



中伦文德律师事务所
ZHONGLUN W&D LAW FIRM

中伦文德

法律
评论

2022年12月

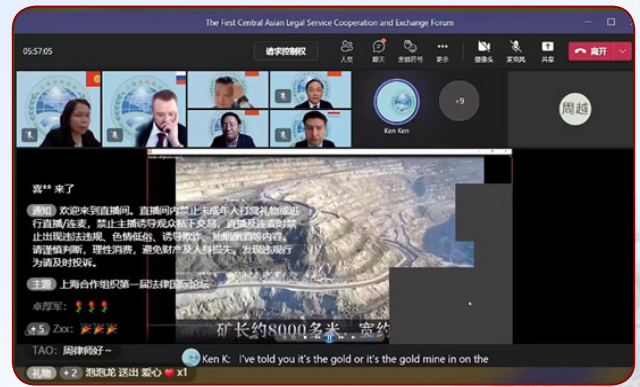


中伦文德法律研究院

内部资料
免费交流



2022年10月8日上午9时，北京市中伦文德（深圳）律师事务所办公室新址启用仪式在深圳市福田区皇岗路5001号深业上城写字楼A座26层深业上城写字楼A座隆重举行。在全所同事的共同见证下，深圳分所管委会主任、高级合伙人陈康康律师，管委会副主任、党支部书记张若鸿律师，管委会副主任朱容梅律师、刘瑞娜律师以及易依妮律师共同为新址揭幕。



2022年10月26日，北京市中伦文德律师事务所联合“法律先生”、中欧法律基金会发起并主办的首届上合组织法律国际论坛成功在线上举办。本次论坛还得到了中国中铁、中国化学工程集团、成都市投资促进局、四川天府新区等单位的支持。



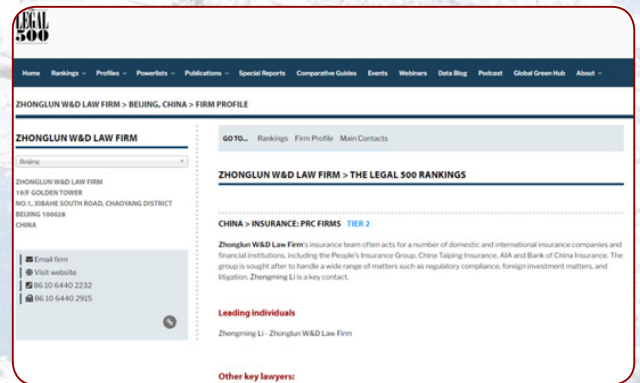
2022年11月10日上午，“中伦文德奖学金”发放仪式在中央民族大学海淀校区举行。北京市中伦文德律师事务所高级合伙人李敏律师、合伙人李佳欣律师（中央民族大学法学院毕业生）、北京中央民族大学教育基金会副秘书长丁汀、中央民族大学法学院党委书记杨莉萍、法学院院长韩轶、法学院教师及获奖学生通过线上线下的方式参加仪式。



2022年11月16日14:00，中伦文德律师事务所创始合伙人陈文，做客“律新V品会客厅”，与律新社创始人、CEO王凤梅一起，直播畅谈中伦文德30年大所的专业建设、管理理念和品牌焕新之道。

Top 30 China Domestic 最大30家中国本土律所					
2022 Ranking 排名	Firm Name 律师事务所	2022 Number of Partners 合伙人数量	2022 Number of Associates 律师数量	2022 Number of qualified lawyers 律师总人数	2022 Number of Offices in Asia 办公室数量
10	King & Wood Mallesons 金杜律师事务所	474	1865	2404	16
11	Zhonglun W&D Law Firm 中伦文德律师事务所	671	1650	2376	23
12	Zhong Lun Law Firm 中伦律师事务所	388	1861	2249	14
13	China Commercial Law Firm 华商律师事务所	256	1649	2205	38
14	Long An Law Firm 隆安律师事务所	493	1348	1995	31
15	Zhong Yin Law Firm	502	1437	1947	35

2022年11月21日，知名权威法律媒体《亚洲法律杂志》(Asian Legal Business) 公布了2022年ALB China“中国最大30家律所”(Top 30 China Domestic) 榜单。北京市中伦文德律师事务所凭借卓越的市场表现和强大的业务能力已连续6年荣登该榜单。《亚洲法律杂志》(ALB: Asian Legal Business) 是汤森路透旗下的尖端法律杂志，是全球最具影响力的法律媒体之一，旨在为客户和读者提供前沿的法律商业资讯和律所专业评级。本年度榜单经过ALB两个多月的严格调研，依据中国律师事务所合伙人数量、执业律师数量、律师总人数及办公室数量等，最终评选而出。



2022年11月23日，国际法律评级指南The Legal 500正式发布2023中国大陆地区榜单。北京市中伦文德律师事务所凭借卓越的市场表现和专业的法律服务荣登该榜单。其中，中伦文德律师事务所蝉联“保险”业务领域榜单(Leading Firm)及“北京值得推荐律师事务所”榜单(Regional Coverage)，中伦文德律师事务所保险研究院院长、高级合伙人李政明律师蝉联保险领域“领先律师”榜单(Leading Individual)。上述多项殊荣，充分彰显了中伦文德律师事务所及李政明律师带领的中保法团队在中国保险法律服务市场的专业实力与影响力。

目录

CONTENTS

Zhonglun W&D
Law Firm

12/2022

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

中伦文德

Zhonglun W&D Law Firm 2022-12

事 务 所 文 化 论 坛

- 3 新年献词 陈 文
5 法言法语 娄耀雄

劳 动 法 律

- 10 竞业限制案件中偷拍偷录证据的效力认定与法律应对
胡高崇 胡文杰 陈思楠

公 司 法 律

- 16 恒大公司诉某公司合同纠纷案代理词 曹春芬
27 董事（监事）涤除登记案件的法律分析 佟建国 陈美杉
30 央企如何进行风险管理，才能避免被追责？ 郝 伟 田卓亚
35 国有企业为何要严禁开展融资性贸易？ 郝 伟 田卓亚

刑 事 法 律

- 39 犯罪嫌疑人揭发以自己为被害人的犯罪行为应当认定立功
郭 明

能 源 环 境 法 律

- 41 国家核证自愿减排量及其风险控制 王向阳

破 产 重 组 法 律

- 45 房地产开发企业重整案件中施工方缴纳的保证金及利息
的处理 武 坚 刘培峰 邵 悦

房 地 产 法 律

- 50 “以房养老” 所涉主要法律问题分析及应对
李 敏 石家瞻 杨怡婷

CONTENTS

民 商 法 律

- 56 | 非营利性民办学校举办者权益转让的风险识别及防范
——基于受让人的视角 蔡文耀
- 60 | 《关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则部分的解释
(征求意见稿)》的意见建议 姚正旺
- 68 | 探析国际商事仲裁之密封要约 李政明 任雅茹
- 71 | 侵权之诉能否规避仲裁管辖之研究 李 敏 牟双武

保 险 法 律

- 75 | 《民法典》背景下财产保险代位追偿中免除部分
担保人责任的法律问题 李政明 何 娟

金 融 法 律

- 79 | 简议银行金融机构的数据处理权限边界 姚正旺 魏思佳

知 识 产 权 法 律

- 82 | 从《昆仑墟》案分析角色扮演类游戏侵权问题研究 于 斐

人 文 风 采

- 88 | 新年有怀 方登发

事 务 所 快 讯

- 89 | 事务所快讯 编辑部

陈文律师，中伦文德律师事务所创始合伙人，兰州大学学士，黄河大学研究生院和中国现代国际关系研究所法学硕士，瑞士圣加仑大学国际经济法研究所访问学者，北京大学法学院公司法博士，历任司法部国际律师交流中心干部，司法部中国国际经济与法律咨询公司副处长。从2015年开始，连续获得钱伯斯中国房地产法律元老殊荣。

新年献词

□陈 文/文



陈文

亲爱的合伙人、各位律师及所有工作人员：

在这迎新辞旧的时刻，我向大家问一声新年好，大家辛苦了！

2022年对我们每一个中国人来说都是一个终生难忘的一年，在这一年里发生了太多太多我们连做梦都难以想象的大事件！年初我们北京迎来了冬奥会，北京成了双奥之城。领奖台上我们摘金取银，国歌一次次在我们耳旁奏起，国旗在我们面前不断地升起，全国人民举国同庆，我们多么欢欣鼓舞！紧接着的俄乌战争紧扣着我们的心弦，美西方的挑战不断的甚嚣尘上。佩洛西老太突访台湾，明目张胆挑战我们对台政策的最后底线，一时间台湾海峡阴云密布，战争一触即发。

国内唐山黑恶势力在烧烤店的恶行激起了全国的民愤，上海三个月的疫情又揪着我们的心。我们终于迎来了中国共产党的20次代表大会。眼看着这一年就要画一个圆满的句号，然而出乎所有人的意料，奥密克戎又突然闯入了我们每个人的家！直到今天病毒仍然在海啸般的在我们中华大地上空在肆虐！我们中华民族又面临着一场生与死的考验！

祖国发生的一切事情以及国际出现的所有大



事件都与我们息息相关，不管我们理解还是不理解，不管我们愿意还是不愿意，很多事情就客观的发生了，例如经济形势的下行，奥密克戎病毒的侵入等。这些事情都多多少少在冲撞我们的生活和事业，在影响着我们的情绪和心情。尽管如此，有一点我们可以肯定，那就是我们做律师的定力不会变！不管发生什么事情，我们的意志是坚定的，我们的态度是乐观的！我们以静制动，以不变应万变！我们律师的头脑是清晰的，我们的思维是客观公正的，我们的判断是准确的。我们的意志和方向是与国家的意志和方向是保持一致的！

在今年这么困难的情况下，我们所有合伙人在董事会和执委会的领导下，大家团结一心，仍然取得了可喜的成绩。除了北京总所，上海分所，天津分所等几个在中心城市区由于疫情等各种因素业务稍微下降以外，其他各地分所的业务都在一定程度有所提高。今年我们还新设立了纽约分所、苏州分所和福州分所，使得我们总分所的数量达到了 26 家！律师的人数超过 2500 人。为了配合国内经济发展的形势和配合国家发改委中

小企业协会的工作，我们又新设了“专精特新法律委员会”，为了弘扬我们中伦文德的独特的企业文化和加强我们中伦文德的凝聚力，我们又将专门设立“中国传统文化法律研究院”。这使得我们的专业委员会达到了 62 个！

2022 年我们虽然经历了酸甜苦辣，但我们的意志得到了磨练，我们的精神得到了升华，我们获得了战胜一切困难的宝贵经验！面对就要过去的一年，我们满怀感恩之心，感恩所有与我们同行的合伙人，律师及工作人员，与你们在一起真好！中伦文德因为有你们而更加荣耀！

面对新的一年 2023 年，我们预计会有更多的困难与挑战，我们已经做好思想准备，我们愿意面对新的挑战，因为有了这些挑战，我们的生活和事业才更显得色彩斑斓！只要我们中伦文德人能够团结一致，万众一心，我们将会克服任何困难，把我们中伦文德的品牌打造的更闪亮，把中伦文德的事业推向新的高潮！

2022 年 12 月 31 日

中伦
文德

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

法言法语

□ 姜耀雄/文

“我们按照石头、山川、云朵和人来理解世界，而这是‘我们的世界’。关于那个独立于我们的世界，我们知道很多，却不知道这个‘很多’是多少。

我们的思维受制于自身的弱点，更受制于自身的语法。”^[1]

——卡洛·罗韦利：《时间的秩序》



姜耀雄

法律英语中有一些另类词汇，比如 battery（殴打），consideration（对价），prejudice（损害），estoppel（禁反言），forthwith（即刻），thereunder（据此），ex post facto（有溯及力），这只是英语表达的特别之处。抛开语种差异，法律英语、法律汉语、法律阿拉伯语有共同的特别之处，即法言法语的共性。本文从律师的视角，谈谈这个共性。

一、描述和行动

按照语言内容是否有真假之分，英国哲学家奥斯丁在《如何以言行事》中，把语言分成了两类：一种是描述性的，他称之为“记述话语”（Constative Utterance）。它有真假之分，比如，“昨天下雪了”，“天是蓝色的”。另一种是行动性的，他称之为“施行话语”（Performative Utterance）。它没有真假之分，比如“把手举起来”，“不得违章”，“明天你要给我 10 万元”；它的目的是设定行为，而非阐述事实。根据这种分类，按照法律语言的时间轴，可以将法言法语分为四类：

1. 对历史的陈述，比如，诉讼中的事实建构、

合同中的“鉴于”部分。这些陈述存在真假之分，属于记述话语；

2. 对现实的描述，比如，诉讼中的当庭忏悔、合同中“双方同意达成本协议以资共同遵守”的那一句。这些是对现实的陈述，但在下一秒就成了历史；对其可以考证真假，因此，也属于记述话语；

3. 对未来的描述，比如，诉讼中对未来的承诺（被告一定要好好改造、被告承诺10日内还款），合同中的权利、义务、责任的设定。这些陈述意欲设定未来的事情，没有真假，故属于施行话语。

4. 推理用语，比如，如果A，则B。它是一种独立的语言。A既可以是已有的事实，也可以是未来发生的事件，考查其真假没有意义。推理用语陈述的是逻辑上的关联（因果关系），而非A、B是否真的存在或未来是否应该存在。推理也有真假，但不是事实的真假，也不是对未来行为的设定，而是因果关系的对错。这类语言既不属于记述话语，也不属于施行话语。

上述四种法律语言，常用的是对历史和对未来的陈述，分别对应记述话语和施行话语。对现实的陈述可以归为对历史的陈述，而推理用语是一套独立的话语系统，既不揭示历史的真假，也不设定未来的行为，而是描述逻辑上的因果关系。

对历史的陈述，使用的是记述话语。我们以诉讼律师在法庭上建构事实为例。律师的事实陈述是对历史“应该”的模样的意见，存在真假之分。但真假也是相对的，绝对真（客观事实）不可再现，只能无限逼近；我们能做到的只有符合证据链条的相对真。律师讲的故事，如果被证据或常识推翻了，就是绝对假；即使没有被推翻，也只能是相对真。经历了证据和常识检验的相对真的故事，才可以进入意见市场（法庭），与对方的故事一起竞争，最后由陪审团通过民主投票的形式选出哪个版本的故事更可信。上述是立论的过程，主要用说服的方式，属于非形式逻辑。律师用语就像写记叙文，准确使用形容词、数量词、名词、动词是实现真实性的关键。讲故事时的每个词都可能成为对方的攻击目标。一个词用错，整个故事的可信性就会大打折扣，甚至直接被否决。有一个经典的案例，控方证人说晚上10点在100米外

看见了被告在杀人现场出现。辩方律师说，当天晚上是月亏之夜，晚上10点伸手不见五指，100米外不可能看清人。于是，证人由于撒谎，丧失了证人资格。上述案例中，“晚上10点”、“100米”、“看见”这些词成了被攻击的目标。

律师对未来的描述，常见于合同语言。合同是对未来权利义务的规划，不存在真假，使用的是施行性语言，适用固定的句法结构，谓词是关键。比如，X必须/应该/不得/可以作出Y行为。合同的句法非常简短，只有少数不断重复使用的特定谓词，句法结构为：主语+谓词+行为描述。实习律师学习辩论技巧可能要几年，但学习合同的基本句法，只需要一周。因为辩论是智力搏击，没有固定招式，靠计谋和临场反应打败对方。

律师使用推理用语，只需遵守形式逻辑的一套用语规范，比如，“因为，所以”、“如果，则”。逻辑正确体现在副词、介词、连词的恰当使用上。看一个律师逻辑是否严谨，就看其是否准确使用了这些词。

二、铺垫和推理

诉讼中的语言都可以看做铺垫。叙述事实是为了证成一个小前提，为三段论做铺垫；或者证伪一个小前提，为不能适用三段论做铺垫。比如，“杀人者偿命”（规则）是一个大前提，“被告杀了人”是小前提。控方叙述事实（被告杀了人），就是为了适用这个规则做铺垫。一旦小前提证成，三段论推理就水到渠成。而辩方叙述的是另外一个事实（被告没有杀人），为的是证伪控方的小前提，使得控方无法作出上述三段论。

在交叉询问中，有一种特殊的铺垫，类似于中文的挖坑。这种铺垫表现为引诱对方走入一个推理陷阱，以得到对其不利的结论。挖坑的目的是否定其证据资格或证人资格。比如，在辛普森案件中，辩方律师对作为控方证人的警察弗尔曼的交叉询问是这么进行的：

辩方律师：被告是黑人，你歧视黑人吗？

警察（控方证人）：我从来不歧视黑人。

辩方律师：你管黑人叫过黑鬼（Negro）吗？

警察（控方证人）：没有，从来没有。

辩方律师：你敢发誓没有吗？

警察（控方证人）：我发誓没有。

辩方律师当庭播放了一盘记者十年前采访这个警察的录音带，上面记录了其管黑人叫了 40 多次 negro。于是，警察的证人资格被否决，其证言丧失证据资格。

在发现对方的逻辑陷阱后，就要发起铺垫阻击，以防止铺垫的证成。一旦发现对方的推理目标（铺垫意图），就应启动阻击，否则等对方证成了事实（小前提），陪审团内心就形成了确认，除非有新证据出现，大势已去。有两种阻击方案，可以单独或一起使用。

其一，对方试图证明的事实不成立。要击毁对方努力建构的事实，可以证明另有一个事实存在（比如，不在场），或者打断对方支撑事实的证据链（比如，某个关键证据不具备证据资格）。

其二，对方试图适用的规则（大前提）不适用于本案。要否定对方的规则，在法典或判例法环境下的处理方式略有不同：

1. 法典环境下，需阻断规则的涵摄，即：

(1) 规则适用的条件没有被触发。即使小前提成立，也不属于规则被触发的情形。比如，电动自行车闯红灯（小前提成立），并不会触发“如果机动车闯红灯，则罚款 200 元”的规则，因为电动自行车虽然是“机动”的，但不属于“机动车”，而按照自行车管理。

(2) 规则有适用的额外条件或特定目的，必须满足该条件或符合该目的后，小前提才可触发规则。比如，死刑辩护中律师经常使用的精神病鉴定，就属于这种技巧。因为“杀人偿命”规则的触发还有一个额外条件——具有刑事责任能力。被告杀人的小前提如果要触发“杀人偿命”的规则，必须首先满足这个额外条件。又如，美国畜禽传染病控制法规定，“大型牲畜运输时必须捆绑”（规则）。在一个运输牛群的船舶倾覆案例中，由于牛没有被捆绑而集体乱跑，导致船重心不稳而倾覆。该案例不可适用上述规则，因为颁布该规则的目的是防止牲畜传染病，而非保护交通运输安全。本案中违反规则造成的后果是交通安全问题，而非传染病，适用该规则不符合立法目的。因此，即使小前提被证成（牛运输中未被捆绑且产生了损害），也不能触发该规则。

2. 判例法环境下，需阻断类比的证成，即：

(1) 对方提交的先例与本案不具有实质相似性，比如，被告夜盗时，被害人拔枪射杀未中，然后，被告开枪射杀了被害人。此案中，由于被告是引发被害人攻击的始作俑者，与辩方试图引用规则“正当防卫不需承担刑事责任（self-defense acquittal）”的先例不具实质相似性。

(2) 有更相似的先例。比如，一个案件的焦点问题是，嫖娼时妓女在性交中要求结束交易，嫖客强制做完，是否构成强奸？辩方提供的先例（案例 1）是一起货物买卖合同纠纷，卖方中途毁约，买方主张的“交易中不得终止合同”的诉求被法院支持，理由是合同一旦成立，任何一方都不得单方终止合同。控方提供的先例（案例 2）是一夜情中，女方刚开始同意性交，过程中反悔，法院认为，人对自己的身体有无限支配权，任何以身体为合同标的的交易（如代孕），要么因违法而无效，要么有权随时终止，因为身体自由高于合同债权。本案具有性（案例 2 特征，有性无交易）和交易（案例 1 特征，有交易无性）的双重特征，但基于“交易”特征的法律关系无效，“交易”不构成可比特征，故应遵循案例 2（性特征），而非案例 1（交易特征）。因此，妓女有权终止交易，嫖客构成强奸。

合同起草中，也需要铺垫。比如，合同的“鉴于”部分，其回顾历史、说明背景、确认事实，为正文中权利义务的分配方案做铺垫。“鉴于”部分是合同权利、义务、责任的起源，也是在缺乏规则约束时解释合同目的、确立合同原则的依据。又如，义务是对责任的铺垫，规划权利义务时，要为义务设定不履行的附加义务（责任）。虽然从理论上说，没有责任的义务形同虚设，但从行文上看，如果义务简单（比如，义务是常识，或只需进行概括性规定，不需规定义务的履行时间、步骤等程序性问题），合同设计者通常只阐述责任，不事先铺垫义务，即直接规定为或不为某行为的惩处。例如，合同没有设定“双方不得单方终止合同”的义务，而直接建立了“任何一方单方终止合同需向对方支付 100 万违约金”的责任；这类似刑法没有规定“不得杀人”的义务，而是直接建立了“杀人偿命”的责任。

三、狂想和对策

诉讼和非诉中都充斥着狂想、猜测、假设和对策。律师的语言在对不确定性的证成，以及对确定性的怀疑中，凸显老谋深算、运筹帷幄的职业特征。

语言的使用环境和功能决定了语言风格。法庭辩论的本质是对事实不确定性的意见竞争。为说服陪审团相信自己的故事，双方律师都要证成（立）自己的版本、证伪（驳）对方的版本。立和驳的过程充满了表演；法庭表演的道具就是证据；证据的使用规则构成证据法，而故事证成的阈值就是证明标准。

刑事案件的证明标准是排除合理怀疑(beyond the reasonable doubt)，也就是，对于辩方提出的任何一种无罪假设，只要合理，控方都必须予以挫败，否则不能证明有罪。辩方可以在证据集合约束下狂想，一旦猜测被证据支持且合理，就可作无罪抗辩。辩方律师必须有狂想的思维和诡辩的口才，前者供其发现无罪可能，比如不在场、知识能力不足以实施该罪、另有其他人实施了该罪、现有证据链还有其他解释（存在其他故事版本），等等；后者供其说服陪审团相信这种可能（怀疑）是合理的。控方的任务就是说服陪审团（1）上述可能（怀疑）已经被现有证据证伪（排除）；或者（2）上述可能（怀疑）不合理。不合理即小概率事件（发生的概率低于5%），比如，指纹相同的还另有其人，或者砸死被害者的石头是天空飞过的一只搬家的老鹰掉下的。民事案件的证明标准是压倒性优势(preponderance)，但律师狂想的思维和诡辩的口才也是必须的：双方都试图把离散的证据点通过自己想象的曲线连接起来，形成对己方有利的故事，并说服陪审团自己的故事比对方的更可信。

诉讼案件的语言功能是描述和推理。证据是支撑故事真实性的基石。离散证据点之外的广袤空间，属于故事的真空地带，存在着无限可能。任何一方对事实真空的猜测，如果没有证据支撑，就会一直面临推理的挑战——对这种猜测合理性的质疑。在真空地带勾勒出故事脉络的一方，立论时用的是非形式逻辑语言，重在说服，目的是

让陪审团相信如此勾勒的合理性。一旦陪审团相信了其故事版本，三段论中的小前提即成立，律师就需要用推理语言，把这个版本的故事（此时称为法律事实）涵摄进规则的假设部分，从而触发该规则，得到结论。

非诉的语言是施行性语言，描述的是未来权利、义务和责任的分配蓝图，其内容不是过去发生了什么（事实），而是未来应该发生什么，以及一旦有什么发生，应该如何应对、如何分配责任。非诉中充满了狂想。对未来狂想并设计预案，是律师作为制度设计者的主要工作。如果有一种未来的可能没有想到，或没有作出对委托人有利的制度安排，就是律师的失职。狂想是为了穷尽未来的可能，包括违约情形、未尽事宜、权利实施和义务履行的各种细节、履约结果的检验方法、鉴定机构的选取、权利被侵犯时的救济、未来达不成一致时如何处理僵局等方方面面。律师进行头脑风暴后，还要以保护己方委托人为目的为每种可能设计好对策。头脑风暴的能力源于处理同类项目的经验和对公权力干预程度（法律规制）的了解。

四、证伪与非逻辑推理

除了法律适用时需要三段论外，法律语言很少使用逻辑推理来证成。立论中说服的实现，主要靠非逻辑推理。逻辑推理的用途是证伪，即对方立论的驳斥。

诉讼中，对立双方的结论不是靠推理得到的，而是说服的结果。因为结论不是一个逻辑问题，而是一个观点，诸如发生了什么、应该用哪个规则处理、没有规则如何类推、规则冲突时如何确定准据法等。这些都不能靠逻辑推出来，而是基于被说服后的“确信”。对抗双方有各自的理论、经验、价值观、立场。法庭是意见竞争的市场，谁更能打动陪审团或法官使其相信自己更有道理（公平、正义），谁就赢了。辩论中起主要作用的是感觉分享、同理心唤起、道德说教、表演煽情、舆论迎合等非逻辑方法。相反，逻辑会被对方用以攻击本方的证成，即对本方的证伪，使得本方的证明无法奏效。所以，证成靠非逻辑说服，证伪靠逻辑推理。

至于非诉，一方拟定权利、义务、责任的分



配方案，不需要说理。但是，当其他利益主体（比如交易中的对方）也有一套制度蓝图时，如何说服对方皈依你的方案，则需要谈判桌上的说理。非诉中的谈判桌，如同诉讼中的法庭，是意见竞争的市场。二者的区别是，诉讼中各方的目标是相斥的，意见竞争由中立第三方（陪审团或法官）决定胜负。除非和解，观点厮杀会贯穿诉讼始终，直到法官或陪审团宣布一个赢了另一个。然而，非诉中的谈判是合作的前置程序，即使开始时意见相左，通过解释己方方案、说服对方放弃其方案、双方退让妥协，最终必须达成一致，否则合同无法签署。所以，谈判是面向一个共同目标的博弈，虽然也用证成（己方方案）和证伪（对方方案），但攻击是手段，合作才是目的。谈判中缺乏诉讼中的中立第三方（陪审团或法官），谈判的对手既是意见的竞争者，也是被说服的对象，更是未来的一致行动人。有鉴于此，谈判中的律师应该收敛诉讼中的攻击性，把对方看做是有不同意见的合作者，而非对手。因而，要温和、有同理心，留有余地，善于妥协，因为双方的目标是一致的——达成合同并就此开始合作。

五、吹嘘与内敛

最后谈一下话风。律师分为资源调度型和工匠型。前者的话风是吹嘘的，后者是内敛的。资源调度型律师几乎不做法律专业工作，只负责找活和运作关系、分配利益。他们往往领导一个律所或大团队，用自己雇佣的律师而非亲自服务盈利。工匠型律师要亲自处理法律事务，即使有一个团队，复杂的专业性事务也要自己拿主意。

资源调度型律师的获客主要靠营销手段，而非出色的专业能力，他们已经很多年既没有去过法院，也没有改过合同了。营销手段不外乎利用中国关系社会和权力社会的特点，声称认识哪个权贵、与哪个部门的领导是亲戚、可以协调业内专家搞论证、可以指派团队里哪个专家律师代理等等。他们深谙商人的推销技巧，夸大自己的专业能力，为揽客不择手段。他们听起来没有不认识的人、没有调动不了的资源、没有不能承诺的效果。

如果说资源调度型律师是1分本事承诺10分，那么，工匠型律师是10分本事只说7分，保留3

分君子的矜持和工匠的余量。话不说满、技不亮完的个性并不适合商业化运作。其实，工匠精神本来就是完美主义者拒绝商业化后的折中。工匠的精益求精、锲而不舍、品质至上的价值观，是艺术家的完美主义在商业进攻下的苟活偷安，是被“利益最大化”的商业规则驱赶的妥协。在商品社会，宁舍利益而求完美的工匠精神，与以法律为牟利手段的商业目的格格不入。工匠型律师的角色冲突，不是在为坏人辩护时出现的一——律师的道德困扰在法学院的教科书里早已解决，而是在推销业务中出现的。不说大话、不吹嘘、不炫耀、不承诺、不无耻地压价，就很难和律师商人竞争，就没有生意，律所的摊位费就交不起；而吹嘘又背离了工匠精神。因此，工匠型律师一直挣扎在吹嘘和矜持的两难中。最后，在广告推销、应酬获客、维护关系的迎来送往中，工匠律师无暇研究问题和精雕作品，蜕变为资源调动型律师。

交叉询问

蓄谋已久的提问，
像百货商场一楼扑面而来的香气，
媚俗，但不可抗拒。

问题伪装成傻白甜，
欲擒故纵地贴上，
逗他犹豫，搔他的秘密。
他被若无其事地引向主题。

前戏戛然而止，
下一步是逻辑的坑，
他的回答却不能停下。

法槌象魔术棒一落，
三段论从天而降。
对话的戏法，变出了子弹、铁窗和赔偿。

逻辑是规则的暗器，
冷不丁置他于死地。
法律是公演时的担架，
已在等候尸体。

注释：

[1]【意】卡洛·罗韦利著，杨光译：《时间的秩序》，湖南科学技术出版社，2019年6月第1版，第155-156页。



□胡高崇/文

胡高崇律师现为中伦文德律师事务所北京总所高级合伙人，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；胡律师曾入选Benchmark Litigation中国争议解决榜单、《商法》杂志“The A-List 法律精英”榜单和LEGALBAND“中国顶级律师排行榜”榜单，并多次获得《LEGAL 500 - The Asia Pacific》特别推荐。



□胡文杰/文

胡文杰现为中伦文德律师事务所北京总所实习律师，主要业务领域为争议解决及劳动与雇佣等。



□陈思楠/文

陈思楠现为中伦文德律师事务所北京总所律师助理，主要业务领域为争议解决及劳动与雇佣等。

竞业限制案件中偷拍偷录证据的效力认定与法律应对

一、引言

在竞业限制纠纷中，原用人单位希望追究离职员工违约责任的，就需要提供证据证明离职员工存在违约行为；鉴于目前离职员工都会采取多种规避措施，使得原用人单位难以从个税、社保、公积金缴纳记录等方面，获取能够证明离职员工存在违约行为的证据；故离职员工进出新单位工作场所的视频资料就成为原用人单位证明离职员工违反竞业限制义务的核心证据。鉴于录制此类视频的目的是为了证明离职员工违约，故而录制活动自然不会被离职员工同意或者知情，因此通常是偷拍偷录获得的，在庭审中该类证据会经常遭到合法性和真实性及关联性的质疑，比如离职员工会主张因侵犯个人隐私故而该证据不具有合法性，或者会主张视频中的人像不能与员工本人对应等。本文结合司法案例，对竞业限制案件中偷拍偷录证据的效力认定规则进行分析，并提出针对此类证据可能的法律应对方式，以期为企业及员工提供实务帮助。

二、竞业限制案件中偷拍偷录证据的真实性认定问题

（一）劳动者不认可被拍摄者为本人，但未到庭或虽到庭但未对视频申请鉴定且未提供相反的证据的，法院一般推定视频中的被拍摄者为劳动者本人

1. 劳动者不认可被拍摄人为本人，但本人未到庭、亦未对不到庭的原因及视频证据作出合理解释的，需要承担不利后果

在（2021）京01民终2804号案件中，公司提供的《公证书视频光盘》显示陈某在一周内连续多次进入竞对公司的办公场所，其在上班时间点、手拿办公文件走动，在电梯中连续两日与不同的同事打招呼聊天；公司提交上述视频用以证明陈某违反竞业限制义务，入职了竞对公司。一审案件审理过程中，法院通知陈某本人到庭，陈某拒绝到庭。就公司提交的视频资料中影像是否为本人的问题，陈某的代理人在一审庭审中陈述“因



为时间隔得比较久，被告无法确认。只是无法确认，不否认。”

一审法院认为，《公证书视频光盘》显示的陈某的行为与一般的探访显然不同，陈某在法院口头传唤情况下不予出庭，陈某的代理人也不能就此做出合理解释。在陈某不能提供其他充分证据证实其主张的情况下，一审法院认定陈某实际上违反了竞业限制义务并判决陈某返还竞业限制补偿金 15 万余元并支付违反竞业限制义务的违约金 95 万余元。二审法院维持原判。在同系列案件（2021）京 01 民终 2601 号、（2021）京 01 民终 2802 号中，法院也作出了类似的判决。

2. 劳动者不认可被拍摄者为本人，其本人虽到庭，但没有对视频申请鉴定且不能作出合理解释或提供反证的，亦需要承担不利后果

在（2021）粤 03 民终 8384 号案件中，一审法院认为，公司提交的公证书视频画面流畅自然，不存在摆拍、剪辑、智能换脸的痕迹，胡某某、竞对公司虽称视频可能存在修改，但未提交确切的证据予以证实，亦未申请司法鉴定，故对公司提交的视频的真实性及与胡某某、竞对公司的关联性，该院予以采纳。视频显示，胡某某在工作时间内在竞对公司办公场所多次出入、长时间停留。胡某某虽主张上述视频的取得不具有合法性，但其未能就正常上班时间内频繁出现在竞对公司办公地址等情况进行合理解释，胡某某应承担不利后果。因此，该院采信了公司的相关主张，认定胡某某确实在竞业限制期限内入职了竞对公司。二审法院维持原判。

从上述案例可知，劳动者主张被拍摄者不是本人的，即使其本人到庭，但因为其没有申请对视频进行声像比对鉴定，也不能作出合理解释或提供相反的证据推翻视频中相关事实的，法院一般推定视频中的被拍摄者为劳动者本人，进而认定劳动者违反了竞业限制义务。

（二）劳动者否认视频中的被拍摄者为本人，且申请或同意对视频进行鉴定的，鉴定机构可视检材视频的具体情况进行人像同一性认定

劳动者否认视频中的被拍摄者为本人，且申

请或同意对视频进行鉴定的，鉴定机构将启动视频人像检验鉴定，也即对检材视频中目标人的体貌特征、动态特征、衣着和配饰特征、特殊标记特征、时空关联特征等情况与样本视频及照片的被检验人进行检验，根据具体情况的不同，出具确定性、非确定性、不具备检验条件等鉴定意见。^[1]

1、鉴定机构能够出具确定性鉴定意见（肯定同一 / 否定同一）的情形

（1）检材视频中被拍摄人员面部、身高、身材、运动特征、穿着外貌等人像特征清晰

人像特征包括人体外貌各部分生长特点及其运动习惯的具体征象，是人像鉴定的具体依据。人像特征分为人体外貌的解剖学特征、人体动态特征、人体特殊标记特征及人体着装、配饰特征等。^[2]因此并非只有面部特征可以作为鉴定机构确定人像同一性的依据，身高、身材、运动特征、穿着外貌等都是鉴定时的参考。

（2）被拍摄者面部即便有一定遮挡，鉴定机构仍存在通过面部不被口罩遮挡部位、被拍摄者其余体态特征出具确定性鉴定意见的可能

被拍摄者佩戴口罩的情况下能否进行人像同一性认定是疫情期间该类偷拍证据遇到的常见问题。有研究表明，佩戴口罩后，人体外貌的解剖学特征中的五官形态特征、五官配置关系特征等以及人体动态特征中的颜面动态特征、人体特殊标记特征中出现在口鼻附近的颜面特殊标记特征等将受到影响，但其余的体态特征、人体着装、配饰特征等不产生变化。鉴定机构可以通过关注面部不被口罩遮挡部位，结合由于口罩佩戴产生形变导致的特征变化，在充分提取特征的前提下进行综合评断时，考虑口罩带来的特征减少和变化，衡量符合点和差异点价值，并根据相关的鉴定规范出具鉴定意见。^[3]

在一些案例中，即便被拍摄者面部被遮挡，法官或鉴定机构也会根据其他体貌特征对被拍摄者和员工的同一性进行认定。比如在（2021）京 01 民终 5237 号案中，一审法院认为，根据公司提交的视频，在竞业限制期间，刘某曾出现在竞对公司官网披露的深圳办公地址，且在该地址同时有身着竞对公司徽标服装的人员出现；刘某曾出现在某长城景观民宿，且在该地址同时拍摄到

有身着竞对公司徽标服装的人员；在竞对公司北京办公地址拍摄到的男子虽面部有遮挡，但体貌特征均与刘某相似。结合其他证据，一审法院认为公司提交的证据已经达到高度盖然性的证明标准，进而认定刘某违反了竞业限制义务，应承担相应的违约责任。二审法院维持原判。

2、鉴定机构出具非确定性（倾向肯定同一 / 倾向否定同一）或不具备检验条件鉴定意见的情形

如果检材视频内容有拍摄角度较差、距离较远、像素较低及运动模糊等情况，同时需检人像的脸部特征存在被遮挡，无法与样本人像进行形态特征标记、测量等比对，无法满足人像同一性鉴定要求，则鉴定机构可能只能得出非确定性或者不具备检验条件的鉴定结论。

如果鉴定机构就偷拍的视频资料中的目标人像与劳动者作出了确定性的鉴定结论，则该证据将会是证明有关事实的有力证据；但如果鉴定机构作出的仅是非确定性或不具备检验条件的鉴定意见，则法院可能会重新鉴定或者作出视频资料不能作为案件事实认定依据的结论。如在（2017）粤 0112 民初 5070 号案件中，法院认为能够认定雷某某工作时间脱岗睡觉的直接证据是汉成公司提交的 2 张照片，但照片仅显现了人像侧面，且人物面部形态并非特别清晰，双方对于照片中男子是否为雷某某本人以及照片的形成时间存在较大争议。两家鉴定机构通过研究和审查，均出具书面意见表示无法进行人像同一性鉴定。在此情况下，公司作为照片的提交方却无法提供充分的证据反驳雷某某的质疑，因此上述 2 张照片不能作为认定雷某某工作时间脱岗睡觉的依据。

三、竞业限制案件中偷拍偷录证据的合法性认定问题

就证据取得的合法性问题，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（以下简称《民诉解释》）第 106 条规定：“对以严重侵害他人合法权益、违反法律禁止性规定或者严重违背公序良俗的方法形成或者获取的证据，不得作为认定案件事实的根据。”基于此，就该类通过偷拍方式取得的视频证据，被拍摄者

经常会提出合法性抗辩，认为该证据的取得因为未经过其同意而侵犯其隐私权，因此应当被予以排除。

但总的来说，竞业限制案件中，仲裁委 / 法院对偷拍证据的合法性宽容度较高，通常有两种处理方式：1、认定具有合法性并予以采信；2、对合法性不予论述直接予以采信。检索现有的竞业限制案例，尚未发现因偷拍证据不具有合法性而不予采信的案例。笔者认为上述情况出现原因是：竞业限制案件中，偷拍视频往往是针对离职员工在相对公共的场合进行的拍摄，而鲜少涉及对离职员工个人隐私的严重侵害。与此形成对比的是，在其他类型的劳动争议案件中，用人单位往往更容易提交涉及严重侵害员工个人隐私的证据（例如：手机监听录音、厕所内拍摄视频等），而仲裁委 / 法院对此类偷拍偷录证据，也存在否定证据合法性、进而不予采信的可能性。详述如下：

（一）部分法院倾向于在判决中就偷拍视频的合法性不予说理，直接采纳作为证据

比如在上述（2021）京 01 民终 2804 号及其系列案中，离职员工在一审时均对视频证据的合法性提出了质疑，对“拍摄视频的真实性、关联性、合法性均不认可，认为上述视频不能证明是在竞业限制期限内拍摄的，无法证明陈某违反竞业限制义务，视频拍摄未经当事人许可，侵犯了陈某隐私。”但法官在判决中未对此项抗辩进行说理便直接采纳了该证据。

类似的，在（2022）苏 05 民终 1938 号案中，一审法院认为公司提交了殷某出入竞对公司研发中心的视频，该视频的录制虽未经殷某同意，但直接表明了殷某在竞业限制期内的工作情况，可以作为认定殷某是否违反竞业限制义务的依据。不过，该案的二审法院对一审法院没有对视频资料的认定进行说理提出了批评，并认为，视听资料作为定案证据加以采信必须慎重；其拍摄场所、取景范围、收集程序、收集方式以及证据原始性、完整性等问题均需全面审查，以判断证据是否以严重侵犯他人合法权益、违反法律禁止性规定或严重违反公序良俗的方法形成或者获取，同时避

免引导不当侵害个人信息安全的行为发生。对此，一审判决在未对视频证据作分析的情况下径行将其作为定案证据，是欠妥的。但是，综合本案其他证据，足以作出本案事实认定，所以二审法院对这一点仅作强调，以供一审法院考量。笔者认为，上述二审法院的观点符合在《个人信息保护法》生效实施大背景下的司法裁量趋势，应该加以推广。

（二）部分法院倾向于认为在一定条件下，偷拍视频具有一定的合法性，可作为证据予以采纳

在（2020）皖02民终1095号案件中，一审法院认定偷拍的视频证据具有合法性，其审查角度及认定视频具有合法性的理由包括：

（1）证据的收集主体应当合法。我国现行法律并未授予商务咨询类的公司侦查权，但法律法

规也并未禁止公民、组织行使一定范围的调查权，按照“法无明文禁止即可为”的原则，商务咨询公司在一定范围内调查收集的证据可以作为民事诉讼中的证据使用；

（2）证据形式应当合法。前用人单位聘请的商务咨询公司通过视频、调查报告的形式将所调查的内容反馈给前用人单位，上述视频、调查报告属于视听资料及书证，符合《中华人民共和国民事诉讼法》规定的证据形式；

（3）证据的取得方式应当合法。最高人民法院于2001年12月21日颁布的《关于民事诉讼证据的若干规定》第68条规定“以侵害他人合法权益或者违反法律禁止性规定的方法取得的证据，不能作为认定案件事实的依据”。^[4]因此，判断证据来源是否合法，只能以证据收集过程中是否侵害他人合法权益或者违反法律禁止性规定为依据。



就证据的取得方式，法院进一步指出：虽然该商务咨询公司在取证过程中采用了跟踪拍摄等方式，但上述取证过程系在公共场合完成，没有侵害杜某的个人隐私和他人的合法权益，也不违反社会公共利益和社会公德。该商务咨询公司完成取证后，对涉及杜某的证据，没有随意加以传播或者用于其他非法目的和用途，而是在法律不禁止的特定范围内以特定方式使用，没有造成损害后果，因此，其调查的结果可以作为本案的证据使用。基于此，法院判决认定杜某违反了竞业限制义务并需要承担违约责任。二审法院认为，本案中，用人单位提交的视频资料证据的取得没有采用违反法律禁止性规定的方法，没有侵害劳动者的个人隐私和他人的合法权益，也不违反社会公共利益和社会公德，可以作为本案的证据使用；最终二审法院维持原判。

（三）对于严重侵害员工隐私的偷拍、偷录证据，参考其他类型案件的审理情况来看，存在因不具有合法性，进而不被法院 / 仲裁委采信的可能

尽管在现有的竞业限制案例检索过程中，未发现用人单位所提交的视频证据被否定合法性的判决，但笔者认为，这是由于此类偷拍证据通常不涉及对员工个人隐私的严重侵害，且相关判决的作出时间是在《个人信息保护法》生效实施之前。参考其他非竞业限制案件的判决 / 裁决结果可以发现，对于严重侵害员工个人隐私的偷拍、偷录证据，因其不具有合法性，存在不被法院 / 仲裁委采信的可能。详述如下：

（1）上海地区部分法院认为：公司未经员工同意在工作手机中安装偷录软件，并将偷录的员工电话录音作为证据提交，以证明员工存在违纪行为的，对该证据的合法性不予认可

在（2021）沪01民终3040号案件中，二审法院就指出：除法律另有规定或者权利人明确同意外，任何组织和个人不得实施窃听他人私密活动、处理他人私密信息等行为。用人单位对劳动者履行工作职责进行管理监督，无可厚非，但公司应当在合法合理的限度内行使权利。本案中，公司确实享有工作手机的所有权，但是其并未证明其

已明确告知劳动者其会对其手机的通话予以录音并恢复数据，或已就恢复其通话信息取得了劳动者的明确同意，故二审法院对公司自该工作手机所获得的私密信息等证据的合法性不予认可。最终，二审法院维持一审判决结果，未认定员工违纪事实成立。

（2）江苏省部分仲裁委认为：公司未经员工同意而偷拍严重侵害员工隐私的视频，并作为证据提交以证明员工存在违纪行为的，对该证据的合法性不予认可

在江苏省无锡市仲裁委员会发表的公众号文章中介绍有如下仲裁案例：某公司的规章制度中规定：员工在办公室、厕所、车间、食堂、仓库等非吸烟区吸烟的，直接解除劳动合同。周某入职该公司后，公司通过偷拍员工如厕视频作为证明其存在厕所吸烟行为的证据，并据此认为周某在厕所吸烟的行为严重违反公司规定，并与其单方解除劳动合同。后周某不服该公司的解除决定，提出仲裁申请要求该公司支付违法解除劳动合同的赔偿金。

对此，仲裁委认为，本案中用人单位负举证责任，尽管公司提供的视频对查清案件事实有重要意义，甚至可能是唯一可以还原案件事实的关键证据，但该证据的取得违反法律规定。显然，这种情况下，追求实体公正与保障程序正当之间出现了冲突。仲裁委认为，公司提供的证明劳动者在厕所吸烟的证据，系稽核人员在周某如厕时拍摄的视听资料，目的虽为规范员工行为，却在实际上侵害了周某的隐私权，取得证据的方法亦违反公序良俗，不能作为认定本案事实的依据。^[5]

四、离职员工在竞业限制期限内被偷拍偷录后的法律应对

（一）民事救济：被拍摄者可以向视频摄制者提起侵权之诉

根据《民法典》第1032条的规定，“隐私是自然人的私人生活安宁和不愿为他人知晓的私密空间、私密活动、私密信息。”公民在公共场所也具有隐私权，隐私权本质在于内心安宁，工作属于私人生活的一部分，如果收集证据的行为超

出了合理限度，侵扰了公民的私人生活安宁，就产生了损害后果，侵犯了公民的隐私权。比如拍摄视频除了录制到了竞对公司大门这种公共场所以外，还录制到了被录制人员的家庭住址、竞对公司内部或者员工的工位、洗手间等相对私人化的领域，或者被录制人员明确表示不愿意被拍摄仍被强制拍摄的，则超出了合理限度，涉嫌侵犯公民的隐私权。

离职员工此时可要求视频摄制者根据《民法典》第179条承担相应的侵权责任。包括：停止侵害、排除妨碍；产生实质损害后果的也可要求赔偿损失。例如，在(2018)京0105民初2738号案件中，劳动者就因公司将其个人信息外贴于返岗通知书快递封皮外壳上，而向公司提起隐私权、名誉权之诉。该案中，法院认为：身份证号系与个人的身份密切相关的信息，公司作为劳动者的用人单位应合理合法的持有和使用该身份信息；其向劳动者寄送相关的函件已经在封面的快递单上记载了文件的具体名称，完全没有必要将含有个人信息的通知原件粘贴于信封外部，该种邮寄方式显属不当，已经侵犯了劳动者的隐私权，给劳动者的情感和精神造成了一定的伤害，最终法院酌情判令公司赔偿劳动者2000元。

(二) 行政救济：被拍摄者可以向公安机关针对拍摄者提出控告

根据《治安管理处罚法》第42条的规定，偷窥、偷拍、窃听、散布他人隐私的，处五日以下拘留或者五百元以下罚款；情节较重的，处五日以上十日以下拘留，可以并处五百元以下罚款。如果偷拍、偷录侵犯了离职员工的隐私，离职员工可以向公安机关控告，要求公安机关追究偷拍、偷录者的行政法律责任。

(三) 刑事救济：被拍摄者可以追究拍摄者的刑事责任

根据《刑法》第284条的规定，非法使用窃

听、窃照专用器材，造成严重后果的，处二年以下有期徒刑、拘役或者管制。不构成刑事犯罪的，也要依照《治安管理处罚法》的相关规定给予处罚。如果拍摄者使用了专用于窃听、窃照的窃听器、微型录音机、微型照相机等器械，并且造成了严重后果（例如：偷拍视频在网络上广泛传播，给劳动者工作、生活造成恶劣影响），也可能构成非法使用窃听、窃照专用器材罪，可以追究拍摄者的刑事责任。

五、结语

综合上文分析可知，就竞业限制案件中的偷拍偷录证据而言，用人单位要注意收集手段的必要性和合理性，如果只是拍摄竞对公司门口等公共场所，则一般不会侵犯离职员工的个人隐私，但是如果持续地跟踪，并且拍摄到一些比较私人的领域，或者使用窃听、窃照设备，则偷拍偷录证据有可能因侵犯离职员工的隐私权，而不被法院或仲裁庭采纳，甚至用人单位或拍摄者还可能承担额外的法律责任。此外，就该类偷拍偷录证据而言，在离职员工不认可真实性的情况下，进行公证或鉴定可以有效地反驳离职员工就视频真实性提出的质疑。就视频中被拍摄者与离职员工的同一性而言，如果离职员工没有到庭、没有提供相反证据或者作出合理解释，也没有通过人像检验鉴定证明非本人，则法院或仲裁庭通常会认可同一性，进而认定离职员工存在违约行为，需要承担违约责任。

注释：

- [1] 《视频中人像检验技术规范》(GA/T 1023-2013)
- [2] 《视频中人像检验技术规范》(GA/T 1023-2013)
- [3] 卢启萌，毛晓，凌峰，陈晓红，曾锦华，耿浦洋，孙维龙，下新伟，施少培，口罩佩戴对人脸鉴定的影响[J]. 中国司法鉴定, 2021, (05): 89-94.
- [4] 2019年修订(2020年5月生效)的《关于民事诉讼证据的若干规定》删除了上述第68条的内容。
- [5] 强纪栋，《案例1：用人单位私自拍摄的视频能否作为证据使用？》，中国劳动人事争议调解仲裁，https://mp.weixin.qq.com/s/ZJSNw_9c9AgtaP4zxqy6Rw

中伦
文德



□曹春芬/文

曹春芬，中伦文德合伙人律师，中共党员，北京大学法律硕士，律师执业近二十年。中伦文德证券业务风险控制委员会委员、私募基金业务风险控制委员会委员。公司与证券专业委员会副主任，国有资产管理专业委员会副主任、能源与环保专业委员会副主任。现担任两家拟上市公司独立董事。

恒大公司诉某公司合同纠纷案代理词

案件关键要素：

原告：恒大地产集团北京有限公司

被告一：玉田县京玉体育休闲旅游度假有限公司（简称“A公司”）

被告二：北京瑞涛旅游开发集团有限公司（简称“B公司”或“我方”）

诉讼请求：

1、判令解除原告与第一、二被告于2017年9月20日签订的《资产与股权转让协议》（4.5亿元）；

2、判令被告连带退还原告已支付的合同价款6232.16万元；

3、判令被告连带返还原告已投入的其他各项费用，暂计3179.23万元（以实际投入为准）；

4、判令被告向原告支付违约金，暂计5000万元。

判决结果：河北省唐山市中级人民法院（2020）冀02民初414号《民事判决书》判决驳回原告的全部诉讼请求。该判决已生效。

代理词

恒大地产集团北京有限公司诉A公司、B公司（我方）等合同纠纷一案，受B公司委托，受

中伦文德律师事务所指派，本人作为本案B公司的代理律师，根据本案事实及相关证据材料，结合庭审情况，现发表代理意见如下：

我方不同意原告的诉讼请求，不同意解除合同。具体理由如下：

一、涉案合同是在原被告双方地位极其不对等的情况下签署的不平等条约

2011年3月，A公司与玉田县政府签订了《X项目综合开发协议》。2011年5月，A公司与玉田县某村民委员会签订了《土地租赁协议书》。在县政府的支持下，我方以C项目公司和D项目公司（合称“项目公司”）为项目公司，以招拍挂方式取得了位于齐家团城、杨家团城的两个地块，并投资建设了7、9号酒店公寓293套（16541.18平方米）、会所2337.84平方米、11套汤泉木屋别墅。在租赁地块上完工建成42套木质别墅5497.26平方米。A公司在租赁地块上建设完成12条雪道滑雪场一座，已主体完工接待大厅12600平方米、已主体完工餐厅4750平方米、已主体完工酒店公寓4390平方米。我方与A公司为此投入了巨大人力、财力。

因资金紧张等原因，项目停滞、对外负债累累，为了对债权人负责、为了项目能够继续推进，我方与A公司只好寻找接手方。在政府的帮助下，

我们与原告进行接洽（当时接洽方有好几家，但政府与我们公司均看好恒大的实力），经过几轮磋商，我方、项目公司、A 公司与恒大公司签署了《X 项目资产与股权转让协议》（简称“转让协议”）。

（一）必须说，该协议是在双方地位不对等的情况下签署的不平等条约，从协议一签署，我们注定跳进了必然违约的火坑。

按照股权转让的交易惯例，转让标的是附着于股权的资产和负债，转让对价应为资产扣除负债后的净资产值（在此基础上对净资产按照成本法、市场法、收益法进行评估、协商）。

然而，涉案协议的交易安排却是：双方协商一个包干费，并约定了包干费的支付方式。其中，第一笔包干费的支付前提极为复杂和苛刻，核心是需要我方剥离完债务、解决完项目公司及项目

地块上的查封、质押后，对方再支付包干费。

那么问题就来了，当初正因为我方无力承担巨额债务才被迫对外转让股权，如果我们自己可以偿还债务，我们就没有必要找恒大接盘了；然而按照协议，我们解除不完所有债务、他项权利，就不能取得恒大的包干费——所以，从协议一签署，我们注定跳进了必然违约的火坑。

协议谈判时，我们曾提出过上述问题，但恒大方安慰我们：协议是协议，履行是履行，协议约定了我们可以垫付债务，到时我们会先行垫付的。于是，双方地位不对等的情况下，我们出于对恒大的信任，签署了这个不平等条约。

（二）恒大只支付了 3000 万元的定金就取得了项目公司及 A 公司的资产

截至目前，恒大只支付了 B 公司和 A 公司合计 3000 万元定金（B 公司只收到定金 1553.33



表1

对应条款	协议约定我方义务	完成可行性分析	是否完成
第二条第一款 第一项第(1)点	转租地块收回：协议附件二涉及的已租赁地块中有120亩进行了转租，本协议签订后25个工作日内由甲方将转租地块收回且费用由甲方承担	需要金钱完成	是
第三条第1款	完成尽调报告：协议签署后10个工作日内，甲乙丙三方共同努力完成尽职调查	恒大方是主责方，拥有主导权	是
第三条第3款	清偿项目公司负债，完成债务剥离：甲丙方负责清偿项目公司玉海度假21236218.17元及C项目公司85562035.93元负债，以及在本协议签署后10个工作日内完成对项目公司其他债务的剥离。	未约定剥离方式，如为“偿还”，不可能实现	部分完成
第三条第4款	现场钻探：甲方和丙方保证在本协议签署后当日，乙方可就项目地块进场进行钻探等前期工作。	恒大方是主责方，拥有主导权；我方只是配合义务	是
第三条第5款	解除附件一和附件二，协助与政府签订新协议：协议签订后15个工作日内，甲方解除附件一和附件二并协调乙方与玉田县人民政府签订新的投资协议和土地租赁协议。	解除协议易完成；签订新的协议主责方在恒大，我方只是配合	是
第三条第8款	项目公司终止劳动关系并妥善处理：协议签订后15个工作日内，丙方终止项目公司原有所有人员的劳动关系并承担由此产生的补偿、赔偿等全部费用，否则从包干费中扣除。	涉及金钱，恒大不进行垫付，很难完成；协议约定恒大可垫付并从包干费中扣除	是
第三条第9款 除甲方资产转让给乙方约定的其他事项	C项目公司60%股权过户，高管变更：丙方将C项目公司60%的股权变更至乙方名下，同时项目公司的法定代表人、董事、监事由乙方指定人员担任，以工商变更为准。	C项目公司股权有查封，需要金钱解决	是
第三条第10款	交地：甲方和丙方承诺在协议签署后35个工作日内按照第一条第2款约定（即将项目地块和已租赁抵款范围内的建筑物、构筑物、附着物、电线杆等拆迁安置补偿完，终止项目地块和已租赁地块用地范围内的所有其他租赁关系、承包关系及土地使用关系，并完成项目地块）的标准向乙方交地。	涉及金钱，我方没钱，恒大不垫付的话很难实现	部分完成
第三条第11款 除第(1)项外其他约定	移交项目公司文件原件：在甲方将甲方资产转让给乙方和丙方将C项目公司60%股权过户至乙方名下当日，甲方和丙方应向乙方移交项目公司包括但不限于以下文件资料的原件：(2)-(6)(印章、印鉴、证照、合同等)	完成可控	是
第三条第12款	协助拿400亩的地：甲方和丙方承诺本协议签订后60日内协调将附件一涉及的不少于400亩商业用地以招拍挂形式公开出让，且后续由乙方起始价摘牌。	恒大方是主责方、具有主导权，我方只是配合	配合义务已完成

万元定金)，就取得了项目公司及A公司资产的所有权、控制权、收益权，严重违背公平原则。

而且，恒大在支付定金之前就拆除了项目公司的木屋、会所、游泳池等（仅建设成本就4000多万元），B公司收到的定金金额还不及被恒大拆除建筑的建设成本的二分之一！

更甚者，上述1553万元定金并非由B公司支配，而是由恒大与B公司共管（证据3-2），均定向用于对外支付债务。

——试问，这是一个什么样的交易？

（三）关于第一笔包干费的约定极其不公平，违背公平原则，对原本就是因为资金紧张才转让标的股权的被告而言，更是过于苛刻，注定会导致恒大方不支付包干费用即可取得我方全部资产。

转让协议约定B公司所有的两个项目公司（D项目公司、C项目公司）的股权及A公司的资产

的对价合计为 4.5 亿元。然而第一笔包干费的支付条件极其苛刻，注定会导致恒大方不支付任何费用即可取得我方全部资产的所有权 / 控制权。

协议第四条第 2 款第 (2) 项约定，第一期包干费支付条件如下：

甲方 (A 公司) 和丙方 (B 公司) 完成第二条第一款第一项第 (1) 点约定对的解决转租问题、第三条第 1 款、第三条第 3 款、第三条第 4 款、第三条第 5 款、第三条第 8 款、第三条第 9 款除甲方资产转让给乙方约定的其他事项、第三条第 10 款、第三条第 11 款除第 (1) 项外其他约定，第三条第 12 款后 7 个工作日支付第一期包干费 12000 万元 (含定金 3000 万元)

由表 1 可以看出，转让协议约定的第一笔包干费的支付条件极其苛刻。在恒大不履行垫付义务的情况下，从签约开始，就注定了我方违约的结局。

(四) 协议同时约定了每一笔交易价款的支付条件，即未完成条件则不付款；同时又约定了每项义务的履行时间，且该时间节点非常不可行。进一步加大了我方违约的可能性。

转让协议第三条“具体操作程序”中，约定了包括尽职调查、债务剥离、股权质押、股权过户、资产转移，甚至包括恒大 400 亩商业用地的出让等事项的具体完成时间，且每一项完成时间均非常苛刻，基本不可能完成；同时，协议第四条“包干费总额及支付”条款中约定了定金、第一至四笔包干费支付的所有前提条件。对恒大而言，这种设计可谓是双保险，从签约一开始就注定了其不用付款还可以追究我方违约责任的“利好”局面；而对于 B 公司和 A 公司，当然恰恰相反，既拿不到钱，还要面临恒大的违约追究——恰如现在这个局面。

具体条款约定的多荒唐和无理，我们看下面一个例子：

转让协议第三条第 12 款约定，甲方和丙方承诺本协议签订后 60 日内协调将附件一涉及的不少于 400 亩商业用地以招拍挂的形式公开出让，且后续由乙方起价挂牌。土地招拍挂是政府行为，怎么可以把责任压到 B 公司和 A 公

司身上？土地招拍挂及拿地手续由恒大与政府协商，恒大根据自己的开发规划和资金流转情况等因素与政府协商拿地方案和节奏。然后，恒大就要把这条责任放在我方身上，并一方面限定了完成时间，另一方面作为恒大方支付第一笔包干费的前提条件，注意，是第一笔，第一笔！

二、合同已实际履行，被告履行了股权交割和财产交付义务

(一) 标的公司股权交割情况

根据从企查查网查询的情况：

2018 年 2 月 27 日，B 公司将所持 C 项目公司 4000 万元 (80% 股权) 出资质押给恒大公司。

2018 年 4 月 28 日，C 项目公司股权结构变更为：玉田泰昌旅游房地产开发有限公司 (恒大指定子公司) 出资额 3000 万元 (持股 60%)、B 公司出资额 2000 万元 (持股 40%)，法人、高管同时变更为恒大指定人员。

2019 年 11 月 27 日，D 项目公司 100% 股权由 B 公司过户给恒大指定子公司，法人、高管同时变更为恒大指定人员。

(二) 土地交割情况

2018 年 5 月 7 日，B 公司将 B 公司地块、玉海地块的土地出让合同、国土证、用地规划许可证、工程规划许可证、施工证等土地证照、许可、批复相关资料交付恒大。

2018 年 6 月 15 日，B 公司将 C 项目公司合同、凭证 (含 7 号楼、9 号楼、人工湖的设计、勘察、建设、租赁等合同，土地成交确认书、土地交税凭证等)、X 项目土地和地上物补偿资料，D 项目公司的会所、木屋和人工湖、室外游泳池等设计、建设、装饰、验收等相关合同资料移交恒大。

同时，B 公司还积极配合恒大取得了新地块，见证据 4-3。

(三) 项目公司证照、合同、账册、物资等资料等交割情况

2018 年 3 月 16 日，B 公司将 D 项目公司、C 项目公司财务章、法人章交付恒大。

2018年4月20日，B公司将C项目公司和D项目公司的银行K宝交付恒大。

2018年4月22日，B公司在将D项目公司、C项目公司的家俱、家电、办公用品等物资、资产移交给恒大。

2018年5月7日，B公司将C项目公司、D项目公司的营业执照、开户许可证、贷款卡、政府批文等证照批复移交恒大。

2018年7月9日，B公司将D项目公司、C项目公司账册移交恒大。

（四）玉龙湾滑雪场已交付

见A公司证据。

（五）A公司与玉田政府签署的《X项目综合开发协议书》、与某村民委员会的《土地租赁协议书》已解除，由原告与玉田政府、村委会另行签署投资协议、租赁协议。

见A公司证据。

（六）恒大已在转让地块开展建设

协议签署后，恒大在玉海地块上建设了3栋建筑、接待中心、样板房，在拆除木屋地块上建设了洋房等（见证据5-1），在天庆地块上进行了勘测等工作，并在因我方投资协议解除而取得的新地块上建设了若干公寓、商品房等房产并已开始对外销售（见证据5-2）。

（七）涉案协议的转让标的是股权和资产，除C项目公司40%股权未过户外，B公司和A公司已完成股权和资产交割，合同核心义务已完成。

案涉协议“鉴于”条款第四条约定，甲方同意将附件一、附件二解除并协调玉田县人民政府及相关部门同乙方或乙方指定主体签订新的投资协议和土地租赁协议；甲方同意将甲方资产按本协议约定转让给乙方。丙方同意将项目公司100%股权转让给乙方，乙方同意受让该等股权。

转让协议“鉴于”条款第五条约定，甲方和丙方承诺：1、甲方协调乙方与玉田县人民政府及相关部门签订新的投资协议和土地租赁协议和

将甲方资产按照本协议约定转让给乙方……。2、丙方将项目公司100%股权按本协议约定转让给乙方无需进行任何公示……

上述约定揭示了转让协议的转让标的是股权和资产，B公司和A公司的核心义务是交付项目公司股权和A公司资产，同时甲方将附件一、附件二解除并协调玉田县人民政府及相关部门同乙方或乙方指定主体签订新的投资协议和土地租赁协议。而上述核心义务中，除C项目公司40%股权因为是第三笔包干费约定义务而尚未过户外，B公司和A公司已完成股权和资产交割，合同核心义务已完成。

三、为配合恒大拿地，违心承认“违建”，木屋、温泉会所、游泳池被恒大拆除

D项目公司在30.5亩土地上建设的11栋汤泉木屋别墅、室外游泳池（建设成本1999716元）和会所（2337.84平方米，建设成本9076800元），以及在租赁地块建设的42套木质别墅（5497.26平方米，建设成本合计30723039.1元）是X项目的一部分，已取得了政府颁发的各项批复、许可（证2-1：X项目政府批复、会议纪要）。

其中，木屋度假村项目玉田县住房和城乡建设局颁发的施工许可证（证2-2）；温泉会所拥有规划许可证、施工许可证和房产证（证2-3、2-4）。

但案涉转让协议签署后，为了配合恒大公司拿地，我们违心认可木质别墅为违建、玉田县国土局工作人员也认可先建后批的招商惯例（见证据2-6：B公司人员与玉田县国土局工作人员的谈话录音：P3,P12），并认可了政府基于“违建”而做出的处罚（当然，罚款由恒大公司垫付，因为恒大很清楚这是为了他们的利益才做出的处罚）。

之后，恒大在未支付定金的情况下，便要强行进场将我们木屋等拆除，后来在玉田县政府领导的协调下，恒大于2018年4月4日支付了定金，而后便将我们建设的汤泉木屋、木屋别墅、室外游泳池和会所等拆除（证2-10：木屋拆除视频）。随着拆除，我们4000多万元投资化为泡影。

四、被告已完成转让协议约定的第二笔包干费 15000 万元支付的约定义务，恒大应支付第二笔包干费而未支付。此项违约严重侵犯了 B 公司和 A 公司的权益，并直接导致项目公司及 A 公司债务累增，直接影响 B 公司合同义务的履行和权益的实现。

转让协议第四条第 2 款第 (3) 项“第二期包干费”约定，“甲方和丙方完成第三条第 9 款甲方资产转让给乙方、第三条第 11 款第 (1) 项后 7 个工作日内支付第二期包干费 15000 万元。

即，第一、甲方资产（包括但不限于附件三对应的资产、附件四清单资产以及已租赁地块已建设完成 12 条学到滑雪场一座、接待大厅酒店公寓）转让给乙方；第二、将甲方资产清单和对应的资产及相关资料移交给乙方。”

上述事项 A 公司已完成，恒大应支付第二笔包干费 15000 元而未支付，此项违约严重侵犯了 B 公司和 A 公司的权益，并直接导致项目公司及 A 公司债务累增。

此外，我们的证据充分证明原告支付 3000 万定金迟延——即便 3000 万定金都是在政府强力介入下才勉强支付，更不用说后续数亿元包干费的支付——进一步印证恒大在案涉合同履行过程体现的就是空手套白狼手段，严重违反诚信原则。

五、恒大所诉 B 公司违约行为，其所谓“违约”的原因归结于恒大

现就恒大主张的我方违约事项一一梳理如下：

1、2016 年 4 月 5 日，B 公司在 D 项目公司中 100% 股权质押给北京万通银泰投资有限公司，丙方承诺本协议签订后 6 个月（2018 年 3 月 20 日）内将上述股权解押；实际于 2019 年 1 月 29 日完成股权解押，逾期 315 天。

关于 B 公司方未在协议约定期限内解决股权解押是因为恒大未在合同约定的时间内支付包干费造成。该条款位于转让协议第二条第二款第 1 项“项目公司担保及股权质押等情况”，条款原

文如下：

“1、项目公司担保及股权质押等情况

玉海度假于 2016 年 4 月 5 日 100% 股权质押给北京万通银泰投资有限公司，项目公司存在诉讼、查封（详见附件六《项目公司涉及诉讼和查封》），因附件六产生的付款义务为 11806064.512 元，包干费优先解决上述股权质押、诉讼和查封问题，丙方承诺本协议签订后 6 个月内由丙方负责将上述股权解押、解决上述诉讼和查封问题。”

第一、B 公司方在协议中披露了玉海度假于 2016 年 4 月 5 日 100% 股权质押给了北京万通银泰投资有限公司，对于此事恒大在签订协议时是完全知情的，B 公司方无任何隐瞒或遗漏。

第二、协议约定，玉海度假的股权质解除、诉讼和查封解决，需要恒大支付包干费优先解决。即约定恒大需要先支付包干费，然后 B 公司方需要用此笔包干费支付给债权方，方可办理股权解押、解封。然而，恒大一直未支付上述约定的包干费，从而导致的 B 公司方无资金办理上述股权解押、解封，从而导致所谓“违约”。

实际上 B 公司方也与恒大就恒大预先支付包干费解决股权质押及查封问题进行过多次沟通及协商，详见证据 4-7，恒大原则同意但一直各种拖延，这才导致 B 公司方不能按期办理上述股权解押、查封及诉讼问题。

2、丙方承诺于本协议签订后 6 个月（2018 年 3 月 20 日）内解决股权解押、诉讼和查封问题；目前涉诉案件正在处理，尚未完成。恒大指定子公司查封。玉海披露的 400 万，新增平谷农担。

未完成理由同上，在此不再赘述。

3、本协议签订后 10 日内甲乙丙三方共同努力完成尽调；实际于 2018 年 1 月 29 日完成

尽调是恒大方主导实施，我们只是配合义务。延迟完成与我们无关，责任在恒大。B 公司自 2017 年 4 月就开始配合恒大方委托的会计师开展尽调工作。一直到尽调结束。B 公司从未出现过不配合情形（见证据 4-1）。

4、甲方与丙方应在 2017 年 10 月 1 日前完成对项目公司其他债务的剥离；实际未完成，已逾期（目前发现少量负债为 61 亩玉海地块的地上物需支付 160 万元补偿款）。

第一、根据协议第三条第3款约定,“若项目公司负债无法按上述约定全部剥离的,甲方和丙方在前述期间届满后5日内对无法剥离的债务代项目公司进行偿还并放弃对项目进行追索的权利或者由乙方直接从包干费中予以等额抵扣并由项目公司直接清偿”(见协议第10页倒数第3段)。根据此约定,“或者”前后为并列、选择关系,即,对于项目公司未能剥离的债务,A公司和B公司未能代为偿还的,原告直接从包干费中等额扣除即可。但恒大却怠于履行此项义务,且未及时支付包干费,导致债务一直在扩大。

第二、项目公司61亩地已取得国有土地使用权证,不存在未支付款项,160万元与我方无关。

第三、恒大已取得项目公司的股权及资产,应对项目公司及资产负责。根据恒大与玉田政府签订的投资协议,恒大以股权收购及资产转让方式对X项目进行收购,由此产生的任何遗留问题由恒大承担,这也印证了上述道理。

5、甲方和丙方保证在2017年9月27日,乙方可就项目地块进场进行钻探等前期工作;实际上恒大于2017年11月25日进场钻探完成。

进场时间由恒大自己主导、安排,延迟进场原因在恒大,跟我方无关。

6、2017年10月6日前,丙方将瑞海天庆80%股权质押给乙方(且完成质押的工商手续);实际于2018年2月27日完成。

第一、因腾会芳案C项目公司股权被北京平谷法院查封(证4-2:平谷法院因腾某案对C项目公司股权查封协助执行通知书及4-11X项目履约群沟通记录),此项内容B公司在签订转让协议时已披露,先解除该项查封才能办理C项目公司股权质押。恒大方未支付定金的情况下,B公司无钱偿付上述债务;即便如此,B公司一直努力与平谷法院协调。B公司开展上述解查封事项一直与恒大方在X项目履约群进行沟通,恒大方充分知悉其困难及B公司所做的努力(见证据4-11:X项目履约群微信记录,P5)而且,直到2018年2月12日,双方一直在沟通补充协议和承诺函,恒大方于13日安排人员对接签署事宜。

第二、转让协议第二条第二款第1项“项目公司担保及股权质押等情况”约定,项目公

司存在诉讼、查封(详见附件六《项目公司涉及诉讼和查封》),因附件六产生的付款义务为11806064.512元,包干费优先解决上述股权质押、诉讼和查封问题。根据此约定,恒大应支付包干费以便B公司用于解决C项目公司股权查封。

第三、恒大方2018年2月2日才在X项目履约群中发出《股权出质协议》请大家审阅,2月5日恒大称可以走内部流程;在此之前B公司曾与法院协调好办理解查封事宜,但因恒大方爽约,法院及B公司等了一天,未能办成,后来协调难度增加;后来的质押时间都是B公司与恒大在群中沟通协商的结果(见证据4-11:X项目履约群微信记录:P5-P10);

第四、收到质押完成的消息时恒大方代表在群中第一时间庆贺(证4-11,P10);恒大方在微信群及其他渠道从未提及B公司违约事宜。

7、应于协议签署后15个工作日内(2017年10月11日)内,甲方和丙方移交项目公司印章;实际于2018年3月16日完成。

第一、当时因B公司要处理小业主诉讼案件相关程序事项需要用于公章,经与恒大方协商,暂缓移交,恒大方表示同意;

第二、交接时恒大未提出逾期交接问题,双方在履行过程中事实变更了合同条款;

第三、暂缓移交未对恒大造成任何影响。

8、2017年10月6日前,丙方终止项目公司原有所有人员的劳动关系并承担所有补偿、赔偿等全部费用;实际恒大方于2018年10月30日向我方出具《承诺函》承诺其已经完成两家项目公司原有员工劳动关系的解除,补偿费用由其承担,与我司无关。

第一、B公司需要部分员工推进转让协议约定的履约事项,暂缓解约。

第二、项目公司与员工无劳动争议,对恒大未造成任何影响。

第三、恒大从未向B公司提出异议。

9、2017年11月14日尽调完成后,甲方需将甲方相关资产转让给乙方;实际情况:甲方2018年4月24日对资产(滑雪场、大厅及设备)进行了清点,2019年11月28日我司聘请的新雪场运营单位进场。

因恒大原因尽调完成时间延后，导致其他工作延后；新雪场运营单位进场时间由恒大方主导，与我方无关。其他见 A 公司答辩意见。

10、协议签署后 35 个工作日（2017 年 11 月 14 日）内且尽职调查完成后，丙方将 C 项目公司 60% 的股权变更至乙方名下，项目公司的法定代表人、董事、监事由乙方指定人员担任；实际上，2018 年 4 月 25 日 C 项目公司 80% 股权解押，2018 年 5 月 2 日过股 60%，2018 年 5 月 10 日完成 20% 股权质押。

第一、C 项目公司 60% 股权过户时间为 2018 年 4 月 28 日，非 5 月 2 日；

第二、恒大方尽职调查延后，导致整体工作延后；同时，C 项目公司股权存在查封，亦为延迟过户原因，见上述第 6 项抗辩意见。

第三、2018 年 4 月 8 日，恒大方刚准备好股权过户相关手续发至项目履约群沟通（见证据 4-11：X 项目履约群微信记录：P11：恒大投资部任师凯：各位领导，C 项目公司工商变更的材料已经按照模板准备好，关于材料的模板格式，段会计说模板可能有出入）；2018 年 4 月 12 日，恒大方同意为了解封股权可以从定金中支付腾某案款（见证据 4-11：X 项目履约群微信记录：P15）；4 月 13 日，B 公司及腾会芳律师在平谷法院等候，恒大方迟迟没有反应，在 B 公司反复催促下才支付（见证据 4-11：X 项目履约群微信记录：P15-P16）。延迟过户主要为恒大的原因。

11、甲丙方承诺 2017 年 10 月 26 日前按协议约定标准向恒大交地；实际未完成，已逾期，目前 B 公司地块 61.3 亩因诉讼问题被查封，合作方正在办理解封事宜。

转让协议约定诉讼、查封从包干费中解决；恒大未支付包干费，亦未垫付，导致未能履约。

12、在甲方将甲方资产转让给乙方和丙方将 C 项目公司 60% 股权过户至乙方名下当日，甲方和丙方应向乙方移交项目公司相关文件资料；实际丙方于 2018 年 5 月 7 日将 C 项目公司及 D 项目公司资料移交恒大（可在项目公司企业所得税和土地增值税折扣总金额不少于 8000 万元的发票尚未移交恒大。

因为恒大未支付工程款等费用，对方不给开

发票，所以无法进行发票移交。

13、甲方和丙方承诺本协议签订后 60 日（2017 年 11 月 19 日）内，协调将附件一涉及的不少于 400 亩商业用地以招拍挂的形式公开出让，且后续由乙方起始价摘牌；实际恒大取得地块 131.1 亩（其中商业 64 亩，2017 年 12 月 29 日竞得 87.4 亩，2018 年 2 月 5 日竞得 43.7 亩）。

第一、拿地的主责方和主导权在恒大，我方仅为协助，并不保证结果；A 公司已与政府解除投资协议，并协调玉田政府与恒大签署新的投资协议，投资协议第二条约定了恒大 X 项目的土地位置、面积、性质等，该第 4 款约定玉田政府依法将允许建设区的地块以招拍挂形式出让给恒大，首期 500 亩商业用地和居住用地。至此，视为 B 公司与 A 公司配合义务完成。

第二、恒大根据自己的开发节奏和资金状况与政府协商拿地事宜，恒大方代表杨某在 2018 年 3 月 28 日玉田政府协调会上明确称：已拿的 130 亩土地加上项目公司的 90 亩土地，现阶段开发已具备条件（见证据 4-3：玉田县政府协调会录音 P4 最后一段：“恒大以项目公司名义也摘了 130 多亩，我们合作方手里 90 多亩，加起来共 200 多亩，现阶段开发也具备条件了”）。

14、本协议签订后 6 个月（2018 年 3 月 20 日）内，丙方将持有的 C 项目公司剩余 40% 股权和玉海度假 100% 股权变更至恒大名下，将项目公司的法人章公司公章移交给恒大；实际情况是 D 项目公司 100% 股权已于 2019 年 11 月 27 日完成工商变更并取得新营业执照，C 项目公司 40% 股权尚未变更。

第一、玉海 100% 股权、天庆 40% 股权过户属于第三笔包干费完成事项。协议签署存在矛盾，且严重有悖公平原则。而且原告应支付而未支付第二笔包干费，被告有不安抗辩权。

第二、D 项目公司 100% 股权过给恒大是在 B 公司方收取第三笔包干费时应履约的义务；在 2019 年为了解决土地查封和诉讼，B 公司提前把天海公司 100% 股权过给恒大来换取对价，但最终恒大还是未给付对价来解决查封和诉讼。

第三、原告明确知悉并认可天庆剩余 40% 股权未过户事宜。

根据原告员工段然与 B 公司段某 2019 年 12 月 17 日的微信沟通记录：

然：琴姐，要是 1 月份我们可以付咱们之前说的那 4000 多万商承的话，你那边可以在付款前把 C 项目公司剩余那 40% 股权过给我们吗？

原告员工段然上述表述说明，原告明确知悉并认可天庆剩余 40% 股权未过户事宜，该股权过户与恒大付款挂钩。

六、B 公司所谓未履行或延迟履行义务基本为金钱义务；根据转让协议恒大应先支付包干费以便 B 公司用于解决项目公司股权质押、诉讼和查封；同时，协议约定原告对于其他债务可以先行垫付，并从包干费中扣除，此项垫付义务不影响原告的实质权利，原告却怠于履行。

涉案合同签订后，B 公司一直积极履行，能履行的均履行，有的甚至提前履行。除第二笔包干费对应义务已履行外，B 公司将 D 项目公司的 100% 股权过户给恒大方，这属于第三笔包干费对应的义务，但 B 公司却提前履行。

（一）B 公司延迟履行或未能履行的基本为金钱义务，被告没有经济能力履行，也正因被告没有履行能力，所以才将标的股权和资产转让给原告。

（二）协议约定包干费优先解决股权质押、诉讼和查封问题；

转让协议第二条第二款第 1 项约定，项目公司存在诉讼、查封（详见附件六《项目公司涉及诉讼和查封》），包干费优先解决上述股权质押、诉讼和查封问题。据此约定，恒大应支付包干费以便 B 公司用于解决 C 项目公司股权查封。但恒大并未支付，恒大构成违约。

（三）协议约定原告对于项目公司债务可以先行垫付，然后从包干费中扣除，此项垫付义务不影响原告的实质权利。

根据协议第三条第 3 款约定，“若项目公司负债无法按上述约定全部剥离的，甲方和丙方在

前述期间届满后 5 日内对无法剥离的债务代项目公司进行偿还并放弃对项目进行追索的权利或者由乙方直接从包干费中予以等额抵扣并由项目公司直接清偿”（见协议第 10 页倒数第 3 段）。根据此约定，“或者”前后为并列、选择关系，即，对于项目公司未能剥离的债务，A 公司和 B 公司未能代为偿还的，原告直接从包干费中等额扣除即可。因此，此项垫付义务不影响恒大的实质权利，恒大却怠于履行。

（四）我方多次与恒大协调先行垫付债务，以推进合同履行。恒大公司亦同意，但最终仍爽约

我方多次与恒大协调先行垫付债务，以推进合同履行。恒大公司亦同意，让我们提交申请。过程中各部门人员让我们一次次补充相关信息、资料，我们也一直配合。但沟通了长达两年，最终却无果。直到 2020 年 4 月仍在沟通（见证据 4-7：恒大各部门与 B 公司关于恒大先行支付债务的微信沟通记录）。

（略）

（五）从公平角度，恒大更应履行债务垫付义务

转让协议约定两个项目公司的股权及 A 公司的资产的包干费为 4.5 亿元（含待剥离债务），恒大仅向我方支付了 3000 万元定金即取得了标的股权及资产的所有权及控制权、使用权；从公平角度，恒大理亦应履行垫付义务及向我方支付后续包干费的义务。

（六）有些负债是基于原告产生，原告拆除了被告建设的公寓，导致大量小业主诉讼

恒大拆除了我方建设的木屋别墅，导致小业主诉讼；同时，恒大对 C 项目公司已建成的公寓置之不理，尤其是拆除木质别墅后，对已售出公寓的业主方心理产生很大冲击，进而导致大量新的诉讼和负债（要求退房）。再有，因“违建”产生的罚款也是为了配合恒大拿地而发生的。

此外，恒大已取得 D 项目公司的 100% 股权、玉庆公司 60% 股权及 20% 质押权及 A 公司的资

产，那么，理应对项目公司及资产负责。根据恒大与玉田政府签订的投资协议，恒大以股权收购及资产转让方式对X项目进行收购，由此产生的任何遗留问题由恒大承担，这也印证了上述道理。

（七）因恒大怠于履行垫付义务和支付包干费的义务，项目公司及A公司的债务越来越多，对此，恒大有不可推卸的责任。

七、被告未能履行的合同义务不影响原告合同目的之实现，原告已在涉案地块上开展建设和经营；合同已履行三年多，原告在起诉前从未向被告提出过解约意向，根据法律规定，其解约权已消灭。

（一）原告在玉海土地上已建成3栋房产

如上所述，恒大已取得了项目公司的股权及土地等资产，与政府签署了新的投资开发协议。同时，恒大在玉海土地上已建成若干栋房产并销售，玉龙湾滑雪场亦正常经营；此外，恒大还建设了接待中心、样板间，若干洋房等。其所谓的我方违约并未使恒大的权益受到实质影响。恒大方代表在玉田县政府协调会上明确表示，恒大已拿到的130亩土地加上项目公司的90亩土地，现阶段开发已具备条件（见证据4-3：玉田县政府协调会录音）。

原告并未提供任何证据证明案涉合同的履行影响其合同目的实现。

（二）合同已履行三年多，原告在起诉前从未向被告提出过解约意向，其合同解除权已消灭；相反，原告与被告之间一直积极沟通款项支付事项，双方用实际行动变更了原合同条款。

我方证据4-7：恒大各部门与B公司关于恒大先行支付债务的微信沟通记录及4-11：X项目履约群微信沟通记录证明，截至2020年11月，各方一直在正常沟通合同履约事宜，恒大从未提出解约事宜，甚至没提过我方违约事宜。

按照转让合同第七条约定，B公司和A公司

逾期达到60日以上的，原告有权单方解除协议。根据原告提供的违约表，截至起诉日，自B公司和A公司最长逾期已达1069天，扣除60日为1009天，但原告在起诉前，即长达1009天的时间内从未向B公司和A公司主张过解除权，且于起诉当年一直在项目地块开展建设，见我方证据及原告证据5，充分说明原告早已放弃解约权，双方用实际行动变更了原合同条款。根据民法典564条规定，法律没有规定或当事人没有约定解除权行使期限，自解除权人知道或者应当知道解除事由之日起一年内不行使，该权利消灭。因此原告基于案涉合同的单方解除权已消灭。

八、虽然涉案合同约定了合同解除条款，但鉴于合同的履行情况，早已不具备解除的现实条件

首先，标的股权已过户，印章证照等早已移交，恒大早就取得项目公司控制权；如解除合同，那么，股权转让后的经营风险如何衡量、如何承担？

第二、项目公司在标的土地上建设的汤泉木屋、木屋别墅（建设成本合计30723039.1元）、会所（建设成本9076800元）、游泳池（建设成本1999716元）等均已被恒大拆除，涉及资产损失4000万元；如此时解除合同，则恒大是否应该给我们恢复原状？如恢复原状，则必将进一步耗费巨大的社会成本。

第三、恒大在标的土地上建设了样板房、接待中心、若干栋建筑，在拆除木屋地块上建了洋房等，并在因我方投资协议解除而取得的新地块上建设了若干公寓、商品房等房产并已对外销售。如合同解除，是否应一并恢复原状？

第四、为履行涉案合同，A公司与玉田政府签署的《X项目综合开发协议书》与村委会签订的租赁协议已解除，由玉田政府另行与原告签署开发协议，该等协议的解除显然无法恢复原状。

第五、严重的社会问题：大量债权人如何安排

项目前期，因X项目资金需求量巨大，我方在建设X项目时投入大量资金，但因资金链断裂，产生了大量债务和债权人。

恒大接手后，我方一直积极做工作安抚债权人，许多工程款债权人自己克服困难不起诉、不闹事，耐心等恒大输血。然而，恒大三年来的表现，让债权人的耐心已几近耗尽；同时，因恒大取得 C 项目公司控制权（60% 股权 + 20% 质押权）后却未尽任何控股股东义务，对已建成 / 已售出公寓置之不理，导致产生了大量新的诉讼，业主纷纷要求退房等；此外，因恒大怠于履行垫付义务和支付包干费的义务，项目公司及 A 公司的债务越来越多。而如果恒大彻底退出，债权人的处境更加堪忧，谁为他们的债权买单？

基于以上，涉案协议是在原被告双方地位严重不对等的情况下签署的不平等条约。抛开不平等暂且不论，本案不争事实是：

1、转让协议的转让标的是股权和资产，B 公司和 A 公司的核心义务是交付项目公司股权和 A 公司资产，同时甲方将附件一、附件二解除并协调玉田县人民政府及相关部门同乙方或乙方指定主体签订新的投资协议和土地租赁协议。而上述核心义务中，除 C 项目公司 40% 股权因为是第三笔包干费约定义务而尚未过户外，B 公司和 A 公司已完成股权和资产交割，合同核心义务已完成。

2、截至目前，原告仅支付 3000 万元取得了滑雪场，取得了 D 项目公司 100% 股权，C 项目公司 60% 股权，同时与相关主体签署了新的投资协议和租赁协议。

3、恒大逾期支付定金，第二笔包干费 1.5 亿元具备支付条件而未支付，严重构成违约，且导致项目公司诉讼查封无法解决且一直呈增加趋势（原告提供的查封证据基本上是 2019 年之后发生），并直接影响 B 公司合同义务的履行。

4、合同履行过程中，各方用实际行动变更了合同履行节点。

合同签订后，当事人在合同履行过程中进行变更，是非常常见的商业行为，我们提供的证据充分证明，各方变更了合同履行节点，否则，就很难解释，合同签订后三年多，原告一直未向被告公司主张违约责任及解约权。

B 公司提供的微信群及微信记录，时长跨越签约前后直至 2020 年 4 月（事实上到 2020 年 11

月原告与 B 公司仍在沟通履约事宜），涉及人员众多，相互印证，不存在片面之词，断章取义。关于原告辩称员工身份无法确认，纯属荒谬。我方提供证据 4-6《会议纪要》明确了杨某、卢某、李某为原告履约代表，D 项目公司、C 项目公司股权变更时，同时变更了原告指定的高管。上述人员正是 B 公司微信证据中代表原告与 B 公司进行沟通的人员，相互印证。

5、B 公司建设的会所木屋、温泉会所、游泳池已被恒大拆除（我方提供证据证明是恒大拆除。原告未提供相反证据）。

6、恒大所诉 B 公司违约不成立。

B 公司未履行或延迟履行义务基本为金钱义务，而合同约定原告对于该等债务可以先行垫付，可以从包干费中扣除，而包干费合计 4.5 亿元，足以覆盖项目公司债务，此项垫付义务不影响原告的实质权利，原告却怠于履行。

7、被告未能履行的合同义务不影响原告合同目的之实现，原告已在涉案地块上开展建设和经营。原告未提供任何证据证明案涉项目无法推进。至于原告诉称的被告阻挠施工，只提供了一张照片，并无原件，且其无法辨识照片中的人员，不能作为定案证据。相反，B 公司提供的证据及原告庭上的陈述说明，原告在项目地块上开展了诸多建设，不存在无法推进的障碍。

8、案涉合同已履行三年多，原告在起诉前从未向被告提出过解约意向，视为原告早已放弃解约权，而且根据法律规定，原告解约权已消灭。根据民法典 564 条规定，法律没有规定或当事人没有约定解除权行使期限，自解除权人知道或者应当知道解除事由之日起一年内不行使，该权利消灭。

9、退一步讲，鉴于合同的履行情况，即使触及合同约定解除条件，早已不具备解除的现实条件，此时解约，将造成巨大的经济损失，耗费巨大的社会成本，并造成严重的社会问题。

综上，原告诉讼请求没有事实和法律依据，请法官查清事实，依法维护 B 公司的合法权益，维护公平与正义，驳回原告的全部诉讼请求。



□ 佟建国/文

佟建国，毕业于中国政法大学，曾在北京中伦律师事务所从业多年、现任北京市中伦文德律师事务所顾问，家族信托专业委员会主任，擅长业务领域为信托、投资、并购重组、资产证券化、供应链金融；争议解决及风险处置、执行清收、不良资产处置等。



□ 陈美杉/文

陈美杉，北京市中伦文德律师事务所律师，首都经济贸易大学法律硕士，曾工作于国务院发展研究中心资源与环境政策研究所，参与水体污染控制与治理科技重大专项等多项国家重点项目，曾任职于北京市昌平区人民法院，主要从事民商事诉讼与争议解决。

董事（监事）涤除登记案件的法律分析

一、案情概要：

虞某与创业公司 A 在上海签订有劳动合同，任市场部总监，劳动合同期限 2 年，因虞某在工作岗位表现突出业绩优异，经股东推荐以非股东身份担任公司董事（监事）职务，任期 3 年，连选可以连任。次年，创业公司 A 因经营管理不善濒临破产，大批员工因拖欠工资离职，虞某也于拖欠 6 个月工资后离职，解除劳动关系后，虞某曾屡次要求创业公司 A 解除其董事（监事）职务，但创业公司 A 拒不配合办理相关手续。虞某后移居北京发展成立公司 B，虞某为公司 B 的大股东兼法定代表人。

已从创业公司 A 离职的员工以拖欠工资为由将创业公司 A 诉至劳动争议仲裁委员会，经劳动争议仲裁委员会裁决及法院审理，全额支持了离职员工的诉讼请求，但此时创业公司 A 已人去楼空，离职员工虽拿到了一纸胜诉判决，但没有拿到赔偿金。嗣后，离职员工经查询工商信息发现，虞某仍为创业公司 A 的董事，同时，虞某为公司 B 的大股东兼法定代表人，具有偿债能力，已离职未拿到赔偿金的前同事也纷纷将虞某追加为共同被告，诉请虞某依法承担董事违反忠实勤勉义务

的赔偿责任。

笔者接手本案后，归纳总结了虞某的两点诉求：一是如何合法有效的解除董事职务？二是诉请创业公司 A 变更董事职务登记之诉？

笔者通过研究整理“请求公司变更登记之诉”（简称“涤除登记之诉”）类案的裁判案例，发现该类案件呈逐年增多的态势，员工挂名任职成为我国市场经济环境下一种非常普遍的社会现象，员工在任职期间，可能受股东或实际控制人委派，挂名所任职公司或关联公司的法定代表人、执行董事、总经理、董事、监事等职务，并依法办理了显名登记手续，实则，该员工从未履行与挂名职务相应的职责和权利，亦从未取得与挂名任职相应的报酬。挂名任职，对于员工而言，存有一定的法律风险，如果，所任职公司或关联公司涉及民事诉讼、刑事诉讼、行政诉讼及司法执行等的法律风险，挂名任职的员工可能承担董事未履行忠实勤勉尽责的法律（赔偿）责任。

本文结合立法和司法审判实践，就员工挂名任职的争议焦点及法益等问题，探讨解除董事职务的法律途径及诉请涤除登记之诉案件的办案思路，对挂名任职涤除登记类案的争议焦点、公司法的修改、公司治理制度完善等问题做较为系统

的探索和研究，为挂名任职涤除登记确立一个系统完善的法律解决制度，切实维护员工挂名任职的合法权益，也是对跨民法典及公司法等部门法的一个法律实务的探索和研究。

二、虞某和公司之间形成的法律关系

从案情概要可知，虞某和创业公司 A 之间形成了两个法律关系。第一层是虞某作为劳动者和公司之间因签署劳动合同所形成的劳动合同关系；第二层是虞某接受大股东指派作为公司董事与董事会之间所形成的委托合同关系。

根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的规定（五）》（简称《规定五》），公司法规定董事任期由公司章程规定，每届任期不得超过三年，任期届满连选可以连任，但对董事与公司之间属于何种关系无明确的规定，从《规定五》的司法解释可以得出一个结论，最高人民法院认为公司与董事之间属于委托关系，依股东会的选任决议和董事同意任职的意思表示而成立合同法上的委托合同关系。

另根据《中华人民共和国民法典》第九百三十三条规定：“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。”公司董事作为受托人可以随时解除委托合同关系，而，解除行为系单方法律行为，根据《中华人民共和国民法典》第五百六十五条规定：“当事人一方依法主张解除合同的，应当通知对方。合同自通知到达对方时解除……”即，公司董事向公司董事会提交解除委托通知书，即发生委托关系终止的法律效力，法律或者公司章程另有规定的除外。

三、董事身份所应享有的权利及责任

（一）董事享有的权利 / 权（益）

1. 董事有提议召开临时股东会的权利。《公司法》第三十九条及第四十四条规定，有限责任公司如果设置董事会的，成员为三人至十三人，如果公司设置三名董事，三分之一以上的董事提议召开股东会临时会议的，公司应当召开临时会议。

2. 董事有知情权、提案权、出席董事会会议、建议和质询权、参与表决、签署相关文件的权利。《公司法》第四十八条规定，董事会的议事方式和表决程序，除本法有规定的外，由公司章程规定。董事会应当对所议事项的决定作成会议记录，出席会议的董事应当在会议记录上签名。董事会决议的表决，实行一人一票。

3. 董事有撤销权。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的规定（四）》第一条及《公司法（修订草案）征求意见稿》第七十三条、七十四条规定，董事有权向法院请求撤销董事会、股东会决议或确认董事会、股东会决议无效或不成立的权利。

4. 董事有领取报酬权、获得离职补偿及公司章程、协议约定的其他权利。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的规定（五）》第三条规定，董事职务被解除后，因补偿与公司发生纠纷提起诉讼的，人民法院应当依据法律、行政法规、公司章程的规定或者合同的约定，综合考虑解除的原因、剩余任期、董事薪酬等因素，确定是否补偿以及补偿的合理数额。

（二）区分董事（监事）负担法律责任的情形

1. 董事未勤勉尽责的责任。董事任职期间，董事若未履行股东出资情况核查和催缴的义务，未对按期足额出资或出资不实的股东采取必要措施、未对抽逃出资的股东采取必要措施，给公司造成损失的，依法应承担赔偿责任；

2. 因故意或重大过失的赔偿责任。董事任职期间，董事执行职务违反法律、行政法规或者公司章程的规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任；董事执行职务，因故意或者重大过失，给他人造成损害的，应当与公司承担连带责任；公司的控股股东、实际控制人利用其对公司的影响，指使董事、高级管理人员从事损害公司或者股东利益的行为，给公司或股东造成损失的，与该董事、高级管理人员承担连带责任；公司违反本法规定向股东分配利润的，股东必须将违反规定分配的利润并加算银行同期利息退还公司；给公司造成损失的，股东及负有责任的董事、监事、高级管理人员应当承担赔偿责任；违反公司法规定减少注册资本的，股东应当退还其收到的资金

并加算银行同期存款利息；给公司造成损失的，股东及负有责任的董事、监事、高级管理人员应当承担赔偿责任；董事为公司清算义务人，未及时履行清算义务，给公司或者债权人造成损失的，应当承担赔偿责任；若董事是清算组成员，其怠于履行清算职责，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任；因故意或重大过失给债权人造成损失的，应当承担赔偿责任。

从《公司法（修订草案）征求意见稿》中可见，增加了董事（监事）任职的法定义务和履职责任，提高董事（监事）任职法律风险，使得《公司法》对于公司治理制度设计更加系统完善，有法可依有据可循。

四、解除劳动合同关系之后，董事（监事）职务是否必然解除

解除劳动合同关系是根据《劳动法》及《劳动合同法》的规定及用人单位和劳动者之间订立的《劳动合同》；而，解除董事职务是根据《公司法》及《公司章程》的规定及董事会和董事之间订立的《委任合同》。因此，虞某与公司之间解除劳动合同关系之后，并不必然解除董事职务，虞某作为公司董事，在董事任期届满后未改选，或者虞某在董事任期内离任导致董事会成员低于法定人数的，在改选出的董事就任前，虞某作为公司董事仍应依照法律、行政法规和公司章程的规定，履行董事职务，承担相应的董事任职责任。

在《公司法》及其司法解释和《公司章程》无特别约定的情形下，董事辞任时，基于公司与董事之间委托关系，董事离任一般于离任申请送达董事会即发生法律效力。

故，笔者建议在公司治理制度、委任书等文件注明明确董事离任的通知期限，将离任审计及等待下一任董事上任的合理时间预留出来，并明确约定，如董事离任导致董事会成员低于法定人数，无论通知期是否届满，原董事仍应依法履行董事职务直至新任董事就职或，原董事与公司之间就解除董事职务已经协商一致的。

五、关于涤除登记的裁判观点

纵观“涤除登记纠纷”之诉案件中，判令支持原告诉请涤除（董监高）公司登记的，某些法院认为，董监高与公司权力机关之间为委托关系，

认定两者之间存在对等的任意解除权，着重强调“诉的利益”，即，董监高作为自然人的合法权益应当得到法律的保护。公司高管发起请求变更公司登记纠纷之诉，正是因为无法通过公司内部自治途径解决，穷尽其他方式后选择诉讼达到“涤除登记”的效果，人民法院需要综合考虑相关公司决议是否形成、是否具备形成的条件及决议的效力，公司高管与公司间的实际关联等。比如，通过考察履行职责情况、合同关系、以及公司的经营状况等，进而诉请可否被支持作出判断。

反观判令驳回原告诉讼请求的，法院认为，应以保护公司自治为由，强调应尽量减少司法对公司治理的干预，任免公司高管作为公司的内部管理事务，应由公司依据法律与公司章程自主决定，以保护债权人利益、维护交易安全和社会经济秩序稳定。同时，涤除判决可能导致公司组织设置不再符合法律规定以及客观上无法执行，董事（监事）要求涤除登记的诉讼请求不属于人民法院受案范围或不具有可诉性。

六、涤除登记类案的法律思考

笔者倾向于第一种观点，如员工已与公司解除劳动合同且无任何实质性关联关系的，员工依法请求公司解除董事职务及诉请公司涤除董事登记，而，公司拒不配合的情形下，法院可以直接判决解除董事职务，员工持法院判决即可办理董事变更登记。

七、结束语

笔者认为，涤除登记类案具有社会普遍性而目前我国公司法及其实施细则尚无确定统一的法律制度，在2021年12月24日全国人大常委会发布的《公司法修订草案》进一步明确了董事、监事的资格和义务，提升了董事任职的法律风险及责任的前提之下，亦应在《公司法》《公司法实施细则》及《公司章程》中增加一节内容对董事（监事）任职及免职的条件及时间等程序性事项予以明确规定，以此保护董事（监事）的合法权益，维护公司法的程序正义。

中伦
文德



□ 郝 伟/文

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



□ 田卓亚/文

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

央企如何进行风险管理，才能避免被追责？

本律师团队通过参与国资委追责项目，总结相关经验并结合实践，对央企违规经营的行为及追责方面进行分析。本期的两篇文章是对央企风险管理的内容、追责、强化集团风险管理的方面进行整理。

根据国资委《中央企业违规经营投资责任追究实施办法（试行）》（国务院国有资产监督管理委员会令第37号，以下简称37号令）的规定，中央企业在风险管理方面存在问题造成国有资产损失的，国资委将对相关企业和人员进行责任追究。

企业全面风险管理是一项十分重要的工作，关系到国有资产保值增值和企业持续、健康、稳定发展。为了指导企业开展全面风险管理工作，进一步提高企业管理水平，增强企业竞争力，促进企业稳步发展，2006年国资委发布了《中央企业全面风险管理指引》（国资发改革【2006】108号）。

一、中央企业风险管理知多少？

（一）什么是企业风险？

根据《中央企业全面风险管理指引》的规定，

企业风险是指未来的不确定性对企业实现其经营目标的影响。企业风险一般可分为战略风险、财务风险、市场风险、运营风险、法律风险等；也可以能否为企业带来盈利等机会为标志，将风险分为纯粹风险（只有带来损失一种可能性）和机会风险（带来损失和盈利的可能性并存）。

（二）什么是全面风险管理？

根据《中央企业全面风险管理指引》的规定，全面风险管理是指企业围绕总体经营目标，通过在企业管理的各个环节和经营过程中执行风险管理的基本流程，培育良好的风险管理文化，建立健全全面风险管理体系，包括风险管理策略、风险理财措施、风险管理的组织职能体系、风险管理信息系统和内部控制系统，从而为实现风险管理的总体目标提供合理保证的过程和方法。

（三）风险管理基本流程

根据《中央企业全面风险管理指引》的规定，央企在开展全面风险管理时，基本流程应当主要包括以下工作：

1、收集风险管理初始信息；

- 2、进行风险评估；
- 3、制定风险管理策略；
- 4、提出和实施风险管理解决方案；
- 5、风险管理的监督与改进。

（四）风险管理的目标

根据《中央企业全面风险管理指引》的规定，中央企业在开展全面风险管理应当实现以下的风险管理总体目标：

- 1、确保将风险控制在与总体目标相适应并可承受的范围内；
- 2、确保内外部，尤其是企业与股东之间实现真实、可靠的信息沟通，包括编制和提供真实、可靠的财务报告；
- 3、确保遵守有关法律法规；
- 4、确保企业有关规章制度和为实现经营目标而采取重大措施的贯彻执行，保障经营管理的有效性，提高经营活动的效率和效果，降低实现经营目标的不确定性；
- 5、确保企业建立针对各项重大风险发生后的危机处理计划，保护企业不因灾害性风险或人为失误而遭受重大损失。

二、央企风险管理方面进行责任追究的具体情形

根据 37 号令的规定，中央企业在风险管理方面进行责任追究共有 6 种情形，下面我们对 6 种情形进行分析：

（一）未按规定履行内控及风险管理制度建设职责，导致内控及风险管理制度缺失，内控流程存在重大缺陷。

根据 37 号令的规定，央企违反规定未建立内控及风险管理制度的，导致内部流程存在重大缺陷的，是风险管理方面进行责任追究的情形之一。根据《中央企业全面风险管理指引》的规定，企业制定内控及风险管理制度，一般至少包括以下内容：建立内控岗位授权制度、建立内控报告制度、建立内控批准制度、建立内控责任制度、建立内控审计检查制度、建立内控考核评价制度、建立重大风险预警制度、建立健全以总法律顾问

制度为核心的企业法律顾问制度、建立重要岗位权力制衡制度等。

（二）内控及风险管理制度未执行或执行不力，对经营投资重大风险未能及时分析、识别、评估、预警、应对和报告。

根据 37 号令的规定，央企在日常经营中未按照内控及风险管理制度执行或执行不力的、对经营投资风险未能及时分析、识别、评估、预警、应对和报告的，是风险管理方面进行责任追究的情形之一。根据《中央企业全面风险管理指引》的规定，央企应当在日常经营中针对企业战略、规划、投融资、市场运营、财务、内部审计、法律事务、人力资源、采购、加工制造、销售、物流、质量、安全生产、环境保护等各项业务管理及其重要业务流程，按照内控及风险管理的制度、程序及措施执行。

（三）未按规定对企业规章制度、经济合同和重要决策等进行法律审核。

根据 37 号令的规定，央企未按规定对企业规章制度、经济合同和重要决策等进行法律审核，是风险管理方面进行责任追究的情形之一。很多央企在签订重大经济合同之前或开展重要决策之前，没有按照制度规定对其进行法律审核或聘请专业的法律团队对其进行合法合规性的审查，导致企业面临法律纠纷、涉诉等风险，最终经营投资中造成国有资产损失或其他严重不良后果。

（四）未执行国有资产监管有关规定，过度负债导致债务危机，危及企业持续经营。

根据 37 号令的规定，央企未按《企业国有资产法》《企业国有资产监督管理暂行条例》《企业国有资产交易监督管理办法》等有关规定执行，导致企业负债率升高面临债务危机，是风险管理方面进行责任追究的情形之一。根据《企业国有资产交易监督管理办法》的规定，国有资产监督管理机构负责所监管企业的国有资产交易监督管理，企业在产权转让、资产转让等方面应当按照相关法律法规执行。

（五）恶意逃废金融债务。

根据 37 号令的规定，央企恶意逃废金融债务，是风险管理方面进行责任追究的情形之一。根据《关于加强地方国有企业债务风险管控工作的指导意见》（国资发财规【2021】18 号）的要求，企业应依法处置债券违约风险，严禁恶意逃废债行为，各地方国资委把防范地方国有企业债券违约，作为债务风险管控的重中之重。债务人具有下列行为之一的，将被视为恶意逃废银行债务：

- 1、不经债权银行同意，以改制、重组、分立、合并、租赁、破产等方式悬空银行债权；
- 2、通过非正常关联交易抽逃资金、转移利润、转移资产，致使银行债权被悬空；
- 3、以转户和多头开户等方式，蓄意逃避债权银行对贷款的监督，使银行贷款本息无法收回；
- 4、故意隐瞒真实情况，提供虚假信息、产权不清的担保，或恶意拒绝补办担保手续；
- 5、不经债权银行同意，擅自处置银行债权的抵（质）押物，造成银行债权抵（质）押悬空；
- 6、隐瞒影响按期偿还银行债务的重要事项和重大财务变动情况，致使银行债权处于高风险状况；
- 7、拒不执行人民法院和仲裁机构已生效的法律文书，继续拖欠银行债务；
- 8、不偿还债务又拒不签收银行催债文书；
- 9、其他恶意逃废银行债务的行为。

（六）瞒报、漏报、谎报或迟报重大风险及风险损失事件，指使编制虚假财务报告，企业账实严重不符。

根据 37 号令的规定，央企对于发生重大风险及风险损失的事件，采取瞒报、漏报、谎报或迟报的方式，并编制虚假财务报告造成企业账实严重不符的，是风险管理方面进行责任追究的情形之一。根据《中央企业全面风险管理指引》的规定，企业应根据风险管理策略，针对各类风险或每一项重大风险制定风险管理解决方案，在遇到重大风险事件时，制定解决方案的同时也应及时向监管部门或上级单位报告风险事件，避免损失的扩大，防止国有资产流失。

三、强化央企风险管理工作法律建议

（一）央企应当及时从战略风险、财务风险、市场风险、运营风险、法律风险等方面搜集与风险管理相关的内部、外部初始信息。

实施全面风险管理，企业应广泛、持续不断地收集与该企业风险和风险管理相关的内部、外部初始信息，包括历史数据和未来预测。应把收集初始信息的职责分工落实到各有关职能部门和业务单位。主要分为以下几个方面：

1、战略风险方面

在战略风险方面，企业应广泛收集国内外企业战略风险失控导致企业蒙受损失的案例，并至少收集与该企业相关的以下重要信息：

- （1）国内外宏观经济政策以及经济运行情况、本行业状况、国家产业政策；
- （2）科技进步、技术创新的有关内容；
- （3）市场对该企业产品或服务的需求；
- （4）与企业战略合作伙伴关系，未来寻求战略合作伙伴的可能性；
- （5）该企业主要客户、供应商及竞争对手的有关情况；
- （6）与主要竞争对手相比，该企业实力与差距；

（7）企业发展战略和规划、投融资计划、年度经营目标、经营战略，以及编制这些战略、规划、计划、目标的有关依据；

（8）该企业对外投融资流程中曾发生或易发生错误的业务流程或环节。

2、财务风险方面

在财务风险方面，企业应广泛收集国内外企业财务风险失控导致危机的案例，并至少收集该企业的以下重要信息（其中有行业平均指标或先进指标的，也应尽可能收集）：

- （1）负债、或有负债、负债率、偿债能力；
- （2）现金流、应收账款及其占销售收入的比重、资金周转率；
- （3）产品存货及其占销售成本的比重、应付账款及其占购货额的比重；
- （4）制造成本和管理费用、财务费用、营业

费用；

(5) 盈利能力；

(6) 成本核算、资金结算和现金管理业务中曾发生或易发生错误的业务流程或环节；

(7) 与该企业相关的行业会计政策、会计估算、与国际会计制度的差异与调节（如退休金、递延税项等）等信息。

3、市场风险方面

在市场风险方面，企业应广泛收集国内外企业忽视市场风险、缺乏应对措施导致企业蒙受损失的案例，并至少收集与该企业相关的以下重要信息：

(1) 产品或服务的价格及供需变化；

(2) 能源、原材料、配件等物资供应的充足性、稳定性和价格变化；

(3) 主要客户、主要供应商的信用情况；

(4) 税收政策和利率、汇率、股票价格指数的变化；

(5) 潜在竞争者、竞争者及其主要产品、替代品情况。

4、运营风险方面

在运营风险方面，企业应至少收集与该企业、本行业相关的以下信息：

(1) 产品结构、新产品研发；

(2) 新市场开发，市场营销策略，包括产品或服务定价与销售渠道，市场营销环境状况等；

(3) 企业组织效能、管理现状、企业文化，高、中层管理人员和重要业务流程中专业人员的知识结构、专业经验；

(4) 期货等衍生产品业务中曾发生或易发生失误的流程和环节；

(5) 质量、安全、环保、信息安全等管理中曾发生或易发生失误的业务流程或环节；

(6) 因企业内、外部人员的道德风险致使企业遭受损失或业务控制系统失灵；

(7) 给企业造成损失的自然灾害以及除上述有关情形之外的其他纯粹风险；

(8) 对现有业务流程和信息系统操作运行情况的监管、运行评价及持续改进能力；

(9) 企业风险管理的现状和能力。

5、法律风险方面

在法律风险方面，企业应广泛收集国内外企业忽视法律法规风险、缺乏应对措施导致企业蒙受损失的案例，并至少收集与该企业相关的以下信息：

(1) 国内外与该企业相关的政治、法律环境；

(2) 影响企业的新法律法规和政策；

(3) 员工道德操守的遵从性；

(4) 该企业签订的重大协议和有关贸易合同；

(5) 该企业发生重大法律纠纷案件的情况；

(6) 企业和竞争对手的知识产权情况。

(二) 中央企业应当制定完善的内控制度

根据《中央企业全面风险管理指引》的规定，企业制定风险解决的内控方案，应满足合规的要求，坚持经营战略与风险策略一致、风险控制与运营效率及效果相平衡的原则，针对重大风险所涉及的各项管理及业务流程，制定涵盖各个环节的全流程控制措施；对其他风险所涉及的业务流程，要把关键环节作为控制点，采取相应的控制措施。

企业制定内控措施，一般至少包括以下内容：

1、建立内控岗位授权制度。对内控所涉及的各项岗位明确规定授权的对象、条件、范围和额度等，任何组织和个人不得超越授权做出风险性决定；

2、建立内控报告制度。明确规定报告人与接受报告人，报告的时间、内容、频率、传递路线、负责处理报告的部门和人员等；

3、建立内控批准制度。对内控所涉及的重要事项，明确规定批准的程序、条件、范围和额度、必备文件以及有权批准的部门和人员及其相应责任；

4、建立内控责任制度。按照权利、义务和责任相统一的原则，明确规定各有关部门和业务单位、岗位、人员应负的责任和奖惩制度；

5、建立内控审计检查制度。结合内控的有关要求、方法、标准与流程，明确规定审计检查的对象、内容、方式和负责审计检查的部门等；

6、建立内控考核评价制度。具备条件的企业应把各业务单位风险管理执行情况与绩效薪酬挂钩；

7、建立重大风险预警制度。对重大风险进

行持续不断的监测，及时发布预警信息，制定应急预案，并根据情况变化调整控制措施；

8、建立健全以总法律顾问制度为核心的企业法律顾问制度。大力加强企业法律风险防范机制建设，形成由企业决策层主导、企业总法律顾问牵头、企业法律顾问提供业务保障、全体员工共同参与的法律责任体系。完善企业重大法律纠纷案件的备案管理制度；

9、建立重要岗位权力制衡制度，明确规定不相容职责的分离。主要包括：授权批准、业务经办、会计记录、财产保管和稽核检查等职责。对内控所涉及的重要岗位可设置一岗双人、双职、双责，相互制约；明确该岗位的上级部门或人员对其应采取的监督措施和应负的监督责任；将该岗位作为内部审计的重点等。

（三）央企风险管理部门应当定期对风险管理工作进行自查和检验

企业风险管理职能部门应定期对各部门和业务单位风险管理工作实施情况和有效性进行检查和检验，并对风险管理策略进行评估，对跨部门和业务单位的风险管理解决方案进行评价，提出调整或改进建议，出具评价和建议报告，及时报送企业总经理或其委托分管风险管理工作的高级管理人员。企业内部审计部门应至少每年一次对包括风险管理职能部门在内的各有关部门和业务单位能否按照有关规定开展风险管理工作及其工作效果进行监督评价，监督评价报告应直接报送董事会或董事会下设的风险管理委员会和审计委员会。

企业应以重大风险、重大事件和重大决策、重要管理及业务流程为重点，对风险管理初始信息、风险评估、风险管理策略、关键控制活动及风险管理解决方案的实施情况进行监督，采用压力测试、返回测试、穿行测试以及风险控制自我评估等方法对风险管理的有效性进行检验，根据变化情况和存在的缺陷及时加以改进。企业应建立贯穿于整个风险管理基本流程，连接各上下级、各部门和业务单位的风险管理信息沟通渠道，确保信息沟通的及时、准确、完整，为风险管理监督与改进奠定基础。企业各有关部门和业务单位

应定期对风险管理工作进行自查和检验，及时发现缺陷并改进，其检查、检验报告应及时报送企业风险管理职能部门。

（四）央企应建立健全风险管理组织体系，由董事会就全面风险管理工作的有效性负责。

企业应建立健全规范的公司法人治理结构，股东（大）会、董事会、监事会、经理层依法履行职责，形成高效运转、有效制衡的监督约束机制。其中国有独资公司和国有控股公司应当建立外部董事、独立董事制度，外部董事、独立董事人数应超过董事会全部成员的半数，以保证董事会能够在重大决策、重大风险管理等方面作出独立于经理层的判断和选择。

根据《中央企业全面风险管理指引》的规定，企业的董事会应就全面风险管理工作的有效性对股东（大）会负责。董事会在全面风险管理方面主要履行以下职责：

1、审议并向股东（大）会提交企业全面风险管理年度工作报告；

2、确定企业风险管理总体目标、风险偏好、风险承受度，批准风险管理策略和重大风险管理解决方案；

3、了解和掌握企业面临的各项重大风险及其风险管理现状，做出有效控制风险的决策；

4、批准重大决策、重大风险、重大事件和重要业务流程的判断标准或判断机制；

5、批准重大决策的风险评估报告；

6、批准内部审计部门提交的风险管理监督评价审计报告；

7、批准风险管理组织机构设置及其职责方案；

8、批准风险管理措施，纠正和处理任何组织或个人超越风险管理制度做出的风险性决定的行为；

9、督导企业风险管理文化的培育；

10、全面风险管理其他重大事项。



□ 郝 伟/文

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



□ 田卓亚/文

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

国有企业为何要严禁开展融资性贸易？

前言：

融资性贸易是近年来广泛存在的一种贸易形式，实践中引发了大量法律纠纷，给企业国有资产安全带来了许多风险和挑战。关于融资性贸易的描述多见于国务院国有资产监督管理委员会（以下简称“国资委”）对国有企业投资及经营行为的监管规范中。融资性贸易的表现形式是融资与贸易的结合，借贸易为名，本质上是在开展贸易业务的企业之间进行资金的融通。

2015年以来，由于我国实施稳健货币政策，各大银行的信贷规模紧缩，经济发展驱动力不足，社会可流动资金规模缩小，资金需求量大，供给不足，供需矛盾突出。国有企业相对于民营企业而言，一方面资金实力更强，具有更强的融资能力和融资渠道，能更好的从银行、信贷公司等金融机构获得资金支持；另一方面国有企业也有扩大业务规模、增加盈利、提高营业收入的业绩需求。融资性贸易为国有企业增加营收起到了一定的积极作用，也为民营企业获得经营资金提供了便利。在多种因素的共同作用下，客观上推动了融资性贸易业务的发展和规模的扩大，在实践操

作中已经发展出循环买卖、托盘交易、委托采购、质押监管、保兑仓交易等多种贸易模式。

为加强融资性贸易法律风险研究，2015年下半年国资委政策法规局与北京某事务所共同完成了融资性贸易法律风险防控及管理课题报告。报告分析了我国融资性贸易的发展现状、产生纠纷的原因和特点，介绍了融资性贸易的参与主体及主要形式，通过大量典型案例分析了融资性贸易的商业、法律风险，提出了企业防范和应对融资性贸易纠纷的具体措施，包括加强签约前的资信调查、完善货物管理制度、重视合同条款中对于管辖法院的约定、采取资产抵押等方式规避风险，以及采取先行起诉、申请查封财产、采取刑事手段、申请调取对方内部文档等防范措施。

一、如何界定融资性贸易？

（一）融资性贸易的概念

由于融资性贸易并非法律概念，根据通说以及在实践中，融资性贸易又被惯常称为“贸易型融资”、“供应链金融”，常见于大宗商品贸易领域。融资性贸易是指参与贸易的各方主体在商品及服

务的价值交换过程中，依托货权、应收帐款等财产性权益，综合运用各种贸易手段、金融工具，实现短期融资或增加信用目的，增加贸易主体的现金流量。因此，融资性贸易本质上应基于真实的贸易关系，并通过在贸易各个环节中金融工具的运用，为促成贸易而进行融资，是“贸易+融资”的组合，并非简单的贸易行为或是单纯的融资服务。

根据国资委2017年7月发布的《关于进一步排查中央企业融资性贸易业务风险的通知》(国资财管【2017】652号)，融资性贸易是以贸易业务为名，实为出借资金、无商业实质的违规业务。

(二) 融资性贸易的特征

融资性贸易主要具有如下四个特征：一是虚构贸易背景，或人为增加交易环节；二是上游供应商和下游客户均为同一实际控制人控制，或上下游之间存在特定利益关系；三是贸易标的由对方实质控制；四是直接提供资金或通过结算票据、办理保理、增信支持等方式变相提供资金。“空转”“走单”类贸易业务，虽没有融资性质，但缺乏实物流或现金流，已完全脱离贸易实质，属于虚假贸易业务。

(三) 融资性贸易通常的表现形式

在实践中，融资性贸易通常存在以下五种表现形式：

1、采购合同、销售合同形式简单且具有一致性。合同中一般不明确约定具体的交货时间、交货地点，交货方式一般约定为“仓库交货”，交货时间通常为一个区间段。贸易业务下的采购、销售合同常常格式基本一致，同一货物、金额基本相等，也可能多份合同在同一时间或相近时间签订，仅付款时间存在先后。

2、人为增加交易环节，交易上下游存在关联关系或特定利益关系，企业无加入贸易链条的商业合理性。

3、贸易合同毛利为零或负，或存在明显不合理的异常之处。如：“低卖高买”、合同中未约定市场价格变化的保障机制、商品价格不受市场变化所左右、货物检验由下游单位负责等。

4、不参与交易谈判或货物流转过程，货物未发生实际转移。不见供应商、下游客户、货物的“三不见”贸易形式；通过“走单、走票、不走货”进行交易流转；货物并未发生实际交付和流转，贸易标的始终由一方实质控制等。

5、其他表现形式。如：非专业贸易企业开展的与主业或熟悉领域无关的贸易；贸易形成的仓单、票据等质押融资、信用证期限越来越长等。

二、融资性贸易是如何产生的？

在企业贸易经营过程中，银行根据企业真实贸易背景和上下游客户资信实力，以单笔或额度授信方式，提供银行短期金融产品和封闭贷款，以企业销售收入或贸易所产生的确定的未来现金流作为直接还款来源的融资业务，称为自偿性贸易融资。在现实情况中，由于一些贸易企业缺乏足够的资信，很难从银行通过自偿性的贸易融资解决流动性资金不足的问题。为解决自身资金需求，其中一个办法便是通过与拥有良好银行信用的国企合作，让国企加入贸易链中，以国企名义与客户签订贸易合同，取得银行融资，销售货物后返还一定手续费给相关国企。

一旦实际贸易出现问题，资金链断裂，国企则成为最后支付人，承受巨大损失。而且在这样的贸易过程中，由于上下游客户都由他人控制，存在极大的资金风险、法律风险以及虚开增值税发票等风险。

融资性贸易多表现为民营企业与大中型国企联合，之所以这种方式为各企业所热衷，原因主要有以下三点：

首先，民营企业、中小企业常由于自身资质、资产规模有限、抗风险能力弱等因素，在各类金融机构中的授信额度往往不高，多数中小型民营企业缺乏足够的资信，很难从银行通过自偿性的贸易融资解决流动性资金不足的问题。并且在银行流动资金贷款的实际申请过程中，还需要准备较多的材料，银行审核也十分严格和耗时，因此对企业而言，融资难度大，周期长，而且融资的期限也较难根据企业实际需要进行灵活的配置。

其次，企业之间直接进行资金拆借存在严格的法律限制。我国法律基于对监管难度、逾期风

险和维护金融市场秩序的考量，对企业间的借贷行为设置了比较严格的限制条件。

最后，国有企业在取得银行信贷方面仍具有天然优势，有通过出借自身信用赚取手续费，同时做大企业的营收规模和资金流，企业经营层因此能获得更好的考核的冲动。

三、为什么国有企业禁止开展融资性贸易？

国资委研究中心副研究员周丽莎在接受上证报记者采访时曾表示：“融资性贸易以融资为目的，当企业缺乏足够的资信，无法从银行获得资金时，通过与第三方联合，借用第三方的良好银行信用，凭借与目标客户签订贸易合同，取得银行融资，获得融资后再与第三方分成。”

融资性贸易不同于正常的贸易业务，其中存在的经营风险和法律风险亦不容小觑。由于此类贸易业务的本质目的是在企业之间进行资金的融通，具有占用资金量大、利润率低、业务风险高、收益与风险严重不对等的特点。民营企业应对市场经济环境变化的能力较弱，资金能力有限，到期后无法归还资金，那么将会出现资金断裂，贸易链条无法为继的情形，扰乱正常的市场经济秩序。那么最终承担风险者多是有较强资信能力和提供资金的国有企业，造成国有资产的重大损失。

基于融资性贸易本身的特征和模式，国有企业开展融资性贸易具有极大的风险。主要有以下四点：

一是隐含极大的资金风险。融资性贸易业务具有自偿性，贸易合作方的还款能力、资金实力和还款意愿对资金风险起着关键性作用，也就是说贸易合作方的信用风险很重要，直接影响到贸易资金风险的大小。

虽然国有企业事前也对贸易合作方进行了审查，但由于往往很难像金融企业信贷那样有一套较为完善的制度体系来保障，很大程度上会留下隐患；且从贸易模式看，国有企业没有控制货物，而国有企业预付的资金已被对方掌控，资金结算很难在其监管能力范围内，风险隐患不言而喻。尤其在宏观经济形势下行的情况下，贸易合作方的风险更会顺风而下，向提供融资性贸易支持的

国企传递，进而形成国有企业的巨大债务。为了相应降低贸易的资金风险，虽由贸易合作方的关联企业提供了信用担保，但如果发生系统性风险或事件，不但会使资金风险得不到缓解，更可能会由于关联关系使资金风险进一步扩大，可见，担保措施的不到位也会加大资金风险。

二是存在较大的法律风险。民营企业相对于国有企业来说，获取银行贷款的能力较弱，企业融资较困难，受我国相关金融法律法规禁止企业间直接借贷的约束，因此经常通过一些变相途径，达成融资目的，融资性贸易也由此而生。

正常情况下，资金需求方获得资金，资金融出方获得相应的利益，似乎互惠互利。但资金需求方一旦陷入困境，无法清偿债务，资金融出方如诉诸法律，将会由于此类融资性贸易不具有贸易实质性，而被认定为以贸易为手段开展的企业间资金拆借，很可能一方面被判相关合同无效，包括贸易合同、担保合同等，对于开具发票的贸易，另一方面还被认为是虚开增值税发票，将承担重大损失，成为贸易链中的“冤大头”。

三是存在虚开增值税发票的风险。在融资性贸易中，由于上下游客户都由他人控制，上下游客户之间有时还存在关联关系，很多贸易事实上不存在真实性，但往往又必须开具增值税专用发票，且通常以开票次数为货物的周转次数，按《刑法》规定，无真实贸易的属于虚开增值税发票范畴。就算国有企业照章纳税，但一旦对方企业利用国有公司开具的融资性贸易发票偷逃增值税，其影响就很严重，还有可能被追究法律责任。



四是不利培育企业持续发展能力。受国家紧张货币政策等多种因素影响,社会资金整体偏紧,民营企业乐于通过融资性贸易等合作方式解决资金紧缺问题。国有企业通过与民营企业开展合作贸易,也能从中获取可观的经济效益。但在这些合作经营活动中国有企业是处在配角的位置,市场销售的实现主要依靠的还是合作方。从长期看,如国有企业过多依赖这种贸易方式,大量的资金信用被各类企业占用,荒废自身主营业务,将不利于提升自己的市场竞争能力。

四、融资性贸易相关监管法规梳理

2013年4月,国资委发布《关于进一步加强中央企业大宗商品经营业务风险防范有关事项的紧急通知》(国资厅发评价【2013】31号),通知明确:严禁开展无商品实物、无货权流转或原地转库的融资性业务,已开展的应限期整改退出;资产负债率高、经营亏损严重、现金流紧张、风险管控能力差的企业不得开展融资性贸易业务。

2014年11月,国资委发布《关于做好2014年度中央企业财务决算管理及报表编制工作的通知》(国资发评价【2014】175号),要求各中央企业严格收入成本确认标准,不得跨期确认收入和结转成本费用,严禁通过虚构交易、循环交易等方式人为做大经营规模的行为,对无交易实质的“空转”贸易以及变相融资行为不得按照贸易业务确认收入。

2015年5月,国资委发布《关于中央企业所属子企业违规开展融资性贸易等业务有关问题的通报》(国资评价【2015】392号),对2014年以来6家中央企业违规行为进行了通报,并要求各中央企业高度重视大宗商品业务风险防范,进一步加强业务管理,持续跟踪排查,严明纪律,从严管控,严格禁止无商业实质的融资性贸易业务。

2016年8月,国务院办公厅发布《关于建立国有企业违规经营投资责任追究制度的意见》(国办发【2016】63号),关于责任追究范围“国有企业经营管理有关人员违反国家法律法规和企业内部管理规定,未履行或未正确履行职责致使发生下列情形造成国有资产损失以及其他严重不良后果的,应当追究责任。”其中,购销管理方面

的情形包括:未按照规定订立、履行合同,未履行或未正确履行职责致使合同标的价格明显不公允;交易行为虚假或违规开展“空转”贸易;利用关联交易输送利益;未按照规定进行招标或未执行招标结果;违反规定提供赊销信用、资质、担保(含抵押、质押等)或预付款项,利用业务预付或物资交易等方式变相融资或投资;违规开展商品期货、期权等衍生业务;未按规定对应收款项及时追索或采取有效保全措施等。

2017年7月,国资委发布《关于进一步排查中央企业融资性贸易业务风险的通知》(国资财管【2017】652号),通知指出融资性贸易是以贸易业务为名,实为出借资金、无商业实质的违规业务。明确了融资性贸易的特征,要求各中央企业彻底排查融资性贸易,一经发现要立即停止退出,并严禁开展“空转”“走单”等各类虚假贸易业务。

2018年7月,国资委发布《中央企业违规经营投资责任追究实施办法(试行)》(国资委令37号),第九条购销管理方面的责任追究情形:(一)未按规定订立、履行合同,未履行或未正确履行职责致使合同标的价格明显不公允。(二)未正确履行合同,或无正当理由由放弃应得合同权益。(三)违反规定开展融资性贸易业务或“空转”“走单”等虚假贸易业务。(四)违反规定利用关联交易输送利益。(五)未按规定进行招标或未执行招标结果。(六)违反规定提供赊销信用、资质、担保或预付款项,利用业务预付或物资交易等方式变相融资或投资。(七)违反规定开展商品期货、期权等衍生业务。(八)未按规定对应收款项及时追索或采取有效保全措施。

2021年2月,国资委发布《关于加强地方国有企业债务风险管控工作的指导意见》(国资发财评规【2021】18号),要求通过加强“两金”管控、亏损企业治理、低效无效资产处置、非主业非优势企业(业务)剥离等措施,提高企业资产质量和运行效率。严控低毛利贸易、金融衍生、PPP等高风险业务,严禁融资性贸易和“空转”“走单”等虚假贸易业务,管住生产经营重大风险点。



□ 郭明/文

郭明律师，中国政法大学法学博士研究生。2010年成为北京中伦文德（天津）律师事务所高级合伙人。从事律师工作20年，擅长房地产、建设工程、劳动争议、交通事故等重大、疑难、复杂案件；又基于刑法学从教经历和理性敏捷的逻辑思维、严谨强势的善辩口才，特别专注于刑事辩护，办理数十件撤案、不起诉、无罪、免予处罚、缓刑、免死成功案例。

曾作客广播电台新闻台、经济台、生活台、滨海台直播间，解答听众的法律咨询；天津电视台、《天津日报》、《今晚报》、《每日新报》、《城市快报》等媒体均有案件报道。在《法学杂志》、《人民法院报》发表学术、实务文章数篇。

犯罪嫌疑人揭发以自己为被害人的犯罪行为应当认定立功

【案情】

2022年夏天，小北（男，24周岁）报警称：与小西（女，12周岁）发生性关系后，被该女子朋友区某某（男，25周岁）敲诈5万元钱。

【分歧】

本案中，对于认定小北、区某某的行为分别构成强奸罪、敲诈勒索罪无异议，本案的争议焦点是小北的揭发行为能否认定立功。

一种观点认为，小北揭发的犯罪行为，其自身是被害人，本质上应当属于控告，不属于揭发他人犯罪的行为。作为被害人有报案的义务，属于义务范围内的行为。

另一种观点认为，嫌疑人揭发自己作为被害人的他人犯罪，在不违规违法的情况下，线索来源正当合法，经查证属实，符合立功规定的，同样符合立功的立法旨意和精神，应当认定为立功。

笔者赞同第二种观点。

【评析】

《刑法》第六十八条规定，立功是指“犯罪

分子有揭发他人犯罪行为，查证属实的，或者提供重要线索，从而得以侦破其他案件等表现”。

在刑法中揭发他人犯罪应当指将未被侦查机关掌握的犯罪事实揭露出来。被害人报案（尚未被有关机关掌握的案件）的行为同时也属于揭发他人犯罪的行为。

因为立功制度的出发点是鼓励犯罪分子检举揭发其他犯罪，以更充分地实现刑法惩治犯罪、预防犯罪的目的。这对及时地侦破其他案件，缉捕犯罪分子，有效地遏制犯罪，教育改造好犯罪分子，充分发挥刑罚的功能等具有十分重要的作用。

一、本案的揭发主体适当

《刑法》第六十八条规定的立功，不同于其他领域中的立功，刑法上的立功主体被限定为“犯罪分子”。

只要是犯罪分子就可以成为立功的主体，换言之，并没有因为嫌疑人同时具有了被害人的身份，而否定其揭发犯罪行为构成立功的权利，法无明文限制即允许。作为被害人，是否揭发、何时揭发犯罪是权利，而非义务，在其犯罪后揭发

获得立功的机会，应当允许。

立功行为更在意的是对违法犯罪事实加以科处，而不受揭发者与被害者之间的关系限制，故不应将同时具备犯罪嫌疑人和被害人双重身份的主体身份排除在“犯罪分子”之外。

二、本案犯罪线索来源正当合法

因认定具有立功情节对于犯罪嫌疑人从轻、减轻处罚意义重大，实践中也滋生出多种“灰色立功”行为，为维护立功行为的合法和正当性，《最高人民法院关于处理自首和立功若干具体问题的意见》（法发〔2010〕60号）对立功线索来源作了必要的限制，犯罪分子将从以下几种途径获取的他人犯罪线索予以检举揭发的，均不能认定为立功：（1）通过购买、暴力、胁迫等非法手段获取的线索；（2）被羁押后与律师、亲友会见过程中违反监管规定获取的线索；（3）本人以往查办犯罪职务活动中掌握的线索；（4）从负有查办犯罪、监管职责的国家工作人员处获取的线索；（5）犯罪分子亲友为使犯罪分子“立功”，向司法机关提供他人犯罪线索、协助抓捕犯罪嫌疑人的线索。最高院《意见》对上述五种情形作出了“排除性”规定。

本案所述的情形并不属于法律、司法解释排除在外的情形，而是嫌疑人作为被害人亲历的犯罪线索，来源正当合法，应当予以认定。

三、本案认定立功符合平等适用刑法原则

针对第一种观点提出的不认定的理由之一，即可能违背平等适用刑法原则。笔者认为，将此类行为认定为立功，反而是公平正义的体现。

从有利于揭露、惩治犯罪评价，作为有被害人的犯罪，既侵犯了被害人的权益，也同时侵犯了国家和社会的秩序。立功制度在于鼓励犯罪分子到案后实施有利于预防、查获、制裁犯罪的举止，具有帮助司法机关查获犯罪的积极功能。

被害人揭发犯罪虽然兼具控告的性质，但其

揭发行为同时符合立功的要件，其揭发行为在实现立功制度的立法意图和客观功能方面的积极作用是同样具备的。如果仅因其一个并没有被法律所排除的被害人身份而否定其立功行为，反而是司法的不公。

四、敲诈勒索事实不属于小北如实供述的义务

本案中，虽然区某某以小北涉嫌强奸罪为由勒索钱财，但强奸、敲诈勒索两个罪名仅在与犯罪构成无关的事实方面存在联系，并不具有必然的联系，是小北所犯强奸罪之外的可有可无的新的犯罪。

参照立功解释中关于“对合犯”的相关规定，如行贿人归案后供述的关联受贿事实，因其在事实和法律上均存在密切关联，不应认定行贿人构成立功。本案中，一方面，强奸罪与敲诈勒索罪本身在法律上既非对合犯，也非上下游犯罪，不能据此认为两罪在法律上存在密切关联。因此，敲诈勒索部分不属于小北如实供述的义务，反而是权利。

任何人都有揭发、检举他人罪行的权利，包括被害人。虽然被害人有报案的义务，但这种义务更倾向于道德上的义务，因为即使不履行该义务，也不会因此受到惩罚，刑法并未明确规定被害人有揭露犯罪的义务，只有特定的国家机关才有揭露犯罪、惩罚犯罪的法定义务；或者说被害人报案是维护自己权益的一种权利，被害人可以放弃这种权利。

五、立功在立法层面并未规定犯罪分子的主观心态

只要存在揭发他人犯罪的客观表现，而不管是否积极主动所为，都可能构成立功。客观上，敲诈勒索案件得以侦破，节省了侦查机关的人力物力财力，提高了司法机关办理刑事案件效率，体现出节约司法资源的宗旨。

中伦
文德



□王向阳/文

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

国家核证自愿减排量及其风险控制

引言

全国碳排放权交易市场自 2021 年 7 月 16 日开市以来，在一年多的时间里展现出井然有序、逐步优化的态势，在实现碳中和、碳达峰目标的问题上发挥了十分可观的作用。目前，全国碳排放权交易市场采用登记机构与交易机构相互独立的管理方式，并与试点地区碳排放权交易市场同时运行。生态环境部于 2022 年 10 月底的例行新闻发布会上表示，未来将进一步强化市场功能，在碳市场平稳运行的基础上，逐步扩大全国碳市场的行业覆盖范围，丰富交易主体、交易品种和交易方式。而作为全国碳排放权交易市场重要补充的国家自愿减排交易机制，对其进行进一步完善举措也被生态环境部提上日程。关于国家自愿减排交易机制，近两年最受关注的话题莫过于何时重新启动国家核证减排量的备案和签发。虽然目前来看，国家核证自愿减排量的备案和签发在 2022 年结束前重启的可能性并不大。但是，10 月底的这场新闻发布会仍透露出重启的准备工作正在推进之中，各方都有必要提前做好准备，对国家核证自愿减排量及其风险控制具备一定程度的认知。

一、CCER 概述

（一）性质与定义

国家核证自愿减排量（China Certified Emission Reduction, CCER）在性质上属于碳资产 [1]，碳资产从产生方式来看可以分为强制和自愿两种。目前，我国《碳排放权交易管理办法（试行）》（以下简称《办法》）中指出的碳排放权交易产品“碳配额”，就属于强制产生的碳资产。而自愿产生的碳资产在国内一般就是指 CCER。

CCER 在《办法》中有比较明确的定义，其要点有三，一是温室气体减排项目需在我国境内，二是项目的减排效果需要进行量化核证，三是要在注册登记系统中登记，登记后的温室气体减排量即为 CCER。换言之，企业出于履约或碳中和等目的，自愿建设减排项目，与不存在这一机制时最有可能建设的其他项目所产生的排放量相比，减少了的那一部分排放量，在获得备案后就是 CCER。典型的 CCER 项目如风电、光伏、水电、生物质等可再生能源项目，甲烷回收利用项目，林业碳汇项目，等等。

（二）源起与趋势

中国是《京都议定书》的缔约国之一。《京都议定书》于2005年正式生效，其建立的清洁发展机制（Clean Development Mechanism, CDM）允许发达国家在发展中国家的领土上实施能够减少温室气体排放或者从大气中消除温室气体的项目，并据此获得核证减排量（Certified Emission Reductions, CERs）。发达国家可以利用项目产生的CERs抵消、减扣本国的温室气体减排义务。

CDM在我国经过了广泛的实践，发布了《清洁发展机制项目运行管理暂行办法》等一系列文件。但是，《京都议定书》的一期承诺到2012年截止后，各缔约国未能达成新的协议，原定在哥本哈根气候大会上讨论后续方案的计划搁浅。由于全球经济萧条、欧盟下调减排目标等原因，清洁发展机制的项目数量持续减少，其市场当今几乎处于停滞状态。在清洁发展机制市场萎靡的情况下，我国结合本国国情，以《温室气体自愿减排交易管理暂行办法》为标志，建立了国家核证自愿减排量机制，解决了国内自愿减排市场信用体系空缺的问题。

目前CCER签发已暂停近5年，停止受理的原因除官方通报的“交易量小、个别项目不够规范”等问题，最主要的原因是全国碳市场开市之前，CCER整体“供大于求”，暂缓受理可以在一定程度上消耗库存。而近两年，随着全国碳交易市场的正式启动，有关CCER重启的呼声时而有之，相关文件[2]也体现出重启的迹象。就在2022年10月27日的中华人民共和国生态环境部新闻发布会上，生态环境部应对气候变化司司长李高表示，生态环境部将加快推动温室气体自愿减排交易市场建设的各项工作取得实效，力争尽早启动符合中国国情、体现中国特色的温室气体自愿减排交易市场。因此，CCER的重启已然成为一种趋势，这与CCER在发展过程中体现出的种种价值优势有着密不可分的联系。

二、CCER的应用价值

（一）提高主体积极性

CCER在提高主体开发减排项目积极性方面的作用不容忽视，这是由于其带来的收益不仅限于出售减排量获取的部分。从长期经营的角度来讲，出售减排量的收益可以用于企业的技术进步，技术进步又能为企业的后续项目带来更显著的额外性，进一步获取收益。这种积极性有助于市场的活跃和低碳技术推广，使碳交易更好地为我国“双碳”目标服务。

（二）作为碳配额的有力补充

一方面，CCER可以用于全国碳市场下重点排放单位的抵消，提供了除碳配额之外的另一种履约机制，使碳交易市场更加活跃。虽然温室气体自愿减排交易市场的建设仍在推进过程中，目前全国碳市场只能交易碳配额，不能直接交易CCER，但是根据《办法》第二十九条，重点排放单位每年可以使用国家核证自愿减排量来抵消不超过5%的应清缴碳排放配额。另一方面，虽然未来的情况还不得而知，但是当前，CCER还可以继续由试点碳市场的重点排放单位用于抵消试点地区的配额。

（三）为企业提供碳中和途径

CCER为企业提供碳中和途径的依据是多样化的，根据不同的领域和项目类型而异。例如，在《大型活动碳中和实施指南（试行）》推荐的使用碳配额或碳信用进行抵消的优先顺序中，第二位就是CCER。[3]再如，2020年3月，国际民航组织理事会审议通过了其技术咨询小组出具的关于国际航空碳抵消和减排计划（CORSIA）合格减排项目体系的评估报告。其中认可的6个减排项目体系将中国温室气体自愿减排项目包含在内，可在2021年至2023年的国际航空碳抵消和减排计划试点期内为其提供合格碳减排指标。

（四）促进发展绿色金融

CCER具有国家公信力强、市场收益预期高等优点，自带标准化、易分级等属性，是发展碳金融产品的良好载体，适合作为金融资产开展碳金融活动。从世界范围内的成熟碳市场，如欧盟碳交易市场的发展经验来看，碳金融衍生产品如

碳期货、碳期权等，对于碳市场的流动性和有效性具有显著的促进作用。但是，当前我国碳市场仍以现货交易为主，碳金融衍生品的种类较少、交易规模较小，发展 CCER 对于我国碳金融市场的扩大与成熟具有重要意义。

三、CCER 存在的风险

（一）供应过剩的风险

CCER 市场长期处于供给过剩的状态，但是现阶段的这种状态不甚明显，甚至出现 CCER 供给不足的趋势，个中缘由可从供给和需求两方面来看。供给方面，从 2017 年备案申请暂停至今，市场供应逐渐呈现稀缺状态，随着每年重点排放单位的履约抵消，存量被消耗以致不断减少。而从需求的角度，现阶段仅有电力行业被纳入了碳交易市场，年碳排放总量约为 40 亿吨，按 5% 的抵消上限计算，核证自愿减排量的需求应达每年 2 亿吨左右。

虽然在钢铁、有色、建材、航空等高能耗行业逐步纳入全国碳市场的过程中，CCER 的需求量或将进一步提升，但如果项目备案真正重启，CCER 的供给也会相应增加，供给过剩的局面仍是值得注意的风险。

市场之所以供给过剩，一方面，我国碳市场成立初期采取的是一种较为宽松的碳配额分配方案，作为重点排放单位的主体也偏少，因此实际需求有限；另一方面，由于各试点碳市场对 CCER 的使用设置了抵消比例、地区来源、项目类型等限制性规定，导致能满足限制条件用于当地重点排放单位履约抵消的数量有限，不满足限制条件的则在市场中空转。

此外，部分项目质量不佳，实际减排效果不及预期，也会导致供应过剩。项目质量不佳的成因，一是为增加减排量，部分方法学将基准线数据设定得过低，使得根据这一方法学开发的项目，其减排量超出实际。二是项目业主更倾向于选择开发技术难度低、减排量容易获得签发的项目，但这些项目中有一些在建设过程中会对环境产生负面效应，导致实际的环保价值很低。

（二）交易透明度不足的风险

试点地区的国家核证自愿减排量现货交易方式包括线上公开交易和线下协议交易，前期多数以线下协议的方式进行，仅有少数大宗产品采用线上公开交易的方式，并且线上公开交易的成交价格远高于线下协议交易的价格。后者的透明度不足，不利于交易主体对价格走势的判断，更不利于监督主体识别风险。

（三）与绿电等重复计算的风险

碳排放权交易并非我国鼓励低碳减排的唯一政策工具，还包括诸如绿色电力市场化交易、绿色电力证书认购交易等。这些政策工具之间时有冲突。例如，当前我国暂时欠缺协调绿电交易与碳排放权交易两种政策工具的机制，因此，开发可再生能源发电项目的企业可以凭借同一项目，同时在两个体系下进行交易，这会导致新能源发电项目的环境权益价值被重复计算。

（四）开发周期长的风险

CCER 开发流程复杂，大体可分为项目备案和减排量备案两个阶段。如若将流程进一步细分，那么一个完整的项目会包括诸多步骤。常规项目在理想的情况下至少需要 8 到 10 个月的时间，才能开始交易，而个别项目如林业碳汇，则要更久。

国家核证自愿减排量作为一种服务于国家减排目标的政策工具，与之相关的主体容易受到各种政策的影响，因此较长的开发周期必然导致项目风险增大。政策的稳定性和政策执行的持续性是项目能够实现预期减排效果的关键因素。从实施情况来看，并非所有的项目都能严格按照原计划执行下去，并获得计入期之内的减排收益。2017 年的停止项目审批，就导致大量项目未实现减排量签发，获得减排量备案的项目不到审定项目的 10%。

四、风险控制的相关建议

（一）缓解供需失衡问题

主管部门首先需要合理评估不同阶段全国碳

交易市场的 CCER 需求，要考虑到全国碳配额分配方案的政策松紧，设定相对明确的供给量标准。其次，应当根据供给量标准调控项目备案与减排量备案的进度。此外，还要对项目质量进行严格把关，环境效益低的项目应当审查基准线数据的准确度，避免质量低的项目充斥市场，进一步影响供需关系。

从行业范围的角度来看，根据北京环境交易所的研究，如果未来碳交易市场扩容至八个行业，碳排放总量将会达到每年 70 亿吨到 80 亿吨，CCER 的需求量达到每年 3.5 亿吨到 4 亿吨。因此，不断吸纳新的行业进入全国碳交易市场也会有助于供需关系的改善。

（二）完善交易信息披露

重启工作必须着重考虑建设统一的信息公开渠道，或建立全国性的交易市场，提高交易平台信息透明度，这就需要从两方面来探讨。

信息透明度一方面涉及违规行为的问题。在项目签发备案及交易过程中，出于信息不对称、违规成本低等因素，违法违规行为无法得到有效的约束。因此，对于减排量造假、内幕交易等违法违规行，应建立一套明确且严格的处罚机制，进一步规范市场参与者的行为，并对处罚的原因和内容进行定期披露。

另一方面，交易所、主管机构和交易主体应联合构建 CCER 交易信息披露制度，减少信息不对称，实现碳交易市场的透明与规范。交易所应逐笔公示交易方、交易量和交易价格等基本交易信息。

（三）协调多种政策工具

为消除绿电、绿证、CCER 等政策工具之间的矛盾，使其相互配合，最大限度地发挥碳减排效应，助力“双碳”目标，应当明确何种项目适用于何种政策工具，强调项目之间的差异化管理，尤其重视协调机制的设立，令各个政策工具的相关领域之间得以有效衔接、相互融合。例如，在

进行碳市场和绿电市场的配套衔接时，规定在这些政策工具之间只能选其一开发。随着可再生能源发电项目数量越来越多，成本越来越低，此类项目的额外性也就愈发不明显。所以，一些碳资产注册机构已经不再允许可再生能源发电项目的注册和签发。我国的相关规则尚未明确，但这些项目即使在未来不能开发成 CCER，也可以通过其它形式开发成资产，比如绿证或者其它国际碳资产。需要注意的是，项目备案如若重启，新能源发电项目的业主要根据项目特点与交易目的，选择合适的开发方式，避免重复开发。

（四）密切关注最新动态

我国碳排放权交易市场的法律政策尚未完全确定，主管部门可通过政策来调整抵消比例、碳配额松紧程度，从而影响 CCER 的需求。现行《温室气体自愿减排交易管理暂行办法》是国家发改委在 2012 年发布的，其修订已提上日程。如果重启，项目主管部门的变动，法律法规的修订，可能带来项目类型要求、备案规则、开发方法学的影响。另外，发改委 2017 年暂缓受理温室气体自愿减排交易备案申请时，于附件同时公布了《尚未备案的申请事项清单》，其中共有 592 个事项。这些项目等到机制重启之后的准入问题也十分关键。如果全面接纳，势必会引起项目量的剧增，交易价格断崖式下跌；如果部分接纳，将对阈值标准的权衡有着严格的要求。因此，有必要密切关注国家法规、政策的变动情况，以便对市场进行预测、及时调整规划。

注释：

- [1] 中国证券监督管理委员会发布的《碳金融产品》（JR/T 0244-2022）提及并解释了碳资产（Carbon Asset）这一概念，指由碳排放权交易机制产生的新型资产，主要包括碳配额（CEA）和碳信用（offset credits）。
- [2] 如《关于深化生态保护补偿制度改革的意见》和《北京市“十四五”时期现代服务业发展规划》。
- [3] 第一是全国或区域碳排放权交易体系的碳配额，第三是经省级及以上生态环境主管部门批准、备案或者认可的碳普惠项目产生的减排量，第四是经联合国清洁发展机制或其他减排机制签发的中国项目温室气体减排量。



□ 武 坚/文

武坚律师，中伦文德高级合伙人、监督小组成员，政府法律顾问专业委员会主任、基础设施专业委员会主任，中央财经大学博士研究生，获评《亚洲法律杂志》“客户首选律师”、《商法》杂志“中国业务优秀律师”，具有上市公司独立董事资格、证券从业资格、军工保密咨询证书和并购交易师证书。



□ 刘培峰/文

刘培峰，北京市中伦文德律师事务所合伙人、破产重组法律专业委员会主任、国际商事调解中心负责人，北京市律师协会破产与清算法律专业委员会副主任，最高人民检察院民事行政案件法律专家，北京市法学会债法学研究会常务理事、破产法专业委员会主任，北京市破产法学会监事，北京多元调解发展促进会调解员。业务领域为：企业破产重组、企业并购及商事争议解决。



□ 邵 悦/文

邵悦律师，北京市中伦文德律师事务所执业律师，毕业于外交学院国际法系，执业领域为破产重整与清算、争议解决。曾为多家大型国企和上市公司提供法律服务，拥有丰富的房开企业重整经验和商事争议解决经验。

房地产开发企业重整案件中施工方交纳的 保证金及利息的处理

引 言

房地产开发过程中，施工方根据房地产开发企业（下称“房开企业”）的要求交纳保证金是一种常见现象。房开企业进入重整程序后，施工方往往希望其交纳的保证金得到优先清偿，管理人因此经常陷入两难境地。一方面，将保证金确认为优先债权缺少法律依据，另一方面，施工方往往同时兼具主要债权人和续建施工方双重身份，对重整成功与否有着重要影响。就如何妥善处理重整案件中施工方交纳的保证金及利息这一问题，笔者以曾办理过的真实案件为例，与广大读者分享思路和心得。

一、案情简介

本案系一起房开企业重整案件，债权人甲公司作为当地民营龙头施工企业，2013年6月5日作为总包方介入债务人乙公司名下唯一房地产开发项目（下称“项目”），2019年初，项目因乙公司资金链断裂而成为烂尾楼盘。甲公司作为申请人，以乙公司不能清偿到期债务为由，向法院申请对乙公司进行重整，乙公司重整一案经法院裁定受理。管理人依法接管乙公司后，接受债权人甲公司提交的债权申报材料及七次补充债权申报材料。经反复协商，管理人决定由甲公司作为项目续建施工方，并且乙公司与甲公司、投资人已

签订《续建工程协议》。经管理人公开聘请的造价鉴定机构鉴定，各方认可已完工程造价金额，对工程款优先债权的审查无异议。乙公司在施工过程中交纳有1080万元保证金，甲公司主张应将1080万元保证金及约定利息认定为工程款优先债权。对于1080万元保证金及约定利息的处理问题，各方意见不一致，实际上，这个问题也成为决定乙公司重整能否成功的关键。

二、关于1080万元保证金的基本事实

根据甲公司提交的证据材料及管理人调查了解，与1080万元保证金债权有关的基本事实如下：

1.2013年6月5日，合法施工方甲公司法定代表人A向债务人乙公司法定代表人B个人账户支付1080万元，备注“保证金”。甲公司主张上述1080万元为甲公司向乙公司支付的履约质量保证金，上述资金全部转入乙公司法定代表人个人账户，通过会计师核查乙公司银行流水，B未将上述1080万元转入乙公司银行账户。后经核实，B的账户与乙公司账户混同。

2.2014年6月16日，甲公司作为施工方与乙公司作为发包方签订《施工协议书》第十三条约定，“本协议签订时，甲公司须向乙公司交纳1080万元履约质量保证金。履约质量保证金的返还：主体封顶完成验收合格后（含砌体完成）返还50%，下剩保证金至竣工结算后一次性无息付清”。

3.2014年9月26日，甲公司与乙公司通过招投标签订《建设工程施工合同》。该合同在2014年10月9日备案于区招标办。

4.2018年8月22日，甲公司与乙公司签订《补充协议书》。该补充协议对于2014年6月16日签订的《施工协议书》第十三条约定的履约质量保证金做出补充约定，同时约定商业及车库的质量保证金以从应付工程款中预留的方式收取。

《补充协议书》第六条约定，“经双方协商结算，对甲公司按原2014年6月16日的施工协议书中第13条约定交纳的1080万元人民币履约质量保证金计算利息为600万元人民币，以后不再计息，由乙公司以增加工程量的方式于竣工结算时支付”。

《补充协议书》第七条约定，“乙公司承诺陆续退还1080万元履约保证金及600万元约定利息。退还顺序为：其中400万元于本补充协议签订之日起3日内支付；在节点1再向甲公司支付人民币480万元；在节点2再向甲公司支付400万；余额400万在节点3退完，其间不再计息”。

5.2020年11月9日，甲公司向管理人提交债权申报材料。甲公司申报债权金额中保证金1280万元（包含保证金本金1080万元，保证金利息200万元）。

甲公司在其向管理人提交的《债权申报书》中称：“我公司交纳1080万元的履约质量保证金，利息为600万元，合计1680万元。乙公司只于2018年8月27日退回400万元，剩余的1280万元尚未退回”。

6.2021年9月8日，乙公司与甲公司、投资人签订《续建工程协议》约定，“本协议签署之日起，除本协议、《施工协议书》及《建设工程施工合同》之外双方签署的其他与标的工程相关的合同、协议等文件尚未履行的不再履行，双方互不承担违约责任”。

7.2021年9月28日，乙公司破产重整案召开债权人会议，债权表中对甲公司申报的1280万元保证金债权认定为普通债权。

8.2021年10月13日，甲公司向管理人提交债权异议材料，认为甲公司的1280万元保证金债权应为工程款优先债权，并进行了论证。

三、管理人处理过程中遇到的法律问题

1.1080万元保证金性质属于履约保证金还是质量保证金？

2.甲公司对1080万元保证金是否享有取回权？

3.若甲公司就1080万元保证金及利息向管理人申报债权，其属于普通债权还是工程款优先债权？

4.1080万元保证金是否应被认定为共益债务？

5.甲公司作为重整程序中的续建方，继续履行《施工协议书》及《建设工程施工合同》保证金及利息后续应如何处理？

四、关于该笔保证金及利息的处理意见

（一）1080 万元保证金性质属于履约保证金还是质量保证金

首先，在《建设工程施工合同》和《补充协议书》中，已通过从应付工程款中预留的方式约定质量保证金。在已约定质量保证金的情况下，《补充协议书》第六条约定的履约质量保证金的性质不应再认定为质量保证金，否则与协议中关于质量保证金的约定重复。

其次，关于履约保证金和质量保证金的支付方式。根据《建设工程质量保证金管理办法》第二条第一款规定，“本办法所称建设工程质量保证金是指发包人与承包人在建设工程承包合同中约定，从应付的工程款中预留，用以保证承包人在缺陷责任期内对建设工程出现的缺陷进行维修的资金”。因此，质量保证金应采用从应付工程款中预留的方式支付，而履约保证金则采用预付的方式，由建设工程施工方先行支付给房地产公司。甲公司主张的 1080 万元采用的是预付方式，符合履约保证金的支付方式。

再次，关于履约保证金和质量保证金的保证期间。履约保证金保证期间通常为合同签订后到工程竣工交付前，工程质量保证金的保证期间通常为工程竣工交付后到缺陷责任期满前。究其原因，履约保证金是保证承包人在合同执行过程中不违约，而工程质量保证金是保证承包人在缺陷责任期内对建设工程出现的缺陷进行维修。根据《建设工程施工合同》和《补充协议书》约定的保证期间，1080 万元保证金的性质应为履约保证金。

最后，关于履约保证金和质量保证金的付款时间。履约保证金为保证工程履行，通常在建筑工程竣工后返还。而质量保证金为保证工程质量，通常在质量保证期结束后支付。甲公司主张的 1080 万元保证金随项目建设进度分批支付，目的系为保证项目履行，并非起到质量保证的作用，不符合质量保证金保证质量的性质，但是符合履约保证金保证项目履行的性质，应当属于履约保证金。

综上，1080 万元保证金的性质为履约保证金，而非质量保证金。

（二）甲公司对 1080 万元保证金是否享有取回权

《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》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”。

司法实践中，关于行使取回权取回保证金需要如下条件。参照最高人民法院（2020）最高法民申 5423 号案例，案涉工程履约保证金系通过银行转账方式向发包人一般账户支付，并未以封金、保证金账户或者其他专户的形式予以特定化，金钱作为一般种类物，该款项在发包人收取后即为其所有，故施工人行使取回权于法无据。参照最高人民法院（2021）最高法民申 4928 号案，收条上虽载明用途为保证金，但货币作为一般等价物，交付之后即与债务人的其他资金产生混同。债权人请求取回应举证证明该款项在交付后仍能与债务人的其他资金清晰区分，即具备特定化的特征，但没有证据证实款项已经以特户、封金、保证金等形式予以特定化，仅是双方在合同中约定该款项性质是保证金以及收条标明该款项为保证金，并不足以证实保证金的付款人仍为该货币的所有权人。

甲公司将 1080 万元履约保证金汇入乙公司法定代表人 B 的个人账户，未汇入专门的保证金账户，亦没有采用封金的形式将保证金特定化，因此甲公司不享有取回权。

(三) 若甲公司就 1080 万元保证金及利息向管理人申报债权, 其属于普通债权还是工程款优先债权

根据《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释(一)》第四十条规定, “承包人建设工程价款优先受偿的范围依照国务院有关行政主管部门关于建设工程价款范围的规定确定。承包人就逾期支付建设工程价款的利息、违约金、损害赔偿金等主张优先受偿的, 人民法院不予支持”。司法实践中, 关于履约保证金的性质, 最高法作出如下判例。

参照最高人民法院(2019)最高法民终 237 号案, 履约保证金、利息、招标代理费均不属于工程款项。参照最高人民法院(2014)民一终字第 181 号案, 建设工程价款优先受偿权所保护的范畴系投入或者物化到建设工程中、对建设工程所产生增值部分的工作人员报酬、材料款等实际支出的费用, 在发包人欠付工程款的情况下, 施工人由于无法取回其“实际投入”或者物化到建设工程中的该部分价值, 因此设定一种对拍卖价款的物上代位, 即施工人可以从该工程拍卖或者折价款项中优先取得其实际投入或者物化到建设工程中的价值, 对于未“实际投入”到建筑物中的价值, 无论其表现形式如何, 均不能对建设工程取得优先受偿的地位。

因此, 履约保证金不属于工程款优先权受偿范围。若甲公司就 1080 万元保证金及利息向管理人申报债权, 履约保证金不属于工程款优先权受偿范围, 其性质应认定为普通债权。

(四) 1080 万元保证金是否应被认定为共益债务

《破产法》第四十二条第一款规定, “人民法院受理破产申请后发生的下列债务, 为共益债务: (一) 因管理人或者债务人请求对方当事人履行双方均未履行完毕的合同所产生的债务”, 根据上述规定, 人民法院受理破产申请后, 对破产申请受理前成立而债务人和对方当事人均未履行完毕的合同, 管理人有权决定解除或者继续履行。如果管理人决定继续履行合同的, 其在请求对方

当事人履行合同的同时, 也需要履行合同义务, 由此产生新的债务即为共益债务。

参照浙江高院(2022)浙民再 111 号案的裁判思路, 履约保证金是债权人担保施工合同履行在破产申请受理前即已支付并由债务人负责返还, 并非债权人因后续履行配合债务人进行工程竣工验收义务而对债务人产生的新的对应债权, 亦难谓债务人在其破产申请受理后为全体债权人利益而负担的新的债务。因此债权人主张履约保证金属于共益债务, 于法无据, 不予支持。

本案中, 甲公司主张的 1080 万元履约保证金亦在破产申请受理前产生, 并非项目续建过程中为全体债权人利益而负担的新债权, 因此不应认定为共益债务。

(五) 甲公司作为重整程序中的续建方, 继续履行《施工协议书》及《建设工程施工合同》, 保证金及利息后续应如何处理

1. 如履约保证金本金可于约定条件满足时返还

管理人建议, 甲公司作为重整程序中的续建方, 可以撤回对履约保证金及利息的债权申报, 履约保证金本金按照《施工协议书》及《建设工程施工合同》的约定满足条件后返还。参照最高人民法院(2020)最高法民申 3043 号案, 进入破产重整程序后, 已收取未返还的履约保证金应确认为破产债权, 对相关未完工工程及未开工工程部分履约保证金如何返还、能否作为共益债务, 属于双方破产重整程序中的合同履行问题, 双方可妥善协商处理, 不属于破产债权确认范畴。

同时, 参照安徽高院(2017)皖民终 261 号案, 对于后续工程是否需要保证金, 已交纳的保证金中的未到支付节点部分是作为现有债权在重整计划中安排清偿, 还是将其转为后续工程的保证金, 应由管理人根据双方的协议及债务人的债权债务和后续营业情况, 在重整计划中予以确定, 并报债权人会议通过及人民法院批准, 不属于请求人民法院确认破产债权的范围; 或者说, 债权人关于保证金的诉请内容实质属于对债务人现有破产债权如何清偿和处理的范畴, 应由重整计划予以安排和处理。上述意见在该案关联案件最高人民法院(2020)最高法民申 2901 号案中亦得到最高

人民法院支持。

根据甲公司与乙公司签订的《续建工程协议》第六条第三款约定，“本协议签署之日起，除本协议、《施工协议书》及《建设工程施工合同》之外双方签署的其他与标的工程相关的合同、协议等文件尚未履行的不再履行，双方互不承担违约责任”，双方应继续执行《施工协议书》的约定。

根据《施工协议书》第十三条约定，“本协议签订时，甲公司须向乙公司交纳1080万元履约质量保证金。履约质量保证金的返还：主体封顶完成验收合格后（含砌体完成）返还50%，下剩保证金至竣工结算后一次性无息付清”，因此履约质量保证金应待主体封顶验收合格后开始返还，目前尚未达到返还条件。

同时，从平衡续建企业、债务人、投资人、续建企业以外的其他债权人各方利益的角度考虑，继续履行《施工协议书》不损害各方合法权益，同时有利于项目后续建设，缓和续建企业与清算组之间矛盾，有利于重整成功。因此，如甲公司继续履行施工协议，履约保证金本金1080万元可以于满足《施工协议书》第十三条约定条件时返还。

2. 履约保证金利息已支付的无需返还，未支付的利息无需支付

管理人建议，甲公司作为重整程序中的续建方，可以撤回对履约保证金及利息的债权申报，履约保证金利息按照《施工协议书》及《建设工程施工合同》的约定标准履行。

根据《补充协议书》第六条、第七条的约定，乙公司不仅应退还1080万元履约保证金，还应向甲公司支付600万元保证金利息。

根据《续建工程协议》第六条第三款约定，其他与标的工程相关的合同、协议等文件尚未履行的不再履行，双方互不承担违约责任。根据甲公司自认，乙公司已于2018年8月27日向甲公司支付400万元履约保证金。该笔400万元履约保证金在协议未明确优先偿还本金还是利息的前提下，应当认为系优先偿还600万元利息中的400万元。

剩余200万元利息，因为《补充协议书》尚未履行的不再履行，因此乙公司无需支付。已经

支付的400万元利息，因为《续建工程协议》约定双方互不承担违约责任，并且仅尚未履行的不再履行，因此已经依据《补充协议书》履行的400万元，乙公司亦无权要求甲公司返还。

同时《施工协议书》约定1080万元履约保证金不计利息，因此在项目续建过程中，1080万元履约保证金后续不产生利息。

五、结论

1. 该笔1080万元保证金性质属于履约保证金，而非质量保证金。

2. 甲公司将该笔履约保证金汇入乙公司法定代表人B个人账户，未汇入专门保证金账户，亦没有采用封金的形式将保证金特定化，甲公司不享有取回权。

3. 若甲公司就该笔履约保证金及利息向管理人申报债权，其不属于工程款优先债权，其性质应认定为普通债权。

4. 该笔履约保证金在破产申请受理前产生，并非项目续建过程中为全体债权人利益而负担的新债权，因此不应认定为共益债务。

5. 甲公司作为重整程序中的续建方，继续履行《施工协议书》及《建设工程施工合同》保证金及利息后续的处理方案：甲公司作为重整程序中的续建方，可以撤回对1080万元保证金及利息的债权申报，履约保证金本金于《施工协议书》约定条件满足时返还，已支付的利息无需返还，未支付的利息无需支付。

结 语

房开企业重整案件中，因涉及的债权债务关系复杂，利益主体多元化，作为管理人，需要处理的疑难问题很多。其中，施工方所缴纳的保证金和利息如何处理问题已成为管理人绕不开的现实问题，而这些问题是否依法成功解决，有时甚至能够关系到重整能否成功的大局。以上是笔者在长期担任房开企业重整案件管理人过程中，经过反复探索和研究，总结出的处理思路和方法建议，以案例剖析的形式与各位同仁分享，以期起到抛砖引玉的效果。

中伦
文德



□ 李 敏/文

李敏律师，北京市中伦文德律师事务所高级合伙人，资本市场委员会主任，业务领域：信托及资产管理、保险资金投资、房地产与建设工程、能源、诉讼仲裁等。李敏律师毕业于清华大学建筑学院和清华大学法学院，具有建筑和法律的双重知识背景，从事律师职业超过十八年，担任北京市律师协会信托专业委员会副主任、本所信托专业委员会主任、中国保险资产管理业协会法律专家库专家、中央民族大学、北京工商大学校外导师、多家金融机构投委会委员、创业板注册制第一股独立监事。李敏律师参与了多起大型法律服务项目和案件，具有丰富的经验。



□ 石家瞻/文

石家瞻，北京市中伦文德律师事务所律师，毕业于对外经济贸易大学，取得法律硕士学位，主要从事于保险资管业务、信托业务、房地产与建设工程业务、常年法律顾问业务等。



□ 杨怡婷/文

杨怡婷：为北京市中伦文德律师事务所实习律师，毕业于对外经济贸易大学法学院。杨怡婷实习律师的主要服务领域为房地产与建设工程业务、信托业务、保险资管业务、私募基金业务、常年法律顾问业务等。

“以房养老”所涉主要法律问题分析及应对

在我国老龄化的问题越来越严重的背景下，政府部门正在不断加大对养老产业的支持探索力度，优化养老服务供给，推动老龄事业和产业高质量发展。“以房养老”就是其中重要的探索和试点方式，早在2014年，中国保险监督管理委员会就发布《中国保监会关于开展老年人住房反向抵押养老保险试点的指导意见》决定在北京、上海、广州、武汉四地开展老年人住房反向抵押养老保险（以下简称“以房养老”）试点，2018年，中国银行保险监督管理委员会又决定将试点推广到全国。上述方式的试点主体主要是保险公司，但目前尚未得到大范围的开展。

作为一种新型的养老模式，以房养老的业务具有其特殊的优势。近期，有主要从事养老业务的国企客户准备探索此类业务，我们针对此类业务的有关法律问题进行了分析研究，故形成此文，以抛砖引玉供相互交流。

一、“以房养老”项目的探索方案

简单来说，“以房养老”的业务通常是指拥有房屋完全产权的老年人，将其房产抵押给从事此类业务的金融机构或其他企业（以下简称“以房养老业务机构”），老年人按照约定条件领取养老金直至身故；老年人身故后，以房养老业务机构获得抵押房产的处置权，处置所得将优先用于偿付养老相关费用。虽然上述此种业务按照国家规定推广到全国，但迄今为止仍未得到大范围开展，全国目前应当仅两家保险公司开展“以房养老”相关业务。究其原因，未来房价波动、老人寿命、房屋处置纠纷、土地使用权期限等等风险及问题都成为发展推广“以房养老”业务的拦路虎。

我们的客户作为政策支持的企业，承担开展和试点养老业务的社会责任，准备探索“以房养老”的相关业务，大致的初步方案是：老年

人将其房产抵押给该公司，老年人按照约定条件领取养老金直至身故；老年人领取养老金的同时，可以入住该公司开办的养老院或者入住其他养老院；该公司负责抵押房屋的维护、管理和租赁等事项；老年人身故后，该公司获得抵押房产处置权，处置所得将优先用于偿付养老相关费用。

二、方案涉及的主要法律问题

根据我们梳理的有关初步方案，目前“以房养老”项目涉及到的主要法律问题如下：

- 1、老年人参与项目需符合的条件；
- 2、老年人参与项目的决定程序和签约主体；
- 3、对参与项目的老年人的房屋进行调查的重点以及房屋评估及抵押涉及的问题；
- 4、房屋的管理、维护和租赁涉及的问题；
- 5、老年人支付的养老费用金额的确定以及考量因素；
- 6、老年人选择养老机构及为其提供养老服务过程中涉及的问题；
- 7、老年人身故后房屋应当如何处置；
- 8、项目开展过程中涉及的主要合同。

三、项目所涉法律问题之应对策略

（一）参与项目的老年人需满足的条件

为控制风险，同时也参照目前市场上开展的类似项目的情况，参与项目的主体应当暂定为60周岁以上拥有住宅房屋完全独立产权，且有养老需求的老年人。除此之外，还可以对老年人的自身收入情况、是否涉及未清偿债务、诉讼纠纷情况、征信状况等进行相应调查并设定相应的条件。

（二）老年人参与项目的决定程序和签约主体

1、根据老年人民事行为能力区分不同情况确定决定程序和签约主体

鉴于老年人是否具备完全民事行为能力会直接影响其实施的民事法律行为的法律效力，老年人民事行为能力不同决定了老年人能否作为项目的签约主体等事项。因此，我们认为应当聘请具有资质的民事行为能力评估机构对有意愿参与项

目的老年人的民事行为能力进行评估、认定，并根据不同的情况确定老年人参与项目的不同决定程序、签约主体等事项。

2、如老年人为完全民事行为能力人的决定程序和签约主体

（1）如老年人为完全民事行为能力人，则原则上其可以依法独立实施民事法律行为，独立决定是否参与项目并独立处理房屋抵押、接受养老服务事宜。

（2）由于老年人决定参与“以房养老”项目，将很可能导致其子女等继承人今后可继承的主要遗产减少，此种情况下，虽然老年人为完全民事行为能力人，但是仍建议由其子女等继承人对老年人参与项目的情况进行书面确认。

（3）对于没有子女等继承人的老年人，虽然可能不涉及到子女今后可继承遗产减少的情况，但由于涉及到社会公众对“以房养老”项目本身合理性与公正性的关注，也建议由其他亲属或当地基层民政机关、基层村民组织或居民组织作为见证人对老年人参与项目的情况进行书面见证。

3、如老年人为无民事行为能力人或限制民事行为能力人的决定程序和签约主体

（1）根据《民法典》第二十一条、第二十二条等相关规定，如老年人为无民事行为能力人，则应当由其监护人代理实施民事法律行为，如老年人为限制民事行为能力人，则其只可独立实施纯获利益的民事法律行为或者与其智力、精神健康状况相适应的民事法律行为，除此之外，其实施民事法律行为应由其监护人代理或者经其监护人同意、追认。因此，如因患有老年痴呆或精神疾病等原因不能辨认自己行为的老年人拟参与“以房养老”项目，则依法需要确定该老年人的监护人并由其监护人对老年人参与项目进行决定或同意、追认。

（2）无民事行为能力老年人或限制民事行为能力老年人的监护人的确定

根据《民法典》第二十八条等相关规定，无民事行为能力或限制民事行为能力老年人的监护人分为两种情况：法定监护人和意定监护人。

①法定监护人。如拟开展“以房养老”项目，对无民事行为能力或限制民事行为能力的老年人，以及老年人在参与项目过程中变为无民事行为能

力人或限制民事行为能力人的，建议按照以下顺序确定其法定监护人，并由法定监护人代理老年人与以房养老项目开展主体（以下简称“项目方”）沟通协商项目开展过程中的相关事宜并作为签约主体签约：

- (i) 该老年人的配偶；
- (ii) 该老年人的父母、子女；
- (iii) 该老年人的兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女；
- (iv) 由该老年人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门同意的其他愿意担任监护人的个人或者组织。

其中，如该老年人无配偶、父母、子女、其他近亲属以及其他愿意担任法定监护人的个人或者组织，项目方拟担任该老年人的法定监护人的，则项目方应当取得该老年人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门同意。

② 意定监护人。根据《民法典》第三十三条的规定，老年人为完全民事行为能力人时，即可指定自己的监护人，该指定同样具有相应的法律效力，且意定监护人优先于法定监护人。因此，在确定老年人的监护人时，除调查老年人的法定监护人情况外，还需要调查核实是否存在老年人的意定监护人。

(3) 涉及到监护人的其他问题

需要注意的问题：① 如果参与项目的老年人有法定监护人，也有意定监护人，原则上意定监护权优于法定监护权，即应当由其意定监护人行使监护权；② 如果参与项目的老年人存在多个意定监护人（或存在多个法定监护人），则建议由享有监护权的多个监护人对老年人参与项目共同进行决定或同意、追认。

(三) 对参与项目的老年人的房屋进行调查的重点以及房屋的评估及抵押

1、房屋的调查重点

老年人拥有的房屋是其参与项目的基础，因此，在开展项目前，需对老年人拥有的房屋进行详细和全面的调查，我们认为，调查的重点应包括但不限于：

- (1) 该房屋的坐落、面积、竣工时间、房屋结构、

房屋质量、房屋用途、租赁情况等基本信息；

(2) 该房屋的产权情况，即老年人对房屋应当享有产权，而非使用权或受限制的产权。目前实际情况中存在老年人拥有的房屋为城市直管公房或自管公房、军产房、公租房等，对此类房屋老年人不享有所有权而仅享有使用权，因此该类房屋应当不能用于“以房养老”项目。同时，老年人对房屋必须享有完全产权，目前老年人名下的住房多属于夫妻共同财产，或者家庭共同财产，除非该房屋的共有产权人均符合“以房养老”项目的主体条件且同意参与“以房养老”项目，否则不建议将共有性质的房屋纳入到项目中；

(3) 该房屋所在土地的所有权归属。根据《民法典》第三百九十七条、第三百九十九条之规定，宅基地、自留地、自留山等集体所有土地的使用权原则上不可抵押，在该集体土地上建设的房屋也不可抵押，因此，老年人不可使用宅基地、自留地等集体所有土地上的房屋参与“以房养老”项目。

(4) 该房屋所在土地的剩余土地使用权期限。根据《中华人民共和国城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》（2020年11月29日生效）第十二条的规定，居住用地的土地使用权出让最高年限为七十年。根据《民法典》第三百五十九条的规定，“住宅建设用地使用权期限届满的，自动续期。续期费用的缴纳或者减免，依照法律、行政法规的规定办理。”通常情况下，当老年人将房屋进行抵押时，该房屋的土地使用期限可能已经所剩不多，目前《民法典》中未对土地使用权续期费用的缴纳事宜进行明确的规定，因此项目方可能会面临一定的政策风险。针对该种情形，建议项目方在项目的相关合同中明确约定，如因住宅建设用地使用权的使用期限届满进行续期而需项目方缴纳相关费用的，项目方有权将该费用在处置房屋所得的款项中优先扣除；

(5) 该房屋上是否有抵押、查封、设立居住权等房屋权利限制情况；

(6) 该房屋上的继承情况以及是否存在遗嘱或遗赠安排等。

为稳妥起见，我们建议可以在老年人参与项目前由专业的会计师或律师对房屋的状况进行尽职调查并出具相应的报告，以作为项目方决定开

展项目的参考依据。

2、房屋的评估

为合理确定老年人所有的房屋的市场价值，避免与老年人或其监护人今后对房屋价值产生不必要的争议，建议与老年人或其监护人共同委托一家具备国家资质的房地产评估机构对老年人所有的房屋的价值进行评估并出具评估报告，该评估报告中的评估价值将作为项目方确定向老年人支付养老费用金额的参考因素之一。同时，项目方可考虑在项目开展过程中，定期对老年人房屋的市场价值进行评估，并根据最新的评估结果对项目方应当支付的养老费用金额进行调整，以缓解房地产市场波动对本项目的开展所造成的不利影响。

值得注意的是，通常情况下，房屋的评估价值可能会成为老年人提出争议的焦点问题。老年人及其监护人通常会认为其房屋的价值要高于项目方得出的评估价值。因此，项目方在项目开展过程中，需就房屋的评估价值结果与老年人进行充分的说明与解释。

3、房屋的抵押

为了保证项目方的利益，需要对老年人参与项目的房屋办理抵押登记手续。根据《民法典》第三百八十八条、第三百九十五条及第四百零二条的规定，在项目开展过程中，项目方需要与老年人或其监护人就老年人参与项目的房屋签订抵押合同并办理抵押登记手续。

（四）房屋的管理、维护和租赁

1、房屋的管理、维护

为保证房屋处于良好状况、维持房屋的市场价值，建议项目方委托专业的物业管理公司或管理机构对房屋进行管理、维护，确保在项目开展过程中，房屋结构（承重构件、楼地面、屋面等）、装修（门窗、墙面、顶棚等）及设备（水卫、电路、暖气等）等处于稳定良好的状况，不需要修理或经一般小修即可具备正常使用功能，项目方可在项目合同中就房屋管理、维护费用的具体承担方式进行明确约定。

2、房屋的租赁

为降低项目方的风险，建议项目方在合同中明确约定，老年人将房屋抵押至项目方后，老年

人应当搬离该房屋，项目方有权接管该房屋并且享有该房屋占有、使用、收益的权利，且未经项目方同意老年人或其监护人不可对该房屋进行处置，同时为避免争议，建议在项目开展前，就该房屋抵押后的使用事宜与老年人子女等近亲属进行解释与沟通，必要情况下可要求老年人的子女等近亲属向项目方提供相应的书面说明及确认文件。为了确保房屋对外出租过程中的效率和专业性，建议项目方委托专业的租赁公司、租赁平台或管理机构对房屋进行对外出租。

3、老年人子女等近亲属擅自进入甚至入住房屋的问题

根据《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》（2021年1月1日生效，以下简称《执行规定》）第四条的规定，“对被执行人的住所及其所扶养家属生活所必需的居住房屋，人民法院可以查封，但不得拍卖、变卖或者抵债。”根据我们了解的情况，在以往其他机构开展“以房养老”项目实践中，存在老年人子女等近亲属擅自进入甚至入住房屋的情况，并且在老年人去世后声称该房屋为其生活所必需的居住房屋，导致项目方无法处置该房屋，上述风险需项目方在项目开展过程中予以关注并提前采取措施预防风险。

《执行规定》第五条的规定，“对于超过被执行人及其所扶养家属生活所必需的房屋和生活用品，人民法院根据申请执行人的申请，在保障被执行人及其所扶养家属最低生活标准所必需的居住房屋和普通生活必需品后，可予以执行。”同时，根据《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》（2021年1月1日生效）第二十条的规定，“金钱债权执行中，符合下列情形之一，被执行人以执行标的系本人及所扶养家属维持生活必需的居住房屋为由提出异议的，人民法院不予支持：（一）对被执行人有扶养义务的人名下有其他能够维持生活必需的居住房屋的；（二）执行依据生效后，被执行人为逃避债务转让其名下其他房屋的；（三）申请执行人按照当地廉租住房保障面积标准为被执行人及所扶养家属提供居住房屋，或者同意参照当地房屋租赁市场平均租金标准从该房屋的变价款中扣除五至八年租

金的。”根据上述规定，针对老年人子女等近亲属未经项目方同意入住该房屋并声称该房屋为其生活所必需的居住房屋的情况，如老年人子女等近亲属存在有其他居住房屋或者为逃避债务转让其名下其他房屋的情形，或者项目方提供符合上述条件的居住房屋或租金的，则老年人子女等近亲属的主张将无法成立，该房屋届时应当可进行相应的拍卖、变卖、抵债。为避免风险，建议在开展“以房养老”项目时，需由老年人的子女等近亲属书面确认放弃房屋的使用权。

（五）向老年人支付的养老费用金额的确定以及考量因素

在老年人将房屋抵押给项目方后，项目方需要定期向老年人支付相应的养老费用，该养老费用金额与该房屋评估价值、老年人预期寿命以及健康状况有直接的关系。鉴于相关保险公司或其他金融机构（以下简称“金融机构”）具备专业的精算能力，能够对老年人的预期寿命进行较为准确的分析，因此，如拟开展“以房养老”项目，建议项目方与相关金融机构合作，由金融机构协助确定项目方每月应向老年人支付的养老费用金额。同时，除上述养老费用外，项目方往往还需承担老年人在项目开展过程中的医疗、照管、丧葬等全部费用，因此，建议项目方在确定每月所需支付的养老费用时考虑项目开展过程中可能遇到的如下风险因素：

1、长寿风险

“以房养老”项目中老年人每月的养老费用和房屋价值有关，也和老年人的预期寿命有直接的关系，老年人在参与项目时，项目方对老年人的身体健康状况进行的调查可能难以做到完全覆盖，如果老年人的实际寿命高于预期寿命，超过房屋处置所得款项部分的养老费用需约定明确的处理方式。同时，随着老年人年龄的增长，其重病治疗、照顾看管等费用也会逐渐增加。

2、物价波动风险

房价波动对房屋综合评估和未来估值有着至关重要的影响。房屋评估不仅涉及当时地段的价值，更要考虑通货膨胀指数和利率波动，以及未来很长一段时间内房屋的价值变化。房地产经济

波动和新政策实施都会让房屋价值面对许多的不可预测的未知的风险。此外，在项目开展过程中，项目方也会面临提供养老服务所需的人力、物力价格上涨的风险。

3、因房屋管理维护不当导致房屋价值减损的风险

老年人把房屋抵押至项目方后，如项目方疏于对房屋的管理，或项目方、项目方委托的专业管理公司或管理机构对房屋维护不当，导致房屋结构、装修或设备出现严重损坏，则项目方将面临处置房屋时房屋价值折损的风险。

（六）老年人选择养老机构及为其提供养老服务过程中涉及的问题

在老年人将房屋抵押给项目方后，老年人将入住项目方旗下的养老机构，老年人所享有的养老服务标准将根据项目方所支付的养老费用金额予以确定，如项目方所支付的养老费用金额发生变化的，建议老年人所享有的养老服务标准也进行相应的调整。根据《国家发展改革委、民政部关于规范养老机构服务收费管理促进养老服务业健康发展的指导意见》（发改价格〔2015〕129号，2015年1月19日生效）第一条^[1]及第三条^[2]规定，如项目方经营的是营利性养老机构，收费项目和标准可由项目方自主确定，但应当进行公示。由于老年人入住养老机构的费用是由项目方实际支付且由项目方实际提供养老服务，为避免与老年人或其监护人因养老服务费用标准事宜产生争议，建议项目方对养老机构基础设施与条件、服务内容与等级、收费项目与标准等事项进行公示，以明确项目方统一的收费标准。

（七）房屋在老年人身故后的处置

1、“以房养老”项目中对房屋进行处置的两种主要方式

在我国的实践中，根据对老年人所抵押房产增值部分的处理方式不同，可分为参与型反向抵押养老保险产品和非参与型反向抵押养老保险产品（以下简称“参与型产品”和“非参与型产品”）。参与型产品指保险公司可参与分享房产增值收益，通过评估，对投保人所抵押房产价值

增长部分，依照合同约定在投保人和保险公司之间进行分配。非参与型产品指保险公司不参与分享房产增值收益，抵押房产价值增长部分全部归属于投保人。

2、需在老年人参与“以房养老”项目前对房屋处置事宜进行明确约定

针对老年人去世后的房屋处置事宜，建议项目方在项目合同中明确约定，如老年人去世后，老年人的继承人选择偿还项目方提供养老服务所产生的全部费用及相应的资金成本，则该继承人可赎回房屋，项目方将不再对房屋进行处置；如老年人去世后，老年人的继承人未选择偿还上述费用，则项目方可对房屋进行处置，处置所得款项将优先用于偿付项目方行使抵押权产生的费用、提供养老服务所产生的费用及相应的资金成本，偿付完毕上述费用后如仍有剩余的，则剩余部分可全部由项目方所有，或全部分配给老年人的继承人，或者由项目方和老年人的继承人按照约定比例进行处置。

3、项目方为老年人提供养老服务产生的费用及相应的资金成本超过房屋价值的处理方式

如果房屋价值大幅下降，或者如老年人仍然在世，但是项目方为老年人提供养老服务产生的费用及相应的资金成本已超过房屋评估价值，则原则上建议项目方可考虑以下处理方式：（1）老年人去世后项目方对该房屋进行处置所得款项应当全部归项目方所有；（2）如老年人子女等近亲属选择承担后续发生的养老服务费用及相应的资金成本，则项目方可继续向老年人提供相应的养老服务，具体服务标准可根据老年人子女等近亲属承担的费用成本情况予以调整；如老年人子女等近亲属未选择承担后续发生的养老服务费用及相应的资金成本，则项目方可考虑将老年人转移至社会公益性质的养老机构，由该社会公益性质的养老机构为老年人提供养老服务，项目方向该社会公益性质的养老机构提供一定的资金补助；（3）与地方政府财政、民政部门沟通，申请政府部门的财政拨款或资金支持。

（八）项目开展过程中涉及的主要合同范围

根据我们目前对“以房养老”项目了解的情况，

我们认为开展“以房养老”项目主要涉及如下方面的合同、协议及法律文件：

- 1、委托民事行为能力评估机构对老年人的民事行为能力进行评估的委托评估合同；
- 2、委托会计师或律师对房屋状况进行调查并出具相应报告的委托合同；
- 3、委托评估机构对房屋价值进行评估的委托评估合同；
- 4、老年人将房屋抵押给项目方的抵押合同及相应的抵押登记相关文件；
- 5、老年人参与项目并申请养老费的合同；
- 6、项目方或项目方指定机构对房屋进行管理、维护和租赁相关事宜的合同；
- 7、项目方与就本项目与相关金融机构进行合作的合作协议；
- 8、对本项目相关事宜申请进行公证所需出具的公证申请书等相关法律文件。

四、总结

“以房养老”项目具有一定的公益性质，我国自十余年前开始提出“以房养老”的方案，但由于实践操作的流程较为复杂，且在养老机构与老年人及其子女、近亲属之间容易发生争议，参与的人数至今仍不多。综上所述，为了明确操作流程，规避操作风险，建议拟开展“以房养老”项目的项目方积极协调相关政府部门出具相应的政策文件作为依据，并在项目开展过程中积极与民事行为能力评估机构、房屋价格评估机构、公证机构、金融机构、房屋租赁平台、房屋维护和服务机构等各方进行合作，推动我国“以房养老”的养老模式走向成熟，这一定是一项利国利民的大好事。

注释：

- [1]《国家发展改革委、民政部关于规范养老机构服务收费管理促进养老服务业健康发展的指导意见》第一条 民办养老机构服务收费标准由市场形成。民办营利性养老机构服务收费项目和标准均由经营者自主确定，政府有关部门不得进行不当干预；民办非营利性养老机构服务收费标准由经营者合理确定，政府有关部门可结合对非营利机构监管需要，对财务收支状况、收费项目和调价频次进行必要监督。
- [2]《国家发展改革委、民政部关于规范养老机构服务收费管理促进养老服务业健康发展的指导意见》第三条（六）加强收费公示工作。养老机构应将收费项目、收费标准等内容在收费场所显著位置进行公示，建有门户网站的同时在网站进行公示，接受社会监督。公示内容包括养老机构基本设施与条件、服务内容与等级、收费项目与标准等事项。

中伦
文德



□ 蔡文耀/文

蔡文耀律师，本科毕业于中南财经政法大学法学专业、硕士毕业于中南财经政法大学环境与资源保护法学专业，主要执业领域为公司法律顾问、民商事争议解决，对民办学校的设立、运营以及举办者权益变更等领域较为熟悉。

非营利性民办学校举办者权益转让的风险识别及防范 ——基于受让人的视角

根据《民办教育促进法》第二条以及第十九条之规定，民办学校是指国家机构以外的社会组织或者个人（即举办者），利用非国家财政性经费，面向社会举办学校及其他教育机构。以举办者是否有权取得办学收益为标准，民办学校又可划分为营利性民办学校（举办者可依照公司法等规定取得办学收益）和非营利性民办学校（举办者不得取得办学收益）。

实践中，部分非营利性民办学校在举办者变更过程中，由于受让人未进行相应的风险识别及防范，导致新旧举办者之间、旧举办者与学校之间、学校与债务人之间由此产生了诸多合同、教育、劳资，甚至刑事等方面的纷争。鉴于此，笔者特基于受让人的视角，从非营利性民办学校举办者变更过程中风险的生成根源、表现形式以及防范路径等三方面加以探讨。

一、风险来源：非营利性民办学校的四个矛盾

相较于公办学校及营利性民办学校，非营利性民办学校在“公共利益与私人收益”“办学资本投入与回报”“办学形式选择”“激励与监管”的对立更为突出，具体表现为：虽然办学收益不

得分配，但对投资收益的天然追求，加之规范的粗浅和监管的缺位，非营利性民办学校的举办者们，是有动力、有方法去追求“既公益、又私益”的，且追求的路径往往是在规则和监管之外，从而易成为滋生相关法律风险的“温床”。

（一）公益与私益的矛盾：民间资本如何坚持“公益性导向”

一方面，《民办教育促进法》等相关法律法规均开宗明义地指出，民办教育是社会主义教育事业的组成部分，应当坚持“公益性导向”，即民办学校有着“公共利益”的属性。另一方面，举办者在筹设和正式设立民办学校时，必须要自掏腰包进行办学资产（租赁办学场地、购置办学设施、聘请办学人员等）等投入，这决定了民办学校同样有着“私人利益”的基因。为此，民办学校天然地存在“教育公共利益”和“举办者私人利益”的调适问题。

对于营利性民办学校，举办者尚能在遵守“教育公共利益”的基础上，通过取得办学收益来实现“举办者私益”，即此时是一个“先公益、后私益”的顺位问题。

但对于非营利性民办学校，举办者的投入转

变为学校财产后却是“只进不出”，其无法通过取得办学收益来实现“举办者私益”，即此时是一个“只有公益、不讲私益”的有无问题。

（二）投资与回报的矛盾：不能盈利的投资者（举办者）

如前所述，非营利性民办学校的办学结余不能分配给举办者。此外，根据《民办教育促进法》第五十九条之规定，非营利性民办学校终止办学的，其财产在向受教育者退费、支付老师支付工资社保待遇以及偿还债务后有剩余的，仍应当“继续用于其他非营利性学校办学”。也就是说，在非营利性民办学校筹设和正式设立过程中投下真金白银的举办者，在学校的整个运营过程中均无法获得投资收益。在这种模式下，很难期待举办者仅凭一腔教育热忱投资民办教育，也很难阻绝举办者不在规则和监管之外寻求投资收益。

（三）主动与被动矛盾：“被迫”设立的非营利性民办学校

面对营利性和非营利性两种截然不同的办学方式，举办者理应主动选择可以获取办学收益的营利性民办学校，但由于《民办教育促进法》第十九条规定，义务教育阶段的民办学校只能是“非营利性”的，这就导致想要举办小学、初中或者九年一贯制民办学校的举办者只能“被迫”选择非营利性民办学校这一办学模式。也就是说，不分取办学收益并非这些举办者的初衷，自然也很难成为他们的坚持。

（四）鼓励与监管的矛盾：支持就好、不出事就行的“监管思维”

一所非营利性民办学校的设立及运营，涉及到的监管主体至少包括教育、人力资源社会保障、民政、市场监督管理以及当地街道办等机构。对于这些机构的监管职责，《民办教育促进法》及其实施条例规定的条款少、内容笼统。从实践中看，非营利性民办学校的办学资产来自举办者，运营及管理通常是由举办者全权负责，监管部门的监管思维部分停留在“这是投资者自己的事”，监管底线容易设定为“不出事就行”。也就是说，

无论是从法律规定还是从实际运行层面看，相关职能部门对非营利性民办学校往往是“鼓励有余、监管不足”。

二、风险表现：无法实际接管学校或举办者权益存在重大瑕疵

实践中，“携资入场”的非营利性民办学校举办者虽不能直接取得办学收益，但是通过参与经营管理、获取高额薪资以及转让举办者权益等方式，其仍能获得相应回报。但除前述方式外，由于外部监管的不足以及内部制约的缺位，举办者在不愿放弃举办者权益的情况下，有时还会通过将学校委托他人管理、混同学校和个人财产等方式非法转移、侵占、损害学校法人财产。举办者权益的受让人若不能在受让过程中对此加以关注、识别、防范，则极有可能接过一个“烫手山芋”，不仅无法行使和获得举办者权益，还会导致自身权益严重受损。

（一）原举办者将学校委托他人长期管理，受让人虽取得举办者身份，但无法实际管理学校

举办者设立一所非营利性民办学校的成本，常常少则千万，多则过亿，如果仅仅通过薪资报酬的方式获取收益，收回投资可能遥遥无期。因此，实践中不乏部分非营利性民办学校举办者，在不愿意放弃举办者身份的情况下，将学校全权委托他人长期管理，自己则仅收取高额回报。也就是说，部分非营利性民办学校可能存在“登记举办者”和“实际管理者”分离的情况。在此情况下，受让人即便从原举办者处取得了举办者身份，也无法实际接管或者必须另外付出成本才能接管学校，轻则影响新举办者权益的行使和实现，重则影响教学秩序，带来不可控的风险。

（二）学校法人财产与举办者个人财产的高度混同，受让人取得的举办者权益存在重大瑕疵

根据《民办教育促进法》第二十条等规定，非营利性民办学校的办学和管理由举办者负责，负责学校具体运营的理事会或者董事会也由举办

者担任或任命，再加之非营利性民办学校缺少内部监督机构，且外部监管也相对较为宽松，这种情况极易导致学校沦为举办者意志的“一言堂”。

在上述管理架构之下，举办者即便不能从非营利性民办学校中直接取得办学收益，但基于其绝对控制地位，其也可较容易地将学校法人财产与自身财产高度混同，实际中常常表现为以私人账户收取受教育者学杂费、支付教职工工资以及其他学校开支，以及个人签字代替学校公章等。更有甚者，部分举办者会以学校名义对外借贷、经营，但所得款项、收益全部或部分挪作他用、据为己有。在这种情况下，该非营利性民办学校的真实财务状况以及举办者权益对应的真实价值

常常难以界定，极易出现“高价买债务”的情形。

（三）学校人事、合作伙伴与前举办者利益关联，并在新举办者接管学校后“发难”

为获取收益，非营利性民办学校举办者常常会以高额薪资待遇聘请包括自己在内的相关人员管理学校，而这些相关人员往往与该举办者存在亲属关系等利益关联。此外，对于学校的校车接送、食堂承包、工程承接、教学用具采购业务，原举办者也可能与合作伙伴签订长期、高价或权利义务不对等的合作协议。因此，若受让人不能在举办者转让过程中摸清这些内容、把控相应风险，一旦新旧举办者出现矛盾，或是新举办者



不愿受制于此前的不平等约定，则相应的人事及合作争议有可能在新举办者接管学校后“发难”，打新举办者一个措手不及。

三、风险防范：强烈的风险意识是应有态度，详尽的尽职调查是必要动作，严格的责任条款是坚实保障

教育事业的属性以及教育市场的规模决定了，包括非营利性民办学校在内的教育教学实体一直是资本追逐的热点。但在实践大跃进和规范拖后腿的背景下，非营利性民办学校既可能成为“香饽饽”，也可能成为“暗雷”。对此，在非营利性民办学校举办者权益的变更过程中，受让人不得不加以防范。

（一）受让人应当对举办者权益的“风险性”有充分预期和评估

从前文论述不难看出，非营利性民办学校举办者权益可能存在的风险，通常具有隐蔽性、滞后性以及破坏性等特征。因此，受让人无论是在教育领域摸爬滚打多年的“业内人士”，还是仅仅是追逐投资热点的“外行人员”，都必须对想要受让、准备受让以及正在受让的非营利性民办学校举办者权益的“风险性”有充分预期和评估，并以此为基础，慎重进行“收益与风险”“现在和未来”的决策。

（二）通过尽职调查，全面掌握学校的实际管理、教学建筑设施、财务、人事、合同以及债权债务等重要情况

尽职调查虽然是资产收购的重要动作，但据笔者观察，在非营利性民办学校举办者权益收购中，尽职调查远未实现全覆盖。其原因可能在于：首先，举办者虽然依法可以变更，但不同于公司股权这样的私人财产权益，举办者权益有固有的“公益性质”，转让人和受让人可能会认为对其评估作价似有不妥，也就避而不谈；其次，民办学校举办者的转让在实践中常常是一个“熟人生

意”，无论是原举办者还是新举办者，很多都有较为丰富的民办教育履历。为促成举办者的尽快变更，往往共同选择跳过尽职调查这一环节；最后，能够引起新举办者关注的民办学校往往是那些至少看起来较为优质的学校，也就是说“卖方市场”，原举办者往往倾向于不进行尽职调查，新举办者大多也只好接受。

但是，无论是基于前述哪种情形，详尽的尽职调查都是受让人必须采取的规范动作。对于拟接手的民办学校的实际管理、教学建筑设施、财务、人事、合同以及债权债务等重要情况，受让人有必要聘请专门机构及人员进行详尽调查、全面掌握，并以此作为是否受让举办者权益、受让价款的依据。对于受让人而言，只有基于最真实、全面的信息，才能采取最准确、合理的行动，也才能尽可能地规避、减轻未来的诉争风险。

（三）在转让协议中详尽规定原举办者的瑕疵担保责任、连带保证责任以及惩罚性赔偿责任

相较于企业法人，非营利性民办学校的对外信息较为封闭。因此，举办者权益转让时，受让人通常会更多地通过学校及原举办者来获取信息。对此，有的原举办者会如实告知全部情况，有的原举办者基于财产混同等原因故意不披露部分或全部关键信息，更极端的情况是，有的原举办者和学校长期高度一体化，有时连自己也记不清曾以学校名义签订了哪些借贷、合作、担保协议等。

为此，受让人有必要在转让协议中，详尽规定原举办者出现虚假陈述、转移财产、隐瞒债务、单独或与他人共同损害受让人权益等情况时将面临的瑕疵担保责任、连带保证责任以及惩罚性赔偿责任，既用以震慑原举办者完整如实陈述告知、诚信守约，又能在原举办者存在相关情形时，有效维护自身合法权益。

中伦
文德



□姚正旺/文

姚正旺律师，多次获评“优秀合伙人”、“优秀律师”称号。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。

田爱玲律师，主要从事银行金融、建设工程与房地产业务。

沈德凤律师，主要从事银行金融、公司证券业务。

卢鑫蕊律师，主要从事公司证券、民商事争议解决业务。

丁星友律师，主要从事公司证券、银行金融业务。

魏思佳律师，主要从事国有企业合规、银行金融业务。

《关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则部分的解释（征求意见稿）》的意见建议

2022年11月4日，为正确审理合同纠纷案件以及非因合同产生的债权债务关系纠纷案件，依法保护当事人的合法权益，根据《中华人民共和国民法典》《中华人民共和国民事诉讼法》等相关法律规定，结合审判实践，最高人民法院制定了《关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则部分的解释（征求意见稿）》向全社会公开征求意见，笔者根据我国现行法律的规定及实践经验，将研究成果分上、下两篇内容以飨读者，以期在准确理解和适用法律、统一裁判规则上有所助益。

第一条【合同解释的细化规则】 人民法院依据民法典第一百四十二条第一款、第四百六十六条第一款规定对合同条款进行解释时，应当以常人在相同情况下理解的词句含义为基础，结合合同的相关条款、合同性质和目的、习惯以及诚信原则，参考缔约背景、磋商过程、履行行为等因素确定争议条款的含义。

对合同条款有两种以上解释，可能影响该条款的效力的，人民法院应当选择有利于该条款有效的解释，但是依照法律、行政法规规定应当认

定该条款无效的除外；属于无偿合同的，应当选择对债务人负担较轻的解释。

有证据证明当事人之间对合同条款有不同于词句含义的其他共同理解的，一方主张根据词句含义理解合同条款的，人民法院不予支持。

建议1：将第一条第二款修订为：“对合同条款有两种以上解释，可能影响该条款的效力的，人民法院应当选择有利于该条款有效的解释，但是依照法律、行政法规规定或违背公序良俗应当认定该条款无效的除外；属于无偿合同的，应当选择对债务人负担较轻的解释。”

理由：《民法典》第一百五十三条规定：“违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效。但是，该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外。违背公序良俗的民事法律行为无效。”

根据上述规定，对于应当认定合同条款为无效条款的情形，除依照法律、行政法规规定将违背法律、行政法规强制性规定的条款认定无效外，还应当将“违背公序良俗”也作为认定合同无效



条款的情形之一。

建议2：将第一条第二款“属于无偿合同的，应当选择对债务人负担较轻的解释”内容修改为“属于无偿保管、无偿委托合同的，应当选择对无偿保管人、无偿委托人赔偿责任较轻的解释”。

理由：《民法典》第五百零九条规定“当事人应当按照约定全面履行自己的义务。”无偿合同债务人也应当全面履行自己的义务，此处的“负担”指代不明，容易产生可以“降低履行合同义务标准”的误解。另外，基于“全面履行”的合同履行原则，“无偿合同”宜明确为《民法典》第九百二十九条“有偿的委托合同，因受托人的过错造成委托人损失的，委托人可以请求赔偿损失。无偿的委托合同，因受托人的故意或者重大过失造成委托人损失的，委托人可以请求赔偿损失”以及“保管期内，因保管人保管不善造成保管物毁损、灭失的，保管人应当承担赔偿责任。但是，无偿保管人证明自己没有故意或者重大过失的，不承担赔偿责任”中所规定的“无偿委托合同”、“无偿保管合同”；对于“应当选择对债务人负担较轻的解释”，宜明确为“无偿保管合同和无偿委托合同中受托人、保管人的赔偿责任认定，应当选择对无偿受托人、无偿保管人赔偿责任较轻的解释”。

建议3：将第一条第三款中“有证据证明当事人之间对合同条款有不同于词句含义的其他共同理解的，一方主张根据词句含义理解合同条款的，人民法院不予支持。”修改为“一方当事人有证据证明当事人之间对合同条款有不同于词句含义的其他共同理解的，另一方当事人主张根据词句含义理解合同条款的，人民法院不予支持。”

理由：根据法院审理原则，“有证据证明”通常是一方当事人提供证据或一方当事人申请法院调查取得，均为一方当事人的主张，建议修改为“一方有证据证明……另一方当事人主张根据词句含义……”，表述更加符合通常的审判逻辑。

第三条【合同成立与合同内容】当事人就合同主体、标的及其数量达成合意的，人民法院应当认定合同成立。但是，有下列情形之一的除外：

（一）当事人未就价款或者报酬进行协商，人民法院依照民法典第五百一十条、第五百一十一条等有关规定亦无法确定；

（二）在订立合同的过程中，当事人一方就质量、价款或者报酬、履行期限、履行地点和方式、违约责任和解决争议方法等对当事人权利义务有实质性影响的内容作出了意思表示，但未与对方达成一致，或者双方明确约定须就该内容协商一致合同才能成立，但事后无法达成合意；

（三）法律另有规定或者当事人对合同成立条件另有其他约定。

依据前款规定能够认定合同已经成立的，对于合同欠缺的内容，如当事人无法达成协议，人民法院应当依照民法典第五百一十条、第五百一十一条等有关规定予以确定。

当事人主张合同无效，人民法院认为合同不成立的，应当依照《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第五十三条规定处理。

建议：删除第三条除外情形第（二）项内容。

理由：该项除外情形前半段规定“当事人一方就质量、价款或者报酬、履行期限、履行地点和方式、违约责任和解决争议方法等对当事人权利义务有实质性影响的内容作出了意思表示，但未与对方达成一致”，可以交由民法典第四百八十八条规定的要约、承诺规则予以处理；后半段规定“双方明确约定须就该内容协商一致合同才能成立，但事后无法达成合意”，属于“（三）法律另有规定或者当事人对合同成立条件另有其他约定”的除外情形，无需重复规定。

第五条【缔约过失的赔偿范围】当事人一方在订立合同的过程中实施违背诚信原则的行为或者对合同不成立、无效、被撤销或者确定不发生法律效力有过错，对方请求赔偿其为订立合同或者准备履行合同所支出的合理费用等损失的，人民法院应予支持。对方当事人也有过错的，由双方当事人按照过错程度分担损失。

当事人一方假借订立合同，恶意进行磋商，或者实施其他严重违背诚信原则的行为，对方请求赔偿其因丧失其他缔约机会而造成的损失，人民法院依法予以支持，但是应当扣除其为取得该机会所应支出的合理费用。

当事人主张前款所称“因丧失其他缔约机会而造成的损失”的，应当对其他缔约机会的现实可能性以及损失的大小承担举证责任。

建议 1：将第五条第二款修订为：“当事人一方假借订立合同，恶意进行磋商，或者实施其他严重违背诚信原则的行为，对方请求赔偿其因丧失其他缔约机会而造成的损失，人民法院依法予以支持，但是应当扣除其为取得该机会所应支出的合理费用。”

理由：首先，本条第一款“当事人一方在订立合同的过程中实施违背诚信原则的行为”与第二款“或者实施其他严重违背诚信原则的行为”对于违背诚实信用原则的程度有不同的限定。但是在赔偿责任轻重方面并未作出明显的区分，因此，建议将两款关于违背诚信原则的程度进行统一限定。

其次，“严重”二字限缩了机会损失赔偿的范围，该种赔偿（仅与违反义务所致损害的情形）主要是机会损失的确定性有关，与违约行为的严重性无关。

建议 2：在第五条第二款后面增加一句：且该等损失以过错方在缔约时已经预见或能够预见到的合理损失为限。

增加后的第五条第二款内容为：当事人一方假借订立合同，恶意进行磋商，或者实施其他严重违背诚信原则的行为，对方请求赔偿其因丧失其他缔约机会而造成的损失，人民法院依法予以支持，但是应当扣除其为取得该机会所应支出的合理费用，且该等损失以过错方在缔约时已经预见或能够预见到的合理损失为限。

理由：缔约过失责任作为侵权责任，其损失赔偿责任应以过错方的缔约过失与受害方的利益损失之间有直接因果关系为必要条件，但是，作为过错方在实施不诚信的缔约行为时，其知道或应当知道其不诚信的缔约行为与缔约失败之间存在因果关系，但是却不当然知道或应当知道受害方在缔约当时是否存在机会利益或机会利益多大，更不知道或不应当知道其不诚信的缔约行为与受害方的机会利益丧失之间存在因果关系。因此，如果要求过错方对其不知道或不应当知道的受害方可能存在也可能不存在的机会利益的丧失承担赔偿责任，对过错方实属苛刻，有违公平原则。

第六条【合同订立中的第三人责任】第三人实施欺诈、胁迫行为，使当事人在违背真实意思

的情况下订立合同，受有损失的当事人请求第三人承担赔偿责任的，人民法院依法予以支持。

合同的订立基于对第三人的特别信赖或者依赖于第三人提供的知识、经验、信息等，第三人实施违背诚信原则的行为或者对合同不成立、无效、被撤销或者确定不发生效力有过错，受有损失的当事人请求第三人承担赔偿责任的，人民法院应予支持。

第三人依据前两款承担赔偿责任的范围，参照本解释第五条规定予以确定。当事人亦有违背诚信原则的行为或者对合同不成立、无效、被撤销或者确定不发生效力也有过错的，人民法院应当根据各自的过错确定相应的责任，但是法律另有规定的除外。

建议 1：将第六条第一款修订为：“第三人实施欺诈、胁迫行为，使当事人在违背真实意思的情况下订立合同，受有损失的善意当事人请求第三人承担赔偿责任的，人民法院依法予以支持。”

理由：对于第六条第一款中“受有损失的当事人”，宜进行善意与非善意的界定，只有善意的当事人受损，请求第三人承担赔偿责任的，人民法院才应当依法予以支持。

建议 2：删除第六条第二款，即“合同的订立基于对第三人的特别信赖或者依赖于第三人提供的知识、经验、信息等，第三人实施违背诚信原则的行为或者对合同不成立、无效、被撤销或者确定不发生效力有过错，受有损失的当事人请求第三人承担赔偿责任的，人民法院应予支持。”

理由：合同一方当事人基于信赖第三人提供的知识、经验、信息等订立合同的，第三人如有过错，应受其与合同一方当事人所签订合同中的违约责任赔偿条款约束，而非承担合同一方当事人与他人新签订合同的损失，本条会将咨询合同提供咨询意见一方的合同义务无限放大，违反合同相对性原则。

第九条【违反预约合同的违约责任】预约合同生效后，当事人一方不履行订立本约合同的义务，对方请求其赔偿因此造成的损失，人民法院依法予以支持。

前款规定的损失赔偿，当事人有约定的，按照约定；没有约定的，人民法院应当综合考虑订



立本约合同的条件的成就程度以及本约合同履行的可能性等因素，在依本解释第五条确定的损失赔偿额与依本解释第六十三条至第六十六条确定的损失赔偿额之间进行酌定。

预约合同已就本约合同的主体、标的、数量、质量、价款或者报酬、履行期限、履行地点和方式、违约责任和解决争议方法等影响当事人权利义务的实质性内容达成合意，当事人请求按照如本约合同成立并履行后可以获得的利益计算违反预约合同的损失赔偿额的，人民法院依法予以支持，但是当事人另有约定的除外。

建议：将第九条第三款修订为：“预约合同已就本约合同的主体、标的、数量、质量、价款或者报酬、履行期限、履行地点和方式、违约责任和解决争议方法等影响当事人权利义务的实质性内容达成合意，当事人请求按照如本约合同成立并履行后其可能获得的利益计算违反预约合同的损失赔偿额的，人民法院依法予以支持，但是依法需要履行前置批准手续以及当事人另有约定的除外。”

理由：本条仅以双方当事人对实质性条款达成合意即可生效为基础前提，但未考虑须履行批准手续才生效、附条件生效以及附期限生效的合同，在合同未具备生效条件的情况下即推定合同成立并按合同约定承担损失赔偿义务的，在合理性上欠妥。

第十一条【格式条款的认定】合同条款符合民法典第四百九十六条第一款规定的情形，当事人仅以合同系依据合同示范文本制作或者双方已明确约定合同条款不属于格式条款为由主张该条款不是格式条款的，人民法院不予支持。

从事经营活动的当事人一方仅以未实际重复使用为由主张其预先拟定且未与对方协商的合同条款不是格式条款的，人民法院不予支持，但是其提供同一时期就同类交易订立的不同合同文本，足以证明该合同条款不是为了重复使用的除外。

建议：将第十一条第二款修订为：“从事经营活动的当事人一方仅以未实际重复使用为由主张其预先拟定且未与对方协商的合同条款不是格式条款的，人民法院不予支持，但是有确且证据证明不是为了重复使用的除外。”

理由：“提供同一时期就同类交易订立的不同合同文本”似不足以证明不是为了重复使用或未实际重复使用，还需要结合其他情况才可以判明，这个判断应当交给承办法官独立裁判，不宜作划一规定，反而容易滋生问题。故，但书内容宜抽象原则化。

第十二条【批准生效合同的法律适用】法律、行政法规规定合同应当办理批准等手续，负有报批义务的当事人未根据合同约定或者法律、行政法规的规定办理申请批准等手续，对方请求其履行报批义务的，人民法院依法予以支持；对方请求解除合同，并请求其承担合同约定的违反报批义务的违约责任的，人民法院应予支持。合同获得批准前，当事人一方起诉请求对方履行合同约定的主要义务，经释明拒绝变更诉讼请求的，人民法院应当驳回诉讼请求，但是不影响其另行提起诉讼。

人民法院判决当事人一方履行报批义务后，其拒绝履行，经强制执行仍未履行，对方请求解除合同并请求其承担违反合同的违约责任的，人民法院依法予以支持。

法律、行政法规规定合同应当办理批准等手续，负有报批义务的当事人已办理申请批准等手续或者已履行生效判决确定的报批义务，批准机关决定不予批准，对方请求其承担赔偿责任的，人民法院不予支持。但是，因当事人迟延履行报批义务等导致合同未获批准，对方请求赔偿因此受到的损失的，人民法院应当依据民法典第一百五十七条处理。

建议：将第十二条第二款修订为：“人民法院判决当事人一方履行报批义务后，其拒绝履行，经强制执行仍未履行，对方请求解除合同并请求其承担违反合同的违约责任的，人民法院依法予以支持。”

理由：首先，对于合同报批义务，在司法实践中，法院能否对该行为进行强制执行存在一定的不确定性。

其次，从保障效率的角度考虑，对于经法院判决后，负有合同报批义务一方仍不履行报批义务的情形，另一方当事人若还需要对其申请执行且仍未履行后才能请求解除，这大大增加了合同

守约方的负担。同时，还妨碍合同守约方与其他主体缔结新合同的效率，故，建议删除“经强制执行仍未履行”这一前置条款。

第十五条【名实不符与合同效力】 人民法院认定当事人之间的权利义务关系不应拘泥于合同使用的名称，而应当根据合同约定的内容。当事人主张的权利义务关系与根据合同内容确立的权利义务关系不一致的，人民法院应当结合缔约背景、交易目的、交易结构、履行行为以及当事人是否存在虚构交易标的等事实认定当事人之间真实的法律关系，并据此认定合同效力。

人民法院在审理案件过程中，发现当事人之间的合同仅是交易链条中的一个环节，且离开整个交易链条无法查明案件事实并难以对当事人之间真实的法律关系及其效力作出认定的，应当告知原告将参与交易的其他当事人追加为共同被告。原告拒绝追加的，人民法院应当驳回诉讼请求，但是不影响其另行提起诉讼。

建议：将第十五条第二款修订为：“人民法院在审理案件过程中，发现当事人之间的合同仅是交易链条中的一个环节，且离开整个交易链条无法查明案件事实并难以对当事人之间真实的法律关系及其效力作出认定的，应当告知原告将参与交易的其他当事人追加为共同被告或第三人，原告拒绝追加被告的，人民法院应将参与交易的其他当事人追加为第三人。人民法院经审理后认为参与交易的其他当事人应当承担民事责任的，应向原告释明，提示原告追加相关参与交易的其他当事人为被告。原告拒绝追加的，人民法院应当驳回诉讼请求，但是不影响其另行提起诉讼。”

理由：人民法院经审理若认为案涉合同仅为交易链条中的一个环节而原告仅起诉该环节的交易对方，实则认为案件可能涉嫌恶意串通行为或虚假交易或虚假诉讼。此时，为了查明全案事实，人民法院可以释明原告列齐全部被告，或列其他交易参与人为第三人。但是否列其他交易参与人为被告是原告的诉权，当原告拒绝列其他交易参与人为被告时，人民法院不得强制要求，或以原告拒绝为由直接驳回原告的诉讼请求。此时，人民法院为了查明案件事实，有权依职权将其他交易参与人追加为第三人。

经实体审理后，若认为其他交易参与人与被告构成恶意串通应当承担连带责任的，应再向原告释明征求其是否调整诉讼请求，若原告仍拒绝的，可视为原告对连带债务中的部分债务人放弃权利从而视为放弃全部债务，如此才可驳回原告的诉讼请求。否则，于法理不合。若认为其他交易参与人与原告构成恶意串通从而案件涉嫌虚假诉讼的，此时应驳回原告的诉讼请求。

第十八条【公法责任对合同效力的影响】 合同违反法律、行政法规的强制性规定，由行为承担行政责任足以实现该强制性规定的目的，人民法院可以认定合同不因违反强制性规定无效。

行为人在订立合同时涉嫌犯罪，或者已经生效的裁判认定构成犯罪，当事人或者第三人提起民事诉讼的，合同并不当然无效。人民法院应当结合犯罪主体是一方当事人还是双方当事人、合同内容与犯罪行为的关系、当事人意思表示是否真实等因素，依据民法典的有关规定认定合同效力。

建议：将第十八条第二款修订为：“行为人在订立合同时涉嫌犯罪，或者已经生效的裁判认定构成犯罪，当事人或者第三人提起民事诉讼要求确认合同无效的，合同并不当然无效。人民法院应当结合犯罪主体是一方当事人还是双方当事人、合同内容与犯罪行为的关系、当事人意思表示是否真实等因素，依据民法典的有关规定认定合同效力。”

理由：明确此处提起民事诉讼的诉求，与下文内容在逻辑上更为通顺。

第二十条【无权处分的合同效力】 转让他人的不动产或者动产订立的合同，当事人或者真正权利人仅以让与人在订立合同时对标的物没有所有权或者处分权为由主张合同无效的，人民法院不予支持。

无权处分订立的合同被认定有效，除真正权利人事后同意或者让与人事后取得处分权外，受让人请求让与人履行合同的，人民法院不予支持；受让人主张解除合同并请求让与人赔偿损失的，人民法院依法予以支持。

无权处分订立的合同被认定有效后，让与人根据合同约定将动产交付给受让人或者将不动产

变更登记至受让人，真正权利人请求认定财产权利未发生变动或者请求返还财产的，人民法院应予支持，但是受让人依据民法典第三百一十一条等取得财产权利的除外。

转让他人的其他财产权利或者在他人财产上设定用益物权、担保物权订立的合同，适用前款规定。

建议：将第二十条第四款内容修订为：“在他人财产上设定用益物权、担保物权订立的合同，适用前三款规定。”

理由：股权、知识产权甚至债权等其他财产权利能否善意取得，宜进一步讨论，目前的规定范围较为宽泛，善意取得宜限定在民法典第三百一十一条规定的范围内。

第二十五条【合同不成立、无效、被撤销或者确定不发生效力的法律后果】合同不成立、无效、被撤销或者确定不发生效力，当事人请求返还财产的，人民法院应当根据案件具体情况，单独或者合并适用返还占有的标的物、返还权利证书或者更正登记簿册记载等方式；财产不能返还或者没有必要返还的，人民法院应当以合同被认定不成立、无效或者确定不发生效力之日该财产的市场价值为基准判决折价补偿。

除前款规定的情形外，当事人还请求赔偿损失的，人民法院应当结合财产返还或者折价补偿的情况，综合考虑财产增值收益和贬值损失、交易成本的支出等事实，按照双方当事人的过错程度及原因力大小，根据诚信原则和公平原则，合理确定损失赔偿额。

合同不成立、无效、被撤销或者确定不发生效力，当事人的行为涉嫌违法且未经处理，可能导致一方或者双方通过违法行为获得不当利益的，人民法院应当向有关行政管理部门发出司法建议；涉嫌犯罪的，应当将案件线索移送刑事侦查机关。

建议：将第二十五条第一款修订为：“合同不成立、无效、被撤销或者确定不发生效力，当事人请求返还财产的，人民法院应当根据案件具体情况，单独或者合并适用返还财产占有的标的物、返还权利证书或者恢复更正登记簿册记载等方式；财产不能返还或者没有必要返还的，人民法院应当以合同被认定不成立、无效或者确定不发生效

力之日该财产的市场价值为基准折价补偿。”

理由：“人民法院以……为基准补偿”，义务主体不当，存在语病。

第二十六条【价款返还及其利息计算】合同不成立、无效、被撤销或者确定不发生效力，有权请求返还价款或者报酬的一方请求对方支付资金占用费的，人民法院应当按照中国人民银行授权全国银行间同业拆借中心公布的同期同类贷款市场报价利率（LPR）计算。但是，占用资金的当事人对于合同不成立、无效、被撤销或者确定不发生效力没有过错的，应当以中国人民银行公布的同期同类存款基准利率计算。

双方互有返还义务，当事人主张同时履行的，人民法院应予支持；占有标的物的一方对标的物的存在使用情形，对方请求将其应支付的资金占用费与应收取的标的物使用费进行抵销的，人民法院依法予以支持，但是法律另有规定的除外。

建议：将第二十六条第一款修订为：“合同不成立、无效、被撤销或者确定不发生效力，有权请求返还价款或者报酬的一方请求对方支付资金占用费的，该等情形发生在2019年8月19日之前的，人民法院可以中国人民银行同期同类人民币贷款基准利率为基础，参照逾期罚息利率标准计算；该等情形发生在2019年8月20日之后的，人民法院可以中国人民银行授权全国银行间同业拆借中心公布的一年期贷款市场报价利率（LPR）标准为基础，加计30—50%计算逾期付款损失。但是，占用资金的当事人对于合同不成立、无效、被撤销或者确定不发生效力没有过错的，应当以中国人民银行公布的同期同类存款基准利率计算。”

理由：2019年8月20日，中国人民银行授权全国银行间同业拆借中心公布的贷款市场报价利率（LPR，分一年期、五年期以上两档）取代了同期同类人民币贷款基准利率。实践中大量合同交易涉及价款或者报酬支付的期间跨越了LPR公布实施的时点，若资金占用方统一按照中国人民银行授权全国银行间同业拆借中心公布的贷款市场报价利率（LPR）计算资金占用费的，则对资金被占用方较为不公。

正是基于上述实际情况，最高人民法院在

《关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释（2020 修正）》第十八条第四款中明确规定：买卖合同没有约定逾期付款违约金或者该违约金的计算方法，出卖人以买受人违约为由主张赔偿逾期付款损失，违约行为发生在 2019 年 8 月 19 日之前的，人民法院可以中国人民银行同期同类人民币贷款基准利率为基础，参照逾期罚息利率标准计算；违约行为发生在 2019 年 8 月 20 日之后的，人民法院可以违约行为发生时中国人民银行授权全国银行间同业拆借中心公布的一年期贷款市场报价利率（LPR）标准为基础，加计 30—50% 计算逾期付款损失。

另外，对有过错的资金占用方，宜参照逾期罚息或加计 30—50% 计算逾期付款损失。

第二十九条【担保型以物抵债的法律适用】 债务人或者第三人与债权人在债务履行期届满前达成以物抵债协议，抵债物尚未交付债权人，债权人请求交付的，人民法院应当按照原债权债务关系审理。当事人根据法庭审理情况变更诉讼请求的，人民法院应当准许。

按照原债权债务关系审理作出的法律文书生效后，债务人不履行该文书确定的金钱债务，债权人可以申请拍卖以物抵债协议的标的物，以偿还债务。就拍卖所得的价款与应偿还债务之间的差额，债务人或者债权人有权主张返还或者补偿。

【另一种方案】 债务人或者第三人与债权人在债务履行期届满前达成以物抵债协议的，人民法院应当认定该协议系民法典第三百八十八条规定的“其他具有担保功能的合同”。当事人约定债务人到期没有清偿债务，债权人可以对财产拍卖、变卖、折价偿还债权的，人民法院应当认定合同有效；当事人约定债务人到期没有清偿债务，财产归债权人所有的，人民法院应当认定该部分约定无效，但是不影响合同其他部分的效力。

当事人订立前款规定的以物抵债协议后，债务人或者第三人未将财产权利移转至债权人，债权人主张优先受偿的，人民法院不予支持；债务人或者第三人已将财产权利转移至债权人的，适用《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉有关担保制度的解释》第六十八条的规定。

建议：第二十九条采用另一种方案。

理由：债务履行期届满前签订的以物抵债协议，因为容易导致道德风险，故在理论上应当等同于“流押”对待。按照一般原理，“流质抵押”并不绝对无效，而是转换为清算型担保条款（即，拍卖变卖后优先受偿，多余部分返还）。既然债务履行期届满前的以物抵债等同于流押，那就应当满足流押（不动产流质抵押、动产流质抵押）成立的法定形式要件——不动产抵押登记、动产质押交付占有。未完成该形式要件的，以物抵债协议本身不产生担保的法律效果（优先受偿）。

第四十二条【债权人撤销权诉讼中明显不合理低价或者高价的认定】 对于民法典第五百三十九条规定的明显不合理的低价或者高价，人民法院应当以交易当地一般经营者的判断，并参考交易时交易地的市场交易价或者物价部门指导价予以认定。

转让价格未达到交易时交易地的市场交易价或者指导价百分之七十的，一般可以认定为明显不合理的低价；受让价格高于交易时交易地的市场交易价或者指导价百分之三十的，一般可以认定为明显不合理的高价。

债务人与相对人存在关联关系等情形的，不受前款规定的百分之七十、百分之三十的限制。

建议：将第四十二条第三款修订为：“为逃避债务实施民法典第五百三十九条规定的行为的，不受前款规定的百分之七十、百分之三十的限制。”

理由：首先，“关联关系”作为专有名词，是指公司控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员与其直接或者间接控制的企业之间的关系，以及可能导致公司利益转移的其他关系。本条选取“关联关系”一词容易产生歧义。其次，本条将存在关联关系作为恶意串通的例外情况，忽略了实践中恶意串通往往经常发生在具有某种联系的当事人之间，让债权人的撤销权的行使失去了可能性。

第四十六条【连环转让中的撤销权行使】 债务人无偿转让财产或者以明显不合理的低价转让财产后，相对人又将该财产无偿转让、以明显不合理低价转让或者为他人的债务提供担保，影响债权人的债权实现，且前后交易行为中以明显不合理的低价受让财产的人、担保权人知道或者应

当知道上述情形，债权人请求一并撤销债务人的相对人的行为的，人民法院应予支持。

建议：删除第四十六条。

理由：债务人为影响债权人债权实现，将财产无偿或低价转让给相对人，在债权人行使债权撤销权之前，财产所有权有效转移至相对人。在债权人行使债权撤销权之前，相对人再次对外转移财产时是有权处分，并非无权处分，“明知”只能成为无权处分情况下阻断善意取得的理由，而不能阻断有权处分，故此时债权人的撤销权不能对抗财产所有权。

第六十二条【合同终止的时间】人民法院依据民法典第五百八十条第二款的规定支持当事人一方终止合同权利义务关系的主张的，应当以起诉状副本送达对方的时间为合同权利义务关系终止的时间。

【另一种方案】人民法院依据民法典第五百八十条第二款的规定支持当事人一方终止合同权利义务关系的主张的，应当根据案件的具体情况在判项中明确合同权利义务关系终止的时间。

建议：第六十二条采用另一种方案。

理由：根据民法典第五百八十条第二款规定，如果债务标的不适于强制履行或者履行费用过高的，免除实际履行的义务，违约方可以请求终止合同实际履行义务。体现了“履行经济（效率）”原则。但是这种情况下的免除实际履行的请求权，毕竟不同于法定解除权（形成权），也不是违约方可以凭其单方面通知而产生免除效果（仅产生诉权，其必须向法院或者仲裁机构提出请求）。故，不宜以“起诉状副本送达”作为合同权利义务终止的时间，而应当由法院或者仲裁机构拟制出一个合理时间。

第六十四条【长期性合同中可得利益的赔偿】

在租赁、合作等持续履行的合同中，人民法院可以根据当事人的主张，参考合同主体、交易类型、合同履行情况、履约背景等因素确定非违约方寻找替代交易的合理期限，并按照该期限对应的租金、价款或者报酬等扣除非违约方应当支付的相应履约成本后确定合同履行后可以获得的利益。

非违约方请求违约方赔偿合同解除后与剩余履行期限相应的租金、价款或者报酬等的，人民法院不予支持。

建议：将第六十四条首句“在租赁、合作等持续履行的合同中……”修改为“在租赁、借款、合作等依履行期限确定租金、价款或报酬的合同中……”。

理由：本条将“该期限对应的租金、价款或者报酬等扣除非违约方应当支付的相应履约成本”作为确定合同履行后可以获得利益，实际上将时间与租金等价款给付义务相关联，这仅适用于租金、借款等以财产使用期限或者服务时间作为计算价款标准的继续性合同，而不涉及继续性供给合同以及委托、承揽等继续性服务合同的情形，为避免误解，建议调整。

第六十八条【请求调整违约金的方式和举证责任】当事人一方通过反诉或者抗辩的方式，请求人民法院依据民法典第五百八十五条第二款的规定调整违约金的，人民法院依法予以支持；对方以合同约定不得对违约金进行调整为由主张不应予以调整，经审查不调整违约金将导致显失公平的，人民法院对该主张不予支持。

非违约方主张约定的违约金低于违约造成的损失请求予以增加，或者违约方主张约定的违约金过分高于违约造成的损失请求予以适当减少的，应当承担举证责任。

建议：将第六十八条修订为：“当事人一方通过反诉或者抗辩的方式，请求人民法院依据民法典第五百八十五条第二款的规定调整违约金的，人民法院依法予以支持；对方以合同约定不得对违约金进行调整为由主张不应予以调整，该不得对违约金进行调整的约定无效。”

理由：如果允许当事人通过预先约定放弃向法院请求调整违约金的权利，容易造成意思自治对公共秩序的冲击，而六十八条意图利用成立条件苛刻的显失公平制度进行价值平衡，则不够妥当（尤其是在《民法典》合同编仍然坚持民商合一的情况下）。

中伦
文德



□ 李政明/文

李政明律师，中伦文德高级合伙人、保险研究院院长，中国保险学会法律委员会委员，中国保险法学研究会理事，贸仲、北仲、广仲、深国仲等机构仲裁员，独立董事，钱伯斯、LEGAL500亚太、Legalband上榜律师。执业领域：保险、资本市场、私募投资、不动产与建设工程、争议解决、财富传承等。



□ 任雅茹/文

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

探析国际商事仲裁之密封要约

近年来，新冠疫情全球蔓延、俄乌冲突不断加剧，给各国经济社会发展造成了不利影响。不过，中国仲裁业仍实现了高质量发展，不断取得亮眼的佳绩。根据官方数据，仅2021年，全国270家仲裁机构受理案件共计达415,889件，标的总额达8,593亿元，再次创下历史新高。在中国仲裁业良好的发展势头下，完善仲裁相关制度设计，降低仲裁成本，让更多商事争议通过仲裁途径解决，显得至关重要。本文以国际仲裁中的密封要约机制为研究中心，对其历史起源、相关案例、优缺点与适用机制等进行剖析，以期对我国仲裁制度的完善有所裨益。

一、密封要约的历史起源及其在国际仲裁中的适用

密封要约机制的最早适用是在海事仲裁，是英国民事诉讼中出现的先例，后被多次适用并延伸到国际商事仲裁领域。最初的判例出现于1975年英国Calderbank女士离婚财产纠纷之中，该女士提出的和解要约被原告拒绝，而最后法院的判决金额不及该女士在和解要约中提出的金额。法院最终在诉讼费用的分配上作出了有利于被告

而不利于原告的判决，即被告只承担和解要约送达之前已产生的费用。法院判决的逻辑在于，如果原告在最初接受了被告的和解要约请求，那么后面的所有程序等就不会存在，更有利于双方早日化解矛盾。

通常情况下，英国法院倾向于判决败诉方支付所有诉讼费用，也可能根据具体案件的具体情况会有所变化。但一般而言，败诉方支付的金额可能很多。而密封要约减轻了败诉方承担资金的压力，在诉讼的较早阶段就提出该要约，更能节省支出。该密封要约机制起缘于诉讼领域，后也被广泛适用于仲裁之中，特别是在美国和其他普通法司法辖区，如澳大利亚、加拿大和中国香港地区等。

（一）密封要约与普通要约的区别

“密封要约”（通常称为“Calderbank offer”或“sealed offer”）是解决争端的书面要约，可在仲裁或诉讼程序中提交，以促进双方尽快和解，可降低诉讼或仲裁成本。密封要约与普通要约的相同点都是向对方当事人提出合同相关条件，以期对方当事人作出接受的意思表示；二者的首要



区别在于普通要约是以缔结合同为目的，而密封要约是以达成和解为目的；其次，普通要约拒绝仅仅构成合同不成立，但拒绝密封要约存在影响仲裁成本的分摊的可能性，其拒绝后果具有一定的惩罚性质。

另外，当事人只有在案情决定后才可以向法院透露密封要约的细节。要约必须是密封的，在确定争端实质问题之前，不可以提请仲裁庭，以免影响仲裁庭对实质案情的裁决。但是，为了仲裁庭评估费用责任时考虑到该要约，必须在仲裁庭对费用作出裁定之前提请。最后，如果密封要约起草得当，可以极大地鼓励当事方在诉讼或仲裁早期阶段解决纠纷，并减少诉讼或仲裁后续的程序费用。因此，密封要约是一个非常实用且有巨大经济价值的工具。

（二）密封要约的优缺点

密封要约首先为当事人提供了尽早解决争端的机会，且不必担心要约条款暴露会带来的负面影响；其次，密封要约对提出要约的一方提供了保护，使其在费用承担上掌握一定的主动权；另外，密封要约可以极大地激励双方和解，并考虑实实在在的诉讼或仲裁成本问题。但是，密封要约也有一定的缺点，即仲裁庭知道了该密封要约的存在，虽然要约内容未暴露，但提交密封要约方的答辩立场可能受到削弱。尽管许多经验丰富的仲裁从业者熟知密封要约的存在，但该条款不是所有司法管辖区都通用。提出密封要约之前，需要寻求当地律师的建议，分析清楚密封要约提出后的预期结果。

（三）密封要约的作用

国际仲裁费用通常数额巨大，不仅包括仲裁员费用、律师费、仲裁机构费用，还有一些翻译费、公证费等。这些费用的承担通常有三种方式，一是仲裁庭裁定败诉方承担所有费用，这也是最常见的方式；二是根据仲裁裁决结果具体分配仲裁费用，如具体的仲裁请求认可与否；三是裁定各方平均分摊仲裁费用。而往往申请人在占据优势地位时，希望通过整个仲裁程序的完成，来最大限度的维权获益，即使被申请人在仲

裁过程中提出利于申请人的和解要求，申请人有时仍不为所动，坚持将仲裁程序进行到底，造成后续更多时间、人力与资金的浪费。如果被申请人了解并妥善利用密封要约机制，则可以利用该机制给后续的仲裁费用踩下刹车，暂停后续费用的计算，达到最终只承担和解要约提出之前的费用的目的，从而降低仲裁费用开支，维护自己的合法权益。

二、国际商事仲裁中密封要约的提出与作用机制

（一）密封要约的提出时间与金额

如果可以并确需提起密封要约流程，通常建议在仲裁程序中尽早提出密封要约，因为要约提出的时间越早，节省的仲裁成本往往越多。关于密封要约中和解方案所涉金额，主要取决于对案情的把握和评估，鉴于最终目的是节省大量成本，所以建议金额方面在允许范围内提供有所让步的方案，争取各方接受密封要约，最大限度维护自身利益。

（二）密封要约的形式与内容

密封要约一定要采取书面形式，清晰、详细，无需再做进一步解释或澄清。建议密封要约中包含如下信息：（1）该要约中是否涵盖全部仲裁请求与反请求（如有）；（2）要约日期与期限要明确，符合具体仲裁庭的要求；（3）要约费用要详尽，具体到每一项及利息；（4）该要约是无条件的、充分的、最终的。

（三）接受或拒绝密封要约的后果

如果密封要约被接受，则后面的仲裁程序终止，按照密封要约中约定的条件结束纠纷。如果对费用分配与数额有意见或被拒绝，可以向仲裁庭提出，由仲裁庭做出最终裁决。如果拒绝要约一方最终获得胜诉，获得了比密封要约中更有利的裁决，则仲裁庭按照正常程序结案，说明对方拒绝密封要约是合理的。如果拒绝要约的一方成功提出了要求，但未能获得比要约条款更优惠的裁决，则仲裁庭可以命令胜诉方从要约接受的最

后日期开始支付费用。

三、国际仲裁机构是否应鼓励密封要约的适用

(一) 仲裁庭是否有义务考虑密封要约

仲裁费用问题通常由仲裁庭自行决定。除非当事方明确表示同意或根据程序规则或法律进行仲裁（规定密封要约将对成本产生影响），否则仲裁庭在决定如何分配成本时并非必须考虑密封要约。因此，在程序上一定要尽早提出，让仲裁庭知道密封要约的存在，以便及时考虑。仲裁协议通常对仲裁费用的分配保持沉默。大多数主要仲裁机构规则只不过允许仲裁庭在分配费用时考虑双方的行为。一般，很少有仲裁法明确提及密封要约。特例是《1996年新西兰仲裁法》（第6条2a部分），以及当地的民事诉讼程序规则，如《英国民事诉讼规则》的第36部分。

在Chinney Construction Co, Ltd.诉Po Kwong Marble Factory Ltd. [2005] HKEC1042案例中，要约人在仲裁中提出了四份密封要约，但均未被接受。仲裁庭作出裁决（包括费用）时并未意识到这些密封要约的存在，因此没有考虑。于是，Chinney要求仲裁员根据密封要约重新考虑其费用裁决。但仲裁员拒绝了，其表示仲裁任务已经结束。因此，Chinney向香港法院提出了申请，法院将该裁决退还给仲裁员，要求其重新考虑仲裁费用部分。法官认为，根据《香港仲裁法》Chinney未能及时提请仲裁员注意密封要约的存在，是“程序上的不幸”。尽管Chinney幸运地获得了想要的结果，但该案强调当事人必须确保仲裁庭在作出最终裁决之前知道密封要约的存在。

(二) 仲裁庭是否应鼓励密封要约的适用

密封要约确实可以促使双方仔细考虑仲裁请求，并早日解决纠纷，节省成本。许多仲裁机构，如HKIAC, ICC, LCIA等，也规定采取适当程序避免不必要的拖延或费用。实践中，密封要约的适用还并不广泛，主要在于其提出时间一般有严格要求，形式与内容也需要特别注意。未来，

仲裁庭鼓励密封要约的适用，其对加速整个仲裁程序的推进作用是明显的，但可能还是要根据具体案件予以具体分析。

四、国际商事仲裁中被申请人使用密封要约的注意事项

国际商事仲裁中使用密封要约可以在一定程度上降低当事人的仲裁费用，但提请注意以下五点：第一，密封要约通常是由被申请人提出，且提出越早，意味着节省的费用越多，因此，建议在仲裁程序中尽早提出密封要约，可以最大限度地节约成本。第二，密封要约应该采取书面形式，而且必须清楚地注明“Confidential and Without Prejudice Save as to Costs”；换言之，该要约必须保密、无歧视，除费用以外，任何权利不应受到损害。第三，要约中的任何歧义都可能构成仲裁庭不采纳该密封要约的理由，因此，条款内容应尽可能详细、清晰，以免构成不利影响；特别是费用的安排，一定要足够清楚。第四，要约中应明确是否考虑利息与反诉情况。第五，明确要约供对方接受的时间、期限。受要约人必须有合理的时间考虑要约，但也不应无限期，而是要给予一个合理的期间，表明在该期间内都可接受。

五、总结

众所周知，相比诉讼途径，仲裁在独立性、保密性、高效性方面有其不可比拟的强大优势，但由于仲裁费用较高、成本较大，一些当事人往往放弃仲裁路径解决纠纷。特别是在国际仲裁中，费用裁定在很大程度上取决于各仲裁庭的裁量权，很难确切说明仲裁庭如何决定当事各方之间的费用分配。通常，败诉方不仅要承担自己一方的费用，还要承担另一方相关费用的一部分。在这种情况下，密封要约可以为被迫捍卫虚假或夸大索赔要求的国际仲裁当事方提供强大的保护武器，极大地降低成本。

结合我国仲裁实务，如在我国仲裁实践中引入国际仲裁中的密封要约机制，也将降低当事方的诉讼成本，减轻相关方费用压力，极早地促成和解，亦可避免仲裁资源的浪费。



□ 李 敏/文

李敏律师，北京市中伦文德律师事务所高级合伙人，资本市场委员会主任。业务领域：信托及资产管理、保险资金投资、房地产与建设工程、能源、诉讼仲裁等。李敏律师毕业于清华大学建筑学院和清华大学法学院，具有建筑和法律的双重知识背景，从事律师职业超过十八年，担任北京市律师协会信托专业委员会副主任、本所信托专业委员会主任、中国保险资产管理业协会法律专家库专家、中央民族大学、北京工商大学校外导师、多家金融机构投委会委员、创业板注册制第一股独立监事。李敏律师参与了多起大型法律服务项目和案件，具有丰富的经验。



□ 牟双武/文

牟双武，北京市中伦文德律师事务所实习律师，毕业于北京师范大学法学院，取得法学硕士学位。牟双武实习律师的主要服务领域为房地产与建设工程业务、私募基金业务、诉讼仲裁业务、常年法律顾问业务等。

侵权之诉能否规避仲裁管辖之研究

【前言】尽管合同中已经明确约定了仲裁作为争议解决方式，但当纠纷真正发生时，部分当事人可能基于各种原因而不愿再接受仲裁管辖。此时，司法实务中有的当事人就会在明明已经约定仲裁条款的情况下选择向人民法院提起侵权之诉，要求法院直接按照侵权责任纠纷的有关规定确定案件管辖权，进而规避仲裁管辖之约定。我们认为这种做法不符合我国现行法律规定，也与最高法院及大多数此前的判决不一致，本文主要就此相应问题进行相应研究。

一、问题的提出

作为一种争议解决方式，仲裁因其尊重当事人意思自治、审理程序更为灵活、一裁终局解决纠纷更为高效等优势，在民商事经济活动中被广泛选择作为争议解决方式。但是，在一些案件中，

尽管合同中已经明确约定以仲裁作为争议解决方式，当事人很可能基于各种原因而不愿再通过仲裁方式解决争议。此时，有的当事人就会试图寻找各种理由以规避仲裁条款的适用，如主张未达成仲裁协议或主张仲裁协议无效等。而在不否定或难以否定已经达成的有效仲裁协议或仲裁条款（以下统称“仲裁条款”）的情况下，司法实践中另一种比较常见的试图规避仲裁条款的做法，就是直接将由合同引发的纠纷以侵权为由向法院提起侵权之诉，要求法院直接按照侵权责任纠纷的有关规定确定案件管辖权。

这一现象使我们不禁思考下列问题：司法实践中，在合同中已经明确约定仲裁管辖的情况下，当事人直接向法院提起侵权之诉，人民法院目前主要持何种态度，人民法院应如何处理类似案件才符合我国现行法律法规之规定。

二、目前我国法院的处理方式

（一）部分法院认可此种以侵权之诉规避仲裁管辖的方式

在我们检索到案例中，部分法院直接根据原告起诉时提出的诉讼请求和事实、理由，认定案件属于侵权责任纠纷，并直接根据有关侵权责任纠纷的规定对案件管辖权作出认定。在此种情况下，即使被告在答辩期间内以存在有效仲裁协议为由提出管辖权异议，法院仍然裁定驳回被告提出的异议。例如，在北京市西城区人民法院审理的“李瑞雯与兴业国际信托有限公司等侵权责任纠纷”一案中，原告李瑞雯起诉北京大观投资管理有限公司（以下简称“北京大观公司”）、徐志霖、兴业国际信托有限公司（以下简称“兴业信托公司”），要求三名被告返还其投资款；虽然三名被告均在答辩期间内提出了管辖权异议，认为原告

李瑞雯与被告兴业信托公司签订的涉案《信托合同》中约定了仲裁条款，原告应当向上海仲裁委员会申请仲裁，而不能向法院提起诉讼，但是，北京市西城区人民法院作出的（2021）京0102民初21249号《民事裁定书》并未对被告提出的管辖权异议问题进行分析 and 回应，而是直接以原告起诉的事实和理由确认该案系侵权责任纠纷，并根据有关侵权责任纠纷的相关规定认定该院享有管辖权，进而驳回了三名被告提出的管辖权异议。此后，被告就管辖权异议问题提出上诉，但北京市第二中级人民法院在二审中作出了与一审裁定完全相同的认定，北京市第二中级人民法院作出的（2021）京02民辖终697号《民事裁定书》中，该院认为“本案属于侵权之诉，应当按照法律有关侵权行为的特殊地域管辖规定，确定管辖”，进而维持原裁定，驳回了上诉人兴业信托公司等上诉。



（二）部分法院不支持原告在仲裁条款有效的情况下提起侵权之诉

与上述做法相反的是，也有地方法院并不支持原告在仲裁条款有效的情况下提起侵权之诉。例如，在“杨超、深圳市三一东方电子科技有限公司等侵权责任纠纷”案管辖权异议二审中，广州市中级人民法院作出的（2021）粤01民辖终2103号《民事裁定书》就纠正了广州互联网法院作出的（2021）粤0192民初37824号一审裁定，认为“即使当事人以侵权为由提起诉讼，但仍属因履行合同所产生的争议，应当受合同中有效仲裁条款的约束，纠纷应当通过仲裁解决”，进而驳回了贺一对广州朋克普律信息科技有限公司的起诉。

值得我们注意的是，最高人民法院审理的多起类似案件，都不支持原告通过提起侵权之诉的方式规避仲裁条款的做法。并且，最高人民法院还在裁判文书中进一步明确，即使原告以共同侵权为由起诉并增列了不受仲裁协议约束的其他被告，但签订仲裁协议的当事人之间的纠纷仍应通过仲裁解决，而非由人民法院受理并审理。例如，早在1998年，最高人民法院就在公报案例“江苏省物资集团轻工纺织总公司诉（香港）裕亿集团有限公司、（加拿大）太子发展有限公司侵权损害赔偿纠纷上诉案”（最高人民法院公报1998年第3期）中明确指出：“双方当事人合同中明确约定发生纠纷通过仲裁方式解决，在该合同未经有关机关确认无效的情况下，当事人均应受该合同条款的约束；即使本案涉及第三人，在仲裁庭不能追究第三人责任的情况下，轻纺公司可以以第三人为被告向人民法院另行提起诉讼，当事人的合法权益仍然可以得到维护。”此后，最高人民法院又在（2015）民四终字第15号《厦门豪嘉利商贸发展有限公司与洋马发动机（上海）有限公司、洋马株式会社管辖裁定书》（2020）最高法知民终1360号之一《基石药业（苏州）有限公司、中山康方生物医药有限公司侵害技术秘密纠纷二审民事裁定书》等多起类似案件的裁判中反复确认了以下裁判观点：“在解释仲裁条款范围时，如侵权争议因违反合同义务而产生，违

约责任和侵权责任有竞合关系，则原告即使选择以侵权为由提出诉讼，仍应受到合同仲裁条款的约束，不应允许当事人通过事后选择诉因而规避仲裁条款的适用。且即便原告提起诉讼时增列了未签订仲裁协议的其他被告，亦不影响有仲裁协议的原、被告之间的纠纷适用仲裁协议”。

综上，司法实践中，在合同中约定的仲裁条款有效的情况下，面对原告因合同争议而提起的侵权之诉，各级、各地人民法院的态度并不统一，且在最高人民法院已有类似判例显示不支持原告提起侵权之诉的情况下，仍有地方法院受理相应的侵权之诉并驳回被告以存在仲裁协议为由提出的管辖权异议。

三、作者观点

我们认为，在合同中已经明确约定仲裁管辖的情况下，不应支持原告以提起侵权之诉的方式规避仲裁管辖的做法，上述人民法院的处理方式中，第（二）种处理方式应当才符合现行法律规定，也契合最高人民法院的裁判观点。主要原因如下：

（一）《中华人民共和国仲裁法》未将侵权责任纠纷排除在可以仲裁的范围之外，因合同引起的具有财产性质的侵权责任纠纷，同样可以通过仲裁方式解决。如果当事人提起的侵权之诉确系因合同争议所引起，该侵权责任纠纷理应受合同中仲裁条款的约束，并应通过仲裁方式解决

1、根据《中华人民共和国仲裁法》（以下简称《仲裁法》）第二条的规定，“平等主体的公民、法人和其他组织之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷，可以仲裁。”根据《仲裁法》第三条的规定，“下列纠纷不能仲裁：（一）婚姻、收养、监护、扶养、继承纠纷；（二）依法应当由行政机关处理的行政争议。”根据上述规定，我国现行《仲裁法》对于可以仲裁的事项范围从正、反两个方面进行了规定。一方面，《仲裁法》并未将可以仲裁的事项限定为合同纠纷，凡是平等主体之间的财产权益纠纷，都属于可以仲裁的范围。另一方面，《仲裁法》也未将侵权责任纠纷列入明确排除仲裁的范围。因此，在立法层面上，财

产性质的侵权责任纠纷同样属于可以仲裁的事项范围。

2、根据《仲裁法》的上述相关规定，因合同引起的具有财产性质的侵权责任纠纷，同样可以通过仲裁方式解决，因此，如果当事人提起的侵权之诉系因合同争议所引起，则该侵权责任纠纷理应受合同中仲裁条款的约束，应通过仲裁方式解决。

（二）即使当事人提起侵权之诉时增列了未签订仲裁条款的其他被告，由于共同侵权纠纷依法不必然属于必要共同诉讼，签订了仲裁条款的当事人之间的纠纷仍应通过仲裁方式解决

《中华人民共和国民法典》第一百七十八条第一款规定：“二人以上依法承担连带责任的，权利人有权请求部分或者全部连带责任人承担责任。”因此，被侵权人向一个或者若干个连带责任人提出请求的，被请求的侵权人就应当承担全部赔偿责任，因此即便是数个侵权人实施了应当承担连带责任的共同侵权行为，该侵权之诉在民事诉讼程序中仍然是可以分案处理的可分之诉。在此种情况下，如果原告与部分被告之间存在有效的仲裁条款，则被诉侵权行为应当在诉讼和仲裁两个法律程序中分别处理，即存在有效仲裁条款的当事人之间的侵权责任纠纷，仍应通过仲裁而非诉讼方式解决，当事人即使提起共同侵权之诉，也不能规避仲裁协议的约束力。

（三）基于司法统一和同案同判的原则，在最高人民法院就类似案例作出的裁判明确不支持原告通过提起侵权之诉或增列被告等方式规避仲裁管辖的情况下，各级人民法院不应再各行其是，应以最高人民法院的判例为参考做到同案同判，即不应支持原告通过提起侵权之诉规避仲裁管辖的做法

2021年12月1日起正式实施的《最高人民法院统一法律适用工作实施办法》第三条规定：“各审判业务部门办理审判执行案件，应当严格遵守法定程序，遵循证据规则，正确适用法律，

确保法律统一正确实施。”该办法第六条规定：“办理案件具有下列情形之一的，承办法官应当进行类案检索：（五）与最高人民法院的类案裁判可能发生冲突的；（八）审理过程中公诉机关、当事人及其辩护人、诉讼代理人提交指导性案例或者最高人民法院生效类案裁判支持其主张的。”该办法第八条规定：“根据本办法第六条规定应当进行类案检索的案件，合议庭应当将案件统一法律适用标准情况纳入评议内容。审理过程中公诉机关、当事人及其辩护人、诉讼代理人提交指导性案例或者最高人民法院生效类案裁判支持其主张的，合议庭应当将所提交的案例或者生效裁判与待决案件是否属于类案纳入评议内容。”该办法第十条规定：“待决案件拟作出的裁判结果与指导性案例、最高人民法院类案裁判法律适用标准不一致，或者拟作出的裁判结果将形成新的法律适用标准的，合议庭应当建议提交部门专业法官会议讨论；院长发现待决案件存在前述情形的，应当依照程序召集部门专业法官会议讨论。”

根据上述规定，开展类案检索，争取同案同判，确保法律统一正确实施是最高人民法院的明确要求，也是司法统一的基本要求。如上所述，目前最高人民法院就类似案件作出的裁判已经明确表明不支持原告通过提起侵权之诉或增列被告等方式规避仲裁协议的约束力。在此种情况下，各级人民法院不应再各行其是，在处理类似案件时，应以最高人民法院的判例为参考做到同案同判，而不应支持原告通过提起侵权之诉规避仲裁管辖的做法。

四、总结

根据上述分析，我们认为，在合同中已经明确约定仲裁管辖的情况下，当事人因合同争议而引发的侵权责任纠纷，依法也应当通过提起仲裁而非向法院起诉的方式解决。但在司法实践中，仍有地方法院存在不同的做法，因此，我们在工作中需要关注各地法院的处理方式，才能更好地维护当事人的合法权益。



□ 李政明/文

李政明律师，中伦文德高级合伙人、保险研究院院长，中国保险学会法律委员会委员，中国保险法学研究会理事，贸仲、北仲、广仲、深国仲等机构仲裁员，独立董事，钱伯斯、LEGAL500亚太、Legalband上榜律师。执业领域：保险、资本市场、私募投资、不动产与建设工程、争议解决、财富传承等。



□ 何娟/文

何娟律师，中伦文德非权益合伙人，保险法律委员会秘书长。主要从事金融保险、公司合规、争议解决等领域的法律事务，先后担任数十家企业常年法律顾问，执业期间承办了上百起疑难、复杂案件，积累了丰富的法律合规和争议解决经验。

《民法典》背景下财产保险代位追偿中免除部分担保人责任的法律问题

前言

我国《保险法》第六十条规定：“因第三人对保险标的的损害而造成保险事故的，保险人自向被保险人赔偿保险金之日起，在赔偿金额范围内代位行使被保险人对第三者请求赔偿的权利。”在财产保险中，代位追偿是保险人的法定权利。如果保险人依法取得的被保险人对第三人的债权上存在保证债权和担保债权等从权利，保险人同时取得被保险人向相关保证人和担保人的担保权，这在目前司法实践中已经基本没有争议，即，保险人可以向第三人及其担保人进行追偿。

在保险公司追偿实务中，存在部分担保人主动提出其按照一定比例或份额履行债务换取保险公司免除其全部担保责任的情形。在该种情形下，存在这样一个问题：如果保险公司与部分担保人达成协议，获得部分赔偿后免除其担保责任，该协议对其他担保人会产生何种影响？该和解行为是否会在法律上会造成保险公司对其他担保人相

关追偿权的丧失？本文结合《民法典》《保险法》的相关规定，从免除部分担保人责任对其他担保人的法律效力、担保人之间的追偿权两个角度分析，供业内人士和相关方参考。

一、保险公司与部分担保人达成协议免除该担保人责任，对于其他担保人的法律效力如何？

鉴于担保包括抵押、质押、保证等多种形式，且同一债务存在单一担保或混合担保等多种情形，本文将分别从仅存在多个连带保证担保、同时存在物权担保和多个连带保证担保的混合担保等两种情形分别阐述。

1.1 保险追偿案件中仅存在多个连带保证人的情形

共同担保按照债权人可以向担保人主张担保责任份额的不同，可以分为按份共同担保和连带共同担保。关于共同担保中按份共同担保、连带

共同担保的界定及区分在我国法律体系当中并没有明确规定，仅存在有关按份共同保证和连带共同保证的相关规定。根据的《担保法》（已失效）第十二条^[1]和《担保法解释》第19条^[2]规定，保证人之间对保证份额有明确约定的，应当按照约定的保证份额承担保证责任，此为按份共同保证；保证人之间没有约定保证份额的，为连带共同保证。

不过，《民法典》的规定与《担保法》和《担保法解释》的规定略有区别，《民法典》第六百九十九条^[3]规定，保证人与债权人之间对保证份额有明确约定的，应当按照保证合同约定的保证份额承担保证责任；没有约定保证份额的，债权人可以请求任何一个保证人在其保证范围内承担保证责任。对于是否构成连带共同保证《民法典》并未明确规定，即便如此，按照《民法典》第六百九十九条的规定，没有约定保证份额的，债权人可以要求任一保证人履行全部债务，已经满足连带债务的定义；另外，全国人大法工委在本条的解释中提到：“故多个保证人之间的关系，实际上是三种情形：明确约定为按份共同保证；明确约定为连带共同保证，此时为真正连带；没有约定保证份额，但适用第699条所规定的‘没有约定保证份额的，债权人可以请求任何一个保证人在其保证范围内承担保证责任’的不真正连

带共同保证，此时债权人可以请求任何一个保证人承担全部保证责任，保证人承担保证责任之后可以找债务人追偿，但是多个保证人之间没有相互追偿权。”可见，全国人大法工委也认可了《民法典》第六百九十九条作为对外关系中连带共同保证的依据。

按照是否约定担保份额对共同担保进行分类，可以分为按份共同担保与连带共同担保。即，按份共同担保，是指债权人和担保人对担保责任份额存在约定，债权人只能按照约定的份额向担保人主张担保责任的共同担保；连带共同担保，是指债权人可以要求任何一个担保人承担全部债务担保责任的共同担保。

《民法典》第五百二十条^[4]第二款：“部分连带债务人的债务被债权人免除的，在该连带债务人应当承担的份额范围内，其他债务人对债权人的债务消灭。”故，在保险追偿案件中仅存在多个连带保证人的情形下，保险公司与部分连带保证人达成协议免除其连带保证责任的，在该连带保证人应当承担的份额范围内，其他连带保证人对保险公司的债务消灭，即保险公司在向其他连带责任保险人追偿的数额中，应当扣除保险公司免除责任的连带保证人在连带保证人内部应当承担的份额。

至此，在上述情形下，关于连带保证人应当



承担的份额的确定问题，将成为是否对保险公司相关权利产生实质影响的关键。下文做具体探讨。

1.2 同时存在物权担保和多个连带保证担保的混合担保情形

根据《民法典》第三百九十二条^[5]，债务人自己提供物的担保的情形下，债权人须先就该物的担保实现债权，故债权人提供物的担保不在本文考虑之列，本文仅就并存债务人之外的第三人提供物的担保和其他多个连带保证的混合担保情形进行探讨。

《民法典》第三百九十二条规定：“第三人提供物的担保的，债权人可以就物的担保实现债权，也可以请求保证人承担保证责任。提供担保的第三人承担担保责任后，有权向债务人追偿。”保险公司在取得保险人代位求偿权之后，依法取得被保险人（即债权人）的相关权利，可以就物的担保实现债权（关于保险人代位求偿权项下债权的保证债权、抵押权是否一并转移给保险人的问题，在实务中存在一定的争议。笔者认为，因担保权属于从权利，保险人当然取得该从权利，保险人可以向第三者的担保人主张担保权利。本文暂不展开分析），也可以请求保证人承担保证责任；而根据《民法典》第五百一十八条关于连带债务的规定（即债权人可以请求部分或者全部债务人履行全部债务的，为连带债务），笔者认为，在该种情形下，可以认为物权担保人和连带保证人之间存在法定连带关系，即物权担保人和连带保证人就应向债权人承担的债务构成连带债务。

基于此，根据《民法典》第五百二十条第二款“部分连带债务人的债务被债权人免除的，在该连带债务人应当承担的份额范围内，其他债务人对债权人的债务消灭”，故，在保险追偿案件中，存在第三人提供物的担保和其他多个连带保证的混合担保情形下，保险公司与部分担保人（包括连带保证人和物权担保人）达成协议免除其担保责任的，在该担保人应当承担的份额范围内，其他担保人对保险公司的债务消灭，即保险公司在向其他连带责任保险人追偿的数额中，应当扣除保险公司免除责任的担保人在担保人内部应当承担的份额。

至此，在上述情形下，关于连带保证人应当承担的份额的确定问题，将成为是否对保险公司相关权利产生实质影响的关键。下文做具体探讨。

二、担保人之间的追偿权

《担保法》（已失效）第十二条^[6]和《担保法司法解释》（已失效）第20条第二款^[7]、第38条^[8]、第75条第三款^[9]均明确规定，承担担保责任的担保人对其他担保人享有追偿权。根据《物权法》第一百七十六条^[10]和《九民会议纪要》第56条^[11]之规定，除非担保人之间约定可以相互追偿，否则，物权担保人承担担保责任后只能向债务人追偿，而不能向其他担保人追偿；当然，根据上述规定，连带责任保证人之间是可以相互追偿的。鉴于《担保法》已于2021年1月1日被《民法典》废止，就连带责任保证人之间是否可以相互追偿的问题，需要根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉时间效力的若干规定》并结合法律事实发生的具体时间等有关情况进行判断。

《民法典》对担保人（包括物权担保、保证等）的追偿制度采取了“意思自治”的原则。《民法典》第三百九十二条^[12]规定，物权担保人承担担保责任后，有权向债务人追偿；《民法典》第七百条^[13]规定，除当事人另有约定外，保证人承担保证责任后，有权在其承担保证责任的范围内向债务人追偿。上述两条文均未规定承担担保责任和保证责任的担保人有向其他担保人（包括保证人）进行追偿的法定权利。因此，笔者认为，在担保人之间是否享有追偿权，取决于担保人之间是否达成了相互追偿的一致意思表示。《担保制度解释》第13条^[14]具体规定了担保人之间达成或视为达成了相互追偿的一致意思表示的具体情形，可总结为：

（1）担保人之间明确约定可以相互追偿，并约定了分担份额。

（2）担保人之间约定可以相互追偿但没有约定分担份额，或没有约定可以相互追偿但约定了承担连带共同担保的，各担保人间应按照比例分担无法向债务人追偿的部分。

（3）共同担保人之间未对相互追偿作出约定

且未约定承担连带共同担保，但是各担保人在同一份合同书上签字、盖章或者按指印，承担了担保责任的担保人有权请求其他担保人按照比例分担向债务人不能追偿部分。

除上述情形外，承担了担保责任的担保人无权请求其他担保人分担向债务人不能追偿部分。

鉴于此，保险公司免除部分连带保证人或物权担保人（统称担保人）责任导致保险公司就该等担保人应当承担的份额丧失追偿权的前提是存在“担保人之间达成或视为其达成了相互追偿的一致意思表示”的情形，即《担保制度解释》第13条规定的担保人之间达成或视为达成了相互追偿的一致意思表示的三种具体情形；而相关份额则是有约定从约定，没有约定则按照比例分担无法向债务人追偿的部分。

除上述情形外，笔者认为，根据现行法律及相关司法解释，保险公司免除部分担保人的责任，并不会导致保险公司对其他担保人（包括连带保证人）相关权利的丧失。

三、总结及建议

尽管如此，在实务操作过程中，保险公司确实会存在难以有效核实担保人之间是否对相互追偿或承担连带共同担保进行约定的情况。因此，笔者建议保险公司谨慎对待仅与部分担保人单独签署和解协议免除其担保责任的业务操作。如果保险公司确需免除部分担保人的责任，建议通过与全体担保人共同签署和解协议，并对各方的权利义务、免责事项、法律后果进行明确的约定，以避免不必要的纷争，有效管控潜在风险。

注释：

- [1] 《担保法》（已失效）第十二条 同一债务有两个以上保证人的，保证人应当按照保证合同约定的保证份额，承担保证责任。没有约定保证份额的，保证人承担连带责任，债权人可以要求任何一个保证人承担全部保证责任，保证人都负有担保全部债权实现的义务。已经承担保证责任的保证人，有权向债务人追偿，或者要求承担连带责任的其他保证人清偿其应当承担的份额。
- [2] 《担保法司法解释》（已失效）第十九条 两个以上保证人对同一债务同时或者分别提供保证时，各保证人与债权人没有约定保证份额的，应当认定为连带共同保证。连带共同保证的保证人以其相互之间约定各自承担的份额对抗债权人的，人民法院不予支持。
- [3] 《民法典》第六百九十九条 同一债务有两个以上保证人的，保证人应当按照保证合同约定的保证份额，承担保证责任；没有约定保证份额的，债权人可以请求任何一个保证人在其保证范围内承担保证责任。
- [4] 《民法典》第五百二十条 部分连带债务人履行、抵销债务或者提存标的物的，其他债务人对债权人的债务在相应范围内消灭；该债务人可以依据前条规定向其他

债务人追偿。

部分连带债务人的债务被债权人免除的，在该连带债务人应当承担的份额范围内，其他债务人对债权人的债务消灭。

部分连带债务人的债务与债权人的债权同归于一人的，在扣除该债务人应当承担的份额后，债权人对其他债务人的债权继续存在。

债权人对应部分连带债务人的给付受领迟延的，对其他连带债务人发生效力。

- [5] 《民法典》第三百九十二条 被担保的债权既有物的担保又有人的担保的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形，债权人应当按照约定实现债权；没有约定或者约定不明确，债务人自己提供物的担保的，债权人应当先就该物的担保实现债权；第三人提供物的担保的，债权人可以就物的担保实现债权，也可以请求保证人承担保证责任。提供担保的第三人承担担保责任后，有权向债务人追偿。
- [6] 《中华人民共和国担保法》（已于2021年1月1日废止）第十二条 同一债务有两个以上保证人的，保证人应当按照保证合同约定的保证份额，承担保证责任。没有约定保证份额的，保证人承担连带责任，债权人可以要求任何一个保证人承担全部保证责任，保证人都负有担保全部债权实现的义务。已经承担保证责任的保证人，有权向债务人追偿，或者要求承担连带责任的其他保证人清偿其应当承担的份额。
- [7] 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（已于2021年1月1日废止）第二十条第二款 连带共同保证的保证人承担保证责任后，向债务人不能追偿的部分，由各连带保证人按其内部约定的比例分担。没有约定的，平均分担。
- [8] 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（已于2021年1月1日废止）第三十八条 同一债权既有保证又有第三人提供物的担保的，债权人可以请求保证人或者物的担保人承担担保责任。当事人对保证担保的范围或者物的担保的范围没有约定或者约定不明的，承担了担保责任的担保人，可以向债务人追偿，也可以要求其他担保人清偿其应当分担的份额。同一债权既有保证又有物的担保的，物的担保合同被确认无效或者被撤销，或者担保物因不可抗力灭失而没有代位物的，保证人仍应当按合同的约定或者法律的规定承担保证责任。债权人在主合同履行期届满后怠于行使担保物权，致使担保物的价值减少或者毁损、灭失的，视为债权人放弃部分或者全部物的担保。保证人在债权人放弃权利的范围内减轻或者免除保证责任。
- [9] 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（已于2021年1月1日废止）第七十五条第三款 抵押人承担担保责任后，可以向债务人追偿，也可以要求其他抵押人清偿其应当承担的份额。
- [10] 《中华人民共和国物权法》（已于2021年1月1日废止）第一百七十六条 被担保的债权既有物的担保又有人的担保的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形，债权人应当按照约定实现债权；没有约定或者约定不明确，债务人自己提供物的担保的，债权人应当先就该物的担保实现债权；第三人提供物的担保的，债权人可以就物的担保实现债权，也可以要求保证人承担保证责任。提供担保的第三人承担担保责任后，有权向债务人追偿。
- [11] 《全国法院民商事审判工作会议纪要》56.【混合担保中担保人之间的追偿问题】被担保的债权既有保证又有第三人提供的物的担保的，担保法司法解释第38条明确规定，承担了担保责任的担保人可以向其他担保人清偿其应当分担的份额。但《物权法》第176条并未作出类似规定，根据《物权法》第178条关于“担保法与本法的规定不一致的，适用本法”的规定，承担了担保责任的担保人向其他担保人追偿的，人民法院不予支持，但担保人在担保合同中约定可以相互追偿的除外。
- [12] 《民法典》第三百九十二条 被担保的债权既有物的担保又有人的担保的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形，债权人应当按照约定实现债权；没有约定或者约定不明确，债务人自己提供物的担保的，债权人应当先就该物的担保实现债权；第三人提供物的担保的，债权人可以就物的担保实现债权，也可以请求保证人承担保证责任。提供担保的第三人承担担保责任后，有权向债务人追偿。
- [13] 《民法典》第七百零二条 保证人承担保证责任后，除当事人另有约定外，有权在其承担保证责任的范围内向债务人追偿，享有债权人对债务人的权利，但是不得损害债权人的利益。
- [14] 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第十三条 同一债务有两个以上第三人提供担保，担保人之间约定相互追偿及分担份额，承担了担保责任的担保人请求其他担保人按照约定分担份额的，人民法院应予支持；担保人之间约定承担连带共同担保，或者约定相互追偿但未约定分担份额的，各担保人按照比例分担向债务人不能追偿的部分。同一债务有两个以上第三人提供担保，担保人之间未对相互追偿作出约定且未约定承担连带共同担保，但是各担保人在同一份合同书上签字、盖章或者按指印，承担了担保责任的担保人请求其他担保人按照比例分担向债务人不能追偿部分的，人民法院应予支持。除前两款规定的情形外，承担了担保责任的担保人请求其他担保人分担向债务人不能追偿部分的，人民法院不予支持。



□姚正旺/文

姚正旺律师，多次获评“优秀合伙人”、“优秀律师”称号。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。



□魏思佳/文

魏思佳律师，主要从事国有企业合规、银行金融业务。

简议银行金融机构的数据处理权限边界

在 ABCD（人工智能、区块链、云计算、大数据）技术的创新驱动下，越来越多的商业银行开启数字化转型之路。数字化转型的一切都围绕着数据，包括但不限于数据的收集、使用、传输、加工、沉淀等，业务中收集、处理的数据范围也逐渐从单纯的传统金融交易数据扩大到用户行为数据、社交数据等非金融交易数据。在《数据安全法》和《个人信息保护法》相继出台的背景下，越来越多的银行逐渐提高数据保护意识，银行业务中数据收集、数据处理、各部门数据共享以及与合作机构之间数据处理权限边界问题成为热点讨论话题，其实质就是数据资产确权问题。

2021年3月14日，《十四五规划和2035年远景目标纲要》中就提出加快建立数据资源产权、交易流通、跨境传输和安全保护等基础制度和标准规范。2021年10月9日国务院关于印发“十四五”国家知识产权保护和运用规划的通知，其中提到了深入研究数据产权属性，构建数据知识产权保护规则，促进数据资源利用和安全保护，促进数据要素合理流动、有效保护、充分利用。可以说，数据产权是市场期待已久的权益保障制度，是党和国家的重点工作方向，是数字

经济持续高速发展的基础。作为数据密集型企业，也是重要数据的处理者和关键信息基础设施的运营者，银行必须在确保数据安全这一底线，合法合规进行数据收集、加工、使用、提供等数据处理行为，厘清与个人信息主体、与其他合作机构以及银行内部之间的数据处理权限，防止数据滥用，提升数据资产价值，进而为数据产权制度的确立奠定基础。

对于数据处理权限的划分，可以分为“个人信息数据”和“非个人信息数据”，本文将就银行业金融机构处理“个人信息数据”和“非个人信息数据”的边界进行探析。

一、对于个人信息的处理权限

根据《民法典》第一千零三十四条的规定，个人信息是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。上述个人信息数据化后就生成了个人信息数据。

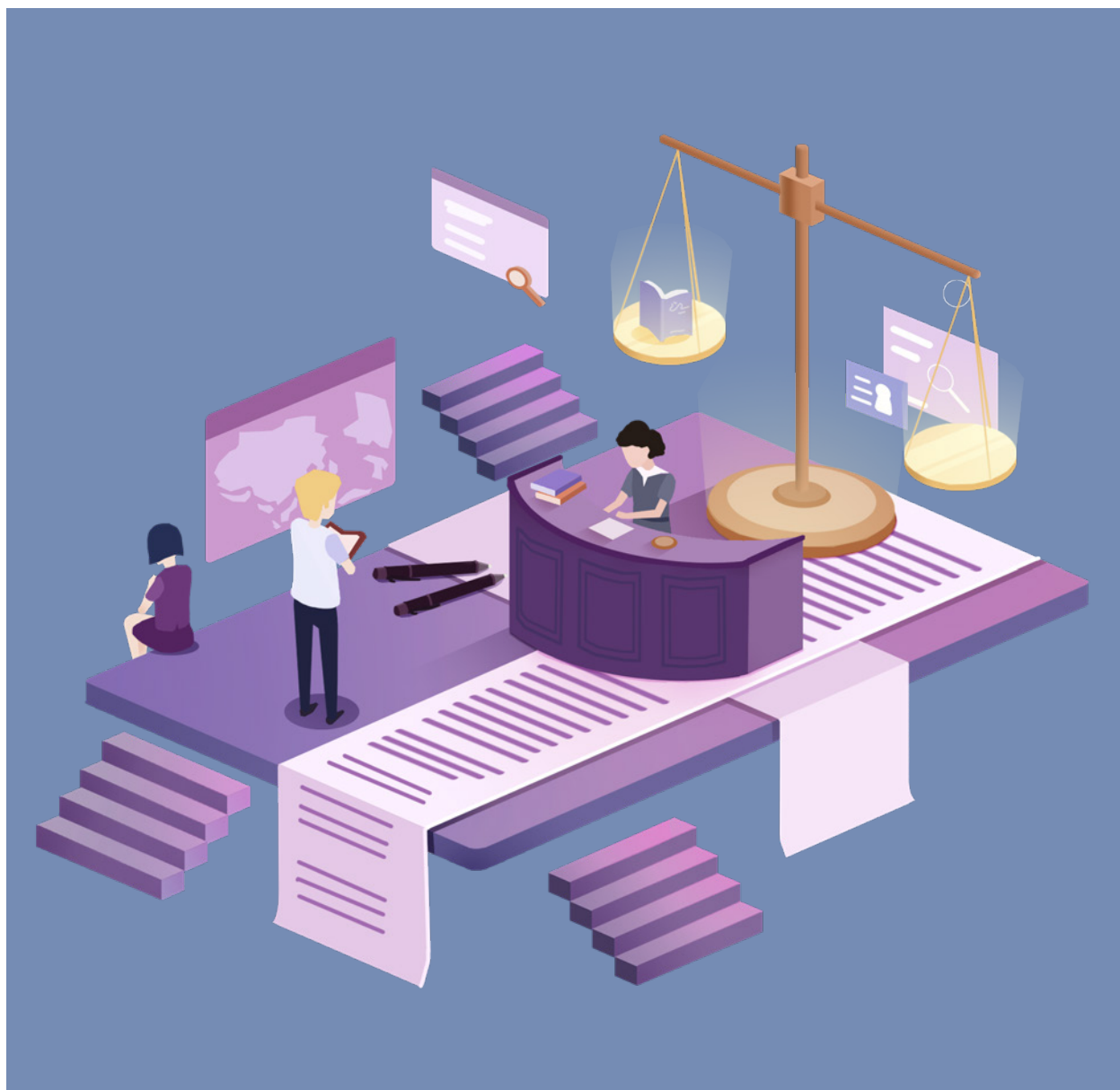
目前，我国通过多部法律建立了个人信息保

护制度,《民法典》《个人信息保护法》及《网络安全法》均明确规定自然人的个人信息受到法律保护,收集个人信息需要经过被收集者同意,未经被收集者同意,不得向他人提供个人信息。此外,也赋予了被收集者对于个人信息有要求网络运营者查询、复制、转移、更正、删除的权利,禁止任何个人和组织以窃取或其他非法方式获取个人信息,非法出售和提供个人信息。

但上述法律法规均未提及个人信息所有权。所有权系物权,根据《民法典》第一百一十六条规定的“物权法定”的原则,所有权的种类及内

容应当由法律规定,故目前个人信息的所有权归属尚无定论。而出于实践中数据处理的需要,银行与客户之间、银行与其他合作机构之间的数据处理权限边界亟待明确,如此才能防止数据滥用,保障数据资产价值最大化。

在此基础上,笔者倾向性认为个人信息数据应当根据法定归个人主体控制与处理,银行金融机构如需处理或者委托其他第三方处理或其他第三方共享个人信息,须根据法律规定得到个人主体的单独同意或书面同意,但个人主体的同意并不影响其自身的使用,个人主体始终拥有个人



信息处理的优先权。

二、对于非个人信息数据的处理权限

非个人信息数据的外延非常广，不仅包含脱敏之后的个人信息，还包含用户发布的数据（如消费者对商家的点评）、平台自采的数据（如无人售票机采集的旅客数量信息）及衍生的数据信息（如使用算法对前述几种数据加工、处理、分析而形成的可读取数据）。非个人信息数据不具有人格权属性，基于其拥有一定的商业价值，具备明显的财产性权益。

“大众点评诉百度”不正当竞争案和“淘宝诉咕咕生意”不正当竞争案中，法院认为，随着信息技术产业和互联网产业的发展，尤其是在“大数据”时代的背景下，信息所具有的价值超越以往任何时期，愈来愈多的市场主体投入巨资收集、整理和挖掘信息，如果不加节制地允许市场主体任意地使用或利用他人通过巨大投入所获取的信息，将不利于鼓励商业投入、产业创新和诚实经营，最终损害健康的竞争机制。因此，市场主体在使用他人所获取的信息时，仍然要遵循公认的商业道德，在相对合理的范围内使用。故法院认为用户在网站上发布的点评数据是网站的劳动成果，虽不是法定财产权，不能进行强保护，但仍可作为网站的财产性权益排除第三方在合理范围之外的使用。很大部分学者也支持数据收集者对合法收集的，并投入一定成本（包括时间、人力、物力、金钱成本等），以此获得具有一定商业价值和竞争优势的数据集合享有财产权益，可以在合理的范围内排除他人的使用。

结合我国司法实践来看，银行金融机构根据业务需要，对其合法收集并投入一定成本（包括时间、人力、物力、金钱成本等），以此获得具有一定商业价值和竞争优势的数据集合享有财产性权益，可以在合理的范围内排除其他机构和个人的使用。

但这也并非意味着银行金融机构对于自身具有财产性权益的数据能够任意处理，应考虑以下限制：

1、数据处理须符合不同业务监管要求。如银行基金托管业务中，《证券投资基金托管业务管理办法（2020）》第二十八条规定：“基金托管人应当完善安全保障措施，保护基金业务数据及投资者信息安全，防范信息泄露与损毁。除法律法规和中国证监会另有规定外，基金托管人不得以任何方式向其他机构、个人提供基金业务数据及投资者信息。”从保护金融消费者权益的角度看，这里的“其他机构”可以解释为包括银行内部与托管业务无关的其他业务部门，以及同一业务的其他分（支）行。这就意味着银行托管业务部门对其享有财产性权益的业务数据的处理权限进一步收紧，除法律法规和中国证监会另有规定外，应当完全排除其他机构和个人的使用。

2、数据跨境提供须启动数据出境安全评估。《中华人民共和国数据安全法》第三十一条规定：“关键信息基础设施的运营者在中华人民共和国境内运营中收集和产生的重要数据的出境安全管理，适用《中华人民共和国网络安全法》的规定；其他数据处理者在中华人民共和国境内运营中收集和产生的重要数据的出境安全管理办法，由国家网信部门会同国务院有关部门制定。”《中华人民共和国网络安全法》第三十七条规定：“关键信息基础设施的运营者在中华人民共和国境内运营中收集和产生的个人信息和重要数据应当在境内存储。因业务需要，确需向境外提供的，应当按照国家网信部门会同国务院有关部门制定的办法进行安全评估；法律、行政法规另有规定的，依照其规定。”银行金融机构作为金融信息的关键信息基础设施，应当规范数据处理活动，保障数据安全，原则上对于业务数据应在境内存储，如跨境提供，则应当符合《数据出境安全评估办法》中数据出境安全管理要求。

中伦
文德



□ 于斐/文

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

从《昆仑墟》案分析角色扮演类游戏侵权问题研究

案情简介

菲狐公司投资开发了 ARPG 角色扮演类游戏《昆仑墟》于 2016 年 9 月 19 日获得计算机软件著作权登记证书（软著登字第 1442544 号），开发完成日期为 2016 年 5 月 15 日；2017 年 8 月 29 日至 2018 年 4 月 24 日期间，先后获得《昆仑墟》游戏中 18 幅美术作品的作品登记证书。国家新闻出版广电总局于 2017 年 2 月 22 日出具《关于同意出版运营国产移动网络游戏〈昆仑墟〉的批复》（新广出审[2017]1771 号）。

《昆仑墟》自 2017 年 6 月上线以来，菲狐公司耗费近 2 亿元对《昆仑墟》游戏进行了大量的宣传推广，在新华网主办的“共筑责任，护航网游——2018 中国游戏盛典活动”中，《昆仑墟》移动网络游戏获得“2017 年度十大最受欢迎网络游戏”“2017 年度十大最火热手机游戏”两大奖项。《昆仑墟》移动网络游戏本身以及游戏中的角色及技能、场景画面、UI 界面、道具等作品在游戏行业内已具有极高的知名度和品牌效应。

深圳侠之谷公司通过对《昆仑墟》的换皮方式开发了《醉美人》游戏，为了满足不同推

广渠道的需求以及获取更大收益，深圳侠之谷公司的全资子公司霍尔果斯侠之谷公司与柏际公司达成联合运营协议，并将《醉美人》游戏改名为《永恒仙尊—经典梦幻修仙游戏》《灵剑苍穹—热血仙侠动作手游》《青云灵剑诀》《青云飞仙诀—梦幻情缘仙侠手游》《青云飞仙诀—全民仙侠动作手游》五款游戏名称，五款游戏与《醉美人》实质为同一款游戏。改名后的五款游戏由霍尔果斯侠之谷公司、深圳侠之谷公司、柏际公司联合运营，共同分享收益。

就深圳侠之谷公司、霍尔果斯侠之谷公司、柏际公司对菲狐公司的《昆仑墟》游戏的侵权行为，历经广州互联网法院及广州知识产权法院的三次审理，最终认定深圳侠之谷公司、霍尔果斯侠之谷公司、柏际公司侵害了菲狐公司的改编权和署名权，并判决赔偿 5,000,000 元。

案件争议主要焦点

（一）《昆仑墟》游戏前 81 级整体画面是否属于类电作品；（二）霍尔果斯侠之谷公司、深圳侠之谷公司、柏际公司是否侵犯了菲狐公司作品的改编权、署名权；（三）若构成前述侵权，霍尔果斯侠之谷公司、深圳侠之谷公司、柏际



公司的赔偿数额是多少。

裁判理由

（一）关于《昆仑墟》游戏前 81 级整体画面是否属于类电作品

广州知识产权法院认为：著作权法所称作品，是指文学、艺术和科学领域内具有独创性并能够以某种有形形式复制的智力成果。著作权法所保护的表达不仅指文字、美术、音乐等作品的表达形式，当作品的内容足够具体、形成一个被充分描述的区分于思想的结构时也属于表达，可受到著作权法保护。著作权法只保护思想或情感的独创性表达，而不保护思想或者情感本身。由此，某一客体能否获得以作品形式进行保护取决于多重因素，独创性、可复制性和法定类型属于至关重要的三个因素，判断思想或者感情表达是否具有独创性，关键看该表达是否与现有表达存在相同或者实质性相似，是否属于公有领域惯常表达，是否存在思想与表达的合并，以及是否属于有限的表达形式。

网络游戏开发均预设了一定的玩法规则与具体逻辑，一般情况下玩家操作游戏或者挂机状态下游戏画面不会超出游戏研发者的预设范围。游戏玩法规则可借助于诸多条件设置，通过不同规则、不同要件之间复杂多样的游戏元素组合，形成可以被感知并区别于组合元素的具体表达，玩家通过特定的游戏规则操作游戏所形成的连续画面是游戏玩法规则以及所有游戏元素相结合后形成的有机、连续、动态的叙事性画面呈现，构成著作权法上的类电作品。

（二）霍尔果斯侠之谷公司、深圳侠之谷公司、柏际公司是否侵犯了菲狐公司作品的改编权、署名权

判断被诉侵权游戏是否侵害权利游戏的改编权的关键在于被诉侵权五款游戏是否使用《昆仑墟》游戏相关独创性内容。首先，被诉侵权人对权利游戏独创性表达的整体画面采取换皮

式抄袭使用。《昆仑墟》游戏整体画面属于类电作品，由于特定的玩法规则和故事情节属于游戏开发的核心内容，是游戏用户所感知连续动态画面属于类电作品的最主要内容，应当依法予以保护。菲狐公司所主张的《昆仑墟》游戏整体画面的人物角色、人物关系、武功招式以及武器、场景等具体的创作要素，体现出作者选择、取舍、安排和组合所形成的具体表达，以特定形式相互结合方式完整表达了开发者对特定人物塑造和特定情节设计，属于作品中具有独创性表达的有机组成部分。而《青云灵剑诀》等被诉侵权五款游戏对《昆仑墟》游戏实施的是换皮式抄袭使用，故可以认定被诉侵权五款游戏构成对权利游戏《昆仑墟》游戏前 81 级整体画面的不当挪动，落入改编权控制范围。

其次，《青云灵剑诀》等被诉五款游戏是对《昆仑墟》游戏中独创性表达的改编。改编作品《青云灵剑诀》等被诉五款游戏仅仅是改变了《昆仑墟》游戏中独创性表达的存在形式，并未完全脱离《昆仑墟》游戏而成为新的表达，属于改编作品。虽然《青云灵剑诀》等被诉五款游戏并非完全复制《昆仑墟》游戏，两者在选择、取舍和安排具体创作要素中不存在实质性区别。被诉侵权网络游戏是在利用本案权利游戏独创性表达的基础上进行了再创作，研发出新的在后游戏属于改编作品。被诉侵权游戏构成改编作品，并非完全复制在先的权利游戏，在故事情节人物形象、剧情文字、技能和场景名称上均存在不同，属于在权利游戏基础上进行的再创作，两者均属于著作权法所保护的作品，只是改编作品在行使权利受到一定限制。

最后，改编权控制《青云灵剑诀》等五款被诉游戏的后续使用行为。改编权是法律赋予许可他人改编作品的权利，改编权不仅控制对作品的改编行为，而且还控制对改编作品的后续使用行为。改编权是著作权法赋予对作品改编权的控制范围，未经许可的改编行为是法律所禁止的侵权行为，被诉侵权游戏通过换皮式抄袭《昆仑墟》游戏，并将改编作品采取改头换面式地在互联网上宣传、推广和运营，分割权利游戏市场，抢占商业机会，篡夺权利游戏

所应当获取经济利益的市场份额。若对改编作品的后续使用行为不加以制止，则会导致权利游戏改编权的保护难以实现，作品的财产性权利最终不能通过保护改编权来实现，难以实现改编权所保护著作权财产权的立法目的。故菲狐公司主张改编权成立情况下，被诉侵权人的改编作品的后续复制、运营和传播行为均受到改编权的控制，属于著作权法中权利人财产权的保护范围。

综上所述，被诉五款游戏对《昆仑墟》游戏实施了换皮抄袭行为，构成对《昆仑墟》游戏改编权的侵害。即《青云灵剑诀》等被诉五款游戏在游戏玩法规则的特定呈现方式及其安排、选择、取舍和组合上采取换皮式抄袭了《昆仑墟》游戏的基本表达，并在此基础上进行美术、音乐、文字等一定内容的再创作，侵害了菲狐公司对《昆仑墟》游戏所享有的改编权。

改变、翻译、注释、整理已有作品而产生的作品，其著作权由改编、翻译、注释、整理人享有，但行使著作权时不得侵害原作品的著作权。本案被诉侵权游戏属于改编作品，霍尔果斯侠之谷公司享有著作权，但其在行使著作权时不得侵犯原作品即菲狐公司的本案游戏著作权，这其中当然包括著作权人的署名权，否则即构成侵害原作品作者的署名权。著作权法所规定的作者所享有的表明作者身份的权利，除非当事人通过协议另行作出约定外，著作权人对其作品当然享有署名权。改编原作品而形成的新作品也不例外，本案被诉侵权游戏并未表明根据本案权利游戏进行改编，侵害了权利人的署名权。霍尔果斯侠之谷公司、深圳侠之谷公司和柏际公司联合运行的被诉侵权五款游戏侵害了菲狐公司主张《昆仑墟》游戏前 81 级整体画面的署名权；同时，霍尔果斯侠之谷公司、深圳侠之谷公司共同运营《醉美人》游戏侵害了菲狐公司《昆仑墟》游戏前 81 级整体画面的署名权。

（三）霍尔果斯侠之谷公司、深圳侠之谷公司、柏际公司应该就其侵权行为向菲狐公司支付多少赔偿款

《最高人民法院关于民事诉讼证据若干问题的规定》第九十五条规定，一方当事人控制证据无正当理由拒不提交，对待证事实负有举证责任的当事人主张该证据的内容不利于控制人的，人民法院可以认定该主张成立。《最高人民法院关于知识产权民事诉讼证据的若干规定》第二十五条规定，人民法院依法要求当事人提交有关证据，其无正当理由拒不提交、提交虚假证据、毁灭证据或者实施其他致使证据不能使用行为的，人民法院可以推定对方当事人就该证据所涉证明事项的主张成立。根据本案查明的事实，不仅深圳侠之谷公司、霍尔果斯侠之谷公司与柏际公司共同运营被诉侵权游戏，还与其他数个主体共同运营被诉侵权游戏《醉美人》，其作为被诉侵权游戏的运营主体，履行网络游戏的主体责任，持有网络游戏运营的相关证据材料，即使委托相关主体运营，其作为网络游戏开发者和市场运营主体，也能获取菲狐公司申请披露的相关证据并对外承担法律责任。一审法院责令霍尔果斯侠之谷公司披露其与柏际公司共同运营平台的相关证据材料，霍尔果斯侠之谷公司拒不提供。同时，一审法院责令深圳侠之谷公司、霍尔果斯侠之谷公司提交其他共同运营《醉美人》游戏平台的证据材料，其在一审中拒不提交构成举证妨碍。二审中，本院再次要求深圳侠之谷公司、霍尔果斯侠之谷公司提交共同运营相关平台的证据材料，深圳侠之谷公司、霍尔果斯侠之谷公司向法庭提交其称通过非正式渠道获取的部分证据材料，且仅披露部分无法看清的证据材料，无法证明其在运营相关平台中的侵权获利，构成证据妨碍。深圳侠之谷公司、霍尔果斯侠之谷公司这一行为不仅违背诚信诉讼，浪费司法资源，还给案件审理带来困难。考虑到深圳侠之谷公司、霍尔果斯侠之谷公司作为网络游戏市场主体，持有相关证据却拒不披露构成证据妨碍，深圳侠之谷公司、霍尔果斯侠之谷公司与相关平台的合作期限较长，相关平台规模较大，平台数量较多，以及法律所规定的证据妨碍的根本目的在于破解举证难、赔偿低的实际情况，本院依据证据妨碍规则推定菲狐公司主张的赔偿金



额 500 万元成立。一审法院在深圳侠之谷公司、霍尔果斯侠之谷公司存在违背诚信诉讼构成举证妨碍的情况下，仍然适用法定赔偿来酌定赔偿数额，属于适用法律不当，本院予以纠正。司法裁判导向应当尽可能引导当事人积极举证、诚信诉讼，并在此基础上尝试解决知识产权侵权的举证难、赔偿低难题，最终实现司法保护知识产权的根本目的，故本院对于一审法院判赔金额予以调整，柏际公司在 157954.6 元范围内承担连带责任。

案例评析

广州知识产权法院对本案的终审判决，对通过换皮的方式侵害 ARPG 人物扮演类游戏的以下几个长期存在争议的法律问题给予了明确具体的分析和指导，对于今后防范和遏制此类侵权行为有了更加明确的准则，具体分析如下：

（一）ARPG 人物扮演类游戏的作品类型及著作权归属问题

关于作品的分类，主要考虑了作品的表现形式和作品的传播利用方式两个因素。作品的表现形式不同，传播利用方式不同，作者的经济利益受到的影响也不同，著作权的内容也因此而有所不同。广州知识产权法院对《昆仑墟》案件的审理和认定适用了 2010 年修订的《著作权法》。从《昆仑墟》游戏的开发过程、具体的表达形式、表达内容、传播方式及保护目等方面的角度，分析了认定《昆仑墟》为类电作品。游戏保护的传统思路是将游戏程序作为计算机软件作品予以保护，将游戏的画面单独作为美术作品保护，但角色扮演类游戏价值，不仅仅包括游戏程序的独创性，还包括游戏连续动态界面美感的独创性，传统单一的保护模式不足以对游戏作品给予全方位的保护。将角色扮演类游戏认定为类电作品，整部游戏的构成元素的美术作品无需再单独进行侵权认定，实现了对角色扮演类游戏整体动态画面的全方位保护，同时有利于对角色扮演类游戏的侵权行为的遏制和打击。

2020 年修订的《著作权法》规定的法定作

品类型有八种，分别是文字作品，口述作品，音乐、戏剧、曲艺、舞蹈、杂技艺术作品，美术、建筑作品，摄影作品，视听作品，工程设计图、产品设计图、地图、示意图等图形作品和模型作品，计算机软件，此外规定了“符合作品特征的其他智力成果”作为作品类型的兜底条款。关于作品类型修订的重大变化是把 2010 年修订《著作权法》中规定的“电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品”修订为“视听作品”，在“视听作品”下又具体的分为“电影作品、电视剧作品”和“电影作品、电视剧作品以外的视听作品”。因此与《昆仑墟》类似的角色扮演类游戏的作品根据 2020 年修订的《著作权法》应属于“电影作品、电视剧作品以外的视听作品”。

上述作品类型分类的修订并不仅仅是法律名词术语的变更，而是由此引发了一系列对于权属认定、保护等各方面的变化，这里最应当引起重视一点是对于作品归属权的修订，2010 年修订的《著作权法》第 15 条第 1 款规定“电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品的著作权由制片者享有，但编剧、导演、摄影、作词、作曲等作者享有署名权，并有权按照与制片者签订的合同获得报酬。”而在 2020 年修订的《著作权法》第 17 条第 2 款规定“前款规定以外的视听作品的著作权归属由当事人约定；没有约定或者约定不明确的，由制作者享有，但作者享有署名权和获得报酬的权利。”因此，随着下一步角色扮演类游戏的“以类似摄制电影的方法创作的作品”向着“电影作品、电视剧作品以外的视听作品”这一作品分类类型的变化，著作权的权属判定原则为，当事人有约定从约定，在当事人无约定时归属制作人。一部角色扮演类游戏的从开发到完成需要历经一个复杂漫长的过程，为了避免产生权属纠纷，笔者建议，在游戏开发之处，需要参与游戏制作的各方以法律文件的方式明确各方的权利义务以及游戏的权属，防止在以后游戏的运营以及发生争议或纠纷时，由于权属不明确，造成维权的障碍和难度。此外，笔者认为 2020 年修订的《著作权法》将其他类型视听作品的著作

权归属授权由当事人约定的规定，不符合国际惯例的做法，将给这类作品的权属认定造成很大的难度，产生不必要的麻烦，建议在修订著作权法实施条例时能够予以明确，弥补该条款的不足。

（二）《昆仑墟》作品的著作权权利保护的裁判分析

2018年9月28日菲狐公司曾以霍尔果斯侠之谷公司、深圳侠之谷公司、柏际公司侵犯《昆仑墟》作品的复制权和信息网络传播权为由提起诉讼，广州互联网法院作出（2018）粤0192民初1号民事判决书，驳回了菲狐公司的全部诉讼请求。理由是：《青云灵剑诀》等被诉五款游戏在前81级的画面与《昆仑墟》游戏在整体观感上构成实质性相似，但故事背景、人物形象、剧情文字、技能和场景名称等设计均与《昆仑墟》

游戏不同，在利用《昆仑墟》游戏基本表达的基础上进行了新的创作，体现了一定的独创性，两者之间的差异使普通观察者可从外观上识别原被告游戏之间的区别，不会直接混淆为同一款游戏。因此，被诉五款游戏并不是游戏《昆仑墟》复制权所保护的复制品，不构成对菲狐公司复制权的侵犯；霍尔果斯侠之谷公司、深圳侠之谷公司、柏际公司将与菲狐公司作品构成整体观感上实质性相似的游戏在网络上传播，并使公众可以在其个人选定的时间和地点获得被诉五款游戏，但由于信息网络传播是将作品以数字格式存储在介质上，再将这个数字文件上传到服务器，在服务器上生成一个新的复制件，使用户可以在选定的时间和地点获得作品，实质上也是一个复制品的传播过程，而被诉五款游戏并非是《昆仑墟》游戏作品的复制品，由于并不涉及《昆仑墟》游戏复制品的信息网



络传播权，因此公众在其个人选定的时间和地点所获得的被诉五款游戏，不构成对菲狐公司信息网络传播权的侵犯。该判决作出后，各方均未申请上诉。

之后，菲狐公司曾以霍尔果斯侠之谷公司、深圳侠之谷公司、柏际公司侵犯《昆仑墟》改编权和署名权为由再次提起诉讼，广州互联网法院作出（2019）粤0192民初22710号民事判决书，广州知识产权法院作出（2021）粤73民终1245号民事判决书，支持了菲狐公司的诉讼请求。

从菲狐公司的诉讼历程来看，当原告方遭受知识产权的权利被侵害向法院申请维权时，所主张享有的基础权利是否正确至关重要，如果基础权利选择错误，法院将无法支持诉讼请求。著作权是一束权利，包括四项人身权（发表权、署名权、修改权和保护作品完整权）和十三项财产权（复制权、发行权、出租权、展览权、表演权、放映权、广播权、信息网络传播权、摄制权、改编权、翻译权、汇编权、应当由著作权人享有的其他权利），不同的作品享有不同的权利，随着科技的不断进步，类似《昆仑墟》这样的游戏作品类型在不断突破传统作品类型，每一种新的作品类型出现后，其应当享有哪些权利，并得到相应的法律保障，都需要法律专业人员给予及时专业的解析和界定。

（三）在著作权侵权类案件中的判赔金额适用“证据妨碍”规则

广州知识产权法院在二审判决中对一审判决的判赔金额由150,000元改判为5,000,000元，适用了《最高人民法院关于民事诉讼证据若干问题的规定》第九十五条和《最高人民法院关于知识产权民事诉讼证据的若干规定》第二十五条规定的证据妨碍规则，推定菲狐公司主张的赔偿金额500万元成立，判令霍尔果斯侠之谷公司、深圳侠之谷公司共同赔偿菲狐公司经济损失5,000,000元，柏际公司对其中157954.6元承担连带责任。知识产权纠纷头绪

繁多，法律事实与法律关系也错综复杂，同时伴随着社会生活和技术创新的不断迭代升级，成文法的更新修订速度也一定会远逊于时代的进步，而且在司法实践中，又往往是侵权者掌握着优势的证据资源，如果一味死板地拘泥于“谁主张，谁举证”的举证责任分配规则，在司法实践中就很有可能显示公平，既不利于弘扬社会主义法治的精神，也失去了知识产权立法本意的宗旨。广州知产法院在该判决中通过使用证据妨碍规则作出赔偿判决，既秉持了依法司法的法治原则，又创新了司法裁判的裁判方法，提升了司法裁判效果，对于解决以往长期困扰知识产权侵权案件举证困难、判赔金额较低的难题，给出了非常有意义的解决思路和方法，具有现实意义，应当值得在知识产权类案件审理中广泛适用。

2022年即将过去，回首过往，我国采取了一系列战略性举措，引领着我国知识产权事业实现了突破性进展。尤其是在二十大报告中，习总书记在总结过去五年的非凡成就和新时代十年的伟大变革，科学谋划未来一个时期党和国家事业发展的目标任务和大政方针，特别强调指出“创新是第一动力”。创新是引领发展的第一动力，而保护知识产权就是保护创新。知识产权保护工作关系国家治理体系和治理能力现代化，只有严格保护知识产权，才能完善现代产权制度、深化要素市场化改革，促进市场在资源配置中起决定性作用。知识产权保护工作关系高质量发展，只有严格保护知识产权，依法对侵权假冒的市场主体、不法分子予以严厉打击，才能提升供给体系质量、有力推动高质量发展。知识产权保护工作关系国家对外开放大局，只有严格保护知识产权，才能优化营商环境、建设更高水平开放型经济新体制。长风破浪会有时，直挂云帆济沧海，作为一名法律工作者，我们更应当在历史的浪潮中迎头赶上，不断研究和深入推进知识产权的司法保护工作，做好新时代的护航者。

中伦
文德

新年有怀

方登发/文



序：日历翻开新的一页，愿三年的风浪从此成为云烟，愿新的一年还我们以平静和美好：你我依然，山河无恙。

三年风浪岂无边，
四野繁星照远天。
已过寒冬残雪夜，
山川依旧焕新颜。



事务所快讯

▲ 中伦文德高级合伙人武坚律师、刘培峰律师受聘为北京产权交易所专家

2022年8月1日，北京市中伦文德律师事务所高级合伙人武坚律师、合伙人刘培峰律师凭借在强制执行及破产清算方面丰富的法律实务经验，被特聘为北京产权交易所专家，聘任期限为三年。

▲ 中伦文德杭州分所助力碳硅私募高效完成私募基金管理人登记

2022年8月29日，杭州碳硅私募基金管理有限公司在中国证券投资基金业协会完成私募证券投资基金管理人登记。中伦文德接受碳硅私募委托，为此次私募证券投资基金管理人登记提供了全程法律服务。

▲ 中伦文德助力深圳市人才安居集团成功发行2022年度第五期超短期融资券

2022年8月30日，深圳市人才安居集团有限公司成功发行2022年度第五期超短期融资券，发行规模为10亿元。中伦文德律师事务所在此次超短期融资券的注册、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中由中伦文德朱登凯律师团队、周力思律师团队提供法律服务，团队成员包括雷锐芝、李超、李小鹏、苏晓芸、欧阳俊、肖亚卓。

▲ 中伦文德广州分所党支部开展中秋慰问困难群众活动

为了营造良好社会氛围，让群众感受来自社会的关爱，积极响应中共广州市律师行业党委“我为群众办实事”活动，弘扬中华民族传统美德，中秋佳节即将来临之际，中伦文德广州分所党支部书记符向宇律师与邓晨律师在2022年9月6日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，为他们带去慰问品，开展“中秋慰问送关怀，党建服务暖人心”主题党日活动。

▲ 中伦文德重庆分所选举产生第三届管理委员会、执行监事并召开第一次会议

2022年9月6日，北京市中伦文德（重庆）律师事务所合伙人会议通过线上选举，产生了第三届管理委员会、执行监事。高级合伙人谢明华、曾杰、侯成强、刘娜、崔莹五位当选为第三届管委会委员，朱代恒当选为第三届执行监事。

本届管委会委员均来自不同的业务领域，有着丰富的实践经验和不同的社会阅历，进一步确保了律所各项决策的多元化和专业化。

▲ GIC2022年第19届M&A峰会圆满举办

9月6日上午9时许，GIC邀请到了各大企业、律所的大咖相约上海浦东万丽酒店进行收购与并购的经验分享，中伦文德律师事务所上海分所高级合伙人黄敏律师参与了上午场的演讲，题目为“并购项目中的动态风险识别”。黄律师列举了大量生活中的例子，详细阐述了动态风险识别中的四个重要变量：客户需求、目标主体情况、法律规定、调查者经验。同时，结合了自己十几年来相关的执业经验，归纳了9条“动态识别推演”的经验总结。最后，分析了3个并购失败的经典案例作为此次演讲的结尾，包括：暴风影音收购MPS、中信泰富收购西澳铁矿项目、北京天骄航空产业投资公司并购马达西奇。

▲ 中伦文德济南分所执行主任付春律师被聘为济南市人民政府第三届法律顾问

2022年9月7日上午，济南市政府第三届法律顾问聘任仪式暨政府法律顾问工作会议在龙奥大厦举行。中伦文德济南分所执行主任付春律师积极参与“济南市人民政府第三届法律顾问”的公开竞聘，并提交了自身在金融证券、基金、政府投融资、政府专项债券、公司法务等领域业绩及相关研究成果、荣誉，经过济南市人民政府综合考察审核认定等程序，被聘为济南市人民政府第三届法律顾问，聘期为3年。

▲ 中伦文德天津分所高级合伙人娄爽、律师华亚飞承办案件获评首届律师公益（社会责任）典型案例

2022年9月8日，中央政法机关媒体法制日报社和中国政法大学律师学研究中心举办的首届律师公益（社会责任）典型案例发布会在北京隆重召开，会上为“首届律师公益（社会责任）典型案例”的获奖律所及个人颁发了荣誉证书。中伦文德天津分所报送的高级合伙人娄爽、律师华亚飞公益代理的“8.12”天津市和平区无差别杀人刑事附带民事诉讼案件被评为“参与重大事件处置十大典型案例”。

▲ 中伦文德杭州分所助力同登九和完成私募基金管理人登记

2022年9月9日，杭州同登九和私募基金管理有限公司在中国证券投资基金业协会完成私募证券投资基金管理人登记。中伦文德杭州分所接受同登九和委托，为此次私募证券投资基金管理人登记提供了全程法律服务。

▲ 中伦文德助力深圳顺丰集团成功发行2022年度第十期超短期融资券

2022年9月15日，顺丰泰森成功发行2022年度第十期超短期融资券，发行规模为5亿元，发行期限为90天。

中伦文德在继2020年度、2021年度服务顺丰泰森的超短期融资券发行的基础上，继续作为顺丰泰森的专项特聘法律顾问，为2022年度的超短期融资券的注册及发行提供专业法律服务。

本次法律服务由北京总所合伙人李志平律师负责，服务团队成员还包括孙熙捷律师、郑淑律师助理和张舒淑律师助理。

▲ 中伦文德周力思律师受（续）聘深圳版权纠纷调解委员会调解员

2022年9月21日，深圳市版权纠纷人民调解委员会公布第三届调委会名单。中伦文德前海联营所副主任、高级合伙人周力思律师续聘为特邀调解员。周力思律师自2014年以来长期担任深圳市版权纠纷人民调解委员会特邀调解员，此次续聘将继续参与深圳市版权纠纷的人民调解工作，为深圳市知识产权纠纷调解工作贡献力量。

▲ 普益集团昆明分公司与中伦文德昆明分所签署战略合作协议

2022年9月22日，普益集团昆明分公司一行莅临北京市中伦文德（昆明）律师事务所开展座谈并签署了《战略合作协议》。普益集团战略发展中心总监兼昆明分公司总经理林天鹏、普益集团昆明分公司总经理助理涂昀睿、智僚工作室主理人谢刚、思创工作室主理人张仁俊、基金投顾康芸、保险投顾张兵、市场企划王艳丽、市场发展韩欣、综合管理许尧尧，中伦文德集团董事严锦律师、我所高级合伙人谢佳融、夏研、咎丽娟、合伙人刘广捷、杨钦钦、运营总监李馨玮等出席了本次签约仪式。

▲ 中伦文德助力顺丰集团成功发行全国首单畅通物流公司债券

2022年9月22日，深圳顺丰泰森控股（集团）有限公司完成2022年面向专业投资者公开发行公司债券（畅通物流）（第一期）的发行，发行规模为不超过5亿元，本期债券票面利率为2.79%，创2022年全国民营企业同期限公司信用类债券最低票面利率。中伦文德在继2020年度、2021年度服务顺丰泰森公司债券注册及发行的基础上，继续作为顺丰泰森2022年公司债券注册及发行的专项特聘法律顾问，为2022年畅通物流物流公司债券的发行提供专业法律服务。本次法律服务由北京总所合伙人李志平律师负责，服务团队成员还包括孙熙捷律师、郑淑律师助理和张舒淑律师助理。

▲ 中伦文德高级合伙人李政明律师荣登2022年度LEGALBAND客户首选（保险多面手15强）榜单

2022年9月23日，知名法律评级机构LEGALBAND发布《2022年度LEGALBAND客户首选（保险多面手15强）》榜单，

中伦文德保险法研究院院长、高级合伙人李政明律师位列其中。保险业历经数百年发展，已成为现代经济的重要产业和风险管理的基本手段，中国保险市场作为全球最重要的新兴保险市场，前景十分广阔。杰出的保险多面手律师，不仅深谙保险业监管动态与商业模式，更能以其优秀的商业思维快速理解客户的业务内容与实际诉求，为保险机构设立与并购、治理结构与组织机构设置、保险资金运用、合规管理、保险争议解决等提供专业法律服务，有效帮助客户打造品牌形象、实现稳健合规经营。

▲ 中伦文德重庆分所受邀参加重庆市渝中区化工行业协会专题工作会

2022年9月29日上午，重庆市渝中区化工行业协会专题工作会在重庆鸿盛医药化工有限公司会议室顺利举办。本所执行监事朱代恒作为该协会副会长，受邀参加本次专题工作会。本所管委会主任谢明华，管委会副主任刘娜、崔莹，高级合伙人蒋伯勇，重庆市渝中区化工行业协会会长肖庆东及协会相关人员参加会议。

▲ 中伦文德重庆分所律师荣聘为渝中区公安分局党风、政风、警风监督员

2022年9月29日，重庆市公安局渝中区公安分局召开第七届党风、政风、警风监督员聘任大会。区政府副区长、渝中区公安分局党委书记、局长朱荣堂，党委副书记、政委韦峰，党委委员、纪委书记王卫东，党委委员、副局长郑尚伦、柴丛来、罗永东，党委委员、政治处主任刘欣等相关领导及分局各科、所、队负责人等参加会议。会议由公安分局党委委员、张力副局长主持。会议上，北京市中伦文德（重庆）律师事务所杜佳伦律师作为渝中区公安分局本届新聘任的党风、政风、警风监督员代表发言。他表示，将进一步加强自身学习，密切与公安机关的联系、沟通和交流，既当好监督员，充分履行职责，又当好联络员和宣传员，积极为公安工作和队伍建言献策。

▲ 中伦文德重庆分所党支部书记曾杰律师荣聘为渝中区人民政府法律顾问

2022年9月30日，渝中区政府召开第四届政府法律顾问工作会议。会议由区司法局党委书记、局长管亮主持，区委常委、区委政法委书记蔚传忠，区司法局有关负责人，区政府法律顾问团成员参加会议。会议通报了渝中区第四届法律顾问选聘情况，宣读了新任法律顾问团成员名单，并为法律顾问团成员颁发聘书。北京市中伦文德（重庆）律师事务所支部书记、高级合伙人、管委会副主任曾杰荣聘为渝中区人民政府第四届法律顾问，参加会议并现场接受聘书。

▲ 中伦文德助力宜捷海特和美捷香港收购福年航空

天津宜捷海特通用航空服务有限公司（“宜捷海特”）与美捷香港商用飞机有限公司（Metrojet Ltd.）（“美捷香港”）以设立合资公司的形式联合收购深圳市福年商务航空有限公司（“福年航空”），并于2022年9月完成本次收购。本次收购使宜捷海特和美捷香港在飞机管理、飞行运营和维护服务方面现有的优势基础上进一步发展。中伦文德律师事务所为本次收购提供全程、专业、高效的法律服务，服务内容包括法律尽职调查、文件拟定签署、收购交割、法律咨询等。提供本次专业服务的为中伦文德团队包括合伙人曹阳律师、合伙人孙淘律师、合伙人马小力律师、宋丽均律师。

▲ 招商银行昆明广福路支行领导一行莅临中伦文德昆明分所交流座谈

2022年10月13日，招商银行昆明广福路支行领导一行莅临北京市中伦文德（昆明）律师事务所开展座谈交流会，招商银行昆明广福路支行行长阮庆、客户经理李亚，我所主任、高级合伙人严锦、高级合伙人、城市更新法律事务部主任赵朝振、城市更新法律事务部崔光显、李立、邵越、张微等参与了本次座谈。

▲ 常州市律协婚家委第一期沙龙座谈会在北京市中伦文德（常州）律师事务所召开

为加强婚姻家庭法律业务交流，进一步提升婚家案件办案

质量，2022年10月14日，常州市律师协会在北京市中伦文德（常州）律师事务所组织举办了“常州市律师协会婚姻家庭法律业务委员会沙龙座谈会”第一期活动，主题为“婚姻家庭案件的办案经验分享”。市司法局领导、30余位市律协婚家委委员及中伦文德康乃馨家委会全体成员参加活动。

▲ “喜迎二十大，律心向党走”中共北京中伦文德（长沙）律师事务所支部委员会组织观看二十大开幕

2022年10月16日上午10时，中国共产党第二十次全国代表大会在北京人民大会堂隆重开幕。中共北京中伦文德（长沙）律师事务所支部委员会积极组织律所全体党员、积极分子通过电视、手机等多种形式，观看二十大开幕盛况，学习二十大精神。

▲ 中伦文德助力中国信息通信科技集团有限公司成功发行湖北省首单央企用途类科创票据

2022年10月17日，中国信息通信科技集团有限公司成功发行2022年度第一期中期票据（科创票据），发行规模为10亿元。本期科创票据的票面利率为2.64%，创全国同期限、同评级央企用途类科创票据票面利率最低。北京市中伦文德律师事务所在中国信科本次银行间金融工具产品发行法律服务事项中，受聘为特聘专项法律顾问，为中国信科本期科创票据发行提供专业的法律服务。

本次法律服务由中伦文德北京总所副董事长甄庆贵律师作为本项目牵头合伙人和总负责人、北京总所合伙人李志平律师作为项目主办合伙人，服务团队成员还包括孙熙婕律师、单贝贝律师、葛隆文律师、郑淑律师助理和张舒微律师助理。

▲ 云南省技术经纪人实务交流活动在中伦文德昆明分所顺利举行

2022年10月19日下午，由云南省科学技术情报研究院（国家技术转移人才培养基地）主办，北京市中伦文德（昆明）律师事务所承办，云科彩云众创空间、云南省技术转移公共服务平台、云南省中小企业竞争情报公共服务平台协办的云南省技术经纪人实务交流活动在我所顺利举行。

▲ 渝中区司法局领导陈静一行莅临本所开展“双随机一公开”检查调研工作

2022年10月21日下午，重庆市渝中区司法局领导陈静率队莅临北京市中伦文德（重庆）律师事务所（以下简称本所）开展律师行业“双随机一公开”检查调研工作，并在本所会议室举行座谈会。本所主任谢明华，管委会副主任曾杰、侯成强、刘娜、崔莹陪同参与检查。

▲ “中伦文德杯”首届东北地区（辽宁省第四届）卓越法治人才研究生创新论文大赛圆满收官

2022年10月22日，“中伦文德杯”终选答辩会在线上举行，会议由辽宁大学法学院副院长李岩教授主持。十名选手通过PPT介绍选题背景、思路和框架，并回答评委提问。经评审，吉林大学朱晓慧获一等奖，辽宁大学徐静泊、吉林大学陈洪磊分获二等奖，此外还评出三等奖三名，优秀奖四名。辽宁大学法学院院长闫海教授做杯赛总结。他代表组委会向参加初选、复选的七家杂志社编审和今天的三位专家评委表示衷心感谢，对北京市中伦文德（沈阳）律师事务所的大力支持表示感谢，对东北地区兄弟院校的精心组织与积极动员表示感谢。

▲ 中伦文德深圳分所与广东融关律师事务所达成战略合作

2022年10月24日，北京市中伦文德（深圳）律师事务所创始合伙人洪国安律师、党支部书记张若鸿律师、管委会主任陈康康律师、管委会副主任朱容梅律师、刘瑞娜律师、易依妮律师等一行到访广东融关律师事务所，双方举行座谈并达成战略合作协议。广东融关律师事务所创始合伙人徐建律师、党支部书记陈敏律师、管委会主任杨江苏律师、合伙人孙程旭律师、青工委主任冯楚律师出席了签约仪式。

▲ 中伦文德联合发起第一届上合组织成员国法律国际论坛成功举办

2022年10月26日,北京市中伦文德律师事务所联合“法律先生”、中欧法律基金会发起并主办的首届上合组织法律国际论坛成功在线上举办。本次论坛还得到了中国中铁、中国化学工程集团、成都市投资促进局、四川天府新区等单位的支持。中伦文德律师事务所作为本次论坛的发起人、主办人之一,在中伦文德国际业务专委会、知识产权和信息技术专委会的大力支持下,与国内知名法律自媒体法律先生共同邀请了来自包括中国、俄罗斯、巴基斯坦、哈萨克斯坦、吉尔吉斯斯坦、乌兹别克斯坦、印度、巴基斯坦、阿富汗、白俄罗斯、伊朗、蒙古国在内的企业法务代表、法律专家、律师等,一同探讨变局中的中亚法律服务合作,以期搭建多国法律从业者互动桥梁,打通多元化交流渠道。

▲ 中伦文德高级合伙人李政明律师受聘为沈阳仲裁委员会仲裁员

2022年10月26日,沈阳仲裁委员会发布了“沈阳仲裁委员会2022年增聘仲裁员公告”及增聘名单,中伦文德律师事务所高级合伙人、保险研究院院长、仲裁委员会主管合伙人李政明律师受聘为沈阳仲裁委员会仲裁员。

▲ 中伦文德昆明分所马红征律师入选云南省涉案企业合规第三方监督评估机制专业人员名录库

2022年10月27日,云南省涉案企业合规第三方监督评估机制启动仪式暨专业人员培训在昆明举行。北京市中伦文德(昆明)律师事务所高级合伙人马红征律师作为入库专业人员参加了本次启动仪式和业务培训。

▲ 中伦文德太原分所冠名的太原理工大学第十一届“中伦文德杯”模拟法庭大赛圆满落幕

2022年10月29日,由太原理工大学团委主办、文法学院青萃法律服务中心承办、北京中伦文德太原律师事务所协办的第十一届“中伦文德杯”太原理工大学模拟法庭大赛决赛在文法学院模拟法庭圆满落幕。

▲ 中伦文德助力中国信息通信科技集团有限公司成功发行2022年度第一期超短期融资券

2022年10月31日,中国信息通信科技集团有限公司(下称“中国信科”)成功发行2022年度第一期超短期融资券。本期超短期融资券发行规模为25亿元,发行期限为178天,票面利率为1.83%。北京市中伦文德律师事务所(下称“中伦文德”)在中国信科本次银行间金融工具产品发行法律服务事项中,受聘为特聘专项法律顾问,为中国信科本期超短期融资券发行提供专业的法律服务。本次法律服务由中伦文德北京总所副董事长甄庆贵律师作为本项目牵头合伙人和总负责人、北京总所合伙人李志平律师作为项目主办合伙人,服务团队成员还包括孙熙捷律师、单贝贝律师、葛隆文律师、郑淑律师助理和张舒澈律师助理。

▲ 热烈祝贺《企业刑事合规实务指引》正式出版

2022年10月,由北京市律师协会商事犯罪预防与辩护委员会牵头,北京市中伦文德律师事务所、北京市京都律师事务所、北京市合达律师事务所、北京金诚同达律师事务所、中央民族大学等多位知名刑辩律师、高校专家共同组织编写的《企业刑事合规实务指引》一书,由法律出版社正式出版发行!

该书也是继《企业知识产权法律实用手册》(中国检察出版社)之后,中伦文德刑事法研究院潜心奉献的又一力作。

▲ 中伦文德常州分所姜伟文律师受聘为市政府新一届行政复议委员会委员

为深化行政复议工作体制机制建设,进一步提升行政复议的公信力和办案质量,常州市人民政府已于2022年7月29日对行政复议委员会组成人员作出了调整。2022年11月3日,市政府召开调整后的新一届常州市人民政府行政复议委员会全体会议。北京市中伦文德律师事务所(常州分所)姜伟文律师作为常州市人民政府新一届行政复议委员会委员代表发言。

▲ 中伦文德高级合伙人李敏律师、合伙人李佳欣律师为中央民族大学法学院学生颁发奖学金

2022年11月10日上午,“中伦文德奖学金”发放仪式在中央民族大学海淀校区举行。北京市中伦文德律师事务所高级合伙人李敏律师、合伙人李佳欣律师(中央民族大学法学院毕业生)、北京中央民族大学教育基金会副秘书长丁汀、中央民族大学法学院党委书记杨莉萍、法学院院长韩轶、法学院教师及获奖学生通过线上线下的方式参加仪式。

▲ 中伦文德长沙分所副主任、高级合伙人罗智波律师受聘为湖南省人民政府行政复议咨询委员会委员

2022年11月11日上午,湖南省人民政府隆重举行省行政复议咨询委员会委员聘任仪式,副省长、省公安厅厅长王一鸥为我所副主任、高级合伙人罗智波律师颁发了聘书。

▲ 中伦文德昆明分所开展党的二十大精神专题学习会议

根据市司法局、市律师行业党委要求,为认真学习宣传贯彻党的二十大精神,11月14日,北京市中伦文德(昆明)律师事务所召开了党的二十大精神专题学习会议。本次会议由我所高级合伙人赵朝振律师主持并领学党的二十大精神报告,重点对党的二十大精神丰富内涵和核心要义等方面进行了深入浅出的解读。

▲ 长沙市司法局、长沙市律协领导莅临中伦文德长沙分所调研指导工作

2022年11月14日,市司法局党组成员、政治部主任陈勇,市司法局党组成员、副局长吴畅,市司法局律师工作处负责人叶进,市司法局法律职业资格管理处处长周舟,副处长黎索,市司法局办公室副主任周征伟,市司法局律师工作处副处长王少洋,市律师行业党委专职副书记周晓方,市律师协会秘书长杨虹等一行莅临中伦文德·长沙所调研指导工作。我所主任、党支部书记田学军率支部委员及部分高级合伙人出席参加座谈会。

▲ 祝贺中伦文德深圳与前海红色支部党建一家亲活动成功举办

2022年11月17日下午,中伦文德深圳分所与前海分所成功举办红色支部党建一家亲活动。活动以党建工作为切入点,以加强分所之间交流为目的,活动议程简洁但起到非常好的效果。活动中,中伦文德深圳分所党支部书记张若鸿律师、管委会主任陈康康律师首先发言,介绍了深圳分所党支部的组成、开展党建工作的情况,还与大家分享了深圳办公室新址装修过程中的趣事。

▲ 中伦文德昆明分所“2022年盘龙区新时代文明实践法律服务志愿服务”活动

为进一步发挥党建引领作用,更好地满足多元经济实体日益增长的法律服务需求,服务经济社会发展大局,11月18日,北京市中伦文德(昆明)律师事务所(以下简称“我所”)参加了由盘龙区文明办、司法局主办的“2022年盘龙区新时代文明实践法律服务志愿服务”,以“法律咨询进商圈”的方式为同德广场商圈内的企业、商户提供精准、优质的法律服务,帮助其降低经营风险,助力营商环境优化。

▲ 中伦文德蝉联2022 ALB China“中国最大30家律所”榜单

2022年11月21日,权威法律媒体《亚洲法律杂志》(Asian Legal Business)揭晓了2022年ALB China“中国最大30家律所”(Top 30 China Domestic)榜单。北京市中伦文德律师事务所凭借卓越的市场表现和强大的业务能力已连续6年荣登该榜单。

▲ 中伦文德昆明分所与中共云南祥丰实业集团有限公司委员会签订《党建共建战略合作协议》

为深入学习贯彻习近平新时代中国特色社会主义思想党的二十大精神,营造平安、和谐、安全、稳定的法治化营商环境。2022年11月23日,中共云南祥丰实业集团有限公司委员会与中共北京市中伦文德(昆明)律师事务所支部党建共建签约仪式在云南省安宁市祥丰大厦顺利举行。

▲ 中伦文德长沙分所参与立法起草的全国首部自建房安全管理地方性法规《湖南省居民自建房安全管理若干规定》获人大表决通过

2022年11月23日，湖南省第十三届人民代表大会常务委员会第三十四次会议表决通过了《湖南省居民自建房安全管理若干规定》并将于2023年1月1日起实行。项目采用委托第三方服务模式具体实施。我所接受委托后，由争议解决高级顾问常芸、唐思佳律师、卫逸璇实习律师等人组成立法服务团队全程深度参与立法起草工作。

▲ 中伦文德重庆分所所主任朱代恒律师、深圳分所所主任洪国安律师到访中伦文德胡百全（前海）联营律师事务所开展交流分享会

2022年11月28日，北京市中伦文德（重庆）律师事务所创所主任朱代恒律师，北京市中伦文德（深圳）律师事务所创所主任洪国安律师莅临中伦文德胡百全（前海）联营律师事务所拜访并开展交流分享会，本所全体律师同仁们出席此次分享会并共同参与了交流讨论。

▲ 中伦文德胡百全（前海）联营律师事务所周力思律师再次入选深圳市知识产权专家库专家

2022年11月，深圳市市场监督管理局发布深圳市知识产权局关于公布2022年深圳市知识产权专家库入库专家名单的通告，根据《深圳市知识产权专家库管理办法（试行）》（深市监规〔2022〕2号）的有关规定，经过公开征集、个人自愿报名或单位推荐、资格审核、审核结果公示等程序的严格筛选，中伦文德胡百全（前海）联营律师事务所副主任周力思律师再次入选深圳市知识产权专家库入库专家。

▲ 中伦文德太原分所陈建军律师获山西律师“喜迎二十大书画摄影展”优秀奖

为向党的二十大献礼，进一步深入贯彻习近平法治思想，弘扬中华优秀传统文化，展示山西律师积极的精神风貌和良好的职业形象，近期，省律协举办了“喜迎二十大书画摄影展”主题活动。作品内容丰富多彩，具有较强的思想性、艺术性和时代感，表现了律师们对祖国的赞美和热爱之情，全面展示了律师积极向上的精神风貌。经网络投票和专业评委的考评认定，我所合伙人陈建军律师《浩然正气》《咏梅》两幅书法作品荣获优秀奖。

▲ 中伦文德昆明分所唐顺良律师被认定为云南省知识产权领军人才

根据《云南省知识产权局关于开展2022年知识产权人才认定工作的通知》和《2022年云南省知识产权人才认定实施方案》经个人申报、初审、专家评审，并依据公示期满的《2022年拟认定云南省知识产权人才名单》北京市中伦文德（昆明）律师事务所唐顺良律师被认定为云南省知识产权领军人才。

▲ 中伦文德昆明分所党支部荣获2022年度昆明市“春城先锋示范党支部”称号

近日，中共昆明市委组织部印发了《中共昆明市委组织部关于命名2022年度“春城先锋示范党支部”的决定》（昆组发〔2022〕2号），经过逐级推荐、择优遴选、组织验收等程序，北京市中伦文德（昆明）律师事务所党支部荣获2022年度昆明市“春城先锋示范党支部”荣誉称号。

▲ 中伦文德长沙分所受聘担任长沙市天心区人大常委会常年法律顾问

为更好地履行职责，进一步提升区人大常委会工作的法治化水平。近日，长沙市天心区人大常委会与北京中伦文德（长沙）律师事务所正式签订《常年法律顾问合同》，聘请由北京中伦文德（长沙）律师事务所田学军、彭维汉、刘雅容、吴悠等四位律师组成的专业团队担任其常年法律顾问，为期五年。

▲ 中伦文德重庆分所律师再次获赠锦旗

近日，北京市中伦文德（重庆）律师事务所收到两面当事人赠送的锦旗，感谢本所陈波、甘露二位律师在办案过程中的

尽职尽责和努力付出，对其专业水平和服务质量给予了充分肯定。

▲ 中伦文德北京总所合伙人王珂律师再次当选北京知识产权法研究会理事

近日，北京知识产权法研究会第三届第一次会员大会暨第三届理事会第一次会议、第三届监事会第一次会议在京顺利召开。大会通过无记名方式，选举产生了研究会会长、秘书长、理事会、监事会等。来自北京市法学会、北京理工大学、中国政法大学、腾讯、阿里巴巴、字节跳动、百度、新浪等单位的会员与嘉宾共180余人参会，大会取得圆满成功。在本次大会上，中伦文德知识产权专业委员会副主任王珂律师凭借在知识产权领域的丰富经验与良好声誉，当选为第三届北京知识产权法研究会理事。王珂律师的成功当选，对于提高我所在知识产权领域的知名度和影响力将起到积极的推动作用。

▲ 中伦文德北京总所高级合伙人黎学宁律师受聘担任中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员

近日，中伦文德律所高级合伙人、仲裁法律专委会主任、大案要案中心副主任黎学宁律师受聘担任中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员，目前黎律师在天津、潍坊、淄博、沈阳、贵州、茂名、保定、晋城、景德镇、十堰、遂宁、绥化、北海等多家仲裁机构担任仲裁员。中伦文德仲裁法律专委会以优异的争议解决能力和突出的案件裁决业绩，已有大批诉讼律师受聘成为境内外仲裁机构仲裁员，对充实中伦文德律所案件研究分析能力、讼裁交替互换思维方式等发挥了重要作用。

▲ 中伦文德资本市场业务委员会助力紫光集团重整基金的设立与投资

中伦文德作为重整基金投资人的特聘专项法律顾问，助力重整联合体设立总规模数百亿的投资平台作为紫光集团重整战略投资者，该交易目前已经顺利完成股权交割。紫光集团包括紫光股份等多家上市公司，核心业务为半导体领域，旗下包括紫光国微、长江存储、紫光展锐、新华三等多家公司。本次交易扩展了中伦文德在服务大型国家级项目及产业投资联合体方面的知名度，中伦文德由本所资本市场业务委员会主任及合伙人李志平律师牵头，律师孙熙捷等参与了本项目的法律顾问工作。

▲ 诚挚祝贺陈素琼律师加入中伦文德上海分所并担任合伙人

近期，中伦文德上海分所迎来了一位新合伙人，陈素琼律师加入了中伦文德上海分所担任合伙人。

▲ 中伦文德济南分所执行主任付春律师被评为济南市律师行业首届“青年英才律师”

中共济南市律师行业党委、济南市律师协会为激励和动员全市广大青年律师继承和发扬五四精神，彰显榜样力量，推动济南律师行业人才梯队建设，鼓舞广大青年律师在推进行业持续发展锐意创新、努力拼搏，举办了首届“青年英才律师”选树宣传活动。本次“评选”活动中，中伦文德济南分所付春律师荣幸被评为济南市律师行业首届“青年英才律师”。



2022年10月20日上午9点40，北京市中伦文德（合肥）律师事务所江亮律师受邀为天津创业环保集团南部区域公司所属21家子公司作《全资公司与合资公司章程范本（征求意见稿）说明》专项实务培训。本次培训系我所律师团队中标天津创业环保集团南部区域所属子公司章程范本制定及章程修订专项法律服务采购项目后阶段性成果的展现。江亮律师培训中对于章程范本条款的解读结合了《国企改革三年行动方案（2020-2022年）》，助力天津创业环保集团南部区域公司所属子公司建设有中国特色的国有企业现代企业管理制度，形成规范的法人治理体系。



2022年10月26日，沈阳仲裁委员会发布了“沈阳仲裁委员会2022年增聘仲裁员公告”及增聘名单，北京市中伦文德律师事务所高级合伙人、保险研究院院长、仲裁委员会主管合伙人李政明律师受聘为沈阳仲裁委员会仲裁员。



2022年10月28日下午，中共北京市中伦文德（青岛）律师事务所党支部与中共山东中苑律师事务所党支部联合组织深入学习贯彻党的二十大精神座谈会。律师所全体党员、入党积极分子参加会议。会议由党支部副书记田会强同志主持。



2022年11月18日，鱼泉街道完小举行2022年春季学期“中伦文德励志奖学金”发放仪式，对优秀学生、进步学生、中考升学奖、优秀教师、先进管理班级等奖项获得师生进行表彰。本次奖学金由北京市中伦文德（天津）律师事务所创始合伙人及高级合伙人提议进行资助，鼓励鱼泉街道完小的学生们通过努力争取到美好的未来。鱼泉街道完小的学生们纷纷为律所寄来感谢信以及照片，向事务所热心公益的律师们表达感谢。



2022年11月28日，北京市中伦文德（重庆）律师事务所创所主任朱代恒律师，北京市中伦文德（深圳）律师事务所创所主任洪国安律师莅临中伦文德胡百全（前海）联营律师事务所拜访并开展交流分享会，本所全体律师同仁们出席此次分享会并共同参与了交流讨论。



《民法典》号称“社会生活的百科全书”，为了提高干部职工的法律意识，提升大家学法、懂法、用法的能力，2022年12月9日下午，北京市中伦文德（常州）律师事务所殷璞律师接受江苏省烟草公司常州市公司（专卖局）的邀请，为常州市烟草系统开展了一场《民法典》侵权责任编的法律讲座。

主 编：陈 文

执行主编：方登发

编 委 会：李 铮 李 刚 甄庆贵 夏欲钦 林 威 王志坚 陈云峰 温志胜 王爱国 刘银栋 朱代恒 洪国安 纪 斌 田学军

中伦文德律师事务所 ZHONGLUN W&D LAW FIRM

北京·上海·成都·石家庄·天津·武汉·太原·济南·广州·深圳·南京·杭州·长沙·重庆·沈阳·杭州·大连·烟台·青岛·昆明·南昌·合肥·香港·伦敦·纽约

北京市朝阳区西坝河南路1号金泰大厦19层、10层、21层

19/10/21F, Golden Tower, No.1, Xibahe South Road, Chaoyang District, Beijing,
100028

总机(Tel): (010)64402232

传真(Fax): (010)64402915

www.zhonglunwende.com