实践中，损失结果的认定一般按照“企业贷款逾期——银行内部认定呆滞贷款——银行出具损失说明——司法机关确认”的程序进行。因此，骗取贷款行为人只要在司法机关作出判决之前偿还贷款便可以不被认定为犯罪。

## （三）当前存在的问题

若企业实施了骗取贷款的行为并在后期偿还



了贷款，那么，可以确保适用刑法对于骗取贷款罪基础刑的规定并最终不予认定企业构成骗取贷款罪的骗贷金额的上限究竟是多少？骗取贷款金额特别巨大但未造成损失（即后期偿还了贷款或达成相关协议）是否属于“其他特别严重情节”？上述问题当下暂无答案。因此，当骗取贷款案件发生后，司法机关能否（或会否）仅适用该罪名的基础刑部分对案件进行审理，具有不确定性。

而司法机关一旦选择适用骗取贷款罪的加重刑条款对案件进行审理，则即使贷款企业后期偿还了贷款或与放贷银行达成了债权债务抵消协议，相关刑事责任依然无法免除，偿还贷款的事实此时无法成为不予认定犯罪的理由，只能成为量刑时予以从轻、减轻处罚的依据。

#### （四）意见建议：

刑法修正案（十一）对骗取贷款罪进行修改的目的，应理解为针对贷款金额相对较小、主观恶性不大的贷款企业，在贷款过程中存在一定的过失或过错，但及时偿还贷款且未对银行及其他金融机构造成损失的情形所给予的豁免。故此，建议最高人民法院明确骗取贷款罪中“特别重大损失”、“其他特别严重情节”的数额标准以及适用刑法对于骗取贷款罪基础刑的规定并最终不予认定企业构成骗取贷款罪的骗贷金额的上限。

## 五、有偿委托合同中任意解除权的适用问题

有偿委托合同的当事人是否享有任意解除权一直是金融行业委托合同中的重点问题。《民法典》第933条规定：“委托人或者受托人可以随时解除委托合同。因解除合同造成对方损失的，除不可归责于该当事人的事由外，无偿委托合同的解除方应当赔偿因解除时间不当造成的直接损失，有偿委托合同的解除方应当赔偿对方的直接损失和合同履行后可以获得的利益。”在委托合同中，《民法典》第933条尽管延续了《中华人民共和国合同法》（以下简称“《合同法》”）第410条的规定，对委托合同的任意解除权没有作出限制，但区分了有偿委托合同和无偿委托合同的赔偿责任。故《民法典》颁布后，有偿委托合同中的任意解除权

能否通过合同约定预先排除适用，该预先排除任意解除权的合同约定是否有效，当事人行使任意解除权的行为是否具有法律效力，以及将产生何种法律后果等问题，亟待最高人民法院通过司法解释、审判工作会议纪要、指导性案例等形式予以进一步明确。

### （一）《民法典》颁布前的司法实践较多支持特别约定排除任意解除权的适用

在《民法典》颁布之前的案例中，如在大连世达集团有限公司与大商股份有限公司其他合同纠纷申请再审案（案号为（2013）民申字第2491号）中，对于双方当事人能否以特别约定排除任意解除权的适用的问题，最高人民法院认为：“《合同法》之所以规定委托合同双方当事人均可以行使任意解除权，主要是基于委托合同双方当事人存在人身信赖关系，一旦这种信赖关系破裂，合同便没有存续的必要，应允许当事人行使任意解除权。但是，在诸如本案这种商事委托合同的缔结过程中，双方法定代表人或者代理人之间是否存在人身信赖关系往往并非是委托人选择受托人的主要考量因素，其更多的是关注受托人的商誉及经营能力。同时，受托人为完成委托事务通常要投入大量的人力和物力来开拓市场、联系客户等等，为了防止对方行使任意解除权带来的不确定风险，故对解除条件作出特别约定以排除任意解除权的适用，是双方当事人对合同履行风险所作出的特殊安排，体现了意思自治原则，且也不损害国家利益、社会公共利益以及第三人的合法权益。在此情况下，如仍允许委托人行使任意解除权，就会给受托人带来重大损失，且由于经营可得利益的不确定性，解除合同后受托人所能获得的损害赔偿往往与继续履行合同所能获得收益不相匹配，这一结果显然有悖公平原则。因此，鉴于商事委托合同的特殊性，当双方当事人对合同解除权的行使作出特别约定时，应当认定《合同法》第四百一十条关于任意解除权的约定已经被排除适用。”

又如在成都和信致远地产顾问有限责任公司与四川省南部县金利房地产开发有限公司委托合同纠纷案（案号为（2015）民一终字第226号），

关于案涉《解除合同通知书》的效力问题，最高人民法院认为，“……由此，金利公司、和信致远公司在合同中预先对合同任意解除权进行了限制，即均不得中途单方面解除合同。该约定内容为合同的组成部分，未违反法律的相关规定，因《代理合同》为有效合同，其中限制任意解除权的条款亦应有效，对双方当事人具有法律约束力。第二，根据合同法的有关规定，委托人或者受托人虽均有随时解除委托合同的权利，但本案双方当事人在签订合同时，对随时解除委托合同的权利进行了限制。基于约定优于法定的原则，当事人的意思自治应得到尊重，合同当事人的任意解除权应受约定的限制，不得随意解除合同。第三，从本案的情况看，和信致远公司作为从事房地产营销代理的专业机构，其与金利公司签订代理合同的主要目的是为了获取经济利益。由此，和信致远公司与金利公司签订合同除了基于当事人之间的特殊信赖关系之外，还具有利益关系。基于诚实信用和民事活动公平的原则，金利公司不得擅自解除合同。综上，因双方当事人在《代理合同》中已对任意解除权进行了限制，在无法定解除事由的情况下，金利公司于2013年4月23日向和信致远公司发出的《解除合同通知书》无效。”

在上述案例中，最高人民法院的主要观点为委托合同中的任意解除权能够通过合同约定预先排除适用，该预先排除任意解除权的合同约定有效，当事人行使任意解除权的行为无效。

## （二）《民法典》颁布后立法机关等支持特别约定不能排除任意解除权的适用

但是，《民法典》颁布后，这些问题出现更多不同的意见。在《中华人民共和国民法典合同编理解与适用<sup>[1]</sup>》一书中，“通过这种‘变’与‘不变’的对比，笔者认为，立法机关在此问题上的态度是明确的，即：对委托合同任意解除权的行使不作限制，双方均可随时解除合同；对于行使任意解除权的，通过加大赔偿责任的方式予以规制。”<sup>[3]</sup>“关于限制任意解除权的约定并不能真正阻却任意解除权的行使，此类约定亦不适于强制履行，对于一方当事人主张任意解除权的，应当认定行使任意解除权的行为有效，而不能否定行

使效果。”<sup>[4]</sup>有法官认为，在《民法典》第933条立法精神系通过赔偿范围的修订而间接限制任意解除权行使的情况下，应认可当事人抛弃任意解除权特约的效力，在当事人违反该特约行使解除权的情况下，则可以适用违约责任的相关规范处理；实务中，多数法院在认可当事人之间抛弃特约效力的同时，往往又以任意解除权为依据支持当事人解除合同的请求，并判决解除人承担违约责任，这种处理的主要考虑是，由于委托合同建立在当事人之间的信赖之上，委托合同的标的为提供劳务，一旦信赖基础丧失，则不能要求强制履行，故即使当事人解除合同违反抛弃特约，也应允许当事人解除合同。<sup>[5]</sup>上述观点将排除任意解除权适用的约定是否有效，和排除任意解除权适用的约定能否排除行使任意解除权行为的法律效果进行了严格区分。这些观点倾向于预先排除任意解除权适用的合同约定有效，但当事人违反约定行使任意解除权的行为也有效，当事人行使任意解除权后的法律后果为合同被解除，但当事人应当根据该预先排除任意解除权适用的合同约定承担违约责任，即任意解除权不能通过合同约定预先排除。

## （三）意见建议：

鉴于《民法典》第933条在修订时同样规定了有偿委托合同的任意解除权，并区分了有偿委托合同的违约责任，在《民法典》颁布前后，金融机构的有偿委托合同中任意解除权的适用或存在一定的变化，能否通过委托中的特别约定排除任意解除权的适用，建议最高人民法院通过司法解释、审判工作会议纪要、指导性案例等形式予以进一步明确。

## 注释：

- [1] 中国银行股份有限公司福州市鼓楼支行与魏必禄、张红云等金融借款合同纠纷案，福建省高级人民法院（2014）闽民终字第1277号民事判决书。
- [2] 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国民法典合同编理解与适用〔四〕》，人民法院出版社2020年版，第2530页。
- [3] 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国民法典合同编理解与适用〔四〕》，人民法院出版社2020年版，第2532页。
- [4] 参见仲伟珩：《有偿委托合同任意解除权的法律适用问题研究》，《法律适用》2020年第17期，第22页。作者单位为最高人民法院第二巡回法庭。

中伦  
文德



□ 武 坚/文

武坚律师，中伦文德律师事务所高级合伙人，中央财经大学博士研究生，《商法》“2018年中国业务优秀律师”，汤森路透ALB“2017年客户首选律师”，中国能源法研究会会员，北京律协并购重组专业委员会委员，朝阳区人民法院特邀调解员，具有上市公司独立董事资格、军工保密咨询证书和并购交易师证书。



□ 祁 航/文

祁航律师，中共党员，吉林大学国际法硕士，能够熟练运用中、英文为客户提供专业法律服务。擅长领域为公司、金融、民商事诉讼仲裁等。祁航律师为诸多国内外知名企业提供涉及交易事务的法律服务。

## 2021 年半年度金融中介机构监管处罚之数据解读

### 引言

2021 年是不平凡的一年，是中国抗击新冠疫情取得重大胜利并有序恢复经济的一年。这一年我国保险中介市场也发生了重大变化，监管机构加快保险中介行业的清理整顿工作，先后发布《2020 年保险中介市场乱象整治工作方案》《保险代理人监管规定》《互联网保险业务监管办法》《中国银保监会行政处罚办法》等一系列与保险中介有关的监管文件。在保险中介机构监管处罚领域，监管部门不断拓宽处罚范围，加大处罚力度，对屡禁不止的监管顽疾更祭出了杀手锏。这些监管举措体现了监管部门对严肃整治金融保险市场乱象的决心。

2021 年，我国保险中介市场发生了一些变化，监管机构坚决开展保险中介行业的清理整顿工作，先后发布《保险代理人监管规定》《互联网保险业务监管办法》《中国银保监会行政处罚办法》和《保险中介机构信息化工作监管办法》等多部与保险中介有关的监管文件。2021 年上半年，监管机构延续前期趋势，对保险中介机构合规经营和内控管理等问题毫不松懈，重点处罚。这些举措表明，

监管部门坚守严肃整治金融保险市场乱象的初心，进一步为行业打造良好的发展环境。

在上述背景下，2021 年保险中介公司上半年的处罚情况如何？有哪些重要的情况和特点？中伦文德保险律师团队研究监管处罚信息，以处罚依据、处罚事由、处罚结果、处罚特点新情况等四个维度，整理分析处罚数据以及处罚背后的监管趋势和逻辑，希望为业内管理人员和从业人员提供借鉴参考，并促进我国保险中介行业的健康发展。

### 一、保险中介机构处罚概览

#### （一）总体分布情况

根据中国银行保险监督管理委员会（以下简称“中国银保监会”）、各地方银保监局和银保监分局的公开披露数据统计，2021 年上半年中国银保监会、各地方银保监局和银保监分局对保险中介机构共作出处罚 179 份。其中，对保险代理公司出具罚单 146 份，对保险经纪公司出具罚单 19 份，对保险公估公司出具罚单 16 份。

各地银保监局及分局对保险中介的行政处罚统计表

序号	省 / 直辖市	机构名称	保险代理公司	保险经纪公司	保险公估公司	总计
1	江苏	江苏监管局	2	0	4	6
2		连云港监管分局	0	0	2	2
3		常州监管分局	1	2	0	3
4		宿迁监管分局	4	0	0	4
5		扬州监管分局	2	0	0	2
6		苏州监管分局	2	0	0	2
7	浙江	浙江监管局	6	1	0	7
8		湖州监管分局	1	0	0	1
9		绍兴监管分局	1	0	0	1
10		丽水监管分局	3	0	0	3
11		台州监管分局	2	0	0	2
12		温州监管分局	3	0	0	3
13		金华监管分局	1	0	0	1
14	河南	河南监管局	8	0	0	8
15		新乡监管分局	3	0	0	3
16		周口监管分局	2	0	0	2
17		焦作监管分局	1	0	0	1
18		鹤壁监管分局	2	0	0	2
19	上海	上海监管局	9	0	6	15
20	山东	烟台监管分局	4	0	0	4
21		菏泽监管分局	1	1	0	2
22		泰安监管分局	2	0	0	2
23		临沂监管分局	1	0	0	1
24		济宁监管分局	2	2	0	4
25	安徽	安徽监管局	2	2	0	4
26		六安监管分局	2	0	0	2
27		淮南监管分局	2	0	0	2
28		芜湖监管分局	1	0	0	1
29	新疆	新疆监管局	7	2	0	9
30	湖北	湖北监管局	1	1	0	2
31		黄冈监管分局	1	0	0	1
32		孝感监管分局	2	0	0	2
33		鄂州监管分局	2	0	0	2
34	河北	承德监管分局	1	0	0	1
35		秦皇岛监管分局	1	0	0	1
36		衡水监管分局	4	0	0	4
37	山西	忻州监管分局	1	0	0	1
38		晋中监管分局	1	0	0	1
39		运城监管分局	2	0	0	2
40		大同监管分局	1	0	0	1
41		吕梁监管分局	1	0	0	1
42	云南	云南监管局	4	2	0	6

43	广东	广东监管局	1	0	0	1
44		韶关监管分局	1	0	0	1
45		茂名监管分局	1	0	0	1
46		揭阳监管分局	1	0	0	1
47		汕尾监管分局	1	0	0	1
48	陕西	陕西监管局	4	1	0	5
49	宁波	宁波监管局	2	1	2	5
50	内蒙古	内蒙古监管局	4	0	0	4
51	福建	福建监管局	4	0	0	4
52	江西	吉安监管分局	4	0	0	4
53	青岛	青岛监管局	4	0	0	4
54	黑龙江	黑龙江监管局	3	0	0	3
55	湖南	湖南监管局	1	0	0	1
56		邵阳监管分局	2	0	0	2
57	广西	广西监管局	1	1	1	3
58	天津	天津监管局	2	0	0	2
59	重庆	重庆监管局	1	0	1	2
60	甘肃	甘肃监管局	2	0	0	2
61	青海	青海监管局	1	1	0	2
62	深圳	深圳监管局	2	0	0	2
63	辽宁	辽宁监管局	1	0	0	1
64	大连	大连监管局	1	0	0	1
65	宁夏	宁夏监管局	1	0	0	1
66	北京	北京监管局	1	0	0	1
67	厦门	厦门监管局	1	0	0	1
合计			146	17	16	179

注：数据来源于中国银行保险监督管理委员会官网。

## （二）保险中介机构处罚区域分布情况

在保险中介机构处罚的各省市分布上，江苏的罚单数量最多，达到了19张。第二名是浙江18张。分列3到10位的分别为河南、山东、安徽、新疆、湖北、河北、山西和云南。上述统计数据是将各监管局下辖监管分局的处罚数量合并到本级监管局计算的。

## 二、2021年上半年保险中介机构处罚依据变化

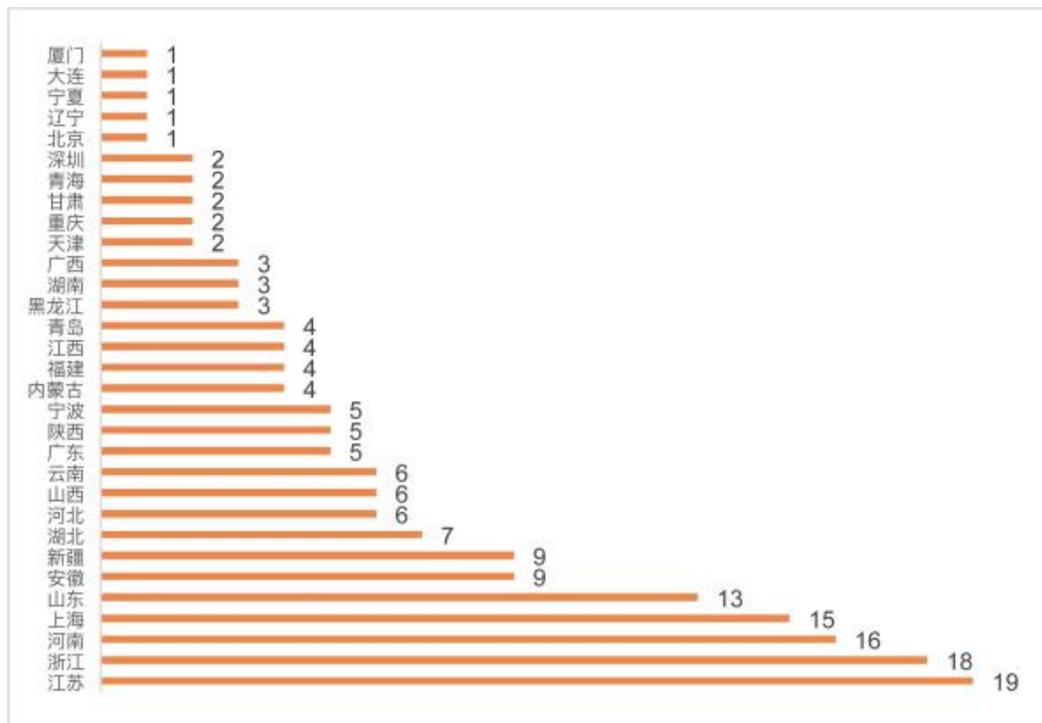
近年来随着保险中介行业的发展和变化，监管部门处罚力度也持续加码，相关监管制度进一步完善，结合行业新特点，覆盖市场新情况。从2021年上半年监管处罚的情况来看，主要的和高频的处罚依据包括以下规定：

## （一）《保险代理人监管规定》

《保险代理人监管规定》于2019年12月19日经银保监会2019年第13次委务会议通过，自2021年1月1日起正式施行。《保险代理人监管规定》是原银监会与保监会两会合并后，监管部门对保险代理系列法规的一次系统性梳理，范围涉及保险公司银代渠道、中介渠道、代理人渠道、保险专业代理机构、保险兼业代理机构等。涉及到处罚的主要条文及罚则条文为：

### 1. 保险代理许可证

第十六条第一款 保险监督管理机构依法作出批准保险专业代理公司、保险兼业代理人机构经营保险代理业务的决定的，应当向申请人颁发许可证。申请人取得许可证后，方可开展保险代理业务，并应当及时在国务院保险监督管理机构规定的监管信息系统中登记相关信息。



各省市保险中介机构处罚情况统计

## 2. 公开披露信息

第二十一条 保险专业代理机构有下列情形之一的，应当自该情形发生之日起5日内，通过国务院保险监督管理机构规定的监管信息系统报告，并按照规定进行公开披露：（一）变更名称、住所或者营业场所的；（二）变更股东、注册资本或者组织形式的；（三）变更股东姓名或者名称、出资额的；（四）修改公司章程的；（五）股权投资、设立境外保险类机构及非营业性机构的；（六）分立、合并、解散，分支机构终止保险代理业务活动的；（七）变更省级分公司以外分支机构主要负责人的；（八）受到行政处罚、刑罚或者涉嫌违法犯罪正接受调查的；（九）国务院保险监督管理机构规定的其他报告事项。

罚则适用《保险代理人监管规定》第一百零八条。

## 3. 执业登记

第三十八条 保险公司、保险专业代理机构、保险兼业代理机构应当按照规定为其个人保险代理人、保险代理机构从业人员进行执业登记。

个人保险代理人、保险代理机构从业人员只限于通过一家机构进行执业登记。

个人保险代理人、保险代理机构从业人员变更所属机构的，新所属机构应当为其进行执业登记，原所属机构应当在规定的时限内及时注销执业登记。

罚则适用《保险代理人监管规定》第一百零八条。

## 4. 禁止行为

第七十条 保险代理人及其从业人员在办理保险业务活动中不得有下列行为：

（一）欺骗保险人、投保人、被保险人或者受益人；（二）隐瞒与保险合同有关的重要情况；（三）阻碍投保人履行如实告知义务，或者诱导其不履行如实告知义务；（四）给予或者承诺给予投保人、被保险人或者受益人保险合同约定以外的利益；（五）利用行政权力、职务或者职业便利以及其他不正当手段强迫、引诱或者限制投保人订立保险合同；（六）伪造、擅自变更保险合同，或者为保险合同当事人提供虚假证明材料；（七）挪用、截留、侵占保险费或者保险金；（八）利用业务便利为其他机构或者个人牟取不正当利益；（九）串通投保人、被保险人或者受益人，骗取保险金；（十）泄露在业务活动中知悉的保险人、投保人、被保

险人的商业秘密。

#### 5. 高管任职资格

第九十三条第一款 保险专业代理机构聘任不具有任职资格的人员的，由保险监督管理机构责令改正，处2万元以上10万元以下罚款；对该机构直接负责的主管人员和其他直接责任人员，给予警告，并处1万元以上10万元以下罚款，情节严重的，撤销任职资格。

#### 6. 执业资格登记

第九十四条 保险公司、保险专业代理机构、保险兼业代理机构未按规定委托或者聘任个人保险代理人、保险代理机构从业人员，或者未按规定进行执业登记和管理的，由保险监督管理机构责令改正，给予警告，并处1万元以下罚款；对该机构直接负责的主管人员和其他直接责任人员，给予警告，并处1万元以下罚款。

#### 7. 保证金缴纳

第九十七条 保险专业代理机构、保险兼业代理机构有下列情形之一的，由保险监督管理机构责令改正，处2万元以上10万元以下罚款；情节严重的，责令停业整顿或者吊销许可证；对保险专业代理机构直接负责的主管人员和其他直接责任人员，给予警告，并处1万元以上10万元以下罚款，情节严重的，撤销任职资格；对保险兼业代理机构直接负责的主管人员和其他直接责任人员，给予警告，并处1万元以下罚款：

(一) 未按照规定缴存保证金或者投保职业责任保险的；

(二) 未按规定设立专门账簿记载业务收支情况的。

第九十九条 保险专业代理机构、保险兼业代理机构有下列情形之一的，由保险监督管理机构责令改正，给予警告，没有违法所得的，处1万元以下罚款，有违法所得的，处违法所得3倍以下的罚款，但最高不得超过3万元；对该机构直接负责的主管人员和其他直接责任人员，给予警告，并处1万元以下罚款：

(一) 超出规定的业务范围、经营区域从事保险代理业务活动的；

(二) 与非法从事保险业务或者保险中介业务的机构或者个人发生保险代理业务往来的。

#### 8. 业务范围和经营区域

第四十三条 保险代理人从事保险代理业务不得超出被代理保险公司的业务范围和经营区域；保险专业代理机构从事保险代理业务涉及异地共保、异地承保和统括保单，国务院保险监督管理机构另有规定的，从其规定。

除国务院保险监督管理机构另有规定外，保险兼业代理机构不得在主业营业场所外另设代理网点。

第一百条 保险专业代理机构、保险兼业代理机构违反本规定第四十三条的，由保险监督管理机构责令改正，给予警告，没有违法所得的，处1万元以下罚款，有违法所得的，处违法所得3倍以下罚款，但最高不得超过3万元；对该机构直接负责的主管人员和其他直接责任人员，给予警告，并处1万元以下罚款。

### (二) 《中国银保监会行政处罚办法》

《中国银保监会行政处罚办法》于2020年8月1日起正式施行，新增关于处罚的从重情形，主要包括四种情形：屡查屡犯的；不配合监管执法的；危害后果严重，造成较为恶劣社会影响的；其他依法从重行政处罚的情形。此条款是2019年10月12日发布的《中国银保监会行政处罚办法（征求意见稿）》修改后新增的条款。该《中国银保监会行政处罚办法》反映出两个监管趋势，针对保险中介市场的顽疾有的放矢：针对保险中介行业内普遍出现的问题从重处罚；针对保险中介机构不配合执法或抗拒监管执法的情况从重处罚。

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

### (三) 《互联网保险业务监管办法》

《互联网保险业务监管办法》在厘清互联网保险业务本质的基础上，强化持牌经营原则，规定持牌机构经营条件并明确非持牌机构禁止行为；

对于互联网保险营销及运营，规定了相关管理要求和业务行为标准，通过全流程规范互联网保险售后服务，进一步加大对消费者的权益保护力度。有关行政处罚的主要条文：

第三条 互联网保险业务应由依法设立的保险机构开展，其他机构和个人不得开展互联网保险业务。保险机构开展互联网保险业务，不得超出该机构许可证（备案表）上载明的业务范围。

第七条 开展互联网保险业务的保险机构及其

自营网络平台应具备以下条件：

（一）服务接入地在中华人民共和国境内。自营网络平台是网站或移动应用程序（APP）的，应依法向互联网行业管理部门履行互联网信息服务备案手续、取得备案编号。自营网络平台不是网站或移动应用程序（APP）的，应符合相关法律法规的规定和相关行业主管部门的资质要求。

（二）具有支持互联网保险业务运营的信息管理系统和核心业务系统，并与保险机构其他无关



的信息系统有效隔离。

(三) 具有完善的网络安全监测、信息通报、应急处置工作机制, 以及完善的边界防护、入侵检测、数据保护、灾难恢复等网络安全防护手段。

(四) 贯彻落实国家网络安全等级保护制度, 开展网络安全定级备案, 定期开展等级保护测评, 落实相应等级的安全保护措施。对于具有保险销售或投保功能的自营网络平台, 以及支持该自营网络平台运营的信息管理系统和核心业务系统, 相关自营网络平台和信息系统的安全保护等级应不低于三级; 对于不具有保险销售和投保功能的自营网络平台, 以及支持该自营网络平台运营的信息管理系统和核心业务系统, 相关自营网络平台和信息系统的安全保护等级应不低于二级。

(五) 具有合法合规的营销模式, 建立满足互联网保险经营需求、符合互联网保险用户特点、支持业务覆盖区域的运营和服务体系。

(六) 建立或明确互联网保险业务管理部门, 并配备相应的专业人员, 指定一名高级管理人员担任互联网保险业务负责人, 明确各自营网络平台负责人。

(七) 具有健全的互联网保险业务管理制度和操作规程。

(八) 保险公司开展互联网保险销售, 应符合银保监会关于偿付能力、消费者权益保护监管评价等相关规定。

(九) 保险专业中介机构应是全国性机构, 经营区域不限于总公司营业执照登记注册地所在省(自治区、直辖市、计划单列市), 并符合银保监会关于保险专业中介机构分类监管的相关规定。

(十) 银保监会规定的其他条件。

#### (四) 《商业银行代理保险业务管理办法》

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

##### 1. 执业登记

第十五条 商业银行应当由法人机构或其授权的分支机构在中国银保监会规定的监管信息系统中为其保险销售从业人员办理执业登记。

执业登记应当包括下列内容: (一) 姓名、性别、身份证号码、学历、照片; (二) 所在商业银行网点名称; (三) 所在商业银行投诉电话; (四) 执业登记编号; (五) 执业登记日期。

执业登记事项发生变更的, 商业银行法人机构或其授权的分支机构应当自该情形发生之日起 5 日内, 在中国银保监会规定的监管信息系统中变更执业登记。

商业银行保险销售从业人员只限于通过 1 家商业银行进行执业登记。

商业银行保险销售从业人员通过保险公司执业登记的, 具体办法由中国银保监会另行制定。

##### 2. 佣金收取

第十九条 商业银行对保险代理业务应当进行单独核算, 对不同保险公司的代收保费、佣金进行独立核算, 不得以保费收入抵扣佣金。

保险公司委托商业银行代理销售保险产品, 应当建立商业银行代理保险业务的财务独立核算及评价机制, 做到新业务价值、利润及费用独立核算, 应当根据审慎原则科学制定商业银行代理保险业务财务预算、业务推动政策, 防止出现为了业务规模不计成本的经营行为, 防范费差损风险。

##### 3. 销售误导

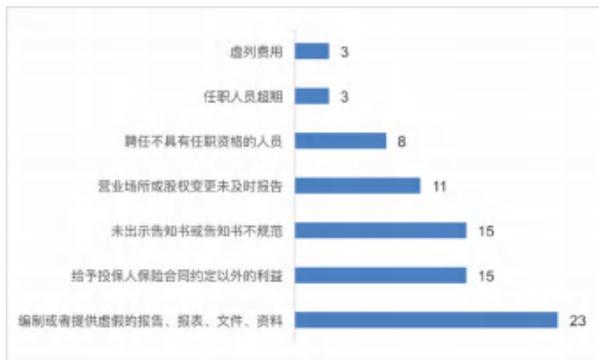
第三十条 各类宣传材料应当按照保险条款全面、准确描述保险产品, 要在醒目位置对经营主体、保险责任、退保费用、现金价值和费用扣除情况进行提示, 不得夸大或变相夸大保险合同利益, 不得承诺不确定收益或进行误导性演示, 不得有虚报、欺瞒或不正当竞争的表述。

### 三、保险中介机构处罚事由解析

#### (一) 保险代理公司违规事由分析

根据资料统计和分析, 2021 年上半年保险代理公司行政处罚决定书记载的前几项处罚事由为: ①编制或者提供虚假的报告、报表、文件、资料; ②给予投保人保险合同约定以外的其他利益; ③未出示告知书或告知书不规范; ④营业场所或股权变更未及时报告; ⑤聘任不具有任职资格的人员; ⑥任职人员超期; ⑦虚列费用等

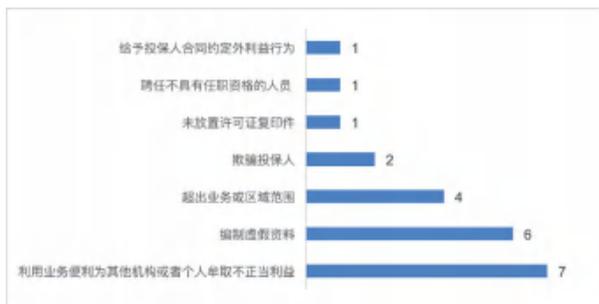
保险代理公司违规事由分析图表



### (二) 保险经纪公司违规事由分析

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

保险经纪公司违规事由分析图表



### (三) 保险公估公司违规事由分析

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

保险公估公司违规事由分析图表

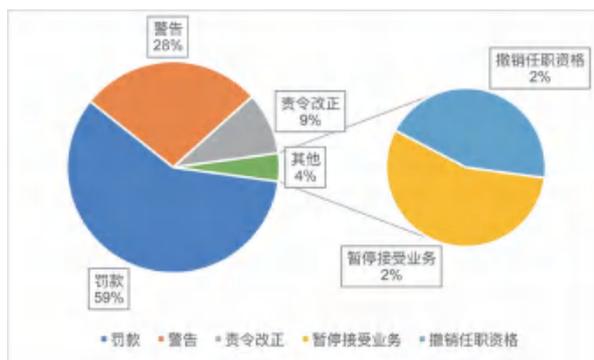


## 四、2021年上半年保险中介机构处罚结果分析

### (一) 总体情况

2021年上半年保险中介机构行政处罚决定书作出了包括罚款、警告、责令改正、责令停止接受新业务等事项，总计约210项处罚，各项处罚结果比例如下：

保险中介机构处罚类型分析图



### (二) 重大处罚情况

#### 1. 保险代理公司严重处罚案例

浙江安信保险代理有限公司因编制或者提供虚假的报告、报表、文件、资料和利用业务便利为其他机构或者个人牟取不正当利益，被浙江监管局罚款人民币60万元人民币。

人保汽车销售有限公司浙江省分公司因利用业务便利为其他机构或者个人牟取不正当利益和编制或者提供虚假的报告、报表、文件、资料被浙江监管局罚款人民币60万元人民币。

台州市中泰保险代理有限公司因超出自身经营区域开展业务、利用业务便利为其他机构或个

人谋取不正当利益和财务业务数据不真实被台州监管分局罚款 47 万元人民币。

此外，美联盛航保险代理有限公司安徽分公司因编制虚假财务资料和利用业务便利为其他个人牟取不正当利益被安徽监管局罚款 30 万元人民币，并责令停止接受新业务 6 个月。远景保险销售有限公司因编制或者提供虚假的报告、报表、文件、资料和聘任不具有任职资格的人员被浙江监管局罚款 10 万元人民币，责令停止接受新业务 12 个月

### 2. 保险经纪公司严重处罚案例

全联保险经纪有限公司安徽分公司因编制或者提供虚假的报告、报表、文件或者资料被安徽监管局罚款 35 万元人民币。百瑞保险经纪有限公司因财务业务记载事项与实际不符、未按规定使用银行账户、未按规定托管注册资本以及未按规定进行执业登记和管理等被宁波银保监局罚款 32 万元人民币。

方胜磐石保险经纪有限公司浙江分公司因编制或者提供虚假的报告、报表、文件、资料被浙江监管局停止接受新业务 3 个月。

### 3. 保险公估公司重大处罚案例

上海大洋保险公估有限公司因未按规定制作和使用客户告知书、未按规定对部分保险公估从业人员进行执业登记、未在营业场所显著位置放置备案表、营业执照、编制提供虚假报表资料、出具有重大遗漏的非车险保险公估报告及超出备案的业务范围从事非保险标的出险后的查勘核损的数事项，被上海监管局责令改正，给予警告，罚款 4 万元，并责令非车险业务停业 1 个月。

## (三) 2021 年上半年保险中介机构处罚特点

银保监会下发的《2020 年保险中介市场乱象整治工作方案》(以下简称《方案》)，明确了保险中介市场在七个方面的乱象整治要点，将保险中介市场各参与主体业务、内控、营销及风险等情况均纳入整治工作。2021 年上半年进入后疫情时代，国内疫情基本可控，监管对于保险中介行业的经营成果真实性以及经营合规性的检查和处罚保持严格。除了保险机构和中介机构同查同处外，

还对于性质严重、影响恶劣的机构和个人依法采取吊销业务许可证、撤销任职资格、市场禁入等处罚措施<sup>[1]</sup>。

### 1. 监管处罚仍属严格

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

监管机构对保险中介机构处罚类型中的停止接受新业务分多个档位，其中最为严厉的为 3 年禁止接受新业务的处罚，上一年度全年共计有 5 次<sup>[2]</sup>，以往未曾出现过。2021 年上半年监管机构对部分保险中介机构采取罚款的行政处罚的同时，也给予停止新业务 3 个月到 1 年期限不等的处罚，被如此处罚的中介机构一定时期内无业务可做，会严重影响其经营效益，处罚之严格程度充分表达了监管层对规范保险中介市场的决心。

### 2. 保险中介机构处罚特点

#### (1) 保险代理机构

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

#### (2) 保险经纪机构

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

《2020 年保险中介市场乱象整治工作方案》

中将“是否建立完整规范的财务、业务档案，是否如实记载业务情况，是否按时如实报送报告及报表”列举为保险中介机构乱象整治要点。根据上半年处罚分析，这一违规现象得到了有效遏制，保险中介行业运作管理更加规范化。

### (3) 保险公估公司

从近几年处罚数量看，2017~2020年，公估企业全年处罚数量分别为9、70、101和82，数量递增后略有下降。2021年上半年行政处罚数量同比下降46例（2020年上半年62例），保持下降趋势。处罚事由方面，“未按规定进行职业登记和管理”为主要处罚范畴，虽然行业整体更加规范，但业务人员管理问题依旧。保险公估从业人员执业登记的处罚，延续了2019年以来的“清虚工作”，有利于行业高效运行，企业健康发展。另外，“编制虚假材料”另一高发的违规行为，与保险经纪和保险代理机构处罚重点保持一致。

## 五、保险中介机构处罚情况展望

现阶段，我国保险生态日益多元化，各主体之间的资源要素禀赋日益不同，保险服务本身日趋差异化与个性化。这两个发展方向看似是矛盾的，但是实际上却是高度统一的。在“去中介+新中介”双轮驱动的影响下，保险中介表现出新的显著特征，互联网保险中介加速发展<sup>[4]</sup>。未来，将有更多针对互联网保险中介业务的监管政策出台，相关企业应积极应对，规范业务和管理行为。

随着《关于实施车险综合改革的指导意见（征求意见稿）》的颁布，车险领域保险中介市场的监管也拉开了帷幕，其中第二十五条明确规定严厉打击虚构中介业务套取手续费、捆绑销售、虚开发票等违法违规行为。推动保险机构与中介机构完善信息系统对接等建设，规范手续费结算支付，禁止销售人员垫付行为，禁止中介机构违规开展异地车险业务。未来车险中介市场的监管重点将围绕销售行为展开。

银保监会中介监管部主任姜波特别提出，2020年保险专业中介机构要对业务财务真实性方面开展重点整治<sup>[5]</sup>。伴随《银行业保险业消费投诉处理管理办法》（中国银行保险监督管理委员会令2020年第3号）的发布，未来监管部门也将加

强对保险消费者投诉方面的处罚力度。

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

此外，在“去中介+新中介”双轮驱动的影响下，我国保险生态日益多元化与个性化，并表现出新的显著特征。鉴于互联网保险中介不断发展，有学者对“互联网+”背景下保险中介发展进行研究<sup>[3]</sup>，基于区块链技术的保险中介服务也开始萌芽<sup>[5]</sup>。目前互联网保险中介处罚案例相对较少，但随着传统线下保险中介企业的线上拓展和新兴互联网中介企业的蓬勃发展，将会有新问题新情况出现，也会有更多针对互联网保险中介业务的监管政策出台。同时，政府及有关方面加快建立健全监管机制与规则，注重加强行业正向引导，进一步优化保险中介市场结构，不断提高保险中介专业化水平，建立保险中介与保险公司的新型合作关系<sup>[6]</sup>。

### 参考文献

- [1] 王立伟. “保险中介市场乱象问题不容忽视”. [EB/OL]. [https://mp.weixin.qq.com/s/8u6x\\_zaz5kxwloekUHXjg](https://mp.weixin.qq.com/s/8u6x_zaz5kxwloekUHXjg). 2019-06-12/2020-02-12
- [2] 张爽. 保险中介市场将从七方面治乱. 中国银行保险, 2020-05-29 (002)
- [3] 王丽娜, 张二月. “互联网+”背景下保险中介发展探究. 天津大学学报(社会科学版), 2020, 22 (5)
- [4] 宋聃, 凌卫, 陈爱春. 《新时期保险中介的发展现状、问题和对策》. 全国流通经济, 2020年第21期.
- [5] 常歆. 区块链技术下保险中介发展策略研究. 黑龙江工业学院学报, 2020年06期
- [6] 宋聃, 凌卫, 陈爱春. 新时期保险中介的发展现状、问题和对策. 全国流通经济, 2020年第21期



□ 徐云飞/文

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



□ 李楠/文

李楠，原中伦文德律师事务所律师助理，中伦文德网络安全与数据合规专业委员会成员。业务领域包括投资并购、电信及互联网监管、网络安全与数据合规、劳动和其他一般公司法务等。

## 《个人信息保护法》要点解读

《中华人民共和国个人信息保护法》（《个人信息保护法》）历经三次审议及两次公开征求意见后，于2021年8月20日由第十三届全国人民代表大会常务委员会第三十次会议通过，将于2021年11月1日起施行。《个人信息保护法》作为个人信息保护领域的基础性法律，其出台不仅解决了个人信息层面法律法规散乱不成体系的问题，与《数据安全法》《网络安全法》《密码法》共同构建了我国的数据治理立法框架。

《个人信息保护法》厘清了个人信息、敏感个人信息、个人信息处理者、自动化决策、去标识化、匿名化的基本概念，从适用范围、个人信息处理的基本原则、个人信息及敏感个人信息处理规则、个人信息跨境传输规则、个人信息保护领域各参与主体的职责与权力以及法律责任等方面对个人信息保护进行了全面规定，建立起个人信息保护领域的基本制度体系。

《个人信息保护法》堪称中国首部个人信息保护单独立法，翻开了我国个人信息保护法治事业的新篇章。本文将结合我们对《个人信息保护法》的理解，对《个人信息保护法》的主要内容进行

要点解读，供各方参考。

### 一、适用范围及核心概念

#### （一）明确适用范围，设定域外适用效力

在《个人信息保护法》发布以前，关于个人信息保护的规定散落于《电信和互联网用户个人信息保护规定》《网络安全法》《刑法》等法律法规中。其中，2013年生效的《电信和互联网用户个人信息保护规定》的适用范围为“在中华人民共和国境内提供电信服务和互联网信息服务过程中收集、使用用户个人信息的活动”，即该规定仅适用于在境内提供服务的主体，不产生域外效力。2017年6月生效的《网络安全法》沿用了《电信和互联网用户个人信息保护规定》的适用范围，即在中华人民共和国境内建设、运营、维护和使用的网络，以及网络安全的监督管理的，适用《网络安全法》。因此，《网络安全法》也没有域外效力。

《个人信息保护法》破旧立新，在一定程度上借鉴了GDPR及多数国家与地区相关法律法规的立法思路，以属地原则、属人原则为基础，首次将适

用范围扩展至域外，产生了“长臂管辖”的效果。根据《个人信息保护法》第三条规定，在境内处理自然人个人信息的活动应适用本法，在境外处理境内自然人个人信息的活动，有下列情形之一的，也适用本法：（1）以向境内自然人提供产品或服务为目的（2）为分析、评估境内自然人的行为（3）法律、行政法规规定的其他情形。根据该规定，适用范围不仅包括在中国境内处理自然人个人信息的活动，还包括在特定情形下在境外处理境内自然人个人信息的活动，此处特定情形既包括个人信息处理者因提供产品或服务而产生的直接信息处理活动，也包括行为分析和评估等企业常见的间接信息处理行为。为与域外管辖相呼应，《个人信息保护法》第五十三条进一步要求境外的个人信息处理者在境内设立专门机构或者指定代表，负责处理个人信息保护相关事务，并将有关信息报送履行个人信息保护职责的部门。

但上述关于域外适用效力的条款也存在待进一步明确之处，如《个人信息保护法》第三条关于“在中华人民共和国境内处理自然人个人信息”的判断标准仍不明确，建议参考GDPR以及欧盟数据保护委员会就域外适用的相关指引文件 和我国《信息安全技术 数据出境安全评估指南（征求意见稿）》中的有关规定，进一步明确如何认定“在中华人民共和国境内处理自然人个人信息”的判断标准。同时，《个人信息保护法》并未针对境外个人信息处理者在境内所设的专门机构或指定代表未履行相关义务的情形制定相应的法律责任。因此，域外管辖效力能否在实践中得到有效实施还需相关部门后续出台的实施细则进一步澄清。

### （二）明确核心概念，扩大敏感信息范围

经《信息安全技术 个人信息安全规范》(GB/T 35273—2020)（《个人信息安全规范》）、《民法典》的历次修改，《个人信息保护法》中个人信息的定义最终采用了准“识别+关联”的认定标准，并将经匿名化处理后的信息排除在外。同时，参考了《个人信息安全规范》相关规定，将不满十四周岁未成年人的个人信息列入敏感个人信息。

	《个人信息保护法》	《民法典》	《个人信息安全规范》
个人信息	以电子或者其他方式记录的与已识别或者可识别的自然人有关的各种信息，不包括匿名化处理后的信息。	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的各种信息，包括自然人的姓名、出生日期、身份证件号码、生物识别信息、住址、电话号码、电子邮箱、健康信息、行踪信息等。	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。
敏感个人信息	敏感个人信息是一旦泄露或者非法使用，容易导致自然人的人格尊严受到侵害或者人身、财产安全受到危害的个人信息，包括生物识别、宗教信仰、特定身份、医疗健康、金融账户、行踪轨迹等信息，以及不满十四周岁未成年人的个人信息。	-	一旦泄露、非法提供或滥用可能危害人身和财产安全，极易导致个人名誉、身心健康受到损害或歧视性待遇等的个人信息。通常情况下，14岁以下（含）儿童的个人信息和涉及自然人隐私的信息属于个人敏感信息。

## 二、确立个人信息处理的基本原则

### （一）合法、正当、必要、诚信原则

《个人信息保护法》第五条规定，处理个人信息应当遵循合法、正当、必要和诚信原则，不得通过误导、欺诈、胁迫等方式处理个人信息。《个人信息保护法》在沿用《网络安全法》《民法典》和《个人信息安全规范》关于合法、正当、必要原则规定的基础上，增加了诚信原则，并禁止采取“误导、欺诈、胁迫”等方式处理个人信息。

### （二）目的明确和最小必要原则

《个人信息保护法》第六条规定，处理个人信息应当具有明确、合理的目的，并应当与处理目的直接相关，采取对个人权益影响最小的方式。

收集个人信息，应当限于实现处理目的的最小范围，不得过度收集个人信息。该条沿用了《个人信息安全规范》关于目的明确原则（即具有明确、清晰、具体的个人信息处理目的）和最小必要原则（即只处理满足个人信息主体授权同意的目的所需的最少个人信息类型和数量）的规定，并首次在法律层面提出了直接相关、最小影响、最小范围的要求。

### （三）公开透明原则

《个人信息保护法》第七条规定，处理个人信息应当遵循公开、透明原则，公开个人信息处理规则，明示处理的目的、方式和范围。该条沿用了《个人信息安全规范》关于公开透明原则（即以明确、易懂和合理的方式公开处理个人信息的范围、目的、规则等，并接受外部监督）的规定，保障了个人信息主体的知情权，与第十七条第二款规定的“个人信息处理者通过制定个人信息处理规则的方式告知第一款规定事项的，处理规则应当公开，并且便于查阅和保存”相呼应。

### （四）质量及确保安全原则

除上述原则外，《个人信息保护法》第八条至第九条还规定了处理个人信息应当保证个人信息的质量，避免因个人信息不准确、不完整对个人权益造成不利影响；个人信息处理者应当对其个人信息处理活动负责，并采取必要措施保障所处理的个人信息的安全。《个人信息保护法》第五十一条、第五十二条进一步细化了个人信息处理者在该等原则下的义务，如制定内部管理制度、实行分类管理、采取安全技术措施、确定个人信息处理的操作权限、定期进行安全教育和培训、制定并组织实施个人信息安全事件应急预案以及指定个人信息保护负责人等。

## 三、个人信息处理规则

### （一）扩大合法性基础

《网络安全法》将个人信息主体的“同意”视为个人信息处理的唯一合法性基础，这一规定虽然体现了对个人信息主体权利的尊重和保障，但

是忽略了实务中大量存在的涉及订立或履行合同所必需、自然人的重大利益、公共利益等多种个人信息处理场景。《民法典》虽然在法律层级规定了“同意的例外”，但仅限于处理已公开信息的情形以及维护公共利益或者自然人合法权益的情形。《个人信息保护法》在延续《民法典》立法思路并借鉴欧盟《通用数据保护条例》（“GDPR”）相关规则的基础上，增加了处理个人信息的其他合法情形，将订立或履行合同所必需、保护自然人的重大利益以及公共利益等情形作为例外情况纳入合法性基础场景，并结合我国疫情防控的现状，增加了突发公共卫生事件的例外情形，为疫情防控时期基础电信企业、地图平台等企业收集疫情信息提供法律依据。具体如下：

符合下列情形之一的，个人信息处理者方可处理个人信息：

- 取得个人的同意；
- 为订立、履行个人作为一方当事人的合同所必需，或者按照依法制定的劳动规章制度和依法签订的集体合同实施人力资源管理所必需；
- 为履行法定职责或者法定义务所必需；
- 为应对突发公共卫生事件，或者紧急情况下为保护自然人的生命健康和财产安全所必需；
- 为公共利益实施新闻报道、舆论监督等行为，在合理的范围内处理个人信息；
- 依照本法规定在合理的范围内处理个人自行公开或者其他已经合法公开的个人信息；
- 法律、行政法规规定的其他情形。

值得注意的是，《个人信息保护法》在二审稿的基础上，新增了“按照依法制定的劳动规章制度和依法签订的集体合同实施人力资源管理所必需”的情形，为用人单位处理员工个人信息提供了相应的法律依据。此外，虽然个人信息处理者可以在合理的范围内处理个人自行公开或者其他已经合法公开的个人信息，但根据《个人信息保护法》第二十七条规定，如个人明确拒绝则不得处理其公开个人信息，并且个人信息处理者处理已公开的个人信息，对个人权益有重大影响的，还应当取得个人同意。

### （二）明确撤回同意权

《个人信息保护法》第十五条规定了个人信息主体的撤回同意权，即基于个人同意处理个人信息的，个人有权撤回其同意，个人信息处理者应当提供便捷的撤回同意的方式；且个人撤回同意的，不影响撤回前基于个人同意已进行的个人信息处理活动的效力。此外，《个人信息保护法》对个人信息处理者响应个人信息主体关于撤回同意的要求也进行了规定，即除处理个人信息属于提供产品或者服务所必需的以外，个人信息处理者不得以个人不同意处理其个人信息或者撤回同意为由，拒绝提供产品或者服务。此前，《个人信息安全规范》虽然就撤回同意权进行规定，但该规范在法律上并无强制执行力。《个人信息保护法》的出台，不仅完善了撤回同意权的规定，还将该权利上升至法律高度，有利于保障个人信息主体的相关权益。

### （三）共同处理和委托处理

《个人信息保护法》第二十条规定了共同处理个人信息的规则，“两个以上的个人信息处理者共同决定个人信息的处理目的和处理方式的，应当约定各自的权利和义务。但是，该约定不影响个人向其中任何一个个人信息处理者要求行使本法规定的权利。个人信息处理者共同处理个人信息，侵害个人信息权益造成损害的，应当依法承担连

带责任。”在实务中，数据处理过程可能涉及多方主体，要求共同处理者承担连带责任有利于多个个人信息处理者相互监督、督促对方及时整改违规行为。

《个人信息保护法》第二十一条第一款就个人信息处理者与受委托处理个人信息主体（“受托人”）之间的委托合同的内容进行规定，即合同应包括委托处理的目的、期限、处理方式、个人信息的种类、保护措施以及双方的权利和义务等。同时，还进一步规定了受托人的义务，具体如下：

（1）受托人应当按照约定处理个人信息，不得超出约定的处理目的、处理方式等处理个人信息；

（2）委托合同不生效、无效、被撤销或者终止的，受托人应当将个人信息返还个人信息处理者或者予以删除，不得保留；

（3）未经个人信息处理者同意，受托人不得转委托他人处理个人信息。

此外，《个人信息保护法》第五十九条规定了受托人的个人信息保护义务，“接受委托处理个人信息的受托人，应当依照本法和有关法律、行政法规的规定，采取必要措施保障所处理的个人信息的安全，并协助个人信息处理者履行本法规定的义务。”根据该规定，受托人应同样遵循《个人信息保护法》第五章关于个人信息处理者的义务



的规定。

#### (四) 明确采用自动化决策情形下的处理规则

《个人信息保护法》吸纳了《电子商务法》第十八条和《个人信息安全规范》第7.5条关于定向推送和个性化展示的规定，在第二十五条新增了对自动化决策的规定，一定程度上保障了个人信息主体的选择权、知情权和决定权，并针对公众热议的“大数据杀熟”问题进行回应。即个人信息处理者利用个人信息进行自动化决策，应当保证决策的透明度和结果公平、公正，不得对个人在交易价格等交易条件上实行不合理的差别待遇。通过自动化决策方式向个人进行信息推送、商业营销，应当同时提供不针对其个人特征的选项，或者向个人提供便捷的拒绝方式。此外，《个人信息保护法》进一步规定，通过自动化决策方式作出对个人权益有重大影响的决定，个人有权要求个人信息处理者予以说明，并有权拒绝个人信息处理者仅通过自动化决策的方式作出决定。

#### (五) 明确公共场所监控设备的使用规则和限制性规定

《个人信息保护法》第二十六条规定，在公共场所安装图像采集、个人身份识别设备，应当为维护公共安全所必需，遵守国家有关规定，并设置显著的提示标识。所收集的个人图像、身份识别信息只能用于维护公共安全的目的，不得用于其他目的；取得个人单独同意的除外。本条明确了公共场所的视频监控和个人身份识别设备的安装规则，所收集个人信息的使用目的的限制性规定。

我们认为，图像采集设备所收集的视频并非被收集人深度的面部识别特征，不宜与个人身份识别特征采用相同的规则。建议针对图像采集设备和个人身份识别设备制定不同的适用规则。此外，本条规定“在公共场所安装图像采集、个人身份识别设备，应当为维护公共安全所必需”，且所收集的信息“只能用于维护公共安全的目的”，但并未定义“公共安全”，我们建议明确“公共安全”的概念及界定范围，以便实操。另外，实践中存

在个人身份特征信息被滥用的倾向，例如人脸识别厕纸机，仅为防止厕纸过度使用便需要提供面部识别特征。因此，我们建议，就生物识别特征，明确哪些主体有权安装个人身份识别设备并收集生物识别特征，该等主体的安全义务和责任，以及如何防止过度收集等问题。

#### (六) 关于敏感个人信息处理规则

根据《个人信息保护法》第二十九条和第三十条规定，处理敏感个人信息应当取得个人的单独同意，并向个人告知处理敏感个人信息的必要性以及对个人权益的影响。此外，根据上文可知，不满十四周岁未成人年的个人信息被列入敏感个人信息范围，《个人信息保护法》第三十一条进一步规定，对于不满十四周岁未成年人的个人信息处理活动，个人信息处理者应取得其父母或其他监护人的同意，并制定专门的个人信息处理规则。

#### (七) 单独同意的情形

《个人信息安全规范》仅对“授权同意”进行定义，即授权同意包括明示同意和通过消极的不作为而作出的授权，而《个人信息保护法》首次提出了“单独同意”的概念，并规定了许多个人信息处理者需要取得单独同意的情形。我们总结了需要单独同意的具体情形，供相关方参考，具体如下。

具体情形	法律依据
向第三方提供其处理的个人信息	第二十三条 个人信息处理者向其他个人信息处理者提供其处理的个人信息的，应当向个人告知接收方的名称或姓名、联系方式、处理目的、处理方式和个人信息的种类，并取得个人的单独同意。
公开其处理的个人信息	第二十五条 个人信息处理者不得公开其处理的个人信息，取得个人单独同意的除外。
用于维护公共安全目的以外的目的	第二十六条 在公共场所安装图像采集、个人身份识别设备，应当为维护公共安全所必需，遵守国家有关规定，并设置显著的提示标识。所收集的个人图像、身份识别信息只能用于维护公共安全的目的，不得用于其他目的；取得个人单独同意的除外。

处理敏感个人信息	第二十九条 处理敏感个人信息应当取得个人的单独同意；法律、行政法规规定处理敏感个人信息应当取得书面同意的，从其规定。
向境外提供个人信息	第三十九条 个人信息处理者向中华人民共和国境外提供个人信息的，应当向个人告知境外接收方的名称或者姓名、联系方式、处理目的、处理方式、个人信息的种类以及个人向境外接收方行使本法规定权利的方式和程序等事项，并取得个人的单独同意。

上述情形下《个人信息保护法》对个人信息处理者提出更高的合规要求，其中，“向第三方提供其处理的个人信息”和“处理敏感个人信息”的应用场景较多，如《个人信息保护法》正式出台，则大部分企业均需修改个人信息保护政策/隐私政策以及收集同意的方式。关于“单独同意”的含义，《个人信息保护法》未进行进一步解释，根据《个人信息安全规范》第5.4条c)关于收集个人生物识别信息时应单独向个人信息主体告知收集规则的规定，我们理解，《个人信息保护法》项下“单独同意”可能指单独向个人告知上述具体情形的个人信息处理规则，并单独取得个人的同意。因此，建议企业以弹窗、跳转链接等方式单独显示个人信息处理规则或者在同意页面上设置多个勾选项。但以上仅为我们的推测，最终解释需监管机关进一步明确。

### 三、澄清个人信息跨境传输规则

《网络安全法》就关键信息基础设施运营者的个人信息的出境问题进行了明确，即原则上应当存储在境内，确需向境外提供的，应进行安全评估，但该法提出的合规要求仅适用于关键信息基础设施运营者。而2017年发布的部门规章《个人信息和重要数据出境安全评估办法（征求意见稿）》（“17年征求意见稿”）将个人信息出境安全评估义务主体从关键信息基础设施运营者扩大至所有网络运营者。2019年6月发布的《个人信息出境安全评估办法（征求意见稿）》（“19年征求意见稿”）维持了此项规定，即主要义务主体仍为网络运营者，并且由于19年征求意见稿要求境外网络运营者收集境内用户个人信息也应履行网络运营者的责任

和义务，因此相当于进一步扩大了17年征求意见稿项下的义务主体。从法律法规层级上看，作为下位法的17年征求意见稿或19年征求意见稿如果正式发布，将与上位法《网络安全法》产生冲突。

《个人信息保护法》作为个人信息保护领域的基础性法律，在沿用了《网络安全法》监管思路的基础上，扩大了个人信息本地化存储的义务主体范围。即关键信息基础设施运营者和处理个人信息达到国家网信部门规定数量的个人信息处理者，应当将在中华人民共和国境内收集和产生的个人信息存储在境内。确需向境外提供的，应当通过国家网信部门组织的安全评估；法律、行政法规和国家网信部门规定可以不进行安全评估的，从其规定。

同时，《个人信息保护法》第三十八条建立了分类分级的个人信息跨境传输规则，即除上述情形外，对于按照国家网信部门规定、需经专业机构进行个人信息保护认证的情形，应当通过专业机构的个人信息保护认证；对于其他个人信息出境的情形，个人信息处理者可以通过与境外接收方订立合同的方式或在符合法律、行政法规、国家网信部门规定的其他条件的情形下向境外传输个人信息。该规定为其他类型的个人信息跨境提供更多的裁量空间和合法场景。

但是，关于处理个人信息达到国家网信部门规定数量的个人信息处理者的概念、具体的数量标准（如根据个人信息的性质、个人信息处理者所处的行业制定不同的数量标准）、具体的出境安全评估办法等问题还有待相关部门、行业出台相应文件进一步澄清，网络运营者应根据现行有效的法律法规、国家标准开展企业内部的数据出境合规审查，密切关注今后的立法动态。

### 四、个人信息主体的权利

《个人信息保护法》从法律层面赋予了个人信息主体关于个人信息保护的相关权利，如个人对其个人信息的处理享有知情权、决定权，有权限制或者拒绝他人对其个人信息进行处理，有权查阅、复制其个人信息，有权请求将个人信息转移至其指定的个人信息处理者（可携带权），有权要求个人信息主体更正、补充、删除其个人信息。

其中,《个人信息保护法》第四十七条在沿用《网络安全法》第四十三条的基础上,对个人信息的删除权进行了补充和完善,即个人信息处理者应当主动删除个人信息,个人信息处理者未删除的,个人有权在本条规定的五种情形下请求删除。同时,考虑到实践中可能存在无法完全、彻底删除特定个人信息主体的个人信息的技术障碍,《个人信息保护法》增加了个人信息处理者停止处理时的除外情形,即法律法规规定的保存期限未届满,或者删除个人信息从技术上难以实现的,个人信息处理者应当停止除存储和采取必要的安全保护措施之外的处理。上述规定在完善删除权的同时,也增强了对个人信息的安全保障,具有一定的可操作性。

此外,就自然人死亡的情形,《个人信息保护法》还保障了其近亲属的行权权利,即其近亲属为了自身的合法、正当利益,可以对死者的相关个人信息行使本章规定的查阅、复制、更正、删除等权利。

## 五、个人信息处理者的义务

### (一) 安全保障义务

根据《个人信息保护法》第五十一条,个人信息处理者应当根据个人信息的处理目的、处理方式、个人信息的种类以及对个人权益的影响、可能存在的安全风险等,采取下列安全保障措施确保个人信息处理活动符合法律、行政法规的规定,并防止未经授权的访问以及个人信息泄露、篡改、丢失:

- 制定内部管理制度和操作规程;
- 对个人信息实行分类管理;
- 采取相应的加密、去标识化等安全技术措施;
- 合理确定个人信息处理的操作权限,并定期对从业人员进行安全教育和培训;
- 制定并组织实施个人信息安全事件应急预案;
- 法律、行政法规规定的其他措施。

### (二) 合规审计义务

根据《个人信息保护法》第五十四条,个人

信息处理者应当定期对其处理个人信息遵守法律、行政法规的情况进行合规审计。

### (三) 个人信息保护影响评估义务

《个人信息保护法》第五十五条、第五十六条规定了个人信息处理者在特定情形下的个人信息保护影响评估义务以及具体评估内容,并明确个人信息保护影响评估报告和处理情况记录应当至少保存三年。

需要评估的特定情形:

- 处理敏感个人信息;
- 利用个人信息进行自动化决策;
- 委托处理个人信息、向其他个人信息处理者提供个人信息、公开个人信息;
- 向境外提供个人信息;
- 其他对个人权益有重大影响的个人信息处理活动。

影响评估内容:

- 个人信息的处理目的、处理方式等是否合法、正当、必要;
- 对个人权益的影响及安全风险;
- 所采取的保护措施是否合法、有效并与风险程度相适应。

### (四) 安全事件通知义务

根据《个人信息保护法》第五十七条,如发生或者可能发生个人信息泄露、篡改、丢失的,个人信息处理者应立即采取补救措施,并通知履行个人信息保护职责的部门和个人。但是,个人信息处理者采取措施能够有效避免信息泄露、篡改、丢失造成危害的,个人信息处理者可以不通知个人;履行个人信息保护职责的部门认为可能造成危害的,有权要求个人信息处理者通知个人。

### (五) 平台特殊义务

根据《个人信息保护法》第五十八条,提供重要互联网平台服务、用户数量巨大、业务类型复杂的个人信息处理者,应建立健全个人信息保护合规制度体系,制定平台规则、明确产品或者服务提供者义务,停止向严重违法产品或者服务提供者提供平台服务,定期发布个人信息保护社

会责任报告等。需要关注的是，相较于二审稿使用的“基础性互联网平台服务”的表述，定稿采用了“重要互联网平台服务”的概念，但该概念的具体含义未来还有待有关部门进一步澄清。

## 六、履行个人信息保护职责的部门

根据《个人信息保护法》第六十条，履行个人信息保护职责的部门为国家网信部门、国务院有关部门以及县级以上地方人民政府有关部门。上述部门的职责如下：

- 国家网信部门负责统筹协调个人信息保护工作和相关监督管理工作。
- 国务院有关部门依照本法和有关法律、行政法规的规定，在各自职责范围内负责个人信息保护和监督管理工作。
- 县级以上地方人民政府有关部门的个人信息保护和监督管理职责，按照国家有关规定确定。

履行个人信息保护职责的部门可以采取的执法措施包括询问调查相关情况、查阅、复制有关合同、记录等资料、对涉嫌违法的活动进行现场检查和调查、经上级批准后查封或者扣押用于违法个人信息处理活动的设备、物品等。

此外，履行个人信息保护职责的部门在履行职责中，发现个人信息处理活动存在较大风险或者发生个人信息安全事件的，可以对该个人信息处理者的法定代表人或者主要负责人进行约谈，或者要求个人信息处理者委托专业机构对其个人信息处理活动进行合规审计。

## 七、法律责任

《个人信息保护法》第六十六条就违反本法规定处理个人信息或者处理个人信息未履行本法规定的个人信息保护义务时的法律责任进行了规定，即由履行个人信息保护职责的部门责令改正，给予警告，没收违法所得，对违法处理个人信息的应用程序，责令暂停或者终止提供服务；拒不改正的，并处一百万元以下罚款；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处一万元以上十万元以下罚款。同时，进一步补充了对情节严重行为的处罚，即由省级以上履行个人信息保护职责的部门责令改正，没收违法所得，并处五千万以

下或者上一年度营业额百分之五以下罚款，并可以责令暂停相关业务或者停业整顿、通报有关主管部门吊销相关业务许可或者吊销营业执照；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处十万元以上一百万元以下罚款，并可以决定禁止其在一定期限内担任相关企业的董事、监事、高级管理人员和个人信息保护负责人。

本条在延续《网络安全法》第六十四条关于个人信息违法行为的行政处罚规定（即处一百万元以下罚款，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处一万元以上十万元以下罚款）的基础上，借鉴了GDPR第八十三条的监管思路，大幅提高了罚款上限金额和个人信息违法成本，即对于情节严重的个人信息违法行为，规定了五千万元以下或上一年度营业额百分之五以下罚款的罚款上限，并可以采取责令暂停相关业务、停业整顿等措施，且可对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处以罚款。此外，《个人信息保护法》在二审稿基础上，增加了“禁止其在一定期限内担任相关企业的董事、监事、高级管理人员和个人信息保护负责人”的规定，企业相关负责人应特别关注。

## 结语

《个人信息保护法》是我国个人信息保护立法史的重要里程碑，为监管机关的执法活动和企业的合规体系建设提供重要指引。我们建议所有在中国境内处理自然人个人信息以及在法定情形下在境外处理境内自然人个人信息的公司、企业，其经营者、决策者、法务和隐私部门负责人等有关人员在该法生效之前，尽可能按照《个人信息保护法》的要求预先梳理其所涉个人信息处理活动，提前做好应对，以确保在《个人信息保护法》生效后继续合规经营，避免因违反该法导致经营受到影响。

中伦  
文德



□胡高崇/文

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



□胡文杰/文

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

## 用人单位内部承包制度所引发的常见争议 与合规实操建议

### 一、引言

在企业用工管理的过程中，通常而言，员工与用人单位之间会建立唯一的法律关系——劳动关系。但在某些情况下，出于最大化利用人力资源等考虑，部分公司还会寻求与员工在劳动关系之外建立一种内部承包关系。与公司订立承包协议的员工往往可以承揽公司某些项目，并独立核算、自负盈亏。鉴于上述内部承包制度在应用时往往会导致劳动关系与内部承包关系并行或相互交错，因而一旦基于承包合同而发生纠纷，究竟应该适用何种基准法解决员工与公司间的争议就成为司法实践中的一大难点。

### 二、内部承包制度的常见争议点与裁判思路

(一) 高频争议点1：基于内部承包协议所产生的经济纠纷是否属于劳动争议的受理范畴

司法实践中，员工基于内部承包协议所引

发的经济纠纷包括但不限于：1、员工基于承包协议向公司支付项目亏损部分后，要求公司返还款项；2、公司未按承包协议给员工分红，后员工起诉要求公司支付分红等。就上述经济纠纷的案由确定，学术及司法实践中始终均存在不同观点。

目前，司法实践中倾向认为，公司与“员工”之间的法律性质的认定与承包协议相关争议条款的本质相关，分为两种情况。第一，如承包协议中与案涉争议相关的条款，本质上与履行劳动合同的权利义务密切相关，或者根本就是劳动合同（即“假承包、真雇佣”）的内容，则基于承包协议的相关纠纷应按照劳动争议审理。第二，如承包协议中相关争议条款具有明显的独立核算、员工自负盈亏等非劳动关系特征，则即便同时存在劳动关系（即：“真承包+真劳动”），基于承包协议产生的纠纷也应按照合同纠纷等民事案由处理。

同时，相关部门的文件中也体现了类似的观点，例如，《上海市高级人民法院、上海市劳动局关于审理劳动争议案件若干问题意见》第7条

就规定，用人单位与劳动者之间签订的内部承包、租赁合同涉及应由劳动合同规定的权利义务而产生的争议，应认为该争议属于劳动争议，劳动争议仲裁委员会应予受理。劳动者与用人单位之间的劳动合同中不属于劳动争议范围的纠纷（如承包条款、租赁基数等），劳动争议仲裁委员会不予受理。

具体而言，

1. 如承包双方当事人之间本质为劳动关系的，或承包协议中的争议条款与劳动者权利义务密切相关的，相关纠纷存在纳入劳动争议案件受案范围的可能

鉴于劳动者关于履行劳动合同应获得的工资报酬、劳动关系的建立与解除等相关权利均受到劳动法的保护，因此，无论上述事项在何种性质的协议中约定，均应符合劳动法和劳动合同法的规定，并适用劳动争议案由审理。

具体而言，从司法实践来看，如公司与员工未订立劳动合同、仅签订有承包协议，且承包协议存在员工无需自负盈亏、领取固定报酬、受公司管理制度约束等约定的，则两方的法律关系一般会被认定为劳动关系（即：“假承包、真雇佣”），进而直接适用劳动争议审理。

例如，在深圳市某饮食有限公司与冯某劳动合同纠纷案中，公司与员工未签署劳动合同，但订立有一份承包协议。后员工起诉要求公司支付解除劳动合同经济补偿金，但公司主张双方为承包关系。对此，一审及二审法院均认为，从承包协议的内容来看，双方之前存在的劳动关系并未解除，被告作为“承包人”无需独立核算、自负盈亏，而是继续使用原告提供的生产资料和劳动工具进行工作，受原告管理制度的约束，因此双方应认定该份承包协议系劳动者与用人单位在劳动关系存续期间履行劳动权利、义务的一种方式。内部承包合同中涉及由劳动合同法规定的权利义务而产生的争议，应认定为劳动争议，应适用我国劳动法律、法规的相关规定。

同时，需要特别注意的是：企业员工因执行内部承包经营合同产生纠纷并索要承包收益款项时，不能简单地将承包收益款等同于劳动报酬或“工资差额”，并以此按照劳动争议处理；而

是应该具体分析引起争议的实质性因素，只有在涉及因履行劳动合同而产生的劳动权利义务的事项时才能认定为劳动争议。

2. 如因承包协议中关于承包收益的计提、费用扣除等约定而产生争议的，相关纠纷存在按照合同争议审理的可能

一般而言，承包协议中涉及约定员工独立核算、自负盈亏等内容，且实际履行的，通常认为存在真实的承包关系。承包协议中关于非劳动关系事项（例如：项目收益的计提、费用的扣除、结余资金核算、履约保证金的返还等）而引发的纠纷一般应当纳入合同纠纷处理。

例如，北京某信息公司与沈某合同纠纷案中，沈某作为公司员工与公司另行签订了承包协议，后公司依据承包协议的约定，要求员工向公司支付相关赔偿。一审二审法院均认为：双方在劳动合同关系之外，又成立内部承包合同关系，该法律关系合法有效。双方在承包合同期间及合同解除后的权利义务均应按照上述协议履行。沈某以劳动合同关系否定承包合同关系、以公司用工主体责任否定双方内部责任划分的抗辩意见，法院均不支持。

同样，在刘某与深圳某股份有限公司劳动合同及合同纠纷中，法院也指出，双方当事人同时签订了劳动合同和内部承包协议，双方因劳动关系形成的权利义务受劳动法律法规调整，因承包关系形成的权利义务受民事法律法规调整。员工基于承包协议要求公司支付保证金等的诉请，应适用合同纠纷审理。

## （二）高频争议点2：内部承包协议中约定劳动合同解除 / 终止的条件效力问题

在这一争议点下，可以分为两种情况讨论。

1. 在承包协议中明确约定劳动关系解除 / 终止（以下简称“解除约定”）的时点，且约定在上述时点之后建立内部承包关系的，笔者认为解除约定合法有效，属于《劳动合同法》第36条所约定的协商解除劳动关系的情形。理由在于，承包协议中的条款性质，不应完全取决于协议标题。上述兼具有解除约定和承包约定的承包协议，其法律效力本质上类似于员工同时签署协

商解除劳动合同协议与承包协议，双方劳动关系的解除应属合法有效。

2. 在承包协议中约定未达到某种业绩就解除劳动合同的，笔者认为该等解除条件属于无效

就此问题，有部分观点认为，鉴于该等解除约定系双方在民事承包协议中的约定，遵从意思自治原则，因此关于解除劳动合同条件等的约定也应属有效。

但笔者认为：第一，从现有法律规定来看，劳动合同法第三十九条中明确规定了用人单位与劳动者解除合同的法定情形，而“签订相关的内部承包协议”并未在法定解除条件之中。第二，

从法理来看，基于一种与劳动关系完全不同的法律关系来解除或者终止劳动合同，这一行为本身就不具有合法性和合理性。关于解除条件的约定本身是基于劳动关系所产生的，无论其通过何种形式、在何种协议中载明，其效力均应适用劳动法和劳动合同法进行判断。至于上述解除约定是嵌入在某一民事合同中，还是在劳动合同中载明，均与其受何种法律约束无关。

更进一步的说，企业的内部经营模式会随着市场的变化而不断推陈出新，但总的来说，最终的管理权限和主导权都在用人单位一方，劳动者与用人单位并非完全的平等地位。因而，如果可



以通过“自愿”签订内部承包协议或其他经营管理的协议为由，将这种受法律特别保护的不平等关系转化为平等的市场交易关系，在整体上与劳动法的法律精神相违背。因此，内部承包协议中关于劳动合同解除或者终止的条件是无效的。

（三）高频争议点3：内部承包协议中关于降薪、项目分红需要扣除员工用工成本的约定的效力问题

与劳动合同解除条件类似，如双方在承包协议中约定降薪的，应当视为用人单位与员工就降薪事宜达成一致，降薪属于合法有效。

如在协议中约定项目分红需要扣除员工工资后计算发放的，笔者认为上述约定本质上系基于民事法律关系做出，通常有效。例如，在深圳的某管理咨询公司与员工的劳动争议中，其员工白某与公司签订《事业部承包经营合同》双方约定了对白某事业部承包经营所获得的承包收益和分配约定。协议中约定，“白某有权制定企业事业部成员对于承包收益的分配方案，但白某事业部全体成员的所有费用，包括人员工资、社保、公积金等均应从承包收益中支取”。2017年2月，白某以劳动争议为由诉至深圳市劳动人事争议仲裁委员会，请求公司支付拖欠其承包项目收益产生的“工资差额”。本案中，仲裁委就认为，争议涉及的白某团队项目的费用扣除、结余资金核算等事项并非白某与公司因履行劳动合同而产生的劳动权利义务方面的事项，公司已按照劳动合同约定的权利义务按时、足额向白某支付了劳动报酬，其所拖欠的承包经营收益并不属于劳动权利义务的范围。

当然，也不排除部分地区的司法实践中，会认为用人单位从员工应得的项目分红或者提成工资中扣除人力成本后才予以发放的制度内容本身违反了法律的强制性规定，当属无效。

### 三、规范内部承包制度的合规实操建议

（一）对于内部承包关系：承包协议中不应约定劳动合同解除 / 终止条件等无效条款，也不应以承包协议代替劳动合同

总体而言，企业在用工管理的过程中，考虑到劳动合同解除条件法定的因素，不建议企业在承包协议中约定劳动合同解除或者终止的条件，因为这种约定在现行法范围内不符合劳动法和劳动合同法的规定，本身是无效的。

（二）对于劳动关系：无论承包协议中如何约定，用人单位对劳动合同的解除 / 终止，调岗降薪及劳动报酬发放等事项的处理均应符合劳动合同法的相关规定

用人单位与员工同时存在劳动关系与承包关系的，应当严格按照不同的法律性质订立协议。对不同法律关系的解除，应当分别严格适用劳动合同法或民法典的相关规定。而不应试图以承包协议的解除代替劳动合同的解除。

同时，在涉及变更薪酬模式、调整报酬标准等问题上，用人单位应严格执行劳动合同法规定的程序，与员工达成书面协议，否则可能会被认定为属于用人单位未经员工同意的单方调整，进而增加用人单位的风险。

### 四、结语

根据上述讨论可知，承包关系与劳动关系分属于两类不同的法律关系，公司与员工因履行内部承包协议而产生争议时，不能简单地将内部承包协议所产生的纠纷以劳动争议论处。

实践中，在用人单位与劳动者发生争议时，如果将纠纷纳入劳动争议受理范围，则仲裁委 / 法院将倾向于保护劳动者的利益。诸如本文中讨论到的，用人单位混淆了合作关系与劳动关系的情景，或者通过承包协议中的约定排除劳动者权益的行为，都有可能被司法机关认定为无效。所以站在用人单位的角度出发，如确实要采取内部承包模式的，则应尽量彻底切割内部承包关系与劳动关系，两种法律关系要独立开来，不能混为一谈。

中  
伦  
文  
德



□ 邱建凯/文

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

## 产品责任纠纷案例代理词

### 笔者按：

本律师代理了一产品责任纠纷案件一审、二审的诉讼。

该案一审时，原告起诉被告的产品缺陷导致其摔伤并索赔。经向被告了解并审查原告证据，本律师发现原告未提供任何证据证明其损害是因被告的产品缺陷引起的；相反的，根据被告提供的证据可以证明，原告受到的损害是因其自身操作不当、使用方法错误造成的。本律师接受被告委托，代理了被告的一审开庭，并在庭后，根据庭审情况，撰写了详细的一审代理词递交给法院，后一审判决驳回原告的全部诉讼请求。

原告不服一审判决，提起了上诉。被告继续委托本律师代理二审诉讼。本律师代理了二审开庭后，又撰写了详细的二审代理词递交给法院，后二审判决驳回上诉、维持原判。

以下是本律师代理本案的一审、二审代理词，分享给大家指教。为保护当事人隐私，当事人的名字都是用的化名；其他不便公开的信息也隐去。

### 一审代理词

尊敬的法官：

关于原告赵\*诉被告李\*产品责任纠纷一案，北京市中伦文德律师事务所邱建凯律师作为被告的诉讼代理人参加了本案的开庭审理，本律师认为原告的诉讼请求没有事实和法律依据，请求一审法院依法判决驳回原告全部诉讼请求。现根据庭审中双方争议焦点以及法院对本案事实的调查情况，总结本律师代理意见如下：

一、原告未提供任何证据证明其损害是被告销售的产品引起的，原告应当承担举证不能的法律后果

《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条及《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》第九十条规定，当事人对自己提出的主张，有责任提供证据；当事人未能提供证据或者证据不足以证明其事实主张的，由负有举证证明责任的当事人承担不利的后果。

本案，原告主张被告承担产品责任，原告应

当对其受到损害、损害与被告销售的产品具有因果关系、以及被告销售的产品具有缺陷承担举证责任。

但原告未提供任何证据证明其损害是因被告销售的产品引起的。相反的，根据现有证据可以证明，原告受到的损害是因原告自身操作不当、使用方法错误造成的，与从被告处购买的产品（小板）质量完全无关。

原告自身操作不当、使用方法错误主要表现在：

1. 原告是在搬运其他重物时候走到了小板上，失手脱落了重物，重物砸在了原告腿上导致其受伤的，重物也砸断了小板，因此原告受到的损害是砸伤，而不是因小板断裂引起的摔伤；

根据原告庭审陈述来看，原告也承认是被砸伤的（见庭审笔录第6页倒数第11-9行）；如果人站在小板上，小板断裂的话，只能是摔伤，是不会有被脚下的小板砸伤的情况发生的。

2. 原告本身是在搬运重物过程中，还要踩在悬空的小板上，这也是操作明显不当的。

3. 原告把小板当承重板使用，这种使用方法本身就是严重错误的，小板薄，不是承重板，小板不能当楼板用；

被告提供的证据1小板及小板使用照片，可以证明被告向原告销售的是小板，小板都是用于当房檐支撑用，小板薄，不是承重板；

被告提供的证据2楼板照片，可以证明楼板较厚，完全不同于小板。

4. 根据原告自己提供的现场照片来看，原告把小板搭在沟的顶部，两端支撑面积留的很少；



原告将小板刚刚覆盖了沟顶红砖的大约四分之一长度，标准红砖是24厘米长，说明小板支撑长度仅仅有6厘米；而根据相关标准，楼板承重，必须入标准24厘米红砖墙一半以上，就是12厘米以上。因此，根据日常生活常识就可以知道，原告给小板留的支撑面积太小，中间在沟上部的跨度太长，这样的搭建方式本身显然是完全错误的。别说是小板，即使是楼板，这样的搭建方式，也难以承重的。

二、原告要求司法鉴定的申请，没有事实和法律依据，应当予以驳回

如上所述，原告未提供任何证据证明其损害是被告销售的产品引起的；相反的，根据现有证据可以证明原告的损害完全是其自身原因造成的，与被告销售的产品质量完全无关。

因此，在原告损害与被告销售的产品不具有因果关系的情况下，原告要求对被告销售的产品质量进行司法鉴定就没有事实依据和法律依据，应当驳回原告要求司法鉴定的申请。

三、原告要求被告承担赔偿责任，是完全没有事实和法律依据的

在原告损害与被告销售的产品不具有因果关系的情况下，原告要求被告承担赔偿责任显然是既没有事实依据，也没有法律依据的。

综上所述，本案中原告此次受伤完全是其自身操作不当、使用方法错误导致的，与从被告处购买的产品质量完全无关，原告诉讼请求没有事实和法律依据，请一审法院考虑以上代理意见并予以采纳，依法判决驳回原告全部诉讼请求，以维护被告合法权益。

## 二审代理词

尊敬的法官：

被上诉人（一审被告）李\*与上诉人（一审原告）赵\*产品责任纠纷一案，北京市中伦文德律师事务所邸建凯律师作为被上诉人的诉讼代理人参加了本案的二审开庭审理。

根据诉讼各方提交的证据材料，以及此次庭

审中对本案事实的调查情况，本代理人认为：上诉人提供的证据不足以证明其损害是因被上诉人销售的产品引起的；相反的，根据现有证据可以证明，上诉人受到的损害是因其自身操作不当、使用方法错误造成的，上诉人应当自负责任；请求二审法院依法驳回上诉人的上诉，维持一审判决。具体代理意见如下：

一、上诉人在一审、二审时提供的证据不足以证明其损害是被上诉人销售的产品引起的，上诉人应当承担举证不能的法律后果

本案，上诉人主张被上诉人承担产品责任，上诉人就应当对其受到损害、损害与被上诉人销售的产品具有因果关系、以及被上诉人销售的产品具有缺陷承担举证责任。

上诉人提供的证据不足以证明其损害是因被上诉人产品引起的；

事实上，除了上诉人本人的陈述以外，上诉人未提供任何其他证据证明是被上诉人销售的小板断裂导致其损害，因此是证据不足的一一也就是说，所谓的“小板断裂导致其损害”的陈述都是上诉人的一面之词，被上诉人对这一陈述完全不能认同。

上诉人应当承担举证不能的法律后果。

二、上诉人在购买、使用小板过程中的自身过错，导致其损害

1. 上诉人把小板当承重板用，这种使用小板的方法本身就是严重错误的。小板薄，不是承重板，小板不能当楼板用的。

被上诉人在一审、二审时提供的证据 1 小板及小板使用照片，可以证明被上诉人销售的是小板，小板都是用于当房檐支撑用。一审庭审、二审庭审，上诉人当庭都认可被上诉人提供的小板使用方法照片的真实性，说明上诉人对小板正确、常规的用途是当房檐支撑用是明知的。

被上诉人在一审、二审时提供的证据 2 楼板照片，可以证明楼板较厚，外观上完全不同于小板。

从日常生活常识也可知道小板不是承重板，上诉人作为成年人应对此有认知及注意义务。

2. 上诉人是在搬运其他重物时走到了小板上，失手脱落了重物，重物砸在了上诉人腿上导致其受伤的，重物也砸断了小板，因此上诉人受到的损害是砸伤，而不是因小板断裂引起的摔伤。

三、上诉人要求司法鉴定的申请，没有事实和法律依据，一审法院不予准许符合法律规定

如上所述，上诉人提供的证据不足以证明其损害是被上诉人销售的产品引起的。因此，在上诉人的损害与被上诉人销售的产品不具有因果关系的情况下，上诉人要求对被上诉人销售的产品质量进行司法鉴定就没有事实依据和法律依据，上诉人申请鉴定的事项是对证明待证事实无意义的。

《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》第一百二十一条规定：“当事人申请鉴定，可以在举证期限届满前提出。申请鉴定的事项与待证事实无关联，或者对证明待证事实无意义的，人民法院不予准许。”根据该司法解释，一审法院不予准许上诉人的司法鉴定申请符合法律规定。

四、关于二审时上诉人提交的新证据

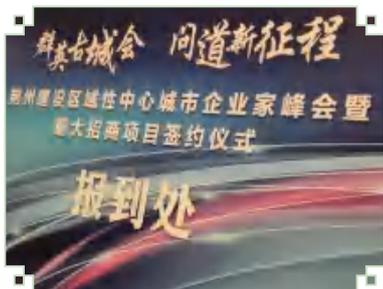
上诉人在二审开庭时才提交所谓庭审当天刚拍摄的照片作为新证据，这明显超出了举证期限，属于故意或者重大过失逾期提供证据的情形；被上诉人一方，对上诉人二审逾期提供证据当庭就提出了异议，并且也指出该证据与本案基本事实也没有关联。

《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》规定第一百零二条规定：当事人因故意或者重大过失逾期提供的证据，人民法院不予采纳。请二审法院依法对上诉人在二审逾期提交的证据不予采纳。

综上所述，上诉人到的损害是因其自身操作不当、使用方法错误造成的，应当自负责任；上诉人的上诉请求没有事实依据和法律依据，请求二审法院依法驳回上诉人的上诉，维持一审判决。

## 沁园春·荆州怀古

方登发/文



江汉重游，荆楚源头，九派竞流。

正花开桂子，香飘玉宇；

霜飞浩渺，月满城楼。

鸥鹭西还，大江东去，如画江山好个秋。

群英会，叙曾经故事，再擘新猷。

清风起洞箫悠。

惜几多英雄志未酬。

叹争雄四海，楚王称霸；

留芳千古，屈子怀忧；

两汉衰微，三国雄起，逐鹿荆州战未休。

乌林岸，望白云雪浪，赤壁轻舟。

## 事务所快讯

### ▲ 跨境财富传承与家族信托筹划实务分享交流会圆满召开

2021年9月11日下午，“跨境财富传承与家族信托筹划”实务分享交流会在上海西庭网球俱乐部顺利召开。本次交流会由离岸法域的领先律所 Harneys、美国知名律师事务所 Seyfarth Shaw、以及中伦文德律师事务所国际业务委员会共同合作举办，中伦文德律师事务所上海分所外国法律顾问陈舒婷律师主持此次活动。

### ▲ 中伦文德（西安）律师事务所助力悦商集团回复美国证监会提问

2021年9月15日，中伦文德（西安）律师事务所受美国纳斯达克交易所拟上市企业悦商集团（股票代码：WETG）委托，向美国证监会（SEC）就网络安全申报事项出具英文法律意见书。悦商集团是纳斯达克 OTC 板块上市的微商 SaaS 系统服务商，并计划不晚于今年 2021 年 10 月转板纳斯达克主板交易。该公司仅在 2021 年上半年，就实现营收 666 万美元，净利润 249 万美元，并有望成为在 SEC 针对涉及 VIE 架构及网络安全审查加强披露后的第一支成功登录纳斯达克主板的中概股。

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

2021年9月17日，国家中小企业发展基金有限公司完成第二批第三支子基金中小企业发展基金（江苏有限合伙贰号）签约工作。该支子基金注册地为江苏南京，管理机构为江苏毅达股权投资基金管理有限公司，认缴规模 40 亿元，主要投向新一代信息技术、高端装备制造、新材料、生物技术、节能环保、数字创意等领域的中小企业。北京市中伦文德律师事务所长期担任国家中小企业发展基金有限公司常年法律顾问，全程参与公司设立与运营。已针对第一批、第二批子基金遴选工作多次组织开展反向尽职调查，并协助公司完成相关协议的谈判、修订等多项具体实务工作。在事务所主任、高级合伙人李铮律师带领的专业团队的积极高效服务下，成功助力此次子基金设立签约落地。

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

2021年9月17日，国家中小企业发展基金有限公司完成第二批第三支子基金中小企业发展基金（江苏有限合伙贰号）签约工作。该支子基金注册地为江苏南京，管理机构为江苏毅达股权投资基金管理有限公司，认缴规模 40 亿元，主要投向新一代信息技术、高端装备制造、新材料、生物技术、节能环保、数字创意等领域的中小企业。北京市中伦文德律师事务所长期担任国家中小企业发展基金有限公司常年法律顾问，全程参与公司设立与运营。已针对第一批、第二批子基金遴选工作多次组织开展反向尽职调查，并协助公司完成相关协议的谈判、修订等多项具体实务工作。在事务所主任、高级合伙人李铮律师带领的专业团队的积极高效服务下，成功助力此次子基金设立签约落地。

### ▲ 中伦文德当选第四届安徽省国际商会常务理事

2021年9月17日，安徽省国际商会在合肥市召开第四届会员大会。在此次大会上全体会员听取并审议了第三届安徽省国际商会《工作报告》、审议了《关于聘请咨询委员会的决议》等一系列提案和决议，并且投票选举了理事会成员。中伦文德在此次大会中当选为常务理事，中伦文德律师事务所副董事长、中伦文德前海办公室主任林威律师代表事务所出席了此次大会。

### ▲ 法蝉与北京市中伦文德（昆明）律师事务所联合开展【合伙人创新增长私董会】线下培训分享活动

9月17日下午，法蝉与北京市中伦文德（昆明）律师事务所（以下简称“中伦文德昆明律所”或“我所”）联合举办此次《合伙人创新增长私董会》线下培训分享活动，旨在启发律师们的新思维，交流高效工作方法。讲座由中伦文德昆明律所钟文婧主持，所内外多家律师事务所合伙人、律师到会参加。中伦文德昆明律所高级合伙人黄婧律师发表致辞，简要地向与会嘉宾介绍了我所，并表达了对赵晓阳老师、王亚哲老师两位主讲嘉宾分享内容的热烈期待。

### ▲ 中伦文德助力招商局太平湾项目成功签约

2021年9月22日，辽宁省政府、大连市政府、招商局集团开发建设太平湾三方合作协议在大连太平湾合作创新区正式签署。合作协议历时数月、多轮多层次商谈、易稿数十次，终于在金秋时节顺利签约。2021年4月，中伦文德律师事务所中标担当招商局太平湾投资开发有限公司常年法律顾问，以三方协议法律服务项目为轴心，全力配合招商局进行三方协议的商讨、修改、研讨等工作，并完成了大量与合作创新区相关协议谈判、起草、修改，以及实务事项的处理工作。合作创新区涉及法律事务范围广泛，中伦文德律师事务所组成强大团队，为客户提供及时准确高效的法律服务，并取得良好效果。

### ▲ 中伦文德李铮律师当选为北京国际法学会副会长

2021年9月24日晚，北京国际法学会换届工作启动会在北京隆重召开。会议上，北京市中伦文德律师事务所主任、执委会委员、高级合伙人李铮律师当选为新一届北京国际法学会副会长、执行理事。北京国际法学会前身是成立于1997年的北京市法学会国际法学研究会，北京大学法学院邵津教授为首任会长。2006年9月1日，在北京市民政局注册登记为独立社团法人，更名为“北京国际法学会”。

### ▲ 中伦文德参加北京市机关第九届“友联杯”篮球友谊赛

2021年9月，中伦文德律师事务所受邀参加北京市机关第九届“友联杯”篮球友谊赛。本届篮球赛由北京国际工程咨询有限公司主办，城市传奇体育科技（北京）有限公司承办，比赛地点为GAME ON 篮球中心（玉泉营店）。接到邀请后，中伦文德律师事务所执委会高度重视，周密组织，得到了律所律师们的积极响应。最终，中伦文德律师事务所共组织 20 余名律师、职工组成篮球队报名参加，其中高级合伙人陈禄堂律师为领队，主任、高级合伙人李铮律师为教练。

### ▲ 中伦文德（济南）律师事务所助力山东省政府首次发行补充中小银行资本专项债人民币 71 亿元，占发行额 71%

根据国务院常务会议决定“着眼增强金融服务中小微企业能力，允许地方政府专项债合理支持中小银行补充资本”精神，为推动山东省内中小银行补充资本和完善治理，更好服务中小微企业，2021年9月山东省政府首次发行人民币100亿元专项债，用于补充中小银行资本，中伦文德（济南）律师事务所助力成功发行人民币71亿元，占首次发行总额的71%。本项目由本所高级合伙人付春法律师律师组建团队，作为本次补充中小银行资本项目的专项特聘法律顾问，提供专业法律服务。

### ▲ “迎篮而上 逐梦律途”——北京中伦文德长沙律师事务所与长沙市司法局开展“庆国庆”篮球友谊赛。

秋分过后的风，微凉。但在天心区兄弟篮球馆的赛场上，却是一派激情飞扬、热火朝天的景象。口哨声、欢呼声、叫好声、鼓掌声交织成动听的合奏曲，响彻在球馆上空。2021年9月28日，我所与长沙市司法局共同开展的“迎篮而上逐梦律途”庆国庆篮球友谊赛在这里激情上演。

### ▲ 中伦文德律师代理最高院二审案件实现“全面翻盘”，涉案金额高达6亿元

2021年9月28日，最高人民法院审理终结（2021）最高法民终554号和（2021）最高法民终555号两起案件，两案通过二审上诉最终实现了对原审判决的全面改判，涉案金额高达6亿元。我所高级合伙人张显峰律师、龚晓菲律师代理了该两起案件，充分维护了当事人的合法权益，得到了客户的高度认可和大力称赞。

### ▲ 中伦文德助力雄安新区成功发行2021年第二期100亿建设专项债券

2021年9月，河北省人民政府雄安新区2021年雄安新区建设专项债券二期共103亿债券在深交所成功发行，中伦文德律师事务所在继服务2020年度、2021年雄安新区建设专项债券一期后，继续担任雄安新区本期债券发行的特聘专项法律顾问。本项目由中伦文德律师集团陈文董事长、甄庆贵副董事长及石家庄分所李熙华主任牵头，由北京总所合伙人李志平律师和石家庄分所合伙人王淑英律师提供项目法律顾问工作，本项目团队成员还包括孙熙婕律师和马竞（律师助理）。

### ▲ 北京市中伦文德（常州）律师事务所协助蚌埠高新区战新产业发展基金完成基金备案

2021年9月30日，北京市中伦文德（常州）律师事务所协助蚌埠高新区战新产业发展基金完成在中国证券投资基金业协会的基金备案。经客户委托，由北京市中伦文德（常州）律师事务所主任顾青牵头，傅璇担任项目负责人，组建了由顾真、吴贺贞组成的专业团队，为本次基金备案提供了全程的法律服务。

### ▲ P&Z 座谈大健康产业的机遇与挑战研讨会顺利举办

2021年10月9日下午，《座谈大健康产业的机遇与挑战》研讨会顺利在中伦文德胡百全（前海）联营律师事务所（简称“P&Z”）举行。参会嘉宾来自深圳市卫

健委医院管理协会、招商高利洋养老服务有限公司、长城证券、泰康人寿、深圳市5G产业协会、诊锁界、澳大利亚Puercell集团、南科大三附院以及医药、医疗器械、健康产品研发生产企业。会议通过线上线下相结合的方式进行了专题分享、圆桌分享，参会人数近40人。会议自下午2点开始，原计划定于下午5点半结束，但由于现场与会人员讨论热烈推迟到傍晚6点结束。

### ▲ 中伦文德长沙与湖南省司法厅开展篮球友谊赛

律动青春，健康出汗。为进一步加强行业交流，展现当代律师和政法工作者的精神风貌。2021年10月11日，湖南省司法厅篮球队与中伦文德·长沙律鸽篮球队在“798篮球场”精彩上演了一场火热的篮球友谊赛。

### ▲ “数据安全法 & 个人信息保护法”学习交流顺利举办

2021年10月15日下午，“数据安全法 & 个人信息保护法”学习交流顺利在北京市中伦文德（大连）律师事务所举行。大连所合伙人金雪莲律师分享了“数据安全法 & 个人信息保护法”要点。

### ▲ 中伦文德多名合伙人受聘担任中央民族大学法学院法律硕士实务导师

2021年10月16日下午，中央民族大学法学院在丰台校区综合楼报告厅举行法律硕士实务导师聘任仪式，中伦文德律师事务所高级合伙人甄庆贵律师、姚正旺律师、李敏律师、王敦平律师、武坚律师受聘成为民大法学院法律硕士实务导师。

### ▲ 中伦文德入选中国政企合作投资基金管理有限责任公司法律服务供应商

近日，中伦文德律师事务所收到中国政企合作投资基金管理有限责任公司外聘律师事务所备选库专项法律顾问遴选项目的入围通知书，成功入选该公司律师库，成为该公司投资及投后业务专项法律服务供应商。中伦文德将在三年的服务期内，为中国政企合作投资基金管理有限责任公司在PPP项目、“一带一路”地区投资、金融、基金、争议解决等领域提供专业的法律服务。本项目由中伦文德高级合伙人陈禄堂律师、武坚律师牵头，并得到事务所主任李铮律师、执委会主任朱登凯律师、合伙人张润宏律师和其他多名合伙人的支持，律师助理朱峰、谢娜娜全程参与，是中伦文德团队精神与专业性的充分体现。

### ▲ 北京市中伦文德广州律师事务所党支部携手社区开展公益慰问困难群众活动

为了充分调动党员参与社区建设，发挥党员服务群众的先锋模范作用，在中秋节来临之际，中伦文德律师事务所党支部响应党的号召，携手新顺社区党群服务中心，对社区的孤寡老人及困难群众进行公益走访，开展了“迎中秋、送温暖、传党情”的活动，给他们送上节日的祝福和慰问品，帮助他们度过一个温暖的中秋节。北京市中伦文德（广州）律师事务所党支部书记符向宇律师与本所驻扎在慰问单位值班律师邓晟律师详细了解社区困难群众的生活状况，为他们提供了公益法律服务，并告知有法律问题可以找值班律师，值班律师会对相关的法律问题一一进行解答。

### ▲ 中伦文德上海分所连续为客户赢得股权回购争议案的仲裁案件

近期，中伦文德上海分所代表高级合伙人滕云律师，合伙人张岱元律师，以及蒋佳颖律师连续代表某著名私人投资者和某知名医疗投资基金在中国国际经济贸易仲裁委员会及其上海分会连续赢得了两起标的均在数千万元的股权回购争议的仲裁案件。

### ▲ 中伦文德助力佩蒂股份可转债项目通过深交所审核

2021年10月22日，中伦文德律师承办的佩蒂动物营养科技股份有限公司（证券简称：“佩蒂股份”；证券代码：300673）向不特定对象发行可转债项目经深交所审核通过。中伦文德高级合伙人张彦周律师、张晓霞律师，资深律师李帅，项目组成员李晨、肖达夫组成的团队共同为佩蒂股份本次发行提供了全方位、高质量的法律服务。

### ▲ 商河县司法局张志强副局长、律公科陈立明科长一行莅临北京市中伦文德济南律师事务所视察指导

2021年10月28日下午，济南市商河县司法局张志强副局长、律公科陈立明科长一行就商河县“一村（社区）一法律顾问”服务工作到北京市中伦文德济南律师事务所开展调研交流工作。本所执行主任李晓宁、副主任付春法等陪同并参加座谈。

### ▲ 中伦文德助力北京首创科技发展有限公司成功设立民办非企业单位

2020年12月，中芯应用研究院在重庆市沙坪坝区正式设立，该研究院是由北京首创科技发展有限公司作为发起单位之一，联合集成电路产业各行业机构、科研院所及领军人物，创设的泛集成电路及应用全产业链。

中伦文德担任此次研究院设立的专项法律顾问，为研究院设立提供全程法律咨询和文本支持，通过专业法律知识和良好的沟通技巧，成功取得当地民政部门的核准意见，为研究院成功设立保驾护航。本项目由中伦文德律师事务所主任、高级合伙人李铮、律师黎万奇承办。

### ▲ 中伦文德助力宿州市工业投资集团有限公司成功发行美元债券

近日，宿州市工业投资集团有限公司（以下简称“宿州工投”）成功定价发行1.5亿美元，以徽商银行股份有限公司提供备用信用证作为增信措施的高级无抵押境外债券，并于2021年10月29日完成交割（以下简称“本次发行”）。本次发行由复星恒利证券、国元证券作为独家全球协调人；中伦文德律师在本次发行中担任发行人境内法律顾问。中伦文德律师接受发行人委任后，由常州分所顾青主任牵头组建包括合伙人张黎，律师冯一丰、夏宝兰、曹佳及律师助理刘蕊在内的专业律师团队，对宿州工投及其重要子公司进行中国法律尽职调查、审阅发行通函、认购协议等交易文件，并出具中国法律意见书，为本次发行提供了全程法律服务。

### ▲ 中伦文德黎学宁律师担任九三学社北京市委机关法律顾问

近日，中伦文德律师事务所收到聘书，黎学宁律师受邀担任九三学社北京市委机关法律顾问。黎律师表示，这份聘书分量很重，作为九三学社社员，会不忘初心继续努力为九三学社服务。

### ▲ 中伦文德入选交通银行总行、中国光大银行总行法律服务供应商

近日，北京市中伦文德律师事务所收到“交通银行股份有限公司总行律师库项目”中标通知书和“中国光大银行常年法律顾问服务入围采购项目”中标通知书，中伦文德成功入选交通银行总行律师库、中国光大银行总行律师库，成为交通银行总行和中国光大银行总行法律服务供应商。在三年的服务期内，中伦文德将为交通银行总行和中国光大银行总行持续提供专业法律服务。

### ▲ 开展党史学习教育观影活动，致敬伟大抗美援朝精神

为持续开展党史学习教育，弘扬伟大的抗美援朝精神，2021年10月12日下午，北京市中伦文德（昆明）律师事务所党支部组织律所全体党员及部分党外人士集体观看爱国主义影片《长津湖》。

### ▲ 中伦文德常州律师事务所与江苏佰腾科技有限公司就双方战略合作举行深度研讨会

2021年10月15日，北京市中伦文德（常州）律师事务所与江苏佰腾科技有限公司就双方战略合作举行深度研讨会，本所顾青、傅璇、胡孙全、胡家参加本次会议。与会双方就各自业务领域、业务流程及合作范围开展了深度交流讨论，就如何在知识产权及相关法律领域开展深度业务合作，向客户提供企业生命全周期服务进行了深度研讨。

### ▲ 中伦文德西安律师事务所与西安财经大学法学院校地合作签约揭牌仪式圆满举行

为推进校地合作、构建高等院校与法律实务部门联合培养新型人才机制，创新法律人才培养模式，推进和拓宽高等院校与法律实务部门合作交流的广度和深度，提高合作交流的效率和质量，2021年10月15日下午，西安财经大学法学院院长史卫民、法学院副教授王景龙、法学院副书记薛小刚一行三人来到中伦文德（西安）律师事务所，与律所主任丁国昌律师，合伙人周敏律师、合伙人郝依依律师、合伙人荆晶律师以及姚宗锋律师、张安琪律师等进行座谈交流，为实习基地签约揭牌。签约揭牌仪式标志着中伦文德西安律师事务所与西安财经大学法学院共建实习实践基地正式成立。

### ▲ 北京中伦文德太原律师事务所助力山西省抗洪救灾

十月初，在全国人民欢度国庆佳节之际，山西省70多个县区遭受了多年不遇的严重洪涝灾害，灾区人民遭受重大财产损失和人身损失。面对突如其来的灾情，北京中伦文德太原律师事务所党支部、山西成诚律师事务所联合工会迅速行动，组织本所同事积极为灾区捐款，尽到我们的绵薄之力，支援灾区群众渡过难关、重建家园。截止到2021年10月18日，北京中伦文德太原律师事务所63名律师和工作人员通过山西省红十字会向灾区捐款共计10050元。山西成诚律师事务所15名律师和工作人员通过山西省红十字会向灾区捐款共计3200元。

### ▲ 中伦文德长沙刘雅容律师参加长沙市开福区第六届人民代表大会第一次会议

2021年10月21日，长沙市开福区第六届人民代表大会第一次会议隆重开幕，本次会议由区人大常委会党组书记、主任许振勤主持，区委书记谢伟峰，区委副书记、代区长高伟，相关区领导以及全体区人大代表出席会议。中伦文德长沙律师事务所合伙人刘雅容律师作为

开福区第六届人大代表参加大会，将秉持高度的责任感和历史使命感尽心履职，传递民情、传达民意，利用自身专业优势在社会民生、区域经济发展、法治开福建设等方面积极建言献策，为建设现代化开福、全面迈向“北强”贡献一份律师力量。

#### ▲ 中伦文德胡百全（前海）联营律师事务所一行莅临我所参观交流，【中国对外投资&越南投资案例与实务】研讨会顺利开展

基于共同发展愿景，2021年10月22日，中伦文德胡百全（前海）联营律师事务所一行莅临北京市中伦文德（昆明）律师事务所（以下简称“我所”）参观交流。我所汪黎顾问联合前海所孙洵律师以及越南 APFL & Partners 律师事务所律师顺利开展【中国对外投资&越南投资案例与实务】研讨会。

#### ▲ 中伦文德长沙欧俊凡律师参加衡阳市蒸湘区第五届人民代表大会第一次会议

2021年10月26日，衡阳市蒸湘区第五届人民代表大会第一次会议隆重开幕，中伦文德长沙所合伙人欧俊凡律师作为新当选的人大代表参加会议。

#### ▲ 中伦文德助力宿州市工业投资集团有限公司成功发行美元债券

近日，宿州市工业投资集团有限公司（以下简称“宿州工投”）成功定价发行1.5亿美元，以徽商银行股份有限公司提供备用信用证作为增信措施的高级无抵押境外债券，并于2021年10月29日完成交割（以下简称“本次发行”）。本次发行由复星恒利证券、国元证券作为独家全球协调人；中伦文德律师在本次发行中担任发行人境内法律顾问。中伦文德律师接受发行人委任后，由常州分所顾青主任牵头组建包括合伙人张璩，律师冯一丰、夏宝兰、曹佳及律师助理刘蕊在内的专业律师团队，对宿州工投及其重要子公司进行中国法律尽职调查、审阅发行通函、认购协议等交易文件，并出具中国法律意见书，为本次发行提供了全程法律服务。

#### ▲ 中伦文德副董事长甄庆贵律师代理的“咖啡伴侣”商标侵权再审获胜诉裁定

雀巢产品有限公司（以下简称“雀巢公司”）因与昆明后谷咖啡销售有限公司（以下简称“昆明后谷公司”）侵害商标权纠纷一案，不服北京知识产权法院作出的二审判决，向北京市高级人民法院申请再审。之后，北京市高级人民法院裁定驳回雀巢公司的再审申请。甄庆贵律师受被申请人昆明后谷公司的委托，作为本案代理人出庭。

#### ▲ 中伦文德入选交通银行总行、中国光大银行总行法律服务供应商

近日，北京市中伦文德律师事务所收到“交通银行股份有限公司总行律师库项目”中标通知书和“中国光大银行常年法律顾问服务入围采购项目”中标通知书，中伦文德成功入选交通银行总行律师库、中国光大银行总行律师库，成为交通银行总行和中国光大银行总行法律服务供应商。在三年的服务期内，中伦文德将为交通银行总行和中国光大银行总行持续提供专业法律服务。

#### ▲ 北京中伦文德太原律师事务所张富云律师参加太原市五一路小学教育集团“法律护航，健康成长”公益宣讲活动

金秋风景如画，十月天高云淡。由太原市法学会举办的“法律护航健康成长”法治太原公益系列宣讲活动第五十场在太原市杏花岭区五一路小学教育集团光华会议中心进行。山西省法学会城乡管理法学学会会长张彤华，杏花岭区法学会秘书长毋红卫，北京中伦文德太原律师事务所律师张富云和实习律师中少君出席本次活动。

#### ▲ 北京中伦文德太原律师事务所工会组织“崛围山赏红叶”登山活动

红叶时节灿烂如画，“崛围山”美不胜收。2021年10月29日，北京中伦文德太原律师事务所工会组织的“崛围山赏红叶”团建活动圆满完成。登山是一种自我挑战，是毅力的磨练，是体能极限的考验，同时也是团体与智慧的体现。在前进中模拟奋斗过程，磨练意志，放大格局，感悟人生百态。

#### ▲ 中伦文德娄欢军律师受邀在中国汽车金融（杭州）高峰论坛做主旨演讲

2021年度中国汽车金融（杭州）高峰论坛，于10月31日在杭州西子宾馆隆重举行。自2014年开办以来，一年一度的中国汽车金融（杭州）高峰论坛已成为国内汽车金融行业富有影响力的盛会。今年论坛的主题为“谋新篇·开新局”，百余位行业精英齐聚西子湖畔，共谋发展，共创新局。中伦文德（杭州）律师事务所合伙人娄欢军律师作为汽车金融行业律师代表在本次论坛上做主旨演讲，题为“民法典担保制度新规对汽车金融行业的影响”。

#### ▲ 中伦文德助力深圳市人才安居集团成功发行2021年第三期超短期融资券

2021年11月1日，深圳市人才安居集团有限公司成功发行2021年第三期超短期融资券（SCP），发行金额为10亿元。中伦文德律师事务所在此次超短期融资券的发行过程中提供了全程法律服务。此次超短期融资券发行工作由中伦文德朱登凯律师团队、周力思律师团队提供法律服务，团队成员包括雷锐芝、苏晓芸、韩亚文、欧阳俊、肖亚卓、宁宁、井昊阳、吕婧琳。签字律师为李超律师、李小鹏律师。

#### ▲ 中伦文德傅林放律师受邀做“双减”工作审批权法律依据说明和辅导

2021年11月2日下午，浙江省文化和旅游系统“双减”工作电视电话会议在省人民大会堂举行。浙江省文化和旅游厅党组书记、厅长褚子育出席会议并讲话，省文化和旅游厅党组成员、副厅长刁玉泉主持会议。会议采取电视电话形式召开，在各设区市设分会场。省文化和旅游厅双减工作专班成员、相关厅属单位负责人、市、县（市、区）文化和旅游局分管领导、业务处室及文化馆主要负责人等近470人参加会议。中伦文德杭州分所高级合伙人，傅林放律师作为该厅的法律顾问，全程参与了该项工作的法律合规方案确定及相关法律文书的起草，并应邀在本次会议上就文化和艺术校外培训机构审批、监管职权作说明和辅导。

### ▲ 北京中伦文德太原律师事务所举行新律师“授袍仪式”

2021年11月2日,北京中伦文德太原律师事务所举行新律师授律师袍仪式。我所党支部书记、副主任邓建成律师,党支部副书记、合伙人孟唐西律师参加。我所还特别邀请国家一级演员、晋剧表演艺术家武凌云老师和王春梅老师,山西省律师协会刑事专业委员会主任、山西晋阳律师事务所主任国庆律师参加了此次“授袍仪式”。

### ▲ 中伦文德律师到济南市商河县玉皇庙镇开展“一村一法律顾问”合同风险排查等工作

2021年11月4日一早,北京市中伦文德济南律师事务所副主任、高级合伙人付春律师带队到济南市商河县玉皇庙镇所服务村居开展“一村一法律顾问”合同风险排查等工作。付春律师一行先后到商河县玉皇庙镇埃子李家村、芮家村、徐家村、宋家村等村,与村党支部书记进行面对面交谈,就村居各类合同签订执行过程中所遇到的法律风险问题、村居管理所遇到的法律风险问题,化解村民矛盾方面所遇到的法律风险问题等方面进行了精准的回答和建议。参加本次“一村一法律顾问”服务的除了付春律师,还有本所的律师刘传亨、律师实习人员刘龙生、翁超凡。

### ▲ 北京中伦文德(长沙)律师事务所与湘潭大学中国-非洲经贸法律研究院共赴中国能源建设集团湖南省电力设计院有限公司交流

2021年11月4日,湘潭大学中国-非洲经贸法律研究院与北京中伦文德(长沙)律师事务所共同前往中国能源建设集团湖南电力设计院交流。三方就中非经贸法律研究院与北京中伦文德(长沙)律师事务所联合项目《南非民事诉讼制度研究》的实例调研、中非经贸法律研究院在中能建湖南院的实习基地建设及三方合作共建“涉外法律咨询服务中心”进行了深度交流。来自中国能源建设集团湖南电力设计院、湘潭大学中国-非洲经贸法律研究院、北京中伦文德(长沙)律师事务所的专家学者等十余人参与研讨。我所主任田学军,高级合伙詹庆丰、罗学民,争议解决部顾问、国际业务工程部主要负责人(拟)常芸出席会议。

### ▲ 北京中伦文德太原律师事务所组织召开疑难刑案专家研讨会

2021年11月6日,北京中伦文德太原律师事务所组织召开一起疑难刑事案件专家研讨会,该起刑案由我所合伙人、副主任孟唐西律师承办,业经庭审。我所邀请山西大学原法学院院长、省法学会刑法学研究会会长张天虹,原山西省警察学院副教授白建芳,太原师范学院法律系主任薛晓蔚,山西政法管理学院的刑法教研室主任与副主任郝晓玲、马青红,省律协刑委会主任任国庆、副秘书长陈锋、闫洪亮、委员王立功、李彦峰(刑法学博士)、郭建明、李东娥,中北大学教师陈庆,山西黄河律师事务所资深律师杨力,北京大成(太原)律师事务所律师任建华、李嘉琦,山西开杰律师事务所律师赵建安等。我所合伙人郝晓明等律师参加。

### ▲ 盘龙区司法局李平原局长一行领导莅临北京中伦文德昆明律师事务所检查指导

2021年11月9日,昆明市盘龙区司法局李平原局长、政治部汪峰主任、律管科杨文杰科长莅临北京市中伦文

德(昆明)律师事务所检查指导,深入考察律所党建工作的开展和业务状况。中伦文德(昆明)律所党支部书记郭蛟、主任严锦、高级合伙人黄婧、高级合伙人谢佳融、高级顾问李成等对李局长一行的到来表示热烈欢迎。

### ▲ 陕西电子口岸有限公司与中伦文德西安律师事务所就业务合作开展深入交流

2021年11月10日,陕西电子口岸有限责任公司李洋总监一行到访中伦文德西安律师事务所进行交流,中伦文德(西安)律师事务所高级合伙人周敏律师、律师于婕、姚玲陪同接待。

在周敏律师带领下,李总一行参观了中伦文德西安律师事务所的会客区、党员活动室、办公区域及文化活动区域等,中伦文德蓬勃的文化气息和国际化风格给其留下了深刻印象。参观完毕后,双方在本所开展交流会议。

### ▲ 中伦文德成功入选2021年商务部律师事务所库

2021年11月11日,商务部2021年律师事务所库招标项目入库结果公布,北京市中伦文德律师事务所成功中标,入选国际贸易和投资争端子库。本次入围的国际投资法律事务库主要服务范围包括,国际投资领域的条约谈判、外国投资和境外投资领域立法及其实施、涉及中国政府的国际投资争端应对等,要求律师事务所熟悉国际投资领域条约谈判、立法、争端解决相关规则,并具备丰富的实践经验。

### ▲ 中伦文德助力中关村金服成功发行公司债券

2021年11月12日,北京中关村科技创业金融服务集团有限公司(简称“中关村金服”)成功发行2021年公开发行公司债券4亿元(债券代码:21中科01),期限3年,票面利率4.40%,低于2021年下半年以来同行业AA+地方国有企业平均票面利率近50个BP。中关村金服作为中关村发展集团旗下首家发行公募公司债券的子公司,成功亮相资本市场。中伦文德律师事务所作为本项目的专项法律顾问,为本项目提供全程、专业、高效的法律服务,服务内容包括法律尽职调查、审阅起草发行文件、出具法律意见书等。中伦文德律师团队由高级合伙人姚正旺律师负责,经办律师包括田爱玲律师、吴昊律师、沈德凤律师等。

### ▲ 中伦文德长沙成功举办院所交流合作座谈活动

为进一步加强律师律所与法学院校法律职业共同体的互动交流,2021年11月12日,中南大学法学院杨开湘教授、湖南大学金融学院党委书记黄红立、中南林业科技大学法学院院长王飞跃、湖南工商大学法学院院长刘期湘、湖南师范大学法学院倪洪涛教授、湘潭大学法学院肖峰副教授等一行到访中伦文德长沙参观交流,律所管委会主任王涛、管委会副主任魏旭兰等热情接待,会议由王涛主任主持,宋鑫律师、王子怡律师参与了本次座谈会议。

### ▲ 中伦文德武汉所助力大唐药业在北交所首批上市

北京中伦文德(武汉)律师事务所提供全程法律服务的内蒙古大唐药业股份有限公司(证券代码836433)于2021年11月15日在北京证券交易所挂牌上市。内蒙古大唐药业股份有限公司成为北交所首批81家上市企业之一,大唐药业是一家集蒙药资源开发、特色专科药和大健康产业研发、生产和销售为一体的综合性制药企业,公司产品

主要分为中成药（含民族药）和化学制剂药两种类型。

#### ▲ 中伦文德张海军律师团队代理客户在天津二中院赢得管辖权异议上诉案的终审裁定

2021年11月16日，北京市中伦文德律师事务所（“中伦文德”）收到天津市第二中级人民法院（“天津二中院”）作出的终审《民事裁定书》。天津二中院终审裁定：一、撤销天津市津南区人民法院（2021）津0112民初\*\*\*\*号民事裁定；二、驳回三被上诉人起诉。至此，中伦文德代理客户北京某地产投资公司及其天津关联方（作为二审上诉人及一审被告）在二审中反败为胜，为客户赢得管辖权异议上诉案的重要胜利。该案是一起因股权转让合同及后续补充备忘录文件起草不严谨导致的管辖权异议典型案例。本案由中伦文德北京总所的张海军律师（执委、高级合伙人）、庄京律师（非权益合伙人）及刘雨鑫律师助理等组成律师团队代理。

#### ▲ 第十四届中国-拉美企业家高峰会在重庆召开，中伦文德胡百全（前海）联营律师事务所受邀参会

2021年11月16日至17日，第十四届中国-拉美企业家高峰会在重庆举行。中国及拉美和加勒比地区的工商界代表，以“开放创新，携手共进”为主题，围绕新发展格局下中拉经贸、基础设施、金融等各领域合作进行深入探讨。中伦文德胡百全（前海）联营律师事务所西班牙及拉丁美洲法律事务部受邀参加峰会。事务部负责人梁新越律师、墨西哥高级顾问欧谷国先生在会上介绍了中伦文德胡百全（前海）联营律师事务所及其涉外法律服务产品，与参会企业进行了交流。

#### ▲ 中伦文德（西安）律师事务所党支部专题学习党的十九届六中全会精神

2021年11月19日，中伦文德（西安）律师事务所召开专题学习会，进一步传达党的十九届六中全会精神，集体学习了《中共中央关于党的百年奋斗重大成就和历史经验的决议》和习近平总书记关于《决议》的说明，会议由党支部书记许昌律师主持，中伦文德（西安）律师事务所全体党员及部分群众参加了本次学习。

#### ▲ 北京中伦文德太原律师事务所律师收到委托人赠送的锦旗一面

2021年11月19日下午，北京中伦文德太原律师事务所杜鑫律师、常战强律师收到了来自案件当事人王先生送来的锦旗。

当事人王帅与某房地产公司房产纠纷一案，我所律师杜鑫、常战强律师接受委托后，认真、细致分析案情，收集证据，突破原合同设计的种种不公平条款，通过多次与法官沟通，最终取得了令当事人满意的结果。王帅敬赠：“维护正义，捍卫公平”锦旗一面。

#### ▲ 云南烟草国际有限公司部分党支部与北京市中伦文德（昆明）律师事务所党支部联合开展“以党建促发展，提升合规管理水平”主题党日活动

为实现党组织的优势互补，通过党建促进业务发展，充分发挥党组织推动发展、凝聚人心、促进和谐的作用，努力构建“资源共享、优势互补、互相促进、共同提高”的党建工作新格局，2021年11月23日，云南烟草国际有限公司（以下简称“云烟国际”）部分党支部与北京市中伦文德（昆明）律师事务所（以下简称“中伦文德昆明律所”）党支部联合开展“以党建促发展，提升合规管

理水平”主题党日活动。

#### ▲ 中伦文德律师事务所为人民大会堂宾馆提供常年法律顾问服务

近日，北京市中伦文德律师事务所受聘担任人民大会堂宾馆常年法律顾问，由北京市中伦文德律师事务所高级合伙人、执委会主任朱登凯律师，北京市中伦文德律师事务所高级合伙人、西安分所主任丁国昌律师，北京市中伦文德（西安）律师事务所合伙人许昌律师、陈小艺律师，北京市中伦文德律师事务所李超律师等组成服务团队，为人民大会堂宾馆提供常年法律服务。

#### ▲ 北京市中伦文德沈阳律师事务所与吉林大学法学院共同设立“中伦文德教育发展基金”

近日，北京市中伦文德（沈阳）律师事务所与吉林大学法学院共同设立了“中伦文德教育发展基金”。基金将专项用于奖励吉大法学院民商法方向优秀研究生学位论文获得者 and 指导教师。

#### ▲ 中伦文德党支部与福田区律师行业第二十三联合党支部共同召开结对共建交流会

2021年11月25日下午，北京市中伦文德（深圳）律师事务所党支部邀请福田区律师行业第二十三联合党支部兰易易及所属党员到访中伦文德党支部，双方就结对共建活动进行了充分、有效、深入的交流，并对下一步结对共建活动作出了安排部署。

#### ▲ 第三届“中伦文德杯”辽宁省卓越法治人才研究生创新论文大赛”成功举办

2021年11月27日，由辽宁省教育厅主办，北京市中伦文德（沈阳）律师事务所协办，辽宁省“法学类”研究生创新与学术交流中心承办的第三届“‘中伦文德杯’辽宁省卓越法治人才研究生创新论文大赛”终审答辩会在网上举行。

#### ▲ 北京中伦文德太原律师事务所张改云律师参加省律师协会劳动与社会保障法专业委员会劳动法热点问题讨论会暨2021年年会

2021年11月27日，省律协劳动与社会保障法专业委员会组织召开了劳动法热点问题讨论会暨2021年年会。本次会议由常乐律师主持，我所张改云律师及十五名委员等律师参会。

#### ▲ 北京中伦文德太原律师事务所参加山西省法律援助基金会召开的第一届理事会第七次会议

2021年11月27日，山西省法律援助基金会召开了第一届理事会第七次会议，会议由基金会副理事长车瑞金主持，由基金会副理事长兼秘书长冯少勇作基金会工作情况报告。我所刘银栋主任出席参加了此次会议。为顺应《法律援助法》的实施，基金会紧抓住此次立法的契机，根据业务发展需求，特增设“法暖三晋”法律援助项目。我所主任刘银栋在会上介绍了本所及“法暖三晋”项目情况。该项目主要针对农民工、残疾人、老年人、妇女家庭权益保障和未成年人设立专门性法律援助项目。

#### ▲ 中伦文德常州律师事务所参加市第三届公共法律服务产品创新大赛荣获二等奖、三等奖

2021年11月27日，常州市举行司法行政系统第三届公共法律服务产品创新大赛评审会，36个产品参与大赛角逐，一批优秀产品脱颖而出。中伦文德常州律师事务所

所所高级合伙人于丽娟、实习律师袁诗倩所研发的两款法律服务产品——《医药行业公共法律服务产品》和《企业全生命周期合规立体化管理模型》经专家评委评定打分，最终过关斩将，于丽娟律师《医药行业公共法律服务产品》荣获三等奖，实习律师袁诗倩《企业全生命周期合规立体化管理模型》荣获二等奖。

#### ▲ 西安市法学会公司与金融法研究会成立大会暨学术研讨会成功举办

2021年11月28日，西安市法学会公司与金融法研究会成立大会暨学术研讨会在西安财经大学翠华西校区顺利举行，中伦文德西安律师事务所作为承办方出席了本次会议。会议由西安财经大学法学院院长史卫民主持，分为成立大会和学术研讨两部分举行。在成立大会上，西安市法学会秘书长程晓平宣读了《西安市法学会关于成立公司与金融法研究会的批复》。会议依程序选举产生了西安市法学会公司与金融法研究会会长、副会长、常务理事、理事。西安财经大学法学院副院长王波教授当选会长，西北政法大学强力教授受聘为研究会顾问，中伦文德西安律师事务所主任丁国昌律师与王景龙律师有幸受聘为常务理事。

#### ▲ 中伦文德律师代理股权代持纠纷案件获全面胜诉

近日，广东省河源市中级人民法院判决一起股权代持纠纷案件，案件原告黄某以股权未变更到其名下为由要求刘某返还投资款本金及利息超过400万元，该案经过一审、二审、发回一审重审、再二审，持续时间将近两年，过程曲折复杂。该案件由中伦文德深圳所刘瑞娜律师团队代理当事人刘某的委托，经过团队缜密细致的工作，广东省河源市中级人民法院最终采信了本所代理律师的意见，驳回了原告的全部诉讼请求并由黄某承担全部诉讼费用。

#### ▲ 地主清退租户，被索亿元赔偿，中伦文德律师助力，大获全胜

很多人认为“地主”好当，每月开账单收租即可，殊不知，“地主”也有“地主”的烦恼。深圳某企业作为土地出租方，因配合政府修路，清退租户，结果被索亿元赔偿。出租方最终决定聘请中伦文德（深圳）律师事务所由洪国安律师领衔的服务团队。该案件历时两年诉讼，从深圳市中级人民法院鏖战到广东省高级人民法院，近日终于获得终审判决。最终，根据广东省高级人民法院做出的最终判决，出租方只能拿到政府的收地补偿款860万余元及相应利息；对于其诉请出租方赔偿的额外损失9026万余元，法院没有支持；而且租户还需要承担清理土地的清拆费用85万余元。

#### ▲ 重大疑难案件咨询中心成立暨专家组研究员聘请仪式圆满落幕

适逢一年前的2020年11月26日，是北京市中伦文德（昆明）律师事务所经云南省司法厅批准设立颁发执业许可证的日子。在这个有特别纪念意义的时间点，中伦文德（昆明）律所成立了“重大疑难案件咨询中心”，并有幸聘请到了云南民族大学方东博士等一批高校法学专家，以及北京盈科刑辩学院副院长葛鹏起主任、浙江靖霖（昆明）律师事务所执行主任武广轶主任、云南众济律师事务所高级合伙人税海波律师等为咨询中心专家组研究员。

#### ▲ 中伦文德入选国家管网北方管道公司律师库

近日，中伦文德律师事务所与国家管网集团北方管道有限责任公司（简称北方管道公司）签署法律服务框架协议，中伦文德入选北方管道公司律师库，将在三年服务期内有机会为北方管道公司提供重大涉法事项、工程建设、企业改制、重大资产重组、公司收购兼并、争议解决等方面的法律服务。本项目由中伦文德合伙人王向阳律师、武坚律师牵头，并得到合伙人郝伟律师、姚正旺律师、张润宏律师和各地分所及多名合伙人的支持，律师团队许璟、田亚男、王梦婷、张凌翔、谢娜娜等全程参与，体现了中伦文德业务的专业性与团队合作精神。

#### ▲ 中伦文德张显峰律师受邀做客海南卫视《马述》栏目

日前，北京市中伦文德律师事务所高级合伙人张显峰律师受邀做客海南卫视马术频道，就马术竞技、人马交流、马术与生活、马术与工作等问题与主持人进行了畅快的交流。

#### ▲ 中伦文德冯杰律师代理的一起刑事案件取得良好辩护效果

日前，冯杰律师代理的一起被告人涉嫌帮助信息网络犯罪活动罪（以下简称帮信罪）的案件在湖北省十堰市某区法院开庭审理，庭审结束后审判长宣布当庭释放被告人。被告人家属先是震惊，继而热泪盈眶。本案的被告人是一家工商注册代办公司的法定代表人，在收取正常费用后为客户代办了工商登记，预约了开立银行账户的时间，后该银行账户被电信网络诈骗分子利用走账数千万元。被告人因涉嫌帮信罪而被刑拘、逮捕和起诉。

#### ▲ 中伦文德入选中国农业银行北京分行律师库

近日，北京市中伦文德律师事务所成功入选中国农业银行北京市分行律师库。在接下来的三年的服务期内，中伦文德的银行金融法团队将为中国农业银行北京市分行提供专业、全面的法律服务。本项目由中伦文德银行业法律专业委员会主任、高级合伙人姚正旺律师牵头，并得到合伙人李铮律师、夏欲钦律师、陈禄堂律师、翟冰律师、张叶飞律师、胡高崇律师、刘培峰律师、金旭升律师等，以及团队资深律师吴昊律师、田爱玲律师、沈德凤律师等多位律师及助理的支持和协作，展现了中伦文德专业化、团队化、公司化的优势和力量。

#### ▲ 中伦文德陈逸伦律师受邀担任北京商标协会副秘书长

近日，中伦文德陈逸伦律师受邀担任北京商标协会副秘书长一职，并为北京商标行业自律以及北京商标业务发展等公益事业尽绵薄之力。北京商标协会成立于1995年5月18日，是自愿加入并依照社团登记的有关规定，依法开展有关商标的自我保护，自我发展，自我规范，以及商标品牌的专业研究，培训咨询，宣传推广，国内外交流等活动的专业性民间公益组织。

#### ▲ 中伦文德陈玉龙团队受聘担任新京报常年法律顾问

近日，中伦文德陈玉龙及团队成员受邀担任北京新京报传媒有限责任公司及其他新京报集团成员公司的常年法律顾问。在处理日常法律事务、知识产权管理与维权、信息网络合规管理、劳动关系处理等各方面为新京报提供综合性法律服务。





2021年11月19日，北京市中伦文德杭州分所合伙人于禄律师、昆明分所黄婧律师一行到访中伦文德深圳律师事务所，围绕软件著作权、行业态势、律师业务发展等课题展开座谈交流。中伦文德副董事长洪国安律师、深圳分所党支部书记张若鸿律师、高级合伙人陈康康律师等参与了活动。



2021年11月19日，由中伦文德律师事务所网络安全与数据合规专业委员会和知识产权与信息技术专业委员会及中伦文德胡百全（前海）联营律师事务所共同举办的“中伦文德数据合规研讨会”在中伦文德前海办公室举办。会上，林威律师、徐云飞律师、周力思律师、孙淘律师、张润宏律师、中伦文德前海办公室高级顾问夏青先生等先后发表主题演讲。



2021年11月22日，权威法律媒体《亚洲法律杂志》(Asian Legal Business) 揭晓 2021 ALB “最大 30 家中国本土律所 (Top 30 China Domestic)” 和 “最大 30 所中国国际律所 (Top 30 China International)” 榜单。北京市中伦文德律师事务所（以下简称“中伦文德”）凭借律师事务所强大的综合能力，再次荣登 2021 ALB “最大 30 家中国本土律所” 榜单，位列第 9 位。



2021年11月24日下午，扬州市广陵区区区长郎俊一行，中环控股集团执行董事李梦琳一行，翰林亿讯 CEO/ 创始人赵瑞一行莅临我所，参加“中环金融 - 中伦文德西安美国纳斯达克 IPO 项目签约仪式”以及“中环金融 - 翰林亿讯战略投资签约仪式”。中伦文德（西安）律师事务所此次助力陕西翰林亿讯在美国纳斯达克上市，标志着中伦文德西安的法律服务开拓达到一个全新的高度。同时，本次签约仪式也正式拉开了该上市项目的序幕，我们将提供全程专业法律服务。



2021年11月25日，中伦文德律师事务所（以下简称“中伦文德”）在北京总部十层第八会议室召开“中伦文德律师事务所总、分所主任业务工作会议暨所徽发布仪式”会议。本次会议通过线上和线下相结合的方式进行，会议由北京总所执委会委员张海军律师主持，参会人员包括各分所主任、副主任，各办公室全体合伙人、各办公室全体律师。



为认真落实青岛市政府扶贫办、市司法局与陇南东西扶贫协作工作会议精神，2021年11月28日，北京市中伦文德（青岛）律师事务所与山东中苑律师事务所联合开展甘肃陇南对口支援结对帮扶工作。11月29日，北京市中伦文德（青岛）律师事务所主任、党支部书记纪斌律师与山东中苑律师事务所高级合伙人副主任隋兵律师、合伙人李勇律师在陇南市司法局会议室举行陇南律师培训会。

主 编：陈 文

执行主编：方登发

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

# 中伦文德律师事务所

## ZHONGLUN W&D LAW FIRM

北京·香港·上海·成都·石家庄·天津·武汉·太原·济南·广州·深圳·南京·前海·长沙·福州·重庆·沈阳·杭州·大连·苏州·青岛·西安·昆明·南昌

北京市朝阳区西坝河南路1号金泰大厦19层、10层、21层

19/10/21F, Golden Tower, No.1, Xibahe South Road, Chaoyang District, Beijing,  
100028

总机(Tel): (010)64402232

传真(Fax): (010)64402915

[www.zhonglunwende.com](http://www.zhonglunwende.com)